



ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน
: ศึกษาทางปฏิบัติของตุลาการไทย

โดย

นางสาวสิริธร ราชเดิม

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2561

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน
: ศึกษาทางปฏิบัติของตุลาการไทย

โดย

นางสาวสิริธร ราชเดิม



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2561

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

THE RELATIONSHIP BETWEEN INTERNATIONAL AND NATIONAL
LAW: A CASE STUDY OF THAI JUDICIAL PRACTICE

BY

MISS SIREETHORN RADCHDERM



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS
INTERNATIONAL LAW
FACULTY OF LAW
THAMMASAT UNIVERSITY
ACADEMIC YEAR 2018
COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นางสาวสิริธร ราชเดิม

เรื่อง

ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน
: ศึกษาทางปฏิบัติของตุลาการไทย

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ. 2562

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



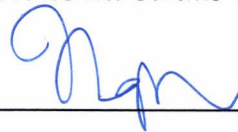
(ศาสตราจารย์พิเศษ จรัญ ภัคดีธนากุล)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



(ศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. นพดล เดชสมบูรณ์รัตน์)

คณบดี



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน)

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและ

กฎหมายภายใน : ศึกษาทางปฏิบัติของตุลาการไทย

ชื่อผู้เขียน

นางสาวสิริธร ราชเดิม

ชื่อปริญญา

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย

กฎหมายระหว่างประเทศ

นิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

ศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช

ปีการศึกษา

2561

บทคัดย่อ

ทุกรัฐมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศและไม่อาจอ้างความไม่สอดคล้องกันของกฎหมายภายในกับพันธกรณีระหว่างประเทศเป็นข้อยกเว้นในการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวได้ มิฉะนั้นย่อมนำมาสู่ความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ หน้าที่ข้างต้นย่อมผูกพันฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นองค์กรภายในองค์กรหนึ่งของรัฐด้วย หากฝ่ายตุลาการปรับใช้กฎหมายในระบบกฎหมายภายในในทางที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ จึงอาจเป็นการกระทำของรัฐซึ่งอาจละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศอันจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศได้ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการไทยในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของประเทศไทย ในบริบทปัญหากรณีประเทศไทยไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศเนื่องจากกฎหมายภายในไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ทั้งนี้ ผู้เขียนมุ่งศึกษาเฉพาะการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและสนธิสัญญาเท่านั้น โดยศึกษาทางปฏิบัติของตุลาการไทยเปรียบเทียบกับทางปฏิบัติของตุลาการต่างประเทศ

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า ฝ่ายตุลาการไทยปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในสอดคล้องกับทฤษฎีวินัยอย่างเคร่งครัด โดยหลักฝ่ายตุลาการไทยผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายไทยโดยไม่คำนึงถึงพันธกรณีระหว่างประเทศ ไม่ว่ากรณีพันธกรณีของสนธิสัญญาหรือพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ทว่าทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการต่างประเทศที่ศึกษาไม่ยึดถือทฤษฎีเอกนิยมหรือวินัยอย่างเคร่งครัด แต่จะใช้นิติวิธีใดๆ เพื่อปรับใช้กฎหมายในระบบกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ

ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะ ดังนี้ ประการแรก ควรตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 188 วรรคหนึ่ง “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์” ว่า กฎหมายในที่นี้ ควรมีความหมายกว้าง โดยรวมถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ประการที่สอง คือ ประเทศไทยควรบัญญัติอย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายไทย เพื่อให้ฝ่ายตุลาการมีความชอบธรรมที่จะบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดีโดยตรง ประการที่สาม ฝ่ายตุลาการไทยควรใช้นิติวิธีโดยใช้และตีความกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ และประการสุดท้าย คือ ควรบัญญัติหลักการใช้และตีความกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศในรัฐธรรมนูญของไทย

คำสำคัญ: กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน, กฎหมายระหว่างประเทศในศาลภายใน, ทฤษฎีทวินิยม, ความรับผิดชอบของรัฐ

Thesis Title	THE RELATIONSHIP BETWEEN INTERNATIONAL AND NATIONAL LAW: A CASE STUDY OF THAI JUDICIAL PRACTICE
Author	Miss Sireethorn Radchderm
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	International Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Professor Prasit Pivavatnapanich, Ph.D.
Academic Years	2018

ABSTRACT

Every State has a duty to comply with international obligations and cannot invoke an inconsistency between national law and international obligations as an excuse for failure to perform the duty otherwise the State must bear responsibility. The judiciary as an organ of the State is accordingly obliged to fulfill this obligation. If the judiciary applies the law in domestic legal system in the way that is inconsistent with international obligations, it may give rise to international responsibility for the State. This thesis is aimed to examine an application of international law in Thai domestic legal system of Thai judicial practice, in context of a failure to comply with international obligations due to the nonconformity between national law and international obligations. It focuses only on the application of customary international law and treaty. In doing this, the author carries out a comparative study between Thai and foreign judicial practices.

After doing the research, it appears that Thai judiciary has followed a strict dualist approach towards the application of international law in Thai domestic legal system. By which Thai judiciary is obliged itself by strict application of Thai laws regardless of international obligations arising from both customary international law and treaty. While, foreign judiciaries strictly obliged themselves to follow neither

monism nor dualism. But they use any juristic method to apply the law in their domestic legal systems in accordance with international obligations.

In consequence, it is here suggested that (1) There should be a broader interpretation of the powers of the Courts as entitled in Section 188 paragraph 1 of The Constitution of Thailand B.E. 2560 by which “The trial and adjudication of cases are the powers of the Courts which must be carried out in accordance with the laws and in the name of the King.” Where the definition of the “laws” in this Section should also cover customary international law; (2) The Constitution of Thailand should be amended to expressly incorporate customary international law as part of the law of Thailand in order to justify the judiciary in applying customary international law directly and legitimately; (3) The judiciary should use a juristic method by applying and interpreting national law in conformity with international obligations; and (4) The principle of application and interpretation of national law in conformity with international obligations should be explicitly laid down in the Constitution of Thailand.

Keywords: International law and national law, International law in domestic court, Theory of Dualism, State Responsibility

กิตติกรรมประกาศ

หลายคนอาจมองว่าการเขียนวิทยานิพนธ์เป็นเพียงเงื่อนไขหนึ่งของการสำเร็จการศึกษา ในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ทว่าผู้เขียนมองว่าการเขียนงานวิทยานิพนธ์ นอกจากจะเป็น การฝึกฝนให้ผู้เขียนตั้งคำถาม ค้นคว้า คิดวิเคราะห์ จนนำมาสู่ข้อเสนอแนะซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หนึ่ง ของการศึกษาแล้ว วิทยานิพนธ์ยังเป็นงานเขียนที่สำคัญและมีคุณค่าต่อวงการวิชาการกฎหมายอัน อาจส่งอิทธิพลต่อการแก้ไขปรับปรุงและพัฒนาทางปฏิบัติของประเทศไทยด้วย ผู้เขียนจึงมี แรงบันดาลใจในการเลือกเขียนวิทยานิพนธ์ในหัวข้อนี้ และมีความตั้งใจ พยายาม และอดทนต่อ อุปสรรคต่างๆ จนเขียนงานนี้สำเร็จ

ผู้เขียนขอขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช อาจารย์ที่ปรึกษา ที่ได้กรุณาจุดประกายให้ผู้เขียนมองเห็นถึงปัญหาในเรื่องนี้และได้สละเวลาให้คำแนะนำอันเป็น ประโยชน์ต่องานเขียนเล่มนี้มาโดยตลอด ขอขอบพระคุณศาสตราจารย์พิเศษ จรัญ ภักดีธนากุล ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่เมตตาและสละเวลาในการให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์ต่อ การแก้ไขปรับปรุงข้อเสนอแนะในงานเขียน และยังได้แบ่งปันประสบการณ์การทำงานในบทบาทของ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต่อผู้เขียน และขอขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. นพดล เดชสมบูรณ์รัตน์ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งได้สละเวลาให้คำแนะนำในการเขียนงาน ทั้งในภาพรวมและรายละเอียดอันเป็นประโยชน์ต่องานของผู้เขียนเป็นอย่างมาก

ผู้เขียนขอขอบคุณกัลยาณมิตรทุกคนที่คอยอยู่เคียงข้าง อดทนรับฟัง ให้กำลังใจ ช่วยเหลือผู้เขียนจนสามารถก้าวข้ามช่วงเวลาที่ยากลำบาก และยังคงร่วมยินดีในความสำเร็จของ ผู้เขียนในครั้งนี้อย่างจริงใจ นอกจากนี้ บุคคลที่มีความสำคัญต่อชีวิตซึ่งผู้เขียน ไม่อาจลืมที่จะกล่าวถึงได้เลย นั่นคือ ครอบครัว ขอขอบพระคุณคุณพ่อ คุณแม่ และขอบคุณน้องชาย อันเป็นที่รัก ที่ให้ความเข้าใจ เป็นกำลังใจ เชื้อมนั่น เคารพและสนับสนุนการตัดสินใจของผู้เขียน ในทุกจังหวะของชีวิต ไม่ว่าจะมองย้อนกลับไปกี่ครั้ง ผู้เขียนทราบและรู้สึกว่าคุณเป็นคนโชคดีที่มี คนรอบข้างที่รัก ปรารถนาดี และพร้อมที่จะอยู่เคียงข้างผู้เขียนอยู่เสมอ

บุคคลสำคัญอีกคนหนึ่งซึ่งผู้เขียนต้องการจะขอบคุณมากที่สุด คือ ตัวผู้เขียนเอง ขอขอบคุณในความตั้งใจ ความพยายาม ความอดทน ศรัทธา และกำลังใจที่ผู้เขียนมีต่อตนเองในวันเวลา ทั้งดีและร้าย ความสำเร็จในครั้งนี้ทำให้ผู้เขียนเชื่อมั่นและมีความตั้งใจในการก้าวเดินบนเส้นทางของ ผู้เขียนต่อไป

นางสาวสิริธร ราชเดิม

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
บทที่ 1 บทนำ	11
1.1 ความสำคัญของปัญหา	11
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	13
1.3 ขอบเขตการศึกษา	14
1.4 สมมติฐานของการศึกษา	14
1.5 ระเบียบวิธีการศึกษา	14
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	15
บทที่ 2 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน	16
2.1 พัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน	16
2.2 ทฤษฎีที่อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและ กฎหมายภายใน	17
2.2.1 ทฤษฎีเอกนิยม	17
2.2.1.1 ทฤษฎีเอกนิยมในทางปรัชญา	17
(1) ทฤษฎีเอกนิยมทางสังคมและจิตวิทยา	17
(2) ทฤษฎีเอกนิยมสำนักปฏิฐานนิยม	18
2.2.1.2 ทฤษฎีเอกนิยมทางรัฐธรรมนูญและการเมือง	20
(1) ทฤษฎีเอกนิยมทางรัฐธรรมนูญและการเมืองในยุคแรก	20
(2) ทฤษฎีเอกนิยมทางรัฐธรรมนูญและการเมืองสมัยใหม่	20

2.2.2 ทฤษฎีทวินิยม	22
2.2.2.1 ทฤษฎีทวินิยมที่มีพื้นฐานทางประวัติศาสตร์และปรัชญา	22
2.2.2.2 ทฤษฎีทวินิยมทางรัฐธรรมนูญและการเมือง	23
2.2.3 ทฤษฎีการประสาน	24
2.3 การรับกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาในระบบกฎหมายภายใน	25
2.3.1 ทฤษฎีการผนวก	26
2.3.2 ทฤษฎีการแปลงรูป	27
2.4 หน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ	29
2.4.1 หน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ	29
2.4.1.1 สนธิสัญญา	29
2.4.1.2 กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ	37
2.4.2 ความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศกรณีไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ	40
2.4.2.1 ต้องเป็นการกระทำของรัฐ	42
2.4.2.2 การกระทำนั้นต้องเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ	48
บทที่ 3 ปัญหากรณีประเทศไทยไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศเนื่องจากกฎหมายภายในไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ	53
3.1 สภาพปัญหากรณีประเทศไทยไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศเนื่องจากกฎหมายภายในไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ	53
3.1.1 กรณีไม่มีกฎหมายภายในรองรับหรือนำมาปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ	56
3.1.2 กรณีกฎหมายภายในรองรับหรือนำมาปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศแต่ไม่สมบูรณ์	57

3.2 ปัญหาความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศกรณีประเทศไทย ไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศเนื่องจากกฎหมายภายใน ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ	61
3.3 ทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการไทยในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศใน ระบบกฎหมายภายใน	66
3.3.1 กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ	66
3.3.1.1 การมีผลบังคับใช้ภายในประเทศ	66
3.3.1.2 การปรับใช้โดยศาลภายใน	67
(1) การบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดี โดยตรง	68
(2) การใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็น เครื่องมือในการตีความกฎหมายภายใน	73
3.3.2 สนธิสัญญา	80
3.3.2.1 การทำสนธิสัญญา	80
3.3.2.2 การมีผลบังคับใช้ภายในประเทศ	87
3.3.2.3 การปรับใช้โดยศาลภายใน	89
(1) การบังคับใช้สนธิสัญญาแก่คดีโดยตรง	96
(2) การใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องในการตีความกฎหมายภายใน	97
บทที่ 4 ทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการต่างประเทศในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ ในระบบกฎหมายภายใน	109
4.1 กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ	109
4.1.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	109
4.1.2 สาธารณรัฐแอฟริกาใต้	115
4.1.3 แคนาดา	118
4.2 สนธิสัญญา	119
4.2.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	119
4.2.1.1 การทำสนธิสัญญา	120
4.2.1.2 การมีผลบังคับใช้ภายในประเทศ	125

4.2.1.3 การปรับใช้โดยศาลภายใน	127
4.2.2 สาธารณรัฐแอฟริกาใต้	132
4.2.2.1 การทำสนธิสัญญา	132
4.2.2.2 การมีผลบังคับใช้ภายในประเทศ	133
4.2.2.3 การปรับใช้โดยศาลภายใน	134
(1) การบังคับใช้สนธิสัญญาแก่คดีโดยตรง	135
(2) การใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องในการตีความกฎหมายภายใน	135
4.2.3 แคนาดา	138
4.2.3.1 การทำสนธิสัญญา	139
4.2.3.2 การมีผลบังคับใช้ภายในประเทศ	139
4.2.3.3 การปรับใช้โดยศาลภายใน	140
บทที่ 5 บทวิเคราะห์และเปรียบเทียบทางปฏิบัติของตุลาการไทยในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในกับต่างประเทศ	148
5.1 บทเปรียบเทียบทางปฏิบัติของตุลาการไทยในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในกับต่างประเทศ	148
5.1.1 กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ	148
5.1.1.1 ประเทศไทย	148
5.1.1.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	151
5.1.1.3 สาธารณรัฐแอฟริกาใต้	155
5.1.1.4 แคนาดา	159
5.1.2 สนธิสัญญา	162
5.1.2.1 ประเทศไทย	162
5.1.2.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	165
5.1.2.3 สาธารณรัฐแอฟริกาใต้	170
5.1.2.4 แคนาดา	174
5.2 แนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหากรณีประเทศไทยไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศเนื่องจากกฎหมายภายในไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ	177

5.2.1 กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ	178
5.2.2 สนธิสัญญา	188
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	191
6.1 บทสรุป	191
6.2 ข้อเสนอแนะ	193
6.2.1 การตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้ศาลมีอำนาจบังคับใช้ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ	193
6.2.2 การบัญญัติถึงสถานะ ลำดับศักดิ์ และการมีผลบังคับใช้ของกฎหมาย จารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญให้เป็น ส่วนหนึ่งของกฎหมายไทย	194
6.2.3 การเสนอให้ศาลใช้วิธีโดยไต่และตีความกฎหมายภายในอย่าง สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ	196
6.2.4 การบัญญัติหลักการไต่และตีความกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับ พันธกรณีระหว่างประเทศในรัฐธรรมนูญ	197
บรรณานุกรม	198
ประวัติผู้เขียน	206

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความสำคัญของปัญหา

กฎหมายระหว่างประเทศ (international law) เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐในสังคมระหว่างประเทศ เกิดจากความยินยอมร่วมกันของรัฐต่างๆ โดยแต่ละรัฐต่างจำกัดอำนาจอธิปไตยของตนเข้าผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ดังกล่าว ในกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รัฐได้ให้ความยินยอมผ่านทางปฏิบัติ (state practice) ซึ่งได้กระทำด้วยสำนึกว่ามีพันธกรณีของกฎหมาย (*opinio juris*) ส่วนในกรณีของสนธิสัญญา รัฐยินยอมโดยการเข้าผูกพันตนในสนธิสัญญาระหว่างรัฐภาคี รัฐภาคีจึงต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาตามหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตาม (*pacta sunt servanda*)¹ กล่าวคือ ในมุมมองของกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อรัฐได้ผูกพันตนตามพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐจึงต้องปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว ในกรณีที่เกิดการขัดกันระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน กฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีลำดับศักดิ์เหนือกว่ากฎหมายภายใน รัฐมีหน้าที่โดยทั่วไปในการปรับใช้กฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศ² กรณีของสนธิสัญญา ข้อบทที่ 27 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้ห้ามมิให้รัฐอ้างบทบัญญัติของกฎหมายภายในเพื่อเป็นข้อยกเว้นไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญา นอกจากนี้ ข้อบทที่ 13 ของร่างปฏิญญาว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศก็ได้กำหนดให้ ทุกรัฐมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามพันธกรณีของตนที่เกิดจากสนธิสัญญาและบ่อเกิดอื่นๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศโดยสุจริต และไม่อาจอ้างบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญของตนหรือกฎหมายของตนเป็นข้อยกเว้นในการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าวได้³ รัฐจึงไม่อาจอ้างการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศเนื่องมาจากกฎหมายรัฐธรรมนูญของตน การกระทำหรือ

¹ See Preamble and Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.

² *The Exchange of Greek and Turkish Populations*, PCIJ Ser. B, No.10, Advisory Opinion, 1925, p. 20.

³ Draft Declaration on Rights and Duties of States, Article 13; see also Advisory Opinion in Polish nationals in Danzig (1931) PCIJ Ser. A/B, No. 44.

การงดเว้นการกระทำขององค์กรภายใน ไม่ว่าจะโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการ หรือองค์กรใดๆ ของรัฐในฐานะข้อยกเว้นความรับผิดชอบของรัฐได้ มิฉะนั้นย่อมนำมาสู่ความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ⁴

อย่างไรก็ตาม กฎหมายระหว่างประเทศมิได้กำหนดวิธีการในการทำให้มีผลบังคับใช้ และการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศภายในรัฐไว้โดยเฉพาะ เนื่องด้วยเดิมกฎหมายระหว่างประเทศมีลักษณะที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ปรากฏในรูปของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไป จึงเกิดความไม่แน่นอนในการปรับใช้เนื้อหาของกฎเกณฑ์ดังกล่าว อีกทั้งการกำหนดวิธีการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศแก่รัฐ ย่อมเป็นการจำกัดอำนาจอธิปไตยของรัฐ ดังนั้นกฎหมายระหว่างประเทศจึงยอมรับให้เป็นเรื่องทางปฏิบัติของแต่ละรัฐในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของตน⁵

หากพิจารณาทางปฏิบัติของประเทศไทยพบว่า วิธีการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของไทยแตกต่างกันไปตามบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รัฐธรรมนูญของไทยมิได้รับรองสถานะของกฎหมายดังกล่าวไว้โดยตรงจึงไม่มีวิธีการปรับใช้โดยเฉพาะ และขึ้นอยู่กับดุลพินิจขององค์กรภายในรัฐ ศาลไทยมักใช้ดุลพินิจในการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นรายกรณี โดยปราศจากบรรทัดฐานที่แน่นอน เนื่องจากโดยหลักศาลไทยผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายภายในเท่านั้น ส่วนในกรณีของสนธิสัญญา รัฐธรรมนูญของไทยปรากฏบทบัญญัติซึ่งให้อำนาจฝ่ายบริหารในการทำสนธิสัญญา แต่สนธิสัญญาจะยังไม่มีผลบังคับใช้โดยตรงในระบบกฎหมายภายใน หากแต่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องตรากฎหมายภายในอนุวัติการสนธิสัญญาขึ้นใหม่หรือแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่ให้ครอบคลุมพันธกรณีดังกล่าว โดยหลักศาลจะปรับใช้กฎหมายภายในแก่คดีเท่านั้นและปฏิเสธการปรับใช้บทบัญญัติของสนธิสัญญา ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ ส.660/2559 ที่ศาลเห็นว่า อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบแห่งสหประชาชาติไม่มีผลบังคับโดยตรงต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือประชาชนภายในประเทศ หากแต่รัฐจะต้องออกกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาหรือ

⁴ ประสทิธิ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551), น. 196-197.

⁵ D. Carreau, Droit International Public, (Paris: Pedone, 1986), pp. 456-458, อ้างใน จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), น. 70-71.

กฎหมายระหว่างประเทศเสียก่อน เป็นต้น ดังนั้นหากไม่มีกฎหมายภายในรองรับพันธกรณีตามสนธิสัญญา ศาลย่อมไม่ปรับใช้สนธิสัญญาแก่คดี กรณีที่เกิดการขัดกันระหว่างพันธกรณีตามสนธิสัญญากับกฎหมายภายใน ไม่ว่ากฎหมายภายในจะออกมาก่อนหรือหลังสนธิสัญญา ศาลจะปรับใช้กฎหมายภายในเสมอ ทางปฏิบัติของศาลไทยในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศแบบทวินัยอย่างเคร่งครัดนี้อาจมีผลเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศได้⁶

ผู้เขียนจึงสนใจศึกษาทางปฏิบัติของตุลาการไทยในการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและสนธิสัญญาในระบบกฎหมายภายใน โดยเฉพาะเมื่อกฎหมายภายในของประเทศไทยไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายภายในรองรับหรืออนุวัติการตามพันธกรณี หรือกรณีที่กฎหมายภายในรองรับหรืออนุวัติการตามแต่ไม่สมบูรณ์ ฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นองค์กรภายในของรัฐผู้มีหน้าที่ในการปรับใช้กฎหมายเพื่อชี้ขาดข้อพิพาทจะใช้นิติวิธีโดยใช้และตีความกฎหมายเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบของประเทศไทยในทางระหว่างประเทศ และเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนตามมาตรฐานระหว่างประเทศอย่างไร

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน และหน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐในการปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศ

1.2.2 เพื่อศึกษาและเปรียบเทียบทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของต่างประเทศกับประเทศไทย

⁶ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้ทบทวนผลการปฏิบัติตามพันธกรณีตามสนธิสัญญาของประเทศไทย และได้ตั้งคำถามเรื่องการมีผลบังคับใช้ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองในระบบกฎหมายของไทยว่า ศาลไทยได้ปรับใช้บทบัญญัติตามสนธิสัญญาโดยตรง หรือใช้ประกอบการตีความกฎหมายภายในหรือไม่ โปรดดู UN Human Rights Committee (HRC), List of issues in relation to the second periodic report of Thailand, 12 August 2016, CCPR/C/THA/Q/2, Retrieved on 24 November 2017, from http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fTHA%2fQ%2f2&Lang=en.

1.2.3 เพื่อเสนอแนะวิธีการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในต่อฝ่ายตุลาการของไทยเพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับระหว่างประเทศ

1.3 ขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของต่างประเทศและประเทศไทย โดยศึกษาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ แนวคำพิพากษาของศาลภายในที่ปรากฏการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศของต่างประเทศและประเทศไทย ทั้งนี้ มุ่งศึกษาเฉพาะพันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและสนธิสัญญา ซึ่งรวมถึงพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนด้วย

1.4 สมมติฐานการศึกษา

เนื่องด้วยทางปฏิบัติของตุลาการไทยในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในยึดถือทฤษฎีวินัยอย่างเคร่งครัด โดยศาลมักปฏิเสธการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศและผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายภายในในการวินิจฉัยคดีเท่านั้น อาจเป็นการกระทำของรัฐซึ่งอาจมีผลเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ อันนำมาสู่ความรับผิดชอบของประเทศไทยในทางระหว่างประเทศ ฝ่ายตุลาการไทยจึงควรใช้และตีความกฎหมายในระบบกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ

1.5 ระเบียบวิธีการศึกษา

การศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นวิธีวิจัยเอกสาร (documentary research) โดยศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากหนังสือ บทความ งานวิจัย วิทยานิพนธ์ คำพิพากษา ตั๋วบทกฎหมาย ทั้งของต่างประเทศและประเทศไทย ซึ่งปรากฏทั้งที่เป็นภาษาต่างประเทศและภาษาไทย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.5.1 ทำให้ทราบแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน และหน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐในการปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศ

1.5.2 แสดงให้เห็นถึงความเหมือนและความแตกต่างของทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของต่างประเทศกับประเทศไทย

1.5.3 ทำให้ทราบแนวทางในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของฝ่ายตุลาการของไทย เพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศและสอดคล้องกับมาตรฐานในระดับระหว่างประเทศ



บทที่ 2

ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน

2.1 พัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน

ในช่วงปลายยุคกลางหลังจากที่จักรวรรดิโรมันล่มสลายเกิดหลักสากลนิยมในยุคกลาง (medieval universalism) ซึ่งมองมนุษยชาติเป็นหนึ่งเดียวกันในจักรวรรดิอันศักดิ์สิทธิ์และเป็นสากล ภายใต้ความดูแลของพระสันตปาปาซึ่งเป็นผู้ปกครองทางจิตวิญญาณ และจักรพรรดิซึ่งเป็นผู้ปกครองทางโลก หลักดังกล่าวเป็นบ่อเกิดสูงสุดของกฎหมายสากล (universal law)¹ อย่างไรก็ตาม การแบ่งแยกกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในยังไม่ชัดเจนนักจนกระทั่งในคริสต์ศตวรรษที่ 12-14 แนวคิดดังกล่าวไม่ได้รับการยอมรับอีกต่อไปเนื่องด้วยการล่มสลายของจักรวรรดิ เมื่อมีการเกิดขึ้นของรัฐที่เป็นอิสระและมีอธิปไตยจึงมีการยอมรับสิทธิของกษัตริย์ในการเป็นจักรพรรดิ ภายใต้อำนาจอธิปไตยของตนเอง² แนวคิดเรื่องสังคมรัฐอธิปไตยจึงเข้ามาแทนที่แนวคิดสากลนิยมในยุคกลางซึ่งได้ควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบนพื้นฐานความเท่าเทียมกัน จากบริบทดังกล่าวแนวคิดของกฎหมายระหว่างประเทศ (international law) ซึ่งแยกจากระบบกฎหมายภายใน (territorial or municipal legal system) จึงเกิดขึ้น³ กฎหมายระหว่างประเทศจึงเป็นกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับ สงคราม สันติภาพ สนธิสัญญา พันธมิตรและอำนาจรัฐ ส่วนกฎหมายภายในเป็นกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับกิจการภายในรัฐ ปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์หรือความขัดแย้งระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในจึงยังเกิดขึ้นไม่มากนัก กระทั่งปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 และต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 นักวิชาการจึงเริ่มอธิบายความสัมพันธ์ของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในผ่านทฤษฎีต่างๆ

¹ Arthur Nussbaum, A Concise History of the Law of Nations, (New York: The Macmillan Company, 1950), p. 23.

² *Ibid.*, p. 45.

³ David Thór Björgvinsson, The Intersection of International Law and Domestic Law, (Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2015), p. 19.

2.2 ทฤษฎีที่อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน

นักวิชาการได้พยายามอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน (domestic law or municipal law) ด้วยทฤษฎีสำคัญ คือ ทฤษฎีเอกนิยม และทฤษฎีทวินิยม ต่อมานักวิชาการเห็นว่าทั้งสองทฤษฎีไม่อาจอธิบายทางปฏิบัติขององค์กรระหว่างประเทศ องค์กรภายในของรัฐ ซึ่งรวมถึงศาลได้⁴ จึงมีความพยายามในการประสานแนวคิดของทั้งสองทฤษฎี เรียกว่า ทฤษฎีการประสาน พิจารณาได้ ดังต่อไปนี้

2.2.1 ทฤษฎีเอกนิยม

สาระสำคัญของทฤษฎีเอกนิยม (monist theory) คือ กฎหมายมีความเป็นเอกภาพ กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในต่างมีความสมบูรณ์จากที่มาของกฎหมายเดียวกัน⁵ อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีเอกนิยมก็มีแนวทางที่แตกต่างกัน พิจารณาได้ ดังนี้

2.2.1.1 ทฤษฎีเอกนิยมในทางปรัชญา

ทฤษฎีเอกนิยมในทางปรัชญา อาจแยกพิจารณาได้ 2 กรณี คือ ทฤษฎีเอกนิยมทางสังคมและจิตวิทยา และทฤษฎีเอกนิยมสำนักปฏิฐานนิยม ดังนี้

(1) ทฤษฎีเอกนิยมทางสังคมและจิตวิทยา

นักวิชาการคนสำคัญที่อธิบายแนวความคิดนี้ คือ Hugo Krabbe (1859-1936) และ Léon Duguit (1859-1929)⁶ Krabbe กล่าวถึง “อธิปไตยของกฎหมาย (sovereignty of law)”⁷ กล่าวคือ กฎหมายเกิดจากความรู้สึกผิดชอบของมนุษย์ซึ่งเป็นคุณสมบัติทางจิตใจของมนุษย์ กฎหมายระหว่างประเทศเกิดขึ้นจากการที่ประชาชนในรัฐต่างๆ ขยายขอบเขตของความรู้สึกผิดชอบของตนภายใต้ผลกระทบของเหตุการณ์ภายนอกให้รวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างประเทศด้วย ดังนั้น ที่มาของกฎหมายจึงมิใช่เจตจำนงของรัฐ หากแต่เป็นความรู้สึกผิดชอบทางกฎหมายร่วมกันของผู้มีส่วนได้เสียซึ่งได้รับผลกระทบจากกฎเกณฑ์ดังกล่าว และผู้ซึ่งมีอำนาจตาม

⁴ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* 7th Edition, (New York: Oxford University Press Inc., 2008), p. 33.

⁵ David Thór Björgvinsson, *supra note* 3, p. 20.

⁶ Arthur Nussabaum, *supra note* 1, p. 283.

⁷ Hugo Krabbe, “L'idée moderne de l'État,” *Recueil des Cours* 13, pp. 576-581 (1926) cited in *Ibid.*, pp. 283-285.

รัฐธรรมนูญในการปกป้องผลประโยชน์ดังกล่าว เช่น หน่วยงานของรัฐ ศาล เป็นต้น⁸ Krabbe จึงสรุปว่ากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในมีลักษณะและคุณสมบัติเหมือนกัน และต่างเหนือกว่ากฎเกณฑ์ของรัฐ (state rules) นอกจากนี้ เมื่อกฎหมายระหว่างประเทศบังคับใช้ ต่อสังคมที่มีขนาดใหญ่กว่าจึงมีลำดับศักดิ์เหนือกว่ากฎหมายภายใน⁹ จะเห็นได้ว่า Krabbe อธิบาย ลักษณะสำคัญสองประการ คือ กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในมีลักษณะเหมือนกันจึง ดำรงอยู่ในเอกภาพเดียวกัน และกฎหมายระหว่างประเทศมีลำดับศักดิ์เหนือกว่ากฎหมายภายใน

Léon Duguit พิจารณากฎหมายแยกต่างหากออกจากรัฐ และอธิบายว่า กฎหมายเกิดจากคุณสมบัติทางจิตใจของปัจเจกชนเช่นเดียวกับKrabbe Duguit อธิบายว่ารัฐเป็น เพียงกลุ่มของปัจเจกชนซึ่งอาศัยในดินแดนเดียวกันและดำรงอยู่ด้วยความจำเป็น ไม่ว่าทางกายภาพ ศีลธรรม ศาสนา เศรษฐกิจ และอื่นๆ ซึ่งผู้ปกครองเป็นผู้กำหนดขึ้นเพื่อปกครองผู้ใต้ปกครอง ส่วนแบบแผนทางกฎหมายเกิดจากสำนึกของชาติ หรือข้อเท็จจริงทางสังคมก่อให้เกิดแบบแผน ทางสังคม และจะกลายเป็นแบบแผนทางกฎหมายเมื่อกลุ่มของปัจเจกชนยอมรับว่า หากมีการละเมิด แบบแผนย่อมเกิดข้อยกเว้นให้ใช้กำลังได้เพื่อประกันว่าแบบแผนจะได้รับการปฏิบัติตาม กล่าวคือ แบบแผนทางกฎหมายย่อมมีสภาพบังคับ เมื่อ Krabbe อธิบายว่าปัจเจกชนมีส่วนทำให้เกิดกฎหมาย และกฎหมายเหนือกว่าอำนาจอธิปไตยของรัฐ Duguit จึงอธิบายต่อว่า ปัจเจกชนเป็นผู้ทำให้เกิด กฎหมายระหว่างประเทศ แต่ปัจเจกชนดังกล่าวรวมถึงผู้ปกครองด้วย ความปรารถนาของปัจเจกชนที่เป็นหนึ่งเดียวกันก็ได้หยั่งรากลึกในตัวผู้ปกครอง แม้ว่า Duguit มองว่ากฎหมายระหว่างประเทศและ กฎหมายภายในมีความเป็นเอกภาพ แต่ก็มิได้สรุปว่ากฎหมายระหว่างประเทศเหนือกว่า กฎหมายภายใน¹⁰

(2) ทฤษฎีเอกนิยมสำนักปฏิฐานนิยม

นักวิชาการคนสำคัญ คือ Hans Kelsen (1881-1973) ได้อธิบาย “ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ (pure theory of law)” ซึ่งมุ่งพิจารณากฎหมายแยกต่างหากจากคุณค่า ทางศีลธรรม จิตวิทยา หรืออุดมการณ์ทางการเมือง¹¹ โดยอธิบายว่าความชอบด้วยกฎหมายและ

⁸ *Ibid.*, p. 284.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel* 3rd Edition, (Paris: E.de Boccard, 1927) cited in Arthur Nussbaum, *supra* note 1, pp. 284-285.

¹¹ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, (Berkeley: University of California Press, 1967), pp. 129-154.

บรรทัดฐานทางกฎหมายไม่เกี่ยวข้องกับคุณค่าทางศีลธรรมและอุดมการณ์ทางการเมือง จึงไม่อาจประเมินในเชิงคุณค่าได้ว่ากฎหมายเหมาะสมหรือยุติธรรมหรือไม่ ทฤษฎีดังกล่าวมุ่งอธิบายความสัมพันธ์ของบรรทัดฐานทางกฎหมายที่เป็นเหตุเป็นผลและเป็นທີ່ประจักษ์เฉพาะในแง่ของประโยคทางกฎหมายเท่านั้น สารสำคัญของทฤษฎีว่าด้วยแบบแผน คือ การกระทำหรือเหตุการณ์ใดๆ ที่มีลำดับศักดิ์ที่เป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายย่อมเกิดขึ้นจากบรรทัดฐานทางกฎหมายอื่นที่สูงขึ้นไป โดยมีบรรทัดฐานขั้นมูลฐาน (basic norm) เป็นที่มาของลำดับศักดิ์ทางกฎหมายที่สูงที่สุด¹² กล่าวคือ Kelsen อธิบายความชอบด้วยกฎหมายด้วยลำดับศักดิ์แห่งบรรทัดฐานทางกฎหมายโดยไม่คำนึงถึงปัจจัยภายนอกอื่นๆ เช่น ศีลธรรม ศาสนา หรือความยุติธรรม เป็นต้น

Kelsen อ้างว่า การอธิบายธรรมชาติของกฎหมายข้างต้นปรับใช้ได้ไม่ว่ากฎเกณฑ์ของกฎหมายดังกล่าวจะเกิดภายในรัฐ (กฎหมายภายใน) หรือเกิดจากปฏิสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่างๆ (กฎหมายระหว่างประเทศ)¹³ Kelsen ปฏิเสธว่าผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศมิได้มีเพียงรัฐเท่านั้นหากแต่รวมถึงปัจเจกชนด้วย มิฉะนั้นพันธกรณีและสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศย่อมไม่มีเนื้อหาใดๆ และกฎหมายระหว่างประเทศย่อมไม่อาจผูกพันหรือให้อำนาจผู้ใดที่จะกระทำการใดๆ¹⁴ Kelsen อธิบายว่ากฎหมายระหว่างประเทศมีความสำคัญในฐานะส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายสากลซึ่งมีระบบกฎหมายภายในเป็นส่วนหนึ่งของระบบด้วย¹⁵ แนวคิดของ Kelsen สอดคล้องกับทฤษฎีเอกนิยม โดยอธิบายว่ากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในมีธรรมชาติที่เหมือนกันและต่างอยู่ในระบบของบรรทัดฐานเดียวกัน นอกจากนี้ กฎหมายระหว่างประเทศเป็นเหตุผลในการพิจารณาความสมบูรณ์ของระบบกฎหมายของทุกๆ รัฐ ดังนั้นกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในย่อมมีที่มาสูงสุดของกฎหมายเดียวกัน นั่นคือ บรรทัดฐานขั้นมูลฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ บรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศจึงมีสถานะเหนือกว่ากฎหมายภายใน¹⁶

¹² Hans Kelsen, Principles of General Theory of Law and State, (New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2007), pp. 110-111.

¹³ *Ibid.*, p. 341.

¹⁴ *Ibid.*, p. 342.

¹⁵ *Ibid.*, p. 363.

¹⁶ *Ibid.*, p. 369.

2.2.1.2 ทฤษฎีเอกนิยมทางรัฐธรรมนูญและการเมือง

ทฤษฎีเอกนิยมทางรัฐธรรมนูญและการเมือง พิจารณาได้ 2 กรณี คือ ทฤษฎีเอกนิยมทางรัฐธรรมนูญและการเมืองในยุคแรก และทฤษฎีเอกนิยมทางรัฐธรรมนูญและการเมืองสมัยใหม่ ดังนี้

(1) ทฤษฎีเอกนิยมทางรัฐธรรมนูญและการเมืองในยุคแรก

ทฤษฎีนี้มีได้อธิบายว่ากฎหมายระหว่างประเทศมีลำดับศักดิ์เหนือกว่ากฎหมายภายใน ทว่าสนับสนุนความเป็นสูงสุดของกฎหมายภายใน นักวิชาการคนสำคัญ คือ Johan Jakob Moser (1701-1785) Karl Bergbohm (1849-1927) Albert Zorn และ Max Wenzel โดยอธิบายว่า กฎหมายภายในมีลำดับศักดิ์เหนือกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในมุมมองของกฎหมายภายใน กฎหมายระหว่างประเทศเป็นเพียงเรื่องภายนอก กฎหมายระหว่างประเทศจึงมิใช่ระบบกฎหมายที่เป็นอิสระแต่เป็นแนวทางซึ่งมีคุณค่าที่ไม่ถาวร เมื่อรัฐเห็นว่าคุณค่าดังกล่าวขัดแย้งกับผลประโยชน์ของตนย่อมทำลายคุณค่าดังกล่าวได้ ทฤษฎีนี้ถูกโต้แย้งอย่างสิ้นเชิงในเวลาต่อมา โดยทฤษฎีเอกนิยมทางรัฐธรรมนูญและการเมืองสมัยใหม่¹⁷

(2) ทฤษฎีเอกนิยมทางรัฐธรรมนูญและการเมืองสมัยใหม่

แนวคิดตามทฤษฎีเอกนิยมทางรัฐธรรมนูญและการเมืองในยุคแรกซึ่งปฏิเสธความเป็นสูงสุดของกฎหมายระหว่างประเทศถูกโต้แย้งด้วยเหตุผลหลายประการ¹⁸ เช่น ข้อเท็จจริงที่ว่าในปัจจุบันรัฐอธิปไตยจำนวนมากยอมรับที่จะผูกพันตนตามมาตรฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าในรูปแบบของบรรทัดฐาน ความยินยอมในการเข้าทำสนธิสัญญา การยอมรับและโอนอำนาจรัฐแก่องค์การระหว่างประเทศที่เหนือกว่ารัฐ ย่อมยืนยันได้ว่าอำนาจตามกฎหมายมิใช่เรื่องภายในรัฐเท่านั้น นอกจากนี้ การอธิบายว่ากฎหมายภายในเหนือกว่ากฎหมายระหว่างประเทศย่อมสอดคล้องกับทฤษฎีทวินิยมมากกว่าทฤษฎีเอกนิยม

ทฤษฎีเอกนิยมทางรัฐธรรมนูญและการเมืองสมัยใหม่เกิดขึ้นในคริสต์ศตวรรษที่ 20 เมื่ออำนาจอธิปไตยของรัฐก่อให้เกิดสงครามและการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างกว้างขวาง จึงเกิดแนวคิดต่อต้านอำนาจอันไม่จำกัดของรัฐซึ่งกระทำการใดๆ ตามแต่ตนต้องการต่อปัจเจกชนที่อยู่ภายใต้อำนาจ โดยรัฐอื่นๆ ไม่สามารถกระทำการใดบนพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศได้ รัฐจึงไม่ได้รับความไว้วางใจให้เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมและเคารพหลักการ

¹⁷ Arthur Nussbaum, *supra* note 1, pp. 26-27.

¹⁸ David Thór Björgvinsson, *supra* note 3, p. 27.

พื้นฐานของกฎหมายสิทธิมนุษยชน¹⁹ ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงนำมาสู่แนวคิดที่ว่า แม้กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในจะเป็นหนึ่งเดียวกัน แต่กฎหมายภายในต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่สูงกว่า นั่นคือ กฎหมายระหว่างประเทศ ทฤษฎีนี้อธิบายถึงการมีอยู่ของหลักการทั่วไปทางกฎหมายซึ่งมีพื้นฐานของหลักการทางศีลธรรม แนวคิดของกฎหมายธรรมชาติและสิทธิตามธรรมชาติของปัจเจกชน เพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนในระดับระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม การจะบังคับใช้สิทธิของปัจเจกชนตามกฎหมายเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศได้จริงหรือไม่ เพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับรัฐอธิปไตยผู้กำหนดมาตรฐานและหลักเกณฑ์ในการบังคับใช้ภายในประเทศซึ่งถือเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับภายในประเทศ²⁰

Hersch Lauterpacht (1897-1960) นักวิชาการผู้สนับสนุนแนวคิดนี้อธิบายว่า กฎหมายระหว่างประเทศมีลำดับศักดิ์สูงสุดแม้ในขอบเขตของกฎหมายภายในและปัจเจกชนซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิผู้หนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ แนวคิดดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากสวัสดิภาพของปัจเจกชน และการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นสิทธิที่ไม่อาจโอนแก่ผู้ใดได้ในฐานะศีลธรรมระหว่างประเทศ สังคมระหว่างประเทศจึงมีพันธกรณีและบทบาทในการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ รัฐธรรมนูญของรัฐจึงต้องรับรองสถานะของกฎหมายระหว่างประเทศ และยอมรับความเป็นสูงสุดของกฎหมายระหว่างประเทศให้มีลำดับศักดิ์เหนือกฎหมายภายใน ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องบัญญัติกฎหมายโดยเคารพต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการก็ผูกพันต้องบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศโดยสุจริตแม้ในกรณีขัดแย้งกับกฎหมายภายใน²¹

จะเห็นได้ว่า ลักษณะสำคัญของทฤษฎีเอกนิยมไม่ว่าจะพิจารณาจากนักวิชาการท่านใดต่างมีความเห็นไปในทางเดียวกันว่า กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในมีความเป็นเอกภาพ ต่างเป็นส่วนหนึ่งของสิ่งเดียวกัน หากแต่ยังคงเห็นแตกต่างกันในเรื่องลำดับศักดิ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ ฝ่ายทฤษฎีเอกนิยมทางสังคมและจิตวิทยา ทฤษฎีเอกนิยมสำนักปฏิฐานนิยม ทฤษฎีเอกนิยมทางรัฐธรรมนูญและการเมืองสมัยใหม่สนับสนุนความเป็นสูงสุดของ

¹⁹ *Ibid.*, p. 28.

²⁰ *Ibid.*, p. 29.

²¹ Hersch Lauterpacht, International Law and Human Rights, (London: Stevens & Sons Ltd., 1950), pp. 45-47 and 122-126.

กฎหมายระหว่างประเทศ ส่วนฝ่ายทฤษฎีเอกนิยมทางรัฐธรรมนูญและการเมืองในยุคแรกเท่านั้นที่ปฏิเสธแนวคิดดังกล่าว

2.2.2 ทฤษฎีทวินิยม

ทฤษฎีทวินิยมมีลักษณะสำคัญ คือ กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในเป็นระบบกฎหมายสองระบบที่แตกต่างกัน อาจแยกพิจารณาได้ 2 กรณี คือ ทฤษฎีทวินิยมที่มีพื้นฐานทางประวัติศาสตร์และปรัชญา และทฤษฎีทวินิยมที่มีพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญและการเมืองดังนี้

2.2.2.1 ทฤษฎีทวินิยมที่มีพื้นฐานทางประวัติศาสตร์และปรัชญา

นักวิชาการคนสำคัญ คือ Heinrich Triepel (1868-1946) อธิบายว่ากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในต่างเป็นระบบกฎหมายที่มีลักษณะทางกฎหมายแตกต่างกัน ปัจจัยพื้นฐานที่ทำให้กฎหมายระหว่างประเทศแตกต่างจากกฎหมายภายใน คือ

ประการแรก กฎหมายทั้งสองระบบมีที่มาที่แตกต่างกัน กล่าวคือกฎหมายภายในเกิดจากการตัดสินใจโดยความยินยอมของฝ่ายนิติบัญญัติภายในรัฐ ซึ่งได้แก่พระราชบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภา กฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารหรือกฎเกณฑ์ที่มีลำดับศักดิ์เทียบเท่า ในขณะที่กฎหมายระหว่างประเทศมักเกิดจากจารีตประเพณี และสนธิสัญญา²² ประการต่อมาบุคคลผู้อยู่ใต้บังคับของกฎหมายแตกต่างกัน กล่าวคือ บุคคลผู้อยู่ใต้บังคับของกฎหมายภายใน คือปัจเจกชนในความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนด้วยกัน และปัจเจกชนกับองค์กรของรัฐในความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนกับรัฐ ส่วนบุคคลผู้อยู่ใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ คือ รัฐ²³ และประการสุดท้าย กฎหมายทั้งสองต่างบังคับใช้ภายใต้ระบบที่ต่างกัน และเนื้อหาของกฎหมายทั้งสองก็แตกต่างกันซึ่งแทบจะไม่คาบเกี่ยวกัน²⁴

Triepel จึงสรุปว่า “กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในมิได้แตกต่างกันเฉพาะเรื่องเนื้อหาแห่งสิทธิ หากแต่มีระบบกฎหมายที่แตกต่างกันด้วย กฎหมายทั้งสอง

²² Heinrich Triepel, “Les rapports entre le droit interne et le droit international,” *Recueil des Cours* 1, pp. 82-83 (1923) cited in David Thór Björgvinsson, *supra* note 3, p. 32.

²³ Heinrich Triepel, “Les rapports entre le droit interne et le droit international,” *Recueil des Cours* 1, p. 81 (1923), cited in David Thór Björgvinsson, *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

เป็นวงกลมสองวงที่มีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดแต่ไม่ทับซ้อนกัน เมื่อกฎหมายทั้งสองมิได้บังคับใช้ในระบบเดียวกัน จึงไม่มีโอกาสที่จะขัดแย้งกัน”²⁵

จะเห็นได้ว่า เมื่อกฎหมายทั้งสองมีผู้อยู่ใต้บังคับของกฎหมายที่ต่างกัน กล่าวคือ เมื่อกฎหมายระหว่างประเทศควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างรัฐอธิปไตย ส่วนกฎหมายภายในควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนด้วยกัน และระหว่างปัจเจกชนกับฝ่ายบริหาร ระบบกฎหมายหนึ่งจึงไม่มีอำนาจอาจออกหรือแก้ไขกฎเกณฑ์ใดๆ ของอีกระบบกฎหมายหนึ่ง กรณีที่เกิดการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในจึงเป็นเรื่องการใช้อำนาจขององค์กรภายในของรัฐแปลงรูปกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายใน กรณีที่กฎหมายระหว่างประเทศขัดแย้งกับกฎหมายภายใน ฝ่ายทวินิยมจึงเห็นว่ากฎหมายภายในมีลำดับศักดิ์สูงสุดในระบบกฎหมายภายใน ส่งผลให้ศาลภายในปรับใช้กฎหมายภายใน²⁶

2.2.2.2 ทฤษฎีทวินิยมที่มีพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญและการเมือง

ทฤษฎีทวินิยมนี้มีพื้นฐานของแนวคิดทางรัฐธรรมนูญและการเมืองเกี่ยวกับการกำหนดเจตจำนงด้วยตนเอง รัฐอธิปไตย หลักนิติรัฐ และหลักการแบ่งแยกอำนาจ นักวิชาการฝ่ายทวินิยมที่อธิบายความสัมพันธ์ของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในด้วยแนวคิดทางรัฐธรรมนูญและการเมืองเห็นว่า เมื่อกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในเป็นระบบกฎหมายสองระบบที่แตกต่างกัน จึงไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในในระดับระหว่างประเทศได้โดยอัตโนมัติเนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐหนึ่งไม่มีอำนาจกระทำการในกรณีดังกล่าว²⁷ การอธิบายเช่นนี้สอดคล้องกับทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยว่า รัฐมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการออกและบังคับใช้กฎหมายในเขตอำนาจของตน ทฤษฎีทวินิยมจึงเป็นเครื่องมือสำคัญในการปกป้องอำนาจอธิปไตยของรัฐ²⁸

แนวคิดพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญอีกประการหนึ่งที่สอดคล้องกับทฤษฎีทวินิยม คือ หลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างองค์กรของรัฐ กล่าวคือ อำนาจของฝ่ายบริหารในการเจรจาและทำสนธิสัญญาและอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการบัญญัติกฎหมาย กล่าวคือ

²⁵ Heinrich Triepel, “Les rapports entre le droit interne et le droit international,” *Recueil des Cours* 1, p. 83 (1923) cited in David Thór Björgvinsson, *Ibid.*

²⁶ Ian Brownlie, *supra* note 4, p. 32.

²⁷ David Feldman, “Monoism Dualism and Constitutional Legitimacy,” *Australian Yearbook of International Law* 20, pp. 106-107 (1999).

²⁸ David Thór Björgvinsson, *supra* note 3, p. 35.

เมื่อฝ่ายบริหารเจรจาและเข้าทำสนธิสัญญาจำต้องอาศัยกระบวนการทางนิติบัญญัติในการทำให้บรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศตามสนธิสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายภายใน²⁹

นอกจากนี้ ทฤษฎีทวินิยมยังสอดคล้องกับหลักนิติรัฐและความมั่นคงแห่งนิติฐานะ กล่าวคือ ต้องมีความแน่นอนที่สมเหตุสมผลเพียงพอว่าบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นๆ ได้เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายภายใน หากไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการพิจารณาว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในหรือไม่ย่อมไม่ยุติธรรมต่อปัจเจกชนผู้ถูกกำหนดสถานะทางกฎหมายโดยกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีที่กฎหมายระหว่างประเทศขัดแย้งกับกฎหมายภายใน เนื่องจากโดยปกติปัจเจกชนย่อมอ้างกฎหมายภายใน³⁰

จะเห็นได้ว่า ทฤษฎีทวินิยมไม่ว่าจะอธิบายด้วยพื้นฐานทางประวัติศาสตร์และปรัชญาหรือทางรัฐธรรมนูญและการเมืองล้วนมีลักษณะสำคัญ คือ กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในเป็นระบบกฎหมายสองระบบที่แตกต่างกัน ในกรณีที่กฎหมายระหว่างประเทศขัดแย้งกับกฎหมายภายใน ศาลภายในต้องใช้กฎหมายภายในเสมอ กรณีที่ปรากฏว่ากฎหมายที่ศาลภายในใช้เป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ จึงเป็นเรื่องที่รัฐใช้อำนาจตามกฎหมายภายในทำให้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในแล้ว ทฤษฎีทวินิยมจึงเป็นเครื่องมือที่รัฐใช้รักษาอำนาจอธิปไตย หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักนิติรัฐและความมั่นคงแห่งนิติฐานะของรัฐ

2.2.3 ทฤษฎีการประสาน

การอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในผ่านทฤษฎีเอกนิยมหรือทวินิยมอาจขัดแย้งกับทางปฏิบัติขององค์กรของรัฐซึ่งรวมถึงศาลด้วย³¹ Sir Gerald Fitzmaurice (1901-1982) อธิบายว่าระบบกฎหมายทั้งสองระบบไม่อาจขัดแย้งกันเองในเชิงระบบเนื่องจากต่างทำหน้าที่ในระบบของตนเอง และระบบกฎหมายแต่ละระบบต่างสูงสุดในระบบของตนเอง อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายทั้งสองอาจขัดแย้งกันในเชิงพันธุกรณีอันเนื่องมาจาก

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ Gerald Fitzmaurice, "The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law," *Hague Recueil* 92, pp. 68-94 (1957).

รัฐไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ กรณีดังกล่าวมิได้ทำให้กฎหมายภายในไม่สมบูรณ์แต่อาจเกิดความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ³²

Daniel Patrick O' Connell (1924-1979) อธิบายว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน ศาลจึงนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้ แต่ในกรณีที่มีการขัดกันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ต้องยอมรับว่าศาลต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายภายใน จึงเป็นหน้าที่ของนักกฎหมายที่จะต้องประสานประโยชน์ของกฎหมายทั้งสองระบบ ทั้งนี้ ไม่ควรมองว่ากฎหมายหนึ่งต้องอยู่เหนือกฎหมายหนึ่ง แต่ควรตีความและปรับใช้กฎหมายทั้งสองอย่างสอดคล้องกัน ในกรณีที่เกิดความขัดแย้งกันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้เท่านั้นจึงจะใช้กฎเกณฑ์ที่เฉพาะเจาะจงว่าในกรณีดังกล่าวต้องใช้กฎเกณฑ์ซึ่งกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจเฉพาะแก่ผู้ปรับใช้กฎหมาย³³

จะเห็นได้ว่า ทฤษฎีการประสาน (co-ordination theory) มิได้มุ่งอธิบายข้อพิจารณาทางทฤษฎีอย่างลึกซึ้ง แต่มุ่งพิจารณาทางปฏิบัติจริงซึ่งสอดคล้องกับทางปฏิบัติส่วนใหญ่ของรัฐและคำตัดสินของศาลระหว่างประเทศ³⁴ ทั้งนี้ เนื่องด้วยการขยายตัวของขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศส่งผลให้รัฐส่วนใหญ่ยอมรับสถานะบางประการของกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศว่าเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายที่แตกต่างจากระบบกฎหมายภายใน ซึ่งรัฐต่าง ๆ นำไปปรับใช้ตามแต่สถานการณ์ ศาลภายในจึงเริ่มมีหน้าที่ในการตีความกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศมากขึ้น³⁵

2.3 การรับกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาในระบบกฎหมายภายใน

ปัญหาที่เกี่ยวกับการปรากฏตัวของกฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายใน เช่น ฝ่ายนิติบัญญัติจะดำเนินการเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศอย่างไร กฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในได้อย่างไร ศาลภายในจะวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับ

³² Ian Brownlie, *supra* note 4, p. 33.

³³ D.P.O' Connell, International Law, (London: Stevens & Sons Limited, 1970), p. 43.

³⁴ Gerald Fitzmaurice, *supra* note 31, p. 5.

³⁵ Malcom N. Shaw, International Law Sixth Edition, (New York: Cambridge University Press, 2008), p. 133.

กฎหมายระหว่างประเทศอย่างไร เป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาเรื่องการรับกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาในระบบกฎหมายภายในของรัฐ

แม้กฎหมายระหว่างประเทศจะกำหนดหน้าที่แก่รัฐในการปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศ และห้ามมิให้รัฐอ้างกฎหมายภายในเพื่อเป็นข้อยกเว้นในการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ³⁶ แต่กฎหมายระหว่างประเทศมิได้กำหนดว่ารัฐจะต้องดำเนินการเกี่ยวกับกฎหมายภายในอย่างไรให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ และได้กำหนดสถานะของกฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายใน จึงเป็นเรื่องทางปฏิบัติของแต่ละรัฐในการดำเนินการซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อพิจารณาและกระบวนการตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ³⁷

อีกทั้ง รัฐไม่มีหน้าที่ใดๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศในการเลือกรับกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาในระบบกฎหมายภายในตามทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งโดยเฉพาะ จึงเป็นเรื่องทางปฏิบัติของแต่ละรัฐว่า รัฐจะให้ความสำคัญกับคุณค่าซึ่งปรากฏเบื้องหลังทฤษฎีต่างๆ ที่แตกต่างกันตามทฤษฎีใด³⁸ ทั้งนี้ อาจพิจารณาทางปฏิบัติของรัฐในการรับกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาในระบบกฎหมายภายในได้ ดังนี้

2.3.1 ทฤษฎีการผนวก

ทฤษฎีการผนวก (doctrine of automatic incorporation) ได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีเอกนิยมซึ่งยอมรับการผนวกกฎหมายระหว่างประเทศเข้าเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายภายในโดยทันที จึงไม่ต้องอาศัยกระบวนการพิเศษใดๆ ของรัฐในการผนวกกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวอีก เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญของรัฐที่ยอมรับทฤษฎีนี้จะกำหนดให้มีการยอมรับการมีผลบังคับโดยตรง (direct effect) ของกฎหมายระหว่างประเทศ³⁹ ทำให้กฎหมายระหว่างประเทศมีสถานะเป็นกฎหมายในระดับภายในประเทศ (ทั้งนี้ ลำดับศักดิ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ผนวกเข้าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในอาจแตกต่างกันในแต่ละรัฐ) ปัจจุบันจึงมีฐานในการอ้างสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศต่อศาลภายในได้ และศาลจึงมีอำนาจปรับใช้และกำหนดความสมบูรณ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกับกรณีของกฎหมายภายใน

³⁶ โปรดดู หัวข้อที่ 2.4

³⁷ David Thór Björgvinsson, *supra* note 3, p. 55.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, p. 56.

อื่นๆ⁴⁰ ทั้งนี้ การยอมรับทฤษฎีการผนวกนี้ไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างเป็นทางการเป็นลายลักษณ์อักษร อาจเป็นเพียงหลักการของกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือรัฐบัญญัติซึ่งขึ้นอยู่กับประเพณีทางรัฐธรรมนูญของรัฐนั้นๆ⁴¹

อย่างไรก็ตาม การที่พิจารณาได้ว่ารัฐยอมรับทฤษฎีการผนวกกฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน มิได้หมายความว่ารัฐจะยอมรับการผนวกทุกที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศ จึงขึ้นอยู่กับทางปฏิบัติของแต่ละรัฐซึ่งมีความแตกต่างกัน⁴² บางรัฐอาจยอมรับการผนวกจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ไม่ยอมรับการผนวกสนธิสัญญาโดยตรง เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แคนาดา เป็นต้น บางรัฐอาจยอมรับการผนวกสนธิสัญญาบางประเภทให้มีผลบังคับโดยตรง เรียกว่า สนธิสัญญาที่มีผลบังคับทันที (self-executing treaty) ในขณะที่สนธิสัญญาบางประเภทอาจไม่มีผลบังคับโดยตรงในระบบกฎหมายภายใน (non self-executing treaty) เช่น สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ เป็นต้น⁴³

2.3.2 ทฤษฎีการแปลงรูป

ทฤษฎีแปลงรูป (doctrine of transformation) นี้ได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีทวินิยมที่มองว่า กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในแตกต่างกันและต่างดำรงอยู่กันคนละระบบ กฎหมายระหว่างประเทศจึงไม่ถูกผนวกเข้ามาในระบบกฎหมายภายในได้โดยทันที หากแต่ต้องแปลงรูปเป็นกฎหมายภายในเสียก่อน กฎหมายระหว่างประเทศจึงไม่มีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศอีกต่อไป⁴⁴ (แตกต่างจากการผนวกกฎหมายระหว่างประเทศเข้าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในตามทฤษฎีแรกที่กฎหมายระหว่างประเทศมีสถานะในระบบกฎหมายภายในในฐานะของกฎหมายระหว่างประเทศ) ทั้งนี้ จะพิจารณาว่ารัฐยอมรับทฤษฎีการแปลงรูปกฎหมายระหว่างประเทศในที่มาใดบ้างขึ้นอยู่กับทางปฏิบัติของแต่ละรัฐ บางรัฐอาจยอมรับทฤษฎีการแปลงรูปเฉพาะในกรณีของสนธิสัญญาเท่านั้น เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน แคนาดา เป็นต้น

⁴⁰ *Ibid.*, p. 57.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*, pp. 56-60.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 60-61.

บางรัฐยอมรับทฤษฎีดังกล่าวทั้งในกรณีของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และสนธิสัญญา เช่น นอร์เวย์ เดนมาร์ก ไอซ์แลนด์ เป็นต้น⁴⁵

เมื่อฝ่ายบริหารแสดงเจตนาเข้าผูกพันตนตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น กรณีของสนธิสัญญาเมื่อฝ่ายบริหารเข้าทำสนธิสัญญา สนธิสัญญายังไม่มีผลเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายภายในทันที แต่จะต้องมีการแปลงรูปสนธิสัญญาดังกล่าวเสียก่อน การแปลงรูปกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในย่อมอยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐ โดยมักพบในกรณีของสนธิสัญญาที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่ต้องออกกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาที่รัฐผูกพันตน การแปลงรูปดังกล่าวอาจเรียกว่า การอนุวัติการ (implementation)⁴⁶ วิธีการแปลงรูปมีหลายรูปแบบ เช่น การแนบท้ายด้วยบทสนธิสัญญาทั้งฉบับท้ายพระราชบัญญัติอนุวัติการ (scheduling)⁴⁷ การแก้ไขกฎหมายภายในที่มีอยู่เดิม หรือออกกฎหมายขึ้นใหม่โดยทำให้เนื้อหาของกฎหมายสอดคล้องกับเนื้อหาของพันธกรณีของสนธิสัญญา โดยส่วนใหญ่จะอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติ หรืออาจอยู่ในรูปของกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือกฎเกณฑ์ทางปกครอง (adaptation)⁴⁸ การพิมพ์ประกาศใช้สนธิสัญญาเผยแพร่ในราชกิจจานุเบกษา⁴⁹ เป็นต้น เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินการแปลงรูปสนธิสัญญาเป็นกฎหมายอนุวัติการซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายภายในของรัฐ มิใช่กฎหมายระหว่างประเทศอีกต่อไป ปัจเจกชนจึงมีฐานในการอ้างสิทธิตามสนธิสัญญาในระบบกฎหมายภายใน ศาลจึงอาจปรับใช้สนธิสัญญาที่แปลงรูปแล้วในฐานะกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญา มิใช่ในฐานะสนธิสัญญา

จากที่ได้อธิบายข้างต้นแล้วว่า กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดหน้าที่แก่รัฐในการปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศ และห้ามมิให้รัฐอ้างกฎหมายภายในเพื่อเป็นข้อยกเว้นในการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ แต่รัฐไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศในการเลือกรับกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาในระบบกฎหมายภายในโดยยึด

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Michael P. Van Alstine, The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study (edited by David Sloss), (New York: Cambridge University Press, 2009), p. 569.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ David Thór Björgvinsson, *supra* note 3, p.76.

⁴⁹ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), น. 73.

ทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งโดยเฉพาะ กฎหมายระหว่างประเทศให้เป็นดุลพินิจของรัฐในการดำเนินการตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ ทางปฏิบัติของรัฐจึงแตกต่างกันออกไปตามโครงสร้างทางรัฐธรรมนูญภายในของรัฐ การปรากฏตัวของกฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในที่แตกต่างกันข้างต้น อาจส่งผลต่อการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศขององค์กรภายในของรัฐในระบบกฎหมายภายใน ซึ่งรวมถึงการปรับใช้กฎหมายในการวินิจฉัยข้อพิพาทของศาลภายในที่แตกต่างกันซึ่งจะได้อธิบายต่อไป

2.4 หน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ

ในเรื่องหน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ผู้เขียนจะอธิบายใน 2 ประเด็นคือ หน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ และความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศกรณีไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ

2.4.1 หน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ

ในเรื่องหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ผู้เขียนจะอธิบายพื้นฐานของหน้าที่ในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ 2 ประเภทซึ่งแตกต่างกัน คือ สนธิสัญญา และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ พิจารณาได้ ดังนี้

2.4.1.1 สนธิสัญญา

พื้นฐานของการที่รัฐต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาเป็นไปตามหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตาม (*pacta sunt servanda*) ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์สำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นสากล⁵⁰ และมีฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ปรากฏอย่างชัดแจ้งตามข้อบทที่ 26 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ว่า “สนธิสัญญาทุกฉบับที่มีผลใช้บังคับแล้วย่อมผูกพันภาคีและจะต้องใช้บังคับโดยภาคีด้วยความสุจริต”⁵¹ ข้อบทข้างต้นกำหนดให้รัฐภาคีในสนธิสัญญาต้องปฏิบัติตาม

⁵⁰ See Preamble of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969

“3. Noting that the principles of free consent and of good faith and the *pacta sunt servanda* rule are universally recognized.”

⁵¹ คำแปล โปรดดู ประสิทธิ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551), น. 194.

พันธกรณีตามสนธิสัญญาโดยสุจริต โดยมีพื้นฐานทางกฎหมายที่สำคัญ 3 ประการ คือ ประการแรก คือ ความผูกพันในลักษณะของสัญญาซึ่งเกิดขึ้นในสนธิสัญญาเฉพาะเจาะจงที่รัฐภาคีเข้าผูกพัน เมื่อรัฐยินยอมเข้าผูกพันตนในสนธิสัญญาย่อมก่อพันธกรณีแก่รัฐ⁵² ประการที่สอง คือ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาเองที่ผูกพันรัฐภาคีทุกรัฐให้ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของตนตามสนธิสัญญา⁵³ และประการสุดท้าย คือ หลัก *pacta sunt servanda* ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ทุกรัฐยอมรับและเล็งเห็นถึงความสำคัญมาอย่างยาวนาน⁵⁴

ด้วยพื้นฐานของหลัก *pacta sunt servanda* ซึ่งเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รัฐจึงมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศโดยสุจริตในกรณีที่เกิดความขัดแย้งระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน หรือกรณีที่รัฐไม่แน่ใจว่าจะตีความหรืออนุวัติการพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศอย่างไร กฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีลำดับศักดิ์สูงสุดในระดับระหว่างประเทศ รัฐจึงต้องกระทำการโดยสุจริตให้กฎหมายภายในสอดคล้องกับพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ

อีกทั้ง รัฐยังไม่อาจอ้างบทบัญญัติของกฎหมายภายในของตนหรือความไม่สมบูรณ์ของกฎหมายภายในดังกล่าวเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบจากการละเมิดพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศ ปรากฏตามแนวคำวินิจฉัยขององค์คณะในทางระหว่างประเทศที่วางหลักการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน เช่น

The Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, Article 26
Pacta sunt servanda

“Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.”

⁵² Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, (New York: United Nations, 1956), p. 108.

⁵³ Mark E. Villiger, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009), p. 366.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 368.

คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในคดี *Alabama Claims Arbitration* (1872)⁵⁵ คณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศตัดสินให้สหรัฐอเมริกาสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากการที่สหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่ละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญาออตตอมันซึ่งต้นที่จะต้องวางตัวเป็นกลางในสงครามกลางเมืองของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่จะอ้างการไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายภายในที่ป้องกันมิให้เกิดการปล่อยเรือของของโจรสลัดที่ทำเรือของบริเตนและยับยั้งมิให้โจรสลัดเข้าร่วมกับกองกำลังของฝ่ายสมาพันธรัฐอเมริกาเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบในการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญามีได้

ความเห็นแนะนำของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Exchange of Greek and Turkish Populations* (1925) ศาลเน้นย้ำว่า “ปรากฏหลักการอย่างชัดเจนแล้วว่ารัฐซึ่งเข้าผูกพันตนตามพันธกรณีที่มีผลผูกพันในทางระหว่างประเทศมีหน้าที่ต้องทำให้กฎหมายภายในสอดคล้องกับพันธกรณีเพื่อประกันการปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว”⁵⁶

คำพิพากษาของศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex* (1932) ศาลตัดสินว่า “...ฝรั่งเศสจะอ้างบทบัญญัติของกฎหมายภายในของตนมาจำกัดขอบเขตของพันธกรณีระหว่างประเทศของฝรั่งเศสไม่ได้...”⁵⁷

ความเห็นแนะนำของศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Greco-Bulgarian Communities* (1930) ศาลได้ยืนยันหลักการว่า “มีหลักการซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐภาคีของสนธิสัญญา บทบัญญัติของกฎหมายภายในจะไม่อยู่เหนือกว่าบทบัญญัติของสนธิสัญญา”⁵⁸

⁵⁵ *Alabama Claims of the United States of America against Great Britain awarded on 14 September 1872*, Reports of International Arbitral Awards, 2012, pp. 125-134.

⁵⁶ *Exchange of Greek and Turkish Populations*, PCIJ, Advisory Opinion, Series B, No. 10, 1925, p. 20.

⁵⁷ *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (France v. Switzerland)*, Judgment No. 17, PCIJ, Series A/B, No. 46, 1932, para. 223.

⁵⁸ *Interpretation of the Convention between Greece and Bulgaria Respecting Reciprocal Emigration, Signed at Neuilly Sur-Seine on 27 November 1919 (Greco-Bulgarian Communities Case)*, PCIJ, Advisory Opinion, Series B, No. 17, 1930, p. 32.

และความเห็นแนะนำของศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Polish Nationals in the Danzig* (1932) ศาลตัดสินว่า “รัฐไม่สามารถอ้างรัฐธรรมนูญของตนต่อรัฐอื่นเพื่อหลีกเลี่ยงพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือสนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับ เมื่อปรับใช้หลักการดังกล่าวแก่คดีนี้แล้ว การปฏิบัติต่อคนชาติโปแลนด์หรือต่อบุคคลผู้มีถิ่นกำเนิดหรือใช้ภาษาโปแลนด์ต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศและบทบัญญัติในสนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับระหว่างโปแลนด์และดานซิกเท่านั้น”⁵⁹

จากตัวอย่างแนวความเห็นและคำพิพากษาขององค์คณะในทางระหว่างประเทศข้างต้นต่างยอมรับในหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีพื้นฐานมาจากพันธกรณีตามสนธิสัญญาที่ว่า รัฐมีหน้าที่ทั่วไปในการปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศโดยต้องปรับใช้กฎหมายภายในสอดคล้องกับพันธกรณีดังกล่าว รัฐจะอ้างบทบัญญัติภายในหรือข้อบกพร่องของบทบัญญัติภายในของตนยกเว้นความรับผิดชอบจากการละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศมิได้ ทั้งนี้ แม้บทบัญญัติภายในดังกล่าวจะเป็นบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐเองก็ตาม⁶⁰

หลักการดังกล่าวมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในมาอย่างยาวนาน⁶¹ และได้รับการยอมรับโดยสมัชชาแห่งสหประชาชาติไว้ในร่างข้อบ่งชี้ด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐ ข้อบทที่ 13 กำหนดว่า “รัฐทุกรัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่ผูกพันตน ไม่ว่าจะเป็นพันธกรณีตามสนธิสัญญาหรือที่มาจากอื่นของกฎหมายระหว่างประเทศ และรัฐไม่อาจอ้างบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายภายในของตนเป็นข้ออ้างในการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าวได้”⁶² นอกจากนี้ ยังปรากฏอย่างชัดเจนในข้อบทที่ 27 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา

⁵⁹ *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory (Polish Nationals in the Danzig Case)*, PCIJ, Advisory Opinion, Series A/B, No. 44, 1932, p. 24.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Mark E. Villiger, *supra* note 53, p. 375.

⁶² Draft Declaration on Rights and Duties of States 1949, Article 13

“Every State has the duty to carry out in good faith its obligations arising from treaties and other sources of international law, and it may not invoke provisions in its constitution or its laws as an excuse for failure to perform this duty.”

ค.ศ. 1969 ที่กำหนดว่า “รัฐภาคีย่อมไม่อาจอ้างบทบัญญัติในกฎหมายภายในของตนมาเป็นข้ออ้างในการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาได้”⁶³ รัฐจึงไม่อาจอ้างบทบัญญัติของกฎหมายภายในเป็นข้อยกเว้นเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดจากการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา ทั้งนี้ กฎหมายภายในของรัฐมีความรวมถึงทั้งรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และกฎหมายอื่นๆ ในความหมายโดยทั่วไปด้วย ข้อบทดังกล่าวมีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันมิให้รัฐอ้างกฎหมายภายในของตนเพื่อหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญา⁶⁴ และเพื่อสนับสนุนให้หลัก *pacta sunt servanda* เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ⁶⁵ อีกทั้งยังเป็นการประกันให้รัฐต่างตรวจสอบรัฐธรรมนูญของตน และออกกฎหมายภายในที่จำเป็นก่อนเข้าผูกพันตนในสนธิสัญญา⁶⁶

อย่างไรก็ตาม รัฐสามารถอ้างข้อเท็จจริงว่าการยอมรับที่จะผูกพันตามสนธิสัญญานั้นได้ถูกแสดงออกโดยขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายภายในซึ่งทำให้การแสดงเจตนาเข้าทำสนธิสัญญาดังกล่าวไร้ผล เมื่อการขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายภายในนั้นมีความขัดแย้งว่าเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญ⁶⁷ อีกทั้ง การขัดต่อกฎหมายภายในจะถือว่าขัดแย้งต่อเมื่อเป็นที่ประจักษ์

⁶³ ประสทิธิ เอกบุตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 51*, น. 201.

The Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, Article 27
Internal Law and Observance of Treaties

“A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to Article 46.”

⁶⁴ OR 1968 CoW 53, para 31 , 59 and 151 cited in Mark E. Villiger, *supra note 53*, p. 371.

⁶⁵ Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2nd Edition, (New York: Cambridge University Press, 2007), p. 180.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ โปรตดู นพนธิ สุริยะ, *Lecture Notes 1 กฎหมายระหว่างประเทศ*, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559), น. 104.

The Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, Article 46
Provisions of Internal Law Regarding Competence to Conclude Treaties

“ A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of its internal law regarding competence to conclude

ตามปกติวิสัยของรัฐทั้งหลายอย่างสอดคล้องกับทางปฏิบัติโดยปกติและโดยสุจริต ปรากฏตามข้อบทที่ 46 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา⁶⁸

อนึ่ง หลักการตามข้อบทที่ 27 แตกต่างจากหลักการตามข้อบทที่ 46 นี้ เนื่องจากข้อบทที่ 27 เป็นกรณีที่รัฐกล่าวอ้างข้อขัดข้องตามกฎหมายภายในเพื่อไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาซึ่งมีผลบังคับใช้และผูกพันรัฐอย่างสมบูรณ์ ข้อบทนี้จึงกำหนดห้ามมิให้รัฐกระทำการดังกล่าว ส่วนกรณีตามข้อบทที่ 46 เป็นกรณีที่รัฐกล่าวอ้างกฎหมายภายในเป็นข้อจำกัดเรื่องอำนาจในการทำสนธิสัญญาซึ่งจะทำให้การแสดงเจตนาเข้าทำสนธิสัญญาไม่สมบูรณ์มาแต่ต้น หลักการตามข้อบทนี้จึงกำหนดว่า แม้จะมีการละเมิดกฎหมายภายในในเรื่องดังกล่าว ก็ไม่ทำให้ความยินยอมของรัฐไม่สมบูรณ์ และสนธิสัญญายังคงผูกพันรัฐ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามเงื่อนไขที่ได้อธิบายข้างต้น ซึ่งจะทำให้การแสดงเจตนาเข้าผูกพันตนในสนธิสัญญาไม่สมบูรณ์ สนธิสัญญาจึงไม่มีผลผูกพันรัฐอีกต่อไป⁶⁹ นอกจากนี้ ข้อบทที่ 27 ห้ามรัฐกล่าวอ้างกฎหมายในดังกล่าวตลอดเวลาที่สนธิสัญญามีผลบังคับใช้และผูกพันรัฐ ส่วนข้อบทที่ 46 รัฐอาจกล่าวอ้างได้หากเข้าเงื่อนไขข้างต้นแต่ต้องกระทำในระยะเวลาอันสมควร หากรัฐกล่าวอ้างในขณะที่สนธิสัญญามีผลบังคับใช้แล้ว และรัฐก็ได้ปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญาแล้ว ย่อมถูกปิดปากมิให้กล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ของการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตน⁷⁰

การที่รัฐจะอ้างความบกพร่องของการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาเนื่องจากการแสดงเจตนาขัดต่อกฎหมายภายในของตน กฎหมายภายในข้างต้น ได้แก่ รัฐธรรมนูญทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษร รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร และทางปฏิบัติของรัฐ⁷¹

treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance.”

⁶⁸ The Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, Article 46 Provisions of Internal Law Regarding Competence to Conclude Treaties

“2 A violation is manifest if it would be objectively evident to any State conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith.”

⁶⁹ Mark E. Villiger, *supra* note 53, pp. 589 and 593.

⁷⁰ Anthony Aust, *supra* note 65, p. 315.

⁷¹ Yearbook of the International Law Commission, Vol. I, (New York: United Nations, 1963), p. 14, paras. 6, 63 and 207.

บทบัญญัติของกฎหมายลำดับรองลงมาทั้งที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร⁷² และมีความเกี่ยวข้องกับกระบวนการภายในหรือกฎเกณฑ์ทางสารบัญญัติของรัฐในการทำสนธิสัญญา⁷³ มิใช่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับการอนุวัติการสนธิสัญญาภายหลังที่รัฐเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาแล้ว⁷⁴

นอกจากนี้ การยอมรับที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายภายในนั้นต้องชัดแจ้ง (manifest) โดยเป็นที่ประจักษ์ตามปกติวิสัย (objectively evident) ต่อรัฐทั้งหลาย กล่าวคือ ต้องเป็นที่ประจักษ์ต่อทุกรัฐที่อยู่ในสถานการณ์เดียวกัน ดังนั้นไม่ว่ารัฐใดก็ไม่อาจอ้างความชอบธรรมจากการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาของรัฐที่กล่าวอ้างได้⁷⁵ ทั้งนี้ ความประจักษ์ดังกล่าวต้องสอดคล้องกับทางปฏิบัติของรัฐโดยทั่วไป (normal practice) กล่าวคือ ต้องสันนิษฐานได้ว่าการกระทำของรัฐเป็นไปอย่างถูกต้องและเป็นธรรมดาซึ่งอาจพิจารณาในขณะที่ทำสนธิสัญญา โดยพิจารณาจากรัฐธรรมนูญของรัฐและกระบวนการในการทำสนธิสัญญาของรัฐ หากทางปฏิบัติดังกล่าวมีความสม่ำเสมอและรัฐได้กล่าวอ้างข้อจำกัดตามรัฐธรรมนูญมาโดยตลอด การแสดงเจตนาเข้าผูกพันในสนธิสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายภายในที่ชัดแจ้งดังกล่าว ย่อมเป็นที่ประจักษ์โดยสอดคล้องกับทางปฏิบัติโดยทั่วไปของรัฐที่กล่าวอ้าง มิฉะนั้นรัฐอื่นๆ ย่อมเข้าใจว่าการทำสนธิสัญญามีผลสมบูรณ์⁷⁶ อีกทั้ง ต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต (principle of good faith) กล่าวคือ รัฐภาคีอื่นต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาของรัฐที่กล่าวอ้างเป็นไปโดยมีอำนาจสมบูรณ์ เว้นแต่กรณีที่รัฐภาคีอื่นทราบหรือคาดหมายได้ว่าต้องทราบว่า การแสดงเจตนาของรัฐที่จะกล่าวอ้างเป็นไปโดยไม่มีอำนาจเนื่องจากไม่เป็นไปตามกฎหมายภายใน⁷⁷ จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะกล่าวอ้างที่ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ารัฐภาคีอื่นที่ตนจะกล่าวอ้างต่อทราบถึง

⁷² Radhabinod Pal, *Ibid.*, p.13, para. 60.

⁷³ Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, (New York: United Nations, 1965), p. 71, para. 6.

⁷⁴ Mark E. Villiger, *supra* note 53, p. 589.

⁷⁵ Sir Humphrey Waldock, *supra* note 73, p. 70, para. 1.

⁷⁶ Case Concerning the Arbitral Award of 31 July 1989 (*Guinea-Bissau v. Senegal*), ILR 83, 1990, p. 34.

⁷⁷ Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, (New York: United Nations, 1966), p. 241, para. 5.

การขัดต่อกฎหมายภายใน หรือการขัดต่อกฎหมายภายในแจ้งชัดมากถึงขนาดที่ต้องคาดเห็นได้⁷⁸ นอกจากนี้ ความไม่สมบูรณ์ของการแสดงเจตนาที่จะกล่าวอ้างต้องเกิดจากการขัดต่อกฎเกณฑ์ของกฎหมายภายในที่เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญ (a rule of its internal law of fundamental importance) เงื่อนไขดังกล่าวเป็นอีกปัจจัยสำคัญที่จำกัดการปรับใช้ข้อยกเว้นให้แคบลงเพื่อมิให้กฎหมายภายในมีอิทธิพลต่อกฎหมายระหว่างประเทศ⁷⁹

เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของข้อบทข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าการตีความเพื่อปรับใช้ข้อยกเว้นให้รัฐสามารถอ้างการขัดต่อกฎหมายภายในที่ทำให้การแสดงเจตนาเข้าสู่ผูกพันตนในสนธิสัญญาไร้ผลได้นั้นต้องกระทำโดยเคร่งครัด ในคดี *Land and Maritime Boundary (Cameroon v. Nigeria)* (2002) ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่า ข้อต่อสู้ของไนจีเรียที่อ้างว่า ย่อมขัดแย้งโดยเป็นที่ประจักษ์ตามปกติวิสัยต่อแคมเมอร์ูนตามข้อบทที่ 46 วรรค 2 แล้วว่าประมุขของไนจีเรียมีอำนาจอย่างจำกัดในการทำข้อตกลงที่มีผลผูกพันทางกฎหมายหากมิได้รับการอนุมัติจากรัฐบาลไนจีเรียก่อนฟังไม่ขึ้น ศาลตัดสินว่า ข้อจำกัดเรื่องอำนาจของประมุขของรัฐไม่ปรากฏขัดแย้งต่อแคมเมอร์ูนตามความในข้อบทที่ 46 วรรค 2 เว้นแต่จะได้ประกาศต่อสาธารณะ⁸⁰ อีกทั้ง ศาลเห็นว่า ไม่มีหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่กำหนดให้รัฐต้องทราบพัฒนาการทางกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญของรัฐอื่นซึ่งมีความสำคัญต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ⁸¹

กล่าวโดยสรุปว่า รัฐมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาที่ผูกพันรัฐโดยสุจริตตามหลัก *pacta sunt servanda* ทั้งนี้ รัฐไม่อาจอ้างบทบัญญัติของกฎหมายภายในของตน หรือความไม่สมบูรณ์ของกฎหมายภายในดังกล่าวเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบจากการละเมิดพันธกรณีของสนธิสัญญา แต่หากการยอมรับที่จะผูกพันตามสนธิสัญญานั้นได้ถูกแสดงออกโดยขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายภายใน ทำให้การแสดงเจตนาเข้าทำสนธิสัญญาดังกล่าวไร้ผลเมื่อการขัดต่อบัญญัติของกฎหมายภายในนั้นมีความขัดแย้งว่าเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญ โดยเป็นที่ประจักษ์ตามปกติวิสัยต่อรัฐทั้งหลายอย่างสอดคล้องกับทางปฏิบัติโดยทั่วไปของรัฐและโดยสุจริต ซึ่งต้องตีความเงื่อนไขข้างต้นอย่างแคบเพื่อให้หลัก *pacta sunt servanda* มีผลได้อย่างแท้จริง

⁷⁸ Sir Humphrey Waldock, *supra* note 73, p. 70, para. 3.

⁷⁹ Mark E. Villiger, *supra* note 53, p. 592.

⁸⁰ *Land and Maritime Boundary Case (Cameroon v. Nigeria)*, Judgment of 10 October 2002, ICJ Report, 2002, p. 125, para. 265.

⁸¹ *Ibid.*

2.4.1.2 กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ในกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ มีข้อถกเถียงเกี่ยวกับพื้นฐานของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งแตกต่างกันไปตามทฤษฎีต่างๆ⁸² ทว่านักวิชาการที่อธิบายตามทฤษฎีดั้งเดิมเห็นว่า ความยินยอม (consent) ของรัฐเป็นปัจจัยสำคัญของความผูกพันของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศต่อรัฐ เนื่องด้วยทุกรัฐล้วนมีอำนาจอธิปไตย รัฐจึงมีอำนาจในการเลือกที่จะยอมรับให้กฎเกณฑ์ใดเข้ามาควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างกันตามหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐ ดังนั้นกฎเกณฑ์ใดๆ จะไม่ผูกพันรัฐหากรัฐมิได้ยินยอม⁸³ ศาลประจักษ์ยุติธรรมระหว่างประเทศได้ยอมรับในคดีโลตัสว่า กฎหมายระหว่างประเทศควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่เป็นอิสระ หลักนิติธรรมที่ผูกพันรัฐย่อมเกิดจากเจตจำนงอิสระของรัฐซึ่งแสดงให้เห็นปรากฏผ่านสนธิสัญญา หรือทางปฏิบัติซึ่งได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปที่แสดงถึงหลักการของกฎหมาย และมีขึ้นเพื่อควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างกันของสังคมซึ่งอยู่ร่วมกันอย่างอิสระหรือเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ร่วมกัน⁸⁴

Loius Henkin อธิบายว่า “รัฐย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจภายนอกใดๆ เว้นแต่รัฐยินยอมต่ออำนาจดังกล่าวโดยสมัครใจ”⁸⁵

Sir Hersch Lauterpacht อธิบายว่า “จารีตประเพณีระหว่างประเทศ คือ สนธิสัญญาที่เกิดขึ้นโดยปริยาย (tacit treaty) ทำขึ้นโดยรัฐทั้งหลายซึ่งได้ให้ความยินยอมต่อหลักเกณฑ์ดังกล่าว”⁸⁶

⁸² See Andrew T. Guzman, “Saving Customary International Law,” *Mich. J. Int’l L.* 27, pp. 115-176 (2005) ; Jack L. Goldsmith and Eric A. Posner, “A Theory of Customary International Law,” *The University of Chicago Law Review*, 66, pp. 1113-1177 (1999).

⁸³ Anthony A. D’Amato, *The Concept of Custom in International Law*, (London: Cornell University Press Ltd., 1971), pp. 187-189.

⁸⁴ *Lotus Case*, PCIJ Report, Series A, No. 10 (1927), pp. 4 and 18.

⁸⁵ Louis Henkin, “International Law: Politics, Values and Functions,” 216 *Recueil des Cours d’Academies de Droit Int’l* 9, p. 27 (1989).

⁸⁶ Hersch Lauterpacht, “Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law,” *British Yearbook of International Law* 10, p. 83 (1929).

Lassa Oppenheims อธิบายว่า ความยินยอมโดยรวม (common consent) ซึ่งเป็นเจตจำนงของรัฐสมาชิกส่วนใหญ่ของสังคมโลกและมีใจเจตจำนงของรัฐหนึ่งรัฐใดเท่านั้นเป็นพื้นฐานของของระบบของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยรัฐต่างๆ ได้ให้ความยินยอมต่อกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในฐานะระบบกฎหมาย ทั้งนี้ รัฐอาจให้ความยินยอมโดยปริยาย (tacit consent) ผ่านการปฏิบัติใดๆ ที่ยังมิได้รับการรับรองให้มีผลบังคับเป็นกฎหมายอย่างเป็นทางการ (usage) ซึ่งต่อมาได้พัฒนากลายเป็นจารีตประเพณี (custom) กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจึงเป็นความยินยอมที่แสดงออกโดยปริยายของรัฐต่างๆ ในการยอมรับที่จะปฏิบัติตามจารีตประเพณีของการอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในเรื่องพฤติกรรมของรัฐในทางระหว่างประเทศ⁸⁷

ทั้งนี้ ความยินยอมของรัฐอาจพิจารณาได้จากองค์ประกอบสำคัญของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยเมื่อพิจารณาข้อบทที่ 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งได้อธิบายถึงบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้กำหนดนิยามของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าหมายถึง ทางปฏิบัติโดยทั่วไปซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย⁸⁸ จึงได้มีการอธิบายองค์ประกอบของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้ 2 ประการ คือ

ประการแรก คือ ทางปฏิบัติของรัฐ (state practice) เป็นองค์ประกอบทางภาวะวิสัย โดยความยินยอมของรัฐย่อมแสดงออกผ่านทางปฏิบัติ⁸⁹ นักวิชาการส่วนใหญ่เห็นว่า การกระทำทั้งทางกายภาพ ทางลายลักษณ์อักษร หรือทางวาจาของรัฐหรือตัวแทนของรัฐล้วนเป็นเครื่องยืนยันทางปฏิบัติของรัฐ เช่น หนังสือติดต่อทางการทูต แถลงการณ์ของรัฐบาล คำสั่งหรือระเบียบที่มีต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ ความเห็นของรัฐบาลต่อร่างสนธิสัญญา กฎหมายที่ตราโดย

⁸⁷ Lassa Oppenheims, International Law A Treatise Vol.1 Peace Second Edition, (London: Longmans, Green and Co., 1912), pp. 11-17.

⁸⁸ Statute of the International Court of Justice, Article 38 para 1(b)

“International custom, as evidence of a general practice accepted as law, is one of the sources of international law.”

⁸⁹ Lassa Oppenheims, *supra note 87*; I.M. Lobo de Souza, “The Role of the State Consent in the Customary Process,” Int’l & Comp. L.O. 44, pp. 526-528 (1995).

ฝ่ายนิติบัญญัติ คำพิพากษาของศาลภายในประเทศ เป็นต้น⁹⁰ นอกจากนี้ การงดเว้นการกระทำก็เป็นรูปแบบหนึ่งของทางปฏิบัติของรัฐ เช่น กรณีที่ฝรั่งเศสพยายามพิสูจน์ต่อศาลโลกว่า มีทางปฏิบัติที่รัฐต่างๆ งดเว้นไม่พิจารณาพิพากษาคดีกรณีเรือที่ถือสัญชาติอื่นกระทำความผิดในทะเลหลวง แม้ผู้เสียหายจะเป็นคนสัญชาติของรัฐก็ตาม แต่ยอมรับให้เป็นเขตอำนาจเฉพาะของศาลของรัฐเจ้าของสัญชาติเรือที่กระทำความผิด ศาลโลกตัดสินว่าแม้จะมีการงดเว้นแต่กรณีนี้ไม่สามารถพิสูจน์องค์ประกอบทางอัตวิสัยได้ว่ารัฐต่างๆ งดเว้นการกระทำด้วยสำนึกว่ามีพันธกรณีทางกฎหมาย⁹¹ อนึ่ง ทางปฏิบัติดังกล่าวต้องกระทำซ้ำๆ อย่างสม่ำเสมอในแนวทางเดียวกัน⁹² โดยแพร่หลาย⁹³ และยาวนาน⁹⁴

ประการที่สอง คือ กระทำด้วยสำนึกว่ามีพันธะทางกฎหมาย (*opinio juris sive necessitates* หรือ *opinio juris*) ซึ่งเป็นองค์ประกอบทางอัตวิสัย โดยรัฐจะต้องกระทำเนื่องจากรู้สึกว่ามีกฎหมายบังคับให้ทำ มิใช่กระทำด้วยอัธยาศัยไมตรี มารยาท ความเหมาะสม หรือธรรมเนียมประเพณี⁹⁵ ทั้งนี้ การพิสูจน์ถึงองค์ประกอบดังกล่าวเป็นเรื่องยาก ศาลเพียงแต่เน้นย้ำว่า *opinio juris* เป็นองค์ประกอบสำคัญในการพิสูจน์จารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่มิได้อธิบายหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณา⁹⁶ การกำหนดให้องค์ประกอบดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์หนึ่งของการจารีตประเพณีระหว่างประเทศย่อมเป็นการปกป้องคุณค่าของอำนาจอธิปไตยของรัฐในการตัดสินใจผูกพันตนต่อจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

⁹⁰ Michael Akehurst, "Custom as a Source of International Law, *Brit. Y.B. Int'l L.* 47, pp. 1-2 (1997).

⁹¹ Phillippe Manin, *Droit International Public*, (Paris: Masson, 1979), pp. 25-27 อ้างใน จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 49*, น. 97-98.

⁹² (...constant and uniform usage...) *Asylum Case*, ICJ. Report, 1950.

⁹³ (ทางปฏิบัติดังกล่าวต้องเกิดจากการกระทำของรัฐจำนวนมากซึ่งมีส่วนได้เสียกับเรื่องนั้น ทั้งนี้ ไม่ต้องเป็นการกระทำของรัฐที่เกี่ยวข้องทั้งหมด) *North Sea Continental Shelf Case*, I.C.J., 1969, para. 72.

⁹⁴ (ไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนที่ใช้พิจารณาว่า จะต้องมีการปฏิบัตินานเพียงใด การพิจารณาเรื่องดังกล่าวจึงแตกต่างกันแล้วแต่กรณี) Anthony A. D'Amato, *supra note 83*, p.58.

⁹⁵ *North Sea Continental Shelf Case*, *supra note 93*, para. 77.

⁹⁶ *Ibid.*

2.4.2 ความรับผิดชอบของรัฐกรณีไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ

เนื่องด้วยรัฐมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามพันธกรณีที่ผูกพันรัฐไม่ว่าจะเกิดจากที่มาใดของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งได้อธิบายในหัวข้อ 2.4.1 ข้างต้นแล้ว ในกรณีที่เกิดความขัดแย้งระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน หรือกรณีที่รัฐไม่แน่ใจว่าจะตีความหรืออนุวัติการพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศอย่างไร กฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีลำดับศักดิ์สูงสุดในระดับระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในกรณีของสนธิสัญญา พันธกรณีของรัฐในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาผูกพันองค์กรภายในของรัฐทุกองค์กรในการทำให้สิทธิและหน้าที่ตามสนธิสัญญามีผลใช้บังคับ⁹⁷ ทั้งนี้ นอกจากพันธกรณีที่รัฐจะต้องกระทำการ หรืองดเว้นการกระทำการใดๆ ตามที่สนธิสัญญากำหนดในระบบกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว รัฐยังต้องอนุวัติการหรือดำเนินการให้เป็นไปตามบทบัญญัติของสนธิสัญญาในระบบกฎหมายภายใน ไม่ว่าหน้าที่ดังกล่าวจะเป็นอำนาจขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการ มิฉะนั้นรัฐย่อมต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศในฐานะที่ไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา⁹⁸

การที่รัฐไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ย่อมนำมาสู่ความรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility)⁹⁹ ซึ่งหมายถึง พันธกรณีหรือหน้าที่ที่ต้องชดเชยความเสียหายอันเกิดจากการกระทำ เหตุการณ์ หรือการงดเว้นการกระทำ หรือเป็นพันธกรณีที่ต้องชำระหนี้ให้แก่ผู้อื่น อีกทั้ง ยังรวมถึงพันธกรณีที่ต้องลบเลือนความยุ่งยากต่างๆ ที่เกิดจากการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย โดยจะต้องทำให้ปัญหายุ่งยากนั้นหมดไป หรือต้องชดเชยค่าเสียหายหรือกระทำการตามที่เหมาะสมต่อ

⁹⁷ Mark E. Villiger, *supra* note 53, p. 366.

⁹⁸ ประสิทธิ เอกบุตร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 51*, น. 196-197.

⁹⁹ “ความรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility)” เป็นศัพท์กฎหมายระหว่างประเทศที่มีความหมายเฉพาะซึ่งต่างจากคำว่า “ความรับผิด (liability)” หรือ “ละเมิด (tort or delicts)” ซึ่งเป็นศัพท์ตามกฎหมายแพ่ง โปรตตุ ประสิทธิ เอกบุตร, “ความรับผิดชอบของรัฐ” ใน *อาจารย์บุชา ศาสตราจารย ดร. อรุณ ภาณุพงศ์*, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 80-81, see also *Spanish Zones of Morocco Claims (Great Britain v. Spain)*, 1925, *2 R.I.A.A.*, p. 615, (“ความรับผิดชอบเป็นสิ่งจำเป็นที่ควบคู่มากับสิทธิ ดังนั้นสิทธิใดๆ ก็ตามที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ย่อมจะต้องเกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบระหว่างประเทศเสมอ ในกรณีที่ไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีได้ ความรับผิดชอบที่ตามมาคือการชดเชยค่าเสียหาย.”).

การเยียวยาความเสียหาย¹⁰⁰ ในการพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission หรือ ILC) ได้จัดทำร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)¹⁰¹ ซึ่งมีข้อบทที่ 1 กำหนดความรับผิดชอบของรัฐว่า “การกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมายของรัฐทุกการกระทำย่อมก่อให้เกิดผลเป็นความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐนั้น”¹⁰² แสดงให้เห็นว่าความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย (internationally wrongful act) ทั้งนี้ ข้อบทที่ 2 กำหนดว่า “การกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมายของรัฐจะเกิดขึ้นเมื่อรัฐได้มีการกระทำหรืองดเว้นกระทำการใดซึ่ง (a) แสดงว่าเป็นการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และ (b) ก่อให้เกิดการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ”¹⁰³ อาจอธิบายองค์ประกอบของการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมายตามข้อบทที่ 1 ได้ว่าจะต้องเป็นการกระทำที่กล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ

¹⁰⁰ J. Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, (Paris: Sirez, 1960), p. 540.

¹⁰¹ United Nations, “Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001,” Retrieved on 8 April 2017, from http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

¹⁰² คำแปล โปรดดู ประสทิธิ เอกบุตร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 99*, น. 81.

Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts,
Article 1 Responsibility of a State for its internationally wrongful acts

“Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State.”

¹⁰³ คำแปล โปรดดู ประสทิธิ เอกบุตร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 99*, น.82.

Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts,
Article 2 Elements of an internationally wrongful act of a State

“There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission:

(a) is attributable to the State under international law; and

(b) constitutes a breach of an international obligation of the State.”

และการกระทำนั้นต้องเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ อีกทั้งข้อบทที่ 3 ยังอธิบายด้วยว่าการพิจารณาลักษณะของการกระทำของรัฐที่มีขอบด้วยกฎหมายตามข้อบทที่ 1 นั้น ต้องคำนึงว่าลักษณะของการกระทำของรัฐที่มีขอบด้วยกฎหมายอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับกฎหมายภายในของรัฐแต่อย่างใด¹⁰⁴ พิจารณาได้ ดังนี้

2.4.2.1 ต้องเป็นการกระทำของรัฐ

กล่าวคือ ต้องมีการกระทำหรือเหตุการณ์การกระทำที่กล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ (attributable to the State)¹⁰⁵ เมื่อรัฐเป็นบุคคลสมมติในทางกฎหมาย การกระทำของรัฐ (act of the State) จึงต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่หรือตัวแทนของรัฐ แม้ว่าองค์กรของรัฐจะประกอบด้วยบุคคลทางกฎหมายที่แตกต่างกันซึ่งต่างมีสิทธิและหน้าที่ของตนจึงอาจมีความรับผิดชอบของตนเอง แต่กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐมองว่ารัฐเป็นเอกภาพและเป็นบุคคลทางกฎหมายเพียงหนึ่งเดียว¹⁰⁶ จึงต้องพิจารณาว่าการกระทำหรือเหตุการณ์การกระทำของบุคคลใดที่ถือเป็นการกระทำของรัฐซึ่งจะส่งผลต่อการวินิจฉัยความรับผิดชอบของรัฐในฐานะผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ แม้องค์กรภายในตามกฎหมายภายในจะมีสถานะทางกฎหมายและความรับผิดชอบของตน แต่รัฐย่อมไม่อาจหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบระหว่างประเทศโดยอ้างกระบวนการตามกฎหมายภายในได้ รัฐต้องรับผิดชอบต่อการกระทำใดๆ ขององค์กร หน่วยงาน และเจ้าหน้าที่ขององค์กรหรือหน่วยงานซึ่งได้กระทำตามหน้าที่ ไม่ว่าจะเป็นมีสถานะทางกฎหมายตามกฎหมายภายในหรือไม่¹⁰⁷ พิจารณาได้ ดังนี้

กรณีแรก การกระทำขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เนื่องด้วยรัฐเป็นบุคคลสมมติทางกฎหมายซึ่งมีอำนาจเต็มที่จะกระทำการใดๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ หว่ารัฐไม่อาจกระทำการด้วยตนเองได้ จึงต้องกระทำผ่านบุคคลหรือกลุ่มบุคคลผู้มีอำนาจกระทำการ

¹⁰⁴ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 3 Characterization of an act of a State as internationally wrongful

“The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law.”

¹⁰⁵ *Supra note 101*, p. 35, para. 4.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.35, para. 5.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p.39, para. 7.

แพนรัฐ¹⁰⁸ ปรากฏตามข้อบทที่ 4 วรรค 1 กำหนดว่า “การกระทำขององค์กรใดๆ ของรัฐย่อมถือเป็นการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าองค์กรดังกล่าวจะใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ หรือใช้อำนาจอื่นใด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นองค์กรในระดับใดของรัฐ และไม่ว่าลักษณะขององค์กรของรัฐจะเป็นองค์กรของรัฐบาลกลางหรือองค์กรของมลรัฐก็ตาม”¹⁰⁹ จะเห็นได้ว่าการวินิจฉัยการกระทำของรัฐตามร่างข้อบทนี้ครอบคลุมการกระทำขององค์กรภายในโดยพิจารณาจากลักษณะของการใช้อำนาจ ไม่ว่าจะใช้อำนาจนิติบัญญัติ¹¹⁰ อำนาจบริหาร¹¹¹ หรืออำนาจตุลาการ¹¹² ก็ย่อมถือเป็นการกระทำของรัฐ เนื่องจากในบางกรณีองค์กรแต่ละฝ่ายอาจมิได้ใช้อำนาจรัฐในลักษณะใดลักษณะหนึ่งเพียงลักษณะเดียว¹¹³ ทั้งนี้ การใช้อำนาจทั้งสามประการขององค์กรภายในรัฐอยู่บนหลักการสำคัญของหลักนิติรัฐ นั่นคือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ องค์กรของรัฐทั้งสามฝ่ายต้องตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งกันและกัน โดยมีให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด หรือไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งรับภาระหน้าที่และดำเนินการกิจของรัฐทั้งหมดเพียงฝ่ายเดียว เพื่อประกันว่าสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะได้รับความคุ้มครองอย่างแท้จริงอันเป็น

¹⁰⁸ *Ibid.*, p.35, para. 5.

¹⁰⁹ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 4 Conduct of organ of a State

“1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.”

¹¹⁰ *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* (Merits), Judgement No.7, 1926, PCIJ, Series A, No.7, p. 19 (“จากมุมมองของกฎหมายระหว่างประเทศและศาลเห็นว่า กฎหมายภายใน...แสดงถึงเจตจำนงและก่อให้เกิดกิจการของรัฐเช่นเดียวกับคำตัดสินทางกฎหมาย หรือมาตรการทางปกครอง”).

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1999, p.87, para.62.

¹¹³ *Supra note 101*, p. 41, para. 6.

วัตถุประสงค์สำคัญของหลักนิติรัฐ¹¹⁴ องค์การของรัฐอาจใช้อำนาจโดยแสดงออกผ่านรูปแบบของการกระทำ ดังนี้

การกระทำทางนิติบัญญัติ (legislative act) เป็นการใช้อำนาจออกกฎหมายเพื่อบังคับต่อประชาชน ซึ่งโดยทั่วไปรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยจะตรากฎหมายขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรกำหนดสิทธิและหน้าที่แก่ประชาชนภายในรัฐ การแสดงเจตนาของรัฐจึงอยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรในลักษณะของกฎเกณฑ์ทั่วไป¹¹⁵ (ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจยกเว้นให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎหมายได้เมื่อมีเหตุจำเป็น)¹¹⁶ องค์การฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งทำหน้าที่ออกกฎหมายจึงต้องแยกออกจากองค์กรฝ่ายบริหารซึ่งมีหน้าที่นำกฎเกณฑ์ทั่วไปดังกล่าวไปบังคับใช้เฉพาะกรณี¹¹⁷

การกระทำทางบริหาร (executive act) เป็นการใช้อำนาจที่มีขอบเขตกว้างครอบคลุมการกระทำของรัฐ 2 ลักษณะ คือ การกระทำทางรัฐบาล (act of government) และการกระทำทางปกครอง (act of administrative) การกระทำทางรัฐบาลเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองบริหารราชการแผ่นดินเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการดำรงอยู่ ความปลอดภัย ความมั่นคง และความเจริญก้าวหน้าของรัฐ¹¹⁸ และมีองค์กรใช้อำนาจ คือ รัฐบาล¹¹⁹ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการริเริ่มนโยบายบริหารประเทศ การเสนอร่างกฎหมาย การบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (ทั้งนี้ ฝ่ายบริหารอาจได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติให้ออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดรายละเอียดเพื่อบังคับการตามกฎหมายที่เป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปซึ่งออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น การออกพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ กฎข้อบังคับ ระเบียบต่างๆ

¹¹⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552), น. 22-23.

¹¹⁵ สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551), น. 205.

¹¹⁶ เพิ่งอ้าง, น. 208 (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 172 ให้อำนาจฝ่ายบริหารออกพระราชกำหนดซึ่งมีลำดับศักดิ์เท่ากับกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ)

¹¹⁷ เพิ่งอ้าง, น. 207.

¹¹⁸ เพิ่งอ้าง, น. 211.

¹¹⁹ เพิ่งอ้าง, น. 214.

เป็นต้น) การป้องกันประเทศ (เช่น การประกาศสงคราม การประกาศภาวะฉุกเฉิน การทำสัญญาสันติภาพ เป็นต้น) การติดต่อสัมพันธ์ไมตรีกับต่างประเทศ (เช่น การทำสนธิสัญญากับรัฐอื่นๆ เป็นต้น)¹²⁰ การกระทำทางบริหารอีกลักษณะหนึ่ง คือ การกระทำทางปกครอง เป็นการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายภายในที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อดำเนินการกิจของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน¹²¹ โดยนำกฎหมายมาใช้บังคับกับเอกชนเป็นกรณีเฉพาะรายและเฉพาะเรื่อง องค์กรผู้ใช้อำนาจจึงหมายถึงองค์กรและเจ้าหน้าที่ขององค์กร¹²²

และการกระทำทางตุลาการ (judicial act) เป็นการใช้อำนาจบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ผู้ใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการ คือ ผู้พิพากษา ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยนำข้อกฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริงแต่ละคดีและทำเป็นคำพิพากษา¹²³ กล่าวได้ว่าองค์กรตุลาการภายในประเทศเป็นผู้มีหน้าที่โดยตรงในการปรับใช้กฎหมายเพื่อชี้ขาดข้อพิพาทในระดับภายในรัฐ จึงมีโอกาที่จะเข้ามามีบทบาทในการปรับใช้และตีความกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน¹²⁴

นอกจากการใช้อำนาจทั้งสามประการขององค์กรของรัฐตามหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว ข้อบทดังกล่าวยังขยายขอบเขตให้รวมถึงการใช้อำนาจกระทำกิจการของรัฐในลักษณะอื่น เช่น การเข้าทำสัญญาหรือการผิดสัญญาของรัฐในบางกรณี¹²⁵

นอกจากนี้ ไม่คำนึงว่าจะเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ระดับสูงหรือระดับล่างหากได้กระทำในอำนาจหน้าที่¹²⁶ และไม่คำนึงว่าจะเป็นองค์กรของรัฐบาลกลาง องค์กรของท้องถิ่น¹²⁷ หรือองค์กรของมลรัฐ¹²⁸ ทั้งนี้ องค์กรตามข้อบทที่ 4 วรรค 1 หมายถึง บุคคลหรือ

¹²⁰ เพ็งอ้าง, น. 213.

¹²¹ เพ็งอ้าง, น. 215.

¹²² เพ็งอ้าง, (องค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐในระบบกฎหมายไทยแบ่งเป็น 3 ส่วน ได้แก่ ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่น ซึ่งแต่ละส่วนต่างมีองค์กรและเจ้าหน้าที่ของตนเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายต่อเอกชน).

¹²³ เพ็งอ้าง, น. 219-223.

¹²⁴ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 49, น. 69.

¹²⁵ *Supra note 101*, p. 41, para. 6

¹²⁶ *Ibid.*, p. 41, para. 7.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 41, para. 8.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 41, para. 9.

องค์ภาวะใดๆซึ่งมีสถานะตามกฎหมายภายในของรัฐ¹²⁹ ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ย่อมรวมถึงเจ้าหน้าที่ที่เป็นปัจเจกชน หน่วยงาน คณะกรรมการ หรือองค์กรฝ่ายใดๆซึ่งได้ใช้อำนาจของรัฐ¹³⁰ อย่างไรก็ตาม ต้องพิจารณาให้ได้ว่ากระทำความที่ถือเป็นการกระทำของรัฐ บุคคลต้องได้กระทำในหน้าที่แม้จะกระทำโดยมีมูลเหตุจูงใจที่ไม่เหมาะสม หรือใช้อำนาจในทางที่ไม่ชอบ ทั้งนี้ ต้องมิใช่การกระทำที่เป็นของเอกชนโดยแท้ (purely private act)¹³¹

กรณีอื่นๆซึ่งเป็นการกระทำของบุคคลอื่นที่รัฐต้องรับผิดชอบ ได้แก่ การกระทำที่อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ (effective control)¹³² การกระทำเกินขอบอำนาจ (*ultra vires*) ขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ¹³³ การกระทำของบุคคลอื่นที่เข้ามาใช้อำนาจในขณะที่รัฐไม่มีเจ้าหน้าที่อยู่ปฏิบัติหน้าที่¹³⁴ และการกระทำที่รัฐยอมรับผลของการกระทำของบุคคลอื่นมา

¹²⁹ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 4 Conduct of organ of a State

“2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.”

¹³⁰ *Supra* note 101, p. 42, para. 12.

¹³¹ *Ibid.*, p. 42, para. 13.

¹³² Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 8 Conduct directed or controlled by a State

“The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.”

¹³³ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 7 Excess of authority or contravention of instructions

“The conduct of an organ of a State or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law if the organ, person or entity acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions.”

¹³⁴ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 9 Conduct carried out in the absence or default of the official authorities

เป็นการกระทำของตน¹³⁵ อย่างไรก็ตาม หากเป็นการกระทำของเอกชนโดยแท้¹³⁶ หรือการกระทำขององค์กรของกลุ่มเคลื่อนไหวต่อต้านอำนาจรัฐ¹³⁷ ไม่ถือเป็นการกระทำของรัฐที่รัฐต้องรับผิดชอบ

“The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact exercising elements of the governmental authority in the absence or default of the official authorities and in circumstances such as to call for the exercise of those elements of authority.”

¹³⁵ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 11 Conduct acknowledged and adopted by a State as its own

“Conduct which is not attributable to a State under the preceding articles shall nevertheless be considered an act of that State under international law if and to the extent that the State acknowledges and adopts the conduct in question as its own.”

¹³⁶ *Supra* note 101, p. 46, para. 7 (แตกต่างจากการกระทำเกินขอบอำนาจ (*ultra vires*) ซึ่งเป็นการกระทำในอำนาจหน้าที่แม้จะกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือฝ่าฝืนคำสั่งผู้บังคับบัญชา)

¹³⁷ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 10 Conduct of an insurrectional or other movement

“1. The conduct of an insurrectional movement which becomes the new Government of a State shall be considered an act of that State under international law.

2. The conduct of a movement, insurrectional or other, which succeeds in establishing a new State in part of the territory of a pre-existing State or in a territory under its administration shall be considered an act of the new State under international law.

3. This article is without prejudice to the attribution to a State of any conduct, however related to that of the movement concerned, which is to be considered an act of that State by virtue of articles 4 to 9.”

; อนึ่ง นักวิชาการได้แปลคำว่า “an insurrectional movement” แตกต่างกัน คือ

ในทางระหว่างประเทศ อนึ่ง หากรัฐสามารถใช้มาตรการในการระมัดระวัง ป้องกัน หรือลงโทษ การกระทำได้ กล่าวได้ เช่น การที่รัฐไม่ดำเนินการเพื่อป้องกันความเสียหายของทรัพย์สินของ คณะผู้แทนทูตจากการทำลายของกลุ่มเคลื่อนไหวดังกล่าวทั้งที่อาจทำได้ อาจเป็นการงดเว้น การกระทำซึ่งถือเป็นการกระทำที่กล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ ส่งผลให้รัฐอาจเกิด ความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศได้¹³⁸

นอกจากนี้ ลักษณะของการกระทำของรัฐที่ไม่ชอบด้วย กฎหมายระหว่างประเทศต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ แม้ว่าลักษณะของ การกระทำได้กล่าวจะชอบด้วยกฎหมายภายในก็ตาม¹³⁹ กล่าวคือ การกระทำของรัฐจะไม่เป็น การกระทำระหว่างประเทศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากไม่ก่อให้เกิดการละเมิดพันธกรณีตาม กฎหมายระหว่างประเทศ แม้ว่าจะฝ่าฝืนบทบัญญัติตามกฎหมายภายในของรัฐก็ตาม และรัฐไม่อาจ อ้างว่าการกระทำได้กล่าวเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายภายใน เพื่ออ้างว่าการกระทำไม่มี ลักษณะเป็นการกระทำระหว่างประเทศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2.4.2.2 การกระทำนั้นต้องเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ

นอกจากจะต้องมีการกระทำที่กล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ ข้างต้นแล้ว ร่างข้อบทที่ 2 (b) ยังกำหนดว่าการกระทำของรัฐต้องเป็นการละเมิดพันธกรณี ระหว่างประเทศ (the violation of an international obligation) ด้วย¹⁴⁰ ในการพิจารณา การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ ร่างข้อบทที่ 12 กำหนดว่า “การละเมิดพันธกรณี ระหว่างประเทศของรัฐจะเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำของรัฐที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีที่รัฐต้องผูกพัน ทั้งนี้ ไม่จำเป็นต้องพิจารณาที่มาหรือลักษณะของพันธกรณีดังกล่าว”¹⁴¹ ในเบื้องต้นพึงตั้งข้อสังเกตว่า

“องค์กรของกลุ่มเคลื่อนไหวต่อต้านอำนาจรัฐ” โปรตดู จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556), น. 292. และ

“กบฏแบ่งแยกดินแดน” โปรตดู ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 99, น. 85.

¹³⁸ *Supra note 101*, p. 52, para. 15.

¹³⁹ *Supra note 104*.

¹⁴⁰ ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 99.

¹⁴¹ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 12 Existence of a breach of an international obligation

การวินิจฉัยว่ามีการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศหรือไม่ขึ้นอยู่กับการใช้และตีความพันธกรณีในแต่ละกรณีซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ลำดับแรก (primary rules) เป็นสำคัญ¹⁴² หลักการตามร่างข้อบ่งชี้มีบทบาทเสริมในการพิจารณาว่าการละเมิดพันธกรณีเกิดขึ้นหรือไม่ เกิดเมื่อใด และเกิดขึ้นเป็นระยะเวลาสั้นเพียงใด¹⁴³

จากร่างข้อบ่งชี้ดังกล่าว การละเมิดพันธกรณีเกิดขึ้นเมื่อเกิดการกระทำของรัฐที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่ผูกพันรัฐ คำว่า “ไม่สอดคล้องกับ (in conformity with)” เป็นถ้อยคำที่มีความหมายเหมาะสมที่สุดในการกำหนดเงื่อนไขของการพิจารณาการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ เนื่องจากครอบคลุมกรณีที่มีการกระทำของรัฐขัดแย้งกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่ผูกพันรัฐเพียงบางส่วนด้วย และยังครอบคลุมรูปแบบการกระทำของรัฐที่เป็นการละเมิดพันธกรณี ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมาย การกระทำทางปกครองที่เฉพาะเจาะจง หรือคำพิพากษาของศาลซึ่งเป็นที่สุด¹⁴⁴

นอกจากนี้ การที่ร่างข้อบ่งชี้กำหนดว่า การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำของรัฐที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีที่ผูกพันรัฐโดยไม่ต้องพิจารณาว่าพันธกรณีระหว่างประเทศมีที่มาอย่างไร ย่อมหมายถึง พันธกรณีระหว่างประเทศที่ผูกพันรัฐนั้นๆ อยู่ทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ สนธิสัญญา หลักการทั่วไปที่บังคับใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ หรือที่มานอื่นๆ¹⁴⁵ ในเรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐจึงไม่มีการแบ่งแยกความรับผิดชอบของการละเมิด

“There is a breach of an international obligation by a State when an act of that State is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of its origin or character.”

¹⁴² *Supra* note 101, p. 54, para. 2; โปรตดู ประสทธิ เอกบุตร, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 99, น. 90 (กฎเกณฑ์ที่ใช้ในเรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศมี 2 ประเภท (1) กฎเกณฑ์ลำดับแรก (primary rules) เป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดเนื้อหาของพันธกรณีของรัฐที่จะต้องกระทำการและงดเว้นกระทำการ เสมือนเป็นกฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดความประพฤติของรัฐ และ (2) กฎเกณฑ์ลำดับสอง (secondary rules) เป็นกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของรัฐซึ่งใช้พิจารณาตามร่างข้อบ่งชี้)

¹⁴³ *Ibid.*, p. 54, para. 2.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 55, para. 3.

สนธิสัญญาจากการละเมิดกฎเกณฑ์อื่นๆ อย่างเช่นที่บางระบบกฎหมายแบ่งแยกความรับผิดชอบตามสัญญาออกจากความรับผิดทางละเมิด และไม่มีการแบ่งแยกระหว่างความรับผิดทางแพ่งและทางอาญาอย่างเช่นในระบบกฎหมายภายในด้วย¹⁴⁶ ทั้งนี้ การกระทำของรัฐที่จะก่อให้เกิดการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศจะต้องเป็นพันธกรณีที่ผูกพันรัฐอยู่ในขณะที่การกระทำเกิดขึ้นด้วย¹⁴⁷

อีกทั้ง การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศจะเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำของรัฐที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่ผูกพันรัฐโดยไม่ต้องคำนึงว่าพันธกรณีนั้นจะมีลักษณะอย่างไร¹⁴⁸ การแบ่งลักษณะของพันธกรณีระหว่างประเทศมีหลายประเภท เช่น การแบ่งแยกระหว่างพันธกรณีที่จะต้องกระทำการหรือไม่กระทำการ (obligations of conduct) และพันธกรณีในการทำให้เกิดผล (obligations of result) เป็นต้น¹⁴⁹

แม้การพิจารณาว่ามีการละเมิดพันธกรณีหรือไม่จะไม่คำนึงถึงลักษณะของพันธกรณี แต่ความแตกต่างของลักษณะของพันธกรณีถูกนำมาใช้ในการพิจารณาว่าการละเมิดพันธกรณีเกิดขึ้นเมื่อใด เช่น ความแตกต่างระหว่างพันธกรณีที่จะต้องกระทำการหรือไม่กระทำการ (obligations of conduct) และพันธกรณีในการทำให้เกิดผล (obligations of result)¹⁵⁰ แต่ก็มีใช้หลักที่ใช้วินิจฉัยได้อย่างเด็ดขาดในทุกกรณี เช่น

ในคดี *Colozza* ซึ่งปัจเจกชนฟ้องรัฐอิตาลีที่ดำเนินการพิจารณาคดีลับหลังตนโดยไม่ได้รับการแจ้งเกี่ยวกับการพิจารณาคดีและถูกพิพากษาจำคุก 6 ปีโดยไม่ได้รับอนุญาตให้อุทธรณ์ ปัจเจกชนจึงกล่าวอ้างว่าตนไม่ได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมซึ่งขัดแย้งกับสิทธิข้อบทที่ 6 วรรค 1 ของสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่า “รัฐมีดุลยพินิจในการเลือกวิธีการในการประกันว่าระบบกฎหมายภายในของตนสอดคล้องตามที่กำหนดในข้อบทที่ 6 วรรค 1 ของสนธิสัญญา หน้าที่ของศาลในคดีนี้จึงมิใช่การกำหนดวิธีการดังกล่าวแก่รัฐ

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 55, para. 5.

¹⁴⁷ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 13 International obligation in force for a State

“An act of a State does not constitute a breach of an international obligation unless the State is bound by the obligation in question at the time the act occurs.”

¹⁴⁸ *Supra* note 141.

¹⁴⁹ *Supra* note 101, p. 56, para. 11.

¹⁵⁰ *Ibid.*

แต่เป็นการพิจารณาว่าสิทธิตามสนธิสัญญามีผลใช้บังคับได้จริงหรือไม่... ต้องแสดงให้เห็นว่ากฎหมายภายในบังคับใช้ได้จริง และบุคคลซึ่งถูกฟ้องคดีอาญาจะต้องไม่รับภาระในการพิสูจน์ว่าตนมิได้หลีกเลี่ยงความยุติธรรม หรือพิสูจน์ว่าไม่ได้ปรากฏตัวเนื่องมาจากเหตุสุดวิสัย”¹⁵¹ ศาลในคดีนี้พิจารณาว่า ข้อบทที่ 6 วรรค 1 ของสนธิสัญญากำหนดลักษณะของพันธกรณีว่าเป็นพันธกรณีที่จะต้องทำให้เกิดผล แต่ในการพิจารณาว่ามีการละเมิดพันธกรณีในกรณีนี้หรือไม่ ศาลมิได้เพียงเปรียบเทียบผลที่กำหนดตามสนธิสัญญากับผลที่เกิดขึ้นจริงในคดี แต่ศาลพิจารณาด้วยว่าอิตาลีสามารถกระทำการอื่นใดได้อีกหรือไม่เพื่อให้สิทธิของผู้ร้องบังคับใช้ได้จริง จะเห็นได้ว่า ศาลมิได้ใช้หลักในการการแบ่งแยกระหว่างลักษณะของพันธกรณีทั้งสองอย่างเด็ดขาดในการวินิจฉัยว่าอิตาลีละเมิดข้อบทที่ 6 วรรค 1 ของสนธิสัญญา

ทั้งนี้ อาจมีปัญหาเกิดขึ้นว่าในกรณีที่รัฐออกกฎหมายภายในโดยมีเนื้อหาขัดแย้งกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่รัฐผูกพันตนเป็นการละเมิดพันธกรณีแล้วหรือไม่ หรือจะต้องมีการนำกฎหมายดังกล่าวไปบังคับใช้เสียก่อนจึงจะเกิดการละเมิดพันธกรณี อาจอธิบายได้ว่าไม่มีกฎเกณฑ์ใดที่ใช้เป็นหลักวินิจฉัยได้อย่างเด็ดขาดในทุกกรณี¹⁵² บางกรณีที่รัฐออกกฎหมายภายในไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ เช่น กรณีที่พันธกรณีตามสนธิสัญญากำหนดว่ารัฐภาคีต้องทำให้บทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นรูปแบบ (a uniform law treaty) เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน การออกกฎหมายของรัฐซึ่งเป็นการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติที่เป็นองค์กรภายในของรัฐเพียงอย่างเดียวก็เป็นการกระทำของรัฐที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศแล้ว¹⁵³ แต่หากเป็นกรณีอื่นๆ ลำพังการออกกฎหมายภายในของฝ่ายนิติบัญญัติอาจยังไม่ก่อให้เกิดการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ เนื่องจากเป็นดุลยพินิจของรัฐในการทำให้กฎหมายภายในของรัฐไม่ฝ่าฝืนต่อพันธกรณีระหว่างประเทศ การละเมิดพันธกรณีจะเกิดขึ้นหรือไม่ขึ้นอยู่กับว่าการบังคับใช้กฎหมายภายในได้บรรลุผลสอดคล้องตามพันธกรณีหรือไม่ อย่างไร¹⁵⁴

¹⁵¹ *Colozza v. Italy*, Eur. Court H.R., Series A, No. 89 (1985), pp. 15-16, para. 30.

¹⁵² *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the U.N. Headquarters Agreement of 26 June 1947*, ICJ Report, Advisory Opinion, 1988, p. 30, para. 42.

¹⁵³ *Supra* note 101, p. 57, para. 12.

¹⁵⁴ *Ibid.*

ตัวอย่างเช่น ในคดี *LaGrand (Germany v. United States of America)*¹⁵⁵ ที่ประเทศเยอรมนีฟ้องสหรัฐอเมริกาในการที่ศาลแห่งมลรัฐแอริโซนาดำเนินคดีอาญากับปัจเจกชนผู้มีสัญชาติเยอรมันและตัดสินลงโทษประหารชีวิตโดยองค์กรผู้มิอำนาจหน้าที่มิได้แจ้งสิทธิของปัจเจกชนในการติดต่อกับกงสุลของประเทศเยอรมันในทันที ทำให้ประเทศเยอรมันไม่สามารถใช้สิทธิในการช่วยเหลือและจัดหาทนายความแก่คนสัญชาติของตนตามข้อบทที่ 36(1) (a) และ(c) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963 การกระทำของสหรัฐอเมริกาจึงเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ สหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่า กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของรัฐมีกฎเกณฑ์ที่กระจายความรับผิดชอบระหว่างศาลของสหพันธรัฐและศาลของมลรัฐ (a procedural default rule) ทำให้ศาลของสหพันธรัฐไม่สามารถดำเนินการตามสิทธิของปัจเจกชนในกรณีนี้ได้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่า ต้องพิจารณาความแตกต่างระหว่างการมีอยู่ของกฎเกณฑ์ภายในดังกล่าวกับการบังคับใช้กฎเกณฑ์ในคดีนี้ การมีอยู่ของกฎเกณฑ์ดังกล่าวมิได้เป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศตามข้อบทที่ 36 วรรค 1 ของอนุสัญญาในตัวเอง แต่ปัญหาเกิดขึ้นเมื่อการบังคับใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าวมีผลทำให้ปัจเจกชนผู้ต้องคุมขังไม่สามารถโต้แย้งคำตัดสินและอุทลโทษประหารชีวิตโดยมิได้รับสิทธิในการติดต่อกับกงสุลของประเทศของตน เนื่องมาจากองค์กรผู้มิอำนาจของสหรัฐอเมริกาไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีตามข้อบทดังกล่าว การที่สหรัฐอเมริกาอ้างข้อขัดข้องตามกฎหมายภายในทำให้สิทธิตามข้อบทของอนุสัญญาใช้บังคับไม่ได้ตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาย่อมเป็นการละเมิดข้อบทที่ 36 วรรค 2 ของอนุสัญญา¹⁵⁶

จะเห็นได้ว่า ในบางกรณีการกระทำทางนิติบัญญัติอาจไม่ก่อให้เกิดการละเมิดพันธกรณีในตัวเอง ลำพังการมีอยู่ของกฎหมายภายในที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติอาจยังไม่ถือเป็นการละเมิดพันธกรณี เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐที่องค์กรภายในสามารถเลือกใช้วิธีการใดๆ ในการดำเนินการเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีดังกล่าว ศาลระหว่างประเทศจึงมุ่งพิจารณาที่ผลในการบังคับใช้กฎหมายภายในดังกล่าวว่าสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่รัฐผูกพันอยู่หรือไม่เป็นสำคัญ การใช้อำนาจในการบังคับใช้กฎหมายภายในในกรณีนั้นๆ อาจเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการก็ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งฝ่ายตุลาการหรือศาล ผู้มิอำนาจปรับใช้กฎหมายแก่กรณี หากปรับใช้และตีความกฎหมายซึ่งทำให้

¹⁵⁵ *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, Judgement, ICJ Report, 2001, pp. 466-517.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 497, paras. 90-91.

เกิดผลเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศแล้วย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ และรัฐในฐานะผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายที่มีความเป็นเอกภาพย่อมต้องรับผิดชอบต่อการกระทำขององค์กรภายในของตน



บทที่ 3

ปัญหากรณีประเทศไทยไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศเนื่องจาก กฎหมายภายในไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ

3.1 สภาพปัญหากรณีประเทศไทยไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศเนื่องจาก กฎหมายภายในไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศ (international law) เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐในสังคมระหว่างประเทศ เกิดจากความยินยอมร่วมกันของรัฐต่างๆ โดยแต่ละรัฐต่างจำกัดอำนาจอธิปไตยของตนเข้าผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ดังกล่าว ในกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รัฐได้ให้ความยินยอมผ่านทางปฏิบัติ (state practice) ซึ่งได้กระทำด้วยสำนึกว่ามีพันธะทางกฎหมาย (*opinio juris*) ส่วนในกรณีของสนธิสัญญา รัฐยินยอมโดยการเข้าผูกพันตนในสนธิสัญญาระหว่างรัฐภาคี รัฐภาคีจึงต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาตามหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตาม (*pacta sunt servanda*)¹ กล่าวคือ ในมุมมองของกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อรัฐได้ผูกพันตนตามพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐจึงต้องปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว ในกรณีที่เกิดการขัดกันระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน กฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีลำดับศักดิ์เหนือกว่ากฎหมายภายใน รัฐมีหน้าที่โดยทั่วไปในการปรับใช้กฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศ² กรณีของสนธิสัญญา ข้อบทที่ 27 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้ห้ามมิให้รัฐอ้างบทบัญญัติของกฎหมายภายในเพื่อเป็นข้อยกเว้นไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญา นอกจากนี้ ข้อบทที่ 13 ของร่างปฏิญญาว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศก็ได้กำหนดให้ ทุกรัฐมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามพันธกรณีของตนที่เกิดจากสนธิสัญญาและบ่อเกิดอื่นๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศโดยสุจริต และไม่อาจอ้างบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ

¹ See Preamble and Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.

² *The Exchange of Greek and Turkish Populations*, PCIJ Ser. B, No.10, Advisory Opinion, 1925, p. 20.

ของตนหรือกฎหมายของตนเป็นข้อยกเว้นในการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าวได้³ รัฐจึงไม่อาจอ้างการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศเนื่องมาจากกฎหมายรัฐธรรมนูญของตน การกระทำหรือการงดเว้นการกระทำขององค์กรภายใน ไม่ว่าจะโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการหรือองค์กรใดๆ ของรัฐในฐานะข้อยกเว้นความรับผิดชอบของรัฐได้ มิฉะนั้นย่อมนำมาสู่ความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ⁴

อย่างไรก็ตาม กฎหมายระหว่างประเทศมิได้กำหนดวิธีการการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศภายในรัฐไว้โดยเฉพาะ เนื่องด้วยเดิมกฎหมายระหว่างประเทศมีลักษณะที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ปรากฏในรูปของจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไป จึงเกิดความไม่แน่นอนในการปรับใช้เนื้อหาของกฎเกณฑ์ดังกล่าว อีกทั้ง การกำหนดวิธีการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศแก่รัฐย่อมเป็นการจำกัดอำนาจอธิปไตยของรัฐ ดังนั้น กฎหมายระหว่างประเทศจึงยอมรับให้เป็นเรื่องทางปฏิบัติของแต่ละรัฐในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของตน⁵

หากพิจารณาทางปฏิบัติของประเทศไทยพบว่า วิธีการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของไทยแตกต่างกันไปตามบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รัฐธรรมนูญของไทยมิได้รับรองสถานะของกฎหมายดังกล่าวไว้โดยตรงจึงไม่มีวิธีการปรับใช้โดยเฉพาะ ขึ้นอยู่กับดุลพินิจขององค์กรภายในรัฐ ศาลไทยมักใช้ดุลพินิจในการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นรายกรณี โดยปราศจากบรรทัดฐานที่แน่นอน เนื่องจากโดยหลักศาลไทยผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายภายในเท่านั้น ส่วนในกรณีของสนธิสัญญา รัฐธรรมนูญของไทยปรากฏบทบัญญัติซึ่งให้อำนาจฝ่ายบริหารในการทำสนธิสัญญา แต่สนธิสัญญาจะยังไม่มีผลใช้บังคับโดยตรงในระบบกฎหมายภายใน หากแต่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องตรากฎหมายภายในอนุวัติการสนธิสัญญาขึ้นใหม่หรือแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่ให้ครอบคลุมพันธกรณีดังกล่าว โดยหลักศาลจะปรับใช้กฎหมายภายในแก่คดีและปฏิเสธการปรับใช้

³ Draft Declaration on Rights and Duties of States, Article 13; see also *Polish nationals in Danzig Case*, advisory opinion, PCIJ Ser. A/B, No. 44, 1931.

⁴ ประสทิธิ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551), น. 196-197.

⁵ D. Carreau, Droit International Public, (Pedone: Paris, 1986), pp. 456-458, อ้างใน จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), น. 70-71.

บทบัญญัติของสนธิสัญญา ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ ส.660/2559 ที่ศาลเห็นว่า อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบแห่งสหประชาชาติ ไม่มีผลบังคับโดยตรงต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือประชาชนภายในประเทศ หากแต่รัฐจะต้องออกกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศเสียก่อน เป็นต้น ดังนั้นหากไม่มีกฎหมายภายในรองรับพันธกรณีตามสนธิสัญญา ศาลย่อมไม่ปรับใช้สนธิสัญญาแก่คดี กรณีที่เกิดการขัดกันระหว่างพันธกรณีตามสนธิสัญญากับกฎหมายภายใน ไม่ว่าจะกฎหมายภายในจะ ออกมาก่อนหรือหลังสนธิสัญญา ศาลจะปรับใช้กฎหมายภายในเสมอ ทางปฏิบัติของศาลไทยในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศแบบทวินิยมอย่างเคร่งครัดนี้อาจมีผลเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศได้⁶

ผู้เขียนจึงสนใจศึกษาทางปฏิบัติของตุลาการไทยในการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและสนธิสัญญาในระบบกฎหมายภายใน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อกฎหมายภายในของประเทศไทยไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายภายในรองรับหรืออนุวัติการตามพันธกรณี หรือกรณีที่มีกฎหมายภายในรองรับหรืออนุวัติการตามแต่ไม่สมบูรณ์ ฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นองค์กรภายในของรัฐผู้มีหน้าที่ในการปรับใช้กฎหมายเพื่อชี้ขาดข้อพิพาท จะใช้วิธีวิธีโดยใช้และตีความกฎหมายเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบของประเทศไทยในทางระหว่างประเทศ และเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนตามมาตรฐานระหว่างประเทศอย่างไร อาจแยกพิจารณาสภาพปัญหาได้ 2 กรณี ดังนี้

⁶ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้ทบทวนผลการปฏิบัติตามพันธกรณีตามสนธิสัญญาของประเทศไทย และได้ตั้งคำถามเรื่องการมีผลบังคับใช้ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองในระบบกฎหมายของไทยว่า ศาลไทยได้ปรับใช้บทบัญญัติตามสนธิสัญญาโดยตรง หรือใช้ประกอบการตีความกฎหมายภายในหรือไม่ โปรดดู UN Human Rights Committee (HRC), List of issues in relation to the second periodic report of Thailand, 12 August 2016, CCPR/C/THA/Q/2, Retrieved on 24 November 2017, from http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fTHA%2fQ%2f2&Lang=en.

3.1.1 กรณีไม่มีกฎหมายภายในรองรับหรือนวัตกรรมตามพันธกรณีระหว่างประเทศ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญาพบว่า สนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้ภายในประเทศได้ต่อเมื่อมีกฎหมายรองรับหรือกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญา ดังนั้นก่อนที่ฝ่ายบริหารจะเข้าทำสนธิสัญญา จะต้องพิจารณาว่ากฎหมายภายในที่มีอยู่ครอบคลุมพันธกรณีตามสนธิสัญญาแล้วหรือไม่ กรณีกฎหมายภายในรองรับพันธกรณีแต่ยังไม่ครอบคลุมเพียงพอ หรือกรณีไม่มีกฎหมายภายในรองรับพันธกรณี จึงต้องแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่หรือตรากฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาขึ้นใหม่เพื่อที่รัฐจะสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญาได้

ทั้งนี้ แม้กระทรวงต่างประเทศจะจัดตั้งคณะกรรมการพิเศษซึ่งทำหน้าที่พิจารณาประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับสนธิสัญญาซึ่งมีบทบาทในการพิจารณาว่า ในการเข้าทำสนธิสัญญาจะต้องแก้ไขกฎหมายภายในที่มีอยู่หรือตรากฎหมายอนุวัติการขึ้นใหม่เพื่อรองรับพันธกรณีตามสนธิสัญญาหรือไม่ ก่อนที่จะเสนอร่างสนธิสัญญาเพื่อขอความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีในอันที่ฝ่ายบริหารจะเข้าทำสนธิสัญญาและขอความเห็นชอบจากรัฐสภา จึงจะได้ดำเนินการเสนอร่างกฎหมายอนุวัติการให้รัฐสภาพิจารณาต่อไป ส่งผลให้กฎหมายภายในย่อมครอบคลุมพันธกรณีตามสนธิสัญญาแล้วก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้กับประเทศไทย หากแต่ทางปฏิบัติที่ผ่านมาพบว่าประเทศไทยเคยเข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญาหลายฉบับโดยไม่มีกฎหมายภายในรองรับหรือนวัตกรรมสนธิสัญญา⁷ ตัวอย่างเช่น

กรณีอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ค.ศ. 1961 ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าวในวันที่ 18 เมษายน พ.ศ. 2504 แต่มิได้ดำเนินการออกกฎหมายภายในอนุวัติการตามอนุสัญญา จนกระทั่งได้ตราพระราชบัญญัติเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต พ.ศ. 2527 ลงวันที่ 26 กันยายน 2527 ใช้บังคับเป็นกฎหมายไทย⁸ นอกจากนี้ประเทศไทยยังได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เมื่อวันที่ 24 เมษายน พ.ศ. 2506 แต่มิได้ตรากฎหมายอนุวัติการจนกระทั่งได้ตราพระราชบัญญัติเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางกงสุล พ.ศ. 2541⁹ อนุวัติการตามอนุสัญญาดังกล่าวจากกรณีข้างต้น หากเกิดคดีขึ้นในระหว่างที่ยังไม่มีกฎหมายอนุวัติการ ศาลไทยจะบังคับใช้กฎหมายอย่างไรเพื่อให้ความคุ้มครองแก่บุคคลผู้ได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูตและทางการกงสุล

⁷ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 120.

⁸ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 1 ตอนที่ 131 (ฉบับพิเศษ) ลงวันที่ 26 กันยายน 2527.

⁹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 115 ตอนที่ 102 ก ลงวันที่ 31 ธันวาคม 2541.

หากศาลไทยมีทางปฏิบัติที่เคร่งครัดโดยปฏิเสธการมีผลบังคับใช้ของกฎหมายระหว่างประเทศและผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายภายในเท่านั้น ทั้งนี้ ในขณะนั้นมีเพียงพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษในประเทศไทย พ.ศ. 2504 เป็นกฎหมายภายในซึ่งใช้บังคับอยู่ แต่ก็สามารถให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหน้าที่และพนักงานของสหประชาชาติเท่านั้น¹⁰

แม้ต่อมาจะได้มีกฎหมายอนุวัติการตามอนุสัญญาทั้งสองแล้ว แต่เป็นที่พึงตั้งข้อสังเกตว่า หากศาลไทยปฏิเสธการบังคับใช้สนธิสัญญาโดยตรงและบังคับใช้กฎหมายอนุวัติการเท่านั้น ศาลไทยจะบังคับใช้กฎหมายอนุวัติการดังกล่าวโดยคำนึงถึงความสอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญาด้วยหรือไม่ ศาลจะนำบทบัญญัติของอนุสัญญาดังกล่าวมาพิจารณาประกอบการตีความกฎหมายอนุวัติการด้วยหรือไม่

3.1.2 กรณีกฎหมายภายในรองรับหรืออนุวัติการตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ไม่สมบูรณ์

กรณีอนุสัญญาฉบับที่ 29 ว่าด้วยการเกณฑ์แรงงานหรือแรงงานบังคับ ค.ศ. 1930 ซึ่งประเทศไทยได้ดำเนินการให้สัตยาบันตั้งแต่ 26 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2512 จึงมีพันธกรณีตามสนธิสัญญาในการดำเนินการปราบปรามการเกณฑ์แรงงานหรือการใช้แรงงานบังคับ (compulsory or forced labour) ในทุกรูปแบบ¹¹ หากแต่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายอนุวัติการอนุสัญญาดังกล่าว จึงยังไม่มีกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการใช้แรงงานบังคับไว้โดยเฉพาะ¹² แม้จะมีกฎหมายที่อาจรองรับพันธกรณีตามอนุสัญญาดังกล่าวได้ คือ พระราชบัญญัติป้องกันและ

¹⁰ นพนิธิ สุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), น. 174.

¹¹ ILO Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), Article 1

1. “Each Member of the International Labour Organisation which ratifies this Convention undertakes to suppress the use of forced or compulsory labour in all its forms within the shortest possible period.”

¹² ILO Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), Article 25

“The illegal exaction of forced or compulsory labour shall be punishable as a penal offence, and it shall be an obligation on any Member ratifying this Convention to ensure that the penalties imposed by law are really adequate and are strictly enforced.”

ปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 ที่ได้กำหนดนิยาม “การบังคับใช้แรงงานหรือบริการ หมายถึง การข่มขืนใจให้ทำงานหรือให้บริการ โดยทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของบุคคลนั้นเองหรือของผู้อื่น โดยขู่เชิญประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือทำให้บุคคลนั้นอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้” โดยการบังคับใช้แรงงานหรือบริการเป็นรูปแบบหนึ่งในการแสวงหาประโยชน์อันมิชอบ¹³ ซึ่งเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานค้ามนุษย์¹⁴ อนุสัญญาได้กำหนดนิยามว่า แรงงานบังคับ หมายถึง งานหรือบริการทุกชนิดซึ่งเกณฑ์เอาจากบุคคลใดๆ โดยการขู่เชิญว่าจะลงโทษและซึ่งบุคคลดังกล่าวมิได้สมัครใจที่จะทำเอง¹⁵ ทั้งนี้ คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญในการอนุวัติการอนุสัญญาและข้อเสนอแนะตามอนุสัญญายังได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณานิยามของแรงงานบังคับให้รวมถึง “การยึดเอกสารประจำตัว” (retention of ID documents) และ “แรงงานขัดหนี้” (debt bondage) โดยการสร้างเงื่อนไขให้แรงงานไม่สามารถ

¹³ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 4

“แสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ” หมายความว่า การแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณี การผลิตหรือเผยแพร่วัตถุหรือสื่อลามก การแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น การเอาคนลงเป็นทาส การนำคนมาขอตาน การบังคับใช้แรงงานหรือบริการ การบังคับด้วยวิธีเพื่อการค้า หรือการอื่นใดที่คล้ายคลึงกันอันเป็นการขูดรีดบุคคล ไม่ว่าบุคคลนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม.”

¹⁴ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 6

“ผู้ใดเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) เป็นธุระจัดหา ชื้อ ขาย จำหน่าย พามาจากหรือส่งไปยังที่ใด หน่วงเหนี่ยวกักขัง จัดให้อยู่อาศัย หรือรับไว้ซึ่งบุคคลใด โดยข่มขู่ ใช้กำลังบังคับ ลักพาตัว ฉ้อฉล หลอกลวง ใช้อำนาจโดยมิชอบ หรือโดยให้เงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นแก่ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลบุคคลนั้นเพื่อให้ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำความผิดในการแสวงหาประโยชน์จากบุคคลที่ตนดูแล หรือ

(2) เป็นธุระจัดหา ชื้อ ขาย จำหน่าย พามาจากหรือส่งไปยังที่ใด หน่วงเหนี่ยวกักขัง จัดให้อยู่อาศัย หรือรับไว้ซึ่งเด็ก

ผู้นั้นกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์.”

¹⁵ ILO Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), Article 2

1. “For the purposes of this Convention the term forced or compulsory labour shall mean all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily.”

ชุดใช้หนี้ได้เป็นรูปแบบหนึ่งของการใช้แรงงานบังคับด้วย ในระหว่างที่ยังไม่มีกฎหมายอนุวัติการ อนุสัญญาที่กำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการใช้แรงงานบังคับไว้โดยเฉพาะเจาะจง และกฎหมาย เกี่ยวกับการค้ามนุษย์อาจรองรับพันธกรณีดังกล่าวได้¹⁶ ศาลไทยจะบังคับใช้กฎหมายภายในที่มีอยู่โดย คำนึงถึงพันธกรณีตามอนุสัญญาดังกล่าวหรือไม่ มิฉะนั้นอาจเกิดปัญหาที่ประเทศไทยไม่สามารถ ปฏิบัติตามพันธกรณีในอนุสัญญาได้

กรณีกีดกันระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเป็น สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2539 และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยเมื่อวันที่ 29 มกราคม 2540 ประเทศไทยจึงมี พันธกรณีต้องปฏิบัติตาม โดยข้อ 14 วรรค 5 ได้รับรองสิทธิอุทธรณ์ในคดีอาญาว่า “บุคคลทุกคนที่ ต้องคำพิพากษาลงโทษในความผิดอาญา ย่อมมีสิทธิที่จะให้คณะตุลาการระดับเหนือขึ้นไปพิจารณา ทบทวนการลงโทษและคำพิพากษาโดยเป็นไปตามกฎหมาย”¹⁷ หากแต่กฎหมายภายในซึ่งเกี่ยวข้องกับ

¹⁶ ปัจจุบันมีพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปราม การค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 พ.ศ. 2562 เพื่อแก้ไขขอบเขตของนิยามดังกล่าวให้ชัดเจนแล้ว

มาตรา 6 วรรคท้าย “การแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า ... การบังคับใช้แรงงานหรือบริการตามมาตรา 6/1...”

มาตรา 6/1 “ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่นให้ทำงานหรือให้บริการโดยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) ทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของ บุคคลนั้นเองหรือของผู้อื่น

(2) ชูเชี่ยวด้วยประการใด ๆ

(3) ใช้กำลังประทุษร้าย

(4) ยึดเอกสารสำคัญประจำตัวของบุคคลนั้นไว้

(5) นำภาระหนี้ของบุคคลนั้นหรือของผู้อื่นมาเป็นสิ่งผูกมัดโดยมิชอบ

(6) ทำด้วยประการอื่นใดอันมีลักษณะคล้ายคลึงกับการกระทำความผิดข้างต้น

ถ้าได้กระทำให้ผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานบังคับ ใช้แรงงานหรือบริการ.”

¹⁷ International Covenant on Civil and Political Rights, Article 14 para 5

“Anyone convicted of a crime shall have the right to have their conviction and sentence reviewed by a higher tribunal according to law.”

กับการพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองของประเทศไทยรับรองสิทธิในการอุทธรณ์ของผู้ต้องคำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองไว้หากแต่ไม่สอดคล้องกับสนธิสัญญาข้างต้น กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 278 วรรค 3 กำหนดให้ ผู้ต้องคำพิพากษาอุทธรณ์ต่อที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาได้เมื่อค้นพบพยานหลักฐานใหม่ซึ่งอาจทำให้ข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ และระเบียบที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์การอุทธรณ์คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2551 ได้กำหนดเงื่อนไขในการอุทธรณ์ว่าต้องมีพยานหลักฐานใหม่ซึ่งเป็นพยานหลักฐานสำคัญที่จะส่งผลให้ศาลยกฟ้องหรือยกคำร้องได้

ทั้งนี้ สิทธิอุทธรณ์ในคดีอาญาตามบทบัญญัติของสนธิสัญญาดังกล่าวรับรองสิทธิแก่จำเลยในคดีอาญาที่สามารถขอให้ศาลที่สูงกว่าทบทวนคำตัดสินของศาลที่ต่ำกว่าเมื่อจำเลยไม่เห็นด้วยต่อปัญหาข้อเท็จจริงหรือปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลได้วินิจฉัย การกำหนดเงื่อนไขว่าจะใช้สิทธิอุทธรณ์ได้ต่อเมื่อพบพยานหลักฐานใหม่เท่านั้น ย่อมทำให้จำเลยไม่สามารถใช้สิทธิอุทธรณ์ได้อย่างแท้จริง เนื่องจากการอุทธรณ์เป็นการขอให้ศาลสูงกว่าพิจารณาพยานหลักฐานปัจจุบันที่เคยตัดสินไป มิใช่พยานหลักฐานใหม่ที่ปรากฏภายหลัง¹⁸ นอกจากนี้ ยังมีประเด็นด้วยว่า การกำหนดให้อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองต่อที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา แม้จะเปลี่ยนองค์คณะแต่ก็เป็นองค์กรศาลฎีกาเหมือนกัน การกำหนดให้ศาลฎีกาเป็นทั้งศาลชั้นแรกและศาลสูงสุดในเวลาเดียวกันย่อมขัดต่อพันธกรณีตามสนธิสัญญาซึ่งรับรองให้จำเลยมีสิทธิอุทธรณ์ต่อศาลที่สูงกว่า¹⁹ เมื่อกฎหมายภายในของประเทศไทยไม่สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาข้างต้น ศาลไทยจะบังคับใช้กฎหมายโดยคำนึงถึงพันธกรณีตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองหรือไม่

จากตัวอย่างสภาพปัญหาที่กฎหมายภายในของประเทศไทยไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายภายในรองรับหรืออนุวัติการตามพันธกรณีหรือกรณีที่กฎหมายภายในรองรับหรืออนุวัติการตามแต่ไม่สมบูรณ์ หากศาลไทยยึดถือทางปฏิบัติแบบทวินิยมอย่างเคร่งครัดโดยการบังคับใช้เฉพาะกฎหมายภายในเท่านั้น อาจเกิดปัญหาว่า

¹⁸ โปรดดู คำตัดสินของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติในคดี *Ratiani v. Georgia*, CCPR/C/84/D/975/2001.

¹⁹ โปรดดู ความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติต่อ ข้อ 14 วรรค 5 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง General Comment No.32, United Nations CCPR/C/GC/32, 23 August 2007, p.14.

ประเทศไทยไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ เนื่องจากรัฐมีหน้าที่โดยทั่วไปในการบังคับใช้กฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ และรัฐไม่อาจอ้างบทบัญญัติของกฎหมายภายในเพื่อเป็นข้อยกเว้นไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้ จึงอาจนำไปสู่ความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ ศาลไทยจะมีนิติวิธีในการปรับใช้กฎหมายอย่างไรเพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศและเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนตามมาตรฐานระหว่างประเทศ

3.2 ปัญหาความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ กรณีประเทศไทยไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศเนื่องจากกฎหมายภายในไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ

เนื่องด้วยรัฐในฐานะสมาชิกของสังคมระหว่างประเทศมีหน้าที่โดยทั่วไปในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ผูกพันรัฐ ไม่ว่าพันธกรณีดังกล่าวจะเกิดจากบ่อเกิดใดของกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รัฐได้เข้าผูกพันตนโดยให้ความยินยอมผ่านทางปฏิบัติ (state practice) ซึ่งได้กระทำด้วยสำนึกว่ามีพันธะทางกฎหมาย (*opinio juris*) ในกรณีของสนธิสัญญาเมื่อรัฐได้เข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญาย่อมเป็นการผูกพันตนว่าจะปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาโดยสุจริตตามหลัก *pacta sunt servanda* ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ผูกพันรัฐทุกรัฐ ปรากฏอย่างชัดเจนตามข้อบทที่ 26 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ว่า “สนธิสัญญาทุกฉบับที่มีผลใช้บังคับแล้วย่อมผูกพันภาคีและจะต้องใช้บังคับโดยภาคีด้วยความสุจริต”²⁰ รัฐไม่อาจอ้างบทบัญญัติของกฎหมายภายใน หรือความไม่สมบูรณ์ของกฎหมายภายในเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบจากการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศได้ หลักการดังกล่าวปรากฏอย่างชัดเจนในข้อบทที่ 27 ของอนุสัญญาฯ ซึ่งกำหนดว่า “รัฐภาคีไม่อาจอ้างบทบัญญัติในกฎหมายภายในของตนมาเป็นข้ออ้างในการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาได้”²¹ ข้อบทข้างต้นมีเจตนารมณ์ป้องกันมิให้รัฐอ้างกฎหมายภายในของตนเพื่อ

²⁰ The Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, Article 26
Pacta sunt servanda

“Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.”

²¹ The Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, Article 27
Internal Law and Observance of Treaties

หลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญา และยังเป็นการประกันให้รัฐตรวจสอบรัฐธรรมนูญของตน และออกกฎหมายภายในที่จำเป็นก่อนการเข้าผูกพันตนในสนธิสัญญา

นอกจากนี้ แนวคำวินิจฉัยขององค์คณะในทางระหว่างประเทศก็ได้วางหลักการว่า รัฐมีหน้าที่ทั่วไปในการปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงการทำให้กฎหมายภายในสอดคล้องกับพันธกรณีดังกล่าว รัฐไม่อาจอ้างการไม่มีกฎหมายภายใน หรือการที่กฎหมายภายในไม่สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญา เพื่อยกเว้นความรับผิดชอบในการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาได้ ตัวอย่างเช่น

คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในคดี *Alabama Claims Arbitration* (1872)²² คณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศตัดสินให้สหรัฐอเมริกาสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากการที่สหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่ละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญาวอชิงตันที่จะต้องวางตัวเป็นกลางในสงครามกลางเมืองของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่จะอ้างการไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายภายในที่ป้องกันมิให้เกิดการปล่อยเรือของของโจรสลัดที่ทำเรือของบริเตนและยับยั้งมิให้โจรสลัดเข้าร่วมกับกองกำลังของฝ่ายสมาพันธรัฐอเมริกาเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบในการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญามีได้

ความเห็นแนะนำของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Exchange of Greek and Turkish Populations* (1925) ศาลเน้นย้ำว่า “...ปรากฏหลักการอย่างชัดเจนแล้วว่า รัฐซึ่งเข้าผูกพันตนตามพันธกรณีที่มีผลผูกพันในทางระหว่างประเทศมีหน้าที่ต้องทำให้กฎหมายภายในสอดคล้องกับพันธกรณีเพื่อประกันการปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว”²³

“A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to Article 46.”

²² *Alabama Claims of the United States of America against Great Britain awarded on 14 September 1872*, Reports of International Arbitral Awards, 2012, pp. 125-134.

²³ *Exchange of Greek and Turkish Populations Advisory Opinion*, supra note 2.

คำพิพากษาของศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex* (1932) ศาลตัดสินว่า “...ฝรั่งเศสจะอ้างบทบัญญัติของกฎหมายภายในของตนมาจำกัดขอบเขตของพันธกรณีระหว่างประเทศของฝรั่งเศสไม่ได้...”²⁴

ความเห็นแนะนำของศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Greco-Bulgarian Communities* (1930) ศาลได้ยืนยันหลักการว่า “...มีหลักการซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่า ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐภาคีของสนธิสัญญา บทบัญญัติของกฎหมายภายในจะไม่อยู่เหนือกว่า บทบัญญัติของสนธิสัญญา”²⁵

และความเห็นแนะนำของศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Polish Nationals in the Danzig* (1932) ศาลตัดสินว่า “รัฐไม่สามารถอ้างรัฐธรรมนูญของตนต่อรัฐอื่นเพื่อหลีกเลี่ยงพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือสนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับ เมื่อปรับใช้หลักการดังกล่าว แก่คดีนี้แล้ว การปฏิบัติต่อคนชาติโปแลนด์หรือต่อบุคคลผู้มีถิ่นกำเนิดหรือใช้ภาษาโปแลนด์ต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศและบทบัญญัติในสนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับระหว่างโปแลนด์และดานซิกเท่านั้น”²⁶

เมื่อรัฐมีหน้าที่โดยทั่วไปในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ผูกพันรัฐ หากรัฐไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวได้ อาจนำไปสู่ความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ ปรากฏตามร่างข้อหว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำระหว่างประเทศที่มีชอบด้วยกฎหมาย (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts) ข้อบทที่ 1 กำหนดว่า “การกระทำระหว่างประเทศที่มีชอบด้วยกฎหมายของรัฐทุกการกระทำย่อมก่อให้เกิดผลเป็นความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐนั้น” ทั้งนี้ การกระทำระหว่างประเทศที่มีชอบ

²⁴ *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (France v. Switzerland)*, Judgment No. 17, 1932, PCIJ, Series A/B, No. 46, para. 223.

²⁵ *Interpretation of the Convention between Greece and Bulgaria Respecting Reciprocal Emigration, Signed at Neuilly Sur-Seine on 27 November 1919 (Greco-Bulgarian Communities Case)*, PCIJ, Advisory Opinion, Series B, No. 17, 1930, p. 32.

²⁶ *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory (Polish Nationals in the Danzig Case)*, PCIJ, Advisory Opinion, Series A/B, No. 44, 1932, p. 24.

ด้วยกฎหมายจะต้องเป็นการกระทำที่กล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ และการกระทำนั้นต้องเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ²⁷

การกระทำที่กล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ หมายถึง การกระทำหรือตวัณการกระทำใดๆขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้นไม่ว่าองค์กรภายในของรัฐองค์กรใดใช้อำนาจไม่ว่าจะเป็นอำนาจทางนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการ ย่อมถือเป็นการกระทำของรัฐ²⁸ การตรากฎหมายซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติจึงถือเป็นการกระทำของรัฐเมื่อหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศข้างต้นผูกพันองค์กรภายในของรัฐทุกองค์กร จึงผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายภายในเพื่อให้รัฐสามารถปฏิบัติตามสนธิสัญญาได้

นอกจากนี้ หน้าที่ของรัฐข้างต้นยังผูกพันองค์กรฝ่ายตุลาการหรือศาลซึ่งเป็นองค์กรภายในขององค์กรหนึ่งของรัฐ คำพิพากษาซึ่งเป็นผลของการใช้อำนาจทางตุลาการในการปรับใช้กฎหมายแก่คดีย่อมถือเป็นการกระทำของรัฐด้วย หากศาลไทยปรับใช้กฎหมายในระบบกฎหมายภายในในทางที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ย่อมเป็นการกระทำของรัฐซึ่งละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยไม่คำนึงว่าพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวจะมาจากที่มาใดของ

²⁷ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 2 Elements of an internationally wrongful act of a State

“ There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission:

(a) is attributable to the State under international law; and

(b) constitutes a breach of an international obligation of the State.”

²⁸ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 4 Conduct of organ of a State

“1 The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.”

กฎหมายระหว่างประเทศ²⁹ การกระทำทางตุลาการดังกล่าวจึงอาจเป็นการกระทำทางระหว่างประเทศของไทยอันมิชอบด้วยกฎหมาย และก่อให้เกิดความรับผิดชอบของประเทศไทยในทางระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎหมายภายในจะไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ไม่ว่ากรณีไม่มีกฎหมายภายในที่รองรับหรืออนุวัติการตามพันธกรณี หรือมีกฎหมายภายในรองรับหรืออนุวัติการแต่ไม่สมบูรณ์ หรือขัดหรือแย้งกับพันธกรณีระหว่างประเทศ อาจยังไม่ก่อให้เกิดการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐจึงมิได้กำหนดวิธีการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายใน ทำให้องค์กรภายในของรัฐสามารถเลือกใช้วิธีการใดๆ ในการปรับใช้กฎหมายในระบบกฎหมายภายในเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีที่รัฐผูกพันตน ทั้งนี้ ในการพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ ศาลระหว่างประเทศมุ่งพิจารณาที่ผลในการบังคับใช้กฎหมายภายในว่าสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่ผูกพันรัฐอยู่หรือไม่สำคัญ³⁰

²⁹ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 12 Existence of a breach of an international obligation

“There is a breach of an international obligation by a State when an act of that State is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of its origin or character.”

³⁰ คดี *LaGrand (Germany v. United States of America)* ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศวินิจฉัยข้อโต้แย้งของสหรัฐอเมริกาที่อ้างว่า กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของรัฐมีกฎเกณฑ์ที่กระจายความรับผิดชอบระหว่างศาลของสหพันธรัฐและศาลของมลรัฐ ทำให้ศาลของสหพันธรัฐไม่สามารถแจ้งสิทธิในการติดต่อกับกงสุลของประเทศเยอรมนีแก่ปัจเจกชนสัญชาติเยอรมัน ในคดีนี้ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ได้ โดยศาลเห็นว่า “... ต้องพิจารณาความแตกต่างระหว่างการมีอยู่ของกฎเกณฑ์ภายในดังกล่าวกับการบังคับใช้กฎเกณฑ์ในคดีนี้ การมีอยู่ของกฎเกณฑ์ดังกล่าวมิได้เป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศตามข้อบทที่ 36 วรรค 1 ของอนุสัญญาในตัวเอง แต่ปัญหาเกิดขึ้นเมื่อการบังคับใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าวมีผลทำให้ปัจเจกชนผู้ต้องคุมขังไม่สามารถโต้แย้งคำตัดสินและถูกลงโทษประหารชีวิตโดยไม่ได้รับสิทธิในการติดต่อกับกงสุลของประเทศของตน เนื่องจากองค์กรผู้ใช้อำนาจของสหรัฐอเมริกาไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีตามข้อบทดังกล่าว การที่สหรัฐอเมริกาอ้างข้อขัดข้องตามกฎหมายภายในทำให้สิทธิตามข้อบทของอนุสัญญาใช้บังคับไม่ได้ตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา ย่อมเป็นการละเมิดข้อบทที่

ดังนั้น หากศาลไทยผู้มีหน้าที่ปรับใช้กฎหมายแก่คดีเลือกใช้นิติวิธีใดๆ เพื่อปรับใช้กฎหมายในระบบกฎหมายภายในในทางที่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ย่อมทำให้ประเทศไทยสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศและหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบของประเทศไทยในทางระหว่างประเทศได้

3.3 ทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการไทยในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายใน

ในการพิจารณาทางปฏิบัติในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายใน ต้องแยกพิจารณาตามที่มาของพันธกรณีระหว่างประเทศ ในที่นี้ ผู้เขียนศึกษาเฉพาะพันธกรณีระหว่างประเทศ 2 ประเภท คือ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และสนธิสัญญา

3.3.1 กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ในการพิจารณาทางปฏิบัติในการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายใน ผู้เขียนจะพิจารณาใน 2 ประเด็น คือ การมีผลบังคับใช้ภายในประเทศ และการปรับใช้โดยศาลภายใน พิจารณาได้ ดังนี้

3.3.1.1 การมีผลบังคับใช้ภายในประเทศ

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญของไทย ไม่ปรากฏการกล่าวถึงการมีผลบังคับใช้สถานะ หรือลำดับชั้นของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ³¹ แต่อาจตีความได้ว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุด กฎหมายใดจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญนี้มิได้ ย่อมรวมถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย³² แสดงให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญของไทยมิได้ยอมรับให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีลำดับศักดิ์เหนือกว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญ

36 วรรค 2 ของอนุสัญญา” see *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, Judgement, ICJ Report, 2001, pp. 466-517.

³¹ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 7*, น. 104.

³² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 5

“รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้.”

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญของไทยยังไม่ปรากฏกระบวนการรับเข้ามาในระบบกฎหมายภายในโดยการแปลงรูปเป็นกฎหมายภายใน ซึ่งอาจมีสาเหตุมาจากการที่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีลักษณะไม่เป็นลายลักษณ์อักษร รัฐจึงไม่สามารถออกกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้³³

3.3.1.2 การปรับใช้โดยศาลภายใน

แม้รัฐธรรมนูญของไทยจะไม่ปรากฏการกล่าวถึงการมีผลบังคับใช้หรือกระบวนการรับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเข้ามาในระบบกฎหมายภายใน แต่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กร รวมถึงองค์กรตุลาการผู้มีหน้าที่ปรับใช้กฎหมายในการพิจารณาคดี ฝ่ายตุลาการของไทยจึงมีหน้าที่ต้องปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย โดยศาลไทยมักใช้ดุลพินิจในการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นรายกรณี ซึ่งปราศจากบรรทัดฐานที่แน่นอน³⁴

ทั้งนี้ หลักการตามรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดให้อำนาจศาลพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามกฎหมาย³⁵ นักกฎหมายไทยหลายท่านมีความเห็นว่า กฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญนี้หมายถึงกฎหมายไทยเท่านั้น มิได้รวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศด้วย³⁶ ดังนั้นโดยหลักศาลไทยจะต้องผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายไทย ในกรณีที่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศสอดคล้องกับกฎหมายไทย ศาลจะเลือกปรับใช้กฎหมายไทย³⁷ อย่างไรก็ตามเคยปรากฏตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลพยายามใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายใน ส่วนในกรณีที่ไม่มีกฎหมายไทยรองรับหรืออนุวัติการตาม

³³ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 105; จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 67 และ 86.

³⁴ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *เพ็งอ้าว*, น. 85-86.

³⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 188 วรรคหนึ่ง “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์”

³⁶ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 85; นพนิติ สุริยะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 137; เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชน*, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), น. 208.

³⁷ นพนิติ สุริยะ, *เพ็งอ้าว*.

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ปรากฏในทางปฏิบัติว่าศาลไทยใช้ดุลพินิจเป็นรายกรณีในการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวโดยตรง³⁸ พิจารณาได้ ดังนี้

(1) การบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดีโดยตรง

แม้รัฐธรรมนูญของไทยจะไม่ปรากฏการกล่าวถึงการมีผลบังคับใช้สถานะ หรือลำดับชั้นของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ทว่าปรากฏตัวอย่างคำพิพากษาของศาลในกรณีที่ไม่มีกฎหมายไทยรองรับหรืออนุวัติการตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ปรากฏในทางปฏิบัติว่าศาลไทยใช้ดุลพินิจในการบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยตรงเป็นรายกรณีซึ่งปราศจากบรรทัดฐานที่แน่นอน ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1142/2494³⁹

ในคดีนี้ จำเลยเป็นคนต่างด้าวซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่นอกประเทศไทยกระทำความผิดจับสัตว์น้ำด้วยวิธีระเบิดในเขตประมงไทย เรือรบไทยจึงไล่ตามและจับกุมจำเลยและเรือของกลางได้ขณะห่างจากฝั่ง 6 ไมล์ซึ่งอยู่ในท้องทะเลหลวง จึงมีประเด็นที่ศาลต้องพิจารณาว่าการจับกุมดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลฎีกายอมรับกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ คือ หลักการใช้สิทธิไล่ล่าประชิดติดพัน (right of hot pursuit) ซึ่งมีหลักว่า ในกรณีที่เรือต่างชาติกระทำความผิดตามกฎหมายภายในของราชอาณาจักรแล้วหลบหนี เรือของราชอาณาจักรได้ไล่ตามเรือที่กระทำความผิดดังกล่าวในน่านน้ำหรือทะเลอาณาเขตของตนแม้จะไล่ตามจนเรือดังกล่าวหลบหนีออกจากอาณาเขตทางทะเลของราชอาณาจักรแล้ว ราชอาณาจักรก็ย่อมมีอำนาจจับกุมเรือดังกล่าวในเขตทะเลหลวงซึ่งแม้จะเป็นพื้นที่ที่ไม่มีรัฐใดมีอำนาจอธิปไตยหรือสิทธิอธิปไตยก็ตาม⁴⁰ ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่า การจับกุมสมบูรณ์ตามกฎหมาย ทั้งนี้ ขณะที่ศาลฎีกาวินิจฉัยคดีนี้ อนุสัญญากฎหมายทะเลว่าด้วยทะเลหลวง ค.ศ. 1958 ยังไม่มีผลบังคับใช้ แสดงให้เห็นว่าศาลฎีกายอมรับหลักการใช้สิทธิไล่ล่าติดพัน ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ผูกพันประเทศไทย โดยไม่มีกฎหมายไทยรับรองหรืออนุวัติการตาม

³⁸ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 85-87.

³⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1142/2494.

⁴⁰ จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), น. 410.

คดีหมายเลขแดงที่ 12083/2526⁴¹

คดีดังกล่าวเกี่ยวข้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องความคุ้มกันจากการบังคับคดี โดยที่ดินแปลงของจำเลยที่จะถูกบังคับคดีถูกใช้เป็นที่ตั้งของสถานทูตประเทศบัลกาเรียประจำประเทศไทย ประเทศบัลกาเรียได้เข้าอาคารที่ตั้งอยู่บนที่ดินดังกล่าวเป็นที่ทำการ ศาลแพ่งได้ร้องขอให้ยังกระทรวงยุติธรรมเพื่อขอความเห็นจากกระทรวงต่างประเทศเกี่ยวกับการบังคับคดีที่ดินอันเป็นที่ตั้งของสถานทูตนี้ ต่อมาศาลตัดสินว่า ทรัพย์สินของจำเลยไม่อาจถูกบังคับคดีได้ เนื่องจากสถานทูตเป็นสถานที่ที่ไม่อาจละเมิดได้ จึงได้รับความคุ้มครองทางการทูต ศาลจึงมีคำสั่งจำหน่ายคดีทันที แสดงให้เห็นว่าศาลไทยยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าว

ตัวอย่างคดีหมายเลขแดงข้างต้นเป็นตัวอย่างทางปฏิบัติของศาลไทย ตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าศาลไทยได้ยอมรับและบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต ทั้งนี้ ทางปฏิบัติของศาลไทยได้ยอมรับและปฏิบัติตามพันธกรณีในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าวมาโดยตลอด แม้ในขณะนั้นจะยังไม่มีพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต พ.ศ. 2527⁴² เป็นกฎหมายไทยที่อนุวัติการตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1961 ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูตก็ตาม⁴³ กล่าวคือ นับตั้งแต่ที่ประเทศไทยได้รับเอกราชทางการศาลในปี พ.ศ. 2482 ไม่ปรากฏคำพิพากษาที่ตัดสินความผิดของคณะทูตแต่อย่างใด หากมีความปรากฏต่อศาลว่าจำเลยเป็นผู้มีสิทธิได้รับความคุ้มกันทางการทูต ศาลจะไม่รับฟ้อง แต่หากศาลมีคำสั่งประทับฟ้องแล้ว ความปรากฏขึ้นภายหลัง ศาลจะมีคำสั่งจำหน่ายคดีทันที ในปี พ.ศ. 2522 กระทรวงยุติธรรมจึงได้ออกหนังสือเวียนเลขที่ 13/2522 ลงวันที่ 29 มกราคม 2522 เรื่องระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยการส่งคำคู่ความ เอกสาร และสำนวนความ พ.ศ. 2522 ข้อ 5 ว่า หากผู้ที่รับคำคู่ความหรือเอกสารที่เกี่ยวข้องเป็นผู้ได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต หรืออยู่หรือปฏิบัติงานในหน่วยงานที่ได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต กรมบังคับคดีต้องทำหนังสือไปยังกระทรวงยุติธรรมเพื่อให้

⁴¹ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 86.

⁴² ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 101 ตอนที่ 131 (ฉบับพิเศษ) ลงวันที่ 26 กันยายน 2527.

⁴³ ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าวตั้งแต่วันที่ 18 เมษายน พ.ศ. 2504 แต่ไม่ได้ดำเนินการออกกฎหมายภายในอนุวัติการตามอนุสัญญา จนกระทั่งได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต พ.ศ. 2527 ลงวันที่ 26 กันยายน 2527 ใช้บังคับเป็นกฎหมายไทย.

กระทรวงต่างประเทศดำเนินการให้⁴⁴ เมื่อกระทรวงต่างประเทศยืนยันว่าบุคคลดังกล่าวได้รับความคุ้มกันทางการทูตจริง ศาลต้องจำหน่ายคดี แสดงให้เห็นว่าแนวปฏิบัติทางธุรการของศาลและทางปฏิบัติของศาลได้ยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าว

คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 2965/2538⁴⁵

คดีนี้ ศาลอุทธรณ์ต้องวินิจฉัยบทบัญญัติเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเพื่อดำเนินการตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายบริหารในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ข้อเท็จจริงเบื้องต้นคือ จำเลยเป็นคนสัญชาติไทยกระทำความผิดฐานลักลอบนำกัญชาเข้าประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงขอให้ประเทศไทยส่งตัวจำเลยไปดำเนินคดีที่ศาลของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเด็นที่พัวพันข้อสังเกตในคดีนี้ คือ ศาลจะบังคับใช้กฎหมายอย่างไรในกรณีที่กฎหมายภายในไม่สอดคล้องกัน และยังขัดแย้งกับบทบัญญัติในสนธิสัญญาอีกด้วย กล่าวคือ มาตรา 16 ของพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อใดศาลพิเคราะห์เห็นว่าจำเลยเป็นคนในบังคับสยามก็ดีหรือมีข้อสงสัยหรือมีความยุ่งยากในเรื่องระเบียบอันเกี่ยวกับการรับรองเอกสารหรือวิธีการทำคำขอให้ส่งข้ามแดนก็ดี ให้ศาลรายงานหาหรือเสนาบติกระทรวงยุติธรรมก่อนที่จะออกคำสั่งให้ปล่อยตัวจำเลย” เป็นกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ห้ามมิให้ส่งคนสัญชาติไทยข้ามแดน ขัดแย้งกับข้อ 8(1) วรรคสามของสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 14 ธันวาคม พ.ศ. 2526 ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่ประเทศไทยเป็นรัฐที่ได้รับการร้องขอ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอาจส่งคนชาติของตนข้ามแดนได้ หากมิได้ถูกห้ามให้กระทำเช่นนั้น” ซึ่งแนบท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 อันเป็นกฎหมายบังคับการตามสนธิสัญญา

ศาลอุทธรณ์ได้นำหลักการตีความสนธิสัญญาตามมาตรา 31 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ที่ต้องตีความถ้อยคำโดยสุจริตและพิจารณาถึงความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญามาใช้ตีความข้อ 8(1) วรรคสามของสนธิสัญญาดังกล่าว ซึ่งแนบท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 อันเป็นกฎหมายบังคับการตามสนธิสัญญา เห็นว่า เมื่อพิจารณาถ้อยคำของข้อ 8(1) วรรคสามโดยสุจริตแล้ว คำว่า “หากมิได้ถูกห้ามมิให้กระทำเช่นนั้น” ย่อมไม่รวมถึงข้อห้ามมิให้ส่งคนสัญชาติไทย ตามมาตรา 16 ของพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 เนื่องจากหากประเทศไทยทำสนธิสัญญาดังกล่าวโดยเจตนาให้มาตรา 16 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็น

⁴⁴ นพนิติ สุริยะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 174.

⁴⁵ คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 2965/2538.

ข้อยกเว้นข้อ 8(1) วรรคสามของสนธิสัญญา จะทำให้บทบัญญัติของสนธิสัญญาไร้ผล หากเป็นเช่นนั้น ย่อมไม่มีความจำเป็นต้องกำหนดให้รัฐบาลไทยมีอำนาจใช้ดุลยพินิจส่งคนสัญชาติไทยข้ามแดนได้อีกทั้ง มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 ได้กำหนดให้นำบทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดแย้งกับสนธิสัญญา เมื่อมาตรา 16 ของพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 ขัดแย้งกับข้อ 8(1) วรรคสามของสนธิสัญญา จึงต้องตีความข้อ 8(1) วรรคสามของสนธิสัญญาดังกล่าว ซึ่งแนบท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 และบังคับใช้กฎหมายบังคับการดังกล่าวในทางที่สอดคล้องกับสนธิสัญญา

จะเห็นได้ว่า ศาลอุทธรณ์ได้ยอมรับและบังคับใช้หลักการตีความสนธิสัญญาตามมาตรา 31 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งศาลได้ระบุด้วยว่า แม้ประเทศไทยยังมิได้เป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว แต่เป็นบทบัญญัติที่นำมาใช้ประกอบการพิจารณาได้ อนึ่ง แม้ศาลจะมีได้ระบุว่าหลักการตีความที่ปรากฏในอนุสัญญาฯ ผูกพันไทยในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ผู้เขียนเห็นว่า การกล่าวอ้างอนุสัญญาฯ ดังกล่าว อาจแสดงให้เห็นว่า ศาลได้นำหลักการตามอนุสัญญาซึ่งมีฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและผูกพันไทยมาใช้ประกอบการตีความกฎหมายภายใน⁴⁶ กล่าวคือ ศาลอาจบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 ซึ่งเป็นกฎหมายบังคับการตามสนธิสัญญาในฐานะกฎหมายพิเศษยกเว้นพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป เมื่อจะต้องปรับใช้และตีความกฎหมายบังคับการตามสนธิสัญญา จึงเป็นกรณีที่ศาลจะหลีกเลี่ยงการตีความบทบัญญัติของสนธิสัญญาซึ่งได้แปลแนบท้ายกฎหมายบังคับการดังกล่าวมิได้ ศาลจึงนำหลักการตีความสนธิสัญญา

⁴⁶ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่า ข้อบทที่ 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โปรดดู *The Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro/Belgium) (Preliminary Objections) Case*, ICJ Reports, 2004, p.318, para. 100.

ทั้งนี้ มีความเห็นอีกฝ่ายหนึ่งว่า ข้อบทดังกล่าวเป็นเพียงพัฒนาการก้าวหน้าของกฎหมาย หรือ Progressive Development of International Law ซึ่งอาจยังไม่มีผลผูกพันทุกรัฐ ในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โปรดดู Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009), pp. 439-440.

ตามกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ตีความบทบัญญัติตามสนธิสัญญา เพื่อประกอบการบังคับใช้กฎหมายภายในซึ่งอนุวัติการตามสนธิสัญญาอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญา คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์นี้จึงเป็นตัวอย่างทางปฏิบัติที่ศาลไทยบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยตรงแม้ไม่มีกฎหมายอนุวัติการตามสนธิสัญญากรุงเวียนนา

อนึ่ง ในการพิจารณานิติวิธีในการบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดีโดยตรงของศาลไทย มีความเห็นในทางวิชาการว่าศาลไทยอาจบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปตามมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ เมื่อพิจารณาลำดับการใช้กฎหมายตามนิติวิธีในการใช้กฎหมายในระบบกฎหมายของไทย ปรากฏตามมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁴⁷ ซึ่งกำหนดให้ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นลำดับแรก เมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงจะอุดช่องว่างโดยการใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น การเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง และการใช้หลักกฎหมายทั่วไป

ทั้งนี้ มีความเห็นในทางวิชาการซึ่งแตกต่างกันว่า การใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศจะอยู่ในความหมายของการใช้หลักกฎหมายทั่วไปตามนิติวิธีข้างต้นหรือไม่

ความเห็นฝ่ายแรก เห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไปตามบทบัญญัติข้างต้น หมายถึงหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายไทยเท่านั้น⁴⁸

⁴⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4

“กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อใดไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

; อนึ่ง แม้บทบัญญัติดังกล่าวจะเป็นนิติวิธีในการใช้กฎหมายเอกชนของไทย แต่นิติวิธีข้างต้นยังได้วางหลักเกณฑ์เบื้องต้นในการใช้กฎหมายในสาขาอื่นๆ รวมทั้งกฎหมายมหาชนด้วย กล่าวคือ เมื่อไม่ปรากฏกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงเกิดช่องว่างแห่งกฎหมาย ศาลจะต้องใช้วิธีการต่างๆ ในการอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรดังกล่าว.

⁴⁸ สมปอง สุจริตกุล, “ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ,” บทบัญญัติ, ปีที่ 20 ตอน 1, น. 76-77 (มกราคม 2505).

และความเห็นฝ่ายที่สอง เห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไป หมายถึง หลักกฎหมายที่ยอมรับนับถือกันทั่วไป มิได้หมายถึงเฉพาะหลักกฎหมายภายในของไทยหรือของประเทศใดประเทศหนึ่ง เนื่องด้วยตัวบทภาษาอังกฤษที่ใช้ในขณะยกร่างมาตราดังกล่าว ใช้คำว่า “general principles of law” ซึ่งแท้จริงแล้วควรแปลว่า “หลักทั่วไปของกฎหมาย” ซึ่งควรมีความหมายกว้างกว่า คำว่า “general legal principles” ที่แปลว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” แต่การแปลถ้อยคำจากการยกร่างภาษาอังกฤษเป็นภาษาไทยที่ผิดพลาด จึงทำให้แปลคำว่า “general principles of law” เป็น “หลักกฎหมายทั่วไป”⁴⁹ จึงอาจตีความได้ว่าหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งในกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ย่อมอยู่ในความหมายของ “หลักกฎหมายทั่วไป” ตามบทบัญญัติข้างต้นได้

ปรากฏตัวอย่างคำพิพากษา เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 999/2496⁵⁰ ซึ่งศาลได้นำหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศตามมาตรา 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการเดินเรือทางทะเล มาวินิจฉัยความหมายของคำว่า ล่มหรือสูญเสียโดยสิ้นเชิง และภัยพิบัติทางทะเล ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป ศาลเห็นว่าเมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 768 ซึ่งกำหนดให้นำกฎหมายว่าด้วยการเดินเรือทางทะเลมาบังคับใช้ต่อสัญญาเดินเรือทางทะเล แต่เมื่อไม่มีกฎหมายไทยหรือจารีตประเพณีในเรื่องดังกล่าว จึงต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้แก่คดี ศาลจึงได้วินิจฉัยคดีตามนิยามของทางปฏิบัติโดยทั่วไปของนานาชาติตามมาตรา 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ แสดงให้เห็นว่า ศาลได้นำหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปตามมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(2) การใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายใน

นอกจากศาลไทยจะเคยบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดีโดยตรงในกรณีที่ไม่มีกฎหมายไทยรองรับหรืออนุวัติการตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศตามที่ได้อธิบายข้างต้นแล้ว ยังปรากฏตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาล

⁴⁹ ไพจิตร บุญญพันธุ์, “หลักกฎหมายทั่วไป และหลักกฎหมายทั่วไป(ฉบับเพิ่มเติม), ดุลพินิจ, ปีที่ 44, เล่ม 3, น. 170-177 (กรกฎาคม-กันยายน 2540).

⁵⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 999/2496 อ้างใน จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 87.

พยายามนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้เป็นเครื่องมือประกอบการตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญด้วย เช่น

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 11/2542⁵¹

เรื่องประธานรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าหนังสือแจ้งความจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงิน ที่รัฐบาลมีไปถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศ เป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 224 วรรคสองหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า หนังสือแจ้งความจำนงดังกล่าวมิใช่ “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 จึงไม่ใช้กรณีที่ต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 224 วรรคสองด้วย

ศาลรัฐธรรมนูญอธิบายนิยามของ “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 ว่าหมายถึงความตกลงทุกประเภทที่ประเทศไทยทำขึ้นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ มีลักษณะเป็นสัญญาที่ทำขึ้นเป็นหนังสือ อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างกัน ไม่ว่าจะทำขึ้นในรูปแบบใดและใช้ชื่ออย่างไร ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ศาลนำมาใช้พิจารณาให้ความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” เป็นหลักเกณฑ์เดียวกันกับที่ใช้พิจารณาในการนิยามคำว่า “สนธิสัญญา” ตามความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐและองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986 ซึ่งศาลอธิบายด้วยว่า กฎหมายดังกล่าวมีที่มาจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศและแนวปฏิบัติของนานาประเทศที่ยึดถือกันมาช้านาน กระทั่งได้จัดทำประมวลเป็นอนุสัญญาขึ้น

เมื่อศาลพิจารณาหนังสือแจ้งความจำนงแล้ว เห็นว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐบาลไทยเพื่อขอใช้สิทธิในฐานะสมาชิกของกองทุนการเงินระหว่างประเทศ และการแจ้งความจำนงเพียงฝ่ายเดียวเพื่อแสดงแผนการที่รัฐบาลไทยจะปฏิบัติ แม้ปฏิบัติไม่ได้ก็ไม่สามารถบังคับกันตามกฎหมาย อีกทั้งกองทุนฯ ได้มีหนังสือแจ้งกลับมาในลักษณะของแผนให้ความช่วยเหลือ มิได้ประสงค์จะแสดงความผูกพันในทางสัญญาต่อแผนให้ความช่วยเหลือและต่อหนังสือแจ้งความจำนง แสดงให้เห็นว่าทั้งสองฝ่ายมิได้ประสงค์ให้หนังสือแจ้งความจำนงมีผลผูกพันตามกฎหมายในทางสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศกับกองทุนฯ หนังสือแจ้งความจำนงจึงมิใช่หนังสือสัญญาตามความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากขาดลักษณะของการเป็น

⁵¹ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 116 ตอนที่ 63 ก ลงวันที่ 19 กรกฎาคม 2542, น. 1-11.

ความตกลงระหว่างประเทศ และมีใช้ “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 ด้วย จึงไม่เป็นกรณีที่ต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 224 วรรคสองด้วย⁵²

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 33/2543⁵³

เรื่องอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพเป็นหนังสือสัญญาที่มี บทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคสองหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าอนุสัญญาดังกล่าวเป็นหนังสือสัญญาที่มี บทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญมาตรา 224 วรรคสอง

ก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าอนุสัญญาดังกล่าวเป็นหนังสือสัญญา ที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคสองหรือไม่ ต้องวินิจฉัยก่อนว่า อนุสัญญาดังกล่าวเป็น “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 หรือไม่ ศาลได้ใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณานิยามของคำว่า “สนธิสัญญา” ตามความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศ ในการให้ความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญนี้เช่นเดียวกับคำวินิจฉัยที่ 11/2542 ข้างต้น

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 6-7/2551⁵⁴

เรื่อง ประธานวุฒิสภาและประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งความเห็นของ สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับแถลงการณ์ ร่วมไทย-กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของ รัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 หรือไม่⁵⁵ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า แถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา

⁵² แม้การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า หนังสือแจ้งความจำนงค์ดังกล่าวไม่มีสถานะเป็น สนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ และไม่ใช่หนังสือสัญญาตามมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญจะ ถูกต้อง ทว่ามีความคลาดเคลื่อนที่ได้วินิจฉัยต่อไปว่า หนังสือแจ้งความจำนงค์ดังกล่าวจึงไม่ใช่หนังสือ สัญญาที่ต้องให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบก่อนเข้าทำด้วย โปรดดู ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 7*, น. 125-135.

⁵³ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 118 ตอนที่ 68 ก ลงวันที่ 22 สิงหาคม 2544, น. 71-85.

⁵⁴ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 125 ตอนที่ 108 ก ลงวันที่ 10 ตุลาคม 2551, น. 1-60.

⁵⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190

“วรรคหนึ่ง พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ.”

เป็นหนังสือสัญญาที่อาจมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของประเทศ ทั้งยังมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง

ในการวินิจฉัยประเด็นดังกล่าว ศาลได้วินิจฉัยในประเด็นแรกว่า แลงการณ์ร่วมดังกล่าวเป็น “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 หรือไม่ ศาลได้ใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณานิยามของคำว่า “สนธิสัญญา” ตามความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศในการให้ความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญนี้ พร้อมระบุว่า ตรงกับที่ศาลเคยได้ให้ความหมายไว้ในคำวินิจฉัยที่ 11/2542 และคำวินิจฉัยที่ 33/2543 ข้างต้น อย่างไรก็ตาม ในคำวินิจฉัยนี้ยังมีความคลาดเคลื่อนในการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในการปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดี ศาลมิได้คำนึงถึงเจตนาของรัฐทั้งสองซึ่งต่างแสดงว่าไม่มีเจตนาจะผูกพันตนที่จะทำสนธิสัญญาต่อกัน แลงการณ์ดังกล่าวย่อมไม่ใช่สนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ⁵⁶

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้งสามคดีข้างต้น จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ในการพิจารณานิยามของคำว่า “สนธิสัญญา” ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐและองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986 ซึ่งมีที่มาจากการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและได้จัดทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร จึงมีสถานะเป็นสนธิสัญญา หากแต่ประเทศไทยยังมิได้เป็นเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว จึงยังไม่ผูกพันประเทศไทยในฐานะพันธกรณีประเภทสนธิสัญญา ทว่าผูกพันประเทศไทยในฐานะพันธกรณีที่เป็กฎหมาย

“วรรคสอง หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้าการลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยยะสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว”

⁵⁶ จตุรนต์ ภิระวัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 84; โปรตตุ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “ข้อสังเกตต่อคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีสถานะทางกฎหมายของแถลงการณ์ร่วมระหว่างประเทศไทยกับกัมพูชา,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, น. 592-604 (2554).

จารีตประเพณีระหว่างประเทศ คำวินิจฉัยข้างต้นจึงเป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่า ศาลไทยเคยยอมรับการมีผลบังคับใช้ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยนำหลักเกณฑ์ในการพิจารณานิยามของคำว่า “สนธิสัญญา” ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาเป็นเครื่องมือในการตีความนิยามของถ้อยคำของบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแม้จะไม่มีกฎหมายไทยรองรับหรืออนุวัติการตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ

คำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ 607-608/2549⁵⁷

คดีดังกล่าวเป็นคดีพิพาทกรณีหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐจัดเรียงคูหาเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร วันที่ 2 เมษายน 2549 ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย โดยผู้ฟ้องคดีอ้างว่าการจัดคูหาเลือกตั้งตามมติของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่จัดให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งจากเดิมที่หันหลังให้ผนังเป็นหันหน้าไปทางผนังโดยไม่มีฉากบังสายตาด้านหลัง อ้างว่าเพื่อความสะดวกในการเดินเข้าคูหาและปิดรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งไว้บนผนังโดยอ้างว่าเพื่อให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งมองเห็นอย่างชัดเจน ทำให้บุคคลอื่นสามารถรู้หรือคาดหมายได้ว่าผู้มีสิทธิเลือกตั้งใช้สิทธิไปในทางใด ส่งผลให้การเลือกตั้งไม่เป็นการลับ ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2540 มาตรา 104 วรรคสาม ซึ่งกำหนดว่า “การเลือกตั้งให้ใช้วิธีการออกเสียงลงคะแนนโดยตรงและลับ”

ศาลปกครองกลางได้ตีความมาตรา 104 วรรคสามของรัฐธรรมนูญโดยนำหลักการออกเสียงลงคะแนนโดยลับ ข้อ 21(3) ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 มาใช้อ้างสนับสนุนเหตุผลในการอธิบายนิยามของ “การออกเสียงลงคะแนนโดยลับ” ตามรัฐธรรมนูญ โดยอธิบายว่า การเลือกตั้งจะเป็นไปโดยอิสระ ต้องให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งออกเสียงลงคะแนนโดยลับตามข้อ 21(3) ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ซึ่งมีใจความว่า เจตจำนงของประชาชนจะต้องเป็นพื้นฐานแห่งอำนาจการปกครอง ทั้งนี้ เจตจำนงนี้จะต้องแสดงออกทางการเลือกตั้งตามกำหนดเวลาและอย่างแท้จริง ซึ่งต้องเป็นการออกเสียงอย่างทั่วถึงและเสมอภาค และต้องเป็นการลงคะแนนลับ หรือวิธีการลงคะแนนโดยอิสระในทำนองเดียวกัน⁵⁸ การลงคะแนนลับ

⁵⁷ คำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ 607-608/2549.

⁵⁸ Universal Declaration of Human Rights, Article 21(3)

“The will of the people shall be the basis of the authority of government; this will shall be expressed in periodic and genuine elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret vote or by equivalent free voting procedures.”

ตามความหมายของข้อ 21(3) ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 และมาตรา 104 วรรคสามของรัฐธรรมนูญ คือ ผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งจะต้องไม่รู้สึกระหว่างว่ามีบุคคลใดเห็นว่าตนลงคะแนนหรือไม่ หรือลงคะแนนอย่างไร หากบุคคลภายนอกผู้เห็นได้ว่าการลงคะแนนอย่างไร่อมไม่ใช่การออกเสียงลงคะแนนลับ ศาลปกครองกลางได้วินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติและดำเนินการดังกล่าวเป็นการกระทำที่ทำให้การออกเสียงลงคะแนนไม่เป็นการลับทั้งในทางข้อเท็จจริงและความรู้สึกของผู้ใช้สิทธิเลือกตั้ง เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 104 วรรคสามของรัฐธรรมนูญ

จะเห็นได้ว่าแม้ศาลปกครองกลางได้กล่าวอ้างปฏิญญาสากลฯ ในคดีนี้ แต่ก็มิได้นำมาบังคับใช้โดยตรงแก่คดี ศาลกล่าวอ้างปฏิญญาสากลฯ เพื่อประกอบการตีความบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญในการอธิบายนิยามของการเลือกตั้งโดยการออกเสียงลงคะแนนลับตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ แม้ปฏิญญาสากลฯ จะไม่มีสถานะเป็นสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงไม่ผูกพันต่อประเทศไทยในฐานะพันธมิตรประเทศสนธิสัญญา แต่หลักการตามปฏิญญาฯ อาจมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนซึ่งประเทศไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม⁵⁹

⁵⁹ ความเห็นต่อสถานะของปฏิญญาสากลฯ ในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แตกต่างกัน 2 แนวทาง แนวทางแรกเห็นว่า หลักการตามปฏิญญาสากลฯ จะมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ต่อเมื่อรัฐนำหลักการนั้นๆ ไปปฏิบัติ โดยเชื่อว่ามีความผูกพันทางกฎหมายตามหลักเกณฑ์ในการก่อตัวของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โปรดดู Louis Henkin, *The Age of Rights* 19 (New York: Columbia University Press, 1990), p.133.

แนวทางที่สองเห็นว่า หลักการตามปฏิญญาสากลฯ ทั้งหมดได้รับการยอมรับว่าเป็นแนวทางการตีความกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่น่าเชื่อถืออย่างกว้างขวาง และได้พัฒนาเป็นส่วนหนึ่งของจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งผูกพันทุกรัฐแล้ว โปรดดู John Humphrey, "The International Bill of Rights: Scope and Implementation," *WM.& MARY L. REV.* 17, p.529 (1976); John Humphrey, *Distant Millennium: International Law of Human Rights*, (Paris: Unesco, 1989), p. 155; Humphrey Waldock, "Human Rights in Contemporary International Law and the Significance of the European Convention in the European and the Significance of the European Convention," *Brit. Inst. Int'l & Comp. L.* 5, p. 15 (1965).

แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมิได้กล่าวถึงการมีผลบังคับใช้สถานะ หรือลำดับศักดิ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ทว่าตัวอย่างคำพิพากษาของศาลที่ได้กล่าวมาข้างต้น อาจสะท้อนทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการไทยได้ว่า กรณีที่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศสอดคล้องกับกฎหมายไทย ศาลย่อมปรับใช้กฎหมายไทย ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายไทยรองรับหรืออนุวัติการตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ปรากฏในทางปฏิบัติว่าศาลไทยได้บังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยตรง ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลได้ผนวกกฎหมายระหว่างประเทศเข้าเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายภายในโดยทันทีซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีเอกนิยม ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1142/2494 ที่ศาลบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่อง หลักการไล่ล่าประชิดติดพัน ในการวินิจฉัยว่าการจับกุมสมบูรณ์ตามกฎหมายหรือไม่ คดีหมายเลขแดงที่ 12083/2526 ที่ศาลยอมรับและบังคับใช้หลักความคุ้มกันจากการบังคับคดีต่อทรัพย์สินที่เป็นที่ตั้งของสถานทูต และยังมีแนวปฏิบัติที่ยอมรับหลักเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต แม้ว่าในขณะนั้นจะยังไม่มีกฎหมายภายในอนุวัติการตามสนธิสัญญาและคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 2965/2538 ที่ศาลอุทธรณ์ต้องบังคับใช้กฎหมายภายในที่อนุวัติการสนธิสัญญา ศาลจึงมีอาจหลีกเลี่ยงการตีความบทบัญญัติในสนธิสัญญาได้ ศาลจึงบังคับใช้หลักเกณฑ์ในการตีความสนธิสัญญาซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยตรงเพื่อตีความบทบัญญัติในสนธิสัญญา

นอกจากการบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยตรงแล้ว ศาลยังได้พยายามนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้ประกอบการตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญด้วย ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่นำหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความหมายของ “สนธิสัญญา” ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐและองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986 ซึ่งผูกพันประเทศไทยในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้เป็นเครื่องมือในการอธิบายความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญแม้จะไม่มีกฎหมายภายในรองรับหรืออนุวัติการตามพันธกรณีดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ และคำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ 607-608/2549 ที่ศาลได้นำหลักการตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฯ ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนซึ่งประเทศไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตามมาใช้ประกอบ

การตีความบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญเพื่ออธิบายนิยามของการเลือกตั้งโดยการออกเสียงลงคะแนนลับ

อย่างไรก็ตาม ทางปฏิบัติในการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศข้างต้นเป็นการใช้ดุลยพินิจของศาลเป็นรายกรณีซึ่งปราศจากบรรทัดฐานที่แน่นอน อาจมีสาเหตุจาก การไม่มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่กล่าวถึงสถานะและการมีผลบังคับใช้ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้โดยตรง อีกทั้ง หลักการตามรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดให้อำนาจศาลพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามกฎหมาย นักกฎหมายไทยหลายท่านมีความเห็นว่ากฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญนี้หมายถึงกฎหมายไทยเท่านั้น ดังนั้นศาลไทยจึงผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายไทยเท่านั้น นอกจากนี้ ความตระหนักถึงหน้าที่และพันธกรณีของประเทศไทยในการปฏิบัติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ผูกพันประเทศ และความรู้ความเชี่ยวชาญในการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวขึ้นอยู่กับความรู้ความเข้าใจของผู้พิพากษาเฉพาะบุคคล จึงทำให้ศาลไทยมีทางปฏิบัติในการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ไม่แน่นอน

3.3.2 สนธิสัญญา

ในการพิจารณาทางปฏิบัติในการปรับใช้สนธิสัญญาในระบบกฎหมายภายใน ผู้เขียนจะพิจารณาใน 3 ประเด็น คือ การทำสนธิสัญญา การมีผลบังคับใช้ภายในประเทศ และการปรับใช้โดยศาลภายใน พิจารณาได้ ดังนี้

3.3.2.1 การทำสนธิสัญญา

แม้รัฐธรรมนูญของประเทศไทยจะมีได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า องค์การใดเป็นผู้มีอำนาจในการทำสนธิสัญญา แต่สามารถอนุมานได้จากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันที่รับรองให้พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญา แต่พระมหากษัตริย์มิได้ทรงใช้อำนาจด้วยพระองค์เอง ทว่าทรงใช้อำนาจอธิปไตยผ่านทางคณะรัฐมนตรี⁶⁰ เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในหมวดอำนาจบริหาร ดังนั้นอำนาจในการทำสนธิสัญญาจึงเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร ส่วนฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการไม่มีอำนาจใน

⁶⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 3 วรรคหนึ่ง

“อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ.”

การทำสนธิสัญญา เว้นแต่จะได้รับมอบอำนาจเต็มจากฝ่ายบริหาร⁶¹ ทั้งนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติมีบทบาทที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญาด้วยเช่นกัน นั่นคือ การให้ความเห็นชอบก่อนที่ฝ่ายบริหารจะเข้าทำสนธิสัญญาบางประเภท⁶²

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบัน⁶³ ปรากฏบทบัญญัติที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารในการทำสนธิสัญญาโดยกระทำในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์⁶⁴ ส่วนกระบวนการในการทำสนธิสัญญาเป็นเรื่องที่มีความยุ่งยากและซับซ้อน โดยเริ่มจากขั้นตอนของการริเริ่มซึ่งเกิดได้ทั้งในระดับภายในประเทศและระดับระหว่างประเทศ กรณีการริเริ่มเกิดขึ้นภายในประเทศ อาจเกิดจากประมุขของรัฐ นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างๆ สั่งการให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการเจรจาทำสนธิสัญญา หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศได้ทำข้อตกลงแม่บทเป็นกรอบไว้ แล้วจึงให้กระทรวงที่เกี่ยวข้องดำเนินการทำสนธิสัญญาในส่วนของรายละเอียด หรือเกิดจากเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบทำความเข้าใจเสนอผู้บังคับบัญชาในระดับรัฐมนตรีเพื่อขออนุมัติจากคณะรัฐมนตรีต่อไป ส่วนกรณีการริเริ่มในระดับระหว่างประเทศอาจเกิดจากความประสงค์ของประเทศที่เกี่ยวข้องต้องการทำสนธิสัญญา⁶⁵

ต่อมาจึงเป็นขั้นตอนของการเจรจาซึ่งประกอบไปด้วย การทบทวน การเสนอซึ่งจะมีการจัดทำร่างข้อเสนอและร่างโต้ตอบระหว่างคู่เจรจา การเจรจามีทั้งการเจรจาด้วยวิธีการทางทูตและการเจรจาโดยตรง ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อนเข้าเจรจา

⁶¹ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, “กระบวนการทำสนธิสัญญาและการปรับใช้สนธิสัญญาในทางปฏิบัติของประเทศไทย,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 26, ฉบับที่ 3, น. 610 (กันยายน 2539); ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 110.

⁶² ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, เพ่งอ้าว, น. 114-125.

⁶³ โปรดดู รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2521 มาตรา 162 รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 มาตรา 178 รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 224 รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 190 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 178.

⁶⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 178 วรรคหนึ่ง

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ.”

⁶⁵ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 61, น. 611-612.

โดยคณะรัฐมนตรีจะเป็นผู้กำหนดบุคคลผู้เป็นคณะผู้แทนไทยในการเจรจาซึ่งหัวหน้าคณะผู้แทนจะมาจากกระทรวงผู้รับผิดชอบ และจะต้องมีตัวแทนจากกระทรวงต่างประเทศด้วย ทั้งนี้ หากการเจรจาเกี่ยวข้องกับประเด็นทางกฎหมาย ต้องมีตัวแทนจากกรมสนธิสัญญาและกฎหมายเข้าร่วมด้วย เมื่อสามารถเจรจาทกลงกันได้ จึงนำไปสู่การยืนยันความถูกต้องของตัวบทและการรับตัวบท หลังจากนั้นหน่วยราชการผู้รับผิดชอบจะเรียกประชุมโดยเชิญตัวแทนของหน่วยราชการที่เกี่ยวข้องมาร่วมกันพิจารณาร่างข้อตกลงดังกล่าว และจะต้องส่งร่างข้อตกลงให้กระทรวงต่างประเทศพิจารณา ทั้งนี้ กระทรวงต่างประเทศมีคณะกรรมการพิเศษที่ทำหน้าที่พิจารณาประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวกับสนธิสัญญา ซึ่งมีบทบาทในการพิจารณาว่าในการเข้าทำสนธิสัญญา จะต้องแก้ไขกฎหมายภายในที่มีอยู่หรือตรากฎหมายอนุวัติการเพื่อรองรับพันธกรณีตามสนธิสัญญาหรือไม่ หากแต่อำนาจในการตัดสินใจว่าจะพิจารณาศึกษากรณีการฯ หรือไม่ขึ้นอยู่กับกรมสนธิสัญญาและกฎหมายด้วย หลังจากนั้นจึงเสนอร่างข้อตกลงเพื่อขอความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรีจะพิจารณาแต่งตั้งผู้มีอำนาจลงนามในสนธิสัญญา และสั่งการให้กระทรวงต่างประเทศออกเอกสารอำนาจเต็มให้แก่บุคคลผู้ได้รับการแต่งตั้งให้ลงนามในสนธิสัญญาต่อไป⁶⁶

ส่วนฝ่ายนิติบัญญัติก็มีบทบาทที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญาด้วย กฎหมายรัฐธรรมนูญของหลายประเทศกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามามีบทบาทเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญา เพื่อควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการเข้าผูกพันตนตามสนธิสัญญา⁶⁷ และเพื่อให้สนธิสัญญามีผลบังคับใช้ภายในประเทศ⁶⁸ โดยส่วนใหญ่รัฐธรรมนูญจะให้อำนาจแก่ฝ่ายนิติบัญญัติอย่างจำกัด โดยมีอำนาจเพียงให้ความเห็นชอบหรือไม่เท่านั้น แต่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาในสนธิสัญญาได้ ทั้งนี้ อาจให้ความเห็นชอบอย่างมีเงื่อนไขโดยการตั้งข้อสงวนได้⁶⁹

นักกฎหมายระหว่างประเทศบางท่าน เช่น Gerald Fitzmaurice และ Lord Templeman ใช้คำว่า การให้สัตยาบัน⁷⁰ ไม่ว่าจะใช้คำว่า การให้ความเห็นชอบ

⁶⁶ เฟิงอ้วง, น. 612-622.

⁶⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538), น. 60.

⁶⁸ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 113.

⁶⁹ เฟิงอ้วง, น. 114.

⁷⁰ เฟิงอ้วง, น. 113.

(parliamentary approval) หรือการให้สัตยาบัน (constitutional ratification) ล้วนเป็นการแสดงเจตนาของฝ่ายนิติบัญญัติตามกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายภายในของรัฐเท่านั้น ไม่ส่งผลใดๆในทางระหว่างประเทศ แตกต่างจากการให้สัตยาบันตามกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นการกระทำของฝ่ายบริหารในการเข้าแสดงเจตนาผูกพันตนตามสนธิสัญญา ซึ่งมีผลให้รัฐเป็นภาคีในสนธิสัญญา⁷¹

รัฐธรรมนูญของไทยตั้งแต่อดีตกระทั่งปัจจุบันล้วนมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติในการให้ความเห็นชอบก่อนที่ฝ่ายบริหารจะเข้าทำสนธิสัญญาบางประเภทที่มีความสำคัญ

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 224 วรรคสอง กำหนดให้สนธิสัญญา 3 ประเภทที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) ได้แก่ สนธิสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย สนธิสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ (ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้ให้ความหมายของคำว่า “เขตแห่งอำนาจรัฐ” ค่อนข้างกว้างเกินขอบเขตที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญประสงค์ในตอนร่าง ต่อมารัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 จึงแก้ไขถ้อยคำให้ชัดเจน) และสนธิสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา⁷²

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 190 วรรคสอง กำหนดให้สนธิสัญญา 4 ประเภทที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ ได้แก่ สนธิสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย สนธิสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา และเพิ่มประเภทของสนธิสัญญาที่มี

⁷¹ สมปอง สุจริตกุล, “สัตยาบันและผลบังคับของสนธิสัญญา,” บทบัญญัติ, เล่ม 20 ตอน 3, น. 578 (กรกฎาคม 2505).

⁷² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 224 วรรคสอง “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา”

ผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้าการลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ⁷³

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 178 วรรคสองและสาม บัญญัติว่า “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา และหนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับความเห็นชอบ หากรัฐสภาพิจารณา ไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบ

หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวางตามวรรคสอง ได้แก่ หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วม หรือการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติหรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือหนังสือสัญญาอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ”

กล่าวคือ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกำหนดให้ฝ่ายบริหารต้องขอความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติก่อนการทำสนธิสัญญาสำคัญ 4 ประเภท ดังนี้

ประเภทแรก สนธิสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย คือ สนธิสัญญาที่มีผลเปลี่ยนแปลงอาณาเขตทั้งทางบกและทางทะเล ซึ่งประเทศไทยมีอำนาจอธิปไตย

⁷³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 วรรคสอง

“หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้าการลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับความเห็นชอบดังกล่าว.”

เหนือพื้นดังกล่าว เช่น บันทึกความเข้าใจระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหภาพพม่าเกี่ยวกับเขตแดนคงที่ช่วงแม่น้ำสาย-แม่น้ำรวก ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน ค.ศ. 1991⁷⁴

ประเภทที่สอง สนธิสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจ ตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นถ้อยคำที่เปลี่ยนแปลงไปจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 โดยแก้ไขถ้อยคำเพื่อความชัดเจนยิ่งขึ้น จากเดิมที่ใช้คำว่า “สนธิสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ”

คำว่า “เขตพื้นที่นอกอาณาเขต” คือ บริเวณที่มีได้อยู่ในราชอาณาจักรหรือไม่ใช่ทะเลอาณาเขต ส่วนคำว่า “สิทธิอธิปไตย” คือ อำนาจเฉพาะของรัฐชายฝั่งในการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สนธิสัญญาดังกล่าวจึงหมายถึง สนธิสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงพื้นที่ที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐมีเพียงสิทธิอธิปไตย เช่น เขตต่อเนื่อง เขตไหล่ทวีป และเขตเศรษฐกิจจำเพาะ ตัวอย่างของสนธิสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยตามหนังสือสัญญา คือ บันทึกความเข้าใจระหว่างมาเลเซียกับราชอาณาจักรไทย เรื่องการจัดตั้งองค์กรร่วมเพื่อการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในพื้นที่ทะเลในบริเวณที่กำหนดของไหล่ทวีปของประเทศทั้งสองในอ่าวไทย ส่วนตัวอย่างของสนธิสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยตามกฎหมายระหว่างประเทศ คือ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ทั้งนี้ ประเทศไทยยังมิได้ให้สัตยาบันในสนธิสัญญาดังกล่าว⁷⁵

ประเภทที่สาม สนธิสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา คือ กรณีที่มีกฎหมายภายในรองรับพันธกรณีแต่ยังไม่ครอบคลุมเพียงพอ หรือกรณีไม่มีกฎหมายภายในรองรับและต้องออกกฎหมายอนุวัติการตามสนธิสัญญาเพื่อที่รัฐจะสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญาได้⁷⁶ กล่าวคือ หากบทบัญญัติในสนธิสัญญาขัดหรือแย้งกับกฎหมายภายในที่มีผลบังคับใช้อยู่ หรือขัดแย้งกับสิทธิเสรีภาพของคนไทย ย่อมเป็นกรณีที่ต้องออกกฎหมายอนุวัติการซึ่งมุ่งให้มีผลบังคับในกฎหมายภายในกับบุคคล ก่อนที่ฝ่ายบริหารจะทำสนธิสัญญาดังกล่าว

⁷⁴ นพนิติ สุริยะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 153.

⁷⁵ *เพ็ญอ้าง*, น. 154-155.

⁷⁶ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 79.

จะต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาก่อน เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจนิติบัญญัติตรากฎหมายทางอ้อม เนื่องจากหากสนธิสัญญามีผลบังคับใช้ย่อมผูกพันองค์กรภายในทุกองค์กรโดยเฉพาะฝ่ายนิติบัญญัติในการที่จะต้องตรากฎหมายบังคับการตามสนธิสัญญา เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ย่อมเป็นการผูกมัดให้รัฐสภาต้องออกกฎหมายภายในมารองรับพันธกรณีในภายหลัง⁷⁷ ทั้งนี้ กระทรวงต่างประเทศได้จัดตั้งคณะกรรมการพิเศษเพื่อพิจารณาการเข้าเป็นภาคีสนธิสัญญากับนานาประเทศ โดยทำหน้าที่พิจารณาก่อนแล้วว่า การเข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญาต่างๆ จะต้องออกกฎหมายภายในบังคับการให้เป็นไปตามพันธกรณีหรือไม่ เพื่อนำเสนอคณะรัฐมนตรีต่อไป⁷⁸

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา 178 วรรคสอง จะสังเกตได้ว่า รัฐธรรมนูญได้กำหนดขั้นตอนเป็นแบบพิธีไว้ คือ การให้ความเห็นชอบโดยรัฐสภา และการออกกฎหมายอนุวัติการ (implementing legislation) เสมือนเงื่อนไขบังคับก่อนที่จะฝ่ายบริหารต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จก่อนที่จะเข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญา⁷⁹ ทั้งนี้ ปัจจุบันฝ่ายบริหารมักเสนอร่างสนธิสัญญาเพื่อขอความเห็นชอบของรัฐสภาก่อนที่จะเสนอร่างกฎหมายอนุวัติการเพื่อป้องกันมิให้รัฐสภาไม่ดำเนินการอนุมัติร่างกฎหมายอนุวัติการภายหลัง แต่ก็ปรากฏทางปฏิบัติในบางกรณีที่มีการเสนอร่างกฎหมายอนุวัติการก่อนหรือพร้อมกันกับร่างสนธิสัญญาด้วย⁸⁰

ประเภทสุดท้าย สนธิสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม การค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง เหตุที่ได้กำหนดสนธิสัญญาประเภทนี้ในรัฐธรรมนูญ เนื่องจากผู้ร่างประสงค์จะแก้ไขปัญหาความไม่ชัดเจนของการทำสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำเขตการค้าเสรีที่เคยเกิดขึ้นในทางปฏิบัติ⁸¹

กล่าวโดยสรุปได้ว่า รัฐธรรมนูญของประเทศไทยกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีบทบาทในการให้ความเห็นชอบก่อนที่จะฝ่ายบริหารจะเข้าทำสนธิสัญญาสำคัญบางประเภท

⁷⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 67, น. 65.

⁷⁸ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 119.

⁷⁹ เพิ่งอ้าง, น. 120.

⁸⁰ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 61, น. 623.

⁸¹ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 80.

เพื่อตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ ทางปฏิบัติดังกล่าวเป็นขั้นตอนตามกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายภายใน ดังนั้นหากมีการฝ่าฝืนกฎหมายรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารย่อมต้องรับผิดชอบทางการเมือง เช่น การถูกอภิปรายไม่ไว้วางใจ และอาจต้องรับผิดชอบทางละเมิด⁸² แต่ไม่ส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสนธิสัญญาที่มีผลบังคับระหว่างรัฐ

3.3.2.2 การมีผลบังคับใช้ภายในประเทศ

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญของไทย ไม่ปรากฏบทบัญญัติอย่างชัดแจ้งถึงสถานะของสนธิสัญญา หรือการรับสนธิสัญญาเข้ามามีผลบังคับใช้โดยตรงในระบบกฎหมายภายใน อย่างเช่นประเทศที่ยึดถือทฤษฎีเอกนิยม อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญาซึ่งกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ และในฉบับปัจจุบันกำหนดไว้ในมาตรา 178 ว่า จะต้องมีการลงนามรับหรือกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรทุกฉบับ⁸³ หากกฎหมายภายในรองรับพันธกรณีแต่ยังไม่ครอบคลุมเพียงพอ หรือกรณีไม่มีกฎหมายภายในรองรับ จึงต้องแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่หรือตรากฎหมายอนุวัติการตามสนธิสัญญาเพื่อที่รัฐจะสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญาได้ แต่หากสนธิสัญญาใดมีกฎหมายที่รองรับพันธกรณีตามสนธิสัญญาอยู่ก่อนแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องตรากฎหมายอนุวัติการอีก⁸⁴ ทั้งนี้ กฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาจะต้องอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น จึงอาจตีความได้ว่า สนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายภายในของไทยต่อเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสนธิสัญญาตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีทวินิยม⁸⁵

⁸² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 67*, น. 67-68.

⁸³ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 78.

⁸⁴ ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์ลินเพื่อคุ้มครองผลงานวรรณกรรมและศิลปกรรม ค.ศ. 1886 และกรรมสารเบอร์ลิน ค.ศ. 1908 เมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1931 โดยไม่ต้องตรากฎหมายอนุวัติการ เนื่องจากมีพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 รองรับพันธกรณีอยู่แล้ว.

⁸⁵ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 78; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 67*, น. 56.

การตรากฎหมายเพื่อให้การเป็นไปตามสนธิสัญญา เป็นวิธีการแปลงรูป บทบัญญัติในสนธิสัญญาให้เข้ามามีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายภายใน อาจพิจารณาทางปฏิบัติของ ประเทศไทยได้ 2 แนวทาง ดังนี้

แนวทางแรก คือ การตราพระราชบัญญัติโอนวิธีการโดยแปลงบทบัญญัติ ในสนธิสัญญาทั้งหมดเป็นถ้อยคำภาษาไทย และเรียบเรียงให้สอดคล้องกับรูปแบบประเพณีการตรา พระราชบัญญัติของประเทศไทย ฝ่ายนิติบัญญัติจึงมีอำนาจพิจารณาและเปลี่ยนแปลงถ้อยคำของ บทบัญญัติ มิใช่เพียงการแปลตัวบทของสนธิสัญญาเป็นภาษาไทยเท่านั้น ตัวอย่างเช่น การตรา พระราชบัญญัติโอนวิธีการตามบันทึกความเข้าใจซึ่งก่อตั้งองค์กรร่วมไทย-มาเลเซีย เพื่อการแสวงหา ประโยชน์จากทรัพยากรปิโตรเลียมร่วมกันในบริเวณพื้นที่พัฒนาร่วม (Joint Development Area)⁸⁶

แนวทางที่สอง คือ การตราพระราชบัญญัติแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่มีผลบังคับใช้อยู่แล้วให้ครอบคลุมพันธกรณีตามสนธิสัญญา เช่น มาตรา 11 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2534 กำหนดว่า “ในกรณีที่ประเทศไทยเข้า เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า หากคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเป็นไปตามที่กำหนดในอนุสัญญาหรือความตกลง ระหว่างประเทศดังกล่าว ให้ถือว่าคำขอดังกล่าวเป็นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตาม พระราชบัญญัตินี้”⁸⁷ หรืออาจใช้วิธีกำหนดเป็นการเฉพาะให้ใช้บทบัญญัติของสนธิสัญญาในกฎหมาย ภายใน โดยออกกฎหมายเฉพาะมาตราที่กำหนดให้บทบัญญัติในสนธิสัญญาที่แนบท้าย พระราชบัญญัติมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย เช่นพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิและความคุ้มกันทางทูต พ.ศ. 2527 มาตรา 3 บัญญัติว่า “ให้รัฐผู้ส่งคณะผู้แทน คณะผู้แทน หัวหน้าคณะผู้แทน บุคคลในคณะ ผู้แทน บุคคลในคณะเจ้าหน้าที่ของคณะผู้แทน บุคคลในคณะเจ้าหน้าที่ฝ่ายทูต ตัวแทนทางทูต บุคคลในคณะเจ้าหน้าที่ฝ่ายธุรการและฝ่ายวิชาการ บุคคลในคณะเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริการ สมาชิกใน ครอบครัวของบุคคลในคณะผู้แทน และคนรับใช้ส่วนตัว รวมตลอดถึงสถานที่ ทรัพย์สิน และบรรณ สารของคณะผู้แทนของบุคคลในคณะผู้แทน หรือของสมาชิกในครอบครัวของบุคคลในคณะผู้แทน

⁸⁶ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 72.

⁸⁷ อารยา สุขสม, “กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญากับปัญหาการเป็น บ่อเกิดของกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 80.

ตามที่ระบุไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ซึ่งทำเมื่อวันที่ 18 เมษายน พ.ศ. 2504 ท้ายพระราชบัญญัตินี้ ได้รับเอกสิทธิและความคุ้มกันทางทูตตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาดังกล่าว” และมีการแปลสนธิสัญญาแนบท้ายพระราชบัญญัติ โดยถือว่าคำแปลเป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัติ⁸⁸ แม้วิธีการดังกล่าวจะทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีโอกาสพิจารณาและแก้ไขถ้อยคำของบทบัญญัติ แต่วิธีการนี้ย่อมป้องกันความเสี่ยงต่อความผิดพลาดจากการใช้ถ้อยคำที่ไม่ตรงตามตัวบทของสนธิสัญญาที่อนุวัติการตาม ซึ่งอาจส่งผลให้ดำเนินการอนุวัติการไม่ครอบคลุมพันธกรณีตามสนธิสัญญาทั้งหมดได้⁸⁹

3.3.2.3 การปรับใช้โดยศาลภายใน

เมื่อรัฐธรรมนูญของไทยกำหนดให้สนธิสัญญามีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายภายในของไทยต่อเมื่อมีกฎหมายภายในรองรับ⁹⁰ ไม่ว่าจะเป็นกรณีกฎหมายภายในเท่าที่มีผลบังคับใช้อยู่เปิดช่องให้ปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญาได้อยู่แล้ว หรือกรณีออกกฎหมายอนุวัติการขึ้นใหม่ สนธิสัญญาจึงมีผลบังคับใช้ภายในประเทศต่อเมื่อแปลงรูปเป็นกฎหมายภายในแล้วเท่านั้น โดยหลักศาลไทยจะปรับใช้กฎหมายภายในที่แปลงรูปแล้ว และจะไม่ปรับใช้สนธิสัญญาโดยตรงดังเช่นว่าเป็นบ่อเกิดหนึ่งของระบบกฎหมายภายใน⁹¹

อีกทั้ง เมื่อมีการตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญว่า ศาลจะต้องผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายภายในในการพิพากษาอรรถคดีเท่านั้น⁹² ศาลไทยจึงเลือกปรับใช้กฎหมายภายในแก่คดี ดังนั้นเมื่อเกิดปัญหาการขัดกันระหว่างพันธกรณีตามสนธิสัญญากับกฎหมายภายในไม่ว่ากฎหมายภายในจะออกมาก่อนหรือหลังสนธิสัญญา ศาลไทยจะใช้กฎหมายภายในเสมอ นอกจากนี้ หากกฎหมายภายในที่อนุวัติการตามสนธิสัญญาขัดหรือแย้งกับกฎหมายภายในฉบับอื่นที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นภายหลัง ศาลย่อมต้องปรับใช้กฎหมายภายในที่ตราขึ้นภายหลังตาม

⁸⁸ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 121.

⁸⁹ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 73.

⁹⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 178 วรรคสอง.

⁹¹ วิษณุ เครืองาม, *การใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของไทย*, (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์วิจัยรัชดาภิเษกสมโภช สาขาสังคมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521), น. 138.

⁹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 188 วรรคหนึ่ง.

หลักกฎหมายฉบับหลังย่อมยกเลิกกฎหมายฉบับก่อน⁹³ การที่ศาลไทยปฏิเสธการปรับใช้สนธิสัญญา และใช้กฎหมายภายในที่แปลงรูปแล้วเท่านั้น จึงอาจพิจารณาได้ว่า ทางปฏิบัติของศาลไทยสอดคล้อง กับทฤษฎีวินนิม ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 873/2523⁹⁴

คดีนี้ ผู้ร้องยื่นฎีกาคัดค้านคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่วินิจฉัยในคดีที่ผู้ร้อง สามีมของคนญวนอพยพร้องขอให้ศาลปล่อยตัวภรรยาจากการควบคุมตัวโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเจ้าหน้าที่ดำเนินการฝากกักตัวภรรยาระหว่างรอส่งตัวกลับออกนอกราชอาณาจักร โดยเห็นว่า เมื่อไม่มีหลักฐานที่แสดงว่าอยู่ในราชอาณาจักรโดยได้รับอนุญาต จึงเป็นคนเข้าเมืองผิด กฎหมายต้องส่งกลับตามมาตรา 38 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2493 กำหนดว่า “คนต่างด้าว ผู้ใดเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต พนักงานเจ้าหน้าที่จะส่งกลับออกไปก็ได้” ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าภรรยาของผู้ร้องเป็นผู้ลี้ภัยตามอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพของผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิลี้ภัยทางชายแดน มิใช่คนเข้าเมืองผิดกฎหมายเนื่องจากเกิดในประเทศไทย และมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยมาโดยตลอด เจ้าหน้าที่จึงไม่มีอำนาจควบคุมตัวภรรยาผู้ร้องตาม พระราชบัญญัติดังกล่าว

ศาลฎีกาเห็นว่า “ส่วนกฎหมายระหว่างประเทศอนุสัญญาว่าด้วย สถานภาพผู้ลี้ภัย อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิผู้ลี้ภัยทางชายแดนที่ผู้ร้องอ้างหากมีจริง ก็หาไม่ผลยกเว้น กฎหมายของประเทศไทยไม่...”⁹⁵ จะเห็นได้ว่าศาลฎีกาไม่ปรับใช้สนธิสัญญาที่ผู้ร้องกล่าวอ้าง ทำให้ผู้ร้องไม่สามารถอ้างสิทธิอาศัยในประเทศในฐานะผู้ลี้ภัยได้ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าประเทศไทยยัง มิได้เป็นภาคีในสนธิสัญญาดังกล่าว และไม่มีกฎหมายแปลงรูปสนธิสัญญาเป็นกฎหมายภายใน จึงอาจกล่าวได้ว่า ศาลฎีกาปฏิเสธการปรับใช้สนธิสัญญาที่ประเทศไทยมิได้เป็นภาคีและไม่มี กฎหมายภายในรองรับ นอกจากนี้ จะสังเกตได้ว่า แม้ผู้ร้องในคดีนี้มีได้กล่าวอ้างกฎหมายจารีต ประเพณีระหว่างประเทศ ศาลฎีกาก็มิได้บังคับใช้หลักห้ามผลักดันกลับ (principle of non-refoulement) ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ผูกพันประเทศไทย แก่กรณีแต่อย่างใด

⁹³ วิษณุ เครืองาม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 91*.

⁹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 873/2523 อ้างใน นพนิธิ สุริยะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 167-173.

⁹⁵ *เพ็ญอ้าง*, น. 171.

คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ ส. 660/2559⁹⁶
และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อส. 4/2561⁹⁷

คำพิพากษาศาลปกครองในคดีนี้ มีประเด็นพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ของเจ้าหน้าที่ของกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช ซึ่งได้ใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองให้ผู้ถูกฟ้องคดีออกจากที่อยู่อาศัย และจุดไฟเผาทำลายบ้านและทรัพย์สินของผู้ฟ้องคดีที่อยู่ในเขตพื้นที่อุทยานแห่งชาติแก่งกระจาน ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องกรมอุทยานฯ และกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม หน่วยงานต้นสังกัดให้รับผิดชอบในการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ต่อศาลปกครอง

ข้อเท็จจริงในคดี คือ ผู้ฟ้องคดีเป็นชาวไทยพื้นเมืองดั้งเดิมเชื้อสายกะเหรี่ยง (ปกากะญอ) ตั้งบ้านเรือนและใช้ที่ดินทำกินตามวิถีชีวิตชุมชนชาวกระเหรี่ยงก่อนมีการประกาศเขตอุทยานแห่งชาติ ต่อมาเจ้าหน้าที่อุทยานใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 มาตรา 16⁹⁸ และมาตรา 22⁹⁹ สั่งให้ผู้กระทำความผิดออกจากพื้นที่ รื้อถอน และเผาทำลายบ้านเรือนและทรัพย์สินของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องให้กรมอุทยานฯ และกระทรวง

⁹⁶ คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ ส. 660/2559 (อัดสำเนา).

⁹⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อส. 4/2561 (อัดสำเนา).

⁹⁸ พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 มาตรา 16

“ภายในเขตอุทยานแห่งชาติห้ามมิให้บุคคลใด

(1) ยึดถือหรือครอบครองที่ดิน รวมตลอดถึงกนสร้าง แผ้วถาง หรือเผาป่า

(2) เก็บหา นำออกไป ทำด้วยประการใด ๆ ให้เป็นอันตราย หรือทำให้เสื่อมสภาพซึ่งไมยางไม้ น้ำมันยาง น้ำมันสน แร่หรือทรัพยากรธรรมชาติอื่น

(3) นำสัตว์ออกไป หรือทำด้วยประการใด ๆ ให้เป็นอันตรายแก่สัตว์.”

⁹⁹ พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 มาตรา 22

“ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ เป็นเหตุให้มีสิ่งปลูกสร้างขึ้นใหม่ หรือมีสิ่งอื่นใดในอุทยานแห่งชาติผิดไปจากสภาพเดิม ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำความผิดทำลายหรือรื้อถอนสิ่งนั้น ๆ ออกไปให้พ้นอุทยานแห่งชาติ หรือทำให้สิ่งนั้น ๆ กลับคืนสู่สภาพเดิม แล้วแต่กรณีถ้าผู้กระทำความผิดไม่ปฏิบัติตาม หรือถ้าไม่รู้ตัวผู้กระทำความผิด หรือเพื่อป้องกันหรือบรรเทาความเสียหายแก่อุทยานแห่งชาติ พนักงานเจ้าหน้าที่จะกระทำการดังกล่าวลงได้อย่างใดอย่างหนึ่งเสียเองก็ได้ตามสมควรแก่กรณี และผู้กระทำความผิดมีหน้าที่ชดเชยค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปในการที่พนักงานเจ้าหน้าที่กระทำการเสียเองนั้น.”

ทรัพยากรธรรมชาติฯ รับผิดชอบในการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ ทั้งนี้ ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าตนถูกระทำละเมิดต่อสิทธิในที่ดินและทรัพย์สิน และละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค และสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และยังได้กล่าวอ้างว่าเป็นการละเมิดต่ออนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบแห่งสหประชาชาติ (Convention on the Elimination of All forms of Racial Discrimination หรือ CERD) ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีและมีผลบังคับใช้กับประเทศไทยด้วย

ศาลปกครองกลางเห็นว่า พื้นที่ที่พิพาทไม่มีลักษณะเป็นชุมชนกะเหรี่ยงดั้งเดิม และไม่ใช่ว่าที่ดินที่ราชการจัดสรรให้ทำกิน จึงเป็นการบุกรุกแผ้วถางเพื่อครอบครองทำกินในพื้นที่อุทยานแห่งชาติ และก่อสร้างเพิงพักและยุงฉางในเขตอุทยาน เมื่อเจ้าหน้าที่เคยเจรจาชี้แจงและให้โอกาสทำการรื้อถอนออกไปแล้วยังคงพบการกระทำผิด เจ้าหน้าที่ย่อมมีอำนาจรื้อถอนและเผาทำลายได้ มิฉะนั้นผู้กระทำความผิดอาจนำวัสดุเดิมก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างขึ้นใหม่อีก จึงเป็นการดำเนินการที่ถูกต้องเหมาะสมตามหลักความได้สัดส่วน และเป็นการใช้อำนาจโดยชอบตามมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 จึงมิใช่การกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี กล่าวคือ

ศาลปกครองกลางไม่ยอมรับความเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมของผู้ฟ้องคดี จึงไม่ปรากฏการวินิจฉัยในเรื่องสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด นอกจากนี้ เมื่อศาลไม่ยอมรับความเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมของผู้ฟ้องคดี จึงไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามมติคณะรัฐมนตรีที่มุ่งยุติการจับกุม และฟื้นฟูวิถีชีวิตชาวกะเหรี่ยงด้วย ศาลจึงได้วินิจฉัยว่า การรื้อถอนและเผาทำลายเพิงพักและยุงฉางเข้าเป็นการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวซึ่งชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่เป็นการกระทำละเมิด และไม่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ และตัดสินให้กรมอุทยานฯ ชดเชยค่าสินไหมทดแทนเฉพาะการเผาทำลายเครื่องใช้ส่วนตัวซึ่งเป็นสิ่งของจำเป็นและไม่ใช่ว่าสิ่งต้องห้ามตามพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ซึ่งเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย

ประเด็นที่น่าสนใจ คือ ผู้ฟ้องคดีได้กล่าวอ้างสนธิสัญญา คือ อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบแห่งสหประชาชาติ (Convention on the Elimination of All forms of Racial Discrimination หรือ CERD) ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี และมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม แต่ศาลปกครองกลางไม่บังคับใช้สนธิสัญญาดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่า “อนุสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว ไม่มีผลบังคับโดยตรงต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือประชาชนภายในประเทศ หากแต่รัฐจะต้องออกกฎหมายภายในเพื่่อนำนิติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศเสียก่อน จึงจะใช้กฎหมายภายในบังคับกับเจ้าหน้าที่และ

ประชาชนภายในประเทศได้...” การให้เหตุผลในการไม่บังคับใช้สนธิสัญญาดังกล่าวเนื่องจากยังไม่มีกฎหมายภายในอนุวัติการตามสนธิสัญญา แสดงให้เห็นว่าศาลปกครองกลางในคดีนี้ยึดถือทฤษฎีทวินิยม โดยไม่ยอมรับให้บทบัญญัติของสนธิสัญญามีผลบังคับในระบบกฎหมายภายในโดยตรงจนกว่าจะได้ตราขึ้นเป็นกฎหมายภายใน

ต่อมาศาลปกครองสูงสุดตัดสินโดยมิได้วินิจฉัยในประเด็นที่มีการกล่าวอ้างอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบแห่งสหประชาชาติ เนื่องจากผู้ฟ้องคดีมิได้อุทธรณ์ในเรื่องดังกล่าว จึงไม่อาจทราบพรศนะของศาลปกครองสูงสุดต่อการมีผลบังคับใช้ของอนุสัญญาดังกล่าวได้ แต่ได้วินิจฉัยในประเด็นว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่ในครั้งนี้เป็นการกระทำละเมิดหรือไม่ ศาลปกครองสูงสุดพิพากษากลับว่า การกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นการกระทำละเมิด โดยยอมรับความเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมของกลุ่มชาติพันธุ์กะเหรี่ยง (ปกากะญอ) ในพื้นที่อุทยานแห่งชาติแก่งกระจานจากเดิมที่ศาลปกครองกลางเห็นว่าเป็นการบุกรุกแผ้วถางป่าโดยเปิดป่าแปลงใหม่ มิใช่การอยู่อาศัยตามวิถีชีวิตชาวกะเหรี่ยง การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมาย จึงเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจ แม้จะเป็นมาตรการที่มีผลป้องกันและปราบปรามการบุกรุกยึดที่ดินครอบครองที่ดินในเขตอุทยานซึ่งบรรลุลักษณะของกฎหมาย แต่การรื้อถอนและเผาทำลายทรัพย์สินและสิ่งปลูกสร้างที่ใช้อยู่อาศัยโดยมิได้ออกคำสั่งและแจ้งเตือนเป็นหนังสือก่อน ย่อมกระทบกระเทือนต่อสิทธิในทรัพย์สินและสิทธิอื่นใดของผู้ฟ้องคดีเกินจำเป็นและไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีที่คุ้มครองกลุ่มชาติพันธุ์กะเหรี่ยง จึงเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี อย่างไรก็ตาม แม้ศาลปกครองสูงสุดจะยอมรับความเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมของผู้ฟ้องคดีในเขตอุทยานแห่งชาติซึ่งมีสิทธิอนุรักษ์ พื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและชาติ และเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์และวัฒนธรรมประจำกลุ่มชาติพันธุ์ตามรัฐธรรมนูญ แต่ศาลเห็นว่าไม่รวมถึงสิทธิในการเลือกตั้งถิ่นฐานและทำกินในพื้นที่อุทยานแห่งชาติ ศาลจึงไม่อาจพิพากษาให้ผู้ฟ้องคดีกลับไปอาศัยและทำกินในพื้นที่ดังกล่าวได้ แต่พิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดเชยค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิดข้างต้น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด หมายเลขแดงที่ อ. 442/2558¹⁰⁰

คำพิพากษาศาลปกครองที่จะกล่าวถึงนี้ เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครอง (กรมราชทัณฑ์) กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย โดยผู้ฟ้องคดีได้กล่าวอ้างกฎหมายระหว่างประเทศต่อศาลด้วย ศาลปกครองกลางตัดสินว่าการกระทำของหน่วยงานทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วย

¹⁰⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด หมายเลขแดงที่ อ. 442/2558.

กฎหมายและเป็นการละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี มีประเด็นที่พึงตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับการที่ศาลปกครองกลางกล่าวอ้างกฎหมายระหว่างประเทศประกอบการวินิจฉัยโดยได้แสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมจากคำชี้แจงของอธิบดีกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย (ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดใน (2) ของหัวข้อ 3.3.2.3) แต่ต่อมาศาลปกครองสูงสุดได้ตัดสินกลับคำพิพากษาของศาลปกครองกลาง อีกทั้ง ยังได้มีความเห็นต่อประเด็นที่มีการกล่าวอ้างกฎหมายระหว่างประเทศในทางตรงข้ามกับศาลปกครองกลาง

ข้อเท็จจริงเบื้องต้น คือ ผู้ฟ้องคดีต้องโทษประหารชีวิตในความผิดครอบครองยาเสพติดให้โทษเพื่อจำหน่ายซึ่งคืออยู่ระหว่างการพิจารณาอุทธรณ์ ฟ้องโต้แย้งการที่กรมราชทัณฑ์ (ผู้ถูกฟ้องคดี) ใช้เครื่องพันธนาการจำตรวนผู้ฟ้องคดี โดยอ้างว่าผู้ฟ้องคดีต้องโทษร้ายแรงและอาจหลบหนีได้ เป็นการใช้อำนาจที่ขัดต่อมาตรา 14 พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 ซึ่งห้ามมิให้ใช้เครื่องพันธนาการผู้ต้องขัง เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้น (3) เป็นบุคคลที่น่าจะพยายามหลบหนีการควบคุม ซึ่งไม่มีนิยามที่ชัดแจ้ง จึงต้องใช้ดุลยพินิจเป็นรายกรณี มิใช่พิจารณาจากอัตราโทษของผู้ต้องขังเท่านั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และขัดต่อหลักสิทธิความเป็นมนุษย์ตามกฎหมายมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อนักโทษขององค์การสหประชาชาติด้วย

ศาลปกครองกลางตัดสินว่าการกระทำของหน่วยงานทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี ต่อมากรมราชทัณฑ์ได้อุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา หมายเลขแดงที่ อ. 442/2558 กลับคำพิพากษาศาลปกครองกลางและตัดสินยกฟ้อง โดยพิจารณาบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแล้วเห็นว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองจะกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดและเท่าที่จำเป็นเท่านั้น การลงโทษตามคำพิพากษาของศาลหรือตามที่กฎหมายบัญญัติไม่ถือว่าเป็นการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม การจับและคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ต้องขัง ย่อมถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพบางประการตามกรอบที่กฎหมายกำหนด ศาลได้พิจารณาพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 มาตรา 14 ประกอบกับกฎกระทรวงมหาดไทยที่ออกตามความของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวประกอบกับข้อเท็จจริงตามอุทธรณ์แล้วเห็นว่า การใช้อำนาจทางปกครองดังกล่าวไม่ถือเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่เป็นการกระทำละเมิด

ประเด็นที่ควรพิจารณา คือ ประเด็นที่มีการกล่าวอ้างกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า “แม้ว่าจะได้มีการตราปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ และกฎหมายมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อนักโทษขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงสถานการณ์ของข้อกำหนดดังกล่าวแล้ว แม้จะมีได้มีสถานะเป็นสนธิสัญญาตาม

กฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม แต่การที่ประเทศไทยเป็นภาคีอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน การกระทำอื่นหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1984 โดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 2 ตุลาคม 2550 โดยอนุสัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับกับประเทศไทย เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2550 ซึ่งมีสาระสำคัญในการส่งเสริมและพิทักษ์สิทธิมนุษยชน ประเทศไทย ย่อมมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาดังกล่าวซึ่งเป็นสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ ในฐานะรัฐภาคีด้วย แต่ถึงกระนั้นก็ตาม การปฏิบัติต่อบุคคลในสถานะของผู้ต้องขังย่อมเป็นไปตาม กรอบที่กฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องได้บัญญัติไว้ตราบเท่าที่ยังไม่ได้มีการแก้ไขบทกฎหมายนั้นให้สอดคล้อง กับพันธกรณีดังกล่าว...”

จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดมีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนต่อกฎหมาย ระหว่างประเทศ ในกรณีของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ศาลอธิบายว่า ปฏิญญาสากลฯ ไม่ใช่ สนธิสัญญา จึงไม่มีผลผูกพันประเทศไทย แต่ศาลไม่รับรู้ถึงสถานะของปฏิญญาสากลฯ ในฐานะ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม¹⁰¹ ในส่วนของ กฎมาตรฐานซึ่งได้รับการรับรองโดยที่ประชุมใหญ่สหประชาชาติ ศาลเห็นว่าเมื่อไม่ใช่สนธิสัญญา ประเทศไทยจึงไม่มีพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม ศาลจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาปฏิญญาสากลฯ และกฎมาตรฐานดังกล่าว นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดมิได้กล่าวถึงสถานะของ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่ผูกพัน ประเทศไทย และเป็นส่วนหนึ่งของคำอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดี ส่วนในกรณีของอนุสัญญาต่อต้าน การทรมาน การกระทำอื่นหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1984 ศาลยอมรับว่าเป็นสนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม แต่เนื่องจากยังมิได้ตราหรือ แก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณี จึงต้องปฏิบัติต่อผู้ต้องขังตามกฎหมายภายในที่มีอยู่ เท่านั้น แสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดยึดถือทฤษฎีวินัยอย่างเคร่งครัด แม้ประเทศไทยจะมี พันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว แต่หากไม่มีการตรากฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญา ศาลจะปฏิเสธการบังคับใช้สนธิสัญญาโดยตรง และมีได้ให้ความสำคัญกับการนำบทบัญญัติใน สนธิสัญญามาใช้ประกอบการใช้และตีความกฎหมายภายในที่มีอยู่แต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม บางกรณีศาลไทยได้ยอมรับการมีผลบังคับใช้ของ สนธิสัญญาแตกต่างจากทางปฏิบัติที่ผ่านมา โดยปรากฏตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลเคยนำสนธิสัญญา มาบังคับใช้แก่คดีโดยตรงกรณีไม่มีกฎหมายรองรับหรืออนุวัติการ และคำพิพากษาที่ศาลพยายามใช้ และตีความกฎหมายภายในโดยใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือในการตีความ พิจารณาได้ ดังนี้

¹⁰¹ โปรดดูความเห็นทางวิชาการต่อสถานะของปฏิญญาสากลฯ ในเชิงอรรถที่ 59.

(1) การบังคับใช้สนธิสัญญาแก้คดีโดยตรง

จากที่ได้อธิบายข้างต้นแล้วว่า ศาลไทยผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายไทยและปฏิเสธการปรับใช้สนธิสัญญา หากแต่เคยปรากฏตัวอย่างคำพิพากษากรณีหนึ่งซึ่งศาลบังคับใช้สนธิสัญญาแก้คดีโดยตรง คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 739/2498¹⁰²

คดีนี้ มีประเด็นขึ้นสู่ศาลฎีกาเกี่ยวกับอำนาจของฝ่ายสหประชาชาติในการจัดการทรัพย์สินของผู้แพ้สงคราม ข้อเท็จจริงปรากฏว่า โจทก์เป็นเจ้าของที่ดิน ทำสัญญาให้บริษัทญี่ปุ่นเช่าที่ดิน โดยตกลงให้ผู้เช่ารื้อถอนสิ่งปลูกสร้างเหนือพื้นดินได้ และผู้เช่านำที่ดินที่เช่าไปให้ราชการทหารเรือญี่ปุ่นเช่าช่วงได้ ต่อมาทหารเรือญี่ปุ่นเข้าใช้พื้นที่และสร้างโกดัง หลังจากประเทศญี่ปุ่นแพ้สงคราม ฝ่ายสหประชาชาติได้ขายทอดตลาดโกดังดังกล่าว โจทก์เป็นผู้ประมูลซื้อได้จึงมีกรรมสิทธิ์ในโกดัง จำเลยเข้าใช้โกดังโดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์ จำเลยอ้างว่าสหประชาชาติไม่มีอำนาจขายโกดัง โจทก์ไม่ได้กรรมสิทธิ์ในโกดัง

ศาลฎีกาวินิจฉัยโดยอ้างถึงสัญญาที่รัฐบาลไทยทำกับฝ่ายสหประชาชาติซึ่งเป็นฝ่ายที่ชนะสงคราม โดยให้ทหารอังกฤษเข้ามาจัดการทรัพย์สินของทหารญี่ปุ่นผู้แพ้สงคราม ดังนั้นฝ่ายสหประชาชาติจึงมีอำนาจในการขายทอดตลาดโกดังดังกล่าวโดยชอบ จะเห็นได้ว่า ศาลฎีกานำสนธิสัญญามาบังคับใช้แก้คดีโดยตรง โดยใช้คำว่า “สัญญา” แทนคำว่า “สนธิสัญญา” หรือ “หนังสือสัญญา” นอกจากนี้ ศาลฎีกายังยอมรับหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องสิทธิของผู้ชนะสงครามซึ่งเป็นกฎหมายภาคสงครามด้วย โดยวินิจฉัยด้วยว่า ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศอังกฤษตัวแทนของฝ่ายสหประชาชาติซึ่งเป็นผู้ชนะสงครามมีสิทธิของผู้ชนะสงครามในการริบและยึดทรัพย์สินได้ และสามารถกระทำการเกินกว่าที่กฎหมายภายในกำหนดได้ กล่าวคือ ในกรณีนี้แม้จะมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการกักคุมตัว และการควบคุมกิจการ หรือทรัพย์สินของบุคคลที่เป็นศัตรูต่อสหประชาชาติ พ.ศ. 2488 ซึ่งได้กำหนดให้อำนาจในการจัดการทรัพย์สินดังกล่าวเป็นของคณะกรรมการก.ท.ส. แต่เมื่อฝ่ายสหประชาชาติซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายระหว่างประเทศเข้าจัดการแล้ว ก็ต้องถือว่าเป็นการใช้อำนาจกระทำการดังกล่าวโดยชอบแล้ว จะสังเกตได้ว่า กรณีข้างต้นศาลได้บังคับใช้สนธิสัญญาโดยตรง ซึ่งให้อำนาจฝ่ายสหประชาชาติ

¹⁰² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 739/2498 นพนิธิ สุริยะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 164-166; จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 87-88.

ผู้ชนะสงครามจัดการทรัพย์สินดังกล่าว โดยมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายภายในซึ่งกำหนดให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการก.ท.ส

(2) การใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือการตีความกฎหมายภายใน

เมื่อสนธิสัญญามีผลบังคับใช้ภายในประเทศต่อเมื่อแปลงรูปเป็นกฎหมายภายในแล้วเท่านั้น โดยหลักศาลไทยจะปรับใช้กฎหมายภายในที่แปลงรูปแล้ว และจะไม่ปรับใช้สนธิสัญญา หากแต่ปัจจุบันเริ่มปรากฏตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลพยายามใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายในทั้งกรณีของกฎหมายภายในที่มีใช้กฎหมายรองรับหรืออนุวัติการสนธิสัญญา และกฎหมายรองรับหรืออนุวัติการสนธิสัญญา ตัวอย่างเช่น

ในกรณีของกฎหมายภายในที่มีได้ตราขึ้นเพื่อรองรับหรืออนุวัติการสนธิสัญญาโดยเฉพาะเจาะจง ศาลได้นำสนธิสัญญาซึ่งผูกพันประเทศไทยมาใช้เป็นเครื่องมือช่วยตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ เช่น

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 12/2555¹⁰³

คดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญมีประเด็นต้องวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2554 ซึ่งสันนิษฐานความผิดทางอาญาของผู้ต้องหาและจำเลย โดยไม่ปรากฏว่าได้กระทำการหรือมีเจตนากระทำการหรือมีเจตนาใดๆเกี่ยวกับความผิด และศาลได้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติในส่วนดังกล่าวขัดต่อหลักนิติธรรมและขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง¹⁰⁴

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ร้องในคดีนี้ฎีกาคัดค้านคำพิพากษาศาลอุทธรณ์โต้แย้งว่า พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2554 มาตรา 54 ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล ให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นๆด้วย เว้นแต่ จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น” ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 39 วรรคสอง มาตรา 40(5) และมาตรา 30

¹⁰³ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 129 ตอนที่ 97 ก ลงวันที่ 10 ตุลาคม 2555, น. 99-104.

¹⁰⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39 วรรคสอง
“ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด.”

ศาลฎีกาจึงส่งคำโต้แย้งดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติดังกล่าว¹⁰⁵

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2554 มาตรา 54 เฉพาะส่วนที่สันนิษฐานให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษทางอาญาร่วมกับนิติบุคคล โดยไม่ปรากฏว่ามีส่วนเกี่ยวข้องอย่างใดอย่างหนึ่งกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้กล่าวอ้างกฎหมายระหว่างประเทศในการให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัย ได้แก่ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองว่า “รัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง และมาตรา 40(5) เป็นบทบัญญัติในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ส่วนที่ 4 สิทธิในกระบวนการยุติธรรม โดยมาตรา 39 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด เป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาโดยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิดจนกว่าจะมีความพิพากษาถึงที่สุดว่า เป็นผู้กระทำความผิด ซึ่งข้อสันนิษฐานว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ (presumption of innocence) ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสองนี้เป็นข้อสันนิษฐานอันมีที่มาจากหลักสิทธิมนุษยชน ดังปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ข้อ 11 ที่ว่า “บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีความผิดอาญา มีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ จนกว่าจะมีการพิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมายในการพิจารณาโดยเปิดเผย และผู้นั้นได้รับหลักประกันทั้งหลาย ที่จำเป็นในการต่อสู้คดี” อันถือเป็นหลักการพื้นฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาสากลที่ว่า บุคคลทุกคน มิใช่ผู้กระทำความผิดอาญา เพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาที่รัฐให้การรับรองแก่บุคคลทุกคนที่จะไม่ถูกลงโทษทางอาญา จนกว่าจะมีพยานหลักฐาน มาพิสูจน์ได้ว่าเป็นผู้กระทำความผิด และเป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรม (the rule of law) ที่ได้รับการยอมรับในนานาอารยประเทศ และระดับระหว่างประเทศ อันได้แก่ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ (Universal Declaration of Human Rights) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกมีพันธกรณีอยู่ด้วย”¹⁰⁶

¹⁰⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 211.

¹⁰⁶ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 103, น. 101.

จะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญพยายามเชื่อมโยงกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตามเข้ากับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทยซึ่งเป็นกฎหมายภายใน โดยวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยกล่าวอ้างกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนประกอบการให้เหตุผลในคำวินิจฉัย เพื่อเพิ่มน้ำหนักในการให้เหตุผลว่า หลักสันนิษฐานความเป็นผู้บริสุทธิ์เป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรม ซึ่งเป็นหลักการที่นานาประเทศยอมรับ และบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้รับรองหลักการดังกล่าวสอดคล้องกันกับมาตรฐานในทางระหว่างประเทศ นั่นคือ สนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม บทบัญญัติในพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ อีกทั้งยังขัดต่อพันธกรณีที่ประเทศไทยมีอยู่ตามกฎหมายระหว่างประเทศ และขัดต่อหลักนิติธรรมด้วย พึงตั้งข้อสังเกตได้ว่า ศาลพยายามอธิบายสิทธิมนุษยชนซึ่งรัฐธรรมนูญไทยรับรองไว้ โดยคำนึงถึงบทบัญญัติในสนธิสัญญาซึ่งไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตามในที่นี้ คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง¹⁰⁷

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 15/2555¹⁰⁸

คดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10)¹⁰⁹

¹⁰⁷ ในคำวินิจฉัยกลางมิได้ระบุข้อบ่งชี้ของสนธิสัญญา แต่ในคำวินิจฉัยส่วนตนของนายเจริญ ภักดีธนากุล ปรากฏการกล่าวอ้างข้อบทที่ 14 วรรคสองของสนธิสัญญาดังกล่าวไว้ และระบุด้วยว่าประเทศไทยเป็นภาคีในสนธิสัญญาและมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าว โปรดดู ความเห็นในการวินิจฉัยคดีส่วนตนของ นายเจริญ ภักดีธนากุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 103*, น.107-111.

¹⁰⁸ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 129 ตอนที่ 100 ก ลงวันที่ 18 ตุลาคม 2555, น. 94-109.

¹⁰⁹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง

“ผู้สมัครสอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการศึกษาพิเศษ เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

(10) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ คนวิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการหรือเป็นโรคที่ระบุไว้ในระเบียบของ ก.ต. ...”

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ตรวจการแผ่นดินได้รับหนังสือร้องเรียนจากนายศิริมิตร บุญมูล ซึ่งเคยถูกคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมมีมติไม่รับสมัครสอบเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาประจำปี 2552 เนื่องจากเห็นว่านายศิริมิตร บุญมูลมีสภาพร่างกายและจิตใจไม่เหมาะสมต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติดังกล่าว

ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวเฉพาะในส่วนที่ให้ผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามว่า “... มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ...” เป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องความพิการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 วรรคสาม บทบัญญัติในส่วนดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 30 วรรคสาม¹¹⁰ ทั้งนี้ ศาลได้กล่าวอ้างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ ข้อ 4 ข้อ 5 ข้อ 1 ข้อ 27 (เอ) และข้อ 27 (จี) ซึ่งศาลได้กล่าวด้วยว่าอนุสัญญามีผลบังคับให้ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่ระบุในอนุสัญญา

การกล่าวอ้างบทบัญญัติของอนุสัญญาเพื่อแสดงให้เห็นถึงคุณค่าและเพิ่มน้ำหนักในการให้เหตุผลของการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความพิการซึ่งสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคในมาตรา 30 วรรคสามของรัฐธรรมนูญไทย คำวินิจฉัยนี้จึงเป็นอีกตัวอย่างหนึ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงความพยายามของศาลรัฐธรรมนูญในการอธิบายบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญโดยคำนึงถึงพันธกรณีตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีด้วย

¹¹⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30

“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม.”

คำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ อ.1438/2552¹¹¹

ข้อเท็จจริงเบื้องต้น คือ ผู้ฟ้องคดีต้องโทษประหารชีวิตในความผิดครอบครองยาเสพติดให้โทษเพื่อจำหน่ายซึ่งคดีอยู่ระหว่างการพิจารณาอุทธรณ์ ฟ้องโต้แย้งการที่กรมราชทัณฑ์ (ผู้ถูกฟ้องคดี) ใช้เครื่องพันธนาการจำตรวนผู้ฟ้องคดี โดยอ้างว่าผู้ฟ้องคดีต้องโทษร้ายแรงและอาจหลบหนีได้ เป็นการใช้อำนาจที่ขัดต่อมาตรา 14 พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 ซึ่งห้ามมิให้ใช้เครื่องพันธนาการผู้ต้องขัง เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้น (3) เป็นบุคคลที่น่าจะพยายามหลบหนีการควบคุม ซึ่งไม่มีนิยามที่ชัดเจน จึงต้องใช้ดุลยพินิจเป็นรายกรณี มิใช่พิจารณาจากอัตราโทษของผู้ต้องขังเท่านั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และขัดต่อหลักสิทธิความเป็นมนุษย์ตามกฎหมายมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อนักโทษขององค์การสหประชาชาติด้วย ศาลปกครองกลางตัดสินว่าการกระทำของหน่วยงานทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี

ศาลปกครองกลางพิจารณาแล้วตัดสินว่า การกระทำของกรมราชทัณฑ์ที่จำตรวนผู้ต้องขังที่ศาลชั้นต้นพิพากษาลงโทษประหารชีวิตตลอดเวลา โดยไม่ได้พิจารณาพฤติการณ์ของผู้ต้องขังแต่ละคนว่าน่าจะหลบหนีหรือไม่ แต่นำเหตุเรื่องอัตราโทษสูงมาสันนิษฐานว่าน่าจะหลบหนีในขณะที่ยังไม่มีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าผู้ต้องขังกระทำความผิดย่อมไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 ที่มุ่งใช้เครื่องพันธนาการเท่าที่จำเป็นเท่านั้น กรมราชทัณฑ์มีหน้าที่ต้องดำเนินการตามกฎหมายและป้องกันมิให้ฝ่าฝืนกฎบัพัญญูอย่างเคร่งครัด แม้ผู้ถูกฟ้องคดีจะถูกควบคุมตัวตามคำพิพากษาซึ่งหมายถึงการจำกัดอิสรภาพเท่านั้น ไม่มีสิทธิกระทำการใดๆ แก่เนื้อตัวร่างกายโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายการจำตรวนตลอดเวลาจนกว่าจะถูกประหารชีวิตหรือพ้นจากโทษประหารชีวิตตามคำพิพากษาถึงที่สุดเป็นการละเมิดต่อเสรีภาพในร่างกายและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และมีลักษณะเป็นการทรมาน ขัดต่อมาตรา 26 และ 31 ของรัฐธรรมนูญ 2540 ที่ใช้บังคับขณะเกิดข้อพิพาท และมาตรา 26 และ 32 ของรัฐธรรมนูญ 2550 ที่ใช้บังคับขณะพิจารณาคดี และเป็นการกระทำละเมิดตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

¹¹¹ คำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ อ. 1438/2552.

นอกจากนี้ ศาลปกครองกลางยังวินิจฉัยด้วยว่า การกระทำดังกล่าวขัดต่อ ปญญาสาเกล้าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ ข้อ 1¹¹² และข้อ 5¹¹³ ซึ่งแม้ไม่เป็น สนธิสัญญา จึงไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย แต่หลักการที่ระบุไว้ได้พัฒนาเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ระหว่างประเทศซึ่งมีผลผูกพันประเทศไทยด้วย และขัดต่อกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อ 7¹¹⁴ และข้อ 10¹¹⁵ ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมี พันธกรณีต้องปฏิบัติตาม นอกจากนี้ ยังขัดกับกฎหมายฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อนักโทษของ องค์การสหประชาชาติ ข้อ 33¹¹⁶ และข้อ 34¹¹⁷ ซึ่งแม้ไม่เป็นสนธิสัญญา แต่เป็นเอกสารที่ได้รับ

¹¹² ปญญาสาเกล้าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ ข้อ 1

“มนุษย์ทั้งปวงเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ ต่างในตนมีเหตุผล และมโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันด้วยจิตวิญญาณแห่งภราดรภาพ.”

¹¹³ ปญญาสาเกล้าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ ข้อ 5

“บุคคลใดจะถูกกระทำทรมานหรือการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีไม่ได้.”

¹¹⁴ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อ 7

“บุคคลจะถูกทรมานหรือได้รับการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือต่ำช้าไม่ได้.”

¹¹⁵ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อ 10

“บุคคลทั้งปวงที่ถูกกลั่นแกล้งต้องได้รับการปฏิบัติด้วยความมีมนุษยธรรม และความเคารพในศักดิ์ศรีแต่กำเนิดแห่งความเป็นมนุษย์.”

¹¹⁶ กฎมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อนักโทษขององค์การสหประชาชาติ ข้อ 33

“บรรดาเครื่องพันธนาการ เช่น กุญแจมือ โซ่ตรวน และสายรัดแขน จะต้องไม่นำมาใช้ เพื่อการลงโทษ นอกจากนี้ จะใช้โซ่ตรวนในการจองจำนักโทษไม่ได้ ส่วนเครื่องพันธนาการอย่างอื่นจะ นำมาใช้ได้เพื่อป้องกันการหลบหนีในระหว่างขนย้ายนักโทษ แต่ควรจะต้องถอดเครื่องพันธนาการนั้น ออกเมื่อนักโทษนั้นไปปรากฏตัวที่ศาลหรือหน่วยงานอื่นของฝ่ายบริหาร ด้วยเหตุผลทางการแพทย์ ตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ทางการแพทย์ และโดยคำสั่งของผู้บัญชาการเรือนจำในกรณีที่มีความจำเป็น นักโทษด้วยวิธีอื่นไม่ได้ผล เพื่อป้องกันนักโทษทำร้ายตนเองหรือผู้อื่น หรือทำลายทรัพย์สิน ในกรณี เช่นนี้ผู้บัญชาการเรือนจำจะต้องปรึกษาหารือกับเจ้าหน้าที่ทางการแพทย์ และรายงานข้อเท็จจริงต่อ ผู้บังคับบัญชาชั้นสูงถัดไปด้วย.”

¹¹⁷ กฎมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อนักโทษขององค์การสหประชาชาติ ข้อ 34

“เครื่องพันธนาการจะใช้ได้เพียงในระยะเวลาที่จำกัดและเท่าที่จำเป็นอย่างยิ่งเท่านั้น”

การรับรองโดยที่ประชุมสหประชาชาติซึ่งมุ่งส่งเสริมการเคารพและปฏิบัติตามสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพพื้นฐาน กรมราชทัณฑ์จึงสมควรนำมาพิจารณาเป็นแนวทางในการปฏิบัติต่อนักโทษ และศาลยังได้ระบุด้วยว่า ศาลสามารถใช้กฎหมายมาตรฐานดังกล่าวเป็นแนวทางประกอบการพิจารณาถึงความเหมาะสมของการใช้เครื่องพันธนาการได้ ศาลปกครองกลางจึงตัดสินว่าการกระทำของกรมราชทัณฑ์เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการละเมิดผู้ฟ้องคดี จึงมีคำสั่งให้ระงับการจำตรวนดังกล่าว

คำพิพากษาศาลปกครองกลางข้างต้นแสดงให้เห็นว่า ศาลตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจของหน่วยงานทางปกครองในการใช้อำนาจทางปกครองว่าเป็นไปตามกฎหมายและรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งกฎหมายในที่นี้ คือ พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 26¹¹⁸ และมาตรา 32¹¹⁹ ทั้งนี้ กรณีของกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลเล็งเห็นถึงความสำคัญของพันธกรณีระหว่างประเทศและแนวปฏิบัติซึ่งเป็นมาตรฐานในการส่งเสริมความเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพพื้นฐานในทางระหว่างประเทศ จึงได้นำปณิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติซึ่งศาลยอมรับว่ามีผลผูกพันประเทศไทยในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองซึ่งศาลยอมรับว่าเป็นสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติ และกฎหมายฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อนักโทษขององค์การสหประชาชาติซึ่งแม้จะไม่ใช่สนธิสัญญา จึงไม่มีผลผูกพันประเทศไทย แต่เป็นแนวทางปฏิบัติในทางระหว่างประเทศที่มุ่งสนับสนุนการเคารพและปฏิบัติสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพพื้นฐาน มาใช้ประกอบการพิจารณาการใช้ดุลยพินิจของหน่วยงานทางปกครองในการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายและรัฐธรรมนูญ

¹¹⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 26

“การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

¹¹⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 32

“บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม จะกระทำมิได้ แต่การลงโทษตามคำพิพากษาของศาลหรือตามที่กฎหมายบัญญัติไม่ถือว่าเป็นการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมตามความในวรรคนี้

การจับและการคุมขังบุคคล จะกระทำมิได้เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ...”

ส่วนในกรณีของกฎหมายภายในซึ่งเป็นกฎหมายอนุวัติการ สนธิสัญญา ศาลก็ได้นำสนธิสัญญาซึ่งกฎหมายภายในดังกล่าวได้อนุวัติการตามมาใช้ประกอบการตีความพระราชบัญญัติอนุวัติการในคำพิพากษาฎีกาที่ 2965/2538 ส่วนคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8834/2542 ศาลนำสนธิสัญญาซึ่งแม้ประเทศไทยมิได้เป็นภาคีจึงไม่ผูกพันประเทศไทย แต่เมื่อเจตนารมณ์ของกฎหมายอนุวัติการให้นำหลักเกณฑ์ของกฎหมายในสนธิสัญญาดังกล่าวมาใช้ ศาลจึงใช้หลักเกณฑ์ของบทบัญญัติในสนธิสัญญาข้างต้นประกอบการตีความกฎหมายอนุวัติการ พิจารณาได้ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2965/2538¹²⁰

คดีนี้ ศาลอุทธรณ์ต้องวินิจฉัยบทบัญญัติเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เพื่อดำเนินการตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายบริหารในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ข้อเท็จจริงเบื้องต้นคือ จำเลยเป็นคนสัญชาติไทยกระทำความผิดฐานลักลอบนำกัญชาเข้าประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงขอให้ประเทศไทยส่งตัวจำเลยไปดำเนินคดีที่ศาลของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเด็นที่พัวพันข้อสังเกตในคดีนี้ คือ ศาลจะบังคับใช้กฎหมายอย่างไรในกรณีที่กฎหมายภายในไม่สอดคล้องกัน และอาจขัดแย้งกับบทบัญญัติในสนธิสัญญา กล่าวคือ มาตรา 16 ของพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อใดศาลพิเคราะห์เห็นว่าจำเลยเป็นคนในบังคับสยาม กิติหรือมีข้อสงสัยหรือมีความยุ่งยากในเรื่องระเบียบอันเกี่ยวกับการรับรองเอกสารหรือวิธีการทำคำขอให้ส่งข้ามแดนก็ดี ให้ศาลรายงานหรือเสนอคดีกระทรวงยุติธรรมก่อนที่จะออกคำสั่งให้ปล่อยตัวจำเลย” เป็นกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ห้ามมิให้ส่งคนสัญชาติไทยข้ามแดนขัดแย้งกับข้อ 8(1) วรรคสามของสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 14 ธันวาคม พ.ศ. 2526 ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่ประเทศไทยเป็นรัฐที่ได้รับการร้องขอ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอาจส่งคนชาติของตนข้ามแดนได้ หากมิได้ถูกห้ามให้กระทำเช่นนั้น” ซึ่งแนบท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 อันเป็นกฎหมายบังคับการตามสนธิสัญญา

ศาลอุทธรณ์ต้องใช้และตีความพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 ซึ่งเป็นกฎหมายบังคับการตามสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 14 ธันวาคม พ.ศ. 2526 และพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป ศาลจึงได้ตีความข้อ 8(1) วรรคสามของสนธิสัญญาซึ่งแนบท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าวอันเป็นกฎหมายบังคับการตาม

¹²⁰ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 45.

สนธิสัญญา เห็นว่า เมื่อพิจารณาถ้อยคำของข้อ 8(1) วรรคสามโดยสุจริตแล้ว คำว่า “หากมิได้ถูกห้ามมิให้กระทำเช่นนั้น” ย่อมไม่รวมถึงข้อห้ามมิให้ส่งคนสัญชาติไทย ตามมาตรา 16 ของพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 เนื่องจากหากประเทศไทยทำสนธิสัญญาดังกล่าวโดยเจตนาให้มาตรา 16 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นข้อ 8(1) วรรคสามของสนธิสัญญา จะทำให้บทบัญญัติของสนธิสัญญาไร้ผล หากเป็นเช่นนั้น ย่อมไม่มีความจำเป็นต้องกำหนดให้รัฐบาลไทยมีอำนาจใช้ดุลยพินิจส่งคนสัญชาติไทยข้ามแดนได้ อีกทั้ง มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 ได้กำหนดให้นำบทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดแย้งกับสนธิสัญญา เมื่อมาตรา 16 ของพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 ขัดแย้งกับข้อ 8(1) วรรคสามของสนธิสัญญา จึงต้องตีความข้อ 8(1) วรรคสามของสนธิสัญญาดังกล่าว ซึ่งแนบท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 และบังคับใช้กฎหมายบังคับการดังกล่าวในทางที่สอดคล้องกับสนธิสัญญา

คำพิพากษาศาลอุทธรณ์นี้เป็นกรณีที่ศาลบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 ซึ่งเป็นกฎหมายบังคับการตามสนธิสัญญาในฐานะกฎหมายพิเศษยกเว้นพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป เมื่อจะต้องปรับใช้และตีความกฎหมายบังคับการตามสนธิสัญญา ศาลจะหลีกเลี่ยงการตีความบทบัญญัติของสนธิสัญญาซึ่งได้แนบท้ายกฎหมายบังคับการดังกล่าวมิได้ เป็นกรณีที่ศาลใช้บทบัญญัติของสนธิสัญญาประกอบการบังคับใช้กฎหมายภายในซึ่งอนุวัติการตามสนธิสัญญาอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญามากที่สุด คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์นี้จึงเป็นตัวอย่างทางปฏิบัติที่ศาลไทยใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือในการใช้และตีความกฎหมายภายในโดยประธานมิให้กฎหมายภายในขัดแย้งกับพันธกรณีตามสนธิสัญญา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8834/2542¹²¹

คดีนี้ ศาลฎีกาแผนกทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า เครื่องหมายการค้าที่โจทก์ได้รับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายที่คล้ายกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้าตามมาตรา 8(11) ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 หรือไม่

¹²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8834/2542 อ้างใน นพนิติ สุริยะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 10*, น. 176-191.

ศาลฎีกาเห็นว่า เมื่อมิได้นิยามคำว่า “เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป” ในพระราชบัญญัติดังกล่าวไว้ แต่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นกฎหมายที่อนุวัติการตามข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs Agreement) ซึ่งข้อ 16(2) ของข้อตกลงระหว่างประเทศนั้นกำหนดให้อนุโลมนำบทบัญญัติในข้อ 6 ทวิ ของอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ค.ศ. 1976 (Paris Convention for the Protection of Industrial Property) ที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณานิยามของคำว่า “เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป” มาใช้

ศาลฎีกาจึงนำบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงปารีสมาอธิบายความหมายของถ้อยคำดังกล่าวตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ทั้งนี้ ศาลฎีกาเห็นว่า แม้ประเทศไทยมิได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญากรุงปารีสฯ แต่ประเทศไทยก็ได้คุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปไว้ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 อีกทั้ง ประเทศไทยยังมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามข้อตกลงทริปส์ ข้อ 16(2) ที่กำหนดให้นำหลักเกณฑ์ในอนุสัญญากรุงปารีสมาบังคับใช้โดยอนุโลม ศาลฎีกาจึงนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ตีความหรือแปลความหมายของคำว่า “เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป” ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งเป็นกฎหมายภายในได้

จะสังเกตได้ว่า ศาลฎีกาพยายามค้นหาเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งตราขึ้นเพื่ออนุวัติการตามข้อตกลงทริปส์ที่ประเทศไทยเป็นภาคี ศาลจึงนำเสนอสนธิสัญญาดังกล่าวมาพิจารณา ส่งผลให้ต้องนำบทบัญญัติในอนุสัญญากรุงปารีสฯ ซึ่งแม้ไม่มีผลผูกพันประเทศไทยเนื่องจากมิได้เข้าเป็นภาคี แต่ได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณานิยามของถ้อยคำไว้ จึงสามารถนำมาใช้ตีความเพื่อค้นหาความหมายถ้อยคำทางกฎหมายของกฎหมายภายในได้ เพื่อให้แนวคำพิพากษาสอดคล้องกับธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าของนานาประเทศ

กล่าวโดยสรุปว่า เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอาจตีความได้ว่า สนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายภายในของไทยต่อเมื่อมีกฎหมายภายในรองรับ สนธิสัญญาไม่มีผลบังคับใช้โดยตรงในระบบกฎหมายภายใน ประกอบกับการตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญว่า ศาลจะต้องผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายภายในในการวินิจฉัยอรรถคดีเท่านั้น ศาลไทยจึงมีทางปฏิบัติที่เคร่งครัดในการบังคับใช้กฎหมายภายในและปฏิเสธการปรับใช้สนธิสัญญา ปรากฏตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองกลางหมายเลขแดงที่ ส.660/2559 ที่ศาลเห็นว่า อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบแห่งสหประชาชาติไม่มีผลบังคับโดยตรงต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือประชาชนภายในประเทศ

หากแต่รัฐจะต้องออกกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศเสียก่อน คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด หมายเลขแดงที่ อ.442/2558 ที่ศาลยอมรับว่า อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน การกระทำอื่นหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1984 เป็นสนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม แต่เนื่องจากยังมีได้ตราหรือแก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณี จึงต้องปฏิบัติต่อผู้ต้องขังตามกฎหมายภายในที่มีอยู่เท่านั้น เป็นต้น อาจสะท้อนให้เห็นทางปฏิบัติของศาลไทยที่ไม่ยอมรับการมีผลบังคับของสนธิสัญญาและเลือกบังคับใช้กฎหมายภายในเท่านั้น

ดังนั้นหากไม่มีกฎหมายภายในรองรับพันธกรณีตามสนธิสัญญา ศาลย่อมไม่ปรับใช้สนธิสัญญาแก่คดี กรณีที่เกิดการขัดกันระหว่างพันธกรณีตามสนธิสัญญากับกฎหมายภายใน ไม่ว่าจะกฎหมายภายในจะออกมาก่อนหรือหลังสนธิสัญญา ศาลจะปรับใช้กฎหมายภายในเสมอ ทั้งนี้ หากกฎหมายภายในที่บังคับการตามสนธิสัญญาขัดแย้งกับกฎหมายภายในฉบับอื่นที่ตราขึ้นภายหลัง ศาลย่อมต้องปรับใช้กฎหมายภายในที่ตราขึ้นภายหลังตามหลักกฎหมายฉบับหลัง ย่อมยกเลิกกฎหมายฉบับก่อน จึงอาจกล่าวได้ว่า ทางปฏิบัติของศาลไทยในการปรับใช้สนธิสัญญา สอดคล้องกับทฤษฎีวินนิม

ทั้งนี้ บางกรณีศาลไทยยอมรับการมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาแตกต่างจากทางปฏิบัติข้างต้น โดยปรากฏคำพิพากษาเพียงกรณีเดียวที่ศาลบังคับใช้สนธิสัญญาแก่คดีโดยตรง คือ คำพิพากษากฎีกาที่ 739/2498 ซึ่งศาลบังคับใช้สนธิสัญญาที่รัฐบาลไทยทำกับฝ่ายสหประชาชาติซึ่งเป็นฝ่ายที่ชนะสงคราม โดยให้ทหารอังกฤษเข้ามาจัดการทรัพย์สินของทหารญี่ปุ่นผู้แพ้สงคราม

นอกจากนี้ ยังปรากฏตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายในซึ่งมิใช่กฎหมายรองรับหรืออนุวัติการสนธิสัญญา ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยที่ 12/2555 ซึ่งศาลตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญโดยกล่าวอ้างกติการะหว่างประเทศว่า ด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองประกอบทำให้เหตุผลในคำวินิจฉัยเพื่อเพิ่มน้ำหนักในการให้เหตุผลว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้รับรองหลักการดังกล่าวสอดคล้องกันกับมาตรฐานในทางระหว่างประเทศ คำวินิจฉัยที่ 15/2555 ซึ่งศาลตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญโดยอ้างอนุสัญญาว่า ด้วยสิทธิคนพิการ เพื่อแสดงให้เห็นถึงคุณค่าและเพิ่มน้ำหนักในการให้เหตุผลของการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความพิการตามหลักความเสมอภาคในมาตรา 30 วรคสามของรัฐธรรมนูญไทย และกรณีที่ศาลใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายรองรับหรืออนุวัติการสนธิสัญญา เช่น คำพิพากษากฎีกาที่ 2965/2538 ซึ่งศาลใช้สนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 14 ธันวาคม พ.ศ. 2526 เป็นเครื่องมือในการใช้และตีความพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับ

สหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 ซึ่งอนุวัติการตามสนธิสัญญา และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8834/2542 ที่ศาลนำสนธิสัญญาซึ่งแม้ประเทศไทยมิได้เป็นภาคีจึงไม่ผูกพันประเทศไทย แต่เมื่อเจตนารมณ์ของกฎหมายอนุวัติการให้นำหลักเกณฑ์ของกฎหมายตามสนธิสัญญาดังกล่าวมาใช้ ศาลจึงใช้สนธิสัญญา ประกอบการตีความกฎหมายอนุวัติการ



บทที่ 4

ทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการต่างประเทศในการปรับใช้ กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายใน

แม้กฎหมายระหว่างประเทศจะกำหนดหน้าที่แก่รัฐในการปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศที่ผูกพันรัฐไม่ว่าจะเป็นพันธกรณีจากบ่อเกิดใดของกฎหมายระหว่างประเทศ (ในที่นี่ศึกษาเฉพาะพันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และพันธกรณีตามสนธิสัญญา) แต่ก็ได้กำหนดวิธีการในการรับกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาในระบบกฎหมายภายใน ทำให้การที่จารีตประเพณีระหว่างประเทศ และสนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้ภายในรัฐ หรือนำมาปรับใช้ภายในรัฐอย่างไร จึงเป็นเรื่องทางปฏิบัติของแต่ละรัฐที่สามารถกำหนดวิธีการได้เองแตกต่างกันพิจารณาได้ ดังนี้

4.1 กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ในการพิจารณาทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการต่างประเทศในการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายใน ผู้เขียนศึกษาทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการของ 3 ประเทศ ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ และแคนาดาพิจารณาได้ ดังนี้

4.1.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

หลังจากเหตุการณ์ที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (ต่อไปจะขอเรียกว่า ประเทศเยอรมนี) โดดเดี่ยวตนเองออกจากสังคมประชาธิปไตยในยุคนาซีและสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้สิ้นสุดลง มีการสถาปนารัฐธรรมนูญขึ้นในปี ค.ศ. 1949 เรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (ภาษาเยอรมันใช้คำว่า Grundgesetz และภาษาอังกฤษใช้คำว่า Basic Law)¹ เป็นกฎหมายสูงสุดในการบริหารและปกครอง

¹Andrea L. Paulus, The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study (edited by David Sloss), (New York: Cambridge University Press, 2009), p. 209; โปรดตุ บุษศิริ มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายเลือกตั้งเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : โครงการวิจัยเสริมหลักสูตร คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), น. 9-10, (เนื่องด้วยในระหว่างการร่างรัฐธรรมนูญ ยังไม่มีการรวมเยอรมันตะวันตกเข้ากับเยอรมันตะวันออก

ประเทศในระดับสหพันธ์ (Bund) และได้ใช้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จนถึงปัจจุบัน ส่วนในระดับมลรัฐ แต่ละมลรัฐ (Länder) ต่างมีรัฐธรรมนูญ (Verfassung) ของมลรัฐเป็นกฎหมายสูงสุด²

กฎหมายพื้นฐานของประเทศเยอรมนียอมรับให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไปมีผลบังคับใช้ในประเทศอย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญ ปรากฏในมาตรา 25 ว่า “กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศประกอบเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสหพันธ์โดยมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายที่ตราโดยสภา และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อผู้ที่อาศัยอยู่ในดินแดนของสหพันธ์”³ เมื่อพิจารณาถ้อยคำในบทบัญญัติ คำว่า “กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ” อาจหมายถึง ที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศตามนัยของมาตรา 38 ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ⁴ ซึ่งหมายความว่ารวมกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ และสนธิสัญญาด้วย แต่ศาลรัฐธรรมนูญ

คณะกรรมการร่างฯ เห็นว่ารัฐธรรมนูญนี้ควรใช้บังคับเพียงชั่วคราวจนกว่าจะมีการรวมเยอรมันเข้าด้วยกัน จึงเรียกชื่อรัฐธรรมนูญนี้ว่า “กฎหมายพื้นฐาน”).

² ซาติชาย เซษฐสุนัน, การมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาตามกฎหมายเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554), น. 19.

³ Basic Law for the Federal Republic of Germany, Article 25 Primacy of International Law

“The general rules of international law shall be an integral part of federal law. They shall take precedence over the laws and directly create rights and duties for the inhabitants of the federal territory.”

⁴ Statute of the International Court of Justice, Article 38

“1 The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

- a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
- b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- c. the general principles of law recognized by civilized nations;
- d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.”

แห่งสหพันธ์ได้ให้ความหมายของถ้อยคำดังกล่าวตามมาตรา 25 ว่าหมายถึง กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (international custom) และหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น มิได้หมายความรวมถึงสนธิสัญญาด้วย⁵

เมื่อกฎหมายพื้นฐานยอมรับการมีผลบังคับใช้ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไปให้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในของประเทศย่อมมีฐานะเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายภายในทันที โดยไม่ต้องออกกฎหมายอนุวัติการใดๆ ประชาชนผู้อาศัยในดินแดนของประเทศเยอรมนีย่อมสามารถกล่าวอ้างกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปได้ ทั้งนี้ กฎหมายดังกล่าวมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา แต่มิได้มีลำดับศักดิ์สูงกว่ารัฐธรรมนูญ⁶ เนื่องจากกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศมิใช่ส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ⁶ ดังนั้นหากกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติขัดกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไป ศาลย่อมต้องบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไป⁷

เมื่อกฎหมายพื้นฐานยอมรับให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปมีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายภายในของประเทศเยอรมนีในฐานะ “กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ” จึงผูกพันฝ่ายตุลาการทั้งในระดับสหพันธ์และมลรัฐในการบังคับใช้เพื่อปรับใช้ข้อกฎหมายแก่คดี

ในกรณีมีข้อสงสัยว่า กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศได้อยู่ในความหมายของกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศตามมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐาน ศาลที่ดำเนินกระบวนการพิจารณา

⁵ BVerfG, 2 BvM 1/03, Decision of 8 May 2007 and BVerfG 94, 315, p. 328 cited in Andrea L. Paulus, *supra* note 1, p. 221.

⁶ B.V.G. Decision of 26 March 1957, 6 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts S อ้างไว้ใน นพนิติ สุริยะ, Lecture Notes 1 กฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556), น. 129.

⁷ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), น. 127.

อาจเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐวินิจฉัย คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ย่อมมีผลผูกพันศาลล่าง⁸

ในส่วนของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยว่า หลักความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศ (immunity of foreign states) จากเขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่ง ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศตามมาตรา 25 กฎหมายพื้นฐาน⁹

นอกจากนี้ เนื้อหาที่ปรากฏในบางบทบัญญัติของสนธิสัญญาซึ่งวางหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ศาลจึงอาจนำมาบังคับใช้ได้โดยตรงในฐานะกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศตามมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐาน โดยมีลำดับศักดิ์สูงกว่ารัฐธรรมนูญแต่ต่ำกว่ากฎหมายพื้นฐาน เช่น หลักการห้ามเอาคนลงเป็นทาส (prohibition of slavery) ที่ปรากฏในสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Convention on Human Rights)¹⁰ ทั้งนี้ กรณีข้างต้นมิใช่กรณีที่ศาลปรับใช้บทบัญญัติของสนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้ทันที (self-executing treaty) ในประเทศ หากแต่เป็นการบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีเนื้อหาสอดคล้องกับบทบัญญัติตามสนธิสัญญา ส่วนการมีผลบังคับใช้และการปรับใช้สนธิสัญญา จะได้กล่าวต่อไปในรายละเอียดต่อไป

⁸ Basic Law for the Federal Republic of Germany, Article 100 Concrete Judicial Review

“(2) If, in the course of litigation, doubt exists whether a rule of international law is an integral part of federal law and whether it directly creates rights and duties for the individual (Article 25), the court shall obtain a decision from the Federal Constitutional Court.”

⁹ BverfG, Decision of 30 April 1963 อ้างใน จุมพต สายสุนทร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่* 7, น. 128.

¹⁰ See Article 25 in Hans D. Jarass and Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, (Munich : C.H.Beck, 2004), paras.10 and 12 cited in Saša Beljin, “Germany: Bundesverfassungsgericht on the Status of the European Convention of Human Rights and ECHR Decisions in the German Legal Order,” 1 European Constitutional Law Review 553, p. 557, (2005).

กรณีของหลักกฎหมายทั่วไป ศาลปกครองแห่งสหพันธ์ได้บังคับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในฐานะกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยใช้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองขององค์กรของรัฐ ซึ่งในคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศตามมาตรา 25 กฎหมายพื้นฐาน

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ ผู้ร้องเป็นเจ้าของหน้าที่ทหารยื่นคำร้องต่อศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (Bundesverwaltungsgericht) ให้วินิจฉัยกรณี que ผู้ร้องได้รับคำสั่งปลดจากตำแหน่งพันตรีโดยถูกดำเนินคดีวินัยในศาลทหาร และตัดสินว่าผู้ร้องมีความผิดฐานกระทำความผิดต่อหน้าที่เนื่องจากผู้ร้องปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งให้ผู้ร้องเข้าร่วมในการพัฒนาโปรแกรมซอฟต์แวร์เพื่อพัฒนาประสิทธิภาพของระบบอาวุธทางทหารในกองทัพของประเทศเยอรมนีและนำไปใช้ในสงครามอิรัก ผู้ร้องเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากเห็นว่าการทำสงครามอิรักไม่ชอบด้วยกฎหมาย และขัดต่อเสรีภาพทางความเชื่อของผู้ร้องตามมาตรา 4(1) ของกฎหมายพื้นฐาน¹¹

ศาลปกครองแห่งสหพันธ์วินิจฉัยในประเด็นแรกว่า การที่ผู้ร้องเชื่อว่าการทำสงครามอิรักไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเสรีภาพทางความเชื่อของผู้ร้อง ไม่ว่าความเชื่อดังกล่าวจะเป็นเรื่องถูกหรือผิด ล้วนแต่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 4(1) ของกฎหมายพื้นฐานที่รัฐไม่อาจจำกัดได้ในกรณีนี้¹² ส่วนในประเด็นต่อมา ศาลได้วินิจฉัยในประเด็นว่า ผู้ร้องมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาในกรณีดังกล่าวหรือไม่ โดยศาลวินิจฉัยว่า คำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศตามมาตรา 25 กฎหมายพื้นฐาน ศาลได้บังคับใช้หลักการห้ามใช้กำลังทางทหารตามมาตรา 2(4) ของกฎบัตรสหประชาชาติ¹³ ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง โดยวางหลักว่า หลักการห้ามใช้กำลังทางทหารตามบทบัญญัติมาตรา 2(4) ของ

¹¹ BVerwG, 2 WS 12.04, Judgement of 21 June 2005 cited in Nikolaus Schultz, "Was the War on Iraq Illegal? - The German Federal Administrative Court's Judgement of 21 June 2005," *German Law Journal* 7, p. 26 (2005).

¹² *Ibid.*

¹³ Charter of the United Nations, Article 2(4)

"All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations."

กฎบัตรสหประชาชาติซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้รับรองว่ามีสถานะเป็นหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งมีสภาพบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) จึงผูกพันทุกรัฐ ไม่ว่ารัฐนั้นจะเป็นภาคีของสหประชาชาติหรือไม่ หลักการดังกล่าวจึงเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายของสหพันธ์ในฐานะกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศตามมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐาน¹⁴ นอกจากนี้ศาลปกครองแห่งสหพันธ์ยังได้ตีความหลักการตามมาตรา 2(4) ของกฎบัตรสหประชาชาติว่าบทบัญญัติดังกล่าวได้ก่อตั้งสิทธิแก่พลเมืองเยอรมัน และกำหนดหน้าที่แก่รัฐด้วยอำนาจแห่งมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐาน ดังนั้น องค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งได้กระทำตามที่ รวมถึงผู้ร้องในกรณีนี้ ย่อมมีหน้าที่ที่จะไม่กระทำการใดๆ ที่เป็นการละเมิดหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁵

อีกทั้ง การที่ประเทศเยอรมนีให้การสนับสนุนประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษในการทำสงครามอิรัก ย่อมมิใช่กรณีที่สามารถอ้างข้อยกเว้นเรื่องสิทธิป้องกันตนเอง (self-defence) ตามมาตรา 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติเพื่อใช้กำลังทางทหารได้ เนื่องจากยังไม่ปรากฏว่ามีการโจมตีด้วยกำลังอาวุธเกิดขึ้น นอกจากนี้ การใช้สิทธิป้องกันตนเองตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไม่ครอบคลุมถึงการใช้สิทธิป้องกันตนเองล่วงหน้า (preventive self-defence) เนื่องจากบางประเทศไม่ยอมรับการมีอยู่ของกฎเกณฑ์ดังกล่าว อีกทั้งรัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษก็ไม่เคยกล่าวอ้างว่า มีภัยคุกคามอันใกล้จะถึงจากอาวุธนิวเคลียร์ อาวุธชีวภาพ หรืออาวุธเคมีอื่นใดของอิรัก โดยมีความจำเป็นอย่างยิ่งยวด ไม่มีทางเลือกอื่นใด และไม่มีเวลาพอที่จะเจรจากันได้อีก ทั้งนี้ ศาลยังเห็นด้วยว่า การอ้างสิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้านาดังกล่าวเป็นเพียงการประกาศเจตจำนงทางการเมืองเท่านั้น เนื่องจากรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงกลาโหมของสหรัฐอเมริกาได้ให้สัมภาษณ์กับสื่อว่า เหตุผลอย่างเป็นทางการในการโจมตีอิรัก คือ เพื่อแก้ไขปัญหาทางการเมืองของฝ่ายตรงข้ามรัฐบาลในขณะนั้น¹⁶ ดังนั้น การสนับสนุนการทำสงครามอิรักของประเทศเยอรมนีจึงเป็นการละเมิดพันธกรณีในการงดเว้นการใช้กำลังทางทหารตามมาตรา 2 วรรค 4 ของกฎบัตรสหประชาชาติ และก่อความกังวล

¹⁴ BVerwG, 2 WS 12.04, Judgement of 21 June 2005, p.72 cited in Nikolaus Schultz, *supra* note 11, p. 27.

¹⁵ BVerwG, 2 WS 12.04, Judgement of 21 June 2005, p.34 cited in Nikolaus Schultz, *Ibid.*

¹⁶ BVerwG, 2 WS 12.04, Judgement of 21 June 2005, p.78 cited in Nikolaus Schultz, *Ibid.*, pp. 31-32.

อย่างร้ายแรงต่อกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง และทำให้เกิดความรับผิดชอบของประเทศเยอรมนี¹⁷

จะเห็นได้ว่า ฝ่ายตุลาการของประเทศเยอรมนีทั้งในกรณีของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ และศาลปกครองแห่งสหพันธ์ได้ปรับใช้ทั้งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศในการวินิจฉัยข้อกฎหมาย ในฐานะกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งปรากฏอย่างชัดเจนในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญตามมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐาน

4.1.2 สาธารณรัฐแอฟริกาใต้

ประเทศสาธารณรัฐแอฟริกาใต้มีภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงกับประเด็นทางสิทธิมนุษยชน ในยุคก่อนที่จะบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ประเทศได้ดำเนินนโยบายแบ่งแยกสีผิว (apartheid) โดยโดดเดี่ยวประเทศออกจากสังคมระหว่างประเทศ และเข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญาเพียงไม่กี่ฉบับ นอกจากนี้ ฝ่ายตุลาการของสาธารณรัฐก็ได้ให้ความสำคัญกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันประเทศเท่าใดนัก¹⁸ จนกระทั่งระบอบการแบ่งแยกสีผิวสิ้นสุดลง และได้มีการร่างรัฐธรรมนูญชั่วคราวขึ้นใช้บังคับในปี ค.ศ. 1994 ต่อมาจึงได้จัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ค.ศ. 1996 ลงนามโดยประธานาธิบดีเนลสัน แมนเดลา ในวันที่ 10 ธันวาคม 1996 และมีผลใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน¹⁹ รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวถือเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นมิตรต่อกฎหมายระหว่างประเทศมากที่สุดในโลกฉบับหนึ่ง เนื่องจากปรากฏบทบัญญัติที่ยอมรับสถานะของกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งในกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและสนธิสัญญาไว้อย่างชัดเจน อีกทั้ง ยังให้ความสำคัญกับคุณค่าของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาค และเสรีภาพ และได้ประกันการใช้และตีความรัฐธรรมนูญและ

¹⁷ BVerwG, 2 WS 12.04, Judgement of 21 June 2005, p. 95 cited in Nikolaus Schultz, *Ibid.*, p. 36.

¹⁸ John Dugard, The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study (edited by David Sloss), (New York: Cambridge University Press, 2009), p. 448.

¹⁹ *Ibid.*, p. 450.

กฎหมายภายในของประเทศอย่างสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชน²⁰ ในส่วนของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ พิจารณาได้ คือ

ภายหลังจากที่สหราชอาณาจักรเข้ายึดครองประเทศ ระบอบรัฐธรรมนูญของประเทศจึงยึดถือตามรูปแบบของสหราชอาณาจักร แม้ขณะนั้นจะไม่ปรากฏบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่กล่าวถึงสถานะของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้ แต่ศาลสูงของประเทศยอมรับอิทธิพลของกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษที่ได้ยอมรับให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน²¹

ต่อมาในร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1994 และรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้ยืนยันสถานะของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้เป็นลายลักษณ์อักษรว่า “กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นกฎหมายของสาธารณรัฐ เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา”²² ดังนั้น กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจึงเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในของประเทศ โดยมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา ศาลจึงสามารถบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้โดยตรงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติ

นอกจากการที่รัฐธรรมนูญผนวกกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน ทำให้ศาลบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวแก่คดีได้โดยตรงแล้ว ศาลยังอาจนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้เป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายในด้วย

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 233 กำหนดว่า “ในกรณีที่ต้องตีความกฎหมายใดๆ ศาลทุกศาลจะต้องเลือกใช้การตีความกฎหมายที่เหมาะสมซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ แทนการตีความอื่นใดซึ่งขัดหรือแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ”²³

²⁰ *Ibid.*, pp. 448 - 475.

²¹ *South Atlantic Islands Development Corporation v. Buchan*, 1971 and *Nduli v. Minister of Justice*, 1978 cited in John Dugard, *Ibid.*, p. 450.

²² Constitution of the Republic of South Africa 1996, Section 232

“Customary international law is law in the Republic unless it is inconsistent with the Constitution or an Act of Parliament.”

²³ Constitution of the Republic of South Africa 1996, Section 233

กล่าวคือ กรณีที่กฎหมายภายในมีความคลุมเครือ ศาลต้องตีความกฎหมายดังกล่าวในทางที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ โดยต้องสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติมิได้เจตนาจะบัญญัติกฎหมายภายในโดยละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ²⁴

ในส่วนของการกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ รัฐบัญญัติหลายฉบับก็ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าต้องตีความกฎหมายนี้ในทางที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่น รัฐบัญญัติส่งเสริมความเท่าเทียมและป้องกันการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมกำหนดว่า “ไม่ว่าผู้ใดมีหน้าที่ตีความรัฐธรรมนูญนี้ ต้องคำนึงถึงกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย”²⁵

นอกจากนี้ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญยังได้กำหนดให้ศาลตีความรัฐธรรมนูญในส่วน of บัญญัติแห่งสิทธิ (Bill of Rights) โดยคำนึงถึงกฎหมายระหว่างประเทศด้วย มาตรา 39(1)(b) บัญญัติว่า “ในกรณีที่ตีความบัญญัติแห่งสิทธิ ศาลหรือองค์กรใดๆ ต้องพิจารณากฎหมายระหว่างประเทศด้วย”²⁶ แสดงให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ศาลต้องตีความสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยคำนึงถึงกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย

จะเห็นได้ว่า การใช้และตีความกฎหมายภายในไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือรัฐธรรมนูญ โดยสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีเจตนาจะตรากฎหมายขัดหรือแย้งกับพันธกรณีระหว่างประเทศเป็นหลักการตีความกฎหมายซึ่งกำหนดอย่างชัดเจนไว้ในรัฐธรรมนูญ

“When interpreting any legislation, every court must prefer any reasonable interpretation of the legislation that is consistent with international law over any alternative interpretation that is inconsistent with international law.”

²⁴ A.J.G.M. Sanders, “Our State Cannot Speak with Two Voices,” S. AFR. L. J. 88, p. 413 (1971).

²⁵ Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000, Section 3(2)(a).

²⁶ Constitution of the Republic of South Africa 1996, Section 39(1)(b)

“(1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum -
(b) must consider international law.”

ส่งผลให้ศาลมีหน้าที่ต้องปรับใช้และตีความกฎหมายภายในในทางที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย

4.1.3 แคนาดา

ก่อนที่ประเทศแคนาดาจะมีอำนาจปกครองตนเองภายใต้เครือจักรภพเดิมแคนาดาปกครองในรูปแบบเขตปกครองสหพันธรัฐซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของสหราชอาณาจักร รัฐธรรมนูญของแคนาดาจึงเกิดจากการประมวลพระราชบัญญัติต่างๆซึ่งตราโดยรัฐสภาแห่งสหราชอาณาจักร ต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1982 (Constitution Act 1982) ซึ่งทำให้แคนาดามีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ด้วยตนเอง โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากรัฐสภาของอังกฤษอีกต่อไป และยังได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพแก่ปัจเจกชนไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก (Charter of Rights and Freedoms) ทั้งนี้ แม้รัฐธรรมนูญของแคนาดาจะปรากฏบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร หากแต่ไม่ปรากฏบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ จึงต้องพิจารณาหลักการตามรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งมีที่มาจากรัฐธรรมนูญของอังกฤษอันเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญแคนาดาเป็นสำคัญ²⁷

เนื่องด้วยรัฐธรรมนูญของแคนาดาไม่ปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับสถานะของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่อาจพิจารณาได้จากคำพิพากษาของศาลซึ่งอธิบายหลักการทางรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ โดยศาลฎีกาแห่งแคนาดาได้อธิบายว่า “กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะกฎหมายของนานาประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแคนาดาโดยการผนวกกฎเกณฑ์ดังกล่าวเข้ามาในกฎหมายคอมมอนลอว์ของแคนาดาโดยตรง เว้นแต่จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายของสหพันธรัฐ และกฎหมายของมณฑล”²⁸ ดังนั้น กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจึงมีสถานะเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของแคนาดา โดยไม่ต้องอาศัยกระบวนการทางนิติบัญญัติใดๆ ศาลจึงสามารถบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดีได้โดยตรงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายของสหพันธรัฐ และกฎหมายของมณฑล

นอกจากหลักการทางรัฐธรรมนูญของแคนาดาที่ยอมรับการผนวกกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแคนาดา ซึ่งส่งผลให้ศาลบังคับใช้กฎหมาย

²⁷ Gib van Ert, The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study (edited by David Sloss), (New York: Cambridge University Press, 2009), p. 167.

²⁸ *R & Hape*, 2007 SCC 26, para. 39.

ดังกล่าวได้โดยตรงในระบบกฎหมายภายใน ศาลยังอาจนำกฎหมายดังกล่าวมาใช้เป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายในด้วย เนื่องด้วยศาลฎีกาของแคนาดาได้กำหนดหลักการใช้และตีความกฎหมายของศาล โดยกำหนดว่า เมื่อศาลจะต้องปรับใช้และตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร ต้องสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายภายในอย่างสอดคล้องพันธกรณีตามสนธิสัญญาหรือที่มากฎหมายอื่นของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วยศาลจะหลีกเลี่ยงการตีความกฎหมายภายในที่มีผลทำให้รัฐละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ เว้นแต่ถ้อยคำของกฎหมายภายในดังกล่าวปรากฏอย่างชัดเจนว่ากฎหมายทั้งสองขัดแย้งกัน²⁹

4.2 สนธิสัญญา

ในการพิจารณาทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการต่างประเทศในการปรับใช้สนธิสัญญาในระบบกฎหมายภายใน ผู้เขียนเลือกศึกษาทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการของประเทศ ซึ่งสนธิสัญญามีผลบังคับใช้ภายในประเทศต่อเมื่อแปลงรูปเป็นกฎหมายภายในตามกฎหมายภายในตามทฤษฎีวินนิเยมเช่นเดียวกับประเทศไทย ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ และแคนาดา พิจารณาได้ดังนี้

4.2.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์กำหนดความสัมพันธ์ของอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐตามระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาซึ่งประกอบด้วย ฝ่ายนิติบัญญัติ คือ รัฐสภาแห่งสหพันธ์หรือสภาผู้แทนราษฎร (Bundestag) และฝ่ายบริหาร คือ รัฐบาลแห่งสหพันธ์ (ประกอบด้วยนายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ และรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์) โดยมีประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์เป็นประมุขของประเทศ สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจเลือกนายกรัฐมนตรีซึ่งจะต้องเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร³⁰ และมีอำนาจควบคุมตรวจสอบการดำเนินนโยบายของฝ่ายบริหารผ่านการตั้งกระทู้ถาม

²⁹ *Ibid.*, para. 53.

³⁰ Jochen ABR. Frowein and Michael J. Hahn, Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties: A Comparative Study (edited by Stefan A. Riesenfeld and Frederick M. Abbot), (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994), p. 61.

การอภิปรายไม่ไว้วางใจ ทั้งนี้ นายกรัฐมนตรีอาจถูกลงคะแนนเสียงไม่ไว้วางใจจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เป็นไปตามหลักการสำคัญของระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาที่รัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาในการดำเนินนโยบายต่างๆ รวมถึงการดำเนินนโยบายด้านความสัมพันธ์กับต่างประเทศ และการเข้าทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหารด้วย³¹ นอกจากนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติยังมีส่วนร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญาโดยคำเชิญของรัฐบาล³² และมีบทบาทสำคัญในการพิจารณาตรวจสอบและให้ความเห็นชอบก่อนที่ฝ่ายบริหารจะเข้าทำสนธิสัญญาบางประเภท³³ ส่วนฝ่ายตุลาการทั้งในระดับสหพันธ์และมลรัฐต่างมีบทบาทสำคัญในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งในกรณีการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักการกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ และกรณีการปรับใช้สนธิสัญญา หรือกฎหมายให้ความเห็นชอบสนธิสัญญาเมื่อต้องปรับข้อกฎหมายในการวินิจฉัยข้อพิพาท³⁴

4.2.1.1 การทำสนธิสัญญา

แม้กฎหมายพื้นฐานจะมีได้แบ่งแยกอำนาจในการทำสนธิสัญญาของสหพันธ์และมลรัฐอย่างชัดเจน แต่อาจพิจารณาได้ว่าการทำสนธิสัญญากับรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศเกิดขึ้นได้ทั้งในระดับสหพันธ์และมลรัฐ กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 32 วรรคหนึ่งบัญญัติให้อำนาจแก่สหพันธ์ในการดำเนินความสัมพันธ์กับต่างประเทศ³⁵ ซึ่งรวมถึงอำนาจในการเจรจาและทำสนธิสัญญาด้วย³⁶ กฎหมายพื้นฐานจึงกำหนดให้องค์กรฝ่ายบริหารเป็นผู้มีอำนาจในการทำสนธิสัญญาในระดับสหพันธ์ ได้แก่ ประธานาธิบดี และรัฐบาลแห่งสหพันธ์ ในกรณีของประธานาธิบดี มาตรา 59 วรรคหนึ่งกำหนดให้ประธานาธิบดีมีอำนาจทำสนธิสัญญากับรัฐต่างประเทศ

³¹ Hans D. Treviranus and Hubert Beemelmans, National Treaty Law and Practice: France, Germany, India, Switzerland, Thailand, United Kingdom (edited by Monroe Leigh and Merritt R. Blakeslee), (Washington D.C.: American Society of International Law, 1995), p. 48.

³² *Ibid.*, p. 49.

³³ *Ibid.*, pp. 48-52.

³⁴ ชาติชาย เศรษฐสุนทร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 82.

³⁵ Basic Law for the Federal Republic of Germany, Article 32 Foreign Relations

“(1) Relation with foreign states shall be conducted by the Federation.”

³⁶ Hans D. Treviranus and Hubert Beemelmans, *supra note 31*, p. 43.

ในนามของสหพันธ์³⁷ อำนาจหน้าที่ในการเป็นตัวแทนรัฐดังกล่าวนี้เป็นอำนาจตามแบบพิธี โดยตำแหน่งประมุขของประเทศ และสามารถมอบอำนาจเต็มในการเจรจาและแสดงเจตนาเข้าผูกพันในสนธิสัญญาได้โดยลงนามในสัตยาบันสารหรือภาคยานุวัติสาร โดยปกติประธานาธิบดีจะเข้าทำสนธิสัญญาที่สำคัญเป็นพิเศษหรือสนธิสัญญาที่ภาคีของสนธิสัญญาระบุเจาะจงไว้เป็นพิเศษให้อำนาจทำสนธิสัญญาเป็นของประมุขของรัฐ ทั้งนี้ รัฐบาลของสหพันธ์จะเป็นผู้ลงนามรับรองการมอบอำนาจเต็มหรือการให้สัตยาบันสนธิสัญญาของประธานาธิบดีเนื่องจากเป็นเรื่องนโยบายในการทำสนธิสัญญาซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบทางการเมืองของรัฐบาล³⁸

นอกจากอำนาจในการทำสนธิสัญญาของประธานาธิบดี รัฐบาลแห่งสหพันธ์ หรือรัฐมนตรีผู้มียอำนาจเป็นอีกองค์กรหนึ่งที่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญาประเภทสนธิสัญญาทางการบริหาร³⁹ การใช้อำนาสดังกล่าวเป็นเรื่องประเพณีปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญของประเทศที่ได้รับการยอมรับมาอย่างยาวนาน จึงมิได้ระบุนายละเอียดไว้ในกฎหมายพื้นฐานแต่อย่างใด⁴⁰ ในกรณีที่รัฐบาลแห่งสหพันธ์เป็นภาคีในสนธิสัญญาทางการบริหารย่อมก่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศแก่ประเทศเยอรมนีเช่นเดียวกับกรณีที่ประธานาธิบดีเป็นผู้ทำสนธิสัญญา⁴¹ รัฐบาลแห่งสหพันธ์อาจมอบอำนาจเต็มในการทำสนธิสัญญาแก่รัฐมนตรีกระทรวงต่างประเทศ ทั้งนี้ การทำสนธิสัญญาทางการบริหารไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมของรัฐสภา และแสดงเจตนาเข้าผูกพันได้การด้วย

³⁷ Basic Law for the Federal Republic of Germany, Article 59

“(1) The Federal President shall represent the Federation for the purposes of international law. He shall conclude treaties with foreign states on behalf of the Federation...”

³⁸ Hans D. Treviranus and Hubert Beemelmans, *supra* note 31, p. 45.

³⁹ Basic Law for the Federal Republic of Germany, Article 59

“(2) Treaties that regulate the political relations of the Federation or relate to subjects of federal legislation shall require the consent or participation, in the form of a federal law, of the bodies responsible in such a case for the enactment of federal law. **In the case of executive agreements the provisions concerning the federal administration shall apply mutatis mutandis.**”

⁴⁰ Hans D. Treviranus and Hubert Beemelmans, *supra* note 31, p. 46.

⁴¹ *Ibid.*, p. 45.

การลงนามโดยไม่จำเป็นต้องให้สัตยาบัน เว้นแต่ภาคีในสนธิสัญญาแสดงความจำนงเช่นนั้น⁴² ส่วนในกรณีที่รัฐมนตรีเป็นผู้ทำสนธิสัญญาทางการบริหารจะต้องเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของกระทรวงนั้นๆ ต้องแจ้งและได้รับความยินยอมจากกระทรวงต่างประเทศก่อน ภาคีของสนธิสัญญาดังกล่าว ได้แก่ รัฐมนตรีประจำกระทรวงต่างๆ หรือตัวแทนผู้มีอำนาจของต่างประเทศ⁴³ อนึ่งในการทำสนธิสัญญาที่อยู่ในอำนาจของสหพันธ์ หากมีผลกระทบถึงมลรัฐหรือเกี่ยวข้องกับมลรัฐ สหพันธ์ต้องปรึกษากับมลรัฐก่อน⁴⁴

แม้โดยหลักแล้วสหพันธ์จะเป็นผู้มีอำนาจในการดำเนินความสัมพันธ์กับต่างประเทศ ซึ่งรวมถึงอำนาจในการทำสนธิสัญญา แต่กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 32 วรรคสามได้กำหนดข้อยกเว้นให้มลรัฐมีอำนาจในการทำสนธิสัญญาโดยมีเงื่อนไขว่า ต้องเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของมลรัฐในการตรากฎหมายรองรับและต้องได้รับความยินยอมจากรัฐบาลแห่งสหพันธ์⁴⁵ ทั้งนี้ การพิจารณาว่าองค์กรของมลรัฐองค์กรใดจะมีอำนาจทำสนธิสัญญา ต้องพิจารณาบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญของแต่ละมลรัฐเป็นสำคัญ⁴⁶

เนื่องด้วยกระบวนการทำสนธิสัญญามีหลายขั้นตอน ไม่ว่าจะเป็นการเจรจา การลงนามย่อ และการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา⁴⁷ ซึ่งล้วนแต่เป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารผู้มีอำนาจตามกฎหมายพื้นฐานในการดำเนินความสัมพันธ์กับต่างประเทศ ฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีอำนาจควบคุมกระบวนการทำสนธิสัญญาก่อนที่ฝ่ายบริหารจะแสดงเจตนา

⁴² *Ibid.*, p. 46.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Basic Law for the Federal Republic of Germany, Article 32 Foreign Relations

“(2) Before the conclusion of a treaty affecting the special circumstances of a *Land*, that *Land* shall be consulted in timely fashion.”

⁴⁵ Basic Law for the Federal Republic of Germany, Article 32 Foreign Relations

“(3) In so far the *Länder* have power to legislate, they may conclude treaties with foreign states with the consent of the Federal Government.”

⁴⁶ ขาดิชาย เซษฐสุมน, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 21.

⁴⁷ *เพ็ญอ้าว*, น. 26-27.

เข้าผูกพันตามสนธิสัญญา⁴⁸ อย่างไรก็ตาม ฝ่ายนิติบัญญัติอาจมีส่วนร่วมบางประการในกระบวนการทำสนธิสัญญา

ประการแรก ฝ่ายนิติบัญญัติมีส่วนร่วมโดยทั่วไปในการตรวจสอบอำนาจทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหารโดยวิธีการทางรัฐสภา เช่น การตั้งกระทู้ถาม การอภิปรายไม่ไว้วางใจ เป็นต้น เป็นไปตามหลักการสำคัญของระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาที่รัฐบาลของสหพันธ์มีหน้าที่รับผิดชอบต่อรัฐสภาในการดำเนินนโยบายต่างประเทศ⁴⁹ รัฐบาลจึงเชิญสมาชิกของสภาผู้แทนราษฎรเข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญาที่สำคัญเพื่อประกันความร่วมมือในการดำเนินนโยบายต่างประเทศกับรัฐสภา

นอกจากบทบาทในการมีส่วนร่วมโดยทั่วไปของฝ่ายนิติบัญญัติข้างต้น ฝ่ายนิติบัญญัตียังมีบทบาทสำคัญในการให้ความเห็นชอบหรือมีส่วนร่วมกับฝ่ายบริหารในการทำสนธิสัญญาบางประเภท เมื่อพิจารณากฎหมายพื้นฐาน มาตรา 59 วรรคสอง⁵⁰ สามารถพิจารณาประเภทของสนธิสัญญาได้ 2 ประเภท คือ สนธิสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนที่จะฝ่ายบริหารจะแสดงเจตนาเข้าผูกพัน และสนธิสัญญาที่ไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนที่จะฝ่ายบริหารจะแสดงเจตนาเข้าผูกพัน

ประเภทแรก สนธิสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนที่จะฝ่ายบริหารจะแสดงเจตนาเข้าผูกพัน ได้แก่ สนธิสัญญาทางการเมือง และสนธิสัญญาที่ต้องตรากฎหมายสหพันธ์รองรับ กรณีสนธิสัญญาทางการเมือง ต้องเป็นสนธิสัญญาที่มีเนื้อหาและวัตถุประสงค์ที่มีลักษณะทางการเมืองอย่างสูง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht หรือ BVerfG) ได้ให้คำจำกัดความไว้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BVerfGE 1, 372) ว่า สนธิสัญญาทางการเมือง ได้แก่ สนธิสัญญาที่มีผลกระทบต่อการดำรงอยู่ของรัฐ บุรณภาพแห่งดินแดน ความเป็นอิสระของรัฐที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้การปกครองของรัฐอื่น สนธิสัญญาที่กระทบต่อการรวมกันเป็นรัฐ สนธิสัญญาที่กำหนดหรือขยายอำนาจของรัฐคู่สัญญา สนธิสัญญาที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาเกี่ยวกับความร่วมมือทางการเมือง สนธิสัญญาสันติภาพ

⁴⁸ Hans D. Treviranus and Hubert Beemelmanns, *supra* note 31, p. 49.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Basic Law for the Federal Republic of Germany, Article 59(2), *supra* note

สนธิสัญญาเพื่อความเป็นกลาง สนธิสัญญาการลดอาวุธ และสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ⁵¹ ทั้งนี้ สนธิสัญญาที่ไม่ใช่สนธิสัญญาทางการเมือง อาจมีลักษณะที่ต้องตรากฎหมายของสหพันธ์รองรับ หรืออาจเข้าเงื่อนไขทั้งสองลักษณะ ซึ่งต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาก่อนที่จะฝ่ายบริหาร จะแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา⁵²

กรณีสนธิสัญญาประเภทที่ต้องตรากฎหมายสหพันธ์รองรับ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อธิบายในคำวินิจฉัย BVerfGE 1, 372 ว่า กรณีดังกล่าวเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและอำนาจทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหาร การจะพิจารณาว่าสนธิสัญญาประเภทใดที่ต้องตรากฎหมายรองรับ พิจารณาได้ว่า หากประเทศเยอรมนีจะสามารถปฏิบัติพันธกรณีของสนธิสัญญาดังกล่าวได้ต่อเมื่อมีการตรา กฎหมายรองรับ หรือบทบัญญัติของสนธิสัญญาจะมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของปัจเจกชนภายใน รัฐ สนธิสัญญาดังกล่าวเป็นสนธิสัญญาที่ต้องตรากฎหมายสหพันธ์รองรับตามมาตรา 59 วรรคสองของ กฎหมายพื้นฐาน⁵³

ทั้งนี้ การให้ความเห็นชอบหรือการมีส่วนร่วมของรัฐสภาตามมาตรา 59 วรรคสอง ต้องกระทำในรูปของรัฐบัญญัติ อาจเป็นกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการ ตรากฎหมาย หรือกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาเพื่อรองรับสนธิสัญญา (กฎหมายให้ ความเห็นชอบสนธิสัญญา หรือกฎหมายแปลงรูป)⁵⁴ การให้ความเห็นชอบของรัฐสภาในรูปแบบ ดังกล่าวย่อมเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการควบคุมและตรวจสอบการทำสนธิสัญญาของ ฝ่ายบริหารตามกฎหมายพื้นฐาน ทำให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา⁵⁵ และยังเป็นการกำหนดสถานะของสนธิสัญญาในระบบกฎหมายภายในของประเทศเยอรมนีด้วย⁵⁶ ส่วนในกรณีสนธิสัญญาที่ต้องตรากฎหมายสหพันธ์รองรับ การให้ความเห็นชอบดังกล่าวยังเป็นการ ประกันต่อรัฐอื่นๆโดยรัฐสภาของประเทศเยอรมนีว่า พันธกรณีตามสนธิสัญญาจะได้รับ

⁵¹ ซาติชาย เชษฐสุมน, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 29-30; see also Andrea L. Paulus, *supra* note 1, p. 215.

⁵² ซาติชาย เชษฐสุมน, *เพ็งอ้าว*, น.35.

⁵³ *เพ็งอ้าว*, น.35-36.

⁵⁴ *เพ็งอ้าว*, น. 46-47.

⁵⁵ *เพ็งอ้าว*, น. 52.

⁵⁶ Andrea L. Paulus, *supra* note 1, p. 216; see also Hans D. Treviranus and Hubert Beemelmans, *supra* note 31, p. 51.

การปฏิบัติตาม กล่าวคือ สนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้ในประเทศเยอรมัน⁵⁷ และฝ่ายนิติบัญญัติผูกพันตนที่จะตรากฎหมายเพื่ออนุวัติการตามพันธกรณีของสนธิสัญญาในอนาคต⁵⁸

ประเภทที่สอง สนธิสัญญาที่ไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนที่ฝ่ายบริหารจะแสดงเจตนาเข้าผูกพัน อยู่นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 59 วรรคสอง ได้แก่ สนธิสัญญาทางการบริหาร พิจารณาตามเนื้อหาได้ 2 ประเภท คือ สนธิสัญญาทางการบริหารที่เกี่ยวกับการบริหารซึ่งทำให้มีผลบังคับใช้ภายในโดยใช้คำสั่งทางปกครอง และสนธิสัญญาทางการบริหารที่เกี่ยวข้องกับการวางกฎเกณฑ์ซึ่งทำให้มีผลบังคับใช้ภายในโดยการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ การแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาทางการบริหารในระดับสหพันธ์อาจกระทำโดยการลงนามของรัฐบาลแห่งสหพันธ์ (เรียกว่า ความตกลงโดยรัฐบาล) หรือรัฐมนตรีผู้มีอำนาจ (เรียกว่า ความตกลงโดยรัฐมนตรี) ส่วนอำนาจในการทำสนธิสัญญาทางการบริหารในระดับมลรัฐเป็นไปตามรัฐธรรมนูญของแต่ละมลรัฐ นอกจากนี้ ยังมีสนธิสัญญาอื่นๆ ได้แก่ สนธิสัญญาทางศาสนา และสนธิสัญญาทางวัฒนธรรม⁵⁹

4.2.1.2 การมีผลบังคับใช้ภายในประเทศ

ในเรื่องการมีผลบังคับใช้ภายในประเทศของสนธิสัญญา เมื่อกฎหมายระหว่างประเทศมิได้กำหนดวิธีการในการรับกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาในระบบกฎหมายภายใน การทำให้สนธิสัญญามีผลบังคับใช้ภายในรัฐด้วยวิธีใดจึงเป็นเรื่องทางปฏิบัติของรัฐนั้นๆ กฎหมายพื้นฐานของประเทศเยอรมนีมิได้บัญญัติวิธีการรับสนธิสัญญาเข้ามาในระบบกฎหมายภายในอย่างชัดเจน ไม่ปรากฏบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้สนธิสัญญามีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายภายในของประเทศเยอรมนีโดยตรงดังเช่นกรณีหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁶⁰ แต่อาจพิจารณาได้ว่า สนธิสัญญามีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายภายในเมื่อรัฐสภาตราบัญญัติของสหพันธ์เพื่อแปลงรูปสนธิสัญญาโดยกำหนดให้สนธิสัญญามีสถานะเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายภายใน⁶¹

⁵⁷ BVerfGE 1, 372 อ้างใน ชาดิชาย เซษฐสุมน, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 2, น. 52.

⁵⁸ Andrea L. Paulus, *supra* note 1, p. 216.

⁵⁹ ชาดิชาย เซษฐสุมน, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 2, น. 40-45.

⁶⁰ Basic Law for the Federal Republic of Germany, Article 25 Primacy of international law, *supra* note 3.

⁶¹ Jochen ABR. Frowein and Michael J. Hahn, *supra* note 30, pp. 67-68.

กรณีสนธิสัญญาตามกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 59 วรรคสองที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาก่อนการแสดงเจตนาเข้าผูกพัน เมื่อรัฐสภาตรากฎหมายให้ความเห็นชอบหรือกฎหมายรองรับสนธิสัญญาและประกาศในรัฐกิจจานุเบกษา หมวดที่ 2 แล้ว เพียงมีผลให้ประธานาธิบดีมีอำนาจแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาเท่านั้น ลำพังการแสดงเจตนาเข้าผูกพันของฝ่ายบริหาร อาจยังไม่ทำให้สนธิสัญญามีผลบังคับใช้ในทางระหว่างประเทศ กฎหมายดังกล่าวจึงยังไม่มีผลบังคับใช้ภายในประเทศ ต่อมาเมื่อสนธิสัญญามีผลบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ ต้องมีการประกาศยอมรับให้กฎหมายให้ความเห็นชอบหรือกฎหมายรองรับสนธิสัญญานั้นมีผลบังคับใช้ภายในอีกครั้งหนึ่งในรัฐกิจจานุเบกษา หมวดที่ 2 สนธิสัญญาจึงจะมีผลบังคับใช้ภายในประเทศผ่านกฎหมายให้ความเห็นชอบดังกล่าว⁶²

ทางปฏิบัติในการรับสนธิสัญญาเข้ามาในระบบกฎหมายภายในของประเทศเยอรมนี กระทำโดยการออกกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญา ทำให้กฎหมายดังกล่าวมีสถานะเป็นกฎหมายภายในที่มีลำดับศักดิ์เทียบเท่ากฎหมายของสหพันธ์ (federal law)⁶³ ดังนั้นในกรณีที่กฎหมายอนุวัติการซึ่งมีผลใช้บังคับภายหลังขัดกับกฎหมายภายในอื่นๆ ที่มีอยู่ก่อน ย่อมยกเลิกกฎหมายที่มีอยู่ก่อนตามหลัก กฎหมายที่ตราขึ้นใหม่มีผลบังคับใช้ก่อนกฎหมายที่ได้ตราออกมาก่อน (*lex posterior derogate legi priori*) แต่หากกฎหมายที่ตราออกมาก่อนเป็นกฎหมายพิเศษ ย่อมมีผลใช้บังคับก่อนกฎหมายทั่วไปที่ตราขึ้นภายหลัง (*lex specialis derogat legi generali*)⁶⁴ ทั้งนี้ ในบางกรณีได้มีการกำหนดลำดับการใช้กฎหมายให้ใช้กฎหมายอนุวัติการตามสนธิสัญญาก่อนกฎหมายภายในอื่นๆ จึงผูกพันฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการในการบังคับใช้กฎหมายอนุวัติการก่อนกฎหมายอื่นๆ ตัวอย่างเช่น กรณีสนธิสัญญาทางภาษี มาตรา 2 ประมวลกฎหมายภาษี กำหนดว่าเมื่อสนธิสัญญาที่ทำขึ้นตามมาตรา 59 ของกฎหมายพื้นฐานซึ่งเกี่ยวข้องกับภาษามีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในแล้ว ต้องบังคับใช้กฎหมายอนุวัติการดังกล่าวก่อนกฎหมายภาษีอื่นๆ ที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ⁶⁵ ทั้งนี้ มิได้หมายความว่า จะบังคับใช้สนธิสัญญาในฐานะที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่า

⁶² ขาดิชาย เซษฐสุมน, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 71-72.

⁶³ Jochen ABR. Frowein and Michael J. Hahn, *supra note 30*, p. 68.

⁶⁴ ขาดิชาย เซษฐสุมน, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 75.

⁶⁵ The Fiscal Code of Germany, Section 2 Primacy of international agreements

กฎหมายภาษีอื่นๆ ที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ อีกทั้ง มิใช่กรณีมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐานที่กำหนดให้กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายภาษีที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวย่อมไม่รวมถึงสนธิสัญญาด้วย หากแต่เป็นการบังคับใช้กฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาทางภาษีในฐานะรัฐบัญญัติที่มีลำดับศักดิ์เดียวกันกับรัฐบัญญัติอื่นๆ แต่ต้องบังคับใช้กฎหมายอนุวัติการดังกล่าวก่อนกฎหมายอื่นๆ⁶⁶

อย่างไรก็ตาม มีความเห็นของนักวิชาการที่อธิบายว่า⁶⁷ การพิจารณาว่าสนธิสัญญาจะมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ ต้องพิจารณาเนื้อหาของสนธิสัญญา กรณีสนธิสัญญาประเภทกฎหมาย (Rechtsetzen) ซึ่งวางหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ หรือประมวลจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ย่อมมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายภายในที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐาน แต่กรณีของสนธิสัญญาประเภทสัญญา (Rechtsgeschäft) ซึ่งวางเงื่อนไขที่รัฐภาคีต้องปฏิบัติต่อกัน เช่น การระงับข้อพิพาท การชดเชยค่าเสียหาย เป็นต้น ย่อมเป็นสนธิสัญญาตามความหมายของมาตรา 59 ของกฎหมายพื้นฐาน ดังนั้น เมื่อมีการออกกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาประเภทสัญญา สนธิสัญญาดังกล่าวย่อมมีลำดับศักดิ์เทียบเท่ากฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

4.2.1.3 การปรับใช้โดยศาลภายใน

ในเรื่องการปรับใช้สนธิสัญญาโดยศาลภายใน แม้ว่ากฎหมายพื้นฐานจะกำหนดบทบาทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของฝ่ายตุลาการที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศไว้ในหมวด 9 มาตรา 100 (2) ว่าด้วยเรื่องความสอดคล้องของกฎหมายกับกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งกำหนดให้ศาลที่พิจารณาคดีส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐวินิจฉัยในกรณี

“(1) Agreements on taxation concluded with other countries within the meaning of Article 59(2), first sentence, shall take precedence over tax legislation insofar as they have become directly applicable domestic law.”

⁶⁶ ทั้งนี้ มีนักกฎหมายเห็นว่า บทบัญญัติข้างต้นเป็นการกำหนดให้กฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาทางภาษีเป็นกฎหมายพิเศษซึ่งต้องบังคับใช้ก่อนกฎหมายภาษีอื่นๆ ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป โปรดดู Klaus Vogel, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, (London : Kluwer Law International, 1997), p. 71.

⁶⁷ Kaufmann, “Traite international et loi interne“, Der Staat in der Rechtsgemeinschaft der Völker, Vol.II, 1960 cited in D.P.O’ Connell, International Law, (London : Stevens & Sons Limited, 1970), p. 74.

ข้อสงสัยในระหว่างพิจารณาคดีว่า กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสหพันธรัฐ และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงแก่ปัจเจกชนตามมาตรา 25 แห่งกฎหมายพื้นฐานนี้หรือไม่⁶⁸ ฝ่ายตุลาการจึงมีบทบาทในการบังคับใช้กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศตามมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐาน นั่นคือ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งไม่รวมถึงกรณีของสนธิสัญญาด้วย ทั้งนี้ มิได้หมายความว่าฝ่ายตุลาการจะไม่มีบทบาทในการปรับใช้สนธิสัญญา กฎหมายพื้นฐานมิได้แบ่งแยกความแตกต่างระหว่างบทบาทของฝ่ายตุลาการในการตีความสนธิสัญญาและบทบาทในการบังคับใช้กฎหมายภายใน⁶⁹ ในทางปฏิบัติฝ่ายตุลาการจะบังคับใช้กฎหมายภายในโดยสอดคล้องกับพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศของประเทศเยอรมนีมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เป็นไปตามหลักการการยอมรับกฎหมายระหว่างประเทศตามกฎหมายพื้นฐาน (principle of openness of the Basic Law towards international law) กฎหมายระหว่างประเทศในที่นี้ย่อมรวมถึงกฎหมายสนธิสัญญาด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชน⁷⁰ ดังนั้นฝ่ายตุลาการของประเทศเยอรมนีจึงมีบทบาทในการปรับใช้และตีความสนธิสัญญาด้วย

การบังคับใช้กฎหมายภายในโดยสอดคล้องกับพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศของประเทศเยอรมนีมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ตามหลักการการยอมรับกฎหมายระหว่างประเทศตามกฎหมายพื้นฐานเป็นนิติวิธีของศาลเยอรมันที่นำมาใช้และตีความกฎหมายในการวินิจฉัยบรรทัดคดี ปรากฏตัวอย่างตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่วางหลักการไว้ คือ

⁶⁸ Basic Law for the Federal Republic of Germany, Article 100 (2), *supra* note 8.

⁶⁹ Andrea L. Paulus, *supra* note 1, p. 222.

⁷⁰ BVerfGE 74, 358 at 370 (Presumption of innocence and the European Convention on Human Rights case): see English translation, BVerfGE 74, 358 2 BvR 589/79 of 26 March 1987, Retrieved on 1 October 2018, from <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-lawtranslations/german/case.php?id=571>; BVerfGE 111, 307 at 317 (Görgülü case): see English translation, BVerfGE 111, 307 2 BvR 1481/04 of 14 October 2004, Retrieved on 10 October 2018, from https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2004/10/rs20041014_2bvr148104en.html.

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เรื่อง “หลักการสันนิษฐานความบริสุทธิ์ของผู้ถูกกล่าวหาและสันติสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป”⁷¹ ได้วางบรรทัดฐานเรื่องหลักการการยอมรับกฎหมายระหว่างประเทศตามกฎหมายพื้นฐานไว้ ปรากฏข้อเท็จจริงโดยสรุป คือผู้ร้องในคดีนี้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทและถูกฟ้องเป็นจำเลยต่อศาลชั้นต้นจากการกระทำที่ผู้ร้องเขียนจดหมายถึงทนายความของผู้ร้อง มีเนื้อหาใส่ความโจทก์ในคดีหมิ่นประมาทว่าเป็นโรคจิตหวาดระแวง ศาลชั้นต้นตัดสินยกฟ้องในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง โดยมิได้พิจารณาในประเด็นแห่งคดี และไม่ปรากฏว่าผู้ร้องมีความผิด (guilt) ศาลเห็นว่า แม้หากต่อมาจะพิจารณาได้ว่าผู้ร้องมีเจตนาใส่ความตามที่กล่าวอ้างจริง เมื่อพิจารณาสภาพการณ์แห่งคดีทั้งหมด ไม่ปรากฏความผิดอย่างมีนัยยะสำคัญ จึงไม่จำเป็นต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาในเนื้อหาแห่งคดีต่อไป แต่ผู้ร้องต้องชำระค่าฤชาธรรมเนียมรวมถึงค่าใช้จ่ายอันจำเป็นที่โจทก์ได้เสียไป ต่อมาศาลอุทธรณ์ได้พิพากษายืนตามศาลชั้นต้น

ผู้ร้องในคดีนี้จึงยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ให้วินิจฉัยคำตัดสินของศาลทั้งสองในส่วนที่ได้กำหนดให้ผู้ร้องชำระค่าฤชาธรรมเนียมในขณะที่ได้ตัดสินยกฟ้อง โดยอ้างว่าเป็นการกระทำอันขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยละเมิดมาตรา 1 ของกฎหมายพื้นฐานซึ่งคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และยอมรับว่าสิทธิมนุษยชนไม่อาจละเมิดหรือแบ่งแยกได้ และหลักนิติรัฐเนื่องจากการลงโทษผู้ร้องในความผิดฐานหมิ่นประมาทซึ่งผู้ร้องมิได้กระทำโดยปริยาย หากไม่ปรากฏความผิดอย่างเพียงพอที่จะพิพากษาลงโทษในความผิดดังกล่าว ย่อมไม่อาจสันนิษฐานประเด็นเรื่องความผิดอย่างไม่มีนัยยะสำคัญซึ่งใช้กำหนดให้ผู้ร้องชำระค่าฤชาธรรมเนียมได้

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยแล้วเห็นว่า การที่ศาลทั้งสองตัดสินให้ผู้ร้องชำระค่าฤชาธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายต่างๆ เนื่องจากผู้ร้องได้หมิ่นประมาทโจทก์ในคดีดังกล่าว แม้จะเห็นว่าความผิดของผู้ร้องไม่มีนัยยะสำคัญที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นพิจารณาต่อไป จึงตัดสินยกฟ้อง เป็นกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าผู้ร้องมีความผิด โดยสันนิษฐานไว้ก่อนแล้วว่าผู้ร้องไม่ใช่ผู้บริสุทธิ์ จึงกำหนดให้ผู้ร้องชำระค่าฤชาธรรมเนียมต่างๆ โดยยังมิได้พิจารณาในเนื้อหาแห่งคดีแต่อย่างใด คำตัดสินของศาลดังกล่าวเฉพาะในส่วนที่กำหนดให้ผู้ร้องชำระค่าฤชาธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายต่างๆ จึงต้องถูกเพิกถอนไป⁷²

จากคำวินิจฉัยดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ปรับใช้และตีความหลักการสันนิษฐานความบริสุทธิ์ของผู้ถูกกล่าวหาตามรัฐธรรมนูญ โดยอธิบายว่า หลักการดังกล่าว

⁷¹ BVerfGE 74, *ibid.*

⁷² *Ibid.*

เป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐซึ่งมีสถานะตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ในการนิยามหลักการข้างต้น ศาลได้กล่าวถึงมาตรา 6 (2) ของสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปซึ่งรับรองหลักการดังกล่าวไว้ โดยอธิบายว่า บทบัญญัติข้างต้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายของประเทศเยอรมนีซึ่งมีสถานะในระดับรัฐบัญญัติของสหพันธ์ (Federal statute) ไม่มีสถานะในระดับกฎหมายรัฐธรรมนูญเนื่องจากเรื่องดังกล่าวเกี่ยวข้องกับการมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาที่มีต่อความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิพื้นฐานตามกฎหมายพื้นฐาน และสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องตามสนธิสัญญา⁷³

ศาลอธิบายว่า “ในการตีความกฎหมายพื้นฐานต้องคำนึงถึงเนื้อหาและพัฒนาการของสนธิสัญญาดังกล่าว เท่าที่ไม่เป็นการจำกัดหรือดเว้นการคุ้มครองสิทธิพื้นฐานตามกฎหมายพื้นฐานด้วย ดังนั้นตัวอย่างคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงเป็นเครื่องมือที่ช่วยในการตีความเพื่อหาความหมายของเนื้อหาแห่งสิทธิพื้นฐานและหลักนิติรัฐตามกฎหมายพื้นฐาน⁷⁴

อีกทั้ง ในกรณีของกฎหมายที่จะต้องปรับใช้ในคดีนี้ นั่นคือ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ ก็ต้องปรับใช้และตีความกฎหมายโดยสอดคล้องกับพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศของประเทศเยอรมนีด้วย แม้ว่ากฎหมายดังกล่าวจะบัญญัติขึ้นภายหลังสนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้น หากไม่ปรากฏถ้อยคำที่ขัดหรือแย้งกับสนธิสัญญาอย่างชัดเจน ย่อมไม่อาจสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะหลีกเลี่ยงข้อผูกพันตนตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศของประเทศเยอรมนี หรือประสงค์จะสนับสนุนให้เกิดการละเมิดข้อผูกพันดังกล่าวได้”⁷⁵

จะเห็นได้ว่า ศาลได้ยืนยันถึงสถานะของบทบัญญัติในสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน โดยสิทธิตามสนธิสัญญาซึ่งปรากฏในกฎหมายอนุวัติการมีสถานะต่ำกว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญและเทียบเท่ารัฐบัญญัติ จึงไม่ถูกนำมาบังคับใช้หากมีกฎหมายระดับรัฐบัญญัติออกมายกเลิกภายหลังตามหลักกฎหมายที่มาภายหลังยกเลิกกฎหมายที่มาก่อน (*lex posterior principle*) แต่หากกฎหมายที่ตราออกมาก่อนเป็นกฎหมายพิเศษย่อมมีผลใช้บังคับก่อนกฎหมายทั่วไปที่ตราขึ้นภายหลัง (*lex specialis derogat legi generali*)

ศาลได้ใช้วิธีวิธีที่ช่วยหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญา โดยจะต้องไม่สันนิษฐานว่าผู้ร่างกฎหมายทั้งในระดับรัฐบัญญัติและรัฐธรรมนูญประสงค์จะกระทำละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ศาลจึงยอมรับว่าการปรับใช้และตีความบทบัญญัติตาม

⁷³ *Ibid.*, p. 370.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

รัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติ ต้องคำนึงถึงเนื้อหาและพัฒนาการของสิทธิตามสนธิสัญญาด้วย ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศจึงเป็นเครื่องมือที่ช่วยในการตีความกฎหมายภายในได้

นอกจากนี้ ในการปรับใช้กฎหมายภายในต้องใช้และตีความอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาแม้กฎหมายดังกล่าวจะได้ตราขึ้นหลังจากมีพันธกรณีตามสนธิสัญญา เนื่องจากไม่อาจสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะตรากฎหมายขัดหรือแย้งเพื่อหลีกเลี่ยงหรือละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญา เว้นแต่ถ้อยคำในบทบัญญัติขัดหรือแย้งกับพันธกรณีอย่างชัดเจน อาจตั้งข้อสังเกตได้ว่า ในกรณีที่กฎหมายบังคับการตามสนธิสัญญาขัดหรือแย้งกับกฎหมายภายในที่มีลำดับศักดิ์เดียวกันซึ่งออกมภายหลังอย่างชัดเจน อาจเป็นข้อจำกัดที่ศาลจะต้องบังคับใช้กฎหมายภายในที่ออกมภายหลัง และไม่อาจปรับใช้และตีความกฎหมายดังกล่าวในทางที่สอดคล้องกับสนธิสัญญาตามหลักการการยอมรับกฎหมายระหว่างประเทศตามกฎหมายพื้นฐานได้ มิฉะนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อเจตนาของฝ่ายนิติบัญญัติผู้ตรากฎหมายภายในซึ่งปรากฏอย่างชัดเจน

ทั้งนี้ การใช้และตีความกฎหมายภายในในทางที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศตามหลักการการยอมรับกฎหมายระหว่างประเทศมิได้บัญญัติชัดเจนในรัฐธรรมนูญ หากแต่เป็นหลักการทางรัฐธรรมนูญซึ่งเกิดจากการตีความบทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ⁷⁶ และการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวยังสอดคล้องกับหน้าที่ของศาลในการเคารพต่อกฎหมายตามมาตรา 20 วรรค 3 ของกฎหมายพื้นฐาน⁷⁷

⁷⁶ Christian Tomuschat, *Handbuch des Staatsrechts* (edited by J. Isensee and P. Kirchhof), Vol. VII, (Heidelberg: Müller, 1992), para. 36 cited in Rüdiger Wolfrum, Holger Hestermeyer and Silja Vöneky, *The Implementation of International Law in Germany and South Africa* (edited by Erica de Wet, Holger Hestermeyer and Rüdiger Wolfrum), (Pretoria: Pretoria University Law Press), pp. 2-21; (ศาลมิได้ใช้วิธีดังกล่าวกับกรณีของสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปและคำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเท่านั้น แต่นำมาใช้กับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการกงสุลและคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีต่อมาด้วย) Andrea L. Paulus, *supra note 1*, p. 234.

⁷⁷ Basic Law for the Federal Republic of Germany, Article 20 para 3

“The legislature shall be bound by the constitutional order, the executive and the judiciary by law and justice.”

อาจสรุปได้ว่า ทางปฏิบัติของศาลในประเทศเยอรมนีสอดคล้องกับทฤษฎีทวินิยม เนื่องจากศาลจะปรับใช้สนธิสัญญาที่ได้แปลงรูปเป็นกฎหมายภายในในรูปของรัฐบัญญัติของสหพันธ์เท่านั้น ศาลจะไม่บังคับใช้สนธิสัญญาโดยตรง หากแต่ศาลมีนิติวิธีในการใช้และตีความกฎหมายตามหลักการการยอมรับกฎหมายระหว่างประเทศตามกฎหมายพื้นฐานโดยใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือประกอบการตีความกฎหมายภายในทั้งกรณีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญและกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ เพื่อความสอดคล้องกันระหว่างกฎหมายภายในและพันธกรณีตามสนธิสัญญา

4.2.2 สาธารณรัฐแอฟริกาใต้

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ฉบับปัจจุบันถือเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นมิตรต่อกฎหมายระหว่างประเทศมากที่สุดในโลกฉบับหนึ่ง เนื่องจากปรากฏบทบัญญัติที่ยอมรับสถานะของกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งในกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและสนธิสัญญาไว้อย่างชัดเจน อีกทั้ง ยังให้ความสำคัญกับคุณค่าของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาค และเสรีภาพ และยังได้ประกันการใช้และตีความรัฐธรรมนูญและกฎหมายภายในของประเทศอย่างสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชน⁷⁸ ในส่วนของพันธกรณีตามสนธิสัญญา พิจารณาได้ ดังนี้

4.2.2.1 การทำสนธิสัญญา

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 231(1) กำหนดให้อำนาจในการเจรจา และลงนามในสนธิสัญญาทั้งหมดเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร⁷⁹ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาถ่วงดุลอำนาจ โดยมีบทบาทในการให้ความเห็นชอบสนธิสัญญา ซึ่งกำหนดให้ต้องได้รับความเห็นชอบจากทั้งสภาแห่งชาติ (National Assembly) และสภาแห่งชาติของรัฐ (National Council of Provinces) สนธิสัญญาดังกล่าวจึงจะมีผลผูกพันประเทศ⁸⁰ เนื่องด้วยอุปสรรคในเรื่องความล่าช้าของกระบวนการในการให้ความเห็นชอบ รัฐธรรมนูญจึงกำหนดข้อยกเว้นแก่สนธิสัญญาบางประเภทให้มีผลผูกพันประเทศได้โดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากทั้งสองสภาก่อน แต่ต้องเสนอสนธิสัญญาให้ที่ประชุมของทั้งสองสภาพิจารณาในระยะเวลาอันเหมาะสมด้วย ได้แก่ สนธิสัญญาทางเทคนิค

⁷⁸ John Dugard, *supra* note 18, pp. 448- 475.

⁷⁹ Constitution of the Republic of South Africa 1996, Section 231 (1).

⁸⁰ Constitution of the Republic of South Africa 1996, Section 231 (2).

สนธิสัญญาทางปกครอง สนธิสัญญาที่มีลักษณะทางบริหาร และสนธิสัญญาที่มีได้กำหนดให้มีการให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติ⁸¹

4.2.2.2 การมีผลบังคับใช้ภายในประเทศ

รัฐธรรมนูญกำหนดให้สนธิสัญญาที่ฝ่ายบริหารเข้าทำมีผลผูกพันประเทศต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ หากแต่สนธิสัญญาดังกล่าวจะมีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายภายในของประเทศทันทีหรือต้องผ่านเงื่อนไขใดก่อน เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาในรายละเอียดอีกชั้นหนึ่ง กล่าวคือ มาตรา 231(4) ของรัฐธรรมนูญกำหนดว่า “สนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายของสาธารณรัฐต่อเมื่อได้บัญญัติเป็นกฎหมายในรูปของกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนกรณีบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่มีผลบังคับทันที (self-executing) ซึ่งได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว ย่อมมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายของสาธารณรัฐ เว้นแต่จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ หรือรัฐบัญญัติ”⁸² แสดงให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญยอมรับการมีผลบังคับใช้ภายในประเทศของสนธิสัญญา 2 ประเภท คือสนธิสัญญาที่ต้องมีการแปลงรูปเป็นกฎหมายภายในก่อน และสนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้ทันที

กรณีแรก สนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้ภายในประเทศได้ต่อเมื่อมีการแปลงรูปเป็นกฎหมายภายในในรูปของกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติแล้วเท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีทวินิยม กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัตินี้ หมายถึง กฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ รวมถึงกฎหมายลำดับรองด้วย⁸³ อนึ่ง วิธีการแปลงรูปสนธิสัญญาเป็นกฎหมายภายในสามารถกระทำได้โดยการเปลี่ยนบทบัญญัติของสนธิสัญญาเป็นถ้อยคำทางกฎหมายในรูปของตัวบทของรัฐธรรมนูญ การแนบบทบัญญัติของสนธิสัญญาท้ายรัฐบัญญัติ หรือการตรากฎหมายรองรับสนธิสัญญาเพื่อให้อำนาจฝ่ายบริหารทำให้สนธิสัญญามีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในโดยการประกาศในราชกิจจานุเบกษา⁸⁴

⁸¹ Constitution of the Republic of South Africa 1996, Section 231 (3).

⁸² Constitution of the Republic of South Africa 1996, Section 231 (4)

“Any international agreement becomes law in the Republic when it is enacted into law by national legislation; but a self-executing provision of an agreement that has been approved by Parliament is law in the Republic unless it is inconsistent with the Constitution or an Act of Parliament.”

⁸³ Constitution of the Republic of South Africa 1996, Section 239.

⁸⁴ John Dugard, *supra* note 18, p. 453.

และกรณีสนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้ทันที รัฐธรรมนูญกำหนดให้ บทบัญญัติของสนธิสัญญาที่ได้ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภามีผลบังคับใช้ในระบอบกฎหมายภายในของประเทศได้ทันที โดยไม่จำเป็นต้องแปลงรูปเป็นกฎหมายภายในก่อน ส่งผลให้ศาลสามารถปรับใช้ บทบัญญัติของสนธิสัญญาดังกล่าวได้โดยตรงแม้จะไม่มีกฎหมายภายในรองรับ ทางปฏิบัติดังกล่าวนี้ สอดคล้องกับทฤษฎีเอกนิยมดังเช่นในรัฐธรรมนูญของหลายประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา เป็นต้น อนึ่ง ปัจจุบันยังไม่ปรากฏแนวคำวินิจฉัยของศาลว่าบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้ทันทีตาม ความหมายของรัฐธรรมนูญนี้มีลักษณะอย่างไร⁸⁵ จึงเป็นปัญหาที่นักวิชาการได้อภิปรายและ ให้ความเห็นแตกต่างกัน คือ

แนวทางแรก⁸⁶ เห็นว่า ไม่มีหลักเกณฑ์ตายตัวในการวินิจฉัยเรื่องดังกล่าว เนื่องจากต้องพิจารณาเป็นรายกรณีจากลักษณะของสนธิสัญญา ภาษาที่ใช้ และกฎหมายภายในที่มี อยู่จะต้องไม่เป็นอุปสรรคในการบังคับใช้สนธิสัญญาโดยตรง ส่วนแนวทางที่สอง⁸⁷ เห็นว่า สนธิสัญญา สิทธิมนุษยชนซึ่งมิได้แปลงรูปเป็นกฎหมายภายในสามารถก่อสิทธิและหน้าที่แก่ปัจเจกชนในประเทศ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อาจปรับใช้ได้โดยตรงในฐานะ สนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้ทันทีภายใต้เงื่อนไขว่าจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติ ทั้งนี้ ไม่ปรากฏตัวอย่างคดีที่วินิจฉัยว่ากติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทาง การเมืองเป็นสนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้ทันทีซึ่งสามารถบังคับใช้ได้โดยตรงหรือไม่ เนื่องจาก รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐในส่วนบทบัญญัติแห่งสิทธิ (Bill of Rights) ได้บัญญัติรับรองครอบคลุม สิทธิตามสนธิสัญญาดังกล่าวไว้แล้ว ทำให้ไม่เกิดปัญหาในการกล่าวอ้างสิทธิตามสนธิสัญญาในฐานะ บทบัญญัติของสนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้ทันที

4.2.2.3 การปรับใช้โดยศาลภายในประเทศ

เมื่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญยอมรับการมีผลบังคับใช้ภายในประเทศของ สนธิสัญญาใน 2 กรณี คือกรณีสนธิสัญญาที่ต้องแปลงรูปเป็นกฎหมายภายในก่อน

⁸⁵ *Ibid.*, p. 454.

⁸⁶ John Dugard, *International Law: A South African Perspective*, (Kenwyn: Juta & Company Ltd, 2005), p. 62.

⁸⁷ Elias Ngolele, "The Content of the Doctrine of Self-Execution and Its Limited Effect in South African Law." *South African Yearbook of International Law* 31 p. 153 (2006).

และสนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้ทันที ศาลของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้จึงอาจปรับใช้สนธิสัญญาในระบบกฎหมายภายใน 2 รูปแบบ ดังนี้

(1) การบังคับใช้สนธิสัญญาแก้คดีโดยตรง

รัฐธรรมนูญของประเทศกำหนดให้สนธิสัญญามีผลบังคับใช้ภายในประเทศได้ทั้งในกรณีเมื่อสนธิสัญญาที่ได้แปลงรูปเป็นกฎหมายภายในแล้ว และกรณีที่บทบัญญัติของสนธิสัญญามีผลบังคับใช้ทันที ในกรณีสนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้ทันที เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติได้ให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาแล้ว บทบัญญัติของสนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายภายในของประเทศทันที ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ต้องตรากฎหมายเพื่อแปลงรูปสนธิสัญญาแต่อย่างใด ทำให้ศาลสามารถบังคับใช้บทบัญญัติของสนธิสัญญาได้โดยตรงแม้จะไม่มีกฎหมายภายในรองรับพันธกรณีดังกล่าวไว้ก็ตาม ทั้งนี้ บทบัญญัติของสนธิสัญญาดังกล่าวมีสถานะในระบบกฎหมายภายในโดยมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติ ศาลจึงบังคับใช้บทบัญญัติของสนธิสัญญาแก้คดีได้โดยตรงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติ ทว่าในทางปฏิบัติยังไม่ปรากฏแนวคำวินิจฉัยของศาลว่าบทบัญญัติของสนธิสัญญาใดเป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับใช้ทันทีตามความหมายของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน⁸⁸

(2) การใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายใน

เนื่องจากรัฐธรรมนูญยอมรับให้ โดยหลักแล้วสนธิสัญญามีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายของสาธารณรัฐต่อเมื่อได้บัญญัติเป็นกฎหมายในรูปของกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ในกรณีดังกล่าวศาลจะปรับใช้กฎหมายภายในที่แปลงรูปแล้วโดยจะใช้และตีความกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ หลักการใช้และตีความกฎหมายดังกล่าวถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญของประเทศเพื่อประกันว่ารัฐธรรมนูญและกฎหมายภายในของประเทศจะได้รับการปรับใช้และตีความอย่างสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 233 กำหนดว่า “ในกรณีที่ต้องตีความกฎหมายใดๆ ศาลทุกศาลจะต้องเลือกใช้การตีความกฎหมายที่เหมาะสมซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ แทนการตีความอื่นใดซึ่งขัดหรือแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ”⁸⁹ บทบัญญัติข้างต้นได้ยืนยันสถานะทางรัฐธรรมนูญของข้อสันนิษฐาน

⁸⁸ John Dugard, *supra* note 18, p. 454.

⁸⁹ Constitution of the Republic of South Africa 1996, Section 233

ว่าด้วยความสอดคล้องกัน (presumption of conformity) กล่าวคือ กรณีที่กฎหมายภายในมีความคลุมเครือ ศาลต้องตีความกฎหมายดังกล่าวในทางที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ โดยต้องสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้เจตนาจะบัญญัติกฎหมายภายในโดยละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ

ทั้งนี้ รัฐบัญญัติหลายฉบับก็ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าต้องตีความกฎหมายนี้ในทางที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่น รัฐบัญญัติส่งเสริมความเท่าเทียมและป้องกันการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมกำหนดว่า “ไม่ว่าผู้ใดมีหน้าที่ตีความกฎหมายนี้ ต้องคำนึงถึงกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย”⁹⁰ รัฐบัญญัติว่าด้วยผู้ลี้ภัยกำหนดว่า “ต้องตีความและปรับใช้กฎหมายนี้โดยคำนึงถึงสนธิสัญญาหลักที่เกี่ยวข้องกับผู้ลี้ภัย สนธิสัญญาอื่นๆที่เกี่ยวข้อง และตราสารระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนด้วย”⁹¹

จะสังเกตได้ว่า เมื่อหลักการใช้และตีความกฎหมายดังกล่าวถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายระดับรัฐบัญญัติอย่างชัดเจน ส่งผลให้ศาลมีหน้าที่ต้องปรับใช้และตีความกฎหมายภายในในทางที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งมีได้หมายถึงเฉพาะสนธิสัญญาที่ประเทศมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตามเท่านั้น แต่รวมถึงสนธิสัญญาใดๆ ที่เกี่ยวข้อง และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย

นอกจากนี้ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญยังได้กำหนดให้ศาลตีความรัฐธรรมนูญในส่วน of บัญญัติแห่งสิทธิ (Bill of Rights) โดยคำนึงถึงกฎหมายระหว่างประเทศด้วย มาตรา 39(1)(b) บัญญัติว่า “ในกรณีที่ต้องตีความบัญญัติแห่งสิทธิ ศาลหรือองค์กรใดๆ ต้องพิจารณากฎหมายระหว่างประเทศด้วย”⁹² แสดงให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้นำ

“When interpreting any legislation, every court must prefer any reasonable interpretation of the legislation that is consistent with international law over any alternative interpretation that is inconsistent with international law.”

⁹⁰ Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000, Section 3(2)(a).

⁹¹ Refugees Act 130 of 1998, Section 6.

⁹² Constitution of the Republic of South Africa 1996, Section 39(1)(b)

“(1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum -

ข้อสันนิษฐานว่าด้วยความสอดคล้องกันมาใช้ในการตีความสิทธิตามรัฐธรรมนูญด้วย ศาลรัฐธรรมนูญได้ยืนยันว่า “...กฎหมายระหว่างประเทศและเนื้อหาของสนธิสัญญา ทั้งที่ประเทศได้เข้าเป็นภาคีและแม้จะไม่ได้เข้าเป็นภาคีล้วนมีส่วนเกี่ยวข้องในการตีความรัฐธรรมนูญ เนื่องจากไม่อาจสันนิษฐานว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีเจตนาจะตรากฎหมายที่ก่อให้เกิดการละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐ”⁹³

ดังนั้นไม่ว่าศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลอื่นๆ จึงผูกพันตนในการตีความสนธิสัญญาด้วยโดยเฉพาะสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชน คำตัดสินขององค์คณะระหว่างประเทศ เช่น คำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights) คำแนะนำขององค์กรผู้มีหน้าที่ตีความสนธิสัญญาต่างๆ เช่น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (Human Rights Committee) องค์กรผู้มีหน้าที่ตีความกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง หรือ ICCPR) และรายงานขององค์การระหว่างประเทศ เช่น รายงานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization) ล้วนเป็นเครื่องมือสำคัญที่ศาลนำมาช่วยในการตีความบทบัญญัติแห่งสิทธิตามรัฐธรรมนูญได้⁹⁴

ทั้งนี้ ปรากฏตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ศาลตีความสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยคำนึงถึงสนธิสัญญา และนำแนวทางการตีความขององค์คณะระหว่างประเทศ และองค์กรผู้มีหน้าที่ตีความสนธิสัญญาประกอบการวินิจฉัย ตัวอย่างเช่น

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในคดี *S. v. Makwanyane*⁹⁵ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่พิจารณาความอาญาที่กำหนดโทษประหารชีวิตไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นการละเมิดต่อสิทธิของบุคคลที่จะไม่ถูกปฏิบัติหรือลงโทษที่ทารุณ ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี ศาลได้ตีความสิทธิดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญ โดยพิจารณาพันธกรณีตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองฯ เกี่ยวกับการลงโทษประหารชีวิตและสิทธิที่จะไม่ถูกปฏิบัติหรือลงโทษที่ทารุณ ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี และนำแนวทางการตีความของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนฯ มาใช้ประกอบการวินิจฉัยด้วย

(b) must consider international law.”

⁹³ *Azapo v. President of the Republic of South Africa* 1996 (4) SA 671 (CC), para. 28.

⁹⁴ *S. v. Makwanyane* 1995 (3) SALR 319 (CC) cited in John Dugard, *supra* note 18, pp. 458 and 466.

⁹⁵ *S. v. Makwanyane* 1995 (3) SALR 319 (CC), paras. 63-67.

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในคดี *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others (No 2)*⁹⁶ ศาลได้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยนำการใช้และตีความเกี่ยวกับพันธกรณีหลักขั้นพื้นฐาน (minimum core obligation)⁹⁷ ซึ่งเป็นหน้าที่กระทำการในเชิงบวกของรัฐในการเคารพ ปกป้อง ส่งเสริม และทำให้สิทธิทางสังคมและเศรษฐกิจที่รัฐรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแก่ปัจเจกชนเกิดขึ้นจริง หลักการดังกล่าวเป็นแนวทางการตีความกติการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม หรือ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) โดยคณะกรรมการประชาชาติว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ผู้ซึ่งมีอำนาจพิจารณาการปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญาดังกล่าว ศาลได้นำแนวทางการตีความข้างต้นมาใช้พิจารณาตีความบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญซึ่งรับรองสิทธิในการได้รับการรักษาทางการแพทย์ของหญิงตั้งครรภ์และเด็กแรกเกิดซึ่งติดเชื้อเอชไอวีจากมารดา และกำหนดหน้าที่แก่รัฐในการดำเนินการให้บุคคลได้รับสิทธิดังกล่าว

จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ยอมรับการมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญา ทั้งในกรณีบทบัญญัติสนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้ทันที ซึ่งศาลสามารถบังคับใช้บทบัญญัติของสนธิสัญญาดังกล่าวแก่คดีได้โดยตรง และกรณีสนธิสัญญาที่ต้องแปลงรูปเป็นกฎหมายภายในในรูปของกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งศาลจะปรับใช้กฎหมายภายในที่แปลงรูปแล้ว การปรับใช้กฎหมายภายในที่แปลงรูปสนธิสัญญาเท่านั้นซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีวินนิมมิได้เป็นข้อจำกัดของรัฐในการปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญา เนื่องจากรัฐธรรมนูญของประเทศปรากฏบทบัญญัติอย่างชัดเจนในการประกันว่ารัฐธรรมนูญและกฎหมายภายในของประเทศจะได้รับการปรับใช้และตีความอย่างสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลภายในจึงมีหน้าที่ตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ และรัฐบัญญัติต่างๆ โดยคำนึงถึงกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงพันธกรณีตามสนธิสัญญาด้วย

4.2.3 แคนาดา

แม้รัฐธรรมนูญของแคนาดาจะปรากฏบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร หากแต่ไม่ปรากฏบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ จึงต้องพิจารณาหลักการตาม

⁹⁶ *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others (No. 2)* 2002 (5) SALR 721 (CC).

⁹⁷ *Ibid.*, para. 26.

รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งมีที่มาจากรัฐธรรมนูญของอังกฤษอันเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญแคนาดาเป็นสำคัญ⁹⁸

4.2.3.1 การทำสนธิสัญญา

รัฐธรรมนูญของแคนาดาไม่ปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจในการทำสนธิสัญญา หากแต่ต้องพิจารณาหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญซึ่งไม่เป็นลายลักษณ์อักษรของแคนาดาอันมีที่มาจากประเพณีทางรัฐธรรมนูญของอังกฤษ กล่าวคือ อำนาจในการดำเนินกิจการกับต่างประเทศ รวมถึงอำนาจในการเจรจาและเข้าทำสนธิสัญญาเป็นพระราชอำนาจของกษัตริย์ (royal prerogative) ซึ่งใช้อำนาจตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีมาโดยตลอด ทั้งนี้ การใช้พระราชอำนาจในการทำสนธิสัญญาย่อมกระทำได้โดยไม่ต้องอาศัยความยินยอมหรือการมีส่วนร่วมใดของรัฐสภา จึงอาจกล่าวได้ว่า อำนาจในการเจรจาและเข้าทำสนธิสัญญาเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ⁹⁹ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญของแคนาดาไม่ได้กล่าวถึงองค์กรผู้ใช้อำนาจทำสนธิสัญญาไว้โดยเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณาในทางปฏิบัติอำนาจในการทำสนธิสัญญาเป็นอำนาจของรัฐบาลแห่งสหพันธ์ (federal executive) มิใช่รัฐบาลแห่งมณฑล (provincial executive)¹⁰⁰

4.2.3.2 การมีผลบังคับใช้ภายในประเทศ

เนื่องด้วยหลักการตามรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยที่ว่า กฎหมายภายในของรัฐมิได้เกิดจากการกระทำของฝ่ายบริหารแต่ต้องเกิดจากการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ สนธิสัญญาจึงไม่อาจมีผลบังคับใช้โดยตรงในระบบกฎหมายภายในของแคนาดา มิฉะนั้นย่อมเป็นการละเมิดต่อหลักการดังกล่าว หลักการข้างต้นได้รับการยืนยันโดยศาลว่า การทำสนธิสัญญาเป็นการกระทำของฝ่ายบริหาร ส่วนการปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาจะต้องอาศัยการกระทำทางนิติบัญญัติหากมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในที่มีอยู่เดิม¹⁰¹ ดังนั้น สนธิสัญญาที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในที่มีอยู่จึงไม่อาจมีผลบังคับใช้ภายในประเทศจนกว่าจะได้แปลงรูปเป็นกฎหมายภายในโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

⁹⁸ Gib van Ert, *supra* note 27, p. 167.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 168.

¹⁰¹ *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario* (Labour Convention Case), 1937 AC 326 PC.

ทั้งนี้ ไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ในการอนุวัติการสนธิสัญญาที่ชัดเจนในทางปฏิบัติจึงสามารถกระทำได้หลายวิธี¹⁰² เช่น การออกกฎหมายโดยประกาศให้สนธิสัญญามีผลบังคับใช้พร้อมแนบตัวบทของสนธิสัญญาท้ายกฎหมายภายในดังกล่าว การแก้ไขกฎหมายภายในที่มีอยู่ให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาโดยมิได้ระบุถึงสนธิสัญญาอย่างชัดแจ้ง ซึ่งเป็นวิธีที่ประเทศแคนาดานิยมกระทำเพื่อทำให้สนธิสัญญามีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายภายใน¹⁰³ หรืออาจ อยู่ในรูปของกฎหมายลำดับรองซึ่งกฎหมายแม่ได้ให้อำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับ พันธกรณีของสนธิสัญญา นอกจากนี้ ในกรณีของสนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนกฎหมายภายในที่มีอยู่ก่อนที่จะมีพันธกรณีตามสนธิสัญญาก็อาจเป็นกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาได้เช่นเดียวกัน

4.2.3.3 การปรับใช้โดยศาลภายใน

เมื่อสนธิสัญญามีผลบังคับใช้ภายในประเทศในรูปของกฎหมายภายใน ซึ่งตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น ศาลจึงไม่บังคับใช้สนธิสัญญาโดยตรง ทว่าศาลได้นำสนธิสัญญาต่างๆ ที่แคนาดาพันธกรณีต้องปฏิบัติตามไม่ว่าจะได้แปลงรูปเป็นกฎหมายภายในหรือไม่มาใช้เป็นเครื่องมือในการใช้และตีความกฎหมายภายในตามหลักข้อสันนิษฐานว่าด้วยความสอดคล้องกันระหว่างกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ (presumption of conformity)

ศาลแคนาดาจะปรับใช้หลักการดังกล่าวเมื่อต้องปรับใช้และตีความกฎหมายภายใน โดยสันนิษฐานว่ากฎหมายภายในสอดคล้องพันธกรณีของแคนาดาตามสนธิสัญญาหรือที่มากฎหมายอื่นของกฎหมายระหว่างประเทศ ปรากฏอย่างชัดแจ้งในคำพิพากษาคดี *R. v. Hape* ว่า “หลักการในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ต้องสันนิษฐานว่ากฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางข้อสันนิษฐานว่าด้วยความสอดคล้องกันระหว่างกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎเกณฑ์ทางนโยบายของฝ่ายตุลาการในฐานะที่เป็นข้อกฎหมาย โดยศาลจะหลีกเลี่ยงการตีความกฎหมายภายในที่มีผลทำให้รัฐละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ เว้นแต่ถ้อยคำของกฎหมายภายใน

¹⁰² Gib van Ert, *supra* note 27, p. 169.

¹⁰³ ตัวอย่างเช่น การอนุวัติการหลักการเรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็ก (best interests of the child principle) ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยแก้ไขกฎหมายภายในหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองการเข้าเมืองและผู้อพยพ (Immigration and Refugee Act 2001) พระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญาสำหรับเยาวชน (Youth Criminal Justice Act 2002) พระราชบัญญัติว่าด้วยการหย่าร้าง (Divorce Act 1985) เป็นต้น.

ดังกล่าวปรากฏอย่างชัดเจนว่ากฎหมายทั้งสองขัดแย้งกัน อาจพิจารณาหลักการดังกล่าวได้ 2 แห่ง คือ แห่งแรก ต้องสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติกระทำการอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีของแคนาดา ในฐานะที่เป็นภาคีในสนธิสัญญาระหว่างประเทศและเป็นสมาชิกของสังคมระหว่างประเทศ เมื่อมีการตีความที่เป็นไปได้สองแนวทาง ศาลจะหลีกเลี่ยงการตีความที่ทำให้แคนาดาฝ่าฝืนพันธกรณี และแห่งที่สอง คือ ต้องสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้ปฏิบัติตามคุณค่าและหลักการของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและกฎหมายสนธิสัญญา คุณค่าและหลักการข้างต้นก่อตัวเป็นส่วนหนึ่งของบริบทของกฎหมายภายในที่ได้ตรารขึ้น ดังนั้นศาลจึงต้องเลือกใช้การตีความที่สะท้อนถึงคุณค่าและหลักการดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ข้อสันนิษฐานย่อมถูกหักล้างได้หากอำนาจอธิปไตยของรัฐสภากำหนดให้ศาลปรับใช้กฎหมายภายในซึ่งปรากฏเจตนาในการตรากฎหมายอย่างชัดเจนว่า ประสงค์จะละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ...”¹⁰⁴

จะเห็นได้ว่า ข้อสันนิษฐานดังกล่าวเป็นกฎเกณฑ์ทางนโยบายของฝ่ายตุลาการ จึงไม่ต้องพิจารณาว่าในขณะร่างกฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติมีเจตนาปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยการระบุถึงกฎหมายระหว่างประเทศในขณะร่างกฎหมายภายในหรือไม่ เนื่องจากการปรับใช้ข้อสันนิษฐานเป็นกรณีที่ศาลเลือกที่จะใช้และตีความกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเลือกที่จะสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติมีเจตนาตรากฎหมายอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ทำให้สามารถใช้ข้อสันนิษฐานนี้กับการปรับใช้กฎหมายภายในที่ตรารขึ้นก่อนจะมีพันธกรณีตามสนธิสัญญาได้¹⁰⁵ นอกจากนี้ การปรับใช้ข้อสันนิษฐานโดยสันนิษฐานว่าคุณค่าและหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศได้ก่อตัวเป็นส่วนหนึ่งของบริบทในการตรากฎหมายภายในย่อมสอดคล้องกับหลักการตีความกฎหมายสมัยใหม่ ที่ต้องพิจารณาถ้อยคำของกฎหมายโดยคำนึงถึงบริบท ตามความหมายสามัญและไวยากรณ์ สอดคล้องกับโครงสร้างและวัตถุประสงค์ของกฎหมาย รวมถึงเจตนาของฝ่ายนิติบัญญัติด้วย¹⁰⁶

ทั้งนี้ ขอบเขตของข้อสันนิษฐานข้างต้นค่อนข้างกว้าง สามารถปรับใช้กับกฎหมายภายใน ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายทั่วไปในระดับพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายลำดับรอง และสามารถปรับใช้ข้อสันนิษฐานไม่ว่ากฎหมายดังกล่าวจะระบุว่าคุณหมายนี้ได้อนุมัติการตาม

¹⁰⁴ *R. v. Hape, supra note 28, para. 53.*

¹⁰⁵ *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada, 2004 1 SCR 76.* (ในคดีนี้ ศาลได้ปรับใช้ข้อสันนิษฐานในการบังคับใช้บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาซึ่งมีผลบังคับใช้ก่อนสนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้).

¹⁰⁶ *Gib van Ert, supra note 27, pp. 189-190.*

สนธิสัญญาหรือไม่ นอกจากนี้ ศาลยังใช้ข้อสันนิษฐานนี้โดยปรับใช้กฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับสนธิสัญญาที่แคนาดาเข้าเป็นภาคีและมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตามแต่ไม่มีกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาดังกล่าวด้วย ปรากฏตัวอย่างในคดี *Baker v. Canada*¹⁰⁷

คดีนี้ ศาลฎีกาได้ตรวจสอบการใช้อำนาจดุลยพินิจของฝ่ายปกครองตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง (Immigration Act 1985) อย่างสอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) ข้อเท็จจริง คือ ผู้อุทธรณ์เป็นหญิงชาวจาไมกาอาศัยในแคนาดาอย่างผิดกฎหมายเป็นเวลากว่าสิบปีและมีบุตรสัญชาติแคนาดาต่อมาผู้อุทธรณ์ถูกสั่งให้ออกนอกประเทศแคนาดาเนื่องจากอาศัยในประเทศเกินกำหนดเวลาตามเอกสารเข้าเมืองประเภทผู้มาเยือน จึงยื่นคำร้องเพื่อขอมีถิ่นที่อยู่ถาวรในแคนาดาระหว่างที่ถูกสั่งให้ออกนอกประเทศและอาศัยในจาไมกา โดยอ้างข้อยกเว้นตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่มีดุลยพินิจพิจารณาอนุญาตให้สามารถยื่นคำร้องในขณะที่อยู่นอกแคนาดาได้ ด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรมและเมตตาธรรม เจ้าหน้าที่ปฏิเสธคำร้องขอของผู้อุทธรณ์โดยอ้างว่าไม่ปรากฏเหตุผลเพียงพอตามข้อยกเว้นดังกล่าว ผู้อุทธรณ์จึงอุทธรณ์คำสั่งโดยอ้างว่า การใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่มิได้คำนึงถึงประโยชน์ของบุตรตนสัญชาติแคนาดาที่เกิดและอาศัยในแคนาดา จึงขัดหรือแย้งกับพันธกรณีของแคนาดาตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

ศาลในคดีนี้ยอมรับว่า แคนาดามีพันธกรณีตามสนธิสัญญาดังกล่าวแต่ไม่ปรากฏกฎหมายที่อนุวัติการพันธกรณี บทบัญญัติในสนธิสัญญาจึงไม่มีผลบังคับใช้ในกฎหมายแคนาดาโดยตรง อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่า อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กในฐานะที่เป็นกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ซึ่งให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิเด็กโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก สะท้อนถึงคุณค่าอันเป็นบริบทของกฎหมายภายใน ซึ่งต้องได้รับการพิจารณาเมื่อต้องตีความกฎหมายภายใน สิทธิ ประโยชน์ และความต้องการของเด็ก รวมถึงการให้ความสนใจเป็นพิเศษต่อวัยเด็กเป็นคุณค่าสำคัญที่ต้องคำนึงถึงในการตีความบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่บุคคลในการอ้างเหตุผลทางมนุษยธรรมและความเมตตา ซึ่งเจ้าหน้าที่ต้องใช้ดุลยพินิจในการทำคำสั่งในกรณีนี้ คำสั่งปฏิเสธคำร้องโดยละเอียดข้อพิจารณาดังกล่าวโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรจึงเป็นการใช้อำนาจดุลยพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จะเห็นได้ว่า ศาลใช้ข้อสันนิษฐานว่าด้วยความสอดคล้องกันของพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองซึ่งมีใช้กฎหมายอนุวัติการและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยได้สันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติคำนึงถึงคุณค่าและหลักการในการคุ้มครองสิทธิเด็กตามสนธิสัญญา ซึ่งเป็นส่วนหนึ่ง

¹⁰⁷ *Baker v. Canada*, 1999 2 SCR 817.

ของบริบทของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง ดังนั้นศาลจึงต้องปรับใช้และตีความบทบัญญัติของพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองอันเป็นกรอบของการใช้อำนาจดุลยพินิจของฝ่ายปกครองโดยคำนึงถึงพันธกรณีตามสนธิสัญญาในการคุ้มครองสิทธิเด็กเพื่อสะท้อนถึงคุณค่าและหลักการซึ่งถือเป็นบริบทของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง

นอกจากนี้ ศาลยังได้ใช้ข้อสันนิษฐานนี้กับการปรับใช้และตีความบทบัญญัติซึ่งคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามรัฐธรรมนูญอีกด้วย ปรากฏตัวอย่างคดี *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*¹⁰⁸ ผู้อุทธรณ์คือ สหภาพแรงงานและสมาชิกของสหภาพขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติปรับปรุงการให้บริการสุขภาพและบริการทางสังคมซึ่งมีบทบัญญัติที่กระทบต่อการใช้สิทธิในการเจรจาต่อรองแบบรวมกลุ่ม (a procedural right to collective bargaining) จึงละเมิดต่อเสรีภาพในการรวมกลุ่ม (freedom of association) ตามมาตรา 2(d) ของรัฐธรรมนูญแคนาดา (Canadian Charter of Rights and Freedoms)

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าสิทธิในการเจรจาต่อรองแบบรวมกลุ่มได้รับความคุ้มครองภายใต้เสรีภาพในการรวมกลุ่มตามรัฐธรรมนูญ และกฎหมายดังกล่าวละเมิดต่อบทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลใช้ข้อสันนิษฐานว่าด้วยความสอดคล้องระหว่างรัฐธรรมนูญและสนธิสัญญาซึ่งแคนาดามีพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม โดยใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือในการตีความบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพในการรวมกลุ่มตามรัฐธรรมนูญให้คุ้มครองสิทธิในการเจรจาต่อรองแบบรวมกลุ่มด้วย

ศาลเห็นว่า “การทำให้สนธิสัญญามีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายภายในเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่พันธกรณีระหว่างประเทศของแคนาดาสามารถช่วยศาลในการตีความหลักประกันในรัฐธรรมนูญได้ โดยใช้สนธิสัญญาดังกล่าวเป็นเครื่องมือในการตีความเพื่อสนับสนุนการยอมรับว่าการเจรจาต่อรองแบบรวมกลุ่มเป็นส่วนหนึ่งของหลักประกันแห่งเสรีภาพในการรวมกลุ่มตามรัฐธรรมนูญ

การที่แคนาดายอมรับตราสารระหว่างประเทศซึ่งรับรองสิทธิในการเจรจาต่อรองแบบรวมกลุ่มเป็นการสนับสนุนการยอมรับสิทธิดังกล่าวตามมาตรา 2(d) ของรัฐธรรมนูญ และต้องสันนิษฐานว่ารัฐธรรมนูญได้ให้ความคุ้มครองไม่ต่ำกว่ามาตรฐานการคุ้มครองตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนที่แคนาดาได้เข้าเป็นภาคี ที่มาที่สำคัญที่สุดในการทำความเข้าใจมาตรา 2(d)

¹⁰⁸ *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 1987 1 SCR 313.

ของรัฐธรรมนูญ คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม หรือ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง หรือ International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) และอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยเสรีภาพในการรวมกลุ่มและการคุ้มครองสิทธิในการจัดการ ฉบับที่ 87 หรือ Convention concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organize (Convention (No.87)) โดยแคนาดาได้ภาคยานุวัติ ICESCR และ ICCPR และได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ 87 ในปี ค.ศ. 1972 ตราสารเหล่านี้ไม่เพียงสะท้อนถึงความยินยอมร่วมกันระหว่างประเทศ แต่ยังแสดงให้เห็นถึงหลักการซึ่งแคนาดาได้ผูกพันตนที่จะยึดมั่น...”¹⁰⁹

ทั้งนี้ ศาลได้ตีความบทบัญญัติของสนธิสัญญา มาตรา 8 วรรค 1(c) ของ ICESCR บัญญัติว่า “สิทธิของสหภาพแรงงานในการปฏิบัติหน้าที่อย่างอิสระ จะต้องไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดใดๆ เว้นแต่ที่กฎหมายกำหนด ซึ่งมีความจำเป็นต่อสังคมประชาธิปไตย เพื่อประโยชน์ของความมั่นคงของชาติ หรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น” ศาลอธิบายว่า คำว่า “ปฏิบัติหน้าที่อย่างอิสระ” เป็นเรื่องที่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมมิใช่การยกเลิกเสีย เมื่อการเจรจาต่อรองแบบรวมกลุ่มเป็นภารกิจพื้นฐานของสหภาพ มาตรา 8 จึงย่อมคุ้มครองเสรีภาพของสหภาพในการปฏิบัติหน้าที่อย่างอิสระ

มาตรา 22 วรรค 1 ของ ICCPR กำหนดว่า “ทุกคนต้องมีสิทธิเสรีภาพในการรวมกลุ่มกับผู้อื่น รวมถึงสิทธิในการก่อตั้งและเข้าร่วมกับสหภาพแรงงานเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตนด้วย” ศาลอธิบายว่า การก่อตั้งและเข้าร่วมกับสหภาพเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของปัจเจกชนย่อมรวมถึงสิทธิในการเจรจาต่อรองแบบรวมกลุ่มด้วย โดยศาลได้อ้างแนวทางตีความจากข้อสังเกตการณ์ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนผู้มีหน้าที่ตีความสนธิสัญญานี้ด้วย

อีกทั้ง ศาลยังได้พิจารณาแนวทางการตีความของคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญประจำอนุสัญญาฉบับที่ 87 ซึ่งได้วางหลักการเกี่ยวกับสิทธิในการเจรจาต่อรองแบบรวมกลุ่มซึ่งยอมรับว่า การเจรจาต่อรองแบบรวมกลุ่มเป็นลักษณะพื้นฐานของหลักการเรื่องเสรีภาพในการรวมกลุ่ม

เมื่อศาลได้พิจารณาบทบัญญัติของสนธิสัญญาทั้งสามฉบับ มีความเห็นว่า สนธิสัญญาดังกล่าวให้ความคุ้มครองแก่สิทธิในการเจรจาต่อรองแบบรวมกลุ่มของสหภาพ โดยถือเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการรวมกลุ่ม ศาลเห็นว่า การตีความสนธิสัญญาข้างต้นมิได้กระทำเพื่อ

¹⁰⁹ *Ibid.*, paras. 69-71.

สนับสนุนการรับรองสิทธิดังกล่าวตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ยังคงแสดงให้เห็นว่าสิทธิดังกล่าวควรได้รับความคุ้มครองตามบริบทของมาตรา 2(d) แห่งรัฐธรรมนูญด้วย

จะเห็นได้ว่า ขอบเขตของข้อสันนิษฐานว่าด้วยความสอดคล้องกันของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศค่อนข้างกว้าง ศาลนำมาใช้ตีความกฎหมายภายในทั้งกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรอง และบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่ากฎหมายภายในข้างต้นจะเป็นกฎหมายอนุวัติการหรือไม่ ทว่าข้อสันนิษฐานนี้มีข้อจำกัดบางประการ คือ ข้อสันนิษฐานย่อมถูกหักล้างได้ หากถ้อยคำของบทบัญญัติของกฎหมายภายในที่พิจารณาขัดหรือแย้งกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาอย่างชัดเจน ศาลย่อมไม่อาจสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะตรากฎหมายดังกล่าวให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้ จึงเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องแก้ไขกฎหมายดังกล่าว¹¹⁰

เมื่อทางปฏิบัติของศาลแคนาดาได้ให้ความสำคัญแก่การปรับใช้และตีความกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ดังปรากฏตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายใน จึงมีอาจหลีกเลี่ยงการตีความบทบัญญัติในสนธิสัญญาได้ ศาลจึงต้องปรับใช้หลักเกณฑ์ในการตีความสนธิสัญญาแก่กรณีด้วยหลักเกณฑ์ในการตีความสนธิสัญญาได้ประมวลไว้ในมาตรา 31-33 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 หรือ VCLT) ซึ่งถือเป็นการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องสนธิสัญญาไว้ ทั้งนี้ ประเทศแคนาดาเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าวจึงมีพันธกรณีตามอนุสัญญา หลักเกณฑ์ข้างต้นจึงได้รับการยอมรับและปรับใช้โดยศาลแคนาดา

ตัวอย่างคำพิพากษาที่สำคัญที่แสดงให้เห็นทางปฏิบัติของศาลในการปรับใช้หลักเกณฑ์การตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญาข้างต้น คือ คดี *Pushpanathan v. Canada (Ministry of Citizenship and Immigration)*¹¹¹ ผู้อุทธรณ์เป็นชาวศรีลังกาเข้ามาอาศัยในแคนาดาและได้รับอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ถาวร ต่อมาผู้ร้องถูกดำเนินคดีและต้องโทษในความผิดเกี่ยวกับการค้ายาเสพติด ในระหว่างพักโทษผู้อุทธรณ์ได้ยื่นขอสถานะ “ผู้ลี้ภัยของอนุสัญญา” (convention refugee) ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองซึ่งอนุวัติการตามอนุสัญญาแห่ง

¹¹⁰ Gib van Ert, *supra* note 27, pp. 173 and 190; see also *R. v. Hape*, *supra* note 28.

¹¹¹ *Pushpanathan v. Canada (Ministry of Citizenship and Immigration)*, 1998 1 SCR 982.

สหประชาชาติว่าด้วยสถานะของผู้ลี้ภัย (UN Convention Relating to the Status of Refugees) ระหว่างการพิจารณาคำขอ ผู้อุทธรณ์ได้ถูกเนรเทศตามพระราชบัญญัติดังกล่าวที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่เนรเทศบุคคลผู้มีถิ่นที่อยู่ถาวรในแคนาดาซึ่งกระทำความผิดและได้รับโทษจำคุกมากกว่า 6 เดือน ต่อมาจึงอุทธรณ์คำสั่งเนรเทศต่อคณะกรรมการที่เกี่ยวข้องโดยอ้างว่าตนมีสถานะเป็นผู้ลี้ภัยของอนุสัญญาตามพระราชบัญญัตินี้ เจ้าหน้าที่จึงไม่มีอำนาจเนรเทศตน คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และมีความเห็นว่า ผู้อุทธรณ์ไม่ใช่ผู้ลี้ภัยตามกฎหมายนี้ จึงมีประเด็นที่ศาลฎีกาในคดีนี้ ต้องพิจารณาว่าผู้อุทธรณ์มีสถานะเป็น “ผู้ลี้ภัยของอนุสัญญา” ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองหรือไม่

ศาลจึงต้องพิจารณานิยามของ “ผู้ลี้ภัยของอนุสัญญา” ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง ซึ่งกำหนดว่าต้องไม่เป็นบุคคลที่อนุสัญญากำหนดไม่ให้งบับใช้ตามที่ได้แนบอนุสัญญาท้ายพระราชบัญญัตินี้ ศาลจึงต้องตีความบทบัญญัติในอนุสัญญาประกอบการปรับใช้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเพื่อพิจารณาสถานะของผู้ลี้ภัยของผู้อุทธรณ์ มาตรา 1F(c) ของอนุสัญญากำหนดว่า “บทบัญญัติของอนุสัญญานี้ต้องไม่ใช้บังคับแก่บุคคลใดๆซึ่งมีเหตุร้ายแรงที่พิจารณาได้ว่า...บุคคลได้กระทำการอันขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์และหลักการของสหประชาชาติ” ศาลฎีกาจึงต้องพิจารณาว่า การสมคบกันค้ายาเสพติดละเมิดบทบัญญัติดังกล่าวหรือไม่

ศาลอธิบายว่า “การทำให้มาตรา 1F(c) มีผลบังคับใช้ภายในประเทศมีวัตถุประสงค์เพื่ออนุวัติการอนุสัญญาดังกล่าว ศาลจึงต้องตีความให้สอดคล้องกับพันธกรณีของแคนาดาตามอนุสัญญา ดังนั้นถ้อยคำในอนุสัญญาและหลักเกณฑ์ในการตีความสนธิสัญญาจะต้องได้รับการปรับใช้เพื่อกำหนดความหมายของมาตรา 1F(c) ในกฎหมายภายใน” ศาลจึงได้อธิบายหลักเกณฑ์การตีความสนธิสัญญามาตรา 31 และ 32 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ โดยได้ตีความถ้อยคำในมาตราดังกล่าวตามความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์แห่งอนุสัญญาและเห็นว่า บทบัญญัติของอนุสัญญาที่กำหนดไม่ให้งบับใช้บังคับแก่บุคคลซึ่งได้กระทำการบางประการ ต้องเป็นการกระทำที่มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ ศาลยังได้พิจารณาเอกสารในขั้นเตรียมการ (travaux préparatoires) ในการร่างอนุสัญญาและพบว่า บทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่จะยกเว้นบุคคลที่กระทำการละเมิดสิทธิมนุษยชนพื้นฐานอย่างร้ายแรง ถาวร และเป็นระบบ ซึ่งต้องถูกการดำเนินคดีในบริบทที่มีใช้ภาวะสงคราม และศาลได้พิจารณานิยามของ “...กระทำการอันขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์และหลักการของสหประชาชาติ” โดยพิจารณามติของสหประชาชาติและแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์และหลักการของสหประชาชาติ และเห็นว่า การค้ายาเสพติดได้เป็นส่วนหนึ่งของการละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน จึงตัดสินว่า “เมื่อไม่ปรากฏเจตนารมณ์อันขัดแย้งว่า สังคมระหว่างประเทศรับรู้ว่าการค้ายาเสพติดเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน

ชั้นพื้นฐานอย่างเพียงพอ ร้ายแรง และถาวร ซึ่งจะต้องถูกดำเนินคดี บุคคลจึงต้องไม่ถูกพรากไปซึ่งการคุ้มครองอันจำเป็นตามอนุสัญญานี้เนื่องจากการกระทำดังกล่าว”

จะเห็นได้ว่า เมื่อศาลแคนาดาต้องปรับใช้กฎหมายภายในไม่ว่ากรณีของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรอง หรือบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ ศาลจะใช้ข้อสันนิษฐานว่าด้วยความสอดคล้องกันระหว่างกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อใช้และตีความกฎหมายดังกล่าวอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญา โดยไม่คำนึงว่ากฎหมายดังกล่าวจะได้ระบุว่าอนุวัติการตามสนธิสัญญาโดยเฉพาะเจาะจงหรือไม่ ศาลแคนาดาจึงมีทางปฏิบัติในการนำสนธิสัญญาเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายใน อีกทั้ง เมื่อศาลใช้และตีความกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญา ศาลจึงต้องใช้และตีความสนธิสัญญาด้วยศาลแคนาดาจึงมีทางปฏิบัติในการใช้หลักเกณฑ์ในการตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ซึ่งเป็นพันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และเป็นพันธกรณีตามสนธิสัญญาที่แคนาดาผูกพันตนไว้ในการปรับใช้ข้อกฎหมายแก้คดีด้วย

บทที่ 5

บทวิเคราะห์และเปรียบเทียบทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการไทยในการปรับใช้กฎหมาย ระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในกับต่างประเทศ

5.1 บทเปรียบเทียบทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการไทยในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศใน ระบบกฎหมายภายในเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

เมื่อกฎหมายระหว่างประเทศมิได้กำหนดวิธีการในการรับกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาในระบบกฎหมายภายใน การที่ฝ่ายตุลาการจะปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศภายในรัฐอย่างไร จึงเป็นเรื่องทางปฏิบัติของแต่ละรัฐที่สามารถกำหนดวิธีการได้เองแตกต่างกันไปตามระบบกฎหมายของตน เพื่อปรับใช้กฎหมายในระบบกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ เมื่อพิจารณาทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการของไทยและต่างประเทศ พบว่าบางรัฐอาจมีทางปฏิบัติที่สอดคล้องกับทฤษฎีเอกนิยม หรือทฤษฎีทวินิยม บางรัฐอาจมิได้ยึดถือทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งอย่างเคร่งครัดนัก ทั้งนี้ ในการพิจารณาเปรียบเทียบทางปฏิบัติของรัฐ อาจแยกพิจารณาตามประเภทของพันธกรณีระหว่างประเทศ ดังนี้

5.1.1 กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ผู้เขียนศึกษาทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการในการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของต่างประเทศ ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ และแคนาดา เปรียบเทียบกับทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการไทย พิจารณาได้ดังนี้

5.1.1.1 ประเทศไทย

แม้รัฐธรรมนูญของไทยจะไม่กล่าวถึงสถานะ หรือลำดับชั้นของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ¹ แต่อาจตีความได้ว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุด กฎหมายใดจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญนี้มิได้ ย่อมรวมถึงกฎหมายจารีตประเพณี

¹ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 104.

ระหว่างประเทศด้วย² แสดงให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญของไทยไม่ยอมรับให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีลำดับศักดิ์เหนือกว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญ

แม้รัฐธรรมนูญของไทยจะไม่ปรากฏการกล่าวถึงการมีผลบังคับใช้ หรือกระบวนการรับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเข้ามาในระบบกฎหมายภายใน แต่ในทางระหว่างประเทศกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศผูกพันรัฐซึ่งหมายความว่าความรวมถึงองค์การของรัฐทุกองค์กร จึงผูกพันฝ่ายตุลาการผู้มีหน้าที่ปรับใช้กฎหมายในการพิจารณาคดีฝ่ายตุลาการของไทยจึงมีหน้าที่ต้องปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย มิฉะนั้นอาจเป็นการกระทำของรัฐซึ่งอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบของประเทศไทยในทางระหว่างประเทศได้

ทว่าหลักการตามรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดให้อำนาจศาลพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามกฎหมาย³ นักกฎหมายไทยหลายท่านมีความเห็นว่า กฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญนี้หมายถึงกฎหมายไทยเท่านั้น มิได้รวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศด้วย⁴ ประกอบกับเมื่อพิจารณาตัวอย่างคำพิพากษาของศาลที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 ผู้เขียนพบว่า ในกรณีที่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศสอดคล้องกับกฎหมายไทย ศาลจะเลือกปรับใช้กฎหมายไทย⁵ แม้จะปรากฏตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลพยายามใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายในด้วย ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่นำหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความหมายของ “สนธิสัญญา” ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐและ

² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 5

“รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้.”

³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 188 วรรคหนึ่ง

“การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์”

⁴ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555) น. 85; นพนิติ สุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), น. 137; เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), น. 208.

⁵ นพนิติ สุริยะ, เพิ่งอ้าง.

องค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986 ซึ่งผูกพันประเทศไทยในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้เป็นเครื่องมือในการอธิบายความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญแม้จะไม่มีกฎหมายอนุวัติการตามพันธกรณีดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ และคำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ 607-608/2549⁶ ที่ศาลได้นำหลักการตามปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนฯ ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนซึ่งประเทศไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม มาใช้ประกอบการตีความบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญเพื่ออธิบายนิยามของการเลือกตั้งโดยการออกเสียงลงคะแนนลับก็มีใช้ทางปฏิบัติของศาลที่สม่าเสมอ แต่เป็นเพียงตัวอย่างของการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศรายกรณีเท่านั้น

ส่วนในกรณีที่ไม่มีกฎหมายไทยรองรับหรืออนุวัติการตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ปรากฏในทางปฏิบัติว่าศาลไทยใช้ดุลพินิจเป็นรายกรณีในการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวโดยตรง⁷ ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลได้ผนวกกฎหมายระหว่างประเทศเข้าเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายภายในโดยทันทีซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีเอกนิยมปรากฏตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1142/2494 ที่ศาลบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่อง หลักการไล่ล่าประชิดติดพัน ในการวินิจฉัยว่าการจับกุมสมบูรณ์ตามกฎหมายหรือไม่⁸ คดีหมายเลขแดงที่ 12083/2526 ที่ศาลยอมรับและบังคับใช้หลักความคุ้มกันจากการบังคับคดีต่อทรัพย์สินที่เป็นที่ตั้งของสถานทูต และยังมีแนวปฏิบัติที่ยอมรับหลักเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต แม้ว่าในขณะนั้นจะยังไม่มีกฎหมายภายในอนุวัติการตามสนธิสัญญา⁹ คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 2965/2538 ที่ศาลอุทธรณ์ต้องบังคับใช้กฎหมายภายในที่อนุวัติการสนธิสัญญา ศาลจึงมีอาจหลีกเลี่ยงการตีความบทบัญญัติในสนธิสัญญาได้ ศาลจึงบังคับใช้หลักเกณฑ์ในการตีความสนธิสัญญาซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยตรงเพื่อตีความบทบัญญัติในสนธิสัญญา¹⁰

⁶ คำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ 607-608/2549.

⁷ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 85-87.

⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1142/2494.

⁹ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 86.

¹⁰ คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 2965/2538.

อย่างไรก็ตาม ทางปฏิบัติในการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศข้างต้นเป็นการใช้ดุลยพินิจของศาลเป็นรายกรณีซึ่งปราศจากบรรทัดฐานที่แน่นอน ผู้เขียนเห็นว่า ทางปฏิบัติข้างต้นอาจมีสาเหตุจากการไม่มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่กล่าวถึงสถานะและการมีผลบังคับใช้ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้โดยตรง ทำให้ศาลอาจมีความกังวลกับปัญหาความชอบธรรมในการบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดี อีกทั้ง หลักการตามรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดให้อำนาจอศาลพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามกฎหมาย นักกฎหมายไทยหลายท่านมีความเห็นว่า กฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญนี้หมายถึงกฎหมายไทยเท่านั้น ดังนั้นศาลไทยจึงผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายไทยเท่านั้น นอกจากนี้ ความตระหนักถึงหน้าที่และพันธกรณีของประเทศไทยในการปฏิบัติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ผูกพันประเทศ และความรู้ความเชี่ยวชาญในการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวขึ้นอยู่กับความรู้ความเข้าใจของผู้พิพากษาเฉพาะบุคคล จึงทำให้ศาลไทยมีทางปฏิบัติในการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ไม่แน่นอน ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลในแต่ละกรณี ย่อมทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการอ้างสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนตามกฎหมายดังกล่าวในระบบกฎหมายภายในของไทย และยังอาจทำให้ประเทศไทยมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้

5.1.1.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กฎหมายพื้นฐานซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศเยอรมนียอมรับให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีผลบังคับใช้ในประเทศอย่างชัดเจน ปรากฏในมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญว่า “กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศประกอบเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสหพันธ์โดยมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายที่ตราโดยสภา และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อผู้ที่อาศัยอยู่ในดินแดนของสหพันธ์”¹¹ เมื่อกฎหมายพื้นฐานยอมรับการมีผลบังคับใช้ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน จึงมีฐานะเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายภายในทันทีโดยไม่จำเป็นต้องออกกฎหมายอนุวัติการ ประชาชนผู้อาศัยในประเทศย่อมสามารถกล่าวอ้างกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้โดยตรง แตกต่างจากรัฐธรรมนูญ

¹¹ Basic Law for the Federal Republic of Germany, Article 25 Primacy of International Law

“The general rules of international law shall be an integral part of federal law. They shall take precedence over the laws and directly create rights and duties for the inhabitants of the federal territory.”

ของประเทศไทยซึ่งไม่ปรากฏบทบัญญัติที่กล่าวถึงสถานะ และลำดับศักดิ์ของกฎหมายดังกล่าว ทั้งนี้ ประเทศเยอรมนีกำหนดให้กฎหมายดังกล่าวมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา แต่ต่ำกว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญ เนื่องจากกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศมิใช่ส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ¹²

เมื่อกฎหมายพื้นฐานยอมรับให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายภายในในฐานะ “กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ” จึงผูกพันศาลในการบังคับใช้เพื่อปรับใช้ข้อกฎหมายแก่คดี โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคอวินิจฉัยว่าหลักความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศ (immunity of foreign states) จากเขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่งซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศตามมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐาน¹³ นอกจากนี้ เนื้อหาที่ปรากฏในบางบทบัญญัติของสนธิสัญญาซึ่งวางหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เช่น หลักการห้ามเอาคนลงเป็นทาส (prohibition of slavery) ที่ปรากฏในสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Convention on Human Rights)¹⁴ ศาลจึงอาจนำมาบังคับใช้ได้โดยตรงในฐานะกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศตามมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐาน โดยมีลำดับศักดิ์สูงกว่ารัฐธรรมนูญแต่ต่ำกว่ากฎหมายพื้นฐาน

ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติในมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐานซึ่งแสดงถึงหลักการทางรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีประการหนึ่ง ที่ให้คุณค่ากับการปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ คือ หลักการการยอมรับกฎหมายระหว่างประเทศตามกฎหมายพื้นฐาน (principle of openness of the Basic Law towards international law) จึงยอมรับให้มีการผนวกกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายของสหพันธ์โดยตรง

¹² B. V. G. Decision of 26 March 1957, 6 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts S อ้างไว้ใน นพนิธิ สุริยะ Lecture Notes 1 กฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556), น. 129.

¹³ BverfG, Decision of 30 April 1963 อ้างใน จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), น. 128.

¹⁴ Saša Beljin, “Germany: Bundesverfassungsgericht on the Status of the European Convention of Human Rights and ECHR Decisions in the German Legal Order,” European Constitutional Law Review 1, p. 557 (2005).

การบัญญัติถึง สถานะ ลำดับศักดิ์ และการมีผลบังคับใช้ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นหลักประกันต่อสิทธิของปัจเจกชนได้เป็นอย่างดี เนื่องจากทำให้ ศาลมีความชอบธรรมที่จะบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดีโดยตรงในฐานะ กฎหมายในระบบกฎหมายภายในของประเทศ ส่งผลให้เกิดความแน่นอนที่ปัจเจกชนจะสามารถ อ้างสิทธิตามกฎหมายดังกล่าวต่อศาลภายในได้โดยตรง

อย่างไรก็ตาม การกำหนดในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้กฎหมาย จารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน ย่อมทำให้กฎหมายจารีตประเพณี ระหว่างประเทศมีสถานะเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายภายในเช่นเดียวกับกฎหมายอื่นๆ ที่ตราโดย ฝ่ายนิติบัญญัติผู้ซึ่งมีหน้าที่ตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้ภายในประเทศ กรณีข้างต้นอาจเสี่ยงที่จะขัดแย้ง ต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอันเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญประชาธิปไตย เมื่อหลักการ ดังกล่าวมุ่งประกันคุณภาพในการใช้อำนาจอธิปไตย มิให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งใช้อำนาจทั้งหมดแต่เพียง ฝ่ายเดียวอย่างไรชอบเขตอันเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ และส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของ ประชาชน จึงต้องแบ่งแยกหน้าที่ขององค์กรผู้ใช้อำนาจออกจากกันเพื่อคานและดุลอำนาจระหว่างกัน ได้แก่ องค์กรผู้ใช้อำนาจในการตรากฎหมาย (ฝ่ายนิติบัญญัติ) องค์กรผู้ใช้อำนาจในการบังคับการตาม กฎหมาย (ฝ่ายบริหาร) และองค์กรผู้ใช้อำนาจในการปรับใช้กฎหมาย (ฝ่ายตุลาการ)¹⁵ ฝ่ายนิติบัญญัติ ผู้เป็นตัวแทนของประชาชนย่อมมีความชอบธรรมที่จะทำหน้าที่ตรากฎหมายอันเป็นการแสดงถึง เจตจำนงร่วมกันของประชาชน อีกทั้ง เมื่อการตรากฎหมายไม่เพียงแต่เป็นการรับรองสิทธิเสรีภาพ แก่ประชาชน แต่อาจมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าว ดังนั้นการตรากฎหมายซึ่งจะมีผลเป็น การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ย่อมต้องได้รับความยินยอมจากประชาชน รัฐธรรมนูญจึง กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนเป็นองค์กรผู้ทำหน้าที่ดังกล่าว¹⁶ ฝ่ายบริหารผู้ซึ่งมีอำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายจึงต้องไม่ใช้อำนาจตรากฎหมายและ บังคับใช้กฎหมายในเวลาเดียวกัน เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจตามความประสงค์ของฝ่ายบริหาร แต่เพียงฝ่ายเดียว

เมื่อกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกิดจากทางปฏิบัติโดยทั่วไป ของรัฐซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย¹⁷ องค์กรภายในของรัฐองค์กรหนึ่งผู้ซึ่งมีอำนาจใน

¹⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556), น. 97-98.

¹⁶ เพิ่งอ้าง, น. 222-224.

¹⁷ Statute of the International Court of Justice, Article 38 para 1(b)

การก่อให้เกิดทางปฏิบัติดังกล่าว คือ ฝ่ายบริหารซึ่งทำหน้าที่ดำเนินความสัมพันธ์กับต่างประเทศในระดับระหว่างประเทศ เช่น การดำเนินความสัมพันธ์ทางการทูต การออกแถลงการณ์ การแสดงท่าทีหรือความเห็นในนามของรัฐบาลต่อประเด็นต่างๆ ในทางระหว่างประเทศ เป็นต้น ดังนั้นการดำเนินกิจการกับต่างประเทศตามอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารอาจก่อให้เกิดทางปฏิบัติของรัฐ ซึ่งอาจผูกพันรัฐในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดในรัฐธรรมนูญโดยยอมรับให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายภายใน จึงอาจเป็นกรณีที่เปิดช่องโดยปริยายให้ฝ่ายบริหารผู้มีอำนาจในการบังคับการตามกฎหมายใช้อำนาจในการออกกฎหมายเสียเอง ซึ่งแท้จริงแล้วอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ วิธีการในการผนวกกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในจึงมีข้อน่ากังวลาอาจขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจได้

ส่วนในประเด็นเรื่องการกำหนดลำดับศักดิ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีได้กำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ ผู้เขียนเห็นว่า แม้รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีจะให้คุณค่ากับการปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยยอมรับให้มีการผนวกกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในโดยทันที หากแต่ประเทศเยอรมนีก็ยังคงสงวนไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยและเคารพต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐอันเป็นลักษณะพิเศษของระบบกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือ รัฐธรรมนูญมีลำดับศักดิ์สูงสุดในระบบกฎหมายของประเทศ หากกฎหมายอยู่ในลำดับต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับใช้¹⁸ ดังนั้นรัฐธรรมนูญเยอรมันจึงกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ อนึ่ง การกำหนดลำดับศักดิ์ข้างต้นเป็นข้อจำกัดต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศประการหนึ่ง คือ ประเทศเยอรมนีอาจไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้จริงในกรณีที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเนื่องจากหากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

“International custom, as evidence of a general practice accepted as law, is one of the sources of international law.”

¹⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552), น. 31-32.

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศย่อมบังคับใช้ไม่ได้

ส่วนการที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดลำดับศักดิ์ข้างต้นย่อมเป็นหลักประกันว่าประเทศจะปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ ซึ่งนอกจากจะมีผลเป็นการหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศแล้ว ยังมีผลเป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนตามกฎหมายดังกล่าวในระดับภายในประเทศด้วย เนื่องจากหากกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ศาลย่อมต้องบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเหนือกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามหลักการของกฎหมายที่เหนือกว่า (*lex superior principle*) อย่างไรก็ตาม การกำหนดลำดับศักดิ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศข้างต้น ย่อมหมายความว่า หากฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติย่อมบังคับใช้เหนือกว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไม่ได้ จึงอาจเป็นการลดทอนการให้ความสำคัญต่อกฎหมายซึ่งตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติอันมีความชอบธรรมในฐานะที่เป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชน

5.1.1.3 สาธารณรัฐแอฟริกาใต้

ระบอบรัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ได้รับอิทธิพลมาจากรัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักร เดิมไม่ปรากฏบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่กล่าวถึงสถานะของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้ แต่ศาลสูงของประเทศยอมรับอิทธิพลของกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษที่ได้ยอมรับให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน¹⁹ ต่อมารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้ยืนยันสถานะของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดแจ้งว่า “กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นกฎหมายของสาธารณรัฐ เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา”²⁰

¹⁹ *South Atlantic Islands Development Corporation v. Buchan*, 1971 and *Nduli v. Minister of Justice*, 1978 cited in John Dugard, *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study* (edited by David Sloss), (New York: Cambridge University Press, 2009), p. 450.

²⁰ Constitution of the Republic of South Africa 1996, Section 232

ดังนั้นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจึงเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในของประเทศ แต่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติ แตกต่างจากรัฐธรรมนูญของประเทศไทยซึ่งไม่ปรากฏบทบัญญัติที่กล่าวถึงสถานะ ลำดับศักดิ์ และการมีผลบังคับใช้ของกฎหมายดังกล่าวไว้

เมื่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญกำหนดสถานะของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างชัดแจ้งว่าเป็นกฎหมายของสาธารณรัฐ ศาลจึงสามารถบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวได้โดยตรงในฐานะกฎหมายในระบบกฎหมายของประเทศ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญกำหนดให้ลำดับศักดิ์ของกฎหมายดังกล่าวต่ำกว่ารัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลจึงบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าวได้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น

นอกจากศาลจะบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวแก่คดีได้โดยตรงแล้ว ศาลยังอาจนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้เป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายในด้วย เนื่องจากรัฐธรรมนูญของประเทศกำหนดหลักการในการใช้และตีความกฎหมายภายในว่า ศาลจะต้องสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีเจตนาจะตรากฎหมายขัดหรือแย้งกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ทำให้ศาลมีหน้าที่ต้องปรับใช้และตีความกฎหมายภายใน ไม่ว่าจะเป็นกรณีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือรัฐบัญญัติในทางที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย ปรากฏในมาตรา 233 ของรัฐธรรมนูญกำหนดว่า “ในกรณีที่ต้องตีความกฎหมายใดๆ ศาลทุกศาลจะต้องเลือกใช้การตีความกฎหมายที่เหมาะสมซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ แทนการตีความอื่นใดซึ่งขัดหรือแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ”²¹ กล่าวคือ เมื่อกฎหมายภายในมีความคลุมเครือ ศาลต้องตีความกฎหมายดังกล่าวในทางที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ โดยต้องสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติมิได้เจตนาจะบัญญัติกฎหมายภายในโดยละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ²²

“Customary international law is law in the Republic unless it is inconsistent with the Constitution or an Act of Parliament.”

²¹ Constitution of the Republic of South Africa 1996, Section 233

“When interpreting any legislation, every court must prefer any reasonable interpretation of the legislation that is consistent with international law over any alternative interpretation that is inconsistent with international law.”

²² A.J.G.M. Sanders, “Our State Cannot Speak with Two Voices,” S. AFR. L. J. 88, p. 413 (1971).

เมื่อพิจารณากฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ รัฐบัญญัติหลายฉบับก็ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าต้องตีความกฎหมายนี้ในทางที่สอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่น รัฐบัญญัติส่งเสริมความเท่าเทียมและป้องกันการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมกำหนดว่า “ไม่ว่าผู้ใดมีหน้าที่ตีความ รัฐบัญญัตินี้ ต้องคำนึงถึงกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย”²³ นอกจากนี้ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญยังได้กำหนดให้ศาลตีความรัฐธรรมนูญในส่วนของบัญญัติแห่งสิทธิ (Bill of Rights) โดยคำนึงถึงกฎหมายระหว่างประเทศด้วย มาตรา 39(1)(b) บัญญัติว่า “ในกรณีที่ตีความความบัญญัติแห่งสิทธิ ศาลหรือองค์กรใดๆต้องพิจารณากฎหมายระหว่างประเทศด้วย”²⁴ แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ศาลต้องตีความสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยคำนึงถึงกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย

ผู้เขียนเห็นว่า การที่รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้บัญญัติรับรองสถานะ ลำดับศักดิ์ และการมีผลใช้บังคับของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมายของสาธารณรัฐ อันเป็นการผนวกกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเข้าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายในระบบกฎหมายภายใน ย่อมเป็นหลักประกันต่อสิทธิตามกฎหมายดังกล่าวของปัจเจกชนภายในประเทศได้เป็นอย่างดี ศาลภายในย่อมมีความชอบธรรมที่จะบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดีโดยตรง ส่งผลให้เกิดความแน่นอนในการอ้างสิทธิของปัจเจกชนตามกฎหมายดังกล่าวต่อศาลภายใน อย่างไรก็ตาม การกำหนดในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน ย่อมทำให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีสถานะเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายภายในเช่นเดียวกับกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติผู้ซึ่งมีหน้าที่ตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้ภายในประเทศ กรณีข้างต้นอาจขัดแย้งต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอันเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยดังเช่นที่ได้วิเคราะห์ในกรณีของประเทศเยอรมนี หัวข้อ 5.1.1.2

²³ Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000, Section 3(2)(a).

²⁴ Constitution of the Republic of South Africa 1996, Section 39(1)(b)

“(1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum -
(b) must consider international law.”

ในเรื่องการกำหนดลำดับศักดิ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่า การที่ประเทศสาธารณรัฐแอฟริกาได้กำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ เนื่องจากแม้ประเทศจะยอมรับให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีผลบังคับใช้โดยตรงในประเทศ แต่ยังคงต้องเคารพต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งกำหนดให้กฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญย่อมบังคับใช้ไม่ได้²⁵ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจึงถูกกำหนดให้มีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ อย่างไรก็ตาม การกำหนดลำดับศักดิ์ข้างต้นเป็นข้อจำกัดต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ คือ ประเทศไม่อาจปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้จริงในกรณีที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เนื่องจากหากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศย่อมบังคับใช้ไม่ได้

ส่วนการกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐบัญญัติ ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากประเทศเคารพต่อหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา ซึ่งรัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการออกกฎหมายขึ้นใช้บังคับในประเทศ จึงกำหนดให้กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งมีได้อยู่ในอำนาจการตรากฎหมายของรัฐสภา²⁶ ส่งผลให้ประเทศไม่อาจปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้ในกรณีที่กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เนื่องจากต้องบังคับใช้กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติเหนือกว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่า แม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลจึงอาจบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวแก่คดีได้โดยตรงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ตราโดย

²⁵ Constitution of the Republic of South Africa 1996, Section 2
Supremacy of Constitution

“This Constitution is the supreme law of the Republic; Jaw or conduct inconsistent with it is invalid, and the obligations imposed by it must be fulfilled.”

²⁶ Rosalie P. Schaffer, “The Inter-Relationship Between Public International Law and the Law of South Africa: An Overview, *INT’L&COMP. L.Q.* 32, p. 388 (1983).

ฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น ประเทศจึงอาจจะละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศในกรณีที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หากแต่ศาลของสาธารณรัฐอาจใช้นิติวิธีโดยการใช้พันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือในการใช้และตีความกฎหมายภายใน ไม่ว่ากรณีของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือรัฐธรรมนูญในทางที่สอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เมื่อกฎหมายในมีความคลุมเครือศาลจะต้องสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติมิได้เจตนารากกฎหมายภายในขัดแย้งกับพันธกรณีระหว่างประเทศ จึงใช้และตีความกฎหมายดังกล่าวอย่างสอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมากที่สุด

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การที่หลักการใช้และตีความกฎหมายข้างต้นได้ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน ย่อมส่งผลดีเนื่องจากการกำหนดให้ศาลต้องผูกพันตนในการใช้หลักการตีความกฎหมายดังกล่าวตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ทั้งนี้ มีข้อจำกัดประการหนึ่ง คือ หากปรากฏว่าถ้อยคำของกฎหมายภายในขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างชัดเจน ศาลไม่อาจปรับใช้ข้อสันนิษฐานดังกล่าวได้เนื่องจากขัดต่อความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างชัดเจน จึงเป็นกรณีที่ศาลไม่อาจตีความกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศได้ ศาลจึงต้องปรับใช้กฎหมายภายในดังกล่าวซึ่งมีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเท่านั้น อันอาจนำมาสู่การละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้

5.1.1.4 แคนาดา

รัฐธรรมนูญของแคนาดาไม่ปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับสถานะของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่อาจพิจารณาได้จากคำพิพากษาของศาลซึ่งอธิบายหลักการทางรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ ในขณะที่รัฐธรรมนูญของไทยก็ไม่ปรากฏบทบัญญัติที่กล่าวถึงสถานะและการมีผลบังคับใช้ของกฎหมายดังกล่าวอย่างชัดเจน และไม่ปรากฏการอธิบายเรื่องดังกล่าวตามหลักการทางรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด

ทั้งนี้ ศาลฎีกาแห่งแคนาดาอธิบายว่า “กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะกฎหมายของนานาประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแคนาดาโดยการผนวกกฎเกณฑ์ดังกล่าวเข้ามาในกฎหมายคอมมอนลอว์ของแคนาดาโดยตรง เว้นแต่จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายของสหพันธรัฐ และกฎหมายของมณฑล”²⁷ ดังนั้น กฎหมายจารีตประเพณี

²⁷ R & Hape, 2007 SCC 26, para. 39.

ระหว่างประเทศจึงมีสถานะในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของแคนาดา โดยไม่ต้องอาศัยกระบวนการทางนิติบัญญัติใดๆ

จะเห็นได้ว่า แม้รัฐธรรมนูญมิได้ระบุถึงสถานะ ลำดับศักดิ์ และการมีผลบังคับใช้ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้ แต่ศาลฎีกาวางหลักการว่า กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแคนาดาโดยการผนวกกฎเกณฑ์ดังกล่าวเข้ามาในกฎหมายคอมมอนลอว์ของแคนาดาโดยตรง ศาลแคนาดาจึงสามารถบังคับใช้ได้โดยตรงเท่าที่ไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายของสหพันธรัฐ และกฎหมายของมณฑล

นอกจากหลักการทางรัฐธรรมนูญของแคนาดาที่ยอมรับการผนวกกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแคนาดา ซึ่งส่งผลให้ศาลบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวได้โดยตรงในระบบกฎหมายภายใน ศาลยังอาจนำกฎหมายดังกล่าวมาใช้เป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายในด้วย เนื่องด้วยศาลฎีกาของแคนาดาได้กำหนดหลักการในการใช้และตีความกฎหมายของศาล เรียกว่า หลักข้อสันนิษฐานว่าด้วยความสอดคล้องกันระหว่างกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ (presumption of conformity) ซึ่งมีหลักว่า เมื่อศาลจะต้องปรับใช้และตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร ศาลต้องสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายข้างต้นอย่างสอดคล้องพันธุกรณีตามสนธิสัญญาหรือที่มากฎหมายอื่นของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงพันธุกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย ศาลจะหลีกเลี่ยงการตีความกฎหมายภายในที่จะส่งผลให้รัฐละเมิดพันธุกรณีระหว่างประเทศเว้นแต่ถ้อยคำของกฎหมายภายในดังกล่าวปรากฏอย่างชัดเจนว่ากฎหมายทั้งสองขัดแย้งกัน²⁸

ผู้เขียนเห็นว่า การที่รัฐธรรมนูญของแคนาดาไม่ปรากฏบทบัญญัติที่ยอมรับสถานะและลำดับศักดิ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เนื่องจากเป็นเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญของแคนาดาที่ต้องพิจารณาจากหลักการตามรัฐธรรมนูญในส่วนที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งได้อธิบายโดยศาลฎีกาของแคนาดา ศาลยืนยันว่า กฎหมายดังกล่าวได้ถูกผนวกเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในโดยตรง ศาลจึงบังคับใช้ได้โดยตรงในกรณีที่ไม่มีกฎหมายภายในรองรับ หลักการตามรัฐธรรมนูญซึ่งแม้ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ได้รับการยืนยันโดยศาลฎีกา ก็เป็นหลักประกันต่อสิทธิตามกฎหมายดังกล่าวของปัจเจกชนภายในประเทศได้ ศาลภายในย่อมมีความชอบธรรมที่จะบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดีโดยตรง ส่งผลให้เกิดความแน่นอนในการอ้างสิทธิของปัจเจกชนตามกฎหมายดังกล่าวต่อศาลภายใน อย่างไรก็ตาม การผนวกกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเข้ามาเป็น

²⁸ *Ibid.*, para. 53.

ส่วนหนึ่งของกฎหมายคอมมอนลอว์ของแคนาดา ทำให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีสถานะเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายภายในเช่นเดียวกับกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ กรณีข้างต้นอาจขัดแย้งต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอันเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญประชาธิปไตย ดังเช่นที่ได้วิเคราะห์ในกรณีของประเทศเยอรมนี และสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ในหัวข้อ 5.1.1.2 และ 5.1.1.3

ส่วนในเรื่องการกำหนดลำดับศักดิ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่า แคนาดายังคงเคารพต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญซึ่งรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรว่า กฎหมายใดๆ ที่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีผลใช้บังคับ²⁹ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจึงถูกกำหนดให้มีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ทว่าการกำหนดลำดับศักดิ์ดังกล่าวอาจทำให้ประเทศไม่อาจปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้จริงในกรณีที่รัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เนื่องจากหากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศย่อมบังคับใช้ไม่ได้

ส่วนการกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีศักดิ์ต่ำกว่ากฎหมายของสหพันธรัฐ และกฎหมายของมณฑล ผู้เขียนเห็นว่า รัฐธรรมนูญของแคนาดาให้ความสำคัญกับกฎหมายซึ่งตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติอันมีความชอบธรรมในฐานะที่เป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชน จึงกำหนดให้กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ทำให้ในกรณีที่กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แคนาดาไม่อาจปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้เนื่องจากต้องบังคับใช้กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติเหนือกว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

จะเห็นได้ว่า แม้หลักการทางรัฐธรรมนูญของแคนาดาจะผนวกกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่ศาลแคนาดาจะบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้โดยตรงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายของสหพันธรัฐ และกฎหมายของมณฑล จึงอาจเกิดกรณีที่กฎหมายภายในไม่ว่าจะเป็น

²⁹ The Constitution Act of 1982, Section 52(1)

“Any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is of no force or effect.”

กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายของสหพันธรัฐ หรือกฎหมายของมณฑล ขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ศาลต้องบังคับใช้กฎหมายภายในเท่านั้น ซึ่งอาจทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้

ทว่า ผู้เขียนเห็นว่า ศาลแคนาดายังสามารถใช้พันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายในดังกล่าวเพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้ เนื่องจากศาลฎีกาของแคนาดาได้ยืนยันหลักข้อสันนิษฐานว่าด้วยความสอดคล้องกันระหว่างกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ ทำให้เมื่อศาลจะต้องปรับใช้และตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งคลุมเครือ ศาลต้องสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายข้างต้นอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาหรือที่มากกฎหมายอื่นของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย ศาลแคนาดาจึงต้องตีความกฎหมายภายใน ไม่ว่ากรณีของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติ อย่างสอดคล้องกับพันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าถ้อยคำของกฎหมายภายในขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างชัดเจน เป็นกรณีที่ศาลไม่อาจปรับใช้ข้อสันนิษฐานดังกล่าวได้เนื่องจากขัดต่อความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลจึงต้องปรับใช้กฎหมายภายในที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น เนื่องจากมีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

5.1.2 สนธิสัญญา

5.1.2.1 ประเทศไทย

เมื่อรัฐธรรมนูญของไทยกำหนดให้สนธิสัญญามีผลบังคับใช้ในระบอบกฎหมายภายในของไทยต่อเมื่อมีกฎหมายภายในรองรับ³⁰ ไม่ว่าจะเป็นกรณีกฎหมายภายในเท่าที่มีผลบังคับใช้อยู่เปิดช่องให้ปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญาได้อยู่แล้ว หรือกรณีออกกฎหมายอนุวัติการขึ้นใหม่ สนธิสัญญาจึงมีผลบังคับใช้ภายในประเทศต่อเมื่อแปลงรูปเป็นกฎหมายภายในแล้วเท่านั้น อีกทั้ง เมื่อมีการตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญว่า ศาลจะต้องผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายภายในในการพิพากษารรคดีเท่านั้น³¹ โดยหลักศาลไทยจึงปรับใช้กฎหมายภายในที่แปลงรูปแล้ว

³⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 178 วรรคสอง.

³¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 188 วรรคหนึ่ง.

และจะไม่ปรับใช้สนธิสัญญาโดยตรงดังเช่นว่าเป็นบ่อเกิดหนึ่งของกฎหมายในระบบกฎหมายภายใน³² ดังนั้นเมื่อเกิดปัญหาการขัดกันระหว่างพันธกรณีตามสนธิสัญญากับกฎหมายภายใน ไม่ว่าจะกฎหมายภายในจะออกมาก่อนหรือหลังสนธิสัญญา ศาลไทยจะใช้กฎหมายภายในเสมอ นอกจากนี้ หากกฎหมายภายในที่อนุวัติการตามสนธิสัญญาขัดหรือแย้งกับกฎหมายภายในฉบับอื่นที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นภายหลัง ศาลย่อมต้องปรับใช้กฎหมายภายในที่ตราขึ้นภายหลังตามหลักกฎหมายฉบับหลังย่อมยกเลิกกฎหมายฉบับก่อน³³ ผู้เขียนพบว่า ศาลไทยปฏิเสธการปรับใช้สนธิสัญญาและเลือกปรับใช้กฎหมายภายในที่แปลงรูปแล้วเท่านั้น จึงอาจพิจารณาได้ว่าทางปฏิบัติของศาลไทยสอดคล้องกับทฤษฎีทวีนิยม ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ ส.660/2559 ที่ศาลเห็นว่า อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบแห่งสหประชาชาติไม่มีผลบังคับโดยตรงต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือประชาชนภายในประเทศ หากแต่รัฐจะต้องออกกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศเสียก่อน³⁴

และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด หมายเลขแดงที่ อ.442/2558 ที่ศาลยอมรับว่า อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน การกระทำอื่นหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1984 เป็นสนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม แต่เนื่องจากยังมีได้ตราหรือแก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณี จึงต้องปฏิบัติต่อผู้ต้องขังตามกฎหมายภายในที่มีอยู่เท่านั้น เป็นต้น³⁵

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนพบว่า บางกรณีศาลไทยยอมรับการมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาแตกต่างจากทางปฏิบัติข้างต้น โดยปรากฏคำพิพากษาเพียงกรณีเดียวที่ศาลบังคับใช้สนธิสัญญาแก่คดีโดยตรง แม้จะมีกฎหมายภายในที่อาจรองรับพันธกรณี คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 739/2498 ที่ศาลบังคับใช้สนธิสัญญาที่รัฐบาลไทยทำกับฝ่ายสหประชาชาติซึ่งเป็นฝ่ายที่ชนะสงคราม โดยให้ทหารอังกฤษเข้ามาจัดการทรัพย์สินของทหารญี่ปุ่นผู้แพ้สงคราม แม้จะมีพระราชบัญญัติว่าด้วย

³² วิษณุ เครืองาม, การใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของไทย, (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์วิจัยรัชดาภิเษกสมโภช สาขาสังคมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521), น. 138.

³³ เพิ่งอ้าง.

³⁴ คำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ ส.660/2559 (อัดสำเนา).

³⁵ อ้างแล้ว เจียงอรรถที่ 7.

การกักคุมตัว และการควบคุมจำกัดกิจการ หรือทรัพย์สินของบุคคลที่เป็นศัตรูต่อสหประชาชาติ พ.ศ. 2488 ซึ่งกำหนดให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการก.ท.ส³⁶

นอกจากนี้ ยังปรากฏตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายในซึ่งมีใช้กฎหมายรองรับหรืออนุวัติการสนธิสัญญา ตัวอย่างเช่น

คำวินิจฉัยที่ 12/2555 ซึ่งศาลตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญโดยกล่าวอ้างกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองประกอบทำให้เหตุผลในคำวินิจฉัยเพื่อเพิ่มน้ำหนักในการให้เหตุผลว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้รับรองหลักสันนิษฐานความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรม สอดคล้องกับมาตรฐานในทางระหว่างประเทศ³⁷

คำวินิจฉัยที่ 15/2555 ซึ่งศาลตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญโดยอ้างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ เพื่อแสดงให้เห็นถึงคุณค่าและเพิ่มน้ำหนักในการให้เหตุผลของการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความพิการตามหลักความเสมอภาคในมาตรา 30 วรรคสามของรัฐธรรมนูญไทย³⁸

และกรณีที่ศาลใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายรองรับหรืออนุวัติการสนธิสัญญา เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 2965/2538 ซึ่งศาลใช้สนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 14 ธันวาคม พ.ศ. 2526 เป็นเครื่องมือในการใช้และตีความพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 ซึ่งอนุวัติการตามสนธิสัญญา เพื่อประสานความขัดแย้งระหว่างกฎหมายภายในและพันธกรณีตามสนธิสัญญา³⁹

และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8834/2542 ที่ศาลนำสนธิสัญญาซึ่งแม้ประเทศไทยมิได้เป็นภาคีจึงไม่ผูกพันประเทศไทย แต่เมื่อเจตนารมณ์ของกฎหมายอนุวัติการให้นา

³⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 739/2498 นพนิธิ สุริยะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 4*, น. 164-166; จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 4*, น. 87-88.

³⁷ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 129 ตอนที่ 97 ก ลงวันที่ 10 ตุลาคม 2555, น. 99-104.

³⁸ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 129 ตอนที่ 100 ก ลงวันที่ 18 ตุลาคม 2555, น. 94-109.

³⁹ *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 10*.

หลักเกณฑ์ของกฎหมายตามสนธิสัญญาดังกล่าวมาใช้ ศาลจึงใช้สนธิสัญญาประกอบการตีความกฎหมายอนุวัติการ⁴⁰

จากการศึกษาทางปฏิบัติของศาลไทย ผู้เขียนพบว่า ศาลปฏิเสธการปรับใช้สนธิสัญญา โดยไม่บังคับใช้สนธิสัญญาแก่คดีโดยตรง และไม่นำสนธิสัญญามาเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายในไม่ว่ากฎหมายภายในดังกล่าวจะเป็นกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า ทางปฏิบัติของศาลที่ยึดทฤษฎีทวินิยมอย่างเคร่งครัดนี้มีสาเหตุจากการที่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญกำหนดให้สนธิสัญญามีผลบังคับใช้ภายในประเทศต่อเมื่อแปลงรูปเป็นกฎหมายภายในแล้วเท่านั้น และเมื่อมีการตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญว่า ศาลจะต้องผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายภายในในการพิพากษารอคดีเท่านั้น สนธิสัญญาจึงมิใช่กฎหมายในระบบกฎหมายภายใน ศาลจึงไม่มีความชอบธรรมที่ปรับใช้สนธิสัญญาในการวินิจฉัยคดี โดยหลักศาลไทยจึงปรับใช้กฎหมายภายในโดยมิได้คำนึงถึงพันธกรณีตามสนธิสัญญา

ส่วนตัวอย่างคำพิพากษาที่ปรากฏว่าศาลพยายามนำสนธิสัญญามาใช้เป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายใน ทั้งในกรณีของกฎหมายอนุวัติการและกฎหมายภายในที่มีใช้กฎหมายอนุวัติการ เป็นการใช้ดุลยพินิจของศาลรายกรณีเท่านั้น ความรู้ความเชี่ยวชาญในการปรับใช้สนธิสัญญาขึ้นอยู่กับความรู้ความเข้าใจของผู้พิพากษาเฉพาะบุคคล ศาลไทยมีทางปฏิบัติในการปรับใช้สนธิสัญญาที่ไม่แน่นอน ทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนตามสนธิสัญญาในระบบกฎหมายภายใน และยังอาจทำให้ประเทศไทยมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาได้

5.1.2.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กฎหมายพื้นฐานของประเทศเยอรมนีมิได้บัญญัติวิธีการรับสนธิสัญญาเข้ามาในระบบกฎหมายภายในอย่างชัดเจน ไม่ปรากฏบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้สนธิสัญญามีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายภายในของประเทศเยอรมนีโดยตรงดังเช่นกรณีหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁴¹ แต่อาจพิจารณาได้ว่า สนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายภายในเมื่อรัฐสภาตราบัญญัติ

⁴⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8834/2542 อ้างใน นพนิติ สุริยะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 4*, น. 176-191.

⁴¹ Basic Law for the Federal Republic of Germany, Article 25 Primacy of international law, *supra* note 11.

ของสหพันธ์เพื่อแปลงรูปสนธิสัญญา โดยกำหนดให้สนธิสัญญามีสถานะเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายภายใน⁴²

เมื่อพิจารณากฎหมายพื้นฐาน มาตรา 59 วรรคสอง⁴³ ในกรณีของสนธิสัญญาที่ต้องตรากฎหมายสหพันธ์รองรับ พิจารณาได้ว่า หากประเทศเยอรมนีจะสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาดังกล่าวได้ต่อเมื่อมีการตรากฎหมายรองรับ หรือบทบัญญัติของสนธิสัญญาจะมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของปัจเจกชนภายในรัฐ สนธิสัญญาดังกล่าวเป็นสนธิสัญญาที่ต้องตรากฎหมายสหพันธ์รองรับตามมาตรา 59 วรรคสองของกฎหมายพื้นฐาน⁴⁴ ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาก่อนการแสดงเจตนาเข้าผูกพัน

เมื่อรัฐสภาตรากฎหมายให้ความเห็นชอบ หรือกฎหมายรองรับสนธิสัญญาและประกาศในรัฐกิจจานุเบกษา หมวดที่ 2 และมีการประกาศยอมรับให้กฎหมายให้ความเห็นชอบหรือกฎหมายรองรับสนธิสัญญานั้นมีผลบังคับใช้ภายในอีกครั้งหนึ่งในรัฐกิจจานุเบกษา หมวดที่ 2 สนธิสัญญาจึงจะมีผลบังคับใช้ภายในประเทศผ่านกฎหมายให้ความเห็นชอบดังกล่าว⁴⁵

ทางปฏิบัติในการรับสนธิสัญญาเข้ามาในระบบกฎหมายภายในของประเทศเยอรมนี กระทำโดยการออกกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญา ทำให้กฎหมายดังกล่าวมีสถานะเป็นกฎหมายภายในที่มีลำดับศักดิ์เทียบเท่ากฎหมายของสหพันธ์ (federal law)⁴⁶ ดังนั้นในกรณีที่

⁴² Jochen ABR. Frowein and Michael J. Hahn, Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties: A Comparative Study (edited by Stefan A. Riesenfeld and Frederick M. Abbot), (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994), pp. 67-68.

⁴³ Basic Law for the Federal Republic of Germany, Article 59

“(2) Treaties that regulate the political relations of the Federation or relate to subjects of federal legislation shall require the consent or participation, in the form of a federal law, of the bodies responsible in such a case for the enactment of federal law. In the case of executive agreements the provisions concerning the federal administration shall apply mutatis mutandis.”

⁴⁴ ชาติชาย เชษฐสุมน, การมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาตามกฎหมายเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554), น. 35-36.

⁴⁵ เฟ็ชอ้าง, น. 71-72.

⁴⁶ Jochen ABR. Frowein and Michael J. Hahn, *supra note 42*, p. 68.

กฎหมายอนุวัติการซึ่งมีผลใช้บังคับภายหลังขัดกับกฎหมายภายในอื่นที่มีอยู่ก่อน ย่อมยกเลิกกฎหมายที่มีอยู่ก่อนตามหลัก กฎหมายที่ตราขึ้นใหม่มีผลบังคับใช้ก่อนกฎหมายที่ได้ตราออกมาก่อน (*lex posterior derogat legi priori*) แต่หากกฎหมายที่ตราออกมาก่อนเป็นกฎหมายพิเศษย่อมมีผลใช้บังคับก่อนกฎหมายทั่วไปที่ตราขึ้นภายหลัง (*lex specialis derogat legi generali*)⁴⁷

ทั้งนี้ บางกรณีได้มีการตรากฎหมายเพื่อกำหนดลำดับการใช้กฎหมายโดยกำหนดให้ใช้กฎหมายอนุวัติการตามสนธิสัญญาก่อนกฎหมายภายในอื่น ๆ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการจึงต้องบังคับใช้กฎหมายอนุวัติการตามสนธิสัญญาก่อนกฎหมายภายในอื่น ๆ ตัวอย่างเช่นกรณีสนธิสัญญาทางภาษี มาตรา 2 ประมวลกฎหมายภาษี กำหนดว่า เมื่อสนธิสัญญาที่ทำขึ้นตามมาตรา 59 ของกฎหมายพื้นฐานซึ่งเกี่ยวข้องกับภาษีมียกเลิกใช้บังคับใช้กฎหมายภายในแล้ว ต้องบังคับใช้กฎหมายอนุวัติการดังกล่าวก่อนกฎหมายภาษีอื่น ๆ ที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ⁴⁸ ทั้งนี้ มิได้หมายความว่า จะบังคับใช้สนธิสัญญาในฐานะที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายภาษีอื่น ๆ ที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากมิใช่กรณีมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐานที่กำหนดให้กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายภาษีที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หากแต่เป็นการบังคับใช้กฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาทางภาษีในฐานะรัฐบัญญัติที่มีลำดับศักดิ์เดียวกันกับรัฐบัญญัติอื่น ๆ แต่ต้องบังคับใช้ก่อนกฎหมายภายในอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง⁴⁹

จะเห็นได้ว่า สนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้เมื่อรัฐสภาตราบัญญัติของสหพันธ์เพื่อแปลงรูปสนธิสัญญา ทำให้กฎหมายดังกล่าวมีสถานะเป็นกฎหมายภายในที่มีลำดับศักดิ์เทียบเท่ากฎหมายของสหพันธ์ ซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีวินนิยมนเช่นเดียวกับการมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาในระบบกฎหมายภายในของไทย หากแต่การตรากฎหมายบังคับการของไทยโดยกำหนด

⁴⁷ ชาดิชาย เซษฐสุน, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 44*, น. 75.

⁴⁸ The Fiscal Code of Germany, Section 2 Primacy of international agreements

“(1) Agreements on taxation concluded with other countries within the meaning of Article 59(2), first sentence, shall take precedence over tax legislation insofar as they have become directly applicable domestic law.”

⁴⁹ ทั้งนี้ มีนักกฎหมายเห็นว่า บทบัญญัติข้างต้นเป็นการกำหนดให้กฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาทางภาษีเป็นกฎหมายพิเศษซึ่งต้องบังคับใช้ก่อนกฎหมายภาษีอื่น ๆ ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปโปรดดู Klaus Vogel, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, (London: Kluwer Law International, 1997), p. 71.

ลำดับการใช้กฎหมายให้ใช้กฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาก่อนกฎหมายภายในอื่นๆ ดังเช่น ประเทศเยอรมนีเกิดขึ้นในบางกรณีเท่านั้น เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 ซึ่งเป็นกฎหมายอนุวัติการตามสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 14 ธันวาคม พ.ศ. 2526 กำหนดให้ต้องใช้กฎหมายอนุวัติการนี้ จึงต้องใช้พระราชบัญญัติอนุวัติการตามสนธิสัญญาข้างต้นก่อนกฎหมายอื่นๆ เช่น พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472

ผู้เขียนเห็นว่า การที่ฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศเยอรมนีกำหนดลำดับการใช้กฎหมาย โดยกำหนดให้ใช้กฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาบางฉบับก่อนกฎหมายอื่นๆ เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดความสัมพันธ์ของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน โดยกำหนดให้ใช้บทบัญญัติของสนธิสัญญาที่ได้อนุวัติการในรูปของกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาก่อนกฎหมายภายในอื่นๆ ทำให้ประเทศเยอรมนีสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญาได้ เนื่องจากแม้มีรัฐบัญญัติซึ่งออกมภายหลังและขัดหรือแย้งกับกฎหมายอนุวัติการ ศาลย่อมต้องบังคับใช้รัฐบัญญัติซึ่งอนุวัติการสนธิสัญญาก่อนรัฐบัญญัติที่ขัดหรือแย้งข้างต้น

ในเรื่องการปรับใช้สนธิสัญญาโดยศาลภายใน ศาลเยอรมันจะบังคับใช้กฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศของประเทศเยอรมนีเป็นไปตามหลักการการยอมรับกฎหมายระหว่างประเทศตามกฎหมายพื้นฐาน (principle of openness of the Basic Law towards international law)⁵⁰ ปรากฏตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่วางหลักการไว้ คือ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เรื่อง “หลักการสันนิษฐานความบริสุทธิ์ของผู้ถูกกล่าวหาและสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป”⁵¹

⁵⁰ BVerfGE 74, 358 at 370 (Presumption of innocence and the European Convention on Human Rights case): see English translation, BVerfGE 74, 358 2 BvR 589/79 of 26 March 1987, Retrieved on 1 October 2018, from <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-lawtranslations/german/case.php?id=571>; BVerfGE 111, 307 at 317 (Görgülü case): see English translation, BVerfGE 111, 307 2 BvR 1481/04 of 14 October 2004, Retrieved on 10 October 2018, from https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2004/10/rs20041014_2bvr148104en.html.

⁵¹ BVerfGE 74, *ibid.*

ได้วางบรรทัดฐานเรื่องหลักการใช้และตีความกฎหมายตามหลักการการยอมรับกฎหมายระหว่างประเทศตามกฎหมายพื้นฐานไว้ คือ

ในคดีนี้ ศาลได้ยืนยันถึงสถานะของบทบัญญัติในสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน โดยสิทธิตามสนธิสัญญาซึ่งปรากฏในกฎหมายอนุวัติการมีสถานะต่ำกว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญและเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ จึงไม่ถูกนำมาบังคับใช้หากมีกฎหมายระดับรัฐบัญญัติออกมายกเลิกภายหลังตามหลักกฎหมายที่มาภายหลังยกเลิกกฎหมายที่มาก่อน (*lex posterior principle*)

และศาลได้ใช้วิธีวิธีที่ช่วยหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญา โดยจะต้องไม่สันนิษฐานว่าผู้ร่างกฎหมายทั้งในระดับรัฐบัญญัติและรัฐธรรมนูญประสงค์จะละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ศาลจึงยอมรับว่าการปรับใช้และตีความบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติ ต้องคำนึงถึงเนื้อหาและพัฒนาการของสิทธิตามสนธิสัญญาด้วย ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศจึงเป็นเครื่องมือที่ช่วยในการตีความกฎหมายภายในได้ นอกจากนี้ ในการปรับใช้กฎหมายภายในต้องใช้และตีความอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาแม้กฎหมายดังกล่าวจะได้ตราขึ้นหลังจากมีพันธกรณีตามสนธิสัญญา เนื่องจากไม่อาจสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะตรากฎหมายขัดหรือแย้ง เพื่อหลีกเลี่ยงหรือละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญา

อนึ่ง หลักการใช้และตีความกฎหมายข้างต้นมีข้อจำกัด คือ หากถ้อยคำในบทบัญญัติขัดหรือแย้งกับพันธกรณีระหว่างประเทศอย่างชัดเจน ศาลไม่อาจสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติมิได้เจตนาตรากฎหมายขัดหรือแย้งกับพันธกรณีระหว่างประเทศ อาจตั้งข้อสังเกตได้ว่า ในกรณีที่กฎหมายบังคับการตามสนธิสัญญาขัดหรือแย้งกับกฎหมายภายในที่มีลำดับศักดิ์เดียวกัน ซึ่งออกมามีภายหลังอย่างชัดเจน อาจเป็นข้อจำกัดที่ศาลจะต้องบังคับใช้กฎหมายภายในที่ออกมาภายหลัง และไม่อาจปรับใช้และตีความกฎหมายดังกล่าวในทางที่สอดคล้องกับสนธิสัญญาตามหลักการใช้และตีความกฎหมายข้างต้นได้ มิฉะนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อเจตนาของฝ่ายนิติบัญญัติผู้ตรากฎหมายภายในซึ่งปรากฏอย่างชัดเจน

ผู้เขียนเห็นว่า แม้ทางปฏิบัติของศาลเยอรมันจะไม่บังคับใช้สนธิสัญญาแก่คดีโดยตรง แต่ก็สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาได้ โดยศาลจะปรับใช้สนธิสัญญาที่ได้แปลงรูปเป็นกฎหมายภายในในรูปของรัฐบัญญัติของสหพันธ์ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษ ทำให้ในบางกรณีแม้มีกฎหมายภายในที่ตราขึ้นภายหลังขัดหรือแย้งกับกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญา ศาลอาจต้องบังคับใช้กฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายพิเศษก่อนกฎหมายภายในอื่นๆ ที่เป็นกฎหมายทั่วไปตามหลักกฎหมายพิเศษย่อมมาก่อนกฎหมายทั่วไป และในกรณีของสนธิสัญญา

บางฉบับที่ได้มีการกำหนดลำดับการใช้ของกฎหมายให้ใช้กฎหมายอนุวัติการตามสนธิสัญญาก่อนกฎหมายภายในอื่นๆ ย่อมทำให้ประเทศเยอรมนีสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญาข้างต้นได้เช่นเดียวกัน เนื่องจากแม้มีรัฐบัญญัติซึ่งออกมาภายหลังและขัดหรือแย้งกับกฎหมายอนุวัติการ ศาลย่อมต้องบังคับใช้รัฐบัญญัติซึ่งอนุวัติการสนธิสัญญาก่อนรัฐบัญญัติที่ขัดหรือแย้งข้างต้น

นอกจากนี้ การที่ศาลเยอรมันมีนิติวิธีในการใช้และตีความกฎหมายตามหลักการการยอมรับกฎหมายระหว่างประเทศตามกฎหมายพื้นฐานโดยใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือประกอบการตีความกฎหมายภายในทั้งกรณีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญและกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติเพื่อความสอดคล้องกันของกฎหมายภายในกับพันธกรณีตามสนธิสัญญา ย่อมทำให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนตามสนธิสัญญาเกิดขึ้นได้จริงในระดับภายในประเทศ และยังทำให้ประเทศเยอรมนีสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาได้อันเป็นการหลีกเลี่ยงมิให้รัฐเกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศด้วย อย่างไรก็ตาม อาจตั้งข้อสังเกตได้ว่า ในกรณีที่กฎหมายอนุวัติการตามสนธิสัญญาขัดหรือแย้งกับกฎหมายภายในที่มีลำดับศักดิ์เดียวกันซึ่งออกมาภายหลังอย่างชัดเจน อาจเป็นข้อจำกัดที่ศาลจะต้องบังคับใช้กฎหมายภายในดังกล่าวที่ออกมาภายหลังและไม่อาจปรับใช้และตีความกฎหมายดังกล่าวในทางที่สอดคล้องกับสนธิสัญญาตามหลักการการยอมรับกฎหมายระหว่างประเทศตามกฎหมายพื้นฐานได้ มิฉะนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อเจตนาของฝ่ายนิติบัญญัติผู้ตรากฎหมายภายในซึ่งปรากฏอย่างชัดเจน

5.1.2.3 สาธารณรัฐแอฟริกาใต้

เมื่อพิจารณามาตรา 231(4) ของรัฐธรรมนูญกำหนดว่า “สนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายของสาธารณรัฐต่อเมื่อได้บัญญัติเป็นกฎหมายในรูปของกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนกรณีบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่มีผลบังคับทันที (self-executing) ซึ่งได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว ย่อมมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายของสาธารณรัฐ เว้นแต่จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ หรือรัฐบัญญัติ”⁵² แสดงให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญยอมรับการมีผลบังคับใช้ภายในประเทศของสนธิสัญญา 2 ประเภท คือ สนธิสัญญาที่ต้องมีการแปลงรูปเป็นกฎหมายภายในก่อน

⁵² Constitution of the Republic of South Africa 1996, Section 231 (4)

“Any international agreement becomes law in the Republic when it is enacted into law by national legislation; but a self-executing provision of an agreement that has been approved by Parliament is law in the Republic unless it is inconsistent with the Constitution or an Act of Parliament.”.

และสนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้ทันที แตกต่างจากประเทศไทยที่ไม่ปรากฏการยอมรับการมีผลบังคับใช้ของบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้ทันทีในรัฐธรรมนูญ

กรณีแรก สนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้ทันที เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติได้ให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาแล้ว บทบัญญัติของสนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายภายในของประเทศทันที โดยไม่จำเป็นต้องตรากฎหมายเพื่อแปลงรูปสนธิสัญญาแต่อย่างใด ซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีเอกนิยม สนธิสัญญาจะมีสถานะในระบบกฎหมายภายในโดยมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติ ทำให้ศาลสามารถบังคับใช้บทบัญญัติของสนธิสัญญาได้โดยตรงแม้จะไม่มีกฎหมายภายในรองรับพันธกรณีดังกล่าวไว้ก็ตาม เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติ แต่ในทางปฏิบัติยังไม่ปรากฏแนวคำวินิจฉัยของศาลว่าบทบัญญัติของสนธิสัญญาใดเป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับใช้ทันทีตามความหมายของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน⁵³

กรณีที่สอง สนธิสัญญามีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายของสาธารณรัฐต่อเมื่อได้บัญญัติเป็นกฎหมายในรูปของกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ในกรณีดังกล่าวศาลจะปรับใช้กฎหมายภายในที่แปลงรูปแล้วโดยจะใช้และตีความกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ หลักการใช้และตีความกฎหมายดังกล่าวถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญของประเทศเพื่อประกันว่ารัฐธรรมนูญและกฎหมายภายในของประเทศจะได้รับการปรับใช้และตีความอย่างสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ พิจารณาได้ ดังนี้

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 233 กำหนดว่า “ในกรณีที่ต้องตีความกฎหมายใดๆ ศาลทุกศาลจะต้องเลือกใช้การตีความกฎหมายที่เหมาะสมซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ แทนการตีความอื่นใดซึ่งขัดหรือแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ”⁵⁴ บทบัญญัติข้างต้นได้ยืนยันสถานะทางรัฐธรรมนูญของข้อสันนิษฐานว่าด้วยความสอดคล้องกัน (presumption of conformity) กล่าวคือ กรณีที่กฎหมายภายในมีความคลุมเครือ ศาลต้องตีความกฎหมายดังกล่าวในทางที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ โดยต้องสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติมิได้เจตนาจะบัญญัติกฎหมายภายในโดยละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ

⁵³ John Dugard, *supra* note 19, p. 454.

⁵⁴ Constitution of the Republic of South Africa 1996, Section 233

“When interpreting any legislation, every court must prefer any reasonable interpretation of the legislation that is consistent with international law over any alternative interpretation that is inconsistent with international law.”

ทั้งนี้ รัฐบัญญัติหลายฉบับก็ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าต้องตีความกฎหมายนี้ในทางที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่น รัฐบัญญัติส่งเสริมความเท่าเทียมและป้องกันการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมกำหนดว่า “ไม่ว่าผู้ใดมีหน้าที่ตีความกฎหมายนี้ ต้องคำนึงถึงกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย”⁵⁵ รัฐบัญญัติว่าด้วยผู้ลี้ภัยกำหนดว่า “ต้องตีความและปรับใช้กฎหมายนี้โดยคำนึงถึงสนธิสัญญาหลักที่เกี่ยวข้องกับผู้ลี้ภัย สนธิสัญญาอื่นๆที่เกี่ยวข้องและตราสารระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนด้วย”⁵⁶ เป็นต้น

จะสังเกตได้ว่า เมื่อหลักการใช้และตีความกฎหมายดังกล่าวถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ ส่งผลให้ศาลมีหน้าที่ต้องปรับใช้และตีความกฎหมายภายในในทางที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งมีได้หมายถึงเฉพาะสนธิสัญญาที่ประเทศมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตามเท่านั้น แต่รวมถึงสนธิสัญญาใดๆ ที่เกี่ยวข้อง และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังได้กำหนดให้ศาลตีความรัฐธรรมนูญในส่วนของบัญญัติแห่งสิทธิ (Bill of Rights) โดยคำนึงถึงกฎหมายระหว่างประเทศด้วย มาตรา 39(1)(b) บัญญัติว่า “ในกรณีที่ตีความบัญญัติแห่งสิทธิ ศาลหรือองค์กรใดๆ ต้องพิจารณากฎหมายระหว่างประเทศด้วย”⁵⁷ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้นำข้อสันนิษฐานว่าด้วยความสอดคล้องกันมาใช้ในการตีความสิทธิตามรัฐธรรมนูญด้วย โดยศาลรัฐธรรมนูญได้ยืนยันว่า “...กฎหมายระหว่างประเทศและเนื้อหาของสนธิสัญญา ทั้งที่ประเทศได้เข้าเป็นภาคีและแม้จะไม่ได้เข้าเป็นภาคีล้วนมีส่วนเกี่ยวข้องในการตีความรัฐธรรมนูญ เนื่องจากไม่อาจสันนิษฐานว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีเจตนาจะตรากฎหมายที่ก่อให้เกิดการละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐ”⁵⁸

⁵⁵ *Supra* note 23.

⁵⁶ Refugees Act 130 of 1998, Section 6.

⁵⁷ Constitution of the Republic of South Africa 1996, Section 39(1)(b)

“(1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum -
(b) must consider international law.”

⁵⁸ *Azapo v. President of the Republic of South Africa* 1996 (4) SA 671 (CC), para. 28.

ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญและศาลอื่นๆ ซึ่งต้องปรับใช้และตีความกฎหมายภายใน จึงมีบทบาทในการตีความสนธิสัญญาโดยเฉพาะสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชน คำตัดสินขององค์คณะระหว่างประเทศ เช่น คำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights) คำแนะนำขององค์กรผู้มีหน้าที่ตีความสนธิสัญญาต่างๆ เช่น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (Human Rights Committee) องค์กรผู้มิหน้าที่ตีความกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง หรือ ICCPR) และรายงานขององค์การระหว่างประเทศ เช่น รายงานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization) ล้วนเป็นเครื่องมือสำคัญที่ศาลนำมาช่วยในการตีความบทบัญญัติแห่งสิทธิตามรัฐธรรมนูญได้⁵⁹

ผู้เขียนเห็นว่า รัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐแอฟริกาได้กำหนดให้บทบัญญัติของสนธิสัญญามีผลบังคับใช้ทันทีในระบบกฎหมายภายใน โดยไม่ต้องแปลงรูปเป็นกฎหมายภายใน มีข้อดี คือ ศาลสามารถบังคับใช้บทบัญญัติของสนธิสัญญาแก่คดีได้โดยตรงในกรณีที่ไม่มีกฎหมายรองรับหรืออนุวัติการพันธกรณีตามสนธิสัญญา ปัจจุบันจึงสามารถกล่าวอ้างสิทธิตามสนธิสัญญาดังกล่าวต่อศาลภายในได้โดยตรง อย่างไรก็ตาม ศาลอาจบังคับใช้บทบัญญัติของสนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้ทันทีได้โดยตรงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติเท่านั้น เนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดให้บทบัญญัติของสนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้ทันทีมีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติ

นอกจากการบังคับใช้บทบัญญัติของสนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้ทันทีโดยตรงแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ศาลของสาธารณรัฐยังมีวิธีที่ช่วยให้รัฐปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาได้ โดยการใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายใน คือ ศาลสามารถใช้และตีความกฎหมายภายในทั้งกรณีของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติ ไม่ว่ากฎหมายภายในดังกล่าวจะเป็นกฎหมายอนุวัติการตามสนธิสัญญาหรือไม่อย่างสอดคล้องพันธกรณีตามสนธิสัญญาด้วย กล่าวคือ ในกรณีที่กฎหมายภายในมีความคลุมเครือ ศาลต้องตีความกฎหมายดังกล่าวในทางที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ โดยต้องสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติมิได้เจตนาจะบัญญัติกฎหมายภายในโดยละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การที่รัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติกำหนดหลักการใช้และตีความกฎหมายโดยปรับใช้ข้อสันนิษฐานข้างต้นไว้อย่างชัดเจน ย่อมมีข้อดีเนื่องจาก

⁵⁹ *S. v. Makwanyane* 1995 (3) SALR 319 (CC) cited in John Dugard, *supra* note 19, pp. 458 and 466.

ทำให้ศาลต้องผูกพันตนในการใช้วิธีดังกล่าวตามที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตาม นิติวิธีข้างต้นมีข้อจำกัดประการหนึ่ง คือ กรณีที่กฎหมายภายในขัดหรือแย้งกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาอย่างชัดเจน ศาลไม่อาจสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติมีเจตนาตรากฎหมายภายในขัดแย้งกับพันธกรณีระหว่างประเทศได้ ในกรณีนี้ศาลจึงไม่อาจใช้และตีความกฎหมายภายในดังกล่าวในทางที่สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาได้

5.1.2.4 แคนาดา

รัฐธรรมนูญของแคนาดาไม่ปรากฏบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรในเรื่องสถานะ และการมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญา แต่ศาลได้อธิบายหลักการตามรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรว่า การทำสนธิสัญญาเป็นการกระทำของฝ่ายบริหาร ส่วนการปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาจะต้องอาศัยการกระทำทางนิติบัญญัติหากมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในที่มีอยู่เดิม⁶⁰ ดังนั้น สนธิสัญญาที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในที่มีอยู่จึงไม่อาจมีผลบังคับใช้ภายในประเทศจนกว่าจะได้แปลงรูปเป็นกฎหมายภายในโดยฝ่ายนิติบัญญัติ แสดงให้เห็นว่าการมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาในระบบกฎหมายแคนาดาสอดคล้องกับทฤษฎีวินิยม เช่นเดียวกับการมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาในระบบกฎหมายภายในของไทย

เมื่อสนธิสัญญามีผลบังคับใช้ภายในประเทศในรูปของกฎหมายภายในซึ่งตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น ศาลจึงไม่อาจบังคับใช้สนธิสัญญาได้โดยตรง แต่ศาลจะใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือในการปรับใช้และตีความกฎหมายภายในตามหลักข้อสันนิษฐานว่าด้วยความสอดคล้องกันระหว่างกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ (presumption of conformity) ศาลแคนาดาจะบังคับใช้หลักการดังกล่าวเมื่อต้องปรับใช้และตีความกฎหมายภายใน โดยสันนิษฐานว่ากฎหมายภายในสอดคล้องกับพันธกรณีของแคนาดาตามสนธิสัญญาหรือที่มากฎหมายอื่นของกฎหมายระหว่างประเทศ ปรากฏอย่างชัดเจนในคำพิพากษาคดี *R. v. Hape*⁶¹

ศาลอธิบายว่า ข้อสันนิษฐานดังกล่าวเป็นกฎเกณฑ์ทางนโยบายของฝ่ายตุลาการ จึงไม่ต้องพิจารณาว่าในขณะที่ร่างกฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติมีเจตนาปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยการระบุถึงกฎหมายระหว่างประเทศในขณะที่ร่างกฎหมายภายในนั้นหรือไม่ เนื่องจากการปรับใช้ข้อสันนิษฐานเป็นกรณีที่ศาลเลือกที่จะใช้และตีความกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเลือกที่จะสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติมีเจตนาตรา

⁶⁰ *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario* (Labour Convention Case), 1937 AC 326 PC.

⁶¹ *R & Hape, supra note 27, para. 53.*

กฎหมายอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ทำให้สามารถใช้ข้อสันนิษฐานนี้กับการปรับใช้กฎหมายภายในที่ตราขึ้นก่อนจะมีพันธกรณีตามสนธิสัญญาได้⁶²

นอกจากนี้ การปรับใช้ข้อสันนิษฐานโดยสันนิษฐานว่าคุณค่าและหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศได้ก่อตัวเป็นส่วนหนึ่งของบริบทในการตรากฎหมายภายในย่อมสอดคล้องกับหลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรสมัยใหม่ ที่ต้องพิจารณาถ้อยคำของกฎหมายโดยคำนึงถึงบริบท ตามความหมายสามัญและไวยากรณ์ สอดคล้องกับโครงสร้างและวัตถุประสงค์ของกฎหมาย รวมถึงเจตนาของฝ่ายนิติบัญญัติด้วย⁶³

อีกทั้ง ข้อสันนิษฐานข้างต้นสามารถปรับใช้กับกฎหมายภายในไม่ว่าจะเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายลำดับรอง และไม่ว่ากฎหมายดังกล่าวจะระบุว่ากฎหมายนี้ได้อนุวัติการตามสนธิสัญญาหรือไม่ นอกจากนี้ ศาลยังได้ใช้ข้อสันนิษฐานนี้ในการใช้และตีความพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองโดยคำนึงถึงอนุสัญญาสิทธิเด็กซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่แคนาดาเป็นภาคีแต่ไม่มีกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาดังกล่าวด้วย⁶⁴

ศาลยังได้ใช้ข้อสันนิษฐานนี้กับการปรับใช้และตีความบทบัญญัติซึ่งคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามรัฐธรรมนูญอีกด้วย โดยศาลเห็นว่า การทำให้สนธิสัญญามีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายภายในเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่พันธกรณีระหว่างประเทศของแคนาดาสามารถช่วยศาลในการตีความหลักประกันในรัฐธรรมนูญได้ โดยใช้สนธิสัญญาดังกล่าวเป็นเครื่องมือในการตีความเพื่อสนับสนุนการยอมรับว่าการเจรจาต่อรองแบบรวมกลุ่มเป็นส่วนหนึ่งของหลักประกันแห่งเสรีภาพในการรวมกลุ่มตามรัฐธรรมนูญ ศาลจึงใช้สนธิสัญญาซึ่งประเทศเข้าเป็นภาคี ได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม หรือ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง หรือ International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) และอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยเสรีภาพในการรวมกลุ่มและ

⁶² *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada*, 2004 1 SCR 76. (ในคดีนี้ ศาลได้ปรับใช้ข้อสันนิษฐานในการบังคับใช้บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาซึ่งมีผลบังคับใช้ก่อนสนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้).

⁶³ Gib van Ert, *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study* (edited by David Sloss), (New York: Cambridge University Press, 2009), pp. 189-190.

⁶⁴ *Baker v. Canada*, 1999 2 SCR 817.

การคุ้มครองสิทธิในการจัดการ ฉบับที่ 87 หรือ Convention concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organize (Convention (No.87)) เป็นเครื่องมือในการตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ⁶⁵

ทว่าข้อสันนิษฐานนี้มีข้อจำกัดบางประการ คือ ข้อสันนิษฐานย่อมถูกหักล้างได้ หากถ้อยคำของบทบัญญัติของกฎหมายภายในที่พิจารณาขัดหรือแย้งกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาอย่างชัดเจน ศาลย่อมไม่อาจสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะตรากฎหมายดังกล่าวให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้ จึงเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องแก้ไขกฎหมายดังกล่าว⁶⁶

เมื่อทางปฏิบัติของศาลแคนาดาได้ให้ความสำคัญแก่การปรับใช้และตีความกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ดังปรากฏตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายใน จึงมีอาจหลีกเลี่ยงการตีความบทบัญญัติในสนธิสัญญาได้ ดังนั้นศาลจึงต้องปรับใช้หลักเกณฑ์ในการตีความสนธิสัญญาแก่กรณีด้วยหลักเกณฑ์ในการตีความสนธิสัญญาได้ประมวลไว้ในมาตรา 31-33 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 หรือ VCLT) ซึ่งถือเป็นการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องสนธิสัญญาไว้ ทั้งนี้ประเทศแคนาดาเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าวจึงมีพันธกรณีตามอนุสัญญา หลักเกณฑ์ข้างต้นจึงได้รับการยอมรับและปรับใช้โดยศาลแคนาดา⁶⁷

ผู้เขียนเห็นว่า การที่รัฐธรรมนูญของแคนาดาได้ยอมรับให้สนธิสัญญามีผลบังคับใช้โดยตรงในระบบกฎหมายภายใน แต่สนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายภายในต่อเมื่อได้แปลงรูปเป็นกฎหมายภายในแล้วเท่านั้น เช่นเดียวกับที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของไทย มิได้เป็นข้อจำกัดในการปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาของศาลแคนาดา เนื่องจากศาลแคนาดามีนิติวิธีที่ช่วยปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาได้ คือ หลักการใช้และตีความกฎหมายภายในตามหลักข้อสันนิษฐานว่าด้วยความสอดคล้องกันระหว่างกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ

⁶⁵ *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 1987 1 SCR 313.

⁶⁶ *Gib van Ert*, *supra* note 63, pp. 173 and 190; see also *R. v. Hape*, *supra* note 27.

⁶⁷ *Pushpanathan v. Canada (Ministry of Citizenship and Immigration)*, 1998 1 SCR 982.

เมื่อศาลแคนาดาต้องปรับใช้กฎหมายภายใน ไม่ว่าจะเป็นกรณีสิทธิตามรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ ศาลจะใช้และตีความกฎหมายดังกล่าวอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญา โดยสันนิษฐานว่ากฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติสอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญา

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่า หลักการตีความกฎหมายข้างต้นนี้สามารถปรับใช้ได้ค่อนข้างกว้าง เนื่องจากศาลสามารถปรับใช้กับกฎหมายภายในโดยไม่คำนึงว่าเป็นกฎหมายที่อนุวัติการสนธิสัญญาหรือไม่ และปรับใช้ได้กับกฎหมายภายในที่ตราขึ้นก่อนที่รัฐจะมีพันธกรณีตามสนธิสัญญาอีกด้วย อีกทั้ง การที่ศาลแคนาดาใช้ข้อสันนิษฐานข้างต้นโดยปรับใช้กฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับสนธิสัญญาที่แคนาดาเข้าเป็นภาคีและมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตามแม้ไม่มีกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาดังกล่าวด้วย อาจช่วยให้รัฐสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาแม้ไม่มีกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาเนื่องจากความล่าช้าในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติได้ ซึ่งเป็นวิธีที่อาจช่วยแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นกับประเทศไทยด้วย

อย่างไรก็ตาม หลักการตีความกฎหมายตามหลักข้อสันนิษฐานว่าด้วยความสอดคล้องกันระหว่างกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศอาจถูกหักล้างได้หากถ้อยคำของบทบัญญัติของกฎหมายภายในที่พิจารณาขัดหรือแย้งกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาอย่างชัดเจน ศาลย่อมไม่อาจสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะตรากฎหมายดังกล่าวให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้ ในกรณีดังกล่าวเป็นข้อจำกัดที่รัฐไม่อาจปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาได้

5.2 แนวทางที่เหมาะสมกับประเทศไทยในการแก้ไขปัญหากรณีประเทศไทยไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศเนื่องจากกฎหมายภายในไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ

เนื่องด้วยกฎหมายระหว่างประเทศมิได้กำหนดวิธีการในการรับกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาในระบบกฎหมายภายใน แต่กำหนดหน้าที่ที่รัฐจะต้องปรับใช้กฎหมายในระบบกฎหมายภายในโดยไม่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ การที่กฎหมายระหว่างประเทศจะมีผลบังคับใช้ภายในรัฐ รวมถึงการที่ฝ่ายตุลาการจะปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศภายในรัฐอย่างไร จึงเป็นเรื่องทางปฏิบัติของแต่ละรัฐที่สามารถกำหนดวิธีการได้เองแตกต่างกันไปตามระบบกฎหมายของตนเพื่อบังคับใช้กฎหมายในระบบกฎหมายภายในในทางที่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ

จากการพิจารณาเปรียบเทียบทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของต่างประเทศกับประเทศไทยในหัวข้อ 5.1 แล้ว ผู้เขียนพบว่า ทางปฏิบัติในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของบางรัฐ

สอดคล้องกับทฤษฎีเอกนิยม เช่น กรณีการบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดีโดยตรงของประเทศเยอรมนี สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ และแคนาดา หรือทฤษฎีทวินิยม เช่น กรณีการปฏิเสธการปรับใช้สนธิสัญญาและบังคับใช้กฎหมายภายในของประเทศไทย บางรัฐอาจมีได้ยึดถือทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งอย่างเคร่งครัดนัก เช่น กรณีการใช้นิติสนธิสัญญาเป็นเครื่องมือในการใช้และตีความกฎหมายภายในของประเทศไทย เยอรมนี สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ และแคนาดา ทฤษฎีต่างๆ จึงเป็นเพียงแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังและใช้อธิบายทางปฏิบัติของรัฐเท่านั้น การที่ศาลภายในมีทางปฏิบัติที่ไม่เคร่งครัดโดยไม่ยึดถือเพียงทฤษฎีใดๆ ทฤษฎีหนึ่งเนื่องจากประสงคจะบังคับใช้กฎหมายด้วยวิธีการใดๆ ที่ทำให้รัฐสามารถปฏิบัติพันธกรณีระหว่างประเทศได้เป็นสำคัญ ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางที่เหมาะสมกับประเทศไทยในการแก้ไขปัญหากรณีประเทศไทยไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศเนื่องจากกฎหมายภายในไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ คือ ศาลไทยไม่ควรกล่าวอ้างทฤษฎีทวินิยมเพื่อตัดขาดกฎหมายระหว่างประเทศจากระบบกฎหมายภายในของไทย แต่ควรใช้นิติวิธีใดๆ เพื่อปรับใช้กฎหมายในระบบกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ

5.2.1 กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

เมื่อรัฐธรรมนูญของไทยไม่ปรากฏบทบัญญัติที่กล่าวถึงการมีผลบังคับใช้ สถานะหรือลำดับชั้นของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างชัดเจน หากแต่ศาลไทยเคยยอมรับและปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดีโดยตรง แต่เป็นการใช้ดุลยพินิจของศาลรายกรณีซึ่งปราศจากบรรทัดฐานที่แน่นอน อนึ่ง แม้จะปรากฏตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลพยายามใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายในก็มีใช้ทางปฏิบัติของศาลที่สม่ำเสมอ แต่เป็นเพียงตัวอย่างของการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศรายกรณีเท่านั้น

การไม่ปรากฏบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่กล่าวถึงสถานะและการมีผลบังคับใช้ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้โดยตรง ทำให้ศาลอาจมีความกังวลกับปัญหาความชอบธรรมในการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดี อีกทั้งหลักการตามรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดให้อำนาจศาลพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามกฎหมาย นักกฎหมายไทยหลายท่านมีความเห็นว่า กฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญนี้หมายถึงกฎหมายไทยเท่านั้น ดังนั้นศาลไทยจึงผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายไทย นอกจากนี้ ความตระหนักถึงหน้าที่และพันธกรณีของประเทศไทยในการปฏิบัติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ผูกพันประเทศ และความรู้ความเชี่ยวชาญในการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวขึ้นอยู่กับ

ความรู้ความเข้าใจของผู้พิพากษาเฉพาะบุคคล จึงทำให้ศาลไทยมีทางปฏิบัติในการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ไม่แน่นอน ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลในแต่ละกรณี กรณีข้างต้นย่อมทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการอ้างสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนตามกฎหมายดังกล่าวในระบบกฎหมายภายในของไทย และยังอาจทำให้ประเทศไทยมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้

เมื่อพิจารณาทางปฏิบัติของต่างประเทศที่ศึกษาแล้ว พบว่าประเทศเยอรมนี สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ และแคนาดาล้วนยอมรับสถานะของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยผนวกกฎหมายดังกล่าวเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายภายใน ผู้เขียนเห็นว่า การบัญญัติถึงสถานะ ลำดับศักดิ์ และการมีผลบังคับใช้ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายไทย และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อผู้ที่อาศัยอยู่ในราชอาณาจักรไทย ดังเช่นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของประเทศเยอรมนีและสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ย่อมเป็นหลักประกันต่อสิทธิของปัจเจกชนได้ดี เนื่องจากทำให้ศาลมีความชอบธรรมที่จะบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดีโดยตรง ส่งผลให้เกิดความแน่นอนที่ปัจเจกชนจะสามารถอ้างสิทธิตามกฎหมายดังกล่าวต่อศาลภายในเนื่องจากปรากฏบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญอันเป็นที่มาแห่งสิทธิ

ทั้งนี้ วิธีการผนวกกฎหมายดังกล่าวเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายภายในย่อมทำให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีสถานะเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายภายในเช่นเดียวกับกฎหมายอื่นๆ ที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติผู้ซึ่งมีหน้าที่ตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้ภายในประเทศ กรณีข้างต้นอาจขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอันเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญประชาธิปไตย เนื่องจากหลักการดังกล่าวมุ่งประกันดุลยภาพในการใช้อำนาจอธิปไตยให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งใช้อำนาจทั้งหมดแต่เพียงฝ่ายเดียวอย่างไร้ขอบเขตอันเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบและส่งผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงต้องแบ่งแยกหน้าที่ขององค์กรผู้ใช้อำนาจออกจากกันเพื่อคานและดุลอำนาจระหว่างกัน ได้แก่ องค์กรผู้ใช้อำนาจในการตรากฎหมาย (ฝ่ายนิติบัญญัติ) องค์กรผู้ใช้อำนาจในการบังคับการตามกฎหมาย (ฝ่ายบริหาร) และองค์กรผู้ใช้อำนาจในการปรับใช้กฎหมาย (ฝ่ายตุลาการ) ฝ่ายนิติบัญญัติผู้เป็นตัวแทนของประชาชนย่อมมีความชอบธรรมที่จะทำหน้าที่ตรากฎหมายอันเป็นการแสดงถึงเจตจำนงร่วมกันของประชาชน อีกทั้ง เมื่อการตรากฎหมายไม่เพียงแต่เป็นการรับรองสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชน แต่อาจมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าว ดังนั้นการตรากฎหมายซึ่งจะมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนย่อมต้องได้รับความยินยอมจากประชาชน รัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็น

ตัวแทนของประชาชนเป็นองค์กรผู้ทำหน้าที่ดังกล่าว ฝ่ายบริหารผู้ซึ่งมีอำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายจึงต้องไม่ใช่อำนาจตรากฎหมายและบังคับใช้กฎหมายในเวลาเดียวกัน เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจตามความประสงค์ของฝ่ายบริหารแต่เพียงฝ่ายเดียว

เมื่อกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกิดจากทางปฏิบัติโดยทั่วไปของรัฐ ซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย องค์กรภายในของรัฐองค์กรหนึ่งผู้ซึ่งมีอำนาจในการก่อให้เกิดทางปฏิบัติดังกล่าว คือ ฝ่ายบริหารซึ่งทำหน้าที่ดำเนินความสัมพันธ์กับต่างประเทศในระดับระหว่างประเทศ เช่น การดำเนินความสัมพันธ์ทางการทูต การออกแถลงการณ์ การแสดงท่าทีหรือความเห็นในนามของรัฐบาลต่อประเด็นต่างๆ ในทางระหว่างประเทศ เป็นต้น ดังนั้นการดำเนินกิจการกับต่างประเทศตามอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารอาจก่อให้เกิดทางปฏิบัติของรัฐ ซึ่งอาจผูกพันรัฐในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญโดยยอมรับให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายภายในจึงอาจเป็นกรณีที่เปิดช่องโดยปริยายให้ฝ่ายบริหารผู้ซึ่งมีอำนาจในการบังคับการตามกฎหมายใช้อำนาจในการออกกฎหมายเสียเอง ซึ่งแท้จริงแล้วอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ วิธีการในการผนวกกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในจึงอาจขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจได้

แม้วิธีการผนวกกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในอาจขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอันเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญประชาธิปไตย แต่รัฐต่างๆ ซึ่งประสงค์จะปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศโดยการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในล้วนใช้วิธีการผนวกกฎหมายดังกล่าวเข้ามาในระบบกฎหมายภายในโดยตรงซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีเอกนิยม เนื่องจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีลักษณะที่แตกต่างจากบ่อเกิดอื่นๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศ คือ ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เนื้อหาของพันธกรณีจึงขาดความชัดเจนเว้นแต่ศาลระหว่างประเทศจะได้ยืนยันไว้ หรือได้มีการประมวลกฎหมายดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษร จึงเป็นการยากที่จะแปลงรูปพันธกรณีเป็นกฎหมายภายในดังเช่นกรณีของสนธิสัญญา ทางปฏิบัติของรัฐต่างๆ จึงล้วนแต่ใช้วิธีผนวกกฎหมายดังกล่าวเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในโดยตรง

ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยควรผนวกกฎหมายดังกล่าวเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายภายใน โดยบัญญัติถึงสถานะ ลำดับศักดิ์ และการมีผลบังคับใช้ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญ ให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายไทย และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อผู้ที่อาศัยอยู่ในราชอาณาจักรไทย ดังเช่นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของประเทศเยอรมนี และสาธารณรัฐแอฟริกาใต้

เพื่อเป็นหลักประกันต่อสิทธิของปัจเจกชน ทำให้ศาลมีความชอบธรรมที่จะบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดีโดยตรง ส่งผลให้เกิดความแน่นอนที่ปัจเจกชนจะสามารถอ้างสิทธิตามกฎหมายดังกล่าวต่อศาลภายในได้เนื่องจากปรากฏบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญอันเป็นที่มาแห่งสิทธิ และยังเป็น การปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ควรตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 188 วรรคหนึ่ง “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์” ว่า กฎหมายในที่นี้ ควรมีความหมายกว้าง โดยรวมถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เพื่อให้ศาลไทยมีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดีโดยตรงด้วย

ส่วนในประเด็นในเรื่องการกำหนดลำดับศักดิ์ รัฐธรรมนูญของทั้งสามประเทศ ที่ศึกษากำหนดลำดับศักดิ์แตกต่างกัน 2 แนวทาง ดังนี้

แนวทางแรก คือ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีศักดิ์ต่ำกว่า รัฐธรรมนูญ แต่สูงกว่ากฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ดังเช่นกรณีของประเทศเยอรมนี ปรากฏในมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญว่า “กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศประกอบเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสหพันธ์โดยมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายที่ตราโดยสภา และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อผู้ที่อาศัยอยู่ในดินแดนของสหพันธ์”

ผู้เขียนเห็นว่า แม้รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีจะให้คุณค่ากับการปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยยอมรับให้มีการผนวกกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในโดยทันที หากแต่ประเทศเยอรมนีก็ยังคงสงวนไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยและเคารพต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐอันเป็นลักษณะพิเศษของระบบกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือ รัฐธรรมนูญมีลำดับศักดิ์สูงสุดในระบบกฎหมายของประเทศ หากกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์ต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับใช้ ดังนั้นรัฐธรรมนูญเยอรมันจึงกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ อนึ่ง การกำหนดลำดับศักดิ์ข้างต้นเป็นข้อจำกัดต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศประการหนึ่ง คือ ประเทศเยอรมนีอาจไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้จริงในกรณีพิพาทบัญญัติของรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เนื่องจากหากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศย่อมบังคับใช้ไม่ได้

ในเรื่องลำดับศักดิ์ระหว่างกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ประเทศเยอรมนีกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศศักดิ์สูงกว่ารัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นหลักประกันว่าจะปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ ซึ่งนอกจากจะมีผลเป็นการหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศแล้ว ยังมีผลเป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนตามกฎหมายดังกล่าวในระดับภายในประเทศด้วย เนื่องจากหากกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ศาลย่อมต้องบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเหนือกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามหลักการของกฎหมายที่เหนือกว่า อย่างไรก็ตาม หากฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติย่อมไม่อาจบังคับใช้เหนือกว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ จึงอาจเป็นการลดทอนการให้ความสำคัญต่อกฎหมายซึ่งตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติอันมีความชอบธรรมในฐานะที่เป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชน

แนวทางที่สอง คือ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ดังเช่นกรณีรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ มาตรา 232 กำหนดว่า “กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นกฎหมายของสาธารณรัฐเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา” และกรณีของประเทศแคนาดา ซึ่งศาลฎีกาได้อธิบายหลักการทางรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรว่า “กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะกฎหมายของนานาประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแคนาดาโดยการผนวกกฎเกณฑ์ดังกล่าวเข้ามาในกฎหมายคอมมอนลอว์ของแคนาดาโดยตรง เว้นแต่จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายของสหพันธรัฐ และกฎหมายของมณฑล”

ผู้เขียนเห็นว่า การที่ทั้งสองประเทศกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ เนื่องจากยังคงเคารพต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งกำหนดให้กฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญย่อมบังคับใช้ไม่ได้ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจึงถูกกำหนดให้มีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ อย่างไรก็ตาม การกำหนดลำดับศักดิ์ข้างต้นเป็นข้อจำกัดต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ คือ ประเทศไม่อาจปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้จริงในกรณีที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เนื่องจากหากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ย่อมไม่อาจบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ

ส่วนการกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ากฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากประเทศให้ความสำคัญกับกฎหมายซึ่งตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติอันมีความชอบธรรมในฐานะที่เป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชน จึงกำหนดให้กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม การกำหนดลำดับศักดิ์ข้างต้นส่งผลให้ประเทศไม่อาจปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้ในกรณีที่กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เนื่องจากต้องบังคับใช้กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติเหนือกว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

เมื่อพิจารณาการกำหนดลำดับศักดิ์ทั้งสองแนวทางซึ่งมีข้อดีและข้อเสียแตกต่างกันข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า กรณีของประเทศไทยควรกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ ดังเช่นรัฐธรรมนูญของทั้งสามประเทศ เนื่องจากเป็นการเคารพต่อหลักความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวได้รับการยืนยันอย่างชัดเจนไว้ในมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

ในส่วนของการพิจารณากำหนดลำดับศักดิ์ระหว่างกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยไม่ควรกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีศักดิ์ต่ำกว่าพระราชบัญญัติดังเช่นกรณีของสาธารณรัฐแอฟริกใต้ และแคนาดา เนื่องจากหากฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ศาลก็ต้องบังคับใช้พระราชบัญญัติที่ขัดแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า กรณีข้างต้นย่อมทำให้รัฐไม่อาจปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ ส่งผลให้ฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศไทยอาจต้องดำเนินการแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวในภายหลัง มิฉะนั้นการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศอาจเป็นการกระทำของรัฐที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบของประเทศไทยในทางระหว่างประเทศได้⁶⁸

⁶⁸ โปรดดูบทที่ 2 หัวข้อ 2.4.2.2.

อีกทั้ง ผู้เขียนเห็นว่า แม้การกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ มีศักดิ์เทียบเท่าพระราชบัญญัติจะเป็นการเคารพต่อกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นองค์กรผู้มีหน้าที่ในการใช้อำนาจนิติบัญญัติของประชาชนโดยประมุขของรัฐ และมีความชอบธรรมในการตรากฎหมายเนื่องจากเป็นตัวแทนของประชาชนในการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชน อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีที่มีพระราชบัญญัติรับรองกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าวไว้แต่ไม่สอดคล้องกัน ศาลย่อมต้องปรับใช้พระราชบัญญัติที่ขัดหรือแย้งนั้น ตามหลักกฎหมายที่ออกมาภายหลังยกเลิกกฎหมายที่ออกมาก่อน ประเทศไทยจึงไม่อาจปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้อย่างแท้จริง แม้ศาลอาจเลือกปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะกฎหมายเฉพาะซึ่งยกเว้นพระราชบัญญัติที่ขัดหรือแย้งดังกล่าวซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปได้ แต่กรณีข้างต้นขึ้นอยู่กับความรู้ความเข้าใจในการใช้กฎหมายของศาลเฉพาะบุคคล ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยไม่ควรกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีศักดิ์เทียบเท่าพระราชบัญญัติ

ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยควรกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีศักดิ์สูงกว่าพระราชบัญญัติ แม้การกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีศักดิ์สูงกว่าพระราชบัญญัติอาจเป็นการลดทอนความสำคัญของกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นองค์กรผู้มีหน้าที่ในการใช้อำนาจนิติบัญญัติของประชาชนโดยประมุขของรัฐ และมีความชอบธรรมในการตรากฎหมายเนื่องจากเป็นตัวแทนของประชาชนในการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชน แต่การกำหนดลำดับศักดิ์ดังกล่าวย่อมทำให้ประเทศสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้อย่างแท้จริง เนื่องจากศาลต้องบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเหนือกว่าพระราชบัญญัติซึ่งตราขึ้นโดยขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งมีศักดิ์ต่ำกว่า นอกจากจะเป็นการหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศแล้ว ยังมีผลเป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนตามกฎหมายดังกล่าวในระดับภายในประเทศด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทที่ประเทศไทยอยู่ภายใต้การปกครองที่เกิดจากการรัฐประหารซึ่งไม่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตย ฝ่ายนิติบัญญัติในสถานการณ์ดังกล่าวซึ่งมิได้มีความชอบธรรมในฐานะตัวแทนประชาชนอย่างแท้จริงอาจตรากฎหมายที่อาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนภายในประเทศ และขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หากกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีศักดิ์สูงกว่าพระราชบัญญัติย่อมส่งผลให้ศาลต้องบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเหนือกว่าพระราชบัญญัติซึ่งมีศักดิ์ต่ำกว่า กรณีข้างต้นจะทำให้สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนในสถานการณ์ดังกล่าวได้รับความคุ้มครองสอดคล้องกับมาตรฐานในทางระหว่างประเทศ

อาจกล่าวโดยสรุป คือ ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยควรผนวกกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายภายใน โดยบัญญัติถึงสถานะลำดับศักดิ์ และการมีผลบังคับใช้ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ ให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายไทย และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อผู้ที่อาศัยอยู่ในราชอาณาจักรไทย ดังเช่นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของประเทศไทย และสาธารณรัฐแอฟริกาใต้

ส่วนในเรื่องการกำหนดลำดับศักดิ์ ผู้เขียนเห็นว่า กรณีของประเทศไทย ควรกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ ดังเช่นรัฐธรรมนูญของทั้งสามประเทศ เนื่องจากการเคารพต่อหลักความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวได้รับการยืนยันอย่างชัดเจนไว้ในมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และเพื่อให้ประเทศไทยสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้อย่างแท้จริง อันเป็นการหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบของประเทศไทยในทางระหว่างประเทศ และยังทำให้สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนได้รับความคุ้มครองตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในระดับภายในประเทศด้วย ประเทศไทยจึงควรกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีศักดิ์สูงกว่าพระราชบัญญัติ

อนึ่ง ในการพิจารณานิติวิธีในการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของศาลไทย มีความเห็นในทางวิชาการว่าศาลไทยอาจปรับใช้กฎหมายดังกล่าวในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปตามมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁶⁹ กล่าวคือ เมื่อพิจารณาลำดับการใช้กฎหมายตามนิติวิธีในการใช้กฎหมายในระบบกฎหมายของไทย ปรากฏตามมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁷⁰ ซึ่งกำหนดให้ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นลำดับแรก

⁶⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 999/2496 อ้างใน จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 87.

⁷⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4

“กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อใดไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

เมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงจะอุดช่องว่างโดยการใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น การเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง และการใช้หลักกฎหมายทั่วไป

ทั้งนี้ มีความเห็นในทางวิชาการซึ่งแตกต่างกันว่า การใช้กฎหมายจารีตประเพณี ระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศจะอยู่ในความหมายของการใช้หลักกฎหมายทั่วไป ตามนิทวิธีข้างต้นหรือไม่

ความเห็นฝ่ายแรก เห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไปตามบทบัญญัติข้างต้น หมายถึง หลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายไทยเท่านั้น⁷¹

และความเห็นฝ่ายที่สอง เห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไป หมายถึง หลักกฎหมายที่ยอมรับนับถือกันทั่วไป มิได้หมายถึงเฉพาะหลักกฎหมายภายในของไทยหรือของประเทศใดประเทศหนึ่ง เนื่องด้วยตัวบทภาษาอังกฤษที่ใช้ในขณะยกร่างมาตราดังกล่าว ใช้คำว่า “general principles of law” ซึ่งแท้จริงแล้วควรแปลว่า “หลักทั่วไปของกฎหมาย” ซึ่งควรมีความหมายกว้างกว่า คำว่า “general legal principles” ที่แปลว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” แต่การแปลถ้อยคำจากการยกร่างภาษาอังกฤษเป็นภาษาไทยที่ผิดพลาด จึงทำให้แปลคำว่า “general principles of law” เป็น “หลักกฎหมายทั่วไป”⁷² จึงอาจตีความได้ว่าหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งในกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ย่อมอยู่ในความหมายของ “หลักกฎหมายทั่วไป” ตามบทบัญญัติข้างต้นได้

อนึ่ง หากหลักกฎหมายทั่วไป รวมถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย กรณีที่ไม่มีพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รับรองกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้ จึงอาจอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีพระราชบัญญัติรับรองกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าวไว้แต่ไม่สอดคล้องกัน ศาลย่อมต้องปรับใช้พระราชบัญญัติที่

; อนึ่ง แม้บทบัญญัติดังกล่าวจะเป็นนิทวิธีในการใช้กฎหมายเอกชนของไทย แต่นิทวิธีข้างต้นยังได้วางหลักเกณฑ์เบื้องต้นในการใช้กฎหมายในสาขาอื่นๆ รวมทั้งกฎหมายมหาชนด้วย กล่าวคือ เมื่อไม่ปรากฏกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงเกิดช่องว่างแห่งกฎหมาย ศาลจะต้องใช้วิธีการต่างๆ ในการอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรดังกล่าว.

⁷¹ สมปอง สุจริตกุล, “ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ,” บทบัญญัติ, ปีที่ 20 ตอน 1, น. 76-77 (มกราคม 2505).

⁷² ไพจิตร ปุณณพันธ์, “หลักกฎหมายทั่วไป และหลักกฎหมายทั่วไป(ฉบับเพิ่มเติม), ดุลพาน, ปีที่ 44, เล่ม 3, น. 170-177 (กรกฎาคม-กันยายน 2540).

ขัดหรือแย้งนั้นตามหลักกฎหมายที่ออกมาภายหลังยกเลิกกฎหมายที่ออกมาก่อน ประเทศไทยจึงไม่อาจปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้อย่างแท้จริง แม้ศาลอาจเลือกปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะกฎหมายเฉพาะซึ่งยกเว้นพระราชบัญญัติที่ขัดหรือแย้งดังกล่าวซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปได้ แต่กรณีข้างต้นอาจก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในการปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เนื่องจากต้องอาศัยความรู้ความเข้าใจในการใช้กฎหมายของศาลเฉพาะบุคคล ผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วยกับการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยใช้นิติวิธีดังกล่าว ทว่าศาลไทยอาจปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้โดยตรงโดยไม่ต้องอาศัยนิติวิธีตามมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มารองรับโดยอ้อมเนื่องจากรัฐธรรมนูญได้ผนวกให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีสถานะในระบบกฎหมายภายในของไทยแล้ว นอกจากนี้ เมื่อได้กำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีศักดิ์สูงกว่าพระราชบัญญัติแล้ว ในกรณีที่ปรากฏพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่หากขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ศาลย่อมบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเหนือกว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ตามหลักการของลำดับศักดิ์แห่งกฎหมาย จึงทำให้ประเทศสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้อย่างแท้จริง แตกต่างจากกรณีการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งเป็นบทสำรองของการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร

ทั้งนี้ การกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ อาจทำให้ประเทศไทยไม่อาจปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้ในกรณีที่รัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เนื่องจากศาลอาจต้องบังคับใช้กฎหมายภายในที่ขัดหรือแย้งกับพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวตามที่ได้อธิบายไปข้างต้น ในกรณีนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ศาลไทยอาจใช้นิติวิธีในการใช้และตีความกฎหมายภายในในทางที่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับทางปฏิบัติของศาลของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้และแคนาดา ที่ศาลนำพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือในการใช้และตีความกฎหมายภายใน ไม่ว่ากรณีของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติในทางที่สอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เมื่อกฎหมายภายในมีความคลุมเครือ ศาลจะต้องสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติมิได้เจตนารากกฎหมายภายในขัดแย้งกับพันธกรณีระหว่างประเทศ จึงต้องใช้และตีความกฎหมายดังกล่าวในทางที่สอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ทั้งนี้ หลักการใช้และตีความกฎหมายข้างต้นมีข้อจำกัดประการหนึ่ง คือ หากปรากฏว่าถ้อยคำของกฎหมายภายในขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

อย่างชัดเจน ศาลไม่อาจปรับใช้ข้อสันนิษฐานดังกล่าวได้เนื่องจากขัดต่อความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างชัดเจน จึงเป็นกรณีที่ศาลไม่อาจตีความกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศได้ ศาลจึงต้องปรับใช้กฎหมายภายในซึ่งขัดแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอันมีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเท่านั้น

5.2.2 สนธิสัญญา

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน มาตรา 178 วรรคสองอาจตีความได้ว่า สนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายภายในของไทยต่อเมื่อมีกฎหมายภายในรองรับซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีทวินิยม สนธิสัญญาไม่มีผลบังคับใช้โดยตรงในระบบกฎหมายภายในดังเช่นประเทศที่ยึดถือทฤษฎีเอกนิยม นอกจากนี้ เมื่อมีการตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา 188 วรรคหนึ่งว่า ศาลต้องผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายภายในในการวินิจฉัยคดี ศาลไทยจึงมีทางปฏิบัติที่เคร่งครัดในการบังคับใช้กฎหมายภายในและปฏิเสธการปรับใช้สนธิสัญญา ไม่ว่ากรณีการบังคับใช้สนธิสัญญาแก้คดีโดยตรง หรือกรณีการปรับใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายใน กรณีที่เกิดการขัดกันระหว่างพันธกรณีตามสนธิสัญญากับกฎหมายภายใน ไม่ว่าจะกฎหมายภายในจะออกมาก่อนหรือหลังสนธิสัญญา ศาลจะปรับใช้กฎหมายภายในเสมอ ทั้งนี้ หากกฎหมายภายในที่บังคับการตามสนธิสัญญาขัดแย้งกับกฎหมายภายในฉบับอื่นที่ตราขึ้นภายหลัง ศาลย่อมปรับใช้กฎหมายภายในที่ตราขึ้นภายหลังตามหลักกฎหมายฉบับหลังย่อมยกเลิกกฎหมายฉบับก่อน เว้นแต่กฎหมายที่รองรับหรืออนุวัติการตามสนธิสัญญามีสถานะเป็นกฎหมายพิเศษย่อมต้องบังคับใช้ก่อนกฎหมายที่ตราขึ้นภายหลังซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายทั่วไป

ผู้เขียนเห็นว่า ทางปฏิบัติของศาลที่ยึดถือทฤษฎีทวินิยมอย่างเคร่งครัดนี้อาจทำให้ประเทศไทยละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญาได้ และยังทำให้ปัจเจกชนอาจไม่ได้รับความคุ้มครองตามสิทธิที่ได้รับรองในสนธิสัญญาในระดับภายในประเทศ ผู้เขียนพบว่า แม้จะปรากฏตัวอย่างคำพิพากษาในหัวข้อ 3.3.2 ที่ศาลพยายามนำสนธิสัญญามาใช้เป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายในทั้งกรณีของกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาและกฎหมายที่มีได้อนุวัติการสนธิสัญญา แต่ก็เป็นการใช้ดุลยพินิจของศาลรายกรณีเท่านั้นเนื่องจากการปรับใช้สนธิสัญญาขึ้นอยู่กับความรู้และความเชี่ยวชาญของผู้พิพากษาเฉพาะบุคคล

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบทางปฏิบัติของต่างประเทศกับประเทศไทยแล้วพบว่า รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ และแคนาดาล้วนแต่ยอมรับการมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาเมื่อแปลงรูปเป็นกฎหมายภายในแล้วเช่นเดียวกับประเทศไทย หากแต่ศาลของทั้งสามประเทศมิได้มีทัศนคติในการบังคับใช้กฎหมายภายในโดยตัดขาด

จากสนธิสัญญา ศาลของทั้งสามประเทศเลือกใช้นิติวิธีโดยปรับใช้และตีความกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงพันธกรณีตามสนธิสัญญาด้วย กล่าวคือ

ในกรณีที่กฎหมายภายในมีความคลุมเครือ ศาลจะสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติผู้ตรากฎหมายดังกล่าวมิได้ประสงค์ที่จะตรากฎหมายเพื่อละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ดังนั้นศาลจึงต้องใช้และตีความกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ

หลักการใช้และตีความกฎหมายภายในในทางที่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศข้างต้น สามารถปรับใช้กับกฎหมายภายในได้ค่อนข้างกว้าง โดยปรับใช้ได้กับกฎหมายภายในไม่ว่าจะตราขึ้นก่อนหรือหลังจากที่รัฐมีพันธกรณีตามสนธิสัญญา นอกจากนี้ ศาลของทั้งสามประเทศใช้หลักการดังกล่าวทั้งกรณีการตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ และกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวได้ระบุโดยเฉพาะเจาะจงว่าได้ตราขึ้นเพื่อบังคับการตามสนธิสัญญาหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า การที่ศาลนำสนธิสัญญาซึ่งประเทศได้เข้าเป็นภาคีจึงมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามแต่ยังไม่มีมีการตรากฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญามาใช้ประกอบการตีความกฎหมายภายในซึ่งมิได้อนุวัติการสนธิสัญญาดังเช่นตัวอย่างทางปฏิบัติของศาลแคนาดา อาจช่วยให้ประเทศไทยปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาได้ เพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบของรัฐในกรณีไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาได้เนื่องมาจากความล่าช้าของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายอนุวัติการดังเช่นปัญหาที่เกิดขึ้นกับประเทศไทย

ทั้งนี้ เมื่อศาลต้องใช้และตีความกฎหมายภายในโดยคำนึงถึงพันธกรณีตามสนธิสัญญา ศาลจึงต้องตีความสนธิสัญญาโดยนำหลักเกณฑ์ในการตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มาปรับใช้ในการตีความสนธิสัญญาด้วย อีกทั้ง ศาลสามารถพิจารณาแนวทางการตีความสนธิสัญญาโดยนำคำตัดสินขององค์คณะในทางระหว่างประเทศ คำแนะนำขององค์กรผู้มีหน้าที่ตีความสนธิสัญญา เช่น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (Human Rights Committee) ซึ่งมีหน้าที่ตีความกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง หรือ ICCPR เป็นต้น เป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายในด้วย

ทว่าหลักการใช้และตีความกฎหมายดังกล่าวมีข้อจำกัดประการหนึ่ง คือ หากถ้อยคำของกฎหมายภายในขัดหรือแย้งกับพันธกรณีระหว่างประเทศอย่างชัดเจน ศาลไม่าจะสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติเจตนารตรากฎหมายอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศได้ ศาลจึงไม่อาจตีความกฎหมายภายในในทางที่สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาได้เนื่องจากขัดต่อความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างชัดเจน

ผู้เขียนเห็นว่า นิติวิธีข้างต้นย่อมช่วยให้รัฐสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาได้ อันเป็นการหลีกเลี่ยงมิให้ประเทศมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ กรณีที่ไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาเนื่องจากกฎหมายภายในไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ไม่มีความหมายรองรับหรืออนุวัติการสนธิสัญญา หรือกฎหมายที่รองรับหรืออนุวัติการอาจขัดแย้งกับพันธกรณี และยังทำให้สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนตามสนธิสัญญาได้รับความคุ้มครองในระดับภายในประเทศอย่างแท้จริงด้วย ศาลไทยจึงควรใช้นิติวิธีดังกล่าวในการใช้และตีความกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาของประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นกรณีการใช้และตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติ โดยไม่ต้องคำนึงว่ากฎหมายภายในข้างต้นได้อนุวัติการตามสนธิสัญญาหรือไม่

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การนำหลักการใช้และตีความกฎหมายภายในในทางที่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศข้างต้นมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนดังเช่นรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ มาตรา 233 ซึ่งกำหนดว่า “ในกรณีที่ต่อตีความกฎหมายใดๆ ศาลทุกศาลจะต้องเลือกใช้การตีความกฎหมายที่เหมาะสมซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ แทนการตีความอื่นใดซึ่งขัดหรือแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ” ย่อมส่งผลดีเนื่องจากเป็นกรณีที่ปรากฏบทบัญญัติที่กำหนดให้ศาลต้องผูกพันตนในการใช้นิติวิธีดังกล่าวตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ทั่วควรจำกัดให้ศาลผูกพันตนเฉพาะกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม มิได้รวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศที่มีได้ผูกพันประเทศ ดังเช่นกรณีของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ข้างต้นซึ่งกำหนดให้ศาลของสาธารณรัฐต้องตีความกฎหมายในทางที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศทั้งที่เป็นพันธกรณีที่ผูกพันสาธารณรัฐและมีใช้พันธกรณีที่ผูกพันรัฐด้วย

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

กฎหมายระหว่างประเทศ (international law) เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐในสังคมระหว่างประเทศ เกิดจากความยินยอมร่วมกันของรัฐต่างๆ โดยแต่ละรัฐต่างจำกัดอำนาจอธิปไตยของตนเข้าผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ดังกล่าว ในกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รัฐได้ให้ความยินยอมผ่านทางปฏิบัติ (state practice) ซึ่งได้กระทำด้วยสำนึกว่ามีพันธกรณีของกฎหมาย (*opinio juris*) ส่วนในกรณีของสนธิสัญญา รัฐยินยอมโดยการเข้าผูกพันตนในสนธิสัญญาระหว่างรัฐภาคี รัฐภาคีจึงต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาตามหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตาม (*pacta sunt servanda*) กล่าวคือ ในมุมมองของกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อรัฐได้ผูกพันตนตามพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐจึงต้องปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว ในกรณีที่เกิดการขัดกันระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน กฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีลำดับศักดิ์เหนือกว่ากฎหมายภายใน รัฐมีหน้าที่โดยทั่วไปในการปรับใช้กฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศ กรณีของสนธิสัญญา ข้อบทที่ 27 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้ห้ามมิให้รัฐอ้างบทบัญญัติของกฎหมายภายในเพื่อเป็นข้อยกเว้นไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญา

นอกจากนี้ ข้อบทที่ 13 ของร่างปฏิญญาว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้กำหนดให้ ทุกรัฐมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามพันธกรณีของตนที่เกิดจากสนธิสัญญาและบ่อเกิดอื่นๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศโดยสุจริต และไม่อาจอ้างบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญของตนหรือกฎหมายของตนเป็นข้อยกเว้นในการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าวได้ รัฐจึงไม่อาจอ้างการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศเนื่องมาจากกฎหมายรัฐธรรมนูญของตน การกระทำ หรือการงดเว้นการกระทำขององค์กรภายใน ไม่ว่าจะโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการ หรือองค์กรใดๆ ของรัฐในฐานะข้อยกเว้นความรับผิดชอบของรัฐได้ มิฉะนั้นย่อมนำมาสู่ความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม กฎหมายระหว่างประเทศมิได้กำหนดวิธีการในการทำให้มีผลบังคับใช้และการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศภายในรัฐไว้โดยเฉพาะ เนื่องด้วยเดิมกฎหมายระหว่างประเทศมีลักษณะที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ปรากฏในรูปของจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไป จึงเกิดความไม่แน่นอนในการปรับใช้เนื้อหาของกฎเกณฑ์ดังกล่าว

อีกทั้ง การกำหนดวิธีการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศแก่รัฐ ย่อมเป็นการจำกัดอำนาจอธิปไตยของรัฐ ดังนั้นกฎหมายระหว่างประเทศจึงยอมรับให้เป็นเรื่องทางปฏิบัติของแต่ละรัฐในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของตน

หากพิจารณาทางปฏิบัติของประเทศไทยพบว่า วิธีการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาปรับใช้ในระบบกฎหมายภายในของไทยแตกต่างกันไปตามบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รัฐธรรมนูญของไทยมิได้รับรองสถานะของกฎหมายดังกล่าวไว้โดยตรงจึงไม่มีวิธีการปรับใช้โดยเฉพาะ และขึ้นอยู่กับดุลพินิจขององค์กรภายในรัฐ ศาลไทยมักใช้ดุลพินิจในการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นรายกรณี โดยปราศจากบรรทัดฐานที่แน่นอน เนื่องจากโดยหลักศาลไทยผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายภายในเท่านั้น ส่วนในกรณีของสนธิสัญญา รัฐธรรมนูญของไทยปรากฏบทบัญญัติซึ่งให้อำนาจฝ่ายบริหารในการทำสนธิสัญญา แต่สนธิสัญญาจะยังไม่มีผลใช้บังคับโดยตรงในระบบกฎหมายภายใน หากแต่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องตรากฎหมายภายในอนุวัติการสนธิสัญญาขึ้นใหม่หรือแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่ให้ครอบคลุมพันธกรณีดังกล่าว โดยหลักศาลจะปรับใช้กฎหมายภายในแก่คดีเท่านั้นและปฏิเสธการปรับใช้บทบัญญัติของสนธิสัญญา ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ ส.660/2559 ที่ศาลเห็นว่า อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ แห่งสหประชาชาติไม่มีผลบังคับโดยตรงต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือประชาชนภายในประเทศ หากแต่รัฐจะต้องออกกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศเสียก่อน เป็นต้น

ดังนั้นหากไม่มีกฎหมายภายในรองรับพันธกรณีตามสนธิสัญญา ศาลย่อมไม่ปรับใช้สนธิสัญญาแก่คดี กรณีที่เกิดการขัดกันระหว่างพันธกรณีตามสนธิสัญญากับกฎหมายภายใน ไม่ว่าจะกฎหมายภายในจะออกมาก่อนหรือหลังสนธิสัญญา ศาลจะปรับใช้กฎหมายภายในเสมอ แม้จะมีตัวอย่างคำวินิจฉัยและคำพิพากษาของศาลซึ่งคำนึงถึงพันธกรณีระหว่างประเทศอยู่บ้าง แต่ก็ยังเป็นเพียงรายกรณีเท่านั้น ทางปฏิบัติของศาลไทยในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในตามทฤษฎีวินัยอย่างเคร่งครัดโดยตัดขาดกฎหมายระหว่างประเทศจากระบบกฎหมายภายในนี้ อาจมีผลเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งนำมาสู่ความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ และส่งผลกระทบต่อมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนภายในประเทศอีกด้วย

หลังจากที่ผู้เขียนพิจารณาเปรียบเทียบทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของต่างประเทศกับประเทศไทยแล้ว ผู้เขียนพบว่าทางปฏิบัติของบางรัฐสอดคล้องกับทฤษฎีเอกนิยม เช่น กรณีการบังคับใช้กฎหมาย

จารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดีโดยตรงของประเทศเยอรมนี สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ และแคนาดา หรือทฤษฎีทวินิยม เช่น กรณีการปฏิเสธการปรับใช้สนธิสัญญาและบังคับใช้กฎหมายภายในของประเทศไทย บางรัฐอาจมิได้ยึดถือทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งอย่างเคร่งครัดนัก เช่น กรณีการปรับใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือในการใช้และตีความกฎหมายภายในของประเทศไทย สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ และแคนาดา ทฤษฎีต่างๆ จึงเป็นเพียงแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังและใช้อธิบายทางปฏิบัติของรัฐเท่านั้น การที่ศาลภายในมีทางปฏิบัติที่ไม่เคร่งครัดโดยไม่ยึดถือเพียงทฤษฎีใดๆ ทฤษฎีหนึ่งเนื่องจากประสงค์จะปรับใช้กฎหมายด้วยวิธีการใดๆ ที่ทำให้รัฐสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้เป็นสำคัญ ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางที่เหมาะสมกับประเทศไทยในการแก้ไขปัญหากรณีประเทศไทยไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศเนื่องจากกฎหมายภายในไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ คือ ศาลไทยไม่ควรกล่าวอ้างทฤษฎีทวินิยมเพื่อตัดขาดกฎหมายระหว่างประเทศจากระบบกฎหมายภายในของไทย แต่ควรใช้วิธีใดๆ เพื่อปรับใช้กฎหมายในระบบกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากสภาพปัญหาข้างต้น ผู้เขียนได้ศึกษาเปรียบเทียบและวิเคราะห์ทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของต่างประเทศกับประเทศไทย จึงขอเสนอแนะเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว 4 ประการ ดังต่อไปนี้

6.2.1 การตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้ศาลมีอำนาจบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ผู้เขียนเห็นว่า ควรตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 188 วรรคหนึ่ง “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์” ว่า กฎหมายในที่นี้ มิได้หมายถึง กฎหมายภายในเท่านั้น คำว่า “กฎหมาย” ควรมีความหมายกว้าง โดยรวมถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ทำให้ศาลไทยมีความชอบธรรมในการบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดีโดยตรงด้วย

6.2.2 การบัญญัติถึง สถานะ ลำดับศักดิ์ และการมีผลบังคับใช้ของ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญ ให้กฎหมายจารีตประเพณี ระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายไทย

ผู้เขียนเห็นว่า การบัญญัติถึงสถานะ ลำดับศักดิ์ และการมีผลบังคับใช้ของ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญให้กฎหมายจารีตประเพณี ระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายไทย และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อผู้ที่อาศัย อยู่ในราชอาณาจักรไทย ดังเช่นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของประเทศเยอรมนี และสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ย่อมเป็นหลักประกันต่อสิทธิของปัจเจกชนได้ดี เนื่องจากทำให้ศาล มีความชอบธรรมที่จะบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดีโดยตรง ส่งผลให้เกิดความแน่นอนที่ปัจเจกชนจะสามารถอ้างสิทธิตามกฎหมายดังกล่าวต่อศาลภายในได้ เนื่องจากปรากฏบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญอันเป็นที่มาแห่งสิทธิ

แม้วิธีการผนวกกฎหมายดังกล่าวอาจขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ เนื่องจากฝ่ายบริหารผู้มีอำนาจในการดำเนินกิจการกับต่างประเทศอาจก่อให้เกิดทางปฏิบัติของรัฐซึ่ง อาจผูกพันประเทศในฐานะของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จึงอาจเป็นการเปิดช่อง โดยปริยายให้ฝ่ายบริหารผู้มีอำนาจในการบังคับการตามกฎหมายใช้อำนาจในการออกกฎหมาย เสียเอง ซึ่งแท้จริงแล้วอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่เนื่องด้วยลักษณะของ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เนื้อหาของพันธกรณีจึง ขาดความชัดเจน จึงยากที่จะแปลงรูปพันธกรณีเป็นกฎหมายภายในดังเช่นกรณีของสนธิสัญญา ทางปฏิบัติของรัฐต่างๆ จึงล้วนแต่ใช้วิธีผนวกกฎหมายดังกล่าวเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของ กฎหมายภายในโดยตรง

ในเรื่องการกำหนดลำดับศักดิ์ ผู้เขียนเห็นว่า รัฐธรรมนูญของไทยเคารพต่อ หลักความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ปรากฏตามมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือ ข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับ มิได้” จึงควรกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ

ส่วนการกำหนดลำดับศักดิ์ระหว่างกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและ กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยไม่ควรกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณี ระหว่างประเทศมีศักดิ์ต่ำกว่าพระราชบัญญัติ ดังเช่นกรณีของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้และแคนาดา เนื่องจากหากฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ศาลต้องบังคับใช้พระราชบัญญัติที่ขัดแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะ

กฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า กรณีข้างต้นย่อมทำให้รัฐไม่อาจปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ ส่งผลให้ฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศไทยอาจต้องดำเนินการแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวในภายหลัง มิฉะนั้นการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศอาจเป็นการกระทำของรัฐที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบของประเทศไทยในทางระหว่างประเทศได้

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีศักดิ์เทียบเท่าพระราชบัญญัติ เนื่องจากแม้จะเป็นการเคารพต่อกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นองค์กรผู้มีหน้าที่ในการใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนโดยประมุขของรัฐ และมีความชอบธรรมในการตรากฎหมายเนื่องจากเป็นตัวแทนของประชาชนในการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชน แต่ในกรณีที่มีพระราชบัญญัติรับรองกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าวไว้แต่ไม่สอดคล้องกัน ศาลย่อมต้องปรับใช้พระราชบัญญัติที่ขัดหรือแย้งนั้นตามหลักกฎหมายที่ออกมาภายหลังยกเลิกกฎหมายที่ออกมาก่อน ประเทศไทยจึงไม่อาจปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ แม้ศาลอาจเลือกปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะกฎหมายเฉพาะซึ่งยกเว้นพระราชบัญญัติที่ขัดหรือแย้งดังกล่าวซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปได้ แต่การปรับใช้กฎหมายข้างต้นขึ้นอยู่กับความรู้ความเข้าใจในการใช้กฎหมายของศาลเฉพาะบุคคลเท่านั้น

ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะว่า ประเทศไทยควรกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีศักดิ์สูงกว่าพระราชบัญญัติ แม้การกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีศักดิ์สูงกว่าพระราชบัญญัติอาจลดทอนความสำคัญของกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นองค์กรผู้มีหน้าที่ในการใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนโดยประมุขของรัฐ และมีความชอบธรรมในการตรากฎหมายเนื่องจากเป็นตัวแทนของประชาชนในการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชน แต่การกำหนดลำดับศักดิ์ดังกล่าวย่อมทำให้ประเทศไทยสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้อย่างแท้จริง เนื่องจากศาลต้องบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเหนือกว่าพระราชบัญญัติซึ่งตราขึ้นโดยขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งมีศักดิ์ต่ำกว่า นอกจากจะเป็นการหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบของประเทศไทยในทางระหว่างประเทศแล้ว ยังมีผลเป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนตามกฎหมายดังกล่าวในระดับภายในประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทที่ประเทศไทยอยู่ภายใต้การปกครองที่เกิดจากการรัฐประหารซึ่งไม่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตย ฝ่ายนิติบัญญัติในสถานการณ์ดังกล่าวซึ่งมิได้มีความชอบธรรมในฐานะตัวแทนประชาชนอย่างแท้จริงอาจตรากฎหมายที่อาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนภายในประเทศและขัดหรือแย้งต่อพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณี

ระหว่างประเทศ หากกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีศักดิ์สูงกว่าพระราชบัญญัติย่อมส่งผลให้ศาลต้องบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวเหนือกว่าพระราชบัญญัติซึ่งมีศักดิ์ต่ำกว่า สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนในสถานการณ์ดังกล่าวย่อมได้รับความคุ้มครองสอดคล้องกับมาตรฐานในทางระหว่างประเทศ

6.2.3 การเสนอให้ศาลใช้นิติวิธีโดยใช้และตีความกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ

ผู้เขียนเห็นว่า ศาลไทยไม่ควรกล่าวอ้างทฤษฎีวินัยเพื่อปรับใช้กฎหมายในระบบกฎหมายภายในโดยตัดขาดจากกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลจึงควรใช้และตีความกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศของประเทศไทย ไม่ว่ากรณีของพันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือพันธกรณีตามสนธิสัญญา เพื่อช่วยให้รัฐสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้ อันเป็นการหลีกเลี่ยงมิให้ประเทศเกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศกรณีไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศเนื่องจากกฎหมายภายในไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายรองรับหรืออนุวัติการ หรือกฎหมายที่รองรับหรืออนุวัติการอาจขัดแย้งกับพันธกรณี และยังทำให้สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้รับความคุ้มครองในระดับภายในประเทศอย่างแท้จริงด้วย ดังเช่นทางปฏิบัติของศาลของทั้งสามประเทศ

นิติวิธีในการใช้และตีความกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ มีหลักว่า ในกรณีที่กฎหมายภายในมีความคลุมเครือ ศาลจะสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติผู้ตรากฎหมายดังกล่าวมิได้ประสงค์ที่จะตรากฎหมายเพื่อละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ดังนั้นศาลจึงต้องใช้และตีความกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงพันธกรณีตามสนธิสัญญาและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย ทว่าหลักการใช้และตีความกฎหมายดังกล่าวมีข้อจำกัดประการหนึ่ง คือ หากถ้อยคำของกฎหมายภายในขัดหรือแย้งกับพันธกรณีระหว่างประเทศอย่างชัดเจน ศาลไม่อาจสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติเจตนารากฎหมายอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศได้ ศาลจึงไม่อาจตีความกฎหมายภายในในทางที่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศได้เนื่องจากขัดต่อความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างชัดเจน

ในกรณีของสนธิสัญญา หลักการใช้และตีความกฎหมายภายในในทางที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศข้างต้น สามารถปรับใช้กับกฎหมายภายในได้ค่อนข้างกว้าง โดยปรับใช้ได้กับกฎหมายภายในไม่ว่าจะตราก่อนหรือหลังจากที่รัฐมีพันธกรณีตามสนธิสัญญา

นอกจากนี้ ศาลของทั้งสามประเทศใช้หลักการดังกล่าวทั้งกรณีการตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ และกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวได้ระบุ โดยเฉพาะเจาะจงว่าได้ตรารขึ้นเพื่ออนุวัติการตามสนธิสัญญาหรือไม่

ทั้งนี้ เมื่อศาลไทยต้องใช้และตีความกฎหมายภายในโดยคำนึงถึงพันธกรณีตาม สนธิสัญญา ศาลไทยจึงอาจต้องตีความสนธิสัญญาโดยนำหลักเกณฑ์ในการตีความสนธิสัญญาตาม อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มาปรับใช้ในการตีความสนธิสัญญาด้วย อีกทั้ง ศาลไทยอาจพิจารณาแนวทางการตีความสนธิสัญญาโดยนำคำตัดสินขององค์คณะ ในทางระหว่างประเทศ คำแนะนำขององค์กรผู้มีส่วนที่ตีความสนธิสัญญา เช่น คณะกรรมการ สิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (Human Rights Committee) ซึ่งมีหน้าที่ตีความ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง หรือ ICCPR เป็นต้น เป็นเครื่องมือ ในการตีความกฎหมายภายในด้วย

6.2.4 การบัญญัติหลักการใช้และตีความกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับ พันธกรณีระหว่างประเทศในรัฐธรรมนูญ

ผู้เขียนเห็นว่า การนำหลักการใช้และตีความกฎหมายภายในในทางที่สอดคล้อง กับพันธกรณีระหว่างประเทศมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนดังเช่นรัฐธรรมนูญของ สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ มาตรา 233 ซึ่งกำหนดว่า “ในกรณีที่ตีความกฎหมายใดๆ ศาลทุกศาล จะต้องเลือกใช้การตีความกฎหมายที่เหมาะสมซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ แทนการตีความอื่นใดซึ่งขัดหรือแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ” ย่อมส่งผลดีเนื่องจากเป็นกรณีที่ ปราบกฏบทบัญญัติที่กำหนดให้ศาลต้องผูกพันตนในการใช้วิธีดังกล่าวตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด

ผู้เขียนจึงขอเสนอให้กำหนดบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญโดยเปลี่ยนถ้อยคำดังนี้ “ในกรณีที่ตีความกฎหมายใดๆ ศาลทุกศาลจะต้องเลือกใช้การตีความกฎหมายที่เหมาะสม ซึ่งสอดคล้องกับพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศของประเทศไทย แทนการตีความอื่นใด ซึ่งขัดหรือแย้งกับพันธกรณีดังกล่าว” เนื่องจากเห็นว่า ศาลควรผูกพันตนในการใช้และตีความ กฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม เท่านั้น ไม่รวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศที่มีได้ผูกพันประเทศไทย

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.
- จตุรนต์ ธีระวัฒน์. กฎหมายระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.
- จิต เศรษฐบุตตร. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520.
- จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.
- ชาติชาย เชษฐสุมน. การมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาตามกฎหมายเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554.
- นพนินิ สุริยะ. Lecture Notes 1 กฎหมายระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556.
- _____. Lecture Notes 1 กฎหมายระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.
- บวรศักดิ์ อวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. กฎหมายเลือกตั้งเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร: โครงการวิจัยเสริมหลักสูตรคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.
- ประสิทธิ์ เอกบุตร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551.
- _____. อาจารย์บูชา ศาสตราจารย์ ดร. อรุณ ภาณุพงศ์. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.
- วิชญ์ เครื่องงาม. การใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของไทย. กรุงเทพมหานคร: ศูนย์วิจัยรัชดาภิเษกสมโภช สาขาสังคมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521.
- สมยศ เชื้อไทย. หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551.

วิทยานิพนธ์

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. “ปัญหาองค์ประกอบเพื่อความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.

ลักขณา พบรมเย็น. “สิทธิตามสนธิสัญญาของเอกชนในศาลไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

อารยา สุขสม. “กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญากับปัญหาการเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

บทความวารสาร

จตุรนต์ ธีระวัฒน์. “กระบวนการทำสนธิสัญญาและการปรับใช้สนธิสัญญาในทางปฏิบัติของประเทศไทย.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 26 ฉบับ 3. (กันยายน 2539): 610.

ไพจิตร บุญญพันธุ์. “หลักกฎหมายทั่วไป และหลักกฎหมายทั่วไป (ฉบับเพิ่มเติม).” จุลพาห. เล่ม 3 ปีที่ 44. (กรกฎาคม – กันยายน 2540): 170-177.

สมปอง สุจริตกุล. “ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ.” บทบัญญัติ. ตอน 1 ปีที่ 20. (มกราคม 2505): 76-77.

_____. “สัตยาบันและผลบังคับของสนธิสัญญา.” บทบัญญัติ. เล่ม 20 ตอน 3. (กรกฎาคม 2505): 578.

เอกสารอื่นๆ

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

กฎหมายฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อกันขององค์การสหประชาชาติ

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

BOOKS

Anthony A. D'Amato. The Concept of Custom in International Law. London: Cornell University Press Ltd., 1971.

Andrea L. Paulus. The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement : A Comparative Study (edited by David Sloss). New York: Cambridge University Press, 2009.

Anthony Aust. Modern Treaty Law and Practice. 2nd edition. New York: Cambridge University Press, 2007.

Arthur Nussbaum. A Concise History of the Law of Nations. New York: The Macmillan Company, 1950.

D.P.O' Connell. International Law. London: Stevens & Sons Limited, 1970.

David Thór Björgvinsson. The Intersection of International Law and Domestic Law. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2015.

Gib van Ert. The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study (edited by David Sloss). New York: Cambridge University Press, 2009.

Hans D. Treviranus and Hubert Beemelmans. National Treaty Law and Practice: France, Germany, India, Switzerland, Thailand, United Kingdom (edited by Monroe Leigh and Merritt R. Blakeslee). Washington D.C.: American Society of International Law, 1995.

Hans Kelsen. Principles of General Theory of Law and State. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2007.

Hans Kelsen. Pure Theory of Law. Berkeley: University of California Press, 1967.

Hersch Lauterpacht. International Law and Human Rights. London: Stevens & Sons Ltd., 1950.

- Ian Brownlie. Principles of Public International Law. 7th Edition. New York: Oxford University Press Inc., 2008.
- Jochen ABR. Frowein and Michael J. Hahn. Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties: A Comparative Study (edited by Stefan A. Riesenfeld and Frederick M. Abbot). The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1994.
- John Dugard. The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study (edited by David Sloss). New York: Cambridge University Press, 2009.
- _____. International Law: A South African Perspective. Kenwyn: Juta & Company Ltd, 2005.
- Klaus Vogel. Klaus Vogel on Double Taxation Conventions. London: Kluwer Law International, 1997.
- Lassa Oppenheims. International Law A Treatise Vol.1 Peace Second Edition. London: Longmans, Green and Co., 1912.
- Malcom N. Shaw. International Law. Sixth Edition. New York: Cambridge University Press, 2008.
- Mark E. Villiger. Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Michael P. Van Alstine. The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study (edited by David Sloss). New York: Cambridge University Press, 2009.
- Phillippe Manin. Droit International Public. Paris: Masson, 1979.
- UNGA. Yearbook of the International Law Commission, Vol. II. New York: United Nations, 1956.
- _____. Yearbook of the International Law Commission, Vol. I. New York: United Nations publication, 1963.
- _____. Yearbook of the International Law Commission, Vol. II. New York: United Nations, 1965.
- _____. Yearbook of the International Law Commission, Vol. II. New York: United Nations, 1966.

ARTICLES

- A.J.G.M. Sanders. "Our State Cannot Speak with Two Voices." S. AFR. L. J. 88. (1971): 413.
- Andrew T. Guzman. "Saving Customary International Law." Mich. J. Int'l L. 27. (2005): 115-176.
- David Feldman. "Monoism Dualism and Constitutional Legitimacy." Australian Yearbook of International Law 20. (1999): 106-107.
- Elias Ngolele. "The Content of the Doctrine of Self-Execution and Its Limited Effect in South African Law." South African Yearbook of International Law 31. (2006): 153.
- Gerald Fitzmaurice. "The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law." Hague Recueil 92. (1957).
- Hersch Lauterpacht. "Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law." British Yearbook of International Law 10. (1929): 83.
- I.M. Lobo de Souza. "The Role of the State Consent in the Customary Process." Int'l & Comp. L.O. 44. (1995): 526-528.
- Jack L. Goldsmith and Eric A. Posner. "A Theory of Customary International Law." The University of Chicago Law Review 66. (1999): 1113-1177.
- Louis Henkin. "International Law: Politics, Values and Functions." Recueil des Cours d'Academies de Droit Int'l 216. (1989): 27.
- Michael Akehurst. "Custom as a Source of International Law." Brit. Y.B. Int'l L. 47 (1997): 1-2.
- Nikolaus Schultz. "Was the War on Iraq Illegal? - The German Federal Administrative Court's Judgement of 21 June 2005." German Law Journal 7. (2005): 26.
- Rosalie P. Schaffer. "The Inter-Relationship Between Public International Law and the Law of South Africa: An Overview." INT'L&COMP. L.O. 32. (1983): 388.
- Saša Beljin. "Germany : Bundesverfassungsgericht on the Status of the European Convention of Human Rights and ECHR Decisions in the German Legal Order." European Constitutional Law Review 1. (2005): 557.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE JUDGEMENTS

Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (France v. Switzerland),
Judgment No. 17, PCIJ, Series A/B, No. 46 (1932).

Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Merits), Judgment No.7, PCIJ, Series A, No.7 (1926).

Interpretation of the Convention between Greece and Bulgaria Respecting Reciprocal Emigration, Signed at Neuilly Sur-Seine on 27 November 1919 (Greco-Bulgarian Communities Case), PCIJ, Advisory Opinion, Series B, No. 17 (1930).

Lotus Case, PCIJ Report, Series A, No. 10 (1927).

The Exchange of Greek and Turkish Populations, PCIJ Ser. B, No.10, Advisory Opinion, (1925).

Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory (Polish Nationals in the Danzig Case), PCIJ, Advisory Opinion, Series A/B, No. 44 (1932).

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE JUDGEMENTS

Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the U.N. Headquarters Agreement of 26 June 1947, ICJ Report, Advisory Opinion, 1988.

Asylum Case, ICJ. Report, 1950.

LaGrand Case (Germany v. United States of America), Judgment, ICJ Report, 2001.

Land and Maritime Boundary Case (Cameroon v. Nigeria), Judgment of 10 October 2002, ICJ Report, 2002.

North Sea Continental Shelf Case, I.C.J., 1969.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS JUDGEMENTS

Colozza v. Italy, Eur. Court H.R., Series A, No. 89, 1985.

FOREIGN COURT DECISIONS

Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario (Labour Convention Case), 1937 AC 326 PC.

Azapo v. President of the Republic of South Africa 1996 (4) SA 671 (CC).

Baker v. Canada, 1999 2 SCR 817.

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada, 2004 1 SCR 76.

Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia, 1987 1 SCR 313.

Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others (No. 2) 2002 (5) SALR 721 (CC).

Pushpanathan v. Canada (Ministry of Citizenship and Immigration), 1998 1 SCR 982.

R & Hape, 2007 SCC 26.

S. v. Makwanyane 1995 (3) SALR 319 (CC).

OTHER MATERIALS

Act on International Co-Operation in Criminal Matters of Germany

Act on the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 7 August 1952 of Germany

Basic Law for the Federal Republic of Germany

Charter of the United Nations

Constitution of the Republic of South Africa 1996

Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts

Draft Declaration on Rights and Duties of States

ILO Forced Labour Convention, 1930 (No. 29),

International Covenant on Civil and Political Rights,

Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000 of South Africa

Refugees Act 130 of 1998 of South Africa

Statute of the International Court of Justice

The Fiscal Code of Germany

The Vienna Convention on the Law of Treaties 1969

ELECTRONIC MEDIAS

BVerFG. “BVerFG 111, 307 2 BvR 1481/04 of 14 October 2004.”

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2004/10/rs20041014_2bvr148104en.html.ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, October 10, 2018.

UN Human Rights Committee (HRC). “List of issues in relation to the second periodic

report of Thailand, 12 August 2016, CCPR/C/THA/Q/2.”

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fTHA%2fQ%2f2&Lang=en, November 24, 2017.

United Nations. “Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful

Acts, with commentaries 2001.” <http://legal.un.org>, April 08, 2017.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ นางสาวสิริธร ราชเดิม
วันเดือนปีเกิด 2 เมษายน 2534
วุฒิการศึกษา ปีการศึกษา 2557: นิติศาสตรบัณฑิต
(เกียรตินิยมอันดับสอง)
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ปีการศึกษา 2560: เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 70
ตำแหน่ง ทนายความ

ผลงานทางวิชาการ

สิริธร ราชเดิม. “ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน: ศึกษาทางปฏิบัติของตุลาการไทย”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายระหว่างประเทศ) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.