



## หลักสูตร : มิติทางกฎหมาย ภายใต้โลกาภิวัตน์ (Universal Principles : Legal Aspect and Globalization) ตอนที่ ๔

นายปณิธิร์ ปทุมวัฒน์  
นิติกรชำนาญการ สำนักกฎหมาย

[ต่อจากตอนที่แล้ว]

### หลักสูตรจากหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Rule of Customary International Law) เป็นหนึ่งในบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศตามธรรมเนียมศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ มาตรา ๓๘ ที่ในวงการวิชาการด้านนี้ทราบกันเป็นอย่างดีถึงที่มา องค์ประกอบ และสถานะของ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวที่มีผลทางกฎหมายอันเป็นที่ยอมรับนับถือในฐานะหลักสากลอีก ประเภทหนึ่ง

ในทางวิชาการด้านกฎหมายระหว่างประเทศได้พัฒนาหลักการที่ว่า หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศถือเป็นกฎเกณฑ์หนึ่งที่มีผลต่อรัฐหนึ่งรัฐใดให้เพียงยอมรับนับถือ แม้รัฐนั้นจะมีได้มีส่วนในการจัดให้มีหลักกฎหมายดังกล่าวขึ้นตั้งเช่นกรณีของการจัดทำสนธิสัญญา ก็ตาม จึงกล่าวได้ว่า “หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ” พึงได้รับการพิจารณาว่าเป็น หลักหรือ “กติกาสากล” ที่ทุกรัฐพึงยอมรับนับถือเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายดังกล่าวนี้ได้มีการจัดทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างเป็นทางการว่าหมายถึงหลักการในเรื่องใดบ้าง เพราะเป็นผลมาจากพัฒนาการของการกระทำของรัฐ โดยทั่วไปอย่างกว้างขวาง (General Practice) อย่างยอมรับนับถือว่าถูกต้องและเป็นกฎหมาย (Opinio Juris)<sup>๑</sup> ที่จำต้องพิจารณาในรายละเอียดโดยอาศัยองค์ความรู้ทางวิชาการด้านกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อทราบถึงหลักเกณฑ์พิจารณาว่าแนวปฏิบัติของรัฐในเรื่องใดบ้างที่จัดว่าเป็น “หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ” ที่ปรากฏขึ้นได้ ทั้งในระดับสากล และในระดับภูมิภาคหรือกลุ่มประเทศ ดังจะได้อธิบายในบทความตอนนี้

<sup>๑</sup> UN General Assembly, “Report of the International Law Commission (Seventieth session 30 April–1 June and 2 July–10 August 2018, A/73/10),” <https://undocs.org/A/73/10> [accessed 1 April 2019], pp .122.-123.



คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งองค์การสหประชาชาติซึ่งเป็นองค์กรที่มีภารกิจหลักในการสนับสนุนด้านกฎหมายแก่องค์การสหประชาชาติได้จัดให้มีรายงาน **Report of the International Law Commission** ที่จัดทำขึ้นโดยผ่านการพิจารณาและอภิปรายอย่างเข้มข้นจากองค์คณะที่เป็นผู้ทรงคุณวุฒิอย่างสูงในด้านกฎหมายระหว่างประเทศของโลก ในการประชุมคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ ครั้งที่ ๓๔๔๔ เมื่อวันที่ ๖ สิงหาคม พ.ศ. ๒๕๖๑ เพื่อเสนอต่อที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (General Assembly of the United Nations)<sup>๖</sup> ทั้งนี้ ที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้รับรองข้อมติ (Resolution) ในการประชุมครั้งที่ ๗๓ เมื่อวันที่ ๒๒ ธันวาคม ๒๕๖๑ ยืนยันเนื้อหาที่ปรากฏในร่างบทสรุปและข้อสังเกตว่าด้วยเกณฑ์บ่งชี้ความเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Draft conclusions on identification of customary international law) ของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>๗</sup> ซึ่งมีเจตนารมณ์สำคัญว่ามีความจำเป็นต้องกำหนดแนวทางในการพิจารณาการมีอยู่ (existence) และเนื้อหา (content) ของหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เพื่อทราบว่ากรณีใดจะถือเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศบ้าง<sup>๘</sup> เช่นเดียวกับที่นักวิชาการด้านกฎหมายระหว่างประเทศและผู้ปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับการใช้หลักกฎหมายนี้มีความต้องการทราบรายละเอียดข้อบ่งชี้หรือพิสูจน์ทราบที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้นโดยลำดับ<sup>๙</sup>

ข้อความคิดสำคัญของเกณฑ์บ่งชี้ความเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศคือต้องมีลักษณะของ “แนวปฏิบัติโดยทั่วไปที่มีการยอมรับอย่างเป็นทางการ” (a general practice that is accepted as law) ทำนองเดียวกันกับที่กำหนดในธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ มาตรา ๓๘ ย่อหน้า ๑ ข้อบ<sup>๑๐</sup> และที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยวางแนวความเห็นไว้<sup>๑๑</sup> ดังนั้น การทราบถึงหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่จะมีผลอย่างสากลผูกพันรัฐทั่วโลกหรือบางกลุ่มประเทศ ก็จำเป็นต้องมีการศึกษาและประเมินแนวปฏิบัตินั้น ๆ ให้ทราบแน่ชัดว่ามีลักษณะดังกล่าวอย่างครบถ้วนสมบูรณ์หรือไม่ โดยอาศัยแนวทางและวิธีการที่ปรากฏจากผลการพิจารณาศึกษาของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศโดยละเอียด ว่ากรณีใดจัดว่าเป็นการปฏิบัติโดยทั่วไป (General Practice) และกรณีใดถือเป็นการยอมรับอย่างกฎหมาย (accepted as law - *opinio juris*)

<sup>๖</sup> Ibid., p. 118.

<sup>๗</sup> UN General Assembly, “Resolution adopted by the General Assembly on 22 December 2018,” <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/RES/73/265> (accessed January 22, 2019) .

<sup>๘</sup> UN General Assembly, “Report of the International Law Commission (Seventieth session 30 April–1 June and 2 July–10 August 2018, A/73/10),” p.119.

<sup>๙</sup> Ibid., P. 122.

<sup>๑๐</sup> 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:

... b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law; ...”

<sup>๑๑</sup> North Sea Continental shelf, Judgment, International Court of Justice Report 1969, p.3.



ปัญหาการพิสูจน์ทั้ง ๒ ปัจจัยข้างต้น จัดเป็นองค์ประกอบตามระเบียบวิธีวิจัยที่เรียกว่า “two-element approach”<sup>๘</sup> ซึ่งเป็นการตั้งปัญหาการวิจัยขึ้นว่า “หากปรากฏการณ์นี้คือการปฏิบัติโดยทั่วไปของรัฐอย่างกว้างขวางแล้ว การปฏิบัติเช่นนั้นเป็นการกระทำอย่างยอมรับว่าเป็นกฎหมายหรือไม่”

การประเมินหลักฐานเพื่อทราบถึงการมีขึ้นของหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั้งสององค์ประกอบ ที่ต้องมีความชัดเจนแน่นอน โดยต้องประเมินบริบทสถานการณ์ต่าง ๆ โดยละเอียด รวมถึงหลักการที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ ด้วย<sup>๙</sup>

### แนวปฏิบัติโดยทั่วไป (a General Practice)

แนวปฏิบัติโดยทั่วไปเป็นองค์ประกอบประการแรกของการพิจารณาความมีอยู่ของหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ มีลักษณะองค์ประกอบด้านกายภาพที่เป็นรูปธรรม<sup>๑๐</sup>

ในทางวิชาการด้านกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นที่ทราบกันเป็นอย่างดีว่า “รัฐอธิปไตย” ถือเป็นองค์ภาวะหลัก ดังนั้น แนวปฏิบัติโดยทั่วไปของรัฐอธิปไตยจึงถือเป็นหลักฐานประการสำคัญของหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาโดยตลอด ในอันที่จะเป็นปัจจัยส่งเสริมการก่อตัวขึ้นของหลักสากลอันเกิดจากหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม แนวปฏิบัติที่กระทำขึ้นโดย “องค์การระหว่างประเทศ” ที่ก่อตั้งขึ้นโดยมีธรรมนูญก่อตั้งให้มีสภาพบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ได้แก่ องค์การสหประชาชาติอันเป็นที่รวมของรัฐสมาชิกประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก ก็นับว่าเป็นปัจจัยส่งเสริมให้เกิดหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้เช่นเดียวกัน นอกจากนี้ แนวปฏิบัติขององค์ภาวะอื่นนอกจากรัฐและองค์การระหว่างประเทศแม้ไม่จัดว่าเป็นองค์ประกอบ แต่สามารถใช้เป็นปัจจัยเสริมเพื่อประเมินความเป็นแนวปฏิบัติทั่วไปขององค์ภาวะทั้งสองข้างต้นได้เช่นกัน<sup>๑๑</sup> เช่น Non-governmental Organizations – NGOs ซึ่งไม่ถือเป็นองค์การระหว่างประเทศในความหมายนี้ แต่มีอิทธิพลในฐานะเป็นองค์ภาวะที่มีอิทธิพลในวงการกฎหมายระหว่างประเทศสูงขึ้นเป็นลำดับโดยผลของกระบวนการโลกาภิวัตน์ (Globalization) ที่สร้างพลวัตต่อวงการกฎหมายระหว่างประเทศอย่างสูง<sup>๑๒</sup>

แนวปฏิบัติขององค์การระหว่างประเทศที่จะจัดเป็นองค์ประกอบของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้นั้น จำต้องเป็นการปฏิบัติที่มีสาระสำคัญอยู่ภายใต้ขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศนั้น ๆ เอง หรือเกี่ยวข้องกับหน้าที่ขององค์การนั้นเป็นกรณีเฉพาะเจาะจง<sup>๑๓</sup>

<sup>๘</sup> UN General Assembly, “Report of the International Law Commission (Seventieth session 30 April–1 June and 2 July–10 August 2018, A/73/10),” p. 125.

<sup>๙</sup> Ibid., p. 127.

<sup>๑๐</sup> Ibid., p.129.

<sup>๑๑</sup> Ibid., pp. 130, 132.

<sup>๑๒</sup> Mégret, Frédéric, “Globalization and International Law” in *MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF INTERNATIONAL LAW* (Oxford: Oxford University Press, 2009), pp.3-4.

<sup>๑๓</sup> UN General Assembly, “Report of the International Law Commission (Seventieth session 30 April–1 June and 2 July–10 August 2018, A/73/10),” p.131.



## ลักษณะการกระทำของรัฐที่จัดเป็นองค์ประกอบของหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

การกระทำของรัฐ (Conduct of the State) มีความหมายที่รวมถึงการกระทำของรัฐผ่านการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยตามหลักการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจ (Separation of Powers) ได้แก่ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหาร และองค์กรฝ่ายตุลาการ ตลอดจนการปฏิบัติหน้าที่อื่นของรัฐ ทั้งในระดับรัฐบาลกลางและมลรัฐ ยิ่งไปกว่านั้น กรณียังรวมถึงเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจจากองค์กรของรัฐให้กระทำการแทนตามอำนาจหน้าที่อีกด้วย<sup>๑๔</sup>

นอกจากนี้ไม่ว่ารัฐจะได้อำนาจปฏิบัติที่กระทำต่อคนชาติ หรือต่อรัฐอื่น หรือองค์การอื่นใด กรณีทั้งปวงข้างต้นก็สามารถนำมาพิจารณาความมีอยู่ของหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ทั้งสิ้น ทั้งนี้ การกระทำของรัฐอาจมีขึ้นโดยรัฐเดียว หรือรัฐตั้งแต่ ๒ รัฐ ขึ้นไปกระทำด้วยกัน และต้องเป็นที่รับรู้โดยทั่วไปสำหรับรัฐอื่น ๆ ด้วย<sup>๑๕</sup>

### รูปแบบการปฏิบัติของรัฐ (Form of Practice)

รูปแบบการปฏิบัติของรัฐนั้นสามารถมีได้อย่างหลากหลาย ทั้งการกระทำทางกายภาพ และการกระทำทางวาจา และในบางกรณียังรวมถึงการไม่กระทำการใด ๆ ของรัฐโดยเจตนาด้วย ตัวอย่างเช่น การดำเนินการมาตรการทางการทูต การมีหนังสือโต้ตอบประสานงาน การดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อมติขององค์การระหว่างประเทศหรือมติของที่ประชุมผู้แทนรัฐบาลระหว่างประเทศ การดำเนินการทางบริหาร การกระทำของรัฐเกี่ยวกับการจัดทำสนธิสัญญา ตลอดจนการดำเนินการต่าง ๆ โดยสืบเนื่องจากการกระทำทางนิติบัญญัติ การกระทำทางปกครอง หรือการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลภายใน ทั้งนี้ รูปแบบการปฏิบัติของรัฐที่กล่าวข้างต้น ไม่ว่าจะขึ้นในลักษณะใดนั้นย่อมปราศจากการจัดลำดับศักดิ์ (hierarchy) แต่อาจได้รับการประเมินค่าน้ำหนักที่แตกต่างกันสำหรับการพิจารณาความมีอยู่ของหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในแต่ละกรณี<sup>๑๖</sup>

การประเมินแนวปฏิบัติในแต่ละกรณี จำต้องพิจารณาโดยภาพรวมทั้งมดอย่างรอบด้าน (as a whole) ว่าแนวปฏิบัติของรัฐในเรื่องเดียวกันนั้นมีความสอดคล้องเป็นไปในทิศทางเดียวกันหรือไม่ ดังที่ปรากฏในคดี Jurisdictional Immunities of the State case ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

สำหรับในกรณีที่แนวปฏิบัติของรัฐในเรื่องเดียวกันมีความแตกต่างกัน การให้น้ำหนักการพิจารณาความเป็นองค์ประกอบของหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศย่อมลดลงโดยขึ้นอยู่กับบริบทในแต่ละกรณี ประกอบกับการพิจารณาสถานะทางรัฐธรรมนูญตลอดจนอำนาจหน้าที่ของแต่ละองค์กรด้วย เช่น หากเป็นกรณีทางการทูต แนวทางปฏิบัติขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารย่อมมีน้ำหนักมากกว่าองค์กรอื่น หรือในกรณีทั่วไป แนวทางปฏิบัติของรัฐบาลกลางของสหพันธรัฐย่อมมีน้ำหนักมากกว่าที่กระทำโดยรัฐบาลของมลรัฐ เป็นต้น ทั้งนี้ องค์กรที่มีสถานะสูงกว่าอาจมิได้มีน้ำหนักค่าประเมินมากกว่าองค์กรที่มีสถานะต่ำกว่าแต่อย่างใด<sup>๑๗</sup>

<sup>๑๔</sup> Ibid., p.132.

<sup>๑๕</sup> Ibid., p. 133.

<sup>๑๖</sup> Ibid., pp.133-134.

<sup>๑๗</sup> Ibid., p.135.



## แนวปฏิบัติต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไป (The Practice must be General)

แนวทางปฏิบัติที่จะนำมาพิจารณาการเป็นหลักฐานการมีขึ้นของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไป (generality) ซึ่งมีองค์ประกอบที่ต้องพิจารณา ๒ ประการด้วยกัน กล่าวคือ

**ประการแรก** ต้องมีการปฏิบัติเช่นนั้นอย่างกว้างขวางเพียงพอ (sufficiently widespread) อย่างมีลักษณะเป็นแบบฉบับ (representative) และ

**ประการที่สอง** คือ การปฏิบัติเช่นนั้นต้องมีความสอดคล้องต้องกัน (consistent)

ทั้งนี้ ดังที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วางแนวไว้ในคำพิพากษาคดี North Sea Continental Shelf ว่า แนวทางปฏิบัติที่จะเป็นองค์ประกอบของหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้นั้น ต้องมีลักษณะที่แพร่หลายอย่างกว้างขวาง (extensive) และเป็นเอกภาพอย่างแท้จริง (virtually uniform) ตลอดจนมีลักษณะเป็นแนวปฏิบัติที่มั่นคงถาวรแล้ว (settled practice) ไม่ว่าการปฏิบัติเช่นนั้นจะเกิดขึ้นเป็นระยะเวลาสั้นเพียงใด<sup>๑๘</sup> ซึ่งเป็นที่ทราบกันดีว่า บริบทของสังคมระหว่างประเทศภายใต้ กระแสโลกาภิวัตน์ ปัจจัยด้านเวลา มีความสำคัญลดน้อยลงเป็นลำดับ<sup>๑๙</sup>

อย่างไรก็ตาม แนวทางปฏิบัติเช่นนั้นมิจำเป็นต้องเกิดขึ้นโดยการกระทำของ “ทุกรัฐ” ในโลก แต่ต้องมีลักษณะเป็นการแพร่หลายอย่างเพียงพอซึ่งหมายความถึง รัฐที่เกี่ยวข้องกับกรณีนั้นหรือ มีโอกาส หรือความเป็นไปได้ที่จะได้ใช้บังคับหลักการที่พิจารณาอยู่เท่านั้น ก็เป็นการเพียงพอ (sufficiently) สำหรับการจัดว่าเป็นแนวปฏิบัติโดยทั่วไป ประการสำคัญ ต้องพิจารณาแนวทางปฏิบัติของรัฐที่เกี่ยวข้องกับกรณีพิจารณาโดยเฉพาะเจาะจงทั้งหมด เช่น การพิจารณาความมีอยู่ และเนื้อหาของหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการเดินเรือ ก็จำเป็นต้องพิจารณาแนวทางปฏิบัติของรัฐชายฝั่ง (Coastal States) ทั้งปวงในกรณีดังกล่าว<sup>๒๐</sup> อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยให้ความเห็นไว้ว่า ข้อพิจารณาเรื่องความสอดคล้องของแนวปฏิบัติของรัฐ ไม่จำเป็นต้องสมบูรณ์ไร้ที่ติเสมอไป<sup>๒๑</sup>

(โปรดติดตามตอนต่อไป)

<sup>๑๘</sup> Ibid., p. 136.

<sup>๑๙</sup> Jost Dellbrück, Prospects for a “World (Internal) Law”? : Legal Development in a Changing International System,” *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol.9 : Iss.2, Article 3. p. 420.

<sup>๒๐</sup> UN General Assembly, “Report of the International Law Commission (Seventieth session 30 April–1 June and 2 July–10 August 2018, A/73/10),” p. 136.

<sup>๒๑</sup> Ibid., p. 137.