บทที่ 1

ผลทางกฎหมายของข้อมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ

(The Legal Effects of General Assembly Resolutions)

เนื่องจากในปัจจุบันมีองค์การระหว่างประเทศเป็นจำนวนมาก และองค์การระหว่างประเทศเหล่านั้นมีอำนาจตามที่ได้กำหนดไว้เพื่อบริหารงานให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่ได้ตั้งเป้าหมายไว้ อำนาจในการบริหารจัดการดังกล่าวถูกกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนในตราสารของการจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศแต่ละองค์การจะมีตราสารก่อตั้งเป็นของตนเอง และตราสารก่อตั้งแต่ละฉบับก็ย่อมกำหนดผลทางกฎหมายแห่งข้อมติของตนแตกต่างกันออกไป องค์การระหว่างประเทศจะดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ได้ก็ต้องอาศัยความร่วมมือของสมาชิกในการปฏิบัติตามเจตนารมย์ขององค์การระหว่างประเทศ ซึ่งจะแสดงออกมาในรูปของข้อมติ ข้อมตินอกจากจะมีบทบาทสำคัญในการดำเนินการภายในองค์การระหว่างประเทศ ข้อมติอีกจำนวนหนึ่งก็มีลักษณะที่เป็นการวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศเช่นข้อมติที่บรรจุหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ข้อมติที่กล่าวย้ำถึงกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่ และข้อมติที่อาจพัฒนาไปเป็นกฎหมายระหว่างประเทศเป็นต้น ผลทางกฎหมายของข้อมติจะเป็นเช่นไรนั้นย่อมขึ้นอยู่กับองค์กรที่ออกข้อมติ ประเภทของข้อมติ และหน่วยงานที่ข้อมติแจ้งไปถึง

1. ผลทางกฎหมายของข้อมติที่ใช้ภายในองค์การระหว่างประเทศ

โดยทั่ว ๆ ไปแล้วองค์การระหว่างประเทศมีความสามารถในการบริหารงานภายในองค์การเช่นเดียวกับรัฐ ดังนั้นเพื่อให้การปฏิบัติงานขององค์การบรรลุผลสำเร็จ จึงต้องมีการออกระเบียบกฎเกณฑ์เพื่อวางแนวทางปฏิบัติในด้านต่างๆ ทั้งการบริหาร บุคลากร และงบประมาณ ทั้งนี้การดำเนินงานดังกล่าวจะออกมาในรูปของข้อมติภายในองค์การระหว่างประเทศหรือบางครั้งก็มีลักษณะเป็นคำแนะนำในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเกี่ยวกับการทำงานขององค์การระหว่างประเทศ โดยปกติองค์การระหว่างประเทศมีความสามารถในการออกกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับใน

กิจการต่างๆ ภายในองค์การ ได้แก่ การออกระเบียบกฎเกณฑ์เพื่อใช้บังคับในกิจการภายในการก่อตั้งองค์กรย่อย และมอบหมายภาระหน้าที่ต่างๆ การคัดเลือกสมาชิก การยอมรับหรือขับไล่สมาชิกให้พ้นจากสมาชิกภาพ การอนุมัติงบประมาณและกำหนดกฎเกณฑ์ทางด้านการเงินต่างๆ [1]

จะเห็นได้ว่าข้อมติที่ออกมาส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องการบริหารงานภายในองค์การระหว่างประเทศ เฉพาะข้อมติที่ออกโดยสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ 2 ใน 3 เป็นข้อมติที่เกี่ยวกับการบริหารงานภายใน จึงมีบางตำราเรียกข้อมติดังกล่าวว่าเป็นกฎหมายภายในขององค์การระหว่างประเทศ หรือกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยองค์การระหว่างประเทศ ข้อมติภายในองค์การระหว่างประเทศมักไม่มีปัญหาในเรื่องทางปฏิบัติ เนื่องจากกรรมสารก่อตั้งองค์การมักระบุไว้อย่างชัดเจนถึงอำนาจหน้าที่ขององค์การต่าง ๆ เกี่ยวกับการบริหารงานภายในองค์การ อย่างไรก็ดี หากกรรมสารก่อตั้งองค์การมิได้ระบุไว้ การพิจารณาดูว่าข้อมติใดจะมีผล ในทางปฏิบัติอย่างไร จะต้องดูว่าข้อมตินั้นออกมาจากองค์กรใด และแจ้งไปยังองค์กรใด ในที่นี้จะศึกษาถึงข้อมติที่เป็นการบริหารงานทั่วไป และข้อมติที่ใช้ระหว่างองค์กรขององค์การระหว่างประเทศ

1.1 ข้อมติที่เกี่ยวกับการบริหารงานทั่วไปขององค์การระหว่างประเทศ

การบริหารงานภายในองค์การระหว่างประเทศ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามตราสารก่อตั้งองค์การ ก็จะต้องมีการออกระเบียบกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับภายในองค์การ ข้อมติในเรื่องการบริหารงานทั่วไปจึงเป็นข้อมติที่มีขึ้นเพื่อการออกกฎระเบียบข้อบังคับในการดำเนินงาน ดังนั้นข้อมติเหล่านี้จึงมีลักษณะบังคับให้ต้องปฏิบัติตาม ในสหประชาชาตินั้น องค์กรต่างๆสามารถที่จะสร้างกฎเกณฑ์เพื่อการทำงานของตนเองได้เช่น มาตรา 21 ของกฎบัตรสหประชาชาติได้กำหนดถึงการสร้างระเบียบในการทำงานภายใน ดังนั้นสมัชชาใหญ่สหประชาชาติก็ได้สร้างระเบียบการทำงานภายในโดยได้ออกข้อมติที่ 173 (II) ตามอำนาจที่ได้ให้ไว้ในมาตรา 21 นั้น

---

[1]Henry G. Schermers, International Institution Law, 1980, P. 587-588

หรือตามมาตรา 17 ของกฎบัตร ได้ให้อำนาจแก่สมัชชาใหญ่ในการพิจารณาและอนุมัติค่าใช้จ่ายตามปกติของสหประชาชาติ และเฉลี่ยค่าใช้จ่ายดังกล่าวแก่ประเทศสมาชิก ตามโควต้าที่ถูกกำหนดขึ้นนั้น จึงเป็นผลทำให้สมัชชาใหญ่มีอำนาจในการออกข้อมติเพื่อการดังกล่าว ซึ่งข้อมติในเรื่องนี้เป็นข้อมติที่มีผลบังคับแก่สมาชิกทุกประเทศ โดยไม่เคยมีประเทศสมาชิกใดปฏิเสธข้อมติจัดสรรการเฉลี่ยค่าใช้จ่ายเพื่อการทำงานตามปกติ

ในเรื่องสถานะของบุคลากรของสหประชาชาตินั้น ตามมาตราที่ 101 ของกฎบัตรได้ระบุไว้ว่าบุคคลากรขององค์กรนั้นถูกแต่งตั้งโดยเลขาธิการใหญ่ ซึ่งเป็นไปตามระเบียบที่ถูกกำหนดขึ้นโดยสมัชชาใหญ่ จึงเป็นผลให้สมัชชาใหญ่ออกข้อมติที่ 590 (VI) เพื่อกำหนดสถานะของบุคลากร และศาลปกครองในสหประชาชาติ (United Nations Administrative Tribunal) ได้ตีความข้อมติดังกล่าวว่ามีผลผูกพันแก่การบริหารงานของบุคคลากร และตัวบุคลากรเองก็ต้องปฏิบัติตามข้อมตินั้นเช่นเดียวกัน

ข้อมติที่ออกเพื่อสร้างองค์กรย่อย ในมาตรา 22 ของกฎบัตรได้ให้อำนาจแก่สมัชชาใหญ่ในการออกข้อมติเพื่อสร้างองค์กรย่อยขึ้นมา เพื่อช่วยในการทำงานให้บรรลุไปตามวัตถุประสงค์ องค์กรย่อยที่ถูกสร้างขึ้นโดยสมัชชาใหญ่ เช่น UNICEF นอกจากนั้นยังมีข้อมติที่มีลักษณะพิเศษที่เป็นการสร้างโครงการให้ความช่วยเหลือมากกว่าที่จะเป็นการสร้างองค์กรย่อยขึ้นมา เช่นข้อมติที่ 1240 (XIII) ของสมัชชาใหญ่ได้กำหนดการสร้างกองทุนพิเศษ เพื่อช่วยเหลือทางด้านการพัฒนาแก่ประเทศกำลังพัฒนา[2]

การออกข้อมติเพื่อให้มีการประชุมระหว่างประเทศในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ตามมาตรา 13 วรรค 1 ข้อมติดังกล่าวมีผลแม้แต่ประเทศที่ไม่เข้าร่วมประชุมก็จะต้องเสียค่าใช้จ่ายเพื่อการนี้ด้วย เช่นการที่สมัชชาใหญ่ได้เรียกให้มีการประชุมเกี่ยวกับการร่างกฎหมายระหว่างประเทศว่า

---

[2]Charles Rousseau, Le droit international public Tome I, (Paris : Sirey, 1970) p. 436 อ้างโดย สิทธิชัย วีระชาญพิชิต, "มติขององค์การระหว่างประเทศกับผลทางกฎหมาย", วารสารกฎหมาย ฉบับที่ 2 ปีที่ 11 (ธันวาคม 2529-มีนาคม 2530

ด้วยกฎหมายทะเล ปี ค.ศ. 1958 และ 1960 หรือการประชุมที่เวียนนา เพื่อร่างสนธิสัญญา เมื่อปี ค.ศ. 1968 และ 1969

ในเรื่องการรับประเทศใดเป็นสมาชิก หรือขับประเทศใดออกจากการเป็นสมาชิกสหประชาชาตินั้น เมื่อสมัชชาใหญ่มีข้อมติให้รับประเทศใดเป็นสมาชิก ก็ต้องถือว่าประเทศนั้นเป็นสมาชิกสหประชาชาติ ประเทศใดประเทศหนึ่งจะไม่รับรองการเป็นสมาชิกของประเทศนั้นไม่ได้ ในทางกลับกันหากสมัชชาใหญ่มีข้อมติให้ขับประเทศใดจากการเป็นสมาชิกก็ย่อมถือว่าประเทศนั้นหมดสถานภาพการเป็นสมาชิก ซึ่งมีผลใช้บังคับกับทุกประเทศสมาชิก ดังเช่นกรณีจีนและไต้หวัน[3]

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าข้อมติที่เกี่ยวกับการสร้างกฎเกณฑ์ หรือระเบียบการทำงานภายในองค์การระหว่างประเทศ มีผลใช้บังคับให้ประเทศสมาชิกทุกประเทศต้องปฏิบัติตาม รวมทั้งองค์กรต่าง ๆ ก็ต้องปฏิบัติตามด้วยเช่นเดียวกัน

1.2 ข้อมติที่ใช้ระหว่างองค์กรขององค์การระหว่างประเทศ

ข้อมติใดขององค์การระหว่างประเทศ จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอันมีสภาพบังคับให้ปฏิบัติตามนั้น จะต้องดูว่าข้อมตินั้นออกมาจากองค์กรใดและแจ้งไปยังองค์กรใด องค์กรหลักในสหประชาชาติ ได้แก่ สมัชชาใหญ่ สำนักเลขาธิการ คณะมนตรีความมั่นคง เป็นต้น ส่วนองค์กรย่อยและทบวงการชำนาญพิเศษ ได้แก่ การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา กองทุนการเงินระหว่างประเทศ ธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและการพัฒนา สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ ฯลฯ ข้อมติที่ใช้ระหว่างองค์กรขององค์การระหว่างประเทศมีมากมาย ในที่นี้จะกล่าวเฉพาะข้อมติที่ออกจากองค์กรหลักแจ้งไปยังองค์กรย่อย ข้อมติที่ออกจากองค์กรย่อยแจ้งไปยังองค์กรหลักและข้อมติขององค์กรที่มีฐานะเท่าเทียมกัน ซึ่งจะได้กล่าวแต่พอสังเขปดังนี้

---

[3]U.N. General Assembly Resolution 1668 (XVI).

1.2.1 ข้อมติที่ออกจากองค์กรหลักแจ้งไปยังองค์กรย่อย

ข้อมติที่ออกโดยองค์กรหลัก (Principle organs) แจ้งไปยังองค์กรย่อย (Subsidiary organs) เพื่อให้กระทำหรือจัดการงานอย่างใดอย่างหนึ่ง ข้อมตินั้นย่อมมีผลตามกฎหมาย เช่น บทที่ 10 ของกฎบัตรสหประชาชาติระบุให้สมัชชาใหญ่กำกับ และควบคุมการทำงานของคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม หรือในมาตราที่ 85 และ 87 ระบุให้คณะมนตรีภาวะทรัสตีทำงานภายใต้การควบคุมของสมัชชาใหญ่ ซึ่งหากว่าสมัชชาใหญ่มีข้อมติออกมา และแจ้งไปยังคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมหรือคณะมนตรีภาวะทรัสตีให้ปฏิบัติการอย่างใดอย่างหนึ่งข้อมตินั้นย่อมมีผลทางกฎหมาย นอกจากนั้นข้อมติที่ออกโดยสมัชชาใหญ่แจ้งไปยังทบวงการชำนาญพิเศษ ในเรื่องเกี่ยวกับงบประมาณของทบวงการชำนาญพิเศษ ข้อมตินั้นย่อมมีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกัน ส่วนในองค์การระหว่างประเทศอื่นๆ ก็มีการกำหนดการปฏิบัติขององค์กรไว้แตกต่างกัน เช่น UNESCO กำหนดให้องค์กรคณะมนตรีฝ่ายบริหาร (Executive Council) ทำงานภายใต้อำนาจของที่ประชุมใหญ่ (General conference) หรือองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) กรรมสารก่อตั้งองค์การระบุในมาตรา 8 ว่าผู้อำนวยการใหญ่ขององค์กรจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของคณะมนตรี (Council) หรือองค์การอนามัยโลก (WHO) กรรมสารก่อตั้งองค์การมาตรา 28 กำหนดให้คณะมนตรี (Council) ปฏิบัติตามคำตัดสินและแนวทางที่ให้ไว้โดยสมัชชา (Assembly)

1.2.2 ข้อมติที่ออกจากองค์กรที่มีลำดับบังคับบัญชาต่ำกว่า แจ้งไปยังองค์กรที่มีลำดับบังคับบัญชาสูงกว่า

องค์กรที่มีลำดับการบังคับบัญชาต่ำกว่า อาจแจ้งไปยังองค์กรที่มีลำดับบังคับบัญชาสูงกว่าก็ได้ การแจ้งดังกล่าวออกมาในรูปข้อมติเช่นกันแต่โดยหลักแล้วข้อมติดังกล่าวไม่มีผลตามกฎหมายอันก่อให้เกิดพันธกรณีที่องค์กรหลักจะต้องปฏิบัติตาม เพราะข้อมติดังกล่าวมีลักษณะเป็นเพียงแค่ข้อเสนอแนะเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตาม เว้นเสียแต่คำพิพากษา ซึ่งโดยสภาพแล้วมีสภาพบังคับโดยตรง เช่น ศาลปกครองในสหประชาชาติ แม้ว่าโดยสภาพแล้วเป็นองค์กรย่อยที่ก่อตั้งโดยข้อมติของสมัชชาใหญ่ก็ตาม แต่เมื่อศาลปกครองมีคำพิพากษาออกมาแล้ว คำพิพากษานั้นมีผลบังคับ แม้กับองค์การหลักเช่นสมัชชาใหญ่ก็ตาม ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The

International Court of Justice) ได้เคยให้ความเห็นไว้ว่า องค์กรย่อยที่ถูกก่อตั้งขึ้นโดยสมัชชาใหญ่ อาจมีความสามารถในการออกข้อมติให้ผูกพันสมัชชาใหญ่ได้ เช่น Tribunal ซึ่งถูกก่อตั้งโดยสมัชชาใหญ่สามารถออกข้อมติซึ่งผูกพันสมัชชาใหญ่ให้ต้องปฏิบัติตาม[4]

1.2.3 ข้อมติที่ใช้ระหว่างองค์กรที่มีสถานะเท่าเทียมกันและเป็นเอกเทศต่อกัน

ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่าง ๆ ที่เป็นเอกเทศซึ่งกันและกัน การออกข้อมติขององค์กรหนึ่งไปยังอีกองค์กรหนึ่ง ซึ่งมีลำดับการบังคับบัญชาเสมอกันและเป็นเอกเทศต่อกันนี้ ข้อมตินั้นเป็นแต่ข้อเสนอแนะ (Recommendation) ที่แจ้งไปยังองค์กรอื่น ตามกฎบัตรสหประชาชาติได้ระบุถึงการทำงานร่วมกันในบางเรื่องระหว่างองค์กรอิสระทั้งสององค์กร เช่น สมัชชาใหญ่สหประชาชาติ กับคณะมนตรีความมั่นคง โดยในมาตรา 4 เรื่องการรับประเทศเข้าเป็นสมาชิกใหม่ขององค์การ มาตรา 5 เรื่องการระงับการใช้สิทธิและอภิสิทธิของประเทศสมาชิกขององค์การ มาตรา 6 การขับประเทศสมาชิกออกจากองค์การ มาตราที่ 97 การแต่งตั้งเลขาธิการใหญ่สหประชาชาติ ทั้งหมดนี้จะต้องเป็นการทำงานร่วมกันระหว่างองค์กรทั้งสองดังกล่าวข้างต้น คณะมนตรีความมั่นคงจะเป็นผู้ที่ออกข้อมติมายังสมัชชาใหญ่ ซึ่งข้อมติดังกล่าวจะออกมาในรูปของ Recommendation ซึ่งไม่ผูกพันตามกฎหมายให้สมัชชาใหญ่ต้องปฏิบัติตาม[5]

2. <u>ผลของข้อมติที่แจ้งไปยังรัฐสมาชิก</u>

ข้อมติประเภทนี้เป็นข้อมติที่โดยส่วนใหญ่มักเรียกว่าข้อมติภายนอกขององค์การระหว่าง

---

[4]ICJ. Reports , (Advisory Opinion of 13 July 1954 , on the effect of awards of compensation made by the United Nations Administrative Tribunal) 1954 , p. 61.

[5]Michel Virally , La valeur Juridique des recommendations des orgnisations internationales, A.F.D.I., Paris , C.N.R.S. , 1956, P. 76 Castaneda , opcit , p. 229-331

ประเทศ เป็นการแสดงเจตนารมย์ขององค์การระหว่างประเทศที่ได้มีขึ้นในองค์กรใดองค์กรหนึ่ง และแจ้งไปยังรัฐต่างๆ ไม่มีลักษณะทางกฎหมายเหมือนกับข้อมติที่ออกมาใช้ภายในองค์การระหว่างประเทศ เพราะลักษณะของข้อมติที่ออกมาใช้ภายในองค์การนั้นค่อนข้างจะเป็นกฎหมายภายในที่บังคับใช้ภายในองค์การระหว่างประเทศ[6] ซึ่งเป็นไปตามอำนาจที่ได้ให้ไว้ในสนธิสัญญาการจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศ ถ้าพิจารณากฎบัตรสหประชาชาติจะพบคำอยู่ 2 คำ ที่เกี่ยวกับข้อมติ คือ คำวินิจฉัย (decision) กับคำว่า คำเสนอแนะ (recommendation) สมัชชาใหญ่สหประชาชาติซึ่งมีอำนาจออกข้อมติแบบ Recommendation แก่ประเทศสมาชิกเท่านั้น คำวินิจฉัยของสมัชชาใหญ่ที่ปรากฏอยู่ในข้อ 18 มิได้มีผลตามกฎหมายแต่อย่างใด เพราะสมัชชาใหญ่มิได้มีอำนาจในการออกข้อมติที่มีผลผูกพันรัฐสมาชิก ดังนั้นคำวินิจฉัยของสมัชชาใหญ่จึงเป็นแค่คำเสนอแนะเท่านั้น ดังนั้นการที่รัฐสมาชิกซึ่งเคยออกเสียงเห็นชอบด้วยกับข้อมตินั้น แต่ไม่ปฏิบัติตามข้อมติที่ตนออกเสียงเห็นชอบด้วยนั้น ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใด เพราะโดยสภาพแล้วข้อมติของสมัชชาใหญ่เป็นแต่คำเสนอแนะเท่านั้น มิได้ก่อให้เกิดผลผูกพันตามกฎหมายแต่ประการใด แต่ในทางการเมืองระหว่างประเทศหรือทางด้านศีลธรรมระหว่างประเทศ การไม่ปฏิบัติตามคำเสนอแนะของสมัชชาใหญ่ โดยเฉพาะคำเสนอแนะที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในสังคมโลก ทำให้เกิดภาพพจน์ไม่ดีต่อรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามแนวทางดังกล่าว อันอาจส่งผลในทางการเมืองในการติดต่อสัมพันธ์กับรัฐภายนอกอื่นใดได้[7]

คำว่า "reccommendation" ส่วนใหญ่เราจะใช้ในกรณีที่จะทำข้อเสนอแนะซึ่งไม่มีผลผูกมัดให้ต้องปฏิบัติตาม องค์การระหว่างประเทศส่วนใหญ่ได้รับอำนาจให้ออก recommendation แต่ในบางองค์การระหว่างประเทศก็มีอำนาจเต็มที่ในการออกข้อมติ ซึ่งมีผลผูกพันรัฐสมาชิก เช่น

---

[6]Benedutto Conforti, Le role de l'accord dans le systeme des Nations Unies, Recueil des cours, 142 (1974 II) , pp. 250-253.

[7]ชุมพร ปัจจุสานนท์ , กฎหมายระหว่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ หน่วยที่ 8, 9 : มหาวิทยาลัยสุโขทัย , 2530

the European Economic Community (EEC) แต่ในองค์การระหว่างประเทศอย่างเช่น สมัชชาใหญ่สหประชาชาติไม่มีอำนาจที่จะออกข้อมติให้มีผลผูกพันรัฐสมาชิก ในเรื่องนี้ Boulanger ได้ให้ความเห็นไว้ว่า "recommendation ที่แจ้งไปยังองค์กรอื่นไม่มีผลผูกมัด แต่ถ้าเป็นองค์กรที่มีอำนาจมากกว่า แจ้งไปยังองค์กรที่มีลำดับบังคับบัญชาต่ำกว่ารูปแบบของข้อมติที่ออกมามีสภาพบังคับให้ต้องปฏิบัติตาม ในกรณีที่องค์กรหลักออกข้อมติแล้วแจ้งไปยังรัฐสมาชิกจะมีผลผูกพันต่อเมื่อข้อมติที่ออกนั้นเป็นเรื่องการออกกฎระเบียบการบริหารงานภายในองค์กร ซึ่งทำให้รัฐสมาชิกต้องผูกพันในผลของข้อมติเช่นเดียวกับองค์กรย่อยต่างๆ แต่ในบางองค์การ เช่น มาตรฐานและข้อบังคับเกี่ยวกับสุขภาพอนามัยและความปลอดภัย ซึ่งออกโดยองค์กรพลังงานปรมาณูระหว่างประเทศ (the International Atomic Energy Agency) แม้ว่าจะเป็น recommendation ก็มีผลผูกพันรัฐสมาชิกให้ต้องปฏิบัติตาม"[8]

2.1 แนวความคิดที่ขัดแย้งกันเกี่ยวกับผลของข้อมติสมัชชาใหญ่ที่แจ้งไปยังรัฐสมาชิก

ข้อมติขององค์การระหว่างประเทศเป็นการแสดงเจตนารมย์ขององค์การระหว่างประเทศออกมาในรูปลายลักษณ์อักษรคำว่า "ข้อมติ" ไม่ได้ปรากฏในทุกที่ของกฎบัตรสหประชาชาติ ความแตกต่างระหว่างข้อมติสมัชชาใหญ่ โดยทั่วๆ ไปกับข้อมติที่ถูกพิจารณาว่าเป็นรูปแบบของการประกาศในหลักการ (Declarations of principle)[9] ข้อมติที่เป็นการประกาศถูกพิจารณาว่ามีน้ำหนักมากกว่าข้อมติธรรมดา อย่างไรก็ตามไม่ว่าเป็นข้อมติธรรมดา หรือข้อมติที่เป็นการประกาศก็จะถูกพิจารณาว่าเป็นเรื่องของกระบวนการสร้างกฎหมายระหว่างประเทศ (The International Law-Making Process) ได้มีสำนักความคิดที่มีแนวความคิด

---

[8]Werner Boulanger, Director Legal Division IAEA, Decision and other Measures taken by the International Atomic Energy Agency, in Schwebel, pp. 285 , 286

[9]O. Asamoah, The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations (1966).

ขัดแย้งกันในเรื่องความสามารถของข้อมติสมัชชาใหญ่ ในการสร้างกฎหมายระหว่างประเทศ สำนักความคิดหนึ่ง ซึ่งบางครั้งอ้างว่าเป็นสำนักเก่าแก่ (The Traditional School) ปฏิเสธว่าข้อมติไม่อาจสามารถสร้างกฎหมายระหว่างประเทศได้[10] ในขณะที่อีกสำนักความคิดหนึ่ง ซึ่งเรียกตัวเองว่าสำนักก้าวหน้า (The Progressive School) ได้โต้แย้งว่าข้อมติอาจมีผลในทางกฎหมายได้[11] ทั้งสองสำนักความคิดนี้เป็นผลสะท้อนมาจากแนวความคิดของประเทศพัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนา ประเทศกำลังพัฒนาซึ่งสนับสนุนสำนักความคิดแบบก้าวหน้าเห็นว่าข้อมติสมัชชาใหญ่สามารถสร้างกฎหมายระหว่างประเทศได้ ส่วนประเทศพัฒนาแล้วได้โต้แย้งว่าข้อมติสมัชชาใหญ่เป็นเพียงข้อเสนอแนะเท่านั้น ไม่สามารถที่จะสร้างพันธกรณีทางกฎหมายได้ จึงขอแยกอธิบายดังต่อไปนี้

2.1.1 แนวความคิดที่ว่าข้อมติสมัชชาใหญ่ไม่อาจสร้างกฎหมายระหว่างประเทศได้

นักกฎหมายในสำนักความคิดแบบเก่าได้ให้ความคิดเห็นหลัก ๆ ในข้อโต้แย้งถึงความสามารถของข้อมติในการสร้างกฎหมายระหว่างประเทศไว้ว่า

ก. สมัชชาใหญ่ไม่มีอำนาจในการออกข้อบังคับที่เป็นกฎหมายเนื่องจากกฎบัตรสหประชาชาติไม่ได้ให้อำนาจสมัชชาใหญ่ในการออกกฎหมาย (Formal legislative authority) นอกจากนั้น รายงานการประชุม San Francisco ได้ชี้ให้เห็นอย่างชัดแจ้งว่าผู้ร่างได้แสดงออกโดยชัดเจนในเรื่องความสามารถของสมัชชาใหญ่ โดยถ้อยคำที่ใช้ในกฎบัตรสหประชาชาติ ในมาตรา 10 ถึง 14 ได้ใช้คำว่า ข้อเสนอแนะ (recommendation) ซึ่งแสดงให้เห็นว่าข้อมติที่ออกโดยสมัชชาใหญ่มีผลเป็นเพียงคำเสนอแนะเท่านั้น ไม่อาจสร้าง

---

[10]L. Gross , Essays on International Law and Organization, 214-20 (1984)

[11]Onuf, Professor Falk on the Quasi - Legislative Competence of the General Assembly , 64 American Journal of International Law, 349 (1970)

พันธกรณีตามกฎหมายได้ ดังนั้นการที่จะให้ข้อมติสมัชชาใหญ่มีผลในทางกฎหมายจึงไม่ตรงกับจุดประสงค์ของผู้ร่างกฎบัตร[12] ยกเว้นในเรื่องการออกข้อมติตามมาตรา 17 และ 18 ซึ่งเป็นเรื่องของการบริหารงานภายในองค์การสหประชาชาติ ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายภายในองค์การระหว่างประเทศ

ในเรื่องนี้ Joyner ได้ให้ความเห็นไว้ว่า "ในระบบของสหประชาชาติไม่มีองค์กรใดที่มีความสามารถในการสร้างกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งหมายความว่ากฎบัตรสหประชาชาติไม่ได้ให้อำนาจองค์กรใดเป็นพิเศษในการออกกฎหมายที่เปรียบเทียบได้กับการออกกฎหมายภายในของรัฐ แม้ว่าสมัชชาใหญ่จะเป็นที่ซึ่งรัฐสมาชิกสามารถเสนอร่างข้อมติ หรือลงคะแนนเสียงรับรองข้อมติ และสมัชชาใหญ่ยังเป็นสถานที่เพื่อเป็นสื่อกลางในการทำข้อตกลงระหว่างประเทศ แต่สมัชชาใหญ่ก็ไม่มีอำนาจที่จะกระทำหรือสั่งการใดๆ ให้มีผลผูกพันรัฐสมาชิก"[13]

ข. ข้อมติสมัชชาใหญ่มิได้ถูกบรรจุให้เป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศ ตามมาตรา 38 ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ข้อโต้แย้งอื่นๆ ก็มีส่วนใกล้ชิดกับเหตุผลที่กล่าวมาแล้วข้างต้น นั่นคือ กฎหมายระหว่างประเทศสามารถถูกสร้างได้โดยผ่านทางที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศตามมาตรา 38 ซึ่งได้แก่ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป คำพิพากษาของศาล และคำสอนของนักกฎหมาย จะเห็นได้ว่าตามมาตรา 38 นั้น ไม่ได้กำหนดให้ข้อมติสมัชชาใหญ่เป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใด ซึ่งหากดูตามเหตุผลแล้วข้อมติสมัชชาใหญ่ก็ไม่อาจถูกพิจารณาได้ว่าเป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศ[14]

---

[12]Haight , The New International Economic Order and the Charter of Economic Rights and Duties of States, 9 International Law. 597 (1975)

[13]Joyner, U.N. General Assembly Resolutions and International Law : Rethinking the Contemporary Dynamics of Norm Creation, 11 California Western International Law Journal 452 nl. (1981)

[14]Joyner, Ibid., p.454-5.

ค. ข้อมติมิได้สะท้อนให้เห็นถึงความยินยอมของรัฐที่จะให้มีผลผูกพัน (Consent To Be Bound) หากในทางกฎหมายข้อมติสมัชชาใหญ่ไม่สามารถที่จะออกข้อบังคับที่เป็นกฎหมายมาผูกพันรัฐสมาชิกได้ โดยปราศจากความยินยอมหรือการแสดงออกของรัฐที่จะให้มีผลผูกพันในทางกฎหมายเช่นนั้น[15] โดยธรรมดาแล้วความยินยอมนี้อาจแสดงออกได้โดยสองทางหลักๆ อย่างแรกเป็นการลงนามในสนธิสัญญา อย่างที่สองเป็นแนวทางปฏิบัติของรัฐ (state practice) ซึ่งเป็นองค์ประกอบของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ บรรดานักกฎหมายที่สนับสนุนแนวความคิดนี้ต่างให้การต่อสู้ในเรื่องวัตถุประสงค์ของข้อมติในการสร้างกฎหมาย โดยทั่วๆไปแล้วตัวแทนของรัฐในองค์การระหว่างประเทศจะแสดงบทบาท 2 อย่างคือประการแรกแสดงบทบาทในฐานะที่เป็นตัวแทนของรัฐสมาชิก ประการที่สองแสดงบทบาทในฐานะที่รัฐเป็นสมาชิกขององค์การระหว่างประเทศ การที่ตัวแทนของรัฐลงคะแนนเสียงในข้อมติของที่ประชุมสมัชชาใหญ่สหประชาชาติเป็นสิ่งที่รัฐกระทำในฐานะที่เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ มิได้กระทำในฐานะรัฐเพื่อให้ข้อมตินั้นมีผลผูกพันรัฐในทางกฎหมาย[16] ยิ่งไปกว่านั้นการลงคะแนนเสียงโดยฉันทามติ (consensus) ไม่เพียงพอที่จะแสดงให้เห็นถึงความยินยอมของสมัชชาที่จะทำให้ข้อมติสามารถสร้างพันธกรณีในทางกฎหมายได้ เพราะการลงคะแนนเสียงโดยอาศัยฉันทามตินั้นไม่มีการลงคะแนนเสียงกันจริงๆ เพียงแต่ประธานในที่ประชุมกล่าวถึงเนื้อหาสาระในข้อมติหากที่ประชุมเห็นชอบด้วยข้อมตินั้นก็ผ่านการพิจารณาโดยไม่มีการลงคะแนนเสียง นอกจากนั้นแล้วฉันทามติก็เป็นการแสดงออกร่วมกันของรัฐสมาชิกที่รัฐเห็นว่าเป็นกระบวนการที่จำเป็นสำหรับการ

---

[15]Gross, The International Court of Justice : Consideration of Requirements for Enhancing Its Role in the International Legal Order, 65 American Journal of International Law (1971)

[16]Onuf, Professor Falk on the Quasii-Legislative Competence of the General Assembly, 64 American Journal of International Law 351 (1970)

ออกข้อมติเท่านั้น[17] ยิ่งไปกว่านั้นการสร้างพันธกรณีในทางกฎหมายระหว่างประเทศไม่เคยเกิดขึ้นเนื่องจากการให้ความยินยอมโดยเอกฉันท์ ยกตัวอย่างในเรื่องการสร้างกฎเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จะต้องเกิดจากการพัฒนาที่ยาวนานของแนวทางปฏิบัติและความเชื่อมั่นของรัฐจนกระทั่งเกิดเป็นข้อบังคับระหว่างประเทศ จารีตประเพณีระหว่างประเทศไม่อาจเกิดได้ในทันทีที่มีการออกฉันทามติ นอกเสียจากว่าฉันทามติดังกล่าวเป็นการยืนยันถึงจารีตประเพณีที่มีอยู่ก่อนแล้ว

ง. รัฐออกเสียงในข้อมติเพราะผลประโยชน์ในทางการเมืองมากกว่าที่จะพิจารณาว่าข้อมตินั้นมีผลในทางกฎหมายสมาชิกสมัชชาใหญ่ส่วนมากออกเสียงในข้อมติ เพื่อผลทางการเมืองมากกว่าที่จะคำนึงถึงผลในทางกฎหมาย[18] โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎเกณฑ์ที่บรรจุอยู่ในข้อมติที่เสนอโดยประเทศโลกที่สามเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดความสับสนในเรื่องของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่ เนื่องจากข้อมติดังกล่าวไม่มีหลักการของความเป็นกลาง (neutral principles) เพราะคำนึงถึงแต่ผลประโยชน์ของประเทศโลกที่สามเท่านั้น ดังนั้นข้อมติเหล่านี้จึงไม่ควรถูกกำหนดว่ามีหลักการของกฎหมาย (Legal principles)[19]

---

[17]Haight, The New International Economic Order and the Charter of Economic Rights and Duties of States, a Int'l Law. 597 (1975) Haight ได้อ้างว่า "ไม่มีหนทางใดๆ เลยที่จะแสดงให้เห็นว่าข้อมติสมัชชาใหญ่มีผลบังคับในทางกฎหมาย

[18]Schwebel, The Effects of Resolutions of the General Assembly on Customary International Law, 73 Proc. American Society of International Law 302 (1979)

[19]Schachter, The Evolving Law of International Development, 15 Columbia Journal of Transnational Law 1, 4 (1982)

จ. รัฐลงคะแนนเสียงในการออกข้อมติโดยมิได้มีเจตนาที่จะให้ข้อมติที่ผลผูกพันในทางกฎหมาย ข้อโต้แย้งในเรื่องนี้เป็นเรื่องที่สามารถลงความเห็นได้จากข้อพิสูจน์ที่ได้แสดงมาแล้วระหว่างความยินยอม (consent) และการพิจารณาในทางการเมือง (political considerations) จะเห็นได้ว่าสมาชิกในสมัชชาใหญ่ออกเสียงในข้อมติโดยมิได้มีเจตนาให้ข้อมติมีผลผูกพันรัฐในทางกฎหมาย รัฐอาจลงคะแนนเสียงโดยปราศจากความเห็นด้วยในเนื้อหาสาระในข้อมตินั้น ๆ แต่การออกเสียงดังกล่าวเป็นผลจากวิธีการออกเสียงไม่เหมาะสมหรือเป็นเรื่องทางการเมือง บ่อยครั้งที่รัฐสมาชิกออกเสียงสำหรับข้อมติโดยมิได้เห็นด้วยอย่างแท้จริง ซึ่งชี้ให้เห็นว่ารัฐมิได้เชื่อว่าตนสามารถสร้างหรือเปลี่ยนแปลงกฎหมายระหว่างประเทศได้[20]

ฉ. การยอมรับว่าข้อมติสร้างกฎหมายได้จะนำไปสู่ความขัดแย้งทางด้านบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ ข้อพิจารณานี้แสดงให้เห็นว่า การยอมรับข้อมติในการสร้างกฎหมายระหว่างประเทศจะนำไปสู่ความไม่ชัดเจนในความแตกต่างระหว่างกฎเกณฑ์ที่มีผลผูกพันทางกฎหมายกับกฎเกณฑ์ที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย และความแตกต่างระหว่างกฎเกณฑ์กับสิ่งที่กำลังจะเป็นกฎเกณฑ์ (near rules) สิ่งเหล่านี้จะเป็นการลดค่าบังคับทางกฎหมายของกฎหมายระหว่างประเทศและก่อให้เกิดความสับสนในเรื่องของกฎเกณฑ์ (normative confusion)[21]

---

[20]Schwebel, The Effects of Resolutions of the General Assembly on Customary International Law, 73 Proceedings American Society of International Law International Law (1979) Schwebel ได้ให้ความเห็นว่า "ข้อมติสมัชชาใหญ่ไม่มีผลบังคับในทางกฎหมายและไม่เพียงพอที่จะก่อให้เกิดจารีตประเพณี ไม่ใช่เพียงแต่เพราะว่าสมัชชาใหญ่ไม่มีอำนาจในการออกข้อบังคับที่เป็นกฎหมายเท่านั้น หากแต่เพราะรัฐสมาชิกของสมัชชาใหญ่ด้วย ดังที่ Professor Arangio-Ruiz ได้พูดถึงเรื่อง don't 'mean it' ซึ่งในเรื่องนี้อาจกล่าวได้ว่าบ่อยครั้งที่รัฐเห็นชอบในข้อมติ โดยมิได้มีเจตนาที่จะให้เป็นเช่นนั้น และรัฐออกเสียงในข้อมติโดยมิได้หมายความว่าจะให้ข้อมตินั้นมีผลเป็นกฎหมาย"

[21]Weil , Towards Relative Normativity in International Law, 77 American Journal of International Law 413 , 414 (1983)

Horn เขียนไว้ว่า "ถ้าไม่มีรูปแบบหรือกระบวนการในการสร้างกฎหมาย ก็ไม่มีความแตกต่างใด ๆ ในกฎเกณฑ์ทางกฎหมายจากคุณค่าทางศีลธรรม (ethical values) และจากหลักการในทางการเมือง การประกาศในหลักการต่าง ๆ ไม่ใช่รูปแบบของการสร้างกฎหมาย สิ่งเหล่านั้นอาจเป็นความผสมผสานกันของคุณค่าทางศีลธรรม กฎเกณฑ์ทางการเมือง และข้อเรียกร้องซึ่งมองดูแล้วอาจคล้ายคลึงกับลักษณะของกฎหมาย ความคล้ายคลึงนี้อาจมองเห็นได้ในลักษณะของข้อมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติว่าด้วยระเบียบเศรษฐกิจใหม่ระหว่างประเทศ (NIEO) ข้อมติเหล่านี้มิได้ถูกยอมรับว่าเป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศ"[22]

2.1.2 แนวความคิดที่ว่าข้อมติสมัชชาใหญ่อาจสร้างกฎหมายระหว่างประเทศได้

แนวความคิดนี้ เป็นการโต้แย้งของสำนักก้าวหน้าต่อแนวความคิดที่มีมาแต่เดิมในเรื่องผลบังคับของข้อมติสมัชชาใหญ่ รวมทั้งรูปแบบในการสร้างกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเชื่อว่าข้อมติสมัชชาใหญ่อาจก่อให้เกิดกฎเกณฑ์ใหม่ๆ ในการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศและพยายามชี้ให้เห็นถึงรูปแบบและกระบวนการสร้างกฎหมายโดยอาศัยข้อมติขององค์การระหว่างประเทศ โดยเฉพาะข้อมติสมัชชาใหญ่ โดยให้เหตุผลต่างๆ ดังนี้

ก. ที่มาของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศที่มีมาแต่เดิมไม่เพียงพอที่จะใช้กับการเปลี่ยนแปลงที่รวดเร็วของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เป็นเวลากว่า 40 ปีมาแล้วที่รูปแบบของเทคโนโลยี สังคมการเมือง และเศรษฐกิจ ได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากมาย ซึ่งส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่างๆ[23] ความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นนั้นอาจยกตัวอย่างให้เห็นชัดๆ ได้แก่ การปลดปล่อยประเทศในอาณานิคมของชาติตะวันตก ซึ่งในช่วง 40 ปีที่ผ่าน

---

[22]Horn, Normative Problems of a New International Economic Order , 16 Journal World Trade Law 347, 348 (1982)

[23]Sen, United Nations in Economic Development-Need for a New Strategy 2 (1969) ; W. Friedman, The Changing Structure of International Law 365-367 (1964).

มามีประเทศเกิดใหม่เพิ่มขึ้นอย่างมากมายกว่า 160 ประเทศ ซึ่งเป็นผลมาจากการปลดปล่อยอาณานิคมของชาติตะวันตก จำนวนประชากรที่เพิ่มขึ้นอย่างมากมายและการปฏิวัติทางด้านข่าวสาร (information revolution) ซึ่งเกิดจากความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ความเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วที่เกิดขึ้นจากการสื่อสารนี้ทำให้โลกแคบลง สิ่งเหล่านี้ก่อให้เกิดปัญหาความยุ่งยากที่ตามมาอย่างมากมาย เช่น ปัญหามลภาวะ การแพร่ขยายของอาวุธนิวเคลียร์ ความหมดสิ้นไปของทรัพยากรธรรมชาติ การแพร่ขยายของเชื้อโรค ความยากจน ความอดยาก ซึ่งเกิดจากการด้อยพัฒนาของบางประเทศเป็นต้น[24] กฎเกณฑ์ใหม่ๆของกฎหมายต้องถูกจัดสร้างขึ้นเพื่อการแก้ไขปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นในโลก แนวทางสำหรับการแก้ไขปัญหาต่างๆ ที่มีอยู่ ไม่เพียงพอสำหรับการแก้ปัญหาเหล่านี้ เหมือนอย่างเช่นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่นั้นไม่เพียงพอรวดเร็วต่อการแก้ไขในทางกฎหมายต่อปัญหาที่เกิดขึ้น กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไม่เหมาะสมหรือเหมาะสมน้อยที่สุดสำหรับสังคมระหว่างประเทศแนวใหม่[25] เพราะการก่อตัวของจารีตประเพณีระหว่างประเทศใช้กระบวนการที่ยาวนาน กฎเกณฑ์ทางจารีตประเพณีบ่อยครั้งที่ไม่สามารถช่วยแก้ปัญหาระหว่างประเทศ ซึ่งต้องการการแก้ไขในช่วงระยะเวลาอันสั้น แต่การก่อตัวของจารีตประเพณีต้องใช้ระยะเวลาอันยาวนาน สนธิสัญญาระหว่างประเทศเป็นวิธีการขั้นพื้นฐานในการเกิดกฎหมายระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามสนธิสัญญาก็ยังไม่มีความเหมาะสมในการแก้ไขปัญหาในหลายๆ กรณี สนธิสัญญาสองฝ่ายไม่เพียงพอต่อปัญหาที่เกิดขึ้นเพราะสนธิสัญาามีผลผูกพันเฉพาะรัฐที่ร่วมลงนามเท่านั้น สนธิสัญญาไม่มีผลผูกบังคับรัฐอื่นที่อยู่นอกเหนือข้อตกลง สนธิสัญญาหลายฝ่ายก็ไม่เป็นผลที่จะแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นได้เนื่องจากในระบบกฎหมายระหว่างประเทศนั้น มีขบวนการที่ล้าหลังอันยาวนานเกี่ยวกับการทำอนุสัญญาหรือสนธิ

---

[24]O. Asamoah, The Legal Significance of the Declavations of the General Assembly of the United Nations (1966); R. Anand, New States and International Law 71 (1972).

[25]Friedman, opcit.,p.365.

สัญญา นั่นคือการเจรจา การให้ความยินยอมโดยรัฐที่เกี่ยวข้องและรูปแบบของการยอมรับเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา เช่น การให้สัตยาบัน[26] ดังนั้นการสร้างกฎหมายระหว่างประเทศโดยการทำสนธิสัญญาก็ไม่รวดเร็วพอสำหรับปัญหาที่เกิดขึ้น ซึ่งต้องการการแก้ไขในทันทีทันใด

นอกจากนั้น วิธีการแก้ไขอื่นๆ ที่อาจเป็นไปได้ เช่น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ยังไม่เพียงพอต่อการแก้ปัญหา เนื่องจากมีเพียงไม่กี่ประเทศเท่านั้นที่ประสงค์จะนำเรื่องขึ้นฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ประเทศกำลังพัฒนาเกรงต่อการขึ้นศาล เพราะเห็นว่าศาลอาจดำเนินกระบวนพิจารณาที่ล้าหลังและไม่เข้าใจถึงความต้องการที่เปลี่ยนไปของสังคมยุคใหม่ ในทางกลับกันประเทศที่พัฒนาแล้วเกรงต่อการนำคดีขึ้นฟ้องร้องต่อศาล เพราะประเทศที่พัฒนาแล้วเห็นว่าศาลมีฐานะเป็นองค์กรในทางการเมืองมากที่จะเป็นองค์กรทางกระบวนการยุติธรรม[27] ดังนั้นทางเลือกของที่มาในการแก้ไขก็คือ กฎเกณฑ์ใหม่ที่ถูกประกาศใช้อย่างรวดเร็ว ข้อมติสมัชชาใหญ่เป็นทางเลือกที่เหมาะสมสำหรับการสร้างกฎเกณฑ์ใหม่ในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นเพราะรวดเร็วทันต่อการแก้ไขปัญหา

ข. องค์การสหประชาชาติเป็นองค์การที่เหมาะสมในการแสดงความคิดเห็นในการวางกฎเกณฑ์การแก้ปัญหาระหว่างประเทศ โดยเฉพาะสมัชชาใหญ่ สมัชชาใหญ่เป็นองค์กรที่เหมาะสมต่อการแก้ไขปัญหาด้วยเหตุผลหลายประการด้วยกันคือ ประการแรกสมัชชาใหญ่เป็นที่รวมของตัวแทนรัฐต่างๆเกือบทั่วโลก ซึ่งสมาชิกของสหประชาชาติสามารถแสดงความคิดเห็นได้อย่างกว้างขวางสมัชชาใหญ่เป็นองค์กรที่ชัดแจ้งเป็นส่วนรวม เป็นจุดศูนย์กลางสำหรับแนวทางการปฏิบัติของรัฐด้วยเหตุผลนี้แนวทางปฏิบัติในสหประชาชาติจึงมีส่วนโดยตรงที่ทำให้เกิดการพัฒนาของระบบกฎหมายระหว่างประเทศ[28]ประการที่สองสมัชชาใหญ่มีการสื่อสารโดยตรงต่อบรรดารัฐสมาชิกของ

---

[26]Horn, opcit., p.347.

[27]Sohn , The Shaping of International Law, 8 Ga. J. Int'l & Comp L. 1, 13 (1978), p.12. " ดังเช่นกรณีที่สหรัฐอเมริกาปฏิเสธที่จะยอมรับคำพิพากษาของศาลในคดีระหว่างสหรัฐอเมริกาและนิคาราก้ว "

[28]R. Higgens, The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations (1963)

สหประชาชาติ ตัวแทนของรัฐสมาชิกต่างๆ สามารถที่จะรับทราบด้วยความรวดเร็วในปัญหา รวมทั้งสามารถที่จะแสดงความคิดเห็นที่ได้รับแจ้งจากรัฐบาลของพวกเขาได้โดยตรงต่อที่ประชุมสมัชชาใหญ่ ถ้าการสื่อสารไม่อาจสะดวกง่ายดายสำหรับตัวแทนรัฐสมาชิกทั้งหลายในสหประชาชาติ เทคโนโลยีในการสื่อสารที่ทันสมัยก็สามารถช่วยให้การแสดงความคิดเห็นเป็นไปได้อย่างรวดเร็ว[29] ประการที่สาม องค์การสหประชาชาติมีบุคลากรที่มีความสามารถมีคุณภาพสูงในการพัฒนากฎเกณฑ์ทางกฎหมายและข้อแก้ไขต่างๆ โดยเฉพาะสมัชชาใหญ่ไม่เพียงแต่สามารถกำหนดกฎเกณฑ์ได้อย่างรวดเร็วแต่ยังสามารถสะท้อนถึงปฏิกิริยาของรัฐสมาชิกต่อกฎเกณฑ์ใหม่ๆ ได้อย่างรวดเร็วด้วยเช่นเดียวกัน[30]

ค. แนวความคิดในการยอมรับผลทางกฎหมายของข้อมติสมัชชาใหญ่มีมากขึ้น จะเห็นได้จากการเปลี่ยนแปลงท่าทีของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา แต่เดิมนั้นรัฐบาลสหรัฐอเมริกามีความคิดเห็นเกี่ยวกับข้อมติสมัชชาใหญ่ว่าเป็นเพียงแค่คำเสนอแนะ (recommendation) ต่อมารัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้แสดงท่าทีที่เปลี่ยนไปจากเดิม เช่น ในกรณีของ the Plestine Commission ในปี 1947 ตัวแทนสหรัฐอเมริกาได้ยืนยันว่า ข้อเสนอแนะของสหประชาชาติมีผลบังคับเหมือนกฎหมาย[31] ยิ่งไปกว่านั้นในปี 1980 รัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้แสดงออกโดยนัยในการยอมรับว่าข้อมติอาจสร้างกฎหมายระหว่างประเทศ ในคดีเกี่ยวกับนักการทูตสหรัฐอเมริกาและเจ้าหน้าที่กงสุลใน Tehran[32] นอกจากนั้นศาลสูงของสหรัฐอเมริกาแสดงให้เห็นถึงการยอมรับในเรื่องความสามารถของข้อมติสมัชชาใหญ่ในการสร้างกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ในคดี Filartiga

---

[29]Sohn, opcit., p.12.

[30]Friedmen, opcit., p.137.

[31]2 U.N. Gaor, Ad hoc Comm. on the Palestinian Question at 221 (1947)

[32]Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (U.S. V. Iran) , 1980 I.C.J. 3

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

V. Pena-Irala [33] ศาลสูงได้อ้างถึงข้อมติสมัชชาใหญ่ที่เกี่ยวกับ the Universal Declaration of Human Rights ในคดี the Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Co. v. Government of the Libyan Arab Republic ในคดีนี้ Libyan ได้อ้างถึงข้อมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติหลายข้อมติ* โดยยืนยันว่าข้อมติสมัชชาใหญ่สามารถก่อให้เกิดพันธกรณีในทางกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับการโอนมาเป็นของรัฐ (nationalization) ภายใต้กฎหมายที่กำหนดอยู่ในข้อมติเหล่านั้น ทำให้ Libyan โอนบริษัทน้ำมันทั้งสองมาเป็นของรัฐได้ ส่วนอนุญาโตตุลาการก็มีความเห็นเช่นเดียวกับ Libyan ว่าข้อมติสมัชชาใหญ่มีผลในทางกฎหมาย

2.2 ผลบังคับของข้อมติสมัชชาใหญ่ที่บรรจุหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

แม้ข้อมติของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติมิได้มีผลตามกฎหมาย แต่ถ้าหากข้อมตินั้นได้ประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาบรรจุไว้ในข้อมติก็ดี หรือกล่าวเน้นถึงพันธกรณีตามกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาก็ดี หลักเกณฑ์นั้นๆ[34] ก็ยังมีผลตามกฎหมายอยู่แต่มิใช่โดยผลของข้อมติ หากเป็นผลจากสนธิสัญญาหรือของจารีตประเพณีที่บรรจุอยู่ในข้อมตินั้นๆ ซึ่งจะพิจารณาเป็นเรื่องๆ ดังต่อไปนี้

---

[33]Filartiga v. Pena-Irala, 630 F, 2d 876 (2d Cir. 1980)

*ข้อมติที่ Libyan อ้างถึงได้แก่

(1) Declaration on Permanent Sovereignty of 1962;

(2) Declaration on Permanent Sovereignty of 1973;(3) NIEO Declaration;

(4) Charter of Economics Rights and Duties of States.

[34]ชุมพร ปัจจุสานนท์, กฎหมายระหว่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ หน่วยที่ 8,9 กรุงเทพ : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช , 2530

2.2.1 ผลของข้อมติที่บรรจุสนธิสัญญาระหว่างประเทศ

สนธิสัญญา (treaty) หมายถึง ข้อตกลงระหว่างประเทศที่ได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรไม่ว่าจะทำขึ้นเป็นฉบับเดียวหรือหลายฉบับ และอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ข้อตกลงนี้อาจมีได้หลายชื่อ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับการปฏิบัติทางการทูตที่นิยมใช้กัน โดยอาจเรียกว่า สนธิสัญญา (treaty) อนุสัญญา (convention) พิธีสาร (protocol) ปฏิญญา (declaration) กฎบัตร (charter) กติกา (pact) ธรรมนูญ (statute) เป็นต้น

ข้อมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติสามารถเข้าไปเกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศได้ในหลายๆด้าน เช่น โดยทางกฎบัตรสหประชาชาติ (U.N. Charter) กฎบัตรสหประชาชาติได้กำหนดอำนาจหน้าที่ให้สมัชชาใหญ่ทำการออกข้อมติและรับรองข้อมติ ข้อมติที่ออกมาจากสมัชชาใหญ่ตามอำนาจที่กำหนดไว้ในกฎบัตรนี้มีผลผูกพันในทางกฎหมายให้องค์กร บุคลากร และรัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตาม นอกจากนั้นกฎบัตรก็ได้ให้อำนาจสมัชชาใหญ่ในการแปลความหมายพันธกรณีตามกฎบัตร[35] เช่นในมาตรา 13 ของกฎบัตรได้ให้อำนาจสมัชชาใหญ่ในการทำข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการสนับสนุนความร่วมมือระหว่างประเทศทางด้านการเมือง การพัฒนาความก้าวหน้าของกฎหมายระหว่างประเทศสนับสนุนทางด้านเศรษฐกิจ สังคม การศึกษา สาธารณสุข สิทธิมนุษยชน สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน โดยปราศจากการแบ่งแยกเชื้อชาติ ภาษา หรือศาสนา[36] มีข้อมติสมัชชาใหญ่หลายข้อมติที่ออกมาเพื่อยืนยันกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ในกฎบัตร เช่น ข้อมติว่าด้วยความร่วมมือกันทางด้าน

---

[35]Sloan, General Assembly Resolutions Revisited (forty years later), The British year Book of International Law (1987) ,p.39.

[36]U.N. Charter art 13, para 1

เศรษฐกิจ[37] ข้อมติเรื่องการห้ามการแบ่งแยกผิว[38] ข้อมติว่าด้วยการใช้กำลัง[39] เป็นต้น

2.2.2 ผลของข้อมติที่บรรจุหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

นับตั้งแต่ที่มีการก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่างๆมีมากขึ้น กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ได้ถูกนำเข้ามาบรรจุอยู่ในสนธิสัญญาและปรากฏอยู่ในรูปของข้อมติองค์การระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ดีสถานะทางกฎหมายของจารีตประเพณียังคงมีอยู่เนื่องจากจารีตประเพณีนั้นเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ แม้ว่าจารีตประเพณีจะถูกบรรจุอยู่ในข้อมติซึ่งโดยทั่วไปแล้วไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมายแต่ข้อมตินั้นก็มีผลในทางกฎหมายเพราะหลักจารีตประเพณีที่มีอยู่ในข้อมตินั้น[40] จารีตประเพณีระหว่างประเทศมีองค์ประกอบที่สำคัญสองประการคือ การปฏิบัติกระทำจนเป็นแนวทางปฏิบัติของรัฐ (state practices) และความเชื่อมั่นของรัฐว่าสิ่งที่กระทำนั้นมีลักษณะบังคับให้ต้องปฏิบัติตาม (opinio juris) จารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นเรื่องของการปฏิบัติตาม โดยรัฐด้วยความเชื่อมั่นว่ามีผลผูกพันตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติเช่นนั้น มีหลายวิธีที่ข้อมติสมัชชาใหญ่จะเข้าไปเกี่ยวข้องกับจารีตประเพณี ซึ่งเป็นที่มาลำดับ 2 ของกฎหมายระหว่างประเทศ ตามมาตรา 38 ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The Statute of the International Court of Justice) เช่น โดยข้อมติได้กล่าวย้ำถึงหลักกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่ หรือข้อมติในฐานะที่เป็นองค์ประกอบของจารีตประเพณี หรือหลักการบางหลักการในข้อมติที่อาจพัฒนา

---

[37]U.N.General Assembly Resolution 3201 (S-VI), 29 U.N.GAOR Supp. (No.1) at 3, U.N.Doc. A/9556 (1 May 1974).

[38]U.N.General Assembly Resolution 1514 , U.N.GAOR Supp. (No. 16) at 66, U.N. Doc. A/4684 (1960).

[39]U.N.General Assembly Resolution 1710, 16 U.N. GAOR Supp. (No.17) at 17, U.N. Doc. A/4684 (1960).

[40]Joyner , opcit., p.445.

ไปเป็นกฎหมายจารีตประเพณีได้ในอนาคต ในเรื่องนี้ Judge Jimenez de Arechaga ได้กล่าวในขณะที่เป็นประธานศาลยุติธรรมระหว่างประเทศว่า "อาจอธิบายได้ว่ามี 3 วิธีด้วยกันที่ข้อมติจะเกี่ยวเนื่องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ คือ โดยข้อมติที่ออกมาเป็นการประกาศหลักกฎหมายที่มีอยู่แล้ว (lex lata) การก่อรูปกฎหมายให้ปรากฏออกมา (in statu nascendi) หรือเป็นจุดรวมของการพัฒนาหลักจารีตประเพณีในอนาคต (de lege ferenda) โดยอาจถูกเสนอแนะว่าข้อมติอาจสร้างหรือพัฒนากฎหมาย"[41] ข้อมติที่เป็นการประกาศหลักกฎหมายที่มีอยู่แล้ว ในเนื้อหาสาระที่มีอยู่ในข้อมติแน่นอนว่ายอมเกิดผลบังคับในทางกฎหมายแต่ไม่ใช่เพราะข้อมตินั้นมีผลบังคับด้วยตัวของมันเอง หากแต่เพราะหลักกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่ในข้อมติ[42]

2.2.3 ผลของข้อมติที่บรรจุหลักกฎหมายทั่วไป

ที่มาลำดับ 3 ของกฎหมายระหว่างประเทศ ตามมาตรา 38 ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ได้แก่ หลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับจากนานาอารยะประเทศ (the general principles of law recognized by civilized nations) หลักกฎหมายทั่วไป ไม่เหมือนกับสนธิสัญญาและจารีตประเพณี ซึ่งถูกยอมรับอย่างกว้างขวางว่าเป็นที่มาหลักของกฎหมายระหว่างประเทศ หรืออย่างน้อยที่สุดในกรณีของสนธิสัญญาก็มีฐานะเป็นที่มาของพันธกรณีตามกฎหมาย แต่หลักกฎหมายทั่วไปมิได้เป็นเช่นนั้น หลักกฎหมายทั่วไปจะถูกอ้างก็ต่อเมื่อในกรณีที่มีการโต้แย้งกันเกิดขึ้นหรือมีกรณีพิพาท ศาลจะนำสนธิสัญญาและหลักกฎหมายจารีตประเพณีมาปรับใช้ก่อน หากไม่มีสนธิสัญญาหรือหลักจารีตประเพณีที่จะนำมาปรับใช้ได้ ศาลจึงจะนำหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมาพิจารณา นักวิชาการหลายท่านได้ให้ความเห็นว่าข้อมติสมัชชาใหญ่มี

---

[41]Sloan , opcit., p.68.

[42]Brownlie, Principles of Public International law (3rd edn., 1979), p.696., Schermers, International Institutional law (1980), pp. 612, 817

ส่วนเกี่ยวพันกับหลักกฎหมายทั่วไป โดยข้อมติหลายๆ ข้อมติได้อ้างถึงหลักกฎหมายทั่วไป เช่น ข้อมติว่าด้วยการห้ามการเหยียดผิว[43] ข้อมติในเรื่องการใช้และสำรวจอวกาศ[44] ข้อมติว่าด้วยความสัมพันธ์ฉันท์มิตร[45] และข้อมติว่าด้วยการใช้ทรัพยากรบนพื้นทะเล[46] ข้อมติเหล่านี้ได้กล่าวอ้างในฐานะที่เป็นการประกาศหลักกฎหมายทั่วไป ปฏิญญาสากลว่าด้วยหลักสิทธิมนุษยชนก็ได้ถูกพิจารณาว่าเป็นการกลั่นกรองมาจาก National Bills of Rights

นอกจากนั้นข้อมติอาจเป็นตัวกำหนด และพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปเหมือนอย่างเหตุผล 3 ประการที่ Judge Jimenez de Arechaga ได้ให้ไว้เกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ข้อมติอาจเป็นการประกาศหลักกฎหมายทั่วไปที่มีอยู่แล้ว โดยผ่านทางระบบกฎหมาย หรือในฐานะแนวความคิดพื้นฐานทางกฎหมาย ข้อมติอาจก่อรูปกฎหมายทั่วไปให้ปรากฏโดยกระบวนการการรับรอง หรือข้อมติอาจเป็นพื้นฐานของการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไป

2.3 ผลของข้อมติที่อาจพัฒนาเป็นกฎหมายระหว่างประเทศได้ในอนาคต

ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปของนักกฎหมายระหว่างประเทศว่าข้อมติขององค์การระหว่างประเทศในหลายกรณีได้ถูกพิจารณาว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ[47] นัก

---

[43]U.N. General Assembly Resolution 1514, opcit.,

[44]U.N. General Assembly Resolution 1721 (XVI) and 1962 (XVIII), 18 U.N.GAOR Supp. (No.15) at 15-16, U.N.Doc. A/2215 (1964).

[45]U.N. General Assembly Resolution 2625 (XXV), 25 U.N. GAOR Supp. (No.28) at 121, U.N.Doc. A/8028 (1970).

[46]U.N. General Assembly Resolution 2749 (XXV), 25 U.N.GAOR Supp. (No.28) at 24-25, U.N.Doc. A/8028 (1971).

[47]Lissitzyn , International Law Today and Tomorrow (1965) , pp. 35-6 ; Gottlieb,'The Nature of International Law : Toward a Second Concept of Law, in Black and Falk (eds.), The Future of the

กฎหมายระหว่างประเทศบางท่านได้แบ่งที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศออกเป็น 2 ลักษณะคือ บ่อเกิดตามแบบพิธี (Formal Sources) หมายถึงบ่อเกิดที่เป็นกระบวนการก่อตั้งของกฎหมายโดยอาศัยองค์การและรูปแบบพิธีต่างๆ เป็นตัวสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย เช่น สนธิสัญญา จารีตประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป ส่วนบ่อเกิดทางเนื้อหา (Material Sources) หมายถึง บ่อเกิดที่เป็นต้วกระตุ้นหรือมีอิทธิพลต่อการก่อต้วของกฎหมาย เช่นข้อมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ ซึ่งโดยปกติไม่มีค่าบังคับในทางกฎหมายก็อาจเป็นที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือบ่อเกิดของกฎหมายสนธิสัญญาได้ นอกจากนั้นนักวิชาการบางท่านได้ให้ความเห็นว่า "ที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศที่ถือว่ามีความสำคัญอันหนึ่งในกฎหมายระหว่างประเทศปัจจุบันได้แก่ ข้อมติขององค์การระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมติขององค์การสหประชาชาติ ทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่าข้อมติทุกอันขององค์การระหว่างประเทศนั้นเป็นที่มาของกฎหมายไปหมด ที่ถือว่าเป็นที่มาอันสำคัญนั้นได้แก่ข้อมติที่แถลงยืนยันกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่เดิม กับข้อมติอันก่อให้เกิดหรือนำไปสู่การมีขึ้นของกฎเกณฑ์ใหม่ของกฎหมายระหว่างประเทศ"[48] ดังนั้นจะเห็นได้ว่าข้อมติอาจพัฒนาไปเป็นกฎหมายระหว่างประเทศได้ในอนาคต ทั้งนี้ทั้งนั้นก็ขึ้นอยู่กับสภาวะแวดล้อม เนื้อหาสาระในข้อมติ และการยอมรับจากรัฐต่างๆ ข้อมตินั้นอาจถูกนำไปบรรจุไว้ในสนธิสัญญาหรืออาจพัฒนาไปเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณี บางข้อมติอาจถูกพิจารณาว่าเป็นแนวทางที่ทำให้เกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ ซึ่งในเรื่องนี้จะได้พิจารณากันต่อไป

(ต่อ)

International Legal Order, vol. 4 , The Structure of the International Environment (1972), pp. 343-5 ; Elias, Modern Sources of International Law in Transnational Law in a Changing Society 51 (W. Friedman, L. Henkin, O. Lixxitzyn eds. 1972).

[48]อรุณ ภาณุพงศ์, "มิติใหม่ของกฎหมายระหว่างประเทศ", หนังสือวิชาการทางกฎหมายในโอกาสครบรอบ 50 ปี ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529) , น.172

2.3.1 ข้อมติที่อาจถูกประมวลขึ้นและนำมาบรรจุไว้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ

สนธิสัญญา (Treaty) เป็นการทำข้อตกลงระหว่างประเทศที่ได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างรัฐต่างๆ และอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะทำขึ้นเป็นฉบับเดียวหรือสองฉบับหรือหลายฉบับผนวกเข้าด้วยกันและไม่ว่าจะเรียกชื่อเช่นใด[49] ข้อตกลงระหว่างประเทศเป็นการทำความตกลงระหว่างรัฐอธิปไตยซึ่งถือเป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ (Subject of International Law) และในปัจจุบันได้รวมถึงการทำความตกลงระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศกับองค์การระหว่างประเทศ[50] เพราะองค์การระหว่างประเทศก็เป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ดี ในบางกรณีการกระทำฝ่ายเดียว (Unilateral Act) ของรัฐและมิได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรก็อาจก่อให้เกิดพันธกรณีทางกฎหมายได้ เช่น กรณีฝรั่งเศสประกาศจะไม่ทดลองอาวุธนิวเคลียร์ในบรรยากาศแต่ต่อมาได้ละเมิดคำประกาศดังกล่าว จนทำให้ออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ฟ้องฝรั่งเศสต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ (Nuclear Tests Cases) ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยว่า เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า การกระทำฝ่ายเดียว

---

[49]Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, art 2, para. 1.

[50]Vienna Convention on the Law of Treaties Between States and International or Between International Organization 1986, art 2, para. 1a.

ของรัฐซึ่งเกี่ยวข้องกับสถานะทางกฎหมายหรือข้อเท็จจริง อาจก่อให้เกิดผลเป็นการสร้างพันธกรณีทางกฎหมาย (legal obligation)[51]

ในบางครั้งหลักการในข้อมติก็อาจถูกนำมากำหนดลงในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ โดยรัฐคู่ภาคีได้นำกฎเกณฑ์ในข้อมตินั้นขึ้นมาพิจารณา มีการเจรจาในเนื้อหาสาระ จนในที่สุดได้นำหลักการในข้อมตินั้นมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในรูปของสนธิสัญญา นอกจากนั้นข้อมติยังมีอิทธิพลต่อการก่อตัวของกฎเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศ ข้อมติมีความสำคัญยิ่งกว่าการเป็นเพียงข้อมติหรือคำประกาศ ในบางครั้งข้อมติมีลักษณะเป็นการวางกรอบ หรือหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นขั้นตอนของการดำเนินงาน (programmatic rules) ซึ่งเป็นการพัฒนาความก้าวหน้าของกฎหมายระหว่างประเทศ[52] เช่น ข้อมติสมัชชาใหญ่เมื่อ วันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 เรื่องปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights) ข้อมตินี้เป็นการวางรากฐานสำหรับความก้าวหน้าในการสร้างกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ผู้แทนเบลเยี่ยมได้แถลงในการพิจารณาร่างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในคณะกรรมาธิการที่ 3 ของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติถึงนัยสำคัญทางกฎหมายของร่างข้อมติดังกล่าวว่า "ไม่มีรัฐใดถูกบังคับให้ต้องปฏิบัติตามปฏิญญานี้แม้ว่าจะออกเสียงเห็นด้วยก็ตาม แต่อาจพิจารณาถึงผลผูกพันของข้อมติได้จากการทำงานของคณะกรรมาธิการซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นในการก่อตัวของพันธกรณีสำหรับรัฐสมาชิกของสหประชาชาติ"[53] ต่อมาได้มีการนำหลักการในข้อมติดังกล่าวมาทำในรูปของสนธิสัญญา ซึ่งมีอยู่ 3 ฉบับ ได้แก่

---

[51]Nuclear Tests Case (Australia v. France), I.C.J. Reports 1974, p.253 และ Nuclear Tests Case (New Zealand v. France), I.C.J. Reports 1974, p.457

[52]Riccado Monaco, "Sources of International Law", Encyclopedia of Public International Law (1983) : 431

[53]Blaine F.Sloan, opcit., p.61.

- International Convenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966
- International Convenant on Civil and Political Right, 1966
- Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Right, 1966

นอกจากนี้ก็ยังมีข้อมติที่ 1514 (XV) เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1960 เรื่อง Declaration on the Granting of Independence to colonial Countries and Peoples ซึ่งมีการวางกฎเกณฑ์และเงื่อนไขที่สำคัญในเรื่องการยกเลิกระบอบอาณานิคม ข้อมติเกี่ยวกับการวางกฎเกณฑ์ในการใช้อวกาศ (outer space) และการสำรวจเพื่อแสวงหาประโยชน์จากท้องทะเลลึก (deep sea-bed) ยังได้มีการนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายในลักษณะของสนธิสัญญาหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษร (conventional law) ได้แก่ กฎหมายอวกาศ (space law) และกฎหมายทะเลปี ค.ศ. 1982 แต่กฎหมายทะเลฉบับนี้ยังไม่มีผลบังคับใช้เนื่องจากรัฐต่างๆ ยังมิได้ให้สัตยาบันครบ 60 ประเทศ แต่อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์บางเรื่องในกฎหมายทะเลดังกล่าวได้มีผลบังคับใช้ในลักษณะของจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว เช่น เขตเศรษฐกิจจำเพาะ (EEZ)

2.3.2 ข้อมติที่เป็นแนวทางให้เกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

จารีตประเพณีระหว่างประเทศตามมาตรา 38 ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ได้แก่ จารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นหลักฐานของการปฏิบัติโดยทั่วไป ซึ่งได้รับการรับรองว่าเป็นกฎหมาย (international custom as evidence of a general practice accepted as law) จารีตประเพณีระหว่างประเทศมีองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการ คือ องค์ประกอบทางวัตถุ (Meterial Element) ซึ่งเป็นการปฏิบัติของรัฐ (State Practices) ที่กระทำจนเป็นแนวทางปฏิบัติของรัฐ (Precedents) และองค์ประกอบทางจิตใจ (Psychological Element) หรือที่เรียกว่า Opinio Juris Sive Necessitatis เป็นความเชื่อมั่น (Convince) ของรัฐว่าสิ่งที่ได้กระทำนั้นมีลักษณะบังคับให้ต้องปฏิบัติตาม จากองค์

ประกอบดังกล่าวอาจพิจารณาได้ว่า จารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นเรื่องของการปฏิบัติตามโดยรัฐด้วยความเชื่อมั่นว่ามีผลผูกพันตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติเช่นนั้น ซึ่งแตกต่างจากการกระทำในลักษณะที่ไม่ยอมรับว่าสิ่งนั้นจะมีผลทางกฎหมายติดตามมา[54] ดังนั้นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจึงเป็นสิ่งที่รัฐจะต้องปฏิบัติตามโดยมิอาจปฏิเสธได้ จารีตประเพณีระหว่างประเทศจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ประการนั้นเสมอ นอกจากนั้นแนวทางปฏิบัติของรัฐที่กระทำสืบต่อกันมาก็ยังมีองค์ประกอบในเรื่องระยะเวลา (time element) เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ในปัจจุบันเงื่อนไขในเรื่องระยะเวลาได้เข้ามามีบทบาทในการเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบในการพิสูจน์ที่มาของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งจะได้พิจารณาต่อไป

2.3.2.1 ข้อมติในฐานะที่เป็นหลักฐานของกฎหมายจารีตประเพณี (Evidence of Customary Law)

กฎเกณฑ์ทางจารีตประเพณีจำนวนมากได้พัฒนาขึ้น โดยอาศัยข้อมติขององค์การระหว่างประเทศ ข้อมติขององค์การระหว่างประเทศแม้จะเป็น unilateral act ขององค์การระหว่างประเทศ แต่ก็เป็นการสะท้อนเจตนารมย์ของรัฐสมาชิกในขณะเดียวกันก็เป็นหลักฐานทางการปฏิบัติของรัฐสมาชิกด้วย การแสดงท่าทีของตัวแทนของรัฐในที่ประชุมขององค์การระหว่างประเทศ โดยเฉพาะองค์การสหประชาชาตินั้น ถือว่าเป็นการก่อตัวของแนวทางปฏิบัติของรัฐ (state practices) และเท่ากับเป็นการสร้างหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติของรัฐในอันที่จะนำไปสู่การก่อตัวของจารีตประเพณี[55] มีนักกฎหมายหลายท่านเชื่อว่ามีผลในทางกฎหมายของข้อมติสมัชชาใหญ่ที่ใกล้เคียงกับการเป็นหลักฐานของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยตัวของมันเองข้อมติไม่อาจเป็นที่มาที่แท้จริงของพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ แต่ข้อมตินั้นเราอาจพิจารณาได้ว่าไม่เพียงแต่เป็นการรวบรวม หรือบัญญัติในสิ่งที่เป็นกฎเกณฑ์ที่นำมาซึ่งการอธิบายการพัฒนา

---

[54]Rebecca M.M. Wallance, International Law : A Student Introduction (London : Sweet & Maxwell, 1986), p.9

[55]Barcelona Traction Case, I.C.J. Reports, 1970, pp.302-303

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ISBN 9746389094

ของกฎหมายที่มีอยู่แล้วเท่านั้น แต่เป็นสิ่งที่กำลังเริ่มจะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศเลยที่เดียว[56] ยกตัวอย่างเช่น คำประกาศหลักทางกฎหมายในเรื่องอวกาศ (the Declaration of Legal Priciples on Outer Space) และคำประกาศหลักใต้ท้องทะเล (the Declaration of Principles on the Sea-Bed) โดยแท้จริงแล้วเป็นการสร้างกฎหมายระหว่างประเทศใหม่ขึ้นใช้กับทุกประเทศ[57] หลักการทั้งหลายที่ปรากฏอยู่ในข้อมติเหล่านั้นไม่เพียงแต่เป็นหลักฐานที่ชัดแจ้งของความมีอยู่ของบรรทัดฐานเท่านั้น หากเป็นถึงที่มาของกฎเกณฑ์โดยเฉพาะอีกด้วย

2.3.2.2 ข้อมติในฐานะที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นสืบเนื่องมาจากหลักทั่วไปของแนวความคิดในการยอมรับให้มีผลผูกพันตนเองของนานาชาติ องค์ประกอบสำคัญของจารีตประเพณีได้แก่ แนวทางปฏิบัติของรัฐและความเชื่อว่าการปฏิบัตินั้นๆเป็นกฎหมายที่พึงต้องกระทำ การปฏิบัติของรัฐจะต้องกระทำในระยะเวลาที่นานพอ ถึงแม้ว่าจะได้มีการปฏิบัติในระยะเวลาที่นานพอที่จะก่อให้เกิดบรรทัดฐานทางกฎหมายของจารีตประเพณี แต่การปฏิบัติอย่างเดียวไม่พอที่จะทำให้เกิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ ถ้าหากไม่มี opinio juris ข้อมติไม่สามารถมีผลทางกฎหมายได้โดยอัตโนมัติที่ได้รับการรับรอง เนื่องจากข้อมติไม่มีผลทางกฎหมายให้รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตาม ข้อมตินั้นอาจมีผลในทางกฎหมายได้หากได้รับความยินยอมจากรัฐในอันที่จะนำหลักเกณฑ์ในข้อมตินั้นๆ ไปปฏิบัติตามด้วยความเชื่อมั่นว่าเป็นสิ่งที่ต้องกระทำซึ่งสิ่งเหล่านี้เป็นเรื่องที่ใกล้เคียงกับองค์ประกอบที่สำคัญของการเกิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่าง

---

[56]Higgins, The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nation (1963)

[57]Sohn, opcit., p.16.

ประเทศ[58] ข้อมติอาจเป็นองค์ประกอบของกฎหมายจารีตประเพณีได้โดยในกรณีที่ข้อมติที่ออกโดยได้รับการสนับสนุนโดยเสียงส่วนใหญ่ของสมาชิกในองค์การระหว่างประเทศ ดังเช่น ข้อมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติอาจถือได้ว่าเป็นการแสดงออกถึงความเชื่อมั่นทางกฎหมายของรัฐต่างๆ (opinio juris) โดยเฉพาะอย่างยิ่งเสียงสนับสนุนจากประเทศมหาอำนาจซึ่งมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องโดยตรง จะเป็นตัวกระตุ้นที่สำคัญในการก่อตัวของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังเช่นข้อมติเกี่ยวกับการใช้อวกาศ[59]

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้หยิบยกข้อมติขึ้นอ้างในการพิจารณาวินิจฉัยคดี โดยชี้ให้เห็นว่าข้อมติที่หยิบยกขึ้นมาดังกล่าว เป็นหลักฐานของความเชื่อมั่นทางกฎหมาย (opinio juris) เช่น คดีระหว่างนิคาราก้วกับสหรัฐอเมริกา ศาลได้ชี้ให้เห็นว่า opinio juris ของรัฐเกี่ยวกับการห้ามการใช้กำลัง สามารถพิจารณาได้จากข้อมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ[60] และในคดี Western Sahara ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้แสดงความเห็นไว้ว่า ข้อมติของสมัชชาใหญ่แม้ว่าจะไม่มีผลบังคับก็ตาม แต่ถ้าข้อมตินั้นถูกทำขึ้นหลายครั้งในระยะเวลาพอสมควร โดยมีสาระใจความเหมือนกัน อีกทั้งข้อมติดังกล่าวได้รับการยอมรับจากประเทศส่วนใหญ่ในโลกผลของการกระทำดังกล่าว สามารถทำให้เกิดกฎเกณฑ์ของกฎหมายจารีตระหว่างประเทศโดยอาศัยองค์ประกอบที่เป็น opinio juris[61]

2.3.3 ข้อมติในฐานะที่เป็นกฎหมายอย่างอ่อน (Soft Law)

แนวความคิดเกี่ยวกับ " soft law " ในกฎหมายระหว่างประเทศได้เป็นที่รู้จัก

---

[58]Schachter, Towards a Theory of International Obligation, 8 Va.J. Int'l L. 311 (1968).

[59]วิสูตร ตุวยานนท์, กฎหมายอวกาศกับโลกที่สาม , วารสารนิติศาสตร์ (17 มีนาคม 2530) : 175.

[60]Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), I.C.J. Reports, 1986, p. 14.

[61]Western Sahara Case, I.C.J. Reports, 1975, p. 32.

คุ้นเคยกันมาหลายปี โดยผู้ที่ใช้คำว่า soft law เป็นครั้งแรกคือ Lord McNair ซึ่งในตอนนั้นได้แบ่งลักษณะของ soft law เป็น 3 ประเภทได้แก่ ความตกลงที่ยังไม่มีผลผูกพัน (non - binding agreements) แนวทางปฏิบัติของบรรษัทข้ามชาติ (codes of conduct for transnational corporations) และข้อมติขององค์การระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมติสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ[62] ความหมายของ soft law ยังเป็นที่โต้แย้งกันอยู่ในหมู่ของนักกฎหมาย มีผู้ให้ความเห็นเกี่ยวกับคำว่า soft law ไว้ในหลาย ๆ ความหมายเช่น soft law อาจเกี่ยวข้องกับบรรทัดฐานที่มีสถานะไม่แน่นอน หรือมีเนื้อหาเคลือบคลุมไม่ชัดแจ้งและมีลักษณะเป็นกฎหมายที่กำหนดแผนปฏิบัติงานเป็นขั้นตอน (programmatory law)[63] หรือ soft law เป็นบรรทัดฐานที่ยังไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย[64] เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่ยังไม่มีสภาพแน่ชัดซึ่งอาจมีผลผูกพันแต่ไม่สามารถใช้บังคับได้ในศาล[65] แม้ว่าความหมายของ soft law ยังคลุมเคลือบคลุมไม่ชัดแจ้ง แต่ลักษณะพิเศษที่สามารถปรับเข้าได้กับหลายๆสถานการณ์ soft law ที่ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาหรือข้อตกลงอื่น ๆ ซึ่งโดยตัวของมันเองแล้วแม้จะไม่มีผลบังคับในทางกฎหมาย แต่ soft law ก็อาจเป็นแนวทางในการปฏิบัติหรือเป็นการประกาศในหลักการซึ่งอาจได้รับการยอมรับในภายหลัง แนวความคิดในเรื่อง soft law อาจจะดูไม่น่ายอมรับหากเทียบกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับ

---

[62]Seidl - Hohenveldern, International Economic "Soft Law", Recueil des cours, 163 (1979 - II), pp. 165-246.

[63]Rene' - Jean Dupuy , Droit declaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage a la " Soft Law ", Elaboration du droit international public (1975) : 139 - 40, 252.

[64]Richard A.Fald, On the Quasi - Legislative Competence of the General Assembly, A.J. Int'l L. (1966) : 783.

[65]Schachter, The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements, A.J. Int'l L. (1977) : 296-304.

แต่ถ้าพิจารณาในอีกแง่มุมหนึ่ง soft law ก็มีคุณค่าในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นอยู่ในขณะนี้ของความไม่เท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจและการเมือง soft law สามารถปรับใช้ได้ในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของรัฐที่แตกต่างกันทางด้านเศรษฐกิจและการเมือง เนื่องจากกฎหมายที่มีอยู่นั้นไม่อาจแก้ไขปัญหาในเรื่องความไม่เสมอภาคกันในทางเศรษฐกิจได้ แต่ลักษณะของ soft law ที่สามารถปรับใช้กับสภาพการณ์ต่างๆทำให้การแก้ไขปัญหาในเรื่องโครงสร้างทางเศรษฐกิจและผลประโยชน์ในการพัฒนาเป็นไปได้ง่ายขึ้น ดังนั้นเราจะเห็นได้ว่า soft law มักปรากฏอยู่ในข้อมติขององค์การระหว่างประเทศ รวมทั้งข้อเสนอแนะขององค์การเหล่านั้น เนื่องจากองค์การระหว่างประเทศประกอบด้วยรัฐสมาชิกที่มีความแตกต่างกันทางด้านเศรษฐกิจ การเมืองและสังคม จึงจำเป็นต้องใช้กฎเกณฑ์ที่สามารถปรับใช้ได้กับทุกๆสถานการณ์ soft law ที่มีลักษณะเป็นการสนับสนุนการพัฒนาของกฎหมายระหว่างประเทศ หากได้มีการนำหลักการใน soft law นั้นไปใช้หลายๆครั้งในระยะเวลาที่พอสมควร ก็อาจทำให้ soft law นั้นกลายเป็นกฎหมายที่ผลใช้บังคับได้[66]

ดังนั้นอาจกล่าวสรุปได้ว่า soft law เป็นกฎเกณฑ์แบบแผนที่มีลักษณะกำหนดแนวทางในการปฏิบัติของรัฐ ไม่มีสภาพบังคับที่เด็ดขาด แต่ถ้าหากรัฐต่างๆได้นำไปปฏิบัติในจำนวนที่มากพอและรับเป็นข้อผูกพันในอันที่จะปฏิบัติตาม ก็อาจทำให้มีการสร้างหรือพัฒนามาเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ ข้อมติของสมัชชาใหญ่ที่มีการอ้างว่าเป็น soft law แม้จะยังคงมีปัญหาถกเถียงในเรื่องของผลบังคับตามกฎหมาย แต่ในอนาคตข้างหน้าก็อาจพัฒนาเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับอย่างแท้จริงได้

---

[66]Horn, Normative Problems of a New International Economic Order, 16 Journal World Trade Law 338,347 - 48 (1982); Baade,The Legal Effects of Code of Conduct for Multinational Enterprises, 22 German Year Book of International Law 11, 39-40 (1979) ; Joseph Gold, Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements, American Journal of International Law, 443-444 (1973).