



บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ตามระบบทวินิยมที่ประเทศไทยยึดถือ เพื่อจะนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ บังคับภายในประเทศนั้น จะต้องมีการทำให้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในเสีย ก่อน กฎหมายระหว่างประเทศจึงจะมีผลใช้บังคับภายในประเทศไทยได้ แต่ในส่วนของ การนำ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในประเทศตามระบบทวินิยมนี้ จากการ วิจัยพบว่า จะมีความไม่ชัดเจนของวิธีการที่จะทำให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศใช้ บังคับภายในประเทศได้ ทั้งนี้เพราะลักษณะของตัวกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเอง ซึ่งไม่มีขอบเขตที่แน่นอน เมื่อกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไม่ปรากฏขอบเขตที่ชัดเจน แล้ว การที่จะทำให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายในตามแนวคิด ของระบบทวินิยม จึงเกิดปัญหาตามมาว่ายากที่จะปฏิบัติได้ เพราะไม่ทราบว่ากฎหมายจารีต ประเพณีระหว่างประเทศปรากฏอยู่ ณ ที่ใดบ้าง

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศอื่น ๆ ซึ่งยึดถือระบบทวินิยมใน การนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในประเทศ พบว่า ประเทศเหล่านั้นจะหาทาง ออกโดยการบัญญัติกฎหมายรองรับขึ้นมา ท่านองว่าประเทศตนยอมรับที่จะผูกพันกับกฎหมาย จารีตประเพณีระหว่างประเทศแทน อันเป็นแนวทางแก้ไขเพื่อการปฏิบัติของรัฐที่จะนำกฎหมาย จารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในประเทศได้วิธีหนึ่ง อีกทั้งก็จะเป็นการขัด แแย้งกับแนวคิดของระบบทวินิยมที่ตนยึดถืออยู่

สำหรับประเทศไทยแม้จะยึดถือระบบทวินิยมดังกล่าว แต่กฎหมายของประเทศไทย กลับไม่เคยมีการบัญญัติดังเช่นว่าเลย ซึ่งการที่ประเทศไทยไม่ได้มีการบัญญัติออกกฎหมายที่จะ รองรับเพื่อนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในประเทศไทยนี้ ได้ก่อให้เกิด ปัญหาตามมา คือ การที่จะนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในประเทศไทย นั้น ไม่มีแนวทางที่ชัดเจนแน่นอนว่าจะนำมาใช้ได้อย่างไร ทั้งที่ประเทศไทยมีแนวคิดว่ากฎหมาย

จารีตประเพณีระหว่างประเทศ เป็นกฎหมายคนละระบบกับกฎหมายภายใน การจะนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในประเทศ ต้องมีการทำหักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในเสียก่อน ด้วยเหตุนี้การนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาใช้บังคับ จะเกิดปัญหาขึ้นเพราะแม้ประเทศไทยจะไม่ได้เข้าร่วมลงนามเป็นภาคีในอนุสัญญาก็ตาม แต่ประเทศไทยยังต้องผูกพันกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในอนุสัญญานั้นอยู่ โดยปัญหาที่เกิดขึ้นมีดังนี้

ฝ่ายนิติบัญญัติ โดยที่ประเทศไทยเป็นระบบทวินิยม ในการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในประเทศ ดังนั้น ประเทศไทยจะต้องทำหักกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในเสียก่อน กฎหมายระหว่างประเทศจึงจะนำมาใช้บังคับภายในประเทศได้ แต่ในส่วนของการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ซึ่งประเทศไทยต้องผูกพันและทำให้เป็นกฎหมายภายใน เพื่อจะนำไปใช้บังคับภายในประเทศนั้นทำได้ยาก เนื่องจากไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่สามารถออกกฎหมายเพื่อจะทำหักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในอันจะมีผลใช้บังคับในประเทศไทยได้ แต่ก็มีกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติที่สอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ฝ่ายบริหาร เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถออกกฎหมาย เพื่อจะทำหักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในประเทศได้ ฝ่ายบริหารในฐานะผู้ชักกฎหมาย จึงไม่สามารถชักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ปรากฏในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ได้ ดังนั้น การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารบางประเภท จึงอาจจะขัดแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในอนุสัญญาฯ ได้ ทางแก้ปัญหของฝ่ายบริหารจึงอาศัยอำนาจของตนออกกฎหมายแก่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานของตน ปฏิบัติหน้าที่ให้ไม่ขัดแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่น การออกระเบียบการทำงานเกี่ยวกับคดีแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจ ในการดำเนินคดีกับบุคคลผู้เป็นทูตหรือกงสุล โดยพยายามออกกฎหมายให้มีเนื้อหาสอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แม้นอดีต

จะมีกฎหมายที่ไม่ยอมรับในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เช่น ระเบียบการค้า นินคิตี ของกรมตำรวจ พ.ศ. 2505 แต่ทว่าปัจจุบันก็กำลังได้รับการแก้ไขและยอมรับที่จะใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนี้แล้ว

อย่างไรก็ตาม การแก้ปัญหาของฝ่ายบริหารโดยการออกกฎหมายนี้ ก็ไม่ได้ครอบคลุมถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศทุกประเภทที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาฯ การกระทำของฝ่ายบริหารจึงเป็นเพียงการแก้สถานการณ์เพื่อมาห้เจ้าหน้าที่ฝ่ายของตนปฏิบัติหน้าที่ขัดแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในอนุสัญญาฯ เท่านั้น

ฝ่ายศาล เป็นผู้ที่ประสบปัญหาในการใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมากที่สุด เนื่องจากเป็นผู้ใช้กฎหมายโดยตรง แต่ศาลไทยเป็นศาลในระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งต้องใช้กฎหมายที่ออกมาจากฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ในกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาฯ ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 นี้ ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้ออกกฎหมายที่จะนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้ภายในประเทศ ศาลไทยจึงไม่สามารถใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้โดยตรง นอกจากจะพยายามหาวิธีการต่าง ๆ เพื่อจะใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เช่น การตีความกฎหมายที่จะใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือขอความเห็นและปฏิบัติตามข้อเสนอแนะของฝ่ายบริหารหรืออาจใช้อำนาจวินิจฉัยของศาลเอง เพื่อจะใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น ด้วยเหตุนี้การใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของศาลไทย จึงไม่มีแนวทางที่ชัดเจนเพื่อจะใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

นอกจากนั้น การที่ศาลไทยจะใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ศาลก็ต้องทราบว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีว่าอย่างไรบ้าง หรือหลักเกณฑ์ใดบ้างที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งประเด็นนี้ศาลก็ต้องอาศัยฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะกระทรวงต่างประเทศ ซึ่งทราบถึงการพัฒนาของความเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ปัญหาของศาลยังไม่หมดไป เพราะศาลยังคงถือความเห็นของฝ่ายบริหารเป็นเพียงความเห็นของพยานที่เชี่ยวชาญเท่านั้น นั่นคือ ศาลจะให้น้ำหนักคำพยานดังกล่าวเพียงใด

จากปัญหาที่เกิดขึ้นกับฝ่ายบริหารและศาล ในการใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ก็เพราะความไม่แน่ชัดเกี่ยวกับการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้ในระบบทวินิยม และการไม่มีกฎหมายรองรับที่จะใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้น เมื่อประเทศไทยจะต้องนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับ ประเทศไทยโดยฝ่ายบริหารและศาล ก็พยายามที่จะใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นโดยวิธีการต่าง ๆ โดยอาศัยอำนาจของตนเท่าที่จะทำได้

ด้วยเหตุดังกล่าว เพื่อเป็นการขจัดความไม่แน่ชัดในทฤษฎีทวินิยมกับการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทย ประเทศไทยก็น่าจะออกกฎหมายรองรับที่จะนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับได้ อย่างน้อยที่สุดก็เป็นแนวทางที่ชัดเจนให้กับฝ่ายบริหารและศาลที่จะใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยการบัญญัติในรัฐธรรมนูญว่า ประเทศไทยยอมรับและจะปฏิบัติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เพื่อการใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จะได้ไม่เกิดปัญหาแก่ฝ่ายบริหารและศาล ส่วนการที่จะทราบว่าส่วนใดคือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น ผู้ที่ต้องใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ก็ต้องขอคำปรึกษาไปยังกระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งเป็นผู้ทราบถึงการพัฒนาของความ เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ด้วยเหตุนี้ ประเทศไทยจึงต้องใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 แม้จะไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในประเทศ ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาอยู่ในขณะนี้ก็ตาม

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย