

การนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐ

เมื่อรัฐต้องผูกพันกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว รัฐจะต้องมีการปฏิบัติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ตนผูกพันนั้น ซึ่งก็คือการศึกษาถึงการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในกฎหมายภายใน โดยบทนี้จะเริ่มศึกษาจากหลักทฤษฎีแนวปฏิบัติของรัฐ และท้ายสุดจะพิจารณาถึงกรณีประเทศไทยว่ามีแนวทางเช่นไรบ้างในการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐ

ทฤษฎีเอกนิยมกับทฤษฎีทวีนิยมและการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐ

การนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐ มีทฤษฎีของการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐที่สำคัญอยู่สองทฤษฎี คือ ทฤษฎีเอกนิยมกับทฤษฎีทวีนิยม¹

¹ รายละเอียดตัวอย่างตำราภาษาอังกฤษของทฤษฎีทั้งสอง โปรดดู Ian Brownlie, Principles of Public International Law, Clarendon, 1979. p.33-36 ; Starke, An Introduction to International Law (London : Butterwords, 1972), p.77 ; Hersch Lauterpacht, International Law, p.216-229 ; D.W. Greig, International Law, p.44-45 ; M.N. Shaw, International Law, Second Edition by Grotius Publishing Ltd., 1986, p.97-100.

รายละเอียดตัวอย่างภาษาไทย โปรดดู นัตรีพิทย์ นาดสุภา, กฎหมายระหว่างประเทศ. (พระนคร : โรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2511), หน้า 8-22 ; ژی๊ด เศรษฐบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2506) หน้า 5-8.

และผลจากความขัดแย้งของทฤษฎีทั้งสองนี้เอง เป็นที่มาให้รัฐมีแนวปฏิบัติในการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐต่างกันออกไป

1. ทฤษฎีเอกนิยม (Monism) กับการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐ

1.1 สาระสำคัญของทฤษฎีเอกนิยม

รากฐานของทฤษฎีเอกนิยม เมื่อได้ศึกษาดูจะพบว่ามาจากทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law Theory) ซึ่งให้ความสำคัญกับกฎหมายที่มีอยู่ตามธรรมชาติ ซึ่งมนุษย์ไม่ได้สร้างขึ้นมา แต่เป็นร่องรอยของพระเจ้า และธรรมชาติในที่นี้คือพระเจ้า (God is Nature) ดังนั้น นักทฤษฎีฝ่ายนี้จึงเห็นว่ากฎหมายธรรมชาติครอบงำกฎหมายระหว่างประเทศ (Law of nature conditions law of nations) ด้วย อีกนัยหนึ่งหลักกฎหมายธรรมชาติกับกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เพราะมีลักษณะอย่างเดียวกัน คือ ใช้ได้เป็นสากล ไม่ถูกจำกัดด้วยกาลเวลาและสถานที่ เมื่อกฎหมายธรรมชาติอยู่เหนือกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง กฎหมายระหว่างประเทศจึงอยู่เหนือกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองของรัฐด้วย ²

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

² วิษณุ เครืองาม, การนำกฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของไทย, รายงานการวิจัยทุนวิจัยรัชดาภิเษกสมรภช สาขาสังคมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520, หน้า 27.

ดังนั้น ในการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ในระบบกฎหมายภายในของรัฐตามทฤษฎีเอกนิยมเห็นว่าสามารถกระทำได้ทันที ไม่ต้องมีการแปลงสภาพกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อจะนำมาใช้ในระบบกฎหมายภายในอีก ศาลสามารถหยิบยกกฎหมายใดกฎหมายหนึ่งมาใช้บังคับได้ทันที

สรุปแล้ว สำระสำคัญของทฤษฎีเอกนิยมที่จะนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ ก็คือ ศาลสามารถหยิบยกเอากฎหมายใดกฎหมายหนึ่งขึ้นมาใช้ได้ทันที

1.2 ทฤษฎีเอกนิยมกับการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับภายในรัฐ

จากผลของแนวคิดตามทฤษฎีเอกนิยมในการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐ ซึ่งถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นระบบกฎหมายเดียวกับกฎหมายภายใน ก่อให้เกิดการนำสนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศประเภทหนึ่งมาใช้บังคับภายในรัฐได้ทันที ไม่ต้องกระทำการใด ๆ ที่จะเป็นการแปลงสนธิสัญญามาใช้ภายในรัฐอีก

ตัวอย่างประเทศที่ยึดถือทฤษฎีเอกนิยมเพื่อนำสนธิสัญญามาใช้บังคับ เช่น ฝรั่งเศส โดยพิจารณาได้จากรัฐธรรมนูญ มาตรา 55 ซึ่งบัญญัติว่า "สนธิสัญญาและข้อตกลงซึ่งได้รับการให้สัตยาบันหรือความเห็นชอบโดยถูกต้องแล้ว เมื่อได้ประกาศแล้วย่อมมีผลบังคับสูงกว่ากฎหมายภายใน ทั้งนี้ หากภาคีอีกฝ่ายหนึ่งได้ยอมให้มีผลบังคับสูงกว่ากฎหมายตามสนธิสัญญาและข้อตกลงนั้นด้วย"

จากมาตรา 55 นี้ จึงชี้ให้เห็นว่าตามทฤษฎีเอกนิยม เมื่อจะนำสนธิสัญญามาใช้ในระบบกฎหมายภายใน สามารถกระทำได้ทันทีเมื่อได้ประกาศใช้ ไม่ต้องมีการแปลงสนธิสัญญาให้มาเป็นกฎหมายภายในเสียก่อน จึงจะใช้ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสได้ ²

² Press, Lawrence, the relation of international law to internal law in the French constitutional system, American Journal International Law, Vol. 44 (1950), p.641-669.

หรือประเทศสหรัฐอเมริกา การரசึสนธิสัญญาซึ่งมีผลบังคับบตัวเอง จะสามารถใช้ได้เลย ไม่ต้องมีการแปลงสภาพสนธิสัญญามาเป็นกฎหมายภายใน หรืออีกนัยหนึ่งว่าไม่ต้องมีการออกกฎหมายอนุวัติการரசึสนธิสัญญาประเภทนี้³

1.3 ทฤษฎีเอกนิยมกับการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐ

เช่นเดียวกับการนำสนธิสัญญามาใช้ในระบบกฎหมายภายใน แนวทางทฤษฎีเอกนิยมเห็นว่า เมื่อจะนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้ในระบบกฎหมายภายในสามารถกระทำได้ทันที เนื่องจากถือว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นระบบกฎหมายเดียวกับกฎหมายภายใน ดังนั้น จึงไม่ต้องมีการแปลงสภาพกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เมื่อจะนำมาใช้ในระบบกฎหมายภายในอีกแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับในระบบกฎหมายภายในตามทฤษฎีเอกนิยมนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าทำได้สะดวกกว่าทฤษฎีทวินิยม เนื่องจากในกรณีของทฤษฎีเอกนิยมจะไม่ต้องมีการแปลงสภาพกฎหมายระหว่างประเทศ และเมื่อมีปัญหาในการนำกฎหมายระหว่างประเทศไปใช้หรือกฎหมายระหว่างประเทศขัดกับกฎหมายภายใน ก็จะปล่อยให้เป็นที่ของฝ่ายตุลาการ ในการตีความหรืออย่างน้อยก็เป็นวิจารณาของฝ่ายบริหารแล้วแต่กรณี

ปัญหาที่ต้องขบคิดต่อไปก็คือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เป็นกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้น การจะนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปแปลงเป็นกฎหมายภายในตามระบบทวินิยมนั้น จะต้องมีการร่างกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศขึ้นมา หมายความว่า ผู้ร่างจะประสบปัญหาว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศบัญญัติรายละเอียดไว้อย่างใด

³ D.W. Greig, International Law, p.60-63.

1.4 แนวปฏิบัติของรัฐที่ยึดถือทฤษฎีเอกนิยมกับการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐ

ในการศึกษาถึงทฤษฎีเอกนิยมกับการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับนี้ จะสามารถเห็นได้แจ้งชัดก็ต้องพิจารณาถึงแนวปฏิบัติของรัฐด้วย

จากการวิเคราะห์แนวปฏิบัติของรัฐจะพบว่า รัฐที่ยึดถือทฤษฎีเอกนิยมในการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับนั้น มีทางปฏิบัติอยู่สองแนวทางดังนี้

1.4.1 การนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐโดยรัฐธรรมนูญของประเทศ

โดยปกติรัฐธรรมนูญเป็นเพียงเอกสารที่ใช้กำหนดกฎเกณฑ์การปกครองประเทศ และวางหลักความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่าง ๆ ในทางอำนาจปกครอง แต่รัฐธรรมนูญก็อาจจะถูกใช้เพื่อวางกฎเกณฑ์และความสัมพันธ์ ซึ่งรัฐเข้าไปเกี่ยวข้องกับรัฐอื่นได้ และการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐโดยรัฐธรรมนูญของประเทศนี้ มีแนวทางปฏิบัติที่สำคัญอยู่สองประการ คือ

1.4.1.1 การรับเอากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐโดยอัตโนมัติ

ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญอิตาลี ฉบับลงวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1948 ซึ่งบัญญัติว่า "ระบบกฎหมายของอิตาลีอนุโลมตามหลักของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งได้รับการยอมรับโดยทั่ว ๆ ไป"

นอกจากนั้น เอกสารเตรียมงานร่างรัฐธรรมนูญของอิตาลีได้อธิบายไว้ด้วยว่า บทบัญญัติเช่นว่านี้ เป็นบทบัญญัติที่แสดงการปรับโดยอัตโนมัติให้ระบบกฎหมายภายในสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้เป็นที่ยอมรับนับถือกันโดยทั่วไปแล้ว ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปแล้วในสังคมระหว่างประเทศก็คือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั่นเอง⁴ โดยลักษณะของการยอมรับเข้ามามีผลในระบบกฎหมายภายในของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น จะมีความเป็นอัตโนมัติโดยสมบูรณ์และต่อเนื่องด้วย ตรงเท่าที่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นมีผลบังคับใช้ภายในสังคมระหว่างประเทศ

แต่ในกรณีที่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศขัดกับกฎหมายภายใน ศาลอิตาลีจะพยายามตีความกฎหมายภายในของอิตาลีให้สอดคล้องต้องกันกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเสียก่อน แต่ถ้ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นขัดกับกฎหมายภายในอย่างชัดเจน กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ต้องอยู่ในลำดับสูงกว่ากฎหมายภายใน⁵

และเนื่องจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น มีกฎหมายที่รับรองให้มีผลบังคับใช้คือกฎหมายรัฐธรรมนูญ (มาตรา 10 วรรคแรก) ดังนั้น จึงมีลำดับชั้นหรือสถานะที่เทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญ โดยหากมีกฎหมายธรรมดาฉบับหนึ่ง

4 จันทิชย์ รัตติพันธ์. การปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายอิตาลี. รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 30 และดู จาพิกรณ์ เศรษฐบุตร. ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน. วารสารสารธรรม ปี 2509 ปีที่ 16 ฉบับที่ระลึก 10 กุมภาพันธ์ 2509. หน้า 35-36.

5 วิษณุ เครื่องาม. การใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของไทย. หน้า 46.

ออกมาขัดกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ก็จะต้องขัดกับรัฐธรรมนูญ เพราะละเมิด มาตรา 10 ของรัฐธรรมนูญ⁶

1.4.1.2. การรับเอากฎหมายจารีตประเพณีระหว่าง ประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐโดยกำหนดให้มีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายใน

รัฐธรรมนูญส่วนใหญ่จะกำหนดให้รับเอา กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับโดยอัตโนมัติ ซึ่งจะทำให้ศาลภายในรัฐนั้น มีอำนาจใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาบังคับโดยตรงก็ปรียบ แต่มีรัฐธรรมนูญอีกประเภท ซึ่งกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ มีฐานะอยู่เหนือกว่ากฎหมายภายใน เช่น

รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1949 มาตรา 25 ซึ่งบัญญัติว่า "...จารีตประเพณีระหว่างประเทศย่อมมีฐานะสูงกว่า กฎหมายภายในทั้งปวงของประเทศ และย่อมก่อให้เกิดสิทธิ ตลอดจนหน้าที่ต่อพลเมืองของรัฐ"

การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้กฎหมายจารีต ประเพณีระหว่างประเทศ มีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายในนี้ ได้มีผู้วิจารณ์ว่าเป็นความก้าว หน้ำอย่างยิ่ง แต่ก็เห็นว่ามิอันตรายอยู่ไม่น้อยในทางปฏิบัติ เมื่อมองงานแง่กลับกัน เพราะจะเป็น การให้อำนาจเด็ดขาดแก่ศาลภายในที่จะวางกฎเกณฑ์ได้เองว่าอะไรเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ระหว่างประเทศ ทั้ง ๆ ที่กฎเกณฑ์บางอย่างอาจจะยังไม่ถึงขีดที่จะถือว่าได้เป็นกฎหมายจารีต

⁶ ฉันทิชย์ รัตติพันธ์. การปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายอิสลาม, หน้า 302.

ประเพณีระหว่างประเทศ หรือรัฐที่ศาลสังกัดอยู่นั้นเอง อาจจะไม่ยอมรับในกฎเกณฑ์บางอย่าง เช่นว่านั้น เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้วก็ได้ ความเห็นของอำนาจตุลาการจึงอาจไม่สอดคล้องกับความเห็นของอำนาจบริหาร ⁷

อย่างไรก็ตาม นอกจากนั้นแม้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวจะระบุฐานะของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าอยู่เหนือกฎหมายภายใน แต่นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันเองยังถกเถียงกันอยู่ว่า ที่ว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอยู่เหนือกว่ากฎหมายภายในนี้ จะหมายความรวมถึงรัฐธรรมนูญของเยอรมันซึ่งเป็นกฎหมายภายในประเภทหนึ่งด้วยหรือไม่ ⁸

จากทั้งหมดที่กล่าวมาคือการศึกษาเปรียบเทียบแนวปฏิบัติของรัฐ ในการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐโดยรัฐธรรมนูญ

ศูนย์วิทยพัชรากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁷ จาพิกรณ์ เศรษฐบุตร, ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน, หน้า 37.

⁸ O'Connell, International Law, pp.71-76.

1.4.2 การนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับ ภายในรัฐในระบบกฎหมายของ Common Law

การนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับในระบบกฎหมายของ Common Law นี้ จะกระทำได้ก็แต่เฉพาะในเหล่าประเทศที่มีระบบกฎหมายเป็น Common Law เท่านั้น เนื่องจากเป็นหลักที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล ซึ่งระบบกฎหมาย Common Law เปิดโอกาสให้ศาลสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นได้ (judge made law) โดยเป็นที่รู้จักกันดีในนามว่าหลักทฤษฎีแบลคสโตน (Blackstone)

หลักทฤษฎีแบลคสโตน เป็นหลักกฎหมายซึ่งประเทศที่ใช้ระบบ Common Law นิยมใช้ โดยเฉพาะเหล่าประเทศในเครือจักรภพ และเป็นหลักที่ใช้ได้แต่เฉพาะในพื้นที่ฐานแนวคิดของทฤษฎีเอกนิยมเท่านั้น หลักทฤษฎีแบลคสโตนไม่สามารถไปกันได้กับทฤษฎีทวินิยม⁹ สาเหตุที่เป็นเช่นนั้นก็เนื่องมาจากว่า ในอดีตประมาณคริสต์ศตวรรษที่ 18 ศาลของอังกฤษมักจะประสบปัญหาเกี่ยวเนื่องกับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต ซึ่งเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่สำคัญเรื่องหนึ่งอันเป็นคดีขึ้นมาสู่ศาล จวบจนกระทั่งในปี ค.ศ. 1737 Lord Talbot ได้พิจารณาคดี *bovot v barbuitt* โดยกล่าวไว้เป็นหลักว่าจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายอังกฤษ¹⁰ และต่อมานักกฎหมายคนสำคัญของอังกฤษไม่ว่าจะเป็น Lord Mansfield ซึ่งตัดสินคดี *Triquet V Bath* เกี่ยวกับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูตและกงสุล ได้กล่าวไว้ในทำนองเดียวกันว่า เอกสิทธิ์และความคุ้มกันนั้น ได้รับการยอมรับจากศาลอังกฤษ และการยอมรับนั้นก็เนื่องมาจากว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย

⁹ Herch Lauterpacht, International Law, p.221.

¹⁰ M.N. Shaw, International Law, pp.103-105.

อังกฤษนั่นเอง¹¹ ที่สำคัญนักกฎหมายคนสำคัญคือแบลคสโตนเองถึงกับกล่าวไว้ในปี ค.ศ.1765 ว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของอังกฤษยอมรับ (adapt) จารีตประเพณีระหว่างประเทศเข้าไว้ตามกฎหมายโดยบริบูรณ์ (The Law of Nations... is here adopted in its full extent by the common law and is held to be part of the law of the land)¹²

การที่ศาลอังกฤษวินิจฉัยเช่นนี้ เพราะอังกฤษไม่ต้องการให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอยู่สูงกว่ากฎหมายภายใน และโดยที่ประเทศอังกฤษมีระบบกฎหมายที่เป็น Common Law ซึ่งเป็นระบบที่ศาลสามารถสร้างกฎหมายขึ้นมาได้ (Judge made law) ดังนั้น อังกฤษจึงใช้ระบบกฎหมายของตนโดยศาล เพื่อจะบอกว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นก็คือกฎหมายอังกฤษนั่นเอง¹³



ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹¹ D.W. Greig, International Law, p.48.

¹² Blackstone. commentaries on the laws of England, Book IV, Section 67.

¹³ วิษณุ เครืองาม. การใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของไทย. หน้า 46-47.

ข้อสังเกตการนำจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาขึ้น

ประเทศอังกฤษ โดยอาศัยหลักทฤษฎีที่ผู้พิพากษากล่าวมาข้างต้นนี้ ประเทศอังกฤษสามารถกระทำได้ เนื่องจากกฎหมายของประเทศเป็นระบบ Common Law ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่มีความเคยชินกับการใช้กฎหมายซึ่งมีได้บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ใช้กฎหมายซึ่งเป็นธรรมเนียมปฏิบัติสืบต่อกันมาเป็นเวลานานแทน การนำจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จึงเป็นเรื่องสะดวกและง่าย เช่น การที่ศาลอังกฤษถือว่า "กฎหมายอังกฤษ" หมายถึง จารีตประเพณีระหว่างประเทศนี้เอง ¹⁴

นอกจากประเทศานเครือจักรภพที่ใช้ทฤษฎีนี้ในการนำจารีต

ประเพณีระหว่างประเทศมาขึ้นบังคับภายในรัฐแล้ว ประเทศอื่น ๆ ที่ใช้ก็เช่นสหรัฐอเมริกา ทฤษฎีเบลคสตันว่าด้วยการใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายใน เป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะในระยะแรกหลังสมัยปฏิวัติใหม่ ๆ ดังที่ศาลฎีกาของรัฐเพนซิลวาเนียได้วินิจฉัยยืนยันทฤษฎีนี้ไว้เมื่อ ค.ศ. 1784 แม้ปัจจุบันนักกฎหมายอเมริกันต่างก็เห็นว่า จารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา ตามแบบฉบับของประเทศคอมมอนลอว์ทั้งหลาย จนกว่ารัฐสภาจะออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาเปลี่ยนแปลง จารีตประเพณีเช่นว่านั้น ¹⁵

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁴ ดู วิษณุ เครืองาม, การใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของไทย, หน้า 45 และ 49-50.

¹⁵ เรืองเดียวกัน, หน้า 59.

2. ทฤษฎีทวินิยม (Dualism) กับการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐ

2.1 สาระสำคัญของทฤษฎีทวินิยม

ต่อมาเมื่อทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติซึ่งเป็นรากฐานของทฤษฎีเอกนิยมได้เสื่อมความนิยมลง ทั้งนี้ เพราะนักปรัชญาทั้งหลายได้หันความสนใจสิ่งที่เป็นธรรมชาติและพระเจ้าไปสู่วัตถุศาสตร์และเน้นความเป็นอำนาจอิสระของรัฐมากขึ้น อาทิเช่น เฮเกิล (Hegel) และทฤษฎีที่เน้นความเป็นอิสระของรัฐนี้เอง ก็คือ ทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (Positive Law) ซึ่งเป็นแนวคิดแบบทฤษฎีทวินิยม ซึ่งถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในเป็นคนละระบบกฎหมายกัน และไม่ควรมานำพิจารณาเปรียบเทียบว่าระบบใดมีความสำคัญเหนืออีกระบบหนึ่ง โดยทริเอเปิล (Triepel) อธิบายว่า กฎหมายระหว่างประเทศต่างกับกฎหมายภายใน เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศใช้บังคับกับความสัมพันธ์ของรัฐ ซึ่งมีอธิปไตยเท่าเทียมกัน ในขณะที่กฎหมายภายในใช้บังคับแก่เอกชนกับเอกชนหรือรัฐกับเอกชนภายในรัฐ นอกจากนั้นข้อบกพร่องของกฎหมายระหว่างประเทศ เกิดจากเจตนารมณ์ร่วมกันหรือความสัมพันธ์ของรัฐ แต่ข้อบกพร่องของกฎหมายภายใน เกิดจากเจตนารมณ์ของรัฐอธิปไตยภายในรัฐโดยลำพัง

ดังนั้น การนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ในระบบกฎหมายภายในของรัฐตามทฤษฎีทวินิยม จึงเห็นตรงข้ามกับทฤษฎีเอกนิยม เนื่องจากเห็นว่ากฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ มีฐานะเท่าเทียมกันและเป็นอิสระจากกัน เมื่อพิจารณาจากทั้งข้อบกพร่องลักษณะการบังคับใช้ และวัตถุประสงค์ของกฎหมายทั้งสอง

ผลจากแนวคิดดังกล่าว ทำให้ผู้ยึดถือทฤษฎีทวินิยมนี้มองว่า หากจะมีการนำกฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายใน จะต้องมีการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งนำกฎหมายระหว่างประเทศกลายมาเป็นกฎหมายภายในเสียก่อน จึงจะมีผลบังคับใช้ได้ กล่าวง่าย ๆ ก็คือ จะต้องมีการนำกฎหมายระหว่างประเทศให้เข้าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย

ภายใน โดยการกระทำจะมีอยู่สองวิธีคือ ประการแรก โดยการแปลงรูป (Transformation) คือ การประกาศอย่างเป็นทางการว่ารับรู้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศมีผลบังคับใช้ภายในประเทศ ซึ่งส่วนใหญ่มักจะเป็นการประกาศรับสนธิสัญญาพันธบัตร หรือวิธีการออกกฎหมาย (legislative etc) ส่วนอีกวิธีหนึ่งคือ การผนวก (Incorporate) หมายถึง การผนวกกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลบังคับใช้เข้าเป็นกฎหมายภายใน 16

สรุปสาระสำคัญของทฤษฎีวิภาษนินยที่จจะนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ในระบบกฎหมายภายในนั้น จะทำไดก็ต้งมีการทำให้สภาพกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในก่อน จึงจะสามารถนำมาใช้บังคับได้

2.2 ทฤษฎีวิภาษนินยกับการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับภายในรัฐ

ด้วยเหตุนี้ ในส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นสนธิสัญญา หากจะมีการนำมาใช้ในระบบกฎหมายภายในตามทฤษฎีวิภาษนินย จะต้องมีการแปลงสนธิสัญญา (transformation) เสียก่อน จึงจะสามารถนำมาใช้ในระบบกฎหมายภายในได้ ส่วนการแปลงสนธิสัญญา จะมีรูปแบบอย่างไร ก็ขึ้นกับกระบวนการนิติบัญญัติหรือกระบวนการที่มีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของรัฐนั้น ๆ 17

ศูนย์วิทยพัทพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

16 นพนิธิ สุริยะะ. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, สำนักพิมพ์วิญญูชน พิมพ์ครั้งที่ 1 พ.ศ.2537, หน้า 80-81.

17 ประสิทธิ์ เอกบุตร. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง เล่ม 1 สนธิสัญญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2534, หน้า 36.

อนึ่ง การแปลงรูปสนธิสัญญาเพื่อจะนำมาใช้ในระบกกฎหมายภายใน มี
ดังนี้

1. การประกาศใช้ (promulgation) เป็นการประกาศรับสนธิสัญญา promulgation of treaty อย่างเป็นทางการ ว่ารับรู้ว่าสนธิสัญญามีผลบังคับใช้ภายในประเทศ ส่วนใหญ่การแปลงรูปสนธิสัญญาประเภทนี้ มักจะใช้กับสนธิสัญญาทางไมตรี¹⁸
2. การออกกฎหมาย (legislative act) หมายความว่า เมื่อจะนำสนธิสัญญาใดมาใช้ในรัฐ จะต้องออกกฎหมายอนุวัติการเพื่อรับเอาผลของสนธิสัญญานั้นไว้ในกฎหมายภายใน ซึ่งการที่จะออกกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาใดก็ได้แล้วแต่ กระบวนการทางนิติบัญญัติหรือรัฐธรรมนูญนั้น ๆ ที่จะระบุไว้

ตัวอย่างของประเทศที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการออกกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญา เช่น ประเทศไทย โดยจะศึกษารายละเอียดกันในเรื่องหน้า

2.2.1 ประเทศไทยกับการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับภายในรัฐ

เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ยึดถือทฤษฎีทวินิยม ดังนั้นในการนำสนธิสัญญามาใช้ในประเทศไทยได้ จึงต้องมีการแปลงรูปสนธิสัญญาให้เป็นกฎหมายภายใน และการแปลงรูปสนธิสัญญาให้เป็นกฎหมายภายในนั้น สามารถพิจารณาได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2538 มาตรา 181 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

¹⁸ ประจิตต์ วิจารณ์พดกษย์, สนธิสัญญากับกฎหมายไทย, วารสารสารธรรม ปี 30 ฉบับที่ระลึก 10 กุมภาพันธ์ 2523, หน้า 93.

"พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทําหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติ เพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา"

เมื่อพิจารณาจากมาตรา 181 วรรค 2 จะพบว่า เป็นเรื่องของบทบัญญัติซึ่งกล่าวถึงหนังสือสัญญาซึ่งจะต้องปฏิบัติตามกลไกของกฎหมาย นั่นคือหนังสือสัญญาทั้ง 3 ประเภท จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน จึงจะมีผลบังคับใช้ได้ สาเหตุที่เป็นเช่นนี้สามารถวิเคราะห์ได้ว่า เนื่องจากการเข้าทาสันธิสัญญา โดยปกติจะเป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ในขณะที่สนธิสัญญานั้นต้องบังคับใช้กับบุคคลในรัฐคือประชาชน ดังนั้น เพื่อการตรวจสอบอย่างหนึ่ง สมควรที่จะให้รัฐสภาซึ่งเป็นกระบอกเสียงโดยตรงของประชาชน ได้ร่วมรับรู้สิ่งที่ฝ่ายบริหารได้กระทำลงไปด้วย ดังนั้น มาตรา 181 วรรค 2 จึงบัญญัติว่าสนธิสัญญาทั้ง 3 ประเภท ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อน ซึ่งทั้งหมดที่กล่าวมาคือประเด็นหลักของมาตรา 181 วรรค 2

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาเพียงเท่านี้ ก็อาจจะเกิดคำถามขึ้นมาว่า ถ้าเป็นเช่นนั้นที่ผู้วิจัยกล่าวไว้ ประเทศไทยยึดถือทฤษฎีทวินิยมในการทํากฎหมายระหว่างประเทศมาใช้นั้นระบบกฎหมายภายใน โดยพิจารณาได้จากมาตรา 181 วรรค 2 ดังกล่าว นั้นก็ไม่มีจริง เพราะมาตรา 181 วรรค 2 ไม่ได้บอกเช่นนั้นเลย แต่บอกเพียงว่าสนธิสัญญาประเภทใดบ้างที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา แล้วประเด็นไหนที่จะบอกว่าประเทศไทยยึดถือทฤษฎีทวินิยม

สาเหตุที่ผู้วิจัยกล่าวเช่นนั้น เนื่องจากสิ่งที่บอกว่าประเทศไทยเป็นประเทศที่ยึดถือทฤษฎีทวินิยมนี้ เมื่อพิจารณาจากมาตรา 181 วรรค 2 โดยเฉพาะคำว่า "หนังสือสัญญาใดจะต้องออกพระราชบัญญัติ เพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา" นั้น วลีนี้ต่างหากที่บอกว่ารัฐธรรมนูญของประเทศไทยยอมรับว่า มีหนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติ เพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ซึ่งก็หมายถึงหนังสือสัญญานั้นต้องมีการออกกฎหมายอนุวัติการนั่นเอง รัฐธรรมนูญของไทยไม่ได้บอกโดยตรงว่าหนังสือสัญญาใดต้องออกกฎหมายอนุวัติการ แต่ได้กล่าวถึง

หนังสือสัญญาที่ต้องออกกฎหมายอนุวัติการ ซึ่งก็คือหนังสือสัญญาที่ต้องมีการออกกฎหมายบัญญัติเพื่อ
ให้การเป็นไปตามสัญญา ว่าต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา

สำหรับหนังสือสัญญาใดที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การ
เป็นไปตามสัญญานั้น จะต้องมีลักษณะเป็นการจัดต่อกฎหมายภายในของไทย ซึ่งอาจเป็นการ
กระทบกระเทือนต่อสิทธิของคนไทย ดังนั้น จึงต้องมีการออกพระราชบัญญัติขึ้นมาเพื่อให้เกิด
ความเป็นธรรมในการที่จะนำสนธิสัญญานั้นไปปฏิบัติ¹⁹

นอกจากจะศึกษาการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับในประเทศไทย
ได้จากรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้วว่าต้องมีการแปลงรูปสนธิสัญญาก่อน แนวปฏิบัติจากฝ่ายศาลก็ได้
เคยให้ความเห็นเป็นไปในเชิงยอมรับการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับในประเทศไทยได้ว่าจะต้องมีการ
ออกกฎหมายอนุวัติการรองรับเสียก่อน สนธิสัญญาจึงจะมีผลใช้บังคับในประเทศไทยและศาลไทย
ได้ด้วยเช่นกัน

ตัวอย่างที่จะยกมาพิจารณา คือ คาทิพภาษฎีกาที่ 873/2523
ซึ่งชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนว่าศาลไทยไม่ยอมรับสนธิสัญญาที่ยังไม่มีการแปลงรูปเป็นกฎหมายภายใน
โดยข้อเท็จจริงเป็นดังนี้



ศูนย์วิทยุ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁹ นพนิติ สุริยะะ. ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมาย
ภายใน, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัย
ธรรมมาธิราช, 2532), หน้า 197 และ สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร, กฎหมายสนธิสัญญาไทย,
วารสารสารานุกรม ปี 2524.

ผู้ร้องมีภริยาเป็นชาวญวน ซึ่งได้ถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจจับตัวไป ผู้ร้องได้ร้องขอต่อศาลว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจได้จับกุมภริยาของผู้ร้องไป โดยปราศจากมูลตาม กฎหมาย ข้อเท็จจริงปรากฏว่าภริยาของผู้ร้องเป็นชาวญวนที่เข้ามาเมืองมาโดยไม่ชอบกฎหมาย ผู้ร้องได้อ้างกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิสตรีทางชายแดนว่า ภริยาของตนเป็นคนญวนอพยพพลัดถิ่นสงครามตามอนุสัญญาดังกล่าว จึงไม่ใช่อันเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย

แต่ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า ประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคีสาน อนุสัญญานั้น ดังนั้น ศาลจึงปฏิเสธอนุสัญญานี้ เพราะประเทศไทยมิได้เป็นภาคี และอนุสัญญา นี้ก็ยังมีได้แปลงรูปเป็นกฎหมายภายในแต่อย่างใด ซึ่งทำให้ศาลไม่สามารถนำอนุสัญญาดังกล่าว นี้มาใช้บังคับได้ โดยศาลาชี้แจงคำว่า "กฎหมายระหว่างประเทศอนุสัญญาว่าด้วยผู้ลี้ภัยและ... ที่ผู้ร้องอ้าง หากมีอยู่จริง ก็หาไม่ผลยกเว้นกฎหมายประเทศไทย" แสดงให้เห็นว่าตราบคดีที่ อนุสัญญายังไม่มีการแปลงรูปให้เป็นกฎหมายภายใน อนุสัญญานี้จะไม่ผลใช้บังคับในศาลไทยได้ ดังนั้น ศาลจึงถือว่าอนุสัญญาจะมีผลบังคับในประเทศไทยได้ ต้องมีการทำให้เป็นกฎหมาย ภายในเสียก่อน

2.3 ทฤษฎีที่วิภาษกับการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้ บังคับภายในรัฐ

การนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับในระบบ กฎหมายภายในตามทฤษฎีวินัยนี้ ก็ต้องมีทากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้เข้าเป็น ส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน แต่วิธีที่จะแปลงรูป (Transformation) นั้นทำได้ยาก เนื่องจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ไม่ได้เป็นสายลักษณะอักษรที่จะนำมาแปลงได้เหมือน ดังสนธิสัญญา วิธีการที่จะทำได้ก็คือการผนวก (Incorporate) กฎหมายจารีตประเพณีระหว่าง ประเทศที่มีผลใช้บังคับเสมือนเป็นกฎหมายภายใน²⁰

²⁰ นพธิธิ สุริยะ, ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, หน้า 81.

แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับพวกทวินิยมที่เคร่งครัดแล้ว หมายความว่า การแปลงรูปของกฎหมายระหว่างประเทศว่ารวมถึงการแปลงรูปสิ่งที่เป็นกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีด้วย 21

2.4 แนวปฏิบัติของรัฐที่ยึดถือทฤษฎีทวินิยมกับการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐ

เมื่อได้ศึกษาถึงทฤษฎีทวินิยมกับการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับแล้ว ขั้นตอนต่อไปคือต้องศึกษาจากแนวปฏิบัติของรัฐที่ยึดถือทฤษฎีทวินิยมกับการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับ โดยการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศที่ยึดถือทฤษฎีทวินิยมนี้ สามารถกระทำได้โดยอาศัยรัฐธรรมนูญเป็นตัวกำหนด เพราะรัฐธรรมนูญจะเป็นตัวบอกว่าการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้ได้อย่างไร

ซึ่งหลังจากได้ศึกษาตัวรัฐธรรมนูญของหลาย ๆ รัฐแล้ว จะพบว่า ในประเด็นเกี่ยวกับการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับนี้ การนำมาใช้จะเป็นไปในลักษณะของการผนวก (incorporate) กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับ เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เนื่องจากลักษณะของตัวกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น เป็นกฎหมายที่ใหม่เป็นลายลักษณ์อักษร การนำมาใช้บังคับในระบบกฎหมายภายในตามทฤษฎีทวินิยม จึงทำได้เพียงการผนวก (incorporate) เท่านั้น

21 D.P.O. 'Connell, International Law. London : Stevens & Sons, 1970, p.49.

ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญฟิลิปปินส์ หมวด 2 มาตรา 3 บัญญัติว่า "ประเทศฟิลิปปินส์ยอมรับจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป โดยถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายของประเทศ 22

เมื่อรัฐธรรมนูญของประเทศได้กำหนดถึงการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับเอาไว้แล้ว ก็จะเป็นแนวทางอย่างหนึ่งในการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในได้ 23

ประเทศไทยกับการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐ

ในการศึกษาถึงการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในประเทศไทย สามารถพิจารณาได้จากการแสดงออกของหน่วยงานที่สำคัญ ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของประเทศ อันจะแสดงว่าประเทศไทยมีการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับได้อย่างไร โดยจะเริ่มศึกษาจาก



ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

22 ดู วิษณุ เครืองาม. การนำกฎหมายระหว่างประเทศในกฎหมายภายในของ ไทย, หน้า 43.

23 ดู Seidl-Hohenveldern, I, Transformation or Adoption of International Law into Municipal law, International and Comparative law Quarterly Vol.12 (1963), pp.88-124.

1. ฝ่ายนิติบัญญัติ คือ ฝ่ายที่มีหน้าที่ออกกฎหมายใช้บังคับรัฐ หรืออีกนัยหนึ่งฝ่ายนิติบัญญัติคือฝ่ายที่มีอำนาจในการพิจารณาร่างกฎหมายและออกกฎหมาย การนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในประเทศ เมื่อพิจารณาจากฝ่ายนิติบัญญัติ ก็ต้องศึกษาว่าฝ่ายนิติบัญญัติมีการออกกฎหมายภายในที่จะรองรับให้มีการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในประเทศหรือไม่ โดยสามารถศึกษาได้จากรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ

เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญของประเทศไทยแล้ว ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน คือ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2538 จะพบว่า รัฐธรรมนูญของไทยไม่เคยบัญญัติถึงการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในประเทศไทยเลย ดังนั้นจึงอาจพูดได้อีกนัยหนึ่งว่า ฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศไทยไม่เคยบัญญัติถึงวิธีการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในประเทศไทยเลย

2. ฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล คือ ฝ่ายผู้ทำหน้าที่ในการกำหนดนโยบายและหาแนวทางในการปกครองประเทศ การศึกษาถึงแนวทางการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้ภายในประเทศจากฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล จึงต้องศึกษาถึงท่าทีของฝ่ายบริหารที่มีต่อกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งท่าทีนี้พิจารณาได้จากการแถลงนโยบายของรัฐบาลต่อรัฐสภา เพื่อชี้แจงให้สมาชิกรัฐสภารับทราบนโยบายของตนในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งนับแต่ประเทศไทยมีคณะรัฐมนตรีเป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ 28 มิถุนายน พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา คณะรัฐมนตรีมีนโยบายเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ โดยปะปนรวม ๆ ไปกับนโยบายรัฐบาลในส่วนที่เกี่ยวกับการต่างประเทศ

และเมื่อพิจารณาห้ลึกซึ่งจะพบว่า ข้อความที่เป็นนโยบายของรัฐบาลนั้น ไม่ได้ระบุชัดเจนว่าจะมีนโยบายอย่างไรต่อหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นอกจากจะกล่าวลอย ๆ ว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ โดยทุกรัฐบาลที่ผ่านมาจะมีการแถลงนโยบายที่ใหม่แตกต่างกันนัก คือ ส่งเสริมพันธมิตรอันดีกับนานาประเทศ ปฏิบัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีที่มีอยู่กับนานาประเทศ และยึดถือหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม นโยบายของคณะรัฐมนตรีดังกล่าว จะไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายแต่ประการใด หากเป็นเพียงนโยบายกว้าง ๆ ของรัฐบาล ซึ่งแถลงไว้ที่ประชาชนหรือสมาชิกสภานิติบัญญัติได้รับทราบเท่านั้น แต่ทว่าก็เป็นการบ่งชี้ถึงทัศนคติและท่าทีของรัฐบาลต่อกฎหมายระหว่างประเทศได้อย่างหนึ่งว่า เอนเอียงไปในทางยอมรับกฎหมายระหว่างประเทศประการหนึ่ง

นอกจากนี้ก็สามารถพิจารณาท่าทีของฝ่ายบริหารได้จากกฎหมายที่ฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับ ซึ่งมักจะสอดคล้องและไม่ขัดแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่น กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ฝ่ายบริหารของประเทศไทยก็จะออกกฎหมายขึ้นมาให้สอดคล้อง ทั้งนี้ สามารถพิจารณาได้จากบทที่ 4 หัวข้อการใช้อกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยฝ่ายบริหาร ซึ่งผู้วิจัยจะกล่าวไว้ในเบื้องหน้า

3. ฝ่ายตุลาการหรือศาล ก่อนที่จะศึกษาถึงการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยฝ่ายตุลาการหรือศาลของไทยนั้น เราทราบมาแล้วว่าโดยที่ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายภายในอยู่ประเภทระบบ Civil Law ซึ่งเป็นกฎหมายที่ว่าจะใช้กฎหมายได้ ก็ต้องเป็นกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรและบัญญัติขึ้นจากฝ่ายนิติบัญญัติ ผู้มีหน้าที่ตรากฎหมายออกมาใช้บังคับเท่านั้น ศาลไทยไม่สามารถสร้างกฎหมายขึ้นมาใช้ได้เอง แต่จากที่ได้พิจารณาจะพบว่าในส่วนของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติของไทยไม่เคยบัญญัติถึงวิธีการที่จะนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้ในประเทศเลย ด้วยเหตุดังกล่าวปัญหาของการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจึงตกอยู่กับศาล เนื่องจากไม่มีความชัดเจนอย่างเพียงพอให้ศาลนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ดังนั้น กรณีดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่ศาลไทยต้องศึกษาเองว่า ศาลจะสามารถนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้ได้อย่างไร ซึ่งประเด็นนี้เมื่อเปรียบเทียบกับแนวปฏิบัติของรัฐอื่นที่อยู่ในระบบ Civil Law เขาจะมีรัฐธรรมนูญกำหนดการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับในระบบกฎหมายภายในของประเทศ ศาลของ

ประเทศดังกล่าวจึงสามารถชำระรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นแนวทางเพื่อจะใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้

โดยประเทศเหล่านั้นจะแยกการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ คือ หากเป็นกรณีกฎหมายภายในสอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ กฎหมายภายในเรื่องนั้น ๆ ศาลของประเทศเหล่านั้นจะพยายามตีความกฎหมายภายในเท่าที่มีอยู่ให้มีหลักหรือข้อยกเว้น เป็นอย่างเดียวกับหลักเกณฑ์ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ส่วนประเด็นที่ว่าถ้ากฎหมายภายในขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ประเทศเหล่านั้นจะมีวิธีปฏิบัติแตกต่างกันออกไป บางประเทศถือว่ากฎหมายภายในมีค่าบังคับเหนือกว่า เช่น ฝรั่งเศส บางประเทศถือว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีค่าบังคับเหนือกว่า เช่น เยอรมัน ตามที่เราศึกษากันมาข้างต้น 24

กรณีของประเทศไทย แม้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารจะไม่ได้บอกถึงการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้อย่างชัดเจน แต่ศาลไทยได้เคยมีแนวทางที่จะใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาบ้างแล้ว ตัวอย่างเช่น

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1142/2494 โดยคดีนี้ศาลยอมรับว่า เรือรบของไทยสามารถไล่ติดตามเรือของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำผิดในเขตการประมงได้ แม้ว่าเรือดังกล่าวจะอยู่ในทะเลหลวง ซึ่งคดีนี้ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ได้หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาไว้ว่า คำพิพากษาศาลฎีกานี้แสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง กล่าวคือ ถ้าปรากฏว่าเรือลาตกระทำผิดในทะเลอันเป็นน่านน้ำของประเทศใด แล้วหลบหนีไปยังทะเลหลวง ประเทศนั้นย่อมมีสิทธิไล่ติดตามไปด้านทันที

24 วิษณุ เครืองาม. การนำกฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของประเทศไทย, หน้า 52.

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษานี้ จะพบว่าแม้ศาลไม่ได้บอกว่าต้นหลัก การมีสิทธิไล่ติดตามไปบนทะเลหลวงนี้มาจากที่ใด (ประเทศไทยก็ไม่มีกฎหมายภายในบัญญัติในเรื่องนี้ไว้เช่นกัน) แต่หลักดังกล่าวเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยการไล่ติดตาม (hot pursuit) ดังนั้น จึงถือว่าศาลยอมรับหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยการไล่ติดตามนี้ได้

- คำพิพากษานี้ที่ 739/2498 ระหว่างพระยาศรีวิกรมานิตย์ ุจทก์ และ ุทธรวงพาณิชย์ จาเลย ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า ุจทก์เป็นเจ้าของที่ดินซึ่งทรัพย์สินพิพาทตั้งอยู่ ุจทก์ได้ทำสัญญาให้บริษัทผู้ปูนชื่อ มิตรชัยปิชิไชโยโกซ่า จำกัด เข้าที่รายนี้ และมีข้อสัญญาว่าเมื่อ เลิกการเช่าแล้ว ผู้เช่าสามารถรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างส่วนที่อยู่เหนือพื้นดินไปได้ ส่วนสะพาน เชื้อน และสิ่งที่อยู่ตั้งแต่หน้าดินลงไปจนถึงพื้นดินตกเป็นของเจ้าของที่ดิน กับมีข้อสัญญาขอให้ ผู้เช่าให้เช่าช่วงที่ดินแก่ทางราชการทหารเรือผู้ปูนได้ด้วย

ต่อมาเมื่อทำสัญญาเช่าแล้ว ทหารเรือผู้ปูนเป็นผู้เช่าใช้ที่รายนี้ในกิจการ ของทหารเรือผู้ปูน ทหารเรือผู้ปูนได้รื้ออาคารและทำเรือเก่าออกแล้วสร้างขึ้นมาใหม่ โดยสิ่งที่ สร้างขึ้นมาใหม่ คือ ทำเรือ รอกตั้ง และถนน ทหารเรือผู้ปูนได้ชำระทรัพย์สินเหล่านี้มาจนกระทั่งแพ้ สงคราม

สำหรับรอกตั้งหมายเลข 1, 2, 8 และ 9 ซึ่งเป็นปัญหามาสู่ศาลฎีกา ุจทก์อ้างและนำสืบว่าทางการทหารสหประชาชาติ ได้จัดการขายทอดตลาด ุจทก์เป็นผู้ประมูล ชื้อได้ รอกตั้งรายนี้จึงเป็นของุจทก์ เมื่อจาเลยเข้าใช้รอกตั้งรายนี้ของุจทก์โดยไม่ได้รับอนุญาต จึงเป็นการกระทำละเมิดต่อุจทก์ ซึ่งจาเลยจะต้องรับผิดชอบค่าเสียหาย ฝ่ายจาเลยให้การ รับว่าสหประชาชาติได้จัดการขายเลขหลังรอกตั้งรายนี้จริง และุจทก์เป็นผู้ประมูลซื้อได้ แต่ จาเลยฎีกาเถียงว่า สหประชาชาติไม่มีอำนาจขายเลขหลังรอกตั้ง ุจทก์ผู้ซื้อย่อมไม่ได้กรรมสิทธิ์ และไม่มีอำนาจฟ้อง

ศาลฎีกาวินิจฉัยข้อเถียงของจาเลยว่า การที่จาเลยอ้างว่าสหประชาชาติ ไม่มีอำนาจขายเลขหลังรอกตั้งรายพิพาทนั้น ุจทก์ได้อ้าง ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช เป็นพยาน โดยพยานได้เบิกความว่า

"ในขณะที่พยานเป็นนายกรัฐมนตรี รัฐบาลได้เจรจาเลิกสถานะสงครามกับประเทศอังกฤษ ออสเตรเลีย และอินเดีย ทหารอังกฤษเข้ามาในประเทศไทยตามสัญญาที่รัฐบาลก่อนทำไว้ ณ ศรีลังกา เมื่อวันที่ 8 กันยายน 2488 ยอมให้ทหารอังกฤษเข้ามาปลดอาวุธทหารญี่ปุ่นและจัดการทรัพย์สินของญี่ปุ่น โดยถือว่าญี่ปุ่นแพ้สงครามและเป็นศัตรูที่แพ้สงคราม ตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ทรัพย์สินของทหารญี่ปุ่นตลอดจนทรัพย์สินที่ใช้ในการสงคราม รวมทั้งทรัพย์สินของเอกชนที่เข้าในการสงคราม ผู้ชนะมีอำนาจริบได้หมด แต่ทรัพย์สินของเอกชนที่ไม่เกี่ยวกับการสงครามไม่ริบ การที่ทหารอังกฤษเข้ามา นอกจากเพื่อปลดอาวุธและจัดการทรัพย์สินของทหารญี่ปุ่นแล้ว รวมถึงการให้เข้ามาใช้อำนาจจัดการตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นด้วย ระหว่างเจรจาเลิกสถานะสงคราม ได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการกักคุมตัวและการควบคุมจัดกิจการหรือทรัพย์สินของบุคคลที่เป็นศัตรูต่อสหประชาชาติ พ.ศ. 2488 ขึ้น ที่มีกฎหมายนี้ขึ้นมา ก็เพื่อช่วยทหารอังกฤษในเรื่องนี้ ไม้ใช่เพื่อตัดอำนาจเขา เพราะตัดไม่ได้ โดยเขายึดครองอยู่ ฉะนั้น ทรัพย์สินใดสหประชาชาติจัดการอยู่แล้วตามอำนาจของเขา เราก็ไม่เกี่ยวข้อง ทรัพย์สินใดเขาไม่จัดการ เราก็เข้าจัดการวิธีปฏิบัติของผู้ชนะสงคราม เขาจะทำอย่างไร ทำเกินกฎหมายก็ได้ น้อยกว่ากฎหมายก็ได้ แล้วแต่ใจเขา เมื่อทหารสหประชาชาติจัดการทรัพย์สินของเอกชนโดยผลการผู้เป็นเจ้าของมาร้องเรื่องผ่านมาถึงพยานซึ่งเป็นนายกรัฐมนตรี พยานเคยส่งให้เจ้าหน้าที่ไปเจรจากับทหารสหประชาชาติ บางทีก็ได้ผล บางทีก็ไม่ได้ผล"

ศาลฎีกาเห็นว่า ตามคำพยานโจทก์เป็นอันฟังได้ว่า รัฐบาลไทยได้ทำสัญญาให้ฝ่ายสหประชาชาติ ซึ่งเป็นฝ่ายชนะสงคราม เข้ามาปลดอาวุธทหารญี่ปุ่น และทรัพย์สินของญี่ปุ่น ซึ่งเป็นฝ่ายแพ้สงคราม ฉะนั้น ฝ่ายสหประชาชาติจึงเป็นผู้มีสิทธิ์อำนาจกระทำการดังกล่าวแล้ว ก็ย่อมจัดการขายทอดตลาดรถถังเหล่านี้ได้โดยชอบ โจทก์เป็นผู้รับซื้อจากการขาย ก็ย่อมได้กรรมสิทธิ์

คำพิพากษาฎีกาฉบับนี้สะท้อนให้เห็นว่า ศาลไทยยอมรับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าฝ่ายชนะสงคราม (สหประชาชาติ) มีอำนาจจัดการกับทรัพย์สินฝ่ายแพ้สงคราม (ทหารญี่ปุ่น) ได้ ซึ่งหลักดังกล่าวนี้เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างหนึ่ง ดังนั้น จากคำพิพากษาของศาลที่อ้างคำพยานของโจทก์ จึงน่าจะถือว่าศาลยอมรับในหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ผู้ชนะสงคราม สามารถจัดการกับทรัพย์สินของผู้แพ้สงครามได้ แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะมีคำพิพากษาดังกล่าวแล้วก็ตาม ก็ยังไม่ได้หมายความว่า ศาลจะยอมรับในหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศประเภทอื่น ๆ นอกเหนือจากหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ว่าผู้ชนะสงคราม มีอำนาจจัดการทรัพย์สินของผู้แพ้ได้

- คำพิพากษาฎีกาที่ 1375/2505 คดีนี้เป็นเรื่องการรับขนบทางทะเล ซึ่งตามประเพณีการขนส่งทางทะเลนั้นถือว่า ผู้ส่งจะต้องมัดมัดคอกอ้าที่แน่นด้วย เครื่องกำบังมีปริมาตรน้อยที่สุด เมื่อโจทก์ไม่ปฏิบัติตามประเพณีดังกล่าว จำเลยมีสิทธิออกเลิกการรับของระหว่างเรือนี้ได้

ในคดีนี้ศาลได้นำเอากฎหมายประเพณีในทางการค้าและการขนส่งทางทะเลมาชักกับกรณีนี้ และยังได้อ้างถึงตำราของนักกฎหมายระหว่างประเทศมาประกอบในการวินิจฉัยคดีนี้ด้วย ซึ่งแม้ว่าศาลจะไม่ได้อธิบายว่าหลักที่ศาลนำมาใช้นี้เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศ แต่การที่ศาลได้นำมาชี้ ย่อมแสดงให้เห็นว่าศาลได้ยอมรับในหลักประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าว

จากตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาข้างต้นแสดงให้เห็นว่า ศาลไทยได้เคยใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้วแต่ในการวินิจฉัย ไม่ปรากฏชัดแจ้งเท่าใดนักว่าหลักที่ศาลใช้นี้เป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เพราะศาลได้อ้างหลักดังกล่าวนี้ขึ้นมาลอย ๆ โดยไม่บอกว่าใช้ได้อย่างไร แต่เมื่อพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ที่ศาลไทยนำมาปรับกับคดีแล้ว จะเห็นได้ว่าหลักนี้เป็นหลักที่มาจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั่นเอง เมื่อศาลไม่ได้อธิบายว่าศาลได้นำเอาหลักนี้มาใช้ได้อย่างไร หลักการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทย จึงยังขาดความชัดเจนแน่นอน 25

25 อารยา กิตติเวช. การยอมรับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากเขตอำนาจศาลไทย. วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2537, หน้า 75-76.

อย่างไรก็ตาม ในประเด็นปัญหาที่ว่า การนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ มาใช้บังคับในประเทศไทยโดยศาลไทยดังกล่าว นั้น มีนักนิติศาสตร์ได้แสดงความคิดเห็นถึงการที่ ศาลนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับ โดยมีความเห็นแตกต่างกัน คือ 26

ความเห็นที่ 1 เห็นว่า การที่ศาลไทยนำเอากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ มาใช้บังคับนี้ ศาลสามารถนำมาใช้ได้โดยตรง โดยศาลถือเสมือนว่ากฎหมายจารีตประเพณี ระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในของไทย แต่ทั้งนี้ต้องเป็นกรณีที่ไม่มียุทธศาสตร์ ไทยในเรื่องนี้ และต้องไม่ขัดกับกฎหมายภายใน

ความเห็นในเรื่องนี้เห็นว่า การนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้ใน ประเทศไทยนั้น ศาลสามารถนำมาใช้ได้ทันทีโดยถือเสมือนว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่าง ประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในของไทย เพราะเหตุว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่าง ประเทศนั้น เป็นกฎหมายที่นานาอารยะประเทศต่างยอมรับและยึดถือว่าเป็นกฎหมายที่รัฐจะต้อง ปฏิบัติตาม ดังนั้นจึงมีผลเป็นกฎหมายภายในของทุกประเทศโดยอัตโนมัติ และศาลสามารถนำมา ใช้ได้ทันที

ความเห็นที่ 2 เห็นว่า การนำเอากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้ใน ศาลไทยนี้ ศาลสามารถนำมาใช้ได้โดยผ่านกลไกของกฎหมายภายในของไทยตามมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในลักษณะที่เป็นการรูดช่องว่างของกฎหมาย

ความเห็นนี้เห็นว่า การนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้ในประเทศไทยนั้น จะต้องเป็นการนำมาใช้โดยผ่านมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในลักษณะที่เป็นการอุดช่องว่างของกฎหมาย ทั้งนี้ เพราะหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น มิได้มีสถานะเป็นกฎหมายภายในของไทย อีกทั้งประเทศไทยเป็นประเทศในระบบ Civil Law ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ดังนั้น กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จะถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในของไทยได้ จะต้องเป็นท่าที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าจะออกกฎหมายภายในมาที่ขัดต่อประเพณีระหว่างประเทศไม่ได้ เท่านั้นเอง ไม่ได้หมายความว่ากฎหมายระหว่างประเทศนี้ จะเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือส่วนหนึ่งของกฎหมายปกครองแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม นักนิติศาสตร์ที่เห็นตามความเห็นนี้ท่านหนึ่งคือ ศาสตราจารย์วิชญ์ เครื่องงาม²⁷ ได้กล่าวไว้ว่าศาลนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนี้ มาใช้ตามมาตรา 4 อย่างที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ภายใต้เงื่อนไขว่าต้องไม่มีกฎหมายไทยบัญญัติถึงเรื่องนั้น ๆ ไว้ กล่าวคือ ต้องใช้มาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยพิจารณาถึงกฎหมายลายลักษณ์อักษร กฎหมายจารีตประเพณีท้องถิ่น กฎหมายก้ำกึ่งเคียงอย่างอื่นก่อน เมื่อไม่มีแล้วจึงมาพิจารณาหลักกฎหมายทั่วไป โดยอาจารย์วิชญ์ยังเห็นต่อไปอีกว่า "ไม่ว่ากรณีใด ๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี" ยิ่งทำให้เห็นว่าศาลต้องใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เลย แม้ว่าศาลไทยจะต้องอ้างว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ตาม

27. วิชญ์ เครื่องงาม, รายงานการวิจัยเรื่องการนำกฎหมายระหว่างประเทศในกฎหมายภายในของไทย, หน้า 126-127.

ความเห็นที่ 3 เห็นว่า การนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้ในศาลไทยนี้ ศาลสามารถนำมาใช้ได้ โดยคู่ความจะต้องนำเสนอให้ศาลเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องนี้มีอยู่จริง และหลักในเรื่องที่กล่าวอ้างนี้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว หรืออาจขอให้ศาลเรียกพยานผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนี้มานำสืบก็ได้ 28

เมื่อได้ศึกษาทฤษฎีเอกนิยมและทฤษฎีพหุนิยมและการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐแล้ว ทำให้เราได้ข้อสรุปว่าแม้หลักปฏิบัติในการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับในระบบกฎหมายภายใน จะมีหลักทฤษฎีให้เป็นแนวปฏิบัติอยู่สองทฤษฎีดังกล่าว แต่ในความเป็นจริงแล้ว แนวปฏิบัติของรัฐส่วนใหญ่นั้น ถ้าเป็นการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับ รัฐจะนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐได้ ซึ่งสามารถกระทำได้สองแนวทาง คือ โดยอาศัยรัฐธรรมนูญและโดยอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปตามทฤษฎีเบลคสตรอน

แต่ปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่ง ก็คือ เงื่อนไขการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐ โดยอาศัยรัฐธรรมนูญนั้น กระทำได้เพียงรัฐที่อยู่ในระบบกฎหมาย Civil Law เท่านั้น การนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐ โดยอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปหรือตามทฤษฎีเบลคสตรอนนั้น จะกระทำได้เฉพาะกับรัฐที่อยู่ในระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งศาลของรัฐดังกล่าวสามารถกระทำได้ เพราะศาลจะปรับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยวิธีเดียวกับที่ปรับกฎหมายจารีตประเพณีอื่น ๆ นั้นเอง

ดังนั้น สำหรับประเทศไทยซึ่งได้ชื่อว่าเป็นประเทศที่อยู่ในระบบกฎหมาย Civil Law การนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับในระบบกฎหมายภายในของประเทศไทย จึงทำได้เพียงโดยอาศัยรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อได้ศึกษาถึงรัฐธรรมนูญของ

28 อารยา กิติเวช. การยอมรับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศจากเขตอำนาจศาลไทย, หน้า 78.

ประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน กลับไม่เคยบัญญัติเกี่ยวกับการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับในระบบกฎหมายภายในของประเทศไทยเลย ทั้งนี้ การนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐ จึงขึ้นอยู่กับมติของศาลซึ่งเป็นผู้ชี้กฎหมาย ซึ่งจากการศึกษาพบว่าศาลไทยเองก็เคยยอมรับการใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่การใช้นั้นศาลไทยไม่เคยบอกว่าใช้ได้เพราะเหตุใด

จากประเด็นที่ได้พิจารณาหลังจากการศึกษาเปรียบเทียบกับแนวปฏิบัติของรัฐอื่นในการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐแล้ว จึงสามารถวิเคราะห์และเห็นว่าว่ากรณีของประเทศไทยนั้น ไม่ควรมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญกำหนดเกี่ยวกับการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในรัฐหรือในระบบกฎหมายภายในของประเทศเราเลย ทั้งที่ประเทศเราสามารถกระทำได้ตามระบบของประเทศ Civil Law ซึ่งปฏิบัติกันมา โดยการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญให้นำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับในระบบกฎหมายภายในของประเทศไทยได้ ดังที่ประเทศที่อยู่ในระบบกฎหมาย Civil Law กระทำกัน

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย