

ความผูกพันของรัฐต่อกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

เป็นที่ทราบกันแล้วว่า จารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นบ่อเกิดอย่างหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ (Source of International Law) ทั้งนี้ตามธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ข้อ 38 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) ใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าว<sup>1</sup> ในการพิจารณาและ

---

<sup>1</sup> ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ข้อ 38 วรรคแรก ระบุให้ศาลซึ่งมีหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทตามกฎหมายระหว่างประเทศใช้

(a) international conventions, whether general of particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States, (อนุสัญญาระหว่างประเทศ ไม่ว่าทั่วไปหรือเฉพาะ ซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นที่รับรองโดยรัฐคู่พิพาทอย่างชัดแจ้ง)

(b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law; (จารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในฐานะเป็นหลักฐานแห่งทางปฏิบัติทั่วไป ซึ่งยอมรับกันอย่างกฎหมาย)

(c) the general principles of law recognized by civilized nations; (หลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งรับรองโดยนานาอารยประเทศ)

(d) subject to the provisions of Article 59, Judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law (ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 59 คำวินิจฉัยของศาลและคำสอนของนักกฎหมายระหว่างประเทศ ผู้มีคุณวุฒิสูงยิ่งแห่งชาติต่าง ๆ ในฐานะเป็นวิธีการประกอบเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย)

พิพากษากรณีพิพาทตามกฎหมายระหว่างประเทศ และหลักเกณฑ์นี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลต่าง ๆ หรือนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ใช้หลักเกณฑ์เหล่านี้เช่นกัน

ลักษณะและความหมายของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

### 1. ลักษณะและความหมาย

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หมายถึง แนวปฏิบัติต่อกันระหว่างประเทศ อันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ที่นานาประเทศมีต่อกัน และได้ปฏิบัติต่อเนื่องกันมา นับแต่อดีตอันยาวนานและสืบเนื่องมาจนปัจจุบัน จนกลายเป็นที่ยอมรับเสมือนกฎหมาย หรือนัยหนึ่งรัฐเชื่อว่าตนมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย (Opinio juris sive necessitatis) และถือเป็นพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติกันทั่วไปในสังคมแห่งนานาประเทศ<sup>2</sup>

จากประเด็นนี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ต้องเป็นการกระทำที่รัฐปฏิบัติต่อกันมาเป็นเวลายาวนาน เรียกว่า ทางปฏิบัติของรัฐ (state practice) และการกระทำที่รัฐปฏิบัติก็เพราะความรู้สึกรว่าจะต้องกระทำ เรียกว่ามีความเชื่อมั่นในความเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (opinio juris) ถ้ารัฐไม่กระทำตามอาจผิดกฎหมายได้

ด้วยเหตุนี้การที่จะชี้ลงไปว่าอะไรคือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น เป็นเรื่องค่อนข้างยาก เนื่องจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ มีลักษณะที่มันเป็นลายลักษณ์อักษร นักกฎหมายระหว่างประเทศจึงต้องอาศัยการพิจารณาจากองค์ประกอบของการเกิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เป็นการอธิบายถึงการมีอยู่ของกฎหมายจารีตประเพณี

<sup>2</sup> D.W.Greig, International Law. London, Butterworth 1970, p.18.

ระหว่างประเทศนั้น ๆ ซึ่งองค์ประกอบดังกล่าวคือทางปฏิบัติของรัฐ (State Practice) ได้แก่ การที่รัฐได้ปฏิบัติการใด ๆ ภายใต้อำนาจอธิปไตยของตน หรือกระทําการเกี่ยวข้องกับรัฐอื่นใด และปฏิบัติกรอย่างเดียวกันเช่นนั้นซ้ำอีกเป็นระยะเวลาพอสมควร แต่ไม่จำเป็นต้องเป็นทางปฏิบัติของรัฐทุกรัฐ เพียงแต่เป็นทางปฏิบัติของรัฐกลุ่มหนึ่งก็เพียงพอ<sup>3</sup> แต่ที่สำคัญก็คือทางปฏิบัติของรัฐดังกล่าวนี้ ต้องไม่มีการคัดค้านหรือโต้แย้งจากรัฐอื่น ๆ ด้วย เหตุดังกล่าวรัฐใดที่ไม่ประสงค์ที่จะผูกพันกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จะต้องแสดงว่าตนเป็นผู้คัดค้านอย่างต่อเนื่อง (persistent objector) เสียก่อนที่ทางปฏิบัตินั้น จะพัฒนาต่อไปจนเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>4</sup>

นอกจากทางปฏิบัติของรัฐที่เป็นองค์ประกอบในการเกิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว รัฐต้องมีความเชื่อมั่นว่าการที่รัฐกระทําการเช่นนั้น ก็เพราะรัฐเชื่อว่ามันมีพันธกรณีที่จะต้องกระทําดำเนินการตามกฎหมาย (Opinio Juris) ซึ่งความรู้สึกว่าต้องปฏิบัติ มิฉะนั้น จะเป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศนี้ ย่อมแตกต่างจากทางปฏิบัติ ซึ่งรัฐกระทําไปโดยคำนึงถึงความเหมาะสมหรือเรื่องมารยาทและความสุภาพหรือเหตุผลทางด้านศีลธรรมมนุษยธรรม ซึ่งเรียกว่า อธิปไตยระหว่างประเทศ (International Comity)<sup>5</sup>

## ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>3</sup> กรินทร์ ธนุเทพ, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2529), หน้า 69 และ คาร์ล ชรรมาธิก, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ, สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537, หน้า 28.

<sup>4</sup> D.W.Greig, International Law, pp.870-876.

<sup>5</sup> J.G. Starke, Introduction to International Law, 6<sup>th</sup> Edition London Butterwards, 1967, pp.1-19.

จากการพิจารณาที่ผ่านมาจึงเห็นได้ว่า การอธิบายถึงลักษณะและความหมายของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น จำเป็นต้องศึกษาจากองค์ประกอบทั้งสองคือทางปฏิบัติของรัฐ (State practice) และที่รัฐมีทางปฏิบัติ เช่นนั้นก็เพราะมีความเชื่อมั่นว่าทางปฏิบัติดังกล่าวเป็นกฎหมาย (Opinio juris)

การพิจารณาดังกล่าวจะเกิดปัญหาตามมาคือ แล้วเมื่อใดจึงจะถือว่าทางปฏิบัตินั้นจะกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งเรื่องนี้เราจะต้องคำนึงถึงความแพร่หลาย ตลอดจนความถี่ (จำนวน) ของการกระทำอันเป็นอันาคอันหนึ่ง ที่จะต้องมีรัฐนำปฏิบัติตามและมีการยอมรับโดยทั่วไปได้บ้าง เพื่อที่จะได้มาซึ่งสถานะที่จะเรียกว่าเป็นหลักเกณฑ์อันมีผลผูกพันทางกฎหมาย<sup>6</sup> โดยอาศัยการพิจารณาจากหลักเกณฑ์ทางวัตถุ (the material aspect) คือ การกระทำที่เกิดขึ้นบ่อย ๆ หรือกระทำซ้ำ ๆ (Repetition) ซึ่งสามารถแยกเป็นสองกรณี คือ

- ก. เวลา (time) ได้แก่ การที่จะต้องปฏิบัติติดต่อกันตลอดไป อย่างสม่ำเสมอ
- ข. เนื้อที่ (space) หมายถึง การปฏิบัติที่แพร่หลายมิใช่เฉพาะท้องถิ่นหรือภูมิภาคใดภูมิภาคหนึ่งเท่านั้น

ศูนย์วิทยพัทยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



<sup>6</sup> นพนิติ สุริยะ. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2537), หน้า 48-49.

## 2. ข้อบกพร่องจากลักษณะของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

จากลักษณะของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งได้พิจารณาข้างต้น ทำให้เห็นได้ว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น มีปัจจัยในการเกิดเป็นการยึดถือว่าทางปฏิบัติ<sup>๕</sup> เป็นกฎหมาย ส่งผลให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีลักษณะที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Law) ทำให้ไม่ทราบว่าจะขอบเขตที่แน่นอนของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอยู่ที่ใด รวมทั้งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนี้ จะใช้เวลาในการที่จะวิวัฒนาการเป็นกฎหมาย แม้ว่าบางครั้งจะมีจารีตประเพณีบางอย่างที่เกิดขึ้นได้เร็วกว่าปกติ เช่น การอ้างอธิปไตยเหนือห้วงอวกาศของรัฐ แต่เหตุผลเบื้องหลังการเกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศนี้ ก็เป็นสิ่งที่ตอบสนองผลประโยชน์ของรัฐมากกว่าจะเป็นภาระของรัฐเท่านั้น

ด้วยเหตุที่ลักษณะของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไม่มีขอบเขตที่ชัดเจนและมีการวิวัฒนาการตลอดเวลา<sup>๖</sup> จึงเป็นข้อบกพร่องของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการนำเอากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาทำขึ้นให้ชัดเจนปรากฏในรูปของสนธิสัญญา โดยอาศัยข้อดีของสนธิสัญญาที่มีความชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร สนธิสัญญาประเภทนี้มักจะเป็นสนธิสัญญาที่เรียกว่า Law-Making Treaty อันหมายถึง สนธิสัญญาที่วางหลักกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ซึ่งหากจะจัดทำในรูปของสนธิสัญญาทวิภาคี ก็จะผูกพันเพียง 2 รัฐเท่านั้น แต่ถ้าจะทำให้ได้ประสิทธิผลมากก็ควรจะให้ผูกพันกับรัฐหรือบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ (subject of international law) ให้มากที่สุด และถ้ากลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว จึงจะมีผลผูกพันรัฐแม้ไม่ได้เป็นภาคี ตัวอย่างของสนธิสัญญาประเภทนี้มักจะได้รับกล่าวอ้างถึงการมีอยู่ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ทั้งในคำพิพากษาและทางปฏิบัติของรัฐอยู่เสมอ เช่น บทบัญญัติในอนุสัญญา

กรุงเฮก ปี 1907<sup>7</sup> อนุสัญญากรุงเจนีวา ปี 1958 ว่าด้วยกฎหมายทะเล<sup>8</sup> อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ค.ศ. 1961<sup>9</sup>

และงานที่นี้ตัวอย่างที่ผู้วิจัยใช้เป็นกรณีศึกษา คือ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963

### 3. การประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในรูปของอนุสัญญากรุงเวียนนา ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963

จากการที่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีข้อบกพร่อง คือ ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ทำให้ไม่มีความชัดเจนแน่นอน รวมทั้งการพิสูจน์ถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ทำได้ยาก เนื่องจากการวิวัฒนาการตลอดเวลา แต่จำเป็นต้องใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการแก้ไขข้อบกพร่องของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนี้ เพื่อจะได้นำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้ได้สะดวกขึ้น โดยการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปประมวลเป็นสนธิสัญญาขึ้น ตัวอย่างที่ผู้วิจัยใช้เป็นกรณีศึกษา ก็คือ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 โดยเนื้อหาของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 นี้ ส่วนใหญ่จะเป็นการประมวลหลักจารีตประเพณีเดิมมาการดำเนินการความสัมพันธ์ทางกงสุลที่ไม่เคยปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรที่แน่นอนมาไว้ เหตุที่ผู้วิจัยกล่าวเช่นนั้นก็เนื่องมาจากหลักจารีตประเพณีเดิม ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นหลักเอกสิทธิ์และความคุ้มกันนั้น เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาเนิ่นนานแล้ว หากไม่จึงกล่าวเช่นนั้น ก็เนื่องจากผู้วิจัยเห็นว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่า

<sup>7</sup> โปรดดู Meron, T., The Geneva Convention As Customary Law, 81 AJIL, 1987, p.348, 370.

<sup>8</sup> โปรดดู Fisheries Jurisdiction Case, ICJ Report, 1973, p.3., 25-27, Bacelona Traction Case, ICJ. Report, 1970, p.3, 187, 304.

<sup>9</sup> โปรดดู Bacelona Traction Case, p.3, 305.

ด้วยหลักเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางกงสุลนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับเอกสิทธิ์ความคุ้มกันทางทูตแล้ว ประวัติความเป็นมาของการมีกงสุลนั้นเกิดก่อนทูตเสียอีก<sup>10</sup> ในเมื่อเรายอมรับว่าหลักเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางทูตเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว เหตุใดจนหลักเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของกงสุลซึ่งมีมาก่อนทูตเสียอีก จึงจะไม่ใช่หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เพียงแต่ว่าระยะหลังบทบาทของทูตนั้นมีมากกว่ากงสุลเท่านั้นเอง

ด้วยเหตุดังกล่าว ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าหลักเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของกงสุลที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 นี้ เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเดิมและน้อมมาบัญญัติให้ชัดเจนขึ้นในรูปของอนุสัญญา เพื่อการนำบัญญัติสำหรับดำเนินความสัมพันธ์ทางกงสุลระหว่างรัฐ

สำหรับการร่างอนุสัญญานี้ สหประชาชาติและความอุปถัมภ์ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ได้ร่วมประชุมจัดทำอนุสัญญาฯ โดยใช้เอกสาร คือ

1. รายงานของคณะกรรมการระหว่างประเทศ สมัยที่ 13 (ค.ศ. 1961) บทที่ 13 ซึ่งเป็นร่างตัวบทว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล
2. ข้อเสนอแนะที่รัฐบาลต่าง ๆ ส่งมาวิจารณ์ร่างตัวบทของคณะกรรมการมาเป็นหลักในการพิจารณาร่างอนุสัญญาดังกล่าว จนกระทั่งได้ร่างอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เมื่อวันที่ 24 เมษายน ค.ศ. 1963

---

<sup>10</sup> Luke T. Lee. Consular Law and Practice, Clarendon Press Oxford, 1991, p.3.

ดังนั้น เมื่อมีการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในอนุสัญญาฯ นี้แล้ว จึงเป็นแนวทางที่ผู้วิจัยจะได้ศึกษาถึงการนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ปรากฏในอนุสัญญาฯ นี้มาใช้บังคับภายในประเทศไทยได้เป็นนามธรรมขึ้น

พื้นฐานทางทฤษฎีเกี่ยวกับความผูกพันของรัฐต่อกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

1. หลักความผูกพันเนื่องจากการยินยอมที่จะผูกพันกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยรัฐ (Voluntaristic Theory) <sup>11</sup>

### 1.1 มูลฐานและสาระสำคัญของทฤษฎี Voluntaristic Theory

ทฤษฎีนี้มีพื้นฐานแนวคิดว่ารัฐต่าง ๆ ในสังคมนระหว่างประเทศ ประกอบไปด้วยรัฐที่มีอำนาจอธิปไตยเด็ดขาด ดังนั้น การที่รัฐเหล่านั้นจะผูกพันกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศใด รัฐนั้นต้องแสดงความยินยอมที่จะผูกพัน ทฤษฎีนี้จึงให้ความสำคัญกับเจตนารมณ์ของรัฐเป็นใหญ่ ในอันที่จะยอมให้กฎหมายใช้บังคับเช่นเดียวกับสำนักกฎหมายบ้านเมืองที่ถือเจตนารมณ์ของรัฐอำนาจอธิปไตย (Sovereign Will) เป็นป่อเกิดเดียวของกฎหมาย <sup>12</sup>

นอกจากนั้นแล้ว ทฤษฎีนี้ยังเห็นว่าเนื่องจากสังคมนระหว่างประเทศ จะปราศจากองค์กรที่มีอำนาจเหนือสมาชิกในสังคมน เพราะสังคมนระหว่างประเทศประกอบไปด้วยรัฐที่มีเอกราช มีอำนาจอธิปไตยเด็ดขาด ในสภาพเช่นนี้จึงถือว่าการผูกพันระหว่างประเทศเป็นระบบแห่งความยินยอม และการที่จะตอบว่ากฎเกณฑ์ใดผูกพันรัฐนั้นในฐานะที่เป็นกฎหมาย

<sup>11</sup> กฤษณะ ช่างกล่อม, แนวระดมในการเกิดกฎหมายระหว่างประเทศ, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537, หน้า 15-19.

<sup>12</sup> Austin, J., Lectures on Jurisprudence, (London : John Murray, 1875).



ระหว่างประเทศหรือว่ามี สิ่งแรกที่ต้องพิจารณาก่อน คือ รัฐดังกล่าวให้ความยินยอมในกฎเกณฑ์นั้นแล้วหรือยัง

นักกฎหมายที่สนับสนุนแนวคิดเช่นนี้ เช่น Corbett<sup>13</sup>, Tunkin<sup>14</sup> และ Hegel<sup>15</sup>

นอกจากนี้ยังมีตัวอย่างคำพิพากษาของศาล ซึ่งได้แสดงถึงว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะผูกพันกับรัฐก็ด้วยความยินยอมของรัฐเอง เช่น คดี Lotus ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ กล่าวว่

"กฎหมายระหว่างประเทศอาศัยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่เป็นเอกราช กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ผูกพันรัฐนั้น ส่วนเกิดมาจากเจตนากรรมอิสระ (Free Will) ของรัฐทั้งสิ้น เช่นที่แสดงงานสนธิสัญญาหรือธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นกฎหมาย (Usage of Law) และกฎเกณฑ์เช่นว่านี้ เกิดขึ้นเพื่อใช้ในความสัมพันธ์ในประชาคมที่อยู่ร่วมกันอย่างเป็นอิสระ หรือด้วยเจตนากรรมที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ร่วมกัน ดังนั้น ข้อจำกัดที่รัฐมิได้ยินยอม จึงมีอาจเกิดขึ้นได้"<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Corbett, P, The Consent of States and the Sources of the law of Nations. VI BYIL 1-30 (1923).

<sup>14</sup> Tunkin, G., Theory of International Law. Translated by W. Butler (Cambridge : Mass, 1974). p.175.

<sup>15</sup> Bierly, J.L., The Law of Nations (Oxford : Clarendon Pr., 1963). p.53.

<sup>16</sup> PCIJ SERIES A., No.10, p.18.

หลักเกณฑ์ดังกล่าวคือสาระสำคัญและข้อสนับสนุนในทฤษฎี  
Voluntaristic เพื่อจะอธิบายว่าการผูกพันในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ต้อง  
ขึ้นกับความยินยอม ความสมัครใจของรัฐ

เป็นที่น่าสังเกตว่าเบื้องหลังของแนวคิดตามทฤษฎีนี้ ให้ความสำคัญกับ  
อำนาจอธิปไตยของรัฐค่อนข้างมาก ทั้งที่ปัจจุบันมีแนวคิดว่าอำนาจอธิปไตยไม่ควรจะอยู่เหนือ  
กว่ากฎหมายระหว่างประเทศ<sup>17</sup> มิฉะนั้นกฎหมายระหว่างประเทศจะมีการบังคับในสังคม  
ระหว่างประเทศได้ไม่เต็มที่

## 1.2 ผลกระทบจากความผูกพันตามทฤษฎี Voluntaristic

เนื่องจากทฤษฎีนี้เห็นว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จะมีผล  
ผูกพันรัฐก็ต่อเมื่อรัฐแสดงความยินยอมสมัครใจที่จะผูกพันด้วย ดังนั้น ตามทฤษฎีนี้กฎหมายจารีต  
ประเพณีระหว่างประเทศ จะมีผลผูกพันกับรัฐที่ให้ความยินยอมเท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ  
กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จะไม่มีผลผูกพันต่อรัฐที่นิ่งเฉย และรวมทั้งรัฐที่เกิดใหม่  
หลังจากที่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นเกิดขึ้นแล้ว

ศูนย์วิทยุทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>17</sup> R.ST.J. Macdonald and Douglas M. Johnston. Sovereignty and International Law. แปลโดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ และ จตุรนต์ ธีระวัฒน์ วารสาร  
นิติศาสตร์ 171 ปีที่ 16 ฉบับที่ 4 ธันวาคม 2529.

อย่างไรก็ตาม ว่างของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ไม่ผูกพันรัฐที่หนึ่งเฉยนั้น ได้มีนักกฎหมายระหว่างประเทศให้ความเห็นเพิ่มเติมที่น่าพิจารณา เช่น Tunkin กล่าวว่ ถ้ากฎหมายประเพณีเกิดขึ้นในระยะเวลาหนึ่งแล้ว รัฐที่ผลประโยชน์ถูกกระทบยังหนึ่งเฉยอยู่ ก็จะถือว่ารัฐนั้นยอมรับโดยปริยายในกฎหมายประเพณีนั้น 18

สำหรับกรณีของรัฐที่เกิดใหม่จะไม่ผูกพันกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งเกิดแล้วนั้น Tunkin ก็ยังเห็นว่า รัฐใหม่ที่เกิดขึ้นมีสิทธิที่จะไม่รับรองกฎหมายจารีตประเพณีนั้น ถ้ารัฐใหม่เข้ามามีความสัมพันธ์อย่างเป็นทางการกับรัฐอื่น ๆ โดยมิได้ตั้งข้อสงวน (Reservation) ดังนั้น เมื่อไม่ได้ตั้งข้อสงวนไว้ Tunkin จึงเห็นว่า รัฐที่เกิดใหม่นั้นจะต้องผูกพันในหลักเกณฑ์ตามกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่ก่อน 19

นอกจากนั้น Strupp ยังกล่าวถึงผลผูกพันที่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีต่อทุก ๆ รัฐว่า "บรรทัดฐานทางจารีตประเพณีที่ถูกใช้โดยรัฐที่สำคั้จำนวนหนึ่ง ย่อมถือได้ว่าเกิดข้อสันนิษฐานทางกฎหมายว่าบรรทัดฐานนั้นผูกพันทุก ๆ รัฐ" 20

## ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

18 Tunkin, G., Theory of International Law, translated by W. Butler, p.129.

19 Ibid., p.129.

20 Ibid., pp.310-311.

## 2. หลักความผูกพันเนื่องจากความจำเป็นในการมีกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศของรัฐ (Objectivist Theory) <sup>21</sup>

### 2.1 มูลฐานและสาระสำคัญของทฤษฎี Objectivist

ทฤษฎีนี้จะเห็นตรงข้ามกับทฤษฎี Voluntaristic โดยทฤษฎีนี้เห็นว่ากฎหมายมิได้เกิดจากเจตนาารมย์ (will หรือ volonte) แต่เกิดจากความจำเป็นที่จะต้องมียกกฎหมายสำหรับการดำรงอยู่ของมนุษย์ในสังคม ดังนั้นกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่อยู่คู่สังคม นักกฎหมายที่ถือเป็นผู้นำของทฤษฎีนี้ เช่น Savigny แห่งสำนักประวัติศาสตร์ ซึ่งเห็นว่ากฎหมายนั้นเป็นผลที่เกิดจาก Volksgeist ซึ่งค่อย ๆ เกิดขึ้นตามประวัติศาสตร์ของสังคมที่มีวิวัฒนาการ ดังนั้น Volksgeist จึงมีได้ขึ้นอยู่กับเจตนาารมย์ของใคร Volksgeist จะแสดงออกมาด้วยจารีตประเพณีความรู้สึกรับผิดชอบของคน นาน ๆ เข้าจึงกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังที่ Sir Gerald Fitzmaurice ได้กล่าวไว้ว่า "ที่ใดมีสังคม ที่นั่นย่อมมีกฎหมาย (Ubi Societas Ibi Jus)" นั้น สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและประวัติศาสตร์ของสังคม โดยกฎหมายเป็นเงื่อนงำที่จำเป็นสำหรับการมีอยู่ของสังคม ทฤษฎีนี้ยังอธิบายว่ามนุษย์มีสัญชาตญาณในการรักษาตัวรอดมีกิเลส มีความเห็นแก่ตัว ทุกคนจะนึกถึงผลประโยชน์ของตนเป็นสิ่งสูงสุด โดยสภาพนี้ถ้าไม่มีกฎหมาย มนุษย์มักจะทำร้ายกันเพื่อจะให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ของตนก่อให้เกิดความขัดแย้งกันขึ้นในสังคม ในขณะที่เดียวกันโดยธรรมชาติมนุษย์ไม่สามารถอยู่ได้อย่างโดดเดี่ยว แต่ต้องพึ่งพาอาศัยเกื้อกูลกันและกัน ดังนั้น กฎหมายจึงเป็นสิ่งจำเป็นทางสังคม

<sup>21</sup> Lauterpacht, H.. International Law. Collected Papers.

Vol. I : The Geneva Works, ed by E. Lauterpacht, Cambridge U., 1970, p.58.

เพื่อจะให้สังคมนั้นอยู่ได้ กฎหมายจึงต้องมีอำนาจบังคับอันชอบธรรมที่ทุกคนต้องเคารพและปฏิบัติตาม ดังนั้น มูลฐานของความเป็นกฎหมาย จึงมีได้ขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ หากแต่ขึ้นอยู่กับความจำเป็นทางสังคมที่จะต้องรักษาสังคมให้อยู่อย่างเป็นปึกแผ่น อันจะนำมาซึ่งประโยชน์และคุณงามความดีร่วมกันของมนุษย์<sup>22</sup>

นอกจากนั้น เนื่องจากสังคมนั้นระหว่างประเทศก็คือสังคมนมนุษย์ที่รวมตัวกันเป็นรัฐต่าง ๆ พฤติกรรมของรัฐก็เช่นเดียวกับมนุษย์ กล่าวคือ เมื่อพิจารณาถึงนโยบายต่างประเทศต่าง ๆ จะพบว่าล้วนแต่ต้องการที่จะรักษาผลประโยชน์ของชาติ จึงส่งผลให้รัฐแต่ละรัฐมีความเห็นแก่ตัว มุ่งแสวงหาประโยชน์ให้กับรัฐตนมากที่สุด การที่ถือว่ารัฐแต่ละรัฐมีอำนาจอธิปไตยสูงสุด ไม่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายใด สามารถทำอะไรตามอำเภอใจ ย่อมจะทำให้เกิดความขัดแย้งกันขึ้นได้ ดังนั้น เมื่อรัฐต้องพึ่งพาอาศัยกันแล้ว รัฐนั้นก็จำเป็นต้องมีกฎหมายซึ่งอยู่เหนืออำนาจอธิปไตยของรัฐ เพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมนระหว่างประเทศที่มีรัฐเป็นสมาชิก และกฎหมายซึ่งมีความจำเป็นสำหรับรัฐในสังคมนระหว่างประเทศประเภทหนึ่งก็คือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>23</sup>

เกี่ยวกับแนวความคิดดังกล่าว ผู้พิพากษา Alvarez ได้กล่าวไว้ในคดี Anglo-Norwegian Fisheries<sup>24</sup> อันเป็นข้อกล่าวอ้างที่ค่อนข้างจะสนับสนุนหลักการของแนวคิดานทฤษฎีนี้ว่า

## ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>22</sup> กฤษณะ ช่างกล่อม, แนววิวัฒนาการเกิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ, หน้า 22-23.

<sup>23</sup> ปรตศุเพิ่มเติม ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, (กรุงเทพฯ : โครงการตำรา และเอกสารการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 112.

<sup>24</sup> ICJ Report (1951), pp.148-149.



"หลักต่าง ๆ ส่วนมีต้นกำเนิดมาจากความสำนึกทางกฎหมาย (Legal Conscience) ของประชาชน... ความสำนึกนี้เป็นผลมาจากการมีอยู่ของสังคมระหว่างประเทศ และความจำเป็นที่จะต้องดำรงอยู่ในสังคมระหว่างประเทศ ก่อให้เกิดบรรทัดฐานที่พิจารณาเห็นว่าจำเป็นในการควบคุมพฤติกรรมของรัฐในความสัมพันธ์กัน"

จากคำกล่าวข้างนี้ สามารถพิจารณาได้แนวทางหนึ่งว่า ในความเห็นของผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งถือเป็นแนวคิดของนักกฎหมายระหว่างประเทศนั้น เห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องมียุติธรรม เพื่อให้เกิดบรรทัดฐานในการควบคุมพฤติกรรมของรัฐ

## 2.2 ผลกระทบจากความผูกพันตามทฤษฎี Objectivist

ด้วยผลของแนวคิดและมูลฐานดังกล่าว ก่อให้เกิดผลกระทบจากทฤษฎี Objectivist ในความผูกพันต่อกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ คือ เมื่อกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นความจำเป็นที่รัฐในสังคมจะต้องมี ดังนั้น กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจึงต้องถูกเข้าถึงกับสมาชิกในสังคม แม้ว่าสมาชิกหรือรัฐนั้นจะไม่ได้มีส่วนร่วมในการก่อให้เกิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ตาม<sup>25</sup> หรืออีกนัยหนึ่งคือรัฐไม่ต้องแสดงความยินยอมที่จะผูกพันกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเสียก่อน เพราะผลของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศตามทฤษฎีนี้จะผูกพันกับรัฐ ด้วยเหตุที่ว่าก่อนหน้านั้นรัฐต่างหากที่จำเป็นจะต้องมียุติธรรมจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เพื่อให้เป็นหลักเกณฑ์แก่การดำเนินการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างรัฐในสังคมระหว่างประเทศ

<sup>25</sup> Lauterpacht, H., International Law, p.383.

จากผลกระทบตามทฤษฎี Objectivist ที่จะอธิบายถึงความผูกพันใน  
กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศต่อรัฐนั้น จึงไม่ต้องคำนึงว่ารัฐที่นิ่งเฉยหรือรัฐที่เกิดความ  
จะผูกพันกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่เพียงไร เพราะผลกระทบจากทฤษฎีนี้  
จะถือว่ารัฐที่เป็นสมาชิกหนึ่งในสังคมนระหว่างประเทศ จะต้องผูกพันกับกฎหมายจารีตประเพณี  
ระหว่างประเทศทันที เพราะเมื่อสมาชิกมีองค์ประกอบของความเป็นรัฐและถือกำเนิดขึ้นมาใน  
สังคมนระหว่างประเทศแล้ว จำต้องมีกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเพื่อใช้เป็น  
เครื่องมือในการติดต่อ คำนึงความสัมพันธ์กับนานารัฐด้วย ดังที่พิจารณากันมาข้างต้น

### วิเคราะห์แนวทางปฏิบัติของรัฐกับความผูกพันต่อกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

เมื่อได้ศึกษาความผูกพันตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศตามหลักทฤษฎี  
แล้ว จะพบว่า ทั้งสองทฤษฎีต่างก็มีความเห็นที่แตกต่างกันที่จะอธิบายถึงการที่รัฐต้องผูกพัน  
ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น ๆ โดยที่ทฤษฎี Voluntaristic ให้ความสำคัญ  
สำคัญกับความยินยอมสมัครใจแก่รัฐที่จะยอมผูกพัน ในขณะที่ทฤษฎี Objectivist กล่าวว่าเป็น  
ความจำเป็นที่รัฐในสังคมนระหว่างประเทศ ต้องผูกพันกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ  
นั้นต่างหาก

ความขัดแย้งของทฤษฎีทั้งสอง จึงได้ก่อให้เกิดแนวทางปฏิบัติแก่รัฐต่าง ๆ เพื่อจะ  
อธิบายถึงความผูกพันที่รัฐตนมีต่อกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศตามทัศนะทางกฎหมาย  
ระหว่างประเทศ ซึ่งจะ เป็นในแนวทางใดก็แล้วแต่ว่ารัฐจะยึดถือทฤษฎีใดเป็นหลัก อย่างไรก็ตาม  
ก็ตาม การอธิบายถึงความผูกพันของรัฐต่อทั้งสองทฤษฎีนั้น เมื่อคำนึงถึงองค์ประกอบของความ  
เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อันได้แก่ state practice และ opinio  
suris แล้ว มีข้อนำพิจารณาว่าหลักทฤษฎี Voluntaristic ซึ่งให้ความสำคัญกับความยินยอม  
ของรัฐที่จะผูกพันกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น สามารถไปกันได้ หรืออีกนัยหนึ่ง  
สอดคล้องกับองค์ประกอบของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในส่วนของ state  
practice หรือจากแนวทางปฏิบัติของรัฐ เพราะทฤษฎี Voluntaristic เป็นทฤษฎีที่เน้นถึง  
ความยินยอมของรัฐ เมื่อรัฐยินยอมที่จะผูกพันกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รัฐจึง

แสดงออกโดยการปฏิบัติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น ๆ ส่วนทฤษฎี Objectivist นั้น จะนำมาชี้ในส่วนของความเป็น opinio juris เนื่องจาก opinio juris เป็นเรื่องของจิตสำนึกที่รัฐยินยอมจะปฏิบัติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เพราะเชื่อว่าหากไม่ปฏิบัติตามจะเป็นการผิดกฎหมายระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้รัฐจึงมีความจำเป็นที่จะปฏิบัติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น ทฤษฎี Objectivist จึงนำมาชี้ในด้านส่วนองค์ประกอบของความเป็น opinio juris ซึ่งเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการเกิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม สำหรับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น เกิดขึ้นเนื่องจากความจำเป็นทางสังคม ในอันที่จะควบคุมพฤติกรรมของสมาชิกในสังคมให้เป็นระเบียบแบบแผนอันจะก่อให้เกิดการเกื้อกูลต่อการอยู่ร่วมกันเป็นสังคม เนื่องจากรัฐต่าง ๆ มีปฏิสัมพันธ์ (Interaction) ในด้านต่าง ๆ ความสัมพันธ์ของรัฐในด้านต่าง ๆ นั้นจะเป็นไปอย่างมีระเบียบแบบแผน ก็จำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดกฎหมายที่เป็นกลางมาควบคุมพฤติกรรมรัฐเหล่านั้น นั่นคือ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ด้วยเหตุนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เป็นสิ่งจำเป็นแก่รัฐต่าง ๆ ที่จะใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เพื่อจะดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่อกันไปด้วยความราบรื่น

นอกจากนั้น ในเรื่องของ การดำเนินความสัมพันธ์ทางกงสุลที่รัฐจะต้องมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างกันเพื่อการติดต่อความสัมพันธ์ในทางกงสุลนั้น รัฐก็ต้องมีกฎหมายที่เป็นกลางเพื่อจะให้การดำเนินการติดต่อทางกงสุลมีความราบรื่นและเป็นระเบียบแบบแผน ดังนั้น การที่รัฐจะผูกพันกับกฎหมายซึ่งเกี่ยวกับการดำเนินความสัมพันธ์ทางกงสุล จึงมีความจำเป็นอย่างหนึ่งที่รัฐจะต้องปฏิบัติตามเพราะความจำเป็น จะถือหลักความยินยอมตามทฤษฎี Voluntaristic คงเป็นไปได้ยาก เพราะรัฐทุกรัฐต่างก็มีการดำเนินความสัมพันธ์ทางกงสุลกันมาเนิ่นนานแล้ว หลักความยินยอมควรจะเกิดขึ้นเมื่อเริ่มแรกของการผูกพันกับกฎหมายทางกงสุลต่างหาก



เมื่อการดำเนินการความสัมพันธ์ทางกงสุล ถือเป็นสิ่งที่จำเป็นซึ่งรัฐจะต้องปฏิบัติตามแล้ว ประเทศไทยซึ่งเป็นรัฐหนึ่งงานสังคมระหว่างประเทศ ก็จำเป็นต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินการความสัมพันธ์ทางกงสุลด้วย โดยการนำหลักเกณฑ์ของการดำเนินการความสัมพันธ์ทางกงสุลที่ปรากฏเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทย ซึ่งจะได้ศึกษารายละเอียดกันต่อไปในบทที่ 3 และ 4



ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย