

สิทธิของคนต่างกว่าภายใต้สนธิสัญญา

๑. ความหมายและขอบเขตของสนธิสัญญา

สนธิสัญญาเป็นข้อตกลงมีลักษณะเป็นสัญญาระหว่างรัฐ หรือองค์การระหว่างประเทศ ซึ่งก่อให้เกิดสิทธิและผูกพันระหว่างรัฐภาคี^๑ ภาคีซึ่งจะเป็นคู่ในสนธิสัญญาจะต้องเป็นรัฐ กล่าวคือระหว่างรัฐกับรัฐ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศกับรัฐ หรือองค์การระหว่างประเทศต่อองค์การระหว่างประเทศด้วยกันเอง เอกชนหรือองค์การเอกชนไม่อาจเป็นภาคีในสนธิสัญญาได้ อีกทั้งข้อตกลงที่ไต่กระทำขึ้นโดยบริษัทใหญ่ ๆ กับหัวหน้าชนพื้นเมืองหรือกษัตริย์ของเอกชนเหล่านั้น แม้จะได้รับการยอมรับว่าเป็นเอกสารสำคัญระหว่างชาติ แต่ก็มีสนธิสัญญาในความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศ^๒ สนธิสัญญาดังกล่าวเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศส่วนจะมีชื่อเรียกว่าสนธิสัญญา (Treaty, Pact) ข้อตกลง (Convention) อนุสัญญา (Covenant) กติกาสัญญา (Constitution) หรือกฎบัตร (Charter) ก็หาได้มีผลทางกฎหมายแตกต่างกันไม่^๓

สนธิสัญญาเป็นบ่อเกิดของหลักเกณฑ์ที่สำคัญ ๆ ของหลักปฏิบัติในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศซึ่งมีมาก่อนที่กฎหมายระหว่างประเทศจะเป็นหลักเกณฑ์ที่ยอมรับ หลักเกณฑ์แห่งสนธิสัญญานี้ได้พัฒนาขึ้นเป็นลำดับตามอิทธิพลของแนวความคิดพวกนิยมกฎหมายสารบัญญัติ

^๑ L. Oppenheim, International Law, H. Lauterpacht ed., (8 th ed London: Longmans, Green 1958) p. 877

^๒ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, กฎหมายระหว่างประเทศ, (พระนคร : คณะรัฐศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๑๑) หน้า ๑๑๐.

^๓ D.P. O'Connell, International Law, Vol.1 (London: Stevens & Sons, 1970), pp. 196-197.

ซึ่งถือว่า เมื่อรัฐใดทำความตกลงกันจนเกิดเป็นสนธิสัญญาแล้ว เมื่อรัฐยอมปฏิบัติตามที่สนธิสัญญากำหนดไว้ก็เป็นการผูกคอง หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ถูกนำมากำหนดไว้ในสนธิสัญญาเป็นส่วนใหญ่ ในปัจจุบันจึงอาจกล่าวได้ว่าในกรณีที่มีสนธิสัญญาต่อกัน ซึ่งรวมถึงกรณีสิทธิและฐานะของคนต่างด้าวด้วย ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญา กฎหมายจารีตประเพณีและหลักเกณฑ์แห่งระหว่างประเทศจะนำมาใช้ต่อเมื่อไม่มีสนธิสัญญากำหนดไว้โดยแจ้งชัดเท่านั้น เมื่อใดที่มีสนธิสัญญาแล้วปัญหาต่าง ๆ ตลอดจนแนวความคิดที่ยังไม่ลงรอยกันระหว่างนักทฤษฎีก็อาจยุติลงได้ด้วยสนธิสัญญา

๒. วิวัฒนาการในการกำหนดสิทธิของคนต่างด้าวตามสนธิสัญญา

สนธิสัญญาเป็นบ่อเกิดแห่งสิทธิของคนต่างด้าว ที่สำคัญที่สุดมาแต่สมัยโบราณกาล ในสมัยกรีกและโรมัน คนต่างด้าวจะคงอยู่ภายใต้ *faedus amicitiae* หรือ *hospitalitatis* ^๔ จึงจะได้รับความคุ้มครอง ในกรณีทั่ว ๆ ไป รัฐย่อมมิใช่อำนาจเหนือคนต่างด้าวใดก็ตามอำเภอใจ แต่สำหรับคนต่างด้าวของรัฐที่มีสนธิสัญญาต่อกันสมาชิกของรัฐนั้นก็จะได้การคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญา

อย่างไรก็ดี สัญญาหรือข้อตกลงระหว่างผู้ครองรัฐในสมัยโบราณนั้นย่อมมีลักษณะแตกต่างไปจากสนธิสัญญาในความหมายปัจจุบัน สนธิสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาระหว่างรัฐต่อรัฐที่เกี่ยวกับการคุ้มครองของคนต่างด้าวได้จะมีขึ้นอย่างจริงจังในศตวรรษที่ ๑๗ นี้เท่านั้น ^๕ ก่อนหน้านั้นควรให้สิทธิแก่คนต่างด้าวมีลักษณะเป็นข้อผูกพันฝ่ายเดียว (Unilateral) กล่าวคือ เป็นสัญญาซึ่งผู้ครองนครให้ความคุ้มครองและให้สิทธิแก่พวคนต่างด้าว อาจเป็นการเฉพาะราย

^๔ กฎหน้า ๑๘ - ๒๐ ของวิทยานิพนธ์นี้

^๕ H.W. Verzijl, International Law in Historical Propective, Vol. V (Leiden: A.W. Sijthoff, 1972), p. 403.

บุคคล ประเภทของพ่อค้าแต่ละกลุ่ม สมาคมการค้า (Trading Association) หรือพ่อค้า เฉพาะเมืองใดเมืองหนึ่ง สัญญาประเภทนี้มีแต่ข้อกำหนดสิทธิที่จะให้แก่ฝ่ายผู้รับโดยผู้ครองนคร และส่วนใหญ่เป็นสัญญาที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอนเช่น ในสมัยศตวรรษที่ ๑๓ พระเจ้าเฮนรี ที่สามแห่งอังกฤษได้ให้สิทธิแก่พ่อค้าทางคาบสมุทรตามสัญญาในปี ๑๒๒๔^๖ ในศตวรรษที่ ๑๔ คน ทางคาบสมุทรในประเทอังกฤษได้รับความคุ้มครองจากกษัตริย์มากยิ่งขึ้น พ่อค้าจากฮอลแลนด์และ ซีแลนด์ ได้รับสิทธิในการที่จะเลือกผู้ปกครองของตนในอังกฤษ เพื่อพิจารณาข้อพิพาทระหว่าง ชนชาติของตนได้^๗

ยุคต่อมา สนธิสัญญาที่ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของคนต่างดาวเป็นข้อตกลงระดับ รัฐบาล ซึ่งเป็นรากฐานมาจนถึงยุคปัจจุบัน ตัวอย่างสนธิสัญญาลักษณะนี้อาจพบได้ในศตวรรษที่ ๑๕ สนธิสัญญาทางพาณิชย์ลงวันที่ ๒๒ กรกฎาคม ๑๔๘๒ ระหว่างพระเจ้าเฮนรีที่ ๗ แห่งอังกฤษ และดยุค ฟรานซิสแห่งบริทานี (Duke Francis of Britany) ได้ให้สิทธิแก่คนต่างดาว บนรากฐานแห่งหลัก "ผลประโยชน์แห่งชาติที่ได้รับอนุเคราะห์อย่างยิ่ง" ซึ่งถือว่าเป็นสัญญาที่บรรจ ขอบเกี่ยวกับผลประโยชน์แห่งชาติที่ได้รับอนุเคราะห์อย่างยิ่งที่เกาที่สุด

ในศตวรรษที่ ๑๗ ได้มีสนธิสัญญาที่กำหนดสิทธิของคนต่างดาวในรูปของสนธิสัญญา การเดินเรือและการพาณิชย์เกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก สิทธิประเภทต่าง ๆ ของคนต่างดาวได้รับความคุ้มครองตามสนธิสัญญายิ่งขึ้น เช่นพ่อค้าและคนต่างดาวได้รับอนุญาตให้มีสิทธิรับมรดกที่ตก ทอดแก่เขาได้ และยังได้รับอนุญาตให้ตั้งผู้จัดการมรดก ซึ่งเป็นกงสุลของประเทศตนได้^๘

^๖ Rymer Foldera I, 265 as cited by H.W. Verzijl, op.cit., p. 429.

^๗ H.W.Verzijl. loc. cit.

^๘ Dumont III², 159 as cited by H.W. Verzijl. op. cit., p.430

^๘ Article 10 of Netherland-Portuguese Treaty, 6 Aug. 1661, Dumont VI, 365 as cited by H.W. Verzijl. op.cit., p. 403.

หรือจะว่าจ้างทนายความหรือโนตารีพับลิกเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตนก็ได้^{๑๐} พอลคาตางความีสิทธิทำการค้าขายสินค้าได้โดยเสรี แต่ในบางกรณีก็มีการจำกัดประเภทสินค้า เช่นไม้บราซิลและน้ำมันปลาวัต^{๑๑} ซึ่งเป็นสินค้าผูกขาดซึ่งกษัตริย์ฝรั่งเศสได้ให้แก่บริษัททำน้ำมันปลาวัต พอลคาได้รับความคุ้มครองในการที่จะรักษาความลับทางการค้า โดยให้มีสิทธิที่จะเก็บสมุดบัญชีไว้โดยปราศจากการรบกวนจากอำนาจท้องถิ่นและอาชบ้นที่กควบคุมภาษาของตนเองได้^{๑๒} ในบางกรณีพอลคาตางควาก็ได้รับอนุญาตให้พกอาวุธเพื่อป้องกันตนเองได้^{๑๓} สนธิสัญญายังได้ให้การรับรองในเสรีภาพที่จะเดินทางไปได้โดยทุกแห่งตามความประสงค์ไม่ว่าจะมีสินค้าควยหรือไม่ก็ตาม และในกรณีที่คนต่างควตตายลง ก็มีสิทธิได้รับการฝังศพ ณ สุสานแห่งท้องถิ่นใดควย^{๑๔}

๓. หลักปฏิบัติแก่ คนต่างควตตามสนธิสัญญา

การให้สิทธิตามสนธิสัญญาแก่คนต่างควตตามสนธิสัญญาการ เคน เรือและพาณิชย์ส่วนใหญ่เป็นข้อตกลงร่วมกันของรัฐที่จะให้ความคุ้มครองแก่คนชาติของแต่ละฝ่าย ในการปฏิบัติต่อคนชาติของฝ่ายหนึ่งซึ่งอยู่ในดินแดนนั้น สนธิสัญญาส่วนใหญ่โดยถือหลักให้คนต่างควตได้รับผลปฏิบัติที่ต่างกันอยู่เป็นหลักใหญ่ ๆ สองประการคือ หลักผลปฏิบัติแห่งชาติที่ได้รับอนุเคราะห์

^{๑๐} Article 33 of Franco-Netherland-Portuguese Treaty of Commerce of 1678. *ibid.*, VII, 357.

^{๑๑} Article 20 of Franco-Netherlands Treaty of 27 April, 1662.

^{๑๒} Article 46, *ibid.*,

^{๑๓} Article 24; Anglo-Netherlands Peace Treaty of Breda, 31 July 1667, (Dumont VII 44).

^{๑๔} Article 27 Netherland-Spanish Peace Treaty of 26 June 1714, *ibid.*; VII, 427

อย่างยิ่ง (most-favoured-nation treatment) และหลักผลประโยชน์อย่างคนชาติพื้นเมือง (nationals treatment) ในการกำหนดหลักปฏิบัติต่อกันต่าง ๆ ไว้ในสนธิสัญญาแต่ละกรณี คนต่างดาวอาจได้รับการปฏิบัติตามหลักใดหลักหนึ่งดังกล่าว หรือทั้งสองหลักควบคู่กันไปเลย ก็ได้ สนธิสัญญาในสมัยศตวรรษที่ ๑๗ ที่ใช้หลักผลประโยชน์แห่งชาติที่ได้รับอนุเคราะห์อย่างยิ่ง อาจพบได้จากสนธิสัญญาสันติภาพแห่งนิจิเมเกน ลงวันที่ ๑๒ ตุลาคม ๑๖๗๙ ระหว่าง เนเธอร์แลนด์กับสวีเดน ^{๑๕} และที่กำหนดให้ได้รับผลประโยชน์อย่างคนพื้นเมือง เช่น สนธิสัญญาแห่งเอลบิงระหว่างเนเธอร์แลนด์และสวีเดน ลงวันที่ ๑๑ กันยายน ๑๖๕๖ ^{๑๖} ซึ่งใ้กว้าง ขอบกำหนดเกี่ยวกับการเพิ่มภาษีอากรว่าจะต้องไม่สูงไปกว่าจำนวนที่รัฐผู้สัญญาได้กำหนดไว้แก่ คนชาติของตน ส่วนตัวอย่างของสนธิสัญญาซึ่งกำหนดทั้งหลักผลประโยชน์แห่งชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ อย่างยิ่ง กับหลักผลประโยชน์อย่างคนชาติพื้นเมืองใช้ควบคู่กันไปในกรณีเดียวกัน ได้แก่สนธิสัญญา ทางพาณิชย์ระหว่างเนเธอร์แลนด์กับโปรตุเกส ลงวันที่ ๖ สิงหาคม ๑๖๖๑ ซึ่งบัญญัติให้คนชาติ เนเธอร์แลนด์ในประเทศโปรตุเกส และคนชาติโปรตุเกสในประเทศเนเธอร์แลนด์ต่างก็มี เสรีภาพในทางพาณิชย์ และต้องเสียภาษีในอัตราที่เท่ากับคนชาติและพันธมิตรอื่น ๆ

ข้อตกลงที่ให้การปฏิบัติต่อกันต่าง ๆ โดยอาศัยหลักผลประโยชน์แห่งชาติที่ได้รับ อนุเคราะห์อย่างยิ่ง และหลักผลประโยชน์ของคนชาติพื้นเมืองดังกล่าว เป็นลักษณะสำคัญของสนธิ สัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดสิทธิของคนต่างดาวมาจนถึงปัจจุบัน ในสนธิสัญญาระหว่าง ประเทศไทยกับนานาประเทศในเรื่องเกี่ยวกับการเดินเรือ และพาณิชย์ก็ได้บรรจุหลักใดหลักหนึ่ง หรือทั้งสองหลักดังกล่าวในการให้ผลประโยชน์แก่คนต่างดาวไว้ด้วย แต่อย่างไรก็ดีการปฏิบัติต่อกัน ต่างดาวภายใต้สนธิสัญญายอมมิได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะหลักปฏิบัติแต่เพียงสองประการเท่านั้น

^{๑๕} Netherlands-Swedish Peace Treaty of Nijmegen of 12 Oct. 1679 (Dumont VIII 437).

^{๑๖} Netherlands-Swedish Treaty of Elbing 11 Sept. 1696 (Dumont VI² 147).

ก่อนที่การกำหนดสิทธิของคนต่างดาว โดยข้อตกลงร่วมกันระหว่างรัฐในรูปของสนธิสัญญาตามความหมายในปัจจุบัน คนต่างดาว ซึ่งเป็นชนชาติยุโรปได้รับความคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญาที่เกิดขึ้นจากความยินยอมของผู้ครองนครที่ได้ให้เอกลิทธิแก่คนต่างดาวเหล่านี้มี เนื้อคนพื้นเมือง โดยได้รับการยกเว้นไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายและอำนาจศาลท้องถิ่น เป็นการให้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตแก่คนต่างดาว ขอกำหนดในสนธิสัญญาที่ได้ให้สิทธิสภาพของอาณาเขตแก่คนต่างดาวดังกล่าวได้เกิดขึ้นในราวศตวรรษที่ ๑๕ และได้ถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลาย โดยชาติยุโรปตะวันตกด้วยการกำหนดเงื่อนไขผูกพันประเทศทางตะวันออก ประเทศไทยก็เป็นประเทศหนึ่งที่ผูกพันโดยเงื่อนไขแห่งสนธิสัญญาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตนี้เป็นเวลานาน^{๑๗} แม้ว่า การให้สิทธิภายใต้สนธิสัญญาในลักษณะดังกล่าวจะ ถูกยกเลิกไปแล้ว ในศตวรรษที่ ๒๐ แต่ข้อกำหนดในลักษณะนี้ก็เป็นสิ่งที่น่าสนใจควรแก่การศึกษาอยู่ไม่น้อย นอกจากข้อกำหนดสิทธิสภาพนอกอาณาเขตที่เป็นการให้เอกลิทธิแก่คนต่างดาวแล้ว ข้อกำหนดให้คนต่างดาวต้องได้รับการปฏิบัติตามมาตรฐานสากล แม้จะเป็นเพียงส่วนน้อยแห่งข้อกำหนดในสนธิสัญญา แต่ก็เป็นกรณีหนึ่งที่ควรได้รับการพิจารณาด้วย ทั้งนี้จากอดีตมาจนถึงปัจจุบันประเภทแห่งข้อกำหนดสิทธิของคนต่างดาวตามสนธิสัญญา อาจจำแนกได้เป็น ๔ ประเภทคือ สิทธิสภาพนอกอาณาเขต ผลปฏิบัติตามมาตรฐานสากล ผลปฏิบัติแห่งชาติที่ได้รับอนุเคราะห์อย่างยิ่ง และผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมือง

๓.๑ สิทธิสภาพนอกอาณาเขต (Capitulatory System)

ผลสืบเนื่องมาจากความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและการขยายตัวในทางการค้าในสมัยกลาง ชนชาติยุโรปได้เข้าทำการค้าในประเทศตะวันออกได้ประสบอุปสรรค เนื่องจากความแตกต่างในเรื่องศาสนา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในอาณาจักรออตตอมาน (Ottoman) ซึ่งนับถือศาสนาอิสลาม มีคำสอนว่า พวกที่ไม่นับถือศาสนาอิสลามเป็นผู้ไม่มีฐานะเท่าเทียมใด และเป็น

^{๑๗} H.W. Verzijl. op.cit., p. 485.

พวกมิชชันนารี เมื่อชาวยุโรปได้เข้าไปค้าขายในดินแดนเหล่านี้ หากเกิดการวิวาทกับชาวเมือง
 ทางบ้านเมืองไม่ยอมตัดสินให้ และหากชาวท้องถิ่นผู้ใดติดต่อกับชาวยุโรป จนเกิดวิวาทกันขึ้น
 ก็เป็นบุคคลที่ไม่พึงปรารถนาของรัฐบาลท้องถิ่น^{๑๘} อาณาจักรออกตามานเป็นจักรวรรดิที่มีความ
 ความรุ่งเรืองทางการค้าอย่างยิ่ง เนื่องจากเป็นศูนย์กลางแห่งการค้าระหว่างเอเชียกับ
 ยุโรป เพื่อให้การค้าทางการค้าดำรงอยู่ได้ พอลาตางควาจำต้องได้รับความคุ้มครองตาม
 สมควร จึงทำให้เกิดระบบแคพิทูเลชัน (Capitulation) โดยการยกเว้นบุคคลของรัฐ
 คริสเตียนจากอำนาจภายในดินแดนของรัฐ และให้มีการพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลกงสุล
 ซึ่งเป็นคนชาติคริสเตียนนั่นเอง

การตั้งกงสุลกังลาว เป็นการเริ่มต้นแห่งการใช้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตในประเทศ
 ตะวันออก ซึ่งเป็นระบบที่รุกรอนอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐเจ้าของดินแดนอย่างสำคัญ ชาวยุโรป
 ได้เรียกร้องอำนาจศาลกงสุล โดยมีจุดประสงค์เบื้องต้นเพื่อความสะดวกในการติดต่อทางการ
 ค้า เนื่องจากความแตกต่างกันในทางกฎหมาย ขนบธรรมเนียมประเพณี และการปฏิบัติต่อ
 สังคม ประชาชนและคนในบังคับของคนชาติที่มีอารยธรรมแบบยุโรป จึงควรได้รับสิทธิพิเศษ
 จากกฎหมายท้องถิ่นภายในประเทศที่มีอารยธรรมแตกต่างไปจากยุโรป สิทธิพิเศษดังกล่าวคือ
 สิทธิสภาพนอกอาณาเขต โดยทั่วไป สิทธิสภาพนอกอาณาเขตจะได้รับความคุ้มครองจากสนธิ
 สัญญา ในบางกรณีก็มีบัญญัติไว้ในกฎหมายภายใน ด้วยวิธีการนี้ อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของ
 คนต่างด้าวจึงขึ้นอยู่กับข้าราชการของประเทศซึ่งเป็นเจ้าของสัญชาติ ซึ่งส่วนใหญ่ได้แก่กงสุล
 หรือทูต^{๑๙}

^{๑๘} ทรงศรี อัจจุรณ, การแก้ไขสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิสภาพนอกอาณาเขตกับ
 ประเทศมหาอำนาจในสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว (พระนคร : สมาคม
 สังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, ๒๕๐๖), หน้า ๘๑.

^{๑๙} John Bassett Moore A Digest of International Law, Vol. 11
 p. 398.

ระบบเคบิหุเลชันไคเริ่มและมีวิวัฒนาการมาจากจักรวรรดิออตโตมาน และ
ประเทศบริวาร ในเบื้องต้นเป็นสัญญาที่สุดต้านให้เอกสิทธิแก่พ่อค้าต่างดาวด้วยความสมัครใจ
เอกสารที่ถือว่าเป็นสัญญามับแรกที่ทำให้สิทธิสภาพนอกอาณาเขต เป็นเอกสารที่สร้างขึ้นโดยสุลต่าน
โมฮะมัดที่ ๒ (Sultan Muhamand II) ให้แก่ประชาคมเจนัวส์ในเปรา (Genoese Com-
munity in Pera) ซึ่งเป็นแคว้น ๑ แห่งของกรุงคอนสแตนติโนเปิล เมื่อวันที่ ๑
มิถุนายน ๑๔๕๓^{๒๐} ต่อมาในศตวรรษที่ ๑๖ ระบบดังกล่าวได้ถูกใช้โดยแพร่หลาย โดยการ
เริ่มต้นในปี ๑๕๓๕ เมื่อสุลต่านสุไลมาน (Sultan Suleyman) ได้ให้สัญญาที่กำหนดสิทธิ
สภาพนอกอาณาเขตแก่กษัตริย์ฝรั่งเศสที่ ๑ แห่งฝรั่งเศส (King Francois)^{๒๑} ต่อมา
สิทธิที่ให้ไว้ตามสนธิสัญญาปี ๑๕๓๕ ได้ถูกถือเป็นแบบอย่าง และได้มีการขยายเปลี่ยนแปลง
รวมทั้งการให้สิทธิแก่ประเทศอื่น ๆ อย่างกว้างขวาง

สิทธิตามระบบเคบิหุเลชันไคที่คนต่างดาวมีอยู่ในจักรวรรดิออตโตมานนี้เป็นข้อ
กำหนดในการปฏิบัติแก่ชนชาติต่าง ๆ ซึ่งรวมทั้งการให้เอกสิทธิในทางการค้า กฎเกณฑ์เกี่ยวกับ
พาณิชย์กิจและรวมทั้ง เรื่องอำนาจศาลเหนือพ่อค้าต่างดาวในอาณาจักรออตโตมาน

ในสมัยต่อมาสิทธิตามระบบเคบิหุเลชันไคได้คลี่คลายมาเป็นสิทธิสภาพนอกอาณาเขต
(Extraterritorial) ซึ่งให้เอกสิทธิแก่คนต่างดาวไม่ต้องทำตามกฎหมายบ้านเมืองที่ตนไป
อยู่ คงปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศที่ตนสังกัด และขึ้นตรงต่อศาลสูงสุดของตน^{๒๒} สิทธิ
สภาพนอกอาณาเขตนี้ส่วนใหญ่เกิดขึ้นจากสนธิสัญญาทางไมตรีและการพาณิชย์ระหว่างชาวยุโรป

^{๒๐} ๗
ต้นฉบับเอกสารฉบับนี้ยังคงเก็บรักษาไว้ที่พิพิธภัณฑ์สหราชอาณาจักร (British
Museum). See H.W. Verzij., *op. cit.*, p. 438 .

^{๒๑}
Ibid., p. 439 .

^{๒๒}
ทรงศรี อัจจอรณ, เรื่องเดิม, หน้า ๔๑ .

กับประเทศภาคตะวันออก ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้มหาอำนาจได้สิทธิพิเศษในการติดต่อค้าขายกับรัฐต่าง ๆ ได้รับความคุ้มครองป้องกันและอยู่ภายใต้อำนาจศาลของบุคคลผู้ทำหน้าที่เป็นกงสุลหรือผู้แทนทางการทูตของประเทศตน ทั้งนี้เพราะประเทศที่ต้องทำสนธิสัญญาโดยระบุมหาอำนาจลงสุดต่างประเทศไว้ชัดเจนนั้น ล้วนแต่เป็นประเทศที่มีความเจริญล้ำหลัง ไม่มีประมวลกฎหมายเป็นหลักประกันความยุติธรรมให้เป็นที่เชื่อถือไว้วางใจของชาวยุโรป ^{๒๓}

สิทธิสภาพนอกอาณาเขตภายใต้สนธิสัญญานี้แทบทุกกรณีเป็นการให้สิทธิของประเทศที่ค่อนกว่าทั้งทางการเมือง และเศรษฐกิจแก่ประเทศมหาอำนาจ โดยฝ่ายแรกมิได้รับการปฏิบัติที่มีลักษณะตอบแทนแต่อย่างใด ในบางครั้งการที่ชาติมหาอำนาจจะได้สิทธินี้มาจึงต้องใช้วิธีบีบบังคับเอาจากประเทศที่เกี่ยวข้อง ลักษณะของสิทธิสภาพนอกอาณาเขตนี้ต่อมาได้กลายเป็นข้อผูกพันทางกฎหมาย ซึ่งถูกถือว่าเป็นสิทธิที่เพิกถอนมิได้ และเป็นระบบที่จำกัดอำนาจอธิปไตยของรัฐอย่างสำคัญ ลักษณะของการวิกรอนอำนาจอธิปไตยไคร้รุนแรงขึ้นเป็นลำดับตามอำนาจทางการเมือง แต่เมื่อเหตุการณ์ของโลกโคคลึกลับไปในทางที่มีความเสมอภาคระหว่างรัฐยิ่งขึ้น ระบบนี้ไคร้ค่อย ๆ หดสั้นไปและถูกแทนควยสนธิสัญญาเสมอภาค ซึ่งอาจประกอบด้วยหลักหนึ่งหลักใดหรือหลายหลัก กล่าวคือ หลักผลปฏิบัติตามมาตรฐานสากล ผลปฏิบัติแห่งชาติที่ไคร้บ่อนุเคราะห์อย่างยิ่ง และผลปฏิบัติอย่างคนพื้นเมือง

๓.๒ ผลปฏิบัติตามมาตรฐานสากล

การให้ผลปฏิบัติแก่คนต่างควตามมาตรฐานสากล ไคร้รับการพิจารณาในรายละเอียดแล้วในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของคนต่างคว ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ^{๒๔}

^{๒๓} Luang Nathabhanja, Extraterritoriality in Siam (Bangkok: Bangkok Daily Mail, (1924), p. 7

^{๒๔} ภายใต้วขอ ๓.๒.๑.๓ มาตรฐานการปฏิบัติต่อคนต่างคว : ทฤษฎีมาตรฐาน

หลักนี้ก็ใหญ่กว่ามากกำหนดไว้ในสนธิสัญญา ส่วนมากเป็นสนธิสัญญาที่ประเทศที่ถือว่ามีการยอมรับ
สูงกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดเป็นข้อผูกพันประเทศที่มีการยอมรับ
น้อยกว่า สนธิสัญญาที่กำหนดให้คนต่างดาวได้รับผลปฏิบัติตามมาตราฐานสากลนี้ไม่มากนัก
เนื่องจากอุปสรรคประการสำคัญที่เป็นการยากที่จะวางหลักเกณฑ์ที่แน่นอนเกี่ยวกับมาตรฐาน
ตัวอย่างบทบัญญัติที่กำหนดผลปฏิบัติตามมาตราฐานสากล อาจพบได้ในสนธิสัญญาระหว่างสหรัฐ
อเมริกากับประเทศต่าง ๆ เช่น สนธิสัญญาสันติไมตรีการพาณิชย์และการเดินเรือระหว่าง
สหรัฐอเมริกากับอิตาลี^{๒๕} ลงนามเมื่อวันที่ ๒ กุมภาพันธ์ ๑๙๔๘ ที่บัญญัติให้พลเมืองของ
ประเทศอิตาลีแต่ละฝ่ายซึ่งพำนักอยู่ในดินแดนของอิตาลีอีกฝ่ายหนึ่ง "ได้รับความคุ้มครอง
และหลักประกันเต็มที่ตามที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนด" และสนธิสัญญาระหว่างสหรัฐ
อเมริกา เฮอร์^{๒๖} ลงวันที่ ๑๔ กันยายน ๑๙๕๐ มาตรา ๔ (๒) บัญญัติว่า

ทรัพย์สินของชนชาติและบริษัทของอิตาลีแต่ละฝ่ายย่อมได้รับความ
คุ้มครองและความมั่นคงภายในดินแดนของอิตาลีอีกฝ่ายหนึ่ง ไม่น้อย
ไปกว่าที่กำหนดไว้โดยกฎหมายระหว่างประเทศ

ในสนธิสัญญาของสหรัฐกับประเทศไทยฉบับปัจจุบันก็มีการกำหนดเงื่อนไขผลปฏิบัติ
ตามมาตราฐานสากลไว้ในกรณีความคุ้มครองความมั่นคงในชีวิตและทรัพย์สิน ในเรื่องความ
คุ้มครองความมั่นคงในชีวิต สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักร
ไทยกับสหรัฐอเมริกา^{๒๗} ข้อ ๑.๒ บัญญัติไว้ว่า

คนชาติของภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดภายในอาณาเขตของภาคีอีกฝ่ายหนึ่งจะได้รับความ
คุ้มครองและความมั่นคง เป็นเงื่อนไข ไม่วากรณีใดจะไม่น้อยกว่าที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนด
ไว้...

^{๒๕} United-States-Italian Treaty of Friendship, Commerce and Navigation 1948,

^{๒๖} United States-Eire

^{๒๗} ประกาศิสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา, ราชกิจจานุเบกษา, (๘๕:๒๘:๑๖ ก.ศ.๒๕๑๑), หน้า ๘๗๒.

ส่วนความคุ้มครองความมั่นคงในทรัพย์สินตามมาตราฐานสากล ได้มีบัญญัติไว้ใน

ขอ ๓.๒ ความว่า

ทรัพย์สินของคนชาติและบริษัทของภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด รวมทั้งผลประโยชน์ทางตรงหรือทางอ้อมในทรัพย์สิน จะได้รับความคุ้มครองและความมั่นคงเป็นเงื่อนไข ภายในอาณาเขตของภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง ทรัพย์สินนั้นจะไม่ถูกเอาไปโดยปราศจากกระบวนการทางกฎหมายที่ถูกต้อง หรือโดยปราศจากการชำระค่าทดแทนที่ยุติธรรมตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

๓.๓ หลักปฏิบัติแห่งชาติที่ใ้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (most favoured nation treatment)

การที่สนธิสัญญาให้สิทธิแก่คนต่างดาว โดยกำหนดหลักปฏิบัติแห่งชาติที่ใ้รับอนุเคราะห์ยิ่ง หมายความว่า คนชาติของรัฐภาคีจะใ้รับสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งที่ระบุไว้เท่าเทียมกับที่รัฐภาคีฝ่ายหนึ่งใ้แก่แก่คนชาติของรัฐที่สาม^{๒๘} ดังนั้น โดยผลแห่งการใช้หลักปฏิบัติที่ใ้คอนุเคราะห์ยิ่งนี้มิใ้ทำให้คนชาติแห่งอัครภาคีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเท่าเทียมกับคนชาติของอัครภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง หรืออีกนัยหนึ่งอัครภาคีฝ่ายหนึ่งยอมอาจสงวนสิทธิใ้แก่คนชาติของตน และจำกัดสิทธิของคนชาติของอัครภาคีฝ่ายแรกใ้ แต่เพียงสังเกตุว่า การจำกัดสิทธิดังกล่าวจะตองไม่ใ้มีการเลือกปฏิบัติ เพราะการใ้สิทธิแก่คนชาติของอัครภาคีฝ่ายที่สามก็กว่าคนชาติอัครภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง ยอมเป็นการช้กับหลักผลปฏิบัติแห่งชาติที่ใ้รับอนุเคราะห์ยิ่ง^{๒๘}

การใ้สิทธิแก่คนต่างดาวตามหลักผลปฏิบัติแห่งชาติที่ใ้รับอนุเคราะห์ยิ่งใ้มีมาแต่สมัยที่ผู้ครองนครใ้สิทธิแก่พวคาโดยฝ่ายเดียว โดยกำหนดว่าจะใ้พวคาใ้รับการปฏิบัติ

^{๒๘} ผดุง ชันยางกูร, "สิทธิของคนต่างดาวตามสนธิสัญญา", วิทยานิพนธ์ปริญญาโท ภาค ๒ ทาง การทูต คณะรัฐศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มปป. หน้า ๖.

^{๒๘} เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

ที่เท่าเทียมกัน ต่อมาจึงได้เป็นข้อตกลงร่วมกันในการให้คำมั่นสัญญาว่าจะปฏิบัติต่อคนชาติของรัฐ
 อีกฝ่ายหนึ่งให้เท่ากับสิทธิที่คนชาติของรัฐฝ่ายที่สามได้รับหรือพึงจะได้รับ ข้อสันนิษฐานในต้น
 กำเนิดแห่งหลักผลปฏิบัติแห่งชาติที่ได้รับอนุเคราะห์นี้มีอยู่จำนวนมาก แต่ข้อสันนิษฐาน
 ถึงต้นกำเนิดที่ย้อนหลังไปมากที่สุดจะเห็นได้แก่งานของโนลด์^{๓๐} ซึ่งเห็นว่าหลักนี้ได้มีมาก่อนการ
 กำเนิดทางสัญญาทางพาณิชย์ โดยสันนิษฐานว่า หลักผลปฏิบัติแห่งชาติที่ได้รับอนุเคราะห์นี้
 ได้ปรากฏในเอกสารที่พระเจ้าเฮนรีที่สามให้แก่นครมันโทวา (Mantova) ในปี ๑๐๕๕ และ
 ได้กล่าวอ้างอิงถึงสิทธิของพลเมืองมาร์เซอ (Marseille) ที่ได้รับจากกษัตริย์แห่งเยรูซาเลม
 Guy de Lusignan ในปี ๑๑๕๐ และได้รับจากจักรพรรดิเฟรคเตอร์ที่ ๒ (Emperor
 Frederick II) ในปี ๑๒๒๖ โนลด์ได้สันนิษฐานว่า หลักนี้ได้ถูกบรรจุลงในสัญญาฉบับแรกใน
 สนธิสัญญาแห่งอามินส์ ระหว่างอังกฤษและเบอร์กันดี ลงวันที่ ๑๗ สิงหาคม ๑๔๑๗^{๓๑} ตัวอย่าง
 ของสัญญาในศตวรรษที่ ๑๗ ซึ่งบรรจุหลักผลปฏิบัติแห่งชาติที่ได้รับอนุเคราะห์นี้ได้แก่สัญญาสันติ
 ภาพแห่งเวสมินส์เตอร์ ระหว่างแองโกลกับเนเธอร์แลนด์ ลงวันที่ ๕ เมษายน ๑๖๕๔^{๓๒}

ในปัจจุบันการให้ผลปฏิบัติแห่งชาติที่ได้รับอนุเคราะห์นี้เป็นหลักการที่ใช้กันอย่าง
 สามัญในสนธิสัญญาเกี่ยวกับการพาณิชย์และเคินเรือ สนธิสัญญาที่บรรจุเงื่อนไขดังกล่าวยังมีแตก
 ต่างกันอีกหลายแบบคือ เป็นแบบมี "เงื่อนไข" โดยชัดแจ้ง "แบบ "ไม่มีเงื่อนไข" โดยชัดแจ้ง^{๓๓}
 หรือบางครั้งความมีเงื่อนไขหรือไม่มีเงื่อนไขนั้นก็มีการระบุไว้อย่างแน่ชัด ในกรณีที่มีเงื่อนไข
 ไขโดยทั่ว ๆ ไป ก็เป็นเงื่อนไขภายใต้หลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ

^{๓๐} B. de Nolde, "Lecture in the Hague Academy of International Law" Recueil des Cours (1932) pp. 24 et.

^{๓๑} Treaty of Amiens of 17 August 1417 between England and Burgundy (Dumont II, 90)

^{๓๒} Anglo-Netherland Peace Treaty of Westminster 5 April 1654 (Dumont VI² 74).

^{๓๓} William W. Bishop, Jr., International Law Case and Materials (3rd Ed; Boston: Little Brown & Co., 1962) p.159.

๓.๘ หลักปฏิบัติแห่งคนชาติพื้นเมือง

การให้สิทธิแก่คนต่างด้าวเท่าเทียมกับคนพื้นเมืองกล่าวได้ว่า เป็นหลักปฏิบัติที่เก่าที่สุดในเรื่องเกี่ยวกับการกำหนดฐานะของคนต่างด้าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิทางกฎหมายเอกชนส่วนใหญ่ให้คนต่างด้าวได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกับคนชาติ สนธิสัญญาทางพาณิชย์ในศตวรรษที่ ๑๗ ที่บรรจุหลักปฏิบัติแห่งคนชาติพื้นเมือง เช่น สนธิสัญญาทางพาณิชย์นิจเมเจนระหว่างฝรั่งเศสกับเนเธอร์แลนด์ ลงวันที่ ๑๐ สิงหาคม ๑๖๗๘^{๓๔} และในสนธิสัญญาระหว่างเดนมาร์กกับเนเธอร์แลนด์ ลงวันที่ ๖ กรกฎาคม ๑๖๘๘^{๓๕} ข้อ ๕ ได้บัญญัติว่าในกรณีที่ชาวเนเธอร์แลนด์นำสินค้าเข้าประเทศเดนมาร์กจะต้องเสียภาษีไม่มากกว่าชาวพื้นเมือง

ในการกำหนดให้หลักปฏิบัติต่อคนต่างด้าว โดยหลักแห่งชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งหรือหลักปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมืองก็ดี จะมีเงื่อนไขแห่งการถอยที่ถอยปฏิบัติด้วยหรือไม่ก็ได้ ในกรณีที่ประกอบด้วยเงื่อนไขแห่งหลักถอยที่ถอยปฏิบัติ การที่คนชาติของอัครภาคีฝ่ายหนึ่งจะมีสิทธิในรัฐอัครภาคีอีกฝ่ายหนึ่งได้ จะต้องปรากฏว่ารัฐที่คนชาติของอัครภาคีฝ่ายแรกสังกัดอยู่ได้ให้สิทธิท่านองเดียวกันนี้แก่คนชาติแห่งอัครภาคีฝ่ายหลังด้วย เช่น สนธิสัญญาระหว่างประเทศ ก. กับประเทศ ข. กำหนดให้คนชาติของอัครภาคีแต่ละฝ่ายอาจถือกรรมสิทธิ์ที่ดินในอัครภาคีอีกฝ่ายหนึ่งได้ภายใต้เงื่อนไขแห่งหลักถอยที่ถอยปฏิบัติ ดังนั้น ในกรณีที่คนชาติแห่งประเทศ ก. ได้ดำเนินการเพื่อที่จะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินประเทศ ข. จะต้องพิจารณาว่าพลเมืองแห่งประเทศคนจะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินแห่งประเทศ ก. ได้หรือไม่ หากคำตอบเป็นไปในทางปฏิเสธ ประเทศ ข. ย่อมไม่อนุญาตให้พลเมืองของประเทศ ก. ได้มาซึ่งที่ดินในประเทศคนได้

^{๓๔}

Franco-Netherlands Treaty of Commerce of Nijmegen 10 August 1678 (Dumont VII, 357).

^{๓๕}

Danmark and Netherland Treaty of 6 July 1688 (Dumont VII², 157)

ทั้งนี้โดยไม่ว่ากันว่า คนชาติของตนหรือคนชาติของประเทศที่สามจะได้อำนาจกรรมสิทธิ์
 ดังกล่าวไว้หรือไม่ เพราะโดยเงื่อนไขแห่งหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ การให้สิทธิแก่คนชาติของ
 อัครภาคีแต่ละฝ่ายเป็นไปในลักษณะคอบแทนซึ่งกันและกัน

สำหรับกรณีที่สนธิสัญญามีไว้กำหนดเงื่อนไขแห่งการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ การให้สิทธิ
 ของคนต่างดาว ย่อมขึ้นอยู่กับสิทธิตามที่คนชาติหรือคนต่างดาวรัฐอื่นมีอยู่ สุดแต่แต่จะเป็นกรณี
 ผลปฏิบัติแห่งคนพื้นเมืองหรือผลปฏิบัติแห่งชาติที่ใ้รับอนุเคราะห์ยิ่ง และเมื่อรัฐใ้ให้สิทธิ
 แก่คนชาติหรือคนต่างดาวรัฐอื่นแล้ว คนชาติของอัครภาคีคู่สัญญากับรัฐนั้นย่อมมีสิทธิเช่นเดียวกับ
 กับคนชาติหรือคนต่างดาวอื่นแล้วแต่กรณีโดยอัตโนมัติ ทั้งนี้ ไม่จำต้องคำนึงว่ากฎหมายแห่ง
 รัฐคนใ้ให้สิทธิแก่คนชาติอัครภาคีอีกฝ่ายหนึ่งไว้หรือไม่

๔. ความสัมพันธ์ระหว่างสนธิสัญญากับกฎหมายภายใน

สนธิสัญญาเป็นข้อตกลงระหว่างรัฐ ย่อมมีความผูกพันรัฐที่ลงนามนั้นอย่างมั่นคง
 เป็นการขจัดข้อสงสัยในเรื่องผลบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศไปไ้ส่วนหนึ่ง เมื่อใ้มี
 ความตกลงกันระหว่างรัฐเป็นสนธิสัญญาแล้ว สนธิสัญญาย่อมใ้บังคับใ้โดยอัตโนมัติในกฎหมาย
 ระหว่างประเทศ เมื่อใ้ที่รัฐละเมิดสนธิสัญญา รัฐย่อมเกิดความรับผิดชอบขึ้น ปัญหาในส่วน
 ที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ คู่สัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นใ้มีอยู่อย่างไม่มีข้อ
 สงสัยต่อไป ส่วนที่ยังเป็นปัญหาถกเถียงกันอยู่ก็คือ ในกรณีที่สนธิสัญญามีบัญญัติคุ้มครองสิทธิของ
 คนต่างดาวในกรณีต่าง ๆ คนต่างดาวยอมเป็นผู้รับประโยชน์แห่งสนธิสัญญาที่ประสงค์จะคุ้มครอง
 แ่คนต่างดาวจะใ้สิทธิใ้โดยตรงจากสนธิสัญญาใ้หรือไม่ ? กล่าวโดยเฉพาะในกรณีที่สนธิสัญญา
 ใ้ให้สิทธิเฉพาะอย่างแก่คนต่างดาวไว้ ทอมารัฐผู้รับซึ่งเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาดังกล่าวกับรัฐ

^{๓๖} D.P. O'Connell, op. cit., p. 54.

ผู้ส่งใ้คดีฎีกาหมายลงสิทธินั้นเสีย ทั้งนี้คนต่างดาวจะยกข้ออ้างตามสนธิสัญญาประท้วง การกระทำของรัฐใดหรือไม่ ? ประเด็นสำคัญของปัญหานี้อยู่ที่ว่า สนธิสัญญาเป็นส่วนหนึ่ง แห่งกฎหมายภายในหรือไม่ หากใดคำตอบในทางยืนยัน คนต่างดาวยอมไ้สิทธิโดยตรงจาก สนธิสัญญา แต่หาใดคำตอบในทางปฏิเสธ ผู้ที่จะใช้สิทธิโดยตรงไ้แก่รัฐเท่านั้น ในปัจจุบัน ปัญหานี้ยังไม่อาจตอบไปในทางหนึ่งทางใดโดยแน่นอน

เหตุผลสำคัญของฝ่ายที่เห็นว่าคนต่างดาวไม่อาจใช้สิทธิโดยตรงตามสนธิสัญญา ไ้ เนื่องจากสนธิสัญญาเป็นข้อตกลงชนิดหนึ่ง ซึ่งมีกฎหมาย^{๓๓} และสนธิสัญญามีใ้ก่อให้เกิดผลโดยตรงแก่เอกชนเนื่องจากเอกชนมีใ้บุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญา เกี่ยวข้องโดยตรงกับภาคีผู้ลงนามในสนธิสัญญาเท่านั้น สนธิสัญญาทำให้รัฐภาคีต้องอยู่ในขอบ กั้นแห่งสนธิสัญญาที่ตนไ้ทำลง ซึ่งเป็นหลักการแห่งกฎหมายระหว่างประเทศจารีตประเพณีว่า สนธิสัญญาถ้อยคัมเป็นกฎหมายระหว่างประเทศภาคี ส่วนเอกชนผู้มีสัญชาติของรัฐภาคี จะมี สิทธิและพันธะตามสนธิสัญญาก็ต่อเมื่อรัฐไ้ค้ออกกฎหมายภายในตามความในสนธิสัญญาใ้มีผล ถึงเอกชนแล้ว แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีที่รัฐไ้ค้ออกกฎหมายภายในกำหนดสิทธิและพันธะไว้ ก่อนแล้วในขณะที่สนธิสัญญาเริ่มข้บังคับโดยตรง ก็ยอมไม่จำต้องออกกฎหมายภายในตามสนธิ สัญญานั้นอีก^{๓๔}

ความคิดที่ก่อกันเอกชนเป็นผู้มีส่วนในสนธิสัญญาไ้รับการค้ค่านไ้โดยเหตุผล ทำนองเดียวกับปัญหาในเรื่องผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศ^{๓๕} และไ้มีความพยายาม ที่จะใ้เอกชนมีส่วนโดยตรงในสนธิสัญญา แต่ไ้โดยทางปฏิบัติการที่จะใ้เอกชนเป็นผู้มีส่วน

^{๓๓} Ibid.

^{๓๔} นตรทิพย์ นาดสุภา, เรื่องเกม, หน้า ๑๕

^{๓๕} ๒ กุชอ ๑.๒ ฐานะของคนต่างดาวในกฎหมายระหว่างประเทศ ในวิทยานิพนธ์นี้

และได้รับความคุ้มครองโดยตรงจากสนธิสัญญาท่าใดง่ายกว่าในกรณีกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากสนธิสัญญาเป็นบทบัญญัติที่แน่นอนกว่า หลักปฏิบัติระหว่างประเทศ ซึ่งบางกรณียังอาจโต้แย้งได้

ในปัจจุบันจึงอาจกล่าวได้ว่า ประเทศต่าง ๆ ได้สังเกตเห็นถึงความจำเป็นและผลประโยชน์ในการที่จะให้เอกชนได้รับความคุ้มครองสิทธิตามสนธิสัญญา และกำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อให้การคุ้มครองดังกล่าวมีผลบังคับในฐานะที่เป็นกฎหมายภายใน แต่มาตรการแห่งการรับรองนี้ยังมีความแตกต่างกันอยู่ในทางปฏิบัติ ซึ่งอาจแยกได้เป็นกลุ่มประเทศใหญ่ ๆ สองกลุ่มคือ ประเทศที่ถือว่าสนธิสัญญามีผลบังคับเป็นกฎหมายโดยตรง ไม่จำเป็นต้องมีการบัญญัติกฎหมายภายใน คนต่าง국ก็สามารถอาศัยสิทธิตามสนธิสัญญาได้ หลักนี้ได้รับการรับรองโดยประเทศสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส สวิสเซอร์แลนด์ และประเทศในแถบอเมริกาใต้อื่น ๆ ^{๘๐} ส่วนประเทศอีกกลุ่มหนึ่งถือว่าในการที่จะให้เอกชนมีสิทธิโดยตรงตามสนธิสัญญา รัฐจะต้องตรากฎหมายขึ้นรับรองโดยแจ้งชัดว่า ให้สนธิสัญญามีผลบังคับเป็นกฎหมายภายใน หลักนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักแห่งคอมมอนลอว์ ซึ่งประเทศอังกฤษและประเทศในเครือจักรภพอีกหลายประเทศยึดถือปฏิบัติอยู่ ^{๘๑}

๔.๑ สนธิสัญญามีผลบังคับโดยตรง

หลักที่ถือว่าสนธิสัญญามีผลบังคับโดยตรงหรือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน (ex proprio vigore) นี้เป็นหลักที่ให้สิทธิโดยตรงแก่บุคคลซึ่งตามปกติได้แก่คนต่างกาว ซึ่งเป็นคนชาติของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถที่จะใช้สิทธิของตนโดยตรงที่มีอยู่ตามความแห่งบทบัญญัติในสนธิสัญญาต่อศาลหรือต่อองค์กรที่มีอำนาจอื่น ซึ่งอยู่ภายในดินแดนของรัฐนั้นได้โดย

^{๘๐} William W. Bishop, Jr., op.cit., p. 148 at Note 87.

^{๘๑} See ibid., at Note 86.

ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายภายในบัญญัติขึ้นรับรองสิทธิตามสนธิสัญญา ทั้งนี้ในการให้สิทธิแก่คนต่างด้าวโดยตรงในกรณีนี้ ย่อมทำให้กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับคนต่างด้าวมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับกฎหมายระหว่างประเทศ ^{๔๒} และทำให้สนธิสัญญามีผลบังคับโดยอัตโนมัติ ทั้งในทางกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน ^{๔๓}

หลักที่ถือว่าสนธิสัญญาเป็นส่วนหนึ่งแห่งกฎหมายภายในนี้ได้รับการยืนยันอย่างมั่นคงในระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาของศาล ทำให้มีทฤษฎีและแนวความคิดที่เกี่ยวข้องกับหลักนี้เกิดขึ้นมากมาย เป็นผลให้สิทธิของคนต่างด้าวตามสนธิสัญญาได้รับการคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพยิ่ง ในทำนองเดียวกันประเทศฝรั่งเศสก็ได้รับรองหลักการในเรื่องนี้สอดคล้องกับประเทศสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ยังประกอบด้วยประเทศสวิตเซอร์แลนด์และกลุ่มประเทศอเมริกาใต้ ซึ่งได้ยกถือหลักในแนวเดียวกันนี้ด้วย

๔.๑.๑ ประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา มาตรา ๖ ขอ ๒ บัญญัติเป็นความว่า

"รัฐธรรมนูญนี้และกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะบัญญัติขึ้นตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และบรรดาสนธิสัญญาที่ปรังที่มีอยู่ก่อนแล้ว หรือที่จะมีขึ้นภายใต้อำนาจแห่งสหรัฐ ย่อมถือเป็นกฎหมายสูงสุดของแผ่นดิน และผู้พิพากษาทุกมลรัฐพึงต้องผูกพันตอบรรคาเอกสารดังกล่าว แมว่าจะขัดแย้งกับข้อความใด ๆ ที่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายแห่งมลรัฐก็ตาม" ^{๔๔}

^{๔๒} เจสส์ป ฟิลลิป ซี. กฎหมายระหว่างประเทศปัจจุบัน จาก A Modern Law of Nations โดย สมศักดิ์ ชูโต และ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา (พระนคร: สภาวิจัยแห่งชาติ, ๒๕๑๔) หน้า ๒๐๐.

^{๔๓} D.P. O'Connell, op. cit., p. 54.

^{๔๔} U.S. Constitution, Section 6(2).

บทบัญญัตินี้อาจตีความได้ว่า ในประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐบาลสหรัฐอเมริกาให้สิทธิแก่คนต่างดาวไปตามสนธิสัญญาใด สิทธิที่ให้ไว้ดังกล่าวไม่อาจถูกยกเลิกหรือชักขวางโดยมลรัฐกล่าวคือ บทบัญญัติของสนธิสัญญาซึ่งให้สิทธิหรือเอกสิทธิแก่คนต่างดาว ได้รับการควบคุมมิให้มลรัฐออกรัฐธรรมนูญของมลรัฐ กฎหมายของมลรัฐหรือเทศบัญญัติมาขัดกับบทบัญญัติของสนธิสัญญานี้ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินของคนต่างดาว มีสนธิสัญญาเป็นจำนวนไม่น้อยที่กำหนดว่าคนต่างดาวมีสิทธิทำนองเดียวกับที่ให้แก่พลเมือง มลรัฐยอมไม่อาจปฏิบัติต่อคนต่างดาวให้มีสิทธิต่ำกว่าพลเมืองได้ และได้เป็นหลักที่ยอมรับแล้วว่า ในกรณีที่ได้ออกกฎหมายภายในของสหรัฐหรือมลรัฐให้สิทธิแก่คนต่างดาวเป็นไปตามสนธิสัญญาแล้ว แมว่าต่อมาในภายหลังสนธิสัญญานั้นจะถูกยกเลิกก็หาได้กระทบกระเทือนต่อกฎหมาย ซึ่งยังมีใช้ยกเลิกนั้นด้วยไม่ ^{๔๕}

เมื่อ ปี ๑๗๙๖ ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาปัญหาที่เกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เป็นครั้งแรกในคดีระหว่างแวร์กับเฮย์ลตัน ^{๔๖} ซึ่งตัดสินว่ากฎหมายแห่งมลรัฐเวอร์จิเนีย ปี ๑๗๙๓ ที่ให้ยึดบรรพชนที่ดินที่ค้างชำระแก่คนอังกฤษนั้น เป็นโมฆะ เพราะขัดต่อข้อ ๖ แห่งสนธิสัญญาปารีส คดีนี้ไต่ถามหลักซึ่งเป็นบรรทัดฐานสำหรับคดีต่อมาอีกหลายประการ อาทิเช่น หลักที่ว่าสนธิสัญญา และรัฐธรรมนูญของสภาต่างก็เป็นกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา ^{๔๗} และสนธิสัญญาย่อมมีผลบังคับโดยอัตโนมัติ กล่าวคือ มีผลเสมือนหนึ่งเป็นกฎหมายภายในโดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายภายในบัญญัติสนับสนุน และมีผลบังคับเหนือกว่ารัฐธรรมนูญและกฎหมายใด ๆ

^{๔๕} American Jurisprudence, 2nd ed., Vol. 3, p. 851.

^{๔๖} Ware v. Hylton (U.S. (3 Dall) 191,) 1796).

^{๔๗} Foster v. Neilson 27 U.S. (2 Pet. 253) 1928).

แห่งมลรัฐ ๔๘ ทั้งนี้มีอยู่ก่อนแล้วหรือที่บัญญัติขึ้นภายหลัง แต่สนธิสัญญาคงมีผลบังคับเหนือกว่ากฎหมายแห่งรัฐสภาสหรัฐ เฉพาะที่บัญญัติขึ้นก่อนเท่านั้น ๔๙ อย่างไรก็ตามที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาย่อมไม่มีผลบังคับเป็นกฎหมายสหรัฐอเมริกา ๕๐ ศาลสูงแห่งสหรัฐมักจะอ้างถึงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อยืนยันในหลักการที่ว่า สนธิสัญญาเป็น "กฎหมายสูงสุดในแผ่นดิน" (Supreme law of the Land) ดังบรรทัดฐานในคดี *Maiorano v. Baltimore & Ohio R.R. Co.*, ที่ศาลสูงไควางไว้ :

"นอกจากข้อจำกัดอำนาจในการทำสนธิสัญญาตามรัฐธรรมนูญแล้ว สนธิสัญญาโดยบทบัญญัติที่แจ้งชัดแห่งรัฐธรรมนูญย่อมเป็นกฎหมายสูงสุดในแผ่นดิน ผูกพันทั้งศาลแห่งชาติและแห่งมลรัฐโดยเท่าเทียมกัน และในคดีเกี่ยวกับสิทธิเอกชนยอมอาศัยการบังคับนี้ได้ อีกทั้งยังเป็นกรณีที่ต้องถูกบังคับโดยสนธิสัญญาด้วย"

ในคดี *Asakura v. City of Seattle* ๕๑ เป็นอีกคดีหนึ่งที่ศาลสูงแห่งสหรัฐได้ตัดสินสนับสนุนในหลักการดังกล่าว ขอให้จริงในคดีนี้ โจทก์เป็นคนสัญชาติญี่ปุ่นไคมีดินที่อยู่ในซีแอตเติล ตั้งแต่ปี ๑๙๐๔ และได้ประกอบธุรกิจทางนายหน้ารับจำนำ ณ ที่นั่นมาตั้งแต่ปี ๑๙๑๕ ต่อมาการประกอบธุรกิจดังกล่าวได้ถูกกระทบกระเทือนโดยผลแห่งกฎหมายเมืองซีแอตเติล ซึ่งออกใช้บังคับเมื่อวันที่ ๒ กรกฎาคม ๑๙๒๑ ได้บัญญัติว่า การประกอบธุรกิจนายหน้ารับจำนำเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากไม่ได้รับอนุญาตและมีบทบัญญัติต่อไปควรวาใบอนุญาตดังกล่าวจะออกให้ก็ต่อเมื่อผู้ร้องขอเป็นพลเมืองแห่งสหรัฐอเมริกา โจทก์ไควาง

๔๘ *Chirac v. Chirace*, 2 Wheat, 259 (U.S. 1817).

๔๙ *Cook v. U.S.* (288 U.S. 102, 108 (1933)). See also cases cited by William W. Bishop, Jr., *op. cit.*, p. 152 n. 94.

๕๐ *D.P. O'Connell*, *op. cit.*, p. 63.

๕๑ 213. U.S. 268, 272-273 (1909).

๕๒ 265 U.S. 332 (1924).

บทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาระหว่างสหรัฐกับญี่ปุ่นปี ๑๘๖๑ (37 Stat. 1504) ซึ่งบัญญัติเป็น
ความตอนหนึ่งว่า :

"พลเมืองหรือคนชาติแห่งอัครภาคีแต่ละฝ่ายยอมมีเสรีภาพที่จะเข้าเส้นทางและมี
ที่ดินที่อยู่อาศัยในดินแดนของอัครภาคีอีกฝ่ายหนึ่งใด (มีเสรีภาพ) ที่จะประกอบการค้าทั้งค้าส่ง
และค้าปลีก เป็นเจ้าของหรือเช่าหรือครอบครองร้านค้า เขาที่คิดเพื่อการอยู่อาศัย หรือเพื่อ
การพาณิชย์ และกระทำกรใด ๆ ที่เกี่ยวข้อง หรือเป็นการจำเป็นสำหรับการค้า โดยเงื่อนไข
ข้อกำหนดเกี่ยวกับพลเมืองหรือคนชาติภายใต้กฎหมายและข้อบังคับที่ได้บัญญัติขึ้น พลเมืองหรือ
คนชาติของอัครภาคีแต่ละฝ่ายยอมจะได้รับความคุ้มครองและความมั่นคงในชีวิตและทรัพย์สิน
ในดินแดนของอัครภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง"

ศาลสูงสหรัฐโดยผู้พิพากษา Butler J. หลังจากที่ได้อ้างรัฐธรรมนูญมาตรา ๒
ข้อ ๒ เพื่อยืนยันหลักที่ว่า สนธิสัญญาที่ใดกระทำขึ้น โดยอำนาจสหรัฐ "ยอมเป็นกฎหมายสูงสุด
ในแผ่นดิน และผู้พิพากษาในทุกมลรัฐต้องผูกพันตามความแห่งสนธิสัญญา" แล้ว ได้กล่าววาท
"สนธิสัญญายอมให้สิทธิแก่คนชาติแห่งคู่สัญญาที่รัฐบาลสหรัฐได้เขาทำสัญญากวดย และยอมผูกพัน
มลรัฐแห่งวอชิงตันควย ความผูกพันโดยเท่าเทียมกันทั้งคนชาติแห่งคู่สัญญาและมลรัฐนี้ยอมไม่
อาจลดล้างได้ ในส่วนหนึ่งส่วนใดแห่งสนธิสัญญานี้ยอมมีความสูงสุดท่านเอง เกี่ยวกับบทบัญญัติแห่ง
รัฐธรรมนูญและกฎหมายแห่งสหรัฐ สนธิสัญญายอมมีผลบังคับได้โดยอัตโนมัติ ปราศจากการสนับสนุน
ของกฎหมายใด ๆ ทั้งของมลรัฐและของชาติและยอมจะถูกนำไปปรับแก้และให้มีผลบังคับ
โดยศาล... กฎหมาย (แห่งเมืองซีแอตเติล) ซึ่งเป็นประเด็นข้อพิพาทในคดีนี้ตราขึ้นก็
โดยวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจนายหน้ารับจำนำ มิใช่เพื่อเป็นการห้ามการ
ประกอบธุรกิจนั้นโดยเด็ดขาด แต่ก็มีผลทำให้คนต่างดาวไม่มีโอกาสประกอบธุรกิจที่ใดอีกต่อไป"
และเมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติของสนธิสัญญาซึ่งให้ความคุ้มครองแก่ "การประกอบการค้า ซึ่งเป็น
ความหมายที่กว้างรวมถึงการให้ความคุ้มครองในกฎหมายประกอบธุรกิจนายหน้ารับจำนำควย"

ศาลสูงไควนิจันในประเด็นข้อพิพาทว่า กฎหมายแห่งเมืองซีแอตเติลนั้น ชักค่อ
สนธิสัญญา จึงได้พิพากษาให้โจทก์ชนะคดี ^{๕๓}

๔.๑.๒ ประเทศฝรั่งเศส หลักการท่านองเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา
ได้รับการรับรองโดยทางปฏิบัติในประเทศฝรั่งเศสก่อนที่จะมีการบัญญัติรับรองให้สนธิสัญญามี
ผลบังคับโดยทรงในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันย้อนหลังไปถึงยุคสาธารณรัฐที่สาม ศาลฝรั่งเศสได้
ใช้หลัก "lex posterior derogat legi priori" เพื่อเป็นการพิจารณาในกรณีที่มี
ปัญหาขัดกันระหว่างสนธิสัญญากับกฎหมายภายใน ^{๕๔} ได้มีปัญหาเกิดขึ้นเนื่องๆ เมื่อมี
กฎหมายภายในวางข้อจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวที่ชักค่อบทบัญญัติของสนธิสัญญาซึ่งกำหนดให้คน
ต่างด้าวได้รับผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมืองในส่วนที่เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน คำพิพากษา
ของศาลส่วนใหญ่จะตัดสินใจไปตามแนวความคิดที่ได้รับการสนับสนุนจากคำรับรองของรัฐมนตรีต่าง
ประเทศที่ว่า รัฐมีหน้าที่จะต้องใช้ความพยายามทุกวิถีทางในการบังคับให้เป็นไปตามบทบัญญัติ
แห่งสนธิสัญญา เพื่อให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของคนต่างด้าวตามสนธิสัญญา ปลอดภัยจากการระ
ทบกระเทือนจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายใน ^{๕๕} ความคิดนี้เป็นการให้คำบังคับแก่สนธิสัญญา
เหนือกฎหมายภายใน ซึ่งได้รับการรับรองโดยบทบัญญัติของกฎหมายรัฐธรรมนูญในสมัยต่อมา

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ๑๙๕๖ ได้บัญญัติความสัมพันธ์ระหว่างสนธิสัญญากับ
กฎหมายภายในไว้ในมาตรา ๒๖, ๒๗ และ ๒๘ มาตรา ๒๖ บัญญัติไว้ว่า "สนธิสัญญาทาง
การทูต เมื่อได้ให้สัตยาบันและประกาศแล้ว ย่อมมีผลบังคับเป็นกฎหมาย แมว่าจะขัดกับกฎหมาย

^{๕๓} William W. Bishop, Jr., op. cit., p. 150-152.

^{๕๔} D.P. O'Connell, op. cit., p. 68.

^{๕๕} Ibid.

ภายในของฝรั่งเศส การมีผลบังคับหาจำเป็นต้องมีการบัญญัติกฎหมายใด ๆ รับรองไม่" นอกจากการที่จำเป็นต่อการให้สัตยาบันแล้ว มาตรา ๒๕ โคซบายความต่อไปว่า "เมื่อสนธิสัญญาทางการทูตที่ใดให้สัตยาบันโดยชอบและประกาศแล้วมีผลบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายใน บทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาย่อมไม่อาจถูกเพิกถอนแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือแก้ไขชั่วคราว เว้นแต่ จะได้มีการบอกเลิกโดยผ่านวิธีทางการทูตแล้ว" ๕๖

ในสาธารณรัฐที่ ๕ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญปี ๑๙๔๖ ที่เกี่ยวกับผลบังคับแห่งสนธิสัญญาดังกล่าวได้ถูกบัญญัติขึ้นใหม่ในมาตรา ๕๐ และมาตรา ๕๕ แห่งรัฐธรรมนูญปี ๑๙๕๔ มาตรา ๕๕ บัญญัติเป็นความว่า สัญญาหรือสนธิสัญญาซึ่งใดให้สัตยาบันและประกาศแล้ว ย่อมมีผลบังคับเป็นกฎหมายมีค่าบังคับเหนือกฎหมายภายใน ความมีผลบังคับเป็นกฎหมายภายในนี้หาจำต้องบัญญัติกฎหมายอื่นใดรับรองไม่ เว้นแต่กรณีที่ต้องให้การรับรองด้วยการให้สัตยาบัน มาตรา ๕๓ โคบัญญัติถึงกรณีที่ต้องให้สัตยาบันโดยการบัญญัติกฎหมายขึ้นเฉพาะกรณีตามประเภทแห่งสนธิสัญญาในการนี้การบัญญัติกฎหมายขึ้นรับรองเป็นเงื่อนไขเพื่อความมีผลบังคับทั้งทางกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายฝรั่งเศส เมื่อใดให้สัตยาบันแล้วจะต้องมีการประกาศ ในทางทฤษฎีการประกาศนี้ไม่ว่าจะถือว่าเป็นการกระทำเพื่อแปลงกฎหมายระหว่างประเทศเป็นการภายในหรือเป็นเพียงเพื่อประกาศแก่สาธารณชนถึงกฎหมายที่มีอยู่แล้วก็ตาม หากสนธิสัญญาใดยังไม่มีการประกาศ ศาลก็จะไม่รับบังคับให้ ๕๗

๕๖

Amos J. Peaslee, Constitutions of Nations, Vol 2 (Concord, N H : The Rufford Press, 1950), p. 12.

๕๗

D.P.O' Connell, op.cit., p.69.

ส่วนการที่นอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๕๓ การให้สัตยาบันโดยประธานาธิบดี
ยอมมีผลเพียงพอเพื่อให้สนธิสัญญามีผลบังคับตามกฎหมายภายใน ไม่จำเป็นต้องบัญญัติเป็น
กฎหมายแต่อย่างใดก็ดี ในกรณีที่สนธิสัญญาขัดกับกฎหมายที่มีอยู่ การให้สัตยาบันโดยกฎหมายก็
เป็นสิ่งมีอาจหลีกเลี่ยงได้

ดังนั้น หลักการแห่งรัฐธรรมนูญปัจจุบันจึงไม่แตกต่างไปจากรัฐธรรมนูญปี ๑๙๔๘
ที่ถือว่าสนธิสัญญาเมื่อให้สัตยาบันและประกาศแล้ว ย่อมมีค่าบังคับเหนือกฎหมายภายในของ
ฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติบทบัญญัติส่วนนี้ในรัฐธรรมนูญปัจจุบัน ได้ถูกตีความต่างไปจาก
รัฐธรรมนูญปี ๑๙๔๖ อยู่บ้าง กล่าวคือ ในปัจจุบันศาลจะยอมรับความมีค่าบังคับของสนธิสัญญา
เหนือกฎหมายภายในก็ต่อเมื่อรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งได้ให้สิทธิทำนองเดียวกันโดยหลักถ้อยที่ถ้อย
ปฏิบัติ ดังนั้น ก่อนที่ศาลจะให้สิทธิแตกต่างกันตามสนธิสัญญาในกรณีที่กฎหมายภายในขัดกับ
สนธิสัญญา ศาลจะต้องพิจารณากฎหมายรัฐธรรมนูญหรือหลักปฏิบัติแห่งรัฐที่คนต่างคาวนั้นสังกัด
อยู่ว่าได้ให้สิทธิทำนองเดียวกันแก่คนชาติฝรั่งเศสหรือไม่ ในทางปฏิบัติยอมรับความยุ่งยากอยู่
มีไม่น้อยที่จะต้องพิจารณาดังกฎหมายต่างประเทศซึ่งเป็นคู่สัญญา และในกรณีเป็นสนธิสัญญาหลาย
ฝ่ายการพิจารณาดังกล่าวย่อมเป็นงานภาระที่หนักยิ่งและ เกือบเป็นสิ่งที่ทำได้ยากทีเดียว

๔.๑.๓ ประเทศอื่น ๆ หลักการที่ถือว่าสนธิสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย
ภายในนี้ นอกจากประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศสแล้ว ยังมีอยู่ในประเทศอื่น ๆ
อีกหลายประเทศเช่น ประเทศสวีเดน เซอร์แลนด์ รัฐธรรมนูญก็ได้ให้ค่าบังคับของสนธิสัญญา
เหนือกฎหมายภายใน ในกรณีที่มีการขัดกันระหว่างสนธิสัญญากับกฎหมายภายใน ให้ใช้สนธิสัญญา
บังคับ ๕๘

นอกจากนี้หลักการในเรื่องเดียวกันนี้ ยังอาจพบได้ในบทบัญญัติของประเทศต่าง ๆ ในแถบอเมริกาใต้ เช่นรัฐธรรมนูญของประเทศอาเจนตินา ๑๙๔๔^{๕๘} รัฐธรรมนูญของเม็กซิโก ๑๙๑๗^{๖๐} และรัฐธรรมนูญของปารากวัย ๑๙๔๘^{๖๑}

๔.๒ สนธิสัญญาไม่มีผลบังคับโดยตรง

หลักที่ว่าสนธิสัญญาไม่มีผลบังคับโดยตรงต่อคนชาติเป็นหลักกฎหมายของระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งมีรากฐานมาตั้งแต่สมัยศตวรรษที่ ๑๗ และศาลอังกฤษและประเทศในเครือจักรภพ ส่วนใหญ่ได้ตัดสินยืนยันตามหลักนี้มาโดยตลอด เช่น ในคดี *Civilian War Claimant Association v. R.*^{๖๒} ศาลอังกฤษตัดสินว่า พลเมืองซึ่งเป็นผู้อยู่ในบังคับของกษัตริย์ (Subject of the Crown) ไม่อาจได้รับผลประโยชน์โดยตรงจากสนธิสัญญาได้ และในคดี *Republic of Italy v. Hambros Bank Ltd.*^{๖๓} ศาลก็ปฏิเสธที่จะบังคับตามข้อกำหนดในสนธิสัญญา นอกจากนี้ท่าน Lord Askin ได้กล่าวถึงหลักในเรื่องนี้ไว้ในตอนหนึ่งแห่งการตัดสินคดีของศาล Privy Council ในคดีระหว่าง *Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario*^{๖๔} ภายขอความอันน่าสนใจที่ว่า

"ภายในสหราชอาณาจักรได้มีหลักที่กำหนดไว้อย่างมั่นคงแล้วว่า การทำสนธิสัญญานั้น เป็นการกระทำของฝ่ายบริหาร ในขณะที่การปฏิบัติตามข้อมุกพันแห่งสัญญา หากมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในที่มีอยู่ ย่อมเป็นการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ ต่างกับประเทศอื่นบางประเทศที่ข้อกำหนดแห่งสนธิสัญญาเมื่อให้สัตยาบันโดยชอบแล้ว ย่อมมีผลบังคับเป็นกฎหมาย

๕๘

Art. 22; *Amos J. Peaslee, Constitutions of the Nations, Vol. 1 (Revised ed; Hague Martinus Nijhoff, 1945) p. 65.*
Art. 133. ; *ibid.*, Vol. 2, p. 459.

๖๑

Art. 4; *ibid.*, Vol. 2, p. 745.

๖๒

1932 A.C. 14.

๖๓

1950 Ch. 314.

๖๔

1937 A.C. 326, 347-348

ควยตัวสนธิสัญญานั้นเอง ในกรณีที่ว่าบริหารหรือรัฐบาลปัจจุบันคัดลใจที่จะก่อความผูกพัน
ในสนธิสัญญาที่มีผลเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย รัฐบาลย่อมจะต้องเสี่ยงต่อการที่จะไ้มา
ซึ่งความยินยอมจากรัฐสภา เพื่อตราเป็นกฎหมายขึ้น ควยความพยายามที่จะรักษาความมั่นคง
ของตัวไว้ให้มากที่สุดเท่าที่จะสามารถกระทำได้ ในกรณีเช่นนี้ก่อนที่รัฐบาลจะคัดลใจขั้นสุดท้าย
ในการให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญา จึงมักจะขอให้รัฐสภาให้อนุมัติอย่างแจจชัดเสียก่อน แต่อย่างไร
ก็คือการอนุมัติดังกล่าวมิได้ทำให้สนธิสัญญามีผลบังคับเป็นกฎหมาย ทั้งยังไม่ผูกพันรัฐสภาให้การ
อนุมัติดังกล่าวหรือรัฐสภาต่อมา รัฐสภาอาจปฏิเสธขอเสนอที่จะตราพระราชบัญญัติเพื่อให้
ผลบังคับต่อสนธิสัญญาได้ทุกเมื่อ หากไ้มีการนำเสนอในระยะต่อมา จริ่งอยู่รัฐสภามีอำนาจ
โดยชอบควยรัฐธรรมนูญที่จะควบคุมฝ่ายบริหาร แต่ไ้ไม่อาจเป็นที่ไ้แยงไ้ควา อำนาจในการ
สร้างควมผูกพันตามสนธิสัญญาและการให้ควมยินยอมในโครงร่างและเนื้อควมแห่งสนธิสัญญา
นั้นเป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารโดยแท้ ต่อเมื่อสนธิสัญญาไ้เกิดขึ้นแล้ว ก็ยอมผูกพันรัฐในการที่จะ
มีหน้าที่ต่อรัฐภาคีสัญญา แต่รัฐสภาก็ยังอาจปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามสนธิสัญญา ซึ่งมีผลทำให้รัฐตก
เป็นผิดสัญญา" ๒๕

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติรัฐสภามักจะไม่ปฏิเสธสนธิสัญญาที่ไ้ให้สัตยาบันโดย
ฝ่ายบริหาร เพราะการกระทำดังกล่าวถือไ้ควาเป็นการละเมิดต่อควมซื่อสัตย์ต่อสาธารณะ^{bb}
นอกจากนี้ แม้วาในกรณีที่บทบัญญัติแห่งสนธิสัญญามีไ้รับการบังคับเป็นกฎหมายโดยตรงโดย
กฎหมายแห่งรัฐสภาในการพิจารณาคดีของศาล หากมีความสงสัยในการตีควมกฎหมายที่เกี่ยว
ข้องกับสนธิสัญญา ศาลก็อาจพิจารณควมแห่งสนธิสัญญาเพื่อประกอบการวินิจฉัยคดีไ้ไ้ คั้งที่
ทานลอร์ดไ้ไ้ เค้นไ้ โกลลาวไวไ้ในคดี *Salaman v. Commissioners of Customs and
Excise*^{bc}
วา "เราฟังตีควมพระราชบัญญัติของเราให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ"

^{๒๕} See William W. Bishop, Jr., *op. cit.*, p. 148.

^{๒๖} Breach of Public faith, D.P. O'Connell, *op. cit.*, p. 53

^{๒๗} 1967 2 Q.B. 116.

ดังนั้น แม้ในทางทฤษฎีของคอมมอนลอว์ สนธิสัญญาจะไม่มีผลบังคับเป็นกฎหมายภายใน แต่ในทางปฏิบัติของศาลไคมีแนวโน้มที่จะให้สิทธิแก่เอกชนตามสนธิสัญญา^{b๘} แม้ว่า จะไม่ได้รับการบัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายโดยตรง ดังที่ McNair ได้กล่าวถึงประเด็นนี้ว่า

"แม้ว่าเป็นการยากที่จะกล่าวว่า ปัญหานี้อาจพิจารณาและโดยอาศัยหลักการเพียงหลักเดียว ความคิดของอังกฤษดูเหมือนจะเป็นว่า สนธิสัญญาก่อความผูกพันระหว่างภาคีสัญญาเท่านั้น กล่าวคือเป็นความผูกพันของรัฐ (หรืออีกนัยหนึ่งรัฐบาลทั้งสองฝ่าย) และมีใช้ระหว่างรัฐฝ่ายหนึ่งกับคนชาติของอีกฝ่ายหนึ่ง หรือระหว่างคนชาติของทั้งสองหรือมากกว่าสองฝ่าย แม้ว่า... ในทางปฏิบัติซึ่งเกิดขึ้นเสมอจนเกือบเป็นปกติแล้ว ศาลภายในมักจะอนุญาตให้มีการกล่าวอ้างได้โดยสะดวก ทั้งเพื่อเป็นข้อสนับสนุนหรือข้อต่อสู้คดีของเอกชน ในสิทธิหรือความรับผิดชอบซึ่งรัฐได้รับมาหรือผูกพันแทนผู้กล่าวอ้างโดยสนธิสัญญา^{b๙}"

หลักการนี้ถือว่า สนธิสัญญาไม่มีผลบังคับเป็นกฎหมายโดยตรงนี้ นอกจากเป็นหลักปฏิบัติในประเทศอังกฤษแล้วประเทศในระบบคอมมอนลอว์อื่น ๆ ก็ไคยถือปฏิบัติอยู่ และอาจพบได้ในรัฐธรรมนูญบางประเทศเช่น รัฐธรรมนูญของประเทศพม่า ปี ๑๙๕๐ เป็นต้น

^{b๘} H. Lauterpacht, *op. cit.*, p.158.

^{b๙}

Sir A.D. McNair, *The Law of Treaties, British Practice and Opinions*. (New York: Columbia Univ. Press, 1938) p. 333