



## หลักสูตร : มิติทางกฎหมาย ภายใต้โลกาภิวัตน์ (Universal Principles : Legal Aspect and Globalization) ตอนที่ ๙

นายปณิธีร์ ปทุมวัฒน์  
นิติกรชำนาญการ สำนักกฎหมาย

### (ต่อจากตอนที่แล้ว)

บทความตอนที่แล้ว ได้นำเสนอเกี่ยวกับองค์ประกอบของหลักกฎหมายทั่วไปว่าต้องมีลักษณะเป็น “กฎเกณฑ์ทั่วไปที่ได้รับการยอมรับนับถือจากสังคมนานาชาติ” ซึ่งท่านผู้อ่านได้ทราบแล้วว่า ในองค์ประกอบที่ว่าด้วย “การยอมรับนับถือ” ได้กล่าวถึงรูปแบบการยอมรับนับถือว่าจำต้องขึ้นอยู่กับ “ประเภทของหลักกฎหมายทั่วไป” ว่ามีบ่อเกิดจากระบบกฎหมายภายในประเทศหรือจากการก่อตัวขึ้นเองในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ ผู้รายงานพิเศษแสดงความเห็นในรายงานฉบับแรกว่าด้วยหลักกฎหมายทั่วไป (First report on general principle of law) ว่า หากเป็นกรณีแรก รูปแบบที่จะนำมาพิจารณาถึงการยอมรับนับถือคือแนวทางปฏิบัติ (practice) ที่ในทางวิชาการต้องถือว่าเป็นการยอมรับนับถืออย่างแพร่หลายเพียงพอในระบบกฎหมายภายในของรัฐต่าง ๆ<sup>๑</sup> และหากเป็นกรณีที่สอง ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ก่อตัวขึ้นในระบบกฎหมายระหว่างประเทศเอง รูปแบบการยอมรับนับถือจะปรากฏในทางปฏิบัติของรัฐในเวทีระหว่างประเทศ ตลอดจนคำตัดสินของศาลและองค์การตุลาการที่มีเขตอำนาจในทางระหว่างประเทศเป็นหลัก โดยไม่ต้องพิจารณาข้อบ่งชี้ในระดับระบบกฎหมายภายในของรัฐ<sup>๒</sup>

<sup>๑</sup> United Nations General Assembly, “International Law Commission, First report on general principle of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, A/CN.4/732,” <https://undocs.org/en/A/CN.4/732>, (accessed November 1, 2019). pp. 49-51.

<sup>๒</sup> Ibid., pp. 51-52.



ในบทความตอนนี้จะนำเสนอข้อมูลจากผลการพิจารณาศึกษาของผู้รายงานพิเศษตามที่ปรากฏในรายงานฉบับดังกล่าว จากการศึกษารายงานฉบับแรกของผู้รายงานพิเศษว่าด้วยหลักกฎหมายทั่วไปได้กล่าวถึงบ่อเกิดของหลักกฎหมายทั่วไปในทางกฎหมายระหว่างประเทศไว้ใน Section II Part 4 ของรายงานฉบับดังกล่าว ซึ่งพิจารณาได้ว่าในทางวิชาการด้านกฎหมายระหว่างประเทศนั้น หลักกฎหมายทั่วไปสามารถจำแนกได้เป็น ๒ ประเภท ตามแนวคิดที่ว่าด้วยบ่อเกิด ๒ ลักษณะ กล่าวคือ หลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับมาจากระบบกฎหมายในของรัฐ (derived from National legal system) และที่ก่อตัวขึ้นภายในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ (formed within International legal system)<sup>๓</sup> ซึ่งคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศเห็นพ้องด้วยกับการจำแนกประเภทของบ่อเกิดในลักษณะข้างต้น<sup>๔</sup> ปรากฏผลการศึกษาตามรายงานพร้อมด้วยข้อสังเกตของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนี้

### หลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับมาจากระบบกฎหมายในของรัฐ (derived from National legal system)

ดังที่ปรากฏในเอกสารร่างธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไปประเภทนี้มีแนวคิดที่ยอมรับต่อกันมาในเวลาก่อนที่จะมีการประกาศใช้ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งในเวลานั้นได้มีการปรับใช้หลักหรือกฎเกณฑ์ที่ปรากฏใน กฎหมายภายในของรัฐ หรือแม้แต่ปรับใช้ หลักกฎหมายโรมัน (Roman Law)<sup>๕</sup> ซึ่งเป็นที่มาประการหนึ่งของแนวคิดหลักกฎหมายของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ด้วยเช่นกัน

หลักกฎหมายทั่วไปในทางระหว่างประเทศที่มาจากระบบกฎหมายภายในของรัฐนั้นได้มีการอ้างอิงถึงในทางปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ และในคำตัดสินของศาลและองค์กรตุลาการที่มีเขตอำนาจระหว่างประเทศมาโดยตลอด<sup>๖</sup> นอกจากนี้ในสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นลายลักษณ์อักษรหลายฉบับก็ได้กล่าวถึงการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในฐานะที่เป็นหลักการสำหรับการอุดช่องว่างการปรับใช้ข้อบทลายลักษณ์อักษร<sup>๗</sup>

อย่างไรก็ตาม หลักการที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปประเภทนี้ ต้องผ่านการวิเคราะห์ถึง ๒ ขั้นตอน (Two - steps analysis) กล่าวคือ ขั้นตอนที่หนึ่ง ต้องสามารถระบุได้ว่าเป็นหลักการที่ยอมรับนับถือและปรับใช้เป็นการทั่วไปในระบบกฎหมายภายในของรัฐ หรือในระบบกฎหมายหลักของโลก และขั้นตอนต่อมา คือ หลักการเช่นว่านั้น ต้องสามารถปรับใช้ได้บริบทของระบบ

<sup>๓</sup> United Nations, *Report of the International Law Commission (Seventieth-first session) - A/74/10* (New York: United Nations, 2019), p. 332.

<sup>๔</sup> *Ibid.*, p. 336.

<sup>๕</sup> United Nations General Assembly, “International Law Commission, First report on general principle of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, A/CN.4/732,” pp. 56-57.

<sup>๖</sup> *Ibid.*, pp. 57-64.

<sup>๗</sup> *Ibid.*, pp. 58-59.



กฎหมายระหว่างประเทศ หากผ่านทั้ง ๒ ขั้นตอนนี้แล้ว ย่อมถือได้ว่าหลักการนั้นเป็น “หลักกฎหมายทั่วไปจากระบบกฎหมายภายในของรัฐ”<sup>๔</sup> ซึ่งในทางวิชาการเรียกกระบวนการนี้ว่า “Transposition”

ดังเช่นที่ Judge McNair ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวไว้ความเห็นส่วนตัวในคำพิพากษาความเห็นเชิงปรึกษา (Advisory opinion) กรณี International Status of South-West Africa มีสาระสำคัญตอนหนึ่งสรุปได้ว่า แม้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศยังคงรับเอาหลักการและกฎเกณฑ์จากระบบกฎหมายภายในของรัฐอยู่เสมอ แต่มิใช่เป็นลักษณะการที่จะนำหลักการนั้น ๆ มาใช้ได้ในทันทีทันใด แต่ต้องพิจารณาถึงการสามารถปรับใช้ได้บริบทของกฎหมายระหว่างประเทศด้วย<sup>๕</sup>

ต่อประเด็นนี้ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในคดีของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกรณีปราสาทพระวิหาร<sup>๖</sup> ที่ได้มีการปรับใช้ “หลักกฎหมายปิดปาก” หรือ หลัก “Estoppel” ทำให้ผลแห่งคำพิพากษาในคดีดังกล่าวไม่เป็นคุณแก่ราชอาณาจักรไทย ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้มีนักกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่านได้กล่าวว่า หลักกฎหมายปิดปากที่ใช้กันแพร่หลายในระบบกฎหมายภายในนั้น ไม่สามารถหยิบยกมาปรับใช้ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศได้ในลักษณะเดียวกับที่ปรับใช้ในระบบกฎหมายภายใน<sup>๗</sup> ทั้งยังมีข้อถกเถียงอยู่ในวงการวิชาการถึงการปรับใช้ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศอยู่ในหลายประเด็น

### หลักกฎหมายทั่วไปที่ก่อตัวขึ้นภายในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ (formed within international legal system)

ผู้รายงานพิเศษแสดงความคิดเห็นในรายงานว่า แม้ข้อบทหรือเอกสารเตรียมร่างของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะไม่ได้กล่าวถึงหลักกฎหมายทั่วไปที่ก่อตัวขึ้นภายในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็ไม่ปรากฏชัดแจ้งว่าหลักกฎหมายทั่วไปจะต้องเกิดจากระบบกฎหมายภายในของรัฐเท่านั้น ประกอบกับเมื่อพิจารณาว่าหลักกฎหมายทั่วไปมีบทบาทเป็นมาตรการสำหรับการอุดช่องว่างทางกฎหมายกรณีไม่มีข้อบทสนธิสัญญาหรือหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะปรับใช้ได้ ซึ่งบางกรณีอาจรวมถึงการปราศจากหลักกฎหมายทั่วไปที่เกิดจากระบบกฎหมายภายในของรัฐจะปรับใช้ได้ด้วยเช่นกัน ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปอันก่อตัวขึ้นภายในระบบกฎหมายภายในระหว่างประเทศเองย่อมสมเหตุสมผลที่จะมีขึ้นได้ แนวคิดดังกล่าวนี้ปรากฏอย่างแพร่หลายในแนวทางปฏิบัติของรัฐแนวคำพิพากษาของศาลที่มีเขตอำนาจระหว่างประเทศ ตลอดจนวรรณกรรมทางวิชาการที่เกี่ยวข้องก็สนับสนุนการมีอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไปประเภทนี้<sup>๘</sup>

<sup>๔</sup> United Nations, *Report of the International Law Commission (Seventieth-first session) - A/74/10*, p. 332.

<sup>๕</sup> United Nations General Assembly, “International Law Commission, First report on general principle of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, A/CN.4/732,”. p. 65.

<sup>๖</sup>Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962: I.C. J. Reports 1962, p. 6.

<sup>๗</sup>United Nations General Assembly, “International Law Commission, First report on general principle of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, A/CN.4/732,”. pp. 61, 66.

<sup>๘</sup>United Nations, *Report of the International Law Commission (Seventieth-first session) - A/74/10*, p. 332.



ในทางปฏิบัติ ศาลและองค์คณะที่มีอำนาจทางตุลาการระหว่างประเทศได้ปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในฐานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศประการหนึ่งอย่างแพร่หลาย และมีพัฒนาการการปรับใช้มากยิ่งขึ้นในวงการกฎหมายระหว่างประเทศสาขาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับตัวแสดงที่ไม่ใช่รัฐ (non - State actors) เช่น ในสาขากฎหมายอาญาระหว่างประเทศและกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ เช่น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเคยปรับใช้หลัก Pacta Sunt Servanda หลัก Res judicata หลัก Equality of parties เป็นต้น<sup>๑๓</sup> ซึ่งมีได้จำกัดเฉพาะแต่หลักที่เกิดจากระบบกฎหมายภายในของรัฐเท่านั้น ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเองยังกล่าวถึงหลักกฎหมายทั่วไปที่ก่อตัวขึ้นในระบบกฎหมายระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน เช่น “หลักการที่เป็นรากฐานของอนุสัญญาว่าด้วยการห้ามการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อันได้รับการยอมรับนับถือโดยสังคมนานาชาติและผูกพันรัฐทั้งปวง” “หลักการพื้นฐานทั้งปวงแห่งกฎหมายว่าด้วยมนุษยธรรม” และ “หลักการว่าด้วยการกำหนดเจตจำนงตนเองของพลเมืองในฐานะหลักกฎหมายระหว่างประเทศร่วมสมัย”<sup>๑๔</sup> เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศยังมีความเห็นไม่เป็นที่ยุติ โดยคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศบางส่วนยังมีความเห็นว่าการนี้ยังไม่มีความคิดเห็นด้านแนวปฏิบัติของรัฐสนับสนุนบ่อเกิดของหลักกฎหมายทั่วไปประเภทนี้เพียงพอ<sup>๑๕</sup> แต่ก็ไม่ปฏิเสธความเป็นไปได้ของหลักกฎหมายทั่วไป ประเภทที่ ๒ นี้ ทั้งได้แนะนำให้ศึกษาเพิ่มเติม<sup>๑๖</sup> ซึ่งจะมีการศึกษาโดยละเอียดต่อไปในวงงานของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศของสหประชาชาติ<sup>๑๗</sup> ในการดำเนินงานของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศในลำดับขั้นการพิจารณาต่อไป

สำหรับผู้เขียนนั้นเห็นว่า ในปัจจุบัน แม้หลายฝ่ายยังมีความเห็นว่าการพัฒนาการของบ่อเกิดประเภทที่ ๒ นี้ ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอและอาจมีปัญหาในการพิจารณาจำแนก เพราะค่อนข้างใกล้เคียงกับ “หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ” หรือ “Customary International Law” อย่างยิ่ง อย่างไรก็ตาม ภายใต้สังคมระหว่างประเทศและกระบวนการโลกาภิวัตน์ย่อมจะเป็นปัจจัยส่งเสริมให้หลักกฎหมายทั่วไปก่อตัวขึ้นในระบบกฎหมายระหว่างประเทศได้มากยิ่งขึ้น และองค์ความรู้ทางวิชาการเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไป ประเภทที่ ๒ นี้ จะมีพัฒนาการที่ก้าวหน้าต่อไปเป็นลำดับ

ดังนั้น ในขั้นต้นจึงควรพิจารณาว่าหลักกฎหมายทั่วไปในทางระหว่างประเทศในปัจจุบันมีบ่อเกิดที่ชัดเจนซึ่งพัฒนามาจากระบบกฎหมายภายในของรัฐ (derived from National legal system) เป็นหลัก แต่ต้องไม่ละทิ้งข้อพิจารณาเรื่องหลักกฎหมายทั่วไปที่ก่อตัวขึ้นภายในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ (formed within International legal system) ด้วยเช่นกัน ๑

(โปรดติดตามตอนต่อไป)

<sup>๑๓</sup>Ibid., p. 228.

<sup>๑๔</sup>Ibid., p. 229.

<sup>๑๕</sup>Ibid., p. 336.

<sup>๑๖</sup>Ibid., p. 339.

<sup>๑๗</sup>United Nations General Assembly, “International Law Commission, First report on general principle of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, A/CN.4/732,” pp. 49-50, 52.