



## หลักสากล : มิติทางกฎหมาย ภายใต้โลกาภิวัตน์ (Universal Principles : Legal Aspect and Globalization)

### ตอนที่ ๑๐

#### ความทั่วไปว่าด้วยหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาด (Jus cogens)



นายปณิธิร์ ปทุมวัฒน์  
นิตกรชำนาญการ สำนักกฎหมาย

(ต่อจากตอนที่แล้ว)

ในทางวิชาการด้านกฎหมายระหว่างประเทศ รู้จัก “หลักกฎหมายบังคับเด็ดขาด” หรือ “Jus cogens” เป็นอย่างดีในฐานะหลักการที่มีค่าบังคับเหนือหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั้งปวง ซึ่งไม่ได้กล่าวถึงไว้ในฐานะบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ (Sources of International Law) ตามธรรมเนียมศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ มาตรา ๓๘ ดังเช่น ความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นลายลักษณ์อักษร (International Agreement) หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (International Customary Law) และ หลักกฎหมายทั่วไป (General Principle of Laws) ตามที่ได้เสนอในบทความก่อนหน้านี้

หลักกฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens) ปรากฏในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. ๑๙๖๙ ในฐานะเหตุที่จะทำให้สนธิสัญญาเป็นโมฆะ หากขัดกับหลักที่ในอนุสัญญานั้นเรียกว่าเป็น “Peremptory norm of general international law (Jus cogens)”

ปัญหาที่น่าสนใจและท้าทาย คือ ในปัจจุบันยังไม่มีการจัดรวบรวมอย่างเป็นทางการว่าหลักการใดบ้างที่เป็นหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาด เพียงแต่ทราบกัน ในทางวิชาการว่าหมายถึงหลักการใดบ้าง เช่น การห้ามการใช้กำลังรุกราน การห้ามนำคนลงเป็นทาส การห้ามการกระทำทรมาน การห้ามการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ เป็นต้น

การศึกษาเกี่ยวกับหลักกฎหมายเด็ดขาดมีอยู่หลากหลายแนวทางด้วยกัน ในบทความนี้จะกล่าวถึงหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาดในฐานะหลักสากลที่มีค่าบังคับ



สูงสุดและผูกพันนานาประเทศตามแนวคิดหลักของชุดบทความ “หลักสากล : มิติทางกฎหมายภายใต้โลกาภิวัตน์” เพื่อแสดงข้อมูลให้ผู้อ่านทราบถึงที่มา แนวคิด สถานะ ความหมาย และผลทางกฎหมายของหลักการดังกล่าว ตลอดจนตัวอย่างของหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาดเท่าที่คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติได้ศึกษาและยอมรับว่ามีอยู่ในปัจจุบัน โดยผู้เขียนได้ศึกษาจากเอกสารในวงงานของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติเป็นหลัก ประกอบกับงานวิชาการด้านกฎหมายระหว่างประเทศจากแหล่งข้อมูลที่เชื่อถือได้อื่น ๆ ทั้งนี้ คณะกรรมการการดังกล่าวได้มีการศึกษาเกี่ยวกับหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาดมากกว่า ๕ ปี นับตั้งแต่ปี ค.ศ. ๒๐๑๕ โดยผ่านการศึกษาและอภิปรายหลายขั้นการพิจารณาอย่างต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน

### ที่มาและแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายบังคับเด็ดขาด (Jus Cogens)

“กฎหมายบังคับเด็ดขาด”

เขียนเป็นภาษาละตินว่า “Jus cogens” หรือ “Ius cogens”

จัดเป็น “Peremptory norms of general international law”

คือ หลักบรรทัดฐานที่ไม่สามารถปฏิเสธได้ของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป

ดังที่กล่าวข้างต้น จึงอนุมานได้ว่าหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาดเป็นกฎหมายที่มีคุณค่าบังคับสูงสุด ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ และย่อมมีสถานะเป็น “หลักสากล” ที่ใช้บังคับแก่นานาประเทศแน่นอน นอกจากนี้ เมื่อมีการเขียนเป็นอักษรภาษาละติน ย่อมแสดงว่าหลักการนี้มีที่มาจากอันยาวนานสืบย้อนได้ ไปจนถึงยุคที่จักรวรรดิโรมันยังรุ่งเรือง

ทั้งนี้ “Jus cogens” หรือ “Ius cogens” แปลความหมายได้ตามตัวอักษรว่า “Compelling law”<sup>๑</sup> หมายถึง หลักกฎหมายอันมีค่าบังคับเหนือกฎหมายอื่น

ศาสตราจารย์ ดร. จุมพต สายสุนทร อธิบายในเรื่องนี้ว่า กฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศเป็นหลักกฎหมายอันมีที่มาจากกฎหมายโรมันจากคำกล่าวที่ว่า “jus publicum privatorum pactis mutari non potest” ซึ่งปรากฏอยู่ใน Digest of Justinian โดยคำว่า “jus publicum” ดังกล่าวนี้นี้เป็นที่เข้าใจกันว่า มิได้จำกัดเฉพาะกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครองเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงกฎเกณฑ์อื่น ๆ ซึ่งปัจเจกชนมิอาจทำสัญญายกเว้นได้ในทำนองเดียวกับคำว่า “ordre public” ในกฎหมายฝรั่งเศส และ “öffentliche ordnung” ในกฎหมายเยอรมัน หรือคำว่าความสงบเรียบร้อย (public order) หรือศีลธรรมอันดี (good morals) ตามมาตรา ๑๕๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ซึ่งประเทศเหล่านี้ต่างรับเอาระบบกฎหมายโรมันมาเป็นระบบกฎหมายหลักของตนในฐานะที่เป็นกลุ่มประเทศ Civil Law<sup>๒</sup>

<sup>๑</sup> Anne Lagerwall, “Jus Cogens,” Oxford Bibliographies, <https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0124.xml> (accessed May 1, 2020).

<sup>๒</sup> จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม ๒, พิมพ์ครั้งที่ ๗, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๕๒), หน้า ๑๗๑ - ๑๗๒.



ในแง่ของปรัชญากฎหมาย สถานะของกฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens) ในกฎหมายระหว่างประเทศ นั้นถือว่าเป็นผลของแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (School of Natural Law) ซึ่งยอมรับว่ามีกฎเกณฑ์ของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัย (objective) ซึ่งอยู่นอกกฎเกณฑ์ที่มนุษย์หรือรัฐกำหนดขึ้น (positive law) และ กฎเกณฑ์ที่มนุษย์หรือรัฐกำหนดขึ้นนั้นจะขัดกับกฎหมายธรรมชาติมิได้<sup>๓</sup>

เมื่อได้ศึกษาเหตุการณ์การประชุมเพื่อจัดทำข้อบทยุติสนธิสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. ๑๙๖๙ (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969)<sup>๔</sup> พบว่า ได้มีการฟื้นฟูหลักการนี้มาจากกฎหมายโรมันภายใต้อิทธิพลของแนวคิดกฎหมายธรรมชาติ (Naturalism) โดยบรรยากาศการร่างข้อบทยุติสนธิสัญญาในขณะนั้น ประเทศในฝ่ายสังคมนิยม (Socialist) และประเทศกลุ่มโลกที่สาม (Third-world states) เป็นกลุ่มประเทศที่มีส่วนสำคัญในการผลักดันให้มีข้อบทยุติสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายเด็ดขาดขึ้น และสร้างความกังวลให้แก่ประเทศตะวันตกที่เคยเป็นเจ้าอาณานิคมพอสมควร<sup>๕</sup>

### สถานะและความหมายของกฎหมายบังคับเด็ดขาดในปัจจุบัน

แม้กฎหมายบังคับเด็ดขาดไม่จัดอยู่ในบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ (Sources of International law) ตามที่กำหนดไว้ในธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ มาตรา ๓๘ ดังที่นำเสนอในบทความตอนก่อนหน้า ทว่าได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. ๑๙๖๙ (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969) หมวด ๕ ความไม่สมบูรณ์ การยกเลิก และการระงับการใช้บังคับแห่งสนธิสัญญา (PART V. INVALIDITY, TERMINATION AND SUSPENSION OF THE OPERATION OF TREATIES) ว่าหากสนธิสัญญาใดขัดต่อหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาดแล้ว จะนำไปสู่ความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญา (Invalidity of treaties) หรือ การยกเลิกการใช้บังคับของสนธิสัญญา (Termination of the operation of treaties) แล้วแต่กรณี ดังจะกล่าวต่อไป

อนึ่ง คำว่า “สนธิสัญญา” หรือ “Treaty” นั้น ข้อ ๒ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ กำหนดนิยามให้หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศ (International agreement) ที่จัดทำขึ้นระหว่างรัฐ เป็นลายลักษณ์อักษร ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของตราสารฉบับเดียว หรือตราสารที่เกี่ยวข้อง ๒ ฉบับ หรือมากกว่านั้น โดยไม่ว่าจะเรียกชื่อย่ออย่างไร<sup>๖</sup> เช่น อนุสัญญา (Convention) พิธีสาร (Protocol) ปฏิญญา (Declaration) เป็นต้น

<sup>๓</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๗๒.

<sup>๔</sup> อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. ๑๙๖๙ มีผลใช้บังคับ (Entered into force) ตั้งแต่วันที่ ๒๗ มกราคม ค.ศ. ๑๙๘๐

<sup>๕</sup> Carlo Focarelli, “International Law in the 20th Century,” in *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, ed. Alexander Orakhelashvili, (Cheltenham: Edward Elgar, 2011), p. 509.

<sup>๖</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Article 2 Use of terms;

“1. For the purposes of the present Convention:

(a) “treaty” means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation;”



## สนธิสัญญาที่สร้างขึ้นโดยขัดต่อกฎหมายบังคับเด็ดขาด : ความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญา

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. ๑๙๖๙ ส่วนที่ ๒ ความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญา (SECTION 2. INVALIDITY OF TREATIES) ข้อ ๕๓ ที่กำหนดว่า

“A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.”

ดังที่แสดงข้างต้น สาระสำคัญตอนหนึ่งของข้อ ๕๓ แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา คือ

“สนธิสัญญาย่อมตกเป็นโมฆะ หากขัดต่อกฎเกณฑ์แบบแผนของกฎหมายระหว่างประเทศในระหว่างเวลาที่จัดทำสนธิสัญญา”

ข้อ ๕๓ แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา กำหนดในส่วนต่อมาว่า “Peremptory norm” หรือ “Jus cogens” หมายถึงกฎเกณฑ์แบบแผน (norm) อันเป็นที่ยอมรับนับถือและรับรองโดยประชาคมระหว่างประเทศ (International community) ของรัฐทั้งปวงว่าเป็น “กฎเกณฑ์แบบแผน” ซึ่งไม่อาจที่จะอนุญาตให้มีการยกเว้นหรือเบี่ยงเบนเป็นอย่างอื่นได้ และจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ก็แต่เฉพาะกฎเกณฑ์แบบแผนซึ่งเกิดขึ้นในภายหลังอันมีลักษณะอย่างเดียวกันนั้น”

สำหรับผลทางกฎหมายเมื่อสนธิสัญญามีส่วนใดขัดต่อกฎเกณฑ์แบบแผนของกฎหมายระหว่างประเทศในระหว่างเวลาที่จัดทำสนธิสัญญา “สนธิสัญญาย่อมตกเป็นโมฆะ” ตั้งแต่ต้น (void ab initio) นับตั้งแต่เวลาที่ทำสนธิสัญญานั้น” และรุนแรงถึงขั้นว่าตกเป็น “โมฆะทั้งฉบับ” ไม่สามารถแยกส่วนพิจารณาได้เลยว่าข้อบทส่วนใดไม่ขัดต่อหลักกฎหมายเด็ดขาดแล้วจะมีผลบังคับต่อไป ทั้งนี้ โดยผล ตามข้อ ๔๔ ย่อหน้า ๕.<sup>๔</sup> ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. ๑๙๖๙

<sup>๓</sup> จุมพต สายสุนทร, หน้า ๑๗๑.

<sup>๔</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๕๔.

<sup>๕</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Article 44 Separability of treaty provisions;

“5. In cases falling under articles 51, 52 and 53, no separation of the provisions of the treaty is permitted.”.



## สนธิสัญญาที่ภายหลังขัดต่อกฎหมายบังคับเด็ดขาดที่เกิดขึ้นใหม่ : การยกเลิกการใช้บังคับของสนธิสัญญา

หากปรากฏในภายหลังว่า ได้เกิดหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาดที่เกิดขึ้นใหม่ (Emergence of a new peremptory norm of general international law (“jus cogens”)) ซึ่งอาจมีได้ไม่บ่อยนัก อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ได้กล่าวถึงผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันไว้ในข้อ ๖๔ ว่า

“If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates”

กรณีเช่นนี้ ให้สนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับอยู่ก่อนย่อมถือเป็นการยกเลิกการใช้บังคับ ตกเป็นโมฆะ และสิ้นผลลงนับแต่นั้น<sup>๑๐</sup> ไม่ได้สิ้นผลแต่แรก (Void ab initio) เหมือนกรณีที่ขัดต่อหลักกฎหมายเด็ดขาดที่มีอยู่แล้วในขณะจัดทำสนธิสัญญา<sup>๑๑</sup> และถือว่าสนธิสัญญานั้นสมบูรณ์มาตั้งแต่ต้นจนถึงเวลาที่เกิดหลักกฎหมายเด็ดขาดขึ้นใหม่ในภายหลัง<sup>๑๒</sup> สังเกตได้จากถ้อยคำในข้อบทที่ว่า “that norm becomes void and terminates” ๑

(โปรดติดตามตอนต่อไป)

<sup>๑๐</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Article 64 Emergence of a new peremptory norm of general international law (“jus cogens”);

“If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.”.

<sup>๑๑</sup> Richard D. Kearney and Robert E. Dalton, “The Treaty on Treaties,” American Journal of International Law 64, (1970): p. 538.

<sup>๑๒</sup> United Nations, *Report of the International Law Commission (Seventieth-first session) - A/74/10* (New York: United Nations, 2019), p.176.