

บทความวิจัย

ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน
: ศึกษาทางปฏิบัติของตุลาการไทย*

The Relationship between International Law and National Law
: A Case Study of Thai Judicial Practice

สิริธร ราชเดิม¹

26/28 ถนนศรีวิชัย ตำบลมะขามเตี้ย อำเภอเมืองสุราษฎร์ธานี จังหวัดสุราษฎร์ธานี
84000. E-mail: sireethorn.sr@gmail.com

Sireethorn Radchderm²

26/28 Sriwichai Road Makamteer Subdistrict, Mueng Suratthani District,
Suratthani Province 84000. E-mail: sireethorn.sr@gmail.com

บทคัดย่อ

รัฐมีหน้าที่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ และไม่อาจอ้างความไม่สอดคล้องกันของกฎหมายภายใน เพื่อเป็นข้อยกเว้นพันธกรณีระหว่างประเทศได้ มิฉะนั้นย่อมนำมาสู่ความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ หน้าที่ดังกล่าวย่อมผูกพันฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นองค์กรภายในของรัฐด้วย บทความนี้จึงมุ่งศึกษาทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการไทย

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน: ศึกษาทางปฏิบัติของตุลาการไทย” มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.

¹ นางสาวสิริธร ราชเดิม นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

² Miss Sireethorn Radchderm Graduate Student, Master of Laws (International Law), Thammasat University

ในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายไทยที่ไม่อาจปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้ โดยเฉพาะกรณีการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและสนธิสัญญา

ผลการศึกษาพบว่า ฝ่ายตุลาการไทยปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศตามทฤษฎีทวินิยมอย่างเคร่งครัด โดยการปรับใช้กฎหมายไทย อันไม่คำนึงถึงพันธกรณีระหว่างประเทศ ทว่าฝ่ายตุลาการของประเทศที่ศึกษาซึ่ง ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ และแคนาดา ไม่ยึดถือทฤษฎีเอกนิยม หรือทวินิยม ทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งอย่างเคร่งครัด แต่จะปรับใช้กฎหมายในระบบกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ไม่ว่าโดยการบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดีโดยตรง หรือการใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายใน

ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะ ดังนี้ ประการแรก ควรตีความรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 188 วรรคหนึ่ง ให้คำว่า “กฎหมาย” หมายความว่า กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย ประการที่สอง คือ ประเทศไทยควรบัญญัติอย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายไทย เพื่อให้ฝ่ายตุลาการมีความชอบธรรมที่จะบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวแก่คดีโดยตรง ประการที่สาม ฝ่ายตุลาการไทยควรใช้และตีความกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ

คำสำคัญ: กฎหมายระหว่างประเทศในศาลภายใน, ทางปฏิบัติตุลาการ, ทฤษฎีทวินิยม, กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ, สนธิสัญญา

ABSTRACT

Every State has a duty to comply with international obligations and cannot invoke an inconsistency of national law as an excuse for failure to perform the duty otherwise the State must bear international responsibility. The judiciary as an organ of the State is accordingly obliged to fulfill

the obligation. This article is aimed to examine an application of international law in Thai domestic legal system of Thai judicial practice, in context of a failure to comply with international obligations. It focuses only on the application of customary international law and treaty.

After doing the research, it appears that Thai judiciary has followed a strict dualist approach towards the application of international law. By which Thai judiciary is obliged itself by strict application of Thai laws regardless of international obligations. While, foreign judiciaries including Federal Republic of Germany, Republic of South Africa, and Canada strictly obliged themselves to follow neither monism nor dualism. They apply the law in their domestic legal systems in accordance with international obligations by way of a direct application of customary international law and a use of treaty to interpret the domestic law.

In consequence, it is here suggested that 1) There should be a broader interpretation of the powers of the Courts as entitled in Section 188 paragraph 1 of The Constitution of Thailand B.E. 2560. Where the definition of the “laws” in this Section should also cover customary international law; 2) The Constitution of Thailand should be amended to expressly incorporate customary international law as part of the law of Thailand in order to justify the judiciary in applying customary international law directly and legitimately; and 3) The judiciary should use a juristic method by applying and interpreting national law in conformity with international obligations.

Keywords: International law in domestic court, Judicial practice, Theory of dualism, Customary international law, Treaty

ความนำ

กฎหมายระหว่างประเทศ (international law) เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐในสังคมนระหว่างประเทศ โดยแต่ละรัฐต่างจำกัดอำนาจอธิปไตยของตนเข้าผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ รัฐจึงต้องปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว รัฐมีหน้าที่โดยทั่วไปในการปรับใช้กฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศ³ ในกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รัฐได้ให้ความยินยอมผ่านทางปฏิบัติ (state practice) ซึ่งได้กระทำด้วยสำนึกว่ามีพันธกรณีของกฎหมาย (opinion juris)

กรณีของสนธิสัญญา ข้อบทที่ 27 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้ห้ามมิให้รัฐอ้างบทบัญญัติของกฎหมายภายใน เพื่อเป็นข้อยกเว้นไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญา⁴ รัฐจึงไม่อาจอ้างการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศอันเนื่องมาจากกฎหมายรัฐธรรมนูญของตน การกระทำ หรือการงดเว้นการกระทำขององค์กรภายใน ไม่ว่าจะโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ ในฐานะข้อยกเว้นความรับผิดชอบของรัฐได้ มิฉะนั้นย่อมนำมาสู่ความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ⁵ อย่างไรก็ตาม กฎหมายระหว่างประเทศมิได้กำหนดวิธีการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศภายในรัฐไว้โดยเฉพาะ แต่ยอมรับให้เป็นเรื่องทางปฏิบัติของแต่ละรัฐ⁶

³ The Exchange of Greek and Turkish Populations, PCIJ Ser. B, No.10, Advisory Opinion, 1925, 20.

⁴ The Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Article 27

⁵ ประสิทธิ์ เอกบุตร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551), 196-197.

⁶ D. Carreau, *Droit International Public*, (Paris: Pedone, 1986), 456-458 อ้างใน จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), 70-71.

หากพิจารณาทางปฏิบัติของประเทศไทยพบว่า วิธีการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาปรับใช้ในระบบกฎหมายภายในของไทยแตกต่างกันไปตามบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รัฐธรรมนูญของไทยมิได้รับรองสถานะของกฎหมายดังกล่าวไว้ ศาลไทยมักใช้ดุลยพินิจในการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นรายกรณีโดยปราศจากบรรทัดฐานที่แน่นอน เนื่องจากโดยหลักศาลไทยผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายภายในเท่านั้น ส่วนในกรณีของสนธิสัญญาจะยังไม่มีผลใช้บังคับโดยตรงในระบบกฎหมายภายใน หากแต่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องตรากฎหมายภายใน เพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาขึ้นใหม่ หรือแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่ให้ครอบคลุมพันธกรณีดังกล่าว โดยหลักศาลจะปรับใช้กฎหมายภายในแก่คดีเท่านั้นและปฏิเสธการปรับใช้สนธิสัญญาไม่ว่ากรณีการบังคับใช้สนธิสัญญาแก่คดีโดยตรง หรือการใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายใน ทางปฏิบัติของศาลไทยในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศแบบทวินิยมอย่างเคร่งครัดนี้อาจมีผลเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศได้

ผู้เขียนจึงสนใจศึกษาทางปฏิบัติของตุลาการไทยในการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและสนธิสัญญาในระบบกฎหมายภายใน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อกฎหมายภายในของประเทศไทยไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นองค์กรภายในของรัฐผู้มีหน้าที่ในการปรับใช้กฎหมายเพื่อชี้ขาดข้อพิพาท จะใช้และตีความกฎหมายเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบของประเทศไทยในทางระหว่างประเทศ และเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนตามมาตรฐานระหว่างประเทศอย่างไร

1) ทฤษฎีว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน

1.1) ทฤษฎีที่อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน

นักวิชาการได้พยายามอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในด้วยทฤษฎีสำคัญ คือ ทฤษฎีเอกนิยม ทฤษฎีทวินิยม และทฤษฎีการประสาน พิจารณาได้ ดังนี้

ทฤษฎีเอกนิยม นักวิชาการที่มีความเห็นตามทฤษฎีนี้ส่วนใหญ่ อธิบายว่ากฎหมายมีความเป็นเอกภาพ กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในต่างมีความสมบูรณ์จากที่มาของกฎหมายเดียวกัน⁷ ในเรื่องค่าบังคับทางกฎหมาย กฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายภายใน⁸ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคริสต์ศตวรรษที่ 20 ซึ่งเกิดแนวคิดต่อต้านอำนาจอันไม่จำกัดของรัฐ นักวิชาการในยุคนั้นเห็นว่า กฎหมายระหว่างประเทศมีค่าบังคับสูงสุดแม้ในขอบเขตของกฎหมายภายใน และปัจเจกชนซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิผู้หนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ สังคมระหว่างประเทศจึงมีพันธกรณีและบทบาทในการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ รัฐธรรมนูญของรัฐจึงต้องรับรองสถานะของกฎหมายระหว่างประเทศ และยอมรับความเป็นสูงสุดของกฎหมายระหว่างประเทศให้มีค่าบังคับเหนือกฎหมายภายใน ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องบัญญัติกฎหมายโดยเคารพต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการก็ผูกพันต้องบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศโดยสุจริตแม้ในกรณีที่ขัดแย้งกับกฎหมายภายใน⁹

⁷ David Thór Björgvinsson, *The Intersection of International Law and Domestic Law*, (Massachusetts: Edward Elgar, 2015), 20.

⁸ Hans Kelsen, *Principles of General Theory of Law and State*, (New Jersey: The Lawbook Exchange, 2007), 369.

⁹ Hersch Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, (London: Stevens & Sons, 1950), 45-47 and 122-126.

ทฤษฎีทวินิยม นักวิชาการที่มีความเห็นตามทฤษฎีนี้เห็นว่า กฎหมายทั้งสองระบบมีที่มาที่แตกต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายภายในเกิดจากการตัดสินใจโดยความยินยอมของฝ่ายนิติบัญญัติภายในรัฐ ในขณะที่กฎหมายระหว่างประเทศมักเกิดจากจารีตประเพณีและสนธิสัญญา¹⁰ นอกจากนี้ บุคคลผู้อยู่ใต้บังคับของกฎหมายแตกต่างกัน กล่าวคือ บุคคลผู้อยู่ใต้บังคับของกฎหมายภายใน คือ ปัจเจกชนในความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนด้วยกัน และปัจเจกชนกับองค์กรของรัฐในความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนกับรัฐ ส่วนบุคคลผู้อยู่ใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ คือ รัฐ¹¹ อีกทั้ง กฎหมายทั้งสองต่างบังคับใช้ภายใต้ระบบที่ต่างกัน และเนื้อหาของกฎหมายทั้งสองก็แตกต่างกันซึ่งแทบจะไม่คาบเกี่ยวกัน¹² ดังนั้น ในกรณีที่กฎหมายระหว่างประเทศขัดแย้งกับกฎหมายภายในศาลภายในต้องใช้กฎหมายภายในเสมอ กรณีที่ปรากฏว่ากฎหมายที่ศาลภายในใช้เป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ จึงเป็นเรื่องที่รัฐใช้อำนาจตามกฎหมายภายในทำให้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในแล้ว¹³ ทฤษฎีทวินิยมจึงเป็นเครื่องมือที่รัฐใช้รักษาอำนาจอธิปไตย หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักนิติรัฐและความมั่นคงแห่งนิติฐานะของรัฐ¹⁴

ต่อมา เมื่อการอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในผ่านทฤษฎีทั้งสองข้างต้น อาจขัดแย้งกับทางปฏิบัติขององค์กรของรัฐ ซึ่ง

¹⁰ Heinrich Triepel, “Les rapports entre le droit interne et le droit international,” *Recueil des Cours* 1, no. 1 (1923), 82-83. cited in David Thór Björgvinsson, *The Intersection of International Law and Domestic Law*, 32.

¹¹ *Ibid.*, 81.

¹² *Ibid.*

¹³ Brownlie, *Principles of Public International Law*, 32.

¹⁴ David Thór Björgvinsson, *The Intersection of International Law and Domestic Law*, 35.

รวมถึงศาลด้วย¹⁵ จึงมีนักวิชาการที่มีแนวคิดตามทฤษฎีประสาน อธิบายว่า ระบบกฎหมายทั้งสองระบบ ไม่อาจขัดแย้งกันเองในเชิงระบบ เนื่องจากต่างทำหน้าที่ในระบบของตนเอง และระบบกฎหมายแต่ละระบบต่างสูงสุดในระบบของตนเอง แต่อาจขัดแย้งกันในเชิงป็นกรณี เนื่องจากจากรัฐไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ กรณีดังกล่าวมิได้ทำให้กฎหมายภายในไม่สมบูรณ์ แต่อาจเกิดความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ¹⁶ นอกจากนี้ ยังมีนักวิชาการที่อธิบายว่า กฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน ศาลจึงนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้ แต่ในกรณีที่มีการขัดกันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ต้องยอมรับว่า ศาลต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายภายใน จึงเป็นหน้าที่ของนักกฎหมายที่จะต้องประสานประโยชน์ของกฎหมายทั้งสองระบบ¹⁷

1.2) วิธีการรับกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาในระบบกฎหมายภายใน

เมื่อรัฐไม่มีหน้าที่ใด ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศในการเลือกรับกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาในระบบกฎหมายภายในตามทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งโดยเฉพาะ จึงเป็นเรื่องทางปฏิบัติของแต่ละรัฐว่า รัฐจะให้ความสำคัญกับคุณค่าซึ่งปรากฏเบื้องหลังทฤษฎีต่าง ๆ ที่แตกต่างกันตามทฤษฎีใด¹⁸ อาจพิจารณาได้ ดังนี้

ทฤษฎีการผนวก (doctrine of automatic incorporation) วิธีการนี้ได้ รับอิทธิพลจากทฤษฎีเอกนิยม ซึ่งยอมรับการผนวกกฎหมายระหว่างประเทศเข้าเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายภายในโดยทันที จึงไม่ต้องอาศัยกระบวนการทางนิติบัญญัติ

¹⁵ Gerald Fitzmaurice, "The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law," *Hague Recueil* 92 (1957), 68-94.

¹⁶ Brownlie, *Principles of Public International Law*, 33.

¹⁷ D.P.O' Connell, *International Law*, (London: Stevens & Sons Limited, 1970), 43.

¹⁸ David Thór Björgvinsson, *The Intersection of International Law and Domestic Law*, 55.

ใด ๆ ของรัฐอีก (ทั้งนี้ ลำดับศักดิ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ผนวกเข้าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในอาจแตกต่างกันในแต่ละรัฐ ปัจจุบันจึงมีฐานในการอ้างสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศต่อศาลภายในได้ และศาลจึงมีอำนาจปรับใช้และกำหนดความสมบูรณ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกับกรณีของกฎหมายภายในอื่น ๆ¹⁹

และทฤษฎีแปลงรูป (doctrine of transformation) ได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีทวินิยมที่มองว่า กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในแตกต่างกันและต่างดำรงอยู่กันคนละระบบ กฎหมายระหว่างประเทศจึงไม่ถูกผนวกเข้ามาในระบบกฎหมายภายในได้โดยทันที หากแต่ต้องแปลงรูปเป็นกฎหมายภายในเสียก่อน กฎหมายระหว่างประเทศจึงไม่มีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศอีกต่อไป²⁰ กรณีของสนธิสัญญา เมื่อฝ่ายบริหารเข้าทำสนธิสัญญา สนธิสัญญายังไม่มีผลเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายภายในทันที แต่จะต้องมีการแปลงรูปสนธิสัญญาดังกล่าวเสียก่อน การแปลงรูปดังกล่าวอาจเรียกว่า การอนุวัติการ (implementation)²¹ วิธีการแปลงรูปมีหลายรูปแบบ เช่น การแนบท้ายด้วยบทสนธิสัญญาทั้งฉบับท้ายพระราชบัญญัติอนุวัติการ (scheduling)²² การแก้ไขกฎหมายภายในที่มีอยู่เดิม หรือออกกฎหมายขึ้นใหม่โดยทำให้เนื้อหาของกฎหมายสอดคล้องกับเนื้อหาของพันธกรณีของสนธิสัญญา โดยส่วนใหญ่จะอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติ (adaptation)²³ เป็นต้น เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินการแปลงรูปสนธิสัญญาเป็นกฎหมายอนุวัติการซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายภายในของรัฐ มีใช้กฎหมายระหว่างประเทศอีกต่อไป ปัจจุบันจึงมีฐานในการอ้างสิทธิตามสนธิสัญญาในระบบ

¹⁹ Ibid., 57.

²⁰ Ibid., 60-61.

²¹ Michael P. Van Alstine, *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*, ed. David Sloss (New York: Cambridge University Press, 2009), 569.

²² Ibid.

²³ David Thór Björgvinsson, *The Intersection of International Law and Domestic Law*, 76.

กฎหมายภายใน ศาลจึงปรับใช้กฎหมายอนุวัติการดังกล่าวในฐานะกฎหมายภายในมิใช่สนธิสัญญา

2) หน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ

เนื่องด้วยรัฐมีหน้าที่โดยทั่วไปในการปรับใช้กฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นพันธกรณีที่เกิดจากบ่อเกิดใดของกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีของสนธิสัญญา รัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาเป็นไปตามหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตาม (*pacta sunt servanda*) ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์สำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ปรากฏอย่างชัดแจ้งตามข้อบทที่ 26 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่า “สนธิสัญญาทุกฉบับที่มีผลใช้บังคับแล้วย่อมผูกพันภาคีและจะต้องใช้บังคับโดยภาคีด้วยความสุจริต”²⁴ อีกทั้ง รัฐยังไม่อาจอ้างบทบัญญัติของกฎหมายภายในของตนหรือความไม่สมบูรณ์ของกฎหมายภายในดังกล่าว เพื่อยกเว้นความรับผิดชอบจากการละเมิดพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศ ปรากฏตามข้อบทที่ 27 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่า กำหนดว่า “รัฐภาคีย่อมไม่อาจอ้างบทบัญญัติในกฎหมายภายในของตนมาเป็นข้ออ้างในการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาได้”²⁵ รัฐจึงไม่อาจอ้างบทบัญญัติของกฎหมายภายในเป็นข้อยกเว้นเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบจากการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา เพื่อสนับสนุนให้หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามเกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ²⁶ และยังเป็นการประกัน

²⁴ The Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, Article 26 “Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith”.

²⁵ The Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, Article 27 “A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to Article 46”.

²⁶ Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2nd Edition, (New York: Cambridge University Press, 2007), 180.

ให้รัฐต่างตรวจสอบรัฐธรรมนูญของตน และออกกฎหมายภายในที่จำเป็นก่อนเข้าผูกพันตนในสนธิสัญญา²⁷

ในกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยพื้นฐานของความยินยอมของรัฐนักวิชาการที่อธิบายตามทฤษฎีดั้งเดิมเห็นว่า ความยินยอม (consent) ของรัฐเป็นปัจจัยสำคัญของความผูกพันของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศต่อรัฐ เนื่องจากทุกรัฐล้วนมีอำนาจอธิปไตย รัฐจึงมีอำนาจในการเลือกที่จะยอมรับให้กฎเกณฑ์ใดเข้ามาควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างกันตามหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐ ดังนั้นกฎเกณฑ์ใด ๆ จะไม่ผูกพันรัฐหากรัฐมิได้ยินยอม²⁸ ทั้งนี้ ความยินยอมของรัฐอาจพิจารณาได้จากองค์ประกอบสำคัญของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยเมื่อพิจารณาข้อบทที่ 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้กำหนดนิยามของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่า หมายถึง ทางปฏิบัติโดยทั่วไปซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย²⁹ จึงได้มีการอธิบายองค์ประกอบไว้ 2 ประการ ประการแรก คือ ทางปฏิบัติของรัฐ (state practice) เป็นองค์ประกอบทางภาวะวิสัย โดยความยินยอมของรัฐย่อมแสดงออกผ่านทางปฏิบัติ³⁰ และประการที่สอง คือ กระทำด้วยสำนึกว่ามีพันธะทางกฎหมาย (*opinio juris*) ซึ่งเป็นองค์ประกอบทางอัตวิสัย โดยรัฐจะต้องกระทำเนื่องจาก

²⁷ Ibid.

²⁸ Anthony A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, (London: Cornell University Press, 1971), 187-189.

²⁹ Statute of the International Court of Justice, Article 38 para 1(b) "International custom, as evidence of a general practice accepted as law, is one of the sources of international law".

³⁰ Lassa Oppenheims, *International Law A Treatise Vol.1 Peace*, Second Edition, (London: Longmans Green and Co., 1912), 11-17.

รู้สึกว่ามีกฎหมายบังคับให้ทำ มิใช่กระทำได้ด้วยอริยาไยไม่ตรี มารยาท ความเหมาะสม หรือธรรมเนียมประเพณี³¹

เมื่อรัฐมีหน้าที่โดยทั่วไปในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ผูกพันรัฐ หากรัฐไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวได้ อาจนำไปสู่ความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ ปรากฏตามร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts) ข้อบทที่ 1 กำหนดว่า “การกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมายของรัฐทุกการกระทำย่อมก่อให้เกิดผลเป็นความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐนั้น” ทั้งนี้ การกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมายมีองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ คือ จะต้องเป็นการกระทำที่กล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ (attributable to the State) และการกระทำนั้นต้องเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ (constitutes a breach of an international obligation of the State)³²

องค์ประกอบประการแรก การกระทำที่กล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ คือ ต้องมีการกระทำหรือเหตุการณ์การกระทำที่กล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ เมื่อพิจารณาข้อบทที่ 4 วรรค 1 กำหนดว่า “การกระทำขององค์กรใด ๆ ของรัฐย่อมถือเป็นการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าองค์กรดังกล่าวจะใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ หรือใช้อำนาจอื่นใด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นองค์กรในระดับใดของรัฐ และไม่ว่าลักษณะขององค์กรของรัฐจะเป็นองค์กรของรัฐบาลกลางหรือองค์กรของ

³¹ North Sea Continental Shelf Case, I.C.J., 1969, para. 77.

³² Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 2 “There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission:

(a) is attributable to the State under international law; and

(b) constitutes a breach of an international obligation of the State.”

มลรัฐก็ตาม”³³ จะเห็นได้ว่า การวินิจฉัยการกระทำของรัฐตามร่างข้อบั้นนี้ครอบคลุมการกระทำขององค์กรภายใน โดยพิจารณาจากลักษณะของการใช้อำนาจเป็นสำคัญไม่ว่าจะใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการ ก็ย่อมเป็นการกระทำของรัฐ การกระทำทางตุลาการ (judicial act) เป็นการใช้อำนาจบังคับการ ให้เป็นไปตามกฎหมาย ผู้ใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการ คือ ผู้พิพากษาหรือศาล ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยนำข้อกฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริงแต่ละคดีและทำเป็นคำพิพากษา³⁴ การใช้อำนาจทางตุลาการจึงเป็นการกระทำของรัฐประเภทหนึ่งตามร่างข้อบั้นนี้

องค์ประกอบประการที่สอง คือ การกระทำนั้นต้องเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ ในการพิจารณาองค์ประกอบดังกล่าว ร่างข้อบั้นที่ 12 กำหนดว่า “การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐจะเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำของรัฐที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีที่รัฐต้องผูกพัน ทั้งนี้ ไม่จำเป็นต้องพิจารณาที่มาหรือลักษณะของพันธกรณีดังกล่าว”³⁵ ร่างข้อบั้นนี้ครอบคลุมรูปแบบการกระทำของรัฐที่เป็นการละเมิดพันธกรณี ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมาย การกระทำทางปกครองที่เฉพาะเจาะจง หรือ

³³ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 4 “1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State”.

³⁴ สมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551), 219-223.

³⁵ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 12 “There is a breach of an international obligation by a State when an act of that State is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of its origin or character”.

คำพิพากษาของศาลซึ่งเป็นที่สุด³⁶ นอกจากนี้ การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำของรัฐที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีที่ผูกพันรัฐโดยไม่ต้องพิจารณาว่าพันธกรณีระหว่างประเทศมีที่มาอย่างไร ย่อมหมายถึง พันธกรณีระหว่างประเทศที่ผูกพันรัฐนั้นอยู่ทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ สนธิสัญญา หลักการทั่วไปที่บังคับใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ หรือที่มานอื่น ๆ³⁷

เมื่อหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศข้างต้นผูกพันองค์กรภายในของรัฐทุกองค์กร ย่อมผูกพันองค์กรฝ่ายตุลาการ หรือศาล ซึ่งเป็นองค์กรภายในองค์กรหนึ่งของรัฐ คำพิพากษาซึ่งเป็นผลของการใช้อำนาจทางตุลาการในการปรับใช้กฎหมายแก่คดีย่อมถือเป็นการกระทำของรัฐด้วย หากศาลไทยปรับใช้กฎหมายในระบบกฎหมายภายในในทางที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ย่อมเป็นการกระทำของรัฐซึ่งละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ การกระทำทางตุลาการดังกล่าวจึงอาจเป็นการกระทำทางระหว่างประเทศของไทยอันมิชอบด้วยกฎหมาย และก่อให้เกิดความรับผิดชอบของประเทศไทยในทางระหว่างประเทศได้

3) การปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของฝ่ายตุลาการไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

เมื่อพิจารณาทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการของไทยและต่างประเทศ พบว่า บางรัฐอาจมีทางปฏิบัติที่สอดคล้องกับทฤษฎีเอกนิยม หรือทฤษฎีทวินิยม บางรัฐอาจมิได้ยึดถือทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งอย่างเคร่งครัดนัก ทั้งนี้ ในการพิจารณาเปรียบเทียบทางปฏิบัติของรัฐ อาจแยกพิจารณาตามประเภทของพันธกรณีระหว่างประเทศ ดังนี้

³⁶ United Nations, “Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001,” http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. (accessed April 8, 2017).

³⁷ Ibid., 55.

3.1) กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ในกรณีของประเทศไทย ผู้เขียนพบว่า รัฐธรรมนูญของไทยไม่ปรากฏบทบัญญัติที่กล่าวถึงการมีผลบังคับใช้ สถานะ หรือลำดับชั้นของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างชัดเจน และหลักการตามรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดให้อำนาจอศาลพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามกฎหมาย³⁸ นักกฎหมายไทยหลายท่านมีความเห็นว่าการกฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญนี้ หมายถึง กฎหมายไทยเท่านั้น มิได้รวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศด้วย³⁹ ศาลไทยจึงผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายไทยเท่านั้น

กรณีที่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศสอดคล้องกับกฎหมายไทย ศาลจะเลือกปรับใช้กฎหมายไทย⁴⁰ แม้จะปรากฏตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลพยายามใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายในด้วย ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองกลาง⁴¹ ที่ศาลได้นำหลักการตามปฏิญญาสากลแห่งสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน ซึ่งประเทศไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตามมาใช้ประกอบการตีความบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญเพื่ออธิบายนิยามของการเลือกตั้งโดยการออกเสียงลงคะแนนลับ เป็นเพียงตัวอย่างของการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศรายกรณีเท่านั้น

³⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 188 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์”

³⁹ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, พิมพ์ครั้งที่ 3, 85, นพนิติ สุริยะ, *Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1*, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), 137, เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชน*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), 208.

⁴⁰ นพนิติ สุริยะ, เรื่องเดียวกัน.

⁴¹ คำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ 607-608/2549.

ส่วนในกรณีที่ไม่มีความหมายไทยรองรับหรืออนุวัติการตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ปรากฏในทางปฏิบัติว่าศาลไทยใช้ดุลพินิจเป็นรายกรณีในการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวโดยตรง⁴² ตัวอย่างเช่น คำสั่งของศาลชั้นต้น⁴³ ที่ศาลยอมรับและบังคับใช้หลักความคุ้มกันจากการบังคับคดีต่อทรัพย์สินที่เป็นที่ตั้งของสถานทูต และยังมีแนวปฏิบัติที่ยอมรับหลักเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต แม้ว่าในขณะนั้นจะยังไม่มีกฎหมายภายในอนุวัติการตามสนธิสัญญา⁴⁴ เป็นต้น

เมื่อพิจารณาทางปฏิบัติของศาลต่างประเทศ พบว่า สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁴⁵ สาธารณรัฐแอฟริกาใต้⁴⁶ และแคนาดา⁴⁷ ล้วนยอมรับสถานะของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยผนวกกฎหมายดังกล่าวเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายภายในตามทฤษฎีเอกนิยม ทำให้ศาลมีอำนาจบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้โดยตรง

⁴² จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, 85-87.

⁴³ คำสั่งของศาลชั้นต้น คดีหมายเลขแดงที่ 12083/2526 กรณีดังกล่าวศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีในระหว่างการพิจารณาของศาลชั้นต้น

⁴⁴ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, 86.

⁴⁵ กฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 25 บัญญัติว่า “กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศประกอบเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสหพันธ์โดยมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายที่ตราโดยสภา และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อผู้ที่อาศัยอยู่ในดินแดนของสหพันธ์”

⁴⁶ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ มาตรา 232 บัญญัติว่า “กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นกฎหมายของสาธารณรัฐ เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา”

⁴⁷ R & Hape, (2007), SCC 26. ศาลฎีกาแห่งแคนาดา อธิบายว่า “กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะกฎหมายของนานาประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแคนาดาโดยการผนวกกฎเกณฑ์ดังกล่าวเข้ามาในกฎหมายคอมมอนลอว์ของแคนาดาโดยตรง เว้นแต่จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายของสหพันธรัฐ และกฎหมายของมณฑล”

ผู้เขียนเห็นว่า การบัญญัติถึงสถานะ ลำดับศักดิ์ และการมีผลบังคับใช้ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายไทย และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อผู้ที่อาศัยอยู่ในราชอาณาจักรไทย ดังกรณี รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสาธารณรัฐแอฟริกาคือ ย่อมเป็นหลักประกันต่อสิทธิของปัจเจกชนได้ดี เนื่องจากทำให้ศาลมีความชอบธรรมที่จะบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดีโดยตรง ส่งผลให้เกิดความแน่นอนที่ปัจเจกชนจะสามารถอ้างสิทธิตามกฎหมายดังกล่าวต่อศาลภายใน เนื่องจากปรากฏบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญอันเป็นที่มาแห่งสิทธิ

ส่วนในประเด็นในเรื่องการกำหนดลำดับศักดิ์ รัฐธรรมนูญของทั้ง 3 ประเทศ ที่ศึกษากำหนดลำดับศักดิ์แตกต่างกัน 2 แนวทาง ดังนี้

แนวทางแรก คือ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ แต่สูงกว่ากฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ดังกรณีของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ผู้เขียนเห็นว่า แม้รัฐธรรมนูญของประเทศให้คุณค่ากับการปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยยอมรับให้มีการผนวกกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในโดยทันที หากแต่ประเทศก็ยังคงสงวนไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยและเคารพต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ อันเป็นลักษณะพิเศษของระบบกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือ รัฐธรรมนูญมีลำดับศักดิ์สูงสุดในระบบกฎหมายของประเทศ

ในเรื่องลำดับศักดิ์ระหว่างกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศศักดิ์สูงกว่ารัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นหลักประกันว่าจะปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ เนื่องจากหากกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ศาลย่อมต้องบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเหนือกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

ตามหลักการของกฎหมายที่เหนือกว่า กรณีดังกล่าวจึงเป็นกรณีที่ศาลซึ่งเป็นองค์กรภายในองค์กรหนึ่งของรัฐปรับใช้กฎหมายอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งจะไม่นำไปสู่การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ และก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ยังมีผลเป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนตามกฎหมายดังกล่าวภายในประเทศด้วย อย่างไรก็ตาม หากฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติย่อมไม่อาจบังคับใช้เหนือกว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ จึงอาจเป็นการลดทอนการให้ความสำคัญต่อกฎหมายซึ่งตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติอันมีความชอบธรรมในฐานะที่เป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชน

แนวทางที่สอง คือ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ดังกรณี รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ และกรณีของประเทศแคนาดา ผู้เขียนเห็นว่า การที่ทั้งสองประเทศกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ เนื่องจากยังคงเคารพต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งกำหนดให้กฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญย่อมบังคับใช้ไม่ได้ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจึงถูกกำหนดให้มีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ

ส่วนการกำหนดให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ากฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากประเทศให้ความสำคัญกับกฎหมายซึ่งตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติอันมีความชอบธรรมในฐานะที่เป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชน จึงกำหนดให้กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม การกำหนดลำดับศักดิ์ข้างต้นส่งผลให้ประเทศไม่อาจปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้ ในกรณีที่กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เนื่องจากต้อง

บังคับใช้กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติเหนือกว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

3.2) สนธิสัญญา

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 178 วรรคสอง อาจตีความได้ว่า สนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายภายในของไทย ต่อเมื่อมีกฎหมายภายในรองรับซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีทวินิยม สนธิสัญญาไม่มีผลบังคับใช้โดยตรงในระบบกฎหมายภายใน ดังเช่น ประเทศที่ยึดถือทฤษฎีเอกนิยม นอกจากนี้ เมื่อมีการตีความตามบทบัญญัติ มาตรา 188 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้ว่า ศาลต้องผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายภายในในการวินิจฉัยคดี ศาลไทยจึงมีทางปฏิบัติที่เคร่งครัดในการบังคับใช้กฎหมายภายในและปฏิเสธการปรับใช้สนธิสัญญา ไม่ว่ากรณีการบังคับใช้สนธิสัญญาแก่คดีโดยตรง หรือกรณีการใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายใน ดังกรณีคดีหนึ่ง ศาลเห็นว่าอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1965 ไม่มีผลบังคับโดยตรงต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือประชาชนภายในประเทศ หากแต่รัฐจะต้องออกกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศเสียก่อน⁴⁸

กรณีที่เกิดการขัดกันระหว่างพันธกรณีตามสนธิสัญญากับกฎหมายภายใน ไม่ว่ากฎหมายภายในจะออกมาก่อนหรือหลังสนธิสัญญา ศาลจะปรับใช้กฎหมายภายในเสมอ ทั้งนี้ หากกฎหมายภายในที่บังคับการตามสนธิสัญญาขัดแย้งกับกฎหมายภายในฉบับอื่นที่ตราขึ้นภายหลัง ศาลย่อมปรับใช้กฎหมายภายในที่ตราขึ้นภายหลังตามหลักกฎหมายฉบับหลังย่อมยกเลิกกฎหมายฉบับก่อน เว้นแต่กฎหมายที่รองรับหรืออนุวัติการตามสนธิสัญญามีสถานะเป็นกฎหมายพิเศษ ย่อมต้องบังคับใช้ก่อนกฎหมายที่ตราขึ้นภายหลังซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายทั่วไป

⁴⁸ คำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ ส.660/2559

แม้จะปรากฏตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลพยายามนำสนธิสัญญามาใช้เป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายในทั้งกรณีของกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญา เช่น ศาลใช้สนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 14 ธันวาคม พ.ศ. 2526 เป็นเครื่องมือในการใช้และตีความพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 ซึ่งอนุวัติการตามสนธิสัญญา เพื่อประสานความขัดแย้งระหว่างกฎหมายภายในและพันธกรณีตามสนธิสัญญา⁴⁹ เป็นต้น และกฎหมายที่มีได้อนุวัติการสนธิสัญญา เช่น ศาลตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญโดยกล่าวอ้างกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองประกอบทำให้เหตุผลในคำวินิจฉัยเพื่อเพิ่มน้ำหนักในการให้เหตุผลว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้รับรองหลักสันนิษฐานความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรม สอดคล้องกันกับมาตรฐานในทางระหว่างประเทศ⁵⁰ เป็นต้น แต่ก็เป็นการใช้ดุลยพินิจของศาลรายกรณีเท่านั้น เนื่องจากการปรับใช้สนธิสัญญาขึ้นอยู่กับความรู้และความเชี่ยวชาญของผู้พิพากษาเฉพาะบุคคล

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบทางปฏิบัติของต่างประเทศกับประเทศไทยแล้วพบว่า ศาลทั้งสามประเทศ ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ และแคนาดา มิได้มีทัศนคติในการบังคับใช้กฎหมายภายใน โดยตัดขาดจากสนธิสัญญา แต่ศาลของทั้งสามประเทศเลือกใช้นิติวิธีโดยปรับใช้และตีความกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงพันธกรณีตามสนธิสัญญาด้วย⁵¹

⁴⁹ คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 2965/2538

⁵⁰ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555

⁵¹ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ มาตรา 233 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ต้องตีความกฎหมายใด ๆ ศาลทุกศาลจะต้องเลือกใช้การตีความกฎหมายที่เหมาะสม ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ แทนการตีความอื่นใดซึ่งขัดหรือแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ”, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เรื่อง หลักการสันนิษฐานความบริสุทธิ์ของผู้ถูกกล่าวหาและสนธิสัญญาสิทธิ

กล่าวคือ ในกรณีที่กฎหมายภายในมีความคลุมเครือ ศาลจะสันนิษฐานว่า ฝ่ายนิติบัญญัติผู้ตรากฎหมายดังกล่าวมิได้ประสงค์ที่จะตรากฎหมายเพื่อละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ดังนั้นศาลจึงต้องใช้และตีความกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ หลักการใช้และตีความกฎหมายภายในในทางที่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศข้างต้น สามารถปรับใช้กับกฎหมายภายในได้ค่อนข้างกว้าง โดยปรับใช้ได้กับกฎหมายภายในไม่ว่าจะตราขึ้นก่อนหรือหลังจากที่รัฐมีพันธกรณีตามสนธิสัญญานอกจากนี้ ศาลทั้งสามประเทศใช้หลักการดังกล่าวทั้งกรณีการตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ และกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่า กฎหมายดังกล่าวได้ระบุโดยเฉพาะเจาะจงว่าได้ตราขึ้นเพื่ออนุวัติการตามสนธิสัญญาหรือไม่

ทว่าหลักการใช้และตีความกฎหมายดังกล่าวมีข้อจำกัดประการหนึ่ง คือ หากถ้อยคำของกฎหมายภายในขัดหรือแย้งกับพันธกรณีระหว่างประเทศอย่างชัดเจน ศาลไม่อาจสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติเจตนาตรากฎหมายอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศได้ ศาลจึงไม่อาจตีความกฎหมายภายในในทางที่สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาได้ เนื่องจากขัดต่อความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างชัดเจน

4) ปัญหากรณีประเทศไทยไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศเนื่องจากกฎหมายภายในไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ

สภาพปัญหากรณีกฎหมายภายในของไทยที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ แยกพิจารณาได้ 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก เมื่อไม่มีกฎหมายภายในรองรับหรืออนุวัติการตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่น กรณีอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ค.ศ. 1961 เป็นต้น ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าวในวันที่ 18

มนุษย์ชนยุโรป” โปรดดู BVerfGE, “Presumption of innocence and the European Convention on Human Rights case): see English translation,” <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-lawtranslations/german/case.php?id=571> (accessed October 1, 2018)

เมษายน พ.ศ. 2504 แต่ไม่ได้ดำเนินการออกกฎหมายภายในอนุวัติการตามอนุสัญญา จนกระทั่งได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต พ.ศ. 2527 ลงวันที่ 26 กันยายน 2527 ใช้บังคับเป็นกฎหมายไทย⁵² หากเกิดคดีขึ้นในระหว่างที่ยังไม่มีกฎหมายอนุวัติการ ศาลไทยจะบังคับใช้กฎหมายอย่างไร เพื่อให้ความคุ้มครองแก่บุคคลผู้ได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต หากศาลไทยมีทางปฏิบัติที่เคร่งครัด โดยปฏิเสธการมีผลบังคับใช้ของกฎหมายระหว่างประเทศและผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายภายในเท่านั้น แม้ต่อมาจะได้มีกฎหมายอนุวัติการตามอนุสัญญาแล้ว แต่เป็นที่พึงตั้งข้อสังเกตว่า หากศาลไทยปฏิเสธการบังคับใช้สนธิสัญญาโดยตรงและบังคับใช้กฎหมายอนุวัติการดังกล่าวโดยไม่คำนึงถึงความสอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญาย่อมมีผลเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ

ประการที่สอง กรณีกฎหมายภายในรองรับหรืออนุวัติการตามพันธกรณีระหว่างประเทศแต่ไม่สมบูรณ์ ดังกรณี กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเป็นสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2539 และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทย เมื่อวันที่ 29 มกราคม 2540 ประเทศไทยจึงมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม โดยข้อ 14 วรรค 5 ได้รับรองสิทธิอุทธรณ์ในคดีอาญาว่า “บุคคลทุกคนที่ต้องคำพิพากษาลงโทษในความผิดอาญา ย่อมมีสิทธิที่จะให้คณะตุลาการระดับเหนือขึ้นไปพิจารณาทบทวนการลงโทษและคำพิพากษาโดยเป็นไปตามกฎหมาย”⁵³ ทว่ากฎหมายภายในซึ่งเกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองของประเทศไทยรับรองสิทธิในการอุทธรณ์ของผู้ต้องคำพิพากษาไว้โดยไม่สอดคล้องกับสนธิสัญญาข้างต้น กล่าวคือ ขณะที่รัฐธรรมนูญ

⁵² พระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต พ.ศ. 2527, ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 1 ตอนที่ 131 (ฉบับพิเศษ) (26 กันยายน 2527).

⁵³ International Covenant on Civil and Political Rights, Article 14 para 5 “Anyone convicted of a crime shall have the right to have their conviction and sentence reviewed by a higher tribunal according to law”

แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีผลใช้บังคับ มาตรา 278 วรรค 3 กำหนดให้ผู้ต้องคำพิพากษาอุทธรณ์ต่อที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาได้ เมื่อค้นพบพยานหลักฐานใหม่ซึ่งอาจทำให้ข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ และระเบียบที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาวาด้วยหลักเกณฑ์การอุทธรณ์คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2551 ได้กำหนดเงื่อนไขในการอุทธรณ์ว่าต้องมีพยานหลักฐานใหม่ซึ่งเป็นพยานหลักฐานสำคัญที่จะส่งผลให้ศาลยกฟ้องหรือยกคำร้องได้ ทั้งนี้ สิทธิอุทธรณ์ในคดีอาญาตามบทบัญญัติของสนธิสัญญาดังกล่าวรับรองสิทธิแก่จำเลยในคดีอาญาที่สามารถขอให้ศาลที่สูงกว่าทบทวนคำตัดสินของศาลที่ต่ำกว่า เมื่อจำเลยไม่เห็นด้วยต่อปัญหาข้อเท็จจริงหรือปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลได้วินิจฉัย การกำหนดเงื่อนไขว่าจะใช้สิทธิอุทธรณ์ได้ต่อเมื่อพบพยานหลักฐานใหม่เท่านั้น ย่อมทำให้จำเลยไม่สามารถใช้สิทธิอุทธรณ์ได้อย่างแท้จริง เนื่องจากการอุทธรณ์เป็นการขอให้ศาลสูงกว่าพิจารณาพยานหลักฐานปัจจุบันที่เคยตัดสินไป มิใช่พยานหลักฐานใหม่ที่ปรากฏภายหลัง⁵⁴ เมื่อกฎหมายภายในของประเทศไทยไม่สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาข้างต้น หากศาลไทยบังคับใช้กฎหมายไทยโดยไม่คำนึงถึงพันธกรณีตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ย่อมมีผลเป็นการละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญา

ตัวอย่างสภาพปัญหาข้างต้น หากศาลไทยยึดถือทางปฏิบัติแบบทวินิยมอย่างเคร่งครัดโดยปฏิเสธการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศและผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายภายในเท่านั้น อาจทำให้ประเทศไทยไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศอันอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบของประเทศไทยในทางระหว่างประเทศได้

⁵⁴ โปรดดู Ratiani v. Georgia, คำตัดสินของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติในคดี CCPR/C/84/D/975/2001.

กรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ศาลไทยมักผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายไทย และมีทางปฏิบัติในการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ไม่แน่นอน โดยใช้ดุลยพินิจเป็นรายกรณี ไม่ว่ากรณีบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวโดยตรงที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังเช่น คำสั่งของศาลชั้นต้น คดีหมายเลขแดงที่ 12083/2526 เป็นต้น หรือการที่ศาลพยายามใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศประกอบการตีความกฎหมายไทย ดังเช่น คำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ 607-608/ 2549 เป็นต้น

ส่วนในกรณีของสนธิสัญญา ศาลไทยมีทางปฏิบัติที่เคร่งครัดในการบังคับใช้กฎหมายไทยและปฏิเสธการปรับใช้สนธิสัญญา แม้จะปรากฏตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลที่ได้กล่าวมาแล้วพยายามนำสนธิสัญญามาใช้เป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายในทั้งกรณีของกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญา และกฎหมายที่มีได้อนุวัติการ แต่ก็เป็นการใช้ดุลยพินิจของศาลรายกรณีเท่านั้น การกระทำดังกล่าวของฝ่ายตุลาการไทยอาจเป็นการกระทำของรัฐซึ่งอาจมีผลเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ อันจะนำมาสู่ความรับผิดชอบของประเทศไทยในทางระหว่างประเทศ

ผู้เขียนจึงเห็นว่า แนวทางที่เหมาะสมกับประเทศไทยในการแก้ไขปัญหากรณีประเทศไทยไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ เนื่องจากกฎหมายภายในไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ คือ ศาลไทยไม่ควรกล่าวอ้างทฤษฎีวินิยามเพื่อตัดขาดกฎหมายระหว่างประเทศจากระบบกฎหมายภายในของไทย แต่ควรใช้และตีความ กฎหมายในระบบกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยศาลไทยอาจบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก้คดีโดยตรงและอาจปรับใช้และตีความกฎหมายไทยอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศของประเทศไทย ไม่ว่ากรณีพันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือพันธกรณีตามสนธิสัญญา

บทส่งท้าย

เมื่อทุกรัฐมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศและไม่อาจอ้างความไม่สอดคล้องกันของกฎหมายภายในกับพันธกรณีระหว่างประเทศเป็นข้อยกเว้นในการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวได้ มิฉะนั้นย่อมนำมาสู่ความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ หน้าที่ข้างต้นย่อมผูกพันฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นองค์กรภายในองค์กรหนึ่งของรัฐด้วย หากฝ่ายตุลาการปรับใช้กฎหมายในระบบกฎหมายภายในในทางที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ จึงอาจเป็นการกระทำของรัฐ ซึ่งอาจละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศอันจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศได้ ดังนั้น ฝ่ายตุลาการของไทยจึงต้องผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายในระบบกฎหมายไทยโดยสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทปัญหาประเทศไทยไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศเนื่องจากกฎหมายภายในไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ศาลไทยไม่ควรยึดถือทางปฏิบัติแบบทวินิยมอย่างเคร่งครัด โดยปฏิเสธการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศและผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายภายในเท่านั้น ในกรณีของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ศาลไทยมักผูกพันตนในการปรับใช้กฎหมายไทย และมีทางปฏิบัติในการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ไม่แน่นอนโดยใช้ดุลยพินิจเป็นรายกรณี ส่วนในกรณีของสนธิสัญญา ศาลไทยมีทางปฏิบัติที่เคร่งครัดในการบังคับใช้กฎหมายไทยและปฏิเสธการปรับใช้สนธิสัญญา แม้จะปรากฏตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลพยายามนำสนธิสัญญามาใช้เป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายใน แต่ก็เป็นการใช้ดุลยพินิจของศาลรายกรณีเท่านั้น การกระทำดังกล่าวของฝ่ายตุลาการไทยจึงอาจเป็นการกระทำของรัฐซึ่งอาจมีผลเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ อันจะนำมาสู่ความรับผิดชอบของประเทศไทยในทางระหว่างประเทศ และส่งผลกระทบต่อมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนภายในประเทศ

จากสภาพปัญหาที่ได้อธิบายมาข้างต้น ผู้เขียนได้ศึกษาเปรียบเทียบและวิเคราะห์ทางปฏิบัติของฝ่ายตุลาการในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบ

กฎหมายภายในของต่างประเทศ ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ และแคนาดา กับประเทศไทย พบว่า ทางปฏิบัติของบางรัฐสอดคล้องกับทฤษฎีเอกนิยม เช่น กรณีการบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดีโดยตรงของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ และแคนาดา เป็นต้น หรือทฤษฎีทวินิยม เช่น กรณีการปฏิเสธการปรับใช้สนธิสัญญาและบังคับใช้กฎหมายภายในของประเทศไทย เป็นต้น บางรัฐอาจมีได้ยึดถือทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งอย่างเคร่งครัดนัก ในกรณีการใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือในการใช้และตีความกฎหมายภายในของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ และแคนาดา ทฤษฎีต่าง ๆ จึงเป็นเพียงแนวคิดเบื้องหลังที่ใช้อธิบายทางปฏิบัติของรัฐเท่านั้น การที่ศาลภายในมีทางปฏิบัติที่ยึดถือเพียงทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่ง เนื่องจากประสงค์จะปรับใช้กฎหมายด้วยวิธีการใด ๆ ที่ทำให้รัฐสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้เป็นสำคัญ

ผู้เขียนจึงเห็นว่า ศาลไทยไม่ควรกล่าวอ้างทฤษฎีทวินิยมเพื่อตัดขาดกฎหมายระหว่างประเทศจากระบบกฎหมายภายในของไทย ทว่าควรใช้และตีความกฎหมายในระบบกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยมีข้อเสนอแนะเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว 3 ประการ ดังต่อไปนี้

ประการแรก ผู้เขียนเห็นว่า ควรตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 188 วรรคหนึ่ง “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์” ว่า กฎหมายในที่นี้ มิได้หมายถึง กฎหมายภายในเท่านั้น คำว่า “กฎหมาย” ควรมีความหมายกว้าง โดยรวมถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ทำให้ศาลไทยมีความชอบธรรมในการบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดีโดยตรงด้วย

ประการที่สอง คือ ผู้เขียนเห็นว่า ควรบัญญัติถึงสถานะ ลำดับศักดิ์ และการมีผลบังคับใช้ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ ให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายไทย และก่อให้เกิด

สิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อผู้ที่อาศัยอยู่ในราชอาณาจักรไทย ดังกรณีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐแอฟริกใต้ เพื่อให้ศาลมีความชอบธรรมที่จะบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดีโดยตรง ซึ่งจะทำให้เกิดความแน่นอนในอันที่ปัจเจกชนจะอ้างสิทธิตามกฎหมายดังกล่าวต่อศาลเนื่องจากปรากฏพบบัญญัติในรัฐธรรมนูญอันเป็นที่มาแห่งสิทธิ

ประการสุดท้าย คือ ผู้เขียนเห็นว่า ศาลไทยไม่ควรกล่าวอ้างทฤษฎีวินิยมเพื่อปรับใช้กฎหมายในระบบกฎหมายภายใน โดยตัดขาดจากกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลไทยจึงควรใช้และตีความกฎหมายไทยอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศของประเทศไทย ไม่ว่ากรณีของพันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือพันธกรณีตามสนธิสัญญาดังเช่นทางปฏิบัติของศาลของทั้งสามประเทศ

เอกสารอ้างอิง

กฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชน. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.

คำตัดสินของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติในคดี *Ratiani v. Georgia*, CCPR/C/84/D/975/2001.

คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 2965/2538

คำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ 607-608/2549

คำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ ส.660/2559

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555

คำสั่งของศาลชั้นต้น คดีหมายเลขแดงที่ 12083/2526

จตุรนต์ ธีระวัฒน์. กฎหมายระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.

นพนินิ สุริยะะ. Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.

ประสิทธิ เอกบุตร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551.

พระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต พ.ศ. 2527. ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 1 ตอนที่ 131 (ฉบับพิเศษ) (26 กันยายน 2527).

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ค.ศ. 1996

สมยศ เชื้อไทย. หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551.

A Comparative Study. ed. David Sloss. New York: Cambridge University Press, 2009.

Anthony Aust. *Modern Treaty Law and Practice*. 2nd Edition. New York: Cambridge University Press, 2007.

Anthony A. D'Amato. *The Concept of Custom in International Law*. London: Cornell University Press, 1971.

D. Carreau. *Droit International Public*. Paris: Pedone, 1986. อ้างใน จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.

David Thór Björgvinsson. *The Intersection of International Law and Domestic Law*. Massachusetts: Edward Elgar, 2015.

D.P.O' Connell. *International Law*. London: Stevens & Sons Limited, 1970.

Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts

Gerald Fitzmaurice. "The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law." *Hague Recueil* 92 (1957).

Hans Kelsen. *Principles of General Theory of Law and State*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2007.

Hersch Lauterpacht. *International Law and Human Rights*. London: Stevens & Sons, 1950.

Heinrich Triepel. “Les rapports entre le droit interne et le droit international.” *Recueil des Cours* 1, no. 1 (1923).

Ian Brownlie. *Principles of Public International Law*. 7th Edition. New York: Oxford University Press, 2008.

International Covenant on Civil and Political Rights

Lassa Oppenheims. *International Law A Treatise Vol.1 Peace*. Second Edition. London: Longmans Green and Co., 1912.

Michael P. Van Alstine. *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*. Edited by David Sloss. New York: Cambridge University Press, 2009.

North Sea Continental Shelf Case, I.C.J. 1969

R & Hape. *The Exchange of Greek and Turkish Populations*. PCIJ Ser. B, No.10. Advisory Opinion. (2007).

Statute of the International Court of Justice

The Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969

United Nations. “Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001.” http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. (accessed April 8, 2017).

Reference

Basic Law for the Federal Republic of Germany.

Constitution of the Republic of South Africa, 1996.

Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2540.

Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2550.

Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560.

Decision of Human Rights Committee. *Case of Ratiani v. Georgia*. CCPR/C/84/D/975/2001.

D. Carreau. *Droit International Public*. Paris: Pedone, 1986 cited in Jaturon Thirawat. *International Law*. Third Edition. Bangkok: Vinyuchon, 2012.

Decision of the Constitutional Court of Thailand. Case No. 12/2555.

Diplomatic Privilege and Immunity Act, B.E. 2527. Royal Thai Government Gazette Vol.1 Part 131 (Limited Edition) (26 September B.E. 2527).

Judgement of the Court of Appeal of Thailand. Case No. 2965/2538.

Judgement of the Central Administrative Court of Thailand. Case No. 607-608/2549.

Judgement of the Central Administrative Court of Thailand. Case No. Sor 660/2559.

Jaturon Thirawat. *International Law*. Third Edition. Bangkok: Vinyuchon, 2012.

Order of the Court of the First Instance of Thailand. Case No. 12083/2526.

Kiangkrai Charoenthanawat. *Fundamental of Public Law*. Bangkok: Vinyuchon, 2012.

Noppanit Suriya. *Lecture Notes International Law 1*. Tenth Edition. Bangkok: Vinyuchon, 2016.

Prasit Ekkabut. *International Law 1 Treaty*. Bangkok: Vinyuchon, 2008.

Somyot Chuathai. *Introduction to Public Law*. Fourth Edition. Bangkok: Vinyuchon, 2008.