

กฎหมายระหว่างประเทศ

ผศ.จิตรา เพียรล้ำเลิศ

คำถาม

กระบวนการก่อตั้งของจารีตประเพณีระหว่างประเทศอันเป็นที่มาหลักอย่างหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ จะต้องอาศัยองค์ประกอบใดบ้าง จงอธิบาย

แนวตอบ

กระบวนการก่อตั้งของจารีตประเพณีระหว่างประเทศต้องอาศัยองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ คือ ทางปฏิบัติ และความเชื่อมั่นว่ามีพันธกรณีตามกฎหมาย

1. **ทางปฏิบัติ** หมายถึง ทางปฏิบัติของนานาชาติ (The Practice of States) ซึ่งเกิดจากการที่มีการปฏิบัติของรัฐภายใต้ขอบเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐ เช่น การออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ การกระทำของฝ่ายบริหาร คำพิพากษาของศาล หรือการปฏิบัติระหว่างรัฐ ซึ่งมีผลในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ภายใต้อำนาจรัฐจะต้องมีการปฏิบัติอย่างเดียวกันนั้นซ้ำๆ เรื่อยมาเพื่อเป็นการยืนยันว่า รัฐนั้นๆ ยึดถือเป็นทางปฏิบัติของตนเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในเรื่องนั้นๆ และจะยอมรับทางปฏิบัติทำนองเดียวกันนั้นของรัฐอื่นๆ ต่อตนด้วย อันถือว่าเป็น “กรณีตัวอย่าง” (precedents)

ทั้งนี้ จะต้องมีการกรณีตัวอย่างในทางปฏิบัติของรัฐหลายๆ รัฐในแนวทางเดียวกันเป็นจำนวนมากพอที่จะทำให้เห็นว่า ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเรื่องนั้นๆ นานาชาติซึ่งถือได้ว่าเป็นตัวแทน (representative) ของประชาคมระหว่างประเทศจะถือปฏิบัติกันเช่นใด และจะต้องไม่มีทางปฏิบัติของกลุ่มรับอื่นๆ จำนวนมากที่ไม่ยอมรับหรือคัดค้านทางปฏิบัตินี้อย่างไม่ลดละ

2. **ความเชื่อมั่นว่ามีพันธกรณีตามกฎหมาย (Opinio Juris)** นับเป็นองค์ประกอบที่มีความสำคัญยิ่ง ด้วยเหตุว่า ทางปฏิบัติของรัฐแต่เพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะก่อให้เกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ รัฐยังต้องปฏิบัติไปโดยมีความเชื่อมั่นว่า หลักการที่รัฐถือปฏิบัติตามในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้นเป็นกฎหมาย หรือกฎหมายอนุญาตหรือบังคับให้ทำเช่นนั้น ดังนั้นหากรัฐปฏิบัติตามทางปฏิบัติใด โดยอาศัยความเชื่อหรือการปฏิบัติเพราะความสะดวกเหมาะสมโดยปราศจากความเชื่อมั่นในพันธกรณีตามกฎหมายแล้ว ย่อมไม่ถือว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

หมายเหตุ นอกจากองค์ประกอบ 2 ประการข้างต้น คือ 1) ทางปฏิบัติของนานาชาติ ซึ่งถือเป็นองค์ประกอบทางด้านวัตถุ (material element) และ 2) Opinio Juris ซึ่งถือเป็นองค์ประกอบทางด้านจิตใจ (psychological element) แล้ว นักกฎหมายระหว่างประเทศบางท่านยังเห็นว่าต้องมีองค์ประกอบประการที่ 3 คือ องค์ประกอบด้านเวลา (time element) อีกด้วย

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันเทคโนโลยี การคมนาคม และการสื่อสาร พัฒนาและรวดเร็วขึ้นมาก ทำให้สามารถเกิดกรณีตัวอย่างขึ้นมาเป็นจำนวนมากในช่วงเวลาสั้นๆ และเมื่อข่าวสารแพร่ไปได้อย่างรวดเร็ว นานาชาติจึงกำหนดท่าทีของตนต่อการปฏิบัติของรัฐอื่นๆ ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้รวดเร็วขึ้นกว่าเดิม ส่งผลให้สามารถเกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศขึ้นได้อย่างรวดเร็วหรือฉับพลัน ดังนั้น นักกฎหมายระหว่างประเทศส่วนหนึ่งจึงจำแนกองค์ประกอบของการเกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้เพียง 2 ประการข้างต้นเท่านั้น โดยมีได้กล่าวถึงองค์ประกอบด้านเวลาด้วย

## วิเคราะห์

จากการตรวจคำตอบข้อสอบของนักศึกษา พบว่า

1. มีนักศึกษาจำนวนไม่มากนักที่ตอบว่า การเกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศมี 3 องค์ประกอบ คือ 1) องค์ประกอบทางด้านวัตถุหรือทางปฏิบัตินานาชาติ 2) องค์ประกอบทางด้านเวลา และ 3) องค์ประกอบทางด้านจิตใจ (Opinio Juris) ดังนี้ ก็ถูกต้องเช่นกัน แต่ทั้งนี้ นักศึกษาจะต้องสามารถอธิบายองค์ประกอบแต่ละข้ออย่างครบถ้วนถูกต้องสมบูรณ์ด้วย จึงจะได้คะแนนดี

2. โดยทั่วไปแล้ว นักศึกษาจะมีได้ตอบองค์ประกอบของการเกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศตามแนวตอบที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น เช่น นักศึกษาบางส่วนก็จะตอบว่า ต้องอาศัยองค์ประกอบเรื่องประชากร ดินแดน รัฐบาล และเอกราชอธิปไตย ซึ่งอันที่จริงเป็นเรื่ององค์ประกอบของการเป็นรัฐหรือการเกิดรัฐ หรือนักศึกษาบางส่วนก็ตอบว่า องค์ประกอบของการเกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศ คือ สนธิสัญญา หลักกำหนดทั่วไป คำสอนของนักนิติศาสตร์ ฯลฯ ซึ่งเป็นเรื่องของที่มา (sources) ต่างๆของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ใช่องค์ประกอบของการเกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้น นักศึกษาจึงไม่ได้คะแนน

3. นักศึกษาจำนวนมากที่ตอบว่า การเกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศต้องอาศัยองค์ประกอบโดยจำแนกตามแนวตอบที่ได้ให้ไว้ข้างต้น แต่มีได้อธิบายขยายความองค์ประกอบแต่ละประการเลย หรือมีคะแนนที่อธิบายไม่ถูกต้องสมบูรณ์ เช่นนี้ นักศึกษาที่จะไม่ได้คะแนนส่วนของการอธิบาย หรือได้คะแนนไม่มากเท่าที่ควร

4. นอกจากนั้น นักศึกษาอีกบางส่วนก็ตอบเฉพาะองค์ประกอบอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น เช่น ตอบเกี่ยวกับองค์ประกอบในส่วนของทางปฏิบัติของนานาชาติ (The Practice of States) เท่านั้น เป็นต้น ดังนี้ คำตอบย่อมไม่สมบูรณ์ คะแนนจึงไม่สมบูรณ์ตามไปด้วย

สำหรับนักศึกษาที่พลาดในการตอบข้อสอบอัตนัยในการสอบไล่ภาคการศึกษาที่ 1/2546 นี้ อาจารย์ขอแนะนำว่า ก่อนที่นักศึกษาจะอ่านเนื้อหาของแต่ละหน่วยแต่ละตอน นักศึกษาควรอ่านแนวคิดในแผนการสอนประจำหน่วย และแผนการสอบประจำตอน เพื่อจะได้ทราบประเด็นอันเป็นสาระสำคัญของแต่ละหน่วยแต่ละตอนเสียก่อน แล้วจึงอ่านทำความเข้าใจในรายละเอียดของเรื่องนั้นๆต่อไป

\*\*\*\*\*

**ที่มา: เฉลยคำตอบ 1/2546 จากวารสารกฎหมาย มสธ. ฉบับเดือน ธันวาคม 2546**

“อัตนัยอีก 2 ข้อ อยู่ในประเด็น เอกสิทธิ์ทางการทูต และการเสียสัญชาติ (ช่อมอาจจะอยู่ในประเด็นเดิม หรืออาจจะใกล้เคียง ดังนั้นศึกษาประเด็นเก่าไว้ไม่เสียหลายครั้ง”

...ขอให้โชคดีในการสอบครับ...

**noom 4 ม.ค.46**