

บทที่ 3

จารีตประเพณีและแหล่งกำเนิดอื่นของกฎหมายระหว่างประเทศ

นอกจากสนธิสัญญาซึ่งเป็นแหล่งกำเนิดที่สำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ยังมีจารีตประเพณีและแหล่งกำเนิดอื่นอันได้แก่ หลักกฎหมายทั่วไป คำพิพากษาของศาล คำสอนของนักนิติศาสตร์ และหลักความเที่ยงธรรม

หมวดที่ 1

จารีตประเพณีระหว่างประเทศ

จารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นแหล่งกำเนิดหรือที่มาที่สำคัญอีกประการหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ

ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ มาตรา 38 กำหนดว่า

1. ศาลนี้ซึ่งมีหน้าที่พิจารณาคำพิพากษากรณีพิพาทที่มาสู่ศาลตามกฎหมายระหว่างประเทศจะต้องใช้

ก. (สนธิสัญญาระหว่างประเทศ)

ข. จารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งได้แก่การปฏิบัติทั่วไปที่ได้รับการยอมรับเสมือนหนึ่งเป็นกฎหมาย

กล่าวได้ว่ากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งมีที่มาจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น มีบทบาทที่สำคัญยิ่งในกฎหมายระหว่างประเทศ ประวัติความเป็นมาของกฎหมายระหว่างประเทศแสดงให้เห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศเกิดขึ้นพร้อมกับกฎเกณฑ์แรกๆ ของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เช่น กฎเกณฑ์ที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องความสัมพันธ์ทางการทูต ในเรื่องสงคราม และในเรื่องสิทธิเสรีภาพของการเดินเรือในทะเลหลวง เป็นต้น

ต่อมา เมื่อสังคมระหว่างประเทศพัฒนา สมาชิกของสังคมมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น และมีความสัมพันธ์กันมากขึ้น ทำให้เกิดกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีที่สำคัญๆ ซึ่งเป็นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในเรื่องอนุญาโตตุลาการ ในเรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศ และในเรื่องการทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐ ฯลฯ

หลักการในเรื่อง *Pacta sunt servanda* (สัญญาต้องปฏิบัติตามสัญญา) ซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญยิ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ ก็มีที่มาจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

หลักเกณฑ์ที่จะพิจารณาว่า การปฏิบัติอย่างใดของรัฐที่ก่อให้เกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ก็มีที่มาจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศเช่นกัน⁽¹⁾

ถึงแม้ว่าจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะเป็นที่มาของแหล่งกำเนิดอื่นๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาหรือหลักการทั่วไปของกฎหมาย และกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่สำคัญที่สุดของกฎหมายระหว่างประเทศส่วนใหญ่แล้วล้วนแต่เป็น หรือเคยเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ตาม นับตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา นานาประเทศให้ความสำคัญกับสนธิสัญญาประเภทสนธิสัญญากฎหมาย (Law making treaty) มาก จนทำให้กฎจารีตประเพณีระหว่างประเทศกลายเป็นบ่อเกิดหรือแหล่งกำเนิดของกฎหมายระหว่างประเทศในอันดับสองรองจากสนธิสัญญา (เช่น อวรมนุษยศาสตร์ระหว่างประเทศ มาตรา 38 ตามที่ยกมากล่าวข้างต้นกำหนดให้จารีตประเพณีระหว่างประเทศ อยู่ในข้อที่มีอันดับรองจากสนธิสัญญา) อย่างไรก็ตามการที่จารีตประเพณีเป็นแหล่งกำเนิดหรือบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศในอันดับรองจากสนธิสัญญา ไม่ได้หมายความว่าสนธิสัญญามีลำดับศักดิ์หรือมีค่าบังคับในทางกฎหมายเหนือกว่าจารีตประเพณี ทั้งสนธิสัญญาและจารีตประเพณีต่างมีค่าบังคับหรือมีลำดับศักดิ์ในทางกฎหมายเสมอเหมือนกัน

ในกรณีที่ข้อกำหนดในสนธิสัญญาเกิดขัดแย้งกับกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณี ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ว่า ข้อกำหนดตามสนธิสัญญาเกิดขึ้นก่อนหรือหลังกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณี

กล่าวคือ ในกรณีที่มีการทำข้อตกลงไว้เป็นสนธิสัญญาระหว่างกันแล้ว เกิดมีประเพณีปฏิบัติที่แตกต่างไปจากข้อตกลง และประเพณีปฏิบัติดังกล่าวได้กลายเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศขึ้นมา เช่นนี้แล้ว ก็ต้องถือว่ากฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีดังกล่าวมีผลลบล้างข้อกำหนดในสนธิสัญญา

แต่ถ้ามีกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีอยู่แล้ว ต่อมามีการทำสนธิสัญญาที่มีข้อกำหนดขัดแย้งกับกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีดังกล่าว รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาก็ต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในสนธิสัญญา เว้นแต่กฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีดังกล่าวนั้น เป็นกฎเกณฑ์อันมิอาจละเมิดได้ หรือเป็นกฎเกณฑ์ที่ยกเว้นไม่ได้ (Peremptory norm หรือ *Jus Cogens*)

(1) Nguyen Quoc Dinh, เรื่องเดิม, หน้า 310.

ในการศึกษาเรื่องจารีตประเพณีระหว่างประเทศ มีหัวข้อสำคัญที่ต้องพิจารณา 2 ประการ ดังนี้

- (1) ลักษณะของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ
- (2) ประเภทของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

1. ลักษณะของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

พิจารณาจากธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ มาตรา 38(1) ข จะเห็นได้ว่าธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ต้องการอธิบายลักษณะของจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ศาลจะนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคิดว่าต้องเป็นจารีตประเพณีที่มีหลักฐานว่าเป็นการปฏิบัติโดยทั่วไป และมีการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย

ดังนั้น จารีตประเพณีระหว่างประเทศจึงต้องพร้อมด้วยองค์ประกอบ 2 ประการ

- (1) การปฏิบัติทั่วไป และ
- (2) การยอมรับว่าเป็นกฎหมาย

1.1 การปฏิบัติทั่วไป

องค์ประกอบประการแรกนี้ เป็นองค์ประกอบในทางข้อเท็จจริง กล่าวคือกรณีที่จะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้นั้น ในเบื้องต้นต้องมีการกระทำหรือการปฏิบัติเสียก่อน การปฏิบัตินั้นต้องเป็นการปฏิบัติของบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นการปฏิบัติโดยทั่วไป กล่าวคือ เป็นการปฏิบัติที่ยึดถือหลักการเดียวกัน แบบเดียวกันหรือเหมือนกัน และต้องปฏิบัติซ้ำแล้วซ้ำอีก สม่ำเสมอติดต่อกันเป็นระยะเวลาพอสมควร ทั้งนี้ต้องไม่มีบุคคลอื่นในกฎหมายระหว่างประเทศคัดค้าน หรือขัดขวางการปฏิบัติดังกล่าว

การปฏิบัติอาจจะเป็นการปฏิบัติที่มีลักษณะระหว่างประเทศ หรือเป็นการปฏิบัติที่มีลักษณะภายในประเทศ ซึ่งเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐก็ได้

การปฏิบัติที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เช่น การทำสนธิสัญญา รัฐต่างๆ ทำสนธิสัญญาระหว่างกันแล้วมีการกำหนดเงื่อนไขอย่างเดียวกันไว้ในสนธิสัญญาต่างๆ ที่ทำขึ้น หากมีการทำเช่นนี้ติดต่อกันในช่วงระยะเวลาหนึ่ง การกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวไว้ในสนธิสัญญาก็อาจกลายเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ เช่น สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่รัฐต่างๆ ทำระหว่างกัน ก็ถือว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้

การปฏิบัติที่มีลักษณะภายในประเทศที่เป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายตุลาการของรัฐก็อาจทำให้เกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้

การกระทำของฝ่ายบริหาร เช่น การปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ และบรรดาทูตทั้งหลาย การปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐต่อเมื่อเป็นการปฏิบัติที่อยู่ในอำนาจของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น เช่น การแถลงการณ์ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศเกี่ยวกับหลักการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือแม้แต่บันทึกหนังสือติดต่อ (correspondance) ที่กระทรวงการต่างประเทศได้ทำขึ้นเพื่อให้พนักงานทูตหรือพนักงานกงสุลปฏิบัติเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ ก็อาจถือได้ว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

กฎหมายของฝ่ายบริหาร เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ฯลฯ ก็ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ ประกาศของฝ่ายบริหารของรัฐในการกำหนดอาณาเขตทางทะเล จึงถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ และเป็นพื้นฐานที่ก่อให้เกิดหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้

การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ เช่นการบัญญัติกฎหมาย เช่น ใน ค.ศ.1876 รัฐสภาอังกฤษได้ออกรัฐบัญญัติ Customs consolidation Act ให้อำนาจพนักงานตรวจคนเข้าเมืองและศุลกากรเข้าตรวจค้นเรือที่แล่นคาบเกี่ยวเข้ามาในทะเลอาณาเขต หรือใน ค.ศ.1935 สหรัฐอเมริกาออกรัฐบัญญัติ Anti Smuggling Act ให้อำนาจพนักงานตรวจคนเข้าเมืองและศุลกากรเข้าตรวจค้นเรือที่แล่นคาบเกี่ยวเข้ามาในทะเลอาณาเขต⁽¹⁾

การกระทำของฝ่ายตุลาการ เช่น คำพิพากษาของศาล ส่วนการกระทำของเอกชนหรือพลเมืองของรัฐนั้น ไม่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ

นอกจากการกระทำหรือการปฏิบัติของรัฐแล้ว การปฏิบัติขององค์การระหว่างประเทศ สถาบันยุติธรรมระหว่างประเทศ หรือองค์การเอกชนที่ไม่ได้สังกัดกับรัฐ (Organization non gouvernementales) ก็อาจทำให้เกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้เช่นเดียวกัน

(1) จีดี เศรษฐบุตร, เรื่องเดิม, หน้า 170.

การปฏิบัติขององค์การระหว่างประเทศที่อาจก่อให้เกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เช่น มติต่างๆ ของคณะมนตรีความมั่นคง และมติต่างๆ ของสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติ ที่กำหนดวิธีการปฏิบัติที่มีรูปแบบเดียวกันและเหมือนกัน ในการธำรงไว้ซึ่งสันติภาพของโลก

คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในประเด็นข้อกฎหมายที่เหมือนกัน และตัดสินไปในแนวทางเดียวกันหลายคดี

การปฏิบัติขององค์การเอกชนที่มีได้สังกัดรัฐ เช่น การปฏิบัติขององค์การกาชาดสากลในการเข้าไปให้ความช่วยเหลือ เมื่อมีการขัดแย้งกันด้วยการใช้กำลังอาวุธในดินแดนต่างๆ ของโลก

มติขององค์การระหว่างประเทศ คำพิพากษาของศาล และการปฏิบัติขององค์การเอกชนดังกล่าว ย่อมก่อให้เกิดเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้

อนึ่งการปฏิบัติที่ก่อให้เกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รวมถึงการละเว้นปฏิบัติด้วย ทั้งนี้การละเว้นการปฏิบัติดังกล่าว ต้องแสดงให้เห็นว่ารัฐที่ละเว้นการปฏิบัติ เพราะมีมูลเหตุชุกจงโดยจิตได้สำนึกให้เชื่อว่า ตมมีหน้าที่ซึ่งเป็นพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศให้ละเว้นการปฏิบัติ

นอกจากการปฏิบัติจะรวมถึงการละเว้นการปฏิบัติแล้ว ยังรวมถึงการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นต่อการปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดในกฎหมายระหว่างประเทศของบุคคลอื่นว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมาย หรือถูกต้องและเหมาะสมด้วย

สำหรับระยะเวลาในการปฏิบัติที่ว่ายาวนานนั้น ไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอน จึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแต่ละกรณี การอ้างสิทธิอธิปไตยของรัฐต่างๆ เหนือทรัพยากรธรรมชาติบนไหล่ทวีปนั้น ใช้เวลาไม่นานก็ทำให้สิทธิดังกล่าวกลายเป็นกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ ก่อนที่จะมีการรับรองสิทธิดังกล่าวไว้ในอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1958 ว่าด้วยไหล่ทวีป

กล่าวโดยสรุป เจือนไขสำคัญของการปฏิบัติอันก่อให้เกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ได้แก่ การปฏิบัติที่เหมือนกัน แบบเดียวกัน หลายครั้งซ้ำกัน สม่่าเสมอหรือติดต่อกันเป็นระยะเวลาาน กรณีต่างๆ ที่แสดงให้เห็นถึงการปฏิบัติซึ่งศาลพิจารณาเห็นว่าก่อ

ให้เกิดเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เช่น ในคดี Haya de la Torre (คดีสิทธิในการลี้ภัย) และคดี (Right of passage over Indian territory) สิทธิการผ่านดินแดนของประเทศอินเดีย)

1.2 การยอมรับว่าเป็นกฎหมาย

องค์ประกอบในประการที่สองนี้ เป็นองค์ประกอบในทางจิตใจ กล่าวคือการปฏิบัติที่ทำให้เกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศ บุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศที่ปฏิบัติจะต้องยอมรับในขณะที่ปฏิบัติด้วยจิตสำนึกว่า มีพันธกรณีตามกฎหมายที่ต้องปฏิบัติ ดังนั้น การปฏิบัติต่อกันในทางการทูตหรือปฏิบัติตามที่เคยปฏิบัติต่อกันมา โดยปราศจากจิตสำนึกว่าเป็นพันธกรณีตามกฎหมายแล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นการปฏิบัติอันก่อให้เกิดกฎเกณฑ์ที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแสดงความเห็นที่เป็นการอธิบายขององค์ประกอบประการที่สองของจารีตประเพณีระหว่างประเทศนี้ไว้ในคดี North Sea Continental Shelf ว่า รัฐทั้งหลายจำเป็นต้องมีความรู้สึกในการปฏิบัติเสมือนหนึ่งว่า เป็นพันธกรณีในทางกฎหมาย การปฏิบัติบ่อยครั้งก็ดี การปฏิบัติประจำก็ดี ยังไม่เป็นการเพียงพอที่จะทำให้เกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เนื่องจากมีการปฏิบัติระหว่างประเทศเป็นจำนวนมาก เช่นในเรื่องพิธีการทางการทูต เป็นต้น แทบจะไม่แตกต่างกันแต่อย่างใด แต่การปฏิบัติดังกล่าวมีมูลเหตุมาจากมารยาทตามโอกาสและประเพณีเท่านั้น หากใช้ความรู้สึกว่ามีพันธกรณีในทางกฎหมายไม่

อย่างไรก็ดี ย่อมเป็นการยากที่จะพิสูจน์ให้เห็นว่า การปฏิบัติอย่างใดเป็นการปฏิบัติอย่างมีจิตสำนึกว่า มีพันธกรณีตามกฎหมายที่ต้องปฏิบัติ ดังนั้น การปฏิบัติติดต่อกันเป็นระยะเวลายาวนานเกินกว่าศตวรรษ จึงอาจถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติที่มีจิตสำนึกในพันธกรณีตามกฎหมาย ตามที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิพากษาไว้ในคดีสิทธิการผ่านดินแดน (Affaire du droit de passage) ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิพากษาว่า การปฏิบัติติดต่อกันเป็นเวลานาน อาจเป็นการพิสูจน์ว่ารัฐที่ปฏิบัติมีความเชื่อมั่นว่ามีพันธกรณีตามกฎหมาย

2. ประเภทของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

มีการแบ่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศออกเป็น จารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไป และจารีตประเพณีท้องถิ่น

2.1 จารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไป

ได้แก่กฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีขอบเขตการใช้ทั่วไปในบรรดารัฐสมาชิกของสมาคมระหว่างรัฐ เช่น กฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของรัฐ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากหลักการในเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐ ทำให้เกิดปัญหาว่า รัฐที่ไม่ได้มีส่วนร่วมในการก่อให้เกิดกฎเกณฑ์ที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไปก็ดี รัฐที่ไม่ได้แสดงออกโดยชัดแจ้งว่ายอมรับกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไปก็ดี ตลอดจนรัฐที่แสดงออกชัดแจ้งว่าไม่ยอมรับกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไปในเรื่องหนึ่งเรื่องใดก็ดี รัฐดังกล่าวมีพันธกรณีตามกฎหมายที่จะต้องเคารพ หรือปฏิบัติตามกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไปดังกล่าวหรือไม่

ปัญหาดังกล่าวมีความเห็นซึ่งสรุปได้ ดังนี้⁽¹⁾

(1) ถือว่าไม่ใช่เรื่องจำเป็นอย่างใดที่รัฐจะต้องมีส่วนร่วมโดยตรงในการก่อให้เกิดกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไป จึงจะทำให้รัฐมีพันธกรณีต้องปฏิบัติหรือเคารพกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไปดังกล่าว เช่น กฎหมายทะเลในสมัยที่ยังเป็นกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไป (ปัจจุบันเป็นกฎเกณฑ์แห่งสนธิสัญญาระหว่างประเทศแล้ว คือ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982) กฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไปดังกล่าว เกิดจากการปฏิบัติและการยอมรับโดยทั่วไปของประเทศในทวีปยุโรปสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 17 และ 18 ประเทศดังกล่าวส่วนใหญ่แล้วเป็นประเทศมหาอำนาจทางทะเลในสมัยนั้น ประเทศในทวีปเอเชียก็ดี ประเทศที่ไร้ชาย

(1) Hubert Thierry, Droit international public, Paris, Editions Montchrestien, 1970, หน้า 145.

ฝั่งก็ดี ไม่ได้มีส่วนในการก่อให้เกิดหลักเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไปดังกล่าว แต่อย่างใด ก็ยังมีพันธกรณีต้องเคารพและปฏิบัติตาม

(2) ในทำนองเดียวกัน ก็ถือได้ว่าไม่ใช่เรื่องจำเป็นอย่างใด ที่รัฐต้องแสดงออกโดยชัดแจ้งว่า ยอมรับกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไปเสียก่อน หลักเกณฑ์ดังกล่าวจึงจะผูกพันรัฐ ก่อให้เกิดเป็นพันธกรณีที่รัฐจะต้องเคารพและปฏิบัติตาม

ปัญหาในเรื่องนี้เกิดจากการที่สังคมนระหว่างรัฐมีประเทศเกิดขึ้นใหม่เป็นจำนวนมาก ในทันใดที่ประเทศเหล่านี้เกิดขึ้นหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งมีสภาพเป็นรัฐ ประเทศเหล่านี้ก็พบว่าตัวเองมีพันธกรณีตามกฎหมายที่ต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไปซึ่งมีอยู่มากมาย โดยที่ตัวเองไม่มีโอกาสที่จะมีส่วนร่วมในการก่อให้เกิดจารีตประเพณีดังกล่าวแต่อย่างใด

เหตุผลที่แสดงให้เห็นว่าประเทศดังกล่าว ไม่จำเป็นต้องยอมรับโดยชัดแจ้งในหลักเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไปเสียก่อน หลักเกณฑ์ดังกล่าวจึงจะผูกพันเกิดเป็นพันธกรณีให้เคารพและปฏิบัติตาม ได้แก่ ความจริงที่ว่าทันใดที่มีสถานะภาพเป็นรัฐ ประเทศดังกล่าวยอมรับโดยปริยายในกฎเกณฑ์ทั้งหลายแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับสถานะภาพของการเป็นบุคคลระหว่างประเทศ กล่าวคือ ความสามารถในการมีสิทธิและการใช้สิทธิต่างๆ ซึ่งกฎเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวนี้ ส่วนใหญ่แล้วเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั้งสิ้น

ศาสตราจารย์ TUNKIN⁽¹⁾ ชาวรัสเซีย ผู้เขียนตำรากฎหมายระหว่างประเทศ ได้เสนอความเห็นไว้ในตำรากฎหมายของท่านว่า การเข้า ไม่มีความสัมพันธ์อย่างเป็นทางการกับรัฐอื่นๆ โดยปราศจากข้อสงวน แสดงว่ารัฐเกิดใหม่ยอมรับหลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่บังคับใช้อยู่ในส่วนที่เกี่ยวกับพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ เปรียบเทียบได้กับกรณีที่ต้องชำระประชาธิปไตยรับรัฐเข้าเป็นสมาชิกใหม่ขององค์การรัฐสมาชิกใหม่ย่อมมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามกฎบัตรขององค์การฯ ข้อ 1. วรรค 1. กล่าวคือพันธกรณีที่ต้องระงับข้อพิพาทให้สอดคล้องกับหลักการแห่งความยุติธรรมและกฎหมายระหว่างประเทศ

(1) G. Tunkin, Droit international public อ้างไว้ใน Hubert Thierry, เรื่องเดียวกัน, หน้า 147.

(3) สำหรับกรณีรัฐปฏิเสธชัดเจน ไม่ยอมผูกพันกับกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีกฎเกณฑ์หนึ่งกฎเกณฑ์ใด ย่อมเป็นเรื่องตรงกันข้ามกับ (1) และ (2) เนื่องจากเป็นกรณีรัฐใช้สิทธิแห่งอำนาจอธิปไตยที่จะไม่ผูกพันตนเองกับกฎเกณฑ์ที่ตนพิจารณาเห็นว่าไม่เป็นธรรมกับตน ในคดี "การทำประมง" ศาลได้กล่าวไว้ในคดีว่าไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไร กฎเกณฑ์ว่าด้วยลิบไมล์ไม่อาจนำมาใช้กับนอร์เวย์ได้ เนื่องจากนอร์เวย์คัดค้านตลอดมาต่อความพยายามที่จะใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าวต่อฝั่งทะเลของนอร์เวย์

มีข้อสังเกตว่า การที่รัฐจะปฏิเสธ ไม่ยอมรับกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไปนั้น ต้องปฏิเสธไม่ยอมรับขณะที่กฎเกณฑ์ดังกล่าวยังอยู่ในสภาพของการก่อตัวเป็นจารีตประเพณี หากรัฐนิ่งเฉยซึ่งทำให้สันนิษฐานได้ว่า รัฐยอมรับโดยปริยาย เมื่อกฎเกณฑ์ดังกล่าวมีสถานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว รัฐจะย้อนกลับไปปฏิเสธ ก็ไม่ทำให้รัฐพ้นจากความผูกพันในกฎเกณฑ์ดังกล่าวไปได้

2.2 จารีตประเพณีระหว่างประเทศในท้องถิ่น

ได้แก่จารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ผูกพันเฉพาะรัฐที่อยู่ในท้องถิ่น หรือในเขตภูมิภาคเดียวกัน ในบางกรณีผูกพันเฉพาะเพียงสองรัฐที่มีส่วนร่วมกันก่อให้เกิดกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าวเท่านั้น

มีคดีข้อพิพาทหลายคดีที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณาว่า รัฐมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศในท้องถิ่น เช่น คดี Haya de la Torre (คดีสิทธิลี้ภัย) และคดี Right of passage Over Indian territory (คดีสิทธิผ่านดินแดนอินเดีย)

ในคดี Haya de la Torre (คดีสิทธิลี้ภัย) มีการกล่าวอ้างถึงจารีตประเพณีท้องถิ่นที่ยอมรับกันในกลุ่มประเทศอเมริกาใต้อิน คือสิทธิที่จะให้การลี้ภัยทางการเมือง ทั้งนี้เนื่องจากการเมืองในกลุ่มประเทศดังกล่าวมักจะมีการทำรัฐประหารโค่นล้มรัฐบาลอยู่เนืองๆ

ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีว่า นาย Haya de la Torre เป็นหัวหน้ารัฐบาลเบรุตถูกยึดอำนาจจากการทำรัฐประหาร จึงเข้าไปลี้ภัยอยู่ในสถานทูตโคลัมเบีย รัฐบาลใหม่ของเปรูเรียกร้องให้โคลัมเบียส่งมอบตัว นาย Haya de la Torre โดยอ้างว่าทำผิด

ในคดีอาญา โคลัมเบียปฏิเสธ ต่อมาคดีข้อพิพาทของประเทศทั้งสองมาสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ศาลได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาในส่วนที่เกี่ยวกับจารีตประเพณีระหว่างประเทศในท้องถิ่นว่าฝ่ายที่อ้างว่ามีกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศในท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการให้การลี้ภัย ต้องให้เห็นว่ากฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีดังกล่าว ได้ก่อตัวจนกลายเป็นพันธกรณีที่ผูกพันคู่กรณีอีกฝ่าย กล่าวคือ รัฐบาลโคลัมเบียต้องพิสูจน์ว่า กฎเกณฑ์ที่อ้างถึงนั้นสอดคล้องกับการปฏิบัติที่สม่ำเสมอและแบบเดียวกันของรัฐคู่กรณี ซึ่งการปฏิบัติดังกล่าวนั้น ก่อให้เกิดเป็นสิทธิแก่รัฐที่ให้การลี้ภัย และตกเป็นภาระหน้าที่แก่รัฐเจ้าของดินแดน ที่ต้องพิสูจน์ให้เห็นว่ามีจารีตประเพณีดังกล่าวในท้องถิ่น

กล่าวโดยสรุป ศาลยุติธรรมยอมรับไปถึงกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศในท้องถิ่น แต่รัฐที่กล่าวอ้างว่ามีกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีดังกล่าวต้องพิสูจน์ให้เห็นว่า มีการปฏิบัติที่สม่ำเสมอและแบบเดียวกันของรัฐที่กล่าวอ้างและรัฐคู่กรณีจนก่อให้เกิดเป็นสิทธิและหน้าที่ระหว่างรัฐทั้งสอง

จารีตประเพณีระหว่างประเทศในท้องถิ่น เป็นจารีตประเพณีที่ผูกพันเพียง 2 ประเทศเท่านั้นก็ได้ เช่นในคดี *Right of passage over Indian territory* (คดีสิทธิผ่านดินแดนอินเดีย)

คดีดังกล่าวเป็นคดีพิพาทระหว่างอินเดียและโปรตุเกส ประเด็นที่เสนอให้ศาลวินิจฉัย คือ จารีตประเพณีก่อให้เกิดสิทธิแก่โปรตุเกสที่จะผ่านดินแดนของอินเดีย เพื่อเข้าไปยังอาณานิคมของโปรตุเกสซึ่งมีดินแดนของอินเดียล้อมอยู่ได้หรือไม่ ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า อาณานิคมของโปรตุเกสซึ่งมีดินแดนของอินเดียล้อมอยู่เกิดจาล่วงนวย โปรตุเกสจะส่งกองทหารเข้าไปรักษาความสงบเรียบร้อย แต่กองทหารต้องเดินทางผ่านดินแดนของอินเดียและอินเดียไม่ยอมให้ผ่านดินแดน

โปรตุเกสจึงเสนอคดีสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยอ้างว่า มีกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีระหว่างอินเดียและโปรตุเกส ในทางที่จะผ่านเข้าออกระหว่างดินแดนอินเดียและอาณานิคมโปรตุเกส

ศาลพิพากษาว่า กฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีที่โปรตุเกสกล่าวอ้างมีอยู่จริง แต่เป็นจารีตประเพณีในการผ่านเข้าออกของเอกชนพลเรือน ดังนั้นอินเดียนจึงมีสิทธิปฏิเสธไม่ให้กองทหารผ่าน คำพิพากษาของศาลในคดีนี้ แสดงว่าศาลยอมรับจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ผูกพันเฉพาะเพียง 2 รัฐ

มีข้อสังเกตถึงความแตกต่างที่สำคัญระหว่างจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไป และจารีตประเพณีระหว่างประเทศเฉพาะท้องถิ่น หรือเฉพาะภูมิภาค หรือจารีตประเพณีพิเศษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับขอบเขตการบังคับใช้ของจารีตประเพณี กล่าวคือ จารีตประเพณีเฉพาะท้องถิ่น หรือเฉพาะภูมิภาค หรือจารีตประเพณีพิเศษนั้น มีขอบเขตการบังคับใช้เฉพาะกับรัฐที่มีส่วนแท้จริงในการปฏิบัติที่ทำให้จารีตประเพณีก่อตัวขึ้นมา ดังนั้นถึงแม้ว่าจะเป็นรัฐที่ตั้งอยู่ในท้องถิ่น หรือเขตที่มีจารีตประเพณีระหว่างประเทศเฉพาะท้องถิ่น ในเรื่องหนึ่งเรื่องใด เช่น ในเรื่องสิทธิในการให้ลี้ภัย แต่ถ้าไม่ได้มีส่วนร่วมในการปฏิบัติที่ก่อให้เกิดจารีตประเพณี รัฐดังกล่าวจะอ้างว่าตนมีสิทธิและรัฐอีกฝ่ายหนึ่งมีพันธกรณีตามหลักเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีที่อ้างถึงไม่ได้⁽¹⁾

หมวดที่ 2

หลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไปเป็นบ่อเกิดหรือแหล่งกำเนิดอีกประการหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ

ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ มาตรา 38 กำหนดไว้ว่า

1. ศาลนี้ซึ่งมีหน้าที่ต้องพิจารณาคำพิพากษารวมถึงพิพาทที่มาสู่ศาลตามกฎหมายระหว่างประเทศ จะต้องใช้

ก. (สนธิสัญญา)

ข. (จารีตประเพณีระหว่างประเทศ)

ค. หลักกฎหมายทั่วไปที่นานาอารยประเทศให้การรับรอง

(1) Hubert Thierry, เรื่องเดียวกัน, หน้า 148.

เห็นได้ว่า ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมาตรา 38(1) ค. กำหนดไว้เพียงว่า หลักกฎหมายทั่วไปเป็นแหล่งกำเนิดอีกประการหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ นอกเหนือจากสนธิสัญญาและจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

การที่ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ กำหนดแหล่งกำเนิดของกฎหมายระหว่างประเทศทั้ง 3 ประการไว้ในลักษณะดังกล่าว โดยไม่มีการจัดลำดับศักดิ์หรือค่าบังคับในทางกฎหมายไว้ ย่อมทำให้พิจารณาได้ว่า หลักกฎหมายทั่วไปมีค่าบังคับ หรือลำดับศักดิ์ในทางกฎหมายเสมอเหมือนหรือทัดเทียมกับสนธิสัญญาและจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังเช่นที่สนธิสัญญาเสมอเหมือนหรือทัดเทียมกับจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

แต่ตามความเห็นของผู้เขียนตำรากฎหมายระหว่างประเทศ และในทางปฏิบัติของสถาบันยุติธรรมระหว่างประเทศจะถือว่า หลักกฎหมายทั่วไปเป็นแหล่งกำเนิดหรือที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศ ในอันดีรับรองจากสนธิสัญญาและจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และเป็นแหล่งกำเนิดที่มาเสริมสนธิสัญญาและจารีตประเพณีระหว่างประเทศ กล่าวคือ ในกรณีที่ตุลาการผู้ตัดสินคดีข้อพิพาทไม่มีข้อกำหนดในสนธิสัญญาหรือกฎเกณฑ์ที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่อาจใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีข้อพิพาทได้ ตุลาการผู้ตัดสินคดีข้อพิพาทก็จะใช้หลักกฎหมายทั่วไป กล่าวอีกนัยหนึ่ง หลักกฎหมายทั่วไปเป็นแหล่งกำเนิดหรือที่มาของกฎหมายที่ใช้อุดช่องโหว่ของกฎหมายระหว่างประเทศนั่นเอง

ความจริงแล้ว ก่อนหน้าที่จะมีการกำหนดไว้ในธรรมนูญยุติธรรมระหว่างประเทศให้หลักกฎหมายทั่วไปเป็นแหล่งกำเนิดของกฎหมายที่ผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ จะยกขึ้นใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีข้อพิพาทได้นั้น มีการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้เสมือนหนึ่งว่าเป็นแหล่งกำเนิดโดยตรงของกฎหมายระหว่างประเทศตั้งแต่ ค.ศ.1794 กล่าวคือคณะกรรมการผสมระหว่างอังกฤษและอเมริกาที่ตั้งขึ้นตามสนธิสัญญา Jay ได้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการตัดสินคดีข้อพิพาทตามสนธิสัญญาดังกล่าว หลังจากนั้น อนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นตามสนธิสัญญาต่างๆ ก็นิยมนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการตัดสินคดีข้อพิพาท

เมื่อมีการจัดทำอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1907 ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี มาตรา 3 ของอนุสัญญาดังกล่าวกำหนดให้อำนาจอตุลาการมีอำนาจใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการตัดสินคดีข้อพิพาท ในกรณีที่รัฐคู่พิพาทตกลงยินยอมให้ใช้หลักกฎหมายทั่วไปตัดสินคดีข้อพิพาทระหว่างกัน

ตามที่กล่าวมาข้างต้นจึงเห็นได้ว่า ก่อนที่จะมีการตั้งศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งธรรมนูญศาลฯ กำหนดให้อำนาจผู้พิพากษาของศาลฯ มีอำนาจใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการตัดสินคดีข้อพิพาทนั้น มีจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่สถาปนายุติธรรมระหว่างประเทศได้ใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการตัดสินชี้ขาดคดีข้อพิพาทอยู่แล้ว เว้นแต่เพียงว่า ในสมัยดังกล่าว การที่ตุลาการผู้ตัดสินคดีข้อพิพาทจะมีอำนาจยกหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้นั้น จำเป็นต้องมีสนธิสัญญาให้อำนาจในการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ แต่ในปัจจุบันนี้ ผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีอำนาจที่จะใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการตัดสินคดีข้อพิพาทได้โดยอัตโนมัติ (1)

ปัญหาที่ต้องพิจารณาคือมีว่า หลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลจะยกขึ้นใช้ในการตัดสินคดีข้อพิพาทนั้น ได้แก่หลักกฎหมายทั่วไปอย่างไร

ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกำหนดไว้แต่เพียงว่า เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นานาอารยประเทศให้การรับรอง

เห็นได้ว่า คำอธิบายลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า "ที่นานาอารยประเทศให้การรับรอง" นั้น ไม่ทำให้ทราบได้แน่ชัดในทันทีว่า ได้แก่หลักกฎหมายทั่วไปอย่างไร

นักนิติศาสตร์บางท่านอย่างเช่น Judge Tanaka ซึ่งเป็นผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้แสดงความเห็นไว้ในคดี South West Africa ว่าหลักกฎหมายตามที่ธรรมนูญศาลยุติธรรมมาตรา 38 (1) ก กำหนดไว้นั้น คือหลักกฎหมายที่มีกฎหมายธรรมชาติ (Natural law) เป็นองค์ประกอบสำคัญ

แต่ความเห็นดังกล่าวก็ถูกโต้แย้งด้วยเหตุผลที่ว่า หลักกฎหมายที่กำหนดไว้ในมาตรา 38 (1) ก มีการขยายความว่า เป็นหลักกฎหมายที่นานาประเทศให้การรับรอง ซึ่งเป็นการ

(1) Nguyen Quoc Dinh, เรื่องเดิม, หน้า 317.

แสดงว่า เป็นหลักกฎหมายที่มีอยู่ในกฎหมายที่บังคับใช้จริง (droit positif) ของรัฐต่างๆ ไม่ใช่หลักกฎหมายที่มาจากแนวความคิดที่เลื่อนลอยของกฎหมายธรรมชาติ (Natural law)

ผู้เขียนตำรากฎหมายระหว่างประเทศที่มีชื่อเสียงบางท่าน อย่างเช่น George Scelle หรือ G.Tunkin นักนิติศาสตร์ชาวรัสเซีย มีความเห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไปเป็น หลักกฎหมายที่รวมอยู่ในจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงไม่ใช่แหล่งกำเนิดอิสระต่างหากจากแหล่งกำเนิดที่เป็นสนธิสัญญาหรือจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

แต่ความเห็นของ George Scelle และ G.Tunkin ดังกล่าวข้างต้นก็มีข้อโต้แย้ง เนื่องจากเป็นความเห็นที่ขัดแย้งกับข้อกำหนดของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่ง กำหนดไว้ชัดเจนว่า หลักกฎหมายทั่วไปที่ธรรมนูญศาลยุติธรรมมุ่งหมายให้อำนาจผู้พิพากษาของ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยกขึ้นมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีข้อพิพาทได้นั้น เป็นแหล่ง กำเนิดหรือที่มาของกฎหมายที่แยกต่างหากจากสนธิสัญญาและจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงไม่ใช่หลักกฎหมายที่รวมอยู่กับจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁽¹⁾

Lord Philmore ซึ่งเป็นกรรมการร่างธรรมนูญศาลยุติธรรม และผู้เขียนตำรากฎหมายระหว่างประเทศที่มีชื่อเสียงอื่นๆ เช่น Guggenheim, Oppenheim, Brownlie, Nguyen Quoc Dinh และ Charles Rousseau เป็นต้น มีความเห็นไปในทางเดียวกันว่า หลักกฎหมายที่กำหนดไว้ในธรรมนูญศาลยุติธรรมมาตรา 38 (1) ค คือหลักกฎหมายที่มีอยู่ใน ระบบกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ Oppenheim ให้ความเห็นไว้ว่า มาตรา 38 (1)ค มุ่งหมายให้อำนาจศาลที่จะใช้หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายภายใน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลัก ทั่วไปของกฎหมายแพ่งเท่าที่จะใช้ได้กับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ และ Louis Cavare⁽²⁾ อธิบายไว้ว่า ได้แก่หลักเกณฑ์ร่วมกันของกฎหมายภายในของรัฐส่วนใหญ่ เป็นหลักเกณฑ์ที่อยู่ เหนือความขัดแย้งทั้งหลายและก่อตัวเป็นมรดกทางกฎหมายร่วมกันของอารยะประเทศทั้งหลาย

(1) Nguyen Quoc Dinh, เรื่องเดิม, หน้า 318.

(2) Louis Cavare, Le droit international public, Paris, Editions A. Pedone, 1961, หน้า 221.

นอกจากหลักกฎหมายตามมาตรา 38 (1) ค หมายความว่าถึงหลักกฎหมายที่มีอยู่ในกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ แล้ว Charles Rousseau และผู้เขียนตำรากฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ อย่างเช่น J. Basdevant ยังมีความเห็นเพิ่มเติมว่า หลักกฎหมายทั่วไปที่นานาอารยประเทศรับรองนั้น รวมถึงหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้อยู่ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐด้วย

เมื่อพิจารณาความเห็นของผู้เขียนตำรากฎหมายระหว่างประเทศส่วนใหญ่ ประกอบกับพิจารณาหลักกฎหมายทั่วไปที่สถาบันยุติธรรมระหว่างประเทศยกขึ้นอ้างเป็นหลักในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่มาสู่การพิจารณาพิพากษาของสถาบันดังกล่าวแล้ว สรุปได้ว่า

หลักกฎหมายทั่วไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 38 (1) ค หมายความว่าถึง

- (1) หลักกฎหมายทั่วไปที่บังคับใช้อยู่ในกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ และ
- (2) หลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้อยู่ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ

1. หลักกฎหมายทั่วไปที่บังคับใช้อยู่ในกฎหมายภายในของรัฐต่างๆ

หลักกฎหมายทั่วไปที่บังคับใช้อยู่ในกฎหมายภายในของรัฐที่ผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะยกขึ้นใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีข้อพิพาทนั้น ต้องมีลักษณะที่สำคัญ 2 ประการ⁽¹⁾ คือ ลักษณะที่สามารถเปลี่ยนแปลงจากหลักกฎหมายทั่วไปภายในของรัฐมาเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศได้ และลักษณะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปร่วมกันของรัฐต่างๆ

1.1 ลักษณะที่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายภายในของรัฐที่จะนำมาใช้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศได้นั้น ต้องมีลักษณะที่สามารถเปลี่ยนแปลงจากหลักกฎหมายภายในของรัฐมาเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศได้ เนื่องจากหลักกฎหมายทั้งหลายที่มีอยู่ในระบบกฎหมายต่างๆ ของรัฐซึ่งเป็นสมาชิกของสังคมนานาชาติระหว่างประเทศนั้น ไม่อาจนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีข้อพิพาทระหว่างรัฐได้ทุกหลักกฎหมาย เช่น หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายภายในของรัฐในเรื่องผู้มีทุกข์ร้อนเกี่ยวกับคดี

(1) Nguyen Quoc Dinh, เรื่องเดิม, หน้า 320.

ข้อพิพาท ย่อมฟ้องร้องคดีต่อศาลยุติธรรมของรัฐได้เสมอ โดยไม่ต้องคำนึงว่าคู่พิพาทจะสมัครใจต่อผู้คดีด้วยหรือไม่ หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าว ย่อมไม่อาจเปลี่ยนแปลงจากหลักกฎหมายภายในของรัฐ มาเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศได้ เนื่องจากระเบียบทางกฎหมายของสังคมนระหว่างประเทศ ตั้งอยู่บนพื้นฐานของควมมีอำนาจอธิปไตยที่ทัดเทียมกันของรัฐที่เป็นสมาชิกของสังคม ไม่น้องีกรกลางที่มีอำนาจเหนือรัฐ สามารถบังคับรัฐให้เป็นคู่ความในคดีข้อพิพาทที่ขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ เว้นแต่รัฐจะสมัครใจยินยอมที่จะต่อสู้คดีและให้บังคับคดีตามคำชี้ขาดตัดสินคดีของศาลฯ

ในกรณีที่มีหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายภายในของรัฐหลายหลักกฎหมายที่อาจนำมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีข้อพิพาทระหว่างประเทศ สถาบันยุติธรรมระหว่างประเทศ จะเลือกใช้หลักกฎหมายทั่วไปที่สามารถเปลี่ยนแปลงปรับเข้า ได้ดีที่สุดกับระเบียบกฎหมายระหว่างประเทศ แทนที่จะเลือกใช้หลักกฎหมายทั่วไปที่มีกฎหมายภายในของรัฐต่างๆ บัญญัติไว้ร่วมกันหรือเหมือนกันมากที่สุด ด้วยเหตุนี้ศาลยุติธรรมของประชาคมยุโรปจึงมีคำตัดสินปฏิเสธที่จะใช้หลักกฎหมายทั่วไปที่กฎหมายภายในของรัฐสมาชิกของประชาคมยุโรปมีอยู่ร่วมกันมากที่สุด เนื่องจากพิจารณาเห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวกระทบกระเทือนเป็นอันตรายต่อความสมดุลย์ในทางสถาบันของประชาคมยุโรป (ศาลยุติธรรมของประชาคมยุโรปยึดถือแนวทางดังกล่าวข้างต้นในการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีที่เข้าสู่ศาลตั้งแต่ ค.ศ. 1970 เป็นต้นมา เช่น คำพิพากษาของศาลยุติธรรมของประชาคมยุโรป ลงวันที่ 5 มีนาคม 1980, affaire 265/78, Ferberda, Rec. 1980⁽¹⁾)

ตัวอย่างของหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายภายในของรัฐที่ถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นานาอารยประเทศให้การรับรอง เช่น

- หลักกฎหมายที่ว่า สัญญาจะต้องได้รับการเคารพจากผู้ทำสัญญา (Pacta sunt servanda)
- หลักกฎหมายว่าด้วย การชำระหนี้ตามสัญญาจะต้องกระทำโดยสุจริต (Le principe de la bonne foi)

(1) Nguyen Quoc Dinh, เรื่องเดิม, หน้า 321.

- หลักกฎหมายว่าด้วย การเคารพสิทธิที่ผู้อื่นได้มาเป็นเจ้าของแล้ว (Respect du droit acquis)
- หลักกฎหมายว่าด้วย ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน
- หลักกฎหมายว่าด้วย เมื่อ ใช้หนี้ไม่ตรงตามกำหนดก็ต้องเสียดอกเบี้ย (Interet moratoire)
- หลักกฎหมายว่าด้วย การใช้อำนาจในทางที่ผิด (Abus du droit)
- หลักกฎหมายว่าด้วย อำนาจแห่งสิ่งที่ได้ตัดสินแล้ว หรือห้ามฟ้องคดีซ้ำ (Le principe de l' autorite de la chose jugee)
- หลักกฎหมายว่าด้วย นิติกรรมย่อมสมบูรณ์ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่ทำนิติกรรมนั้น
- หลักกฎหมายว่าด้วย ไม่มีผู้ใดที่อาจเป็นได้ทั้งตุลาการและคู่ความในคดี

1.2 ลักษณะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปร่วมกันของรัฐต่างๆ กล่าวคือหลักกฎหมายภายในของรัฐที่ผู้พิพากษาจะยกขึ้นอ้างเพื่อใช้ในการตัดสินคดีข้อพิพาทนั้น นอกจากจะเป็นหลักกฎหมายที่สามารถเปลี่ยนแปลงปรับเข้าได้กับระเบียบของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ยังต้องเป็นหลักกฎหมายทั่วไปร่วมกันของรัฐต่างๆ (หลักกฎหมายทั่วไปที่นานาอารยะประเทศให้การรับรอง)

กล่าวได้ว่า ในปัจจุบันนี้ รัฐต่างๆ ที่เป็นสมาชิกของสมาคมแห่งรัฐนั้น ล้วนแต่เป็นรัฐที่มีอารยธรรมทั้งสิ้น ดังนั้น จึงไม่มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า หลักกฎหมายหนึ่งเป็นหลักกฎหมายของประเทศที่มีอารยธรรมหรือไม่

ข้อที่ต้องพิจารณาจึงมีเพียงว่า หลักกฎหมายทั่วไปหลักกฎหมายหนึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่รัฐต่างๆ ให้การรับรองหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งหลักกฎหมายหนึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มีกฎหมายภายในของรัฐต่างๆ บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกัน หรือเหมือนกันหรือไม่

ในปัจจุบันนี้ระบบกฎหมายสำคัญที่ใช้อยู่ในรัฐต่างๆ มีอยู่เพียง 3 ระบบ คือระบบกฎหมายโรมัน-เยอรมัน ระบบคอมมอน ลอว์ และระบบกฎหมายของประเทศสังคมนิยม ระบบกฎหมายดังกล่าวอาจได้รับอิทธิพลจากจารีตประเพณีท้องถิ่นบ้าง แต่หลักกฎหมายทั่วไปของแต่ละระบบก็มีอยู่ ดังนั้น จึงยอมไม่เป็นการยากที่จะพิจารณาว่า หลักกฎหมายทั่วไปเรื่องใด

เป็นหลักกฎหมายทั่วไปของระบบกฎหมายใด และหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวย่อมเป็นหลักกฎหมายทั่วไปร่วมกันของรัฐที่ใช้ระบบกฎหมายดังกล่าว เป็นการแสดงว่ารัฐที่ใช้ระบบกฎหมายดังกล่าวให้การรับรองหลักกฎหมายที่มีเนื้อหาว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นานาประเทศให้การรับรองหรือไม่นั่นเอง

ด้วยเหตุดังนี้ หลักกฎหมายทั่วไปจึง เหมือนกับจารีตประเพณีระหว่างประเทศในประการที่ว่า มีหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ได้กับรัฐทุกรัฐและหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้กับรัฐบางรัฐ ตัวอย่างในเรื่องนี้ได้แก่ การฉีกศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปนำหลักกฎหมายทั่วไปเฉพาะที่รัฐสมาชิกของประชาคมฯ มีอยู่ร่วมกันเท่านั้นมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่มาสู่ศาล

2. หลักกฎหมายทั่วไปที่บังคับใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ

- หลักกฎหมายว่าด้วย การสืบสิทธิของรัฐ
- หลักกฎหมายว่าด้วย การไม่เข้าแทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่น
- หลักกฎหมายว่าด้วย การเรียกร้องให้รัฐอื่นรับผิดชอบระหว่างประเทศ ได้ต่อเมื่อไม่มีทางเรียกร้องตามกฎหมายภายในแล้ว
- หลักกฎหมายว่าด้วย กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศมีค่าบังคับทางกฎหมายเหนือกว่ากฎหมายภายในของรัฐ
- หลักกฎหมายว่าด้วย การร่วมมือกับรัฐอื่น
- หลักกฎหมายว่าด้วย การระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี
- หลักกฎหมายว่าด้วย ความเสมอภาคทางอธิปไตยของรัฐ

ฯลฯ

หมวดที่ 3

คำพิพากษาของศาล

ธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 38 (1) ง. กำหนดว่า "ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติ มาตรา 59 คำพิพากษาของศาล.....ในฐานะเป็นเครื่องช่วยให้ศาลวินิจฉัยกฎหมาย"

ธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 59 กำหนดว่า "คำพิพากษาของศาลไม่มีผลบังคับ เว้นแต่ระหว่างคู่ความ และเฉพาะคดีเท่านั้น"

คำพิพากษาของศาลเป็นแหล่งที่มาอีกประการหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ไม่ใช่เป็นแหล่งที่มาโดยตรงเหมือนเช่นสนธิสัญญาและจารีตประเพณีระหว่างประเทศ กล่าวคือ คำพิพากษาของศาลในคดีก่อนเป็นเพียงวิธีการเสริมที่ช่วยผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการในการ ใช้กฎหมาย หรือแปลความหมายของกฎหมายเท่านั้น

การที่ธรรมนูญศาล มาตรา 38 กำหนดให้คำพิพากษาของศาลเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่มีเงื่อนไขให้อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 59 ที่กำหนดว่า คำพิพากษาไม่มีอำนาจผูกพันบุคคลอื่นนอกเหนือจากคู่กรณี และถึงแม้ว่าในระหว่างคู่กรณี ก็ผูกพันเฉพาะในคดีที่พิพาทกันเท่านั้น เป็นการแสดงว่าธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่มีความมุ่งหมายให้ศาลมีอำนาจในการสร้างกฎหมาย เหมือนเช่นศาลในระบบกฎหมาย Common Law หรือศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศส แต่มีความมุ่งหมายให้คำพิพากษาของศาล ที่นอกเหนือไปจากความผูกพันระหว่างคู่กรณีแล้ว เป็นเพียงคำประกาศหรือเป็นเพียงการแปลความหมายของกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ของกฎหมาย และเป็นเพียงการค้นหาหรือตรวจสอบกฎเกณฑ์ที่มีอยู่แล้ว และยืนยันเป็นหลักฐานว่ามีกฎเกณฑ์ดังกล่าวอยู่จริงเท่านั้น

กล่าวโดยสรุป คำพิพากษาของศาลจึงไม่ใช่เป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศ ในตัวเองเหมือนเช่นสนธิสัญญาและจารีตประเพณี แต่เป็นเพียงหลักฐานที่แสดงว่ามีกฎเกณฑ์อย่างหนึ่งอย่างใดอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่า คำพิพากษาของศาลในคดีก่อนพึงได้รับการเคารพและยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติ เว้นเสียแต่ว่าคำพิพากษาของศาลในคดีก่อนนั้นจะมีข้อบกพร่อง

คำพิพากษาของศาลในคดีก่อนได้กลายเป็นสิ่งที่อยู่ได้จึงสำคัญในการปฏิบัติหน้าที่ของบรรดาผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการผู้ใช้กฎหมายระหว่างประเทศทั้งหลาย

Ian Brownlie⁽¹⁾ ผู้เขียนตำรากฎหมายระหว่างประเทศที่มีชื่อเสียงแสดงความเห็นไว้ว่า ถึงแม้ศาลมีหน้าที่เป็นเพียงผู้ใช้กฎหมาย ไม่ใช่ผู้สร้างกฎหมายเหมือนเช่นที่ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีวัตถุประสงค์ไว้ แต่ก็ยอมรับกันเป็นเอกฉันท์ หรือเกือบเป็นเอกฉันท์ว่าคำพิพากษาของศาลมีบทบาทสำคัญในการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศ ตั้งแต่ ค.ศ. 1947 เป็นต้นมา คำพิพากษาและการให้ความเห็นในทางกฎหมายของศาลในคดี 4 คดี คือ คดี Reparation, Genocide, Fisheries และ Nottebohm มีอิทธิพลอย่างสำคัญยิ่งต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

ในคำพิพากษาคดี Plateau Continental de la mer Egee⁽²⁾ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยอมรับว่าถึงแม้คำพิพากษาของศาลฯ จะถือเป็นพันธกรณีสำหรับคู่ความเท่านั้นก็ตาม คำวินิจฉัยของศาลที่เกี่ยวกับปัญหากฎหมายก็อาจมีอิทธิพลต่อความสัมพันธ์ระหว่างรัฐอื่นๆ ด้วย

นอกจากนี้ ยังอาจกล่าวได้ว่าคำตัดสินของสถาบันยุติธรรมระหว่างประเทศมีบทบาทบางประการในการสร้างกฎหมาย⁽³⁾ กล่าวคือ

(1) ถึงแม้ว่าผู้พิพากษาระหว่างประเทศจะมีอำนาจในการตีความกฎหมาย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นอำนาจในการใช้กฎหมายโดยเฉพาะเท่านั้นก็ตาม แต่ในบางกรณีการตีความกฎหมายของผู้พิพากษาก็มีส่วนในการสร้างกฎเกณฑ์ใหม่ขึ้นในกฎหมายระหว่างประเทศ

(2) ในบางกรณี ศาลอนุญาโตตุลาการและศาลยุติธรรมระหว่างประเทศอาจได้รับอำนาจให้สร้างกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่เพียงใช้บังคับแก่คู่กรณีในคดีพิพาทเท่านั้น แต่ยังใช้บังคับกับรัฐทั้งหลายในสมาคมระหว่างรัฐด้วย เช่น ในคดีพิพาทระหว่างสหรัฐ

(1) Ian Brownlie, Principles of public International Law, Clarendon Press, London 1990, หน้า 20.

(2) (C.I.J. 1978, plateau continental de la mer Egee, Rec. 1978, หน้า 71.

(3) Piette Vellas, เรื่องเดิม, หน้า 190-191.

กับอังกฤษ เมื่อ ค.ศ.1893 ศาลอนุญาโตตุลาการได้รับมอบอำนาจจากรัฐคู่พิพาทให้สร้าง กฎเกณฑ์เพื่อคุ้มครองแม่น้ำมิให้สูญพันธุ์ ซึ่งต่อมากฎเกณฑ์ดังกล่าวใช้บังคับกับรัฐอื่นๆ นอกเหนือ จากสหรัฐและอังกฤษ

กล่าวได้ว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นเป็นกฎเกณฑ์หนึ่งในบรรดากฎเกณฑ์แรก ๆ ของ กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพยากรทางทะเล ที่เกิดขึ้นจากคำตัดสินคดีของ อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

(3) ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศมักจะกล่าวอ้างอยู่เสมอๆ ถึงหลักการต่างๆ ตามที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลฯ ในคดีก่อน เช่น ในคดี L'usine de Chorzow ซึ่งถึง แม้ศาลฯ ได้ตัดสินคดีโดยยึดถือหลักเกณฑ์ตามกฎหมายที่เกิดจากสนธิสัญญาก็ตาม แต่ศาลฯ ก็ได้ ยกขึ้นอ้างอิงชัดแจ้งถึงหลักการที่ศาลเรียกว่า "หลักการที่มีการรับรองทั่วไปโดยคำพิพากษา ของศาลระหว่างประเทศ"

(4) ในสังคมระหว่างประเทศปัจจุบันนี้ มืองค์การระหว่างประเทศบางองค์การที่ ธรรมนูญจัดตั้งองค์การให้อำนาจองค์การที่จะจัดตั้งองค์การภายในขึ้นมา โดยให้องค์การดังกล่าว ไม่เพียงแต่จะมีอำนาจในการตีความข้อกำหนดของธรรมนูญจัดตั้งองค์การเท่านั้น แต่ยังมีอำนาจ ในการตัดสินคดีข้อพิพาทระหว่างรัฐสมาชิกขององค์การ ตลอดจนอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ ขอบบังคับเพื่อใช้กับรัฐสมาชิกขององค์การ ดังนั้น องค์การดังกล่าวที่มีอำนาจในการตัดสินชี้ขาด คดีข้อพิพาท ซึ่งเปรียบได้เสมือนว่าเป็นศาลฯ หนึ่ง แต่เป็นศาลที่มีอำนาจในการสร้างกฎเกณฑ์ ขึ้นใช้กับรัฐสมาชิกขององค์การฯ อีกด้วย ตัวอย่างเช่น ศาลปกครองซึ่งเป็นองค์การภายใน ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ

(5) ในปัจจุบันนี้ รัฐสมาชิกของสมาคมระหว่างประเทศยังมีความสัมพันธ์ที่ก้าวหน้า มากไปกว่า (4) กล่าวคือ มีการจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศที่ให้องค์การฯ มีอำนาจสูงสุด เหนือรัฐทั้งในอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการ และในบางกรณีมีอำนาจออกกฎเกณฑ์มาบังคับ กับรัฐและพลเมืองของรัฐด้วย ตัวอย่างเช่น ประชาคมยุโรปที่มีศาลยุติธรรมแห่งประชาคมที่มี อำนาจทั้งในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีและอำนาจในการสร้างกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายด้วย

หมวดที่ 4 ความเห็นของนักนิติศาสตร์

ธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 38(1)ง. กำหนดว่า "คำสอนของผู้เผยแพร่ที่มีคุณวุฒิสูงสุดแห่งประเทศต่างๆ เป็นเครื่องช่วยให้ศาลวินิจฉัยหลักกฎหมาย" เห็นได้ว่า ธรรมนูญศาลฯ ให้อำนาจศาลที่จะให้ความเห็นของนักกฎหมายระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นสิ่งเสริมเพื่อพิสูจน์ หรือชี้ให้เห็นถึงกฎเกณฑ์ที่แท้จริงของกฎหมายว่าเป็นอยู่อย่างใด ต่างกับสนธิสัญญา หรือจารีตประเพณีซึ่งเป็นแหล่งที่มาโดยตรงของกฎหมาย

กล่าวอีกนัยหนึ่ง ความเห็นของนักนิติศาสตร์ไม่ได้เป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศโดยตรง หรือสร้างกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศ ความเห็นของนักนิติศาสตร์เป็นเพียงวิธีการที่ช่วยให้ศาลค้นหาความหมายที่แน่นอนและแท้จริงของกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายเท่านั้น กล่าวคือ ทำให้ศาลสามารถใช้สนธิสัญญา จารีตประเพณี หรือหลักกฎหมายทั่วไปในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดีได้อย่างแน่นอนถูกต้อง

นักนิติศาสตร์ที่ได้รับการยกย่องและมีชื่อเสียงมากที่สุดได้แก่ Grotius ซึ่งเขียนหนังสือเรื่อง "กฎหมาย สงคราม และสันติภาพ" (The Law of War and Peace) ซึ่งตีพิมพ์ใน ค.ศ.1625 และ Mare liberum ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับเสรีภาพในทะเลหลวง

Anzilloti มีชื่อเสียงในความเห็นที่เกี่ยวกับทฤษฎีปฏิฐานนิยม (Positivism)

Jellinek มีชื่อเสียงในความเห็นที่เกี่ยวกับ Auto-limitation ซึ่งมีสาระสำคัญโดยย่อว่า รัฐจะมีความผูกพันตามพันธกรณีระหว่างประเทศเมื่อรัฐยินยอม

Oppenheim มีชื่อเสียงเกี่ยวกับทฤษฎี Constitutive และ Brierly เกี่ยวกับทฤษฎี declaratory ซึ่งทั้งสองทฤษฎีเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการรับรองรัฐ

นอกจากความเห็นของนักนิติศาสตร์จะช่วยให้ความกระจ่างชัดในการใช้กฎหมายของผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการของสถาบันยุติธรรมระหว่างประเทศแล้ว บรรดานักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงของประเทศต่างๆ ยังเข้ามีส่วนร่วมในการจัดทำสนธิสัญญาประเภทกฎหมาย (law-making treaty) ไม่ว่าจะในฐานะที่เป็นตัวแทนของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา หรือได้รับแต่งตั้งจากองค์การระหว่างประเทศก็ตาม ความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงในการจัดทำสนธิสัญญาประเภทกฎหมายดังกล่าว จึงมีส่วนช่วยในการพัฒนามากกฎหมายระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก

อนึ่ง ในบางกรณีความเห็นของนักนิติศาสตร์ยังช่วยในการแก้ปัญหาความขัดแย้งใน
ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

การจัดตั้งสันนิบาตชาติและองค์การสหประชาชาติก็มีที่มาจากความเห็นของนักนิติ-
ศาสตร์⁽¹⁾

Gidel มีชื่อเสียงเกี่ยวกับกฎหมายทะเลเป็นที่ยอมรับกันว่าหนังสือ *Droit inter-
national public de la mer* ซึ่ง Gidel เขียนขึ้น 3 เล่ม (ตีพิมพ์ใน ค.ศ.1932-
1934) มีอิทธิพลในการจัดทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับกฎหมายทะเลอย่างมาก
โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์ว่าด้วยอาณาเขตต่อเนื่อง (The contiguous
zone)

สำหรับตำรากฎหมายระหว่างประเทศของนักนิติศาสตร์ที่ยกย่องกันว่าเป็นตำรามาตรฐาน
และนิยมใช้อ้างอิง เช่น ตำราของ Oppenheim, Guggenheim, Verdross
Rousseau, Jessup เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าในการวินิจฉัยข้อขัดแย้ง ผู้พิพากษาของศาลโลกทั้งสอง
มักไม่ค่อยนิยมอ้างถึงความเห็นของนักนิติศาสตร์ในคำพิพากษา เว้นแต่ความเห็นแย้งของ
ผู้พิพากษาที่ไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาถึงจะอ้างความเห็นของนักนิติศาสตร์⁽²⁾ ในบรรดาคดี
ข้อพิพาทที่ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศและศาลยุติธรรมระหว่างประเทศอ้างถึงความ
เห็นของนักนิติศาสตร์ มีเพียงไม่กี่คดีที่ศาลอ้างถึงความเห็นของนักนิติศาสตร์ เช่น คดี *German
Interests in Polish Upper Silesia* (1925), คดี *The Lotus* (1927)
Nottebohm (1955) เป็นต้น

ในปัจจุบันนี้ ความเห็นของนักนิติศาสตร์นอกจากปรากฏในตำราหรือหนังสือที่พิมพ์
เผยแพร่แล้ว ความเห็นของนักนิติศาสตร์ยังปรากฏอยู่ในคำอธิบายและบันทึกประกอบในร่าง
สนธิสัญญาระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งร่างสนธิสัญญาระหว่างประเทศของคณะ
กรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศขององค์การสหประชาชาติ รายงานหรือบันทึกของสำนัก
เลขานุการของคณะกรรมาธิการฯ ที่จัดเตรียมให้กับคณะกรรมาธิการฯ รายงานและมติของ

(1) Pierre Vellas, *เรื่องเดิม*, หน้า 196.

(2) Ian Brownlie, *เรื่องเดิม*, หน้า 25.

สถาบันกฎหมายระหว่างประเทศต่างๆ เช่น สมาคมกฎหมายระหว่างประเทศของอเมริกา (American Society of International Law) สถาบันกฎหมายระหว่างประเทศของอเมริกา (American Institute of International Law) และสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (L' Academie de Droit International) ณ กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์ เป็นต้น

หมวดที่ 5 หลักความเที่ยงธรรม

เดิมมั่น อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมักนิยมนำ "หลักความเที่ยงธรรม" มาใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างรัฐ จนเริ่มคริสต์ศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา สถาบันอนุญาโตตุลาการและศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ จึงได้หันมาใช้กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งมีที่มาจากจารีตประเพณี และสนธิสัญญามากขึ้นเรื่อยๆ เป็นลำดับ จนในปัจจุบันนี้โอกาสที่ผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการของสถาบันยุติธรรมระหว่างประเทศจะนำ "หลักความเที่ยงธรรม" มาอ้างอิงในการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้นมีน้อยมาก

อย่างไรก็ตาม ยังมีการนำ "หลักความเที่ยงธรรม" มากำหนดไว้ในสนธิสัญญาที่ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการบางสนธิสัญญา เช่น สนธิสัญญาตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีข้อกำหนดให้อำนาจเดิมแก่อนุญาโตตุลาการ ที่จะนำ "หลักความเที่ยงธรรม" มาใช้ในการตัดสินข้อพิพาทเมื่อเห็นสมควรนอกจากนี้แล้ว ศาลอนุญาโตตุลาการบางศาลยังอ้างอิง "หลักความเที่ยงธรรม" เป็นพื้นฐานในการกำหนดค่าเสียหาย (โดยเฉพาะอย่างยิ่งค่าสินไหมทดแทน) ทั้งที่ในคดีดังกล่าวก็ไม่ได้มีข้อตกลงชัดเจนให้อนุญาโตตุลาการ มีอำนาจนำ "หลักความเที่ยงธรรม" มาใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาท

นอกจากนี้แล้ว มีการนำ "หลักความเที่ยงธรรม" มากำหนดไว้เป็นพิเศษในธรรมนูญศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ ตามมาตรา 38 วรรค 2 ของธรรมนูญศาลประจำยุติธรรม กำหนดว่าในกรณีที่ข้อพิพาทตกลงยินยอม ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศมีอำนาจ

เดิมทีในการนำ "หลักความเที่ยงธรรม" มาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท

ต่อมา เมื่อมีการจัดตั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ธรรมนูญศาลยุติธรรมซึ่งลอกเลียนแบบบัญญัติส่วนใหญ่จากธรรมนูญศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ ก็นำ "หลักความเที่ยงธรรม" มาบัญญัติไว้ด้วย ในลักษณะที่เป็นแหล่งที่มาประการหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ นอกเหนือไปจากสนธิสัญญา จารีตประเพณี หลักกฎหมายทั่วไป คำพิพากษาของศาลและคำสอนของนักนิติศาสตร์ แต่ "หลักความเที่ยงธรรม" เป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศในอันดับรอง และมีศักดิ์ต่ำกว่าบ่อเกิดหรือแหล่งที่มาทางอื่นของกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ ในการที่ศาลจะยก "หลักความเที่ยงธรรม" ขึ้นอ้างในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท "หลักความเที่ยงธรรม" ดังกล่าวจะขัดกับหลักเกณฑ์แห่งจารีตประเพณี สนธิสัญญาหรือหลักกฎหมายทั่วไปไม่ได้

มาตรา 38 วรรคสอง แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกำหนดว่า ศาลอาจวินิจฉัยคดีโดยอาศัยหลักความเที่ยงธรรม หากคู่ความตกลงให้ปฏิบัติเช่นนั้นได้ ปรากฏว่าจนถึงปัจจุบันนี้ ยังไม่มีคู่ความใดที่ตกลงให้ศาลฯ ใช้หลักความเที่ยงธรรมในการวินิจฉัยคดี

1. หลักความเที่ยงธรรมคืออะไร

Ch. Rousseau(1) อธิบายความหมายของหลักความเที่ยงธรรมว่า "ได้แก่การใช้หลักการของความยุติธรรมในช่วงสมัยหนึ่ง เป็นความยุติธรรมที่เป็นนามธรรม ซึ่งตรงกันข้ามกับตัวบทกฎหมายที่เด็ดขาดแน่นอน เป็นความยุติธรรมตามธรรมชาติที่ตรงกันข้ามกับความยุติธรรมตามกฎหมาย"

ดังนั้น การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยอาศัย "หลักความเที่ยงธรรม" จึงขึ้นกับจิตสำนึกของผู้พิพากษา หรืออนุญาโตตุลาการ

ถึงแม้ว่าความหมายของ "หลักความเที่ยงธรรม" ค่อนข้างจะสับสน เนื่องจากสถาบันยุติธรรมระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ศาลประจำยุติธรรม

(1) Ch. Rousseau, เรื่องเดิม, หน้า 91.

ระหว่างประเทศ หรืออนุญาโตตุลาการต่างๆ ไม่ได้อธิบายความหมายของ "หลักความเที่ยงธรรม" ให้กระจ่างชัดในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่อาศัย "หลักความเที่ยงธรรม" "หลักความเที่ยงธรรม" ก็มีบทบาทที่สำคัญในขบวนการยุติธรรมระหว่างประเทศ กล่าวคือ บทบาทในการทำให้การบังคับใช้กฎหมายสอดคล้องกับความเป็นจริงของสังคมระหว่างประเทศ และบทบาทในการทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีความสมบูรณ์⁽¹⁾

2. บทบาทของหลักความเที่ยงธรรม

2.1. บทบาทของหลักความเที่ยงธรรมในการทำให้การบังคับใช้กฎหมายสอดคล้องกับความเป็นจริงของสังคมระหว่างประเทศ เนื่องจากกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริง (droit positif) แข็งกระด้างเกินกว่าที่จะนำมาใช้ปรับกับข้อเท็จจริงได้ กล่าวคือ ถ้าพิจารณาตามกฎหมายโดยเคร่งครัดแล้ว รัฐที่เสียหาย ไม่มีทางที่จะได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย เช่น ในกรณีที่รัฐเป็นกลางได้รับความเสียหายจากสงคราม หรือชาวต่างชาติได้รับความเสียหายจากสงครามกลางเมือง เป็นต้น ดังนั้นถ้าสนธิสัญญาที่รัฐคู่สัญญาทำไว้ต่อกันนั้นมีข้อกำหนดให้อำนาจผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการที่จะวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยอาศัย "หลักความเที่ยงธรรม" แล้ว ผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการอาจวินิจฉัยให้รัฐที่เสียหายได้รับการชดใช้ค่าเสียหายได้

2.2 บทบาทในการทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีความสมบูรณ์ กล่าวคือ ในกรณีที่กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริง (droit positif) ไม่ได้กำหนดไว้ หรือกำหนดไว้แต่เคลือบคลุมไม่ชัดเจน "หลักความเที่ยงธรรม" ก็จะช่วยเพิ่มเติมช่องว่างของกฎหมาย หรือทำให้กฎหมายชัดเจนขึ้น

(1) Ch. Rousseau, เรื่องเดิม, หน้า 98.