

ปัญหากรณีที่ต้องคัดลอกการใช้บังคับหนังสือสัญญาโดยไม่มีกฎหมายบังคับการ
ให้เป็นไปตามหนังสือสัญญา

เนื่องจากหนังสือสัญญาจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐได้ก็ต่อเมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแก่ร่างหนังสือสัญญาและมีการออกพระราชบัญญัติอนุวัติการหรือรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญา ในกรณีนี้ศาลย่อมสามารถใช้บังคับพระราชบัญญัติเช่นว่านั้นแก่การวินิจฉัยอรรถคดีของศาลได้โดยตรง อย่างไรก็ตามก็เพื่ออำนวยความสะดวกแก่คู่ความในคดี ในทางปฏิบัติของศาลไทยจึงมิได้ถือตามทฤษฎีวินัยอย่างเคร่งครัด

4.1 การใช้บังคับหนังสือสัญญาประเภทสัญญา

โดยทั่วไป หนังสือสัญญาประเภทสัญญา (contractual treaty) เป็นหนังสือสัญญาที่มีเนื้อหาเป็นการกำหนดให้รัฐภาคีคู่สัญญามีสิทธิหน้าที่ต่อกันและมุ่งหมายให้ความสำคัญแก่กิจการที่เกิดขึ้นบนพื้นฐานของความสัมพันธ์พิเศษระหว่างภาคีเท่านั้น เช่น หนังสือสัญญาทางการค้าการลงทุน หนังสือสัญญาแลกเปลี่ยนนักโทษระหว่างประเทศ หนังสือสัญญาที่กำหนดให้สัญชาติแก่คนในรัฐภาคีคู่สัญญาโดยตรง เป็นต้น

ในทางปฏิบัติของศาลยุติธรรมเคยยอมรับและใช้บังคับหนังสือสัญญาซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีเสมือนเป็นกฎหมายภายในโดยตรง ทั้งที่รัฐสภายังไม่ได้ออกพระราชบัญญัติอนุวัติการหรือรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาฉบับดังกล่าวแต่อย่างใด ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 739/2498 โดยศาลฎีกาวางหลักไว้ว่า “ตามคำพยานโจทก์เป็นอันฟังได้ว่า รัฐบาลไทยได้ทำสัญญาให้สหประชาชาติซึ่งเป็นฝ่ายชนะสงครามเข้ามาปลดอาวุธทหารญี่ปุ่นและยึดทรัพย์สินของญี่ปุ่นซึ่งเป็นฝ่ายแพ้สงคราม ฉะนั้น ฝ่ายสหประชาชาติจึงมีอำนาจที่จะจัดการแก่ทรัพย์สินของทหารญี่ปุ่นได้ เมื่อฝ่ายสหประชาชาติเป็นผู้มีสิทธิและอำนาจกระทำการดังกล่าวแล้ว ก็ย่อมจัดการขายทอดตลาดโกดังเหล่านี้ได้โดยชอบ โจทก์เป็นผู้รับซื้อจากการขายก็ย่อมได้กรรมสิทธิ์”¹

¹คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 739/2498 ระหว่าง พระยาศรีวิกรมชาติย์ โจทก์ และ กระทรวงพาณิชย์ จำเลย

จากคำพิพากษาของศาลฎีกาในเรื่องนี้แสดงให้เห็นว่าศาลฎีกายอมรับทั้งหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าสหประชาชาติซึ่งเป็นผู้ชนะสงคราม มีอำนาจจัดการแก่ทรัพย์สินของทหารญี่ปุ่นซึ่งเป็นฝ่ายแพ้สงครามได้โดยมิได้กล่าวว่าหลักที่ศาลใช้ตัดสินนั้นเป็นกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องอะไร² และยอมรับว่าสัญญาที่รัฐบาลไทยทำไว้กับสหประชาชาติมีผลใช้บังคับได้ทั้งที่สัญญาดังกล่าวยังไม่มีการออกพระราชบัญญัติโอนนิติการหรือรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาแต่อย่างใด

นอกจากนี้ ศาลฎีกายังยอมรับและใช้บังคับหนังสือสัญญาแลกเปลี่ยนนักโทษระหว่างประเทศในการตัดสินคดีทั้งที่ยังไม่ปรากฏอย่างชัดเจนว่าผู้กล่าวอ้างมีสัญชาติเดียวกับประเทศที่ประเทศไทยเคยทำหนังสือสัญญาแลกเปลี่ยนนักโทษระหว่างประเทศไว้หรือไม่³ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2203/2539 คดีนี้อัยการฟ้องว่า นางสาวลิซา เบอเนท์ เทเลอร์ จำเลย ได้พยายามส่งเฮโรอีนออกนอกราชอาณาจักรไทยเพื่อจำหน่ายจึงขอให้ศาลลงโทษจำเลยตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 65 วรรคสอง มาตรา 66 วรรคสอง ประกอบมาตรา 80 ในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งความผิดดังกล่าวมีโทษถึงประหารชีวิต แต่เนื่องจากจำเลยให้การรับสารภาพจึงเป็นประโยชน์ต่อรูปคดี ศาลชั้นต้นจึงลดโทษให้กึ่งหนึ่งเหลือเพียงจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งศาลอุทธรณ์ได้ยืนตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้นโดยลงโทษจำคุกตลอดชีวิตเช่นกัน

จำเลยจึงฎีกาว่า จำเลยมีภาระต้องเลี้ยงดูมารดาที่ชราภาพมีความเจ็บป่วย กับบุตรเยาว์วัย ต้องให้การศึกษา จำเลยให้การรับสารภาพด้วยความสำนึกผิดตลอดมา จึงขอความปรานีลดโทษให้จำเลยกึ่งหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 78 ประกอบมาตรา 52(2) โดยให้ลงโทษจำเลยเป็นตัวเลข เพื่อมีผลทำให้จำเลยจะได้รับการพิจารณาตามสนธิสัญญาแลกเปลี่ยนนักโทษระหว่างประเทศ

ศาลฎีกาเห็นว่า “คดีนี้จำเลยเป็นสตรี มีการศึกษา อายุเพียง 28 ปี มีมารดาและบุตรผู้เยาว์วัยในอุปการะอยู่ต่างประเทศ จึงมีเหตุสมควรรับการพิจารณาตามสนธิสัญญาแลกเปลี่ยน

² นพนิธิ แสงสุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 174.

³ นันทวัน เจริญชาศรี , พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2203/2539 ในคำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2539 เล่มที่ 12, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ, กระทรวงยุติธรรม, น.8-20.

นักโทษให้กลับไปรับโทษที่ประเทศของตนอันจะได้ผลต่อสภาพสังคมที่ดีกว่า ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 52(2) ให้ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเป็นตัวเลขระยะเวลาได้ ที่ศาลอุทธรณ์พิพากษาลงโทษจำคุกตลอดชีวิต โดยไม่ได้กำหนดระยะเวลาเป็นตัวเลข ศาลฎีกาจึงไม่เห็นพ้องด้วย ฎีกาของจำเลยจึงฟังขึ้น...”⁴

ในปัจจุบัน ประเทศไทยทำหนังสือสัญญาเกี่ยวกับการโอนตัวนักโทษกับต่างประเทศอยู่หลายฉบับ ซึ่งหนังสือสัญญาเหล่านี้จะมีผลใช้บังคับภายในรัฐโดยผ่านพระราชบัญญัติการปฏิบัติเพื่อความร่วมมือระหว่างประเทศในการดำเนินการตามคำพิพากษาคดีอาญา พ.ศ. 2527⁵ ซึ่งถูกแก้ไขและเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการปฏิบัติเพื่อความร่วมมือระหว่างประเทศในการดำเนินการตามคำพิพากษาคดีอาญา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2530⁶ ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทสำหรับรองรับเรื่องการโอนและรับนักโทษระหว่างประเทศ เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงในคดีนี้จะไม่มีการนำสืบว่าจำเลยมีสัญชาติของประเทศที่มีหนังสือสัญญาว่าด้วยการโอนนักโทษกับประเทศไทยหรือไม่ทั้งที่ประเด็นดังกล่าวเป็นเงื่อนไขความมีผลของหนังสือสัญญา ซึ่งหากจำเลยไม่มีสัญชาติของประเทศใดประเทศหนึ่งที่มีหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกับประเทศไทยแล้ว จำเลยย่อมไม่สามารถอ้างสิทธิตามหนังสือสัญญาได้ ในขณะที่เดียวกันฝ่ายปกครองก็ไม่อาจอ้างบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการปฏิบัติเพื่อความร่วมมือระหว่างประเทศในการดำเนินการตามคำพิพากษาคดีอาญา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2530 เป็นแหล่งที่มาแห่งอำนาจกระทำการเพื่อดำเนินการโอนตัวนักโทษไปยังประเทศซึ่งประเทศไทยมิได้เป็นภาคีได้เช่นกัน แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าประเทศไทยมีหนังสือสัญญาแลกเปลี่ยนนักโทษระหว่างประเทศกับประเทศเจ้าของสัญชาติของจำเลยแล้ว ศาลฎีกาต้องบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิในหนังสือสัญญาได้โดยผ่านบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการปฏิบัติเพื่อความร่วมมือระหว่างประเทศในการดำเนินการตามคำพิพากษาคดีอาญา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2530 เท่านั้น

จากคำพิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าศาลฎีกายอมรับสิทธิตามหนังสือสัญญาที่คู่ความกล่าวอ้างโดยตรง โดยไม่พิจารณาเรื่องสัญชาติซึ่งเป็นจุดเกาะเกี่ยวในทางระหว่างประเทศ

⁴ คดีนี้ศาลฎีกาเปลี่ยนโทษให้จำเลยจากจำคุกตลอดชีวิตเป็นจำคุก 50 ปีจึงทำให้จำเลยมีสิทธิร้องขอโอนตัวเพื่อไปรับโทษต่อในต่างประเทศได้หากจำเลยได้รับโทษจำคุกในประเทศไทยมาแล้วไม่น้อยกว่าแปดปี ตามมาตรา 25(2)(ข) ของพระราชบัญญัติการปฏิบัติเพื่อความร่วมมือระหว่างประเทศในการดำเนินการตามคำพิพากษาคดีอาญา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2530

⁵ ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 101 ตอนที่ 132 ลงวันที่ 27 กันยายน พ.ศ. 2527 น. 1.

⁶ ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 104 ตอนที่ 220 ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน พ.ศ. 2530 น. 1.

และไม่คำนึงถึงพระราชบัญญัติซึ่งรองรับผลพันธกรณีในหนังสือสัญญาแต่อย่างใดทั้งนี้เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมแก่คู่ความในคดี ซึ่งแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยมิได้ถือตามระบบทวินิยมอย่างเคร่งครัดนัก

4.2 การใช้บังคับหนังสือสัญญาประเภทกฎหมาย

หนังสือสัญญาประเภทกฎหมาย (law-making treaty) เป็นหนังสือสัญญาที่จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อวางหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ซึ่งเนื้อหาของหนังสือสัญญานั้นอาจกำหนดว่าเมื่อเข้ากรณีใดกรณีหนึ่งดังที่ระบุไว้ในหนังสือสัญญาแล้ว รัฐภาคีคู่สัญญานั้นจะต้องปฏิบัติอย่างเดียวกันอย่างไร หนังสือสัญญาประเภทนี้จะมีผลผูกพันไปถึงรัฐอื่นๆ ที่มิได้เป็นภาคีในหนังสือสัญญาได้ เพราะเหตุว่าเนื้อหาของหนังสือสัญญานั้นเองได้รับการยอมรับจากทางปฏิบัติของรัฐต่างๆ ว่าเป็นกฎหมายทั้งในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งรัฐต่างๆ ให้การยอมรับ

เมื่อประเทศไทยใช้ระบบทวินิยม ศาลไทยจะใช้บังคับหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายภายในรองรับหรืออนุวัติการแล้วเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ทางปฏิบัติของศาลไทย โดยเฉพาะศาลยุติธรรมนั้นเคยนำบทบัญญัติในหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายมาใช้ในการวินิจฉัยคดีทั้งที่ประเทศไทยไม่เป็นภาคีในหนังสือสัญญาดังกล่าว ส่วนทางปฏิบัติและแนวคิดเกี่ยวกับการใช้บังคับหนังสือสัญญาประเภทนี้ในศาลปกครองก็ยังไม่ปรากฏอย่างชัดเจนนัก จึงต้องอาศัยแนวทางการปรับใช้ของศาลยุติธรรมมาเป็นข้อมูลสำคัญในการวิเคราะห์เพื่อค้นหาวิธีการปรับใช้หนังสือสัญญาประเภทนี้ให้มีความสอดคล้องกับระบบทวินิยมและเพื่อประโยชน์ต่อการใช้บังคับหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายของศาลปกครองต่อไปในอนาคต

4.2.1 ศาลยุติธรรม

ในทางปฏิบัติของศาลยุติธรรมอาจแบ่งออกได้เป็นสองแนวทางคือ กรณีแรก ศาลยุติธรรมจะปฏิเสธการใช้บังคับหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยยังไม่เป็นภาคี และกรณีที่สอง ศาลยุติธรรมยอมรับการใช้บังคับหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยยังไม่เป็นภาคี

4.2.1.1 กรณีศาลยุติธรรมปฏิเสธการใช้บังคับหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยยังไม่เป็นภาคี

โดยทั่วไป ศาลยุติธรรมมีอำนาจปฏิเสธที่จะใช้บังคับหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยยังไม่เข้าเป็นภาคี เพราะเหตุว่า “กฎหมาย” ที่ศาลจะมาใช้ในการพิจารณาคดีจะต้องเป็นกฎหมายซึ่งออกใช้บังคับโดยถูกต้องตามขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนด ดังนั้น หนังสือสัญญาซึ่งประเทศไทยมิได้เป็นภาคีจึงไม่อาจมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในได้⁷

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 873/2523 คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า ผู้ร้องซึ่งเป็นสามีของคนญวนอพยพ ได้กล่าวอ้างอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพของผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิลี้ภัยทางชายแดนเพื่อมิให้คนญวนอพยพซึ่งเป็นภรรยาตนต้องถูกส่งออกนอกประเทศ เนื่องจากเจ้าหน้าที่เห็นว่าคนญวนอพยพแม้จะเกิดในประเทศไทยแต่เมื่อไม่มีใบสำคัญคนต่างด้าวหรือใบสำคัญแสดงท้องถิ่นที่อยู่อันเป็นหลักฐานสำคัญในการแสดงว่าอยู่ราชอาณาจักรโดยได้รับอนุญาต เจ้าหน้าที่จึงมีอำนาจดำเนินการส่งตัวคนญวนอพยพที่เข้าเมืองผิดกฎหมายออกไปนอกราชอาณาจักรไทยได้ ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 38 วรรคแรกของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2493 ซึ่งบัญญัติว่า “คนต่างด้าวผู้ใดเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต พนักงานเจ้าหน้าที่จะส่งกลับออกไปก็ได้”

ศาลฎีกาจึงวางหลักไว้ว่า “...ส่วนกฎหมายระหว่างประเทศ อนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัยและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิลี้ภัยทางชายแดนที่ผู้ร้องอ้าง หากมีจริง ก็หาจะมีผลยกเว้นกฎหมายของประเทศไทยไม่ ที่พลเรือเอก อนันต์ เนตรโรจน์ ซึ่งเคยดำรงตำแหน่งเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเปิดเผยความเป็นพยานผู้คัดค้านว่า คนญวนอพยพเข้ามาในประเทศไทยตอนเกิดสงครามเย็นเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศถือเป็นพวกลี้ภัยสงครามจึงไม่มีการฟ้องศาลนั้น เป็นเรื่องทางปฏิบัติในกรณีที่ผู้อพยพมิได้กระทำความผิดอื่นขึ้นอีกชั้นหนึ่ง ไม่ใช่การเปลี่ยนแปลงอำนาจบังคับของกฎหมายไทย...”⁸ ซึ่งหมายความว่า คู่ความไม่อาจอ้างสิทธิอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัยและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิลี้ภัยทางชายแดนต่อฝ่ายปกครองเพื่อแสดงถึงการมีสิทธิอาศัยในประเทศไทยได้ ในขณะเดียวกันฝ่ายปกครองจะอาศัยอำนาจตามอนุสัญญาทั้งสองฉบับเป็นแหล่งที่มาแห่งอำนาจในออกคำสั่งอนุญาตให้ผู้ร้องอาศัยอยู่ในประเทศ

⁷ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 164.

⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 873/2523 ระหว่าง นายปรีชา ปานกล้า ผู้ร้อง และ พันตรี สุขุม เทียมกลิน ผู้คัดค้าน

ไทยมิได้เช่นกัน เนื่องจากประเทศไทยมิได้เป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าวแต่อย่างใด กรณีนี้มีปัญหามุ่งสนใจว่าหากผู้ร้องอ้างสิทธิในการให้คุ้มครองแก่ผู้ลี้ภัยตามอนุสัญญาทั้งสองฉบับในฐานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยผู้ร้องสามารถนำเสนอได้ว่าทางปฏิบัติของประเทศไทยมิได้ปฏิเสธถึงความมีอยู่ของจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องนี้แต่อย่างใด ศาลฎีกาจะนำหลักการในอนุสัญญามาใช้บังคับในการวินิจฉัยคดีในฐานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้หรือไม่ อย่างไร

4.2.1.2 กรณีศาลยุติธรรมยอมรับการใช้บังคับหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยยังไม่มีเป็นภาคี

ในทางปฏิบัติของศาลยุติธรรม ปรากฏว่ามีคำพิพากษาอยู่สองฉบับที่แสดงให้เห็นว่าศาลยุติธรรมยอมรับและใช้บังคับหนังสือสัญญาในการวินิจฉัยคดีแม้ว่าประเทศไทยยังไม่ได้เข้าเป็นภาคีเลยก็ตาม ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 2965/2538 เป็นกรณีที่ศาลอุทธรณ์นำบทบัญญัติในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มาใช้ประกอบในการตีความบทบัญญัติในข้อ 8(1)วรรคสามของสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1922 ซึ่งแนบท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 โดยศาลอุทธรณ์พิจารณาแล้วเห็นว่า “...การทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐและความสุจริตของภาคีคู่สัญญาย่อมจะทวีความสำคัญ ดังปรากฏจากอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งแม้ประเทศไทยมิได้ร่วมเป็นภาคีด้วย แต่ก็เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาอันพึงนำมาใช้ประกอบการพิจารณาได้ในมาตรา 31 ได้กำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปของการตีความสนธิสัญญาไว้ว่า “...ข้อ 1 สนธิสัญญานั้นให้ตีความด้วยความสุจริตใจ (good faith) ตามความหมายสามัญของถ้อยคำของสนธิสัญญาในบริบท (context) และพิจารณาถึงความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ (object and purpose) ของสนธิสัญญานั้น” ดังนี้ การแปลความหมายของข้อความดังกล่าวจึงต้องยึดหลักความสุจริตโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ในการทำสนธิสัญญาประกอบด้วย...”⁹ จะเห็นว่าศาลอุทธรณ์กล่าวอ้างและใช้บังคับบทบัญญัติมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมาย

⁹ คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 2965/2538 ระหว่าง พนักงานอัยการ สำนักงานอัยการสูงสุด โจทก์ และนายทอง ศิริปรีชาพงษ์ จำเลย

สนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เปรียบได้เป็นกฎหมายภายในทั้งที่ประเทศไทยมิได้เป็นภาคีในสนธิสัญญาฉบับดังกล่าวเลยก็ตาม¹⁰

มีข้อสังเกตว่า สนธิสัญญาฉบับนี้เป็นสนธิสัญญาที่ประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาและผลบังคับของสนธิสัญญาที่มีอยู่แล้วมาจัดรวบรวมเอาไว้ให้อยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์ ซึ่งในทางปฏิบัติของต่างประเทศถือว่าจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน ศาลภายในต้องรู้เองซึ่งถือเป็นปัญหาข้อกฎหมาย¹¹

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8834/2542 เป็นคดีที่ศาลฎีกาแผนกทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศนำบทบัญญัติสนธิสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ค.ศ. 1976 มาใช้ในการตีความกฎหมายภายใน

ข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นเรื่องที่โจทก์ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าต่อนายทะเบียนเครื่องหมายการค้า และนายทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าวไว้ ต่อมานายทะเบียนเครื่องหมายการค้าเห็นว่าเครื่องหมายการค้าของโจทก์มีความคล้ายกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดสินค้าได้ จึงขอให้คณะกรรมการเครื่องหมายการค้าสั่งเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของโจทก์ ซึ่งคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าเห็นชอบด้วย จึงมีคำสั่งเพิกถอนการจดทะเบียนดังกล่าว โจทก์จึงอุทธรณ์คำสั่งของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าต่อศาล¹² คดีจึงมีปัญหว่าเครื่องหมายการค้าของโจทก์เป็นเครื่องหมายที่คล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดสินค้าตามความในมาตรา 8(11) ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 หรือไม่¹³

¹⁰ ธรรม์ ซาลิกันตร์, “ส่งคนไทยข้ามแดนไปอเมริกาได้,” วารสารอัยการ, ปีที่ 19, น.28 (มีนาคม 2539).

¹¹ จรัญ รักดีธนากุล, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจิวไรซ์การพิมพ์จำกัด, 2549), น. 40.

¹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8834/2542 ระหว่าง วิชิต วิรุณรัตน์กิจ โจทก์ และ กรมทรัพย์สินทางปัญญา จำเลย

¹³ มาตรา 8 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 บัญญัติว่า “เครื่องหมายการค้าที่ประกอบด้วยลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้ห้ามมิให้รับจดทะเบียน ...

เนื่องจากพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มิได้กำหนดคำนิยามหรือความหมายของคำว่า “เครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป” เอาไว้ ดังนั้น ศาลฎีกาจึงนำความหมายของคำว่า “เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป” ตามอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ค.ศ. 1976 ซึ่งประเทศไทยยังไม่ได้เป็นภาคีตามอนุสัญญาดังกล่าว มาใช้ตีความเพื่อค้นหาความหมายของคำว่า “เครื่องหมายการค้าที่เหมือนกับเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป” ตามมาตรา 8(11) ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งเป็นกฎหมายอนุวัติการตามข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPs Agreement) โดยข้อ 16(2) ในความตกลงว่าด้วยทริปส์ได้กำหนดให้นำบทบัญญัติมาตรา 6 ทวิของอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ค.ศ. 1976 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่วางหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการอธิบายคำว่า “เครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป (well – known mark)” มาใช้บังคับโดยอนุโลม ซึ่งศาลฎีกาเห็นว่า “แม้ว่าประเทศไทยจะไม่ได้เข้าร่วมเป็นประเทศในภาคีสมาชิกในอนุสัญญากรุงปารีส แต่ประเทศไทยก็ได้ให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปดังที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และประเทศไทยเป็นประเทศภาคีสมาชิกประเทศหนึ่งในข้อตกลงทริปส์ ซึ่งโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศไทยมีพันธกรณีต้องผูกพันตามข้อตกลงทริปส์อันเป็นความตกลงระหว่างประเทศนั้นด้วย ดังนั้นความหมายหรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าเครื่องหมายการค้าใดเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปดังที่กำหนดไว้ในข้อ 16(2) แห่งข้อตกลงทริปส์ จึงอาจมาใช้ในการประโยชน์ในการตีความหรือแปลความของคำว่า “เครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8(11) ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้”

มีข้อสังเกตว่า การยอมรับผลบังคับของอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ค.ศ. 1976 ในคดีนี้สืบเนื่องจากหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศ เพื่อให้ศาลสามารถตีความในลักษณะที่ตรงหรือใกล้เคียงกับนานาอารยประเทศ ศาลจึงสามารถนำเจตนารมณ์ของอนุสัญญาเหล่านี้มาใช้บังคับเพื่อให้แนวคำพิพากษาของศาลไทยเป็นไปในแนวทางเดียวกับประเทศต่างๆ เพราะกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องการค้าต้องมีความ

(11) เครื่องหมายที่เหมือนกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป หรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าดังกล่าวจนอาจทำให้สาธารณชนหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า ไม่ว่าจะได้จดทะเบียนไว้แล้วหรือไม่ก็ตาม”

แน่นอนและใกล้เคียงกัน¹⁴ และหากพิจารณาจากสาระสำคัญของอนุสัญญาฉบับนี้จะพบว่าเป็นในกรณีที่มีความแตกต่างจากคดีแรก เนื่องจากสาระสำคัญของอนุสัญญาดังกล่าวยังคงเป็นแต่เพียงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าหรือทางทรัพย์สินทางปัญญา จึงยังไม่มีสภาพเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างแท้จริง การนำบทบัญญัติในอนุสัญญามาใช้ในกรณีนี้จึงถือว่าเป็นเรื่องการใช้อำนาจรับฟังข้อเท็จจริงซึ่งอยู่ในความเชี่ยวชาญพิเศษของผู้พิพากษาที่สามารถรู้ได้เอง และถือเป็นเรื่องของการใช้เหตุผลทางกฎหมายทางกฎหมายโดยทั่วไปเท่านั้น ศาลจึงรับฟังสนธิสัญญาในฐานะเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลรู้ได้เอง¹⁵ อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าหากหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวได้เป็นที่ยอมรับของนานาประเทศและพัฒนาจนกลายเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นานาประเทศยอมรับและถ้าประเทศไทยยอมรับรู้ผลบังคับของสนธิสัญญาโดยไม่มีการคัดค้าน หลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวอาจสภาพบังคับเป็นการทั่วไป (situations objectives) และมีผลผูกพันประเทศไทยได้แม้ว่าประเทศไทยจะไม่ได้เป็นภาคีเลยก็ตาม

4.2.2 ศาลปกครอง

จากการค้นคว้าเกี่ยวกับการใช้บังคับหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายในศาลปกครองไทย ไม่ปรากฏว่าศาลปกครองมีการนำบทบัญญัติในหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยตรง อย่างไรก็ดี มีคำพิพากษาของศาลปกครองบางฉบับได้กล่าวถึงหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายไว้ และบางฉบับถึงกับมีการกล่าวอ้างบทบัญญัติในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ซึ่งไม่มีสถานะเป็นสนธิสัญญาหรือเป็นกฎหมายระหว่างประเทศไว้ในสำนวนคดี ซึ่งสมควรนำมาศึกษาในที่นี้เพื่อวิเคราะห์ถึงแนวคิดและวิธีการกล่าวอ้างหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายในศาลปกครองอันจะนำไปสู่การค้นหาแนวทางการปรับใช้หนังสือสัญญาประเภทกฎหมายของศาลปกครองต่อไปในอนาคต

¹⁴ บพสัมภาษณ์ ท่านวิชย อริยะนันท์ : ผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง 14 พฤศจิกายน พ.ศ. 2544 อ้างใน ลักคณา พบรมเย็น, “สิทธิตามสนธิสัญญาของเอกชนในศาลไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 43.

¹⁵ เพิ่งอ้าง, น. 42.

4.2.2.1 การกล่าวอ้างหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายในศาลปกครอง

การกล่าวอ้างหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายในศาลปกครอง ปรากฏเป็นครั้งแรกใน คดีพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายในการออกคำสั่งของฝ่ายปกครอง¹⁶ โดยผู้ฟ้องคดีอ้างว่าการออกคำสั่งของฝ่ายปกครองไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในธรรมนูญขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ

ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และปลัดกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 22 ทวิตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2536¹⁷ ประกอบกับ มาตรา 3(6) ประกอบกับมาตรา 5 ก(7)(ข) ของพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการสำนักงาน ปลัดกระทรวง กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม พ.ศ. 2537¹⁸ ในดำเนินการคัดเลือกผู้แทนฝ่าย

¹⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1/2545 เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

¹⁷ มาตรา 22 ทวิแห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2536 บัญญัติว่า “กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารแรงงาน การจัดหางาน การประชาสัมพันธ์ การพัฒนาฝีมือแรงงาน การสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานและการประกันสังคม”

¹⁸ พระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการสำนักงานปลัดกระทรวง กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม พ.ศ. 2537 บัญญัติไว้ในมาตรา 3(6)ว่า “ให้สำนักปลัดกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับราชการประจำทั่วไปของกระทรวง และราชการที่คณะรัฐมนตรีมิได้กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกรมใดกรมหนึ่งในสังกัดกระทรวงโดยเฉพาะ รวมทั้งกำกับและเร่งรัดการปฏิบัติราชการของส่วนราชการให้เป็นไปตามนโยบาย แนวทางและแผนการปฏิบัติราชการของกระทรวง อำนาจหน้าที่ดังกล่าวให้รวมถึงดำเนิน การเกี่ยวกับงานด้านความช่วยเหลือและความร่วมมือกับต่างประเทศ ทางด้านแรงงานและสวัสดิการสังคม”

นอกจากนี้พระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการสำนักงานปลัดกระทรวง ฯ บัญญัติไว้ในมาตรา 5 ก (7)(ข) ว่า “อำนาจหน้าที่ของส่วนราชการสำนักงานปลัดกระทรวง กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมมีดังนี้ ...ราชการบริหารส่วนกลาง สำนักวิชาการแรงงานและสวัสดิการสังคม มีอำนาจหน้าที่ติดต่อและประสานงานด้านแรงงานและสวัสดิการสังคมกับองค์การหรือหน่วยงานต่างประเทศ เสนอแนวนโยบายด้านแรงงานและสวัสดิการสังคมระหว่างประเทศต่อรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรี

นายจ้างเพื่อไปเข้าร่วมประชุมประจำปีขององค์การแรงงานระหว่างประเทศประจำปี สมัยที่ 89 ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศระหว่างวันที่ 5-21 มิถุนายน พ.ศ. 2545 ณ นครเจนีวา ประเทศ สวิตเซอร์แลนด์

โดยผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามอ้างว่า ในการดำเนินการคัดเลือกครั้งนี้ได้ยึดถือหลักเกณฑ์ ตามธรรมนูญขององค์การแรงงานระหว่างประเทศที่กำหนดให้คัดเลือกผู้แทนฝ่ายนายจ้างต้องเป็น องค์การซึ่งมีความเป็นผู้แทนมากที่สุด (The Most Representative Organization) มาเป็นเกณฑ์ ประกอบการพิจารณา¹⁹ ส่วนวิธีการคัดเลือกผู้แทนส่วนใหญ่ของนายจ้างนั้น ธรรมนูญขององค์การ แรงงานระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดไว้แต่อย่างใด จึงเป็นเรื่องภายในของรัฐที่จะต้องดำเนินการ ตามความเหมาะสม

ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามจึงได้ดำเนินการคัดเลือกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ แรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งและดำเนินการของคือนายจ้างและลูกจ้าง โดยมาตรา 57 บัญญัติว่า “การขอจดทะเบียนสมาคมนายจ้างนั้น ให้นายจ้างผู้มีสิทธิจัดตั้งสมาคมนายจ้าง จำนวนไม่น้อยกว่าสามคนเป็นผู้เริ่มก่อการ ยื่นคำเป็นหนังสือสัญญาต่อนายทะเบียนพร้อมด้วยร่าง ข้อบังคับของสมาคมนายจ้างอย่างน้อยสามฉบับ” และมาตรา 119 บัญญัติว่า “สมาคมนายจ้างหรือ สหพันธ์นายจ้างไม่น้อยกว่าห้าแห่งอาจจัดตั้งสภาองค์การนายจ้าง...” จึงแสดงให้เห็นว่า สมาชิกในสภา องค์การนายจ้างประกอบด้วยสมาคมนายจ้างหรือสหพันธ์นายจ้าง ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามจึงไม่น่า สมาชิกสมทบซึ่งถือเป็นสมาชิกประเภทหนึ่งในสภาองค์การนายจ้างมานับรวมด้วย ส่งผลทำให้ สภาองค์การนายจ้างผู้ประกอบการค้าและอุตสาหกรรมไทย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เป็นผู้ได้รับการคัดเลือกเป็น ผู้แทนฝ่ายนายจ้างไปประชุมกับองค์การแรงงานระหว่างประเทศ สภาองค์การนายจ้างแห่งประเทศไทยซึ่งเป็นผู้ฟ้องคดีจึงเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเหตุว่า บทบัญญัติในพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มิได้มีข้อยกเว้นว่ามีให้นำสมาชิกสมทบ มานับรวมด้วย ดังนั้น การใช้ดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามที่ไม่นำสมาชิกสมทบมานับรวมด้วย จึงทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียสิทธิในการเข้าร่วมประชุมในครั้งนี้ และเป็นการคัดเลือกที่ไม่สอดคล้องกับ

รวมทั้งดำเนินการเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนความช่วยเหลือและความร่วมมือกับต่างประเทศ และการส่งผู้แทนไปร่วมประชุมสัมมนา ศึกษา อบรมและดูงานต่างประเทศ”

¹⁹ มาตรา 3(5)แห่งธรรมนูญขององค์การแรงงานระหว่างประเทศซึ่งบัญญัติว่า “ประเทศสมาชิกมีหน้าที่แต่งตั้งผู้แทนและที่ปรึกษาซึ่งมิได้มาจากฝ่ายรัฐบาล และคัดเลือกโดย ได้รับความเห็นพ้องจากองค์กรภาคอุตสาหกรรมหากมี ซึ่งผู้แทนส่วนใหญ่ของนายจ้างหรือลูกจ้าง จากประเทศสมาชิกรุ่นๆ เอง

หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 3(5) ของธรรมนูญขององค์การแรงงานระหว่างประเทศซึ่งมีความมุ่งหมายในการดำรงไว้ซึ่งความเท่าเทียมกันและประโยชน์ของสมาชิกทุกประเภท อันเป็นการสอดคล้องกับพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ปัญหาจึงมีว่าศาลปกครองจะนำหลักเกณฑ์ในธรรมนูญขององค์การแรงงานระหว่างประเทศมาใช้บังคับเพื่อตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองได้หรือไม่

ในเรื่องนี้ ศาลปกครองสูงสุดวางหลักไว้ว่า “ปัญหาที่ว่า ธรรมนูญขององค์การแรงงานระหว่างประเทศจะนำมาใช้บังคับเป็นกฎหมายในประเทศได้ดังคำอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 หรือไม่นั้น มิใช่ประเด็นที่จะต้องพิจารณา เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 เพียงนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวประกอบความเห็นของคณะกรรมการสาส์นตราตั้งและความเห็นของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ รวมทั้งหลักเกณฑ์บางประการในพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มาใช้ประกอบการพิจารณาคัดเลือกผู้แทนฝ่ายนายจ้างรายใดเป็นผู้แทนข้างมากเพื่อเข้าร่วมประชุมใหญ่ประจำปีขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ทั้งนี้ ตามอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 มีอยู่ตามพระราชบัญญัติและพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว²⁰ ข้างต้นเท่านั้น มิได้นำหลักเกณฑ์เหล่านี้มาพิจารณาในฐานะที่เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณีโดยตรง...เป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กล่าวคือเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยการออกคำสั่งไม่ถูกต้องตามกฎหมายและเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ”

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วจึงเห็นว่า เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามเลือกใช้วิธีการคัดเลือกตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 เพื่อพิจารณาความเป็นผู้แทนมากที่สุดขององค์การฝ่ายนายจ้าง ก็ต้องดำเนินการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 119 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ด้วย เมื่อพระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้สมาชิกของสภาองค์การนายจ้างมีเพียงสองประเภทคือ สมาคมนายจ้าง และสหพันธ์นายจ้าง ดังนั้น สมาชิกสมทบจึงไม่ถือว่าเป็นสมาชิกของสภาองค์การนายจ้างตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ การที่ผู้ถูกฟ้องคดี

²⁰ หมายถึง มาตรา 22 ทวิ พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2536 ประกอบกับ มาตรา 3(6) และมาตรา 5ก(7)(ข) ของพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการสำนักงานปลัดกระทรวง กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม พ.ศ. 2537

ไม่นำสมาชิกรวมมาด้วย และมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เป็นองค์การฝ่ายนายจ้างซึ่งมีความเป็นผู้แทนมากที่สุด จึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว

มีข้อสังเกตว่า องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization : ILO) ได้ถูกก่อตั้งในปี พ.ศ.2462 (ค.ศ.1919) ภายใต้สนธิสัญญาแวร์ซายส์ (the Peace Treaty of Versailles) และมีผลใช้เมื่อวันที่ 11 เมษายน พ.ศ. 2462 (ค.ศ.1919) ซึ่งบทบัญญัติในส่วนที่ 13 ของสนธิสัญญาแวร์ซายส์ (ข้อ 387-427) เป็นบทบัญญัติที่ทำการก่อตั้งองค์การแรงงานระหว่างประเทศขึ้น และต่อมาสำนักงานแรงงานระหว่างประเทศ (The International Labour Office) ได้นำบทบัญญัติในส่วนที่ 13 มาเรียบเรียงใหม่ และบังคับใช้เป็น “ธรรมนูญก่อตั้งองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (Constitutional of International Labour Organisation)” ซึ่งกำหนดวัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศไว้ ส่วนประเทศไทยนั้น พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวได้โปรดเกล้าให้กระทรวงการต่างประเทศสมัครเข้าเป็นสมาชิกร่วมก่อตั้งองค์การแรงงานระหว่างประเทศ และส่งผู้แทนเข้าร่วมประชุมครั้งแรกกับองค์การแรงงานระหว่างประเทศในฐานะเป็นสมาชิกผู้ก่อตั้งเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ. 2462 (ค.ศ. 1919) ดังนั้น ความผูกพันระหว่างประเทศไทยกับองค์การแรงงานระหว่างประเทศจึงเป็นความผูกพันในรูปของสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันเอง (Convention on the Law of Treaties Between States and International Organizations or Between International Organizations) ค.ศ. 1986 กล่าวคือ เป็นความตกลงระหว่างประเทศ (international agreement) ที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศเป็นลายลักษณ์อักษรและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะรวมอยู่ในตราสารฉบับเดียวหรือตราสารที่เกี่ยวข้องสองฉบับหรือมากกว่านั้นและไม่ว่าจะเรียกชื่อเฉพาะว่าอย่างไรก็ตาม ประเทศไทยจึงมีหน้าที่ต้องเคารพและปฏิบัติตามธรรมนูญขององค์การแรงงานระหว่างประเทศตามพันธกรณีในสนธิสัญญาดังกล่าว²¹ ดังที่ศาลปกครองชั้นต้นวางหลักไว้ว่า “... อนึ่ง ในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหาได้จำกัดอยู่

²¹ วิจิตรา พรหมพันธุ์, “ไทยกับมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ” อ้างถึงใน 75 ปีแห่งความสัมพันธ์ไทยกับองค์การแรงงานระหว่างประเทศ จัดพิมพ์เป็นที่ระลึกในโอกาสเฉลิมฉลอง 75 ปี องค์การแรงงานระหว่างประเทศ และ 50 ปีคำประกาศแห่งฟิลาเดลเฟีย, (กรุงเทพมหานคร : กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม, 2539), น. 15. และดู รุจิเรข ชุ่มเกษรกุลกิจ, “อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 87 ว่าด้วยเรื่องเสรีภาพในการรวมตัวเป็นสมาคมและการคุ้มครองสิทธิในการจัดตั้ง ค.ศ. 1948,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น. 11-12.

แต่ในการปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายภายในเท่านั้น หากแต่ยังต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตามด้วย ในกรณีนี้ธรรมนูญขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม...” โดยธรรมนูญขององค์การแรงงานระหว่างประเทศจะเป็นแหล่งที่มาและเป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองได้ก็ต่อเมื่อรัฐสภาตรากฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามธรรมนูญขององค์การแรงงานระหว่างประเทศแล้วเท่านั้น ซึ่งปัจจุบันรัฐสภายังมิได้ตรากฎหมายเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามธรรมนูญขององค์การแรงงานระหว่างประเทศไว้เป็นการเฉพาะ คงมีแต่พระราชบัญญัติฉบับต่างๆ ซึ่งมีบทบัญญัติเป็นการสอดคล้องกับพันธกรณีในธรรมนูญขององค์การแรงงานระหว่างประเทศบางเรื่อง เช่น พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 เป็นต้น

อย่างไรก็ดี จากคำให้การของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามแสดงให้เห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามได้ดำเนินการคัดเลือกและแต่งตั้งผู้แทนฝ่ายนายจ้างซึ่งมีความเป็นผู้แทนมากที่สุดภายใต้กรอบของธรรมนูญขององค์การแรงงานระหว่างประเทศโดยพิจารณาจากองค์การนายจ้างที่ตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 เป็นสำคัญ กรณีจึงเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองได้ดำเนินการตามกฎหมายภายในซึ่งมีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในธรรมนูญขององค์การแรงงานระหว่างประเทศแล้ว ดังนั้น การดำเนินการคัดเลือกและแต่งตั้งผู้แทนฝ่ายนายจ้างของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามจึงเป็นการดำเนินการโดยใช้อำนาจตามกฎหมายภายในทั้งสิ้น การที่ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดนำหลักเกณฑ์ในมาตรา 3(5) ของธรรมนูญขององค์การแรงงานระหว่างประเทศดังกล่าวมาพิจารณาในคดีจึงเป็นการนำมาใช้ในฐานะเป็นเพียงข้อเท็จจริงมิใช่เป็นกฎหมายที่ศาลจะนำมาใช้บังคับแก้คดีโดยตรงตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามได้แย้งแต่อย่างใด

4.2.2.2 การกล่าวอ้างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในศาลปกครอง

การกล่าวอ้างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในศาลปกครอง ปราบกฏครั้งแรกในคำพิพากษาของศาลปกครองกลางซึ่งเป็นการฟ้องโต้แย้งการกระทำของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับการจัดเรียงคูหาเลือกตั้งเพื่อลงคะแนนเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 เมษายน 2549 ว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ²²

ข้อเท็จจริงมีว่า ในการประชุมของคณะกรรมการการเลือกตั้งครั้งที่ 28/2549 ได้มีมติให้ปรับปรุงคูหาลงคะแนน โดยจัดเรียงคูหาลงคะแนนให้ผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้งหันหน้าไปทางผนัง

²² คำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ 607-608/2549 เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย

หรือจากกันที่เลือกตั้งซึ่งเดิมหันหลังให้ เพื่อให้ผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้งเดินเข้าคูหาได้สะดวก และปิดประกาศรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งเพิ่มเติมไว้ที่ผนังหรือจากกันที่เลือกตั้งจำนวน 1 ชุด เพื่อให้ผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้งสามารถมองเห็นได้อย่างชัดเจน

ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบเอ็ดที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง จึงเห็นว่าการดำเนินการจัดคูหาเลือกตั้งตามมติของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และเลขาธิการคณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ทำให้การเลือกตั้งไม่เป็นไปโดยลับซึ่งขัดต่อมาตรา 104 วรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2540²³ เนื่องจากการจัดคูหาเลือกตั้งให้หันหน้าไปทางผนังหรือจากกันโดยไม่มีสิ่งใดปิดบังด้านหลังของคูหาขณะที่ใช้สิทธิเลือกตั้ง ทำให้บุคคลอื่นมองเห็นและสามารถรู้หรือคาดหมายได้ว่าผู้ที่ใช้สิทธิเลือกตั้งลงคะแนนให้แก่ผู้สมัครรับเลือกตั้งรายใดหรือใช้สิทธิไปทางใด จึงทำให้การเลือกตั้งของผู้ฟ้องคดีทั้งสิบเอ็ดไม่เป็นการลับอีกต่อไป

เนื่องจากมติของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการจัดตั้งคูหาเลือกตั้ง เป็นการใช้อำนาจในการออกข้อกำหนดที่เป็นแนวทางการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ที่ได้รับแต่งตั้งให้มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งตามมาตรา 10(4) ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 จึงเป็นเรื่องของผู้ฟ้องคดีที่ 1 ใช้อำนาจตามกฎหมายในการออกกฎโดยมีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 เป็นผู้ดำเนินการให้เป็นไปกฎดังกล่าว กรณีจึงเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ปัญหาจึงมีว่าการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดเรียงคูหาเลือกตั้งแบบใหม่ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ศาลปกครองกลางเห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีมติให้มีการจัดเรียงคูหาเลือกตั้งแบบใหม่โดยให้ผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้งหันหน้าให้ผนังหรือจากกันที่เลือกตั้ง และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ได้ดำเนินการตามมติดังกล่าวในทุกหน่วยเลือกตั้งนั้น เป็นการกระทำที่ทำให้การออกเสียงลงคะแนนไม่เป็นไปโดยลับทั้งในทางข้อเท็จจริงและในความรู้สึกของผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้ง เพราะเหตุว่า การกำหนดให้ผู้มาใช้สิทธิหันหน้าไปทางจากหรือผนังกันที่เลือกตั้งจะทำให้ผู้มาใช้สิทธิต้องหันหลังให้เจ้าหน้าที่ประจำหน่วยเลือกตั้ง และหันหลังให้ประชาชนซึ่งมายืนรอเข้าไปใช้สิทธิเลือกตั้งโดยไม่มีฉากบังสายตามบุคคลดังกล่าวอย่างเพียงพอ ประกอบกับบัตรเลือกตั้งที่ทำขึ้น

²³ มาตรา 104 วรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2540 บัญญัติว่า “การเลือกตั้ง ให้ใช้วิธีการออกเสียงลงคะแนน โดยตรงและลับ”

เพื่อให้เลือกตั้งในวันดังกล่าวมีช่องทำเครื่องหมายว่าไม่ประสงค์จะลงคะแนนอยู่ตรงมุมขวามือ ด้านล่างของบัตรเลือกตั้ง จึงทำให้เชื่อได้โดยปราศจากข้อสงสัยว่าเจ้าหน้าที่ประจำหน่วยเลือกตั้ง ตลอดจนประชาชนผู้มาขึ้นรอเพื่อเลือกตั้งสามารถสังเกตเห็นพฤติกรรมของผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้งได้ ซึ่งทำให้การใช้สิทธิเลือกตั้งดังกล่าวไม่เป็นการลับอีกต่อไปจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 104 วรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2540

ประเด็นที่น่าสนใจในคำพิพากษาของศาลปกครองกลางฉบับนี้ ปรากฏอยู่ในส่วนของการให้เหตุผลในการวินิจฉัยคดี เนื่องจากมีการกล่าวอ้างถึง “หลักการออกเสียงคะแนนโดยลับ” ตามข้อ 21(3) ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ซึ่งเป็นสาระสำคัญของ การปกครองในระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนมาเป็นเหตุผลสำคัญในการวินิจฉัยตัดสินคดี โดยศาลปกครองกลางได้อธิบายว่า “...และก็เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า เงื่อนไขประการหนึ่งใน หลายๆ ประการที่จะทำให้การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นไปโดยอิสระ คือการให้ผู้มีสิทธิ เลือกตั้งออกเสียงลงคะแนนลับ ดังที่ข้อ 21(3)ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การ สหประชาชาติซึ่งประเทศไทยรับรองแล้ว กำหนดไว้มีใจความว่าเจตจำนงของประชาชนจะต้อง เป็นมูลฐานแห่งอำนาจของรัฐบาลเจตจำนงนี้จะต้องแสดงออกทางการเลือกตั้งตามกำหนดเวลา และอย่างแท้จริง ซึ่งอาศัยการออกเสียงโดยทั่วไปและเสมอภาค และการลงคะแนนลับหรือวิธีการ ลงคะแนนโดยอิสระอย่างอื่นทำนองเดียวกัน โดยการออกเสียงลงคะแนนลับตามนัยข้อ 21(3) ของปฏิญญา สากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติและมาตรา 104 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทย หมายถึง การออกเสียงลงคะแนนซึ่งผู้เลือกตั้งรู้สึกว่าจะไม่มีบุคคลหนึ่งบุคคลใดนอกจากตัวผู้ เลือกตั้งเองสามารถเห็นได้ว่าผู้เลือกตั้งออกเสียงลงคะแนนหรือไม่ และการออกเสียงลงคะแนน เลือกบัญชีรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งบัญชีใด หรือผู้สมัครรับเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้งคนใด การออกเสียงลงคะแนนที่ผู้เลือกตั้งรู้สึกว่าจะบุคคลภายนอกสามารถรู้เห็นได้ว่าผู้เลือกตั้งออกเสียง ลงคะแนนเลือกบัญชีรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งบัญชีใด หรือผู้สมัครรับเลือกตั้งแบบแบ่งเขตคนใด ไม่ใช่การออกเสียงลงคะแนนลับ...”

จากคำอธิบายของศาลปกครองกลางในข้างต้น แสดงให้เห็นว่าศาลปกครองกลางได้นำบทบัญญัติในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมาใช้ประกอบการตีความบทบัญญัติมาตรา 104 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2540 เพื่อใช้ในการกำหนดความหมายของ “การออก เสียงลงคะแนนโดยลับ” ว่ามีลักษณะเป็นเช่นไร ปัญหาจึงมีว่า การกล่าวอ้างถึงบทบัญญัติใน ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนกรณีนี้มีความจำเป็นหรือไม่ และเป็นการกล่าวอ้างในฐานะ อะไร ด้วยความเคารพต่อศาลปกครองกลาง ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีนี้ศาลปกครองกลางสามารถใช้ อำนาจในการตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการกล่าวอ้างถึงบทบัญญัติ

ในปฎิญาสาทลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอีก เพราะเหตุว่า “หลักการออกเสียงลงคะแนนโดยลับ” นั้น ได้ถูกรับรองในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไว้แล้ว ดังนั้นกฎหมายไทยที่ศาลปกครอง จะต้องใช้ในการนี้จึงหมายถึงบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเท่านั้น การที่ศาล ปกครองกลางกล่าวอ้างบทบัญญัติในปฎิญาสาทลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเพิ่มเติมจากบทบัญญัติ ในรัฐธรรมนูญอีกจึงเป็นเรื่องที่ไม่น่าถูกต้อง เพราะจะทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับสถานะทาง กฎหมายของการกล่าวอ้าง “หลักการออกเสียงลงคะแนนโดยลับ” ตามข้อ 21(3) ในปฎิญาสาทล ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนว่าเป็นการกล่าวอ้างเพราะอะไร และในฐานะอะไร

หากพิจารณาสถานะทางกฎหมายของปฎิญาสาทลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฉบับนี้ แล้ว จะพบว่าปฎิญาดังกล่าวเป็นแต่เพียงคำประกาศที่ไม่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายซึ่ง หมายความว่าประเทศใดในโลกนี้อาจเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยกับคำประกาศในปฎิญาสาทลก็ได้ และหากมีการละเมิดหลักการตามที่ปรากฏในปฎิญาก็ไม่มีผลลงโทษรัฐที่ทำการละเมิดสิทธิ มนุษยชนแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามหากพิจารณาในทางกฎหมายระหว่างประเทศ การที่รัฐต่างๆ นำ หลักการของปฎิญาไปปฏิบัติบ่อยครั้งเข้าเพราะมีความเชื่อว่ามีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย อาจ ทำให้การยอมรับที่ได้มีการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมออย่างกว้างขวางนั้นกลายเป็นกฎหมายจารีต ประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนขึ้นในที่สุด²⁴

เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองกลาง จะเห็นว่ากฎหมายที่ศาลปกครอง นำมาปรับใช้กับคดีคือ มาตรา 104 วรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2540 เท่านั้น จึงแสดงให้เห็นว่าการกล่าวอ้างถึงบทบัญญัติในข้อ 21(3)ของปฎิญาสาทลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ของศาลปกครองกลางในคดีนี้มีได้อ้างในฐานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายแต่อย่างใดแต่เป็นการ กล่าวอ้างในฐานะเป็นข้อเท็จจริงที่รู้กันอยู่ทั่วไปเพื่อเป็นการสนับสนุนว่าประเทศไทยมีทางปฏิบัติที่ เป็นไปในแนวเดียวกับต่างประเทศเท่านั้น อย่างไรก็ตาม การให้เหตุผลของศาลปกครองกลางในคดีนี้ ได้สะท้อนมุมมองของศาลปกครองที่เห็นความสำคัญของการยอมรับและปฏิบัติตามหลักกฎหมาย ระหว่างประเทศเพื่อให้ประเทศไทยเป็นที่ยอมรับในสายตาของต่างประเทศเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ประเด็น ปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไปคือ หากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมิได้บัญญัติรับรองหลักการ ลงคะแนนเสียงโดยลับไว้อย่างชัดเจน กรณีนี้ศาลปกครองกลางจะอ้าง “หลักการลงคะแนนเสียง

²⁴ คำกล่าวของ Sir Humphrey Waldock ที่แสดงปาฐกถาที่ British Institute of International and Comparative Law, อ้างใน กุลพล พลวัน, สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547), น. 46.

โดยลับ” ตามนัยข้อ 21(3)ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมาใช้เป็นกฎหมายในฐานะเป็นแหล่งที่มาหรือเป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองได้หรือไม่ อย่างไร

4.3 แนวทางปฏิบัติของต่างประเทศและแนวทางการแก้ไขปัญหในระบบกฎหมายไทย

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมและศาลปกครองในช่วงต้นแสดงให้เห็นว่าการใช้บังคับหนังสือสัญญาของศาลไทยมิได้ถือตามแนวคิดแบบทวินิยมโดยเคร่งครัด กล่าวคือ หากเป็นหนังสือสัญญาประเภทสัญญา กรณีนี้ศาลจะใช้บังคับหนังสือสัญญาโดยผ่านกฎหมายแปลงรูปอย่างไรก็ดี ศาลยุติธรรมจะยอมรับและใช้บังคับหนังสือสัญญาโดยที่ไม่มีกฎหมายภายในรองรับเพื่อให้สิทธิของเอกชนตามสนธิสัญญาทั้งนี้เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมและเพื่อให้ปัจเจกบุคคลซึ่งได้รับสิทธิตามหนังสือสัญญาได้รับการคุ้มครองมากที่สุด ในกรณีเป็นหนังสือสัญญาประเภทกฎหมาย ศาลไทยก็ยอมรับและใช้บังคับบทบัญญัติในหนังสือสัญญาดังกล่าวแม้ว่าประเทศไทยจะไม่ใช่ภาคีในหนังสือสัญญาเหล่านั้นก็ตาม

อย่างไรก็ดี เมื่อประเทศไทยถือตามระบบทวินิยม การใช้บังคับหนังสือสัญญาของศาลจึงต้องกระทำผ่านทางกฎหมายแปลงรูปหนังสือสัญญาเสมอ แต่ในกรณีที่หนังสือสัญญานั้นเป็นหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายซึ่งรับรองหรือก่อให้เกิดเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าศาลไทยอาจนำบทบัญญัติในหนังสือสัญญามาใช้บังคับได้แม้ว่ารัฐสภายังไม่ได้ออกกฎหมายภายในรองรับหรือแม้ว่าประเทศไทยจะไม่ใช่ภาคีในหนังสือสัญญาดังนั้นก็ตาม กรณีนี้จึงเป็นการใช้บังคับในฐานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศมิใช่ในฐานะเป็นหนังสือสัญญา อย่างไรก็ดี ปัญหาว่าศาลไทยจะนำหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศเหล่านี้มาใช้บังคับภายในประเทศโดยอาศัยบ่อเกิดของกฎหมายภายในประเภทใด ในหัวข้อนี้จึงได้ทำการศึกษาแนวทางการใช้บังคับหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายในต่างประเทศ เพื่อนำมาใช้เป็นแนวทางการใช้บังคับในประเทศไทยต่อไป

4.3.1 แนวทางปฏิบัติของต่างประเทศ

จากการศึกษาแนวทางปฏิบัติของศาลระบบทวินิยมดังเช่นประเทศออสเตรเลีย และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน หากเป็นสนธิสัญญาประเภทกฎหมาย(law-making treaty) ซึ่ง

รองรับหรือก่อให้เกิดเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลภายในอาจนำพันธกรณีในสนธิสัญญาเหล่านี้มาใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐได้โดยที่รัฐสภาไม่ต้องออกกฎหมายรองรับสนธิสัญญาและไม่ต้องคำนึงว่ารัฐนั้นได้ให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาดังกล่าวหรือไม่ อย่างไรก็ตามการที่ศาลภายในนำพันธกรณีในสนธิสัญญาประเภทกฎหมายมาใช้บังคับกรณีดังกล่าวมิได้เป็นการใช้บังคับในฐานะที่เป็นสนธิสัญญาแต่เป็นการใช้บังคับในฐานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในประเทศออสเตรเลียและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้กำหนดวิธีการใช้จารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศดังนี้

4.3.1.1 ประเทศออสเตรเลีย

ในประเทศออสเตรเลีย เมื่อฝ่ายบริหารให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาดับใดฉบับหนึ่งไว้แต่รัฐสภายังไม่ได้ดำเนินการตรากฎหมายเพื่อให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐ โดยหลักแล้วศาลย่อมไม่อาจนำบทบัญญัติของกฎหมายมาใช้บังคับในคดีได้ อย่างไรก็ตามในคำพิพากษาคดี Minister for Immigration and Ethnic Affairs v Ah Hin Teoh (1995) 183 CLR 273²⁵ ปรากฏว่าศาลสูง (high court) ของออสเตรเลียได้ยอมรับผลบังคับของอนุสัญญาที่สร้างขึ้นโดยสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก (United Nations Convention on the Rights of the Child 1980) โดยที่รัฐสภายังไม่ได้ตรากฎหมายเพื่อให้อนุสัญญาดังนี้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายออสเตรเลียแต่อย่างใด

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า นาย Teoh มีสัญชาติมาเลเซีย เข้ามาอยู่อาศัยในออสเตรเลียในเดือน พฤษภาคม ค.ศ. 1988 โดยเขาเข้ามาอยู่เพื่อดูแลเด็กสามคนซึ่งเป็นลูกของพี่ชายผู้เสียชีวิตไปแล้ว เด็กเหล่านี้ล้วนมีสัญชาติออสเตรเลียทั้งสิ้น ต่อมา นาย Teoh ได้แต่งงานกับพี่สะใภ้ของตนซึ่งเป็นแม่ของเด็กทั้งสามคนเหล่านี้ ดังนั้น นาย Teoh และนาง Teoh จึงเป็นผู้มีอำนาจดูแลเด็กทั้งสามตามกฎหมายออสเตรเลีย

สำหรับนาง Teoh นั้นมีประวัติติดเฮโรอีน ต่อมา นาย Teoh จึงถูกจับในข้อหาจำหน่ายเฮโรอีนเข้ามาในออสเตรเลียเพื่อนำมาให้นาง Teoh เสพ นาย Teoh จึงถูกตัดสินจำคุกเป็นเวลาถึง 6 ปี ด้วยเหตุนี้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกิจการกลุ่มผู้อพยพและชนกลุ่มน้อย (Minister for Immigration and Ethnic Affairs) จึงออกคำสั่งปฏิเสธสิทธิของนาย Teoh ที่จะได้รับการอนุญาต

²⁵ Ian Holloway, Natural Justice and the High Court of Australia : A study in common law constitutionalism, (England : Ashgate, 2002), pp. 183-188.

ให้อาศัยในออสเตรเลียเป็นการถาวรเนื่องจากเป็นผู้มีคุณลักษณะไม่เหมาะสม และออกคำสั่งเนรเทศนาย Teoh ออกนอกออสเตรเลียแม้ว่าคำสั่งดังกล่าวจะเป็นผลร้ายแก่นาง Teoh และเด็กทั้งสามคนก็ตาม

เมื่อคดีได้ดำเนินไปสู่การพิจารณาในศาลสูงของออสเตรเลีย นาย Teoh ได้โต้แย้งว่าการใช้อำนาจของรัฐมนตรีเป็นการกระทำไม่สอดคล้องกับมาตรา 3(1) ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่กำหนดว่า “ในการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็ก ไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันสังคมสงเคราะห์ของรัฐหรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก”²⁶ เมื่อรัฐมนตรีมีคำสั่งเนรเทศโดยไม่นำบทบัญญัติของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กซึ่งวางหลักประกันสิทธิในกระบวนการวิธีพิจารณาเรื่องที่เกี่ยวข้องผลประโยชน์ที่เด็กควรได้รับมาเป็นข้อพิจารณาประกอบการตัดสินใจ การออกคำสั่งเนรเทศของรัฐมนตรีจึงเป็นคำสั่งที่เกิดขึ้นจากกระบวนการวิธีพิจารณาที่ไม่เป็นธรรม (dined procedural fairness)

ในเรื่องนี้ศาลสูงยอมรับว่า แม้ว่ารัฐสภาจะไม่ได้ตรากฎหมายเพื่อให้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐ แต่ผลของการให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กของฝ่ายบริหารย่อมก่อให้เกิดความคาดหวังโดยชอบธรรมว่าสิ่งนั้นมีสภาพเป็นกฎหมาย (legitimate expectation)²⁷ แก่ผู้ได้รับสิทธิตามอนุสัญญาดังนั้นว่า ฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการใดๆ อันเป็นการสอดคล้องกับบทบัญญัติของอนุสัญญาแม้ว่าอนุสัญญานั้นจะยังไม่ได้มีฐานะเป็นกฎหมายของรัฐก็ตาม โดยปัจเจกบุคคลผู้ซึ่งได้รับสิทธิดังกล่าวย่อมมีสิทธิที่ได้รับการปรึกษาจากรัฐก่อนที่รัฐจะปฏิบัติต่อเขาในลักษณะที่ไม่ได้เป็นไปตามพันธกรณีในสนธิสัญญา กล่าวอีกนัยหนึ่งเมื่อบุคคลได้รับสิทธิหรือผลประโยชน์หรือมีความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลว่าจะได้รับสิทธิหรือผลประโยชน์ตามกฎหมาย เขาจะต้องได้รับรู้ (right to be heard)

²⁶ คณะกรรมการประสานงานองค์กรสิทธิมนุษยชน (กปส.), สิทธิมนุษยชน รวบรวมสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่สำคัญ, (กรุงเทพมหานคร : มูลนิธิฟรีดริค เอแบร์ท (FES), 2544), น. 140.

²⁷ คำว่า “legitimate expectation” เป็นถ้อยคำทางกฎหมายที่ Lord Denning ได้สร้างขึ้นเป็นครั้งแรกในคดี Schmidt v Secretary of State for Home Affairs (1969) 1 All ER 904 โดยกล่าวว่า “...ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าเขาได้รับสิทธิหรือผลประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งหรือที่เรียกว่า legitimate expectation จึงการกระทำที่ไม่ยุติธรรมหากจะพรากสิทธิหรือผลประโยชน์ที่เขาคาดหวังว่าจะได้รับในอนาคตไปโดยที่ไม่มีการรับฟังว่าเขาจะพูดว่าอย่างไร” อ้างใน Peter Leyland, Textbook on Administrative law, fifth Edition (New York : Oxford University Press, 2005), p. 361.

ถึงการโต้แย้งสิทธิของเขาและให้เขาได้มีโอกาสต่อสู้เพื่อรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ที่เขาควรจะได้รับต่อไปในอนาคตได้เช่นกัน²⁸

ในระบบกฎหมายปกครองออสเตรเลียยอมรับว่าหลักความคาดหวังโดยชอบธรรมว่าสิ่งนั้นมีสภาพเป็นกฎหมาย (legitimate expectation) ถือเป็นหลักเกณฑ์ที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม (procedural fairness) ซึ่งมีใจความสำคัญว่า ในกรณีที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจใช้อำนาจโดยไม่คำนึงสิทธิหรือผลประโยชน์ของบุคคลที่ควรได้รับตามกฎหมายในอนาคต กระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรมย่อมเรียกร้องให้บุคคลผู้ได้รับผลร้าย หรือได้รับผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและหน้าที่ของตนสามารถยื่นคำร้องและมีโอกาสที่เสนอความเห็นในประเด็นดังกล่าวต่อศาลได้ และหลักการเดียวกันนี้ย่อมขยายไปถึงผลบังคับของบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่แม้จะยังไม่มีกรอบอนุวัติการให้เป็นกฎหมายของออสเตรเลียก็ตาม อย่างไรก็ตาม มีปัญหาว่าการยอมรับหลักความคาดหวังโดยชอบธรรมว่าสิ่งนั้นมีสภาพเป็นกฎหมาย (legitimate expectation) ของศาลในคดีนี้เท่ากับเป็นการปฏิเสธหลักที่ว่าสนธิสัญญาจะยังไม่มีผลบังคับเป็นกฎหมายของออสเตรเลียตราบเท่าที่รัฐสภายังไม่ออกกฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาหรือไม่²⁹

จากคำพิพากษาในคดี Brind³⁰ ได้วางหลักไว้ว่า หลักการดังกล่าวมิได้มีผลเป็นการขัดหรือแย้งต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจแต่อย่างใด เพราะเหตุว่าหลักดังกล่าวเปรียบเสมือนเป็นสิทธิในกระบวนการพิจารณา (procedural right) เพื่อเสนอให้บทบัญญัติของสนธิสัญญาที่ยังมิได้มีการออกกฎหมายอนุวัติการได้รับการพิจารณา (considered) แต่ไม่มีสิทธิตามกฎหมายที่จะทำให้บทบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ (enforced) ซึ่งหลักความคาดหวังโดยชอบธรรมว่าสิ่งนั้นมีสภาพเป็นกฎหมายนี้ (legitimate expectation) จะเกิดขึ้นจากการให้คำมั่นสัญญาจากผู้นำอำนาจมหาชนหรือเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองตามปกติซึ่งผู้กล่าวอ้างสิทธิสามารถคาดหวังได้โดยมีเหตุผลอันสมควรว่าสิ่งเหล่านั้นจะต้องมีการดำเนินต่อไป การให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กของฝ่ายบริหารจึงเป็นการให้คำมั่นว่าฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตาม

²⁸ Ian Holloway, *supra* note 25, p. 165.

²⁹ Rosalie Balkin, "International Law and Domestic Law" in Public international law : An Australian Perspective, (Oxford University Press, 2005), p. 132.

³⁰ Regina v Secretary of State for the Home Department, Ex parte Brind and Others (1991) 1AC 696, *Ibid*, p. 133.

บทบัญญัติในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเช่นกัน³¹ อย่างไรก็ตามรัฐสภาอาจตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อเปลี่ยนแปลงหลักความคาดหวังดังกล่าวหรืออาจมีสิ่งบ่งชี้อื่นใดที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองกระทำการฝ่าฝืนหลักความคาดหวังได้

ดังนั้น ในการพิจารณาออกคำสั่งเนรเทศนาย Teoh รัฐมนตรีจะต้องนำ “หลักการยึดถือผลประโยชน์ที่ดีที่สุดของเด็ก” ในมาตรา 3(1) ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมาประกอบการพิจารณาก่อนออกคำสั่งเนรเทศนาย Teoh ด้วย ในกรณีที่รัฐมนตรีตัดสินใจที่ไม่ทำตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฉบับนี้ รัฐมนตรีมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งการกระทำดังกล่าวของตนแก่บุคคลผู้ถูกระทบสิทธิเพื่อเปิดโอกาสให้เขาได้รับทราบข้อเท็จจริงและให้เขามีโอกาสแสดงความคิดเห็นโต้แย้งข้อเท็จจริงที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้ประกอบการวินิจฉัยในภายหลังได้อย่างถูกต้องว่าเหตุใดรัฐมนตรีจึงต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในมาตรา 3 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก³²

การยอมรับผลบังคับของสนธิสัญญาในคดี Teoh นี้ถือว่าเป็นเรื่องที่สามารถได้วางหลักการยอมรับผลบังคับของสนธิสัญญาเป็นกฎหมายภายในโดยที่ยังมิได้มีการออกกฎหมายภายในอนุวัติการหรือรองรับผลบังคับของสนธิสัญญา วิธีการผนวกสนธิสัญญาเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในเช่นเราเรียกว่า การบัญญัติกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ (Judicial legislation) ซึ่งเป็นวิธีหนึ่งในประเทศที่ใช้ระบบบทวินิยมแบบอังกฤษหรือประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

อย่างไรก็ดี ยังมีปัญหาถกเถียงกันว่าวิธีการยอมรับผลบังคับโดยตรงของสนธิสัญญาเช่นนี้จะเกิดขึ้นกับสนธิสัญญาทุกประเภทหรือไม่ ในทางวิชาการนั้นเห็นว่าการให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาของฝ่ายบริหารที่จะก่อให้เกิดหลัก (legitimate expectation) ได้นั้นอย่างน้อยที่สุดสนธิสัญญาเหล่านั้นต้องมีบทบัญญัติเป็นการก่อตั้งสิทธิแก่ปัจเจกบุคคลภายในรัฐ (establish individual rights)³³ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (International human rights law)

³¹ Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service (1985) in Andrew Le Sueur, Javan Herberg and Rosalind English, Principle of Public Law, 2nd (London: Cavendish Publishing Limited, 1999), p. 288.

³² Donald K Anton, Penelope Mathew & Wayne Morgan, International Law: Cases and Materials, (New York: Oxford University Press, 2005), p. 444.

³³ Penelope Mathew, “Human Rights” in Public international law: An Australian Perspective, (New York: Oxford University Press, 2005), p. 282.

ซึ่งมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐเป็นสำคัญ³⁴

4.3.1.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

ในระบบกฎหมายเยอรมัน เมื่อฝ่ายบริหารได้ให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาในรูปของกฎหมายรองรับสนธิสัญญาและมีการประกาศกฎหมายรองรับสนธิสัญญาในรัฐกิจจานุเบกษา เพื่อให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐโดยถูกต้องแล้ว ศาลเยอรมันสามารถนำกฎหมายรองรับสนธิสัญญามาใช้บังคับกับคดีได้ การใช้บังคับสนธิสัญญาของศาลเยอรมันจึงต้องกระทำผ่านกฎหมายรองรับสนธิสัญญาเท่านั้น

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติของศาลเยอรมันหากเป็นสนธิสัญญาประเภทกฎหมายซึ่งวางหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (International human rights treaties) ศาลเยอรมันสามารถนำหลักเกณฑ์ในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาใช้บังคับแก่คดีได้โดยตรง (self-executing treaty)³⁵ ในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสหพันธ์ (as fully binding part of federal law)³⁶

ดังเช่น การที่ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1950 (European Convention on Human Rights : ECHR) ซึ่งโดยปกติแล้วสนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับภายในประเทศโดยผ่านกฎหมายรองรับสนธิสัญญา แต่สำหรับอนุสัญญานี้ถือเป็นสนธิสัญญาที่วางหลักการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ดังนั้น

³⁴ Andrew Le Sueur , Javan Herberg and Rosalind English, *supra* note 32, p. 290.

³⁵ Stefan Oeter, "International Human Rights and National Sovereignty in Federal System : The German Experience," *Wayne Law Review*, 2001, <<http://international.westlaw.com>> , December 2007.

³⁶ จึงเข้าใจได้ว่าการใช้บังคับอนุสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ประชาชนในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันอาจอ้างหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนเหล่านี้ในฐานะเป็น "หลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศ" เพื่อโต้แย้งการกระทำทางปกครองต่อศาลปกครองได้โดยตรงตามบทบัญญัติในมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐานที่บัญญัติว่า "หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศประกอบเป็นสาระสำคัญของส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งสหพันธ์มีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายที่ตราโดยสภา และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อผู้ที่อาศัยอยู่ในอาณาเขตของสหพันธ์"

ประชาชนจึงสามารถกล่าวอ้างบทบัญญัติในสนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนได้แก่การกระทำทางปกครองได้

อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฉบับนี้ถือว่าเป็นอนุสัญญาที่มีบทบาทในการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่บุคคลในเยอรมันมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่คนต่างด้าว เนื่องจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเยอรมันจำนวนมากมักให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานแก่คนภายในรัฐ โดยหวังกันมิให้ความคุ้มครองแก่บุคคลซึ่งมิได้เป็นประชาชนของตนด้วย ในขณะที่อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฉบับนี้กลับมุ่งหมายให้ความคุ้มครองแก่สิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นสิทธิติดตัวบุคคลทุกคนไม่ว่าเป็นคนชาติใด ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงยอมรับว่าคนต่างด้าวผู้ถูกระทบสิทธิจากการใช้อำนาจอมหาดานของรัฐสามารถกล่าวอ้างสิทธิตามบทบัญญัติในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเพื่อร้องทุกข์ไปยังศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Constitutional Complaint) ได้³⁷

จากการยอมรับผลบังคับของอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ECHR) โดยตรงของศาลเยอรมันจึงเกิดปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของอนุสัญญาฉบับนี้ว่าจะมีความสัมพันธ์กับกฎหมายภายในเช่นไร ในเรื่องนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ยืนยันว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะนำบทบัญญัติอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ECHR) มาใช้ในการตีความกฎหมายพื้นฐานซึ่งเป็นกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญในฐานะเป็นเพียงคู่มือ (guides) เพื่อตีความเนื้อหาและขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่กฎหมายพื้นฐานได้กำหนดไว้แล้วเท่านั้น แต่การนำบทบัญญัติของอนุสัญญามาตีความเพื่อนำไปสู่การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานที่กฎหมายพื้นฐานให้ความคุ้มครองลดน้อยถอยลงนั้นจะกระทำมิได้ ดังนั้น อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมิได้มีฐานะเทียบเท่ากฎหมายพื้นฐานหรือสูงกว่ากฎหมายพื้นฐานแต่อย่างใด³⁸ เมื่อประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาฉบับนี้แล้ว อนุสัญญาย่อมมีสถานะเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญทั่วไป อย่างไรก็ดี อนุสัญญาอาจอยู่ในลำดับสูงกว่ารัฐธรรมนูญได้หากมีเนื้อหาที่มีลักษณะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปทั้งนี้

³⁷ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (BVerfGE) 179 , 196, in Stefan Oeter, *supra* note 35.

³⁸ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (BVerfG), 2 BvR 1481/04, in Saša Beljin, “Bundesverfassungsgericht on the Status of the European Convention of Human Rights and ECHR Decisions in German Legal Order. Decision of 14 December 2004,” 1, *European Constitutional Law Review* , 2005, p. 556.

เป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐาน เช่น ในหมวด 1 บทบัญญัติมาตรา 3 แห่งอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ECHR) ซึ่งวางหลักห้ามมิให้มีลดคุณค่าบุคคลลงเป็นทาส (prohibition of slavery) ซึ่งถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศที่ศาลสามารถนำมาใช้บังคับได้โดยตรงและมีค่าบังคับสูงกว่ารัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติในมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐาน³⁹

นอกจากสนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนแล้ว ศาลปกครองแห่งสหพันธ์สามารถนำบทบัญญัติในกฎบัตรสหประชาชาติ (Le Charte des Nations Unies - U.N. Charter) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาประเภทกฎหมายอีกชนิดหนึ่งมาใช้บังคับเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองได้โดยตรง⁴⁰ คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า ผู้ร้องเป็นทหารยศพันตรีได้ถูกดำเนินคดีเกี่ยวกับวินัยในศาลทหาร เพราะเหตุว่าผู้ร้องปฏิเสธที่จะดำเนินการตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งให้ผู้ร้องเข้าไปมีส่วนร่วมในการปรับปรุงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (software programme) เพื่อใช้เป็นอาวุธทางทหาร โดยโปรแกรมดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เป็นการเพิ่มศักยภาพทางด้านการทหารในกองทัพอเมริกันเพื่อนำไปใช้ทำสงครามกับอิรัก ซึ่งเขาเห็นว่าเป็นการทำสงครามที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และคำสั่งดังกล่าวเป็นการขัดต่อเสรีภาพทางความเชื่อซึ่งเขาได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 4(1) ของกฎหมายพื้นฐาน⁴¹ แต่ศาลทหารได้ตัดสินว่าผู้ร้องมีความผิดฐานกระทำการทุจริตต่อหน้าที่จึงมีคำสั่งลดขั้นตำแหน่งจากเดิมคือยศพันตรีให้มาเป็นร้อยเอกแทน ในเวลาต่อมาผู้ร้องจึงร้องทุกข์มายังศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (Bundesverwaltungsgericht)

ในเบื้องต้น ศาลปกครองแห่งสหพันธ์เห็นว่า ผู้ร้องย่อมมีเสรีภาพในทางความเชื่อตามมาตรา 4(1) ของกฎหมายพื้นฐานตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าว เพราะกฎหมายพื้นฐานให้ความคุ้มครองเสรีภาพในทางความเชื่อของบุคคลไม่ว่าความเชื่อดังกล่าวจะเป็นเรื่องผิดหรือเป็นเรื่องที่ถูก รัฐก็ไม่มีอำนาจที่จะไปจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้ ดังนั้น ความเชื่อในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการทำสงครามอิรักของผู้ร้องจึงได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 4(1) ของกฎหมายพื้นฐานด้วย

³⁹ *Ibid*, p. 557.

⁴⁰ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ ลงวันที่ 21 มิถุนายน 2005, (BVerwG, 2 WS 12.04) อ้างใน Nikolaus Schultz, "Was the War on Iraq Illegal? – The German Federal Administrative Court's Judgement of 21st June 2005," German Law Journal, Vol.07 No.01, 2005, pp. 25-44.

⁴¹ Article 4 [Freedom of faith, conscience, and creed]

"(1) Freedom of faith and of conscience, and freedom to profess a religious or philosophical creed, shall be inviolable..."

ปัญหาต่อมาที่ศาลปกครองแห่งสหพันธ์พิจารณาคือ ผู้ร้องสามารถปฏิเสธคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งให้ผู้ฟ้องคดีเข้าร่วมปรับปรุงโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นอาวุธเพื่อนำไปใช้ในการร่วมทำสงครามกับอิรักได้หรือไม่ ในเรื่องนี้ศาลปกครองแห่งสหพันธ์นำมาตรา 2(4) ของกฎบัตรสหประชาชาติที่วางหลักการห้ามมิให้รัฐสมาชิกทำการคุกคาม หรือใช้กำลังต่อบูรณภาพแห่งอาณาเขตหรือเอกราชทางการเมืองของรัฐใด⁴² มาใช้บังคับเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าว

โดยหลักการในมาตรา 2(4) ของกฎบัตรสหประชาชาตินี้ได้ถูกรับรองโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The International Court of Justice : ICJ) ว่ามีสถานะเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีสภาพบังคับเด็ดขาด (jus cogen) ซึ่งมีผลผูกพันรัฐต่างๆ เป็นการทั่วไปแม้ว่ารัฐนั้นจะไม่ได้เป็นภาคีในกฎบัตรสหประชาชาติก็ตาม ดังนั้น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันในฐานะเป็นภาคีในสหประชาชาติจึงมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามกฎบัตรแห่งสหประชาชาติด้วย ศาลปกครองแห่งสหพันธ์จึงวางหลักไว้ว่าเมื่อมาตรา 2(4) ของกฎบัตรสหประชาชาติมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีสภาพบังคับเด็ดขาด (jus cogen) ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิแก่ประชาชนในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน จึงเป็นการสร้างภาระหน้าที่ให้แก่องค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนทั้งหลายซึ่งรวมถึงผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ต้องละเว้นจากการกระทำใดๆ อันเป็นการละเมิดต่อหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวในฐานะที่เป็น “หลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศ” ตามบทบัญญัติในมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐาน⁴³

เมื่อไม่ปรากฏว่าการที่ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเข้าร่วมกับประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษเพื่อทำสงครามในอิรักเป็นการกระทำที่เข้าข่ายยกเว้นเรื่องการใช้อำนาจทหารที่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศมาตรา 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งวางหลักการป้องกันล่วงหน้าของรัฐ (self-defense) ไว้ คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งที่ขัดหรือแย้งกับหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งเป็นที่ยอมรับในนานาประเทศตามมาตรา 2(4) ของกฎบัตรซึ่งมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐานกำหนดให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งสหพันธ์ ศาลปกครองสหพันธ์จึงตัดสินว่าผู้บังคับบัญชาสามารถปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวได้เพราะเป็นคำสั่งที่ขัดต่อมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐานนั่นเอง

จึงสรุปได้ว่า ในระบบกฎหมายเยอรมัน หากเป็นสนธิสัญญาประเภทกฎหมายซึ่งวางกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในรูปของจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือสร้างกฎเกณฑ์ระหว่าง

⁴² Art. 2(4) “ All Member shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.”

⁴³ Nikolaus Schultz, *supra* note 40, p. 27.

ประเทศขึ้นมาใหม่เป็นการเฉพาะเรื่องซึ่งเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศโดยที่ไม่มีการคัดค้านจนก่อให้เกิดสภาพบังคับเป็นการทั่วไป (situations objectives) หรือมีสภาพบังคับเด็ดขาด (jus cogens) เช่น สนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ หรือกฎบัตรสหประชาชาติ ฯลฯ กฎเกณฑ์ใน สนธิสัญญาประเภทกฎหมายเหล่านี้จะมีสถานะเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ประกอบเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งสหพันธ์ตามมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐานที่ศาลเยอรมัน สามารถนำมาใช้เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้โดยตรง ซึ่งในเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคยวางหลักการนำมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐานมาเป็นมาตรการ ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐไว้ในปี ค.ศ. 1987 ว่า บทบัญญัติ ในมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐานอาจถูกนำมาใช้เพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจมหาชนขององค์กรฝ่าย บริหารและองค์กรฝ่ายตุลาการในการใช้และการตีความกฎหมายภายในที่เป็นการละเมิดต่อ หลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศได้⁴⁴

4.3.2 แนวทางการนำหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายซึ่งยังไม่มีกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตาม หนังสือสัญญามาใช้บังคับเพื่อตรวจสอบการกระทำทางปกครอง

เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ถือตามหลักทวินิยม ดังนั้นหนังสือสัญญาจึงไม่มี ผลใช้บังคับเป็นกฎหมายไทยได้จนกว่ารัฐสภาจะออกพระราชบัญญัติโอนวิถีการหรือรองรับ พันธกรณีตามหนังสือสัญญา แต่จากการศึกษาพบว่าในทางปฏิบัติของศาลไทยมิได้เป็นไปตาม หลักทวินิยมอย่างเคร่งครัดนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางปฏิบัติของการยอมรับและใช้บังคับหนังสือ สัญญาประเภทกฎหมาย (law-making treaty) ที่เกิดขึ้นในศาลยุติธรรม กล่าวคือ ศาลยุติธรรม ยอมรับและใช้บังคับอนุสัญญากฎหมายว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969⁴⁵ ในฐานะเป็น การรับรองถึงความมีอยู่ของจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยที่ไม่คำนึงว่าประเทศไทยเป็นภาคี ในหนังสือสัญญานั้นหรือไม่ และในบางกรณีศาลยุติธรรมยังยอมรับผลบังคับของอนุสัญญา กรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ค.ศ. 1976 ซึ่งเป็นหนังสือสัญญาในฐานะ ที่เป็นการสร้างหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความหมายของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงทั่วไป (well-known Mark) ทั้งที่ประเทศไทยยังไม่ได้เป็นภาคีเช่นกัน⁴⁶ จากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมทั้งสอง

⁴⁴ Ibid, p. 38.

⁴⁵ คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 2965/2538

⁴⁶ คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 8834/2542

คดีนี้แสดงให้เห็นว่าศาลไทยได้ให้ความสำคัญแก่หนังสือสัญญาประเภทกฎหมายซึ่งเป็นการรับรองสถานะทางกฎหมายของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือมีผลเป็นการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปเป็นพิเศษ เพราะเหตุว่าหนังสือสัญญาเหล่านั้นมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ศาลสามารถนำมาใช้บังคับกับคดีได้โดยไม่คำนึงว่าประเทศไทยจะเป็นภาคีในหนังสือสัญญาหรือไม่ และไม่คำนึงว่าพันธกรณีในหนังสือสัญญานั้นจะมีการออกพระราชบัญญัติอนุวัติการหรือรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาหรือไม่ อย่างไรก็ดี ในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมก็มิได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าศาลยุติธรรมยอมรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายเหล่านี้ในฐานะเป็นหนังสือสัญญาหรือเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งหากพิจารณาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้ว จะเห็นว่าศาลซึ่งเป็นองค์กรผู้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย⁴⁷ คำว่า “กฎหมาย” ที่ศาลจะนำมาใช้บังคับจึงหมายความว่ากฎหมายไทยเท่านั้น

ในทางวิชาการ เป็นที่ยอมรับตรงกันว่าหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายอาจมีผลผูกพันรัฐต่างๆ แม้รัฐนั้นจะไม่ใช่ภาคีก็ได้ เพราะเหตุว่าหนังสือสัญญาได้รับรองหลักกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งอาจเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ(international custom)⁴⁸ ที่รัฐต่างๆ ได้ให้การยอมรับและปฏิบัติตามอย่างแพร่หลายโดยมีความเชื่อว่าเป็นพันธกรณีทางกฎหมาย เช่น การรับรองหลักเสรีภาพในการสัญจรทางทะเลซึ่งเป็นจารีตประเพณีดั้งเดิมที่ถูกเรียบเรียงไว้ในรูปของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1958 ซึ่งเป็นกฎหมายทะเลที่ถูกยกกว้างขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติ⁴⁹ ในทางวิชาการจึงถือว่า จารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในที่ศาล

⁴⁷ มาตรา 197 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์”

⁴⁸ ข้อ 38(1)(b) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ได้กล่าวถึง จารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะเป็นที่ป็นหลักฐานแสดงถึงการถือปฏิบัติกันโดยทั่วไป (general practice) และเป็นที่ยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (acceptance as law) อ้างใน จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น. 48.

⁴⁹ นพพร โพธิ์รังสิยากร, “กฎหมายทะเล (2),” วารสารการพาณิชย์นาวี, ฉบับที่ 3 ปีที่ 10, น. 39, (กันยายน 2534).

สามารถนำมาใช้บังคับได้โดยไม่ต้องมีการออกกฎหมายรองรับ และเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลภายในประเทศต้องรู้เอง⁵⁰

ดังนั้นการใช้บังคับกฎเกณฑ์ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ในคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 2965/2538 จึงอาจเป็นใช้บังคับในฐานะที่กฎเกณฑ์นั้นเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ มิใช่เป็นการใช้บังคับในฐานะเป็นหนังสือสัญญา หรือแม้แต่การกล่าวอ้างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ในคำพิพากษาของศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ 607-608/2549 ซึ่งแต่เดิมนั้นปฏิญญาดังกล่าวไม่มีฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ แต่จากทางปฏิบัติของรัฐต่างๆ ซึ่งรวมถึงประเทศไทยแสดงออกถึงยอมรับหลักการในปฏิญญาดังกล่าวโดยนัย หลักการดังกล่าวมากำหนดไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญก็ดีหรือในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติก็ดี โดยมีความเชื่อว่าหลักการในปฏิญญานั้นเป็นกฎหมาย ปัจจุบันเหล่านี้ล้วนทำให้หลักการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ปรากฏในปฏิญญามีผลผูกพันประเทศไทยในฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องสิทธิมนุษยชนเช่นกัน⁵¹

นอกจากนี้ หนังสือสัญญาประเภทกฎหมายอาจมีบทบัญญัติเป็นการรับรองหรือก่อให้เกิดหลักกฎหมายระหว่างประเทศในรูปของหลักกฎหมายทั่วไป (general principles of law)⁵² ที่ใช้บังคับอยู่ในกฎหมายภายในรัฐตามข้อ 38(1)(c) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งมีลักษณะเป็นหลักร่วมกันของระบบกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ที่สามารถนำไปใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศได้ เช่น หลักสุจริต (good faith) หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) หลักวิจิพิจารณาความ หลักการละเมิดพันธุกรณีก่อให้เกิดหน้าที่ที่ต้องชดใช้ความเสียหาย เป็นต้น หรืออาจเป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ หลักกฎหมายทั่วไปในความหมายนี้จึงมิได้มีต้นกำเนิดจากระบบกฎหมายภายใน แต่เกิดขึ้นเพราะความจำเป็นเพื่อผลประโยชน์ร่วมกัน (common interest) ของรัฐต่างๆ ในประชาคมระหว่างประเทศ เช่น การกล่าวอ้างหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความหมายของคำว่าเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงทั่วไป (well-known mark) ในอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ค.ศ. 1976 หรือการกล่าวอ้างหลักความเป็นผู้แทนสูงสุดขององค์กร (The Most Representative Organization) ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 3(5)

⁵⁰ จรัล ภักดีธนากุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11, น. 40.

⁵¹ คำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ 607-608/2549

⁵² นพนิติ แสงสุริยะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 77-80. และดูในจาตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 85-88

ของธรรมนูญขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ⁵³ หรือการกล่าวอ้างหลักว่าด้วยสิทธิของประชาชนในการกำหนดเจตจำนงของตนเองซึ่งปรากฏในกฎบัตรสหประชาชาติ หรือการกล่าวอ้างหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนซึ่งถูกรับรองไว้ในอนุสัญญาที่จัดทำขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติต่างๆ เป็นต้น

ปัญหาว่าในกรณีที่ประเทศไทยมีความผูกพันตามหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายในฐานะเป็นภาคีในหนังสือสัญญาดังกล่าว แต่รัฐสภายังไม่การตราพระราชบัญญัติอนุวัติการหรือรองรับผลบังคับของหนังสือสัญญานั้น หรืออาจเป็นกรณีที่ประเทศไทยมิได้เป็นภาคีในหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายดังกล่าวแต่ประเทศไทยก็ยอมรับรู้ถึงผลบังคับของหนังสือสัญญาโดยที่ไม่ได้ทำการคัดค้านแต่อย่างใด กรณีนี้ศาลไทยจะมีอำนาจนำจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ถูกรับรองหรือก่อให้เกิดขึ้นโดยผลของหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายมาใช้บังคับแก่คดีได้หรือไม่ อย่างไร

ผู้เขียนเห็นว่าในเรื่องนี้ เป็นปัญหาเกี่ยวกับนิติวิธีของการใช้กฎหมายในระบบกฎหมายไทยตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁵⁴ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดไว้แต่เพียงนิติวิธีในการใช้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น แต่เป็นการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวนิติวิธีในการใช้กฎหมายทุกสาขาซึ่งหมายความว่ารวมถึงนิติวิธีในการใช้กฎหมายปกครองด้วย ดังนั้น เมื่อไม่กฎหมายภายในที่เป็นลายลักษณ์อักษรใช้บังคับอยู่เลย ศาลยุติธรรมและศาลปกครองจะต้องนำบ่อเกิดของกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรมาใช้ตามหลักว่าด้วยลำดับชั้นแห่งกฎหมาย ในกรณีนี้ก็คือ หลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้หมายถึง หลักกฎหมายที่มีอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศ โดยค้นหาได้จากกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรของประเทศนั่นเอง เมื่อพิจารณาจากตัวบทหลายๆ มาตราเราจะพบหลักใหญ่ซึ่งอยู่เบื้องหลังของบทบัญญัติเหล่านั้น หลักใหญ่นี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาปรับใช้แก่คดีได้ ในกรณีที่ไม่สามารถค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในตัวบทกฎหมายลาย

⁵³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1/2545

⁵⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า

“มาตรา 4 กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อใดไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

ลักษณะอักษรมาปรับใช้แก้คดีได้ ก็จะต้องค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (nature of justice) ซึ่งได้แก่ ความเป็นธรรมหรือความรู้สึกผิดชอบชั่วดีที่มีอยู่ประจำจิตใจของมนุษย์ (reason of man) และจากหลักเหตุผลของเรื่อง (nature of things)⁵⁵

อย่างไรก็ดี ปัญหาว่าหลักกฎหมายทั่วไปนี้มีหมายความรวมถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้บังคับกฎหมายระหว่างประเทศด้วยหรือไม่ ในทางตำรามีการอธิบายแยกออกเป็นสองแนวทางคือ

แนวทางแรก ได้อธิบายว่า หลักกฎหมายทั่วไปในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นั้นหมายความว่าเฉพาะหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายไทยเท่านั้น เพราะเหตุว่า คำว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” ตามข้อ 38(1)(c)แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้น จะต้องเป็นหลักทั่วไปซึ่งอารยประเทศยอมรับนับถือซึ่งรวมถึงประเทศไทยด้วย ฉะนั้นหากประเทศไทยไม่มีหลักกฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางทะเล หลักกฎหมายว่าด้วยการนั้นแม้จะเป็นที่ยอมรับนับถือในบางประเทศก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นหลักทั่วไปหรือเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศได้ เพราะประเทศไทยยังมีได้ยอมรับนับถือ⁵⁶ ดังนั้นคำว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามความเห็นแรกนี้จึงไม่อาจโยงไปถึงหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศและไม่รวมถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย

แนวทางที่สอง ได้อธิบายว่า หลักกฎหมายทั่วไปมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลักกฎหมายที่มีได้มาจากหลักกฎหมายของประเทศไทยหรือจากประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น เพราะตัวบทใช้คำว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” ย่อมต้องหมายความว่าหลักกฎหมายที่รับรองหรือรับนับถือกันอยู่ทั่วไป และที่ว่าทั่วไปนั้นก็ไม่ได้หมายความว่าเฉพาะในประเทศไทยเท่านั้น แต่ถ้าหลักกฎหมายของประเทศไทยตลอดจนของประเทศไทยเป็นที่รับรองนับถือกันทั่วไปแล้วก็ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป⁵⁷ จึงแสดงให้เห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไปตาม

⁵⁵ สมยศ เชื้อไทย, ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 90-91.

⁵⁶ สมปอง สุจริตกุล, “ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ”, บทบัญญัติ, ตอน 1 ปีที่ 20, น. 76-77, (มกราคม, 2505).

⁵⁷ ไพจิตร ปุญญพันธุ์, “หลักกฎหมายทั่วไป และหลักกฎหมายทั่วไป (ฉบับเพิ่มเติม), ดุลพินิจ, เล่ม 3 ปีที่ 44, น. 177, (กรกฎาคม-กันยายน 2540), วิษณุ เครืองาม, รายงานวิจัยเรื่องการใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของไทย, ศูนย์วิจัยรัชดาภิเษกสมโภช สาขา

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีความหมายรวมถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งอยู่ในรูปของจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

ส่วนผู้เขียนนั้นเห็นด้วยกับแนวความเห็นที่สอง คือ คำว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายความว่ารวมถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศที่นานาประเทศซึ่งรวมถึงประเทศไทยยอมรับนับถือซึ่งอาจอยู่ในรูปของจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้ เพราะเหตุว่าหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศที่นานาประเทศได้รับรองแล้วย่อมมีสถานะเป็นกฎหมายซึ่งต้องมี “หลัก” ในตัวเองและการที่นานาประเทศได้ให้การยอมรับยอมแสดงให้เห็นถึงลักษณะ “ทั่วไป” ของหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าว ท้ายที่สุดคือ การแปลความให้หลักกฎหมายทั่วไปซึ่งเป็นบ่อเกิดสุดท้ายของกฎหมายที่ศาลจะนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างทางกฎหมายไม่ให้มีผลในทางปฏิบัตินั้นนับว่าเป็นการแปลความที่ไม่น่าจะถูกต้อง หลักกฎหมายทั่วไปตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงควรหมายความว่ารวมถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลยุติธรรมบางฉบับซึ่งยืนยันว่าศาลยุติธรรมได้นำหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับกับคดีในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่น คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 7350/2537 ได้วางหลักการยอมรับและใช้บังคับพระราชบัญญัติประกันภัยทางทะเล 1906 ของประเทศอังกฤษ (The Marine Insurance Act 1906) ซึ่งเป็นกฎหมายของต่างประเทศมาใช้กับคดีโดยไม่ใช้กฎหมายพาณิชย์ของไทย⁵⁸ ด้วยความเชื่อที่ว่ากฎหมายฉบับนี้มีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป อย่างไรก็ตามเมื่อจะต้องอธิบายถึงหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องประกันภัยทางทะเล ศาลฎีกากลับอธิบายว่าเพราะ “...กรมธรรม์ประกันภัยทางทะเลรายนี้ทำขึ้นเป็นภาษาอังกฤษ จึงควรถือกฎหมายว่าด้วยการประกันภัยทางทะเลของประเทศอังกฤษหรือสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือ เป็นกฎหมายทั่วไปเพื่อเทียบเคียงวินิจฉัยพระราชบัญญัติประกันภัยทางทะเล 1906 ของประเทศอังกฤษ (The Marine

สังคมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น. 126-127. (อัครสำเน), นพนิธิ แสงสุริยะ, อ้วนแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 150-152.

⁵⁸ นันทวัน เจริญชาติศรี และพันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, “ฎีกาวิเคราะห์ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7350/2537 กฎหมายที่มีผลบังคับต่อสัญญาประกันภัยทางทะเล,” วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 4 ปีที่ 25, น. 786 (ธันวาคม 2538).

Insurance Act 1906)” กรณีจึงเท่ากับว่าศาลฎีกาใช้กฎหมายอังกฤษบังคับกับสัญญาประกันทางทะเลเพราะเหตุว่าสัญญาประกันภัยทางทะเลทำขึ้นเป็นภาษาอังกฤษ ในเรื่องนี้นักกฎหมายไทยบางคนได้แสดงความเห็นว่า แม้กฎหมายไทยจะเป็นกฎหมายแบบซีวิลลอว์ซึ่งเป็นคนละระบบกฎหมายอังกฤษที่เป็นกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ อย่างไรก็ตามก็ดี ระบบกฎหมายทั้งสองนี้มิได้มีความแตกต่างกันมากนักในเรื่องกฎหมายพาณิชย์โดยเฉพาะกฎหมายพาณิชย์ระหว่างประเทศ

ในเรื่องของการประกันภัยทางทะเลนั้น กฎหมายของรัฐแบบซีวิลลอว์ยังมีทางปฏิบัติของการยอมรับหลักกฎหมายอังกฤษมาใช้ในประเทศของตน ทั้งนี้เพราะกฎหมายอังกฤษในเรื่องการพาณิชย์นาวีได้ถูกนำมาใช้อย่างมากในวงการการค้าระหว่างประเทศตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน จนกระทั่งได้กลายเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่นานารัฐนำมาใช้กับสัญญาประกันภัยทางทะเลที่มีลักษณะระหว่างประเทศ กฎหมายอังกฤษในเรื่องสัญญาประกันภัยทางทะเลจึงเป็น “หลักใหญ่” ไม่เฉพาะในระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์เท่านั้นแต่อาจมีสถานะเป็น “หลักใหญ่” ในระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ซึ่งรวมถึงระบบกฎหมายไทยอีกด้วย⁵⁹

ดังนั้น การใช้บังคับหลักกฎหมายอังกฤษในเรื่องสัญญาประกันทางทะเลของศาลฎีกาทั้งสองฉบับนี้จึงเป็นตัวอย่างของการใช้บังคับในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อย่างชัดเจน แม้ว่าศาลฎีกาไม่สามารถอธิบายได้ว่าเพราะเหตุใดกฎหมายอังกฤษในเรื่องสัญญาประกันภัยทางทะเลเข้ามาเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายไทยได้ ปัญหานี้สะท้อนให้เห็นถึงความรู้และความเข้าใจของผู้พิพากษาเป็นสำคัญ เพราะการที่ศาลจะนำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายมาใช้บังคับในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายไทย อาจมีปัญหาว่าอะไรบ้างคือจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น สิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะได้รับความคุ้มครองอย่างเต็มที่หรือไม่ยังต้องขึ้นอยู่กับการรู้ความเข้าใจของผู้พิพากษาเป็นสำคัญ ทางปฏิบัติของศาลไทยยังไม่มีที่ชัดเจนว่าศาลจะยอมรับรู้ได้ทุกกรณีหรือไม่ เพราะในคำพิพากษาของศาลไทยบางครั้งก็ยอมรับรู้ถึงความมีอยู่ของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ศาลยุติธรรมยอมรับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าสหประชาชาติซึ่งเป็นผู้ชนะสงครามมีอำนาจจัดการแก่ทรัพย์สินของทหารญี่ปุ่นซึ่งเป็นฝ่ายแพ้สงครามในประเทศไทย⁶⁰ หรือศาลปกครองยอมรับถึงความมีอยู่ของหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่า การเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ในดินแดนระหว่างประเทศนั้นมีผลเฉพาะต่อสัญชาติของบุคคลที่อยู่ในดินแดนขณะที่มี

⁵⁹ เพิ่งอ้าง, น. 800-801.

⁶⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 739/2498

การเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์⁶¹ แต่ในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมบางคดีได้ปฏิเสธที่จะรับรู้ถึงความมีอยู่ของสิทธิของผู้ลี้ภัยตามอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัยและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิลี้ภัยทางชายแดนเนื่องจากประเทศไทยไม่ได้เข้าภาคี แต่ว่าในทางปฏิบัติในประเทศไทยก็ได้ปฏิเสธหลักกฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องการห้ามการผลักดันผู้ลี้ภัยกลับสู่ภูมิลำเนา (non refoulement) ซึ่งถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่หลายประเทศยอมรับว่าได้กลายเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศไปแล้ว⁶² จึงแสดงให้เห็นว่าปัญหาการความรับรู้ถึงการมีอยู่ของหลักกฎหมายระหว่างประเทศของผู้พิพากษายังต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านของผู้พิพากษาประกอบกับทัศนคติในการใช้กฎหมายของผู้พิพากษาก็ด้วย ประการสุดท้ายเนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ นักกฎหมายไทยจึงมักยึดติดกับตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร จึงอาจทำให้ผู้พิพากษาละเลยถึงความสำคัญของหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งถือเป็นความบกพร่องของวงการนักกฎหมายไทยที่มีได้พัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อเป็นเครื่องมือการจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครอง

ในระบบกฎหมายของต่างประเทศที่ถือตามแนวคิดแบบทวินิยมดังเช่น ศาลสูงในประเทศออสเตรเลีย มีวิธีการนำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในสนธิสัญญาประเภทกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนทั้งหลายที่ประเทศออสเตรเลียเป็นภาคีอยู่มาใช้บังคับในคดีทั้งที่รัฐสภายังไม่มีการออกกฎหมายมารองรับ เช่น ศาลสูงออสเตรเลียยอมรับว่าคนต่างด้าวสามารถอ้าง“หลักการยึดถือประโยชน์ที่ดีที่สุดสำหรับเด็ก” ซึ่งเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1990 (Convention on the Rights of the Child : CRC) มาใช้บังคับเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้ โดยที่รัฐสภายังไม่ออกกฎหมายภายในมาอนุวัติการตามอนุสัญญาดังนี้ก็ตามซึ่งเท่ากับเป็นการผนวกสนธิสัญญาเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในซึ่งเป็นวิธีหนึ่งของการสร้างหลักกฎหมายโดยผู้พิพากษาอันเป็นลักษณะเฉพาะของประเทศที่ใช้ระบบ common law

ส่วนประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์มีการแบ่งช่องทางให้กฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาเป็นกฎหมายภายในรัฐตามประเภทของบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ หากเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีบ่อเกิดจากสนธิสัญญา

⁶¹ คำพิพากษาของศาลปกครองเชียงใหม่ คดีหมายเลขแดงที่ 62/2547 ลงวันที่ 25 มีนาคม พ.ศ. 2547

⁶² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 873/2523 และดูใน จาตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 52, น. 308-309.

กรณีนี้มาตรา 59 ของกฎหมายพื้นฐานกำหนดว่ารัฐสภาต้องออกรัฐบัญญัติเพื่อแปลงสภาพให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐเสมอซึ่งเป็นไปตามแนวความคิดแบบทวีนิยม

แต่หากเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีบ่อเกิดจากหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศโดยอาจเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ ตามมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐานกำหนดให้ “หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศประกอบเป็นสาระสำคัญส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งสหพันธ์มีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายที่ตราโดยสภา และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อผู้ที่อาศัยอยู่ในอาณาเขตของสหพันธ์” การที่กฎหมายพื้นฐานกำหนดให้หลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งสหพันธ์และมีผลผูกพันประชาชนภายในรัฐทันทีแสดงให้เห็นว่ากฎหมายพื้นฐานยอมรับว่าหลักกฎหมายระหว่างประเทศสามารถเข้ามาเป็นกฎหมายภายในได้โดยไม่ต้องออกกฎหมายภายในรองรับ จึงเท่ากับเป็นการก่อตั้งสิทธิและหน้าที่แก่ผู้อาศัยในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันซึ่งอาจเป็นคนเยอรมันหรือเป็นคนต่างด้าวสามารถกล่าวอ้างหลักกฎหมายระหว่างประเทศต่อศาลเยอรมันเพื่อโต้แย้งการกระทำของรัฐได้โดยตรง ศาลเยอรมันจึงอาศัยอำนาจตามมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐานนำหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งอาจถูกรับรองหรือก่อให้เกิดขึ้นโดยผลของสนธิสัญญามาใช้บังคับแก่คดีได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายรองรับสนธิสัญญา

ในกรณีที่หลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศที่ศาลจะนำมาใช้บังคับแก่คดีไม่สอดคล้องกับกฎหมายภายใน โดยหลักแล้วศาลเยอรมันต้องใช้กฎหมายภายในเท่านั้น ซึ่งอาจนำไปสู่ปัญหาความขัดแย้งในทางระหว่างประเทศได้ เพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาดังกล่าว กฎหมายพื้นฐานจึงกำหนดให้หลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศมีสถานะสูงกว่ารัฐบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายภายในซึ่งทำให้ศาลภายในต้องใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศก่อนเสมอ วิธีการเช่นนี้นอกจากเป็นการป้องกันมิให้ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศแล้วยังเป็นการเพิ่มขอบเขตความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองซึ่งส่งผลทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนภายในรัฐได้รับความคุ้มครองเพิ่มขึ้นอีกด้วย

ในระบบกฎหมายไทยนั้น แม้ว่าศาลไทยสามารถนำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งถูกบัญญัติรับรองไว้ในหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายมาใช้บังคับในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปได้ก็ตาม แต่ปัญหาว่าสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะได้รับความคุ้มครองอย่างเต็มที่หรือไม่ ยังต้องขึ้นอยู่กับความรู้ความเข้าใจของผู้พิพากษาเป็นสำคัญ นอกจากนี้การใช้บังคับหลักกฎหมายระหว่างประเทศในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปนั้นจะต้องเป็นการใช้ตามลำดับชั้นแห่งกฎหมาย

คือ ต้องเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายภายในบัญญัติรับรองหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องนั้นไว้ และหากเป็นกรณีที่มีกฎหมายภายในบัญญัติรับรองไว้แต่มีข้อความที่ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศกรณีนี้ศาลต้องใช้กฎหมายภายในเสมอ และอาจทำให้ประเทศไทยต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศเนื่องจากฝ่าฝืนจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีความผูกพันได้⁶³

หากพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทยในอดีตที่ผ่านมา จะเห็นว่าไม่มีรัฐธรรมนูญฉบับใดที่ให้อำนาจแก่ศาลสามารถนำพันธกรณีในหนังสือสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายได้โดยตรง เว้นแต่บทบัญญัติในมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549⁶⁴ โดยบัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้” การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้พันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่ให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในโดยไม่ต้องมีการออกกฎหมายภายในรองรับหรืออนุวัติการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาไว้อย่างกว้างขวางเช่นนี้ ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าจะมีผลเป็นการเปิดช่องให้ศาลสามารถนำพันธกรณีในหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีมาใช้บังคับได้โดยตรงทุกฉบับหรือไม่ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นบทบัญญัติดังกล่าวย่อมทำให้ประเทศไทยเข้าสู่ระบบเอกนิยมเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส อย่างไรก็ดี ภายหลังจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับ 2550 บทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวก็มิได้มีการกล่าวถึงในรัฐธรรมนูญฉบับนี้อีกแต่ได้ซึ่งเท่ากับว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับ 2550 ต้องการให้ประเทศไทยถือแนวคิดแบบทวินิยมดังที่เคยถือปฏิบัติกันมาแต่เดิม

ผู้เขียนเห็นว่า การบัญญัติในทำนองเดียวกับมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 นี้เป็นการเปิดช่องให้ศาลสามารถนำพันธกรณีในหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีมาใช้ได้อย่างกว้างซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับการที่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติซึ่งเป็นการเปิดช่องให้ศาลสามารถนำพันธกรณีในหนังสือสัญญามาใช้บังคับได้โดยตรงแต่ไม่ควรบัญญัติเป็นการเปิดช่องไว้อย่างกว้างขวางจนเกินไป กล่าวคือ ควรบัญญัติให้ศาลสามารถนำพันธกรณีในหนังสือสัญญาโดยเฉพาะหนังสือสัญญาประเภทกฎหมาย (law-making treaty) ซึ่งวางหลักกฎหมายในเรื่องสิทธิมนุษยชน จารีตประเพณีระหว่างประเทศ

⁶³ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น. 128.

⁶⁴ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนที่ 102 ก ลงวันที่ 1 ตุลาคม 2549 น. 1-14.

และหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับแก่คดีได้ และจะต้องกำหนดให้สิทธิแก่ประชาชนซึ่งอาศัยอยู่ภายในรัฐทั้งที่เป็นคนไทยและคนต่างด้าวที่ถูกกระทบสิทธิจากการกระทำของฝ่ายปกครองสามารถกล่าวอ้างหลักกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งถูกรับรองหรือก่อให้เกิดขึ้นโดยผลของหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายต่อศาลยุติธรรมและศาลปกครองได้แม้ว่าหนังสือสัญญาดังกล่าวจะยังไม่มีกฎหมายภายในรองรับก็ตาม วิธีการเช่นนี้นอกจากเป็นการเพิ่มขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองซึ่งส่งผลเป็นการเพิ่มความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลภายในประเทศให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น