

## บทที่ 1

### หลักเกณฑ์และข้อยกเว้นของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี อันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา

ในบทนี้จะนำเสนอ 2 หัวข้อย่อย กล่าวคือหัวข้อที่ 1. หลักเกณฑ์ของการกระทำที่ถือว่าการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา ซึ่งประการแรกจะได้กล่าวถึงวิวัฒนาการของข้อความคิดเรื่องการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาว่ามีความเป็นมาอย่างไรภายใต้บริบทในกฎหมายระหว่างประเทศ อันจะบ่งบอกถึงทิศทางของการวิวัฒนาการของข้อความคิดในเรื่องนี้ว่าเป็นไปในแนวทางใดและ ต่อมาจะว่าด้วยเรื่องหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญา เช่น นิยามของ การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญานั้นสามารถเกิดในสถานการณ์ใดบ้าง รวมทั้งรูปแบบแห่งการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาที่อาจมีรูปแบบที่แตกต่างกันออกไป โดยเน้นการพิจารณาตามองค์ประกอบของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาตามมาตรา 60 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เป็นหลัก

หัวข้อที่ 2 เป็นข้อยกเว้นของการกระทำที่ไม่ถือว่าการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญา กล่าวคือ บางสถานการณ์รัฐภาคีไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา แต่การกระทำนั้นไม่ถือว่ามีผิดกฎหมาย ซึ่งมีมูลเหตุที่แตกต่างกันออกไป ดังนั้น การแยกแยะดังกล่าวจึงมีขึ้นเพื่อช่วยในการจำแนกการกระทำ ต่างๆว่ากรณีใดบ้างที่ เป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา (material breach)

#### (1) หลักเกณฑ์ของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา

การศึกษาหลักเกณฑ์ของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา ในเบื้องต้นนั้นจำต้องกล่าวถึงวิวัฒนาการของแนวความคิดในเรื่องนี้เสียก่อนว่ามีพัฒนาการอย่างไร และเนื่องจากกฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญานั้นได้หยิบยืมหลักในเรื่องนี้มาจากกฎหมายแพ่ง ดังนั้น ในเบื้องต้นจะได้นำเสนอแนวความคิดเรื่องการผิดสัญญาตามกฎหมายแพ่งมาพิจารณา และในลำดับต่อมาจึงเป็นการพิจารณาตามกฎหมายสนธิสัญญา ดังจะได้กล่าวต่อไป

## 1.1 วิวัฒนาการของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา

วิวัฒนาการของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญานั้นสามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 ลักษณะ และเนื่องจากแนวความคิดเรื่องการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนั้นเริ่มต้นนำเอาแนวความคิดมาจากหลักกฎหมายแพ่ง ดังนั้นในหัวข้อนี้จะเริ่มต้นศึกษาจากแนวความคิดเรื่องการผิดสัญญาตามกฎหมายแพ่งเป็นอันดับแรก และต่อมาจะได้ศึกษาเรื่องการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาตามระบอบ (regime) ของกฎหมายสนธิสัญญาภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศตามลำดับ

### 1.1.1 แนวความคิดเรื่องการผิดสัญญาตามกฎหมายแพ่ง (breach of contract)

กฎหมายแพ่งนั้นเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกัน โดยมีรากฐานมาจากกฎหมายโรมัน และต่อมามีการพัฒนาต่อไปเป็นกฎหมายพาณิชย์ อันได้แก่ กฎหมายเอกเทศสัญญาทั้งหลาย เช่น สัญญาซื้อขาย เป็นต้น โดยกฎหมายพาณิชย์นั้นมีรากฐานมาจากธรรมเนียมปฏิบัติของพวกพ่อค้า จึงได้ชื่อว่าเป็นกฎหมายของพ่อค้า (*lex mercatoria*) และเมื่อมีการปฏิสัมพันธ์ทางการค้าเกิดขึ้นสัญญาจึงเป็นเครื่องมือในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้ซื้อและผู้ขายและทำให้ระบบการค้าหมุนเวียนได้โดยสะดวก

เมื่อได้ทำสัญญากันขึ้นระหว่างคู่สัญญาฝ่ายเดียวหรือคู่สัญญาหลายฝ่าย แต่ละฝ่ายต่างต้องยึดถือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา กล่าวคือ ต้องมีการปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาโดยไม่บิดพลิ้วและโดยสุจริต และโดยปกติแล้วคู่กรณีไม่ได้มีเพียงเจตนาที่จะผูกพันตนตามหนี้ในสัญญาเท่านั้น แต่มีความเชื่อด้วยว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระเป็นการตอบแทนเมื่อสัญญาเกิดขึ้นสัญญาก็มีผลผูกพันคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่จะปฏิบัติตามสัญญาตามหลักการต่างตอบแทน แต่หากมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายที่มีได้ผิดสัญญามีทางเลือกสองทางคือ

ประการแรก ฝ่ายที่มีได้ผิดสัญญาหากมีความประสงค์ที่จะผูกพันตามสัญญานั้นอยู่ต่อไปอาจเรียกร้องให้อีกฝ่ายปฏิบัติตามการชำระหนี้โดยใช้สิทธิทางศาลและเรียกค่าเสียหาย อันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ได้

ประการที่สอง คู่สัญญาที่มีสิทธิยกเลิกสัญญา หากตนไม่มีความประสงค์ที่จะผูกพันตามสัญญาต่อไป เพราะขาดความเชื่อมั่นต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเสียแล้วก็เปล่าประโยชน์ที่จะให้สัญญานั้นมีผลผูกพันต่อไป

กฎหมายจึงให้ทางเลือกกับฝ่ายที่ได้ผิดสัญญาตามสองประการข้างต้นนั้น หากเขาเลือกที่จะยกเลิกนั้นเขาก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องให้อีกฝ่ายปฏิบัติตามการชำระหนี้ และถือเสมือนหนึ่งว่าสัญญาได้รับการปฏิบัติตามชำระหนี้เสร็จสิ้นแล้ว ถ้าหากคู่สัญญาต้องการบังคับใช้สัญญาขึ้นมาอีกครั้งก็ต้องไปทำสัญญากันขึ้นมาใหม่อีกฉบับ

การผิดสัญญาในกฎหมายแพ่งนั้นมีความเกี่ยวข้องกับการยกเลิกสัญญา ซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการ กล่าวคือ การผิดสัญญานั้นจะต้องเป็นการผิดสัญญาในสาระสำคัญ ด้วยจึงจะก่อให้เกิดสิทธิในการเลิกสัญญา นักวิชาการต่างได้ให้ความหมายของข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญ (fundamental breach) ดังนี้

Konrad Zweigert กล่าวว่า ข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญเป็นข้อสัญญาที่นำไปสู่รากเหง้า (go to the root) หรือข้อสัญญาที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการที่จะบังคับให้คู่สัญญาปฏิบัติตามเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการทำสัญญา<sup>1</sup>

A.G. Guest กล่าวว่า ข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญเป็นข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่กรณีกระทำการ หรือดเว้น ไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่ต้องกระทำเพื่อเป็นการชำระหนี้ อันมีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่ที่เป็นสาระสำคัญหรือหน้าที่ที่แสดงวัตถุประสงค์ทั้งหมดในการทำสัญญาที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติ<sup>2</sup>

แต่อย่างไรก็ตามในทางกฎหมายการที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นมีคำ 2 คำที่คล้ายคลึงกัน คือ การไม่ชำระหนี้ (non-performance) กับการผิดสัญญา (breach of contract) การไม่ชำระหนี้เป็นคำที่ใช้กันในหลักกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ส่วนคำว่าผิดสัญญานั้นจะใช้กันในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ในหลักกฎหมายอังกฤษ ที่มีการใช้คำต่างกันนั้นเนื่องจากข้อความคิดในทางกฎหมายมีความแตกต่างกัน

แนวความคิดเรื่องระบบความรับผิดของลูกหนี้มีความแตกต่างกัน ระบบกฎหมายที่ใช้ประมวลกฎหมายนั้นยึดหลักที่ว่า ไม่มีความผิดโดยไม่มี ความรับผิด (no liability without fault) กล่าวคือ ลูกหนี้จะรับผิดในการไม่ชำระหนี้ก็แต่เฉพาะในกรณีที่การชำระหนี้ นั้นถือได้ว่าเป็น

<sup>1</sup> Konrad Zweigert and Hein Kötz, An Introduction to Comparative Law, 3<sup>rd</sup> Edition (New York: Oxford University Press, 1998), p.541.

<sup>2</sup> A.G. Guest, Anson's Law of Contract (Oxford: Clarendon Press, 1979), p.131.

ความผิดของลูกหนี้หรือเป็นกรณีที่อาจโทษลูกหนี้ได้ ในกรณีที่มีใช้ความผิดของลูกหนี้ เช่น เหตุสุดวิสัย ลูกหนี้ก็ไม่จำเป็นต้องรับผิด ในขณะที่กฎหมายอังกฤษถือหลักที่ว่าเมื่อคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือปฏิบัติตามไม่ครบถ้วนก็จะอ้างว่าตนได้ใช้ความพยายามอย่างเต็มที่ในการชำระหนี้ให้ครบถ้วน เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดหาได้ไม่ การที่หลักกฎหมายอังกฤษมีแนวความคิดเช่นนี้เป็นเพราะกฎหมายอังกฤษถือว่า คำมั่นสัญญาที่ลูกหนี้ให้ไว้ทั้งหมดในสัญญาเป็นการรับประกันว่าจะมีการปฏิบัติตามสัญญา<sup>3</sup>

แนวความคิดเรื่องการใช้สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ หลักกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายมีแนวคิดว่า เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้วลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้อาจใช้สิทธิเรียกร้องโดยการบังคับให้ชำระหนี้ เรียกค่าเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ได้ก็ต่อเมื่อลูกหนี้ผิดนัด แต่ในทางกลับกันหลักกฎหมายอังกฤษไม่มีกรณีผิดนัด เนื่องจากหากไม่ได้กำหนดเวลาในการชำระหนี้ไว้แน่นอน ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ภายในระยะเวลาอันสมควร (reasonable time) โดยเจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องกำหนดเวลาในการชำระหนี้แต่อย่างใด นอกจากนั้นยังมีหลักกฎหมายเพิ่มเติมในเรื่องที่ว่าแม้ก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระ ลูกหนี้แสดงออกอย่างชัดเจนว่ามีเจตนาไม่ชำระหนี้ตามสัญญา เจ้าหนี้สามารถถือว่าพฤติการณ์ดังกล่าวนั้นเป็นการผิดสัญญาอย่างหนึ่งก็ได้<sup>4</sup>

นอกจากนั้นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายนั้น การไม่ชำระหนี้ ยังหมายถึง การไม่ชำระหนี้ตามหน้าที่ที่เกิดจากกฎหมาย ทางปฏิบัติของคู่สัญญาหรือศาลด้วย ไม่เพียงแต่เฉพาะหนี้ตามสัญญาเท่านั้น ส่วนในหลักกฎหมายอังกฤษนั้น การผิดสัญญาหมายถึง การไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาเท่านั้น แต่ศาลก็เคยวินิจฉัยว่าแม้ไม่มีการตกลงกันตามสัญญาหากเป็นทางปฏิบัติที่สัญญาประเภทนั้นๆมักปฏิบัติมาโดยตลอด ศาลจะถือว่าทางปฏิบัติเหล่านั้นเป็นข้อสัญญาโดยปริยาย

ในการพิจารณาว่าในสัญญาหนึ่งๆนั้นอะไรเป็นข้อสาระสำคัญหรือไม่นั้นอาจแบ่งได้เป็น 3 กรณี คือ<sup>5</sup>

<sup>3</sup> โปรดดูรายละเอียดใน วิสารินี เหมพิจิตร, “การเลิกสัญญากรณีไม่ชำระหนี้และกรณีการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย”(วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2542), น.23-28.

<sup>4</sup> G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract: Comparative Account* (Oxford: Clarendon Press, 1988) p.379.

<sup>5</sup> วิสารินี เหมพิจิตร, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่* 18, น.53-58.

1) กรณีที่ข้อสัญญานั้นกำหนดไว้ชัดเจนว่าเป็นสาระสำคัญ การกำหนดเช่นนี้ย่อมกระทำได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาแม้จะเป็นการตกลงยกเว้นบทบัญญัติของกฎหมายก็สามารถทำได้ แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นการตกลงนั้นจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีต่อประชาชน

2) กรณีที่ข้อสัญญานั้นเป็นสาระสำคัญโดยปริยาย ข้อตกลงตามข้อนี้ต้องอาศัยการตีความสัญญาโดยพิจารณาถึงปัจจัยต่างในการทำสัญญา เช่น เหตุจูงใจในการทำสัญญา ซึ่งหมายถึง สิ่งที่คู่สัญญาให้การรับรองแก่อีกฝ่ายหนึ่งว่า จะมีการชำระหนี้อย่างเคร่งครัดตรงตามสัญญาหากไม่มีการรับรองเช่นนั้นสัญญาก็คงจะมีได้กระทำกันขึ้น แต่ทั้งนี้คู่สัญญาที่ให้การรับรองควรรู้ถึงเหตุจูงใจในการทำสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วย สิ่งต่อไปได้แก่พิจารณาถึงผลที่ตามมาจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือ การไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงแก่คู่สัญญา<sup>6</sup> หรือทำการชำระหนี้ในส่วนที่เหลือนั้นมีความแตกต่างไปในสาระสำคัญของสัญญาตามที่ได้ตกลงกันเอาไว้ หรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญามีผลเป็นการตัดสิทธิประโยชน์ทั้งหมดในสาระสำคัญที่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายประสงค์จะได้รับจากสัญญา<sup>7</sup> นอกจากนั้นลักษณะ (nature) ของตัวหนี้เองก็จำเป็นต้องนำมาพิจารณาเช่นกันว่าการไม่ปฏิบัติตามนั้นจะถือว่าเป็นการผิดสัญญาในสาระสำคัญหรือไม่ การพิจารณาดังกล่าวข้างต้นเพื่อหาสาระสำคัญของสัญญานั้น J.W. Carter กล่าวว่าจะต้องนำปัจจัยหลายๆปัจจัยเข้ามาประกอบกันไม่อาจนำปัจจัยใดปัจจัยหนึ่งเพียงปัจจัยเดียวมาพิจารณาโดยลำพังได้<sup>8</sup>

3) กรณีข้อสัญญานั้นเป็นสาระสำคัญโดยข้อบัญญัติของกฎหมาย

กรณีสุดท้ายเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าข้อสัญญานั้นๆเป็นสาระสำคัญของการปฏิบัติการชำระหนี้ หากไม่ชำระหนี้คู่สัญญาไม่มีสิทธิเลิกสัญญาได้ แม้ในข้อสัญญาเองจะมีได้ระบุไว้ว่าเป็นข้อสาระสำคัญก็ตาม

ข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญนั้นหลักกฎหมายอังกฤษเรียกว่า “condition” ส่วนข้อสัญญาที่ไม่เป็นสาระสำคัญเรียกว่า “warranty” หากไม่มีการปฏิบัติตาม warranty คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายไม่มีสิทธิเลิกสัญญา แต่สามารถเรียกค่าเสียหายได้เท่านั้น

ในกฎหมายเยอรมันเรียกว่า “หน้าที่หลัก” (Hauptpflicht) ข้อสัญญาที่ไม่เป็นสาระสำคัญเรียกว่า “หน้าที่รอง” (Nebenpflicht) หากไม่มีการปฏิบัติตามหน้าที่รองโดยหลัก

<sup>6</sup> J.W. Carter, *Breach of Contract*(Australia: Sweet & Maxwell Ltd.,1991), p.117.

<sup>7</sup> *ibid*, pp.109-110.

<sup>8</sup> *ibid*, p.118.

คู่สัญญาไม่มีสิทธิเลิกสัญญา เว้นแต่ผลของการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่รองจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือมีผลกระทบต่อวัตถุประสงค์หลักของสัญญา คู่สัญญาจึงจะใช้สิทธิในการเลิกสัญญาได้

เป็นที่น่าสังเกตว่าสัญญานั้นมักประกอบไปด้วยข้อสัญญาหลายข้อ บางข้อก็มีลักษณะที่เป็นสาระสำคัญ แต่บางข้อเป็นเพียงข้อย่อยของวัตถุประสงค์หลักซึ่งมักจะเกี่ยวข้องกับวิธีการชำระหนี้ เช่น สาระสำคัญของสัญญาซื้อขายคือการชำระราคาและการส่งมอบทรัพย์สิน ในขณะที่ข้อสัญญาว่าด้วยสถานที่ส่งมอบหรือค่าใช้จ่ายในการส่งมอบหรือวิธีการชำระหนี้ นั้นเป็นข้อย่อยของสัญญาที่เป็นการอธิบายรายละเอียดแห่งส่วนประกอบของสัญญาเท่านั้น ซึ่งหากไม่มีการปฏิบัติการชำระหนี้ในส่วนนี้คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายยังคงได้รับการชำระหนี้ตามที่คาดหวังว่าจะได้รับจากสัญญาและคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายไม่มีสิทธิเลิกสัญญาได้ มีสิทธิแต่เพียงเรียกค่าเสียหายเท่านั้น

วิธีการในการ เลิกสัญญานั้นอาจกระทำได้สองแบบ คือ หนึ่ง ยกเลิกเมื่อข้อสัญญานั้นๆ ได้กำหนดไว้อย่างชัดแจ้ง หรือสอง สิทธิในการยกเลิกนั้นกฎหมายได้กำหนดไว้ โดยมีต้องดำเนินการกระบวนพิจารณาทางศาล (กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้นการยกเลิกสัญญา ต้องกระทำโดยผ่านกระบวนการทางศาล) ผลที่ตามมาคือ การไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ของลูกหนี้ในทุกกรณีจึงจะทำให้อีกฝ่ายหนึ่งยกเลิกสัญญาได้ แต่ต้องเป็นกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาในข้อที่เป็นสาระสำคัญจึงจะเลิกสัญญาได้ มิฉะนั้นแล้วจะเกิดความไม่ยุติธรรมต่อคู่สัญญาที่ได้ปฏิบัติการชำระหนี้ไปแล้ว

ในทางกฎหมายแพ่งนั้นหลัก *exceptio non adimplenti contractus* นั้นมักปรากฏในสัญญาที่มีลักษณะต่างตอบแทนอันคู่สัญญาต่างเป็นเจ้าของหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน สิทธิดังกล่าวนี้เป็นสิทธิไม่ยอมชำระหนี้ในเมื่ออีกฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ตามสัญญาเดียวกัน ทั้งนี้เนื่องมาจากคู่กรณีแต่ละฝ่ายต่างมุ่งที่จะได้รับการชำระหนี้ของอีกฝ่ายหนึ่ง หนี้ของแต่ละฝ่ายจึงเป็นมูลฐานแห่งการชำระหนี้ซึ่งกันและกัน<sup>9</sup> แต่พึงสังเกตว่ากรณีข้างต้นนั้นสัญญายังไม่ได้ถูกยกเลิกและมีผลใช้บังคับต่อไป ดังนั้น การอ้างสิทธิตามหลัก *exceptio non adimplenti contractus* นั้นเป็นสิทธิไม่ยอมชำระหนี้เป็นการชั่วคราว ใช้บังคับได้ตราบเท่าที่อีกฝ่ายหนึ่งยังไม่ชำระหนี้หรือเสนอให้ชำระหนี้<sup>10</sup>

<sup>9</sup> จีต เศรษฐบุตฺร, หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 5, แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2552) น.260.

<sup>10</sup> เฟิงอ้าง, น.261.

จะเห็นได้ว่า หลัก *exceptio non adimplenti contractus* ตามกฎหมายแพ่งนั้นเป็นหลักที่ใช้เฉพาะเมื่อสัญญายังไม่ถูกยกเลิกไปเท่านั้น แต่หากพิจารณาถึงเรื่องหลักการเลิกสัญญาแล้วจะพบว่า ต้องอาศัยเงื่อนไขบางประการ เช่น ความยินยอมของคู่สัญญา หรือสิทธิที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ ที่เกี่ยวกับเรื่องการเลิกสัญญานั้น ได้แก่ การเลิกสัญญาอันเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นสิทธิที่ต่อเนื่องมาจากการใช้สิทธิตามหลัก *exceptio non adimplenti contractus* หลักดังกล่าวนี้มีวัตถุประสงค์ 2 ประการ คือ<sup>11</sup>

1. เพื่อสร้างแรงกดดันต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้ชำระหนี้ในส่วนของเขาให้ถูกต้องและตรงตามกำหนด
2. เพื่อปกป้องคู่สัญญาที่ไม่ได้รับการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นการตอบแทนจากความเสียหายต่อความเสียหายจากการที่ตนมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติการชำระหนี้เป็นการตอบแทนต่อคู่สัญญาที่ไม่ชำระหนี้ เป็นต้น

นอกจากนี้หลักกฎหมายไทยใช้หลัก *exceptio non adimplenti contractus* เช่นเดียวกันดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในมาตรา 369 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>12</sup> โดยหลักมีว่าสิทธิในการเลิกสัญญานั้นเป็นผลมาจากความคิดที่ว่าคู่สัญญาที่ไม่ได้ผิดสัญญายอมผูกพันตามหนี้แห่งสัญญาเพราะเขามีความคาดหวังว่าจะได้รับการชำระหนี้เป็นการตอบแทนตามที่ได้ตกลงกันไว้ แต่เมื่อฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายก็ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติการชำระหนี้ในส่วนของตนและมีสิทธิเลิกสัญญาได้ กฎหมายไทยนั้นได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นในมาตรา 541<sup>13</sup> - 542<sup>14</sup> แต่กฎหมายของทั้งสองประเทศนั้นก็ได้รับอิทธิพลมาจากประมวล

<sup>11</sup> Gareth H. Jones and Peter Schlechtriem, International Encyclopedia of Comparative Law, Chapter 15 Breach of Contract (Deficiencies in a Party's Performance)(Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1999) p.60.

<sup>12</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 369 บัญญัติว่า  
“ในสัญญาต่างตอบแทนนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้หรือขอปฏิบัติการชำระหนี้ก็ได้ แต่ความข้อนี้ท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่ถึงกำหนด”

<sup>13</sup> Article 541 of Japanese civil code

(Right to Cancel for Delayed Performance)

กฎหมายแพ่งเยอรมันอีกทีหนึ่ง<sup>15</sup> การเลิกสัญญาตามกฎหมายไทยนั้นบัญญัติอยู่ในมาตรา 382-388 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยทั้ง 2 มาตรานั้นไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าสิทธิในการเลิกสัญญาจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีการผิดสัญญาในข้อที่เป็นสาระสำคัญแต่ถึงแม้จะมีได้ระบุไว้ก็จำเป็นต้องตีความไปในทางที่ว่า การไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ นั้นต้องเป็นการไม่ชำระหนี้ที่เป็นสาระสำคัญเท่านั้น<sup>16</sup>

ที่กล่าวมานั้นเป็นระบบกฎหมายภายในแต่ละระบบที่แตกต่างกันออกไป ในปัจจุบันการซื้อขายระหว่างเอกชนกับเอกชนระหว่างประเทศนั้น ได้มีความพยายามจากนักกฎหมายประเทศต่างๆที่จะสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีรูปแบบเดียวกัน ซึ่งสามารถใช้ได้ในทุกๆประเทศที่มีการซื้อขายระหว่างประเทศ โดยได้จัดทำอนุสัญญาที่มีชื่อว่า อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 (The Vienna Sales Convention)<sup>17</sup> อนุสัญญานี้มี

---

In cases where one of the parties does not perform his/her obligations, if the other party demands performance of the obligations, specifying a reasonable period and no performance is tendered during that period, the other party may cancel the contract.

<sup>14</sup> Article 542 of Japanese civil code

(Right to Cancel for Delayed Performance where Time is of the Essence)

In cases where, due to the nature of the contract or a manifestation of intention by the parties, the purpose of the contract cannot be achieved unless the performance is carried out at a specific time and date or within a certain period of time, if one of the parties has failed to perform at the time that period lapses, the other party may immediately cancel the contract without making the demand referred to in the preceding Article.

<sup>15</sup> Daraporn Thirawat, The Right to Terminate a Contract under Thai Law of Non-Performance of Obligations, Thailand, Development of Legal Systems in Asia: Experiences of Japan and Thailand , Proceedings of the International Symposium 6-7 November 1997, Bangkok, Organized by Faculty of Law, Kyushu University; Faculty of Law, Thammasat University, p.177.

<sup>16</sup> *ibid*, p.176.

<sup>17</sup> United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Apr. 11, 1980, 1489 U.N.T.S. 3.

เรื่องการผิดสัญญาบัญญัติเอาไว้เช่นกัน โดยคำว่าผิดสัญญา (breach of contract) หมายถึงการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ทุกชนิดของคู่สัญญา ไม่ว่าจะป็นหนี้ประเภทหรือหนี้อุปกรรมโดยไม่คำนึงถึงว่าบ่อเกิดแห่งหนี้จะมาจากสัญญาฉบับนั้นๆเอง มาจากจารีตประเพณี หรือมาจากอนุสัญญานี้ก็ตาม<sup>18</sup> นอกจากนั้นยังมีส่วนที่ว่าด้วยการผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (fundamental breach) กล่าวคือ ในมาตรา 25 ของอนุสัญญานี้บัญญัติว่า

“การผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถือว่าเป็นสาระสำคัญ ถ้าก่อให้เกิดความเสียหายที่ถึงขนาดแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในอันที่จะทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นไม่ได้รับสิ่งที่เป็นสาระสำคัญที่ควรจะได้จากสัญญานั้น เว้นแต่ว่า คู่สัญญาฝ่ายซึ่งผิดสัญญามิได้คาดหมายในผลดังกล่าว และวิญญูชนคนหนึ่งที่มีคุณสมบัติเดียวกันและอยู่ในสถานการณ์เดียวกันก็ไม่อาจคาดหมายผลเช่นนั้นได้”<sup>19</sup>

การที่คู่สัญญาผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญนั้นผลคือ ผู้ซื้อมีสิทธิเลิกสัญญาทั้งหมดได้ตามมาตรา 51(2)<sup>20</sup> การที่กำหนดเรื่อง “fundamental breach” ขึ้นมานั้นมีผลต่อความดำรงอยู่หรือสิ้นสุดของสัญญา กล่าวคือ เพื่อป้องกันมิให้มีการยกเลิกสัญญากันง่ายๆเพียงเพราะมีการผิดสัญญาเล็กน้อยนั่นเอง<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> จำปี โสติพิพันธุ์, “การผิดสัญญาในอนุสัญญาแห่งกรุงเวียนนาว่าด้วยสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ 1980”, ใน รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภักดิ์, น.150.

<sup>19</sup> Article 25 of The 1980 Vienna Sales Convention

“a breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.”

<sup>20</sup> Article 51 (2) of The 1980 Vienna Sales Convention

“The buyer may declare the contract avoided in its entirety only if the failure to make delivery completely or in conformity with the contract amounts to a fundamental breach of the contract.”

<sup>21</sup> จำปี โสติพิพันธุ์, อ่างแล้ว เริงอรรถที่ 18, น.153.

จากการพิจารณากฎหมายแพ่งในเรื่องการผิดสัญญาในสาระสำคัญข้างต้นพบว่าในกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องสนธิสัญญาอันเกี่ยวกับเหตุในการระงับหรือยกเลิกการใช้บังคับสนธิสัญญานั้นมีความคล้ายคลึงกับกฎหมายแพ่งอยู่ไม่น้อย เนื่องจากสิทธิในการระงับหรือยกเลิกการใช้บังคับสนธิสัญญานั้น หนึ่งในมูลเหตุหลักของการใช้สิทธิดังกล่าวได้ คือ การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา (material breach) ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 60 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ที่เป็นการผิดสัญญาในข้อที่เป็นสาระสำคัญด้วย แต่เป็นที่น่าสังเกตว่ากฎหมายสนธิสัญญานั้นบัญญัติเรื่องการระงับหรือยกเลิกสนธิสัญญาไว้ ในขณะที่กฎหมายสัญญานั้นมีเพียงการยกเลิกสัญญาเท่านั้น ที่เป็นเช่นนี้เพราะมูลฐานทางกฎหมายสัญญากับกฎหมายสนธิสัญญานั้นแตกต่างกัน กล่าวคือ สัญญานั้นเป็นบ่อเกิดแห่งหนึ่งประเภทหนึ่งซึ่งโดยลักษณะแล้วคู่สัญญาต้องการที่จะให้มั่นระงับโดยเร็ว ไม่ต้องการก่อนตีพิมพ์ขึ้นเป็นระยะเวลายาวนาน ยิ่งหนึ่งระงับโดยเร็วเท่าใดก็จะเป็นผลดีแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมากเท่านั้น<sup>22</sup> แต่กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญานั้นมีลักษณะที่แตกต่างออกไปหลายประเภท บางประเภทต้องการวางกฎเกณฑ์เป็นการทั่วไป เพื่อเป็นการวางกฎเกณฑ์ในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง อันเป็นการสร้างบรรทัดฐาน (norm) หรือแบบแผนสำหรับยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติ สำหรับรัฐ แต่บางประเภทมีลักษณะเป็นสนธิสัญญาประเภทสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐสองรัฐ หรือรัฐหลายรัฐตกลงกันเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ในทางระหว่างประเทศซึ่งกันและกัน เช่น ในการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ในทางการค้าหรือการลงทุน เป็นต้น และในปัจจุบันสนธิสัญญาบางประเภทมีลักษณะที่เป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (jus cogens) ที่รัฐต่างๆตกลงกันขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองมนุษย์และเพื่อหลักมนุษยธรรม สนธิสัญญาประเภทนี้จึงไม่อาจระงับหรือยกเลิกการใช้บังคับสนธิสัญญาได้เลย ด้วยเหตุที่สนธิสัญญาที่มีความหลายหลายทั้งในรูปแบบและเนื้อหาหากฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นจึงถูกบัญญัติแยกย่อยออกไปในรายละเอียดและมีความเคร่งครัดมากกว่ากฎหมายสัญญาเนื่องจากเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐอธิปไตยทั้งหลายในสังคมระหว่างประเทศ ดังนั้นในหัวข้อต่อไปจะได้ทำการศึกษาถึงแนวความคิดเรื่องการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยละเอียด

<sup>22</sup> กฎหมายลักษณะหนึ่งนั้นแตกต่างจากกฎหมายลักษณะทรัพย์สินที่ให้การให้ทรัพย์สินนั้นดำรงคงอยู่ให้นานที่สุด เช่น กรรมสิทธิ์ หรือ สิทธิเก็บกิน เป็นต้น

### 1.1.2 แนวความคิดเรื่องการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ในกฎหมายระหว่างประเทศเองมีการแยกแนวความคิดเรื่องการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาออกเป็น 2 ช่วง โดยช่วงแรกนั้นเป็นกรณีการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันมิใช่สาระสำคัญของสนธิสัญญาและโดยเหตุแต่เพียงเท่านี้รัฐภาคีอื่นก็สามารถใช้สิทธิในการระงับหรือยกเลิกการใช้บังคับสนธิสัญญาได้แล้ว และในช่วงที่สอง การใช้สิทธิในการระงับหรือยกเลิกการใช้บังคับสนธิสัญญานั้นจะต้องเป็นกรณีที่มีการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาเท่านั้น โดยจะได้อธิบายตามลำดับดังนี้

#### 1.1.2.1 การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันมิใช่เป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา

แนวความคิดเรื่องการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีสัญญานั้นเริ่มต้น จากการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาแบบธรรมดาาก่อนเป็นลำดับแรก ในเบื้องต้นความหมายของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี หมายถึง การกระทำที่เป็นการฝ่าฝืน (violate) หรือการไม่ปฏิบัติตาม (infraction) กฎหมาย<sup>23</sup> การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นศาลประจํายุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Phosphates in Morocco กล่าวว่า การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญา นั้นหมายความว่า การกระทำที่ไม่สอดคล้องสิทธิของรัฐอื่นที่มีตาม

---

<sup>23</sup> Black's Law Dictionary, 8<sup>th</sup> Edition, Edited by Bryan A. Garner (Thomson West, 2004), p.200. และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ใช้ถ้อยคำหลายประการ เช่น "incompatibility with the obligation" โปรดดูคดี United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, ICJ Reports 1980, p.3 at p.29, para.56. หรือ acts "contrary to" or "inconsistent with" a given rule โปรดดูคดี Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) ICJ Reports 1986, p.14, at p.64, para.115. หรือ "failure to comply with treaty obligation" โปรดดูคดี Gabčikovo – Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), ICJ Reports 1997, p.7, at p.46, para.57. Daniel Reichert-Facilides, "Down the Danube: The Vienna Convention on the Law of Treaties and the Case concerning the Gabčikovo – Nagymaros Project" 47International and Comparative Law Quarterly837, (1998).

สนธิสัญญา<sup>24</sup> โดยจะต้องพิจารณาถึงหลักสุจริต (good faith) ประกอบด้วย<sup>25</sup> กล่าวคือรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญานั้นได้ทำลายหลักสุจริตลงไป อันเป็นสิ่งที่ภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นจะต้องปฏิบัติตามด้วยความสุจริตใจมิใช่เป็นแต่เพียงการละเมิดสนธิสัญญาโดยทั่วไปเท่านั้น<sup>26</sup> ซึ่งหมายความว่ารัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาจะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาตามความสามารถของตน อย่างดีที่สุดตามจิตวิญญาณ (spirit) แห่งสนธิสัญญา และตามตัวอักษรที่ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญานั้น<sup>27</sup> ยิ่งไปกว่านั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าสนธิสัญญาจะต้องมีผลผูกพันทางกฎหมาย (legal binding)<sup>28</sup> ทั้งยังต้องมีผลใช้บังคับแล้ว (enter into force)<sup>29</sup> หากเป็นสนธิสัญญาแบบพหุภาคี สนธิสัญญาดังกล่าวจะต้องมีผลใช้บังคับระหว่างรัฐที่กระทำการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี (breaching parties) และ รัฐที่ไม่ได้กระทำผิด (innocent parties) ด้วย<sup>30</sup> นอกจากนั้นต้องมีการไม่

<sup>24</sup> *Phosphates in Morocco*, Preliminary Objections, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No.74, p.10, at p. 28.

<sup>25</sup> Lord McNair, *The Law of Treaties*(Oxford: Clarendon Press,1986) p.540.

<sup>26</sup> หลักการนี้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 26 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ภายใต้หัวข้อเรื่องว่า “*pacta sunt servanda*” มีข้อความว่า “Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.” อันเป็นหลักการสำคัญในเรื่องกฎหมายสนธิสัญญา

<sup>27</sup> ผู้สนใจรายละเอียดเรื่องหลักสุจริตในกฎหมายระหว่างประเทศ โปรดดู O'Connor, J.F. *Good Faith in International Law*(Aldershot: Dartmouth Publishing, 1991).

<sup>28</sup> โปรดดูความเห็นแย้งของ Sir Gerald Fitzmaurice ในคดี *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276* (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971, para.3, p.222. (ต่อไปนี้จะเรียกว่า *ICJ Reports 1971*) โดยท่านได้กล่าวไว้ว่า “[T]here cannot be a fundamental breach of something that has never-in a manner binding upon the entity supposed to be subject to it-been established as being an obligation at all,- which has indeed always been, as it still is, the subject of genuine legal contestation.”

<sup>29</sup> Yearbook of the International Law Commission, 1976, Vol.II, Part 2, para.14, p.91.

<sup>30</sup> Mohammed M. Gomaa, *Suspension or Termination of Treaties on the Grounds of Breach* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1996) p.53.

ปฏิบัติตามพันธกรณีเกิดขึ้นก่อน หากยังไม่มีกรณีไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีเกิดขึ้น การใช้สิทธิใดๆของ รัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>31</sup>

ข้อความคิดในเรื่องการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี แห่งสนธิสัญญาในกฎหมายระหว่างประเทศนั้นปรากฏในงานเขียนของนักนิติศาสตร์ตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 เช่น Hugo Grotius กล่าวว่า

“หากภาคีฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี ของ สนธิสัญญา การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีเช่นนั้น ปลดเปลื้องภาคีอีกฝ่ายหนึ่งจากพันธกรณีตามสนธิสัญญา”<sup>32</sup>

เป็นที่น่าสังเกตว่าข้อความคิดเรื่องการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญานั้นผูกติดอยู่กับข้อความคิดเรื่องสิทธิของรัฐภาคีอื่นที่ไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญาต่อไป ซึ่งในปัจจุบัน คือสิทธิในการระงับหรือการยกเลิกการใช้บังคับสนธิสัญญา จากงานเขียนทั้งหมดของนักนิติศาสตร์ตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 จนถึง ศตวรรษที่ 18 เป็นต้นมาพบว่า การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีใดๆ (any breach) ของภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นเหตุให้ รัฐภาคีฝ่ายที่มีได้เป็นผู้กระทำ ความผิดมีสิทธิในการยกเลิกหรือระงับการใช้บังคับสนธิสัญญา โดยมีพิกัดคำนึงถึงระดับของความรุนแรงแห่งการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี กล่าวคือ หากมีเพียงแต่การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแบบธรรมดาไม่ถึงขั้นที่เป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา รัฐภาคีที่มีได้กระทำผิดก็สามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้แล้ว

แม้แต่ในขณะที่มีการริเริ่มทำประมวลหลักเกณฑ์เรื่องสนธิสัญญาที่แต่เดิมมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นแนวความคิดดังกล่าวก็ยังคงปรากฏอยู่ เบื้องต้นนั้น ได้แก่ The Havana Convention on Treaties of 1928 ในมาตรา 16 ที่เกี่ยวกับเรื่องการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญานั้น ก็ไม่ปรากฏว่ามีการแยกระหว่างการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแบบธรรมดา หรือการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา<sup>33</sup> แม้แต่ในสมัย การยกร่าง ของการวิจัยแห่งมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด (Harvard Draft) ตามมาตรา 27 ว่าด้วยเรื่องการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีตามสนธิสัญญากล่าวแต่เพียงว่า ภาคีแห่ง

<sup>31</sup> Macolm N. Shaw, *International Law*, 5<sup>th</sup> Edition, (United Kingdom: Cambridge University Press, 2007) p.854.

<sup>32</sup> Mohammed M. Gomaa, *supra* note 30, p.10.

<sup>33</sup> Article 16 of The Havana Convention on Treaties of 1928.

“Obligation contracted in treaties shall be sanction in case of non-compliance and when all diplomatic negotiation have been exhausted without success, by the decision of the court of justice or an arbitral tribunal, within the limits and according to the procedures in use at the time in which the infraction is alleged”

สนธิสัญญาที่ไม่ได้กระทำผิด นั้นสามารถร้องต่อ ศาลที่มีอำนาจ เพื่อให้ประกาศว่าพันธกรณีทั้งหลายตามสนธิสัญญานั้นหยุดความมีผลผูกพันระหว่างรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา<sup>34</sup>

เหตุผลที่แนวความคิดในสมัยนั้น ไม่แยกระหว่างการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีธรรมดา ออกจากการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแบบร้ายแรงนั้น Sinha อธิบายไว้ว่า ด้วยลักษณะของสนธิสัญญาในสมัยก่อนนั้นโดยส่วนใหญ่แล้วจะเป็นสนธิสัญญาแบบทวิภาคี ใช้บังคับกับเรื่องที่ไม่มีความสลับซับซ้อนและมักเป็นเรื่องที่รวมหลายๆเรื่องเข้าไว้ด้วยกัน (homogenous) การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาแต่เพียงเล็กน้อย (minor breach) ก็มีผลถึงสนธิสัญญาทั้งฉบับที่ไม่อาจสามารถบังคับใช้ได้ต่อไปในอนาคต<sup>35</sup> เมื่อสังคมระหว่างประเทศในปัจจุบันมีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้นทำให้แนวความคิดเรื่องการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาเปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือมีแนวความคิดเรื่องไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาเกิดขึ้น หลักเกณฑ์ในทางกฎหมายดังกล่าวจะวิวัฒนาการไปในทิศทางใด จะได้ศึกษาในหัวข้อต่อไป

---

<sup>34</sup> Article 27 of The Havana Convention on Treaties of 1928.

Violation of Treaty Obligation

“ (a) If a State fails to carry out in good faith its obligations under a treaty, any other party to the treaty, acting within reasonable time after the failure, may seek from a competent international tribunal or authority a declaration to the effect that the treaty has ceased to be binding upon it in the sense of calling for further performance with respect to such State” please see “Article 27 Violation of Treaty” 29 American Journal of International Law 1077, p.1077 (1935).

<sup>35</sup> Sinha, B.P., Unilateral Denunciation of Treaty because of Prior Violation of Obligations by Other Party (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1966), p.7. cited in Mohammed M. Gomaa, *supra* note 30, p.9.

### 1.1.2.2 การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา

แนวความคิดในเรื่องนี้เริ่มต้นจากการแยกการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่ง

สนธิสัญญาแบบธรรมดา (ordinary breach) หรือการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแบบไม่ร้ายแรง (non-material) ออกจากการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา (material breach) ในเริ่มแรกนั้นนักนิติศาสตร์ต่างพยายามเสนอข้อความคิดว่าเฉพาะแต่บทบัญญัติที่จำเป็น (essential) เท่านั้นที่สามารถระงับหรือยกเลิกสนธิสัญญาได้<sup>36</sup>

ข้อถกเถียงที่ตามมา คือ การตีความ คำว่า “การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี แห่งสนธิสัญญา” นั้นจะหมายถึง ลักษณะของบทบัญญัติที่ถูกไม่ปฏิบัติตาม (breached provision) หรือต้องพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำอันเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี นักนิติศาสตร์ต่างมีความเห็นที่แตกต่างกันออกไป เช่น Hall, Hyde และ Brierly ต่างเห็นพ้องต้องกันว่า การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญานั้น จะต้องเป็นการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติที่มีความสำคัญ (material stipulation) กล่าวคือ บทบัญญัตินั้นจะต้องเป็นบทบัญญัติที่ถือได้ว่าเป็นวัตถุประสงค์หลักของสนธิสัญญานั้นเอง

ต่อมาในงานเขียนของ McNair ได้นำเสนอแนวคิดในการพิจารณาการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาว่า ต้องพิจารณาจากทั้งลักษณะของบทบัญญัติที่ถูกไม่ปฏิบัติตาม และจากลักษณะ ของ การกระทำประกอบกัน McNair เสนอว่า การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี ของสนธิสัญญานั้นต้องเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งบทบัญญัติที่ “จำเป็น” หรือ “สำคัญ” เท่านั้น จึงจะมีผลทำให้ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งสามารถยกเลิกสนธิสัญญา (denounce) ทั้งฉบับได้<sup>37</sup>

ในสมัยยกวางอนุสัญญากรุงเวียนนา ฯ Sir Gerald Fitzmaurice เป็นบุคคลแรกที่เสนอให้ใช้คำว่า fundamental breach โดยท่านกล่าวว่า fundamental breach นั้นหมายถึง การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่มุ่งตรงไปยังรากฐาน (foundation) ของความสัมพันธ์ในทางสนธิสัญญา ระหว่างภาคีต่างๆ (going to the root or foundation of the treaty relationship) จะเห็นได้ว่า

<sup>36</sup> Oppenheim กล่าวว่า “[T]here is indeed no unanimity among writers on international law in regard in this point, since a minority make a distinction between essential and non-essential stipulations of a treaty, and maintain that only violation of essential stipulations creates a right for the other party to cancel the treaty.” L. Oppenheim, *International Law*, 4<sup>th</sup> Edition, p.756.

<sup>37</sup> Lord McNair, *The Law of Treaties* (Oxford: Clarendon Press, 1986), p.540.

แนวความคิดเรื่องการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาของ Sir Gerald Fitzmaurice นั้นมีความเข้มงวดมากเนื่องจากเกรงว่าจะมีการกล่าวอ้างการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีขึ้นได้ง่าย

ต่อมาในสมัยของ Sir Humphrey Waldock ท่านได้เปลี่ยนจากคำว่า “fundamental breach” เป็น “material breach” เนื่องจาก Waldock มองว่า Sir Gerald Fitzmaurice ได้ตั้งมาตรฐานเรื่องการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาไว้สูงเกินไป โดยเกรงว่าจะมีการใช้สิทธินี้ในทางที่ผิด ซึ่งแท้จริงแล้วคุณค่าของหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ คือ ใช้เพื่อเป็นมาตรการลงโทษ (sanction) และเพื่อเป็นการประกันการปฏิบัติตามสนธิสัญญา<sup>38</sup> และในปัจจุบันบทบัญญัติมาตรา 60 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เรื่องการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาได้ใช้คำว่า “material breach” แทนคำว่า “fundamental breach” เป็นต้นมา

การที่ Sir Humphrey Waldock เสนอเรื่อง material breach ขึ้นมานั้นก็มีปัญหาไม่น้อยเช่นกัน กล่าวคือ การพิจารณาว่าอะไรเป็นสาระสำคัญ (material) หรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับความคิดเห็นของรัฐภาคีในขณะที่ทำให้ความตกลงกันเป็นสำคัญ นอกจากนี้ความคิดเห็นของภาคีก็อาจต้องพิจารณาจากสถานการณ์แวดล้อมประกอบด้วย เพราะ ในขณะที่มีการทำสนธิสัญญากันอาจมีการประนีประนอมกันระหว่างการเจรจาซึ่งผลที่ออกมาอันปรากฏอยู่ในตัวบทแห่งสนธิสัญญานั้น อาจมีใช้สิ่งที่รัฐภาคีต้องการอย่างแท้จริงก็ได้ ซึ่งทำให้ข้อความคิดเรื่องว่าอะไรเป็นสาระสำคัญมีความคลุมเครือและไม่แน่นอนเกิดขึ้น<sup>39</sup>

การไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาแบบธรรมดาในมาตรา 60 ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องสิทธิของภาคีที่จะระงับหรือยกเลิกการใช้บังคับสนธิสัญญาเอาไว้ ผลคือ การไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาแบบธรรมดาเป็นเพียงแค่เหตุให้ภาคีฝ่ายอื่นใช้มาตรการตอบโต้ (counter-measures) ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศได้เท่านั้น<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Waldock, Second Report on the Law of Treaties: U.N.Doc. A/CN.4/156 and Add.1-3, Yearbook of International Law Commission, Vol II, para.5, p.74 (1963).

<sup>39</sup> Christian Chinkin, “Nonperformance of International Agreement”, 17 Texas International Law Journal 387, p.397,(1982).

<sup>40</sup> Omer Yousif Elagab, The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law(NewYork: Clarendon Press,1988) p.52.

การที่ต้องแยกแยะความแตกต่างในกรณีการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาออกจากการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาแบบธรรมดา นั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาจะนำไปสู่การใช้สิทธิระงับหรือยกเลิกการใช้บังคับสนธิสัญญาซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับการที่ภาคีแห่งสนธิสัญญาจะไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีนั้นๆ อีกต่อไป อันอาจจะทำให้มีการใช้สิทธิไปในทางที่ผิด (abuse of rights) ได้ กล่าวคือ หากไม่มีการกำหนดว่าการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาเท่านั้นที่จะก่อให้เกิดสิทธิยกเลิกหรือระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาได้ รัฐภาคีที่ไม่อยากที่จะปฏิบัติตามสนธิสัญญา(อาจเป็นเพราะสนธิสัญญานั้นๆ ไม่สมประโยชน์แก่ตน หรือมีภาระที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีหนักเกินควร ) ก็สามารถขอยกเหตุแห่งการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาในข้อบทที่ไม่ใช่สาระสำคัญขึ้น เพื่อให้ตนหลุดพ้นจากการปฏิบัติตามพันธกรณีนั้นๆ ได้โดยง่าย<sup>41</sup> ดังนั้นจึงต้องกำหนดให้มีการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา (material breach) เกิดขึ้นเสียก่อน แต่อย่างไรก็ตาม material breach นี้จะต้องไม่เข้าใจไปว่าเป็นการละเมิดแบบ fundamental breach เนื่องจากการละเมิดแบบ fundamental breach นั้นเป็นการละเมิดที่มีระดับ (degree) ของการละเมิดสูงจนเกินไป ซึ่งทำให้การที่จะใช้สิทธิในการยกเลิกหรือระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาทำได้ยากยิ่งขึ้นไปด้วย ดังนั้น material breach จึงเป็นระดับของการละเมิดที่เป็นกลางๆ ไม่สูงและไม่หย่อนยานจนเกินไปทำให้การบังคับใช้สิทธิสมดังเจตนารมณ์ ตามที่มาตรา 60 ได้บัญญัติไว้ ซึ่งรายละเอียดจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

เมื่อทราบถึงประวัติความเป็นมาแล้ว ในลำดับถัดไปจะได้ศึกษานิยามของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 60 วรรค 3 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาต่อไป

---

<sup>41</sup> E.Jiménez de Aréchaga, "General Course in Public International Law", Recueil des Cours, 1978 Vol I, Tome159, p.79.

## 1.2 นิยามของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาตาม มาตรา 60 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ.1969

มาตรา 60 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ นั้นบัญญัติอยู่ใน Part 5 ว่าด้วย ความไม่สมบูรณ์ การยกเลิกและการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญา section 3 ว่าด้วยการยกเลิกและการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญา โดยมาตรา 60 นั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา (material breach) เท่านั้น อันเป็นส่วนหนึ่งของการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา (non-performance) ตามมาตรา 26 ที่บัญญัติว่า “สนธิสัญญาทุกฉบับที่มีผลใช้บังคับแล้วย่อมผูกพันภาคี และจะต้องใช้บังคับโดยภาคีด้วยความสุจริต ” ซึ่งการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญานี้ อาจเป็นกรณี material breach ตามมาตรา 60 หรือไม่ก็ได้ หากเป็นกรณี material breach รัฐที่ไม่ปฏิบัติตามจะต้องมีความผิด หรือ “fault” เกิดขึ้น แต่หากไม่มีความผิดก็อาจเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่ตนได้ตกลงกันเอาไว้ นั้นหมายความว่า material breach เป็นส่วนหนึ่งของ non-performance เท่านั้น และจะต้องเข้ากฎเกณฑ์ตามที่มาตรา 60 ได้บัญญัติเอาไว้เป็นการเฉพาะ

ในหัวข้อนี้จึงเป็นการศึกษาถึงนิยามของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญานั้น บัญญัติอยู่ในมาตรา 60 (3) (a) และ (b) ซึ่งมาตราดังกล่าวได้ระบุถึงการกระทำที่ถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญอยู่ 2 เหตุ ไว้เป็นการเฉพาะ และบัญญัตินิยามเอาไว้อย่างแคบ โดยแต่ละเหตุนั้นแยกต่างหากออกจากกัน ดังจะได้พิจารณาในลำดับต่อไป

### 1.2.1 การบอกปัดสนธิสัญญาโดยไม่ชอบตามนัยของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่า ด้วยกฎหมายสนธิสัญญา

การบอกปัดโดยไม่ชอบตามนัยของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ นั้นบทบัญญัติเองใช้คำว่า “repudiation” ซึ่งเป็นความตั้งใจของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศเองที่ต้องการใช้คำนี้แทนคำว่า “denunciation” เนื่องจากคำว่า repudiation นั้นมีความหมายที่ครอบคลุม กิ่งความถึงการกระทำที่ภาคีแห่งสนธิสัญญาต้องการที่จะปลดเปลื้องตนเองจากพันธกรณีตามสนธิสัญญาอย่างผิดกฎหมาย (unlawfully) ด้วย<sup>42</sup>

<sup>42</sup> Paul Reuter, *Introduction to the Law of Treaty* (London, 1989) p.161.

การอ้างเหตุที่จะไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นนอกจากเหตุที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ แล้ว หากเป็นกรณีที่สนธิสัญญาเองได้กำหนดเหตุแห่งการที่จะไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาเอาไว้เป็นการเฉพาะก็ให้ถือตามที่ได้กำหนดไว้เป็นพิเศษนั้น ตามหลัก *lex specialis derogat legi generali*<sup>43</sup> ดังนั้นจึงถือว่ามาตรา 60 วรรคนี้ เป็นบทกฎหมายทั่วไปซึ่งหากภาคีแห่งสนธิสัญญาได้กำหนดเหตุประการอื่นไว้นอกเหนือจากนี้ก็ให้เป็นไปตามบทบัญญัตินั้นๆ

การบอกปิดที่ชอบด้วยกฎหมาย มีทั้งหมด 11 เหตุ คือ เหตุอันเกิดจากบทบัญญัติของสนธิสัญญาหรือความยินยอมของภาคีแห่งสนธิสัญญา (มาตรา 54) เหตุอันเกิดจากการลดลงของภาคีแห่งสนธิสัญญาพหุภาคีจนต่ำกว่าจำนวนอันจำเป็นต่อการมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญา (มาตรา 55) เหตุอันเกิดจากการบอกเลิกสนธิสัญญาหรือการถอนตัวออกจากสนธิสัญญาที่ไม่ได้กำหนดบทบัญญัติเรื่องการยกเลิก บอกเลิก หรือถอนตัวเอาไว้ (มาตรา 56)

เหตุอันเกิดจากการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาภายใต้บทบัญญัติหรือความยินยอมของรัฐภาคี (มาตรา 57) เหตุอันเกิดจากการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาพหุภาคีโดยการทำความตกลงระหว่างรัฐภาคีใดภาคีหนึ่งโดยเฉพาะ (มาตรา 58) เหตุอันเกิดจากการจัดทำสนธิสัญญาขึ้นในภายหลัง (มาตรา 59) เหตุอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา (มาตรา 60) เหตุอันเกิดจากการปฏิบัติตามสนธิสัญญาตกเป็นอันพั่ววิสัย (มาตรา 61) รายละเอียดจะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อที่ 2.2.1

ดังนั้นหากรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาโดยไม่มีมูลอันจะอ้างได้ตามเหตุข้างต้นเสียแล้ว การกระทำดังกล่าวย่อมถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา

### 1.2.2 การไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติที่จำเป็นต่อการบรรลุถึงวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญา

เหตุที่สองที่ถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา คือ การที่ภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติที่จำเป็นต่อการบรรลุถึงวัตถุประสงค์หรือวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา (the violation<sup>44</sup> of the provision essential to the accomplishment of

<sup>43</sup> Mohammed M. Goma, *supra* note 30, p.27.

<sup>44</sup> Shabtai Rosenne กล่าวว่า การที่ตัวบทใช้ถ้อยคำว่า “the violation” เปลี่ยนแปลงมาจากเดิมซึ่งใช้คำว่า “a violation” แต่เนื่องจากในมาตรานี้จำกัดขอบเขตเฉพาะเรื่องการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา (material breach) เท่านั้นจึงใช้ “the violation” แทน

the object and purpose of the treaty) ตามมาตรา 60 วรรค 3 (b) แต่ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันความเข้าใจที่ผิดพลาดคลาดเคลื่อนในเบื้องต้นนั้นจะต้องทำความเข้าใจเสียก่อนว่า คำว่า “วัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา” นั้นคืออะไร มีความหมายเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร และที่สำคัญที่สุดคำทั้งสองคำนี้แท้จริงแล้วคือคำคำเดียวกัน และมีความหมายเดียวกันหรือไม่ ดังจะได้วิเคราะห์ในลำดับต่อไป

### 1.2.2.1 นิยามของวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา

#### (Object and Purpose)

วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา (Object of Treaty) และ วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา (Purpose of Treaty) นั้นมีผู้พยายามใช้คำอื่นๆ แทน เช่น *ratio legis*, aim of treaty, its role, function<sup>45</sup> nature of treaty, reach object, spirit, accent intent, system, scheme, general plan, of course, *raison d'être* แม้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเองในคดี Reservation to the Genocide Convention ก็ยังใช้คำว่า object และ purpose ปะปนกัน เช่น ใช้คำว่า “purpose and *raison d'être*”, “the very object”<sup>46</sup>

แม้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเอง ในคดี Reservation to the Genocide Convention ได้ใช้ทั้งสองคำนี้ปะปนกัน แต่ในท้ายที่สุดศาลกลับตัดสินว่า

วัตถุประสงค์ (purpose) ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ คือ “เพื่อประณามและลงโทษการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในฐานะที่เป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับการปฏิเสธสิทธิในการดำรงอยู่ของกลุ่มมนุษย์ทั้งหมด การปฏิเสธดังกล่าวสร้างความตกตะลึงให้แก่มวลมนุษยชาติ และเป็นผลให้เกิดการสูญเสียบอย่างใหญ่หลวงแก่มนุษยชาติอีกด้วย”<sup>47</sup> นอกจากนั้นศาลได้กล่าวว่า วัตถุประสงค์ (object) ของสนธิสัญญามี 2 ประการ คือ เพื่อ “ปกป้องการดำรงอยู่ของกลุ่มมนุษย์” และ เพื่อ “ยืนยันและสนับสนุนหลักการพื้นฐานทางศีลธรรม”<sup>48</sup>

<sup>45</sup> M.K. YASEEN, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, 151 Recueil des Cours (1976) 1-144 p.55, cited in V.Crnici-Grotic, “Object and Purpose of Treaties in Vienna Convention on the Law of Treaties” 7 Asian Yearbook of International Law, p.142 (1997).

<sup>46</sup> โปรดดูคดี Reservation to the Genocide Convention

<sup>47</sup> Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p. 15, at p.23.

<sup>48</sup> *ibid*, p.23.

ศาลในคดีข้างต้นนั้นมิได้ให้ความกระจ่างว่าเหตุใด วัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ที่ประสงค์จึงสามารถแยกออกจากกัน และไม่ได้อธิบายว่าวัตถุประสงค์ 2 ประการและวัตถุประสงค์ที่ประสงค์ของอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ศาลกล่าวถึงนั้นสามารถค้นหาได้อย่างไร

นอกจากความไม่ชัดเจนในคำตัดสินของศาลแล้ว แนวความคิดของนักกฎหมายระหว่างประเทศเองก็สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ฝ่าย ดังนี้<sup>49</sup>

ฝ่ายที่ 1 เห็นว่าวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ที่ประสงค์ของสนธิสัญญาเป็นสิ่งเดียวกัน

แนวความคิดนี้เป็นแนวความคิดของนักกฎหมายเยอรมัน และอังกฤษ โดยที่ Bernhardt ได้ใช้คำในภาษาเยอรมัน คือ der Zweck อันหมายถึง วัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญา ส่วนคำว่า das Ziel นั้น หมายถึง วัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญา โดยท่านได้ใช้ดังกล่าวปะปนและแทนกันตลอด ในขณะที่ Sir Robert Jennings นักกฎหมายระหว่างประเทศชาวอังกฤษ ท่านได้ใช้คำว่า วัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ที่ประสงค์ของสนธิสัญญาแทนกัน อีกทั้ง Alexander Orakhelashvili ก็ได้ใช้คำว่า “object and purpose” คู่กันเสมอโดยมิได้แยกแยะระหว่างคำทั้งสอง เห็นได้ชัดจากการคำอธิบายในเรื่องการตีความสนธิสัญญาในตำราของท่าน โดยได้กล่าวว่า

“Object and purpose refers to the rationale of the treaty, its general design. It refers to reason for which States-parties have adopted the relevant treaty and the aim they desire to achieve through it.”<sup>50</sup>

ฝ่ายที่ 2 เห็นว่าวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ที่ประสงค์ของสนธิสัญญามีใช้สิ่งเดียวกัน

แนวความคิดนี้เป็นของนักกฎหมายฝรั่งเศส เช่น Rousseau ได้แยกคำว่า “objet ou effet direct et immédiat de l’acte” กับ “but ou résultat de l’effet juridique produit par l’acte” ออกจากกัน <sup>51</sup> ตามทฤษฎีของฝรั่งเศสนั้นมองว่า วัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญานั้นเป็นสิ่งที่บ่งชี้เนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญของบทบัญญัติในสนธิสัญญา รวมทั้งสิทธิ และหน้าที่ที่เกิดจากกฎเกณฑ์

<sup>49</sup> เรียบเรียงจากบทความของ Isabelle Buffard and Karl Zemanek, “The Object and Purpose of a Treaty: An Enigma?” 3 Austrian Review of International and European Law 311 (1998).

<sup>50</sup> Alexander Orakhelashvili, The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law(New York: Oxford University Press, 2008)p.343.

<sup>51</sup> Charles Rousseau, Droit international public, Volume 1, (Paris, 1970) p.272.

แห่งกฎหมาย ซึ่งทฤษฎีที่แยกวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ที่ประสงค์ออกจากกันนั้นพบว่านำมาจากแนวความคิดทางกฎหมายปกครอง<sup>52</sup>

เมื่อพิจารณาทั้งแนวความคิดทางทฤษฎีและคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศก็จะพบว่ามีความเห็นที่ไม่ลงรอยกันอยู่ระหว่างวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาว่าเป็นสิ่งๆ เดียวกันหรือไม่ แม้แต่คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศเองก็ได้กล่าวถึงเรื่องดังกล่าวไว้ อย่างชัดเจน<sup>53</sup> ปราบกฎหลักฐานก็แต่เพียงการให้ความเห็นในที่ประชุมในช่วงการยกร่างว่า คำสองคำนี้มีความหมายต่างกันดังความต่อไปนี้

“นาย Reuter มีความคิด เห็นว่าอนุวรรค 2 ของมาตรา 55 (เรื่อง *pacta sunt servanda*) คำว่า “objects” อาจดีกว่าหากเปลี่ยนเป็นคำในภาษาฝรั่งเศสที่ว่า “l’objet et la fin” ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ใช้โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในกรณีการตั้งข้อสงวนในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ในกรณีอื่นคำว่า “but” เดียวๆ ในภาษาฝรั่งเศสมีความหมายเท่ากับคำว่า “object” ในภาษาอังกฤษ หากคณะกรรมาธิการรับเอา คำแนะนำดังกล่าวอาจเกิดความแตกต่างเล็กน้อยทางด้านความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ (teleological nuance) ในมาตรา 55 ... แต่ปัญหาเรื่องรูปแบบนั้นอาจส่งผลต่อเรื่องเนื้อหาได้ วัตถุประสงค์แห่งพันธกรณี (object of an obligation) นั้นเป็นเรื่องหนึ่ง ส่วนเรื่องวัตถุประสงค์ (purpose) ก็เป็นอีกเรื่องหนึ่ง”<sup>54</sup>

แม้จะมีการกล่าวถึงบ้างในชั้นยกร่างอนุสัญญา เช่น มีการนำคำว่า “purpose” มา ต่อท้ายกับคำว่า “object” เพราะว่าตลอดอนุสัญญา ได้ใช้วลีนี้คู่กันมาตลอด และหากไม่เติมคำว่า “purpose” ลงไปแล้วจะก่อให้เกิดความยุ่งยากในการตีความ และหากมีการเพิ่มคำดังกล่าวเข้าไปแล้ว ก็หาจะมีผลเป็นการกระทบกระเทือนต่อเนื้อหาสาระของบทบัญญัติ หรือเป็นการขยาย

<sup>52</sup> Isabelle Buffard and Karl Zemanek, *supra* note 49, p.325.

<sup>53</sup> แต่เดิมปราบกฎแต่คำว่า object เท่านั้นในร่างมาตรา 55 ของ Waldock ในหัวข้อ *pacta sunt servanda* โดยได้เสนอในอนุวรรค 2 ที่บัญญัติว่า “Good faith, *inter alia*, require that the party to the treaty shall refrain from any acts calculated to prevent the due execution of the treaty or otherwise to frustrate its objects” (เน้นโดยผู้เขียน) โปรดดู Waldock, Third Report on the Law of Treaties, Yearbook of International Law Commission, Vol II, p.7 (1964).

<sup>54</sup> Yearbook of International Law Commission, Vol I, U.N.Doc. A/CN.4/SERA/1964 (1964), para.77, p.26.

พันธกรณีตามอนุสัญญา แก่รัฐภาคีแต่อย่างใด<sup>55</sup> แต่อย่างไรก็ตามคณะกรรมการร่างก็มีได้ให้รายละเอียดเกี่ยวกับความหมายของคำทั้งสองคำนี้เลย และดูเหมือนว่าในทางปฏิบัติแล้วคำทั้งสองคำนี้จะมีความหมายอย่างเดียวกันและใช้แทนกันได้ (interchangeably)

แต่อย่างไรก็ตาม Isabelle Buffard and Karl Zemanek ได้เสนอแนวความคิดว่าวัตถุและวัตถุที่ประสงค์ของสนธิสัญญานั้นเป็นคนละสิ่งกัน แยกออกจากกันได้<sup>56</sup> ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว เห็นว่ามีเหตุผลเป็นอย่างยิ่งทั้งนี้เพราะเมื่อนำหลักการตีความสนธิสัญญาในมาตรา 31 มาพิจารณาเพื่อหาความหมายดังกล่าวก็จะพบว่าหลักการตีความตามมาตรา 31 บัญญัติให้ตีความตามความหมายสามัญของถ้อยคำ ดังนั้นหากคำทั้งสองคำนี้มีความหมายที่เหมือนกันเหตุใดอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ จึงบัญญัติคำทั้งสองคำไว้ต่างกัน

ดังนั้นเพื่อความชัดเจนจึงขอแยกอธิบายคำว่าวัตถุประสงค์ และความมุ่งหมายของสนธิสัญญา ดังต่อไปนี้

---

<sup>55</sup> เพื่อความกระจ่างชัดผู้เขียนขอยกถ้อยคำในเอกสารการร่างที่เป็นภาษาอังกฤษดังต่อไปนี้

“The Drafting Committee had replaced the words "acts tending to frustrate the object of a treaty "by the words" acts which would defeat the object and purpose of a treaty ". It wished to emphasize that that was a purely drafting change, made in the interests of clarity. It had added the word "purpose" to the word "object" because the expression "object and purpose of the treaty" was frequently used in the convention. The absence of the word "purpose" in the introductory phrase of article 15 might lead to difficulties in interpretation. The change in no way affected the substance of the provision and did not widen the obligation imposed on States by article 15.”

Yasseen, Speaking as Chairman of the Drafting Committee, United Nations Conference on the Law of Treaties, First session, Vienna 26 March-24 May 1968, Official Records, Document of the Conference, 1969 A/CONF.39/11, para.101, p.361.

<sup>56</sup> Isabelle Buffard and Karl Zemanek, *supra* note 49, p.330.

### (1) วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา (Object of Treaty)

วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา หมายถึง เนื้อหาสาระอันเป็นส่วนสำคัญของสนธิสัญญา<sup>57</sup> รวมทั้ง สิทธิ พันธกรณีที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัตินั้นๆ หรือเหตุผลที่ทำให้สนธิสัญญานั้น และมีบทบัญญัตินั้นๆขึ้น<sup>58</sup> โดยสิ่งที่ผลของสนธิสัญญา นอกจากนั้นยังหมายถึงนิติฐานะ (legal position) กล่าวคือ ฐานะในทางกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นจากบทบัญญัติทั้งหมดของสนธิสัญญา สำหรับภาคีแห่งสนธิสัญญา สิ่งดังกล่าว เป็นเครื่องมือ (instrument) ในการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญา โดยวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา นั้นสามารถค้นหาได้จากบทบัญญัติในสนธิสัญญา ในขณะที่วัตถุประสงค์นั้นบ่อยครั้งก็ไม่สามารถหาได้จากตัวบทในสนธิสัญญา และเป็นเรื่องในทางอัตวิสัย (subjective) มากกว่า<sup>59</sup>

### (2) วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา (Purpose of Treaty)

วัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญา หมายถึง เป้าหมายของสนธิสัญญา<sup>60</sup> หรือตัวบ่งชี้ถึงสิ่งที่สนธิสัญญามุ่งหมายจะให้เกิดความสำเร็จขึ้น<sup>61</sup> หรือเป็นผลทั่วไป (general result) ที่ภาคีแห่งสนธิสัญญาต้องการจะให้เกิดขึ้นจากสนธิสัญญาหรือบทบัญญัตินั้น<sup>62</sup> โดยพิจารณาจากเจตนาเริ่มต้นของรัฐที่เข้าทำสนธิสัญญา สิ่งบ่งชี้เบื้องต้นของวัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญาได้แก่ ชื่อของสนธิสัญญาเองและอารัมภบทแห่งสนธิสัญญา

Buffard และ Zemanek ได้เสนอวิธีค้นหาวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาที่เรียกว่า “two-stage procedure” กระบวนการนี้ในขั้นแรกนั้นเป็นการสันนิษฐานเบื้องต้น (*prima facie*) ไว้ก่อนว่า วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญานั้นอาจพิจารณาได้จากชื่อของสนธิสัญญา<sup>63</sup> อารัมภบท<sup>64</sup> และการจัดระบบมาตราของสนธิสัญญา กระบวนการแรกนี้จะต้องถูก

<sup>57</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร , กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1: สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551) น.223.

<sup>58</sup> อรุณ ภาณุพงศ์ , “การตีความสนธิสัญญา ”, ใน 84 ปี ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552) น.219.

<sup>59</sup> Isabelle Buffard and Karl Zemanek, *supra* note 49, p.192.

<sup>60</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 57, น.223.

<sup>61</sup> Isabelle Buffard and Karl Zemanek, *supra* note 49, p.331.

<sup>62</sup> อรุณ ภาณุพงศ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 58, น.219.

<sup>63</sup> Jan Klabbbers, “Some Problems Regarding the Object and Purpose of Treaties,” 8Finnish Yearbook of International Law138, p.158 (1997).

นำไปทดสอบกับขั้นที่สองคือ การพิจารณาจากตัวบท (text) ของสนธิสัญญา และเอกสารอื่นๆที่สามารถหาได้ ผลที่ได้จากกระบวนการสามารถนำมาเป็นแนวทาง (guideline) ในการตีความบทบัญญัติในสนธิสัญญาได้<sup>65</sup>

ตัวอย่างจากการปรับใช้กระบวนการนี้ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, CEDAW)<sup>66</sup> วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญานี้ปรากฏอยู่ในอารัมภบทหลายวรรค ได้แก่ วรรค 1 สิทธิอันเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรี วรรค 2 มนุษย์ทุกคนเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในเกียรติศักดิ์และสิทธิ และว่าทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพ...โดยปราศจากความแตกต่างไม่ว่าชนิดใด ๆ รวมทั้งความแตกต่างเพราะเหตุแห่งเพศ วรรค 3 ประกันสิทธิอันเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรีในการที่จะได้อุปโภคสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม พลเมือง และทางการเมืองทั้งปวง วรรค 10 การได้อุปโภคสิทธิอย่างเต็มที่ของบุรุษและสตรี วรรค 11 บรรลุถึงความเสมอภาคอย่างเต็มเปี่ยมระหว่างบุรุษและสตรี วรรค 12 ได้เข้าร่วมอย่างเต็มที่ในทุก ๆ สาขาโดยเสมอภาคกับบุรุษ วรรค 14 เพื่อให้บรรลุถึงความเสมอภาคอย่างเต็มที่ระหว่างบุรุษและสตรี และ โดยสรุปจากอารัมภบทแล้วเมื่อพิจารณาจากชื่อของสนธิสัญญาเอง คือ การขจัดการ

---

<sup>64</sup> ในคดี Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan ศาลได้พิจารณาถึงวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาโดยพิจารณาจากอารัมภบท โดยศาลกล่าวว่า “The Court considers that the *object and purpose* of the 1891 Convention was the delimitation of boundaries between the parties' possessions within the island of Borneo itself, as shown by the preamble to the Convention, which provides that the parties were...” Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Judgment, I. C. J. Reports 2002, para.51, p.62. นอกจากนั้นท่าน JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA กล่าวถึงประเด็นเรื่องการตีความ โดยพิจารณาจากอารัมภบท ไว้ว่า “... [T]he determination of the existence of a material breach necessarily requires the interpretation of the provisions of the treaty, including its preamble.” (เน้นโดยผู้เขียน) โปรดดู Separate Opinion of Judge JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA ในคดี Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan), ICJ Reports 1972, para.23, p.128.

<sup>65</sup> Isabelle Buffard and Karl Zemanek, *supra* note 49, p.339.

<sup>66</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Mar 1, 1980, 1249 U.N.T.S. 13.

เลือกปฏิบัติต่อสตรี ส่วนวัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญา คือ “ตั้งใจแน่วแน่ ที่จะให้มีการปฏิบัติตามหลักการที่ระบุไว้ในปฏิญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี และเพื่อความมุ่งประสงค์นั้นจะกำหนดมาตรการต่าง ๆ ที่จำเป็นสำหรับการจัดการเลือกปฏิบัติดังกล่าวในทุกรูปแบบและวิธีการ ...” กล่าวโดยสรุป วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญานี้ คือ การปฏิบัติตามหลักการที่ได้ระบุไว้ในปฏิญญาและการกำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ ส่วนวัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญา คือ การจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีและการบรรลุถึงความเสมอภาคอย่างเต็มที่ระหว่างบุรุษและสตรีนั่นเอง

ต่อมาเมื่อพิจารณาจากตัวบทแห่งสนธิสัญญาเองก็พบว่า สามารถช่วยยืนยันและสนับสนุนสิ่งที่กล่าวมาข้างต้น ได้แก่ มาตรา 1 ซึ่งเป็นบทนิยามได้ยืนยันวัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญา โดยบัญญัติว่า “เพื่อความมุ่งประสงค์ของสนธิสัญญานี้ คำว่า “เลือกปฏิบัติต่อสตรี” จะหมายถึง ...” มาตรา 2 ช่วยยืนยันสิ่งที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญา โดยบัญญัติว่า “...ตกลงที่จะติดตามนโยบายเกี่ยวกับการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี...และเพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมายนี้ ตกลงที่จะ...บรรลุหลักการของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งชาติของตนและประกันที่จะให้มีการปฏิบัติตามหลักการนี้ โดยทางกฎหมายและวิธีการที่เหมาะสมอื่น ๆ”

ในมาตรา 3 เองมีทั้งส่วนที่เป็นวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญา โดยบัญญัติไว้ดังนี้ “ในทุก ๆ ด้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านการเมือง สังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรม รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง รวมทั้งการออกกฎหมายเพื่อประกันพัฒนาการและความก้าวหน้าอย่างเต็มที่ของสตรี (วัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญา) เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะรับประกันให้สตรีได้ใช้และได้อุปโภคสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานบนพื้นฐานของความเสมอภาคกับบุรุษ (วัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญา)” กล่าวโดยสรุป บทบัญญัติของสนธิสัญญาที่กำหนดพันธกรณีที่รัฐภาคีต้องออกมาตรการต่าง ๆ ในการสนับสนุนไม่ให้มีการปฏิบัติที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อสตรีนั้นเป็นวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาฉบับนี้

เป็นที่น่าสังเกตว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังคงเคยตัดสินว่าวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญานั้นสามารถค้นหาได้จากตัวบทแห่งสนธิสัญญานั้นๆเอง เช่น ในคดี Avena Case ซึ่งเป็นเรื่องสิทธิของผู้ถูกจับกุมอันมิใช่บุคคลที่มีสัญชาติของรัฐผู้รับ โดยศาลในคดีนี้ก็กล่าวว่า

“ในกรณีวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญา ศาลได้พิจารณาว่า มาตรา 36 (อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963) ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่กงสุลมี

อิสระที่จะติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง มีสิทธิในการเข้าถึง เข้าเยี่ยม และพูดคุย พร้อมทั้งจัดหา  
ตัวแทนทางกฎหมายให้...”<sup>67</sup>

แม้ศาลในคดีนี้จะได้กล่าวถึง วัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ที่ประสงค์ แต่ยังคงเป็นการกล่าวโดยรวม  
มิได้มีการแยกแยะให้เห็นอย่างชัดเจนว่าอะไรเป็นวัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญาและอะไรเป็นวัตถุประสงค์  
แห่งสนธิสัญญา หากจะวิเคราะห์เพื่อหาวัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วย  
ความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963<sup>68</sup> แล้ว จะพบว่าสนธิสัญญานี้เป็นสนธิสัญญาที่ประมวลจารีต  
ประเพณีระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยมีวัตถุประสงค์คือ การอยู่ร่วมกัน  
อย่างสันติระหว่างรัฐต่างๆ โดยสะท้อนออกมาจากอารัมภบทที่กล่าวว่า “โดยเชื่อว่า การมี  
สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล เอกสิทธิและความคุ้มกัน จะมีส่วนช่วย  
พัฒนาความสัมพันธ์ที่มีมิตรระหว่างชาติด้วย แม้ระบบรัฐธรรมนูญและสังคมของชาติเหล่านั้นจะ  
แตกต่างกัน” แต่การค้นหาวัตถุแห่งสนธิสัญญานั้นจะต้องอ่านสนธิสัญญาฯ ทั้งฉบับเพื่อหา สิทธิ  
พันธกรณีที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติ และเมื่อพิจารณาแล้วพบว่าอารัมภบทในวรรคองสุดท้ายกล่าว  
ไว้ว่า “ความมุ่งประสงค์ของเอกสิทธิและความคุ้มกันเช่นว่านี้ มิใช่ เพื่อเป็นคุณประโยชน์แก่ตัว  
บุคคล แต่เพื่อประกันการปฏิบัติหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพของสถานทำการทางกงสุลในนามรัฐ  
ของตน” ซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีความจำเป็นทางการหน้าที่ (functional necessity) ซึ่งนอกจากจะ  
ได้บัญญัติไว้ในอารัมภบทแล้ว ด้วบทใน หมวด 2 ว่าด้วยความสะดวก เอกสิทธิและความคุ้มกัน  
เกี่ยวกับสถานทำการทางกงสุลเจ้า พนักงานกงสุลอาชีพ และบุคคลอื่นในสถานทำการทางกงสุล  
ได้กำหนดรายละเอียดและพันธกรณีที่รัฐจะต้องให้ความเคารพหลักความละเมิดมิได้ของตัวบุคคล  
และสถานที่ของเจ้าหน้าที่ทางกงสุลและสถานทำการกงสุลทั้งนี้เพื่อเป็นเครื่องมือให้บรรลូវัตถุที่  
ประสงค์ คือ การอยู่ร่วมกันอย่างสันติระหว่างรัฐต่างๆ และสิทธิต่างๆไม่ว่าจะเป็นสิทธิตามมาตรา  
36 เรื่องการติดต่อกับคนชาติของเจ้าหน้าที่กงสุลนั้นก็ถือเป็นวัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญาเช่นกัน เนื่องจาก  
การติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่งนั้นเป็นการเคารพสิทธิของผู้ที่ถูกจับกุมผู้ซึ่ง เปรียบเสมือน “คน  
แปลกหน้าในดินแดนแปลกถิ่น” (stranger in a strange land) ที่ต้องเผชิญกับระบบกฎหมายที่ไม่  
คุ้นเคย ห่างไกลจากประเทศของตนโดยคำนึงถึงข้อเสียเปรียบของคนต่างด้าวซึ่งมีสัญชาติของรัฐผู้  
ส่งที่ถูกจับกุม กล่าวคือ คนชาติของรัฐผู้ส่งมีความเสียเปรียบหลายประการเมื่อตนกระทำความผิด  
อาจเป็นด้วยระบบกฎหมายของประเทศของรัฐผู้รับที่แตกต่างออกไป หรืออุปสรรคทางด้านภาษา

<sup>67</sup> Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America),  
Judgment, I. C. J. Reports 2004, p.12, at p.48, para.85.

<sup>68</sup> Vienna Convention on Consular Relations, Apr.24, 1963, 596 U.N.T.S. 261.

และวัฒนธรรม (language and cultural barriers)<sup>69</sup> ที่ทำให้ผู้ถูกกล่าวหาไม่สามารถเข้าใจถึงสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights) ที่เขามีอยู่ตามกฎหมาย เช่น สิทธิในการที่จะไม่ให้การ (right to remain silent)<sup>70</sup> เหล่านี้เป็นสาเหตุที่ทำให้กงสุลต้องยื่นมือเข้าช่วยเหลือคนชาติของตน หากปราศจากความช่วยเหลือดังกล่าวก็จะเกิดความวุ่นวายขึ้นได้<sup>71</sup> และในที่สุดการอยู่ร่วมกันอย่างสันติก็มีอาจเกิดขึ้นได้

สนธิสัญญาบางประเภทอาจมีวัตถุประสงค์ที่เฉพาะเจาะจงเป็นอย่างยิ่ง เช่น สนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาททางเขตแดนนั้นมีความมุ่งประสงค์ที่จะกำหนดเขตแดนให้มีความแน่นอนชัดเจน เช่นเดียวกันกับสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการก่อตั้งเขตอำนาจของศาลวัตถุประสงค์ คือ การระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีให้เสร็จสิ้น เป็นต้น<sup>72</sup>

เมื่อได้ศึกษาแล้วว่าการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญานั้นอาจเกิดจากการที่ภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติที่จำเป็นต่อการบรรลุถึงวัตถุประสงค์หรือวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาแห่งสนธิสัญญา ตามมาตรา 60 วรรค 3 (b) แต่ข้อความดังกล่าวในวรรคนี้สร้างปัญหาที่ต้องอาศัยการตีความอยู่ไม่น้อย ดังนั้นในหัวข้อต่อไปจะได้ศึกษาถึงการตีความบทบัญญัติที่จำเป็นต่อการบรรลุถึงวัตถุประสงค์หรือวัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญา

#### 1.2.2.2 การตีความบทบัญญัติที่จำเป็นต่อการบรรลุถึงวัตถุประสงค์หรือวัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญา

**ประเด็นที่ 1** ในเรื่องของการตีความนั้นมีปัญหาว่า คำว่า จำเป็น (essential) นั้นหมายถึงอะไร คำตอบ คือ คำว่า “จำเป็น” หมายถึงหากภาคีแห่งสนธิสัญญาไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าวแล้วก็จะไม่สมประโยชน์ สมประสงค์แห่งการทำสนธิสัญญานั้นขึ้นและเป็น

<sup>69</sup> “language barriers” คือ ข้อขัดข้องที่เกิดขึ้นกับการสื่อสารเมื่อผู้ที่ถูกจับกุมใช้ภาษาที่ต่างออกไปจากเจ้าหน้าที่ผู้ทำการจับกุม, “cultural barrier” คือ ความยุ่งยากลำบากในการเข้าใจถึงกระบวนการต่างๆที่แตกต่างจากกระบวนการในประเทศของผู้ถูกจับกุม

<sup>70</sup> Mark J. Kadish, “Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: A Search for Right to Consul,” *18 Michigan Journal of International Law* 565, p.605 (1997).

<sup>71</sup> Linda A. Malone, “From Breard to Atkins to Malvo: Legal Incompetency and Human Rights Norms on the Fringes to the Death Penalty,” *13 Wm. & Mary Bill Rts.J.*363, pp. 392-393 (2004).

<sup>72</sup> Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*(New York: Oxford University Press, 2008) p.192.

บทบัญญัติที่หากไม่ปฏิบัติตามแล้วการบังคับใช้สนธิสัญญาต่อไปก็ไร้ประโยชน์ต่อรัฐภาคีอื่นที่ได้ปฏิบัติตามสนธิสัญญาอย่างถูกต้อง เช่น หากเป็นสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน หากรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนเสียแล้ว การบังคับใช้สนธิสัญญาต่อไปนั้นก็ไร้ประโยชน์ จึงอาจกล่าวได้ว่าในกรณีนี้ การส่งผู้ร้ายข้ามแดนจึงถือว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นแล้วต่อการบรรลุซึ่งวัตถุประสงค์หรือวัตถุประสงค์ที่ประสงค์แห่งสนธิสัญญา

บางกรณีก็เป็นการยากที่จะค้นหาหรือหยั่งทราบ (ascertain) ว่าอะไรคือวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ที่ประสงค์ของสนธิสัญญา ที่แท้จริง<sup>73</sup> เนื่องจากภาคีฝ่ายแห่งสนธิสัญญานั้นอาจจะมีความคิดเห็นที่แตกต่างกันในเรื่องดังกล่าว<sup>74</sup> ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยวินิจฉัยไว้ในประเด็นนี้ในคดี Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua โดยวางหลักว่าถึงแม้จะเป็นการกระทำที่ขัดกับพันธกรณีก็จริงแต่ต้องพิจารณาเรื่องวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายในความหมายอย่างแคบมิใช่ในความหมายอย่างกว้าง<sup>75</sup>

**ประเด็นที่ 2** ได้แก่เรื่องการศึกษาความคำว่า วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาตามมาตรา 60 เรื่องวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญานั้นนับว่าเป็นเรื่องที่ซับซ้อนประการหนึ่งในกฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญาเนื่องจากไม่มีคำนิยามที่แน่ชัดว่า อะไรคือวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา ในอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ นั้นมีการใช้คำว่าวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาใน 8 มาตรา ด้วยกัน แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าในมาตรา 60 นั้นใช้ คำว่า วัตถุประสงค์ “หรือ” วัตถุประสงค์ของ

<sup>73</sup> D.W Greig, “Reciprocity, Proportionality, and the Law of Treaties,” 34 Virginia Journal of International Law 295, pp.353-354 (1994).

<sup>74</sup> Wright Quincy, “The Termination and Suspension of Treaties”, 61 American Journal of International Law, p.1003, (1967).

<sup>75</sup> ข้อพิพาทเป็นเรื่องสนธิสัญญา Treaty of Friendship, Commercial and Navigation นิการากัวตีความว่าการกระทำใดๆที่ไม่เป็นมิตรทุกประการ (unfriendly) ของอเมริกาถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาแล้ว ศาลวางหลักว่าจะต้องพิจารณาการกระทำที่ไม่เป็นมิตรในความหมายอย่างแคบไม่ใช่คำว่าเป็นมิตรในความหมายโดยทั่วไป “There must be a distinction, even in the case of a treaty of friendship, between the broad categories of unfriendly acts. and the narrower category of acts tending to defeat the object and purpose of the Treaty. That object and purpose is the effective implementation of friendship in the specific fields provided for in the Treaty, not friendship in a vague general sense.” (เน้น: ผู้เขียน) โปรดดู ICJ Reports 1986, para.273, p.4.

สนธิสัญญา (object or purpose) ซึ่งต่างจากมาตราอื่นที่ใช้คำว่า “และ” เป็นคำเชื่อมระหว่างคำทั้งสอง ทำให้เกิดความสับสนว่าในเรื่อง คำนิยามของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอื่นเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญานั้นมีขอบเขตเพียงใดกันแน่

ศาสตราจารย์ Paul Reuter ได้กล่าวไว้ว่าการที่มาตรา 60 ใช้คำว่า “หรือ” นั้นมีนัยว่า “ไม่ต้องการที่จะจำกัดข้อความคิดเรื่องการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอื่นเป็นสาระสำคัญ”<sup>76</sup> กล่าวคือ เรื่องการละเมิดนั้นอาจตีความอย่างกว้างได้ ดังนั้น หากใช้การตีความอย่างกว้างการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอื่นเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญานั้นจะหมายถึง

- 1) การไม่ปฏิบัติตามวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ที่ประสงค์ของสนธิสัญญา
- 2) การไม่ปฏิบัติตามข้อบทใดๆ (any clause) ที่จำเป็นต่อการบรรลุถึงวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ที่ประสงค์ของสนธิสัญญาแม้ว่าข้อบทนั้นๆจะมีใช้วัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ที่ประสงค์ของสนธิสัญญาโดยตัวมันเองก็ตาม

การตีความเช่นนี้ย่อมสอดคล้องกับความมุ่งหมายที่คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้เปลี่ยนแนวความคิดจากเรื่อง “fundamental breach” มาเป็น “material breach” เพราะคำว่า “fundamental breach” นั้นมีความหมายที่แคบ คือ หมายเฉพาะการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่มุ่งไปยังรากเหง้าแห่งสนธิสัญญา (going to the root) หรือ รากฐานในความสัมพันธ์ทางสนธิสัญญา (foundation of the treaty relation) ระหว่างรัฐภาคีเท่านั้น<sup>77</sup> แต่หากพิจารณาจากข้อความคิดเรื่อง “material breach” นั้นจะพบว่า มีขอบเขตที่กว้างกว่า ซึ่งวัตถุประสงค์ของผู้ที่ยกกว้างเองก็มีความต้องการให้มาตรา 60 นี้มีที่ใช้ได้มาก เพื่อให้เป็น มาตรการลงโทษ และเป็นการประกันการปฏิบัติตามสนธิสัญญาของรัฐภาคีโดยไม่ต้องรอให้มีการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่มุ่งไปยังรากเหง้าแห่งสนธิสัญญาหรือ รากฐานในความสัมพันธ์ทางสนธิสัญญาเสียก่อนจึงจะใช้สิทธิระงับหรือการยกเลิกการใช้บังคับสนธิสัญญาได้

การตีความตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้นแม้บทบัญญัติที่ตัวมันเองจะมีใช้วัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ที่ประสงค์แห่งสนธิสัญญาก็ตาม เช่น หากรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีโดยกระทำต่อบทบัญญัติที่มีลักษณะปลีกย่อย (ancillary character) จะถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตาม

<sup>76</sup> Paul Reuter, “Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels”, in *International Law in Time of Perplexity: Essay in Honour of Shabtai Rosenne*, Edited by Yoram Dinstein & Mala Tabory, 1989, p.628.

<sup>77</sup> Fitzmaurice, *Second Report on the Law of Treaties*: U.N. Doc. A/CN.4/107, Yearbook of International Law Commission, Vol II, pp.30-31 (1957).

พันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญแห่งสนธิสัญญาหรือไม่ ต่อประเด็นนี้ อาจกล่าวได้ว่า การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่ได้กระทำต่อบทบัญญัติที่มีลักษณะปลีกย่อย ยกตัวอย่างเช่น บทบัญญัติที่กล่าวถึงวิธีการระงับข้อพิพาทต่างๆในกรณีที่มีปัญหาเรื่องการบังคับใช้หรือการตีความสนธิสัญญา<sup>78</sup> บทบัญญัติดังกล่าวย่อมไม่ถือว่าเป็นบทบัญญัติที่สำคัญจนกล่าวได้ว่าเป็นวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญา ที่เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ระงับข้อพิพาทตามวิธีที่สนธิสัญญานั้นกำหนดไว้แล้วจะถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาในส่วนที่เป็นบทบัญญัติที่จำเป็นต่อการปฏิบัติเพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา<sup>79</sup> แต่อย่างไรก็ตามหากตีความเช่นนี้ก็จะทำให้เกิดปัญหาได้เพราะในบางกรณีบทบัญญัติที่มีลักษณะย่อยๆอาจเป็นส่วนที่สำคัญที่เหนี่ยวนำ (induce) ให้รัฐให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาได้เช่นกัน เนื่องจากในบางครั้งคู่กรณีประสงค์ที่จะได้รับความมั่นใจในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หากมีการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีบทบัญญัติเช่นว่านี้ เช่น ไม่ไประงับข้อพิพาทตามวิธีที่กำหนดก็ถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญ<sup>80</sup>

**ประเด็นที่ 3** ปัญหาต่อไปที่จะต้องตีความ คือ มาตรา 60 วรรค 3 (b) ด้วบทใช้คำว่า บทบัญญัติที่จำเป็นต่อการบรรลุถึงวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา ซึ่งเมื่อพิจารณาโดยตลอดแล้ว พบว่าการที่มาตรา 60 วรรค 3 (b) บัญญัตินั้น จะหมายถึง ด้วบทบัญญัติที่ถูกไม่ปฏิบัติตาม (breached provision) หรือ หมายถึงระดับ (degree) ของความร้ายแรงในการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี ต่อประเด็นนี้หากพิจารณาอย่างถ่องแท้จะพบว่า สิ่งที่ด้วบทหมายถึงนั้น คือ “ด้วบทบัญญัติที่ถูกไม่ปฏิบัติตาม (breached provision)” ว่าต้องเป็นบทบัญญัติที่จำเป็น มิได้หมายรวมถึง “ระดับความรุนแรงของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี” แต่กระนั้นคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศเองได้ยอมรับกันโดยเอกฉันท์ว่าสิทธิในการระงับหรือยกเลิกสนธิสัญญานั้นจำกัดเฉพาะการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีลักษณะที่ร้ายแรงเท่านั้น (serious character)<sup>81</sup> และยังเป็นที่น่าสังเกตว่าในการประชุมครั้งที่ 61 นั้นประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมยูเครนไซเวียตได้เสนอว่าการที่จะใช้สิทธิระงับหรือยกเลิกการใช้บังคับสนธิสัญญานั้นการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาต้องมี

<sup>78</sup> ตัวอย่างที่สำคัญได้แก่ การระงับข้อพิพาทตามหมวด 15 แห่งอนุสัญญาแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล เป็นต้น

<sup>79</sup> Mohammed M. Gooma, *supra* note 30, p.31.

<sup>80</sup> Waldock, Second Report on the Law of Treaties: U.N.Doc. A/CN.4/156 and Add.1-3, Vol II, para.11, p.75 (1963).

<sup>81</sup> Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol.II, p.255.

ลักษณะ อย่างร้ายแรง (gravely) อย่างมุ่งร้าย (maliciously) และ อย่างจงใจ (deliberately)<sup>82</sup> และ แนวความคิดดังกล่าวยังคงมีอิทธิพลต่อแนวความคิดของนักวิชาการในภายหลัง ได้แก่ Federic L.Kirgis โดยท่านได้เสนอว่า การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีเพียงเล็กน้อย (minor violation) ต่อ บทบัญญัติที่จำเป็นต่อการบรรลุถึงวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ที่ประสงค์แห่งสนธิสัญญานั้นไม่ถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญแม้ว่าจะได้กระทำต่อ บทบัญญัติที่จำเป็นต่อการปฏิบัติ เพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาก็ตาม<sup>83</sup>

การที่ Kirgis เสนอเช่นนี้เป็นกรณีให้เห็นว่านอกจากจะพิจารณาที่ลักษณะของ บทบัญญัติว่า บทบัญญัติที่ถูกไม่ปฏิบัติตามนั้นเป็น บทบัญญัติที่จำเป็นต่อการบรรลุถึง วัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญาหรือไม่แล้ว ยังจะต้องพิจารณาถึงเรื่องระดับแห่ง ความรุนแรง (gravity of the breach) ของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอีกด้วย<sup>84</sup>

ตัวอย่างที่ Kirgis หยิบยกขึ้นมาอีกประการหนึ่งได้แก่ การเข้าเป็นสมาชิกในองค์การ แรงงานระหว่างประเทศของดินแดนปาเลสไตน์ โดย Kirgis กล่าวว่า หากบทบัญญัติแห่งธรรมนูญ ก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศได้กำหนดประเภทของสมาชิก เช่น ต้องเป็นรัฐ บทบัญญัติดังกล่าว ถือว่าเป็นบทบัญญัติที่จำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ขององค์การระหว่างประเทศ ดังนั้น หากมีการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัตินี้ เช่น มีการรับรองควาว่าอื่นที่ไม่ใช่รัฐเป็นสมาชิก ย่อม ถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติที่จำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์แห่ง สนธิสัญญาแล้ว อีกประการหนึ่งได้แก่การที่ธรรมนูญก่อตั้งองค์การแรงงานระหว่างประเทศได้ กำหนดไว้ว่ารัฐที่สามารถเข้าเป็นสมาชิกขององค์การแรงงานระหว่างประเทศได้นั้นจะต้องเป็นรัฐที่ สามารถใช้อำนาจควบคุมประชากรและดินแดนของตนได้อย่างมีประสิทธิภาพ หากรัฐใดที่ไม่มี คุณสมบัติดังกล่าวและต่อมาได้เข้าเป็นสมาชิก กรณีนี้ย่อมถือได้ว่ารัฐนั้นไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติ ที่จำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาก่อตั้งองค์การแรงงานระหว่างประเทศ แล้ว

ในกรณีของ ดินแดนปาเลสไตน์ที่เข้าเป็นสมาชิกนั้น Kirgis กล่าวว่า เป็นเรื่องการเข้า เป็นสมาชิกในองค์การระหว่างประเทศขององค์การอื่นที่ไม่ใช่รัฐ (non-state) ซึ่งมีข้ออ้างที่มี

<sup>82</sup> 61<sup>st</sup> Meeting of the Committee of the Whole, A/CONF.39/11, para.20, p.355.

<sup>83</sup> Federic L.Kirgis, "Some Lingering Questions about Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties," 22 Cornell International Law Journal 549, p.555 (1989).

<sup>84</sup> Mohammed M. Gomaa, *supra* note 30, p.32.

เหตุผลว่าในท้ายที่สุดแล้วจะได้รับสถานะของความเป็นรัฐ ยิ่งไปกว่านั้นข้ออ้างของดินแดนปาเลสไตน์ดังกล่าวก็มิได้ผูกติดกับเรื่องการคุกคามหรือการใช้กำลังต่อรัฐอื่น<sup>85</sup> หากปาเลสไตน์เข้าเป็นสมาชิกขององค์การแรงงานระหว่างประเทศกรณีนี้จึงเป็นเพียงแค่การไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติที่จำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาก่อตั้งองค์การแรงงานระหว่างประเทศ แต่เพียงเล็กน้อย (minor breach) เท่านั้น จากข้อเขียนของ Kirgis สังเกตอยู่ 2 ประการที่สำคัญ ได้แก่ ประการแรกเรื่องวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศ ประการที่สองเรื่องการประเมินระดับของการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาเพียงเล็กน้อย Kirgis ได้เสนอความคิดเห็นนี้ราวกับว่าการที่ปาเลสไตน์กล่าวอ้างว่าตนสามารถมีสถานะที่เป็นรัฐได้โดยไม่ต้องแหวะกับเรื่องการคุกคามหรือการใช้กำลังต่อรัฐอื่นนั้นสามารถทำให้ระดับความรุนแรงของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญานั้นลดลงได้

อย่างไรก็ตามแม้ว่าคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้มีความเห็นเป็นเอกฉันท์ไปในแนวทางดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น แต่คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศก็มิได้ให้รายละเอียดถึงองค์ประกอบของลักษณะแห่งความร้ายแรงว่าเป็นเช่นไร และเมื่อพิจารณาประวัติการยกอ้างแล้วพบว่าแท้ที่จริงการที่คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้เปลี่ยนข้อความคิดเรื่อง Fundamental breach ในสมัย Sir Gerald Fitzmaurice มาเป็นข้อความคิดเรื่อง material breach นั้น มิใช่เพราะเหตุผลอื่นใดนอกจากต้องการตัดความยุ่งยากเรื่องการใช้สิทธิในการระงับหรือยกเลิกการใช้บังคับสนธิสัญญาที่ยากเกินไปอีกทั้ง มิได้กล่าวถึงระดับความร้ายแรงแห่งการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีเลย นอกจากนั้นการที่จะพิจารณาว่าเรื่องใดเป็นเรื่องการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีเพียงเล็กน้อย อันเป็นการยึดโยงข้อความคิดในเรื่องระดับความรุนแรงแห่งการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญานั้นทำได้ยาก และเป็นเรื่องทางอัตวิสัย (subjective) อย่างมาก ไม่มีกฎเกณฑ์ที่สามารถยึดเป็นหลักได้อย่างชัดเจน เป็นแต่เพียงการประเมินของรัฐอื่นที่ไม่ได้กระทำผิดเท่านั้น แต่หากยึดหลักการว่าการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญต้องพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาตามมาตรา 60 แล้ว รัฐอื่นที่กล่าวอ้างการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐหนึ่งสามารถยกเหตุแห่งการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีได้อย่างเป็นภาววิสัย (objective) โดยพิจารณาเพื่อค้นหาแต่เพียงตัวบทบัญญัติที่จำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญาเท่านั้น

**ประเด็นที่ 4 ปัญหาเกี่ยวกับผู้มีอำนาจในการตีความ** ในการพิจารณาว่ามีหรือไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่นั้น อยู่ที่ดุลยพินิจของ

<sup>85</sup> Federic L.Kirgis, *supra* note 83, p.224.

องค์กรผู้มีความอำนาจที่จะตีความว่าการกระทำ หรือการละเว้น ไม่กระทำการที่เกิดขึ้นนั้นจะเข้าข่าย เป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาหรือไม่<sup>86</sup> ข้อบกพร่องประการ

<sup>86</sup> องค์กรที่มีอำนาจตีความว่ามีการเกิดขึ้นของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็น สาระสำคัญของสนธิสัญญาหรือไม่นั้น ได้แก่

1) องค์กรสหประชาชาติ เนื่องจากองค์กรสหประชาชาตินี้มีหน้าที่ในการดูแลการ ปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐภาคีต่างๆ โดยผ่านทางองค์กรหลักของ สหประชาชาติต่างๆ เช่น คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ อาจสืบสวนกรณีพิพาทใดๆ หรือ สถานการณ์ใดๆ ซึ่งอาจจะนำไปสู่การกระทบกันระหว่างประเทศ หรือก่อให้เกิดกรณีพิพาท เพื่อ กำหนดลงไปว่าการดำเนินอยู่ต่อไปของกรณีพิพาท หรือสถานการณ์นั้นๆ น่าจะเป็นอันตรายแก่การ ดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ นอกจากนี้ยังมีข้อมติของคณะมนตรีความ มั่นคงที่รับรองหน้าที่ในการตรวจสอบนี้ด้วยนอกจากนั้นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี South West Africa โดยศาลกล่าวยืนยันว่า อำนาจขององค์กรขององค์กรสหประชาชาติในการออกข้อ มติอันเกี่ยวกับสถานการณ์ที่มีผลผูกพันเป็นอันตรายแก่การ ดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคง ระหว่างประเทศ โปรดดู Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16.para.117, p.54.

2. องค์กรระหว่างประเทศอื่นๆ เช่น องค์กรแรงงานระหว่างประเทศในองค์การการบินพล เรือระหว่างประเทศ ICAO Council มีอำนาจในการพิจารณาการเกิดขึ้นของการละเมิดหากภาคี ไม่สามารถบรรลุถึงความตกลงในเรื่องที่พิพาทกันได้ โปรดดู Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council, Judgement, I.C.J. Reports 1972, p. 46.

3. ศาลระหว่างประเทศ อันได้แก่

1) ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนี้มีอำนาจในการ พิจารณาการเกิดขึ้นของการละเมิดตามมาตรา 36 (2) (c) (d) ที่ให้อำนาจศาลยุติธรรมระหว่าง ประเทศวินิจฉัยเรื่องของการมีอยู่ข้อเท็จจริงใดๆซึ่งหากมีอยู่จะก่อให้เกิดการฝ่าฝืนพันธกรณี ระหว่างประเทศ หรือการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ

2) ศาลอาญาระหว่างประเทศ ศาลอาญาระหว่างประเทศมีอำนาจในการพิจารณาการ เกิดขึ้นของการละเมิดสนธิสัญญากรุงเจนีวาเมื่อวันที่ 12 สิงหาคม 1949 ซึ่งการละเมิดดังกล่าวนี้ อาจเป็นการละเมิดต่อบุคคล หรือทรัพย์สินที่อนุสัญญาดังกล่าวมุ่งคุ้มครอง อันเป็นความผิดฐาน อาชญากรรมสงคราม (war crime) อำนาจของศาลนี้มีขึ้นตามมาตรา 1 แห่งธรรมนูญศาลอาญา

สำคัญคือ บางองค์การเมื่อทำการตีความว่ามีการเกิดขึ้นของการละเมิดแล้ว ผลของการตีความนั้นก็ไม่มีผลผูกพันคู่กรณี เนื่องจากองค์การเหล่านั้นมีอำนาจแต่เพียงในการให้คำแนะนำเท่านั้นหาผลผูกพันในทางกฎหมายไม่ เช่น ข้อมติขององค์การระหว่างประเทศเป็นต้น แม้แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเองก็ต้องมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเสียก่อนจึงจะทำการพิจารณาได้ ด้วยเหตุนี้แม้ว่ามีการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาเกิดขึ้นจริงก็ไม่สามารถส่งผลกระทบต่อรัฐผู้กระทำการละเมิดได้

บทสรุปของนิยามเรื่องการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา คือ นิยามตามมาตรา 60 วรรค 3 (a) (b) นั้นเป็นนิยามที่บัญญัติไว้อย่างแคบ โดยเฉพาะเจาะจง และได้เปิดช่องให้มีความยืดหยุ่นด้วย ที่กล่าวว่าบทบัญญัติได้เปิดช่องเพื่อให้มีความยืดหยุ่นนั้นหมายความว่า การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาในกรณีนี้รัฐที่ไม่ปฏิบัติตามมีจำต้องมืองค์ประกอบของการกระทำอันเป็นการประมาทเลินเล่อ (*culpa*) เพียงเท่านั้นก็ถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาแล้ว

### 1.3 รูปแบบของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา

เมื่อทราบถึงความหมายของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาแล้วในหัวข้อนี้จะเป็นการนำเสนอรูปแบบต่างๆของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา โดยจะพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและข้อความคิดทางทฤษฎีตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบ คือ แบ่งตามลักษณะแห่งการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีและแบ่งตามระยะเวลาของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี และที่สำคัญไม่ว่าจะแบ่งเป็นรูปแบบใดก็ตามผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้นั้นจะต้องเป็นรัฐ แต่เนื่องจากรัฐเป็นรูปแบบข้อความคิดในทางกฎหมาย การดำเนินการต่างๆที่จะถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศนั้น

---

ระหว่างประเทศ เป็นที่น่าสังเกตว่าเขตอำนาจดังกล่าวนี้มีเหนือตัวปัจเจกบุคคลผู้ที่กระทำการละเมิดโดยตรง มิใช่เป็นการลงโทษรัฐแต่อย่างใด

3) ศาลอาญาเฉพาะกิจต่างๆที่มีเขตอำนาจเหนือบุคคลที่กระทำการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อสนธิสัญญาที่มุ่งคุ้มครองบุคคล หรือทรัพย์สิน โดยต้องเป็นการกระทำการละเมิดอย่างร้ายแรงภายในดินแดนของรัฐใดรัฐหนึ่งโดยเฉพาะ และเป็นการกระทำความผิดเฉพาะในเวลาใดเวลาหนึ่งเท่านั้น

จะต้องเป็นการกระทำผ่านทางองค์กรของรัฐ (organ of state) โดยองค์กรของรัฐนี้หมายรวมทั้ง องค์กรด้าน นิติบัญญัติ (legislative) องค์กรด้านบริหาร (execution) และองค์กรตุลาการ (judicial) หรือองค์กรที่ปฏิบัติภารกิจด้านอื่นๆ หรือไม่ว่าจะเป็นองค์กรของรัฐบาลกลางในรูปแบบใดก็ตาม<sup>87</sup> การกระทำต่างๆขององค์กรของรัฐเหล่านี้ถือว่าเป็น การกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่าง ประเทศ (act of state under international law)

### 1.3.1 แบ่งตามลักษณะแห่งการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี

การแบ่งตามประเภทนี้อาศัยพฤติการณ์ที่แสดงออกทางกายภาพของรัฐภาคีเป็น สำคัญ โดยสามารถจำแนกได้เป็นการกระทำ การและการละเว้นไม่กระทำ การ

#### 1.3.1.1 การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีด้วยการกระทำ การ (commission)

การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีด้วยการกระทำ การนั้นเป็นกรณีที่รัฐภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง จะต้องงดเว้นไม่กระทำ การ (abstain from) ตามที่สนธิสัญญาได้ห้ามเอาไว้<sup>88</sup> ไม่ว่าการห้ามนั้นจะ เป็นการห้ามโดยชัดแจ้งหรือไม่ก็ตาม การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีประเภทนี้ได้แก่ ออกกฎหมาย ภายในของตนโดยชัดต่อ หรือไม่ถูกต้องตามพันธกรณีตามสนธิสัญญา<sup>89</sup> เช่น ในคดี Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)<sup>90</sup> เป็นกรณีที่ประเทศเนเธอร์แลนด์ได้โต้แย้งว่าประเทศสวีเดนได้ ออกกฎหมายภายในเกี่ยวกับการปกครองเด็กทารก โดยขัดกับ 1902 Convention อันเป็นการไม่

<sup>87</sup> Article 4 (1) of Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts

<sup>88</sup> Bruno Simma, "Reflection on Article 60 of Vienna Convention on the Law of Treaties and Its Background in General International Law" *20 Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 5, p.9, (1970).

<sup>89</sup> กรณีที่ต้องมีการออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการตามสนธิสัญญานั้นต้องพิจารณาเป็นราย ประเทศไปตามที่กฎหมายสูงสุดของประเทศนั้นๆได้บัญญัติเอาไว้ แต่บางประเทศมีจำเป็นต้องออก กฎหมายเพื่ออนุวัติการพันธกรณีตามสนธิสัญญา ระบบดังกล่าว เรียกว่า ระบบเอกนิยม (monoism) กล่าวคือ เป็นระบบที่สนธิสัญญานั้นมีผลใช้บังคับต่อประเทศดังกล่าวได้โดยตรง เสมือนหนึ่งเป็นกฎหมายภายในรัฐนั้นๆหรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า self-executing treaties

<sup>90</sup> Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden), Judgment of November 28th, 1958: I.C.J. Reports 1958, p.55.

ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญา<sup>91</sup> ในกรณีนี้ศาลได้ตัดสินว่าการออกกฎหมายของประเทศสวีเดนประเทศสวีเดนไม่ขัดต่อพันธกรณีที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา<sup>92</sup>

ในคดี Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement<sup>93</sup> โดยในคดีนี้เป็นกรณีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายภายใน คือ พระราชบัญญัติต่อต้านการก่อการร้าย (Anti-Terrorism Act of 1988) ซึ่งมีความสำคัญมิให้องค์การปลดปล่อยปาเลสไตน์ตั้งสำนักงานภายใต้เขตอำนาจของประเทศสหรัฐอเมริกาอันเป็นการขัดต่อความตกลง Headquarters Agreement ที่ทำขึ้นระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกา กับสหประชาชาติ โดยในการนี้ได้มีการปรึกษาหารือกันระหว่างตัวแทนของประเทศสหรัฐอเมริกาและสหประชาชาติ ทั้งนี้ตัวแทนถาวรของประเทศสหรัฐอเมริกาประจำสหประชาชาติได้มีหนังสือไปถึงเลขาธิการแห่งสหประชาชาติลงวันที่ 11 มีนาคม ค.ศ.1988 มีข้อความว่า

“ข้าพเจ้ามีความปรารถนาที่จะแจ้งว่า Attorney General ของประเทศสหรัฐอเมริกาดัดสินใจที่จะปิดสำนักงานของ Palestine Liberation Organization Observer Mission กรุงนิวยอร์ก ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการก่อการร้าย 1988 โดยมีพิกัดบังคับถึงพันธกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีอยู่ภายใต้ความตกลงระหว่างสหประชาชาติกับประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับสถานที่ตั้งของสหประชาชาติ หาก PLO ไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติ Attorney General จะเริ่มดำเนินกระบวนการทางกฏ-

<sup>91</sup> หน้าแรกของศาลในกรณีนี้ได้แก่การพิจารณาว่า did the Swedish authorities, by applying the measure of protective upbringing (*skyddsuppfostran*) to the Dutch infant, Marie Elisabeth Boll, fail to respect obligations resulting from the 1902 Convention on the guardianship of infants?, *ibid*, p.62.

<sup>92</sup> *ibid*, 71.

<sup>93</sup> Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1988, p. 12.

หมายเพื่อปิดสำนักงานดังกล่าว...”<sup>94</sup>

ต่อมาเลขาธิการสหประชาชาติได้ออกมาประท้วงการกระทำของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกล่าวว่าข้อความตามที่ปรากฏในจดหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีความชัดเจนว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา (violation) ตามพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและสหประชาชาติ<sup>95</sup>

กรณีต่อไป ได้แก่ การกระทำทางปกครองหรือทางบริหารที่ขัดต่อพันธกรณีตามสนธิสัญญา กรณีนี้ได้แก่ คดี Nicaragua case ซึ่งประธานาธิบดีแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกคำสั่งทางบริหารลงวันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ.1985 เพื่อห้ามมิให้เรือสัญชาตินิคารากัวเข้าเทียบท่า ณ ท่าเรือของประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>96</sup> โดยในกรณีนี้ศาลกล่าวว่า การออกคำสั่งเช่นนี้ถือเป็นการที่ขัดต่อมาตรา 19 แห่ง 1956 Treaty of Friendship, Commerce and Navigation แล้ว<sup>97</sup>

รูปแบบต่อมา คือ เข้าทำสนธิสัญญาโดยขัดต่อสนธิสัญญาฉบับก่อน ในกรณีนี้ได้แก่ การที่ภาคีแห่งสนธิสัญญาฉบับแรก ไม่ว่าจะเป็สนธิสัญญาทวิภาคีหรือพหุภาคีก็ตาม ได้ทำสนธิสัญญาในภายหลังอันเป็นขัดกับพันธกรณีในสนธิสัญญาฉบับแรก สนธิสัญญาประเภทนี้ได้แก่ สนธิสัญญาพันธมิตร (Treaty of Alliance) หรือ กรณีที่สนธิสัญญากำหนดไว้ว่าห้ามทำสนธิสัญญาสันติภาพแยกต่างหากกับรัฐที่เป็นศัตรูร่วมกัน ดังนั้น หากรัฐที่เป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาสันติภาพกับรัฐที่เป็นศัตรูร่วมกันทำสนธิสัญญาสันติภาพแยกต่างหาก เช่นนี้ย่อมถือว่าเป็นการเข้าทำสนธิสัญญาโดยขัดต่อความมุ่งหมายหรือปฐมเหตุ (raison d'etre) ของสนธิสัญญาดังกล่าว เป็นต้น นอกจากนี้ในเรื่องที่เกี่ยวกับกฎหมายทะเล ตามมาตรา 311 แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ.1982 กับ ความตกลงระหว่างประเทศอื่น โดยกำหนดเป็นหลักในเรื่องนี้เอาไว้ว่า รัฐภาคีสองรัฐหรือมากกว่านั้น อาจทำความตกลงอันเป็นการเปลี่ยนแปลง

<sup>94</sup> *ibid*, pp.22-23.

<sup>95</sup> *ibid*, p.23.

<sup>96</sup> ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาได้ประกาศว่า "I hereby prohibit vessels of Nicaraguan registry from entering into United States ports, and transactions relating thereto".

<sup>97</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, para.279, p.140.

(modifying) หรือระงับ (suspending) การใช้บทบัญญัติแห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 อันมีผลใช้บังคับเฉพาะกับความสัมพันธ์ระหว่างกัน โดยมีเงื่อนไขว่า ความตกลงเช่นนั้นจะต้องไม่เกี่ยวกับบทบัญญัติซึ่งถ้าเปลี่ยนแปลงจะไม่สอดคล้องกับการปฏิบัติ ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานี้<sup>98</sup> และมีประสิทธิภาพ และนอกจากนั้นจะต้องไม่กระทบกระเทือนถึงการบังคับใช้หลักการพื้นฐานตามอนุสัญญานี้<sup>98</sup> นั้นย่อมาหมายความว่าหาก รัฐภาคีแห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลได้ทำความตกลงระหว่างกันซึ่งมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของอนุสัญญาดังกล่าวและหากการเปลี่ยนแปลงเช่นนั้นทำให้ไม่สามารถปฏิบัติให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาอย่างมีประสิทธิภาพก็ถือว่าเป็น การทำสนธิสัญญาในภายหลังอันเป็นขัดกับพันธกรณีในสนธิสัญญาฉบับแรกแล้ว และนอกจากนั้น ยังเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาอีกด้วยตามเงื่อนไขในมาตรา 60 วรรค 3 (b) นอกจากนั้นยังมีอีกหลายกรณี เช่น กระทำการตามที่สนธิสัญญาได้ห้ามเอาไว้ กระทำการยกเลิกสนธิสัญญาโดยไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง เป็นต้น

### 1.3.1.2 การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีด้วยการละเว้น ไม่กระทำการ (omission)

การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในรูปแบบนี้มีลักษณะที่คู่กรณีในสนธิสัญญาต่างมีหน้าที่ หรือพันธกรณีตามที่สนธิสัญญาได้คาดหวังเอาไว้ว่ารัฐภาคีจะต้องปฏิบัติตามที่ได้ตกลงกันไว้ แต่ ภาคฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกลับไม่ปฏิบัติตามที่สนธิสัญญาได้คาดหวังเอาไว้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าการ ไม่ปฏิบัติตามเช่นนี้มีลักษณะเป็น passive โดยสามารถแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1) พันธกรณีที่ต้องการผล (obligation of result)<sup>99</sup> พันธกรณีที่ต้องการผลนี้เป็นเรื่อง ที่ภาคฝ่ายในสนธิสัญญาจะต้องปฏิบัติตามอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้บรรลุผลขึ้นมาอย่างเป็น รูปธรรม (*in concreto*) ตามที่สนธิสัญญาได้กำหนดไว้ แต่ภาคฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหาได้กระทำการ อย่างที่สนธิสัญญาคาดหวังเอาไว้ไม่ เช่น พันธกรณีที่จะต้องมีการชำระเงินระหว่างกัน พันธกรณี ที่จะต้องเคารพโดยการไม่เข้าไปในสถานที่อันมีเอกสิทธิ์และความคุ้มกัน อันได้แก่ สถานทูต หรือ ที่ ทำการกงสุล เช่นกรณีของ Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff

<sup>98</sup> Article 311 of United Nations Convention on the Law of the Sea 1982.

<sup>99</sup> โปรดดูร่างมาตรา 21 หัวเรื่อง Breach of an International Obligation requiring the achievement of a specified result ใน Commission's Draft Articles on State Responsibility

in Tehran<sup>100</sup> หรือพันธกรณีที่จะต้องมีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน หากจับผู้ต้องหาได้และไม่ส่งตัวกลับไปยังประเทศที่ร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็ถือว่าการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีพันธกรณีที่ต้องการผล นั่นก็คือ การได้ตัวผู้กระทำความผิดกลับมาลงโทษภายในประเทศเป็นต้น

(2) พันธกรณีที่ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามวิธีการที่สนธิสัญญาได้กำหนดไว้ (obligation of conduct or means)<sup>101</sup> พันธกรณีประเภทนี้เป็นเรื่องที่สนธิสัญญาเองได้กำหนดวิธีการ (means) ให้รัฐภาคีมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตาม หากไม่ปฏิบัติตามวิธีดังกล่าวก็ถือว่าการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาอันเป็นสาระสำคัญแล้ว เช่น การปฏิบัติต่อคนต่างด้าวตามวิธีการที่สนธิสัญญาได้กำหนดเอาไว้แต่รัฐหาได้กระทำตามวิธีการดังกล่าวไม่

### 1.3.2 แบ่งตามระยะเวลาแห่งการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี<sup>102</sup>

การแบ่งตามระยะเวลาแห่งการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีนั้นอาศัยจุดเวลาแห่งการเกิดขึ้นของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีเป็นสำคัญ โดยแยกพิจารณาเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแบบต่อเนื่องและแบบไม่ต่อเนื่อง ตามลำดับ

#### 1.3.2.1 การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแบบต่อเนื่อง

การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแบบต่อเนื่อง หมายถึง การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่กระทำลง ณ เวลาใดเวลาหนึ่ง โดยดำรงอยู่ต่อไปซ้ำๆอย่างไม่หยุดหย่อน และยังคงไม่สิ้นสุดลง การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแบบต่อเนื่องนั้นพิจารณาจากลักษณะของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีเอง โดยมีพักต้องพิจารณาถึงผลที่อาจเกิดขึ้น กล่าวคือ ผลแห่งการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีนั้นอาจ

<sup>100</sup> “[T]his *inaction* of the Iranian Government by itself constituted clear and serious violation of Iran's obligations to the United States under the provisions of Article...” ในคดีนี้ศาลใช้คำว่า “inaction” อันแสดงให้เห็นว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีพันธกรณีประเภทละเว้น ไม่กระทำการ โปรดดู *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgement, I. C. J. Reports 1980, p. 3., para.67, p.32.

<sup>101</sup> โปรดดูร่างมาตรา 20 ภายใต้หัวข้อเรื่อง Breach of an International Obligation Requiring the Adoption of a Particular Course of Conduct ใน Commission's Draft Articles on State Responsibility.

<sup>102</sup> การแยกประเภทของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีโดยอาศัยจุดเวลานั้นมีประโยชน์ในแง่ของการคำนวณค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาอันมีความเกี่ยวพันกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ โดยมีได้มีโดยตรงต่อสิทธิในการระงับหรือยกเลิกการใช้บังคับสนธิสัญญา

ส่งผลกระทบต่อในระยะยาวและอย่างต่อเนื่อง แม้การไม่ปฏิบัติพันธกรณีนั้นจะสิ้นสุดลงแล้วก็ตาม เช่น ผลที่เกิดจากการโอนกิจการเป็นของรัฐโดยขัดกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่รัฐมีต่อประเทศอื่น อาจส่งผลทางเศรษฐกิจภายในช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง แม้การโอนกิจการเป็นของรัฐนั้นจะได้อิสรภาพแล้วก็ตาม

ตัวอย่างที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เคยตัดสินไว้ได้แก่ คดี Hostage Case โดยศาลตัดสินว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ของประเทศอิหร่าน ที่มีได้กระทำการป้องกัน ตามหลักความละเมิดมิได้ของสถานที่และตัวบุคคล โดยยังคงปล่อยให้มีการยึดครองสถานทูตอเมริกัน และจับเจ้าหน้าที่ทางการทูตเป็นตัวประกันอยู่ เป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอย่างซ้ำๆ (repeated, répétés) ต่อมาตรา 22 วรรค 2 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961 และ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการกงสุล ค.ศ. 1963<sup>103</sup> โดยศาลได้กล่าวว่า

The Islamic Republic of Iran...has violated in several respects, and *is still violating* obligations owed by it to the United States of America under international convention...<sup>104</sup> (เน้นโดยผู้เขียน)

การที่ศาลใช้คำว่า “is still violating” นั้นย่อมเป็นการแสดงให้เห็นว่ายังคงมีการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอยู่ต่อไป อย่างต่อเนื่องนั่นเอง

### 1.3.2.2 การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแบบไม่ต่อเนื่อง

การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแบบไม่ต่อเนื่อง หมายความว่า มีการกระทำไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาเกิดขึ้น และการกระทำไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวได้สิ้นสุด หรือยุติลงไปแล้ว กล่าวคือ เป็นการกระทำความผิดสำเร็จ การเกิดขึ้นและการสิ้นสุดลงของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีเกิดขึ้นพร้อมกัน แม้ว่าผลของการกระทำนั้นจะยังคงมีผล

<sup>103</sup> โปรดดู *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgement, I. C. J. Reports 1980, p.35.

<sup>104</sup> *ibid*, p.44.

ต่อเนื่องอยู่ไปก็ตาม<sup>105</sup> ตัวอย่างเช่น กรณีการลอบสังหารผู้แทนทางการทูต หรือการเผาสถานทูต ถึงแม้ว่าการกระทำดังกล่าว อาจส่งผลร้ายต่อความสัมพันธ์ระหว่างรัฐผู้รับและรัฐผู้ส่งต่อไป แต่ก็ถือได้ว่าการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีได้สิ้นสุดลงแล้ว

## (2) ข้อยกเว้นของการกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี อันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา

ในหัวข้อนี้จะเป็นการศึกษาถึงการกระทำที่เป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญา แต่ไม่ถือว่ารัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาที่กระทำการดังกล่าวมีความผิด อีกนัยหนึ่งกรณีต่างๆดังที่จะได้ศึกษาต่อไปนี้เป็นกรณีข้อยกเว้นของการกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา

### 2.1 เหตุอันเนื่องมาแต่พฤติการณ์ภายนอก หรือจากกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ (*ab extra*)

เหตุอันเนื่องมาแต่พฤติการณ์ภายนอกนั้นเป็นกรณีที่เกิดจากเหตุการณ์ภายนอกบางประการที่เป็นเหตุให้เกิดข้อยกเว้นที่ไม่ถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา

#### 2.1.1 การยอมรับการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีโดยมิได้โต้แย้งคัดค้านโดยภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง (Acquiescence)

หากภาคีอีกฝ่ายหนึ่งในกรณีสนธิสัญญาพหุภาคี หรือภาคีฝ่ายทั้งหมดในกรณีสนธิสัญญาพหุภาคี ได้ตกลงกันอย่างชัดแจ้ง (*express*) หรือโดยปริยาย (*tacit*) อันเป็นการยอมรับถึงการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวแล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี อันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา ที่ว่าเป็นการยอมรับโดยปริยายนั้นได้แก่ การยอมรับโดยมิได้โต้แย้ง (*acquiescence*) หรือ ไม่คัดค้าน (*non-objection*)

ลักษณะการยอมรับของภาคีอื่นนั้นต้องเป็นการยอมรับที่กระจ่างชัด (*clear*) และต้องไม่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดต่อภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง กล่าวคือ การที่ภาคีอื่นมิได้โต้แย้งคัดค้านนั้นมิได้เป็น

<sup>105</sup> James Croward, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries(United Kingdom: Cambridge, 2002),p.135.

เพราะภาคีฝ่ายนั้นอดทนต่อการกระทำอันเป็นการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา และนอกจากนั้นหากปรากฏข้อเท็จจริงแต่เพียงว่า ภาคีอื่นไม่ใช้มาตรการตอบโต้หรือไม่พยายามที่จะแสวงหาการแก้ไขเยียวยาและค่าชดเชยจากภาคีฝ่ายที่กระทำการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี การกระทำแต่เพียงเท่านี้ย่อมไม่ถือว่าเป็นการยอมรับต่อการกระทำการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญา<sup>106</sup> การยอมรับดังกล่าวนี้มีผลในทางกฎหมายคือ หากภาคีไม่ยกเหตุเรื่องไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาขึ้นกล่าวอ้าง ภาคีนั้นก็ถูกปิดปากมิให้ใช้สิทธิในการยกเลิก ถอนตัว หรือระงับการใช้บังคับสนธิสัญญา เพราะถือว่ารัฐภาคีฝ่ายที่ไม่ได้กระทำผิด ยอมรับให้สนธิสัญญานั้นมีผลใช้บังคับต่อไป

หลักการดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในมาตรา 45 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ที่วางหลักไว้ว่า รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาไม่สามารถกล่าวอ้างเหตุแห่งการระงับหรือยกเลิกการใช้บังคับสนธิสัญญาตามมาตรา 60 หลังจากรัฐดังกล่าวได้ทราบถึงข้อเท็จจริงซึ่ง

(a) กลับตกลงอย่างชัดแจ้ง (expressly agreed) ว่าสนธิสัญญานั้นยังสมบูรณ์ (valid) หรือยังมีผลใช้บังคับอยู่ (remains in force) ยังมีผลใช้บังคับต่อไป (continues in operation) แล้วแต่กรณี หรือ

(b) โดยการกระทำหรือพฤติกรรมของรัฐนั่นเองที่ทำให้ถือได้ว่ารัฐนั้นได้ยอมรับโดยไม่ได้แย่งคัดค้าน (acquiescence) ถึงความสมบูรณ์แห่งสนธิสัญญาหรือการยังคงมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญา แล้วแต่กรณี

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นนั้นจะเห็นได้ว่ามีอยู่ 2 เหตุ คือ เหตุตามมาตรา 45 (a) อันเป็นกรณี การยอมรับที่กระจ่างชัด และเหตุที่สองเป็นเหตุตามมาตรา 45 (b) อันเป็นกรณีการยอมรับโดยปริยาย และหลักการดังกล่าวข้างต้นนั้นสอดคล้องกับภาษิตละตินที่กล่าวว่า “*allegans contraria non audiendus est*” โดยทั้ง 2 เหตุนี้จะต้องเข้าองค์ประกอบ คือ รัฐภาคีจะต้องรับรู้ถึงเรื่องการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เรื่องความรู้นี้เป็นประเด็นที่ซับซ้อนเนื่องจากการยากที่จะหยั่งทราบถึงเวลาที่แน่นอนว่ารัฐได้ทราบข้อเท็จจริงดังกล่าวเมื่อใด

กรณีข้างต้นเคยปรากฏตัวอย่างจาก Counter-Memorial ของประเทศปากีสถานที่หยิบยกมาตรา 45 อันเป็นข้อยกเว้นไม่ให้รัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้าง ซึ่งปากีสถานได้แย้งว่า อนุสัญญาชิคาโกยังคงมีผลใช้บังคับต่อประเทศอินเดียอยู่ โดยหยิบยกพฤติกรรมต่างๆของประเทศอินเดีย เช่น หลังจากที่เกิดเหตุการณ์จี้บังคับอากาศยานรัฐบาลแห่งประเทศอินเดียได้ส่งจดหมาย

<sup>106</sup> Fitzmaurice, Fourth report on the Law of Treaties: U.N. Doc. A/CN.4/120, Yearbook of International Law Commission, Vol.II, p.44 (1959).

ไปยัง ICAO Council ลงวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 1971 โดยจดหมายนี้ได้ส่งเวียนไปยัง Council Member ทุกรัฐ เนื้อความในจดหมายนั้นแสดงให้เห็นถึงการที่ประเทศอินเดียได้ประณาม เหตุการณ์จี้บังคับอากาศยานอันเป็นการขัดกับอนุสัญญาชิคาโกและอนุสัญญาอื่นๆ<sup>107</sup> และในวันเดียวกันนั้นเองเมื่อประเทศอินเดียประสงค์ที่จะระงับไม่ให้อากาศยานของประเทศปากีสถานบินผ่าน โดยประเทศอินเดียได้กล่าวหาประเทศปากีสถาน หนึ่งในนั้นได้แก่การกล่าวหาว่าประเทศปากีสถานได้กระทำการอันเป็นการขัดต่อหลักการในอนุสัญญาชิคาโก (Chicago Convention) การกระทำดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นว่าประเทศอินเดียยังคงถือว่าอนุสัญญาชิคาโกยังคงมีผลใช้บังคับ นอกจากนี้การที่ประเทศอินเดียยื่นคำร้องต่อศาลนั้นเท่ากับเป็นการใช้สิทธิตามมาตรา 84 แห่งอนุสัญญาชิคาโกเรื่องการระงับข้อพิพาท<sup>108</sup> และเมื่อพิจารณาตามมาตรา 45 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 แล้วพบว่าจากพฤติกรรมของประเทศอินเดีย นั้นยังคงแสดงให้เห็นว่าอนุสัญญานั้นยังคงมิได้ระงับหรือยกเลิกไป โดยพิจารณาจากการกระทำหรือพฤติกรรมของประเทศอินเดียเองที่ทำให้ถือได้ว่าประเทศอินเดียไม่ได้ยอมรับโดยไม่ได้แย้ง

---

<sup>107</sup> ข้อความในจดหมายที่รัฐบาลแห่งประเทศอินเดียส่งไปยังองค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศมีใจความดังนี้ "The Government of India would like to reiterate its declared policy of condemning and curbing acts of unlawful seizure of aircraft and unlawful interference with civil aviation. It deplores the detention of passengers and crew members in Pakistan for a period of two days and the destruction of the hijacked aircraft. This is contrary to the principles of the *Chicago Convention* and other international conventions. Article 11 of the convention on Offences and Certain Other Acts committed on Board Aircraft, signed at Tokyo on 14th September 1963, Article 9 of the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft adopted at The Hague on 16th December 1970 ", Counter-Memorial Submitted by the Government of Pakistan, para.43, p.385.

<sup>108</sup> มาตรา 84 กำหนดว่า ถ้ามีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นระหว่างรัฐผู้ทำสัญญาสองรัฐหรือมากกว่า เกี่ยวกับการตีความหรือ การใช้อนุสัญญานี้และภาคผนวก ซึ่งไม่สามารถตกลงกันได้โดยการเจรจาให้คณะมนตรีเป็น ผู้วินิจฉัย...รัฐผู้ทำสัญญาใด ๆ อาจอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะมนตรีต่อศาลอนุญาโตตุลาการเฉพาะเรื่อง โดยมีการตกลงกันกับภาคีอื่น ๆ ในข้อพิพาทนั้น หรือศาลยุติธรรมระหว่างประเทศถาวร

คัดค้านถึงควมมีผลใช้บังคับของอนุสัญญาชิคาโกและ International Air Services Transit Agreement of 1944

### 2.1.2 การไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาอันเนื่องมาจากการใช้มาตรการตอบ โต้ (Countermeasure)

การที่ภาคีไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา อาจเป็นเพราะสาเหตุอันเนื่องมาจากการที่รัฐใช้ มาตรการตอบโต้เพื่อเป็นการโต้ตอบภาคีอีกฝ่ายหนึ่งที่ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาก่อน อันเป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นแม้ว่าโดยการกระทำในตัวเองก่อให้เกิดการไม่ ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาขึ้นก็ตาม แต่ก็ไม่ถือว่าการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาดังกล่าว นั้นจะเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา แต่ทั้งนี้ก็มีสนธิสัญญา บางประเภทที่ไม่สามารถใช้มาตรการตอบโต้ได้ เนื่องจากมีลักษณะที่มุ่งคุ้มครองปัจเจกชน

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) ได้ตัดสินโดยวางหลักว่าการใช้มาตรการตอบโต้ นั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ กระทำต่อรัฐนั้นโดยตรง (directed against)<sup>109</sup> และได้สัดส่วนด้วย

ในระยะแรกนั้นมีการใช้คำว่า การแก้แค้น (reprisal) โดยหลักการเรื่องการแก้แค้นนั้น ได้รับการยอมรับจากกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่านว่าเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ เช่น<sup>110</sup>

Oppenheim กล่าวว่า “การแก้แค้นนั้นสามารถกระทำได้ไม่เพียงแต่ในกรณีที่มีการ ปฏิเสธความยุติธรรม หรือการปฏิบัติต่ออย่างผิดวิธีตามที่ได้ห้ามเอาไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ยังรวมถึงกรณีการกระทำผิดระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐที่ได้รับความเสียหายไม่สามารถได้รับการ ชดเชยด้วยการเจรจา หรือวิธีการอื่นที่มีตรรกะอื่น ๆ การกระทำผิดเหล่านั้นรวมถึงการไม่ปฏิบัติตาม พันธกรณีแห่งสนธิสัญญา การละเมิดต่อศักดิ์ศรีของรัฐต่างประเทศ ละเมิดต่อความมีอำนาจอสูงสุด ทางดินแดน...”

Verdross กล่าวว่า “ด้วยหลักการแก้แค้นนั้นต้องเข้าใจว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อ กฎหมายในส่วนของรัฐที่สิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศได้รับความเสียหาย เมื่อวัตถุประสงค์ ในทางกฎหมายประการเดียวที่จะเหนี่ยวนำให้รัฐที่กระทำผิดกฎหมายชดใช้ค่าเสียหาย หรือหยุด การกระทำที่เป็นการทำให้เสียหายต่อไป ...หลักการแก้แค้นนั้นได้รับการยอมรับมาตั้งแต่เมื่อแรก

<sup>109</sup> GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, at p.55, para.83.

<sup>110</sup> Fitzmaurice, Fourth Report on the Law of Treaties: U.N. Doc. A/CN.4/120, Yearbook of International Law Commission, Vol II, pp.67-68 (1959).

กำเนิดของกฎหมายระหว่างประเทศสมัยใหม่ ในฐานะที่เป็นวิถีทางในการป้องกันทางกฎหมายในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ”

นอกจากงานเขียนของนักนิติศาสตร์ข้างต้นแล้ว คดีที่สำคัญอีกคดีหนึ่งที่ให้นิยามเกี่ยวกับหลักการแก้เผ็ดไว้ได้แก่คดี Naulilaa ระหว่างประเทศโปรตุเกสและประเทศเยอรมันนี ในปี ค.ศ.1928 โดยองค์คณะได้ตัดสินไว้ว่า

“การแก้เผ็ด นั้นเป็นการกระทำอันเป็นการช่วยเหลือตนเอง (self-help/Selbsthifehandlung) ในฝ่ายของรัฐที่ได้รับความเสียหาย โดยการกระทำนั้นเป็นการโต้ตอบหลังจากมีการกระทำอันไม่เป็นที่น่าพึงพอใจต่อการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายนานาชาติ ซึ่งมีผลเป็นการระงับการเคารพกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายนานาชาติเป็นการชั่วคราวในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐทั้งสองรัฐ”<sup>111</sup>

ในสมัยต่อมามีการใช้คำว่า มาตรการตอบโต้ (countermeasure) แทนคำว่า การแก้เผ็ด ในช่วงยุคของการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติและการพัฒนาหลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่ง โดยหลักแล้วมาตรการตอบโต้ที่มีทั้งการตอบโต้ที่ไม่ใช้กำลังทหาร อันได้แก่ การแก้ลำ (retortion) และมาตรการตอบโต้ที่ใช้กำลังทหาร อันได้แก่ มาตรการแก้เผ็ดทางทหาร (military reprisal) ซึ่งเป็นประเด็นที่จะกล่าวในที่นี้ และยังคงมีการถกเถียงทางวิชาการอยู่ กล่าวคือ รัฐที่ถูกละเมิดสนธิสัญญาสามารถใช้มาตรการตอบโต้โดยใช้กำลัง (armed reprisal) หรือการแก้เผ็ดโดยใช้กำลังทหาร ต่อรัฐที่กระทำการละเมิดได้หรือไม่ เช่น รัฐ A กับรัฐ B ได้ทำสนธิสัญญาสงบศึกหรือสนธิสัญญาห้ามรุกรานขึ้น แต่ต่อมารัฐ B เป็นฝ่ายไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาโดยมีการใช้กำลังทางทหารต่อรัฐ A หรือ กระทำการรุกรานรัฐ A โดยใช้กำลัง เช่นนี้รัฐ A มีสิทธิใช้มาตรการตอบโต้โดยใช้กำลังเช่นกันได้หรือไม่ ตัวอย่างที่เกิดขึ้นจริงได้แก่ การที่ประเทศอิสราเอลได้โจมตีประเทศเพื่อนบ้านโดยอ้างว่าตนถูกโจมตีมาโดยตลอด หรือในปี 1986 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้โจมตีกลุ่มก่อการร้ายในประเทศลิเบียเป็นการตอบโต้ที่กลุ่มก่อการร้ายได้ถล่มทหารอเมริกันที่ประจำการอยู่ในกรุงเบอรลินตะวันตก ในกรณีนี้มีความเห็นของนักนิติศาสตร์นั้นแบ่งได้เป็น 2 แนวทาง คือ

แนวที่ 1 เห็นว่า การตอบโต้โดยใช้กำลังนั้นสามารถกระทำได้ ความเห็นนี้เป็นของ Professor Bowett โดยท่านได้กล่าวว่า การการตอบโต้โดยใช้กำลังนั้นจะชอบด้วยก็ต่อเมื่ออยู่ภายใต้เงื่อนไขของ “an accumulation of events” กล่าวคือ หากรัฐที่ใช้มาตรการตอบโต้ถูกโจมตี

<sup>111</sup> Naulilaa Incident Arbitration (Prot.v.Ger),2 Report of International Arbitral 1011 Awards (1928).

ด้วยกำลังทหารมาตั้งแต่อดีต และมีความเป็นไปได้ว่าการโจมตีนั้นยังคงต่อเนื่องต่อไปในอนาคต รัฐจึงสามารถใช้มาตรการตอบโต้โดยใช้กำลังได้<sup>112</sup>

แนวที่ 2 เห็นว่า การตอบโต้โดยใช้กำลังนั้นเป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศ ความเห็นนี้เป็นของ Professor Martin Dixon โดยท่านได้กล่าวอย่างหนักแน่นว่าการตอบโต้โดยใช้กำลังนั้นเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศ แม้ว่ารัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งจะใช้กำลังก่อนก็ตาม เนื่องจากข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 2625 ได้บัญญัติห้ามเอาไว้ชัดเจนว่า “รัฐมีหน้าที่ในการหลีกเลี่ยงจากการกระทำอันเป็นการแก้แค้นที่เป็นการใช้กำลัง (States have a duty to refrain from acts of reprisal involving the use of force.)”<sup>113</sup>

แนวความคิดที่สองนี้มีน้ำหนักเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากในปัจจุบันการใช้กำลังนั้นเป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังที่มาตรา 2 (4) แห่งกฎบัตรสหประชาชาติได้บัญญัติเอาไว้ และมาตรา 2 (3) ที่รัฐต้องระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติวิธี แต่ก็มีข้อยกเว้นให้ทำได้ในกรณีที่เป็นกรณีไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาสงบศึกหรือสนธิสัญญาที่จะไม่รุกรานซึ่งกันและกัน แต่เป็นการตอบโต้ในลักษณะของการใช้สิทธิป้องกันตัว ตามมาตรา 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งแม้แต่ข้อยกเว้นที่ให้ใช้กำลังตอบโต้การไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา ก็ยังมีข้อจำกัดอีกว่า หากเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาที่เข้าข่ายของการละเมิดกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) เช่น ถ้าเป็นการสังหารล้างเผ่าพันธุ์ ก็ใช้กำลังโต้ตอบในลักษณะเดียวกันไม่ได้ นอกจากนี้ปรากฏคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่แม้จะไม่ได้ตัดสินเรื่องการตอบโต้โดยใช้กำลังเอาไว้โดยตรง แต่ศาลได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า การตอบโต้โดยใช้กำลังในยามสันตินั้นเป็นสิ่งที่มิชอบด้วยกฎหมาย (the question of armed reprisals in time of peace, which are considered to be unlawful, are considered to be unlawful)<sup>114</sup> ดังนั้นการการตอบโต้โดยใช้กำลังจึงมิอาจกระทำได้ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

<sup>112</sup> DW Bowett, “Reprisals Involving Recourse to Armed Force” 66 American Journal of International Law(1972).

<sup>113</sup> Martin Dixon, Textbook on International Law, 6<sup>th</sup> Edition (New York: Oxford University Press, 2007) p.322. and see 2625 (XXV). Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations.

<sup>114</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, para.26, at p.246.

ดังนั้นรัฐที่ใช้มาตรการตอบโต้จะไม่มีควมรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีก่อนเพราะเป็นการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิที่ตนมี รัฐและองค์การระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นบุคคลในทางระหว่างประเทศสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้<sup>115</sup> Oscar Schachter กล่าวถึงความสำคัญของการใช้มาตรการตอบโต้ดังนี้ว่า

“ดูเหมือนว่าการช่วยเหลือตนเองแบบไม่ใช้ความรุนแรงและมาตรการตอบโต้ นั้นจะยังคงเป็นลักษณะที่สำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศ และอาจเพิ่มพูนความสำคัญขึ้นเนื่องจากการขยายตัวของโครงข่ายของกฎหมายระหว่างประเทศและพันธกรณีต่างๆ ยิ่งกฎหมายมีมากเท่าใด โอกาสที่การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีก็มีมากเท่านั้น และมีความเป็นไปได้สูงที่จะมีการกระทำการตอบโต้จากผู้ได้รับความเสียหายที่ไม่ได้รับการเยียวยา การกระทำอันเป็นการใช้มาตรการตอบโต้ในปัจจุบันได้แก่ การห้ามนำเข้าสินค้า การอายัดสินทรัพย์ การระงับพันธกรณีแห่งสนธิสัญญา การขับไล่คนต่างด้าวออกนอกประเทศ...”<sup>116</sup>

เป็นที่น่าสังเกตว่า Oscar Schachter ได้กล่าวถึง การระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาว่าเป็นหนึ่งในการใช้มาตรการตอบโต้ได้เช่นกัน ซึ่งสอดคล้องกับหลักการตามมาตรา 60 ที่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาสามารถใช้สิทธิในการระงับสนธิสัญญาได้เช่นกัน โดยในเรื่องของผลนั้นจะได้ทำการวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 2

### 2.1.3 การใช้สิทธิป้องกันตนเองไม่ถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎบัตรสหประชาชาติ (Self defence)

ในสังคมนระหว่างประเทศในปัจจุบันการใช้กำลังถือว่าเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย เนื่องจากมาตรา 2 อนุมาตรา 4 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติได้วางหลักในเรื่องของการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเอาไว้และห้ามการใช้กำลังทางทหารในทุกรูปแบบ โดยบัญญัติไว้ว่า

“รัฐสมาชิกแห่งองค์การทั้งมวลย่อมงดเว้นในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่จะหันเข้าใช้กำลังต่อบูรณภาพแห่งดินแดนหรือเอกภาพทางการเมืองของทุกรัฐหรือโดยประการอื่นใดในลักษณะที่ขัดต่อวัตถุประสงค์ขององค์การสหประชาชาติ”<sup>117</sup>

<sup>115</sup> Mary Ellen O’Connell, The Power and Purpose of International Law: Insights from the Theory and Practice of Enforcement(New York: Oxford University Press, 2008) p.233.

<sup>116</sup> Oscar Schachter, International Law in Theory and Practice (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995) pp.184-185.

<sup>117</sup> Article 2 (4) of Charter of the United Nations.

เป็นที่ชัดเจนว่าวัตถุประสงค์ (purpose) ขององค์การสหประชาชาตินั้น คือ การห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ นอกจากนั้นในอารัมภบทของกฎบัตรสหประชาชาติได้เน้นย้ำอีกว่า “...และที่จะให้ความแน่นอนใจว่า จะไม่มีการใช้กำลังอาวุธ...” ดังนั้นหากรัฐใดที่เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติฝ่าฝืนมาตรา 2 อนุมาตรา 4 นี้ก็ถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาแล้ว เป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งเป็นสนธิสัญญาประเภทก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศ

แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีใช้ว่ากฎบัตรสหประชาชาติจะไม่เปิดช่องให้ใช้กำลังเสียทีเดียว กฎบัตรสหประชาชาติได้บัญญัติข้อยกเว้น ให้รัฐสามารถใช้กำลังได้ ไว้ 2 กรณี คือ <sup>118</sup> 1.กรณีการป้องกันตนเอง (self-defense) ตามมาตรา 51 และ 2.กรณีการดำเนินการร่วมกันเพื่อการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ตามมาตรา 42 และ มาตรา 53 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ กรณีในการใช้สิทธิป้องกันตนเองโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่ตกติดมาพร้อมกับความเป็นรัฐ (inherent right) ดังนั้นหากรัฐใดใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศแต่การใช้กำลังนั้น ฟังได้ว่าเป็นการใช้สิทธิป้องกันตนเองเสียแล้ว การกระทำดังกล่าวก็ไม่ถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งกฎบัตรสหประชาชาติแต่อย่างใด แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข ดังต่อไปนี้

1. การป้องกันตนเองนั้นจะมีขึ้นได้ต่อเมื่อมีการรุกรานทางทหาร (Agression by armed force)
2. การป้องกันตนเองนั้นจะต้องกระทำไปไม่เกินสัดส่วนแห่งภัยที่รัฐผู้ถูกรุกรานได้รับ เพราะหากกระทำไปโดยเกินกว่าสัดส่วนที่ได้รับจะถือว่าเป็นการใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอันเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายแทน
3. การป้องกันตนเองของรัฐจะต้องทำการแจ้งให้คณะมนตรีความมั่นคงทราบในทันที และจะต้องไม่มีผลกระทบใดๆต่ออำนาจหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคง และสิทธิในการป้องกันตนเองนี้ย่อมหมดไปเมื่อคณะมนตรีความมั่นคงได้ใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ

---

“All Members 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.”

<sup>118</sup> ไบรด์ดูรายละเอียดยุคใน ประสิทธิภาพ เอกบุตริ , “หลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ” รพี 2538 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.42-43.

กรณีการดำเนินการร่วมกันเพื่อการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ นั้นถูกกำหนดไว้ในหมวด 7 ซึ่งเป็นกรณีที่มีการคุกคามต่อสันติภาพหรือสันติภาพถูกทำลายหรือมีการกระทำอันเป็นการรุกรานเกิดขึ้น และกรณีดังกล่าวไม่อาจแก้ไขได้ด้วยวิธีการตามที่หมวด 6 ได้กำหนดไว้ อันเป็นวิธีการสุดท้ายที่จะฟื้นฟูสันติภาพให้หวนกลับขึ้นมาได้

#### 2.1.4 การไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาอันเนื่องมาจากเหตุภัยพิบัติ (Distress)

เหตุภัยพิบัติ หมายถึง สถานการณ์แห่งภัยอันตรายอย่างร้ายแรงอย่างถึงที่สุด ซึ่งองค์กรที่เป็นตัวแทนของรัฐไม่สามารถกระทำอย่างอื่นเพื่อเป็นการปกป้องชีวิตของตนเองหรือผู้ที่ตนมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบได้ นอกจากการกระทำอันเป็นการขัดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศ ตามที่ตนมีความผูกพันอยู่<sup>119</sup>

การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีตามสนธิสัญญานั้นอาจมีมูลเหตุเนื่องมาจากมีเหตุจำเป็น เช่น มีเหตุการณ์จำเป็นเพื่อช่วยชีวิตคนจึงทำให้รัฐนั้นไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญา ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจน คือ การช่วยเหลือผู้ที่ประสบภัยทางทะเล กล่าวคือ ตามมาตรา 18 วรรค 2 เรื่องการผ่านโดยสุจริตเข้าไปในทะเลอาณาเขตของรัฐชายฝั่งนั้น โดยหลักแล้วการผ่านเข้าไปในทะเลอาณาเขตของรัฐชายฝั่งนั้นจะต้องเป็นการผ่านโดยสุจริต หมายความว่า การผ่านนั้นจะต้องมีลักษณะที่ต่อเนื่อง และรวดเร็ว ดังนั้นหากรัฐใดเดินเรือเข้าไปในทะเลอาณาเขตของรัฐชายฝั่งในลักษณะที่แตกต่างไปจากลักษณะดังกล่าว เช่น มีการหยุด หรือ ทอดสมอเรือ จะต้องถือว่ารัฐนั้นไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี อันเป็นสาระสำคัญของอนุสัญญาฯ แต่อย่างไรก็ตามหากการหยุด หรือการทอดสมอเรือนั้นเป็นไปเพื่อความมุ่งประสงค์ในการให้ความช่วยเหลือแก่บุคคล เรือ หรืออากาศยานที่ตกอยู่ในภัยอันตรายหรือทุกขภัย<sup>120</sup> การหยุดดังกล่าวแม้จะเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีตามอนุสัญญาก็ตาม ก็ไม่ถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญา

ตัวอย่างที่น่าสนใจอีกกรณี เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันมลพิษทางทะเลจากน้ำมัน ค.ศ. 1954 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องมลพิษทางทะเลที่อาจเกิดจากการทิ้งน้ำมันจากเรือที่อาจเป็นอันตรายต่อสภาพแวดล้อมและต่อทรัพยากรธรรมชาติ หากเรือที่มีสัญชาติของรัฐใด

<sup>119</sup> Shabtai Rosenne, The International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility: Part 1, Articles 1-35 (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991) p.337.

<sup>120</sup> มาตรา 14(3) อนุสัญญาว่าด้วยทะเลอาณาเขต และเขตต่อเนื่อง ค.ศ. 1958 และ มาตรา 18 (2) อนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982.

ปล่อยน้ำมันลงสู่ทะเลก็ถือว่าการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาแล้ว แต่อย่างไรก็ตามอนุสัญญาฉบับนี้ก็ได้บัญญัติข้อยกเว้นเอาไว้ ตามมาตรา 3 ในกรณีเรืออาจปล่อยน้ำมันลงสู่ทะเลได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า การปล่อยนั้นจะต้องเป็นไปเพื่อความปลอดภัยของเรือ เพื่อปกป้องความเสียหายที่อาจเกิดแก่เรือหรือสินค้าบรรทุกในเรือ หรือเพื่อช่วยชีวิตทางทะเล<sup>121</sup> การปล่อยน้ำมันลงสู่ทะเลนั้นย่อมเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่ไม่ถือว่าเป็นผิดกฎหมายเพราะมีความจำเป็นเนื่องจากเหตุภัยพิบัติจึงจำเป็นต้องปล่อยน้ำมันลงสู่ทะเลไป นอกจากนั้นมาตรา 5 แห่งอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันมลพิษทางทะเลเนื่องจากการทิ้งวัสดุเหลือใช้และวัสดุอย่างอื่น ค.ศ . 1972(International Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter, 1972) ได้บัญญัติข้อยกเว้นของการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีโดยวางหลักว่า หากมีความจำเป็นในการเพื่อปกป้องความปลอดภัยของชีวิตมนุษย์ เรือ อากาศยาน ก็สามารถทิ้งสิ่งที่อาจเป็นมลพิษทางทะเลเนื่องจากการทิ้งวัสดุเหลือใช้และวัสดุอย่างอื่น ได้โดยไม่ถือว่าการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา<sup>122</sup>

อย่างไรก็ตามมีเงื่อนไขประการสำคัญที่จำเป็นต้องพิจารณาประกอบกัน คือ 1) รัฐผู้ยกอ้างต้องไม่มีส่วนในการก่อให้เกิดเหตุภัยพิบัตินี้ และ 2) การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่ง

<sup>121</sup> Article 4 of International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil

“Article III shall not apply to: (a) the discharge of oil or of an oily mixture from a ship for the purpose of securing the safety of the ship, preventing damage to the ship or cargo, or saving life at sea.

<sup>122</sup> นอกจากนั้นโปรดดู มาตรา 8 แห่งอนุสัญญาป้องกันมลพิษทางทะเลโดยการทิ้งจากเรือหรืออากาศยาน ที่บัญญัติว่า

1. The provisions of Articles 5.6 and 7 shall not apply in case of force majeure due to stress of weather or any other cause when the safety of human life or of a ship or aircraft is threatened. Such dumping shall immediately be reported to the Commission, together with full details of the circumstances and of the nature and quantities of the substances and materials dumped.

สนธิสัญญานั้นต้องก่อให้เกิดความเสียหายที่น้อยกว่าผลประโยชน์ที่ต้องการปกป้อง และต้องทำการประเมินเพื่อหาว่าสิ่งที่ต้องการจะปกป้องนั้นเมื่อเทียบกับภัยพิบัติที่อาจเกิดขึ้นแล้วสิ่งใดจะมีน้ำหนักมากกว่ากัน เช่น หากมีการทิ้งวัตถุนิวเคลียร์จากเรือที่กำลังประสบภัยนั้นอาจเป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมและชีวิตมนุษย์เป็นอย่างมากยิ่งเนื่องจากวัตถุนิวเคลียร์อาจรั่วไหลแม้กัมมันตภาพรังสีออกมาซึ่งสร้างความเสียหายอย่างใหญ่หลวงได้

### 2.1.5 การไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาอันเนื่องมาจากมีเหตุจำเป็น (Necessity)

เหตุจำเป็น (necessity, état de nécessité) หมายถึง การกระทำของรัฐอันเป็นวิถีทางเดียวที่รัฐจะสามารถพิทักษ์ผลประโยชน์อันจำเป็นของตน หรือของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด (international community as a whole) ซึ่งถูกคุกคามโดยภัยอันตรายอย่างร้ายแรงอันใกล้จะเกิดขึ้น (grave and imminent peril) แต่มีเงื่อนไขว่าการกระทำเช่นนั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอันเป็นสาระสำคัญต่อประโยชน์ของรัฐอื่นด้วย การอ้างเหตุเรื่องความจำเป็นนี้อาจเป็นไปเพื่อพิทักษ์สิ่งแวดล้อม ปกป้องประชาชนของรัฐในยามภาวะฉุกเฉินเป็นต้น

ในคดี GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ยอมรับว่าเรื่องการกล่าวอ้างเหตุจำเป็นนั้นเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เป็นข้อยกเว้นความผิด และสามารถยอมรับในกรณีที่เกี่ยวข้องว่าเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศเองก็ยอมรับเช่นนั้น (เนื่องจากมาตรา 25 แห่งร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐขึ้นต้นด้วยประโยคปฏิเสธห้ามมิให้กล่าวอ้างเหตุจำเป็น<sup>123</sup> แต่เปิดข้อยกเว้นเอาไว้ 2 กรณีที่สามารถกล่าวอ้างเหตุจำเป็นได้ ) ว่าการกล่าวอ้างความจำเป็นนั้นต้องครบเงื่อนไขซึ่งมีความเคร่งครัดอย่างยิ่งและความจำเป็นที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องมีเกิดจากการกระทำของรัฐที่กล่าวอ้างด้วย<sup>124</sup>

<sup>123</sup> Article 25 of Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.

“ Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:...” (เน้นโดยผู้เขียน)

<sup>124</sup> GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, at p.40-41, paras.51-52.

ตัวอย่างต่อไปของการกล่าวอ้างเรื่องความจำเป็นเพื่อไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญาได้แก่ คดี Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada) กรณีนี้เกิดขึ้นเนื่องจากการออกมาตรการเกี่ยวกับ ประชากรสัตว์น้ำที่อพยพย้ายถิ่นอยู่เสมอ ( straddling stock) โดย Northwest Atlantic Fisheries Organization (NAFO) ซึ่งในความเห็นของประเทศแคนาดานั้นไม่เกิดประสิทธิภาพเท่าที่ควรด้วยเหตุผลหลายประการ ประเทศแคนนาจึงออกกฎหมายภายใน คือ Coastal Fisheries Protection Act 1994 โดยให้เหตุผลว่า ประชากรสัตว์น้ำที่อพยพย้ายถิ่นอยู่เสมอถูกคุกคามจากการสูญพันธุ์ และการออกพระราชบัญญัติดังกล่าวก็เป็นไปเพื่อช่วยให้ประเทศแคนาดาการกระทำโดยเร่งด่วนอันจำเป็นเพื่อเป็นการปกป้องการทำลาย ประชากรสัตว์น้ำที่อพยพย้ายถิ่นอยู่เสมอ ต่อไปได้ ต่อมาแคนาดาจับกุมเรือประมงสเปน ที่ชื่อว่า “Estai” ในทะเลหลวง โดยประเทศแคนาดาอ้างเรื่องความจำเป็นที่จะต้องจับกุมเรือประมงของสเปนว่า จำเป็นเพื่อหยุดการจับปลาสาลิบ์ทบริเวณเกาะกรีนแลนด์จนเกินขนาดของชาวประมงสเปน<sup>125</sup> ตามที่บัญญัติไว้ใน Coastal Fisheries Protection Act 1994 ทั้งนี้ประเทศสเปนกล่าวอ้างว่าประเทศแคนาดาได้กระทำการอันเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญา NAFTO ซึ่งแคนาดาเป็นประเทศภาคีสมาชิกอยู่ด้วย<sup>126</sup> นอกจากนั้นประชาคมยุโรปเองและประเทศสมาชิกได้ส่ง Note Verbale เพื่อต่อต้านการกระทำของประเทศแคนาดาในทำนองเดียวกันกับประเทศสเปน<sup>127</sup> ตัวอย่างที่ยกมานี้

---

<sup>125</sup> ข้อความใน Note Verbal ลงวันที่ 10 มีนาคม 1995 ที่กระทรวงการต่างประเทศและการค้าระหว่างประเทศของประเทศแคนาดาส่งไปยังสถานทูตประเทศสเปนในแคนาดา มีใจความดังนี้

"...the arrest of the *Estai* was necessary in order to put a stop to the overfishing of Greenland halibut by Spanish fishermen" โปรดดู Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment, I. C.J. Reports 1998.

<sup>126</sup> "In carrying out the said boarding operation, the Canadian authorities breached the universally accepted nom of customary international law codified in Article 92 and articles to the same effect of the 1982 Convention on the Law of the Sea, according to which ships on the high seas shall be subject to the exclusive jurisdiction of the flag State . . . (เน้นโดยผู้เขียน), *ibid*, para.20, p.443.

<sup>127</sup> "... [T]his serious breach of international law goes far beyond the question of fisheries conservation. The arrest is a lawless act against the sovereignty of a Member State of the European Community." *ibid*, para.20, p.444.

แสดงให้เห็นถึงการกล่าวอ้างเรื่องความจำเป็นเพื่อไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญา แต่เป็นที่น่าเสียดายว่าในคดีนี้ศาลไม่ได้พิจารณาเนื้อหาสาระเรื่องความจำเป็นดังกล่าวเนื่องจากศาลได้วินิจฉัยว่าศาลไม่มีเขตอำนาจที่จะพิจารณาในคดีมาตั้งแต่ต้น

การกระทำของรัฐด้วยเหตุจำเป็นนั้น มีความใกล้เคียงกับเหตุสุดวิสัยมาก แต่มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ การกระทำของรัฐด้วยเหตุจำเป็นเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ และความตั้งใจที่จะไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญา แต่เหตุสุดวิสัยนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ได้เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ และความตั้งใจ

## 2.2 เหตุอันเนื่องมาจากกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วย สนธิสัญญา(*ab intra*)

### 2.2.1 การไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาโดยมีเหตุอันจะอ้างได้ตามอนุสัญญา กรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ.1969

อนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ได้บัญญัติถึงเหตุที่ภาคีแห่งสนธิสัญญาสามารถยกเลิกสนธิสัญญา อันทำให้ภาคีแห่งสนธิสัญญาไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาอีกต่อไป โดยเหตุดังกล่าวนี้ มีอยู่ด้วยกัน 11 เหตุตามที่บัญญัติอยู่ใน Part 5 Section 3 ดังนี้

1. เหตุอันเกิดจากบทบัญญัติของสนธิสัญญาหรือความยินยอมของภาคีแห่งสนธิสัญญา (มาตรา 54) เนื่องจากเมื่อรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาแล้วรัฐภาคีก็มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาตามหลัก สัญญาต้องเป็นสัญญา (*pacta sunt servanda*) ซึ่งเป็นสิ่งที่ผูกพันให้รัฐต่างๆต้องปฏิบัติตามเจตนาที่ตนแสดงออก ดังนั้นหากต้องการจะยกเลิกหรือทำให้สนธิสัญญาลิ้นสุดลงก็จำเป็นต้องปฏิบัติตาม เงื่อนไขตามที่สนธิสัญญาได้กำหนดไว้ เพราะ สนธิสัญญาหลายฉบับที่กำหนดขอบทในระยะเวลาสิ้นสุดไว้โดยเฉพาะ ตามมาตรา 54 (a) มาตรา 54 (a) นี้หมายถึงเฉพาะแต่สนธิสัญญาที่กำหนดบทบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น ดังนั้น เมื่อไม่มีความชัดแจ้งว่ามีบทบัญญัติดังกล่าวหรือไม่ต้องอาศัยการตีความสนธิสัญญาตามมาตรา 31 มาตรา 32 หากตีความแล้วไม่พบว่ามีบทบัญญัติในเรื่องการยกเลิก ภาคีแห่งสนธิสัญญาก็ไม่อาจยกเลิกสนธิสัญญาได้ เว้นแต่จะอาศัยกรณีที่สอง คือ รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาทั้งหมดให้ยินยอมภายหลังการปรึกษาหารือของรัฐภาคีคู่สัญญาอื่นๆในทุกขณะ มาตรา 54 (b) ความยินยอมนี้อาจทำเป็นความตกลงที่แยก

ต่างหากก็ได้<sup>128</sup> ดังนั้นหากรัฐภาคีใช้สิทธิยกเลิกสนธิสัญญาโดยไม่อาศัยข้อบทตามที่สนธิสัญญาได้กำหนดไว้หรือไม่ได้ทำความตกลงยินยอมจากรัฐทั้งหมด การถอนตัวดังกล่าวนั้นถือว่าการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา

2. เหตุอันเกิดจากการลดลงของภาคีแห่งสนธิสัญญาพหุภาคีจนต่ำกว่าจำนวนอันจำเป็นต่อการมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญา (มาตรา 55) การลดลงของภาคีแห่งสนธิสัญญาพหุภาคีจนต่ำกว่าจำนวนอันจำเป็นต่อการมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญาจนเป็นเหตุให้สนธิสัญญาต้องถูกยกเลิกนั้น จะต้องอาศัยข้อบทของสนธิสัญญาที่บัญญัติเอาไว้ มิเช่นนั้นสนธิสัญญาจะไม่ถูกยกเลิกไปเพราะเหตุนี้ ตัวอย่างได้แก่ มาตรา 8 อนุวรรค 2 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิทางการเมืองของผู้หญิง (Convention on the Political Rights of Women) ที่กำหนดว่า หากภาคีแห่งสนธิสัญญาลดลงเหลือจำนวนน้อยกว่าหกรัฐก็ให้อนุสัญญาหยุดการมีผลใช้บังคับ<sup>129</sup> การที่มาตรา 55 กำหนดไว้เช่นนั้นเนื่องจากบางกรณีสนธิสัญญาบางประเภทต้องการให้รัฐเข้าเป็นภาคีจำนวนมาก และในเวลาเดียวกันการให้สนธิสัญญายังคงอยู่ต่อไปอาจเพิ่มภาระในทางการเงินให้แก่รัฐภาคีที่เหลืออยู่ได้

3. เหตุอันเกิดจากการบอกเลิกสนธิสัญญาหรือการถอนตัวออกจากสนธิสัญญาที่ไม่ได้กำหนดบทบัญญัติเรื่องการยกเลิก บอกเลิก หรือถอนตัวเอาไว้ (มาตรา 56) ตามมาตรานี้การยกเลิกสนธิสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวมิอาจกระทำได้ เว้นแต่มีบทบัญญัติของสนธิสัญญานั้นกำหนดไว้อย่างชัดแจ้ง และการยกเลิกสนธิสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวนั้นจะต้องเข้าเงื่อนไข 2 ประการ ได้แก่ 1) เมื่อปรากฏจากเจตจำนงของรัฐภาคีในการยอมรับการบอกเลิกหรือถอนตัวจากสนธิสัญญา หรือ 2) เมื่อสิทธิในการบอกเลิกหรือถอนตัวจากสนธิสัญญาเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นโดยปริยายจากลักษณะของสนธิสัญญานั้น (nature of the treaty) และทั้งนี้การบอกเลิกสนธิสัญญา

<sup>128</sup> Yearbook of International Law Commission 1963, U.N.Doc. Volume II, p.202, para.1.

<sup>129</sup> Article 8 (2) of Convention on the Political Rights of Women.

“2. This Convention shall cease to be in force as from the date when the denunciation which reduces the number of Parties to less than six becomes effective.”

แต่เพียงฝ่ายเดียวต้องกระทำตามขั้นตอนกระบวนการตามวรรค 2 ด้วย กล่าวคือ ต้องมีการแจ้งเจตจำนงของตนก่อนการบอกเลิกแก่ภาคีอื่นๆล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 12 เดือน ด้วย

4. เหตุอันเกิดจากการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาภายใต้บทบัญญัติหรือความยินยอมของรัฐภาคี (มาตรา 57) เช่นเดียวกับมาตรา 57 นี้กำหนดเรื่องการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาเอาไว้โดยการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาต่อรัฐภาคีบางรัฐหรือต่อทุกรัฐนั้นอาจกระทำได้หากปรากฏว่า 1) บทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาได้เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้ หรือ 2) รัฐภาคีอื่นๆให้ความยินยอมหลังจากได้ปรึกษาหารือกับรัฐอื่นๆที่พ่วงแล้ว

5. เหตุอันเกิดจากการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาพหุภาคีโดยการทำ ความตกลงระหว่างรัฐภาคีใดภาคีหนึ่งโดยเฉพาะ (มาตรา 58) มาตรานี้เป็นเรื่องการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาพหุภาคีระหว่างรัฐภาคีสองรัฐหรือมากกว่านั้น โดยการระงับนั้นอาจกระทำได้หาก 1) สนธิสัญญาได้เปิดช่องให้กระทำเช่นนั้นได้หรือ 2) การระงับเช่นนั้นไม่ต้องห้ามตามสนธิสัญญา และการระงับนั้นจะต้องไม่กระทบกระเทือนต่อการใช้สิทธิต่างๆของรัฐภาคีอื่นตามสนธิสัญญาหรือต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐภาคีอื่นๆตามสนธิสัญญาเช่นนั้น

6. เหตุอันเกิดจากการจัดทำสนธิสัญญาขึ้นในภายหลัง (มาตรา 59) การทำสนธิสัญญาขึ้นในภายหลังนั้นจะต้องมีเนื้อหาสาระอย่างเดียวกัน (same subject-matter) กับสนธิสัญญาฉบับก่อน และต้องปรากฏจากสนธิสัญญาฉบับหลังหรือปรากฏจากเจตนาของรัฐภาคีที่จะใช้บังคับสนธิสัญญาฉบับหลังหรือ บทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาฉบับหลังขัดแย้งกับบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาฉบับก่อนถึงขนาดที่สนธิสัญญาทั้งสองฉบับนั้นไม่สามารถใช้บังคับในเวลาเดียวกันได้ แต่อย่างไรก็ตามหากปรากฏจากเจตนาของรัฐภาคีซึ่งทำสนธิสัญญาฉบับหลังเพียงแต่ต้องการให้สนธิสัญญาฉบับก่อนระงับการใช้บังคับไว้เป็นการชั่วคราว กรณีดังกล่าวสนธิสัญญาฉบับก่อนนั้นก็ไม่ได้ถือว่าเป็นอันยกเลิกไป เพียงแต่มีผลเป็นการระงับการใช้บังคับไว้ชั่วคราวเท่านั้น

7. เหตุอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา (มาตรา 60) เหตุตามมาตรา 60 นี้หากพิจารณาได้ครบตามเงื่อนไขแล้วก็ไม่ว่าผู้ใช้สิทธิยกเลิกหรือระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวกระทำอันเป็นการผิดกฎหมาย รายละเอียดทั้งหมดปรากฏอยู่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

8. เหตุอันเกิดจากการปฏิบัติการตามสนธิสัญญาตกเป็นอันพ้นวิสัย (มาตรา 61) การพ้นวิสัยนั้นจะต้องเป็นกรณีที่เกิดจากการสิ้นไปหรือการทำลายอย่างสิ้นเชิงซึ่งวัตถุ (object) แห่งสนธิสัญญาที่ขาดไม่ได้สำหรับการบังคับการตามสนธิสัญญา หากเข้ากรณีดังกล่าวแล้วรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาอาจกล่าวอ้างเหตุดังกล่าวเพื่อยกเลิกสนธิสัญญาหรือถอนตัวออกจากสนธิสัญญาได้

แต่หากเป็นกรณีที่มีการพันธสัญญาขึ้นเกิดขึ้นแค่เพียงชั่วคราวรัฐภาคีอาจทำได้เพียงระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาเท่านั้น

9. เหตุอันเกิดจากสภาวะการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างสำคัญ (มาตรา 62) สภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างสำคัญนั้นเกิดขึ้นจากสภาวะการณ์ที่เคยมีอยู่ในขณะจัดทำสนธิสัญญาซึ่งไม่อาจคาดหมายได้โดยภาคีแห่งสนธิสัญญา โดยหลักแล้วไม่อาจนำมากล่าวอ้างเพื่อยกเลิกสนธิสัญญาหรือถอนตัวออกจากสนธิสัญญาได้ เว้นแต่ 1) การคงอยู่ของสภาวะการณ์ดังกล่าวนี้เป็นพื้นฐานที่ก่อให้เกิดความยินยอมของรัฐที่เข้าผูกพันตามสนธิสัญญา และ 2) การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดผลเป็นการเปลี่ยนแปลงอย่างรุนแรงต่อขอบเขตเนื้อหาของพันธกรณีซึ่งยังคงมีอยู่ในการปฏิบัติการตามสนธิสัญญา แต่อย่างไรก็ตามหากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับสนธิสัญญากำหนดเขตแดน หรือ การเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากนั้นเป็นผลมาจากการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาหรือพันธกรณีระหว่างประเทศอื่นที่มีต่อภาคีอื่นๆ ทั้งหมดของสนธิสัญญาโดยภาคีผู้กล่าวอ้างการเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญนั้น

10. เหตุอันเกิดจากการตัดความสัมพันธ์ทางการทูตหรือการกงสุล (มาตรา 63) การตัดความสัมพันธ์ทางการทูตระหว่างภาคีแห่งสนธิสัญญาย่อมไม่มีผลใดๆ ในทางกฎหมายต่อนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่ระหว่างภาคีแห่งสนธิสัญญานั้น เว้นแต่ในกรณีที่การคงไว้ซึ่งความสัมพันธ์ทางการทูตและการกงสุลจะเป็นสิ่งที่ไม่ได้ในการบังคับใช้สนธิสัญญา

11. เหตุอันเกิดจากการทำสนธิสัญญาขัดกับกฎหมายบังคับเด็ดขาด (มาตรา 64) โดยหลักทั่วไปแล้วหากภาคีแห่งสนธิสัญญาได้ตกลงทำสนธิสัญญาอันมีเนื้อหาขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาด สนธิสัญญานั้นเป็นโมฆะ<sup>130</sup> แต่หากเป็นกรณีที่ ขณะที่ทำสนธิสัญญาเนื้อหาของสนธิสัญญายังไม่ขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาดที่มีอยู่ในขณะนั้น แต่ต่อมาเกิดหลักกฎหมายเด็ดขาดใหม่เกิดขึ้น และพันธกรณีตามสนธิสัญญาที่ภาคีต้องปฏิบัติตามนั้นขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาดกรณีนี้จะถือว่าหากภาคีไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี เป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาไม่ได้ เนื่องจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปในเรื่องนี้อนุญาตไว้ให้กระทำได้

ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าหากมีการปฏิบัติตามเหตุที่ภาคีแห่งสนธิสัญญาสามารถยกเลิกหรือระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาได้ ก็ถือว่ารัฐภาคีไม่ได้กระทำการที่ผิดกฎหมายอันจะถือได้ว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญา

<sup>130</sup> Article 53 of Vienna Convention on the Law of Treaties.

## 2.2.2 การใช้หลักการต่างตอบแทนต่อภาคีที่ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี

### สนธิสัญญา (Reciprocity)

มาตรการต่างตอบแทนนั้นเป็นการกระทำอันสืบเนื่องมาจากที่ภาคีฝ่ายหนึ่ง ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาก่อน ทำให้ภาคีอื่นมีสิทธิตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป ที่จะไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาด้วยกัน อีกนัยหนึ่งหากภาคีฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ อีกฝ่ายหนึ่งก็ไม่มีหน้าที่ปฏิบัติตามการชำระหนี้เป็นการตอบแทน แต่กระนั้นก็ตามการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแต่เพียงเล็กน้อยไม่สามารถใช้มาตรการต่างตอบแทนได้ โดย Hall กล่าวว่า “it would be seldom that the infraction of an article which is either disconnected from the main object, or is unimportant...could in fairness absolve the other party from performance of his share of the rest of the agreement...”<sup>131</sup>

หลักการต่างตอบแทนนั้นเป็นผลสืบเนื่องมาจากการขาดอำนาจบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายระหว่างได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่อย่างไรก็ตามหลักการต่างตอบแทนนั้นมีลักษณะที่แตกต่างจากหลักการแก้แค้น (reprisal) กล่าวคือ หลักการแก้แค้นนั้นเป็นมาตรการลงโทษ (sanction) ต่อการกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศด้วยการกระทำที่ผิดกฎหมายระหว่างประเทศเป็นการตอบแทนนอกจากนั้นยังมีลักษณะสำคัญคือ เป็นการโต้กลับ (retaliation) และลงโทษ (punitive) ต่อรัฐที่กระทำผิด เพื่อให้กลับคืนสู่สภาวะปกติ (rehabilitative) และเหนี่ยวนำหรือบังคับให้รัฐที่ไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญากลับมาปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาอีกครั้ง โดยหลักการแก้แค้นนั้นต้องมีขอบเขตในการบังคับใช้ 2 ประการ คือ<sup>132</sup>

1. รัฐต้องใช้วิธีการเยียวยาด้วยวิธีอื่นจนเสร็จสิ้นเสียก่อนจึงจะบังคับใช้หลักการแก้แค้นได้ เช่น มีการประท้วงทางการทูตด้วยการเรียกเอกอัครราชทูตกลับ นอกจากนั้นต้องมีการเตือนล่วงหน้าถึงความประสงค์ที่ตนจะใช้การแก้แค้น หลักการดังกล่าวนี้เรียกว่า subsidiarity

2. การใช้หลักการแก้แค้นนั้นต้องกระทำไปโดยได้สัดส่วน (proportionate) เมื่อเปรียบเทียบกับการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐนั้น

<sup>131</sup> William Edward Hall, A Treatise on International Law, 8<sup>th</sup> Edition (Pearce Higgins, 1924) p.409 cited in Fitzmaurice, Fourth report on the Law of Treaties: U.N. Doc. A/CN.4/120, Yearbook of International Law Commission, Vol.II, pp.70-71.(1959).

<sup>132</sup> Sean Watts, “Reciprocity and the Law of War”, 50 Harvard International Law Journal 365, pp. 382-385, (2009).

ข้อสังเกตประการสุดท้าย คือ หลักการต่างตอบแทนและหลักการแก้เผ็ดนั้นมีความเหมือนกันอยู่ 2 ประการ คือ เป็นการตอบโต้การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐอื่นและเป็นมาตรการช่วยเหลือตนเองของรัฐ (self-help) นั้นเอง