

บทที่ 2

สถานะทางกฎหมายของการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ

2.1 นิยามของการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ

มีผู้ให้นิยามและอธิบายขอบเขตของการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ (Unilateral Acts of State) ไว้ดังต่อไปนี้

Nguyen Quoc Dinh¹ ได้พิจารณาการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐออกเป็น 2 แนวคิด คือ แนวคิดในด้านแคบและแนวคิดในด้านกว้าง กล่าวคือ แนวคิดด้านแคบ (Concept étroite) หมายถึง หลักการที่ให้การยอมรับการกระทำว่าเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาโดยฝ่ายเดียว ซึ่งทำขึ้นโดยไม่มีความเกี่ยวพันต่อจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือกฎหมายสนธิสัญญา การกระทำดังกล่าวเป็นไปตามลักษณะของความเป็นอิสระของรัฐ โดยที่ความสมบูรณ์ของการกระทำไม่ได้ขึ้นอยู่กับความสอดคล้องต่อกฎหมายอื่นๆ แต่อย่างใด ในส่วนแนวคิดด้านกว้าง (Conception large) หมายถึง การกระทำฝ่ายเดียวที่เชื่อมโยงกับข้อกำหนดของสนธิสัญญาหรือกฎหมายจารีตประเพณี และอาจพิจารณาได้ว่าไม่มีข้อโต้แย้งใดมาคัดค้านคำนิยามในแนวคิดด้านกว้างของการกระทำฝ่ายเดียวได้ หากเราไม่มองในพื้นฐานของบ่อเกิดหรือที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ซึ่งแท้ที่จริงแล้วการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐในความหมายนี้มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการพัฒนาและการนำมาใช้ซึ่งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและกฎหมายสนธิสัญญา

Karl Zemanek² ได้จำแนกการกระทำทางกฎหมายฝ่ายเดียว (unilateral legal acts) กล่าวคือ การกระทำทางกฎหมายฝ่ายเดียวที่เป็นส่วนเสริม (Adjunctive unilateral legal acts) เป็นองค์ประกอบของกระบวนการทำสนธิสัญญา (treaty-making) หรือกระบวนการก่อตัวของกฎหมายประเพณี (custom-forming process) และต้องนำมาประเมินในบริบทแวดล้อมของ

¹ Nguyen Quoc Dinh, Droit international Public, 3rd edition (Paris : L.G.D.J, 1987), pp. 329-335.

² Karl Zemanek, Unilateral Legal Acts Revisited, edited by Karel Wellens, International Law : Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy, (The Hague : Martinus Nijhoff Publishers, 1998), p. 210.

กระบวนการเหล่านี้ ในขณะที่การกระทำทางกฎหมายฝ่ายเดียวที่เป็นอิสระ (Autonomous unilateral legal acts) ตัวอย่างเช่น การรับรอง การโต้แย้ง การประกาศสงครามหรือความเป็นกลาง การประกาศสถานะสิทธิ และยักรวมถึง คำมั่น หรือการอ้างสิทธิ์ ที่ถูกสร้างขึ้นโดยผู้กระทำตามสิ่งที่ต้องการของความมุ่งหมาย เป็นต้น ทั้งนี้ การกระทำทางกฎหมายฝ่ายเดียวที่เป็นอิสระเป็นการสื่อสารภายใต้กฎเกณฑ์ของระเบียบระหว่างประเทศที่มีอยู่แล้ว และมีเจตนาที่จะยืนยันหรือเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายของรัฐผู้กระทำในการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

H.Thirlway³ ได้พิจารณาการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐเปรียบเทียบกับกฎหมายภายในประเทศ ซึ่งแบ่งการกระทำฝ่ายเดียวออกเป็นการกระทำทางกฎหมายหรือนิติกรรม (acte juridique) หมายถึง การกระทำโดยเจตนาซึ่งมีผลทางกฎหมายบางประการตามมา ซึ่งผู้กระทำตระหนักและจงใจให้เป็นเช่นนั้น ส่วนอีกประเภทหนึ่งคือข้อเท็จจริงทางกฎหมาย (fait juridique) หมายถึง เหตุการณ์ที่ไม่ได้เป็นการกระทำอันเกิดจากความประสงค์ แต่มีผลที่ตามมาทางกฎหมาย และยักรวมถึง การกระทำอันเกิดจากความประสงค์ซึ่งมีผลที่ตามมาทางกฎหมาย แต่ผู้กระทำไม่ได้เจตนาให้เกิดผลทางกฎหมายนั้น ซึ่งตัวอย่างของประเภทที่สองนี้อาจเป็นกรณีของการสิ้นสุดของรัฐ (Dissolution of a State) หรือการกระทำผิดของรัฐในทางระหว่างประเทศ (Wrongful acts)

International Law Commission (ILC)⁴ ในรายงานฉบับสุดท้ายได้พิจารณาขอบเขตการศึกษาในเรื่องการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ ซึ่งคณะกรรมการได้ชี้ให้เห็นและยอมรับถึงลักษณะของการกระทำฝ่ายเดียวที่ไม่อยู่ในรูปแบบเดียวกัน (not uniform) โดยกล่าวว่า “ในด้านหนึ่งการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐถูกกำหนดโดยโครงสร้างและบนพื้นฐานของการอนุญาตอย่างชัดแจ้งภายใต้กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศ และในขณะอีกด้านหนึ่งการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐอื่นๆ ได้ถูกก่อตั้งโดยรัฐในการปฏิบัติที่เป็นไปในทางอิสระในทางระดับระหว่างประเทศ (freedom to act on the International plane)

³ H.Thirlway, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International (2003), vol. 294, pp. 335-336.

⁴ International Law Commission Reports, UN Doc. A/61/10, chapter IX unilateral acts of states, 58 session 2006, para. 174, p. 367.

จากความหมายข้างต้น อาจจะพิจารณาได้ว่าการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral acts of State) ยังไม่มีความหมายที่แน่นอนตายตัว และการกระทำฝ่ายเดียวยังมีขอบเขตที่หลากหลาย อย่างไรก็ตาม เราอาจจะพิจารณาลักษณะของการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐได้ดังต่อไปนี้

2.1.1 เป็นการกระทำทางกฎหมายฝ่ายเดียว

การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐเป็นการกระทำในทางกฎหมายฝ่ายเดียว (Unilateral legal acts) หมายถึง การกระทำที่ทำขึ้นฝ่ายเดียวของรัฐเพื่อก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ มีเจตนาสร้างสิทธิหรือพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศต่อรัฐผู้กระทำการ (author State) ซึ่งเจตจำนงของรัฐและอำนาจขององค์กรของรัฐที่กระทำการฝ่ายเดียวเป็นสององค์ประกอบในการแสดงถึงลักษณะของการกระทำทางกฎหมายหรือนิติกรรมฝ่ายเดียว⁵ ทั้งนี้ นักกฎหมายระหว่างประเทศได้มีการยึดถือการกระทำฝ่ายเดียวเข้ากับการคัดค้าน (protest) การให้คำมั่น (promise) การสละสิทธิ (renunciation) และการรับรอง (recognition) อยู่ภายใต้หลักทั่วไปของการกระทำทางกฎหมาย (concept of legal acts) ไม่ว่าจะผูกพันโดยสัญญาหรือโดยฝ่ายเดียวก็ตาม ซึ่งเป็นการกระทำที่อยู่บนพื้นฐานของการแสดงเจตนาให้เห็นโดยชัดแจ้งของบุคคลในทางกฎหมาย⁶ อย่างไรก็ตาม การพิจารณาขอบเขตของการกระทำทางกฎหมายฝ่ายเดียวของรัฐต้องพิจารณาแยกออกจากการกระทำของรัฐที่ไม่มีข้อผูกพันในทางกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ การกระทำทางการเมืองของรัฐ (political acts) ดังนั้น ในประเด็นนี้จึงมีความจำเป็นที่จะต้องแยกแยะระหว่างการกระทำทางกฎหมายของรัฐ (legal act) ออกจากการกระทำทางการเมืองของรัฐ (political act) โดยที่การกระทำทางกฎหมายมีความแตกต่างจากการกระทำทางการเมืองในลักษณะต่างๆ กล่าวคือ ในด้านขอบเขต (scope) ผลบังคับ (effects) รวมทั้งกลไก (mechanism) ในการรับประกันการปฏิบัติตามของรัฐที่ได้ผูกพันโดยการกระทำดังกล่าวด้วย

⁵ Karl Zemanek, *Unilateral Legal Acts Revisited*, edited by Karel Wellens, *supra* note 2, p. 212.

⁶ Ian Brownlie, *Principles of public International law*, 5th edition (Oxford: Oxford University Press, 1998), p. 642.

การกระทำทางการเมือง (political act) ได้รับการกำหนดว่าเป็นการกระทำที่รัฐได้แสดงเจตนาในการสร้างความสัมพันธ์ทางการเมืองกับรัฐอื่นที่อยู่นอกระบบกฎหมาย พื้นฐานของพันธกรณีทางการเมืองนี้มีอยู่ในความเป็นศีลธรรม (morality) และทางการเมือง (politics) มากกว่าจะอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น การแสดงออกและมาตรการลงโทษสำหรับการไม่ปฏิบัติตามขึ้นอยู่กับเจตนาทางการเมืองของรัฐที่แสดงการกระทำทางการเมืองออกมา ทั้งนี้ ในแง่ของพันธกรณีที่ปฏิบัติตามข้อผูกมัดของการกระทำดังกล่าว ถือว่าหลักสุจริตเป็นพื้นฐานสำคัญของความเป็นพันธกรณี ตามที่ Virally ได้อธิบายว่า “ข้อผูกพันทางการเมืองโดยแท้จริงแล้วมักจะเกี่ยวข้องกับสิ่งที่ขยายออกไป ซึ่งมักมีการนำมาพิจารณาเปรียบเทียบกับสิ่งที่สามารถยอมรับได้ในกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ ในเรื่องการนำหลัก Clausula rebus sic stantibus⁷ และหลักความจำเป็นของรัฐมาใช้ (doctrine of state of necessity)”⁸ นอกจากนี้ การปฏิบัติตามพันธกรณีของการกระทำที่ถูกกล่าวอ้างและมาตรการลงโทษสำหรับการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายระหว่างประเทศวางระเบียบไว้ ซึ่งผลที่สำคัญประการหนึ่งที่ตามมาของความแตกต่างที่สำคัญระหว่างข้อผูกพันทางการเมืองและข้อผูกพันทางกฎหมายคือการสมมุติฐานของการไม่ปฏิบัติตามของข้อผูกพันเหล่านั้น ตามที่ Virally เองได้ยอมรับว่าการจำแนกการกระทำทั้งสองประเภทมีความจำเป็น กล่าวคือ หากมีการละเมิดข้อตกลงทางการเมืองแต่ไม่สามารถเรียกร้องการกระทำดังกล่าวในขอบเขตของกฎหมายได้ รัฐที่เรียกร้องในสถานการณ์นี้อาจกระทำการในขอบเขตทางการเมืองได้ ในทางตรงกันข้าม หากมีการละเมิดเกี่ยวกับข้อผูกพันทางกฎหมายสามารถนำการกระทำทางการเมืองและทางกฎหมายมาใช้ได้ทั้งสองกรณี⁹

⁷ หลักกฎหมายระหว่างประเทศ Clausula rebus sic stantibus หมายถึง หลักกฎหมายที่อนุญาตให้สนธิสัญญาไม่มีผลใช้บังคับอันเนื่องมาจากพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (fundamental change of circumstances) ทั้งนี้ หลักกฎหมายดังกล่าวคือข้อยกเว้นที่จำเป็นอย่างยิ่งซึ่งมีขึ้นเพื่อยกเว้นหลักเกณฑ์ทั่วไปของหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda)

⁸ “La Distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique: Rapport provisoire”, *Annuaire de L’Institut de Droit International*, vol. 60-I (1983), para. 167 p. 236. Quoted in First report on unilateral acts of States, *UN Doc. A/CN.4/486*, para. 43 p. 10.

⁹ *Ibid.*

โดยแท้ที่จริงแล้ว สิ่งที่ยังชี้คุณลักษณะในทางการเมืองหรือในทางกฎหมายคือเจตนาของรัฐ (intention of the State) ที่ก่อตั้งและทำคำประกาศ หรืออีกนัยหนึ่งรัฐจะมีเจตนาในการเข้าผูกพันในทางกฎหมายหรือในทางการเมือง ทั้งนี้ ทางปฏิบัติของรัฐ (State practice) ส่วนใหญ่ชี้ให้เห็นว่าในแง่ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศแล้ว รัฐได้ก่อตั้งคำประกาศฝ่ายเดียวหรือสองฝ่ายในทางการเมือง โดยที่ไม่มีเจตนาใดๆ ในการเข้าผูกพันในทางกฎหมาย

ปัจจุบัน การกระทำทางการเมืองได้รับการยอมรับว่าก่อให้เกิดผลที่สำคัญในขอบเขตของความสัมพันธ์ทางระหว่างประเทศ อย่างไรก็ดี โดยที่รัฐทำข้อผูกพันในระดับนี้ รัฐอาจถือเอาพันธกรณีทางการเมืองที่แม้ว่าพันธกรณีดังกล่าวจะอยู่นอกเหนือขอบเขตกฎหมายระหว่างประเทศ (Realm of International law) แต่ก็มีความสำคัญที่อย่างมากในทางความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ ตามที่ทางปฏิบัติของรัฐ (State practice) ได้ชี้ให้เห็นว่าในบางครั้งแล้วความเป็นพันธกรณีของข้อผูกพันทางการเมือง (political engagement) มีค่าบังคับและผลที่ตามมา มากกว่าข้อผูกพันในทางกฎหมาย (legal engagement) ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการกระทำทางการเมือง (political act) มีความสำคัญเทียบเคียงได้กับการกระทำทางกฎหมาย (legal act) ซึ่งในตำราทางกฎหมายส่วนหนึ่งก็มีความเห็นสอดคล้องกันว่าเป็นคุณค่าที่สำคัญในฐานะแหล่งที่มาในการวางระเบียบต่อพฤติกรรมของรัฐในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

ตัวอย่างเช่น หนังสือแสดงเจตจำนง (Letter of Intent) เป็นเอกสารที่รัฐสมาชิกกองทุนฯ ยื่นขอรับวงเงินความช่วยเหลือเป็นงวดๆ ตามที่ IMF ได้อนุมัติไว้ล่วงหน้าแล้วตามหนังสือขอรับความช่วยเหลือทางการเงินล่วงหน้า (stand-by arrangement) โดยระบุถึงแนวทางในการดำเนินนโยบายปรับดุลยภาพทางเศรษฐกิจไว้ หนังสือแสดงเจตจำนงจึงผูกติดอยู่กับหนังสือขอรับความช่วยเหลือทางการเงินล่วงหน้าอย่างแยกกันไม่ออกและรวมเรียกเอกสารทั้งสองชนิดนี้ว่าเป็น “เอกสารขอรับความช่วยเหลือล่วงหน้า” โดยเหตุนี้จึงไม่อาจถือได้ว่าหนังสือแสดงเจตจำนงเป็นคำเสนอเข้าทำนิติกรรมสัญญาหรือเป็นการกระทำฝ่ายเดียว (unilateral act) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากหนังสือแสดงเจตจำนงเป็นเพียงการแสดงเจตจำนงทางการเมือง (policy intent) ของรัฐสมาชิกกองทุนฯ เท่านั้น โดยมีได้มีเจตนาประสงค์ใดๆ ที่จะก่อความผูกพันทางกฎหมายทั้งในแง่ของสิทธิและหน้าที่¹⁰

¹⁰ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), น. 79.

2.1.2 เป็นการแสดงเจตนาของรัฐ

หลักสำคัญที่สุดสองประการในการสร้างและการปฏิบัติตามสิทธิและหน้าที่ในทางระหว่างประเทศ คือหลักความยินยอม (principle of consent) และหลักสุจริต (principle of good faith) ทั้งนี้ การกระทำฝ่ายเดียวเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของรัฐ (manifestations of will of a State) ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าการแสดงเจตนาเป็นส่วนประกอบของความยินยอมและยังมีส่วนสำคัญต่อการก่อให้เกิดการกระทำทางกฎหมาย นอกจากนี้ เจตนาควรที่จะถูกพิจารณาทั้งในองค์ประกอบทางจิตใจ กล่าวคือ เจตนาภายใน (internal will) และองค์ประกอบที่แสดงออกภายนอก กล่าวคือ เจตนาที่ประกาศออกมา (declared will)¹¹

การแสดงเจตนา (expression of will) มีความสำคัญตามที่ได้มีการให้คำนิยามตัวอย่างเช่น การรับรอง (recognition) หมายถึง “ธรรมเนียมทางกฎหมายทั่วไป ที่ผู้ก่อตั้งยึดถืออย่างไม่มีข้อโต้แย้งว่าเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นมาจากบุคคลในทางกฎหมาย ซึ่งบุคคลดังกล่าวได้ยอมรับสถานการณ์ที่มีอยู่ และได้แสดงเจตนายึดถือสถานการณ์นั้นว่าชอบด้วยกฎหมาย ให้ถือเสมือนว่าเป็นกฎหมาย” นอกจากนี้ คำมั่น (promise) และการสละสิทธิ (waiver) ยังคงมีพื้นฐานเป็นการแสดงเจตนา ซึ่งการสละสิทธิเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของบุคคลในทางกฎหมายที่ได้ละทิ้งสิทธิ ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีการแสดงเจตนาของบุคคลภายนอก¹²

การแสดงเจตนาของการกระทำฝ่ายเดียวทั้งหมดสามารถกระทำได้ในหลายรูปแบบที่แตกต่างกัน ซึ่งบางรูปแบบประกอบด้วย การแจ้ง (notifications) ที่เป็นลายลักษณ์อักษรไปยังรัฐอื่น ส่วนรูปแบบอื่นๆ สามารถประกาศโดยเปิดเผย (proclamations) ต่อที่ประชุมผู้สื่อข่าวหรือแม้แต่การสัมภาษณ์ทางโทรทัศน์ อย่างไรก็ตาม เจตนาของรัฐยังเป็นผลมาจากข้อเท็จจริงหรือหลักฐานซึ่งเป็นที่ยืนยัน ทั้งนี้ รูปแบบของการกระทำฝ่ายเดียวไม่มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ทางกฎหมายของการกระทำในทางระหว่างประเทศแต่อย่างใด สิ่งสำคัญคือการกำหนดเจตจำนงของรัฐ (determination of the will) หรือรัฐที่ทำข้อผูกพันในทางกฎหมาย¹³

ปัญหาที่สำคัญคือการนิ่งเฉยไม่ตอบโต้ของรัฐ (passivity of a State) ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำของรัฐหรือบุคคลในทางระหว่างประเทศอื่นยังถือเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนา

¹¹ Fifth report on unilateral acts of States, UN Doc. A/CN.4/525, para. 58, p. 14.

¹² *Ibid.*, para. 59, p. 14.

¹³ Third report on unilateral acts of States, UN Doc. A/CN.4/505, para. 46, p. 8.

(manifestations of will) ตามที่ Anzilotti ได้กล่าวอย่างมีเหตุผลว่าในบางสถานการณ์ การนิ่งเฉย (silence) สามารถถูกตีความได้ว่าเป็นการยินยอมโดยปริยาย (tacit consent) ต่อการกระทำของรัฐอื่น แต่การตีความของการนิ่งเฉยดังกล่าวส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการปรุงแต่งทางกฎหมายในสถานการณ์ที่ไม่มีเจตนาที่แท้จริงคงอยู่¹⁴

อย่างไรก็ตาม ในบางครั้งการนิ่งเฉยเป็นผลมาจากการละเลยของรัฐ (result of negligence) ซึ่งสามารถกระทบต่อส่วนได้เสียทางกฎหมายของรัฐในกรณีพิพาท ดังนั้น เพื่อประโยชน์ต่อความมั่นคงทางกฎหมายในกิจการของรัฐในทางระหว่างประเทศแล้ว เจตนาของรัฐสามารถถูกสันนิษฐานขึ้นโดยวิธีการยอมรับโดยการนิ่งเฉยได้ (acquiescence) แม้ว่าแท้ที่จริงแล้วจะไม่มีเจตนาของรัฐดังกล่าวอยู่ก็ตาม¹⁵ ทั้งนี้ การนิ่งเฉย (silence) ได้รับการพิจารณาว่าเป็นรูปแบบของการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว (form of expression of will) และเป็นพฤติกรรมในการตอบสนอง (reactive behaviour) มากกว่าจะเป็นการกระทำทางกฎหมาย อย่างไรก็ตาม เป็นที่แน่ชัดว่าในบางครั้ง การนิ่งเฉยของรัฐสามารถก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่ไม่อาจมองข้ามไปได้ หรืออาจพิจารณาได้ว่าการนิ่งเฉยไม่เอาใจใส่ของรัฐ ในบางครั้งแล้วสามารถซ่อนเร้นผลทางกฎหมายของการกระทำฝ่ายเดียวในทางกฎหมายระหว่างประเทศได้¹⁶

2.1.3 มุ่งจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย

การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญตามมาหลายประการ เพื่อจุดประสงค์ในการกำหนดค่านิยมของการกระทำฝ่ายเดียว ควรที่จะอ้างอิงแนวความคิดของการกระทำของรัฐ (State conduct) ซึ่งการกระทำของรัฐที่ไม่ได้รับอนุญาต (Impermissible State conduct) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกระทำความผิดในทางระหว่างประเทศ (Internationally wrongful acts) ควรที่จะได้รับการยกเว้นจากการพิจารณา เนื่องจาก การกระทำผิดในทางระหว่างประเทศเกี่ยวข้องกับขอบเขตทางกฎหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ

¹⁴ Vladimir duro Degan, Sources of International Law, (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1997), p. 270.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ First report on unilateral acts of States, *supra note 8*, para. 49-50, p. 11.

กฎหมายในด้านความรับผิดชอบของรัฐ (Law of State responsibility) ¹⁷ ดังนั้น ในการกำหนดค่านิยามของการกระทำฝ่ายเดียว เส้นแบ่งขอบเขตประการแรก คือ ขอบเขตในหลักการที่อนุญาตให้รัฐสามารถกระทำได้ (Principle of permissibility) ทั้งนี้ ยังอาจพิจารณาได้ว่ารัฐไม่มีเจตนาให้เกิดผลทางกฎหมายดังกล่าวขึ้น แต่ให้ถือว่ารัฐดังกล่าวได้กระทำและต้องร่วมรับผิดชอบจากการกระทำนั้น ซึ่งทางด้าน Schwarzenberger ได้แบ่งแยกความสำคัญระหว่างการกระทำฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายตามเจตนาของรัฐ และการกระทำฝ่ายเดียวอื่นๆ ที่อาจก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่ขัดแย้งต่อเจตนาของรัฐ เช่น การกระทำของรัฐที่ฝ่าฝืนกฎหมายสนธิสัญญา การกระทำของรัฐที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และกระทำของรัฐที่ฝ่าฝืนหลักกฎหมายทั่วไปที่ยอมรับโดยอารยประเทศ เป็นต้น¹⁸

ยิ่งไปกว่านี้ การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐที่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ควรพิจารณาต่อหลักการเข้ามามีส่วนร่วม (Principle of Participation) ซึ่งการกระทำของรัฐที่สามารถกระทำได้ตามหลักการอนุญาต (Principle of Permissibility) ข้างต้นนั้น สามารถแบ่งออกตามหลักการเข้ามามีส่วนร่วม (Principle of Participation) ของรัฐ กล่าวคือ หลักเกณฑ์ที่ตัดสินว่ารัฐหนึ่งหรือสองรัฐหรือมากกว่านั้น ถูกกำหนดให้เข้าร่วมเพื่อที่จะทำให้เกิดผลทางกฎหมายโดยเฉพาะหรือไม่¹⁹

ในประเด็นนี้จึงอาจยกตัวอย่างของการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral acts of States) จากกฎหมายด้านการทูต (Diplomatic law) ซึ่งความสัมพันธ์ทางการทูตในทางระหว่างประเทศมีมาเป็นเวลาช้านานแล้ว จนกระทั่งกลายมาเป็นกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป (customary international law) และได้มีการประมวลหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูตไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ.1961 (The Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961 หรือที่เรียกว่า VCDR) โดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International law Commission) ซึ่งมีรัฐ

¹⁷ International Law Commission Reports, UN Doc. A/52/10, chapter IX unilateral acts of states, 49 session 1997, para. 200, p. 65.

¹⁸ George Schwarzenberger, A Manual of International Law, 6th edition (Milton : Professional Books Limited, 1976), p. 140.

¹⁹ Ales Weingerl, "Definition of Unilateral Acts of States", <www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Weingerl_961.pdf>, June 2009, pp. 3-4.

ต่างๆ เป็นภาคีจำนวนมาก โดยเฉพาะประเทศไทยเองก็เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าว และได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต พ.ศ. 2527 เพื่ออนุวัติการในการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญานี้ด้วย

กล่าวคือ หน้าที่ของตัวแทนทางการทูตจะสิ้นสุดลงเมื่อ รัฐผู้ส่ง (sending State) มีการบอกกล่าวหรือแจ้งไปยังรัฐผู้รับ (receiving State) ว่าหน้าที่ของตัวแทนทางการทูตดังกล่าวสิ้นสุดลง หรือในอีกกรณีหนึ่งรัฐผู้รับ (receiving State) อาจบอกกล่าวหรือแจ้งต่อรัฐผู้ส่ง (sending State) ว่ารัฐผู้รับ (receiving State) ปฏิเสธไม่ให้การยอมรับตัวแทนทางการทูตว่าเป็นสมาชิกของคณะผู้แทนทางการทูต ตามมาตรา 9 วรรค 2 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ.1961 กล่าวคือ รัฐผู้รับอาจประกาศว่าบุคคลที่รัฐผู้ส่งแต่งตั้งมานั้นเป็นบุคคลไม่พึงปรารถนาหรือเป็นบุคคลที่ไม่พึงยอมรับได้ (persona non grata) ก่อนที่บุคคลนั้นจะเดินทางมาถึงดินแดนของรัฐผู้รับก็ได้ และถ้าหากรัฐผู้ส่งไม่เรียกบุคคลที่รัฐผู้รับประกาศว่าเป็นบุคคลไม่พึงปรารถนาหรือไม่พึงยอมรับได้กลับหรือยกเลิกเพิกถอนการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลเช่นนั้นกับคณะผู้แทนเสียภายในเวลาอันสมควร รัฐผู้รับ (receiving State) ก็ชอบที่จะปฏิเสธที่จะยอมรับบุคคลเช่นนั้นว่าเป็นสมาชิกในคณะผู้แทนได้ ซึ่งจะทำให้บุคคลเช่นนั้นไม่อาจได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันใดๆ จากรัฐผู้รับได้²⁰

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าทั้งสองกรณีข้างต้นเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ กล่าวคือ ไม่ว่ารัฐผู้รับ (receiving State) หรือรัฐผู้ส่ง (sending State) ต่างก็มีความสามารถแต่เพียงฝ่ายเดียว และไม่มี ความจำเป็นใดๆ ในการบรรลุข้อตกลงต่อรัฐอื่นๆ เพื่อให้เกิดผลในทางกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะ กล่าวคือ การสิ้นสุดหน้าที่ของตัวแทนทางการทูตของบุคคลนั้นซึ่งจะทำให้บุคคลนั้นไม่อาจได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันใดๆ จากรัฐผู้รับได้²¹

²⁰ Article 9 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961

2. If the sending State refuses or fails within a reasonable period to carry out its obligations under paragraph 1 of this Article, the receiving State may refuse to recognize the person concerned as a member of the mission.

²¹ Article 43 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961

The functions of a diplomatic agent comes to an end, inter alia :

a. on notification by the sending State to the receiving State that the function of the diplomatic agent has come to an end

ในทางตรงกันข้าม การก่อตั้งความสัมพันธ์ทางการทูตระหว่างรัฐและทางคณะผู้แทนทางการทูต ตามมาตรา 4 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ.1961 ซึ่งตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูตแล้ว การที่รัฐสองรัฐหรือว่านั้นแต่งตั้งบุคคลเพื่อทำหน้าที่เป็นตัวแทนทางทูตไปประจำอีกรัฐหนึ่งนั้นเป็นเรื่องที่รัฐทั้งสองหรือรัฐเหล่านั้นตกลงยินยอมร่วมกัน โดยรัฐผู้ส่งจะแต่งตั้งตัวแทนทางทูตไปประจำยังรัฐผู้รับ โดยรัฐผู้รับต้องให้ความเห็นชอบต่อบุคคลที่รัฐผู้ส่งแต่งตั้งเป็นหัวหน้าคณะผู้แทน ทั้งนี้ หากรัฐผู้รับไม่เห็นชอบต่อการแต่งตั้งบุคคลผู้เป็นหัวหน้าคณะผู้แทนดังกล่าว รัฐผู้รับก็ไม่มีความผูกพันที่จะต้องให้เหตุผลแก่รัฐผู้ส่งในการปฏิเสธการให้ความเห็นชอบดังกล่าว²² ในกรณีนี้ รัฐไม่มีความสามารถแต่เพียงฝ่ายเดียว และต้องบรรลุผลในทางข้อตกลงกับรัฐอื่นโดยเฉพาะเพื่อนำมาซึ่งผลทางกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ การสร้างความสัมพันธ์ทางการทูต ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่ามีความเกี่ยวพันระหว่างรัฐที่ถูกกำหนดให้มีส่วนร่วมและผลทางกฎหมายที่เป็นการเฉพาะเจาะจง หรืออาจพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำสองฝ่ายในการที่จะได้รับผลทางกฎหมายที่เป็นการเฉพาะเจาะจง

ด้วยเหตุผลนี้ หลักการมีส่วนร่วม (Principle of participation) สามารถพิจารณาได้จากบทบาทของผลทางกฎหมาย ในทางกลับกัน บทบาทของผลทางกฎหมายก็เห็นได้จากหลักการมีส่วนร่วมเช่นกัน ยิ่งไปกว่านั้น อาจกล่าวได้ว่าหากหลักเกณฑ์มีความเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทางกฎหมายของรัฐอิสระใดๆ มากขึ้น ก็ยิ่งจะทำให้รัฐเหล่านั้นเข้ามามีส่วนร่วมในบางรูปแบบหรือแบบอื่นๆ มากขึ้น

b. on notification by the receiving State to the sending State that, in accordance with paragraph 2 of Article 9, it refuses to recognize the diplomatic agent as a member of the mission.

²² Article 4 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961

1. The sending State must make certain that the agrément of the receiving State has been given for the person it proposes to accredit as head of the mission to that State.

2. The receiving State is not obliged to give reasons to the sending State for a refusal of agreement.

บนพื้นฐานของหลักการมีส่วนร่วม (Principle of participation, permissible State conduct) การกระทำของรัฐที่สามารถจะกระทำได้ ได้รับการอธิบายว่าเป็นการดำเนินการทางกฎหมายระหว่างประเทศ (international legal transactions) ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็นการกระทำทางกฎหมายสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย (bilateral and multilateral legal transactions) อย่างหนึ่ง และการกระทำทางด้านกฎหมายฝ่ายเดียว (unilateral legal transactions) อีกอย่างหนึ่ง

ดังนั้น การกระทำทางกฎหมายสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย หรือข้อตกลงในทางระหว่างประเทศ (Bilateral (or multilateral) legal transactions, international agreements) ซึ่งสนธิสัญญาเป็นตัวอย่างที่เห็นเด่นชัดที่สุด เป็นการดำเนินการทางกฎหมาย ซึ่งจำเป็นต้องมีการแสดงออกที่ร่วมกันของการกระทำบางอย่างของรัฐสองรัฐ (หรือมากกว่า) เพื่อให้เกิดผลทางกฎหมายตามมาในทางกฎหมายระหว่างประเทศ

ส่วนการกระทำทางกฎหมายฝ่ายเดียวหรือการกระทำฝ่ายเดียว (Unilateral legal transactions or unilateral acts) เป็นการดำเนินการทางกฎหมาย ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีการแสดงออกที่ร่วมกันของการกระทำของรัฐสองรัฐ (หรือมากกว่า) เพื่อให้เกิดผลในทางกฎหมายระหว่างประเทศ สำหรับการกระทำที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายเหล่านี้ การกระทำของรัฐเพียงรัฐเดียวก็เพียงพอให้เกิดผลทางกฎหมายที่สมบูรณ์ได้ และไม่จำเป็นต้องมีการเข้าร่วมของรัฐอื่นๆ แต่อย่างใด²³ อย่างไรก็ตาม เป็นที่เข้าใจได้ว่า รัฐหลายๆ รัฐสามารถกระทำการแต่เพียงฝ่ายเดียวได้ เช่น การประกาศทำที่ร่วมกันหรือการโต้แย้งร่วมกัน อย่างไรก็ตาม การกระทำเหล่านี้ทำให้เกิดปัญหาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการรวมกลุ่มของรัฐที่จะกระทำการฝ่ายเดียว²⁴

ทั้งนี้ แนวความคิดของผลทางกฎหมาย (notion of legal effects) ควรได้รับการอธิบาย ซึ่งผลทางกฎหมายบ่งบอกถึงการก่อตั้ง (creation) การปรับเปลี่ยน (modification) การระงับ (suspension) การสิ้นสุด (termination) ของสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ยิ่งไป

²³ ดังนั้น การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ เช่น การรับรองรัฐหรือการรับรองรัฐบาลของรัฐอื่น การตัดความสัมพันธ์ทางการทูต การประกาศเขตต่อเนื่องหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศ ไทย ตลอดจนประกาศสงคราม จึงไม่อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เนื่องจากไม่ใช่การทำหนังสือสัญญาตามนัยมาตราดังกล่าว

²⁴ Ales Weingerl, "Definition of Unilateral Acts of State", *supra* note 19, June 2009, p. 4.

กว่านี้ การกระทำฝ่ายเดียวยังเกี่ยวข้องกับสถานการณ์ที่สามารถคัดค้านได้ (opposable situations) เช่น การรับรอง การโต้แย้ง และการยอมรับโดยการนิ่งเฉย เป็นต้น²⁵

การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐโดยการให้คำจำกัดความแบบง่ายอาจบ่งบอกถึงการดำเนินการทางกฎหมายที่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ในทางระหว่างประเทศนอกเหนือไปจากการตกลง (agreement) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การดำเนินการในทางระหว่างประเทศทั้งหลายของรัฐ นอกเหนือไปจากสนธิสัญญา (treaties) การปรึกษาหารือ (consultations) และการเจรจาต่อรอง (negotiations) ซึ่งเป็นการกระทำที่รัฐแสดงออกโดยฝ่ายเดียว แต่ทว่ามีผลต่อฐานะทางกฎหมายของรัฐอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในทางความสัมพันธ์กับรัฐผู้กระทำ²⁶

ดังนั้น คุณลักษณะโดยทั่วไปของการกระทำฝ่ายเดียวทั้งหลาย คือ การกระทำฝ่ายเดียวได้ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่อันเนื่องมาจากพฤติกรรมของรัฐใดรัฐหนึ่ง (conduct of one State) และพฤติกรรมของรัฐทำหน้าที่เป็นปัจจัยที่เกี่ยวข้องเท่านั้น (only relevant factor) กล่าวคือ เพียงพอที่จะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ ดังนั้น รัฐสามารถก่อตั้งสิทธิและหน้าที่ โดยพฤติกรรมของรัฐเอง (ที่จะกระทำหรือไม่กระทำ) เพียงลำพัง โดยไม่จำเป็นต้องมีการตกลงกับรัฐอื่นๆ อีก

2.1.4 อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐต้องอยู่ภายใต้ระเบียบกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ การกระทำฝ่ายเดียวอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ ความสมบูรณ์ของการกระทำฝ่ายเดียว การมีผลใช้บังคับของการกระทำฝ่ายเดียว และในกรณีอื่นๆ จึงต้องเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ทั้งนี้ ความสามารถของรัฐในการกระทำหรือไม่กระทำใดๆ ในปัญหาของการกระทำฝ่ายเดียว ไม่ว่าในกรณีใดๆ ควรตระหนักถึงหลักการอนุญาตให้รัฐกระทำได้ (Principle of

²⁵ สถานการณ์ที่คัดค้านได้ (Opposable situation) สำหรับรัฐอื่นเกิดขึ้นอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการให้การรับรองโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายในการกระทำที่เกิดข้อพิพาท หรือโดยวิธีการยอมรับโดยนิ่งเฉย ในทางตรงกันข้าม รัฐสามารถป้องกันสถานการณ์ที่คัดค้านได้ หากรัฐได้โต้แย้งต่อการกระทำหรือทางปฏิบัติของรัฐอื่นๆ

²⁶ Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts, Oppenheim's International Law Volume 1, 9th edition (Oxford: Oxford University Press, 2008), pp. 1187-1188.

Permissibility) ว่ารัฐนั้นมีสิทธิโดยเฉพาะที่จะกระทำได้อหรือไม่ หากมีรัฐนั้นมีสิทธิที่จะกระทำเช่นนั้นได้ ดังนี้ ถือเป็นการกระทำฝ่ายเดียว (Unilateral act) หากรัฐนั้นไม่มีสิทธิที่จะกระทำได้ การกระทำดังกล่าวจะต้องตกอยู่ในบริบทในเรื่องของความรับผิดชอบของรัฐ (State responsibility) ทั้งนี้ ไม่ว่าสิทธิในทางปัจเจกบุคคลของรัฐ (individual of State) จะเกิดขึ้นมาจากกฎหมายระหว่างประเทศที่อนุญาตอย่างชัดแจ้งให้รัฐสามารถกระทำการเช่นนั้นได้ ในขอบเขตที่เป็นการเฉพาะเจาะจง หรือจะมาจากหลักการที่ไม่ห้ามรัฐ (principle not prohibit) ให้กระทำการเช่นนั้นหรือเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐที่เป็นอิสระในทางกฎหมายระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม มีเหตุผลในการเน้นย้ำว่า ความสามารถของรัฐในการกระทำหรือไม่กระทำฝ่ายเดียว ในกรณีหรือสถานการณ์ที่ได้กำหนดขึ้นและผลทางกฎหมายที่ตามมาไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากความยินยอมของรัฐอื่นโดยเฉพาะนั้น สามารถเห็นได้จากตัวอย่างข้างต้นซึ่งได้นำมาจากหลักกฎหมายทางการทูต จากตัวอย่างดังกล่าวเห็นได้ชัดว่า ถึงแม้ว่ารัฐฝ่ายเดียวมีความสามารถเพียงพอและไม่จำเป็นต้องบรรลุข้อตกลงต่อรัฐอื่นใดเพื่อให้เกิดผลทางกฎหมายโดยเฉพาะเจาะจง ยังปรากฏถึงความมีอยู่ของความยินยอมโดยทางอ้อม (indirect consent) ของรัฐอื่นๆ ต่อความเป็นไปได้ในการให้สัตยาบันของ VCDR รวมทั้ง ยังอนุโลม Mutatis mutandis มาใช้ต่อกฎหมายจารีตประเพณีในทางระหว่างประเทศ ซึ่งความยินยอมโดยปริยาย (tacit consent) เกิดขึ้นมาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ดังนั้น แม้ว่าการกำหนดนิยามของการกระทำฝ่ายเดียวยังไม่เป็นที่ชัดเจนก็ตาม กล่าวคือไม่มีทั้งสนธิสัญญากำหนดความหมายของการกระทำฝ่ายเดียวในหลักเกณฑ์ทางกฎหมายทั่วไป และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศกำหนดไว้ก็ตาม ทั้งนี้ การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐมีลักษณะและขอบเขตที่หลากหลาย แต่อาจจะสรุปได้ว่า ในด้านหนึ่งการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐบางอย่างได้ถูกกำหนดโดยโครงสร้างและบนพื้นฐานของการอนุญาตภายใต้กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศอย่างชัดแจ้ง ทั้งจากกฎเกณฑ์ทางสนธิสัญญา (Treaty) หรือจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (International custom) เช่น การกระทำฝ่ายเดียวที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการของสนธิสัญญาหรือการกำหนดอาณาเขตทางทะเล เป็นต้น ซึ่งการกระทำฝ่ายเดียวดังกล่าวถูกจำกัดขอบเขตโดยกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นกรณีเฉพาะเจาะจง และจะต้องถูกนำมาประเมินในกระบวนการเหล่านั้น อย่างไรก็ตาม ในขณะอีกด้านหนึ่ง การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ ซึ่งรัฐในฐานะปัจเจกบุคคลระหว่างประเทศได้ก่อตั้งขึ้นในการปฏิบัติที่เป็นไปในทางอิสระในทางระดับระหว่างประเทศ ซึ่งแนวความคิดของการกระทำทางกฎหมาย (Concept of a juridical act) บ่งบอกถึงการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวอย่างชัดแจ้งที่จะผูกพันต่อรัฐ

ผู้กระทำการ (author State) อาทิเช่น การรับรอง การโต้แย้ง การสละสิทธิ หรือการให้คำมั่น เป็นต้น ยิ่งไปกว่านี้ พฤติกรรมฝ่ายเดียว (unilateral conduct) ของรัฐกรณีอื่นๆ ยังอาจก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่ตามมาในทางระหว่างประเทศได้ ซึ่งอาจถูกนับรวมว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวได้²⁷

2.2 การจำแนกประเภทของการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ

ตามที่กล่าวไปแล้วว่ามีทฤษฎีที่หลากหลายในแง่ของหัวข้อการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจำแนกประเภทของการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ (Classification of unilateral acts of States) ที่ไม่เพียงแต่มีเป็นจำนวนมากแล้วยังมีความหลากหลายบนพื้นฐานหลายๆ กรณีด้วยกัน ตัวอย่างเช่น ศาสตราจารย์ Rousseau ได้จำแนกระหว่างการกระทำโดยชัดแจ้ง (express acts) และการกระทำโดยปริยาย (tacit acts) ซึ่ง ศาสตราจารย์ Rousseau อธิบายว่าการกระทำโดยชัดแจ้ง (express acts) สามารถพิจารณาแบ่งออกเป็น 4 ประเภท ประกอบด้วย การกระทำที่ก่อตั้งเงื่อนไข เช่น การบอกกล่าว (notification) การกระทำซึ่งก่อตั้งพันธกรณี เช่น คำมั่น (promise) และการรับรอง (recognition) การกระทำที่ยืนยันถึงสิทธิ เช่น การคัดค้าน (protest) และการกระทำซึ่งได้ละทิ้งสิทธิที่มีอยู่ เช่น การสละสิทธิ (waiver) ส่วนการกระทำโดยปริยาย (tacit acts) ถูกอธิบายจากการนิ่งเฉย (silence) ซึ่งในบางกรณีมีค่าเท่ากันกับการยอมรับโดยปริยาย (tacit acquiescence)²⁸ นอกจากนี้ ยังมีนักกฎหมายระหว่างประเทศได้ทำการจำแนกประเภทของการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ โดยใช้หลักเกณฑ์ของผลทางกฎหมาย (criterion of effects) ซึ่งศาสตราจารย์ Dupuy ได้ให้ข้อสังเกตว่าการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐมีผลทางกฎหมายที่หลากหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผลทางกฎหมายของการกระทำเหล่านี้อาจพิจารณาจำแนกความแตกต่างออกเป็น การกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสามารถในการเป็นปรปักษ์ของสถานการณ์ในทางกฎหมาย (opposability of a legal situation) และการใช้สิทธิอธิปไตยหรือการสร้างข้อผูกมัดทางกฎหมาย (creation of legal commitment) เป็นต้น²⁹ ทั้งนี้ ในหัวข้อนี้จะขอแบ่งแยก

²⁷ International Law Commission Report, *supra* note 4, chapter IX unilateral acts of states, 58 session 2006, para. 174, p. 367.

²⁸ Charles Rousseau, Droit international public, vol. I: Introduction et sources, (Paris: Siney, 1970), p. 421.

²⁹ Jean-Marie Dupuy, Droit International public, (Paris: Dalloz, 1995), p. 267.

ประเภทของการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐในทางระหว่างประเทศออกเป็นในแง่วิธีการซึ่งเป็นเครื่องมือในการกระทำฝ่ายเดียว (Unilateral act as an Instrument) และการจำแนกในแง่ของเนื้อหาสาระและผลทางกฎหมาย (Unilateral act from the standpoint of its Content and Effect)³⁰ ดังต่อไปนี้

2.2.1 การจำแนกในแง่ของวิธีการ

ในการพิจารณาการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐอาจจะมุ่งความสนใจไปยังมุมมองที่แตกต่างกันได้ และสามารถจำแนกลักษณะของการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐได้หลายวิธีการด้วยกัน ทั้งนี้ ในกรณีของการกระทำฝ่ายเดียวที่กระทำเป็นลายลักษณ์อักษร (written acts) อาจจะศึกษาในแง่ที่เป็นวิธีการ โดยไม่ต้องตรวจสอบถึงเนื้อหาหรือผลในทางกฎหมายเหล่านั้น ซึ่งการจำแนกในแง่นี้อาจพิจารณาได้ 2 ประเภท กล่าวคือ คำประกาศ (declaration) และการแจ้ง (notification) ซึ่งในแต่ละประเภทอาจมีความหลากหลายในทางเนื้อหาหรือไม่มีเนื้อหาที่เฉพาะเจาะจงอันเกี่ยวข้องกับคำประกาศหรือการแจ้ง ยิ่งไปกว่านั้น ไม่มีผลทางกฎหมายอย่างเฉพาะเจาะจงที่เกี่ยวข้องกับคำประกาศ กล่าวคือ ผลทางกฎหมายของคำประกาศได้ขึ้นอยู่กับเนื้อหาและเจตนาของผู้มีอำนาจของรัฐ เช่นเดียวกันนี้ การแจ้งไม่ว่าจะเป็นการแจ้งที่มีลักษณะเฉพาะหรือไม่ก็ตาม ผลที่ตามมาภายหลังทำให้รัฐต่างๆ ต้องให้ความสนใจต่อสิ่งที่ได้รับการแจ้ง ยกเว้นว่ามีข้อเท็จจริงบางอย่างได้กำหนดว่าการแจ้งจะต้องเกิดขึ้นเสมอ

2.2.1.1 การประกาศ

รัฐสามารถทำคำประกาศ (Declaration) เพียงฝ่ายเดียวโดยกำหนดเนื้อหาประการใดๆ ก็ได้ โดยที่คำประกาศฝ่ายเดียวไม่จำเป็นต้องถูกจำกัดตัวเองที่ต้องกล่าวถึงบางสิ่งในเรื่องที่มีอยู่แล้ว แต่ว่าการประกาศยังสามารถกำหนดสิ่งใหม่ๆ ได้ ทั้งนี้ โดยปกติแล้วคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐได้ถูกก่อตั้งในรูปแบบของลายลักษณ์อักษร (written form) แต่ก็ไม่เป็นอุปสรรคใดๆ ที่คำประกาศจะสามารถกระทำโดยวาจาได้ (oral form) ซึ่งจะมีผลทางกฎหมายเท่ากับการบันทึกด้วยลายลักษณ์อักษร ตัวอย่างเช่น คำประกาศของนายอีเลน (Ihlen declaration) ซึ่งหากคำประกาศ

³⁰ Krzysztof Skubiszewski, *Unilateral Acts of States*, in Mohammed Bedjaoui (ed), *International Law: Achievements and Prospects*, (Paris: Martinus Nijhoff Publishers, 1991), pp. 223-229.

กระทำขึ้นในทางวาจา คำประกาศมักจะถูกบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร นอกจากนี้ คำประกาศอาจจะมีผลเกี่ยวเนื่องต่อรัฐทุกรัฐหรือรัฐผู้รับคำประกาศรัฐเดียวหรือหลายรัฐโดยเฉพาะเจาะจงก็ได้

ในคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ (Nuclear Test Case) ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาสถานะทางกฎหมายของคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐ ถึงแม้ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยตัดสินมาก่อนแล้ว ซึ่งให้การยอมรับถึงการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐบางอย่างว่ามีผลผูกพัน ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติของรัฐ (States Practice) ได้มีการพิจารณาตัวอย่างที่หลากหลายของคำประกาศฝ่ายเดียวซึ่งเกี่ยวข้องในทางกฎหมาย (legally relevant) ซึ่งอาจนำทางปฏิบัติของรัฐมาพิจารณาโดยย่อได้ ดังต่อไปนี้

ในปี ค.ศ.1919 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของนอร์เวย์ในการตอบต่อเอกอัครราชทูตเดนมาร์กในกรุง Christiania ซึ่งนายเยียเลนได้แถลงการณ์เกี่ยวเนื่องกับปัญหาอำนาจอธิปไตยของเดนมาร์กที่มีต่อกรีนแลนด์ทั้งหมด ซึ่งในภายหลังคำแถลงการณ์ดังกล่าวได้เป็นที่รู้จักในนามของ "Ihlen Declaration" ตามบันทึกการประชุมของนายเยียเลนเองได้ประกาศว่า "รัฐบาลนอร์เวย์จะไม่ทำให้เกิดปัญหาใดๆ ในการยุติต่อปัญหานี้" หากพิจารณาการโต้ตอบดังกล่าวในคดี "Legal status of Eastern Greenland" ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยว่า "ศาลพิจารณาว่าเหนือบรรดาข้อพิพาททั้งหมดที่มีคำตอบในลักษณะนี้โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ตอบในนามของรัฐบาลของตนต่อคำร้องขอของผู้แทนทางการทูตของรัฐมหาอำนาจต่างประเทศ ในเรื่องของประเด็นที่อยู่ภายใต้ขอบเขตอำนาจของตน คำตอบดังกล่าวผูกพันประเทศของรัฐมนตรีนั้น" และศาลได้สรุปต่อไปอีกว่า "ผลของข้อผูกมัดจากคำแถลงการณ์การของนายเยียเลน เมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม ค.ศ.1919 นอร์เวย์ตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องละเว้นจากการโต้แย้งอำนาจอธิปไตยของเดนมาร์กที่มีต่อกรีนแลนด์ทั้งหมด และยิ่งไปกว่านั้นจะต้องหลีกเลี่ยงจากการเข้าครอบครองส่วนหนึ่งส่วนใดของกรีนแลนด์"³¹

ประเทศแอลเบเนีย เอสโตเนีย ลัตเวีย และลิทัวเนียได้ทำคำประกาศในเรื่องของการปกป้องคุ้มครองเชื้อชาติ ศาสนา และชนกลุ่มน้อย (Declarations on minorities) ที่อาศัยอยู่ในพื้นที่ของประเทศเหล่านั้น ก่อนหน้าที่จะได้รับการยอมรับเข้าเป็นสมาชิกในองค์การสันนิบาตชาติ (League of Nations) ถึงแม้ว่าในสงครามโลกครั้งที่สองจะมีการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อชนกลุ่ม

³¹ Legal status of Eastern Greenland Case (Denmark v. Norway), Permanent Court of International Justice Reports, Judgment of 5 April 1933, Ser. A/B., No.53, 1933.

น้อยในประเทศต่างๆ อย่างมากก็ตาม

ทั้งนี้ การประชุมสมัชชาครั้งแรกขององค์การสันนิบาตชาติ (League of Nations) ในวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ.1920 มีคำแนะนำ ดังต่อไปนี้

“ในกรณีประเทศอัลเบเนีย (Albania) รัฐแถบทะเลบอลติก (Baltic States) และรัฐคอเคเซียนต่างๆ (Caucasian States) จะได้รับการยอมรับให้เข้าเป็นสมาชิกในองค์การสันนิบาตชาติทางสมัชชาได้เรียกร้องให้ประเทศเหล่านี้ควรมีมาตรการสำคัญที่จะบังคับใช้หลักการของสนธิสัญญาชนกลุ่มน้อย และประเทศเหล่านี้ควรที่จะเตรียมการกับคณะมนตรีในรายละเอียดเพื่อกำหนดวัตถุประสงค์นี้ให้เกิดผลบังคับ”³²

เพื่อให้เป็นไปตามคำแนะนำดังกล่าว ประเทศแอลเบเนียได้ทำคำประกาศในปี ค.ศ.1921 ลิทัวเนียในปี ค.ศ.1922 ลัตเวียและเอสโตเนียในปี ค.ศ.1923 รวมทั้งอิรักในปี ค.ศ.1932

ทั้งนี้ ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นแนะนำ (Advisory opinion) เมื่อวันที่ 6 เมษายน ค.ศ.1935 ในคดีโรงเรียนชนกลุ่มน้อยในแอลเบเนีย ซึ่งตีความข้อกำหนดของคำประกาศแอลเบเนียในปี ค.ศ.1921 ว่าไม่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับพันธกรณีในคำประกาศของแอลเบเนีย ดังนั้น ศาลจึงสรุปว่าคำประกาศในวันที่ 2 ตุลาคม ค.ศ.1921 เป็นประเภทของการกระทำในทางระหว่างประเทศที่มีอยู่มากมายที่กำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองชนกลุ่มน้อย³³

ศาลฯ ได้กล่าวเพิ่มเติมเกี่ยวกับคำประกาศนี้ว่ามีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับกรณีพันธกรณีในสนธิสัญญาชนกลุ่มน้อย ถึงแม้ว่าย่อหน้าที่ 1 ของมาตรา 5 ของคำประกาศจะถูกตีความในแง่ของหลักทั่วไปของสนธิสัญญาเพื่อคุ้มครองชนกลุ่มน้อยก็ตาม³⁴ ส่วนย่อหน้าที่อื่นๆ ของความเห็นแนะนำของศาล ศาลฯ ได้เน้นย้ำข้อเท็จจริงที่ว่า “สิ่งที่คณะมนตรีขององค์การสันนิบาตชาติได้เรียกร้องให้แอลเบเนียให้การยอมรับและสิ่งที่แอลเบเนียให้การยอมรับ คือกฎเกณฑ์ของการคุ้มครองชนกลุ่มน้อยเพื่อให้เกิดเป็นรูปธรรมเช่นเดียวกับที่ได้เคยตกลงกับรัฐอื่นๆ แล้ว”³⁵

ดังนั้น เราจึงอาจสรุปได้ว่ามีช่องว่างสำหรับการตีความความสัมพันธ์ดังกล่าวว่าเป็นข้อตกลงที่ทำกับองค์การสันนิบาตชาติ อย่างไรก็ตาม ศาลไม่ได้วินิจฉัยว่าคำประกาศแอลเบเนียเป็นข้อตกลงที่ทำกับองค์การสันนิบาตชาติ แต่ศาลเพียงแต่กล่าวว่าคำประกาศของแอลเบเนียได้

³² Permanent Court of International Justice Reports, Series A/B., No.64, p. 7.

³³ *Ibid.*, p. 15.

³⁴ *Ibid.*, p. 17.

³⁵ *Ibid.*, p. 16.

ก่อให้เกิดพันธกรณีทางกฎหมายแก่แอลเบเนียที่จะปฏิบัติตาม จึงไม่มีเหตุผลใดที่จะปฏิเสธผลทางกฎหมายในทันทีของคำประกาศฝ่ายเดียวของแอลเบเนียในกรณีนี้

ในช่วงหลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง ในระหว่างที่ยังไม่มีสนธิสัญญาสันติภาพกับประเทศเยอรมัน ประเทศคู่สงครามเดิมของเยอรมันได้ทำการประกาศยุติภาวะทางสงครามโดยการทำคำประกาศฝ่ายเดียวโดยลำพัง ซึ่งรัฐดังกล่าวได้ประกาศออกมาในระหว่างปี ค.ศ.1951 ถึง ค.ศ.1955 ซึ่งวิธีการเหล่านี้ได้ทำให้ภาวะทางสงครามยุติลง จากกรณีดังกล่าวอาจพิจารณาได้ว่าไม่ต้องคำนึงถึงความสามารถของเยอรมันแต่อย่างใดในการดำรงไว้ซึ่งสภาวะทางสงครามเช่นนั้น ดังนั้น สภาวะทางสงครามจึงสามารถยุติลงได้เพียงฝ่ายเดียว

เช่นเดียวกันนี้ เมื่อวันที่ 24 เมษายน ค.ศ.1957 ประเทศอียิปต์ได้ทำคำประกาศในเรื่องกระบวนการและการจัดการของคลองสุเอซ โดยในอารัมภบทและย่อหน้าที่ 10 รัฐบาลอียิปต์ชี้แจงให้เห็นว่า คำประกาศที่ทำขึ้นนี้ (declaration) ได้เป็นไปตามสนธิสัญญาแห่งกรุงคอนสแตนติโนเปิลในปี ค.ศ.1888 ในส่วนของคำประกาศอื่นๆ ทางรัฐบาลอียิปต์ได้อธิบายว่า “คำประกาศได้ทำขึ้นเพื่อให้บรรลุผลซึ่งพันธกรณีที่เกิดขึ้นภายใต้สนธิสัญญาแห่งกรุงคอนสแตนติโนเปิล” โดยที่เนื้อหาของคำประกาศดังกล่าวไม่สอดคล้องทั้งต่อสนธิสัญญาแห่งกรุงคอนสแตนติโนเปิลและทั้งต่อคำอธิบายที่ปรากฏอยู่ในคำประกาศว่าเป็น “ตราสารในทางระหว่างประเทศ” (international instrument) ดังนั้น จึงอาจพิจารณาเนื้อหาของคำประกาศว่ามีลักษณะเป็นฝ่ายเดียวได้ เช่นเดียวกันนี้ เป็นความจริงที่ว่า การนำคำประกาศดังกล่าวไปจดทะเบียนต่อเลขาธิการองค์การสหประชาชาติและได้มีการตีพิมพ์เผยแพร่ใน UN Treaty Series³⁶ ซึ่งกระบวนการดังกล่าวไม่ได้ส่งผลให้คำประกาศกลายเป็นสนธิสัญญาแต่ประการใด

ในคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยว่าวัตถุประสงค์ของผู้ร้อง (ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์) ได้บรรลุผลอันเนื่องมาจากการรับรองของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งข้อผูกมัดได้ถูกแสดงออกโดยคำประกาศฝ่ายเดียวหรือคำแถลงการณ์ฝ่ายเดียวว่าประเทศฝรั่งเศสจะไม่ทำการทดลองนิวเคลียร์ในชั้นบรรยากาศ โดยศาลได้พิพากษาว่าคำร้องของผู้ร้องไม่มีวัตถุประสงค์อีกต่อไป ดังนั้น ศาลจึงไม่ต้องตัดสินอีก คำพิพากษาของศาลดังกล่าวได้รับการวิจารณ์เป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาดังกล่าวในประเด็นคำประกาศฝ่ายเดียวได้ทำให้

³⁶ United Nations Treaty Series, No. 3821 vol. 265, p. 299.

เข้าใจประเด็นกฎหมายในเรื่องนี้³⁷

กฎเกณฑ์แห่งประเพณีหรือสนธิสัญญาบางประเภทได้กำหนดหน้าที่ให้แก่อำนาจรัฐในการทำคำประกาศฝ่ายเดียว ในสถานการณ์ที่แน่นอนหรือพฤติกรรมแวดล้อมใดๆ ดังนั้น รูปแบบประการหนึ่งสำหรับการเริ่มต้นของการกระทำที่เป็นข้อขัดแย้ง ซึ่งสนธิสัญญากรุงเฮกฉบับที่ III ในปี ค.ศ. 1907 ได้กำหนดว่า “การประกาศสงครามต้องให้เหตุผล” ซึ่งข้อกล่าวหาอาชญากรรมสงครามเยอรมันต่ออนุญาโตตุลาการด้านการทหารระหว่างประเทศที่กรุงนูเรมเบิร์กได้ตัดสินถึงการละเมิดของเยอรมันต่อสนธิสัญญาฉบับดังกล่าวในหลายประเด็นด้วยกัน และคำพิพากษาของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวก็ได้ให้การยอมรับถึงการละเมิดดังกล่าวไว้ ซึ่งในปัจจุบันนี้ สนธิสัญญากรุงเฮกฉบับที่ III ยังได้ถูกนำมาใช้ต่อการห้ามใช้กองกำลังทางการทหาร

นอกจากนี้ ภายใต้ธรรมเนียมทางกฎหมายภาคสงครามและการไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด คำประกาศ (declarations) ถือเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งสำหรับการกำหนดความสมบูรณ์ของการปิดกั้นทางการเดินเรือ (naval blockade) ในทางตรงกันข้าม คำประกาศที่จะไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใดไม่ได้ถูกกำหนดโดยกฎหมาย ถึงแม้ว่าในอดีตที่ผ่านมา ประเทศที่เป็นกลางหรือไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใดมักที่จะทำคำประกาศเพื่อให้เกิดผลบังคับก็ตาม

ยิ่งไปกว่านั้น อาจจะเพิ่มเติมได้ว่าคำประกาศที่ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 36 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยที่คำประกาศดังกล่าวรัฐได้ให้การยอมรับเขตอำนาจศาล “ว่าเป็นการบังคับและปราศจากข้อดทกใด ๆ เป็นพิเศษ” ในข้อพิพาททางกฎหมาย อย่างไรก็ตาม คำประกาศดังกล่าวจะมีผลผูกพันก็ต่อเมื่อ “รัฐอื่นๆ ให้การยอมรับพันธกรณีเช่นเดียวกัน” ดังนั้น คำประกาศดังกล่าวโดยตัวเองจะไม่มีผลบังคับ คำประกาศจะนำมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อสอดคล้องกับคำประกาศอื่นๆ ในลักษณะเดียวกัน ทั้งนี้ แม้ว่าคำประกาศภายใต้มาตรา 36 จะมีรูปแบบของการกระทำฝ่ายเดียว แต่ก็เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการซึ่งอาจจะพิจารณาว่าเป็นการกระทำสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายได้³⁸

ในท้ายที่สุดแล้ว คำประกาศในฐานะวิธีการฝ่ายเดียวต่างๆ (Unilateral Instruments) ไม่ควรที่จะนำมาพิจารณาสืบสนกับข้อตกลงของรัฐ (State agreements) หรือข้อมติขององค์การ

³⁷ Nuclear Test Case (New Zealand v. France), International Court of Justice Reports, Judgment of 20 December 1974 and see Nuclear Test Case (Australia v. France), International Court of Justice Reports, Judgment of 20 December 1974.

³⁸ First report on unilateral acts of States, *supra* note 8, para. 116, p. 21.

ระหว่างประเทศ (Resolution of international organization) ที่อ้างอิงถึงชื่อของคำประกาศ (Declarations) เช่นนั้น ถึงแม้ว่าในบางกรณีอาจจะมีข้อถกเถียงได้ว่าคำประกาศของรัฐหนึ่งได้ก่อให้เกิดข้อผูกพันของรัฐฝ่ายเดียวหรือว่าเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการทำสนธิสัญญาหรือไม่ ซึ่งประเด็นดังกล่าวได้ถูกหยิบยกขึ้นในคดีคำประกาศของนายเอียเลน หรือในกรณีของคำประกาศเรื่องการจัดการคลองสุเอซ เป็นต้น

2.2.1.2 การแจ้ง

การแจ้ง (Notification) หมายถึง การกระทำที่รัฐหนึ่งได้บอกกล่าวอย่างเป็นทางการต่อรัฐอื่นรัฐหนึ่งหรือรัฐต่างๆหลายรัฐ หรือต่อองค์การระหว่างประเทศ ในเรื่องข้อเท็จจริง สถานการณ์ การกระทำ หรือวิธีการ ทั้งนี้ เป้าหมายหรือจุดประสงค์ของการแจ้งก็คือเพื่อให้ผู้รับการแจ้งได้รับรู้ และตระหนักเข้าใจถึงเนื้อหาของการแจ้งดังกล่าว เมื่อผู้รับการแจ้ง (addressee) ได้รับการแจ้งแล้ว ผู้รับการแจ้งไม่สามารถที่จะเพิกเฉยหรือละเลยต่อสิ่งที่ได้รับจากการแจ้งไปแล้วได้ ยิ่งไปกว่านี้ ผลทางกฎหมายที่แน่ชัดของการแจ้งในกรณีใดๆ กล่าวคือ ไม่สามารถที่จะตัดสิทธิผู้รับการแจ้ง (ถ้าหากเขามีสิทธิ) ที่จะไม่ให้การยอมรับข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ที่มีการแจ้งไปแล้วได้ หากผู้รับการแจ้งปฏิเสธไม่ให้การยอมรับในเรื่องดังกล่าวแล้ว รัฐผู้แจ้งไม่สามารถจะได้รับผลทางกฎหมายที่ตามมาจากการแจ้งของตนได้

ประเทศออสเตรียได้แจ้งต่อรัฐทุกรัฐที่ตนมีความสัมพันธ์ทางการทูตด้วย โดยได้แจ้งในเรื่องความไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใดอย่างถาวรตามที่ปรากฏในกฎหมายรัฐธรรมนูญของตนเมื่อวันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ.1955 ซึ่งขณะที่รัฐต่างๆ ได้รับการแจ้งดังกล่าวแล้ว บางรัฐได้ให้การยอมรับโดยชัดแจ้ง (expressly) ถึงสถานะใหม่ของออสเตรียว่าเป็นประเทศไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใดอย่างถาวร ส่วนรัฐอื่นๆ เมื่อยอมรับกฎหมายดังกล่าวแล้วต้องถือว่าเป็นการยอมรับสถานะดังกล่าวโดยปริยาย (implicitly)

ในสนธิสัญญาบางฉบับหรือกฎหมายโดยทั่วไปได้กำหนดหน้าที่ในการแจ้งไว้ กล่าวคือ การประกาศสงครามจะต้องมีการแจ้งไปยังรัฐที่เป็นกลาง และจะไม่มีผลจนกว่ารัฐดังกล่าวจะได้รับการแจ้ง เว้นแต่ รัฐที่เป็นกลางเหล่านั้นจะรับรู้ถึงการเกิดขึ้นของสงครามอันเป็นไปตามสนธิสัญญากรุงเฮกฉบับที่ III ยิ่งไปกว่านี้ การประกาศในเรื่องการห้ามเดินเรือผ่าน (naval blockade) กฎหมายประเพณียังได้กำหนดความจำเป็นที่จะต้องมีการแจ้งต่อรัฐที่เป็นกลาง ซึ่ง

เป็นเงื่อนไขประการหนึ่งของความสมบูรณ์จากการกระทำดังกล่าว³⁹ นอกจากนี้ ในอดีตยังพบว่า มีตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงหน้าที่ในการแจ้งซึ่งปรากฏอยู่ใน General Act of Berlin Conference 1885 (ซึ่งในปัจจุบันไม่มีผลบังคับใช้แล้ว) ตามมาตรา 34 ได้บัญญัติว่ารัฐภาคีต่างๆ มีหน้าที่จะต้องแจ้งไปยังรัฐภาคีอื่น ในเรื่องการเข้าครอบครองดินแดนชายฝั่งแอฟริกาในภายภาคหน้าว่า เป็นการกระทำที่สมควรในดินแดนนั้น

ในตัวอย่างอื่นๆ ถึงแม้ว่าการแจ้งจะไม่ถือว่าเป็นหน้าที่ก็ตามแต่ก็ยังเป็นสิ่งที่จำเป็น เพื่อที่จะทำให้การกระทำดังกล่าวมีผลใช้บังคับ ดังนั้น กฎหมายสนธิสัญญาได้กำหนดให้การกระทำทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับความยินยอมของรัฐที่จะผูกพันโดยสนธิสัญญา (consent to be bound by a treaty) ต้องมีการแจ้งต่อไปยังรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง หรือรัฐภาคีอื่น หรือต่อบุคคลผู้มีหน้าที่ดูแลรักษาสนธิสัญญา (depository) จึงจะก่อให้เกิดผลบังคับทางกฎหมายตามมาได้ ตัวอย่างเช่น การให้สัตยาบัน การยอมรับ การตั้งข้อสงวน การสละสิทธิ การยับยั้ง เป็นต้น

2.2.2 การจำแนกในแง่ของเนื้อหาและผลทางกฎหมาย

การพิจารณาจำแนกในแง่เนื้อหาและผลทางกฎหมายของการกระทำแต่ฝ่ายเดียว อาจแบ่งได้เป็น การรับรอง (Recognition) การคัดค้าน (Protest) คำมั่น (Promise) และการสละสิทธิ (Waiver) โดยการกำหนดชื่อและรูปแบบในแง่ของวิธีการทางฝ่ายเดียวซึ่งได้อธิบายไปแล้วตามหัวข้อ 2.2.1 นั้นไม่มีความสำคัญแต่อย่างใด การกระทำฝ่ายเดียวทั้งหมดนี้สามารถเป็นคำประกาศ (declaration) คำแถลงการณ์ (statement) การแจ้ง (notification) หรือกรณีอื่นๆ ยิ่งไปกว่านั้น เนื้อหาสาระที่เฉพาะเจาะจงและผลทางกฎหมายนั้นอาจเกิดขึ้นได้เพียงจากการกระทำโดยปริยาย (implicit) ซึ่งปราศจากวิธีการอื่นใด ตัวอย่างเช่น การรับรอง (recognition) เป็นต้น

2.2.2.1 การรับรอง

การรับรอง (Recognition) หมายถึง การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐที่ยอมรับถึงการมีอยู่ของข้อเท็จจริงและการกระทำทางกฎหมายที่แน่นอน ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิ พันธกรณี หรือผลประโยชน์ในทางการเมืองของรัฐได้ ซึ่งรัฐอาจรับรองโดยชัดแจ้ง (explicitly) หรือโดยปริยาย (implicitly) ว่าข้อเท็จจริงเหล่านี้เป็นปัจจัยในการกำหนดความสัมพันธ์ในทางกฎหมายที่จะถูก

³⁹ Antonio Cassese, *International Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 150.

ก่อตั้งขึ้นในภายภาคหน้าและในแนวทางที่กำหนดขึ้นโดยการกระทำอย่างเดียวกัน ซึ่งตามความเป็นจริงแล้ว การรับรองคือ การยอมรับของรัฐในเรื่องที่เกิดขึ้นใหม่ที่อาจจะมีผลทางกฎหมายตามมา⁴⁰ยิ่งไปกว่านั้น การนิ่งเฉย (silence acquiescence) อาจถูกพิจารณาว่าเป็นการรับรองโดยปริยายได้

การรับรองยังอาจพิจารณาได้ว่าเป็นเครื่องมือทั่วไปในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้สถานการณ์หรือการดำเนินการสามารถคัดค้าน (opposable) ต่อองค์ภาวะผู้ให้การรับรองได้ (recognizing entity)⁴¹ ทั้งนี้ การรับรองยังสามารถแสดงออกได้หลายวิธีการด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นการประกาศอย่างเป็นทางการหรือการแจ้งอย่างเป็นทางการเป็นลายลักษณ์อักษร หรือการรับรองโดยแสดงออกหรือบ่งบอกเป็นนัยจากการกระทำอื่นๆ หรือแม้กระทั่งการรับรองโดยการนิ่งเฉยหรือการรับรองโดยปริยายก็ได้ ตัวอย่างเช่น รัฐรับรองกองกำลังทางทหาร (armed group) ว่าเป็นฝ่ายในสงครามหรือคู่สงคราม (belligerent) ในสถานการณ์ที่ขัดแย้งโดยใช้วิธีการนิ่งเฉยได้⁴²

การรับรองที่เป็นนัย (Implied recognition) อาจมาจากการนิ่งเฉย (silence) หรือพฤติกรรม (conduct) ที่รัฐหนึ่งมีต่ออีกรัฐหนึ่ง อย่างไรก็ตาม การรับรองที่เป็นนัยต้องไม่มีความคลุมเครือและต้องบ่งบอกอย่างชัดเจนว่ารัฐที่ให้การรับรองมีเจตนาที่จะทำเช่นนั้นอย่างชัดแจ้งและไม่สามารถที่จะหลีกเลี่ยงจากการกระทำดังกล่าวได้ ตามที่ ท่าน Lauterpacht ได้เคยให้ความเห็นว่า ในกรณีการรับรองรัฐเพียงแค่การทำสนธิสัญญาทวิภาคีกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างสองรัฐอย่างสมบูรณ์ การริเริ่มในทางปกติของความสัมพันธ์ทางการทูตและการออกหนังสือรับรองทางกงสุล (consular exequaturs) อาจแสดงให้เห็นเป็นการรับรองโดยตีความหมายโดยปริยายได้⁴³ อย่างไรก็ตาม ในท้ายที่สุดแล้ว การกระทำของรัฐจะถือว่าเป็นการรับรองรัฐหรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับเจตนาของรัฐเองว่าจะให้การรับรองรัฐอื่นหรือไม่ เพราะถึงแม้รัฐจะมีความสัมพันธ์กันในด้านใด

⁴⁰ Jose Maria Ruda, Recognition of States and Governments, in Mohammed Bedjaoui(ed), *supra note 30*, p. 449 and see Nguyen Quoc Dinh, *supra note 1*, p. 331.

⁴¹ George Schwarzenberger, *International Law*, Volume 1, 3rd edition (London: Stevens & Sons Limited, 1957), p. 549.

⁴² Third report on unilateral acts of States, *supra note 13*, para. 130 p. 18.

⁴³ Alina Kaczorowska, *Public International Law*, (London: Old Bailey Press, 2002), p. 72.

ด้านหนึ่งก็ตาม แต่รัฐอาจแสดงเจตนาไว้ว่า ความสัมพันธ์ดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการรับรองโดยปริยายก็ย่อมทำได้⁴⁴

นักกฎหมายระหว่างประเทศส่วนใหญ่ได้พิจารณาการรับรอง ในแง่ของการรับรองรัฐใหม่ รัฐบาลใหม่ หรือการรับรองคู่สงครามในกฎหมายขัดกัน ซึ่งการรับรองหรือการปฏิเสธการรับรองขององค์ภาวะ (entity) ต่างๆ เหล่านี้ได้รับแรงบันดาลใจจากเหตุผลในทางการเมืองอย่างแรงกล้า อย่างไรก็ตาม การกระทำเหล่านั้นได้ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่สำคัญตามมาภายหลัง ดังนั้น ในบางครั้งการรับรองจึงเป็นมากกว่าการกระทำทางการเมืองอย่างแท้จริง⁴⁵

นอกจากนี้ เช่นเดียวกับการกระทำฝ่ายเดียวอื่นๆ การรับรองคือการกระทำที่องค์กรแสดงออกแทนรัฐในทางความสัมพันธ์ภายนอก ประเด็นที่เห็นได้ชัดนี้ หากไม่ใช่ข้อเท็จจริงในเรื่องการรับรอง (recognition) ที่มีผลทางกฎหมายระหว่างประเทศ ก็จะไม่จำเป็นที่จะต้องแยกการรับรอง (recognition) ออกจากเรื่องการรับรู้ (cognizance) ซึ่งถือว่าการรับรู้เป็นการกระทำขององค์กรภายในรัฐอื่น เช่น ศาลภายใน (municipal court) ที่ได้ให้ความสำคัญต่อสถานการณ์ที่เรียกร้องให้มีการรับรองและได้ยอมรับผลที่ตามมาภายใต้ขอบเขตความสามารถขององค์กรภายในดังกล่าว อย่างไรก็ตาม สิ่งที่ศาลหรือองค์กรปกครองภายในนั้นมีอยู่แล้วสำหรับสถานการณ์ที่เรียกร้องให้มีการรับรอง (หรือการไม่รับรอง) นั้นไม่ได้ผูกพันฝ่ายบริหารและไม่ได้ก่อตั้งหรือก่อให้เกิดการรับรองในแง่ของกฎหมายระหว่างประเทศ⁴⁶

⁴⁴ Akehurst, A Modern Introduction to International Law, 4th edition (London: George Allen & Unwin, 1984), p. 66 อ้างใน จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 201.

⁴⁵ Nkambo Mugerwa, Subjects of International law, in Max Sorensen, Manual of Public International Law, (London: Macmillan, 1968), p. 267 ; V. Duculeso ยอมรับว่าการรับรองหากไม่คำนึงถึงกรณีของการรับรองที่ยังเป็นปัญหาแล้ว คือการกระทำทางการเมืองโดยลักษณะทางเนื้อหาของการรับรอง แต่ก็ไม่สามารถอ้างได้ว่าเป็นการกระทำทางการเมืองเพียงเท่านั้น (exclusively political acts) เนื่องจากการรับรองก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่ตามมา Quoted in Seven report on unilateral acts of States, UN Doc. A/CN.4/542, para. 40, p. 22 .

⁴⁶ Krzysztof Skubiszewski, Unilateral Acts of States, in Mohammed Bedjaoui(ed), *supra note 30*, p. 227 ; ท่านอิริค ชูย กล่าวว่า การรับรอง (Recognition) มีอยู่ 2 ขั้นตอนด้วยกัน

การรับรองได้ถูกยอมรับว่าอยู่ภายใต้การปกครองของระบบกฎหมายทั่วไปของการกระทำฝ่ายเดียว และยิ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุดในการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ ซึ่งการรับรองได้ถูกนำมาใช้และพิจารณาในแทบจะทุกสาขาของกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ การรับรองรัฐใหม่ การรับรองรัฐบาลใหม่ การรับรองการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลที่ไม่เป็นไปตามกรอบของรัฐธรรมนูญ การรับรองคู่สงคราม การรับรองรัฐบาลพลัดถิ่น การรับรองสถานะของกลุ่มกบฏ การรับรองการเปลี่ยนแปลงเขตแดนที่ไม่มีการทำสนธิสัญญาแบบปกติ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการสนับสนุนด้านวิชาการทางกฎหมายเป็นอย่างมากต่อการรับรอง ก็มีข้อเท็จจริงปรากฏอยู่ตามที่ Ruda ได้ชี้แจงว่า การรับรองเป็นหนึ่งในหัวข้อที่ยากที่สุดที่จะกำหนดในกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจาก การรับรองนั้นถูกควบคุมโดยกฎเกณฑ์ทางประเพณีที่ยังไม่ชัดเจน รวมทั้งความเห็นทางกฎหมายก็ยังมี การแบ่งแยกกันในประเด็นพื้นฐานที่สำคัญทั้งหลายด้วย⁴⁷

2.2.2.2 การโต้แย้ง

การโต้แย้ง (Protest) หมายถึง การกระทำซึ่งรัฐได้แสดงออกในทางที่เป็นปฏิกิริยาต่อสถานการณ์ ข้อเรียกร้อง หรือสถานะของกรณีใดๆ ที่ทำให้มีผลทางกฎหมายตามมา ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ สิ่งที่ถูกโต้แย้งนั้นจึงถูกนำมาตั้งเป็นปัญหาในประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง ในบางกรณีรัฐอาจโต้แย้งในสิ่งที่เกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งวัตถุประสงค์เบื้องต้นของการโต้แย้งก็เพื่อที่จะโน้มน้าวหรือมีอิทธิพลต่อการกระทำหรือพฤติกรรมของรัฐผู้รับการโต้แย้ง⁵⁰

นอกจากนี้ การโต้แย้งยังมีความหมายในทางตรงกันข้ามกับการรับรอง ซึ่งการโต้แย้งจะเกี่ยวข้องกับการไม่ยอมรับ (non-recognition) อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้ว่าเพียงแค่การไม่ยอมรับไม่ได้มีความหมายรวมถึงว่าจะเป็นการคัดค้านโดยอัตโนมัติ ทั้งนี้ เพื่อให้การคัดค้านดังกล่าวสามารถบรรลุผลได้ ไม่เพียงแต่จะต้องทำการคัดค้านโดยชัดแจ้งเท่านั้น (explicit) การคัดค้านจะต้องเป็นการยืนยัน และต้องแสดงออกโดยตัวเองในทางที่เป็นไปได้เพื่อก่อให้เกิดผลเป็นการโต้แย้ง⁵¹

การแสดงออกซึ่งการโต้แย้งจะต้องมีการกล่าวอ้างถึงจุดยืนและท่าทีของรัฐอย่างแท้จริง ซึ่งศาลอนุญาโตตุลาการในคดี Chamizal ระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและเม็กซิโก คณะกรรมการเขตแดนระหว่างประเทศ ได้ยืนยันถึงลักษณะสำคัญของการโต้แย้งอย่างต่อเนื่อง (continued protest) โดยกล่าวว่า “รัฐบาลเม็กซิกันได้กระทำการอย่างเหมาะสมในการโต้แย้งต่อการรุกรานเขตแดนที่ถูกอ้างถึง” กล่าวคือ การครอบครองดินแดน Ei Chamizal โดยประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งการโต้แย้งที่กระทำโดยเพียงลำพังและไม่ได้กระทำอย่างต่อเนื่องต่อสถานการณ์ดังกล่าว นั้น อาจทำให้การโต้แย้งในครั้งแรกไม่ก่อให้เกิดผลเป็นการโต้แย้งได้ อย่างไรก็ตาม ไม่มีกฎเกณฑ์ทั่วไปที่จะนำมากล่าวถึงในกรณีที่ไม่มีการโต้แย้ง เพื่อก่อให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นการนิ่งเฉยและไม่มีการคัดค้าน (failure to react) ได้ ปัญหาสำคัญที่ต้องพิจารณาเป็นอย่างยิ่งคือในสถานการณ์ต่างๆ ซึ่งหากไม่ต้องการให้เกิดผลทางกฎหมายตามมาในภายหลังมีความจำเป็นหรือไม่ที่จะต้องมีการโต้แย้งหรือคัดค้าน

ในเรื่องการละเว้นจากการโต้แย้งหรือการนิ่งเฉย อาจพิจารณาได้ว่ามีความสำคัญหรือเป็นปัจจัยในการชี้ขาด ไม่ว่าจะมาจากการละเว้นการโต้แย้งเองหรือจากปัจจัยอื่นที่มีความ

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Jean-Marie Dupuy, *Droit International public*, (Paris: Dalloz, 2004), p. 342.

เกี่ยวข้อง ซึ่งในคดี Anglo-Norwegian Fisheries ระหว่างประเทศสหราชอาณาจักรและประเทศนอร์เวย์ ในปัญหาวิธีกำหนดการลากเส้นฐานตรง (Straight Baselines System) ในการกำหนดเขตประมงที่ถูกต้องตามกฎหมายและอาณาเขตทางทะเลของประเทศนอร์เวย์ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ วินิจฉัยว่า “รัฐบาลสหราชอาณาจักรเองไม่ได้ทำการโต้แย้งใดๆ ต่อทางปฏิบัติของประเทศนอร์เวย์ เป็นระยะเวลาที่ยาวนานมากกว่า 60 ปี” เช่นนี้ จึงถือได้ว่ารัฐบาลสหราชอาณาจักรเองได้ละเว้นจากการตั้งข้อคัดค้านใดๆ ต่อรัฐบาลนอร์เวย์ ซึ่งศาลชี้ให้เห็นว่าการกระทำของสหราชอาณาจักรเป็นการละเว้นที่ยืดเยื้อออกไป (prolonged abstention) ท่ามกลางปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้องซึ่งได้ให้การรับรอง กล่าวคือ การบังคับใช้ในวิธีการกำหนดเขตประมงและอาณาเขตทางทะเลของนอร์เวย์ที่มีต่อสหราชอาณาจักร

คดีปราสาทพระวิหารระหว่างกัมพูชาและไทย (Temple of Preah Vihear Case) ยังเกี่ยวข้องกับการละเว้นที่จะโต้แย้ง ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน พ.ศ.2505 ว่าปราสาทพระวิหารตกอยู่ภายใต้อาณาเขตและอธิปไตยของกัมพูชาโดยอาศัยหลักกฎหมายปิดปาก (estoppel) เนื่องจาก ข้อเท็จจริงที่ว่าฝรั่งเศสได้จัดทำแผนที่แบ่งเขตบริเวณที่พิพาทโดยกำหนดให้ปราสาทเขาพระวิหารอยู่ในเขตฝั่งกัมพูชาซึ่งไม่เป็นไปตามสนธิสัญญาที่ฝรั่งเศสได้ทำไว้กับไทยเมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2447 ซึ่งสนธิสัญญาดังกล่าวกำหนดให้แบ่งเขตตามแนวสันปันน้ำ อย่างไรก็ดีตามหากแบ่งตามแนวเขตสันปันน้ำแล้ว ปราสาทพระวิหารจะอยู่ในเขตของประเทศไทย ทั้งนี้ แผนที่ซึ่งประเทศฝรั่งเศสได้จัดทำแต่ฝ่ายเดียวฝ่ายเดียว นั้นได้ถูกส่งให้ฝ่ายไทย ประเทศไทยได้พิจารณาแผนที่นั้นและไม่ได้ทำการคัดค้านความถูกต้องของแผนที่ดังกล่าวแต่ประการใด แม้ว่าประเทศไทยจะไม่ได้ยอมรับโดยชัดแจ้งก็ตาม ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศถือว่าการที่ประเทศไทยยอมรับแผนที่ไว้แล้วไม่ได้คัดค้านหรือแสดงความผิดถูกแต่อย่างใด ถือว่าประเทศไทยได้มีการยอมรับโดยพฤตินัย เพราะหากประเทศไทยจะคัดค้านแผนที่ย่อมกระทำได้ในเวลานั้นหรือต่อมาอีกหลายปี ด้วยเหตุผลนี้ ศาลจึงพิพากษาว่าฝ่ายไทยได้ทำการยอมรับโดยนิ่งเฉย (acquiescence) ตามสุภาษิตที่ว่า “ผู้ที่นิ่งเฉยอยู่ในเมื่อมีหน้าที่จะพูดและสามารถพูดได้ ให้ถือเท่ากับว่าได้ยินยอม” (Qui Tacet consentire Videtur si loqui debisset se potuisset) ซึ่งศาลตั้งข้อสังเกตว่า “ในสถานการณ์ดังกล่าวจำเป็นที่จะต้องมีการโต้ตอบภายในระยะเวลาอันควร ในส่วนของฝ่ายเจ้าหน้าสยาม”⁵² กล่าวคือ ประเทศไทยไม่ได้แย้ง

⁵² Temple of Preah Vihear Case (Cambodia V. Thailand), International Court of Justice Reports (1962).

แผนที่ทั้งที่แผนที่ดังกล่าวมีความผิดพลาด ก็ถือว่ายอมรับความถูกต้องของแผนที่ อย่างไรก็ตาม มีการวิพากษ์วิจารณ์ถึงคำพิพากษาคดีนี้ถึงความไม่ถูกต้องหลายประการด้วยกัน กล่าวคือ ข้อเท็จจริงต้องปรากฏว่าประเทศไทยยอมรับแผนที่ทั้งที่ทราบว่าเป็นแผนที่ผิดพลาด แต่ประเทศไทยไม่ทราบความผิดพลาดของแผนที่เพราะความรู้ทางแผนที่ยังจำกัด⁵³ยิ่งไปกว่านั้น ประเทศกัมพูชาต้องแสดงว่าการกระทำของประเทศไทยทำให้กัมพูชาและฝรั่งเศสหลงเชื่อว่าเขตแดนอยู่ในฝั่งกัมพูชา ซึ่งหากพิจารณาแล้วประเทศไทยไม่ได้ทำให้ประเทศกัมพูชาหลงเชื่อแต่อย่างใด ในทางกลับกันประเทศกัมพูชาเชื่อถือในแผนที่ซึ่งฝ่ายตนเป็นผู้ทำขึ้นมาเองต่างหาก⁵⁴

2.2.2.3 คำมั่น

คำมั่น (Promise) หมายถึง การดำเนินการฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดพันธกรณีในทางระหว่างประเทศ คำมั่นฝ่ายเดียวได้สร้างหลักเกณฑ์ขึ้นใหม่ที่ผูกพันรัฐผู้ให้คำมั่น ต่อรัฐใดรัฐหนึ่งหรือรัฐอื่นหรือทุกรัฐ ทั้งนี้ คำมั่นเป็นการประกาศฝ่ายเดียวที่รัฐตกลงจะประพฤติปฏิบัติในแนวทางที่แน่นอน พันธกรณีดังกล่าวถือว่าเป็นอิสระจากข้อผูกพันต่างตอบแทนใดๆ ของรัฐอื่น มิเช่นนั้นแล้ว คำประกาศดังกล่าวอาจมีผลเทียบเท่ากับองค์ประกอบหนึ่งของการดำเนินการทางกฎหมายซึ่งผูกพันโดยสนธิสัญญา⁵⁵

โดยหลักการแล้ว คำมั่นอาจจะแสดงให้เห็นในรูปแบบ 2 กรณีที่แตกต่างกัน กล่าวคือ คำมั่นอาจเป็นคำมั่นที่กระทำการ (positive) หรือคำมั่นที่ละเว้นการกระทำ (negative) ตามที่ Sicault ได้ให้การยอมรับว่า การก่อตั้งคำมั่นที่ละเว้นการกระทำ (negative) อาจก่อให้เกิดความสับสนกับการสละสิทธิ (renunciation) ได้โดยง่าย อย่างไรก็ตาม มีความจำเป็นที่จะต้องแยกแยะความแตกต่างระหว่างสองกรณี ซึ่งกรณีแรกคำมั่นที่ละเว้นการกระทำ (negative) เป็นวิธีการใน

⁵³ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 157.

⁵⁴ Dissenting Opinion of Sir Percy Spender, Temple of Preah Vihear Case, International Court of Justice Reports (1962), pp. 99-143.

⁵⁵ Antonio Cassese, *supra* note 39, p. 151.

การก่อตั้งพันธกรณี ในขณะที่กรณีที่สอง การสละสิทธิ (renunciation) เป็นการทำให้สิ้นผลซึ่งสิทธิหรือพันธกรณี⁵⁶

คำมั่นเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐอันมีลักษณะเป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัว กล่าวคือ เพื่อให้การกระทำดังกล่าวมีผลทางกฎหมายไม่ได้ขึ้นอยู่กับมุมมองหรือท่าทีของรัฐอื่นใด ทั้งนี้ คำมั่นที่เป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐในกรณีนี้ ควรที่จะจำแนกออกจากการให้คำมั่นที่รัฐหนึ่งได้กระทำขึ้นเพื่อตอบสนองต่อความประสงค์ที่อีกรัฐหนึ่งได้หยิบยกขึ้นมา หรือการให้คำมั่นที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้แน่ใจว่าจะได้รับการยอมรับจากรัฐอื่น ซึ่งทั้งสองกรณีนี้ยังแตกต่างจากคำมั่นที่กำกับรัฐอื่นโดยมีเงื่อนไขในการต่างตอบแทน จากข้อสมมุติฐานที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ ทั้งสามกรณีไม่ใช่การกระทำอย่างเป็นอิสระและกระบวนการทั้งหมดนั้นไม่ใช่การกระทำฝ่ายเดียวอีกต่อไป แต่อาจจะเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินการทางสัญญาและนำไปสู่การเกิดขึ้นของข้อตกลงได้⁵⁷

ดังนั้น คำมั่นเป็นการกระทำซึ่งรัฐผูกพันตนเองฝ่ายเดียว เพื่อให้เป็นไปตามแนวทางแห่งพฤติการณ์นั้น คำมั่นเป็นแหล่งที่มาของพันธกรณีฝ่ายเดียว ซึ่งหน้าที่อาจเกิดขึ้นหรือเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำฝ่ายเดียว พันธกรณีอาจจะเกิดแก่รัฐใดรัฐหนึ่ง หลายรัฐ หรือทุกรัฐ ซึ่งมีส่วนได้เสียในการทำให้คำมั่นบรรลุผล ทั้งนี้ ผลผูกพันเป็นหัวใจสำคัญของแนวความคิดของการให้คำมั่นในฐานะของการกระทำฝ่ายเดียว นอกจากนี้ คำมั่นจะมีความสำคัญก็ต่อเมื่อรัฐผู้กระทำคำมั่นนั้นมีเจตนาที่จะผูกพันตนเองอย่างแท้จริงโดยวิธีนี้ อย่างไรก็ตาม เป็นการยากที่จะแน่ใจได้ว่ารัฐมีเจตนาในการผูกมัดพันธกรณีเหล่านั้นอย่างแท้จริง⁵⁸ ซึ่งในคดี North Sea Continental Shelf ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่า “ข้อสันนิษฐานฝ่ายเดียวโดยการประพฤติปฏิบัติ โดยคำแถลงการณ์และคำประกาศโดยเปิดเผยและวิธีการอื่นๆ หรือโดยรัฐที่มีใช่เป็นคู่ภาคีต่ออนุสัญญา ในเรื่องพันธกรณีที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญานั้นไม่อาจจะสันนิษฐานได้โดยง่าย

⁵⁶ J. D. Sicault, “Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public”, *Revue générale de droit international public*, vol. 83 (1979), p. 639 Quoted in Seven report on unilateral acts of States, *supra note 45*, para. 15, p. 8.

⁵⁷ Krzysztof Skubiszewski, Unilateral Acts of States, in Mohammed Bedjaoui(ed), *supra note 30*, p. 229.

⁵⁸ Replies from Governments to the questionnaire, *UN Doc. A/CN.4/511*, chapter II, General comments, reply of Italy, p. 14.

เนื่องจากการกำหนดให้แนวทางของพฤติกรรมที่มีขอบเขตชัดเจนและมีความสอดคล้อง โดยเฉพาะ

2.2.2.4 การสละสิทธิ

การสละสิทธิ (Waiver) หรือการละทิ้ง (abandonment) หรือการยกเลิก (renunciation) เป็นการกระทำที่รัฐได้ยอมสละต่อข้อเรียกร้อง สิทธิ ความสามารถ หรืออำนาจ อันเป็นผลให้สิ่งดังกล่าวนั้นหมดไป เมื่อผลทางกฎหมายของการสละสิทธิดังกล่าวได้เกิดขึ้นแล้ว จะไม่สามารถเพิกถอนการสละสิทธิดังกล่าวได้ ทั้งนี้ การละทิ้งดินแดน (dereliction of territory) เป็นกรณีที่กล่าวได้ยากกว่าจะเป็นการสละสิทธิได้

การสละสิทธิในฐานะการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายเฉพาะแต่กรณีที่กระทำโดยอำนาจการตัดสินใจของรัฐผู้กระทำการสละสิทธิ (renouncing State) เท่านั้น ทั้งนี้ หากการสละสิทธิปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาแล้วจะไม่ว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียว เนื่องจากผลทางกฎหมายจะขึ้นอยู่กับการมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญา (entry into force) กล่าวคือ ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่ภาคีฝ่ายอื่นๆ และจะไม่เป็นการสละสิทธิโดยฝ่ายเดียวเช่นกัน เมื่อการสละสิทธิมีความสัมพันธ์ถึงการแลกเปลี่ยนต่อการละทิ้งข้อเรียกร้อง สิทธิ ความสามารถ หรืออำนาจไปยังอีกรัฐหนึ่งหรือรัฐอื่นๆ ซึ่งในกรณีเช่นนี้จะกลายเป็นการทำสนธิสัญญา (contractual transaction)

การสละสิทธิของรัฐไม่สามารถเกิดขึ้นได้ในทางกฎหมาย หากสิทธิ ความสามารถ และอำนาจ ดังกล่าวได้เกี่ยวข้องกับหน้าที่ รวมถึงสถานะของประเทศในทางองค์การระหว่างประเทศที่ได้มีกฎเกณฑ์กำหนดไว้ ตัวอย่างเช่น สมาชิกถาวรของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ (Security Council) ไม่สามารถที่จะละทิ้งตำแหน่งหน้าที่ที่มีอยู่ในองค์การดังกล่าวได้ นอกจากนี้ อาจกล่าวได้ว่า การไม่ใช้สิทธิ (non-exercise) ความสามารถ (right) หรืออำนาจ (power) ไม่ถือว่าเป็นการสละสิทธิแต่ประการใด

การสละสิทธิไม่สามารถที่จะถูกสันนิษฐานหรืออ้างอิงขึ้นได้เอง⁵⁹ หลักเกณฑ์ดังกล่าวได้รับการยืนยันในคดี “The Kronprins Gustaf Adolf” และในคดี “Certain Norwegian Loans” แต่ในคดี “Certain Norwegian Loans” ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวยืนยันอย่างหนักแน่นว่าการละทิ้ง “จะต้องมีการประกาศอย่างชัดแจ้ง” (must be declared expressly) โดยในกรณีของการสละสิทธิโดยปริยาย (implicit renunciation) จะเกิดขึ้นได้โดยมีเงื่อนไขว่าการสละ

⁵⁹ Nguyen Quoc Dinh, *supra* note 1, p. 331.

สิทธิจะต้องกำหนดอย่างไม่คลุมเครือ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการละสิทธิสามารถเกิดขึ้นโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ นอกจากนี้ การละสิทธิต้องมีเจตนา (deliberate) และความชัดเจน (clear) ตามที่ Anzilotti กล่าวไว้ว่าการละสิทธิไม่สามารถอนุมานได้จากความไม่กระตือรือร้นหรือการไม่ใช้สิทธิหรือการล่วงผ่านของระยะเวลา⁶⁰ สำหรับในคดี Corfu Channel (ในการคัดค้านเบื้องต้น) ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตีความคำประกาศของประเทศอัลบาเนียว่า “เป็นการละสิทธิในภายหลังที่จะยกข้อคัดค้านต่อการยอมรับตามคำร้องขอของประเทศอังกฤษ”

2.3 การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐซึ่งผลทางกฎหมายถูกกำหนดโดยกฎเกณฑ์อื่น

การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐซึ่งผลทางกฎหมายถูกกำหนดโดยกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศอื่นหรือมีกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศอื่นมารองรับผลของการกระทำฝ่ายเดียว ซึ่งอาจพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐซึ่งมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในระดับระหว่างประเทศ และการกระทำฝ่ายเดียวดังกล่าวก็เป็นไปตามเงื่อนไขหรือสอดคล้องต่อระบอบของกฎหมายสนธิสัญญาหรือกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ และในกรณีนี้ผลทางกฎหมายของการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐอาจถูกพิจารณาว่าเป็นไปตามกรอบหรือระบอบของกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ (International custom) หรือกฎหมายสนธิสัญญา (treaty) ก็ได้ ยิ่งไปกว่านั้น การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐในแ่งดังกล่าวยังมีบทบาทสำคัญยิ่งในแง่ของการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ เพราะแสดงให้เห็นว่ารัฐนั้นมีความเข้าใจและทำที้อย่างไรต่อกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องนั้น

2.3.1 การกระทำฝ่ายเดียวที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสนธิสัญญา

การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐที่ถูกกำหนดเงื่อนไขโดยกฎหมายสนธิสัญญาอาจพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐต่างๆ ที่เข้าผูกพันกับกระบวนการของสนธิสัญญา เช่น กระบวนการในการก่อให้เกิดสนธิสัญญา การแสดงเจตนาเข้าผูกพันสนธิสัญญา การถอนตัวจากสนธิสัญญา การแก้ไขสนธิสัญญา การสิ้นสุดสนธิสัญญา การนำสนธิสัญญาไปปฏิบัติ หรือการอนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา เป็นต้น ซึ่งการผสมผสานระหว่างกฎหมายสนธิสัญญาและการกระทำฝ่ายเดียว

⁶⁰ Antonio Cassese, *supra* note 39, p. 150.

ของรัฐต่างๆ เป็นวิธีการที่ใช้กันอยู่ปกติในปัจจุบัน⁶¹ ทั้งนี้ หากพิจารณาตามข้อเท็จจริงเบื้องต้นแล้ว (Prima facie) รัฐได้ดำเนินการในลักษณะของการกระทำฝ่ายเดียวหรือมีรูปแบบฝ่ายเดียว เมื่อพิจารณาการกระทำที่แยกออกมาจากระบวนการของกฎหมายสนธิสัญญา ซึ่งได้มีการนิยามไว้แล้วในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา (VCLT) และอาจกล่าวได้ว่าผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นของการกระทำฝ่ายเดียวเหล่านี้ได้รับการกำหนดหรือควบคุมโดยกฎหมายสนธิสัญญา⁶²

ทั้งนี้ อาจพิจารณาได้ว่า การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐบางอย่าง เช่น การลงนาม การให้สัตยาบัน การภาคยานุวัติ การเพิกถอน การระงับ การสิ้นสุดสนธิสัญญา ได้มีการนิยามไว้แล้วใน VCLT และผลทางกฎหมายของการกระทำเหล่านี้ก็ได้มีการกำหนดไว้แล้วในอนุสัญญา ส่วนการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐอื่นๆ ซึ่งได้มีการกล่าวถึงใน VCLT เช่นกัน แต่ยังไม่ได้มีการกำหนดผลทางกฎหมายโดยละเอียดนั้น ซึ่งทางปฏิบัติในปัจจุบันจะเห็นว่าสถานะทางกฎหมายของข้อสงวน (reservation) ยังไม่สามารถกำหนดได้แน่นอนโดยการใช้อำนาจของ VCLT เนื่องจากยังมีการคัดค้านบนพื้นฐานที่ว่าข้อสงวนไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 19 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา⁶³

อย่างไรก็ตาม ยังมีการกระทำฝ่ายเดียวอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทำสนธิสัญญาที่ไม่มีการกล่าวถึงใน VCLT เลย ตัวอย่างเมื่อไม่นานมานี้ กล่าวคือ การแจ้งของรัฐใหม่ว่าด้วยการสืบทอดต่ออนุสัญญาพหุภาคี หรือการใช้สนธิสัญญาทวิภาคีสืบเนื่อง อย่างไรก็ตาม รัฐที่ไม่ใช่ภาคีของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยการสืบทอดของรัฐในส่วนของสนธิสัญญา ค.ศ.1978 (Vienna Convention on the Succession of States in Respect of Treaties of 1978) ได้ยอมรับการแจ้งดังกล่าวโดยที่ไม่มีการคัดค้านแต่อย่างใด จากการยอมรับโดยไม่แสดงออกของรัฐต่างๆ ที่ไม่ใช่ภาคีเหล่านั้น อาจจะสรุปได้ว่า รัฐเหล่านั้นถือว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวในอนุสัญญาเป็นการแสดงออก

⁶¹ Nguyen Quoc Dinh, *supra* note 1, p. 332.

⁶² International Law Commission Reports, *supra* note 17, para. 203, p. 65.

⁶³ Article 19 : Formulation of reservations

A State may, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, formulate a reservation unless:

(c) in cases not failing under subparagraphs (a) and (b), the reservation is incompatible with the object and purpose of the treaty.

ถึงจารีตประเพณีที่มีอยู่แล้ว หรือรัฐเหล่านั้นได้แปรสภาพกฎเกณฑ์เหล่านั้นให้เป็นจารีตประเพณีไปแล้วโดยปริยาย⁶⁴

การกระทำของรัฐต่างๆ ที่เข้าผูกพันกับกระบวนการของสนธิสัญญาที่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ ซึ่งสามารถตรวจพบในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 สามารถยกตัวอย่างได้ ดังต่อไปนี้

2.3.1.1 การภาคยานุวัติ

การภาคยานุวัติ (accession) เป็นวิธีการที่รัฐ ซึ่งมีได้เข้าร่วมเจรจาและจัดทำสนธิสัญญาแต่เริ่มแรกขอเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญานั้นในภายหลัง ด้วยการแสดงเจตจำนงโดยการประกาศฝ่ายเดียวของรัฐในการยอมรับที่จะผูกพันตามสนธิสัญญา การที่รัฐจะเข้าร่วมเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติได้นี้ สนธิสัญญาฉบับนั้นจะต้องมีบทบัญญัติเปิดโอกาสให้รัฐอื่นเข้าร่วมได้เสียก่อน⁶⁵ เพราะสนธิสัญญาบางฉบับจะไม่อนุญาตให้รัฐอื่นเข้าร่วมเป็นภาคีได้ หรืออาจกำหนดเงื่อนไขของรัฐที่จะเข้าร่วมได้ เช่น กำหนดภูมิภาคของรัฐที่จะเป็นภาคี กำหนดอุดมการณ์ หรือรูปแบบของระบอบการปกครองของรัฐไว้ เป็นต้น

รัฐซึ่งได้ทำการภาคยานุวัติยอมเป็นภาคีสถิตสนธิสัญญาตั้งแต่ได้ทำภาคยานุวัติ อันมีสิทธิและพันธกรณีตามที่สนธิสัญญากำหนดนับแต่นั้นไม่มีผลย้อนหลัง ดังนั้น รัฐที่เคยละเมิดวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาก่อนวันที่ทำภาคยานุวัติ ย่อมไม่ต้องรับผิดชอบหรือถูกดำเนินคดีในภายหลัง

⁶⁴ Karl Zemanek, *Unilateral Legal Acts Revisited*, edited by Karel Wellens, *supra* note 2, p. 211.

⁶⁵ Article 15 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 ; Consent to be bound by a treaty expressed by accession

The consent of a State to be bound by a treaty is expressed by accession when:

(a) the treaty provides that such consent may be expressed by that State by means of accession;

(b) it is otherwise established that the negotiating States were agreed that such consent may be expressed by that State by means of accession; or

(c) all the parties have subsequently agreed that such consent may be expressed by that State by means of accession.

เมื่อตนได้ทำภาคยานุวัติแล้ว และเมื่อได้ให้ภาคยานุวัติไปแล้วก็ถือว่ารัฐดังกล่าวมีศักดิ์และสิทธิเท่าเทียมกับรัฐที่เป็นภาคีอยู่ก่อนหน้านี้อยู่แล้ว ถือเป็นภาคีเสมอหน้ากัน ไม่มีเงื่อนไขหรือความแตกต่างใดๆ⁶⁶

2.3.1.2 การตั้งข้อสงวน

การตั้งข้อสงวน (Reservations) หมายถึง คำแถลงการณ์หรือคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐไม่ว่าจะทำในรูปแบบใดหรือโดยวิธีการใด ซึ่งกระทำโดยรัฐเมื่อลงนาม ให้สัตยาบัน ยอมรับ เห็นชอบ หรือเข้าภาคยานุวัติสนธิสัญญา โดยที่รัฐที่ประกาศนั้นประสงค์ที่จะยกเว้นหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงผลในทางกฎหมายของข้อบทบางข้อแห่งสนธิสัญญาในการใช้บังคับข้อบทเหล่านั้นแก่ตน⁶⁷

การตั้งข้อสงวนจะไม่เกิดปัญหาในสนธิสัญญาทวิภาคี (bilateral treaty) มากนัก เนื่องจาก การตั้งข้อสงวนโดยรัฐใดรัฐหนึ่งมีผลเท่ากับเป็นการเสนอประเด็นขึ้นใหม่ ดังนั้น ข้อสงวนจึงขึ้นอยู่กับรัฐอีกฝ่ายจะยอมรับข้อสงวนหรือไม่ หากรัฐอีกฝ่ายไม่ยอมรับและรัฐที่ตั้งข้อสงวนยังคงยืนยันตามข้อสงวนของตน เท่ากับว่าทั้งสองฝ่ายไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ตามข้อสงวนได้และในที่สุดมีผลทำให้สนธิสัญญาไม่อาจตกลงกันได้ ดังนั้น ปัญหาการตั้งข้อสงวนส่วนใหญ่จะเกิดขึ้นเนื่องจากรัฐใดรัฐหนึ่งได้ตั้งข้อสงวนเกี่ยวกับบทบัญญัติต่างๆ ในสนธิสัญญาพหุภาคี (multilateral treaty)

ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ.1969 ได้วางหลักเกณฑ์ทั่วไปว่ารัฐสามารถตั้งข้อสงวนในสนธิสัญญาได้เมื่อรัฐลงนาม ให้สัตยาบัน ให้การยอมรับ ให้ความเห็นชอบ หรือเข้าภาคยานุวัติสนธิสัญญา เว้นแต่ กรณีต่อไปนี้

⁶⁶ อภิญา เลื่อนฉวี, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2551), น. 281.

⁶⁷ Article 2 Use of Terms

(d) "Reservation" means a unilateral statement, however phrased or named, made by a State, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, whereby it purports to exclude or to modify the legal effect of certain provisions of the treaty in their application to that State.

ก. สนธิสัญญานั้นห้ามมิให้รัฐตั้งข้อสงวน เช่น ในข้อ 309 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ.1982 ซึ่งบัญญัติว่า ข้อสงวนหรือข้อยกเว้นในอนุสัญญานี้ไม่อาจกระทำได้ เว้นแต่จะได้อนุญาตอย่างชัดแจ้งโดยข้ออื่นๆ แห่งอนุสัญญานี้⁶⁸

ข. สนธิสัญญาได้กำหนดให้เฉพาะข้อสงวนเพียงบางเรื่องเท่านั้นที่รัฐสามารถทำได้ ซึ่งไม่รวมถึงข้อสงวนที่รัฐจะขอตั้ง หรือ

ค. ในกรณีนอกเหนือจากข้อ ก. และ ข. ข้างต้น ปรากฏว่าข้อสงวนนั้นไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์แห่งสนธิสัญญานั้น⁶⁹

2.3.1.3 การถอนตัว

ในการบอกเลิกหรือถอนตัวจากสนธิสัญญา (denunciation, withdrawal) อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐได้ ทั้งนี้ การถอนตัวเกี่ยวข้องกับการสิ้นสุดการเข้าร่วมของรัฐภาคเพียงบางรัฐ แต่การสิ้นสุดกระทบต่อการมีอยู่ของสนธิสัญญาทั้งฉบับ โดยทั่วไปแล้ว การถอนตัวมักจะเกิดขึ้นในกรอบของการพิพาทกันอันทำให้รัฐภาคีบางรัฐต้องการยุติข้อผูกพันของตนตามสนธิสัญญาในขณะที่ฝ่ายอื่นๆ ไม่ต้องการเช่นนั้น การถอนตัวเป็นการกระทำฝ่ายเดียวแต่การสิ้นสุดเป็นผลมาจากการตกลงกัน อย่างไรก็ตาม การถอนตัวอาจนำมาซึ่งการสิ้นสุดได้ในท้ายที่สุด โดยเฉพาะในกรณีของสนธิสัญญาทวิภาคีซึ่งมักเรียกกันว่าการบอกเลิก (denunciation)

⁶⁸ Article 309 United Nations Convention on the Law of the Sea ; Reservations and exceptions

No reservations or exceptions may be made to this Convention unless expressly permitted by other articles of this Convention.

⁶⁹ Article 19 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 ; Formulation of reservations A State may, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, formulate a reservation unless:

(a) the reservation is prohibited by the treaty;

(b) the treaty provides that only specified reservations, which do not include the reservation in question, may be made; or

(c) in cases not failing under subparagraphs (a) and (b), the reservation is incompatible with the object and purpose of the treaty.

โดยปัญหาที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากในกรณีที่สนธิสัญญาไม่ได้มีข้อกำหนดโดยเฉพาะถึงการบอกเลิกสนธิสัญญา ดังนั้น ภาคีสสนธิสัญญาจะกระทำการบอกเลิกฝ่ายเดียวได้หรือไม่ ในเรื่องนี้ มาตรา 56 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ.1969 บัญญัติว่า

“1. สนธิสัญญาที่ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการสิ้นสุดของสนธิสัญญาและไม่กำหนดถึงการบอกเลิกสนธิสัญญา หรือการถอนตัวออกจากสนธิสัญญา ย่อมไม่อาจเป็นเหตุให้มีการบอกเลิกสัญญาหรือถอนตัวจากสนธิสัญญาได้ ทั้งนี้เว้นแต่

ก.) จะปรากฏให้เห็นถึงเจตจำนงของภาคีสในการยอมรับการบอกเลิกหรือการถอนตัวจากสนธิสัญญา

ข.) เมื่อสิทธิในการบอกเลิกหรือถอนตัวจากสนธิสัญญาเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นโดยปริยายจากลักษณะของสนธิสัญญานั้น”⁷⁰

จะเห็นได้ว่า การบอกเลิกสนธิสัญญาโดยฝ่ายเดียว ซึ่งโดยหลักแล้วจะต้องเกิดมาจากมีข้อบทของสนธิสัญญานั้นๆ เองที่อนุญาตให้บอกเลิกฝ่ายเดียว กล่าวคือ การกระทำฝ่ายเดียวในการบอกเลิกสนธิสัญญาดังกล่าวถูกควบคุมโดยกฎหมายสนธิสัญญา แต่ในกรณีที่สนธิสัญญาไม่มีบทบัญญัติในการอนุญาตให้บอกเลิกฝ่ายเดียว การบอกเลิกฝ่ายเดียวจะกระทำมิได้ เพราะจะขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายสนธิสัญญาที่ต้องการความเชื่อถือในหลักการสัญญาต้องเป็นสัญญา อย่างไรก็ตาม การบอกเลิกสนธิสัญญาโดยฝ่ายเดียวอาจจะกระทำได้เมื่อเข้าข้อยกเว้นตามข้อ ก. และ ข. อันแสดงให้เห็นถึงข้อยกเว้นโดยปริยายที่อาจเกิดขึ้นได้ ทั้งจากเจตจำนงของภาคีสในการยอมรับการบอกเลิกหรือการถอนตัวจากสนธิสัญญาโดยฝ่ายเดียว และจากลักษณะ

⁷⁰ Article 56 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 ; Denunciation of or withdrawal from a treaty containing no provision regarding termination, denunciation or withdrawal

1. A treaty which contains no provision regarding its termination and which does not provide for denunciation or withdrawal is not subject to denunciation or withdrawal unless:

(a) it is established that the parties intended to admit the possibility of denunciation or withdrawal; or

(b) a right of denunciation or withdrawal may be implied by the nature of the treaty.

ของสนธิสัญญานั้นเองที่บ่งบอกโดยปริยายว่าการบอกเลิกหรือถอนตัวจากสนธิสัญญาฝ่ายเดียว เป็นสิ่งที่สามารถทำได้ ทั้งนี้ มาตรา 56 วรรคท้าย ยังกำหนดถึงวิธีการบอกเลิกหรือถอนตัวจาก สนธิสัญญาฝ่ายเดียวว่า รัฐภาคีจะต้องแจ้งเจตจำนงของตนก่อนการบอกเลิกหรือถอนตัวจาก สนธิสัญญาแก่ภาคีอื่น ล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 12 เดือน⁷¹

2.3.1.4 การใช้ข้อบทสนธิสัญญา

การนำสนธิสัญญาไปปฏิบัติหรือการปรับใช้ข้อบทของสนธิสัญญาอาจต้องเป็นไปตาม กฎหมายภายในของรัฐ หรือการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐนั้น เช่น กรณีของสนธิสัญญาที่ประเทศ ไทยได้ทำขึ้นไม่ว่าจะอยู่ในรูปพหุภาคีหรือทวิภาคี สนธิสัญญาดังกล่าวไม่สามารถนำมาปรับใช้ต่อ ประเทศไทยได้ในทันที เนื่องจากประเทศไทยยึดถือตามทฤษฎีและแนวความคิดของ “สำนักทวิ นิยม (Dualism)” ซึ่งต้องมีการออกกฎหมายภายในของรัฐมารองรับเสียก่อน⁷² การไม่ดำเนินการ ตามสนธิสัญญาของรัฐภาคี หรือการไม่บัญญัติกฎหมายภายในอนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณี ระหว่างประเทศแล้วย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐนั้นและอาจก่อให้เกิดความ รับผิดชอบของรัฐตามมาอันอยู่ในขอบเขตของความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility)⁷³ อย่างไรก็ตาม การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐในกรณีดังกล่าวอยู่ในขอบเขตของกฎหมายระหว่าง ประเทศอีกด้านหนึ่ง

อาจกล่าวได้ว่ามีสนธิสัญญาบางประเภทได้กำหนดให้สิทธิแก่คู่ภาคีบางรัฐหรือรัฐภาคี ทั้งหมดหรือแม้กระทั่งต่อบุคคลภายนอกในทางระหว่างประเทศที่จะกระทำการฝ่ายเดียวบางอย่าง

⁷¹ Article 56 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969

2. A party shall give not less than twelve months' notice of its intention to denounce or withdraw from a treaty under paragraph 1.

⁷² มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ, ฉบับปรับปรุงครั้งที่ 1 พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2551), น. 4-25, สุานพร ม่วงมณี, “รัฐสภาคับการมีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาของประเทศ ไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 35.

⁷³ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, เอกสารประกอบคำบรรยายเรื่อง ความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility), ภาควิชากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2548, น. 6.

หรือออกข้อกำหนด ทั้งนี้ การที่รัฐได้ออกกฎหมายภายในมารองรับสนธิสัญญาที่ตนได้เข้าร่วมเป็นภาคีอาจพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐที่มุ่งที่จะใช้ข้อบทของสนธิสัญญาได้ และพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐที่ถูกกำหนดเงื่อนไขโดยกฎหมายสนธิสัญญาได้⁷⁴ ยกตัวอย่างเช่น อนุสัญญาแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ.1982 มาตรา 21(1) บัญญัติว่า รัฐชายฝั่งต้องออกกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับต่างๆ ที่ใช้ในทะเลอาณาเขตของตนภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังต่อไปนี้

- ก. ความปลอดภัยในการเดินเรือและข้อบังคับเกี่ยวกับการคมนาคมในทะเล
- ข. การคุ้มครองอุปกรณ์ช่วยในการเดินเรือและสิ่งอำนวยความสะดวกในการเดินเรือ
- ค. การคุ้มครองดูแลการวางสายเคเบิลและท่อใต้น้ำ
- ง. การอนุรักษ์ทรัพยากรมีชีวิตในทะเล
- จ. การป้องกันการละเมิดกฎหมายและข้อบังคับเกี่ยวกับการประมงของรัฐชายฝั่ง
- ฉ. การป้องกันและรักษาสภาพแวดล้อมของรัฐชายฝั่ง การป้องกัน การลดและควบคุมมลพิษจากสิ่งแวดล้อม
- ช. การวิจัยทางวิทยาศาสตร์ทางทะเลและการสำรวจทางอุทกศาสตร์
- ซ. การป้องกันการละเมิดกฎหมายและข้อบังคับของรัฐชายฝั่งอันเกี่ยวกับการศุลกากร การตรวจการ การเข้าเมืองหรือการขนถ่าย⁷⁵

⁷⁴ Vladimir duro Degan, *supra note 14*, pp. 282-283, จตุรนต์ ธิระวัฒน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 53*, น. 118.

⁷⁵ United Nations Convention on the law of the sea, 1982 ;

Article 21 : Laws and regulations of the coastal State relating to innocent passage

1. The coastal State may adopt laws and regulations, in conformity with the provisions of this Convention and other rules of international law, relating to innocent passage through the territorial sea, in respect of all or any of the following:

- (a) the safety of navigation and the regulation of maritime traffic;
- (b) the protection of navigational aids and facilities and other facilities or installations;
- (c) the protection of cables and pipelines;

รัฐชายฝั่งต้องกระทำการออกกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับต่างๆ ข้างต้นให้สอดคล้องกับข้อบทของอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายทะเลดังกล่าวและกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องอื่นๆ อย่างไรก็ตาม เป็นการยากที่จะพิสูจน์ว่าผลบังคับทางกฎหมายของการกระทำฝ่ายเดียวเหล่านั้นเป็นผลโดยตรงมาจากข้อบทของสนธิสัญญานั้นโดยเฉพาะ เนื่องจากอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายทะเลโดยส่วนใหญ่แล้วได้ประมวลและพัฒนาจากกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปซึ่งกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับต่างๆ ดังกล่าวได้ถูกกำหนดแม้แต่รัฐชายฝั่งที่มีได้เป็นรัฐภาคีอนุสัญญาแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ซึ่งรัฐดังกล่าวได้ออกกฎเกณฑ์อันอยู่ภายใต้ขอบเขตของสนธิสัญญาเช่นนั้น ดังนั้น อาจพิจารณาได้ว่าผลบังคับทางกฎหมายดังกล่าวมาจากกฎหมายประเพณีโดยทั่วไปก็ได้⁷⁶

นอกจากนี้ ในกรณีของสนธิสัญญาว่าด้วยสันติภาพ (Treaty of Peace) โดยส่วนใหญ่แล้วได้ให้อำนาจแก่รัฐคู่ภาคีที่เป็นฝ่ายได้รับชัยชนะในสงครามในการวินิจฉัยโดยฝ่ายเดียวว่าจะให้สนธิสัญญาทวิภาคี (Bilateral Treaty) ซึ่งได้ตกลงกับคู่ภาคีฝ่ายที่แพ้สงครามที่มีอยู่ก่อนเริ่ม

(d) the conservation of the living resources of the sea;

(e) the prevention of infringement of the fisheries laws and regulations of the coastal State;

(f) the preservation of the environment of the coastal State and the prevention, reduction and control of pollution thereof;

(g) marine scientific research and hydrographic surveys;

(h) the prevention of infringement of the customs, fiscal, immigration or sanitary laws and regulations of the coastal State.

2. Such laws and regulations shall not apply to the design, construction, manning or equipment of foreign ships unless they are giving effect to generally accepted international rules or standards.

3. The coastal State shall give due publicity to all such laws and regulations.

4. Foreign ships exercising the right of innocent passage through the territorial sea shall comply with all such laws and regulations and all generally accepted international regulations relating to the prevention of collisions at sea.

⁷⁶ Vladimir duro Degan, *Sources of International Law*, *supra* note 14, p. 283.

สงคราม ให้มียังมีผลใช้บังคับ (keep in force) หรือนำกลับมาใช้ใหม่ (revive) หรือแม้ว่าจะให้ยกเลิกเพิกถอนก็ตาม (abrogated)⁷⁷

2.3.1.5 คำแถลงการตีความ

ในบางกรณีที่รัฐไม่สามารถจะตั้งข้อสงวน (Reservation) ได้ รัฐต่างๆ ได้มีการทำคำประกาศหรือถ้อยแถลงตีความ (Interpretative Declaration) ซึ่งในมาตรา 310⁷⁸ แห่งอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ.1982 อนุญาตให้รัฐสามารถจัดทำ “คำประกาศ(declaration)” เพื่อการตีความสนธิสัญญา ในการดำเนินการให้สัตยาบัน เพื่อเข้าเป็นภาคีในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการให้กฎหมาย กฎระเบียบและข้อบังคับของตน เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของอนุสัญญาฯ ภายหลังจากที่ได้เข้าเป็นภาคีแล้วด้วย ซึ่งข้อแตกต่างของคำประกาศเพื่อการตีความสนธิสัญญาและการตั้งข้อสงวน กล่าวคือ คำประกาศเพื่อการตีความไม่มีผลกระทบต่อพันธกรณีตามสนธิสัญญาของคู่ภาคีที่เกี่ยวข้อง อาทิเช่น คำประกาศว่าจะทำให้กฎหมายและ

⁷⁷ ตามมาตรา 44 ของสนธิสัญญาแห่งสันติภาพ ตามที่ประเทศอิตาลีได้ลงนามในกรุงปารีสเมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1947 มีข้อกำหนด ดังต่อไปนี้ “ข้อ 1. ให้ฝ่ายพันธมิตรหรือรัฐที่เข้าร่วมจะต้องแจ้ง (notify) ประเทศอิตาลี ภายในกำหนดเวลา 6 เดือนนับแต่วันที่สนธิสัญญาฉบับนี้มีผลใช้บังคับว่าจะให้สนธิสัญญาทวิภาคีกับประเทศอิตาลีที่มีอยู่ก่อนสงครามยังมีผลใช้บังคับหรือนำกลับมาใช้ใหม่ ข้อ 3. สนธิสัญญาดังกล่าวที่ไม่มีการแจ้งจะถือว่ามีผลเป็นการเพิกถอน”

⁷⁸ Article 310 of United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 ;
Declarations and statements

“Article 309 does not preclude a State, when signing, ratifying or acceding to this Convention, from making declarations or statements, however phrased or named, with a view, inter alia, to the harmonization of its laws and regulations with the provisions of this Convention, provided that such declarations or statements do not purport to exclude or to modify the legal effect of the provisions of this Convention in their application to that State.”

ข้อบังคับของตนสอดคล้องกับอนุสัญญา หรือ คำประกาศเพื่อตีความเรื่องสิทธิ หน้าที่ หรือแนวคิดบางประการของอนุสัญญา เป็นต้น⁷⁹

ทั้งนี้ การทำคำประกาศหรือถ้อยแถลงตีความ (Interpretative Declaration) ถือได้ว่าเป็นสถานการณ์ที่มีความแตกต่างจากกรณีอื่นๆ เนื่องจากถ้อยแถลงตีความดังกล่าวถูกทำขึ้นโดยไม่คำนึงถึงว่าถ้อยแถลงจะทำโดยได้รับการอนุญาตจากสนธิสัญญาหรือไม่ ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตาม ซึ่งในบางครั้ง ถ้อยแถลงเหล่านี้อาจจะถูกพิจารณาได้ว่ามีขอบเขตอยู่ระหว่างการตั้งข้อสงวนและการกระทำฝ่ายเดียวอย่างอิสระ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าประเด็นดังกล่าวนี้จะมี ความสำคัญ ก็อาจสรุปได้ว่า ถ้อยแถลงการตีความ (interpretative declaration) ไม่ถูกยึดถือว่าเป็นการกระทำโดยอิสระของรัฐเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ถ้อยแถลงการตีความไม่ได้มีตัวตนแยกออกมาและไม่ก่อให้เกิดผลบังคับโดยตัวเอง ดังนั้น จึงถือได้ว่าถ้อยแถลงการตีความเป็นส่วนหนึ่งของการก่อตั้งความสัมพันธ์ที่มีสนธิสัญญากำหนดเป็นพื้นฐาน⁸⁰

2.3.2 การยอมรับเขตอำนาจภาคบังคับของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ตามมาตรา 36 วรรค 2 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในเรื่องการยอมรับเขตอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศภาคบังคับ รัฐสามารถประกาศฝ่ายเดียวในเวลาใด ๆ ล่วงหน้าได้ว่าตนยอมรับเขตอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งเปิดโอกาสให้รัฐต่างๆ เลือกรับเขตอำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในกรณีพิพาทต่างๆ หรือที่เรียกว่า “optional clause” ยังถูกพิจารณาว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ อย่างไรก็ตาม อาจพิจารณาได้ว่าการกระทำประเภทนี้มีพื้นฐานมาจากกฎเกณฑ์แห่งสนธิสัญญา⁸¹

⁷⁹ David Freestone, Richard Barnes and David M. Ong, The Law of the sea : progress and prospects, (New York: Oxford University Press, 2006), pp. 32-33 ; L.D.M. Nelson, “Declarations, Statements and “Disguised Reservations” with respect to the convention on the Law of the Sea”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 50, pp. 767-786.

⁸⁰ First report on unilateral acts of States, *supra* note 8, para. 99, p. 19.

⁸¹ International Law Commission Reports, *supra* note 17, para. 204, p. 65.

2.3.2.1 หลักเกณฑ์ของการยอมรับเขตอำนาจศาลภาคบังคับ

เนื่องจากเขตอำนาจศาลเหนือข้อพิพาทระหว่างรัฐมิได้เป็นเขตอำนาจที่มีอยู่โดยทั่วไป เหมือนกับเขตอำนาจศาลตามระบบกฎหมายภายในของรัฐ โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ไม่ได้มีอำนาจในการที่จะบังคับหรือเรียกให้รัฐใดๆ มาขึ้นศาลได้ เว้นแต่ รัฐเช่นนั้นจะยินยอมอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลและคู่ความต้องเป็นรัฐเท่านั้น เพราะมีหลักทั่วไปในทางระหว่างประเทศที่ไม่อาจโต้แย้งได้อยู่คือ ย่อมไม่มีรัฐอธิปไตยรัฐใดรัฐหนึ่งอาจถูกบังคับให้เสนอข้อพิพาทต่อศาลได้โดยปราศจากความยินยอมของรัฐ

การยอมรับเขตอำนาจศาลภาคบังคับตามมาตรา 36 วรรค 2 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ หมายถึง การยอมรับเขตอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยวิธีประกาศในเวลาใดๆ ก็ตามว่าตนยอมรับเขตอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในลักษณะบังคับโดยไม่จำเป็นต้องมีข้อตกลงพิเศษ (special agreement) กับรัฐอื่นใดซึ่งยอมรับพันธกรณีในลักษณะเดียวกันอีกเกี่ยวกับข้อพิพาททางกฎหมายทั้งปวงในเรื่องต่อไปนี้

- การตีความสนธิสัญญา
- ปัญหาใดๆ เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ
- การมีอยู่ของข้อเท็จจริงใดๆ หากมีอยู่จริงจะก่อให้เกิดการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ
- สภาพและขอบเขตของค่าเสียหายที่จะต้องชดใช้ในกรณีฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ⁸²

จะเห็นได้ว่ากระบวนการพิจารณาได้เปิดโอกาสให้รัฐต่างๆ ประกาศยอมรับอำนาจศาลไว้ล่วงหน้า ซึ่งการเลือกรับอำนาจศาลในกรณีพิพาทต่างๆ ซึ่งเรียกว่า “Optional clause” ทั้งนี้สามารถยื่นต่อเลขาธิการสหประชาชาติซึ่งจะส่งสำเนาให้รัฐภาคีธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้รับฟังและนายทะเบียนศาลทราบด้วย⁸³

2.3.2.2 ผลทางกฎหมายของการยอมรับเขตอำนาจศาลภาคบังคับ

หากมีกรณีพิพาทระหว่างรัฐที่ทำคำประกาศกับรัฐอื่นซึ่งทำคำประกาศเช่นเดียวกันในการยอมรับอำนาจศาลในเรื่องที่มีเงื่อนไขสอดคล้องต้องกัน ก็จะส่งผลทางกฎหมายของการยอมรับเขตอำนาจศาลภาคบังคับ ให้ศาลมีอำนาจพิจารณาคดีดังกล่าว นั้น เนื่องจากความตั้งใจของรัฐทั้ง

⁸² Article 36(2) of the Statute of the International Court of Justice

⁸³ Article 36(4) *Ibid.*

สองฝ่ายตรงกันภายใต้เงื่อนไขของ “Optional clause” และในกรณีนี้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจึงสามารถเสนอข้อพิพาทสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้พิจารณาต่อไปได้ ทั้งนี้ คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องไปต่อสู้คดีด้วย เพราะหากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินคดีไปตามคำฟ้องของประเทศที่ยื่นเรื่องขึ้นสู่ศาลนั้น คำพิพากษาก็จะมีผลผูกพันคู่ความแม้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่ไปต่อสู้คดีก็ตาม ตัวอย่างเช่น ในคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์⁸⁴

คำประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลภาคบังคับ รัฐผู้ทำคำประกาศจะทำคำประกาศโดยไม่มีเงื่อนไข หรือมีเงื่อนไขของการต่างตอบแทนในส่วนของรัฐหลายรัฐหรือรัฐบางรัฐโดยเฉพาะเจาะจง หรือในช่วงเวลาบางช่วงก็ได้⁸⁵ ซึ่งหมายความว่า รัฐผู้ทำคำประกาศโดยมีเงื่อนไขของการต่างตอบแทนเช่นนี้จะยอมรับเขตอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในลักษณะบังคับก็ต่อเมื่อรัฐคู่พิพาทอื่นๆ ยอมรับเขตอำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในลักษณะบังคับเช่นกันและยอมให้รัฐผู้ทำคำประกาศกล่าวอ้างเงื่อนไขที่รัฐคู่พิพาทอื่นๆ กำหนดขึ้น บนพื้นฐานของหลักต่างตอบแทน (reciprocity) ได้เช่นเดียวกันด้วย⁸⁶

คำประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลตามมาตรา 36 วรรค 2 อาจกล่าวได้ว่ารัฐผู้ทำคำประกาศเห็นชอบที่จะยอมรับเขตอำนาจศาลโดยผูกพันฝ่ายเดียวในขณะที่ยังตกลงไม่ได้ มากกว่าที่จะหวังให้นำข้อเรียกร้องของรัฐที่เป็นไปได้ทั้งหมดมาเป็นรวบรวมเป็นสนธิสัญญาในรูปพหุภาคีได้⁸⁷ อย่างไรก็ตาม คำประกาศภายใต้มาตรา 36 แม้ว่าจะมีรูปแบบของการกระทำฝ่ายเดียว แต่ก็อาจพิจารณาว่าเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการของการกระทำสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายได้⁸⁸

⁸⁴ อภิญา เลื่อนฉวี, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 66*, น. 341-342.

⁸⁵ Article 36(3) *supra* note 82.

⁸⁶ จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2*, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น. 459.

⁸⁷ First report on unilateral acts of States, *supra* note 8, para. 116 p. 21.

⁸⁸ Krzysztof Skubiszewski, Unilateral Acts of States, in Mohammed Bedjaoui(ed), *supra* note 30, p. 226.

2.3.2.3 ประเด็นการยอมรับเขตอำนาจศาลภาคบังคับในคดีปราสาทพระวิหาร ค.ศ.1962⁸⁹

การฟ้องคดีของประเทศกัมพูชาในคดีปราสาทพระวิหาร (Case concerning the temple of Preah Vihear) เริ่มต้นขึ้นเมื่อวันที่ 30 กันยายน ค.ศ.1959 โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศรับฟ้องในวันที่ 6 ตุลาคม ค.ศ.1959 ซึ่งอาจแยกออกพิจารณาออกเป็น 2 ประเด็น กล่าวคือ ประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และประเด็นเนื้อหาแห่งคดี โดยในที่นี้จะกล่าวถึงเรื่องประเด็นเขตอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งนับว่าเป็นประเด็นที่มีความสำคัญยิ่งในคดีปราสาทพระวิหาร ซึ่งศาลชี้ขาดว่าประเทศไทยประกาศให้การยอมรับเขตอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ก่อนที่จะกล่าวถึงคำให้การต่อสู้ของประเทศไทยในเรื่องการตัดฟ้องจึงขอกล่าวถึงคำประกาศของประเทศไทยในการยอมรับเขตอำนาจศาลโลกเก่าหรือศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice หรือ PCIJ) ดังต่อไปนี้

คำประกาศฉบับที่ 1 รัฐบาลไทยทำขึ้นเมื่อวันที่ 20 กันยายน ค.ศ.1929 และเริ่มมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 7 พฤษภาคม ค.ศ.1930 โดยคำประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลโลกเก่า หรือศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice หรือ PCIJ) เป็นเวลา 10 ปี⁹⁰

คำประกาศฉบับที่ 2 รัฐบาลไทยทำคำประกาศโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อต่ออายุเขตอำนาจศาลโลกเก่า โดยคำประกาศฉบับที่สองนี้ทำเมื่อวันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ.1940 โดยคำประกาศฉบับที่สองนี้เริ่มมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม ค.ศ.1940 และสิ้นสุดเมื่อวันที่ 6 พฤษภาคม ค.ศ.1950⁹¹

⁸⁹ Case concerning the temple of Preah Vihear, International Court of Justice Reports, Judgment of 26 May 1961, บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, บทเรียนสำคัญจากกรณีปราสาทพระวิหาร ใครได้ ใครเสีย ?, หนังสือแฉเอกสาร “ลับที่สุด” ปราสาทพระวิหาร พ.ศ. 2505-2551, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: มติชน, 2551), น. 13-70 และ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, เหตุผลในคดีปราสาทพระวิหาร, <<http://www.vcharkarn.com/vservice/showkratoo.php?Pid=9459>>, มิถุนายน 2552.

⁹⁰ League of Nations Treaty Series, Volume LXXXVIII, p. 280.

⁹¹ *Ibid.*, Volume CC, p. 484.

คำประกาศฉบับที่ 3 รัฐบาลไทยทำเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ.1950 ซึ่งทำหลังจากที่คำประกาศฉบับที่สองหมดอายุเป็นเวลา 14 วัน⁹²

ซึ่งข้อความในคำประกาศลงวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ.1950 ซึ่งรัฐบาลไทยมีถึงเลขาธิการสหประชาชาติ มีเนื้อหาใจความว่า

“ข้าพเจ้ารู้สึกเป็นเกียรติที่จะแจ้งให้ท่านทราบว่า โดยคำประกาศลงวันที่ 20 กันยายน ค.ศ.1929 รัฐบาลในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวได้ยอมรับเขตอำนาจบังคับของศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ ตามมาตรา 36 วรรค 2 ของธรรมนูญศาลโลกมีระยะเวลา 10 ปี และอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการปฏิบัติต่างตอบแทนกัน ต่อมา ในวันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ.1940 คำประกาศนั้นก็ได้รับการขยายออกไปอีก 10 ปี

บัดนี้ ข้าพเจ้ารู้สึกเป็นเกียรติที่จะแจ้งให้ท่านทราบว่า รัฐบาลของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ได้ขยายคำประกาศดังกล่าวข้างต้นออกไปอีกเป็นเวลา 10 ปี ตั้งแต่วันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ.1950 ภายใต้ข้อจำกัด เงื่อนไข และข้อสงวนเช่นเดียวกับคำประกาศ เมื่อวันที่ 20 กันยายน ค.ศ.1929”

จะเห็นได้ว่าประเทศไทย ได้ทำการประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลโลกเท่าถึงสามครั้ง และเป็นที่น่าสนใจอย่างยิ่งว่าคำประกาศฉบับที่สามซึ่งเป็นคำประกาศรับรองเขตอำนาจศาลโลกเท่า ที่เป็นปัญหาในการพิจารณาได้กระทำขึ้นเมื่อศาลโลกเก่าสิ้นสุดไปแล้วถึง 4 ปี กล่าวคือ ศาลโลกเก่าสิ้นสุดไปเมื่อวันที่ 19 เมษายน ค.ศ.1946 ยิ่งไปกว่านั้น คำประกาศฉบับที่สามกระทำภายหลังจากคำประกาศฉบับที่สองสิ้นสุดไปแล้วประมาณสองสัปดาห์

เมื่อศาลฯรับคำฟ้องแล้ว ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กำหนดให้ฝ่ายประเทศไทยส่งคำให้การภายในวันที่ 5 ธันวาคม ค.ศ.1959 ซึ่งฝ่ายประเทศไทยได้ส่งคำให้การเรื่องการตัดฟ้องว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี

ในการตัดฟ้องฝ่ายประเทศไทยได้อ้างว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่มีเขตอำนาจที่จะพิจารณาคดีที่ประเทศกัมพูชายื่นฟ้องเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม ค.ศ.1959 ดังต่อไปนี้

1. การประกาศของประเทศสยามเมื่อวันที่ 20 กันยายน ค.ศ.1929 (ฉบับที่ 1) ซึ่งรับรองเขตอำนาจศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ หรือ Permanent Court of International Justice หรือ PCIJ กล่าวคือ รับรองเขตอำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเก่า ได้สิ้นสุดพร้อมกับการยุบของศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ และไม่อาจรื้อฟื้นได้

⁹² United Nations Treaty Series, No. 844, p. 158. และดูภาคผนวกที่ ก.

2. การที่ประเทศไทยทำคำประกาศลงวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ.1950 (ฉบับที่ 3) เรื่องการรับรองเขตอำนาจศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งถูกยุบไปแล้ว มีจุดมุ่งหมายเพียงรับรองการประกาศเมื่อวันที่ 20 กันยายน ค.ศ.1929

3. ประเทศไทยไม่เคยยอมรับเขตอำนาจ ซึ่งเป็นบทบังคับของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่ตั้งขึ้นใหม่ตามธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ มาตรา 36 วรรค 2 แต่อย่างใด

นอกจากนี้ ประเทศไทยได้อ้างคำพิพากษาในคดี Aerial Incident เมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ.1955 ระหว่างประเทศอิสราเอล และบัลแกเรีย ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศวินิจฉัยว่าแม้ประเทศบัลแกเรียจะประกาศรับเขตอำนาจศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ (PCIJ) ในปี ค.ศ. 1920 โดยไม่มีกำหนดการ เมื่อศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศถูกยุบไปแล้ว ก็ต้องถือว่าคำรับรองเขตอำนาจศาลดังกล่าวสิ้นสุดลงด้วยในวันที่ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศถูกยุบ และในกรณีนี้ไม่อาจนำมาตรา 36 วรรค 5⁹³ มาใช้ในกรณีนี้ได้ เนื่องจากการนำมาตรา 36 วรรค 5 มาใช้นั้นต้องเป็นรัฐคู่ภาคีเริ่มต้นของธรรมนูญศาลฯ ซึ่งบัลแกเรียเข้าเป็นภาคีในภายหลัง กล่าวคือ เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ.1955 นอกจากนี้ ประเทศบัลแกเรียก็ไม่เคยทำคำรับรองเขตอำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแต่อย่างใด

ประเทศไทยได้ใช้เหตุผลเดียวกันยกขึ้นอ้าง โดยอ้างว่าศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศถูกยุบไปเมื่อวันที่ 19 เมษายน ค.ศ.1946 และประเทศไทยเข้าเป็นภาคีในวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 1946 กล่าวคือ แปดเดือนหลังจากศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศถูกยุบ จึงไม่สามารถนำมาตรา 36 วรรค 5 มาใช้ได้เพราะไม่ได้เป็นรัฐคู่ภาคีเริ่มต้นของธรรมนูญศาลฯ ดังนั้น คำรับรองเขตอำนาจศาลที่ประเทศไทยทำไว้ 10 ปี (ฉบับที่สอง) ตั้งแต่วันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ.1940 จนถึงวันที่ 6 พฤษภาคม ค.ศ.1950 จึงต้องสิ้นผลตามศาลที่ถูกยุบไปเช่นกัน เหมือนในคดี Aerial Incident ดังนั้น การที่ประเทศไทยมาทำคำประกาศรับรองใหม่ 2 สัปดาห์หลังจากนั้น ในวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 1950 จึงเป็นคำประกาศรับรองที่ไร้ผล ไร้ความหมาย จึงไม่อาจใช้บังคับได้ เพราะรับรองอำนาจศาลที่ถูกยุบไปแล้ว

⁹³ มาตรา 36 วรรค 5 บัญญัติว่า คำประกาศที่กระทำตามมาตรา 36 ของธรรมนูญศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศและใช้บังคับอยู่นั้น ในระหว่างภาคีแห่งธรรมนูญนี้ ให้ถือว่าเป็นการยอมรับอำนาจศาลโดยบังคับแห่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ สำหรับกำหนดเวลาที่ยังใช้บังคับอยู่และตามถ้อยคำแห่งคำแถลงนั้นๆ

ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศวินิจฉัยคำคัดค้านของประเทศไทยและได้อธิบายว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีอำนาจพิจารณาคดีนี้ ตามธรรมนูญศาลฯ มาตรา 36 วรรค 4 เพราะคำประกาศของประเทศไทยที่ให้ต่อเลขาธิการสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 1950 “มีลักษณะเป็นการรับรองอำนาจ” ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตามมาตรา 36 วรรค 2 โดยศาลฯ ให้เหตุผลหลักว่า กรณีของประเทศไทยไม่เหมือนกรณีประเทศบัลแกเรีย เพราะบัลแกเรียไม่ได้กระทำการใดๆ อีกเลยหลังจากการรับรองเขตอำนาจศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ แต่ประเทศไทยกลับทำคำประกาศรับรองอย่างชัดแจ้งอีกครั้งหนึ่งในปี ค.ศ. 1950 (คำประกาศฉบับที่สาม) อันเป็นการกระทำภายหลังศาลโลกเดิมถูกยุบไปแล้ว

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังกล่าวอีกว่าความจริง ในวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 1950 ไม่เพียงแต่คำประกาศของประเทศไทยในปี 1940 (ฉบับที่สอง) ไม่ได้โอนมายังศาลปัจจุบันแล้ว แต่คำประกาศนั้นก็ยังได้หมดอายุไปแล้วสองอาทิตย์ กล่าวคือสิ้นผลลงในวันที่ 6 พฤษภาคม ค.ศ. 1950 นอกจากนี้ คำประกาศในวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 1950 ก็เป็นการกระทำใหม่และเป็นเอกเทศในตัวเองซึ่งไม่ได้กระทำภายใต้มาตรา 36 วรรค 5 แห่งธรรมนูญศาลฯ แต่อย่างใด

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าถ้าหากไม่มีคำประกาศลงวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 1950 แล้ว (ฉบับที่สาม) ประเทศไทยก็ไม่ถูกผูกพันโดยอำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเลย แต่การที่ประเทศไทยประกาศรับรองเขตอำนาจศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ เมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 1950 (ฉบับที่สาม) ย่อมเห็นได้ชัดว่าประเทศไทยยอมรับเขตอำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใหม่นี้ ตามมาตรา 36 วรรค 2 ตามธรรมนูญศาลฯ โดยอิงเงื่อนไขจากคำประกาศฉบับแรก โดยศาลตีความว่าการต่ออายุการรับรองเขตอำนาจศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งไม่มีอีกแล้วเป็นการตีความโดยปราศจากผล (in absurdum) เพราะศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศได้ยกเลิกไปแล้ว⁹⁴ ดังนั้น ต้องสันนิษฐานว่าการรับเขตอำนาจศาลของประเทศไทยเป็นการรับรองเขตอำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

เมื่อเป็นเช่นนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงได้ยกคำคัดค้านของฝ่ายไทยและให้รับฟ้องของกัมพูชาซึ่งยื่นฟ้องเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม ค.ศ. 1959 เพื่อพิจารณาในชั้นเนื้อหาต่อไป

⁹⁴ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 53, น. 155.

2.3.3 การกระทำฝ่ายเดียวที่ถูกกำหนดโดยกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ

เป็นที่แน่ชัดว่าหากกฎเกณฑ์ใดได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศแล้ว การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐที่สอดคล้องหรือเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎเกณฑ์ดังกล่าวอาจถูกพิจารณาให้มีค่าบังคับทางกฎหมายโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งการกระทำฝ่ายเดียวเป็นเงื่อนไขในการบังคับใช้ของสถานะในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่ต้องกระทำทำให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ดังกล่าว⁹⁵ ยกตัวอย่างเช่น ในคดี *Anglo-Norwegian Fisheries* ค.ศ.1951 ระหว่างประเทศอังกฤษและประเทศนอร์เวย์ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยว่า

“การกำหนดอาณาเขตทางทะเลของรัฐนั้นมิได้ขึ้นอยู่กับเจตจำนงของรัฐตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายในของรัฐนั้นเท่านั้น จริงอยู่ที่ว่าการกำหนดอาณาเขตทางทะเลนั้นเป็นการกระทำฝ่ายเดียว แต่การกำหนดอาณาเขตดังกล่าวจะมีผลใช้ได้ต่อรัฐอื่นหรือไม่นั้น เป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ และในการลากเส้นฐานตรงนั้น รัฐจะต้องลากเส้นฐานตรงดังกล่าวตามแนวทั่วไปของชายฝั่งด้วย”⁹⁶

กล่าวคือ คำวินิจฉัยดังกล่าวชี้ให้เห็นว่า การกำหนดอาณาเขตทางทะเลเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral act of State) ซึ่งได้ถือกำเนิดมาจากกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law) โดยรัฐชายฝั่งสามารถจะกำหนดเขตต่อเนื่องในอาณาเขตทางทะเลของตนและเขตเศรษฐกิจจำเพาะภายในขอบเขตอำนาจที่กฎหมายระหว่างประเทศได้กำหนดไว้ โดยการกระทำฝ่ายเดียวดังกล่าวเหล่านี้ได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อรัฐอื่น ทั้งนี้ รัฐอื่นต้องให้ความเคารพในกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นพิเศษซึ่งมีผลต่อเขตทางทะเลด้วย หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐซึ่งมีผลผูกพันกับรัฐอื่นแล้ว (opposability)⁹⁷ ยิ่งไปกว่า

⁹⁵ ในกรณีการกระทำฝ่ายเดียวโดยเฉพาะตามกฎหมายทางทะเล มีการกำหนดให้มีการแจ้งต่อตัวแทนในทางระหว่างประเทศที่มีความสามารถหรือประกาศโดยเปิดเผย ซึ่งข้อกำหนดบางอย่างหรือแผนก็เหมาะสม

⁹⁶ จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 44*, น. 57, Fisheries case, *International Court of Justice Reports*, Judgment of 18 December 1951, p. 132.

⁹⁷ Krzysztof Skubiszewski, Unilateral Acts of States, in Mohammed Bedjaoui(ed), *supra* note 30, p. 233.

นั้น เราอาจพิจารณาได้ว่าการกระทำฝ่ายเดียวในลักษณะนี้จะไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย เว้นแต่จะอาศัยอำนาจของกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศนั่นเอง หรือการกระทำฝ่ายเดียวเป็นเงื่อนไขในการบังคับใช้ของสถานะในทางกฎหมายระหว่างประเทศ⁹⁸

ดังนั้น การที่ประเทศไทยได้ทำการประกาศอาณาเขตทางทะเลหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะ⁹⁹ อาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของประเทศไทยในการใช้สิทธิอธิปไตยในเรื่องการกำหนดอาณาเขตทางทะเล หรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศแล้ว ซึ่งค่าบังคับของการกระทำฝ่ายเดียวดังกล่าวของประเทศไทยอาจถูกพิจารณาได้ว่ามาจากกฎเกณฑ์ของกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศได้ ทั้งนี้ การประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะและการประกาศกำหนดเขตไหล่ทวีปของไทย ซึ่งเป็นการกระทำฝ่ายเดียวในทางระหว่างประเทศเพื่อใช้สิทธิทางอธิปไตยของรัฐ มิใช่การทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศ จึงทำให้ไม่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามกฎหมายรัฐธรรมนูญแต่ประการใด¹⁰⁰

ยิ่งไปกว่านั้น การใช้สิทธิอธิปไตยในการบัญญัติหรือตรากฎหมายหรือการออกมาตรการต่างๆ โดยการออกกฎหมายภายในให้มีผลเป็นการขัดกับหลักการสำคัญ อาทิเช่น การควบคุมเรือประมงต่างชาติที่ผ่านเขตเศรษฐกิจจำเพาะ โดยการนำหลักการผ่านโดยสุจริต (innocent passage) ไปปรับใช้กับเรือประมงต่างชาติที่ผ่านเขตเศรษฐกิจจำเพาะ ย่อมถือได้ว่าขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศและหลักเกณฑ์สำคัญในอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายทะเล เพราะการนำหลักการผ่านโดยสุจริตซึ่งเป็นหลักที่ใช้ในทะเลอาณาเขตมาปรับใช้กับเขตเศรษฐกิจจำเพาะย่อมเท่ากับเป็นการประกาศฝ่ายเดียวของรัฐชายฝั่งให้รัฐอื่นๆ ยอมรับว่าทะเลอาณาเขตของตนนั้นมีใช้ 12 ไมล์ทะเล หากแต่เป็น 200 ไมล์ทะเล และรัฐชายฝั่งสามารถปฏิเสธการผ่านของเรือประมง

⁹⁸ First report on unilateral acts of States, *supra* note 8, para. 106, p. 20.

⁹⁹ กล่าวคือ ประกาศพระบรมราชโองการ ลงวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ.2509 กำหนดอาณาเขตของประเทศไทยเป็น 12 ไมล์ทะเล (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 83 ตอนที่ 92 วันที่ 18 ตุลาคม พ.ศ. 2509) และประกาศพระบรมราชโองการ ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2524 กำหนดเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทย ซึ่งอยู่ถัดออกไปและติดกับทะเลอาณาเขต เป็นระยะ 200 ไมล์ทะเล โดยวัดจากเส้นฐานที่ใช้สำหรับวัดความกว้างของทะเลอาณาเขต

¹⁰⁰ ดู มาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ต่างชาติในเขตเศรษฐกิจจำเพาะได้อย่างสิ้นเชิง โดยอ้างว่าเรือประมงต่างชาติกระทำการไม่สุจริต¹⁰¹

นอกจากนี้ ในคดี Nottebohm ซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศ Liechtenstein กับ Guatemala¹⁰² ยังสามารถเป็นตัวอย่างของการใช้สิทธิอธิปไตยของรัฐหรือการกระทำฝ่ายเดียวในเรื่องการกำหนดและให้สัญชาติต่อบุคคลธรรมดาที่จะต้องสอดคล้องต่อกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งค่าบังคับของการกระทำดังกล่าวอาจถูกพิจารณาได้ว่ามาจากกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศได้ กล่าวคือ คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีดังกล่าวชี้ให้เห็นว่า รัฐแม้จะมีอำนาจฝ่ายเดียวในการกำหนดสัญชาติของบุคคลธรรมดาก็ตาม แต่การกำหนดสัญชาติบุคคลนั้นจะต้องปรากฏว่ามีความเกี่ยวโยงอันแท้จริง (genuine link) ระหว่างรัฐกับบุคคลที่รัฐจะให้สัญชาติ หรือชี้ให้เห็นว่าการให้สัญชาติแก่บุคคลธรรมดาที่มีกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศควบคุมอยู่ มิใช่เป็นการให้สัญชาติโดยอำเภอใจของรัฐแต่อย่างใด โดยที่ความสำคัญของการให้สัญชาติแก่บุคคลธรรมดานั้นไม่เพียงแต่มีความสำคัญในเรื่องการใช้เขตอำนาจของรัฐเหนือบุคคลหรือทรัพย์สินที่มีสัญชาติของรัฐนั้นเท่านั้น แต่ยังมีความสำคัญในเรื่องการให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่คนชาติของตนเมื่อคนชาติของรัฐนั้นไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการกระทำของรัฐอื่นๆ นอกจากนี้ การมีความเกี่ยวโยงอันแท้จริง (genuine link) ระหว่างรัฐกับบุคคลที่รัฐจะให้สัญชาติยังมีความสอดคล้องต่อความต้องการของรัฐที่ต้องการให้สัญชาติเฉพาะบุคคลที่มีความสัมพันธ์อย่างแท้จริง ในแง่การเข้ามามีบทบาทส่วนร่วมในการพัฒนาประเทศต่อไป

¹⁰¹ จุมพต สายสุนทร, “การใช้สิทธิอธิปไตยของรัฐชายฝั่งเพื่อจำกัดเสรีภาพในการเดินเรือประมงในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ : ข้อสังเกตเกี่ยวกับกฎหมายของมาเลเซียและอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายปี ค.ศ.1982”, วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 1, ปีที่ 19, (2532), น. 154-179, จตุรนต์ ธิระวัฒน์, อาณาเขตทางทะเลของประเทศไทย ปัญหากฎหมายในทางปฏิบัติ ในส่วนที่เกี่ยวกับประเทศเพื่อนบ้าน และประชาคมระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 43.

¹⁰² Nottebohm Case (Liechtenstein V. Guatemala), International Court of Justice Reports, (Judgment of 6 April 1955), pp. 4-27.

2.4 การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐในการก่อตัวของกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ

ในการศึกษาประเด็นนี้เป็นการพิจารณาถึงการกระทำ (acts) และการประพฤติปฏิบัติของรัฐ (conduct) ซึ่งมีอิทธิพลต่อกระบวนการของบ่อเกิดทางกฎหมาย หรือการกระทำฝ่ายเดียวในกระบวนการสร้างกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ (International Custom) ดังนั้น หากไม่คำนึงถึงการสร้างจารีตประเพณีโดยอนุสัญญาพหุพาคี หรือโดยสนธิสัญญาทวิภาคีแบบซ้อนขนานกันเป็นจำนวนมากแล้ว การกระทำฝ่ายเดียวระหว่างรัฐ ซึ่งนอกจากจะเป็นการกระทำภายในประเทศแล้ว ยังเป็นเครื่องมือหลักในการสร้างหรือยืนยันจารีตประเพณี โดยลักษณะที่ชัดเจนของการกระทำเหล่านี้ก็คือ การไม่มีเจตนาสร้างสิทธิส่วนบุคคลและ/หรือข้อผูกพันต่อรัฐผู้กระทำการ แต่เป็นการนำมาซึ่งการสร้างกฎเกณฑ์ทั่วไปหรือการปฏิบัติตามกฎดังกล่าว¹⁰³

เป็นที่ยอมรับกันเป็นอย่างดีว่ากระบวนการทางกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศจะไม่มีคุณสมบัติหากไม่ประกอบด้วย กล่าวคือ ประการแรก การกระทำที่เกิดขึ้นอย่างซ้ำๆ หรือที่เรียกว่า ทางปฏิบัติ (องค์ประกอบทางวัตถุ หรือทางข้อเท็จจริง หรือ Consuetudo) ซึ่งการถือปฏิบัติโดยทั่วไปดังกล่าวต้องกระทำอย่างสม่ำเสมอ (consistency) และมีรูปแบบเดียวกัน (uniformity) ส่วนประการที่สอง คือ ความตระหนักหรือเชื่อถือในกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายว่าการแสดงการกระทำดังกล่าวเป็นข้อผูกพันเนื่องจากกฎหมายได้กำหนดไว้เช่นนั้น (องค์ประกอบทางจิตใจ หรือ Psychological element) ซึ่งต้องพิจารณาว่าในทางปฏิบัติที่รัฐได้กระทำฝ่ายเดียวนั้น รัฐโดยทั่วไปได้กระทำโดยมีความรู้สึกหรือความเชื่อมั่นว่ามีกฎหมายซึ่งกำหนดหน้าที่หรือสิทธิตามกฎหมายหรือไม่ (opinio juris sive necessitatis)¹⁰⁴

การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่ามีส่วนเกี่ยวข้องในการก่อตัวหรือก่อให้เกิดของกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ หรืออาจพิจารณาได้ว่าการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐสามารถจัดหาแบบอย่าง (precedents) ที่สำคัญของกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศได้¹⁰⁵

¹⁰³ Karl Zemanek, *Unilateral Legal Acts Revisited*, edited by Karel Wellens, *supra* note 2, p. 211.

¹⁰⁴ Ian Brownlie, *supra* note 6, pp. 5-11 see also First report on unilateral acts of States, *supra* note 8, para. 100, p. 19.

¹⁰⁵ Nguyen Quoc Dinh, *supra* note 1, pp. 332 see also Ian Brownlie, *supra* note 6, p. 642.

ถึงแม้ว่าในแง่นี้การกระทำฝ่ายเดียวดังกล่าวของรัฐจะไม่ถือว่าเป็นบ่อเกิดใหม่ก็ตาม ทั้งนี้ การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐอาจถูกพิจารณาว่าเป็นทางปฏิบัติของรัฐโดยทั่วไป (general state practice) อันเป็นองค์ประกอบที่สำคัญประการหนึ่งของการก่อตัวของกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ หรือการกระทำฝ่ายเดียวที่มีอิทธิพลต่อการสร้างกฎหมายประเพณีจนทำให้เกิดการสร้างหลักเกณฑ์ขึ้นมาใหม่ (constitutive effect) อย่างไรก็ตาม การกระทำฝ่ายเดียวยังนำมาใช้พิสูจน์ยืนยันถึงความมีอยู่ของกฎหมายประเพณีหรือเป็นหลักฐานของกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศได้อีกด้วยจนมีลักษณะเหมือนเป็นการประกาศย้ำ (declaratory character)¹⁰⁶

ความสำคัญของการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐในการก่อให้เกิดกฎหมายจารีตประเพณี อาจเห็นได้จากตัวอย่างของการกระทำที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายทะเล (Law of the sea) ที่มีการกระทำขึ้นตั้งแต่ในศตวรรษที่ 18 ซึ่งภายหลังได้มีการประมวลกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ ตัวอย่างเช่น การขยายเขตอำนาจของรัฐชายฝั่งออกไป 200 ไมล์ทะเลเป็นอีกกรณีหนึ่งซึ่งคำประกาศฝ่ายเดียวได้มีอิทธิพลต่อวิวัฒนาการของกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ กล่าวคือ คำประกาศสิทธิของประธานาธิบดีทรูแมนของสหรัฐอเมริกา (Truman Proclamation) ในวันที่ 28 กันยายน ค.ศ.1945 ซึ่งเป็นการอ้างเขตอำนาจและการควบคุมเหนือทรัพยากรต่างๆ ของเขตไหล่ทวีป กล่าวคือ พื้นดินท้องทะเล (sea-bed) และดินใต้ผิวดิน (subsoil) ของบริเวณใต้ทะเล ทั้งนี้ มิได้รวมห้วงน้ำเหนือเขตไหล่ทวีป (superjacent to the shelf) และมีใช่เป็นการอ้างอำนาจอธิปไตยแต่อย่างใด เหตุผลของการประกาศอันเนื่องมาจากประเทศสหรัฐอเมริกาได้ทราบถึงผลประโยชน์มหาศาลของเขตไหล่ทวีป โดยเฉพาะน้ำมันปิโตรเลียม ซึ่งการประกาศดังกล่าวเป็นจุดเริ่มต้นให้รัฐอื่นๆ ดำเนินการประกาศตามมา ยิ่งไปกว่านั้น การที่ประธานาธิบดี ทรูแมน ได้ประกาศหลักการดังกล่าวขึ้นมา ทำให้รัฐต่างๆ ได้ตระหนักถึงทรัพยากรทางทะเล อันเป็นเหตุให้กลุ่มประเทศในแถบลาตินอเมริกา กล่าวคือ ประเทศเอกวาดอร์ เปรู ชิลี ได้ร่วมกันประกาศถึงอำนาจอธิปไตยและเขตอำนาจแต่เพียงผู้เดียวออกไป 200 ไมล์ทะเล หรืออาจพิจารณาว่าได้ประกาศทะเลอาณาเขตไปถึง 200 ไมล์ทะเล ในวันที่ 18 สิงหาคม ค.ศ.1952 (The Santiago Declaration)¹⁰⁷ สาเหตุที่ต้องประกาศดังกล่าว เนื่องจากเพื่อขจัดความสูญเสียในการใช้เขตไหล่

¹⁰⁶ Karl Zemanek, *Unilateral Legal Acts Revisited*, edited by Karel Wellens, *supra* note 2, p. 211.

¹⁰⁷ Tommy T.B.Koh, *The Exclusive Economic Zone*, in Hugo Caminos(ed), *Law of the Sea*, (Aldershot, England: Ashgate/Dartmouth, 2001), pp. 158-160.

ทวีปดังกล่าวซึ่งตนยังไม่มีความสามารถที่จะใช้ได้และเพื่อที่จะใช้สิทธิในเขตไหล่ทวีปในอนาคตข้างหน้า ทั้งนี้ หากไม่คำนึงถึงความซับซ้อนและการวิพากษ์วิจารณ์ต่างๆ ขอบเขตพื้นที่ 200 ไมล์ทะเล คือ แบบแผนในทางกฎหมาย (legal norm) ซึ่งได้รับการยอมรับจากรัฐสมาชิกละตินอเมริกาอย่างต่อเนื่อง ก่อนที่จะขยายไปสู่อาณาเขตทางภูมิศาสตร์อื่นๆ และท้ายที่สุดได้รับการยอมรับในฐานะหลักเกณฑ์ของเขตเศรษฐกิจจำเพาะ (EEZ) ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า บ่อยครั้งการกระทำฝ่ายเดียวจะได้รับการยืนยันโดยวิธีการออกกฎหมายภายใน¹⁰⁸

ทั้งนี้ การกระทำ (acts) และการประพฤติปฏิบัติ (conduct) ของรัฐสามารถมีส่วนร่วม (participate) หรือมีส่วนในการขัดขวาง (hamper) ในการก่อตัวของกฎเกณฑ์ทางประเพณี ซึ่งการรับรองโดยปริยาย กล่าวคือ การนิ่งเฉยหรือการไม่คัดค้านมีผลเท่ากับเป็นการยินยอมโดยปริยาย นอกจากนี้ การคัดค้านหรือการปฏิเสธยังมีบทบาทที่สำคัญในการก่อตัวของกฎเกณฑ์ทางประเพณี ซึ่งสิ่งที่เกี่ยวข้องอันเนื่องมาจากแนวคิดในทางรูปแบบคือการกระทำฝ่ายเดียว หรือในกรณีใดๆ ก็ตามคือการแสดงเจตนาของรัฐที่เชื่อมโยงกับความเชื่อว่าทางปฏิบัติเป็นกฎหมาย¹⁰⁹

การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐที่อาจถูกพิจารณาว่าเป็นทางปฏิบัติของรัฐ (State practice) เป็นการกระทำของรัฐโดยอาศัยอำนาจของรัฐซึ่งมีผลกระทบหรือวัตถุประสงค์เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือเกี่ยวกับการใช้อำนาจของรัฐอื่น ซึ่งการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐที่ถูกพิจารณาว่าเป็นทางปฏิบัติของรัฐอาจแบ่งได้จากการกระทำขององค์กร (organs) ที่มีอำนาจของรัฐตามหลักการของความเป็นนิติบุคคลแห่งรัฐ ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังนี้

2.4.1 การกระทำของฝ่ายบริหาร

การกระทำของฝ่ายบริหาร ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ซึ่งเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กระทรวงการต่างประเทศ ตลอดจน การกระทำของหน่วยงานอื่นๆ หรือบุคคลผู้มีอำนาจ เช่น ประมุขของรัฐ ซึ่งสามารถแสดงเจตนา ทศนคติและเจตจำนงของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวพันกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ถ้อยแถลงของตัวแทนของรัฐบาลในที่ประชุมระหว่าง

¹⁰⁸ René-Jean Dupuy and Daniel Vignes, A Handbook on the New Law of the Sea 1, (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1991), pp. 38-41.

¹⁰⁹ First report on unilateral acts of States, *supra* note 8, para. 102, p. 19.

ประเทศ กล่าวคือ ในสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ คำแถลงของผู้แทนของรัฐในศาลหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในคดีซึ่งรัฐของตนเป็นคู่ความ การให้สัมภาษณ์ต่อสื่อมวลชน โดยผู้นำของรัฐหรือโดยเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐผู้รับผิดชอบในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง การกระทำของตัวแทนทางการทูตหรือกงสุล หนังสือติดต่อระหว่างเจ้าหน้าที่ทูต คำสั่งระเบียบต่างๆ ที่ตราขึ้นเพื่อใช้ในประเทศ การบังคับตามให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับอำนาจรัฐ ทางปฏิบัติของรัฐต่างๆ ในการทำสนธิสัญญา การอภิปรายและการออกเสียงลงคะแนนของรัฐในองค์การระหว่างประเทศ เป็นต้น สิ่งต่างๆ เหล่านี้ย่อมแสดงให้เห็นถึงเจตจำนงของรัฐในการถือปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง แต่ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์ในแต่ละกรณีประกอบด้วย เนื่องจาก รัฐแต่ละรัฐเองอาจถือปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งซึ่งยังไม่แน่นอนหรือไม่อยู่ในรูปแบบเดียวกันก็ได้

2.4.2 การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ

โดยหลักแล้วกฎหมายภายในที่รัฐบัญญัติขึ้นจะไม่มีผลในทางระหว่างประเทศอันส่งผลกระทบต่อประเทศอื่นๆ อย่างไรก็ดีตาม กฎหมายภายในที่รัฐต่างๆ บัญญัติขึ้นมาบางประเภท ซึ่งมีเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ภายนอก เช่น กฎหมายภายในที่รัฐประกาศอาณาเขตทางทะเลอาจถูกพิจารณาเป็นแบบอย่างของทางปฏิบัติของรัฐ (State practice) อันเป็นองค์ประกอบและก่อให้เกิดกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องการใช้และกำหนดเส้นฐานและความกว้างของทะเลอาณาเขตได้

ตัวอย่างเช่น ในคดี Fisheries Jurisdiction ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้ความเห็นว่า การที่ทั้งอังกฤษและเยอรมนีไม่คัดค้านการขยายเขตประมงเดิมของไอซ์แลนด์ซึ่งมีความกว้าง 12 ไมล์ทะเลก็เพราะเขตประมงในรัศมีมีความกว้างดังกล่าวได้รับการยอมรับโดยทั่วไป แต่ศาลหลีกเลี่ยงที่จะวินิจฉัยในประเด็นว่าการขยายเขตประมง 50 ไมล์ทะเลของไอซ์แลนด์นั้นชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ เพราะทั้งอังกฤษและเยอรมนียังคัดค้านการขยายเขตประมงของไอซ์แลนด์ในระยะ 50 ไมล์ทะเลอยู่ จนกระทั่งภายหลังจากคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ในคดี Fisheries Jurisdiction แล้ว การขยายเขตประมงของรัฐชายฝั่งเกินกว่า 12 ไมล์ทะเลเริ่มเป็นที่ยอมรับและถือปฏิบัติกันกว้างขวางขึ้น¹¹⁰

¹¹⁰ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 44, น. 54.

2.4.3 การกระทำของฝ่ายตุลาการ

การกระทำของฝ่ายตุลาการที่กล่าวได้ว่าเป็นทางปฏิบัติของรัฐ กล่าวคือ คำพิพากษาของศาลภายในรัฐที่เกี่ยวข้องกับความเป็นบุคคลของรัฐอื่น หรือการใช้อำนาจของรัฐอื่น

ตัวอย่างเช่น การใช้อำนาจศาลทางอาญาของรัฐในการพิจารณาคดีเรือโดกันทะเลในคดี Lotus ระหว่างตุรกีและฝรั่งเศส กล่าวคือ การกระทำของฝ่ายตุลาการ (คำพิพากษาของศาลภายใน) อันถือว่าการกระทำของรัฐ และการกระทำดังกล่าวอาจมีผลถือว่าเป็นทางปฏิบัติของรัฐได้ (State practice) ซึ่งข้อเท็จจริงในคดี Lotus¹¹¹ ระหว่างตุรกีและฝรั่งเศส มีว่าเรือฝรั่งเศสชื่อ Lotus ชนกับเรือตุรกีชื่อ Bozkourt ในทะเลหลวงส่งผลให้เรือตุรกีจมและลูกเรือเสียชีวิต เมื่อเรือฝรั่งเศสเข้าเทียบท่าในตุรกี นายเรือประเทศฝรั่งเศสถูกทางการตุรกีจับกุมและศาลตุรกีได้พิจารณาลงโทษจำคุก รัฐบาลประเทศฝรั่งเศสคัดค้านรัฐบาลตุรกีโดยอ้างว่าศาลตุรกีไม่มีเขตอำนาจศาลทางอาญาในการพิจารณาคดีนี้ และได้ยื่นฟ้องตุรกีต่อศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ หรือ PCIJ ในชั้นศาลฯ ฝรั่งเศสอ้างว่าตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ศาลของรัฐที่มีอำนาจพิจารณาคดีทางอาญาในความผิด ซึ่งกระทำขึ้นบนเรือฝรั่งเศส ได้แก่ศาลฝรั่งเศสซึ่งเป็น flag State ทั้งนี้ฝรั่งเศสได้อ้างคำพิพากษาของศาลภายในของหลายประเทศซึ่งเรือผู้เสียหายชักธงนั้นงดเว้นไม่ใช้อำนาจศาลทางอาญา ตุรกีอ้างว่ากฎหมายอาญาของตุรกีให้อำนาจแก่ศาลในการพิจารณาคดีความผิดที่เกิดขึ้นในดินแดนของตุรกี รวมถึงอำนาจในการพิจารณาคดีทางอาญาในกรณีที่เกิดจากการกระทำที่เกิดขึ้นบนดินแดนของตุรกี ผลของการชนกันนั้นเกิดขึ้นบนเรือ Bozkourt ซึ่งชักธงตุรกีจึงถือเสมือนว่าเป็นดินแดนของตุรกี ดังนั้น ตุรกีจึงมีอำนาจศาลในคดีนี้ ศาลโลกวินิจฉัยสรุปได้ว่าการที่ศาลภายในของรัฐต่างๆ ที่งดเว้นไม่ใช้อำนาจศาลทางอาญานั้นมีเหตุผลหรือเหตุชักจูงใจอื่นนอกเหนือไปจากเหตุผลว่าศาลภายในของรัฐต่างๆ มีความเชื่อมั่นตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าศาลภายในไม่มีอำนาจ อีกนัยหนึ่งคือ แบบอย่างดังกล่าวมิได้ชี้ให้เห็นเด่นชัดว่ารัฐไม่ใช้อำนาจศาลทางอาญาเพราะ มี opinion juris ซึ่งเป็นองค์ประกอบทางจิตใจของทางปฏิบัติอันจะให้ทางปฏิบัติกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ นอกจากนี้ ศาลโลกวินิจฉัยว่ากฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นมิได้ห้ามตุรกีที่จะใช้อำนาจศาลทางอาญาของตนในการพิจารณาคดีผู้กระทำผิดซึ่งเป็นคนต่างชาติ และแม้ว่าการกระทำจะเกิดขึ้นในทะเลหลวง

¹¹¹ “Lotus Case (Turkey V. France)”, Permanent Court of International Justice Reports., Series A10, Judgment of 7 September 1927.

ก็ตาม แต่ผลของการกระทำนั้นเกิดขึ้นบนเรือตุรกี ดังนั้น การใช้อำนาจศาลตามกฎหมายอาญาของตุรกีจึงไม่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ คำพิพากษาดังกล่าวอาจพิจารณาได้ว่า การงดเว้นการกระทำย่อมก่อให้เกิดจารีตประเพณีหรือทางปฏิบัติของรัฐได้ กล่าวคือ ทางปฏิบัติของรัฐต่างๆ หรือ คำพิพากษากายในต่างๆ ซึ่งตัดสินว่าเรือที่ก่อความเสียหายจะถูกฟ้องและนำขึ้นศาลเฉพาะในประเทศของเรือนั้น โดยงดเว้นที่จะดำเนินคดีในศาลอื่น อันเท่ากับยอมรับโดยนัยว่ากฎหมายระหว่างประเทศให้อำนาจเฉพาะกับศาลของรัฐซึ่งเรือกระทำความผิด อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศชี้ว่าในคดีนี้แม้มีการงดเว้นการกระทำแต่ขาดองค์ประกอบที่สองของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ กล่าวคือ ปรากฏจากการยอมรับว่าเป็นหน้าที่ตามกฎหมาย ดังนั้น ศาลโลกจึงไม่ได้ปฏิเสธว่าการงดเว้น (การกระทำของฝ่ายตุลาการ) สามารถก่อให้เกิดกฎหมายจารีตประเพณีได้ เพียงแต่ต้องมีองค์ประกอบข้ออื่นของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอีกด้วย

จะเห็นได้ว่าการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐไม่ว่าจะเป็นการกระทำของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายตุลาการ อาจถูกพิจารณาว่าเป็นทางปฏิบัติของรัฐ (State practice) ซึ่งเป็นส่วนสำคัญในการก่อตั้ง (constitutive element) กฎหมายประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องนั้นๆ ตามมาในอนาคตได้¹¹²

¹¹² Kobchai Charoenvimolkul, "Unilateral Act as a New Source of International Law", *The Journal of Law Thammasart University*, Vol.2 Year 20, (1990), p. 229.