

บทที่ 4

คำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐในทางกฎหมายระหว่างประเทศ

เนื้อหาของบทนี้จะพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายต่างๆ ของคำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral promise) หรือคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐที่ก่อตั้งพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ (unilateral declarations of States capable of creating legal obligations) ทั้งนี้ ปัญหาในเรื่องเงื่อนไข รูปแบบ และผลทางกฎหมายของคำมั่นฝ่ายเดียวได้รับการกำหนดโดยคำพิพากษาในคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ (Nuclear Test Case) รวมทั้งยังมีพื้นฐานมาจากทางปฏิบัติของรัฐอื่น (State practices) ที่มีความเกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักกฎหมายที่ได้รับการแนะนำหรือพิจารณาจากคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (The International Law Commission) ที่ให้การยอมรับว่าลักษณะของผลผูกพัน (binding character) ของคำมั่นหรือคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต (principle of good faith) อย่างไรก็ดี ควรตระหนักว่าหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของคำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐในทางกฎหมายระหว่างประเทศมีความแตกต่างจากหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ได้ถูกนำไปใช้ในระบบของกฎหมายภายในของรัฐหรือลักษณะทางกฎหมายแพ่งนั่นเอง¹

4.1 หลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวข้องต่อการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ

เนื่องด้วยการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral acts of States) ไม่ได้ถูกกำหนดอยู่ใน มาตรา 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ฉะนั้น จึงเป็นหน้าที่ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งมีหน้าที่ปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่จะนำทฤษฎีทางกฎหมายมาปรับใช้ต่อการพิจารณาคดีเพื่อให้เกิดความยุติธรรม ดังเช่น ในประเด็นของการก่อตั้งคำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐหรือคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐอันก่อให้เกิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งมีที่มาโดยการยอมรับของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ (Nuclear Test Case) ถึงแม้จะมีข้อโต้แย้งว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่สามารถปรับใช้ข้อเกิดของกฎหมายอื่นๆ นอกเหนือจากข้อบทดังกล่าวได้ ทั้งนี้ การที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะ

¹ H.Thirlway, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International (2003), vol. 294, pp. 340-341.

นำทฤษฎีหรือหลักกฎหมายใดมาพิจารณานั้นก็ต้องคำนึงถึงการเป็นที่ยอมรับของนานาชาติ กล่าวคือ เป็นหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่รับรองของอารยประเทศ (general principles of law recognized by civilized nations)

โดยในหัวข้อนี้ จะศึกษาหลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวข้องต่อการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral acts of states) เช่นเดียวกับกรณีของคำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐหรือคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐที่ก่อให้เกิดพันธกรณีต่อรัฐผู้กระทำซึ่งมีการยอมรับว่ามีพื้นฐานมาจากหลักสุจริต (principle of good faith) ที่ไม่มีความซับซ้อนแต่อย่างใด ทั้งนี้ หลักกฎหมายที่จะศึกษาต่อไปนี้อาจก่อให้เกิดความผูกพันทางกฎหมายแก่รัฐต่างๆ ได้ ซึ่งหลักการทางกฎหมายที่จะศึกษานี้มีลักษณะเช่นเดียวกันคือได้กระตุ้นและมีอิทธิพลต่อการปรับเปลี่ยนและแก้ไขต่อการประพฤติของรัฐ (behaviours) ในกรณีต่างๆ ด้วยกัน กล่าวคือ การประกาศของรัฐ (declarations) ซึ่งยอมรับว่ามีพื้นฐานมาจากหลักสุจริต หรือการประพฤติปฏิบัติของรัฐ (conduct) ซึ่งอาจจะปรับใช้กับหลักกฎหมายปิดปากได้ รวมทั้งการนิ่งเฉยของรัฐ (silence) ยังอาจถูกพิจารณาเป็นพฤติกรรมในการตอบสนองและเป็นรูปแบบของการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวได้² โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักการเหล่านี้ทำให้รัฐทั้งหลายได้มีความตระหนักถึงการกระทำฝ่ายเดียวของตนเองมากขึ้นในปัจจุบัน ตามที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ปรับใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวในการพิจารณาคดีต่างๆ หลายคดีด้วยกัน ดังจะได้วิเคราะห์ในรายละเอียดต่อไป

4.1.1 หลักสุจริต

หลักสุจริต (bona fides, principle of good faith) เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ระบบกฎหมายทั้งในอดีต เช่น สมัยกฎหมายโรมัน รวมทั้งในระบบกฎหมายปัจจุบันได้ให้การยอมรับ เช่น กฎหมายคอมมอนลอว์และกฎหมายซีวิลลอว์ ทั้งนี้ ได้มีการนำหลักสุจริตไปใช้ทั้งในกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน และแม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติเช่นนี้ไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยตรงนักกฎหมายก็สามารถอ้างหลักกฎหมายสุจริตที่แฝงอยู่ในบทบัญญัติต่างๆ ได้³

ซึ่งหากพิจารณาความหมายของหลักสุจริต อาจพิจารณาได้ดังนี้

² Seventh report on unilateral acts of States, UN Doc.A/CN.4/542, p. 72.

³ กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบ Civil Law และ Common Law, จุฬพาน, (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2537), น. 63.

“สุจริต (good faith) เป็นสิ่งที่จับต้องไม่ได้และเป็นนามธรรม (intangible) ไม่มีความหมายเฉพาะทางเทคนิคหรือคำจำกัดความตามบทบัญญัติกฎหมายแต่ประการใด ขอบเขตของความเชื่อโดยสุจริต ได้แก่ สิ่งที่ไม่ประสงค์มั่งร้ายและไม่ประสงค์ที่จะไปฉ้อฉล หลอกลวงบุคคลใด หรือการแสวงหาเอาเปรียบคนอื่นเพราะขาดสำนึก จึงเห็นได้ว่าความสุจริตของบุคคลแต่ละคนจึงเป็นความคิดส่วนตัวของแต่ละคน ซึ่งเป็นเรื่องสภาพในจิตใจของบุคคลนั้น”⁴

ศ.ดร. หยุต แสงอุทัย อธิบายให้เห็นว่า หลักสุจริตเป็นบทกฎหมายยุติธรรม (jus aequum) ซึ่งหมายความว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่ทำให้ผู้พิพากษามีดุลพินิจบางประการที่จะวินิจฉัยให้ผลในทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น หรือบทบัญญัติกฎหมายซึ่งมิได้บังคับว่าผลในทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น หรือบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งมิได้บังคับว่าผลในทางกฎหมายอันใดอันหนึ่งจะต้องเกิดจากเหตุการณ์ที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างแคบๆ ที่เดียว บทกฎหมายที่ยุติธรรมเป็นบทบัญญัติให้ผู้พิพากษาพิจารณาพฤติการณ์เฉพาะเป็นกรณีๆ ไป เพื่อจะได้มีคำพิพากษาโดยเจตจำนงที่ดี คือ ที่เป็นความยุติธรรม”⁵

การปรับใช้หลักสุจริตตามกฎหมายระหว่างประเทศ ส่วนใหญ่แล้วจะถูกพิจารณาในขอบเขตของกฎหมายสนธิสัญญา (law of treaty) โดยลักษณะของความผูกพันตามสนธิสัญญานั้นจะเกิดจากกฎหมายประเพณีและหลักสุจริตที่ว่า “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (pacta sunt servanda)⁶ ซึ่งต้องอาศัยหลักสุจริตในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาเป็นพื้นฐาน ซึ่งได้รับการยืนยันในทางปฏิบัติโดยคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศในคดีต่างๆ อาทิเช่น คำพิพากษาคดีสิทธิของชนสัญชาติอเมริกันในโมร็อกโก ค.ศ.1952 (Case of Right of Nationals of the United State of America in Morocco) ศาลฯ ได้กล่าวว่า “อำนาจ...ย่อมเป็นของผู้ที่มีอำนาจ แต่ผู้ที่มีอำนาจจะต้องใช้อำนาจอย่างมีเหตุผล และโดยสุจริต”⁷

⁴ Black Henry Campbell, Black's Law dictionary, 6th Edition (St.Paul: West Publishing Co, 1990), p. 693.

⁵ หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร: ประกายพริ้ง, 2542), น. 83, James R.Fox, Dictionary of International and Comparative Law, (Newyork: Oceana Publicaions, 1992), p. 238.

⁶ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), น. 193.

⁷ เพ็งอ้าง, น. 194.

นอกจากนี้ หลักสุจริตยังถูกนำไปใช้ในการตีความสนธิสัญญาด้วย โดยนำไปบัญญัติไว้ใน มาตรา 31 วรรค 1 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญาฯ ค.ศ.1969 ซึ่งกล่าวว่า “สนธิสัญญาต้องตีความไปในทางสุจริตตามความหมายธรรมดาของข้อความในบริบทของ สนธิสัญญาและเป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญา.....”

ในระบอบกฎหมายสนธิสัญญา หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่แท้จริงอันก่อให้เกิด พันธกรณีระหว่างรัฐ ก็คือ หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) และหลักสุจริต (good faith) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาใช้บังคับแก่สนธิสัญญาในลักษณะที่ว่าพันธกรณี ตามสนธิสัญญาต้องได้รับการเคารพและปฏิบัติตามโดยสุจริตใจ ดังนั้น ตัวสนธิสัญญาจึงเป็น เพียงหลักฐาน (evidence) ที่แสดงหรือสะท้อนให้เห็นถึงกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ มีอยู่ คือ หลักสัญญาต้องเป็นสัญญาหรือหลักสุจริตเท่านั้น⁸

ส่วนในกรณีของการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐเป็นที่ยอมรับอย่างชัดเจน โดยเฉพาะคำมั่นของ รัฐฝ่ายเดียว (promise) หรือคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐที่ก่อให้เกิดพันธกรณีทางกฎหมายว่ามี พื้นฐานมาจากหลักสุจริต โดยลักษณะผูกพันของคำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐก็ไม่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย ปิดปาก (estoppel) แต่อย่างใด ถึงแม้ว่าคำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐและหลักกฎหมายปิดปากจะมี ความคล้ายคลึงกันในบางกรณีและก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายเช่นเดียวกันก็ตาม ดังจะได้ วิเคราะห์ต่อไปถึงความแตกต่างระหว่างคำมั่นฝ่ายเดียวและหลักกฎหมายปิดปาก⁹ ยิ่งไปกว่านั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ยังได้ชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนถึงความ ผูกพันตามพันธกรณีระหว่างประเทศอันสืบเนื่องมาจากการกระทำฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นตามหลัก สุจริต (good faith) ซึ่งศาลฯ ได้ตีความว่าคำแถลงการณ์ต่อเนื่องของประเทศฝรั่งเศสว่าเป็นการ กระทำในทางกฎหมายที่ทำให้รัฐอื่นๆ มีความเชื่อถือได้¹⁰

⁸ Fitzmaurice, Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law, *Symbolae Verzijl* (1958), 153,157-159 อ้างใน จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่าง ประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 69.

⁹ J. P. Jacqué, A propos de la promesse unilatérale, *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité* (Paris, 1981), p. 339. Quoted in Seven report on unilateral acts of States, *infra note 51*, para. 17, pp. 8-9.

¹⁰ อภิญา เลื่อนจวี, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2551), น. 352.

ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแสดงให้เห็นถึงการนำหลักสุจริต (good faith) มาใช้ในเรื่องคำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐในทางระหว่างประเทศ ดังนี้

“หลักการพื้นฐานข้อหนึ่งในเรื่องการสร้างและการปฏิบัติตามพันธกรณีทางกฎหมาย ไม่ว่าจะมาจากแหล่งใดก็ตาม ถือเป็นหลักสุจริต ความเชื่อมั่นและความมั่นใจนั้นมีความร่วมมือระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในยุคที่ความร่วมมือในหลายๆ ด้านมีความสำคัญยิ่งขึ้น ดังเช่นหลักเรื่องสัญญาเป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติตาม (pacta sunt servanda) ตามหลักกฎหมายสนธิสัญญา ก็เป็นไปตามหลักสุจริต และยังมีลักษณะของการผูกพันของพันธกรณีระหว่างประเทศที่คำประกาศฝ่ายเดียวรับมาด้วย ดังนั้น รัฐที่มีส่วนได้เสียอาจรับรู้และมั่นใจในคำประกาศฝ่ายเดียว และมีสิทธิที่จะกำหนดว่าต้องเคารพในพันธกรณีที่สร้างขึ้นมาด้วย”¹¹

ย่อหน้าดังกล่าวอาจดูเหมือนเป็นการสันนิษฐานว่าพันธกรณีในทางระหว่างประเทศ (International obligation) อาจสันนิษฐานขึ้นด้วยตัวเองโดยวิธีการประกาศฝ่ายเดียวตามหลักสุจริต เช่นเดียวกับหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) ที่ถือว่าข้อตกลง (pactum) ที่มีอยู่ก่อนที่จะมีการทำสัญญานั้นต้องได้รับการเคารพและปฏิบัติตาม โดยศาลฯ ชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนว่า โดยแท้จริงแล้วหลักสุจริตได้ป้องกันการยกเลิกเพิกถอนของพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นจากคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral declaration)¹²

4.1.2 หลักกฎหมายปิดปาก

หลักกฎหมายปิดปาก (doctrine of estoppel) หรือกฎหมายสเปนที่เรียกว่า regla de los actos propios (หลักหรือลัทธิแห่งกรรมอันบังควร) ซึ่งถูกยอมรับและได้รับการพัฒนามาจากหลักกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ และในระบบกฎหมายต่างๆ ที่สำคัญ ทั้งในหลักกฎหมายอังกฤษหรือแองโกลแซกซอน ในขณะที่เดียวกันระบบกฎหมายของยุโรปก็มีหลักกฎหมายเทียบเคียงเช่นกัน

¹¹ Nuclear Test Case (New Zealand v. France), International Court of Justice Reports (Judgment of 20 December 1974), para. 49, p. 473, Nuclear Test Case (Australia v. France), International Court of Justice Reports (Judgment of 20 December 1974), para. 46, p. 268.

¹² Alfred P. Rubin, “The international legal effects of unilateral declarations”, The American Journal of International Law, vol.71 (1977), p. 2.

กล่าวคือ หลักการกีดกัน (preclusion) หรือ การนิ่งเฉย ซึ่งทางตำรากฎหมายระหว่างประเทศได้เขียนบทความดังกล่าวมากมาย ทำให้พิจารณาได้ว่าหลักกฎหมายปิดปากเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่รับรองของอารยประเทศ (general principles of law recognized by civilized nations) ซึ่งถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศตามมาตรา 38 (ค) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศประเภทหนึ่ง¹³ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้นำหลักกฎหมายปิดปากนี้มาใช้พิจารณาในคดีระหว่างประเทศที่สำคัญหลายคดีด้วยกัน

ท่านผู้พิพากษาบาเดอว์ง ได้ให้คำนิยามของหลักกฎหมายปิดปาก ซึ่งได้รับการยอมรับเป็นอย่างสูง ไว้ดังนี้

“ศัพท์ทางวิธีพิจารณาซึ่งยืมมาจากอังกฤษ หมายถึง ข้อขัดข้องเด็ดขาดอันค้านต่อการที่คู่ความฝ่ายหนึ่งในคดียึดถือในข้อที่ขัดแย้งกันกับข้อที่ตนเองได้เคยยอมรับไว้แล้วโดยเปิดเผยหรือโดยปริยาย หรือข้อที่ตนเองอ้างสนับสนุนไว้ใน การพิจารณาคดีเดียวกันนั้น”¹⁴

หลักกฎหมายปิดปาก (Doctrine of Estoppel) ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์สามารถแบ่งได้ 3 ประเภท¹⁵ กล่าวคือ

1.) กฎหมายปิดปากโดยสัญญา (estoppel by deed) หมายความว่า คู่กรณีแห่งสัญญาฉบับหนึ่ง ไม่สามารถปฏิเสธข้อเท็จจริงที่ระบุไว้ในสัญญา ต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือต่อผู้อื่นที่อ้างสัญญาระหว่างบุคคลทั้งสองได้

2.) กฎหมายปิดปากโดยเอกสารบันทึก (estoppel by matter of record) หมายความว่า คำตัดสินของศาลย่อมเป็นที่สุด เกี่ยวกับสภาพของเรื่องราวที่เป็นปัญหา และได้รับการตัดสินไปแล้ว

¹³ นพนิติ สุริยะ, กฎหมายระหว่างประเทศเล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 79.

¹⁴ In the Dictionnaire de la Terminologie du Droit International, (Paris, 1960), p. 263, Quoted in Separate opinion of Judge Alfaro, Temple of Preah Vihear, International Court of Justice Reports (1962), p. 39.

¹⁵ Black Henry Campbell, *supra* note 4, p. 551, Clifford Walsh, The dictionary of English law, (London: Sweet&Maxwell limited, 1959), pp. 737-738 และถาวร โพธิ์ทอง, พจนานุกรม กฎหมายและศัพท์ที่เกี่ยวข้อง อังกฤษ-ไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 236-237.

3.) กฎหมายปิดปากโดยเที่ยงธรรมหรือกฎหมายปิดปากโดยพฤติกรรม (estoppel by matter in pais, equitable estoppels, estoppel by conduct) หมายความว่า คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่สามารถปฏิเสธข้อเท็จจริงที่เขาได้ชักนำให้อีกฝ่ายหนึ่งเชื่อว่าข้อเท็จจริงมีอยู่เช่นนั้น

หลักกฎหมายปิดปากที่ถูกนำมาใช้เป็นเกณฑ์ตัดสินในทางระหว่างประเทศเป็นส่วนใหญ่ คือ หลักกฎหมายปิดปากโดยเที่ยงธรรม (estoppel by matter in pais, equitable estoppels) กล่าวคือ แนวคิดซึ่งบุคคลหนึ่งอาจถูกตัดสิทธิหรือจำกัดสิทธิจากสิทธิที่เขาพึงมีอันเนื่องมาจากการกระทำของเขา (acts) หรือการประพฤติปฏิบัติของเขา (conduct) หรือการนิ่งเฉย (silence) เมื่อเขามีหน้าที่จะต้องกล่าวออกไป ซึ่งแนวคิดนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต (good faith) และการกระทำที่สอดคล้องต้องกัน (consistency) กล่าวคือ เมื่อบุคคลใดๆ โดยการกระทำของเขาเองเป็นสาเหตุให้บุคคลอื่นเปลี่ยนสถานภาพหรือความเชื่ออันอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เขา บุคคลที่กระทำการดังกล่าวจะถูกปฏิเสธไม่ให้กล่าวอ้างสิทธิ ซึ่งสิทธิดังกล่าวบุคคลนั้นอาจจะมีหรือไม่ก็ได้¹⁶

หากพิจารณาองค์ประกอบของหลักกฎหมายปิดปาก เราอาจแยกได้เป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 5 ประการ ได้แก่¹⁷

1. มีการแสดงออกซึ่งข้อความอันเป็นเท็จ หรือมีการปกปิดข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ (the material facts)
2. คู่สัญญาที่แสดงออกถึงข้อความเท็จนั้น หรือคู่สัญญาละเลย (negligent) ในความรู้ถึงการแสดงออกนั้นว่าเป็นเท็จ
3. มีเหตุอันควรที่จะเชื่อว่าข้อความนั้นเป็นความจริงแก่บุคคลผู้รับการแสดงออกนั้น
4. คู่สัญญาที่แสดงออกซึ่งข้อความเท็จนั้นมีเจตนาที่จะกระทำการเช่นนั้น หรือสันนิษฐานเจตนาได้จากการกระทำนั่นเอง
5. คู่สัญญาที่ได้ยกอ้างหลักกฎหมายปิดปากได้แสดงออกในการที่อาจส่งผลให้เกิดความเสียหาย

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์โบว์เวตต์¹⁸ ได้กล่าวว่า ความสำคัญของหลักกฎหมายปิดปากคือ

1. คำแถลงของข้อเท็จจริงที่มีความชัดเจน (clear) และไม่คลุมเครือ (unambiguous) 2. คำแถลง

¹⁶ Black Henry Campbell, *Ibid.*, p. 551.

¹⁷ Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 8th Edition (St. Paul: West Publishing Co, 2004), p. 590.

นี้ต้องกระทำโดยสมัครใจ (voluntary) ไม่มีเงื่อนไข (unconditional) และมีอำนาจที่จะกระทำได้ (authorized) และ 3. ต้องมีความเชื่อโดยสุจริต (good faith) ต่อคำแถลงนั้น ไม่ว่าต่อคู่สัญญาที่เชื่อถือในคำแถลงนั้นซึ่งได้รับความเสียหาย หรือต่อคู่สัญญาที่ได้ทำคำแถลงซึ่งได้รับประโยชน์

ในคดีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของกษัตริย์สเปน ระหว่างประเทศฮอนดูรัสกับนิการากัว (Case of the Award of the King of Spain) ซึ่งเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของกษัตริย์สเปนเมื่อวันที่ 23 ธันวาคม ค.ศ.1906 ในเรื่องการกำหนดเขตแดนระหว่างประเทศฮอนดูรัสและนิการากัว¹⁹ มีการฟ้องร้องโดยประเทศฮอนดูรัสต่อนิการากัว ตามที่ฮอนดูรัสได้ยื่นข้อเรียกร้องเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ.1958 ซึ่งฮอนดูรัสเรียกร้องต่อศาลให้ชี้ขาดและประกาศว่านิการากัวตกอยู่ภายใต้พันธกรณีแห่งผลของการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของกษัตริย์สเปน ในส่วนนิการากัวได้โต้แย้งและขอให้ศาลชี้ขาดและประกาศว่าคำตัดสินของกษัตริย์สเปนไม่มีลักษณะผูกพันและเป็นกรณีที่ไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจาก กษัตริย์สเปนไม่มีความสามารถเป็นอนุญาโตตุลาการแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งวัตถุประสงค์ในการแต่งตั้งขัดต่อข้อกำหนดในสนธิสัญญา Gamez-Bonilla ซึ่งได้กระทำขึ้นก่อนหน้านั้นระหว่างฮอนดูรัสและนิการากัว

คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยคณะสืบสืบต่อหนึ่ง ได้ตัดสินชี้ขาดว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของกษัตริย์สเปนสมบูรณ์และมีผลผูกพันอันส่งผลให้ประเทศนิการากัวตกอยู่ภายใต้พันธกรณีในผลแห่งการนั้น

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวว่า “ไม่มีการยกปัญหาขึ้นในเวลาใดๆเลย ตลอดกระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อพระพักตร์กษัตริย์ ไม่ว่าจะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความสมบูรณ์ในการแต่งตั้งให้พระองค์เป็นอนุญาโตตุลาการหรืออำนาจพิจารณาพิพากษาของพระองค์ในฐานะเช่นนั้น ต่อพระพักตร์พระองค์ท่าน คู่พิพาทได้ปฏิบัติตามกระบวนการพิจารณาที่ได้ตกลงกันไว้แล้วในการแถลงคดีแต่ละฝ่ายของตน จริงทีเดียวโอกาสแรกที่มีการคัดค้านการแต่งตั้งให้กษัตริย์สเปนเป็นอนุญาโตตุลาการปรากฏอยู่ในหนังสือของรัฐมนตรีต่างประเทศนิการากัวลงวันที่ 19 มีนาคม

¹⁸ Ian Brownlie, Principles of public International law, 5th Edition (Oxford: Clarendon Pr., 1998), p. 646.

¹⁹ Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras v. Nicaragua), International Court of Justice Reports, Judgment of 18 November 1960.

ค.ศ. 1912 ในพฤติการณ์เช่นนี้ศาลไม่สามารถถือได้ว่าการแต่งตั้งให้กษัตริย์สเปนเป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับเขตแดนระหว่างคู่พิพาททั้งสองไม่สมบูรณ²⁰

และต่อจากนั้น ศาลได้พิพากษาว่า “ในการพิพากษาของศาลนิคารากัว โดยการประกาศอย่างเปิดเผยและโดยการประพฤติปฏิบัติของตนได้ยอมรับนับถือคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการว่าสมบูรณ และไม่เปิดทางให้นิคารากัวกลับคำยอมรับนับถือคำชี้ขาดนั้น และคัดค้านความสมบูรณของคำชี้ขาดนั้นอีกต่อไป”²¹

ในความเห็นส่วนตัว (Separate opinion) ในคดีเดียวกันนี้ ท่านผู้พิพากษา เซอร์ เพอร์ซี สเปนเดอร์ ได้อธิบายว่า

“ข้าพเจ้าไม่เห็นจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่า การแต่งตั้งกษัตริย์เกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของสนธิสัญญาหรือไม่ ถึงแม้ว่าข้าพเจ้าจะโน้มเอียงอยู่มากต่อทัศนะที่ว่า การแต่งตั้งนั้นไม่เป็นไปตามปกติ ซึ่งขัดต่อผู้ของนิคารากัวนี้ตกไป เพราะว่ารัฐนั้นถูกตัดสิทธิด้วยการประพฤติของตนเองทั้งก่อนและในระหว่างการอนุญาโตตุลาการที่จะอาศัยความผิดปกติใดๆในการแต่งตั้งกษัตริย์เป็นมูลเหตุที่จะทำให้คำชี้ขาดไม่สมบูรณ”²²

ในปี ค.ศ. 1962 คดีปราสาทพระวิหาร ระหว่างประเทศกัมพูชาและไทย (Case of Temple of Preah Vihear) ในความเห็นต่างหากของท่านผู้พิพากษา อาลฟาโร ได้ยอมรับว่าหลักกฎหมายที่ถูกพิจารณาและหยิบยกมาวินิจฉัยในคดีปราสาทพระวิหารได้มีการอ้างถึงหลักเกณฑ์ต่างๆ เช่น “หลักการปิดปาก (estoppel)” “หลักการถูกตัดสิทธิ (preclusion)” “การเสียสิทธิโดยอายุความ (forclusion)” และ “หลักการยอมรับโดยนิ่งเฉย (acquiescence)” โดยขอละเว้นที่จะเรียกชื่อเหล่านี้ขึ้นหนึ่งอันใดโดยเฉพาะ เพราะไม่เชื่อว่าการเรียกหลักการใดหลักการหนึ่งจะเพียงพอเป็นหลักตามที่ได้นำมาใช้ในคดีระหว่างประเทศ²³ อันแสดงถึงความไม่แน่นอนกับการนำหลักกฎหมายปิดปากมาใช้ต่อคดีปราสาทพระวิหารและมีนักกฎหมายระหว่างประเทศไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษานี้หลายท่านด้วยกัน

²⁰ *Ibid.*, p. 207.

²¹ *Ibid.*, p. 213.

²² Separate opinion of Judge Sir Percy Spender, Arbitral Award of The King Of Spain, *International Court of Justice Reports* (1960), p. 219.

²³ Separate opinion of Judge Alfaro, Temple of Preah Vihear, *International Court of Justice Reports* (1962), p. 39.

หากพิจารณาหลักกฎหมายปิดปาก (estoppel) ที่ถูกนำมาใช้ต่อการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐหรือการประพฤติปฏิบัติของรัฐ (conduct) ในคดีปราสาทพระวิหารอาจพิจารณาถึงในเหตุการณ์ซึ่งศาลฯ ชี้แจงให้เห็นว่า

“ในเรื่องนี้เหตุการณ์ที่สำคัญที่สุดประกอบด้วยการเสด็จไปเยี่ยมพระวิหารใน ค.ศ. 1930 ของสมเด็จพระยาดำรงฯ อดีตเสนาธิบดีกระทรวงมหาดไทย ซึ่งในขณะนั้นทรงเป็นนายกรัฐมนตรีสยาม และทรงรับหน้าที่เกี่ยวกับหอสมุดแห่งชาติและโบราณสถาน การเสด็จไปเยี่ยมนี้เป็นส่วนหนึ่งของการเดินทางไปสำรวจโบราณสถาน โดยพระบรมราชานุญาตของพระมหากษัตริย์สยามและเห็นได้ชัดว่ามีลักษณะกึ่งราชการ เมื่อเสด็จในกรมฯเสด็จถึงพระวิหาร ทรงได้รับการต้อนรับอย่างเป็นทางการจากข้าหลวงฝรั่งเศสของจังหวัดกัมพูชาที่ติดต่อกับชายแดนในนามของข้าหลวงใหญ่ฝรั่งเศส โดยมีธงฝรั่งเศสชักไว้ สมเด็จพระยาดำรงฯ ไม่น่าที่จะไม่สังเกตเห็นผลที่เนื่องมาจากการรับรองในลักษณะนี้ การยืนยันสิทธิทางด้านอินโดจีนฝรั่งเศสที่ชัดแจ้งกว่านี้ นึกคิดได้ยาก แต่ฝ่ายไทยก็ไม่ได้ทำอะไร....

เมื่อพิจารณาเหตุการณ์โดยตลอด การกระทำเช่นว่านี้ก็เท่ากับเป็นการยอมรับโดยปริยายจากฝ่ายสยามในอธิปไตยของกัมพูชา (ภายใต้การปกครองของฝรั่งเศส) เห็นพระวิหาร....

..... ประเทศไทยถูกตัดสินคดีด้วยการประพฤติปฏิบัติของตนเองมิให้โต้แย้งว่า ตนมิได้ยอมรับแผนที่นี้ ประเทศไทยได้รับประโยชน์จากสนธิสัญญา ค.ศ.1904 ตลอดเวลา 50 ปี แม้จะเป็นเพียงประโยชน์ในการมีเขตแดนอันแน่นอน ประเทศไทยฝรั่งเศสและต่อมากัมพูชาได้ยึดถือการยอมรับแผนที่โดยฝ่ายไทย.....ขณะนี้จึงไม่เปิดให้ฝ่ายไทยปฏิเสธว่าตนมิได้เคยเป็นฝ่ายให้ความยินยอมแก่ความตกลงนี้ โดยตนเองยังคงเรียกร้องและได้รับประโยชน์จากความตกลงนั้นอยู่ตลอดเวลา”²⁴

ทั้งนี้ หลักกฎหมายปิดปาก (estoppel) ได้ถูกพิจารณาว่าเป็นกฎหมายในทางวิธีพิจารณาความและลักษณะพยานหลักฐาน อย่างไรก็ตาม ท่านผู้พิพากษาอาลฟาโรก็ได้เห็นว่า ในทางกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว หลักดังกล่าวมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทางสารบัญญัติซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมายและตามกฎหมาย กล่าวคือ ผลทางกฎหมายต่างๆของหลักนี้เป็นไปทาง

²⁴Temple of Preah Vihear Case (Cambodia V. Thailand), International Court of Justice Reports (1962), pp. 30-32.

หลักฐานเสียจนกระทั่งผลเหล่านั้นอาจชี้ขาดได้โดยลำพังหรือโดยตัวเองในเรื่องที่พิพาท อีกทั้งการละเมิดหลักนี้จะถือเป็นเพียงเหตุบังเอิญในกระบวนการพิจารณาหาได้ไม่²⁵

4.1.3 หลักการยินยอมโดยนิ่งเฉย

มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะอธิบายผลทางกฎหมายของการนิ่งเฉย (silence, acquiescence) ในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยหลักเกณฑ์ที่ว่า “qui tacet consentire videtur, ubi tractatur de ejus commodo” หมายถึง การนิ่งเฉยของบุคคลหนึ่งอาจพิจารณาได้ว่าเป็นการยินยอมของเขาเท่าที่บุคคลดังกล่าวมีส่วนได้เสียในผลประโยชน์นั้น ซึ่งหลักเกณฑ์นี้ไม่ได้ใช้อย่างทั่วไปหรือทันทีในกฎหมายต่างๆ และในกฎหมายระหว่างประเทศก็เช่นกัน โดยในบางกรณีแล้วการนิ่งเฉย (silence) ของรัฐสามารถถูกตีความได้ว่าเป็นการยินยอม (consent) ในบางกรณีถือได้ว่าเป็นการปฏิเสธ (refusal) และในบางกรณีอาจถือได้ว่าเป็นการไม่ให้ได้รับผลทางกฎหมายใดๆเลย (deprived of any legal effects) เนื่องจากการนิ่งเฉยเพียงเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การนิ่งเฉยดังกล่าวอาจมีมูลเหตุที่เกิดขึ้นมาจากการเสนอให้ (offer) การละเมิด (violation) หรือการคุกคาม (threat) ที่ทิ้งไว้ให้ผู้รับ (การนิ่งเฉย) เมินเฉยอย่างแท้จริง ซึ่งตามความเห็นของท่าน Dionisio Anzilotti ได้ให้เหตุผลในกรณีดังกล่าวว่า สถานการณ์ที่ไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายใดๆเลย เป็นการง่ายที่จะนึกถึงต่อสถานการณ์ที่รัฐได้ยืนยันถึงการนิ่งเฉยของตน ซึ่งสามารถถูกตีความได้ว่าไม่มีความหมายใดๆ ที่มากไปกว่าการเมินเฉยหรือการห้ามใจจากการแสดงออกซึ่งเจตนา²⁶

การนิ่งเฉยยังถูกพิจารณาว่าเป็นการแสดงเจตนาตอบสนองในการเผชิญหน้าต่อสถานการณ์หรือข้อเรียกร้องจากบุคคลระหว่างประเทศอื่นๆ รวมทั้งเป็นรูปแบบของการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวได้ ทั้งนี้ โดยปกติแล้ว การนิ่งเฉยของรัฐ (silence) จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายตามมา ถ้าหากว่าการนิ่งเฉยดังกล่าวเกี่ยวข้องกับต่อการกระทำที่มีอยู่ก่อนหน้านี้ของรัฐอื่นๆ กล่าวคือ ในทางปฏิบัติระหว่างประเทศมีการคัดค้าน (protest) ได้เกิดขึ้นอยู่เป็นจำนวนมาก ซึ่ง

²⁵ Separate opinion of Judge Alfaro, *supra* note 23, p. 41.

²⁶ Vladimir duro Degan, *Sources of International Law*, (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1997), p. 349, E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public* [unilateral legal acts in international public law] (Paris, 1962), p. 61, Quoted in Seventh report on unilateral acts of States, *supra* note 2, p. 73.

เหตุผลที่สำคัญในการคัดค้านประการหนึ่ง คือ การนิ่งเฉยของรัฐอาจก่อให้เกิดผลทางกฎหมายผูกพันได้ ดังนั้น เมื่อเกิดความเสี่ยงในสถานการณ์ รัฐต่างๆ ที่อาจได้รับผลกระทบจึงต้องทำการคัดค้านอย่างแข็งกร้าว

ยกตัวอย่างเช่น ในเรื่องการแลกเปลี่ยนสัตยาบันสาส์นของสนธิสัญญาระหว่างประเทศญี่ปุ่นและเกาหลีใต้ เมื่อวันที่ 5 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1974 ในเรื่องการกำหนดเขตแดนร่วมกันและการสำรวจในเขตไหล่ทวีปในบริเวณตะวันออกของประเทศจีน ซึ่งทางรัฐบาลจีนได้แสดงการคัดค้านสนธิสัญญาดังกล่าวและทำการยืนยันการคัดค้านดังกล่าวถึง 3 ครั้ง กล่าวคือ เมื่อวันที่ 23 เมษายน ค.ศ.1977 วันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ.1977 และวันที่ 13 มิถุนายน ค.ศ.1977 ทั้งนี้ สาส์นที่ออกเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ.1978 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของจีนได้กล่าวว่า

“ทางรัฐบาลจีนแสดงความไม่พอใจอย่างมากและจะคัดค้านอย่างแข็งกร้าวต่อสนธิสัญญาฉบับนี้ โดยสนธิสัญญาฉบับนี้ได้แสดงให้เห็นว่าเป็นการบ่อนทำลายอำนาจอธิปไตยของจีนและการแบ่งส่วนของไหล่ทวีประหว่างประเทศต่างๆ ทั้งนี้ การแบ่งส่วนของไหล่ทวีปจะเกิดขึ้นได้ในภายหลังจากการหารือร่วมกันระหว่างประเทศจีนและประเทศที่เกี่ยวข้องเท่านั้น”²⁷

จากเหตุผลข้างต้นจึงอาจกล่าวได้ว่า การนิ่งเฉย (silence) ไม่อาจก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างเป็นอิสระและกำหนดให้ต้องมีการกระทำอื่นๆ เพื่อที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายตามมา ดังนั้น การนิ่งเฉยของรัฐจึงไม่สามารถผูกพันโดยปราศจากพฤติการณ์แวดล้อมอื่นๆ ได้ (circumstance) อย่างไรก็ตาม ในทางกลับกันสำนักกฎหมายแองโกลแซกซอน (Anglo-Saxon school) ไม่เห็นด้วยดังกล่าวและโต้แย้งในเนื้อหาที่เรียกว่าเจตนาโดยนัย (tacit will) ซึ่งให้ความเข้าใจว่า เจตนาโดยนัยดังกล่าวได้ส่งเสริมให้เกิดการเปลี่ยนผ่านจากข้อเท็จจริงไปสู่ข้อกฎหมายและดำรงไว้ซึ่งการมีตัวตนของกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อที่จะสามารถจัดอุปสรรคใดๆ ที่เกิดขึ้นจากการที่รัฐเพิกเฉยได้²⁸

ดังนั้น จึงมีการยอมรับว่าในบางกรณีแล้วการนิ่งเฉย (silence) ไม่สามารถก่อให้เกิดการกระทำฝ่ายเดียวได้อย่างแน่นอน ส่วนในกรณีอื่นๆ อาจพิจารณาได้ว่าการนิ่งเฉย (silence)

²⁷ Revue générale de droit international public(1979), vol.83, pp.143-144. Quoted in Seventh report on unilateral acts of States, *Ibid*, para. 189, p. 73.

²⁸ “Le silence comme manifestation de volonté en droit international public”, (Revue générale de droit international public (1963), vol. 67, p. 53, Quoted in Seventh report on unilateral acts of States, *ibid*, para 189, p. 73.

สามารถแสดงออกซึ่งความรู้สึกในทางเจตนาได้ หรือเป็นการแสดงออกซึ่งการยอมรับโดยการนิ่งเฉย (acquiescence) ดังนั้น จึงก่อให้เกิดเป็นการกระทำฝ่ายเดียวได้ (unilateral act)²⁹ ยิ่งไปกว่านั้น ยังมีการยอมรับอีกว่าการนิ่งเฉย (silence) ได้ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่สำคัญในสนธิสัญญาพหุภาคี (multilateral convention) ในหลายกรณีด้วยกัน กล่าวคือ

1. มาตรา 65 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969³⁰ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในทางกระบวนการที่ให้รัฐภาคี ซึ่งอ้างเรื่องการแสดงความยินยอมเสียไปด้วยเหตุต่างๆ จะต้องแจ้งให้รัฐภาคีอื่นๆ ทราบเป็นหนังสือถึงเหตุโมฆะกรรมล่วงหน้า การกล่าวอ้างโมฆะกรรมนี้จะกล่าวอ้างเมื่อใดก็ได้ ถ้าหากไม่มีการคัดค้านการกล่าวอ้างหรือมีการนิ่งเฉยดังกล่าวนี้ภายใน 3 เดือนนับแต่มีการกล่าวอ้าง รัฐที่กล่าวอ้างโมฆะกรรมก็สามารถอ้างเอาเองได้ว่าสนธิสัญญานั้นตกเป็นโมฆะแล้ว

ข้อบทดังกล่าวถือว่ามิพบทบทสำคัญอย่างมากในการแจ้งอย่างเป็นทางการในรูปแบบลายลักษณ์อักษร ซึ่งรัฐผู้รับการแจ้งใดๆ อาจจะคัดค้านข้อเรียกร้องที่ผู้บอกกล่าวได้ทำขึ้น ถ้าหากไม่มีการคัดค้านหรือปฏิกิริยาตอบสนองในการไม่เห็นด้วยใดๆ อาจตีความการนิ่งเฉยของรัฐดังกล่าวได้ว่าเป็นการยอมรับโดยการนิ่งเฉยได้ (acquiescence) ทั้งนี้ การบรรลุผลของข้อ

²⁹ International Law Commission Reports, UN Doc. A/55/10, chapter VI unilateral acts of states, 52 session 2000, para. 585, p. 96.

³⁰ Article 65 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 : Procedure to be followed with respect to invalidity, termination, withdrawal from or suspension of the operation of a treaty

1. A party which, under the provisions of the present Convention, invokes either a defect in its consent to be bound by a treaty or a ground for impeaching the validity of a treaty, terminating it, withdrawing from it or suspending its operation, must notify the other parties of its claim. The notification shall indicate the measure proposed to be taken with respect to the treaty and the reasons therefore.

2. If, after the expiry of a period which, except in cases of special urgency, shall not be less than three months after the receipt of the notification, no party has raised any objection, the party making the notification may carry out in the manner provided in article 67 the measure which it has proposed.

เรียกร้องดังกล่าวอาจถือได้ว่าการก่อให้เกิดสนธิสัญญาสองฝ่าย ซึ่งการยอมรับโดยไม่มีปฏิกิริยาตอบสนองของคู่กรณีอีกฝ่ายก็เพียงพอที่จะเกิดสนธิสัญญาสองฝ่ายแล้ว

2. มาตรา 252 แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982³¹ ให้ข้อกำหนดในเรื่องการยินยอมโดยการสันนิษฐาน (Implied consent) ของรัฐชายฝั่ง ในเรื่องของการวิจัยวิทยาศาสตร์ทางทะเลโดยรัฐอื่นหรือองค์การระหว่างประเทศที่มีความสามารถในเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือในเขตไหล่ทวีป ถ้าหากภายหลังจากการบอกกล่าวเรื่องการค้นคว้าดังกล่าวเป็นเวลา 6 เดือนแล้ว รัฐชายฝั่งไม่ได้ยกข้อคัดค้านเฉพาะเจาะจงใดๆ ตามที่ได้กำหนดในมาตรานี้ รัฐผู้บอกกล่าวอาจดำเนินการค้นคว้าวิจัยดังกล่าวได้

การนิ่งเฉย (silence) ในสถานการณ์ทั้งหมดข้างต้นมีค่าเท่ากับการยินยอม (consent)³² และก่อให้เกิดผลทางกฎหมายในทันที ทั้งนี้ ผลทางกฎหมายเหล่านี้ไม่สามารถจะถูกคัดค้านได้ใน

³¹ Article 252 of UNCLOS 1982 : Implied consent

States or competent international organizations may proceed with a marine scientific research project six months after the date upon which the information required pursuant to article 248 was provided to the coastal State unless within four months of the receipt of the communication containing such information the coastal State has informed the State or organization conducting the research that:

(a) it has withheld its consent under the provisions of article 246; or

(b) the information given by that State or competent international organization regarding the nature or objectives of the project does not conform to the manifestly evident facts; or

(c) it requires supplementary information relevant to conditions and the information provided for under articles 248 and 249; or

(d) outstanding obligations exist with respect to a previous marine scientific research project carried out by that State or organization, with regard to conditions established in article 249.

³² เช่นเดียวกัน สำหรับองค์การระหว่างประเทศในระดับรัฐบาลนั้น การนิ่งเฉยของรัฐสมาชิกถือว่าเป็นการยินยอมโดยนัย (implied consent) ในเรื่องของการตัดสินใจขององค์กรดังกล่าวและจะมีผลในทันที

ภายหลังบนพื้นฐานที่ว่าเจตนาที่สันนิษฐานขึ้นของรัฐในปัญหาดังกล่าวแตกต่างจากเจตนาอันแท้จริงของรัฐ (actual will) ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากการนิ่งเฉยของรัฐนั้นมีความสำคัญกว่าเจตนาอันแท้จริงของรัฐ (actual will)

ทั้งนี้ ข้อบทสนธิสัญญาที่แจ้งชัดข้างต้นไม่ได้ก่อให้เกิดข้อสรุปโดยทั่วไปได้ว่า ในสถานการณ์ใดๆ การละเว้นที่จะคัดค้านจะต้องถูกตีความว่าเป็นการขัดแย้งต่อเจตนาอันแท้จริงของรัฐ (actual will) ซึ่งการละเว้นที่จะคัดค้าน (failure to protest) โดยทั่วไปแล้วสามารถตีความได้ว่าเป็นการยอมรับโดยการนิ่งเฉย (acquiescence) ทั้งนี้ ข้อบทของสนธิสัญญาข้างต้น เจตนาที่ถูกสันนิษฐาน (implied consent) ไม่สามารถที่จะเพิกถอนหรือโต้แย้งจากรัฐที่ได้รับผลกระทบในภายหลัง

ได้มีการยืนยันว่าหลักการยอมรับโดยไม่โต้แย้งคัดค้าน (acquiescence) อาจได้รับหลักการมาจากการนิ่งเฉย (silence) ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นประเด็นหนึ่งที่มีความยากและมีความสำคัญมากในทางปฏิบัติและในแง่ผลที่ตามมา ตามที่ MacGibbon ได้กล่าวว่า “หลักการยินยอมโดยการนิ่งเฉย (acquiescence) นำรูปแบบมาจากการนิ่งเฉย (silence) หรือการไม่มีการคัดค้าน (absence of protest) ต่อสถานการณ์ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วได้มีการเรียกร้องให้มีปฏิกิริยาตอบสนองในทางที่เป็นประโยชน์”³³ ดังนั้น หลักการนิ่งเฉย (silence) อาจมีผลเท่ากับเป็นการยินยอมโดยการนิ่งเฉย (acquiescence) หรือเป็นที่รู้จักว่า silent acquiescence หรือ acquiescence by silence ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ให้ผลบังคับทางกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อใดที่เผชิญกับความไม่ถูกต้องหรือการกระทำอันถือว่าการละเมิด ซึ่งความเจ็บหรือการนิ่งเฉยของบุคคลหนึ่งอาจมีความหมายว่าบุคคลนั้นได้ยอมรับหรือยินยอมกับการกระทำดังกล่าวโดยไม่คัดค้านหรือเรียกร้อง ดังนั้น จึงทำให้บุคคลดังกล่าวเสียสิทธิที่จะเรียกร้องต่อความสูญเสียหรือความเสียหายใดๆ ได้³⁴

ตามที่ทางสำนักกฎหมาย Voluntaristic ได้อธิบายถึงผลผูกพันของกฎเกณฑ์ใดๆ ในกฎหมายระหว่างประเทศ และพันธกรณีใดๆ ซึ่งถูกหยิบยกมาจากกฎหมายระหว่างประเทศทั้งหมดขึ้นอยู่กับการยินยอมของรัฐ (consent of state) จึงอาจกล่าวได้ว่า การแสดงออกซึ่ง

³³ I.C. MacGibbon, “The Scope of Acquiescence in International Law”, The British Year Book of International Law (BYIL), Vol. 31, (1954), p. 143.

³⁴ “Definition of silence is acquiescence”,
<<http://en.wikipedia.org/wiki/Acquiescence>>, August 2009.

ความยินยอมของรัฐอาจแสดงออกได้โดยการทำสนธิสัญญา หรือในการกระทำฝ่ายเดียวที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือความยินยอมโดยปริยาย (tacit consent) ที่เกิดขึ้นมาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ยิ่งไปกว่านั้น ในบางครั้งการนิ่งเฉยยังอาจถูกตีความว่าเป็นการยินยอมโดยสันนิษฐานได้ (presumed consent) อย่างไรก็ดี ถ้าเป็นไปตามข้อกำหนดของทางสำนักกฎหมาย Voluntaristic อย่างเคร่งครัดที่มีขึ้นเพื่อให้พันธกรณีทางกฎหมายปรากฏอยู่แล้ว ทฤษฎีการยินยอมโดยการนิ่งเฉย (doctrine of acquiescence) น่าจะส่งผลให้เกิดการปรุงแต่งความยินยอม (fiction of consent) ในสถานการณ์ที่ความยินยอมไม่มีอยู่จริงได้ในหลายกรณี

การนิ่งเฉยและหลักการยอมรับโดยการนิ่งเฉยยังมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับหลักกฎหมายปิดปาก (doctrine of estoppel) ในแง่ที่ว่า สถานการณ์ได้กำหนดให้รัฐต้องรับผิดชอบ หากรัฐได้ให้ความยินยอม (consent) ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายตามมาโดยอนุমানได้จากการนิ่งเฉยของรัฐ³⁵ ยิ่งไปกว่านี้ หลักการยินยอมโดยการนิ่งเฉย (acquiescence) ยังมีความสอดคล้องในแง่ของความเห็นชอบด้วยกันทั้งสองฝ่าย (consensual) ที่เกี่ยวข้องกับความจำเป็นสำหรับความระมัดระวังของทุกรัฐ เพื่อการป้องกันในเรื่องส่วนได้เสียทางกฎหมายของตน ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเกิดข้อพิพาทหรือไม่ก็ตาม ซึ่งในกรณีดังกล่าวอาจอ้างถึงหลักของหน้าที่ในการคัดค้าน (Duty to protest) ต่อสถานการณ์ ซึ่งได้มีการเรียกร้องให้มีปฏิกิริยาตอบสนองในทางที่เป็นประโยชน์ รวมถึงการไม่คัดค้าน (absence of reaction) กล่าวคือ การนิ่งเฉยในสถานการณ์เช่นนั้นสามารถก่อให้เกิดผลร้ายหรือผลกระทบในแง่ของการคุ้มครองสิทธิทางกฎหมายและผลประโยชน์ของรัฐที่ไม่คำนึงถึงเจตนาที่แท้จริงของรัฐ

ทั้งนี้ MacGibbon ได้พิจารณาว่า “หลักการยินยอมโดยการนิ่งเฉย (acquiescence) ทำหน้าที่ในขอบเขตของหลักการ ex injuria jus non oritur³⁶ (การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่สามารถก่อตั้งเป็นกฎหมายได้) กล่าวคือ เป็นหลักการที่เป็นข้อแก้ต่างต่อข้อเรียกร้องหรือการดำเนินการฟ้องร้อง โดยอาศัยความยินยอมของรัฐที่ได้รับผลกระทบ ซึ่งข้อสันนิษฐานของการยินยอมที่อาจถูกยกขึ้นโดยการนิ่งเฉยมีน้ำหนักมากขึ้นในสัดส่วนกันกับระยะเวลาซึ่งการนิ่งเฉยนั้นยังคงมีอยู่ ทั้งนี้ การก้าวผ่านของระยะเวลา (passage of time) เป็นองค์ประกอบที่สำคัญในเรื่อง

³⁵ First report on unilateral acts of States, UN Doc. A/CN.4/486, para. 50-51, p. 11, Seventh report on unilateral acts of States, *supra* note 2, para. 187, p. 72.

³⁶ Ex injuria jus non oritur is a principle of international law. The Latin phrase has been translated as “illegal acts cannot create law”.

การได้มาซึ่งสิทธิโดยอายุความ (prescriptive) และสิทธิทางประวัติศาสตร์ (historic rights) อย่างไรก็ตาม การก่อให้เกิดกฎเกณฑ์ทางจารีตประเพณี การก้าวผ่านของระยะเวลาไม่ใช่ปัจจัยชี้ขาดเช่นนั้น...”³⁷

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าความเสียหายอันเกิดจากการนิ่งเฉยไม่ได้เกิดขึ้นเองโดยทันทีทันใด กล่าวคือ การนิ่งเฉยอันเป็นการยอมรับควรจะได้รับ การประเมินที่ยาวนานในช่วงระยะเวลาหนึ่งและต้องพิจารณาในพฤติการณ์แวดล้อมอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องประกอบด้วย ทั้งนี้ สิทธิในทางประวัติศาสตร์ (historical rights) ที่ให้ประโยชน์ต่อรัฐที่เฉพาะเจาะจงสามารถเกิดขึ้นได้จากการยอมรับโดยการนิ่งเฉย (acquiescence) ของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด นอกจากนี้ การยอมรับโดยการนิ่งเฉย (acquiescence) ของรัฐจำนวนมากยังสามารถก่อให้เกิดกฎเกณฑ์ในทางจารีตประเพณีระหว่างประเทศขึ้นใหม่ได้

อย่างไรก็ตาม การยอมรับโดยการนิ่งเฉย (acquiescence) ต่อการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐอื่นๆ ถึงแม้ว่าในบางกรณีจะไม่ก่อให้เกิดสิทธิทางกฎหมายใหม่แก่รัฐอื่นๆ แต่ในทุกกรณีแล้ว หลักการยอมรับโดยการนิ่งเฉยสามารถก่อให้เกิดสถานการณ์ที่สามารถคัดค้าน (opposable) ต่อรัฐที่ได้นิ่งเฉยได้ (acquiescing State) ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังนี้

ในคดี Anglo-Norwegian Fisheries ระหว่างสหราชอาณาจักรและนอร์เวย์ ในปี ค.ศ. 1951 ได้วินิจฉัยถึง วิธีการกำหนดลากเส้นฐานตรง (straight baseline system) ของนอร์เวย์ว่า ไม่ได้ขัดแย้งต่อกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากวิธีการกำหนดการลากเส้นฐานตรงของนอร์เวย์เป็นไปตามข้อกำหนดที่เฉพาะเจาะจงในคำพิพากษา ซึ่งศาลฯอธิบายว่า “เป็นที่รับรู้โดยทั่วไปของข้อเท็จจริง การยอมรับได้โดยทั่วไปในประชาคมระหว่างประเทศ จุดยืนของสหราชอาณาจักรในเขตทะเลเหนือ ผลประโยชน์ของสหราชอาณาจักรเองในประเด็นปัญหา รวมทั้ง การละเว้นการคัดค้านที่ยาวนานของสหราชอาณาจักร เป็นการรับรองต่อการบังคับใช้วิธีการกำหนดการลากเส้นฐานตรงของนอร์เวย์ซึ่งได้โต้แย้งต่อสหราชอาณาจักร”³⁸

ดังนั้น โดยวิธีการยอมรับโดยการนิ่งเฉย (acquiescence) สามารถสร้างสถานการณ์ที่สามารถคัดค้านได้ (opposable) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในสถานการณ์ที่มีความสำคัญสำหรับรัฐซึ่งได้ใช้สิทธิบนพื้นฐานของหลักเกณฑ์จารีตประเพณีที่ยังไม่มั่นคงหรือได้รับรู้อย่างเต็มที่นัก หรือเมื่อมีการนำหลักเกณฑ์จารีตประเพณีมาใช้ในสถานการณ์เฉพาะยังเป็นเรื่องที่มีการโต้แย้งกันอยู่ใน

³⁷ I.C. MacGibbon, *supra* note 33, pp. 143-144.

³⁸ ICJ. Reports 1951, p.139.

หลายๆ ด้าน³⁹ ตามที่ท่าน Carrillo Salcedo ได้ตั้งข้อสังเกตว่า “อาจกล่าวได้ว่า การยินยอมโดยการนิ่งเฉย (acquiescence) เป็นการยอมรับหรือรับรู้ในทางปฏิบัติที่ขัดแย้งกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นการเหมาะสมที่จะใช้ทางปฏิบัติที่เริ่มแรกไม่ชอบด้วยกฎหมายให้มีความมั่นคง ซึ่งรัฐที่ให้การยอมรับไม่สามารถยกข้อคัดค้านต่อข้ออ้างในอนาคตได้ ทั้งนี้ โดยลักษณะอำนาจของกฎหมายปิดปากหรือการกระทำที่ขัดแย้ง ดังนั้น หลักการยินยอมโดยการนิ่งเฉยจึงอาจเป็นส่วนประกอบที่สำคัญในการก่อตั้งจารีต (custom) หรืออายุความได้สิทธิ (prescription)”⁴⁰

หลักการยินยอมโดยการนิ่งเฉย (acquiescence) เพื่อให้มีผลทางกฎหมายแล้ว (produce legal effect) มีข้อสำคัญที่ต้องพิจารณา กล่าวคือ มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องให้คู่กรณีที่ถูกกล่าวหาว่าได้ให้ความยินยอมโดยปริยายได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับรับรู้ (knowledge) หรือหมายถึงให้คู่กรณีดังกล่าวได้รับรู้ข้อเท็จจริงที่ตนได้ละเว้นจากการโต้แย้ง ทั้งนี้ หากไม่มีการบอกกล่าวอย่างเป็นทางการต่อคู่กรณีที่ถูกกล่าวหาว่าได้ให้ความยินยอมโดยปริยายแล้ว ข้อเท็จจริงดังกล่าวต้องเป็นที่รับรู้กันอย่างทั่วไป (generally known) ดังนั้น การบอกกล่าวอย่างเป็นทางการจึงไม่มีความจำเป็นแต่อย่างใด เว้นแต่ การบอกกล่าวจะได้รับการกำหนดอย่างชัดเจนไว้โดยสนธิสัญญา อย่างไรก็ตาม หากมีการบอกกล่าวแล้ว การนิ่งเฉยต่อข้อเรียกร้องที่มีการบอกกล่าวไปแล้วได้ให้ข้อสมมุติฐานของการมีอยู่ของการยินยอมโดยปริยายอย่างหนักแน่นมากยิ่งขึ้น

ปัญหาสำคัญที่จะต้องพิจารณาคือ การรับรู้ทั่วไปของข้อเท็จจริง (notoriety of facts) ในกรณีที่ไม่มีการบอกกล่าวต่อรัฐอย่างเป็นทางการ ทั้งนี้ มีความเห็นในทางกฎหมายว่า การประกาศใช้กฎหมายโดยปกติแล้วควรที่จะเป็นกรณีที่มีการรับรู้กันอย่างทั่วไป ซึ่งอาจจะพิจารณาได้จากวัตถุประสงค์ประการหนึ่งของการสร้างและการดำรงความสัมพันธ์ทางการทูตต่อรัฐต่างประเทศคือทำขึ้นเพื่อให้แน่ใจว่า รัฐผู้ส่ง (sending state) จะได้รับการบอกกล่าวซึ่งการกระทำอย่างเปิดเผย และแท้จริงแล้วเป็นการกระทำอย่างเป็นทางการของรัฐผู้รับ (receiving state) ในเรื่องใดๆ ที่กระทบต่อผลประโยชน์ของรัฐผู้ส่ง⁴¹ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่ามีสถานการณ์ซึ่งเป็น

³⁹ Vladimir duro Degan, *supra* note 26, p. 349.

⁴⁰ J. A. Carrillo Salcedo, “Funciones del acto unilateral en el régimen jurídico de los espacios marítimos”, *Estudios de Derecho Internacional Marítimo* (Zaragoza, 1963), p. 22. Quoted in Seventh report on unilateral acts of States, *supra* note 2, p. 74.

⁴¹ I.C. MacGibbon, *supra* note 33, pp. 178-182.

รับรู้ของรัฐผู้ส่งที่จะถูกสันนิษฐานว่ามีอยู่ ในเรื่องข้ออ้างบางอย่างของรัฐอื่นๆ เนื่องมาจากรัฐผู้ส่ง ถูกกำหนดให้ต้องมีความระมัดระวังในการคุ้มครองประโยชน์ของตนเอง

ดังนั้น ในคดี *Anglo-Norwegian Fisheries* ระหว่างสหราชอาณาจักรและนอร์เวย์ ในปี ค.ศ.1951 ซึ่งสหราชอาณาจักรต่อสู้ว่าวิธีการกำหนดการลากเส้นฐานตรงของนอร์เวย์ไม่เป็นที่รับรู้ แก่ตน ส่งผลให้วิธีการดังกล่าว “ขาดการรับรู้โดยทั่วไปอันจำเป็นเพื่อให้สิทธิทางประวัติศาสตร์ สามารถบังคับได้” อย่างไรก็ตาม ศาลฯ ได้วินิจฉัยว่า

“ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่สามารถยอมรับข้อต่อสู้ประการนี้ของสหราชอาณาจักร ได้ ตามที่รัฐชายฝั่งในแถบทะเลเหนือมีผลประโยชน์ในเขตประมงบริเวณนี้เป็นอย่างมาก และ ตามที่รัฐที่มีอำนาจทางทะเลซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องในทางประเพณีเกี่ยวกับกฎหมายทะเลและ เกี่ยวข้องกับการปกป้องความเป็นอิสระทางทะเล โดยเฉพาะสหราชอาณาจักร ไม่สามารถเพิกเฉย ต่อกฎหมายในปี ค.ศ.1869 ได้ ซึ่งในครั้งหนึ่งทางรัฐบาลฝรั่งเศสได้เคยหยิบยกข้อเรียกร้องเพื่อให้ มีคำอธิบายเกี่ยวกับกฎหมายดังกล่าว”⁴²

คดีดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากความคิดที่ว่ามีการรับรู้โดยทั่วไปของข้อเท็จจริง (notoriety of facts) หรือมีการรับรู้ต่อกฎหมายที่ให้สิทธิแก่ประเทศนอร์เวย์โดยทั่วไปแล้ว ทั้งนี้ Carrillo Salcedo อธิบายว่า ผลทางกฎหมายที่สมบูรณ์ของสถานการณ์ดังกล่าวไม่ได้เกิดขึ้นมาจากการ ยินยอมโดยปริยายหรือชัดแจ้ง แต่มาจากการรับรู้โดยทั่วไปของข้อเท็จจริง (notoriety of facts) ซึ่ง ลักษณะของการที่สามารถคัดค้านได้โดยทั่วไป (erga omnes) ในสถานการณ์ทางกฎหมาย เหล่านี้ อันที่แท้จริงแล้วมีพื้นฐานมาจากสถานการณ์ที่สอดคล้องและไม่ขัดแย้งต่อแบบแผนทาง กฎหมายระหว่างประเทศ (international legal order) ซึ่งได้ยอมรับว่ารัฐชายฝั่ง (coastal State) เป็นรัฐเดียวที่มีความสามารถในการกำหนดเส้นฐานของอาณาเขตทางทะเลของตน⁴³

นอกจากนี้ ยังอาจพิจารณาได้ว่าในคดี *Anglo-Norwegian Fisheries* เป็นคดีที่มีความ พิเศษจากคดีอื่นๆ ที่ใช้หลักการนี้ กล่าวคือ ข้อเท็จจริงดังกล่าวควรที่จะต้องเป็นที่รับรู้โดยทั่วไป และต้องได้รับการยอมรับโดยการนิ่งเฉยจากประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด (the wholly

⁴² *Supra* note 38, p. 139.

⁴³ J. A. Carrillo Salcedo, “Funciones del acto unilateral en el régimen jurídico de los espacios marítimos”, *Estudios de Derecho Internacional Marítimo* (Zaragoza, 1963), p. 12. Quoted in Seventh report on unilateral acts of States, *supra* note 2, p. 74.

International community) เนื่องจาก ข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อสมบัติส่วนรวมของมนุษยชาติ (res communis) มากกว่าจะเป็นเรื่องของทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของ (res nullius)⁴⁴

ทั้งนี้ ประเด็นของการประกาศใช้กฎหมายของรัฐที่ได้อ้างข้อเรียกร้องในทางระหว่างประเทศ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวโดยตัวเองแล้วเป็นการกระทำในทางระหว่างประเทศซึ่งรัฐได้ประกาศเจตนาของตน ทั้งนี้ MacGibbon ได้อ้างว่า “ข้อแก้ต่างที่จะต่อสู้ได้ในเรื่องการละเลยหรือเพิกเฉยต่อการกระทำของรัฐที่เป็นทางการ ทั้งในเรื่องกฎหมายหรือในกรณีใดๆ แทบจะไม่มีผลสำเร็จเท่าใดนัก ซึ่งภาระการพิสูจน์ที่จะทำให้ศาลฯ มีความพึงพอใจเป็นภาระที่หนักยิ่งเทียบเท่ากับการแสดงออกของรัฐเพื่อป้องกันสิทธิของตนในแง่ความรับผิดชอบและความระมัดระวังในทางประเพณี”⁴⁵

คดีปราสาทพระวิหารระหว่างประเทศไทยและกัมพูชาซึ่งพิพาทในเรื่องเขตแดน ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวหาโดยไม่ลังเลถึงการรับรู้ (knowledge) ของการแสดงออกในทางกฎหมายและการเผยแพร่แผนที่ไปยังรัฐอื่นๆ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยว่า

“แผนที่เหล่านี้ได้รับการโฆษณาแพร่หลายในวงการศึกษาที่สนใจ โดยได้ส่งไปให้สมาคมภูมิศาสตร์ที่มีชื่อในประเทศสำคัญๆ และวงการอื่นๆ ที่สนใจในภูมิภาคแห่งนี้ ตลอดจนสถานเอกอัครราชทูตไทย ณ ประเทศอังกฤษ เยอรมัน รัสเซีย และสหรัฐอเมริกา รวมทั้ง สมาชิกทุกคนในคณะกรรมการผสม ฝรั่งเศส-สยาม ; เป็นที่เห็นได้ชัดว่าพฤติกรรมแวดล้อมย่อมจะบังคับให้ต้องมีปฏิริยาบางอย่างภายในระยะเวลาอันสมควรจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายสยาม ถ้าหากมีความประสงค์ที่จะเสนอข้อคัดค้านแผนที่ หรือจะยกปัญหาสำคัญอันใดขึ้นเกี่ยวกับเรื่องนี้ แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายสยามก็มิได้กระทำอย่างใดเลย ไม่ว่าในขณะนั้นหรือต่อจากนั้นมาอีกหลายปี และด้วยเหตุนี้จึงต้องถือว่าได้ให้ความยินยอมโดยการนิ่งเฉยแล้ว (acquiesced)”⁴⁶

อย่างไรก็ตาม ในบางสถานการณ์เพียงแค่การรับรู้เท่านั้นไม่เพียงพอในการก่อให้เกิดหลักการยินยอมโดยนิ่งเฉยได้ (acquiescence) ซึ่งการละเว้นที่จะคัดค้านของรัฐ (failure to protest) อาจสามารถพิจารณาจากข้อเท็จจริงได้ว่า ปัญหาที่เกิดขึ้นยังไม่สามารถที่จะตกลงกันได้ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการเจรจาต่อรองที่ยืดเยื้อออกไป (protract negotiations) หรือเป็น

⁴⁴ Gillian D Triggs, *International Law : Contemporary Principles and Practices*, (Chatswood, N.S.W: LexisNexis Butterworths, 2006), p. 232.

⁴⁵ I.C. MacGibbon, *supra note 33*, pp. 180-181.

⁴⁶ Temple of Preah Vihear Case (Cambodia V. Thailand), *supra note 24*, p. 23.

การตกลงชั่วคราวระหว่างรัฐที่มีลักษณะเป็นความตกลงเฉพาะกาล (modus vivendi) ก็ตาม นอกจากนี้ ท่าน Vattel ยังได้เสนอมาเป็นเวลาสองศตวรรษแล้วว่า “รัฐที่เรียกร้องสิทธิโดยอายุความไม่สามารถที่จะกล่าวอ้างโดยใช้หลักการนิ่งเฉยโดยยินยอม (acquiescence) ต่อรัฐที่ได้แถลงต่อศาลถึงเหตุผลของการนิ่งเฉยของตนที่สมบูรณ์แล้วได้ กล่าวคือ การนิ่งเฉยอันมีสาเหตุมาจากการไม่สามารถจะกล่าวออกไปได้อย่างแน่แท้ หรือการนิ่งเฉยอันเกิดขึ้นมาจากความหวาดกลัว” ในกรณีเดียวกันนี้ สถานการณ์ที่เป็นไปได้ในปัจจุบัน บางเหตุการณ์ที่สามารถจะเกิดขึ้นได้คือ หลักการยินยอมโดยนิ่งเฉย (acquiescence) ได้ถูกโต้แย้งโดยพื้นฐานของกฎเกณฑ์ทั่วไปที่ถูกรวบรวมไว้อยู่ในมาตรา 51 และมาตรา 52 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาในปี ค.ศ. 1969 ซึ่งหลักการดังกล่าวได้ทำให้ความยินยอมของรัฐที่จะผูกพันโดยสนธิสัญญา ไม่ว่าจะเกิดจากการข่มขู่ (coercion) ต่อผู้แทนของรัฐ หรือการคุกคาม (threat) หรือการใช้กำลัง (use of force) ต่อรัฐซึ่งเป็นการละเมิดต่อหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศที่รวบรวมอยู่ในกฎบัตรสหประชาชาติอันมีผลตกเป็นโมฆะ (invalidate)

4.2 ความหมายของคำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐ

คำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐ (Unilateral Promise) หมายถึง การดำเนินการฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศอย่างเหมาะสม (International obligations) กล่าวคือ เป็นการสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นใหม่ผูกพันรัฐผู้ให้คำมั่น ที่มีต่อรัฐใดรัฐหนึ่ง รัฐหลายรัฐ หรือรัฐทั้งหมดอันเป็นการทั่วไป (erga omnes) ทั้งนี้ คำมั่นเป็นการประกาศฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral declaration) ที่รัฐตกลงจะประพฤติปฏิบัติในแนวทางบางอย่าง ซึ่งพันธกรณีดังกล่าวถูกถือเอาโดยเป็นอิสระจากข้อผูกพันต่างตอบแทนใดๆ (reciprocal) ของรัฐอื่น มิฉะนั้นแล้ว คำประกาศในกรณีดังกล่าวจะมีค่าเท่ากับองค์ประกอบประการหนึ่งของการดำเนินการทางกฎหมายซึ่งผูกพันโดยสัญญา (contractual legal transaction)⁴⁷

คำมั่นฝ่ายเดียวจึงมีความแตกต่างจากคำเสนอหรือข้อเสนอของข้อตกลง (offer of an agreement) ทั้งนี้ ผู้ให้คำมั่น (promisor) ถือเอาพันธกรณีทางกฎหมายของตนโดยฝ่ายเดียวอย่างเด็ดขาด ดังนั้น คำมั่นฝ่ายเดียวจึงไม่เกิดขึ้นและไม่มีผลบังคับอันเนื่องมาจากการยอมรับของรัฐ

⁴⁷ Antonio Cassese, *International Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 151.

ผู้รับสารอื่นๆ (addressees) ด้วยเหตุนี้ ผู้รับคำมั่น (promisee) จึงมีสถานะทางกฎหมายที่แตกต่างจากคู่สัญญาอื่นๆ ของข้อตกลง ซึ่งจะมีผลบังคับได้โดยมีการยอมรับคำเสนอ⁴⁸

ดังนั้น คำมั่นที่เป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐในกรณีนี้ ควรที่จะจำแนกออกจากการให้คำมั่นที่รัฐหนึ่งได้กระทำขึ้นเพื่อตอบสนองต่อความประสงค์ที่อีกรัฐหนึ่งได้หยิบยกขึ้นมา หรือการให้คำมั่นที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้แน่ใจว่าจะได้รับการยอมรับจากรัฐอื่น ซึ่งทั้งสองกรณีนี้ยังแตกต่างจากคำมั่นที่ทำกับรัฐอื่นโดยมีเงื่อนไขในการต่างตอบแทน จากข้อสมมุติฐานที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ ทั้งสามกรณีไม่ใช้การกระทำอย่างเป็นอิสระและกระบวนการทั้งหมดนั้นไม่ใช้การกระทำฝ่ายเดียวอีกต่อไป แต่อาจจะเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินการทางสัญญาและนำไปสู่การเกิดขึ้นของข้อตกลงได้⁴⁹

ตามหลักการแล้ว คำมั่นของรัฐอาจจะแสดงให้เห็นในรูปแบบ 2 กรณีที่แตกต่างกัน กล่าวคือ คำมั่นอาจเป็นคำมั่นที่จะกระทำการ (positive) หรือคำมั่นที่จะละเว้นการกระทำ (negative) ตามที่ Sicault ได้ให้การยอมรับว่าการก่อตั้งคำมั่นที่จะละเว้นการกระทำ (negative) อาจก่อให้เกิดความสับสนกับการสละสิทธิ (renunciation) ได้โดยง่าย อย่างไรก็ตาม มีความจำเป็นที่จะต้องแยกแยะความแตกต่างระหว่างสองกรณี ซึ่งกรณีแรกคำมั่นที่จะละเว้นการกระทำเป็นวิธีการในการก่อตั้งพันธกรณี ในขณะที่กรณีที่สอง การสละสิทธิเป็นการทำให้สิ้นผลซึ่งสิทธิหรือพันธกรณี⁵⁰

⁴⁸ Vladimir duro Degan, *supra note* 26, p. 287

⁴⁹ Krzysztof Skubiszewski, *Unilateral Acts of States*, in Mohammed Bedjaoui(ed), *International Law: Achievements and Prospects*, (Paris: Martinus Nijhoff Publishers, 1991), p. 229, noting that a strictly unilateral promise should be distinguished from a promise made by a State in response to the request of another State; from a promise whose purpose is to obtain its acceptance by another State; and from a promise made on condition of reciprocity. See in First report on unilateral acts of States, *supra note* 35, para. 167, pp. 30-31.

⁵⁰ 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* 2, para. 15, p. 8.

ในทางทฤษฎี ได้มีการจำแนกความแตกต่างระหว่างหลักคำมั่นในทางกฎหมายระหว่างประเทศ (International Promise) และหลักกฎหมายปิดปาก (Principle of Estoppel) ซึ่งทั้งสองหลักการดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากหลักสุจริต (good faith) และหลักในการก่อให้เกิดความคาดหวัง (generate an expectation) ซึ่งมีคุณลักษณะที่คล้ายคลึงกันได้หรือไม่นั้น ตามที่ท่าน Jean-Paul Jacqué⁵¹ ได้กล่าวถึงความแตกต่างระหว่างคำมั่นของรัฐและหลักกฎหมายปิดปากว่า ประกอบด้วยวิธีการก่อตั้งพันธกรณี โดยที่คำมั่นเป็นการกระทำในทางกฎหมาย (legal act) ซึ่งพันธกรณีเกิดขึ้นมาจากการแสดงออกที่ปรากฏอย่างชัดแจ้งซึ่งเจตนาของรัฐผู้กระทำการ (author's will)⁵² ในขณะที่หลักกฎหมายปิดปากเพื่อให้ได้มาซึ่งผลทางกฎหมาย ไม่ได้เกิดขึ้นมาจากเจตนาดังกล่าว แต่เกิดขึ้นมาจากการแสดงออกของเจตนาของรัฐผู้กระทำการซึ่งบุคคลภายนอก (third party) ได้เชื่อถืออย่างสุจริต จากเหตุผลดังกล่าวเหล่านั้น ทำให้ความประพฤติ (behaviors) ของรัฐผู้รับการกระทำ (addressee) คือพื้นฐานที่สำคัญ (fundamental) ในโครงสร้างของหลักกฎหมายปิดปาก ซึ่งความประพฤติ (behaviors) ของรัฐผู้รับการกระทำเพียงลำพังสามารถแสดงให้เห็นว่ารัฐดังกล่าวได้ให้ความเชื่อถือในการแสดงออกของรัฐอีกฝ่าย ในทางตรงกันข้าม กรณีของคำมั่นของรัฐฝ่ายเดียวซึ่งความประพฤติ (behaviors) ของรัฐผู้รับการกระทำ ไม่ได้ให้ผลผูกพัน (binding force) ใดๆ ของคำประกาศฝ่ายเดียวดังกล่าว ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า ลักษณะข้อผูกพันของคำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายปิดปากแต่อย่างใด แม้ว่าจะเกิดมาจากหลักสุจริตเช่นเดียวกันก็ตาม⁵³

⁵¹ J. P. Jacqué, “A propos de la promesse unilatérale”, Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité (Paris, 1981), p. 339. Quoted in Seven report on unilateral acts of States, *Ibid*, para. 17, pp. 8-9.

⁵² In the Nuclear Tests Cases, the court said “When it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking....” See in Nuclear Test Case (New Zealand v. France), *supra* note 11, para. 46, p. 472

⁵³ เช่นเดียวกันนี้ ผู้รายงานพิเศษในหัวข้อการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ อธิบายย้าว่า วัตถุประสงค์ที่แน่ชัดของการกระทำและพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายปิดปากไม่ได้ก่อให้เกิดพันธกรณีทางกฎหมายแก่รัฐที่กระทำการดังกล่าว ยิ่งไปกว่านั้น ลักษณะสำคัญของหลักกฎหมายปิดปากไม่ใช่การกระทำของรัฐ (State's conduct) แต่เป็นการที่รัฐอื่นเชื่อถือในการ

ทั้งนี้ อาจพิจารณาได้ว่าคำมั่นเป็นสิ่งที่จำเป็นต่อการดำรงอยู่ร่วมกันในสังคมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในประเด็นที่มีความสำคัญต่อสันติภาพในประชาคมระหว่างประเทศ อาทิเช่น การลดอาวุธทางนิวเคลียร์ (nuclear disarmament measures) เป็นตัวอย่างที่ดีอันสะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญของคำมั่นของรัฐในประเด็นเรื่องมาตรการลดอาวุธนิวเคลียร์โดยฝ่ายเดียว ตามที่ประเทศสหภาพโซเวียตได้ประกาศฝ่ายเดียว เมื่อวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ.1982 ในที่ประชุมวิสามัญของสมัชชาทั่วไปขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของสหภาพโซเวียต นาย Andrei Gromyko ได้แจ้งว่าสหภาพโซเวียตได้ให้คำมั่นโดยฝ่ายเดียวที่จะละเว้นจากการใช้อาวุธนิวเคลียร์ก่อน (no first use) ซึ่งคำมั่นดังกล่าวก่อให้เกิดพันธกรณีแก่สหภาพโซเวียตที่จะไม่ใช้นิวเคลียร์ก่อน ซึ่งเป็นที่เชื่อได้ว่ามาตรการฝ่ายเดียวดังกล่าวประกอบกับการเจรจาต่อรองในทางระหว่างประเทศแล้ว สามารถทำให้เกิดการลดความรุนแรงลงในเรื่องการใช้และการสะสมอาวุธนิวเคลียร์ได้⁵⁴

ในอดีตแนวคิดของคำมั่นมีความแตกต่าง กล่าวคือ ท่าน Grocio และ Pufendorf มีแนวคิดที่ว่าพื้นฐานของพันธกรณีของคำมั่นมีความเชื่อมโยงกับการยอมรับของคู่สัญญาซึ่งการกระทำมีความเกี่ยวข้องโดยตรง ซึ่งเป็นผลทำให้คำมั่นแทบจะไม่แตกต่างจากข้อตกลงที่เป็นทางการ (formal agreement) ส่วน Suy ถึงแม้ว่าจะยอมรับถึงการมีอยู่ของคำมั่นฝ่ายเดียว แต่ก็มี ความลังเลใจเกี่ยวกับการยอมรับลักษณะที่ผูกพันของคำมั่นหากปราศจากการยอมรับคำมั่นหรือ การรวมคำมั่นในข้อตกลงอย่างเป็นทางการ ซึ่งข้อสงสัยดังกล่าวมาจากคำตัดสินของ อนุญาโตตุลาการในคดีของเกาะลามู (Case of the Island of Lamu) ระหว่างประเทศเยอรมัน และอังกฤษในปี ค.ศ.1889 ซึ่งอนุญาโตตุลาการในคดีดังกล่าวยอมรับการมีอยู่ของคำมั่นที่กระทำ ขึ้นโดยสุลต่าน แต่ไม่ได้ยึดถือว่าคำมั่นก่อให้เกิดพันธกรณี ด้วยเหตุผลที่ว่า เพื่อที่จะเปลี่ยนเจตนา นั้นให้เป็นคำมั่นฝ่ายเดียวที่มีค่าเท่ากับข้อตกลงอย่างเป็นทางการนั้น จำเป็นต้องมีการยินยอม ร่วมกันในรูปแบบของการให้คำมั่นโดยการแสดงออกโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งและมีการยอมรับโดย

กระทำได้ กล่าว ดูรายงานฉบับที่สามของผู้รายงานพิเศษในหัวข้อการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ ดูเอกสาร UN.Doc A/CN.4/505 ย่อหน้า 27 หน้า 6

⁵⁴ Maarten Bos, International Law and Its Sources, Edited by Wybo P. Heere, (Boston : Kluwer Law and Taxation Pub, c1989), pp. 74-75, René-Jean Dupuy and Daniel Vignes, A Handbook on the New Law of the Sea 2, (Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 1991), pp. 1274-1275.

คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งการยินยอมทั้งสองฝ่ายดังกล่าวจะต้องอ้างไปถึงปัจจัยสำคัญในการก่อตั้งข้อตกลงดังกล่าว⁵⁵

ในบางครั้ง แนวคิดของคำมั่น (promise) มีความเกี่ยวข้องกับสิ่งที่เรียกว่า ข้อตกลงฝ่ายเดียว (unilateral agreements) หรือสัญญาฝ่ายเดียว (unilateral contracts) ซึ่งส่วนใหญ่เกิดขึ้นภายใต้ประมวลกฎหมายภายในของรัฐโดยเฉพาะ (municipal legal systems) โดยมีการอธิบายถึงในความเห็นส่วนตัวของท่านผู้พิพากษา P. Jessup ในคดี South-West Africa (preliminary objections) เมื่อวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ.1962 ซึ่งได้ให้การยอมรับเป็นการทั่วไปว่าอาจจะมีข้อตกลงฝ่ายเดียว (unilateral agreements) หมายถึง ข้อตกลงที่เกิดขึ้นจากการกระทำฝ่ายเดียวของคู่สัญญาคือผู้ให้คำมั่น และผู้ให้คำมั่นอาจจะเป็นคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวที่ผูกพัน โดยสัญญาฝ่ายเดียว (unilateral contracts) ที่มีลักษณะเช่นนั้นได้รับการยอมรับโดยระบบกฎหมายภายในตัวอย่างเช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา “ในกรณีของสัญญาฝ่ายเดียว (unilateral contracts) มีเพียงผู้ให้คำมั่น และผลทางกฎหมายที่ตามมาคือผู้ให้คำมั่นเป็นคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวที่อยู่ภายใต้หน้าที่ตามกฎหมายซึ่งสามารถถูกบังคับได้ ส่วนคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งของสัญญานี้ คือบุคคลผู้ซึ่งสัญญาได้กำหนดสิทธิทางกฎหมายที่สามารถบังคับได้ โดยที่ไม่กำหนดให้ต้องมีความยินยอมของผู้รับคำมั่นเสมอไป”⁵⁶

กฎหมายระหว่างประเทศไม่รับรู้ถึงความคล้ายคลึงของสัญญาฝ่ายเดียว (unilateral contracts) ภายใต้การเรียกชื่อดังกล่าวนี้ อย่างไรก็ตาม หากสัญญาฝ่ายเดียวดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่มีอยู่ตามกฎหมายภายใน แม้ว่าจะไม่ได้รับการยินยอมจากผู้รับคำมั่นก็ตาม ก็ไม่มีเหตุผลที่กฎหมายระหว่างประเทศจะเรียกร้องถึงความยินยอมของผู้รับคำมั่น เนื่องจากกรณีนี้เป็นเรื่องของคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐที่เป็นการกระทำฝ่ายเดียวที่เป็นอิสระ (autonomous unilateral act) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ⁵⁷

อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่านอาทิเช่น Grotius, Charles De Visscher, Miaja de la Muela และ Suy ได้พิจารณาประเภทของข้อตกลงในคำมั่นเป็นส่วนใหญ่ถึงแม้ว่าคำมั่นเหล่านี้จะก่อตั้งขึ้นโดยวิธีการฝ่ายเดียวก็ตาม (unilateral instruments) ซึ่งนักกฎหมายดังกล่าวได้พิจารณาคำมั่นทั้งหมดนี้ว่าเป็นคำเสนอต่อคู่สัญญาอีกฝ่าย ที่คู่สัญญาอีก

⁵⁵ Seven report on unilateral acts of States, *supra* note 2, para. 13, p. 7.

⁵⁶ International Court of Justice Reports 1962, pp. 402-403.

⁵⁷ Vladimir duro Degan, *supra* note 26, p. 292.

ฝ่ายจำต้องยืนยันในภายหลัง โดยนักกฎหมายเหล่านี้ไม่ยอมรับผลทางกฎหมายของคำมั่น หากคำมั่นนั้นปราศจากการยอมรับของผู้รับคำมั่น (addressee) อย่างไรก็ตาม Nguyen Quoc Dinh และ Julio A. Barberis เห็นว่าคำมั่นก่อให้เกิดผลทางกฎหมายได้โดยปราศจากความยินยอมของรัฐอื่น ถึงแม้ว่าในทางปฏิบัติของรัฐจะพบคำมั่นน้อยมากที่จะถือว่าเป็นคำมั่นฝ่ายเดียวอย่างแท้จริง (purely unilateral promises) อันจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายโดยตัวเอง⁵⁸

ซึ่งในคดี Legal Status of Eastern Greenland ระหว่างนอร์เวย์และเดนมาร์ก เมื่อวันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 1933⁵⁹ เป็นคดีแรกที่ศาลประจํายุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินเป็นนัยว่าคำมั่นหรือคำประกาศฝ่ายเดียวของนายเอียนซึ่งมีตำแหน่งเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศมีผลผูกพัน (binding) ถึงแม้ว่าในคดีต่างๆ ก่อนหน้านั้น ศาลประจํายุติธรรมระหว่างประเทศจะยึดถือว่า คำประกาศต่างๆ ที่ทำขึ้นในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาก่อให้เกิดเป็นข้อผูกมัดได้⁶⁰ แต่อย่างไรก็ตาม คำประกาศดังกล่าวเหล่านั้นได้กระทำขึ้นต่อหน้าศาลในระหว่างการพิจารณาคดี ซึ่งถือได้ว่าการกระทำของรัฐดังกล่าวไม่ใช่การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐอย่างแท้จริง⁶¹

⁵⁸ ผู้รายงานพิเศษได้เน้นย้ำในประเด็นนี้โดยเฉพาะว่า มีการรับรู้ว่าคำมั่นฝ่ายเดียวโดยแท้จริง ควรจะจำแนกออกจากคำมั่นที่ทำโดยรัฐในการตอบสนองต่อการเรียกร้องของรัฐอื่น หรือจากคำมั่นที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้รับการยอมรับจากรัฐอื่น และจากคำมั่นที่ทำขึ้นโดยมีเงื่อนไขต่างตอบแทน (condition of reciprocity)

⁵⁹ 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).

⁶⁰ The Mavrommatis Jerusalem Concessions, Permanent Court of International Justice Reports, Series A, No.5, p.37, Certain German Interests in Polish Upper Silesia (The Merits), *Ibid.*, Series A, No.7, p.13, Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, *Ibid.*, Series A/B, (1932), No.46, p.93, pp.169-170, Alfred P. Rubin, *supra* note 12, p. 3.

⁶¹ Krzysztof Skubiszewski, Unilateral Acts of States, in Mohammed Bedjaoui(ed), *supra* note 49, p. 231.

เช่นเดียวกันนี้ ในวันที่ 24 เมษายน ค.ศ.1957 ประเทศอียิปต์ได้ทำคำประกาศในเรื่อง กระบวนการและการจัดการของคลองสุเอซ โดยในอารัมภบทและย่อหน้าที่ 10 รัฐบาลอียิปต์ชี้แจงให้เห็นว่า คำประกาศ (declaration) ที่ทำขึ้นนี้ได้เป็นไปตามสนธิสัญญาแห่งกรุงคอนสแตนติโนเปิลในปี ค.ศ.1888 ในส่วนของคำประกาศอื่นๆ ทางรัฐบาลอียิปต์ได้อธิบายว่า “คำประกาศได้ทำขึ้นเพื่อให้บรรลุผลซึ่งพันธกรณีที่เกิดขึ้นภายใต้สนธิสัญญาแห่งกรุงคอนสแตนติโนเปิล” อย่างไรก็ตาม เนื้อหาของคำประกาศดังกล่าวไม่สอดคล้องทั้งต่อสนธิสัญญาแห่งกรุงคอนสแตนติโนเปิลและทั้งต่อคำอธิบายที่ปรากฏอยู่ในคำประกาศว่าเป็น “ตราสารในทางระหว่างประเทศ” (international instrument) ดังนั้น จึงอาจจะพิจารณาเนื้อหาของคำประกาศดังกล่าวว่ามีลักษณะเป็นคำมั่นฝ่ายเดียวได้ อย่างไรก็ตาม Rubin ได้สรุปในเรื่องดังกล่าวไปในทางที่ไม่เห็นด้วยกับข้อสนับสนุนที่ว่า กฎเกณฑ์ดังกล่าวได้อ้างพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นจากคำประกาศฝ่ายเดียวโดยเปิดเผย และมีเจตนาที่จะผูกพัน หากปราศจากปัจจัยอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง อาทิเช่น บริบทของการเจรจาต่อรอง (negotiating context) ปฏิกริยาในทางตอบรับจากรัฐอื่นๆ (affirmative reaction) หรือคณะอนุญาโตตุลาการที่ได้รับคำประกาศอย่างเป็นทางการ หรือการสนับสนุนพันธกรณีที่มิได้อยู่ก่อน (supporting pre-existing obligation) เป็นต้น⁶²

นอกจากนี้ ในความเห็นแย้งของท่านผู้พิพากษา F. De Castro ในคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ ได้อธิบายว่า “คำมั่นใดๆ ก็ตาม สามารถถูกเพิกถอนได้ในเวลาใดก็ตาม ก่อนที่บุคคลผู้รับคำมั่นจะให้การยอมรับตามปกติ (ante acceptationem, quippe jure nondum translatum, revocari posse sine injustitia)”⁶³ อย่างไรก็ตาม คำอธิบายดังกล่าว ไม่อาจสามารถจะอนุมานหรือสรุปได้ว่าคำมั่นดังกล่าวจะมีความสมบูรณ์ต่อเมื่อมีการยอมรับดังกล่าวเกิดขึ้น

อย่างไรก็ตาม ข้อสงสัยเหล่านี้ได้หมดไป เมื่อคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ (Nuclear Test Case) ได้กล่าวถึงผลผูกพันทางกฎหมายของคำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐ ซึ่งศาลฯ ได้อธิบายอย่างชัดเจนว่า

“โดยข้อผูกพันประเภทนี้ หากได้ให้คำประกาศโดยเปิดเผยและมีเจตนาผูกพันตามนั้น ถึงแม้ว่าจะไม่ได้ทำคำประกาศขึ้นภายใต้บริบทการเจรจาต่อรองในทางระหว่างประเทศ ย่อมมีผลผูกพัน ซึ่งในพฤติการณ์เหล่านี้ ไม่มีข้อกำหนดว่าคำประกาศจะต้องมีลักษณะต่างตอบแทน (quid

⁶² Alfred P. Rubin, *supra* note 12, pp. 6-7.

⁶³ In dissenting opinion of Judge F. De Castro Nuclear Test Case (Australia v. France), *supra* note 11, Judgment of 20 December 1974, para. 3, p. 374.

pro quo) หรือต้องมีการยอมรับคำประกาศในภายหลัง (subsequent acceptance) หรือแม้แต่เพียงการตอบรับหรือการแสดงท่าทีใดๆ จากรัฐอื่นๆ ที่ต้องการให้คำประกาศนั้นมีผลก็ตาม เนื่องจากเงื่อนไขดังกล่าวจะไม่สอดคล้อง (inconsistent) กับลักษณะฝ่ายเดียวอย่างแท้จริงของการกระทำทางกฎหมาย (juridical act) ซึ่งรัฐได้ประกาศออกมา”⁶⁴

ในคดีดังกล่าวศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เน้นย้ำถึงลักษณะของคำมั่นว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐอย่างแท้จริงและเป็นการกระทำในทางกฎหมาย ซึ่งคำมั่นดังกล่าวแม้จะมีผลบังคับใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศ แต่คำมั่นนั้นก็ไม่ใช้ “สนธิสัญญา” หรือ “ข้อตกลง” ในทางกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใด และคำมั่นก่อให้เกิดผลทางกฎหมายโดยปราศจากการยอมรับโดยปริยายจากรัฐใดๆ ทั้งนี้ ในอดีตแม้จะพบว่ามีทางปฏิบัติที่มีอยู่ก่อน (precedent) ที่แสดงให้เห็นว่าข้อผูกมัดที่สร้างขึ้นในกรอบของการเจรจาต่อรอง (negotiations) กับรัฐอื่นๆ ซึ่งได้เชื่อถือในคำแถลงการณ์ดังกล่าวนั้นมีผลในทางกฎหมาย และยังมีหลักการที่ยอมรับเป็นอย่างดีว่าข้อผูกมัดที่สร้างขึ้นต่อหน้าศาลในระหว่างการพิจารณานั้นมีผลผูกพันทางกฎหมาย ยิ่งไปกว่านี้ หลักกฎหมายปิดปาก (estoppel) และหลักการกีดตัดสิทธิ (preclusion) ก็ยังคงเป็นหลักการทางกฎหมายที่ได้ยอมรับเป็นอย่างดี อย่างไรก็ตาม หลักการเหล่านี้ไม่ได้ครอบคลุมถึงกรณีของคำประกาศของประเทศฝรั่งเศสแต่อย่างใด⁶⁵

ดังนั้น จึงสามารถสรุปได้ว่า หากรัฐใดก็ตามได้กล่าวหรือแถลงการณ์อย่างเปิดเผยและมีเจตนาอย่างชัดแจ้งที่จะผูกพันตามคำแถลงการณ์ดังกล่าวแล้ว จะก่อให้เกิดผลผูกพัน (binding)

⁶⁴ “An undertaking of this kind, if given publicly, and with an intent to be bound, even though not made within the context of international negotiations, is binding. In these circumstances, nothing in the nature of a quid pro quo nor any subsequent acceptance of the declaration, nor even any reply or reaction from other States, is required for the declaration to take effect, since such a requirement would be inconsistent with the strictly unilateral nature of the juridical act by which the pronouncement by the State was made”. cited in Nuclear Test Case (New Zealand v. France), *supra* note 11, para. 46, p. 472, Nuclear Test Case (Australia v. France), *supra* note 11, para. 43, p. 267.

⁶⁵ Vaughan Lowe, *International Law*, (New York: Oxford University Press, 2007), p. 89.

และมีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ (international obligation) ต่อรัฐผู้แถลงได้ ถึงแม้ว่ารัฐดังกล่าวจะไม่ได้ทำคำแถลงการณ์ขึ้นตามกรอบของการเจรจาระหว่างประเทศและไม่จำเป็นต้องมีลักษณะต่างตอบแทนแต่อย่างใด

4.2.1 ความสามารถในการก่อตั้งคำมั่น

ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 มาตรา 6 บัญญัติว่า รัฐทุกรัฐมีความสามารถที่จะทำสนธิสัญญาได้⁶⁶ ซึ่งอนุสัญญาดังกล่าวใช้เฉพาะกับสนธิสัญญาซึ่งทำขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐเท่านั้น ดังนั้น รัฐเท่านั้นจึงเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะทำสนธิสัญญาตามนัยแห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 ได้ เช่นเดียวกันนี้ เป็นที่ยอมรับโดยบรรทัดฐานคำพิพากษาในคดีต่างๆ ว่ารัฐทุกรัฐมีความสามารถในการก่อตั้งคำประกาศฝ่ายเดียวด้วยตนเอง ซึ่งเป็นการกระทำที่รัฐให้พันธกรณีทางกฎหมายได้ โดยรัฐในที่นี้หมายถึง องค์ภาวะ (entity) ที่มีองค์ประกอบครบถ้วนตามกฎหมายระหว่างประเทศและมีสภาพบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ มีประชากร (population) ดินแดน (territory) รัฐบาล (government) และมีความสามารถที่จะมีความสัมพันธ์กับรัฐอื่นๆ ได้ (capacity to enter into relation with other States) ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวยังได้ถูกนำไปบัญญัติไว้ในข้อบทแนะนำหลักการที่เกี่ยวข้องกับคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐที่สร้างพันธกรณีทางกฎหมาย ซึ่งในหลักการข้อที่ 2 ได้บัญญัติว่า “รัฐใดๆ ก็ตาม มีความสามารถที่จะผูกพันตนเองต่อพันธกรณีทางกฎหมายโดยการประกาศฝ่ายเดียว”⁶⁷

ความสามารถของรัฐในการก่อตั้งคำประกาศ (capacity of a State to formulate a formal declarations) อาจพิจารณาได้ว่า รัฐได้ใช้อำนาจอธิปไตยของตนที่มีอยู่ในการกำหนดให้คำประกาศหรือคำมั่นฝ่ายเดียวมีผลผูกพันในทางกฎหมายและก่อตั้งพันธกรณีระหว่างประเทศ

⁶⁶ Article 6 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 ; Capacity of States to conclude treaties

“Every State possesses capacity to conclude treaties.”

⁶⁷ Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations 2006

“2. Any State possesses capacity to undertake legal obligations through unilateral declarations”

ทั้งนี้ หลักการที่ใช้เป็นแนวทางต่อคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐซึ่งสามารถก่อให้เกิดพันธกรณีตามกฎหมาย (Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations 2006) ยังได้ใช้คำศัพท์ (term) ที่แตกต่างออกไปจากกฎหมายสนธิสัญญา (law of treaty) กล่าวคือ หลักการดังกล่าวได้ใช้คำศัพท์ที่ว่า คำประกาศฝ่ายเดียวอย่างเป็นทางการสามารถถูก “ก่อตั้ง (formulate)” ขึ้นโดยรัฐ แม้ว่าดูเหมือนจะมีความคล้ายคลึงกับคำศัพท์ที่ว่า “การทำ (conclusion)” หรือ “elaboration” ที่ใช้ในกฎหมายสนธิสัญญาก็ตาม ซึ่งแท้ที่จริงแล้ว คำว่า “ก่อตั้ง (formulate)” ได้สะท้อนให้เห็นถึงรูปแบบของการกระทำฝ่ายเดียวมากกว่า ในขณะที่ คำว่า “การทำ (conclusion)” หรือ “elaboration” ของกฎหมายสนธิสัญญา อาจอนุมานได้ว่าเป็นข้อตกลง (agreement) หรือมีเจตนาธรรมดาเท่านั้น (common intent) ซึ่งไม่จำเป็นสำหรับบริบท (context) ของการกระทำฝ่ายเดียวหรือคำมั่นในทางระหว่างประเทศแต่ประการใด

4.2.2 บุคคลผู้กระทำการแทนรัฐในการก่อตั้งคำมั่น

ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความสามารถของบุคคลผู้กระทำการแทนรัฐในการประกาศหรือให้คำมั่น เพื่อที่จะให้การกระทำดังกล่าวมีผลสมบูรณ์และผูกพันรัฐได้จะต้องกระทำผ่านองค์กรที่สามารถกระทำการในนามของรัฐนั้นได้ไม่ว่าในเรื่องทั่วไปหรือในเรื่องที่เฉพาะเจาะจงในระดับของกฎหมายระหว่างประเทศ (the plane of international law) ทั้งนี้ เมื่อคำมั่นได้ก่อให้เกิดพันธกรณีทางกฎหมายแก่รัฐ (obligation) ดังนั้น องค์กรภายในรัฐจึงควรมีอำนาจในการก่อตั้งความผูกพันในทางระดับระหว่างประเทศ ซึ่งหากผู้แทนของรัฐได้รับมอบอำนาจโดยชัดแจ้งหรือโดยเฉพาะเจาะจงที่จะกระทำการในนามของรัฐ ในสถานการณ์ดังกล่าวจึงปราศจากข้อสงสัยใดๆ ในเรื่องอำนาจของผู้แทนรัฐ อย่างไรก็ตาม ทางปฏิบัติของรัฐบ่งบอกให้เห็นว่าในกรณีที่มีการมอบอำนาจให้เพื่อวัตถุประสงค์ในการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐเป็นกรณีที่พบได้ไม่บ่อยนัก ซึ่งส่วนใหญ่แล้วมักจะนำไปสู่การพิจารณาในทางกฎหมายทั่วไป ซึ่งพิจารณาว่าองค์กรของรัฐต่างๆ นั้นมีความสามารถในการกระทำอย่างสมบูรณ์ในนามของรัฐหรือไม่ ซึ่งความสามารถโดยทั่วไปในการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐจะตกอยู่ในอำนาจของประมุขของรัฐ (Head of the State) ประมุขของ

รัฐบาล (Head of Government) และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (Minister of Foreign Affairs)⁶⁸

ในประเด็นเรื่องบุคคลผู้กระทำแทนรัฐซึ่งมีผลผูกพันรัฐในการทำคำมั่นหรือคำประกาศฝ่ายเดียว ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ (Nuclear Test Case) ได้วินิจฉัยโดยกล่าวถึงคำแถลงการณ์ต่อเนืองของประเทศฝรั่งเศส อันมีใจความสำคัญว่า

“เมื่อกล่าวถึงคำแถลงการณ์ของรัฐบาลฝรั่งเศสซึ่งอยู่ในการพิจารณาของศาลฯในปัจจุบันนี้ สิ่งที่สำคัญที่สุดคือเห็นได้อย่างชัดเจนว่าเป็นการแถลงการณ์ที่สร้างขึ้นโดยประธานาธิบดีของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งไม่มีข้อสงสัยในมุมมองหน้าที่การทำงานของประธานาธิบดีว่า การติดต่อสัมพันธ์หรือการแถลงการณ์ต่อสาธารณะด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรในฐานะที่เป็นประมุขของรัฐ ถือเป็นการกระทำ (acts) ในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของฝรั่งเศส ซึ่งการแถลงการณ์ของประธานาธิบดีของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และการแถลงการณ์จากสมาชิกของรัฐบาลฝรั่งเศสซึ่งกระทำการภายใต้อำนาจประธานาธิบดีของสาธารณรัฐฝรั่งเศส รวมถึงการแถลงการณ์ฉบับสุดท้ายของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม เมื่อวันที่ 11 ตุลาคม ค.ศ. 1974 ประกอบกันขึ้นเป็นแถลงการณ์ทั้งหมด ดังนั้น ไม่ว่าการแถลงการณ์จะแสดงออกมาในรูปแบบอย่างใดก็ตาม การแถลงการณ์เหล่านี้จะต้องแสดงถึงข้อผูกพัน (engagement) ของรัฐ โดยคำนึงถึงเจตนา (intention) และพฤติการณ์ (circumstances) ที่ทำขึ้นตามการแถลงการณ์เหล่านั้น”⁶⁹

⁶⁸ Krzysztof Skubiszewski, *Unilateral Acts of States*, in Mohammed Bedjaoui(ed), *supra note 49*, p. 230.

⁶⁹ Nuclear Test Case (New Zealand v. France), *supra note 11*, para. 51, p. 474, Nuclear Test Case (Australia v. France), *supra note 11*, para. 49, p. 269, the Court considered that, “of the statements by the French Government now before the Court, the most essential are clearly those made by the President of the Republic. There can be no doubt, in view of his functions, that his public communications or statements, oral or written, as Head of State, are in international relations acts of the French State. His statements, and those of members of the French Government acting under his authority, up to the last statement made by the Minister of Defence (of 11 October 1974), constitute a whole. Thus, in whatever form these statements were expressed, they must

ดังนั้น หากพิจารณาถึงคำวินิจฉัยของศาลฯ ข้างต้น อาจกล่าวได้ว่าศาลฯ ได้ชี้ให้เห็นถึงความสำคัญของการกระทำโดยประธานาธิบดีของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะในฐานะที่เป็นประมุขของรัฐว่าถือเป็นการกระทำของรัฐในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งศาลฯ เน้นย้ำถึงกรณีไม่มีข้อสงสัยในมุมมองหน้าที่การงาน (functions) ของประธานาธิบดีฝรั่งเศสถือเป็นการกระทำ (acts) ในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม ศาลฯ ก็ไม่ได้ปฏิเสธถึงความสามารถของผู้มีอำนาจของรัฐในตำแหน่งอื่นๆ กล่าวคือ แดลงการณ์จากสมาชิกของรัฐบาลฝรั่งเศสซึ่งกระทำการภายใต้อำนาจของประธานาธิบดีสาธารณรัฐฝรั่งเศส รวมถึงแดลงการณ์ฉบับสุดท้ายของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม เมื่อวันที่ 11 ตุลาคม ค.ศ. 1974 ซึ่งประกอบรวมกันเป็นแดลงการณ์ทั้งหมด (constitute a whole)

อย่างไรก็ตาม ในขณะที่ท่าน Phillippe Cahier ได้ตรวจสอบถึงคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ รวมทั้งศาลชำนาญพิเศษที่ตัดสินถึงประเด็นการประพฤติปฏิบัติของรัฐ (conduct) ว่าได้สร้างข้อผูกพันในทางระหว่างประเทศนั้น ได้กล่าวต่อนึ่งว่า “คำพิพากษาในคดีนี้ไม่ได้คำนึงถึง อำนาจหน้าที่ที่แท้จริงของตัวแทนในการแสดงเจตจำนงของรัฐหรือแม้แต่การกระทำแทนรัฐ ครอบคลุมเท่าที่การประพฤติปฏิบัติที่ปรากฏต่อรัฐอื่นๆ เป็นไปตามท่าทีของรัฐที่เป็นปัญหา” สิ่งทีกล่าวนี้อย่างสอดคล้องกับข้อสังเกตของท่าน Hans Blix ผู้ซึ่งตรวจสอบข้อตกลงระหว่างประเทศที่สร้างขึ้นโดยหน่วยงานซึ่งไม่มีอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนให้ทำเช่นนั้นได้ ซึ่งท่านสรุปว่า “ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแล้ว พันธกรณีตามสนธิสัญญาอาจถูกสันนิษฐานได้จากผู้มีอำนาจในนามของรัฐผู้ซึ่งมีความสามารถที่เห็นได้อย่างชัดเจนในการรับประกันการปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว”⁷⁰

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า เมื่อคำนึงถึงหน้าที่การงาน (functions) แล้ว สถานะของบุคคลบางประเภทก็จะมีความสามารถที่จะกระทำการแทนรัฐและผูกพันรัฐของตนได้ โดยอาจพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายสนธิสัญญา ซึ่งตามมาตรา 7(2)(a) อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วย

be held to constitute an engagement of the State, having regard to their intention and to the circumstances in which they were made.”

⁷⁰ 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. 217.

กฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969⁷¹ ที่ได้ประมวลมาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอันแสดงให้เห็นถึงความสอดคล้องของทางปฏิบัติของรัฐ โดยไม่จำเป็นต้องแสดงเอกสารการมอบอำนาจเต็มแต่อย่างใด⁷² ซึ่งหากปรับใช้ต่อคำวินิจฉัยข้างต้นแล้ว อาจกล่าวได้ว่าคำแถลงการณ์ที่ประมุขแห่งรัฐ (heads of state) หัวหน้ารัฐบาล (head of government) และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (ministers for foreign affairs) ได้กระทำขึ้นอาจมีผลผูกพันรัฐได้ ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ ประธานาธิบดีของสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือได้ว่าเป็นบุคคลผู้มีอำนาจเต็มโดยตำแหน่งเมื่อคำนึงถึงหน้าที่การงาน (functions) กล่าวคือ ประธานาธิบดีของสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งก็คือประมุขแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศสนั่นเอง (heads of state) ยิ่งไปกว่านั้น หากพิจารณาถึงกรณีของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในคำแถลงการณ์เมื่อวันที่ 25 กันยายน ค.ศ.1974 ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของฝรั่งเศสได้กล่าวในขณะปราศรัย (speech) ในการประชุมสมัชชาสหประชาชาติแล้ว อาจถือเป็นการแถลงการณ์ที่กระทำแทนในนามของประเทศฝรั่งเศสและมีผลผูกพันประเทศฝรั่งเศสได้

จนกระทั่งเมื่อไม่นานมานี้ ในคดี Armed Activities on the Territory of the Congo ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตั้งข้อสังเกตโดยอ้างอิงจากกฎเกณฑ์ประเพณีที่คล้ายคลึงกันในกฎหมายสนธิสัญญาว่า

“ตามที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลที่สอดคล้องกัน กล่าวคือ ในคดี Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, pp. 269-270, paras. 49-51; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II), p. 622, para. 44; Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, pp. 21-22, para. 53;

⁷¹ Article 7(2)(a) of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969

In virtue of their functions and without having to produce full powers, the following are considered as representing their State:

(a) Heads of State, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs, for the purpose of performing all acts relating to the conclusion of a treaty;

⁷² จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น. 110.

see also Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway), Judgment, 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 53, p. 71 คำวินิจฉัยเหล่านี้เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศได้เป็นอย่างดีว่า ประมุขของรัฐ ประมุขของรัฐบาล และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ถือได้ว่าทำหน้าที่แทนรัฐอย่างแท้จริงเมื่อคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่การงานของพวกเขาเหล่านั้น รวมถึง การกระทำในนามของรัฐดังกล่าวโดยกระทำการฝ่ายเดียวว่ามีผลบังคับในฐานะข้อผูกพันระหว่างประเทศ”⁷³

ในส่วนประเด็นของผู้มีอำนาจหน้าที่ของรัฐกรณีอื่นๆ ที่มีใช้ประมุขแห่งรัฐ (heads of state) หัวหน้ารัฐบาล (head of government) และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (ministers for foreign affairs) ซึ่งกระทำแทนรัฐและมีผลผูกพันรัฐได้หรือไม่ นั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ไม่ได้ปฏิเสธถึงความสามารถของผู้มีอำนาจของรัฐในตำแหน่งอื่นๆ และอาจจะตั้งข้อสังเกตได้ว่าต้องพิจารณาในเรื่องการได้รับมอบอำนาจและจะมีผลผูกพันภายใต้ขอบเขตความสามารถของผู้แทนรัฐดังกล่าว⁷⁴ กล่าวคือ ศาลฯ ได้ยอมรับว่าแถลงการณ์ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมฝรั่งเศสเมื่อวันที่ 11 ตุลาคม ค.ศ. 1974 ก่อให้เกิดความผูกพันต่อประเทศฝรั่งเศสได้ ซึ่งหากพิจารณาขอบเขตในเรื่องอำนาจหน้าที่ในการตัดสินใจในเรื่องการทดลองอาวุธนิวเคลียร์แล้ว เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมฝรั่งเศสอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ซึ่งอาจพิจารณาได้ว่าอยู่ในขอบเขตความสามารถของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมเอง ยิ่งไปกว่านี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี concerning Armed Activities on the Territory of the Congo ยังได้รับรองความสามารถของผู้มีอำนาจรัฐในตำแหน่งอื่นๆ ในการทำคำแถลงการณ์และมีผลผูกพันรัฐได้ ซึ่งกล่าวไว้ในตอนหนึ่งของคำพิพากษาว่า

“...อย่างไรก็ตาม การเพิ่มขึ้นของความถี่ในการติดต่อสัมพันธ์กันในทางระหว่างประเทศสมัยใหม่นั้น บุคคลอื่นๆ ที่เป็นผู้แทนรัฐในขอบเขตที่เฉพาะเจาะจงอาจได้รับมอบอำนาจโดยรัฐ

⁷³ Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Judgment of 3 February 2006, Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, para. 46.

⁷⁴ “4. [...] Other persons representing the State in specified areas may be authorized to bind it, through their declarations, in areas falling within their competence.”, Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations 2006.

ดังกล่าวเพื่อให้มีผลผูกพันรัฐโดยคำแถลงการณ์ในเรื่องที่อยู่ในขอบเขตความสามารถนั้น..... ตัวอย่างดังกล่าวอาจจะเป็นความจริงว่า ผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีในแต่ละกระทรวงได้ใช้อำนาจในขอบเขตของความสามารถของรัฐมนตรีนั่นในด้านความสัมพันธ์ต่างประเทศ และในเรื่องทางการของรัฐที่แน่นอน”⁷⁵

ข้ออ้างดังกล่าวข้างต้นได้สนับสนุนแนวความคิดที่ว่าบุคคลหรือผู้มีอำนาจอื่นๆ นอกเหนือจากบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจให้กระทำการแทนรัฐในขอบเขตของสนธิสัญญา อาจผูกพันรัฐโดยวิธีการก่อตั้งคำแถลงการณ์หรือคำประกาศฝ่ายเดียวได้ ตามที่อ้างอิงได้จากบริบท (context) ของคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีดังกล่าว ซึ่งได้อ้างไปถึงการกระทำของรัฐมนตรีกว่าการกระทรวงยุติธรรม (Minister of Justice) ของประเทศรวันดา

หากพิจารณาถึงประเด็นการมอบอำนาจให้แก่ผู้แทนของรัฐ เช่น ผู้แทนทางการทูต (Diplomatic Representatives) ซึ่งมีความสามารถที่จะกระทำการแทนรัฐในขอบเขตหน้าที่อันได้รับมอบหมาย รวมทั้งหัวหน้าผู้ชำนาญการในเรื่องต่างๆ ของรัฐบาล ก็มักใช้อำนาจในทางความสัมพันธ์ต่อภายนอก ครอบคลุมถึงด้านต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ตัวอย่างเช่น ด้านการค้าระหว่างประเทศ ด้านการขนส่ง ด้านการติดต่อสื่อสาร ด้านสุขภาพ ด้านแรงงาน เป็นต้น ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายภาคสงคราม (the law of armed conflict) ยังให้อำนาจต่อผู้บังคับบัญชาทางการทหารที่จะกระทำการบางประการในเรื่องการจัดการต่างๆ กับฝ่ายที่อยู่ตรงข้าม ดังนั้น จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าในปัจจุบันมีองค์กร (organs) ของรัฐมากมายที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งสถานการณ์ดังกล่าวได้สะท้อนให้เห็นถึงการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ⁷⁶

⁷⁵ Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), *supra* note 73, para. 47. the Court observed that “with increasing frequency in modern international relations other persons representing a State in specific fields may be authorized by that State to bind it by their statements in respect of matters falling within their purview. This may be true, for example, of holders of technical ministerial portfolios exercising powers in their field of competence in the area of foreign relations, and even of certain officials”

⁷⁶ Krzysztof Skubiszewski, Unilateral Acts of States, in Mohammed Bedjaoui(ed), *supra* note 49, p. 230.

ดังนั้น ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าหากพิจารณาทางปฏิบัติของรัฐในทางระหว่างประเทศแล้ว อาจกล่าวได้ว่า ตัวแทนของรัฐที่สามารถจะเข้าผูกพันหรือประกาศให้คำมั่นในนามของรัฐในระดับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยวิธีการกำหนดการกระทำฝ่ายเดียวให้มีผลผูกพันในทางกฎหมาย ประกอบด้วยบุคคล 2 ประเภท กล่าวคือ บุคคลเมื่อคำนึงถึงหน้าที่การงานของเขา (by virtue of their functions) และบุคคลอื่นๆ ในบริบทที่เกิดขึ้นโดยเฉพาะเจาะจง (specific context) ซึ่งอาจจะถูกพิจารณาว่ามีอำนาจภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่จะกระทำการประกาศให้มีผลผูกพันภายใต้ขอบเขตความสามารถของผู้แทนรัฐดังกล่าว

ทั้งนี้ ปัญหาที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับการใช้อำนาจหน้าที่ของผู้แทนของรัฐในการทำคำประกาศฝ่ายเดียวให้มีผลผูกพันในทางระหว่างประเทศ หรือในการปฏิบัติหน้าที่ในนามของรัฐที่ทำให้การกระทำฝ่ายเดียวดังกล่าวมีผลบังคับเป็นข้อผูกพันระหว่างประเทศ โดยเฉพาะประมุขของรัฐ (Head of the State) ประมุขของรัฐบาล (Head of Government) และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ (Minister of Foreign Affairs) หรือผู้แทนของรัฐในกรณีอื่นๆ ก็คือการตรวจสอบถึงปัญหาที่เกี่ยวกับขอบเขตอำนาจของผู้กระทำว่ามีความสามารถที่จะกระทำการผูกพันรัฐได้หรือไม่ (competent to formulate such declarations) ซึ่งได้ปัญหาดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามกฎหมายภายในประเทศ (domestic law, internal law) ของรัฐที่เกี่ยวข้อง

บุคคลใดที่จะทำให้รัฐได้รับผลผูกพันทางกฎหมายภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนั้น ขึ้นอยู่กับคุณค่าในประเด็นสองประการที่มีความขัดแย้งกัน กล่าวคือ ประการแรกคือ ความจำเป็นในการคุ้มครอง (protect) ความเชื่อถือของรัฐอื่นๆ ในอำนาจของตัวแทนรัฐที่มีอำนาจหน้าที่อย่างชัดแจ้ง และประการที่สองคือ การเคารพในความเป็นอิสระของรัฐในการกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรของตน ตามที่มักจะเห็นได้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ หากพิจารณากฎเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจระหว่างประเทศในการทำสนธิสัญญา (conclude treaties) ด้วยเหตุผลหนักแน่นที่ว่า สนธิสัญญาทั้งหลายมีการตกลงทำขึ้นในกระบวนการที่ค่อนข้างเป็นทางการ และอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานรัฐที่มีส่วนเกี่ยวข้องมักถูกกำหนดไว้อย่างชัดแจ้ง (explicitly) แล้วในกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายพระราชบัญญัติ ดังนั้น กฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญาจึงไม่สร้างภาระจนเกินควรต่อภาคีสนธิสัญญาแต่อย่างใด หากต้องการให้มีการกระทำโดยมีความระมัดระวังในหน้าที่ของตนในการกำหนดอำนาจโดยสุจริตของฝ่ายตรงข้าม เพราะฉะนั้น ในการทำสนธิสัญญา การคุ้มครอง (protect) ความเชื่อถือของรัฐอื่นๆ จึงอาจมีความสำคัญรองลงมาจากความเป็นอิสระของรัฐในการกำหนดองค์กรที่มีบทบาทในการสร้างข้อผูกมัดในทางระหว่างประเทศ

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับในเรื่องการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ ตามที่ปรากฏในคดีสถานะทางกฎหมายของกรีนแลนด์ตะวันออกหรือที่รู้จักกันในอีกชื่อหนึ่งว่า “Ihlen Declaration” ซึ่งศาลมีคำพิพากษาว่า การที่นายเฮย์เดินในขณะที่ยังดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของนอร์เวย์ได้แจ้งต่อรัฐมนตรีเดนมาร์กว่า “ทางรัฐบาลนอร์เวย์จะไม่มีข้อขัดข้องใดๆ ต่อเรื่องนี้” ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของกรีนแลนด์ตะวันออก ถือว่ามีข้อผูกมัดทางกฎหมายต่อประเทศนอร์เวย์ ซึ่งคำแถลงการณ์ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศนอร์เวย์เปรียบเสมือนการประกาศให้คำมั่นในการสละสิทธิ์ของนอร์เวย์ต่ออำนาจอธิปไตยเหนือพื้นที่ดังกล่าว ซึ่งตามกฎหมายรัฐธรรมนูญนอร์เวย์กำหนดให้ต้องใช้ในการตัดสินใจจากคณะรัฐมนตรี (council of ministers)

หากพิจารณาคำพิพากษาดังกล่าวกับหลักเกณฑ์ที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 46 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาที่กล่าวถึง ความไม่สมบูรณ์ของการยินยอม (invalidation of consent) หากเป็นการยินยอมที่แสดงออกโดยการฝ่าฝืนอย่างชัดแจ้ง (manifest) ต่อกฎหมายภายในประเทศว่าด้วยความสามารถและหากการฝ่าฝืนดังกล่าวเกี่ยวกับกฎหมายภายในที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง (internal rule of fundamental importance) โดยหากพิจารณาตามมาตรา 3 วรรค 1 (d) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูตแล้ว กล่าวคือ หน้าที่ของคณะผู้แทนทางทูตประการหนึ่งคือการสืบเสาะด้วยวิธีการทั้งมวลอันชอบด้วยกฎหมายถึงสภาวะและพัฒนาการในรัฐผู้รับ และต้องรายงานดังกล่าวกลับไปยังรัฐบาลของรัฐผู้ส่ง⁷⁷ เป็นที่เชื่อได้ว่าเอกอัครราชทูตเดนมาร์กได้ตระหนักถึงข้อจำกัดทางรัฐธรรมนูญของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศนอร์เวย์ในเหตุการณ์ครั้งนี้ ซึ่งข้อความโดยทั่วไปในกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นก็มีใช้ความลับแต่อย่างใด ทั้งนี้ อาจมีพฤติการณ์ที่เทียบเคียงกันได้ก็คือ การที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตั้งข้อสังเกตในคำพิพากษาในคดี Fisheries Case ว่าสหราชอาณาจักรไม่น่าที่จะไม่รู้ถึงพระราชกฤษฎีกาของประเทศนอร์เวย์ ในปี ค.ศ.1869 และปี ค.ศ.1889 ที่เกี่ยวกับการกำหนดอาณาเขตน่านน้ำได้ อันเนื่องมาจาก “ส่วนได้ส่วนเสียของสหราชอาณาจักรที่มีต่อประเด็นดังกล่าว (her own interest in the question)” ทั้งนี้ ในคดีสถานะทางกฎหมายของกรีนแลนด์ตะวันออก

⁷⁷ Article 3 of The Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961

1. The functions of a diplomatic mission consist, inter alia, in :

(d) Ascertaining by all lawful means conditions and developments in the receiving State, and reporting thereon to the Government of the sending State;

(Eastern Greenland Case) อาจจะพิจารณาได้ว่า เนื่องจากการฝ่าฝืนหรือละเมิดข้อจำกัดอำนาจของรัฐธรรมนูญต่ออำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นที่พิจารณาเห็นได้อย่าง “ชัดแจ้ง (manifest)” อีกทั้งกฎเกณฑ์ที่กล่าวถึง กล่าวคือ การประกาศสถานะสิทธิของการอ้างสิทธิเหนืออาณาเขตกรีนแลนด์ ก็มีความสำคัญในแง่ของ “หลักการที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง (fundamental importance)” จึงอาจเป็นการสันนิษฐานได้ว่า เอกอัครราชทูตของเดนมาร์กและรัฐบาลเดนมาร์กอยู่ในฐานะที่ควรจะมีคุณค่าของคำประกาศของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศนอร์เวย์ได้อย่างเหมาะสมเพียงพอแล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม ศาลกลับมีความเห็นว่า ไม่มี “การแสดงให้เห็นอย่างชัดเจน” (objectively evident) ว่ารัฐมนตรีต่างประเทศนอร์เวย์มีถ้อยแถลงโดยไม่ได้รับการมอบอำนาจ (authorization) จากคณะรัฐมนตรี (council of ministers) มาก่อนแต่อย่างใด ดังนั้น ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ อาจมีช่องโหว่ระหว่าง ความสามารถ (ที่สันนิษฐานว่ามี) ในทางระหว่างประเทศ หรืออาจรวมถึงความสามารถตามรัฐธรรมนูญในการเป็นตัวแทนของรัฐในการแสดงเจตจำนงให้มีข้อผูกพันทางกฎหมาย และการให้อำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ตัวแทนสามารถใช้อำนาจแทนรัฐในสถานการณ์เฉพาะเจาะจง⁷⁸

ทั้งนี้ ตามรายงานการพิจารณาของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะรายงานที่ได้เสนอโดยผู้รายงานพิเศษ (Special Rapporteur) มีการหยิบยกปัญหาความไม่สมบูรณ์ของการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐหากมีความขัดแย้งกับกฎหมายภายในขึ้น ซึ่งมีปัญหาว่าหลักการตามมาตรา 46 ของกฎหมายสนธิสัญญาสามารถนำมาใช้ต่อการกระทำฝ่ายเดียวได้หรือไม่ อย่างไร ทั้งนี้ ตามมาตรา 46 ของกฎหมายสนธิสัญญาได้บัญญัติว่า

“รัฐไม่อาจหยิบยกข้อเท็จจริงที่ว่า การให้ความยินยอมของตนที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาได้มีการแสดงออกโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายภายใน ในเรื่องเกี่ยวกับความสามารถของผู้แทนของรัฐในการทำสนธิสัญญาว่าความยินยอมดังกล่าวไม่มีผลสมบูรณ์ เว้นแต่ การฝ่าฝืนกฎหมายภายในเช่นนั้นจะเป็นที่ชัดแจ้ง (manifest) และเกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายภายในที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง (fundamental importance)

⁷⁸ Karl Zemanek, *Unilateral Legal Acts Revisited*, edited by Karel Wellens, *supra* note 70, p. 215.

ในกรณีเช่นว่านั้น การฝ่าฝืนกฎหมายภายในดังกล่าวจะถือว่าแจ้งชัด เมื่อการฝ่าฝืนนั้นเป็นที่ประจักษ์ชัดในทางภาวะวิสัย (objectively evident) แก่รัฐใดๆ ซึ่งปฏิบัติตนในเรื่องเช่นว่านั้นตามครรลองแห่งการถือปฏิบัติตามปกติและโดยสุจริต”⁷⁹

อย่างไรก็ตาม ปัญหาหลักในที่นี้ กล่าวคือ บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญมักมีความโน้มเอียงที่จะกำหนดกลไกและองค์การที่สามารถมีส่วนร่วมในการแสดงออกซึ่งความยินยอมของรัฐ (express the consent of the State) ซึ่งเกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศ แต่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับการกระทำฝ่ายเดียวแต่อย่างใด

ทั้งนี้ ร่างตามที่คุณรายงานพิเศษได้นำเสนอขึ้นในรายงานฉบับที่ 9 มีใจความ ดังต่อไปนี้

“ความไม่สมบูรณ์ของการกระทำฝ่ายเดียวที่ขัดแย้งต่อแบบแผนที่มีความสำคัญยิ่งของกฎหมายภายในของรัฐที่ได้กระทำการฝ่ายเดียวขึ้น

รัฐที่ก่อตั้งการกระทำฝ่ายเดียวขึ้นไม่อาจหยิบยกข้อเท็จจริงที่ว่าการกระทำดังกล่าวขัดแย้งต่อกฎหมายภายในขึ้นเพื่อกล่าวอ้างว่าเป็นเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ เว้นแต่การกระทำดังกล่าวขัดแย้งกับแบบแผนซึ่งมีความสำคัญยิ่ง (norm of fundamental importance) ของกฎหมายภายในรัฐ และการขัดแย้งดังกล่าวเป็นที่ชัดแจ้ง (manifest)”⁸⁰

⁷⁹ Article 46 Provisions of internal law regarding competence to conclude treaties

“1. A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance

2. A violation is manifest if it would be objectively evident to any State conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith.”

⁸⁰ “Invalidity of a unilateral act that conflicts with a norm of fundamental importance to the domestic law of the State formulating it

A State that has formulated a unilateral act may not invoke as grounds for invalidity the fact that the act conflicts with its domestic law, unless it conflicts with a norm of fundamental importance to its domestic law and the contradiction is manifest.”

ร่างดังกล่าวอธิบายให้เห็นว่าโดยหลักการแล้ว รัฐที่กระทำการฝ่ายเดียวไม่อาจหยิบยกข้อเท็จจริงที่ว่ากระทำความผิดขัดแย้งต่อกฎหมายภายในขึ้น เพื่อกล่าวอ้างว่าเป็นเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ได้ เว้นแต่ ได้ขัดแย้งต่อแบบแผนซึ่งมีความสำคัญยิ่งของกฎหมายภายในรัฐ และการขัดแย้งดังกล่าวเป็นการขัดแย้ง ซึ่งหลักการดังกล่าวมีความใกล้เคียงกับมาตรา 46 ของกฎหมายสนธิสัญญาเป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้ว่าร่างดังกล่าวมีความเคร่งครัดน้อยกว่ามาตรา 46 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาข้างต้น เนื่องจาก ร่างดังกล่าวได้อ้างถึงการฝ่าฝืนอย่างชัดเจนต่อแบบแผนที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง แต่ไม่ได้ชี้ให้เห็นโดยเฉพาะว่าแบบแผนดังกล่าวจะต้องเกี่ยวข้องกับความสามารถในการแสดงออกซึ่งความยินยอม (the competence to express consent) ในการกระทำฝ่ายเดียวแต่อย่างใด⁸¹

หากพิจารณาปรับใช้ร่างดังกล่าวเทียบกับกฎเกณฑ์ตามมาตรา 46 ของกฎหมายสนธิสัญญาซึ่งวางเงื่อนไข 3 ประการ สำหรับการหยิบยกความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญาแล้ว อาจพิจารณาได้ว่า ประการแรก การฝ่าฝืนที่ถูกหยิบยกจะต้องเกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายภายในที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง (fundamental importance) หมายความว่าต้องเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่มีผลบังคับเช่นเดียวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและมีผลบังคับใช้ในเวลาดังกล่าว ทั้งนี้ สำหรับเงื่อนไขดังกล่าวหากจะนำมาใช้ต่อการกระทำฝ่ายเดียว กฎหมายเหล่านั้นควรจะมีผลบังคับทั้งในเวลาที่มีการก่อตั้งการกระทำฝ่ายเดียวขึ้นและเมื่อมีการกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ของการกระทำฝ่ายเดียวเกิดขึ้น ประการที่สอง กฎเกณฑ์ในปัญหาจะต้องเกี่ยวข้องกับความสามารถในการทำสนธิสัญญา (competence to conclude treaties) ทั้งนี้ กฎเกณฑ์ในปัญหาดังกล่าวอาจนำมาพิจารณาปรับใช้กับการกระทำฝ่ายเดียวได้ (competence to formulate unilateral act of states) ประการสุดท้าย การฝ่าฝืนกฎหมายภายในจะต้องชัดเจน (manifest) หมายความว่า ต้องมีความประจักษ์ชัดทางภาวะวิสัย ต่อทุกๆ รัฐซึ่งเกี่ยวข้องกับกรณีนี้ ตามปกติและโดยสุจริต ทั้งนี้ คณะกรรมการเห็นว่าเป็นไปไม่ได้ในทางปฏิบัติและไม่เหมาะสมที่จะพยายามกำหนดล่วงหน้าถึงกรณีที่เกิดขึ้นว่าเป็นการละเมิดกฎหมายภายในรัฐกรณีใดที่อาจถือว่าการแจ้ง

⁸¹ปัญหาดังกล่าวมีการพิจารณาโดยคณะกรรมการสิทธิในการประชุมครั้งที่ 51 International Law Commission Reports, UN Doc. A/54/10, chapter VIII unilateral acts of states, 51 session 1999, para. 559, p. 136.

ชัด (manifest) เนื่องจากกรณีปัญหาต้องขึ้นอยู่กับสถานการณ์เฉพาะในแต่ละกรณี⁸² อย่างไรก็ตาม ร่างที่นำเสนอโดยผู้รายงานพิเศษ (Special Rapporteur) ดังกล่าวข้างต้น ไม่ได้ถูกกำหนด อยู่ในหลักการที่ใช้เป็นแนวทางต่อคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐซึ่งสามารถก่อให้เกิดพันธกรณีตามกฎหมาย (Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations 2006) แต่อย่างใด

4.3 การตีความ (Interpretation) และผลผูกพันของคำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐ (Binding force/ Legal obligation)

อาจกล่าวได้ว่า การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐที่มีพื้นฐานมาจากกฎเกณฑ์ประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักเกณฑ์ตามกฎหมายสนธิสัญญา อาจพิจารณาได้ว่ารัฐซึ่งได้กระทำฝ่ายเดียว จะต้องพิจารณาผลทางกฎหมายของการกระทำ รวมทั้งผลบังคับผูกพันที่ปรากฏอยู่ในหลักเกณฑ์เหล่านั้น หรืออาจผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไป (general international law) อย่างไรก็ตาม การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐในกรณีอื่นๆ กล่าวคือ ในกรณีที่ไม่นำกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศหรือกฎหมายสนธิสัญญามาปรับใช้ การกระทำดังกล่าวก็สามารถที่จะผูกพันรัฐผู้กระทำการได้ แม้ว่ารัฐผู้กระทำฝ่ายเดียวจะมีความเป็นอิสระมากกว่าโดยไม่ต้องยึดถือตามกรอบจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาก็ตาม แต่หากรัฐดังกล่าวประสงค์ที่จะผูกพันเช่นนั้น รัฐอาจจะก่อตั้งพันธกรณีในการกระทำฝ่ายเดียวขึ้นได้ ซึ่งสิ่งที่บ่งชี้ได้ในกรณีนี้คือ เจตนาของรัฐ (intent of State) โดยรัฐจะต้องผูกพันกับการกระทำฝ่ายเดียวของตนเนื่องจากการแสดงเจตจำนงของรัฐ⁸³

คำพิพากษาในคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ (Nuclear Test Case) อธิบายให้เห็นอย่างชัดเจนถึงลักษณะผูกพัน (binding) ของคำมั่นฝ่ายเดียว (unilateral promise) ในฐานะการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐอันมีผลทางกฎหมาย ดังนี้

“คำประกาศที่ได้ทำขึ้นโดยการกระทำฝ่ายเดียวที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ทางกฎหมาย หรือข้อเท็จจริงนั้นได้รับการรับรองเป็นอย่างดีว่า คำประกาศนั้นอาจมีผลเป็นการสร้างพันธกรณี

⁸² Ninth report on unilateral acts of States, UN Doc. A/CN.4/569/Add.1, para. 25, p. 12.

⁸³ Krzysztof Skubiszewski, Unilateral Acts of States, in Mohammed Bedjaoui(ed), *supra* note 49, p. 231.

ทางกฎหมาย (creating legal obligations) บ่อยครั้งที่คำประกาศประเภทนี้อาจมีความเฉพาะเจาะจงมาก เมื่อเป็นเจตนาของรัฐในการทำคำประกาศ ซึ่งควรมีผลผูกพันตามข้อกำหนดของตนว่า เจตนาบ่งบอกถึงลักษณะของข้อผูกพันทางกฎหมายที่แสดงอยู่ในคำประกาศ ดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดให้รัฐต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคำประกาศ โดยข้อผูกพันประเภทนี้ หากได้ให้คำประกาศโดยเปิดเผย (publicly) และมีเจตนาที่จะผูกพันตามนั้น (intent to be bound) ถึงแม้ว่าไม่ได้ทำคำประกาศขึ้นตามกรอบการเจรจาระหว่างประเทศ ย่อมมีผลผูกพัน (binding)”⁸⁴

ดังนั้น ที่มาของพันธกรณีในกรณีของคำมั่นคือตัวคำมั่นเอง ซึ่งรัฐได้ก่อตั้งขึ้นโดยการกระทำฝ่ายเดียว และไม่ได้เป็นข้อตกลงอย่างชัดแจ้งหรือปรีชาของผู้รับคำมั่น ทั้งนี้ ศาลได้พิจารณาเกี่ยวกับหลักพื้นฐานทางกฎหมายของคำบังคับที่เป็นข้อผูกพันของคำมั่นฝ่ายเดียวที่มาจากหลักสุจริต (Good faith) ตามที่ศาลฯได้กล่าวอย่างชัดแจ้งว่า

“หลักการพื้นฐานข้อหนึ่งในเรื่องการสร้างและการปฏิบัติตามพันธกรณีทางกฎหมาย ไม่ว่าจะมาจากแหล่งใดก็ตาม ถือเป็นหลักสุจริต (good faith) ความเชื่อมั่นและความมั่นใจนั้นมีอยู่ในความร่วมมือระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในยุคที่ความร่วมมือในหลายๆ ด้านมีความสำคัญยิ่งขึ้น ดังเช่นหลักเรื่องสัญญาเป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติตาม (pacta sunt servanda) ตามหลักกฎหมายสนธิสัญญา ก็เป็นไปตามหลักสุจริต และยังมีลักษณะของการผูกพันของพันธกรณีระหว่างประเทศที่คำประกาศฝ่ายเดียวรับมาด้วย”⁸⁵

⁸⁴ In the Nuclear Tests Cases the Court observed that, “It is well recognized that declarations made by way of unilateral acts, concerning legal or factual situations, may have the effect of creating legal obligations. Declarations of this kind may be, and often are, very specific. When it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking, the State being thenceforth legally required to follow a course of conduct consistent with the declaration. An undertaking of this kind, if given publicly, and with an intent to be bound, even though not made within the context of international negotiations, is binding. [...]” see in Nuclear Test Case (New Zealand v. France), *supra note 11*, para. 46, p. 472.

⁸⁵ *Ibid.*, para. 49, p. 473.

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ข้างต้น การก่อให้เกิดผลผูกพันของคำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐสามารถแยกพิจารณาได้ ดังต่อไปนี้

4.3.1 ประกาศอย่างเปิดเผย

ตามคำวินิจฉัยของศาลในคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ข้างต้นเป็นที่เข้าใจได้ว่า คำมั่นของรัฐจะต้องกระทำขึ้นอย่างเปิดเผย (publicly) จึงจะมีผลผูกพัน ไม่ว่าคำมั่นดังกล่าวจะได้กระทำขึ้นโดยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรหรือจะต้องมีการบอกกล่าวอย่างเป็นทางการหรือไม่ก็ตาม การให้คำมั่นดังกล่าวจำเป็นต้องทำเป็นรูปแบบของคำประกาศในลักษณะที่เปิดเผย (public declaration) เพื่อที่จะให้ “รัฐที่มีส่วนได้เสียอาจให้การยอมรับและให้ความเชื่อมั่นในคำประกาศฝ่ายเดียวนั้น”⁸⁶ ด้วยเหตุนี้ จึงอาจพิจารณาได้ว่าเจตนาที่เป็นความลับหรือซ่อนเร้นไม่สามารถก่อให้เกิดผลบังคับทางกฎหมายที่อาจจะถือได้ว่าเป็นพันธกรณีฝ่ายเดียวขึ้นใหม่ เนื่องจาก รัฐผู้กระทำมีอิสระในการเปลี่ยนความคิดได้ทุกขณะ และรัฐผู้กระทำไม่อาจผูกพันได้เพียงแค่จากความคิดของตนเพียงลำพัง⁸⁷ รวมทั้ง การนิ่งเฉย (Silence) ของรัฐก็ไม่สามารถพิจารณาว่าก่อให้เกิดคำมั่นได้⁸⁸

ลักษณะของคำมั่นฝ่ายเดียวหรือคำประกาศของรัฐที่กระทำอย่างเปิดเผยนั้น อาจทำให้รัฐที่เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียกับการกระทำดังกล่าวหวั่นไหวกับคำประกาศขึ้นกล่าวอ้างได้ ตัวอย่างเช่น คำประกาศของอียิปต์ในกรณีคลองซูเอซ ซึ่งอียิปต์ได้ให้คำมั่นอันเกี่ยวเนื่องกับกระบวนการและการจัดการคลองซูเอซ รวมถึงเรื่องการจัดหาแหล่งเงินทุน ต่อประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด ซึ่งอียิปต์ไม่ได้ให้คำมั่นต่อรัฐสมาชิกของสมาคมผู้ใช้คลองซูเอซหรือภาคีในอนุสัญญากรุงคอนสแตน

⁸⁶ “Interested States may take cognizance of unilateral declarations and place confidence in them”, see Nuclear Test Case (New Zealand v. France), *Ibid.*, para. 49, p. 473.

⁸⁷ Reference to Jean-Paul Jacqué, *A propos de la promesse unilatérale*, Mélanges offerts à Paul Reuter (Paris, 1981), p. 342 Quoted in Vladimir d'Amato, *supra* note 26, p. 289.

⁸⁸ Third report on unilateral acts of States, *UN Doc. A/CN.4/505*, para. 129, p. 18.

ติโนเปิลเท่านั้น⁸⁹ เช่นเดียวกันนี้ คำประกาศในการหยุดการทดลองนิวเคลียร์ในชั้นบรรยากาศของฝรั่งเศส ถึงแม้ว่าจะเกี่ยวข้องกับออสเตรียและนิวซีแลนด์ผู้พ้องคิดโดยตรงก็ตาม แต่ยังรวมถึงรัฐที่อยู่บริเวณใกล้เคียง อันเนื่องมาจากการให้คำมั่นหรือประกาศที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป ดังนั้น จึงถือว่าคำมั่นได้กล่าวต่อประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด อย่างไรก็ตาม ในบางครั้ง คำประกาศหรือคำมั่นได้สื่อสารโดยตรงไปยังรัฐที่เกี่ยวข้องและไม่ได้มีการเปิดเผยโดยทั่วไปก็อาจก่อให้เกิดพันธกรณีต่อรัฐผู้ทำคำประกาศได้เช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น คำประกาศของนายเอียเลน ที่แจ้งด้วยวาจาต่อรัฐมนตรีของเดนมาร์กในการประชุมเมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม ค.ศ.1919 และยังได้มีการบันทึกการประชุม (minute) ไว้โดยนายเอียเลนเองด้วย

จึงอาจจะสรุปได้ว่า คำประกาศต้องกระทำการอย่างเปิดเผยไม่ว่าต่อประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดโดยทั่วไปอันมีผลเป็นการสร้างข้อผูกมัดเป็นการทั่วไป (erga omnes undertakings) หรือไม่ว่าจะเป็นการเปิดเผยต่อรัฐที่เกี่ยวข้องเพียงรัฐเดียวหรือหลายรัฐก็ตาม⁹⁰ ซึ่งจุดประสงค์ของการเปิดเผยดังกล่าวคือเพื่อให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้นำหลักสุจริต (good faith) มาใช้ประกอบในการวินิจฉัยถึงความสามารถของรัฐผู้รับคำมั่น โดยหลักสุจริตได้อนุญาตให้รัฐที่มีความเชื่อถือในคำมั่นดังกล่าวอยู่ในฐานะที่จะสร้างสิทธิของรัฐนั้นๆ อันสามารถเรียกร้องต่อรัฐผู้ให้คำมั่นให้ปฏิบัติตามพันธกรณีฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นแล้วได้ ตามที่ศาลในคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ กล่าวไว้ว่า “รัฐที่มีส่วนได้เสียอาจได้รับรู้และเชื่อมั่นในคำประกาศฝ่ายเดียว และมีสิทธิที่จะกำหนดว่าพันธกรณีที่สร้างขึ้นจะต้องได้รับการปฏิบัติตามด้วย”⁹¹

⁸⁹ Eighth report on unilateral acts of States, UN Doc. A/CN.4/557, para. 55-69, pp. 12-14.

⁹⁰ 6. Unilateral declarations may be addressed to the international community as a whole, to one or several States or to other entities. See in Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations, 2006

⁹¹ “Thus interested States may take cognizance of unilateral declarations and place confidence in them, and are entitled to require that the obligation thus created be respected.” cited in Nuclear Test Case (New Zealand v. France), *supra note 11*, para. 49, p. 473, Nuclear Test Case (Australia v. France), *supra note 11*, para. 46, p. 268, see also “1. [...] States concerned may then take them into consideration and rely on them;

4.3.2 เจตนาของรัฐที่จะผูกพัน

อาจพิจารณาได้ว่าผลจากการที่รัฐผู้ให้คำมั่นได้แสดงเจตนาที่จะผูกพัน (intent to be bound) ทำให้คำประกาศมีลักษณะเป็นข้อผูกมัดทางกฎหมายและพันธกรณีได้ถูกสร้างขึ้น (legal undertaking) ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้นำหลักสุจริต (good faith) มาประกอบการพิจารณาและได้วินิจฉัยว่า

“ หลักการพื้นฐานข้อหนึ่งในเรื่องการสร้างและการปฏิบัติตามพันธกรณีทางกฎหมาย (legal obligations) ไม่ว่าจะมาจากแหล่งใดก็ตาม ถือเป็นหลักสุจริต ความเชื่อมั่นและความมั่นใจนั้นมีอยู่ในความร่วมมือระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในยุคที่ความร่วมมือในหลายๆ ด้านมีความสำคัญยิ่งขึ้น ดังเช่น หลักเรื่องสัญญาเป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติตาม (pacta sunt servanda) ตามกฎหมายสนธิสัญญาก็มีพื้นฐานมาจากหลักสุจริต และลักษณะผูกพันของพันธกรณีระหว่างประเทศที่ถือว่ามีผลมาจากคำประกาศฝ่ายเดียว (unilateral declaration) ก็มีพื้นฐานมาจากหลักสุจริต (principle of good faith) เช่นกัน”⁹²

ย่อหน้าข้างต้น ได้สรุปหลักเกณฑ์ของการกระทำฝ่ายเดียวในกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งศาลฯ ได้วางหลักไว้ว่า สาเหตุที่คำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐมีผลผูกพันรัฐผู้แถลงการณ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศก็มีสาเหตุอันเนื่องมาจาก หลักสุจริต (good faith) เช่นเดียวกับกฎหมายสนธิสัญญา (law of treaty) ที่ลักษณะผูกพันตามกฎหมายสนธิสัญญานั้นเกิดจากกฎหมาย

such States are entitled to require that such obligations be respected.”, cited in Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations 2006.

⁹² In the Nuclear Tests Cases, the court said “One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international co-operation, in particular in an age when this co-operation in many fields is becoming increasingly essential. Just as the very rule of pacta sunt servanda in the law of treaties is based on good faith, so also is the binding character of an international obligation assumed by unilateral declaration” cited in Nuclear Test Case (New Zealand v. France), *Ibid.*, para. 49, p. 473, Nuclear Test Case (Australia v. France), *Ibid.*, para. 46, p. 268.

ประเพณีระหว่างประเทศและเกิดจากหลักสุจริตเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ ศาลฯ ไม่ได้หยิบยกหลัก promissorum implendorum obligation และหลัก pacta sunt servanda (สัญญาต้องเป็นสัญญา) ว่าเป็นหลักการที่ให้ผลผูกพันรัฐเพื่อให้ดำเนินการตามคำมั่นฝ่ายเดียว โดยศาลฯ เพียงแค่ชี้ให้เห็นว่าคำมั่นหรือคำประกาศฝ่ายเดียวมีพื้นฐานมาจากหลักสุจริต ซึ่งหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาในกฎหมายสนธิสัญญาได้นำมาปรับใช้ด้วย ดังนั้น จึงอาจพิจารณาได้ว่าหลักสุจริต (principle of good faith) ได้ควบคุมผลที่เกิดขึ้นของการกระทำ ในเวลาที่ได้กระทำโดยเปิดเผย หรือมีการสื่อสารไปยังรัฐที่มีส่วนได้เสีย นอกจากนี้ หลักสุจริตยังกำหนดหน้าที่แก่รัฐในการปฏิบัติตามเจตนาของตน รวมทั้งปฏิบัติตามคำมั่นฝ่ายเดียวนั้น ทั้งนี้ ผลผูกพันที่ได้รับมาจากหลักสุจริต อยู่ภายใต้สถานการณ์ในการให้หลักประกันต่อความไว้วางใจของผู้อื่นๆ เพื่อธำรงไว้ซึ่งสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องอย่างถูกต้องตามกฎหมาย⁹³

ส่วนประเด็นการให้ความเชื่อถือ (reliance) ต่อคำมั่นหรือคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐที่เกี่ยวข้องหรือรัฐที่มีส่วนได้เสียอาจสามารถมีผลต่อการบังคับใช้ของการกระทำฝ่ายเดียวได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การให้ความเชื่อมั่นอาจมีส่วนช่วยในการแก้ปัญหาหรือข้อสงสัยต่อประเด็นที่คำมั่นอาจสามารถเพิกถอน (revocability) ได้หรือไม่⁹⁴ อย่างไรก็ตาม ประเด็นการให้ความเชื่อถือของรัฐที่เกี่ยวข้องไม่ได้มีผลกระทบต่อผลผูกพัน (binding force) ของรัฐผู้ให้คำมั่นที่มีต่อคำประกาศฝ่ายเดียวแต่ประการใด ซึ่งสามารถพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลฯ ที่ว่า

“ในพฤติการณ์เหล่านี้ ไม่มีข้อกำหนดว่าคำประกาศจะต้องมีลักษณะต่างตอบแทนหรือต้องมีการยอมรับคำประกาศในภายหลัง หรือไม่มีแม้แต่การตอบรับหรือการแสดงท่าทีใดๆ จากรัฐอื่นๆ เพื่อให้คำประกาศมีผลบังคับใช้”⁹⁵

⁹³ Krzysztof Skubiszewski, *Unilateral Acts of States*, in Mohammed Bedjaoui(ed), *supra note 49*, p. 232, Karl Zemanek, *Unilateral Legal Acts Revisited*, edited by Karel Wellens, *supra note 70*, p. 217, Vladimir duro Degan, *supra note 26*, p. 304, ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น. 193.

⁹⁴ Krzysztof Skubiszewski, *Unilateral Acts of States*, in Mohammed Bedjaoui(ed), *Ibid.*, p. 232.

⁹⁵ In the Nuclear Tests Cases, the Court noted that “In these circumstances, nothing in the nature of a quid pro quo, nor any subsequent acceptance of the declaration, nor even any reply or reaction from other States, is required for the

ทั้งนี้ การที่รัฐผู้รับคำมั่นได้ให้ความเชื่อถือจนก่อให้เกิดความเสียหาย (Detrimental reliance) ซึ่งหากวิเคราะห์ในหลักการทางกฎหมายแล้ว จะเห็นได้ว่าการให้ความเชื่อถือจนก่อให้เกิดความเสียหายจะเกี่ยวข้องในเรื่องหลักกฎหมายปิดปาก (principle of estoppel) มากกว่าจะเป็นลักษณะผลผูกพันของคำมั่นหรือคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐ ซึ่งอาจอธิบายได้ว่า คำประกาศฝ่ายเดียวจะมีลักษณะผูกพันหรือไม่นั้น (binding force) ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดและเจตนาของรัฐผู้ให้คำประกาศที่จะก่อตั้งพันธกรณีทางกฎหมายระหว่างคู่กรณีเท่านั้น⁹⁶ ในขณะที่หลักกฎหมายปิดปาก (principle of estoppel) ได้ดำเนินการในฐานะกฎเกณฑ์ทางกระบวนการที่รัฐผู้แสดงออกได้ถูกจำกัดหรือห้ามในการปฏิเสธต่อรัฐอีกฝ่ายหนึ่งที่มีความเชื่อถือจนก่อให้เกิดความเสียหาย และมีผลผูกพันต่อรัฐผู้แสดงออกได้ ดังนั้น จึงอาจพิจารณาได้ว่าหลักกฎหมายปิดปากโดยลักษณะความเชื่อถือได้ป้องกันหรือไม่ยินยอมให้รัฐคู่กรณีปฏิเสธสถานการณ์ที่เกิดขึ้น ในขณะที่คำมั่นฝ่ายเดียวโดยลักษณะความเชื่อถือด้วยตัวเองแล้วไม่อาจก่อให้เกิดความผูกพัน (binding) นอกจากนี้ แนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาศาลก็แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าการเชื่อถือจนก่อให้เกิดความเสียหายมีความแตกต่างจากการสันนิษฐานพันธกรณีทางกฎหมายหรือผลผูกพันทางกฎหมาย⁹⁷ อาทิเช่น ในคดีสถานะทางกฎหมายของกรีนแลนด์ตะวันออก (Eastern Greenland Case) โดยที่ไม่มีความเชื่อถือจนก่อให้เกิดความเสียหายของทางเดนมาร์ก อย่างไรก็ตาม ศาลก็ยังได้สนับสนุนว่าคำมั่นฝ่ายเดียวของนอร์เวย์ได้ก่อให้เกิดข้อผูกพันแก่นอร์เวย์ที่จะละเว้นจากครอบครองส่วนใดๆ ของกรีนแลนด์ ส่วนในคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ (Nuclear Test Case) ไม่มีการเชื่อถือจากทางประเทศออสเตรเลียหรือนิวซีแลนด์แต่อย่างใด ซึ่งประเทศออสเตรเลียหรือนิวซีแลนด์ยืนยันว่าคำแถลงของฝรั่งเศสยังไม่เป็นที่พอใจ แต่ศาลมีความเห็นว่าการพันธกรณีทางกฎหมายได้ถูกก่อตั้งขึ้นจากคำแถลงของฝรั่งเศส

declaration to take effect [...]", see Nuclear Test Case (New Zealand v. France), *supra* note 11, para. 46, p. 472.

⁹⁶ "[...] Thus, in whatever form these statements were expressed, they must be held to constitute an engagement of the State, having regard to their intention and to the circumstances in which they were made.", see in Nuclear Test Case (New Zealand v. France), *Ibid.*, para. 51, p. 474.

⁹⁷ Rosalyn Higgins, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1991), Vol.230, p. 65.

อย่างไรก็ดี แม้ในทางตำราทางกฎหมายจะพิจารณาว่าความเชื่อถือนก่อนให้เกิดความเสียหาย (Detrimental reliance) เป็นลักษณะที่สำคัญสำหรับหลักกฎหมายปิดปาก แต่ในทางปฏิบัติแล้วยังมีความคลุมเครืออยู่ ในคดีปราสาทพระวิหาร ระหว่างประเทศกัมพูชาและไทย (Case of Temple of Preah Vihear) เป็นการยากที่จะเข้าใจว่าประเทศกัมพูชาจะเชื่อถือนก่อนให้เกิดความเสียหาย ซึ่งความเห็นแย้งของท่านผู้พิพากษา Wellington Koo และ Sir Percy Spender ในคดีดังกล่าวเห็นว่า หลักกฎหมายปิดปากได้ถูกนำมาใช้โดยไม่มีความเชื่อถือนดังกล่าว นอกจากนี้ ท่านผู้พิพากษา Fitzmaurice เห็นว่าความเชื่อถือนก่อนให้เกิดความเสียหายไม่จำเป็นต่อหลักกฎหมายปิดปากแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ท่านผู้พิพากษา Alfaro ในความเห็นเอกเทศยืนยันกรณว่าหลักกฎหมายปิดปากกำหนดให้ต้องมีความเชื่อถือนก่อนให้เกิดความเสียหาย ซึ่งสอดคล้องกับในคดี North Sea Continental Shelf ที่เสียงส่วนใหญ่ ที่ยังรวมถึงท่านผู้พิพากษา Fitzmaurice ชี้ให้เห็นว่าหลักกฎหมายปิดปากกำหนดให้ต้องมีความเชื่อถือนก่อนให้เกิดความเสียหาย

การก่อให้เกิดคำมั่นฝ่ายเดียวถือได้ว่าเจตนา (intention) ของรัฐมีความสำคัญอย่างยิ่ง เจตนาของรัฐผู้ให้คำประกาศหรือให้คำมั่น เพื่อที่จะให้เจตนาดังกล่าวสามารถก่อให้เกิดพันธกรณีในทางกฎหมายฝ่ายเดียวได้จะต้องกล่าวหรือแสดงออกอย่างชัดเจน (clear) และมีถ้อยคำที่เฉพาะเจาะจง (specific terms) ในคำแถลงการณ์หรือคำประกาศนั้น⁹⁸ ซึ่งเจตนาในที่นี้อาจจะถูกสืบหาหรือยังทราบได้ (ascertain) โดยวิธีการตีความจากการกระทำ ซึ่งปัญหาดังกล่าวเห็นได้ อย่างชัดเจนว่าขึ้นอยู่กับหลักสุจริต (good faith) ด้วย⁹⁹ ยิ่งไปกว่านั้น เจตนาอาจถูกยึดถือจาก วัตถุประสงค์ ลักษณะเฉพาะ เนื้อหาของคำมั่น หรือพฤติการณ์ที่ก่อให้เกิดการทำคำมั่นขึ้น นอกจากนี้ พฤติการณ์ของรัฐภายหลังอาจบ่งบอกให้เห็นว่ารัฐมีเจตนาก่อให้เกิดความผูกพันได้

⁹⁸ “7. A unilateral declaration entails obligations for the formulating State only if it is stated in clear and specific terms. [...]”, Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations 2006.

⁹⁹ Malcolm N. Shaw, *International Law*, 3rd Edition (Cambridge: Grotius Publications Ltd., 1991), p. 98.

แต่ไม่ว่ากรณีใดๆ ก็ตาม เจตนาจะต้องปราศจากข้อสงสัย มิฉะนั้นแล้วการกระทำจะไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีแต่อย่างใด¹⁰⁰ ยิ่งไปกว่านี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ชี้แจงเพิ่มเติมว่า

“บ่อยครั้งที่คำประกาศประเภทนี้มีความเฉพาะเจาะจงมาก เมื่อเป็นเจตนาของรัฐในการทำคำประกาศ ซึ่งควรมีผลผูกพันตามข้อกำหนดของตนว่า เจตนาที่แสดงในคำประกาศนั้นได้แสดงถึงลักษณะของข้อผูกมัดทางกฎหมาย (legal undertaking) ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้รัฐต้องดำเนินการให้สอดคล้อง (consistent) กับคำประกาศฝ่ายเดียวเหล่านั้น”¹⁰¹

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแสดงให้เห็นว่า เจตนาดังกล่าวต้องแสดงถึงลักษณะของภาระหน้าที่ทางกฎหมายหรือความประสงค์ที่จะผูกพันในทางกฎหมาย (legal undertaking) ซึ่งคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของเจตนาของรัฐเพื่อที่จะสันนิษฐานพันธกรณีในทางระหว่างประเทศ¹⁰² โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะต้องทำการค้นหาเจตนาอันแท้จริงของผู้ให้คำประกาศเป็นเกณฑ์นั่นเองว่ามีเจตนาที่จะผูกพันกันในฐานะใด เช่นเดียวกับข้อตกลงระหว่างประเทศซึ่งเป็นการกระทำสองฝ่ายที่จะต้องค้นหาเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีเป็นเกณฑ์นั่นเองว่าจะมีเจตนาที่จะผูกพันในฐานะใด ทั้งนี้ หากเจตนาอันแท้จริงของผู้ให้คำประกาศเป็นเพียงเจตนาที่จะผูกพันทางธรรมจรรยาหรือผูกพันทางการเมือง (political commitment) ก็อาจไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายที่เกิดจากคำประกาศฝ่ายเดียวได้¹⁰³

¹⁰⁰ Krzysztof Skubiszewski, *Unilateral Acts of States*, in Mohammed Bedjaoui(ed), *supra note 49*, p. 232.

¹⁰¹ Nuclear Test Case (New Zealand v. France), *supra note 11*, para. 46, p. 472, Nuclear Test Case (Australia v. France), *supra note 11*, para. 43, p. 267. “Declarations of this kind may be, and often are, very specific. When it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking, the State being thenceforth legally required to follow a course of conduct consistent with the declaration”

¹⁰² Zhu Lijiang, “Chinese Practice in Public International Law”, *Chinese Journal of International Law*, July (2007), para. 7, pp. 1-28.

¹⁰³ International Law Commission Reports, *UN Doc. A/59/10*, chapter VIII unilateral acts of states, 56 session 2004, para. 199 p. 222, International Law

ดังนั้น ในประเด็นนี้จึงมีความจำเป็นที่จะต้องแยกแยะการกระทำทางกฎหมายของรัฐ (legal act) ออกจากการกระทำทางการเมืองของรัฐ (political act) โดยที่การกระทำทางกฎหมาย แตกต่างจากการกระทำทางการเมืองในลักษณะต่างๆ กล่าวคือ ในด้านขอบเขต ผลบังคับ และ กลไกในการรับประกันการปฏิบัติตามของรัฐที่ได้ผูกพันโดยการกระทำดังกล่าว

ในประเด็นเดียวกันนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาคดี Frontier Dispute ระหว่างบูกินาฟาโซและมาลี ซึ่งศาลฯ ปฏิเสธถึงผลผูกพันของคำแถลงการณ์ของหัวหน้ารัฐบาล ประเทศมาลีที่สร้างขึ้นระหว่างการให้สัมภาษณ์ต่อตัวแทนผู้สื่อข่าวฝรั่งเศส ซึ่งรวมถึงคดีระหว่าง นิคารากัวกับสหรัฐอเมริกาที่ได้พิจารณาว่าคำแถลงการณ์ของรัฐบาลนิคารากัวซึ่งไม่ได้มาจากการ เลือกตั้ง ได้ทำขึ้นในขอบเขตของคำแถลงการณ์ทางการเมือง (political statements) ซึ่งไม่ได้ ให้ผลผูกพันทางกฎหมาย (legal commitment) เช่นเดียวกัน กรณีตัวอย่างทั้งหมดแสดงให้เห็นว่า การกระทำฝ่ายเดียวให้ระดับความน่าเชื่อถือในทางกฎหมายน้อยกว่าสนธิสัญญา ทั้งนี้ หาก พิจารณากันอย่างถี่ถ้วนแล้ว ในสถานการณ์ปัจจุบันรัฐบาลประเทศต่างๆ ได้ถูกบีบบังคับให้ทำ คำแถลงการณ์ในเรื่องทางนโยบายต่างประเทศ ดังนั้น จึงควรตระหนักในการประเมินลักษณะทาง กฎหมายโดยนัยของคำประกาศฝ่ายเดียวที่รัฐนั้นได้ทำขึ้นด้วย ยิ่งไปกว่านั้น ถึงแม้ว่าคำ แถลงการณ์เหล่านี้จะมีจุดมุ่งหมายเพื่อวัตถุประสงค์ทางการเมืองก็ตาม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี เราก็ไม่อาจจะ มองข้ามมุมมองของรัฐผู้รับคำประกาศในการให้ความสำคัญต่อคำประกาศดังกล่าวได้เช่นกัน¹⁰⁴

4.3.3 รูปแบบของการก่อตั้งคำมั่น

ในประเด็นเรื่องรูปแบบ (form) ของการก่อตั้งคำมั่นเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าไม่มีผลต่อ ความสมบูรณ์หรือผลทางกฎหมายใดๆ ของคำมั่นฝ่ายเดียว ตามที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใน คดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ ได้อธิบายไว้ว่า

“ในกรณีที่เกิดความสงสัยในเรื่องของรูปแบบ ควรที่จะเข้าใจว่าไม่ได้เป็นกรณีที่เขตแดน แห่งอำนาจของกฎหมายระหว่างประเทศจะวางข้อกำหนดพิเศษหรือเคร่งครัดใดๆ ได้ ทั้งนี้ ไม่ว่า คำแถลงการณ์จะดำเนินการขึ้นด้วยวาจา (orally) หรือเป็นลายลักษณ์อักษร (writing) ก็ได้มีความ

Commission Reports, UN. Doc A/60/10, chapter IX unilateral acts of states, 57 session 2005, para. 318, p. 137.

¹⁰⁴ Christian Tomuschat, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International (1999), vol.281, p. 345.

แตกต่างในสาระสำคัญแต่ประการใด สำหรับคำแถลงการณ์ดังกล่าวที่สร้างขึ้นในพฤติการณ์พิเศษ อาจก่อตั้งข้อผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ โดยมีได้กำหนดว่าคำแถลงการณ์จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างไร”¹⁰⁵

หากพิจารณาถึงคำพิพากษาในคดีปราสาทเขาพระวิหารระหว่างกัมพูชาและไทยแล้ว มีความเกี่ยวเนื่องกับประเด็นการประพฤติปฏิบัติของรัฐฝ่ายเดียว (unilateral conduct) จะเห็นได้ว่าประเด็นในเรื่องรูปแบบไม่มีการกำหนดไว้อย่างแน่นอน อันแสดงให้เห็นว่าคำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐอาจถูกก่อตั้งขึ้นไม่ว่าด้วยวาจา (orally) หรือเป็นลายลักษณ์อักษร (writing) ก็ได้ อันแตกต่างจากกฎหมายสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ.1969 ที่ไม่สามารถก่อตั้งด้วยวาจา (orally) ได้

ทั้งนี้ ทางปฏิบัติของรัฐ (State practice) แสดงให้เห็นว่าคำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐสามารถกระทำขึ้นโดยมีรูปแบบที่แตกต่างกันมากมาย ซึ่งคำแถลงการณ์ที่หลากหลายของประเทศฝรั่งเศส เกี่ยวเนื่องกับการหยุดทดลองอาวุธนิวเคลียร์ในชั้นบรรยากาศได้ใช้รูปแบบของการสื่อสารจากสำนักประธานาธิบดีแห่งฝรั่งเศสในรูปแบบของแถลงการณ์ทางราชการ (communique) บันทึกทางการทูต (diplomatic note) จดหมายหรือสาส์น (letter) จากประธานาธิบดีที่ส่งโดยตรงไปยังรัฐผู้รับคำประกาศ คำแถลงการณ์ที่กระทำขึ้นในระหว่างการแถลงต่อสื่อมวลชน รวมทั้ง คำปราศรัยต่อที่ประชุมทั่วไปขององค์การสหประชาชาติ ยิ่งไปกว่านั้น ถึงแม้ว่าคำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรจะมีอยู่อย่างแพร่หลายในปัจจุบัน แต่ก็ยังมีตัวอย่างอื่นที่แสดงให้เห็นว่าเป็นเรื่องปกติที่รัฐจะผูกพันตนเองโดยคำแถลงด้วยวาจาที่ไม่ยุ่งยากได้ กล่าวคือ คำประกาศของนายเอียนเดินในคดีสถานะทางกฎหมายของกรีนแลนด์ตะวันออก

หากพิจารณาถึงคำแถลงการณ์ที่กระทำขึ้นโดยประเทศฝรั่งเศสในคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์จากกล่าวได้ว่า มีคำแถลงการณ์ทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและที่กระทำขึ้นด้วยวาจา ซึ่งคำแถลงการณ์ที่ศาลได้ให้ความสนใจคือคำแถลงการณ์ด้วยวาจาของประธานาธิบดีฝรั่งเศสที่ได้

¹⁰⁵ “With regard to the question of form, it should be observed that this is not a domain in which international law imposes any special or strict requirements. Whether a statement is made orally or in writing makes no essential difference, for such statements made in particular circumstances may create commitments in international law, which does not require that they should be couched in written form.”, see in Nuclear Test Case (New Zealand v. France), *supra* note 11, para. 48, p. 473.

แถลงต่อสื่อมวลชน (press conference) ซึ่งอาจถือเป็นพฤติกรรมแวดล้อมพิเศษ (particular circumstances) ในกรณีนี้ อันมีผลผูกพันเป็นคำมั่นตามกฎหมายระหว่างประเทศของฝรั่งเศสก็ได้ อย่างไรก็ตาม คำประกาศของฝรั่งเศสที่จะสิ้นสุดการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ในชั้นบรรยากาศเกิดขึ้นมาจากผู้มีอำนาจของฝรั่งเศสได้มีคำประกาศอย่างต่อเนื่องซึ่งมีแรงจูงใจที่มีลักษณะเช่นเดียวกัน ซึ่งศาลไม่ได้พิจารณาคำประกาศทั้งหมดโดยแยกออกจากกันเพื่อที่จะให้ผลผูกพันแก่รัฐ กล่าวคือ คำประกาศดังกล่าวศาลได้นำมาพิจารณาประกอบรวมกันทั้งหมด (constitute a whole)

ในปัจจุบัน สังคมแห่งข้อมูลข่าวสารและการสื่อสารทำให้สถานการณ์มีความซับซ้อนมากขึ้นไปอีก ในขณะที่การสื่อสารระหว่างรัฐแต่ก่อนนั้นใช้หนังสือทางการทูต หรือในกรณีของการสื่อสารด้วยวาจาก็จะมีบันทึกช่วยจำ ทั้งนี้ ในยุคปัจจุบันมีการใช้รูปแบบใหม่ๆ ในการประกาศ ตัวอย่างเช่น โทรศัพท์ โทรสาร และอีเมล หรือแม้กระทั่งสื่อสารมวลชน การกระทำในประเภทหลังนี้อาจเป็นการสื่อสารอย่างชัดเจนไปถึงสาธารณชนโดยทั่วไป แต่ยังคงอาจเป็นการส่งสารให้รัฐอื่นๆ ไปในเวลาเดียวกันด้วย ซึ่งคำแถลงในรูปแบบใหม่ทั้งหลายนี้ถูกยกขึ้นเป็นทางปฏิบัติได้โดยชัดและสามารถนำมาใช้ได้โดยง่าย ดังนั้น คำแถลงเหล่านี้ต้องมีการตรวจสอบอย่างรอบคอบเพื่อลงความเห็นว่ามีเจตนาให้เกิดผลระหว่างรัฐ หรือเพื่อใช้ภายในรัฐเท่านั้น ดังที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตั้งข้อสังเกตใน Asylum Case¹⁰⁶

ถึงแม้ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะไม่ได้ให้ความสำคัญต่อรูปแบบของคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐก็ตาม แต่ศาลฯ ก็ได้กล่าวถึงประเด็นที่เกี่ยวข้องเพียงเรื่องเดียวในที่นี้คือ ภาษา (language) ที่ใช้ในการทำคำประกาศใดๆ ที่ได้ให้ไว้แล้วได้แสดงให้เห็นว่ามีเจตนาที่ชัดเจนหรือไม่¹⁰⁷ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับกฎหมายสนธิสัญญาแล้ว มาตรา 33(1) อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 บัญญัติว่า “เมื่อสนธิสัญญาได้จัดทำขึ้นเป็นสองภาษาหรือกว่านั้น ข้อบทในสนธิสัญญาจะมีฐานะเท่าเทียมกันในแต่ละภาษา ทั้งนี้ เว้นแต่สนธิสัญญาจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นหรือภาคีต่างตกลงกันว่า ในกรณีที่มีการตีความแตกต่างกันให้ถือเอาข้อบท

¹⁰⁶ Karl Zemanek, *Unilateral Legal Acts Revisited*, edited by Karel Wellens, *supra* note 70, p. 215.

¹⁰⁷ Nuclear Test Case (New Zealand v. France), *supra* note 11, para. 48, p. 473, Nuclear Test Case (Australia v. France), *supra* note 11, para. 45, p. 268.

ใดบทหนึ่งใช้บังคับ”¹⁰⁸ จะเห็นได้ว่ากฎหมายสนธิสัญญาให้ความสำคัญของภาษา (language) อย่างเท่าเทียมกัน เนื่องจาก ความตกลงของสนธิสัญญาอยู่ในรูปแบบของการกระทำสองฝ่าย ดังนั้น ภาคิทุกฝ่ายในสนธิสัญญาจึงต้องมีความเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ เว้นแต่สนธิสัญญาจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติแล้วคำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐซึ่งเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐผู้ทำคำแถลงการณ์จึงมีภาษาที่ใช้เพียงภาษาเดียว ดังนั้น จึงควรพิจารณาภาษา (language) ที่ใช้ในคำแถลงการณ์เป็นสำคัญว่าผู้แถลงการณ์ได้ใช้ภาษาใดในคำแถลงการณ์นั้น ซึ่งได้สื่อความหมายให้เห็นถึงเจตนาอย่างชัดเจนหรือไม่

4.3.4 ผลผูกพันของคำมั่นที่มีต่อรัฐอื่น

เป็นที่ยอมรับกันเป็นอย่างดีในกฎหมายระหว่างประเทศว่า พันธกรณี (obligations) ในทางระหว่างประเทศไม่สามารถผูกพันกับรัฐอื่นๆ ได้โดยปราศจากความยินยอมของรัฐนั้น ซึ่งกฎหมายสนธิสัญญาได้นำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในมาตรา 34 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969¹⁰⁹ ซึ่งบัญญัติว่า “สนธิสัญญาย่อมไม่ก่อพันธกรณีหรือสิทธิใดๆ แก่รัฐที่สามโดยปราศจากความยินยอมของรัฐที่สามนั้น” ยิ่งไปกว่านั้น ในมาตรา 35 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969¹¹⁰ ยังได้บัญญัติถึงกรณีที่สนธิสัญญากำหนดพันธกรณี (obligation) ไว้สำหรับรัฐที่สามว่า “พันธกรณีย่อมเกิดขึ้นแก่รัฐที่สามตามบทบัญญัติของสนธิสัญญา หากภาคิสนธิสัญญาได้ตกลงที่จะก่อพันธกรณีตามวิธีการของบทบัญญัติดังกล่าว และหากรัฐที่สามยอมรับพันธกรณีนั้นอย่างชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร”

¹⁰⁸ Article 33 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969

1. When a treaty has been authenticated in two or more languages, the text is equally authoritative in each language, unless the treaty provides or the parties agree that, in case of divergence, a particular text shall prevail.

¹⁰⁹ Article 34 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969

A treaty does not create either obligations or rights for a third State without its consent.

¹¹⁰ Article 35 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969

“ An obligation arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to be the means of establishing the obligation and the third State expressly accepts that obligation in writing.”

เหตุผลอันเนื่องมาจาก สนธิสัญญาเป็นการกระทำหลายฝ่ายในการกำหนดเจตนารมณ์ร่วมกัน รัฐที่สามหรือรัฐภายนอก (third states) ซึ่งไม่ได้เข้าร่วมในการจัดทำสนธิสัญญามาตั้งแต่เริ่มแรกจึงไม่ควรที่จะต้องผูกพันตามสนธิสัญญาที่รัฐอื่นๆ ได้ทำขึ้นไว้ โดยปราศจากความยินยอมของรัฐที่สาม และไม่ว่าสนธิสัญญานั้นจะให้สิทธิหรือก่อให้เกิดพันธกรณีก็ตาม นอกจากนี้ ในกรณีของสนธิสัญญาที่คู่ภาคีสนธิสัญญากำหนดพันธกรณีไว้สำหรับรัฐที่สามก็จำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐที่สามนั้นอย่างชัดแจ้งเป็นหนังสือเสียก่อน เนื่องจาก ก่อให้เกิดผลเสียต่อรัฐที่สามที่อาจได้รับผลกระทบจากสนธิสัญญาที่ตนไม่ได้เป็นภาคีด้วยจึงต้องได้รับการยอมรับพันธกรณีนั้นอย่างชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น คำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐย่อมสามารถก่อให้เกิดพันธกรณีและมีผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ ซึ่งในคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ได้กล่าวไว้ว่า

“คำประกาศฝ่ายเดียวนั้นบ่อยครั้งมีลักษณะเฉพาะเจาะจงมาก เมื่อเป็นเจตนาของรัฐในการทำคำประกาศซึ่งควรมีผลผูกพันตามข้อกำหนดของตน โดยเจตนาที่แสดงในคำประกาศนั้นได้แสดงถึงลักษณะของภาระหน้าที่ทางกฎหมาย (legal undertaking) ดังนั้น กฎหมายจึงประสงค์ให้รัฐต้องดำเนินการให้สอดคล้อง (consistent) กับคำประกาศนั้น”¹¹¹ ยิ่งไปกว่านี้ ศาลยังกล่าวเพิ่มเติมว่า “ศาลต้องแสดงความเห็นในเรื่องความหมายและขอบเขตที่ผู้กล่าวคำประกาศฝ่ายเดียวตั้งใจแสดงออกมา ซึ่งอาจเป็นการสร้างพันธกรณีทางกฎหมายได้ และในการนี้รัฐอื่นใดซึ่งไม่มีทางเป็นคู่กรณีตามถ้อยคำประกาศดังกล่าวได้นั้นจึงไม่สามารถผูกพันได้”¹¹²

คำวินิจฉัยของศาลฯ ดังกล่าว แสดงให้เห็นได้ว่ารัฐผู้ให้คำมั่นสามารถมีผลผูกพันตามข้อกำหนดของตนตามที่ได้ให้ไว้ในคำประกาศ ซึ่งเจตนาอันแสดงในคำประกาศนั้นแสดงให้เห็นถึงหน้าที่ตามกฎหมายที่รัฐนั้นจะต้องปฏิบัติตาม และในการนั้นส่งผลให้เป็นการสร้างพันธกรณีทางกฎหมายต่อรัฐผู้แถลงเองได้ นอกจากนี้ ศาลก็ได้เสริมว่ารัฐอื่นไม่สามารถผูกพันตามคำประกาศดังกล่าวได้

¹¹¹ Nuclear Test Case (New Zealand v. France), *supra* note 11, para. 46, p. 472, Nuclear Test Case (Australia v. France), *supra* note 11, para. 43, p. 267.

¹¹² Nuclear Test Case (New Zealand v. France), *Ibid.*, para. 50, p. 474, Nuclear Test Case (Australia v. France), *Ibid.*, para. 48, p. 269.

จึงอาจกล่าวได้ว่าในกรณีของคำมั่นหรือคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐก็เช่นเดียวกับกรณีของกฎหมายสนธิสัญญา ซึ่งผลที่ตามมาก็คือรัฐผู้ให้คำมั่นไม่สามารถจะกำหนดพันธกรณีให้แก่รัฐใดๆ ได้โดยตนเอง เว้นแต่ รัฐผู้รับคำประกาศเองจะได้ยอมรับพันธกรณีที่เกิดจากคำประกาศนั้นอย่างชัดแจ้งและไม่มีข้อสงสัย ในสถานการณ์เช่นนั้นอาจพิจารณาได้ว่ารัฐอื่นหรือรัฐที่เกี่ยวข้องอาจเข้าผูกพันด้วยตนเองโดยให้การยอมรับตามข้อเท็จจริง ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่ารัฐอื่นหรือรัฐที่เกี่ยวข้องไม่สามารถถูกผูกพันจากพันธกรณีใดๆ ก็ตาม ที่รัฐผู้ให้คำมั่นได้ประกาศขึ้นได้¹¹³

ทั้งนี้ มีการเปรียบเทียบคำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐกับข้อกำหนดเพื่อประโยชน์แก่บุคคลภายนอก (Stipulations pour autrui) โดยท่าน Jean-Paul Jacque เห็นว่าการก่อตั้งสนธิสัญญาที่ไม่สามารถเพิกถอนสิทธิที่ให้แก่บุคคลภายนอกได้ มีความคล้ายคลึงกันกับคำมั่นฝ่ายเดียวที่กระทำโดยคู่สัญญา ทั้งนี้ หากพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับรัฐที่สาม (third State) ตามสนธิสัญญาเกิดขึ้นแล้ว พันธกรณีดังกล่าวก็ไม่ถือว่าแตกต่างกัน หากรัฐใดรัฐหนึ่งได้ถือพันธกรณีเช่นนั้นเพื่อประโยชน์ต่อรัฐอื่น นอกจากนี้ ตามมาตรา 36 ย่อหน้า 1 ของกฎหมายสนธิสัญญา สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกนั้นก่อตั้งเป็นคำเสนอซึ่งกำหนดให้ต้องมีการยอมรับโดยรัฐที่ได้รับประโยชน์¹¹⁴ ซึ่งแตกต่างคำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐที่ไม่จำเป็นต้องมีการยอมรับหรือปฏิกิริยาใดๆ ที่ชี้ให้เห็นถึงการยอมรับจากรัฐอื่นๆ¹¹⁵

¹¹³ “9. No obligation may result for other States from the unilateral declaration of a State. However, the other State or States concerned may incur obligations in relation to such a unilateral declaration to the extent that they clearly accepted such a declaration.”, see in Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations 2006.

¹¹⁴ Article 36 : Treaties providing for rights for third States

1.A right arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to accord that right either to the third State, or to a group of States to which it belongs, or to all States, and the third State assents thereto. Its assent shall be presumed so long as the contrary is not indicated, unless the treaty otherwise provides

¹¹⁵ Fifth report on unilateral acts of States, UN Doc. A/CN.4/525/Add.2, para. 155 p. 4.

4.3.5 การตีความคำมั่น

เป็นที่ยอมรับกันว่าคำมั่นฝ่ายเดียวจะก่อให้เกิดพันธกรณีแก่รัฐที่ทำคำประกาศนั้นสำหรับเฉพาะกรณีที่คำประกาศดังกล่าวได้กล่าวอย่างชัดแจ้ง (clear) และมีถ้อยคำที่เป็นการเฉพาะเจาะจง (specific terms)¹¹⁶ ยิ่งไปกว่านี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้นำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้ในคดี Armed Activities on the Territory of the Congo¹¹⁷ อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีที่มีข้อสงสัยในขอบเขตของพันธกรณีที่มาจากคำประกาศฝ่ายเดียวดังกล่าวจะต้องมีการตีความคำประกาศหรือคำมั่นฝ่ายเดียว ซึ่งถือว่าเป็นประเด็นที่มีความสำคัญต่อการใช้เหตุผลเพื่อค้นหาเจตนารมณ์ของรัฐที่ให้คำประกาศนั่นเอง ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ได้อธิบายว่า

“การกระทำฝ่ายเดียว (unilateral acts) มิได้หมายความว่าพันธกรณีระหว่างประเทศ (obligation) เสมอไป แต่รัฐอาจเลือกที่จะยอมรับฐานะบางประการที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะเจาะจงด้วยมีเจตนาที่จะเข้าผูกพัน (intent to be bound) ทั้งนี้ จะยังทราบหรือรับรู้เจตนา (ascertain) ของรัฐดังกล่าวได้โดยการตีความซึ่งการกระทำดังกล่าว เมื่อรัฐได้กล่าวคำแถลงการณ์ซึ่งเสรีภาพในการกระทำของตนได้ถูกจำกัดลง จึงต้องอาศัยการตีความที่เคร่งครัดด้วย (restrictive manner)”¹¹⁸

¹¹⁶ Nuclear Test Case (New Zealand v. France), *supra note 11*, p. 472, para. 46, p. 474, para. 53, Nuclear Test Case (Australia v. France), *supra note 11*, p. 267, para. 43, p. 269, para. 51.

¹¹⁷ Armed Activities on the Territory of the Congo (New application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, para. 50 and para. 52.

¹¹⁸ “Of course, not all unilateral acts imply obligation; but a State may choose to take up a certain position in relation to a particular matter with the intention of being bound-the intention is to be ascertained by interpretation of the act. When States make statements by which their freedom of action is to be limited, a restrictive interpretation is called for.”, see in Nuclear Test Case (New Zealand v. France), *supra note 11*, para. 47, pp. 472-473.

ยิ่งไปกว่านั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเดียวกันนี้ ยังได้อธิบายต่อไปอีกว่า

“ศาลฯ สามารถค้นหาการแสดงเจตนาหรือการตีความทางกฎหมายอย่างเป็นนัย (legal implication) ของการกระทำฝ่ายเดียว (unilateral act) ได้จากสาระสำคัญที่แท้จริง (actual substance) ของแถลงการณ์เหล่านี้เอง และจากพฤติการณ์ (circumstance) ที่คำแถลงการณ์ได้ทำขึ้น”¹¹⁹

ดังนั้น ตามคำพิพากษาที่กล่าวมาข้างต้นจึงอาจสรุปได้ว่า ในเรื่องการตีความคำมั่นหรือคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความสำคัญต่อการตีความคำประกาศฝ่ายเดียวใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ ประการแรก การตีความการกระทำฝ่ายเดียวซึ่งเสรีภาพในการกระทำของตนได้ถูกจำกัดกล่าวคือ ก่อให้เกิดพันธกรณีต่อรัฐผู้ให้คำประกาศเอง จึงต้องอาศัยการตีความที่เคร่งครัดด้วย (restrictive manner) ดังนั้น บุคคลที่จะตีความต้องดำเนินการโดยระมัดระวังอย่างมากต่อการกำหนดผลทางกฎหมายของคำประกาศฝ่ายเดียว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีคำประกาศฝ่ายเดียวดังกล่าวไม่มีผู้รับคำประกาศโดยเฉพาะเจาะจงแต่อย่างใด¹²⁰

ประการที่สอง การตีความทางกฎหมายอย่างเป็นนัยของการกระทำฝ่ายเดียว (unilateral act) สามารถค้นหาได้จากสาระสำคัญที่แท้จริง (actual substance) ของคำแถลงการณ์หรือคำประกาศเหล่านี้เอง และจากพฤติการณ์ (circumstance) ที่คำแถลงการณ์หรือคำประกาศได้ทำขึ้น ดังนั้น การตีความเนื้อหา (content) ของพันธกรณีในคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐให้พิจารณาถึงถ้อยคำ (text) ที่ปรากฏในคำแถลงการณ์เหล่านั้นเป็นสำคัญประการแรก ทั้งพิจารณาประกอบกับบริบท (context) และพฤติการณ์แวดล้อม (circumstances) ที่คำประกาศได้ทำขึ้นนั่นเอง

¹¹⁹ “It is from the actual substance of these statements and from the circumstances attending their making, that the legal implications of the unilateral act must be deduced.”, see in Nuclear Test Case (New Zealand v. France), *Ibid.*, para. 53, p. 474.

¹²⁰ Frontier Dispute (Burkina Faso v. Republic of Mali), International Court of Justice Reports (1986), para. 39, p. 574.

4.4 ความสมบูรณ์และระยะเวลาผูกพันของคำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐ

4.4.1 ความไม่สมบูรณ์ของคำมั่นฝ่ายเดียว

ความไม่สมบูรณ์ (invalidity) หรือความเป็นโมฆะ (void) ของการกระทำฝ่ายเดียวที่ขัดต่อกฎหมายเด็ดขาด (peremptory norm) ในทางระหว่างประเทศอันสืบเนื่องมาจากกฎเกณฑ์ที่คล้ายกันตามมาตรา 53 แห่งสนธิสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 ซึ่งสมาชิกส่วนใหญ่ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศเห็นพ้องกันว่าไม่มีอุปสรรคใดในการนำหลักเกณฑ์นี้มาใช้กับกรณีของคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐที่ก่อตั้งพันธกรณีทางกฎหมายระหว่างประเทศหรือคำมั่นฝ่ายเดียวในทางระหว่างประเทศ¹²¹ กล่าวคือ เนื้อหาของคำประกาศเหล่านี้จะต้องเป็นเรื่องที่สามารถยอมรับได้ในทางกฎหมาย คือ ต้องมีความเป็นไปได้ในทางเนื้อหาสาระ และไม่ต้องห้ามตามกฎหมายบังคับเด็ดขาดของกฎหมายระหว่างประเทศ (peremptory norm หรือ jus cogens) แต่อย่างใด

ทั้งนี้ กฎหมายบังคับเด็ดขาด (peremptory norms) อาจพิจารณาได้ว่า “เป็นข้อจำกัดในเรื่องความสามารถในการก่อตั้งการกระทำฝ่ายเดียวทางกฎหมาย ข้อจำกัดดังกล่าวนี้ รวมถึงแบบแผนบางเรื่องที่ได้รับมาจากกฎบัตรสหประชาชาติ และแบบแผนอื่นๆ ที่ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาที่เป็นพื้นฐาน เช่น อนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับทาสและการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (genocide)”¹²² การกระทำฝ่ายเดียวใดๆ ที่ขัดแย้งกับแบบแผนดังกล่าวอาจถูกพิจารณาว่าไม่มีผลสมบูรณ์มาตั้งแต่เริ่มแรก (ab initio) ดังนั้น การกระทำฝ่ายเดียวใดๆ ที่ขัดแย้งกับแบบแผนเด็ดขาดจึงถูกใช้เป็นสาเหตุในการโต้แย้งตั้งแต่เวลาที่การกระทำฝ่ายเดียวได้ถูกก่อตั้งขึ้น อย่างไรก็ตาม ทางปฏิบัติในกรณีนี้ไม่ได้มีอยู่อย่างแท้จริง¹²³

มีตัวอย่างที่อ้างอิงโดยท่าน A. Cassese ซึ่งเกี่ยวข้องกับประเด็นในเรื่องสนธิสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Convention on the Prevention

¹²¹“8. A unilateral declaration which is in conflict with a peremptory norm of general international law is void.”, Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations 2006.

¹²² Second report on unilateral acts of States, UN Doc. A/CN.4/500/Add.1, para. 140, pp. 13-14.

¹²³ Ninth report on unilateral acts of States, *supra* note 82, para. 69, p. 25.

and Punishment of the Crime of Genocide) และมีการแก้ไขที่สอดคล้องตรงกันของกฎหมายอาญา ซึ่งที่ปรึกษาของรัฐบาลสวิสเซอร์แลนด์ส่งไปยังรัฐสภา เมื่อวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ.1999 โดยกล่าวว่า “โดยที่เรื่องการห้ามฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นแบบแผนเด็ดขาดของ *jus gentium* (*jus cogens*) ที่รัฐไม่สามารถปฏิเสธข้อบทดังกล่าวได้ ดังนั้น สนธิสัญญาสันติภาพ (treaty of peace) ที่อนุญาตให้รัฐสามารถนิโทษกรรมในการกระทำความผิดฐานการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้นไม่ควรจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย เพราะฉะนั้นผลที่ตามมาจากมุมมองของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว กฎหมายภายในที่รัฐได้ให้อำนาจหรือกำหนดให้การกระทำความผิดฐานการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่กระทำต่อกลุ่มบุคคลใดๆ จะไม่มีกรณีใดๆ ที่เป็นการสมควร ต่อการทำให้พฤติกรรมของผู้กระทำผิดหรือผู้สมคบคิดเป็นการชอบด้วยกฎหมายได้”¹²⁴

ทั้งนี้ การกระทำฝ่ายเดียวที่ขัดต่อกฎหมายเด็ดขาดส่วนใหญ่แล้วมักอ้างไปถึงการรับรอง (recognition) ซึ่งความเห็นหมายเลข 10 ของคณะกรรมการ Badinter เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1992 อ้างไปถึงการรับรองของ Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) ในข้อความย่อหน้า 4 ได้กล่าวว่า “การรับรองไม่ได้เป็นพื้นฐานที่จำเป็นสำหรับการสถาปนาของรัฐ ซึ่งการรับรองมีคุณค่าเพียงแคเป็นการประกาศ (declarative value) เท่านั้น อย่างไรก็ตาม การรับรองเป็นการกระทำที่จำเป็นที่รัฐอื่นๆ อาจแสดงออกเมื่อได้เลือกและเป็นหนทางที่รัฐเหล่านั้นเลือก ภายใต้ของการเคารพแบบแผนของกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไปเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง แบบแผนที่ห้ามการใช้กำลังบังคับ (use of force) ในทางความสัมพันธ์กับรัฐอื่นๆ หรือแบบแผนที่ได้ให้การรับรองสิทธิทางชนชาติ ศาสนา และภาษาของชนกลุ่มน้อย (the rights of ethnic, religious or linguistic minorities)” ดังนั้น จึงมีความน่าสนใจที่จะรับรู้ว่าย่อหน้าดังกล่าวได้เสนอคำแนะนำ หรือกฎหมายเด็ดขาดได้จำกัดความเป็นอิสระในเรื่องการรับรอง ซึ่งถือเป็นเรื่องที่มีเหตุผลที่จะอ้างอิงแบบแผนดังกล่าวให้นำมาใช้กับการกระทำฝ่ายเดียวทั้งหมด ซึ่งการรับรองถือเป็นเพียงตัวอย่างหนึ่งเท่านั้น¹²⁵

โดยท่าน Víctor Rodríguez Cedeño ผู้รายงานพิเศษซึ่งในรายงานฉบับสุดท้ายของท่านได้ปรากฏหลักการที่เป็นแนวทางเกี่ยวกับกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) ไว้ดังนี้

¹²⁴ Antonio Cassese, *supra* note 47, p. 430.

¹²⁵ Ninth report on unilateral acts of States, *supra* note 82, para. 70, p. 25.

“6. การกระทำฝ่ายเดียวใดๆ ซึ่งในเวลาที่มีการก่อตั้งการกระทำฝ่ายเดียวนั้นได้ขัดแย้งกับ (หรือเป็นปฏิปักษ์ต่อ) แบบแผนบังคับเด็ดขาดของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป (jus cogens) มีผลตกเป็นโมฆะ”¹²⁶

ยิ่งไปกว่านั้น เจตนาของรัฐที่ผู้ให้คำประกาศหรือคำมั่นที่ได้แสดงออกจะต้องเป็นกรณีเดียวกันกับเจตนาโดยแท้จริง (authentic will, actual will) หมายถึง เจตนาดังกล่าวจะต้องไม่มีความบกพร่องหรือความไม่ชอบธรรมใดๆ ดังนั้น ข้อบทแห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ.1969 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา 46 ถึงมาตรา 53 อาจสามารถนำมาปรับใช้ต่อการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐโดยอนุโลม (mutatis mutandis) ซึ่งอนุสัญญาดังกล่าวได้รับการพิสูจน์แล้วว่าข้อบทบางข้อซึ่งโดยแท้จริงแล้วเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (general principles of law)¹²⁷

มีตัวอย่างที่พบได้น้อยมาก ไม่ว่าในทางปฏิบัติระหว่างประเทศหรือจากแนวคำพิพากษาที่มีอยู่ ในการอ้างเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของการกระทำฝ่ายเดียวที่เกี่ยวข้องกับเจตนาของรัฐที่ก่อตั้งคำประกาศ อย่างไรก็ตาม มีกรณีตัวอย่างที่อ้างถึงเหตุความสำคัญผิด (error) ในฐานะเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของคำประกาศ กล่าวคือ ในคดีสถานะทางกฎหมายของกรีนแลนด์ตะวันออก ระหว่างเดนมาร์กและนอร์เวย์ โดยเฉพาะท่านผู้พิพากษา Anzilotti ในความเห็นแย้ง (in dissenting opinion) ซึ่งกล่าวว่า “ปัญหามีอยู่ว่า คำประกาศของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศนอร์เวย์จะมีผลตกเป็นโมฆะหรือไม่ อันเนื่องมาจากความผิดพลาดในประเด็นสาระสำคัญ กล่าวคือ คำประกาศดังกล่าวได้กระทำขึ้นโดยไม่ทราบข้อเท็จจริงถึงการขยายอำนาจอธิปไตยเดนมาร์กที่อาจเกี่ยวข้องกับการขยายของระบบการผูกขาด (extension of the monopoly system) และขอบเขตของการกีดกัน (regime of exclusion)..... โดยความเห็นของท่านผู้พิพากษา Anzilotti ได้กล่าวว่า ไม่มีความผิดพลาดใดๆ เกิดขึ้นทั้งสิ้น และการนิ่งเฉยของรัฐบาลเดนมาร์กตามที่ได้ถูกกล่าวอ้างในปัญหาของการผูกขาด รวมทั้ง การปราศจากการตั้งข้อสังเกตหรือการสงวนสิทธิใดๆ เกี่ยวกับการตอบโต้ของนายเอียเลนนั้น เห็นได้ง่ายว่าเป็นลักษณะของการทาบตาม (overture) ซึ่งทำขึ้นด้วยความเห็นที่จะยุติในอนาคต อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่านายเอียเลนจะให้การยอมรับในเรื่องดังกล่าวเพียงชั่วคราว ข้อสมมุติฐานที่ถือว่านายเอียเลนผิดพลาดอันเนื่องมาจากผลจากการขยายขอบเขตอำนาจอธิปไตยเดนมาร์ก (extension of

¹²⁶ 6. Any unilateral act which at the time of its formulation is contrary to (or conflicts with) a peremptory norm of general international law (jus cogens) is invalid.

¹²⁷ Vladimir duro Degan, *supra* note 26, p. 287.

Danish sovereignty) ต้องถูกยอมรับว่าข้อสมมุติฐานดังกล่าวไม่ได้ส่งผลให้ข้อตกลงตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด หากมีการแก้ต่างว่าสำคัญผิดดังกล่าว ก็จะต้องมีลักษณะที่พอจะอภัยให้ได้ และที่แน่นอนคือว่าแทบจะไม่สามารถเชื่อได้ว่าทางรัฐบาลนอร์เวย์จะสามารถเพิกเฉยต่อผลทางกฎหมายที่ตามมาต่อการขยายเขตอำนาจอธิปไตยได้ ยิ่งไปกว่านั้น ท่านผู้พิพากษา Anzilotti ยังให้ความเห็นเพิ่มว่า บรรดารัฐบาลทั้งหลายในโลกนี้ ทางรัฐบาลนอร์เวย์มีความเป็นไปได้น้อยมากที่จะเพิกเฉยต่อวิธีการปกครองเดนมาร์กในกรีนแลนด์หรือบางส่วนของกรีนแลนด์ ที่ใช้ระบบการผูกขาด (monopoly system) และขอบเขตของการกีดกัน (regime of exclusion)¹²⁸

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าเพื่อที่จะทำให้ความยินยอมของรัฐตามสนธิสัญญามีผลเป็นโมฆะ ความสำคัญผิดดังกล่าวจะต้องเกี่ยวข้องกับประเด็นที่เป็นพื้นฐานอันสำคัญ (essential basis) ของการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อที่จะผูกพันตามสนธิสัญญา พวกเราเชื่อว่าประเด็นดังกล่าวสามารถนำมาใช้ได้โดยอนุโลม (mutatis mutandis) กับการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ¹²⁹

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณานำหลักเกณฑ์ดังกล่าว โดยเฉพาะการเทียบเคียงอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญามาปรับใช้ต่อการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐยังคงมีความคิดเห็นที่หลากหลายและยังมีความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในเรื่องหลักเกณฑ์ เงื่อนไข รวมทั้งองค์ประกอบที่นำมาใช้ต่อหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับความไม่สมบูรณ์ (Grounds for invalidity) ทั้งในเรื่องเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์อันเนื่องมาจากการที่ตัวแทนของรัฐขาดความสามารถ (representative lacks competence) และในเรื่องเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์อันเนื่องมาจากการแสดงออกซึ่งความยินยอม (expression of consent) อาทิเช่น เหตุจากความสำคัญผิด (error) การฉ้อฉล (fraud) การประพฤติมิชอบของผู้แทน (corruption of a representative) การข่มขู่ (coercion) ยิ่งไปกว่านั้น ยังขาดทางปฏิบัติของรัฐที่เกี่ยวข้องและตำราทางวิชาการ¹³⁰ ซึ่งในท้ายที่สุดแล้ว หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐ (Grounds for invalidity of Unilateral acts) ก็ไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในหลักการที่ใช้เป็นแนวทางต่อคำประกาศฝ่ายเดียวของ

¹²⁸ Legal status of Eastern Greenland Case (Denmark v. Norway), *supra* note 59, p. 92.

¹²⁹ Ninth report on unilateral acts of States, *supra* note 82, para. 38, p. 15.

¹³⁰ *Ibid.*, para. 10, 13 p. 6.

รัฐซึ่งสามารถก่อให้เกิดพันธกรณีตามกฎหมายในปี ค.ศ.2006 แต่อย่างใด¹³¹ อันจะต้องหาข้อสรุปต่อไปในอนาคต

ในส่วนปัญหาอื่นๆ ซึ่งเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของการกระทำฝ่ายเดียวและยังไม่มีคำตอบเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป กล่าวคือ ความไม่สมบูรณ์ของการกระทำฝ่ายเดียวที่ถูกสันนิษฐานขึ้นนั้น สามารถทำให้มีผลกลับมาสมบูรณ์ตามกฎหมายได้หรือไม่ ซึ่งคำตอบในปัญหานี้ ไม่ว่าจะเป็นการยอมรับหรือปฏิเสธจะต้องมีลักษณะที่สะท้อนถึงพฤติการณ์พิเศษ (particular circumstances) ของแต่ละกรณี ซึ่งไม่สามารถจะสรุปได้อย่างแน่นอนว่าได้หรือไม่ ทั้งนี้ ในกรณีใดๆ ก็ตามอาจเกิดการโต้แย้งได้ว่า ในกรณีเหตุความไม่สมบูรณ์ที่มีความร้ายแรงเป็นพิเศษ กล่าวคือ การข่มขู่ (coercion) หรือข้อเท็จจริงที่ว่า การกระทำฝ่ายเดียวขัดแย้งต่อกฎหมายบังคับเด็ดขาด (jus cogens) นั้น ซึ่งความเป็นไปได้ที่จะทำให้เกิดความสมบูรณ์ในทางกฎหมายค่อนข้างเป็นไปได้ยาก ซึ่งสถานการณ์ดังกล่าวน่าจะมีความแตกต่าง อย่างไรก็ตาม ในส่วนกรณีของความสำคัญผิด (error) การฉ้อฉล (fraud) หรือการก้าวล่วงอำนาจของผู้แทน (representative's overstepping) น่าจะสามารถทำให้กลับมามีผลสมบูรณ์ได้ หากพฤติการณ์ภายหลัง (subsequent conduct) ของรัฐที่ก่อตั้งกระทำการฝ่ายเดียวได้ยืนยันอย่างชัดเจน (clearly warrant) ในผลที่ตามมาของเหตุการณ์นี้¹³²

คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ชี้ให้เห็นถึงความเป็นไปได้ในการทำให้มีผลสมบูรณ์ ถึงแม้ว่าคำวินิจฉัยของศาลจะได้อ้างถึงสนธิสัญญาระหว่างประเทศในปัญหาก็ตาม ตัวอย่างที่เห็นได้อย่างชัดเจนคือ หลักเกณฑ์ของคดีที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการของกษัตริย์สเปน (Honduras v. Nicaragua) และคดีประสาทเขาพระวิหาร (Cambodia V. Thailand) แม้ว่าจะมีการระบุในปัญหาว่า การประพฤติปฏิบัติภายหลัง (subsequent conduct) ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำให้การกระทำเริ่มแรกที่อ้างว่ามีความสำคัญผิดนั้นสามารถมีผลสมบูรณ์หรือไม่ก็ตาม

¹³¹ International Law Commission Reports, UN Doc. A/61/10, chapter IX unilateral acts of states, 58 session 2006, para. 168, p. 364.

¹³² Ninth report on unilateral acts of States, *supra note* 82, para. 77, pp. 27-28.

4.4.2 การเพิกถอนความผูกพันของคำมั่น

ในแง่ของการบังคับตามข้อผูกพันที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากคำแถลงการณ์ฝ่ายเดียว ต่อเนื่องของฝรั่งเศสในปี ค.ศ.1974 โดยเฉพาะย่อหน้าที่ 63 ของคำพิพากษาศาลในคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์เมื่อวันที่ 20 ธันวาคม ค.ศ.1974 ซึ่งได้กำหนดว่า

“หากหลักของคำพิพากษานี้ได้รับผลกระทบ ผู้ร้องขอสามารถร้องขอให้มีการตรวจสอบสถานการณ์ตามข้อกำหนดของบทบัญญัติได้”

ทั้งนี้ ประเทศนิวซีแลนด์ได้มีข้อเรียกร้องอีกครั้งในภายหลังจากการที่ประเทศฝรั่งเศสได้กระทำการทดลองนิวเคลียร์ครั้งใหม่ ซึ่งทำการทดลองใต้ดินในปี ค.ศ.1995 ยิ่งไปกว่านั้น ยังมีข้อเรียกร้องทั้งจากประเทศต่างๆ อาทิเช่น ประเทศออสเตรเลีย สหพันธรัฐแห่งไมโครนีเซีย หมู่เกาะมาร์แชลล์ ชามัว และหมู่เกาะโซโลมอน ซึ่งคำสั่งของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในปี ค.ศ.1995 ได้กล่าวไว้ ดังนี้

“ด้วยเหตุที่คำวินิจฉัยพื้นฐานของศาลในคดีการทดลองนิวเคลียร์ (ระหว่างนิวซีแลนด์และฝรั่งเศส) สืบเนื่องมาจากการที่ประเทศฝรั่งเศสตกลงที่จะไม่ดำเนินการทดลองนิวเคลียร์ในชั้นบรรยากาศใดๆ อีก ดังนั้น หลักของคำพิพากษาของศาลจะได้รับผลกระทบก็เป็นกรณีที่มีการทดลองนิวเคลียร์ในชั้นบรรยากาศซึ่งได้กลับมาทดลองใหม่อีกครั้งหนึ่งเท่านั้น ซึ่งข้อสันนิษฐานดังกล่าวก็ไม่ปรากฏว่ามีอยู่จริง”¹³³

จะเห็นได้ว่าประเทศนิวซีแลนด์ได้ทำการยื่นฟ้องฝรั่งเศสอีกครั้งต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศว่าฝรั่งเศสละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้พิจารณา และได้สรุปว่าประเทศฝรั่งเศสไม่ได้ละเมิดสถานการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังจากการให้คำมั่นฝ่ายเดียวในปี ค.ศ.1974 แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสไม่ได้ทดลองอาวุธนิวเคลียร์ในชั้นบรรยากาศ แต่กระทำการทดลองใต้ดินแทน ดังนั้น ประเทศนิวซีแลนด์จึงไม่สามารถฟ้องฝรั่งเศสในครั้งนี้อ้างอิงถึงสิ่งที่เกิดขึ้นในคดีก่อนเป็นฐานได้ และเป็นการบ่งบอกในตัวว่าหลักการตามคำพิพากษาในปี ค.ศ.1974 ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ในฐานะพันธกรณีระหว่างประเทศที่ฝรั่งเศส

¹³³ International court of justice Reports “Request for an examination of the situation in accordance with paragraph 63 of the court’s judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) case”, Order of 22 September 1995, para. 62, pp. 305-306.

จะต้องไม่กระทำการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ในชั้นบรรยากาศภายหลังจากปี ค.ศ.1974 อีก ตามที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ได้วินิจฉัยในตอนหนึ่งว่า

“ ศาลฯ ตัดสินว่าข้อผูกพันฝ่ายเดียวที่เป็นผลมาจากคำแถลงการณ์ต่างๆ ของฝรั่งเศสนั้น ไม่สามารถถูกตีความให้เป็นการเชื่อมั่นโดยปริยายว่าประเทศฝรั่งเศสมีอำนาจที่จะเพิกถอนหรือพิจารณาใหม่โดยพลการได้ ”¹³⁴ ทั้งนี้ ศาลได้เพิ่มเติมว่า “รัฐบาลฝรั่งเศสยอมรับพันธกรณีที่มีลักษณะและขอบเขตที่แน่ชัดซึ่งเป็นที่เข้าใจว่าสอดคล้องกับถ้อยคำที่แท้จริง ซึ่งฝรั่งเศสได้มีการแสดงออกโดยเปิดเผย”¹³⁵ ยิ่งไปกว่านั้น ในส่วนการสิ้นสุดคำประกาศฝ่ายเดียว ตามที่นิวซีแลนด์ได้ยื่นข้อเรียกร้องในปี ค.ศ.1995 ซึ่งกล่าวอ้างว่า “ในประเด็นของคดีดังกล่าวสังเกตเห็นได้ว่าไม่มีระยะเวลาเข้ามาเกี่ยวข้องกับข้อผูกพันของฝรั่งเศส”

ดังนั้น ดูเหมือนว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ได้ตีความว่าคำมั่นหรือคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐนั้นไม่สามารถที่จะเพิกถอนหรือแก้ไขโดยพลการจากรัฐผู้ซึ่งได้ประกาศคำแถลงการณ์นั้นซึ่งอาจถือได้ว่าขัดต่อความเชื่อถือนของรัฐอื่น หรืออีกนัยหนึ่งคำประกาศฝ่ายเดียวไม่สามารถตีความยอมรับโดยปริยายว่ารัฐนั้นมีอำนาจที่จะเพิกถอนหรือแก้ไขคำประกาศโดยฝ่ายเดียวได้¹³⁶ ทั้งนี้ คำมั่นฝ่ายเดียวดังกล่าวยังได้สอดคล้องกับพันธกรณีที่มิอยู่

¹³⁴ “The Court finds that the unilateral undertaking resulting from these statements cannot be interpreted as having been made in implicit reliance on an arbitrary power of reconsideration.”, see in Nuclear Test Case (New Zealand v. France), *supra* note 11, para. 53, p. 475.

¹³⁵ “The Court finds further that the French Government has undertaken an obligation the precise nature and limits of which must be understood in accordance with the actual terms in which they have been publicly expressed.”, Nuclear Test Case (New Zealand v. France), *Ibid.*, para. 53, p. 475.

¹³⁶ อย่างไรก็ตาม ในความเห็นแย้งคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ ท่านผู้พิพากษา Garfield Barwick กล่าวว่า “ไม่มีการชี้ขาดเกี่ยวกับระยะเวลาของพันธกรณีแต่อย่างใด ถึงแม้ว่าคำพิพากษาจะไม่ได้บ่งชี้ว่าพันธกรณีดังกล่าวมีลักษณะเป็นการชั่วคราว, Nuclear Test Case (New Zealand v. France), International Court of Justice Reports, Judgment of 20 December 1974, p. 525.”

ตามสนธิสัญญาที่รัฐอื่นๆ นอกเหนือจากฝรั่งเศสและจีนได้ตกลงที่จะไม่ดำเนินการทดลองแบบเดียวกัน และแม้ว่าสนธิสัญญาดังกล่าวจะกำหนดเงื่อนไขในการเพิกถอนได้ก็ตาม

หากพิจารณาถึงปัญหาในเรื่องการเพิกถอนหรือการเปลี่ยนแปลงคำมั่นฝ่ายเดียวที่ถูกหยิบยกขึ้นมาในกรณีของคำประกาศของอียิปต์ ในประเด็นเรื่องคลองสุเอซ (Egyptian Declaration on the Suez Canal) ซึ่งลักษณะของคำประกาศที่เป็นฝ่ายเดียวอาจทำให้บางรัฐได้เชื่อว่าคำประกาศนั้นสามารถแก้ไข ยกเลิก หรือเพิกถอนได้โดยฝ่ายเดียวได้ ถึงแม้ว่าประเทศอียิปต์จะไม่ได้สละสิทธิในการเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนคำประกาศอย่างชัดแจ้งก็ตาม อย่างไรก็ตาม ประเทศอียิปต์ได้กล่าวว่าคำประกาศของตนได้ทำขึ้นเพื่อบรรลุพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาคอนสแตนติโนเปิล ซึ่งในขอบเขตดังกล่าวอาจถือได้ว่าคำประกาศของอียิปต์ไม่สามารถที่จะเพิกถอนได้

อย่างไรก็ตาม หากเราอนุมานว่าผู้ให้คำมั่นอาจจะเพิกถอนคำมั่นได้ทุกเมื่อบนพื้นฐานของหลักสุจริตแล้วก็ตาม รัฐอื่นๆ ก็อาจจะให้ความเชื่อถือในคำมั่นและมีสิทธิกำหนดให้พันธกรณีที่เกิดจากคำมั่นได้รับการเคารพ อย่างน้อยที่สุดจนกว่าคำมั่นนั้นจะได้รับการเพิกถอนโดยรัฐที่ทำคำประกาศ ยิ่งไปกว่านั้น หากเทียบเคียงกับหลักการที่กำหนดอยู่ในมาตรา 70 (1b) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969¹³⁷ อาจสรุปได้ว่า การเพิกถอนคำมั่นจะไม่กระทบต่อสิทธิ พันธกรณี หรือสถานการณ์ทางกฎหมายใดๆ ของผู้ให้คำมั่นและผู้รับคำมั่น ซึ่งได้เกิดขึ้นมาจากการปฏิบัติตามคำมั่นก่อนที่จะมีการเพิกถอนคำมั่นนั้น ดังนั้นความสามารถในการเพิกถอนคำมั่นได้ (revocability) โดยตัวเองแล้วไม่เป็นอุปสรรคสำหรับผลทางกฎหมายทั้งหลายของคำมั่น¹³⁸

อย่างไรก็ตาม สำหรับสถานการณ์เหล่านี้ สิ่งที่สำคัญคือศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่ได้วินิจฉัยไว้ในคดี Nicaragua (Jurisdiction and Admissibility) เมื่อวันที่ 26 ธันวาคม ค.ศ.1984

¹³⁷ Article 70 : Consequences of the termination of a treaty

1.Unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree, the termination of a treaty under its provisions or in accordance with the present Convention:

(b) does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination.

¹³⁸ Vladimir duro Degan, *supra* note 26, p. 291.

ว่าคำประกาศที่มีลักษณะฝ่ายเดียวไม่ได้บ่งชี้ได้ว่า รัฐที่ทำคำประกาศจะมีอิสระในการแก้ไข ขอบเขตหรือเนื้อหาของคำประกาศตามที่มีความพึงพอใจได้¹³⁹

ดังนั้น อาจสรุปได้ว่า หากรัฐผู้ให้คำมั่นได้ประกาศโดยเปิดเผย (publicly) และมีเจตนาผูกพันตามคำประกาศนั้นโดยชัดแจ้ง (intent to be bound) ย่อมเกิดพันธกรณีและมีผลผูกพันตามกฎหมายต่อรัฐผู้ให้คำมั่นได้ ทั้งนี้ รัฐผู้ให้คำมั่นไม่สามารถจะแก้ไข (amendment) ถ้อยคำแถลงหรือเพิกถอน (withdrawal) ถ้อยคำแถลงดังกล่าวนี้ได้โดยพลการหรือโดยอำเภอใจ อย่างไรก็ตาม แนวทางเท่าที่ปรากฏอยู่ในคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ ไม่ได้หมายความว่าความอยุ่ติเตียนจะห้ามมิให้มีอำนาจใดๆ ในการเพิกถอนคำมั่นฝ่ายเดียวได้

ซึ่งปัญหาสำคัญในเรื่องอำนาจการเพิกถอนคำมั่นฝ่ายเดียวนั้น ตามที่ Alfred Rubin ได้กล่าวอ้างโต้แย้งต่อคดีการทดลองอาวุธนิวเคลียร์ โดยกล่าวว่า

“....มีความเป็นไปได้อย่างแน่นอนในบางกรณี ที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถยกเลิกเพิกถอนพันธกรณีตามสนธิสัญญาที่ชัดแจ้งได้โดยไม่ขัดแย้งกับหลักความสุจริต ทั้งนี้ ไม่มีเหตุผลที่อธิบายได้ชัดแจ้งว่าเหตุใดพันธกรณีที่เกิดจากคำประกาศฝ่ายเดียวจึงเป็นการยากที่จะยกเลิกเพิกถอนมากกว่าพันธกรณีที่เกิดจากสนธิสัญญา” และเขายังได้กล่าวสรุปต่อไปว่า “เป็นเรื่องที่เข้าใจได้ยากยิ่งว่า ข้อเรียกร้องในทางระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นผลมาจากการที่รัฐได้กระทำการในลักษณะที่ขัดแย้งกับคำประกาศฝ่ายเดียวที่รัฐผู้ประกาศได้แสดงเจตนาที่มีมาก่อน จะไม่สามารถที่จะยกเลิกเพิกถอนได้อย่างไร”¹⁴⁰

นอกจากนี้ หากตรวจสอบทางปฏิบัติของรัฐในทางระหว่างประเทศแล้ว เป็นไปได้ยากที่จะค้นพบ คำมั่นฝ่ายเดียวซึ่งรัฐผูกพันตนเองโดยที่ไม่ยกเลิกเพิกถอนคำมั่นในกำหนดระยะเวลาใดเวลาหนึ่งที่แน่นอนในอนาคต ยกเว้นในเรื่องของการยอมรับเขตอำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (declaration of acceptance of the Hague Court's jurisdiction) ที่จะต้องมีกำหนดระยะเวลาผูกพันอย่างชัดเจน ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในกรณีของคำมั่นฝ่ายเดียวไม่เหมือนกับกรณีของสนธิสัญญาหรือข้อตกลงที่จะมีการทำขึ้นโดยมีกำหนดระยะเวลาที่แน่นอน

ทั้งนี้ ท่าน Virally ได้พิจารณาว่า การกระทำฝ่ายเดียวทั้งหมด รวมถึงคำมั่นนั้น เมื่อพิจารณาถึงสนธิสัญญาที่ประสงค์จะให้ประโยชน์หรือสร้างภาระหน้าที่ต่อรัฐภายนอก (third party) ซึ่งจะเกิดขึ้นได้เฉพาะในกรณีที่รัฐภายนอกได้ให้ความยินยอมเท่านั้น ดังนั้น เขาจึงสรุป

¹³⁹ International Court of Justice Reports 1984, para. 59, p. 418.

¹⁴⁰ Alfred P. Rubin, *supra* note 12, pp. 10-11.

ต่อไปว่า “หากปราศจากกฎเกณฑ์ที่ขัดแย้งกันแล้ว การกระทำฝ่ายเดียวอาจจะถูกเพิกถอนหรือยกเลิกโดยรัฐผู้กระทำได้ ทั้งนี้ สิทธิดังกล่าวที่อ้างว่าได้ให้แก่รัฐภายนอกจะมีผลเป็นที่สุดนั้น เฉพาะในกรณีที่ความที่เป็นไปได้ในการยุติหรือเพิกถอนได้สิ้นสุดลงเนื่องด้วยเหตุผลบางประการ อาทิเช่น การยอมรับ (acceptance) หรือการใช้สิทธิของรัฐที่มีส่วนได้เสีย”¹⁴¹ ดังนั้น จึงอาจตีความหมายได้ว่า ตามหลักการแล้วการเพิกถอน (revocation) การกระทำฝ่ายเดียวสามารถที่จะกระทำได้ ยกเว้น กรณีของสัญญาเพื่อประโยชน์แก่บุคคลภายนอก (stipulation pour autrui)

อย่างไรก็ตาม ปัญหาในการเพิกถอน (revoke) หรือสิ้นสุด (terminate) คำมั่นฝ่ายเดียวดังกล่าว ตามเนื้อหาสาระที่ผู้รายงานพิเศษ (Special Rapporteur) ได้นำเสนอในปี ค.ศ.2006 ซึ่งนาย Víctor Rodríguez Cedeño ได้ยืนยันถึงสิทธิในการทำให้สิ้นสุดซึ่งคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐว่าจะสิ้นสุดลงได้ เฉพาะในขอบเขตของพฤติการณ์แวดล้อม (circumstances) เท่านั้น กล่าวคือ ถ้าคำประกาศดังกล่าวนั้นโดยเริ่มแรกแล้วอยู่ภายใต้เงื่อนไขหรือเงื่อนไขของการสิ้นสุด หรือหากมีการเปลี่ยนแปลงรากฐานของสถานการณ์ในภายหลังซึ่งทำให้คำประกาศดังกล่าวไม่สามารถที่จะบรรลุผลได้¹⁴² ซึ่งคณะทำงานได้โต้เถียงในประเด็นดังกล่าวนี้อย่างยาวนานและในที่สุดก็สามารถที่จะตกลงกันได้ โดยรับทางเลือกที่เปิดกว้างมากขึ้น ทั้งนี้ เนื้อหาที่ตกลงกันได้ในการทำที่สุดแล้ว ปรากฏอยู่ในข้อ 10 ของหลักการซึ่งได้บัญญัติว่า

“10. คำประกาศฝ่ายเดียวซึ่งได้ก่อให้เกิดพันธกรณีสำหรับรัฐที่ทำคำประกาศไม่สามารถที่จะเพิกถอนได้โดยพลการได้”¹⁴³

นอกจากนี้ ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ ในการประเมินว่าการเพิกถอนจะเป็นไปโดยพลการหรือไม่ ให้พิจารณา 3 ประเด็น กล่าวคือ

1. มีข้อกำหนดหรือเงื่อนไขใดๆ ของคำประกาศโดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการเพิกถอน
2. ขอบเขตซึ่งรัฐผู้มีสิทธิตามพันธกรณีหรือรัฐผู้รับคำประกาศ ได้เชื่อถือในพันธกรณีที่เกิดขึ้นจากคำประกาศฝ่ายเดียวนั้น

¹⁴¹ Michel Virally, The Sources of International Law, in Max Sorensen(ed), Manual of Public International Law, (London: Macmillan, 1968), p. 155.

¹⁴² Ninth report on unilateral acts of States, *supra* note 82, pp. 38, 42.

¹⁴³ 10. A unilateral declaration that has created legal obligations for the State making the declaration cannot be revoked arbitrarily. [...] ,Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations 2006

3. ขอบเขตซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงรากฐานของสภาวะการณ์ (Fundamental change in the circumstances)

หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ไม่ได้ให้แนวทางอย่างเด็ดขาดว่ามีการยอมหรืออนุญาตให้ยกเลิกเพิกถอน (revoke) การกระทำฝ่ายเดียวได้ อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์นี้ได้รับความยึดหยุ่นเป็นอย่างมากให้แก่รัฐที่ทำคำประกาศ อย่างน้อยที่สุด เมื่อรัฐอื่นๆ ไม่ได้เชื่อถือคำประกาศนั้นอย่างสมเหตุสมผล จนทำให้รัฐอื่นๆ ได้รับความเสียหาย¹⁴⁴

ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ข้างต้น อาจจะอธิบายได้ว่าคำมั่นฝ่ายเดียวไม่สามารถที่จะเพิกถอนได้โดยพลการ ยกเว้น ในกรณีแรก คือ คำประกาศฝ่ายเดียวนั้นได้กำหนดสถานการณ์จากตัวคำประกาศฝ่ายเดียวนั้นเอง ทำให้รัฐผู้กล่าวคำประกาศฝ่ายเดียวอาจจะทำให้สิ้นสุดคำประกาศดังกล่าวได้ ส่วนกรณีที่สองอาจจะอธิบายได้ว่า ให้พิจารณาขอบเขตซึ่งรัฐผู้รับคำประกาศได้เชื่อถือโดยสุจริตซึ่งคำประกาศฝ่ายเดียวนั้น ที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงสถานะของรัฐผู้รับคำประกาศจนทำให้รัฐดังกล่าวได้รับความเสียหายหรือได้เกิดความเสียหายขึ้น ส่วนกรณีสุดท้ายนั้นเป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปและได้รับการยอมรับเช่นเดียวกับกฎหมายสนธิสัญญา ซึ่งการเปลี่ยนแปลงรากฐานแห่งสภาวะการณ์นับเป็นสาเหตุประการหนึ่งของการสิ้นสุดหรือการระงับใช้สนธิสัญญาได้¹⁴⁵ โดยหลักเกณฑ์การเปลี่ยนแปลงรากฐานแห่งสภาวะการณ์ยังได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎเกณฑ์ทางประเพณี (customary rule) ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 62 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 อีกด้วย¹⁴⁶ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าคำประกาศฝ่ายเดียวอาจถูก

¹⁴⁴ Michael J. Matheson, "The fifty-eighth session of the International Law", American Journal of International Law, April (2007), p.12.

¹⁴⁵ ประสิทธิ์ เอกบุตร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6*, น. 273.

¹⁴⁶ Article 62 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969

1. A fundamental change of circumstances which has occurred with regard to those existing at the time of the conclusion of a treaty, and which was not foreseen by the parties, may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from the treaty unless:

(a) the existence of those circumstances constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty; and

ลบล้างเพิกถอนในภายหลังได้ ด้วยการเปลี่ยนแปลงรากฐานของสภาวะการณ์ (Fundamental change in the circumstances) ภายใต้คำอธิบายหรือข้อจำกัดดังกล่าว

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า โดยหลักการแล้ว คำมั่นฝ่ายเดียวของรัฐไม่สามารถถูกแก้ไขหรือเพิกถอนโดยผลการจากรัฐที่ทำคำมั่นแต่เพียงฝ่ายเดียวได้ ทั้งนี้ การประเมินว่าการเพิกถอนคำมั่นฝ่ายเดียวจะเป็นไปโดยผลการหรือไม่ ต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ประกอบด้วย กล่าวคือ มีข้อกำหนดหรือเงื่อนไขใดๆ โดยเฉพาะของคำประกาศนั้นเองเกี่ยวกับเรื่องการเพิกถอนหรือไม่ หรือให้ประเมินขอบเขตซึ่งรัฐที่มีสิทธิตามพันธกรณีหรือรัฐผู้รับคำประกาศได้เชื่อถือในพันธกรณีที่เกิดจากคำมั่นฝ่ายเดียวนั้นหรือไม่ และในท้ายที่สุดให้พิจารณาถึงขอบเขตซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงรากฐานของสภาวะการณ์

(b) the effect of the change is radically to transform the extent of obligations still to be performed under the treaty.

2. A fundamental change of circumstances may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from a treaty:

(a) if the treaty establishes a boundary; or

(b) if the fundamental change is the result of a breach by the party invoking it either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any other party to the treaty.

3. If, under the foregoing paragraphs, a party may invoke a fundamental change of circumstances as a ground for terminating or withdrawing from a treaty it may also invoke the change as a ground for suspending the operation of the treaty.