

สถานะเหนือกว่าของพันธกรณีตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติต่อพันธกรณีตามข้อตกลงตามกฎหมาย  
ระหว่างประเทศอื่น: กรณีศึกษาข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงว่าด้วยการต่อต้านการก่อการร้าย  
และคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป

ร้อยตำรวจเอกเมื่อง พรหมเกษา

วิทยานิพนธ์นี้ เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2555

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์นี้ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยได้รับการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)  
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)  
are the thesis authors' files submitted through the Graduate School.

PREVAILING STATUS OF OBLIGATIONS UNDER THE UNITED NATIONS OVER  
OBLIGATIONS UNDER OTHER INTERNATIONAL LAW : A CASE STUDY ON THE  
UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL RESOLUTIONS CONCERNING COUNTER  
TERRORISM AND DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

Police Captain Muang Promkesa

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2012

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

สถานะเหนือกว่าของพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศชาติ  
ต่อพันธกรณีตามข้อตกลงตามกฎหมายระหว่างประเทศอื่น  
กรณีศึกษาข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงว่าด้วยการต่อต้าน  
การก่อการร้ายและคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพ  
ยุโรป

โดย

ร้อยตำรวจเอกเมื่อง พรหมเกษ

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ศรทูล สันติวาสะ

---

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์  
(ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ  
(ศาสตราจารย์วิทิต มั่นตารณ)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ศรทูล สันติวาสะ)

..... กรรมการ  
(ศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร ปัจจุสานนท์)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย  
(ดร. สุพรรณวษา โชติปัญญาณ ถัง)

ร้อยตำรวจเอกเมื่อง พรหมเกษรา: สถานะเหนือกว่าของพันธกรณีตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ ต่อพันธกรณีตามข้อตกลงตามกฎหมายระหว่างประเทศอื่น กรณีศึกษาข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงว่าด้วยการต่อต้านการก่อการร้ายและคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (PREVAILING STATUS OF OBLIGATIONS UNDER THE UNITED NATIONS OVER OBLIGATIONS UNDER OTHER INTERNATIONAL LAW : A CASE STUDY ON THE UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL RESOLUTIONS CONCERNING COUNTER TERRORISM AND DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ผศ. ดร. ศารทูล สันติवासะ, 250 หน้า

คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติมีความพยายามในการปราบปรามการก่อการร้าย โดยใช้มาตรการที่เรียกว่า “มาตรการบังคับแบบเป้าหมาย” กับบุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่ให้การสนับสนุนการก่อการร้าย โดยการชี้ นบญชีรายชื่อของผู้ก่อการร้ายระงับการดำเนินการทางทรัพย์สินและห้ามบุคคลเหล่านี้เดินทาง พันธกรณีตามข้อมติออกภายใต้หมวด 7 แห่งกฎบัตรถือว่าเหนือกว่าพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศอื่นและมีผลผูกพันต่อรัฐสมาชิกสหประชาชาติและองค์การระหว่างประเทศที่จะต้องนำมาตราการไปปฏิบัติในเขตอำนาจตน

สหภาพยุโรปต่างจากรัฐสมาชิกยุโรปที่ว่ามิได้เป็นทั้งสมาชิกและภาคีของสหประชาชาติที่จะต้องปฏิบัติตามข้อมติ อย่างไรก็ตามสหภาพยุโรปได้นำข้อมติไปปฏิบัติและใช้มาตรการบังคับต่อตัวบุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่ถูกชี้ นบญชี มาตรการบังคับถูกวิจารณ์ว่าละเมิดต่อสิทธิขั้น นพี้ ในฐานะโดยเฉพาะสิทธิที่จะทราบข้อกล่าวหา สิทธิในทรัพย์สินและสิทธิในการที่จะได้รับการเยียวยา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรและกฎหมายยุโรปและการนำกฎบัตรเข้าสู่ระบบกฎหมายยุโรปโดยวิเคราะห์จากคำตัดสินของศาลยุติธรรมแห่งยุโรปในคดี Kadi I และ Kadi II จากการที่ศึกษาพบว่าศาลยุติธรรมยุโรปมีความเห็นต่างกันเรื่องการยอมรับกฎบัตรเข้าสู่ระบบกฎหมาย อำนาจของศาลในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติและการให้ความคุ้มครองสิทธิขั้น นพี้ ในฐานะ การศึกษายังพบอีกว่าคำวินิจฉัยของศาลในคดี Kadi I และ Kadi II ได้ให้บทเรียนแก่องค์การสหประชาชาติ สหภาพยุโรปและรัฐสมาชิกในเกี่ยวกับกระบวนการชี้ นบญชีหรือลบบัญชีรายชื่อผู้ก่อการร้ายให้สอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิขั้น นพี้ ในฐานะของผู้ถูกชี้ นบญชีรายชื่อ

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิสิต.....  
ปีการศึกษา.....2555..... ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

# # 5286014634: MAJOR LAW

KEYWORDS : UNITED NATIONS/ SECURITY COUNCIL RESOLUTIONS/ KADI

MUANG PROMKESA: PREVAILING STATUS OF OBLIGATIONS UNDER THE UNITED NATIONS OVER OBLIGATIONS UNDER OTHER INTERNATIONAL LAW: A CASE STUDY ON THE UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL RESOLUTIONS CONCERNING COUNTER TERRORISM AND DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE. ADVISOR: ASST. PROF. SARATOON SANTIVASA, Ph.D., 250 pp.

In the attempt to fight terrorism, the United Nations Security Council (UNSC) has imposed so-called “targeted sanctions” on persons and entities supporting terrorism by listing them on a terrorist list, freezing their assets and banning them from travel. The UNSC resolutions under Title VII of UN Charter rank higher than other international treaties and bind all UN member states and international organizations to implement the resolutions within their jurisdictions.

The European Union, unlike its member states, is neither a UN member nor a party to the UN Charter to give effect to UNSC resolutions. However, the EU has implemented the resolutions and imposed the sanctions on those listed persons and entities. The sanctions have been criticized for violating fundamental rights, particularly, the right to be heard, the right to property and the right to effective judicial remedy. This thesis studies the relationship between the UN Charter and the EU law and how the UN Charter permeates the EU legal system by analyzing the EU court decisions of Kadi I and Kadi II. The study found differing views in the decisions concerning the EU’s acceptance of the UN Charter, the EU courts’ authorities to review the lawfulness of UNSC resolutions and the protection of human rights. This study also found the decisions in Kadi I and Kadi II had several impacts on the UN, the EU, and their member states regarding the listing and de-listing procedure to be compatible with the protection of fundamental rights of the listed persons.

Field of Study : .....Laws..... Advisor’s Signature .....

Academic Year : .....2012..... Student’s Signature.....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความเมตตาอย่างยิ่งของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สารทูล สันติวาสะ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ซึ่งได้ให้แนวคิด คำแนะนำและชี้แนวทางในการแก้ไขปัญหาทั้งหมด ตลอดจนแก้ไขข้อบกพร่องในการทำวิจัยด้วยดีมาตลอด ผู้วิจัยขอขอบพระคุณเป็นอย่างสูงมา ณ โอกาสนี้

ขอขอบพระคุณศาสตราจารย์วิฑิต มันทาภรณ์ ศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร ปัจจุสา นนท์ และ ดร. สุพรรณนงษา โชติกัญญาณ ถัง ที่ได้เมตตาสละเวลามาดำเนินการสอบวิทยานิพนธ์แก่ผู้วิจัย ตลอดจนให้ข้อเสนอแนะในการปรับปรุงวิทยานิพนธ์ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น เพื่อเป็นประโยชน์แก่ผู้อ่านในการที่จะศึกษาวิจัยต่อไป

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะสำเร็จลงไม่ได้หากไม่ได้รับกำลังใจจากคุณแม่แพทย์หญิงเบญญาดา พรหมเกษราภรรยาและคุณพี่ทุกคนที่คอยเป็นกำลังใจและให้การช่วยเหลือแก่ผู้วิจัยตลอดระยะเวลาในการศึกษาวิจัย

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่	
<b>บทที่ 1 บทนำ.....</b>	<b>1</b>
1.1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	7
1.3. ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	8
1.4. วิธีการดำเนินการวิจัย.....	9
1.5. สมมติฐานในการศึกษาวิจัย.....	9
1.6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย.....	9
<b>บทที่ 2 หลักกฎหมายในกฎบัตรสหประชาชาติ พันธกรณีที่มีผลทางกฎหมายและ</b>	
<b>    ขอบเขตของหลักกฎหมายมาตรา 103 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ.....</b>	<b>10</b>
2.1 หลักกฎหมายภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ.....	15
2.1.1 ความมุ่งหมายและหลักการของกฎบัตรสหประชาชาติ (Purposes and Principles of the United Nations).....	15
2.1.2 สถานทางกฎหมายของกฎบัตรสหประชาชาติในกฎหมายระหว่างประเทศ (Legal Status of the United Nations Charter).....	16
2.1.3 ลักษณะเฉพาะของกฎบัตรสหประชาชาติ (The Special character of the UN Charter).....	18
2.1.4 ลักษณะความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎบัตรสหประชาชาติ (The Constitutional Character of United Nations Charter).....	21
2.2 วัตถุประสงค์และองค์ประกอบมาตรา 103 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ.....	28
2.2.1 จุดประสงค์และหลักการของกฎบัตรมาตรา 103 .....	28
2.2.2 องค์ประกอบของมาตรา 103 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ.....	31
2.3 การบังคับใช้มาตรา 103 กับข้อตกลงอื่นนอกจากข้อตกลงระหว่างประเทศ....	48

2.3.1 การนำมาตรา 103 ไปใช้กับข้อสัญญาอื่น (Application of Article 103 to other contractual arrangements).....	49
2.3.2 การนำมาตรา 103 ไปใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีใช้หลักกฎหมายเด็ดขาด (The application of Article 103 to customary international law of non peremptory character).....	53
2.3.3 การนำมาตรา 103 ไปใช้กับหลักกฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens).....	58
2.4 เงื่อนไขอันเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจภายใต้พันธกรณีตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ.....	61
2.4.1 องค์การระหว่างประเทศและบรรทัดฐานกฎหมายระหว่างประเทศ..	62
2.4.2 หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่จำกัดขอบเขตการใช้อำนาจขององค์การสหประชาชาติ.....	68
<b>บทที่ 3 พันธกรณีตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงในการต่อต้านการก่อการร้าย</b>	<b>74</b>
3.1 บทบาทและข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงเกี่ยวกับการปราบปรามการก่อการร้าย.....	77
3.1.1 บทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงต่อการปราบปรามการก่อการร้าย.....	77
3.1.2 พัฒนาการแนวความคิดการแข่งขันแบบตั้งเดิมมาสู่แข่งขันต่อบุคคล.....	81
3.1.3 ฐานทางกฎหมายที่ให้อำนาจคณะมนตรีในการออกข้อมติภายใต้หมวด 7 (The Competence of the UN Security Council in Adopting resolutions under Chapter vii).....	85
3.1.4 ลักษณะของข้อมติคณะมนตรีความมั่นคง.....	88
3.1.5 ข้อมติที่กำหนดให้การก่อการร้ายเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ.....	93
3.2 ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงต่อการปราบปรามการก่อการร้ายที่ 1267 (1999) และการบังคับใช้.....	95



3.2.1 คณะกรรมการกำหนดบทลงโทษ (Sanction Committee) ตามข้อ มติที่ 1267.....	97
3.2.2 คณะกำกับดูแล (Monitoring Team) หรือผู้เชี่ยวชาญ(Experts)...	102
3.2.3 การปรับปรุงมาตรการบังคับของคณะมนตรีความมั่นคง.....	102
3.3 กระบวนการขึ้นและลบบัญชีรายชื่อผู้ก่อการร้าย(Listing and De listing Procedure).....	107
3.3.1 การขึ้นบัญชีผู้ก่อการร้ายของคณะกรรมการกำหนดโทษตามข้อ มติที่ 1267(1999).....	109
3.3.2 การขึ้นบัญชีผู้ก่อการร้ายของรัฐสมาชิกตามข้อมติที่1373 (2001)	110
3.3.3 การลบบัญชีชื่อออกจากบัญชีผู้ก่อการร้าย(Delisting Process).....	111
3.4 การบังคับมาตรการตามข้อมติการปราบปรามก่อการร้ายของรัฐสมาชิก(The implementation of UNSC sanctions by State members).....	115
3.4.1 พันธกรณีตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่มีต่อรัฐสมาชิก.....	115
3.4.2 การบังคับใช้มาตรการตามข้อมติของรัฐสมาชิกสหประชาชาติ (National implementation of UNSC sanctions).....	116
3.4.3 การบังคับใช้มาตรการตามข้อมติปราบปรามการก่อการร้ายใน ประเทศไทย (Implementation of UNSC terrorist sanctions in Thailand).....	119
3.4.4 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติระดับ สหประชาชาติโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ(Judicial review by the international court of Justice-ICJ)	
<b>บทที่ 4 มาตรการบังคับการปราบปรามการก่อการร้ายตามข้อมติคณะมนตรี ความมั่นคงมาบังคับใช้ในสหภาพยุโรป.....</b>	<b>130</b>
4.1 ระบบกฎหมายยุโรปและสถาบันสหภาพยุโรป.....	132
4.1.1 สถาบันหลักของสหภาพยุโรป (Institutional Framework of the European Union).....	133
4.1.2 องค์ประกอบของศาลยุติธรรมยุโรป (EU Courts) และอำนาจการ พิจารณา.....	136
4.1.3 กฎหมายแห่งสหภาพยุโรป (European Union Law).....	141

4.1.4 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายสหภาพยุโรปและกฎหมายรัฐสมาชิก.....	145
4.2 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายสหภาพยุโรปและกฎหมายระหว่างประเทศ (The relationship between the EU law and international law).....	149
4.2.1 พันธกรณีของสหภาพยุโรปภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ (EU's obligations under international law).....	150
4.2.2 การมีผลใช้บังคับ(Validity) ลำดับศักดิ์(Rank) และผล (Effects) ของพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศในกฎหมายยุโรป (The validity, rank and effects of international law obligations in the EW legal order).....	153
4.2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายสหภาพยุโรปและกฎบัตรสหประชาชาติ.....	155
4.2.4 ผลผูกพันทางกฎหมายของข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงในกฎหมายสหภาพยุโรป.....	158
4.3 การนำข้อมติการปราบปรามการก่อการร้ายมาบังคับในสหภาพยุโรป.....	162
4.3.1 การเชื่อมโยงอำนาจของเสาหลัก (Pillars) ในการกำหนดมาตรการในสหภาพยุโรป.....	162
4.3.2 หลักกฎหมายที่ให้อำนาจแก่สหภาพยุโรปในมาตรการบังคับทางเศรษฐกิจ.....	165
4.3.3 การออกข้อบังคับ(Regulations) ของสถาบันในการบังคับใช้มาตรการบังคับ.....	169
4.4. การขึ้นและลบบัญชีรายชื่อของผู้ก่อการร้ายในสหภาพยุโรป(Listing and De-listing procedures).....	172
4.4.1 การขึ้นบัญชีรายชื่อตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง (United Nations Lists).....	173
4.4.2 การขึ้นบัญชีรายชื่อของสหภาพยุโรป(European Union Lists).....	174
4.4.3 กระบวนการลบรายชื่อ (De-listing procedures) ของสหภาพยุโรป.....	176
4.4.4 ความสอดคล้องของมาตรการตามข้อมติภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป....	177

<b>บทที่ 5 คำตัดสินของศาลยุติธรรมแห่งยุโรปต่อการบังคับตามข้อมติและบทเรียน</b>	
<b>จากคำตัดสิน.....</b>	182
5.1 คำตัดสินของศาลยุติธรรมยุโรปในคดี Kadi.....	184
5.1.1 ความเป็นมาของคดี Kadi I.....	185
5.1.2 คำพิพากษาของศาลชั้นต้นยุโรป(Court of First Instance-CFI)..	189
5.1.3 ความเห็นของ AG Maduro.....	195
5.1.4 คำตัดสินของศาลสูงยุโรป(European Court of Justice-ECJ).....	197
5.2 คำตัดสินของศาลยุติธรรมยุโรปในคดี Kadi II.....	204
5.2.1 ความเป็นมาของคดี Kadi II.....	204
5.2.2 คำตัดสินของศาลทั่วไปยุโรปในคดี Kadi II.....	205
5.2.3 ความเห็นของ Advocate General Yves Bot (AG Bot) ในคดี Kadi II.....	213
5.3 บทเรียนจากคำตัดสินคดี Kadi I และ Kadi II.....	218
5.3.1 องค์การสหประชาชาติ.....	219
5.3.2 สหภาพยุโรป (Eupean Union).....	221
5.3.3 รัฐสมาชิกสหประชาชาติ.....	224
 <b>บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....</b>	230
6.1 บทสรุป.....	230
6.2 ข้อเสนอแนะ.....	235
 รายการอ้างอิง.....	237
ภาคผนวก.....	242
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	250

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ความร่วมมือระหว่างประเทศในความพยายามที่จะปราบปรามการก่อการร้าย (Terrorism) นั้นเริ่มตั้งแต่มานานตั้งแต่ก่อนก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ (United Nations) ดังจะเห็นได้จากในปี ค.ศ. 1973 องค์การสันติภาพชาติ (League of Nations) ได้ร่างสนธิสนธิสัญญาเพื่อป้องกันและลงโทษการก่อการร้าย (The Draft Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism)<sup>1</sup> แม้ว่าร่างสนธิสัญญาดังกล่าวไม่ได้ถูกนำมาใช้บังคับ ประกอบกับการหาข้อตกลงร่วมกันถึงคำจำกัดความของการก่อการร้ายยังไม่สามารถหาข้อสรุปร่วมกันได้ แต่อย่างน้อยก็ถือว่าการดำเนินการจตุประหารร่วมกันในการที่จะร่วมกันป้องกันและปราบปรามการก่อการร้าย

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 ผู้ก่อการร้ายได้เพิ่มทวีความรุนแรงของการโจมตีมากยิ่งขึ้น ก่อให้เกิดความสูญเสียต่อชีวิตและทรัพย์สินอย่างมหาศาลและสร้างความหวาดกลัวแก่คนทั่วโลก ดังเช่น ในปี ค.ศ. 1988 ผู้ก่อการร้ายได้วางระเบิดเครื่องบินโดยสารอเมริกัน Pan-Am Flight 103 ทำให้เครื่องบินตกที่หมู่บ้าน Lockerbie (Village of Lockerbie) ใน Scotland และมีผู้เสียชีวิตจำนวน 259 คน<sup>2</sup> ในปีถัดมาปี ค.ศ. 1989 ผู้ก่อการร้ายได้ลอบวางระเบิดเครื่องบินโดยสารประเทศฝรั่งเศส French UTA Flight 772 ทำให้ผู้โดยสารเสียชีวิตจำนวน 171 คน ซึ่งทั้งสองเหตุการณ์นี้ เชื่อกันว่าเป็นการก่อการร้ายกลุ่ม Libyan Arab Jamahiriya<sup>3</sup>

การโจมตีของผู้ก่อการร้ายมักจะเน้นเป้าหมายที่เป็นเชิงสัญลักษณ์ของประเทศมหาอำนาจ อย่างเช่นในปี ค.ศ. 1998 ผู้ก่อการร้ายได้ลอบวางระเบิดสถานทูตสหรัฐอเมริกาในประเทศเคนยาและประเทศแทนซาเนีย<sup>4</sup> ทำให้มีผู้เสียชีวิตจำนวน 263 คนและบาดเจ็บกว่า 5,000

---

<sup>1</sup> Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism Art. 2(2), League of Nations

<sup>2</sup> Central Intelligence Agency, Terrorist Bombing of Pan Am Flight 103 [online], 25 Nov 2012, Available from: <https://www.cia.gov/about-cia/cia-museum/experience-the-collection/text-version/stories/terrorist-bombing-of-pan-am-flight-103.html>

<sup>3</sup> BBC News, Lockerbie: 1988-1998 [online], 2 Dec 2012, Available from: [http://news.bbc.co.uk/2/hi/special\\_report/1998/08/98/lockerbie/137342.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/special_report/1998/08/98/lockerbie/137342.stm)

<sup>4</sup> BBC News, Lockerbie: 1988-1998 [online], 2 Dec 2012, Available from: [http://news.bbc.co.uk/2/hi/special\\_report/1998/08/98/lockerbie/137342.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/special_report/1998/08/98/lockerbie/137342.stm)

คนจากเหตุการณ์ดังกล่าวเจ้าหน้าที่รัฐบาลสหรัฐเชื่อว่าเป็นการก่อการร้ายอะละเคาะห์ (Al Qaida) ที่ได้รับการสนับสนุนจากรัฐบาลตาลีบัน (Taliban Government) ในขณะนั้น

ช่วงต้นศตวรรษที่ 21 พัฒนาการของการก่อการร้ายได้มีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรม (Organized crimes) โดยทำเป็นกระบวนการและเครือข่ายลับซับซ้อนยากต่อการสืบสวนติดตาม อีกทั้งยังใช้เทคโนโลยีที่ทันสมัยในการติดต่อสื่อสารในการวางแผนอย่างมีประสิทธิภาพส่งผลให้อุณหภูมิของการทำลายและความเสียหายมหาดศาลเช่น การก่อการร้ายเมื่อวันที่ 11 กันยายน ปี ค.ศ. 2001 (September 11 Attacks) ที่ World Trade Center ใน New York และที่อาคาร Pentagon ที่ตั้งของกระทรวงกลาโหมของสหรัฐ ซึ่งส่งผลให้เกิดความสูญเสียทั้งชีวิตและทรัพย์สินจำนวนมาก<sup>5</sup>

นอกจากสหรัฐอเมริกาที่ตกเป็นเป้าหมายโจมตีของการก่อการร้ายมากที่สุดแล้ว ในภูมิภาคยุโรปก็ยังคงตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีของการก่อการร้ายเช่นเดียวกัน อย่างเช่น ในปี ค.ศ. 2004 ผู้ก่อการร้ายได้โจมตีโรงเรียนในเมือง Beslan ในดินแดนของประเทศรัสเซียในแคว้นโอเซเชียตอนเหนือ (Russian republic of North Ossetia) มีผู้เสียชีวิตจำนวน 350 คนซึ่งมีเด็กนักเรียนรวมอยู่ด้วยจำนวน 172 คน<sup>6</sup> ต่อมาในปี ค.ศ. 2005 ผู้ก่อการร้ายได้ทำการลอบวางระเบิดในสถานีรถไฟในกรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ ส่งผลให้มีผู้เสียชีวิตจำนวน 50 คนและมีผู้ได้รับบาดเจ็บจำนวน 700 คน<sup>7</sup>

สำหรับภูมิภาคเอเชียใต้เมื่อปี ค.ศ. 2008 ผู้ก่อการร้ายได้วางระเบิดที่โรงแรมทัชมาฮาล พาเลส (Taj Mahal Palace and Tower) ประเทศอินเดียทำให้นักท่องเที่ยวเสียชีวิตจำนวน 173 คน<sup>8</sup> นอกจากนี้อินเดียแล้วประเทศเพื่อนบ้านอย่างปากีสถานก็ได้มีเหตุการณ์ก่อการร้ายหลายครั้งและก่อให้เกิดความเสียหายเป็นจำนวนมาก

<sup>5</sup> BBC Home, 2001: US rocked by day of terror [online], 10 March 2012, Available from: [http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/september/11/newsid\\_2514000/2514627.stm](http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/september/11/newsid_2514000/2514627.stm)

<sup>6</sup> The guardian, Beslan school tragedy [online], 21 April 2011, Available from: <http://www.guardian.co.uk/world/beslan>

<sup>7</sup> Foxnews, Terrorists strike London in series of Blasts [online], 11 June 2011, Available from: <http://www.foxnews.com/story/0,2933,161768,00.html>

<sup>8</sup> The Telegraph, Bombay terror attacks: Why the Taj Mahal Hotel was chosen [online], 5 May 2012, Available from: <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/india/3529804/Bombay-terror-attacks-Why-the-Taj-Mahal-Hotel-was-chosen.html>

สำหรับภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้การก่อการร้ายที่สำคัญคือ เมื่อปี ค.ศ. 2002 ได้มีการวางระเบิดโรงแรม JW Marriot ที่บาหลี (Bali Bomb) ซึ่งเป็นเมืองท่องเที่ยวส่งผลให้มีผู้เสียชีวิตจำนวน 202 คน<sup>9</sup> นอกจากนี้ แล้วยังมีขบวนการก่อการร้ายที่ต้องการแบ่งแยกดินแดนได้ลอบวางระเบิดตามสถานที่สำคัญหลายเหตุการณ์ส่งผลให้พลเมืองผู้บริสุทธิ์ ต้องเสียชีวิตไปจำนวนมาก ดังเช่นการก่อการร้ายแบ่งแยกดินแดนในประเทศฟิลิปปินส์และการก่อความไม่สงบในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ของไทย

จากเหตุการณ์การก่อวินาศกรรมของผู้ก่อการร้ายที่นับจะทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้นและกระบวนการของการก่อการร้ายมิได้จำกัดอยู่ในอำนาจอธิปไตยของรัฐใดรัฐหนึ่งแต่ผลจากการก่อการร้ายได้ส่งผลกระทบต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ดังนั้น คณะมนตรีความมั่นคงอาจอาศัยอำนาจภายใต้มาตรา 24 แห่งกฎบัตรออกข้อมติที่ 731(1992)<sup>10</sup> ได้ใช้ถ้อยคำว่า “การก่อการร้ายเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ” เพื่อให้เกิดความชอบธรรมแก่คณะมนตรีความมั่นคงได้ใช้อำนาจตามมาตรา 39<sup>11</sup> ที่จะออกข้อมติ (Resolution) ใช้มาตรการไม่ใช้กำลังตามมาตรา 41 โดยการใช้อำนาจการบังคับทางเศรษฐกิจและหากใช้มาตรการดังกล่าวไม่ใช้กำลังไม่สำเร็จ ผล ก็อาจจะเพิ่มมาตรการโดยใช้กำลังทางทหารตามมาตรา 42 ซึ่งข้อมติที่ออกภายใต้หมวด 7 แห่งกฎบัตรนั้น ถือว่าเป็นพันธกรณีภายใต้กฎบัตรที่เหนือกว่า (Preview) พันธกรณีภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศอื่นที่รัฐจะต้องปฏิบัติตามนัยแห่งมาตรา 103<sup>12</sup> ประกอบมาตรา 25<sup>13</sup> กำหนดให้รัฐสมาชิก ตกลงที่จะยอมรับและปฏิบัติตามข้อมติตามนัยแห่งมาตรา 48(2)<sup>14</sup> ที่กำหนดให้รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตามข้อมติโดยตรงหรือโดยผ่านทบวงการระหว่างประเทศที่รัฐเป็นสมาชิกอยู่อย่างเช่น สหภาพยุโรป เป็นต้น

<sup>9</sup> Centralwesterndaily, Bali bomber shows no remorse 10 years later [online], 14 July 2012, Available from: <http://www.centralwesterndaily.com.au/story/369291/bali-bomber-shows-no-remorse-10-years-later/>

<sup>10</sup> Security Council Resolution 731, U.N. Doc. S/RES/731 (January 21, 1992)

<sup>11</sup> UN Charter Art. 39

<sup>12</sup> UN Charter Article 103 “In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.”

<sup>13</sup> UN Charter Article 25 states: “The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter.”

<sup>14</sup> UN Charter Article 48 states: “

1. The action required to carry out the decisions of the Security Council for the maintenance of international peace and security shall be taken by all the Members of the United Nations or by some of them, as the Security Council may determine.

ในอดีตคณะมนตรีความมั่นคงมักจะใช้มาตรการบังคับทางเศรษฐกิจ<sup>15</sup> (Sanction) ต่อบุคคล (Individual state) ซึ่งถือว่าเป็นบุคคลบังคับในระหว่างประเทศ (Legal person of international law) ที่ละเมิดต่อข้อมติเพื่อที่จะยอมทำตามข้อมติ แต่กลับส่งผลกระทบต่ออย่างรุนแรงต่อชีวิตและความเป็นอยู่แก่พลเมืองผู้บริสุทธิ์ในรัฐนั้น ดังนั้น คณะมนตรีความมั่นคงจึงได้พัฒนาการใช้มาตรการบังคับต่อเป้าหมาย (Targeted sanction) เฉพาะรายบุคคล (Persons) หรือองค์กรธุรกิจ (Entities) แม้ว่าตัวบุคคลหรือองค์กรธุรกิจ (Targeted person/entities) เหล่านั้น จะไม่เป็นบุคคลในบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม

สำหรับข้อมติปราบปรามการก่อการร้ายที่สำคัญและเป็นประเด็นข้อโต้แย้งในศาลยุติธรรมยุโรปและศาลภายในรัฐคือข้อมติที่ 1267 (1999)<sup>16</sup> ซึ่งสืบเนื่องมาจากเหตุการณ์ลอบวางระเบิดสถานทูตสหรัฐในเคนยาและแทนซาเนียในปี ค.ศ. 1998 โดยเชื่อว่าเกิดจากการกระทำของกลุ่มก่อการร้ายอะไคดะห์ (Al Qaida) นำโดยนายบิน ลาเดนและสมาชิกกลุ่มตาลีบัน (Taliban) โดยข้อมติที่ 1267 กำหนดให้ตั้ง “คณะกรรมการแซงชั่น” (Sanction Committee) มีหน้าที่จัดทำบัญชีรายชื่อผู้ก่อการร้าย (Consolidated List) กลุ่มตาลีบัน กลุ่มก่อการร้ายอะไคดะห์และนายอิซามา บินลาดีนและผู้เกี่ยวข้อง (Associates) และองค์กรธุรกิจ (Entities) ที่บุคคลเหล่านั้น ดำเนินการอยู่ และส่งผลให้บุคคลที่ถูกกำหนดรายชื่อนี้ นถูกระงับดำเนินการทางทรัพย์สินของผู้ก่อการร้ายและองค์กรธุรกิจเหล่านั้น และถูกห้ามการเดินทาง

ในปี ค.ศ. 2001 หลังจากเกิดเหตุการณ์ก่อการร้ายต่อ World Center ใน New York คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติที่ 1373<sup>17</sup> เรียกร้องรัฐให้ร่วมมือในการปราบปรามการก่อการร้ายโดยบังคับใช้มาตรการระงับการดำเนินการทางทรัพย์สินของผู้ก่อการร้ายและให้รัฐออกกฎหมายภายในให้การก่อการร้ายเป็นความผิดทางอาญาและให้รัฐจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ก่อการร้ายในรัฐเอง ข้อมติดังกล่าวกำหนดให้มี “คณะกรรมการต่อต้านการก่อการร้าย” (Counter-Terrorism Committee-CTC) ทำหน้าที่ช่วยเหลือและตรวจสอบแต่ละรัฐในการบังคับใช้มาตรการตามข้อมติ

---

2. Such decisions shall be carried out by the Members of the United Nations directly and through their action in the appropriate international agencies of which they are members.”

<sup>15</sup> UN Charter Art. 41 “The Security Council may decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions, and it may call upon the Members of the United Nations to apply such measures. These may include complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio, and other means of communication, and the severance of diplomatic relations.”

<sup>16</sup> UN SC Resolution 1267(1999)

<sup>17</sup> UN SC Resolution 1373(2001)

ดังนั้น การจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ก่อการร้ายประกอบด้วย บัญชีแรกคือ คณะกรรมการแห่งชาติ (UN list) จัดทำขึ้นโดยใช้ดุลยพินิจจากข้อมูลลับ (Confidential information) ของรัฐผู้ร้องขอ (Requested states) และบัญชีที่สองคือรัฐสมาชิก (National list) หรือสหภาพยุโรป (EU list) จัดทำขึ้นโดยใช้ความอิสระในการใช้ดุลยพินิจ (Discretion) จากพยานหลักฐาน (Evidence) และพยานแวดล้อม (Circumstances evidence) ที่รัฐเห็นว่าควรขึ้นบัญชีรายชื่อ สำหรับประเทศไทย ได้ปฏิบัติตามข้อมติ 1373 โดยการออกกฎหมายอาญาฐานความผิดการก่อการร้ายในมาตรา 135/1<sup>18</sup> และการดำเนินการระงับการดำเนินการกับทรัพย์สินของผู้ก่อการร้ายโดยการออกเป็นพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย พ.ศ. 2556<sup>19</sup> และได้บังคับใช้เมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2556 นี้เอง

แม้ว่าคณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติที่ 1730 (2006)<sup>20</sup> ได้ตั้งหน่วยงานประสานงานกลาง (Focal Point) มีหน้าที่พิจารณารายชื่อและปรับปรุงรายชื่อ บัญชีรายชื่อ เพื่อให้เกิดความโปร่งใส แต่ข้อมติดังกล่าวยังไม่เปิดช่องให้ผู้ถูกกำหนดรายชื่อทราบถึงเหตุผลของการถูกขึ้นบัญชีผู้ก่อการร้ายเพื่อที่จะได้ร้องขอต่อคณะกรรมการแห่งชาติให้ลบรายชื่อตนโดยนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความบริสุทธิ์ แต่ข้อมติดังกล่าวไม่ได้เปิดช่องให้ผู้ถูกกำหนดรายชื่อที่ตนมีสัญชาติหรือภูมิลำเนาเป็นตัวแทนร้องขอต่อคณะกรรมการแห่งชาติในการลบรายชื่อให้ ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วรัฐไม่ต้องการที่จะยื่นคำร้องแทนผู้ถูกขึ้นบัญชีเหล่านั้น เนื่องจากเหตุผลทางการเมืองระหว่างประเทศที่อาจจะถูกมองว่าเป็นรัฐที่มีส่วนสนับสนุนกับการก่อการร้าย

แม้ว่าคณะมนตรีความมั่นคงจะมีอำนาจออกข้อมติในการปราบปรามการก่อการร้ายเพื่ออารังไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงซึ่งเป็นผลประโยชน์ส่วนรวมของมวลมนุษยชาติ ในการบังคับใช้มาตรการตามข้อมติของรัฐสมาชิกมีวิธีการนำไปปฏิบัติต่างกันไปเช่น การออกกฎหมายภายใน (Domestic laws) หรือออกเป็นคำสั่งของฝ่ายบริหาร (Administrative regulations) หรือกฎหมายของฝ่ายบริหาร (Administrative laws) เพื่อที่จะขึ้นบัญชีรายชื่อของผู้ก่อการร้าย ส่วนผลของการถูกกำหนดรายชื่อนั้นทำให้ผู้ถูกกำหนดรายชื่อ (Listed persons/entities) ต้องถูกระงับการดำเนินการทางทรัพย์สิน (Asset freeze) แม้กระทั่งถูกอายัดเงินเดือนที่จะต้องนำมาเลี้ยงครอบครัวและยังถูกระงับการเดินทาง ยิ่งไปกว่านั้นข้อมติดังกล่าว

<sup>18</sup> Section 135/1 of Thai Penal Code

<sup>19</sup> Anti-Terrorist Financing Act, BE 2556 (2013), Published in the Government Gazette: volume 130/part 11 A/page 1/1 February 2013.

<sup>20</sup> UN SC Resolution 1730(2006)



โอกาสให้ผู้ถูกกำหนดรายชื่อนี้ ทราบถึงเหตุผลถึงการถูกกำหนดรายชื่อนี้เนื่องจากเป็นข้อมูลลับของรัฐผู้ร้องขอและไม่มีกลไกในระดับสหประชาชาติหรือระดับรัฐเองที่จะร้องขอลบรายชื่อ (Delist) ออกจากบัญชีโดยการเสนอพยานหลักฐานเพียงพอพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตน

ประเด็นทางกฎหมายที่ควรพิจารณาก็คือการที่รัฐได้บังคับใช้มาตรการตามข้อมติดังกล่าวนั้น รัฐได้ละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental rights) ของผู้ถูกกำหนดรายชื่อนี้หรือไม่แม้ว่ารัฐจะอ้างว่ารัฐจะต้องตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามกฎบัตร โดยรัฐเองจะต้องเลือกที่จะไม่ละเมิดกฎบัตรหรือว่าอาจจะเลือกที่จะละเมิดสิทธิของผู้ถูกกำหนดรายชื่อนอกจากนั้นแล้วยังไม่มียุติธรรมศาลใดที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติแม้แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) หรือศาลเฉพาะการ (Ad hoc Court) ที่ตั้งโดยข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงเองหรือแม้กระทั่งศาลภายในของรัฐเอง (Domestic court)

สำหรับสิทธิของผู้ถูกกำหนดรายชื่อนี้ที่จะร้องขอต่อศาลภายในเพื่อให้ศาลเพิกถอนข้อบังคับภายในที่ได้ขึ้นบัญชีรายชื่อนี้ อาจปรากฏหลายคดี แต่คดีที่เป็นที่น่าสนใจและส่งผลกระทบต่อสหประชาชาติและรัฐสมาชิกหรือสหภาพยุโรปก็คือคดี Kadi and Al Barakaat v Council and Commission<sup>21</sup> อันสืบเนื่องมาจากนาย Kadi ที่ถูกขึ้นบัญชีรายชื่อกារร้ายของคณะกรรมการแข่งขันสหประชาชาติและบัญชีรายชื่อนี้ของสหภาพยุโรปและได้ร้องขอต่อศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (European Court of Justice) เพื่อขอเพิกถอนข้อบังคับยุโรปเนื่องจากได้ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานอันได้แก่ สิทธิที่จะได้รับการต่อสู้คดีของตนในชั้นศาล (Rights to be heard) สิทธิในทรัพย์สินของตน (Rights to property) และสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีของตนอย่างยุติธรรม (Fair trial)

แม้ว่าสหภาพยุโรปจะถูกก่อตั้งโดยสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป (Treaty on European Union) ที่ถือว่าเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศ (International agreement) ของรัฐภาคีและกำหนดให้สหภาพยุโรปมีฐานะเป็นบุคคลในบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>22</sup> แต่สหภาพยุโรปทั้ง มิได้มีฐานะเป็นสมาชิกสหประชาชาติเนื่องจากมิใช่รัฐและมิได้เป็นภาคีของกฎ

<sup>21</sup> Eur-Lex, Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission [online] 12 February 2012,. Available from: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0402:EN:HTML>

<sup>22</sup> Article 47 of TEU states: "The Union shall have legal personality."

บัตร<sup>23</sup> อย่างไรก็ตามรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปต่างเป็นรัฐสมาชิกสหประชาชาติที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้กฎบัตรและพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาก่อตั้งยุโรป ดังนั้นสหภาพยุโรปในฐานะที่เป็นผู้สืบทอด (Successor) จากรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปอาจจะตกอยู่ภายใต้พันธกรณีเช่นเดียวกับรัฐสมาชิก

ดังนั้นความสัมพันธ์ลักษณะที่ 1 คือระหว่างกฎบัตร (United Nations Charter) และสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปหรือกฎหมายยุโรป (European law) ลักษณะที่ 2 คือระหว่างกฎบัตรและรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป และลักษณะที่ 3 คือระหว่างสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปและรัฐสมาชิกยุโรป โดยลักษณะความสัมพันธ์ดังกล่าวจะมีผลทางกฎหมายต่อการนำข้อมติเข้าสู่ (Permeate) หรือบังคับใช้ (Implement) ระบบกฎหมายยุโรป อีกทั้งยังมีผลต่ออำนาจการวินิจฉัยของศาลยุติธรรมยุโรปต่อความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติที่ถูกรื้อถอนว่าละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ถูกกำหนดรายชื่อ

นอกจากนี้แล้วสิทธิที่ถูกละเมิดดังกล่าวเข้าลักษณะของกฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens) ที่ถือว่าเป็นข้อจำกัดของการใช้อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคง ซึ่งในอนาคตการตีความว่าการละเมิดใดเข้าลักษณะของหลักกฎหมายเด็ดขาดในแต่ละภูมิภาค (Regional jus cogens) อาจจะถูกตีความในลักษณะที่แตกต่างกันออกไป หลังคำตัดสินของศาลในคดีดังกล่าวแล้วจะส่งผลกระทบต่อข้อมติเพื่อที่จะนำไปสู่การปรับปรุงในการที่จะชี้แจงน้ำหนักระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลและความสันติภาพและความสงบสุขของสังคมอันเป็นผลประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งยังเป็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายระหว่างประเทศที่จำเป็นจะต้องทำการศึกษาวินิจฉัยต่อประเด็นเหล่านี้ ต่อไป

## 2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ว่ากฎบัตรสหประชาชาตินี้ เข้าลักษณะเป็นธรรมนูญสูงสุดของกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ โดยเฉพาะมาตรา 103 แห่งกฎบัตรกำหนดให้พันธกรณีภายใต้กฎบัตรที่มีสภาพบังคับที่เหนือกว่าพันธกรณีภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศอื่นซึ่งเห็นว่าพันธกรณีใดและมีขีดจำกัดอย่างไร

<sup>23</sup> UN Charter Article 4(1) states: "Membership in the United Nations is open to all other peace-loving states which accept the obligations contained in the present Charter and, in the judgment of the Organization, are able and willing to carry out these obligations."

2. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ว่าคณะมนตรีความมั่นคงมีอำนาจออกข้อมติที่บังคับต่อเป้าหมายที่บุคคลหรือองค์กรธุรกิจแทนที่จะเป็นรัฐที่มีฐานะเป็นบุคคลในบังคับของกฎหมายนี้ หมายความว่าความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และมีกฎหมายใดที่เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจและมีองค์ประกอบระหว่างประเทศใดที่มีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติ

3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ว่าความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรและสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปมีลักษณะอย่างไรใด ตลอดถึงสถานะของกฎบัตรภายใต้กฎหมายยุโรปว่ามีสถานะอย่างไรใดและสหภาพยุโรปจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้กฎบัตรหรือไม่อย่างไร ซึ่งจะทราบว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะเข้าสู่ระบบกฎหมายยุโรปภายใต้เงื่อนไขใด ทำให้ทราบว่าศาลยุโรปมีอำนาจที่จะวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติหรือไม่ โดยศึกษาจากคำตัดสินของศาลยุติธรรมแห่งยุโรปคดี Kadi and Al Barakaat v Council and Commission

4. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงผลกระทบจากคำตัดสินของศาลยุโรปในคดี Kadi จะกระทบต่อองค์การสหประชาชาติ คณะมนตรีความมั่นคง รัฐสมาชิกสหประชาชาติและสหภาพยุโรปอย่างไร ผลกระทบดังกล่าวนี้จะนำมาสู่การแก้ไขข้อมติและข้อบังคับสหภาพยุโรปเพื่อจะนำไปสู่การปราบปรามการก่อการร้ายอย่างมีประสิทธิภาพและลดการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่ถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อ

### 3. ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ผู้วิจัยกำหนดกรอบการศึกษาเฉพาะการบังคับใช้ของรัฐสมาชิกต่อมาตรการตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงเกี่ยวกับการปราบปรามการก่อการร้ายซึ่งเป็นพันธกรณีตามกฎหมายบัตรมาตรา 103 ซึ่งเหนือกว่าพันธกรณีตามสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ข้อจำกัดในการออกมาตรการตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงและมีความชอบด้วยกฎหมายอย่างไร การบังคับใช้ข้อมติภายใต้กฎหมายยุโรปและความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรและกฎหมายยุโรปว่าสถานะของกฎบัตรภายใต้กฎหมายยุโรปเป็นอย่างไร การนำกฎหมายระหว่างประเทศเข้าสู่ระบบกฎหมายยุโรปมีเงื่อนไขอย่างไร อำนาจของศาลยุติธรรมแห่งยุโรปต่อการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการตามข้อมติที่อาจจะเป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานและสิทธิดังกล่าวนี้ ได้เข้าลักษณะของหลักกฎหมายเด็ดขาดหรือไม่ แนวทางการปรับปรุงข้อมติหรือข้อบังคับยุโรปเพื่อให้สอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล โดยจะวิเคราะห์จากคำพิพากษาของศาลยุโรปต่อการโต้แย้งการชี้ นบัญญัติรายชื่อ

#### 4. วิธีการดำเนินการวิจัย

วิธีวิจัยที่ใช้ในการทำวิทยานิพนธ์เป็นแบบวิจัยเอกสาร ( Documentary Research) โดยการศึกษาและทำความเข้าใจในตัวบทกฎหมายระหว่างประเทศ กฎบัตรของสหประชาชาติโดยเฉพาะพันธกรณีตามมาตรา 103 ว่ามีความผูกพันต่อรัฐสมาชิกและรัฐที่มีได้เป็นสมาชิกขององค์กรสหประชาชาติอย่างไร นอกจากนี้ แล้วข้อผูกพันภายใต้มาตรา103 ที่ขัดกับหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยเฉพาะในเรื่องของข้อบังคับเด็ดขาด(jus cogens และ erga omnes คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง คำพิพากษาศาลยุติธรรมยุโรปและศาลภายในของรัฐสมาชิก บทความทางวิชาการและเอกสารที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำมาวิเคราะห์ประเมินผลหาข้อสรุป

#### 5. สมมติฐานในการศึกษาวิจัย

“มาตรการปราบปรามการก่อการร้ายตามมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติถือเป็นพันธกรณีตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติที่อยู่เหนือพันธกรณีตามข้อตกลงอื่นตามนัยของมาตรา 103 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ อย่างไรก็ตามการที่ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้เคยมีคำวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการปราบปรามการก่อการร้ายตามกฎหมายยุโรปโดยไม่คำนึงถึงพันธกรณีตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติและสะท้อนถึงความท้าทายในเรื่องการขัดกันระหว่างพันธกรณีดังกล่าว แต่ให้บทเรียนนำไปสู่การปรับปรุงมาตรการบังคับตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง”

#### 6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. เพื่อให้ทราบว่ากฎบัตรมีลักษณะเป็นธรรมนูญสูงสุดของกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ โดยเฉพาะมาตรา 103 แห่งกฎบัตรกำหนดให้พันธกรณีภายใต้กฎบัตรที่มีสภาพบังคับที่เหนือกว่าพันธกรณีภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศอื่นซึ่งเห็นว่าพันธกรณีใดและมีขีดจำกัดอย่างไร

2. เพื่อให้ทราบถึงความชอบด้วยกฎหมายของคณะมนตรีความมั่นคงในการออกข้อมติที่บังคับต่อเป้าหมายที่บุคคลหรือองค์กรธุรกิจแทนที่จะเป็นรัฐ และกฎหมายที่เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจและองค์กรระหว่างประเทศที่มีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติ

3. เพื่อให้ทราบถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรและสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป สถานะของกฎบัตรภายใต้กฎหมายยุโรปและสหภาพยุโรปจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้กฎบัตรหรือไม่อย่างไร ทราบถึงกฎหมายระหว่างประเทศจะเข้าสู่ระบบกฎหมายยุโรปภายใต้เงื่อนไขใดจากคำตัดสินของศาลยุติธรรมแห่งยุโรปคดีKadi

4. เพื่อให้ทราบถึงผลกระทบจากคำตัดสินในคดีKadi ต่อองค์การสหประชาชาติ คณะมนตรีความมั่นคง รัฐสมาชิกสหประชาชาติและสหภาพยุโรปอย่างไร จะนำมาสู่การแก้ไขข้อมติอย่างไรบ้างเพื่อให้บังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพและไม่ละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล

ในการวิจัยครั้งนี้ ผู้วิจัยได้แบ่งเนื้อหาการวิจัยเป็นบท คือ บทที่ 1 บทนำ บทที่ 2 กล่าวถึงหลักกฎหมายกฎหมายภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติและสถานะเหนือกว่าของพันธกรณีตามกฎบัตรสหประชาชาติต่อพันธกรณีตามข้อตกลงตามกฎหมายระหว่างประเทศอื่น บทที่ 3 พันธกรณีตามมติคณะมนตรีความมั่นคงในการการปราบปรามการก่อการร้าย บทที่ 4 การบังคับใช้มติคณะมนตรีความมั่นคงเกี่ยวกับการปราบปรามการก่อการร้ายในสหภาพยุโรป บทที่ 5 แนวทางการวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปต่อข้อมติความท้าทายจากคำตัดสินของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป ส่วนบทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

## บทที่ 2

### หลักกฎหมายภายในกฎบัตรสหประชาชาติ พันธกรณีที่มีผลทางกฎหมายและ ขอบเขตของหลักกฎหมายมาตรา 103 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

ความสูญเสียอย่างมหาศาลต่อชีวิตของมวลมนุษยชาติเนื่องจากผลของสงครามโลกครั้งที่ 1 (World War I) ทำให้รัฐแต่ละรัฐมีความพยายามในการที่สร้างความร่วมมือระหว่างประเทศ เพื่อจุดประสงค์ที่จะป้องกันมิให้เกิดสงครามในอนาคตขึ้นอีกนั้น จึงได้มีการประชุมเพื่อสันติภาพ (Peace Conference) ขึ้นที่เมืองปารีส ในปี ค.ศ. 1919 เพื่อที่จะร่วมกันร่างกฎบัตรสันนิบาตชาติโดยมีจุดประสงค์หลักคือ “เพื่อส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศและดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ (To promote international co-operation and to achieve international peace and security) และกฎบัตรสันนิบาตชาติดังกล่าวจึงเป็นสนธิสัญญาในการก่อตั้ง องค์การสันนิบาตชาติ (The League of Nations)<sup>1</sup>

หลังจากที่ได้ก่อตั้ง องค์การสันนิบาตชาติขึ้น พร้อมกับแนวความคิดเรื่องความมั่นคงร่วมกัน (Collective security) ของชาติมหาอำนาจเพื่อที่จะดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ แต่ในความเป็นจริงแล้วชาติมหาอำนาจเหล่านี้ ไม่ได้มีความร่วมมือในการที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีกันอย่างจริงจังดังจะเห็นได้จากที่ได้บัญญัติไว้ในกฎบัตรสันนิบาตชาติแต่อย่างใด จึงได้นำมาซึ่งความวิกฤตและความทำลายในอันที่จะเกิดสงครามครั้งใหม่ดังจะเห็นได้จากกรณีที่รัฐบาลญี่ปุ่นได้ส่งกองกำลังได้เข้ายึดครองแมนจูเรีย (Manchuria) ในปี ค.ศ. 1931 และต่อมาประเทศญี่ปุ่น ประเทศเยอรมันนี และประเทศอิตาลี ได้ถอนตัวออกเป็นสมาชิกขององค์การสันนิบาตชาติเพื่อที่จะรุกรานดินแดนอื่น<sup>2</sup>

จากความล้มเหลวขององค์การสันนิบาตชาติในการที่จะบังคับให้รัฐสมาชิกปฏิบัติตามพันธกรณีในการที่จะนำมาซึ่งสันติภาพและความมั่นคง ประกอบกับสถานการณ์ช่วงเวลาดังกล่าวอาจจะมีการทำสงครามขึ้นใหม่และองค์การสันนิบาตชาติไม่มีศักยภาพที่จะป้องกันการเกิดสงครามครั้งใหม่ได้ ต่อมาในปี ค.ศ. 1941 กลุ่มประเทศพันธมิตร (The Allies) โดยประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา Roosevelt และนายกรัฐมนตรีของอังกฤษ Churchill ได้มีแถลงการณ์ร่วมกัน

<sup>1</sup> D.W. Bowett, *The Law of International Institutions*, Fourth Edition (London: Stevens and Son, 1982) p. 17

<sup>2</sup> James Burnham, "What is the Purpose of the United Nations?," *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 252 (July 1947) p. 2

ว่าจะต้องมีองค์การระหว่างประเทศเพื่อที่จะสืบสานตามเจตนารมณ์ตามพันธกรณีขององค์การสันนิบาตชาติและกลุ่มประเทศพันธมิตรได้เรียกตัวเองว่า “The United Nations”

จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1943 หลังจากที่รัฐบาลสาธารณรัฐประชาชนจีน สหภาพโซเวียต สหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกาได้ยอมรับแถลงการณ์มอสโก (Moscow Declaration) \* ซึ่งนำไปสู่การประชุมของคณะผู้แทนรัฐเพื่อที่จะร่วมเจรจาปรับร่างกฎบัตรสหประชาชาติที่เมือง Dumbarton Oaks ในปี ค.ศ. 1944 และคณะผู้แทนรับได้ตกลงยอมรับร่างกฎบัตรสหประชาชาติ และเป็นผลทำให้มีการประชุมลงนามการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติที่ San Francisco เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ปี ค.ศ. 1945 และกฎบัตรสหประชาติมาตรา 103 (3) กำหนดให้กฎบัตรมีผลใช้บังคับหลังจากที่ประเทศสมาชิกถาวร 5 ชาติและประเทศสมาชิกส่วนใหญ่ได้ให้สัตยาบัน ซึ่งกฎบัตรสหประชาชาติได้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 24 ตุลาคม ในปีเดียวกัน<sup>3</sup>

จะเห็นได้ว่าองค์การสหประชาชาติได้ถูกก่อตั้งขึ้นโดยกฎบัตรสหประชาชาติ (United Nations Charter) ซึ่งมีลักษณะเป็นสนธิสัญญาหลายฝ่าย (Multilateral treaty) ระหว่างรัฐสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ (State member) แม้ว่ารัฐสมาชิกเหล่านั้นต่างมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเองและมีได้ตกอยู่ใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐใด แต่ได้ร่วมกันยินยอม (Consent) ที่จะสละอำนาจอธิปไตยของตนบางอย่างเพียงเพื่อว่าจะมอบอำนาจให้แก่องค์การสหประชาชาติ เพื่อวัตถุประสงค์ร่วมกันคือธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือกฎบัตรได้กำหนดเป็นกรอบจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐและคำนึงถึงผลประโยชน์ของประชาคมโลกมากขึ้น<sup>4</sup>

นอกจากนี้ แล้วความยินยอมของรัฐสมาชิกเหล่านั้น ก็มีได้มีเจตนาที่จะให้องค์การสหประชาชาติมีลักษณะที่เป็นรัฐที่มีอำนาจเหนือรัฐสมาชิก (Super-State) หรือมีฐานะที่เป็นรัฐบาลโลก (World Government) แต่มีเจตนาที่จะเป็นองค์การโลก (World Organization) เพื่อ

---

\* The Moscow declaration had recognized “the necessity of establishing at the earliest practicable date a general international organization, based upon the principle of sovereign equality of all peace-loving State, large and small, for the maintenance of international peace and security”

<sup>3</sup> Leland M. Goodrich, *The United Nations in a Changing World* (New York: Columbia University Press, 1974) p. 8

<sup>4</sup> Dino Kritsiotis, “Imagining the International Community”, *European Journal of International Law* (2002), p.

อาศัยความสมัครใจยินยอมที่จะร่วมมือให้บรรลุวัตถุประสงค์หลักร่วมกัน 2 ประการคือ ประการที่ 1 คือด้านการเมืองและความมั่นคงอันได้แก่ การธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ โดยกฎบัตรได้กำหนดให้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ (United Nations Security Council) มีอำนาจหน้าที่สำคัญในการธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคง ประการที่ 2 คือด้านเศรษฐกิจและสังคม ซึ่งหมายถึงว่ารัฐสมาชิกจะให้ความร่วมมือในการแก้ปัญหาทางเศรษฐกิจสังคม วัฒนธรรม และมนุษยธรรมร่วมกัน

ในการที่จะให้องค์การสหประชาชาติดำเนินงานให้บรรลุวัตถุประสงค์หลักทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้น กฎบัตรสหประชาชาติได้กำหนดให้มีโครงสร้างซึ่งประกอบด้วยองค์กรซึ่งอยู่ภายใต้องค์การสหประชาติสองระดับคือ องค์กรหลัก (Principle Organs) และองค์กรรอง (Subsidiary Organs) โดยองค์กรหลักมีอำนาจที่จะแบ่งองค์กรรองเพื่ออำนาจให้บรรลุวัตถุประสงค์ขององค์กรได้แล้วแต่ความจำเป็นและความเหมาะสม และมอบอำนาจให้แก่องค์กรรองเท่าที่ตนมีอำนาจตามกฎหมายกำหนดไว้ นอกจากนี้ แล้วองค์กรรองมีอำนาจดำเนินการเท่าที่ตนได้รับมอบอำนาจมาจากองค์กรหลัก ซึ่งหากดำเนินการเกินขอบอำนาจของตนที่ได้รับมอบอำนาจมาแล้วก็จะเป็นการทำเกินขอบอำนาจ (Ultra vires)

ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ องค์กรหลักของสหประชาชาติที่ถูกจัดตั้งขึ้น มีอยู่ ๖ องค์กรคือ<sup>๕</sup> คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ (Security Council) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ<sup>๖</sup> องค์กรที่สองคือ สมัชชาใหญ่ (General Assembly) ซึ่งเป็นเสมือนสภาของโลก (World parliament) มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการตามหมวด

<sup>5</sup> D.W. Bowett, *The Law of International Institutions*, Fourth Edition (London: Stevens and Son, 1982) p. 24

<sup>6</sup> UN Charter Article 7 states "1. There are established as the principal organs of the United Nations: a General Assembly, a Security Council, an Economic and Social Council, a Trusteeship Council, an International Court of Justice, and a Secretariat. 2. Such subsidiary organs as may be found necessary may be established in accordance with the present Charter."

<sup>7</sup> UN Charter Article 24 states: "1. In order to ensure prompt and effective action by the United Nations, its Members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security, and agree that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on their behalf.

2. In discharging these duties the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations. The specific powers granted to the Security Council for the discharge of these duties are laid down in Chapters VI, VII, VIII, and XII.

3. The Security Council shall submit annual and, when necessary, special reports to the General Assembly for its consideration."



4 ของกฎบัตรสหประชาชาติ<sup>8</sup> เช่นเป็นเวทีเปิดให้แก่รัฐสมาชิกในการที่จะเสนอญัตติต่างๆ ร่างสนธิสัญญาพหุภาคี ตลอดจนถึงเรื่องการพิจารณางบประมาณ องค์กรที่สามคือ คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม (Economic and Social Council) นี้ มีอำนาจหน้าที่ในด้านเศรษฐกิจและสังคมตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎบัตรแต่ต้องดำเนินงานอยู่ตามภายใต้การกำกับดูแลของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ<sup>9</sup> องค์กรที่สี่คือ คณะมนตรีภาวะทรัสตี (United Nations Trusteeship Council)

สำหรับองค์กรที่ห้าคือ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) เป็นองค์กรที่เกี่ยวกับศาลของสหประชาชาติ<sup>10</sup> ซึ่งที่มีหน้าที่ที่ระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศและให้ความเห็นทางกฎหมายแก่สมัชชาสหประชาชาติและคณะมนตรีความมั่นคง และองค์กรสุดท้ายคือ สำนักเลขาธิการ (Secretariat) โดยมีเลขาธิการสหประชาชาติ (Secretary General) ซึ่งมีหน้าที่หลักในการเป็นตัวแทนขององค์การสหประชาชาติเพื่อประสานความร่วมมือในการร่างไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคง นอกจากนี้ แล้วยังเป็นหัวหน้าของสำนักงานที่จะออกกฎระเบียบปฏิบัติภายในสำนักงานเลขาธิการสหประชาชาติ

ดังนั้น ในการใช้อำนาจขององค์การสหประชาชาติภายใต้กฎบัตรโดยเฉพาะคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติในการร่างไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ประกอบมาตรา 103 ของกฎบัตรได้ให้เหนือกว่าเมื่อเกิดการขัดแย้งกับข้อตกลงระหว่างประเทศอื่น ซึ่งอำนาจตามกฎบัตรดังกล่าวนี้ นโยมส่งผลกระทบต่อรัฐ หรือองค์กรระหว่างประเทศอื่นหรือแม้แต่ปัจเจกชนอื่น ดังนั้น การใช้อำนาจขององค์การสหประชาตีย่อมต้องอยู่ในกรอบของกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในบทนี้ จะศึกษาถึงหลักกฎหมายภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ พันธกรณีที่มีผลทางกฎหมายและขอบเขตของหลักกฎหมายมาตรา 103 ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ โดยจะแบ่งการศึกษาออกเป็น 4 ส่วนคือ 2.1 ศึกษาถึงหลักกฎหมายภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติหลักการและสถานะทางกฎหมาย ตลอดจนถึงลักษณะความเป็นกฎหมายสูงสุดกฎบัตรสหประชาชาติ 2.2 ศึกษาองค์ประกอบประกอบของมาตรา 103 แห่งกฎบัตรกับกรณีที่มีการขัด

<sup>8</sup> Charter IV of UN Charter

<sup>9</sup> Article 60 of UN Charter states "Responsibility for the discharge of the functions of the Organization set forth in this Chapter shall be vested in the General Assembly and, under the authority of the General Assembly, in the Economic and Social Council, which shall have for this purpose the powers set forth in Chapter X."

<sup>10</sup> Article 92 of UN Charter states "1. The Trusteeship Council shall adopt its own rules of procedure, including the method of selecting its President. 2. The Trusteeship Council shall meet as required in accordance with its rules, which shall include provision for the convening of meetings on the request of a majority of its members."

กับระหว่างพันธมิตรภายใต้กฎบัตรกับกฎหมายหรือข้อตกลงระหว่างประเทศอื่น<sup>2.3</sup> ศึกษาถึงการบังคับใช้มาตรา 103 แห่งกฎบัตรกับข้อตกลงอื่นนอกจากข้อตกลงระหว่างประเทศ อย่างเช่น สัญญาระหว่างประเทศ เป็นต้น 2.4 ศึกษาถึงเงื่อนไขอันเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจภายใต้พันธมิตรตามกฎบัตรสหประชาชาติ โดยจะกล่าวถึงสถานะขององค์การระหว่างประเทศและบรรทัดฐานกฎหมายระหว่างประเทศ และชี้ให้เห็นว่าหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่จำกัดขอบเขตการใช้อำนาจขององค์การสหประชาชาติ

## 2.1 หลักกฎหมายภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ

### 2.1.1 ความมุ่งหมายและหลักการของกฎบัตรสหประชาชาติ (Purposes and Principles of the United Nations)

ความมุ่งหมายขององค์การสหประชาชาติได้กำหนดไว้ในมาตรา 1<sup>11</sup> แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ กล่าวคือ ประการแรกเพื่อธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ (To keep peace throughout the world) และมุ่งต่อจุดหมายปลายทางอันนี้ จะได้ดำเนินมาตรการร่วมกัน อันมีผลจริงจังเพื่อการป้องกัน และการขจัดปัดเป่าการคุกคามต่อ สันติภาพ และเพื่อปราบปรามการ รุกรานหรือการล่วงละเมิดอื่น ๆ ต่อสันติภาพ ตลอดจนนำมาโดยสันติวิธีและสอดคล้องกับหลักการแห่งความยุติธรรม และกฎหมาย ระหว่างประเทศซึ่งการปรับปรุงหรือระงับกรณีพิพาท หรือสถานการณ์ระหว่างประเทศอันจะนำไปสู่การล่วงละเมิดสันติภาพได้ ประการที่สอง เพื่อพัฒนาสัมพันธไมตรีระหว่างประชาชาติทั้งปวง (To develop friendly relations between nations) โดยยึดการเคารพต่อหลักการแห่งสิทธิที่เท่าเทียมกัน และการกำหนดเจตจำนงของตนเองแห่งประชาชนทั้งปวงเป็นมูลฐาน และจะได้ดำเนินมาตรการอันเหมาะสมอย่างอื่น ๆ เพื่อเป็นกำลังแก่สันติภาพสากล

ประการที่สามเพื่อทำการร่วมมือระหว่างประเทศ ในอันที่จะแก้ปัญหาระหว่างประเทศในทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และมนุษยธรรม และส่งเสริมและสนับสนุนการเคารพสิทธิมนุษยชน และอิสรภาพ (To work together to help people live better lives, to eliminate poverty, disease and illiteracy in the world, to stop environmental destruction and to encourage respect for each other's rights and freedoms) อันเป็นหลักมูลสำหรับทุกๆ คน โดยปราศจากความแตกต่างในทาง เชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา และ ประการสุดท้ายเพื่อเป็น

<sup>11</sup> Article 1 of UN Charter

ศูนย์กลางสำหรับประสานการดำเนินการของประชาชาติที่ ings (To be a centre for helping nations achieve these aims) ในอันที่จะบรรลุสู่จุดหมาย ปลายทางร่วมกันเหล่านี้ ให้กลมกลืนกัน

สำหรับการดำเนินการตามความความมุ่งหมายนั้น องค์การสหประชาชาติได้วางหลักการ (The Principles of the United Nations) ไว้ตามมาตรา 2<sup>12</sup> กล่าวคือ หลักการแรก องค์การยอมยึดหลักการแห่งความเสมอภาคในอธิปไตยของสมาชิกที่ ings เป็นมูลฐาน (All Member States have sovereign equality) หลักการประการที่สองคือ สมาชิกที่ ings จะต้องปฏิบัติตามข้อผูกพันตามกฎหมายฉบับปัจจุบันนี้ โดยสุจริตใจ (All Member States must obey the Charter) ประการที่สามคือ สมาชิกที่ ings จะต้องระงับกรณีพิพาทระหว่างประเทศของตนโดยสันติวิธี ประการที่สี่คือ สมาชิกที่ ings จะต้องละเว้นการคุกคามหรือการใช้กำลังต่อบูรณภาพ แห่งอาณาเขต หรือเอกราชทางการเมืองของรัฐใดๆ (Countries must avoid using force or threatening to use force) ประการที่ห้าคือ สมาชิกที่ ings จะให้ความช่วยเหลือทุกประการ แก่สหประชาชาติในการกระทำใดๆ ที่ได้ดำเนินไปตามกฎบัตร ฉบับปัจจุบัน ประการที่หกคือ รัฐที่มีใช้สมาชิกของสหประชาชาติ จะพึงต้องปฏิบัติตามหลักการเหล่านี้ เท่าที่จำเป็นแก่การดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ประการสุดท้ายคือ สหประชาชาติจะต้องไม่เข้าแทรกแซงในเรื่องซึ่งโดยสาระสำคัญแล้วตกอยู่ในเขตอำนาจภายในของรัฐ

### 2.1.2 สถานทางกฎหมายของกฎบัตรสหประชาชาติในกฎหมายระหว่างประเทศ (Legal Status of the United Nations Charter)

เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าองค์การสหประชาชาตินี้มีสถานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยองค์การสหประชาชาติได้ถูกก่อตั้งโดยสารตราตั้ง (Constituent Instrument) หรือกฎบัตรสหประชาชาติ (United Nations Charter) นั้นเอง ดังนั้น การที่จะพิจารณาว่ากฎบัตรมีสถานะทางกฎหมายอย่างไรนั้นย่อมขึ้นอยู่กับว่าจะพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรเปรียบเทียบกับสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญา ก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศหรือองค์การส่วนภูมิภาคใดเช่น สหภาพยุโรป (European Union) นั้นก็หมายความว่า จะต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรและระบบกฎหมายยุโรปว่ากฎบัตรมีสถานะอย่างไรในระบบกฎหมายของสหภาพยุโรป หรือเป็นความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรกับ

<sup>12</sup> Article 2 of UN Charter

กฎหมายภายในของรัฐสมาชิกว่ากฎบัตรมีสถานะอย่างไรในระบบกฎหมายภายในหรือกฎหมายรัฐธรรมนูญของรัฐนั้น

สำหรับผลของความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรกับระบบกฎหมายขององค์กรส่วนภูมิภาคอย่างเช่นสหภาพยุโรป หรือกับระบบกฎหมายภายในรัฐนั้น จะให้ผลทางกฎหมาย 2 ประการกล่าวคือ ประการแรก ก่อให้เกิดเสมือนว่าทำให้ทราบว่าการลำดับศักดิ์ (Primacy) ของกฎบัตรต่อระบบกฎหมายสหภาพยุโรป หรือต่อกฎหมายของรัฐสมาชิกซึ่งจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายว่า จะต้องบังคับตามกฎหมายใดก่อน (Prevailing force) และประการที่สอง ทำให้ทราบถึงผลผูกพันทางกฎหมาย (Legal binding force) ของกฎบัตรอันจะก่อให้เกิดสภาพบังคับที่องค์กรส่วนภูมิภาคหรือรัฐที่จะต้องปฏิบัติตามกฎบัตรในการที่จะก่อให้เกิดการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศอันเป็นวัตถุประสงค์หลักขององค์การสหประชาชาติต่อไป

สำหรับสถานะหรือความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตร (United Nations Charter) และกฎหมายภายในของรัฐสมาชิก (Domestic laws) นั้น มาจากหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ยอมรับว่าสถานะของกฎบัตรสหประชาชาตินี้ นอเหนือกฎหมายภายในรัฐดังจะปรากฏไว้ในมาตรา 27<sup>13</sup> แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาโดยกำหนดไว้ว่ารัฐคู่ภาคีมีอาจจะอ้างกฎหมายภายในของตนที่จะไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงหรือสนธิสัญญาระหว่างกันได้ และหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎบัตรซึ่งกำหนดให้พันธกรณีตามกฎหมายบัตรอยู่เหนือกว่าพันธกรณีตามสนธิสัญญานั้นได้กำหนดไว้ในมาตรา 103 แห่งกฎบัตร นอกจากนี้ แล้วสถานะของกฎบัตรยังได้กำหนดให้เหนือกว่าสนธิสัญญาของรัฐตามนัยของมาตรา 30<sup>14</sup> แห่งสนธิสัญญากรุงเวียนนา ดังนี้

<sup>13</sup> Article 27 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1968 states "A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty.

This rule is without prejudice to article 46."

<sup>14</sup> Article 30 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1968 states:

"1. Subject to Article 103 of the Charter of the United Nations, the rights and obligations of States parties to successive treaties relating to the same subject-matter shall be determined in accordance with the following paragraphs.

2. When a treaty specifies that it is subject to, or that it is not to be considered as incompatible with, an earlier or later treaty, the provisions of that other treaty prevail.

3. When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under article 59, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the latter treaty.

4. When the parties to the later treaty do not include all the parties to the earlier one:

ชี้ให้เห็นว่าสถานะของกฎบัตรนี้ มีสถานะเหนือกฎหมายภายในของรัฐสมาชิก หัวข้อดังกล่าวนี้ จะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป ส่วนสถานะหรือความสัมพันธ์ของกฎบัตรกับกฎหมายภูมิภาคโดยเฉพาะระบบกฎหมายยุโรปนั้น จะได้กล่าวในรายละเอียดในบทที่4 ต่อไป

### 2.1.3 ลักษณะเฉพาะของกฎบัตรสหประชาชาติ (the Special character of the UN Charter)

ความพยายามที่แยกลักษณะเฉพาะของสารตราตั้งสหประชาชาติ (The Constituent instrument of the UN) หรือกฎบัตรออกจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศทั่วไปนั้น ได้ริเริ่มตั้งแต่ก่อนก่อตั้งองค์การสันนิบาตชาติ(the League of Nations) โดยท่าน Heinrich Triepel<sup>15</sup> (Rapiasiardi Mirabelli) ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศในปี ค.ศ. 1925 ว่าในการตราสารตราตั้งขององค์การระหว่างประเทศนี้รัฐผู้ก่อตั้งไม่ได้มีเจตนาเพียงเพื่อจุดประสงค์ของผลประโยชน์เฉพาะรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้น แต่เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์หลักร่วมกัน (the Achievement of common goals)<sup>16</sup> นอกจากนี้แล้วนักกฎหมายระหว่างประเทศในขณะนั้น ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับลักษณะของสารตราตั้งสันนิบาตชาติว่ามีลักษณะเพื่อจุดประสงค์ในการที่ก่อตั้งองค์การมากกว่าที่จะมีลักษณะของความสัมพันธ์ของสนธิสัญญาระหว่างรัฐสมาชิก อีกทั้งโดยลักษณะธรรมชาติของสารตราตั้งแล้วไม่ได้เป็นสัญญา (Contract) หรือรัฐธรรมนูญ (Constitution) แต่อย่างใด<sup>17</sup>

ปัจจุบันนักกฎหมายระหว่างประเทศได้ยอมรับว่าสารตราตั้งขององค์การระหว่างประเทศโดยเฉพาะองค์การสหประชาชาติมีลักษณะเป็นสัญญาและลักษณะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือความเป็นกฎหมายสูงสุด การที่สารตราตั้งได้มีลักษณะเป็นสัญญานี้ หมายความว่า

(a) as between States parties to both treaties the same rule applies as in paragraph 3;

(b) as between a State party to both treaties and a State party to only one of the treaties, the treaty to which both States are parties governs their mutual rights and obligations.

5. Paragraph 4 is without prejudice to article 41, or to any question of the termination or suspension of the operation of a treaty under article 60 or to any question of responsibility which may arise for a State from the conclusion or application of a treaty the provisions of which are incompatible with its obligations towards another State under another treaty."

<sup>15</sup> Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (London: Longmans, Green and Co., 1927) p. 156

<sup>16</sup> Paul S. Reinsch, 'International Administrative Law and National Sovereignty', *AJIL* 3 (1909) : 1-45.

<sup>17</sup> Alfred Zimmern, *The League of Nations and the Rule of Law, 1918-1935* (New York: Russell and Russell, 1969) pp. 290-291.

ว่ารัฐผู้ก่อตั้งได้ยินยอมที่จะสูญเสียอำนาจอธิปไตยของตนเพื่อที่จะมอบอำนาจให้องค์การได้มีอำนาจ (Power) และความสามารถ (Competance) ที่จะดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ร่วมกัน ตามที่ได้ตกลงตามข้อสัญญาซึ่งมองในมิติของแนวราบ (Horizontal) หรือในมิติของระหว่างประเทศ และอีกมิติหนึ่งคือในแนวตั้ง (Vertical) หรือมิติของการดำเนินงาน (Functioning) ในองค์การซึ่งจะต้องมีความเป็นกฎหมายสูงสุดที่มีลำดับศักดิ์ กฎหมายในองค์การและมีสถานะบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องนำกฎหมายสนธิสัญญาและกฎหมายว่าด้วยสารตราตั้งองค์การระหว่างประเทศมาปรับพิจารณา เพื่อให้เกิดความเข้าใจจึงจะขอกกล่าวโดยรายละเอียดทั้งสองลักษณะดังนี้

(ก) ลักษณะเป็นสัญญาของสารตราตั้งองค์การ(The Constituent Instrument as a Contract)

ลักษณะเฉพาะของกฎบัตรที่มีลักษณะเป็นสัญญานี้ หมายความว่า การที่รัฐสมาชิกเป็นผู้ตกลงร่วมกันสละอำนาจอธิปไตยบางอย่างของตน (pouvoir constituant) เพื่อที่จะก่อตั้งองค์การ (pouvoir constitué) ให้มีอำนาจและหน้าที่ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ของ รัฐโดยอาศัยหลักยินยอม (Principle of consent) โดยสารตราตั้งองค์การหรือกฎบัตรก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่หรือพันธกรณีต่อรัฐภาคีที่มีผลผูกพันตามกฎหมายและจะไม่ก่อผลผูกพันต่อรัฐที่สาม (pacta tertiis rule) รัฐภาคีที่จะต้องร่วมกันปฏิบัติตามพันธกรณี (pacta sunt servanda) ตามหลักสุจริต (Good faith) เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามข้อตกลงร่วมกัน (Collective goals) ซึ่งในการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงกฎบัตรนี้ จะต้องอาศัยความยินยอมของรัฐภาคี (Contracting parties)

นอกจากนี้แล้ว ในการตกลงร่วมกันจัดตั้งองค์การขึ้นมานั้น รัฐภาคีจะต้องมีกระบวนการเจรจาต่อรอง การร่างและการรับรองเอกสารตลอดจนการลงนามในข้อตกลงหรือการลงสัตยาบันโดยมีเจตนาว่ารัฐภาคีจะต้องรับนำเอาข้อผูกพันไปปฏิบัติตามที่ได้ตกลงกันไว้ หากว่ามีสถานะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป หรือเกิดมีการไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาก็มีผลทำให้สัญญาดังกล่าวนั้น การที่จะบอกเลิกสัญญาหรือสิ้นสุดสัญญาก็ต้องได้รับความยินยอมของรัฐคู่ภาคีด้วย<sup>18</sup> ซึ่งลักษณะดังกล่าวชี้ให้เห็นว่าสารตราตั้งองค์การระหว่างประเทศนี้ มีลักษณะเป็นสัญญาระหว่างรัฐ

<sup>18</sup> C. Wilfred Jenks, 'Some Constitutional Problems of International Organizations', *BYIL* (1945): 11

ที่มีลักษณะสัญญาหลายฝ่ายประกอบด้วย 193 รัฐภาคี จาก 196 รัฐ\* ซึ่งองค์การเป็นผลมาจาก ข้อสัญญาของรัฐภาคีที่ถือกำเนิดและการสิ้นสุดขององค์การระหว่างประเทศ<sup>19</sup> แต่ระหว่างที่ องค์การระหว่างประเทศที่ยังดำเนินการอยู่นั้น ความเป็นลักษณะของรัฐธรรมนูญขององค์การจะ กำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่และวัตถุประสงค์ขององค์การ ซึ่งจะกล่าวในหัวข้อต่อไป

(ข) ลักษณะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญของสารตราตั้งองค์การ(The Constituent Instrument as a Constitution)

แม้ว่าคำว่า “รัฐธรรมนูญ” ตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้วจะไม่ได้ให้ความหมายที่เฉพาะเจาะจงอย่างหนึ่งอย่างใด หรืออาจจะไม่ปรากฏในระบบกฎหมายระหว่างประเทศเสียด้วยซ้ำไป แต่ “รัฐธรรมนูญ” จะให้ความหมายที่ชัดเจนในระบบกฎหมายภายในรัฐเสียมากกว่า ดังนั้น ในสังคมระหว่างประเทศมักจะใช้คำว่ารัฐธรรมนูญที่ผิดไป ดังที่องค์คณะอุทธรณ์ของศาลเฉพาะกิจยูโกสลาเวีย (The Appeals Chamber of the Yugoslavia Tribunal) ได้กล่าวในคำพิพากษาคดี Blaskic case<sup>20</sup> ไว้ว่าข้อบกพร่องในการที่มีการเปรียบเทียบสังคมระหว่างประเทศกับรัฐ เนื่องจากว่าสังคมระหว่างประเทศไม่มีรัฐบาลส่วนกลางและการแบ่งแยกอำนาจในการถ่วงดุลอำนาจระหว่างกัน ดังนั้น นททจะนำเอา โครงสร้างและสถาบันในรัฐมาเปรียบกับระบบองค์การระหว่างประเทศแล้วเป็นการเข้าใจผิดอย่างมหันต์

อย่างไรก็ตามลักษณะของสารตราตั้งองค์การระหว่างประเทศที่มีลักษณะของความเป็นรัฐธรรมนูญนั้น หมายความว่า รัฐสมาชิกได้ยินยอมมอบอำนาจอธิปไตยของตนบางส่วนให้แก่องค์การเพื่อให้มีสถานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศในที่จะตัดสินใจอย่างอิสระในการดำเนินงานให้บรรลุวัตถุประสงค์ร่วมกันที่รัฐได้รัฐหนึ่งมีอาจจะดำเนินการเพียงลำพังได้ การที่รัฐมอบอำนาจให้แก่องค์การนี้ รัฐสมาชิกยังได้กำหนดองค์ประกอบและกรอบอำนาจขององค์การ โดยที่กรอบอำนาจจะกำหนดความสามารถ (Competence) ขององค์การและองค์การรอง

---

\* Three countries out of the 196 countries in the world are not members of the United Nations. Kosovo declared independence from Serbia on February 17, 2008 but has not gained complete international recognition to allow it to become a member of the United Nations. Taiwan was replaced by the People's Republic of China (mainland China) as UN member in 1971. The Vatican, the independent papal state of 771 people, was created in 1929. They have not chosen to become part of the international organization.

<sup>19</sup> Niels Blokker, 'International Organizations and Their Members.' International Organizations Belong to All Members and to None' – Variations on a Theme', *IOLR* 1 (2004) : 139-161

<sup>20</sup> The Judgment on the Request of the Republic of Croatia for review of the Decision of the Trial Chamber, Paras. 30-31

ในองค์การมิให้กระทำการเกินขอบอำนาจซึ่งสารตราตั้ง องค์การได้กำหนดไว้ นอกจากนี้ แล้วกฎบัตรยังได้บรรจุหลักการบางอย่างตามกฎหมายระหว่างประเทศไว้ในกฎบัตร อย่างเช่น หลักการที่จะระงับข้อพิพาทอย่างสันติ หลักการไม่ใช้กำลังหรือหลักการของสิทธิป้องกันตนเองเป็นต้น ลักษณะดังกล่าวเช่นนี้ ของกฎบัตรสหประชาชาติมีลักษณะของควมรัฐธรรมนุญขององค์การ<sup>21</sup> แต่อย่างไรก็ตามกฎบัตรสหประชาชาติยังมีความแตกต่างจากรัฐธรรมนุญของรัฐสมาชิกอยู่นั่นเอง

#### 2.1.4 ลักษณะความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎบัตรสหประชาชาติ (The Constitutional Character of United Nations Charter)

ความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายระหว่างประเทศ (International legal system) และระบบกฎหมายภายในของรัฐ (Domestic legal system) นี้ มีความแตกต่างประการหนึ่งคือ ระบบกฎหมายระหว่างประเทศมีความสัมพันธ์ทางแนวนราบ (Horizontal relationship) กล่าวคือ ความสัมพันธ์ของกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ สนธิสัญญาระหว่างประเทศ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศนั้นจะไม่มี ความสัมพันธ์ที่เป็นลักษณะที่มีศักดิ์ ตามลำดับทางกฎหมาย(Hierarchy) หรือเป็นลักษณะที่มี บทบัญญัติเป็นกฎหมายสูงสุด (Supremacy clause) ที่ว่าหากกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับกฎหมายลำดับสูงสุดแล้วจะมีผลเป็นโมฆะ (Void) หรือใช้ไม่ได้ (Null) หรือไม่สามารถ บังคับได้(Unenforceable) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือระบบกฎหมายระหว่างประเทศจะมีผลผูกพัน เฉพาะแต่รัฐ (States) หรือบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ (International legal personality) ที่ยินยอมเข้าผูกพันต่อพันธกรณีระหว่างประเทศเหล่านี้ ใ้ แต่อย่างไรก็ตามความสัมพันธ์ของระบบ กฎหมายระหว่างประเทศได้พัฒนาตลอดมาจนมีข้อยกเว้นตามหลักกฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens and obligations Erga Omnes) ที่จะต้องผูกพันต่อรัฐหรือบุคคลตามกฎหมายระหว่าง ประเทศอื่นแม้ว่าจะมิได้ยินยอมเข้าผูกพันก็ตาม<sup>23</sup>

ในทางตรงกันข้ามกันนี้ ระบบกฎหมายภายในมีความสัมพันธ์ที่มีลักษณะ โครงสร้างของระบบกฎหมายเป็นแบบลำดับศักดิ์ กฎหมาย(Hierarchal structure) ซึ่งมีกฎหมาย

<sup>21</sup> Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion of 11 Apr. 1949, [1949] ICJ Rep. 174, at 179.

<sup>22</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Russell and Russell, New York 1961), pp. 354

<sup>23</sup> Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (eds), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (London: Martinus Nijhoff, Leiden 2006), pp. 2-5



รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ สูงสุดในการปกครองรัฐ (Constitutional regulations)<sup>24</sup> นอกจากนี้ แล้วกฎหมายรัฐธรรมนูญยังได้มีบทบัญญัติเฉพาะที่มีลักษณะความเป็นกฎหมายสูงสุด (Supremacy character) ซึ่งมีผลทางกฎหมายคือ หากกฎหมายลำดับรองใดขัดหรือแย้งกับกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้วจะไม่มีผลใช้บังคับหรือไม่ก่อผลทางกฎหมายใดๆ (Invalid)<sup>25</sup>

แม้ว่าความสัมพันธ์ของกฎหมายระหว่างประเทศจะเป็นความสัมพันธ์แบบ แนวราบ แต่ไม่ได้หมายความว่ากฎหมายระหว่างประเทศเหล่านั้นจะไม่มีความสัมพันธ์ที่มี ลักษณะศักดิ์ ทางกฎหมายระหว่างกันเลย ด้วยเหตุที่ความสัมพันธ์ขององค์การระหว่างประเทศ ต่างๆ ได้พยายามพัฒนาความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกัน (Glued together) และมีแรงผลักดันให้มีการ สร้างคุณค่าที่สำคัญของระบบกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อให้มีลักษณะที่เป็นธรรมนูญของโลก ซึ่งการละเมิดคุณค่าสำคัญนั้นมิเพียงจะมีผลกระทบต่อรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้น แต่ยังมีผลกระทบต่อ ประชาคมระหว่างประเทศอีกด้วย<sup>26</sup>

ดังจะเห็นได้จากกฎบัตรสหประชาชาติ (United Nations Charter) ซึ่งเป็นมี ลักษณะที่เป็นสนธิสัญญาพหุภาคีพิเศษที่มีลักษณะความเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญมากที่สุด<sup>27</sup> นอกจากนี้ แล้วท่าน Oscar Schachter ยังได้ให้ความเห็นในประเด็นดังกล่าวนี้ ในปี คศ. 1951 ว่า “กฎบัตรสหประชาชาตินั้น ไม่ได้เป็นเหมือนกับสัญญาเช่าที่ดินหรือสัญญาในกรรมอันประกันภัย แต่ได้ถูกร่างขึ้น มาด้วยถ้อยคำที่มีความหมายกว้างในการที่จะต้องเผชิญกับสถานการณ์ที่ เปลี่ยนไปกับอนาคตที่ไม่แน่นอน”<sup>28</sup> ในส่วนนี้ ผู้วิจัยจะได้ชี้ให้เห็นว่ากฎบัตรสหประชาชาตินั้น มี ลักษณะของความเป็นธรรมนูญของโลก

ในการที่พิจารณาว่ากฎบัตรหรือสารตราตั้งขององค์การสหประชาชาตินั้น มี ลักษณะความเป็นกฎหมายสูงสุด (The constitutionality of the UN system) หรือไม่นั้น หากเมื่อ พิจารณาเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญตามกฎหมายภายในของรัฐแล้วนั้น จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญ

<sup>24</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (New York: Russell and Russell, 1961), pp. 123-125

<sup>25</sup> ILC, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 April 2006, pp. 166, para: 324.

<sup>26</sup> Erika de Wet, “The International Constitutional Order” *International and Comparative Law Quarterly*, (2006) : 51

<sup>27</sup> Michael W. Doyle, “A Global Constitution? The Struggle over the UN Charter,” *NYU Symposium* (September, 2010) : 1

<sup>28</sup> Oscar Schachter, ‘Review of Kelsen: The Law of the United Nations’, *Yale Law Journal* 189-193 (1951), : 193.

ของรัฐนั้น เป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองรัฐ เป็นบ่อเกิดของกฎหมายทั้งหมดที่บังคับใช้ในรัฐ และรัฐธรรมนูญยังให้อำนาจแก่องค์กรในรัฐในการที่จะแบ่งอำนาจอธิปไตยในรัฐ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังมีอำนาจจัดการขัดหรือแย้งกันของกฎหมายลำดับรองภายในรัฐอีกด้วย

หากพิจารณาจากอรัภพของกฎบัตรสหประชาชาติแล้วจะเห็นว่า กฎบัตรสหประชาชาติไม่มีเจตนาที่จะสร้างรัฐโลก (World State) ซึ่งจะพบว่าข้อความของอรัภพที่ได้ตั้งเจตจำนง “ที่จะช่วยชนรุ่นหลังให้พ้นจากภัยพิบัติแห่งสงคราม” “ที่จะยืนยันความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชน” “ที่จะสถาปนาภาวะการอันจะดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมและความเคารพต่อข้อผูกพันที่งปวงอันเกิดมาจากสนธิสัญญา และที่มานั้นๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศและ “ที่จะส่งเสริมความก้าวหน้าทางสังคม และมาตรฐานอันดียิ่งขึ้นแห่งชีวิตในอิสราฟ<sup>29</sup> นอกจากนี้ แล้วกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 2(1) กำหนดไว้ว่าองค์การสหประชาชาติ “ยึดหลักการแห่งความเสมอภาคในอธิปไตยของสมาชิกที่งปวงเป็นมูลฐาน<sup>30</sup> นอกจากนี้ สมาชิกขององค์การยังได้เปิดไว้ตามมาตรา 4(1) “ให้แก่อรัฐที่รักษสันติภาพที่งปวง<sup>31</sup>

ในกรณีที่เปรียบเทียบกฎบัตรสหประชาชาติและรัฐธรรมนูญของรัฐแล้ว จะเห็นว่า กฎบัตรสหประชาชาติยังขาดความเป็นกฎหมายสูงสุด (Supremacy law) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้ (The Constitutional Court of South Africa) ได้ให้คำวินิจฉัยในคดี Pharmaceutical เกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่กำหนดระบบกฎหมายระบบเดียวในรัฐและเป็นบ่อเกิดของแห่งกฎหมายและอำนาจในรัฐ ซึ่งอำนาจและกฎหมายดังกล่าวได้ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายรัฐธรรมนูญ<sup>32</sup>

นอกจากนี้ แล้ว Laurence Helfer ยังได้ให้ทรรศนะเกี่ยวกับกฎบัตรสหประชาชาติว่า กฎบัตรสหประชาชาติได้ขาดความเป็นกฎหมายสูงสุด ด้วยเหตุที่ว่ากฎบัตรไม่ได้ทำให้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศเป็นระบบกฎหมายเดียว (One system of international law) และกฎหมายระหว่างประเทศทั้งหมดก็ไม่ได้ตกอยู่ภายใต้กฎบัตร นอกจากนี้ แล้วกฎบัตรก็ไม่ได้เป็นบ่อ

<sup>29</sup> The preamble of the United Nations Charter

<sup>30</sup> Article 2(1) of UN Charter

<sup>31</sup> Article 4(1) of UN Charter

<sup>32</sup> Michael W. Doyle, “A Global Constitution? The Struggle over the UN Charter”, *NYU Symposium*

เกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>33</sup> จะเห็นได้ว่ามีกฎหมายระหว่างประเทศอื่นที่ได้สร้างหลักกฎหมายที่ควบคู่ขนานไปกับกฎบัตร อย่างเช่น อนุสัญญาว่าด้วยการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์(the Genocide Convention) ซึ่งถือว่าเป็นการพัฒนาจากหลักกฎหมายเด็คชาด(Jus cogens) ที่ว่าอนุสัญญาได้กำหนดให้รัฐภาคีมีอำนาจที่จะป้องกันและลงโทษผู้กระทำการละเมิดอนุสัญญาถึงแม้ว่าจะไม่ได้รับอำนาจจากคณะมนตรีความมั่นคงก่อนหรือแม้ว่าการกระทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์(Genocide) จะเป็นเรื่องภายในรัฐก็ตาม

หากพิจารณาลักษณะของกฎบัตรจากสนธิสัญญากรุงเวียนนาแล้วอาจกล่าวได้ว่ากฎบัตรเป็นสนธิสัญญาพหุภาคีพิเศษ (Special multilateral treaty) และมีลักษณะของความเป็นกฎหมายสูงสุดอยู่ ด้วยเหตุผลหลายประการคือ ประการแรกความเป็นกฎหมายสูงสุดตามมาตรา 103 ที่ว่าหากมีการขัดแย้งระหว่างข้อผูกพันของสมาชิกสหประชาชาติและตามข้อผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศอื่น ให้ข้อผูกพันตามกฎบัตรใช้บังคับ<sup>34</sup> ซึ่งข้อบังคับตามพันธกรณีภายใต้กฎบัตรนี้ ยังใช้บังคับ(prevail or supersede) เหนือหลักกฎหมายที่เกิดขึ้น (The last in time rule) ตามมาตรา 30 ของกฎหมายสนธิสัญญากรุงเวียนนา<sup>35</sup>

ประการที่สอง กฎบัตรได้กำหนดให้พันธกรณีเกี่ยวกับการดำรงไว้ซึ่งสันติและความมั่นคงระหว่างประเทศตามมาตรา 39 นั้น มีผลผูกพันทางกฎหมายกับรัฐสมาชิกทุกรัฐและรวมถึงรัฐที่มิใช่สมาชิกด้วย<sup>36</sup> ประการที่สาม จะเห็นได้ว่าลักษณะของกฎบัตรสหประชาชาติมีความแตกต่างจากสนธิสัญญาอื่น ตรงกันว่ากฎบัตรสหประชาชาติไม่เปิดให้มิชอบสงวนหลังจากที่ได้ให้การสัตยาบัน นอกจากนี้ ในการที่จะแก้ไขกฎบัตรยังมีความยากลำบาก เนื่องจากว่าจะต้องได้รับเสียงเอกฉันท์จากรัฐสมาชิกไม่น้อยกว่าจำนวนสองในสามซึ่งรวมถึงรัฐสมาชิกถาวรทั้งห้าอีกด้วย<sup>37</sup>

ประการที่สาม กฎบัตรสหประชาชาติยังมีลักษณะที่เป็นองค์การที่มีอำนาจเหนือรัฐ (Supranationality) ในแง่ที่ว่ากฎบัตรได้มอบอำนาจให้แก่องค์กรหลักทำการตัดสินใจเองในการดำเนินงานภายใต้กฎบัตร โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสมาชิกเป็นคราวๆ ไป อย่างเช่น

<sup>33</sup> Laurence R. Helfer, "Constitutional analogies in international legal system", *Loyola of Los Angeles Law Review* 37 (2003) :. 207-208

<sup>34</sup> Article 103 of UN Charter

<sup>35</sup> Article 30 of Vienna Convention on Law of Treaty 1968

<sup>36</sup> Article 39 of United Nations

<sup>37</sup> Article 109 of United Nations

อำนาจในการวินิจฉัยของคณะมนตรีความมั่นคงภายใต้หมวด 7 ซึ่งได้ให้คำวินิจฉัยออกมาเป็นคำแนะนำ (Recommendations) หรือเป็นคำวินิจฉัยที่มีผลผูกพันทางกฎหมาย (Decision) ภายใต้กฎบัตรมาตรา 24 และ 48<sup>38</sup> ทำให้มีผลผูกพันทางกฎหมาย (Legal binding decision) แก่รัฐทุกรัฐที่จะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งคำวินิจฉัยเหล่านี้ นอ้ายเสียงเพียงแค่ว่า เสียงจาก 15 เสียงของสมาชิกสภาความมั่นคงและไม่มีการวิโต้จากสมาชิกถาวร

ประการที่สี่ กฎบัตรยังได้ให้อำนาจแก่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice or ICJ) ซึ่งถือว่าเป็นองค์กรหลักสูงสุดด้านยุติธรรมขององค์การสหประชาชาติที่กฎบัตรให้อำนาจที่จะกระชับการเชื่อมโยงระหว่างลำดับศักดิ์กฎหมายระหว่างประเทศและระบบภายในของสหประชาชาติ ซึ่งศาลมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจหน้าที่ขององค์กรรองในสหประชาชาติดังปรากฏในความเห็นเชิงปรึกษาคดี Effects of Awards Advisory Opinion<sup>39</sup> คดีดังกล่าวเกิดจากสมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้ร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพื่อขอความเห็นเชิงปรึกษากรณีศาลชำนาญการพิเศษ (the UN Administrative Tribunal) ได้มีคำสั่งให้จ่ายค่าชดเชยแก่เจ้าหน้าที่สหประชาชาติที่ถูกให้ออกจากงานและพิจารณาว่าสมัชชาใหญ่มีอำนาจที่ยังมีให้ดำเนินการตามคำพิพากษาของศาลชำนาญการพิเศษได้หรือไม่ ศาลยุติธรรมได้มีความเห็นเชิงปรึกษาว่าศาลชำนาญการดังกล่าวทำหน้าที่ไม่เพียงแต่ให้ความเห็นเชิงปรึกษาแก่องค์กรสหประชาชาติ แต่เป็นองค์กรศาลที่มีความเป็นอิสระพิพากษาคดี และมีผลผูกพันทางกฎหมายรวมถึงสมัชชาใหญ่ด้วย แม้ว่าศาลชำนาญการถูกตั้งขึ้นโดยสมัชชาใหญ่ซึ่งมีอำนาจที่จะแก้ไขธรรมนูญศาลชำนาญการหรือแม้แต่ยกเลิกศาล แต่ก็ไม่ได้กระทบต่อคำพิพากษาของศาลที่มีผลผูกพันทางกฎหมาย ดังนั้นในกรณีดังกล่าวสมัชชาใหญ่ไม่มีทางเลือกนอกจากจะต้องจ่ายค่าชดเชยดังกล่าว

นอกจากนี้ แล้วอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังไม่ได้ถูกจำกัดไว้ภายใต้กฎบัตรเท่านั้น ศาลยังมีอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาคดีที่รัฐคู่กรณียินยอมที่จะนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลให้วินิจฉัยประเด็นข้อพิพาทแม้ว่าคู่กรณีจะไม่ได้เป็นภาคีต่อธรรมนูญศาลก็ตามตามมาตรา 35 และมาตรา 36 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ นอกจากนี้ แล้วอำนาจพิเศษอีกอย่างหนึ่งของศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยกรณีพิพาทกันขององค์กรรองสหประชาชาติอย่างเช่นอำนาจสมัชชาใหญ่และคณะมนตรีความมั่นคงในคดี Nicaragua case และยังเป็นประเด็นในการ

<sup>38</sup> Article 24, 48 of United Nations

<sup>39</sup> Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion of 13 July 1954, [1954] ICJ Rep. 47, at 61.

วินิจฉัยความเห็นเชิงปรึกษาในคดี the Wall Advisory Opinion อีกด้วย<sup>40</sup> ซึ่งลักษณะดังกล่าวนี้ ให้เห็นถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎบัตร

ประการที่ห้า แม้ว่าตามหลักของสัญญาที่จะไม่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อรัฐไม่ได้เป็นคู่ภาคีหรือรัฐที่สามตามหลัก pacta tertiis rule แล้วนั้น แต่กฎบัตรสหประชาชาติได้บัญญัติให้มีผลทางกฎหมายแก่รัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีที่จะต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักการของกฎบัตรตามนัยแห่งมาตรา 2(6)<sup>41</sup> นอกจากนี้ การปฏิบัติ(Practice) ขององค์กรรองสหประชาชาติที่มักจะถูกออกมามีในรูปของข้อมติแม้ว่าจะจะเป็นลักษณะของคำแถลงการณ์ฝ่ายเดียว(Unilateral declaration) อย่างเช่นข้อมติของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ (General Assembly) ก่อให้เกิดผลผูกพันต่อรัฐที่สามหรือองค์กรอื่นตามหลักของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ ข้อมติของสมัชชาใหญ่ยังได้แสดงให้เห็นถึงเจตนาร่วมกันของรัฐสมาชิกและเจตนาเฉพาะของแต่ละรัฐต่อการเห็นด้วยหรือคัดค้านในเรื่องใดเรื่องหนึ่งซึ่งให้ผลผูกพันต่อรัฐที่สามภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังจะพบได้จากคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดี Nicaragua case<sup>42</sup>

ประการสุดท้าย หากพิจารณาถึงบทบัญญัติความสัมพันธ์ทางกฎหมายขององค์กรระหว่างประเทศอื่นกับองค์การสหประชาชาติ(United Nations) และทบวงการชำนัญพิเศษต่างๆ ของสหประชาชาติ (Specialized agencies of the United Nations) ซึ่งได้บัญญัติไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 57<sup>43</sup> และมาตรา 63<sup>44</sup> ซึ่งผลของความสัมพันธ์ระหว่างองค์กร

---

<sup>40</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 Jul. 2004, [2004] ICJ Rep. 136, at 149, para. 27.

<sup>41</sup> Article 2 (6) of United Nations states " The Organization shall ensure that states which are not Members of the United Nations act in accordance with these Principles so far as may be necessary for the maintenance of international peace and security."

<sup>42</sup> Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 Jun. 1986, [1986] ICJ Rep. 14, at 98-104 (para. 187-195)

<sup>43</sup> Article 57 (1) of United Nations states "The various specialized agencies, established by intergovernmental agreement and having wide international responsibilities, as defined in their basic instruments, in economic, social, cultural, educational, health, and related fields, shall be brought into relationship with the United Nations in accordance with the provisions of Article 63."

<sup>44</sup> Article 63 of United Nations states

"1. The Economic and Social Council may enter into agreements with any of the agencies referred to in Article 57, defining the terms on which the agency concerned shall be brought into relationship with the United Nations. Such agreements shall be subject to approval by the General Assembly.

ระหว่างประเทศเหล่านี้<sup>๔๕</sup> ไม่ว่าจะเป็นในรูปของข้อตกลงส่วนภูมิภาค (Regional arrangements or agencies) ตามที่บัญญัติไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 52<sup>๔๕</sup>, 53<sup>๔๖</sup>, และ มาตรา 54<sup>๔๗</sup> นั้น ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างข้อตกลงส่วนภูมิภาคและกฎบัตรเป็นลักษณะที่ว่าองค์กรระหว่างประเทศส่วนภูมิภาคเหล่านี้ จะรับเอาพันธกรณีภายใต้กฎบัตรให้อยู่เหนือพันธกรณีของตน

ประการสุดท้าย ลักษณะความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎบัตรสหประชาชาติได้ปรากฏในมาตรา 103 แห่งกฎบัตรที่ให้สภาพบังคับของพันธกรณีภายใต้กฎบัตรเหนือกว่าพันธกรณีภายใต้กฎหมายหรือข้อตกลงระหว่างประเทศอื่นดังที่ปรากฏตามคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดี Lockerbie case<sup>๔๘</sup> และศาลยังได้ชี้แจงถึงพันธกรณีภายใต้ข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ออกภายใต้อำนาจตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรได้ก่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศต่อรัฐด้วยดังความเห็นเชิงปรึกษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใน Kosovo Advisory Opinion<sup>๔๙</sup>

2. It may coordinate the activities of the specialized agencies through consultation with and recommendations to such agencies and through recommendations to the General Assembly and to the Members of the United Nations."

<sup>๔๕</sup> Article 52 (1) of United Nations states " Nothing in the present Charter precludes the existence of regional arrangements or agencies for dealing with such matters relating to the maintenance of international peace and security as are appropriate for regional action, provided that such arrangements or agencies and their activities are consistent with the Purposes and Principles of the United Nations."

<sup>๔๖</sup> Article 53 (1) of United Nations states "The Security Council shall, where appropriate, utilize such regional arrangements or agencies for enforcement action under its authority. But no enforcement action shall be taken under regional arrangements or by regional agencies without the authorization of the Security Council, with the exception of measures against any enemy state, as defined in paragraph 2 of this Article, provided for pursuant to Article 107 or in regional arrangements directed against renewal of aggressive policy on the part of any such state, until such time as the Organization may, on request of the Governments concerned, be charged with the responsibility for preventing further aggression by such a state."

<sup>๔๗</sup> Article 54 of United Nations states "The Security Council shall at all times be kept fully informed of activities undertaken or in contemplation under regional arrangements or by regional agencies for the maintenance of international peace and security."

<sup>๔๘</sup> Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie [Provisional Measures], (Libya v United States) (Libya v United Kingdom), (1992) ICJ Rep. 3, 114

<sup>๔๙</sup> Accordance with International Law of Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion of 22 July 2010, [ICJ] Rep., para. 86.

ดังนั้น นอกจากกล่าวโดยสรุปได้ว่าลักษณะของความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎบัตรนี้ นพิจารณาได้จากการบัญญัติของกฎบัตรที่ให้อำนาจหน้าที่แก่องค์กรหลักและการปฏิบัติขององค์กรหลักเหล่านั้น นอกจากนี้ แล้วการตีความกฎบัตรมีลักษณะพิเศษกว่าการตีความสนธิสัญญา ระหว่างประเทศทั่วไป และที่สำคัญที่สุดที่ผู้ร่างได้วางกรอบมาตรา 103 แห่งกฎบัตรเนื่องจากมีความประสงค์ให้กฎบัตรมีสถานะที่เหนือกว่ากฎหมายหรือข้อตกลงอื่นก็เพื่อที่จะให้การดำเนินการขององค์การสหประชาชาติมีประสิทธิภาพและเอกภาพที่จะระงับภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศได้อย่างทันที่ซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับการระงับการขัดแย้งกันของพันธกรณีภายใต้มาตรา 103 นี้ จะได้อธิบายในหัวข้อถัดไป

## 2.2 วัตถุประสงค์และองค์ประกอบมาตรา 103 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

สำหรับในส่วนของมาตรา 103 ของกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งเป็นมาตราที่ถือว่ามีความสำคัญอย่างมากในการวิจัยเรื่องนี้ เนื่องจากว่าข้อความในบทมาตราดังกล่าวแล้วมีลักษณะของความเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์ สูงกว่าสนธิสัญญาอื่นและเนื่องด้วยเหตุที่มีอำนาจบังคับเหนือข้อพันธกรณีตามข้อตกลงหรือสนธิสัญญาอื่นนี้ ได้ก่อให้เกิดปัญหาจากใช้อำนาจขององค์การสหประชาชาติที่ไปกระทบสิทธิของรัฐอื่น ตลอดจนถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมืองในรัฐด้วย ดังนั้น ในส่วนนี้ จะได้อธิบายถึงความหมายของมาตรา 103 พันธกรณีใดบ้างที่อยู่ภายใต้กฎบัตรมีสภาพบังคับที่เหนือกว่าพันธกรณีอื่น การตีความพันธกรณีตามมาตรา 103 ภายใต้การตีความตามกฎหมายสนธิสัญญาเวียนนา ขอบเขตและข้อจำกัดของมาตรา 103

นอกจากนี้ แล้วจะได้กล่าวถึงการขัดกันระหว่างพันธกรณีภายใต้กฎบัตรกับพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาของรัฐสมาชิกด้วยกัน การขัดกันระหว่างพันธกรณีภายใต้กฎบัตรกับสนธิสัญญาของรัฐสมาชิกและรัฐไม่เป็นสมาชิก และการขัดกันระหว่างพันธกรณีภายใต้กฎบัตรกับสนธิสัญญาระหว่างรัฐที่ไม่เป็นสมาชิกด้วยกัน รวมถึงผลทางกฎหมายของการขัดกันทั้งสามกรณีนี้ ดังกล่าว นอกจากนี้ แล้วจะได้กล่าวถึงการขัดกันระหว่างพันธกรณีภายใต้กฎบัตรกับหลักกฎหมายเด็ดชาด (Jus cogens) และการขัดกันระหว่างพันธกรณีภายใต้กฎบัตรกับหลักกฎหมายจารีต (Customary international law) อีกด้วย

### 2.2.1 จุดประสงค์และหลักการของกฎบัตรมาตรา 103

จากที่ได้กล่าวมาว่ามาตรา 103 ของกฎบัตรสหประชาชาติได้ให้ลักษณะพิเศษคือ มีลักษณะของความเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์ เหนือ(Higher law) กว่ากฎหมายระหว่างประเทศอื่น ซึ่งนักกฎหมายระหว่างประเทศบางท่านยังได้ให้ทรรศนะว่ามาตรา 103 เปรียบเสมือนข้อกำหนด

สูงสุด (Supremacy clause) ในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่มีอำนาจเหนือกฎหมายของมลรัฐต่างๆ ซึ่งจะขัดหรือแย้งกับข้อกำหนดสูงสุดในรัฐธรรมนูญสหรัฐไม่ได้<sup>50</sup> ซึ่งมาตรา 103 ได้ถูกร่างขึ้นมาเพื่อที่จะให้เป็นบทบังคับสูงสุดในการที่จะให้องค์การสหประชาชาติได้ดำเนินการอย่างรวดเร็ว มีประสิทธิภาพและเป็นเอกภาพในการร่างไว้ซึ่งสันติภาพและความสงบระหว่างประเทศประกอบกับการส่งเสริมและป้องกันสิทธิมนุษยชน

แต่อย่างไรก็ตามนักกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่านได้ยอมรับว่าในประวัติศาสตร์ขององค์การสหประชาชาติตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันนี้ ได้มีข้อถกเถียงที่เกิดจากปัญหาของการตีความที่ถูกต้องของกฎบัตรสหประชาชาติ โดยเฉพาะกฎบัตรมาตรา 103 ซึ่งปัญหาเหล่านี้ในหลายๆ ครั้งถูกนำไปสู่การขอคำแนะนำเชิงความเห็น (Advisory opinion) ต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (the International Court of Justice)<sup>51</sup> และความไม่ชัดเจนในการตีความดังกล่าวได้ก่อให้เกิดข้อเคลือบแคลงสงสัยมาโดยตลอดโดยเฉพาะความเคลือบแคลงสงสัยเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางกฎหมายของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ (Security Council) ในกรณีเกี่ยวกับการรักษาสันติภาพ (Peace keeping)<sup>52</sup>

นอกจากนี้ แล้วนักกฎหมายระหว่างประเทศอีกหลายท่านยังมองว่ามาตรา 103 ยังมีลักษณะพิเศษที่บ่งบอกถึงความเป็นกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญสูงสุดของสังคมโลก<sup>53</sup> โดยมีลักษณะเฉพาะที่มีบทมาตราที่มีลักษณะความเป็นกฎหมายสูงสุด (Supremacy clause) ก็คือ มาตรา 103 นี้เอง ที่มีลักษณะเดียวกันรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีบทมาตราที่กำหนดความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎหมายของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกาที่ศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายของแต่ละรัฐ<sup>54</sup> นักกฎหมายระหว่างประเทศบางท่านยังได้ให้เหตุผลของการให้มาตรา 103 มีลักษณะของกฎหมายสูงสุดของกฎหมายระหว่างประเทศก็เนื่องมาจากว่ามาตราดังกล่าวได้

<sup>50</sup> Constitution of the United States of America (17 September 1787) Article VI(2)

<sup>51</sup> Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Advisory Opinion) [1949] ICJ Rep 174; Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Advisory Opinion) [1948] ICJ Rep 57 (First Admission Opinion); Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations (Advisory Opinion) [1950] ICJ Rep 4 (Second Admission Opinion).

<sup>52</sup> A Orakhelashvili, "The Legal Basis of the United Nations Peace-Keeping Operations" 43 (2003) *Virginia J Intl L* : 485-524.

<sup>53</sup> B Fassbender, 'The United Nations Charter as Constitution of the International Community' *Columbia J Transnational L* 36 (1997): 529-619, 594

<sup>54</sup> Constitution of the United States of America (17 September 1787) art VI(2)



วางกรอบให้กับบรรดากฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ และขณะเดียวกันนี้ ก็ยังเป็นมาตราที่มีศักดิ์ที่สูงที่สุดของบรรทัดฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย

จะเห็นได้ว่าพัฒนาการและเจตนาของการร่างกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 103 ได้พัฒนามาจากกฎบัตรสันนิบาตชาติมาตรา 20 กล่าวคือ ทั้งสองมาตราได้สะท้อนให้เห็นถึงความเป็นลักษณะที่เหนือกว่าพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศอื่น หากพิจารณาจากถ้อยคำของกฎบัตรสันนิบาตชาติมาตรา 20<sup>55</sup> แล้วเปรียบเทียบกับถ้อยคำของกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 103<sup>56</sup> แล้วนั้น จะเห็นว่าบางส่วนให้ความหมายที่กว้างและบางส่วนให้ความหมายที่แคบกว่า มาตรา 103 กล่าวคือ ในวรรคแรกตอนต้นของกฎบัตรสันนิบาตชาติมาตรา 20 กำหนดไว้เพียงว่าพันธกรณีระหว่างรัฐสมาชิกที่ไม่สอดคล้องกับกฎบัตรสันนิบาตชาติย่อมสิ้นสุดลงก่อนเข้าเป็นสมาชิก นอกจากนี้ แล้วมาตรา 20 ยังไม่มีความชัดเจนกรณีที่พันธกรณีในอนาคตที่ไม่สอดคล้องกับกฎบัตรสันนิบาตชาติจะมีผลทางกฎหมายอย่างไรหากเมื่อมีการละเมิดกฎบัตรสันนิบาตชาติ

ในส่วนของวรรคสองของมาตรา 20 แห่งกฎบัตรสันนิบาตชาติได้กำหนดให้ยกเลิกพันธกรณีใดที่ไม่สอดคล้องกับกฎบัตรสันนิบาตชาติก่อนเข้าเป็นสมาชิกขององค์การ แม้ว่าบทมาตรา 20 ได้เป็นจุดเริ่มต้นของการร่างกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 103 ก็ตาม แต่ว่ามาตรา 103 ได้ขยายพันธกรณีในอนาคตของรัฐสมาชิก ตลอดจนถึงพันธกรณีของรัฐสมาชิกที่ทำกับรัฐไม่ได้เป็นสมาชิก แต่อย่างไรก็ตามบัญญัติการของการบังคับใช้มาตรา 103 นี้ น้อยตรงที่ว่าพันธกรณีอื่นที่กำหนดไว้ในมาตรา 103 นี้ กำหนดไว้เฉพาะพันธกรณีตามสนธิสัญญาหรือรวมถึงพันธกรณีภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ตลอดจนถึงผลของการไม่สอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้มาตรา 103 นี้ จะให้ผลโหมชะหรือไม่มีผลทางกฎหมายแต่ประการใด<sup>57</sup>

<sup>55</sup> Article 20 of the Covenant states

"The Members of the League severally agree that this Covenant is accepted as abrogating all obligations or understandings inter se which are inconsistent with the terms thereof, and solemnly undertake that they will not hereafter enter into any engagements inconsistent with the terms thereof.

In case any Member of the League shall, before becoming a Member of the League, have undertaken any obligations inconsistent with the terms of this Covenant, it shall be the duty of such Member to take immediate steps to procure its release from such obligations"

<sup>56</sup> Article 103 of UN Charter states "In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail".

<sup>57</sup> Bruno Simma, *The Charter of the United Nations A Commentary*, (London: Oxford University press, 2012) p. 1118

## 2.2.2 องค์ประกอบของมาตรา 103 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

หากพิจารณาจากถ้อยคำในมาตรา 103 แห่งกฎบัตรที่กำหนดไว้ว่า “ในกรณีที่มีการขัดแย้งระหว่างพันธกรณีของสมาชิกสหประชาชาติตามกฎหมายฉบับปัจจุบัน และตามพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศอื่นใด ผลทางกฎหมายคือพันธกรณีตามกฎหมายฉบับปัจจุบันจักต้องใช้บังคับ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งคือให้บังคับใช้พันธกรณีตามกฎหมาย” (Prevailing obligations) สามารถแบ่งมาตรา 103 ได้ 4 องค์ประกอบคือ (ก) จะต้องเป็นพันธกรณีของสมาชิกสหประชาชาติภายใต้กฎบัตรปัจจุบัน(ข) เป็นพันธกรณีของรัฐสมาชิกตามความตกลงระหว่างประเทศอื่นใด (ค) ในกรณีแห่งการขัดแย้ง และ(ง) ข้อผูกพันตามกฎหมายฉบับปัจจุบันจักต้องใช้บังคับ ดังนั้น เพื่อง่ายต่อการเข้าใจจะได้อธิบายในรายละเอียดดังนี้

(ก) ความหมายของคำว่า “พันธกรณีของสมาชิกสหประชาชาติตามกฎหมายฉบับปัจจุบัน” (“Obligations of the Member of the United Nations under the present Charter”)

จากการพิจารณาตามถ้อยคำในมาตรา 103 ประเด็นที่ต้องพิจารณาก็คือพันธกรณีของสมาชิกสหประชาชาติตามกฎหมายฉบับปัจจุบันนี้มีพันธกรณีใดบ้าง ประกอบกับพันธกรณีเหล่านี้ จะมีผลบังคับตามมาตรา 103 จะต้องเป็นพันธกรณีที่มีผลผูกพันทางกฎหมาย (Binding obligations) หรือรวมถึงพันธกรณีที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายด้วยหรือไม่ ดังนั้นหากพิจารณาจากองค์ประกอบของคำว่า “...พันธกรณีของสมาชิกสหประชาชาติตามกฎหมายฉบับปัจจุบัน...” แล้วจะเห็นว่าพันธกรณีที่จะตกอยู่ภายใต้มาตรา 103 และมีผลใช้บังคับเหนือพันธกรณีตามข้อตกลงระหว่างประเทศอื่นนั้น จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ส่วนคือ องค์ประกอบแรกคือ จะต้องเป็นพันธกรณีที่เกิดจากกฎบัตรสหประชาชาติฉบับปัจจุบัน และองค์ประกอบที่สองคือ พันธกรณีเหล่านี้ จะต้องมีความผูกพันทางกฎหมาย (Legal binding force) อีกด้วย ดังจะเห็นได้จากการให้ความเห็นแยก (Separate Opinion) ของท่านรองประธานศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ Vice President Ammoun ในคดี Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) ซึ่งมีใจความว่า พันธกรณีตามกฎหมายฉบับนี้ จะต้องเป็นพันธกรณีที่เกิดภายใต้บทมาตราและวัตถุประสงค์ของกฎบัตร

ประกอบกับจะต้องเป็นพันธกรณีที่มีผลผูกพันทางกฎหมายที่ออกโดยองค์กรหลักขององค์การสหประชาชาติอีกด้วย<sup>58</sup>

ดังนั้นตัวอย่างที่เห็นได้ชัดของพันธกรณีทั่วไป (General obligations) ของประเทศสมาชิกภายใต้กฎบัตรอันได้แก่ พันธกรณีของรัฐสมาชิกที่มีหน้าที่ที่จะต้องระงับกรณีพิพาทระหว่างประเทศของตนโดยสันติวิธีตามมาตรา 2(3)<sup>59</sup> พันธกรณีของรัฐสมาชิกที่จักต้องละเว้นการคุกคามหรือการใช้กำลังตามมาตรา 2(4)<sup>60</sup> นอกจากพันธกรณีทั่วไปตามกฎหมายแล้วนี้ ยังมีพันธกรณีที่ออกโดยอำนาจขององค์กรหลักของสหประชาชาติ (Principle organs) ซึ่งออกโดยอำนาจที่กฎบัตรให้ไว้ ดังตัวอย่างที่พบในปัจจุบันได้แก่ประเด็นปัญหาว่าคณะมนตรีความมั่นคงใช้อำนาจเกินขอบอำนาจ (Ultra vires) ที่ตนมีอยู่หรือไม่เห็นได้จากมาใช้อำนาจการออกข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง (Security Council Resolutions) ตามมาตรา 25<sup>61</sup> ที่ว่า “สมาชิกของสหประชาชาติ ตกลงที่จะยอมรับและปฏิบัติตาม คำวินิจฉัยของคณะมนตรีความมั่นคงตาม กฎบัตรฉบับปัจจุบัน

นอกจากคณะมนตรีความมั่นคงแล้ว ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งถือว่าเป็นองค์กรรองที่มีอำนาจออกคำตัดสินและมีผลผูกพันทางกฎหมายแก่รัฐที่ตกเป็นคู่กรณีตามมาตรา 94<sup>62</sup> จะเห็นได้ว่ากฎบัตรสหประชาชาติได้กำหนดหน้าที่หรือพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามคำ

---

<sup>58</sup> Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) (Advisory Opinion) [1971] ICJ Rep 16, Separate Opinion of Vice-President Ammoun, para 18

<sup>59</sup> Article 2 (3) of UN Charter states “All Members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered.”

<sup>60</sup> Article 2 (4) of UN Charter states “All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.”

<sup>61</sup> Article 25 of UN Charter states “The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter.”

<sup>62</sup> Article 94 of UN Charter states

“1. Each Member of the United Nations undertakes to comply with the decision of the International Court of Justice in any case to which it is a party.

2. If any party to a case fails to perform the obligations incumbent upon it under a judgment rendered by the Court, the other party may have recourse to the Security Council, which may, if it deems necessary, make recommendations or decide upon measures to be taken to give effect to the judgment.”

วินิจฉัยขององค์การเรื่องนี้ นครแกร์รัฐสมาชิกมีและพันธกรณีเหล่านี้ นโยมตอกอยู่ภายใต้พันธกรณีตามความหมายของมาตรา 103 อีกด้วย

ดังนั้น รัฐสมาชิกองค์การสหประชาชาติจึงต้องตอกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จำเป็นต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยขององค์การหลักของสหประชาชาติที่สำคัญอย่างเช่น คณะมนตรีความมั่นคงและศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เพื่อความเข้าใจในกรณีการขัดกันระหว่างพันธกรณีภายใต้กฎบัตรและพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศอื่นตามมาตรา 103 ดังตัวอย่างคดี Lockerbie case<sup>63</sup> ซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศลิเบีย (Libya) และสหรัฐอเมริกา (United States) กับสหราชอาณาจักร (United Kingdom) ประเด็นปัญหาที่คู่กรณีขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศวินิจฉัยคือ รัฐบาลลิเบียจะต้องตอกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จำเป็นต้องส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนเพื่อดำเนินคดีในประเทศสหรัฐอเมริกาหรืออังกฤษ

กรณีข้อพิพาทเกิดจาก ผู้ก่อการร้ายชาวลิเบีย (Libyan nations) จำนวนสองต้องสงสัยว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับการลอบวางระเบิดเครื่องบินโดยสารของสหรัฐอเมริกาสายการบินแพนแอมเที่ยวบิน 103 (Pan-Am Flight 103) จนทำให้เครื่องบินลำดังกล่าวระเบิดและตกที่หมู่บ้านล็อกเคอร์บี (Village of Lockerbie) ที่ประเทศสกอตแลนด์ทำให้มีผู้โดยสารเสียชีวิตจำนวน 259 คน หลังจากได้ก่อเหตุแล้วผู้ต้องสงสัยเหล่านี้ ได้หลบหนีเข้าประเทศลิเบีย (Libya) ต่อมาคณะมนตรีความมั่นคงได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติมาตรา 25 ออกข้อมติที่ 748(1992) เพื่อเรียกร้องให้รัฐบาลลิเบียส่งตัวผู้ต้องสงสัยเพื่อไปดำเนินคดีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาหรือประเทศอังกฤษ

รัฐบาลลิเบียได้ปฏิเสธข้อเรียกร้องการส่งตัวผู้ต้องสงสัยทั้งสองโดยได้ดำเนินคดีกับผู้ต้องสงสัยทั้งสองที่ศาลภายในรัฐตนโดยการอ้างสนธิสัญญา Montreal (Montreal Convention) มาตรา 7<sup>64</sup> ด้วยประเด็นข้อต่อสู้ที่ว่าลิเบียจะทำการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนได้ในกรณีนี้

<sup>63</sup> Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libya v UK, Libya v US) (Provisional Measures) [1992] ICJ Repts 3 and 114, paras 39 and 42, respectively.

<sup>64</sup> Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation (opened for signature 23 September 1971, entered into force 26 January 1973) 974 UNTS 178, art 7 ('The Contracting State in the territory of which the alleged offender is found shall, if it does not extradite him, be obliged, without exception whatsoever and whether or not the offence was committed in its territory, to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution. . . .').

ลิเบียไม่ได้ดำเนินคดีกับผู้ต้องหาในศาลภายในของตน รัฐบาลลิเบียยังได้ขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตีความการขัดกันของพันธกรณีภายใต้กฎบัตรและพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญา Montreal ที่รัฐบาลลิเบียได้อ้างว่าตนมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามโดยการพิจารณาคดีผู้ต้องสงสัยที่ศาลภายในรัฐ

ประเด็นข้อพิพาทดังกล่าวนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีคำวินิจฉัยให้ รัฐบาลลิเบียส่งตัวผู้ต้องสงสัยไปดำเนินคดีในสหรัฐอเมริกาหรือในสหราชอาณาจักร โดยศาลได้ให้เหตุผลว่าไม่ว่ารัฐบาลลิเบียจะมีทางเลือกที่จะปฏิบัติตามภายใต้พันธกรณีของสนธิสัญญา Montreal แต่พันธกรณีภายใต้ข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงนี้ มีสภาพที่เหนือกว่า ดังนั้น ทั้ง รัฐบาลสหรัฐ สหราชอาณาจักรและลิเบียต่างก็เป็นรัฐสมาชิกของสหประชาชาติต่างตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องยอมรัฐและปฏิบัติข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงตามมาตรา 25 ซึ่งเป็นพันธกรณีตามมาตรา 103 ที่มีสภาพบังคับเหนือกว่าพันธกรณีภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศอื่น รวมทั้งสนธิสัญญา Montreal Convention ด้วย

จะเห็นว่าพันธกรณีของลิเบียที่จะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญา Montreal Convention นั้นเป็นพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาซึ่งถูกพันธกรณีภายใต้กฎบัตรมีผลบังคับเหนือกว่า (Prevail or supersede) ตามนัยของมาตรา 103 แต่ประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อมา คือว่าการใช้อำนาจขององค์กรหลักขององค์การสหประชาชาติที่ออกข้อมติที่มีผลผูกพันทางกฎหมายนี้ กับการรัฐสมานนี้ มีกรอบการออกข้อมติได้อย่างกว้างขวางหรือไม่ หากพิจารณาจากวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของกฎบัตรแล้วนั้น ข้อมติเหล่านี้ จะมีสภาพบังคับและตกอยู่ภายใต้มาตรา 103 นี้ จะต้องเป็นข้อมติที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของกฎบัตรสหประชาชาติ<sup>65</sup> ดังจะเห็นได้จากคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศต่อกรณีของคำเห็นเชิงปรึกษา (Advisory opinion) ในกรณี First Admission Opinion โดยศาลได้ให้ความเห็นว่าอำนาจขององค์กรหลักที่มีลักษณะเป็นองค์กรทางการเมืองนี้ จะต้องตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามบทมาตราภายใต้กฎบัตรด้วย

พันธกรณีภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติโดยเฉพาะพันธกรณีที่ออกภายใต้อำนาจตามหมวด 7 ของคณะมนตรีความมั่นคงยังคงมีข้อถกเถียงในกรณีข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่มีลักษณะเป็นการให้อำนาจ (Authorization) แก่รัฐกระทำการบางอย่างที่กำหนดไว้ตาม

<sup>65</sup> D Bowett, 'The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures' (1994) 5 *EJIL* 89-101, 92-93

ข้อมติ แม้ว่าการให้อำนาจแก่รัฐใดรัฐหนึ่งได้กระทำการบางอย่างภายใต้ข้อมติที่ออกตามหมวด 7 แล้วนั้น นัย่อมมีผลผูกพันตามกฎหมายและไม่เพียงแต่จะมีอำนาจบังคับที่เหนือกว่าพันธกรณีตามสนธิสัญญาทั่วไปเท่านั้น หากแต่ยังมีอำนาจบังคับเหนือกว่าสนธิสัญญาเกี่ยวกับการปกป้องสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐานอีกด้วย ดังจะเห็นได้จากในคดี Al-Jedda case<sup>66</sup> ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดจากกองกำลังทหารสหราชอาณาจักรซึ่งปฏิบัติหน้าที่ภายใต้กองกำลังผสมนานาชาติ (Multi-National Force or MNF) ที่ประเทศอิรักตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1546(2004)<sup>67</sup> ซึ่งให้อำนาจ (Authorization) แก่กองกำลังผสมในการใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อธำรงไว้ซึ่งความมั่นคงและเสถียรภาพในประเทศอิรักตามหนังสือที่ได้ผนวกกับข้อมติดังกล่าว ซึ่งหนังสือผนวกดังกล่าวออกโดยรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศสหรัฐ (U.S. Secretary of State) ได้ระบุถึงมาตรการที่จำเป็นรวมถึงการคุมขังแก่บุคคลด้วยเหตุผลด้านความมั่นคง

การบังคับใช้มาตรการคุมขังดังกล่าวได้ก่อให้เกิดคดีอันเกิดจากกองกำลังผสมของอังกฤษได้ควบคุมตัวนาย Hilal Al-Jedda บุคคลสองสัญชาติคืออังกฤษและอิรัก (A dual citizen of Iraq and Britain) ที่เกี่ยวกับการคุกคามต่อความมั่นคงโดยควบคุมตัว Al-Jedda ไว้ประมาณ 10 เดือนและไม่ได้แจ้งข้อกล่าวหาให้แก่ Al-Jedda ทราบแต่อย่างใด<sup>68</sup> ต่อมา Al-Jedda ได้ฟ้องรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมสหราชอาณาจักรต่อศาลในสหราชอาณาจักรว่ากองกำลังผสมสหราชอาณาจักรได้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน (Human Rights Act 1998) ซึ่งสหราชอาณาจักรได้อนุญาตการมาจากสนธิสัญญามนุษยชนยุโรป European Convention of Human Rights (ECHR)<sup>69</sup> ซึ่งคดีดังกล่าวศาลสูงสหราชอาณาจักร (House of Lord) ได้ยืนตามคำพิพากษาของศาลล่างที่ว่าข้อมติได้ให้อำนาจแก่กองกำลังผสมในการปฏิบัติหน้าที่ของกองกำลังผสมสหราชอาณาจักรนั้น ได้กระทำให้ไปภายใต้ข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ซึ่งเป็นพันธกรณีตามมาตรา 25 และผลก็คือมีอำนาจบังคับเหนือกว่าสนธิสัญญามนุษยชนยุโรปตามนัยของมาตรา 103 แห่งกฎบัตร

ยิ่งไปกว่านั้นแล้วความหมายของ“พันธกรณีภายใต้กฎบัตร” ยังได้ถูกตีความในขณะที่ย้ายความมากไปกว่าเนื้อหาของความในกฎบัตรและข้อมติที่ออกโดยองค์กรหลักของ

<sup>66</sup> R (Al-Jedda) v Secretary of State for Defence [2007] UKHL 58, paras 33–34

<sup>67</sup> SC Resolution 1546 of 8 June 2004 para 10.

<sup>68</sup> Al-Jedda (per Lord Bingham), para. 1-2

<sup>69</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (opened for signature 4 November 1950, entered into force 3 September 1953) ETS No 5, art 5.

สหประชาชาติ ดังปรากฏจากเหตุการณ์ในปี ค.ศ. 1963 กรณีที่นาย Henrique Galvao นายทหารโปรตุเกสที่ได้ทำการต่อต้านรัฐบาลโปรตุเกสและได้กระทำการจี้เรือ Santa Maria (Santa Maria hijacking) สัญชาติโปรตุเกสที่ประเทศอิตาลีเนื่องจากไม่พอใจที่มีการบังคับใช้แรงงาน (Forced labor) ของเด็กและผู้หญิงในดินแดน Overseas Province of Angola หรือปัจจุบันคือ Republic of Angola เป็นดินแดนอาณานิคมของโปรตุเกสเพื่อเป็นการประท้วงต่อรัฐบาลโปรตุเกสและให้ปลดปล่อยประเทศอาณานิคมของตน

การกระทำดังกล่าวของ Henrique Galvao มีวัตถุประสงค์ที่จะให้คณะกรรมการพิเศษว่าด้วยการเมืองและการปลดปล่อยอาณานิคมของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (Special Political and Deconlonization Committee of the General Assembly-the Fourth Committee) ได้พิจารณาข้อกล่าวหาการใช้แรงงานเด็กดังกล่าว ต่อมา รัฐบาลโปรตุเกสได้ออกหมายจับนาย Henrique Galvao และขอให้ส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนแก่รัฐบาลโปรตุเกส ต่อมาคณะกรรมการชุดดังกล่าว (Special Political and Deconlonization Committee) ได้เชิญตัวนาย Henrique Galvao มาร่วมรับฟังที่สำนักงานคณะกรรมการที่สำนักงานใหญ่สหประชาชาติที่ New York แต่รัฐบาลสหรัฐอเมริกาเกรงว่าหากไม่จับตัวนาย Henrique Galvao ส่งตัวเป็นผู้ร้ายข้ามแดนตามคำร้องขอรัฐบาลโปรตุเกสจะทำให้รัฐบาลสหรัฐต้องละเมิดสนธิสัญญาส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนกับรัฐบาลโปรตุเกส

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 11<sup>70</sup> (5) แห่งข้อตกลงสำนักงานใหญ่สหประชาชาติ (UN Headquarters Agreement)<sup>71</sup> กับรัฐบาลสหรัฐที่ระบุไว้ว่า ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่รัฐบาลกลาง

---

<sup>70</sup> Article 11 of UNHQ Agreement states: "The federal, state or local authorities of the United States shall not impose any impediments to transit to or from the headquarters district of

(1) Representatives of Members or officials of the United Nations, or of specialized agencies as defined in Article 57, paragraph 2, of the Charter, or the families of such representatives or officials;

(2) Experts performing missions for the United Nations or for such specialized agencies;

(3) Representatives of the press, or of radio, film or other information agencies, who have been accredited by the United Nations (or by such a specialized agency) in its discretion after consultation with the United States;

(4) Representatives of nongovernmental organizations recognized by the United Nations for the purpose of consultation under Article 71 of the Charter; or

(5) Other persons invited to the headquarters district by the United Nations or by such specialized agency on official business. The appropriate American authorities shall afford any necessary protection to such persons while in transit to or from the headquarters district. This section does not apply to general interruptions of transportation

รัฐบาลมลรัฐหรือท้องถิ่นของสหรัฐทำการชดเชวงแก่บุคคลที่ได้รับเชิญโดยสหประชาชาติที่จะเดินทางเข้ามายังสำนักงานใหญ่ ดังนั้น รัฐบาลสหรัฐเองตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติข้อตกลงสำนักงานใหญ่สหประชาชาติ (Obligations under the HQ Agreement) และขณะเดียวกันก็ตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน (Obligations under the Extradition Treaty) กับรัฐบาลโปรตุเกส กรณีดังกล่าวคณะกรรมการพิเศษว่าด้วยการเมืองและการปลดปล่อยอาณานิคมของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีคำวินิจฉัยคณะกรรมการซึ่งถือว่าเป็นองค์กรหนึ่งในสหประชาชาติมีอำนาจหน้าที่ที่จะต้องรับฟังข้อมูลจากผู้ร้องในการพิจารณาเกี่ยวกับดินแดนที่ไม่มีรัฐบาลของตนเองซึ่งอยู่ภายใต้กฎบัตรหมวด 11<sup>72</sup> และ 12<sup>73</sup> ดังนั้นพันธกรณีที่สหรัฐจะต้องให้ความคุ้มครองจากการถูกจับกุมซึ่งถือว่าเป็นพันธกรณีภายใต้กฎบัตรซึ่งมีสภาพที่เหนือกว่าพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนแก่รัฐบาลโปรตุเกสภายใต้ในแห่งมาตรา 103 แห่งกฎบัตร<sup>74</sup>

ดังปรากฏในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Court of Human Right-ECHR) ศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (European Court of Justice ECJ) ศาลชั้นต้นแห่งยุโรป (Court of First Instance-CFI) และศาลภายในของบางประเทศอย่างเช่นศาลสูงของแคนาดา ศาลสูงของประเทศสวิสเซอร์แลนด์ และศาลรัฐบาลกลางในประเทศสหรัฐอเมริกา (United States Federal Courts) ได้ให้คำวินิจฉัยกรณีการขัดกันของพันธกรณีภายใต้ข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ออกตามอำนาจตามหมวด 7 ซึ่งแต่ละคำวินิจฉัยได้ให้เหตุผลที่แตกต่างกัน ซึ่งรายละเอียดผู้วิจัยจะได้กล่าวอย่างละเอียดในบทต่อไป

(ข) ความหมายของ “พันธกรณีของรัฐสมาชิกตามความตกลงระหว่างประเทศอื่นใด” (“Their obligations under any other international agreement”)

---

which are to be dealt with as provided in Section 17, and does not impair the effectiveness of generally applicable laws and regulations as to the operation of means of transportation.”

<sup>71</sup> Agreement between the United Nations and the United States of America regarding the Headquarters of the United Nations (signed 26 June 1947, entered into force 21 November 1947) 11 UNTS 11, s 11(5).

<sup>72</sup> Chapter 11 of UN Charter, Declaration regarding Non-self-governing territories.

<sup>73</sup> Chapter 11 of UN Charter, International trusteeship system.

<sup>74</sup> Repertory of Practice of United Nations Organs, Supplement No 3 (1959–1966), vol 4, 209 <[untreaty.un.org/cod/repertory/art103/english/rep\\_supp3\\_vol4-art103\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/cod/repertory/art103/english/rep_supp3_vol4-art103_e.pdf)



ความหมายที่ว่าๆ ไปของคำว่า “ความตกลงระหว่างประเทศ” (International agreement) ในภาษาอังกฤษและในกฎหมายระหว่างประเทศย่อมหมายถึงสนธิสัญญา(Treaty) นั้นเอง อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาประกอบมาตรา102 แห่งกฎบัตรโดยวรรคแรกมีใจความว่า “สนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศทุกฉบับที่รัฐสมาชิกสหประชาชาติใดได้เข้าเป็นภาคีภายหลังที่กฎบัตรฉบับปัจจุบันได้ใช้บังคับจักต้องจดทะเบียนไว้กับสำนักเลขาธิการโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ และจักได้จัดพิมพ์ขึ้นโดยสำนักงานนี้<sup>75</sup> จากถ้อยคำตามวรรคแรกนั้นผู้ร่างได้ใช้คำว่า “สนธิสัญญา” และ “ความตกลงระหว่างประเทศ” ทั้งสองคำ

หากพิจารณาในวรรคสองของมาตรา 102 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ภาคีแห่งสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเช่นว่าใดๆ ซึ่งมีได้จดทะเบียนไว้ตามบทบัญญัติในวรรคหนึ่งแห่งมาตรานี้ ไม่อาจยกเอาสนธิสัญญาหรือความตกลงนั้นๆ ขึ้นกล่าวอ้างต่อองค์กรใดๆ ของสหประชาชาติ”<sup>76</sup> เห็นว่าผู้ร่างยังมีเจตนายืนยันใช้ทั้งสองคำดังกล่าวข้างต้นซึ่งความแตกต่างกันระหว่างคำสองคำดังกล่าวนี้ นักกฎหมายระหว่างประเทศยังเป็นที่สงสัยกันอยู่ แต่ขณะเดียวกันมาตรา 103 ซึ่งเป็นมาตราที่สำคัญกลับใช้เพียงคำว่า “ความตกลงระหว่างประเทศ” คำเดียวเท่านั้น

เหตุผลที่มาตรา 102 ใช้คำสองคำที่อาจจะให้ความหมายแตกต่างกันนั้น เนื่องจากการร่างกฎบัตรนี้ เป็นร่างที่ได้รับอิทธิพลมาจากรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา กฎหมายสหรัฐนั้นได้ใช้คำว่าสนธิสัญญาภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ(Treaty) นั้น กฎหมายภายในสหรัฐอเมริกาใช้สองคำคือ สนธิสัญญา ซึ่งการเข้าเป็นภาคีจะต้องได้รับคำแนะนำและความเห็นชอบจากวุฒิสมาชิก (Senators) เสียก่อน ส่วนอีกคำหนึ่งคือ ข้อตกลงของฝ่ายบริหาร (Executive agreement) เป็นอำนาจของประธานาธิบดีสหรัฐโดยไม่ต้องได้รับคำแนะนำหรือความเห็นชอบจากวุฒิสมาชิก<sup>77</sup>

<sup>75</sup> Article 102 (1) of UN Charter states “ Every treaty and every international agreement entered into by any Member of the United Nations after the present Charter comes into force shall as soon as possible be registered with the Secretariat and published by it.”

<sup>76</sup> Article 102 (2) of UN Charter states “No party to any such treaty or international agreement which has not been registered in accordance with the provisions of paragraph 1 of this Article may invoke that treaty or agreement before any organ of the United Nations.”

<sup>77</sup> FL Kirgis, ‘International Agreements and US Law’ *ASIL Insights* (May 1997)

แม้ว่าคำว่า “สนธิสัญญา” และ “ข้อตกลงระหว่างประเทศ” ซึ่งถูกใช้ในบทมาตรา ทั้งสองดังกล่าวข้างต้น แต่ความเห็นในหมู่ของนักกฎหมายระหว่างประเทศแล้วเป็นที่เข้าใจตรงกันว่าสามารถใช้แทนกันได้ นอกจากนี้ แล้วข้อตกลงระหว่างประเทศระหว่างรัฐยังได้ใช้คำอื่นที่พยายามที่จะให้มีลักษณะดูประหนึ่งว่ามีใช้สนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ อย่างเช่น “บันทึกความเข้าใจ” (Memoranda of Understanding-MOU) เพื่อที่จะเลี่ยงให้ไม่ตกตกอยู่ภายใต้มาตรา 103 อย่างไรก็ตามเป็นเรื่องยากที่รัฐสมาชิกที่จะอ้างเหตุของความหมายของคำทั้งสองดังกล่าวเพื่อเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ

ถึงแม้ว่าจะมีการเลี่ยงการทำข้อตกลงระหว่างกันให้มีความหมายที่น้อยไปกว่าสนธิสัญญาดังปรากฏจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตามความเห็นของผู้พิพากษา Jessup ที่ให้ความเห็นในคดี South-West African case ไว้ว่า “ขณะที่มาตรา 103 ได้ใช้คำว่า “ข้อตกลงระหว่างประเทศ” ดังนั้นจึงไม่มีเหตุผลอันใดที่จะตีความของมาตราดังกล่าวให้ไม่รวมสนธิสัญญา อนุสัญญา ข้อตกลง หรือลักษณะของข้อผูกพันระหว่างประเทศแบบอื่น<sup>78</sup>” ซึ่งท่านผู้พิพากษา Jessup ยังให้ได้กล่าวถึงคำว่า “เครื่องมือระหว่างประเทศ” ในกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 81 (1)<sup>79</sup> ที่ใช้ในการเข้าเป็นภาคีของรัฐสมาชิก ดังนั้นจึงรวมถึงข้อตกลงระหว่างประเทศทุกรูปแบบ

นอกจากนี้ แล้วการให้ความหมายของคำว่า “ข้อตกลงระหว่างประเทศ” ยังได้ปรากฏจากการให้ความเห็นของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดี Nicaragua case ซึ่งศาลได้ลงความเห็นกล่าวโดยสรุปว่า ข้อตกลงส่วนภูมิภาค ข้อตกลงสองฝ่าย หรือข้อตกลงหลายฝ่ายที่คู่ภาคีได้ทำขึ้นจะต้องตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งมาตรา 103<sup>80</sup> แม้กระทั่งไม่นานมานี้เองท่านผู้พิพากษา Lord Bingham แห่งศาลสูงของอังกฤษ (House of Lords) ได้ให้ความเห็นในคดี AI-

<sup>78</sup> South West Africa (Ethiopia v South Africa, Liberia v South Africa) (Preliminary Objections) [1962] ICJ Rep 319, Separate Opinion of Judge Jessup, 407

<sup>79</sup> Article 80 (1) of UN Charter states “Except as may be agreed upon in individual trusteeship agreements, made under Articles 77, 79, and 81, placing each territory under the trusteeship system, and until such agreements have been concluded, nothing in this Chapter shall be construed in or of itself to alter in any manner the rights whatsoever of any states or any peoples or the terms of existing international instruments to which Members of the United Nations may respectively be parties.”

<sup>80</sup> Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v USA) (Jurisdiction and Admissibility) [1984] ICJ Rep 392, para 107

Jedda case เกี่ยวกับคำว่า “ความตกลงระหว่างประเทศอื่นใด” นี้ ไม่ได้ปล่อยให้ไม่มีช่องว่างที่จะมีข้อยกเว้นและคำดังกล่าวนี้ ไม่ได้เป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางแล้ว<sup>81</sup>

การยอมรับการใช้คำว่า “ตามความตกลงระหว่างประเทศอื่น” ตามมาตรา 103 นั้นจะปรากฏจากถ้อยคำมาตรา 30 (1)<sup>82</sup> ของกฎหมายสนธิสัญญาเวียนนา ปี ค.ศ. 1969 ซึ่งได้ใช้คำว่า “ภายใต้มาตรา 103 ของกฎบัตรสหประชาชาติ”<sup>83</sup> และมาตรา 30 (6) ของกฎหมายสนธิสัญญาเวียนนา ปี ค.ศ. 1986 ได้ยอมรับกรณีที่มีการขัดกันระหว่างพันธกรณีภายใต้กฎบัตรและพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญา ให้พันธกรณีภายใต้กฎบัตรบังคับใช้ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการยอมรับมาตรา 103 ได้นำไปใช้ในกฎหมายสนธิสัญญาที่ ๖ สองฉบับด้วย

(ค) ความหมายของ “ในกรณีแห่งการขัดแย้ง” (“In the event of conflict”)

ปัญหาของการขัดกันระหว่างพันธกรณีภายใต้กฎบัตรของรัฐสมาชิกสหประชาชาติและพันธกรณีตามข้อตกลงระหว่างประเทศนี้ มีรูปแบบของการขัดแย้งที่แตกต่างกัน เนื่องจากว่าลักษณะของข้อตกลงหรือสนธิสัญญาที่ได้ทำขึ้น นั้น มีลักษณะที่ต่างกันอย่างประกอบกับช่วงเวลาการเข้าร่วมเป็นภาคีที่ต่างช่วงเวลากัน ซึ่งรูปแบบของการขัดกันนี้ ได้มีนักกฎหมายระหว่างประเทศสามท่านคือ Leland Goodrich, Edvard Hambro and Anne Patricia Simmons<sup>84</sup> ได้จำแนกออกได้เป็น 3 รูปแบบที่รัฐสมาชิกสหประชาชาติจะต้องประสบกับการขัดกันระหว่างพันธกรณีภายใต้กฎบัตรและพันธกรณีตามข้อตกลงตามกฎหมายระหว่างประเทศกับ(1) รัฐสมาชิกคู่ภาคีซึ่งลงนามก่อนกฎบัตรมีผลบังคับใช้ หรือกับ(2) รัฐสมาชิกคู่ภาคีซึ่งลงนามหลังกฎบัตรมีผลบังคับใช้แล้ว หรือกับ(3) รัฐคู่ภาคีที่มีใช้สมาชิกไม่ว่าจะลงนามก่อนหรือหลังการบังคับใช้กฎบัตร

<sup>81</sup> Al-Jedda, (Note 68), para 35

<sup>82</sup> Article 30(1) art 30(1) “Subject to Article 103 of the Charter of the United Nations, the rights and obligations of States parties to successive treaties relating to the same subject-matter shall be determined in accordance with the following paragraphs.”

<sup>83</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties (opened for signature 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331

<sup>84</sup> LM Goodrich, E Hambro and AP Simons, *Charter of the United Nations: Commentary and Documents* (New York: Columbia UP, 1969) p. 614.

นอกจากนี้ ยังมีการแบ่งลักษณะของการขัดแย้งของพันธกรณีเป็นรูปแบบอื่น อย่างเช่น Bruno Simma<sup>85</sup> ได้แบ่งลักษณะของการขัดแย้งของพันธกรณีออกเป็น 3 ลักษณะคือ (1) ความขัดแย้งระหว่างพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาระหว่างสมาชิก (Treaties between Member States) (2) ความขัดแย้งระหว่างพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาระหว่างสมาชิกและรัฐไม่เป็นสมาชิก (Treaties between United Nations Member States and Non-Member States) และ (3) การขัดแย้งของพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาระหว่างรัฐไม่เป็นสมาชิก (Treaties between Non Member States)

แม้ว่าการแบ่งรูปแบบของการขัดแย้งทั้งสองแบบจะครอบคลุมเนื้อหาคล้ายกัน แต่เพื่อเป็นการง่ายแก่การเข้าใจ ผู้วิจัยจะขออธิบายการขัดกันของพันธกรณีโดยยึดรูปแบบการแบ่งของ Bruno Simma ซึ่งจะอธิบายทั้ง 3 กรณีได้ดังนี้

#### (1) สนธิสัญญาระหว่างสมาชิก (Treaties between Member States)

เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำของมาตรา 103 แล้วจะเห็นว่ากฎหมายไม่ได้บัญญัติผลของการขัดกันนั้น จะทำให้พันธกรณีตามข้อตกลงอื่นตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญานี้ ไม่มีผลไหม้หรือถูกยกเลิกตลอดไปหรือเพียงชั่วคราว หรือมีผลใช้บังคับไม่ได้เลยแต่อย่างใด จะเห็นว่าคำว่า "จักต้องใช้บังคับ" (Prevail) นั้นมิได้ทำให้บทกฎหมายที่ศักดิ์ต่ำกว่า (Lower-ranking provision) นั้นมีผลไหม้หรือไม่มีผลโดยอัตโนมัติแต่อย่างใด<sup>86</sup> แต่มาตรา 103 ได้กำหนดไว้แต่เพียงว่าหากมีการขัดกันเกิดขึ้น ระหว่างพันธกรณีตามกฎหมายบัตรและพันธกรณีอื่นตามกฎหมายระหว่างประเทศ ให้รัฐปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎหมายบัตร ดังจะเห็นได้จากกรณีคดี Lockerbie case ซึ่งเป็นการขัดกันระหว่างพันธกรณีตามกฎหมายบัตรและพันธกรณีตามสนธิสัญญา Montreal Convention ซึ่งผลของการขัดกันก็มิได้ทำให้บทบัญญัติดังตามสนธิสัญญา Montreal Convention หรือแม้แต่สนธิสัญญาไม่มีผล หรือเป็นโมฆะ หรือเสียไปแต่อย่างใด

ผลทางกฎหมายของพันธกรณีตามข้อตกลงอื่นตามกฎหมายต่างประเทศที่เกิดจากการขัดกันตามมาตรา 103 นั้น จะเห็นได้จากตัวอย่างกรณีคดี Al-Jedda case ซึ่งได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นว่าศาลสูงอังกฤษเฉียงที่กล่าวถึงผลทางกฎหมายของพันธกรณีหรือบท

<sup>85</sup> Bruno Simma, *The Charter of the United Nations A Commentary*, (London:Oxford University press,2012) p. 1122

<sup>86</sup> ILC, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 April 2006, pp. 170, para: 334.

มาตราตามกฎหมายระหว่างประเทศในที่นี้ ก็คือ กฎหมายสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Convention on Human Rights-ECHR) นี้เอง ยิ่งไปกว่านั้น ศาลก็มิได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการที่ผู้ร้องถูกละเมิดสิทธิโดยการถูกรบกวนคุ้มครองตัวโดยปราศจากการแจ้งข้อกล่าวหาของกองกำลังผสมอังกฤษว่าสิทธิที่ถูกละเมิดดังกล่าวนี้ เข้าลักษณะเป็นสิทธิตามหลักกฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens) หรือไม่ แต่ศาลกลับวินิจฉัยโดยกว้างๆ ในกรอบของมาตรา 103 แต่เพียงว่าพันธกรณีตามกฎบัตรนี้ นรวมถึงข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ใช้นาจนการปฏิบัติงานของกองกำลังผสมของอังกฤษในด้านสันติภาพและความมั่นคง ในกรณีนี้ พันธกรณีตามกฎบัตรมีผลบังคับเหนือกว่าพันธกรณีตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปด้วยและศาลอังกฤษได้วินิจฉัยว่ากองกำลังผสมอังกฤษไม่ได้ละเมิดสิทธิของผู้ร้อง (Claimant or Mr. Hilal Al-Jedda) แต่อย่างใด<sup>87</sup>

ดังนั้น ในกรณีแรกคือ สนธิสัญญาที่เกิดจากรัฐสมาชิกซึ่งมักจะพบปัญหาในกรณีที่มีการขัดกับมาตรา 103 มากกว่ากรณีอื่นเนื่องจากว่าในปัจจุบันเกือบทุกรัฐต่างเป็นสมาชิกสหประชาชาติ กรณีการเข้าเป็นภาคีตามสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศของรัฐสมาชิกไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาสองฝ่าย หรือหลายฝ่าย หากสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศเหล่านั้น ขัดกับพันธกรณีตามมาตรา 103 แห่งกฎบัตรแล้ว ประเด็นที่จะต้องพิจารณาตามมาก็คือว่า สนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศเหล่านั้น หากได้ทำขึ้น ก่อนการบังคับใช้กฎบัตรสหประชาชาติและต่อมาได้ขัดหรือไม่สอดคล้องกับกฎบัตรแล้ว ผลก็คือพันธกรณีภายใต้กฎบัตรย่อมมีผลบังคับเนื่องจากว่ารัฐสมาชิกต่างยินยอมที่จะรับพันธกรณีภายใต้กฎบัตรที่เข้าร่วมลงนามเป็นสมาชิกแล้ว<sup>88</sup>

กรณีที่สอง เกิดจากพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศของรัฐสมาชิกที่ร่วมเป็นภาคีกันหลังกฎบัตรใช้บังคับและพันธกรณีเหล่านั้น ไม่ได้ขัดหรือไม่สอดคล้องกับกฎบัตรแล้ว ผลก็คือพันธกรณีภายใต้กฎบัตรมีผลบังคับ ถึงแม้ว่าสนธิสัญญากรุงเวียนนา มาตรา 41 (1)<sup>89</sup> จะให้สิทธิของรัฐคู่ภาคีมีสิทธิที่จะแก้ไขสนธิสัญญาหรือข้อตกลงกันภายหลังได้แต่

<sup>87</sup> Para. 112 of the judgment in the Queen o the application of Hilal Abdul Razzaq Ali Al-Jedda v. Secretary of State for Defence

<sup>88</sup> Summary Report of Sixth Meeting of Committee IV/2, Doc 419, IV/2/19, 13 UNCTO 602-3, 603.

<sup>89</sup> 1969 Vienna Convention (n 41) art 41(1) ("Two or more of the parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to modify the treaty as between themselves alone if: (a) the possibility of such a modification is provided for by the treaty; or (b) the modification in question is not prohibited by the treaty and: (i) does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations; (ii) does not

จะต้องไม่กระทบสิทธิของรัฐอื่นและสนธิสัญญาไม่ได้ห้ามมิให้แก้ไขภายหลังไว้ ดังนี้ นอกจากกล่าวโดยสรุปได้ว่าพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศของรัฐสมาชิกที่เป็นภาคีที่ได้ทำขึ้น ซึ่งขัดกับมาตรา 103 ไม่ว่าจะสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศนั้น ได้ถูกทำขึ้นก่อนหรือหลังการบังคับใช้กฎบัตรสหประชาชาติ ผลก็คือว่าสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างรัฐสมาชิกที่ขัดกับกฎบัตรจะไม่มีผลบังคับใช้เพียงเฉพาะในส่วนที่ขัดกับพันธกรณีภายใต้กฎบัตรเท่านั้น แต่เนื้อความตามมาตราอื่นๆ ในสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศยังมีผลใช้บังคับระหว่างคู่ภาคีอยู่

สำหรับผลของการไม่มีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างสมาชิกด้วยกันนั้น เกิดเมื่อได้ 3 กรณีคือ กรณีแรก กฎบัตรได้ถูกบังคับใช้ กรณีที่สอง รัฐสมาชิกได้อนุวัติการสนธิสัญญานั้น และกรณีที่สาม มีพันธกรณีเกิดใหม่ตามกฎบัตรสหประชาชาติและได้ขัดกับสนธิสัญญา ปัญหาที่ตามมาก็คือว่าเฉพาะบทมาตราใดบทมาตราหนึ่งของสนธิสัญญาหรือข้อตกลงที่รัฐสมาชิกได้ทำขึ้นนั้น ขัดกับมาตรา 103 แล้วนั้น จะส่งผลทำให้มาตราอื่นหรือสนธิสัญญาหรือข้อตกลงทั้งฉบับบังคับใช้ไม่ได้หรือไม่นั้น หากพิจารณาจากถ้อยคำของมาตรา 103 แล้วจะเห็นว่ามาตรา 103 มิได้มีบทบังคับในส่วนนี้ อย่างไรก็ตามปัญหาดังกล่าวนี้ จะต้องนำเอากฎหมายสนธิสัญญามาประกอบการตีความบังคับใช้ต่อไป

ประเด็นปัญหาที่พบในปัจจุบันก็คือว่า พันธกรณีเฉพาะบทมาตราของสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่ขัดกับข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงโดยเฉพาะกรณีที่คุณคณะมนตรีความมั่นคงได้มีข้อมติให้มีมาตรการการบังคับทางเศรษฐกิจ (Economic sanction) นั้น ประเด็นปัญหาก็คือว่าบทมาตราดังกล่าวจะถูกยกเลิก หรือบังคับใช้ไม่ได้หรือไม่มีผลระหว่างคู่ภาคีตลอดไปหรือไม่ หรือเพียงแค่ว่าเฉพาะระยะเวลาที่คุณคณะมนตรีความมั่นคงได้ประกาศใช้ข้อมติฉบับนั้นเท่านั้น ซึ่งความเห็นของท่าน Bruno Simma เห็นว่าพันธกรณีตามสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศของรัฐสมาชิก จะถูกระงับการใช้ (Suspended) เฉพาะเท่าที่ระยะเวลาของการประกาศใช้ข้อมติเท่านั้น และจะกลับมามีผลบังคับระหว่างรัฐภาคีอีกเมื่อข้อมติของคุณคณะมนตรีความมั่นคงได้ประกาศยกเลิก<sup>90</sup>

---

relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole.’).

<sup>90</sup> Bruno Simma, *The Charter of the United Nations A Commentary*, (London: Oxford University press, 2012), p. 1122

(2) สนธิสัญญาระหว่างรัฐสมาชิกและรัฐไม่เป็นสมาชิกสหประชาชาติ (Treaties between United Nations Member States and Non-Member States)

กรณีที่พักกรณีที่เกิดจากสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกิดจากการเข้าเป็นภาคีระหว่างรัฐสมาชิกสหประชาชาติและรัฐไม่ใช่สมาชิกรู้ น หากพิจารณาจากถ้อยคำตาม มาตรา 103 แล้วจะเห็นว่า มาตรา 103 กำหนดให้รัฐสมาชิกเท่านั้นที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณี ตามกฎบัตร แต่มาตรา 103 มิได้มีบทบังคับว่าจะต้องให้รัฐสมาชิกที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่จะต้อง ปฏิบัติตามกฎหมายแต่อย่างใด ซึ่งได้กล่าวมาแล้วในกรณีแรกให้ข้อ (ก) แล้วว่าพันธกรณีตาม สนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศของรัฐสมาชิกซึ่งขัดกับพันธกรณีตามกฎหมายนี้ นอกจาก จะไม่มีผลแล้วยังไม่สามารถบังคับตามพันธกรณีที่ขัดกันนี้ได้ ในกรณีเช่นนี้ รัฐไม่ใช่สมาชิกซึ่งไม่มี พันธกรณีที่จะต้องตกอยู่ภายใต้กฎบัตรโดยเฉพาะมาตรา 103 หรือข้อมติของคณะมนตรีความ มั่นคง รัฐไม่ใช่สมาชิกสามารถเรียกร้องให้รัฐสมาชิกปฏิบัติตามหรือเรียกความเสียหายอย่างใดนั้น ยังไม่มีคดีลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้น ๒ ประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อมาในเรื่องพันธกรณีตาม สนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศของคู่ภาคีที่ขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens) ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นบรรทัดฐานที่เหนือกว่าทุกกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่จะ ละเมิดและผูกพันต่อทุกคนในบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ (All subjects of international law) รวมถึงองค์การสหประชาชาติด้วย แต่กฎบัตรไม่ได้ให้คำจำกัดความของ หลักกฎหมายเด็ดขาดไว้ อย่างไรก็ตามลักษณะความเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาดจะพบอยู่ในบาง มาตราของกฎบัตร อย่างเช่นการห้ามการใช้กำลัง (Prohibition of use of force) การห้ามการ รุกราน (Aggression) นอกจากนี้แล้วหลักกฎหมายเด็ดขาดจะปรากฏอยู่ตามสนธิสัญญา อย่างเช่น การห้ามการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) การห้ามการค้าทาส (Slavery) ตลอดจนจนถึง การห้ามการแบ่งแยกเชื้อชาติ(Race) เป็นต้น

สำหรับผลของพันธกรณีตามสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศของคู่ภาคี ที่ขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาดนั้น ผลเป็นโมฆะ(Void) ตามมาตรา 53<sup>91</sup> และมาตรา 64<sup>92</sup> แห่ง

---

<sup>91</sup> Article 53 of VCLT: Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law ("jus cogens") states: "A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character."

สนธิสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties 1968) นอกจากนี้ แล้วกฎบัตรยังได้สร้างพันธกรณีให้แก่รัฐไม่ใช่สมาชิกให้ปฏิบัติตามพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับสันติภาพและความมั่นคงนั้น ซึ่งได้กำหนดไว้ในมาตรา2(6) ว่า “องค์การจักให้ความแน่นอนใจว่า รัฐที่มีไม่ใช่สมาชิกของสหประชาชาติ จะพึงต้องปฏิบัติตามหลักการเหล่านี้ เท่าที่จำเป็นแก่การดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ” ดังนั้น นอกจากมาตรา2(6)<sup>93</sup> แล้วรัฐไม่ใช่สมาชิกไม่ตกอยู่ในพันธกรณีภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติหรือแม้กระทั่ง องค์การของสหประชาชาติและรวมถึงข้อมติขององค์การของเหล่านี้ นด้วย

(3) สนธิสัญญาระหว่างรัฐที่ไม่เป็นสมาชิกด้วยกัน (Treaties between Non Member States)

ในปัจจุบันเกือบทุกรัฐเป็นสมาชิกของสหประชาชาติหมดแล้วและปัญหาที่เกิดจากสนธิสัญญาระหว่างรัฐที่ไม่เป็นสมาชิกด้วยกันก็เกือบจะไม่ปรากฏ แต่ในสถาบันทางกฎหมายต่างๆ ยังได้ถกเถียงกันว่าประเด็นที่ว่ารัฐที่มีไม่ใช่สมาชิกนั้นจะต้องตกอยู่ในภายใต้พันธกรณีตามกฎหมายบัตรหรือไม่ โดยเฉพาะพันธกรณีภายใต้ข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง ซึ่งตามหลักกฎหมายสนธิสัญญานี้ สนธิสัญญามีได้มีผลผูกพันรัฐที่สามแต่อย่างใด<sup>94</sup> การนำพันธกรณีภายใต้กฎบัตรไปปฏิบัติของรัฐสมาชิกแล้วทำให้กฎบัตรมีลักษณะพิเศษมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะพันธกรณีเกี่ยวกับการสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ประกอบกับรัฐเกือบทั้งหมดได้เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติกันหมดแล้ว จึงยิ่งเพิ่มเหตุผลเป็นข้อยกเว้นให้แก่กฎบัตร ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวปรากฏอยู่ในมาตรา2(6)<sup>95</sup> ของกฎบัตร อย่างไรก็ตามหากพิจารณาความถ้อยคำและเจตนาของมาตราดังกล่าวแล้ว องค์การสหประชาชาติตกอยู่ในพันธกรณีที่จะต้องให้หลักประกันว่ารัฐ

<sup>92</sup> Article 64 of Vienna Convention on the Law of Treaties: Emergence of a new peremptory norm of general international law (“jus cogens”) “If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates”.

<sup>93</sup> Article 2(6) of UN Charter states “ The Organization shall ensure that states which are not Members of the United Nations act in accordance with these Principles so far as may be necessary for the maintenance of international peace and security”.

<sup>94</sup> 1969 Vienna Convention (n 41) art 34; 1986 Vienna Convention (n 42) art 34. For a discussion, see, eg, M Fitzmaurice, ‘Third Parties and the Law of Treaties’ (2002) 6 Max Planck Ybk UN Law 37–137.

<sup>95</sup> UN Charter Art. 2(6) states: “The Organization shall ensure that states which are not Members of the United Nations act in accordance with these Principles so far as may be necessary for the maintenance of international peace and security.”



ที่มีโซสมาชิกต้องปฏิบัติตามหลักการของสหประชาชาติเพื่อความจำเป็นในการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ

บทพิสูจน์อีกประการหนึ่งของรัฐที่มีเป็นสมาชิกก็คือว่าการปฏิบัติตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจดูตัวอย่างของประเทศสวีเดนก่อนที่จะเป็นรัฐสมาชิกก็นำข้อมติเกี่ยวกับการแข่งขันนำไปปฏิบัติ ซึ่งข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงนั้น มักจะใช้คำว่า “เรียกร้องให้ทุกรัฐ” (“Call upon all States”) ปฏิบัติตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง<sup>96</sup> ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าในทางปฏิบัติแล้วรัฐเกือบทั้งหมดได้เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ และประเด็นข้อถกเถียงการบังคับใช้มาตรา 103 กับรัฐที่มีได้เป็นสมาชิกก็มักจะกล่าวถึงในสถาบันการศึกษาเท่านั้น

อย่างไรก็ตามในทางกฎหมายเกี่ยวกับสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นระหว่างรัฐซึ่งไม่ใช่ภาคีและได้ขัดกับพันธกรณีตามกฎหมายว่าด้วยมาตรา 103 ไม่ได้วางหลักเกณฑ์ดังกล่าวเอาไว้ ซึ่งกรณีดังกล่าวจะต้องไปพิจารณาประกอบกับหลักกฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens, peremptory norm) ว่าขัดกันหรือไม่ตามที่ได้กล่าวมาแล้วใน (ข) นอกจากนี้ จะต้องไปพิจารณาว่ามีความสอดคล้องกับหลักการไม่มีผลของสนธิสัญญามาตรา 46<sup>97</sup> แห่งสนธิสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties 1968) ผลทางกฎหมายของพันธกรณีตามสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศของรัฐไม่ใช่สมาชิกทั้งสองที่ทำขึ้นนั้น หากไม่เข้าข้อยกเว้นของหลักกฎหมายเด็ดขาดและไม่เข้าลักษณะหลักการไม่มีผลของกฎหมายตามมาตรา 46 แล้วนั้น พันธกรณีดังกล่าวมีผลบังคับใช้แล้วผูกพันตามกฎหมายตามกฎหมายแม้ว่าจะขัดกับพันธกรณีตามกฎหมาย<sup>98</sup>

<sup>96</sup> Namibia Opinion (n 9) 126 ('As to non-member States, although not bound by Articles 24 and 25 of the Charter, they have been called upon [by the Security Council] to give assistance in the action which has been taken by the United Nations with regard to Namibia.').

<sup>97</sup> Article 46 of Vienna Convention on the Law of Treaties: 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.

<sup>98</sup> Bruno Simma, *The Charter of the United Nations A Commentary*, (London: Oxford University press, 2012), p. 1123

(ง) ความหมายของ “พันธกรณีตามกฎหมายฉบับปัจจุบันบังคับต้องให้บังคับ” (“Their obligation under present Charter shall prevail”)

คำหมายของคำว่า “พันธกรณีตามกฎหมายฉบับปัจจุบันบังคับต้องให้บังคับ” นี้ หมายความว่าความหมายที่ชัดเจนอยู่ในตัวอยู่แล้วว่าหากพันธกรณีตามสนธิสัญญาหรือข้อตกลงอื่นมีการขัดกันกับพันธกรณีตามกฎหมายฉบับปัจจุบันผลคือจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎหมายฉบับปัจจุบัน แต่ประเด็นอยู่ที่ว่าพันธกรณีภายใต้กฎหมายหรือสนธิสัญญาอื่นนั้น จะถูกยกเลิกหรือไม่ให้ปฏิบัติตลอดไป หรือถ้าไม่มีผลบังคับใช้ในช่วงระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น ซึ่งประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้นั้น มักจะเกิดกับพันธกรณีตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ออกมาบังคับกับรัฐสมาชิกและได้ขัดกับพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาหรือข้อตกลงทางการค้ากันระหว่างรัฐสมาชิกด้วยกัน หากว่าผลที่เกิดขึ้นนี้ทำให้ข้อตกลงทางการค้านั้นสิ้นผลหรือเป็นโมฆะไปตลอดเลยนั้น ก็อาจจะไม่สมเหตุสมผลซึ่งกรณีดังกล่าวอาจจะทำให้ผลเป็นการชั่วคราวแก่รัฐสมาชิกเท่านั้น ตลอดระยะเวลาของการบังคับการใช้มาตรการแข่งขันเท่านั้น

นอกจากนี้ แล้วสนธิสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาฯ ยังได้อ้างถึง มาตรา 103 แห่งกฎบัตรหากเกิดกรณีที่สนธิสัญญาที่ได้ถูกทำขึ้น ภายหลังและขัดกับหลักกฎหมายเดิรเดชาดแล้ว ผลคือสนธิสัญญานั้น เป็นโมฆะ และหากว่าเกิดหลักกฎหมายเดิรเดชาดขึ้นมาใหม่และได้ขัดกับสนธิสัญญาที่มีอยู่เดิมแล้ว ผลก็คือสนธิสัญญามีผลโมฆะและถูกยกเลิกไปเช่นเดียวกัน ดังนั้น ลักษณะของการขัดกันของพันธกรณีของรัฐสมาชิกนั้น เกิดได้กรณี

กรณีแรก เกิดจากที่สนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่ได้ทำขึ้น นั้น ขัดกับกฎบัตรหรือขัดกับหลักกฎหมายเดิรเดชาด (Jus cogens) อย่างเช่นสนธิสัญญาหรือข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดการส่งเสริมสงคราม ซึ่งต้องห้ามตามกฎหมายมาตรา 2(4) หรือสนธิสัญญาที่เป็นการบังคับสิทธิของพลเมืองในการที่จะกำหนดการปกครองตนเอง ตามมาตรา 1(2) หรือสนธิสัญญาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธ์ ตามมาตรา 1(3) ซึ่งพันธกรณีตามสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่ไม่สอดคล้องกับกฎบัตรหรือหลักกฎหมายเดิรเดชาดนี้ ผลก็คือไม่สามารถบังคับได้ ซึ่งเป็นการขัดหรือไม่สอดคล้องกันอันเกิดมาจากตัวสนธิสัญญา (Intrinsic inconsistency)

กรณีที่สอง เกิดจากที่พันธกรณีตามสนธิสัญญาหรือตามข้อตกลงระหว่างประเทศ ไม่ได้ขัดหรือไม่สอดคล้องกับกฎบัตรหรือหลักกฎหมายเดิรเดชาดแต่อย่างใด และสนธิสัญญาหรือข้อตกลงดังกล่าวเหล่านี้ ยังมีผลบังคับใช้อยู่ แต่การเกิดการขัดกันนั้น เกิดมาจากการที่องค์การ

สหประชาชาติโดยองค์การรอง (Subsidiary organs) ได้ใช้อำนาจของตนที่มีอำนาจอยู่ในการออก  
 ข้อมติ โดยเฉพาะข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง (Security Council Resolutions) ที่กำหนดให้  
 รัฐและองค์กรระหว่างประเทศอื่นนำไปปฏิบัติโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เป็นข้อมติที่มีผลผูกพันตาม  
 กฎหมาย ยิ่งไปกว่านั้น และมักจะพบในปัจจุบันข้อมติดังกล่าวยังได้มีผลบังคับใช้รวมไปถึง  
 องค์กรธุรกิจ Business entities) บริษัทเอกชน (Private companies) ซึ่งจะต้องปฏิบัติตามข้อมติ  
 ของคณะมนตรีความมั่นคง

การเกิดการขัดกันหรือไม่สอดคล้องในลักษณะที่สองที่เกิดจากตัวองค์กร  
 สหประชาชาติออกข้อมติที่ทำให้ขัดกับสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่มีผลบังคับชอบ  
 ด้วยกฎหมายอยู่แล้ว โดยเฉพาะข้อมติที่ออกให้มีการบังคับทางเศรษฐกิจหรือข้อมติที่ออกให้บังคับ  
 กับเป้าหมาย (Target sanctions or smart sanctions) ซึ่งการขัดกันหรือไม่สอดคล้องกันนี้ เรียกว่า  
 เป็นการขัดกันโดยอุบัติเหตุ (Incidental inconsistency)<sup>99</sup>

จากรูปแบบของการขัดกันทั้งสองลักษณะซึ่งมีผลทางกฎหมายแตกต่างกัน  
 กล่าวคือลักษณะแรกนี้ ทำให้พันธกรณีตามสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศนี้ ไม่มีผล  
 ใช้บังคับหรือเป็นโมฆะ นั่นหมายความว่า คำว่าพันธกรณีตามกฎหมายบัตร "มีผลบังคับ" ตามมาตรา  
 103 นี้ มีผลบังคับตลอดไป ส่วนการขัดกันในลักษณะที่สองนี้ พันธกรณีตามสนธิสัญญาหรือ  
 ข้อตกลงระหว่างประเทศจะไม่มีผลบังคับชั่วคราวเท่าที่ระยะเวลาการประกาศใช้ข้อมติขององค์  
 กรรองของสหประชาชาติ ซึ่งลักษณะของการขัดกันในลักษณะที่สองกล่าวชัดของมาตรการตามข้อ  
 มติของคณะมนตรีความมั่นคงกับข้อตกลงหรือข้อสัญญาอื่นซึ่งผลทางกฎหมายจะเป็นอย่างไรนั้น  
 จะได้กล่าวเป็นลำดับต่อไป

### 2.3 การบังคับใช้มาตรา 103 กับข้อตกลงอื่นนอกจากข้อตกลงระหว่างประเทศ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าวัตถุประสงค์ของมาตรา 103 แห่งกฎบัตรได้กำหนดให้รัฐ  
 สมาชิกจะต้องตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามกฎบัตรหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือจะต้อง  
 ปฏิบัติตามมาตรการตามข้อมติขององค์การสหประชาชาติเพื่อเป็นเอกภาพและมีประสิทธิภาพ  
 เพียงเพื่อการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคง แต่อย่างไรก็ตามยังมีประเด็นข้อถกเถียง  
 ตามมาก็คือการนำมาตรา 103 แห่งกฎบัตรไปใช้กับข้อสัญญาระหว่างรัฐบาลกับเอกชนหรือ

<sup>99</sup> Rain Liivoja, "the Scope of the Supremacy Clause of the United Nations Charter," *ICLQ* 57 (July 2008) :.

ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน หรือการนำมาตรา 103 ไปใช้กับคำแถลงการณ์การฝ่ายเดียว หรือใช้กับหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ยังไม่ได้พัฒนาไปเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาดแล้วนั้น ผลทางกฎหมายจะเป็นอย่างไรนั้น จะได้กล่าวเป็นลำดับต่อไป

### 2.3.1 การนำมาตรา 103 ไปใช้กับข้อสัญญาอื่น (Application of Article 103 to other contractual arrangements)

ประเด็นปัญหาของการที่นำกฎบัตรมาตรา 103 ไปใช้บังคับกับข้อสัญญา (Contracts) หรือ ข้อตกลง (Arrangements) หรือรูปแบบของสัญญาอย่างอื่นใด ซึ่งการทำสัญญาดังกล่าวเหล่านั้น ไม่ว่าจะเป็นการระหว่างรัฐต่อรัฐ (Inter-states contracts) หรือว่ารัฐต่อเอกชน (Contract between state and private) หรือเอกชนกับเอกชนด้วยกัน (Private contacts) หรืออาจจะเป็นสัญญาระหว่างรัฐหรือเอกชนกับองค์การระหว่างประเทศ (Contract between international organization and state or private) การที่จะนำมาตรา 103 ไปบังคับใช้กับข้อสัญญาเหล่านั้น ซึ่งเอกชนมิได้ตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎบัตรซึ่งในปัจจุบันมักจะเห็นได้จากการออกข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงซึ่งมีมาตรการให้รัฐสมาชิก บังคับใช้กับสัญญาเอกชนเหล่านั้น ด้วย<sup>100</sup> ซึ่งในการนำกฎบัตรมาตรา 103 ไปบังคับใช้ตามกรณีดังกล่าวนี้ มีประเด็นข้อกฎหมายที่จะต้องพิจารณาดังนี้ คือ

(ก) ความไม่ชัดเจนของคำว่า “ข้อตกลงระหว่างประเทศ”<sup>101</sup>

ในการที่จะพิจารณานำเอามาตรา 103 ไปบังคับใช้กับข้อตกลงระหว่างประเทศที่รัฐได้ทำขึ้นนั้น ประการแรกจะต้องพิจารณาว่าลักษณะของข้อตกลงหรือสัญญาดังกล่าวระหว่างรัฐที่ทำขึ้นนั้น เข้าตามความหมายของข้อตกลงระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งข้อตกลงหรือสัญญาระหว่างรัฐกับรัฐนั้น มีลักษณะความเป็นระหว่างประเทศอยู่ในตัว (International character) และเป็นข้อตกลง (Agreement) ยกตัวอย่างเช่นการทำข้อตกลงการกู้ยืมระหว่างรัฐบาลเดนมาร์ก (Denmark) รัฐบาลมาลาวี (Malawi)<sup>102</sup> โดยข้อสัญญาดังกล่าวกำหนดให้กฎหมายที่ใช้บังคับ

<sup>100</sup> SC Res. 1160 (1998), SC Res. 1127 (1997), SC Res. 1173 (1998), SC Res. 1267 (1999), SC Res. 1298 (2000).

<sup>101</sup> Black's Law Dictionary (8th edn, West, St Paul, 2004) 834 defines an 'international agreement' as '[a] treaty or other contract between different countries'

<sup>102</sup> Agreement between the Government of Denmark and the Government of Malawi on Danish Government Loan to Malawi (signed 1 August 1966) 586 UNTS 3 art 12 ('Unless otherwise provided for in the Agreement, the Agreement and all the rights and obligations deriving from it shall be governed by Danish law.')

(Applicable law) เป็นกฎหมายภายในของประเทศเดนมาร์ก ซึ่งจะเห็นได้ว่าสัญญาผู้ยืมเงินดังกล่าวไม่ได้เป็นสนธิสัญญาแต่อย่างใดภายใต้กฎหมายสนธิสัญญาเนื่องจากว่ากฎหมายที่ใช้บังคับมีใช้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในมาตรา 103 ก็ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า “ข้อตกลงระหว่างประเทศ” นี้ มีลักษณะเป็นอย่างไรเพียงแต่ใช้ถ้อยคำที่กว้าง

ดังนั้นหากว่าสัญญาระหว่างรัฐและรัฐทั้งสองได้ตกลงกันว่าจะใช้กฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่งใช้บังคับหากเกิดกรณีพิพาทขึ้นแล้วนั้น สัญญาระหว่างรัฐดังกล่าวซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างรัฐและใช้กฎหมายภายในบังคับจะเห็นว่าข้อตกลงดังกล่าวได้ให้ลักษณะความหมายที่อยู่ในบริบทของมาตรา 103 อยู่ไม่น้อยและหากข้อตกลงระหว่างประเทศเหล่านี้ได้ลงทะเบียกับสำนักงานเลขาธิการสหประชาชาติ ตามนัยแห่งมาตรา 102 แล้วนั้น ซึ่งกรณีดังกล่าวก็อาจจะทำให้มีความหมายเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศตามความหมายของมาตรา 103 ในความหมายอย่างกว้างได้

ประเด็นที่น่าสนใจก็คือว่าหากสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนหรือรัฐกับเอกชน โดยใช้กฎหมายภายในมาบังคับ หากข้อสัญญาดังกล่าวนั้นไม่สอดคล้องหรือขัดกับมาตรา 103 แล้วเอกชนหรือรัฐจะอ้างพันธกรณีภายใต้ข้อสัญญาตามกฎหมายภายในและไม่ปฏิบัติตามกฎบัตรโดยอ้างว่ากฎหมายภายในมีสภาพเหนือกว่าพันธกรณีภายใต้กฎบัตรแล้วนั้น อาจจะเป็นการเหตุผลที่ไม่ถูกต้องแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามข้อสัญญาหรือข้อตกลงบางอย่างมีลักษณะที่เป็นลักษณะความเป็นสนธิสัญญาอยู่บ้าง (Internationalized) อย่างเช่นสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ (Concessions of natural resources) ซึ่งอาจจะกระทำเป็นสัญญาระหว่างรัฐกับรัฐหรือรัฐกับบริษัทเอกชน ซึ่งข้อสัญญาดังกล่าวอาจจะไม่ได้จัดอยู่ในกฎหมายภายในรัฐทั้งหมด\* ประกอบกับข้อสัญญาดังกล่าวก็มีใช้สนธิสัญญา ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ นั้นปัญหาเกิดขึ้นจากการที่รัฐได้ใช้คำหรือทอมในการเรียกชื่อ ซึ่งอาจจะทำให้เกิดการเลียงเพื่อที่จะมิให้ตกอยู่ภายใต้มาตรา 103 ได้

(ข) ประเด็นคำแถลงการณ์ฝ่ายเดียวของรัฐ (Unilateral declarations of States)

---

\* This may be due to so-called 'stabilisation clauses' which insert into the contractual relationship legal standards external to the domestic law of the participating State (such as general principles of law), or which limit the possibility of the State concerned to influence the carrying out of the contract via changes in domestic law. On such contracts generally, see, eg, E Paasivirta, Participation of States in International Contracts (Lakimiesliiton kustannus, Helsinki, 1990).

ประเด็นคำแถลงการณ์ฝ่ายเดียวของรัฐนั้น เป็นประเด็นที่เป็นข้อถกเถียงกันมาก ในบรรดานักกฎหมายระหว่างประเทศและนักกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่านมีความเห็นว่าเป็นรูปแบบของสนธิสัญญาครั้งหนึ่งแล้ว และเหลืออีกครึ่งหนึ่งนี้ นรอแต่เพียงคำสนองจากรัฐหรือผู้จะมาเป็นผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งจะเห็นได้ว่าเจตนาของผู้ร่างกฎบัตรกรณีของคำแถลงการณ์ฝ่ายเดียวของรัฐที่จะเข้าลักษณะข้อตกลงระหว่างประเทศตามความหมายในมาตรา 103 นั้นจะต้องได้รับการตอบรับหรือคำสนองจากรัฐผู้รับคำเสนอ และจะต้องเข้าตามหลักของมาตรา 102 กล่าวคือจะต้องได้ลงทะเบียนกับสำนักงานเลขาธิการสหประชาชาติจึงจะสามารถมีผลบังคับทางกฎหมาย (Legal binding force) ระหว่างรัฐคู่กรณีได้<sup>103</sup>

ในทางกลับกันคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นของคำแถลงการณ์ฝ่ายเดียวแตกต่างไปอีกดังจะปรากฏได้จากคดี Nuclear Tests case ซึ่งเป็นกรณีพิพาทระหว่างประเทศฝรั่งเศสกับประเทศนิวซีแลนด์ในประเด็นคำแถลงการณ์ฝ่ายเดียวของฝรั่งเศส ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่าคำแถลงการณ์ฝ่ายเดียวของฝรั่งเศสนั้น มีผลสามารถบังคับได้ตามกฎหมายโดยไม่ต้องอาศัยการกระทำจากอีกรัฐหนึ่งคือนิวซีแลนด์แต่อย่างใด<sup>104</sup> จะเห็นได้ว่าคำวินิจฉัยดังกล่าวของศาลทำให้เกิดความสับสนระหว่างคำแถลงการณ์ฝ่ายเดียวและข้อตกลงระหว่างประเทศเกิดขึ้น

ซึ่งคำแถลงการณ์ของรัฐฝ่ายเดียวซึ่งคล้ายกับคำมั่น (Promises) ในกฎหมายภายในของหลายรัฐและบางรัฐได้บัญญัติให้คำมั่นนี้มีผลผูกพันตามสัญญาทางกฎหมาย (Contractual obligations)

(ค) ประเด็นการใช้มาตรา 103 กับข้อสัญญาของเอกชน ใบอนุญาต การอนุญาต หรือสิ่งลักษณะเดียวกัน (Prevail over private law contracts, licenses, permits and the like)

ประเด็นพันธกรณีภายใต้มาตรา 103 จะมีสภาพบังคับที่เหนือกว่าพันธกรณีภายใต้สัญญาเอกชน ใบอนุญาต การอนุญาตหรือสิ่งลักษณะเดียวกันนี้ นมักจะมีข้อถกเถียงจากการออกข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงโดยใช้ถ้อยคำที่มีลักษณะให้ทุกรัฐปฏิบัติตามข้อมติของ

<sup>103</sup> Report of the Rapporteur of Committee IV/2, as approved by the Committee, Doc 933, IV/2/42(2), 13 UNCIO 703-12, 705.

<sup>104</sup> Nuclear Tests (Australia v France) (n 28) para 43, and Nuclear Tests (New Zealand v France) [1974] ICJ Rep 457, para 46 (taking the view that no 'subsequent acceptance of the declaration, nor even any reply or reaction from other States, is required for the declaration to take effect').

คณะมนตรีความมั่นคง โดยจะเห็นจากข้อมติที่ 661 (1990)<sup>105</sup> ที่ออกเพื่อแซงชั้นอิรักในการบุกรุกประเทศคูเวต ซึ่งข้อมติให้ใช้ถ้อยคำว่า “เรียกร้องให้ทุกรัฐ” ซึ่งรวมถึงรัฐสมาชิกให้ปฏิบัติการที่สอดคล้องกับข้อมติฉบับปัจจุบันโดยไม่ต้องคำนึงถึงข้อสัญญาที่ได้ลงนามหรือใบอนุญาตหรือการอนุญาตที่ได้ออกหรือได้อนุญาตให้ไปก่อนข้อมตินี้ บังคับใช้ ซึ่งต่อมาข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงจะให้ถ้อยคำที่มีใจความคล้ายกับข้อมติดังกล่าวข้างต้น และยิ่งไปกว่านั้น ข้อมติยังได้ให้องค์การระหว่างประเทศตกอยู่ในพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามข้อมติอีกด้วย

กรณีของรัฐได้ออกใบอนุญาตหรือได้อนุญาตให้บริษัทเอกชนได้นำเข้าหรือส่งออกอาวุธยุทโธปกรณ์ทางทหารซึ่งจะเห็นว่ารัฐได้อำนาจการอนุญาตดังกล่าวมาจากกฎหมายภายในรัฐซึ่งได้เข้าลักษณะตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงเกี่ยวกับการห้ามการค้าขายอาวุธ ในขณะที่ข้อมติบางอย่างเป็นสัญญาทางแพ่งเท่านั้น อย่างเช่นสัญญาการใช้ทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งลักษณะการออกใบอนุญาตของรัฐหรือการทำสัญญาลักษณะดังกล่าวข้างต้นนั้น ต่างก็ตกอยู่สภาพบังคับภายใต้มาตรา 103 เนื่องจากว่าหากไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับแล้วรัฐก็อาจจะหลีกเลี่ยงข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงโดยการออกคำแถลงการณ์ ใบอนุญาตหรือการให้อุญาติได้

จากการพิจารณาถ้อยคำของข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงในช่วงระยะหลังมานี้ จะเห็นว่าข้อมติเหล่านี้ ไม่มีบทบังคับใช้กับรัฐที่เป็นสมาชิก และไม่ได้เป็นสมาชิก ตลอดจนถึงองค์การระหว่างประเทศอื่น มีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามข้อมติเหล่านั้น และยิ่งไปกว่านั้น ข้อมติยังได้ใช้บังคับแก่เอกชนในรัฐด้วย<sup>106</sup> และยิ่งไปกว่านั้น ยังได้ใช้บังคับกับสัญญาเอกชน ใบอนุญาตต่างๆ

<sup>105</sup> UNSC Res 661 (6 August 1990) para 5

<sup>106</sup> See UNSC Res 670 (25 September 1990) (Iraq) para 3; UNSC Res 748 (31 March 1992) (Libya) para 7; UNSC Res 757 (30 May 1992) (Bosnia and Herzegovina) para 11; UNSC Res 841 (16 June 1993) (Haiti) para 9; UNSC Res 864 (15 September 1993) (Angola/UNITA) para 20; UNSC Res 883 (11 November 1993) (Libya) para 12; UNSC Res 917 (6 May 1994) (Haiti) para 12; UNSC Res 918 (17 May 1994) (Rwanda) para 15; UNSC Res 1054 (26 April 1996) (Sudan) para 5; UNSC Res 1127 (28 August 1997) (Angola/UNITA) para 10; UNSC Res 1132 (8 October 1997) (Sierra Leone) para 11; UNSC Res 1160 (31 March 1998) (Yugoslavia) para 10; UNSC Res 1173 (12 June 1998) (Angola) para 17; UNSC Res 1267 (15 October 1999) (Taliban) para 7; UNSC Res 1298 (17 May 2000) (Eritrea and Ethiopia) para 9; UNSC Res 1306 (5 July 2000) (Sierra Leone) para 9; UNSC Res 1333 (19 December 2000) (Taliban) para 17.

หรือสิ่งซึ่งมีลักษณะคล้ายกัน และยิ่งหนักไปกว่านั้น ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงยังได้กำหนดให้ องค์การสหประชาชาติเองจะต้องปฏิบัติตามข้อมติดังกล่าวด้วย<sup>107</sup>

เหตุผลในทางกฎหมายที่คณะมนตรีความมั่นคงได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 25 ประกอบกับมาตรา 103 ในการที่ให้ข้อมติที่มีผลบังคับเหนือกว่าสัญญาเอกชน ใบอนุญาตต่างๆ หรือสิ่งซึ่งมีลักษณะคล้ายกัน ด้วยเหตุผลที่ว่า การอนุญาตเหล่านั้น เกิดจากกฎหมายภายในแต่ละรัฐ และเป็นภาระของรัฐซึ่งจะต้องตกอยู่ภายใต้พันธกรณีตามมาตรา 103 ที่จะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งผลทางกฎหมายภายในต่อสัญญาเอกชนเหล่านั้น หรือใบอนุญาตเหล่านั้น จะมีผลเป็นโมฆะ หรือไม่มีผลทางกฎหมายหรือว่าถูกระงับการใช้จนกว่าระยะเวลาการประกาศใช้ข้อมติจะสิ้นสุดลง

ผลทางกฎหมายอาจจะอนุมานว่าขึ้น กับรัฐที่จะให้ผลเป็นอย่างไร แต่ประเด็น ปัญหาที่ตามมาคือว่าการที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญา (Non-performance) เหล่านั้น และเกิดความเสียหายจะอ้างกฎหมายใดในการเรียกร้องค่าเสียหายเหล่านั้น หรือฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะ อ้างข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงในการปฏิเสธความรับผิดชอบได้มากน้อยเพียงใด<sup>108</sup>

### 2.3.2 การนำมาตรา 103 ไปใช้กับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีไม่หลักกฎหมายเด็ดขาด (The application of Article 103 to customary international law of non-peremptory character)

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary international law-CIL) นั้น ถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of the International Court of Justice) มาตรา 38<sup>109</sup> ได้วางหลักเกณฑ์ลักษณะของกฎหมาย จารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้ 2 องค์ประกอบคือ

<sup>107</sup> Repertory of Practice of United Nations Organs, Supplement No 8 (forthcoming), vol VI (revised advance version),

<sup>108</sup> ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 April 2006, pp. 170, para: 332.

<sup>109</sup> Statute of the International Court of Justice, article 38 states: "1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;

b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

c. the general principles of law recognized by civilized nations;



(1) องค์ประกอบด้านภาวะวิสัย (Objective element) กล่าวคือจะต้องเป็นการกระทำทั่วไปของรัฐ (General practice) และรวมถึงการไม่กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของรัฐด้วย และได้กระทำหรือไม่กระทำจะต้องเป็นอย่างสม่ำเสมอ (Consistent practice)

(2) องค์ประกอบด้านอัตวิสัย (Subjective element) กล่าวคือ รัฐยอมรับว่าการกระทำว่าเป็นกฎหมายหรือยอมรับว่ารัฐตกอยู่พันธกรณีตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตามดังเช่นนี้ (Opinio juris) ประกอบกับการกระทำดังกล่าวรัฐต่างๆ ก็ได้ปฏิบัติกันอย่างเป็นทางการทั่วไปโดยไม่มีรัฐอื่นต่อต้านแต่อย่างใด<sup>110</sup>

การกระทำของรัฐในด้านภาวะวิสัยนี้ สามารถที่จะพิสูจน์ได้จากการปฏิบัติอย่างเป็นทางการของรัฐ (Official governmental conduct) อย่างเช่นการสัมพันธไมตรีทางการทูต การประจักษ์ของรัฐ ตลอดจนถึงการออกกฎหมายภายในหรือการมีคำพิพากษาของศาลภายในรัฐฯ นั้น ต่อเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งกรณีดังกล่าวสามารถที่จะชี้ให้เห็นว่าการยอมรับของรัฐต่อจารีตประเพณีในเรื่องใดซึ่งสามารถพิสูจน์ได้จากการกระทำของรัฐ ส่วนองค์ประกอบด้านอัตวิสัยของรัฐนี้เป็นสิ่งที่ยังมีความยากในการที่จะพิสูจน์ถึงเจตนาของรัฐ อย่างเช่นคำแถลงการณ์ของรัฐบาล (Declaration) หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายรัฐบาลอย่างเช่นผู้นำประเทศ หรืออัครราชทูตหรือผู้แทนทางการทูตที่ได้มีคำแถลงการณ์ซึ่งอาจจะไม่ได้มีการปฏิบัติ ดังเช่นว่านี้ ก็ได้และเป็นเพียงความเชื่อของรัฐแต่จะมีผลต่อการกระทำก็ต่อเมื่อรัฐได้มีการกระทำ อย่างเช่นที่ได้แถลงการณ์อย่างเช่นว่านี้ ซึ่งจะถือว่าการกระทำของรัฐด้วยหรือไม่นี้ และจะส่งผลผูกพันทางกฎหมายต่อรัฐ (Legal binding) ด้วยหรือไม่นี้ ซึ่งประเด็นดังกล่าวนี้ จะเห็นว่า มีข้อถกเถียงกันในขณะที่การพัฒนากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

หลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศนี้ เกิดจากกรรัฐหลาย ๆ รัฐได้ปฏิบัติและยอมรับว่าเป็นกฎหมายและไม่จำเป็นที่รัฐทั้งหมดจะต้องยอมรับปฏิบัติตามแต่อย่างใด ประกอบกับการกระทำของรัฐจนเป็นที่ยอมรับนั้น จะต้องได้รับการตีความก่อนแต่อย่างใดก็ถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้วแม้ว่าจะมีรัฐบางรัฐที่ได้ทำทั้งวงก็มิได้ทำให้ความเป็น

---

d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law”

<sup>110</sup> Karol Wolfke, *Custom in Present International Law* (London: Martinus Nijhoff, 1993)

กฎหมายจารีตประเพณีนี้ นั้นผลแต่อย่างใด<sup>111</sup> ผลทางกฎหมายหลังจากที่จารีตประเพณีระหว่างประเทศได้พัฒนาการมาเป็นกฎหมายแล้วนั้น มีผลผูกพันทุกรัฐไม่กระทั่งรัฐที่ไม่ได้ร่วมกาปฏิบัติจารีตประเพณีดังกล่าวด้วย<sup>112</sup> ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศยังได้ผูกพันกับรัฐที่ไม่ทราบหรือไม่ยอมรับรัฐประเพณีปฏิบัติดังกล่าวอีกด้วย<sup>113</sup> ตลอดจนถึงยังได้ผูกพันต่อรัฐเกิดใหม่หลังจากบรรทัดฐานจารีตประเพณีนั้นๆ เกิดก่อนแล้วอีกด้วย<sup>114</sup> และหลังจากที่จารีตประเพณีได้กลายเป็นกฎหมายระหว่างประเทศแล้วนั้น รัฐใดรัฐหนึ่งไม่สามารถที่จะอ้างการกระทำใหม่ของรัฐเพื่ออ้างไม่ยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีนั้นๆ ไม่ได้ ซึ่งต่างจากสนธิสัญญาในแง่ที่ว่าสนธิสัญญาจะผูกพันเฉพาะรัฐที่เป็นภาคีเท่านั้น

หลังจากที่ได้กล่าวถึงลักษณะของกฎหมายจารีตประเพณีโดยสังเขปแล้วนั้น ต่อไปจะได้กล่าวถึงพันธกรณีภายใต้ของกฎหมายจารีตประเพณีที่ขัดกับพันธกรณีภายใต้มาตรา 103 ของกฎบัตร หากพิจารณาจากถ้อยคำที่ใช้ในมาตรา 103 ของกฎบัตรโดยได้ใช้ถ้อยคำว่า “พันธกรณีตามข้อตกลงระหว่างประเทศอื่น” (“Obligation under other international agreement”) ซึ่งอาจจะบอกเป็นนัยได้ว่ามาตรา 103 มุ่งที่จะบังคับกับพันธกรณีที่เกิดมาจากสนธิสัญญาเท่านั้น โดยไม่ได้มีถ้อยคำใดที่ได้ขยายให้ครอบคลุมถึงพันธกรณีภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแต่อย่างใด ดังนั้นในการที่จะพิจารณาว่าเจตนาของมาตรา 103 ได้มีเจตนาที่จะให้ผลบังคับเหนือ (Prevail) กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วยหรือไม่นั้น ต้องดูที่เอกสารต่างๆ ขณะที่ย่าง ซึ่งจะพบว่าร่างสุดท้ายก็ไม่ได้อ้างถึงพันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีหรือจากข้อผูกมัดอื่นใด<sup>115</sup>

<sup>111</sup> Andrew T. Guzman, A Compliance-Based Theory of International Law, 90 Cal. L. Rev. 1823 (2002) at 1874. In *Military and Paramilitary Activities*, the ICJ stated that state practice did not have to be in “absolutely rigorous conformity with the rule,” and “that instance of state conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule.” 1986 I.C.J. ¶ 186, at 98.

<sup>112</sup> *North Sea Continental Shelf* (F.R.G. v. Den., F.R.G. v. Neth.), 1969 I.C.J. 3, 229, 231 (Feb. 20)

<sup>113</sup> *Fisheries* (U.K. v. Nor.), 1951 I.C.J. 116, 138 (Dec. 18, 1951).

<sup>114</sup> *Fisheries* (U.K. v. Nor.), 1951 I.C.J. 116, 138 (Dec. 18, 1951), para 139

<sup>115</sup> ILC, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 April 2006, pp. 175, para: 344.

นอกจากนี้ แล้วหากพิจารณาจากถ้อยคำของมาตรา 21(1)<sup>116</sup> แห่งกฎบัตรสันติภาพชาติซึ่งถือว่าเป็นมาตราที่มีลักษณะความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎบัตรสันติภาพชาติก็มิได้บัญญัติให้รวมถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแต่อย่างใด ทั้งนี้ อาจจะเป็นเพราะว่าขณะที่ร่างกฎบัตรสันติภาพชาติขณะนั้น อาจจะมีแรงเรื้อรังและอยู่ในภาวะความกดดันที่จะต้องพิจารณาตราอื่นๆ ที่มีความสำคัญมากกว่าในขณะนั้น จึงทำให้การพิจารณาตราดังกล่าวโดยไม่ได้ให้ความชัดเจนของพันธกรณีภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีไปด้วยในขณะนั้น<sup>117</sup> จะเห็นได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรโดยเฉพาะมาตรา 103 และกฎหมายระหว่างประเทศที่มีใช้สนธิสัญญานี้ นปรากฏจากข้อเสนอของคณะกรรมการนักกฎหมายที่พยายามที่จะแก้ถ้อยคำในมาตรา 103 โดยพยายามที่จะแก้ไขถ้อยคำจากคำว่า “ข้อตกลงระหว่างประเทศ” (International obligations) มาเป็น “พันธกรณีระหว่างประเทศอื่นใดที่รัฐสมาชิกนั้นมีอยู่ (Any other international obligations to which the Members of the UN are subject)<sup>118</sup> ซึ่งต่อมาได้ถูกคัดค้านด้วยเหตุผลที่ว่าถ้อยคำใหม่นี้ ได้ครอบคลุมความหมายที่กว้างเกิน

แม้ว่าข้อตกลงเพียงระหว่างสภาพเหนือกว่าของกฎบัตรและกฎหมายระหว่างประเทศอื่นนอกเหนือจากสนธิสัญญาแล้ว องค์การระหว่างประเทศอื่นยังได้ยอมรับสภาพบังคับที่เหนือกว่าของกฎบัตรอย่างเช่น ธรรมนูญขององค์การชาติอเมริกา (The Organization of American States -OAS) ซึ่งมาตรา 132 ได้กำหนดไว้ว่าไม่มีมาตราใดๆ ในธรรมนูญนี้ ที่จะตีความทำให้สิทธิและพันธกรณีของรัฐสมาชิกสหประชาชาติต้องลดน้อยถอยไป<sup>119</sup> นอกจากนี้ แล้วธรรมนูญขององค์การสนธิสัญญาแอตแลนติกเหนือ (The North Atlantic Treaty-NATO) ข้อตกลงทางการค้าและพิกัดภาษี (General Agreement on Trade and Tariff- GATT) และธรรมนูญของ

<sup>116</sup> Article 20(1) of the Covenant of the League of Nations states: “The Members of the League severally agree that this Covenant is accepted as abrogating all obligations or understandings inter se which are inconsistent with the terms thereof, and solemnly undertake that they will not hereafter enter into any engagements inconsistent with the terms thereof”

<sup>117</sup> RB Russell, A History of the United Nations Charter: The Role of the United States 1940–1945, (The Brookings Institution, Washington DC, 1958) 387.

<sup>118</sup> Text revised by the Advisory Committee of Jurists at its Seventh Meeting, Doc WD 296, CO/102(2), 18 UNCIO 342 (‘In the event of a conflict between the obligations of the members of the United Nations under the present Charter and any other international obligations to which they are subject, their obligations under the present Charter shall prevail.’)

<sup>119</sup> Charter of the Organization of American States (signed 30 April 1948, entered into force 13 December 1951) 119 UNTS 3, art 132.

องค์การการค้าโลก (The World Trade Organization-WTO) ต่างได้บัญญัติไปในทางให้กฎบัตรของสหประชาชาติมีสภาพบังคับที่เหนือกว่า เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการขัดกันของพันธกรณี

ประเด็นที่น่าสนก็คือองค์การหลักของสหประชาชาติเองโดยเฉพาะอย่างยิ่งคณะมนตรีความมั่นคง (Security Council) ในระยะหลังนี้ มีความพยายามที่จะออกข้อมติให้มีสภาพบังคับที่เหนือกว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังที่จะเห็นตัวอย่างได้จากข้อมติที่ 1343(2001) ต่อกรณีในสถานการณ์ในประเทศไลบีเรีย (Liberia) ที่ได้เรียกร้องให้รัฐทุกรัฐ องค์การระหว่างประเทศและองค์กรภูมิภาคให้ปฏิบัติตามข้อมติอย่างเคร่งครัดแม้ว่าสิทธิหรือพันธกรณีที่มีอยู่หรือได้ออกใบอนุญาตหรือได้ให้อุญาตแล้วก่อนการออกข้อมติ<sup>120</sup>

นอกจากนี้ แล้วท่านผู้พิพากษา Oda ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นต่อประเด็นพันธกรณีภายใต้กฎบัตรและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในคดี *Locerbie case* ในลักษณะที่ว่าจริงอยู่ที่สิทธิของรัฐการที่จะปกป้องอำนาจอธิปไตยของตนนั้น ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศ (General international law) แต่ประเด็นการมีอำนาจการพิจารณาของศาลนี้ นมาจากการนำคดีขึ้นสู่ศาลเตจจากสนธิสัญญา Montreal (The Montreal Convesntion) ที่เกี่ยวกับหลักจารีตประเพณีที่ว่ารัฐเจ้าของสัญชาติผู้ต้องหาจะมีพันธกรณีที่จะต้องฟ้องผู้ต้องหาหรือส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน(The principle of aut dedere aut judicare obligagtion) ในการที่จะอุดช่องโหว่พันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ ศาลจะพิจารณาในการใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศโดยจะต้องพิจารณาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก่อนกฎหมายหลักกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศ

ความเห็นของนักกฎหมายระหว่างประเทศได้มีความเห็นต่อประเด็นดังกล่าว ออกเป็นสองกลุ่ม กลุ่มแรกมองว่ามาตรา 103 ไม่ได้รวมถึงพันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเนื่องจากว่าหากตีความตามตัวอักษรของมาตรา 103 แล้วจะเห็นว่ากฎหมายกำหนดเฉพาะพันธกรณีที่เกิดจากข้อตกลงหรือสนธิสัญญา (Conventional or treaty obligations) เท่านั้น ส่วนกลุ่มที่สองมองว่าเจตนาของมาตรา 103 ให้รวมถึงพันธกรณีภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเข้าไปด้วย ซึ่งนักกฎหมายระหว่างประเทศที่สนับสนุนฝ่ายหลังได้แก่ ท่าน

<sup>120</sup> UNSC Res 1343 (7 March 2001) para 22 states "Called upon all States and all relevant international and regional organizations to act strictly in accordance with the provisions of this resolution notwithstanding the existence of any rights or obligations entered into or any licence or permit granted prior to the date of adoption of this resolution."

Jean Combacau ได้ให้ความเห็นว่าพันธกรณีตามกฎหมายบัตรนี้ ไม่มีสภาพบังคับเหนือพันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วยเนื่องจากว่ามาตรา 103 จะต้องตีความประกอบกับ มาตรา 25 ประกอบกับกฎบัตรมีลักษณะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญของสังคมระหว่างประเทศซึ่ง เจตนาของมาตรา 103 นี้ ไม่มีเจตนาเพื่อที่จะให้มีสภาพบังคับที่เหนือกว่าพันธกรณีอื่นรวมทั้ง พันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีด้วย<sup>121</sup>

นอกจากนี้ ยังมีเหตุผลสนับสนุนที่ว่าไม่มีข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ได้ ออกมาและมีสภาพบังคับที่เหนือกว่ากฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งกฎบัตรก็ถูกร่างมาจากคณะ มंत्रीความมั่นคงตั้งแต่ก่อตั้ง ซึ่งอาจจะเป็นเรื่องที่แปลกหากว่ามาตรา 103 นี้ ไม่รวมถึงพันธกรณี ตามกฎหมายจารีตประเพณีของรัฐสมาชิก<sup>122</sup> สำหรับความเห็นของผู้วิจัยแล้วเห็นว่าเปรียบเทียบ สภาพบังคับระหว่างกฎหมายจารีตประเพณีและสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศแล้ว จะ เห็นว่าบางกรณีกฎหมายจารีตประเพณีที่เกิดขึ้นใหม่สามารถยกเลิกหรือแก้ไขสนธิสัญญาหรือ ข้อตกลงระหว่างประเทศได้

ในทางกลับกันสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศก็สามารถที่จะยกเลิกหรือ แก้ไขจารีตประเพณีก่อนได้ แต่อย่างไรก็ตามจะต้องพิจารณาประกอบว่ากฎหมายจารีตประเพณีใดที่ ได้พัฒนาไปจนถึงขั้นยอมรับในสังคมระหว่างประเทศว่าเป็นกฎหมายเด็ดขาด(*Jus cogens*) และ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศใดที่ยังไม่เป็นที่ยอมรับกันว่ายังไม่ถึงเป็นกฎหมายเด็ดขาด ด้วยเหตุผลดังกล่าวเมื่อนำมาพิจารณาในบริบทของมาตรา 103 แล้ว ผู้วิจัยเห็นว่ามาตรา 103 นี้ มีสภาพบังคับที่เหนือพันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ไม่อาจจะที่จะมี สภาพบังคับที่เหนือกว่าพันธกรณีภายใต้หลักกฎหมายเด็ดขาด ซึ่งจะได้กล่าวโดยรายละเอียดใน หัวข้อต่อไป

### 2.3.3 การนำมาตรา 103 ไปใช้กับหลักกฎหมายเด็ดขาด (*Jus cogens*)

บรรทัดฐานของกฎหมายเด็ดขาด (A peremptory norm or *jus cogens*) นี้ ซึ่ง ถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและได้พัฒนามาจนเป็นที่ยอมรับของรัฐส่วนใหญ่ในสังคมระหว่างประเทศว่าเป็นบรรทัดฐานที่บุคคลใดมิอาจจะละเมิดได้โดยมีผลทาง

<sup>121</sup> Bernhardt, "Article 103"

<sup>122</sup> Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)*) Order of 13 September 1993 I.C.J. Reports 1993 (separate opinion of Judge Lauterpacht) p. 440, para. 110.

กฎหมายที่ผูกพันทุกรัฐ องค์การระหว่างประเทศแม้ว่าจะมีรัฐส่วนน้อยหรือว่าบางองค์การระหว่างประเทศจะไม่ยอมรับหรือคัดค้านบรรทัดฐานดังกล่าว ตัวอย่างกฎหมายเด็ดขาดได้แก่การห้ามการใช้กำลัง อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ อาชญากรรมสงคราม การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และการค้าทาส เป็นต้น

แหล่งกำเนิดของกฎหมายเด็ดขาดนี้ มาจากมาตรา 53<sup>123</sup> ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties-VCLT) ซึ่งได้นำเอาหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายเด็ดขาดและสนธิสัญญาระหว่างประเทศมี 2 ลักษณะคือ ประการแรก หากสนธิสัญญาใดที่ขณะทำกันนั้น ได้ขัดต่อกฎหมายเด็ดขาดแล้ว มีผลทางกฎหมายคือสนธิสัญญานั้นๆ ตกเป็นโมฆะตามนัยแห่งมาตรา 53<sup>124</sup> และรัฐคู่ภาคีจะต้องงดกระทำการภายใต้พันธกรณีของสนธิสัญญานั้น トラบเท่าที่จะไม่ขัดกับกฎหมายเด็ดขาดตามนัยแห่งมาตรา 71(1) ประการที่สอง หากมีกฎหมายเด็ดขาดเกิดขึ้นใหม่และทำให้ขัดกับสนธิสัญญาที่มีผลบังคับอยู่ในขณะนั้น ผลทางกฎหมายคือทำให้สนธิสัญญาเป็นโมฆะและจะตั้งถูกยกเลิกไปตามนัยแห่งมาตรา 64<sup>125</sup> ซึ่งส่งผลให้สิทธิและหน้าที่ของรัฐภาคีภายใต้พันธกรณีของสนธิสัญญาก่อนที่จะเกิดกฎหมายเด็ดขาดนี้ ยังคงอยู่ไม่เสียไป トラบเท่าที่ไม่ขัดกับกฎหมายเด็ดขาด นอกจากนั้น แล้วรัฐภาคีจะต้องงดกระทำการภายใต้พันธกรณีในสนธิสัญญาที่ได้ขัดต่อกฎหมายเด็ดขาดตามนัยแห่ง 71(2)<sup>126</sup>

<sup>123</sup> Article 53 of the Vienna Convention states “a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.”

<sup>124</sup> Article 53 of the Vienna Convention regarding the Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (“jus cogens”) states “A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law.”

<sup>125</sup> Article 64 of the Vienna Convention regarding the Emergence of a new peremptory norm of general international law (“jus cogens”) states “If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.”

<sup>126</sup> Article 71 of the Vienna Convention regarding the Consequences of the invalidity of a treaty which conflicts with a peremptory norm of general international law:

1. In the case of a treaty which is void under article 53 the parties shall:

(a) eliminate as far as possible the consequences of any act performed in reliance on any provision which conflicts with the peremptory norm of general international law; and

b) bring their mutual relations into conformity with the peremptory norm of general international law.

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างพันธกรณีของรัฐภายใต้กฎบัตรและภายใต้กฎหมายเด็ดขาดเมื่อเกิดการขัดกันขึ้นแล้ว หลักกฎหมายใดจะมีศักดิ์ที่สูงหรือมีสภาพบังคับที่เหนือกว่านั้น ได้มีความเห็นของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ตลอดจนนักกฎหมายระหว่างประเทศ ได้ให้ความเห็นไว้ในคดีต่างๆ แตกต่างกันไปตัวอย่างเช่น ท่านผู้พิพากษา Lauterpacht ได้ให้ความเห็นในคดี Genocide case ต่อกฎกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติที่ 713 (1991) โดยข้อมติดังกล่าวคณะมนตรีความมั่นคงได้ห้ามการส่งอาวุธไปยังรัฐคู่กรณีของความขัดแย้งระหว่างชาวบอสเนียเซิร์บและบอสเนียมุสลิม ซึ่งขณะการทำสงครามกันนั้น กองกำลังทหารของบอสเนียเซิร์บมีอาวุธ แต่กองกำลังฝ่ายบอสเนียมุสลิมนั้น กลับไม่มีอาวุธและส่งผลให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้น ซึ่งทำให้ข้อมติของคณะมนตรีถูกวิจารณ์อย่างมากว่าข้อมติดังกล่าวขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาดที่ห้ามการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งท่านผู้พิพากษา Lauterpacht ได้ มีความเห็น ว่าข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงนั้น แม้ว่าจะมีสภาพบังคับที่เหนือกว่าสนธิสัญญาและไม่สามารถที่จะขยายให้มีสภาพบังคับที่เหนือกว่ากฎหมายเด็ดขาดได้<sup>127</sup>

แม้ว่าความเห็นของนักกฎหมายระหว่างประเทศจะมีความเห็นต่อสภาพบังคับที่เหนือกว่าระหว่างกฎบัตรและกฎหมายเด็ดขาดไปในทิศทางที่แตกต่าง แต่ความเห็นส่วนใหญ่ของนักกฎหมายระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นเพียงเฉพาะว่าพันธกรณีภายใต้กฎบัตรมีสภาพบังคับที่เหนือกว่าพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญา แต่เสี่ยงที่จะกล่าวถึงพันธกรณีภายใต้กฎหมายเด็ดขาด<sup>128</sup> แม้กระทั่งความเห็นตามรายงานการศึกษาของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission –ILC) ยังได้ระมัดระวังที่จะให้อ้อยคำต่อประเด็นข้อถกเถียงดังกล่าวโดยกล่าวเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยพยายามที่จะเสี่ยงที่จะกล่าวถึงศักดิ์ ของกฎหมายเด็ดขาด โดยคณะกรรมการมีความเห็นเพียง

---

2. In the case of a treaty which becomes void and terminates under article 64, the termination of the treaty:

(a) releases the parties from any obligation further to perform the treaty;

(b) does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination, provided that those rights, obligations or situations may thereafter be maintained only to the extent that their maintenance is not in itself in conflict with the new peremptory norm of general international law.

<sup>127</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Yugoslavia (Serbia and Montenegro)) (Provisional Measures) [1993] ICJ Rep 325, Separate Opinion of Judge Lauterpacht, para 100.

<sup>128</sup> A Ross, *Constitution of the United Nations: Analysis of Structure and Function* (Ejnar Munksgaard, Copenhagen, 1950) p. 33–34.

แม้ว่าพันธกรณีภายใต้กฎบัตรอาจจะเหนือกว่าพันธกรณีที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย<sup>129</sup>

เมื่อพิจารณาถึงเห็นผลของนักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้ให้เหตุผลของความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรและกฎหมายเด็ดขาดแล้ว อาจจะกล่าวได้ว่ากฎหมายเด็ดขาดนี้เป็นกรอบที่จะควบคุมการใช้อำนาจขององค์การสหประชาชาติก็ว่าได้ แต่ประเด็นเป็นที่ถกเถียงกันนี้ น้อยอยู่ที่ว่าความไม่ชัดเจนของกฎหมายเด็ดขาด กล่าวคือกรอบของบรรทัดฐานใดที่จะมีความสำคัญไปจนถึงความเป็นกฎหมายเด็ดขาดได้ที่จะทำให้มีศักดิ์ที่สูงกว่ากฎบัตร และยิ่งยากไปกว่านั้น ก็คือว่าสิทธิของบุคคลอะไรบ้างที่เป็นที่ยอมรับว่าเป็นกฎหมายเด็ดขาดที่มีอาจจะถูกละเมิดได้แม้ว่าองค์การย่อยของสหประชาชาติอย่างเช่นคณะมนตรีความมั่นคงที่จะหยิบยกเอาเรื่องเพื่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศมาเป็นข้ออ้างได้ ประกอบกับไม่มีองค์กรระหว่างประเทศใด หรือแม้แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็พยายามที่จะเลี้ยงที่จะกล่าวถึงกรอบหรือลักษณะของบรรทัดฐานที่เข้าลักษณะเป็นบรรทัดฐานตามหลักกฎหมายเด็ดขาด ซึ่งในส่วนนี้ นี้จะฝึกกล่าวโดยรายละเอียดต่อไปในเรื่องของเจอนไซอันเป็นข้อจำกัดขององค์การสหประชาชาติภายใต้หลักกฎหมายเด็ดขาดในส่วนต่อไป

#### 2.4 เจอนไซอันเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจภายใต้พันธกรณีตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ

หลังจากช่วงสงครามเย็น (Cold War) องค์การสหประชาชาติได้ขยายบทบาทของตนเองเป็นอย่างมากโดยเฉพาะบทบาทที่สำคัญคือการรักษาความสันติและความมั่นคงระหว่างประเทศ การเพิ่มบทบาทเหล่านี้ดังเป็นที่ประจักษ์ได้จากการเพิ่มกองกำลังรักษาสันติภาพยังภูมิภาคต่างๆ<sup>130</sup> การตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ(International Criminal Court) ในประเทศที่มีสงครามทางการเมือง และจำนวนการใช้สิทธิวีโต้ (Veto) ของประเทศสมาชิกถาวรสหประชาชาตินี้ น้อยลง<sup>131</sup> นอกจากนี้ แล้วจำนวนข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงสหประชาชาติ

<sup>129</sup> Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Doc A/CN.4/L.702 (18 July 2006) para 35 (Given the character of some Charter provisions, the constitutional character of the Charter and the established practice of States and United Nations organs, Charter obligations may also prevail over inconsistent customary international law.)

<sup>130</sup> Global Policy Forum, Size of Un Peacekeeping Force: 1947-2007 [online], 12 Feb 2012, Available from <http://www.globalpolicy.org/security-council/peacekeeping.html>

<sup>131</sup> Global Policy Forum, Changing Pattern in the Use of the Veto in the Security Council [online], 20 Jan 2012, Available from: <http://www.globalpolicy.org/security/data/vetotab/pko/expend.htm>



ที่ออกมาเรียกร้องให้รัฐสมาชิกนำไปปฏิบัติมีจำนวนมากขึ้น โดยเฉพาะข้อมติในการแข่งขันทางเศรษฐกิจทั้งที่มาตรการที่ปฏิบัติต่อรัฐที่มีฐานะเป็นบุคคลระหว่างประเทศและต่อมาได้พัฒนา มาตรการแข่งขันทางเศรษฐกิจต่อเป้าหมายที่เป็นบุคคลอย่างเช่นผู้นำประเทศ คณะผู้ปกครอง ประเทศหรือองค์กรธุรกิจที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือว่ามีส่วนเกี่ยวข้องหรือ ให้การสนับสนุนการก่อการร้าย แม้ว่าบุคคลหรือองค์กรธุรกิจเหล่านี้ จะไม่มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม

แม้ว่านักกฎหมายระหว่างประเทศจำนวนหนึ่งได้ให้ความเห็นว่าการ สหประชาชาตินี้เป็นองค์กรระหว่างประเทศที่ลักษณะเฉพาะที่พิเศษกว่าองค์กรระหว่างประเทศ อื่นเนื่องจากว่าวัตถุประสงค์ของการก่อตั้งก็เพื่อการรักษาสันติและรวมม่นคงระหว่างประเทศ ดังนั้น การใช้อำนาจขององค์กรสหประชาชาติโดยองค์กรหลัก(Principle organ) ที่มีบทบาทสำคัญ อย่างคณะมนตรีความมั่นคงนี้ ก็ได้มีอำนาจพิเศษตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติโดยเฉพาะ มาตรา 24 มาตรา 25 ที่ถือว่าพันธกรณีดังกล่าวนี้ รัฐสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามเนื่องจากว่า เปรียบเสมือนมีสภาพบังคับที่สูงกว่าตามนัยมาตรา 103 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

ดังนั้น การใช้อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงแม้ว่าอาจจะส่งผลกระทบต่อ กฎหมายระหว่างประเทศอื่นโดยเฉพาะหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศนี้ นัก กฎหมายระหว่างประเทศเหล่านี้ กลับมองว่าอาจจะมิข้อยกเว้นอยู่บ้างเนื่องจากว่าเพื่อรักษาภัย คุกคามอันจะกระทบต่อความผาสุกของมนุษยชาติโดยเฉพาะภัยจากการก่อการร้าย ดังนั้น การใช้ อำนาจขององค์กรสหประชาชาติเองนี้ จะตกอยู่ภายใต้บรรทัดฐานกฎหมายระหว่างประเทศหรือ หลักกฎหมายระหว่าง ประเทศเพียงใดนั้น ประการแรก จะต้องพิจารณาว่าองค์กรระหว่างประเทศ โดยทั่วไปแล้วจะตกภายใต้พันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามบรรทัดฐานกฎหมายระหว่างประเทศ หรือไม่ และประการที่สองคือพิจารณาว่ามีหลักกฎหมายใดที่จำกัดขอบเขตการใช้อำนาจของ องค์กรสหประชาชาติ

#### 2.4.1 องค์กรระหว่างประเทศและบรรทัดฐานกฎหมายระหว่างประเทศ

ประเด็นปัญหาประการแรกที่จะต้องพิจารณาก็คือว่าหลักกฎหมายระหว่าง ประเทศ (International Law) หรือบรรทัดฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศ (International legal norms) นี้ สามารถนำมาบังคับใช้กับองค์กรระหว่างประเทศโดยเฉพาะองค์กรสหประชาชาติใน การที่จะจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจขององค์กรสหประชาชาติโดยเฉพาะการใช้อำนาจของคณะ มंत्रीความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ซึ่งประเด็นปัญหาดังกล่าวข้างต้นนี้ ผู้พิพากษาและนัก

กฎหมายระหว่างประเทศได้เข้าใจตรงกันว่าองค์กรระหว่างประเทศ(International organizations) นั้นอาจจะต้องตกภายใต้พันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามหลักบรรทัดฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศ ในส่วนที่เกี่ยวกับหน้าที่วัตถุประสงค์และอำนาจเฉพาะขององค์กรระหว่างประเทศเหล่านั้น<sup>132</sup> ดังนั้นด้วยกฎเกณฑ์และบรรทัดฐานทางกฎหมายดังกล่าวข้างต้นจึงมีผลทำให้องค์การสหประชาชาติตกอยู่ในพันธกรณีที่มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศด้วย โดยเฉพาะการบังคับใช้มาตรการแข่งขันของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติในหมวดที่ 7

เหตุผลทางกฎหมายที่นำมาสนับสนุนว่าองค์กรระหว่างประเทศ โดยเฉพาะ องค์การสหประชาชาติที่จะต้องตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศก็ด้วยเหตุผลที่ว่าองค์การสหประชาชาติถือว่าเป็นองค์กรระหว่างประเทศซึ่งมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ (International legal personality)<sup>133</sup> ดังนั้นองค์การสหประชาชาติจะต้องปฏิบัติตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเหตุผลดังกล่าวได้ปรากฏจากการให้ความเห็นเชิงแนะนำ (Advisory Opinion) ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) ในคดี Reparations for Injuries Advisory Opinion<sup>134</sup> และคดี Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt Advisory Opinion<sup>135</sup> นอกจากนี้แล้วในรายงานการศึกษาทางกฎหมายของศาสตราจารย์ Fassbender (The 2006 Fassbender Report) ร่วมกับสำนักงานกฎหมายสหประชาชาติ (UN Office of Legal Affairs)<sup>136</sup> ซึ่งให้การความเห็นเชิงกฎหมายที่ให้การสนับสนุนเหตุผลดังกล่าวข้างต้น

---

<sup>132</sup> Fassbender Report

<sup>133</sup> UN Security Council is "a subject of international law" and consequently it "is bound by" certain applicable "rules of international law". Furthermore, the Security Council "could be obliged to observe" certain applicable rules of international law, such as "standards of due process" by "virtue of international treaties (including the UN Charter as the constitution of the United Nations), customary international law, or general principles of law recognized by the members of the international community".

<sup>134</sup> Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, 1949 ICJ Rep. 178-179.

<sup>135</sup> Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, 1980 ICJ Rep. 89-90.

<sup>136</sup> Fassbender Report, "The development of international human rights law, to which the work of the United Nations has decisively contributed, has given grounds for legitimate expectations that the UN itself, when its actions has a direct impact on the rights and freedoms of an individual, observes standards of due process, or 'fair and clear

เหตุผลในความเห็นเชิงแนะนำของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Reparations for Injuries กรณีดังกล่าว เกิดจากสมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้ยื่นคำร้องไปยังศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพื่อขอให้ศาลได้พิจารณาว่าองค์การสหประชาชาติมีอำนาจที่จะยื่นฟ้องรัฐต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในกรณีที่รัฐกระทำการละเมิดพันธกรณีภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติโดยทำให้เจ้าหน้าที่ของสหประชาชาติได้รับอันตรายระหว่างปฏิบัติหน้าที่ในฐานะตัวแทนขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งในคดีดังกล่าวศาลได้ให้ความเห็นว่าองค์การสหประชาชาติซึ่งมีฐานะเป็นองค์การระหว่างประเทศจึงเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศและผลทางกฎหมายตามมาก็คือว่าองค์การสหประชาชาติมีอำนาจและหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศและมีสิทธิที่จะเรียกร้องต่อรัฐที่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายอันเกิดจากละเมิดตามพันธกรณีของรัฐที่ได้ละเมิดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ<sup>137</sup> ด้วยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวส่งผลให้องค์การสหประชาชาติมีสิทธิที่จะนำคดีหรือข้อเรียกร้องต่อรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ขององค์กร ซึ่งจากศาลยังได้ให้การรับรององค์การสหประชาชาติและองค์กรของสหประชาชาติว่าเป็นสถานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งมีรัฐสมาชิกของสหประชาชาติได้ให้สิทธิและหน้าที่ความรับผิดชอบแก่สหประชาชาติที่ได้ปรากฏตามสารตราตั้ง

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นขององค์การสหประชาชาติมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศที่มีสิทธิในการเรียกร้องต่อรัฐหรือบุคคลใดที่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่องค์การสหประชาชาติหรือเจ้าหน้าที่ขององค์กร ในทำนองเดียวกันองค์การสหประชาชาติเองก็ต้องมีหน้าที่ที่จะต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับวัตถุประสงค์และหน้าที่ที่กำหนดไว้ตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ\*

ในทำนองเดียวกันกับคำวินิจฉัยในความเห็นเชิงปรึกษาในการตีความข้อตกลงระหว่างองค์การอาหารและยาสหประชาชาติและรัฐบาลอียิปต์ (Interpretation of the Agreement

---

procedures', on which the person concerned can rely. This finding is in line with essential notions of the concept of international personality".

<sup>137</sup> Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, 1949 ICJ

\* To be an international person means only *to be capable* of bearing rights and duties. No answer is given to the question of what rights and duties individual organizations have." Moreover, "[s]ince the powers which fill or give substance to, the organization's personality are limited and determined by the latter's purposes and functions, frequent reference is made to the functional nature of personality, or functional personality of international organizations."

of 25 March 1951 between the WHO and Egypt Advisory Opinion)<sup>138</sup> โดยศาลได้เน้นถึงความ เป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศของสหประชาชาติและองค์การรองที่มีอำนาจในการที่จะ มีอำนาจและหน้าที่ที่ตามที่กำหนดไว้ในวัตถุประสงค์ของสารตราตั้งหรือธรรมนูญขององค์การ ระหว่างประเทศนั้น และในทำนองเดียวกันองค์การรองก็ต้องมีพันธะที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ระหว่างประเทศเท่าที่เกี่ยวของกับหลักการและวัตถุประสงค์ขององค์การด้วย

อย่างไรก็ตามองค์การระหว่างประเทศแม้จะมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมาย ระหว่างประเทศก็ตาม แต่สิทธิและหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศอย่างเช่นองค์การ สหประชาชาติกับรัฐสมาชิกซึ่งมีสิทธิและหน้าที่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่มีลักษณะ เฉพาะที่แตกต่างกัน อย่างเช่นรัฐสมาชิกของสหประชาชาติมีสิทธิและหน้าที่ภายใต้กฎหมาย ระหว่างประเทศและสนธิสัญญาที่รัฐสมาชิกรับเข้าเป็นภาคี ส่วนขององค์การระหว่างประเทศมีอำนาจ และหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้บรรลุภายใต้กรอบวัตถุประสงค์และอำนาจตามที่ ระบุไว้ไม่ว่าโดยชัดแจ้ง (Specified) หรือโดยนัย (implied) ในสารตราตั้งขององค์การระหว่าง ประเทศนั้นเท่านั้น ดังนั้นที่ภายใต้ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือ พันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาต่างๆที่รัฐสมาชิกเป็นภาคีทุกอย่าง ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นนั้นได้ สร้างขึ้นเพื่อเป็นการจำกัดหรือกำหนดเงื่อนไขที่และพันธกรณีบางอย่างขององค์การระหว่าง ประเทศภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเนื่องจากว่าองค์การระหว่างประเทศไม่มีดินแดน ไม่มี สัญชาติและไม่มีเขตอำนาจที่จะบังคับใช้อำนาจได้อย่างรัฐสมาชิกได้ ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วนั้น องค์การระหว่างประเทศไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศทุกกรณี

นอกจากนี้ แล้วยังมีนักกฎหมายระหว่างประเทศจำนวนหนึ่งที่มีข้อถกเถียงว่าการ ใช้อำนาจขององค์การสหประชาชาติโดยเฉพาะคณะมนตรีความมั่นคงซึ่งเป็นองค์การรองทาง การเมืองนั้นเป็นอำนาจพิเศษและหากจำกัดการใช้อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงให้ต้อง ปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้วก็จะทำให้การใช้อำนาจดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพและ เป็นเอกภาพ แต่นักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งมองว่าข้อโต้แย้งดังกล่าวไม่ได้เป็นข้อโต้แย้งทางกฎหมาย จึงไม่อาจจะนำมาพิจารณาได้ นอกจากนี้ แล้วยังมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความมีลักษณะเฉพาะของ คณะมนตรีความมั่นคงที่กฎบัตรได้ให้อำนาจพิเศษไว้ตามมาตรา 24 และมาตรา 25 ซึ่งเป็น พันธกรณีที่มีสถานะเหนือกว่าข้อตกลงระหว่างประเทศอื่นตามมาตรา 103 แต่อย่างไรก็ตาม

<sup>138</sup> Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, I.

ความจริงแล้วข้อโต้แย้งดังกล่าวนี้ ไม่สามารถกล่าวอ้างได้ว่าพันธกรณีตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงนี้มีสถานะเหนือกว่าพันธกรณีหลักกฎหมายทั่วไป หรือเหนือพันธกรณีตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติหรือเหนือพันธกรณีตามกฎหมายเด็ดชาต (Jus cogens)

จากเหตุผลตามคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและความเห็นของนักกฎหมายระหว่างประเทศต่างเหตุที่ต้องกันว่าองค์ระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นบุคคลตามบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ (Legal person of international law) ต่างมีสิทธิหน้าที่และความสามารถตามกฎหมายระหว่างประเทศและต้องปฏิบัติตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเท่าที่กรอบหรือสารตราตั้งที่ได้ให้อำนาจไว้ โดยเฉพาะคณะมนตรีความมั่นคงแม้ว่าจะเป็นองค์การทางการเมืองของสหประชาชาติยังจะต้องปฏิบัติตามกรอบตามกฎหมายที่บัญญัติให้อำนาจและหน้าที่ไว้<sup>139</sup> ซึ่งเหตุผลดังกล่าวปรากฏอยู่ตามคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Conditions of Admission Case โดยศาลได้วินิจฉัยว่าความเป็นลักษณะทางการเมืองของคณะมนตรีความมั่นคงไม่ได้ทำให้ที่จะไม่ปฏิบัติตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติเมื่อบัญญัติให้อำนาจของคณะมนตรีไว้<sup>140</sup>

เหตุผลการปฏิบัติตามกรอบอำนาจขององค์ระหว่างประเทศยังได้ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Certain Expenses Case โดยศาลได้วินิจฉัยว่าอำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงนั้นไม่ใช่ไม่มีข้อจำกัด แต่อย่างไรก็ตามนี้ อำนาจที่มีความจำเป็นต่อการรักษาสันติภาพและความมั่นคงแล้วตกอยู่บนสมมติฐานที่ว่าจะต้องกระทำการไม่เกินกรอบอำนาจ (Not acting ultra vires)<sup>141</sup>

ในทำนองเดียวกันกับคำวินิจฉัยขององค์คณะอุทธรณ์ของศาลอาญาระหว่างประเทศในอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (International Criminal Court Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) ในคดี Tadic Case ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่าคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติในฐานะที่เป็นองค์กรหลัก (Principle organ) ขององค์การระหว่างประเทศถูกตั้งขึ้นโดยกฎบัตรซึ่งเป็นธรรมนูญขององค์การ ดังนั้น คณะมนตรีความมั่นคงย่อมตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดตามกฎหมายบัตร ซึ่งอำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงไม่อาจที่จะเกินกรอบอำนาจของกฎบัตร ไม่ว่าจะ

<sup>139</sup> J. Gardam, "Legal Restraints on Security Council Military Enforcement Action," *Mich.J.Int'l L.* 285, (1996).

<sup>140</sup> Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter), Advisory Opinion, 1948 ICJ Rep. 64.

<sup>141</sup> Certain Expenses of the United Nations, Advisory Opinion, 1962 ICJ Rep. 168.

กรณีใดๆไม่มีข้อความใดหรือจิตวิญญาณใดในกฎบัตรที่เข้าใจว่าคณะมนตรีความมั่นคงที่จะไม่ได้ผู้พ้นตามกฎหมาย(Unbound by law-legibus solutus)<sup>142</sup>

นอกจากนี้แล้วท่านผู้พิพากษา Lauterpacht ในความวินิจฉัยของคดี Genocide Convention Case ที่ได้คัดค้านในทรรณะที่ว่าคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาตินั้นเป็นอิสระในการที่จะกระทำการใดโดยปราศจากการจำกัดจากกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>143</sup> ยิ่งไปกว่านั้นแล้วคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Lockerbie Case ก็ไม่ปรากฏว่ามีถ้อยคำใดได้ชี้ให้เห็นว่าคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ภายใต้อำนาจตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติที่จะกระทำการใดๆ โดยปราศจากการจำกัดทางกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใด<sup>144</sup>

จากเหตุผลทางกฎหมายดังกล่าวข้างต้นมาแล้วนี้ จึงสรุปได้ว่าการใช้อำนาจองค์การระหว่างประเทศโดยเฉพาะองค์การสหประชาชาตินั้นจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเกี่ยวข้องกับอำนาจและหน้าที่ขององค์กรที่ได้กำหนดไว้ในสารตราตั้งหรือกฎบัตรขององค์กร ในส่วนต่อไปนี้จะกล่าวถึงว่าแห่งกฎหมายระหว่างประเทศใดบ้างที่จำกัดการใช้อำนาจขององค์การสหประชาชาติโดยเฉพาะการใช้อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ

#### 2.4.2 หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่จำกัดขอบเขตการใช้อำนาจขององค์การสหประชาชาติ

<sup>142</sup> Prosecutor v. Tadic, ICTY Appeals Chamber, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 35 I.L.M. 32, at para. 28 (1996).

<sup>143</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Provisional Measures Order, 1993 ICJ Rep. 440 (Judge Lauterpacht, Separate opinion). See also Judge Fitzmaurice's dissenting opinion in the *Namibia Case* where he states: "[L]imitations on the powers of the Security Council are necessary because of the all too great ease with which an acutely controversial international situation can be represented as involving a latent threat to peace and security, even where it is really too remote genuinely to constitute one." Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, 1971 ICJ Rep. 294 (Judge Fitzmaurice, Dissenting opinion).

<sup>144</sup> Questions of the Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libya Arab Jamahiriya v. United States of America), Provisional Measures Order, 1992 ICJ Rep. 114.

องค์การสหประชาชาติถือว่ามีสถานะเป็นบุคคลภายใต้บังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอำนาจและหน้าที่เท่าที่เกี่ยวกับการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของกฎบัตรที่ให้อำนาจไว้ การใช้อำนาจขององค์การสหประชาชาติภายใต้กฎบัตรตามหมวด 7 โดยคณะกรรมการความมั่นคงใช้อำนาจในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศโดยเฉพาะการออกข้อมติตามมาตรา 41 แห่งกฎบัตรในการใช้มาตรการบังคับต่อตัวบุคคล (Persons) และองค์กรธุรกิจ (Entities) นี้ นักทฤษฎีการวิจัยว่าละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental rights) ของบุคคล ดังนั้นการใช้อำนาจของคณะกรรมการความมั่นคงควรมีข้อจำกัดในการใช้อำนาจ จากการศึกษาพบว่าการใช้อำนาจขององค์การสหประชาชาตินี้ จะต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศดังต่อไปนี้ คือ(ก) ข้อจำกัดตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติและ (ข) ข้อจำกัดตามหลักกฎหมายเด็ดชาด (Jus cogens norm)

#### (ก) ข้อจำกัดตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ

ธรรมนูญหรือสารตราตั้งขององค์กรระหว่างประเทศนี้ ถือว่าเป็นแหล่งกำเนิดกฎหมายระหว่างประเทศอันดับแรกที่กำหนดกรอบอำนาจและวัตถุประสงค์ขององค์กรระหว่างประเทศนี้<sup>๖๖</sup> ยกตัวอย่างเช่น องค์การสหประชาชาติจะมีกฎบัตรซึ่งเป็นสารตราตั้งหรือธรรมนูญในการกำหนดกรอบอำนาจและวัตถุประสงค์ขององค์การสหประชาชาติ องค์กรหลัก (Principle organs) และองค์กรรอง (Subsidiary organs) ว่ามีอำนาจกระทำการใดภายใต้กรอบวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในกฎบัตร ในทำนองเดียวกันกรอบการใช้อำนาจขององค์กรในองค์การสหประชาชาติเองซึ่งผ่านการใช้อำนาจโดยองค์กรฝ่ายบริหาร (Executive organ) ก็ต้องอยู่ในกรอบของกฎบัตรที่ได้ให้อำนาจไว้<sup>๖๗</sup> ดังนั้นธรรมนูญขององค์กรระหว่างประเทศใดจึงเป็นบ่อเกิดของกฎหมายของการระหว่างประเทศนี้<sup>๖๘</sup> ในการที่จะให้อำนาจและหน้าที่แก่องค์กร ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้<sup>๖๙</sup> ได้กำหนดให้องค์กรระหว่างประเทศทุกองค์กรจะต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศในแง่ที่ว่าองค์กรระหว่างประเทศจะต้องปฏิบัติตามธรรมนูญหรือสนธิสัญญาก่อตั้งขององค์กรระหว่างประเทศนี้<sup>๗๐</sup>

ดังที่ปรากฏได้จากคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Reparations Case ที่ได้วินิจฉัยไว้ว่า “สิทธิและหน้าที่ขององค์กรนี้<sup>๗๑</sup> นั้นขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์และ

<sup>๖๖</sup> “Higgins has remarked appropriately that ‘the Charter is not in the habit of defining its terms, and if a definition were a pre-requisite to obligation, virtually all the articles of the Charter would be rendered meaningless.’” (Higgins, The Development of International Law Through the Political Organs of the UN (London, OUP, 1963, p. 119)

หน้าที่ที่ได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยนัยภายใต้ธรรมนูญขององค์กรนั้น และองค์กรได้ถือปฏิบัติกันมา<sup>145</sup> ซึ่งหลักการดังกล่าวได้กล่าวโดยนัยว่าหากองค์กรระหว่างประเทศใดได้กระทำการนอกเหนือจากวัตถุประสงค์หรือหน้าที่ที่ได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้ง (Express power) หรือโดยนัย (Imply power) ในสารตราตั้งขององค์กรแล้วถือเป็นการกระทำเกิดขอบอำนาจ (ultra vires) ขององค์กรที่ได้รับมอบอำนาจมา

ในทางปฏิบัติธรรมนูญหรือสารตราตั้งขององค์กรระหว่างประเทศยังได้นำเอาบรรทัดฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศมาบัญญัติเป็นมาตราในสารตราตั้งขององค์กรเพื่อเป็นการกำหนดกรอบอำนาจขององค์กร อย่างเช่น องค์การสหประชาชาติได้นำเอาบรรทัดฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องหลักความจำเป็น (Necessity) และความได้สัดส่วน (Proportionality) มากำหนดไว้ในมาตรา 42<sup>146</sup> ของกฎบัตรที่ให้อำนาจแก่คณะมนตรีความมั่นคงที่อาจจะใช้กำลังทางทหารเมื่อพิจารณาเห็นว่ามาตรการที่ไม่ใช้กำลังตามมาตรา 41<sup>147</sup> น่าจะไม่เพียงพอ ดังนั้น ในการมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการใช้กำลังทางทหารของคณะมนตรีความมั่นคงภายใต้หมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติจะต้องอยู่ภายใต้บรรทัดฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศตามหลักความจำเป็นและความได้สัดส่วน จึงถือว่าเป็นเงื่อนไขอันเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจขององค์การสหประชาชาติอีกส่วนหนึ่งด้วย

อย่างไรก็ตามธรรมนูญหรือสารตราตั้งขององค์กรระหว่างประเทศยังกำหนดให้องค์กรระหว่างประเทศนั้นได้ใช้ดุลยพินิจไปในทางที่กว้างเพื่อให้สอดคล้องกับบรรทัดฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 1 วรรคแรกของกฎบัตรสหประชาชาติที่ได้กำหนดจุดประสงค์ขององค์การสหประชาชาติไว้อย่างชัดแจ้งว่า “เพื่อก่อให้เกิดการปรับปรุงหรือ

---

<sup>145</sup> Reparations for Injuries

<sup>146</sup> United Nations Charter article 42 states: “Should the Security Council consider that measures provided for in Article 41 would be inadequate or have proved to be inadequate, it may take such action by air, sea, or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security. Such action may include demonstrations, blockade, and other operations by air, sea, or land forces of Members of the United Nations.”

<sup>147</sup> United Nations Charter article 41 states: “The Security Council may decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions, and it may call upon the Members of the United Nations to apply such measures. These may include complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio, and other means of communication, and the severance of diplomatic relations.”



ระงับกรณีพิพาทหรือสถานการณ์ระหว่างประเทศอื่นจะนำไปสู่การล่วงละเมิดสันติภาพได้โดยผ่านทางการใช้มาตรการที่สอดคล้องกับหลักการแห่งความยุติธรรม และกฎหมาย ระหว่างประเทศ<sup>148</sup>

(ข) ข้อจำกัดตามหลักกฎหมายเด็ดขาด (Doctrine of jus cogens)

ข้อจำกัดการใช้อำนาจขององค์การสหประชาชาตินอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในสารตราตั้งหรือกฎบัตรสหประชาชาติเองแล้วยังมีข้อจำกัดที่กำหนดไว้ในหลักกฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens) ซึ่งหมุ่ นักกฎหมายระหว่างประเทศได้ยอมรับกันแล้วว่าบรรทัดฐานตามหลักกฎหมายเด็ดขาดนั้นผูกพันต่อบุคคลภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศรวมทั้งรัฐและองค์การระหว่างประเทศเช่นองค์การสหประชาชาติ ในทางกฎหมายแล้วหลักกฎหมายเด็ดขาดปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาเวียนนามาตรา 53 และมาตรา 64 ที่ได้กำหนดไว้ว่าสนธิสัญญาตกเป็นโมฆะหากละเมิดต่อกฎหมายเด็ดขาด<sup>149</sup> นอกจากนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังได้ให้การรับรองหลักแนวความคิดดังกล่าวโดยปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลเมื่อปี ค.ศ. 2006 ในคดี Armed Conflict on the Territory of the Congo<sup>150</sup>

ด้วยเหตุผลดังกล่าวบรรทัดฐานตามหลักกฎหมายเด็ดขาดนี้ มีศักดิ์ เสมือนหนึ่งว่าเหนือกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศอื่นที่องค์การระหว่างประเทศตกอยู่ภายใต้พันธะที่จะต้องปฏิบัติตามบรรทัดฐานตามหลักกฎหมายเด็ดขาดเช่นเดียวกับพันธะกรณีของรัฐที่จะต้องปฏิบัติตามด้วยเช่นกัน ยกตัวอย่างเช่น อาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นี้เป็นหลักกฎหมายเด็ดขาดที่องค์การระหว่างประเทศและรัฐจะละเมิดมิได้ ดังนั้น หากคณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติให้กองกำลังรักษาสันติภาพกระทำการกระทำอันเป็นการขัดต่อหลักกฎหมายเด็ดขาดแล้ว ผลก็คือข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงนี้ จะมีอำนาจบังคับตามกฎหมายได้

หลักกฎหมายเด็ดขาดยังปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ในคดี Genocide Convention Case<sup>151</sup> โดยที่ท่านผู้พิพากษา Lauterpacht (Judge Lauterpacht) ได้ให้เหตุผลในคำวินิจฉัยของท่านไว้โดยสรุปได้ใจความว่า หลักกฎหมายเด็ดขาดนี้

<sup>148</sup> United Nations Charter article 1 paragraph 1

<sup>149</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties (1969), Arts. 53 and 64.

<sup>150</sup> Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Judgment, 2006 ICJ Rep. 58.

<sup>151</sup> Genocide Convention case., Judge Lauterpacht considered that the Security Council is obligated to comply with *jus cogens* norms of international law, specifically the prohibition against genocide.

มีศักดิ์ที่เหนือหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและสนธิสัญญา ทางออกภายใต้มาตรา 103 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติในกรณีที่เกิดการขัดกันระหว่างพันธกรณีภายใต้ข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงและพันธกรณีตามสนธิสัญญาอื่นนั้น จะขยายความให้ขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาดไม่ได้ ซึ่งท่านผู้พิพากษายังได้เน้นย้ำว่าหลักกฎหมายเด็ดขาดนั้นได้จำกัดการใช้อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงและจะต้องมีสถานะที่อยู่เหนือกว่าพันธกรณีภายใต้ข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงอีกด้วย<sup>152</sup>

หากพิจารณาตามหลักกฎหมายเด็ดขาดแล้วนั้น การใช้อำนาจขององค์การสหประชาชาติและองค์กรหลักเช่นคณะมนตรีความมั่นคงตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่ว่าจะต้องให้ความเคารพหลักกฎหมายเด็ดขาด หากการวินิจฉัยขององค์การสหประชาชาติได้ขัดกับกฎหมายเด็ดขาดแล้วถือว่าเป็นโมฆะ แม้ว่ามาตรา 103 ของกฎบัตรสหประชาชาติจะกำหนดให้พันธกรณีภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติมีฐานะที่เหนือกว่าพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศอื่น แต่กรณีดังกล่าวก็ต้องตกอยู่ในข้อยกเว้นที่ว่า การใช้อำนาจขององค์การสหประชาชาติจะขัดกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีสถานะเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาดมิได้ ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวได้สอดคล้องกับความเห็นของท่านผู้พิพากษา Ad hoc Judge John Dugard ที่ได้กล่าวไว้ในคำวินิจฉัยคดี Armed Activities on the Territory of the Congo ว่าหากข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาดแล้ว ผลก็คือข้อข้อมติดังกล่าวเป็นโมฆะ

อย่างไรก็ตามในบางกรณีองค์การสหประชาชาติโดยเฉพาะคณะมนตรีความมั่นคงได้ใช้อำนาจที่ก่อให้เกิดการขัดแย้งกับกฎหมายประเทศอื่นอันส่งผลให้กระทบต่อสิทธิของรัฐหรือเอกชนอื่น นอกจากนั้นแล้วการใช้อำนาจเหล่านั้น ก็ยังไม่ได้ตกอยู่ภายใต้การวินิจฉัยของศาล (Judicial review) แต่กรณีดังกล่าวก็ไม่ได้หมายความว่า การใช้อำนาจขององค์การสหประชาชาติหรือคณะมนตรีความมั่นคงไม่จะเป็นที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องแต่อย่างใดดังจะปรากฏได้จากคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Democratic Republic of Congo v. Rwanda<sup>153</sup> คดีดังกล่าวศาลได้ให้ความเห็นว่า “ไม่ว่ารัฐจะยอมรับอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศหรือไม่ก็ตาม แต่รัฐมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณี

<sup>152</sup> Genocide Convention case, 1993 I.C.J. at 440

<sup>153</sup> Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Rwanda), Provisional Measure, I.C.J. 10 July 2002

ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติและกฎเกณฑ์อื่นตามกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>154</sup> ในทำนองเดียว  
หลักการดังกล่าวข้างต้นนี้ ต้องนำมาบังคับใช้กับองค์การสหประชาชาติโดยเฉพาะคณะมนตรี  
ความมั่นคงซึ่งถือว่าเป็นตัวการระหว่างประเทศที่หน้าที่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศด้วย

ในทางตรงกันข้ามยังมีนักกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่านที่มีความเห็นว่าการใช้อำนาจขององค์การสหประชาชาติโดยคณะมนตรีความมั่นคงภายใต้หมวด 7 ไม่ตกอยู่  
ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศเนื่องจากว่าบ่อเกิดของอำนาจและ  
พันธกรณีของคณะมนตรีความมั่นคงนี้ เกิดจากกฎบัตรสหประชาชาติและกฎหมายระหว่าง  
ประเทศทั่วไป ดังจะเห็นได้จากมาตรา 24 ของกฎบัตรสหประชาชาติได้กำหนดกรอบการใช้อำนาจ  
ของคณะมนตรีความมั่นคงจะต้องกระทำการให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และหลักการของ  
องค์การสหประชาชาติเมื่อใช้อำนาจในการที่อ้างสิ่วซึ่งสันติภาพและความมั่นคง นอกจากนี้ แล้ว  
มาตรา 1(1) แห่งกฎบัตรสหประชาชาติยังได้กำหนดถึงวัตถุประสงค์ของสหประชาชาติก็คือการ  
อ้างสิ่วซึ่งสันติและความมั่นคงระหว่างประเทศ และยังกำหนดให้คณะมนตรีความมั่นคงจะต้อง  
กระทำการให้สอดคล้องกับหลักความยุติธรรมและกฎหมายระหว่างประเทศในการระงับและปรับ  
ปรับข้อพิพาทระหว่างประเทศ

ประเด็นข้อโต้แย้งที่ตามมาก็คือว่าพันธกรณีที่คล้ายๆ กันกับพันธกรณีซึ่งคณะ  
มนตรีความมั่นคงที่จะต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักความยุติธรรมและกฎหมายระหว่างประเทศ  
นี้ ยังมีไม่มี นอกจากนี้ แล้วยังมีบันทึกในการร่างกฎบัตรสหประชาชาติที่ได้ปฏิเสธร่างกฎบัตรที่ได้  
ตีความให้คณะมนตรีความมั่นคงจะต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักยุติธรรมและกฎหมายระหว่าง  
ประเทศเมื่อได้ใช้อำนาจภายใต้หมวด 7<sup>155</sup> ดังนั้น นักกฎหมายระหว่างประเทศฝ่ายหลังมองว่า  
มาตรา 24 และ มาตรา 1(1) ของกฎบัตรไม่ได้กำหนดให้คณะมนตรีความมั่นคงจะต้องปฏิบัติให้  
สอดคล้องกับหลักความยุติธรรมและกฎหมายระหว่างประเทศในการใช้อำนาจภายใต้หมวด 7  
และยังมองต่อไปอีกว่าหากคณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมาย  
ระหว่างประเทศ แต่ข้อมติดังกล่าวก็ยังมีผลใช้บังคับอยู่ดี

<sup>154</sup> Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Rwanda), Provisional Measure, I.C.J. 10 July 2002, para. 92

<sup>155</sup> UN C.I.O. Doc 317, Summary Rep. of the Ninth Meeting of Committee I/16, 1<sup>st</sup>, UD Doc 7421/23 June 1, 1945

นอกจากนี้แล้วมาตรา 103 ของกฎบัตรสหประชาชาติยังได้สนับสนุนเหตุผลที่ว่าอำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงภายใต้หมวด 7 นี้ มีลักษณะที่เหนือกว่ากฎหมายระหว่างประเทศดังจะเห็นได้จากเนื้อความตามบทบัญญัติที่ว่าหากพันธกรณีภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติของรัฐสมาชิกนั้นขัดกับพันธกรณีภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศ ผลคือพันธกรณีภายใต้กฎบัตรมีสถานะเหนือกว่า ยิ่งไปกว่านั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังได้มีคำสั่งในมาตรการการคุ้มครองชั่วคราว (Provisional Measures) ในคดี Lockerbie โดยตีความของพันธกรณีภายใต้กฎบัตรสหประชาชาตินี้ นรวมถึงข้อมติที่มีผลทางกฎหมายของคณะมนตรีความมั่นคงอีกด้วย<sup>156</sup>

ดังนั้นจากการศึกษาได้ชี้ให้เห็นว่าวัตถุประสงค์หลักของการก่อตั้งองค์การสหประชาชาตินี้ เพื่อที่จะธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ โดยรัฐสมาชิกได้ยินยอมที่จะสูญเสียอำนาจอธิปไตยของตนบางส่วนที่จะมอบอำนาจให้องค์การสหประชาชาติให้มีอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ภายใต้กฎบัตรที่ถือเสมือนหนึ่งว่าเป็นธรรมนูญหรือสารตราตั้งที่มีลักษณะความเป็นกฎหมายสูงสุดดังที่ได้ระบุไว้ในมาตรา 103 แห่งกฎบัตรโดยได้ให้อำนาจแก่องค์การสหประชาชาติโดยเฉพาะคณะมนตรีความมั่นคงในที่จะวินิจฉัยว่าภัยคุกคามใดถือได้ว่าเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศเพื่อที่จะได้ออกข้อมติให้ใช้มาตรการบังคับในอันที่จะขจัดภัยดังกล่าว แม้ว่าการใช้อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายตามกฎบัตรสหประชาชาติก็ตาม แต่ก็มีกรณีการวิพากษ์วิจารณ์ถึงการให้อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงที่ไม่สอดคล้องกับกฎบัตรเองหรือหลักกฎหมายเด็ดขาดนั้น ดังนั้น ในบทต่อไปคือบทที่จะได้ศึกษาถึงพันธกรณีตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงในการปราบปรามการก่อการร้าย หลักกฎหมายให้อำนาจคณะมนตรีความมั่นคงในการออกข้อมติ ลักษณะของข้อมติที่มีผลผูกพันทางกฎหมาย ตลอดถึงกระบวนการชี้ นบัญญัติรายชื่อผู้ ก่อการร้ายและการนำข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงไปปฏิบัติตามของรัฐสมาชิก

<sup>156</sup> Lockerbie case, 1992 I.C.J. at 129

### บทที่ 3

#### พันธกรณีตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงในการต่อต้านการก่อการร้าย

วัตถุประสงค์หลักของการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ (United Nations) คือการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1(1)<sup>1</sup> แห่งกฎบัตร ในการดำเนินการตามอำนาจและหน้าที่ภายใต้กฎบัตรเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ขององค์การสหประชาชาติ นั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยมีคำพิพากษาให้องค์การสหประชาชาติมีสถานะเป็นบุคคลตามบังคับกฎหมายระหว่างประเทศ (International legal personality) ดังที่ได้ปรากฏในคำพิพากษาคดี Reparations case<sup>2</sup> ส่วนคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ (United Nations Security Council) นั้นเป็นองค์กรหลัก (Principal organ) ตามกฎบัตรสหประชาชาติที่ไม่มีสถานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศแตกต่างจากองค์การสหประชาชาติแต่อย่างใด และอำนาจหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงภายใต้กฎบัตรนั้นเกิดจากรัฐสมาชิกได้ยินยอมมอบอำนาจให้แก่คณะมนตรีความมั่นคงให้รับผิดชอบต่อภาระกิจหลักในการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ

ภายใต้ตามมาตรา 39<sup>3</sup> แห่งกฎบัตรกำหนดให้คณะมนตรีความมั่นคงมีอำนาจในการวินิจฉัย (Discretion) ว่าภัยใดที่ถือว่าเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศและเมื่อได้วินิจฉัยว่าสถานะการณ์ในขณะนั้นได้เกิดภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงแล้ว ย่อมส่งผลให้คณะมนตรีความมั่นคงมีอำนาจโดยชอบในการออกข้อมติตามมาตรา 24<sup>4</sup> แห่งกฎบัตรเพื่อให้มีการใช้มาตรการที่ไม่ใช้กำลังทางทหาร (Non-military measure) หรือการ

---

<sup>1</sup> Article 1 of UN Charter states: "The purposes of the United Nations are: (1) To maintain international peace and security, and to that end: to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace."

<sup>2</sup> Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, 1949 I.C.J. 174, 179 (Apr. 11)

<sup>3</sup> Article 39 of UN Charter states: "The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security".

<sup>4</sup> Article 24 of UN Charter states:

แข่งขันทางเศรษฐกิจ (Economic sanction) ตามนัยแห่งมาตรา 41<sup>5</sup> ของกฎบัตร หากว่าภัยคุกคามดังกล่าวยังไม่หมดสิ้นไป คณะมนตรีความมั่นคงอาจมีความจำเป็นที่จะต้องใช้มาตรการกำลังทางทหาร (Military measure) ตามนัยแห่งมาตรา 42<sup>6</sup> ของกฎบัตร ซึ่งคำวินิจฉัยของคณะมนตรีความมั่นคงที่มีข้อมติให้ใช้มาตรการทั้งสองลักษณะดังกล่าวมานี้ นัย่อมตกอยู่ภายใต้มาตรา 25<sup>7</sup> แห่งกฎบัตรที่ถือว่าเป็นพันธกรณีที่รัฐสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามมาตรการทั้งหมดหรือบางส่วนขึ้นกับการวินิจฉัยของคณะมนตรีความมั่นคง โดยที่รัฐสมาชิกไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติได้เลย

การบังคับใช้มาตรการบังคับทางเศรษฐกิจตามข้อมตินี้ นั้นอาจจะกระทำโดยรัฐสมาชิกเองหรือโดยผ่านองค์กรระหว่างประเทศหรือองค์กรส่วนภูมิภาค เช่น การนำมาตรการตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงในสหภาพยุโรป เหตุที่รัฐจะต้องปฏิบัติตามข้อมติดังกล่าวข้อมติเป็นพันธกรณีภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติที่มีสภาพบังคับเหนือกว่าพันธกรณีตามกฎหมายหรือข้อตกลงระหว่างประเทศอื่นตามมาตรา 103 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ที่กฎบัตรได้บัญญัติไว้ เพื่อให้การบังคับใช้มาตรการตามข้อมติมีประสิทธิภาพและเป็นเอกภาพ

---

1. In order to ensure prompt and effective action by the United Nations, its Members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security, and agree that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on their behalf.

2. In discharging these duties the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations. The specific powers granted to the Security Council for the discharge of these duties are laid down in Chapters VI, VII, VIII, and XII.

3. The Security Council shall submit annual and, when necessary, special reports to the General Assembly for its consideration.

<sup>5</sup> Article 41 of UN Charter states: "The Security Council may decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions, and it may call upon the Members of the United Nations to apply such measures. These may include complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio, and other means of communication, and the severance of diplomatic relations."

<sup>6</sup> Article 42 of UN Charter states: "Should the Security Council consider that measures provided for in Article 41 would be inadequate or have proved to be inadequate, it may take such action by air, sea, or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security. Such action may include demonstrations, blockade, and other operations by air, sea, or land forces of Members of the United Nations."

<sup>7</sup> Article 25 of UN Charter states: "The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter."

ในอดีตการใช้มาตรการบังคับทางเศรษฐกิจ (Economic sanctions) ถือว่าเป็นมาตรการบังคับแบบดั้งเดิม (Conventional method) ส่งผลให้นอกจากที่จะไม่เกิดประสิทธิภาพตามจุดประสงค์ของคณะมนตรีความมั่นคงที่จะบังคับรัฐที่ละเมิดข้อมติให้ปฏิบัติตามข้อมติแล้วยังก่อให้เกิดผลกระทบอย่างรุนแรงต่อชีวิตและความเป็นอยู่ของพลเมืองผู้บริสุทธิ์ส่วนใหญ่ในประเทศที่ถูกใช้มาตรการบังคับทางเศรษฐกิจ ดังนั้นคณะมนตรีความมั่นคงจึงได้หาวิธีการหรือมาตรการแบบใหม่เพื่อลดผลกระทบต่อพลเมืองผู้บริสุทธิ์ให้น้อยที่สุดแต่ให้กระทบต่อบุคคลที่ตกเป็นเป้าหมายตามข้อมติดังกล่าวมากที่สุด

มาตรการที่ถือว่าประสิทธิภาพมากที่สุดคือมาตรการบังคับต่อบุคคล (Targeted sanction) โดยมักจะนำมาตรการบังคับมาใช้กับผู้นำหรือรัฐบาลเผด็จการ บุคคล คณะบุคคล ตลอดจนองค์กรธุรกิจที่ได้กระทำอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ ในสถานการณ์ปัจจุบันมาตรการบังคับดังกล่าวได้นำมาบังคับต่อผู้ก่อการร้ายหรือผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการก่อการร้าย ซึ่งมาตรการที่เข้าบังคับได้แก่การระงับการดำเนินการทรัพย์สิน (Freeze funds) การห้ามการเดินทาง (Travel bans) และได้จัดตั้งคณะกรรมการแข่งขัน UN Security Council Sanction Committee ซึ่งเป็นองค์กรรอง (Sub-organ) ของสหประชาชาติ<sup>8</sup> โดยกำหนดหน้าที่ให้ตรวจสอบรัฐสมาชิกถึงการนำข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงไปปฏิบัติและมีหน้าที่ในการที่จะพิจารณาชี้ นามบุคคลหรือว่าองค์กรธุรกิจที่ต้องสงสัยว่าจะเกี่ยวข้องหรือให้การสนับสนุนในการก่อการร้ายอีกด้วย

หลังจากที่คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติให้ใช้มาตรการเพื่อที่จะปราบปรามการก่อการร้ายระหว่างประเทศแล้วนั้น รัฐสมาชิกสหประชาชาติย่อมตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องนำมาตรการตามข้อมติดังกล่าวข้างต้นไปปฏิบัติโดยการออกเป็นกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในรัฐหรือนำไปปฏิบัติโดยผ่านองค์การส่วนภูมิภาค (Regional organisations) อย่างเช่นสหภาพยุโรป (European Union) ที่นำมาตรการตามข้อมติไปให้รัฐสมาชิกปฏิบัติในแต่ละรัฐ ในการปฏิบัติตามข้อมตินอกจากจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิของผู้ที่ถูกชี้ นามรายชื่อแล้ว ผู้ถูกชี้ นามรายชื่อที่ไม่มีโอกาสหรือช่องทางที่จะโต้แย้งหรือทราบบข้อกล่าวหาหรือเหตุแห่งการถูกชี้ นามรายชื่อ

ดังนั้นการที่จะพิจารณาว่าข้อมติดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ นั้น และส่งผลว่าการปฏิบัติตามข้อมติดังกล่าวของรัฐสมาชิกแล้วจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐด้วยหรือไม่ นั้น

<sup>8</sup> Article 29 of UN Charter states: "The Security Council may establish such subsidiary organs as it deems necessary for the performance of its functions."

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษารายละเอียดถึงความชอบด้วยกฎหมายของ ข้อตกลงและผลของการปฏิบัติตามของข้อมติโดยรัฐสมาชิกหรือองค์การส่วนภูมิภาคอย่างเช่น สหภาพยุโรป โดยในบทนี้ จะได้แบ่งการศึกษาออกเป็น ๔ ส่วนกล่าวคือ 3.1 ศึกษาถึงบทบาทและ ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงในการปราบปรามการก่อการร้าย โดยจะศึกษาถึงพัฒนาการบทบาท ของคณะมนตรีความมั่นคงในการปราบปรามการก่อการร้าย พัฒนาการของการใช้มาตรการแซงชั้น สถานทางกฎหมายที่ให้อำนาจแก่คณะมนตรีความมั่นคงในการออกข้อมติ 3.2 ศึกษาถึงข้อมติของ คณะมนตรีความมั่นคงในการปราบปรามการก่อการร้าย กระบวนการและขั้นตอนของการชี้ นและลบบัญชีรายชื่อผู้ก่อการร้ายและผลทางกฎหมายของข้อมติต่อรัฐสมาชิกสหประชาชาติ 3.3 ศึกษาถึง บัญชีรายชื่อและกระบวนการชี้ นหรือลบบัญชีรายชื่อตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคง และ 3.4 ศึกษาถึงคดีตัวอย่างในการปฏิบัติตามข้อมติของรัฐสมาชิกสหประชาชาติ

### 3.1 บทบาทและข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงเกี่ยวกับการปราบปรามการก่อการร้าย

บทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติในการรักษาสันติภาพและ ความมั่นคงระหว่างประเทศนั้น ได้มีการพัฒนาบทบาทอย่างมากหลังจากที่ได้มีการก่อวินาศกรรม ของกลุ่มก่อการร้ายในช่วงปลายทศวรรษที่ 1990 ในอดีตนั้น คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติ ที่มุ่งใช้มาตรการบังคับทางเศรษฐกิจ หรือ แซงชั้น (Economic sanctions) ต่อรัฐ (Individual state) ที่ละเมิดไม่ปฏิบัติตามข้อมติเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการใช้กำลังเป็นหนทางสุดท้าย ต่อมา พัฒนาการบังคับทางเศรษฐกิจในปัจจุบันนี้ คณะมนตรีความมั่นคงมุ่งที่จะใช้มาตรการบังคับโดย มีเป้าหมายที่ปัจเจกบุคคลโดยเฉพาะต่อผู้นำหรือคณะรัฐบาลของรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามข้อมติ หรือ กลุ่มของผู้ก่อการร้าย โดยมีจุดประสงค์ก็เพื่อที่จะบังคับใช้มาตรการลงโทษต่อกลุ่มเป้าหมาย (Targeted sanctions) โดยเฉพาะเพื่อให้มีประสิทธิภาพมากที่สุด ซึ่งหัวข้อต่อไปนี้จะได้ศึกษาถึง บทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงต่อการปราบปรามการก่อการร้าย การพัฒนาการข้อมติของ คณะมนตรีความมั่นคงในการปราบปรามการก่อการร้าย สถานกฎหมายที่ให้อำนาจแก่คณะมนตรี ความมั่นคงในการออกข้อมติและสุดท้ายจะกล่าวถึงลักษณะของข้อมติที่มีผลและไม่มีผลทาง กฎหมายระหว่างประเทศ

#### 3.1.1 บทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงต่อการปราบปรามการก่อการร้าย

แม้ความพยายามขององค์การสหประชาชาติ (United Nations) หรือองค์การส่วน ภูมิภาค (Regional Organizations) อย่างเช่นสหภาพยุโรป (European Union) องค์การสันนิบาต ชาติอาหรับ (the League of Arab States) องค์การคณะมนตรีแห่งอิสลาม (the Organization of



Islamic Council-OIC) องค์การแห่งรัฐในทวีปแอฟริกา (the Organization of Africa States-OAS) หรือองค์การแห่งรัฐในทวีปอเมริกา (the Organization of American States-OAS) ที่หาข้อตกลงร่วมกันในอนุสัญญาาระดับสหประชาชาติหรืออนุสัญญาาระดับภูมิภาคที่จะให้ความหมายเฉพาะของคำว่า “การก่อการร้าย” (Terrorism) แต่ก็ไม่สามารถที่จะหาข้อตกลงร่วมกันได้<sup>9</sup> ในทางกลับกัน อนุสัญญาเหล่านี้ กลับได้ให้การกระทำที่เป็นความผิดที่เป็นลักษณะเกี่ยวกับการก่อการร้ายไว้ในกฎหมายภายในรัฐเสีย อย่างเช่นการกระทำเกี่ยวกับโจรสลัด (Hijacking) หรือการจับตัวประกัน (Hostage taking) โดยไม่ได้คำนึงถึงว่าแรงจูงใจในการกระทำดังกล่าวจะมาจากทางการเมืองหรือไม่

แต่ความพยายามที่จะมีความเห็นร่วมกันในการให้ความหมายของคำว่า การก่อการร้ายได้ปรากฏขึ้น เมื่อได้มีการร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและกบฏการกระทำอันเป็นการก่อการร้าย ปี ค.ศ. 1937 (Convention on Prevention and Punishment of Terrorist Activities of 1937)<sup>10</sup> ซึ่งได้กำหนดให้ความหมายของการกระทำอันเป็นการก่อการร้ายได้แคบเฉพาะแก่กระทำที่มุ่งเอาชีวิตแก่ผู้นำรัฐหรือสามีหรือภรรยาของผู้นำเหล่านั้น ตลอดจนจนถึงบุคคลที่ดำรงตำแหน่งหรือมีหน้าที่ทางราชการเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามอนุสัญญาดังกล่าวได้ไม่ได้นำมาบังคับใช้แต่อย่างใดเนื่องจากขาดการลงนามของรัฐสมาชิก จะเห็นได้ว่าได้เกิดเหตุการณ์การก่อการร้ายร้ายครั้งสำคัญในประวัติศาสตร์อย่างเช่นการลอบสังหารกษัตริย์อเล็กซานเดอร์แห่งโกสลาเวียประเทศฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1934 โดยกลุ่มก่อการร้ายชาวยุโกสลาฟซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวส่งผลให้คณะมนตรีความมั่นคงได้เรียกร้องให้ความร่วมมือระหว่างประเทศถือว่าเป็นสิ่งสำคัญในการปราบปรามการก่อการร้าย<sup>11</sup>

ความพยายามที่จะให้ความหมายของการก่อการร้ายในระดับสหประชาชาติได้ปรากฏขึ้นอีกครั้งในปี ค.ศ. 1954 เมื่อคณะกรรมการวิชาการร่างกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission-ILC) ได้ร่างบทบัญญัติอันเป็นความผิดต่อสันติภาพและความมั่นคงของมนุษยชาติ (1954 Draft Code of Offenses against Peace and Security of Mankind) โดยได้กำหนดให้การกระทำก่อการร้ายเป็นความผิดต่อสันติภาพและความมั่นคง

<sup>9</sup> United Nation, The site of Counter Terrorism Committee [online], 6 April 2012, Available from: [www.un.org/sc/ctc/laws](http://www.un.org/sc/ctc/laws)

<sup>10</sup> Article X of the Convention on Prevention and Punishment of Terrorist Activities of 1937

<sup>11</sup> Ben Saul, “Attempts to Define Terrorism in International Law,” *Netheland International Law Review*, 25 (2005) :. 68-69, 72-73

ของมนุษยชาติ แต่ไม่ได้กำหนดให้ความหมายทางกฎหมายของการก่อการร้ายแต่อย่างใด<sup>12</sup> แม้ว่าสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติไม่ได้นำเอาร่างของบทบัญญัติดังกล่าวมาพิจารณา แต่ในปี ค.ศ. 1991 คณะกรรมาธิการร่างกฎหมายก็ได้นำเอาร่างอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษการกระทำอันเป็นการก่อการร้าย ปี ค.ศ. 1937 มาพิจารณาใหม่โดยการเพิ่มคำว่า “การจัดให้มี” (Organizing) “การสนับสนุน” (Assisting) หรือ “การให้ทุน” (Financing) การกระทำอันเป็นการก่อการร้ายและคณะกรรมาธิการร่างกฎหมายระหว่างประเทศได้ผ่านร่างดังกล่าวแล้ว แต่ร่างดังกล่าวก็ยังไม่ถูกนำมาพิจารณาของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติเพื่อที่จะออกมาเป็นอนุสัญญาบังคับใช้แต่อย่างใด

สำหรับบทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติในการให้ความสำคัญของการต่อต้านการก่อการร้ายระหว่างประเทศนั้นได้เริ่มให้ความสำคัญอย่างจริงจังเมื่อต้นทศวรรษที่ 1990 หลังจากที่มิเหตุการ์ณก่อการร้ายที่สำคัญหลายเหตุการณ์ อย่างเช่นในปี ค.ศ. 1992 คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติที่ 748<sup>13</sup> ใช้มาตรการแข่งขันทางเศรษฐกิจต่อรัฐบาลลิเบียขณะนั้นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการก่อการร้ายสายการบินพาณิชย์ของอเมริกา ต่อมาในปี ค.ศ. 1996 คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติที่ 1054 โดยใช้มาตรการแข่งขันทางเศรษฐกิจต่อรัฐบาลซูดานที่ปฏิเสธที่จะส่งผู้ต้องสงสัยเป็นผู้ร้ายข้ามแดนที่สงสัยว่ามีส่วนเกี่ยวข้องต่อการพยายามลอบสังหารประธานาธิบดีอียิปต์เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1995

ต่อมาในปีค.ศ. 1999 คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติใช้มาตรการแข่งขันต่อรัฐบาลตาลิบานที่สงสัยว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับการโจมตีสถานทูตสหรัฐในประเทศเคนยาและแทนเนีย หลังจากนั้น คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติย่อยหลายข้อมติโดยมีจุดประสงค์ที่จะใช้มาตรการต่อบุคคลที่เป็นผู้ก่อการร้ายหรือเกี่ยวข้องหรือให้การสนับสนุนต่อการก่อการร้าย ซึ่งนักกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่านได้วิจารณ์ว่าการออกข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงในระยะหลังนี้ นั้นได้มีลักษณะของการเป็นผู้ออกกฎหมายเสียเอง ดังจะเห็นได้จากข้อมติที่กำหนดให้ลักษณะการกระทำอันเป็นการก่อการร้าย นอกจากนี้ แล้วยังให้รัฐสมาชิกได้ออกกฎหมายภายในรัฐในการกำหนดความผิดอันเป็นการก่อการร้ายอีกด้วย

<sup>12</sup> 1954 ILC Draft Code of Offenses against the Peace and Security of Mankind (Part I) in ILC 6<sup>th</sup> Session Report (3 June-28 July 1954)

<sup>13</sup> Security Council Resolution 748 of 1992

บทบาทสำคัญอีกประการหนึ่งของคณะมนตรีความมั่นคงในการต่อต้านการก่อการร้ายคือการช่วยผลักดันให้มีการกำหนดยุทธวิธีในการต่อต้านการก่อการร้ายระหว่างประเทศในระดับสหประชาชาติเกิดขึ้น ในที่สุดเมื่อวันที่ 8 กันยายน ปี ค.ศ. 2006 รัฐสมาชิกก็ได้มีความเห็นพ้องต้องกันที่ออกกรอบมาตรการร่วมกันในการต่อต้านการก่อการร้ายระหว่างประเทศในระดับสหประชาชาติ (United Nations Counter Terrorism Strategy)<sup>14</sup> ซึ่งกรอบมาตรการดังกล่าวจะเป็นการสร้างความร่วมมือดังกล่าวระหว่างรัฐในการที่จะปราบปรามการก่อการร้ายในมาตรการต่างๆ อย่างเช่นความร่วมมือในการที่จะปราบปรามการฟอกเงินและการค้ายาเสพติด เป็นต้น

คณะมนตรีความมั่นคงไม่เพียงแต่จะมีบทบาทที่จะกรอบมาตรการร่วมกันในการปราบปรามการก่อการร้ายเท่านั้น นอกจากนี้แล้วยังมีบทบาทที่ผลักดันให้การก่อการร้ายระหว่างประเทศเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงดังจะเป็นได้จากถ้อยคำทั่วไปเกี่ยวกับการก่อการร้ายในข้อมติที่ 1566<sup>15</sup>, 1624<sup>16</sup> และข้อมติล่าสุดคือข้อมติที่ 1822<sup>17</sup> ซึ่งในที่สุดสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติก็ได้ออกข้อมติที่กำหนดให้การก่อการร้ายระหว่างประเทศเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงเช่นเดียวกันดังจะเห็นได้จากถ้อยคำในข้อมติแห่งสมัชชาใหญ่ที่ 60/288<sup>18</sup>

สำหรับผลทางกฎหมายที่คณะมนตรีความมั่นคงได้กำหนดให้การก่อการร้ายระหว่างประเทศเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงนั้นก็เพื่อที่จะให้คณะมนตรีความมั่นคงได้มีอำนาจในการใช้มาตรการภายใต้ข้อมติในการปราบปรามการก่อการร้ายโดยอาศัยอำนาจตามหมวดที่ 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติได้ ดังจะเห็นได้ชัดได้แก่การออกข้อมติให้รัฐสมาชิกใช้มาตรการแช่แข็งทรัพย์สินของผู้ก่อการร้ายเพื่อที่จะกำจัดแหล่งเงินทุนให้การสนับสนุนการก่อการร้าย สำหรับในระดับขององค์การสหประชาชาติก็ยังสามารถออกอนุสัญญาว่าด้วยการปราบปรามแหล่งเงินทุนของการก่อการร้าย (Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism) ในปี ค.ศ. 1999<sup>19</sup>

<sup>14</sup> An overview of the UN action to counter terrorism: <http://www.un.org/terrorism/strategy-counter-terrorism.shtml>

<sup>15</sup> Security Council Resolution 1566 of 8 October 2004

<sup>16</sup> Security Council Resolution 1624 of 2005

<sup>17</sup> Security Council Resolution 1822 of 2008

<sup>18</sup> General Assembly Resolution A/RES/60/288 of September 2006, 60<sup>th</sup> session, The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy

<sup>19</sup> UN Doc A/RES/54/109 of 9 December 1999

แม้ว่าคณะมนตรีความมั่นคงจะมีบทบาทที่สำคัญในการที่จะกำหนดให้รัฐสร้างความร่วมมือในการใช้มาตรการต่างๆ ในการปราบปรามการก่อการร้ายระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นการชี้ นบฎชี้รายชื่อบุคคล หรือองค์การหรือผู้สนับสนุนหรือช่วยเหลือแก่การก่อการร้าย หรือการจำกัดการเดินทางหรือแช่แข็งแหล่งเงินทุนของบุคคลเหล่านั้น แต่การก่อการร้ายระหว่างประเทศก็ได้พัฒนาการที่มีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น และอาศัยแหล่งเงินทุนหรือการสนับสนุนจากรัฐใดรัฐหนึ่งน้อยลง ในทางกลับกันได้อาศัยแหล่งเงินทุนที่ผิดกฎหมายมากยิ่งขึ้น<sup>20</sup> ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงย่อมมีบทบาทที่สำคัญในการที่จะพัฒนามาตรการใหม่ๆ ในการที่จะกำจัดกระบวนการก่อการร้ายระหว่างประเทศเหล่านั้น ในทันตามสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป แต่อย่างไรในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมา พัฒนาการของการใช้มาตรการเหล่านี้ กลับถูกมองว่าขาดความโปร่งใสในการตรวจสอบจากระบบยุติธรรมหรือกระทบกับสิทธิของบุคคลมากขึ้น ดังนั้น พัฒนาการการใช้มาตรการตามข้อมติให้เหมาะสมตามสถานการณ์ที่จะกระทบสิทธิของปัจเจกชนให้น้อยที่สุดย่อมมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการใช้มาตรการของคณะมนตรีความมั่นคง

### 3.1.2 พัฒนาการแนวความคิดการแซงชั้นแบบดั้งเดิมมาสู่ แซงชั้นต่อตัวบุคคล

วัตถุประสงค์หลักของการจัดตั้ง องค์การสหประชาชาติขึ้นในปี ค.ศ. 1945 ก็เพื่อการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ โดยกฎบัตรให้อำนาจแก่คณะมนตรีความมั่นคง (United Nations Security Council- UNSC) ซึ่งเป็นองค์กรหลักขององค์การสหประชาชาติ ให้มีอำนาจและหน้าที่ในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ โดยในอดีตหลังยุคสงครามเย็น (Cold war) การใช้อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงในด้านรักษาสันติภาพและความมั่นคงนั้น จะใช้มาตรการต่อรัฐซึ่งเป็นตัวการหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศ (Principal subjects of international law) ในกรณีที่รัฐนั้นได้คุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างเช่นการละเมิดต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนอย่างกว้างขวาง (Gross human rights violations) การพัฒนาการอาวุธมีพิฆาตภาพทำร้ายสูง (The proliferation of weapons of mass destruction) และการก่อการร้ายระหว่างประเทศ (International terrorism) เป็นต้น

<sup>20</sup> Security Council Resolution 1373, para. 4

คณะมนตรีความมั่นคงจะบังคับใช้มาตรการต่างๆ ที่ไม่ใช้กำลังทางทหารเพื่อรักษาสันติภาพและความสงบนั้นจะอาศัยอำนาจตามมาตรา 39<sup>21</sup> และ 41<sup>22</sup> ในหมวดที่ 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ว่าด้วยเรื่องการดำเนินการเกี่ยวกับการคุกคามต่อสันติภาพ การละเมิดสันติภาพ และการกระทำการรุกราน ซึ่งข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ได้ออกมานั้น มีสภาพบังคับและมีผลผูกพันตามกฎหมายกับทุกรัฐและรัฐทุกรัฐตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามข้อมติภายใต้สภาพบังคับแห่งมาตรา 24<sup>23</sup> (1), 25 และ 103 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

โดยปกติแล้วมาตรการไม่ใช้กำลังทางทหาร (Non-military sanctions) ที่คณะมนตรีความมั่นคงนำมาใช้คือมาตรการแซงชั่นหรือการคว่ำบาตรทางเศรษฐกิจ (Economic sanctions) โดยวิธีที่นิยมคือการห้ามการค้าขายกับรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง โดยมีจุดประสงค์คือรัฐที่ถูกแซงชั่นหรือรัฐเป้าหมาย (Targeted state) นั้นปฏิบัติตามหากรัฐเป้าหมาย ปฏิบัติตามข้อมติแล้วมาตรการแซงชั่นก็ย่อมถูกยกเลิกไป ซึ่งมาตรการแซงชั่นแก่รัฐโดยวิธีดั้งเดิมนั้น (Typical or traditional economic sanctions) มีจุดประสงค์เพื่อให้รัฐหรือผู้นำรัฐยอมจำนนปฏิบัติตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง โดยมีได้แยกมาตรการบังคับให้เฉพาะเจาะจงแก่ผู้นำหรือคณะผู้ปกครองรัฐนั้นๆ ออกจากประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ

ต่อมาในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1990 การใช้มาตรการแซงชั่นทางเศรษฐกิจโดยวิธีดั้งเดิมได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์จากนักวิชาการ รัฐต่างๆ ตลอดจนถึงองค์การระหว่างประเทศว่ามาตรการ

---

<sup>21</sup> Article 39 of UN Charter states: "The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security".

<sup>22</sup> Article 41 of UN Charter states: "The Security Council may decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions, and it may call upon the Members of the United Nations to apply such measures. These may include complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio, and other means of communication, and the severance of diplomatic relations".

<sup>23</sup> Article 24 of UN Charter states:

"1. In order to ensure prompt and effective action by the United Nations, its Members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security, and agree that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on their behalf.

2. In discharging these duties the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations. The specific powers granted to the Security Council for the discharge of these duties are laid down in Chapters VI, VII, VIII, and XII.

3. The Security Council shall submit annual and, when necessary, special reports to the General Assembly for its consideration."

แข่งขันทางเศรษฐกิจโดยคณะกรรมการความมั่นคงได้ส่งผลกระทบต่อพลเมืองผู้บริสุทธิ์ส่วนใหญ่ของประเทศ (Humanitarian disaster) และระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ ส่งผลให้เกิดการลักลอบลำเลียงหรือส่งสินค้าในตลาดมืด (Black markets) โดยไม่ได้มุ่งไปยังผลโดยตรงต่อบุคคลที่เป็นเป้าหมายแต่อย่างใดและยังทำให้มาตรการของคณะกรรมการความมั่นคงมีความหมิ่นเหม่ที่ถูกมองว่ากระทำผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศเสียเอง ยิ่งไปกว่านั้นแล้วผู้นำหรือผู้ปกครองประเทศที่ถูกแข่งขันไม่ได้รับผลกระทบแต่อย่างใด นอกจากนี้แล้วยังใช้ประชาชนเป็นตัวประกันเพื่อที่จะต่อรองในการที่จะยกเลิกมาตรการแข่งขัน มาตรการดั้งเดิมดังกล่าวประนามว่าไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ดังจะเห็นได้จากการแข่งขันต่อรัฐบาลของอดีตประธานาธิบดี Saddam Hussein แห่งอิรักในช่วงต้นปีทศวรรษที่ 1990<sup>24</sup> เพื่อจุดประสงค์ที่จะบันทึกอำนาจรัฐบาลอิรัก การแข่งขันดังกล่าวได้ถูกกล่าวหาว่าก่อให้เกิดผลกระทบต่อพลเมืองอิรักโดยเฉพาะการขาดสารอาหารของเด็ก

ผลจากการถูกวิพากษ์วิจารณ์ของการใช้มาตรการแข่งขันแบบดั้งเดิมประกอบกับประสิทธิภาพของการแข่งขันมีดีเท่าที่ควร จึงทำให้คณะกรรมการความมั่นคงได้พัฒนาการใช้มาตรการแข่งขันเพื่อให้กระทบต่อผู้นำรัฐหรือคณะผู้ปกครองของรัฐเป้าหมายมากที่สุดที่ได้ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศอย่างเช่น อาชญากรรมสงคราม การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ ตลอดจนถึงการกระทำที่เป็นการก่อการร้าย โดยมุ่งที่จะกระทบต่อประเทศโดยส่วนรวมหรือพลเมืองของรัฐน้อยที่สุด จึงทำให้มีการใช้มาตรการการแข่งขันต่อบุคคลหรือต่อเป้าหมายหรือแบบเจาะจง (Targeted sanctions or Smart sanctions) ซึ่งปัจจุบันมีการใช้มาตรการแข่งขันแบบเจาะจงอย่างมากโดยเฉพาะต่อผู้ปกครองรัฐหรือองค์กรที่ให้การสนับสนุนการก่อการร้าย

ซึ่งการเปลี่ยนแปลงนโยบายในการใช้มาตรการแข่งขันของคณะกรรมการความมั่นคงจากนโยบายการแข่งขันแบบดั้งเดิมมาเป็นแข่งขันต่อเป้าหมายนี้ นอ้ายแนวความคิดสองประการคือ ประการแรกคณะกรรมการความมั่นคงมองว่าเป้าหมายของการแข่งขันควรจะเป็นรายบุคคลมากกว่าที่จะเป็นพลเมืองของประเทศ โดยจะเห็นได้จากที่คณะกรรมการความมั่นคงได้บังคับใช้ข้อมติที่ทำการแข่งขันทางเศรษฐกิจต่อบุคคลในปี ค.ศ. 1997 ในข้อมติ 1127<sup>25</sup> ซึ่งข้อมติดังกล่าวได้จำกัดการเดินทางและการเงินแก่สมาชิกของสหภาพแห่งชาติเพื่อความเป็นอิสระภาพอย่างสมบูรณ์แห่งแองโกลา (National Union for the Total Independence of Angola (UNITA)

<sup>24</sup> Security Council Resolution 661, U.N. Doc. S/RES/661 (August , 1990)

<sup>25</sup> Security Council Resolution 1127, U.N. Doc. S/RES/1127 (August 28 , 1997)

ประการที่สองขึ้นกับแนวความคิดที่ว่าการก่อการร้ายระหว่างประเทศนั้นเข้าลักษณะที่ว่าเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน เนื่องจากว่ากระบวนการก่อการร้ายมีลักษณะการกระทำเป็นกระบวนการระหว่างประเทศที่ไร้ซึ่งพรมแดนหรืออำนาจของรัฐใดรัฐหนึ่งที่จะควบคุมได้ ประกอบกับการกระบวนการก่อการร้ายระหว่างประเทศมีศักยภาพในการเข้าถึงอาวุธที่มีอานุภาพที่ทำร้ายสูง

ดังนั้น ประสิทธิภาพของการใช้มาตรการแซงชั้นต่อเป้าหมายที่เป็นกระบวนการก่อการร้ายและบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือให้การสนับสนุนการก่อการร้ายจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งแนวความคิดที่ว่าการก่อการร้ายที่เป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศนั้นปรากฏได้จากข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 731(1992)<sup>26</sup> ซึ่งเป็นข้อมติแรกที่ถ้อยคำในข้อมติได้ให้การก่อการร้ายระหว่างประเทศเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ แม้ว่าในการร่างกฎบัตรสหประชาชาติในการประชุมที่ San Francisco ที่กำหนดให้การแซงชั้นกระทำต่อรัฐที่เป็นตัวการตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามคณะมนตรีความมั่นคงได้ประยุกต์การแซงชั้นต่อตัวบุคคลซึ่งมีถือว่าเป็นตัวการระหว่างประเทศดังจะเห็นได้จากข้อมติที่ 232<sup>27</sup> ซึ่งเป็นหมายของการแซงชั้นเป็นคณะรัฐบาลของโรดีเซียใต้ (Southern Rhodesia) ซึ่งเป็นรัฐบาลมาจากชนกลุ่มน้อยผิวขาว

แม้ว่าการแซงชั้นต่อเป้าหมายหรือต่อตัวบุคคลมีผลดีในแง่ที่ว่าได้ส่งผลกระทบต่อพลเมืองน้อยที่สุด แต่ก็ยังถูกวิพากษ์วิจารณ์ในเรื่องที่ว่ากระบวนการของการบังคับใช้มาตรการแซงชั้นนั้นไม่ได้ปฏิบัติตามกระบวนการความยุติธรรมทางอาญา ยกตัวอย่างเช่นกระบวนการขึ้นบัญชีรายชื่อหรือการลบบัญชีรายชื่อของผู้ถูกแซงชั้น ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วนั้นรัฐจะต้องเลือกที่จะปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลภายในตัวเองแต่ข่มขู่ที่จะละเมิดต่อการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ

<sup>26</sup> Security Council Resolution 731, U.N. Doc. S/RES/731 (January 21, 1990)

<sup>27</sup> Security Council Resolution 232, U.N. Doc. S/RES/232 (December 16, 1966)

### 3.1.3 ฐานทางกฎหมายที่ให้อำนาจคณะมนตรีในการออกข้อมติภายใต้หมวด 7 (The Competence of the UN Security Council in Adopting resolutions under Chapter VII)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าความมุ่งหมายของกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งได้กำหนดไว้ใน มาตรา 1 (1)<sup>28</sup> และ (3) ก็เพื่อธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ และ เพื่อทำการร่วมมือระหว่างประเทศ ในอันที่จะแก้ปัญหาระหว่างประเทศในทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และมนุษยธรรม และส่งเสริมและสนับสนุนการเคารพสิทธิมนุษยชน และอิสรภาพอันเป็นหลักมูลสำหรับทุกๆ คน โดยปราศจากความแตกต่างในทาง เชื้อ ชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา หากเกิดกรณีพิพาทขึ้น ระหว่างรัฐ กฎบัตรได้วางหลักการไว้ว่าจะต้องระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีภายใต้หมวด 6 มักจะพบการระงับข้อพิพาทที่เกิดช่วงประมาณ 40 ปีแรกหลังจากการก่อตั้ง องค์การสหประชาชาติ ดังนั้น หากว่าการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธียังไม่ยุติและยังได้ยืด อเยื้อ อถึงขั้นนี้อาจจะก่อให้เกิดความต้อสันติภาพการละเมิดสันติภาพ และการกระทำการรุกราน คณะมนตรีความมั่นคงมีอำนาจในการระงับกรณีพิพาทดังกล่าวโดยอาศัยอำนาจตามหมวด 7

ฐานทางกฎหมายที่ให้อำนาจแก่คณะมนตรีความมั่นคงนี้ เริ่มจากมาตรา 24<sup>29</sup> แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ โดยวรรคแรกของมาตรา 24 ได้บัญญัติขึ้นว่า "เพื่อให้เป็นที่แน่นอนใจ

<sup>28</sup> Article 1 of UN Charter states: The Purposes of the United Nations are:

1. To maintain international peace and security, and to that end: to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace;

2. To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace;

3. To achieve international cooperation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion; and

4. To be a center for harmonizing the actions of nations in the attainment of these common ends.

<sup>29</sup> Article 24 of UN Charter states:

1. In order to ensure prompt and effective action by the United Nations, its Members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security, and agree that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on their behalf.

2. In discharging these duties the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations. The specific powers granted to the Security Council for the discharge of these duties are laid down in Chapters VI, VII, VIII, and XII.



ในการดำเนินการของสหประชาชาติอย่างทันที่และเป็นผลจริงจัง สมาชิกของสหประชาชาติจึงมอบความรับผิดชอบโดยขั้นแรกสำหรับการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศให้แก่คณะมนตรีความมั่นคงและตกลงว่า ในการปฏิบัติหน้าที่ตามความรับผิดชอบนี้ คณะมนตรีความมั่นคงย่อมกระทำในนามของสมาชิก ซึ่งในการปฏิบัติหน้าที่เหล่านี้” โดยวรรคที่สองของมาตรา 24 ได้ให้อำนาจคณะมนตรีความมั่นคงจักทำให้เป็นไปตามความมุ่งหมายและหลักการของสหประชาชาติ อำนาจเฉพาะที่มอบให้คณะมนตรีความมั่นคงสำหรับปฏิบัติหน้าที่เหล่านี้ ได้กำหนดไว้แล้วในหมวดที่ 6,7,8 และ 12

สำหรับมาตรการที่กำหนดให้คณะมนตรีความมั่นคงในการที่จะดำเนินการตามกฎบัตรเพื่อดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศนั้น ได้กำหนดไว้ในมาตรา 39<sup>30</sup> กล่าวคือประการแรกอำนาจในการวินิจฉัยว่า ได้เกิดการคุกคามต่อสันติภาพการละเมิดสันติภาพหรือการกระทำการรุกราน (The existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression) ได้มีขึ้นหรือไม่ และประการที่สองคือหากคณะมนตรีความมั่นคงได้วินิจฉัยแล้วพบว่า ได้เกิดการคุกคามหรือละเมิดต่อสันติภาพเกิดขึ้น คณะมนตรีความมั่นคงและจักทำคำแนะนำ (Recommendations) หรือวินิจฉัย (Decide)ว่าจะใช้มาตรการอันใดตามมาตรา 41<sup>31</sup> และ 42<sup>32</sup> เพื่อดำรงไว้หรือสถาปนากลับ คืบมาซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ

สำหรับอำนาจในการวินิจฉัยว่าเกิดการคุกคามต่อสันติภาพ (Threat to the peace) ซึ่งองค์คณะศาลอุทธรณ์ของอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย (Appeals Chamber of the Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) นั้นได้มีคำวินิจฉัยว่า คณะมนตรี

3. The Security Council shall submit annual and, when necessary, special reports to the General Assembly for its consideration

<sup>30</sup> Article 39 of UN Charter states: “The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security”.

<sup>31</sup> Article 41 of UN Charter states: “The Security Council may decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions, and it may call upon the Members of the United Nations to apply such measures. These may include complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio, and other means of communication, and the severance of diplomatic relations”.

<sup>32</sup> Article 42 of UN Charter states: “Should the Security Council consider that measures provided for in Article 41 would be inadequate or have proved to be inadequate, it may take such action by air, sea, or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security. Such action may include demonstrations, blockade, and other operations by air, sea, or land forces of Members of the United Nations”.

ความมั่นคงมีอำนาจที่จะวินิจฉัย (Discretion) และประเมินสถานการณ์ได้อย่างอิสระ เนื่องจากว่าสถานการณ์ขณะนี้ มีความสลับซับซ้อนและเกี่ยวข้องกับการเมืองอีกด้วย ในการปฏิบัติตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงนี้ รัฐสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด ซึ่งศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) ในคดี Tadic (Prosecutor v. Dusko Tadic) ได้มีคำพิพากษาในกรณีดังกล่าวนี้ว่า พันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงนี้ เป็นบทบังคับที่รัฐจะต้องให้ความร่วมมือ<sup>33</sup>

สำหรับมาตรา 41 แห่งกฎบัตรได้ให้อำนาจแก่คณะมนตรีความมั่นคง อาจวินิจฉัยว่าจะต้องใช้มาตรการอันใดอัน (Form of taking enforcement action) โดยมาตรการที่ใช้ได้แก่ มาตรการที่ไม่ใช้กำลัง (Measures Involving Non-Use of Force) เพื่อยังผลให้เกิดแก่ควินิจฉัยของคณะมนตรีและอาจเรียกร้องให้สมาชิกแห่งสหประชาชาติใช้มาตรการเช่นว่านั้น มาตรการดังกล่าวคือการลงโทษทางเศรษฐกิจหรือการแข่งขันนั้นเอง ซึ่งอาจรวมถึงการตัดความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ และการคมนาคมทางรถไฟ ทางทะเล ทางอากาศ ทางไปรษณีย์ ทางโทรเลข ทางวิทยุ และวิถีทางคมนาคมอย่างอื่นโดยสิ้นเชิง หรือแต่บางส่วน และการตัดความสัมพันธ์ทางการทูตด้วย แต่อย่างไรก็ตามการใช้อำนาจตามมาตรการในข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงนำมาปฏิบัติ นั้นมีอาจจะใช้ได้โดยไม่ต้องจำกัด ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย (ICTY) ในคดี Tadic<sup>34</sup> ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงไว้ว่าการใช้อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดบางประการตามธรรมนูญของสภาราชาตั้ง (Constitution) หรือกฎบัตรสหประชาชาติ แม้ว่ากฎบัตรจะกำหนดให้คณะมนตรีความมั่นคงมีอำนาจอย่างกว้างขวาง แต่ว่าอำนาจดังกล่าวก็อาจจะเกินไปกว่าหน้าที่และความรับผิดชอบขององค์การสหประชาชาติ อีกทั้งไม่มีถ้อยคำใดในกฎบัตรที่จะให้การใช้อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงไม่ต้องผูกพันตามกฎหมาย

นอกจากนี้ แล้วมาตรา 42 แห่งกฎบัตรยังให้อำนาจแก่คณะมนตรีความมั่นคงที่จะใช้กำลัง (Measures involving use of armed force) ได้หากคณะมนตรีความมั่นคงพิจารณาเห็นว่า มาตรการตามทีบัญญัติไว้ในมาตรา 41 น่าจะไม่เพียงพอ หรือได้พิสูจน์แล้วว่าไม่เพียงพอ คณะมนตรีก็อาจดำเนินการใช้กำลังทางอากาศ ทางทะเล หรือทางพื้นดิน เช่นที่เห็นจำเป็นเพื่อ

<sup>33</sup> Prosecutor v. Tadic, Case No. IT -94-1-I, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, para. 31, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, October 2, 1995.

<sup>34</sup> Tadic, Case No. IT-94-1-I.

อ้างไว้หรือ สถาปนากลับคืนมาซึ่งสันติภาพ และความมั่นคงระหว่างประเทศ การดำเนินการเช่น  
ว่านี้ อาจรวมถึงการแสดงแสนยานุภาพ การปิดล้อม และการปฏิบัติการอย่างอื่น โดยกำลังทาง  
อากาศ ทางทะเล หรือทางพี นดินของบรรดาสมาชิกสหประชาชาติ

กฎบัตรมาตรา 48<sup>35</sup> ยังได้ย้ ว่ารัฐสมาชิกที่จะต้องปฏิบัติตามข้อมติของคณะ  
มนตรีความมั่นคงข้อมติใดข้อมติหนึ่งนั้น น้อยที่คณะมนตรีความมั่นคงที่จะวินิจฉัยว่ารัฐสมาชิกทุก  
รัฐต้องปฏิบัติตามข้อมติหรือเฉพาะรัฐที่คณะมนตรีความมั่นคงได้ระบุไว้เท่านั้น ซึ่งมาตรา 48 ได้  
กำหนดไว้ว่าการดำเนินการที่พึงประสงค์ เพื่อปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะมนตรีความมั่นคง ใน  
การอ้างไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ จักได้กระทำโดยสมาชิกสหประชาชาติทั้ง  
ปวง หรือแต่บางประเทศ ตามแต่คณะมนตรีความมั่นคงจะพึงกำหนด หรือคำวินิจฉัยเช่นว่านี้ นั้นจัก  
ต้องปฏิบัติโดยสมาชิกสหประชาชาติโดยตรง และโดยผ่านการดำเนิน การของสมาชิกเหล่านี้ ในใน  
ท่วงการระหว่างประเทศที่เหมาะสมซึ่งตนเป็นสมาชิกอยู่

นอกจากนี้ แล้วหากมีการขัดหรือแย้งกันระหว่างพันธกรณีภายใต้กฎบัตรและ  
กฎหมายระหว่างประเทศหรือข้อตกลงระหว่างประเทศอื่น มาตรา 103<sup>36</sup> แห่งกฎบัตรได้กำหนดไว้  
ว่าในกรณีแห่งการขัดแย้งระหว่างข้อผูกพันของสมาชิกสหประชาชาติตามกฎบัตรฉบับปัจจุบัน  
และตามข้อผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศอื่นใด ข้อผูกพันตามกฎบัตรฉบับปัจจุบันจัก  
ต้องใช้บังคับ

### 3.1.4 ลักษณะของข้อมติคณะมนตรีความมั่นคง

ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงนี้ นได้ถูกร่างขึ้น มาโดยองค์การระหว่างประเทศคือ  
สหประชาชาติ โดยรัฐมีเจตจำนงร่วมกันในการที่จะอ้างไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่าง

<sup>35</sup> Article 48 of UN Charter states: "1. the action required to carry out the decisions of the Security Council for the maintenance of international peace and security shall be taken by all the Members of the United Nations or by some of them, as the Security Council may determine.

2. Such decisions shall be carried out by the Members of the United Nations directly and through their action in the appropriate international agencies of which they are members".

<sup>36</sup> Article 103 of UN Charter states: "In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.

ประเทศ<sup>37</sup> ซึ่งลักษณะโดยทั่วไปของข้อมติประการแรกคือ ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงเป็นการกระทำฝ่ายเดียว (Unilateral acts)<sup>38</sup> ของคณะมนตรีความมั่นคง ซึ่งหมายความว่าข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงสามารถบังคับให้รัฐที่เป็นสมาชิกและไม่เป็นสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามข้อมติโดยที่ไม่ต้องเจรจาหรือได้รับความยินยอมจากรัฐใดๆ ก่อน ซึ่งลักษณะดังกล่าวนี้ ทำให้ข้อมติสหประชาชาติมีความแตกต่างจากสนธิสัญญาทั่วไปในแง่ที่ว่าสนธิสัญญาทั่วไปนั้นต้องได้รับความยินยอมจากรัฐคู่ภาคีจึงจะมีผลผูกพันทางกฎหมาย<sup>39</sup>

ลักษณะประการต่อมาก็คือว่าข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงได้ถูกร่างโดยกรอบภายใต้สารตราตั้งขององค์กรระหว่างประเทศก็คือองค์การสหประชาชาตินี้เอง ซึ่งประเด็นดังกล่าวนี้ ศาลอุทธรณ์แห่งศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศในอดีตุโกสลาเวีย (Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia-ICTY) ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงอย่างน่าสนใจว่า คณะมนตรีความมั่นคงเป็นองค์กรระหว่างประเทศที่ถูกตั้งขึ้นจากสนธิสัญญาที่เป็นสารตราตั้งที่กำหนดกรอบอำนาจหน้าที่ขององค์กร ดังนั้น คณะมนตรีความมั่นคงแม้ว่าจะมีอำนาจที่กว้างแต่จะต้องตกอยู่ภายใต้กรอบอำนาจหน้าที่ของสารตราตั้งขององค์กร ดังนั้น หากคณะมนตรีความมั่นคงได้ใช้อำนาจเกิดกรอบของสารตราตั้งแล้วก็จะไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายแต่อย่างใด<sup>40</sup>

ลักษณะประการที่สามคือว่าข้อมติซึ่งออกโดยคณะมนตรีความมั่นคงที่เป็นองค์กรทางการเมืองจึงถือได้ว่าเป็นเอกสารทางการเมือง และทุกครั้งที่ออกข้อมติจะอยู่ในภาวะที่ถูกเงินภายใต้ความเร่งรีบและภาวะกดดันและขึ้นกับการเจรจาทางการเมืองโดยตัวแทนของชาติสมาชิกคณะมนตรีแต่ละชาติมากกว่าที่จะเป็นนักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น เป็นการใช้เหตุผลทางการเมืองมากกว่าการใช้เหตุผลทางกฎหมาย<sup>41</sup> ลักษณะด้านกระบวนการร่างข้อมติซึ่งจะเป็นการประชุมกันระหว่างสมาชิกของคณะมนตรีความมั่นคงกลุ่มเล็กๆ เท่านั้น และไม่เปิดเผยหรือมีการเปิดเผยต่อสาธารณะน้อย ซึ่งข้อมูลที่ใช้ก็อยู่วงจำกัดเฉพาะรัฐสมาชิกเท่านั้น ประกอบกับ

<sup>37</sup> C.F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, (London: Cambridge press, 2005) p. 61

<sup>38</sup> M.C. Wood, 'The Interpretation of Security Council Resolutions' *Max Planck Ybk UN Law* 73 (1998): 92

<sup>39</sup> M. Bos, 'The Interpretation of Decisions of International Organizations', *Netherlands International Law Review* (1981) : 5

<sup>40</sup> Prosecutor v. Dusko Tadic, Appeals Chamber, Case No. IT-94-1-AR72, 2 October 1995, Para. 28.

<sup>41</sup> M.C. Wood, 'The Interpretation of Security Council Resolutions' *Max Planck Ybk UN Law* 73 (1998): 80-

อำนาจในการตัดสินใจก็คือจะต้องได้รับเสียงสนับสนุนอย่างน้อย 9 เสียงกล่าวคือจากประเทศสมาชิกคณะมนตรีความมั่นคงไม่ถาวร 4 เสียงและจากสมาชิกถาวร 5 เสียงตามนัยแห่งมาตรา 27(3) แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ<sup>42</sup>

ในอดีตลักษณะข้อขัดข้องของคณะมนตรีความมั่นคงนั้น จะออกมาเพื่อที่จะมีผลบังคับใช้หรือมีผลผูกพันทางกฎหมายภายในองค์กรของคณะมนตรีความมั่นคงหรือองค์กรรองอื่นในสหประชาชาติเท่านั้น แต่พัฒนาการของข้อขัดข้องได้พัฒนามาจากความผูกพันในองค์กรของสหประชาชาติมาสู่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้น กล่าวคือมีผลทางกฎหมายต่อรัฐสมาชิก องค์กรอื่นหรือตลอดจนถึงปัจเจกชนมากยิ่งขึ้น ดังนั้น ความสำคัญของข้อขัดข้องจึงอยู่ที่ว่าข้อขัดข้องดังกล่าวนี้ จะมีผลผูกพันทางกฎหมายหรือไม่เนื่องจากว่ารัฐบาลของรัฐสมาชิกต้องการที่ทราบว่าจะมีผลผูกพันทางกฎหมายและข้อขัดข้องใดที่มีผลเป็นเพียงแนะนำเท่านั้น เพื่อที่จะได้รู้ว่ารัฐสมาชิกจะต้องกระทำหรืองดเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อที่รัฐสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดต่อ ที่สำคัญยิ่งไปกว่านั้น ก็คือว่ารัฐมีจะต้องทราบว่าพันธกรณีดังกล่าวหากมีผลผูกพันทางกฎหมายแล้วข้อมติอยู่ภายใต้พันธกรณีตามมาตรา 103 แห่งกฎบัตร โดยรัฐจะต้องนำมาตราการภายใต้ข้อขัดข้องดังกล่าวมาออกเป็นกฎหมายหรือกฎระเบียบภายใน มิฉะนั้นแล้วอาจจะเป็นการละเมิดพันธกรณีภายใต้ข้อขัดข้องได้

อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติแล้วนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ศาลอาญาระหว่างประเทศหรือแม้กระทั่งศาลภายในยังไม่ได้มีการตีความอย่างชัดเจนว่าข้อขัดข้องของคณะมนตรีความมั่นคงใดมีผลผูกพันทางกฎหมาย ดังนั้น ในการตีความข้อขัดข้องที่มีผลอย่างไรนั้น ต้องอาศัยคำพิพากษาของศาลเทียบเคียงประกอบกับหลักกฎหมายที่คณะมนตรีความมั่นคงใช้อ้างว่าอาศัยอำนาจตามกฎบัตรข้อใด ซึ่งอาจแบ่งข้อขัดข้องออกเป็น 2 ลักษณะได้แก่

#### ก) ลักษณะข้อขัดข้องที่มีผลผูกพันตามกฎหมาย

ในการออกข้อขัดข้องของคณะมนตรีความมั่นคงเพื่อที่จะให้รัฐสมาชิกลงไปบังคับใช้ในระบอบกฎหมายภายในรัฐนั้น ผู้ร่างข้อขัดข้องมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องใช้ภาษาที่ชัดเจนและไม่คลุมเคลือยากแก่การตีความแก่รัฐสมาชิกจะได้นำไปปฏิบัติได้อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นเอกภาพ ยิ่งไปกว่านั้น ข้อขัดข้องที่ก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายแก่รัฐสมาชิกที่จะต้องปฏิบัติตาม

<sup>42</sup> Article 27 (3) of UN Charter states " Decisions of the Security Council on all other matters shall be made by an affirmative vote of nine members including the concurring votes of the permanent members; provided that, in decisions under Chapter VI, and under paragraph 3 of Article 52, a party to a dispute shall abstain from voting."

มาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งของข้อมติภายใต้กฎบัตรแล้วนั้น จะต้องมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ซึ่งพันธกรณีตามข้อมติที่มีผลผูกพันทางกฎหมายภายใต้กฎบัตรนั้น จะต้องมิพบในรูปของคำวินิจฉัย (Decision) ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลชั้นต้นยุโรป (Court of First Instance of the European Union) ซึ่งปัจจุบันเปลี่ยนชื่อเรียกใหม่ว่าศาลทั่วไป (General Court of European Union or General Court) ได้ให้ความเห็นของคำวินิจฉัยที่มีผลผูกพันทางกฎหมายไว้ในคดี Hassan and Ayad ไว้ตอนหนึ่งว่า มาตรา 39 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติได้แยกความแตกต่างระหว่างข้อมติที่เป็นคำแนะนำที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายและข้อมติที่เป็นคำวินิจฉัยที่มีผลผูกพันทางกฎหมาย ซึ่งข้อมติที่ถูกร่างขึ้นโดยใช้คำว่า “ได้วินิจฉัย” ให้ใช้มาตรการอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นลักษณะของข้อมติที่มีผลผูกพันทางกฎหมาย

ดังนั้น ในการที่จะพิจารณาว่าข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงใดมีสภาพบังคับให้ผลผูกพันตามกฎหมายหรือให้อำนาจอรัฐสมาชิกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือเป็นเพียงแต่คำแนะนำนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องตีความข้อมติหรือถ้อยคำในข้อมติดังกล่าวซึ่งมีหลักการพิจารณาอยู่ 3 ประการคือ ประการแรก คณะมนตรีความมั่นคงได้วินิจฉัยโดยอาศัยพื้นฐานทางกฎหมายตามมาตรา 39 แห่งกฎบัตรว่าได้มีการคุกคามต่อความสันติภาพหรือละเมิดต่อสันติภาพหรือเกิดการรุกรานหรือไม่ ประการที่สองคือ คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติภายใต้อำนาจอตามหมวดที่ 7 แห่งกฎบัตร และประการสุดท้ายคือ การวินิจฉัยของคณะมนตรีความมั่นคงนี้ อยู่ในความหมายของมาตรา 25 แห่งกฎบัตรหรือไม่

นอกจากนี้ แล้วจะต้องพิจารณาถึงว่าภาษาในข้อมติโดยมักจะใช้คำว่า “คณะมนตรีความมั่นคงได้วินิจฉัยแล้วว่า...” หรือ “การกระทำดังกล่าวเป็นภัยคุกคามต่อ” “continues to be a threat to the peace” หรือ “acting under Chapter VII” หรือว่ามีกระบวนมาตราหนึ่งมาตราใด ๆ ภายใต้หมวดที่ 7 แห่งกฎบัตรอย่างเช่นยกมาตรา 41 แห่งกฎบัตร และได้ใช้คำว่า “ได้วินิจฉัยว่า” (Decided that) หรือ “เรียกร้อง” (Call upon) แม้ว่าจะเป็นเชิงเรียกร้องให้รัฐสมาชิกที่จะปฏิบัติตาม แต่ภาษาเหล่านี้ คณะมนตรีความมั่นคงมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ความผูกพันทางกฎหมายต่อรัฐ อีกทั้งยังต้องพิจารณาถึงเจตนาของคณะมนตรีความมั่นคงหลังประกาศข้อมติแล้วมีเจตนาที่จะให้ข้อมติที่มีผลผูกพันทางกฎหมายอยู่หรือไม่

แม้ว่าความพยายามของคณะมนตรีความมั่นคงในการร่างข้อมติที่ออกมาบังคับใช้กับรัฐสมาชิกในระยะหลังที่ผ่านมา คณะมนตรีความมั่นคงมีความพยายามที่ใช้ถ้อยคำในข้อมติที่มีความชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่งถือเสมือนหนึ่งว่าคณะมนตรีความมั่นคงได้มีความพยายามที่จะร่าง

เป็นกฎหมายเพื่อที่จะให้รัฐสมาชิกได้นำเอาถ้อยคำในข้อมติไปปฏิบัติได้เลย ซึ่งถือเสมือนว่าคณะมนตรีความมั่นคงได้เป็นผู้ร่างกฎหมายเสียเอง (UN Security Council as a law-maker) อย่างไรก็ตามก็ยังปรากฏว่าข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงบางข้อมติที่มีความหมายที่ไม่ชัดเจนว่ามีลักษณะเป็นข้อมติที่มีผลผูกพันทางกฎหมายหรือไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายดังจะเห็นได้จากมาตรา 1 ของข้อมติที่ 1624 (2005)<sup>43</sup>

(ข) ลักษณะข้อมติที่ไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย

แม้ว่าข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายที่จะให้รัฐสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด แต่ในทางปฏิบัติแล้วจะข้อมติที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายดังกล่าวยังส่งผลผูกพันทางการเมืองทางการตัดสินใจของรัฐสมาชิกที่จะต้องปฏิบัติตามข้อมติดังกล่าวเนื่องจากว่าคณะมนตรีความมั่นคงนั้นเป็นองค์กรทางการเมืองหลัก<sup>44</sup> ซึ่งข้อมติที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายมักจะออกมาในรูปแบบของข้อเสนอแนะหรือคำแนะนำ (Recommendation) ซึ่งไม่มีผลบังคับทางกฎหมายแก่รัฐแต่อย่างใด โดยภาษาที่ใช้มักจะเป็นจะเป็นลักษณะของการเรียกร้อง การร้องขอ หรือการชี้แจง เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามข้อมติที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดผลผูกพันทางการเมืองระหว่างประเทศดังที่ท่านผู้พิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ Judge Lauterpacht ได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาคดี Voting Procedures Case สรุปใจความได้ว่าแม้ว่าข้อมติที่แนะนำให้รัฐได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการเฉพาะได้ก่อให้เกิดพันธกรณีตามกฎหมายแล้วซึ่งส่งผลให้เกิดข้อผูกพันทางกฎหมายแก่รัฐที่รัฐพึงที่จะรับมาพิจารณาโดยสุจริต

ดังนั้น ลักษณะของข้อมติที่ออกภายใต้หมวด 7 มีลักษณะพิเศษก็คือว่า ประการแรกข้อมติที่ออกภายใต้หมวดที่ 7 ไม่จำเป็นที่จะต้องให้มีผลผูกพันทางกฎหมายเสมอไปและอาจกล่าวได้ว่าข้อมติที่ออกนอกจากหมวด 7 แล้วก็ไม่ให้ผลผูกพันทางกฎหมายเช่นกัน ซึ่งข้อมติ

<sup>43</sup> Security Council Resolution 1624 (2005) art. 1 'Calls upon all states to adopt such measures as may be necessary and appropriate and in accordance with their obligations under international law to: (a) Prohibit by law incitement to commit a terrorist act or acts; (b) Prevent such conduct; (c) Deny safe haven to any persons with respect to whom there is credible and relevant information giving serious reasons for considering that they have been guilty of such conduct'.

<sup>44</sup> Marc Perrin de Brichambaut, The Role of the United Nations Security Council in the International Legal System, in: Michael Byers (ed.), *The Role of International Law in International Politics* (London: Oxford press, 2010), p. 268, 268.

ภายใต้หมวด 7 นี้ คณะมนตรีความมั่นคงได้ใช้คำว่า “แนะนำ” (“Recommend”) หรือ “เรียกร้อง” (“Call”) หรือ “ตัดสินใจ” (“Decide”) ให้ใช้มาตรการอย่างหนึ่งอย่างใดในหมวด 7 ประการต่อมาคือว่ามาตรการที่ใช้ภายใต้หมวดที่ 7 นี้ ไม่ได้หมายความว่าคณะมนตรีจะต้องใช้มาตรการกำลังทางทหารเสมอไป ซึ่งการใช้กำลังทางทหารนั้นเป็นหนึ่งในมาตรการภายใต้หมวด 7 เท่านั้น ประการสุดท้ายคือ แม้ว่าข้อมติภายใต้หมวด 7 ที่ให้ผลผูกพันทางกฎหมายแก่รัฐสมาชิกนั้นก็ไม่ได้หมายความว่ารัฐสมาชิกจะอยู่ในฐานะที่มีอำนาจในการใช้กำลังทางทหารเสมอไปในการที่จะบังคับให้เป็นไปตามข้อมติ ดังนั้นการที่จะใช้กำลังทางทหารของรัฐได้จะต้องมีฐานทางกฎหมายที่ให้อำนาจแก่รัฐในการใช้กำลังทางทหาร อย่างเช่นคณะมนตรีความมั่นคงได้อนุญาตให้รัฐได้ใช้กำลังทางทหารในการป้องกันตนเอง ซึ่งกรณีดังกล่าวรัฐนั้นสามารถใช้อำนาจทางทหารได้

### 3.1.5 ข้อมติที่กำหนดให้การก่อการร้ายเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ

คณะมนตรีความมั่นคงเป็นองค์กรหลักขององค์การประชาชาติที่มีบทบาทสำคัญในการปราบปรามการก่อการร้าย แต่อย่างไรก็ตามคณะมนตรีความมั่นคงยังไม่ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “การก่อการร้าย” อย่างชัดเจน จนกระทั่งเมื่อปี ค.ศ. 1989 คณะมนตรีความมั่นคงแห่งได้ออกข้อมติที่ 653(1989)<sup>45</sup> ได้ประนามการก่อการร้ายในการใช้ระเบิดพลาสติกที่จะก่อการระเบิดต่อเครื่องบินโดยสารโดยคณะมนตรีความมั่นคงได้เรียกร้องให้รัฐสมาชิกทุกรัฐได้ให้ความร่วมมือในการใช้มาตรการที่จะป้องกันการก่อการร้าย จะเห็นได้ว่าข้อมติดังกล่าวนั้น คณะมนตรีความมั่นคงได้กล่าวถึงการก่อการร้ายเป็นครั้งแรกและถือว่าการก่อการร้ายเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศและคณะมนตรีความมั่นคงก็ยังไม่ได้ให้คำจำกัดความของการก่อการร้ายไว้แต่อย่าง

แม้ว่าจะมีเหตุการณ์การก่อการร้ายครั้งสำคัญหลายเหตุการณ์อย่างเช่นเหตุการณ์ระเบิดสายการบิน Pan Am ของสหรัฐอเมริกาที่เมือง Lockabie คณะมนตรีความมั่นคงก็ได้แต่ประนามการกระทำการก่อการร้ายดังกล่าว<sup>46</sup> หรือแม้แต่เกิดเหตุการณ์ก่อการร้ายที่สถานทูตสหรัฐฯ

<sup>45</sup> Security Council Res. 635 (1989), on the making of plastic or sheet explosives for the purpose of detection, stating “called upon all states to cooperate in devising an implementing measures to prevent all acts of terrorism...”.

<sup>46</sup> Security Council Res. 731 (1992), condemning the destruction of Pan Am flight 103 and UTA flight 772 “and the resultant loss of lives”.



ในเมือง Kenya and Tanzania<sup>47</sup> หรือแม้กระทั่งการออกข้อมติประนามต่อกลุ่มก่อการร้ายตาลิบัน<sup>48</sup> ซึ่งการถ้อยคำของการประนามก่อการร้ายเหล่านี้ของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งจะใช้ถ้อยคำถึงการก่อการร้ายทั่วไปหรือลักษณะการกระทำก่อการร้ายเป็นลักษณะต่างๆ ว่าเป็นการสนับสนุนจากรัฐบาลของประเทศ (State-sponsored terrorism) ที่เกี่ยวข้องกับเหล่านี้

แม้ว่าขณะนี้ คณะมนตรีความมั่นคงได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 39<sup>49</sup> แห่งกฎบัตรกำหนดว่าการก่อการร้ายถือว่าการคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ และได้ออกข้อมติเพื่อใช้บังคับทางเศรษฐกิจ (Economic sanctions) ก็เป็นการบังคับต่อการกระทำของรัฐ (State actors) ที่ให้การสนับสนุนการก่อการร้ายหรือกลุ่มก่อการร้ายเหล่านี้ดังจะเห็นได้จากการใช้มาตรการบังคับทางเศรษฐกิจต่อรัฐบาลลิเบียหรือต่อรัฐบาลอัฟกานิสถานที่ให้การสนับสนุนการก่อการร้าย

พัฒนาการของการต่อต้านการก่อการร้ายของคณะมนตรีความมั่นคงนอกจากที่จะให้การก่อการร้ายเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพภายใต้มาตรา 39 แล้วนั้น คณะมนตรีความมั่นคงยังซึ่งอาศัยอำนาจภายใต้หมวด 7 ได้ออกข้อมติที่มีผลผูกพันทางกฎหมายโดยมีจุดประสงค์ที่จะให้รัฐสมาชิกได้ใช้มาตรการต่อการก่อการร้ายอย่างมีประสิทธิภาพโดยการออกข้อมติที่มีลักษณะเป็นการวางกรอบหรือกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการต่อต้านการก่อการร้ายเพื่อที่จะให้รัฐสมาชิกรับไปออกเป็นกฎหมายภายในเกี่ยวกับการก่อการร้ายดังที่ปรากฏในข้อมติที่ 1373<sup>50</sup> แต่อย่างไรก็ตามถ้อยคำที่ใช้ตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงเกี่ยวกับการก่อการร้ายนั้นมิได้ให้ความหมายไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างไรโดยข้อมติจะใช้ถ้อยคำลักษณะที่เป็น “อย่างเช่นการกระทำใดๆ ของการก่อการร้ายระหว่างประเทศที่เป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพและความสงบระหว่างประเทศ” (“like any act of international terrorism, as a threat to international peace and security”<sup>51</sup>

<sup>47</sup> Security Council Res. 1189(1998), condemning the terrorist bombings in Kenya and Tanzania

<sup>48</sup> Security Council Res. 1214 (1998), condemning certain acts of the Taliban in Afghanistan

<sup>49</sup> Article 39 of UN Charter states: “The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security.”

<sup>50</sup> Security Council Res. 1373(2001), Paragraph 1(b) Criminalize the wilful provision or collection, by any means, directly or indirectly, of funds by their nationals or in their territories with the intention that the funds should be used, or in the knowledge that they are to be used, in order to carry out terrorist acts.

<sup>51</sup> Security Council Res. 1438 (2002), paras 1 and 3–4; 1440 (2002), paras 1 and 4–5; 1450 (2002), paras 1 and 3–4; 1465(2003), paras 1 and 3–4; 1516 (2003), paras 1 and 3–4; 1530 (2004), paras 1 and 3–4, respectively

กรณีเหตุการณ์โจมตีอาคาร World Trade Center ในปี 2001 โดยกลุ่มก่อการร้ายตาลิบัน (Taliban) และอะโควะไคเดห์ (Al-Qaida) ซึ่งมีแกนนำคือ โอซามา บินลาเดน (Usama Bin Laden) คณะมนตรีความมั่นคงได้ขยายความของอำนาจตามมาตรา 39 แห่งกฎบัตรโดยการออกข้อมติที่ โดยกำหนดให้การก่อการร้ายนี้ นรวมไปถึงบุคคล(Persons) ผู้เกี่ยวข้อง (Associates) หรือองค์กรธุรกิจ (Entities) ที่ให้การสนับสนุนการก่อการร้ายที่อาจจะไม่เพียงเฉพาะแต่รัฐเป้าหมาย (Targeted state) เท่านั้น ดังนั้น มาตรการบังคับตามข้อมติจึงบังคับต่อบุคคลกลุ่มบุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่ให้การช่วยเหลือการก่อการร้ายหรือมาตรการบังคับต่อตัวบุคคลหรือต่อเป้าหมาย (Targeted sanction) ซึ่งมาตรการบังคับที่มีบทบาทดังจะเห็นจากมาตรการตามข้อมติที่ 1267 ที่ใช้บังคับตัวบุคคลหรือบังคับต่อเป้าหมาย

### 3.2 ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงต่อการปราบปรามการก่อการร้ายที่ 1267(1999) และการบังคับใช้

ถึงแม้ว่าจะยังคงมีข้อสงสัยทางกฎหมายถึงอำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงที่ออกข้อมติใช้มาตรการบังคับต่อบุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับผู้ก่อการร้ายแทนที่จะใช้บังคับต่อรัฐเท่านั้น คณะมนตรีความมั่นคงยังคงได้ออกมาตรการไม่เพียงแต่ที่จะบังคับแก่รัฐเท่านั้น แต่ยังสามารถบังคับต่อบุคคลหรือองค์กรธุรกิจอีกด้วย ข้อมติที่ใช้บังคับต่อบุคคลดังจะเห็นได้ชัดในกรณีที่ผู้ก่อการร้ายได้โจมตีสถานทูตสหรัฐอเมริกาในประเทศ Kenya และ Tanzania ในปี ค.ศ. 1998 ซึ่งเชื่อว่าเป็นการดำเนินการของกลุ่มก่อการร้ายตาลิบัน (Taliban) และอะโควะไคเดห์ (Al-Qaida) โดยการนำของนายโอซามา บินลาเดน (Usama bin Laden) ที่หลบหนีอยู่ในประเทศอัฟกานิสถาน ผลของโศกนาฏกรรมครั้งนั้น คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติ เรียกร้องให้รัฐบาลตาลิบันส่งตัว (Turn over) นาย Usama bin Laden ให้แก่ “ทางการที่เหมาะสม” (“Appropriate authorities”) ในขณะนี้ นย่อหมายถึงทางการสหรัฐอเมริกาเพื่อที่จะนำตัวสู่กระบวนการยุติธรรม อันถือคณะมนตรีความมั่นคงได้ใช้อำนาจที่จะขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนของผู้ต้องสงสัยกระทำผิด<sup>53</sup> และยังเรียกร้องให้ระงับในการพักพิงแก่กลุ่มการก่อการร้ายในชายแดนของอัฟกานิสถานและให้ระงับการให้ใช้สถานที่เป็นศูนย์ฝึกการก่อการร้าย

<sup>52</sup> UN Security Council Resolution 1189 of 13 August 1998; UN Resolution 1193 of 28 August 1998; UN Resolution 1214 of 8 December 1998

<sup>53</sup> UN SC Resolution 1267 (1999) para 2 states “the UN Security Council demands that the Taliban turn over Osama bin Laden without further delay to appropriate authorities in a country where he has been indicted, or to appropriate authorities in a country where he will be returned to such a country, or to appropriate authorities in a country where he will be arrested and effectively brought to justice.

เมื่อรัฐบาลตาลิบันเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามคำเรียกร้อง คณะมนตรีความมั่นคงเห็นว่าการเพิกเฉยดังกล่าวเป็นการคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงออกข้อมติที่ 1267 (1999)<sup>54</sup> เรียกร้องให้รัฐระงับการดำเนินการทางทรัพย์สินและแหล่งเงินทุน ตลอดจนจนถึงการห้ามส่งสินค้าและอาวุธแก่กลุ่มก่อการร้ายเหล่านั้น และรวมถึงผู้ที่สนับสนุนหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับก่อการร้าย ในขณะเดียวกันข้อมติได้กำหนดให้มีคณะกรรมการกำหนดบทลงโทษ (Taliban and Al-Qaida Sanctions Committee)<sup>55</sup> จัดทำบัญชีรายชื่อผู้ก่อการร้าย (Listing) ลบบัญชีรายชื่อ (De-listing) และปรับปรุงบัญชีรายชื่อผู้ก่อการร้ายพร้อมทั้งได้ทำการระงับการดำเนินการกับทรัพย์สิน (Freeze) ของกลุ่มก่อการร้ายเหล่านั้น

หลังจากข้อมติที่ 1267 ได้ออกมาบังคับใช้คณะมนตรีความมั่นคงยังได้ออกข้อมติอีกหลายข้อมติเพื่อที่รัฐได้นำมาตรการตามข้อมติเหล่านั้นไปใช้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิภาพในการปราบปรามการก่อการร้าย ในปี ค.ศ. 2000 คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติที่สำคัญคือข้อมติที่ 1333 (2000) ได้ขยายการบังคับไปยังกลุ่มของนายโอสามา บินลาเดน กลุ่มอะไคดาห์และผู้เกี่ยวข้อง (Osama bin Laden/Al-Qaida and related individuals) ได้เรียกร้องให้รัฐสมาชิกได้ระงับการดำเนินการทางทรัพย์สิน (Freeze) และมาตรการห้ามการเดินทาง (Travel bans) แก่นายโอสามา บินลาเดนและบุคคลหรือองค์กรที่เกี่ยวข้อง และยังกำหนดให้คณะกรรมการกำหนดบทลงโทษ คงไว้ซึ่งบัญชีรายชื่อของกลุ่มตาลิบันและก่อการร้ายอะไคดาห์และผู้ที่เกี่ยวข้องอีกด้วย ต่อมาได้มีข้อมติที่ 1390 (2002) ให้คณะกรรมการกำหนดบทลงโทษยังคงไว้บัญชีรายชื่อของกลุ่มก่อการร้าย อะไคดาห์และโอสามา บินลาเดนและได้ขยายการห้ามการเดินทางและการค้าอาวุธแก่กลุ่มบุคคลที่ถูกขึ้นบัญชีรายชื่อโดยไม่เพียงแต่จำกัดมาตรการบังคับอยู่แต่เพียงประเทศอัฟกานิสถานเท่านั้น แต่ยังคงบังคับตามมาตรการยังรัฐอื่นอีกด้วย

หลังจากเกิดเหตุการณ์ก่อการร้ายต่อ World Center ใน New York คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติที่ 1368 (2001)<sup>56</sup> กำหนดให้ก่อการร้ายต่อ World Center ว่าเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพตามความหมายของมาตรา 39 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติแม้ว่าในระดับสหประชาชาติเองยังไม่ได้ข้อยุติที่จะให้ความหมายคำว่า “การก่อการร้าย” ก็ตาม ยิ่งไปกว่านั้น

<sup>54</sup> UN SC Resolution 1267 (1999); subsequently modified by Resolutions 1333 (2000), 1363 (2001), 1388 (2002), 1390 (2002), 1452 (2002), 1455 (2003), 1526 (2004), 1617 (2005) and 1735 (2006).

<sup>55</sup> UN SC Resolution 1267(1999), para 6.

<sup>56</sup> UN SC Resolution 1368(2001)

คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติที่ 1373<sup>57</sup> เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการปราบปรามการก่อการร้ายโดยบังคับใช้มาตรการระงับการดำเนินการทางทรัพย์สินการก่อการร้ายและให้รัฐออกกฎหมายภายในความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายเป็นความผิดทางอาญาและให้รัฐจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ก่อการร้ายในรัฐเอง ข้อมติดังกล่าวนี้กำหนดให้มี “คณะกรรมการต่อต้านการก่อการร้าย” (Counter-Terrorism Committee-CTC) ทำหน้าที่ช่วยเหลือและตรวจสอบรัฐแต่ละรัฐในการบังคับใช้มาตรการตามข้อมติ

แม้ว่าข้อมติที่ 1373 ได้กระจายอำนาจให้แก่รัฐที่สามารถที่จะระบุรายชื่อผู้ก่อการร้ายในระดับรัฐเองและยังให้อำนาจที่จะใช้มาตรการอายัดแหล่งทุนและเงินของผู้ก่อการร้ายที่ระบุขึ้นมามากด้วย ซึ่งข้อมติดังกล่าวนี้ ต่างไปจากข้อมติ 267 และ 1333 และ 1390 ด้วยแง่ที่ว่าข้อมติ 1373 ไม่ได้จัดให้มีการทำบัญชีรายชื่อในระดับรัฐ แต่ได้เปิดโอกาสให้รัฐแต่ละรัฐได้ใช้อำนาจที่จะให้ความหมายของคำว่า “การก่อการร้าย” ตามผลประโยชน์ของรัฐเองแม้ว่าในระดับสหประชาชาติเองก็ยังไม่สามารถที่จะหาข้อยุติที่จะให้คำจำกัดความของคำว่า “การก่อการร้าย” ได้<sup>58</sup> แต่มีข้อวิจารณ์ว่าคณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติที่ 1373 ที่ให้อำนาจเกินขอบอำนาจของตนที่ว่าเป็นผู้บัญญัติกฎหมายเสียเอง

ดังนั้นในส่วนนี้ จะขอทำการศึกษาข้อมติ 267 และข้อมติด้อย ๆ ที่ออกมาภายใต้ข้อมติที่ 1267 ที่ได้จัดให้มีการตั้งองค์กรย่อยในคณะมนตรีความมั่นคงคือคณะกรรมการกำหนดบทลงโทษ และทีมกำกับดูแลการปฏิบัติตามข้อมติของประเทศสมาชิก (the Monitoring Team) กระบวนการขึ้น (Listing) และลบบัญชีรายชื่อ (De-listing)

### 3.2.1 คณะกรรมการกำหนดบทลงโทษ (Sanction Committee) ตามข้อมติที่ 1267

มาตรการบังคับต่อเป้าหมาย (Targeted sanctions) ที่เป็นบุคคลหรือกลุ่มบุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่เกี่ยวข้องหรือให้การสนับสนุนการก่อการร้ายที่บังคับใช้มาจนถึงปัจจุบันนี้ นั้นได้ถูกกำหนดโดยมาตรการปราบปรามการก่อการร้ายตามข้อมติที่ 1267 (1999) เนื่องมาจากการโจมตีสถานทูตสหรัฐอเมริกาใน Kenya และ Tanzania ของกลุ่มก่อการร้ายอะไคดะห์ (Al-Qaida) ผลจากการโจมตีครั้งนี้นำให้คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติที่ 1267 เรียกร้องให้รัฐบาลดาไลบันหยุดการกระทำอันเป็นการสนับสนุนการก่อการร้ายระหว่างประเทศและให้รัฐบาลดาไลบันตัว

<sup>57</sup> UN SC Resolution 1373(2001)

<sup>58</sup> Jean-Marc Sore, “Some Questions About the Definition of Terrorism and the Fight Against Its Financing”,

นายโศซามา บินลาเดนมาดำเนินคดี สำหรับมาตรการบังคับตามข้อมติได้แก่ สั่งห้ามบิน (Flight ban) ของเครื่องบินที่รัฐบาลตาลีบันหรือในฐานะตัวแทนของรัฐบาลตาลีบันที่เป็นเจ้าของหรือได้เช่า หรือให้เช่าหรือได้ดำเนินการ ซึ่งข้อมติ 1267 นี้เป็นการแข่งขันต่อกลุ่มตาลีบัน<sup>59</sup> นอกจากนี้ แล้ว ข้อมดียังกำหนดให้รัฐทุกรัฐทำระงับการดำเนินการทรัพย์สิน (Freezing) หรือแหล่งทุนของรัฐบาล ตาลีบัน<sup>60</sup>

การที่จะบังคับใช้มาตรการตามข้อมติให้มีเอกภาพและมีประสิทธิภาพนั้น คณะมนตรีความมั่นคงอาศัยอำนาจตามมาตรา 29<sup>61</sup> แห่งกฎบัตรสหประชาชาติประกอบมาตรา 6<sup>62</sup> แห่งข้อมติที่ 1267 จัดให้มีคณะกรรมการกำหนดบทลงโทษซึ่งมาจากตัวแทนประเทศสมาชิก คณะมนตรีความมั่นคงจำนวน 15 ประเทศมีอำนาจกำกับดูแลให้รัฐสมาชิกนำมาตราการตามข้อมติ ไปปฏิบัติตาม<sup>63</sup> อย่างเคร่งครัดและโดยไม่เปิดโอกาสให้รัฐสมาชิกได้ใช้ดุลยพินิจตีความในการ บังคับใช้มาตรการตามข้อมติแต่อย่างใด<sup>64</sup>

ก) องค์ประกอบของคณะกรรมการกำหนดบทลงโทษและกระบวนการตัดสินใจ

ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1267 ที่ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการนั้น ประกอบด้วยสมาชิกของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 15 ชาติซึ่งประกอบด้วยประเทศสมาชิกถาวร และสมาชิกชั่วคราวของคณะมนตรีความมั่นคง ในการออกเสียงวินิจฉัยเรื่องใดเรื่องหนึ่งอย่างเช่น การขึ้นชื่อบุคคลเข้าในบัญชีหรือการลบออกจากบัญชีนั้น ตามหลักเกณฑ์ของการปฏิบัติการของ

<sup>59</sup> Security Council Resolution 1267 para.4, 6, U.N. Doc. S/RES/1267 (October 15, 1999) (establishing the Security Council Committee and imposing limited air embargo and financial embargo on the Taliban).

<sup>60</sup> Ibid., para.4(a)

<sup>61</sup> Article 29 of UN Charter states: "The Security Council may establish such subsidiary organs as it deems necessary for the performance of its functions".

<sup>62</sup> Article 6 of UNSC Resolution states "Decides to establish, in accordance with rule 28 of its provisional rules of procedure, a Committee of the Security Council consisting of all the members of the Council to undertake the following tasks and to report on its work to the Council with its observations and recommendations:"

<sup>63</sup> (1) freeze without delay the funds and other financial assets or economic resources of designated individuals or entities [assets freeze]; (2) prevent the entry into or transit through their territories by designated individuals [travel ban]; and (3) prevent the direct or indirect supply, sale and transfer from their territories or by their nationals outside their territories, or using their flag vessels or aircraft, of arms and related material of all types, spare parts, and technical advice, assistance, or training related to military activities, to designated individuals and entities [arms embargo].

<sup>64</sup> Ibid.

คณะกรรมการได้กำหนดให้จะสมาชิกทั้งหมดจะต้องเห็นด้วยจึงสามารถที่จะขึ้นหรือลบบัญชีของบุคคลใดคนหนึ่งได้<sup>65</sup> แต่อย่างไรก็ตามสมาชิกของคณะกรรมการชาติใดชาติหนึ่งที่ไม่จำเป็นจะต้องเป็นสมาชิกถาวรมีสิทธิที่จะยับยั้งต่อกระบวนการขึ้นหรือลบบรายชื่อได้

#### ข) กรอบและหน้าที่ของคณะกรรมการกำหนดบทลงโทษ

กรอบและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตามข้อมติที่ 1267 นี้ ในตอนแรกกำหนดให้คณะกรรมการรวบรวมรายงานการปฏิบัติตามข้อมติของรัฐสมาชิกแล้วเสนอให้คณะมนตรีความมั่นคงทราบ แต่ต่อมาคณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติต่างๆ ออกมาซึ่งเป็นการแก้ไขหรือขยายอำนาจข้อมติเดิมโดยการขยายการแข่งขันไม่เพียงแต่กลุ่มตาลิบันเท่านั้น แต่ยังสามารถขยายไปถึงกลุ่มก่อการร้ายอะไคดะห์และกลุ่มผู้ร่วมกระบวนการก่อการร้ายอีกด้วย จึงทำให้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการก็มีการขยายอำนาจหน้าที่ไปด้วย แต่โดยหลักแล้วอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการนี้ มีหน้าที่ในการขึ้นหรือลบบรายชื่อบุคคล กำกับควบคุมดูแลรัฐสมาชิกในการบังคับให้มาตรวจติดตามตามข้อมติ รายงานการบังคับใช้ข้อมติของรัฐสมาชิกพร้อมกับความเห็นต่อคณะมนตรีความมั่นคง<sup>66</sup> นอกจากนี้แล้วคณะกรรมการยังต้องมีหน้าที่ในการแก้ไขปรับปรุงบัญชีรายชื่อบุคคล ซึ่งในการปรับปรุงบัญชีรายชื่อของคณะกรรมการนี้ ก็มีเสียงวิจารณ์เรื่องความโปร่งใสในการที่จะตรวจสอบและการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชน (Violations of human rights)

#### ค) ความคิดเห็นในคณะกรรมการ

ความเห็นของคณะกรรมการแต่ละชาติในการขึ้นหรือลบบรายชื่อบุคคลออกจากบัญชีรายชื่อบุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่ให้การสนับสนุนการก่อการร้ายนี้ มีความเห็นที่แตกต่างกันซึ่งขึ้นกับนโยบายและผลประโยชน์ภายในของแต่ละประเทศสมาชิก<sup>67</sup> อย่างไรก็ตามการขึ้นหรือลบบรายชื่อของบุคคลจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการทุกชาติ แม้ว่าบรรดาชาติสมาชิก

<sup>65</sup> U.N. Sec. Council, Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee, Guidelines of the Committee for the Conduct of Its Work, [online] 9 Dec 2010, Available from: [http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/1267\\_guide\\_lines.pdf](http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/1267_guide_lines.pdf)

<sup>66</sup> Guidelines of the Committee for the Conduct of Its Work, para 4(a)-(d), (k).

<sup>67</sup> U.N. Sec. Council, Letter Dated 1 December 2005 from the Chairman of the Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1267 Concerning Al-Qaida and the Taliban and Associated Individuals and Entities Addressed to the President of the Security Council, U.N. Doc. S/2005/761 (Dec. 6, 2005). "As at 1 November 2005, the addition of 139 individuals and 1 entity, submitted to it over the past years, is pending Committee approval. The Committee is also still considering more than 500 technical corrections submitted to it by the Monitoring Team."

ของสหประชาชาติส่วนใหญ่เห็นว่าบัญชีรายชื่อของผู้ก่อการร้ายเป็นมาตรการในการดำเนินการปราบปรามและต่อต้านการก่อการร้ายที่ถือว่าเป็นภัยต่อประชาคมโลกแล้ว แต่ก็ยังมีบรรดาชาติสมาชิกหลายชาติที่มีความเห็นที่แตกต่างออกไป

ส่วนความเห็นที่แตกต่างกันระหว่างคณะกรรมการนี้ นมียู่ด้วยกัน ๒ ฝ่ายคือ ฝ่ายแรก มองการก่อการร้ายว่าเป็นภัยคุกคามและมาตรการที่ นบ้บัญชีรายชื่อการก่อการร้ายนี้ นถือเป็นการปราบปรามที่มีประสิทธิภาพ โดยฝ่ายแรกจะใช้มาตรการเชิงรุกต่อการก่อการร้ายดังจะเห็นได้จากมาตรการบังคับต่างๆ เช่น มาตรการระงับการดำเนินการทาง (Freezing) ทรัพย์สินและการห้ามเดินทาง แม้กระทั่งมียังไม่ให้ลบรายชื่อของบุคคลตายไปแล้วออกจากชื่ นบ้บัญชีรายชื่อ เนื่องจากมีความเชื่อที่ว่าทรัพย์สินของบุคคลดังนี้จะต้องกล่าวนนี้ นอาจจะทำการจำหน่ายจ่ายโอนไปให้กับผู้มีส่วนร่วมหรือองค์กรการก่อการร้ายอื่นเพื่อนำไปใช้ในการประกอบอาชญากรรมอย่างอื่นในอนาคตได้<sup>68</sup>

สำหรับฝ่ายที่สอง มีความเห็นไปในทางที่ว่าในการจัดทำบัญชีรายชื่อนี้ นจะต้องคำนึงถึงสิทธิชื่ นพี นฐานของบุคคลที่ถูกชื่ นบ้บัญชีรายชื่อด้วย โดยฝ่ายหลังนี้ สนับสนุนให้มีการชื่ นรายชื่อบุคคลเฉพาะที่มีพยานหลักฐานที่เพียงพอในการจะชื่ นบ้บัญชีรายชื่อและมีความเห็นว่าเห็นควรที่จะต้องใช้มาตรการอย่างจำกัดที่จะไม่กระทบถึงสิทธิชื่ นพี นฐานของบุคคล (fundamental rights) ที่ถูกชื่ นบ้บัญชีรายชื่อและยังเห็นว่าผู้ที่ตายไปแล้วควรชื่ นถูกลบออกจากบัญชีรายชื่อด้วย<sup>69</sup>

กรณีความเห็นต่างกันนี้ในคณะกรรมการนี้ นพบจากกรณีการดำเนินคดีการก่อการร้ายของศาลเมือง Düsseldorf ใน Germany ในปี ค.ศ. 2002 คดีดังกล่าวเกิดจากชายชาวอาหรับห้าคนวางแผนทำการโจมตีสถานที่ของชาวยิวใน Germany ซึ่งศาลพิพากษาลงโทษจำเลยชาวอาหรับจำนวนสี่คน ส่วนจำเลยคนที่ห้าได้รับการลดโทษเนื่องจากว่าให้การเป็นประโยชน์แก่คดี และยังให้การรับว่าเป็นสมาชิกของกลุ่มก่อการร้าย อะทาวิด (Al-Tawhid) เป็นกลุ่มที่เชื่อมโยงกับกลุ่มก่อการร้ายอะไคดะห์ ต่อมาปี ค.ศ. 2003 จำเลยคนดังกล่าวได้รับการปล่อยตัวเข้าสู่กระบวนการคุ้มครองพยาน<sup>70</sup> และในปีค.ศ. 2004 คณะกรรมการได้ลบรายชื่อของจำเลยคน

<sup>68</sup> The Res. 1267 Chairman, Letter Dated 20 December 2006 from the Chairman of the Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1267 Concerning Al-Qaida and the Taliban and Associated Individuals, para 10, U.N. Doc. S/2006/046 (Dec. 28, 2006).

<sup>69</sup> U.N. SCOR, 60th Sess., 5168th mtg., at 20–23, U.N. Doc. S/PV.5168 (Apr. 25, 2005).

<sup>70</sup> Janie Ho, Germans Cut Deal with Terrorist, CBS NEWS [online] 26 Nov 2003, Available from: <http://www.cbsnews.com/stories/2003/11/26/terror/main585734.shtml>.

ดังกล่าวได้ออกจากบัญชีรายชื่อผู้ก่อการร้ายตามคำร้องขอของรัฐบาล Germany<sup>71</sup> จากการศึกษาที่เกิด  
 สภาวะความเห็นที่แตกต่างกันในบรรดาสมาชิกของคณะกรรมการนั้นส่งผลต่อการนำไปปฏิบัติ  
 ของบัญชีรายชื่อผู้ก่อการร้าย เนื่องจากว่าเกิดความสับสนในบรรดาประเทศสมาชิกสหประชาชาติ  
 ที่ว่าลักษณะของมาตรการตามข้อมตินี้ เป็นลักษณะอย่างไรประกอบกับการพันธกรณีของรัฐ  
 สมาชิกจะบังคับใช้มาตรการตามข้อมติอย่างไร ซึ่งความสับสนดังกล่าวนี้จะได้กล่าวต่อไปใน  
 เรื่องของบัญชีรายชื่อ

ต่อมาในปี ค.ศ. 2000 คณะมนตรีความมั่นคงได้เพิ่มความเข้มข้นในการบังคับใช้  
 มาตรการตามข้อมติ 1267 โดยการออกข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1333(2000) ให้อำนาจแก่  
 คณะกรรมการออกมาตรการระงับการดำเนินการทรัพย์สินและแหล่งเงินทุนของนายโศษามา บิน  
 ลาตินกับพวก (associates) หรือองค์กรธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับนายโศษามา บินลาตินและยังรวมถึง  
 กลุ่มของกระบวนการก่อการร้าย อะโคเตห์อีกด้วย ข้อมติดังกล่าวได้ห้ามการขนส่งอาวุธในเขตแดนที่  
 ควบคุมโดยกลุ่มตาลิบัน<sup>72</sup> นอกจากนี้ ยังได้ขยายให้มีการระงับการขนส่งทางอากาศแก่กับรัฐบาล  
 ตาลิบันและยังร่วมไปถึงนายโศษามา บินลาตินและผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องด้วย(Associates) ซึ่งถือว่าเป็น  
 เป็นการขยายอำนาจของคณะกรรมการให้ใช้มาตรการแข่งขันต่อนายโศษามา บินลาตินและ  
 กลุ่มอะโคเตห์ ข้อมติดังกล่าวยังได้กำหนดให้คณะกรรมการ (the 1267 Sanction Committee)  
 ได้ทำบัญชีรายชื่อ (Consolidated List) ของบุคคลและองค์กรธุรกิจที่สงสัยและรวมถึงนายโศษามา  
 บินลาตินและองค์กรอะโคเตห์ด้วย

ต่อมาปี ค.ศ. 2001 คณะกรรมการได้ประกาศบัญชีรายชื่อ (Consolidated List)  
 ผู้ก่อการร้ายและผู้สนับสนุนการเงินการก่อการร้าย เป็นครั้งแรก<sup>73</sup> ในการจัดทำบัญชีของ  
 ผู้ก่อการร้ายนี้ มาตรา 16 (b) ของข้อมติได้กำหนดให้ข้อมูลเกี่ยวกับตัวผู้ จะถูกขึ้นรายชื่อนี้ มา  
 จากรัฐสมาชิกและองค์กรส่วนภูมิภาค<sup>74</sup> คณะกรรมการยังได้กำหนดให้มีบัญชีรายชื่อของ  
 หน่วยงานที่ให้ความช่วยเหลือทางด้านมนุษยธรรมแก่ประเทศอัฟกานิสถานอีกด้วย<sup>75</sup> ซึ่ง

<sup>71</sup> U.N. Security Council Committee, the Consolidated List.

<sup>72</sup> Security Council Resolution 1333 para.5 (a), U.N. Doc. S/RES/1333 (December, 2000), (expanding the air embargo and financial embargo to include freezing the funds of Usama Bin Laden and associate, imposing an arms embargo over the territory of Afghanistan controlled by the Taliban and embargo on the chemical acetic anhydride).

<sup>73</sup> Press Release, Security Council, Security Council Committee Concerning Afghanistan Issues List Pursuant to Paragraph 8 (c) of Resolution 1333, U.N. AFG/150-SC/7166 (August 10, 20001).

<sup>74</sup> Security Council Resolution 1333 note 7, para 16 (b).

<sup>75</sup> Security Council Resolution 1333 note 7, para 12.



มาตรฐานในการชี้ นบัญญัติของบุคคลที่สงสัยว่าจะเกี่ยวกับการก่อการร้ายหรือให้การสนับสนุนการก่อการร้ายนั้น ข้อมติได้กำหนดมาตรฐานเพียงแต่ว่าเป็นผู้ บุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่ “มีส่วนเกี่ยวข้องของ” (“Associated with”) กับกลุ่มอะโคะดะห์หรือนายโศซามา บินลาเดน หรือกลุ่มก่อการร้ายตาลีบัน

### 3.2.2 คณะกำกับดูแล (Monitoring Team) หรือผู้เชี่ยวชาญ (Experts)

ในปี ค.ศ. 2001 คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติที่ 1363(2001) กำหนดให้มีการตั้งกลไกควบคุมตรวจสอบรัฐสมาชิกต่อการปฏิบัติตามมาตรการตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1267 และข้อมติที่ 1333 ซึ่งหน่วยงานที่ได้ตั้งขึ้นมานั้น ได้เปลี่ยนชื่อเรียกหลายครั้ง เช่น “คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญ” (Committee of Experts) และต่อมาช่วงระยะเวลา ค.ศ. 2001-2003 เรียกว่าคณะกำกับดูแล (Monitoring Group) และในปัจจุบันได้ใช้ชื่อเรียกว่า “ทีมกำกับดูแล” (Monitoring Team) หรือผู้เชี่ยวชาญ (Experts) เพื่อให้สนับสนุนคณะกรรมการ ทีมผู้เชี่ยวชาญประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญจำนวน 8 คนที่ได้รับการแต่งตั้งมาจากเลขาธิการสหประชาชาติโดยมีคุณสมบัติที่มีความเชี่ยวชาญด้านการก่อการร้าย การเงินและความเชี่ยวชาญอื่นที่เกี่ยวข้อง โดยทำงานภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการที่จะต้องประเมินการปฏิบัติตามข้อมติของรัฐสมาชิกและรายงานให้แก่คณะกรรมการทราบ นอกจากนี้ แล้วยังจะต้องประเมินความมีประสิทธิภาพของการบังคับใช้มาตรการตามข้อมติและต้องนำเสนอการพัฒนากฎหมายมาตรการใหม่แก่คณะกรรมการ<sup>76</sup>

### 3.2.3 การปรับปรุงมาตรการบังคับของคณะมนตรีความมั่นคง

(ก) การแจ้งเหตุผลการชี้ นบัญญัติแก่คณะกรรมการตามข้อมติที่ 1452 (2003) และข้อมติที่ 1617 (2005)

ในปี ค.ศ. 2003 คณะมนตรีความมั่นคงได้แก้ไขเพิ่มเติมข้อมติ 1267 โดยออกข้อมติที่ 1452 ซึ่งเป็นข้อมติที่ออกเพื่อยกเว้นเงื่อนไขบางข้อของข้อมติ 1267 อย่างเช่นได้มีการยกเว้นการบังคับต่อค่าใช้จ่ายด้านมนุษยธรรมของผู้ถูกชี้ นบัญชียรายชื่อ<sup>77</sup> นอกจากนี้ แล้วยังได้ยกเว้นค่าใช้จ่ายที่จำเป็นอย่างยิ่งของบุคคลที่ถูกชี้ นบัญชียรายชื่อซึ่งจะต้องให้รัฐเป็นผู้นยื่นคำร้องขอมายัง

<sup>76</sup> Security Council Resolution 1526 (2004) para. 8

<sup>77</sup> Security Council Resolution 1452, para 1 (a)

คณะกรรมการแข่งขันและคณะกรรมการได้ให้ความเห็นชอบคำร้องดังกล่าวด้วย<sup>78</sup> ในปี ค.ศ. 2004 ได้มีข้อมติที่ 1526(2004) ออกมาแก้ไขข้อมติ 1267 โดยได้กำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมในกระบวนการชี้ นบฎชี้รายชื่อ โดยกำหนดในกรณีที่รัฐสมาชิกที่ส่งรายชื่อของบุคคลหรือองค์กรธุรกิจเพื่อจะขอชี้ นบฎชี้รายชื่อแต่ละครั้งนั้น จะต้องให้ชื่อระบุเฉพาะเจาะจงและข้อมูลภูมิหลังของบุคคลหรือองค์กรธุรกิจดังกล่าวที่สามารถชี้ให้เห็นอย่างมีนัยสำคัญอย่างยิ่งว่ามีความเชื่อมโยงกับกลุ่มอะ คิ ดะห์ หรือนายอิซามา บินลาเดน หรือกลุ่มตาลีบัน<sup>79</sup>

ในปี ค.ศ. 2005 ข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงออกข้อมติที่ 1617 (2005) ที่กำหนดให้มีการให้ความหมายของคำว่า ออกเพิ่มเติมคำว่า “มีส่วนเกี่ยวข้องกับ” (“Associated with”) ให้มีความหมายที่ชัดเจนขึ้น นกว่าเดิม<sup>80</sup> อย่างไรก็ตามความหมายของคำว่า “มีส่วนเกี่ยวข้อง” ก็ยังมีความหมายที่คลุมเคลือและไม่ชัดเจนอยู่ดีซึ่งหลักเกณฑ์ของคำดังกล่าวต่อมาได้ถูกกำหนดให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นในข้อมติที่ 1822 (2008) และข้อมติที่ 1904 (2009)<sup>81</sup> นอกจากนี้ แล้วข้อมติดังกล่าวยังได้กำหนดข้อเงื่อนไขในรายการ (Checklist Provisions) เพื่อให้รัฐสมาชิกที่จะส่งรายชื่อบุคคลชี้ นบฎชี้จะต้องตรวจสอบให้เป็นไปตามเงื่อนไขของข้อมติดังด้วย

(ข) การตั้งศูนย์ประสานงานกลางตามข้อมติที่ 1730 (2006) และมีบันทึกรายละเอียดการชี้ นบฎชี้ตามข้อมติที่ 1735 (2006)

ในปี ค.ศ. 2006 คณะมนตรีความมั่นคงได้มีความพยายามที่จะระงับการถูกวิจารณ์ในกรณีที่ว่าคณะกรรมการไม่ได้ให้ความเคารพสิทธิของผู้ บุคคลที่ถูกชี้ นบฎชี้รายชื่อโดยไม่ได้เปิดช่องทางให้แก่บุคคลที่ถูกชี้ นบฎชี้รายชื่อทำการโต้แย้งหรือคัดค้านด้วยเหตุผลของตนผลจากการถูกวิพากษ์วิจารณ์ทำให้คณะมนตรีความมั่นคงจึงได้ออกข้อมติ 1735 โดยข้อมติได้กำหนดให้

<sup>78</sup> Security Council Resolution 1452, para 1 (b)

<sup>79</sup> Security Council Resolution 1526 (2004) , para 17

<sup>80</sup> Security Council Resolution 1617 (2005) , para 2 stating “associated with” included acts such as: (1) participating in the financing, planning facilitating, preparing, or perpetrating of acts or activities by, in conjunction with, under the name of, on behalf of, or in support of;

(2) supplying, selling or transferring arms and related material to;

(3) recruiting for; or

(4) otherwise supporting acts or activities of Al-Qaida, Usama bin Laden or the Taliban, or any cell, affiliate, splinter group or derivative thereof

<sup>81</sup> UN Doc. S/RES/1617 (2005), at para. 2. These criteria were reaffirmed in para. 2 of Res. 1822 (2008) and para. 2 of Res. 1904 (2009).

มีศูนย์ประสานงาน (Focal Point) ซึ่งขึ้นอยู่กับสำนักงานเลขาธิการสหประชาชาติ (United Nations Secretariat) เพื่อเปิดโอกาสให้แก่บุคคลที่ถูกชี้ นบญชรายชื่อนั้นได้ยื่นเรื่องร้องขอไปที่ศูนย์ประสานงานได้โดยตรงเพื่อให้ลบรายชื่อของตนออกจากบัญชีรายชื่อนี้ นอกจากนี้ แล้วยังกำหนดให้ศูนย์ประสานงานยังได้แจ้งผลการวินิจฉัยของคณะกรรมการมาตรการเชิงชั้นไปยังผู้ร้องขออีกด้วย<sup>82</sup>

ดังนั้น ผลการออกข้อมติดังกล่าวนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงอย่างมากโดยได้เปิดโอกาสให้บุคคลผู้ถูกชี้ นบญชรายชื่อนี้มีสิทธิในการเข้าชี้แจงต่อคณะกรรมการ ซึ่งเป็นการกำหนดเงื่อนไขที่ต่างจากข้อมติก่อนๆ เนื่องจากว่าก่อนหน้านี้ ผู้ถูกชี้ นบญชรายชื่อนี้ไม่มีสิทธิที่จะชี้แจง (Petition) หรือใช้สิทธิโต้แย้งแต่อย่างใด โดยสิทธิในการโต้แย้งดังกล่าวนี้ นตคแก่รัฐที่ผู้ถูกชี้ นบญชรายชื่อนี้เป็นผู้มีสัญชาติหรือมีภูมิลำเนา (State of nationality or residence) ที่มีสิทธิที่จะชี้แจงต่อคณะกรรมการเพื่อเรียกร้องให้ลบรายชื่อออกจากบัญชีหรือที่เข้าใจกันว่าเป็นการใช้สิทธิตามหลักความคุ้มกันทางการทูต (Doctrine of diplomatic protection) โดยจะต้องให้ประเทศสัญชาติหรือประเทศภูมิลำเนาของผู้ถูกชี้ นบญชรายชื่อนี้เป็นผู้ทำคำร้องยื่นต่อคณะกรรมการขอให้ลบบัญชีรายชื่อ ประเด็นปัญหาก็คือว่าประเทศสัญชาติหรือภูมิลำเนาก็ไม่ยากที่จะยื่นคำร้องให้เนื่องจากเกรงว่าจะเป็นการให้การรับรองความชอบธรรมแก่ผู้ถูกชี้ นบญชรายชื่อนี้ซึ่งจะมีผลต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้

อย่างไรก็ตามปัญหาที่ตามมาก็คือว่าศูนย์ประสานงานนั้นไม่มีอำนาจอย่างอิสระในการที่จะทำการพิจารณาบทวนคำวินิจฉัยคำตัดสินของคณะกรรมการแต่อย่างใด ตลอดจนถึงการให้การเยียวยาหรือบรรเทาความเสียหายอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมผู้ถูกชี้ นบญชรายชื่อนี้ หรือแม้แต่อำนาจในการจะให้เหตุผลเพิ่มเติมในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการและแจ้งไปยังบุคคลที่ถูกชี้ นบญชรายชื่อนี้ ยิ่งไปกว่านั้น แล้วยังไม่มียุทธศาสตร์หรือหน่วยงานใดในคณะมนตรีความมั่นคงหรือองค์กรย่อยในสหประชาชาติเองที่จะมีกลไกที่จะมีอำนาจในการบทวน (Review mechanism) คำวินิจฉัยคำตัดสินของคณะกรรมการแต่อย่างใด

ต่อมาในเดือนธันวาคมปี ค.ศ. 2006 คณะมนตรีความมั่นคงออกข้อมติที่ 1730 (2006)<sup>83</sup> ทำการปรับปรุงกระบวนการชี้ นบญชและลบรายชื่อ (Listing and De-listing

<sup>82</sup> Security Council Resolution 1730 (2006) , para 1

<sup>83</sup> L. van den Herik, The Security Council's Targeted Sanctions Regimes: In Need of Better Protection of the Individual, *LJIL* 20 797 (2007): 805

procedure) เพื่อให้กระบวนการดังกล่าวมีความเป็นธรรมมากขึ้น กล่าวคือ ประการแรก ข้อมติได้กำหนดให้มีการแจ้งการขึ้นบัญชีรายชื่อบุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่ถูกขึ้นบัญชีและข้อมติดังกล่าว กำหนดต่อไปว่าจะต้องแจ้งเหตุผลโดยย่อถึงเหตุแห่งการถูกขึ้นบัญชีรายชื่อ หากว่าข้อมูลดังกล่าวนี้ สามารถเปิดเผยต่อสาธารณะได้ให้แจ้งไปยังเลขาธิการสหประชาชาติและรัฐสมาชิกอีกสองหนึ่งด้วย<sup>84</sup> แต่อย่างไรก็ตามข้อมติดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้คณะกรรมการสิทธิการแข่งขันแจ้งเหตุผลของการถูกขึ้นบัญชีแก่บุคคลหรือองค์กรธุรกิจก่อนการถูกขึ้นบัญชี แต่เป็นการแจ้งหลังจากการขึ้นบัญชีไปแล้ว ซึ่งทำให้บุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่ถูกขึ้นบัญชีไม่มีช่องทางที่จะชี้แจงก่อนการถูกขึ้นบัญชี ซึ่งเหตุผลดังกล่าวที่ไม่ต้องการแจ้งก็เนื่องจากเกรงว่าบุคคลหรือองค์กรธุรกิจเหล่านี้ จะทำการชุกซ่อนหรือยกย้ายถ่ายเททรัพย์สินของตนเองก่อนขึ้นบัญชี<sup>85</sup>

ประการที่สอง ข้อมติได้กำหนดให้รัฐที่ประสงค์จะขอขึ้นบัญชีรายชื่อบุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่สงสัยว่า “มีส่วนเกี่ยวข้องกับ” (“Associated with”) ตามหลักเกณฑ์ในข้อมติที่ 1617<sup>86</sup> จะต้อง มีบันทึกรายละเอียดเกี่ยวกับเหตุผลที่จะต้องขึ้นบัญชี และจะต้องมีระบุถึงข้อมูลสนับสนุนที่ได้มาว่ามาจากแหล่งข้อมูลใดอย่างเช่นมาจากแหล่งข่าวกรองของรัฐหรือว่ามาจากแหล่งข่าวอื่น ข้อมติดังกล่าวกำหนดต่อไปว่ารัฐที่ขอขึ้นบัญชีรายชื่อจะต้องเสนอพยานหลักฐานที่สนับสนุนประกอบอีกด้วย<sup>87</sup> ประการต่อมาข้อมติดังกล่าวกำหนดให้รัฐที่เสนอเรื่องขอขึ้นบัญชีรายชื่อจะต้องกำหนดให้มีข้อมูลรายละเอียดเกี่ยวกับการขอขึ้นบัญชีแล้ว ยังจะต้องกำหนดมาด้วยว่าข้อมูลส่วนใดที่สามารถที่จะแจ้งให้แก่บุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่ถูกขึ้นบัญชีด้วย<sup>88</sup> และประการสุดท้ายข้อมติดังกล่าวกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับการเสนอขอลบรายชื่ออันเนื่องมาจากความประพฤติที่เปลี่ยนแปลง (Change of behavior of listed individuals or entities) ก็เป็นเหตุผลในการที่จะขอลบรายชื่อออกจากบัญชีได้<sup>89</sup>

<sup>84</sup> UN Doc. S/RES/1735 (2006), at para. 14. This requirement of notification to the listed individual or entity after listing decision is made was made mandatory by UNSC Res. 1822.

<sup>85</sup> See Joined Cases C-402/05 P & C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi and the Al Barakaat International Foundation v the Council of the European Union and the Commission of the European Communities, ECR 2008, at paras. 338 – 339. [“Kadi case (ECJ)”].

<sup>86</sup> UN Doc. S/RES/1735 (2006), at para 5.

<sup>87</sup> UN Doc. S/RES/1735 (2006), at para 5.

<sup>88</sup> UN Doc. S/RES/1735 (2006), at para 6.

<sup>89</sup> UN Doc. S/RES/1735 (2006), at para 6.

ถึงแม้ว่าจะมีการปรับปรุงแก้ไขข้อมติให้เพิ่มความโปร่งใสและเป็นธรรมแก่ผู้ที่ถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อเพื่อลดความเคียดแค้นสงสัยความแค้นระหว่างประเทศ แต่ในช่วงเวลานี้ นั้น ยังไม่มีองค์กรหรือหน่วยงานอิสระใดในระดับสหประชาชาติเองที่มีอำนาจหน้าที่ทบทวนการชี้ นบัญญัติ การให้การเยียวยาแก่ผู้ถูกชี้ นบัญญัติโดยความผิดพลาดและตลอดจนถึงการเปิดโอกาสให้แก่ผู้ถูกชี้ นบัญญัติสามารถมีอำนาจในการยื่นคำร้องคัดค้านการชี้ นบัญญัติของตนต่อศาลภายในรัฐเอง ด้วยเหตุที่ว่ารัฐสมาชิกจะต้องมีพันธกรณีที่จำเป็นต้องนำข้อมติไปปฏิบัติที่กำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 25 ประกอบกับมาตรา 103 ที่มีพันธกรณีที่จำเป็นต้องปฏิบัติตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงภายใต้หมวด 7 แห่งกฎบัตร และนอกจากนี้ แล้วนี้ องค์กรการสหประชาชาติเองก็ยังได้รับค้ำประกันจากกระบวนการทางศาลภายในหรือหน่วยงานที่มีอำนาจใดๆ ที่กำหนดไว้ในมาตรา 105 วรรคแรกแห่งกฎบัตร แม้กระนั้น ยังได้รับความค้ำประกันจากสนธิสัญญาว่าด้วยความค้ำประกันทางการทูตของสหประชาชาติ<sup>90</sup> และข้อตกลงอย่างอื่น (Other agreement) อีกด้วย

(ค) การเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะตามข้อมติที่ 1822 (2008)

วัตถุประสงค์ของข้อมติที่ 1822 คือการทบทวนกระบวนการชี้ นบัญญัติรายชื่อ โดยข้อมติได้กำหนดให้คณะกรรมการได้พิจารณาทบทวนบัญญัติรายชื่อที่ถูกชี้ นให้แล้วเสร็จในวันที่ 10 มิถุนายน ปี ค.ศ. 2010 เพื่อให้บัญญัติรายชื่อนี้ มีความถูกต้องและเป็นปัจจุบันและเพื่อให้มีความสมเหตุสมผล<sup>91</sup> ข้อกำหนดเพิ่มเติมประการต่อมาคือข้อมดียังกำหนดให้คณะกรรมการทำการพิจารณาทบทวนรายปีแก่รายชื่อที่ชี้ นบัญญัติมากกว่า 3 ปีแล้วที่ยังไม่เคยมีการทบทวนเพื่อทำให้บัญญัติมีความถูกต้องและเหมาะสม<sup>92</sup> ประการสุดท้ายข้อมติได้กำหนดให้บัญญัติรายชื่อดังกล่าวจะต้องสามารถเข้าถึงได้โดยการกำหนดให้คณะกรรมการนำบัญญัติชี้ นบนเว็บไซต์ของคณะกรรมการ (The 1267 Sanction Committee website) และจะต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับเหตุผลของการถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อและยังกำหนดให้รัฐสมาชิกแจ้งการลบรายชื่อของบุคคลหรือองค์กรธุรกิจตามเวลาสมควรด้วย<sup>93</sup>

<sup>90</sup> UN Doc. A/RES/1/22 (1946).

<sup>91</sup> UN Doc. S/RES/1822 (2008), at para. 25.

<sup>92</sup> UN Doc. S/RES/1822 (2008), at para. 26.

<sup>93</sup> UN Doc. S/RES/1822 (2008), at para. 23.

### 3.3 กระบวนการขึ้นและลบบัญชีรายชื่อผู้ก่อการร้าย(Listing and De-listing Procedure)

สำหรับบัญชีรายชื่อผู้ก่อการร้ายที่คณะกรรมการกำหนดบงทงโทษทำขึ้นนั้น ประกอบด้วยรายชื่อของบุคคล (Persons) หรือองค์กรธุรกิจ (Entities) ที่ถูกขึ้นบัญชีจะถูกเรียงลำดับตามตัวอักษรและมีหมายเลขกำกับหน้าชื่อแต่ละชื่อและหมายเลขกำกับนี้ อาจเลื่อนลำดับได้เนื่องจากการเพิ่มรายชื่อใหม่หรือการลบรายชื่อออกจากบัญชี<sup>94</sup> โดยบัญชีรายชื่อผู้ก่อการร้ายนี้ ได้ถูกพิมพ์เป็นภาษาราชการของสหประชาชาติภาษาเดียวคือภาษาอังกฤษ ในกรณีที่มีการเพิ่มรายชื่อใหม่หรือลบรายชื่อหรือมีการแก้ไขบัญชีแต่ละครั้งนั้น คณะกรรมการจะจัดแถลงข่าวพร้อมกับแจ้งไปยังรัฐสมาชิกต่างๆ และองค์กรระหว่างประเทศหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทางอิเล็กทรอนิกส์นี้ มีหน่วยงานทั้งหมดที่เอกสารดังกล่าว 342 หน่วยงาน<sup>95</sup>

แม้ว่าจะมีข้อถกเถียงเกี่ยวกับลักษณะของมาตรการบังคับต่อตัวบุคคลว่าเป็นมาตรการหรือวิธีทางฝ่ายบริหารหรือว่าเป็นเครื่องมือทางกฎหมาย แต่หน่วยงานกำกับดูแลการนำไปปฏิบัติของรัฐ (Monitor Team) เห็นว่าการขึ้นบัญชีผู้ก่อการร้ายเป็นวิธีการปราบปรามการก่อการร้ายวิธีหนึ่งที่ทำให้เกิดการยับยั้งการกระทำการก่อการร้ายและเป็นเครื่องมือที่สำคัญและมีประสิทธิภาพในการต่อต้านการก่อการร้ายในขณะที่ประชาคมระหว่างประเทศยังหาข้อยุติไม่ได้ในเรื่องความหมายของการก่อการร้าย<sup>96</sup> รัฐสมาชิกบางรัฐมองว่าการขึ้นบัญชีผู้ก่อการร้ายไม่ได้ถือว่าเป็นเครื่องมือฝ่ายการเมืองแต่เป็นเครื่องมือปฏิบัติการทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพในการที่จะดำรงไว้ซึ่งความสงบและสันติภาพระหว่างประเทศ แต่โดยส่วนใหญ่แล้วรัฐสมาชิกได้มีความเห็น

<sup>94</sup> U.N. Sec. Council, Second Report of the Analytical Support and Sanctions Monitoring Team Appointed Pursuant to Resolution 1526 Concerning Al-Qaida and the Taliban and Associated Individuals and Entities, in letter dated 14 February 2000 from the Chairman of the Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1267 Concerning Al-Qaida and the Taliban and Associated Individuals and Entities Addressed to the President of the Security Council, U.N. Doc. S/2005/83 (Feb. 15, 2005).

<sup>95</sup> The Res. 1267 Chairman, Report of the Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1267 Concerning Al-Qaida and the Taliban and Associated Individuals and Entities, ¶ 18, in letter dated 20 December 2002 from the Chairman of the Security Council Committee Established Pursuant to Individuals and Entities Addressed to the President of the Security Council, U.N. Doc. S/2004/1039 (Dec. 31, 2004).

<sup>96</sup> The Resolution 1267 Chairman, Letter Dated 23 August 2004 from the Chairman of the Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1267 Concerning Al-Qaida and the Taliban and Associated Individuals and Entities Addressed to the President of the Security Council, para. 35, U.N. Doc. S/2004/679 (Aug. 25, 2004)

เป็นทำนองเดียวกันว่าบัญญัติรายชื่อผู้ก่อการร้ายเป็นเครื่องมือที่มีความจำเป็นการที่จะบังคับใช้มาตรการแซงชั้นอย่างมีประสิทธิภาพ<sup>97</sup>

แม้ว่าจะมีข้อถกเถียงว่ามาตรการบังคับตามข้อมติที่ 1267 นั้นโดยสภาพแล้วมีลักษณะเป็นมาตรการของฝ่ายบริหาร (Administrative nature) หรือถือว่าเป็นมาตรการลงโทษ (Punitive nature) แต่หน่วยกำกับดูแลการปฏิบัติตามข้อมติ (Monitoring Team) ยืนยันว่าการขึ้นบัญชีผู้ก่อการร้ายมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการป้องกันและการยับยั้งการกระทำก่อการร้ายและเป็นเครื่องมือเชิงบริหารซึ่งไม่ได้เป็นเครื่องมือเชิงลงโทษทางอาญาแต่อย่างใด<sup>98</sup> ซึ่งหน่วยกำกับดูแลมองว่าการขึ้นหรือลบรายชื่อนี้ไม่ได้พิจารณาถึงว่าจะมีคำพิพากษาของศาลหรือมีการยื่นฟ้องคดีต่อศาลแล้วหรือไม่ แต่พิจารณาเฉพาะการกระทำของบุคคลหรือองค์กรธุรกิจได้สนับสนุนกลุ่มก่อการร้ายอะ ไคดะห์ หรือตาลิบันหรือไม่ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวอาจจะเป็นความผิดอาญาหรืออาจจะเป็นพยานหลักฐานของอีกรัฐหนึ่งและยังไม่ได้พิจารณาถึงว่าบุคคลหรือองค์กรธุรกิจดังกล่าวจะถูกแจ้งข้อกล่าวหาจากรัฐใดรัฐหรือไม่ก็ตาม

สำหรับรัฐสมาชิกบางรัฐเห็นว่าการขึ้นบัญชีรายชื่อการก่อการร้ายโดยสภาพแล้วมีลักษณะเป็นเชิงการลงโทษมากกว่าที่จะมีลักษณะเป็นเชิงมาตรการบริหาร เนื่องจากว่าผลกระทบของการบังคับใช้หรือนำไปปฏิบัติของรัฐสมาชิกไม่ว่าจะบังคับใช้มาตรการระงับการดำเนินการทางทรัพย์สิน (Freezing) หรือการห้ามบินนี้ มีผลกระทบเป็นอย่างมากต่อบุคคลที่ถูกขึ้นบัญชีรายชื่อ อีกทั้งบุคคลที่ถูกขึ้นบัญชีเหล่านี้ ยังไม่มีสิทธิตามกระบวนการทางอาญาที่ยุติธรรมแต่อย่างใด ซึ่งข้อกังวลดังกล่าวได้ปรากฏจากรายงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนสหประชาชาติ (United Nations High Commissioner for Human Rights) ระบุว่าเครื่องมือการบังคับใช้ตามบัญญัติรายชื่อดังกล่าวมีลักษณะเป็นการลงโทษ<sup>99</sup> สำหรับการขึ้นบัญชีการก่อการร้ายนี้มีอยู่ ประเภทคือ ประเภทแรก การขึ้นบัญชีรายชื่อระดับสหประชาชาติตามข้อมติที่ 1267 ประเภทสองคือ การขึ้นบัญชีโดยรัฐสมาชิกเอง ตามข้อมติที่ 1373 ดังนั้นจะขอกล่าวถึงการขึ้นบัญชีรายชื่อทั้งสองลักษณะดังนี้

<sup>97</sup> U.N. SCOR, 61st Sess., 5538th mtg., at 18, U.N. Doc. S/PV.5538 (Sept. 28, 2006) (see Russian Federation statement.).

<sup>98</sup> Third Report, supra note 72, para. 41 (“After all, the sanctions do not impose a criminal punishment or procedure, such as detention, arrest or extradition, but instead apply administrative measures such as freezing assets, prohibiting international travel and precluding arms sales.”).

<sup>99</sup> U.N. High Comm’r for Human Rights, Implementation of General Assembly Resolution 60/241 of 15 March 2005 Entitled “Human Rights Council,” 25, U.N. Doc. A/HRC/4/88 (Mar. 9, 2007)

### 3.3.1 การขึ้นบัญชีผู้ก่อการร้ายของคณะกรรมการกำหนดโทษตามข้อมติที่ 1267(1999)

สำหรับกระบวนการขึ้นบัญชีรายชื่อ (Listing Procedure) ในระดับสหประชาชาตินี้ เริ่มจากคณะกรรมการกำหนดโทษตามข้อมติที่ 1267 กำหนดให้มีการให้จัดบัญชีรายชื่อของผู้ก่อการร้าย (Consolidated List) โดยบัญชีแรกๆ ที่ออกมานั้น ไม่ได้มีหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานแต่อย่างใดไม่ว่าจะเป็นกระบวนการขึ้น หรือลบบัญชีรายชื่อของบุคคลที่เป็นผู้ก่อการร้ายซึ่งขึ้นอยู่กับการวินิจฉัยของคณะกรรมการกำหนดโทษที่มีอำนาจเด็ดขาดโดยอาศัยข้อมูลที่ถือว่าเป็นความลับ (Secret intelligence material) ที่คณะกรรมการธิการได้รับข้อมูลเหล่านั้น จากรัฐสมาชิกและคำวินิจฉัยดังกล่าวถือเป็นที่สุดเนื่องจากว่าไม่มีองค์กรที่เป็นอิสระองค์กรอื่นในการที่จะมาทบทวนหรือพิจารณาการวินิจฉัยของคณะกรรมการแข่งขันดังกล่าว

หลักเกณฑ์ของกระบวนการขึ้นบัญชีรายชื่อของบุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่สงสัยว่าเป็นผู้ก่อการร้ายหรือว่าเป็นผู้ให้การสนับสนุนการก่อการร้ายตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1267 นั้น ไม่มีอะไรที่สลับซับซ้อน ซึ่งข้อมติกำหนดให้ความเป็นอิสระของแต่ละประเทศในการที่เสนอรายชื่อของบุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่ต้องสงสัยให้ถูกขึ้นบัญชีรายชื่อ (Consolidated List) ได้<sup>100</sup> หลังจากที่คณะกรรมการธิการได้รับรายชื่อมาจากแต่ละประเทศและมีข้อมติเอกฉันท์ให้ขึ้นบัญชีรายชื่อแล้วนั้น บุคคลหรือองค์กรธุรกิจเหล่านั้น ก็ถูกขึ้นบัญชีรายชื่อเป็นผู้ก่อการร้าย<sup>101</sup> ประกอบกับข้อมูลที่อ้างว่าเป็นความลับนี้ ทำให้คณะกรรมการแทบจะไม่มีโอกาสตรวจสอบอีกแต่อย่างใด

สำหรับมาตรฐานและความเหมาะสมของการขึ้นบัญชีรายชื่อนั้น ไม่มีมาตรฐานหรือหลักเกณฑ์แต่อย่างใด ปราศจากความชัดเจนและการตรวจสอบความน่าเชื่อถือของข้อมูลของแต่ละรัฐหรือองค์กรภูมิภาคที่ส่งรายชื่อมาให้เท่านั้น ซึ่งก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวางต่อมาตรฐานและความน่าเชื่อถือของบัญชีรายชื่อ ผลจากการถูกวิพากษ์วิจารณ์ต่อประเด็นมาตรฐานบัญชีรายชื่อทำให้คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติที่ 1617 (2005) กำหนดให้ถือเอาพยานมาตรฐานที่จะขึ้นบัญชีบุคคลหรือองค์กรธุรกิจใดโดยยึดถือมาตรฐานเพียงแต่ที่ว่าผู้มีส่วน

<sup>100</sup> Resolution 1267 Chairman, Letter Dated 16 December 2002 from the Chairman of the Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1267 Addressed to the President of the Security Council, para 18, U.N. Doc. S/2002/1338 (Dec. 17, 2002) (stating over 50 U.N. Member States supported listing the Jemaah Islamiyah organization).

<sup>101</sup> Sanction Guidelines, para 3(a)



เกี่ยวข้อง” (associated with) กับกลุ่มอะไคตะห์หรือกลุ่มตาลิบัน หรือโศฮามา บินลาเดน เท่านั้น<sup>102</sup> ก่อให้เกิดประเด็นปัญหาที่ตามมาคือการตีความของคำว่า “ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง” ของแต่ละรัฐสมาชิกด้วยกันเองก็ตีความในถ้อยคำดังกล่าวที่แตกต่างกัน โดยรัฐสมาชิกบางรัฐตีความอย่างกว้างและในขณะที่เดียวกันนั้น บางรัฐได้ตีความอย่างแคบถึงระดับความสัมพันธ์ของผู้ต้องสงสัยหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับกลุ่มก่อการร้ายดังกล่าว ซึ่งส่งผลทำให้มาตรฐานในการตีความถ้อยคำเดียวกันที่ตีความแตกต่างกันโดยแล้วแต่นโยบายในการปราบปรามการก่อการร้ายของรัฐบาลแต่ละรัฐ<sup>103</sup> นอกจากนี้ แล้วข้อมูลประกอบของแต่ละรัฐในการที่จะให้ชื่อนับบัญชีรายชื่อของผู้ก่อการร้ายที่จะต้องเสนอให้กับคณะกรรมการนั้น บางรัฐยังถือว่าเป็นความลับและยังได้มีการปฏิเสธที่จะแจ้งแก่บุคคลที่ถูกชื่อนับบัญชีรายชื่ออีกด้วย<sup>104</sup>

สำหรับหลักเกณฑ์ในการชื่อนับบัญชีรายชื่อของคณะกรรมการ(Guidelines of the Sanction Committee) ตามข้อมติที่ 1267 นั้น ได้กำหนดให้รัฐสมาชิกเสนอรายชื่อของผู้ที่จะถูกชื่อนับบัญชีรายชื่อพร้อมด้วยด้วยเหตุผลไปยังคณะกรรมการกำหนดโทษ ซึ่งเหตุผลดังกล่าวนี้ จะต้องมีความหนักแน่นประกอบที่ระบุถึงการมีส่วนร่วมและดำเนินกิจกรรม หรือมีความเกี่ยวข้องกับกลุ่มก่อการร้าย<sup>105</sup>

### 3.3.2 การชื่อนับบัญชีผู้ก่อการร้ายของรัฐสมาชิกตามข้อมติที่1373 (2001)

สืบเนื่องจากเหตุการณ์ก่อการร้ายต่อ World Trade Center ในนคร New York ในปี ค.ศ. 2001 คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติที่ 1373 (2001) กำหนดให้รัฐทุกรัฐบัญญัติกฎหมายภายในให้ถือว่าการก่อการร้ายเป็นความผิดทางอาญา พร้อมทั้งกำหนดให้รัฐชื่อนับบัญชีแก่ผู้ก่อการร้ายหรือให้การสนับสนุนก่อการร้ายและยังได้กำหนดให้มีการระงับการดำเนินการทาง

<sup>102</sup> “Associated with” is defined by clause 2 of Resolution 1617 to include:

[P]articipating in the financing, planning, facilitating, preparing, or perpetrating of acts or activities by, in conjunction with, under the name of, on behalf of, or in support of; supplying, selling or transferring arms and related materiel to; recruiting for; or otherwise supporting acts or activities of Al-Qaida, Usama bin Laden or the Taliban, or any cell, affiliate, splinter group or a derivative thereof.

<sup>103</sup> Ben Hayes, Terrorizing the Rule of Law: The Policy and Practice of Proscription, STATEWATCH,[online] June 2005, Available from: <http://www.statewatch.org/terrorlists/terrorlists.html>.

<sup>104</sup> The Res. 1267 Chairman, Briefings by Chairmen of Subsidiary Bodies of the Security Council, at 20, U.N. Doc. S/PV.5375 (Feb. 21, 2006).

<sup>105</sup> Security Council Committee established pursuant to Resolution 1267 (2008): Guidelines of the Committee for the conduct of its work.

ทรัพย์สิน (Freezing) และแหล่งเงินทุนของผู้กระทำการก่อการร้ายหรือผู้พยายามกระทำการก่อการร้ายหรือผู้ที่มีส่วนร่วมหรือให้การสนับสนุนการกระทำการก่อการร้าย รวมถึงองค์กรธุรกิจ (Entities) ที่กำเนินการโดยกลุ่มบุคคลดังกล่าวข้างต้น<sup>106</sup> ซึ่งผู้ที่ถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อตามข้อมติที่ 1373 จะเป็นผู้ใดก็ได้ที่รัฐได้วินิจฉัยว่าเข้าข่ายเป็นผู้ต้องสงสัยว่าเป็นผู้ ก่อการร้ายหรือสนับสนุนหรือมีส่วนร่วม ต่างจากข้อมติที่ 1267 ที่ผู้ต้องสงสัยเป็นกลุ่มก่อการร้ายตาลีบันหรืออะไคดะห์

ดังนั้น นกล่าวโดยสรุปคือข้อมติที่ 267 เป็นการกำหนดบุคคลที่จะถูกชี้ นรายชื่อ นั้น อยู่ในระดับของสหประชาชาติหมายถึงว่าเป็นอำนาจในระดับของคณะมนตรีความมั่นคงโดย คณะกรรมการกำหนดโทษ แต่ข้อมติที่ 1373 ให้อำนาจรัฐหรือองค์กรระดับภูมิภาคในการที่จะใช้ดุลพินิจในการที่จะพิจารณาเห็นควรที่จะชี้ นบัญญัติรายชื่อการก่อการร้ายแก่บุคคลที่ผิดกิจกรรมที่เข้าข่ายสงสัยว่าเกี่ยวข้องกับการก่อการร้ายโดยไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นผู้ มีส่วนกับกลุ่มก่อการร้ายอะไคดะห์หรือตาลีบันแต่อย่างใด

สำหรับผลทางกฎหมายของการถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อ (UN list) ตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามหมวด 7 นั้น ถือว่ามีผลผูกพันทางกฎหมาย (Legal binding) ต่อรัฐสมาชิกที่จะต้องนำข้อมติไปปฏิบัติ ดังนั้น นั้น บุคคล กลุ่มคนหรือองค์กรธุรกิจที่ถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อการก่อการร้ายจะถูกแช่แข็งแหล่งเงินทุน (Imposing asset freezes) ไม่ว่าจะได้มาจากแหล่งใดซึ่งอาจจะเป็นเงินเดือน หรือการขายทรัพย์สินของตน ซึ่งรวมไปถึงบัญชีเงินฝากของกลุ่มบุคคลเหล่านี้ นด้วย นอกจากนี้ แล้วยังถูกห้ามการเดินทาง (Travel bans) อีกด้วย

### 3.3.3 การลบรายชื่อออกจากบัญชีผู้ ก่อการร้าย (Delisting Process)

หลังจากที่คณะกรรมการกำหนดโทษ (UN Sanction Committee) ได้จัดทำบัญชีรายชื่อผู้ ก่อการร้ายตามข้อมติ 1267 ออกใช้บังคับ ในขณะนี้ นั้นยังไม่มีกลไกในการที่จะลบรายชื่อของผู้ที่ได้รับผลกระทบออกจากบัญชีรายชื่อการก่อการร้าย จนกระทั่ง ปี ค.ศ. 2002 คณะกรรมการได้ออกหลักเกณฑ์ (Guidelines of the UN Sanction Committee) ในการลบรายชื่อออกจากบัญชีรายชื่อการก่อการร้าย แต่อย่างไรก็ตามกระบวนการลบรายชื่อดังกล่าวได้อาศัยหลักความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic protection) เป็นหลัก<sup>107</sup>

<sup>106</sup> Security Council Resolution 1373 (2001)

<sup>107</sup> Enrico Milano, "Diplomatic Protection and Human Rights Before the International Court of Justice: Refashioning Tradition?" *Netherlands Yearbook of International Law* (2004): 85-142

สำหรับหลักเกณฑ์มาตรฐานการลบรายชื่อ (Standard of delisting) ตามข้อมติที่ 1267 นี้ มีลักษณะเหมือนกับหลักเกณฑ์มาตรฐานของการขึ้นบัญชีรายชื่อกล่าวคือไม่มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้อย่างตายตัว อีกทั้งคู่มือที่ใช้ในการขึ้นหรือลบรายชื่อที่จัดทำโดยคณะกรรมการก็ไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์มาตรฐานตายตัวเป็นหลักปฏิบัติไว้แต่อย่างใด ซึ่งคู่มือการปฏิบัติของคณะกรรมการก็ไม่ได้กำหนดว่าจะต้องมีข้อมูลหรือพยานหลักฐานใดนำมาประกอบการพิจารณาการลบรายชื่อออกจากบัญชี อีกทั้งประกอบกับบางกรณีก็ไม่ทราบว่ามีรัฐใดเป็นรัฐที่เสนอให้ขึ้นบัญชีรายชื่ออีกด้วย<sup>108</sup> ดังนั้นกระบวนการลบรายชื่อ(Process of delisting) ของบุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่ถูกขึ้นบัญชีนั้น ค่อนข้างที่จะมีปัญหาและซับซ้อนเนื่องจากจะต้องทำการเจรจากันระหว่างระผู้ขอลบรายชื่อกับรัฐที่ได้เสนอให้มีการขึ้นบัญชีรายชื่อ

กระบวนการในการลบบัญชีรายชื่อนี้ ในระยะแรกคือก่อนปี ค.ศ. 2006 หลักเกณฑ์ในการขึ้นหรือลบบัญชีได้กำหนดให้กระทำได้ 2 วิธี คือวิธีแรก ผู้ร้อง (Listed petitioner) ได้ถูกบังคับให้ต้องทำการร้องขอ(Petition) ให้ลบรายชื่อตนต่อรัฐบาล (Petitioned government) ที่ตนเป็นบุคคลมีสัญชาติอยู่หรือมีภูมิลำเนาอยู่ (State of residence or nationality/citizenship)<sup>109</sup> พร้อมกับพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าตนเองนั้น นบริสุทธิ หลังจากรัฐได้รับคำขอร้องจากผู้ร้องแล้วรัฐผู้รับเรื่องก็จะมาพิจารณาเรื่องหรืออาจจะมีกระบวนการสืบสวนภายในรัฐตนก่อน รัฐบาลของบุคคลที่ถูกขึ้นบัญชี(Petitioned government) ทำหน้าที่ในนามตัวแทนที่จะแจ้งคำร้องขอลบรายชื่อไปยังรัฐบาลประเทศที่ขอขึ้นบัญชีรายชื่อบุคคล หรือองค์กรธุรกิจนั้น (Designating government) เพื่อที่จะขอข้อมูลเพิ่มเติมหรือร้องขอให้รัฐผู้ขึ้นบัญชีรายชื่อเสนอคำร้องขอไปยังคณะกรรมการ แต่อย่างไรก็ตามรัฐผู้ขึ้นบัญชีรายชื่อสามารถใช้ดุลยพินิจอย่างกว้างที่จะร้องขอหรือไม่ร้องขอให้ลบรายชื่อก็ได้โดยไม่ได้ตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องรับผิดชอบแต่อย่างใด สำหรับอำนาจการลบรายชื่อนี้ ตกอยู่ที่คณะกรรมการซึ่งจะเป็นผู้พิจารณาคำร้องขอให้ลบรายชื่อออกโดยจะต้องได้รับความเห็นเป็นเอกฉันท์ที่ 15 รัฐสมาชิกของคณะกรรมการ

วิธีที่สอง ผู้ร้องสามารถที่จะร้องไปยังผู้ประสานงานกลาง(Focal Point) ซึ่งถูกตั้งขึ้นโดยข้อมติที่ 730 (2006) โดยมีหน้าที่เสมือนตู้รับจดหมาย(Mailbox) รับเรื่องร้องขอการลบ

<sup>108</sup> 158. Thomas J. Biersteker & Sue E. Eckert, Strengthening Targeted Sanctions through Fair and Clear Procedures (2006).

<sup>109</sup> Security Council Committee established pursuant to Resolution 1267 (2008): Guidelines of the Committee for the conduct of its work, adopted on 7 November 2002, para 8 (e)

รายชื่อจากผู้ร้อง (Petitioner)<sup>110</sup> ตรวจสอบคำร้องที่ซ้ำกันของผู้ร้อง<sup>111</sup> แจ้งผู้ร้องถึงกระบวนการพิจารณาคำร้อง<sup>112</sup> ส่งคำร้องดังกล่าวไปยังรัฐบาลผู้ยื่นบัญชีรายชื่อและรัฐบาลของผู้ร้อง<sup>113</sup> และสุดท้ายจะต้องแจ้งแก่ผู้ร้องถึงผลของการพิจารณา<sup>114</sup> ดังนั้นจะเห็นได้ว่าหลังจากมีข้อมติที่ 1730 ออกมากระบวนการขอลบบรายชื่อทำได้สองช่องทางกล่าวคือผู้ร้องสามารถเสนอคำร้องไปยังผู้ประสานงานกลางได้โดยตรง หรือโดยช่องทางที่ 2 คือยังคงเหมือนเดิมที่จะยื่นคำร้องไปยังรัฐบาลที่ตนมีสัญชาติหรือมีภูมิลำเนาอยู่ในรัฐนั้น เป็นตัวแทนเสนอคำร้องให้ และรัฐก็มีอำนาจพิจารณาว่าจะให้ผู้ร้องเสนอคำร้องไปยังผู้ประสานงานกลางโดยตรง<sup>115</sup>

ถ้าหากว่าผู้ร้องเลือกในการที่จะยื่นคำร้องไปยังผู้ประสานงานกลางโดยตรง หลังจากที่ผู้ประสานงานกลางได้รับเรื่องคำร้องจากผู้ร้องแล้วก็จะพิจารณาตรวจสอบว่าเป็นคำร้องใหม่หรือเป็นคำร้องที่เคยยื่นแล้ว พร้อมกันนั้น ผู้ประสานงานกลางจะต้องแจ้งไปยังผู้ร้องให้ทราบถึงกระบวนการของการขอลบบรายชื่อ<sup>116</sup> นอกจากนี้ แล้วคำร้องยังจะต้องถูกส่งต่อไปยังรัฐบาลของรัฐที่ขอชื่อ นบัญชีรายชื่อผู้ร้องและรัฐบาลของรัฐที่ผู้ร้องมีสัญชาติหรือมีภูมิลำเนาอยู่ ต่อจากนั้น รัฐบาลของประเทศทั้งสองจะได้หารือกันถึงการลบบัญชีรายชื่อและหากตกลงที่จะลบบัญชีรายชื่อแล้วก็จะต้องแจ้งไปยังประธานคณะกรรมการแข่งขันเพื่อที่จะบรรจุในวาระการประชุมต่อไป<sup>117</sup>

ในกรณีที่มีการคัดค้านการลบบรายชื่อจากรัฐบาลใดรัฐบาลหนึ่งหลังจากที่ได้หารือกันแล้ว ผู้ประสานงานกลางจะต้องแจ้งไปยังคณะกรรมการและในช่วงนี้ นั้นหากว่ารัฐสมาชิกของคณะกรรมการรัฐใดมีข้อมูลในการสนับสนุนคำร้องขอลบบรายชื่อก็ให้เสนอข้อมูลดังกล่าวช่วงระยะเวลาหารือกันนี้ แต่ถ้าหากว่าไม่มีรัฐใดมีข้อมูลที่จะเสนอให้มีการลบบรายชื่อและได้ผ่านช่วงภายในระยะเวลา 3 เดือนที่เป็นช่วงปรึกษาหารือกันนั้น แล้ว ผู้ประสานงานกลางต้องแจ้งไปยังสมาชิกของคณะกรรมการและถ้าไม่มีรัฐสมาชิกคณะกรรมการรัฐใดที่จะแนะนำให้มีการลบบรายชื่อพร้อมคำอธิบายประกอบที่ต้องแจ้งไปยังประธานกรรมการแล้ว ให้ถือว่าเป็นการยกคำร้องขอการ

<sup>110</sup> Annex attached to Security Council Resolution 1730 (2006), para 1

<sup>111</sup> Annex attached to Security Council Resolution 1730 (2006), para 2, 3

<sup>112</sup> Annex attached to Security Council Resolution 1730 (2006), para 4

<sup>113</sup> Annex attached to Security Council Resolution 1730 (2006), para 5

<sup>114</sup> Annex attached to Security Council Resolution 1730 (2006), para 8

<sup>115</sup> Preamble to Annex I of U.N. Security Resolutoin 1730 (2006)

<sup>116</sup> Annex I of U.N. Security Resolutoin 1730 (2006) para. 1-4

<sup>117</sup> Annex I of U.N. Security Resolutoin 1730 (2006) para. 5

ลบรายชื่อและประธานจะต้องแจ้งคำวินิจฉัยไปยังผู้ประสานงานกลางเพื่อที่จะแจ้งผลของคำวินิจฉัยแก่ผู้ร้องต่อไป<sup>118</sup>

สำหรับความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานในการที่ชี้ นบญชีรายชื่อบุคคลนี้ ยังมีข้อจำกัด ดังจะเห็นได้จากกรณีตัวอย่างของการชี้ นบญชีการก่อการร้ายของคณะกรรมการที่ชี้ นบญชีบุคคลสัญชาติสวีเดน 3 คนคือ Abdirisak Aden, Abdi Abdulaziz Ali, และ Yusuf Ahmed Ali<sup>119</sup> บุคคลดังกล่าวได้ถูกคณะกรรมการชี้ นบญชีการก่อการร้ายเมื่อ 9 พฤศจิกายน ค.ศ. 2001<sup>120</sup> ต่อมารัฐบาลสวีเดนได้ขอข้อมูลการชี้ นบญชีรายชื่อบุคคลเหล่านี้ จากคณะกรรมการและรัฐบาลสหรัฐอเมริกา ซึ่งต่อมารัฐบาลสวีเดนพิจารณาพยานหลักฐานดังกล่าวแล้วพบว่าไม่เพียงพอต่อการถูกกล่าวหาและไม่เพียงพอต่อการดำเนินการดำเนินคดีกับบุคคลเหล่านี้<sup>121</sup> ซึ่งกรณีดังกล่าวส่งผลต่อความน่าเชื่อถือด้านพยานหลักฐานในการชี้ นบญชีรายชื่อและการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการต่อมารัฐบาลสวีเดนได้ร้องขอให้คณะกรรมการทบทวนนบญชีรายชื่อแต่ถูกปฏิเสธที่จะลบรายชื่อของบุคคลทั้งสามออกจากนบญชีรายชื่อการก่อการร้าย จนในที่สุด Abdirisak Aden, Abdi Abdulaziz Ali ได้ถูกลบชื่อออกจากนบญชีเมื่อ 5 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2002<sup>122</sup> สำหรับ Yusuf Ahmed Ali ได้ถูกลบรายชื่อออกเมื่อวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 2006<sup>123</sup>

สำหรับกระบวนการลบบนญชีรายชื่อที่จัดทำขึ้น ระดับรัฐหรือองค์กรส่วนภูมิภาคนั้น จะชี้ นบญชีอยู่กับกฎหมายภายในของรัฐที่จะกำหนดให้ผู้ที่มิอำนาจยื่นขอลบรายชื่อและยื่นต่อศาลหรือว่าหน่วยงานภายในของรัฐโดยที่ชี้ นบญชีอยู่กับหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้เป็นกฎหมายภายในที่นำข้อมติที่ 1373 ไปปฏิบัติ ดังนั้น ในส่วนนี้ ผู้วิจัยจะขอยกตัวอย่างการร้องขอลบบนญชีภายใต้กฎหมายไทย โดยจะกล่าวไว้ในหัวข้อที่ 3.4.3 ต่อไป

<sup>118</sup> Annex I of U.N. Security Resolutoin 1730 (2006) para. 6

<sup>119</sup> Case T-306/01 R, Aden and others v Council and Commission (2002) ECR II-2387

<sup>120</sup> Security Council press release SC/7206

<sup>121</sup> Statement by Margareta Linderöth, Supreme Commander at the Swedish Security Police in Dagens Eko of 14 December 2001

<sup>122</sup> Security Council press release SC/8815

<sup>123</sup> Security Council press release SC/1822

### 3.4 การบังคับมาตรการตามข้อมติการปราบปรามก่อการร้ายของรัฐสมาชิก (The implementation of UNSC sanctions by State members)

#### 3.4.1 พันธกรณีตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่มีต่อรัฐสมาชิก

บทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงช่วงระยะเวลา 40 ปีที่ผ่านมาหลังจากการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติจะเป็นการใช้อำนาจตามหมวดที่ 6 คือการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี หลังจากนั้น การใช้อำนาจด้วยวิธีดังกล่าวมักจะไม่ประสบผลสำเร็จอันเนื่องมาจากลักษณะของการพิพาทนี้ มีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น มากเกินกว่าการนำไปสู่การระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี ดังนั้น คณะมนตรีความมั่นคงจึงได้ใช้อำนาจภายใต้หมวดที่ 7 การดำเนินการเกี่ยวกับการคุกคามต่อสันติภาพ การละเมิดสันติภาพ และการกระทำการรุกราน โดยเฉพาะมาตรา 41 ได้ให้อำนาจแก่คณะมนตรีความมั่นคงในการออกข้อมติใช้มาตรการการลงโทษหรือแซงชั้นทางเศรษฐกิจ<sup>124</sup>

ในอดีตนี้ นมาตรการแซงชั้นทางเศรษฐกิจดังกล่าวได้ใช้กับรัฐเท่านั้น และต่อมาได้มาบังคับใช้กับบุคคลและพัฒนาการกว้างมากขึ้น จนกระทั่งบังคับใช้ในการห้ามบิน ประกอบกับมาตรา 25 กำหนดให้ประเทศสมาชิกสหประชาชาติมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ<sup>125</sup> และกฎบัตรสหประชาชาติยังได้หนดพันธกรณีต่อรัฐสมาชิกตามมาตรา 48 อีกว่ารัฐสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามข้อมตินี้ ทั้งหมดหรือบางส่วนแล้วแต่คณะมนตรีความมั่นคงจะวินิจฉัย<sup>126</sup> ดังนั้น จะเห็นได้ว่าหากพิจารณาในถ้อยคำตามมาตรา 25 และมาตรา 48 แห่งกฎบัตรแล้วจะเห็นว่ารัฐสมาชิกตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรการแซงชั้นทางเศรษฐกิจตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง

การที่คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติให้มาตรการเกี่ยวกับการต่อต้านการก่อการร้ายและการขึ้นบัญชีรายชื่อนี้ พันธกรณีตามข้อมติได้ตกแก่รัฐสมาชิกก็คือว่ารัฐสมาชิกมี

<sup>124</sup> Article 41 "The Security Council may decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions, and it may call upon the Members of the United Nations to apply such measures. These may include complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio, and other means of communication, and the severance of diplomatic relations".

<sup>125</sup> U.N. Charter Article 25 "The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter".

<sup>126</sup> U.N. Charter Article Article 48 "1) The action required to carry out the decisions of the Security Council for the maintenance of international peace and security shall be taken by all the Members of the United Nations or by some of them, as the Security Council may determine."

พันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรการต่างๆ ที่กำหนดไว้ในข้อมติเท่านั้น รัฐสมาชิกไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อมติหรืออำนาจการทบทวนข้อมติแต่อย่างใดเนื่องจากว่าข้อมติดังกล่าวไม่ได้เปิดช่องทางใด ดังนั้นรัฐสมาชิกจึงไม่มีอำนาจในการที่จะทบทวนหรือแก้ไขข้อมติของผู้ออกการร้าย นั่นหมายความว่ารัฐสมาชิกมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามการระงับการดำเนินการกับทรัพย์สินหรือแข็งแข็งทรัพย์สินของผู้คนที่ถูกชี้ นบญชึ้นนับตั้งแต่วัยชื้อของบุคคลเหล่านั้น นั้นได้บรรจุอยู่ในบญชึ้น และข้อมติไม่ได้ให้อำนาจการวินิจฉัยหรือการทบทวนการบังคับใช้ตามข้อมติแต่อย่างใดแม้แต่ศาลภายในของรัฐสมาชิกเอง<sup>127</sup> นอกจากนี้ แล้วคณะมนตรีความมั่นคงยังได้เน้นย้ำ สิ่งที่คุณมนตรีความมั่นคงคาดหวังว่ารัฐสมาชิกจะได้บังคับใช้มาตรการปฏิบัติดังกล่าวดุจอย่างเช่นเป็นการปกป้องผลประโยชน์ของชาติของตนเองอีกด้วย<sup>128</sup>

### 3.4.2 การบังคับใช้มาตรการตามข้อมติของรัฐสมาชิกสหประชาชาติ (National implementation of UNSC sanctions)

การบังคับใช้มาตรการทางเศรษฐกิจ (Economic sanctions) ตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งรัฐสมาชิก (UN member states) ถือว่ามีความสำคัญอย่างมาก เนื่องจากจะนำมาซึ่งการมีประสิทธิภาพของการแข่งขัน ในปัจจุบันการนำมาตรการมาปฏิบัติของรัฐสมาชิกนี้ มีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ซึ่งแตกต่างจากการบังคับโดยวิธีดั้งเดิมคือการห้ามนำเข้าหรือส่งออกสินค้า (Trade embargo) กับประเทศที่ถูกบังคับที่เป็นรัฐ (Directed to States) แต่อย่างไรก็ตามวิวัฒนาการของการบังคับได้พัฒนาเป็นการบังคับต่อเป้าหมายหรือต่อตัวบุคคลหรือองค์กรธุรกิจ (Targeted Sanctions) ซึ่งมีใช้รัฐ (Non-State actors) ทำให้การนำมาตรการตามข้อมติไปปฏิบัติเป็นกฎหมายภายนั้นมีความยุ่งยากมากยิ่งขึ้น

แต่อย่างไรก็ตามหากคณะมนตรีความมั่นคงได้วินิจฉัยแล้วว่าได้มีการกระทำที่เป็นการคุกคามต่อสันติภาพ การละเมิดสันติภาพหรือการกระทำการรุกรานเกิดขึ้นและจักทำคำแนะนำหรือคำวินิจฉัยว่าจะใช้มาตรการอันไม่ใช้กำลังตามมาตรา 41 หรือใช้กำลังทางทหารตามมาตรา 42 แห่งกฎบัตรเพื่อธำรงไว้หรือสถาปนากลับคืนมาซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ แล้วนั้น หากคณะมนตรีได้ทำการวินิจฉัยว่าจะต้องใช้มาตรการอันไม่ใช้กำลังอาวุธตาม

<sup>127</sup> U.N. Sec. Council, Letter Dated 1 December 2005 from the Chairman of the Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1267 Concerning Al-Qaida and the Taliban and Associated Individuals and Entities Addressed to the President of the Security Council, U.N. Doc. S/2005/761 (Dec. 6, 2005)

<sup>128</sup> U.N. Sec. Council, Comm. Established Pursuant to Res. 1267, Written Assessment Pursuant to Paragraph 17 of Security Council Resolution 1617, para. 20, U.N. Doc. S/2006/1046 (Dec. 28, 2006).

นัยของมาตรา 41 แล้วนั้น คณะมนตรีความมั่นคงอาจเรียกร้องให้สมาชิกแห่งสหประชาชาติใช้มาตรการตัดความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ และการคมนาคมทางรถไฟ ทางทะเล ทางอากาศ ทางไปรษณีย์ ทางโทรเลข ทางวิทยุ และวิถีทางคมนาคมอย่างอื่นโดยสิ้นเชิง หรือแบ่งส่วน และการตัดความสัมพันธ์ทางการทูตด้วย ซึ่งมาตรการที่เป็นคำวินิจฉัยที่ได้ออกภายใต้อำนาจตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรนั้นจะมีผลผูกพันตามกฎหมายตามมาตรา 25 ของกฎบัตรที่ว่า สมาชิกของสหประชาชาติตกลงที่จะยอมรับและปฏิบัติตาม คำวินิจฉัยของคณะมนตรีความมั่นคงตามกฎหมายฉบับปัจจุบัน

แม้รัฐสมาชิกของสหประชาชาติจะตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องนำเอามาตรการตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงมาปฏิบัติภายใต้กฎหมายภายในรัฐแล้ว ทางปฏิบัติแล้วรัฐสมาชิกมีระบบกฎหมายภายในที่แตกต่างกันไปซึ่งขึ้นกับรัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐสมาชิกที่จะกำหนดว่าการรับเอาหรือการยอมข้อตกลงระหว่างประเทศมาเข้าสู่ระบบกฎหมายภายในของตน อย่างเช่นรัฐธรรมนูญของรัฐสมาชิกบางรัฐกำหนดให้สนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศนำเข้ามาปฏิบัติเป็นกฎหมายภายในได้โดยโดยมิต้องเปลี่ยนแปลง แก้ไขถ้อยคำใดๆ

ในทางตรงกันข้ามรัฐธรรมนูญบางรัฐได้กำหนดให้นำเอาข้อตกลงหรือสนธิสัญญามาปฏิบัติเป็นกฎหมายภายในนี้ จะต้องนำมาออกเป็นกฎหมายโดยเฉพาะเป็นกฎหมายที่มีโทษทางอาญาเช่น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินซึ่งจะต้องอาศัยอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา (Legislative branch) หรือกำหนดให้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร (Executive branch) เพื่อที่จะออกเป็นกฎหมาย หรือคำสั่ง หรือข้อบังคับใช้ภายในรัฐ นอกจากนี้แล้วรัฐสมาชิกจะต้องกำหนดให้มีหน่วยงานภายในรัฐเองที่จะทำหน้าที่ในการเป็นหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายที่ออกตามข้อมติอีกด้วย อย่างเช่นกำหนดให้คณะกรรมการปราบปรามการฟอกเงินที่จะต้องออกกระเปียบภายในกำหนดให้ธนาคารหรือสถาบันการเงินภายในประเทศที่จะต้องรายงานธุรกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวข้องหรือให้การสนับสนุนต่อการก่อการร้ายอีกด้วย

แม้ว่าการหาข้อยุติในการให้คำจำกัดความของคำว่า “การก่อการร้าย” จากรัฐสมาชิกสหประชาชาติที่ยังไม่สามารถที่จะหาความหมายร่วมกันได้ว่าการกระทำลักษณะใดเป็นการก่อการร้ายซึ่งรัฐแต่ละรัฐก็จะให้ความหมายในบริบทที่แตกต่างกันไป โดยบางรัฐให้ความหมายของการก่อการร้ายบริบทที่เป็นความหมายของการก่อการร้ายระหว่างประเทศและขณะบางรัฐได้ให้ความหมายในบริบทที่เป็นการก่อการร้ายภายในรัฐของตนเท่านั้น ซึ่งความหมายของผู้ก่อการร้าย



ของรัฐหนึ่งอาจจะไม่เป็นเป็นผู้ก่อการร้ายของอีกรัฐหนึ่ง หรือยิ่งไปกว่านั้น การกระทำเดียวกัน อาจจะเป็นผู้ต่อสู้เพื่อสิทธิเสรีภาพของอีกรัฐหนึ่งก็ได้ ซึ่งผลของการไม่สามารถที่จะหาความหมาย ได้ร่วมกันก่อให้เกิดการขาดประสิทธิภาพและเอกภาพในการนำข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง ไปบังคับใช้ภายในรัฐสมาชิกได้

แต่อย่างไรก็ตามการบังคับใช้มาตรการแข่งขันตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงนั้น รัฐสมาชิก ตลอดจนถึงรัฐสมาชิกในสหภาพยุโรปก็ยังประสบปัญหาการนำมาตรการการ บังคับใช้ให้เกิดความเป็นเอกภาพและประสิทธิภาพสูงสุด เนื่องจากว่ากฎบัตรสหประชาชาติไม่ได้ บัญญัติถึงวิธีการแน่นอนในการนำเอามาตรการของคณะมนตรีความมั่นคงมาบังคับใช้ภายในรัฐ ของประเทศสมาชิกดังจะเห็นได้จากการนำเอามาตรการของคณะมนตรีความมั่นคงมาปฏิบัติของ รัฐสมาชิกตั้งแต่การแข่งขันแบบดั้งเดิมคือการลงโทษทางเศรษฐกิจต่อรัฐมาจนถึงการแข่งขันแบบ เป้าหมายหรือเจาะจงต่อตัวบุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่เกี่ยวข้องหรือให้การสนับสนุนต่อการก่อการ ร้ายซึ่งวิธีการบังคับใช้ตามมาตรการนั้น มีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น กว่าวิธีการแบบดั้งเดิม

ดังนั้น ปัญหาในการบังคับใช้ของรัฐสมาชิกต่อมาตรการแข่งขันแบบเจาะจงอัน ได้แก่ ประการแรกคือการระงับการดำเนินการกับทรัพย์สินและการเงิน (Freezing of Assets and Funds) การห้ามการเคลื่อนย้ายเงินของบุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่ถูกชี้ นามบัญชีรายชื่อหรือผู้ที่มีส่วน เกี่ยวข้องนั้น ก่อให้เกิดความสับสนแก่ธนาคารและสถาบันการนิคมภายในประเทศถึงวิธีการในการ ยึดหรืออายัดหรือห้ามการเคลื่อนไหวของแห่งเงินต้องสงสัยดังกล่าว ซึ่งกรณีบังคับใช้มาตรการ ดังกล่าวของแต่ละรัฐสมาชิกนั้น มีความแตกต่างกันไป อย่างเช่นกฎหมายภายในของรัฐสมาชิก บางรัฐให้อำนาจของฝ่ายบริหารในการที่จะออกกฎ ระเบียบหรือข้อบังคับให้มีคำสั่งเฉพาะกาลให้ อำนาจแก่เจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายของรัฐมีอำนาจอายัดทรัพย์สินหรือเงิน(ad hoc order or regulations to freeze the assets) ที่ต้องสงสัยได้<sup>129</sup> บางรัฐสมาชิกอย่างเช่น New Zealand และ the United republic of Tanzania เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่มีอำนาจในการกำหนดบัญชี รายชื่อตามบัญชีของคณะมนตรีความมั่นคงเพื่อที่จะทำการอายัดทรัพย์สินหรือเงินทุน หรือรัฐ สมาชิกบางรัฐจะต้องออกเป็นกฎหมายภายในที่จะทำการอายัดทรัพย์สินหรือเงินตามมาตรการ ตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคง นอกจากนี้ แล้วกฎหมายภายในหรือรัฐธรรมนูญของรัฐสมาชิก

<sup>129</sup> These countries include Argentina, Australia, the Russian federation, Singapore, South Africa and Switzerland (see the Third report of the Analytical Support and Sanctions Monitoring Team appointed pursuant to resolution 1526 (2004) concerning Al-Qaida and the Taliban and associated individuals and entities

บางรัฐยังมีประเด็นข้อถกเถียงว่าผู้มีอำนาจในการยึดหรืออายัดทรัพย์สินหรือแหล่งเงินทุนนั้น จะตกแก่อำนาจของฝ่ายบริหารหรือว่าเป็นอำนาจของศาล<sup>130</sup>

ประการที่สองคือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงวิธีการบังคับใช้มาตรการตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงนั้น นีมีการแก้ไข เปลี่ยนแปลงละเอียดเล็กลงมาตรงบางส่วนเพื่อจุดประสงค์ด้านมนุษยธรรมมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบ่อยครั้ง ตลอดจนถึงการแก้ไข เปลี่ยนแปลงบัญชีรายชื่อได้แก้ไข เปลี่ยนแปลงบ่อยครั้ง ได้ก่อให้เกิดการปฏิบัติไม่ต่อเนื่องและขาดประสิทธิภาพ

ประการต่อมา ปัญหาในเรื่องการตีความของมาตรการแข่งขันตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงอันเนื่องมาจากคณะมนตรีความมั่นคงไม่ได้กำหนดความหมายของวิธีการหรือมาตรการไว้หรืออาจจะกำหนดความหมายที่กว้างเกินไป อย่างเช่น คณะมนตรีความมั่นคงได้กำหนดห้ามมิให้นำเข้าหรือส่งออกสิ่งของต้องห้ามแต่ไม่ได้กำหนดรายละเอียดไว้อย่างชัดเจน จึงก่อให้เกิดความสับสนแก่ประเทศสมาชิกที่จะบังคับตามมาตรการดังกล่าว นอกจากนี้ แล้วยังได้ให้ความหมายของการยกเว้นการนำเข้าหรือส่งออกเพื่อจุดประสงค์การด้านมนุษยธรรม (Humanitarian purpose) ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความสับสนแก่การบังคับใช้อีกด้วย

นอกจากนี้ แล้วยังมีปัญหาเรื่องกระบวนการในการนำไปบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกที่ใช้ระยะเวลาาน ซึ่งปัญหาดังกล่าวอาจเกิดมาจากการที่คณะมนตรีความมั่นคงที่ได้มีการแก้ไขข้อมติบ่อยครั้ง หรือการออกบัญชีรายชื่อบุคคลหรือองค์กรธุรกิจล่าช้าหรือมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือปัญหาความล่าช้าอันเกิดจากรัฐสมาชิกเองที่มีระบบกฎหมายภายในแตกต่างกันในการที่จะนำเนื้อ ความตามข้อมติมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายภายในนี้ ซึ่งจะต้องมีการบัญญัติเป็นกฎหมายภายในโดยใช้ถ้อยคำอย่างระมัดระวังดังจะเห็นได้จากการกำหนดให้มีบทความผิดของที่ถูกชี้ นบัญญัติผู้ก่อการร้ายตามข้อมติที่ 1373 เป็นต้น

### 3.4.3 การบังคับใช้มาตรการตามข้อมติปราบปรามการก่อการร้ายในประเทศไทย (Implementation of UNSC terrorist sanctions in Thailand)

ข้อมติดังกล่าวของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติในการปราบปรามการก่อการร้ายที่มีความสำคัญต่อการนำมาบังคับใช้ในประเทศไทยได้แก่ ข้อมติที่ 1267 (1999) และข้อมติที่ 1373 (2001) เหตุที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ออกข้อมติที่ 1267 (1999) ก็เพื่อที่

<sup>130</sup> Report of the Argentine Republic on the implementation of SC Res. 1455 (2003), UN Doc. S/AC.37/2003/(1455)/29, x 2.

บังคับกับกลุ่มก่อการร้ายสองกลุ่มคือ กลุ่มตาลีบัน(Taliban) และกลุ่มก่อการร้าย อะไคเดห์ (Al-Qaida) ข้อมติได้กำหนดให้มี คณะกรรมการกำหนดบทลงโทษ (Taliban and Al-Qaida Sanctions Committee) ทำหน้าที่ในการจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ก่อการร้ายระดับสหประชาชาติพร้อมทั้งได้ทำการระงับการดำเนินการกับทรัพย์สิน(Freeze) ของกลุ่มก่อการร้ายเหล่านั้น

ส่วนข้อมติที่ 1373 (2001) คณะมนตรีความมั่นคงมีวัตถุประสงค์ให้รัฐสมาชิก ออกกฎหมายภายในรัฐโดยการบัญญัติการก่อการร้ายเป็นความผิดทางอาญาพร้อมทั้งเรียกร้องให้ดำเนินการระงับการดำเนินการกับทรัพย์สินของผู้ก่อการร้ายนั้น รัฐบาลไทยได้นำข้อมติดังกล่าวที่ว่าด้วยการปราบปรามการก่อการร้ายและการระงับการดำเนินการกับทรัพย์สิน (Freeze) ของผู้ก่อการร้ายมาบังคับใช้ในประเทศไทยโดยการแยกดำเนินการออกเป็นสองส่วนคือ ส่วนแรกคือการบัญญัติให้การก่อการร้ายเป็นความผิดทางอาญาโดยการออกเป็นพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในลักษณะ 1/1 ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย (Offence in Respect of Terrorisation) ส่วนที่สองคือ การขึ้นบัญชีรายชื่อของบุคคลที่ถูกกำหนดว่าเป็นผู้ก่อการร้ายและการดำเนินการระงับการดำเนินการกับทรัพย์สินของผู้ก่อการร้ายโดยการออกเป็นพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย พ.ศ. 2556<sup>131</sup> และได้บังคับใช้เมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2556 นี้เอง

(ก) การบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย (Criminalization of terrorist in Thailand)

รัฐบาลได้กำหนดให้การก่อการร้ายเป็นความผิดทางอาญาโดยบัญญัติและได้กำหนดให้ความหมายของ “การกระทำความผิดก่อการร้าย” ไว้ตามมาตรา 135/1<sup>132</sup> ได้แก่การ

<sup>131</sup> Anti-Terrorist Financing Act, BE 2556 (2013), Published in the Government Gazette: volume 130/part 11 A/page 1/1 February 2013.

<sup>132</sup> Section 135/1 Whoever, performing the Criminal Offence, as follows: Commit an act of violence or exercise any act to cause a danger to life or a body harm or any person's freedom harm seriously; Commit any act to cause seriously injury to transportation-system, communication-system or structure base of public interest;

Commit any act to cause injury to any State's property or any person's property or an envelopment to cause likely cause an important economic injury;

If such act is made by the aim to treated or enforce Thai Government, Foreign Government or International Organization make or not to make any act to cause seriously injury or for making a disorder by causing the people to

กระทำ (1) ใช้กำลังประทุษร้าย หรือกระทำการใดอันก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต หรืออันตรายอย่างร้ายแรงต่อร่างกาย หรือเสรีภาพของบุคคลใด ๆ หรือ (2) กระทำการใดอันก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ระบบการขนส่งสาธารณะ ระบบโทรคมนาคม หรือโครงสร้างพื้นฐานอันเป็นประโยชน์สาธารณะ หรือ (3) กระทำการใดอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของรัฐหนึ่งรัฐใด หรือของบุคคลใด หรือต่อสิ่งแวดล้อม อันก่อให้เกิดหรือน่าจะก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจอย่างสำคัญ โดยมีเจตนาพิเศษคือ ถ้าการกระทำนั้น ได้กระทำโดยมีความมุ่งหมายเพื่อขู่เข็ญหรือบังคับรัฐบาลไทย รัฐบาลต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ ให้กระทำหรือไม่กระทำการใดอันจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือเพื่อสร้างความปั่นป่วนโดยให้เกิดความหวาดกลัวในหมู่ประชาชน ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำความผิดฐานก่อการร้าย ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สามปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงหนึ่งล้านบาท

นอกจากนี้ แล้วรัฐบาลไทยยังได้กำหนดให้การขู่เข็ญว่าจะก่อการร้ายหรือตระเตรียมการก่อการร้าย เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาตามมาตรา 135/2<sup>133</sup> และยังสามารถให้ผู้สนับสนุนการก่อการร้ายที่กำหนดไว้ในมาตรา 135/1-135/2 เป็นความผิดตามมาตรา 135/3<sup>134</sup> อย่างไรก็ตามกฎหมายได้ยกเว้นการกระทำในการเดินขบวน ชุมนุม ประท้วง ได้แย่ง หรือเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องให้รัฐช่วยเหลือหรือให้ได้รับความเป็นธรรมอันเป็นการใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ไม่เป็นการกระทำความผิดฐานก่อการร้าย

---

be terrified, such person committing an offence of terrorization must be punished with death, imprisonment for life or imprisonment from three years to twenty years and fine from six ten thousands Baht to one million Baht;

Doings by demonstration, convocation, protestation, argument or movement for demanding Government aid or to be received Justice is not offence of terrorization.

<sup>133</sup> Section 135/2 of Thai Penal Code states: "Whoever:

1. Treated to make a terrorization under circumstances advisable to be believed that such person will do as treatment really; or

2. Collect forces or arms, procure or gather property, give or receive a training terrorization, prepare any other act or conspire each other to terrorize or commit any offence in a part of plan to terrorize or abet people into a part of terrorization or ones know the terrorists and commit any act to be covered;

Such person shall be imprisoned as from two years to ten years and fined as from four ten thousands Baht to two hundred thousands Baht."

<sup>134</sup> Section 135/3 of Thai Penal Code states: "Whoever to be supporter in committing offence under Section 135/1 or Section 135/2 shall be liable to the same punishment as principal in such offence."

สำหรับผู้ก่อการร้ายที่คณะกรรมการการแขงขันได้ชี้ นบัญญัติรายชื่อไว้ในระดงองค์การสหประชาชาตินี้ น รัฐบาลไทยได้กำหนดให้การที่ถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อการก่อการร้ายของคณะมนตรีความมั่นคงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 135/4<sup>135</sup> ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดเป็นสมาชิกของคณะบุคคลซึ่งมีข้อมติของ หรือประกาศภายใต้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติกำหนดให้เป็นคณะบุคคลที่มีการกระทำ อันเป็นการก่อการร้ายและรัฐบาลไทยได้ประกาศให้ความรับรองข้อมติหรือประกาศดังกล่าวด้วยแล้ว ผู้นี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี และปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท”

นอกจากคำว่า “การก่อการร้าย” ได้ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาแล้วยังมีคำว่า “การก่อการร้าย” ตามมาตรา 3<sup>136</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย พ.ศ. 2556 ซึ่งได้ให้ความหมายของคำว่า การก่อการร้ายที่กว้างกว่าการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือให้รวมถึงการก่อการร้ายภายใต้อนุสัญญาหรือพิธีสารระหว่างประเทศอีกด้วย

(ข) การชี้ นบัญญัติและลบบัญญัติรายชื่อผู้ ก่อการร้ายในประเทศไทย (Listing and De-listing of terrorist or designated person in Thailand)

ในการจัดทำบัญญัติรายชื่อการก่อการร้ายและดำเนินระงับการดำเนินการกับทรัพย์สินของผู้ ก่อการร้ายตามข้อมติที่ 1373 นั้น รัฐบาลไทยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย พ.ศ. 2556 ที่ได้กำหนดกระบวนการกำหนดรายชื่อผู้ ก่อการร้าย (List and de-list) และดำเนินระงับการดำเนินการกับทรัพย์สินของผู้ ก่อการร้าย(Freeze) สำหรับการชี้ นบัญญัติผู้ ก่อการร้ายตามพระราชบัญญัตินี้ นได้แบ่งประเภทของผู้ ก่อการร้ายเป็น 2 ประเภทคือ ประเภทแรกคือ ผู้ ก่อการร้ายที่ถูกกำหนดไว้ในระดับ

<sup>135</sup> Section 135/4 of Thai Penal Code states “Whoever to be the member of a body of persons who there is resolution of or notification subject to Security Council of the United Nations Organization designating as a body of persons to have committed an act as terrorization, and Thai Government has notified to acknowledge notification or resolution as aforesaid, such person shall be imprisoned not more than seven years and fined not more than hundred thousands and four ten thousands Baht”.

<sup>136</sup> Article 3 para. 2 of Anti-Terrorist Financing Act, BE 2556 (2013) "Terrorism" means the acts constituting an offence of terrorism under the Criminal Code or the criminal acts within the scope of a terrorism-related international convention or protocol to which Thailand is a party or which is recognised by Thailand, whether the acts are committed inside or outside the Kingdom”

องค์การสหประชาชาติตามบัญชีรายชื่อผู้ก่อการร้ายของคณะมนตรีความมั่นคง (UN Security Council Consolidated List-UN list) และประเภทที่สองคือผู้ก่อการร้ายที่รัฐบาลไทยได้กำหนดขึ้น หรือตามคำสั่งศาล

ประเภทแรก คือ ผู้ก่อการร้ายตามบัญชีรายชื่อของคณะกรรมการกำหนด บทลงโทษ (Taliban and Al-Qaida Sanctions Committee) แห่งสหประชาชาติใน พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย พ.ศ. 2556 มาตรา 4 วรรคแรก<sup>137</sup> ได้กำหนดกระบวนการขึ้นบัญชีกล่าวคือ ในกรณีที่มิใช่ชื่อของหรือประกาศ ภายใต้อคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติกำหนดรายชื่อบุคคล คณะบุคคล นิติบุคคล หรือ องค์กรใดเป็นผู้ที่มีการกระทำอันเป็นการก่อการร้าย ให้สำนักงานเสนอรายชื่อดังกล่าวไปยัง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเพื่อมีคำสั่งประกาศรายชื่อ เป็นบุคคลที่ถูกกำหนดโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง ดังนั้นจะเห็นในการขึ้นบัญชีรายชื่อ ผู้ก่อการร้ายตามกรณีแรกนั้น รัฐบาลไทยมีอาจที่จะใช้ดุลพินิจในการตัดทอนรายชื่อแต่อย่างใด

สำหรับการลบบัญชีรายชื่อตามกรณีแรก ได้กำหนดไว้ในมาตรา 4 วรรคสอง<sup>138</sup> แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย พ.ศ. 2556 กล่าวคือการเพิกถอนรายชื่อของบุคคลที่ถูกกำหนดตามวรรคหนึ่ง ให้กระทำได้เมื่อมีข้อมติ ของหรือประกาศภายใต้อคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติอันเป็นผลให้ต้องเพิกถอน รายชื่อผู้นั้น นอกจากรายชื่อบุคคลที่ถูกกำหนดแล้ว ดังนั้นจะเห็นได้ว่าบุคคลที่ถูกกำหนดมีอาจที่จะ ใช้สิทธิในการร้องขอต่อศาลภายในให้เพิกถอนรายชื่อบุคคลที่ถูกกำหนดผู้นั้นได้

ประเภทที่สอง คือ ผู้ก่อการร้ายตามคำสั่งศาลไทย หรือการขึ้นบัญชีรายชื่อ ผู้ก่อการร้ายโดยอิสระของรัฐบาลไทย ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการสนับสนุน ทางการเงินแก่การก่อการร้าย พ.ศ. 2556 มาตรา 5<sup>139</sup> ได้กำหนดกระบวนการขึ้นบัญชีกล่าวคือ

<sup>137</sup> Article 4 para. 1 of Anti-Terrorist Financing Act, BE 2556 (2013) "Where any person, group of persons, legal person or organ has been listed as a terrorist by a United Nations Security Council resolution or announcement, the Office shall without delay submit the name of such person or organ to the Minister of Justice to further be entered in the list of designate persons, subject to the criteria and procedure set forth in a ministerial regulation."

<sup>138</sup> Article 4 para. 2 of Anti-Terrorist Financing Act, BE 2556 (2013) "The removal of an entry in the list of designate persons under paragraph 1 may only be made when there is a United Nations Security Council resolution or announcement leading to such removal."

<sup>139</sup> Article 6 para. 1 of Anti-Terrorist Financing Act, BE 2556 (2013) "Article 5 of Anti-Terrorist Financing Act, BE 2556 (2013) "In cases there is a reasonable suspicion according to the circumstances that any person is in

มาตรา 5 ในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าผู้ใดมีพฤติการณ์เกี่ยวข้องกับการก่อการร้ายหรือ การสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย หรือดำเนินการแทนหรือตามคำสั่งหรือภายใต้การควบคุมของบุคคลนั้น ให้สำนักงานโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการธุรกรรมพิจารณาส่งรายชื่อผู้นั้น ให้พนักงานอัยการพิจารณายื่นคำร้องฝ่ายเดียวขอให้ศาลมีคำสั่งเป็นบุคคลที่ถูกกำหนด และศาลจะสั่งตามคำขอหากมีพยานหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่า (1) ผู้นั้นมีพฤติการณ์เกี่ยวข้องกับการก่อการร้ายหรือการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย หรือ (2) ผู้นั้นดำเนินการแทนหรือตามคำสั่งหรือภายใต้การควบคุมของบุคคลที่ถูกกำหนดตาม (1) หรือ ตามมาตรา 4 และพฤติการณ์เกี่ยวข้องกับการก่อการร้ายหรือการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายหรือการดำเนินการแทนหรือตามคำสั่งหรือภายใต้การควบคุมดังกล่าวตามวรรคหนึ่ง ต้องมีอยู่ในวันที่ศาลมีคำสั่งเป็นบุคคลที่ถูกกำหนด

การลบรายชื่อผู้ก่อการร้ายตามคำสั่งศาลไทย ขอเพิกถอนได้ 2 วิธีคือ วิธีที่ 1 โดยสำนักงานตามพระราชบัญญัติคือสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน(ปปง) ทบทวนรายชื่อบุคคลที่ถูกกำหนด ถ้าเห็นว่าพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปให้สำนักงานโดยความเห็นชอบ

---

connection with terrorism or the financing of terrorism, or that any person acts on behalf of, upon instructions of or under control of such person, the Office, upon approval of the Transactional Commission, shall submit the name of the person in question to a public prosecutor to further ex parte seek a judicial order adjudging the person as a designate person.

The court shall rule in favour of the request when reasonable evidence supports the following believes:

(1) The person being in connection with terrorism or the financing of terrorism;

(2) The person acting on behalf of, upon instructions of or under control of a designate person under (1) or under section 4.

The circumstances indicating the connection with terrorism or the financing of terrorism or the acting on behalf of, upon instructions of or under control of another person as described in paragraph 1 must exist on the day the court adjudges the person in question as a designate person.

The Office shall review the list of designate persons under paragraph 1. Should it find that certain circumstances have changed, it shall, upon approval of the Transactional Commission, refer the matter to a public prosecutor to further ex parte seek a judicial order permitting the removal of the names of the relevant persons from the list.

The criteria and procedure for the deliberations of the Office and the Transactional Commission with respect to the matters under paragraphs 1 and 2 shall be set forth in a ministerial regulation. In holding its deliberations under such ministerial regulation, the Office shall set up a panel to examine the names concerned before forwarding them to the Transactional Commission for further approval.

The Office, Transactional Commission, public prosecutors and court shall expeditiously conduct the proceedings under this section."

ของคณะกรรมการธุรกรรมพิจารณาส่งเรื่องให้พนักงานอัยการพิจารณายื่นคำร้องฝ่ายเดียวขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนรายชื่อผู้นี้ นอกจากรายชื่อบุคคลที่ถูกกำหนด สำหรับหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาของสำนักงานและคณะกรรมการธุรกรรมตามวรรคหนึ่ง และวรรคสามให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยในกฎกระทรวงดังกล่าวที่เกี่ยวกับการพิจารณาของสำนักงานให้สำนักงานแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาคณะหนึ่งเพื่อพิจารณารายชื่อก่อนส่งเรื่องให้คณะกรรมการธุรกรรมพิจารณาให้ความเห็นชอบ

วิธีที่ 2 ขอเพิกถอนโดยบุคคลที่ถูกกำหนดร้องขอต่อศาลเพื่อให้พิจารณาในเรื่องขอให้ดำเนินการเพิกถอนรายชื่อออกจากรายชื่อบุคคลที่ถูกกำหนด หรือ

(ค) การระงับการดำเนินการกับทรัพย์สิน (Freez) การก่อกองร้ายในไทย

หลังจากที่สำนักงานประกาศรายชื่อบุคคลที่ถูกกำหนดตามมาตรา 4 และมาตรา 5 แล้วกระบวนการระงับการดำเนินการกับทรัพย์สิน (Freez) ภายใต้มาตรา 6<sup>140</sup> แห่งพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายก็เริ่มขึ้น โดยการแจ้งให้บุคคลที่ถูกกำหนด (Designated persons) และผู้มีหน้าที่รายงานหรือสถาบันการเงินหรือผู้ที่ครอบครองทรัพย์สินดำเนินการระงับการดำเนินการกับทรัพย์สิน (Freez) และแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สินและผู้เป็นเจ้าของหรือเคยทำธุรกรรมกับผู้ถูกกำหนด

---

<sup>140</sup> The Office shall publish the list of designated persons under sections 4 and 5 and shall require the designated persons and the reporters or the persons possessing property of the designated persons to carry out the following activities without delay:

(1) To suspend the property-related actions of the designate persons or of the persons who act on their behalves, upon their instructions or under their control;

(2) To provide to the Office the information concerning certain property the actions relating to which have been suspended; Anti-Terrorist Financing Act, BE 2556 (2013) 3

(3) To inform the Office of the current or former clients of the designated persons or the persons conducting or having conducted certain transactions with these designated persons.

The criteria and procedure for the dispatch of the list and requirement to the persons under paragraph 1 and for the activities under (1), (2) and (3) shall be set forth in the rules of the Commission.

The reporters shall determine a risk assessment policy or any guidance with a view to preventing the financing of terrorism. Otherwise, they shall take any other measures as necessary for the implementation of this Act. This shall, however, be subject to the criteria and procedure laid down by the Commission.



สำหรับสิทธิของผู้ถูกกำหนดหรือผู้ถูกระงับการดำเนินการกับทรัพย์สิน (Freeze) มีสิทธิที่จะขอศาลให้เพิกถอนการระงับการดำเนินการกับทรัพย์สิน หรือขอให้มีการสั่งอนุญาตให้ดำเนินการใด ๆ กับทรัพย์สินที่ถูกระงับการดำเนินการกับทรัพย์สิน

แต่อย่างไรก็ตามสำหรับผู้ที่ถูกกำหนดตามคณะกรรมการกำหนดบทลงโทษขององค์การสหประชาชาติไม่อาจที่จะมีช่องทางภายใต้กฎหมายไทยที่จะขอเพิกถอนรายชื่อตนออกจากบัญชีการก่อการร้ายหรือขอเพิกถอนการดำเนินการระงับการดำเนินการกับทรัพย์สิน (Freeze)

#### 3.4.4 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติระดับสหประชาชาติโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Judicial review by the International Court of Justice-ICJ)

แม้ว่ากฎบัตรสหประชาชาติกำหนดให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice-ICJ) เป็นองค์กรหลักด้านงานยุติธรรมขององค์การสหประชาชาติ แต่กฎบัตรสหประชาชาติมิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำหรือข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง<sup>141</sup> ซึ่งบทบาทของศาลภายใต้มาตรา 96<sup>142</sup> แห่งกฎบัตรได้กำหนดให้ศาลมีอำนาจในการให้ความเห็นทางกฎหมาย (Advisory opinion) ในประเด็นต่างๆ แก่สมัชชาใหญ่ (UN General Assembly) หรือคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ (UN Security Council) เมื่อองค์กรหลัก (Principle organs) เหล่านี้ร้องขอให้เพื่อให้ความเห็นที่จะนำไปพิจารณาในการออกข้อมติแม้ว่ากฎบัตรจะมีได้กำหนดให้ศาลวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติก่อนก็ตาม หรือมีบทบาทในการพิจารณาวินิจฉัยของพิพาทเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีที่คณะมนตรีความมั่นคงได้ร้องขอให้ตีความภายใต้อำนาจตามมาตรา 36(3)<sup>143</sup> แห่งกฎบัตร ดังจะปรากฏได้จากคดี Corfu

<sup>141</sup> UN Charter Article 92 states: "The International Court of Justice shall be the principal judicial organ of the United Nations. It shall function in accordance with the annexed Statute which is based upon the Statute of the Permanent Court of International Justice and forms an integral part of the present Charter."

<sup>142</sup> UN Charter Article 96 states:

1. The General Assembly or the Security Council may request the International Court of Justice to give an advisory opinion on any legal question.

2. Other organs of the United Nations and specialized agencies, which may at any time be so authorized by the General Assembly, may also request advisory opinions of the Court on legal questions arising within the scope of their activities.

<sup>143</sup> UN Charter Article 36(3) states: "In making recommendations under this Article the Security Council should also take into consideration that legal disputes should as a general rule be referred by the parties to the International Court of Justice in accordance with the provisions of the Statute of the Court."

Channel (1945) ข้อพิพาทระหว่างสหราชอาณาจักร (United Kingdom) และอัลแบเนีย (Albania) เป็นเหตุให้คณะมนตรีความมั่นคงอำนาจภายใต้หมวด 7 ออกข้อมติที่ 22 (1947) โดยมีถ้อยคำว่าคุณพิพาทควรจะหาข้อยุติกรณีพิพาททางศาล

ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติโดยพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างคณะมนตรีความมั่นคงและศาลยุติธรรมระหว่างประเทศภายใต้กฎบัตรแล้ว จะเห็นได้ว่าองค์กรหลักทั้งสองมิได้มีศักดิ์ที่เหนือกว่ากันและกันแต่อย่างใด เนื่องจากองค์กรหนึ่งทำหน้าที่ด้านรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ส่วนอีกหน่วยงานหนึ่งทำหน้าที่ด้านความยุติธรรม ประกอบกับกฎบัตรก็ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติ ในทางปฏิบัติแล้วนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมักจะไม่ก้าวล่วงการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติแต่อย่างใด ซึ่งตรงข้ามกับศาลเฉพาะกาล (Specialized international courts and tribunals) ซึ่งถือว่ามีอำนาจในการวินิจฉัยโดยชอบจากการถูกตั้งขึ้นโดยคณะมนตรีความมั่นคงและได้วินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติเมื่อมีคู่กรณีฝ่ายหนึ่งขอให้วินิจฉัย ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลอาญาเฉพาะกาลระหว่างประเทศสำหรับอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia-ICTY) ได้มีคำพิพากษาไว้ในคดี Prosecutor v. Tadić<sup>144</sup> และศาลอาญาเฉพาะกาลระหว่างประเทศสำหรับประเทศรวันดา (International Criminal Tribunal for Rwanda -ICTR) ในคดี Prosecutor v. Kanyabashi<sup>145</sup> การพิจารณาโดยชอบ อย่างไรก็ตามศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังมีอำนาจที่จะทำการตรวจสอบประเด็นปัญหาข้อกฎหมายของข้อมติที่ถูกส่งมายังศาลเพื่อขอความเห็นตามกฎบัตรมาตรา 91(1)<sup>146</sup> ดังจะเห็นได้จากการที่ศาลได้วินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติของสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ (UN Assambly General) ในคดี Certain Expenses (1961)<sup>147</sup>

สำหรับคดี Certain Expenses นั้นศาลได้ถูกขอให้วินิจฉัยว่ารัฐสมาชิกสหประชาชาติจะต้องรับผิดชอบต่อค่าใช้จ่ายตามมาตรา 17(2)<sup>148</sup> อันเป็นการปฏิบัติของกองกำลัง

<sup>144</sup> ICTY, The Prosecutor v. Tadić, Appeal Decision, 2 October 1995, paras. 14-22

<sup>145</sup> ICTR, The Prosecutor v. Kanyabashi, Decision, 8 June 1997.

<sup>146</sup> UN Charter Article 9 ((1) states: "The General Assembly or the Security Council may request the International Court of Justice to give an advisory opinion on any legal question."

<sup>147</sup> ICJ, "Certain Expense case", ICJ Report (1961)

<sup>148</sup> UN Charter Article 7 (2) states: "The expenses of the Organization shall be borne by the Members as apportioned by the General Assembly."

รักษาสันติภาพใน Congo (1960-1961) และใน Middle East (1950s) ซึ่งนำของสหรัฐอเมริกาหรือไม่ กรณีดังกล่าวฝรั่งเศสและรัสเซียอ้างว่าค่าใช้จ่ายดังกล่าวมิใช่ค่าใช้จ่ายอันเกิดจากองค์การสหประชาชาติ คดีนี้ ศาลได้วินิจฉัยว่าสมาชิกใหญ่ขององค์การสหประชาชาติมีอำนาจในการอนุมัติค่าใช้จ่ายตามข้อมติเนื่องจากว่าเป็นการปฏิบัติการเกี่ยวกับความสันติและความมั่นคงระหว่างประเทศ ซึ่งค่าใช้จ่ายดังกล่าวย่อมเป็นค่าใช้จ่ายขององค์การสหประชาชาติและรัฐสมาชิกต้องร่วมรับผิดชอบค่าใช้จ่ายภายใต้กฎบัตรด้วย

สำหรับคดีตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงอำนาจของศาลต่อการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติได้แก่ คดี Lockerbie<sup>149</sup> เกิดจากเมื่อ ปี ค.ศ. 1988 ได้มีการทำการก่อการร้ายโดยการระเบิดสายการบิน Pan American Fligjt 103 ที่เมือง Lockerbie, Scotland เป็นเหตุให้ผู้โดยสารทั้งลำเสียชีวิตโดยผู้โดยสารส่วนใหญ่สัญชาติสหรัฐ ซึ่งจากการสอบสวนปรากฏว่าผู้ก่อการร้ายคือเจ้าหน้าที่หน่วยข่าวกรองของรัฐบาลลิเบีย ต่อมาตคณะกรรมการความมั่นคงได้ออกข้อมติที่ 731(1992)<sup>150</sup> เรียกร้องให้รัฐบาลลิเบียส่งตัวผู้ก่อการร้ายทั้งสองแก่รัฐบาลสหรัฐหรืออังกฤษเพื่อดำเนินคดี กรณีดังกล่าวเป็นการขัดแย้งกันระหว่างพันธกรณีที่อยู่ภายใต้ข้อมติของคณะกรรมการความมั่นคงที่รัฐบาลลิเบียจะต้องปฏิบัติตามกฎบัตรมาตรา 103 ประกอบกับมาตรา 25 ขณะเดียวกันรัฐบาลลิเบียก็ยังอ้างว่าตนมีพันธกรณีภายใต้อนุสัญญา Montreal Convention ที่สามารถที่จะดำเนินคดีกับบุคคลทั้งสองที่ศาลภายในประเทศลิเบียได้

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิพากษาคดีดังกล่าวว่าแม้ว่าลิเบียจะอ้างว่าจะดำเนินคดีกับผู้ต้องหาทั้งสองในศาลภายในตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญา Montreal Convention แต่ว่าได้ขัดหรือแย้งกับพันธกรณีภายใต้กฎบัตรที่ลิเบียมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามกล่าวคือต้องส่งตัวผู้ต้องหาทั้งสองมาดำเนินคดีที่สหรัฐหรืออังกฤษซึ่งถือว่าเป็นพันธกรณีที่เหนือกว่าพันธกรณีตามอนุสัญญา Montreal Convention ซึ่งข้อพิพาทที่มีลักษณะของความขัดแย้งคล้ายกันกับการขัดแย้งในคดี Lockerbie case ทั้งศาลภายในรัฐเองหรือศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะพิพากษาไปในลักษณะที่ให้พันธกรณีภายใต้ข้อมติคณะกรรมการความมั่นคงหรือกฎบัตรเหนือกว่าพันธกรณีตามสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศอื่น

<sup>149</sup> ICJ, Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Provisional Measures, ICJ Reports 1992.

<sup>150</sup> UNSC Resolution 731 (1992) of 21 January 1992

สำหรับประเด็นข้อกฎหมายที่ศาลมักจะอ้างว่าศาลมีอำนาจในการวินิจฉัย ความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติคือ หลักกฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens) ตามมาตรา 53<sup>151</sup> แห่งสนธิสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties-VCLT 1969) ดังปรากฏจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Armed Activities on the Territory of the Congo (The Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)<sup>152</sup> นอกจากนี้แล้วทวิวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของข้อมดียังปรากฏในคำพิพากษาคดี Prevention and Punishment of the Crime of Genocide<sup>153</sup> ในกรณีที่ประเทศบอสเนีย (Bosnia and Herzegovina) ได้ร้องขอต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพื่อให้ศาลได้วินิจฉัยข้อมติที่ 713 (1991)<sup>154</sup> ที่ห้ามการขนส่งอาวุธให้แก่อดีตประเทศยูโกสลาเวีย ซึ่งขณะนั้นได้รวมประเทศบอสเนียเข้าด้วย ซึ่งประเทศบอสเนียอ้างว่าตนได้แยกเป็นประเทศต่างหากแล้วและมาตรการตามข้อมติอาจจะใช้บังคับแก่ประเทศบอสเนียได้เนื่องจากจะต้องใช้กำลังในการป้องกันตนเองจากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ของกองกำลังเซอร์เบียที่มีอาวุธ ซึ่งผู้พิพากษา Lauterpacht ได้วินิจฉัยข้อมติว่าขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาด(jus cogens) หรือไม่เนื่องจากการห้ามการขนส่งอาวุธที่กระทบต่อสิทธิของประเทศบอสเนียในการป้องกันตนเองจากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Prohibition against genocide) และท่านพิพากษา Lauterpacht ได้วินิจฉัยว่าหากข้อมติได้ขัดต่อหลักกฎหมายเด็ดขาดแล้วย่อมบังคับใช้ไม่ได้และตกเป็นโมฆะ(Legally null and void)<sup>155</sup>

สำหรับประเด็นการบังคับใช้ตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงในการปราบปรามการก่อการร้ายโดยการขึ้นบัญชีรายชื่อและส่งผลให้ผู้ถูกขึ้นบัญชีถูกระงับการดำเนินการทางทรัพย์สิน การห้ามเดินทางเหล่านี้ จะเข้าลักษณะของกฎหมายเด็ดขาดหรือไม่นั้น จะได้วิเคราะห์จากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรปบทที่ 5 การวินิจฉัยของศาลยุโรปต่อไป

<sup>151</sup> VCLT 1969, Article 53, Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (jus cogens) "A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character."

<sup>152</sup> ICJ Judgment, 3 February 2006, ICJ Reports 2006

<sup>153</sup> Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide', (Provisional Measures) (Bosnia v. Yugoslavia), ICJ Reports (1993).

<sup>154</sup> Security Resolution 713 (1991)

<sup>155</sup> ICJ Reports (1993), Bosnia v. Yugoslavia, pp. 438-439.

## บทที่ 4

### มาตรการบังคับการต่อต้านการก่อการร้ายตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงกับ การบังคับใช้ในสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรป (European Union-EU) เป็นองค์กรส่วนภูมิภาคระหว่างประเทศ (Regional international organization) ได้ถูกก่อตั้งตามข้อตกลงพหุภาคีของรัฐสมาชิกตามมาตรา 2(1)<sup>1</sup> ตามสนธิสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention on Law of Treaty-VCLT) ที่รัฐภาคีมีพันธกรณีจะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงตามนัยของมาตรา 26<sup>2</sup> แห่งสนธิสัญญากรุงเวียนนา และมาตรา 27<sup>3</sup> ยังกำหนดให้รัฐภาคีมีอาจจะยกเอากฎหมายของรัฐที่จะไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา ตามมาตรา 47<sup>4</sup> ของสนธิสัญญาก่อตั้ง (Treaty of the European Union-TEU) กำหนดให้สหภาพยุโรปมีสถานะเป็นบุคคลในบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ (Legal person in international law) ที่มีอำนาจที่จะเป็นคู่ภาคีในการลงนามในสนธิสัญญากับรัฐหรือองค์กรระหว่างประเทศอื่น

แม้สหภาพยุโรปไม่ได้เป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติที่มีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคง แต่ในทางปฏิบัติแล้วสหภาพยุโรปได้นำมาตรการตามข้อมติมาบังคับใช้โดยออกเป็นข้อบังคับยุโรป (EU regulations) ที่ใช้มาตรการบังคับทางเศรษฐกิจ (Economic restrictive measures) ต่อรัฐที่ละเมิดข้อมติ เช่น ข้อบังคับยุโรปต่อการแข่งขันประเทศอัฟกานิสถาน พม่า ลิเบีย และสาธารณรัฐยูโกสลาเวีย เป็นต้น สำหรับการนำข้อมติมาบังคับในสหภาพยุโรปนั้น ในขณะนั้นตกอยู่ภายใต้กรอบนโยบายร่วมด้านการต่างประเทศและความมั่นคง (Common Foreign and Security Policy – CFSP) หรือเสาหลัก (Pillar) ที่สอง ตาม

---

<sup>1</sup> VCLT Article 2 (1) For the purposes of the present Convention:

“(a) “treaty” means an international agreement governed by international law and concluded in written form:

(i) between one or more States and one or more international organizations; or (ii) between international organizations, whether that agreement is embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation.”

<sup>2</sup> VCLT Article 26, Pacta sunt servanda, states: “Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.”

<sup>3</sup> VCLT Article 27 states: “1. A State party to a treaty may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform the treaty. 2. An international organization party to a treaty may not invoke the rules of the organization as justification for its failure to perform the treaty. 3. The rules contained in the preceding paragraphs are without prejudice to article 46.”

<sup>4</sup> TEU Article 47 states: “The Union shall have legal personality.”

มาตรา 15<sup>5</sup> แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปให้อำนาจคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปมีความเห็นเป็นเอกฉันท์ที่จะมีมติออกเป็น “ข้อตกลงร่วมกัน” (Common Position) หรือ “การดำเนินมาตรการร่วมกัน” (Joint Actions) ตามมาตรา 14<sup>6</sup>

หลังจากมีข้อตกลงร่วมกันแล้วคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปได้อาศัยอำนาจมาตรา 301 และ 60 แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรปตามกรอบหรือเสาหลักที่ 1 ออกข้อบังคับยุโรป (EC regulation) และจะต้องนำไปประกาศหรือตีพิมพ์ไว้ในคำประกาศอย่างเป็นทางการของสหภาพยุโรป (Official Journal of the EU) ดังนั้นจึงมีผลโดยตรงต่อรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปที่จะต้องปฏิบัติตามข้อบังคับยุโรป สนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปได้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายยุโรปและกฎบัตรในการที่จะยอมรับมาตรการตามข้อมติเข้ามาสู่ระบบกฎหมายยุโรปโดยเฉพาะสหประชาชาติ<sup>7</sup>

ในบทนี้ จะศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายยุโรปและกฎบัตร การนำข้อมติเกี่ยวกับการต่อต้านการก่อการร้ายมาบังคับใช้ในสหภาพยุโรป การขึ้นและลงบัญชีรายชื่อผู้ก่อการร้ายและอำนาจของศาลยุติธรรมยุโรปต่อการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติดังนี้ จึงได้แบ่งการศึกษาเป็น 4 หัวข้อคือ 4.1 ระบบกฎหมายยุโรปและสถาบันสหภาพยุโรป 4.2 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายยุโรปและกฎหมายระหว่างประเทศ 4.3 กระบวนการนำข้อมติมาบังคับในสหภาพยุโรป และ 4.4 กระบวนการขึ้นบัญชี (Listing procedures) ของสหภาพยุโรป

<sup>5</sup> TEC Article 15 states: “When drawing up its proposals with a view to achieving the objectives set out in Article 14, the Commission shall take into account the extent of the effort that certain economies showing differences in development will have to sustain during the period of establishment of the internal market and it may propose appropriate provisions. If these provisions take the form of derogations, they must be of a temporary nature and must cause the least possible disturbance to the functioning of the common market”.

<sup>6</sup> TEC Article 14 states: “1. The Community shall adopt measures with the aim of progressively establishing the internal market over a period expiring on 31 December 1992, in accordance with the provisions of this Article and of Articles 15, 26, 47(2), 49, 80, 93 and 95 and without prejudice to the other provisions of this Treaty.

2. The internal market shall comprise an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured in accordance with the provisions of this Treaty.

3. The Council, acting by a qualified majority on a proposal from the Commission, shall determine the guidelines and conditions necessary to ensure balanced progress in all the sectors concerned.”

<sup>7</sup> Bethlehem, ‘Regional Interface between Security Council Decisions and Member States Implementation: The Example of the EU’ in Gowland-Debbas (2001), pp. 291–305.

#### 4.1 ระบบกฎหมายยุโรปและสถาบันสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรปได้ถูกก่อตั้งขึ้นโดยสนธิสัญญาก่อตั้งหลายฉบับเริ่มจากหลังสงครามโลกครั้งที่สอง (World War II) ปี ค.ศ. 1951 รัฐผู้ก่อตั้งได้ลงนามสนธิสัญญากรุงปารีส (Treaty of Paris) ก่อตั้งประชาคมถ่านหินและเหล็กแห่งยุโรป (European Coal and Steel Community-ECSC) และสนธิสัญญาสิ้น นศุดบังคับใช้ในปี ค.ศ. 2002 หลังจากนั้น ในปี ค.ศ. 1957 รัฐสมาชิกได้มีการลงนามสนธิสัญญากรุงโรม (Treaty of Rome) ก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Community-EEC) และได้เปลี่ยนชื่อเป็นประชาคมยุโรป (European Community-EC) ซึ่งสนธิสัญญาฉบับดังกล่าวไม่มีการกำหนดระยะเวลาสิ้นสุด ต่อมาสนธิสัญญากรุงโรมยังได้ก่อตั้งประชาคมพลังงานปรมาณูยุโรป (European Atomic Energy Community-EURATOM) และประชาคมทั้งสามได้ร่วมกันตั้งรัฐสภายุโรป (European Parliament) และศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice-ECJ) ในปี ค.ศ. 1967 ได้ลงนามสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป (Treaty on European Community-TEC) เพื่อรวมสามประชาคมเข้าด้วยกันและได้ตั้งสถาบันเพิ่มคือคณะมนตรียุโรป (Council of Minister) และคณะกรรมการยุโรป (European Commission)<sup>8</sup>

ในปี ค.ศ. 1992 ได้ลงนามสนธิสัญญามาสทริช (Treaty of Maastricht on European Union) ก่อตั้งสหภาพยุโรปมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1993 และสิ้นสุดบังคับใช้ในปี ค.ศ. 2009 โดยกำหนดโครงสร้างหลักออกเป็น 3 เสาหลัก (Pillars) คือ เสาหลักที่ 1 คือประชาคมยุโรป (EC) เป็นการทำงานเหนือรัฐร่วมกันระหว่างคณะกรรมการ (EU Commission) สภายุโรป (EU Parliament) และคณะมนตรีสหภาพยุโรป (EU Council) โดยอาศัยอำนาจตามกรอบนี้ ในการใช้มาตรการแข่งขัน ทางเศรษฐกิจ

ส่วนเสาหลักที่ 2 คือด้านนโยบายร่วมด้านต่างประเทศและความมั่นคง (Common Foreign and Security Policy-CFSP) เป็นความร่วมมือของรัฐสมาชิกในด้านนโยบายต่างประเทศ เช่น ความมั่นคงและการรักษาสันติภาพ โดยที่คณะมนตรีแห่งยุโรปจะกำหนดข้อกำหนด (EU regulation) และจะต้องได้รับความยินยอมของทุกรัฐสมาชิก ส่วนเสาหลักที่ 3 เป็นความร่วมมือด้านตำรวจและกระบวนการยุติธรรมในคดีอาญา (Police and Judicial Cooperation in Criminal matters) เช่น การก่อการร้าย ยาเสพติดและอาชญากรรม ในการออกกฎหมายตามเสาหลักที่ 2 และ 3 นี้ นอกในระดับชาติสมาชิก ส่วนจะย้ายความร่วมมือเสาหลักที่ 2 และ 3 ไปสู่เสาหลักที่ 1 ได้ นี้จะต้องอาศัยความตกลงกันระหว่างรัฐสมาชิก

<sup>8</sup> Alina Kaczorowska, *European Union Law*, (New York: Routledge-Cavendish, 2009), pp. 206-207

ต่อมาเมื่อวันที่ 1 ธันวาคม ปี ค.ศ. 2009 สนธิสัญญาลิสบอน (Lisbon Treaty)<sup>9</sup> มีผลบังคับใช้และได้ยกเลิกโครงสร้างแบบเสาหลักจึงทำให้นโยบายร่วมต่างประเทศและความมั่นคงได้สิ้นสภาพไปและได้ถูกแทนที่โดยผู้แทนระดับสูงด้านต่างประเทศและความมั่นคง (High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy) ทำหน้าที่ด้านการต่างประเทศของสหภาพยุโรป สนธิสัญญาลิสบอนประกอบด้วยสนธิสัญญา 2 ฉบับ ฉบับแรกคือ สนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดหน้าที่ของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union-TFEU) หรือเดิมคือสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป (Treaty Establishing the European Community-TEC) หรือก่อนหน้านั้นเรียกว่าสนธิสัญญาก่อตั้งเศรษฐกิจยุโรป (Treaty Establishing European Economic Community-TEEC) นั้นเอง และฉบับที่สอง สนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป (Treaty on European Union-TEU) แล้วนำมาจัดเรียงมาตราใหม่ โดยผู้วิจัยจะยังคงใช้ชื่อตามสนธิสัญญาเดิมและอ้างเลขมาตราเดิมสำหรับกรณีที่สนธิสัญญายังมีผลบังคับใช้อยู่

#### 4.1.1 สถาบันหลักของสหภาพยุโรป (Institutional Framework of the European Union)

สนธิสัญญาลิสบอนได้ถูกร่างขึ้นเพื่อปรับปรุงโครงสร้างและการบริหารงานของสหภาพยุโรปให้มีความเป็นเอกภาพและประสิทธิภาพ โดยกำหนดโครงสร้างของสถาบันหลักในมาตรา 13<sup>10</sup> แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดหน้าที่ของสหภาพยุโรป (TFEU) โดยมีสถาบันหลักที่สำคัญ ได้แก่

(ก) คณะมนตรียุโรป (The European Council) เป็นสถาบันทางการเมืองที่มีอำนาจสูงสุดของสหภาพยุโรป (Supreme political authority) ประกอบด้วย ประธานคณะมนตรียุโรป ประธานคณะกรรมการยุโรปและผู้ นำรัฐบาลหรือผู้ นำสูงสุดของทุกรัฐสมาชิกได้แก่ ประธานาธิบดีหรือนายกรัฐมนตรีมาร่วมการประชุมสุดยอด (European Summit) เพื่อกำหนดนโยบายทิศทางของสหภาพยุโรปในอนาคต การแก้ไขสนธิสัญญาสหภาพยุโรป และการแก้ปัญหาที่สำคัญของสหภาพยุโรป หรือเปรียบเสมือนสถาปนิกในการกำหนดโครงสร้างและทิศทางของ

<sup>9</sup> Treaty of Lisbon enters into force on December 1, 2009

<sup>10</sup> TFEU Article 13 (1) states: The Union shall have an institutional framework which shall aim to promote its values, advance its objectives, serve its interests, those of its citizens and those of the Member States, and ensure the consistency, effectiveness and continuity of its policies and actions. the Union's institutions shall be: the European Parliament, the European Council, the Council, the European Commission (hereinafter referred to as 'the Commission'), the Court of Justice of the European Union, the European Central Bank, and the Court of Auditors.



สหภาพยุโรป โดยมาตรา 4<sup>11</sup> แห่งสนธิสัญญายุโรปได้บัญญัติให้ “คณะมนตรียุโรปมีหน้าที่ดำเนินมาตรการต่างๆ ที่จำเป็นสำหรับการพัฒนาสหภาพยุโรปและกำหนดแนวนโยบายความสัมพันธ์กับประเทศนอกกลุ่มสมาชิก”

(ข) คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (The Council of the European Union or the Council of Minister-the Council) มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาให้ความเห็นชอบผ่านกฎหมายที่เสนอโดยคณะกรรมการยุโรปตามนัยแห่งมาตรา 16<sup>12</sup> แห่งสนธิสัญญายุโรป คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปออกเสียงให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบในการแก้ไขกฎหมายที่เสนอโดยรัฐสภายุโรป ดังนี้ กระบวนการร่างและผ่านกฎหมายของสหภาพยุโรปนี้ คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปจะทำงานร่วมกับรัฐสภาแห่งยุโรป สำหรับการออกมาตรการภายใต้เสาหลักที่ 2 และ 3 นั้นเป็นอำนาจเด็ดขาดของคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปแต่เพียงสถาบันเดียว ดังจะเห็นได้จากกรณำข้อมติผ่านนโยบายร่วมด้านการต่างประเทศและความมั่นคง (Common Foreign and Security Policy-CFSP) มาปฏิบัติในสหภาพยุโรป

ค) คณะกรรมาธิการยุโรป (European Commission-the Commission) ทำหน้าที่เป็นฝ่ายบริหารงานของสหภาพยุโรปและถือว่าเป็นสถาบันที่มีหน้าที่สำคัญคือการรักษาผลประโยชน์ของสหภาพยุโรปเพื่อการที่จะขับเคลื่อนสถาบันของยุโรปและเป็นเพียงสถาบันเดียวที่มีอำนาจในการพิจารณาร่างกฎหมายสหภาพยุโรป นอกจากนี้ แล้วยังรับผิดชอบควบคุมตรวจสอบการบังคับใช้กฎหมายยุโรปของรัฐสมาชิกตามนัยแห่งมาตรา 17(1)<sup>13</sup> แห่งสนธิสัญญายุโรป โดย

---

<sup>11</sup> TEU Article 4 states: “The European Council shall provide the Union with the necessary impetus for its development and shall define the general political guidelines thereof.

The European Council shall bring together the Heads of State or Government of the Member States and the President of the Commission. They shall be assisted by the Ministers for Foreign Affairs of the Member States and by a Member of the Commission. The European Council shall meet at least twice a year, under the chairmanship of the Head of State or Government of the Member State which holds the Presidency of the Council.

The European Council shall submit to the European Parliament a report after each of its meetings and a yearly written report on the progress achieved by the Union.”

<sup>12</sup> TEU Article 16 (1) states: “The Council shall, jointly with the European Parliament, exercise legislative and budgetary functions. It shall carry out policy-making and coordinating functions as laid down in the Treaties.”

<sup>13</sup> TEU Article 17(1) states “The Commission shall promote the general interest of the Union and take appropriate initiatives to that end. It shall ensure the application of the Treaties, and of measures adopted by the institutions pursuant to them. It shall oversee the application of Union law under the control of the Court of Justice of the European Union. It shall execute the budget and manage programmes. It shall exercise coordinating, executive and management functions, as laid down in the Treaties. With the exception of the common foreign and security

กฎหมายที่ออกนั้น จะมีในรูปแบบของข้อบังคับ(Regulation) แนวทางปฏิบัติ (Directive) และ คำสั่ง (Decision) ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าคณะกรรมการยุโรปทำหน้าที่เสมือนเป็นฝ่ายบริหารแก่ สหภาพยุโรปมีหน้าที่ในการทำข้อเสนอ (Proposals) ที่จะร่างกฎหมาย<sup>14</sup> ที่จะส่งให้รัฐสภายุโรป และคณะมนตรียุโรปในการที่จะตัดสินใจร่วมกันในการร่างกฎหมายของสหภาพยุโรป

ง) รัฐสภายุโรป (The European Parliament-EP) เป็นสถาบันเดียวที่สมาชิก รัฐสภาแห่งยุโรป (Member of the European Parliament) ได้รับเลือกตั้ง โดยตรงมาจากประชาชน ในรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป โดยที่พลเมืองของรัฐสมาชิกยุโรปที่มีสิทธิเลือกตั้งสามารถที่จะสมัคร เป็นผู้แทนหรือใช้สิทธิเลือกตั้งได้แม้ว่าจะมีถิ่นฐานอยู่นอกรัฐสัญชาติของตนเองก็ตาม สมาชิก รัฐสภายุโรปและตัวประธานสภาไม่เกิน 750 คน อยู่ได้คราวละ 5 ปี โดยอาศัยสัดส่วนจำนวน ประชากรของแต่ละรัฐที่จะได้รับเลือกเป็นตัวแทนมาทำหน้าที่แทนประชาชนสหภาพยุโรปในการ พิจารณาร่างกฎหมายสำคัญของยุโรปโดยร่วมพิจารณากับคณะรัฐมนตรียุโรป

(จ) ศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (Court of Justice of the European Union-European Court of Justice-CJEU) ประกอบด้วย 2 ศาลคือ ศาลสูงและศาลชั้นต้นยุโรป หลังจากสนธิสัญญาลิสบอนมีผลบังคับใช้มีการเปลี่ยนชื่อศาลใหม่คือ “ศาลยุติธรรมแห่งยุโรป” หรือ “ศาลสูงแห่งยุโรป” (The Court of Justice of the European Union-CJEU” or “the Court”) ซึ่งเดิมมีชื่อเป็น “The Court of Justice or the European Court of Justice-ECJ” และเรียกศาล ทัวไปหรือศาลชั้นต้นว่า “ศาลทัวไป” (General Court) หรือเดิมเรียก “ศาลชั้นต้นแห่งยุโรป” (The General Court or the Court of First Instance-CFI) โดยผู้วิจัยอ้างถึงศาลยุติธรรมแห่งยุโรปนี้ หมายถึงทั้ง “ศาลสูงแห่งยุโรป” และ “ศาลชั้นต้นแห่งยุโรป”

สนธิสัญญายุโรปได้กำหนดหน้าที่ของศาลให้ตีตามสนธิสัญญาและวางกรอบการ ที่รัฐสมาชิกจะต้องนำสนธิสัญญาไปบังคับใช้<sup>15</sup> เพื่อเป็นการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐสมาชิกซึ่ง ศาลมีอำนาจในการพิจารณาหากมีกรณีเกิดความขัดแย้งระหว่างรัฐกับรัฐหรือกับองค์กรระหว่าง

---

policy, and other cases provided for in the Treaties, it shall ensure the Union's external representation. It shall initiate the Union's annual and multiannual programming with a view to achieving inter-institutional agreements.”

<sup>14</sup> TEU Article 17(2) states “Union legislative acts may only be adopted on the basis of a Commission proposal, except where the Treaties provide otherwise. Other acts shall be adopted on the basis of a Commission proposal where the Treaties so provide.”

<sup>15</sup> TEU Article 19(3) states “The Court of Justice of the European Union shall, in accordance with the Treaties: (a) rule on actions brought by a Member State, an institution or a natural or legal person; (b) give preliminary rulings, at the request of courts or tribunals of the Member States, on the interpretation of Union law or the validity of acts adopted by the institutions; (c) rule in other cases provided for in the Treaties.”

สหภาพยุโรปหรือกับบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ซึ่งคำพิพากษาของศาลจะผูกพันทางกฎหมายต่อรัฐสมาชิกและบุคคล โดยจะกล่าวรายละเอียดเกี่ยวกับอำนาจของศาลยุโรปและผลทางกฎหมายของคำพิพากษาของศาลยุโรปในหัวข้อถัดไป

#### 4.1.2 องค์ประกอบของศาลยุติธรรมยุโรป (EU Courts) และอำนาจการพิจารณา

สนธิสัญญาลิสบอน (Treaty of Lisbon) ได้มีกำหนดให้ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปประกอบด้วยศาล 2 ศาลคือ ศาลสูงแห่งยุโรป (The Court of Justice of the European Union-CJEU or the Court) หรือเดิมคือศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (ECJ) และศาลล่างหรือศาลชั้นต้น (CFI) หรือ“ศาลทั่วไป” (General Court) โดยจะขอกกล่าวรายละเอียดดังนี้ คือ

##### (ก) ศาลยุติธรรมยุโรปหรือศาลสูงยุโรป (Court of Justice)

ศาลสูงยุโรป (CJEU or the Court) ประกอบด้วยผู้พิพากษาจำนวน 27 คนและมี Advocates General (AG) จำนวน 8 คน ทั้งผู้พิพากษาและ Advocates General รัฐสมาชิกคัดเลือกมาจากผู้พิพากษาศาลฎีกา (Highest judicial officers) หรือผู้ที่มีความสามารถเป็นที่ยอมรับและจะต้องได้รับความเห็นพ้องต้องกันของรัฐสมาชิก (Common accord of the governments of the Member States)<sup>16</sup> โดยมีคณะกรรมการสรรหาผู้พิพากษาให้คำแนะนำหลังแต่งตั้งแล้วจะต้องปฏิบัติหน้าที่วาระละ 6 ปี

Advocate General ทำหน้าที่ช่วยเหลือผู้พิพากษาในการให้ความเห็นทางคดีเชิงลึกประเด็นข้อกฎหมายแก่ผู้พิพากษาหลังจากที่ได้มีกระบวนการพิจารณา (Hearing) แต่ก่อนที่จะมีศาลมีคำตัดสิน (Judgment) ซึ่งตำแหน่ง Advocate General ได้รับความอิทธิพลมาจากระบบศาล

---

<sup>16</sup> TEU Article 223 of TEU (ex TEC Art. 167) states: “The Judges and Advocates-General of the Court of Justice shall be chosen from persons whose independence is beyond doubt and who possess the qualifications required for appointment to the highest judicial offices in their respective countries or who are jurisconsults of recognized competence; they shall be appointed by common accord of the governments of the Member States for a term of six years.

Every three years there shall be a partial replacement of the Judges and Advocates-General, in accordance with the conditions laid down in the Statute of the Court of Justice.

The Judges shall elect the President of the Court of Justice from among their number for a term of three years. He may be re-elected.

Retiring Judges and Advocates-General may be reappointed.

The Court of Justice shall appoint its Registrar and lay down the rules governing his service.

The Court of Justice shall establish its Rules of Procedure. Those Rules shall require the approval of the Council, acting by a qualified majority.”

ปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส (French Supreme Administrative Court-Conseil d'Etat) ในขณะที่มีการร่างสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (TEC) ซึ่งความเห็นทางคดี (Advisory opinion) Advocate General แต่ละท่านก็จะมีความเป็นอิสระและเป็นกลาง (Independence and impartiality) ในการให้ความเห็นทางกฎหมายและไม่ได้มีผลต่อการวินิจฉัยของศาลแต่อย่างใด ในความเป็นจริงแล้วนั้น มีอิทธิพลและส่งผลกระทบต่อคำพิพากษาเป็นอย่างมาก<sup>17</sup>

สำหรับอำนาจของศาลสูงยุโรป ได้แก่ ประการที่ 1 อำนาจในตีความสนธิสัญญาและกฎหมายยุโรปหรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของสถาบันยุโรป องค์กรย่อยหน่วยงานต่างตามนัยแห่งมาตรา 267<sup>18</sup> แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานสหภาพยุโรป (Preliminary ruling procedure) ตามที่ศาลของรัฐสมาชิกได้ร้องขอ เพื่อต้องการให้การบังคับใช้กฎหมายยุโรปเป็นเอกภาพ หรือศาลภายในรัฐสมาชิกร้องขอให้วินิจฉัยว่าสนธิสัญญาหรือกฎหมายยุโรปยังมีผลใช้บังคับอยู่หรือไม่ ในกระบวนการพิจารณาคดีนี้ เอกชนหรือรัฐสมาชิกหรือสถาบันยุโรปเองที่อาจจะถูกกระทบสิทธิมีสิทธิที่จะยื่นคัดค้านหรือเข้าเป็นคู่ความในกระบวนการพิจารณาได้ กรณีดังกล่าวศาลจะมีคำวินิจฉัยออกมาเป็นคำพิพากษาหรือคำสั่งและมีผลผูกพันทางกฎหมายต่อศาลของรัฐสมาชิกที่ร้องขอหรืออาจจะสร้างเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายยุโรปขึ้นมาใหม่ได้

ประการที่ 2 อำนาจในการวินิจฉัยกรณีที่รัฐสมาชิกไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญายุโรป (Member State failure to fulfill Treaty obligation) ตามมาตรา 258<sup>19</sup> แห่ง

---

<sup>17</sup> Takis Tridimas, "The Role of the Advocate General in the Development of Community Law", *Common Market Law Review* 34 (1997): 1349

<sup>18</sup> TFEU Article 267 of TFEU (ex TEC Art. 234) states: "The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning:

(a) the interpretation of the Treaties;

(b) the validity and interpretation of acts of the institutions, bodies, offices or agencies of the Union; Where such a question is raised before any court or tribunal of a Member State, that court or tribunal may, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment, request the Court to give a ruling thereon.

Where any such question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the Court.

If such a question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State with regard to a person in custody, the Court of Justice of the European Union shall act with the minimum of delay."

<sup>19</sup> TFEU Article 258 (ex TEC Art. 226) states: "If the Commission considers that a Member State has failed to fulfil an obligation under the Treaties, it shall deliver a reasoned opinion on the matter after giving the State

สนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานสหภาพยุโรป หากเกิดกรณีดังกล่าวขึ้น นเอกชนสามารถที่จะยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการยุโรป (the Commission) ในการที่จะวินิจฉัยว่าจะยื่นเรื่องดังกล่าวต่อศาลสูงยุโรปเพื่อให้มีการพิจารณาคำวินิจฉัยของคณะกรรมาธิการได้<sup>20</sup> หากศาลมีคำพิพากษาให้รัฐที่ละเมิดปฏิบัติตามพันธกรณีและหากรัฐพิพาทดังกล่าวไม่ยอมปฏิบัติตามก็จะมีบทลงโทษเป็นการปรับเป็นเงิน

ประการที่ 3 อำนาจในการวินิจฉัยคำร้องขอให้เพิกถอนมาตรการที่ออกโดยสถาบันยุโรปโดยเฉพาะมาตรการตามข้อบังคับยุโรป (Regulation) ข้อกำหนด (Directive) หรือคำตัดสิน (Decision) ซึ่งการร้องขอให้เพิกถอน (Request for annulment) มาตรการใดๆ ที่ออกโดยรัฐสมาชิกยุโรป (EP) หรือคณะกรรมการยุโรปอาจจะร้องขอโดยรัฐสมาชิกหรือสถาบันยุโรปซึ่งกรณีดังกล่าวศาลสูงยุโรปมีอำนาจเด็ดขาดที่จะพิจารณาพิพากษา ส่วนคำร้องที่ยื่นโดยเอกชนที่ถูกกระสิทธิจากมาตรการนั้นๆ อย่างเช่นมาตรการขึ้นบัญชีรายชื่อบุคคลที่สงสัยว่าเกี่ยวข้องกับภารกิจร้าย กรณีดังกล่าวศาลทั่วไปยุโรปหรือศาลล่างมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษา

ประการที่ 4 อำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากการกระทำของสหภาพยุโรปตามนัยแห่งมาตรา 263<sup>21</sup> แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของยุโรป (Legality of acts of the EU institutions) ซึ่งอาจเป็นการกระทำของสถาบันยุโรป องค์การรอง หรือหน่วยงานต่างๆ หากศาลวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้กระทำเหล่านั้นจะต้องหยุดการกระทำที่ไม่ชอบนี้ ภายใต้อำนาจกรณีนี้ ทั้งศาลสูงและศาลล่างยุโรปมีอำนาจพิจารณาพิพากษา ซึ่งก่อนหน้านั้น นเอกชนหรือบุคคลมีข้อจำกัดที่จะยื่นคำร้องต่อศาล ต่อมาหลังจากที่ได้มีการแก้ไขใน

---

concerned the opportunity to submit its observations. If the State concerned does not comply with the opinion within the period laid down by the Commission, the latter may bring the matter before the Court of Justice of the European Union”.

<sup>20</sup> The Commission has discretion to decide whether to enforce EU law against a violating State.

<sup>21</sup> TFEU Article 263 (ex TEC Art. 230) states: “The Court of Justice of the European Union shall review the legality of legislative acts, of acts of the Council, of the Commission and of the European Central Bank, other than recommendations and opinions, and of acts of the European Parliament and of the European Council intended to produce legal effects vis-à-vis third parties. It shall also review the legality of acts of bodies, offices or agencies of the Union intended to produce legal effects vis-à-vis third parties.

It shall for this purpose have jurisdiction in actions brought by a Member State, the European Parliament, the Council or the Commission on grounds of lack of competence, infringement of an essential procedural requirement, infringement of the Treaties or of any rule of law relating to their application, or misuse of powers”.

สนธิสัญญาสิทธิสหประชาชาติเปิดโอกาสให้บุคคลมีอำนาจที่จะยื่นคำร้องต่อศาลหากว่าคำกระทำดังกล่าวของสถาบันสหภาพยุโรปได้กระทบสิทธิโดยตรงตน<sup>22</sup>

ประการที่ 5 อำนาจในการวินิจฉัยการไม่กระทำของสถาบันยุโรป ตามมาตรา 265<sup>23</sup> แห่งสนธิสัญญาการดำเนินการสหภาพยุโรป (Failure to act by EU institution) คำร้องดังกล่าวเกิดจากการที่สถาบันสหภาพยุโรปเช่นรัฐสภายุโรป คณะกรรมาธิการยุโรปหรือคณะมนตรียุโรปถูกกล่าวหาว่ากระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือใช้อำนาจที่ผิด (Misuse of power) หรือไม่มีอำนาจที่จะกระทำแต่ได้กระทำลงไป ซึ่งการยื่นคำร้องกรณีดังกล่าวนี้ จะเกิดขึ้นหลังจากที่สถาบันสหภาพยุโรปได้ทำการลงแล้ว หากพบว่ากรกระทำของสถาบันนั้น ไม่ชอบก็จะต้องทำการตามมาตรการเท่าที่จำเป็น (the necessary measures) ตามมาตรา 266<sup>24</sup> และจะต้องได้รับการเยียวยา แต่อย่างไรก็ตามสมมติกฎหมายได้พบว่าการเยียวยาแทบไม่ได้กระทำหรือน้อยมาก<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Direct effect or concern is where there is a direct causal link between the EU measure and the effect of that measure on the legal position of the individual applying for its annulment. In practice, the Court has interpreted this to mean where the addressee of the measure had no discretion in implementing it or where any discretion was merely theoretical. See, for example, the following complaints brought against the Commission: Toepfer (1965), International Fruit Company (1971), Simmenthal (1979), Eridania (1969) and Bock (1971).

<sup>23</sup>TFEU Article 265 (ex TEC Art. 232) state: "Should the European Parliament, the European Council, the Council, the Commission or the European Central Bank, in infringement of the Treaties, fail to act, the Member States and the other institutions of the Union may bring an action before the Court of Justice of the European Union to have the infringement established. This Article shall apply, under the same conditions, to bodies, offices and agencies of the Union which fail to act.

The action shall be admissible only if the institution, body, office or agency concerned has first been called upon to act. If, within two months of being so called upon, the institution, body, office or agency concerned has not defined its position, the action may be brought within a further period of two months.

Any natural or legal person may, under the conditions laid down in the preceding paragraphs, complain to the Court that an institution, body, office or agency of the Union has failed to address to that person any act other than a recommendation or an opinion."

<sup>24</sup>TFEU Article 266 (ex TEC Art. 233) states: "The institution whose act has been declared void or whose failure to act has been declared contrary to the Treaties shall be required to take the necessary measures to comply with the judgment of the Court of Justice of the European Union.

This obligation shall not affect any obligation which may result from the application of the second paragraph of Article 340"

<sup>25</sup> Law Societies Joint Brussels Office Update Series: "Developments from the Court of Justice of the European Union", January 2010.

ประการที่ 6 อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคำร้องอุทธรณ์จากคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลล่างยุโรป ซึ่งสูงยุโรปอาจจะมีคำพิพากษาที่เห็นด้วยหรือเห็นแย้งกับศาลล่าง สำหรับผลทางกฎหมายของคำพิพากษาของศาลที่มีต่อรัฐสมาชิกนั้น หลักกฎหมายที่ตามสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป (TEU) ได้กำหนดไว้ในมาตรา 10<sup>26</sup> ซึ่งได้บัญญัติไว้เป็นการยอมรับคำพิพากษาของศาลยุติธรรมสหภาพยุโรป

(ข) ศาลทั่วไปหรือศาลชั้นต้นยุโรป (General Court-EGC)

ศาลชั้นต้นแห่งยุโรปได้เปลี่ยนชื่อใหม่เป็นศาลทั่วไป (General Court) ประกอบด้วยผู้พิพากษาจำนวน 27 คนอยู่ในตำแหน่งคราวละ 6 ปีและอาจดำรงตำแหน่งได้เป็นคราวๆ ศาลชั้นต้นนี้ จะไม่มี Advocates General มาศึกษาคดีเชิงลึกและให้ความเห็นดังศาลสูงแห่งยุโรปโดยหน้าที่ดังกล่าวนี้ ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นจะเป็นผู้ดำเนินการเอง

อำนาจของศาลชั้นต้นยุโรปนี้ ได้กำหนดไว้ในมาตรา 256<sup>27</sup> แห่งสนธิสัญญาบริหารงานสหภาพยุโรป ซึ่งอาจจะสรุปอำนาจพิจารณาพิพากษาที่สำคัญๆ ได้แก่ ประการที่ 1 คือ

---

<sup>26</sup> Article 10 "Member States shall take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfillment of the obligations arising out of this Treaty or resulting from action taken by the institutions of the Community. They shall facilitate the achievement of the Community's tasks. They shall abstain from any measure which could jeopardize the attainment of the objectives of this Treaty."

<sup>27</sup> Article 256 of TFEU (ex Article 225 TEC) states:

1. The General Court shall have jurisdiction to hear and determine at first instance actions or proceedings referred to in Articles 263, 265, 268, 270 and 272, with the exception of those assigned to a specialised court set up under Article 257 and those reserved in the Statute for the Court of Justice. The Statute may provide for the General Court to have jurisdiction for other classes of action or proceeding.

Decisions given by the General Court under this paragraph may be subject to a right of appeal to the Court of Justice on points of law only, under the conditions and within the limits laid down by the statute.

2. The General Court shall have jurisdiction to hear and determine actions or proceedings brought against decisions of the specialised courts. Decisions given by the General Court under this paragraph may exceptionally be subject to review by the Court of Justice, under the conditions and within the limits laid down by the Statute, where there is a serious risk of the unity or consistency of Union law being affected.

3. The General Court shall have jurisdiction to hear and determine questions referred for a preliminary ruling under Article 267, in specific areas laid down by the Statute. Where the General Court considers that the case requires a decision of principle likely to affect the unity or consistency of Union law, it may refer the case to the Court of Justice for a ruling. Decisions given by the General Court on questions referred for a preliminary ruling may exceptionally be subject to review by the Court of Justice, under the conditions and within the limits laid down by the Statute, where there is a serious risk of the unity or consistency of Union law being affected.

อำนาจในการวินิจฉัยคดีที่บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล (Action brought by natural or legal persons) ที่อ้างว่าได้สิทธิได้ผู้กระทบจากการกระทำหรือไม่กระทำของสถาบันยุโรป องค์กรย่อย หน่วยงานของสหภาพยุโรป ตลอดจนจนถึงการบังคับใช้กฎระเบียบยุโรปที่กระทบสิทธิของเอกชนเหล่านั้น

ประการที่ 2 อำนาจวินิจฉัยกรณีคดีที่รัฐสมาชิกได้ยื่นต่อศาลเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งโดยคณะกรรมการยุโรปที่ให้รัฐกระทำหรืองดเว้นกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ศาลยังมีอำนาจวินิจฉัยที่เอกชนได้เรียกร้องให้จ่ายค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำของสถาบันสหภาพยุโรป องค์กรย่อย หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานเหล่านั้น นอกจากรณีแล้วศาลยังได้มีอำนาจในการวินิจฉัยคำร้องขออุทธรณ์ได้บางกรณีเฉพาะเท่านั้น ในกระบวนการพิจารณานี้ บุคคลหรือเอกชนใด รัฐสมาชิกหรือแม้แต่สถาบัน หน่วยงานหรือองค์กรในสหภาพยุโรปมีสิทธิที่จะเข้าเป็นคู่ความในกระบวนการพิจารณาได้หากว่าสิทธิของตกถูกกระทบ ซึ่งคำพิพากษาของศาลทั่วไปสหภาพยุโรปนี้ สามารถที่จะอุทธรณ์ประเด็นข้อกฎหมายต่อศาลสูงสหภาพยุโรปได้

#### 4.1.3 กฎหมายแห่งสหภาพยุโรป (European Union law)

แหล่งที่มาของกฎหมายสหภาพยุโรปนี้ มี 2 แหล่ง คือ กฎหมายหลัก (Primary law) หรือสนธิสัญญา (Treaty) ซึ่งนับแต่การก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (EEC) โดยสนธิสัญญากรุงโรม (Treaty of Rome) ซึ่งได้ลงนามในปี ค.ศ. 1951 และสนธิสัญญาสหภาพยุโรปฉบับปัจจุบันคือสนธิสัญญาลิสบอน (Treaty of Lisbon) ซึ่งได้ลงนามในปี ค.ศ. 2003 ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าสนธิสัญญายุโรปเปรียบเสมือนว่าเป็นรัฐธรรมนูญของสหภาพยุโรปนี้เอง ส่วนแหล่งที่สองคือ กฎหมายรอง (Secondary law) ของสหภาพยุโรปซึ่งออกโดยสถาบันที่ของยุโรปนี้ ตามนัยแห่งมาตรา 288<sup>28</sup> ของสนธิสัญญาว่าด้วยการบริหารงานของสหภาพยุโรป (TFEU) มีอยู่ 3 ประเภทคือ

<sup>28</sup> TFEU Article 288 (ex TEC Art. 249) states: "To exercise the Union's competences, the institutions shall adopt regulations, directives, decisions, recommendations and opinions. A regulation shall have general application. It shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States. A directive shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods. A decision shall be binding in its entirety. A decision which specifies those to whom it is addressed shall be binding only on them. Recommendations and opinions shall have no binding force."



## (ก) ข้อบังคับสหภาพยุโรป (EU Regulations)

เป็นกฎหมายอันดับรองจากสนธิสัญญายุโรปที่มีผลผูกพันตามกฎหมาย (Legal binding) ต่อรัฐสมาชิก (EU State members) ที่จะต้องนำไปปฏิบัติโดยตรงทั้งหมดทุกบทมาตรา หลังจากที่ข้อบังคับได้รับความเห็นชอบร่วมกันโดยคณะมนตรียุโรป (EU Council) และรัฐสภายุโรป (EU Parliament) หรือผ่านความเห็นชอบโดยคำพิพากษาของคณะกรรมการยุโรป (EU Commission) ซึ่งผลโดยตรงทางกฎหมาย (Direct Effect) ต่อรัฐสมาชิกนั้น หมายความว่ารัฐบาลของรัฐสมาชิกนั้นๆ ไม่ต้องออกกฎหมายภายในบังคับใช้อีกและไม่สามารถที่จะเปลี่ยนแปลงบทมาตราในข้อบังคับได้

ดังนั้น เมื่อข้อบังคับหรือกฎระเบียบสหภาพยุโรปได้พิมพ์ประกาศลงในจุลสารทางการ (Official Journal) ก็มีผลบังคับใช้แล้วนั้น ผลทางกฎหมายก็คือว่าจะมีฐานะกฎหมายที่สูงกว่ากฎหมายภายใน กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือว่าข้อบังคับจะมีสภาพบังคับที่เหนือกว่ากฎหมายภายในเรื่องเดียวกัน หากกฎหมายภายในรัฐสมาชิกขัดหรือแย้งกับข้อบังคับสหภาพยุโรปแล้วจะไม่มีผลบังคับแต่อย่างใด ดังนั้น รัฐสมาชิกต้องออกกฎหมายให้สอดคล้องกับกฎระเบียบยุโรปตัวอย่าง ข้อบังคับยุโรปได้แก่ข้อบังคับว่าด้วยการเคลื่อนย้ายเสรีของแรงงาน (Reg. 1612/68 on Free Movement of Workers)

จะเห็นว่ากฎหมายของรัฐสมาชิกใช้บังคับภายในรัฐอยู่นั้น ส่วนใหญ่มาจากข้อบังคับยุโรปและเป็นส่วนน้อยเท่านั้น รัฐสมาชิกออกกฎหมายภายในเอง ผลทางกฎหมายเมื่อเกิดกรณีที่รัฐสมาชิกไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับยุโรป คือ คณะกรรมาธิการยุโรป (European Commission) ซึ่งมีหน้าที่ในการดูแลการบังคับใช้กฎหมายยุโรปของรัฐสมาชิกและสามารถที่จะฟ้องต่อศาลยุติธรรมยุโรปเพื่อให้มีการพิจารณาพิพากษา หากพบว่ารัฐสมาชิกละเมิดไม่ปฏิบัติตามกฎหมายยุโรปแล้วผลก็คือจะมีการปรับเป็นเงินแก่รัฐสมาชิกที่ละเมิด

## (ข) ข้อกำหนดยุโรป (EU Directives)

เป็นการกำหนดแนวทางแก่รัฐสมาชิกที่จะนำไปดำเนินการจัดทำเป็นกฎหมายหรือแก้ไขกฎหมายภายในของตนเอง ซึ่งไม่ปฏิบัติตามคณะกรรมการยุโรปมีอำนาจที่จะตักเตือนรัฐนั้นให้ดำเนินการตามข้อกำหนดหรืออาจจะฟ้องรัฐดังกล่าวต่อศาลยุติธรรมยุโรปเพื่อให้ปฏิบัติตามข้อกำหนด ข้อกำหนดมีจุดประสงค์ให้รัฐสมาชิกได้มีกฎหมายหรือหลักปฏิบัติที่สอดคล้องกันและข้อกำหนดนั้นมีผลผูกพันเป็นกฎหมายแก่รัฐที่ข้อกำหนดได้ระบุไว้ ดังนั้น ข้อกำหนดนั้น จะทำให้รัฐสมาชิกปฏิบัติตามข้อกำหนดที่ได้แล้วออก ซึ่งรัฐสมาชิกสามารถปรับใช้

เป็นกฎระเบียบภายในโดยคำนึงถึงข้อจำกัดและความเป็นไปได้ภายในรัฐของตน ดังนั้น การนำเอาข้อกำหนดสหภาพยุโรปของรัฐสมาชิกนั้น จะมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันไป

สำหรับข้อกำหนดยุโรปต่างจากข้อบังคับยุโรปในแง่ที่ว่า ข้อกำหนดยุโรปจะมีการออกข้อกำหนดไปยังผู้มีอำนาจในรัฐสมาชิกที่จะทำให้ข้อกำหนดยุโรปให้ถูกบังคับใช้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน โดยข้อกำหนดนั้น อาจจะมีไปยังรัฐสมาชิกใดรัฐหนึ่งหรือหลายๆ รัฐก็ได้ และกำหนดระยะเวลาให้รัฐเหล่านั้น ได้พิจารณาว่าจะใช้วิธีการออกกฎหมายด้วยวิธีใด ซึ่งข้อกำหนดมักจะเป็นการทำให้กฎหมายภายในของรัฐสมาชิกมีความใกล้เคียงกัน อย่างเช่น ข้อกำหนดเกี่ยวกับมาตรฐานความปลอดภัยของผลิตภัณฑ์ ข้อกำหนดเรื่องการยอมรับระหว่างกัน ซึ่งคุณสมบัติเกี่ยวกับทันตกรรม (Dir. 78/686 on Mutual Recognition of Dental Qualification) เป็นต้น

#### (ค) คำสั่ง (Decisions)

เป็นระเบียบข้อบังคับที่ใช้บังคับแก่รัฐบาลของรัฐสมาชิก บริษัท หรือองค์กรเอกชนต่างๆ ถือว่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่มีผลผูกพันเฉพาะปัจเจกชนที่ระบุไว้ในคำสั่ง ซึ่งคำสั่งนี้ อาจจะถูกออกโดยการพิจารณาร่วมกันของคณะมนตรียุโรปและรัฐสภายุโรป หรือจากคณะกรรมการยุโรป ซึ่งคำสั่งนี้ มีจุดประสงค์เพื่อที่จะให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหรือพลเมืองในรัฐกระทำการหรือหยุดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งคำสั่งจะออกคำสั่งตัดสินไปยังคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและมีผลผูกพันทางกฎหมายอย่างสมบูรณ์

นอกจากนี้ แล้วยังมีคำแนะนำ (Recommendations) และความเห็น (Opinions) ไม่มีผลผูกพันสถาบันหรือปัจเจกชนใด กล่าวคือไม่มีสภาพบังคับ (Soft laws) โดยต่างไปจากระเบียบข้อบังคับ ข้อกำหนดซึ่งออกโดยสหภาพยุโรปที่มีสภาพบังคับ (Hard laws) และมีผลผูกพันทางกฎหมายต่อประเทศสมาชิกแต่อย่างใดแต่ก็ให้ผลในเชิงโน้มน้าวการตัดสินใจของรัฐสมาชิกเท่านั้น นอกจากนี้ แล้วคำพิพากษาซึ่งเป็นความเห็นของศาลยุติธรรมยุโรปก็ถือว่าเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายแห่งสหภาพยุโรปอีกด้วย

สำหรับกระบวนการออกข้อบังคับ (Regulations) ของสหภาพยุโรปนี้ นสทขันที่มีอำนาจในการเสนอกฎระเบียบได้คือคณะกรรมการยุโรป (the Commission) โดยจะมีกระบวนการเป็น 2 ขั้นตอนคือ

## (ก) ขั้นตอนร่างข้อบังคับ

สนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปได้กำหนดให้คณะกรรมการการยุโรป(European Commission) เท่านั้นที่มีอำนาจในการเสนอร่างข้อบังคับแก่คณะรัฐมนตรียุโรปและสภายุโรปเป็นผู้ร่วมพิจารณาให้การรับรองเพื่อที่จะออกเป็นข้อบังคับให้ประเทศสมาชิกนำไปปฏิบัติ สำหรับขั้นตอนการร่างข้อบังคับนี้ จะมีอยู่สองระดับคือ ระดับเทคนิคและระดับการเมือง สำหรับในระดับเทคนิคนี้ เจ้าหน้าที่หรือข้าราชการในคณะกรรมการการยุโรปผู้ที่ได้รับมอบหมายจะเป็นผู้ร่างกฎข้อบังคับขึ้นแล้วส่งให้แก่ Directorate-Generals (DG) เพื่อขอคำปรึกษาซึ่งถือว่าเป็นความลับของทางราชการมาก และต่อมาร่างดังกล่าวก็จะถูกส่งต่อมายังระดับการเมืองคือให้คณะกรรมการการยุโรปในการพิจารณาเพื่อที่นำเสนอต่อคณะรัฐมนตรียุโรปและสภายุโรปในการพิจารณาต่อไป

## (ข) ขั้นตอนรับรองข้อบังคับ

หลังจากที่ร่างข้อบังคับได้ถูกส่งมายังคณะรัฐมนตรียุโรปหรือสภายุโรปในการให้การรับรองร่างข้อบังคับ ซึ่งคณะรัฐมนตรียุโรปมีอำนาจที่จะให้การรับรองแบบ Consultation ซึ่งเป็นการรับรองแบบเสียงเอกฉันท์หรือเสียงข้างมากก็ได้โดยจะเป็นการให้การรับรองแบบกระบวนการพิเศษ (Special legislative procedure) ส่วนการให้การรับรองตามกระบวนการปกติหรือแบบ Co-decision นั้น คณะรัฐมนตรียุโรปและรัฐสภายุโรปจะให้การรับรองร่างข้อบังคับแบบลงเสียงข้างมากโดยจะต้องผ่าน 2 ขั้นตอนคือ 1<sup>st</sup> Reading และ 2<sup>nd</sup> Reading และหากไม่สามารถหาข้อสรุปได้จะให้กระบวนการ Conciliation

การบังคับใช้กฎหมายยุโรปกำหนดไว้ตามมาตรา 258<sup>29</sup> แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดหน้าที่สหภาพยุโรป (TFEU) ให้คณะกรรมการการยุโรป (the Commission) มีหน้าที่ที่จะกำกับดูแล (Monitor) และหากว่ามีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม (Non-compliance) แล้วก็จะมีการเจรจาให้รัฐสมาชิก สถาบันหรือเอกชนเหล่านี้ นปฏิบัติตามด้วยความเต็มใจหรืออาจจะทำการแซงชั้น (Sanction) ต่อผู้ฝ่าฝืนเหล่านี้ น หรืออาจจะนำกรณีดังกล่าวขึ้นสู่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปในการพิจารณาวินิจฉัยต่อไป

<sup>29</sup> TFEU Article 258 (ex TEC Art. 226) states: "If the Commission considers that a Member State has failed to fulfill an obligation under the Treaties, it shall deliver a reasoned opinion on the matter after giving the State concerned the opportunity to submit its observations. If the State concerned does not comply with the opinion within the period laid down by the Commission, the latter may bring the matter before the Court of Justice of the European Union."

#### 4.1.4 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายสหภาพยุโรปและกฎหมายรัฐสมาชิก

สนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปมีลักษณะพิเศษที่ต่างไปจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศทั่วไปและต่างไปจากกฎหมายภายในรัฐ ประการแรกคือ รัฐสมาชิกได้ยินยอมที่จะจำกัดอำนาจบางส่วนของตนโดยมอบอำนาจให้สหภาพยุโรปออกกฎหมายบริหารงาน ประการที่สองคือ สนธิสัญญาก่อตั้งยุโรปถือเป็นบ่อเกิดหลักของกฎหมายยุโรปที่กำหนดการดำเนินงานโดยผ่านสถาบันยุโรปที่จะต้องทำงานร่วมกันกับรัฐสมาชิก กฎหมายยุโรปเช่นข้อบังคับและข้อกำหนดยุโรปนี้ มีผลโดยตรง(Direct effect) ต่อสถาบันยุโรป ศาลของรัฐสมาชิก บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล นอกจากนี้ แล้วสนธิสัญญาก่อตั้งยุโรปยังมีลักษณะความเป็นกฎหมายสูงสุดของระบบกฎหมายสหภาพยุโรปแต่ไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเหมือนกับรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา<sup>30</sup> และรัฐธรรมนูญของแคนาดา<sup>31</sup>

ศาลยุติธรรมยุโรปมีบทบาทสำคัญในการตีความกฎหมายยุโรปเพื่อมิให้ศาลภายในรัฐสมาชิกตีความแตกต่างกัน ศาลยุติธรรมยุโรปยังยึดหลักการที่ว่าสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปนี้เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศและรัฐสมาชิกตกอยู่ภายใต้พันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญา (Pacta sunt seranda principle) เพื่อให้การรับรองว่ารัฐสมาชิกจะได้ปฏิบัติตามอย่างเป็นเอกภาพและมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ แล้วศาลได้วางหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎหมายยุโรปในคำพิพากษาคดี Costa v. ENEL<sup>32</sup> ดังนั้น ความสัมพันธ์ ระหว่างระหว่างกฎหมายยุโรปและกฎหมายรัฐสมาชิก ได้แก่

(ก) ผลโดยตรงของกฎหมายยุโรปต่อรัฐสมาชิก(Direct applicability of EU law to National law)

<sup>30</sup> U.S. Constitution Article 6, para. 2 states "This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding."

<sup>31</sup> Constitution Act 1982, Article 52(1) states "The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect. "

<sup>32</sup> Costa v. ENEL, (1964) E.C.R. 585, (1964) 1 C.M.L.R. 425

หลักการผลโดยตรงนี้ หมายความว่ากฎหมายยุโรปถูกนำไปบังคับใช้โดยตรง ดังเช่นกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปเพื่อก่อให้เกิดการดำเนินงานอย่างมีเอกภาพและมีประสิทธิภาพสูงสุดตามมาตรา 4(3)<sup>33</sup> แห่งสนธิสัญญาสหภาพยุโรป ซึ่งหลักการผลโดยตรงของกฎหมายยุโรปที่เข้าไปสู่ระบบกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกนี้ ได้พัฒนาการมาจากการตีความของศาลยุติธรรมยุโรป ดังจะเห็นได้จากคำตัดสินครั้งประวัติศาสตร์ของศาลยุติธรรมยุโรปในปี ค.ศ. 1963 ของคดี Van Gend en Loos<sup>34</sup>

คดี Van Gend en Loos เกิดจากผู้ร้อง (Plaintiff) เป็นบริษัทในประเทศเนเธอร์แลนด์ที่ได้ฟ้องกรมศุลกากรของเนเธอร์แลนด์ที่ออกกฎระเบียบจัดประเภทของสารเคมีใหม่ อันเป็นการเพิ่มอัตราศุลกากรต่อการนำเข้าสารเคมีที่สูงกว่าสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรปตามมาตรา 12<sup>35</sup> หรือปัจจุบันคือมาตรา 37(2) แห่งสนธิสัญญากำหนดหน้าที่ของสหภาพยุโรป (TFEU) ที่ห้ามรัฐสมาชิกขึ้นอัตราศุลกากรสูงกว่าที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา ศาลของเนเธอร์แลนด์ได้ยื่นร้องขอต่อศาลยุติธรรมยุโรปให้ตีความประเด็นที่ว่ามาตรา 12 แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรปนี้มีผลโดยตรงในการก่อให้เกิดพันธกรณีแก่รัฐสมาชิกที่จะต้องนำสนธิสัญญาไปปฏิบัติในระบบกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกหรือไม่ และคนชาติของรัฐสมาชิกสามารถที่นำคดีขึ้นสู่ศาลภายในโดยอาศัยกฎหมายสนธิสัญญาก่อตั้งได้หรือไม่

ศาลยุติธรรมยุโรปได้วินิจฉัยว่าสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรปไม่เพียงแต่ที่จะกำหนดพันธกรณีแก่คนชาติของรัฐสมาชิก แต่สนธิสัญญายังให้สิทธิแก่บุคคลที่ศาลภายในที่ต้องให้การคุ้มครองอีกด้วย ดังนั้น ถ้าบุคคลไม่สามารถที่จะอ้างสิทธิของตนต่อศาลหรือต่อเจ้าหน้าที่รัฐแล้ว บุคคลย่อมมีอาจที่จะใช้สิทธิของตนได้เลย ดังนั้น จะเห็นว่ากฎหมายหรือมาตรการของสหภาพยุโรปที่ หมดไม่ได้มีผลโดยตรงต่อรัฐสมาชิกเสมอไป การที่จะมีลักษณะที่มีผลโดยตรงนี้

<sup>33</sup>TEU Article 4(3) states “Pursuant to the principle of sincere cooperation, the Union and the Member States shall, in full mutual respect, assist each other in carrying out tasks which flow from the Treaties.

The Member States shall take any appropriate measure, general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of the Treaties or resulting from the acts of the institutions of the Union.

The Member States shall facilitate the achievement of the Union's tasks and refrain from any measure which could jeopardise the attainment of the Union's objectives.”

<sup>34</sup> Case 26/62, NV. Algemene Transporten Expeditie Onderneming van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen [1963] ECR 1.

<sup>35</sup>TEEC Article 31(2) states: “Member States shall refrain from introducing between themselves any new customs duties on imports and exports or any charges having equivalent effect, and from increasing those which they already apply in trade with each other.”

กฎหมายดังกล่าวจะต้องมีความชัดเจน (Clear and precise) ไม่มีความหมายกำกวม (unambiguous) ไม่มีเงื่อนไข (unconditional) ไม่มีข้อสงวน (Reservation) จากรัฐสมาชิกและจะต้องกำหนดว่ามอบสิทธิใดโดยเฉพาะแก่บุคคลด้วย (Confer a specific right on individuals) ด้วย ข้อบังคับ (Regulation) และข้อกำหนด (Directives) สหภาพยุโรปมีผลโดยตรงด้วย

(ข) ความเป็นกฎหมายสูงสุดของสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป (The Supremacy of Community law)

คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมยุโรปในคดี Van Gend en Loos<sup>36</sup> ได้ให้การรับรองในขณะนั้นว่าระบบกฎหมายประชาคมยุโรป (EC law) เป็นระบบกฎหมายที่แยกต่างหากและแตกต่างจากกฎหมายระหว่างประเทศและระบบกฎหมายภายในรัฐสมาชิก อย่างไรก็ตามคำวินิจฉัยคดีดังกล่าวศาลมิได้กล่าวถึงหลักการความเป็นกฎหมายสูงสุดของสนธิสัญญายุโรป (Supremacy doctrine of European law) ซึ่งหลักการความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งสนธิสัญญาก่อตั้งยุโรปนี้ ได้ถูกวินิจฉัยไว้เมื่อปี.ศ. 1964 ในคำพิพากษาคดี Costa-ENEL<sup>37</sup> ซึ่งศาลได้สร้างหลักการความเป็นกฎหมายสูงสุดหากพันธกรณีของรัฐสมาชิกตามกฎหมายยุโรปแย้งกับพันธกรณีของรัฐสมาชิกตามกฎหมายภายใน ศาลพิพากษาให้พันธกรณีภายใต้กฎหมายยุโรปมีสภาพบังคับเหนือกว่าพันธกรณีภายใต้กฎหมายภายในรัฐสมาชิก

ข้อเท็จจริงคดี Costa-ENEL เกิดนาย Costa นักกฎหมายชาวอิตาลียื่นไม่ยอมชำระค่าใช้ไฟฟ้าจำนวน 1,926 โหล่าแก่บริษัท ENEL ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่นาย Costa ได้ซื้อหุ้น โดยนาย Costa ได้อ้างว่าเหตุที่ไม่ต้องจ่ายค่าไฟฟ้าเพราะว่ากฎหมายที่ทำให้กิจการตกเป็นของรัฐนั้น ได้ขัดกับสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปและได้ออกหลังจากที่อิตาลีได้ลงนามในสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ซึ่งกฎหมายรัฐธรรมนูญอิตาลีได้ใช้หลัก lex posterior derogate priori หรือหลักกฎหมายออกหลังยกเลิกกฎหมายที่ออกก่อน ศาลอิตาลีได้นำกรณีดังกล่าวขึ้นสู่ศาลยุติธรรมยุโรป

ศาลยุติธรรมยุโรปได้วินิจฉัยว่าสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปมีลักษณะเฉพาะต่างไปจากสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศทั่วไป ซึ่งได้สร้างระบบกฎหมายของประชาคมเองและได้นำเข้าสู่ระบบกฎหมายภายในรัฐสมาชิกที่รัฐสมาชิกจะต้องปฏิบัติตาม ศาลมีความเห็นต่ออีกว่าอำนาจของประชาคมยุโรปนี้ เกิดมาจากการที่รัฐสมาชิกได้

<sup>36</sup> Case 26/1962, Van Gend en Loos, (1963) ECR 1

<sup>37</sup> Case 6/64, Flaminio Costa v ENEL [1964] ECR 585.

ตกลงกันมอบอำนาจให้แก่ประชาคมและได้ยินยอมที่จำกัดอธิปไตยบางส่วนของตนลง ซึ่งหากว่ารัฐสมาชิกสามารถที่อ้างกฎหมายภายในของตนและไม่ยอมรับหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายของประชาคมแล้วก็จะก่อให้เกิดความไม่มีเอกภาพและไม่มีประสิทธิภาพของประชาคม ซึ่งจะนำไปสู่การเลือกปฏิบัติของรัฐสมาชิกได้ ศาลได้สรุปว่า สนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมเป็นสนธิสัญญามีลักษณะพิเศษและถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่อิสระจากกฎหมายภายใน ดังนั้น จึงมีอำนาจที่จะถูกหักล้าง (Overridden) โดยกฎหมายภายในรัฐได้

กรณีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎหมายสหภาพยุโรปว่าจะมีสภาพบังคับที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญของรัฐสมาชิกโดยเฉพาะประเด็นเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่นั้น ได้มีคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมยุโรปได้วินิจฉัยไว้ในคดี Internationale Handelsgesellschaft<sup>38</sup> ในปี ค.ศ. 1970 คดีเกิดจากประชาคมยุโรปได้ออกมาตรการในการควบคุมสินค้าเกษตรบางประเภท โดยกำหนดให้การส่งออกจะดำเนินการได้นั้น ผู้ส่งออกจะต้องรับใบอนุญาตส่งออกและต้องวางหลักประกันทางเศรษฐกิจไว้ด้วย หากว่าบริษัทไม่ได้นำเข้าสินค้าแล้วก็จะถูกริบเงินประกัน ซึ่งผู้ร้องได้ถูกริบเงินประกันได้ต่อสู้ว่ามาตรการดังกล่าวไม่มีผลเนื่องจากขัดกับสิทธิขั้นพื้นฐานภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันนี ที่ศาลได้วินิจฉัยว่ากฎหมายของประชาคมยุโรปมีสภาพเหนือกว่ากฎหมายภายในของรัฐสมาชิกไม่ว่ากฎหมายภายในของรัฐสมาชิกจะมีสถานะเป็นอย่างไรแม้แต่มีสถานะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยศาลได้ให้เหตุผลว่าสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรปเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่เป็นอิสระและหากว่าศาลภายในของรัฐสมาชิกมีอำนาจที่จะทบทวนความมีผลบังคับของกฎหมายประชาคมยุโรปแล้วก็จะก่อให้เกิดการขาดความเป็นเอกภาพและการไม่มีประสิทธิภาพของกฎหมายประชาคมยุโรป

(ค) การตีความกฎหมายของศาลภายในรัฐสมาชิกให้สอดคล้องต่อกฎหมายสหภาพยุโรป

ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในรัฐสมาชิกและกฎหมายยุโรปนั้น ได้ปรากฏไว้ใน คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมยุโรปในคดี Costa และในคดี Internationale Handelsgesellschaft กล่าวคือ คำวินิจฉัยในคดี Costa ได้วางหลักกฎหมายสูงสุดไว้ที่ว่ากฎหมายประชาคมยุโรปนั้นเหนือกว่ากฎหมายภายในรัฐ ส่วนในคดี Internationale Handelsgesellschaft ได้ย้ำหลักกฎหมายสูงสุดโดยวางหลักไว้ว่ากฎหมายประชาคมยุโรปนั้น

<sup>38</sup> Case 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel [1970] ECR 1125

เหนือกว่ากฎหมายภายในทุกประเภทแม้กระทั่ง รัฐธรรมนูญรัฐสมาชิกก็ตาม ดังนั้นศาลภายในจะต้องบังคับใช้กฎหมายประชาคมแม้ว่าจะเกิดความขัดแย้งกับกฎหมายภายในของตนก็ตาม

สำหรับหน้าที่ของศาลภายในรัฐสมาชิกจะต้องนำเอากฎหมายสหภาพยุโรปมาบังคับใช้แม้ว่าจะมีการขัดหรือแย้งกันกับมาตราใดมาตราหนึ่งของกฎหมายภายในฉบับใดฉบับหนึ่ง นี้ได้ปรากฏไว้ในคำวินิจฉัยในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรปในคดี *Simmenthal II*<sup>39</sup> ซึ่งข้อเท็จจริงของคดีเกิดจาก *Simmenthal* ได้นำเนื้อวัวจากฝรั่งเศสเข้าอิตาลีและจะต้องเสียค่าธรรมเนียมการตรวจด้านสาธารณสุขเมื่อเนื้อวัวผ่านด่านตรวจในอิตาลีตามกฎหมายอิตาลีออกในปี ค.ศ. 1970 แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวขัดกับสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรปและกฎหมายประชาคมยุโรปอีกสองฉบับที่ออกในปี ค.ศ. 1964 และปี ค.ศ. 1968 ตามลำดับ ซึ่งศาลอิตาลีได้วินิจฉัยประเด็นที่เจ้าหน้าที่ของอิตาลีได้ต่อสู้ 2 ประเด็นคือ

ประเด็นที่ 1 ว่ากฎหมายอิตาลีจะต้องมีสภาพบังคับเหนือกว่าเนื่องจากกฎหมายฉบับดังกล่าวของอิตาลีออกภายหลังกฎหมายประชาคมยุโรปทั้งสองฉบับ ประการที่ 2 ที่ว่าแม้ว่ากฎหมายอิตาลีจะขัดกับพันธกรณีของอิตาลีภายใต้สนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป แต่ว่าศาลอิตาลีจะต้องนำกฎหมายของอิตาลีมาปรับใช้จนกระทั่งจะมีคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีที่จะมีคำวินิจฉัยถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อกรณีดังกล่าว ในประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของอิตาลีจะต้องพิจารณาโดยศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีเท่านั้น ต่อมาคดีดังกล่าวได้นำขึ้นสู่ศาลยุติธรรมยุโรปและได้วินิจฉัยว่าเป็นหน้าที่ของศาลภายในที่จะต้องบังคับใช้กฎหมายประชาคมยุโรปอย่างเต็มที่และจะไม่นำเอากฎหมายภายในมาตราใดมาตราหนึ่งมาใช้แม้ว่ากฎหมายดังกล่าวจะออกมาภายหลังก็ตาม และไม่มีควมจำเป็นที่จะต้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายภายในรัฐที่จะขัดความขัดแย้งกันนั้น อย่างไรก็ตามคำวินิจฉัยในคดีดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้กฎหมายภายในที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายประชาคมนั้นมีผลเป็นโมฆะ แต่มีผลเพียงไม่สามารถบังคับได้

#### 4.2 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายสหภาพยุโรปและกฎหมายระหว่างประเทศ (The relationship between the EU law and international law)

เมื่อกล่าวถึงความสัมพันธ์ ระหว่างกฎหมายยุโรปและกฎหมายระหว่างประเทศ แล้วนี้ไม่สามารถที่จะนำเอาลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายยุโรปและกฎหมายภายในรัฐ

<sup>39</sup> Case 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal* [1978] ECR 629.



สมาชิกยุโรปมาเปรียบเทียบได้เนื่องจากว่า ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายยุโรปและกฎหมายภายในรัฐสมาชิกนั้น มีลักษณะเฉพาะที่เป็นลักษณะของระบบกฎหมายระหว่างประเทศแบบใหม่

อย่างไรก็ตามสิ่งที่สำคัญ 2 ประการที่จะนำมาพิจารณาถึงลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายยุโรปและกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่

#### 4.2.1 พันธกรณีของสหภาพยุโรปภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ (EU's obligations under international law)

สำหรับพันธกรณีของสหภาพยุโรปภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศอาจแบ่งที่มาได้ 2 แหล่งได้แก่ (ก) มาจากบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป (General international law norms) และ (ข) มาจากบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศพิเศษ (Special international law norms)<sup>40</sup>

(ก) มาจากบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป (General international law)

โดยหลักแล้วบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปสามารถบังคับใช้กับทุกๆ บุคคลในบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ (All subjects or legal person of international law) โดยเฉพาะบังคับใช้กับรัฐ (States) และองค์การระหว่างประเทศ (International organizations) ด้วยเหตุผลดังกล่าวแล้วสหภาพยุโรปซึ่งเป็นองค์กรส่วนภูมิภาคและมีฐานะเป็นบุคคลในบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศย่อมตกอยู่ภายใต้พันธกรณีตามบรรทัดฐานของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Norms of international customary law)<sup>41</sup> และตามหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ (General principles of international law)<sup>42</sup> ซึ่งรวมถึงบรรทัดฐานของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (International human rights norms) ซึ่งถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Samantha Besson, European Legal Pluralism after Kadi, *European Constitution Law Review*, Volume 5, Issue 2, June 2009, pp. 244-247

<sup>41</sup> ECJ, Case C-162/96, A. Racke [1998] ECR I-365, par. 45; ECJ, Case C-286/90, Poulsen and Diva Navigation [1992] ECR I-6019; ECJ, Case C-405/92, Mondiet [1993] ECR I-6133; ECJ, Case C-308/06, International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) v. Secretary of State for Transport [2008] ECR I-0000, par. 52; ECJ, Case C-203/07 P, Greece v. Commission, [2008] ECR I-0000.

<sup>42</sup> CFI, Case T-115/39, Opel Austria [1997] ECR II-39.

<sup>43</sup> T. Ahmed and I. de Jesus Butler, 'The European Union and Human Rights: An International Perspective', 17:4 *European Journal of International Law* (2006) p. 771.

(ข) มาจากบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศพิเศษ (Special international law norms)

บรรทัดฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศพิเศษหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ พันธกรณีของสหภาพยุโรปตามสนธิสัญญาหรือข้อตกลงที่สหภาพยุโรปหรือรัฐสมาชิกได้ตกลงหรือ เข้าเป็นภาคีซึ่งถือว่าเป็นแหล่งที่มาของพันธกรณีของสหภาพยุโรปภายใต้กฎหมายระหว่าง ประเทศตามข้อตกลงหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศนี้ นั่นเอง ลักษณะแหล่งที่มาของพันธกรณี ตามสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศนี้ อาจมีแหล่งที่มาได้แก่ กลุ่มที่ 1 คือ พันธกรณีตาม ข้อตกลงระหว่างประเทศที่สหภาพยุโรปได้ลงนามไว้กับรัฐที่สามหรือองค์การระหว่างประเทศอื่น ตามความหมายของมาตรา 300(7)<sup>44</sup> แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปหรือข้อตกลงที่สหภาพ ยุโรปได้ลงนามกับรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปเองซึ่งข้อตกลงเหล่านั้น ไม่ได้ก่อให้เกิดผลผูกพันทาง กฎหมายต่อสหภาพยุโรปที่จะต้องปฏิบัติตามข้อตกลง<sup>45</sup>

กลุ่มที่ 2 คือ พันธกรณีที่เกิดจากคำตัดสิน (Decisions) หรือคำวินิจฉัยของ สถาบันระหว่างประเทศหรือองค์กรหลักที่ถูกตั้ง ขึ้น โดยข้อตกลงระหว่างประเทศของสหภาพยุโรป ส่วนกลุ่มที่ 3 คือ พันธกรณีที่เกิดจากข้อตกลงระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปด้วยกันเองหรือ ข้อตกลงระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปกับรัฐที่สาม ซึ่งทั้งสองกรณีได้ลงนามก่อนการก่อตั้ง สหภาพยุโรปในปี ค.ศ. 1957 ตามนัยแห่งมาตรา 307<sup>47</sup> หรือรัฐสมาชิกได้ทำข้อตกลงบางเรื่องหลัง ปี 1957 ที่เป็นอำนาจเฉพาะของรัฐสมาชิกเท่านั้น (Pre-EC competence) ตามสนธิสัญญาก่อตั้ง ได้เปิดให้รัฐสมาชิกมีอำนาจทำข้อตกลงในบางเรื่องได้<sup>48</sup> ซึ่งข้อตกลงเหล่านี้ รัฐสมาชิกได้ทำขึ้น อาจให้อำนาจแก่รัฐสมาชิกเป็นข้อยกเว้นต่อกฎหมายหลักของสหภาพยุโรปได้<sup>49</sup>

<sup>44</sup>TEC Article 300 (7) states: "Agreements concluded under the conditions set out in this Article shall be binding on the institutions of the Community and on Member States."

<sup>45</sup> ECJ, Case C-459/03, Commission v. Ireland (Mox plant) [2006] ECR I-4635.

<sup>46</sup> ECJ, Case C-192/89, Sevince [1990] ECR I-3461; ECJ, Case C-188/91, Deutsche Shell [1993] ECR I-363.

<sup>47</sup>TEC Article 307 states: "The rights and obligations arising from agreements concluded before 1 January 1958 or, for acceding States, before the date of their accession, between one or more Member States on the one hand, and one or more third countries on the other, shall not be affected by the provisions of this Treaty."

<sup>48</sup>I. Klabbers, 'Moribund on the Fourth July: The Court of Justice on Prior Agreements of the Member States', 26 European Law Review (2001) p. 187.

<sup>49</sup> ECJ, Case C-124/95, The Queen, ex parte Centro-Com Srl v. HM Treasury and Bank of England [1997] ECR I-114, par. 59-61.

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าพันธกรณีหรือข้อผูกพันของรัฐสมาชิกที่มีอยู่ก่อนการเข้าเป็นสมาชิกสหภาพยุโรปไม่ว่าจะเกิดจากการได้ลงนามระหว่างรัฐสมาชิกกันเองหรือกับรัฐที่สามซึ่งพันธกรณีเหล่านั้น ยังมีผลใช้บังคับได้อยู่ หรือแม้ว่าหลังจากการเป็นสมาชิกสหภาพยุโรปแล้วรัฐสมาชิกเหล่านั้น ได้ลงนามในข้อตกลงบางเรื่องที่สนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปได้เปิดช่องให้ทำได้อีกยักถือว่าเป็นพันธกรณีที่ยังมีผลใช้บังคับอยู่ รัฐสมาชิกจะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งทั้ง สองกรณีเหล่านี้ แม้โดยหลักการทั่วไปแล้วจะมีได้ก่อให้เกิดพันธกรณีหรือพันธกรณีโดยตรงต่อสหภาพยุโรป

อย่างไรก็ตามอย่างน้อยที่สุดได้ก่อให้เกิดพันธกรณีโดยอ้อมที่ ึ่งทางบวกและลบต่อสหภาพยุโรป (Positively or negatively indirect commitments toward the EU) ตามมาตรา 10<sup>50</sup> แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปที่รัฐสมาชิกจะต้องให้หลักประกันที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีของตนได้ทำขึ้น นอกจากสนธิสัญญาก่อตั้งหรืออันเกิดจากสถาบันยุโรปซึ่งพันธกรณีหรือพันธกรณีทางอ้อมของสหภาพยุโรปเหล่านี้ นอกจากจะนำไปสู่การตีความของศาลยุติธรรมยุโรปหากเกิดมีประเด็นข้อพิพาทที่เกิดจากการละเมิดหรือไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี<sup>1</sup>

นอกจากนี้ แล้วยังมีพันธกรณีของสหภาพยุโรปอาจมาจากการสืบทอดจากพันธกรณีของรัฐสมาชิกภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปหรือภายใต้กฎหมายสิทธิขั้นพื้นฐานของยุโรปตามกฎหมายระหว่างประเทศแหล่งอื่น<sup>2</sup> ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การที่รัฐสมาชิกได้ยินยอมจำกัดอำนาจของตนบางเรื่องไว้แล้วมอบให้แก่สหภาพยุโรปให้ดำเนินการแทนจึงถือได้ว่าสหภาพยุโรปได้รับเอาพันธกรณีของรัฐสมาชิกเหล่านั้น มาด้วย

<sup>50</sup> TEC Article 10 states: "Member States shall take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of this Treaty or resulting from action taken by the institutions of the Community.

They shall facilitate the achievement of the Community's tasks. They shall abstain from any measure which could jeopardise the attainment of the objectives of this Treaty."

<sup>51</sup> ECJ, Case C-308/06, International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) v. Secretary of State for Transport [2008] ECR I-0000, par. 52; ECJ, Case C-91/05, Commission v. Council [2008] ECR I-0000; CFI, Case T-2/99, T. Port v. Council [2001] ECR II-2093; CFI, Case T-115/39, Opel Austria [1997] ECR II-39.

<sup>52</sup> ECJ, Case 36/75, Roland Rutili v. Ministre de l'intérieur [1975] ECR 1219

#### 4.2.2 การมีผลใช้บังคับ (Validity) ลำดับศักดิ์ (Rank) และผล (Effects) ของพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศในกฎหมายยุโรป (The validity, rank and effects of international law obligations in the EU legal order)

นอกจากพันธกรณีของสหภาพยุโรปภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นสิ่งที่ใช้พิจารณาความสัมพันธ์ ระหว่างกฎหมายยุโรปและกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ยังมีสิ่งอื่นที่อาจนำมาพิจารณาความสัมพันธ์ ของกฎหมายทั้งสองได้แก่ การมีผลใช้บังคับ (Validity) ความเหนือกว่า (Rank) และผล (Effects) ของพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศในกฎหมายยุโรป

ประการที่ 1 การมีผลใช้บังคับ (Validity) ของกฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป โดยส่วนใหญ่แล้วในคดีต่างๆ ของศาลยุติธรรมยุโรปจะให้การมีผลใช้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายยุโรปนี้ จะเป็นลักษณะของเอกนิยม(Monoism)<sup>53</sup> ซึ่งมีผลบังคับในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปทันที นอกจากนี้ แล้วการมีผลใช้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายยุโรปยังมีในลักษณะผ่านกระบวนการที่ผลบังคับในระบบกฎหมายยุโรปโดยลักษณะของพหุนิยม (Dualism)<sup>54</sup> ที่มีอาจจะมีผลบังคับได้ทันที แม้ว่ารัฐสภายุโรปได้ประกาศอย่างชัดเจนในปี ค.ศ. 1997 ว่าความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายยุโรปและกฎหมายระหว่างประเทศเป็นแบบระบบพหุนิยมพร้อมด้วยแบบเอกนิยมสำหรับรัฐธรรมนูญบางรัฐ<sup>55</sup> แต่ทางปฏิบัติจนถึงปัจจุบันแล้วยังไม่มีความชัดเจนในกรณีดังกล่าวแต่อย่างใด แต่ส่วนใหญ่แล้วจะเห็นลักษณะแบบเอกนิยม<sup>56</sup>

ประการที่ 2 ลำดับศักดิ์ (Rank) ของกฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายยุโรปอาจบอกถึงความสัมพันธ์ของกฎหมายสองระบบได้ ซึ่งโดยปกติและเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า ลำดับศักดิ์ ของกฎหมายระหว่างประเทศนี้ น้อยต่ำกว่ากฎหมายหลักสหภาพยุโรป(EU primary law) และหลักกฎหมายทั่วไป (General principles of EU law) ของยุโรปแต่เหนือกว่ากฎหมายรองของยุโรป (EU secondary law) ดังจะเห็นได้จากถ้อยคำในมาตรา 300(6)<sup>57</sup> และ (7)<sup>58</sup> แห่ง

<sup>53</sup> ECJ, Case 181/73, Haegeman v. Belgium [1974] ECR 449, par. 5; ECJ, Case 12/86, Demirel v. Stadt Schwäbisch Gmünd [1987] ECR 3719, par. 7.

<sup>54</sup> ECJ, Case C-104/81, Hauptzollamt Mainz v. Kupferberg [1982] ECR 3641, par. 14-15.

<sup>55</sup> European Parliament's Resolution of 2 Oct. 1997 on the relationship between international law, Community law and the constitutional law of the Member States, OJ [1997] C 325.

<sup>56</sup> ECJ, Case C-308/06, International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) v. Secretary of State for Transport [2008] ECR I-0000, par. 52; ECJ, Case C-203/07 P, Greece v. Commission [2008] ECR I-0000.

<sup>57</sup> TEC Article 300 (6) states: "The European Parliament, the Council, the Commission or a Member State may obtain the opinion of the Court of Justice as to whether an agreement envisaged is compatible with the

สนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปเข้าด้วยกัน ดังนั้นหากว่าสหภาพยุโรปได้ทำข้อตกลงระหว่างประเทศได้อันเป็นการขัดแย้งกับกฎหมายหลักสหภาพยุโรปหรือกฎหมายสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรปแล้วนั้น ย่อมมีผลเป็นโมฆะ<sup>59</sup> แต่อย่างไรก็ตามหากพิจารณาจากคดีต่างๆในศาลยุติธรรมยุโรปเกี่ยวกับสถานะของกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศโดยเฉพาะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น สถานะของกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศมักจะมีสถานะเหนือกว่ากฎหมายหลักสหภาพยุโรป<sup>60</sup> สำหรับสถานะของหลักกฎหมายเด็ดขาด(Jus cogens) ในระบบกฎหมายยุโรปแล้วนั้น นีถือว่ายูเหนือกว่ากฎหมายหลักของสหภาพยุโรปและยังเหนือกว่าหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศหากเกิดการขัดกัน<sup>61</sup>

ประการที่ 3 ผล (Effects) หรือการบังคับใช้โดยตรงของกฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายยุโรปหรือโดยการพิจารณาของศาลยุโรปนั้น นีขึ้นอยู่กับ ประการแรกคือ กรณีที่ข้อตกลงที่สหภาพยุโรปได้เข้าเป็นภาคีหรือได้ทำขึ้น นั้น กำหนดให้ข้อตกลงดังกล่าวมีผลโดยตรงในระบบกฎหมายยุโรปแล้วก็ถือเอาผลการบังคับใช้ตามที่ได้ตกลงนั้น แต่หากว่าข้อตกลงที่สหภาพยุโรปได้ทำขึ้น นั้นไม่ได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งแล้วก็พิจารณาจากสภาพหรือจุดมุ่งหมายของข้อตกลงหรือสนธิสัญญาโดยทั่วไปแล้วอนุญาตให้ข้อตกลงหรือสนธิสัญญามีผลโดยตรงในระบบกฎหมายยุโรปแล้วก็ต้องถือเอาตามนั้น หรือสนธิสัญญาหรือข้อตกลงที่ทำขึ้น นั้น ได้คุ้มครองถึงสิทธิและพันธกรณีของปัจเจกชนแล้วย่อมถือได้ว่ามีผลโดยตรงต่อระบบกฎหมายยุโรป<sup>62</sup>

---

provisions of this Treaty. Where the opinion of the Court of Justice is adverse, the agreement may enter into force only in accordance with Article 48 of the Treaty on European Union.”

<sup>58</sup> TEC Article 307 states: “The rights and obligations arising from agreements concluded before 1 January 1958 or, for acceding States, before the date of their accession, between one or more Member States on the one hand, and one or more third countries on the other, shall not be affected by the provisions of this Treaty.”

<sup>59</sup> ECJ, Case C-327/91, France v. Commission [1994] ECR I-3641; ECJ, Case C-122/95, Germany v. Council [1998] ECR I-973.

<sup>60</sup> ECJ, Case C-162/96, A. Racke [1998] ECR I-365, par. 45; ECJ, Case C-286/90, Poulsen and Diva Navigation [1992] ECR I-6019, par. 9.

<sup>61</sup> A. Peters, ‘The Position of International Law within the European Community Legal Order’, 40 German Yearbook of International Law (1997) p. 9

<sup>62</sup> ECJ, Case C-122/95, Germany v. Council [1998] ECR I-973; ECJ, Case C-149/96, Portugal v. Council [1999] ECR I-8395; ECJ, Case C-93/02 P, Biret International v. Council [2003] ECR I-10497; ECJ, Case C-377/02, Léon Van Parys NV v. Belgische Interventie- en Restitutiebureau [2005] ECR I-1465; ECJ, Joined Cases C-120/06 and 121/06 P, FIAMM and FIAMM Technologies v. Council and Commission and Giorgio Fedon & Figli Spa and Fedon America v. Council and Commission [2008] ECR I-0000. The only exceptions have been clearly delineated in ECJ, Case C-70/87, Fediol v. Commission (Fediol III) [1989] ECR 1781; ECJ, Case C-69/89, Nakajima v. Council [1991] ECR I-2069.

#### 4.2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายสหภาพยุโรปและกฎบัตรสหประชาชาติ

ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายสหภาพยุโรปและกฎบัตรนี้ อาจพิจารณาจากมุมมองทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายยุโรปเอง จะเห็นได้ว่าสหภาพยุโรปนี้ ได้ถูกก่อตั้งขึ้นโดยกฎเกณฑ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศอีกที่ สหภาพยุโรปเองก็ยึดถือเอาพันธสัญญา (Commitments) ที่จะปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย ดังปรากฏจากสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป (TEU) ที่บัญญัติไว้ในเรื่องทั่วไปในมาตรา 3(5)<sup>63</sup> และบทบัญญัติเรื่องการค้าและการต่างประเทศของสหภาพยุโรปในมาตรา 21(1)<sup>64</sup> นอกจากนี้ แล้วยังปรากฏในสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดหน้าที่ของสหภาพยุโรป (TFEU) ในบทบัญญัติเกี่ยวกับการช่วยเหลือด้านมนุษยธรรมของสหภาพยุโรปในมาตรา 214(2)<sup>65</sup>

หลักการทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่ารัฐ (States) หรือบุคคลตามบังคับในกฎหมายระหว่างประเทศ (Legal person of international law) ย่อมต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐหรือบุคคลตามบังคับในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ได้ยินยอม (Consent)<sup>66</sup> เข้าผูกพันและพันธกรณีตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ<sup>67</sup> แต่อย่างไรก็ตามทั้งสหภาพยุโรปและประชาคมยุโรป (Community) มิได้เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติภายใต้

---

<sup>63</sup>TEU Article 3(5) state "In its relations with the wider world, the Union shall uphold and promote its values and interests and contribute to the protection of its citizens. It shall contribute to peace, security, the sustainable development of the Earth, solidarity and mutual respect among peoples, free and fair trade, eradication of poverty and the protection of human rights, in particular the rights of the child, as well as to the strict observance and the development of international law, including respect for the principles of the United Nations Charter."

<sup>64</sup>TEU Article 21(1) state: "The Union's action on the international scene shall be guided by the principles which have inspired its own creation, development and enlargement, and which it seeks to advance in the wider world: democracy, the rule of law, the universality and indivisibility of human rights and fundamental freedoms, respect for human dignity, the principles of equality and solidarity, and respect for the principles of the United Nations Charter and international law. The Union shall seek to develop relations and build partnerships with third countries, and international, regional or global organisations which share the principles referred to in the first subparagraph. It shall promote multilateral solutions to common problems, in particular in the framework of the United Nations."

<sup>65</sup>TEU Article 214 (2) state "Humanitarian aid operations shall be conducted in compliance with the principles of international law and with the principles of impartiality, neutrality and non-discrimination."

<sup>66</sup> JS Watson, "State Consent and the Sources of International Obligation", *Proceedings of the American Society of International Law* (1992): 108.

<sup>67</sup> Malcolm Shaw, *International Law* (London: Cambridge University Press, 2003) p. 6

เงื่อนไขภายใต้มาตรา 4<sup>68</sup> แห่งกฎบัตรที่ว่าเฉพาะรัฐเท่านั้นที่มีสิทธิที่จะเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติได้ ดังนั้นเมื่อพิจารณาตามกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแล้วนั้น สหภาพยุโรปและประชาคมยุโรปซึ่งถือว่าเป็นองค์การส่วนภูมิภาคที่สามยอมไม่ตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎบัตรที่ตนมิได้เป็นยินยอมรับเอาพันธกรณีเหล่านั้น ภายใต้หลักการของกฎหมายสนธิสัญญากรุงเวียนนามาตรา 34<sup>69</sup>

เมื่อปี ค.ศ. 2011 สมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้ออกข้อมติที่ 65/276<sup>70</sup> ได้ให้สถานะพิเศษในฐานะ “ผู้สังเกตการณ์” ซึ่งทำให้สหภาพยุโรปมีสิทธิที่จะถกเถียงประเด็นต่างๆ ในฐานะตัวแทนของสหภาพยุโรปได้ แม้ว่าสหภาพยุโรปจะมีได้เป็นสมาชิกสหประชาชาติแต่สหภาพยุโรปยังได้บัญญัติไว้ในมาตรา 34(2)<sup>71</sup> แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปให้รัฐสมาชิกยุโรปที่เป็นสมาชิกของคณะมนตรีความมั่นคงจะต้องรายงานทุกเรื่องแก่รัฐสมาชิกยุโรปและผู้แทนระดับสูงของยุโรปและยังจะต้องขอเชิญผู้แทนระดับสูงเข้าร่วมเป็นผู้แทนของสหภาพยุโรปในคณะมนตรีความมั่นคงอีกด้วย

อย่างไรก็ตามพันธกรณีตามกฎบัตรอาจถูกนำมาบังคับใช้กับสหภาพยุโรปและประชาคมยุโรปได้ด้วยเหตุผลที่ว่าพันธกรณีตามกฎบัตรสามารถนำมาบังคับใช้กับรัฐหรือองค์กรที่สามที่มีได้เป็นภาคีขององค์การสหประชาชาติได้เนื่องจากว่าในการตัดสินใจดำเนินการตาม

---

<sup>68</sup>UNC Article 4 states “1. Membership in the United Nations is open to all other peace-loving states which accept the obligations contained in the present Charter and, in the judgment of the Organization, are able and willing to carry out these obligations.

2. The admission of any such state to membership in the United Nations will be effected by a decision of the General Assembly upon the recommendation of the Security Council.”

<sup>69</sup>VCLT 1968 Article 34 states “A treaty does not create either obligations or rights for a third State or a third organization without the consent of that State or that organization.”

<sup>70</sup> UN Assembly Resolutoin 65/276 Participation of the European Union in the work of the United Nations.

<sup>71</sup>TEU Article 34(2) states: “In accordance with Article 24(3), Member States represented in international organisations or international conferences where not all the Member States participate shall keep the other Member States and the High Representative informed of any matter of common interest. Member States which are also members of the United Nations Security Council will concert and keep the other Member States and the High Representative fully informed. Member States which are members of the Security Council will, in the execution of their functions, defend the positions and the interests of the Union, without prejudice to their responsibilities under the provisions of the United Nations Charter.

When the Union has defined a position on a subject which is on the United Nations Security Council agenda, those Member States which sit on the Security Council shall request that the High Representative be invited to present the Union’s position.”

มาตรการบางอย่างตามข้อมติเกี่ยวกับสันติภาพและความมั่นคงแล้ว องค์การสหประชาชาติมีอำนาจพิเศษที่รัฐสมาชิกไม่สามารถดำเนินการเพียงลำพังได้ กรณีดังกล่าวดังปรากฏในข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1333 ที่ได้ใช้ถ้อยคำที่ว่า “เรียกร้องให้รัฐทุกรัฐ องค์การระหว่างประเทศและองค์การภูมิภาคทุกองค์กรให้ปฏิบัติตามบทมาตรานี้ข้อมติดังกล่าวอย่างเคร่งครัด (“Call on...all states and all international and regional organizations....to act strictly in accordance with the provisions of this resolution”)<sup>72</sup> ดังนั้น หากพิจารณาจากถ้อยคำตามข้อมติดังกล่าวแล้วจะให้ผลผูกพันทางกฎหมายกับรัฐที่มีได้เป็นสมาชิกขององค์การด้วยซึ่งย่อมชี้ให้เห็นว่าองค์การสหประชาชาติมีอำนาจพิเศษดังกล่าวด้วย

นอกจากนี้ แล้วเมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรกับสนธิสัญญาสหภาพยุโรปโดยพิจารณาจากมาตรา 103 และมาตรา 2(6)<sup>73</sup> แห่งกฎบัตรนั้น จะเห็นว่ามาตรา 103 แห่งกฎบัตรได้แสดงให้เห็นถึงลักษณะเฉพาะที่ว่ากฎบัตรมีศักดิ์ที่สูงกว่าสนธิสัญญาอื่นเมื่อเกิดกรณีการขัดกันระหว่างพันธกรณีตามกฎบัตรกับตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศอื่น อีกทั้งมาตรา 2(6) ยังได้บัญญัติให้องค์การสหประชาชาติจักให้ความแน่นอนว่ารัฐที่มีใช่สมาชิกของสหประชาชาติ จะพึงต้องปฏิบัติตามหลักการเหล่านี้ เท่าที่จำเป็นแก่การดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ซึ่งมาตราดังกล่าวเมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 103 แล้วชี้ให้เห็นว่ากฎบัตรได้แสดงถึงความ เป็นกฎหมายสูงสุด (Constitutional force) และมีสภาพบังคับเหนือกว่าสนธิสัญญาระหว่างประเทศอื่น

อีกทั้งในทางปฏิบัติของสหภาพยุโรปก็ได้นำเอามาตรการตามข้อมติของสหประชาชาติโดยเฉพาะมาตรการลงโทษทางเศรษฐกิจตามข้อมติมาปฏิบัติในสหภาพยุโรปเอง โดยผ่านกรอบการปฏิบัติงานร่วมกัน (Common Position or Joint Action) ซึ่งกรอบดังกล่าวได้ถูกพิจารณาที่เข้าลักษณะของการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว (Unilateral act)<sup>74</sup> ของสหภาพยุโรปซึ่งเป็นการกระทำขององค์การระหว่างประเทศ (Act of international organization) ในการรับเอาพันธกรณีภายใต้กฎบัตรมาปฏิบัติในสหภาพยุโรปและให้ผลกระทบต่อรัฐที่สาม (Third states) แม้ว่าจะมิเป็นการกระทำของรัฐก็ตาม<sup>75</sup>

<sup>72</sup> SC Resolution 1333, para 17

<sup>73</sup> UNC Article 4 states “The Organization shall ensure that states which are not Members of the United Nations act in accordance with these Principles so far as may be necessary for the maintenance of international peace and security.”

<sup>74</sup> ICJ, Nuclear Tests Case, of 20 December 1974, ICJ Reports, 1974, P. 253

<sup>75</sup> V.D. Degan, “Unilateral act as a source of particular International law,” *Finnish Yearbook of International Law* (1994): 177



อย่างไรก็ตามหากพิจารณาจากหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (International Customary law) จะเห็นว่ากฎบัตรสหประชาชาติมีฐานะทางกฎหมายที่เหนือกว่ากฎหมายภายในรัฐสมาชิกดังจะเห็นได้จากการที่สนธิสัญญากรุงเวียนนาได้นำเอากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนำมาบัญญัติไว้ตามมาตรา 27<sup>76</sup> ที่ว่ารัฐคู่ภาคีไม่สามารถจะอ้างกฎหมายภายในของตนที่จะไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่ได้ตกลงกันได้ ซึ่งผลทางกฎหมายตามมาคือรัฐสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามกฎบัตรสหประชาชาติ<sup>77</sup>

แม้ว่าสหภาพยุโรปในสถานะทางกฎหมายระหว่างประเทศแล้วถือว่าไม่เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ ประกอบกับสหภาพยุโรปเองก็ไม่ได้อยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องนำเอาพันธกรณีตามมติของคณะมนตรีความมั่นคงมาปฏิบัติแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามนั้นศาลชั้นต้นแห่งสหภาพยุโรปเคยมีคำวินิจฉัยว่าแม้ว่าสหภาพยุโรปไม่มีฐานะที่จะต้องมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของสหประชาชาติก็ตาม แต่เนื่องจากความยินยอมของรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปที่มีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามมติสหประชาชาติ ดังนั้นจึงมีผลทำให้สหภาพยุโรปเองมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของสหประชาชาติโดยปริยาย<sup>78</sup>

#### 4.2.4 ผลผูกพันทางกฎหมายของข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงในกฎหมายสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรปในทางตรงแล้วจะไม่ได้ตกอยู่ภายใต้พันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องปฏิบัติตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติก็ตาม แต่การที่สหภาพยุโรปจะใช้มาตรการทำการแข่งขันต่อรัฐใดหรือบุคคลใดนั้น ฐานอำนาจตามกฎหมายที่ให้อำนาจคืออำนาจตามมาตรา 301 แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ซึ่งการออกมาตรการตามข้อบังคับยุโรปนั้นจะต้องได้รับการเห็นชอบตามกรอบด้านนโยบายด้านต่างประเทศและความมั่นคง (CFSP) ซึ่งรัฐมนตรีแห่งยุโรปเป็นผู้มีอำนาจตามกรอบนี้

<sup>76</sup>VCLT, Article 27 states "Internal law and observance of treaties A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to article 46."

<sup>77</sup> The primacy of the Charter over the domestic law of the States derives from customary international law as consolidated in Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969 which states that a contracting party may not invoke the provisions of its domestic law as a justification for its failure to perform a treaty. The primacy of the Charter over other international agreements is expressly laid down in Article 103 of the Charter and extends even to posterior agreements: see Article 30 of the Vienna Convention and the judgment of ICJ in *Nicaragua v United States*, ICJ Reports 1984, p. 392, para 107.

<sup>78</sup> Kadi, paras 192, 203-204. Yusuf, 242-257.

สนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปนั้นได้กำหนดให้หนึ่งในวัตถุประสงค์ของกรอบด้านนโยบายด้านต่างประเทศและความมั่นคง (CFSP) คือ การดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศให้มีความสอดคล้องกับหลักการของกฎบัตรสหประชาชาติ นอกจากนี้แล้ว สนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปยังได้กำหนดโดยชัดแจ้งให้ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปที่เป็นสมาชิกของคณะมนตรีความมั่นคงได้ให้การรับรองที่จะปกป้องและผลประโยชน์ของสหภาพยุโรปโดยมิให้กระทบกระเทือนต่อความรับผิดชอบภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎบัตรสหประชาชาติ<sup>79</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่าทมาตราดังกล่าวได้กล่าวถึงความรับผิดชอบของประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปต่อกฎบัตรแต่ไม่ได้กล่าวถึงฐานะของข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงภายใต้ระบบกฎหมายยุโรปแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตามในคำแถลงการณ์ตอนร่างสนธิสัญญา Lisbon (Lisbon Treaty) ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปต่างเห็นพ้องกันว่า“สหภาพยุโรปและประเทศสมาชิกจะยังคงปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎบัตรสหประชาชาติโดยเฉพาะการปฏิบัติตามหน้าที่และความรับผิดชอบหลักของคณะมนตรีความมั่นคงและหน้าที่ความรับผิดชอบของประเทศสมาชิกในการที่จะดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ<sup>80</sup>” ซึ่งคำแถลงการณ์ดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าทั้งสหภาพยุโรปและประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปต่างมีเจตนาที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ

สำหรับกรณีผลผูกพันของข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงตามกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันต่อกฎหมายยุโรปนั้น ในปี ค.ศ. 1972 ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้เคยมีคำพิพากษาเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ในคดี International Fruit

<sup>79</sup>TEU Article 19 (2) state: “In accordance with Article 24(3), Member States represented in international organisations or international conferences where not all the Member States participate shall keep the other Member States and the High Representative informed of any matter of common interest.

Member States which are also members of the United Nations Security Council will concert and keep the other Member States and the High Representative fully informed. Member States which are members of the Security Council will, in the execution of their functions, defend the positions and the interests of the Union, without prejudice to their responsibilities under the provisions of the United Nations Charter.

When the Union has defined a position on a subject which is on the United Nations Security Council agenda, those Member States which sit on the Security Council shall request that the High Representative be invited to present the Union’s position.”

<sup>80</sup> Declaration No. 13, OJ, 17 December 2007, C 306/255

Company<sup>81</sup> ซึ่งข้อพิพาทคดีแรกที่ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้วินิจฉัยกรณีผลทางกฎหมายระหว่างประเทศคือ ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าและพิกัดภาษีศุลกากรหรือข้อตกลงแกตต์ (General Agreement on Tariffs and Trade-GATT) ซึ่งก่อนที่จะเปลี่ยนเป็นข้อตกลงการค้าโลก (World Trade Organization-WTO) ต่อผลทางกฎหมายในกฎหมายยุโรป

ในคดี International Fruit Company นี้ นสืบเนื่องมาจากผู้ร้อง(Plaintiffs) ได้ต่อสู้ในประเด็นที่ว่าข้อบังคับของประชาคมหรือสหภาพยุโรป(Community or EU regulations) ที่กำหนดข้อจำกัดในการนำเข้าลูกแอปเปิลจากประเทศที่สามนั้นไม่มีผลใช้บังคับ (Invalid) เนื่องจากว่าข้อบังคับของสหภาพยุโรปนี้ ละเมิดหรือขัดแย้งกับมาตรา 1 ของข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าและพิกัดทางภาษี (GATT)<sup>82</sup> ซึ่งผู้ร้องได้นำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลในประเทศเนเธอร์แลนด์ และศาลได้ส่งคำร้องดังกล่าวให้แก่ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปเพื่อให้ตีความภายใต้มาตรา 267<sup>83</sup> ของสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปในปัจจุบัน

คดีดังกล่าวนี้ ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้พิพากษาว่าข้อบังคับยุโรปที่พิพาทดังกล่าวนี้ ไม่มีผลบังคับ(Invalid) เนื่องจากว่าขัดกับข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าและพิกัดทางภาษี นอกจากนี้ แล้วศาลยังได้พิพากษาว่าข้อตกลงว่าด้วยการค้าและพิกัดทางภาษี นมีผลผูกพันทางกฎหมายต่อประชาคมแห่งยุโรป<sup>84</sup> ซึ่งศาลยังได้ให้เหตุผลถึงการที่ประชาคมยุโรปจำเป็นต้องปฏิบัติตามข้อตกลงว่าด้วยการค้าด้วยเหตุผล ประการแรกคือ ประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจยุโรปมี

---

<sup>81</sup> Joined Cases C-21/72 & C-24/74, International Fruit Company NV v. Produktschap voor Groenten en Fruit 1972 E.C.R. I-1219 (hereinafter International Fruit Company)

<sup>82</sup> International Fruit Company, para 3

<sup>83</sup>TFEU Article 267 (ex Article 234 TEC) states: “ The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning:

(a) the interpretation of the Treaties; (b) the validity and interpretation of acts of the institutions, bodies, offices or agencies of the Union;

Where such a question is raised before any court or tribunal of a Member State, that court or tribunal may, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment, request the Court to give a ruling thereon.

Where any such question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the Court.

If such a question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State with regard to a person in custody, the Court of Justice of the European Union shall act with the minimum of delay.”

<sup>84</sup> International Fruit Company, para 10-18

อาจที่จะไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีต่อรัฐที่สาม (Third states) โดยอาศัยการก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจแห่งยุโรป (EEC)<sup>85</sup>

ประการที่สอง ศาลได้ให้เหตุผลว่ามีเจตนาของประเทศสมาชิกของประชาคมเศรษฐกิจแห่งยุโรปได้แสดงเจตนาในคำแถลงการณ์ปรากฏในสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปในขณะที่เข้าเป็นภาคีของข้อตกลงแกตต์ที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีที่อยู่ภายใต้ข้อตกลงแกตต์ ประกอบกับรัฐสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้มีเจตนาที่จะมอบอำนาจของตนให้แก่ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปที่ได้เข้าเป็นคู่ภาคีของข้อตกลงแกตต์และเจตนาที่จะปฏิบัติตามข้อตกลงแกตต์ดังจะเห็นได้จากมาตรา 234 แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจแห่งยุโรป (TEC) หรือมาตรา 307 แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป (TEU) หรือปัจจุบันคือมาตรา 351<sup>86</sup> แห่งสนธิว่าด้วยบทบาทหน้าที่สหภาพยุโรป (TFEU or Lisbon Treaty) ซึ่งได้กำหนดไว้ว่าข้อตกลงพหุภาคีต่างๆ ที่ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปได้เข้าเป็นภาคีก่อนการเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปนี้ จะไม่มีผลกระทบตามบทมาตราดังกล่าวแต่อย่างใด

ประการที่สามศาลยังได้วินิจฉัยต่อไปเกี่ยวกับการกระทำของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป (State practice) ว่ารัฐสมาชิกสหภาพยุโรปยังได้เคยใช้สิทธิของตนภายใต้ข้อตกลงแกตต์และการกระทำเหล่านี้ ของรัฐสมาชิกเศรษฐกิจยุโรปได้ถูกให้การรับรองโดยรัฐคู่ภาคีหรือรัฐที่สาม (Third states) อีกด้วย<sup>87</sup> แต่อย่างไรก็ตามนักกฎหมายระหว่างประเทศท่าน Christina Eckes ได้ให้ความเห็นต่อคำพิพากษาในคดี International Fruit Company ในประเด็นการปฏิบัติตามพันธกรณีของข้อตกลงระหว่างประเทศหรือข้อตกลงแกตต์ของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปว่าต่างจากการปฏิบัติพันธกรณีตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงเนื่องจากว่าข้อตกลงแกตต์นั้นเป็น

<sup>85</sup> International Fruit Company, para 11

<sup>86</sup>TFEC Article 351,(ex Article 307 TEC), states: "The rights and obligations arising from agreements concluded before 1 January 1958 or, for acceding States, before the date of their accession, between one or more Member States on the one hand, and one or more third countries on the other, shall not be affected by the provisions of the Treaties.

To the extent that such agreements are not compatible with the Treaties, the Member State or States concerned shall take all appropriate steps to eliminate the incompatibilities established. Member States shall, where necessary, assist each other to this end and shall, where appropriate, adopt a common attitude.

In applying the agreements referred to in the first paragraph, Member States shall take into account the fact that the advantages accorded under the Treaties by each Member State form an integral part of the establishment of the Union and are thereby inseparably linked with the creation of common institutions, the conferring of powers upon them and the granting of the same advantages by all the other Member States."

<sup>87</sup> International Fruit Company, para 116-18

พันธกรณีเกี่ยวกับการค้าและพิกัดภาษีศุลกากรซึ่งพันธกรณีตามข้อตกลงแกตต์นี้ นั้นกับหลักการเจรจาของสหภาพยุโรปและประเทศภาคี ในทางกลับกันพันธกรณีภายใต้ข้อมติสหประชาชาตินี้ นั้นประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปหรือสหภาพยุโรปมิได้อำนาจในการที่จะเจรจาต่อรองพันธกรณีของข้อมติ<sup>88</sup> แต่อย่างไรก็ตามคำพิพากษาในคดีดังกล่าวศาลมิได้กล่าวถึงผลบังคับก่อน (Prevailing force) หรือศักดิ์ ของข้อตกลงแกตต์ต่อกฎหมายยุโรปแต่อย่างใด

#### 4.3 การนำข้อมติการต่อต้านการก่อการร้ายมาบังคับในสหภาพยุโรป

การนำมาตรการตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงของสหประชาชาติ (UN level) มาปฏิบัติหรือเข้ามาเป็นกฎหมายกฎหมายของสหภาพยุโรปนั้น ถือว่ามีความสำคัญอย่างมาก เนื่องจากว่าจะต้องอาศัยฐานกฎหมายที่ให้อำนาจแก่สหภาพยุโรปที่นำเอามาตรการตามข้อมติเหล่านี้ มาใช้แล้ว ซึ่งอาจจะส่งผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลที่อาจจะนำไปสู่กระบวนการพิจารณาศาลแห่งสหภาพยุโรปอีกด้วย

##### 4.3.1 การเชื่อมโยงอำนาจของเสาหลัก (Pillars) ในการกำหนดมาตรการในสหภาพยุโรป

แม้ว่าสนธิสัญญาลิสบอน (Lisbon Treaty) จะยกเลิกโครงสร้างของสหภาพยุโรปที่เป็นกรอบหรือเสาหลัก (Pillar structure) แต่อย่างไรก็ตามขณะที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ออกมติที่ 1267 เรียกร้องให้รัฐและองค์กรส่วนภูมิภาคนำมาตรการตามข้อมติไปใช้บังคับภายในรัฐหรือในองค์กรส่วนภูมิภาคซึ่งรวมถึงสหภาพยุโรปนั้น ซึ่งในขณะนี้ สหภาพยุโรปยังบังคับใช้สนธิสัญญามาสทริชหรือสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป (Treaty on European Union) ซึ่งการดำเนินการออกข้อบังคับต่างๆของสถาบันสหภาพยุโรปยังคงดำเนินงานโดยอาศัยอำนาจภายใต้กรอบหรือเสาหลัก 3 เสาหลัก (Three pillars) ซึ่งประกอบด้วยเสาหลักที่ 1 (First pillar) คือประชาคมยุโรป (EC) ที่จะต้องอาศัยฐานกฎหมายจากสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป (TEC) ในการดำเนินงาน

สำหรับเสาหลักที่ 2 (Second pillar) คือด้านนโยบายด้านต่างประเทศและความมั่นคง (CFSP) ที่จะต้องอาศัยฐานทางกฎหมายหมวดที่ 5<sup>89</sup> ของสนธิสัญญา Maastricht Treaty หรือสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป (TEU) ที่กำหนดหมวดว่าด้วยอำนาจหน้าที่ของด้านนโยบาย

<sup>88</sup> Christina Eckes, EU Counter-Terrorist Polices and Fundamental Rights: The Case of Individual Sanctions, Oxford University Press, pp 240-241

<sup>89</sup> TEU Title V

ด้านต่างประเทศและความมั่นคง ซึ่งหนึ่งในวัตถุประสงค์ของเสาหลักด้านดังกล่าวก็คือ เพื่อรักษาสันติภาพและกระชับความมั่นคงระหว่างประเทศเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการของกฎบัตรแห่งสหประชาชาติ<sup>90</sup>

สำหรับเสาหลักสุดท้าย (Third pillar) คือ ด้านความร่วมมือของตำรวจและกระบวนการยุติธรรมในคดีอาญา (Police and Judicial Cooperation in Criminal matters) ซึ่งจะต้องอาศัยอำนาจตามหมวด 6 แห่งสนธิสัญญามาสทริคท์ (Maastricht Treaty) หรือสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป (TEU) ที่กำหนดหมวดว่าด้วยอำนาจหน้าที่ของด้านความร่วมมือของตำรวจและกระบวนการยุติธรรมในคดีอาญา

ดังนั้น ในการนำข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงมาปฏิบัติในสหภาพยุโรปยังจะต้องอาศัยกรอบอำนาจที่เชื่อมโยงกันที่ 8 เสาหลักที่จะนำข้อมติมาปฏิบัติเป็นกฎหมายของสหภาพยุโรปเอง ซึ่งนำมาตรการตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงมาบังคับใช้ในสหภาพยุโรปนั้น อาศัยความสัมพันธ์ของหลักกฎหมายก่อตั้งสหภาพยุโรปมาตรา<sup>91</sup>, 15<sup>92</sup>, 29<sup>93</sup> ที่กำหนดกรอบ

<sup>90</sup>TEU Article 11

<sup>91</sup>TEU Article 11 states: "1. The Union's competence in matters of common foreign and security policy shall cover all areas of foreign policy and all questions relating to the Union's security, including the progressive framing of a common defense policy that might lead to a common defense.

The common foreign and security policy is subject to specific rules and procedures. It shall be defined and implemented by the European Council and the Council acting unanimously, except where the Treaties provide otherwise. The adoption of legislative acts shall be excluded. The common foreign and security policy shall be put into effect by the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy and by Member States, in accordance with the Treaties. The specific role of the European Parliament and of the Commission in this area is defined by the Treaties. The Court of Justice of the European Union shall not have jurisdiction with respect to these provisions, with the exception of its jurisdiction to monitor compliance with Article 40 of this Treaty and to review the legality of certain decisions as provided for by the second paragraph of Article 275 of the Treaty on the Functioning of the European Union."

2. Within the framework of the principles and objectives of its external action, the Union shall conduct, define and implement a common foreign and security policy, based on the development of mutual political solidarity among Member States, the identification of questions of general interest and the achievement of an ever-increasing degree of convergence of Member States' actions.

3. The Member States shall support the Union's external and security policy actively and unreservedly in a spirit of loyalty and mutual solidarity and shall comply with the Union's action in this area.

The Member States shall work together to enhance and develop their mutual political solidarity. They shall refrain from any action which is contrary to the interests of the Union or likely to impair its effectiveness as a cohesive force in international relations. The Council and the High Representative shall ensure compliance with these principles.

ด้านนโยบายต่างประเทศและความมั่นคง (CFSP) และกรอบด้านความร่วมมือของตำรวจและกระบวนการยุติธรรมในคดีอาญา ประกอบกฎหมายก่อตั้งประชาคมยุโรปมาตรา 301<sup>94</sup>, 60<sup>95</sup> และ 308<sup>96</sup> ซึ่งกำหนดลักษณะของวิธีการตามมาตรการที่จะบังคับใช้ในการแข่งขัน

กระบวนการในการบังคับใช้มาตรการนั้นภายใต้มาตรา 301 กำหนดให้มี 2 ขั้นตอนคือ ขั้นตอนแรก สภารัฐมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (The Council) ได้อาศัยอำนาจด้านนโยบายต่างประเทศและความมั่นคง (CFSP) ตามเสาหลักที่สอง (Second pillar) ซึ่งได้กำหนดกรอบ วัตถุประสงค์และกำหนดวิธีการ (Strategic decision) ตามมาตรการตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ซึ่งสหภาพยุโรปเรียกว่า “การปฏิบัติการร่วมกัน” (Common Position or Joint Action) เพื่อที่จะต้องทำให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในบรรดาสมาชิกแห่งสหภาพยุโรปด้วยในการที่จะนำนโยบายด้านสันติภาพมาสู่สหภาพยุโรป สำหรับการแก้ไขปรับปรุง “การปฏิบัติการร่วมกัน” นั้นจะกระทำโดยอาศัยอำนาจด้านนโยบายต่างประเทศและความมั่นคงโดยอาศัยกระบวนการเดียวกัน

แต่อย่างไรก็ตามอำนาจตามกรอบนโยบายการต่างประเทศและความมั่นคงซึ่งเป็นเสาหลักที่สองนี้ไม่ได้ให้อำนาจแก่คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปในการที่จะใช้มาตรการบังคับ

<sup>92</sup> TEU Article 15 states “The Council shall adopt decisions which shall define the approach of the Union to a particular matter of a geographical or thematic nature. Member States shall ensure that their national policies conform to the Union positions.”

<sup>93</sup> Article 29 of Treaty on European Union states “Without prejudice to the powers of the European Community, the Union’s objective shall be to provide citizens with a high level of safety within an area of freedom, security and justice by developing common action among the Member States in the fields of police and judicial cooperation in criminal matters and by preventing and combating racism and xenophobia.”

<sup>94</sup> Article 301 of Treaty on European Community states “Where it is provided, in a common position or in a joint action adopted according to the provisions of the Treaty on European Union relating to the common foreign and security policy, for an action by the Community to interrupt or to reduce, in part or completely, economic relations with one or more third countries, the Council shall take the necessary urgent measures.”

<sup>95</sup> Article 60(1) of Treaty on European Community states as follows: “If, in the cases envisaged in Article 301, action by the Community is deemed necessary, the Council may, in accordance with the procedure provided for in Article 301, take the necessary urgent measures on the movement of capital and on payments as regards the third countries concerned.”

<sup>96</sup> Article 308 of Treaty on European Community states as follows: “If action by the Community should prove necessary to attain, in the course of the operation of the common market, one of the objectives of the Community, and this Treaty has not provided the necessary powers, the Council shall, acting unanimously on a proposal from the Commission and after consulting the European Parliament, take the appropriate measures.”

ทางเศรษฐกิจ กับรัฐหรือต่อตัวบุคคล ซึ่งคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปจึงได้อาศัยอำนาจตามสนธิสัญญาการก่อตั้ง สหภาพยุโรป (TEU) มาตรา 11 ประกอบมาตรา 15

สำหรับขั้นตอนที่สองคือ การนำข้อบังคับการปฏิบัติการร่วมกันไปปฏิบัติ (Implementation of UN measures in EU) โดยออกเป็นมาตรการการบังคับทางเศรษฐกิจต่อรัฐที่สามหรือต่อบุคคลโดยอาศัยอำนาจของประชาคมยุโรป หรือกรอบที่สองซึ่งเป็นเชื่อมโยงอำนาจตามเสาหลักที่ 2 และเสาหลักที่ 1 เข้าด้วยกันเพื่อที่จะป้องกันมิให้ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปเข้าไปใช้อำนาจในเสาหลักที่ 2 ดังนั้น นอจกล่าวโดยสรุปได้ว่าหลังจากที่คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปได้มีการวินิจฉัย (Decision) และได้ออกข้อบังคับการปฏิบัติการร่วมกัน (Common Position) โดยได้กำหนดวัตถุประสงค์และวิธีการใช้มาตรการแข่งขันแล้วนั้น คณะมนตรีได้อาศัยอำนาจในการที่จะทำการแข่งขันและต่อตัวบุคคลหรือรัฐได้ตามสนธิสัญญาการก่อตั้งประชาคมยุโรปมาตรา 301 ประกอบกับมาตรา 60 ในการที่จะออกเป็นข้อกำหนดภายใต้สนธิสัญญาการก่อตั้งประชาคมยุโรป (Community regulations) โดยกำหนดถึงรายละเอียดวิธีการใช้มาตรการ ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวนี้มีสภาพทางกฎหมายที่มีผลบังคับหลังจากที่ข้อกำหนดได้ตราออกมาและได้ประกาศไว้ใน Official Journal โดยรัฐสมาชิกไม่ต้องนำไปออกเป็นกฎหมายภายในของตนอีก และยังถือว่าเป็นพันธกรณีที่มีผลโดยตรง (Direct effect) ต่อรัฐสมาชิกแห่งสหภาพยุโรป<sup>97</sup> นั้นหมายความว่ารัฐสมาชิกจะต้องนำเอาข้อกำหนดไปปฏิบัติภายในรัฐตนโดยการขึ้นบัญชีผู้ก่อการร้ายของสหภาพยุโรป (EU List) นั้น ได้มีบัญชีรายชื่อสองบัญชีคือ บัญชีแรกเป็นการขึ้นบัญชีเฝ้าอาศัยตามคณะกรรมการการแข่งขันของคณะมนตรีความมั่นคง ส่วนบัญชีที่สองเป็นการให้อำนาจแก่สหภาพยุโรปในการขึ้นบัญชีโดยอาศัยอำนาจของตนเอง (the Autonomous European List)

#### 4.3.2 หลักกฎหมายที่ให้อำนาจแก่สหภาพยุโรปในมาตรการบังคับทางเศรษฐกิจ

แม้ว่ารัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป (EU Member States) จะมีพันธกรณีโดยตรงที่จะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยที่มีผลผูกพันตามกฎหมายของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติก็ตามแต่อย่างไรก็ตามการมาตรการลงโทษ (Sanctions) บางอย่างต่อรัฐ รัฐสมาชิกสหภาพยุโรปจำเป็นต้องใช้อำนาจผ่านสหภาพยุโรปเนื่องจากรัฐสมาชิกได้มอบอำนาจ (Competence) ให้แก่สหภาพยุโรปประกอบกับพัฒนาการแข่งขันของสหภาพยุโรปเอง ดังจะเห็นได้จากสนธิสัญญาโรม ไม่ได้กำหนดการใช้อำนาจการมาตรการบังคับทางเศรษฐกิจของประชาคม

<sup>97</sup> Art. 14 (3) TEU, Art. 15 TEU 60 D. Bettleheim, " The European Union", National implementation of United Nations sanctions, A comparative study, (Martinus Nijhoff, 2004), pp 137



ยุโรป ซึ่งการแซงชั้นขณะนั้นเป็นอำนาจของรัฐสมาชิกแต่ละรัฐเอง ดังจะเห็นได้จากการใช้มาตรการบังคับทางเศรษฐกิจแต่ละรัฐต่อ South Rhodesia ในปี ค.ศ. 1965-1979

หลังจากที่บทบัญญัติมาตรา 301<sup>98</sup> แห่ง Maastricht Treaty ได้ออกบังคับใช้ก็เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าสหภาพยุโรป (European Union) มีอำนาจใช้มาตรการจำกัด (Restrictive measures) หรือแซงชั้นทางเศรษฐกิจ (Economic sanctions) โดยการขัดขวางหรือลดความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจต่อรัฐที่สาม (Interrupt or reduce economic relation with third countries) ซึ่งมาตราดังกล่าวนั้นได้ให้อำนาจแก่ประชาคมยุโรปได้นำมาตรการของสหประชาชาติที่ไม่ได้ใช้กำลังทางทหาร (Non-military sanctions) ไปปฏิบัติ แต่อย่างไรสำหรับการใช้มาตรการจำกัดทางการเงิน (Financial restrictions or sanctions) นั้นอำนาจของมาตรา 301 ไม่ได้ให้อำนาจแก่สหภาพยุโรปที่จะใช้มาตรการดังกล่าวกว้างครอบคลุมถึงมาตรการจำกัดด้านการเงินกับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการก่อการร้ายด้วยซึ่งสหภาพยุโรปได้อาศัยมาตรา 60<sup>99</sup> แห่งสนธิสัญญา มาตรา 60 ประกอบกับมาตรา 301 ซึ่งการใช้อำนาจของสหภาพที่จะทำการแซงชั้นต่อตัวบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งมิใช่ตัวการระหว่างประเทศ (Not state actors) นั้นศาลสหภาพยุโรปได้พิพากษาว่าประชาคมยุโรปมีอำนาจที่จะใช้มาตรการลงโทษทางเศรษฐกิจต่อบุคคลได้ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลในคดี Ahmed Ali Yusuf and al Barakaat International Foundation v. Council and Commission<sup>100</sup>

สำหรับมาตรา 60 และมาตรา 301 แห่งสนธิสัญญา มาตรา 60 ได้ถูกแก้ไขหลังจากที่สนธิสัญญา ลิสบอน (Lisbon Treaty) ได้บังคับใช้ โดยมาตรา 60 ได้ถูกตราใหม่เป็นมาตรา 75<sup>101</sup>

<sup>98</sup>TEC Article 301 states “Where it is provided, in a common position or in a joint action adopted according to the provisions of the Treaty on European Union relating to the common foreign and security policy, for an action by the Community to interrupt or to reduce, in part or completely, economic relations with one or more third countries, the Council shall take the necessary urgent measures.

<sup>99</sup>TEC Article 60(1) states: “If, in the cases envisaged in Article 301, action by Community is deemed necessary, the Council may, in accordance with the procedure provided for in Article 301, take the necessary urgent measures on the movement of capital and on payments as regards the third countries concerned.”

<sup>100</sup>Case T 306/01, Ahmed Ali Yusuf and al Barakaat International Foundation v. Council and Commission, 2005, ECR II-3533, para. 107

<sup>101</sup>TFEU Article 75 (ex TEC Article 60) states: “Where necessary to achieve the objectives set out in Article 67, as regards preventing and combating terrorism and related activities, the European Parliament and the Council, acting by means of regulations in accordance with the ordinary legislative procedure, shall define a framework for administrative measures with regard to capital movements and payments, such as the freezing of funds, financial assets or economic gains belonging to, or owned or held by, natural or legal persons, groups or non-State entities.

และมาตรา 301 ได้ถูกแก้ไขเป็นมาตรา 215<sup>102</sup> แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยบทบาทหน้าที่ของสหภาพยุโรป (TFEU) ซึ่งมาตราดังกล่าวได้ให้อำนาจแก่สหภาพยุโรปที่จะใช้มาตรการมาตรการบังคับต่อรัฐหรือบุคคล ตลอดจนถึงอำนาจในการระงับการดำเนินการทางทรัพย์สินได้ ดังนั้นในขณะที่สหภาพยุโรปได้นำเอามาตรการตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงมาบังคับใช้นี้ อยู่ในช่วงของการบังคับใช้สนธิสัญญามาสทริส ซึ่งจะวางกรอบอำนาจเป็นสามกรอบ ดังนั้นหลักกฎหมายที่ให้อำนาจแก่สหภาพยุโรปในการเข้าไปแข่งขันทางเศรษฐกิจแก่รัฐที่สามภายใต้มาตรา 301 แห่งสนธิสัญญามาสทริสที่ควรพิจารณาได้แก่

(ก) ความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ (Economic relations)

สำหรับอำนาจของสหภาพยุโรปที่ใช้มาตรการจำกัดหรือแข่งขันความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจต่อรัฐที่สามโดยการขัดขวางหรือลดความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจทั้งหมดหรือบางส่วน (“...action by the Community to interrupt or to reduce, in part or completely, economic relations...”) ว่า “ความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ” (Economic relations) ภายใต้มาตรา 301 จะเห็นว่ามี ความหมายที่กว้างไม่ว่าจะเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ในเรื่องการค้าขายสินค้า บริการหรือการบอกเลิกข้อสัญญาในทางแพ่งกับรัฐที่สามได้ ซึ่งความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจอาจจะกระทำการขัดขวางหรือการลดความสัมพันธ์เฉพาะช่วงเวลาใดเวลาหนึ่งหรือว่าไม่มีกำหนดก็ได้ ซึ่งหากพิจารณาจากถ้อยคำของคำว่า “ความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ” นั้นจะมีความหมายที่กว้างซึ่งครอบคลุมถึงความสัมพันธ์ด้านที่ซื้อขายสินค้า การบริการ เงินทุนและการชำระเงิน รวมถึงด้านการเดินทางของบุคคลอีกด้วย

---

The Council, on a proposal from the Commission, shall adopt measures to implement the framework referred to in the first paragraph. The acts referred to in this Article shall include necessary provisions on legal safeguards.”

<sup>102</sup>TFEU Article 215 (ex TEC Art. 301) states: “1. Where a decision, adopted in accordance with Chapter 2 of Title V of the Treaty on European Union, provides for the interruption or reduction, in part or completely, of economic and financial relations with one or more third countries, the Council, acting by a qualified majority on a joint proposal from the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy and the Commission, shall adopt the necessary measures. It shall inform the European Parliament thereof.

2. Where a decision adopted in accordance with Chapter 2 of Title V of the Treaty on European Union so provides, the Council may adopt restrictive measures under the procedure referred to in paragraph 1 against natural or legal persons and groups or non-State entities.

3. The acts referred to in this Article shall include necessary provisions on legal safeguards.

แต่อย่างไรก็ตามในอดีตที่ผ่านมาสหภาพยุโรปได้อาศัยอำนาจภายใต้สนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป(TEC) มาตรา 301 ได้ออกข้อกำหนดบังคับมาตรการแข่งขันต่อประเทศ Sierra Leone โดยการห้ามการนำเข้าเพชรจากประเทศดังกล่าวเข้ามาในประชาคมยุโรปตลอดจนถึงการยกเลิกสัญญาทางแพ่งต่างๆ กับประเทศดังกล่าวด้วย นอกจากนี้แล้วประชาคมเศรษฐกิจยุโรปยังได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 301 ออกข้อกำหนดให้มีการขาย ส่งหรือส่งออกปิโตรเลียมไปสู่ประเทศยูโกสลาเวียอีกด้วย<sup>103</sup>

สำหรับในการใช้มาตรการจำกัด (Restrictions) เกี่ยวกับเรื่องการห้ามการเคลื่อนย้ายหรือโอนเงินทุนและการชำระเงินแล้ว ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้อาศัยอำนาจภายใต้มาตรา 60 แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปประกอบดั่งจะเห็นข้อกำหนดบังคับใช้มาตรการบังคับทางเศรษฐกิจต่อสาธารณรัฐคองโกและมาตรการห้ามการขาย ส่งหรือส่งออกอุปกรณ์ที่อาจจะนำไปใช้ในการกดดันในรัฐหรือเกี่ยวกับการก่อการร้าย และยังได้ใช้มาตรการระงับการดำเนินการทางทรัพย์สินและแหล่งเงินทุนของบุคคลสำคัญในรัฐบาลทาจิกิสถาน<sup>104</sup>

#### (ข) เป้าหมายที่ถูกมาตรการแข่งขัน(One or more states)

สำหรับลักษณะการใช้มาตรการบังคับในสหภาพยุโรปในอดีตไม่นานมานี้ นั้น จะเห็นได้ว่าสหภาพยุโรปได้ใช้มาตรการแข่งขันบังคับกับเป้าหมายอยู่ในกลุ่มจำกัดมากขึ้นเนื่องจากว่าไม่ต้องการให้ส่งผลกระทบต่อประชากรส่วนใหญ่ของประเทศที่ถูกใช้มาตรการแข่งขันดั่งนี้ กลุ่มเป้าหมายที่ถูกมาตรการบังคับในปัจจุบันมักจะเป็นตัวการที่ไม่ใช่รัฐ (Non-state actors) ซึ่งจะถูกเจาะจงเป็นบุคคล หรือกลุ่มคนหรือองค์กรธุรกิจโดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องหรือให้การสนับสนุนการก่อการร้าย ซึ่งมาตรการที่บังคับใช้กับกลุ่มเฉพาะเจาะจงเหล่านี้ สหภาพยุโรปก็ยังอาศัยอำนาจกฎหมายมาตรา 301 ดั่งดั่งจะเห็นได้จากข้อกำหนดที่ให้ระงับการดำเนินการทางทรัพย์สินและ

<sup>103</sup> E.g. Council Regulation (EC) No 1745/2000 of 3 August 2000 on the importation into the Community of rough diamonds from Sierra Leone, OJ 2000 L 200/21; Council Regulation (EC) No 900/1999 of 29 April 1999 prohibiting the sale, supply and export of petroleum and petroleum products to the Federal Republic of Yugoslavia, OJ 1999 L 114/7;

<sup>104</sup> E.g. Council Regulation (EC) No 1727/2003 of 29 September 2003 concerning certain restrictive measures in respect of the Democratic Republic of Congo, OJ 2003 L 249/5; Council Regulation (EC) No 1081/2000 of 22 May 2000 prohibiting the sale, supply and export to Burma/Myanmar of equipment which might be used for internal repression or terrorism, and freezing the funds of certain persons related to important governmental functions in that country, OJ 2000 L 122/29.

แหล่งเงินทุนของนาย Milosevic<sup>105</sup> และบางข้อมติประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้อาศัยอำนาจมาตรา 301 ประกอบกับมาตรา 308 แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป(TEC)<sup>106</sup>

(ค) มาตรการบังคับต้องจำเป็นและเร่งด่วน (Necessary urgent measures)

การใช้มาตรการบังคับของสหภาพยุโรปต้องเป็นมาตรการที่มีความจำเป็น หมายความว่าสหภาพยุโรปต้องใช้มาตรการบังคับที่ได้สัดส่วน (Proportionality) คือมีความเหมาะสมจำเป็นและไม่เกินไปกว่าการบรรลุวัตถุประสงค์ของสหภาพยุโรป<sup>107</sup> อีกทั้งต้องไม่ตกเป็นภาระของประเทศสมาชิกมากกว่าความต้องการบรรลุวัตถุประสงค์ของการบังคับนอกจากนี้แล้ว การปฏิบัติตามมาตรการบังคับจะต้องมีความรวดเร็วเพื่อให้การใช้มาตรการให้ได้ประสิทธิภาพ โดยเฉพาะเกี่ยวกับมาตรการระงับการดำเนินการทางทรัพย์สินและการเงินของกลุ่มก่อการร้าย

#### 4.3.3 การออกข้อบังคับ (Regulations) ของสถาบันในการบังคับใช้มาตรการ บังคับ

ในการนำมาตราการตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงมาบังคับใช้ภายใต้ระบบกฎหมายยุโรปนั้นต้องอาศัยอำนาจตามสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป(TEC) หรือตามเสาหลักที่ 1 และสนธิสัญญาได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของสถาบันหลักของยุโรปมีอำนาจในการ เสนอ พิจารณาและออกข้อบังคับเพื่อบังคับใช้มาตรการตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงใน สหภาพยุโรป ซึ่งสถาบันที่เกี่ยวข้องกับการนำมาตราการบังคับตามมติของคณะมนตรีความมั่นคง มาบังคับใช้ในยุโรปได้แก่ คณะกรรมาธิการยุโรป(The Commission) คณะมนตรีแห่งยุโรป (The

<sup>105</sup> Council Regulation (EC) No 2488/2000 of 10 November 2000 maintaining a freeze of funds in relation to Mr. Milosevic and those persons associated with him and repealing Regulations (EC) Nos 1294/1999 and 607/2000 and Article 2 of Regulation (EC) No 926/98, OJ 2000 L 287/19.

<sup>106</sup> Council Regulation (EC) No 881/2002 of 27 May 2002 imposing certain specific restrictive measures directed against certain persons and entities associated with Usama bin Laden, the Al-Qaida network and the Taliban, and repealing Council Regulation (EC) No 467/2001 prohibiting the export of certain goods and services to Afghanistan, strengthening the flight ban and extending the freeze of funds and other financial resources in respect of the Taliban of Afghanistan, OJ 2002 L 139/9; Council Regulation (EC) No 2580/2001 of 27 December 2001 on specific restrictive measures directed against certain persons and entities with a view to combating terrorism, OJ 2001 L 344/70.

<sup>107</sup> Art. 5 (3) TEC; cf. also Council of the European Union, Guidelines on implementation and evaluation of restrictive measures (sanctions) in the Framework of the EU Common Foreign and Security Policy, 8 December 2003 (15579/03), para. 9.

Council) สภายุโรป (EP) และศาลยุติธรรมยุโรป (ECJ) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ภายใต้กรอบของเสาหลักดังนี้

(ก) คณะกรรมาธิการยุโรป (The Commission)

หลังจากที่คณะมนตรีแห่งยุโรป (The Council) ได้อาศัยอำนาจตามด้านนโยบายด้านต่างประเทศและความมั่นคง (CFSP) ตามเสาหลักที่สอง (Second pillar) ได้กำหนด “การปฏิบัติกรร่วมกัน” เพื่อกำหนดกรอบวัตถุประสงค์และกำหนดวิธีการตามมาตรการตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแล้ว ขั้นตอนต่อไปในการออกข้อกำหนดนั้นเป็นหน้าที่ของคณะกรรมาธิการยุโรปอาศัยอำนาจตามมาตรา 301 แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป (TEC) ประกอบกับมาตรา 3(a)<sup>108</sup> แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป (TEU) ที่กำหนดให้คณะกรรมาธิการเสนอร่าง (Proposal) ข้อกำหนดแก่คณะมนตรีแห่งยุโรป (“The Council shall act by a qualified majority on a proposal from the Commission”) เพื่อที่จะนำมาตราการของคณะมนตรีความมั่นคงมาบังคับใช้ ในการผ่านร่างดังกล่าวมาเป็นกฎหมาย คณะมนตรีแห่งยุโรปจะต้องมีมติเป็นเสียงข้างมาก

(ข) คณะมนตรีแห่งยุโรป (The Council)

จะเห็นได้ว่าบทบาทของคณะมนตรีแห่งยุโรปเกี่ยวกับการออกมาตรการตามมติคณะมนตรีความมั่นคงมี 2 บทบาทกล่าวคือ ประการแรก คณะมนตรีแห่งยุโรปอาศัยอำนาจด้านต่างประเทศและความมั่นคง (CFSP) ตามเสาหลักที่สอง (Second pillar) มีมติเป็นเอกฉันท์ (Unanimous) ออก “การปฏิบัติกรร่วมกัน” เพื่อกำหนดกรอบ วัตถุประสงค์และกำหนดวิธีการตามมาตรการตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง ประการที่สอง คณะมนตรีแห่งยุโรปได้อาศัยอำนาจภายใต้เสาหลักที่ 1 ตามมาตรา 301 แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรปที่จะออกข้อกำหนดใช้มาตรการแซงชั่น (Restrictive measures) ต่อไป จะเห็นว่าคณะมนตรีแห่งยุโรปมีอำนาจออกทั้ง “การปฏิบัติกรร่วมกัน” และข้อบังคับ (Regulations) ดังนั้น ข้อบังคับให้ใช้มาตรการแซงชั่นจึงมีโอกาสที่จะถูกปฏิเสธน้อยมาก

<sup>108</sup> Article 3 (a) of TEU states “the Council and the Commission shall be responsible for ensuring consistency of its external activities as a whole in the context of its external relations...”, and “shall implement these policies each in accordance with its respective powers”.

## (ค) สภายุโรป (European Parliament)

สำหรับสภายุโรปไม่ได้มีบทบาทเกี่ยวข้องกับกระบวนการออกข้อบังคับยุโรปเพื่อนำมาตรการบังคับของสหประชาชาติไปใช้แต่อย่างใดเนื่องจากว่าการนำมาตรการมาตรการบังคับของคณะมนตรีความมั่นคงมาบังคับใช้ในสหภาพยุโรปนั้น จะต้องอาศัยความรวดเร็วเพื่อให้ทันกับเหตุการณ์ แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติแล้วจะมีการแจ้งที่ประชุมของสภายุโรปหลังจากการผ่านข้อบังคับในการใช้มาตรการบังคับทาง<sup>109</sup>

## (ง) ศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice)

หลังจากคณะมนตรีความมั่นคงได้ผ่านข้อบังคับให้ใช้มาตรการแซงชั่น ภายใต้มาตรา 301 แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรปและมีผลผูกพันทางกฎหมาย(legal binding) โดยตรงต่อรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปแล้ว มาตรการที่ออกมาใช้นี้ นโยมตอยู่ภายใต้อำนาจการพิจารณาและวินิจฉัยของศาลยุติธรรมยุโรป<sup>110</sup> ซึ่งคำร้องที่ขอให้ศาลทำการพิจารณานี้ อาจมาจากคณะกรรมการยุโรปกรณีรัฐสมาชิกละเลยไม่นำมาตรการบังคับไปบังคับใช้ หรืออาจจะกรณีที่รัฐสมาชิกร้องขอให้ศาลพิจารณาถึงกระบวนการออกข้อบังคับไม่ชอบหรือว่าคณะมนตรีแห่งยุโรปขาดอำนาจในการที่จะออกข้อบังคับใช้มาตรการ นอกจากนี้ แม้ศาลภายในของรัฐเองยังมีอำนาจที่จะยื่นคำร้องต่อศาลยุโรปให้ตีความข้อบังคับที่ออกโดยคณะมนตรีแห่งยุโรปได้ด้วย แต่อย่างไรก็ตามอำนาจการออกคำสั่ง (Decisions) หรือข้อบังคับร่วมปฏิบัติงานร่วมกันของคณะมนตรีแห่งยุโรปภายใต้เสาหลักที่ 2 นั้น ศาลยุติธรรมยุโรปไม่มีอำนาจ(Jurisdiction) ที่จะพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายหรือผลบังคับของคำวินิจฉัยภายใต้เสาหลักที่สองได้

<sup>109</sup>TEU Article 21 states: The Presidency shall consult the European Parliament on the main aspects and the basic choices of the common foreign and security policy and shall ensure that the views of the European Parliament are duly taken into consideration. The European Parliament shall be kept regularly informed by the Presidency and the Commission of the development of the Union's foreign and security policy.

The European Parliament may ask questions of the Council or make recommendations to it. It shall hold an annual debate on progress in implementing the common foreign and security policy."

<sup>110</sup>TEU Article 243 states "The Court of Justice may in any cases before it prescribe any necessary interim measures."

#### 4.4 การขึ้นและลบบัญชีรายชื่อของผู้ก่อการร้ายในสหภาพยุโรป(Listing and de-listing procedures)

สำหรับการขึ้นบัญชีของผู้ก่อการร้าย(Listing) ในสหภาพยุโรปมี 2 ประเภทคือ ประเภทแรก คือการขึ้นบัญชีรายชื่อภายใต้ข้อบังคับตามมติของคณะมนตรีความมั่นคง (UNSC) ซึ่งถือว่าเป็นองค์กรหลัก (Principal organ) ขององค์การสหประชาชาติ โดยสหภาพยุโรปได้นำเอาข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงว่าด้วยการต่อต้านการก่อการร้ายตามมติที่ 1267<sup>111</sup> และ 1333<sup>112</sup> และมติ 1390<sup>113</sup> ซึ่งได้กำหนดให้มีคณะกรรมการแซงชั่น(Sanction Committee) ที่เป็นองค์กรรอง (Subsidiary organ) มีหน้าที่ในการทำบัญชีรายชื่อผู้ก่อการร้าย ได้แก่ กลุ่มตาลิบัน กลุ่มอะโคต๊ะห์และนายโศฮามา บินลาเดนและผู้ที่เกี่ยวข้องและตรวจสอบการดำเนินการของรัฐสมาชิกสหประชาชาติตามข้อมติ ซึ่งภายใต้รูปแบบแรกนั้น สหภาพยุโรปได้นำเอาบัญชีรายชื่อการก่อการร้ายของสหประชาชาติ (UN lists) และนำเอามาตรการบังคับไปบังคับใช้กับกลุ่มบุคคลตามบัญชีรายชื่อเหล่านี้<sup>114</sup>

ประเภทที่สองคือการขึ้นบัญชีรายชื่อโดยอิสระ (EU autonomous lists) ของสหภาพยุโรป กล่าวคือการนำเอาข้อมติที่ 1373 ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงได้ให้อิสระแก่รัฐสมาชิกหรือสหภาพยุโรปที่สามารถกำหนดบัญชีรายชื่อของผู้ก่อการร้ายโดยลำพัง

สำหรับการบังคับทางเศรษฐกิจต่อตัวบุคคลตามมติของคณะมนตรีว่าด้วยการต่อต้านการก่อการร้ายตามมติที่ 1267<sup>115</sup> และ 1333<sup>116</sup> และมติ 1390<sup>117</sup> ซึ่งเรียกร้องให้ทุกรัฐทำการอายัดทรัพย์สินและแหล่งทุนของพวกเขาตาลิบันหรือที่อยู่ในการควบคุมของตาลิบันและยังได้ขยายอำนาจของคณะกรรมการแซงชั่นกำหนดการลงโทษให้มีอำนาจการขึ้นบัญชีกับสมุนกับนายโศฮามา บินลาเดนและกลุ่มก่อการร้ายอะโคต๊ะห์ ซึ่งมติดังกล่าวเป็นมติที่ออกในช่วงที่ตาลิบันยังมีอำนาจอยู่และมติดังกล่าวได้กำหนดให้มีการตั้งคณะกรรมการแซงชั่นกำหนดการลงโทษและกำหนดให้มีการขึ้นบัญชีรายชื่อบุคคลหรือองค์การการก่อการร้ายอีกด้วย

<sup>111</sup> Security Council Resolution 1267 (1999), 15 October 1999

<sup>112</sup> Security Council Resolution 1333 (2000), 19 December 2000

<sup>113</sup> Security Council Resolution 1390 (2002), 16 January 2002

<sup>114</sup> Article 6 of UN Security Resolution 1267 (1999); Article 2 of UN Security Council 1390 (2002)

<sup>115</sup> Security Council Resolution 1267 (1999), 15 October 1999

<sup>116</sup> Security Council Resolution 1333 (2000), 19 December 2000

<sup>117</sup> Security Council Resolution 1390 (2002), 16 January 2002

#### 4.4.1 การขึ้นบัญชีรายชื่อตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง(United Nations Lists)

สำหรับรูปแบบการนำมาตรการตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1267, 1333 และ 1390 มาเข้าสู่ระบบกฎหมายของยุโรปหรือบังคับใช้ในสหภาพยุโรปนั้นได้เริ่มหลังจากที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ออกมติที่ 1267 คณะมนตรีแห่งยุโรป (EU Council) ได้อาศัยอำนาจตามกรอบหรือเสาหลักที่ 2 (CFSP) ออก “ข้อบังคับร่วมปฏิบัติงานร่วมกัน” ที่ 1999/727/CFSP<sup>118</sup> ลง 15 พฤศจิกายน 1999 เกี่ยวกับการใช้มาตรการบังคับต่อกลุ่มตาลีบัน จากนั้นในการที่จะนำข้อกำหนดตามกรอบของนโยบายการต่างประเทศและความมั่นคง(CFSP) มาบังคับใช้ให้มีผลโดยตรงในการบังคับทางเศรษฐกิจต่อตัวบุคคลนั้น คณะมนตรีแห่งยุโรปได้ออกข้อบังคับ(Regulations) ตามมาตรา 301 แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรปซึ่งเป็นข้อบังคับที่ EC 337/2000<sup>119</sup> หรือเรียกว่า ข้อบังคับตาลีบัน(Taliban Regulation) ซึ่งใช้มาตรการห้ามบินและให้แช่แข็งทุนและแหล่งเงินของกลุ่มตาลีบัน

ต่อมาในปี ค.ศ. 2000 คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติที่ 1333 เรียกร้องให้ใช้มาตรการระงับการดำเนินการทางทรัพย์สินและแหล่งเงินทุนของโอซามา บินลาเดนและกลุ่มก่อการร้ายอะไคดะห์ ต่อมาคณะมนตรีแห่งยุโรปได้ออกข้อกำหนดร่วมปฏิบัติงานร่วมกันที่ 2001/754/CFSP<sup>120</sup> และคณะมนตรีแห่งยุโรปได้ออกเป็นข้อบังคับที่ 467/2001<sup>121</sup>

ต่อมาในปี ค.ศ. 2002 คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกมติที่ 1390 กำหนดให้ขยายระยะเวลาการบังคับต่อโอซามา บินลาเดน ซึ่งคณะมนตรีแห่งยุโรปได้ออกข้อกำหนดร่วมกันที่ 2002/402/CFSP<sup>122</sup> และคณะมนตรีแห่งยุโรปได้ออกข้อบังคับที่ 881/2002<sup>123</sup> ได้ยกเลิกข้อบังคับที่

<sup>118</sup> Council Common Position 1999/727/CFSP, concerning restrictive measure against the Taliban, OJ 1999, L 294/1

<sup>119</sup> Council Regulation (EC) 337/2000, 14 February 2000, concerning a flight ban and a freeze of funds and other financial resources in respect of the Taliban of Afganistan, OJ 2000, L 57/1

<sup>120</sup> Council Common Position 2001/754/CFSP, OJ 2000, L 43/1

<sup>121</sup> Council Regulation (EC) 467/2001 of 6 March 2001 prohibiting the export of certain goods and services to Afghanistan, strengthening the flight ban and extending the freeze of funds and other financial resources in respect of the Taliban of Afghanistan, and repealing Regulation (EC) 337/2000, OJ 2001, L 67/1.

<sup>122</sup> Council Common Position 2002/402/CFSP of 27 May 2002 concerning restrictive measures against Osama bin Laden, the members of Al-Qaida and the Taliban and other individuals, groups, undertakings and entities associated with them and repealing Common Positions 96/746/CFSP, 1999/727/CFSP, 2001/154/CFSP and 2001/771/CFSP, OJ 2002, L 139/4.

<sup>123</sup> Council Regulation (EC) 881/2002 of 27 May 2002 imposing certain specific restrictive measures against certain persons and entities associated with Osama bin Laden, the Al-Qaida network and the Taliban, and repealing



467/2001 แต่อย่างไรก็ตามนี้ การที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ออกมติเพื่อมาเพิ่มเติมหรือแก้ไขมติ 1267 ทางคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปก็ได้นำมาออกเป็นข้อบังคับตามบริบทของกรรมการกำหนดการลงโทษของคณะมนตรีความมั่นคงโดยไม่ได้พิจารณาแก้ไขรายชื่อบุคคลในบัญชีรายชื่อของกรรมการว่าเป็นการชี้ นบัญญัติอย่างรอบคอบหรือไม่<sup>124</sup> หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือการนำเอาบัญชีรายชื่อการก่อการร้ายบัญชีเดียวกันกับคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติมาใช้สหภาพยุโรปนี้เอง

#### 4.4.2 การชี้ นบัญชียรายชื่อของสหภาพยุโรป(European Union Lists)

สำหรับรูปแบบที่สองเป็นการชี้ นบัญชียรายชื่อตามมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ 1373 ซึ่งเป็นมติที่ออกหลังจากมีเหตุการณ์การโจมตีอาคาร World Trade Center ในนครนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีมติที่ 1373 นี้ คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้เรียกร้องให้รัฐสมาชิกให้การรับรองว่าบุคคลใดที่ได้ให้การช่วยเหลือด้านการเงินวางแผน ตระเตรียมการกระทำการก่อการร้ายนั้น จะต้องถูกชี้ นบัญชียรายชื่อพร้อมทั้งถูกระงับการดำเนินการทางทรัพย์สินและห้ามการเดินทาง นอกจากนี้ แล้วรัฐจะต้องการร่วมมือกับรัฐอื่นในการแลกเปลี่ยนข้อมูลและการดำเนินคดีทางอาญาแก่บุคคลที่ถูกชี้ นรายชื่อนี้

ข้อมติดังกล่าวให้มติดะกรรมการต่อต้านการก่อการร้าย (Counter Terrorism Committee-CTC) เพื่อที่จะตรวจสอบรัฐอื่นในการดำเนินมาตรการตามข้อมติ<sup>125</sup> นอกจากนี้ แล้วให้ความอิสระแก่รัฐสมาชิกในการที่จะชี้ นบัญชียผู้ก่อการร้ายเอง ซึ่งต่างจากการชี้ นบัญชียรายชื่อก่อการร้ายแบบที่ 1 คือเป็นรายชื่อผู้ก่อการร้ายที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มตาลิบัน และกลุ่มอะไคดะห์และโฆซามาบินลาเดน ส่วนรูปแบบที่ 2 เป็นรายชื่อของผู้ต้องสงสัยทุกคน (Suspicious persons) ที่เกี่ยวข้องกับการก่อการร้าย

สำหรับเหตุผลการชี้ นบัญชียรายชื่อผู้ก่อการร้ายโดยอิสระของสหภาพยุโรป(EU level) นี้ สหภาพยุโรปมองว่าการป้องกันการก่อการร้ายในสหภาพยุโรปนี้ จะต้องอาศัยความร่วมมือของประเทศสมาชิกในการที่จะชี้ นบัญชียเองอย่างรวดเร็ว นอกจากนี้ แล้วยังสามารถที่จะทำการสืบสวน สอบสวนแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างรัฐสมาชิกด้วยกันเองอย่างมีประสิทธิภาพ

---

Regulation (EC) 467/2001 prohibiting the export of certain goods and services to Afghanistan, strengthening the flight ban and extending the freeze of funds and other financial resources in respect of the Taliban of Afghanistan, OJ 2002, L. 139/9.

<sup>124</sup> Case T-306/01 R, Aden and Others v Council and Commission [2002] ECR II-2387 at para. 70

<sup>125</sup> UNSC Resolution 1373 (2001), para. 6

สำหรับผลของการถูกขึ้นบัญชีรายชื่อตามข้อมตินี้ บุคคล กลุ่มคนหรือองค์กรธุรกิจเหล่านี้ จะถูกระงับการดำเนินการทางทรัพย์สินและแหล่งเงินทุนและห้ามการเดินทาง นอกจากนี้ แล้วกลุ่มบุคคลดังกล่าวไม่ได้รับแจ้งถึงการถูกขึ้นบัญชีรายชื่อและไม่มีโอกาสที่จะชี้แจงต่อเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจถึงความบริสุทธิ์ของตนเองและไม่มีโอกาสที่จะนำพยานหลักฐานไปหักล้างข้อถูกกล่าวหาจากรัฐผู้ขอขึ้นบัญชีรายชื่อได้ ผู้ถูกขึ้นบัญชีรายชื่อยังไม่ทราบถึงกระบวนการและขั้นตอนในการที่จะโต้แย้งหรือต่อสู้ข้อที่ถูกกล่าวหาของตนและยังไม่มีช่องทางที่จะเสนอคำร้องเพื่อที่จะชี้แจงพยานหลักฐานของตนอีกด้วย

ในการนำมาตรการตามมติมาปฏิบัติภายในรัฐของสหภาพยุโรปนั้น ไม่ได้มีกฎเกณฑ์ในการขึ้นบัญชีรายชื่อแต่อย่างใด โดยที่คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปได้ออกข้อกำหนดร่วมกันภายใต้กรอบของ Common Foreign and Security Policy-CFSP คือ Common Position 2001/931/CFSP ซึ่งอยู่ในเสาหลักที่สองและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 301 แห่งสนธิสัญญาการก่อตั้งประชาคมยุโรปนำเอามาออกเป็นข้อบังคับที่ EC Regulation 2580/2001<sup>126</sup> โดยมาตรา 1 วรรค 4 ของข้อกำหนดร่วมกันแห่งยุโรปไว้ว่ากรอบในการขึ้นบัญชีรายชื่อบุคคลไว้โดยอาศัยหลักฐานที่เชื่อถือได้ที่จะขึ้นบัญชีรายชื่อบุคคลที่ต้องสงสัยว่าเป็นผู้กระทำการ ร่วมมือหรือให้การช่วยเหลือในการก่อการร้าย<sup>127</sup>

อำนาจในการขึ้นบัญชีรายชื่อในระดับสหภาพยุโรปนั้น มาตรา 2 วรรค 3 แห่งข้อบังคับแห่งยุโรปที่ 2580/2001 กำหนดให้คณะมนตรีแห่งยุโรป (The Council) ซึ่งเป็นสถาบันที่มีอำนาจในการทำบัญชีรายชื่อ การทบทวนและการเปลี่ยนแปลงบัญชีรายชื่อผู้ก่อการร้าย<sup>128</sup> ซึ่งรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปยังคงมีหน้าที่เสนอรายชื่อผู้ต้องสงสัยพร้อมด้วยพยานหลักฐานที่เชื่อถือได้ต่อคณะมนตรีแห่งยุโรปที่จะอาศัยมติเป็นเอกฉันท์ที่จะขึ้นบัญชีรายชื่อบุคคลที่ถูกเสนอชื่อมา

<sup>126</sup> Council Regulation (EC) 2580/2001 of 27 December 2001 on specific restrictive measures against certain persons and entities with a view to combating terrorism, OJ 2001, L 344/70. This regulation has recently been amended by Commission Regulation (EC) 745/2003 of 28 April 2003 amending Council Regulation (EC) 2580/2001 on specific restrictive measures against certain persons and entities with a view to combating terrorism, OJ 2003 L 106/22

<sup>127</sup> Article 1 paragraph 4 of Common Position 931 states that "on the basis of precise information or material in the relevant file which indicates that a decision has been taken by a competent authority in respect of which the persons, groups and entities concerned, irrespective of whether it concerns the instigation of investigation or prosecution for a terrorist act, an attempt to penetrate, participate in or facilitate such an act based on serious and credible evidence or clues, or condemnation (sic) for such deeds" a decision can and have to be made.

<sup>128</sup> Cameron, I. "European Union Anti-Terrorist Blacklisting," *Human Rights Law Review*, (2003): 225-256, p 232

กระบวนการขึ้นบัญชีรายชื่อผู้ก่อการร้ายในสหภาพยุโรปนั้นคล้ายกับกระบวนการขึ้นบัญชีรายชื่อของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ กล่าวคือสหภาพยุโรปได้ตั้ง คณะกรรมการแซงชั่น (EU Sanction Committee) มีอำนาจที่จะขึ้นบัญชี (Listing) ลบบัญชีรายชื่อ (De-listing) และคงไว้ (Maintain) ซึ่งบัญชีรายชื่อผู้ก่อการร้าย

#### 4.4.3 กระบวนการลบรายชื่อ (De-listing procedures) ของสหภาพยุโรป

ตามข้อกำหนดร่วมกันที่ 931 กำหนดให้บัญชีรายชื่อการก่อการร้ายของสหภาพยุโรปนั้นจะต้องได้รับการทบทวนทุก 6 เดือนเพื่อที่จะได้ให้การรับรองว่าบัญชีรายชื่อยังคงเป็นปัจจุบันพร้อมด้วยแสดงเหตุผลถึงการคงไว้ของรายชื่อที่ถูกขึ้นบัญชีของแต่ละรายชื่อ<sup>129</sup> สำหรับคำร้องขอให้ลบรายชื่อ (De-list) ในสหภาพยุโรปนั้น อาจมาจากรัฐสมาชิก หรือจากบุคคล กลุ่มบุคคล หรือองค์กรธุรกิจที่ได้รับผลกระทบ (Affected individuals, groups or entities) จากการที่ถูกขึ้นบัญชีรายชื่อ

โดยปกติผู้ถูกขึ้นบัญชีรายชื่อสามารถที่จะยื่นคำร้องต่อศาลภายในของรัฐสมาชิกนั้นๆ เพื่อที่จะขอให้วินิจฉัยการลบรายชื่อ นอกจากนี้แล้วยังสามารถที่จะยื่นคำร้องขอให้พิจารณาลบรายชื่อต่อศาลชั้นต้นแห่งยุโรป (CFI) ภายใต้มาตรา 230(4)<sup>130</sup>, (5)<sup>131</sup> แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป ทั้งนี้ที่ตนได้รับผลกระทบต่อการถูกขึ้นบัญชีรายชื่อเนื่องจากข้อผิดพลาดทางกฎหมาย สำหรับผู้ที่ถูกขึ้นบัญชีรายชื่อนี้ จะถูกดำเนินการตามตรรกะที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดแห่งยุโรป ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวมีผลผูกพันทางกฎหมาย (legal binding) โดยตรง (Direct effect) ต่อรัฐสมาชิกทั้งหมดภายใต้มาตรา 249 (2) แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป (TEC)<sup>132</sup>

<sup>129</sup> Common Position 931, para 6

<sup>130</sup> TEC Article 230 (4) states: "Any natural or legal person may, under the same conditions, institute proceedings against a decision addressed to that person or against a decision which, although in the form of a regulation or a decision addressed to another person, is of direct and individual concern to the former."

<sup>131</sup> TEC Article 230 (5) states: "The proceedings provided for in this article shall be instituted within two months of the publication of the measure, or of its notification to the plaintiff, or, in the absence thereof, of the day on which it came to the knowledge of the latter, as the case may be."

<sup>132</sup> TEC Article 249 states: "In order to carry out their task and in accordance with the provisions of this Treaty, the European Parliament acting jointly with the Council, the Council and the Commission shall make regulations and issue directives, take decisions, make recommendations or deliver opinions."

A regulation shall have general application. It shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States.

#### 4.4.4 ความสอดคล้องของมาตรการตามข้อมติภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป

ในการบังคับใช้มาตรการบังคับต่อเป้าหมาย (Targeted or smart sanctions) ตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงทำให้เกิดเสียงวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ถูกระทบนั้น ได้แก่ สิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และกฎหมายสิทธิมนุษยชนของภูมิภาคและที่สำคัญคือกฎหมายสิทธิมนุษยชนภายใต้กฎหมายสหภาพยุโรป

สำหรับกฎหมายสิทธิมนุษยชนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้บัญญัติไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ (UN Charter)<sup>133</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights 1948-UDHR)<sup>134</sup> กติการะหว่างประเทศที่สำคัญได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights 1966-ICCPR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Culture Rights 1965) นอกจากนี้แล้วกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนยังปรากฏในสนธิสัญญาว่าห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยเชื้อชาติ (Racial discrimination 1965) ด้วยสิทธิสตรี (Women's rights-1979) สิทธิเด็ก (Children's right-1989) การทรมาน (Torture-1984) และสิทธิของคนงานย้ายถิ่นฐาน (Migrant workers 1990) เป็นต้น

ในระดับภูมิภาคนี้ มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน (Regional human rights) ที่สำคัญได้แก่ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (European Convention for the Protection of Human Rights 1950) กฎบัตรยุโรปว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน (Charter of Fundamental Rights of the European Union-2000) อนุสัญญาอเมริกันว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (American Convention on Human Rights 1969) และกฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและประชาชน (Charter on Human and People's Rights 1981)

---

A directive shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods.

A decision shall be binding in its entirety upon those to whom it is addressed.

Recommendations and opinions shall have no binding force."

<sup>133</sup> UNC, Preamble, Articles 1 and 55.

<sup>134</sup> UN Doc. GA/RES/217 A (III), 10 December 1948.

การบังคับใช้มาตรการตามบังคับเป้าหมายหรือตัวบุคคลตามข้อมติที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของบุคคลที่ถูกขึ้นบัญชีชื่อ อย่างเช่น

(ก) สิทธิและเสรีภาพในการเคลื่อนไหว (Freedom of movement)

การใช้มาตรการห้ามการเดินทาง (Travel bans) ตามข้อมตินี้ นได้กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในการเคลื่อนไหวเป็นการละเมิดต่อมาตรา 12<sup>135</sup> แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและการเมือง (ICCPR) และมาตรา 2<sup>136</sup> แห่งพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 4 (Protocol No. 4) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Convention on Human Rights-ECHR) นอกจากนี้ แล้วอาจจะละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคล(Privacy) สิทธิต่อชื่อเสียง (Reputation) หรือสิทธิในครอบครัว (Family rights) ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 17<sup>137</sup> แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและการเมืองและขณะเดียวกันก็เป็นกำหนดไว้ในมาตรา 8<sup>138</sup> แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป

---

<sup>135</sup> ICCPR, Article 12 states:

"1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.

2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.

3. The above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order (ordre public), public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant.

<sup>136</sup> ECHR, Protocol 4, Article 2, Freedom of movement, states:

"1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.

2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.

3. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the maintenance of ordre public, for the prevention of crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

4. The rights set forth in paragraph 1 may also be subject, in particular areas, to restrictions imposed in accordance with law and justified by the public interest in a democratic society."

<sup>137</sup> ICCPR, Article 17 states: "1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.

2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks."

<sup>138</sup> ECHR, Article 8, Right to respect for private and family life, states:

"1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or

## (ข) สิทธิที่จะได้รับการเคารพในทรัพย์สิน (Right to respect for property)

การกระทบกับสิทธิดังกล่าวเกิดจากการบังคับมาตรการระงับการดำเนินการทางทรัพย์สินหรือทุน (Freezing of assets or funds) ของผู้ที่ถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อการก่อการร้าย โดยสิทธิที่จะได้รับการเคารพในทรัพย์สินนี้ ไม่ได้กำหนดอยู่ตามมาตรา<sup>139</sup> แห่งพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECHR)

## (ค) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรม (Right to a fair hearing or a fair trial)

สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรมนี้ เกิดจากการที่ผู้ถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อที่ไม่มีสิทธิที่จะทราบข้อกล่าวหาของตนหรือเหตุแห่งการที่ถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อ นอกจากนี้ แล้ว ยังไม่มีช่องทางที่จะต้องสู้ในชั้นศาลอีกด้วย ซึ่งสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรมนี้ ไม่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา<sup>140</sup> แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECHR) และมาตรา 14(1)<sup>141</sup>

the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

<sup>139</sup> Article 1 Protection of property of Protocol No. 1 to the ECHR state:

“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

<sup>140</sup> Article 6 of ECHR (Right to a fair trial) states:

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

(a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;

(b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;

แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและทางการเมือง (ICCPR) และมาตรา 10<sup>142</sup> แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) ที่ว่าทุกคนย่อมมีสิทธิในความเสมอภาคอย่างเต็มที่ในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมและเปิดเผยจากศาลที่อิสระและไม่ลำเอียงในการพิจารณากำหนดสิทธิและหน้าที่ของตนและข้อกล่าวหาอาญาใดต่อตน แต่ประเด็นข้อปัญหาทางกฎหมายก็คือว่า “ข้อกล่าวหาอาญา” (Criminal charge) นี้ นึกถึงความและกำหนดกรอบแตกต่างกันออกไป ดังนั้น การบังคับใช้มาตรการบังคับต่อตัวบุคคลนี้ ยังเป็นประเด็นว่าเข้าลักษณะว่าเป็นข้อกล่าวหาทางอาญา” หรือไม่เข้าลักษณะดังกล่าวในอันที่จะได้รับความคุ้มครองตามสิทธิขั้นพื้นฐานได้

(ง) สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาโดยศาลอย่างมีประสิทธิภาพ (Right to effective judicial review)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR 1948) ได้บัญญัติสิทธิที่จะต้องได้รับการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพหรือได้รับการตรวจสอบทางยุติธรรมอย่างมีประสิทธิภาพ (Right to effective judicial review or judicial remedy) นี้ ไว้ใน ข้อ 8 “ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอันมีประสิทธิภาพจากศาลที่มีอำนาจแห่งรัฐต่อการกระทำอันล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งตนได้รับตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย” ในขณะที่เดียวกันสิทธิดังกล่าวได้ถูกกำหนดภายใต้มาตรา 13<sup>143</sup> แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECHR) ในทำนองเดียวกันสิทธิ

(c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;

(d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

(e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court

<sup>141</sup> Article 14 (1) of ICCPR states:

“All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law. The press and the public may be excluded from all or part of a trial for reasons of morals, public order (ordre public) or national security in a democratic society, or when the interest of the private lives of the parties so requires, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice; but any judgement rendered in a criminal case or in a suit at law shall be made public except where the interest of juvenile persons otherwise requires or the proceedings concern matrimonial disputes or the guardianship of children”

<sup>142</sup> Article 10 of UDHR states: “Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him.”

<sup>143</sup> ECHR, Article 13 (Right to an effective remedy) states:

ดังกล่าวยังได้บัญญัติไว้ในมาตรา 2(3)<sup>144</sup> แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและ  
 ทหารการเมืองอีกด้วย

แม้ว่าสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพนั้นไม่จำเป็นที่จะต้องเป็น  
 กระบวนการทางศาลเสมอไป สิทธิดังกล่าวอาจจะได้รับจากหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจที่จะให้การ  
 เยียวยาหรือมีอำนาจที่จะวินิจฉัยพิจารณาแก่ผู้ถูกละเมิดและผู้ถูกละเมิดสามารถเข้าถึงได้ ซึ่ง  
 หน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจให้การเยียวยาอาจจะเป็น ผู้ตรวจการแผ่นดิน (Ombudsman) หรือ  
 หน่วยงานของฝ่ายบริหารที่มีอำนาจก็ได้<sup>145</sup>

สำหรับรายละเอียดของการวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งยุโรปต่อสิทธิของผู้ถูกชี้ น  
 บัญชีรายชื่อที่อ้างว่าถูกละเมิดโดยนี้ จะได้กล่าวไว้ในบทที่ 5 ต่อไป

---

"Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective  
 remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an  
 official capacity."

<sup>144</sup> ICCPR, article 2(3) Each State Party to the present Covenant undertakes:

"(a) To ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an  
 effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity;

(b) To ensure that any person claiming such a remedy shall have his right thereto determined by competent  
 judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system  
 of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy;

(c) To ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted."

<sup>145</sup> ECtHR, Klass v. Germany, Judgment, 6 September 1978, para. 67.



## บทที่ 5

### คำตัดสินของศาลยุติธรรมแห่งยุโรปต่อการบังคับตามข้อมติและบทเรียนจากคำตัดสิน

คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ (United Nations Security Council-UNSC) เป็นองค์กรหลัก (Principal organ) ขององค์การสหประชาชาติโดยมีภารกิจหลักคือ การดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศตามกฎหมาย 24<sup>1</sup> ในขณะเดียวกันภารกิจหลักดังกล่าวถือเป็นวัตถุประสงค์หลักขององค์การสหประชาชาติและรัฐสมาชิกตามกฎหมาย 1(1)<sup>2</sup> และ (3)<sup>3</sup> นอกจากนี้ แล้กฎหมาย 24 ยังได้ให้อำนาจแก่คณะมนตรีความมั่นคงในการที่จะออกข้อมติที่มีผลผูกพันทางกฎหมายที่บังคับแก่รัฐและบุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่มีใช้รัฐอีกด้วยตามอำนาจภายใต้หมวด 7 และกฎหมาย 41

บทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงในปัจจุบันได้พัฒนามากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะการต่อต้านการก่อการร้ายอันถือว่าเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ โดยคณะมนตรีความมั่นคงได้ออกมติในการต่อต้านการก่อการร้ายที่สำคัญคือมติที่ 1267 (1999) ที่กำหนดมาตรการระงับการดำเนินการทาง (Freeze) ทรัพย์สิน (Assets) หรือแหล่งเงินทุน (Funds) ของพวกตาลิบันและกลุ่มก่อการร้ายอัล เคด้า และมาตรการดังกล่าวนี้ มีผลต่อบุคคล กลุ่มคนหรือองค์กรธุรกิจไม่ว่าจะอยู่ที่ใด โดยมาตรการดังกล่าวได้สร้างพันธกรณีแก่รัฐสมาชิกและมีใช้สมาชิกสหประชาชาติที่จะต้องนำมาตราการไปบังคับในรับรัฐตามมาตรา 25 แห่งกฎบัตร ซึ่งมาตรการดังกล่าวถือเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศภายใต้กฎบัตรที่เหนือกว่าพันธกรณีตามสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศตามนัยแห่งกฎหมาย 103

สหภาพยุโรป (European Union-EU) ประกอบด้วยรัฐสมาชิก 27 รัฐและทุกรัฐเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ (UN member states) ยิ่งไปกว่านั้น รัฐบางรัฐยังเป็นสมาชิก

---

<sup>1</sup> UNC Article 24

<sup>2</sup> UNC Article 1(1) states: "To maintain international peace and security, and to that end: to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace."

<sup>3</sup> UNC Article 1(3) states: "To achieve international cooperation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion; and"

ถาวรหรือสมาชิกชั่วคราวของคณะมนตรีความมั่นคงอีกด้วย สหภาพยุโรปนั้นได้ถูกก่อตั้งขึ้นขึ้นมาโดยการมอบอำนาจของรัฐสมาชิกซึ่งมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎบัตรในฐานะรัฐสมาชิกและยังต้องมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามข้อตกลง (International agreement) หรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เข้าร่วมกันก่อตั้งสหภาพยุโรป(Treaty on European Union-TEU) ขึ้นอีกด้วย อย่างไรก็ตามสหภาพยุโรปตั้งจากรัฐสมาชิกยุโรปที่ว่าสหภาพยุโรปมิได้เป็นที่ตั้งสมาชิกหรือภาคีขององค์การสหประชาชาติแต่อย่างใด

ดังนั้น การที่สหภาพยุโรปจะตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามข้อมติหรือไม่นี้ ต้องพิจารณาว่าสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปได้กำหนดให้สหภาพยุโรปต้องมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามกฎบัตรหรือไม่และความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรและสนธิสัญญาก่อตั้งมีความสัมพันธ์ ลักษณะใด นอกจากนี้ แล้วจะต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปและองค์การสหประชาชาติว่ามีความสัมพันธ์ลักษณะใด ซึ่งการที่จะพิจารณาประเด็นดังกล่าวสามารถพิจารณาได้จากการนำกฎบัตรซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศเข้าสู่ระบบกฎหมายยุโรปหรือสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปนั้นเองว่าการเข้าสู่(Permeat) ระบบกฎหมายยุโรปนั้น จะต้องมีเงื่อนไขอย่างไร

หลังจากที่ทราบถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรและสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปแล้วที่จะบอกถึงสถานะของกฎบัตรภายใต้กฎหมายยุโรปนั้น ย่อมจะทราบถึงอำนาจของศาลยุโรปต่ออำนาจการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติที่ศาลยุติธรรมยุโรปที่จะชี้ให้เห็นถึงว่ามาตรการตามข้อมตินั้น ได้ละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ถูกชี้ นบัญญัติรายชี้หรือไม่และสิทธิที่ถูกระทบดังกล่าวนี้ เป็นสิทธิทางด้านใดบ้าง ตลอดจนถึงสิทธิที่ถูกระทบนั้น เข้าลักษณะเป็นสิทธิตามกฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens) ที่รัฐทุกรัฐจะต้องให้ความเคารพโดยไม่มีข้อยกเว้นรวมถึงองค์การระหว่างประเทศที่มีฐานะเป็นบุคคลตามบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศเช่น องค์การสหประชาชาติและสหภาพยุโรปด้วย

ดังนั้น ในบพนี้ จะได้วิเคราะห์คำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรปในคดี *adi and Al Barakaat v Council and Commission* หรือคดี *Kadi I* ถึงมาตรการบังคับตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงในสหภาพยุโรป ตลอดจนถึงพันธกรณีของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปที่จะต้องปฏิบัติตามข้อมติและสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปที่กำหนดไว้ในมาตรา

<sup>4</sup> Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission, [online] 2008, Available from: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0402:EN:HTML>

10<sup>5</sup> รัฐสมาชิกมีพันธกรณีที่จะต้องกำหนดมาตรการตามความเหมาะสมที่ได้กำหนดไว้ในสนธิสัญญา และมีพันธกรณีที่ต้องไม่กระทำการใดๆ อันเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาและหากว่ารัฐสมาชิกมีประเด็นการตีความในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาก่อตั้งยุโรป ศาลจะมีอำนาจในการตีความตามมาตรา 220<sup>6</sup> แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปเพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพโดยแบ่งหัวข้อศึกษาดังนี้ 5.1 คำตัดสินของศาลยุติธรรมยุโรปในคดี Kadi I จากคำตัดสินของศาลชั้นต้นและศาลสูงยุโรป 5.2 คำตัดสินของศาลยุติธรรมยุโรปในคดี Kadi II และ 5.3 ศึกษาผลบทเรียนจากคำตัดสินคดี Kadi I และ Kadi II

### 5.1 คำตัดสินของศาลยุติธรรมยุโรปในคดี Kadi I

หลังจากที่สหภาพยุโรปได้นำมาตรการตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงมาบังคับใช้ในระบบกฎหมายยุโรปโดยการชี้ นบัญญัติรายชื่อของผู้ก่อการร้ายตามบัญชีของคณะมนตรีความมั่นคง (UN listing) หรือบัญชีรายชื่อที่สหภาพยุโรปทำขึ้น (EU listing) ซึ่งผลของบุคคล กลุ่มคนหรือองค์กรธุรกิจที่ถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อการก่อการร้ายดังกล่าวนี้ นส่งให้บุคคลดังกล่าวถูกแช่แข็งยึดหรืออายัดแหล่งเงินทุนหรือทรัพย์สิน ถูกห้ามบิน ตลอดจนถึงถูกกระทบสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental rights) ที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาลที่จะให้ถอนรายชื่อของตนออกจากบัญชีการก่อการร้าย ดังนี้ นประเด็นคำถามทางกฎหมายที่จะพิจารณาตามมาก็คือว่า อำนาจของศาลสหภาพยุโรปนี้ นมีอำนาจที่จะพิจารณาวินิจฉัยการมาตราการตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงและอำนาจของคณะมนตรีแห่งยุโรปที่นำมาตรการดังกล่าวมาบังคับใช้ในสหภาพยุโรปเอง และอำนาจของศาลยุโรปที่จะตรวจสอบทางศาล (Judicial review) การใช้มาตรการชี้ นบัญญัติรายชื่อการก่อการร้ายซึ่งเป็นมาตรการที่ออกตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติภายใต้หมวดที่ 7 โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรวจสอบทางยุติธรรมในเรื่องของสิทธิขั้นพื้นฐานเรื่องสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรมและสิทธิที่จะได้รับการดำเนินคดีอาญา

นอกจากนี้ นแล้วศาลยุติธรรมยุโรปยังมีอำนาจที่จะควบคุมการใช้อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงด้วยหรือไม่ ซึ่งในหัวข้อนี้ จะได้ศึกษาคดีตัวอย่างที่จะนำมาประกอบการ

<sup>5</sup>TEU Article 10 (TEC Art. 113) states: "Member States shall take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfillment of the obligations arising out of this Treaty or resulting from action taken by the institutions of the Community. They shall facilitate the achievement of the Community's tasks. They shall abstain from any measure which could jeopardise the attainment of the objectives of this Treaty".

<sup>6</sup>TEU Article 220 (TEC Art. 164) states that "The Court of Justice shall ensure that in the interpretation and application of this Treaty the law is observed."

พิจารณาคือคดีการพิจารณาของศาลยุติธรรมยุโรป คือศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice) และศาลทั่วไปแห่งยุโรป (General Court of Justice)

### 5.1.1 ความเป็นมาของคดี Kadi I

สำหรับคดี Kadi I เกิดจากการขัดกันระหว่างกฎบัตรสหประชาชาติ (UN law) ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ (International law) กับกฎหมายสหภาพยุโรป (European legal) เกี่ยวกับการบังคับใช้มาตรการต่อต้านการก่อการร้ายตามข้อมติที่ 1267 (1999) ที่กำหนดให้ “คณะกรรมการแซงชั่น” (Sanction Committee) จัดทำบัญชีของผู้ก่อการร้ายโดยอาศัยข้อมูลลับ (Confidential information) ของรัฐผู้ร้องขอ (Requested state) และให้ระงับการดำเนินการ (Freeze) ทางทรัพย์สิน (Asset) และแหล่งเงินทุน (Funds) ของบุคคล (Individuals) หรือองค์กรธุรกิจ (Entities) ที่เกี่ยวข้องกับ การก่อการร้าย

สหภาพยุโรปได้บังคับมาตรการตามข้อมติโดยออกเป็นข้อบังคับ (Council Regulation) ที่ 881/2002 ซึ่งอาศัยอำนาจตามมาตรา 60<sup>7</sup>, 301<sup>8</sup>, และมาตรา 308<sup>9</sup> แห่ง

---

<sup>7</sup> Article 60 of TEC states:

“1. If, in the cases envisaged in Article 301, action by the Community is deemed necessary, the Council may, in accordance with the procedure provided for in Article 301, take the necessary urgent measures on the movement of capital and on payments as regards the third countries concerned.

2. Without prejudice to Article 297 and as long as the Council has not taken measures pursuant to paragraph 1, a Member State may, for serious political reasons and on grounds of urgency, take unilateral measures against a third country with regard to capital movements and payments. The Commission and the other Member States shall be informed of such measures by the date of their entry into force at the latest.

The Council may, acting by a qualified majority on a proposal from the Commission, decide that the Member State concerned shall amend or abolish such measures. The President of the Council shall inform the European Parliament of any such decision taken by the Council.”

<sup>8</sup> Article 301 of TEC states: “Where it is provided, in a common position or in a joint action adopted according to the provisions of the Treaty on European Union relating to the common foreign and security policy, for an action by the Community to interrupt or to reduce, in part or completely, economic relations with one or more third countries, the Council shall take the necessary urgent measures. The Council shall act by a qualified majority on a proposal from the Commission.”

<sup>9</sup> Article 308 of TEC states: “If action by the Community should prove necessary to attain, in the course of the operation of the common market, one of the objectives of the Community, and this Treaty has not provided the

สนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป(Treaty on Establishing the European Community-TEC) ซึ่งข้อบังคับดังกล่าวนี้ เป็นการปฏิบัติตามข้อตกลงร่วมของสหภาพยุโรป(EU Common Position) ที่กำหนดกรอบนโยบายด้านการต่างประเทศของสหภาพยุโรป โดยนโยบายหนึ่งในกรอบนี้ คือการรักษาสันติภาพและความสงบระหว่างประเทศ

ผลทางกฎหมายของข้อบังคับ(Council Regulation) ที่ 881/2002 คือมีผลผูกพันทางกฎหมายโดยตรงและมีศักดิ์ เหนือกว่ากฎหมายภายในรัฐสมาชิกยุโรปที่มีอาจจะขัดหรือแย้งกับผลโดยตรงทางกฎหมายนี้ได้ ดังนั้น รัฐสมาชิกต้องทำการระงับการดำเนินการทางทรัพย์สิน(Financial assets) และเงินทุน (Funds) ของบุคคล (Individuals) หรือองค์กรธุรกิจ (Entities) ที่เกี่ยวข้องกับนายโศฮามา บินลาเดน หรือการก่อการร้ายอะ ไคดะห์และตาลิบันหรือผู้ที่ให้การสนับสนุนกับการก่อการร้ายตามบัญชีรายชื่อของคณะกรรมการแข่งขัน

ในปี ค.ศ. 2001 คณะกรรมการแข่งขันได้ชี้ นบัญชีการก่อการร้าย Yassin Abdullah Kadi เป็นนักธุรกิจสัญชาติซาอุดีอาระเบียและมูลนิธิ Al Barakaat International Foundation จัดทะเบียนอยู่ในประเทศสวีเดนเนื่องจากว่าเป็นผู้เกี่ยวข้องกับนายโศฮามา บินลาเดน กลุ่มก่อการร้ายอะไคดะห์และตาลิบันมูลนิธิยังได้ดำเนินกิจกรรมโอนเงินระหว่างประเทศและถูกกระทรวงการคลังสหรัฐได้ชี้ นบัญชีเป็นผู้ก่อการร้ายระหว่างประเทศ

ผลจากการที่ Yassin Abdullah Kadi<sup>10</sup> และ Yusuf and Al Barakaat International Foundation<sup>11</sup> ถูกชี้ นบัญชีรายชื่อการก่อการร้ายในสหภาพยุโรปทำให้รัฐสมาชิกสหภาพยุโรปจะต้องระงับการดำเนินการทางทรัพย์สินและห้ามบุคคลในบัญชีบินเมื่อปี ค.ศ. 2001 นาย Yassin Abdullah Kadi และ Yusuf and Al Barakaat International Foundation ได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 230(4)<sup>12</sup> ตามสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป(TEC) ยื่นฟ้องคณะมนตรียุโรป (Council of European Union- the Council) และคณะกรรมการยุโรป (the European

---

necessary powers, the Council shall, acting unanimously on a proposal from the Commission and after consulting the European Parliament, take the appropriate measures.”

<sup>10</sup> Case T-315/01, Yassin Abdullah Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities, 2005 ECR II-3649

<sup>11</sup> Case T-306/01, Yusuf and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities, 2005 ECR II-3533

<sup>12</sup> TFEU Article 236 (4) (TEC Art. 230) states: “Any natural or legal person may, under the same conditions, institute proceedings against a decision addressed to that person or against a decision which, although in the form of a regulation or a decision addressed to another person, is of direct and individual concern to the former.”

Commission) ต่อศาลชั้นต้นยุโรป (European Court of First Instance-CFI) ให้เพิกถอนข้อบังคับยุโรปที่ 881/2002<sup>13</sup> เนื่องจากละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental rights) ของตนอันได้แก่ สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาย่างยุติธรรม (Right to a fair trial) หรือสิทธิที่จะได้รับทราบข้อกล่าวหา (Right to be heard) สิทธิในการที่จะได้รับการเยียวยา (Right to effective judicial review)<sup>14</sup> และสิทธิในทรัพย์สิน (Right to respect for property) กล่าวคือ

(1) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรม (Right to a fair hearing or a fair trial) ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 6<sup>15</sup> แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Convention on Human Rights-ECHR) และมาตรา 14<sup>16</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิ

---

<sup>13</sup> Initially, Kadi sought annulment of Regulation 467/2001 as amended by Commission Regulation 2062/2001 but, following the repeal of Regulation 467/2001 by Regulation 881/2002 which took place after the commencement of proceedings, the CFI considered the action directed against the new regulation in the interests of the proper administration of justice. See Kadi, op.cit., [at paras. 57-58]. A similar issue arose in Yusuf and Al Barakaat, [op.cit. (at paras. 76 -77)]. In the latter case, the ECJ rejected the argument that the contested regulations were not proper regulations because they named specific persons and therefore lacked general application: see Kadi and Al Barakaat, op.cit., [at paras. 241 et seq].

<sup>14</sup> CFI, Kadi, para. 59, 139

<sup>15</sup> Article 6 of ECHR (Right to a fair trial) states:

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

(a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;

(b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;

(c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;

(d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

(e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court

<sup>16</sup> Article 14 (1) of ICCPR states:

พลเมืองและทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights-ICCPR) และ มาตรา 10<sup>17</sup> แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights-UDHR) ที่ว่าทุกคนย่อมมีสิทธิในความเสมอภาคอย่างเต็มที่ในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมและเปิดเผยจากศาลที่อิสระและไม่ลำเอียงในการพิจารณากำหนดสิทธิและหน้าที่ของตน และข้อกล่าวหาอาญาใดต่อตน

(2) สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาโดยศาล (Right to effective judicial remedy)

สำหรับสิทธิที่ Kadi ได้อ้างว่าข้อบังคับแห่งยุโรปได้ละเมิดต่อสิทธิที่จะต้องได้รับการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพหรือได้รับการตรวจสอบทางยุติธรรม (Right to effective judicial review or judicial remedy) นั้นได้ปรากฏอยู่ในมาตรา 13<sup>18</sup> ประกอบกับมาตรา 6<sup>19</sup> แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECHR)

(3) สิทธิที่จะได้รับการเคารพในทรัพย์สิน (Right to respect for property)

สำหรับสิทธิที่ Kadi ได้อ้างว่าข้อบังคับแห่งยุโรปได้ละเมิดต่อสิทธิที่จะต้องได้รับการเคารพในทรัพย์สินนี้ นั้นได้ปรากฏอยู่ในมาตรา<sup>20</sup> แห่งพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECHR)

---

"All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law. The press and the public may be excluded from all or part of a trial for reasons of morals, public order (ordre public) or national security in a democratic society, or when the interest of the private lives of the parties so requires, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice; but any judgement rendered in a criminal case or in a suit at law shall be made public except where the interest of juvenile persons otherwise requires or the proceedings concern matrimonial disputes or the guardianship of children"

<sup>17</sup> Article 10 of UDHR states: "Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him."

<sup>18</sup> ARTICLE 13 of ECHR (Right to an effective remedy) states:

"Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity."

<sup>19</sup> ARTICLE 6 of ECHR (Right to a fair trial

<sup>20</sup> Article 1 Protection of property of Protocol No. 1 to the ECHR state:

ผู้ร้องยังได้อ้างว่าคณะมนตรียุโรป (The Council) และคณะกรรมการยุโรป (The Commission) ไม่มีอำนาจออกข้อบังคับตามข้อมติที่บังคับต่อบุคคลหรือต่อเป้าหมาย (Smart or Targeted sanctions) เนื่องจากกฎบัตรและกฎหมายสหภาพยุโรปนั้นเป็นระบบกฎหมายที่แยกออกจากกัน<sup>21</sup> ซึ่งคดีทั้งสองคดีนี้ ไม่มีประเด็นทางกฎหมายที่เหมือนกัน (Nearly identical) ดังนั้น ตลอดงานวิจัยนี้ ผู้วิจัยขออ้างถึงเฉพาะคดี Kadi I เท่านั้น โดยผู้วิจัยจะชี้ให้เห็นถึงคำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นยุโรป ความเห็นของท่าน Advocate General Miguel Poiares Maduro (AG Maduro) และคำวินิจฉัยของศาลสูงยุโรปต่อประเด็น (ก) พันธกรณีของสหภาพยุโรปภายใต้กฎบัตร (ข) ความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรและกฎหมายยุโรป (ค) การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ถูกชี้ นบ้ญชีรายชื่อ

### 5.1.2 คำพิพากษาของศาลชั้นต้นยุโรป (Court of First Instance-CFI)

สำหรับอำนาจในการวินิจฉัยของศาลยุโรปต่อคำร้องของ Kadi I นั้น ศาลได้อาศัยอำนาจจามาตรา 263 วรรคแรก<sup>22</sup> ที่ว่าศาลยุติธรรมแห่งยุโรปมีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของสถาบันแห่งยุโรป โดยศาลชั้นต้นแห่งยุโรปได้พิจารณาคำร้องของ Kadi ขอเพิกถอนข้อบังคับยุโรปที่ 881/2002 โดยอ้างว่า (Substantive claims) ว่าข้อบังคับละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental rights) และศาลได้พิจารณาคำร้องโต้แย้งจากคณะมนตรียุโรป (The Council) และคณะกรรมการยุโรป (The Commission) เพื่อประกอบกรวินิจฉัยแล้ว เมื่อวันที่ 21 กันยายน ค.ศ. 2005 ศาลได้พิพากษาให้ยกคำร้องเนื่องจากศาลไม่มีอำนาจในการวินิจฉัย (Judicial review power) ข้อมติของสหประชาชาติ โดยศาลได้ให้เหตุผลที่ผู้วิจัยสรุปจากคำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นได้ 3 ประเด็นหลักกล่าวคือ (ก) ความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรและกฎหมายสหภาพยุโรป (ข) อำนาจการวินิจฉัยของศาลต่อมาตรการตามข้อมติ (ค) การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ถูกชี้ นบ้ญชีรายชื่อ

---

"Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties."

<sup>21</sup> CFI, Kadi, para 140

<sup>22</sup> TFEU, Article 263 (1) (TEC Article 230) states: "The Court of Justice of the European Union shall review the legality of legislative acts, of acts of the Council, of the Commission and of the European Central Bank, other than recommendations and opinions, and of acts of the European Parliament and of the European Council intended to produce legal effects vis-à-vis third parties. It shall also review the legality of acts of bodies, offices or agencies of the Union intended to produce legal effects vis-à-vis third parties."



(ก) ความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรและกฎหมายยุโรป (Relationship between the UN Charter and the EU law)

ศาลชั้นต้นได้วินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรและกฎหมายยุโรปว่าสหภาพยุโรปมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามกฎบัตรด้วยเหตุผลประกอบกันสองประการ ประการแรกคือ รัฐสมาชิกสหภาพยุโรปมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามกฎบัตรซึ่งศักดิ์ตามบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดให้พันธกรณีของรัฐสมาชิกตามมาตรา 103 ของกฎบัตรนี้ นอเหนือ (Prevail over) ทุกพันธกรณีของรัฐสมาชิกตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือข้อตกลงระหว่างประเทศอื่นซึ่งรวมถึงพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป (EC Treaties) และพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECHR) อีกด้วย<sup>23</sup> หากพิจารณาประกอบกับมาตรา 25 ตามกฎบัตรแล้วพันธกรณีตามกฎบัตรนี้ รวมถึงพันธกรณีตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงด้วย<sup>24</sup>

นอกจากนี้ แล้วมาตรา 307(1)<sup>25</sup> ของสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป (TEC) หรือปัจจุบันคือมาตรา 351 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยบทบาทหน้าที่สหภาพยุโรป (TFEU) ได้บัญญัติให้รัฐสมาชิกให้ปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐสมาชิกที่มีอยู่ก่อนเข้าเป็นภาคี (Pre-EC Treaty obligations) สนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป ดังนั้นรัฐสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎบัตรและจะต้องดที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎหมายยุโรปที่ขัดกับพันธกรณีตามกฎบัตร<sup>26</sup>

ประการที่สอง ประชาคมยุโรปต่างจากรัฐสมาชิกที่ไม่มีพันธกรณีโดยตรงที่จะต้องยอมรับและปฏิบัติตามข้อมติตามมาตรา 25 แห่งกฎบัตร เนื่องจากไม่ได้เป็นภาคีตามกฎบัตร อย่างไรก็ตามประชาคมยุโรปนั้นตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามกฎบัตรเช่นเดียวกับรัฐสมาชิกตามกฎหมายยุโรปนั้นเอง<sup>27</sup> เนื่องจากขณะทำสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรปนี้ รัฐสมาชิกต่างเป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติและพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามกฎบัตร

<sup>23</sup> CFI, Kadi, para 183

<sup>24</sup> CFI, Kadi, para 184

<sup>25</sup> TEC Article 307 (1) (TFEU Art. 351 (1)) states: "The rights and obligations arising from agreements concluded before 1 January 1958 or, for acceding States, before the date of their accession, between one or more Member States on the one hand, and one or more third countries on the other, shall not be affected by the provisions of the Treaties."

<sup>26</sup> CFI, Kadi, para 190

<sup>27</sup> CFI, Kadi, para 193 and 207

จะมอบอำนาจเกินกว่าอำนาจที่ตนมีอยู่และก็ไม่อาจที่จะยกเลิกพันธกรณีของตนตามกฎบัตรที่มีต่อรัฐภาคีที่สาม ดังนั้น จึงถือว่าประชาคมยุโรปเป็นผู้สืบทอด(Successor)<sup>28</sup> หน้าที่จากรัฐสมาชิกภายใต้กฎบัตร โดยศาลได้อ้างถึงคดี International Fruit Company<sup>29</sup> ที่ศาลยุโรปได้กล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายสหภาพยุโรปโดยศาลได้วินิจฉัยว่าสหภาพยุโรปตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศหรือข้อตกลงแกตต์ดังที่ได้กล่าวแล้วในบทก่อนหน้า

ศาลได้วินิจฉัยว่าประชาคมยุโรปมีอำนาจที่ก่อให้เกิดการละเมิดต่อพันธกรณีของรัฐสมาชิกตามกฎบัตรและมีอำนาจที่จะขัดขวางรัฐสมาชิกที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎบัตร<sup>30</sup> และศาลยังได้วินิจฉัยต่อไปอีกว่าภายใต้อำนาจของตนในฐานะที่เป็นสมาชิกของประชาคมยุโรปนี้ รัฐสมาชิกยอมตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องดำเนินการตามทุกมาตรการในการที่จะให้การรับรองว่ามติของคณะมนตรีความมั่นคงนี้ มีผลบังคับและถ้ามีความจำเป็นแล้วก็ต้องวางเฉยต่อพันธกรณีภายใต้กฎหมายสหภาพยุโรป<sup>31</sup>

ศาลวินิจฉัยข้อบังคับที่ 881/2002 ว่าสหภาพยุโรปเพียงนำมาตรการตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงมาบังคับในระบบกฎหมายยุโรป อีกทั้ง รัฐสมาชิกและสหภาพยุโรปเองไม่มีอำนาจหรือช่องทางกฎหมายที่จะใช้อำนาจวินิจฉัย (Autonomous discretion) ในการบังคับใช้ ดังนั้น การตรวจสอบความสอดคล้องของข้อบังคับยุโรป(EC regulation) ภายใต้สิทธิขั้นพื้นฐานของยุโรปนี้ ศาลได้วินิจฉัยว่าภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศและสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรปแล้วศาลไม่มีอำนาจที่จะตรวจสอบ (Review) ความชอบด้วยกฎหมายของข้อบังคับดังกล่าวได้

ศาลได้ให้เหตุผลว่าหากศาลมีอำนาจตรวจสอบข้อบังคับดังกล่าวแล้วก็จะเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยอ้อม (Indirect review) ต่อข้อมติซึ่งเป็นการละเมิดพันธกรณีของรัฐสมาชิกตามกฎหมายระหว่างประเทศและพันธกรณีของสหภาพยุโรปตามสนธิสัญญายุโรปอีกด้วย ซึ่งเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ผู้ร้องอ้างนี้ เกิดจากข้อมติไม่ได้เกิดจากการบังคับตามข้อบังคับยุโรป ดังนั้น การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของข้อมตินี้ ไม่สอดคล้องกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎบัตรและการตรวจสอบนี้ นอกเหนืออำนาจศาล

<sup>28</sup> CFI, Kadi, para 191-204

<sup>29</sup> ECJ, Joined Case 21-24/1972, Internatinal Fruit (1972) ECR 1219

<sup>30</sup> CFI, Kadi, para 191-204

<sup>31</sup> CFI, Kadi, para 188

ซึ่งทำให้ศาลปราศจากอำนาจที่จะวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายกฎหมายประชาคมยุโรปไม่ว่าจะเป็นทางตรงหรือทางอ้อมได้<sup>32</sup> ศาลยังได้อ้างถึงคำพิพากษาศาลยุติธรรมยุโรปในคดี Dorsch Consult<sup>33</sup> ที่ผู้ร้องเรียกค่าเสียหายจากข้อบังคับยุโรปที่ห้ามการค้าขายกับประเทศอิรักตามข้อมติ คณะมนตรีความมั่นคงในการบังคับทางเศรษฐกิจต่ออิรัก คดีดังกล่าวศาลพิพากษาว่าความเสียหายนี้ ไม่มีได้เกิดจากการบังคับมาตรการตามข้อบังคับแห่งยุโรปแต่เกิดจากการที่ผู้ปฏิบัติตามข้อมติของสหประชาชาติ<sup>34</sup>

(ข) อำนาจการวินิจฉัยของศาลต่อมาตรการตามข้อมติ (Judicial review of SC resolutions)

Kadi ได้ยกข้อโต้แย้งต่อศาลที่ว่าศาลมีอำนาจตรวจสอบข้อมติได้เนื่องจาก ระบบกฎหมายยุโรป (Community legal order) นี้ เป็นระบบอิสระอาศัยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของตนเองแยกต่างหากจากกฎบัตรที่มีอาจจะผูกพันกับประชาคมยุโรป<sup>35</sup> ศาลได้วินิจฉัย ความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรและกฎหมายยุโรปว่าเป็นลักษณะเอกนิยม(Monism) ผลบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศนี้ นั้น มีผลบังคับโดยตรงในระบบกฎหมายยุโรปมีผลบังคับใช้โดยตรงต่อ รัฐสมาชิกสหภาพยุโรป

ศาลยังได้วินิจฉัยถึงศักดิ์ กฎหมายหรือความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎบัตรตามมาตรา 103 นี้ มีผลทำให้กฎบัตรนี้ นศักดิ์ เหนือกว่าแหล่งกำเนิดของกฎหมายยุโรปได้แก่ กฎหมายภายในของรัฐสมาชิกยุโรปและยังเหนือกว่ากฎหมายสนธิสัญญาระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งเหนือกว่าสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป

อย่างไรก็ตามศาลได้วินิจฉัยว่าศาลมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของ ข้อบังคับยุโรปได้หากข้อบังคับขัดต่อหลักกฎหมายเด็ดขาด(Jus cogens) ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่า เป็นบรรทัดฐานที่เหนือกว่าทุกกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่จะละเมิดและผูกพันต่อทุกคนในบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ (All subjects of international law) รวมถึงองค์การสหประชาชาติด้วยและเหนือกว่าศักดิ์ ของบรรทัดฐานของกฎบัตรและกฎหมายยุโรปที่มีอาจที่จะ

<sup>32</sup> CFI, Kadi, para 225

<sup>33</sup> Case T-184/1995, Dorsch Consult (1998) ECR II-667

<sup>34</sup> Case T-184/1995, Dorsch Consult (1998) ECR II-667, pp 74

<sup>35</sup> CFI, Kadi, para 208

<sup>36</sup> CFI, Kadi, para. 176-208; Yusuf, para. 226-259; the CFI referred especially to Article 307 EC.

เป็นการยกเว้น (Derogation) การปฏิบัติได้<sup>37</sup> ดังได้กำหนดไว้ในมาตรา 53 และ มาตรา 64 แห่งสนธิสัญญากรุงเวียนนาโดยมาตรา 53 กำหนดไว้ว่าสนธิสัญญาใดขัดต่อหลักกฎหมายเด็ดขาดแล้วถือว่าเป็นโมฆะ

ศาลได้วินิจฉัยศาลมีอำนาจที่จะวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศภายใต้กฎหมายยุโรปหากกฎหมายเด็ดขาดได้ถูกละเมิด ดังนั้นหากข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงไม่สอดคล้องหรือไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายเด็ดขาดแล้ว ข้อมติเหล่านี้ ก็มีโอกาสจะมีผลผูกพันทางกฎหมายต่อรัฐสมาชิกสหประชาชาติหรือองค์การสหประชาชาติหรือสหภาพยุโรปได้<sup>38</sup> ซึ่งคดีดังกล่าวไม่ปรากฏว่าได้มีการละเมิดต่อกฎหมายเด็ดขาดแล้วศาลจึงได้ยกคำร้องให้เพิกถอนข้อบังคับดังกล่าว

(ค) การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ถูกขู่ หนีภัยที่ร้ายที่สุด(Fundamental rights protected by EU law)

การที่คณะกรรมการแซงชัน (UN Sanction Committee) ได้จัดทำบัญชีผู้ก่อการร้ายและใช้มาตรการระงับการดำเนินการทางทรัพย์สินและห้ามการเดินทางตามข้อมติที่ 1267 (1999) นั้น ศาลชั้นต้นได้วินิจฉัยว่ามาตรการตามข้อมติไม่ได้ละเมิดกฎหมายเด็ดขาด กล่าวคือประการแรก สิทธิที่จะได้รับความเคารพในทรัพย์สิน (Right to respect for property) นั้น มิได้ถึงขั้นที่ขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาด(Jus cogens)<sup>39</sup> และสิทธิดังกล่าวก็ไม่ได้ถูกละเมิดแต่อย่างใดเช่นกัน เนื่องจากว่ามาตรการตามข้อมตินี้ ก็เพื่อที่ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของประโยชน์สาธารณะขั้นพื้นฐานอันเป็นผลประโยชน์ของสังคมระหว่างประเทศ และมาตรการระงับการดำเนินการทางทรัพย์สิน (Freezing measure) ทรัพย์สินนั้น ไม่ได้มีเป้าหมายหรือผลของการปฏิบัติต่อผู้ที่ถูกขู่ หนีภัยที่ร้ายที่สุดในลักษณะที่ขัดต่อมนุษยธรรม(Inhuman way) แต่อย่างใด<sup>40</sup> ซึ่งสิทธิดังกล่าวยังคงให้การรับรองอยู่ในบทมาตราที่เป็นข้อยกเว้นในข้อบังคับอันว่าด้วยกับสิ่งที่จำเป็นขั้นพื้นฐานต่อการดำรงชีวิต<sup>41</sup> และมาตรการตามข้อมติก็น่าจะมีผลกระทบต่อสิทธิใน

<sup>37</sup> CFI, Kadi, para. 226

<sup>38</sup> CFI, Kadi, para. 230

<sup>39</sup> CFI, Kadi, para 241

<sup>40</sup> CFI, Kadi, para 239-240

<sup>41</sup> Article 2a of Regulation (EC) No 881/2002 states:

1. Article 2 shall not apply to funds or economic resources where:

(a) any of the competent authorities of the Member States, as listed in Annex II, has determined, upon a request made by an interested natural or legal person, that these funds or economic resources are:

ทรัพย์สินเสียทุกด้านซึ่งกระทบเพียงสิทธิในการใช้สอยเป็นการชั่วคราวเท่านั้น มิได้เป็นการถาวร  
อย่างทุกๆ 6 เดือนและยังมีกระบวนการลบลายชื่ออีกด้วย

ประการที่สอง สิทธิที่จะได้รับการทราบข้อกล่าวหาหรือพิจารณาตัวอย่างยุติธรรม  
(Right to be heard or right to a fair hearing) ศาลได้วินิจฉัยประเด็นดังกล่าวว่าสิทธิของผู้ร้อง  
ไม่ได้ถูกละเมิดเนื่องจากว่าผู้ร้องสามารถที่จะยื่นคำร้องของตนต่อคณะกรรมการแข่งขันโดยผ่าน  
เจ้าหน้าที่ที่ตนมีสัญชาติหรือภูมิลำเนาอยู่<sup>42</sup> ซึ่งถือว่าผู้ร้องย่อมได้รับสิทธิคุ้มครองทางการทูต  
(Diplomatic protection) จากรัฐที่ตนเป็นคนชาติหรือมีภูมิลำเนาอยู่ หากเจ้าหน้าที่รัฐเพิกเฉยไม่  
ดำเนินการให้ ผู้ร้องยังมีสิทธิที่จะฟ้องต่อศาลถึงการถูกเพิกเฉยดังกล่าวได้

ประการที่สาม สิทธิที่จะได้รับการตรวจสอบทางศาลอย่างมีประสิทธิภาพ (Right  
to effective judicial review) ศาลวินิจฉัยว่าสิทธิดังกล่าวมิได้ถูกละเมิดแต่อย่างใด โดยศาลได้ให้  
เหตุผลว่าผู้ร้อง (Plaintiff) สามารถที่จะยื่นคำร้องต่อศาลชั้นต้นแห่งยุโรปตามมาตรา 230<sup>43</sup> แห่ง

---

(i) necessary to cover basic expenses, including payments for foodstuffs, rent or mortgage, medicines and  
medical treatment, taxes, insurance premiums, and public utility charges;

(ii) intended exclusively for payment of reasonable professional fees and reimbursement of incurred  
expenses associated with the provision of legal services;

(iii) intended exclusively for payment of fees or service charges for the routine holding or maintenance of  
frozen funds or frozen economic resources; or

(iv) necessary for extraordinary expenses; and

(b) such determination has been notified to the Sanctions Committee; and

(c)(i) in the case of a determination under point (a)(i), (ii) or (iii), the Sanctions Committee has not objected  
to the determination within 48 hours of notification; or

(ii) in the case of a determination under point (a)(iv), the Sanctions Committee has approved the  
determination.

2. Any person wishing to benefit from the provisions referred to in paragraph 1 shall address its request to  
the relevant competent authority of the Member State as listed in Annex II.

The competent authority listed in Annex II shall promptly notify both the person that made the request, and any other  
person, body or entity known to be directly concerned, in writing, whether the request has been granted.

The competent authority shall also inform other Member States whether the request for such an exception has been  
granted.

3. Funds released and transferred within the Community in order to meet expenses or recognised by virtue  
of this Article shall not be subject to further restrictive measures pursuant to Article 2.

<sup>42</sup> CFI, Kadi, para 270

<sup>43</sup> Article 230 of TEC states "Any natural or legal person may, under the same conditions, institute  
proceedings against a decision addressed to that person or against a decision which, although in the form of a  
regulation or a decision addressed to another person, is of direct and individual concern to the former."

สนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป(TEEC) ให้ศาลเพิกถอนรายชื่อนอกจากบัญชีรายชื่อนี้ ศาลได้วินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของข้อบังคับแห่งยุโรปในการนำมาตราการมาบังคับใช้ซึ่งหมายถึงว่าศาลได้วินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายทางอ้อมของข้อมติเกี่ยวกับเรื่องหลักกฎหมายเด็ดขาด ซึ่งศาลได้พิพากษาว่าศาลไม่มีอำนาจที่จะวินิจฉัยทางอ้อมต่อข้อมติว่าสอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่ให้การรับรองภายใต้กฎหมายสหภาพยุโรป นอกจากนี้ แล้วศาลยังได้ให้ความเห็นต่อไปว่าการซึ่งนี้ ำหนักผลประโยชน์ของสาธารณะในเรื่องของการอ้างไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศภายใต้กฎบัตรนี้ นมากกว่าประโยชน์ของการพิจารณาคำร้องของผู้ร้อง<sup>44</sup>

### 5.1.3 ความเห็นของ AG Maduro

หลังจากศาลชั้นต้นยุโรปยกคำร้องของนาย Kadi และนาย Yusuf ที่ขอเพิกถอนข้อบังคับยุโรป ต่อมาผู้ร้องทั้งสองได้อุทธรณ์ต่อศาลสูงยุโรป ซึ่งระหว่างการอุทธรณ์ AG Maduro ซึ่งเป็นได้รับมอบหมายทำหน้าที่ศึกษาสำนวนคดีและเสนอความเห็นให้แก่ผู้พิพากษาศาลสูงยุโรป เพื่อประกอบการพิจารณาทำคำตัดสิน เมื่อวันที่ 16 มกราคม ค.ศ. 2008 AG Maduro ได้มีความเห็นทั้งสองคดีในลักษณะที่แทบจะเหมือนกัน(Nearly identical) โดยเห็นแย้งกับศาลชั้นต้นยุโรปว่าข้อบังคับยุโรปที่ 881/2002 ละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานและเสนอความเห็นให้เพิกถอนข้อบังคับยุโรปดังกล่าว<sup>45</sup>

(ก) ความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรและกฎหมายยุโรป (Relationship between UN Charter and EU law)

AG Maduro มีความเห็นต่อคดี Kadi I ภายใต้ระบบกฎหมายสองระบบ<sup>46</sup> สำหรับประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรและกฎหมายยุโรปนี้ AG Maduro พยายามที่จะกล่าวถึงกฎหมายยุโรปเท่านั้น โดยเลี่ยงกล่าวลำดับศักดิ์ มาตรา 103 ของกฎบัตรในกฎหมายยุโรปหรือศักดิ์ของกฎหมายเด็ดขาด(Jus cogens) ในกฎหมายระหว่างประเทศ โดย AG Maduro ได้วินิจฉัยถึงประเด็นพันธกรณีของสหภาพยุโรปภายใต้กฎบัตรโดยได้อ้างถึงคำพิพากษาของคดี

<sup>44</sup> CFI, Yusuf and Al Barakaat, para 334; Kadi, para 289

<sup>45</sup> Kadi v Council of the EU and Commission of the EC (Advisory Opinion of Advocate-General Maduro) (C-402/05 P) [2008] ECR I-0000; Al Barakaat v Council of the EU and Commission of the EC (Advisory Opinion of Advocate-General Maduro) (C-415/05 P) [2008] ECR I-0000 ('Al Barakaat Advisory Opinion').

<sup>46</sup> AG, Kadi, par. 25

ประวัติศาสตร์คือ Van Gend en Loos<sup>47</sup> ซึ่งศาลยุติธรรมสหภาพยุโรปได้ยืนยันถึงความเป็นเอกเทศ (Autonomy) ของระบบกฎหมายสหภาพยุโรป ซึ่งคดีดังกล่าวศาลได้พิพากษาว่าสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปนี้ ไม่มีไว้เพียงแค่สนธิสัญญาทั่วไปที่รัฐทำขึ้น หากแต่เป็นข้อตกลงระหว่างประชาชนของยุโรปและได้ทำขึ้นเพื่อที่จะจัดตั้งระบบกฎหมายใหม่ซึ่งต่างไปจากระบบกฎหมายที่มีอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือว่าสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปนี้ ไม่ได้ก่อตั้งระบบกฎหมายประชาคมในลักษณะเหนือรัฐซึ่งลักษณะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ<sup>48</sup>

AG Maduro มีความเห็นว่าสหภาพยุโรปไม่ได้ตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามกฎบัตรและตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง และยังเห็นต่างจากศาลชั้นต้นกรณีมาตรา 307 แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรปนี้ ไม่ได้บัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดหน้าที่ของรัฐสมาชิกยุโรปปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้กฎหมายยุโรปและเพื่อรับรองว่ารัฐสมาชิกยุโรปปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้กฎบัตรอีกด้วย<sup>49</sup>

(ข) อำนาจการวินิจฉัยของศาลต่อมาตรการตามข้อมติ (Judicial review of SC resolutions)

สำหรับประเด็นอำนาจการวินิจฉัยของศาลต่อมาตรการตามข้อมติ AG Maduro มีความเห็นความสัมพันธ์ของกฎหมายสองระบบนี้ ระบุว่ากำหนดโดยระบบกฎหมายยุโรปซึ่งการที่กฎหมายต่างประเทศจะเข้าสู่ (Permeate) ระบบกฎหมายยุโรปนี้ จะต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขของหลักการความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎหมายยุโรป<sup>50</sup> ซึ่งในบรรดาหลักการเหล่านั้นที่สำคัญที่สุดคือหลักการที่ให้ความเคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐานและหลักการว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายและต้องอยู่ภายใต้หลักการที่ไม่ขัดหรือแย้งกับสนธิสัญญายุโรปซึ่งถือว่าเป็นเสมือนรัฐธรรมนูญแห่งยุโรปและยังได้แนะนำให้บรรดาประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปที่เป็นประเทศสมาชิกของคณะมนตรีความมั่นคงอาจจะต้องรับผิดชอบต่อการให้การรับรองว่าการกระทำของตนจะต้องสอดคล้องต่อข้อบังคับของสหภาพยุโรป

<sup>47</sup> Case 26/1962, Van Gend en Loos, (1963) ECR 1

<sup>48</sup> AG, Kadi, par. 24

<sup>49</sup> AG, Kadi, par. 21-24, 30

<sup>50</sup> AG, Kadi, par. 24

<sup>51</sup> AG, Kadi, par. 40

AG Maduro ได้ให้บรรทัดฐานของความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎหมายยุโรป นั้นสูงกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งหมายถึงว่าสิทธิขั้นพื้นฐานแห่งยุโรปนี้ นออยู่เหนือกว่าพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศของยุโรป<sup>52</sup> AG Maduro ไม่เห็นด้วยกับศาลชั้นต้นที่ว่า ศาลแห่งสหภาพยุโรปนี้ มีอำนาจในการตรวจสอบเพียงข้อบังคับของสหภาพยุโรปเท่านั้น<sup>53</sup> โดยเห็นว่าเป็นสิ่งที่เข้าใจผิดที่ว่าเมื่อสหภาพยุโรปจะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ศาลแห่งสหภาพยุโรปก็ต้องตกอยู่ภายใต้ของกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามไม่มีข้อแม้และต้องนำกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเหล่านี้ มาใช้ในระบบกฎหมายยุโรป

(ค) การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ นบัญญัติรายชื่อ

ในที่สุด AG Maduro ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ร้องว่า ข้อบังคับสหภาพยุโรปได้ละเมิดต่อสิทธิของผู้ร้องเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สิน(Right to property) สิทธิที่จะได้รับทราบข้อกล่าวหา (Right to be heard) จากหน่วยงานผู้มีอำนาจของสหภาพยุโรป และสิทธิที่จะได้รับการตรวจสอบทางศาลอย่างมีประสิทธิภาพ (Right to effective judicial reviews) และไม่มีกลไกหรือกระบวนการที่จะให้เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจเช่นองค์กรอิสระในระดับสหประชาชาติที่จะให้ความคุ้มครองการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติสหประชาชาติได้<sup>54</sup>

AG Maduro ยังได้ให้ความเห็นต่อไปอีกว่า หากว่าสหประชาชาติกลไกและองค์กรอิสระในการตรวจสอบการนำไปปฏิบัติตามข้อมติแล้ว สหภาพยุโรปเองก็ยอมที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องมีการตรวจสอบทางศาลในการที่จะนำข้อมติมาปฏิบัติภายใต้กฎหมายยุโรป<sup>55</sup> ในที่สุดท่านผู้ช่วยผู้พิพากษาเห็นว่าข้อบังคับยุโรปตามข้อพิพาทได้ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ร้องและจำต้องเพิกถอนข้อบังคับแห่งยุโรปดังกล่าว<sup>56</sup>

#### 5.1.4 คำตัดสินของศาลสูงยุโรป (European Court of Justice-ECJ)

หลังจากที่ผู้ร้องได้อุทธรณ์คำพิพากษาศาลชั้นต้นยุโรปต่อศาลสูงยุโรป แต่เนื่องจากคดีทั้งสองมีลักษณะที่อาศัยหลักกฎหมายที่เหมือนกันดังนั้น ศาลสูงแห่งยุโรปจึงได้รวมคำ

<sup>52</sup> AG, Kadi, par. 24, 21

<sup>53</sup> AG, Kadi, par. 40

<sup>54</sup> AG, Kadi, par. 47

<sup>55</sup> AG, Kadi, par. 44, 54

<sup>56</sup> AG, Kadi, par. 55, 56



อุรธรรม์เป็นคดีเดียวคือ คดี Kadi และมูลนิธิระหว่างประเทศ Karakaat International Foundation (Kadi and Al Barakaat International Foundation) โดยผู้วิจัยจะอ้างถึงคำพิพากษาของศาลสูงยุโรปโดยใช้เป็นคดี Kadi I ศาลสูงยุโรปมีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 3 กันยายน 2008 โดยเห็นแย้งศาลชั้นต้นและพิพากษาว่าข้อบังคับยุโรปที่ 881/2002 ละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานและให้เพิกถอนข้อบังคับยุโรปดังกล่าว<sup>57</sup> ซึ่งผู้วิจัยได้สรุปประเด็นข้อพิพาทหลัก 3 ประเด็นดังต่อไปนี้

(ก) ความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรและกฎหมายยุโรป (Relationship between the UN Charter and European law)

ประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรและกฎหมายยุโรปนั้น ศาลสูงยุโรปได้มีความเห็นแย้งกับศาลชั้นต้นโดยมีความเห็นไปในทำนองเดียวกันกับความเห็นของ AG Maduro ที่ว่าสหภาพยุโรปนั้นเป็นมีความเป็นเอกเทศ (Autonomy) และแยกต่างหากจากระบบกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายยุโรปนั้น ถูกกำหนด (Govern) โดยสนธิสัญญาการก่อตั้งสหภาพยุโรปซึ่งถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญแห่งยุโรปนั้นเอง และการที่กฎหมายระหว่างประเทศจะเข้าสู่ (Permeate) ระบบกฎหมายยุโรปนั้น จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขตามหลักการทั่วไปของรัฐธรรมนูญยุโรป<sup>58</sup> อย่างไรก็ตามศาลสูงมิได้ให้ความเห็นถึงพันธกรณีของสหภาพยุโรปภายใต้กฎบัตรและการมีผลใช้บังคับของข้อมติ นอกจากนี้แล้วศาลสูงมิได้มีความเห็นเกี่ยวกับลำดับศักดิ์ ทางกฎหมายของข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงในแต่อย่างใด

ศาลสูงยังได้วินิจฉัยต่อไปอีกว่าพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนั้น จะไม่อาจจะมีผลต่อหลักการตามรัฐธรรมนูญของกฎหมายยุโรปซึ่งรวมถึงหลักการที่ว่า การกระทำใดๆ ของสหภาพยุโรปนั้น จะต้องเคารพถึงสิทธิขั้นพื้นฐานอีกด้วย<sup>59</sup> ดังนั้นหากพิจารณาจากคำพิพากษาแล้วจะเห็นว่ากฎบัตรมิได้มีศักดิ์ ทางกฎหมายที่สูงกว่ากฎหมายยุโรปแต่อย่างใดและเป็นเสมือนกับสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศอื่นเท่านั้น<sup>60</sup>

ศาลสูงมีความเห็นอีกว่าข้อตกลงระหว่างประเทศ (International agreements) มิอาจมีผลต่อหลักการตามรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาการตั้งประชาคมยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือการกระทำใดๆ ของสถาบันยุโรปนั้น จะขัดสอดคล้องกับกฎหมายสิทธิมนุษยชน<sup>61</sup> นอกจากนี้

<sup>57</sup> ECJ, Kadi, par. 334

<sup>58</sup> AG, Kadi, par. 21

<sup>59</sup> ECJ, Kadi, par. 326

<sup>60</sup> AG, Kadi, par. 32, 38, 54

<sup>61</sup> ECJ, Kadi, para 316, 281-284

แล้วศาลเห็นว่าประชาคมยุโรปนี้ ได้ตั้งอยู่บนกฎเกณฑ์ความชอบด้วยกฎหมาย(Rule of law) และสนธิสัญญาก่อตั้งนี้ เป็นระบบกฎหมายเอกเทศ (Autonomous legal system)<sup>62</sup> ที่ให้ศาลมีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของสถาบันยุโรป (Acts of EU institutions)

ศาลยังได้วินิจฉัยอีกว่าเฉพาะข้อตกลงระหว่างประเทศเพียงลำพังเท่านั้น ที่ศาลมีอาจจะก้าวล่วงเข้าไปควบคุมความชอบด้วยกฎหมายได้ แต่สำหรับข้อบังคับกฎระเบียบของยุโรปที่ออกโดยภายใต้อำนาจของกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศแล้วศาลมีอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายได้<sup>63</sup> ซึ่งในประเด็นที่ว่าประชาคมยุโรปนี้ เป็นประชาคมที่อยู่บนพื้นฐานของหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Rule of law) นั้นศาลสูงแห่งยุโรปเคยได้มีคำพิพากษาคดี Les Verts v. Parliament<sup>64</sup> ไว้ว่าประชาคมยุโรปนี้ อยู่บนรากฐานของกฎเกณฑ์ของกฎหมาย ไม่ว่าจะรัฐสมาชิกหรือสถาบันของประชาคมยุโรปมีอาจที่จะหลีกเลี่ยงที่จะถูกตรวจสอบมาตรการที่ตนได้ออกว่ามีความสอดคล้องกับธรรมนูญแห่งยุโรปหรือสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรปซึ่งเป็นระบบกำหนดให้อำนาจศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของสถาบัน

(ข) อำนาจการวินิจฉัยของศาลต่อมาตรการตามข้อมติ (Judicial authority in reviewing SC resolutions)

ประเด็นอำนาจของศาลในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของข้อบังคับยุโรปที่ออกตามข้อมติ ศาลสูงได้มีความเห็นพ้องกับ AG Maduro ที่ว่าศาลมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐสมาชิกและสถาบันแห่งยุโรปว่าสอดคล้องกันกับธรรมนูญหรือสนธิสัญญาก่อตั้ง สหภาพยุโรปซึ่งได้กำหนดให้มีระบบการเยียวยาตามกฎหมายและมีกระบวนการที่กำหนดให้ศาลมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของสถาบันยุโรป<sup>65</sup>

ศาลยังได้พิพากษาต่อไปว่าพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศไม่สามารถที่จะให้ผลผูกพันทางกฎหมายต่อหลักการของรัฐธรรมนูญหรือสนธิสัญญายุโรปซึ่งเป็นหลักการที่ว่ากรกระทำของสถาบันยุโรปจะต้องเคารพในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นหลักการที่ถือว่าเป็น

<sup>62</sup> ECJ, Kadi, para 281

<sup>63</sup> ECJ, Kadi, para 286

<sup>64</sup> Case 294/83, Parti ecologiste "Les Verts" (1986) ECR 1339

<sup>65</sup> ECJ, Kadi, para 281-281

เงื่อนไขในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายซึ่งศาลมีอำนาจที่จะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายภายใต้สนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป<sup>66</sup>

ศาลสูงเห็นแย้งศาลชั้นต้นที่ว่ามาตรา 307<sup>67</sup> แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรปหรือมาตรา 351 แห่งสนธิว่าด้วยบทบาทหน้าที่สหภาพยุโรป (TFEU) ที่จะเป็นข้อยกเว้นหรือความคุ้มครอง (Immunity) ที่ว่าศาลไม่มีอำนาจที่จะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของข้อบังคับของยุโรป (Contested regulation) เนื่องจากจะเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติสหประชาชาติทางอ้อม<sup>68</sup> ซึ่งศาลสูงได้วินิจฉัยประเด็นดังกล่าวว่ามาตราดังกล่าวนี้ นมิอาจที่จะเป็นที่เข้าใจว่าเป็นมาตราที่ให้อำนาจในการเป็นข้อยกเว้นของหลักการของเสรีภาพ (Liberty) อธิปไตย (Democracy) และการให้ความเคารพสิทธิมนุษยชน (Respect for human rights) และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Fundamental freedoms) ที่กำหนดไว้ในมาตรา 6(1)<sup>69</sup> แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปซึ่งเป็นรากฐานของสหภาพยุโรป หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือว่า

---

<sup>66</sup> ECJ, Kadi, para 285

<sup>67</sup> Article 307 of Treaty on European Community states:

“The rights and obligations arising from agreements concluded before 1 January 1958 or, for acceding States, before the date of their accession, between one or more Member States on the one hand, and one or more third countries on the other, shall not be affected by the provisions of this Treaty.

To the extent that such agreements are not compatible with this Treaty, the Member State or States concerned shall take all appropriate steps to eliminate the incompatibilities established. Member States shall, where necessary, assist each other to this end and shall, where appropriate, adopt a common attitude.

In applying the agreements referred to in the first paragraph, Member States shall take into account the fact that the advantages accorded under this Treaty by each Member State form an integral part of the establishment of the Community and are thereby inseparably linked with the creation of common institutions, the conferring of powers upon them and the granting of the same advantages by all the other Member States.”

<sup>68</sup> ECJ, Kadi, para 286-288

<sup>69</sup> Article 6 of Lisbon Treaty (ex Article 6 TEU) states:

“1. The Union recognizes the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000, as adapted at Strasbourg, on 12 December 2007, which shall have the same legal value as the Treaties.

The provisions of the Charter shall not extend in any way the competences of the Union as defined in the Treaties.

The rights, freedoms and principles in the Charter shall be interpreted in accordance with the general provisions in Title VII of the Charter governing its interpretation and application and with due regard to the explanations referred to in the Charter, that set out the sources of those provisions.”

การกระทำใดๆ ของสถาบันจะต้องให้ความเคารพต่อสิทธิมนุษยชนที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา ก่อตั้งสหภาพยุโรปซึ่งถือว่าเป็นหลักการทั่วไปของกฎหมายยุโรป ดังนั้น มาตรการของสหภาพยุโรป ที่ออกตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรมิอาจที่จะมีความคุ้มกัน (Immunity) ในการที่จะถูกตรวจสอบของศาลแห่งยุโรปได้<sup>70</sup>

ศาลสูงเห็นว่าสถานะของกฎบัตรสหประชาชาติเป็นเพียงกฎหมายระหว่าง โดยทั่วไปเท่านั้น ซึ่งอยู่คนละระบบกับกฎหมายสหภาพยุโรปและมีผลหรือศักดิ์ที่สูงกว่า กฎหมายสหภาพยุโรปแต่อย่างใด ศาลสูงเห็นว่าศักดิ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในระบบ กฎหมายยุโรปแล้วถูกกำหนดโดยกฎหมายยุโรปโดยเฉพาะมาตรา 300 วรรค 6 และ 7<sup>71</sup> ซึ่งอยู่ ภายใต้อำนาจของสหภาพยุโรปอันรวมถึงหลักการความเป็นกฎหมายสูงสุดของสหภาพ ยุโรปและกฎหมายสิทธิขั้นพื้นฐานของยุโรป ถ้าหากว่านำพันธกรณีภายใต้กฎบัตรมาจัดลำดับใน กฎหมายยุโรปแล้ว พันธกรณีเหล่านี้จะอยู่นเหนือกว่ากฎหมายของสถาบันยุโรป(Legislation) แต่ ต่ำกว่าสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปและยังต่ำกว่าหลักกฎหมายทั่วไปของสหภาพยุโรป (General principle of EC law) อันได้แก่สิทธิขั้นพื้นฐาน(Fundamental rights) อีกด้วย<sup>73</sup>

(ค) การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ถูกขู่ หนีภัยที่ร้ายที่สุด(Fundamental rights protected by EU law)

ประเด็นการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ถูกขู่ หนีภัยที่ร้ายที่สุดนั้น ศาลชั้นต้นได้ วินิจฉัยว่าศาลยุโรปนั้น มีอำนาจที่จะตรวจสอบทางอ้อมถึงความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติที่ ออกโดยคณะมนตรีความมั่นคงตามหลักกฎหมายเด็ดขาดอันที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเป็นหลัก กฎหมายที่อยู่เหนือกฎหมายระหว่างประเทศและมีผลผูกพันทางกฎหมายกับทุกบุคคลในบังคับ ระหว่างประเทศรวมถึงองค์การสหประชาชาติและมีออาจที่จะเป็นข้อยกเว้นได้<sup>74</sup> ซึ่งสำหรับประเด็น

<sup>70</sup> ECJ, Kadi, para 300

<sup>71</sup> Article 300 of TEC states:

“(6) The European Parliament, the Council, the Commission or a Member State may obtain the opinion of the Court of Justice as to whether an agreement envisaged is compatible with the provisions of this Treaty. Where the opinion of the Court of Justice is adverse, the agreement may enter into force only in accordance with Article 48 of the Treaty on European Union.

(7) Agreements concluded under the conditions set out in this Article shall be binding on the institutions of the Community and on Member States.”

<sup>72</sup> ECJ, Kadi, para 306-308

<sup>73</sup> ECJ, Kadi, para 305-309

<sup>74</sup> CFI, Yusuf, Par 277

หลักกฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens) ศาลสูงแห่งยุโรปได้เลี้ยงที่จะไม่วินิจฉัยถึงประเด็นเกี่ยวกับหลักกฎหมายเด็ดขาดโดยได้กล่าวถึงประเด็นการถูกละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน (Breach of the Appellants' Fundamental Rights) ของผู้อุทธรณ์โดยข้อบังคับสหภาพยุโรปที่ออกภายใต้กฎบัตร

สำหรับประเด็นที่ผู้ร้องในคดี Kadi I ได้อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้นยุโรป (CFI) ต่อศาลสูงยุโรป (ECJ) ด้วยเหตุผลที่ว่าศาลชั้นต้นจากมาตรการ (Restrictive measures) ตามข้อบังคับ (Regulation) ของยุโรปที่ 881/2002 ละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ซึ่งศาลสูงแห่งยุโรปได้พิพากษากรณีดังกล่าวไว้ 3 ประการคือ

ประการแรก สิทธิที่จะได้รับการทราบข้อกล่าวหาหรือพิจารณาคดีอย่างยุติธรรม (Right to be heard or right to a fair hearing) ศาลสูงยุโรปได้วินิจฉัยประเด็นดังกล่าวว่า มาตรการตามข้อบังคับยุโรปนี้ ได้ละเมิดสิทธิในการต่อสู้ข้อกล่าวหาของผู้ร้อง โดยเฉพาะสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างยุติธรรมซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายยุโรป (General principle of Community) โดยศาลได้ให้เหตุผลว่าการตรวจสอบทางยุติธรรมอย่างมีประสิทธิภาพ (Effectiveness of judicial review) นั้นหมายความว่า เจ้าหน้าที่จะต้องเหตุผล (Statement of reasons) แห่งการถูกขึ้นบัญชีรายชื่อแก่บุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่ถูกขึ้นบัญชีรายชื่ออย่างรวดเร็วเท่าที่จะทำให้หลังจากที่บุคคลเหล่านั้น ถูกขึ้นบัญชีรายชื่อเพื่อให้ผู้ที่ถูกขึ้นบัญชีรายชื่อได้มีระยะเวลาเพียงพอต่อการใช้สิทธิที่จะต่อสู้ทางคดีได้<sup>75</sup>

ประการที่สอง สิทธิที่จะได้รับความเคารพในทรัพย์สิน (Right to respect for property) ศาลสูงได้วินิจฉัยว่าสิทธิที่จะได้รับความเคารพในทรัพย์สินนี้ ถือว่าเป็นหลักการทั่วไปของกฎหมายประชาคมยุโรป (General principles of Community Law) ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 1 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับแรกของกฎหมายสิทธิมนุษยชนยุโรป (First Additional Protocol to the ECHR) แต่อย่างไรก็ตามนี้ สิทธิดังกล่าวนี้ มิได้ถือว่ามีลักษณะสิทธิเด็ดขาด (Absolute character) แต่จะต้องพิจารณาประกอบกับบทบาทของสิทธิดังกล่าวในประโยชน์ของสังคมอีกด้วย<sup>76</sup> ซึ่งศาลสูงยุโรปได้วินิจฉัยต่อไปว่ามาตรการในการแซ่แซ่ทรัพย์สินนี้ เป็นเพียงมาตรการชั่วคราวที่มิใช่การพรากทรัพย์สินออกจากเจ้าของแต่อย่างใด

แม้ว่ามาตรการตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงประสงค์เพื่อรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศและการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินดังกล่าวอาจมีความ

<sup>75</sup> ECJ, Kadi, par 336

<sup>76</sup> ECJ, Kadi, par 360

เหมาะสมก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามศาลจะต้องชี้แจงว่าหน้าที่ระหว่างผลประโยชน์สาธารณะและผลประโยชน์ของผู้ที่ถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อ แม้ว่าข้อบังคับยุโรปที่ออกตามข้อเสนอนี้ จะมีข้อบกพร่องเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายบางอย่างที่จำเป็นของผู้ร้องตามความเห็นชอบของคณะกรรมการแข่งขัน แต่ข้อบังคับแห่งยุโรปนี้ มิได้ให้การรับรองถึงสิทธิของผู้ร้องที่จะได้รับทราบข้อกล่าวหา หากเมื่อพิจารณาประกอบกับข้อจำกัดเกี่ยวกับการต่อสู้คดีของผู้ร้องแล้ว มาตรการตามข้อบังคับของยุโรป มิได้ให้การเคารพถึงสิทธิในทรัพย์สินของผู้ร้อง ดังนั้น ศาลจึงได้เพิกถอนข้อบังคับยุโรปที่เกี่ยวกับผู้ร้อง<sup>77</sup>

ประการที่สาม สิทธิที่จะได้รับการตรวจสอบทางศาลอย่างมีประสิทธิภาพ (Right to effective judicial review) ซึ่งสิทธิที่จะได้รับการตรวจสอบทางศาลอย่างมีประสิทธิภาพนี้ ถือเป็นหลักการทั่วไปของกฎหมายสหภาพยุโรป โดยให้การรับรองไว้ในมาตรา 6 และ 13 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECHR) และยังได้ให้การรับรองไว้ในมาตรา 47 แห่งกฎบัตรของสหภาพยุโรปว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน (Charter of Fundamental Rights of the European Union)<sup>78</sup> ซึ่งประเด็นศาลวินิจฉัยพร้อมกับสิทธิที่จะต้องรับทราบข้อกล่าวหาซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่า สิทธิทั้งของผู้ร้องได้ถูกละเมิดเนื่องจากว่าผู้ร้องได้รับการแจ้งการถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อของตนและทำให้กระบวนการตรวจสอบทางศาลมีอาจเกิดขึ้นไม่ได้ ศาลยังได้เห็นพ้องกับผู้ร้องที่ว่าเนื่องจากว่าผู้ร้องมิได้แจ้งถึงพยานหลักฐานที่ใช้ชี้ นบัญญัติซึ่งทำให้ผู้ร้องมีอาจจะมีข้อโต้แย้งหรือหาพยานหลักฐานมาหักล้างการชี้ นบัญญัติรายชื่อ และมีได้แจ้งถึงข้อกล่าวหาทำให้สิทธิที่จะได้รับการตรวจสอบทางศาลอย่างมีประสิทธิภาพของผู้ร้องได้ถูกละเมิด<sup>79</sup>

แม้ว่าศาลสูงยุโรปได้พิพากษาว่าข้อบังคับยุโรปที่ 881/2002 ละเมิดสิทธิของผู้ร้อง แต่ศาลได้พิพากษาให้มาตรการตามข้อบังคับให้มีผลใช้บังคับต่อไปอีก 3 เดือนนับตั้งแต่วันอ่านคำพิพากษาเนื่องจากว่าหากเพิกถอนข้อบังคับทันทีทันใดนี้ จะมีผลต่อประสิทธิภาพของการบังคับใช้มาตรการและผู้ร้องก็มิได้ถูกถอนออกจากบัญชีแต่อย่างใดเพื่อที่จะให้คณะมนตรีแห่งยุโรปและคณะกรรมการยุโรปได้พิจารณาการชี้ นบัญญัติรายชื่อผู้ร้องใหม่และทำการแก้ไขข้อบังคับเพื่อที่จะให้สอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อ<sup>80</sup>

## 5.2 คำตัดสินของศาลยุติธรรมยุโรปในคดี Kadi II<sup>81</sup>

<sup>77</sup> ECJ, Kadi, par 372

<sup>78</sup> ECJ, Kadi and Al Barakaat, para 335

<sup>79</sup> ECJ, Kadi and Al Barakaat, para 335

<sup>80</sup> ECJ, Kadi and Al Barakaat, para 349

<sup>81</sup> Case T-85/2009, Yassin Abdullah Kadi v European Commission, 30 September 2010

หลังจากที่ศาลสูงยุโรปได้มีคำพิพากษาในคดี Kadi I โดยศาลสูงได้พิพากษาให้ข้อบังคับยุโรปที่ 881/2002 ยังมีผลบังคับต่อไปได้อีก 3 เดือนซึ่งมีผลทำให้รายชื่อของผู้ร้องยังคงถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อต่อไปอีกในกำหนดระยะเวลา 3 เดือนซึ่งเป็นระยะเวลาที่ให้คณะกรรมการยุโรป (The Commission) และคณะมนตรีแห่งยุโรป (The Council) ได้พิจารณาออกมาตรการและกระบวนการชี้ นบัญญัติรายชื่อของผู้ ก่อการร้ายที่สอดคล้องกับสิทธิชี้ นพื้นฐานนี้ จนกระทั่งต่อมาชื่อของผู้ร้องยังคงถูกชี้ นในบัญญัติรายชื่อของผู้ ก่อการร้าย จนทำให้ผู้ร้องได้ยื่นฟ้องต่อศาลทั่วไปยุโรป (CFI or the General Court) เพื่อขอให้เพิกถอนรายชื่อของตนเองและคดี Kadi II ก็กลับมาเริ่มต้นใหม่ยังศาลทั่วไปแห่งยุโรป ในหัวข้อนี้ จะได้กล่าวถึงความเป็นมาของคดี Kadi II การตัดสินใจของศาลทั่วไปยุโรปและต่อมาคณะกรรมการแห่งยุโรปได้อุทธรณ์คำพิพากษาศาลทั่วไปยุโรปต่อศาลสูงยุโรป ซึ่งระหว่างที่รอคำพิพากษาศาลสูงยุโรปอยู่นี้ นท่าน Advocate General Yves Bot (AG Bot) ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบศึกษาคดีและให้ความเห็นทางคดี (Advisory opinion) แก่ศาลสูงยุโรป ซึ่งรายละเอียดจะได้กล่าวดังนี้

### 5.2.1 ความเป็นมาของคดี Kadi II

หลังจากที่ศาลสูงยุโรปได้มีคำพิพากษาในคดี Kadi I คณะกรรมาธิการยุโรปและคณะมนตรีแห่งยุโรปประสงค์ที่จะยังคงรายชื่อของผู้ร้องไว้ในบัญญัติรายชื่อของผู้ ก่อการร้าย ซึ่งภายใต้กระบวนการชี้ นบัญญัติรายชื่อที่ออกมาใหม่นี้ ได้กำหนดให้ส่งเหตุผลของการชี้ นบัญญัติรายชื่อโดยสังเขป (Summary of the reasons) ส่งแก่ผู้ ถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อและจะต้องลงประกาศเหตุผลดังกล่าวนี้ บนเว็บไซต์ของคณะกรรมการแข่งขันอีกด้วย ดังนี้ ผู้แทนถาวรของสหภาพยุโรปในองค์การสหประชาชาติ (EU Permanent Representative to the UN) ได้เรียกร้องให้คณะกรรมการการแข่งขันได้ลงประกาศในเว็บไซต์ถึงเหตุผลในการชี้ นบัญญัติรายชื่อ Kadi ตามหลักเกณฑ์ในข้อมติที่ 1822(2008)<sup>83</sup>

ต่อมาเมื่อ 22 ตุลาคม 2008 คณะกรรมการแข่งขันได้แจ้งเหตุผลของการชี้ นบัญญัติ Kadi ในเว็บไซต์ของคณะกรรมการแข่งขันและได้อนุญาตให้ผู้แทนถาวรยุโรปได้แจ้งเหตุผลของการชี้ นบัญญัติรายชื่อแก่ผู้ ถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อหรือทนายความ ผู้แทนถาวรจึงได้แจ้งไปยังคณะกรรมการยุโรปเพื่อแจ้งเหตุผลแห่งการชี้ นบัญญัติโดยสังเขปแก่ Kadi และให้โอกาสชี้แจงภายใน 10 พฤศจิกายน 2008 เมื่อ Kadi ได้รับทราบเหตุผลแล้วจึงได้ชี้แจงและเรียกขอให้

<sup>82</sup> ECJ, Kadi and Al Barakaat, para 373

<sup>83</sup> UNSC resolution 1822 (2008) paragraph 13

คณะกรรมการการยุโรปได้เปิดเผยพยานหลักฐานที่อ้างตนได้มีความเกี่ยวข้องกับการก่อการร้ายอัลเคดะห์ซึ่งนำมาสู่การชี้ นบัญญัติการก่อการร้ายของคณะมนตรีความมั่นคง

หลังจากที่คณะกรรมการได้รับคำชี้แจงจากKadi คณะกรรมการยุโรปได้พิจารณาจากคำชี้แจงแต่มีได้เปิดเผยพยานหลักฐานตามคำขอของKadi แต่อย่างไรก็ตามแต่ขณะเดียวกันได้ออกข้อบังคับที่ (EC) 1190/ 2008<sup>84</sup> ซึ่งในรายชื่อKadi ในบัญชีของผู้ก่อการร้ายต่อมาKadi ได้ยื่นฟ้องคณะกรรมการยุโรปต่อศาลทั่วไปยุโรป (General Court-the former Court of First Instance) เพื่อขอให้ศาลได้เพิกถอนข้อบังคับยุโรปที่ 1190/ 2008 และคณะกรรมการยุโรป คณะมนตรีแห่งยุโรปและผู้แทนจากFrench Republic, United Kingdom of Great Britan and Northern Ireland ได้ขอให้ศาลยกคำร้อง (Dismiss the action) ซึ่งคดี Kadi II<sup>85</sup> ได้กลับเข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาของศาลทั่วไปยุโรปอีกครั้งหนึ่ง แต่การพิจารณาพิพากษาคดีอยู่ในความรับผิดชอบขององค์คณะผู้พิพากษาที่ 7 (the seventh chamber) สำหรับประเด็นการพิจารณาของศาลจะเห็นด้วยหรือเห็นต่างกับศาลสูงยุโรปในคดี Kadi I อย่างไรนั้น จะได้กล่าวในหัวข้อถัดไป

### 5.2.2 คำตัดสินของศาลทั่วไปยุโรปในคดี Kadi II

หลังจากคำพิพากษาศาลสูงยุโรปแต่คณะกรรมการยุโรปยังคงรายชื่อของKadi ไว้ในบัญชีการก่อการร้าย ต่อมาเมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2009 Kadi ได้ยื่นคำร้องต่อศาลทั่วไปยุโรปเพื่อขอให้เพิกถอนข้อบังคับยุโรปที่ 1190/ 2008 โดยอ้างว่าข้อบังคับยุโรปดังกล่าวยังละเมิดต่อสิทธิของผู้ร้องอันได้แก่ สิทธิในการต่อสู้คดี(Rights of defence) หรือสิทธิที่จะได้รับการทราบข้อกล่าวหา (Right to be heard) สิทธิในการตรวจสอบทางยุติธรรมอย่างมีประสิทธิภาพ (Effectiveness of judicial review) และสิทธิที่จะได้รับความเคารพในทรัพย์สิน (Right to respect for property) หลังจากศาลทั่วไปยุโรปได้พิจารณาประเด็นข้อกฎหมายจากฝ่ายผู้ร้องและข้อคัดค้านหรือข้อโต้แย้งจากคณะกรรมการยุโรปและผู้แทนรัฐที่ร่วมคัดค้านคำขอของผู้ร้องแล้วนั้น ต่อมาวันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 2010 ศาลได้มีคำพิพากษาในคดี Kadi II สำหรับประเด็นทางกฎหมายในคำพิพากษามีดังต่อไปนี้ คือ

(ก) ความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรและกฎหมายยุโรป (Relationship between the UN Charter and the EU law)

<sup>84</sup> Commission Regulation 1190/2008 of 28 November 2008, OJ(2008) L 322/25

<sup>85</sup> Case T-85/2009 Yassis Abdullah Kadi v. European Commission



คำพิพากษาของศาลทั่วไปยุโรปเริ่มด้วยการวิจารณ์การวินิจฉัยของศาลสูงยุโรปในคดี Kadi I<sup>86</sup> ว่าคำวินิจฉัยยังมีข้อสงสัยในประเด็นความสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะมาตรา 25 และมาตรา 103 แห่งกฎบัตรและยังไม่สอดคล้องกับกฎหมายยุโรป โดยเฉพาะสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป(TEC) มาตรา 177(3)<sup>87</sup> มาตรา 297<sup>88</sup> และมาตรา 307<sup>89</sup> และสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป(TEU) มาตรา 3(5)<sup>90</sup> มาตรา 21(1)<sup>91</sup> และมาตรา 21(2)<sup>92</sup> และยังไม่สอดคล้องกับคำแถลงการณ์ร่วมของรัฐสมาชิกยุโรปข้อ 13<sup>93</sup> อีกด้วย

---

<sup>86</sup> GC, Kadi II, para. 115

<sup>87</sup> TEC Article 177(3) states: 3. "The Community and the Member States shall comply with the commitments and take account of the objectives they have approved in the context of the United Nations and other competent international organisations."

<sup>88</sup> TEC Article 297 states: "Member States shall consult each other with a view to taking together the steps needed to prevent the functioning of the common market being affected by measures which a Member State may be called upon to take in the event of serious internal disturbances affecting the maintenance of law and order, in the event of war, serious international tension constituting a threat of war, or in order to carry out obligations it has accepted for the purpose of maintaining peace and international security."

<sup>89</sup> TEC Article 307 states: "The rights and obligations arising from agreements concluded before 1 January 1958 or, for acceding States, before the date of their accession, between one or more Member States on the one hand, and one or more third countries on the other, shall not be affected by the provisions of this Treaty."

<sup>90</sup> TEU Article 3(5) "In its relations with the wider world, the Union shall uphold and promote its values and interests and contribute to the protection of its citizens. It shall contribute to peace, security, the sustainable development of the Earth, solidarity and mutual respect among peoples, free and fair trade, eradication of poverty and the protection of human rights, in particular the rights of the child, as well as to the strict observance and the development of international law, including respect for the principles of the United Nations Charter."

<sup>91</sup> TEU Article 21(1) states: "The Union's action on the international scene shall be guided by the principles which have inspired its own creation, development and enlargement, and which it seeks to advance in the wider world: democracy, the rule of law, the universality and indivisibility of human rights and fundamental freedoms, respect for human dignity, the principles of equality and solidarity, and respect for the principles of the United Nations Charter and international law."

<sup>92</sup> TEU Article 21(2) states: "The Union shall define and pursue common policies and actions, and shall work for a high degree of cooperation in all fields of international relations, in order to: (c) preserve peace, prevent conflicts and strengthen international security, in accordance with the purposes and principles of the United Nations Charter, with the principles of the Helsinki Final Act and with the aims of the Charter of Paris, including those relating to external borders;"

<sup>93</sup> Declaration No. 13 of the Conference of the Representatives of the Governments of the Member States concerning the common foreign and security policy annexed to the Treaty of Lisbon stresses that "The EU and its Member States will remain bound by the provisions of the Charter of the United Nations and, in particular, by the

เนื่องจากว่ามาตราเหล่านี้ ได้กำหนดให้สหภาพยุโรปมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณี ภายใต้กฎบัตร ศาลทั่วไปเห็นว่ากรณีที่ศาลสูงได้วินิจฉัยว่าศาลสูงวินิจฉัยเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของข้อบังคับยุโรปที่นำเอาข้ออมติมาปฏิบัติเท่านั้น ไม่ได้ได้แย้งของความเหนือกว่าของข้ออมติตามกฎหมาย แต่จริงแล้วนั้น ศาลทั่วไปเห็นว่าผลกระทบของคำพิพากษาของศาลสูงนี้ ส่งผลต่อความเหนือกว่าหรือขาดประสิทธิภาพของข้ออมติในสหภาพยุโรป<sup>94</sup>

นอกจากนี้ แล้วหากพิจารณาคำพิพากษาของศาลทั่วไปยุโรปประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรและกฎหมายยุโรปนั้น ศาลทั่วไปยุโรปได้พิจารณาคำพิพากษาของศาลสูงยุโรปในคดี Kadi I ถึงประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายสองระบบว่า ศาลสูงยุโรปได้อ้างถึงคดีเก่าจากการพิจารณาของศาลสูงในปี ค.ศ. 1997 คือ Centro-Com<sup>95</sup> ถึงการปรับใช้มาตรา 307 แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป(TEC) ที่ว่าสิทธิและพันธกรณีของประชาคมยุโรปที่ได้มีการก่อตั้งประชาคมยุโรปนี้ จะไม่มีผลกระทบตามสนธิสัญญาหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือว่าสหภาพยุโรปจะต้องรับเอาสิทธิและพันธกรณีของรัฐหรือสหภาพยุโรปที่มีอยู่ก่อนการก่อตั้งประชาคมยุโรปซึ่งรวมถึงพันธกรณีตามกฎหมายโดยเฉพาะพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามข้ออมติตามมาตรา 25 ประกอบกับมาตรา 103 แห่งกฎบัตร

ศาลสูงยุโรปในคดี Centro-Com ได้ให้การรับรองว่าพันธกรณีตามกฎหมายฉบับนี้ เห็นว่าสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป แต่ศาลสูงในคดีKadi I<sup>96</sup> กลับเห็นว่ามาตรา 307 แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรปนี้ นมิอาจนำมาปรับใช้กับประเด็นตามหลักการในเรื่องเสรีภาพประชาธิปไตยและการให้ความเคารพในเรื่องสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามมาตรา 6(1)<sup>97</sup> แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปหรือหลักการที่เป็นหลักการสำคัญพื้นฐานในการก่อตั้งสหภาพยุโรปซึ่งรวมถึงหลักการของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน จากประเด็นเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวนี้ ซึ่งถือว่าเป็นกรอบแห่งความเป็นธรรมสูงสุดในการร่างสนธิสัญญาก่อตั้ง

---

primary responsibility of the Security Council and of its members for the maintenance of international peace and security”

<sup>94</sup> GC, Kadi II, para. 118

<sup>95</sup> Case C-124/95 Centro-Com (1997) ECR-I-81, para. 56-61

<sup>96</sup> ECJ, Kadi and Al Barakaat, para 303

<sup>97</sup> TEU Article 6(1) states: “The Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000, as adapted at Strasbourg, on 12 December 2007, which shall have the same legal value as the Treaties.”

<sup>98</sup> ECJ, Kadi and Al Barakaat, para 304

สหภาพยุโรปซึ่งทำให้ศาลสูงเห็นว่าป็นเอกเทศและไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งในกรณีนี้ นักกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวนี้ รวมถึงกฎบัตรอีกด้วย

นอกจากนี้ แล้วศาลทั่วไปยุโรปเห็นว่ากฎบัตรสหประชาชาติซึ่งถือเป็นข้อตกลงระหว่างรัฐและได้ถูกร่างขึ้นก่อนการร่างสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป(TEEC) ซึ่งลงนามเมื่อวันที่ 25 มีนาคม ค.ศ. 1957 ซึ่งเป็นความหมายเดียวกันกับข้อตกลงระหว่างรัฐตามความหมายในคำพิพากษาของศาลสูงยุโรปในคดี Kadi I ที่ว่าเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศซึ่งได้ลงนามโดยสหภาพยุโรปกับรัฐใดรัฐหนึ่งหรือหลายรัฐหรือกับองค์กรระหว่างประเทศซึ่งเข้าตามความหมายของมาตรา 300 แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรปอันเป็นบทมาตรว่าด้วยอำนาจและกระบวนการทำข้อตกลงระหว่างประเทศของสหภาพยุโรปและข้อตกลงระหว่างประเทศที่สหภาพยุโรปเข้าเป็นภาคีนี้ ไม่มีผลผูกพันต่อสถาบันและรัฐสมาชิกยุโรป แต่ศาลสูงยุโรปในคดี Kadi I ได้วินิจฉัยว่าพันธกรณีภายใต้ข้อตกลงเหล่านี้ มีอำนาจที่จะเหนือกว่าสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป<sup>100</sup>ซึ่งก่อให้เกิดความสงสัยในคำวินิจฉัยดังกล่าว<sup>101</sup>

(ข) อำนาจการวินิจฉัยของศาลต่อมาตรการตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคง (Judicial authority in reviewing SC resolutions)

ศาลทั่วไปยุโรปในคดี Kadi II ได้วิพากษ์วิจารณ์และไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลสูงยุโรปในคดี Kadi I ประเด็นอำนาจการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงโดยศาลสูงยุโรปอ้างว่าภายใต้มาตรา 220<sup>102</sup> แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป (TEC) แล้ว ศาลไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงแต่ได้วินิจฉัยเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของข้อบังคับยุโรปหรือการกระทำของสถาบันแห่งยุโรปเท่านั้น หน้าที่สอดคล้องกับระบบการให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายยุโรปโดยเฉพาะสิทธิถึงการได้รับการพิจารณาอย่างยุติธรรม (Right to a fair hearing) ศาลทั่วไปเห็นว่าในความเป็นจริงแล้วนั้น ศาลสูงยุโรปโดยพฤตินัยแล้วได้วินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงโดยเฉพาะระบบหรือกระบวนการให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน(Fundamental rights) ตามที่คณะกรรมการแซงชัน (UN Sanction Committee) ได้กำหนดไว้โดยเปรียบเทียบกับให้การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานภายใต้ระบบกฎหมายยุโรป

<sup>99</sup> GC, Kadi II, para. 119

<sup>100</sup> ECJ, Kadi and Al Barakaat, para 308

<sup>101</sup> GC, Kadi II, para. 120

<sup>102</sup> TEC Article 220 states: "The Court of Justice and the Court of First Instance, each within its jurisdiction, shall ensure that in the interpretation and application of this Treaty the law is observed."

เนื่องจากว่าข้อมติไม่ได้เปิดโอกาสในสหภาพยุโรปได้วินิจฉัยในการนำข้อมติมาปฏิบัติในสหภาพยุโรป<sup>103</sup>

แม้ว่าคณะกรรมการยุโรป (The Commission) คณะมนตรียุโรป (The Council) และรัฐสมาชิกคัดค้านร่วมต่างพยายามที่จะโต้แย้งว่ามาตรฐานในการวินิจฉัยของศาลนี้ ศาลมีอำนาจที่จะวินิจฉัยอย่างมีขีดจำกัด(Restricted review) นี้ หมายความว่าศาลมีอำนาจวินิจฉัยเฉพาะความถูกต้องกระบวนการที่ นบญชี่เท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจวินิจฉัยถึงการซึ่งนำพยานหลักฐานที่ใช้ประกอบการชี้ นบญชี่เนื่องจากว่าสหภาพยุโรปเองต่างตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะมนตรีความมั่นคงและไม่อาจที่จะพิจารณาถึงว่าพยานหลักฐานที่นำมาประกอบการชี้ นบญชี่นี้ นเหมาะสมหรือไม่

อย่างไรก็ตามศาลทั่วไปได้มีความเห็นพ้องกับศาลสูงยุโรปประเด็นที่ว่าศาลมีอำนาจในการวินิจฉัยมาตรการแข่งขันโดยศาลทั่วไปเห็นว่าศาลมีอำนาจที่จะวินิจฉัยแบบสมบูรณ์(Full review) ต่อข้อบังคับยุโรปตามสิทธิชี้ นบญชี่ นฐานซึ่งถือได้ว่าได้เป็นส่วนหนึ่งในการกำเนิดของกฎหมายยุโรปที่จะต้องทำการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของสถาบันยุโรปสำหรับการวินิจฉัยแบบสมบูรณ์นี้ หมายความว่าศาลจะทำการวินิจฉัยความสมบูรณ์ของกระบวนการชี้ นบญชี่และพยานหลักฐานประกอบการชี้ นบญชี่<sup>105</sup> เนื่องจากว่าศาลทั่วไปยังเห็นว่าคณะมนตรีความมั่นคงยังกำหนดให้มีองค์กรที่มีความเป็นอิสระที่จะทำการตรวจสอบพยานหลักฐานและรับฟังเหตุผลจากผู้ถูกชี้ นบญชี่รายชื่อและนำมาพิจารณา แม้ว่าคณะกรรมการแข่งขันได้กำหนดให้มีผู้ประสานงานกลาง(Focal point) และหน่วยงานผู้ตรวจสอบ(Office of the Ombudsman) ในการพิจารณารับเรื่องราวจากผู้ถูกชี้ นบญชี่รายชื่อและพิจารณาการลบบนญชี่รายชื่อ แต่หน่วยงานทั้งสองนั้นก็ไม่ได้มีอำนาจที่จะพิจารณารายชื่อได้เลย หรือพยานหลักฐานต่างๆ ก็ยังมีอาจที่จะแจ้งให้แก่ผู้ถูกชี้ นบญชี่รายชื่อเพื่อที่จะประกอบการต่อสู้คดีได้อย่างสมบูรณ์ ซึ่งเหตุผลดังกล่าวมานี้ ไม่มีช่องทางใดทั้งในหน่วยงานผู้ประสานงานกลางและหน่วยงานของผู้ตรวจการที่จะถือได้เทียบเท่ากับเป็นกระบวนการทางยุติธรรมที่มีประสิทธิภาพ(Effective judicial procedure) ในการที่จะพิจารณาคำวินิจฉัยของคณะกรรมการแข่งขันในการขอลบรายชื่อของผู้ถูกชี้ นบญชี่รายชื่อ<sup>106</sup>

<sup>103</sup> GC, Kadi II, para. 115-116

<sup>104</sup> GC, Kadi II, para. 91-93

<sup>105</sup> GC, Kadi II, para. 126-128

<sup>106</sup> GC, Kadi II, para 128

ศาลทั่วไปยุโรปมีความเห็นต่อไปอีกว่า แม้ว่าคณะมนตรีความมั่นคงได้มีการ แต่งตั้งผู้ตรวจการ(Ombusman) ระดับสหประชาชาติ แต่ความคุ้มครองทางกฎหมายก็ยังไม่ถึง ความคุ้มครองที่ได้กำหนดไว้ภายใต้กฎหมายยุโรป นอกจากนี้ แล้วก็ยังไม่มีหน่วยงานหรือองค์กร อิสระด้านยุติธรรม (Independent judicial authority) ใดที่ทำการตรวจสอบการขึ้นบัญชีรายชื่อ ผู้ก่อการร้าย นอกจากนี้ แล้วยังไม่เห็นหลักประกันอันใดที่จะให้การรับรองว่าผู้ ถูกขึ้นบัญชีรายชื่อจะ ได้รับข้อมูลอย่างเพียงพอในการที่จะโต้แย้งการขึ้นบัญชี ดังนี้ จึงตกอยู่ภายใต้อำนาจของศาล ยุโรปที่จะต้องให้ความคุ้มครองทางกฎหมายไม่เพียงแต่ประเด็นแห่งข้อโต้แย้งเท่านั้น แต่ยังรวมถึง พยานหลักฐานและข้อมูลที่น่ามาประกอบการขึ้น บัญชีอีกด้วย<sup>107</sup> โดยศาลได้อ้างตามคำพิพากษา ของศาลสูงสหราชอาณาจักร (UK Supreme Court) ในคดี Her Majesty's Treasury v. Mohammed Jabar Ahmed and others<sup>108</sup>

นอกจากนี้ แล้วศาลทั่วไปยังไม่เห็นด้วยกับข้อคัดค้านของคณะกรรมการยุโรป และคณะมนตรียุโรปที่ว่าคำพิพากษาศาลสูงยุโรปใน Kadi I มิได้ให้รายละเอียดเกี่ยวกับแนวทาง ในการวินิจฉัยว่าจะมีขอบเขต (Extent) หรือเชิงลึก (Intensity) มากน้อยเพียงใด<sup>109</sup> สำหรับประเด็น ข้อคัดค้านดังกล่าวนี้ ศาลทั่วไปเห็นการวินิจฉัยของศาลสูงนี้ นหมายถึงการวินิจฉัยอย่างสมบูรณ์ (Full judicial review) ซึ่งไม่เพียงแต่ที่จะวินิจฉัยเฉพาะเนื่อหา(Merit) ของมาตรการตามข้อบังคับ ยุโรปเท่านั้นแต่ยังรวมถึงพยานหลักฐาน(Evidence) และข้อมูลที่น่ามาขึ้น บัญชีอีกด้วย<sup>110</sup> และใน ที่สุดศาลทั่วไปได้วินิจฉัยว่าศาลแห่งยุโรปจะต้องให้การคุ้มครองทางกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ ในกรณีของการขึ้น บัญชีการก่อการร้ายระดับสหประชาชาติอย่างเช่นเดียวกับการที่ศาลได้ให้ความ คุ้มครองในกรณีของการขึ้น บัญชีผู้ก่อการร้ายของสหภาพยุโรปและมาตรฐานของการวินิจฉัยของ ศาลจะต้องนำมาใช้ได้ทั้ง กรณีดังกล่าวในการให้การคุ้มครองทางกฎหมาย<sup>111</sup>

โดยศาลทั่วไปได้อ้างคำพิพากษาในคดี OMPI<sup>112</sup> ของศาลชั้น นต้นกรณีนี้ที่ผู้ ถูกขึ้น บัญชีรายชื่อในบัญชีที่ถูกทำขึ้น นโดยสหภาพยุโรป (EU terrorist list) และได้ขอศาลทั่วไปยุโรป เพื่อให้เพิกถอนรายชื่อออกจากบัญชีของผู้ ก่อการร้าย ซึ่งศาลชั้น นทั่วไปในคดีOMPI เหตุว่าศาลมี อำนาจที่จะวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการตามข้อบังคับยุโรปในการระงับการ

<sup>107</sup> GC, Kadi II, para 135

<sup>108</sup> Her Majesty's Treasury v. Mohammed Jabar Ahmed and others (2010) UKSC 2, para 78

<sup>109</sup> GC, Kadi II, para. 130

<sup>110</sup> GC, Kadi II, para. 131-132

<sup>111</sup> GC, Kadi II, para. 138-139

<sup>112</sup> Case T-228/02 People's Mojahedin Organization of Iran (OMPI) [2006] ECR II-4665, para 153

ดำเนินการทางทรัพย์สินของผู้ร้องดังที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 230 (2)<sup>113</sup> แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป (TEC)<sup>114</sup>

ศาลชั้นต้นยุโรปได้สรุปมาตรฐานการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายตามคำพิพากษาของศาลในคดี OMPI ต่อมาตรการการตามข้อบังคับยุโรปในการระงับการดำเนินการทางทรัพย์สินของผู้ถูกร้อง นบัญญัติรายชื่อโดยมี 2 กรณีกล่าวคือ ประการแรก กรณีพยานหลักฐานซึ่งจะต้องวินิจฉัยถึงความถูกต้อง ความเชื่อถือได้และความสอดคล้องกันของพยานหลักฐานในการที่จะนำมาพิจารณาว่าพยานหลักฐานเหล่านี้ มีความเกี่ยวข้องและสามารถนำมาใช้ในการชี้ นบัญญัติรายชื่อของผู้ถูกร้อง นบัญญัติรายชื่อ<sup>115</sup> ประการที่สอง ประเด็นในเรื่องสิทธิในการต่อสู้คดีของผู้ถูกร้อง นบัญญัติรายชื่อได้ให้การเคารพและผู้ถูกร้อง นบัญญัติรายชื่อได้รับข้อมูลแสดงเหตุผลแห่งการถูกร้อง นบัญญัติเพียงพอต่อการต่อสู้คดีของตน<sup>116</sup>

นอกจากนี้ แล้วศาลยังได้ให้ข้อยกเว้นที่ว่าคณะกรรมการสามารถที่จะปฏิเสธไม่ให้ข้อมูลที่ถือว่าเป็นข้อมูลลับที่มีความจำเป็นที่จะต้องรักษาไว้ อย่างเช่น กรณีต่อความมั่นคงของชาติ ศาลเห็นว่ากรณีที่ปฏิเสธไม่ให้ศาลได้ทราบถึงข้อมูลเหล่านี้ นทำให้ศาลยากที่จะวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการตามข้อบังคับยุโรป โดยศาลแห่งยุโรปนี้ นถือว่ามีความน่าเชื่อถือได้และปลอดภัยในการที่จะดำเนินการเกี่ยวกับพยานหลักฐานที่มีความอ่อนไหวและเป็นความลับ (Sensitive and confidential evidence)<sup>117</sup> ศาลยังมีความเห็นอีกโดยอ้างคดี OMPI II<sup>118</sup> ว่าคณะมนตรีแห่งยุโรปมีอาจที่จะวินิจฉัยชี้ นบัญญัติผู้ใดโดยอาศัยข้อมูลหรือพยานหลักฐานตามเอกสารที่ได้รับเมื่อรัฐที่ขอเสนอให้ชี้ นบัญญัติรายชื่อไม่ประสงค์ที่จะเปิดเผยต่อศาลแห่งยุโรปซึ่งถือว่าเป็นผู้ มีหน้าที่ที่จะต้องวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการการวินิจฉัยของคณะมนตรีแห่งยุโรป<sup>119</sup>

<sup>113</sup> TEC Article 230 (2) states: "It shall for this purpose have jurisdiction in actions brought by a Member State, the European Parliament, the Council or the Commission on grounds of lack of competence, infringement of an essential procedural requirement, infringement of this Treaty or of any rule of law relating to its application, or misuse of powers."

<sup>114</sup> GC, Kadi II, para 140

<sup>115</sup> GC, Kadi II, para 142

<sup>116</sup> GC, Kadi II, para 143

<sup>117</sup> OMPI, para 134

<sup>118</sup> Case T-256/07OMPI II (2008) ECR II-3019, para 73

<sup>119</sup> GC, Kadi II, para 145

(ค) การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อ(Fundamental rights protected by EU law)

สำหรับประเด็นการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ร้องคือ นาย Kadi ที่อ้างว่าได้ถูกละเมิดนั้น ศาลทั่วไปได้พิจารณาประเด็นเกี่ยวกับสิทธิที่ถูกละเมิดได้แก่ ประการแรกคือ สิทธิในการต่อสู้คดี (Rights of defence) หรือสิทธิที่จะได้รับการทราบข้อกล่าวหา (Right to be heard) ประการที่สองคือ การตรวจสอบทางยุติธรรมอย่างมีประสิทธิภาพ (Effectiveness of judicial review) และประการที่สามคือ สิทธิที่จะได้รับความเคารพในทรัพย์สิน (Right to respect for property)

สำหรับสิทธิในการต่อสู้คดี (Rights of defence) หรือสิทธิที่จะได้รับการทราบข้อกล่าวหา (Right to be heard) ตามที่ Kadi ได้อ้างว่า แม้ว่าคณะกรรมการการยุโรปได้แก้ไขข้อบังคับยุโรปที่ ออกข้อบังคับที่ 881/2002 โดยการออกข้อบังคับที่ 1190/2008 แต่ข้อบังคับทั้งสองก็ยังละเมิดสิทธิในการต่อสู้คดีของผู้ร้องเนื่องจากว่าข้อบังคับมิได้กำหนดให้มีการแจ้งถึงพยานหลักฐานที่นำมาพิจารณาถึงการกำหนดบัญชีรายชื่อผู้ร้องทำให้ผู้ร้องไม่สามารถที่จะโต้แย้งพยานหลักฐานและข้อกล่าวหาดังกล่าวได้ ประกอบกับแม้ว่าคณะกรรมการการยุโรปได้ส่งข้อสรุปโดยสังเขปถึงเหตุผลแห่งการกำหนดรายชื่อผู้ร้อง แต่เหตุผลที่ปรากฏนั้น คมเคี้ยว ไม่เจาะจงและไม่ถูกต้องเพียงพอต่อการโต้แย้งได้<sup>120</sup> ซึ่งประเด็นดังกล่าวนี้ คณะกรรมการการยุโรปได้โต้แย้งว่าเหตุผลแห่งการชี้ นบัญชื่อนาย Kadi นี้ ได้แจ้งให้ทราบแล้วและได้เปิดโอกาสให้โต้แย้งแล้ว<sup>121</sup>

ศาลทั่วไปยุโรปได้วินิจฉัยถึงสิทธิที่จะได้รับการทราบข้อกล่าวหาว่า สิทธิดังกล่าวของผู้ร้องได้ถูกละเมิดเนื่องจากว่าผู้ร้องไม่อยู่ในฐานะถึงขั้นที่จะต้องสู้ข้อกล่าวหาได้ตามบันทึกสรุปโดยสังเขปถึงเหตุแห่งการชี้ นบัญชี่(Summary of reasons)<sup>122</sup> ประกอบกับคณะกรรมการการยุโรปไม่ได้มีความพยายามอย่างแท้จริงในการที่จะแจ้งถึงพยานหลักฐานตามข้อเรียกร้องของผู้ร้อง<sup>123</sup>

สำหรับสิทธิที่จะได้รับการตรวจสอบทางยุติธรรมอย่างมีประสิทธิภาพ (Effectiveness of judicial review) ของผู้ร้องนั้น ศาลทั่วไปวินิจฉัยว่าสิทธิดังกล่าวของผู้ร้องได้ถูกละเมิดเนื่องจากว่า ผู้ร้องไม่สามารถที่จะเข้าถึงพยานหลักฐานที่ใช้ในการชี้ นบัญชี่เป็นผู้ออกการร้าย

<sup>120</sup> GC, Kadi II, para 155-164

<sup>121</sup> GC, Kadi II, para 166-167

<sup>122</sup> GC, Kadi II, para 177

<sup>123</sup> GC, Kadi II, para 178

และศาลทั่วไปเองก็มีโอกาสที่จะเข้าถึงพยานหลักฐานดังกล่าวในการที่จะนำมาประกอบในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายต่อมาตรการตามข้อบังคับยุโรปที่ระงับการดำเนินการทางทรัพย์สินแก่ผู้ร้อง<sup>124</sup>

ประเด็นสิทธิที่จะได้รับความเคารพในทรัพย์สิน (Right to respect for property) นั้นศาลทั่วไปยุโรปได้วินิจฉัยว่าสิทธิที่จะได้รับความเคารพในทรัพย์สินของผู้ร้องก็ถูกละเมิดเช่นกันเนื่องจากว่าข้อบังคับยุโรปยังคงทำให้ผู้ร้องมีโอกาสที่จะให้ผู้ร้องในการที่จะนำข้อโต้แย้งการระงับการดำเนินการทรัพย์สินของตนไปเรียกร้องหรือนำสู่เจ้าหน้าที่รัฐที่มีอำนาจวินิจฉัยได้ ประกอบกับระยะเวลาที่ถูกระงับการดำเนินการทางทรัพย์สินแล้ว<sup>125</sup>

ในที่สุดแล้วศาลทั่วไปยุโรปได้มีคำพิพากษาให้เพิกถอนข้อบังคับยุโรปที่พิพาทดังกล่าว (Contested regulation) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผู้ร้องคือนาย Kadi<sup>126</sup> ต่อมาวันที่ 5 ตุลาคม ค.ศ. 2012 คณะกรรมการแซงชั่น (Sanction Committee) ได้มีมติให้ลบรายชื่อของนาย Kadi หลังจากที่คณะกรรมการแซงชั่นได้พิจารณาคำร้องขอลบรายชื่อของ Kadi และรายงานของผู้ตรวจการ อย่างไรก็ตามก่อนที่คณะกรรมการแซงชั่นจะมีมติลบรายชื่อของ Kadi ออกจากบัญชีรายชื่อการก่อการร้ายนั้น คณะกรรมการการยุโรป คณะมนตรียุโรปและรัฐบาลสหราชอาณาจักรได้ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาศาลทั่วไปต่อศาลสูงยุโรป ซึ่งระหว่างที่รอคำพิพากษาของศาลสูงยุโรปอยู่นั้น คำอุทธรณ์ดังกล่าวได้อยู่ในความรับผิดชอบของ Advocate General Yves Bot (AG Bot) ชาวฝรั่งเศสที่จะศึกษาคำอุทธรณ์และให้ความเห็นทางคดีต่อศาลสูงยุโรปแม้ว่าความเห็นเชิงคดีของ AG Bot จะไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย (Non-binding opinion) ต่อศาลสูงยุโรปที่จะเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยก็ตาม ดังนั้นความเห็นของ AG Bot จะได้ศึกษาในหัวข้อต่อไป

### 5.2.3 ความเห็นของ Advocate General Yves Bot (AG Bot) ในคดี Kadi II

หลังจากที่ศาลทั่วไปได้พิพากษาให้เพิกถอนข้อบังคับยุโรปที่ 1190/2008 คณะกรรมการการยุโรป (Commission) คณะมนตรียุโรป (Council) และรัฐบาลสหราชอาณาจักร (United Kingdom) ได้ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาศาลทั่วไปต่อศาลสูงยุโรปโดยอ้างว่าศาลทั่วไปได้บกพร่องในคำพิพากษากล่าวคือ ประการแรกศาลทั่วไปบกพร่องที่ไม่ให้ความคุ้มครองของข้อบังคับยุโรปที่ 1190/2008 จากอำนาจการตรวจสอบของศาล ประการที่สอง คือ บกพร่องในเรื่องระดับหรือขอบเขตของการวินิจฉัย และประการสุดท้ายคือ ศาลทั่วไปได้บกพร่องในการ

<sup>124</sup> GC, Kadi II, para 181-182

<sup>125</sup> GC, Kadi II, para 192-194

<sup>126</sup> GC, Kadi II, para 195



ตรวจสอบข้อกล่าวอ้างของ Kadi เกี่ยวกับสิทธิในการต่อสู้ทางศาล สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองทางศาลอย่างมีประสิทธิภาพ ท่าน AG Bot ได้พิจารณาและศึกษาคดี Kadi II แล้วได้มีความเห็นทางคดี (Opinion of Advocate General) เมื่อวันที่ 19 มีนาคม ค.ศ. 2013 ซึ่งในการวินิจฉัยจะยังคงอ้างในความเห็นเชิงปรึกษาในคดี Kadi II<sup>127</sup> เช่นเดิม จากความเห็นทางคดีของท่าน AG Bot มีประเด็นในการวินิจฉัย 3 ประเด็นดังนี้ คือ

(ก) ความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรและกฎหมายยุโรป (Relationship between the UN Charter and the EU law)

แม้ว่าท่าน AG Bot จะมีได้กล่าวถึงประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรและกฎหมายยุโรปไว้โดยตรงในความเห็นเชิงคดีของ Kadi II แต่ท่าน AG Bot ได้ให้ความเห็นในทางอ้อมไว้อย่างเช่น AG Bot เห็นว่าการก่อการร้ายเป็นอาชญากรรมที่ปฏิเสธหลักการในเสรีภาพส่วนบุคคล (Individual freedom) การกระทำการก่อการร้ายได้ส่งผลกระทบต่อในทางบ่อนทำลายอันคาดไม่ถึงอันที่จะต้องอาศัยอำนาจของรัฐในการที่จะต้องหาวิธีการอันเป็นไปได้ทุกอย่างเพื่อที่จะป้องกันการก่อการร้าย ดังนั้นการป้องกันแหล่งข้อมูลและข้อมูลลับจึงถือว่ามีมีความสำคัญสูงสุด (Absolute priority) ประกอบกับจะต้องมีการซึ่งนี้ ำหนดกระทรวงมหาดไทยจากการก่อการร้ายที่จะเกิดขึ้นกับมาตรการที่ใช้ป้องกัน<sup>128</sup> โดยเฉพาะมาตรการตามมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติจึงถือว่ามีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการต่อต้านการก่อการร้าย<sup>129</sup>

AG Bot เห็นว่าการกำหนดขอบเขต (Extent) และระดับ (Intensity) การวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมาย (Judicial review) ของศาลยุโรปต่อข้อบังคับยุโรปที่ออกตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงจะต้องคำนึงถึงความรับผิดชอบอันสูงสุดของคณะมนตรีความมั่นคงในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงในระดับระหว่างประเทศ<sup>130</sup> ซึ่ง AG Bot ไม่เห็นด้วยหากศาลไม่ให้ความคุ้มครอง (Immunity) แก่ข้อบังคับยุโรปจากการถูกวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมาย<sup>131</sup>

AG Bot ยังไม่เห็นด้วยกับศาลทั่วไปต่อมาตรฐานการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายแบบสมบูรณ์ (Full review) ต่อมาตรการตามข้อบังคับยุโรป นอกจากนี้ แล้วท่าน AG Bot

<sup>127</sup> Opinion of Advocate General Bot, European Commission, Council of the European Union, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v Yassin Abdullah Kadi, 19 March 2013 (AG Bot Kadi II)

<sup>128</sup> AG Bot Kadi II, para 5

<sup>129</sup> AG Bot Kadi II, para 7

<sup>130</sup> AG Bot Kadi II, para 8

<sup>131</sup> AG Bot Kadi II, para 9

ยังได้ให้ความเห็นไปในทางที่ให้ความสำคัญของมาตรการต่อต้านการก่อการร้ายตามข้อมติ  
 อย่างเช่น AG Bot ได้ให้ความเห็นในประการแรกคือ มองว่ามาตรการระงับการดำเนินการทาง  
 ทรัพย์สินของผู้ก่อการร้ายนั้นเป็นมาตรการเชิงป้องกันเพียงชั่วคราวมิใช่เป็นการยึดทรัพย์สินหรือ  
 การลงโทษหรือตั้งข้อกล่าวหาทางอาญาแต่อย่างใด<sup>132</sup> ประการที่สองคือ การกำหนดว่าการคุกคาม  
 ใดเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงและกำหนดว่าผู้ใดกระทำการอันก่อให้เกิดภัย  
 คุกคามนี้ ได้ถูกกำหนดไว้เป็นอำนาจของคณะมนตรีความมั่นคง ตลอดจนถึงอำนาจในการการ  
 จัดทำบัญชีรายชื่อของผู้ก่อการร้ายนั้นได้จัดทำขึ้น มาโดยคณะกรรมการแห่งซึ่งได้ข้อมูลมา  
 จากเจ้าหน้าที่ของรัฐสมาชิกซึ่งมีความรู้รายละเอียดเกี่ยวกับการชี้ นรายชื่อเป็นอย่างดี<sup>3</sup>

ประการที่สาม AG Bot เห็นว่าบทบัญญัติในสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป  
 (TEU) และสนธิสัญญาว่าด้วยการบริหารงานของสหภาพยุโรป (TFEU) ได้กำหนดให้การกระทำ  
 ของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวกับสันติภาพและความมั่นคงนั้นต้องคำนึงถึงหรือสอดคล้องกับกฎบัตร  
 และกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศดังจะปรากฏตามมาตรา 21(1) และ มาตรา 21(3)  
 นอกจากนี้ แล้วคำแถลงการณ์ร่วมฉบับที่ 13 ภาคผนวกในการลงนามสนธิสัญญาลิสบอนของรัฐ  
 สมาชิกยุโรป (Declaration annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference  
 which adopted the Treaty of Lisbon) ได้ย้ำว่าสหภาพยุโรปและรัฐสมาชิกจะปฏิบัติตาม  
 บทบัญญัติของกฎบัตรโดยเฉพาะความรับผิดชอบอันดับแรกของคณะมนตรีความมั่นคงในการ  
 รักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ<sup>134</sup>

ประการที่สี่คือ มาตรการในการชี้ นบัญชีผู้ก่อการร้ายและระงับการดำเนินการทาง  
 ทรัพย์สินนั้น โดยธรรมชาติแล้วเป็นมาตรการป้องกันและการดำเนินมาตรการบังคับเป็นการ  
 ดำเนินการในรักษาความมั่นคงระหว่างประเทศซึ่งมีความลับซับซ้อน<sup>135</sup> ประการที่ห้าคือ หลังจาก  
 ได้มีคำตัดสินในคดี Kadi I ได้มีการปรับปรุงกระบวนการชี้ นหรือลบบัญชีรายชื่อตลอดระยะเวลาที่  
 ผ่านมาในระดับสหประชาชาติ โดยเฉพาะการทำงานของผู้ตรวจการที่มีอาจจะถูกมองว่าเป็น  
 ลักษณะทางการเมืองอีกต่อไป<sup>136</sup>

ประการสุดท้ายคือ ถ้าหากว่าศาลยุโรปยังคงมีความพยายามที่จะต้องตรวจสอบ  
 พยานหลักฐานต่อการชี้ นบัญชีการก่อการร้ายอยู่อีก ก็อาจจะนำมาสู่ผลทางลบต่อการต่อต้านการ

<sup>132</sup> AG Bot Kadi II, para 68

<sup>133</sup> AG Bot Kadi II, para 69

<sup>134</sup> AG Bot Kadi II, para 72

<sup>135</sup> AG Bot Kadi II, para 78

<sup>136</sup> AG Bot Kadi II, para 5

ก่อนการร่ำยเนื่องจากว่าบางรัฐจะไม่ให้ความร่วมมือในการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน<sup>137</sup> นอกจากนี้ แล้วยังมีความจำเป็นที่จะต้องชี้แจงว่า หน้าที่ระหว่างการต่อต้านการก่อการร้ายและความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ประกอบกับบรรทัดตัดสินใจของการชี้ นบัญญัติของผู้ ก่อการร้ายของคณะกรรมการแห่งนี้นั้น เป็นลักษณะของการตัดสินใจทางการเมืองและการปรับปรุงกระบวนการชี้ นหรือลบบัญชีรายชื่อตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา ดังนั้น จะเห็นว่าแม้ว่าท่าน AG Bot มิได้วินิจฉัยถึงความสัมพันธ์ ระหว่างกฎบัตรและกฎหมายยุโรปไว้โดยตรง หากพิจารณาจากการความเห็นท่าน AG Bot ได้ให้น้ำหนักไปในลักษณะที่ให้พันธกรณีตามข้อมติเหนือกว่าพันธกรณีตามกฎหมายยุโรป

(ข) อำนาจการวินิจฉัยของศาลต่อมาตรการตามข้อมติ (Judicial authority in reviewing SC resolutions)

สำหรับประเด็นหลักในคำอุทธรณ์ของคณะกรรมการสิทธิการยุโรป คณะมนตรียุโรป และรัฐสมาชิกที่เข้าร่วมที่ได้อ้างในคำพิพากษาของศาลทั่วไปได้บ่งพร่องที่ได้ปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครอง (Immunity) ข้อบังคับยุโรปที่พิพาท (Contested regulation) ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาล<sup>138</sup> นอกจากนี้ แล้วผู้อุทธรณ์ยังได้อ้างศาลสูงยุโรปในคดี Kadi I ยังไม่ได้มีการวินิจฉัยอันเป็นที่สุดเกี่ยวกับอำนาจในการวินิจฉัยของศาลยุโรป ซึ่งในประเด็นอำนาจการวินิจฉัยของศาลนี้ AG Bot มีความเห็นพ้องกับศาลทั่วไปยุโรปและศาลสูงยุโรปในคดี Kadi I ที่ว่า ศาลยุโรปย่อมมีอำนาจที่จะวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำหรือการบังคับใช้ มาตรการของสหภาพยุโรปในการปฏิบัติตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง อย่างไรก็ตามท่าน AG Bot เห็นว่าศาลทั่วไปยุโรปได้ใช้มาตรฐานในการวินิจฉัยที่ไม่ถูกต้อง

AG Bot เห็นว่าการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของศาลต่อข้อบังคับยุโรปนั้น มีประเด็นคำถามที่ต้องพิจารณา ประการแรกคือ ศาลจะวินิจฉัยอะไร ประการที่สองคือ ศาลจะต้องวินิจฉัยตามกรอบกฎหมายใดและประการสุดท้ายคือ ศาลจะทำการวินิจฉัยอย่างไร<sup>139</sup> AG Bot เห็นว่าคำตอบของสองคำถามแรกคือ ศาลจะวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของข้อบังคับยุโรปที่ออกตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง โดยมีกรอบการวินิจฉัยว่าสอดคล้องกับกฎหมายยุโรปโดยเฉพาะการให้การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามระบบกฎหมายยุโรป

<sup>137</sup> AG Bot Kadi II, para 84

<sup>138</sup> AG Bot Kadi II, para 44

<sup>139</sup> AG Bot Kadi II, para 91

AG Bot เห็นว่าการสำหรับมาตรฐานของการวินิจฉัยของศาล (Standard of review) นั้นศาลควรปรับมาตรฐานของการวินิจฉัยเมื่อจะต้องวินิจฉัยมาตรการต่อต้านการก่อการร้าย (Counter-terrorist sanctions) ที่นำข้อมติของสหประชาชาติ (UN resolutions) มาปฏิบัติ<sup>140</sup> AG Bot ไม่เห็นด้วยกับการวินิจฉัยของศาลทั่วไปแต่เห็นว่าศาลควรทำการวินิจฉัยความชอบของข้อบังคับยุโรปใน 2 แบบคือ แบบที่ 1 คือการวินิจฉัยแบบปกติ (Normal review)<sup>141</sup> กล่าวคือวินิจฉัยกระบวนการออกข้อบังคับยุโรป (Procedural grounds of review) นั้นได้คำนึงถึงสิทธิในการต่อสู้คดีหรือว่ามีข้อมูลในการต่อสู้คดีพอหรือไม่ โดยศาลจะต้องวินิจฉัยให้ทราบถึงว่าผู้ถูกชี้ นบัญชีเป็นผู้ก่อการร้ายได้รับการแจ้งเหตุผลแห่งการชี้ นบัญชีหรือไม่ และเหตุผลดังกล่าวนี้ นพอเพียงต่อการต่อสู้คดีหรือไม่ ผู้ถูกชี้ นบัญชีมีโอกาสในการชี้แจงต่อคณะกรรมการสิทธิการยุโรปหรือไม่ และคณะกรรมการได้พิจารณาคำชี้แจงดังกล่าวหรือไม่ โดย AG Bot เห็นว่าจะต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมระหว่างการให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานบุคคลและการต่อต้านการก่อการร้าย<sup>142</sup>

ส่วนแบบที่ 2 คือการวินิจฉัย “อย่างจำกัด” (Limited review) ต่อเนื้อหาหรือสาระของเหตุผลของการขอชี้ นบัญชีการก่อการร้าย (Merits of the statement of reasons) AG Bot เห็นว่าศาลควรว่าการชี้ นบัญชีรายชื่อก่อการร้ายนี้ นมีข้อมูลที่ถูกต้องอย่างชัดเจน (Manifest error) หรือไม่เท่านั้น แต่ศาลไม่ควรที่จะวินิจฉัยในเนื้อหาหรือสาระของเหตุผลของการขอชี้ นบัญชีการก่อการร้ายเนื่องจากว่าพยานหลักฐานจากรัฐที่แจ้งต่อคณะกรรมการแข่งขันเพื่อขอให้ชี้ นบัญชีนั้น นได้อยู่บนสมมติฐานที่ว่ามีความถูกต้องอยู่แล้ว นอกจากนี้ แล้วในการประเมินว่าความเหมาะสมในการชี้ นบัญชีการก่อการร้ายนี้ นเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการแข่งขัน<sup>143</sup> ดังนั้น ศาลยุติธรรมยุโรปจึงไม่ต้องวินิจฉัยในเนื้อหาหรือสาระของเหตุผลของการขอชี้ นบัญชีการก่อการร้ายตามข้อบังคับยุโรปที่ได้ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการแข่งขัน เว้นแต่เฉพาะกรณีที่พบความไม่ถูกต้องอย่างชัดเจนของข้อมูล<sup>144</sup>

(ค) การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ถูกชี้ นบัญชีรายชื่อ (Fundamental rights protected by EU law)

<sup>140</sup> AG Bot Kadi II, para 94

<sup>141</sup> AG Bot Kadi II, para 95

<sup>142</sup> AG Bot Kadi II, para 96-104

<sup>143</sup> AG Bot Kadi II, para 105

<sup>144</sup> AG Bot Kadi II, para 110

จากการที่ผู้ร้องคือ Kadi ได้ร้องต่อศาลทั่วไปว่ามาตรการตามข้อบังคับยุโรปที่ 1190/2008 ที่ออกตามข้อมติเกี่ยวกับการปราบปรามการก่อการร้ายได้ละเมิดต่อ ประการแรกคือ สิทธิในการต่อสู้คดี (Right to defence) หรือสิทธิที่จะได้รับทราบข้อกล่าวหา (Right to be heard) ประการที่สองคือ สิทธิในการที่จะได้รับการเยียวยา (Right to effective judicial review)<sup>145</sup> และ ประการที่สามคือ สิทธิในทรัพย์สิน (Right to respect for property)<sup>146</sup>

AG Bot ได้วินิจฉัยในประเด็น ประการแรกคือ สิทธิในการต่อสู้คดีหรือสิทธิที่จะได้รับทราบข้อกล่าวหาและประการที่สองคือ สิทธิในการที่จะได้รับการเยียวยาตามที่ Kadi ได้อ้างว่า สิทธิทั้งสองได้ถูกละเมิด อย่างไรก็ตาม AG Bot เห็นว่าสิทธิในการต่อสู้คดีหรือสิทธิที่จะได้รับทราบข้อกล่าวหาและสิทธิในการที่จะได้รับการเยียวยาของ Kadi ผู้ร้องไม่ได้ถูกละเมิดแต่อย่างใด เนื่องจากว่าคณะกรรมการยุโรปได้แจ้งเหตุผลแห่งการชี้ นบัญญัติรายชื่อของผู้ ก่อการร้ายให้แก่ Kadi แล้วและยังได้ให้โอกาสแก่ Kadi ชี้แจงข้อหากล่าวเป็นระยะเวลาอันสมควรอีกด้วย<sup>147</sup>

AG Bot เห็นว่าสิทธิในทรัพย์สินของ Kadi ไม่ได้ถูกละเมิดเนื่องจาก มาตรการระงับการดำเนินการทางทรัพย์สินของผู้ร้องและเป็นมาตรการป้องกันก่อนเกิดเหตุเพียงชั่วคราวเท่านั้น ซึ่งมิใช่เป็นการยึด (Confiscation) แต่อย่างใดและไม่ได้เป็นการลงโทษในทางอาญาแต่อย่างใดจึงยังไม่เป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินของผู้ร้องแต่อย่างใด<sup>148</sup>

AG Bot ได้มีความเห็นขอให้ศาลสูงรับคำอุทธรณ์ของคณะกรรมการยุโรปและมีความเห็นขอให้ศาลสูงได้เพิกถอน (Set aside) คำพิพากษาศาลชั้นต้นยุโรปลงวันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 2010 และให้ยกคำร้องขอ (Dismiss) ของนาย Kadi ผู้ร้อง<sup>149</sup> คำร้องอุทธรณ์ดังกล่าวขณะนี้ได้อยู่ในการพิจารณาของศาลสูงยุโรปและจะได้มีคำพิพากษาในเวลาต่อไป อย่างไรก็ตามจากคำวินิจฉัยของศาลยุโรปในคดี Kadi I และ Kadi II ได้ให้บทเรียนอย่างไรนี้ จะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

### 5.3 บทเรียนจากคำตัดสินคดี Kadi I และ Kadi II

หลังจากที่คณะกรรมการแข่งขันได้ชี้ นรายชื่อ Kadi ไว้ในบัญชีการก่อการร้ายระดับสหประชาชาติ ต่อมาคณะกรรมการยุโรปได้ปฏิบัติตามมาตรการของคณะมนตรีความมั่นคงโดยการออกข้อบังคับยุโรปส่งผลให้ Kadi ถูกชี้ นบัญญัติเป็นผู้ ก่อการร้ายในสหภาพยุโรป ส่งผล

<sup>145</sup> CFI, Kadi, para. 59, 139

<sup>146</sup> AG Bot Kadi II, para 124

<sup>147</sup> AG Bot Kadi II, para 126

<sup>148</sup> AG Bot Kadi II, para 128

<sup>149</sup> AG Bot Kadi II, para 129

ทำให้ Kadi ถูกระงับการดำเนินการทางทรัพย์สินและห้ามเดินทาง ต่อมา Kadi ได้ร้องต่อศาลชั้นต้นยุโรปเพื่อขอให้เพิกถอนข้อบังคับยุโรปพิพาทดังกล่าว ศาลชั้นต้นยุโรปได้ตัดสินว่าศาลไม่มีอำนาจที่จะวินิจฉัยมาตรการตามข้อมติออกโดยคณะมนตรีความมั่นคง อย่างไรก็ตาม Kadi ยังได้อุทธรณ์ต่อศาลสูงยุโรปขอให้เพิกถอนข้อบังคับยุโรป จนในที่สุดศาลได้พิพากษาว่าศาลมีอำนาจวินิจฉัยเฉพาะข้อบังคับยุโรปเท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจวินิจฉัยข้อมติออกโดยคณะมนตรีความมั่นคง และได้เพิกถอนข้อมติเนื่องจากว่าละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของ Kadi แต่ให้คงชื่อผู้ร้อง Kadi ไว้อีก 3 เดือนเพื่อให้คณะกรรมการยุโรปได้ปรับปรุงข้อบังคับยุโรปให้สอดคล้องกับความคุ้มครองในสิทธิขั้นพื้นฐานยุโรป ซึ่งเป็นคำพิพากษาในคดี Kadi I ที่ได้รับความสนใจในหมู่นักกฎหมายระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก

แม้ว่า Kadi จะร้องขอต่อศาลชั้นต้นใหม่เพื่อขอให้เพิกถอนข้อบังคับยุโรปและศาลชั้นต้นยุโรปได้ตัดสินในคดี Kadi II ให้เพิกถอนรายชื่อ Kadi ออกจากบัญชีรายชื่อแล้ว แต่ผลของคำตัดสินทั้งสองคดีในส่วนเกี่ยวกับการวินิจฉัยของศาลถึงความชอบด้วยกฎหมายของข้อบังคับยุโรปในกรอบของการให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ถูกชี้ นบัญชียรายชื่อผู้วิสัยเห็นว่าได้ให้บทเรียนแก่องค์กรสหประชาชาติ (United Nations) สหภาพยุโรป (European Union) และรัฐสมาชิก (Member States) หลายด้านดังต่อไปนี้

### 5.3.1 องค์การสหประชาชาติ

จากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งยุโรปในคดี Kadi I และ Kadi II นี้ได้ให้บทเรียนต่อองค์กรสหประชาชาติโดยเฉพาะองค์กรหลักอย่างเช่น คณะมนตรีความมั่นคงและองค์การรองอย่าง คณะกรรมการแข่งขันดังต่อไปนี้

(ก) กำหนดให้มีอำนาจการวินิจฉัยแก่ผู้ตรวจการ Ombudsperson) ต่อกระบวนการชี้ นหรือลบบัญชียรายชื่อตามข้อมติ 1904 (2009)

หลังจากมีคำตัดสินของคดี Kadi I คณะมนตรีความมั่นคงได้มีการออกมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1904 เมื่อ ธันวาคม ปี ค.ศ. 2009 เพื่อรับรองกระบวนการชี้ นหรือลบบัญชียรายชื่อมีความชอบธรรม (Due process) และให้ผู้ถูกชี้ นบัญชียรายชื่อเข้าถึงสิทธิแห่งกระบวนการยุติธรรม (Full due process rights) ได้แก่สิทธิที่จะได้รับการแจ้งข้อกล่าวหา (Right to be heard) สิทธิได้รับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายอย่างอิสระ (Right to an independent judicial review) และสิทธิที่จะได้รับการเยียวยา (Right to a remedy) ซึ่งในปี ค.ศ. 2010 เลขาธิการสหประชาชาติได้ปรึกษากับคณะกรรมการการแข่งขันและต่อมาได้ออกมติกำหนดให้มีการแต่งตั้ง

ผู้ตรวจการ (Ombudsperson) ซึ่งเป็นอิสระและจะต้องไม่รับฟังข้อมูลหรือรับข้อมูลจากรัฐบาลใด<sup>150</sup> ในการที่จะรวบรวมข้อมูลต่างๆและพิจารณาเกี่ยวกับการชี้ นบัญญัติรายชื่อของบุคคลหรือองค์กรธุรกิจและเสนอตลอดคณะกรรมการแข่งขัน

นอกจากนี้ แล้วยังผู้ประสานงาน(Focal point) ในการที่จะรับคำร้องขอลบรายชื่อของผู้ร้องและยังได้เป็นคนกลางประสานงานรับข้อมูลและแจ้งขั้นตอนกระบวนการต่างๆในเรื่องที่กล่าวพิจารณาคำร้องขอลบรายชื่ออยู่ จากนั้น ก็ทำรายงานส่งให้แก่คณะกรรมการแข่งขันเพื่อพิจารณาในการลบรายชื่อต่อไป<sup>151</sup> จะเห็นได้ว่าข้อมติได้เปิดโอกาสให้ผู้ร้องได้รับทราบข้อมูลที่ถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อ (Right to be inform of the case) และมีสิทธิที่จะได้รับฟังเหตุผลจากคณะกรรมการแข่งขันโดยผ่านผู้ตรวจการตามความเหมาะสมกับเวลา(Right to be heard with in reasonable time) และยังมีโอกาสโต้แย้งหรือหาหลักฐานมาหักล้างได้ (Opportunity to respond)

ดังนั้น นี่จึงถือว่าคณะกรรมการมั่นคงได้ยินยอมให้องค์กรอิสระครั้งที่วินิจฉัยด้วยความชอบธรรมต่อการเสนอคณะกรรมการแข่งขันในการลบบัญชีรายชื่อแต่อย่างไรก็ตามอำนาจของผู้ตรวจการกำหนดไว้แค่วินิจฉัยและรวบรวมข้อมูลแล้วนำเสนอต่อคณะกรรมการแข่งขันเท่านั้น มิได้มีอำนาจในการที่จะลบบัญชี นบัญญัติหรือให้การเยียวยาแต่อย่างใด คำวินิจฉัยมีไว้ความผูกพันทางกฎหมายแต่อย่างใด<sup>152</sup> แต่อย่างไรก็ตามผู้ตรวจการก็ยังไม่อำนาจที่จะอนุญาตให้ข้อยกเว้นบางประการอย่างเช่น อนุญาตให้ผู้ร้อง(Petitioner) ให้เดินทางมาพบกับผู้ตรวจการเพื่อที่จะให้ข้อมูลหรือรับทราบข้อมูลเป็นการส่วนตัวโดยมิได้ผ่านรัฐบาลเจ้าของสัญชาติหรือที่มีภูมิลำเนาอยู่ นอกจากนี้ แล้วผู้ตรวจการยังได้ถูกกำหนดกรอบที่จะแจ้งข้อมูลบางอย่างเท่านั้น แม้ผู้ถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อเนื่องจากเป็นความลับและผู้ตรวจการก็ไม่มีอำนาจที่จะเข้าถึงข้อมูลบางอย่างได้

การเปลี่ยนแปลงหลังจากคำพิพากษาของคดี Kadi I กระบวนการชี้ นหรือลบบัญชีรายชื่อตามข้อมติ 1904 ได้กำหนดให้รัฐสมาชิกให้ข้อมูลแก่คณะกรรมการแข่งขันเท่าที่จะมากได้เพื่อให้บัญญัติรายชื่อมีความถูกต้อง และยังให้คณะกรรมการแข่งขันต้องลงแจ้งทางเว็บไซต์ถึงเหตุผลแห่งการชี้ นบัญญัติโดยสังเขป ทำการตรวจสอบบัญญัติรายชื่อเป็นระยะๆ และตรวจสอบรายชื่อประจำปี

<sup>150</sup> UN Doc. S/RES/1904 (2009), at para. 20

<sup>151</sup> UN Doc. S/RES/1904 (2009), at para. 21

<sup>152</sup> Security Council Resolution 1904 (2009), Annex II.

(ข) ปรับปรุงอำนาจการวินิจฉัยของผู้ตรวจการในกระบวนการขอขึ้นหรือลบบรายชื่อตามข้อมติที่ 1989(2011)<sup>153</sup>

การปรับปรุงการขอขึ้นหรือลบบรายชื่อเพื่อให้สอดคล้องกับกระบวนการขอด้วยกฎหมายและการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ถูกขึ้นบัญชีรายชื่อตามข้อมติที่ 89 นั้น โดยได้ให้อำนาจแก่ผู้ตรวจการในการวินิจฉัยหาขอลบรายชื่อซึ่งหลักเกณฑ์ตามข้อมติได้กำหนดไว้ 2 กรณี คือ กรณีแรกคือ ให้อำนาจแก่ผู้ตรวจการเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการแข่งขันเพื่อขอให้ลบบรายชื่อและรายชื่อดังกล่าวจะถูกลบเมื่อพ้นกำหนด 60 วันหลังจากที่ผู้ตรวจการเสนอความเห็นให้ลบบและคณะกรรมการแข่งขันทุกคนเห็นพ้องด้วยให้ลบบ เว้นแต่คณะกรรมการคนใดคนหนึ่งไม่เห็นด้วย<sup>154</sup>

กรณีที่สอง เป็นกรณีที่รัฐผู้เคยขอให้ขึ้นบัญชีรายชื่อบุคคลหรือองค์กรธุรกิจไว้แล้ว และต่อมาได้มีคำขอให้ลบบรายชื่อออก กรณีนี้ ข้อมติได้กำหนดให้เมื่อผ่านพ้นไป 60 วันแล้วให้รายชื่อของบุคคลหรือองค์กรธุรกิจถูกลบ เว้นแต่ว่าคณะกรรมการแข่งขันทุกคนเห็นพ้องให้คงรายชื่อของบุคคลหรือองค์กรธุรกิจดังกล่าวไว้<sup>155</sup> ซึ่งข้อกำหนดทั้งสองดังกล่าวเป็นการกำหนดเงื่อนไขระยะเวลา 60 วันเอาไว้หรือเรียกว่า “Sunset clause”

นอกจากนี้ แล้คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกมติที่ 2083 (2012) กำหนดให้มีการต่อระยะเวลาทำงานของแต่งตั้งผู้ตรวจการต่อไปอีก 36 เดือนในการทำหน้าที่รับคำร้องขอลบบรายชื่อและปรับปรุงด้านความโปร่งใสและให้ความเป็นธรรม

### 5.3.2 สหภาพยุโรป (European Union)

จากคำพิพากษาของศาลในคดี Kadi I และ Kadi II ผู้วิจัยเห็นว่าได้ให้บทเรียนต่อต่อสหภาพยุโรปในการปรับปรุงข้อบังคับยุโรปในการปรับปรุงกระบวนการขึ้นหรือลบบบัญชีรายชื่อ

<sup>153</sup> Security Council Resolution 1989 of 1 July 2011

<sup>154</sup> Security Council Resolution 1989 (2011) para 23 states: “The requirement for States to take measures described in paragraph 1 [of the resolution] shall terminate . . . 60 days after the Committee completes consideration of the [report of the Ombudsperson] where the Ombudsperson recommends that the Committee considers delisting, unless the Committee decides by consensus . . . that the requirement shall remain in place”

<sup>155</sup> Security Council Resolution 1989 (2011) para 23 states: “ Provided that, in cases where consensus does not exist, the Chair shall, on the request of a Committee Member, submit the question of whether [to delist the individual seeking delisting] to the Security Council for a decision within 60 days; and provided further that, in the event of such a request, the requirement for States to take sanctions measures shall remain in place [against the said individual or entity] until the question is decided by the Security Council.”



เพื่อให้สอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคล ซึ่งหลังจากศาลได้อ่านคำพิพากษาของคดี Kadi I เมื่อวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 2008 โดยศาลได้พิพากษาว่าข้อบังคับข้อยุโรปที่ 881/2002 (Regulation 881/2002) ได้ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของ Kadi I ผู้ร้องที่ คณะมนตรีแห่งยุโรปได้ออกข้อบังคับข้อยุโรปที่ 1286/2009 (Regulation 1286/2009)<sup>156</sup> ลง 22 ธันวาคม ค.ศ. 2009 ซึ่งเป็นการแก้ไขข้อบังคับข้อยุโรปที่ 881/2002 ซึ่งเป็นการปรับปรุงการขึ้นหรือลบบัญชีรายชื่อของผู้ถูกขึ้นบัญชีรายชื่อเพื่อให้สอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานในการต่อสู้คดีของผู้ร้อง<sup>157</sup> โดยเฉพาะสิทธิตามมาตรา 6 (3a)<sup>158</sup> แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECHR) และมาตรา 14(3a)<sup>159</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights-ICCPR) ซึ่งสาระสำคัญของการปรับปรุงข้อบังคับนี้ มีสาระสำคัญดังนี้ คือ

(1) การแจ้งเหตุผลของการขึ้นบัญชีรายชื่อ กล่าวคือบุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่ถูกขึ้นบัญชีรายชื่อเหล่านี้ จะได้รับการแจ้งเหตุผลของการที่ถูกลงบัญชีรายชื่อเพื่อที่จะให้โอกาสแก่บุคคลเหล่านี้ ได้โต้แย้งได้ ซึ่งต่างจากเดิมข้อบังคับข้อยุโรปที่ 881/2002 ที่กำหนดให้แจ้งเฉพาะการถูกขึ้นบัญชีเท่านั้น ไม่ได้มีการแจ้งถึงเหตุของการถูกขึ้น แต่อย่างไรก็ตามซึ่งทำให้ไม่มีโอกาสในการโต้แย้งแต่อย่างใด<sup>160</sup>

(2) กำหนดให้มีการสอบสวนอย่างโปร่งใส กล่าวคือนอกจากจะต้องแจ้งเหตุแห่งการถูกขึ้นบัญชีรายชื่อแล้ว บุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่ถูกขึ้นบัญชีเหล่านี้ มาตราแห่งข้อบังคับข้อยุโรปที่ 1286/2009 กำหนดให้แจ้งข้อห้ามตามมาตราการแก่บุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่ถูกขึ้นบัญชีเหล่านี้ นทราบหากมิได้ทราบถึงข้อห้ามแล้วผู้ถูกขึ้นบัญชีรายชื่อมีต้องรับผิดชอบการกระทำของตน<sup>161</sup>

<sup>156</sup> Council Regulation (EC) 1286/2009 of 22 December 2009 amending Regulation (EC) No 881/2002 imposing certain specific restrictive measures directed against certain persons and entities associated with Usama bin Laden, the Al-Qaida network and the Taliban [2009] OJ L346.

<sup>157</sup> Council Regulation (EC) 1286/2009, paragraph 4

<sup>158</sup> ARTICLE 6(3a) of ECHR (Right to a fair trial) states: "Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights: (a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him"

<sup>159</sup> Article 14 (3a) of ICCPR states: "In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: (a) To be informed promptly and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him"

<sup>160</sup> Council Regulation (EC) 1286/2009, paragraph 4

<sup>161</sup> Council Regulation (EC) 1286/2009, art. 2 paragraph 4



### 5.3.3 รัฐสมาชิกสหประชาชาติ

หากพิจารณาจากคำตัดสินของศาลสูงยุติธรรมยุโรปมีคำตัดสินในคดี Kadi I แล้ว นั้น จะเห็นว่าได้ศาลยุติธรรมของรัฐสมาชิก หรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (United Nations Human Rights Committee-UNHRC) ได้มีคำพิพากษาหรือคำตัดสินในกรณีโต้แย้งเกี่ยวกับการชี้ นบัญญัติรายชื่อการก่อการร้ายไปในลักษณะเดียวกันกับคำตัดสินของศาลสูงยุติธรรมยุโรปคดี Kadi I ซึ่งคำพิพากษาของศาลสูงยุโรปในคดี Kadi I ได้ให้บทเรียนต่อรัฐในการที่จะมีส่วนในการนำเสนอการปรับปรุงแก้ไขข้อผิดและการบังคับใช้ข้อผิดของคณะมนตรีความมั่นคงเพื่อไปในทิศทางที่มีความสอดคล้องกันโดยคำนึงถึงการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิขั้นพื้นฐานของที่ถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อ ดังจะขอยกตัวอย่างจากการโต้แย้งการชี้ นบัญญัติรายชื่อในรัฐสมาชิกดังนี้

#### (ก) ประเทศเบลเยียม (Belgium)

ในคดี Sayadi v. Belgium<sup>163</sup> สืบเนื่องมาจากผู้ร้องนาย Nabil Sayadi และภรรยา นาง Patricia Vinck ถูกคณะกรรมการแข่งขันชี้ นบัญญัติรายชื่อผู้ก่อการร้ายตามคำร้องขอรัฐบาลเบลเยียม<sup>164</sup> ขณะเดียวกันสหภาพยุโรปได้ชี้ นบัญญัติการก่อการร้ายกับบุคคลทั้งสอง<sup>165</sup> ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อเจ้าหน้าที่เบลเยียมขอลบรายชื่อออกจากบัญชี แต่ถูกรัฐบาลเบลเยียมปฏิเสธเนื่องจากจะต้องปฏิบัติตามมติ และถูกเจ้าหน้าที่สหภาพยุโรปปฏิเสธด้วยเหตุผลเดียวกัน<sup>166</sup>

ในปี ค.ศ. 2004 ผู้ร้องยื่นคำร้องต่อศาลชั้นต้นเบลเยียม(Brussels Court of First Instance) เพื่อมีคำสั่งให้รัฐบาลเบลเยียมยื่นคำร้องขอลบบัญญัติรายชื่อต่อคณะกรรมการแข่งขันและศาลได้มีคำสั่งให้รัฐบาลยื่นคำร้องขอลบรายชื่อโดยมิชักช้า ทางรัฐบาลได้ยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการแข่งขันเพื่อขอให้ลบรายชื่อบุคคลทั้งสองแต่ถูกคัดค้านจากรัฐสมาชิกหลายรัฐในคณะกรรมการแข่งขันเพราะต้องการทราบเหตุผลที่ศาลชั้นต้นเบลเยียมได้ยกคำร้องในการฟ้อง

<sup>163</sup> U.N. Human Rights Comm., Sayadi v. Belgium, Communication No. 1472/2006, CCPR/C/94/D/1472/2006 (Dec. 29, 2008) (Sayadi Case)

<sup>164</sup> United Nations Security Council, Press Release No SC/7641, 'Security Council Committee decision, pursuant to resolution 1267 (1999), to add two individuals to its list (Al-Qaida section)' (22 January 2003). Available at: <http://www.un.org/News/Press/docs/2003/sc7641.doc.htm>

<sup>165</sup> EC Regulation 145/2003 of 27 January 2003 amending EC Regulation 881/2002. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003R0145:EN:HTML>

<sup>166</sup> Human Rights Committee (HRC), Communication No.1472/2006, Nabil Sayadi and Patricia Vinck v. Belgium (29 December 2008) [at para. 2.4]. Available at: <http://www.statewatch.org/terrorlists/docs/Vinck%20-%20Sayadi%20%28English%29.pdf>

คดีอาญานบุคคลทั้งสองแม้ว่ารัฐบาลได้แจ้งเหตุผลแก่คณะกรรมการแข่งขันแล้วแต่ปรากฏว่าชื่อบุคคลทั้งสองยังไม่ได้ถูกลบออกจากบัญชี

ต่อมาผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (United Nations Human Rights Committee-UNHRC) โดยข้อต่อสู้ที่ว่าผู้ร้องทั้งสองไม่ได้รับแจ้งรับทราบเหตุผลของการถูกชี้ นบัญชีและรัฐบาลเบลเยียมได้ละเมิดต่อกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) มาตรา 2 และ 14 กล่าวคือสิทธิที่จะรับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม (Right to a fair trial) และสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพ (Right to an effective remedy) ประกอบกับการละเมิดสิทธิในการเดินทางตามมาตรา 12 (Right to free movement) อีกด้วย

รัฐบาลเบลเยียมโต้แย้งว่าคณะกรรมการสิทธิฯ ไม่มีอำนาจพิจารณาคำร้อง เนื่องจากว่าคำร้องดังกล่าวมาจากการดำเนินการตามมาตรการของรัฐบาลภายใต้พันธกรณีที่ตั้งข้อโต้แย้งของรัฐบาลเบลเยียมอาศัยกฎบัตรมาตรา 25 มาตรา 103 ที่ว่าพันธกรณีตามกฎบัตรนั้น เห็นอกว่าพันธกรณีตามข้อตกลงระหว่างประเทศอื่น ในปี ค.ศ. 2008 คณะกรรมการสิทธิฯ วินิจฉัยว่ารัฐบาลเบลเยียมได้ละเมิดสิทธิของผู้ร้องคือสิทธิในการเดินทางโดยเสรีตามมาตรา 12 มาตรา 17 สิทธิส่วนบุคคลและกระทำการอันเป็นการทำลายชื่อเสียงและเกียรติยศของผู้ร้อง ในที่สุดคณะกรรมการฯ ได้มีคำสั่งให้รัฐบาลเบลเยียมทำการเยียวยาผู้ร้องทั้งสองอย่างเหมาะสมและได้กำชับให้มีให้เหตุการณ์ลักษณะเดียวกันได้เกิดขึ้นอีกในอนาคตผู้ร้องได้ถูกลบบัญชีรายชื่อเมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม 2009<sup>167</sup>

#### (ข) ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ (Switzerland)

คดี Nada v. Switzerland เกิดจากนาย Youssef Moustafa Nada สัญชาติอิตาลี ถูกคณะกรรมการแข่งขันขอให้ นายชื่อผู้ ก่อการร้ายโดยถูกสงสัยว่าให้การสนับสนุนทางการเงินแก่ผู้ร่วมกระบวนกรก่อการร้ายอัลเคด้า<sup>168</sup> ต่อมา Nada จึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐบาลกลางสวิส

<sup>167</sup> Security Council Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee Removes Names of Two individuals from its Consolidated List' (21 July 2009). Available at: <http://www.un.org/News/Press/docs/2009/sc9711.doc.htm>

<sup>168</sup> Beside Youssef Nada himself, the entities 'Bank Al Taqwa Limited', 'Nada Management Organization SA', 'Waldenberg AG' and 'Youssef M. Nada & Co. Gesellschaft M.B.H' were also listed on 9 November 2001. Additionally, 'Ba Taqwa for Commerce and Real Estate Company Limited' and 'Nada International Anstalt' were listed on 3 September 2002. See: <http://www.un.org/sc/committees/1267/NSQI05301E.shtml> [date accessed 02. Nov 2010]. For background on the allegations, see Dorsey, James. M. 'Delisting of Islamist financier raises questions about US

(Swiss Federal Court-Bundestrat) ขอให้ถอนรายชื่อตนและองค์กรธุรกิจออกจากบัญชีรายชื่อการก่อการร้ายเนื่องจากไม่มีมูลเหตุใดเลยที่จะคงชื่อของตนและบริษัทไว้ในบัญชีและยังคงทำการสอบสวนอยู่อย่างเดิม<sup>169</sup>

ต่อมา ปี ค.ศ. 2007 ศาลรัฐบาลกลางสวิส (Swiss Federal Court) ได้มีคำพิพากษาด้วยเหตุผลเดียวกันกับศาลชั้นต้นยุโรปในคดี Kadi I ว่าพันธกรณีตามข้อมตินี้ นเหนือกว่าพันธกรณีภายใต้ข้อตกลงอื่นและรวมถึงสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECHR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและทางการเมือง (ICCPR) ประการที่สอง ศาลไม่มีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่าการใช้มาตรการข้อมติ (No legal discretion in implementation) เนื่องจากข้อมติไม่ได้เปิดโอกาสให้รัฐสมาชิกใช้การวินิจฉัยการขึ้นบัญชีการก่อการร้าย หากว่ารัฐบาลสวิสได้ลบรายชื่อของผู้ร้องออกจะก่อให้เกิดการละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายมาตรา 103 ที่กำหนดให้พันธกรณีตามกฎหมายนี้มีสถานะที่เหนือกว่าพันธกรณีตามกฎหมายอื่น แต่ศาลเห็นว่ามีความจำเป็นแค่วินิจฉัยว่าข้อมติดังกล่าวละเมิดต่อหลักกฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens) หรือไม่ ซึ่งศาลเห็นว่าตามสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพ (Right to effective remedy) มีให้หลักกฎหมายเด็ดขาด ดังนั้นศาลจึงไม่พบการละเมิดที่ชัดชัดขึ้นในกรณีดังกล่าวแต่อย่างใดด้วยเหตุผลดังกล่าวศาลได้ปฏิเสธที่จะถอนรายชื่อผู้ร้องออกจากบัญชี

ต่อมาปี ค.ศ. 2008 ผู้ร้องได้ร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (ECHR) ว่ารัฐบาลสวิสเซอร์แลนด์ได้ละเมิดต่ออนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนยุโรปมาตรา 3<sup>170</sup> คือการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (ill-treatment) มาตรา 5<sup>171</sup> สิทธิในความเป็นอิสระภาพและความมั่นคง (Right to liberty and security) มาตรา 8<sup>172</sup> สิทธิที่จะได้การเคารพในชีวิตส่วนตัวและครอบครัว

---

and UN terrorism lists' Deutsche Welle (16. April 2010). Available at: <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,5474116,00.html> [date accessed: 02 Nov 2010]

<sup>169</sup> Swiss Supreme Court (Schweizer Bundesgericht), YoussefMustapha Nada v SECO, Staatssekretariat für Wirtschaft, 14 November 2007, 1A.45/2007/daa

<sup>170</sup> Article 3 of ECHR states: "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment."

<sup>171</sup> Article 3 of ECHR states: "Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law"

<sup>172</sup> Article 8 of ECHR Right to respect for private and family life states:

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or

(Right to respect for private and family life) มาตรา 9<sup>173</sup> สิทธิในการนับถือศาสนา (Freedom of thought, conscience and religion) มาตรา 13 สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพ (Right to an effective remedy)

ต่อมาวันที่ 12 กันยายน ปี 2012 ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปได้พิพากษาว่า รัฐบาลสวิสเซอร์แลนด์ได้ละเมิดสิทธิผู้ร้องได้แก่ สิทธิในอิสรภาพและความมั่นคง สิทธิที่จะได้การเคารพในชีวิตส่วนตัวและครอบครัวและสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพแต่ไม่ละเมิดสิทธิการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและสิทธิในการนับถือศาสนา

(ค) แคนาดา (Canada)

คำวินิจฉัยของศาลสูงแคนาดา (Supreme Court of Canada) ในคดี Abdelrazik v. Canada<sup>174</sup> เกิดจากนาย Abusifian Abdelrazik เดิมมีสัญชาติซูดานขอเป็นผู้ลี้ภัยในแคนาดา จนได้รับสัญชาติแคนาดา<sup>175</sup> นาย Abdelrazik ได้เดินทางกลับไปยังซูดานเพื่อเยี่ยมเพื่อนที่ถูกจับกุมเกี่ยวกับการก่อการร้าย ต่อมา Abdelrazik ได้ถูกจับกุมคุมขังและถูกสอบสวนโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายข่าวกรองของประเทศแคนาดา (Canadian Security Intelligence Service-CSIS)<sup>176</sup>

ในปี ค.ศ. 2006 นาย Abdelrazik ได้ถูกขึ้นบัญชีรายชื่อผู้ก่อการร้ายโดยสงสัยว่า เชื่อมโยงกับนายโอซามา บินลาเดน ทำให้ถูกระงับการดำเนินการทางทรัพย์สินและห้ามการเดินทาง นาย Abdelrazik จึงได้ยื่นเรื่องขอลบลายชื่อตนต่อคณะกรรมการแข่งขันแต่ถูกปฏิเสธโดยไม่ให้เหตุผลแต่อย่างใด หลังจากถูกปล่อยตัว Abdelrazik พยายามที่จะเดินทางกลับแคนาดาแต่

---

the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

<sup>173</sup> Article 9 of ECHR Freedom of thought, conscience and religion states:

1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

2. Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

<sup>174</sup> T-727-08, Abdelrazik v. Canada (Minister of Foreign Affairs), 2009 FC 580

<sup>175</sup> Tzanakopoulos, A. 'An Effective Remedy for Josef K: Canadian Judge 'Defies' Security Council Sanctions through Interpretation' EJIL Talk [online] 19 June 2009. Available at: <http://www.ejiltalk.org/an-effective-remedy-for-josef-k-canadian-judge-defies-security-council-sanctionsthrough-interpretation/>

<sup>176</sup> T-727-08, Abdelrazik v. Canada (Minister of Foreign Affairs), 2009 FC 580, paras. 13-21.

ถูกปฏิเสธที่จะให้เอกสารการเดินทางเนื่องจากยังมีรายชื่อห้ามบินของสหรัฐ (US No-fly list) Abdelrazik ได้ฟ้องรัฐบาลแคนาดาต่อศาลภายในว่าสิทธิและเสรีภาพ (Canadian Charter of Rights and Freedoms) ได้ถูกละเมิด แต่รัฐบาลแคนาดาอ้างว่าการห้ามเดินทางกลับมิใช่เกิดจากอำนาจของรัฐบาลแคนาดาแต่เกิดจากการที่รัฐบาลแคนาดาจะต้องปฏิบัติตามคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนที่ 1267 พันธกรณีภายใต้มติของสหประชาชาติซึ่งทำให้นาย Abdelrazik รัฐตกอยู่ภายใต้การที่จะต้องถูกแช่แข็งทรัพย์สินและถูกห้ามบิน

เมื่อปี ค.ศ. 2009 ศาลได้วินิจฉัยว่า รัฐบาลได้ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้ร้อง ตามกฎบัตรของแคนาดาว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ (Canadian Charter of Rights and Freedoms) และผู้ร้องจะต้องได้รับการเยียวยาจากการละเมิด (Effective remedy from the breach) นั้น หมายความว่ารัฐบาลแคนาดาจะต้องจัดหนังสือเดินทางและตั๋วเครื่องบินให้แก่ผู้ร้อง พร้อมทั้ง จัดให้มีผู้ติดตามเพื่อหลักประกันการเดินทางกลับโดยปราศจากการขัดขวางใดๆ

หลังจากคำพิพากษาเมื่อ ปี ค.ศ. 2010 นาย Abdelrazik ได้ยื่นคำฟ้องต่อศาลรัฐบาลกลางแคนาดาซึ่งเป็นการต่อสู้ในประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของการนำมาตราการตามมติมาปฏิบัติของฝ่ายบริหารของรัฐบาลแคนาดา ซึ่งถือว่าการต่อสู้หรือการโต้แย้งทางอ้อมภายใต้ศาลภายในหรือศาลรัฐบาลกลางแคนาดาต่อมติที่ 1267 และมติที่เกี่ยวข้องกันเช่นมติที่ 1333 และมติที่ 1390<sup>177</sup> Adelrazik ต่อสู้ว่าการปฏิบัติตามข้อมติของรัฐบาลแคนาดากระทำที่เกิดชอบอำนาจของรัฐบาลแคนาดาตามกฎหมายภายในคือ พระราชบัญญัติองค์การสหประชาชาติ ปี 1985 (the United Nations Act 1985) กฎบัตรแคนาดาว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ และปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของแคนาดา ซึ่งทั้งหมดนี้ นั้นล้วนแต่เป็นการละเมิดสิทธิของผู้ร้อง<sup>178</sup>

(ง) ประเทศไทย

<sup>177</sup> BC Civil Liberties Association, Press Release [online] 7. June 2010, Available from: [www.bccla.org/pressreleases/10Abdelrazik.pdf](http://www.bccla.org/pressreleases/10Abdelrazik.pdf)

<sup>178</sup> they are ultra vires of the United Nations Act 1985, which allows the Canadian government to make regulations to give domestic effect to UN Security Council Resolutions; they violate freedom of association as protected by section 2(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms; they violate the rights to liberty and security of the person under section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms in a manner that does not accord with the principles of fundamental justice; and they violate sections 1(a) and 2(e) of the Canadian Bill of Rights - namely, the right to enjoyment of property and not to be deprived thereof except in accordance with due process of law.

สำหรับประเทศไทยกรณีการพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งสิทธิของผู้ถูกชี้ นบัญชี รายชื่อการก่อการร้ายยังไม่เกิดขึ้นแต่ได้ผลักดันให้ไทย พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปราม การสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย พ.ศ. 2556 ที่ได้คำนึงถึงการให้การคุ้มครองสิทธิขั้น พื้นฐานที่เป็นลักษณะเดียวกันกับคำพิพากษาของศาลในคดี Kadi I ดังจะเห็นได้จาก พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายได้กำหนดให้มี กระบวนการชี้ นหรือลบบัญชีรายชื่อโดยคำนึงถึงการให้การคุ้มครองสิทธิขั้น พื้นฐานของผู้ถูกชี้ น บัญชีรายชื่อดังเช่น ประการแรก กรณีคำร้องขอเพิกถอนระดับสหประชาชาตินั้น พร.บ. ยังไม่ได้ เปิดช่องให้กับบุคคลที่ นรายชื่อ (Listed persons) มีโอกาสที่จะโต้แย้งขอเพิกถอนบัญชีรายชื่อ ของตนเอง นอกจากนี้ แล้วกรณีโต้แย้งหรือการร้องขอถอนบัญชีรายชื่อยังต้องดำเนินการโดย ผ่านกระบวนการให้รัฐบาลไทยซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติหรือเป็นที่มิถิณภูมิลำเนาของบุคคลที่ถูก กำหนดทำการร้องขอไปยังคณะกรรมการกำหนดบทลงโทษระดับสหประชาชาติ

ประการที่สอง ผู้ถูกชี้ นบัญชีรายชื่อของรัฐบาลไทย นั้นมีสิทธิที่จะโต้แย้งบัญชี รายชื่อหรือการร้องขอถอนการระงับการดำเนินการกับทรัพย์สินนี้ นี้ได้เปิดโอกาสให้ผู้ร้องต่อ ศาลแพ่งในการขอให้เพิกถอนรายชื่อตามมาตรา 8 แห่ง พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการ สนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย พ.ศ. 2556

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากพระราชบัญญัติแล้วจะเห็นว่าพระราชบัญญัติ ไม่ได้กำหนดให้รัฐจะต้องแจ้งข้อมูลการชี้ นบัญชีรายชื่อให้กับบุคคลที่ถูกชี้ นบัญชีรายชื่อ (Designated persons) ซึ่งการแจ้งข้อมูลดังกล่าวย่อมให้โอกาสแก่ผู้ถูกชี้ นบัญชีรายชื่อที่มีโอกาส ได้แย้งตามเวลาอันสมควรและได้เปิดโอกาสในหาพยานหลักฐานมาหักล้างการชี้ นบัญชีรายชื่อได้ ดังนี้ นข้อเสนอแนะถึงการออกระเบียบ กระบวนการชี้ นหรือลบบัญชีรายชื่อนี้ นจะได้อ่าวไว้ในบท ที่ 6 ในบทสรุปและข้อเสนอแนะต่อไป



## บทที่ 6

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 6.1 บทสรุป

งานวิจัยนี้ได้ศึกษาถึงสถานะเหนือกว่าของพันธกรณีตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติต่อพันธกรณีตามข้อตกลงตามกฎหมายระหว่างประเทศอื่น โดยได้ศึกษาข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงว่าด้วยการต่อต้านการก่อการร้ายและคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป ซึ่งกฎบัตรมาตรา 103 กำหนดไว้ว่า หากพันธกรณีตามกฎหมายบัตรขัดกับพันธกรณีตามข้อตกลงตามกฎหมายระหว่างประเทศอื่นแล้วให้พันธกรณีตามกฎหมายบัตรเหนือกว่า (Prevail) พันธกรณีตามข้อตกลงระหว่างประเทศอื่น ดังนั้นหากรัฐมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีทั้งสองและได้ขัดกันแล้ว รัฐจำเป็นต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎหมายบัตร

ผู้วิจัยได้ศึกษาจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice) ในคดี Kadi ซึ่งถูกคณะกรรมการแซงชั่น (UN Sanction Committee) ตามมติคณะมนตรีความมั่นคงได้ชี้ นบัญญัติรายชื่อเป็นผู้ก่อการร้ายตามมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1267(1999) เนื่องจากสงสัยว่าให้การสนับสนุนการก่อการร้าย ผลของการถูกชี้ นบัญญัติทำให้ Kadi ถูกระงับการดำเนินการทางทรัพย์สิน (Freezing of asset) และระงับการเดินทาง (Travel ban) คณะมนตรีความมั่นคงได้เคยมีข้อมติกำหนดให้ “การก่อการร้ายถือว่าเป็นภัยคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ” ดังนั้น ข้อมติในการต่อต้านการก่อการร้ายจึงเป็นข้อมติที่มีผลผูกพันทางกฎหมายที่มีสถานะเหนือกว่าข้อผูกพันตามข้อตกลงตามกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ซึ่งรัฐสมาชิกจะต้องนำมาตรการตามข้อมติไปปฏิบัติโดยตรง หรือโดยผ่านองค์กรส่วนภูมิภาค เช่น สหภาพยุโรป เป็นต้น

องค์การสหประชาชาติ (UN) ถือว่าเป็นบุคคลบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ (Legal person under international law) ได้ถูกตั้ง ขึ้น ตามสารตราตั้ง หรือกฎบัตรโดยมีวัตถุประสงค์หลักคือ การรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ดังนั้น กฎบัตรจึงมีลักษณะของความเป็นกฎหมายสูงสุด (Constitution character) เพื่อให้การดำเนินงานให้มีประสิทธิภาพและเป็นเอกภาพ ดังที่จะเห็นได้จากถ้อยคำกฎบัตรมาตรา 103 ที่ได้กำหนดให้รัฐสมาชิกปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎหมายบัตร หากมีการขัดหรือแย้งกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศอื่น

ภายใต้กฎบัตรหมวดที่ 7 ได้ให้อำนาจแก่คณะมนตรีความมั่นคงมีในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศในออกข้อมติให้รัฐสมาชิกใช้มาตรการบังคับหรือแซงชั้นต่อรัฐที่ละเมิดข้อมติ ซึ่งต่อมาได้พัฒนาการมาเป็นการแซงชั้นแบบเป้าหมาย (Targeted sanctions) ต่อเฉพาะบุคคลเพื่อให้มีการบังคับตามมาตรการอย่างมีประสิทธิภาพและลดผลกระทบต่อพลเมืองในรัฐที่ถูกบังคับทางเศรษฐกิจให้น้อยที่สุดอย่างเช่น การใช้มาตรการบังคับต่อบุคคลที่สนับสนุนการก่อการร้าย อย่างไรก็ตามการบังคับใช้มาตรการบังคับนี้ จะต้องคำนึงถึงกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะการให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลด้วย

สหภาพยุโรปถูกก่อตั้งขึ้นโดยสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป (Treaty on European Union-TEU) และมีฐานะเป็นบุคคลภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ แม้ว่าสหภาพยุโรปจะไม่ใช่สมาชิกขององค์การสหประชาชาติเนื่องจากมิใช่รัฐและย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎบัตร อย่างไรก็ตามสหภาพยุโรปอาจต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎบัตรเนื่องจากรัฐสมาชิกยุโรปต่างเป็นสมาชิกที่ยอมรับพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามกฎบัตรก่อนเข้าก่อก่อตั้งสหภาพยุโรป

การบังคับใช้มาตรการตามกฎบัตรของสหภาพยุโรปได้อาศัยอำนาจด้านนโยบายด้านต่างประเทศและความมั่นคง (Common Foreign and Security Policy-CFSP) นำเอาข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงมาออกเป็น “การปฏิบัติกร่วมกัน” (Common Position or Joint Action) เพื่อที่จะต้องทำให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในการปฏิบัติในสมาชิกยุโรปแล้วจึงจะมาก่อเป็น “ข้อบังคับยุโรป” ซึ่งมีผลผูกพันโดยตรงต่อรัฐสมาชิกยุโรปที่จะต้องนำไปปฏิบัติตั้งนั้น การออกข้อบังคับยุโรปเพื่อปฏิบัติข้อมติย่อมคำนึงถึงกฎหมายยุโรปโดยเฉพาะการให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งศาลยุโรปมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของข้อบังคับยุโรป ซึ่งคำวินิจฉัยดังกล่าวนี้ แสดงถึงการยอมรับ (Acceptance) หรือการเข้าสู่ (Pre-emption) กฎบัตรในระบบกฎหมายยุโรปอีกด้วย

ประเด็นข้อพิพาทในคดี Kadi and Al Barakaat v Council and Commission (Kadi I) หลังจากที่ Kadi ได้ถูกขึ้นบัญชีรายชื่อของผู้ก่อการร้ายในสหภาพยุโรปแล้วทำให้ Kadi ถูกระงับการดำเนินการทางทรัพย์สินและห้ามเดินทาง ดังนั้น Kadi ได้ร้องต่อศาลยุติธรรมชั้นต้นแห่งยุโรป (European Court of First Instance-CFI) ให้เพิกถอนข้อบังคับยุโรปเนื่องจากข้อบังคับได้ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของตนได้แก่ สิทธิที่จะได้รับแจ้งข้อกล่าวหา (Right to be heard) สิทธิในทรัพย์สิน (Right to property) และสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาทางยุติธรรมอย่างมีประสิทธิภาพ (Right to judicial remedy)

ศาลชั้นต้นแห่งยุโรป(CFI) ได้มีคำพิพากษาประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรและกฎหมายยุโรปและอำนาจการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของศาลว่า ภายใต้สนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปศาลไม่มีอำนาจที่จะวินิจฉัยข้อบังคับของยุโรปที่น่าข้อมติมาใช้บังคับในยุโรป เนื่องจากว่าหากศาลมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของข้อบังคับยุโรปแล้วก็จะหมายถึงว่าศาลได้วินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติดังกล่าว จากคำพิพากษาชี้ให้เห็นว่าสถานะของกฎบัตรมีสถานะเหนือกว่ากฎหมายยุโรปหรือสนธิสัญญาก่อตั้งยุโรปนี้ เองศาลยังเห็นว่าข้อบังคับยุโรปมิได้ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของKadi ผู้ร้อง ต่อมาKadi ได้อุทธรณ์คำพิพากษาศาลชั้นต้นต่อศาลสูงยุโรป

ศาลสูงแห่งยุโรป (European Court of Justice-ECJ) ได้วินิจฉัยถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎบัตรและกฎหมายยุโรปนี้ โดยศาลเห็นว่ากฎบัตรนี้เป็นเสมือนกฎหมายระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศทั่วไปซึ่งไม่ได้มีลักษณะของความเป็นกฎหมายสูงสุดแต่อย่างใด นอกจากนี้ แล้วศาลสูงยังได้วินิจฉัยว่าศาลมีอำนาจที่จะวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของข้อบังคับแห่งยุโรปในการใช้มาตรการตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง ซึ่งศาลสูงเห็นว่าสหภาพยุโรปนี้ ได้ถูกก่อตั้งขึ้นตามสนธิสัญญาตั้งสหภาพยุโรปซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่แยกต่างหากจากระบบกฎหมายระหว่างประเทศและมีลักษณะที่เป็นธรรมนูญในตัวของมันเองที่อาจที่จะนำเอาความเหนือกว่า (Prevail) หรือศักดิ์เหนือกว่า(Hierarchy) ของระบบกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ในระบบกฎหมายยุโรปได้ ดังนั้น การยอมรับหรือการเข้าสู่ของกฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายยุโรปนี้ จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขหลักการให้ความเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล

คำตัดสินของศาลสูงชี้ให้เห็นว่าศาลสูงมีอำนาจที่จะวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของข้อบังคับแห่งยุโรปอันเป็นการวินิจฉัยข้อมติทางข้อมนี้ เอง สำหรับเรื่องของหลักกฎหมายเด็ดขาดนั้น ศาลมิได้วินิจฉัยไว้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตามแม้ว่าศาลได้พิพากษาว่าข้อบังคับยุโรปนี้ ละเมิดต่อสิทธิที่จะได้รับทราบข้อกล่าวหา (Right to be heard) สิทธิในทรัพย์สิน (Right to property) และสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาทางยุติธรรมอย่างมีประสิทธิภาพ (Right to judicial remedy) ในที่สุดศาลได้พิพากษาให้เพิกถอนข้อบังคับยุโรปในส่วนที่เกี่ยวข้องกับKadi แต่ศาลก็ยังได้ให้ความเคารพแก่ข้อมติสหประชาชาติอยู่บ้างโดยมิได้ให้มีการเพิกถอนรายชื่อออกทันทีทันใด แต่สั่งให้ผู้ถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อ Kadi ยังอยู่ในบัญญัติรายชื่อต่อไปอีก 3 เดือนนับจากวันพิพากษาเพื่อให้กรรมการแห่งยุโรปได้ปรับปรุงข้อบังคับให้สอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐาน

คณะกรรมการการยุโรปต้องการที่จะคงรายชื่อของ Kadi ไว้ในบัญชีรายชื่อของผู้ก่อการร้ายจึงได้ส่งเหตุผลของการชี้ นบัญญัติรายชื่อโดยสังเขป(Summary of the reasons) ส่งแก่ Kadi และมีการลงประกาศเหตุผลดังกล่าวนี้ บนเว็บไซต์ของคณะกรรมการแข่งขันตามหลักเกณฑ์ในข้อมติที่ 1822(2008)<sup>1</sup> พร้อมกันนี้ คณะกรรมการการยุโรปได้แจ้งเหตุผลแห่งการชี้ นบัญญัติโดยสังเขปแก่ Kadi และ Kadi ได้ชี้แจงเหตุผลและเรียกขอเปิดเผยพยานหลักฐานว่ามีความเกี่ยวข้องกับการก่อการร้าย แต่คณะกรรมการการยุโรปปฏิเสธที่จะเปิดเผยพยานหลักฐานตามคำขอของ Kadi แต่อย่างใด แต่ได้ออกข้อบังคับที่ (EC) 1190/ 2008<sup>2</sup> ชี้ นรายชื่อ Kadi ในบัญชีของผู้ก่อการร้ายและ Kadi ได้ยื่นฟ้องคณะกรรมการการยุโรปต่อศาลทั่วยุโรปหรือศาลชี้ นต้นเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนข้อบังคับยุโรปที่ 1190/ 2008 คณะกรรมการการยุโรปได้ขอให้ศาลยกคำร้อง (Dismiss the action) ซึ่งคดี Kadi II<sup>3</sup> ได้กลับเข้ามาสู่การพิจารณาของศาลทั่วยุโรปอีกครั้งหนึ่ง

แม้ว่าคณะกรรมการแข่งขันและสหภาพยุโรปเองได้ปรับปรุงกระบวนการชี้ นหรือลบบัญญัติรายชื่อของผู้ก่อการร้ายโดยให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานมากขึ้น ศาลทั่วยุโรปได้มีความเห็นต่างใน Kadi II จากศาลสูงยุโรปที่ว่าศาลทั่วยุโรปมีอำนาจในการวินิจฉัยมาตรการบังคับใช้ตามข้อมติในสหภาพยุโรปตราใดที่ยังไม่มีองค์กรหรือหน่วยงานอิสระภายในสหประชาชาติที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ที่ถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อโดยเฉพาะสิทธิที่จะรับทราบข้อมูลที่น่ามาใช้ในการชี้ นบัญญัติเพื่อที่จะโต้แย้งได้ ศาลทั่วยุโรปได้พิพากษาว่าข้อบังคับยุโรปได้ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ร้อง และได้สั่งให้เพิกถอนข้อบังคับยุโรป จะเห็นได้ว่าคำพิพากษาของศาลทั่วยุโรปชี้ให้เห็นว่าสถานะของกฎหมายได้อยู่เหนือกฎหมายยุโรปแต่อย่างใด ซึ่งคณะกรรมการการยุโรปได้อุทธรณ์คำตัดสินศาลทั่วยุโรปต่อศาลสูงยุโรป ซึ่ง AG Bot เป็นผู้รับผิดชอบให้ความเห็นเชิงปรึกษาแก่ศาลสูงยุโรป

AG Bot มีความเห็นในคดี Kadi II เห็นควรให้เพิกถอน (Set aside) คำพิพากษาของศาลทั่วยุโรปและให้ยกคำร้องของ (Dismiss) ของ Kadi เนื่องจากเห็นว่าศาลทั่วยุโรปได้ใช้มาตรฐานการวินิจฉัยของศาลไม่ถูกต้อง AG Bot เห็นว่าศาลควรวินิจฉัยเฉพาะกระบวนการออกข้อบังคับยุโรปว่าสอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน และศาลไม่ควรที่จะวินิจฉัยถึงพยานหลักฐานหรือข้อมูลที่ใช้ประกอบการชี้ นบัญญัติเพราะตั้งอยู่บนสมมุติฐานที่ว่าเป็นข้อมูลลับ

<sup>1</sup> UNSC resolution 1822 (2008) paragraph 13

<sup>2</sup> Commission Regulation 1190/2008 of 28 November 2008, OJ(2008) L 322/25

<sup>3</sup> Case T-85/2009 Yassis Abdullah Kadi v. European Commission

ของรัฐที่ถูกต้องอยู่แล้ว หากศาลมีอำนาจวินิจฉัยถึงข้อมูลแล้วจะก่อให้เกิดการบังคับใช้มาตรการไม่มีประสิทธิภาพเนื่องจากรัฐจะไม่ให้ความร่วมมือ

จากคำพิพากษาของคดี Kadi I และ Kadi II ได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อองค์การสหประชาชาติโดยเฉพาะคณะมนตรีความมั่นคงต่อสหภาพยุโรปเองโดยเฉพาะคณะกรรมการแห่งยุโรป และต่อรัฐสมาชิก กล่าวคือคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ออกมติหลักจากมีคำพิพากษาโดยมีมติให้มีการแต่งตั้งผู้ตรวจการ(Ombudsperson) เพื่อทำหน้าที่ในการรวบรวมคำร้องขอให้มีการเพิกถอนรายชื่อจากรัฐหรือจากผู้ถูกกำหนดบัญชีรายชื่อและทำความเข้าใจแก่คณะกรรมการแห่งชาติในการที่จะถอนรายชื่อ และยังได้แจ้งเหตุผลของการขึ้นบัญชีรายชื่อและได้ปรับปรุงข้อบกพร่องของการระงับการดำเนินการทางทรัพย์สินของผู้ถูกขึ้นบัญชีรายชื่อเพื่อให้ไปในทางที่สอดคล้องกับคำพิพากษาของศาล

สหภาพยุโรปได้มีการปรับปรุงการขึ้นหรือถอนบัญชีรายชื่อเพื่อให้สอดคล้องกับคำพิพากษาโดยได้ออกข้อบังคับที่ข้อบังคับยุโรปที่1286/2009 กำหนดให้คณะกรรมการยุโรปมีอำนาจในการพิจารณาว่าจะขึ้นหรือไม่ขึ้นบัญชีรายชื่อแก่ผู้ใดได้แม้จะมีบัญชีรายชื่อจากสหประชาชาติ และจะต้องแจ้งเหตุผลของการขึ้นบัญชีและเปิดโอกาสให้ถูกกำหนดรายชื่อได้แย้งหรือนำเสนอพยานหลักฐานได้ หากมีพยานหลักฐานใหม่ก็ให้พิจารณาการเพิกถอนได้ ซึ่งการปรับปรุงดังกล่าวนี้ เป็นการเคารพในสิทธิขั้นพื้นฐานอันได้แก่สิทธิที่จะได้รับการทราบบทบาทหรือข้อหา Right to be promptly informed สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างยุติธรรม Right to be heard และสิทธิที่จะได้รับการเคารพในทรัพย์สิน (Right to property)

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าจากศึกษาวิจัยได้สอดคล้องกับข้อสมมุติฐานของการวิจัยที่ตั้งไว้ว่า “มาตรการต่อต้านการก่อการร้ายตามมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติถือเป็นพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศสหประชาชาติที่อยู่เหนือพันธกรณีตามข้อตกลงอื่นตามนัยของมาตรา103 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ อย่างไรก็ตามการที่ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้เคยมีคำวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการต่อต้านการก่อการร้ายตามกฎหมายยุโรปโดยไม่คำนึงถึงพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศและสะท้อนถึงความท้าทายในเรื่องการขัดกันระหว่างพันธกรณีดังกล่าว แต่ให้บทเรียนนำไปสู่การปรับปรุงมาตรการบังคับตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง

อย่างไรก็ตามแม้คดี Kadi I และ Kadi II ได้ให้บทเรียนแก่องค์การสหประชาชาติ โดยเฉพาะคณะมนตรีความมั่นคง สหภาพยุโรปและรัฐในการปรับปรุงกระบวนการขอขึ้นหรือร้องขอให้ลบรายชื่อของบัญชีการก่อการร้ายโดยคำนึงถึงการให้เคารพในสิทธิขั้นพื้นฐาน แผละระเด็น

ปัญหาทางกฎหมายที่ยังคงมีอยู่คือการยอมรับข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงภายใต้เงื่อนไขของการให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ดังนั้นจะต้องทำการศึกษาหาทางออกเพื่อให้เหมาะสมต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและการให้ความใช้มาตรการต่อต้านการก่อการร้ายเพื่อประโยชน์ต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศโดยรวม

## 6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิจัยกรณีการบังคับใช้มาตรการตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงว่าด้วยการต่อต้านการก่อการร้ายซึ่งถือว่าเป็นพันธกรณีตามกฎหมายบัตรซึ่งเหนือกว่าพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศอื่น อย่างไรก็ตามการบังคับใช้มาตรการตามข้อมติได้กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ดังปรากฏจากคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมยุโรปกับกรณีการโต้แย้งของผู้ที่ถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อ ดังนั้นแนวทางในการลดความขัดแย้งกันระหว่างการบังคับใช้มาตรการตามข้อมติกับการละเมิดสิทธิของบุคคล จะต้องคำนึงถึงการชั่งน้ำหนักระหว่างการให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อหรือผู้ถูกละเมิดเมื่อเทียบกับผลประโยชน์ของสาธารณะหรือความสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ซึ่งผู้วิจัยขอเสนอข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1. สำหรับประเด็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติเพื่อให้สอดคล้องกับการให้ความคุ้มครองกับสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ตลอดจนถึงเพื่อให้ก่อให้เกิดความโปร่งใสในการดำเนินงานขององค์การสหประชาชาติ ภายใต้กระบวนการปฏิรูปองค์การสหประชาชาติควรมีกลไกที่เปิดโอกาสให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของข้อมติคณะมนตรีความมั่นคง

2. คณะมนตรีความมั่นคงควรที่จะให้ผู้ตรวจการได้อนุญาตหรือยกเว้นให้ผู้ถูกกำหนดชื่อทางเข้ามาชี้แจงต่อผู้ตรวจการหลังจากพิจารณาจากพยานหลักฐานแล้วเห็นว่าเป็นผู้ที่ควรที่จะถูกลบรายชื่อ เนื่องจากรัฐบาลรัฐอาจจะไม่ได้ปกป้องคุ้มครองสิทธิของพลเมืองตนเอง ซึ่งช่องทางดังกล่าวอาจจะเป็นการเปิดโอกาสให้โต้แย้งบัญญัติรายชื่อได้

3. กรณีการชี้ นบัญญัติรายชื่อของผู้ก่อการร้ายในไทยตามบัญญัติการก่อการร้ายของคณะกรรมการแข่งขัน (UN list) ที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย พ.ศ. 2556 ยังไม่มีหลักเกณฑ์ ระเบียบ และประกาศตามพระราชบัญญัตินี้ ให้หน่วยงานรัฐใดเป็นผู้ประสานงานระหว่างผู้ที่ถูกชี้ นบัญญัติรายชื่อและคณะกรรมการแข่งขันเพื่อขอชี้แจงเหตุผล เสนอพยานหลักฐานเพื่อแสดงความบริสุทธิ์ในการขอให้ลบรายชื่อ ดังนั้นควรมีระเบียบกำหนดให้หน่วยงานรัฐเช่น สำนักงานอัยการฝ่าย

คุ้มครองสิทธิประชาชน เป็นผู้ประสานงานกลางกับผู้ตรวจการ(Ombudsperson) เพื่อขอลบรายชื่อ ซึ่งการลบรายชื่อตามมาตรา 4 นี้ ต้องรอให้คณะกรรมการแข่งขันเป็นผู้ลบเท่านั้น ดังนั้น ควรจะมีหน่วยงานประสานงานกลางของไทยเพื่อรับคำร้องและร้องขอต่อคณะกรรมการแข่งขัน เพื่อขอให้ลบรายชื่อ

4. กรณีสิทธิในรับทราบข้อกล่าวหาหรือเหตุผล (Right to be heard) และการต่อสู้คดี(Right to defense) จากการพิจารณาพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการสับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย พ.ศ. 2556 ปราบกฏว่ายังไม่ีหลักเกณฑ์ ระเบียบ และประกาศตามพระราชบัญญัตินี้กำหนดวิธีปฏิบัติในการรับทราบเหตุผลหรือข้อมูลแห่งการถูกชี้ น บัญชี (Statement of reasons) แก่ผู้ ถูกชี้ น บัญชีรายชื่อ หรือกำหนดวิธีการแจ้ง หรือรายละเอียดในเหตุผลหรือข้อมูลมากน้อยเพียงใด เพื่อที่จะให้ผู้ ถูกชี้ น บัญชีมีพยานหลักฐานเพียงพอตามสิทธิในการต่อสู้ คดี

5. การกำหนดหลักเกณฑ์ ระเบียบ และประกาศของคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการสับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายต่อการกำหนดเงื่อนไขกระบวนการชี้ น(List) หรือลบ (De-list) บัญชีรายชื่อของผู้ ก่อการร้าย ตลอดจนถึงการใช้มาตรการระงับการดำเนินกิจการทางทรัพย์สิน หน่วยงานรัฐต้องคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเป็นสำคัญ

6. คณะกรรมการตามพระราชบัญญัติควรกำหนดหลักเกณฑ์ ระเบียบ และประกาศ สำหรับกรณีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาทางยุติธรรมอย่างมีประสิทธิภาพ (Right to judicial remedy) หลังจากที่ผู้ที่ถูกชี้ น บัญชีรายชื่อของผู้ ก่อการร้ายได้โต้แย้งการถูกชี้ น บัญชี จนมีผลให้รายชื่อถูกลบรายชื่อ แต่เนื่องจากสิทธิของผู้ ถูกชี้ นรายชื่อได้ถูกละเมิดอย่างเช่น สิทธิในทรัพย์สิน (Right to property) ได้ถูกระงับการดำเนินการทางทรัพย์สิน ดังนั้น คณะกรรมการควรคำนึงถึงการให้การเยียวยาต่อการถูกละเมิดจากเจ้าหน้าที่รัฐด้วย

## รายการอ้างอิง

- .A Orakhelashvili. the Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions. EJIL (2005)
- A Orakhelashvili. The Legal Basis of the United Nations Peace-keeping Operations' Virginia J Intl L 43 (2003): 485–524.
- A. Reinisch. Developing Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions. AJIL (2001).
- A. Reinisch. Governance Without Accountability?. German Yearbook of International Law 44 (2001).
- A. Tzanakopoulous. United Nations Sanctions in Domestic Courts: From Interpretation to Defiance in *Abdelrazik v. Canada*. J.I.C.J. 249 (2010).
- Alber Posch. The Kadi case: rethinking the relationship between EU law and International law. The Colombia Journal of European Law Oline (2009): 15
- Anthony W. De Vries & Hadewych Hazelzet. The EU as a new actor on the sanctionsscene' in Peter Wallenstein & Carina Staibano (eds), International sanctions: between words and wars in the global system, pp. 50-72. Frank Cass: New York, 2005.
- B Fassbender, 'The United Nations Charter as Constitution of the International Community' Columbia J Transnational L 36 (1997) 529–619
- B. Fassbender. The United Nations Charter as a Constitution of the International Community. Colum.J.Transnat'l L. 529 (1998).
- Behrami and Saramati. Decision and General International Law', forthcoming:I.C.L.Q. (2009)



- Bianchi, Andrea. 'Assessing the effectiveness of the UN Security Council's anti-terrorism measures: the quest for legitimacy and cohesion' Eur.J.Int'l L. (2006) : 881-919.
- Bianchi, Andrea, 'Human rights and the magic of jus cogens' Eur.J.Int'l L. (2008) 491-508.
- C. Tomuschat. International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, General Course on International Law. Recueil de Cours 10 (1999).
- C. Walker. terrorism and criminal justice: past, present and future. Criminal Law Review (2004) : 311-327.
- Cardwell, Paul James, French, Duncan and White, Nigel. Casenote: ECJ, Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission, Judgment of 3 September 2009' I.C.L.Q. (2009) : 229-240.
- D Bowett. The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures. EJIL 5 (1994): 89-101, 92
- D Shelton. International Law and "Relative Normativity in MD Evans (ed), International Law. London: Oxford, 2006
- D. Cortright and E. de Wet. Human Rights Standards for Targeted Sanctions, Report by the Sanctions and Security Research Program. Policy Brief (2010).
- D. Shraga. The United Nations Peacekeeping operations: Applicability of International Humanitarian Law and Responsibility for Operations Related Damage, AJIL 406 (2000).
- Eeckhout, P. External Relations of the European Union - Legal and Constitutional Foundations and of the European Internal Market and International Trade - A Legal Analysis, Oxford University Press, 2004.

- F. Mégret and F. Hoffmann. the UN as a Human Rights Violator? Some Reflections on the United Nations' Changing Human Rights Responsibilities. Hum. Rts. Quarterly (2003).
- Fassbender, Bardo, 'The United Nations Charter as Constitution of the International Community' Colum.J.Trans.L (1998) :529-620.
- G. de Burca. The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi, Harv.Int'l L.J. 1 (2010).
- H. Keller & A. Fischer. the UN Anti-terror Sanctions Regime Under Pressure, H.R.L.Rev. (2009).
- I. Cameron. The European Convention on Human Rights, Due Process and United Nations Security Council Counter-Terrorism Sanctions. the Council of Europe (2006): 1-28.
- Iain Cameron. Respecting Human Rights and Fundamental Freedoms and EU/UN Sanctions: State of Play, study prepared for the Subcommittee on Human Rights, European Parliament, (2008).
- Imelda Tappeiner. The fight against terrorism. The list and the gaps. Utrecht Law Review (2005) : 97-125.
- International Commission of Jurists. Assessing the Damage, Urging Action: Report of the Eminent Jurists panel on Terrorism. Counter-Terrorism and Human Rights (2009).
- J. Gardam, Legal Restraints on Security Council Military Enforcement Action, Mich.J.Int'l L. 17 (1996).
- J. Genser and K. Barth, When Due Process Concerns Become Dangerous: The Security Council's 1267 Regime and the Need for Reform, B.C.Int'l & Comp.L.Rev. (2010).

- J. Paust, The UN is Bound by Human Rights Law Understanding the Full Reach of Human Rights, Remedies, and Nonimmunity, Harvard Int'l L. J. Online 1 (2010),
- Jan Klabbers, Kadi Justice at the Security Council? International Organizations Law Review (2007): 293-304.
- Jessica Almqvist. A human rights critique of European judicial review: counterterrorism sanctions. International and Comparative Law Quarterly, 57 (April 2008) : 303–331.
- L. van den Herik, The Security Council's Targeted Sanctions Regimes: In Need of Better Protection of the Individual, LJIL 797 (2007).
- M. Bothe, Security Council's Targeted Sanctions Against Presumed Terrorists, JICJ 541 (2008).
- Martin Nettesheim. U.N. sanctions against individuals. A challenge to the architecture of European Union Governance. Common Market Law Review 44 (2007): 567 - 600
- Milanovic, Marko, 'Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights?', forthcoming: Duke J.C.I.L. (2009)
- R. Uruena, International Law as Administration: The UN's 1267 Sanctions Committee and the Making of the War on Terror, O.L.R. 323 (2007).
- Ramses A. Wessel. The Kadi case: Towards a more substantive hierarchy in international law?. International Organizations Law Review 5 (2008): 323-327
- S. Chesterman, I'll Take Manhattan: The International Rule of Law and the United Nations Security Council, HJRL 67 (2009).

- Simon Menz & Tobias B. Scholz. The Kadi case or the legal protection of persons included in the European Union Anti-terror List. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice (2009): 61-68
- T. Dannenbaum, Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective accountability, Harvard Int'l L. J. 114 (2010).
- Z. Stavrinides, Human Rights Obligations under the United Nations Charter, I.J.H.R. (1999).

ภาคผนวก

**RESOLUTION 1268 (1999) Adopted by the Security Council at its 4052nd meeting on 15 October 1999**

The Security Council,

Reaffirming its resolution 696 (1991) of 30 May 1991 and all subsequent relevant resolutions, in particular resolutions 1229 (1999) of 26 February 1999, and 1237 (1999) of 7 May 1999,

Recalling the statements of its President of 21 January 1999 (S/PRST/1999/3) and 24 August 1999 (S/PRST/1999/26),

Reaffirming its commitment to preserve the sovereignty and territorial integrity of Angola,

Reiterating that the primary cause of the present situation in Angola is the failure of the União Nacional para a Independência Total de Angola (UNITA) under the leadership of Mr. Jonas Savimbi to comply with its obligations under the "Acordos de Paz" (S/22609, annex), the Lusaka Protocol (S/1994/1441, annex) and relevant Security Council resolutions,

Reiterating also that lasting peace and national reconciliation can only be achieved through peaceful means, and in this regard reaffirming the importance of the "Acordos de Paz", the Lusaka Protocol and relevant Security Council resolutions,

Expressing its concern at the humanitarian effects of the present situation on the civilian population in Angola,

Welcoming the letter of the Secretary-General to the President of the Security Council of 11 August 1999 (S/1999/871), and the letters referred to therein from the Minister for Foreign Affairs of the Republic of Angola to the Secretary-General of 26 July 1999 (S/1999/871, annex I) and from the Secretary-General to the Minister for Foreign Affairs of the Republic of Angola of 2 August (S/1999/871, annex II),

Reaffirming its view that a continued presence of the United Nations in Angola can contribute greatly to the promotion of peace, national reconciliation, human rights and regional security,

1. Authorizes the establishment, for an initial period of six months until 15 April 2000, of the United Nations Office in Angola (UNOA) staffed with the personnel necessary to liaise with the political, military, police and other civilian authorities, with a view to exploring effective measures for restoring peace, assisting the Angolan people in the area of capacity-building, humanitarian assistance, the promotion of human rights, and coordinating other activities;
2. Decides that, pending further consultations between the United Nations and the Government of Angola, UNOA will consist of up to 30 substantive professional staff, as well as the necessary administrative and other support personnel;
3. Stresses that the United Nations Humanitarian Assistance Coordination Unit (UCAH) will continue to operate and to be funded in its present configuration;
4. Calls upon all parties concerned and in particular UNITA to ensure the safety, security and freedom of movement of the United Nations and associated personnel and to respect fully their status;
5. Calls upon the Government of Angola and the Secretary-General to conclude as soon as possible a Status of Mission Agreement;
6. Expresses its readiness to review the configuration and mandate of the United Nations presence in Angola upon the recommendation of the Secretary-General in consultation with the Government of Angola;
7. Requests the Secretary-General to provide every three months a report on developments in Angola including his recommendations about additional measures the Council might consider to promote the peace process in Angola;
8. Decides to remain actively seized of the matter.

**Resolution 1373 (2001) Adopted by the Security Council at its 4385th meeting, on 28 September 2001**

The Security Council,

Reaffirming its resolutions 1269 (1999) of 19 October 1999 and 1368 (2001) of 12 September 2001,

Reaffirming also its unequivocal condemnation of the terrorist attacks which took place in New York, Washington, D.C. and Pennsylvania on 11 September 2001, and expressing its determination to prevent all such acts,

Reaffirming further that such acts, like any act of international terrorism, constitute a threat to international peace and security,

Reaffirming the inherent right of individual or collective self-defence as recognized by the Charter of the United Nations as reiterated in resolution 1368 (2001),

Reaffirming the need to combat by all means, in accordance with the Charter of the United Nations, threats to international peace and security caused by terrorist acts,

Deeply concerned by the increase, in various regions of the world, of acts of terrorism motivated by intolerance or extremism,

Calling on States to work together urgently to prevent and suppress terrorist acts, including through increased cooperation and full implementation of the relevant international conventions relating to terrorism,

Recognizing the need for States to complement international cooperation by taking additional measures to prevent and suppress, in their territories through all lawful means, the financing and preparation of any acts of terrorism,

Reaffirming the principle established by the General Assembly in its declaration of October 1970 (resolution 2625 (XXV)) and reiterated by the Security



Council in its resolution 1189 (1998) of 13 August 1998, namely that every State has the duty to refrain from organizing, instigating, assisting or participating in terrorist acts in another State or acquiescing in organized activities within its territory directed towards the commission of such acts,

Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations,

1. Decides that all States shall:

(a) Prevent and suppress the financing of terrorist acts;

(b) Criminalize the wilful provision or collection, by any means, directly or indirectly, of funds by their nationals or in their territories with the intention that the funds should be used, or in the knowledge that they are to be used, in order to carry out terrorist acts;

(c) Freeze without delay funds and other financial assets or economic resources of persons who commit, or attempt to commit, terrorist acts or participate in or facilitate the commission of terrorist acts; of entities owned or controlled directly or indirectly by such persons; and of persons and entities acting on behalf of, or at the direction of such persons and entities, including funds derived or generated from property owned or controlled directly or indirectly by such persons and associated persons and entities;

(d) Prohibit their nationals or any persons and entities within their territories from making any funds, financial assets or economic resources or financial or other related services available, directly or indirectly, for the benefit of persons who commit or attempt to commit or facilitate or participate in the commission of terrorist acts, of entities owned or controlled, directly or indirectly, by such persons and of persons and entities acting on behalf of or at the direction of such persons;

2. Decides also that all States shall:

(a) Refrain from providing any form of support, active or passive, to entities or persons involved in terrorist acts, including by suppressing recruitment of members of terrorist groups and eliminating the supply of weapons to terrorists;

(b) Take the necessary steps to prevent the commission of terrorist acts, including by provision of early warning to other States by exchange of information;

(c) Deny safe haven to those who finance, plan, support, or commit terrorist acts, or provide safe havens;

(d) Prevent those who finance, plan, facilitate or commit terrorist acts from using their respective territories for those purposes against other States or their citizens;

(e) Ensure that any person who participates in the financing, planning, preparation or perpetration of terrorist acts or in supporting terrorist acts is brought

to justice and ensure that, in addition to any other measures against them, such terrorist acts are established as serious criminal offences in domestic laws and regulations and that the punishment duly reflects the seriousness of such terrorist acts;

(f) Afford one another the greatest measure of assistance in connection with criminal investigations or criminal proceedings relating to the financing or support of terrorist acts, including assistance in obtaining evidence in their possession necessary for the proceedings;

(g) Prevent the movement of terrorists or terrorist groups by effective border controls and controls on issuance of identity papers and travel documents, and through measures for preventing counterfeiting, forgery or fraudulent use of identity papers and travel documents;

3. Calls upon all States to:

(a) Find ways of intensifying and accelerating the exchange of operational information, especially regarding actions or movements of terrorist persons or networks; forged or falsified travel documents; traffic in arms, explosives or sensitive materials; use of communications technologies by terrorist groups; and the threat posed by the possession of weapons of mass destruction by terrorist groups;

(b) Exchange information in accordance with international and domestic law and cooperate on administrative and judicial matters to prevent the commission of terrorist acts;

(c) Cooperate, particularly through bilateral and multilateral arrangements and agreements, to prevent and suppress terrorist attacks and take action against perpetrators of such acts;

(d) Become parties as soon as possible to the relevant international conventions and protocols relating to terrorism, including the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism of 9 December 1999;

(e) Increase cooperation and fully implement the relevant international conventions and protocols relating to terrorism and Security Council resolutions 1269 (1999) and 1368 (2001);

(f) Take appropriate measures in conformity with the relevant provisions of national and international law, including international standards of human rights, before granting refugee status, for the purpose of ensuring that the asylum-seeker has not planned, facilitated or participated in the commission of terrorist acts;

(g) Ensure, in conformity with international law, that refugee status is not abused by the perpetrators, organizers or facilitators of terrorist acts, and that claims of political motivation are not recognized as grounds for refusing requests for the extradition of alleged terrorists;

4. Notes with concern the close connection between international terrorism and transnational organized crime, illicit drugs, money-laundering, illegal armstrafficking, and illegal movement of nuclear, chemical, biological and other potentially deadly materials, and in this regard emphasizes the need to enhance coordination of efforts on national, subregional, regional and international levels in order to strengthen a global response to this serious challenge and threat to international security;

5. Declares that acts, methods, and practices of terrorism are contrary to the purposes and principles of the United Nations and that knowingly financing, planning and inciting terrorist acts are also contrary to the purposes and principles of the United Nations;

6. Decides to establish, in accordance with rule 28 of its provisional rules of procedure, a Committee of the Security Council, consisting of all the members of the Council, to monitor implementation of this resolution, with the assistance of appropriate expertise, and calls upon all States to report to the Committee, no later than 90 days from the date of adoption of this resolution and thereafter according to a timetable to be proposed by the Committee, on the steps they have taken to implement this resolution;

7. Directs the Committee to delineate its tasks, submit a work programme within 30 days of the adoption of this resolution, and to consider the support it requires, in consultation with the Secretary-General;

8. Expresses its determination to take all necessary steps in order to ensure the full implementation of this resolution, in accordance with its responsibilities under the Charter;

9. Decides to remain seized of this matter.

## ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

ร้อยตำรวจเอกเมือง พรหมเกษา เกิดที่จังหวัดน่าน สำเร็จการศึกษามัธยมศึกษาที่โรงเรียนศรีสวัสดิ์วิทยาคาร จังหวัดน่าน สำเร็จการศึกษารัฐศาสตรบัณฑิต (การบริหารงานตำรวจ) จากโรงเรียนนายร้อยตำรวจ สำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิตจากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปัจจุบันทำงานอยู่ที่สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองและศุลกากรสหรัฐ (U.S. Immigration and Customs Enforcement) กระทรวงความมั่นคงภายในสหรัฐอเมริกา (U.S. Department of Homeland Security) ประจำกรุงเทพ