

ความสัมพันธ์ระหว่างสนธิสัญญาในกฎหมายระหว่างประเทศ

ในการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างสนธิสัญญาในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ควรเริ่มศึกษาจากบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศก่อน เป็นอันดับแรก เนื่องจากสนธิสัญญาเป็นหนึ่งในบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งนอกจากจะมีความสัมพันธ์ระหว่างสนธิสัญญาด้วยกันแล้ว สนธิสัญญายังมีความสัมพันธ์กับบ่อเกิดอื่น ๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย

1. บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ

เนื่องจากที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศคือ “หลักฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศที่อาจอ้างอิงได้”¹ ซึ่งตามธรรมเนียมของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of International Court of Justice) ข้อ 38² ได้บัญญัติถึงบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศไว้ ดังนี้

“1. ศาลซึ่งมีหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเช่นที่เสนอต่อศาลตามกฎหมายระหว่างประเทศ จะต้องใช้

¹ สุข เปรุनावิน, คำสอนชั้นปริญญาตรี: กฎหมายระหว่างประเทศ เล่มหนึ่ง, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2513), หน้า 1.

² Article 38 of the Statute of International Court of Justice

“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;
- (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.

2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto.”

- ก. อนุสัญญาระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะทั่วไปหรือโดยเฉพาะ ซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นที่รับรองโดยชัดแจ้งโดยประเทศที่กล่าวอ้าง
- ข. จารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในฐานะที่เป็นหลักฐานแห่งการถือปฏิบัติโดยทั่วไปซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย
- ค. หลักกฎหมายทั่วไปซึ่งอารยประเทศรับรอง
- ง. ภายใต้งบบังคับแห่งข้อบทของข้อ 59 คำพิพากษาของศาลและคำสอนของผู้เผยแพร่อันทรงคุณวุฒิอย่างสูง (Highly qualified publicists) ของประเทศต่าง ๆ ในฐานะที่เป็นเครื่องช่วยในการพิจารณากำหนดหลักกฎหมาย
2. ข้อบทนี้ไม่กระทบกระเทือนต่ออำนาจของศาลในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยอาศัยหลักความยุติธรรมและความรู้สึกผิดชอบอันดี (Ex aequo et bono) หากคู่ความตกลงตามนั้น”³

ทั้งนี้ สามารถแยกพิจารณาบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ ได้ดังนี้

1.1 สนธิสัญญาระหว่างประเทศ

เนื่องจากอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969 ได้ให้คำนิยามของคำว่า “สนธิสัญญา” (Treaty) ไว้ในมาตรา 2: 1(a) ว่า

“ถ้อยคำ สนธิสัญญา หมายถึง ข้อตกลงระหว่างประเทศที่ได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างรัฐต่าง ๆ และอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะได้ทำขึ้นเป็นฉบับเดียว หรือสองฉบับ หรือหลายฉบับผนวกเข้าด้วยกัน และไม่ว่าจะเรียกชื่อเช่นใด”⁴

ดังนั้น จึงอาจแยกองค์ประกอบของ “สนธิสัญญา” ได้เป็น 4 ประการ ดังนี้

³ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2539), หน้า 27.

⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties (23 May 1969) Article 2:1(a).

“1. For the purposes of the present Convention:

(a) “treaty” means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation;”

1. สนธิสัญญาเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศ

กล่าวคือ สนธิสัญญาเป็นการกระทำทางกฎหมายที่สร้างขึ้นตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป เพื่อก่อให้เกิดความผูกพันตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศภาคีของสนธิสัญญา

2. ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร

กล่าวคือ สนธิสัญญาทุกฉบับจะต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ไม่ใช่ข้อตกลงระหว่างประเทศที่ทำด้วยวาจา

3. ระหว่างรัฐต่าง ๆ

กล่าวคือ สนธิสัญญาทุกฉบับโดยหลักจะต้องเป็นข้อตกลงระหว่างรัฐเท่านั้น ไม่ใช่ข้อตกลงที่รัฐทำกับปัจเจกชน อย่างไรก็ตาม เนื่องจากองค์การระหว่างประเทศก็มีความสามารถในการเป็นภาคีของสนธิสัญญา ดังนั้น ความหมายของข้อนี้จึงรวมถึงสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันเองอีกด้วย

4. อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

กล่าวคือ สนธิสัญญาที่สร้างขึ้นย่อมอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ มิใช่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่งซึ่งเป็นภาคีของสนธิสัญญาหรือกฎหมายภายในของรัฐที่สาม อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปความตกลงระหว่างรัฐจะอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับเจตนาของรัฐที่ทำความตกลงนั้น ไม่ว่าจะเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย⁵

1.2 จารีตประเพณีระหว่างประเทศ

เนื่องจากธรรมเนียมของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ข้อ 38 (1)(b) ได้กล่าวถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะที่เป็น “หลักฐานแห่งการถือปฏิบัติโดยทั่วไป (Evidence of a general practice) ซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (Acceptance as law)”

ทั้งนี้ “หลักฐาน” (Evidence) แห่งการถือปฏิบัติโดยทั่วไปซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย หรือบ่อเกิดที่สำคัญของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (The material sources

⁵ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1, หน้า 496.

of international custom) นั้นมีอยู่มากมาย ซึ่งรวมถึง ความสอดคล้องทางการทูต (Diplomatic correspondence) คำแถลงนโยบาย (Policy statements) กฎหมายภายในของรัฐ (State legislation) คำตัดสินของศาลภายในประเทศและศาลระหว่างประเทศ (International and national judicial decisions) เป็นต้น⁶ ซึ่งคุณค่าของบ่อเกิดที่สำคัญของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเหล่านี้มีความหลากหลายและจะขึ้นอยู่กับแต่ละสถานการณ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ถ้าเป็นบ่อเกิดตามกฎหมายภายในประเทศ (Internal law sources) ก็ยังต้องใช้ความระมัดระวังในการพิจารณาเป็นพิเศษ⁷

ซึ่งจากความหมายของจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าวข้างต้น จะสามารถแยกองค์ประกอบของ “จารีตประเพณีระหว่างประเทศ” ได้เป็น 4 ประการ ดังนี้

1. ระยะเวลา (Duration)

เนื่องจาก ระยะเวลาเป็นเพียงสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าการถือปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งนั้นมีความสอดคล้องสม่ำเสมอ (Consistency) หรืออยู่ในรูปแบบเดียวกัน (Uniform) หรือไม่เท่านั้น ดังนั้น ระยะเวลาของการถือปฏิบัติจึงไม่ถือเป็นองค์ประกอบสำคัญของการก่อให้เกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

2. การถือปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอและในรูปแบบเดียวกัน (Uniformity and consistency of the practice)

กล่าวคือ การถือปฏิบัติโดยทั่วไปนั้นจะต้องมีลักษณะสอดคล้องสม่ำเสมอ (Consistent) และเป็นรูปแบบเดียวกัน (Uniform) แต่ทั้งนี้ ไม่จำเป็นต้องมีรูปแบบเดียวกันโดยสิ้นเชิง

⁶ The material sources of custom are vary numerous and include the following: diplomatic correspondence, policy statements, the opinions of official legal advisers, official manuals on legal questions, e.g. manuals of military law, executive decisions and practices, order to naval forces etc., comments by governments on drafts produced by the International Law Commission, state legislation, international and national judicial decisions, recitals in treaties and other international instruments, a pattern of treaties in the same form, the practice of international organs, and resolutions relating to legal questions in the United Nations General Assembly. [Ian Brownlie, *Principle of Public International Law*, 3rd ed., (Hong Kong: Oxford University Press, 1985), p. 5]

⁷ Ibid., pp. 5-6.

(Complete uniformity) เพียงแต่มีรูปแบบเดียวกันในสาระสำคัญ (Substantial uniformity) ก็เพียงพอแล้ว

3. การถือปฏิบัติโดยทั่วไป (Generality of the practice)

ทั้งนี้ การถือปฏิบัติโดยทั่วไปไม่ได้หมายความว่าประเทศภาคีทุกประเทศจะต้องยอมรับการถือปฏิบัติเช่นนั้นในลักษณะเป็นเอกฉันท์ (Unanimity) หรือเป็นสากล (Universality) ก็สามารถถือว่ามี การถือปฏิบัติโดยทั่วไปได้แล้ว

4. ความเชื่อว่าการถือปฏิบัตินั้นถูกต้องและควรยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (Opinio Juris Sive Necessitatis)

กล่าวคือ ความเชื่อว่าการถือปฏิบัตินั้นถูกต้องและควรยอมรับว่าเป็นกฎหมายเป็นองค์ประกอบสำคัญของจารีตประเพณีระหว่างประเทศอันจะส่งผลให้เกิดพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม แต่เนื่องจากการยอมรับว่าเป็นกฎหมายนี้เป็นองค์ประกอบภายในจิตใจ ดังนั้น เครื่องมือที่จะชี้ให้เห็นถึงเจตนาของรัฐนั้นสามารถพิจารณาได้จากหลัก “กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา” (Acts indicate intention) หรือหลัก “การกระทำหรือทางปฏิบัติของประเทศต่าง ๆ นั้นเองเป็นเครื่องชี้ให้เห็นถึงเจตนาของประเทศว่ามีความเชื่อมั่นทางกฎหมายเป็นเช่นไร” (External actions show internal secrets)⁸ กล่าวคือ ต้องดูจากการปฏิบัติของประเทศต่าง ๆ

1.3 หลักกฎหมายทั่วไป

เนื่องจากธรรมเนียมของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ข้อ 38 (1)(c) ได้กล่าวถึงหลักกฎหมายทั่วไปว่าหมายถึง “หลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่รับรองของอารยประเทศ” ซึ่งเป็นที่เข้าใจกันว่าหมายถึงหลักกฎหมายทั่วไปอันมีลักษณะทั่วไปจนถึงขนาดที่มีการยอมรับและใช้กันในทุกระบบกฎหมาย เช่น หลักสุจริต (Good faith) หรือหลักกฎหมายปิดปาก (Estoppel) เป็นต้น⁹

⁸ Ibid., pp. 6-8.

⁹ จมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1, หน้า 496.

1.4 คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลและคำสอนของผู้เผยแพร่อันทรงคุณวุฒิอย่างสูง

คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาล (Judicial decisions) หมายถึงคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลระหว่างประเทศ เช่น คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice: ICJ) เป็นต้น ซึ่งในการพิจารณาสถานะของคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลระหว่างประเทศนั้นจะต้องพิจารณาธรรมเนียมศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ข้อ 59 ประกอบด้วย โดยข้อ 59¹⁰ บัญญัติว่า

“คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลไม่มีผลผูกพัน ยกเว้นในระหว่างคู่กรณีและในส่วนที่เกี่ยวกับคดีนั้นโดยเฉพาะ”¹¹

ซึ่งจากบทบัญญัติในข้อ 59 นี้แสดงให้เห็นว่า คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลระหว่างประเทศซึ่งมีผลผูกพันเฉพาะคู่กรณีของคดีนั้นเท่านั้น จึงเป็นเพียงเครื่องช่วยในการพิจารณากำหนดหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ใช่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่จะใช้บังคับเป็นการทั่วไปโดยตรง¹²

สำหรับคำสอนของผู้เผยแพร่ผู้ทรงคุณวุฒิอย่างสูงซึ่งมีการรวบรวมแนวปฏิบัติของรัฐ หรือคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลระหว่างประเทศ และมีการให้ความเห็นส่วนตัวประกอบเหตุผลอีกด้วยนั้น ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับคำชี้ขาดของศาลระหว่างประเทศ กล่าวคือ มีบทบาทเป็นเพียงเครื่องช่วยในการพิจารณากำหนดกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศและเป็นเครื่องช่วยในการหาหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาปรับแก้ข้อพิพาทระหว่างประเทศเท่านั้น ไม่ใช่บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศโดยตรง¹³

ดังนั้น เมื่อได้ทำการศึกษถึงบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศแล้วก็จะพบว่า สันนิษฐานเป็นหนึ่งในบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความสำคัญมากในการก่อให้เกิดกฎหมายระหว่างประเทศขึ้น ซึ่งประเด็นต่อไปที่ควรจะทำการศึกษาก็คือ การบังคับใช้และผลของ

¹⁰ Article 59 of the Statute of International Court of Justice.

“The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case”

¹¹ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1, หน้า 64.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 67.

สนธิสัญญา (ซึ่งก่อให้เกิดกฎหมายระหว่างประเทศ) ต่อประเทศภาคีของสนธิสัญญานั้นและต่อประเทศที่สามซึ่งไม่ได้เป็นภาคีของสนธิสัญญาดังกล่าวว่าจะสามารถบังคับใช้กันได้อย่างไร และก่อให้เกิดผลเช่นไรในกฎหมายระหว่างประเทศ

2. การใช้บังคับและผลของสนธิสัญญาระหว่างประเทศภาคีของสนธิสัญญา

โดยปกติสนธิสัญญาทุกฉบับย่อมจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายขึ้นในระหว่างประเทศภาคี กล่าวคือ สนธิสัญญาจะก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ซึ่งกันและกันระหว่างประเทศภาคี หรืออาจจะวางกฎเกณฑ์ที่ใช้สำหรับความประพฤติต่าง ๆ ของประเทศภาคีซึ่งประเทศภาคีจะต้องปฏิบัติตาม¹⁴

ทั้งนี้ ลักษณะของความผูกพันของสนธิสัญญาระหว่างประเทศภาคีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนั้นเกิดจากหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ (General principle of international law)¹⁵ ที่ว่า “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (Pacta Sunt Servanda) และ “หลักสุจริต” (Good faith) ซึ่งถือเป็นส่วนเดียวกับหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา กล่าวคือ ในการเคารพต่อหลักสัญญาต้องเป็นสัญญานั้น ประเทศภาคีจะต้องกระทำการหรือปฏิบัติตามสนธิสัญญาด้วยความสุจริต¹⁶ ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

2.1 หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา¹⁷

กล่าวคือ สนธิสัญญาเมื่อมีผลใช้บังคับแล้วย่อมก่อให้เกิดความผูกพันแก่ประเทศภาคีคู่สัญญาที่จะต้องปฏิบัติหรืองดเว้นการปฏิบัติใด ๆ ตามที่สนธิสัญญากำหนดไว้¹⁸ ดังนั้น คู่สัญญาจึงมีหน้าที่ตามกฎหมายสนธิสัญญาที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวโดยสุจริต กล่าวคือ จะต้องไม่กระทำการใด ๆ อันเป็นการขัดขวางหรือทำลายวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญานั้นเอง¹⁹

¹⁴ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 182.

¹⁵ Ian Brownlie, Principle of Public International Law, 3rd. ed., p. 613.

¹⁶ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1, หน้า 538.

¹⁷ Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 26.

“Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith”

2.2 หลักสนธิสัญญายอมผูกพันรัฐ

หลักสนธิสัญญายอมผูกพันรัฐหมายถึง สนธิสัญญาไม่ว่าจะทำโดยรัฐบาลชุดใดหรือโดยบุคคลผู้มีอำนาจเต็มผู้ใดก็ตาม สนธิสัญญาก็จะมีผลผูกพันรัฐ มิใช่ผูกพันรัฐบาลหรือผู้มีอำนาจเต็มแต่อย่างใด กล่าวคือ แม้ว่าจะเกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครองหรือมีการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองเกิดขึ้นก็จะมีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสนธิสัญญาที่ได้ทำขึ้นไว้โดยรัฐบาลชุดก่อนอย่างถูกต้องแต่ประการใดไม่ ความผูกพันหรือพันธกรณีต่าง ๆ ที่เกิดจากสนธิสัญญายังคงมีอยู่ตลอดมานับตั้งแต่ที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับ²⁰

2.2 หลักสนธิสัญญาไม่มีผลย้อนหลัง

หลักการไม่มีผลย้อนหลังของสนธิสัญญา (Non-Retroactivity of Treaty) เป็นหลักการทั่วไปที่ใช้กับการกระทำทางกฎหมายระหว่างประเทศทุกประเภท รวมถึงการบังคับใช้สนธิสัญญาด้วย กล่าวคือ บทบัญญัติต่าง ๆ ของสนธิสัญญายอมไม่ผูกพันภาคีคู่สัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนวันที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับต่อภาคีคู่สัญญานั้น หรือสถานการณ์ซึ่งได้สิ้นสุดลงก่อนวันที่สนธิสัญญามีผล²¹

¹⁸ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 183.

¹⁹ Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 18.

“A state is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when:

(a) it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty; or

(b) it has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed”

²⁰ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 183-184.

²¹ Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 28.

“Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party”

3. การใช้บังคับและผลของสนธิสัญญาต่อประเทศที่สาม

การใช้บังคับและผลของสนธิสัญญาต่อประเทศที่สามสามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

3.1 หลักสนธิสัญญามีผลเฉพาะระหว่างประเทศภาคี

เนื่องจากโดยหลักแล้วสนธิสัญญามีผลเฉพาะกับประเทศภาคี ดังนั้น “บุคคลที่สามย่อมไม่อาจอ้างประโยชน์จากสัญญาหรือไม่อาจถูกบังคับตามสัญญาได้” (pacta tertiis nec nocent nec prosunt) เนื่องจากไม่มีความผูกพันทางกฎหมายต่อกัน (res inter alios acta)²² กล่าวคือ สนธิสัญญาย่อมไม่ก่อพันธกรณีหรือสิทธิใด ๆ แก่ประเทศที่สามโดยปราศจากความยินยอมของประเทศที่สามนั้น²³

3.2 ข้อยกเว้นของหลักสนธิสัญญามีผลเฉพาะระหว่างประเทศภาคี

ข้อยกเว้นของหลักสนธิสัญญามีผลเฉพาะระหว่างประเทศภาคีนั้นมีอยู่หลายประการ แต่อาจสรุปได้เป็น 2 ประการ กล่าวคือ ข้อยกเว้นที่เกิดจากความยินยอมของประเทศที่สามกับข้อยกเว้นที่ไม่ได้เกิดจากความยินยอมของประเทศที่สาม ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

3.2.1 ข้อยกเว้นที่เกิดจากความยินยอมของประเทศที่สาม

กล่าวคือ สนธิสัญญาอาจมีผลถึงประเทศอื่นที่ไม่ใช่ประเทศภาคีของสนธิสัญญาได้ทั้งในลักษณะที่เป็นการก่อให้เกิดสิทธิแก่ประเทศที่สามหรือการก่อให้เกิดพันธกรณีแก่ประเทศที่สาม ภายใต้เงื่อนไขสำคัญที่ว่าประเทศที่สามนั้นต้องยินยอม

²² ประสิทธิ์ เภกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญา หน้า 195.

²³ Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 34.

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

3.2.2 ข้อยกเว้นที่ไม่ได้เกิดจากความยินยอมของประเทศที่สาม

นอกจากสนธิสัญญาจะสามารถมีผลถึงประเทศที่สามได้ตามข้อยกเว้นที่เกิดจากความยินยอมของประเทศที่สามแล้ว ในบางกรณีสนธิสัญญายังอาจมีผลถึงประเทศที่สามได้โดยปราศจากความยินยอมของประเทศที่สามได้อีกด้วย ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับลักษณะเฉพาะของสนธิสัญญานั้น ๆ อันได้แก่

3.2.2.1 กรณีที่กฎเกณฑ์ในสนธิสัญญาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

กล่าวคือ สนธิสัญญาที่สร้างขึ้นโดยรัฐไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายอาจมีผลผูกพันถึงประเทศที่สามซึ่งไม่ได้เป็นภาคีในสนธิสัญญาดังกล่าวได้ในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ²⁴ ทั้งนี้ สามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

1. ถ้าสนธิสัญญานั้นเป็นการประมวลเอากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีอยู่ก่อนมาเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในสนธิสัญญา

ทั้งนี้ การประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาเขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษรจะมีผลทำให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าวมีฐานะทางกฎหมาย 2 ฐานะ กล่าวคือ

- 1.1 กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นจะกลายเป็นกฎหมายสนธิสัญญา (Conventional law) ซึ่งจะมีผลผูกพันต่อประเทศภาคีของสนธิสัญญานั้นตามหลัก “สนธิสัญญามีผลเฉพาะระหว่างประเทศภาคีของสนธิสัญญา”

²⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 38.

“Nothing in article 34 to 37 precludes a rule set forth in a treaty from becoming binding upon a third States as a customary rule of international law, recognized as such.”

1.2 กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ถูกนำมาประมวลไว้ก็ยังคงมีอยู่ต่อไปและมีผลผูกพันประเทศต่าง ๆ ต่อไป ทั้งที่เป็นประเทศภาคีของสนธิสัญญาที่ประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและต่อประเทศที่ไม่ใช่ภาคีของสนธิสัญญานั้นด้วย²⁵

2. กฎเกณฑ์ในสนธิสัญญานั้นได้กลายมาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในภายหลัง

เนื่องจาก ในบางครั้งการทำสนธิสัญญาแม้จะไม่ได้มีลักษณะเป็นการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ตาม แต่ก็อาจจะมีฐานะเป็นการวางแนวทางปฏิบัติ (Precedent) ของประเทศต่าง ๆ ในการก่อตั้งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ได้ ทั้งนี้ เนื่องจากการจัดทำสนธิสัญญาของประเทศต่าง ๆ มีลักษณะเป็นการแสดงออกถึงความเชื่อมั่น (Conviction) ของประเทศภาคีว่ากฎเกณฑ์นั้นมีผลผูกพันตน²⁶

3.2.2.2 กรณีที่สนธิสัญญาก่อให้เกิดลักษณะเป็นการทั่วไป

เนื่องจากในบางกรณีสนธิสัญญาที่สร้างขึ้นโดยประเทศต่าง ๆ ก็อาจก่อให้เกิดสถานะเป็นการทั่วไปผูกพันประเทศที่ไม่ใช่ภาคีของสนธิสัญญาได้ เช่น กฎบัตรสหประชาชาติ (United Nation Charter) ซึ่งมีฐานะเป็นสนธิสัญญาหลายฝ่ายก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศ ที่ทำให้องค์การสหประชาชาติมีสถานะภาพทางกฎหมายเป็นการทั่วไปไม่ใช่สถานะภาพทางกฎหมายที่เป็นที่ยอมรับกันในหมู่ประเทศภาคีเท่านั้น²⁷ นอกจากนี้แล้ว สนธิสัญญาที่ก่อให้เกิดลักษณะเป็นการทั่วไปก็อาจได้แก่ สนธิสัญญากำหนดเขตแดน และสนธิสัญญาที่เกี่ยวกับดินแดน เป็นต้น

4. การขัดกันระหว่างสนธิสัญญาที่สร้างขึ้นก่อนกับสนธิสัญญาที่สร้างขึ้นภายหลัง

เนื่องจากในการบังคับใช้สนธิสัญญานั้น อาจเป็นไปได้ที่สนธิสัญญาในภายหลังอาจขัดหรือแย้งกับสนธิสัญญาที่มีอยู่ก่อนที่เกี่ยวข้องในเรื่องเดียวกัน (The same subject-matter) อันจะก่อให้เกิดปัญหาการบังคับใช้ระหว่างประเทศภาคีของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับในความสัมพันธ์

²⁵ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 227-228.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 228.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 207.

ระหว่างกันได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอาจทำให้เกิดข้อพิพาทจากการบังคับใช้สนธิสัญญาทั้งสองฉบับดังกล่าว ซึ่งการที่จะพิจารณาว่าถ้ามีข้อพิพาทจากการบังคับใช้สนธิสัญญานั้น เราควรจะใช้สนธิสัญญาฉบับใดบังคับในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก็ควรเริ่มจากการพิจารณาว่าสนธิสัญญาทั้งสองฉบับนั้นเป็นสนธิสัญญาที่อยู่ในวงจรร่วมกันหรือไม่ก่อน ทั้งนี้ เพื่อที่จะพิจารณาว่าสนธิสัญญาทั้งสองฉบับดังกล่าวเป็นสนธิสัญญาที่อยู่ในวงจรร่วมกัน หรือเป็นสนธิสัญญาที่อยู่คนละวงจรร่วมกันแต่โดยเนื้อหาของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับนั้นอาจมาทับซ้อนกันในส่วนหนึ่ง ซึ่งการพิจารณาก็จะพิจารณาสนธิสัญญาทั้งสองฉบับแยกต่างหากจากกัน ยกเว้นแต่ในเรื่องที่ทับซ้อนกันเท่านั้น เช่น การที่จะพิจารณาว่ามาตรการเพื่อควบคุมการบริโภคยาสูบภายใต้กรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบควรจะอยู่ภายใต้บังคับของกรอบอนุสัญญาดังกล่าวในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น หรือควรจะอยู่ภายใต้ความตกลงต่าง ๆ ขององค์การการค้าโลกนั้น ก็ควรจะพิจารณาก่อนว่าความตกลงต่าง ๆ ขององค์การการค้าโลกกับกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลกมีความเกี่ยวข้องข้องในการที่จะนำมาบังคับใช้หรือไม่ อย่างไร

ทั้งนี้ จากการพิจารณารรณญุก่อตั้งองค์การอนามัยโลก (World Health Organization: WHO) จะพบว่าองค์การอนามัยโลกคือหนึ่งใน “ทบวงการชำนัญพิเศษ” (Specialized agency) ขององค์การสหประชาชาติ²⁸ ที่มีรณญุก่อตั้งของตนเอง ซึ่งมีหน้าที่ในการส่งเสริมสุขภาพของประชาชนทุกคน โดยทบวงการชำนัญพิเศษจะมีลักษณะร่วมกัน 3 ประการ²⁹ ดังต่อไปนี้

1. สภา (Assembly) หรือที่ประชุม (Conference) ซึ่งจะประกอบไปด้วยผู้แทนจากประเทศภาคีทั้งหมด บนพื้นฐานของหลัก “หนึ่งรัฐต่อหนึ่งคะแนนเสียง” (One state, one vote formula)

2. สภา (Council) หรือคณะกรรมการ (Board) จะประกอบไปด้วยผู้แทนจากรัฐภาคีบางรัฐซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยสภา และ

²⁸ World Health Organization Constitution, preamble.

“Accepting these principles, and for the purpose of co-operation among themselves and with others to promote and protect the health of all peoples, the Contracting Parties agree to the present Constitution and hereby establish the World Health Organization as a specialized agency of the United Nations.”

²⁹ ทั้งนี้ ภายใต้ข้อยกเว้นเกี่ยวกับกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) และธนาคารโลก (World Bank) ซึ่งการดำเนินการของทั้ง 2 หน่วยงานนี้จะอยู่ภายใต้หลักอำนาจของผู้ถือหุ้น (Shareholder power) [Eric Stein, “International Integration and Democracy: No Love at First Sight,” *The American Journal International Law* 95 (July 2001) Available from: <http://www.lexis.com>; Internet]

3. เลขานุการ (Secretariat) ซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยสภา³⁰

จากองค์ประกอบของทบวงการชำนานาญพิเศษดังกล่าวนี้จะพบว่า องค์การการค้าโลกไม่ใช่ทบวงการชำนานาญพิเศษขององค์การสหประชาชาติทั้งในแง่เทคนิคและในแง่ของโครงสร้าง เนื่องจาก องค์การการค้าโลกไม่มีคุณสมบัติครบทั้ง 3 ประการ กล่าวคือ แม้ว่าที่ประชุมระดับรัฐมนตรีของประเทศภาคีทั้งหมดและฝ่ายเลขานุการจะมีองค์ประกอบครบตามเงื่อนไขดังกล่าว แต่สำหรับคณะมนตรีทั่วไป (General Council) ขององค์การการค้าโลกนั้นไม่มีคุณสมบัติที่แตกต่างออกไป เนื่องจากคณะมนตรีทั่วไปจะประกอบไปด้วยผู้แทนของประเทศภาคีทุกประเทศ³¹ ประกอบกับกฎหมายที่เป็นพื้นฐานของการก่อตั้งองค์การการค้าโลกก็ไม่ใช่ธรรมนูญก่อตั้งเช่นเดียวกับองค์การอนามัยโลก กล่าวคือ องค์การการค้าโลกก่อตั้งโดยสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เปิดโอกาสให้ทุกประเทศได้ลงนามในสนธิสัญญาดังกล่าวโดยไม่จำเป็นต้องเป็นประเทศภาคีขององค์การสหประชาชาติ ดังนั้น องค์การการค้าโลกจึงมีสถานะในองค์การสหประชาชาติเป็น “องค์การที่เกี่ยวข้อง” (Related Organization) เท่านั้น ในขณะที่องค์การอนามัยโลกมีสถานะเป็น “ทบวงการชำนานาญพิเศษ” (Specialized Agency) นอกจากนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างองค์การการค้าโลกกับองค์การสหประชาชาตินั้นก็ไม่มีพื้นฐานที่แสดงถึงความเชื่อมโยงระหว่างองค์การทั้งสองอย่างเป็นทางการ ดังนั้น จึงได้มีการจัดทำความตกลงเพื่อความร่วมมือที่มีประสิทธิภาพระหว่างองค์การทั้งสองขึ้น³² ในประเด็นต่าง ๆ อันได้แก่ การแลกเปลี่ยนข้อมูลและเอกสาร การแลกเปลี่ยนผู้แทน ความร่วมมือทางด้านบริหาร การให้บริการในทางสถิติ เป็นต้น

ทั้งนี้ นอกจากประเด็นดังกล่าวแล้วข้างต้น ประเด็นที่แสดงว่าองค์การการค้าโลกกับกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบอยู่คนละวงจรรกันก็คือ การที่องค์การทั้งสองมีองค์กรในการระงับข้อพิพาทที่แตกต่างกันด้วย กล่าวคือ องค์การการค้าโลกจะมีองค์กรระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Body: DSB) เพื่อระงับข้อพิพาทภายในองค์กรของตนเอง ในขณะที่องค์การอนามัยโลกจะระงับปัญหาหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการตีความหรือใช้บังคับธรรมนูญที่ไม่

³⁰ Ibid., p.7.

³¹ Ibid., p.9.

³² World Trade Organization, Arrangements for effective cooperation with other intergovernmental organizations: Relationship between the WTO and the United Nations, WT/GC/W/10 (3 November 1995) Available from: <http://www.un.org/esa/ffd/wto-gc-w10.htm>; Internet.

สามารถตกลงกันได้โดยการเจรจาหรือโดยสมัชชาอนามัยโลก (Health Assembly) หรือโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) เป็นหลัก³³

ดังนั้น เมื่อองค์การการค้าโลกและองค์การอนามัยโลกเป็นองค์การระหว่างประเทศคนละวงจรรัน สนธิสัญญาภายใต้องค์การทั้งสองจึงอยู่คนละวงจรรันด้วย แต่ทั้งนี้ โอกาสที่สนธิสัญญาภายใต้องค์การทั้งสองจะทับซ้อนกันก็เป็นเรื่องที่เป็นไปได้ กล่าวคือ เมื่อกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบเป็นอนุสัญญาเพื่อควบคุมการบริโภคยาสูบโดยการใช้มาตรการต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงมาตรการที่เกี่ยวกับการควบคุมการค้ายาสูบหรือมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการค้ายาสูบ ทำให้กรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบอาจทับซ้อนกับความตกลงต่าง ๆ ขององค์การการค้าโลกในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรการฝ่ายเดียวที่รัฐใช้ภายใต้กรอบอนุสัญญาดังกล่าวซึ่งอาจถูกโต้แย้งว่ากระทบต่อกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศของความตกลงต่าง ๆ ขององค์การการค้าโลก ดังนั้น จึงต้องมีการพิจารณาว่าเมื่อสนธิสัญญา 2 ฉบับ ซึ่งอยู่คนละวงจรรันแต่มีความเกี่ยวพันในเรื่องเดียวกันในบางส่วนเช่นนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างสนธิสัญญาทั้งสองฉบับจะเป็นอย่างไร อนึ่ง เราสามารถนำอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969 มาตรา 30³⁴ ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการใช้บังคับสนธิสัญญาหลายฉบับที่ต่อเนื่องกันและเกี่ยวเนื่องในเรื่องเดียวกัน มาปรับใช้ในเรื่องดังกล่าวได้ ดังนี้

³³ World Health Organization Constitution, Article 75.

"Any question or dispute concerning the interpretation or application of this Constitution which is not settled by negotiation or by the Health Assembly shall be referred to the International Court of Justice in conformity with the Statute of the Court, unless the parties concerned agree on another mode of settlement."

³⁴ มาตรา 30 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969 เป็นบทบัญญัติที่จะนำมาใช้บังคับก็ต่อเมื่อสนธิสัญญาฉบับหลังเป็นเรื่องเดียวกับสนธิสัญญาฉบับแรก (The same subject matter) และประเทศภาคีของข้อพิพาทที่เกิดจากการบังคับใช้สนธิสัญญาทั้งสองฉบับนั้น คือ ประเทศภาคีของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับดังกล่าว ดังนั้น ถ้าประเทศภาคีขององค์การการค้าโลกกลายเป็นประเทศภาคีของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบทั้งหมด มาตรา 30 ก็จะใช้บังคับกับข้อพิพาทระหว่างประเทศเหล่านั้นเกี่ยวกับการบังคับใช้ความตกลงภายใต้องค์การการค้าโลกและกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ [Benjamin C. Adams, "The Framework Convention on Tobacco Control and trade related protocols," in *Reconciling Environment and Trade*, eds. Brown Weiss and John Jackson (Transnational Publishers, 2001) p. 146]

4.1 กรณีที่เป็นภาคีด้วยกันทั้งหมด

กล่าวคือ อนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 30: 3 ว่า

“ในกรณีที่รัฐภาคีทั้งปวงซึ่งเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาฉบับก่อนต่างก็เป็นภาคีของสนธิสัญญาฉบับหลัง โดยที่สนธิสัญญาฉบับก่อนนั้นยังไม่สิ้นผลบังคับหรือถูกระงับไปด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งตามมาตรา 59³⁵ แห่งอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969 ก็ให้สนธิสัญญาฉบับก่อนมีผลบังคับใช้เพียงเท่าที่ทับญัตติแห่งสนธิสัญญาฉบับก่อนนั้นไม่ขัดกับทับญัตติแห่งสนธิสัญญาฉบับหลัง”³⁶

ซึ่งแสดงให้เห็นว่าทับญัตติในมาตรา 30: 3 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาเป็นทับญัตติที่ให้ความสำคัญกับสนธิสัญญาฉบับหลังมากกว่าสนธิสัญญาฉบับก่อน กล่าวคือ สนธิสัญญาฉบับหลังจะมีผลบังคับเหนือกว่า (The later in time prevails)³⁷

³⁵ มาตรา 59 แห่งอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969 บัญญัติว่า

“1. สนธิสัญญาย่อมเป็นอันสิ้นสุดลงเมื่อภาคีทั้งหมดของสนธิสัญญานี้ตกลงจัดทำสนธิสัญญาอีกฉบับหนึ่งในเรื่องเดียวกันขึ้นในภายหลัง และ

ก. ถ้าปรากฏชัดแจ้งจากสนธิสัญญาที่ทำขึ้นภายหลัง หรือเป็นกรณีที่ภาคีสันธิสัญญามีเจตนาจัดทำสนธิสัญญาให้ใช้บังคับตามสนธิสัญญาฉบับหลัง หรือ

ข. ถ้าทับญัตติของสนธิสัญญาฉบับหลังขัดแย้งกับทับญัตติของสนธิสัญญาฉบับก่อนจนกระทั่งไม่อาจนำทับญัตติดังกล่าวมาปฏิบัติได้ในเวลาเดียวกัน

2. สนธิสัญญาฉบับก่อนอาจมีผลเพียงแต่ระงับการใช้ไว้ชั่วคราวได้ ถ้าปรากฏจากสนธิสัญญาฉบับหลัง หรือเป็นกรณีที่ภาคีสันธิสัญญามีเจตนาให้เป็นไปเช่นนั้น” (ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศสนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 220)

³⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 30: 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 later treaty”

³⁷ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีเรื่อง “ความเห็นชอบร่วมกันของรัฐภาคีของสนธิสัญญา” (Consensual Derogation by Parties) ซึ่งเป็นหลักที่ค้ำนึ่งถึงว่าประเทศภาคีของสนธิสัญญานั้นมีการตกลงเกี่ยวกับพันธกรณีว่าอย่างไร เนื่องจาก หลักนี้มีแนวความคิดว่า ประเทศภาคีของสนธิสัญญาฉบับหลังตกลงที่จะผูกพันตามพันธกรณีใหม่ซึ่งแตกต่างจากพันธกรณีที่มีอยู่ก่อนในเรื่องที่เกี่ยวข้องกันนั่นเอง ดังนั้น เมื่อสนธิสัญญาฉบับหลังมีผลใช้บังคับต่อประเทศภาคีซึ่งอยู่ภายใต้สนธิสัญญาฉบับก่อนด้วย ข้อพิพาทใด ๆ

เพราะฉะนั้น ไม่ว่าจะสนธิสัญญาฉบับก่อนจะมีเหตุให้ต้องสิ้นผลไปหรือจะต้องระงับการใช้สนธิสัญญานั้นไว้ชั่วคราวตามมาตรา 59 หรือไม่ สนธิสัญญาฉบับก่อนก็จะนำมาใช้บังคับขัดกับสนธิสัญญาฉบับหลังไม่ได้ คงใช้ได้เพียงเท่าที่ไม่ขัดกับสนธิสัญญาฉบับหลังเท่านั้น หรือในกรณีที่สนธิสัญญาทั้งสองฉบับเกิดขัดกันอย่างชัดเจน แต่ไม่ถึงขนาดที่ทำให้สนธิสัญญาฉบับก่อนสิ้นสุดลงตามมาตรา 59³⁸ ได้ ก็ต้องถือว่าสนธิสัญญาทั้งสองฉบับยังคงมีผลใช้บังคับได้ทั้งคู่ โดยถือว่าสนธิสัญญาฉบับหลังเป็นข้อยกเว้นของสนธิสัญญาฉบับแรก³⁹

ดังนั้น ถ้าประเทศต่าง ๆ เป็นภาคีของทั้งกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบและความตกลงขององค์การการค้าโลกก็จะมีปัญหาในทางปฏิบัติ เนื่องจากกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่เกิดขึ้นในภายหลังจะเป็นสนธิสัญญาที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศภาคีของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับนั้น

อย่างไรก็ดี หลักที่ว่าสนธิสัญญาฉบับหลังจะมีผลบังคับเหนือกว่านี้ก็อาจทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้ขึ้นได้เช่นกัน กล่าวคือ แม้ว่าโดยทั่วไปประเทศที่เป็นภาคีของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับจะเป็นภาคีของความตกลงขององค์การการค้าโลกก่อนการเป็นภาคีของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ เนื่องจากองค์การการค้าโลกก่อตั้งมาตั้งแต่ปี 1995 แต่ก็มีความเป็นไปได้ที่บางประเทศอาจจะเป็นภาคีของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบซึ่งจะเปิดให้มีการลงนามในปี 2003 นี้ก่อน แล้วจึงไปเป็นภาคีขององค์การการค้าโลกในภายหลังก็ได้ ซึ่งแม้โอกาสที่จะเกิดขึ้นจะมีน้อยแต่ก็อาจทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้ขึ้นได้ เนื่องจากประเทศภาคีต่างก็เป็นภาคีของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับแต่สนธิสัญญาฉบับหลังซึ่งจะเป็นสนธิสัญญาที่จะมีผลใช้บังคับนั้นกลับเป็นสนธิสัญญาคนละฉบับกัน

ทั้งนี้ ทางแก้ของปัญหาดังกล่าวอาจทำได้ 2 วิธี ดังนี้

เกี่ยวกับสิทธิและพันธกรณีจะได้รับการยกเว้นโดยสนธิสัญญาฉบับก่อน และจะถูกพิจารณาภายใต้สนธิสัญญาฉบับหลัง (Benjamin C. Adams, "The WHO Framework Convention on Tobacco Control and Trade Related Protocols," in *Reconciling Environment and Trade*, p 147)

³⁸ อนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969 มาตรา 59 เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการสิ้นสุดของสนธิสัญญาโดยปริยายโดยความยินยอมของประเทศภาคีของสนธิสัญญา (Implied termination by consent) [Ian Brownlie, *Principle of Public International Law*, 3rd ed., p. 615]

³⁹ ประสิทธิ์ เอกบุตร, *กฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญา* หน้า 220.

1. ตามหลักกฎหมายสนธิสัญญา สามารถทำได้โดยการระบุให้ชัดเจนว่าจะให้สนธิสัญญาฉบับใดมีผลใช้บังคับโดยไม่ว่าขัดกับสนธิสัญญาฉบับก่อนหรือหลัง⁴⁰

กล่าวคือ สนธิสัญญาที่สร้างขึ้นในภายหลังไม่จำเป็นต้องอยู่เหนือกว่าหรือยกเลิกสนธิสัญญาที่มีอยู่ก่อนในเรื่องเดียวกันเสมอไป ในกรณีที่สนธิสัญญาได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนก็ยอมเป็นไปตามที่สนธิสัญญาบัญญัติไว้⁴¹ เช่น ในกรณีของข้อ 103 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติที่ได้มีการบัญญัติว่า

“ในกรณีที่มีการขัดแย้งระหว่างพันธกรณีของสมาชิกสหประชาชาติตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ และพันธกรณีของสมาชิกสหประชาชาติตามความตกลงระหว่างประเทศอื่น ๆ พันธกรณีภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติจะอยู่เหนือพันธกรณีที่เกิดจากข้อตกลงระหว่างประเทศอื่น ๆ (Their obligations under the present Charter shall prevail)”⁴²

ซึ่งหมายความว่า ในกรณีที่มีการขัดแย้งระหว่างพันธกรณีของประเทศสมาชิกขององค์การสหประชาชาติตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติและพันธกรณีของประเทศสมาชิกขององค์การสหประชาชาติตามข้อตกลงระหว่างประเทศอื่น ๆ กฎบัตรสหประชาชาติจะอยู่เหนือพันธกรณีที่เกิดจากข้อตกลงระหว่างประเทศอื่น ๆ นั้น⁴³

2. ตามหลักกฎหมายจารีตประเพณี⁴⁴ ซึ่งสามารถทำได้โดยใช้หลักกฎหมายเฉพาะมา

⁴⁰ Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 30: 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”

⁴¹ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 224-225.

⁴² United Nations 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”

⁴³ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 224.

⁴⁴ อนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969 ได้ยืนยันไว้ในอารัมภบทของอนุสัญญานี้ว่า “สิ่งที่ไม่อยู่ภายใต้บทบัญญัติของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969 จะอยู่ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary international law)”

ก่อนกฎหมายทั่วไป (Lex Specials Derogat Generali, The specific prevails over the general) และหลักกฎหมายทั่วไปและกฎหมายเฉพาะย่อมไม่ขัดกัน (Generalia specialibus non derogant)

กล่าวคือ เมื่อความตกลงขององค์การการค้าโลกครอบคลุมกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศทั้งหมด ในขณะที่พิธีสารที่เกี่ยวกับการค้าของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะเกี่ยวกับการควบคุมการบริโภคยาสูบ เพราะฉะนั้น พิธีสารที่เกี่ยวกับการค้าภายใต้กรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบที่จะมีการกำหนดขึ้นในอนาคตนั้น ย่อมจะอยู่เหนือบทบัญญัติทั่วไปของความตกลงต่าง ๆ ขององค์การการค้าโลกในฐานะที่เป็นกฎหมายเฉพาะ ทั้งนี้ โดยไม่คำนึงว่ากฎหมายใดจะใช้บังคับก่อนกัน⁴⁵

อย่างไรก็ดี หลักกฎหมายเฉพาะมาก่อนกฎหมายทั่วไปนี้ มีลักษณะเช่นเดียวกับการบังคับใช้สนธิสัญญาหลายฉบับที่ต่อเนื่องกันและเกี่ยวข้องในเรื่องเดียวกันตามมาตรา 30 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยการกฎหมายสนธิสัญญา 1969 เนื่องจากหลักนี้จะใช้เฉพาะในกรณีประเทศภาคีเป็นภาคีของสนธิสัญญาทั้ง 2 ฉบับ⁴⁶

4.2 กรณีที่ไม่ได้เป็นภาคีด้วยกันทั้งหมด

กล่าวคือ เมื่อภาคีสถิติสนธิสัญญาฉบับหลังไม่ได้เป็นภาคีของสนธิสัญญาฉบับก่อนด้วยกันทั้งหมด สามารถแยกพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศภาคีของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับได้ดังนี้

1. ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศภาคีทั้งหลายของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับ สนธิสัญญาที่ทำขึ้นในภายหลังย่อมมีผลบังคับเหนือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศภาคีของสนธิสัญญานั้น และ

⁴⁵ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1, หน้า 542.

⁴⁶ Benjamin C. Adams, "The Framework Convention on Tobacco Control and trade related protocols," in *Reconciling Environment and Trade*, p. 147.

2. ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศภาคีหนึ่งของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับ กับประเทศภาคีหนึ่งของสนธิสัญญาแต่เพียงฉบับเดียวของสนธิสัญญาเหล่านี้ สนธิสัญญาที่ประเทศภาคีทั้งสองเป็นภาคี ย่อมเป็นสนธิสัญญาที่ใช้บังคับแก่สิทธิและหน้าที่ต่างตอบแทนกันของประเทศภาคีทั้งสองนั้น⁴⁷

ทั้งนี้ เมื่อนำมาพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงต่าง ๆ ขององค์การการค้าโลกกับกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

1. กรณีระหว่างประเทศภาคีของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับกับประเทศที่เป็นภาคีเฉพาะสนธิสัญญาฉบับแรก เช่น กรณีการบังคับใช้ระหว่างประเทศที่เป็นภาคีของความตกลงต่าง ๆ ขององค์การการค้าโลกและกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบกับประเทศที่เป็นภาคีของความตกลงขององค์การการค้าโลกแต่ไม่ได้เป็นภาคีของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ ซึ่งมักจะอ้างประเด็นการค้าเสรีมากกว่าที่จะคำนึงถึงประเด็นด้านสุขภาพในการควบคุมการบริโภคนยาสูบนั้น กฎเกณฑ์ที่จะใช้บังคับในเรื่องสิทธิหน้าที่ต่างตอบแทนระหว่างประเทศภาคีเหล่านั้นก็คือกฎเกณฑ์ภายใต้สนธิสัญญาฉบับแรกเท่านั้น ซึ่งในที่นี้คือความตกลงขององค์การการค้าโลกนั่นเอง⁴⁸ ดังนั้น การที่ประเทศภาคีของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบจะใช้มาตรการควบคุมยาสูบภายใต้พิธีสารของกรอบอนุสัญญาฉบับนี้บังคับกับประเทศเหล่านั้น โดยหลักแล้วย่อมไม่สามารถกระทำได้อำนาจการดังกล่าวเป็นการกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศ อย่างไรก็ดี ประเทศภาคีที่ใช้มาตรการควบคุมยาสูบที่ก่อให้เกิดการกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศก็อาจจะอ้างว่ามาตรการของประเทศตนอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นทั่วไปของความตกลงต่าง ๆ ขององค์การการค้าโลกในฐานะมาตรการที่ “จำเป็น” เพื่อปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ ซึ่งข้ออ้างดังกล่าวจะได้รับการยอมรับหรือไม่ เพียงใดนั้น จะต้องดูจากการตีความขององค์การระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

⁴⁷ Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 30: 4.

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

(a) as between two parties, each of which is a party to both treaties, the same rule applies as in paragraph 3;

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

⁴⁸ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 221.

2. กรณีระหว่างประเทศที่เป็นภาคีของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับกับประเทศที่เป็นภาคีเฉพาะสนธิสัญญาฉบับหลัง เช่น กรณีการบังคับใช้ระหว่างประเทศที่เป็นภาคีของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับกับประเทศที่เป็นภาคีของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบแต่ไม่ได้เป็นภาคีขององค์การการค้าโลก ซึ่งมักจะอ้างประเด็นด้านสุขภาพในการควบคุมการบริโภคยาสูบมากกว่าที่จะคำนึงถึงประเด็นด้านการค้าเสรีนั้น กฎเกณฑ์ที่จะใช้บังคับในเรื่องสิทธิหน้าที่ต่างตอบแทนกันระหว่างประเทศภาคีเหล่านั้นก็คือกฎเกณฑ์ภายใต้สนธิสัญญาฉบับหลัง ซึ่งในที่นี้คือกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ⁴⁹ อันมีผลทำให้มาตรการควบคุมการบริโภคยาสูบเพื่อคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ภายใต้เงื่อนไขของพิธีสารของกรอบอนุสัญญาฉบับนี้ซึ่งได้รับความเห็นชอบโดยประเทศภาคีทั้งหมดสามารถกระทำได้เต็มที่โดยไม่ถูกโต้แย้งว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ขัดกันทางการค้าระหว่างประเทศ

กล่าวโดยสรุปคือ ถ้ามีข้อพิพาทระหว่างประเทศภาคีซึ่งไม่ได้เป็นภาคีของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับ สนธิสัญญาซึ่งประเทศภาคีเป็นภาคีอยู่ด้วยกันทั้งหมดจะมีผลใช้บังคับ⁵⁰ แต่เนื่องจากสนธิสัญญากับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศต่างก็เป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นอิสระต่อกันและอยู่ในลำดับชั้นเดียวกัน ดังนั้น สนธิสัญญาจึงอาจยกเลิกกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ และในทำนองเดียวกันกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็อาจยกเลิกหรือแก้ไขกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ของสนธิสัญญาได้⁵¹ แต่เนื่องจากสนธิสัญญาเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกิดจากความยินยอมของรัฐที่มีอำนาจอธิปไตยในการเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาและได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร ในขณะที่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นแนวปฏิบัติโดยทั่วไปที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (Opinio juris) แต่ยังไม่ได้มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้น ในทางปฏิบัติสนธิสัญญาจึงมีผลบังคับเหนือกว่ากฎหมายจารีตประเพณี กล่าวคือ ถ้ามีการกล่าวอ้างว่ามีการขัดกันระหว่างบทบัญญัติในสนธิสัญญากับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ การบังคับใช้จะต้องเป็นไปตามสนธิสัญญาที่ประเทศต่าง ๆ เป็นภาคีร่วมกัน ไม่ว่าจะมีความตกลงต่าง ๆ ขององค์การการค้าโลกหรือกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ ประเทศใดประเทศหนึ่งจะอ้างหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้เป็นข้อยกเว้นของสนธิสัญญาไม่ได้ ดังนั้น ในกรณีของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศภาคี

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

⁵⁰ Benjamin C. Adams, "The Framework Convention on Tobacco Control and trade related protocols," in *Reconciling Environment and Trade*, p. 147.

⁵¹ ประสิทธิ์ เอกบุตร, *กฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญา*, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 227.

ประเทศหนึ่งซึ่งเป็นภาคีของความตกลงขององค์การการค้าโลกและกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ เช่น ประเทศไทย กับประเทศภาคีอีกประเทศหนึ่งซึ่งเป็นภาคีของความตกลงขององค์การการค้าโลกเช่นกันแต่ไม่ได้เป็นภาคีของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ สนธิสัญญาที่จะนำมาบังคับใช้กับความสัมพันธ์ก็คือความตกลงต่าง ๆ ขององค์การการค้าโลก ดังนั้น ประเทศไทยซึ่งเป็นภาคีของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับและต้องการคุ้มครองสุขภาพของประชาชนจากอันตรายที่เกิดจากการบริโภคยาสูบ จึงไม่สามารถอ้างว่ามีจารีตประเพณีเกี่ยวกับการคุ้มครองสุขภาพของประชาชนเพื่อให้มีผลเหนือความตกลงขององค์การการค้าโลกได้

อย่างไรก็ดี ประเทศภาคีใดประเทศภาคีหนึ่งอาจอ้างหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาเป็นพื้นฐานในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาได้ ถ้าจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นเป็นจารีตประเพณีที่เป็นหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาด (Jus Cogens) ดังที่อนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969 ได้บัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 53⁵² ดังนี้

“สนธิสัญญาทุกฉบับที่ขัดกับกฎเกณฑ์แบบแผนของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด ย่อมตกเป็นโมฆะ”⁵³

ทั้งนี้ กฎเกณฑ์แบบแผนของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด คือ “กฎเกณฑ์แบบแผนที่เป็นที่ยอมรับและรับรู้โดยประชาคมระหว่างประเทศของรัฐต่าง ๆ ทั้งหมด ในฐานะที่จะไม่มีกฎเกณฑ์แบบแผนใดยกเว้นกฎเกณฑ์นี้ได้ และกฎเกณฑ์นี้จะถูกแก้ไขได้ก็แต่โดยกฎเกณฑ์แบบแผนใหม่ของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีลักษณะอย่างเดียวกัน”⁵⁴ โดยกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดนี้จะต้องมีลักษณะที่สามารถใช้บังคับได้กับทุกประเทศ (Erga Omnes) กล่าวคือ ทุกประเทศให้การยอมรับว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ต้องปฏิบัติตามโดยไม่สามารถยกเว้นได้ เช่น การห้ามใช้กำลังอันเป็นการขัดต่อหลักการในกฎบัตรสหประชาชาติ การค้า

⁵² Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 53.

“A treaty is void, at the time of its conclusion, if conflicts with a peremptory norm of general international law.”

⁵³ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 167.

⁵⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 53.

“...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.”

ทาส โจรสลัด หรือการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) เป็นต้น⁵⁵ ทั้งนี้ สำหรับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับ “การปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์” นั้น ยังไม่ได้มีการยอมรับเป็นกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด เพียงแต่เริ่มมีการยอมรับว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่ควรจะต้องถือว่าเป็นกฎหมายที่ควรปฏิบัติตาม (Opinio juris) อันเป็นการก่อให้เกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไปเท่านั้น ดังจะได้กล่าวถึงต่อไป

ประเด็นสำคัญอีกประเด็นหนึ่งก็คือ ประเด็นเกี่ยวกับการที่ประเทศภาคีของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับไม่ได้เป็นภาคีร่วมกันในสนธิสัญญาฉบับใดเลย เช่น กรณีที่ประเทศภาคีประเทศหนึ่งเป็นภาคีของความตกลงขององค์การการค้าโลกเพียงฉบับเดียว และประเทศภาคีอีกประเทศหนึ่งก็เป็นภาคีของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบเพียงฉบับเดียวเช่นกัน ซึ่งการบังคับใช้สนธิสัญญาระหว่างประเทศทั้งสองนี้เนื่องจากไม่มีสนธิสัญญาเป็นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างกัน ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศภาคีทั้งสองจึงต้องบังคับตามบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศอีกประเภทหนึ่งซึ่งอยู่ในลำดับขั้นเดียวกับสนธิสัญญา⁵⁶ คือ จารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังที่อนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969 ได้บัญญัติเป็นหลักการไว้ในมาตรา 38 ว่า

“ไม่มีบทบัญญัติใดของมาตรา 34 (หลักสนธิสัญญามีผลเฉพาะระหว่างประเทศภาคี) ที่จะขัดขวางมิให้กฎเกณฑ์ในสนธิสัญญากลายเป็นกฎเกณฑ์ที่บังคับสำหรับประเทศที่สามในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นที่รับรู้กันเช่นนั้น”⁵⁷

กล่าวคือ สนธิสัญญาที่สร้างขึ้นโดยรัฐไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายอาจมีผลผูกพันถึงประเทศที่สามซึ่งไม่ได้เป็นภาคีในสนธิสัญญาฉบับดังกล่าวได้ถ้ากฎเกณฑ์ในสนธิสัญญานั้นเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ทั้งนี้ สามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

⁵⁵ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 169.

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 227.

⁵⁷ Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 38.

“Nothing in Articles 34 to 37 precludes a rule set forth in a treaty from becoming binding upon a third State as a customary rule of international law, recognized as such.”

1. ถ้าสนธิสัญญานั้นเป็นการประมวลเอากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีอยู่ก่อนมาเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในสนธิสัญญา ซึ่งจะทำให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าวมีผลผูกพันประเทศต่าง ๆ ต่อไป ทั้งที่เป็นประเทศภาคีของสนธิสัญญาที่ประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและต่อประเทศที่ไม่ใช่ภาคีของสนธิสัญญานั้นด้วย⁵⁸

2. กฎเกณฑ์ในสนธิสัญญานั้นได้กลายมาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในภายหลัง

เพราะฉะนั้น เมื่อการพิจารณาว่าสนธิสัญญานั้นจะมีผลบังคับเหนือความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงขององค์การการค้าโลกกับกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบจะต้องพิจารณาตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ทำให้ต้องมีการพิจารณาว่ากฎเกณฑ์เกี่ยวกับการค้าเสรีกับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์เป็นจารีตประเพณีหรือไม่ และถ้าเป็นจารีตประเพณีทั้งสองกฎเกณฑ์ จารีตประเพณีในเรื่องใดจะมีผลบังคับเหนือกว่า ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากองค์ประกอบในการเกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนี้

1. ระยะเวลา (Duration)

ทั้งนี้ ระยะเวลาในการเกิดจารีตประเพณีไม่ใช่ประเด็นสำคัญที่ใช้ในการพิจารณาการเกิดขึ้นของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

2. การถือปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอและในรูปแบบเดียวกัน (Uniformity and consistency of the practice)

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าแนวคิดในการปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์นี้ยังไม่มีลักษณะของการปฏิบัติที่เป็นไปในรูปแบบเดียวกันในสาระสำคัญ (Substantial uniformity) อันจะเห็นได้จากข้อพิพาททางการค้าที่เกิดขึ้นภายใต้องค์การการค้าโลกที่ผ่านมา ซึ่งแสดงให้เห็นว่ามีเพียงบางประเทศเท่านั้นที่ปฏิบัติตามแนวคิดในการปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์

⁵⁸ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 227-228.

3. การถือปฏิบัติโดยทั่วไป (Generality of the practice)

สำหรับแนวคิดในการปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์นั้น จะเห็นได้ว่ายังไม่มี การถือปฏิบัติโดยทั่วไปของประเทศต่าง ๆ แม้ว่า จะได้มีการยอมรับแนวคิดดังกล่าวไว้ในธรรมนูญของ องค์การอนามัยโลกว่า “การได้รับมาตรฐานที่ดีที่สุดเกี่ยวกับสุขภาพคือหนึ่งในสิทธิขั้นพื้นฐานของ มนุษย์ทุกคน โดยปราศจากความแตกต่างทางด้านเชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อทางการเมือง และ เงื่อนไขทางเศรษฐกิจและสังคม”⁵⁹

4. ความเชื่อว่าการถือปฏิบัตินั้นถูกต้องและควรยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (Opinio Juris Sive Necessitatis)

เนื่องจาก การพิจารณาว่ากฎเกณฑ์ใดควรได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายนี้เป็น องค์ประกอบภายในจิตใจ ดังนั้น เครื่องมือที่จะชี้ให้เห็นถึงเจตนาของรัฐได้นั้นจึงสามารถพิจารณา ได้จากการปฏิบัติของประเทศต่าง ๆ เป็นหลัก ซึ่งจากการปฏิบัติของประเทศภาคีขององค์การ การค้าโลกเท่าที่ผ่านมาก็แสดงให้เห็นแล้วว่ากฎเกณฑ์เกี่ยวกับ “การค้าเสรี” นั้นได้รับการยอมรับ ว่าเป็นกฎหมายที่ควรใช้บังคับในความสัมพันธ์ด้านการค้าระหว่างประเทศตลอดมา ในขณะที่ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับ “การปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์” นั้นก็ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย เช่นกัน เนื่องจากได้มีการบัญญัติไว้ในสนธิสัญญาหลายฉบับว่าสิทธิเกี่ยวกับชีวิตและสุขภาพของ มนุษย์นั้นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคน

แต่ทั้งนี้ ถ้าพิจารณาจากคำตัดสินขององค์กรระงับข้อพิพาทต่าง ๆ ภายใต้องค์การการค้า โลกที่เกี่ยวกับการปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช [ข้อยกเว้นทั่วไปของความตกลง แกดดต์ มาตรา XX (b)] ซึ่งเป็นการนำกฎเกณฑ์ทั้งสองเรื่องมาเปรียบเทียบกันว่ากฎเกณฑ์ใดจะมี ผลบังคับเหนือกว่า จะพบว่าเท่าที่ผ่านมามีองค์กรระงับข้อพิพาทมีความเห็นว่ากฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับ “การปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์” ดูเหมือนจะมีความสำคัญน้อยกว่ากฎเกณฑ์ที่มุ่งส่งเสริม “การค้าเสรี” ทั้งนี้ ยกเว้นคำตัดสินในคดี European-Communities Measures affecting asbestos and asbestos containing products ซึ่งเป็นคดีแรกที่องค์กรระงับข้อพิพาทของ

⁵⁹ World Health Organization Constitution, Preamble.

“The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition.”

องค์การการค้าโลกได้ตีความโดยเน้น “การปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์” มากกว่าที่จะเป็นการตีความที่เอื้อต่อ “การค้าเสรี” ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

นอกจากแนวการตีความขององค์กรระดับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกที่เปลี่ยนไปแล้ว ยังมีแนวทางจากมติของที่ประชุมระหว่างประเทศซึ่งสามารถก่อให้เกิดผลในฐานะที่เป็นการแสดง ความเชื่อว่าจะผูกพันเกี่ยวกับ “การปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์” เป็นกฎหมายที่ควรปฏิบัติตาม (Opinio Juris) ออกมาอีกด้วย เช่น มติของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ (Human Rights Commission) ซึ่งได้มีมติรับรองว่าถ้ามีการขัดกันระหว่าง “สิทธิมนุษยชน” และ “โลกาภิวัตน์” (Globalization) “สิทธิมนุษยชน” ย่อมอยู่เหนือ “โลกาภิวัตน์” ซึ่งหมายความว่าสิทธิมนุษยชนย่อมอยู่เหนือหลักการค้าเสรีของความตกลงต่าง ๆ ขององค์การการค้าโลก หรือมติของที่ประชุมรัฐมนตรีขององค์การการค้าโลกครั้งที่ 4 ณ เมือง Doha ในวันที่ 9-14 พฤศจิกายน 2001 ที่ยอมรับว่า “ภายใต้กฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลก ประเทศต่าง ๆ สามารถใช้มาตรการเพื่อคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช หรือสิ่งแวดล้อมในระดับที่เห็นว่าเหมาะสมได้ โดยมาตรการดังกล่าวจะต้องไม่ถูกใช้ในลักษณะที่จะก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจหรือโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรระหว่างประเทศที่มีสภาพเดียวกัน หรือต้องไม่เป็นการกีดกันการค้าระหว่างประเทศอย่างแอบแฝง และจะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติภายใต้องค์การการค้าโลกอีกด้วย⁶⁰ ซึ่งถึงแม้ว่าจะไม่ได้มีการให้สัตยาบันตามกฎหมายรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศเหมือนสนธิสัญญาอื่น ๆ อันทำให้นักนิติศาสตร์ยังไม่ยอมรับโดยทั่วไปว่ามติเหล่านี้จะก่อให้เกิดผลบังคับเป็นกฎหมายโดยตรงก็ตาม แต่มติของที่ประชุมระหว่างประเทศในกรณีนี้ก็แสดงให้เห็นว่ากฎเกณฑ์เกี่ยวกับ “การปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์” เป็นกฎหมายที่ควรปฏิบัติตามได้

⁶⁰ World Trade Organization, Ministerial Conference, Forth session, Ministerial Declaration, WT/MIN(01)/DEC/1, (Geneva: World Health Organization, 20 November, 2001).

“6. ... We recognized that under WTO rules no country should be prevented from taking measures for the protection of human, animal or plant life or health, or of the environment at the levels it considers appropriate, subject to the requirement that they are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, and are otherwise in accordance with the provisions of the WTO Agreements. ...”

ประกอบกับการจัดทำสนธิสัญญาของประเทศต่าง ๆ ที่แม้จะยังไม่ได้มีการให้สัตยาบัน แต่ก็มีลักษณะเป็นการแสดงออกถึงความเชื่อมั่น (Conviction) ของประเทศภาคีว่ากฎเกณฑ์นั้นมีผลผูกพันตนและเป็นกฎเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป (แม้ว่าจะเป็นช่วงเวลาสั้น ๆ ก็ตาม)⁶¹ ดังนั้น ในการจัดทำกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบที่ผ่านมาของประเทศต่าง ๆ ก็ สามารถแสดงให้เห็นว่าประเทศต่าง ๆ ที่ร่วมในการจัดทำกรอบอนุสัญญานี้ต่างเห็นว่าแนวคิดในการปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์เป็นกฎเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับทั่วไปและผูกพันประเทศต่าง ๆ เหล่านั้นได้ ซึ่งถ้าประเทศที่เข้าร่วมในการทำสนธิสัญญาตลอดจนการเข้าร่วมเป็นภาคีในสนธิสัญญานี้มีจำนวนมากพอ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับ “การปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์” ก็ อาจได้รับการยอมรับเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อันจะต้องคำนึงถึงเหนือกว่ากฎเกณฑ์เกี่ยวกับ “การค้าเสรี” ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในประเด็นเกี่ยวกับการควบคุมการบริโภคยาสูบ

ดังนั้น เมื่อความตกลงขององค์การการค้าโลกกับกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่อยู่คนละวงจรรกัน การบังคับระหว่างประเทศภาคีของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับจึงต้องแยกพิจารณา กล่าวคือ ถ้าประเทศภาคีเป็นภาคีของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับ กรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่จะมีผลใช้บังคับในภายหลังจะเป็นสนธิสัญญาที่ใช้บังคับถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้น ในขณะที่ถ้าประเทศภาคีไม่ได้เป็นภาคีของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับ สนธิสัญญาที่ประเทศทั้งสองเป็นภาคีร่วมกันคือสนธิสัญญาที่จะมีผลใช้บังคับ ซึ่งถ้าสนธิสัญญาที่ใช้บังคับคือกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ การใช้บังคับก็จะเป็นไปในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ เพื่อปกป้องชีวิตและสุขภาพของประชาชน ซึ่งจะไม่ก่อให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติ แต่ถ้าสนธิสัญญาที่ใช้บังคับคือความตกลงขององค์การการค้าโลก ปัญหาในการบังคับใช้จึงอาจเกิดขึ้นได้ ดังนั้น ในบทต่อไปจะได้ทำการศึกษาถึงกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ รวมทั้งมาตรการควบคุมยาสูบที่จะเกิดขึ้นภายใต้พิธีสารของกรอบอนุสัญญาดังกล่าวซึ่งอาจจะถูกโต้แย้งว่ามีความขัดแย้งกับความตกลงขององค์การการค้าโลกว่าได้แก่มาตรการอะไรบ้าง และมาตรการเหล่านั้นมีผลต่อการควบคุมยาสูบอย่างไร

⁶¹ Ian Brownlie, Principle of Public International Law, 3rd ed., p. 13.