

สิทธิของคนต่างภาวะภายใต้รัฐธรรมนูญ

๑. ขอความเบื้องต้น

รัฐธรรมนูญเป็นระเบียบอำนาจหน้าที่ในการปกครองแผ่นดิน<sup>๑</sup> ซึ่งอาจมีความหมายได้สองนัย กล่าวคือ ในความหมายอย่างกว้าง รัฐธรรมนูญได้แก่ "ระบบกฎหมายจารีตประเพณี ( Custom ) และธรรมเนียมปฏิบัติที่กล่าวถึงบรรดาองค์การหรือสถาบันทางการเมืองของรัฐ หน้าที่ขององค์การหรือสถาบันการเมืองของรัฐ ความสัมพันธ์ระหว่างองค์การหรือสถาบันการเมืองซึ่งกันและกัน และความสัมพันธ์ระหว่างองค์การหรือสถาบันการเมืองกับเอกชน"<sup>๒</sup> ส่วนในความหมายอย่างแคบหมายถึง "กฎหมายฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับซึ่งรวบรวมกฎเกณฑ์การปกครองประเทศขึ้นไว้... และกฎหมายนั้นได้จัดทำตามวิธีการที่กำหนดไว้เป็นพิเศษ แตกต่างจากกฎหมายธรรมดาและได้รับการยกย่องว่าเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ"<sup>๓</sup> ทั้งรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างกว้างและอย่างแคบย่อมประกอบควยสาร สำคัญเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ที่กำหนดถึงรูปของรัฐ รูปของรัฐบาล หน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติ หน้าที่ฝ่ายบริหาร หน้าที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดี รวมทั้งการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

๑.๑ อิทธิพลของกฎหมายระหว่างประเทศต่อรัฐธรรมนูญ โดยลักษณะของรัฐธรรมนูญซึ่งระเบียบอำนาจหน้าที่ในการปกครองแผ่นดินซึ่งส่วนใหญ่เป็นกิจการภายใน

<sup>๑</sup> กร. สมภพ โทตระภักดิ์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, ภาค ๑, (พระนคร : นำเขียนการพิมพ์, ๒๕๑๖), หน้า ๑๐.

<sup>๒</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า ๑๒

<sup>๓</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

ของรัฐดังกล่าว ในความคิดดั้งเดิมกฎหมายรัฐธรรมนูญจึงได้ถูกแยกออกจากกฎหมายระหว่างประเทศในลักษณะที่เกือบเด็ดขาด กฎหมายระหว่างประเทศถือว่าเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่มีอยู่ต่อกันในลักษณะของรัฐที่มีความอิสระและเสมอภาคในอำนาจอธิปไตย ปัญหาในเรื่องการวางรูปของรัฐ รูปของรัฐบาล หน้าที่ขององค์กร นิติบัญญัติ บริหารหรือตุลาการก็ล้วนแต่เป็นเรื่องที่อยู่ภายในขอบเขตของอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐทั้งสิ้น หน้าที่ส่วนเกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่ อีกทั้งความคุ้มครองของรัฐแก่บุคคลซึ่งไม่ใช่คนชาติไทยทั่ว ๆ ไปก็มีใช่เรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ สำคัญของความคิดนี้เป็นรากฐานของความคิดในเรื่องความเท่าเทียมกันในอำนาจอธิปไตยของรัฐ (Sovereign equality) ดังที่ Lord Stowell กล่าวว่า "ระคับแห่งความเป็นมหาอำนาจมิได้อำนาจให้เกิดอภิสิทธิ์ ระคับแห่งความอ่อนแอไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือเพียงชั่วคราว ช่วยยอม ไม่เป็นการให้สิทธิพิเศษแก่เพื่อนบ้านที่เข้มแข็งกว่าแม่แต่น้อย" <sup>๔</sup> ผู้พิพากษา Marshall ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้กล่าวไว้ว่า "ทั้งรัสเซียและจีนว่ามีสิทธิเท่าเทียมกัน" <sup>๕</sup> อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีในลักษณะอุดมคตินี้หาได้เป็นที่ยอมรับในทางปฏิบัติอย่างแท้จริงไม่ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดแจ้ง เช่น ปัญหาเรื่องเอกสิทธิ์ของเอกอัครราชทูต การปฏิบัติต่อเรือที่รุกฉานาน้ำ หรือ เซลยศึกซึ่งได้อำนาจให้เกิดปัญหาเป็นที่ขบคิดกันอย่างมากระหว่างนักกฎหมายระหว่างประเทศว่าเอกชนเหล่านั้นจะถือเป็นผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศได้หรือไม่ หากถือว่ารัฐมีอำนาจอธิปไตยเด็ดขาดยอมไม่มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศเลย รัฐก็อาจปฏิบัติต่อบุคคลเหล่านั้นได้โดยไม่มีขอบเขต

<sup>๔</sup> Q. Wright, "International Law in Its Relation to Constitution Law," American Journal of International Law (17:1923) p. 234

<sup>๕</sup> The Antelope, Wheat (10:1825) p. 66, as cited by Q. Wright, ibid.

แต่ในทางปฏิบัติเกี่ยวกับปัญหาเรื่องเหล่านี้รัฐของค่านึงอย่างมากถึงความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ จึงไม่อาจถือได้ว่ากิจกรรมภายในของรัฐเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐโดยเด็ดขาด ในทุกกรณี หลักนี้ย่อมขยายถึงการปฏิบัติต่อกันต่างทวิภาค แม้ในฐานะของเอกชนจะได้รับการค่านึงจากกฎหมายระหว่างประเทศนอกรัฐแต่ก็มีไต่ถามความวากกฎหมายระหว่างประเทศโดยยอมให้รัฐมีอำนาจอธิปไตยเหนือเอกชนโดยไม่มีขอบเขต นักเขียนปัจจุบันเป็นจำนวนไม่น้อยที่ได้มีความเห็นสอดคล้องกับ Westlake ในข้อที่ว่า "สิทธิและหน้าที่ของรัฐเป็นเพียงสิทธิและหน้าที่ของมนุษย์ที่ประกอบขึ้นเป็นรัฐ" รัฐธรรมนูญในขณะที่กำหนดกฎเกณฑ์แห่งสิทธิและหน้าที่ของรัฐจึงได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของประชาชนแห่งรัฐด้วยความตึกเกี่ยวกับข้อเสนอแนะให้รัฐธรรมนูญรับรูสิทธิของเอกชนได้ขยายความคุ้มครองถึงคนต่างทวิภาคโดยได้อธิพลอย่างสำคัญของนักเขียนรุ่นปัจจุบัน ดังเช่น Pilet<sup>๓</sup> ได้เริ่มพบทวนทฤษฎีความเป็นอิสระแห่งรัฐขึ้นใหม่ สำหรับ Wilhelm Kaufmann<sup>๔</sup> ก็ได้ศึกษาเกี่ยวกับอำนาจภายในดินแดนของรัฐตามกฎหมายภายใน ส่วน Dickinson<sup>๕</sup> ได้พิจารณาปัญหาเกี่ยวกับความเสมอภาคของรัฐ นักเขียนเหล่านี้ได้แสดงความเห็นเป็นแน่ชัดต่อความสำคัญของรัฐธรรมนูญของรัฐต่าง ๆ ว่า เป็นเครื่องกำหนดขอบเขตในการใช้อำนาจของรัฐและในขณะเดียวกันก็กำหนดขอบเขตให้สอดคล้องกับความรับผิดชอบภายในกฎหมายระหว่างประเทศด้วย<sup>๖</sup>

### ๖.๒ การจำกัดขอบเขตของรัฐธรรมนูญโดยกฎหมายระหว่างประเทศ

เมื่อความคิดในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่มีต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญได้วิวัฒนาการขึ้นเป็นลำดับ ทำให้เกิดแนวความคิดในการจำกัดอำนาจอิสระของรัฐในการจัดทำหรือแก้ไข

<sup>๖</sup> J. Westlake, Chapters on the Principles of International Law (1948), p. 78.

<sup>๓</sup> Pilet, "Recherches sur les droit fondamentaux des états," Revue Générale de droit international public, 1898 Tome 5, pp 66-89

<sup>๔</sup> Wilhelm Kaufman, Die Rechtskraft des Internationalen Rechts, (Stuttgart, 1899).

<sup>๕</sup> Edwin D. Dickinson, Equality of States in International Law (Cambridge: Harvard Uni Press, 1920).

<sup>๖</sup> Edwin D. Dickinson. "Internal Limitation upon the Equality of States" p. 189

เปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยกฎหมายระหว่างประเทศขึ้น นักทฤษฎีผู้สนับสนุนอำนาจอธิปไตยของรัฐมักกล่าวว่า ความเป็นอิสระภาพของรัฐเป็นสิทธิขั้นมูลฐานภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศซึ่งหมายถึงสิทธิของรัฐในการที่จะจัดระเบียบการปกครองของตนได้โดยไม่มีขอบเขตตามที่ตนเห็นสมควร<sup>๑๑</sup> แต่ความคิดนี้ก็ได้รับการโต้แย้งจากฝ่ายที่เห็นว่าหากกฎหมายระหว่างประเทศมีผลบังคับอยู่บ้างก็ย่อมจะต้องมีการจำกัดอำนาจของรัฐในการจัดทำรัฐธรรมนูญด้วย ดังที่ Pillet ได้กล่าวว่า

"เป็นการไม่ถูกต้องที่รัฐจะมีอิสระอย่างเต็มที่ในการจัดตั้งรัฐบาลและวางระเบียบบริหารของตนได้ตามความปรารถนา เพราะยอมเป็นการแน่นอนว่ารัฐอื่น ๆ จะไม่ให้การรับรองต่อรัฐบาล ซึ่งพยายามที่จะหลีกเลี่ยงพันธกรณีระหว่างประเทศแห่งรัฐ"<sup>๑๒</sup>

ในทางปฏิบัติแม้ว่ารัฐจะไม่ผูกพันที่จะต้องรับเอาหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศมาบัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายภายในของตนในทุกกรณี แต่รัฐย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องยอมรับกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการรับรองแล้วให้มีผลบังคับโดยทางนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการในทางใดทางหนึ่ง ดังที่ Sir Henry Maine ได้กล่าวว่า เมื่อพิจารณาถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งและเป็นส่วนใหญ่แห่งเงื่อนไขที่รัฐได้ยอมรับเอาไว้แต่แรกในการเข้าสู่อบรมครวัแห่งอารยประเทศแล้ว การที่รัฐปฏิเสธอำนาจของกฎหมายระหว่างประเทศยอมเป็นการแสดงว่าโดยอมให้ตนเองอยู่นอกวงจรแห่งนานาชาติอารยประเทศ<sup>๑๓</sup> ทานศาสตราจารย์ Quincy Wright<sup>๑๔</sup> ได้ยกอุทาหรณ์ประกอบ

<sup>๑๑</sup> A.S. Mershey, Essential of International Public Law, and Organization, (New York, Macmillan; 1912), p. 147.

<sup>๑๒</sup> Pillet, op. cit., p. 86. See also CC. Hyde, International Law, Vol. 1 p. 24 n. 1 and p. 86.

<sup>๑๓</sup> Sir Henry Main, International Law, a series lectures delivered before the University of Cambridge 1887 (London: J. Murray, 1888,) p. 37

<sup>๑๔</sup> Q. Wright, op. cit., p. 235



กับเหตุผลที่แสดงว่ากฎหมายระหว่างประเทศได้กำหนดขอบเขตในการจัดทำรัฐธรรมนูญของรัฐต่าง ๆ ในบางกรณี และเมื่อใดรัฐธรรมนูญใดละเลยที่จะบัญญัติให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐย่อมถูกลงโทษด้วยการไม่อาจรวมสังคมโลกได้อย่างเต็มภาคภูมิ เช่น อาจไม่ได้รับการรับรอง หรืออาจถูกจำกัดอำนาจอธิปไตยด้วยระบบสิทธิสภาพนอกอาณาเขต เป็นต้น อุตสาหกรรมประกอบด้วยขอบบังคับของการจำกัดขอบเขตของรัฐธรรมนูญที่ท่าน Quincy Wright ได้กล่าวถึงประการแรก ได้แก่มกฎหมายระหว่างประเทศต้องการให้รัฐธรรมนูญกำหนดถึงองค์กรที่ใช้อำนาจแทนรัฐบาลที่แน่นอน รัฐบาลที่ขาดเสถียรภาพและไม่อาจผูกแทนปวงชนทั้งรัฐย่อมไม่ได้รับการรับรอง<sup>๑๕</sup> ประการที่สอง กฎหมายระหว่างประเทศต้องการที่จะให้รัฐธรรมนูญกำหนดระบบศาลพร้อมด้วยกระบวนการพิจารณาที่สามารถประສาคความยุติธรรมแก่คนต่างดาวได้พอควร แต่กระนั้นแม้ว่าการที่รัฐจัดให้มีศาลและกระบวนการพิจารณาต้องตามมาตรฐาน กฎหมายระหว่างประเทศก็มีใ้ทำให้รัฐหลุดพ้นจากการถูกเรียกร้องให้ชดเชยเสียหายเมื่อความยุติธรรมได้ถูกปฏิเสธ<sup>๑๖</sup> การที่รัฐไม่สามารถจัดให้มีระบบยุติธรรมที่เหมาะสมตามกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐย่อมจะถูกการแทรกแซงทางการทูตอย่างไม่ขาดสาย หรือจะต้องถูกจำกัดอำนาจภายในโดยอธิปไตยด้วยระบบสิทธิสภาพนอกอาณาเขตให้ศาลต่างประเทศมีอำนาจในดินแดนของรัฐ ดังในการประชุม ณ กรุงวอชิงตันปี ๑๙๒๑ ประเทศจีนได้เรียกร้องให้มีการยกเลิกระบบสิทธิสภาพนอกอาณาเขตซึ่งคุรุก็ก็ได้ดำเนินการทำนองเดียวกันในที่ประชุมโลซาน (Laussane) ขอเรียกร้องทั้งสองกรณีได้ถูกปฏิเสธโดยเหตุผลวาระบบศาล

<sup>๑๕</sup> J. Westlake, International Law, Vol. 1. (Cambridge: The University Press), p. 50

<sup>๑๖</sup> John Bassett Moore, Digest of International Law, Vol 6. (Washington: 1906.) p. 667



ของชาติเหล่านี้ยังไม่อาจประสาทความยุติธรรมที่มีมาตรฐานเพียงพอสำหรับประเทศ  
ตะวันตกได้<sup>๑๓</sup> ประการที่สาม กฎหมายระหว่างประเทศต้องการที่จะให้รัฐธรรมนูญ  
ให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินและสิทธิตามสัญญาโดยมาตรฐานที่ได้รับการรับรองแล้วใน  
สังคมนระหว่างประเทศ<sup>๑๔</sup> ประเทศสหรัฐอเมริกาเคยไม่ให้การรับรองแก่รัฐบาล  
Oregon แห่งเม็กซิโกเพราะมาตรา ๒๓ แห่งรัฐธรรมนูญโคโลราโดให้เห็นว่าจะมีการเวนคืน  
ประธานบัตรแร่โดยไม่มีการชดเชยค่าทดแทน ประการสุดท้ายกฎหมายรัฐธรรมนูญจะต้อง  
กำหนดทะเลอาณาเขตของรัฐให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ หากรัฐโค  
โลราโดขยายอำนาจของตนเกินขอบเขตยอมจะได้รับการโต้แย้งจากรัฐอื่น

อันที่จริงข้อจำกัดขอบเขตของรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้กำหนดขึ้นโดยอาศัยแนว  
ความคิดเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ และในทางปฏิบัติก็มีใ้ความหมายกฎหมายระหว่าง  
ประเทศต้องการที่จะให้เรื่องเหล่านี้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ  
แม้ว่ากรณีเหล่านี้จะไม่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หากรัฐมิได้ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ  
การแทรกแซงก็ยังไม่เกิดขึ้น และแม้จะมีการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ หากยังมีใ้  
ก่ให้เกิดความเสียหายโดยตรงแก่รัฐใด ก็คงจะยังไม่เกิดการแทรกแซงทางการทูตเช่นกัน  
อย่างไรก็ดีความคิดข้อจำกัดขอบเขตของรัฐธรรมนูญในกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว  
ได้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่มีอยู่แล้วของรัฐธรรมนูญหลาย ๆ ประเทศ อย่างน้อยก็เป็น  
มาตรการป้องกันรัฐจากการที่จะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศใดทางหนึ่ง  
การกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในการปกครองแผ่นดินจึงมิได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะ

<sup>๑๓</sup> O. Wright, *op cit.*, 237.

<sup>๑๔</sup> E. Root, "The Basis of Protection to Citizens Residing  
Abroad," Proceedings of the American Society of International Law.  
(1910) p. 20-21.

อำนาจอธิปไตยภายในเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อความคิดทางทฤษฎีเกี่ยวกับความสัมพันธ์  
 ของกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในไม่มีอิทธิพลมากขึ้น ผู้บัญญัติกฎหมายรัฐธรรมนูญ  
 ในยุคใหม่จำเป็นต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ดังกล่าว และจำต้องเปลี่ยนแปลงหลักการแห่ง  
 รัฐธรรมนูญซึ่งเคยถือว่าเป็นเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐโดยเด็ดขาดเป็นการยอมรับหลัก  
 เกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อให้รัฐธรรมนูญมีผลบังคับอย่างมีประสิทธิภาพในฐานะ  
 ที่เป็นระเบียบอำนาจหน้าที่ในการปกครองแผ่นดินที่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์แห่งสังคมนานาชาติ  
 ควบคู่ความตระหนักถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าวของผู้จัดสร้างรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ  
 ตลอดจนอิทธิพลของนักปราชญ์และคำพิพากษาขององค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศได้สนับสนุน  
 ความมีผลบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศมากขึ้นเป็นลำดับ เป็นผลให้รัฐธรรมนูญในยุค  
 ปัจจุบันนอกจากจะเป็นกฎเกณฑ์กำหนดระเบียบการปกครองภายในและเป็นเอกสารคุ้มครอง  
 สิทธิของพลเมืองแล้ว ยังเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในและ  
 กฎหมายระหว่างประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในและสนธิสัญญา ตลอดจน  
 สิทธิและฐานะของคนต่างด้าวในหลายกรณีด้วย

## ๒. ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ

ในการพิจารณาคดีของศาลภายในประเทศ หากมีการกล่าวอ้างถึงหลักกฎหมาย  
 ระหว่างประเทศโดยคู่ความหรือศาลก็ตาม ปัญหาเบื้องต้นที่จะต้องพิจารณาในแทบทุกคดีก็คือ  
 ปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน ในทำนอง  
 เดียวกันในการพิจารณาคดีขององค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศก็ส่วนใหญ่ที่ต้องอาศัยความ  
 สัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในนี้เช่นกัน เพื่อเป็นเครื่องช่วย  
 ตัดสินปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจของรัฐในการบัญญัติกฎหมายภายในซึ่งกระทบกระเทือน  
 ต่อสิทธิของคนต่างด้าว<sup>๑๘</sup> ปัญหาความสัมพันธ์ของกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมาย

<sup>๑๘</sup> D.P. O'Connell, International Law, Vol. 1 (London: Stevens & Sons Ltd; 1972) p. 38.

ภายในจึงนับว่าเป็นปัญหาสำคัญอันดับแรกที่จะได้รับการพิจารณาทั้งในระบบกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน

## ๒.๑ ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ

๒.๑.๑ ทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน  
 ในเบื้องต้นก่อนที่จะพิจารณาดังตบัตถุติของรัฐธรรมนูญที่ได้กำหนดความสัมพันธ์ดังกล่าว ควรที่จะพิจารณาดังความคิดในทางทฤษฎีและการปฏิบัติขององค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในนี้พอเป็นสังเขป

ในทางทฤษฎีเกี่ยวกับการยอมรับผลบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ความคิดเห็นในเรื่องนี้อาจจำแนกเป็นทฤษฎีหลักสองทฤษฎีใหญ่ ๆ คือ ทฤษฎีมอนิสม์ ( Monism ) ซึ่งเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศมีค่าบังคับเหนือกฎหมายภายในทั้งในระดับศาลภายในและศาลระหว่างประเทศ ส่วนทฤษฎีควิลิสม์ ( Dualism ) เห็นว่า กฎหมายระหว่างประเทศมีค่าบังคับเหนือกฎหมายภายในระดับศาลระหว่างประเทศ ส่วนกฎหมายภายในมีค่าบังคับเหนือกฎหมายระหว่างประเทศในระดับศาลภายใน นอกจากทฤษฎีหลักแล้ว ยังมีความคิดที่ตรงข้ามกับทฤษฎีมอนิสม์ ( Monism in reverse ) โดยเห็นว่ากฎหมายภายในมีค่าบังคับเหนือกฎหมายระหว่างประเทศทั้งในระดับระหว่างประเทศและภายในประเทศ และทฤษฎีสุดท้ายเป็นทฤษฎีซึ่งเห็นสายกลางประนีประนอมความคิดของฝ่ายมอนิสม์กับฝ่ายควิลิสม์ด้วยข้อสมมติฐานที่ว่าทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในมีความสอดคล้องต่อกันไม่คอยที่จะมีความขัดแย้งระหว่างกฎหมายทั้งสองระบบ

### ๒.๑.๑ ทฤษฎีมอนิสม์ ( Monism )

ทฤษฎีนี้เกิดจากความคิดของนักปรัชญาแคนเตียน ( Kantian Philosophy ) ซึ่ง Kelsen ได้ให้การสนับสนุนความคิดในแนวกฎหมายอรรถประโยชน์ โดยเห็นว่าอำนาจของรัฐเกิดขึ้นจากหลักกฎหมาย ดังนั้น ขอบเขตการใช้อำนาจดังกล่าวจะต้องมีกฎหมาย



อนุญาตไว้ ซึ่งมีผลตามมาว่ากฎหมายที่ให้อำนาจนั้นจะต้องกำหนดถึงความเป็นอิสระแห่งอำนาจ  
อธิปไตย และจำกัดขอบเขตของอำนาจนั้น หากรัฐใช้อำนาจนอกเหนือขอบเขตนี้ การ  
กระทำนั้นย่อมไม่มีผลบังคับ ความคิดนี้ยอมให้กฎหมายระหว่างประเทศมีค้ำประกันกว้างขวาง  
และเหนือกว่ากฎหมายภายในไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศ

### ๒.๑.๑ ทฤษฎีคู่วิสัย (Dualism)

นักปราชญ์คนสำคัญที่ได้ให้การสนับสนุนแกทฤษฎีนี้คือ Triepel และ Anzi-  
lotti ตามความคิดของ Triepel<sup>๒๐</sup> กฎหมายภายในมีลักษณะแตกต่างจาก  
กฎหมายภายนอกโดยเป็นกฎหมายคนละระบบ ความแตกต่างนี้สืบเนื่องความแตกต่างชั้น  
มูลฐานของสังคมที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนี้ กฎหมายภายในเป็นกฎหมายที่กำหนด  
ความสัมพันธ์ของเอกชน ส่วนกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์  
ของรัฐ และมีแต่เพียงรัฐเท่านั้นที่เป็นผู้มีส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้ โดย  
สมมติฐานที่ว่ากฎหมายนั้นเกิดขึ้นจากเจตนารมณ์แห่งอำนาจอธิปไตย กฎหมายภายในและ  
กฎหมายระหว่างประเทศยังมีความแตกต่างกันในทางที่มาของกฎหมาย กล่าวคือกฎหมาย  
ภายในเกิดขึ้นจากเจตนารมณ์แห่งอำนาจอธิปไตยของรัฐโดยตรงซึ่งต่างจากกฎหมายระหว่าง  
ประเทศที่เป็นเจตนารวมกัน (Common Will-Genmeinwille) ของรัฐต่าง ๆ สำหรับ  
ความเห็นของ Anzilotti แตกต่างไปจาก Triepel เพียงเล็กน้อย เขาเห็นว่า  
กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในต่างก็ประกอบขึ้นจากบรรทัดฐานที่แตกต่างกัน

"การที่กฎหมายระหว่างประเทศมีผลบังคับก็โดยอาศัยหลัก 'pacta sunt  
servanda' และยอมไม่อาจถูกยกเลิกได้ เว้นแต่ (การยกเลิกนั้น) จะกำหนดขึ้นด้วย  
กฎหมายระหว่างประเทศ ส่วนกฎหมายภายในมีผลบังคับก็โดยเหตุผลของหลักการให้ความ  
เชื่อฟังแก่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยผู้มีอำนาจ และอาจถูกยกเลิกได้ด้วยวิธีการที่กำหนดไว้ใน

<sup>๒๐</sup>

H. Triepel, Völkerrecht und Landesrecht (Leipzig:1988)

กฎหมายมหาชนของประชาคมที่เกี่ยวข้องนั้น ๆ" ๒๑

ทั้ง Triepel และ Anzilotti ก็เหมือนจะให้ความสำคัญในกฎหมาย  
 ธรรมชาติแก่กฎหมายระหว่างประเทศอยู่ไม่น้อย ควบคู่ความเห็นท่านองว่าความสมบูรณ์  
 ของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นอิสระจากกัน ตามความเห็นที่แยกระบบกฎหมายภายใน  
 ออกจากระบบกฎหมายระหว่างประเทศนี้ ถือว่าในทางทฤษฎีไม่ควรจะมีการขัดแย้งกัน  
 ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายภายในถูกถือว่าอยู่ภายใต้  
 อำนาจอธิปไตยภายใน ในขณะที่เดียวกันกฎหมายระหว่างประเทศก็ถูกถือว่าอยู่ภายใต้  
 เจตนารมณ์ซึ่งเป็นอำนาจต่างหากอีกอำนาจหนึ่งแยกจากอำนาจอธิปไตยภายใน หากว่าใน  
 การใช้อำนาจอธิปไตยโดยการกระทำตามกฎหมายภายในใดกล่าวล่วงเกินขอบเขตอำนาจ  
 ในระดับกฎหมายระหว่างประเทศ ผลที่ตามมาไม่ถึงกับทำให้กฎหมายภายในตกเป็นโมฆะ  
 เพียงแต่ถือว่าอำนาจอธิปไตยละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น Anzilotti  
 ได้อธิบายถึงความสัมพันธ์ของหลักกัวลิสต์ (Dualist) และได้กล่าวถึงความไร้ความ  
 สามารถของเอกชนในกฎหมายระหว่าง ไว้ดังนี้

" หลักกฎหมายระหว่างประเทศเป็นหลักที่ไม่อาจผูกพันเอกชนได้โดยเด็ดขาด  
 ไม่ว่าในกรณีใด ๆ กล่าวคือ ไม่อาจให้สิทธิและหน้าที่แก่เอกชนได้ กฎหมายระหว่างประเทศ  
 เป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นจากเจตนารมณ์ร่วมกัน ( Collective will ) ของรัฐควบคู่ความ  
 ประสงค์ที่จะวางระเบียบในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ ดังนั้น จึงเห็นได้ชัดว่าไม่อาจใช้ให้  
 หมายถึงความสัมพันธ์ในขอบเขตอื่น ๆ ได้ หากว่ารัฐต่าง ๆ พยายามที่จะวางข้อกำหนด  
 เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของเอกชน ความพยายามนั้นในทุกกรณีย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นหลัก

แห่งกฎหมายระหว่างประเทศ หากเป็นแต่เพียงหลักกฎหมายภายในที่สอดคล้องต่อกัน เป็นสามัญสำนึกสำหรับรัฐทั้งปวง" <sup>๒๒</sup>

### ๒.๑.๑ ทฤษฎีตรงข้ามกับมอนิสม์ ( Monism in Reverse)

ความคิดที่สนับสนุนค่าบังคับของกฎหมายภายในเหนือกฎหมายระหว่างประเทศ นี้เป็นความคิดของนักปราชญ์ที่สนับสนุนอำนาจของรัฐที่ไม่ให้คุณค่าแก่กฎหมายระหว่างประเทศเลยหรือหากจะมีอยู่บ้างก็ขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของรัฐ ดังที่ออสตินปฏิเสธที่จะยอมรับกฎหมายระหว่างประเทศว่าเป็นกฎหมาย เพื่อหลีกเลี่ยงที่จะสร้างความสัมพันธ์ระหว่างระบบกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศ ส่วนงานของ Berghohm ผู้ซึ่งเป็นปฏิปักษ์ต่อกฎหมายธรรมชาติ และสนับสนุนอำนาจของรัฐเท่านั้นกับออสติน <sup>๒๓</sup> แต่ยังคงยอมรับความมีอยู่ของกฎหมายระหว่างประเทศ หาก ใดถูกจำกัดอย่างแจ่มชัดโดยอัตโนมัติด้วยเจตนารมณ์แห่งอำนาจอธิปไตยของรัฐ รัฐมีคุณค่าเหนือกว่าและสำคัญกว่าสังคมนานาชาติ และคงเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจในการตรากฎหมายขึ้น Berghohm ต่างกับ Triepel ผู้ซึ่งได้จำแนกการแสดงเจตนารมณ์ของรัฐออกเป็นการแสดงออกภายในและภายนอก ส่วน Berghohm ได้กล่าวถึงการแสดงออกในทางภายในเพียงทางเดียวเท่านั้น กฎหมายระหว่างประเทศจึงเป็นกฎหมายที่ถือกำเนิดขึ้นจากกฎหมายภายใน อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติทฤษฎีที่ถือว่ากฎหมายภายในมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายระหว่างประเทศนี้ไม่เคยได้รับการสนับสนุนจากองค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้ว่าคงเป็นแต่เพียงความคิดในทางทฤษฎีอย่างลอย ๆ เท่านั้น

### ๒.๑.๑ ทฤษฎีเกินสายกลาง ( The Theory of Harmonisation)

ตามทฤษฎีนี้เห็นว่าทั้งความคิดของมอนิสม์และคัวลิสม์ ไม่อาจยอมรับได้ว่าเป็นทฤษฎีที่ชอบด้วยเหตุผล เพราะแต่ละทฤษฎีก็พยายามที่จะหาคำตอบโดยอาศัยสมุฐานทาง

<sup>๒๒</sup> D.P. O'Connell, op. cit., p. 42.

<sup>๒๓</sup> ibid.

ทฤษฎีเพียงประการเดียวในปัญหาสองปัญหา ที่มีความแตกต่างกันอย่างมากในชั้นมูลฐาน  
 ทฤษฎีนี้เริ่มพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของระบบกฎหมายที่ปรองว่ามิใช่เพื่อ  
 ประโยชน์แก่มวลมนุษย์ เป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ด้วยกัน ดังที่มัก  
 จะมีการกล่าวอยู่เสมอว่า "กฎหมายคือชีวิตและชีวิตก็เป็นกฎหมาย" <sup>๒๔</sup> บุคคลไม่อาจ  
 ใช้ชีวิตต่างหากจากระบบกฎหมายภายในของรัฐท่านอง เกี่ยวกันกับที่ไม่อาจใช้ชีวิตแยกจาก  
 ระบบกฎหมายระหว่างประเทศได้ บุคคลจึงจำต้องอยู่ภายใต้อำนาจทั้งระบบกฎหมายภายใน  
 และระบบกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะเขาได้มีชีวิตอยู่ภายใต้กฎหมายของทั้งสอง  
 ระบบ ตัวอย่างในกรณีนี้จะเห็นได้ชัดจากกรณีพิพาทเมืองของประเทศที่มีระบอบการปกครอง  
 ในรูปสหรัฐ ย่อมอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายสหรัฐและกฎหมายของสหรัฐในขณะเดียวกัน  
 ดังนั้น ข้อสรุปของความคึกของฝ่ายอนินิยม เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่าง  
 ประเทศกับกฎหมายภายในจะไม่ถูกต้อง เพราะถือว่าระบบกฎหมายหนึ่ง เกิดขึ้นจากอีก  
 ระบบหนึ่ง ปฏิเสธความจริงทางสังคมในลักษณะกายภาพ และความเกี่ยวพันของมนุษย์ที่  
 แยกออกจากกฎหมายแต่ละระบบนั้นได้ โลกในปัจจุบันยังมีไคบรรลุดถึงลักษณะขององค์กรแห่ง  
 รัฐซึ่งมีอำนาจบริหารไปทั่วทุกเขตแดนเป็นเอกเทศ (civitas maxima) ในขณะ  
 เดียวกันความคึกของควิลิสม์ก็ยังไม่เหมาะสมเช่นกัน เพราะได้ปฏิเสธที่จะยอมรับข้อเท็จ  
 จริงที่มีอยู่เกี่ยวกับความเป็นอยู่ของมนุษย์ รัฐเป็นเพียงสื่อกลางของเจตนารมณ์ในการ  
 กำหนดกฎหมาย ส่วนแรงกระตุ้นที่แท้จริงในการสร้างกฎหมายนั้นได้มาจากพฤติกรรมของ  
 มนุษย์และก็เพื่อสนองความต้องการของมนุษย์นั่นเอง สารบัญญัติของกฎหมายระหว่าง  
 ประเทศมิใช่สิ่งที่เกิดขึ้นจากเจตนาในช่วงระยะเวลาใดขณะหนึ่ง หากแต่เป็นการแสดงออกถึงความ  
 ต้องการและการตัดสินใจที่จริงจัง มิฉะนั้นแล้วกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน



ก็จะกลายเป็นปฏิปักษ์ต่อกัน และไม่อาจที่จะใช้เป็นเครื่องมือแก้ปัญหาของมนุษย์ได้ ดังนั้น สมมติฐานที่แท้จริงจึงน่าจะมีว่า กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในมีความสอดคล้องกันในทางทฤษฎี แต่ระบบเป็นอิสระต่อกัน มีผลบังคับโดยตรงและภายในขอบเขตอันจำกัดของตน และในบางกรณีก็อาจถูกจำกัดลงด้วยพฤติกรรมของมนุษย์ได้ แต่ความสอดคล้องกันในหลักการทั้งหลายของกฎหมายทั้งสองระบบนี้กลับเนื่องมาจากการที่มีวัตถุประสงค์ที่เหมือนกันคือ ความผาสุกแห่งมวลมนุษยชาติ<sup>๒๕</sup>

ในทางอุดมคติ ย่อมเป็นที่คาดหวังว่ากฎหมายภายในควรจะมีหลักการขั้นมูลฐานเป็นที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ในทางปฏิบัติ ไม่อาจที่จะวางมาตรฐานสูงเพียงนี้ได้ ดังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เมื่อครั้งได้พิจารณาปัญหานี้ก็ยังไม่พร้อมที่จะยืนยันขอเท็จจริงว่ากฎหมายระหว่างประเทศในทุกประเทศได้รับการรับรองเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน ซึ่งศาลภายในจะต้องบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น<sup>๒๖</sup> แต่เป็นความจริงที่อาจกล่าวได้ว่า ตามกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐมีหน้าที่ที่จะให้หลักประกันว่าการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ปัญหาที่ยากอยู่ที่ขอเสนอว่า ถ้าหากได้ทำเกินอำนาจระหว่างประเทศแล้ว การกระทำดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะเสียเปล่า ความคิดพวกมอโนสม์อาจเห็นว่าที่ตองโมฆะเสียเปล่าตามระบบกฎหมายภายใน เพราะไม่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ส่วนพวกคัวลิสต์ นั้น เห็นว่าเฉพาะกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้นที่ตกเป็นโมฆะเสียเปล่า และทั้งสองความเห็นก็จะจำกัดอำนาจของศาลตามความสมบูรณ์ของกฎหมายที่ได้ถูกจำกัดลงนั้น แต่อย่างไรก็ดีทั้งสองความเห็นต่างก็เห็นพ้องต้องกันว่า ในระดับระหว่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศจะมีค้ำประกันเหนือกฎหมายภายใน และแม้ว่านอกเหนือระดับระหว่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศก็ยังคงมีอิทธิพลอยู่บ้างต่อกฎหมายภายใน

<sup>๒๕</sup> aim at a basic human good

<sup>๒๖</sup> D.P. O'Connell, op. cit., p. 44.



ดังนั้น จึงดูเหมือนว่าข้อโต้แย้งระหว่างมอนิสมกับตัวลิสมีในปัญหาเกี่ยวกับ  
 ความสมบูรณ์ของกิจกรรมภายในที่ขัดตอกกฎหมาย กฎหมายระหว่างประเทศไม่อาจหาข้อ  
 ยุติได้โดยง่าย เพราะแต่ละฝ่ายก็สนับสนุนในขอบเขตของตนที่ไปกันคนละแนว สารสำคัญ  
 ที่แท้จริงของกฎหมายนั้นน่าจะเป็นหลักสำหรับการแก้ปัญหาขัดแย้งของมนุษย์ และควรจะ  
 มาจากการแยกลักษณะแตกต่างในความหมายของพันธะที่มีมาจากรากฐานเดียวกัน จึงควร  
 จะสอดคล้องกันและไม่ควรที่จะมีกฎของพฤติกรรมที่ขัดแย้งกัน ในที่สุดถ้าหากว่ายังมีข้อ  
 ขัดแย้งอยู่ที่ว่าหลักใดหลักหนึ่งต้องเสียเปล่าบังคับมิได้ การที่หลักใดจะบังคับได้หรือไม่  
 ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่าเรื่องที่พิจารณาอยู่นั้นอยู่ในอำนาจของศาลใด

ศาสตราจารย์ O'Connell โทกลาวสรุปว่า

"ทฤษฎีเกินสายกลางนี้ถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นหลักแห่ง  
 พฤติกรรมของมนุษย์ยอมเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน และผู้พิพากษาศาลภายในยอม  
 อานำมาใช้เพื่อปรับแก้คดีได้ แต่กรณีที่มีโอกาสอาจเกิดขึ้นเมว่าจะน้อยมาก คือ การขัด  
 กันระหว่างกฎหมายสองระบบ ทฤษฎีนี้ยอมรับว่า ผู้พิพากษายอมจะผูกพันกับหลักซึ่งมีอำนาจ  
 เห็นือศาลแต่ละศาลนั้น และหากว่าจะจะต้องมีการวางขอบเขตที่แน่นอนเพื่อเป็นเครื่องตัดสิน  
 ลักษณะความสัมพันธ์ของกฎหมายสองระบบนี้แล้ว ตำแหน่งที่ถูกตอ้งก็คือไม่มีระบบใดระบบ  
 หนึ่งมีค่าเหนือกว่าอีกระบบหนึ่ง แต่ทั้งสองระบบต่างก็อยู่ในระดับเดียวกัน" ๒๓

๒.๑.๒ หลักปฏิบัติขององค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศในปัญหาความสัมพันธ์  
ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน

ในการพิจารณาคดีขององค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศ ความสมบูรณ์ของ  
 กฎหมายรัฐธรรมนูญก็หรือกฎหมายภายในอื่น ๆ ก็คือยอมไม่อาจกล่าวอ้างเป็นข้อต่อสู้ได้

๒๓) D.P. O'Connell, op. cit., p. 45.

หากว่ากฎหมายนั้น ๆ ชัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ แต่การพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวกับกฎหมายภายใน ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้อาศัยหลักจากกฎหมายภายในเป็นเพียงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคดีเพื่อเป็นข้อประกอบการวินิจฉัยเท่านั้น มิได้ถือว่าเป็นประเด็นแห่งคำวินิจฉัยโดยตรง ดังเช่นที่ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ กล่าวไว้ใน Case Concerning German Interest in Polish Upper Silesia<sup>๒๔</sup> ตอนหนึ่งว่า:

"จากความเห็นของกฎหมายระหว่างประเทศและของศาลซึ่งเป็นองค์กร (ของกฎหมายระหว่างประเทศ) กฎหมายภายในเป็นเพียงข้อเท็จจริงซึ่งแสดงออกถึงเจตนารมณ์และกำหนดกิจกรรมของรัฐ เท่านั้น เกี่ยวกับคำวินิจฉัยกฎหมายหรือมาตรการบริหารอื่น ๆ ย่อมเป็นที่แน่นอนว่าศาลนี้ไม่จำเป็นต้องตีความกฎหมายของโปแลนด์ซึ่งกล่าวแต่ในขณะเดียวกันก็ไม่มีอะไรที่จะห้ามศาลในการที่จะพิจารณาถึงปัญหาว่า ในการใช้กฎหมายของโปแลนด์นั้น โปแลนด์ได้กระทำการสอดคลองต่อพันธกรณีที่มีต่อเยอรมันภายในตอนสุดท้ายเงินว่าหรือไม่"

อย่างไรก็ดี ในการที่ถือว่ากฎหมายภายในเป็นเพียงข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งนี้ ศาลมีใ้หมายความว่า กฎหมายนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่มีความสำคัญเท่านั้น เกี่ยวกับข้อเท็จจริงอื่น ๆ<sup>๒๕</sup> หากแต่หมายความว่ากฎหมายภายในไม่มีผลผูกพันต่อองค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศในการพิจารณาปัญหาระหว่างประเทศ กฎหมายภายในย่อมมีผลสมบูรณ์ในระบับภายในของรัฐ แต่เมื่อองค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศจำเป็นต้องพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับความประพฤติของรัฐตามมาตรฐานที่กำหนดขึ้นโดยกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ศาลย่อมจะยอมรับเอาเฉพาะแต่กฎหมายภายในที่สอดคลองกับมาตรฐานนี้เป็นเครื่องพิจารณาใน

<sup>๒๔</sup> Permanent Court of International Justice, Section A. No. 7 (1926) p. 19.

<sup>๒๕</sup> See *Nattebohm case*, International Court of Justice Report. (1955) p. 4 at p. 12 as cited by D.P. O'Connell, *op. cit.*, p. 47.

ความสัมพันธ์ทางกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น โคนันนี่กฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายในในระดับคดียุติธรรมระหว่างประเทศ <sup>๓๐</sup>

ในปี ๑๙๒๑ ศาลประจำอนุญาโตตุลาการ (The Permanent Court of Arbitration) ได้ปฏิเสธที่จะให้ผลบังคับแก่กฎหมายเปรู ซึ่งตราขึ้นใหม่เมื่อบังคับย้อนหลังในการยกเลิกสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างชาวฝรั่งเศสกับรัฐบาล โดยศาลเห็นว่ากฎหมายฉบับนี้อาจมีผลสมบูรณ์ในฐานะกฎหมายภายใน แต่ไม่พึงบังคับใช้ให้เป็นที่เสียหายแก่คนต่างดาว <sup>๓๑</sup> ในคดี Norwegian Claims ศาลเดียวกันนี้ได้ตัดสินคดีระหว่างนอร์เวย์กับสหรัฐ โดยกล่าวตอนหนึ่งว่า

"แต่ถ้ามองว่ากฎหมายมหาชนของฝ่ายหนึ่งขัดแย้งกับความสงบเรียบร้อยของสังคมนานาชาติ (Ordre Public International) องค์การยุติธรรมระหว่างประเทศย่อมไม่ผูกพันต่อกฎหมายภายในแห่งรัฐซึ่งเป็นความแห่งคดีนี้" <sup>๓๒</sup>

ในปี ๑๙๒๓ ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่า แม้ปัญหาสัญชาติโดยหลักแล้วจะเป็นเรื่องอยู่ในขอบเขตอำนาจของภายใน แต่ได้เป็นประเด็นเกี่ยวกับการตีความในสนธิสัญญาที่ใดเป็นสาระสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศ <sup>๓๓</sup> ในคำตัดสินของ French Mexican Mixed Arbitral Tribunal ในคดี Georges Pinson ซึ่งได้ถูกอ้างบ่อย ๆ ที่แสดงให้เห็นความสูงสุดของกฎหมายระหว่างประเทศ คดีนี้อนุญาโตตุลาการ

<sup>๓๐</sup> C.W. Jenks, "The Interpretation and Application of Municipal Law by the Permanent Court of International Justice," British Year Book of International Law (67:1938)

<sup>๓๑</sup> Affaire des réclamations française contre le Pérou, United Nations Report (1, :1921) p. 215.

<sup>๓๒</sup> ibid, p. 307.

<sup>๓๓</sup> Nationality Decrees in Tunis v Morocco., Permanent Court of International Justice 5 Seris B. No. 4. (1923) pp 24-32.



ใ้ปฏิบัติที่จะผูกพันโดยคำวินิจฉัยของ Mexican National Claims Commission และปฏิเสธอำนาจของเม็กซิโก ในการให้สัญชาติเม็กซิกันแก่ Pinson อันเป็นผลให้เขาเสียสิทธิเรียกร้อง ฝรั่งเศสโต้แย้งว่าเมื่อกฎหมายภายในขัดแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงผลของกฎหมายภายใน หากพิจารณาแต่เพียงว่ากฎหมายใดขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้วย่อมไม่มีผลบังคับในศาลระหว่างประเทศ คำตัดสินกล่าววว่า "องค์การยุติธรรมระหว่างประเทศจำเป็นต้องพิจารณาถึงสัญชาติของผูร้องในหลักการที่เป็นอิสระจากข้อกำหนดของกฎหมายภายในของจำเลย" และใ้ปฏิเสธว่า ในกรณีใ้กฎหมายรัฐธรรมนูญของรัฐขัดกับกฎหมายแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ ธรรมเนียมปฏิบัติหรือจารีตประเพณีใ้กฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นจะมีผลบังคับ" ๓๔

ฐานะของกฎหมายรัฐธรรมนูญในกฎหมายระหว่างประเทศก็เช่นเดียวกับกฎหมายภายในอื่น ๆ ศาลระหว่างประเทศใ้ปฏิบัติต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญของรัฐในทำนองเดียวกับกฎหมายภายในทั้งปวง แม้ในกรณีเนื่องด้วยเหตุขัดข้องทางรัฐธรรมนูญทำให้รัฐไม่อาจปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้ ก็หาเป็นการปลดเปลื้องความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่ ๓๕ ดังในคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ Alabama การที่สหราชอาณาจักรขาดมาตรการในทางรัฐธรรมนูญที่จะระงับการต่อเรือตามสนธิสัญญารวมพันธมิตร (Conferacy) หาเป็นข้อแก้ตัวใ้พินิจในความผูกพันในฐานะชาติเป็นกลางไม่ ๓๖ ในคดี McLead สหราชอาณาจักรใ้โดยกขตอสูว่า ข้อเท็จจริงเพียง

๓๔ United Nations Report pp. 327-393.

๓๕ Compare Advisory opinion in "Jurisdiction of the Court of Danzig," Permanent court of International Justice Series B., No. 15 at pp26-27 (1928).

๓๖

Affaire de L'Alabama, D.P. O'Connell, op. cit., p. 48.

ว่ารัฐบาลสหรัฐอเมริกาไม่อาจป้องกันการฟ้องร้องซึ่งเป็นการกระทำโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ  
นั้น ไม่เป็นข้อแก้ตัวสำหรับการถูกฟ้องร้อง<sup>๓๖)</sup> ในคดี Treatment of Polish Nationals  
in Danzig ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นใน Advisory opinion  
ว่า คานซิกไม่อาจอ้างรัฐธรรมนูญของตนเพื่อเป็นข้อต่อสู้ "ในการเปลี่ยนแปลงกรณีที่มีอยู่ภาย  
ในกฎหมายระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาที่มีผลบังคับอยู่" <sup>๓๗)</sup>

๒.๒ ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายรัฐธรรมนูญภายใต้ระบบ  
กฎหมายภายใน

กฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในนอกจากจะมีความสัมพันธ์กันใน  
ระดับระบบกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวแล้ว ในระบบกฎหมายภายในในการที่ศาล  
พิจารณาคดีที่มีความเกี่ยวพันระหว่างประเทศย่อมมีความจำเป็นต้องใช้กฎหมายต่างประเทศ  
หรือกฎหมายระหว่างประเทศที่เหมาะสมเพื่อปรับแก้คดี แมว่าศาลจะรู้สึกว่าคุณไม่มีข้อผูกพัน  
ที่จะต้องใช้มาตรฐานซึ่งมีใ้กำหนดขึ้น โดยอำนาจอธิปไตย แต่ก็มียุทธนัยมากมายที่ศาล  
ภายในมิได้ใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศเป็นบรรทัดฐานของคำวินิจฉัยเมื่อความจำเป็น  
เพื่อการประสาคความยุติธรรมได้เรียกร้อง ในการที่กฎหมายระหว่างประเทศจะมีผลบังคับ  
ในระบบกฎหมายภายในมีความคิดแบ่งออกเป็น ๒ แนวใหญ่ ๆ คือ Transformation  
doctrine และ Adoption doctrine ตามความคิดแรก หลักกฎหมายระหว่างประเทศ  
จะมีผลบังคับในศาลภายในได้จะต้องได้รับการรับรองโดยแจ้งชัดโดยบทบัญญัติของกฎหมาย

<sup>๓๖)</sup>

People v. Mclead, I. Hill 377 (N.Y. 1841).

<sup>๓๗)</sup>

Permanent Court of International Justice Series A/B  
No. 44 (1932) at pp 23-25.

ภายใน หรือการประกาศสนธิสัญญาหรือโดยการรับรองของรัฐธรรมนูญ<sup>๓๘</sup> เนื่องจากอิทธิพลฝ่ายหัวลิ้ม ที่เห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศไม่อาจใช้บังคับได้ในระบบศาลภายในจึงต้องแปลงรูป (transform) มาเป็นกฎหมายภายในโดยผ่านองค์กรของเจตนาเริ่มต้นแห่งอธิปไตย ส่วนความคิดของ adoption doctrine ถือว่า กฎหมายภายในได้รับเอาดีจากอธิปไตยให้รับเอากฎหมายระหว่างประเทศรวมเข้าไว้ด้วยกัน ดังนั้นศาลจึงใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการประกาศโดยแจ้งชัดให้รับเข้าเป็นกฎหมายภายใน สารสำคัญที่แตกกันระหว่างสองความคิดนี้ก็แต่เพียงวิธีการรับเอากฎหมายระหว่างประเทศใหม่ลงบังคับในระบบกฎหมายภายในเท่านั้น

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศมิใช่มีความสำคัญแต่เพียงในระบบกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น ยังมีอิทธิพลอย่างสำคัญต่อระบบกฎหมายภายในอีกด้วย ทั้งในทางทฤษฎีและปฏิบัติความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศได้มีอยู่ในระบบกฎหมายทั้งสองระบบ ผู้จัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ในยุคปัจจุบันส่วนใหญ่ได้ตระหนักในข้อเท็จจริงข้อนี้ ดังที่ Lawrence Preuss<sup>๔๐</sup> ได้ประมาณไว้เมื่อปี ๑๙๕๐ ว่า ในระหว่าง ๕ ปี นับแต่สงครามโลกครั้งที่สองได้สิ้นสุดลงเกือบครึ่งหนึ่งของประชาชาติในโลกได้มีรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่โดยการตรารัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ ทั้งฉบับหรือมีฉบับนั้นก็ทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างมากในรัฐธรรมนูญที่มีอยู่แล้ว ในบรรดารัฐธรรมนูญเหล่านี้บางฉบับก็ยังคงรักษารูปแบบเดิมไว้ แต่ส่วนใหญ่ได้มีการปฏิรูปไปในแนวต่าง ๆ กัน เช่นโดยผลแห่งการสงบศึก วิกฤตการณ์ของรัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่ได้สอดคล้องกับสภาวะทางการเมืองของยุโรปตะวันตก บางประเทศปรากฏออกมาในรูป

<sup>๓๘</sup> กูซอดกเถียงในปัญหาเรื่องนี้ได้ในการประชุมของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศของสมัชชาใหญ่ขององค์การสหประชาชาติ (International Law Commission; United Nations Document No. A/CN.4/SR.14 (1949) p. 6.

<sup>๔๐</sup> Lawrence Preuss, "The Relation of International Law to Internal Law in the French Constitution system," American Journal of International Law (44:1950) p.p. 641-669.

ของประเทศผู้แพ้สงคราม และอีกหลาย ๆ ประเทศมีลักษณะของสมาชิกใหม่แห่ง  
ครอบครัวนานาชาติ และประเทศผู้สถาปนาการปกครองในระบบสาธารณรัฐประชาธิปไตย  
ได้ให้กำเนิดแก่ระบบรัฐธรรมนูญแบบใหม่ ซึ่งปฏิรูปทั้งแบบและเนื้อหาแตกต่างไปจากแนว  
ของรัฐธรรมนูญที่มีอยู่เดิมเป็นอย่างมาก

ในบรรดารัฐธรรมนูญใหม่ ๆ ของประเทศต่าง ๆ เกือบทั้งหมด นอกจาก  
รัฐธรรมนูญของประเทศสังคมนิยมกึ่งกลาง ได้มีบทบัญญัติที่มีผลกระทบกระเทือนโดยตรงต่อ  
กฎหมายระหว่างประเทศและกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับ  
กฎหมายภายในขึ้นเพิ่มเติมจากบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญา การให้สัตยาบันและการ  
ประกาศสนธิสัญญาซึ่งมีมาแต่เดิม ภัยความมุ่งมาดปรารถนาที่จะให้เกิดความมั่นคงและ  
สันติภาพถาวรอันเป็นวัตถุประสงค์ประการสำคัญขององค์การสหประชาชาติ รัฐธรรมนูญ  
ในสมัยหลังสงครามโลกได้บรรจุบทบัญญัติที่มีลักษณะที่จะลดความก้าวร้าวในการสงคราม  
ด้วยการกำหนดให้มีการประนีประนอมข้อพิพาทโดยสันติวิธี ด้วยการจำกัดอำนาจอธิปไตย  
ของรัฐที่จำเป็นสำหรับการเข้ามีส่วนร่วมในกิจกรรมขององค์การระหว่างประเทศ และเพื่อ  
ที่จะให้พันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศมีผลบังคับที่สมบูรณ์ยิ่งขึ้น ๔๑ พันธกรณีตาม  
กฎหมายระหว่างประเทศนี้ย่อมรวมถึงการกำหนดสิทธิและฐานะของคนต่างด้าวด้วย

การที่รัฐจะให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของคนต่างด้าวสอดคล้องกับหลักกฎหมาย  
ระหว่างประเทศนั้น นอกจากจะมีบทบัญญัติให้การรับรองสิทธิในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย  
ภายในอื่น ๆ เป็นเฉพาะกรณีแล้ว โดยทั่วไป รัฐธรรมนูญอาจบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยว  
กับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน หรือบัญญัติให้หลักกฎ  
หมายระหว่างประเทศหรือ จารีตประเพณีระหว่างประเทศอาจถูกนำมาใช้และมีผลบังคับ  
ในศาลภายในได้แม้จะขัดกับกฎหมายภายใน ในกรณีเช่นนี้ย่อมมีผลให้กฎหมายระหว่าง  
ประเทศมีค่าบังคับเหนือกฎหมายภายใน สิทธิและฐานะของคนต่างด้าวในทุกกรณีที่ได้

๔๑

B. Mirkiné-Guetzévitch "Les tendances internationales des nouvelles constitutions" Revue générale de droit international public, vol. 52 (1948) as cited by ibid.



รับการรับรองแล้วในกฎหมายระหว่างประเทศ ย่อมขอให้ได้รับความคุ้มครองตามระบบกฎหมายภายในได้ หากว่ารัฐธรรมนูญได้บัญญัติสร้างความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในในลักษณะดังกล่าว ทั้งนี้ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน จักว่าเป็นส่วนที่ให้คุ้มครองแก่สิทธิของคนต่างด้าวตามกฎหมายระหว่างประเทศภายใต้ระบบกฎหมายภายในที่ได้ผลที่สุด จึงควรที่จะได้รับการพิจารณาในอันดับแรก

### ๒.๒.๑ ระบบคอมมอนลอว์

ปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศ ก่อนที่จะได้รับการรับรองด้วยการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น ในทางปฏิบัติศาลทั้งในระบบคอมมอนลอว์และกฎหมายโรมันก็ได้ให้การรับรองตลอดมา ในระบบคอมมอนลอว์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศอังกฤษซึ่งอยู่ภายใต้ระบบรัฐธรรมนูญที่มีบัญญัติไว้เป็นสายลักษณะอักษร ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายอังกฤษกับกฎหมายระหว่างประเทศได้รับการพิจารณามาตั้งแต่ศตวรรษที่ ๑๔ ส่วนใหญ่เป็นปัญหาเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ทางการทูต<sup>๔๒</sup> ในคดีซึ่งศาลอังกฤษได้พิจารณาดังปัญหานี้อาจพบได้จากคำตัดสินซึ่งย้อนหลังไปถึงปี ๑๓๓๓ Lord Talbot ได้กล่าวในคดี *Buvot v. Barbuit*<sup>๔๓</sup> "ทุกส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศย่อมเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายอังกฤษ" ต่อมาในคดี *Triguet v. Bath*<sup>๔๔</sup> Lord Mansfield ก็ได้ยืนยันในหลักการนี้และกล่าวว่าหลักกฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายอังกฤษน้อยอย่างน้อยที่สุดก็มาตั้งแต่สมัย Lord Holt<sup>๔๕</sup> โดยเหตุนี้ Blackstone จึงได้สรุปด้วยการวางหลักเกณฑ์ว่า "ระบบคอมมอนลอว์ได้ "รับเอา" (adopt) กฎหมายระหว่างประเทศเข้าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน

<sup>๔๒</sup>

Holworth, "The Relation of English Law to International Law," *Minisota Law Review* (26:1942).

<sup>๔๓</sup> (1735) Cas. T. Talb. 281.

<sup>๔๔</sup> (1764) 3 Burrs. (1764) 1478 at p. 1480.

<sup>๔๕</sup> D.P. O'Connell, *op. cit.*, Vol. i, p. 57.

"กฎหมายระหว่างประเทศ... นี้ ได้รับการรับรองอย่างบริบูรณ์แล้ว โดยคอมมอนลอว์ และโดยถูกต้องว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายของแผ่นดิน และบรรดาพระราชบัญญัติแห่งรัฐสภาซึ่งได้ตราขึ้นเพื่อให้หลักกฎหมายสากลนี้มีผลบังคับหรือเพื่อให้การบังคับตามคำพิพากษานั้นได้โดยผลยิ่งขึ้นนั้นไม่อาจถือได้ว่าเป็นการสร้างหลักการอะไรขึ้นใหม่ คงถือได้แต่เพียงเป็นการยืนยันหลักการดั้งเดิมขั้นมูลฐานในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรเท่านั้น มิฉะนั้นแล้วก็อาจจะต้องสูญเสียความเป็นส่วนหนึ่งของโลกอารยะ"<sup>๕๖</sup>

หลักการของคอมมอนลอว์ที่ถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายอังกฤษนี้ แมว่าในบางครั้งผู้พิพากษาในบางคดี<sup>๕๗</sup> เห็นว่าไม่จำเป็นต้องยืนยันหลักการนี้ แต่ในทางปฏิบัติเกือบทุกกรณีศาลอังกฤษมิได้ลังเลในการที่จะใช้กฎหมายระหว่างประเทศปรับแก้คดีตามที่เห็นสมควรในการทำคำพิพากษา จนได้เกิดคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐาน (stare decisis) ในหลักนี้เป็นจำนวนมาก<sup>๕๘</sup>

หลักกฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในตามทฤษฎีของ Blackstone นี้ได้รับการรับรองจากประเทศสหรัฐอเมริกา แมว่าในรัฐธรรมนูญจะไม่มีบทบัญญัติอ้างอิงถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศอย่างชัดเจนก็ตาม และดูเหมือนว่าในทางปฏิบัติศาลจะให้ความสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศเหนืออำนาจนิติบัญญัติและบริหาร... ในประเทศสหรัฐ คนต่างดาวหรือรัฐต่างประเทศอาจอ้างสิทธิของตนตามสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศศาลได้ และศาลก็มักจะให้การรับรองและคุ้มครองแก่สิทธิดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีเกี่ยวกับความคุ้มครองเอกสิทธิทางการทูต

<sup>๕๖</sup>

Blackstone, Commentaries, Bk. 4. S.67, as cited by ibid.

<sup>๕๗</sup> เช่นคดี

The Emperor of Austria v. Day & Kossuth  
1861 2 Giff. 628 at p. 678.

<sup>๕๘</sup>

ดูตัวอย่างคดีที่อ้างใน D.P. O'Connell, op. cit., Vol. 1 p.p

สิทธิของพลเมืองในดินแดนอารักขา สิทธิของคนต่างด้าวซึ่งมีถิ่นที่อยู่ และสิทธิของชนชาติ  
 คู่สงคราม และชนชาติเป็นกรณีเกี่ยวกับทรัพย์สินของชนชาติศัตรู ในปี ๑๗๘๘ ศาลสูง  
 แห่งมลรัฐเพนซิลวาเนียได้อนุญาตให้มีการฟ้องร้องในคดีที่ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ  
 ในเอกสิทธิความคุ้มครองกันทางการทูตได้<sup>๔๘</sup> ในช่วงระยะเวลาศตวรรษที่ ๑๙ ศาล  
 สหรัฐอเมริกาทั้งศาลมลรัฐและสหรัฐไค้ยอมรับหลักฐานในหลักการที่ถือว่ากฎหมายระหว่าง  
 ประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน อย่างไรก็ตามก็ยังมีคำวินิจฉัยของศาลซึ่งได้วินิจฉัย  
 ว่า ศาลยอมตองผูกพันโดยรัฐธรรมนูญที่จะตองบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งรัฐสภา  
 แมว่าจะขัดต่อจารีตประเพณีกฎหมายระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาที่มีผลบังคับอยู่แล้ว  
 ก็ตาม ดังในกรณีที่ศาลบังคับตาม Chinese Exclusion Act of 1888 แม้จะยอมรับว่า  
 กฎหมายฉบับนั้นขัดแย้งต่อสนธิสัญญากับจีนปี ๑๘๖๘ และ ๑๘๘๐<sup>๕๐</sup>

การที่ศาลอาจให้การบังคับตามสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศโดย  
 ตรง ไม่ตองสงสัยเลยว่ายอมเป็นการช่วยให้สหรัฐปฏิบัติภารกิจให้สอดคล้องกับหลักกฎหมาย  
 ระหว่างประเทศได้เป็นอย่างมาก เป็นการป้องกันการละเมิดสนธิสัญญาโดยกฎหมายมลรัฐ<sup>๕๑</sup>  
 ทำให้มีการตีความกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ  
 เมื่อกฎหมายนั้น ๆ เปิดช่องให้มีการตีความกว้างได้<sup>๕๒</sup> และยังอาจใช้กฎหมายระหว่าง  
 ประเทศและสนธิสัญญาได้ในกรณีทั่ว ๆ ไปที่ไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐโดยแจ้งชัดในทาง  
 รัฐสภาหรือประธานาธิบดีใดควย

<sup>๔๘</sup> Republica v. Long champs, 1 Dall 111 (Pa. 1784).

<sup>๕๐</sup> Q. Wright, Control of American Foreign Relations (New York, 1922) pp. 174, 260.

<sup>๕๑</sup> Ware & Hylton, 3 Dall. 199., ibid., p. 161-162.

<sup>๕๒</sup> Murray v. the Charming Betsey (2 Cranch 63); Q. Wright, "Conflicts of International Law with National Law and Ordinances," American Journal of International Law (11:1917) p. 10.

แม้ว่าในบางครั้งจะมีปัญหาโต้แย้งอยู่บ้าง ซึ่งส่วนใหญ่เป็นข้อโต้แย้งที่ว่า กฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมายภายในนั้นจะต้องมีความยินยอมโดยแจ้งชัดของสหรัฐก่อนจึงจะมีผลบังคับหรือไม่ ตัวอย่างคดีที่โต้แย้งข้อโต้แย้งนี้มีอยู่เป็นจำนวนมากน้อย <sup>๕๓</sup> แต่ที่ควรแก่การสนใจที่สุดน่าจะได้แก่คดี *MacLead v. United States* <sup>๕๔</sup> ซึ่งเป็นคดีที่เจ้าพนักงานสหรัฐอเมริกาในเมนิลาได้เรียกเก็บอากรขาเข้าจากโจทก์ในสินค้าที่นำเข้ามาในดินแดนที่สหรัฐอ้างว่าอยู่ในอารักขา หากแต่โดยข้อเท็จจริงอยู่ในความครอบครองของรัฐบาลของท้องถิ่น ศาลสูงแห่งสหรัฐได้มีคำสั่งให้คืนเงินอากรซึ่งเก็บตามกฎหมายที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศให้แก่โจทก์ ทั้งนี้กฎหมายจะต้องตีความใหม่มีผลบังคับภายในขอบเขตที่กฎหมายระหว่างประเทศได้อนุญาตให้ไว้ ศาลได้กล่าวตอนหนึ่งว่า

"รัฐบัญญัติควรจะตีความไปในทำนองที่เป็นความประสงค์ของรัฐบาลในการกระทำการให้สอดคล้องกับขอบเขตที่ถูกจำกัดโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การตระหนักดังกล่าวเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและภราดรภาพระหว่างประชาชาติ และเป็นการไม่ถูกต้องอย่างยิ่งที่จะสันนิษฐานว่า รัฐสภามีเจตนาที่จะละเมิดพันธะระหว่างประเทศของประเทศที่มีต่อประเทศอื่น ๆ การปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศนั้น นับเป็นจุดมุ่งหมายอันแจ่มแจ้งประการสำคัญที่ประธานาธิบดีพึงให้การระมัดระวังอย่างพิถีพิถันเป็นพิเศษ และถือได้ว่าเป็นหลักการหนึ่งที่เกิดขึ้นจากหลักการแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ" <sup>๕๕</sup>

๕๓

D.P. O'Connell, *op. cit.*, p. 62 n. 92.

๕๔

229 U.S. 416 (1913)

๕๕

*ibid.*, at p. 434.



### ๒.๒.๒ ในระบบกฎหมายโรมัน

ความคิดในทางทฤษฎีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ และระบบกฎหมายภายในส่วนใหญ่เป็นความคิดของนักนิติศาสตร์ในประเทศระบบกฎหมายโรมัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศเยอรมัน ซึ่งถือได้ว่าได้ให้กำเนิดแกทฤษฎีมอนนิสม์ และทวิลิสม์ ในขณะที่เกี่ยวกับกฎหมายประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายโรมันได้บัญญัติรวบรวมขึ้นเป็นประมวล หลักเกณฑ์ในการปกครองประเทศกฎหมายบัญญัติขึ้นเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในจึงพบได้ในรัฐธรรมนูญของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายโรมันเป็นพื้นฐาน เช่น บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส อิตาลี และประเทศในระบบกฎหมายอื่น ๆ อีกบางประเทศ

#### ๒.๒.๒.๑ ประเทศเยอรมัน

โดยที่ความคิดเกี่ยวกับการรับรู้ถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในในทางทฤษฎีส่วนใหญ่ได้มาจากอิทธิพลของนักนิติศาสตร์เยอรมัน ความคิดนี้ย่อมมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายของเยอรมันอยู่ไม่น้อย ในทางปฏิบัติกฎหมายระหว่างประเทศได้รับการรับรองจากศาลก่อนที่จะได้มีการรับรองแจ้งชัดโดยรัฐธรรมนูญ

ในยุคจักรวรรดิ นักเขียนยุคก่อน ๑๘๑๘ เกี่ยวกับเรื่องนี้ได้รับรองความคิดที่ว่าการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในต้องมาจากกฎหมายภายในโดยตรง โดยแบ่งทฤษฎีเกี่ยวกับการใช้กฎหมายระหว่างประเทศนี้ออกเป็น ๒ ทฤษฎี คือ Transformationstheorie เป็นทฤษฎีซึ่งกฎหมายภายในได้เข้ารับหน้าที่และแปลงหลักกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายใน และ Verweisungstheorie เป็นทฤษฎีซึ่งถือว่าเมื่อกฎหมายภายในมิได้ระบุถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศโดยแจ้งชัด หรือในกรณีที่กฎหมายภายในไม่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ ย่อมถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศ

ได้ถูกยอมรับโดยกฎหมายภายใน ในทางปฏิบัติของศาลในศตวรรษที่ ๑๙ หลักการยอมรับกฎหมายระหว่างประเทศก็ไม่สู้จะแตกต่างกับหลักปฏิบัติในอังกฤษมากนัก ในยุคสาธารณรัฐไวมาร์ ( Weimar Republic ) รัฐธรรมนูญไวมาร์ มาตรา ๔ ได้บัญญัติกฎหมายระหว่างประเทศรวมอยู่ในกฎหมายภายใน แต่โดยอิทธิพลของนักทฤษฎีทวิลิสต์ทำให้ได้รับการตีความว่า หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่จะมีผลบังคับในระบบกฎหมายภายใน จะต้องได้รับความยินยอมโดยแจ้งชัดก่อน และในขณะเดียวกันก็ถือว่ากฎหมายภายในมีค่าบังคับเหนือกฎหมายระหว่างประเทศ โดยยึดถือหลัก *lex posterior derogat le*<sup>๕๖</sup><sub>priori</sub> ต่อเมื่อเยอรมันเข้าสู่ยุคสหพันธ์สาธารณรัฐ ( Federal Republic ) การรับรองกฎหมายระหว่างประเทศมีค่าบังคับแก่กฎหมายภายในและให้สิทธิแก่คนต่างดาวโดยตรงก็มีบัญญัติโดยแจ้งชัดในกฎหมายรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน<sup>๕๗</sup> มาตรา ๒๕ ซึ่งมี  
 ความว่า :-

"หลักทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกมหาชน ยอมรับประกอบขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสหพันธ์รัฐ หลักนี้ย่อมมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายและก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงแก่มวลชนที่อาศัยอยู่ในดินแดนสหพันธ์รัฐ"

ในเบื้องต้น บทบัญญัตินี้ยอมให้การกระจางแจ้งพอสมควรในการให้ผลบังคับแก่กฎหมายระหว่างประเทศในศาลโดยตรง ในฐานะที่สูงกว่ากฎหมายเยอรมัน และสิทธิหน้าที่ของคนต่างดาวที่มีอยู่ใน "หลักทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ" ก็ได้รับความคุ้มครองจากบทบัญญัตินี้ แต่ในขณะเดียวกันได้มีงานของนักเขียนชาวเยอรมันจำนวนมาก<sup>๕๘</sup> ที่ได้พิจารณาปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการใช้บทบัญญัตินี้ ปัญหาในทางทฤษฎีเกี่ยวกับความสูงสุด

๕๖

D.P. O'Connell, *op. cit.*, p. 72

๕๗

The Basic Law of the Federal Republic of Germany

๕๘

ดูผลงานที่อ้างโดย D.P.O. 'Connell , *op.cit.*, p. 72 at  
 note 57 & 58.

ของกฎหมายระหว่างประเทศ ความหมายของ "หลักทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ" และกระบวนการที่แท้จริงของการที่ระบบกฎหมายหนึ่งได้ถูกค้ำแปลงเข้าสู่ระบบกฎหมายอีก ระบบหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัญหาความสูงสุดของกฎหมายระหว่างประเทศได้รับการพิจารณาในประเด็นที่ว่า เป็นความจริงหรือที่กฎหมายระหว่างประเทศได้ถูกถือว่าเป็นหลักแห่งรัฐธรรมนูญที่มีผลทั่วไปกฎหมายภายในที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศก็เป็นโมฆะ มีนักเขียนบางท่านซึ่งได้รับอิทธิพลของฝ่ายมอนิสม์ เห็นว่าฐานะแห่งความสูงสุดของกฎหมายระหว่างประเทศไม่เพียงแต่มีเหนือกฎหมายภายในทั่วไปเท่านั้น หากยังมีค้ำบังค้ำเหนือกว่ารัฐธรรมนูญอีกด้วย แต่ก็ไม่ได้รับการสนับสนุนจากนักเขียนส่วนใหญ่ ตามความในมาตรา ๒๕ โคแสดงให้เห็นว่า หลักกฎหมายระหว่างประเทศมีค้ำบังค้ำเหนือบทบัญญัติทั่วไป แต่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ<sup>๖๐</sup> ในขณะที่เดียวกันก็มีความเห็นแสดงว่ามาตรา ๒๕ นี้เป็นการจำกัดอำนาจรัฐธรรมนูญส่วนหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งเยอรมันโคเคยตัดสิน

ประเด็นเกี่ยวกับการจัดลำดับหลักกฎหมายระหว่างประเทศในความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่กำหนดขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ โคถือว่าหลักกฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในโดยอัตโนมัติไม่จำเป็นต้องมีการกระทำโคเพื่อการค้ำแปลง (Transformation) แต่ไม่อาจถือโคว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายรัฐธรรมนูญผลแห่งการนี้ Mosler จึงถือโคว่าเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงโคที่จะต้องจัดให้หลักการกฎหมายระหว่างประเทศอยู่ระหว่างกลางของรัฐธรรมนูญกับกฎหมายธรรมดา กล่าวโดยสรุปก็อาจถือโคตามความเห็นของ Constantopoulos ที่กำหนดฐานะของหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่า หลักกฎหมายระหว่างประเทศได้ถูกถือโคว่าเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ไม่อาจเพิกถอนโค<sup>๖๑</sup>

<sup>๕๕</sup> Figorsch, Die Einordnung Völkerrechtlicher Normen in des Recht der Bundesrepublik Deutschland (1959), p. 25; as cited by D.P. O Connell, op.cit., p. 73

<sup>๖๐</sup> D.P.O'Connell, loc.cit.

<sup>๖๑</sup>

Ibid., at note 63.

๒.๒.๒.๒ ประเทศฝรั่งเศส

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศขึ้นเป็นครั้งแรกได้แก่คำปรารภของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ๑๘๔๖ มีผลบังคับ ๒๗ ต.ค. ๑๘๔๖<sup>๖๓</sup> คำปรารภวรรคที่ ๑๔(๑) มีความว่า "สาธารณรัฐฝรั่งเศสด้วยความยึดมั่นในจารีตประเพณีแห่งตนให้ความเคารพต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกมหาชน" ต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ ๕ ของฝรั่งเศส ซึ่งได้รับการรับรองโดยประชามติเมื่อวันที่ ๒๔ กันยายน ๑๘๕๘ และประกาศใช้เมื่อวันที่ ๔ ตุลาคม ๑๘๕๘ อันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันก็ได้ให้การยืนยันหลักการในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ๑๘๔๖ ไว้ในคำปรารภเช่นกัน

แม้ว่าก่อนที่จะบัญญัติหลักการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในไว้ในรัฐธรรมนูญ ในทางปฏิบัติ ศาลฝรั่งเศสท่านเองเกี่ยวกับศาลของยุโรปประเทศอื่น ๆ อีกหลายประเทศ ก็ได้ตระหนักในหน้าที่ที่จะต้องบังคับหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศตามควรแก่กรณี แม้ว่าจะไม่มีข้อผูกพันตามรัฐธรรมนูญก็ตาม<sup>๖๔</sup> ท่านเองเกี่ยวกับศาลอังกฤษในยุคแรก ๆ คำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสในปัญหานี้ส่วนใหญ่เป็นเรื่องเอกสิทธิ์ความคุ้มกันทางการทูตซึ่งถือว่าเป็น *rule d'ordre public superieure* คำบังคับเหนือกฎหมายเอกชนทั้งปวง<sup>๖๕</sup> คำพิพากษาของศาลในศตวรรษที่ ๑๙ เป็นจำนวนไม่น้อยที่ได้ให้การสนับสนุนประเด็นที่ว่าหลักจารีตประเพณีแห่งกฎหมายระหว่างประเทศไม่จำเป็นต้องได้รับการบัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายภายในก็อาจบังคับได้ในศาลภายใน และยังอาจถือได้ว่าเป็นการขยายหลักการในประมวลกฎหมายอีกด้วย

<sup>๖๓</sup> Preuse "The Relationship of International Law to Internal Law in the French Constitution System," American Journal of International Law (44:1950), p. 643.

<sup>๖๓</sup> Amos G. Peaslee, Constitution of the Nations Vol.2 (Concord, N.H.: The Lawford Press, 1950) p. 11.

<sup>๖๔</sup>

D.P.O' Connell, op cit., p. 660.



เช่น ตามประมวลกฎหมายแห่งมาตรา ๑๔ ใ้คอนุญาตให้พลเมืองชาวฝรั่งเศสฟ้องร้อง  
 คนต่างศาที่ทั้งมีและไม่มีถิ่นที่อยู่ตอศาลฝรั่งเศสเพื่อการบังคับตามพันธกรณีที่เกิดขึ้นนอก  
 หรือในประเทศฝรั่งเศสได้ ศาลไทยขยายความว่า บทบัญญัตินี้มีใ้คอนุญาตให้ฟ้องร้อง  
 อธิบดีหรือทูตได้ เป็นต้น

### ๒.๒.๒.๓ ประเทศอิตาลี

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอิตาลีที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างอิตาลีกับกฎหมาย  
 ระหว่างประเทศและฐานะของคนต่างศาตามกฎหมายระหว่างประเทศ ใ้คมาตรา ๑๐  
 แห่งรัฐธรรมนูญปี ๑๙๔๘ ซึ่งมีความว่า

"ระบบกฎหมายอิตาลีสอดคล้องกับหลักทั่วไปแห่งหลักกฎหมายระหว่างประเทศ  
 ที่ได้รับการรับรองแล้ว

ฐานะทางกฎหมายของคนต่างศาถูกกำหนดโดยกฎหมายที่สอดคล้องกับหลัก  
 กฎหมายระหว่างประเทศ และสนธิสัญญา" ๖๕

ปัญหาในทางปฏิบัติก่อนที่หลักนี้ จะได้รับการบัญญัติลงในรัฐธรรมนูญ ใ้คมีการ  
 ตกเถียงกันอยู่ไม่น้อย ๖๖ แต่โดยทั่ว ๆ ไป เมื่อพิจารณาจากคดีส่วนใหญ่แสดงว่า  
 เสียข้งมากเห็นวามีการรับรองกฎหมายระหว่างประเทศโดยปริยาย ในปี ๑๙๕๐  
 สามปีหลังจากประกาศรัฐธรรมนูญ ศาลอิตาลีได้กล่าวในคดี *Colorni v. Ministry of*  
*War* ๖๗ ก่อนหน้าว่า :

๖๕

Amos J. Pealee, *op. cit.*, 3 rd ed., p 501.

๖๖

ความเห็นกฎหมายในคดี *Castiglioni v. Yugoslavia* (ILR  
 1952 C-se No 43).

๖๗

I.L.R., 1950 Case No. 138 as cited by D.P.O' Connell,  
*op cit.*, p.69.

"โคมีหลักอยู่จำนวนมากที่มีรากฐานอยู่บนความปรารถนาที่จะดำรงไว้ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างรัฐอารยะ และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐอารยะกับชนชาติของตน และชนชาติแห่งรัฐอื่น ๆ ... หลักเหล่านี้ได้ถูกนำมาใช้แล้วก่อนที่จะบัญญัติลงในมาตรา ๑๐ ... เป็นหลักที่ถือว่ากฎหมายภายในของอิตาลีต้องสอดคล้องกับหลักจารีตประเพณี กฎหมายระหว่างประเทศ"

#### ๒.๒.๒.๔ ประเทศอื่น ๆ

นอกจากประเทศที่กล่าวถึงข้างต้นแล้ว การให้ความรับรองแก่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศยังปรากฏในประเทศอื่น ๆ อีกเป็นจำนวนมาก ทั้งที่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง และที่ให้การรับรองโดยการปฏิบัติของศาล สำหรับกรณีหลัง เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ หลักการที่จะให้ความรับรองในความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับของกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในโคมีมาเป็นเวลานานแล้ว<sup>๖๘</sup> ท่านองเกี่ยวกับประเทศสวิสเซอร์แลนด์<sup>๖๙</sup> ประเทศลักเซมเบิร์กถือหลักในท่านองเกี่ยวกับประเทศอังกฤษ<sup>๗๐</sup> นอกจากนี้ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศก็ยังได้รับการพิจารณาในศาลของไซเวียตเซีย<sup>๗๑</sup> และฮังการี<sup>๗๒</sup> เช่นกัน

ส่วนประเทศอื่นที่มีบัญญัติหลักการนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐออสเตรเลีย<sup>๗๓</sup> และญี่ปุ่น รัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย มาตรา ๘ บัญญัติว่า

<sup>๖๘</sup> D.P. O'Connell, Op.cit., p. 76

<sup>๖๙</sup> Ibid., p. 77

<sup>๗๐</sup> Custodian of Enemy Property v Entinger, Am. Dig. 1949, 2.

<sup>๗๑</sup> G. Ginsborge, in AJIL, (59 : 1965), p. 523

<sup>๗๒</sup> Ignaz Seidl-Hohemveldren, "Relation of International Law and Internal Law in Austria," American Journal of International Law. (49, 1955)

<sup>๗๓</sup> See Istvan Arato, in AJIL, (43 : 1949), p. 451

"หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการรับรองแล้วโดยทั่ว ๆ ไป ย่อมมีผลเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสหพันธรัฐอเมริกัน" ส่วนมาตรา ๕๔ วรรค ๒ แห่งรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น บัญญัติว่า "สนธิสัญญาที่ไต่ทำขึ้นแล้วโดยญี่ปุ่น และหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการรับรองแล้วพึงได้รับการรักษาไว้โดยเคร่งครัด" ความหมายของมาตรานี้ได้รับการขยายความโดยรัฐบาลในสภาโคเอะ ( Diet ) ว่า กฎหมายระหว่างประเทศและสนธิสัญญาที่จะให้มีผลบังคับใช้ไม่เฉพาะแต่ในทางภายนอกกับญี่ปุ่นในฐานะที่เป็นรัฐ ๆ หนึ่งเท่านั้น แต่ยังมีผลบังคับใช้ภายในต่อรัฐบาล ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการและพลเมืองอีกด้วย ทั้งนี้จึงเป็นที่แจ้งชัดว่ากฎหมายระหว่างประเทศและสนธิสัญญา ย่อมมีผลบังคับใช้โดยตรงในศาลญี่ปุ่นมีบางท่านเห็นว่ามาตรา ๕๔ นี้จะใช้บังคับได้ในทำนองเดียวกับมาตรา ๖ ของรัฐธรรมนูญสหรัฐ แต่ส่วนใหญ่มีความเห็นว่า กฎหมายระหว่างประเทศและสนธิสัญญามีค่าบังคับเหนือกฎหมายธรรมดา ๗๕

ในการที่กฎหมายรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ศาลบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยตรงยอมทำให้รัฐสามารถปฏิบัติการให้สอดคล้องกับพันธระหวางประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ดีกว่าประเทศที่จำกัดอำนาจศาลอยู่แต่เพียงกฎหมายภายในของรัฐ ๗๕ และเป็นการลดปริมาณข้อพิพาทระหว่างประเทศหรือสาเหตุที่จะให้เกิดการเรียกร้องทางการทูตลงด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของชนต่างดาว เมื่อระบบกฎหมายภายในของรัฐได้สอดคล้องกับระบบกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นที่มาแห่งสิทธิของชนต่างดาวที่สำคัญที่สุดแล้ว เมื่อคนต่างดาวได้รับความเสียหายโดยองค์กรแห่งอำนาจใดอำนาจหนึ่งไม่ว่าจะเป็นนิติบัญญัติหรือบริหาร คนต่างดาวย่อมขอความคุ้มครองจากศาลภายใน อาจอ้างหลักจารีตประเพณีต่อศาลภายในได้โดยตรง

๗๕ Yuichi Takano "Conclusion and Validity of Treaties in Japan", Japanese Annual of International Law (3: 1964) p. 9.

๗๖ Q. Wright, "International Law in its Relation to Constitution Law", op. cit., p. 236.

ประสิทธิภาพของความคุ้มครองนี้ยิ่งสูงขึ้น สำหรับประเทศที่ถือว่าค่าบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศมีเหนือกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งคนต่างศาวยอมสามารถอ้างกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อคบบกลางการกระทำทั้งปวงของรัฐที่ขัดกับหลักจารีตประเพณีดังกล่าวได้

๓. สิทธิของคนต่างศาวตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

แม้ว่าในสมัยปัจจุบันบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของคนต่างศาวโดยตรง ยังไม่อาจพบได้ในรัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่ เนื่องจากความกึกที่ว่ารัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของพลเมืองเท่านั้น แต่บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองสิทธิคนต่างศาวนั้นก็ยังมีมาตั้งแต่สมัยกลาง ในเอกสารที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญรู้จักกันดีในฐานะของ "รัฐธรรมนูญฉบับแรกของโลก" แม็กนาคาร์ตา (Magna Carta) เอกสารคุ้มครองสิทธิของพลเมืองอังกฤษที่ตราขึ้นในปี ๑๒๑๕ บทบัญญัติส่วนใหญ่เป็นเรื่องเกี่ยวกับชาวอังกฤษโดยตรงและมีที่บัญญัติให้ความคุ้มครองแก่พอลคาต่างศาวคือ มาตรา ๔๑ ซึ่งบัญญัติไว้เป็นความว่า

" บรรดาพอลคายอมใคร่รับความคุ้มครองและความปลอดภัยในการเดินทางเข้ามาและออกจากอังกฤษ และอยู่อาศัยและเดินทางในอังกฤษไ้ทั้งทางบกและทางน้ำ ในการซื้อและการขายให้ปลอดจากค่าธรรมเนียมอันมิชอบทั้งปวง (mala tallia) นอกจากที่มีอยู่ก่อนแล้วแต่โบราณและเป็นอากรโดยชอบ ทั้งนี้เว้นแต่ในยามสงครามผู้ซึ่งมาจากประเทศปรักษ์ (ยอมไม่ใคร่รับความคุ้มครอง) และถ้าหากว่าพบบุคคล (คนชาติปรักษ์) ดังกล่าวในดินแดนแห่งเราในระหว่างที่มีศึกสงคราม ก็ให้คุมตัวบุคคลนั้นไว้โดยมิให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่ร่างกายและทรัพย์สินของเขาจนกระทั่งเราหรือหัวหน้าศาลแห่งเรา (our chief justiciar ) ไ้ประจักษ์แจ้งว่า พอลคาแห่งดินแดนเราได้รับการปฏิบัติอย่างไรในประเทศปรักษ์ และหากว่าพอลคาแห่งเราปลอดภัย ณ ดินแดนแห่งนั้น (คนชาติปรักษ์) อื่น ๆ ย่อมใคร่รับความปลอดภัยในดินแดนเรากลับ" ๓๖

๓๖ J.C. Holt, Magna Carta, Reprint, (Cambridge: The University Press, 1969), p. 327-8.



เนื่องจากการค้าทั้งภายในและภายนอกในสมัยกลางต้องขึ้นอยู่กับ การได้รับ พระบรมราชานุญาตจึงจะทำได้ หลักนี้การในมาตรานี้จึงได้เกิดขึ้นควบคู่กับหลักทาง เศรษฐกิจ และกฎหมายอื่น ๆ อีกรวมทั้งสิ้น ๒๓ มาตราที่บรรจุอยู่ใน Magna Carta มาตรานี้ตราขึ้น เพื่อให้หลักประกันแก่พสกนิกรโดย เฉพาะ โดยให้ความคุ้มครองในชีวิตและทรัพย์สิน เสรีภาพในการประกอบการค้าและวางข้อจำกัดในการจัดเก็บภาษีอากรด้วย <sup>๑๖๖</sup>

ในสมัยปัจจุบันบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่อิทธิของ ประชาชนยังคงเป็น สาร สำคัญประการหนึ่งของรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ แต่บท บัญญัติส่วนนี้บางประเทศก็จำกัดอยู่แต่เฉพาะการให้ความคุ้มครองแก่พลเมืองแห่งตนเท่านั้น บางประเทศก็บัญญัติให้การคุ้มครองแก่ประชาชนทั้งมวลในดินแดนโดยไม่จำกัดชาติ แต่ บางประเทศก็บัญญัติรับรองอย่างแจ่มชัดให้ขยายความคุ้มครองนี้ถึงคนต่างด้าวด้วย ใน กรณีที่สิทธิของคนต่างด้าวได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ จะเป็นโดยบทบัญญัติของ รัฐธรรมนูญโดยแจ่มชัดหรือโดยการตีความของศาลก็ดี คนต่างด้าวย่อมสามารถที่จะอ้าง ความเสียหายแก่กฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญได้ ตัวอย่างรัฐธรรมนูญซึ่งให้ความคุ้มครอง สิทธิของคนต่างด้าวอย่างมีประสิทธิภาพด้วยการตีความของศาลได้แก่รัฐธรรมนูญ สหรัฐอเมริกา

ในเมืองต้นเมื่อพิจารณาความในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาแล้ว จะพบบทบัญญัติที่เกี่ยวกับคนต่างด้าวเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ทั้งยังมีใช้เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับ สิทธิของคนต่างด้าวหรือเกี่ยวของโดยตรงต่อคนต่างด้าวแต่อย่างใด หากแต่เป็นบทบัญญัติ เกี่ยวกับคุณสมบัติของบุคคลที่จะเข้าดำรงตำแหน่งทางการเมือง เช่น ผู้ที่จะเข้าดำรงตำแหน่ง

๑๖๖

William F. Swindler, *Magna Carta, Legend and Legacy* (New York : The Bob-Merrill Co., Inc., 1965) pp. 322-323.

ประธานาธิบดีต้องเป็นพลเมืองโดยกำเนิด ส่วนสมาชิกวุฒิสภาต้องเป็นพลเมืองมาแล้ว  
 อย่างน้อย ๕ ปี และสำหรับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอย่างน้อย ๗ ปี<sup>๗๕</sup> บทบัญญัติ  
 ของรัฐธรรมนูญนี้จึงมีลักษณะเป็นการรอนสิทธิของคนต่างด้าว มิใช่เป็นการคุ้มครอง ส่วน  
 บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิมิได้มีการกล่าวถึง "คนต่างด้าว" เลย  
 ยิ่งไปกว่านั้น ความในคำปรารภของรัฐธรรมนูญเอง ก็ก่อให้เกิดความสงสัยว่าผู้จัดร่าง  
 รัฐธรรมนูญคงมีความประสงค์จะขจัดคนต่างด้าวจากความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ  
 ดังความในคำปรารภที่ว่า "เราประชาชน แห่งสหรัฐอเมริกา เพื่อที่จะ... แสวงหา  
 ความเชิดชูเสรีภาพแก่พวกเราและอนุชนของเรา จึงได้บัญญัติและจัดทำรัฐธรรมนูญนี้  
 ขึ้น..." ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้ใช้คำว่า "ประชาชน" (The people) อยู่หลาย  
 แห่ง เช่น "สิทธิของประชาชนในการรวมสมาคมโดยสงบ และเพื่อกារยื่นเรื่องราวร้อง  
 ทูลขอต่อรัฐบาลเพื่อการบำบัดความเดือดร้อน" จะต้องมีถูกปฏิเสธโดยกฎหมายรัฐสภา  
 (รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ ๑) สิทธิของประชาชน ในการมีและพกอาวุธปืน  
 จะต้องมีถูกละเมิด (รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ ๒) และ "สิทธิของประชาชน  
 ในการที่จะได้รับความมั่นคงในชีวิต.... โดยปลอดจากการถูกค้นและยึดทรัพย์โดยปราศ  
 จากเหตุผล จะต้องมีถูกละเมิด...." (รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ ๕) คำว่า  
 ประชาชนในบทบัญญัติต่าง ๆ เหล่านี้ชวนให้เห็นไควว่าอาจหมายถึง "ประชาชนแห่งสหรัฐ  
 อเมริกา" ที่ปรากฏอยู่ในคำปรารภ ข้อสันนิษฐานนี้ดูจะมีน้ำหนักยิ่งขึ้นเมื่อพิจารณาถึง  
 เสรีภาพอันที่ได้รับความคุ้มครองใน "Bill of Rights" นั้นมิได้เป็นหลักประกันที่ไว้  
 แก่ "ประชาชน" หากแต่ได้ใช้ถ้อยคำที่รัดกุมกว่า เช่น "ไม่มีผู้ใด (No person)

<sup>๗๕</sup> U.S. Constitution, Section 1, See also Samuel Maclintock, "Aleins under the Federal Law of United States", Illinois Law Review (3: 1908), pp. 493-511.

จำต้องตอบคำถามในอาชญากรรมร้ายแรง เว้นแต่จะถูกเสนอตัวหรือฟ้องร้องต่อแกรนจิวรี (รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ ๕) "ในการฟ้องร้องคดีอาญาทั้งปวงผู้ต้องหา มีสิทธิที่จะเร่งรัดคดีและได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย... (รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ ๖) และในที่สุดก็ไต่ถามมาไขคำว่า "ประชาชน" อีกในกรณีที่ประสงค์จะส่งวนสิทธิไว้ให้เป็นของพลเมืองโดยเฉพาะ เช่น "การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติสิทธิประเภทต่าง ๆ ไว้นี้มีใ้หมายคามว่าเป็นการปฏิเสธหรือวิครอนสิทธิที่มีอยู่แล้วของประชาชน" (รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ ๕) เป็นต้น หากวาพิจารณาตามนี้แล้ว ควนสรุปวากฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของคนต่างคาวก็เป็นความผิดพลาดอย่างฉกรรจ์ความมีอำนาจอย่างไม่มีขอบเขตจำกัดของศาลสูงสหรัฐอเมริกา ทำให้ศาลได้ตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในทางใ้ให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนทั้งที่เป็นพลเมืองและคนต่างคาวอย่างกว้างขวางที่สุด หากกรณีใดที่ไม่ถูกจำกัดโดยแจ้งชัดหรือไมกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของรัฐแล้ว ศาลมักจะตีความใ้ประชาชนซึ่งรวมถึงคนต่างคาวใ้ได้รับความคุ้มครองความเป็นอิสระของศาลนี้ทำให้ศาลสูงแห่งสหรัฐใ้ได้รับการยกย่องวาใ้โครงสร้างบทกฎหมายปรัชญาจากการตีความรัฐธรรมนูญขึ้น และโดยการตีความนี้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในส่วนใ้ใ้หลักประกันเกี่ยวกับความคุ้มครองสิทธิของ "ประชาชน" ส่วนใหญ่ใ้ได้รับการตัดสินหรืออย่างน้อยก็สันนิษฐานวา ใ้ซึ่งคัมแกพลเมืองและคนต่างคาวโดยเท่าเทียมกัน

ดังนั้น ในเบื้องต้นนี้จึงอาจวางหลักใ้วาคคนต่างคาวที่อยู่ภายในดินแดนของสหรัฐอเมริกา มีสิทธิใ้ใ้ใ้ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะอย่างยิ่งใ้บทบัญญัติที่รู้จักกันในฐานะ Bill of Rights และการแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๑๔ ๑๕ ได้ใ้ให้ความคุ้มครองแก่คนต่างคาวโดยเท่าเทียมกับพลเมืองสหรัฐ

อย่างไรก็ดีความเท่าเทียมกันนี้มีความหมายเฉพาะในแง่ความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากตีความความว่ามีสิทธิทำนองเดียวกันทุกประการไม่ ก็จะโคเห็นต่อไปว่า คนต่างดาวโคสิทธิตามรัฐธรรมนูญน้อยกว่าพลเมืองอเมริกันในหลาย ๆ กรณี อนึ่ง พึงสังเกตุว่าคนต่างดาวที่จะโคได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนั้นในเบื้องต้นจะคงอยู่ในเขตอำนาจแห่งสหรัฐ ๘๐ ผู้ที่ยังไม่โคเขาเมืองอย่างทางการ ๘๑ หรือผู้ที่ยังไม่อยู่ในอำนาจของสหรัฐยอมไม่มีสิทธิที่จะโคได้รับความคุ้มครองนี้ ทั้งนี้ จึงอาจจะวางเป็นหลักทั่วไปโคว่าคนต่างดาวทุกคนที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเพียงชั่วระยะเวลาอันสั้นหรือยาวนานก็ตาม ต่างก็มีสิทธิที่จะโคได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญตลอดระยะเวลาที่โคมีอนุญาตจากรัฐบาลโคอยู่ในประเทศ ซึ่งรวมถึงความคุ้มครองตามกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิในชีวิตและทรัพย์สินและกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญาทั้งปวง ๘๒

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่โคความคุ้มครองคนต่างดาวซึ่งคนต่างดาวอาจกล่าวอ้างโคยอมพิจารณาโคจากข้อความในบทบัญญัตินั้น ๆ เองประกอบกับการโคความของศาลบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเป็นจำนวนไม่น้อยที่โคแสดงให้เห็นว่าคนต่างดาวอาจขื่นต่อสูเพื่อการคุ้มครองสิทธิของตนโค คนต่างดาวโคถูกโคถือว่าเป็น "บุคคล" (person) ในความหมายของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ ๕ ที่ ๖ และที่ ๑๔ ๘๓ คนต่างดาวโคได้รับความคุ้มครองจากการแทรกแซงของสภาในการที่จะโคมาซึ่งหมายปล่อย (habeas corpus) เว้นแต่ในกรณีที่จะเป็นอันตรายต่อสาธารณะ ๘๔ ความคุ้มครอง

๘๐ Johnson v. Eisentranger, 339 U.S. 763.

๘๑ U.S. v. Ju Toy, 198 U.S. 253.

๘๒ American Jurisprudence 2ed. Vol. 3 p. 852.

๘๓ Wong Wing v. U.S., 163 U.S. 228 (1896).

๘๔ U.S. Constitution. Art. 1 § 9 Cl. 2.



การที่จะถูกกระทบกระเทือนจากกฎหมายที่มีผลย้อนหลัง ความคุ้มครองจากบทบัญญัติที่ว่า  
 ไม่มีผู้ใดจะต้องถูกบังคับให้ตอบคำถามในคดีอาญารายแรง เว้นแต่จะเป็นการ เสนอตัว  
 หรือควมการฟ้องร้องต่อแกรนจิวรี่ และความคุ้มครองจากการยึดทรัพย์ เพื่อสาธารณประโยชน์  
 โดยไม่ได้รับค่าตอบแทนโดยยุติธรรม ๘๕ บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่จำเลยที่มีอำนาจ  
 ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา เพื่อที่จะไต่ถามซึ่งพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายตน ๘๖  
 และให้หลักประกันแก่การที่จะถูกเรียกเงินประกันหรือค่าปรับในอัตราที่สูงผิดปกติหรือการ  
 ลงโทษที่ทารุณโหดร้ายและผิดปกติ ๘๗ นอกจากนี้โดยทั่ว ๆ ไป คนต่างคว่ายังมีสิทธิใน  
 เสรีภาพจากการกระทำที่ไม่สมเหตุผลในการค้าและการยึดทรัพย์ ๘๘

อย่างไรก็ดี ตามข้อความแห่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญนั้นเองได้สงวนความคุ้มครอง  
 ตามรัฐธรรมนูญหลายประการให้ไว้แก่พลเมือง ( citizen ) โดยเฉพาะ ภายใต้บทบัญญัติ  
 คึงกล่าวคนต่างควาย่อมไม่อาจเรียกร้องเอกสิทธิ์หรือความคุ้มครองให้เท่าเทียมกับพลเมือง  
 ได้ ลักษณะข้อสงวนในประเภทนี้ได้แก่บทบัญญัติที่ว่า "พลเมืองแต่ละรัฐมีสิทธิที่จะได้รับเอก  
 สิทธิและความคุ้มครองทั้งปวงในรัฐต่าง ๆ" ๘๙ และบทบัญญัติที่ว่า "ไม่มีรัฐใดจะตราหรือ  
 บังคับกฎหมายที่เป็นการละเมิดต่อเอกสิทธิ์หรือความคุ้มครองของพลเมืองแห่งสหรัฐอเมริกาได้" ๙๐  
 นอกจากนี้โดยหลักทั่วไป ถือว่าเฉพาะพลเมืองเท่านั้นที่อาจใช้สิทธิออกเสียงเลือกตั้งได้

---

๘๕ 5<sup>th</sup> Amendment.  
 ๘๖ 6<sup>th</sup> Amendment.  
 ๘๗ 8<sup>th</sup> Amendment.  
 ๘๘ 4<sup>th</sup> Amendment.  
 ๘๙ U.S. Constitution, Art. 4 Cl. 2.  
 ๙๐ 14<sup>th</sup> Amendment.

คนต่างควายอมจะต้องถูกจำกัดสิทธินี้<sup>๕๑</sup> คนต่างควายอมไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้  
บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ว่า ประชาชนมีสิทธิที่จะวิพากษ์วิจารณ์การกระทำของรัฐบาลคน  
ในกรณีที่มีเหตุผลสมควรใด คนต่างควายอมไม่ได้รับเอกสิทธิและไม่มีเสรีภาพในการพูด  
หรือพิมพ์ ข้อความที่ขาดความจงรักภักดีใส่ร้ายป้ายสี รัฐบาลหรือให้การสนับสนุนแก่ฝ่าย  
ตรงข้ามรัฐบาล เป็นต้น

สิทธิในความเสมอภาคตามกฎหมายและความคุ้มครองในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีตาม  
กฎหมาย

บทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญที่ได้มีการ  
กล่าวอ้างมากที่สุด ได้แก่รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๑๘ (ซึ่งมีผลบังคับเมื่อ ๒๕  
กรกฎาคม ๑๙๖๘ และรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๕ (มีผลบังคับ ๑๕ ธันวาคม ๑๙๕๑  
เป็นการแก้ไขครั้งแรก รวม ๑๐ ฉบับคือ รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๑ ถึงฉบับที่ ๑๐)  
ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองความเสมอภาคตามกฎหมายและสิทธิที่จะได้รับการดำเนิน  
กระบวนการพิจารณาคดีตามกฎหมาย (due process of Law) รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม  
ครั้งที่ ๑๘ มาตรา ๑ บัญญัติความว่า :

"บุคคลทั้งหลายที่เกิดหรือแปลงชาติในสหรัฐ และอยู่ภายใต้อำนาจของ  
สหรัฐเป็นพลเมืองแห่งสหรัฐและมลรัฐซึ่งบุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่ มลรัฐใด ๆ หากอาจบัญญัติหรือ  
บังคับกฎหมายใด ๆ อันจะเป็นการละเมิดเอกสิทธิและความคุ้มครองต่อพลเมืองแห่งสหรัฐ  
ใดไม่ ทั้งมลรัฐยอมไม่อาจที่จะริรอนสิทธิในชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคลใด ๆ  
โดยปราศจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีตามกฎหมายอีกทั้งยังไม่อาจปฏิเสธความ  
คุ้มครองแก่บุคคลใด ๆ ที่อยู่ ในเขตอำนาจในความเสมอภาคตามกฎหมายด้วย"

<sup>๕๑</sup> 15<sup>th</sup> & 19<sup>th</sup> amendment.

ส่วนความในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๕ มีดังนี้

“ไม่มีบุคคลใดจะตองถูกหนวงเหนียวเพื่อการตอบคำถามในคดีหมั้นตโทษหรืออาชญากรรมรายแรง เว้นแต่จะเป็นการเสนอหรือฟ้องรองตอแกรนคัวร์ ทั้งนี้นอกจากคดีที่เกิดขึ้นในกองทัพบกหรือเรือหรือในกองทัพอาสาสมัคร ในการปฏิบัติหน้าที่ในยามสงครามหรือในภยันตรายตอสาธารณชน อีกรั้งบุคคลใด ๆ ยอมไมตองได้รับการปฏิบัติด้วยความแตกต่างกันสำหรับความผิดเดียวกันในการที่จะให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่ชีวิตและร่างกายสำหรับในคดีอาญาที่ไม่จำตองถูกบังคับให้เป็นพยานปรักปรำตนเอง นอกจากนี่ยังตองไมถูกริครอบสิทธิในชีวิตเสรีภาพ และทรัพย์สินโดยปราศจากการดำเนินกระบวนการคดีตามกฎหมายและทรัพย์สินของเอกชน ยอมไมอาจถูกนำมาใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์โดยปราศจากการให้คาคคแทนที่ยุติธรรม”

คำพิพากษาของศาลสูงแห่งสหรัฐเป็นจำนวนมากได้ยืนยันว่าคนต่างคาวไคได้รับความคุ้มครองในสิทธิที่จะได้รับความเสมอภาค การดำเนินกระบวนการคดีตามกฎหมายทั้งตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๕ และฉบับที่ ๑๔ ลักษณะแตกต่างที่สำคัญของสิทธิการดำเนินกระบวนการระหว่างรัฐธรรมนูญสองฉบับนี้ คือฉบับแรกเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิจากการกระทำของสหรัฐ ส่วนฉบับหลังเป็นกรณีของมลรัฐ ดังนั้นคนต่างคาวในฐานะที่เป็นผู้อาศัยอยู่ในมลรัฐยอมได้รับความคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๑๔ จากการกระทำของมลรัฐในกรณีสิทธิในชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สิน โดยปราศจากการดำเนินกระบวนการคดีของศาล และในกรณีที่เป็นกรกระทำของรัฐบาลกลาง คนต่างคาวก็ได้รับความคุ้มครองในทำนองเดียวกันโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๕

ในคดี Wong Wing V. United States ศาลไคกล่าวตอน

หนึ่งว่า

๑๒ 163 U.S. 228; 41 Led. 140.

"คำว่าบุคคลซึ่งใช้ในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ ๕ ก็นับความกว้างพอที่จะรวมบุคคลใด ๆ และมนุษย์ทุกคนซึ่งอยู่ในอาณาเขตของสหรัฐได้ คนต่างดาวโดยกำเนิดที่มีถิ่นที่อยู่ก็มีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายท่านเองเดียวกับพลเมือง คนต่างดาวนั้นจะต้องเคารพกฎหมายของประเทศที่ตนมีภูมิลำเนา ดังนั้น ควรที่จะมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายนั้นเท่าเทียมกันด้วย"

คนต่างดาวที่มีถิ่นที่อยู่โดยชอบด้วยกฎหมายในสหรัฐอเมริกาจึงได้รับความคุ้มครองป้องกันมิให้ถูกรีดรอนสิทธิในชีวิต เสรีภาพและทรัพย์สินโดยปราศจากการพิจารณาคดีของศาล ทั้งรัฐบาลของสหรัฐและมลรัฐยอมไม่อาจ ... กีดกันสิทธิของประชาชนในการประกอบอาชีพบางอย่างเป็นเพียงเพราะเหตุว่าประชาชนนั้นเป็นชาวจีน <sup>๕๓</sup> พลคนต่างดาวออกจากงานเพียงเหตุที่เขาไม่ใช่เป็นพลเมือง <sup>๕๔</sup> ห้ามมิให้เขาหาปลาเพราะเขาไม่อาจได้มาซึ่งความเป็นพลเมือง <sup>๕๕</sup> หรือยึดทรัพย์สินของคนต่างดาวที่มีเชื้อชาติ ศักดิ์ศรีโดยมิได้ชดเชยค่าทดแทน <sup>๕๖</sup> นอกจากนี้ศาลยังได้ตัดสินว่าคนต่างดาวได้รับความคุ้มครองเสรีภาพในการพูด <sup>๕๗</sup> และการให้ความคุ้มครองในสิทธิของคนต่างดาวที่จะได้รับการดำเนินกระบวนการพิจารณานี้เป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารที่พึงให้การเคารพด้วย <sup>๕๘</sup>

<sup>๕๓</sup> Yick Wo v. Hopkins; 118 U.S. 356 (1886).

<sup>๕๔</sup> Truax v. Raich; 239 U.S. 33 (1915).

<sup>๕๕</sup> Takahashi v. Fish v. Fish v Games Commission 234 U.S. 410 (1948).

<sup>๕๖</sup> Russian Volunteer Fleet v. U.S; 228 U.S. 481 (1931).

<sup>๕๗</sup> Bridges v. Wixon; 326 U.S. 135 (1945).

<sup>๕๘</sup> Wong Yong Sung v. McGrath 339 U.S. 33-49 (1950).



ความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๕ นี้ รวมถึงกรณีที่คุณ  
ต่างท้าวจะไม่ถูกเนรเทศ ๔๔ หรือกักขังโดยปราศจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาตาม  
กฎหมายด้วย ทั้งนี้โดยถือหลักว่า คนต่างท้าวเมื่อใดที่เข้าประเทศมาแล้ว แม้จะ  
เป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม การที่จะถูกขับไล่ออกไปได้อีกควรจะได้รับการปฏิบัติให้  
สอดคล้องกับจารีตประเพณีของมาตรฐานความยุติธรรมแห่งกระบวนการพิจารณาคดีตาม  
กฎหมายที่มีอยู่

ในคดี Kwong Hai Chew v. Colding วินิจฉัยว่า :-

"ชาวเรือซึ่งเป็นคนต่างท้าวได้มีถิ่นที่อยู่โดยชอบด้วยกฎหมายในสหรัฐอเมริกา  
และได้เดินทางออกจากประเทศสหรัฐอเมริกาโดยเป็นลูกเรือของเรืออเมริกา เมื่อเสร็จ  
จากเที่ยวเรือนั้นแล้ว คนต่างท้าวคนนี้ได้กลับพร้อมกับเรือนั้นเข้ามาในสหรัฐอเมริกาและเขา  
ยังคงประจำอยู่ในเรือนั้น ทั้งนี้ คนต่างท้าวคนนี้ยังมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ  
แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๕ ในการที่จะได้รับการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามกฎหมาย"

อย่างไรก็ดีแม้ว่าสิทธิในการให้ความคุ้มครองที่คนต่างท้าวจะได้รับการดำเนิน  
กระบวนการพิจารณานั้นจะใช้กับกรณีเนรเทศ แต่โดยปกติไม่ใช้กับกรณีที่ปฏิเสธการรับคน  
ต่างท้าวเข้าเมือง ด้วยเหตุผลที่ว่าเมื่อบุคคลเมื่อยังมิได้เข้ามาอยู่ในเขตอำนาจแห่ง  
สหรัฐอเมริกายังไม่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญสหรัฐ

แม้ว่าคนต่างท้าวในประเทศสหรัฐอเมริกาจะได้รับความคุ้มครองตามรัฐ  
ธรรมนูญเท่าเทียมกับพลเมืองในหลาย ๆ กรณี โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้การ  
รับรองความเสมอภาคในกฎหมายระหว่างคนต่างท้าวและพลเมืองและโดยการสนับสนุน  
ของศาลโดยเหตุผลที่ว่า คนต่างท้าวที่มีถิ่นที่อยู่เป็น "ส่วนหนึ่งแห่งประชากร"  
สหรัฐ ๑๐๑ แต่ก็ไม่มีบทบัญญัติส่วนใดในรัฐธรรมนูญที่ห้ามมิให้มีการกำหนดความแตกต่าง

๔๔ คดีศาลสูงสหรัฐจำนวนมากที่ได้ให้คำวินิจฉัยเกือบเป็นแนวเดียวกันว่า  
การเนรเทศคนต่างท้าวซึ่งมิใช่ชนชาติศัตรูจะกระทำใดต่อเมื่อได้  
ดำเนินกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายแล้ว

๑๐๐ 344 U.S. 590.

๑๐๑ "part of the population"; Recent Case in Harvard  
Law Review Vol. 67, p. 341

กันในสัญชาติ ในคดี *Cockrill v. California*<sup>๑๐๒</sup> ศาลสูงสหรัฐได้กล่าวไว้ว่า :  
 "บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองในความเสมอภาคมิได้ห้ามให้มีความแตกต่างในกฎหมายของ  
 มลรัฐในทุกกรณีระหว่างพลเมืองกับคนต่างด้าวที่มีถิ่นที่อยู่ในมลรัฐนั้น"

โดยทั่ว ๆ ไปมูลฐานแห่งความแตกต่างกันในฐานะระหว่างคนต่างด้าวกับ  
 พลเมืองทำให้มีการปฏิบัติที่แตกต่างอย่างสมเหตุผลเกี่ยวกับการใช้อำนาจเพื่อการรักษาความ  
 สงบเรียบร้อยได้ ศาลสูงสหรัฐได้ตัดสินว่ารัฐสภาใช้อำนาจที่จะตรากฎหมายเกี่ยวกับการ  
 ยอมรับคนต่างด้าวเข้าเมืองและอาจถูกเนรเทศได้ในกรณีที่มีเหตุผล ในการรับคนต่าง  
 ด้าวเข้าเมืองนี้อาจกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับความประพฤติไว้ได้ ซึ่งมีผลทำให้คนต่างด้าว  
 อาจถูกเนรเทศได้หากได้ปฏิบัติผิดเงื่อนไข แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของ  
 รัฐธรรมนูญ รัฐสภาหาอาจตรากฎหมายขึ้นเพื่อวางข้อกำหนดอย่างกว้าง ๆ โดยทั่ว ๆ ไป  
 ได้ไม่ ทั้งนี้ เพราะอาจเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๑ ซึ่งกำหนด  
 ขอบเขตอำนาจของรัฐสภาในการบัญญัติกฎหมายไว้ ในขณะที่เดียวกันโดยหลักเสมอภาคที่จะ  
 ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๑๔ ศาลได้จำกัดขอบเขตการตรา  
 กฎหมายของมลรัฐเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติต่อคนต่างด้าวจะต้องเป็นการ "แบ่งแยกโดยสม  
 เหตุผล" <sup>๑๐๓</sup> คำพิพากษาของศาลสูงเกี่ยวกับการจำแนกประเภทแห่งสิทธิของคนต่างด้าว  
 ถูกจำกัดโดยกฎหมายจึงมักไม่สอดคล้องกันทั้งหมดเพราะความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ  
 ในกรณีนี้ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงของ "ความสมเหตุผล" แต่อาจวางหลักกว้าง ๆ ว่า กรณีที่  
 เกี่ยวกับผลประโยชน์ของชาติหรือความปลอดภัยสาธารณะ คนต่างด้าวย่อมจะถูกริถอนสิทธิได้

<sup>๑๐๒</sup> 268 U.S. 258.

<sup>๑๐๓</sup> "reasonable classification" *Traux v. Raich*, 239 U.S.

เช่น ในการที่รัฐจะวางระเบียบเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ  
ยอมเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐโดยแท้ รัฐอาจสงวนสิทธินี้ไว้เฉพาะพลเมืองด้วยการ  
ตรากฎหมายจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวจากการประกอบกิจกรรมประเภทนี้ได้ ๑๐๘

จากบรรดาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลสูง  
สหรัฐในเรื่องเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิของคนต่างด้าวบางคน อาจถือเป็น  
หลักได้ว่า คนต่างด้าวได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับพลเมือง เพียงแต่  
มีอัตราความคุ้มครองค่อนกว่าบางในบางกรณีเท่านั้น นอกจากประเทศสหรัฐอเมริกา  
แล้ว การให้ความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแก่คนต่างด้าวก็ยังมีอยู่ในประเทศอื่น ๆ อีก  
หลายประเทศ นอกเหนือจากส่วนที่ให้ความคุ้มครองด้วยการบัญญัติสร้างความสัมพันธ์  
ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้พิจารณาแล้ว บทบัญญัติที่  
ให้สิทธิแก่คนต่างด้าวโดยตรงก็มีในรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธสาธารณรัฐเยอรมัน  
ประเทศญี่ปุ่น ประเทศอินเดีย ๑๐๙ และประเทศอื่น ๆ อีกหลายประเทศ โดยเฉพาะ  
อย่างยิ่งประเทศในแถบอเมริกาที่ถือหลักว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่พลเมือง  
และคนต่างด้าวเท่าเทียมกัน โดยมีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิของคนต่างด้าวควบไป  
กับบทบัญญัติที่รอนสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศในขณะเดียวกันด้วย ดังนั้น  
จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นที่มาแห่งสิทธิของคนต่างด้าวแหล่งหนึ่งที่มีความ  
สำคัญไม่น้อยไปกว่ากฎหมายระหว่างประเทศและสนธิสัญญาซึ่งได้พิจารณาแล้ว. ๑๐๖

๑๐๘ American Jurisprudence, 2nd ed. Vol. 3, p. 856.

๑๐๙ P.K. Tripathi "Nature and Scope of Fundamental Rights  
in India, LEWISIA (2:2:1971) p. 28

๑๐๖ คู่มือขอ ๓.๒.๑.๒ ของวิทยานิพนธ์นี้.