နိုင်ငံတကာ ဥပဒေဆိုင်ရာ တရားဝင် အရင်းအမြစ်များ၏ မသေချာ မရေရာမှု၊ နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေနှင့် ၎င်း၏ ပြဿနာ အချို့

Jorg Kammerhofer, 2004, Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary Law and Some of Its Problems, *European Journal of International Law*, Vol. 15, No.3, pp-523-553.

အနှစ်ချုပ်

နိုင်ငံတကာ ဥပဒေနှင့် နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်းဥပဒေတို့မှ မသေချာ မရေရာမှုများသည် ချွင်းချက်ဖြစ်နေခြင်းတော့ မဟုတ်ပေ။ ယခုဆောင်းပါးက အဆိုပါ မသေချာ မရေရာမှုကို ဖော်ပြပြီး ဖြစ်ပွားရသည့် အကြောင်းအရင်းများကို ရှင်းပြရန် ကြိုးပမ်းခြင်း ဖြစ်သည်။ ဓလေ့ထုံးတမ်းတစ်ခု ဖြစ်ပေါ်လာရန် လိုအပ်သော အချက်နှစ်ချက် ဖြစ်သည့် နိုင်ငံများ၏ အလေ့အကျင့်နှင့် ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက် (opinio juris) တို့၏ သဘောတရားတွင် မသေချာမရေရာမှုများ ရှိရုံတင်မက ဓလေ့ထုံးတမ်းတစ်ခု ဖြစ်ပေါ်လာခြင်း မည်သို့ ဖြစ်သည်ကိုလည်း ကျွန်ုပ်တို့ မသိကြပေ။ "နိုင်ငံတော်မှ ကျင့်သုံးခြင်း" ကို မည်ကဲ့သို့ အတိအကျ သတ်မှတ်ရမည် မသိသလို အကြောင်းအရာတစ်ခုကို ဥပဒေအဖြစ် ဖန်တီးရန် ယင်းအကြောင်းအရာသည် ဥပဒေအဆင့် ရှိနေပြီး ဖြစ်ကြောင်းကို မည်ကဲ့သို့ ယုံကြည်နိုင်မည်ကိုလည်း မသိပေ။ နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ၏ မသေချာ မရောရာမှုများက အခြားအဆင့်များ၌ စနစ်တကျ မသေချာ မရေရာမှုများ ဖြစ်နေသည်ကိုလည်း ထောက်ပြနိုင်ခဲ့သည်။ နိုင်ငံတကာ တရားရုံး (International Court of Justice) ဆိုင်ရာ သဘောတူစာချုပ် အပိုဒ် (၃၈) ရှိသော်လည်း ယင်းမှာ အပြည့်အဝ အာဏာလွှမ်းမိုးနိုင်ပြီဟု ဆိုနိုင်ပါသလား။ ဓလေ့ထုံးတမ်းဥပဒေနှင့် ပတ်သက်ပြီး ကျွန်ုပ်တို့၏ ဗဟုသုတ အခြေခံမှာ အဘယ်နည်း။ ယခု ဆောင်းပါးက သီအိုရီ ထုတ်ဖော်ရာတွင် အသုံးပြုများသည့် ချဉ်းကပ်ပုံ နှစ်မျိုးဖြစ်သော deduction (ယေဘုယျ ပြဋ္ဌာန်းချက် တစ်ခုကို ဖြစ်ရပ်တွင် အသုံးပြုခြင်း) နှင့် induction (ဖြစ်ရပ် ဥပမာများကို စုစည်း၍ ယေဘုယျ ပြဋ္ဌာန်းချက် တစ်ခု ဖော်ထုတ်ခြင်း) နည်းလမ်းများမှာ အခြေခံအားဖြင့် အမှားအယွင်းများ ရှိနေသည်။ ထိုနည်းလမ်းနှစ်ခုကို ပူးပေါင်းခြင်းဖြင့် ပြဿနာများ လျော့ပါးသွားနိုင်သော်လည်း အပြည့်အဝတော့ ဖြေရှင်းနိုင်မည် မဟုတ်ပေ။ လွှမ်းမိုးမှု ရှိသော ဥပဒေ ယဉ်ကျေးမှုနှင့် အခြားသော ဖြစ်နိုင်ခြေများအား ကန့်သတ်ထားသည့် ရေးသားထားသော ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေ မရှိဘဲနှင့် လက်တွေ့ကျသော အမြင်သည်ပင် မသေချာ မရေရာမှုကို ဖယ်ရှားနိုင်မည် မဟုတ်ပေ။ သို့ရာတွင် ဥပဒေသည် အငြင်းပွားဖွယ်ရာ မဖြစ်သည့်တိုင်အောင် ယင်းမှာ ထိတွေ့ကိုင်တွယ်၍ ရသော အရာမဟုတ်ပေ။ ဥပဒေသည် လက်တွေ့တည်ရှိနေသော စာပေတစ်ခုကို အခြေခံထားသည်။

ယခုဆောင်းပါးက ယနေ့ ဓလေ့ထုံးတမ်းဥပဒေနှင့် နိုင်ငံတကာ ဥပဒေတွင် ရင်ဆိုင်ရသော ပြဿနာများကို အအနက်မှ တစ်ခုကို အခြေခံထားသည်။ "နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေတွင် မသေချာသည့် အရာမှာ အဘယ်နည်း" ဟူသည့် မေးခွန်းကို ဖြေသည့်အခါ ဥပဒေအစုအဝေးများ

အားလုံး၏ အရင်းအမြစ်ဖြစ်သည့် ဥပဒေပြုရေး ဆိုင်ရာ ဥပဒေမှ မသေချာ မရေရာမှုများကို ဖော်ပြခြင်းဖြင့် မသေချာ မရေရာမှုများအား နယ်ပယ်စုံမှ ဥပမာပြသွားပါမည်။

နိုင်ငံတကာ ဥပဒေမှ မသေချာမရေရာမှုများသည် သဘောတရားရေးရာ အငြင်းပွားမှုများတွင် အဓိက တွေ့ရသည်။ များသောအားဖြင့် နိုင်ငံများက စံနှုန်းများမှ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေများ ထွက်ပေါ်သည့်အပေါ် အမြင်များ ထုတ်ဝေလေ့ မရှိပေ။ နိုင်ငံတကာ တရားရုံး၏ ဆုံးဖြတ်ချက်များ ကဲ့သို့သော တရားရုံး ဆုံးဖြတ်ချက်များသည် သက်ဆိုင်ရာ တရားပြိုင်များမှ တင်သွင်းလာသည့် အငြင်းပွားဖွယ်ရာများကို ဖြေရှင်းပေးရန်သာ ဖြစ်ပြီး ၎င်းတို့၏ တုံ့ပြန်ပုံများက ယင်းလုပ်ငန်းကို အကောင်အထည်ဖော်နိုင်ရန်အတွက် ပြုလုပ်ထားသည်။ ဥပဒေ သဘောတရား တစ်ခုကို ကျွန်ုပ်တို့ နားလည်ပုံသည် ဓမ္မဓိဋ္ဌာန်ကျသော သက်သေများထက် ကျွန်ုပ်တို့ ရှေ့မှ အခြား ရှေ့နေများ ပြောသွားသည့် အရာများကို အဓိက အခြေခံလေရာ ဥပဒေ ပညာရပ်ဆိုင်ရာ ရေးသားမှုများမှ အငြင်းပွားသည့် ပုံစံများကို အဓိက ထောက်ပြကာ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ၏ မသေချာ မရေရာမှုများကို ပြသသွားပါမည်။ နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေတွင် ရေးသားထားသည့် အရာများကို အပြည့်အစုံ ဆွေးနွေးရန်မှာ ယခု လေ့လာချက်၏ ဘောင်ပြင်ပတွင်သာ ရှိပြီး ယင်းကို ဆွေးနွေးသွားလိမ့်မည် မဟုတ်ပေ။

ကျွန်ုပ်တို့မစတင်မီ အရေးကြီးသည့် အချက်တစ်ချက်ကို ရှင်းလင်းပြရန် လိုသည်။ မတူညီသော ဥပဒေ အလွှာများအကြား မတူညီမှု ရှိသကဲ့သို့ မသေချာ မရေရာမှု အဆင့်များလည်း ရှိသည်။ ရှေးဦးစွာ ကျွန်ုပ်တို့သည် နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်းဥပဒေမှ စံနှုန်းများ (ဥပမာ အပြစ်ကင်းသော ဖြတ်ကျော်သွားလာမှု (innocent passage)) ကဲ့သို့သော ကျယ်ပြန့်သော စံနှုန်းများနှင့် ရင်ဆိုင်ရမည် ဖြစ်သည်။ ဒုတိယအနေဖြင့် ဓလေ့ထုံးတမ်း ရိုးရှင်းသော ပထမ အဆင့် စံနှုန်းများ၊ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ ဖန်တီးခြင်းဆိုင်ရာ ခေါင်ချုပ် စည်းမျဉ်းများလည်း ရှိနေသည် (နိုင်ငံများတွင် ကျင့်သုံးခြင်းနှင့် ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက်)။ [1] တတိယအချက်မှာ နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ အမျိုးအစားအကြောင်း (သက်သေပြပြီးသား စံနှုန်းများ မဟုတ်ဘဲ) မေးခွန်းများ ရှိနေပြီး ယင်းမေးခွန်းများမှာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဆိုင်ရာ စံနှုန်း သဘောတရား ရင်ဆိုင်ရသည့် အခက်အခဲများနှင့် ဆက်စပ်နေသည်။ ယခုဆောင်းပါးတွင် ကျွန်ုပ်အနေဖြင့် ဥပဒေ အရင်းအမြစ်နှင့် ၎င်း၏ အခြေခံကျသော ပြဿနာများကို ဆွေးနွေးသွားပါမည်။

ယခုခေါင်းစဉ်နှင့် ပတ်သက်ပြီး ကျွန်ုပ်၏ လေ့လာသုံးသပ်ချက်များက ဥပဒေ ဆိုသည်မှာ အဘယ်နည်း၊ ယင်းကို မည်ကဲ့သို့ ပြုလုပ်ထားသနည်း ဟူသည့်အပေါ် ကျွန်ုပ်၏ ယုံကြည်မှုများကို ထင်ဟပ်ပြနေမည် ဖြစ်ပြီး ယခုဆောင်းပါးကို ဥပဒေဆိုသည်မှာ အဘယ်နည်း ဟူသည့်အပေါ် ကျွန်ုပ်၏ အမြင်များ မထည့်သွင်းဘဲ ရေးနိုင်လိမ့်မည် မဟုတ်ပေ။ စာဖတ်သူများကို ကျွန်ုပ်ရှင်းပြလိုသည်မှာ ကျွန်ုပ်၏ အမြင်များသည် နိုင်ငံတကာ ဥပဒေမှ မသေချာ မရေရာမှုများကို အဖြေရှာပေးနိုင်မည် မဟုတ်ဘဲ နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ ဆိုင်ရာ သီအိုရီ တစ်ခုကိုသာ တင်ပြခြင်း ဖြစ်သည်။ သို့ရာတွင် ယင်းမှာလည်း မသေချာ မရေရာမှုများကိုသာ ထပ်လောင်း

[1] For this distinction see Walden, 'Customary International Law: A Jurisprudential Analysis', 13 Israel Law Review (1978) 86, at 87, who uses Hart's terminology of 'secondary rules'. I shall abstain from doing so, because I think that use of this term implies espousal of Hart's theory. I shall call this level 'meta-law'.

ပြသခြင်းသာ ဖြစ်နေလိမ့်မည်။ ယခုခေါင်းစဉ်ကို ချဉ်းကပ်ရာတွင် နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ၏ သဘောတရားနှင့် ဖြစ်စဉ်များနှင့် စပ်လျဉ်း၍ ယူဆချက် အချို့ထားရှိထားသည်။ ဖတ်ရှုသူအနေဖြင့် ကျွန်ုပ်သည် စံနှုန်း တည်ဆောက်ခြင်းကို ဥပဒေ၏ အဓိက အစိတ်အပိုင်းဟု ရှုမြင်ကြောင်း သိရှိလာကြလိမ့်မည်။ စံနှုန်းစနစ်များ၏ ဆက်စပ်မှုများ အပေါ် ကျွန်ုပ်၏ လက်ရှိအမြင်အား ခေတ်ဆန်း ကယ်လ်ဆန်နီယံ (neo-Kelsenian) အမြင်ဟု ဖော်ပြနိုင်မည် ဖြစ်သည်။ တကယ်တမ်းတွင် ယခုစာတမ်း၏ ရည်ရွယ်ချက် တစ်ခုမှာ ဥပဒေ၏ အခြေခံများကို ကျွန်ုပ်တို့ အဘယ်ကြောင့် (သက်သေပြခြင်းထက်) ယူဆခြင်းသာ ပြုလုပ်သင့်ကြောင်း ပြသရန် ဖြစ်သည်။

၁။ ဥပဒေ မရှင်းလင်းသော ဓလေ့ထုံးတမ်း ဆိုင်ရာ ဥပဒေမှ အစိတ်အပိုင်းများ

အပိုင်း (၁) တွင် ဓလေ့ထုံးတမ်းဥပဒေ ဖော်ထုတ်ခြင်းနှင့် သက်ဆိုင်သော ပြဿနာ ဥပမာ အချို့ကို ဖော်ပြသွားပါမည်။ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ ဖော်ထုတ်ခြင်း ဆိုသည်မှာ ဥပဒေ မည်ကဲ့သို့ ဖြစ်ပေါ်လာသည်ကို သိရှိခြင်း ဖြစ်သည်။ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေသည် ရေးသားထားခြင်း မဟုတ်ဘဲ ဩဇာအာဏာရှိသည့် စာသားတစ်ခု အဖြစ်လည်း မရှိပေ။ ထိုဥပဒေသည် လက်တွေ့ရှိမနေဘဲ အဓိပ္ပာယ်ကို ဆွဲထုတ်ယူရသည်။ ထို့ကြောင့် ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေကို အသုံးပြုခြင်းတွင် ၎င်း၏ မူလအစကို ပြန်လည်ဖန်တီးခြင်း ပါဝင်သည်။ ဆိုလိုသည်မှာ ဥပဒေ မည်ကဲ့သို့ ထွက်ပေါ်လာသည်၊ ထိုဖြစ်စဉ်က ဓလေ့ထုံးတမ်း ဆိုင်ရာ ပင်မ ဥပဒေနှင့် မည်သို့ ကိုက်ညီသည်တို့ကို ပြန်လည် ထုတ်ဖော်ရခြင်း ဖြစ်သည်။ ယခုချဉ်းကပ်ပုံနှင့် အခြားသော ချဉ်းကပ်ပုံများအကြား ကွာခြားချက်မှာ ကျွန်ုပ်အနေဖြင့် အတွေးအခေါ်များ ဖော်ထုတ်ရန် မရည်ရွယ်ဘဲ မသေချာ မရေရာမှုများ ဖြစ်ပွားစေသည့် အတိုင်းအတာနှင့် ပုံစံများကို ပြသသွားရန် ဖြစ်သည်။ အခြားနည်းလမ်းများနှင့် ကွဲပြားစွာပင်[2] ယခုဆောင်းပါးက ပညာရပ်ဆိုင်ရာ ကွာခြားမှုများ အကြား အားလုံး သဘောတူသည့် အချက် (သို့) လူပြိန်းကြိုက် အကြောင်းအရာတစ်ခု ဖော်ထုတ်ရန် မဟုတ်ပေ။

က) နိုင်ငံတစ်နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့်

၁) နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့် သဘောတရား - နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့်ဆိုသည်မှာ အဘယ်နည်း

ပထမ အငြင်းပွားဖွယ် မေးခွန်းမှာ နိုင်ငံ အလေ့အကျင့် ဆိုင်ရာ သဘောတရား ဖြစ်သည်။ ဤနေရာတွင် နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့်ကို ဖြစ်ပေါ်စေမည့် ဖြစ်ရပ် အတိအကျကို ဆုံးဖြတ်ပြီး မည်သည့်အရာက အရေးမပါဟု ဆိုခြင်းထက် အရာတစ်ခု (ဥပမာ - သတင်း ထုတ်ပြန်ချက်) က နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့် ဟုတ်၊ မဟုတ် ဆုံးဖြတ်ရာတွင် မေးရမည့် အရာများကို ဆွေးနွေးသွားမည် ဖြစ်သည်။ အလေ့အကျင့် ဆိုသည်မှာ အဘယ်နည်း။ လုပ်ဆောင်ချက်နှင့် ကြေညာချက်များအကြား ကွာခြားမှုများ[3] နောက်တွင် ပို၍ အရေးပါသော ကွာခြားမှုများလည်း ရှိသည်။ အလေ့အကျင့်ကို

---

[2] J. Kirchner, Völkergewohnheitsrecht aus der Sicht der Rechtsanwendung: Möglichkeiten und Grenzen bei der Ermittlung völkergewohnheitsrechtlicher Normen (1989).

[3] Or, rather, the question to the answer the uniform acceptance of 'verbal acts' as somehow relevant to the customary process gives us. For this acceptance see e.g. Akehurst, 'Custom as a Source of International Law', 47 BYbIL (1977) 1; Bos, 'The Identification of Custom in International Law', 25 German Yearbook of International Law (1982) 9; M. Byers, Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law (1999); A. D'Amato, The Concept of Custom in International Law (1971); Danilenko, 'The Theory of International Customary Law', 31 German Yearbook of International Law (1988) 9; International Law Association — Committee

© Translation Rights – HRER Programme

တောင်းဆိုသည့် အခွင့်အရေးများ ကျင့်သုံးခြင်းဟု ရှုမြင်ကြသလို အဆို သက်သက်ဟုလည်း ရှုမြင်ကြရာ နိုင်ငံများ၏ အလေ့အကျင့်နှင့် ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက်ဟူသည့် အချက်နှစ်ချက်အကြား ကွာခြားချက်ကို ဝေဝါးသွားစေသည်။ နိုင်ငံများ လုပ်နိုင်သည့် အရာအားလုံး (သို့) မလုပ်ဘဲနေသည့် အရာအားလုံးကို နိုင်ငံများ၏ အလေ့အကျင့်ဟု သတ်မှတ်နိုင်သည်။ အဘယ်ကြောင့်ဆိုသည် ၎င်းတို့ လုပ်ဆောင်သည့် အရာများမှာ ၎င်းတို့၏ အမူအကျင့်များ ဖြစ်သည် (အငြင်းပွားဖွယ် မရှိသည့်အချက်)။ ယင်းမှာ နိုင်ငံများ ဥပဒေကို လိုချင်သည့် ပုံစံ (သို့) ယုံကြည်ထားသည့် ပုံစံကို သိရှိနိုင်ရန် လမ်းညွှန်ချက် တစ်ခုလည်း ဖြစ်သည်။[4]

အဆိုပါ အငြင်းအခုံကို Anthony D'amato [5] နှင့် Michael Akehurst [6] တို့၏ အမြင်များကို လေ့လာခြင်းဖြင့် တွေ့နိုင်သည်။ D'amato က 'အဆိုသည် လုပ်ဆောင်ချက်မဟုတ်။ အဆိုများက ဥပဒေ စံနှုန်းအတွက် ပြောဆိုရှင်းပြမှု တစ်ခု ဖြစ်သော်လည်း ဓလေ့ဟူသည့် လက်ဆုပ်လက်ကိုင်ပြ၍ ရသော အစိတ်အပိုင်း မပါရှိပေ' ဟုဆိုခဲ့သည်။ [7] သူ့အတွက် အရေးကြီးသည့် အချက်မှာ အဆိုမဟုတ်၊ နိုင်ငံက အမှန်တကယ် လုပ်ဆောင်သည့် 'လက်တွေ့ လုပ်ဆောင်ချက်' ဖြစ်သည်။[8] ထိုအမျိုးအစားတွင် နိုင်ငံမှ တစ်ခုခု လုပ်ဆောင်နိုင်သည့် အခြေအနေတွင် ဘာမှ မလုပ်ရန် ဆုံးဖြတ်ခြင်း၊ လုပ်ဆောင်မည်ဟု ကတိကဝတ် ထားခြင်းတို့လည်း ပါဝင်သည်။ ထိုသီအိုရီနှင့် ဆန့်ကျင်ကာ Michael Akehurst က နိုင်ငံတကာ ခုံရုံးများမှ ဆုံးဖြတ်ချက်များတွင် တွေ့ရသည့် အများစု၏ အမြင်ဖြစ်သည့် ကြေညာချက်များသည် နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့် တစ်ခုဖြစ်သည်ဟူသည့် အချက်ကို လက်ခံထားသည်။ D'amato ၏ အဆိုကို ဆန့်ကျင်ကာ Akehurst က နိုင်ငံတစ်နိုင်ငံသည် တစ်ကြိမ်တွင် ပုံစံတစ်မျိုးသာ လုပ်ဆောင်နိုင်ရာ ၎င်း၏ ကြေညာချက်များသည် ၎င်းတို့၏ လုပ်ဆောင်ချက်များနှင့် ပဋိပက္ခ ဖြစ်နေနိုင်သည်။ [9] လက်တွေ့ လုပ်ဆောင်ချက်များသည် အခြားသော နိုင်ငံများနှင့် လည်းကောင်း၊ မတူညီသော အချိန်မှ လုပ်ဆောင်ချက်များနှင့် လည်းကောင်း၊ အစိုးရ ဌာနများအကြား လည်းကောင်း အချင်းချင်း ပဋိပက္ခ ဖြစ်နေနိုင်သည်ဟု သူက ဆိုခဲ့သည်။ [10] Akehurst က 'နိုင်ငံတစ်နိုင်ငံ လုပ်ဆောင်သည့် အရာနှင့် ပြောဆိုသည့်အရာကို ခွဲခြားခြင်းက အပေါ်ယံသာ ဖြစ်သည်' ဟု ရှုမြင်သည်။ နိုင်ငံတစ်နိုင်ငံကို အသိအမှတ်ပြုခြင်း ကဲ့သို့သော နိုင်ငံ၏ အရေးပါသော လုပ်ဆောင်ချက်များသည် လက်ဆုပ်လက်ကိုင်ပြနိုင်သော လုပ်ရပ်မျိုး ဖြစ်စရာ မလိုပေ။

ဤသည်မှာ ယခင်ကတည်းက ရှိသည့် ငြင်းခုံမှုများ၏ အစဖြစ်ပြီး ထိုအကြောင်းအရာများကိုသာ ငြင်းခုံမှု ပြုလုပ်ပါက နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ ဖော်ထုတ်ရာတွင် နှုတ်ဖြင့် ပြောဆိုမှုများ၏ တရားဝင်မှုကို နိုင်ငံတကာ ရှေ့နေများက ငြင်းဆိုကြလိမ့်မည် ဖြစ်သည်။ 'လုပ်ရပ်နှင့် ကြေညာချက်' ဆိုင်ရာ ငြင်းခုံမှုကို စတင်ခဲ့သူများ၏ အမြင်များကို မဆွေးနွေးခင် အများစု အမြင်၏

on the Formation of Rules of Customary (General) International Law, Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000), available at http://www.ila-hq.org/pdf/customarylaw.pdf; Mendelson, 'The Formation of Customary International Law', 272 RdC (1999) 155.

[4] For the difficulties associated with the 'subjective element' of customary law see Section 1B.

[5] D'Amato, supra note 3.

[6] Akehurst, supra note 3.

[7] D'Amato, supra note 3, at 88.

[8] Ibid.

[9] Ibid., at 51.

[10] Akehurst, supra note 3, at 3.

အကျိုးဆက်များကို လေ့လာရမည်။ ယင်းမှာ နိုင်ငံများ၏ အမြင်များ လက်တွေ့ ဖြစ်လာသည့် သဘောတရား ဖြစ်သည်။ Maurice Mendelson က ဤအကြောင်းကို အောက်ပါအတိုင်း ရေးသားခဲ့သည်။

> နှုတ်ဖြင့် ပြောဆိုမှုများက အလေ့အကျင့် ပုံစံများတွင် ပါဝင်နိုင်သည်။ သို့ရာတွင် ၎င်းတွင် ပါဝင်သည့် အကြောင်းအရာများသည် ပုဂ္ဂလဆန်သည့် ဆန္ဒ (သို့) ယုံကြည်ချက်များ ဖြစ်နေနိုင်သည်။ နှုတ်ဖြင့် ပြောဆိုမှု တစ်ခုကို ပုဂ္ဂလဆန်သည် (သို့) ဓမ္မဓိဋ္ဌာန်ကျသည်ဟု ခွဲခြားသတ်မှတ်ခြင်းသည် အခြေအနေအပေါ် မူတည်လိမ့်မည်။ သို့ရာတွင် ကျွန်ုပ်တို့ ၎င်းကို မည်သည့် အမျိုးအစားထဲ ထည့်သွင်းသည်မှာ အရေးပါချင်မှလည်း ပါပေလိမ့်မည်။[11]

ဆက်ဖတ်ကြည့်လျှင် ထိုချဉ်းကပ်ပုံ၏ ပြဿနာကို ပို၍ ထင်ထင်ရှားရှား တွေ့လာရလိမ့်မည်။

> ရှောင်ရှားရမည့် အချက်မှာ လုပ်ရပ်တစ်ခုကို ပုဂ္ဂလဆန်သည်ရော၊ ဓမ္မဓိဋ္ဌာန် ကျသည်ရော သတ်မှတ်ခြင်း ဖြစ်သည်။ အများစု မြင်ကြသည့် အမြင်အရ လုပ်ရပ်တစ်ခုတွင် ယင်းအချက်နှစ်ခုလုံး ပါဝင်သည်ဟု ယုံကြည်ထားပြီး ပုဂ္ဂလ အစိတ်အပိုင်းကို လက်တွေ့ လုပ်ဆောင်ချက်နှင့်အတူ ရှိနေသည်ဟု ရှုမြင်ပါက ကြေညာချက် တစ်ခုကို လုပ်ရပ်အဖြစ်ရော ယုံကြည်ချက် (သို့မဟုတ် စိတ်ဆန္ဒ) အစုအဝေး အဖြစ်ရော လက်ခံ၍ မရပေ။[12]

ထိုသို့ သတ်မှတ်ခြင်းက နှစ်ခါပြန် ရေတွက်ခြင်း (သို့) ထိုသို့သော အလေ့အကျင့်မျိုးကို ပုဂ္ဂလဆန်သည့် နိုင်ငံဆိုင်ရာ အလေ့အကျင့်ဟူ၍ သတ်မှတ်နိုင်သည်ပြီး ယင်းမှာ အခြေအနေတစ်ရပ်မှ ကောက်ချက် နှစ်ခု ထွက်လာနိုင်ခြင်းသာမက ဒုတိယ ကောက်ချက် ငြင်းဆန်ခြင်းလည်း ဖြစ်ပေါ်နိုင်သည်ဟု Mendelson က ဆိုသည်။[13] ဤနေရာတွင် မှတ်ချက်တစ်ခု ပြုရလျှင် 'နှုတ်ဖြင့် ပြောဆိုခြင်းက ဓလေ့ထုံးတမ်း ဖန်တီးခြင်းဟု လက်ခံထားသည့် အထင်အမြင်လွဲမှားမှု၏ အခြေခံသည် အလေ့အကျင့်အား သက်သေနှင့် (သို့) အလေ့အကျင့်အား လက်ခံသည့် သက်သေကို ဥပဒေနှင့် တူညီသည်ဟု မှားယွင်းလက်ခံထားသောကြောင့် ဖြစ်သည်။'[14] Karl Zemanek က ထိုသို့သော ခွဲခြားမှုများကို ရှုတ်ချခဲ့သည်။ သူ့အတွက်မူ 'လွှမ်းမိုးမှု ရှိသော လုပ်ရပ်နှင့် လွှမ်းမိုးမှု ရှိသော လုပ်ရပ်ဖြစ်ကြောင်း သက်သေတို့သည် အပေါ်ယံဆန်ပြီး စိတ်ကြိုက်ဆုံးဖြတ်၍ ရသည်၊ အဘယ်ကြောင့်ဆိုသော် တစ်ခုနှင့် တစ်ခု ဆင်တူသောကြောင့် ဖြစ်သည်။'[15] ထိုကဲ့သို့သော အမြင်များ ရှိစေကာမူ နိုင်ငံ၏ လုပ်ရပ် (သို့) နိုင်ငံ၏ အမြင်များကို ဖော်ထုတ်နိုင်သော တစ်ခုတည်းသော နည်းလမ်းမှာ နိုင်ငံများ မည်သည်ကို လုပ်သည် (သို့) မလုပ်ဟူသည်ကို ရှာဖွေဖော်ထုတ်ရန် ဖြစ်သည်။ ယင်းခွဲခြားချက်မှာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဖန်တီးခြင်းတွင် အဓိက အချက် တစ်ချက် ဖြစ်သည်။

---

[11] Mendelson, supra note 3, at 206.
[12] Ibid., at 206–207 (emphasis in original).
[13] Ibid., at 283–293.
[14] K. Wolfke, Custom in Present International Law (2nd ed., 1993), at 42; H. Thirlway, International Customary Law and Codification (1972), at 57.
[15] Zemanek, 'What is State Practice and Who Makes It?', in U. Beyerlin et al. (eds), Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht: Festschrift für Rudolf Bernhardt (1995) 289. He follows Akehurst in adopting an inclusive view of state practice, but does so for a rather more pragmatic purpose than suggested in this discussion.

ထိုခွဲခြားမှုနှင့် ပတ်သက်၍ မည်သူက မေးခွန်းထုတ်ခဲ့သနည်း။ ကျွန်ုပ်ဖတ်ရှုခဲ့သော စာရေးဆရာ သုံးဦးက စိတ်ဝင်စားဖွယ် မှတ်ချက်များ ပေးခဲ့သည်။ ပထမဆုံး အနေဖြင့် Hugh Thirlway ၏ *နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေနှင့် ကိုဓ ဥပဒေပြုခြင်း (International Customary Law and Codification)* ကို ဆွေးနွေးကြပါစို့။ သူက 'နိုင်ငံများ နိုင်ငံတကာ နယ်ပယ်တွင် လုပ်ဆောင်သော (သို့) လုပ်ဆောင်ရန် ရှောင်ကျဉ်သော အရာအချို့သည် အလေ့အကျင့်၏ လိုအပ်သော အစိတ်အပိုင်းများ ဖြစ်သည်။' ဟုဆိုသည်။ [16] ဤအဆိုအရ သူသည် အချို့သော အလေ့အကျင့်များအကြား ခွဲခြားမှုများ ပြုခြင်း (သို့) အလေ့အကျင့်၏ သဘောတရားကို မေးခွန်းထုတ်ရန် ကြိုးပမ်းခြင်းလား မှန်းဆ၍ မရပေ။ သို့ရာတွင် သူက ဆက်လက်၍ နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့်သည် လက်ဆုပ်လက်ကိုင် ရှိရမည်ဟု ဆိုသည်။ 'နိုင်ငံတစ်နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့်သည် အမြဲတစေပင် ပြဿနာတစ်ရပ် ဖြစ်ပွားသည့်အချိန် (သို့) ဖြစ်ပွားရန် တာစူနေသည့်အချိန်တွင် ထွက်ပေါ်လာသည်။'[17] လက်ဆုပ်လက်ကိုင် မရှိသည့် အခြေအနေတွင် ပြောကြားချက် သပ်သပ်သည် နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့်မဟုတ်ဟု သူက ဆိုသည်။ သူ၏ သီအိုရီက နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့်နှင့် ပတ်သက်ပြီး 'လုပ်ရပ် သပ်သပ်' ချဉ်းကပ်ပုံကို အကျယ်ဖြန့်ထားခြင်း ဖြစ်သည်။ ယင်းမှာ ယခင်ကပင် ဖြစ်ပွားနေသော အမြင်နှစ်မျိုးအကြား အငြင်းအခုံတွင် အကျုံးဝင်သည်။[18]

ဒုတိယအနေဖြင့် Rein Mullerson က အလေ့အကျင့်ဟူသော စကားလုံး၏ အဓိပ္ပာယ်ကို ဆွေးနွေးခဲ့သည်။ သူက နိုင်ငံ တစ်နိုင်ငံက အခြားနိုင်ငံများ၏ ရေပိုင်နက်အတွင်း အပြစ်ကင်းသော ဖြတ်ကျော်သွားလာမှု ဆိုင်ရာ အခွင့်အရေးကို တောင်းဆိုခြင်းနှင့် ထိုသို့ လုပ်ဆောင်ခြင်းတို့အကြား ကွာခြားမှုရှိကြောင်း အသိအမှတ် ပြုထားသည်။ [19] သို့ရာတွင် လက်တွေ့ အလေ့အကျင့်ကို အခြားသော အလေ့အကျင့် ပုံစံများမှ ခွဲခြားရန် ခက်သည်ဟု သူက ဆိုသည်။ သို့ရာတွင် ထိုကိစ္စရပ်ကိုလည်း သူက ဆွေးနွေးခဲ့သည်။ လူတစ်ဦးသည် အလေ့အကျင့်ကို ကျယ်ပြန့်စွာ အဓိပ္ပာယ် ဖွင့်ဆိုမည် ဆိုပါက 'အလေ့အကျင့်ကို ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင် ယူဆချက် (opinio juris) နှင့် မည်ကဲ့သို့ ခွဲခြားမည်နည်း' ဟု မေးခွန်းထုတ်ခဲ့သည်။ [20] စာရေးသူများ၏ အမြင်ကို လေ့လာသုံးသပ်ပြီးနောက် သူက သူလေ့လာခဲ့သော အမြင်များသည် 'နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ ဆက်ဆံရေး ပညာရှင်များ၏ ပုဂ္ဂလ အမြင်များမှ အမျိုးမျိုးသော အမူအကျင့်များ ပုံစံစုံနှင့် ပါဝင်သည်' ဟုဆိုသည်။[21] 'နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့်သည် ဓမ္မဓိဋ္ဌာန်ရော၊ ပုဂ္ဂလဓိဋ္ဌာန်ရော နှစ်မျိုးလုံး ပါဝင်သည်' [22] ဟု ငြင်းခုံခဲ့ပြီး ပုဂ္ဂလအမြင် ဆန်သော အပိုင်းမှာ အမြဲတစေ ဥပဒေ ဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက် ပြော၍ မရဟု ဆိုသည်။ သူ့အတွက်မူ နိုင်ငံများ၏ အမူအကျင့်များအပေါ် ပုဂ္ဂလ အမြင်များသည် အမူအကျင့်တွင် မသိမသာ ပါနေမည်ဟု ယူဆသည်။

နောက်ဆုံးအနေဖြင့် Karol Wolfke က လုပ်ရပ်နှင့် အဆိုပြဿနာကို ဆွေးနွေးခဲ့ပြီး 'အလေ့အကျင့်များသည် လုပ်ဆောင်ချက်များမှ ထွက်ပေါ်လာသည်၊ ထိုသို့ လုပ်ဆောင်မည် ဟူသော

---

[16] Thirlway, supra note 14, at 58.
[17] Ibid.
[18] He is accordingly criticized by Akehurst within the traditional debate. Akehurst, supra note 3, at 4–8.
[19] Müllerson, 'The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law', in K. Wellens (ed.), International law: Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy (1998) 161, at 161.
[20] Ibid., at 162.
[21] Ibid., at 164.
[22] Ibid.

ကတိကဝတ်များမှ ထွက်ပေါ်လာခြင်း မဟုတ်' ဟု အစကတည်းကပင် သူ့အတွေးကို ဖော်ပြခဲ့သည်။[23] သူ့အမြင်က ကျွန်ုပ်၏ အမြင်ကို ပြန်လည် မေးခွန်းထုတ်နေသည်။ သူက တကယ့် မေးခွန်းမှာ အလေ့အကျင့် ပုံစံများမဟုတ်၊ အလေ့အကျင့် ကိုယ်၌က အဘယ်နည်းဟူသည့် မေးခွန်းဖြစ်သည်ဟု ဆိုခဲ့သည်။ ဝုဖ်ကီက အောက်ပါအတိုင်း ရေးသားခဲ့သည်။

> စစ်မှန်သော၊ ထပ်ခါတလဲလဲပြောသော နှုတ်စကားများသည် ကျယ်ပြန့်စွာ အဓိပ္ပာယ် ဖွင့်ဆိုပါက လုပ်ရပ်များပင် ဖြစ်ပြီး နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်းများ ဖြစ်လာနိုင်သည်။ သို့ရာတွင် ကြေညာချက် ထုတ်ပြန်သည့် ဓလေ့ထုံးတမ်းသာ ဖြစ်မည် ဖြစ်ပြီး အဆိုပါ နှုတ်စကားများတွင် ဖော်ပြထားသည့် လုပ်ရပ်များကို လုပ်ဆောင်သည့် ဓလေ့ထုံးတမ်း ဖြစ်လိမ့်မည် မဟုတ်။[24]

အခြားအမြင်များနှင့် ကွဲပြားသည့် အချက်မှာ လုပ်ရပ်နှင့် ကြေညာချက်များ ကဲ့သို့သော လုပ်ရပ်တစ်ခုတွင် ဖော်ပြထားသော လုပ်ရပ်တို့သည် မတူညီသော အရာများ ဖြစ်ကြသည်။ ဥပမာ သင်္ဘောတစ်စီး ဖြတ်သန်းသွားလာခြင်းသည် အကြောင်းအရာ သီးသန့် မပါဝင်၊ သင်္ဘောတစ်စီး ဖြတ်သန်း သွားလာခြင်း သက်သက်သာ ဖြစ်သည်။ နှုတ်ဖြင့် ပြောဆိုခြင်းတွင် နှုတ်ဖြင့် ပြောဆိုခြင်းရော၊ ယင်းတွင် ပါဝင်သည့် အကြောင်းအရာပါ ပါဝင်သည်။ ဥပမာ နိုင်ငံတစ်နိုင်ငံက တိုက်ကြီးများ အဆုံးသတ် နယ်နမိတ်အကြောင်း ကြေညာချက် ထုတ်ပြန်ပါက ယင်းမှာ ထိုနိုင်ငံ၏ ကြေညာချက် ထုတ်ပြန်သော အလေ့အကျင့် ဟူ၍ မှတ်ယူ၍ ရသည်။ Wolfke လက်မခံသည့်အချက်မှာ တိုက်ကြီးများ နယ်နမိတ်အကြောင်း ကြေညာချက်သည် ထိုကိစ္စရပ်နှင့် ပတ်သက်သည့် နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့် ဖြစ်သည် ဟူသော အချက် ဖြစ်သည်။ သူက အောက်ပါအတိုင်း ဆက်လက် ပြောဆိုခဲ့သည်။

> နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်းများ ပေါ်ပေါ်လာခြင်းတွင် နှုတ်ဖြင့် ပြောဆိုခြင်း၏ မေးခွန်းထုတ်စရာ မလိုသည့် အခန်းကဏ္ဍမှာ သဘောတရားပိုင်းတွင် ရှုပ်ထွေးမှုများ ထွက်ပေါ်လာစေခဲ့သည်။ အဘယ်ကြောင့်ဆိုသော် ယင်းက အလေ့အကျင့်၏ လက်ဆုပ် လက်ကိုင် ပြနိုင်သော အခြေခံ အလေ့အကျင့်ကို နှုတ်ဖြင့် ပြောဆိုခြင်း အပါအဝင် အလေ့အကျင့် အမြောက်အမြားနှင့် ရောထွေးပစ်လိုက်သောကြောင့် ဖြစ်သည်။ ယင်းအလေ့အကျင့်များသည် အကြောင်းအရာနှင့် အခြေအနေအပေါ် မူတည်၍ ဓလေ့ထုံးတမ်း အတွက် ပုဂ္ဂလက ဆိုင်ရာ သက်သေများကို (အဆိုပါ အလေ့အကျင့်ကို ဥပဒေအဖြစ် လက်ခံခြင်း ရှိ၊ မရှိ) တိုက်ရိုက်သော် လည်းကောင်း၊ သွယ်ဝိုက်၍ သော်လည်းကောင်း ပေးနိုင်သည်။[25]

ယခုအခါ ကွာခြားချက်များကို ရှင်းရှင်းလင်းလင်း သိလာလောက်ပြီ ဖြစ်သည်။ နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့်နှင့် ပတ်သက်ပြီး သဘောတရား နှစ်ခု ရှိသည်။ ပထမ သဘောတရားက နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့်ကို ကျဉ်းမြောင်းပြီး ရည်ရွယ်ချက် မရှိသည့် သဘောတရားအဖြစ် ရှုမြင်သည်။ နိုင်ငံတစ်နိုင်ငံသည် ၎င်း၏ နိုင်ငံတကာ ဆက်ဆံရေးတွင် လုပ်ဆောင်ရသည်များ ရှိသည်။ လုပ်ဆောင်ချက်များ၊ မလုပ်ဆောင်ဘဲ နေခြင်းများ အားလုံးသည် ကြားနေပုံစံသာ ဖြစ်သည်။ နိုင်ငံက ၎င်း၏ လုပ်ရပ်ကို ဥပဒေအဖြစ် သတ်မှတ်ခံလိုခြင်း မရှိ။ ရေလက်ကြားတွင် သင်္ဘောတစ်စီး

---
[23] Wolfke, supra note 14, at 42.
[24] Ibid., at 42, 70.
[25] Ibid., at 43.

ဖြတ်သွားခြင်းသည် အပြုအမူပိုင်းဆိုင်ရာ လုပ်ရိုးလုပ်စဉ်ဖြစ်ပြီး တခြား အဓိပ္ပာယ် မရှိပေ။ အဆိုပါ လုပ်ရိုးလုပ်စဉ်များသည် လက်ဆုပ်လက်ကိုင်ပြ၍ ရပြီး ဥပဒေအပေါ် ပုဂ္ဂလ အစိတ်အပိုင်းများ ဖြစ်သည့် စိတ်ဆန္ဒများ (သို့) ယုံကြည်ချက်များ ထည့်သွင်းမှသာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေအဖြစ် ယူဆနိုင်မည် ဖြစ်သည်။ ပုဂ္ဂလ အစိတ်အပိုင်းများကသာ မည်သည့်အရာက ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ ဖြစ်မည်ကို သိနိုင်သည်။ အချုပ်ဆိုရသော် နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့်သည် စံနှုန်းတစ်ခုထက် ကိစ္စရပ်တစ်ခု ပုံမှန် ဖြစ်ခြင်း ဖြစ်သည်။ တစ်ချိန်တည်းမှာပင် လက်ဆုပ်လက်ကိုင် ရှိခြင်းသည် စံနှုန်းတစ်ခု ပုံမှန်ဖြစ်ခြင်းအတွက် အရေးပါသော အစိတ်အပိုင်းဖြစ်သည်။ ပုဂ္ဂလ အစိတ်အပိုင်းက စံနှုန်းတစ်ခု ပုံမှန် ဖြစ်စေသည့် အချက်တစ်ချက် ဖြစ်သော်လည်း ပုံမှန်ဖြစ်ခြင်းက မည်သည့် အမူအကျင့်ကို တားမြစ်မည်၊ လက်ခံမည် (သို့) လိုအပ်သည်ကို ဆုံးဖြတ်ပေးသည်။ အချုပ်ဆိုရသော် ယင်းမှာ ပြဋ္ဌာန်းထားသည့် အမူအကျင့် ဖြစ်သည်။ [26] ယင်းက ပုံမှန် ဥပဒေ စံနှုန်းတစ်ခုတွင် ပထမပိုင်းကို ပုံဖော်ပေးသည်။ အကယ်၍ လုပ်ရပ် (သို့) မလုပ်ဘဲ နေခြင်းက ဥပဒေဆိုင်ရာ အကျိုးဆက် ရှိလျှင် ယင်းကို ပြဋ္ဌာန်းထားသော အမူအကျင့်ဟု ခေါ်နိုင်သည်။ ထိုသဘောတရားအရ နိုင်ငံတစ်နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့်တွင် အခြားသော တာဝန် မရှိပေ။ တိုက်ရွေ့လျားမှုအကြောင်း ပုံမှန် ကြေညာချက်များ ထုတ်ခြင်းသည် နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့် ဖြစ်ပြီး တိုက်ရွေ့လျားမှုအကြောင်း ကြေညာချက် ထုတ်သည့် ပြဋ္ဌာန်းချက်မှအပ မည်သည့် စည်းမျဉ်းစည်းကမ်းကိုမျှ ထွက်ပေါ်စေမည် မဟုတ်ပေ။ သို့ရာတွင် ထိုပြဋ္ဌာန်းချက်များက တစ်စုံတစ်ခုသည် ဥပဒေ ဖြစ်သည် (သို့) တစ်စုံတစ်ခုသည် ဥပဒေဖြစ်သည်ဟု ယုံကြည်သည် ဆိုသည့် စိတ်ဆန္ဒကို သက်သေပြနေသည်။ တစ်ဘက်တွင်လည်း ကြေညာချက်တွင် ပါဝင်သည့် အချက်များထက် ကြေညာချက် ထုတ်ပြန်သည့် လုပ်ဆောင်ချက်သည်သာ နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့် ဖြစ်နိုင်သည်။

ဒုတိယ ဆွေးနွေးမှုမှာ ကျယ်ပြန့်ပြီး ရည်ရွယ်ချက်ရှိသော သဘောတရား ဖြစ်သည်။ နိုင်ငံတစ်နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့် ဆိုသည်မှာ ဓလေ့ထုံးတမ်းဥပဒေအပေါ် အမြင်ကို ကိုးကားနိုင်သော နိုင်ငံတစ်နိုင်ငံ၏ လုပ်ရပ် (သို့) ကြေညာချက် ဖြစ်သည်။[27] ယင်းအဆိုတွင် နိုင်ငံ၏ စံနှုန်းပိုင်းဆိုင်ရာ အခြေအနေများ ပါဝင်ပြီး အချို့သော စာရေးသူများက စံနှုန်း အစိတ်အပိုင်းကို ကိုးကားနိုင်သော လုပ်ဆောင်ချက်ကိုသာ နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့်ဟု ခေါ်နိုင်သည်ဟု ဆိုကြသည်။ နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့်တွင် အဓိကကျသည်မှာ ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက်ထက် ထိုနိုင်ငံ၏ လွတ်လပ်မှု ဖြစ်သည်။ သဘောတရားထဲတွင် နိုင်ငံ၏ စိတ်ဆန္ဒကို ထည့်သွင်းထားရာ နိုင်ငံက မည်သည်ကို ပြဋ္ဌာန်းလိုသည်ကို မလေ့လာဘဲ မည်သည့်အရာက နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့် ဖြစ်သည်ကို ခွဲခြားနိုင်သည်။

စိတ်ဆန္ဒအရ လုပ်ဆောင်ခြင်း[28]ဟူသည့် ပုဂ္ဂလ အစိတ်အပိုင်းသည် ချက်ချင်း မြင်သာထင်သာ မရှိဘဲ အဓိပ္ပာယ်ကို ရှာဖွေကြည့်မှသာ နားလည်နိုင်မည် ဖြစ်သည်။ အဓိပ္ပာယ် ရှာဖွေကြည့်ခြင်းတွင် 'ဖြစ်သည်' ဟူသည့်အရာအားလုံး ပါဝင်ပြီး ယင်းမှာ Kelsen ၏ အသုံးအနှုန်းအတိုင်း သုံးရလျှင် 'လက်တွေ့' ပင် ဖြစ်သည်။[29] တစ်မျိုးဆိုရသော် နိုင်ငံများ လုပ်သောအရာ (သို့) မလုပ်သောအရာ

[26] As discussed above: see Wolfke, supra note 14, at 70.
[27] Akehurst, supra note 3, at 53.
[28] H. Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen (1979), at 131. See Section 2D.
[29] The essential duality of 'Sein' ('Is') and 'Sollen' ('Ought'). Kelsen, supra note 28, at 44. See Section 2C.

အားလုံးသည် ၎င်းတို့ စိတ်ဆန္ဒ ထည့်သွင်းထားပါက ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက်ဟူသည့် သဘောတရား ပါလိမ့်မည်။ ဤအချက်မှာ နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့် သဘောတရားနှင့် ပတ်သက်သော ပြဿနာကို မဖြေရှင်းနိုင်သော်လည်း ကျွန်ုပ်တို့ အနေဖြင့် နိုင်ငံများ၏ စိတ်ဆန္ဒကို မဖော်ထုတ်နိုင်ပါက လုပ်ဆောင်ချက် သပ်သပ်ကိုသာ သတိထားမိမည် ဖြစ်သည် ဟူသော အချက်ကို ဖော်ထုတ်ပေးသည်။

ဒုတိယ မေးခွန်းမှာ နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့်တွင် မလုပ်ဘဲနေသော အရာများ၏ အခန်းကဏ္ဍ ဖြစ်သည်။ မှတ်ချက်ပေးသူ အများစုက အရေးယူ ဆောင်ရွက်မှု မရှိခြင်းဟု လက်ခံထားကြသည်။[30] Maurice Mendelson က ပျက်ကွက်ခြင်းကို မရှင်းမလင်း အခြေအနေများတွင် ပျက်ကွက်ခြင်းနှင့် ခွဲခြားထားရမည်ဟု ဆိုသည်။[31] ဤသည်မှာ သူ၏ သီအိုရီ မူဘောင်အတွင်း အဓိပ္ပာယ် ရှိသော အချက် ဖြစ်သည်။ နိုင်ငံတစ်နိုင်ငံ၏ လုပ်ဆောင်ချက်များမှ ပုဂ္ဂလ အစိတ်အပိုင်းများကို ကိုးကားထုတ်ယူနိုင်သည် ဆိုပါက လုပ်ဆောင်ရန် ပျက်ကွက်ခြင်းကိုလည်း လုပ်ရပ်တစ်ခုအဖြစ် သတ်မှတ်သည့်အခါ နိုင်ငံတစ်နိုင်ငံက မည်သည့်အရာကိုမှ မလုပ်ဆောင်ခြင်း၊ မည်သည့်အဓိပ္ပာယ်မှ မဆောင်ခြင်းမှလည်း စံနှုန်းတစ်ခု ဖန်တီးနိုင်မည် ဖြစ်သည်။ လုပ်ဆောင်ချက်များကို မလုပ်ဘဲနေခြင်းနှင့် အမြဲတစေ လျစ်လျူရှုထားသည့် အလေ့အကျင့် ရှိခြင်းတို့အကြား ကွာခြားချက်ကို Gennady Danilenko က ခွဲခြားပြခဲ့သည်။ လုပ်ဆောင်ချက်များ မလုပ်ဘဲ နေခြင်းသည် နိုင်ငံတစ်နိုင်ငံ၏ တက်ကြွစွာ လုပ်ဆောင်သည့် အလေ့အကျင့်ကို အခြားနိုင်ငံများ၏ တုံ့ပြန်မှုနှင့် နှိုင်းယှဉ်ခြင်း ဖြစ်သည် (ယင်းက တက်ကြွသော လုပ်ဆောင်မှုအတွက် ဥပမာ တန်ဖိုးကို တက်လာစေသည်ဟု သူက ယူဆသည်။) ဒုတိယ အမျိုးအစားမှာ လုပ်သင့်သည်ကို မလုပ်ဘဲ နေခြင်း ဖြစ်သည်။ လုပ်ဆောင်ရမည့် ကိစ္စရပ်ကို ပုံမှန် လျစ်လျူရှုထားခြင်းသည် နောင်လာမည့် အလားတူ အခြေအနေမျိုးတွင်လည်း ပုံမှန် ဘာမှ မလုပ်ဘဲ လျစ်လျူရှုထားမည့် စည်းမျဉ်း အလေ့အကျင့် တစ်ခုကို ထွက်ပေါ်စေသည်။ ဤသည်မှာ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေကို အတားအဆီး ဖြစ်စေသော အလေ့အကျင့် ဖြစ်သည်။[32]

ကျွန်ုပ်အနေဖြင့် ပြဿနာ အာရုံစိုက်မှုကို နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့်ဟူသည့် ခေါင်းစဉ်မှ ပြောင်း၍ ကြည့်လိုသည်။ ကြားနေခြင်း၊ မလုပ်ဘဲနေခြင်း၊ လျစ်လျူရှုထားခြင်း (သို့) မည်သည့် အမည် တပ်သည် ဖြစ်စေ ဥပဒေပညာရှင်က ယင်းကို တရားဝင် ဖြစ်သည်ဟု သတ်မှတ်ခြင်းက ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက် ဟူသည့် သဘောတရား အပေါ် လူတစ်ဦး ထားရှိသည့် အမြင်အပေါ် မူတည်မည် ဖြစ်သည်။

> ဖြစ်ပွားခဲ့သော အမှုများတွင် ပြင်သစ်အစိုးရက စွပ်စွဲသည့် အချက်များကို သက်သေပြသည့် အခြေအနေများ ရှိသည့်တိုင် နိုင်ငံတော်သည် လက်တွေ့တွင် ရာဇဝတ်မှု ဆိုင်ရာ ကြားနာမှုများ စနစ်သွင်းခြင်းကို ရှောင်ကျဉ်ခြင်းကိုသာ ပြသသည်။ ဤသည်မှာ ထိုသို့ လုပ်ဆောင်ရန် တာဝန်ရှိသည်ဟု အသိအမှတ်ပြု ထားခြင်းကြောင့် မဟုတ်။ ထိုသို့သော ကြားနေမှုများမှာ *နိုင်ငံတော်က ကြားနေရန်*

[30] See inter alia Akehurst, supra note 3, at 10; Bernhardt, 'Customary International Law', in R. Bernhardt (ed.), Encyclopedia of Public International Law (1992), Vol. 1, 898, at 900; H. Günther, Zur Entstehung von Völkergewohnheitsrecht (1970), at 123–127; Kunz, 'The Nature of Customary International Law', 47 AJIL (1953) 662, at 666; Wolfke, supra note 14, at 61.
[31] Mendelson, supra note 3, at 108.
[32] Danilenko, supra note 3, at 28.

တာဝန်ရှိသည်ဟု လက်ခံထားမှသာ နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း တစ်ခုအဖြစ် သတ်မှတ်နိုင်မည် ဖြစ်သည်။[33]

ပုဂ္ဂလ အစိတ်အပိုင်းသည် နိုင်ငံတော်၏ အလေ့အကျင့်ဆိုင်ရာ သဘောတရားတွင် တစ်နည်းမဟုတ် တစ်နည်း ပါဝင်ခဲ့သည် ရှိသော် ခွဲခြားဆက်ဆံရန်အတွက် အခြေခံ ရှိလာမည် ဖြစ်သည်။ ထိုသီအိုရီအတိုင်း လုပ်ဆောင်ခြင်း မရှိပါက နိုင်ငံတော်၏ ရည်ရွယ်ချက်ကို ပြင်ပ အရာများ ဖြစ်သည့် ဆန္ဒနှင့် ယုံကြည်မှုများအား ကိုးကား၍ ခွဲခြားဖော်ထုတ်ရပေလိမ့်မည်။

၂) နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့် ပမာဏ - မည်သည့်အတိုင်းအတာနှင့် မည်မျှကြာကြာ

အချို့သူများက[34] ထိုမေးခွန်းများကို ကျွန်ုပ် နေရာပေးလိုသည်ထက် ပိုပေးထားကြသည်။ မသေချာ မရေရာမှုများ မည်သည့်နေရာတွင် ရှိနေသည်ကို ပြသရန် ၎င်းတို့ လုပ်ဆောင်ခဲ့ပြီးသည်များအား ထပ်၍ လုပ်ဆောင်ရန် မလိုအပ်ပေ။ နိုင်ငံတော်၏ အလေ့အကျင့် ပမာဏနှင့် ပတ်သက်ပြီး ဖော်ပြချက်ကို နိုင်ငံတကာ တရားရုံး၏ မြောက်ပင်လယ်မှ တိုက်ကြီးများ၏ အဆုံးသတ် နယ်နမိတ် ဆိုင်ရာ အမှုများတွင် တွေ့နိုင်သည်။

> သာမန် စည်းမျဉ်းစည်းကမ်းတစ်ခုမှ နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်းဥပဒေ ဖော်ထုတ်ခြင်းတွင် အချိန်အနည်းမျှ ကြာသွားခြင်းက သတ်မှတ်ချက် တစ်ခုမဟုတ်သော်လည်း အဆိုပါ အချိန်တစ်ခုအတွင်း၊ တိုတောင်းသောအချိန် ဖြစ်စေကာမူ၊ ၎င်းတို့၏ အကျိုးစီးပွားအပေါ် သက်ရောက်မှု ရှိသော နိုင်ငံများ အပါအဝင် သက်ဆိုင်ရာ ပြဋ္ဌာန်းချက်နှင့် စပ်လျဉ်းပြီး နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့်သည် ကျယ်ပြန့်ပြီး တသမတ်တည်း ဖြစ်ရမည် ဟူသည့် လိုအပ်ချက် ရှိသည်။[35]

ထိုကိစ္စရပ်နှင့် ပတ်သက်ပြီး စာရေးသူများအကြား ယေဘုယျ လက်ခံထားသည့် အချက် ရှိသည် ယင်းမှာ ဥပဒေပညာရှင်များသည် အလေ့အကျင့် တစ်ခုကို နိုင်ငံအများအပြားမှ အချိန်ကြာကြာ၊ ပို၍ တသမတ်တည်း အသုံးပြုပါက အချိန်တိုတိုနှင့် ပုံစံတူမဟုတ်ဘဲ လုပ်ဆောင်နေသည့် အလေ့အကျင့်နှင့် နှိုင်းယှဉ်လျှင် ပထမ အမျိုးအစားကို ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေဟု[36] တစ်နည်းမဟုတ် တစ်နည်း လက်ခံထားကြခြင်း ဖြစ်သည်။ Wolfke ကမူ ကွဲပြားသော အမြင်ရှိသည်။ 'အလေ့အကျင့်တစ်ခု အတားအဆီးမရှိ၊ တသမတ်တည်း ဆက်တိုက် ဖြစ်ခြင်းဟူသည့် လိုအပ်ချက်သည် သိပ်အရေးမပါတော့ပေ။' ဟုဆိုခဲ့သည်။ [37] နောက်ခံ အခြေအနေကို ပြန်စဉ်းစားကြည့်ပါက သူဆိုလိုသည်မှာ အခြားကိစ္စရပ်များ နည်းတူ ယနေ့ခေတ် နိုင်ငံတကာ လူ့အဖွဲ့အစည်းသည် အတိတ်တွင် လိုအပ်ခဲ့သော အချိန်နှင့် ထပ်ဖန်တလဲလဲ လုပ်ဆောင်ခြင်းများထက် လျော့၍သာ လိုအပ်သည်ဟု ဆိုလိုခြင်း ဖြစ်သည်။ Bin Cheng က ထပ်ဖန်တလဲလဲ လုပ်ခြင်း၊ အချိန်တစ်ခု ယူခြင်းတို့ မရှိဘဲ အာကာသ ဥပဒေသည် ဓလေ့ထုံးတမ်းဥပဒေ ချက်ချင်း ဖြစ်သွားသည်။ သို့ရာတွင် ယင်းမှာလည်း ပြဿနာ ရှိသည်။

33 The Case of the S.S. 'Lotus', 1927 PCIJ Series A, No. 10, at 28 (emphasis added).

34 Akehurst, supra note 3, at 12–22; ILA, supra note 3, at 20–29; Mendelson, supra note 3, at 211–227.

35 North Sea Continental Shelf, ICJ Reports (1969) 3, at 44 (para. 74).

36 . . questions of opinio juris aside . .

37 Wolfke, supra note 14, at 60.

အဘယ်ကြောင့်ဆိုသော် ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ ဖြစ်လာရန် နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့် မလိုအပ်တော့သောကြောင့် ဖြစ်သည်။[38] အလေ့အကျင့်သာ မလိုအပ် ဆိုပါက ပမာဏ နည်းနည်း၊ များများ အရေးပါတော့မည် မဟုတ်ပေ။

ဥပဒေ ဖန်တီးနိုင်ရန် လိုအပ်သည့် နိုင်ငံတော်၏ အလေ့အကျင့် ပမာဏ အတိအကျကို မည်သူကမျှ သတ်မှတ်ထားခြင်း မရှိပေ။ စာရေးသူများနှင့် တရားရုံးများအကြား အဆိုပါ ကိစ္စရပ်နှင့် ပတ်သက်ပြီး သိသာထင်ရှားသော သဘောထားကွဲလွဲမှု မရှိသော်လည်း ယင်းမှာ မသေချာ မရေရာသော အချက်တစ်ခု ဖြစ်နေသေးသည်။ ထို့ကြောင့် နိုင်ငံတကာ ဥပဒေတွင် မသေချာ မရေရာမှုမှာ ပညာရပ်နှင့် တရားစီရင်ရေးအကြား သဘောထား ကွဲလွဲမှုများကြောင့် သက်သက်သာ မဟုတ်ပေ။ ပမာဏကို ကန့်သတ်ရန် မဖြစ်နိုင် (သို့) လက်တွေ့မကျဟု ဆိုနိုင်သော်လည်း ယခင် လုပ်ဆောင်ထားသည့် ဥပမာများက ကိုးကား၍ ဥပဒေ ဖြစ်လာနိုင်သည်အထိ လုံလောက်ခြင်း ရှိ၊ မရှိ ဆုံးဖြတ်ခြင်း ဟူသည့် မေးခွန်းမှာ အလေ့အကျင့်နှင့် ပတ်သက်၍မှု ရှိနေသေးသည်။ ဥပမာ နိုင်ငံ (က) က နိုင်ငံ (ခ) ကို ဝင်ရောက် ကျူးကျော်ခြင်းက ဥပဒေနှင့် ညီ၊ မညီ ငြင်းခုံကြသည် ဆိုပါစို့။ လူသားချင်း စာနာမှု ဆိုင်ရာ ဝင်ရောက် စွက်ဖက်မှု ဟူသည့် နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ စံနှုန်းသည် တည်ရှိပြီး ဖြစ်ပြီး အင်အားသုံးခြင်းကို ခွင့်ပြုထားသည်။ အဆိုပါ ငြင်းခုံမှုအတွက် နှစ်ဘက်လုံးက ရှိထားပြီးသော ဥပမာများကို လက်ခံရမည် ဖြစ်သည်။ နိုင်ငံ (က) က ထိုဥပမာများသည် နိုင်ငံတကာ ဥပဒေကို ဖန်တီးရန်အတွက် လုံလောက်သည်ဟု ဆိုမည် ဖြစ်သော်လည်း နိုင်ငံ (ခ) က ထိုဥပမာ အရေအတွက် လုံလောက်မှု မရှိကြောင်း ငြင်းဆိုနိုင်သည်။ ဥပဒေက ထိုအရေအတွက်ကို သတ်မှတ်ထားခြင်း မရှိပါက ဤအချက်မှာ မသေချာ မရေရာ ရှိနေမည်ပင် ဖြစ်သည်။

၃) နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်းဥပဒေကို ပြောင်းလဲ၍ မရခြင်း

နိုင်ငံတို့၏ အလေ့အကျင့်နှင့် နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ၏ သဘောတရားကို ယေဘုယျအားဖြင့် ထိခိုက်စေပြီး အများ ယုံကြည်ထားသော်လည်း မှားယွင်းသည့် ယုံကြည်မှု တစ်ခုကို တင်ပြလိုသည်။ နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေကို ပြောင်းလဲ၍ မရ၊ အဘယ်ကြောင့်ဆိုသော် ကွဲပြားခြားနားသော စံနှုန်းတစ်ခုကို ချမှတ်ရန် ကြိုးပမ်းသည့် အလေ့အကျင့် တစ်ခုသည် ယခင် ရှိပြီး စံနှုန်းကို ဖောက်ဖျက်ခြင်း ဖြစ်သောကြောင့် ဖြစ်သည်ဟူသော ကောက်ချက်ကို ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ သီအိုရီက ထွက်ပေါ်စေခဲ့သည်။ ဤသည်မှာ *တရားမဝင်သော လုပ်ရပ်များသည် ဥပဒေကို မဖန်တီးနိုင် (ex iniuria jus non oritur)* ဟူသော အချက်နှင့် ဆင်တူလေရာ စာရေးသားသည့် ပညာရှင်တစ်ဦးက ဥပဒေကို ယင်းသို့ ဖန်တီး၍ မရဟု ဆိုခဲ့သည်။ ‘ဥပဒေ၏ ပြဋ္ဌာန်းချက်များကို ချိုးဖောက်ကာ ဥပဒေ တစ်ခုကို ပြောင်းလဲရန် ကြိုးပမ်းခြင်းကို လက်ခံရန်မှာ ထူးခြားသည့် ဥပဒေ စနစ်တွင်မှ ဖြစ်နိုင်ပေလိမ့်မည်။’[39]

---

[38] Cheng, ‘United Nations Resolutions on Outer Space: “Instant” International Customary Law?’, 5 Indian Journal of International Law (1965) 23, at 45.အတွက်ကို သတ်မ ျပေ

[39] G. J. H. van Hoof, Rethinking the Sources of International Law (1983), at 99.

ထိုသို့ ဥပဒေ ဖန်တီးခြင်းတွင် ထူးခြားမှုမှာ စံနှုန်းများကို လုပ်ရပ်များက ဖန်တီးခြင်း ဖြစ်ပြီး ယင်းလုပ်ရပ်များသည် ထွက်ပေါ်လာမည့် စံနှုန်းများအား အသုံးပြုခြင်းကြောင့် ဖြစ်ပွားခြင်း ဖြစ်သည်။ ခြုံပြောရသော် တရားဝင်မှု ရှိသည် ဖြစ်စေ၊ မရှိသည် ဖြစ်စေ ပါဝင်သော ဇာတ်ကောင်၏ အမူအကျင့် ပုံစံများ (ဓလေ့ထုံးတမ်းများ) ဖြစ်သည့် ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ ဖြစ်ပေါ်လာသည့် သဘောတရားကိုသာ ထည့်သွင်းစဉ်းစားသည်။ ဥပမာ ဇာတ်ကောင် အများစုက အနီရောင် ဦးထုပ် ဝတ်သည် ဆိုကြပါစို့။ ထိုသူများက ဥပဒေသည် အနီရောင် ဦးထုပ် ဝတ်ရမည်ဟု ပြဋ္ဌာန်းထားသည် ဟူ၍လည်း ယုံကြည်ကြသည်။ အနီရောင် ဦးထုပ် ဝင်ဆင်ခြင်းက 'အနီရောင် ဦးထုပ် ဆိုင်ရာ စံနှုန်း' ကို ဖန်တီးပြီး ယင်းမှာ တရားဝင် ဖြစ်သည့် စံနှုန်းတစ်ခု ဖြစ်ပါက အနီရောင် ဦးထုပ် ဝတ်ဆင်ခြင်းသည် (အနီရောင် ဦးထုပ် ဆိုင်ရာ) စံနှုန်းကို အသုံးပြုခြင်း ဖြစ်သည်။ အပြုအမူကို တရားဝင်နှင့် တရားမဝင်အဖြစ် ခွဲခြားပြီး တရားဝင် အမူအကျင့်ကိုသာ နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့်အဖြစ် ယူဆမည် ဆိုပါက ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေသည် ပြောင်းလဲ၍ မရပေ။

အထက်တွင် ဖော်ပြသော အဆို၌ ဥပဒေ (ဥပမာ ကျွန်ုပ်တို့၏ အနီရောင် ဦးထုပ် စံနှုန်း) ကို ချိုးဖောက်သည့် လုပ်ရပ်ကို လုပ်ဆောင်ခြင်းဖြင့် ယင်းဥပဒေကို ပြောင်းလဲရန် ကြိုးပမ်းမှုသာ ဥပဒေ ချိုးဖောက်ခြင်း ဖြစ်သည်။ ကွာခြားချက် တစ်ခုမှာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ ဖန်တီးခြင်းဆိုင်ရာ ဥပဒေက အလေ့အကျင့်ကို ဥပဒေ ဖန်တီးခြင်းတွင် *တရားမဝင် လုပ်ရပ်*ဟု သတ်မှတ်ထားသည်။ ပညာရှင်များက မတူညီသည့် စံနှုန်း နှစ်ခုကို ရောထွေးနေကြသည်။ တစ်ဘက်တွင် အခွင့်အရေးနှင့် တာဝန်များ ဖန်တီးသည့် စံနှုန်း (substantive norms) နှင့် အခြားတစ်ဘက်တွင် ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ ဖန်တီးခြင်းဆိုင်ရာ စံနှုန်းတို့ ရှိကြသည်။ စံနှုန်းများ ဖန်တီးခြင်းနှင့် အသုံးပြုခြင်းတို့မှာ မတူညီသော အရာများ ဖြစ်သည်။ ပထမ တစ်ခုမှာ ဥပဒေ ဖန်တီးခြင်း ဥပဒေကို အသုံးပြုခြင်း ဖြစ်ပြီး ဒုတိယ တစ်ခုမှာ အပြုအမူဆိုင်ရာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေကို ရိုးရိုးတန်းတန်း အသုံးပြုခြင်း ဖြစ်သည်။ Mr. X က အစိမ်းရောင် ဦးထုပ် ဝတ်သည်။ အနီရောင် ဦးထုပ် စံနှုန်းကို အသုံးပြုပါက ယင်းမှာ ဥပဒေ ချိုးဖောက်ခြင်း ဖြစ်သည်။ 'ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ ပြောင်းလဲခြင်း' စံနှုန်းကို အသုံးပြုပါက ဤသည်မှာ ဖြစ်လာနိုင်သော စံနှုန်း အသစ်တစ်ခုအတွက် လုပ်ဆောင်ချက် ဖြစ်သည်။ ဥပမာ အနီရောင် ဦးထုပ် စံနှုန်း အတည်ဖြစ်လာပြီးနောက်ပိုင်း အလေ့အကျင့်များမှာ အနီရောင် ဦးထုပ် စံနှုန်းကို အသုံးပြုခြင်း ဖြစ်ပြီး ထိုစံနှုန်းကို ဖောက်ဖျက်ပါက ယင်းမှာ အနီရောင် ဦးထုပ် စံနှုန်းကို ဖောက်ဖျက်ခြင်းသာ ဖြစ်သည်။ သို့ရာတွင် ယင်းသို့ ဖောက်ဖျက်ခြင်းက အစိမ်းရောင် ဦးထုပ် စံနှုန်းကို ပြောင်းလဲရန် အခြေခံများ တည်ဆောက်ခြင်းအား တရားမဝင် မဖြစ်စေပေ။ အစိမ်းရောင် ဦးထုပ် စံနှုန်းအတွက် လိုအပ်သည့် သတ်မှတ်ချက် ပြည့်မီပါက အစိမ်းရောင် ဦးထုပ် စံနှုန်းက ဥပဒေ ဖြစ်လာနိုင်သည်။ ထိုအချိန်မှ စ၍ အနီရောင် ဦးထုပ် စံနှုန်းနှင့် အစိမ်းရောင် ဦးထုပ် စံနှုန်း တည်ရှိလာသည့် အချိန် ကြားမှ စံနှုန်းနှင့် ကွဲလွဲသည့် ဖြစ်ရပ်များသည် အနီရောင် ဦးထုပ် စံနှုန်းကို ဖောက်ဖျက်ခြင်း အဖြစ် ရှိနေမည် ဖြစ်သည်။ ချိုးဖောက်ခြင်းများက အဘယ့်ကြောင့် နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့် အဖြစ် အကျုံးမဝင်ဘဲ ဖြစ်စေမည်နည်း။ ဓလေ့ထုံးတမ်းများ (ပုံမှန် အလေ့အကျင့်များ) သည် ဥပဒေ (အသစ်) တည်ဆောက်ရန် အခြေခံများ အဖြစ် လုပ်ဆောင်ရာတွင် ဥပဒေနှင့် ညီမှု ရှိနေမည် မဟုတ်ပေ။ လုပ်ရပ်တွင်လည်း မတူညီသော စံနှုန်း နှစ်ခုက ပေးထားသည့် အဓိပ္ပာယ် နှစ်မျိုး ရှိသည်။ စံနှုန်းနှစ်ခု၏ ဥပဒေ အကျိုးဆက်များက တစ်ခုနှင့် တစ်ခု မကိုက်ညီ ဖြစ်နိုင်သည်။ သို့ရာတွင် နိုင်ငံရေး (သို့) လက်တွေ့ပိုင်း ရှုထောင့်များမှသာ မကိုက်ညီခြင်း ဖြစ်မည်။

လောဂျစ် (ဆင်ခြင် တွေးခေါ်ပုံ) (သို့) စံနှုန်း ရှုထောင့်မှ မကိုက်ညီခြင်း မဟုတ်ပေ။ အစိမ်းရောင် ဦးထုတ် ဝတ်ခြင်းကို အပြစ်ပေးနိုင်သည်နှင့် ယင်းမှာ ဥပဒေ ဖန်တီးခြင်း၏ အစိတ်အပိုင်း ဖြစ်သည် ဟူသည့် အချက်နှစ်ခုအကြား ဆင်ခြင် တွေးခေါ်မှုပိုင်းအရ ဆန့်ကျင်ဖီလာနေခြင်းကို မတွေ့ရပေ။ ဤတွင် စံနှုန်းနှစ်ခု ရှိနေခြင်းသာ ဖြစ်သည်။[40]

ခ) ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင် ယူဆချက် (opinio juris)

ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက် သဘောတရားသည် နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်းဥပဒေ၏ မဏ္ဍိုင်တစ်ခု ဖြစ်သည်။ ယင်းမှာ နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံတမ်း ဥပဒေနှင့် ပတ်သက်သည့် လေ့လာချက်များတွင် အငြင်းပွားဖွယ် အကောင်းဆုံးနှင့် နားလည်မှု အနည်းဆုံး အစိတ်အပိုင်း တစ်ခုလည်း ဖြစ်သည်။ အငြင်းပွားမှုများ၏ အဓိက အချက်မှာ အရေးပါသည့် ပဋိပက္ခ တစ်ခု ဖြစ်သည်။ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ ဖော်ထုတ်ရေးသည် သဘောတရားအရ တိုက်ရိုက် မဟုတ်၊ ရည်ရွယ်၍ လုပ်ဆောင်ခြင်း မဟုတ်။ တစ်ဘက်တွင်မူ ဥပဒေ ဖော်ထုတ်ရေးသည် ပုံမှန်အားဖြင့် ရည်ရွယ်ချက်ဖြင့် လုပ်ဆောင်ချက်အချို့၊ စိတ်ဆန္ဒအရ လုပ်ဆောင်ချက် လိုအပ်သည်။ နိုင်ငံများက ၎င်းတို့အပေါ် စည်းနှောင်မှု ရှိသော တာဝန်များ ဖန်တီးရန် သဘောတူခြင်းကို နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ စနစ်တွင် တန်ဖိုးထားကြသည်။ '၎င်းတို့၏ စိတ်ဆန္ဒ မပါဘဲ မည်သည့် နိုင်ငံကိုမှာ စည်းနှောင်ထား၍ မရပေ' ဆိုသည်မှာ တွေ့ရလေ့ ရှိသည့် အဆိုမျိုး ဖြစ်သည်။

စိတ်ဝင်စားဖွယ် ဖြစ်ပေါ်တိုးတက်မှု တစ်ခုမှာ ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက် သီအိုရီ၏ လွှမ်းမိုးမှု ဖြစ်သည်။ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ၏ အစောပိုင်း လေ့လာရေးသားမှုများတွင် ယခု နားလည် သဘောပေါက်ထားသော ပုဂ္ဂလ အမြင်နှင့် ကွဲပြားသည့် သီအိုရီ အမျိုးအပြား ရှိခဲ့သည်ကို စာဖတ်သူများ သတိပြုမိမည် ထင်သည်။[41] ယနေ့အခါ ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက် သီအိုရီကို တိကျ ရှင်းလင်းစွာ အဓိပ္ပာယ် ဖွင့်ဆိုထားခြင်း မဟုတ်သလို ပုဂ္ဂလ အမြင်နှင့် ပတ်သက်ပြီး တစ်ခုတည်းသော အဓိပ္ပာယ် ပြန်ဆိုခြင်း သက်သက်လည်း မဟုတ်ပေ။[42] သို့ရာတွင် ယင်းမှာ သီအိုရီ အမျိုးအပြားထဲမှ တစ်ခုသာ ဖြစ်သော်လည်း အများ လက်ခံထားသော (သို့) လွှမ်းမိုးမှု ရှိသော သဘောတရား အဆင့်တစ်ခုသို့ ရောက်နေပြီ ဖြစ်သည်။[43]

ပုဂ္ဂလအမြင်နှင့် ပတ်သက်သော ရှုပ်ထွေးသည့် ပြဿနာများအကြား ပထမဆုံး ဖြေရှင်းရန် အဓိကကျသည့် မေးခွန်းမှာ ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက်၏ သဘောသဘာဝ ဖြစ်သည်။ ဤသည်မှာ အဘယ်နည်း။ ယင်းကိုယ်စားပြုလိုသည့် အရာမှာ အဘယ်နည်း။ အဘယ့်အတွက်ကြောင့် ယင်းမှာ လိုအပ်သော (သို့) အရေးပါသော အချက်တစ်ချက် ဖြစ်နေရသနည်း။ ဤနေရာတွင် မသေချာ မရေရာ ဖြစ်နေသည့် အရာက ပုဂ္ဂလ အမြင်နှင့်

[40] For a more precise formulation of the relationship between the application and creation of law see H. Kelsen, Reine Rechtslehre (2nd ed., 1960), at 240.
[41] E.g. Günther, supra note 30, at 15–58, 149–154; Kirchner, supra note 2; R. Fidelio Unger, Völkergewohnheitsrecht — objektives Recht oder Geflecht bilateraler Beziehungen: Seine Bedeutung für einen 'persistent objector' (1978).
[42] For a recent re-interpretation of opinio juris see Roberts, 'Traditional and Modern Approaches to Customary International Law', 95 AJIL (2001) 757.
[43] Fidler, 'Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law', 39 *German Yearbook of International Law* (1996) 198.

ဆက်စပ်နေသော ပြဿနာများ အားလုံးအပေါ် လွှမ်းမိုးမှု ရှိသည်။ ဤဆောင်းပါးတွင် ကျွန်ုပ်အနေဖြင့် နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေဆိုင်ရာ ဆွေးနွေးမှုများနှင့် ဆက်စပ်သော အတွေးအမြင်များကို ဖော်ထုတ်သွားပါမည်။

လာမည့် စာပိုဒ်အချို့တွင် အများလက်ခံထားသည့် ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက် သီအိုရီသည် အများလက်ခံထားခြင်း မဟုတ်ဟု ယူဆထားကြမည်။ အဓိကကျသော မေးခွန်းများကို နားလည်စေရန်နှင့် အများလက်ခံထားသော သဘောတရားအတွင်း မသိမသာ ကွဲပြားသော အမြင်များကို နားလည်နိုင်စေရန် အများလက်ခံထားသော သဘောထားများကိုသာ ဦးစားမပေးဘဲ ပုဂ္ဂလ အမြင်များ အားလုံး၏ သဘောသဘာဝကို တန်းတူ လေ့လာ အကဲဖြတ်သင့်သည်။ ထိုသို့ အကဲဖြတ်နိုင်ရန် မတူညီသော အမြင်နှစ်ခု ဖြစ်သည့် 'မိမိ သဘောဆန္ဒအလျောက် လုပ်ဆောင်ခြင်း' နှင့် 'ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင် ယူဆချက် (opinio juris)' [44] ချဉ်းကပ်ပုံတို့ကို ကောင်းကျိုး၊ ဆိုးကျိုးများအား ဆွေးနွေးခြင်းဖြင့် နှိုင်းယှဉ် သွားပါမည်။ ထို့နောက် သီအိုရီ မော်ဒယ်များ၏ အကန့်အသတ်များကို ဖြေလျှော့ကာ ယင်းသီးသန့် ခွဲခြားထားမှု နှစ်ခုကို ရောစပ်ရန် ကြိုးပမ်းကြည့်ပါမည်။ ထိုသီအိုရီ နှစ်ခု၏ သဘောတရားနှင့် အတွေးအခေါ် အခြေခံများ၏ အကျိုး၊ အပြစ်ကို စိတ်ဝင်စားခြင်းမဟုတ်သောကြောင့် ယင်းတို့ကို ဆွေးနွေးသွားမည် မဟုတ်ပါ။

၁) သဘောတူညီမှု

သဘောတူညီမှု သီအိုရီအရ [45] နိုင်ငံတိုင်းသည် နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေမှ စံနှုန်းဖြင့် စည်းနှောင်ခံရန် သဘောတူဖို့ လိုအပ်သည်။ ထိုသီအိုရီက *ရည်ရွယ်ချက်ဖြင့်* ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ ချမှတ်ခြင်းကို အလွယ်တကူ ဖော်ပြနိုင်သည်။ ယင်းတို့မှာ (၁၉၄၅ ခုနှစ် ထရူးမန်း ကြေညာချက် (Truman Proclamations) တွင် ဖြစ်ပွားခဲ့သည့်အတိုင်း) စတင်ခြင်း၊ ကူးယူခြင်း၊ တဖြည်းဖြည်း လက်ခံခြင်း ဖြစ်စဉ်များ ဖြစ်သည်။ [46] အခြား အားသာချက် တစ်ခုမှာ 'ဥပဒေ ဖြစ်ထိုက်သည်ဟု ယုံကြည်ခြင်း' ဟူသည့် အရာကို 'တစ်စုံတစ်ခုသည် ဥပဒေ ဖြစ်ရန် သဘောတူသည်' ဟူသည့် အရာဖြင့် အစားထိုးလိုက်ခြင်းဖြင့် 'ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက် ဝိရောဓိ' ပြဿနာကို ရှောင်ရှားနိုင်ခြင်း ဖြစ်သည်။ Raphael Walden ဆိုခဲ့သည့်အတိုင်း 'သဘောတူညီခြင်း သီအိုရီက ပုံစံအမျိုးမျိုးတွင် ဓလေ့ထုံးတမ်း၏ တည်ဆောက်ခြင်း သဘောတရားကို အသိအမှတ်ပြုထားသည့် အားသာချက် ရှိသည်။' [47] ၎င်း၏ အကြီးများဆုံး ပြဿနာမှာ သဘောတူသည်ဟု ကောက်ချက်ဆွဲခြင်း ဖြစ်သည်။ နိုင်ငံအများစုသည် နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်းဥပဒေ စံနှုန်းများ ချမှတ်ခြင်းတွင် အမြဲတစေ တက်ကြွစွာ ပါဝင်နေဖို့ မဖြစ်နိုင်ပေ။ လွန်ခဲ့သော နှစ်ပေါင်းများစွာအတွင်း ထောက်ပြသူများကို ရှုပ်ထွေးစေသည့် မေးခွန်း တစ်ခုမှာ မပါဝင်သော နိုင်ငံများကို ဓလေ့ထုံးတမ်းဥပဒေ ဖန်တီးခြင်းနှင့် မည်သို့ ဆက်စပ်မည်နည်း ဟူသည့် မေးခွန်း ဖြစ်သည်။ အဖြေတစ်ခုမှာ သဘောတူသည်ဟု ကောက်ချက်ဆွဲခြင်း၊ တဖြည်းဖြည်း လက်ခံခြင်းဟု ခေါ်သော

[44] The distinction is taken from Mendelson, 'The Subjective Element in Customary International Law', 66 BYbIL (1996) 177, but I do not propose to portray the two concepts as he does.
[45] E.g. Danilenko, supra note 9; Elias, 'The Nature of the Subjective Element in Customary International Law', 44 ICLQ (1995) 501; Wolfke, supra note 14.
[46] Mendelson, supra note 44, at 185.
[47] Walden, 'The Subjective Element in the Formation of Customary International Law', 12 Israel Law Review (1977) 344, at 355 (emphasis added).

'အရည်အသွေး ပြည့်မီသည့် နှုတ်ဆိတ်မှု' ဖြစ်သည်။[48] အလေ့အကျင့်ကို သိသော (သို့) သိမည်ဟု မျှော်လင့်ရသော သက်ရောက်မှု ခံစားရသည့် နိုင်ငံများသာလျှင် တဖြည်းဖြည်း လက်ခံသည်ဟု ယူဆနိုင်သည်။ [49] ဤအချက်က မေးသင့်သော မေးခွန်း တစ်ခုကို ထွက်ပေါ်လာစေပြီး ယင်းမှာ သဘောတူညီခြင်း သီအိုရီများ၏ အခက်ခဲဆုံး အချက်လည်း ဖြစ်သည်။ ယူဆထားသော၊ ကောက်ချက်ဆွဲထားသော အမြင်များသည် နိုင်ငံများ၏ စိတ်ဆန္ဒကို အမှန်တကယ် ထင်ဟပ်သည့် သက်သေများဟု ဆိုနိုင်ပါသလား ဟူသည့် မေးခွန်း ဖြစ်သည်။ [50] အကောင်းဆုံး အခြေအနေတွင် ယင်းအချက်မှာ ဖြစ်နိုင်သည်။ သို့ရာတွင် ဆိတ်ဆိတ် နေခြင်းက သဘောတူခြင်းလားဟု မေးစရာရှိလာသည်။ [51] ဟုတ်သည်ဟု ဆိုပါက ထိုသူများကို ကျိုးကြောင်း မဆီလျော်ဟု စွပ်စွဲနိုင်သည်။ [52] အဘယ်ကြောင့်ဆိုသော် နိုင်ငံ အချို့သာ မဟုတ်ဘဲ သက်ဆိုင်ရာ နိုင်ငံတိုင်းက လက်ခံကြောင်း သဘောထားကို ပြသရမည် ဖြစ်သည်။

၂) ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက် (Opinio juris)

ယခု အမျိုးအစား ခွဲခြားမှုတွင် ဒုတိယပိုင်းမှာ ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက် (သို့) လိုအပ်ချက် (opinio juris sive necessitatics) သီအိုရီ ဖြစ်သည်။[53] ထိုအမြင်ကို ပုံမှန်အားဖြင့်[54] *မြောက်ပင်လယ် တိုက်နယ်နမိတ် အဆုံးသတ်* အမှုများတွင် တရားရုံး၏ အဆုံးအဖြတ်ကို ကိုးကား၍ အနှစ်ချုပ်နိုင်သည်။

> သက်ဆိုင်ရာ လုပ်ရပ်များသည် အခြေကျပြီး အလေ့အကျင့်များ ဖြစ်ရုံသာမက *ယင်းလုပ်ရပ်ကို လိုအပ်သော တရားဥပဒေ စည်းမျဉ်း တည်ရှိမှုကြောင့် လုပ်ကို လုပ်ဆောင်ရမည့် အရာ ဖြစ်သည်ဟု ယုံကြည်ထားကြောင်း* သက်သေရှိသည့် ပုံစံဖြင့် လုပ်ဆောင်ရမည်။ ထိုကဲ့သို့သော ယုံကြည်မှု လိုအပ်ခြင်း၊ ဆိုလိုသည်မှာ ပုဂ္ဂလ အမြင် ရှိခြင်းသည် ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက် (သို့) လိုအပ်ချက် *(opinio juris sive necessitates)* ၏ သဘောတရားတွင် ပါဝင်သည်။ ထို့ကြောင့် သက်ဆိုင်ရာ နိုင်ငံများသည် ဥပဒေ တာဝန်တစ်ခုကို လိုက်နာနေသည်ဟု ခံစားကြရမည်။ လုပ်ရပ်၏ ဖြစ်ပွားမှု ကြိမ်ရေ (သို့) အကျင့်သဖွယ် ဖြစ်နေသည့် လက္ခဏာသည်ပင် မလုံလောက်ပေ။[55]

ဤသည်မှာ ထိုသီအိုရီ ဖြစ်ပေါ်လာပုံ ဖြစ်သော်လည်း ယင်းတွင် အခြားသော အခြေခံ အရင်းအမြစ်များလည်း ရှိသေးသည်။ သဘောတရား၏ မူရင်း ဇာစ်မြစ်မှာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေသည် တည်ရှိပြီး ဥပဒေ၏ လက္ခဏာ တစ်ရပ် ဖြစ်သည်ဟူသော သီအိုရီများ ဖြစ်သည်။ [56] ဤယူဆချက်များမှာ ပြဿနာ မရှိပေ။ အဘယ်ကြောင့်ဆိုသော် တည်ရှိပြီးသား ဥပဒေအပေါ် ယုံကြည်ချက်မှာ အသစ် ဖန်တီးခြင်းမဟုတ်၊ ပြန်လည် ကြေညာခြင်းသာ ဖြစ်သည်။ အသစ်

---

[48] MacGibbon, 'Customary International Law and Acquiescence', 33 BYbIL (1958) 115.
[49] Aptly distilled by Mendelson, supra note 44, at 186, from the ICJ's reasoning in Fisheries, ICJ Reports (1951) 116, at 138–139.
[50] Byers, supra note 3, at 144.
[51] Qui tacet consentire videtur? Mendelson, supra note 44, at 186; 'On the whole it is difficult to draw any conclusion from the fact that a state has taken up a passive attitude.' Gihl, 'The Legal Character and Sources of International Law', 1 Scandinavian Studies in Law (1957) 51, at 79.
[52] Kirchner, supra note 2, at 17.
[53] Also called the 'Zwei-Elementelehre', 'Theorie von der Rechtsüberzeugung' or 'belief theory'.
[54] Akehurst, supra note 3, at 31.
[55] North Sea Continental Shelf, supra note 35, at 45 (para. 77) (emphasis added).
[56] E.g. the Volksgeist of the German historische Rechtsschule (Puchta, von Savigny) described by D'Amato, supra note 3, at 47–48; Walden, supra note 47, at 357–359.

ဖန်တီးခြင်းဟု ထင်မြင်ရန် တည်ရှိပြီးသား ဥပဒေကို သက်သေပြနိုင်ပါက ဓလေ့ထုံးတမ်း ဖြစ်စဉ်၏ ရလဒ်မှာ အဘယ်နည်း ဟူသည့် မေးခွန်းကို မေးရမည်။ Francois Geny ၏ *Methode d'interpretation et sources en droit prive positif* (1988) စာအုပ်နှင့်အတူ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ လေ့လာမှုများက ပုဂ္ဂလ အမြင် ပေါ်ပေါက်လာခြင်း၏ အပြောင်းအလဲ တစ်ခုကို ဖော်ထုတ်ခဲ့သည်။ သူက *opinio juris sive necessitates* ဟူသည့် အသုံးအနှုန်းကို ဖန်တီးခဲ့ပြီး တည်ရှိပြီးသား ဥပဒေ ဆိုသည့် အမြင်ကို ပယ်ချခဲ့သည်။[57]

'ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက် ဝိရောဓိ' မှာ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ လေ့လာမှုများတွင် ဆက်တိုက်ရှိနေသည့် ပြဿနာ တစ်ခု ဖြစ်သည်။ ကိစ္စရပ် တစ်ခုမှာ ဥပဒေ *ဖြစ်ပြီးသား* ဟူသည့် အမြင်ကို လက်ခံပါက ထိုအမြင်ကို တည်ရှိပြီးသား နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေများ လေ့လာရာတွင်သာ အသုံးပြုနိုင်လိမ့်မည်။[58] ယခင်က မဖော်ထုတ်ရသေးသည့် စံနှုန်း တစ်ခု (သို့) မတူညီသော စံနှုန်းတစ်ခုမှ ထွက်ပေါ်လာသည့် အရာအတွက်မူ အကြောင်းအရာ တစ်ခုသည် ဥပဒေ *ဖြစ်ပြီးမှသာ* ဥပဒေ *ဖြစ်လာနိုင်သည်* ဟူသည့် ယင်းအမြင်မှာ မမှန်ကန်နိုင်ပေ။ ထို့ကြောင့် အဆိုပါ အမြင်မှာ သာမာန် မဟုတ်သည့် အမြင်မှား ဖြစ်သည်။[59]

> ဓလေ့ထုံးတမ်း ဖန်တီးခြင်း၏ အရင်းအမြစ်တွင် ဓလေ့ထုံးတမ်း ဖန်တီးသူများက ၎င်းတို့ ဖန်တီးနေသည့် စည်းမျဉ်းဖြင့် ဥပဒေအရ စည်းနှောင်ခံထားရပြီး ဖြစ်သည်ဟု မှားယွင်း ယုံကြည်နေကြသည်ဟု Geny က ကောက်ချက်ချခဲ့သည်။ 'စည်းမျဉ်းတစ်ခုကို စည်းနှောင်မှု ရှိပြီး ဖြစ်သည်ဟု ယူဆပြီး မရှိမဖြစ် အခြေအနေ တစ်ခုဟု စတင် သုံးနှုန်းခြင်းက အမှား ဖြစ်သည်။'[60]

ထိုပြဿနာကို ကျော်လွှားရန် သီအိုရီ အများအပြား ဖော်ထုတ်ခဲ့သည်။[61] ရှေးဦးစွာ Hans Kelsen က နိုင်ငံများသည် ဓလေ့ထုံးတမ်းဥပဒေ အသစ် ပြုလုပ်ရန် မှားယွင်းသော ပုံစံဖြင့် ပြုမူတတ်ကြသည်ဟု ဆိုသည်။ 'အဘယ်ကြောင့် ဆိုသော် ထိုစံနှုန်းသည် ဓလေ့ထုံးတမ်း ဖန်တီးခဲ့စဉ်က မရှိခဲ့သောကြောင့် ဖြစ်သည်' ဟု သူက ဆိုသည်။[62] ထို့ကြောင့် ယုံကြည်ချက် အမြင်တစ်ခုကို အသုံးပြုနိုင်မှုသည် ထိုယုံကြည်မှု အမြင်၏ မှန်ကန်မှု အပေါ် မူတည်သည်။ သို့ရာတွင် 'အမှန်တကယ်ပင် ဥပဒေ ဖြစ်သည်' ဟူသည်မှာ 'နိုင်ငံများက ဤအချက်ကို ဥပဒေ အဖြစ် အမှန်တကယ် ယုံကြည်ထားသည်' ဟူသည့် သဘောတရားနှင့် ကွာခြားသလို 'နိုင်ငံများက ဤအချက်ကို ဥပဒေ ဖြစ်သည်ဟု ယုံကြည်ထားကြောင်း ပြောကြားသည်' ဟူသည့် သဘောတရားနှင့်လည်း တဖန် ကွာခြားပေသည်။[63] Kelsen က နောက်ပိုင်းတွင် ပုဂ္ဂလ အမြင်အပေါ်တွင် သူ၏ အမြင်များကို ပြောင်းလဲခဲ့သည် (အစောပိုင်းတွင် သူက ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက် လိုအပ်ခြင်းကို ငြင်းဆိုခဲ့သည်)[64] နိုင်ငံများက ဥပဒေ စံနှုန်း မဟုတ်သည့်တိုင် စံနှုန်းတစ်ခု ရှိခြင်းကို ယုံကြည်သင့်သည် ဟူ၍

[57] Benson, 'François Gény's Doctrine on Customary Law', 20 Canadian Yearbook of International Law (1983) 267.
[58] 'Here, opinio juris is at worst a harmless tautology.' D'Amato, supra note 3, at 73.
[59] Kelsen, 'Théorie du droit international coutumier', 1 (N.S.) Revue internationale de la théorie du droit (1939) 253, at 263.
[60] Benson, supra note 57, at 276 (emphasis in original).
[61] Nearly every monograph and many articles on customary law contain descriptions of those efforts; e.g. Slama, 'Opinio juris in Customary International Law', 15 Oklahoma City University Law Review (1990) 603, at 620–625; Yee, 'The News that opinio juris "Is Not a Necessary Element of Customary [International] Law" Is Greatly Exaggerated', 43 German Yearbook of International Law (2000), 227, at 231–234.
[62] '. . . because this "norm" does not exist during the procedure of custom-formation', Kelsen, supra note 59, at 263 (author's translation).
[63] Akehurst, supra note 3, at 36.
[64] Kelsen, supra note 59, at 264.

ပြောင်းလဲခဲ့သည်။ [65] ထိုသို့ အမြင်ပြောင်းလဲခဲ့ခြင်းတွင် အဓိက အချက်တစ်ခု ကျန်ခဲ့သည်။ ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက်ဟု ခေါ်သည့် ပုဂ္ဂလ အမြင် လိုအပ်ရခြင်းမှာ အသုံးပြုခြင်း သက်သက်နှင့် ဓလေ့ထုံးတမ်း စံနှုန်းများအကြား ခွဲခြားရန်နှင့် ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေနှင့် အခြား စံနှုန်း စည်းမျဉ်းများကို ခွဲခြားကန့်သတ်ရန် ဖြစ်သည်။ Hugh Thirilway နှင့် Raphel Walden တို့က အလေ့အကျင့်သည် ဥပဒေအရ လိုအပ်သည် (မှားသည်ဖြစ်စေ၊ မမှားသည် ဖြစ်စေ - ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက်) ဟူသည့် အမြင်နှင့် အလေ့အကျင့်သည် ဥပဒေ ဖြစ်သင့်သည် (*opinio necessitatis)* ဟူသော အမြင်တို့ပါ ပါဝင်အောင် သဘောတရားကို ချဲ့ထွင်ခဲ့သည်။ [66] 'ဓလေ့ထုံးတမ်းသည် ဥပဒေ ဖြစ်သင့်သည် ဟူသော အမြင်ကသာ ဥပဒေ ဖန်တီးရာတွင် သက်ရောက်မှု ရှိပါက နောက်ဆက်တွဲ အနေဖြင့် အလေ့အကျင့်များအပေါ် မှန်ကန်သော အမြင်ဖြစ်သည့် ဓလေ့ထုံးတမ်းသည် ဥပဒေ ဖြစ်သည် ဟူသော အမြင်ဖြင့် ရှုမြင်နိုင်သည်။'[67]

၃) ခွဲခြားချက်ကို ဖြေရှင်းခြင်း (သို့) ပယ်ဖျက်ခြင်း

မိမိ ဆန္ဒ အလျောက် ဖြစ်ခြင်းနှင့် ဆင်ခြင်ဉာဏ် သုံးခြင်းအကြား ခွဲခြားမှုသည် မှားယွင်းပြီး ဆက်လက်ရှိမနေသင့်ပေ။[68] ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေမှ လူသိများသည့် သီအိုရီများက တည်ရှိပြီးသား ဥပဒေများသည် နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ၏ အခြေခံ ဖြစ်သည် ဟူသော အချက်ရော၊ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေသည် မရေးသားရသေးသည့် သဘောတူညီချက်နှင့် ဆင်တူသည် ဟူသည့် အချက်ကိုပါ လက်မခံကြပေ။ ပုံမှန်အားဖြင့် သဘောတူညီမှုနှင့် ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက်တို့သည် ညှိနှိုင်း၍ မရသော အရာနှစ်ခု ဖြစ်သော်လည်း ခေတ်ပေါ် သီအိုရီများက ထိုအစွန်းနှစ်ဘက်မှ သဘောတရားများကို ပေါင်းစပ်ရန် ကြိုးပမ်းလာသည်။ ထိုသီအိုရီများ အားလုံးက ၎င်းတို့၏ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ သဘောတရားတွင် စိတ်ဆန္ဒကို ထည့်သွင်းထားကြသည်။ ဤသည်မှာ ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက်၏ ဖန်တီးခြင်း လုပ်ငန်းကို အသိအမှတ်ပြုခြင်း ဖြစ်သည်။ သို့ရာတွင် ထိုအစွန်းနှစ်ဘက် သဘောတရားများကို ရောစပ်ခြင်းက မသေချာ မရေရာမှုကို ပိုမို တိုးပွားစေပြီး ယင်းမှာ ခွဲခြားမှုကို ဖြေရှင်းခြင်း၏ တိုက်ရိုက် ရလဒ် ဖြစ်သည်။ စိတ်ဆန္ဒနှင့် ယုံကြည်ချက်အကြား စည်းခြားထားခြင်းများ မရှင်းမလင်း ဖြစ်လာသည်။ ယုံကြည်ချက်၊ အထူးသဖြင့် အလေ့အကျင့်က ဥပဒေ ဖြစ်သည် (သို့) ဖြစ်လာသင့်သည် ဟူသော ယုံကြည်ချက်ဟု ဆိုပါက ယင်းမှာ စိတ်ဆန္ဒအလျောက် လုပ်ဆောင်ခြင်းနှင့် တူပါသလား။ တစ်ဘက်တွင်မူ "တစ်စုံတစ်ခုသည် ဥပဒေဖြစ်သည် ယုံကြည်မှု" က စိတ်ဆန္ဒအလျောက် လုပ်ဆောင်ခြင်းနှင့် တူပါသလား။

နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ၏ မသေချာ၊ မရေရာမှုများက အများလက်ခံထားသော သီအိုရီကို ထောက်ခံနေသည်။ ကျွန်ုပ်တို့ အစောပိုင်းတွင် ဖော်ပြခဲ့သော ပြဿနာဖြစ်သည့် ယုံကြည်မှု အမြင် တစ်ခုမျှ မရှိသည့်အခါ မှားယွင်းသော အမြင် လိုအပ်သည် ဟူသည့် ပြဿနာကို ဖြေရှင်းရန်မှာ သိပ်အရေးမပါလှတော့ပေ။ မသေချာ မရေရာမှုကြောင့် ဥပဒေသည် အဘယ်နည်း ဟူသည်နှင့်

[65] H. Kelsen, Principles of international law (1952), at 307.
[66] Walden, supra note 1, at 97.
[67] Thirlway, supra note 14, at 55.
[68] Elias, supra note 45, at 501.

ဥပဒေက ဘာဖြစ်သင့်သည် ဟူသည်တို့အကြား ခွဲခြားရန် မဖြစ်နိုင်တော့ပေ။ *တည်ရှိနေသော ဥပဒေ (lex lata)* နှင့် *ဖြစ်သင့်သော ဥပဒေ (lex ferenda)* တို့အကြား ခွဲခြားရန် ဥပဒေက အဘယ်နည်း ဟူသည်ကို သိဖို့ လိုအပ်သည်။ ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက်ကို ခိုင်မာစေရန် ဥပဒေ ဆိုသည်မှာ အဘယ်နည်း ဟူသည်ကို ရှာဖွေ၍ ယင်းကို သက်သေပြရန် လိုသည်။ မသေချာမရေရာမှုကြောင့် ဓလေ့ထုံးတမ်းဥပဒေ စံနှုန်းတစ်ခု မည်သည့်အချိန် ပေါ်ထွက်လာမည်ကို ပြောရခက်သည်။ ထို့ကြောင့် နိုင်ငံတစ်နိုင်ငံက စံနှုန်းတစ်ခုသည် နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ ဖြစ်သင့်သည်ဟု ယူဆပါက အဆိုပါ ယူဆချက် မှန်ကန်ခြင်း ရှိ၊ မရှိ သိရှိရန် မဖြစ်နိုင်ပေ။ နိုင်ငံများသည် ၎င်းတို့ တင်ပြထားသည့် စံနှုန်းတစ်ခု ဥပဒေ ဖြစ်လာနိုင်၊ မလာနိုင်ကို မသိရှိနိုင်ပေ။ 'မှားယွင်းမှု' သည် မရှင်းလင်း၊ မလိုအပ်တော့သလို နိုင်ငံများ၏ ယုံကြည်ချက်မှ စံနှုန်း ဖန်တီးရေး တာဝန်သည် အရေးပါလာသည်။[69]

ဖန်တီးရေးတာဝန် နောက်တွင် မည်သည့်အရာ လိုက်ပါလာသနည်း။ ရှေးဦးစွာ ပုဂ္ဂလ အမြင်၏ သဘောသဘာဝက စိတ်ဆန္ဒအလျောက် လုပ်ဆောင်ခြင်းဟူသည့် သဘော ပါဝင်သည်။ စိတ်ဆန္ဒအရ လုပ်ဆောင်ခြင်းဟူသည့် အချက်ကို ဥပဒေကို စိတ်ကူးယဉ် တွေးထင်ထားသည့် ပုံစံထက် ပို၍ လက်ဆုပ်လက်ကိုင် ရှိစေသည်။ (အပိုင်း ၂ ခ) ဒုတိယ အနေဖြင့် ပုဂ္ဂလ အမြင်က ယခင် ရှိပြီးသား ဥပဒေ အချက်များနှင့် ကိုက်ညီစရာ မလိုပေ။ ဆိုလိုသည်မှာ တောင်းဆိုသည့် အချက်များသည် မှန်ကန်စရာမလို၊ တောင်းဆိုသည့် အချက်၏ တန်ဖိုး မဟုတ်ဘဲ တောင်းဆိုခြင်းနှင့်သာ သက်ဆိုင်သည်။ ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက်၏ တည်ဆောက်ခြင်း အမြင် သဘောတရားတွင် ယုံကြည်ချက်၏ မှန်ကန်မှုထက် ယုံကြည်ချက် တည်ရှိခြင်းက ပို၍ အရေးပါသည်။ ထို့ကြောင့် ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ ဖန်တီးနိုင်ရန်အတွက် ဆုံးဖြတ်သည့်အခါ အမှားအယွင်း ပြုလုပ်မိခြင်းလည်း ဖြစ်လာနိုင်သည်။ ထိုသို့ ဖြစ်ပါက (အမှားအယွင်း တစ်ခုကို မဖြစ်မနေ လုပ်ရန် လို၊ မလိုမှာ သံသယ ဝင်ဖွယ် ဖြစ်သည်) ယင်းမှာ ရှေ့နေများ၏ စည်းမျဉ်း လိုက်နာမှုကို ချိုးဖောက်ခြင်း ဖြစ်သည်။ သို့ရာတွင် အဆိုပါ သဘောတရားက အဘယ်ကြောင့် ဥပဒေ ပြုလုပ်ခြင်း နည်းလမ်း မဖြစ်သင့်ကြောင်း အကြောင်းပြချက် ပေးနိုင်ခြင်း မရှိပေ။ အများလက်ခံထားသော သဘောတရားတွင် ဥပဒေ တစ်ခု ဖန်တီးရန် ဥပဒေတစ်ခု တည်ရှိပြီး ဖြစ်ရမည်ဟု ဆိုမထားပေ။[70] နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေအတွက် ယုံကြည်ချက် ရှိရန်လိုသည် ဟုသာ ဆိုထားသည်။ ကွာခြားချက်မှာ ဖန်တီးရေး တာဝန်၏ အနှစ်သာရ ဖြစ်သည်။ ပါဝင်သည့် အချက်အလက် မဟုတ်ဘဲ တည်ရှိခြင်းကသာ ဥပဒေ ဖန်တီးရာတွင် ဆုံးဖြတ်ပေးနိုင်သည့် အချက် ဖြစ်သည်။

၂။ နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ၏ အခြေခံကျသည့် ပြဿနာများ

နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ၏ သီအိုရီဆိုင်ရာ ပြဿနာများမှာ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ တစ်ရပ်လုံး၏ သီအိုရီဆိုင်ရာ ပြဿနာများလည်း ဖြစ်ကြသည်။ ထို့ကြောင့် ဥပဒေ ပြုရေးနှင့် ၎င်း၏

69 In a sense this was discussed by Walden, supra note 1, re-interpreting the 'internal aspect' of rules developed by H. L. A. Hart, The Concept of Law (2nd ed., 1994).

70 Hoof, supra note 39, at 93 (emphasis added).

အမြင်များကို ဒုက္ခပေးနေသော လွန်စွာ ဆက်စပ်နေသည့် ပြဿနာ နှစ်ရပ်ကို အလေးစိုက်သွားခြင်းက ကောင်းမည်ဟု ထင်မြင်မိသည်။ ဦးစွာ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေတွင် ၎င်း၏ သဘောသဘာဝ၊ အခြေခံနှင့် အရင်းအမြစ်များအကြား ဆက်စပ်မှုများကို စည်းကြပ်နိုင်မည့် ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေ မရှိပေ။ ဤသည်မှာ တောက်လျှောက် တွေ့နေရသည့် ပြဿနာ ဖြစ်ပြီး ယခုအပိုင်း တောက်လျှောက်လည်း ပါဝင်သွားလိမ့်မည်။ ဤအချက်က ဥပဒေ ရှာဖွေခြင်း ကြိုးပမ်းမှု တစ်ခုလုံးကို ချိနဲ့စေသည်။ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေအတွက် (သိသာထင်ရှားသော) ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေ မရှိပေ။[71] ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ ဖန်တီးခြင်းအတွက် စည်းမျဉ်းများရော၊ ထိုစည်းမျဉ်းများ မည်သို့ ပေါ်ပေါက်လာသည်ကိုပါ ကျွန်ုပ်တို့အနေဖြင့် လုံလုံလောက်လောက် သိနိုင်မည် မဟုတ်ပေ။

ဒုတိယ စဉ်းစားရမည့် ကိစ္စရပ်မှာ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေကို induction နှင့် deduction ချဉ်းကပ်ပုံများ ဖြစ်သည်။ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေနှင့် စပ်လျဉ်းသော ဥပဒေဆိုင်ရာ လေ့လာဆန်းစစ်မှုများ အားလုံးတွင် ၎င်းတို့သုတေသန၏ တွေ့ရှိချက်များကို အခြေခိုင်အောင် နည်းနာများ ထည့်သွင်းရပြီး inductive (သို့) deductive ဟု သတ်မှတ်ထားသည့် နည်းလမ်းများ ပါဝင်ရသည်။ Inductive နည်းလမ်းအတွက် စံနူန်းမှာ သီအိုရီကို နိုင်ငံတကာ အတွေ့အကြုံများမှ အချက်အလက်များကို ဆွဲယူ၍ ဖော်ထုတ်ခြင်း ဖြစ်သည်။ ထိုနည်းလမ်းကို အသုံးပြုသော စာရေးသူများသည် ဓလေ့ထုံးတမ်းဥပဒေ ဖန်တီးခြင်း ဆိုင်ရာ ဥပဒေကို ယခင်က ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ ဖန်တီးသည့် ဥပမာများမှ ကောက်ယူရသည်။ နိုင်ငံတစ်နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့်သည် ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေဆိုင်ရာ စည်းမျဉ်းများနှင့် မသက်ဆိုင်ဘဲ ထိုစည်းမျဉ်းများ ပေါ်ထွက်လာသည့် နည်းလမ်းများ နှင့်သာ သက်ဆိုင်သည်။ Deductive နည်းလမ်းအတွက် စံနူန်းမှာမူ တွေးခေါ်ဆင်ခြင်ခြင်း ဖြစ်သည်။ ထိုနည်းလမ်းက ဥပဒေများကို အထွေထွေ သဘောတရားများမှ ကောက်နှုတ် လေရာ ယင်းကို ၎င်းတို့အတွက် နည်းလမ်းဟု သတ်မှတ်ထားသည့် နိုင်ငံတကာ ရှေ့နေများအတွက် ဆင်ခြင်တွေးခေါ်မှု (logic) (သို့) အခြားသော စံနူန်း ဥပဒေ ('သဘာဝ ဥပဒေ' သို့မဟုတ် ကိုယ်ကျင့်သိက္ခာ) ကို အခြေခံ၍ ငြင်းခုံ ဆွေးနွေးကြသည်။ ယင်းတို့မှာ ဥပဒေထက် ပိုသော၊ ဖြစ်ရပ်မှန်အပေါ် အခြေမခံသော အာဏာကို အသုံးပြုရသည်။

ချဉ်းကပ်ပုံ နှစ်မျိုးလုံးတွင် အားသာချက်များ၊ အားနည်းချက်များ ရှိကြသည်။ Induction နည်းလမ်း၏ ရလဒ်များသည် သက်သေပြ၍ ရသော အချက်များ၊ လက်တွေ့ကို အခြေခံသည့် လေ့လာချက်များနှင့် ဆင်တူသည်။ Deduction နည်းလမ်းကမူ လောဂျစ်ပိုင်း အရ ရှေ့နောက်ညီမှု ရှိသည်။ သို့ရာတွင် ပထမ ချဉ်းကပ်ပုံက စံနူန်းနှင့် အချက်အလက်များ ပြိုင်တူ ရှိသည့်အတွက် စည်းမျဉ်းကို ဖောက်ဖျက်သည်။ ဥပဒေသည် အချက်အလက် မဟုတ်၊ လူအားလုံး ဥပဒေကို မရှိသေသရွေ့ ယင်းသည် လက်တွေ့ကို ဖော်ပြထားခြင်း မဟုတ်။ သို့ရာတွင် အနာဂတ် အလေ့အကျင့် လမ်းညွှန်တော့ ဖြစ်နိုင်သည်။ ဒုတိယ ချဉ်းကပ်ပုံမှာမူ ပို၍ ကောင်းမွန်အောင် လုပ်နိုင်သည်။ ၎င်း၏ ဆွေးနွေးမှုများမှာ ဥပဒေ မဟုတ်သည့် အရာများတွင် အခြေခံထားခြင်း (သို့မဟုတ် ဥပဒေက ပြောသည့် အရာများက သင့်တော်သော ဥပဒေကို ဆုံးဖြတ်ပေးခြင်း) ဖြစ်ပြီး ယင်းကို လက်တွေ့ မဟုတ်သည့် ဇာတ်လမ်းတစ်ခုအဖြစ် သတ်မှတ်ရမည်။

---

71 'လုပ်ဆောင်ချက်များက မည်သည့်အခါတွင် ဥပဒေ ဖြစ်လာသည်ကို သတ်မှတ်ပေးထားသည့် နိုင်ငံတကာ ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေ မရှိပေ' D'Amato, supra note 3, at 91.

 © Translation Rights – HRER Programme

ထိုအမြင်နှစ်ခုကို နှိုင်းယှဉ်ခြင်းက စာဖတ်သူများကို Martti Koskenniemi ၏ 'တောင်းပန်ခြင်း' နှင့် 'နိဗ္ဗာန်ဘုံ' ခွဲခြားမှုကို သတိရစေလိမ့်မည်။[72] ဤသည်မှာလည်း တစ်မျိုး မှန်ကန်နေသည်။ 'စံနှုန်း အခြေပြုခြင်း' နှင့် 'ခိုင်မာမှု'[73] တို့ကို ခွဲခြားထားခြင်းက ယေဘုယျအားဖြင့် နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ မည်ကဲ့သို့ ပြုလုပ်ထားသည်ကို ပြသနေသည်။ ကျွန်ုပ်ဆွေးနွေးလိုသော ခွဲခြားမှု တစ်ခုမှာ သူတင်ပြထားသည်နှင့် ဆင်တူသည်။ သို့ရာတွင် အချို့သော ရှုထောင့်များအရ ကွဲပြား ခြားနားသည်။ ရှေးဦးစွာ သူက ပုံစံနှစ်မျိုးသည် လုံးဝ သီးသန့်ဖြစ်သည် (ညှိနှိုင်း၍ပင် မရ) ဟု မြင်သော်လည်း၊ ဥပဒေ ဆွေးနွေးချက်သည် ထိုပုံစံနှစ်မျိုးအကြား စဉ်ဆက်မပြတ် ရွေ့လျားနေမှုတွင် ပိတ်မိနေသည်ဟု ရှုမြင်သော်လည်း၊ Koskenniemi က ထိုပုံစံများသည် ၎င်းတို့၏ လောဂျစ်ကျသော အစွန်းဘက်နှင့် နီးကပ်နေသည်ဟု ရှုမြင်သော်လည်း ကျွန်ုပ်ကမူ အစွန်းဘက်ကို နီးကပ်ခြင်းကိုရော၊ ပုံစံများ ညှိနှိုင်း၍ မရဟူသည့် အချက်ကိုရော သံသယရှိသည်။ သူနှင့် Kennedy ၏ ယူဆချက်များဖြစ်သည့် နိုင်ငံတကာ ဥပဒေတွင် သဘောတူ လက်ခံခြင်း (သို့) တရားမျှတမှု ဆိုင်ရာ စည်းမျဉ်းများအား တွေးခေါ်စဉ်းစားမှု တို့ကို အခြေခံသည့် နားလည် သဘောပေါက်ခြင်း၊ တွေးခေါ်ခြင်း ရှိသည်၊ သို့ရာတွင် ထိုအချက် နှစ်ခုလုံးတော့ ပြိုင်တူ မရှိပေ။ စည်းမျဉ်းများသည် ဥပဒေ စနစ်တစ်ခုတွင် ကြိုတင် အတည်ပြုထားသည့် အခြေခံ ရှိရမည် ဟူသည့် အချက်မှာ မှားယွင်းသည်။ ယင်းမှာ လူတစ်ဦး ဖော်ပြသည့် လက်ခံပြီးသား ဖြစ်သော စံနှုန်း စည်းမျဉ်းအပေါ် မူတည်သည်။ ဒုတိယ အချက်အနေဖြင့် နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေကို ဆွေးနွေးရာတွင် Koskenniemi က ကျွန်ုပ်အနေဖြင့် အဓိက ပြဿနာဟု မယူဆထားဘဲ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ၏ အရေးပါသော အသေးစိတ် အချက် တစ်ခု ဖြစ်သည်ဟုသာ ယူဆသည့် ခွဲခြားထားချက်အပေါ် အဓိကထား ဝေဖန်ထားသည်။ ယင်းမှာ ပုဂ္ဂလ အမြင်ဖြင့် အဓိပ္ပာယ် ပြန်ဆိုခြင်း (psychologism) နှင့် တည်ရှိနေသော အရာဝတ္ထုများကြောင့် စိတ်ဆန္ဒ ဖြစ်လာရခြင်း (materialism) အကြား ခွဲခြားချက် ဖြစ်သည်။[74] တည်ရှိနေသော အရာဝတ္ထုများကြောင့် စိတ်ဆန္ဒ ဖြစ်လာရခြင်း သဘောတရားက သဘောတူ လက်ခံမှု မရှိခြင်း ပုံစံကို ကိုယ်စားပြုသော်လည်း နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့်၊ နိုင်ငံ၏ စိတ်ဆန္ဒ၊ ယုံကြည်ချက် (သို့) အကျိုးစီးပွားကို ပုဂ္ဂလအမြင်၊ ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက်တွင် တွေ့နိုင်သည်။ သူ၏ အမြင်အရ အရေးပါဆုံး အချက်ကို ဥပဒေ ပြုရေး အင်္ဂါရပ် နှစ်ခုတွင် ရှိနေသည်။

ကျွန်ုပ်တို့ အနေဖြင့် နိုင်ငံ၏ ပြင်ပ အမူအကျင့်များကို ကြည့်ကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ရှိခြင်း (သို့) မရှိခြင်းဟူသည့် နိုင်ငံ၏ စိတ်ဆန္ဒ (သို့) ယုံကြည်ချက်အကြောင်း အလိုအလျောက် ကောက်ချက်ဆွဲ၍ မရပေ။ အပြုအမူသည် စံနှုန်း သဘောတရား ဖြစ်၊ မဖြစ်ကို အတွင်းစိတ်ကို သိမှသာ ဆုံးဖြတ်နိုင်သည်။ ဆိုလိုသည်မှာ နိုင်ငံက ၎င်း၏ လုပ်ရပ်အတွက် မည်သို့ နားလည် သဘောပေါက်ထားသနည်းဟု သိမှသာ ဆုံးဖြတ်နိုင်မည် ဖြစ်သည်။ ဓလေ့ထုံးတမ်းဆိုင်ရာ ဥပဒေ၏ သဘောတရားသည် စက်ဝိုင်းသဏ္ဍာန် လှည့်လည်နေသဖြင့် အဆုံးမရှိ ဖြစ်နေသည်။ ယင်းက အလေ့အကျင့်ကို ဥပဒေဆိုင်ရာ

[72] M. Koskenniemi, From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument (1989).
[73] He calls them 'descending' and 'ascending' patterns of justification. Ibid., at 40–41. For a similar distinction see D. Kennedy, International Legal Structures (1987), at 29 et seq.
[74] Koskenniemi, supra note 72, at 362–389.

 © Translation Rights – HRER Programme

ထင်မြင်ယူဆချက်၏ သက်သေအဖြစ် ယူဆပြီး ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက်ကို အဆိုပါ အပြုအမူက စံနှုန်း ဖြစ်သင့်သည့် သက်သေဟု ယူဆသည်။[75]

အစောပိုင်း (အပိုင်း ၁ (က) ၁) တွင် ဤသည်မှာ အခြား ပြဿနာ တစ်ခု ဖြစ်ကြောင်း ကျွန်ုပ်အဆိုပြုခဲ့သည်ကို စာဖတ်သူများ မှတ်မိမည်ဟု ထင်သည်။ နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့်ဟု ဆိုနိုင်သည့် အပြုအမူ ပုံမှန်ရှိခြင်းကို ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက်၏ လက်တွေ့ သက်သေများမှ ခွဲခြားခြင်း မပြုမှသာ ဤအချက်သည် အဓိက ကျလာနိုင်သည်။ ကျယ်ပြန့်သော သဘောတရားဟု ကျွန်ုပ် အမည်ပေးခဲ့သော နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့်အပေါ် အမြင်သည် အဆိုပြုသူက သူ၏ နိုင်ငံ အလေ့အကျင့်တွင် ပါဝင်သော အစိတ်အပိုင်း နှစ်ခုကို ခွဲခြားနိုင်ခြင်း မရှိမှသာလျှင် Koskenniemi ၏ ဝေဖန်မှုနှင့် အကျုံးဝင်သည်။ ရှေ့နေများသည် အချက်အလက် မဟုတ်သည့် အရာများကို ဆုံးဖြတ်နိုင်ရန် အချက်အလက်များနှင့် အမြဲတစေ အလုပ်လုပ်ကိုင်ကြရလေရာ ဥပမာ ရာဇဝတ်မှု တရားရုံးတိုင်းသည် တရားပြိုင်၏ ကြံရွယ်ချက်ကို သူ၏ ဦးနှောက်အား ဖွင့်မကြည့်ဘဲ၊ သူ့အတွေးအမြင်များကို ဖတ်မကြည့်ဘဲ အမြဲ ဆုံးဖြတ်ရသည်။ ဤသည်မှာ နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေတွင် ဥပဒေဆိုင်ရာ ထင်မြင်ယူဆချက်ကို အတည်ပြုခြင်းနှင့် ဆင်တူသည်။

က) ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ၏ အရင်းအမြစ်ဟူသည်မှာ အဘယ်နည်း။

ယခုအပိုင်းတွင် မေးခွန်းနှစ်ခုကို ကိုင်တွယ်သွားမည်။ ရှေးဦးစွာ ဥပဒေ ဖန်တီးခြင်းနှင့် ပတ်သက်သည့် ဥပဒေများမှာ မည်သို့သော ဥပဒေများ ဖြစ်သနည်း။ ဒုတိယအနေဖြင့် နိုင်ငံတကာ တရားရုံးဆိုင်ရာ သဘောတူစာချုပ်၏ အပိုဒ် ၃၈ (က) ကိုယ်၌က အတည်ပြု ကိုးကားနိုင်သည့် အရင်းအမြစ် ဖြစ်ပါသလား။ ထိုနယ်ပယ်များမှ မသေချာမရေရာမှုများကို ရှင်းပြပြီးမှသာ ကျွန်ုပ်တို့အနေဖြင့် induction နှင့် deduction ခွဲခြားထားမှုကို ဆွေးနွေးနိုင်လိမ့်မည်။ အဆိုပါ ခေါင်းစဉ်နှင့် ပတ်သက်၍ ရေးသားကြသော ပညာရှင်များက နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ ပြုလုပ်ခြင်းကို ကိုင်တွယ်နေသည့် စံနှုန်းများ/စည်းမျဉ်းများ/ပုံမှန် လုပ်ဆောင်ချက်များကို မည်သို့ ရှာဖွေကြသနည်း။ နောက်ဆုံး အပိုင်းတွင် နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ သီအိုရီ ပြသနာများထဲမှ ဒုတိယ အရေးကြီးဆုံး ပြဿနာ တစ်ခုကို [76] ကိုင်တွယ်သွားပါမည်။ အစောပိုင်းတွင် ဖော်ပြခဲ့သည့် တည်ဆောက်ရေးနှင့် အဆင့်ပိုင်း ဆိုင်ရာ မသေချာ မရေရာမှုများကို ဆွေးနွေးသွားမည်။

၁) အခြေခံ စံနှုန်းများ၏ သဘောသဘာဝ

ဥပဒေ ဖန်တီးမှု၏ အခြေခံ စံနှုန်းများသည် မည်သည့်ပုံစံ ရှိသနည်း ဟူသည့် မေးခွန်းသည် အရေးမပါလှဟု ထင်ကောင်း ထင်ကြလိမ့်မည်။ သို့ရာတွင် ဥပဒေ ဖန်တီးခြင်း ဆိုင်ရာ ဥပဒေများ ရှာဖွေခြင်းက နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ ပညာတွင် သဲလွန်စများ ရှာဖွေရန် ကြိုးပမ်းသကဲ့သို့ အရေးပါပြီး ဤသည်မှာ အဆိုပါ အခြေခံကျသော ဥပဒေများ မည်သည့် ပုံစံနှင့် ရှိသည်အပေါ် မူတည်သည်။

---

[75] Ibid., at 388.

[76] . . the ultimate giant being the foundation — source of validity — of all norms.

ဥပဒေကို စံနှုန်းများအား အမျိုးအစား ခွဲခြားရှင်းပြခြင်းဟု ယူဆပါက ဥပဒေ အမျိုးအစားများသည် စံနှုန်းများကို ဖော်ပြသည့် ဖြစ်ရပ်ဟု ဆိုနိုင်သည်။[77]

မေးခွန်းကို ပုံစံ အမျိုးစုံဖြင့် ဖြေဆိုကြသည်။ ရှေးဦးစွာ ပညာရှင်များက နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေကို ဖန်တီးသည့် စံနှုန်းများမှာ ၎င်းတို့ ကိုယ်၌ကပင် နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေများ ဖြစ်သည်ဟု ဆိုကြသည်။ Herman Meijers နှင့် Raphel Walden တို့က H. L. A. Hart ၏ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေမှ ဒုတိယတန်း စည်းမျဉ်းများ ဟူသည့် သဘောတရားကို မှီငြမ်းခဲ့ကြသည်။[78] သူတို့က ဥပဒေ ဖန်တီးရေး၏ ဒုတိယတန်း ဥပဒေများမှာ ဓလေ့ထုံးတမ်း စည်းမျဉ်းများ ဖြစ်သည်ဟု ဆိုကြသည်။[79] Gennady Danilenko က Hans Kelsen ၏ အမြင်ဖြစ်သည့် 'လုပ်ဆောင်ရမည့် ဓလေ့ထုံးတမ်း ဆိုင်ရာ စည်းမျဉ်းတစ်ခုက ဓလေ့ထုံးတမ်းကို ဥပဒေ ဖန်တီးသည့် ဖြစ်စဉ်ဟု ဆုံးဖြတ်နိုင်ခြင်း မရှိ' ဟူသည်ကို ကိုးကားထားသည်။[80] ယင်းမှာ တိကျမှန်ကန်ခြင်း မရှိပေ။ သြစတြီးယား တရားသူကြီး တစ်ဦးကမူ ယင်းအမြင်ကို မထောက်ခံခဲ့ပေ။ သူက အောက်ပါအတိုင်း ပြောထားသည်။

> ဥပဒေ အသိုင်းအဝိုင်း၏ ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေကို ဥပဒေပြုခြင်းဖြင့် ဖန်တီးခဲ့ခြင်း မဟုတ်ဘဲ ဓလေ့ထုံးတမ်းနှင့် ဖန်တီးခဲ့ခြင်း ဖြစ်ပါက.... ထိုအခြေအနေကို ဓလေ့ထုံးတမ်းနှင့် ဖန်တီးထားသည့် ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေဟု ရှုမြင်၍ မရပေ။ ဆိုလိုသည်မှာ ဖွဲ့စည်းပုံ တစ်ခုက တရားဥပဒေ ပြုခြင်း ဟူသည့် ဓလေ့ထုံးတမ်းကို အားပေးခြင်း ဖြစ်သည်။ ဤသည်မှာ တစ်ပတ်လည်နေသည့် ကောက်ချက် ဖြစ်နေပေလိမ့်မည်။ ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေကို ဓလေ့ထုံးတမ်းနှင့် ဖန်တီးနိုင်သည် ဆိုပါက ဓလေ့ထုံးတမ်းသည် ဥပဒေပြုနိုင်သည့် ဖြစ်မှု ကျူးလွန်မှု တစ်ခု ဖြစ်နေပေလိမ့်မည်။[81]

သူဆိုလိုသည်မှာ ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေ ကိုယ်၌က ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ ဖြစ်လျှင် ဤအဆိုသည် တစ်ပတ်လည်နေသည့် ကောက်ချက် (petition principii)[82] ဖြစ်သည်။ ထိုဖွဲ့စည်းပုံသာ ရှိသည် ဆိုပါက ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေကို ဥပဒေ၏ အရင်းအမြစ်အဖြစ် ယူဆခြင်း ဖြစ်သည်။ သို့ရာတွင် Kelsen ၏ သဘောအတိုင်းသာဆိုလျှင် နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေသည် အမြဲတမ်း ဖြစ်ရပ်များ (လုပ်ရပ် (သို့) မလုပ်ဘဲ နေခြင်း) နှင့် ဆက်စပ်နေရမည်လား၊ အပြုအမူဟုသော ခေါင်းစဉ်အောက်တွင် အကျုံးဝင်နေရမည်လား။ အခြား စံနှုန်းဆိုင်ရာ တာဝန် နှစ်ခု (စံနှုန်းများ ဖန်တီးရန် ခွင့်ပြုခြင်း နှင့် ဥပဒေမှ ကင်းလွတ်ခွင့်) ကိုရော မည်ကဲ့သို့ စဉ်းစားမည်နည်း။[83] နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေသည် နောက်ထပ် စံနှုန်းများ ထပ်မံ ဖန်တီးနိုင်ရန် အားပေးနိုင်ခြင်း မရှိဟု ငြင်းလိုက ငြင်းနိုင်သည်။ နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့်ကို 'ဖြစ်သင့်သည်' ဟူသည်နှင့် ထိန်းကျောင်း၍ မရ။ 'ဖြစ်သည်' ဆိုသည်က စံနှုန်းတစ်ခုနှင့် ဆက်သွယ်မှုကို စည်းကြပ်ခြင်း မပြုနိုင်။ စည်းမျဉ်း ဖန်တီးသည့် စည်းမျဉ်းများ ဖန်တီးခြင်း၊ စည်းမျဉ်းများ ဖန်တီးခြင်း၊

---

[77] W. Karl, Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht (1983), at 38.
[78] 'These constitutive requirements [for the making of treaty and customary law] are themselves also rules of treaty law and customary law.' Meijers, 'How is International Law Made? — The Stages of Growth of International Law and the Use of Its Customary Rules', 9 Netherlands Yearbook of International Law (1979) 3, at 3 n. 1; Walden, supra note 1, at 88 et seq. In contradistinction see Hart, supra note 69, at Ch. X.
[79] The specifics of Hart's theory and its espousal by international lawyers will be discussed below. (Section 2C)
[80] Danilenko, supra note 3, at 17.
[81] '. . . if the constitution of a legal community was not created by legislation, but by way of custom . . . This situation cannot be seen as the constitution which has been created by custom, that is [a] positive [constitution], empowering custom as legislative Tatbestand. That would be a petitio principii. If the positive constitution . . . can be created by custom one must presuppose that custom is a legislative Tatbestand.' Kelsen, supra note 40, at 232 (author's translation, emphasis added).
[82] The existence of the petitio principii was pointed out by Danilenko as the reason for Kelsen's purported rejection of the thesis.
[83] Kelsen talks about four functions of norms: prescription, permission, authorization, derogation. Kelsen, supra note 28, at 76 et seq.

စည်းမျဉ်းများ ပယ်ဖျက်ခြင်း (တရားဝင် ပယ်ဖျက်လိုက်ခြင်း) တို့နှင့် စပ်လျဉ်း၍ မည်သည့် အလေ့အကျင့်ကမျှ တတ်နိုင်မည် မဟုတ်ပေ။ အဘယ်ကြောင့်ဆိုသော် အလေ့အကျင့်ကို အဓိပ္ပာယ် ဖွင့်ဆိုပုံအရ ထို့ကဲ့သို့သော အလေ့အကျင့်မျိုးသည် စိတ်ကူးယဉ် ကမ္ဘာထဲတွင်သာ ရှိမည် ဖြစ်ပြီး လက်တွေ့ ဆန်မည် မဟုတ်ပေ။ ထို့ကြောင့် အခြေခံ စံနှုန်း (သို့) ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေကို တရားဝင် ဥပဒေ အရင်းအမြစ်အဖြစ် ယူဆပါက ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေသည် စံနှုန်းပရိမစ်တွင် နောက်ထပ် အဆင့်များ ထပ်၍ ဖန်တီးတော့မည် မဟုတ်ပေ။ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေများ အားလုံးသည် တူညီသော စံနှုန်း အဆင့် တစ်ခုတည်းတွင် ရှိသင့်သည်။ ဤခေါင်းစဉ်အောက်တွင် ချိုးဖောက်၍ မရသော စံနှုန်းများ (jus cogens) မပါဝင်ပေ၊ အဘယ်ကြောင့်ဆိုသော် ယင်းတို့မှာ စံနှုန်း၏ မူရင်း အနှစ်သာရကို အခြေခံထားခြင်း ဖြစ်ပြီး ဥပဒေ အရင်းအမြစ်အရ တစ်ခုက ပိုမြင့်သည်ဟု သတ်မှတ်ထားခြင်း မဟုတ်သောကြောင့် ဖြစ်သည်။ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေက တစ်ဆင့်နိမ့်သော အရင်းအမြစ်များကို ဖန်တီး၍ မရပေ။ ဤသည်က '*သဘောတူညီမှုကို လိုက်နာရမည်*' ဟူသည်မှာ နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ ဖြစ်သည်ဟူသော အဆိုကို ပြန်လည် အသက်သွင်းခြင်း ဖြစ်သည်။ (အပိုင်း ၂(င)(၁)) ထိုယူဆချက် ပြုလုပ်မည် ဆိုပါက အခြေခံ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေသည် ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ မဟုတ်ဟု ကောက်ချက်ချရမည် ဖြစ်သည်။ G. J. H. Van Hoof က နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ၏ လိုအပ်ချက် နှစ်ခုကို ချဲ့ထွင်ခြင်းက ဖော်ပြထားသော ပြဿနာကို ဖြေရှင်းနိုင်မည်ဟု ရှုမြင်သည်။ ယင်းတို့တွင် ဥပမာ နိုင်ငံများဘက်မှ သဘောတရား (သို့) အထွေထွေ ကြေညာချက်များ ပြုလုပ်ခြင်း ပါဝင်သည်။[84]

ဒုတိယအနေဖြင့် ဂျာမန် ဥပဒေ ဘာသာရပ်အရ 'Völkerverfassungsrecht' ဟု ခေါ်သည့် အားလုံးကို အုပ်ချုပ်ထားသည့် ဥပဒေ၊ ပို၍ အဆင့်မြင့်သော နေရာတွင် ရှိသည့် ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေ ရှိသည်။ သို့ရာတွင် ထိုပုံစံများကို စိတ်ကူးယဉ်သည့်ပုံမဟုတ်ဘဲ လက်တွေ့ ဖြစ်လာအောင် လုပ်နိုင်သည့် ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေ မရှိပေ။[85] တတိယ အချက်မှာ ၁၉၆၉ ခုနှစ်တွင် Alfred Verdross အကြံပြုခဲ့သည့် ဓလေ့ထုံးတမ်း ဖန်တီးရေး ဖြစ်စဉ် အမျိုးမျိုး ဖြစ်သည်။[86] သူက ဓလေ့ထုံးတမ်း ဖော်ထုတ်ရေး အထွေထွေ သီအိုရီများမှ အားနည်းချက်များကို ဖော်ထုတ်ခဲ့သည်။ ထွက်ပေါ်လာသော သီအိုရီက နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေမှ ဥပဒေ အားလုံးကို ဖျက်စီးပြီး စံနှုန်းစနစ် တစ်ခု မဟုတ်သည့် ယင်းအစား လက်တွေ့ စုပေါင်းထားသော ရေးသားမထားသည့် နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ ပေါ်ပေါက်လာလိမ့်မည်ဟု ဆိုသည်။[87] စတုတ္ထ အနေဖြင့် အခြေခံ စံနှုန်းများ ကိုယ်၌က အရင်းအမြစ်များ ပြင်ပမှ ပေါ်ပေါက်လာသည်၊ အဘယ်ကြောင့်ဆိုသော် ယင်းတို့မှာ နိုင်ငံများအကြား ပုံသဏ္ဍာန် မရှိသော သဘောတူညီချက် တစ်ခု၏ တိုက်ရိုက် ရလဒ် ဖြစ်သောကြောင့် ဖြစ်သည် ဟူသည့် အမြင်လည်း ရှိသည်။[88] Gennady Danilenko က ထိုအဆိုကို မထောက်ခံခဲ့ သော်လည်း အခြားသော ဆင်တူသည့် သဘောတရားကို လက်ကိုင်ထားသည်။[89] ဥပဒေသည် အချက်အလက်များ (သို့) အခြားသော စံနှုန်းများကို အခြေခံခြင်း သာမက ဥပဒေ၏ အရင်းအမြစ်များက အချက်အလက်များ (သို့) အခြားသော စံနှုန်းများကို တိုက်ရိုက် အခြေခံခြင်းကြောင့် ဥပဒေကို မည်သည့် နည်းလမ်းများဖြင့် ဖန်တီးထားသည် ဟူသည့်အပေါ် ဥပဒေကိုယ်၌က ဆုံးဖြတ်ခွင့်

---

84 Hoof, supra note 39, at 107. The argumentation in this paragraph ties in with the crucial question of the nature of state practice. (Section 1A1)

85 See Section 2E.

86 Verdross, 'Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts', 29 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (1969) 635. Helmut Strebel talks about the 'durch das Dogma von der Allgemeingültigkeit des Gewohnheitsrechtsbegriffs und, andererseits, die unverkennbare Unterschiedlichkeit der Entstehungsbedingungen und Erfordernisse von Gewohnheitsrecht geschaffenen Dilemma'. 'the dilemma created, [on the one hand] by the dogma of the generality of the term "customary law" and, on the other hand, [by] the unmistakeable diversity of the conditions for the creation of customary law". Strebel, 'Quellen des Völkerrechts als Rechtsordnung', 36 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (1976) 301, at 322 (author's translation).

87 Incidentally, Verdross had earlier sought to found both treaty and customary international law on the Grundnorm: pacta sunt servanda — which differed from Kelsen's conception of that term. A. Verdross, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft (1926).

88 A. Verdross, Die Quellen des universellen Völkerrechts (1973) 20; H. Mosler, The International Society as a Legal Community (1980) 16, cited in Danilenko, supra note 3, at 17.

89 'In practice, the recognition of custom by States as a source of international law, as well as the recognition of other sources, is determined by objective extra-legal factors inherent in the structure of the international community.' Danilenko, supra note 3, at 17.

အခန်းကဏ္ဍ မရှိဟူသည်မှာ အစွန်းရောက်သည့် အမြင်တစ်ခု ဖြစ်သည်။ [90] သို့ရာတွင် လူအများ ကျယ်ကျယ်ပြန့်ပြန့် လက်ခံထားသော အစွန်းရောက် အမြင် တစ်ခုလည်း ဖြစ်သည်။ ဤသည်မှာ inductive ရော၊ deductive နည်းနာများနှင့်ပါ ဆက်စပ်နိုင်ပြီး ယင်းအချက်ကို ဆက်လက် ဆွေးနွေးသွားပါမည်။

၂) အမိန့်အာဏာ ရှိသော အပိုဒ် ၃၈ (၁) (ခ)

နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ အရင်းအမြစ် ဆိုင်ရာ လေ့လာချက် အားလုံးနှင့် နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ ယေဘုယျ အလုပ်လုပ်ခြင်းဆိုင်ရာ သက်ဆိုင်သည့် အခန်းများ အားလုံးက နိုင်ငံတကာ တရားရုံးဆိုင်ရာ သဘောတူစာချုပ် အပိုဒ် (၃၈) ကို ၎င်းတို့ ဆွေးနွေးချက် အရင်းအမြစ်များ၏ မူလအဖြစ် အသုံးပြုကြသည်။[91] လေ့လာချက် အချို့သာ သိသာထင်ရှားသော ခေါင်းစဉ်များထက် ကျော်လွန် ဆွေးနွေးကြပြီး အများစုမှာ အပိုဒ် (၃၈) ၏ အခြေခံကို မေးခွန်း မထုတ်သော၊ ဆန့်ကျင်ခြင်း မရှိသော နောက်ဆက်တွဲ အရင်းအမြစ်များ ဖြစ်ကြသည်။[92]

လေ့လာသူ အနည်းငယ်က အပိုဒ် (၃၈) ကို နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ အရင်းအမြစ်များ၏ အမိန့်အာဏာ ရှိသော အဆို (တရားဝင် အရင်းအမြစ်) ဟု မှတ်ယူကြသည်။[93] ယခုဆောင်းပါးတွင် 'တရားဝင် အရင်းအမြစ်' ဟူသည့် အသုံးအနှုန်းကို တရားဝင် ဖြစ်ပြီး စံနှုန်းနှင့် အခြား စံနှုန်းများက ထိုအရင်းအမြစ်မှ ဆင့်ပွား ထွက်ပေါ်ခြင်းဟူသည့် သဘောဖြင့် သုံးနှုန်းထားသည်။ အထက်တွင် ဖော်ပြခဲ့သည့် စာရေးသူများက (ဓလေ့ထုံးတမ်းနှင့် ပတ်သက်လျှင်) သဘောတူစာချုပ်၏ အပိုဒ် ၃၈ (၁) (ခ) ကိုယ်၌သည်ပင် (၁၉၂၀ ပြည့်နှစ် နောက်ပိုင်း) နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေများ အားလုံးကို တရားဝင်ဖြစ်အောင် လုပ်ပေးသော စံနှုန်း ဖြစ်သည်။ အပိုဒ် ၃၈ (၁) (ခ) က စံနှုန်းများ အားလုံးကို နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ ဖြစ်အောင် လုပ်ပေးပြီး ၎င်းတို့၏ ခေါင်းချုပ်လည်း ဖြစ်သည်။ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေတွင် ထိုကဲ့သို့ အခြေခံကျသော ဥပဒေကို နိုင်ငံတကာ ခုံရုံးတစ်ခုတွင် အသုံးပြုနိုင်သော ဥပဒေများကို သတ်မှတ်သည့် ပဋိညာဉ် [94] တစ်ခုတွင် တွေ့ရခြင်းမှာ ဆန်းကျယ်သည်။ ပဋိညာဉ် တစ်ခုက ယေဘုယျအားဖြင့် ပဋိညာဉ် အားလုံးအတွက် တရားဝင် အရင်းအမြစ် (အပိုဒ် ၃၈(၁)(က)) ကို မည်ကဲ့သို့ သတ်မှတ်ပေးသနည်း။ ပဋိညာဉ်က မည်သည့် ဥပဒေ အခြေခံဖြင့် အသက်ဝင်လှုပ်ရှားနေသနည်း။ ကုလသမဂ္ဂ ပဋိညာဉ် အသက်မဝင်ခင်က ပဋိညာဉ် (သို့) ဓလေ့ထုံးတမ်း စံနှုန်းများ မည်ကဲ့သို့ နိဂုံးချုပ်သွားသနည်း (သို့) ပြောင်းလဲသွားသနည်း။[95]

လေ့လာသူ အများအပြားက ထိုအထိ တွေးတော ရေးသားကြခြင်း မရှိပေ။ သူတို့က အပိုဒ် (၃၈) သည် နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ၏ တရားဝင် အရင်းအမြစ်များအတွက် မှန်ကန်သော အဆိုတစ်ခု ဖြစ်သည်ဟုသာ ယူဆထားကြသည်။[96] ကွာခြားချက်မှာ ရေချိန် အနိမ့်အမြင့် သာမက အမျိုးအစားပါ ကွာခြားသည်။ လက်တွေ့တွင် ပထမ အမြင်မှာ ပဋိညာဉ် ပြဋ္ဌာန်းချက်က စံနှုန်း ဖော်ထုတ်သည့်

[90] For a scorching criticism of that view, see Günther, supra note 30, at 97.

[91] E.g., A. Verdross and B. Simma, Universelles Völkerrecht (3rd ed., 1984), at 321–412; R. Y. Jennings and A. Watts (eds), Oppenheim's International Law Vol. 1 (9th ed., 1992), at 24; Pathak, 'The General Theory of the Sources of Contemporary International Law', 19 Indian Journal of International Law (1979) 483, at 484.

[92] Such as 'certain decisions of international organizations'. Bos, 'The Hierarchy among the Recognized Manifestations ("Sources") of International Law', 25 Netherlands International Law Review (1978) 334, at 334.

[93] B. Chigara, Legitimacy Deficit in Custom: A Deconstructionist Critique (2001), at xvii-xviii. Nobody doubts, however, that it is authoritative for the Court as an 'applicable law' clause. Cf. Fitzmaurice, 'Some Problems regarding the Formal Sources of International Law', in F. M. van Asbeck et al. (eds), Symbolae Verzijl. Présentées au Prof. J. H. W. Verzijl á l'occasion de son LXX-ième anniversaire (1958) 153, at 173.

[94] The Statute of the International Court of Justice is, of course, an 'integral part of the [United Nations] Charter', as Article 92 of the Charter reminds us.

[95] 24 October 1945.

[96] R. S. Pathak calls it the 'repository of those sources'. Pathak, supra note 91, at 484 (emphasis added). '. . . is at present incorporated into treaty law by Art. 38', Danilenko, supra note 3, at 17.

အရင်းအမြစ် ဖြစ်ပြီး ဒုတိယအမြင်မှာ ပြဋ္ဌာန်းချက်က ပဋိညာဉ်တွင် မပါဝင်သည့် စံနှုန်းများကိုလည်း အသိအမှတ်ပြုသည် ဟူသည့် အမြင် ဖြစ်သည်။[97] ဒုတိယ အချက်မှာ အပိုဒ် (၃၈) သည် နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ အရင်းအမြစ် သဘောတရားများ အားလုံး၏ အခြေခံ ဖြစ်သည် ဟူသည်ကို မယုံကြည်ကြသူများလည်း ရှိသည်။[98] ဥပဒေ၏ အရင်းအမြစ်များသည် ဥပဒေ၌ အခြေခံ မနေဘဲ အချက်အလက်များတွင်သာ အခြေခံနေသည့်အတွက် Alf Ross က ထိုသို့ ကောက်ချက် ချခဲ့သည်။

အပိုဒ် ၃၈(၁)(ခ) ထွက်ပေါ်လာခြင်းက ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေအပေါ် အကျိုးဆက်များ ရှိသည်။ ထိုအပိုဒ်က နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ၏ အမိန့်အာဏာရှိသော အဆို (သို့) တရားဝင်သော အဆို ဖြစ်ပါက ဥပဒေများ အားလုံး၏ အချုပ်သည် ထိုအပိုဒ်၏ အသုံးအနှုန်းများနှင့် ကိုက်ညီရမည် ဖြစ်သည်။ အဆုံးတွင်မူ အရင်းအမြစ်များ၏ သီအိုရီနှင့် ပတ်သက်ပြီး တစ်ဦးချင်း ထားသည့် အမြင်အပေါ်သာ မူတည်လေသည်။

ခ) ယေဘုယျ ပြဋ္ဌာန်းချက် အခြေပြု နည်းနာ (deduction) နှင့် တွေးခေါ် စိတ်ကူးခြင်း ဥပဒေ ဆိုင်ရာ ပြဿနာ

လာမည့် အပိုင်း နှစ်ပိုင်းတွင် နိုင်ငံတကာ ဥပဒေအပေါ် သီအိုရီပိုင်းအရ ချဉ်းကပ်ပုံများ ကွဲပြားခြားနားနေသည့် အကြောင်းကို ပုံဖော်သွားပါမည်။ အများလက်ခံထားသော သဘောတရားများနှင့် နီးစပ်သည့် အလယ်အလတ် သဘောတရားများထက် ကွဲပြားသည့် အမြင်များက နောက်ခံ စည်းမျဉ်းများကို ပို၍ ဖော်ထုတ်ပေးနိုင်သောကြောင့် ထိုသက်ရောက်မှု လေ့လာပုံကို ကျွန်ုပ်အနေဖြင့် စိတ်ပါဝင်စားခြင်း ဖြစ်သည်။ ကျွန်ုပ်အတွက် ယေဘုယျ ပြဋ္ဌာန်းချက် အခြေပြု နည်းနာကို လက်တွေ့ ဥပမာ အခြေပြု နည်းနာလောက် ပြောစရာ မရှိပေ။ ယနေ့ခေတ် ပညာရှင်များသည် ယေဘုယျ ပြဋ္ဌာန်းချက် အခြေပြု အမြင် သက်သက်ထက် လက်တွေ့ ဥပမာ အခြေပြု အမြင်များကို ပို၍ ကိုင်စွဲ ထားကြသည်။ သဘာဝ ဥပဒေနှင့် အလားတူ ဥပဒေများမှာ လူသိများ ကျော်ကြားသော်လည်း ကျိုးကြောင်း ဆင်ခြင်ခြင်း တစ်ခုတည်းမှ ဆင်းသက်လာသည့် ဥပဒေ စနစ်ကို မတွေ့ရပေ။ သီအိုရီတိုင်းတွင် လူသားများအကြား ဆက်သွယ်ဖလှယ်ခြင်း ပါဝင်သည်။ ဒုတိယ အချက်မှာ ယေဘုယျ ပြဋ္ဌာန်းချက် အခြေပြု နည်းနာနှင့် နှိုင်းယှဉ်လျှင် လက်တွေ့ ဥပမာ အခြေပြု ချဉ်းကပ်ပုံများ၏ အဓိက ပြဿနာကို အလွယ်တကူပင် ကျော်သွားတတ်ကြပြီး ယင်းကို တီထွင်စွမ်းရှိသော ရေးသားပုံနှင့် ရောထွေး နေတတ်ကြသည်။ ယေဘုယျ ပြဋ္ဌာန်းချက်ကို ဘဝတွင် ဖြစ်ပွားသည့် အကြောင်းအရာများ ကိုသာ အခြေခံသည်ဟု အလွယ်တကူ ပြောနိုင်သည်။ တတိယ အချက်မှာ ယေဘုယျ ပြဋ္ဌာန်းချက် အခြေပြု နည်းနာ၏ ပြစ်ချက်က လက်တွေ့ ဥပမာ အခြေပြု နည်းနာ၏ ပြစ်ချက်လောက် မကြီးလေးပေ။ သီအိုရီ အများအပြားသည် ပြဿနာကို ယခင် ရှိပြီး သီအိုရီ၊ အနည်းဆုံး စံနှုန်းများ၏ သဘောသဘာဝ၊ အကောင်းဆုံး တည်ရှိမှု ပုံစံနှင့် အကြောင်းအရာ ဖြစ်ရပ်မှန် မဟုတ်ခြင်းကို စိတ်ထဲထား၍

[97] ‘Nowhere it is laid down that the list in Article 38 is exhaustive, hence it is possible to have other sources of law . . .’. Menon, ‘An Enquiry into the Sources of Modern International Law’, 64 Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques (1986) 181, at 182.

[98] A. Ross, A Textbook of International Law (1947), at 83; cited in Fitzmaurice, supra note 93, at 173.

ချဉ်းကပ်ကြသည်။ သို့ရာတွင် ယင်းချဉ်းကပ်ပုံများက ၎င်း၏ ပြဿနာများကို လျစ်လျူရှုထားရမည်ဟု အဓိပ္ပာယ် မရပေ။

ယခုဆွေးနွေးမည့် နည်းနာက တစ်ခါတရံ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေကို ဖော်ပြသည့် ဥပဒေ စည်းမျဉ်းများတွင် မပါဝင်သော အာဏာရှိသည့် အရာအဖြစ် အမြင့်တစ်နေရာတွင် ထား၍ သတ်မှတ်သည်။ ယေဘုယျ ပြဋ္ဌာန်းချက် အခြေပြုသည့် သီအိုရီ အများပြား ရှိပြီး စာဖတ်သူများ ၎င်းတို့ အများအပြားကို သိကြပေလိမ့်မည်။ Alfred Verdross နှင့် သူ၏ အဆိုဖြစ်သည့် "ဓမ္မဓိဋ္ဌာန်အမြင်အရပင် တရားဝင် ဖြစ်သော စံနှုန်းသည် တန်ဖိုးများ ဆိုင်ရာ စကြာဝဠာထဲတွင် အခြေခံသည်" ကို ဦးစွာ ဖော်ပြလိုသည်။[99] မည်သို့ပင် ဆိုစေကာမူ စံနှုန်း စည်းမျဉ်း၏ မူလကို ယူဆထားကြခြင်း ဖြစ်ပြီး ယင်းမှ စနစ်တစ်ခုကို ထုတ်ယူထားခြင်း ဖြစ်သည်။ ထိုချဉ်းကပ်ပုံ၏ အားသာချက်မှာ စံနှုန်းကို အချက်အလက်များမှ ခွဲခြား ထားခြင်း ဖြစ်ပြီး ထိုချဉ်းကပ်ပုံက စိတ်ကူးယဉ် အခြေအနေကို လက်တွေ့နှင့် ရောစပ်ပစ်ခြင်း မရှိပေ။ [100] ယင်းမှာ အတွေးအခေါ်ပိုင်းအရ ရှေ့နောက်ညီသော စနစ်တစ်ခု ဖြစ်နိုင်သည်။

ပြဿနာမှာ စံနှုန်းများကို ထုတ်နှုတ်ယူခြင်းက ယင်းတို့မှာ လူသားတို့၏ ဥပဒေပြုခြင်းကို အကျယ်ပြန့်ဆုံး ဖော်ပြသော လူသားတို့ စိတ်ဆန္ဒဖြင့် လုပ်ဆောင်ခြင်း၏ ရလဒ် မဟုတ်ပေ။ တိုတိုပြောရလျှင် ထိုစံနှုန်းများမှာ လက်တွေ့ကို အခြေခံသော စံနှုန်းများ မဟုတ်ဘဲ တွေးခေါ် စိတ်ကူးထားသည့် စံနှုန်းများ ဖြစ်သည်။ ယဉ်ယဉ်ကျေးကျေး မပြောလိုပါက ယင်းတို့ကို တင်ပြသူ၏ စိတ်ကူးထဲတွင်သာရှိသည့် စိတ်ကူးယဉ် စံနှုန်းများဟု ခေါ်နိုင်သည်။ စဉ်းစားတွေးခေါ်ခွင့် *(Vernunftrecht)* အပေါ် Hans Kelsan က အောက်ပါအတိုင်း ဝေဖန်ခဲ့သည်။

> စဉ်းစားတွေးခေါ်ခြင်းမှ ထွက်ပေါ်လာသော စံနှုန်းများသည် တွေးတောခြင်း၏ ရလဒ် ဖြစ်သည်။ ယင်းတို့မှာ စိတ်ဆန္ဒကြောင့် မဟုတ်ဘဲ စိတ်ကူးယဉ်ထားသော စံနှုန်းများ ဖြစ်သည်။ ယင်းသို့သော စံနှုန်းသည် စိတ်ဆန္ဒနှင့် လုပ်ဆောင်မည်ဟု ယူဆထားသော စံနှုန်းသာ ဖြစ်သည်။ စံနှုန်း အာဏာပိုင်က လက်တွေ့တွင် ချမှတ်ထားခြင်း မရှိ၊ လက်တွေ့ စိတ်ဆန္ဒနှင့် လုပ်ဆောင်ခြင်း မရှိသော်လည်း ယင်းသို့ ဖြစ်သကဲ့သို့ စိတ်ကူးနိုင်သည်။[101]

Dr. van Hoof ကဲ့သို့သော လက်တွေ့သမားများအတွက် 'သူ့သီအိုရီ၏ အခြေခံများကို အခြားသူများက သိပ္ပံနည်းကျ မှန်၊ မမှန် အတည်ပြု၍ မရပေ။ မယုံကြည်သူများအတွက် သဘာဝ ဥပဒေ သီအိုရီများ အားလုံးသည် အယူအဆများမှ စတင်ခြင်း ဖြစ်ပြီး ထို့ကြောင့် ယင်းတို့မှာ သက်ဝင် ယုံကြည်မှု တစ်မျိုး ဖြစ်သည်' ဟု ဆိုခဲ့သည်။[102] ယေဘုယျ ပြဋ္ဌာန်းချက် အခြေခံသည့် အမြင်ကိုသာ လက်ခံထားပါက လူတစ်ဦးသည် ၎င်း၏ အမြင်များကို ထောက်ပံ့မည့် လက်တွေ့ သက်သေများအပေါ် အားကိုး၍ မရတော့ဘဲ ပို၍ ကြီးမားသော အစိတ်အပိုင်းများ ရှိသေးလားလည်း

---

[99] 'an objectively valid norm, anchored in the Kosmos of values'. Verdross, supra note 87, at 31 (author's translation).
[100] See Section 2C.
[101] '[T]he norms of the Vernunftrecht [are] the sense of an act of cognition, [they are] not willed, but imagined norms. . . . I can imagine such a norm only as the sense of a presupposed act of will. I can imagine a norm, as if it had been enacted by an authority, even though it has not been, in fact, enacted, [even though] there is in fact no act of will whose sense [the norm] is.' Kelsen, supra note 28, at 5–6 (author's translation).
[102] Hoof, supra note 39, at 32.

မသိနိုင်တော့ပေ။ ထို့ကြောင့် ယင်းမှာ ဗဟုသုတ သဘောတရားဆိုင်ရာ ပြဿနာ တစ်ရပ် ဖြစ်သည်။ အတွေးအခေါ် အခြေခံ ကောက်ချက်ချခြင်းများက လက်တွေ့ စံနှုန်းများနှင့် ကိုက်ညီ၊ မကိုက်ညီ မသိနိုင်ပေ။ တွေးခေါ် ကောက်ချက်ချခြင်း သက်သက်က လူသားတို့၏ စိတ်ဆန္ဒ ရှိသော လုပ်ရပ် ဖြစ်သည် ဟူသည့်အပေါ် သက်သေမပြနိုင်ဘဲ ထိုချဉ်းကပ်ပုံသည် နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ ကဲ့သို့သော သက်သေပြရသည့် ဥပဒေ သဘောတရားကို သိပ်ရှင်းပြနိုင်မည် မဟုတ်ပေ။ သို့ရာတွင် စာဖတ်သူများ အနေဖြင့် ယခု ဆုံးဖြတ်ရန် မလိုအပ်သေးပေ။ ထိုသို့သော အတွေးအခေါ်ဆိုင်ရာ စံနှုန်းများကို စံနှုန်း လေ့လာသူများက တင်ပြနိုင်သည်။ သို့ရာတွင် သူဖော်ပြသည်မှာ လက်တွေ့ စံနှုန်းများ မဟုတ်သေးပေ။ လက်တွေ့ စံနှုန်းကို လက်ခံထားသူများက စံနှုန်းသည် လက်တွေ့ဖြစ်ပြီး လူသားတို့မှ ချမှတ်ထားခြင်း ဖြစ်ရမည်ဟု ယူဆကြသည်။ ဆိုလိုသည်မှာ စံနှုန်းဟုဆိုနိုင်ရန် လက်တွေ့ လုပ်ဆောင်ချက် ပါရမည်။[103]

ဂ) လက်တွေ့ အခြေပြု နည်းနာနှင့် ဖြစ်ခြင်းနှင့် ဖြစ်ရမည် နှစ်ခုတွဲကို ချိုးဖောက်ခြင်း

လက်တွေ့အခြေပြု ချဉ်းကပ်ပုံ၏ အားသာချက်များမှာ ဥပဒေ၏ လက်တွေ့ အစိတ်အပိုင်း၊ စံနှုန်းကို လက်တွေ့ ဖြစ်အောင် လုပ်သည့် အကြောင်းအရာပိုင်းအရ ဆက်စပ်ပုံကို ဖော်ထုတ်နိုင်သည်။ သို့ရာတွင် လက်တွေ့ အခြေပြု ချဉ်းကပ်ပုံမှာ *ဖြစ်နေသည့် ဥပဒေ* နှင့် *ဖြစ်သင့်သည့် ဥပဒေ* အကြား ဘောင်နယ်နမိတ်များကို ရှင်းပြခြင်းထက် ဝေဝါးသွားအောင် လုပ်သည့် သဘောတရား ဖြစ်သည်။[104]

၁။ H. L. A. Hart ၏ ဒုတိယအဆင့် စည်းမျဉ်းများနှင့် နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ

နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ အရင်းအမြစ်များတွင် အသုံးပြုသည့် လက်တွေ့ အခြေပြု နည်းနာကို ဥပမာ တစ်ခု ပေးပါမည်။ *နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ၏ အရင်းအမြစ်များကို ပြန်လည် ဆင်ခြင် တွေးတောခြင်း* ဟူသည့် ၁၉၈၃ ခုနှစ်က ထုတ်ဝေခဲ့သည့် သူ၏ စာအုပ်တွင် G. J. H. van Hoof က H. L. A. Hart ၏ အသိအမှတ်ပြုခြင်း ဆိုင်ရာ ဒုတိယအဆင့် စည်းမျဉ်းများကို အသုံးပြုခဲ့သည်။ ထိုစည်းမျဉ်းကို လိုက်နာခြင်းက ပထမစည်းမျဉ်း မှန်ကန်ခြင်း ရှိ၊ မရှိ စစ်ဆေးသည့် စမ်းသပ်ချက် ဖြစ်သည်။[105] လက်တွေ့တွင် ယင်းမှာ စည်းမျဉ်း၏ အရင်းအမြစ် ဖြစ်သည်။ သို့ရာတွင် ဒုတိယအဆင့် စည်းမျဉ်းအတွက် အခြေခံမှာမူ မလိုအပ်ပေ။ 'စံနှုန်းကို သတ်မှတ်ပေးသည့် အသိအမှတ်ပြုရေး စည်းမျဉ်း မှန်ကန်ခြင်း ရှိ၊ မရှိကို မေးခွန်းထုတ်စရာ မလိုပေ။ ယင်းမှာ မှန်ကန်ချင်လည်း မှန်ကန်မည်၊ မှန်ကန်ချင်မှလည်း မှန်ကန်မည်၊ သို့ရာတွင် ယင်းကို ထိုသို့ အသုံးပြုရန် *သင့်လျော်သည်ဟု လက်ခံထားကြသည်*။'[106] သူ့အတွက်မူ 'အသိအမှတ်ပြုခြင်း စည်းမျဉ်း တည်ရှိ၊ မရှိနှင့် ယင်းတွင် မည်သည်တို့ ပါဝင်သည်ကို ယခုစာအုပ်တောက်လျှောက် ရှုပ်ထွေးသော၊ အချက်အလက်များကို မေးခွန်းထုတ်ထားသည့် လက်တွေ့ အချက်ဟု ယူဆသွားပါမည်။'[107] စံနှုန်းဖြင့် ကျိုးကြောင်းပြခြင်းမှ အချက်အလက်ကို မေးခွန်းထုတ်ခြင်း ဖြစ်သည့် (နောက်ဆုံး) ဒုတိယအဆင့် စည်းမျဉ်းမှ လွဲ၍

---

[103] Kelsen, supra note 28, at 4, 114. Section 2D will look into the relationship of 'positivity' and customary international law.
[104] G. Schwarzenberger, The Inductive Approach to International Law (1965), at 4.
[105] Hart, supra note 69, at 94.
[106] Ibid., at 109 (emphasis added), cf. also 292–293.
[107] Ibid., at 292.

စည်းမျဉ်းတစ်ခု၏ တရားဝင်မှန်ကန်မှု ရှိခြင်း၊ မရှိခြင်းကို အခြားစည်းမျဉ်း တစ်ခုနှင့် ဆုံးဖြတ်သည်။ ကျွန်ုပ်တို့ကို မည်သည့် စည်းမျဉ်းများက ဖန်တီးသည့် စည်းမျဉ်းများ ဖြစ်သည်ကို လေ့လာခိုင်းခြင်း ဖြစ်သည်။ အင်္ဂလိပ် ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေကို ဥပမာ ယူလျှင် လွှတ်တော်နှင့် တရားရုံးများကို ဥပဒေ ပြုသူများဟု *အသိအမှတ် ပြုလိုက်ခြင်းဖြင့်* ၎င်းတို့မှာ တရားဝင်သော ဥပဒေ ပြုသူများ ဖြစ်လာကြသည်ဟု Hart က ဆိုသည်။

(အပိုင်း ၂ က ၁) အထက်တွင် ဖော်ပြခဲ့သည့်အတိုင်း Hart က နိုင်ငံတကာ ဥပဒေသည် ဒုတိယအဆင့် စည်းမျဉ်းများ ရှိသည်အထိ အပြည့်အဝ ဖွံ့ဖြိုးခြင်း မရှိဟု ရှုမြင်သည်။ ဥပဒေ၏ အချက်အလက် အခြေခံကို ပထမစည်းမျဉ်းများထံသို့ လွှဲပြောင်းပေးထားသည်။ ထိုစည်းမျဉ်းများမှာ တရားဝင်သည်၊ အဘယ်ကြောင့် ဆိုသော် ယင်းတို့ကို လက်ခံထားကြပြီး ယင်းသို့ပင် လှုပ်ရှား အသက်ဝင်နေသောကြောင့် ဖြစ်သည်။[108] Van Hoof က နိုင်ငံတကာ ဥပဒေသည် ဤမျှ ရိုးရှင်းသော ဖွဲ့စည်းပုံသာ ရှိသည် ဟူသည်ကို လက်မခံပေ။ ထိုယုံကြည်ချက်က Kelsen နှင့် Hart အကြား အခြားသော ခြားနားချက်ကို ဖြစ်ပေါ်စေခဲ့သည်။ Kelsen က အခြေခံ စံနှုန်းသည် စံနှုန်း စနစ်များ အားလုံးအတွက် တွေးခေါ်မှုပိုင်းအရ လိုအပ်သည်ဟု လက်ခံထားသည်။

> ကျင့်ဝတ်ပိုင်း (သို့) ဥပဒေပိုင်း ဆိုင်ရာ စည်းမျဉ်း တစ်ခုအတွက် အခြေခံ စံနှုန်းသည် လက်တွေ့မှ မလာဘဲ စိတ်ကူးဆင်ခြင် တွေးတောထားသည့် စံနှုန်း၊ စိတ်ကူးသက်သက်သာ ဖြစ်သည်။ ယင်းကို ကြိုတင် တွေးတော ယူဆထားမှသာ ယင်းစံနှုန်းတွင် ပါဝင်သည့် အရာများကို ကျင့်ဝတ်ပိုင်း (သို့) ဥပဒေပိုင်း စံနှုန်းများအရ စည်းနှောင်မှု ရှိသည်ဟု ရှုမြင်ကြမည် ဖြစ်သည်။[109]

Hart က ဒုတိယအဆင့် စည်းမျဉ်းများသည် ဖွံ့ဖြိုးပြီး ဥပဒေစနစ်များ၏ အဆီအနှစ်များ ဖြစ်သည်၊ သို့ရာတွင် ပေါ်ပေါက်ကာစ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေတွင် ၎င်းတို့ မရှိဟု ယုံကြည်သည်။[110] G. J. H. van Hoof က Hart ၏ သီအိုရီ ရှေ့နောက် မညီမှုကို အံ့သြဘနန်း ဖြစ်ခဲ့ပြီး နိုင်ငံတကာ ဥပဒေတွင် အသိအမှတ်ပြုခြင်း စည်းမျဉ်းကို ဖော်ထုတ်ရန် အကြံပြုခဲ့သည်။ ထွက်ပေါ်လာသည့် စည်းမျဉ်းအရ 'နိုင်ငံများ၏ သဘောတူညီချက်သည် နိုင်ငံတကာ ဥပဒေဆိုင်ရာ စည်းမျဉ်းများ ဖန်တီးရေးအတွက် အစိတ်အပိုင်း တစ်ခု ဖြစ်သည်ဟု ယူဆခဲ့သည်။' သူက သူ့စာအုပ် တစ်အုပ်လုံးကို ထိုအချက်အပေါ် အခြေခံ၍ ရေးသားခဲ့သည်။

ထိုချဉ်းကပ်ပုံနှင့် အခြားဆင်တူသော ချဉ်းကပ်ပုံများ[111] ၏ ပြဿနာ တစ်ရပ်မှာ ယင်းတို့က လက်တွေ့နှင့် ဖြစ်သင့်သည်တို့ကို ဖော်ပြပုံအား ရောထွေးထားခြင်း ဖြစ်သည်။ ထိုချဉ်းကပ်ပုံက စံနှုန်းများ အားလုံးသည် *အကောင်းဆုံး အခြေအနေ၊* ဖြစ်သင့်အရာများ ဖြစ်သည်။ ဖြစ်သင့်သည့်အရာများကို လက်တွေ့ တစ်ခုတည်းမှ ထုတ်နှုတ်ယူ၍ မရပေ။ အဓိကကျပြီး ခွဲခြား၍ မရသော အစိတ်အပိုင်း နှစ်ခု[112]၏ ဖြစ်သည့် 'ဖြစ်သည်' နှင့် 'ဖြစ်သင့်သည်' တို့မှာ စံနှုန်းများ၏

---

108 Hoof, supra note 39, at 53, citing Hart, supra note 69, at 235.

109 'The basic norm of a positive moral or legal order is . . . not a positive, but merely a hypothetical norm, that is, a fiction . . . Only if it is presupposed . . . can the contents of these significations be seen as binding moral or legal norms.' Kelsen, supra note 28, at 206 (author's translation).

110 Hart, supra note 69, at 236.

111 Walden, supra note 1, and Mendelson, supra note 3, adopt a methodology explicitly based on Hart.

112 Kelsen, supra note 28, at 44–46.

အကောင်းဆုံး အခြေအနေပင် ဖြစ်သည်။ ဥပဒေများ အားလုံးသည် ၎င်းတို့ကို ဖန်တီးခြင်းအား ခွင့်ပြုသည့် ဥပဒေအပေါ်တွင် အခြေခံရမည်။ စံနှုန်းတစ်ခုသည် အခြား စံနှုန်း တစ်ခုအပေါ် အခြေခံမှသာ တရားဝင်သည်။[113] ဤသည်မှာ Hans Kelsen ၏ သီအိုရီများထဲမှ အောင်မြင်မှု ရှည်ကြာသော သီအိုရီ တစ်ခု ဖြစ်သည်။ Kelsen က လက်တွေ့ဖြင့် စံနှုန်း တည်ဆောက်ခြင်းဖြင့်သာ ရပ်တန့်မသွားခဲ့ပေ။ အဘယ်ကြောင့် ဆိုသော် Hart အကြံပြုခဲ့သလို ဥပဒေ စနစ်၏ တရားဝင်မှုကို လက်တွေ့ အချက်အလက် သက်သက်ဖြင့်သာ တည်ဆောက်၍ မရသောကြောင့် ဖြစ်သည်။ အခြေခံကို တွေးခေါ် စဉ်းစား ယူဆချက်များအပေါ် အခြေခံရမည်ဟူသည့် အချက်ကို Kelsen က လက်ခံထားသည်။

ထိုနည်းလမ်းမှ အငြင်းပွားမှုများကို နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေတွင် အသုံးပြုပါက နိုင်ငံများ၏ အလေ့အကျင့် တစ်ခုတည်းမှ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဖန်တီးသည့် စံနှုန်း ရှိကြောင်း သက်သေပြရန် ကြိုးပမ်းနေခြင်း ဖြစ်လိမ့်မည်။ အဆိုပါ ပုံသေနည်းအတွက် သက်သေမှာ ‘နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေသည် နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့်နှင့် ဥပဒေအရ လုပ်ဆောင်သင့်သော အရာ *(opinio juris)*’ ကို အချက်အလက်များ၊ ယခုဥပမာတွင် နိုင်ငံများ၏ အပြုအမူကို ကြည့်ရှုခြင်းဖြင့် ရနိုင်သည်။ သို့ရာတွင် ဤသည်မှာ သံသရာ စက်ဝန်း ဖြစ်နေမည်။ သက်သေပြသည့် နည်းသည်ပင် လေ့လာဆန်းစစ်ရသည့် အကြောင်းအရာ ဖြစ်နေသည်။ ကျွန်ုပ်အနေဖြင့် ဥပဒေ၏ အခြေအနေကို ဥပဒေပါ ဇာတ်ကောင်များ လက်တွေ့ လုပ်ဆောင်ချက်နှင့် ရှင်းပြပါက ဓလေ့ထုံးတမ်း အခြေပြု စည်းမျဉ်း လိုက်နာသော အပြုအမူနှင့် ဓလေ့ထုံးတမ်း စံနှုန်း ချိုးဖောက်မှုတို့အကြား မည်ကဲ့သို့ ခွဲခြားနိုင်မည်နည်း။ အပြုအမူများ အားလုံးသည် ဥပဒေကို ပြောင်းလဲရန် ဖြစ်လျှင် ယင်းမှာ ဥပဒေသည် ပြီးပြည့်စုံသည် ဟူသည့် သဘောတရားကို ချိုးဖောက်လိုက်ခြင်း ဖြစ်သည်။ ယင်းသဘောတရားကို အခြေခံပြီး လက်တွေ့ကို တိုင်းတာနေကြခြင်း မဟုတ်ပါလော။ အချက်အလက်များ အားလုံးက ဥပဒေ ပြုနေခြင်း ဖြစ်နေပါက အချက်အလက်နှင့် ဥပဒေကို မည်သို့ ခွဲခြားနိုင်မည်နည်း။

၂) Georg Schwarzenberger ၏ ပြီးပြည့်စုံမှု မရှိသော လက်တွေ့ အခြေပြု ချဉ်းကပ်ပုံ

လက်တွေ့ အခြေပြု ချဉ်းကပ်ပုံ မျိုးကွဲ ပုံစံကို Georg Schwarzenberger ၏ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေကို လက်တွေ့ အခြေပြု ချဉ်းကပ်ပုံ (1965) စာအုပ်တွင် တွေ့ရသည်။ စာအုပ်မှာ ခေါင်းစဉ်ကဲ့သို့ မရိုးရှင်းဘဲ ယင်းမှာ အမှန်တကယ် လက်တွေ့ အခြေပြု ချဉ်းကပ်ခြင်း မဟုတ်ဟု စွပ်စွဲလိုသည်။ တရားဝင်မှု အခြေခံမှာ စံနှုန်းများ ထုတ်ဖော်ရာတွင် အသုံးပြုသည့် နည်းလမ်း ဖြစ်သော်လည်း ဤစာအုပ်တွင် ယင်းကို အဓိက နည်းလမ်းအဖြစ် သုံးမထားပေ။ သူက အပိုဒ် (၃၈) ကို သူ၏ သီအိုရီအား အခြေခံသည့် သင့်လျော်သော ပြဋ္ဌာန်းချက် တစ်ခုအဖြစ် ယူဆထားသည်။ ယင်းမှာ သီအိုရီ အခြေခံသည့် အဆင့် ဖြစ်သည်။ လက်တွေ့ အခြေခံသည့် ချဉ်းကပ်ပုံတွင် ကောက်ချက်ဆွဲမှု ရလဒ်များကို ဆန်းစစ်ရန် (သို့) အစပြုသည့် အရာကို ရှင်းလင်းပြရန် ကိုးကားချက် လိုနေသည်။ ထိုသို့ လုပ်ဆောင်ရန် သူက အပိုဒ် ၃၈ ကို ‘ကမ္ဘာ့ လူ့အသိုင်းအဝိုင်း တစ်ခုလုံး နီးပါးက ဖော်ပြထားသော စိတ်ဆန္ဒတွင် မြဲမြဲမြံမြံ ခိုင်မာနေပြီးသား’ ပြဋ္ဌာန်းချက်ဟု ဖော်ကျူးခဲ့သည်။[114]

[113] ‘A norm can base its validity only on a norm.’ Kelsen, supra note 28, at 206 (author’s translation, emphasis added).
[114] Schwarzenberger, supra note 104, at 126.

ထိုဥပဒေ ဖန်တီးရေး ဖြစ်စဉ်နှင့် ဥပဒေကို ဆုံးဖြတ်သည့် အေဂျင်စီများ၏ ဖွဲ့စည်းပုံကို[115] တွေးခေါ် ဖော်ထုတ်ထားသည်၊ လက်တွေ့မှ ကောက်ချက် ဆွဲထားခြင်း မဟုတ်။ ယင်းမှာ Schwarzenberger မေးခွန်းမထုတ်ခဲ့သော (သို့) အတည်မပြုခဲ့သော စည်းမျဉ်း ဖြစ်သည်။ ထိုဖွဲ့စည်းပုံတွင် ပါဝင်သည့် အရာများကို လက်တွေ့ အခြေခံသည့် အမြင်မှ ကန့်ကွက်စရာ မရှိသော်လည်း အသုံးပြုသည့် နည်းလမ်းကိုတော့ သိရှိရန် လိုအပ်သည်။

လက်တွေ့ အခြေပြု နည်းနာကို နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ၏ တရားဝင်မှု အခြေခံကို ဆုံးဖြတ်ရန် အသုံးပြုသည့်အခါမှသာ ယခုအပိုင်းတွင် အဓိက ထောက်ပြလိုသည့် ပြဿနာ ပေါ်ပေါက်လာသည်။ ပို၍ အဆင့်မြင့်သော ဥပဒေမှ ဥပဒေ ဖန်တီးခြင်းကို သိရှိစေရန် ဆန်းစစ်ရန် သက်သက် အသုံးပြုသည့်အခါ ပြဿနာ မရှိပေ။ တွေ့ရှိချက်များ တည်ငြိမ်မှု ရှိစေရန် ပို၍ အဆင့်မြင့်သော ဥပဒေကို တွေးခေါ်စဉ်းစားမှုအား အခြေခံ၍ ဆုံးဖြတ်ရမည်။ Schwarzenberger က ဤအတိုင်း လုပ်ဆောင်ခဲ့သည်။ သို့ရာတွင် သူက အဘယ်ကြောင့် အပိုဒ် ၃၈ ကို ရွေးချယ်ခဲ့ရသနည်းကို ကျိုးကြောင်းပြခဲ့သည့်တိုင် ထိုသို့ ရွေးချယ်ခဲ့ရသည့် အကြောင်းပြချက်မှာ အဘယ်ကြောင့် မှန်ကန်သနည်းဟူသည့် မေးခွန်း ကျန်နေသည်ကို သတိပြုမိပုံမရပေ။ တွေးခေါ် စဉ်းစားပုံမှ ကောက်ချက်ဆွဲခြင်းကလည်း တွေးခေါ်စဉ်းစားခြင်း ဖြစ်စဉ်ကို ထိခိုက်စေသည့် မေးခွန်းများ ပေါ်ပေါက်လာနိုင်သည် (Section 2B)။

ဥပဒေ၏ တစ်ဆင့်မြင့်သည့် ဥပဒေကို အပြုအမူများ၊ ပြောဆိုမှုများမှ လက်တွေ့ ကောက်ချက်အဖြစ် ဖော်ထုတ်နိုင်ခြင်း မရှိသောကြောင့် လက်တွေ့ အခြေခံ ချဉ်းကပ်ပုံမှာ အပို ဖြစ်နေသည်ဟု ဆိုနိုင်သည်။ ထို့ပြင် ထိုအဆင့်မြင့် ဥပဒေကို သိရှိပါက (သို့) ယူဆနိုင်ပါက ကျွန်ုပ်တို့ အနေဖြင့် အောက်အဆင့်များမှ ဥပဒေများကို (လက်တွေ့မှ ကောက်ချက်ဆွဲသည့် အခန်းကဏ္ဍ သိပ်မပါဘဲ) တွေးခေါ်ခြင်းဖြင့် ကောက်ချက်ချ ဖော်ထုတ်နိုင်သည်။ လက်တွေ့ အခြေခံ ချဉ်းကပ်ပုံကမူ စနစ်တစ်ခုကို အောက်ခြေ လက်တွေ့ဖြစ်ရပ်မှ စ၍ ဖန်တီး တည်ဆောက်ရသည်။ သို့ရာတွင် အဓိကကျသည့် အချက်မှာ နည်းလမ်း နှစ်မျိုးအား တစ်ခုတည်းသာ သုံးခြင်းထက် စဉ်းစားတွေးခေါ်ခြင်းရော၊ လက်တွေ့ဥပမာများအား ကောက်ယူခြင်းရောကိုပါ ပေါင်းစပ် သုံးသင့်သည်။

ဃ) စံနှုန်းသည် စိတ်ဆန္ဒအလျောက် လုပ်ဆောင်သည့် အငွေ့အသက် ပါခြင်း

ယခုဆောင်းပါး၏ အစတွင် ဥပဒေ သီအိုရီအပေါ် ကျွန်ုပ်၏ တစ်သီးပုဂ္ဂလ အမြင်မှာ ကယ်လ်ဆန်နီယံ လက်သစ် ပုံစံ (neo-Kelsenian) ဖြစ်သည်ဟု ပြောခဲ့သည်ကို မှတ်မိကြဦးမည် ထင်သည်။ ယခုအပိုင်းတွင် Hans Kelsen ထုတ်ဖော်ခဲ့သည့် သဘောတရားကို သူ့နည်းလမ်းအတိုင်း လေ့လာကြည့်ကာ စိန်ခေါ်သွားပါမည်။ ဤသည်မှာ သူနှင့် ဗီယင်နာ တွေးခေါ်ပုံ ဥပဒေ သီအိုရီကို လိုက်နာသူများတွင် တွေ့ရသည့် ပြဿနာ တစ်ခု ဖြစ်သည်။ လက်တွေ့ အချက်အလက် အခြေခံသူများတွင် စံနှုန်း တစ်ခုကို လက်တွေ့ဖြစ်သည်ဟု သတ်မှတ်နိုင်ရန် လူတို့၏ စိတ်ဆန္ဒ အရ လုပ်ဆောင်ချက် တစ်ခု လိုအပ်ခြင်း ဖြစ်သည်။ နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်းဥပဒေတွင်မူ လူတို့၏

[115] Ibid., at 129 and 19 et seq.

လုပ်ဆောင်ချက်များမှာ မရည်ရွယ်သော၊ လမ်းကြောင်းတကျ မဟုတ်သော၊ စိတ်ဆန္ဒ မပါသော လုပ်ဆောင်ချက်များ ဖြစ်နေတတ်ပြီး စိတ်ဆန္ဒ အလျောက် လုပ်ဆောင်ခြင်းဟု အမည်တတ်၍ မရပေ။[116] Kelsen အတွက် လက်တွေ့ကျခြင်း ဆိုသည်မှာ စံနူန်း တစ်ခုသည် စိတ်ဆန္ဒအရ လုပ်ဆောင်သည့် အငွေ့အသက်ပါခြင်း (Sinn eines Willensaktes) ဟု ယူဆထားကြောင်း ယခုစာတမ်းတွင် တွေ့ခဲ့ရပြီး ဖြစ်မည် ထင်သည်။[117]

ဤအချက်ကြောင့် ပညာရှင် အချို့က သူ့ကို ဝေဖန်ခဲ့ကြသည်။ အထူးသဖြင့် ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေနှင့် ပတ်သက်ပြီး ဖြစ်သည်။ Kelsenian သဘောတရားကို လက်ခံထားသူ တစ်ဦး ဖြစ်သော်လည်း Herbert Gunther က ဤအချက်သည် ဓလေ့ထုံးတမ်း ဖြစ်စဉ်အတွင်း ဆန္ဒ အလျောက် လုပ်ဆောင်ခြင်းကို ရှာဖွေရန် လိုအပ်နေလိမ့်မည်ဟု ဝေဖန်ခဲ့သည်။[118] Gunther က ယင်းမှာ ဩစတြီးယား၏ တရားစီရင်ရေးတွင် နည်းနာပိုင်းအရ အမှားအယွင်း တစ်ခု၊ ဒေသဆိုင်ရာ ဥပဒေနှင့် နိုင်ငံတကာ ဥပဒေကို တရားမဝင် နှိုင်းယှဉ်ခြင်း၏ ရလဒ် ဖြစ်မည်ဟု ယူဆသည်။ ယင်းမှာ လက်တွေ့ဆန်သော ဥပဒေ ဟူသည့် သဘောတရားကို ကျဉ်းမြောင်းလိုက်ခြင်းလည်း ဖြစ်သည်ဟု သူက စွပ်စွဲသည်။ ဥပဒေ၏ လက်တွေ့ ဆန်ခြင်းကြောင့် ယင်းကို တရားဝင် ဖြစ်ပြီး ရလဒ် အခြေခံသည့် ပုံစံဖြင့် ချမှတ်ရမည်မှာ မှားယွင်းသည်ဟု သူက ဆိုသည်။ Gunther အတွက်မူ 'လက်တွေ့ ကျခြင်းကို စံနူန်းရှုထောင့်မှသာ နားလည် သဘောပေါက်သင့်သည်။ စံနူန်းများမှာ တစ်နည်းအားဖြင့် လူက ပြုလုပ်ခြင်း ဖြစ်၍ ၎င်း၏ ပါဝင်သည့် အရာများကို လူသားတို့၏ လုပ်ဆောင်ချက်က ဆုံးဖြတ်ခြင်း ဖြစ်သည်။'[119] Joseph Raz ကမူ သူ၏ ဝေဖန်ချက်တွင် အရေးကြီးသည့် အမှားတစ်ခုကို လုပ်ခဲ့သည် (ယင်းမှာ Kelsen ၏ အဆိုနှင့် တူနေသည်)။ သူက Kelsen ကို ကိုးကား၍ 'အပြုအမူကို ပုံမှန်ဖြစ်စေသည့် လုပ်ရပ်များမှာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေကို ဖန်တီးရာတွင် ပါဝင်သင့်သည့် အရာများ ဖြစ်သည်' ဟု ဆိုခဲ့သည်။[120] ဤသည်မှာ ဖြစ်သည်နှင့် ဖြစ်သင့်သည်တို့ တပြိုင်နက် ရှိခြင်းကို ချိုးဖောက်သည့် ဥပဒေ သီအိုရီ ဆိုင်ရာ ပြစ်မှု တစ်ခု ဖြစ်ပြီး Kelsen မှာ ယင်းသို့ မှားယွင်းခဲ့ခြင်း မရှိဟု ကျွန်ုပ်ယုံကြည်သည်။ အဘယ်ကြောင့် ဆိုသော် Kelsen ၏ ဖော်ထုတ်ချက်က ထိုသီအိုရီ ချိုးဖောက်မှုကို ရာဇဝတ်မှုဟု သတ်မှတ်ခဲ့ခြင်းကြောင့် ဖြစ်သည်။

Hans Kelsen အတွက်မူ 'ဓလေ့ထုံးတမ်းသည် ပြဋ္ဌာန်းမည့် ဥပဒေတစ်ခုနှင့် ဆင်တူပြီး ဥပဒေ ဖန်တီးရန် နည်းလမ်း တစ်ခု ဖြစ်သည်။'[121] သူ့အတွက်မူ ဥပဒေ ပြဋ္ဌာန်းခြင်းနှင့် ဓလေ့ထုံးတမ်း ဖြစ်စဉ် နှစ်ခုလုံးသည် စိတ်ဆန္ဒအလျောက် လုပ်ဆောင်ခြင်း ဖြစ်ပြီး စိတ်ဆန္ဒကို ဖော်ပြသည့် ပုံစံသာ ကွာခြားခြင်း ဖြစ်သည်။ Raz ၏ အမြင်နှင့် ကွဲပြားစွာပင် ဥပဒေ ဆိုင်ရာ သီအိုရီ သီးသန့်မှာ အောက်ပါအတိုင်း ဖြစ်သည်။ ဥပဒေ၏ ဇာတ်ကောင်များသည် အပြုအမူ တစ်ခုခုကို ပုံမှန်လုပ်ဆောင်မှု ရှိခြင်းဖြင့် ၎င်းတို့၏ စိတ်ဆန္ဒကို ပြသနိုင်သည်၊ ဆိုလိုသည်မှာ အလေ့အကျင့် တစ်ခုက စံနူန်းဖြစ်သည်ဟု သတ်မှတ်ခြင်းသည် ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ၏ ထူးခြားသော လက္ခဏာ

[116] See Section 1B.
[117] Sense of an act of will', Kelsen, supra note 28, at e.g. 4, 221 (author's translation). While 'Sinn' could also be translated as signifying 'meaning', I have used 'sense' throughout this article, because I deem it to be a more accurate word.
[118] Günther, supra note 30, at 81–83.
[119] '[Positivity ought] to be understood as property only of norms, only of those norms, which . . . are in some way "man-made", whose content is determined by a human act'. Günther, supra note 30, at 83 (author's translation).
[120] J. Raz, The Concept of a Legal System (2nd ed., 1980) 67 (emphasis added).
[121] '[C]ustom is, just like a legislative act, a mode for creating law'. Kelsen, supra note 59, at 259 (author's translation); Kelsen, supra note 28, at 113–114.

တစ်ရပ် ဖြစ်သည်။[122] လုပ်ဆောင်ရန် တာဝန်ရှိခြင်း *(opinio juris)* မှာ စုပေါင်း စိတ်ဆန္ဒ ဖြစ်ပြီး ဥပဒေအရ ပြဋ္ဌာန်းထားသည့် စိတ်ဆန္ဒ မဟုတ်ပေ။ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဖြစ်စဉ်မှ ထွက်ပေါ်လာသည့် စံနှုန်းများမှာ လက်တွေ့ အခြေခံသည့် စံနှုန်းများ ဖြစ်ကြသည်။[123]

ဝေဖန်သူ နှစ်ဦးလုံးက စာအုပ်၏ ယခုအပိုင်းကို ဖတ်ရှုခဲ့ကြပြီး Gunther က ထိုအမြင်ကို ထောက်ခံခဲ့သည်။ သို့ရာတွင် သူက ကျွန်ုပ် မဆွေးနွေးရသေးသည့် အမြင်တစ်ခုကိုလည်း တင်ပြလာသည်။ Kelsen ၏ အခြား တင်ပြပုံ တစ်ခု ဖြစ်သော ဥပဒေ၏ ပြီးပြည့်စုံမှုနှင့် လစ်ဟာမှု မရှိပုံတို့ကို ထောက်ပြ၍ သူက Kelsen သည် ခေတ်နှင့် မလျော်ညီဟု စွပ်စွဲခဲ့သည်။ ဩစတြီးယားတွင် လစ်ဟာမှုများကို ဥပဒေ စည်းမျဉ်းဖြင့် ကန့်သတ်ထားမှု မရှိခြင်းက ဖြည့်စွက်ပေးသည်။[124] ဆိုလိုသည်မှာ စံနှုန်းဖြင့် တားမြစ်ထားခြင်း မရှိသည့် လုပ်ရပ်များ အားလုံးကို ခွင့်ပြုသည်။ သို့ရာတွင် ဂျာမန် ပညာရှင်အတွက်မူ ဥပဒေဖြင့် သတ်မှတ်ထားမှု မရှိခြင်းမှာ ခွင့်ပြုထားသည်ဟုလည်း အဓိပ္ပာယ် မသက်ရောက်ဘဲ Kelson က ဥပဒေနှင့် သတ်မှတ်ထားခြင်း မရှိသည့် အပြုအမူများကို အသိအမှတ်ပြုပါက ဥပဒေနှင့် သတ်မှတ်ထားသည့် ဥပဒေသော တရားဝင် ဖြစ်သည်ဟူသည့် ယူဆချက်ကို စွန့်လွှတ်လိုက်ခြင်း ဖြစ်သည်ဟု စွပ်စွဲထားသည်။ [125] Gunther မှားယွင်းသည်ဟု ကျွန်ုပ်က ဆိုချင်သည်။ Kelsen ၏ ရေးသားချက်များသည် လွန်ခဲ့သော နှစ်ပေါင်း ၆၀ ကျော်ခန့်က ထုတ်ဝေထားခြင်း ဖြစ်ရာ ယင်းမှာ ခေတ်နှင့် မလျော်ညီ ဆိုခြင်းက အဆန်းတကျယ်တော့ မဟုတ်ပေ။ သို့ရာတွင် ယခုကိစ္စရပ်တွင်တော့ ယင်းသို့ မပြောနိုင်ပေ။ စံနှုန်းနှင့် မသက်ဆိုင်သော အပြုအမူသည် စံနှုန်းနှင့် မသက်ဆိုင်ခြင်းသာ ဖြစ်သည်။ အရာတိုင်းတွင် အလိုအလျောက် စံနှုန်း ရှိနေရမည် မဟုတ်ဘဲ Kelsen က စည်းမျဉ်း ပြဋ္ဌာန်းထားခြင်း မရှိသော ဟူသည်ကို လွတ်လပ်သော အပြုအမူများ အားလုံးအတွက် စံနှုန်း ဖန်တီးခြင်းဟု ဆိုလိုခြင်း မဟုတ်ပေ။[126] ဤသည်မှာ စံနှုန်း တစ်ခု မဟုတ်ဘဲ စံနှုန်း ကင်းမဲ့သည့် အခြေအနေ တစ်ရပ် ဖြစ်သေး။ အလိုအလျောက် ဥပဒေ ရှိနေမည်ဟု ယူဆခြင်းက ဥပဒေသည် ပြဋ္ဌာန်းရန် လိုခြင်း သဘောတရားကို ချိုးဖောက်ခြင်း ဖြစ်ပြီး ယင်းမှာ ဥပဒေဆိုင်ရာ သီအိုရီတွင် ပြစ်မှု တစ်ခု ဖြစ်သည်။ Kelsen က ထိုသို့သော ပြစ်မှုမျိုးကို ကျူးလွန်လိမ့်မည်ဟု မထင်ပေ။

င) နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ ဆိုင်ရာ ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေ မရှိခြင်း

၁။ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေအတွက် ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေ ဆိုသည်မှာ အဘယ်နည်း။

ယခုစာတမ်းတွင် နောက်ဆုံး ဆွေးနွေးရန် ရွေးချယ်ထားသည့် အခက်ခဲဆုံး ပြဿနာမှာ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ၏ ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေ ဖြစ်သည်။ ဤအသုံးအနှုန်းကပင် စိတ်ဒေါသ ထွက်စရာ ဖြစ်နိုင်သည်။ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေတွင် ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေ မရှိပေ။ (ကမ္ဘာ့ ကုလသမဂ္ဂ ပဋိညာဉ်သည် ရေးသားထားသော ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေ တစ်မျိုးဟု ဆိုနိုင်သော်လည်း)

[122] See Sections 1B2 and 1B3.
[123] Kelsen, supra note 40, at 9.
[124] E.g. Kelsen, supra note 28, at 106.
[125] Günther, supra note 30, at 82.
[126] The distinction between freedom which the legal order leaves to humans and freedom guaranteed by the legal order is expressly made. Kelsen, supra note 40, at 43.

နိုင်ငံတကာ ဥပဒေတွင် ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေ မရှိပေ။ ရှိသည့်တိုင် ဖွဲ့စည်းပုံနှင့် မကိုက်ညီခြင်း (သို့) ဖွဲ့စည်းပုံ မတိုင်မီက ဥပဒေ ဖြစ်ခြင်း[127] စသည့် မေးခွန်းများ ရှိနေမည် ဖြစ်သည်။ မြူနီစပယ် ဥပဒေ အချို့တွင် ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေကို အခြေခံသည့် ဥပဒေ အမိန့်များမှာ ရှေ့နေများအတွက် အဓိက အာရုံစိုက်ရသည့် အရာများ ဖြစ်သည်။ ဥပမာ ဩစတြီးယား၏ ဥပဒေတွင် ၁၉၂၀/၁၉၂၉ ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေ[128] နှင့် ထိုဖွဲ့စည်းပုံက ဖန်တီးထားသော (သို့) ပြဋ္ဌာန်းထားသော ဥပဒေများကိုသာ ဩစတြီးယား၏ တရားဝင် ဥပဒေများအဖြစ် သတ်မှတ်သည်။ သို့ရာတွင် မေးခွန်း တစ်ခုမှာ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေတွင် မည်ကဲ့သို့သော ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေမျိုး ရှိသနည်း။ ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေ ဟူသော အသုံးအနှုန်းကို ဦးစွာ အဓိပ္ပာယ် ဖွင့်ဆိုရန် လိုအပ်ပေလိမ့်မည်။ ဤသည်မှာ ပြဋ္ဌာန်းထားသော ဥပဒေများတွင် အမြင့်ဆုံး ဥပဒေ ဖြစ်ပြီး အခြေခံ စံနှုန်းနှင့် စံနှုန်း၏ အရင်းအမြစ်များမှာ ယင်းမှ ဆင်းသက်လာခြင်း ဖြစ်သည်။ လက်တွေ့ပိုင်းအရ ဆင်တူခြင်း (သို့) (တရားဝင်မှု) ဘုံအခြေခံ မရှိဘဲ အမျိုးအစား ခွဲခြားခြင်းသည် စံနှုန်း ဥပဒေ တစ်ခု မဟုတ်ပေ။ ထို့ကြောင့် ယင်းမှာ အဆင့်အမြင့်ဆုံး စံနှုန်းဖွဲ့စည်းပုံနှင့် စံနှုန်းပိုင်းအရ ဆက်စပ်ခြင်း မရှိဘဲ လက်တွေ့ပိုင်းအရ၊ သိပ္ပံနည်းကျ ဖော်ပြခြင်း (သို့) အမျိုးအစား ခွဲခြားခြင်း ဖြစ်သည်။

ယခုစာတမ်းတွင် ယင်းကို အဖြေရှာမှာ ကြီးကျယ်လွန်းနေသည်။ ထို့ကြောင့် နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ၏ ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေနှင့် ၎င်း၏ ဥပဒေ အရင်းအမြစ်များ၊ ထိုအတွေးအခေါ်များမှ ဆင်းသက်လာသည့် အရာများကို ဖြစ်တည်မှု ရှုထောင့်၊ အသိပညာ၏ သဘာဝနှင့် အကန့်သတ်များ ရှုထောင့်မှ လေ့လာရန် ဖွဲ့စည်း တည်ဆောက်ပုံနှင့် ပတ်သက်ပြီး ဖြစ်နိုင်သည့် သဘောတရားရေးရာ စဉ်းစားပုံများကို ရှာဖွေ ဖော်ထုတ်သွားပါမည်။ ယခုအပိုင်းတွင် အရင်းအမြစ်များအကြား အဆင့် အနိမ့်အမြင့်ကို ဆွေးနွေးသွားမည် မဟုတ်ပါ။ ဤသည်မှာ အရင်းမြစ်များ၏ အဆင့်အနိမ့်အမြင့်နှင့် ဆိုင်သော မေးခွန်း ဖြစ်သည်။

၂။ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေဆိုင်ရာ အရင်းအမြစ်များ၏ ဖွဲ့စည်းပုံ

ပြဋ္ဌာန်းထားသည့် စံနှုန်းတစ်ခု၏ တရားဝင်မှု၊ စံနှုန်းအမျိုးအစား တစ်ခုတွင် ပါဝင်မှုတို့သည် စံနှုန်း စည်းနှောင်မှု အင်အား၏ အရင်းအမြစ်တစ်ခု ဖြစ်သည်။ Kelsen က အမြဲ ထောက်ပြခဲ့သည့်အတိုင်း တရားဝင်မှုသည် စံနှုန်းများ တည်ရှိမှု၏ ပုံစံ တစ်မျိုး ဖြစ်သည်။[129] တရားဝင်မှု ဆိုသည်မှာ အဆိုကို လေ့လာထားပြီး ဖြစ်သည် ဟူသည်ထက် ဘာမှ မပိုပေ။ တရားဝင်မှုနှင့် စည်းနှောင်မှုတို့၏ စံနှုန်း၏ အရင်းအမြစ်၊ တရားဝင်မှု၏ အခြေခံမှ ဆင်းသက်လာသည်။ စံနှုန်းတစ်ခုသည် လူတို့ကို စံနှုန်းများ ဖန်တီးရန် တွန်းအားပေးသောကြောင့် ထိုထွက်ပေါ်လာသည့် စံနှုန်းများမှာ တရားဝင်ပြီး (ဆိုလိုသည်မှာ ယင်းစံနှုန်းသည် ဥပဒေပြုထားသော စံနှုန်း၏ အဖွဲ့ဝင် ဖြစ်သည်) စည်းနှောင်မှု (ဆိုလိုသည်မှာ ယင်းတို့ကို လေ့လာထားပြီး ဖြစ်သည်) ရှိသည်။ သို့ရာတွင် စံနှုန်း၏ အရင်းအမြစ်နှင့် ယင်းကို အဘယ်ကြောင့် လေးစားလိုက်နာသင့်သည်မှာ တူညီသော်လည်း အရင်းအမြစ် စံနှုန်းနှင့် အရင်းအမြစ် စံနှုန်းနှင့် ဆင်းသက်လာသော စံနှုန်းကို ဖန်တီးသည့် အခြေအနေများအား ခွဲခြားကြည့်ရန် လိုအပ်သည်။ လူတစ်ဦး၏ စိတ်ဆန္ဒအလျောက် လုပ်ဆောင်ချက်က စံနှုန်းကို

[127] In the sense of law not deriving its validity from the Grundnorm of the (written) constitution.
[128] Bundes-Verfassungsgesetz 1920 idF 1929, BGBl Nr. 1/1930.
[129] Kelsen, supra note 65, at 418.

ဖန်တီးသော်လည်း ယင်းကို တရားဝင်မှု ပေးမည် မဟုတ်ပေ။ လူတစ်ဦး စိတ်ဆန္ဒအလေ့ျာက် လုပ်ဆောင်ခြင်းသည် စံနှုန်း ဖန်တီးမှုအတွက် လိုအပ်သည်ဟုသာ သတ်မှတ်ထားခြင်း ဖြစ်သည်။ စတုတ္ထအချက်မှာ အဆင့် အနိမ့်၊ အမြင့်နှင့် လွှမ်းမိုးနိုင်သည့် အင်အား ဖြစ်သည်။ အဆင့် သတ်မှတ်ချက်တွင် ပိုမိုမြင့်မားသည့် စံနှုန်းက အဆင့်ပိုနိမ့်သည့် စံနှုန်းအပေါ် လွှမ်းမိုးနိုင်ခြင်း ရှိပါသလား။

အဆိုပါ ဖွဲ့စည်းတည်ဆောက်ပုံက မည်သည့်ပုံစံ ရှိနိုင်သနည်းကို ဖော်ပြသွားပါမည်။ ဆင်ခြင်တွေးတောမှု (logic) က ကျွန်ုပ်တို့ကို စံနှုန်း ဥပဒေများအတွက် ရွေးချယ်စရာ သုံးခု ဖန်တီးပေးသည်။ ပထမ တစ်ခုမှာ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေဟု ခေါ်တွင်သည့် ဥပဒေများ အားလုံး၏ မူလ အရင်းအမြစ်ကြီး ဖြစ်သည်။ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေများ အားလုံးကို စံနှုန်း ဥပဒေ တစ်ခုဟု သတ်မှတ်ခြင်း ဖြစ်သည်။ အခြားသော အရင်းအမြစ်များ အားလုံးမှာ ထိုအရင်းအမြစ်ကြီးမှ ဆင်းသက်လာသည်။ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ၏ စည်းမျဉ်းများ (1952) စာအုပ်တွင် Hans Kelsen က နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်းဥပဒေသည် အဆင့်အမြင့်ဆုံး အရင်းအမြစ် ဖြစ်သည်၊ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ၏ အခြေခံ စံနှုန်း ဖြစ်သည်။ 'နိုင်ငံများသည် ဓလေ့ထုံးတမ်းအရ ပြုမူသလို ပြုမူသင့်သည်။'[130] ပို၍ တစ်ဆင့်နိမ့်သော နိုင်ငံတကာ ပဋိညာဉ် ဥပဒေမှ အခြေခံ စံနှုန်းဖြစ်သည့် 'သဘောတူညီချက်များကို စောင့်ထိန်းရမည်' ဟူသည့် စံနှုန်းက နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေမှ စံနှုန်း တစ်ခုသာ ဖြစ်သည်ဟု သူက ထင်သည်။ Alfred Verdross က ၁၉၂၆ ခုနှစ်မှ သူ၏စာအုပ် *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* တွင် သဘောတူညီချက်များကို စောင့်ထိန်းရမည် ဟူသည့် အခြေခံ ဥပဒေအပေါ်တွင် ဖွဲ့စည်းအုပ်ချုပ်ပုံ အခြေခံ ဥပဒေကို တည်ဆောက်ထားခဲ့သည်။ [131] ယင်းမှာ ပဋိညာဉ်များနှင့် ဓလေ့ထုံးတမ်းများအတွက် အခြေခံ ဖြစ်လာသည်။ အဘယ်ကြောင့် ဆိုသော် ဤအချက်မှာ ပဋိညာဉ်များအတွက် သိသိသာသာ ဖော်ပြထားသော နိဂုံး ဖြစ်ပြီး ဓလေ့ထုံးတမ်းများအတွက် မသိမသာ ဖော်ပြသည့် နိဂုံး ဖြစ်သောကြောင့်ပင် ဖြစ်သည်။[132]

ဒုတိယ ရွေးချယ်စရာမှာ ဥပမာ ပဋိညာဉ်သည် အရင်းအမြစ် တစ်ခုအနေဖြင့် နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေမှ ဆင်းသက်လာခြင်း မဟုတ်ဘဲ ထိုအရင်းအမြစ် နှစ်ခုမှာ အဆင့်တူတူ ရှိသော ဥပဒေ၏ အကိုင်းအခက်ခွဲ နှစ်ခုမှ ဖြစ်သည်။ [133] ယင်းတို့မှာ အရင်းအမြစ်များအကြား ဆက်စပ်မှုများကို ကိုင်တွယ်သည့် ဥပဒေအားလုံး၏ အချုပ်ဖြစ်သော ဥပဒေကြီး၏ ဖွဲ့စည်းပုံဖြင့် ဆက်စပ်နေသည်။ ဤအချက်က နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ၏ အရင်းအမြစ်များကို စာရင်းပိတ်ထားမည်လား၊ ဖွင့်ထားမည်လား ဆုံးဖြတ်ရန် လိုလာသည်။ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေများ အားလုံးကို ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေ တစ်ခုဖြင့် အုပ်ချုပ်မည် ဆိုပါက (ဆိုလိုသည်မှာ တရားဝင်မှု တစ်ခုမှ ဖြာထွက်ခြင်း၊ စံနှုန်း တစ်ခုသာ ရှိခြင်း) အရေးအတွက် အများကြီး မရှိနိုင်တော့ဘဲ ဖွဲစည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေနှင့် ကိုက်ညီသော အရင်းအမြစ်အသစ်များ (သို့မဟုတ် အရင်းအမြစ်တစ်ခုမှ တစ်ဆင့် ပေါ်ပေါက်လာသည့် အရင်းအမြစ်) ကိုသာ ဖွဲ့စည်းပုံအတွင်းသို့ ထပ်ထည့်၍ ရမည်။ အရင်းအမြစ်များ၏ ခေါင်းချုပ် ဥပဒေကြီးကို ပြဋ္ဌာန်းထားသော စံနှုန်းများဖြင့် ဖွဲ့စည်းထားမည်။

130 Kelsen, supra note 65, at 418.
131 Verdross, supra note 87, at 29.
132 Ibid., at 43–44. I have mentioned it before and the reader will know anyway: Verdross later changed his views on the nature of custom and the foundation of the international legal order.
133 Tunkin, 'Is General International Law Customary Law Only?', 4 EJIL (1993) 534.

ကျွန်ုပ်နည်းတူ စာဖတ်သူများလည်း ဤကဲ့သို့သော ဥပဒေ ရှိ၊ မရှိ သံသယ ဝင်ကြမည် ထင်သည်။ ထိုကဲ့သို့သော ဖွဲ့စည်းပုံမျိုး ရှိသည်ဟု ကျွန်ုပ်လည်း မယုံကြည်ပါ (Section 2E3)။

နောက်ဆုံးတစ်ခုမှာ ကျွန်ုပ်အနေဖြင့် 'မူလ သီအိုရီ' ဟု အမည်ပေးထားသည့် အရာ ဖြစ်သည်။ အဓိက တရားဝင် အရင်းအမြစ် သုံးခုမှာ အဆင့်အနိမ့်အမြင့်အလိုက် စီထားခြင်း မရှိ။[134] အရင်းအမြစ်များမှာ တစ်ခုနှင့်တစ်ခု စံနှုန်းပိုင်းအရ ဆက်စပ်နေခြင်း မရှိပေ။ ယင်းကို လက်ရှိနိုင်ငံတကာ ဥပဒေတွင် အသုံးပြုပါက 'သဘောတူညီချက်များကို စောင့်ထိန်းရမည်' နှင့် 'လုပ်ရိုးလုပ်စဉ်များကို ထိန်းသိမ်းထားရမည်' ဟူသည့် နှစ်ချက်လုံးမှာ အခြေခံ စံနှုန်း ဥပမာများဖြစ်ကြသည်။ ထိုစံနှုန်း ပုံစံ နှစ်မျိုးကို စံနှုန်း တစ်ခုတည်း အဖြစ် စည်းနှောင်ထားသည့် ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေ မရှိပေ။ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေများ အားလုံးကို ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေအောက် သွပ်သွင်းခြင်းက သီအိုရီပိုင်းအရ အခက်အခဲများ ရှိသည်။[135] ထိုဆက်စပ်မှုများကို ပြဋ္ဌာန်းထားသော ဥပဒေတွင် မတွေ့ရှိပါက ဆက်စပ်မှု မရှိဟူသည့်သဘော သက်ရောက်သည်။[136] ဥပဒေ ပုံစံနှစ်မျိုးလုံးသည် နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ၏ အစိတ်အပိုင်း ဖြစ်နိုင်ပြီး ယင်းကဲ့သို့လည်း အမျိုးအစား သတ်မှတ်ထားခံရနိုင်သည်။ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေတွင် မည်ကဲ့သို့သော တရားဝင် အရင်းအမြစ်များ ရှိနိုင်သည်ကို ပြဋ္ဌာန်းထားသည် ဖွဲ့စည်းအုပ်ချုပ်ပုံ အခြေခံ ဥပဒေ မရှိဘဲနှင့် ယခု အသိအမှတ်ပြုထားသည့် အရင်းအမြစ် နှစ်ခု (သို့) သုံးခုသည် မတူညီသော ဥပဒေ စံနှုန်း စနစ်များ အောက်တွင် ရှိနေသည်။[137] နှိုင်းယှဉ်ကြည့်ကြပါစို့။ ဒေသအဆင့် ဥပဒေ စနစ်တစ်ခု၏ ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေက ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေကို အသိအမှတ်ပြုမထားဘဲ ၎င်း၏ တရားဝင် ဖြစ်မှုကို ငြင်းပယ်ထားသည်။ ထို့ကြောင့် အဆိုပါ ဖွဲ့စည်းပုံအောက်တွင် ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ ရှိမည် မဟုတ်ပေ။ ယင်းမှာ နိုင်ငံ တစ်နိုင်ငံအတွင်း ဥပဒေ စနစ်နှစ်ခု တပြိုင်တည်း ရှိနေသည်နှင့် ဆင်တူသည်။ တစ်ဘက်တွင်မူ ဖွဲ့စည်းပုံက ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေကို အသိအမှတ် ပြုထားပြီး ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေကို ၎င်း၏ ဥပဒေ စနစ်အောက်တွင် သွပ်သွင်းထားနိုင်သည်။ အရင်းအမြစ်များကို စာရင်းနှင့် ပတ်သက်ပြီး ရလဒ်မှာ အောက်ပါအတိုင်း ဖြစ်လာလိမ့်မည်။ ဥပမာ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေကို လက်တွေ့ အမျိုးအစားတစ်ခုအဖြစ် သတ်မှတ်လျှင် အရင်းအမြစ် စာရင်းမှာ အပွင့် ဖြစ်နေပြီး လက်တွေ့ စံနှုန်းများကို ပြည့်မီသည့် မည်သူ ပြောသည့် အရာမဆို နိုင်ငံတကာ ဥပဒေတွင် ပါဝင်သည်ဟု ဆိုနိုင်သည်။ လက်တွေ့တွင် ကွာခြားမှုမှာ စံနှုန်း ဆက်စပ်မှု (စံနှုန်း စနစ် တစ်ခုတည်း အောက်မှ ဖြစ်ပြီး လက်တွေ့ ပုံစံများ မတူညီခြင်း) နှင့် လက်တွေ့ အခြေခံ တူညီမှု (လက်တွေ့ အခြေခံ တူညီပြီး စံနှုန်း စနစ် အများအပြားတွင် အကျုံးဝင်ခြင်း) တို့ ဖြစ်သည်။ ဤသည်မှာ အရင်းမြစ်များကို ဖွဲ့စည်းထားသည့် ပုံစံ ဖြစ်ပါက တူညီသော အရည်အသွေး ရှိသော်လည်း အမျိုးအစား ကွာခြားသော စံနှုန်းများ၏ လွှမ်းမိုးမှု စွမ်းရည်ဆိုင်ရာ မေးခွန်းကို ရင်ဆိုင်နေရခြင်း ဖြစ်သည်။[138]

---

[134] There are cases where a subordination is obvious. Not every manifestation of norms is completely autonomous. Security Council resolutions derive their validity from the United Nations Charter, so do International Court of Justice judgments.

[135] In Section 2A1 the question was raised whether customary law — especially if state practice were viewed as merely constituting behavioural regularities which form the prospective prescribed behaviour — is theoretically incapable of subordinating another source to it, of creating 'source-law'.

[136] It is somewhat analogous to 'Occam's razor'. See Section 2E3.

[137] This theory raises interesting problems of the succession of treaties by customary law and vice versa.

[138] Wolfram Karl discusses this topic in Karl, supra note 77, at 86 et seq. The conclusion he draws from the equality and non-connectedness of treaty and custom is that both can derogate from the other — a statement I do not agree with.

 © Translation Rights – HRER Programme

နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေကို ထိန်းချုပ်ထားသော စံနှုန်း ပြဿနာ နှစ်ခုအတွက် ဥပဒေ သီအိုရီ ဖြေရှင်းချက် တစ်ခုမှာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ ဖန်တီးခြင်းအတွက် လိုအပ်သည့် အချက်များ အားလုံး (ရုပ်ဝတ္ထုနှင့် ပုဂ္ဂလိက အစိတ်အပိုင်းများ၊ အချိန်ကာလ၊ ပါဝင်မှု အဆင့်၊ ထပ်ဖန်တလဲလဲ ဖြစ်မှု၊ တောက်လျှောက် ဆန့်ကျင်သူများ) ကို နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ၏ အခြေခံ စံနှုန်းများအဖြစ် ပေါင်းစည်းလိုက်ခြင်း ဖြစ်သည်။ ဤသည်က အချက်များ အားလုံးကိုလည်း နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ စံနှုန်းတစ်ခုအဖြစ် စုစည်းနိုင်လိုက်ခြင်း ဖြစ်သည်။ ဤသည်မှာ လက်တွေ့ပြဋ္ဌာန်းဖို့ မဖြစ်နိုင်သော၊ အဓိပ္ပာယ် ပြန်ဆို၍ မရသော ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ ပြဿနာကို ရှောင်ရှားရန်နှင့် ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေမှ နောက်ထပ် စံနှုန်း အဆင့်များ ထပ်မံ ဖန်တီးရန် မဖြစ်နိုင်သည့် ပြဿနာများကို ရှောင်ရှားရန် လိုအပ်ပေမည်။

၃) လက်တွေ့ ပြဋ္ဌာန်းရန် မဖြစ်နိုင်ခြင်း (သို့) အဓိပ္ပာယ် ပြန်ဆို၍ မရခြင်း

နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ အရင်းအမြစ်၏ အခြေခံကျသည့် ပြဿနာ တစ်ရပ်မှာ မည်သည့် ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေမှ မရှိခြင်း ဖြစ်သည်။ ဥပဒေ ပြုရေးအတွက် ဥပဒေ မရှိသလို နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ ပုံစံများကို သတ်မှတ်ပေးသည့် ဥပဒေလည်း မရှိပေ။ ကျွန်ုပ်တို့ရှေ့မှောက်တွင် ချက်ချင်း ပေါ်ပေါက်လာပြီး၊ လိုက်နာရန် လုပ်ဆောင်မည့်၊ ဥပဒေ၏ အမြင့်ဆုံး အဆင့်ရှိ အခြားသော အဆင့်များတွင် ရှာဖွေရခြင်းအား ရပ်တန့်ပေးမည့် ဖွဲ့စည်းပုံ ဥပဒေ မရှိပေ။ ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေ ရေးသားထားသော နိုင်ငံများသည် ထိုကဲ့သို့ အခြေခံ ရှာဖွေရသည့် ဒုက္ခမှ ကင်းဝေးသွားကြသည်။ သို့ရာတွင် ထိုသို့ ကင်းဝေးသွားခြင်းသည် လက်တွေ့တွင်သာ ဖြစ်ပြီး သီအိုရီပိုင်းအရ မဟုတ်ပေ။ ဒေသအဆင့် ဥပဒေ စနစ်များသည်လည်း တူညီသော ဥပဒေ သီအိုရီ ဆိုင်ရာ ပြဿနာများ ကြုံတွေ့ကြရသည်။ ဝေဖန်မှုများကို ပို၍ လွယ်လင့်တကူ လျစ်လျူရှုထားကြခြင်းသာ ဖြစ်သည်။

နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ၏ ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေသည် ပြဋ္ဌာန်းရန် မဖြစ်နိုင်သည့်ပုံစံ ဖြစ်နေနိုင်သည်။ ဆိုလိုသည်မှာ ယင်းမှာ စိတ်ဆန္ဒကြောင့် မဟုတ်ဘဲ အတွေးအခေါ်မှ ထွက်ပေါ်လာသည့် ပုံစံ ဖြစ်နိုင်သည်။ ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေမှာ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ၏ သီအိုရီများကို စဉ်းစားသုံးသပ်ရန် အချိန်ရသည့် ပညာရှင်၏ စိတ်ထဲ၌သာ တည်ရှိနေသည့် အရာ ဖြစ်နိုင်သည်။ ဥပဒေ၊ စံနှုန်း၊ အမျိုးအစား ခွဲခြင်း၊ အကောင်းဆုံး တည်ရှိမှု ပုံစံများသည် အကန့်အသတ်မရှိ ဖြစ်နိုင်သည်။ ယင်းတို့ကို စံနှုန်းများ ဖန်တီးရန် စံနှုန်းများဖြင့် တွန်းအားပေး ခံထားရသော လူသားတို့၏ စိတ်ဆန္ဒအလျောက် လုပ်ဆောင်ချက်များကသာ ကန့်သတ် ပုံသွင်းထားသည်။ ဥပဒေ၏ လွှမ်းခြုံမှု အောက်တွင် ရှိသူများ၏ စိတ်ဆန္ဒကို တာဝန်ခံလိုပါက လက်တွေ့ ပြဋ္ဌာန်းထားသော စံနှုန်းများကိုသာ ဖော်ပြရန် လိုအပ်သည်။ လက်တွေ့ ပြဋ္ဌာန်းနိုင်ခြင်းကို အဓိကထားပါက ဥပဒေကို ကြိုတင် ပြဋ္ဌာန်းထားခြင်း (သို့) စိတ်ကူးဆက်စပ် တွေးတောခြင်း သက်သက်သာ မဟုတ်ဘဲ ပြဋ္ဌာန်းနိုင်သည့် ဥပဒေ ဖြစ်နေရမည်။ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ၏ ဥဿျောင်၊ ၎င်း၏ ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေ၊ စနစ်နှင့် အရင်းအမြစ်များအကြား ဆက်စပ်မှုတို့ကို လက်တွေ့ မကျဘဲ ယင်းတို့ကို စိတ်ဆန္ဒ ရှိလာစေရန်မှာ မဖြစ်နိုင်ပေ။

 © Translation Rights – HRER Programme

နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ၏ ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေကို အဓိပ္ပာယ် ပြန်ဆိုရန် လွန်စွာ ခက်ခဲသည်။ ယင်းမှာ ရေးသားထားခြင်း မရှိ၊ အငြင်းပွားဖွယ် ရှိပြီး ယင်းကို အဓိပ္ပာယ် ဖွင့်ဆိုရန် ဖွဲ့စည်းပုံဆိုင်ရာ ပြဿနာများလည်း ရှိနေခြင်းက ပြဋ္ဌာန်းနိုင်သည့် ဥပဒေနှင့် ကိုက်ညီသော အမှန်တရားကို မည်သည့် အဆိုက ပြသနေကြောင်း သေချာခွဲခြားရန် မဖြစ်နိုင်ပေ။ ထိုဗဟုသုတပိုင်းဆိုင်ရာ အခက်အခဲ (ဤသည်မှာ စံနှုန်းများ မရှိမှုကြောင့် မဟုတ်ဘဲ ဗဟုသုတပိုင်းဆိုင်ရာ အခက်အခဲ စင်စစ် ဖြစ်သည်) က သက်သေပြ၍ မရခြင်းကို ဖြစ်စေသည်။ နိုင်ငံတကာ တရားရေးရာ အမြဲတမ်း တရားရုံးက *Lotus* အမှု [139] တွင် ဆုံးဖြတ်ချက် ချခဲ့သည့်အတိုင်း နိုင်ငံတကာ ဥပဒေတွင် နိုင်ငံများ ဥပဒေအရ လွတ်လပ်ခွင့် ရထားခြင်း မဟုတ်ဘဲ (စံနှုန်းဆိုင်ရာ) စည်းမျဉ်းများ မရှိခြင်းက ပြဿနာ ဖြစ်သည်။ အဆိုပြုထားသည့် စံနှုန်းတစ်ခု တည်ရှိခြင်းက မရှင်းလင်းပါက ယင်းစံနှုန်းကို မဖန်တီးရသေးဟု ယူဆရမည်။ အတိုချုံးဆိုရသော် ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေ တစ်ခုကို မည်ကဲ့သို့ အဓိပ္ပာယ် ဖွင့်ဆို (သို့) အတည်ပြုရမည်ကို မသိသောကြောင့် ယင်းမှာ ရှိနေပြီလား ဟူသည်နှင့် မည်သည့် ပုံစံ ရှိသည်ကို မသိနိုင်ပေ။

၃။ နိဂုံး

ကျွန်ုပ်လေ့လာချက်၏ အဆုံးသတ်ကို ရောက်ရှိခဲ့ပြီ ဖြစ်သည်။ ပြဿနာကို ကျွန်ုပ်၏ မတူညီသော ချဉ်းကပ်ခဲ့ပုံ အပေါ် ဖတ်ရှုသူအနေဖြင့် မသက်မသာ ဖြစ်နိုင်သည်။ ကျွန်ုပ်ဖော်ပြခဲ့သော ပြဿနာများကို ထိုက်သင့်သလောက် အလေးမစိုက်ကြပေရာ ဖတ်ရှုသူများ အနေဖြင့် ခေါင်းစဉ်များကို သေချာ ဆွေးနွေးမသွားဟု ထင်ကောင်း ထင်ကြလိမ့်မည်။ ဤသည်မှာ မှန်ကန်သည်။ သို့ရာတွင် ယခု ဆောင်းပါး၏ ရည်ရွယ်ချက်အတွက် ယင်းမှာ လိုအပ်မည် မဟုတ်ပေ။ ဆောင်ပါး၏ ရည်ရွယ်ချက်မှာ မသေချာ မရေရာမှုများက မည်သို့ပုံစံ ရှိသည်နှင့် မည်သည်တို့က မသေချာ မရေရာမှုကို ဖြစ်စေသည်ကို ပြသရန် ဖြစ်သည်။ နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေသည် မသေချာ မရေရာမှုများ ပြည့်နေသည့် ခေါင်းစဉ်တစ်ခု ဖြစ်သွားခြင်းသာ ဖြစ်သည်။

ဆွေးနွေးပြီးနောက် ခေါင်းစဉ် အမျိုးမျိုးမှ မသေချာ မရေရာမှုဟု ခေါ်သည့် ပုန်းကွယ်နေသည့် ဖွဲ့စည်းပုံ၏ ပုံစံကို ကောက်ချက်အချို့ ချနိုင်မည် ဖြစ်သည်။ မသေချာ မရေရာမှုသည် ပုံသဏ္ဍာ အမျိုးမျိုး ရှိသည်။ ယခုလေ့လာချက် တောက်လျှောက် ယင်းမှာ ပုံစံ အမျိုးစုံ ရှိခဲ့သည်။ ကျွန်ုပ်တို့ တွေ့ရှိခဲ့ရသည်များကို ဖတ်ရှုသူများအား ဥပမာ ပေးလိုသည်။

(က) နိုင်ငံတကာ ရှေ့နေများအကြား နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ၏ အကျယ်နှင့် ဖွဲ့စည်းပုံ (တည်ရှိပုံကိုပင်) သဘောထားကွဲလွဲမှုများ ရှိသည်။ ဥပဒေတွင် အငြင်းအခုံမရှိသည့် မေးခွန်း မရှိသော်လည်း၊ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေသည် ထိုကိစ္စရပ်နှင့် ပတ်သက်၍ အထူး အကျုံးဝင်သော်လည်း နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေဆိုင်ရာ

[139] 'The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.' Lotus, supra note 33, at 18. I interpret the word 'restrictions' to mean the presence of norms of international law: of 'conventions' or 'usages'.

ငြင်းခုံဆွေးနွေးမှုများမှာ ပညာရှင်များ၊ တရားစီရင်သူများ အကြံပြုသည့် ဖြေရှင်းနည်း အမြောက်အများနှင့် ပြည့်နှက်နေသည်။

(ခ) တစ်ခါတရံ ဥပဒေကို လက်တွေ့တွင် အလုပ်ဖြစ်အောင် ဇာတ်တိုက်၍ မရပေ။ ထိုကဲ့သို့ ပညာရှင်များ ယေဘုယျ သဘောတူထားသည့် အချက်ဖြစ်သည့် အချို့သော ဖော်မြူလာများကို လက်တွေ့ လုပ်ဆောင်၍ မရခြင်းအား လက်တွေ့ အလေ့အကျင့်အဖြစ် သတ်မှတ်ဖို့အတွက် လုံလောက်သော ပုံမှန်ဖြစ်သည့် အမူအကျင့်များအတွက် နိုင်ငံတော်၏ အလေ့အကျင့် ပမာဏ မည်မျှရှိရန် လိုအပ်သည်ကို သတ်မှတ်ရန် မလွယ်ကူခြင်းက ပြသနေသည်။

(ဂ) နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေကို ဥပဒေပြုသည့် ဥပဒေ (တရားဝင် အရင်းအမြစ်) အဖြစ် သတ်မှတ်ရန် ခက်ခဲနေလေရာ မိမိဘာသာ မိမိ ပြန်လည် ကိုးကားသည့် ပြဿနာကို ရင်ဆိုင်ရနိုင်သည်။ နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေ၏ အထက်၊ အထက် အဆင့်သည် အထက် အဆင့်နှင့် အတူတူဘဲ ဖြစ်လျှင် (ဆိုလိုသည်မှာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေများကို ၎င်းတို့အား ဖန်တီးခြင်းကို ၎င်းတို့ ကိုယ်တိုင် ပြန်လည် စည်းကြပ်ထားသည့် စည်းမျဉ်းများနှင့် ဖန်တီးထားလျှင်) ထိုဥပဒေမှာ မည်သည့် ပုံစံဖြစ်သည်ကို အတည်မပြုမီ အထက်တစ်ဆင့်မှ ဥပဒေကို အရင် သိရှိရန် လိုအပ်သည်။

(ဃ) မကြာခဏဆိုသလို မသေချာ မရေရာမှုများက ပို၍ အဆင့်မြင့်သော ဥပဒေ သီအိုရီ မေးခွန်းများ ပေါ်ထွက်လာစေသည်။ ဥပမာ လုပ်ဆောင်ချက်များ၊ ကြေညာချက်များကို သင့်လျော်သော နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့် ဟုတ်၊ မဟုတ် ဆုံးဖြတ်ရန် ခက်ခဲခြင်းက နိုင်ငံ၏ အလေ့အကျင့် သဘောသဘာဝ ဆိုင်ရာ မေးခွန်းများ ထွက်ပေါ်စေသည်။

ဤသည်မှာ ယခုဆောင်းပါးမှ မည်သို့သော မသေချာ မရေရာမှုများ ထုတ်ယူနိုင်သည်ကို ဥပမာ ပြခြင်းသာ ဖြစ်ပြီး ထိုစာရင်းမှာ အကုန် မဟုတ်သေးပေ။ မသေချာ မရေရာမှုသည် ပုံသဏ္ဍာန် အမျိုးမျိုး ရှိရုံသာမက ဖြစ်ရသည့် အကြောင်း အမျိုးမျိုးလည်း ရှိသည်။ ယခုဆောင်းပါး၏ အပိုင်း (၂) တွင် ရည်ရွယ်ချက် နှစ်ခု ရှိသည်။ သီအိုရီပိုင်းတွင် မသေချာ မရေရာမှုကို ဖော်ထုတ်ရုံသာမက ဥပဒေနှင့် အထူးသဖြင့် နိုင်ငံတကာ ဥပဒေက အဘယ်ကြောင့် မသေချာ မရေရာ ဖြစ်ရသည် ဟူသည့် အကြောင်းပြချက် အချို့ကိုလည်း ဖော်ထုတ်ခဲ့သည်။

(က) နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေနှင့် စပ်လျဉ်း၍ ဥပဒေကဲ့သို့ လွှမ်းမိုးနိုင်သော စာသားများ မရှိပေ။ ထိုသို့ မရှိခြင်းက ပြဿနာ အမျိုးမျိုး ဖြစ်စေသည်။ စာသားများ ရှိခြင်းက မတူညီသော ပြဿနာများ ဖြစ်စေနိုင်သော်လည်း (ဥပမာ ဖတ်ရှုသူသည် ကုလသမဂ္ဂ ပဋိညာဉ်ကို အဓိပ္ပာယ် ပြန်ဆိုခြင်းမှ ပြဿနာ အမျိုးမျိုး ဖြစ်စေနိုင်ခြင်း) ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေအပေါ် လွှမ်းမိုးနိုင်သည့် ဥပဒေ ပြဋ္ဌာန်းထားခြင်း မရှိပေ။

(ခ) နိုင်ငံတကာ ဥပဒေတွင် လွှမ်းမိုးထားသော သီအိုရီ၊ သဘောတရား (သို့) ယူဆချက် ဟူ၍ မရှိပေ။ လွှမ်းမိုးမှု ရှိသော ဥပဒေ ယဉ်ကျေးမှု ဟူ၍ပင် မရှိပေ။ ဤသည်မှာ လွန်စွာ အရေးကြီး အကြောင်းပြချက် တစ်ခုဖြစ်ပြီး ပညာရပ် ဆိုင်ရာ သဘောထား ကွဲလွဲမှု အများအပြားအတွက်လည်း အခြေခံ ကျသည်။ ယင်းတို့ကို လွယ်လွယ်ကူကူ သဘောထားပြီး အကြိတ်အနယ် ငြင်းခုံခြင်း မရှိပါက၊ ဥပမာ အချက် က၊ ခ နှင့် ဂ တို့က

 © Translation Rights – HRER Programme

နိုင်ငံတကာ ဓလေ့ထုံးတမ်း ဥပဒေကို ဖန်တီးသည် (သို့) နိုင်ငံ အလေ့အကျင့် (၂၄) ခါ ရှိပါက လုံလောက်သည်၊ လွှမ်းမိုးမှု ရှိသော သီအိုရီက ဝေဖန်မှုများကို ပယ်ချနိုင်လိမ့်မည်။ ဥပဒေ စင်စစ်သည် လွှမ်းမိုးမှု ရှိသော သီအိုရီနှင့် ကွာခြားနိုင်သော်လည်း ယင်းကို အလွယ်တကူပင် လျစ်လျူရှုပစ်နိုင်သည်။ ဥပမာ အခြားသော စံနှုန်း စနစ်များနှင့် ဒေသဆိုင်ရာ ဥပဒေမှ လွှမ်းမိုးမှု ရှိသော ရေးသားထားသည့် ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေ အမှုမျိုး ဖြစ်သည် (အပိုဒ် ၂ (င) (၁) နှင့် ၂ (င) (၃))။ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေတွင် လွှမ်းမိုးမှု ရှိသော ဥပဒေ ယဉ်ကျေးမှုသာ ရှိပါက၊ ယင်းကို တိုက်ကြီးများဆိုင်ရာ ဥပဒေ စနစ်များ (သို့) ရိုးရာဥပဒေ စီရင်ချက်တွင်သာ ထည့်သွင်းနိုင်ပါက၊ တရားစီရင်သူများအနေဖြင့် ၎င်းတို့၏ ယဉ်ကျေးမှုများတွင် လွှမ်းမိုးမှု ရှိသော မူရင်း သီအိုရီများကို အသုံးပြုနိုင်ပေမည်။ ‘နိုင်ငံတကာ ရှေ့နေများ အားလုံးသည် ပြည်တွင်း၌ ရှေ့နေ အရင် လုပ်ရမည်’ ဟူသော စည်းမျဉ်းအရ ကျွန်ုပ်တို့၏ လုပ်ဖော်ကိုင်ဖက် များသည် နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ အမှုများတွင် ငြင်းခုံဆွေးနွေးရာ၌ ၎င်းတို့၏ ယဉ်ကျေးမှု ဘက်လိုက်မှုများ၊ ဥပဒေစနစ် မည်သို့ အလုပ်လုပ်သည်ကို ကြိုတင် တွေးထင်ထားသည်များအား တင်ပြ ငြင်းခုံနိုင်သည်။

(ဂ) လွှမ်းမိုးမှု ရှိသော သီအိုရီ မရှိသောကြောင့်၊ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေတွင် ရေးသားထားသော ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေ မရှိသောကြောင့် နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ၏ အမြင့်ဆုံး စည်းမျဉ်းများမှာ မထင်ရှားပေ။ ထိုဖွဲ့စည်းပုံအရ မသေချာ မရေရာမှုများသည် နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ သီအိုရီ ပညာရှင်များအတွက်သာ ပြဿနာမဟုတ်။ လုပ်ငန်းလုပ်ဆောင်ရာတွင်လည်း ပြဿနာရှိသည်။ အဘယ်ကြောင့် ဆိုသော် ကျယ်ပြန့်သော (သို့) ဥပဒေ အချုပ် ဆိုင်ရာ ပြဿနာများ ထွက်ပေါ်လာသည့်အခါ နိုင်ငံတကာ ဖွဲ့စည်းပုံ အခြေခံ ဥပဒေ၏ မဖြေရှင်းရသော မေးခွန်းများ၊ မသေချာ မရေရာမှုများနှင့် တိုက်ရိုက် ဆက်စပ်နေသောကြောင့် ဖြစ်သည်။

နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ၏ ပညာရှင်များ ဖြစ်သော ကျွန်ုပ်တို့အနေဖြင့် နိုင်ငံတကာ ဥပဒေ၏ အမြင့်ဆုံးသော စည်းမျဉ်းကို မည်သို့ ပုံဖော်ခဲ့သည်အပေါ် ကျွန်ုပ်တို့ ထင်မြင်သော ယူဆချက်များ ထုတ်ဖော်ရမည်။ ဤသို့ အတွေးအခေါ်ပိုင်းအရ နက်နဲသည့် ပုံစံတွင် ကျွန်ုပ်တို့အတွက် မည်သည့် ဥပဒေဆိုင်ရာ ငြင်းခုံမှုမျှ မကျန်တော့ပေ။ အဘယ်ကြောင့်ဆိုသော ကျွန်ုပ်တို့မှာ ဘာသာရပ်၏ အစွန်ဆုံးမှ ငုံ့ကြည့်နေခြင်းနှင့် ဆင်တူသည်။ နိုင်ငံတကာ ဥပဒေကို အခြားသော သဘောတရားများနှင့် ဆက်စပ်ပေးသည့် ကျွန်ုပ်တို့ ကျောက်ချထားခဲ့သည့် အရာများ၊ စမှတ်များမှာ ဥပဒေနှင့် မညီနိုင်ပေ။ ယင်းတို့မှာ နိုင်ငံရေး (သို့) ဒဿန၊ လက်တွေ့ (သို့) ကျိုးကြောင်း ဆက်စပ်မှုတို့ကို အခြေခံသည်။ သို့ရာတွင် လေ့လာသည့် အကြောင်းအရာကို ဆုံးဖြတ်ရာတွင် ထိုအကြောင်းအရာကိုပဲ ပြန်ကိုးကားနေ၍ မရပေ။ အဆုံးတွင် ဥပဒေစည်းမျဉ်းသည် လူသားများမှ ၎င်းဘာဖြစ်သည်ကို ဆုံးဖြတ်ပေးသည့်အပေါ် မူတည်သည်။ အခြားသော အကြံဉာဏ်များနည်းတူ ဥပဒေသည် ထိတွေ့၍ မရ။ လက်တွေ့ ပြသ၍လည်း မရ။ စိတ်ကူးယဉ် ဝတ္ထုကဲ့သို့ ဖြစ်သည်။ စိတ်ကူးယဉ် အကြောင်းအရာ တစ်ခုကဲ့သို့ ဥပဒေသည် ကျွန်ုပ်တို့ တွေးခေါ်သောကြောင့်သာ ပေါ်ပေါက်လာရခြင်း ဖြစ်သည်။ လူသားများ အားလုံးက စံနှုန်း (သို့) ဥပဒေအကြောင်း စဉ်းစားသည့်အခါ တူညီသော အရာကို စဉ်းစားကြည့်မှသာလျှင် ကျွန်ုပ်တို့၏

 © Translation Rights – HRER Programme

စုပေါင်းတွေးခေါ်မှုများက သေချာရေရာ လာလိမ့်မည်။ သို့ရာတွင် ကျွန်ုပ်တို့၏ သိရှိမှုမှာ တစ်ဦးချင်းစီ ဖြစ်နေသရွေ့ ဤကိစ္စရပ်မှာ ဖြစ်မလာနိုင်ပေ။