องค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ตามหลักกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ

เกียรติพร อำไพ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
2559

องค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ
ตามหลักกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ

เกียรติพร อำไพ
คณะนิติศาสตร์

ศาสตราจารย์.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ดร.สุนทร มณีสวัสดิ์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

ศาสตราจารย์.....ประธานกรรมการ
(ดร.ชุมพร ปัจจุสานนท์)

ศาสตราจารย์.....กรรมการ
(ดร.สุนทร มณีสวัสดิ์)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์.....กรรมการ
(ดร.วริยา ล้ำเลิศ)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์.....กรรมการ
(ดร.พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย)

ศาสตราจารย์.....คณบดี
(ดร.ประสิทธิ์ เอกบุตร)

กันยายน 2559

บทคัดย่อ

ชื่อดุษฎีนิพนธ์ องค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามหลักกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ

ชื่อผู้เขียน นายเกียรติพร อำไพ

ชื่อปริญญา นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

ปีการศึกษา 2559

ดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อทำการศึกษาถึงการปฏิรูปบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการใช้อำนาจและกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมีผลอย่างไรต่อภาวะวิกฤติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกิดขึ้น

การศึกษาในครั้งนี้ให้ความสำคัญกับหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐที่ใช้โดยฝ่ายบริหารซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักการตรวจสอบถ่วงดุล รวมทั้งการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศ ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรรองที่เข้ามามีบทบาทร่วมกับฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในกระบวนการให้ความเห็นชอบกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ดำเนินการโดยฝ่ายบริหาร นอกจากนั้น ในการศึกษายังได้ให้ความสำคัญกับการใช้อำนาจในการตรวจสอบการขัดแย้งจากการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารโดยศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองซึ่งเกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมาด้วยเช่นกัน

จากการศึกษาพบว่าปัญหาที่เกิดขึ้นจากการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เกิดขึ้นจากปัจจัยหลายประการไม่ว่าจะเป็นทั้งจากปัญหาที่ว่าด้วยเข้าใจในเชิงหลักการที่ถูกต้องเกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติก็ดี ปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจและกระบวนการในการก่อนทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารภายใต้หลักการการมีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติ หลักการมีส่วนร่วมของประชาชน รวมทั้งหลักการตรวจสอบถ่วงดุลโดยองค์กรตุลาการ ทั้งนี้ ข้อขัดข้องที่เกิดขึ้นจากปัจจัจจัดังกล่าวนำไปสู่ข้อขัดแย้งเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่าวงประเทศระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งส่งผลกระทบต่อการส่งเสริมความสัมพันธ์ระหว่างประเทศระหว่างประเทศไทยกับรัฐต่างประเทศ ยิ่งไปกว่านั้น จากการศึกษายังพบว่าการปฏิรูปบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยเกี่ยวกับกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การเสนอกรอบการเจรจาเพื่อขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ หรือแม้แต่การให้ข้อมูลต่อภาคประชาชนในระหว่างกระบวนการที่เกิดขึ้นในการเจรจาเพื่อทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หาได้เป็นสอดคล้องกับ

แนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ และจากการศึกษาเปรียบเทียบแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศกลับไม่พบว่ามีการกำหนดหน้าที่ของฝ่ายบริหารที่จะต้องดำเนินการดังกล่าวเฉกเช่นที่ประเทศไทยกำหนดไว้แต่อย่างใด

ข้อเสนอแนะในการศึกษาครั้งนี้ก็คือ ประเทศไทยจำเป็นต้องทำการปฏิรูปบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญทั้งในเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจและบทบาทของฝ่ายบริหารก็ดี การแก้ไขประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี การปฏิรูปกระบวนการมีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติและประชาชนก็ดี รวมทั้งยังต้องเร่งให้มีการตรากฎหมายที่เกี่ยวกับกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ นอกจากนั้น องค์กรตามรัฐธรรมนูญควรที่จะให้ความสำคัญและเคารพต่อหลักการและทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การให้ความสำคัญกับการเคารพต่ออำนาจอธิปไตยที่ใช้ในการหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ

ABSTRACT

Title of Dissertation	The Branch of Government Exercising the Treaty Making Power in Domestic and International Law
Author	Mr. Kiarttiphorn Umpai
Degree	Doctor of Laws
Year	2016

This paper aims to examine the treaty making power and process in recent constitutional provisions reforms in Thailand. It aims to analyze whether the constitutional provision has affected the treaty-making crisis.

This study relied on the theory of the sovereignty of state exercised by the executive branch in compliance with the treaty making power concept, the separation of powers, and the checks and balances doctrine. Furthermore, the study also focused on state jurisdiction among the executive branch as main organ for conducting international agreements, on the legislative branch as a minor organ for the approval of international agreements done by the executive branch, and on judicial review by Constitutional and Administrative Court of treaty making powers that conflict between the executive and legislative branch.

The findings revealed that the Thai constitution presents problems in its treaty making power provision. In particular, it raises the question of the right understanding of the principle of treaty making powers between the executive and legislative branch, of prior treaty making power and the process of executive branch in associate with the parliamentary participation principle and the people's participation principle as well as the judicial review principle. Contradictions between these principles result in treaty making power conflicts, which have obstructed the promotion of international relations between Thailand and foreign countries. Moreover, the findings also revealed that Thailand's constitutional amendment related to treaty making processes, proposing a negotiation framework approved by the legislative branch or public participation during a prior negotiation period, is not in compliance with the treaty making concept but state practices of foreign countries are not.

The implications are that it is necessary to amend the Thai constitutional provision concerning the function and authority of the executive branch and to rewrite the treaty classification provision in order to accomplish more parliamentary and citizen participation and to accelerate the legislative treaty-making process. The constitutional organ should respect the right principles with respect to the concept and theory of treaty making power, especially by underscoring the importance of respecting the jurisdiction and power of treaty making between the main and minor organs.

กิตติกรรมประกาศ

ดุษฎีนิพนธ์เรื่ององค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามหลักกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ มิอาจสำเร็จลงได้โดยปราศจากความเมตตาของคณะกรรมการสอบดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.สุนทร มณีสวัสดิ์ ผู้ซึ่งเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาดุษฎีนิพนธ์ของผู้เขียน ที่ท่านได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าในการให้คำปรึกษา ข้อแนะนำและข้อคิดเห็นที่เป็นประโยชน์ต่อการทำดุษฎีนิพนธ์เล่มนี้ตลอดมา ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณด้วยความเคารพยิ่งต่อศาสตราจารย์ ดร.ชุมพร ปัจจุสานนท์ ผู้ซึ่งตกลงรับเป็นประธานกรรมการสอบดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้ และทั้งยังเคยเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาในระดับบัณฑิตศึกษาของผู้เขียนที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ซึ่งท่านได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าเพื่อให้คำแนะนำ เทคนิค แนวทางและวิธีวิจัยที่มีความแตกต่างกันในหลายลักษณะที่สามารถใช้ในการค้นหาคำตอบของการศึกษาวิจัยขั้นสูง รวมทั้งการให้คำสอนเกี่ยวกับนิติวิธีในการวิจัยขั้นสูงสำหรับการศึกษาในระดับดุษฎีบัณฑิต เพื่อก่อให้เกิดองค์ความรู้ที่สามารถใช้เป็นเครื่องมือติดตัวให้กับผู้เขียนสำหรับการวิจัยทางนิติศาสตร์ในอนาคตต่อไป

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้มิอาจสำเร็จลงได้โดยปราศจากความช่วยเหลืออย่างเต็มกำลังของท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย กรรมการสอบซึ่งท่านได้กรุณาให้คำแนะนำการพัฒนาหัวข้อดุษฎีนิพนธ์ หลักการและแนวคิดทางด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญ ที่ต้องใช้เป็นฐานในการวิเคราะห์และสังเคราะห์ดุษฎีนิพนธ์ แนะแนวทางการตั้งข้อสังเกตและกระบวนการพัฒนาความคิดในเชิงลึกให้กับผู้เขียน รวมทั้งให้สร้างแรงกระตุ้นให้กับผู้เขียนตั้งแต่เริ่มแรกก่อนที่จะมีหัวข้อดุษฎีนิพนธ์จวบจนกระทั่งการเขียนดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี และขอขอบพระคุณท่าน ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้ำเลิศ กรรมการสอบที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าในการให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะเพิ่มเติมในการปรับปรุงแก้ไขดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้ให้ถูกต้องและสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น และขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ อดีตคณบดีคณะนิติศาสตร์ ท่านอาจารย์ ดร.พัชรวรรณ นุชประยูรและอีกครั้งสำหรับผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้ำเลิศ และคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ที่ได้สนับสนุนและให้โอกาสทางการศึกษากับผู้เขียน เพื่อพัฒนาตนเองด้วยการศึกษาต่อระดับดุษฎีบัณฑิตในครั้งนี้

ท้ายที่สุด ผู้เขียนขอขอบพระคุณและขอมอบความสำเร็จทั้งหมดจากการเขียนดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้แด่นายนรเสฏฐ์ อำไพ นางนรีรัตน์ อำไพ บิดาและมารดาผู้วางรากฐานทางการศึกษาให้ผู้แก่เขียน นางศุภิสา อำไพ ภริยาของผู้เขียนผู้ซึ่งมีส่วนสำคัญยิ่งในการตรวจความถูกต้องของภาษาที่ใช้ในการเขียน โดยเฉพาะการคัดสรรสิ่งที่ดี การเสียสละและการเป็นขวัญและกำลังใจที่สำคัญยิ่งต่อผู้เขียนในยามที่ผู้เขียนมีปัญหาและเกิดความท้อถอยทั้งในด้านการศึกษาและการทำงานที่ผ่านมา จนกระทั่งการศึกษาครั้งนี้ประสบผลสำเร็จได้ในที่สุด

คุณค่าทางวิชาการของดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกราบเป็นกตเวทิตาคุณแด่ผู้มีพระคุณของผู้เขียนทุกท่านดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น หากดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียวและขออภัยไว้ ณ ที่นี้

เกียรติพร อำไพ

กันยายน 2559

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อ (3)
ABSTRACT (5)
กิตติกรรมประกาศ (7)
สารบัญ (8)
สารบัญตาราง (15)
สารบัญภาพ (16)

บทที่ 1 บทนำ 1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา 1
1.2 วัตถุประสงค์ในการศึกษา 8
1.3 สมมุติฐานในการศึกษา 8
1.4 ขอบเขตในการศึกษา 9
1.5 วิธีการศึกษา 9
1.6 กรอบแนวคิดในการศึกษา 10
1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ 11
1.8 คำนิยามศัพท์ 11
บทที่ 2 หลักการแนวคิดและทฤษฎีที่ว่าด้วยองค์กร อำนาจอธิปไตยและการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ 13
2.1 แนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นของฝ่ายบริหารและเป็นของรัฐ 15
2.2 หลักการและทฤษฎีกฎหมายเป็นฐานรองรับองค์กรและการใช้อำนาจอธิปไตยเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามกฎหมายภายใน 21
2.2.1 บทบาทขององค์กรเป็นฐานการวางดุลอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจและตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด 21
2.2.2 หลักการและทฤษฎีกฎหมายเป็นฐานรองรับการใช้อำนาจขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ 33
2.2.2.1 ทฤษฎีตัวแทนรองรับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลัก 38
2.2.2.2 หลักการตรวจสอบถ่วงดุลและการมีส่วนร่วมของรัฐสภารองรับการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรรอง 41

2.2.2.3 หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลทำให้ฝ่ายตุลาการมีบทบาทในการตรวจสอบการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ 43
2.2.3 การใช้อำนาจทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีที่มาจากการใช้อำนาจทางการเมืองมิใช่การใช้อำนาจทางกฎหมาย 45
2.3 หลักการในกฎหมายระหว่างประเทศรับรองการใช้อำนาจทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่าเป็นของรัฐและกำหนดเฉพาะกระบวนการ 49
2.3.1 กฎหมายระหว่างประเทศรับรองรัฐว่าเป็นผู้ทรงสิทธิซึ่งมีอำนาจทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศและกำหนดเฉพาะกระบวนการแต่ไม่กำหนดว่าเป็นองค์กรใด 52
2.3.2 ผู้แทนรัฐต้องเป็นผู้ที่มีนิติฐานะเป็นฝ่ายบริหารหรือมีฐานการใช้อำนาจที่มาจากฝ่ายบริหาร 64
2.3.3 กระบวนการและความสมบูรณ์ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนายินยอมผูกพันโดยผู้แทนรัฐ 71
บทที่ 3 ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลัก ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการเป็นองค์กรรองเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศกับประเทศไทย 78
3.1 หลักการและกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และสาธารณรัฐฝรั่งเศส 80
3.1.1 บทบาทและอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลัก 81
3.1.1.1 ประธานาธิบดีเป็นผู้ที่มีบทบาทและอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกากำหนด 81
3.1.1.2 สถาบันพระมหากษัตริย์เป็นผู้ที่มีบทบาทและอำนาจภายใต้ระบอบรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรและกฎหมายของสหราชอาณาจักร 92
3.1.1.3 ประธานาธิบดีเป็นผู้ที่มีบทบาทและอำนาจตามรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนด 98
3.1.1.4 บทสรุปการศึกษาเปรียบเทียบองค์กรหลัก บทบาทและการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ 101
3.1.2 บทบาทในการให้ความเห็นชอบการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นของฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรรอง 102
3.1.2.1 วุฒิสภาของสหรัฐอเมริกาเป็นองค์กรที่มีอำนาจให้คำแนะนำและความยินยอม 103
3.1.2.2 รัฐสภาของสหราชอาณาจักรเป็นองค์กรที่มีอำนาจให้ความเห็นชอบ 113
3.1.2.3 รัฐสภาของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นองค์กรที่มีอำนาจให้ความเห็นชอบ 121

3.1.2.4 บทสรุปการศึกษาเปรียบเทียบบทบาทและอำนาจให้ความเห็นชอบขององค์กรรองเกี่ยวกับกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศขององค์กรหลัก 125
3.1.3 บทบาทและอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นขององค์กรซึ่งกำหนดไว้โดยกฎหมายภายในและมีความแตกต่างกันในแต่ละรัฐ 128
3.1.3.1 ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาเป็นองค์กรที่มีเขตอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาด 128
3.1.3.2 ศาลสูงของสหราชอาณาจักรไม่มีเขตอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาด 131
3.1.3.3 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นองค์กรที่มีเขตอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาด 133
3.1.3.4 บทสรุปองค์กรและการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ 140
3.1.4 บทสรุปการศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสและแนวปฏิบัติในเชิงรูปแบบของรัฐต่างประเทศอื่น 141
3.2 องค์กร หลักการและกระบวนในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทย 153
3.2.1 รัฐบาลเป็นองค์กรหลักซึ่งเป็นผู้ใช้พระราชอำนาจขององค์พระมหากษัตริย์ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ 159
3.2.1.1 บทบาทและการใช้อำนาจของรัฐบาลถูกรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญและกฎหมายภายใน 160
3.2.1.2 กระบวนการและแนวทางปฏิบัติรองรับบทบาทและอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร 165
3.2.2 รัฐสภาเป็นองค์กรรองที่มีบทบาทและมีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเฉพาะที่มีความสำคัญ 180
3.2.2.1 บทบาทนำไปสู่การกำหนดฐานทางกฎหมายที่ให้อำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติและปรากฏการณ์ที่ทำให้ฐานทางกฎหมายและความเชื่อมโยงอำนาจขององค์กรต้องแปรเปลี่ยนไป 181
3.2.2.2 การบัญญัติถ้อยคำเกี่ยวกับประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก่อให้เกิดข้อโต้แย้งการใช้อำนาจระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ 204
3.2.2.3 กระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่บัญญัติขึ้นใหม่สร้างความขัดข้องในการนำไปปฏิบัติ 219

3.2.3 ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ 231
3.2.3.1 รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจเหนือคดี 232
3.2.3.2 การวินิจฉัยชี้ขาดคดีที่ผ่านมานำไปสู่ปัญหาข้อโต้แย้งการใช้อำนาจระหว่างองค์กร 237
3.3 บทสรุปการศึกษาเปรียบเทียบการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยกับรัฐต่างประเทศ 240
บทที่ 4 ปัจจัยและปัญหาที่ส่งผลให้เกิดความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศระหว่างองค์กรหลักและองค์กรรองตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 253
4.1 ปัญหาที่ว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการเกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ 255
4.1.1 ปัญหาจากประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต 257
4.1.2 ปัญหาจากประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบหรือที่ก่อให้เกิดข้อผูกพันกับประเทศไทย 264
4.1.3 ปัญหาเรื่องกรอบระยะเวลาการพิจารณาให้ความเห็นชอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา 60 วัน 274
4.2 ปัญหากระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นใหม่ไม่สอดคล้องกับหลักการและแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ 277
4.2.1 ปัญหาการเสนอกรอบเจรจาเป็นการก้าวล่วงการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร 278
4.2.1.1 ปัญหาที่เกิดขึ้นจากกระบวนการและการนำไปปฏิบัติยังไม่สอดคล้องกับกระบวนการที่ฝ่ายบริหารต้องทำการเสนอกรอบการเจรจาต่อฝ่ายนิติบัญญัติก่อนการเจรจา 279
4.2.1.2 ปัญหาผลทางกฎหมายในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่เห็นชอบกับการเสนอกรอบการเจรจาที่เสนอโดยฝ่ายบริหารนั้น รัฐธรรมนูญหาได้กำหนดไว้เป็นหลักการที่ชัดเจนแต่อย่างใดไม่ 284
4.2.2 ปัญหาการกำหนดการมีส่วนร่วมในการให้ความเห็นของประชาชนก่อนทำหนังสือสัญญาไม่สอดคล้องกับหลักการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ 287
4.2.3 ปัญหาการขาดรายละเอียดและความชัดเจนในเชิงหลักการในการนำไปปฏิบัติ 288
4.2.3.1 ปัญหาที่มาจากการให้ข้อมูลและการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนแม้มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดการปฏิบัติแต่การประเมินประสิทธิผลยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน 289

4.2.3.2 ปัญหาที่มาจากกระบวนการที่ต้องดำเนินการภายหลังลงนามในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ แต่ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันเป็นหลักการที่ยังขาดความชัดเจนในการนำไปปฏิบัติ 296
4.3 ปัญหาการวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยองค์กรตุลาการนำไปสู่ปัญหาว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการ 305
4.3.1 ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลเหนือกรณีที่เกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ 306
4.3.1.1 ปัญหาอำนาจของศาลปกครองในการใช้เขตอำนาจศาลในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวเนื่องกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ 306
4.3.1.2 ปัญหาการใช้อำนาจของศาลปกครองในการวินิจฉัยชี้ขาดการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะเป็นการก้าวล่วงการใช้อำนาจทางการเมืองของของฝ่ายบริหารหรือไม่ 312
4.3.2 ปัญหาเรื่องหลักการที่ใช้ในการตีความโดยองค์กรตุลาการ 315
4.3.2.1 ปัญหาการวินิจฉัยว่าตราสารระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารทำมีนิติฐานะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามความหมายของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 หรือไม่และอยู่ในเขตอำนาจขององค์กรตุลาการที่ทำคำวินิจฉัยหรือไม่ 315
4.3.2.2 ปัญหาการตีความและการอรรถาธิบายความเพื่อสนับสนุนต่อการทำคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ 318
4.4 ปัญหาที่จะส่งผลต่อความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจากหลักการในร่างรัฐธรรมนูญฉบับผ่านประชามติ วันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559 326
4.4.1 ปัญหาที่ว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการยังคงมีอยู่แม้จะมีการปฏิรูปหลักการในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไปแล้วก็ตาม 342
4.4.2 ปัญหาทางปฏิบัติยังคงเกิดขึ้นจากการปฏิรูปกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับผ่านประชามติ 361
4.4.3 ปัญหาที่ว่าด้วยองค์กรและหลักการในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจากการปฏิรูปหลักการในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 371
บทที่ 5 บทสรุปและเสนอแนะ 382
5.1 บทสรุป 382
5.2 ข้อเสนอแนะ 387
5.2.1 การปฏิรูปหลักการที่ว่าด้วยบทบาทและอำนาจระหว่างองค์กรหลักและองค์กรรองเกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเพื่อให้เกิดความชัดเจน 387

5.2.1.1 การเพิ่มหลักการที่เป็นรูปธรรมเกี่ยวกับการให้อำนาจทำความตกลงระหว่างประเทศ และกำหนดหลักการรองรับให้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเป็นอำนาจโดยลำพังของฝ่ายบริหาร 387

5.2.1.2 การปรับปรุงหลักการและถ้อยคำในประโยคที่ว่าด้วยประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ 389

5.2.1.3 การตัดบทขยายความของมาตรา 178 วรรคสามออกไป แต่ให้ไปกำหนดในเชิงหลักการในวรรคที่สองตอนท้ายของมาตรา 178 แทน 392

5.2.2 การปฏิรูปหลักการเกี่ยวกับการให้ความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นองค์กรรองในเรื่องการกำหนดระยะเวลาบังคับหรือระยะเวลาผูกพันในรัฐธรรมนูญให้มีบทยกเว้นทางกฎหมาย 393

5.2.3 การจัดให้มีการตรากฎหมายรองรับหลักการและการกำหนดรายละเอียดทางปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ 397

5.2.3.1 การรับรองในเชิงหลักการว่าจะต้องจัดให้มีการตรากฎหมายว่าด้วยการกำหนดประเภท หลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศอย่างกว้างขวางทางเศรษฐกิจ หรือทางสังคม หรือทางการค้า หรือทางการลงทุนไว้ในรัฐธรรมนูญ 397

5.2.3.2 การเพิ่มเติมหลักการเยียวยาที่ต้องดำเนินการอย่างเป็นธรรมในประโยคที่เกี่ยวกับการจัดให้มีกฎหมายกำหนดวิธีการที่ประชาชนจะได้รับการเยียวยาที่จำเป็นอันเกิดจากผลกระทบจากการทำหนังสือสัญญา 398

5.2.4 การจัดให้มีองค์คณะและองค์กรที่เหมาะสมทำหน้าที่กลั่นกรองและวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ 398

5.2.4.1 การจัดให้มีองค์คณะทำหน้าที่กลั่นกรองและวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาที่เกิดขึ้นจากการคัดสรรทั้งจากองค์กรหลัก องค์กรรอง องค์กรทางการเมืองและองค์กรเชี่ยวชาญพิเศษอื่น 399

5.2.4.2 การกำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญทำวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาภายหลังจากคณะกรรมาธิการร่วมของรัฐสภาไม่อาจวินิจฉัยปัญหาได้แล้วเสร็จ 401

5.2.4.3 การแก้ไขบทบัญญัติให้รับรองสิทธิองค์กรอื่นนอกจาก คณะรัฐมนตรีให้มีอำนาจในการเสนอเรื่องต่อองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศภายใต้หลักการตรวจสอบถ่วงดุลโดยฝ่ายนิติบัญญัติ 402

5.2.5 การกำหนดหลักการเกี่ยวกับเขตอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศให้เป็นอำนาจเฉพาะของศาลรัฐธรรมนูญ 403

5.2.6 การตรากฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยลำพัง 406

5.2.7 การเสนอร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช .... (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 178) 407

บรรณานุกรม **410**

ภาคผนวก **432**

ภาคผนวก ก มาตรา 190 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช .... (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190) ฉบับที่เสนอโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาเพื่อพิจารณา 433

ภาคผนวก ข มาตรา 190 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช .... (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190) ฉบับที่ผ่านการพิจารณาจากที่ประชุมรัฐสภาสามวาระ 437

ภาคผนวก ค มาตรา 193 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยของคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ (กมธ.) 441

ภาคผนวก ง มาตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ (กรธ.) ฉบับผ่านประชามติ วันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559 443

ภาคผนวก จ ความเห็นส่วนตัวของผู้เขียนปัญหาการปรับใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยฝ่ายนิติบัญญัติมุ่งต่อผลทางการเมืองมากกว่าการยึดถือหลักการ 445

ประวัติผู้เขียน **454**

สารบัญตาราง

ตารางที่ **หน้า**

3.1 การพิเคราะห์เปรียบเทียบความเชื่อมโยงระหว่างองค์กรหลักและองค์กรรองเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีตถึงปัจจุบัน 183

3.2 การสรุปการศึกษาเปรียบเทียบอำนาจขององค์กร กระบวนการและประเภทของหนังสือสัญญาและองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อขัดแย้งการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยเปรียบเทียบกับรัฐต่างประเทศ 246

4.1 การเปรียบเทียบพัฒนาการของหลักการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเกี่ยวกับองค์กรและอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ 327

สารบัญภาพ

ภาพที่ **หน้า**

1.1 กรอบแนวคิดในการศึกษา 10

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

รัฐในฐานะที่เป็นองค์อธิปัตย์ย่อมมีนิติฐานะและอำนาจอธิปไตยในฐานะที่เป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ (Subject of International Law) และเป็นนิติบุคคลตามกรอบของกฎหมายภายใน โดยอำนาจอธิปไตยภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจย่อมหมายถึงอำนาจอธิปไตยที่เป็นของฝ่ายบริหาร อำนาจอธิปไตยที่เป็นของฝ่ายนิติบัญญัติ และอำนาจอธิปไตยที่เป็นของฝ่ายตุลาการเพื่อใช้ในการดำเนินพันธกิจของรัฐในด้านต่าง ๆ เป็นที่ทราบกันดีว่าในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีนิติฐานะและพื้นฐานทางกฎหมายที่มาจากการใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ ในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งใช้อำนาจอย่างสมดุลกันในการดำเนินนโยบายต่างประเทศและการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

การใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของราชอาณาจักรไทยตั้งแต่ในครั้งอดีตได้ปรากฏหลักฐานทางประวัติศาสตร์ว่าเป็นพระราชอำนาจขององค์พระมหากษัตริย์ที่ทรงใช้ซึ่งอำนาจอธิปไตยในฐานะที่เป็นองค์พระประมุขแห่งรัฐ พระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวปรากฏให้เห็นในหลายลักษณะ ไม่ว่าจะเป็นพระราชอำนาจในการประกาศสงครามก็ดี พระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพก็ดี พระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสงบศึกก็ดี รวมทั้งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกับนานาอารยะประเทศ

พระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว ยังคงปรากฏให้เห็นตั้งแต่ในอดีตที่ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญฉบับแรกพุทธศักราช 2475 จวบจนกระทั่งประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยอย่างหนึ่งในการดำเนินนโยบายและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว องค์พระมหากษัตริย์จะมิได้ใช้พระราชอำนาจด้วยพระองค์เองก็ตาม แต่การใช้พระราชอำนาจขององค์พระมหากษัตริย์ดังกล่าวก็เป็นการใช้พระราชอำนาจผ่านฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรหลักองค์กรหนึ่งตามหลักการแบ่งแยกอำนาจในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย ซึ่งหลักการการใช้พระราชอำนาจผ่านฝ่ายบริหารดังกล่าวจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 23 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 เกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ในหมวดที่ว่าด้วยคณะรัฐมนตรี

แต่อย่างไรก็ตาม องค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หาได้มีแต่เฉพาะฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีแต่เพียงองค์กรเดียวไม่ แต่องค์กรซึ่งใช้อำนาจ

อธิปไตยเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น รัฐธรรมนูญยังได้กำหนดการใช้อำนาจอธิปไตยในลักษณะที่เป็นการตรวจสอบและถ่วงดุล ซึ่งการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้ด้วยเช่นกัน โดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา นอกจากนั้นแล้ว รัฐธรรมนูญยังได้กำหนดการใช้อำนาจอธิปไตยในลักษณะที่เป็นการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติเกี่ยวกับการขัดกันซึ่งอำนาจเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้ โดยรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ

เป็นที่ประจักษ์ว่า การใช้อำนาจอธิปไตยภายใต้หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารได้สร้างความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นอย่างยิ่ง ความขัดข้องดังกล่าวเริ่มปรากฏให้เห็นตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปีพุทธศักราช 2540 มีผลใช้บังคับจวบจนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปีพุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มีผลใช้บังคับ

อาจกล่าวได้ว่า สภาพปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นเป็นผลพวงที่มาจากความไม่แน่ชัดในเชิงหลักการ พึงต้องเข้าใจว่าโดย “หลักการ” แล้วอำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศย่อมเป็นอำนาจ “โดยลำพัง” ของฝ่ายบริหาร ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีแต่เพียงอำนาจในการเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร ก็แต่เฉพาะหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเพียงบางประเภทเท่านั้น ลักษณะดังกล่าวย่อมเป็นแต่เพียงการใช้อำนาจในลักษณะที่เป็น “ข้อยกเว้น” ของการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเท่านั้น

ความไม่ชัดเจนในเชิงหลักการเริ่มตั้งแต่กระบวนการก่อนทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารมี “หน้าที่” ต้องทำการเสนอกรอบเจรจา ต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ อีกทั้งฝ่ายบริหารยังมีหน้าที่จะต้องทำการให้ข้อมูลแก่ประชาชน รวมทั้งยังจะต้องรับฟังความคิดเห็นของประชาชนด้วยเช่นกัน หลักการใหม่ในรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงดูประหนึ่งว่าฝ่ายบริหารถูก “ควบคุมและตรวจสอบ” การใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตั้งแต่กระบวนการที่อยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายบริหาร การใช้อำนาจดังกล่าวหาได้เป็นไปตามหลักการที่ว่าด้วย “การแบ่งแยกอำนาจ” “การตรวจสอบและถ่วงดุล” และ “การมีส่วนร่วมของรัฐสภา” แต่อย่างใดไม่ การกำหนดการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในหลักการใหม่ของรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงขัดกับหลักการในกฎหมายจนดูประหนึ่งว่าการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติจะดูเป็นการแทรกแซง (Intervene) การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศอย่างหลีกเลี่ยงมิได้

คงมิผิดประการใดหากจะกล่าวว่า สภาพปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น มีปัจจัยหลักที่เกิดขึ้นจาก “ความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนในเชิงหลักการ” ซึ่งเกี่ยวกับหลักการองค์กรและการใช้อำนาจขององค์กรที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การใช้อำนาจของ “ศาลปกครอง” ในประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากการตีความเรื่องเขตอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับ “การทำ

หนังสือสัญญาระหว่างประเทศ” ซึ่งเป็นการใช้ “อำนาจตามรัฐธรรมนูญ” อันมีนิติฐานะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” หาได้มีนิติฐานะเป็นการ “กระทำทางปกครอง” อันเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจตามกฎหมายระดับ “บทบัญญัติและอนุบัญญัติ” ของรัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารแต่อย่างใดไม่

ในขณะที่ศาลปกครองเองก็หาได้ตีความเรื่องเขตอำนาจศาลต่อกรณีการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้สอดคล้องต้องกันแต่อย่างใดไม่ ดังที่ปรากฏในคดีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในกรณีของความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (Japan-Thailand Economic Partnership Agreement: JTEPA)[1] และกรณีของคำแถลงการณ์ร่วมระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชากรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกแต่ฝ่ายเดียวของประเทศกัมพูชา (Joint Communiqué)[2]

กรณีดังกล่าวนำไปสู่ข้อวิพากษ์อย่างกว้างขวางในทางวิชาการอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ว่าการที่ศาลปกครองตีความเช่นว่านั้นจะมีลักษณะที่เป็น “การก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายบริหาร” ซึ่งเป็นการกระทำทางรัฐบาล และเป็นการตีความที่มีความ “คลาดเคลื่อน” ไปจากหลักการที่ถูกต้องในกฎหมายว่าศาลปกครองมีเขตอำนาจเหนือการกระทำทางรัฐบาล การตีความที่คลาดเคลื่อนไปจากหลักการในกฎหมายดังกล่าวของศาลปกครองย่อมดูประหนึ่งว่าศาลปกครองมีอำนาจอธิปไตยเหนือรัฐบาลในลักษณะการ “ควบคุม” การใช้อำนาจรัฐของรัฐบาลในการดำเนินนโยบายในกรอบความสัมพันธ์ที่อยู่ภายใต้ระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศ

นอกจากนั้นแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญยังได้ทำคำวินิจฉัยในกรณีของคำแถลงการณ์ร่วม[3] ซึ่งขัดกับหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับลักษณะของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าคำแถลงการณ์ร่วมเป็นการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ขัดกับหลักการในมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เนื่องจากคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นหนังสือสัญญาที่ “อาจ” มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยซึ่งประเทศไทยมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศและเป็นหนังสือสัญญาที่ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาในฐานะที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติเสียก่อน

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนในเชิงหลักการทั้งในกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ กล่าวคือในการดำเนินการใด ๆ ในคำแถลงการณ์ร่วม แม้จะมีลักษณะที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลก็ตาม แต่หากถือเอาตาม “เจตจำนง” ในการกระทำดังกล่าวของรัฐบาลทั้งสองประเทศแล้วจะเห็นได้ว่ารัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาหาได้มีเจตจำนงที่จะก่อให้เกิดเป็นข้อผูกพันในทางกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่ ดังจะเห็นได้จากหนังสือโต้ตอบทางการทูตระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาโดยนายฮอร์ นัมฮง รองนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและความร่วมมือระหว่างประเทศลงวันที่ 1 กันยายน 2551 ซึ่งได้แสดงเจตจำนงชัดเจนว่าแถลงการณ์ร่วมระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชานั้น หาได้มีผลเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้อง

---

[1]คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550

[2]คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551

[3]คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551

ผูกพันปฏิบัติตามพันธกรณีต่อกันแต่อย่างใดไม่ ประกอบกับการตีความบทบัญญัติที่นอกเหนือไปจากที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ด้วยการเติมคำว่า “อาจ” ลงไปในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ

จากสภาพปัญหาและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจอธิปไตยในการตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยฝ่ายตุลาการทั้งศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญที่ผ่านมานั้น การใช้อำนาจเพื่อใน “การตรวจสอบและถ่วงดุล”ดังกล่าว กลับกลายเป็นปัจจัยหลักที่สำคัญที่สร้างความขัดข้องและเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินความสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศและองค์กรระหว่างประเทศอื่นอย่างต่อเนื่อง ประกอบกับฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญก็ได้ใช้อำนาจอธิปไตยเพื่อทำการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกือบทุกกรณีไป ด้วยเหตุแห่งปัจจัยหลักประการหนึ่งที่มาจากการตีความประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายตุลาการที่คลาดเคลื่อนไปจากหลักการที่ควรจะเป็น

ปัจจัยที่เกิดขึ้นดังกล่าวได้นำไปสู่สภาพปัญหา “ความเชื่อมั่นในเชิงหลักการ” เกี่ยวกับองค์กรและการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร จนเป็นเหตุให้ฝ่ายบริหารมิกล้าดำเนินการอย่างใดๆ โดยลำพังเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งหากฝ่ายบริหารมิได้นำเรื่องดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาให้ความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติเสียก่อนแล้วก็เกรงว่าการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเช่นว่านั้นจะเป็นเหตุที่นำไปสู่ความรับผิดชอบทางการเมืองและทางกฎหมายอย่างหลีกเลี่ยงมิได้

ข้อเท็จจริงเชิงประจักษ์เกี่ยวกับความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยได้ปรากฏให้เห็นทั้งในกรณีของร่างสุดท้ายของความตกลงว่าด้วยการยอมรับรายสาขาของอาเซียน สำหรับการตรวจผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ยาตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ดีในการผลิต (GMP) โดยกระทรวงการต่างประเทศและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาแม้จะได้ให้ความเห็นต่อกระทรวงสาธารณสุขว่า ความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวไม่เข้าข่ายหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามหลักการที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไปแล้วก็ตาม

แต่อย่างไรก็ดี คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารก็ยังยืนยันที่จะนำเรื่องดังกล่าวเสนอต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบ เพื่อป้องกันความผิดพลาดและความรับผิดชอบในทางการเมืองและกฎหมายต่อฝ่ายนิติบัญญัติ[4] หรือแม้แต่กรณีของคำแถลงการณ์ร่วมระหว่างประเทศไทย-ประเทศกัมพูชา อาจกล่าวได้ว่าเป็นกรณีที่ฝ่ายบริหารเองมีบทเรียนที่สร้างความหวาดกลัวต่อความผิดพลาดและความรับผิดชอบทางการเมืองและทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นอันเป็นผลพวงที่มาจากการตีความหลักการในกฎหมายที่คลาดเคลื่อนไปโดยองค์กรตุลาการ ในทางปฏิบัติหน่วยงานเจ้าของเรื่องมักเสนอเรื่องต่อรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อขอความเห็นชอบก่อนทุกครั้งไป เป็นต้น

ความขัดข้องดังกล่าวยังได้ปรากฏให้เห็นชัดเจนว่า ฝ่ายบริหารขาดความเชื่อมันและความเฉียบขาดในการใช้อำนาจรัฐในการตัดสินใจเพื่อเข้าทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ รวมทั้งรัฐบาล

---

[4]เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ, **รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การศึกษาผลกระทบของมาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ว่าด้วยการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อการค้าและการลงทุนของประเทศไทย** (รายงานการวิจัย เสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ (วช.), 2552), หน้า 5-12-5-14.

ในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารเองก็ยังเกิดความไม่เชื่อมั่นในเชิงหลักการตามรัฐธรรมนูญว่า การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในลักษณะใดบ้างที่จำต้องนำเข้าสู่การพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ดังจะเห็นได้จากกรณีองค์การนาซ่า (NASA) ของประเทศสหรัฐอเมริกาทำข้อเสนอเพื่อขอใช้พื้นที่สนามบินอู่ตะเภาในการทำการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับสภาพภูมิอากาศในประเทศไทยร่วมกับนักวิทยาศาสตร์ของประเทศไทย รัฐบาลไทยในขณะนั้นในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารกลับไม่กล้าดำเนินการใด ๆ ที่จะก่อให้เกิดความผูกพันจากความร่วมมือทางวิทยาศาสตร์ระหว่างประเทศเช่นว่านั้น จวบจนกระทั่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้ขอยกเลิกการใช้สนามบินอู่ตะเภา เนื่องจากหมดความจำเป็นที่จะทำการศึกษาในทางวิทยาศาสตร์ต่อไป อันเป็นเหตุให้ประเทศไทยเสียโอกาสในการได้รับความรู้ทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี รวมถึงทักษะขั้นสูงในการปฏิบัติงานด้านวิทยาศาสตร์จากองค์การนาซ่าไปในที่สุด

นอกจากนั้นแล้ว ในเรื่องขั้นตอนการเสนอเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติก็มีหลักเกณฑ์ที่มีหลายขั้นตอนไม่ว่าจะเป็น การกำหนดขั้นตอนก่อนทำหนังสือสัญญา เรื่องการเสนอกรอบในการเจรจา การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน รวมทั้งขั้นตอนภายหลังจากที่ลงนามแล้วแต่เป็นกระบวนการที่อยู่ระหว่างที่จะแสดงเจตนาผูกพัน อาทิ การให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หรือแม้แต่กรณีการเยียวยาความเสียหายต่อผู้ประกอบการที่ได้รับผลกระทบจากการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร เป็นต้น

เป็นที่ประจักษ์ว่า รัฐธรรมนูญยังได้กำหนดกระบวนการและขั้นตอนในการเสนอเรื่องเข้าสู่การพิจารณาให้ความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติมากมายและหาได้สอดคล้องกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศแต่อย่างใดไม่ หลักการใหม่ดังกล่าวกลับกลายเป็น “ควบคุม”การใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร มากกว่าที่จะเป็นแต่เพียงการใช้อำนาจเพื่อการตรวจสอบและถ่วงดุลและการเข้ามามีส่วนร่วมของรัฐสภาเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามหลักการที่มีในรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาพบว่าสภาพปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายเชิงประจักษ์ที่ไม่สามารถประเมินเป็นมูลค่าและผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจได้ ดังจะเห็นได้จากกรณีที่การทำสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties: BITs)[5] ที่ประเทศไทยยังอยู่ในขั้นตอนของการเจรจากับรัฐต่างประเทศอีกกว่า 54 ประเทศ ซึ่งเป็นผลที่มาจากความล่าช้าในการดำเนินนโยบายและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นจากความไม่แน่ชัดในเชิงหลักการและการตีความหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในอดีต ความล่าช้าดังกล่าวเป็นผลมาจากกระบวนการที่จำต้องมีการเสนอกรอบเจรจาต่อรัฐสภาในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามหลักการในรัฐธรรมนูญ หรือแม้แต่กรณีความล่าช้าเกี่ยวกับขั้นตอนในการเสนอขอความเห็นชอบจากรัฐสภา อาทิ ความตกลงเขตการค้า

---

[5] กระทรวงการต่างประเทศ, กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, **ข้อมูลการทำสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุน**, ค้นวันที่ 15 สิงหาคม 2557 จาก http://www.mfa.go.th/business/th/cooperation/134

เสรี (FTA) อาเซียน-เกาหลี[6] โดยประเทศอาเซียนอื่น ๆ สามารถลงนามในความตกลงดังกล่าวและมีผลบังคับใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2550 ในขณะที่ประเทศไทยไม่สามารถลงนามพร้อมกับประเทศอาเซียนอื่นได้ ภายหลังจากที่ได้รับความเห็นชอบแล้วประเทศไทยจึงสามารถลงนามในความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยได้ในปี พ.ศ. 2552 ซึ่งล่าช้าไปกว่าประเทศอาเซียนอื่น ๆ ถึง 2 ปี กรณีดังกล่าวมีผลทำให้ประเทศไทยไม่สามารถใช้สิทธิประโยชน์ได้ทัดเทียมกับประเทศอาเซียนอื่นใด

ยิ่งไปกว่านั้น ความล่าช้ายังมีผลต่อบรรดาความตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียน-ญี่ปุ่น ความตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียน-อินเดีย ความตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียน-ออสเตรเลีย-นิวซีแลนด์[7] หรือแม้แต่กรณีที่กระทรวงการต่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์ต้องนำกฎบัตรอาเซียนและปฏิญญาว่าด้วยแผนงานการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนต้องเข้าสู่การพิจาณาโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติซึ่งได้ทำความตกลงดังกล่าวไว้ต้นปี พ.ศ. 2550 ภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีผลใช้บังคับ ซึ่งทำให้ต้องพิจารณาถึงขั้นตอนการทำหนังสือสัญญาใหม่ตั้งแต่การเสนอกรอบการเจรจา รวมถึงการตั้งคณะกรรมาธิการวิสามัญเพื่อพิจารณาถึงผลกระทบจากการลงนามในร่างของปฏิญญาว่าด้วยแผนงานการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนดังกล่าว อันเป็นเหตุทำให้เกิดความล่าช้าในการลงนามในปฏิญญาดังกล่าว และส่งผลให้ประเทศไทยไม่ได้รับการลดภาษีจากประเทศสมาชิกอาเซียนและเสียเปรียบและเสียโอกาสในการค้ากับประเทศสมาชิกอื่น เป็นต้น[8]

จากการศึกษาเปรียบเทียบแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศในเรื่องการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะพบว่า ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรหรือแม้แต่สาธารณรัฐฝรั่งเศส ในขณะที่ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศและการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในกรณีดังกล่าว กลับมีบริบทและการใช้อำนาจมากบ้างน้อยบางไม่สอดคล้องต้องกันในแต่ละประเทศ อาทิ ประเทศสหรัฐอเมริกาการทำสนธิสัญญาทุกประเภทต้องได้รับความเห็นชอบโดยวุฒิสภาด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสาม แต่หากเป็นการทำข้อตกลงของบริหารหาต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาแต่อย่างใดไม่ ในขณะที่สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสการทำหนังสือสัญญาบางประเภทเท่านั้นที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐสภาของสาธารณรัฐฝรั่งเศสกลับมีบทบาทและอำนาจเกี่ยวกับตรวจสอบการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารน้อยมาก ที่เป็นเช่นนี้ก็ด้วยเหตุที่เกิดขึ้นจากพัฒนาการในอดีตเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติมีความแตกต่างกันตามความจำเป็นของแต่ละรัฐ ในขณะที่

---

[6]"เบรกไทยร่วมวงค้าเสรี," **โพสต์ทูเดย์** (27 สิงหาคม 2551): ย่อหน้าที่ 1-7 อ้างถึงใน กระทรวงพาณิชย์, กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, **แนวทางการเจรจาการค้าระหว่างประเทศ ปี 2552-56**, ค้นวันที่ 10 ธันวาคม 2556 จาก http://www.thaifta.com/trade/nego_52-56.pdf

[7]กรมการค้าต่างประเทศ, "การใช้สิทธิประโยชน์ทางภาษีจากความตกลง FTA," **วารสารการใช้สิทธิประโยชน์ทางการค้า** (มกราคม-มีนาคม 2554): 8-21, ค้นวันที่ 10 ธันวาคม 2556 จาก http://fta.dft.go.th/LinkClick.aspx?fileticket=ofjHFTyfRX0%3D&tabid=92&mid=446

[8]เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 5-10, 5-11.

องค์กรวินิจฉัยปัญหาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็มิได้สอดคล้องในทิศทางเดียวกันด้วยเช่นกัน อาทิ ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นอำนาจของศาลสูงของสหรัฐ ส่วนศาลสูงของที่สหราชอาณาจักรยืนยันตลอดมาว่าการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้นเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร โดยลำพัง ฝ่ายตุลาการหาได้มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบอำนาจการทำสัญญาของฝ่ายบริหารแต่อย่างใดไม่ ในขณะที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสกลับกำหนดให้เป็นอำนาจขององค์กรที่มิใช่ตุลาการที่เรียกว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้เป็นผู้ใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับการขัดกันในการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติที่เกิดขึ้น

ประเด็นที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่งก็คือ แม้จากการศึกษาจะพบว่าแนวปฏิบัติของประเทศไทยและรัฐต่างประเทศหาได้มีความแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญแต่อย่างใดไม่ แต่ด้วยเหตุหรือปัจจัยใดที่มีผลทำให้การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยกลับสร้างความขัดข้องในทางปฏิบัติอย่างที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนตั้งแต่ครั้งเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีผลใช้บังคับเป็นต้นมาจวบจนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญในช่วงสถานการณ์พิเศษที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

แม้ในช่วงเวลาปัจจุบันประเทศไทยจะได้มีการยกร่างรัฐธรรมนูญไปแล้วถึงสองฉบับจนท้ายที่สุดประเทศไทยก็มีร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับใหม่ที่ผ่านการประชามติในวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559 ไปแล้วก็ตาม แต่จากการศึกษาพบว่าสภาพปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวก็หาได้หมดสิ้นไปแต่อย่างใดไม่ แม้หลักการที่ว่าด้วยการเสนอกรอบการเจรจาต่อฝ่ายนิติบัญญัติจะมิได้ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของร่างรัฐธรรมนูญไปแล้วก็ตาม แต่การกำหนดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี การกำหนดระยะเวลาบังคับหรือระยะเวลาผูกพันเกี่ยวกับการให้ความเห็นชอบกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยฝ่ายนิติบัญญัติก็ดี หรือการมีบทขยายความประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี หรือแม้แต่การตัดบทบาทของฝ่ายนิติบัญญัติในการเสนอปัญหาที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อศาลรัฐธรรมนูญออกไปโดยสิ้นเชิงก็ดี ยังคงเป็นปัญหาที่นำไปสู่ความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเฉกเช่นที่เคยเกิดขึ้นในอดีตได้เช่นกัน

ดังนั้น ในการขจัดข้อขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในปัจจุบันซึ่งเกิดขึ้นจากสภาพปัญหา “ความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนในเชิงหลักการ” ไม่ว่าจะเป็นหลักการในเรื่ององค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเข้ามามีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี หรือแม้แต่จะเป็นการตรวจสอบการขัดกันแห่งการใช้อำนาจที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยองค์กรตุลาการก็ดี สามารถดำเนินการได้ด้วยการศึกษาวิจัยเพื่อวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของความถูกต้องในเชิงหลักการ ที่เป็นที่ยอมรับในทางทฤษฎีและสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศ โดยนำผลการศึกษาที่ได้ไปสังเคราะห์เพื่อให้ได้มาซึ่งการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งก่อให้เกิดความเข้าใจที่ถูกต้องและขจัดความคลาดเคลื่อนในหลักการในกฎหมายที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นทั้งการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ การตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจ

ของฝ่ายบริหาร การตีความประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามหลักการที่ถูกต้องทั้งในกฎหมายมหาชนและกฎหมายระหว่างประเทศ

อนึ่ง ในการศึกษาเกี่ยวกับ “องค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามหลักกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ”นี้ ผู้เขียนจะทำการศึกษาโดยแบ่งเนื้อหาออกเป็น 5 บทดังต่อไปนี้ บทที่ 1 บทนำ บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ บทที่ 3 การศึกษาเปรียบเทียบแนวปฏิบัติและรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับประเทศไทยเกี่ยวกับองค์กรหลักและองค์กรรองที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศและกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ บทที่ 4 บทวิเคราะห์ปัจจัยที่มีผลต่อสภาพปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และบทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1.2 วัตถุประสงค์ในการศึกษา

1. เพื่อศึกษาวิเคราะห์เกี่ยวกับหลักการ แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาในมิติของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ และหลักการ แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับองค์กรรองที่เกี่ยวกับกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ
2. เพื่อหาแนวทางที่ได้จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศกับประเทศไทยเกี่ยวกับองค์กรหลักและองค์กรรองที่ใช้อำนาจ ประเภทและลักษณะของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่อยู่ภายใต้หลักการมีส่วนร่วมของรัฐสภาและหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลโดยฝ่ายตุลาการ
3. เพื่อวิเคราะห์สภาพปัญหาซึ่งเป็นปัจจัยหลักและปัญหาความขัดข้องในการนำหลักการในรัฐธรรมนูญไปปฏิบัติ ซึ่งเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยทั้งในมิติของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ
4. เพื่อนำหลักการไปวิเคราะห์และนำไปสู่การสังเคราะห์เพื่อให้ได้มาซึ่งหลักการที่ถูกต้องและนำไปแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ถูกต้องตามหลักการของกฎหมายทั้งในมิติของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ

1.3 สมมุติฐานในการศึกษา

องค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องอยู่ภายใต้หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจ และการมีส่วนร่วมของรัฐสภาในฐานะที่เป็นองค์กรรองก็ดี รวมทั้งการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการเพื่อวินิจฉัยการขัดกันแห่งอำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี ยังมีข้อขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศอันเกิดขึ้นจากความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนในเชิงหลักการที่มาจากหลักการ กระบวนการและการวินิจฉัยคดี สภาวการณ์ดังกล่าวเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดความขัดข้องในการสร้าง

ความผูกพันกับนานาอารยะประเทศ ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาและข้อขัดข้องดังกล่าวจึงจำเป็นต้องทำการศึกษาถึงหลักการที่ถูกต้องเกี่ยวกับหลักการในกฎหมายเกี่ยวกับองค์กร กระบวนการและการใช้อำนาจเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศและการวินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยองค์กรตุลาการ รวมทั้งนำหลักการและฐานความคิดที่ได้จากการศึกษาไปใช้ในการแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยให้มีความถูกต้องตามหลักการทั้งในระบอบของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ

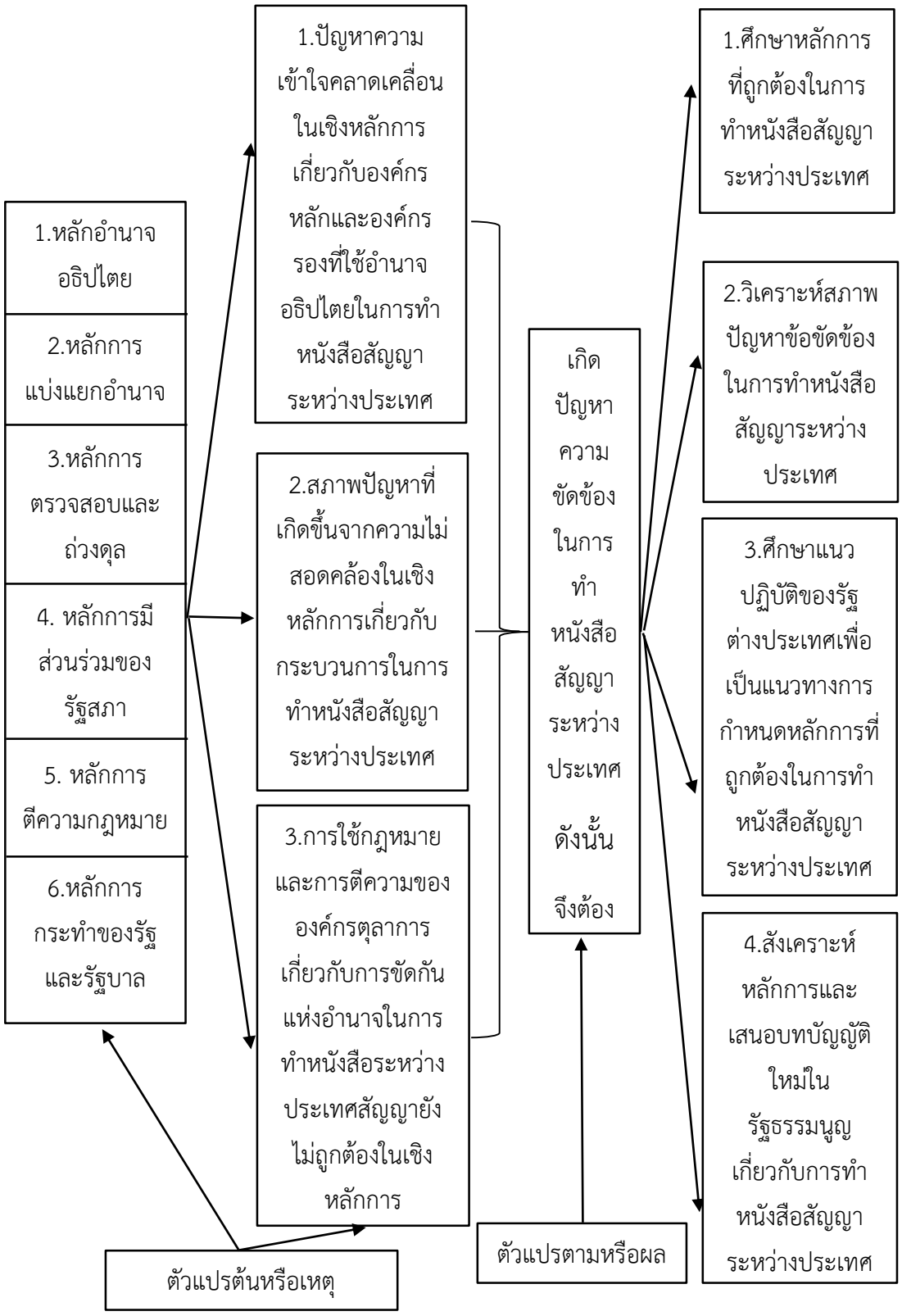
1.4 ขอบเขตในการศึกษา

ดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้กำหนดขอบเขตการศึกษาในหลักการเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ตลอดจนสาธารณรัฐฝรั่งเศสในลักษณะที่เป็นการศึกษาในเชิงคุณภาพ แนวคิดอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ นอกจากนั้นแล้ว ยังทำการศึกษาถึงหลักการในกฎหมายไม่ว่าจะเป็นหลักอำนาจอธิปไตย หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการมีส่วนร่วมของรัฐสภา หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลโดยฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ รวมทั้งหลักการตีความทั้งในกฎหมายมหาชนและกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

1.5 วิธีการศึกษา

ดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ที่มีลักษณะเป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยมุ่งเน้นการวิเคราะห์และสังเคราะห์ข้อมูลจากหนังสือกฎหมาย สนธิสัญญา บทความทางวิชาการทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ รายงานการประชุมของสภาร่างรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่เกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาของประเทศไทยและรัฐต่างประเทศเกี่ยวกับองค์กรที่ใช้อำนาจในการทำและองค์กรที่ใช้อำนาจตรวจสอบและถ่วงดุลการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ รวมทั้งนำไปวิเคราะห์และสังเคราะห์ต่อสภาพปัญหาข้อขัดข้องอันเกิดจากความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนในหลักการเกี่ยวกับองค์กรหลักและองค์กรรองที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ การตรวจสอบและถ่วงดุลการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้งในมิติของกฎหมายมหาชนและกฎหมายระหว่างประเทศ

1.6 กรอบแนวคิดในการศึกษา



ภาพที่ 1.1 กรอบแนวคิดในการศึกษา

1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ได้หลักการที่ถูกต้องเกี่ยวกับหลักการและองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาในมิติของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ รวมทั้งหลักการเกี่ยวกับองค์กรรองที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ
2. ได้แนวทางที่ได้จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศกับประเทศไทยเกี่ยวกับองค์กรหลักและองค์กรรองที่ใช้อำนาจ ประเภทและลักษณะของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่อยู่ภายใต้หลักการมีส่วนร่วมของรัฐสภาและหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลโดยฝ่ายตุลาการ
3. สามารถวิเคราะห์สภาพปัจจัยหลักและสภาพปัญหาความขัดข้องในการนำหลักการในรัฐธรรมนูญไปปฏิบัติ ซึ่งเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยทั้งในมิติของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ
4. นำหลักการที่ได้จากวิเคราะห์ไปสังเคราะห์เพื่อให้ได้มาซึ่งหลักการที่ถูกต้อง และนำไปแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ถูกต้องตามหลักการของกฎหมายทั้งในมิติของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ

1.8 คำนิยามศัพท์

แม้ในทางวิชาการทั่วไปจะมีการกำหนดความหมายของถ้อยคำต่าง ๆ ไว้เป็นการเฉพาะแล้วก็ตาม แต่ในดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้ที่ผู้เขียนได้ใช้ถ้อยคำต่าง ๆ อันมีถ้อยคำที่ใช้ในความหมายที่ต่างกรรมต่างวาระกัน ซึ่งเป็นความต่างกันในบริบทที่ผู้เขียนได้นำเสนอ และเพื่อการอรรถาธิบายแต่ละหัวข้อแต่ละประเด็นเพื่อชี้ให้เห็นถึงเจตจำนงของผู้เขียนที่ต้องการสื่อความหมายในการอรรถาธิบายเป็นการเฉพาะที่มีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ ดังนี้

ข้อตกลงระหว่างประเทศ หมายถึง ข้อตกลงข้อใดข้อหนึ่งที่มีในบรรดาความตกลงระหว่างประเทศทั้งหมด หรือในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้งหมด

ความตกลงระหว่างประเทศ หมายถึง การที่รัฐภาคีได้บรรลุข้อตกลงที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะอยู่รูปแบบของข้อตกลงที่เป็นตราสาร ข้อตกลงด้วยวาจา หรือข้อตกลงระหว่างประเทศอื่นใด และในฐานะที่เป็นการบรรลุถึงข้อตกลงที่มีทั้งหมดทุกข้อ ที่ซึ่งถูกประมวลมาเป็นจุดบรรจบในความตกลงระหว่างประเทศโดยรวมในองค์เดียวกัน

หนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หมายถึง การทำความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบของตราสารระหว่างประเทศที่มีทั้งหมดทุกประเภท และใช้เรียกขานการทำความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบของตราสารในความหมายอย่างกว้างทุกประเภท

สนธิสัญญา หมายถึง หนังสือสัญญาระหว่างประเทศในความหมายอย่างแคบ และที่เป็นถ้อยคำที่สื่อความหมายเฉพาะในระบอบกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาที่อยู่ภายใต้อำนาจของวุฒิสภาที่จะให้คำแนะนำและความยินยอม

ข้อตกลงของฝ่ายบริหาร หมายถึง หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่สื่อความหมายเฉพาะในระบอบกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา และมิได้อยู่ภายใต้อำนาจของวุฒิสภาที่จะให้ความเห็นชอบแต่อย่างใด

ข้อผูกพันระหว่างประเทศ หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศที่นำเข้าสู่การพิจารณาให้ความเห็นชอบจากรัฐสภา หรือการวินิจฉัยชี้ขาดโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ตามบทบัญญัติเฉพาะที่มีในรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

บทที่ 2

หลักการแนวคิดและทฤษฎีที่ว่าด้วยองค์กร อำนาจอธิปไตยและการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ด้วยหัวข้อการศึกษาของผู้เขียนเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการศึกษาใน 3 ประเด็นหลักดังนี้ ประการแรก องค์กร ประการที่สอง การใช้อำนาจอธิปไตยเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ และประการที่สาม ระบอบกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ และเพื่อให้เป็นฐานเชื่อมโยงกับชื่อเรื่องในบทที่ 2 นี้ ผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงหลักการ แนวคิดและทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญา ในอันที่จะใช้เป็นฐานในการวิเคราะห์ถึงแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศและประเทศไทยในบทที่ 3 รวมทั้งใช้เพื่อเป็นฐานสนับสนุนการวิเคราะห์สภาพปัญหาในบทที่ 4 ต่อไป

ด้วยเหตุที่หลักการ แนวคิดและทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนี้เกี่ยวพันกับระบบกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ ผู้เขียนเห็นควรวางประเด็นการศึกษาโดยเริ่มต้นการศึกษาจากแนวคิด (Concept) ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก่อน และศึกษาด้วยหลักการตามระบอบของกฎหมายภายในเกี่ยวกับองค์กรและการใช้อำนาจขององค์กรที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ภายหลังจากนั้นจึงทำการศึกษาด้วยหลักการตามระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับองค์กรและการใช้อำนาจขององค์กรเกี่ยวกับการหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในสังคมระหว่างประเทศว่า หลักการในระบบกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศมีความสอดคล้องกันในทางปฏิบัติหรือไม่ เพราะเหตุใด

ทั้งนี้ ในการศึกษาผู้เขียนมีข้อสังเกตในการวางประเด็นสำหรับการศึกษาหลักการของกฎหมาย และวิธีการวิเคราะห์กฎหมาย ดังนี้

ประการแรก ในส่วนนี้เป็นการศึกษาในเชิงหลักการที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญา เพื่อให้เห็นว่าผู้เขียนให้ความสำคัญกับการวางฐานการวิเคราะห์เนื้อหาโดยอิงกับหลักการทางกฎหมายเป็นสำคัญ ซึ่งจะต้องถูกนำไปใช้เป็นฐานสนับสนุนการวิเคราะห์ในบทที่ 3 และบทที่ 4

ประการที่สอง เพื่อให้การศึกษาครั้งนี้เกิดความประจักษ์แจ้งและเพื่อเป็นการยืนยันในเชิงหลักการ ผู้เขียนจึงตั้งประเด็นการศึกษาด้วยฐานความคิดที่ว่า ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจและเป็นองค์กรผู้ที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกับรัฐต่างประเทศหรือองค์กรระหว่างประเทศ ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นเพียงองค์กรรองที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาด้วยเพราะเหตุแห่งบทบาทและอำนาจขององค์กร ส่วนองค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่เข้ามาตรวจสอบข้อขัดแย้งการใช้อำนาจระหว่างองค์กรทั้งสอง

ประการที่สาม เพื่อให้มีฐานข้อมูลทางวิชาการในการสนับสนุนกับการวิเคราะห์ที่ถูกต้อง ผู้เขียนเริ่มต้นด้วยการอรรถาธิบายหลักและแนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจในการทำหนังสือสัญญา (Treaty Making Power Concept) เพื่อเป็นฐานคิดสนับสนุนการวิเคราะห์และวิพากษ์ในประเด็นอื่น

ประการที่สี่ การศึกษาถึงหลักการ แนวคิดและทฤษฎีกฎหมายตามกรอบของกฎหมายภายในผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์จากบทบาทขององค์กร (Function) เป็นหลัก ซึ่งเป็นฐานที่นำไปสู่การกำหนดอำนาจและหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายภายในภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจและการวางบริบทขององค์กรเพื่อการตรวจสอบถ่วงดุล และหลักการมีส่วนร่วมของรัฐสภาและของภาคประชาชน เพื่อเป็นฐานการวิเคราะห์ในเชิงหลักการเกี่ยวกับการกำหนดบทบาทในการมีส่วนร่วมกับฝ่ายบริหารที่ถูกต้อง

ประการที่ห้า เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการวิเคราะห์ฐานการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการในบทที่ 4 ผู้เขียนมีความจำเป็นที่จะต้องให้ความสำคัญกับฐานการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการที่เกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่าเกิดขึ้นจากการใช้ “อำนาจทางการเมือง” ที่มาจากรัฐธรรมนูญ แต่มิใช่การใช้ “อำนาจทางกฎหมาย” ซึ่งมีที่มาจากบทบัญญัติหรืออนุบัญญัติ หลักการดังกล่าวจะถูกนำไปใช้ในฐานะที่เป็นหลักการที่สำคัญในการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับกำหนดอำนาจศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ

ประการที่หก เพื่อก่อให้เข้าใจบทบาทของกฎหมายระหว่างประเทศว่ากฎหมายระหว่างประเทศ กำหนดเฉพาะหลักและกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเฉพาะที่ใช้ในสังคมหรือเวทีการประชุมระหว่างประเทศเท่านั้น ด้วยเหตุที่กฎหมายระหว่างประเทศเคารพต่อหลักอำนาจอธิปไตยและความเป็นอิสระของรัฐในการกำหนดเจตจำนงของรัฐ และหลักการที่ว่าด้วยการไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐ

ประการที่เจ็ด กฎหมายระหว่างประเทศกำหนด “เฉพาะกระบวนการ” ในกฎหมายระหว่างประเทศ แต่กฎหมายระหว่างประเทศจะไม่เข้าไปกำหนดกระบวนที่เกิดขึ้นและความสมบูรณ์ตามระบอบของกฎหมายภายใน ดังนั้น การศึกษานี้ก็เพื่อชี้ให้เห็นว่ากระบวนการที่เกิดขึ้นจากความไม่สมบูรณ์ตามระบอบของกฎหมายภายใน ไม่มีผลกระทบต่อความผูกพันที่เกิดขึ้นในระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งข้อค้นพบนี้เป็นฐานที่นำไปสู่การวิเคราะห์ผลทางกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการที่เกิดขึ้นตามระบอบของกฎหมายภายในที่ไม่เป็นไปตามหลักการของรัฐธรรมนูญ ความไม่สมบูรณ์ดังกล่าวหามีผลกระทบต่อความผูกพันที่เกิดขึ้นในกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่

ประการที่แปด ผู้เขียนค้นพบว่าแม้ในกฎหมายระหว่างประเทศจะได้ทำการรับรองว่า “รัฐ” เท่านั้นที่เป็นผู้ทรงสิทธิและมีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ แต่กฎหมายระหว่างประเทศจะไม่ได้ทำการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่า องค์กรตามกฎหมายภายในองค์กรใดเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ตาม แต่หลักการในกฎหมายระหว่างประเทศก็สามารถพิจารณาได้ว่าในฐานะที่เป็นผู้แทนรัฐนั้นผู้ทรงสิทธิจะต้องเป็นบุคคลที่มีนิติฐานะเป็นฝ่ายบริหาร หรือมีฐานอำนาจที่ถูกมอบหมายมาจากฝ่ายบริหารด้วยเช่นกัน ซึ่งข้อค้นพบนี้เป็นฐานที่นำไปสู่การยืนยันในเชิงหลักการว่าฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจในระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกันกับกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ

ประการที่เก้า ความผูกพันและกระบวนการตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนายินยอมผูกพันของรัฐโดยผู้แทนรัฐทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นการยอมรับ การรับรองความถูกต้องของข้อบท การแสดงเจตนายินยอมไม่ว่าจะเป็นโดยวิธีการลงนาม การแลกเปลี่ยนเอกสาร การให้สัตยาบัน การให้ความยินยอม การให้ความเห็นชอบหรือแม้แต่การภาคยานุวัติก็ตาม ซึ่งข้อค้นพบ

ดังกล่าวนี้เป็นฐานที่นำไปสู่การพิสูจน์ความยินยอมอันเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่ก่อให้เกิดข้อผูกพัน โดยเฉพาะการวิเคราะห์ความผูกพันโดยวิธีการลงนามตามหลักการที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญไทย

2.1 แนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นของฝ่ายบริหารและเป็นของรัฐ[9]

คงมิอาจปฏิเสธได้ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจทางกฎหมายที่สำคัญสำหรับใช้ในการบริหารจัดการรัฐกิจและการขับเคลื่อนรัฐภายใต้การดำเนินนโยบายระหว่างประเทศ นโยบายและการต่างประเทศหลักที่สำคัญมีหลายเรื่องไม่ว่าจะเป็นนโยบายที่คำนึงถึงผลประโยชน์ของประเทศชาติเป็นหลัก (National Interest) การรักษาประเทศชาติหรือบ้านเมืองให้ดำรงอยู่รอดปลอดภัย (Self-Preservation) หรือการรักษาและธำรงไว้ซึ่งความมั่นคงแห่งอาณาจักร (Security) หรือแม้แต่ในการพัฒนาประเทศชาติเพื่อนำไปสู่ความเจริญรุ่งเรือง (Prosperity) ในทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และการเมือง หรือแม้แต่การทำความร่วมมือระหว่างประเทศ และไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของตราสารหรือไม่ก็ตาม[10] พึงต้องเข้าใจว่า การนำนโยบายระหว่างประเทศไปสู่การปฏิบัติที่เป็นรูปธรรมได้หรือไม่นั้น ต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศเป็นกลไกและเครื่องมือในการขับเคลื่อนประเทศผ่านกรอบในด้านการทำความตกลงระหว่างประเทศทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

จากการศึกษาพบว่า อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ตามกรอบของระบอบในกฎหมายภายในเป็นการแสดงออกซึ่งความสามารถและการอำนาจแห่งรัฏฐาธิปัตย์ ซึ่งรัฐในฐานะที่เป็นองค์อธิปัตย์ย่อมมีนิติฐานะและอำนาจอธิปไตยในฐานะที่เป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ (Subject of International Law) และเป็นนิติบุคคลตามกรอบของกฎหมายภายใน โดยรัฐย่อมแสดงออกซึ่งการดำรงอยู่ของรัฐและอำนาจอธิปไตยของรัฐที่มีเหนือดินแดนของรัฐและบุคคลที่อยู่ภายในรัฐได้อย่างเป็นเอกภาพและมีเสถียรภาพ ทั้งนี้ การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐย่อมปรากฏให้เห็นได้ในหลากหลายมิติ แต่ที่สำคัญได้แก่ อำนาจอธิไตยในการตรากฎหมาย บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย

---

[9]เหตุที่ผู้เขียนใช้คำว่า “แนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นของฝ่ายบริหารและเป็นของรัฐ” นั้น ผู้เขียนพิจารณาจากฐานการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในเชิงแนวคิด (Concept) และแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศซึ่งใช้อำนาจอธิปไตยทั้งในมิติของกฎหมายภายในในฐานะที่เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร และในระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งก็ยังคงเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในนามของรัฐ มิใช่การใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหารโดยตรงเกี่ยวกับการใช้อำนาจในระดับของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าฝ่ายบริหารจะเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำความตกลงระหว่างประเทศกับรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศก็ตาม

[10]อรุณ ภาณุพงศ์, **การทูตและการระหว่างประเทศ** (กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 39.

รวมทั้งอำนาจอธิปไตยในการบริหารราชการแผ่นดินทั้งในมิติของการบริหารรัฐกิจตามระบอบของกฎหมายภายในและการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศตามกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศ

เป็นที่ประจักษ์ว่า การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีที่มาจากการใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการดำเนินนโยบายด้านการต่างประเทศของรัฏฐาธิปัตย์กับรัฐต่างประเทศอื่นใด จากการศึกษาพบว่าอำนาจอธิปไตยมีหลากหลายมิติซึ่งมีความแตกต่างกัน โดยมีที่มาจากแนวคิดในเรื่องอำนาจอธิปไตยตามกรอบกฎหมายภายในซึ่งยังมีความแตกต่างในทางความคิดด้วยเช่นกัน อาทิ แนวความคิดที่เห็นว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนก็ดี[11] หรือแม้แต่แนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติก็ดี[12]

ความแตกต่างในแนวคิดดังกล่าวย่อมเป็นไปตามมุมมองเกี่ยวกับที่มาของอำนาจ องค์กรและสถาบันที่มีการใช้อำนาจอธิปไตยภายในรัฐเกี่ยวกับพันธกิจด้านต่าง ๆ ของรัฐ ในขณะที่การใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการดำเนินนโยบายด้านการต่างประเทศเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยประการหนึ่งในการบริหารรัฐกิจ

ทั้งนี้ อำนาจที่ใช้ภายในรัฐย่อมเป็นการปรากฏชัดซึ่งการใช้อำนาจอธิปไตย[13] ไม่ว่าจะเป็นไปในลักษณะของการใช้อำนาจและความชอบธรรมเพื่อการปกครองหรือการบริหารจัดการรัฐ[14] ทั้งไม่ว่าจะเกี่ยวกับเลือกดำเนินนโยบายอย่างหนึ่งอย่างใดในดินแดนของรัฐ[15] โดยรัฐซึ่งเป็นองค์อธิปัตย์ย่อมมี

---

[11]บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), หน้า 18.; เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย**, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2557), หน้า 240.

[12]เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 244.

[13]Marek St. Korowicz, **Introduction to International Law** (The Hague: N.p., 1964), p. 157 quoted in Momir Milojević, "The Principle of Non-Interference in the International Affairs of States: UDC 341.23," **Law and Politics** 1, 4 (2000): 429, Retrieved August 24, 2013 from http://facta.junis.ni.ac.rs/lap/lap2000/lap2000-07.pdf

[14]ความคิดเห็นของนักกฎหมายมหาชนโดยศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ซึ่งได้ให้ความหมายของอำนาจอธิปไตยว่า "เป็นอำนาจในการปกครองของรัฐซึ่งเป็นอำนาจดั้งเดิมและเป็นอำนาจในการปกครองของรัฐที่ถูกผูกพันกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งตามหลักประชาธิปไตยเป็นหลักการที่ยอมรับว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย และประชาธิปไตยเป็นรูปแบบการปกครองโดยประชาชน" ส่วนศาสตราจารย์ ดร.บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ เห็นว่า "อำนาจอธิปไตยของรัฐหนึ่งย่อมขึ้นอยู่กับความชอบธรรมของอำนาจนั้น ๆ เอง โดยความชอบธรรมนี้จะแสดงให้เห็นถึงเหตุผลและความจำเป็นของการที่ต้องมีรัฐขึ้นมา"; บรรเจิด สิงคะเนติ, *เรื่องเดิม,* หน้า 18.; บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, **กฎหมายมหาชนเบื้องต้น** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), หน้า 61.

[15]อำนาจอธิปไตยในมุมมองตามระบอบกฎหมายภายในตามความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.อรุณ ภาณุพงศ์ ซึ่งท่านเป็นนักกฎหมายระหว่างประเทศได้ให้ความหมายของอำนาจอธิปไตยว่า

อำนาจรัฐที่สมบูรณ์และเหนือกว่าองค์กรอื่นใดในการใช้อำนาจรัฐต่อผู้อยู่ในบังคับของตน[16] ซึ่งการใช้อำนาจดังกล่าวอาจเป็นทั้งการใช้อำนาจภายในรัฐ[17] ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจหรือเป็นการใช้อำนาจในการตัดสินใจ (Discretionary Power) ก็ตาม[18] หรือจะเป็นการใช้อำนาจในการดำเนินนโยบายและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม อำนาจที่ใช้ดังกล่าวจะต้องเป็นอำนาจที่มีความเชื่อมโยงกับกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับของรัฐที่ได้กำหนดการใช้อำนาจไว้ด้วยเช่นกัน[19]

แต่กระนั้นก็ตาม แม้อำนาจอธิปไตยของรัฐจะมีความเกี่ยวข้องกับการตรากฎหมายภายในเพื่อรองรับพันธกรณีระหว่างประเทศก็ดี หรือแม้แต่จะเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อขัดแย้งอันเกี่ยวกับการใช้อำนาจระหว่างองค์กร ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี การใช้อำนาจดังกล่าวเป็นเพียงบทบาทลำดับรองและในฐานะที่เป็นองค์กรรองแต่เพียงเท่านั้น ฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายตุลาการหาได้มีบทบาทโดยตรงกับแนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจและการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่

จากแนวคิดอำนาจอธิปไตยขององค์กรเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวได้นำไปสู่ประเด็นสำคัญที่เป็นฐานการอรรถาธิบายเรื่ององค์กรและการใช้อำนาจอธิปไตยใน 2 ลักษณะ ได้แก่ ประการแรก แนวคิดที่ว่าด้วย “การทำหนังสือสัญญา” และ ประการที่สอง แนวคิดที่ว่าด้วย “อำนาจในการทำสนธิสัญญา”

หมายถึง “อำนาจที่รัฐหนึ่งหรือผู้ใช้อำนาจปกครองในรัฐหนึ่งเลือกใช้ระบอบการปกครอง หรือเลือกดำเนินนโยบายอย่างหนึ่งอย่างใดในดินแดนของรัฐ”; อรุณ ภาณุพงศ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 23.

[16]ในขณะที่ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ถิระวัฒน์ ได้ให้ความหมายของอำนาจอธิปไตยในกฎหมายภายในว่า “รัฐเป็นองค์อธิปัตย์เมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลและผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ รัฐมีอำนาจที่สมบูรณ์ทั่วไปและเหนือกว่าองค์กรอื่น ๆ และใช้อำนาจรัฐต่อผู้อยู่ในบังคับของตน (Subjects)”; จตุรนต์ ถิระวัฒน์, **กฎหมายระหว่างประเทศ**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), หน้า 271.

[17]ศาตราจารย์ Momir Milojević เห็นว่า “อำนาจอธิปไตย หมายถึง อำนาจที่ปรากฏอยู่ในการใช้อำนาจภายในรัฐที่ซึ่งชาร์ล รุซโซ (Charles Rousseau) เรียกหลักการนี้ว่า compétence discrétionnaire”; Ch. Rousseau, **Droit International Public** (Paris: t. ll, 1974), pp. 86-91 quoted in Momir Milojević, “The Principle of Non-Interference in the International Affairs of States: UDC 341.23,” **Law and Politics** 1, 4 (2000): 429-430, Retrieved August 24, 2013 from http://facta.junis.ni.ac.rs/lap/lap2000/lap2000-07.pdf

[18]วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจการปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” **วารสารพระธรรมนูญ** ฉบับพิเศษ (12 กันยายน 2546) อ้างถึงใน อภิชัย กู้เมือง, **การมอบอำนาจของฝ่ายปกครอง**, หน้า 5, ค้นวันที่ 24 สิงหาคม 2556 จาก http://kormor.obec.go.th/arti/arti011.pdf

[19]Momir Milojević, “The Principle of Non-Interference in the International Affairs of States: UDC 341.23,” **Law and Politics** 1, 4 (2000): 429-430, Retrieved August 24, 2013 from http://facta.junis.ni.ac.rs/lap/lap2000/lap2000-07.pdf

แนวคิดที่ว่าด้วย “การทำหนังสือสัญญา” (Treaty Making Concept) ได้ถูกอรรถาธิบายในฐานะที่เป็นกลไกแห่งการใช้อำนาจอธิปไตย ที่นำไปสู่การสร้างความร่วมมือและความเชื่อมั่นระหว่างประเทศว่า พันธกรณีระหว่างประเทศสามารถสื่อสารและสร้างเข้าใจได้และได้รับการปฏิบัติด้วยความเคารพในรูปของตราสาร โดยอาศัยความตกลงระหว่างประเทศซึ่งเกิดขึ้นจากการแสดงเจตจำนงผ่านกระบวนทางการเมืองระหว่างประเทศ

โดยหลักการแล้วความตกลงระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญามักเป็นการทำความตกลงในรูปแบบของตราสาร (Instrument) หรือเป็นลายลักษณ์อักษร (Written)[20] คงมิอาจปฏิเสธได้เลยว่าการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเป็นกลไกลหรือเครื่องมือที่สำคัญประการหนึ่งในการดำเนินนโยบายและการสร้างความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของแต่รัฐ ซึ่งถูกกำหนดความผูกพันภายใต้กรอบของการเมืองระหว่างประเทศ ที่คู่กรณีอาศัยอำนาจอธิปไตยของตนในการที่จะดำเนินความสัมพันธ์หรือปฏิบัติตามความตกลงภายใต้กรอบแห่งความยินยอมที่จำต้องปฏิบัติเพื่อให้เป็นไปตามกรอบของระบอบของกฎหมายภายในและการเมืองภายในของแต่ละประเทศ[21] โดยความสำคัญของสนธิสัญญาได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในระบอบของระหว่างประเทศที่มีความเห็นตรงกันว่าเป็นที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศประการหนึ่ง[22]

ในขณะที่แนวคิดที่ว่าด้วย “อำนาจในการทำสนธิสัญญา” (Treaty Making Power Concept) เป็นแนวคิดที่อรรถาธิบายถึงการใช้ “อำนาจอธิปไตยในทางบริหาร” ในมิติของการใช้ “อำนาจอธิปไตยของรัฐในมิติของการเมืองระหว่างประเทศ” เพื่อการเจริญความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ[23] โดยแนวคิดดังกล่าวนี้ถูกอธิบายด้วยฐานของ “บทบาทและอำนาจหน้าที่” ขององค์กรตาม “หลักกฎหมายภายใน” และ “หลักกฎหมายระหว่างประเทศ” โดยหลักการแล้วการใช้อำนาจดังกล่าวต้องดำเนินการภายใต้รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐาน (Fundamental Law) ของแต่ละประเทศเป็นตัวกำหนด ไม่ว่าจะเป็นทั้งการใช้อำนาจหรือแม้แต่การจำกัดอำนาจในการเข้าทำ

---

[20]ลาวัณย์ ถนัดศิลปกุล, **กระบวนการทำสนธิสัญญา**, หน้า 9, ค้นวันที่ 24 สิงหาคม 2556, จาก http://measwatch.org/sites/default/files/bookfile/TueSeptember2008-16-16-55-Treaty_making_process.pdf

[21]อรุณ ภาณุพงศ์, *เรื่องเดิม,* หน้า 4.

[22]จุมพต สายสุนทร, **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1**, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), หน้า 71.; จตุรนต์ ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม,* หน้า 92.; ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, **คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), หน้า 31.; สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร, **กฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้กันในปัจจุบัน**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: ธนธัชการพิมพ์, 2554), หน้า 10.; Article 38 of the Statute of the International Court of Justice

[23]Chandler P. Anderson, “The Extent and Limitations of the Treaty-Making Power Under the Constitution,” **The American Journal of International Law** 1, 3 (July 1907): 636, Retrieved August 15, 2016 from http://www.jstor.org/stable/2186823

สนธิสัญญาก็ตาม[24] อาจกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐานจะเป็นฐานทางกฎหมายที่กำหนดและการใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าว ในขณะที่การใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าวยังต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดด้วยว่า องคาพยพใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจหรือมีบทบาทในเวทีระหว่างประเทศ

หากมองในแง่ของรัฐจะเห็นได้ว่าแนวคิดดังกล่าวนี้มีฐานที่มาจากการที่รัฐยอมจำกัดหรือเพิ่มกำลังบังคับที่มาจากการใช้อำนาจอธิปไตยบางส่วนที่รัฐมีอยู่อย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมายระหว่างประเทศ ในอันที่จะนำไปสู่การที่รัฐจะบรรลุซึ่งผลประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่รัฐได้กำหนดเองภายใต้หลักเจตจำนงอย่างเป็นอิสระ พึ่งต้องเข้าใจว่าการแสดงเจตจำนงดังกล่าวต้องเกิดขึ้นจากความยินยอมของรัฐโดยแท้จริงในอันที่จะผูกพันและปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีตามข้อตกลงที่บรรลุผล แนวคิดในเรื่องอำนาจอธิปไตยภายใต้กรอบของกฎหมายระหว่างประเทศจึงอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานที่สำคัญในเรื่องความยินยอมเป็นหลัก ที่นำไปสู่การลดการใช้อำนาจอธิปไตยบางเรื่อง[25]หรือเป็นการประนีประนอมกันระหว่างการใช้อำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐที่เข้ามาเกี่ยวพันหรือเกิดการทับซ้อนกันในการใช้และการแสดงออกซึ่งอำนาจอธิปไตยในเรื่องต่าง ๆ เพื่อความร่วมมือในประชาคมโลก หรือเพื่อเป็นการลดหรือป้องกันความขัดแย้งระหว่างรัฐอธิปไตยที่นำไปสู่การใช้กำลังต่อกันจนเสียสันติภาพในประชาคมระหว่างประเทศ[26]

เพื่อสนับสนุนแนวคิดดังกล่าวว่าการใช้อำนาจอธิปไตยในการดำเนินนโยบายและการสร้างความสัมพันธ์ระหว่างประเทศว่า “เป็นบทบาทและอำนาจของฝ่ายบริหาร” แท้จริง ฐานสนับสนุนสมมุติฐานดังกล่าวสามารถพิจารณาได้จากแนวคิดและพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ว่า แนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจในการทำสนธิสัญญานี้มีที่มาดั้งเดิมซึ่งมาจากพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ (The Exclusive Prerogative of States) ในฐานะที่เป็นผู้มีอำนาจสูงสุดภายในรัฐ (Absolute Power of the Sovereign) ซึ่งได้รับการยอมรับจากทั้งนักปรัชญาและนักกฎหมายตั้งแต่ในยุคเริ่มแรก[27] ซึ่ง

---

[24]Charles Sumner Clancy, “An Organic Conception of the Treaty-Making Power vs. State Rights as Applicable to the United States,” **Michigan Law Review** 7, 1 (November 1908): 34, Retrieved April 16, 2016 from http://www.jstor.org/stable/1274085; อรุณ ภาณุพงศ์, *เรื่องเดิม,* หน้า 4.

[25]ประสิทธิ์ เอกบุตร, **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551), หน้า 35.

[26]พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, **รัฐไทยยอมรับหรือรับรองหรือบังคับตามคำสั่งและคำพิพากษาของศาลต่างประเทศหรือไม่? แค่ไหนกัน?: ข้อคำนึงเกี่ยวกับกรณีความร่วมมือในการใช้อำนาจอธิปไตยทางตุลาการของรัฐ,** หน้า 1, ค้นวันที่ 11 ตุลาคม 2557 จาก http://www.archanwell.org/autopage/show_page.php?t=1&s_id=551&d_id=550

[27]J. P. Dobbert and Jean Carroz, **Evolution of the Treaty-Making Capacity of International Organizations: Legal Personality and Treaty Making Capacity-Theoretical Analysis,** para. 3, Retrieved November 19, 2015 from http://www.fao.org/docrep/s5280t/s5280t0a.htm

แนวคิดดังกล่าวยังคงถ่ายทอดมาถึงปัจจุบันในรัฐที่ยังใช้ระบอบการเมืองการปกครองที่มีองค์พระมหากษัตริย์ในฐานะที่เป็นผู้นำของรัฐ (Head of State) ที่พระองค์ทรงใช้พระราชอำนาจของพระองค์ผ่านฝ่ายบริหารของรัฐเช่นว่านั้น

ในขณะที่แนวคิดที่ว่าด้วยเรื่อง “อำนาจในการทำหนังสือสัญญาตามกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศ” เป็นเรื่องที่ว่าด้วยอำนาจที่ดำเนินการโดยรัฐ (State) แต่มิได้เป็นเรื่องที่ว่าด้วยอำนาจรัฐบาล (Government) แต่อย่างใด[28] บริบทของอำนาจดังกล่าวถูกอธิบายด้วยฐานของบทบาทและการใช้อำนาจของผู้แทนรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจของบุคคลที่มีหน้าที่โดยตำแหน่ง (Ex Officio) หรือโดยการอาศัยการมอบอำนาจเต็ม (Full Power) ก็ตาม ในฐานะที่เป็นบุคคลที่มีอำนาจในการแสดงความยินยอมผูกพัน (Express to Consent to be Bound) ต่อความตกลงระหว่างประเทศที่ได้ทำขึ้น

ไม่มีข้อสงสัยใดที่จะลบบทบาทในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศว่าเป็นของรัฐและของฝ่ายบริหารไปได้ในฐานะที่เป็นบทบาทโดยแท้ของฝ่ายบริหารหรือของรัฐบาลที่ซึ่งถูกใช้ในนามของรัฐ (Government on Behalf of the State)[29] ในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดแทนรัฐ และในฐานะที่เป็นผู้แทนรัฐ (State Representative) นักกฎหมายบางท่านอรรถาธิบายว่าเป็นการใช้อำนาจภายใต้ “ทฤษฎีตัวแทน” (Principle-Agent Theory[30] or Mandate Theory[31]) สำหรับการใช้อำนาจทางบริหารและสร้างความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การใช้อำนาจดังกล่าวได้ปรากฏให้เห็นเชิงประจักษ์จากแนวปฏิบัติในมิติทางประวัติศาสตร์ของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศซึ่งก่อให้เกิดขึ้นโดยบรรดาอัครราชทูตในฐานะที่เป็นตัวแทนของสถาบันพระมหากษัตริย์ที่ขับเคลื่อนต่อการสร้างหลักฐานในรูปของตราสารที่เป็นเครื่องหมายที่แสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

กล่าวโดยสรุป แนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีความเชื่อมโยงกับฐานความคิดว่า อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นของฝ่ายบริหารตามกรอบของกฎหมายภายใน แต่ในขณะเดียวกันอำนาจอธิปไตยดังกล่าวกลับเป็นของรัฐในมิติของกฎหมายระหว่างประเทศและมิใช่อำนาจของฝ่ายบริหารแต่ประการใด

แต่กระนั้นก็ตาม การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐดังกล่าวก็มิอาจปฏิเสธได้แต่ประการใดว่า รัฐมิอาจใช้อำนาจเองได้โดยตรงโดยปราศจากการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นผู้แทนรัฐในการทำความตกลงระหว่างประเทศ อาจกล่าวได้ว่าแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจและการหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจึงเป็นของรัฐและเป็นของฝ่ายบริหาร แต่มิใช่ของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายตุลาการแต่อย่างใด

---

[28]See also Preamble and Article 6-7 of Part II Conclusion and Entry into Force of Treaties Section of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

[29]United Nations, **Treaty Handbook** (New York: United Nations Publication, 2012), p. 3.

[30]Laurence R. Helfer and Timothy Meyer, **The Evolution of Codification: A Principal-Agent Theory of the International Law Commission’s Influence**, pp. 4-5, Retrieved November 19, 2015 from http://scholarship.lawduke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6134&context=faculty_scholarship

[31]ประสิทธิ์ เอกบุตร, *เรื่องเดิม,* หน้า 101.

2.2 หลักการและทฤษฎีกฎหมายเป็นฐานรองรับองค์กรและการใช้อำนาจอธิปไตยเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามกฎหมายภายใน

ด้วยเหตุที่บทบาทและการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจโดยฝ่ายบริหารก็ดี ฝ่ายนิติบัญญัติก็ดี หรือแม้แต่ฝ่ายตุลาการก็ดี ต่างต้องอาศัยหลักการและทฤษฎีกฎหมายเป็นฐานรองรับองค์กรและการใช้อำนาจอธิปไตยเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาทั้งสิ้น หลักการดังกล่าวมีผลโดยตรงกับการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญโดยตรง คงปฏิเสธมิได้ว่า “บทบาทขององค์กร” ทั้งองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ และองค์กรรองที่ใช้อำนาจในการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ต่างถูกใช้เป็นฐานในการพิจารณา “การวางดุลอำนาจ” ไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นฐานรองรับการกำหนดตัวองค์กรและการใช้อำนาจของแต่ละองค์กร

เพื่อก่อให้เกิดความเข้าใจที่ตรงกัน ผู้เขียนได้กำหนดประเด็นการศึกษาและการอรรถาธิบายความไว้ เพื่อเชื่อมโยงให้เห็นถึงการใช้อำนาจขององค์กรหลักและองค์กรรองดังนี้

ประการแรก ข้อค้นพบของผู้เขียนพบว่า การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นบทบาทและอำนาจของฝ่ายบริหาร แต่ในขณะที่การให้ความเห็นชอบและการออกกฎหมายอนุวัติการเป็นบทบาทและอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาข้อขัดแย้งเป็นบทบาทของฝ่ายตุลาการ ดังนั้น การพิจารณา “บทบาทขององค์กร” จึงเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาที่สำคัญยิ่งว่า องค์กรดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญควรมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยนิติฐานะอย่างใดและแค่ไหนเพียงใดได้บ้าง

ประการที่สอง ฐานทางกฎหมายในเรื่องใดที่สนับสนุนการใช้อำนาจระหว่างองค์กรที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ประการที่สาม การใช้อำนาจทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีที่มาจากการใช้อำนาจทางการเมืองมิใช่การใช้อำนาจทางกฎหมาย การวางประเด็นการศึกษาในเชิงหลักการดังกล่าวนี้ สามารถนำไปใช้เป็นฐานในการวิเคราะห์ถึงการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการในบทที่ 3 และบทที่ 4 ได้ต่อไป

ประการที่สี่ เมื่อเข้าใจบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรและฐานทางกฎหมายที่สนับสนุนองค์กรและการใช้อำนาจขององค์กรดังกล่าวว่ามีความเกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศอย่างใดบ้าง จึงนำไปสู่การวิเคราะห์และวิพากษ์การวางบทบาทขององค์กรภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุลที่ถูกต้อง และย่อมนำไปสู่หลักการที่สามารถนำไปใช้เป็นฐานในการวิเคราะห์ในประเด็นปัญหาอื่นได้ต่อไป

2.2.1 บทบาทขององค์กรเป็นฐานการวางดุลอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจและตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด

ประเด็นการศึกษาหลักที่ผู้เขียนต้องการพิสูจน์คือ บทบาท (Function) และอำนาจหน้าที่ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นขององค์กรใดตามรัฐธรรมนูญภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง องค์กรใดจะเป็นองค์กรที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่หลักในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจขององค์กรหลัก

เพื่อมิให้ก่อให้เกิดการใช้อำนาจขององค์กรหลักตามอำเภอใจในการดำเนินนโยบายและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และต้องพึงเข้าใจในบทบาทขององค์กรรองก่อนว่า การใช้อำนาจขององค์กรดังกล่าวจะต้องมิได้มีบทบาทหรือทำหน้าที่เป็นองค์กรหลักเสียเอง จนดูประหนึ่งว่าองค์กรของตนเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในลักษณะของการควบคุมการใช้อำนาจเกี่ยวกับการทำความตกลงระหว่างประเทศ

หากทำการอรรถาธิบายในรูปแบบนามธรรมในเชิง “ปฏิเสธ” (Negative) ในประเด็นดังกล่าวนี้จะพบว่า องค์กรหลักต้องมีบทบาทหลักในการเจริญความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในรูปแบบต่าง ๆ ทั้งในการกำหนดนโยบายการต่างประเทศ การนำนโยบายไปปฏิบัติเพื่อให้เกิดผลสำเร็จตามที่กำหนดไว้ ท้ายที่สุดนำบทบาทดังกล่าวจะต้องนำไปสู่การทำความตกลงระหว่างประเทศกับรัฐต่างประเทศ

จากบทบาทดังกล่าวจะเห็นได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติหาได้มีบทบาทหลักในการดำเนินกิจกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งกับรัฐต่างประเทศทั้งในทางทฤษฎีกฎหมาย ทางเนื้อหาสาระของกฎหมายหรือแม้แต่ในแนวปฏิบัติในการดำเนินความสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศโดยตรงแต่อย่างใดไม่ จะเห็นได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติกลับมีบทบาทและหน้าที่หลักเฉพาะในกิจกรรมที่เกิดขึ้นในเขตแดนของรัฐเท่านั้น (Territory) ทั้งในเรื่องของการตรากฎหมาย การควบคุมการใช้อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหาร รวมถึงการให้ความเห็นชอบในลักษณะของการตรวจสอบและการถ่วงดุลอำนาจกับฝ่ายบริหารในการเจริญความสัมพันธ์ทางการเมืองและสังคมระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นทั้งการประกาศสงครามหรือแม้แต่การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทที่ทำขึ้นโดยฝ่ายบริหารก็ตาม[32]

นอกจากนั้นแล้ว การดำเนินพันธกิจในกิจการต่างประเทศดังกล่าวฝ่ายตุลาการก็หาได้มีบทบาทโดยตรงกับการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับนานาอารยะประเทศโดยตรงแต่อย่างใดไม่[33] ในทางกลับกันองค์กรตุลาการกลับมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในฐานะเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในการตรวจสอบถ่วงดุล ทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติในเรื่องของความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือการนำกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติไปบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายโดยฝ่ายบริหาร หรือแม้แต่ในกรณีที่มีการขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างฝ่ายนิติ

---

[32]United States of Congress, Library of Congress, The Congressional Research Service (CRS), **Treaties and Other International Agreements: The Role of the United States Senate** (Washington: U.S. Government Printing Office, 2001), pp. 2, 7-11.; United Kingdom, House of Commons Information Office, **Treaties**, p. 2, Retrieved August 24, 2015 from http://www.parliament.uk/documents/commons-information-office/p14.pdf; Francois Stewart and Jones Source, “Treaties and Treaty-Making,” **Political Science Quarterly** 12, 3 (September 1897): 434-435, Retrieved December 1, 2014 from http://www.jstor.org/stable/2139665

[33]พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, “หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาว่าด้วยการจำกัดอำนาจของศาลระดับสหพันธรัฐ,” **วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ** 1, 1 (2553): 60.

บัญญัติกับฝ่ายบริหาร[34] ซึ่งหมายความรวมถึงการขัดแย้งกันในประเด็นที่เกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ทำขึ้นโดยฝ่ายบริหารว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่[35]

ในขณะเดียวกันหากมองในมิติของการอรรถาธิบายในรูปแบบนามธรรมใน “เชิงสนับสนุน” (Positive) จะพบว่าโดยหลักการทั้งในการใช้อำนาจอธิปไตยประกอบกับหลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุลแล้ว จะพบว่าบทบาทและอำนาจหน้าที่หลักของทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการถูกกำหนดไว้ในเชิงหลักการให้เป็นการใช้อำนาจเพื่อตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่หลักเพื่อทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ตั้งแต่การริเริ่มทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจนนำไปสู่การแสดงเจตนายินยอมเพื่อผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศที่ได้ทำขึ้นกับรัฐต่างประเทศดังกล่าว

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากพิจารณาจาก “บทบาท” ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญแล้วจะพบว่าการใช้อำนาจในการเจริญความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เป็นการใช้อำนาจทางการบริหารหาได้เป็นการใช้อำนาจในการตรากฎหมายหรือการวินิจฉัยคดีแต่อย่างใดไม่ เป็นที่ประจักษ์ว่าการใช้อำนาจในระดับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศย่อมเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการเมืองระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นจากบทบาทขององค์กรที่เกี่ยวข้องเป็นหลัก การพิจารณาจากบทบาทดังกล่าวนำไปสู่การจัดสรรอำนาจโดยการวางดุลอำนาจไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายภายในฉบับอื่น ๆ เพื่อให้เป็นฐานการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่เพียงองค์กรเดียว การพิจารณาจากบทบาทขององค์กรดังกล่าวจึงเป็นฐานทางกฎหมายที่นำไปสู่การกำหนดหลักการในรัฐธรรมนูญ และการใช้อำนาจขององค์กรภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุล (Separation of Powers and Check and Balances)[36]

คำถามที่น่าสนใจก็คือ แล้วฝ่ายนิติบัญญัติจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้โดยอาศัยฐานทางกฎหมายในเรื่องใด หากพิจารณาถึงบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการทำให้ความตกลงระหว่างประเทศมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในเหนือปัจเจกชนภายในรัฐได้นั้น ก็ต้องอาศัยการตรากฎหมายภายในเพื่อเป็นฐานรองรับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารอันมีที่มาจากหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ถูกทำขึ้น ซึ่งขึ้นอยู่กับความแตกต่างและบริบทของแต่ละรัฐว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างระบอบของกฎหมายภายในและกฎหมาย

---

[34]มาตรา 214 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[35]มาตรา 190 วรรคหก ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[36]Theodore Georgopoulos, The Checks and Balances Doctrine in Member States as A Rule of EC Law: The Cases of France and Germany, In **EUSA 8th International Conference**, March 27-29, 2003, Nashville Tennessee, Retrieved August 24, 2015 from http://aei.pitt.edu/6493/1/001523_1.PDF; M. J. C. Vile's, **Constitutionalism and the Separation of Powers: Montesquieu**, 2nd ed. (Indianapolis: Liberty Fund, 1998), para. 11, Retrieved August 24, 2015 from http://oll.libertyfund.org/pages/montesquieu-and-the-separation-of-powers;

ระหว่างประเทศไว้ภายใต้ระบอบทวินิยมหรือเอกนิยม (Dualism or Monism theories)[37] ด้วยเหตุดังที่กล่าวมาในเบื้องต้นบทบาทและอำนาจที่ใช้ในการอนุวัติการกฎหมายดังกล่าวจึงต้องถูกจัดสรรให้เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ ดังนั้น “หลักการมีส่วนร่วมของรัฐสภา” (Parliamentary Participation)[38] จึงเป็นหลักการที่ถูกนำมาใช้ในการอรรถาธิบายถึงบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นการเข้ามามีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีความสำคัญต่อผลประโยชน์ของรัฐ[39] และภายใต้หลักการตรวจสอบถ่วงดุลนั้น บทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติจึงมีในลักษณะที่พึงมีแต่เฉพาะอำนาจในการพิจารณาเพื่อให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบเท่านั้น พึงต้องเข้าใจว่าบทบาทและอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติมิได้อยู่ในช่วงของการริเริ่มหรือเข้าทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่อย่างใด ในทางกลับกันบทบาทและอำนาจที่ใช้ดังกล่าวจะต้องอยู่ในขั้นตอนหรือกระบวนการภายหลังจากที่ฝ่ายบริหารได้เข้าทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไปแล้วเท่านั้น

พึงต้องเข้าใจตรงกันว่า บทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติมิได้เป็นเรื่องของการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญา (Treaty Making Power) แต่ในทางกลับกันบทบาทและอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติกลับอยู่ภายใต้แนวคิดที่ว่าด้วย “การมีส่วนร่วมของรัฐสภา” (Parliamentary Participation) ซึ่งการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเข้ามาเกี่ยวข้องเพียงส่วนหนึ่งในระหว่างกระบวนการ (Process) ของการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเท่านั้น แต่การใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าว หาได้เป็นการใช้อำนาจ (Power) ในการทำหนังสือสัญญาแต่ประการใดไม่ อำนาจที่ใช้จึงเป็นแต่เพียงอำนาจที่จะให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเท่านั้น (Approval)

ในขณะที่การขัดกันแห่งอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุล ต้องดำเนินการตรวจสอบโดยองค์กรที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ การจัดสรรอำนาจดังกล่าวจึงถูกวางให้เป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายตุลาการหรือองค์กรที่มีลักษณะการทำหน้าที่เฉกเช่นตุลาการ[40]

จากบทบาทขององค์กรเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้นำไปสู่การกำหนดอำนาจและหน้าที่ขององค์กรตามระบอบของกฎหมายภายใน ในฐานะที่ถูกอรรถาธิบายถึงความ

---

[37]Jane Stratton et al., **International Law Hot Topics**: No. 69, Cathy Hammer, ed. (Sydney, N.S.W: Legal Information Access Centre, 2009), p. 3.

[38]Luzius Wildhaber, “Parliamentary Participation in Treaty-Making, Report on Swiss Law-Europe,” **Chicago-Kent Law Review** 67, 2 (June 1991): 439.

[39]M. J. C. Vile's, *op. cit.,* para. 11-12.

[40]คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส มิใช่องค์กรตุลาการและมิได้ใช้อำนาจตุลาการแต่อย่างใด แต่เป็นองค์กรกลางที่ทำหน้าที่แก้ไขความขัดแย้งระหว่างการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร อีกทั้งองค์ประกอบของคณะตุลการรัฐธรรมนูญดังกล่าวยังมีที่มาจากการเลือกสรรตัวแทนจากองค์กรทางการเมืองไม่ว่าจะเป็นทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร; Article 56 of the 1958 France Constitution

เชื่อมโยงองค์กรกับการใช้อำนาจได้เป็นอย่างดีด้วย “หลักการแบ่งแยกอำนาจในเชิงเนื้อหา” มากกว่าที่จะอรรถาธิบายการใช้อำนาจขององค์กรด้วย “หลักการแบ่งแยกอำนาจในเชิงรูปแบบ”

ความสำคัญจึงอยู่ที่การอธิบายด้วยฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับ “การแบ่งแยกอำนาจในเชิงเนื้อหา” (Substantive Feature)[41] ซึ่งเป็นการอรรถาธิบายในเชิงหลักการของการแบ่งแยกอำนาจที่แท้จริง เป็นที่เข้าใจโดยทั่วไปอยู่แล้วว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจนอกจากจะพิจารณาในเชิงรูปแบบที่ซึ่งก่อให้เกิดการแบ่งแยกออกเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการแล้ว สาระสำคัญยิ่งเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการตรวจสอบถ่วงดุลและหลักการมีส่วนร่วมอยู่ที่การออกแบบและการวางดุลอำนาจระหว่างองค์กรทั้งสาม ในลักษณะสอดรับกับหลักการการแบ่งแยกอำนาจในเชิงเนื้อหาให้เป็นไปเพื่อการตรวจสอบถ่วงดุลกันระหว่างองค์กรได้อย่างมีประสิทธิภาพตามบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่ควรจะเป็น

การแบ่งแยกอำนาจดังกล่าวจำต้องกำหนดขอบเขตแห่งอำนาจว่าอำนาจใดหรือลักษณะใดเป็นอำนาจขององค์กรใดกันแน่ เพื่อที่จะได้เป็นฐานที่สามารถไปใช้ในการอรรถาธิบายถึงการวางบทบาทและกำหนดขอบเขตอำนาจและหน้าที่ขององค์กรทั้งสามได้อย่างสมดุลและถูกต้องในเชิงหลักการ การจัดสรรการใช้อำนาจดังกล่าวจำต้องพิจารณาในขอบเขตแห่งอำนาจว่า ลักษณะของอำนาจดังกล่าวเป็น “อำนาจทางการเมือง” หรือเป็น “อำนาจทางกฎหมาย”[42] ซึ่งการพิจารณาถึงสถานะของอำนาจที่ใช้ดังกล่าวว่าเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองหรือเป็นการใช้อำนาจทางกฎหมายย่อมส่งผลต่อการพิจารณาในเรื่อง “ความรับผิดของรัฐ”[43] การใช้อำนาจของรัฐและการใช้อำนาจขององค์กร ซึ่งมีผลต่อการกำหนดเขตอำนาจของฝ่ายตุลาการในทางรัฐธรรมนูญหรือทางปกครองในการตรวจสอบการใช้อำนาจที่เกิดขึ้นดังกล่าวด้วยเช่นกัน

---

[41]พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, “วิวัฒนาการของหลักนิติรัฐโดยสังเขป: กรณีประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส,” **Pub Law Net** (ตุลาคม 2554): 1, ค้นวันที่ 15 สิงหาคม 2558 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1639

[42]W. J. Stankiewicz, **Aspects of Political Theory: Classical Concepts in an Age of Relativism** (London: Cassell and Collier Macmillan, 1976), pp. 69-70.

[43]ถ้อยคำว่า “ความรับผิดชอบทางการเมือง” (Political Responsibility) และ “ความรับผิดชอบตามรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Responsibility) นั้น นัยทางกฎหมายของถ้อยคำทั้งสองคำดังกล่าว หาได้มีความหมายที่แตกต่างกันแต่อย่างใดไม่ ซึ่งผลทางกฎหมายในประเด็นเรื่องความรับผิดชอบทางการเมืองหรือความรับผิดชอบตามรัฐธรรมนูญนี้คือ การลาออกหรือการถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งเช่นว่านั้น เป็นที่น่าสังเกตว่า หลักความรับผิดชอบทางการเมืองดังกล่าวนี้ หาได้เป็นความรับผิดชอบทางกฎหมาย (Legal Responsibility) หรืออาจกล่าวได้ว่าความรับผิดชอบทางการเมืองหาได้เป็นส่วนหนึ่งหรือปะปนเป็นอย่างเดียวกันกับความรับผิดชอบทางกฎหมายแต่อย่างใดไม่ ในขณะที่ความรับผิดชอบทางกฎหมายคือ การรับผลที่เป็นโทษทางกฎหมายหรือทางวินัย โปรดดูความเห็นของท่านอาจารย์ ดร. พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย; พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, “ปัญหาว่าด้วยการถอดถอนอดีตผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง,” **Pub Law Net** (กุมภาพันธ์ 2553): 1, ค้นวันที่ 29 สิงหาคม 2557 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1438

การแบ่งแยกอำนาจในเชิงเนื้อหาได้ถูกอธิบายในลักษณะของ “บทบาทและอำนาจ” ที่ใช้โดยองค์กร กล่าวคือ หากเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองแล้ว องค์กรที่เกี่ยวข้องได้แก่ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ แต่กระนั้นก็ตาม แม้การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารจะมีฐานการใช้อำนาจที่มาจากกฎหมายด้วยเช่นกันก็ตาม หากแต่การใช้อำนาจดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจที่มาจาก “รัฐธรรมนูญ” ฐานอำนาจที่ใช้ย่อมมาจากฐาน “อำนาจทางการเมือง” แต่ในทางกลับกันหากฝ่ายบริหารได้ใช้อำนาจทาง “กฎหมาย” ที่มาจากบทบัญญัติและอนุบัญญัติเพื่อการบริหารราชการแผ่นดิน ฐานการใช้อำนาจดังกล่าวย่อมมีฐานอำนาจที่มาจาก “อำนาจทางกฎหมาย” ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีฐานการใช้อำนาจที่มาจากฐานทางการเมืองที่มาจากรัฐธรรมนูญ แต่มิได้ใช้อำนาจที่มาจากฐานทางกฎหมายแต่อย่างใด[44]

โดยหลักการแล้ว “การใช้อำนาจทางการเมือง” องค์กรที่มีบทบาทและมีอำนาจหน้าที่ภายใต้การวางดุลภาพแห่งอำนาจดังกล่าวได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ดังจะเห็นได้จากการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งการควบคุมและการตรวจสอบต้องดำเนินการด้วยกระบวนการทางการเมืองโดยรัฐสภา ซึ่งเป็นอำนาจหลักของฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรงในฐานะที่เป็นการควบคุมทางการเมือง (Political Accountability) ที่ซึ่งต้องอยู่ภายใต้บังคับของ “รัฐธรรมนูญ” หาได้อยู่ภายใต้ “กฎหมายปกครอง” แต่อย่างใดไม่[45]

ในทางกลับกัน ฝ่ายตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยประเด็นปัญหาข้อพิพาทที่มาจากฐานทางกฎหมายแต่เพียงเท่านั้น[46] หากการใช้อำนาจขององค์กรอื่นใดอันมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางกฎหมายแล้ว การกำหนดดุลภาพแห่งอำนาจและการใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าว ก็ต้องอยู่ภายใต้

---

[44]พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, “หลักความชอบในการพิจารณาคดีขององค์กรตุลาการของศาลระดับสหพันธรัฐในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกา,” **วารสาร รพี' 56** (สิงหาคม 2556): 16.; จรูญ สุภาพ, **ประชาธิปไตยกับการพัฒนาเศรษฐกิจและระบบการเมือง** (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, 2514), หน้า 82.

[45]ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ยกตัวอย่างการกระทำทางรัฐบาลในกรอบของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไว้น่าสนใจในหลายคดีดังนี้ “ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ศาลปกครองสูงสุดตัดสินว่าคดีที่เกิดจากการเจรจาสนธิสัญญาระหว่างประเทศเป็นการกระทำของรัฐบาลฟ้องศาลไม่ได้ (CE 13 July 1979 Coparex) ฟ้องศาลไม่ให้รัฐบาลให้สัตยาบันสนธิสัญญาไม่ได้ (CE 5 Feb. 1926 Dame Caracs) . . . ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยสูงของสหพันธรัฐได้เคยวินิจฉัยไว้ในคดี Octjen V. Central Leather Co. 246 U.S. 297 ว่า การดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของรัฐบาลนั้น รัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรทางการเมืองและอะไรก็ตามที่กระทำในการใช้อำนาจการเมืองนี้ ย่อมไม่ถูกควบคุมโดยศาล”; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **บทวิเคราะห์ทางวิชานิติศาสตร์ต่อคำสั่งศาลปกครองกลางกำหนดวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ฯ ในคดีแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา**, หน้า 3-4, ค้นวันที่ 15 สิงหาคม 2557 จาก https://bordeure.files.wordpress.com/2008/08/1439_7343.pdf

[46]พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, “หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาว่าด้วยการจำกัดอำนาจของศาลระดับสหพันธรัฐ,” **วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ**, หน้า 60-61.

หลักการตรวจสอบถ่วงดุล ซึ่งเป็นอำนาจอธิปไตยขององค์กรตุลาการด้วยเช่นกัน อาทิ อำนาจของฝ่ายบริหารที่ใช้ “อำนาจตามกฎหมาย” ระดับ “บทบัญญัติและอนุบัญญัติ” ในการบริหารราชการแผ่นดินก็ต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจฝ่ายตุลาการด้วยเช่นเดียวกัน แต่ในขณะที่การใช้ “อำนาจทางการเมือง” ของฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นการใช้ “อำนาจตามรัฐธรรมนูญ” อาทิ ในการเจริญความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยหลักการแล้ว หาได้ตกอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายตุลาการแต่อย่างใดไม่[47] เว้นแต่จะมีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะในเชิงหลักการว่าให้อยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายตุลาการ[48]

แต่กระนั้นก็ตาม แม้หลักการแบ่งแยกอำนาจดังกล่าว จะถูกอรรถาธิบายด้วยการแบ่งแยกในเชิงเนื้อหาได้แล้ว บทบาทขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศยังถูกอรรถาธิบายด้วย “การแบ่งแยกอำนาจในเชิงรูปแบบ” (Formal Feature) ด้วยเช่นกัน จะเห็นได้ว่าหลักการแบ่งแยกในเชิง “รูปแบบ” ได้ถูกอธิบายในลักษณะขององค์กรและการใช้อำนาจโดยแบ่งออกเป็นอำนาจอธิปไตยที่เป็นของฝ่ายบริหาร อำนาจอธิปไตยที่เป็นของฝ่ายนิติบัญญัติ และอำนาจอธิปไตยที่เป็นของฝ่ายตุลาการ[49] ทั้งสามองค์กรต่างก็เป็นองค์กรที่มีและใช้อำนาจอธิปไตยในการดำเนินพันธกิจของรัฐในมิติที่มีความแตกต่างกันภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญและกฎหมายภายในกำหนด อาทิ อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินเป็นขององค์พระมหากษัตริย์ที่ทรงใช้พระราชอำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐบาลเพื่อทำหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีอำนาจในการตรากฎหมายเพื่อใช้เป็นฐานรองรับในการใช้อำนาจรัฐในการดำเนินพันธกิจต่าง ๆ ส่วนองค์กรตุลาการก็เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในฐานะที่เป็นองคาพยพ ซึ่งทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาและข้อพิพาททั้งทางกฎหมาย การเมือง รวมทั้งข้อพิพาททางสังคมที่เกิดขึ้น และประการที่สำคัญการแบ่งแยกอำนาจดังกล่าวยังต้องเป็นไปเพื่อการคานอำนาจด้วย

---

[47]เป็นที่น่าสังเกตว่า ศาลสูงของสหราชอาณาจักรได้วางหลักการไว้ว่า ฝ่ายตุลาการหาได้มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจทางการเมืองระหว่างประเทศในการดำเนินนโยบายและการเจริญความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารแต่อย่างใดไม่ ในขณะที่รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดการใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามพันธกรณีระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นการทำ “ข้อผูกพันระหว่างประเทศ” (International Commitment) เป็นอำนาจขององค์กรที่มีส่วนประกอบจากองค์กรทางการเมือง ซึ่งเรียกขานนามว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Council) ซึ่งองค์กรดังกล่าว หาได้มีนิติฐานะเป็นองค์กรตุลาการแต่อย่างใดไม่ โปรดดูบทที่ 3 หัวข้อ 3.1.3.2 ศาลสูงของสหราชอาณาจักรไม่มีเขตอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาด หน้า 131 และหัวข้อ 3.1.3.3 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นองค์กรที่มีเขตอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาด หน้า 133

[48]พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, “หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาว่าด้วยการจำกัดอำนาจของศาลระดับสหพันธรัฐ,” **วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ**, หน้า 60.

[49]M. J. C. Vile's, *op. cit.,* para. 11.; Theodore Georgopoulos, *op. cit.,* p. 3.; Michael P. Van Alstine, “The Judicial Power and Treaty Delegation,” **California Law Review** 90, 4 (July 2002): 1280-1281, Retrieved June 28, 2015 form http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol90/iss4/5

กระบวนการซึ่งเกี่ยวกับการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจซึ่งกันและกัน โดยองค์กรที่มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจดังที่ได้กล่าวมา[50]

จากบทบาทขององค์กรที่นำไปสู่การแบ่งแยกอำนาจในเชิงเนื้อหา และการแบ่งแยกอำนาจในเชิงรูปแบบดังที่กล่าวมานั้น ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจดังนี้

ประการแรก ไม่ว่ากรณีจะเป็นการแบ่งแยกอำนาจในเชิงเนื้อหาก็ดี หรือการแบ่งแยกอำนาจในเชิงรูปแบบก็ดี ต่างมีฐานความคิดที่มาจากการ “สร้างสมดุลแห่งอำนาจ” (Balance of Power) เพื่อเป็นการควบคุมและป้องกันความเสียหายที่มาจากการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบมิให้อยู่ที่องค์กรเดียว[51] ไม่ว่าจะเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ทั้งการตรากฎหมาย การบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายและการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหากฎหมาย ด้วยเหตุดังกล่าวหลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักการที่มีเจตจำนงเพื่อสร้างสมดุลในการใช้อำนาจอธิปไตยและการควบคุมการใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าวมิให้มากเกินไปกว่าอำนาจที่พึงมี ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักการพื้นฐานทางกฎหมายที่สำคัญในการดำเนินพันธกิจของรัฐในด้านต่าง ๆ ซึ่งหมายความรวมไปถึงการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน[52]

ประการที่สอง หลักการแบ่งแยกอำนาจไม่ว่าจะเป็นการแบ่งแยกอำนาจในเชิงเนื้อหาก็ดี หรือการแบ่งแยกอำนาจในเชิงรูปแบบก็ดี จะต้องไม่ปรากฏว่ามีการแบ่งแยกอำนาจจนทำให้ดูประหนึ่งว่ามีองค์กรใดองค์กรหนึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจเหนือกว่าองค์กรอื่นอีกองค์กรหนึ่งโดยเด็ดขาด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การใช้อำนาจของอีกองค์กรหนึ่งจะต้องไม่เป็นการใช้อำนาจจนมีลักษณะเป็น “การแทรกแซงหรือก้าวก่าย” (Intervene) การใช้อำนาจของอีกองค์กรหนึ่งโดยเด็ดขาด มิฉะนั้นการใช้อำนาจดังกล่าว ย่อมเป็นการใช้อำนาจที่ขัดต่อหลักการและแนวคิดเกี่ยวกับการตรวจสอบและถ่วงดุลอย่างหลีกเลี่ยงมิได้[53]

ประการที่สาม หลักการแบ่งแยกอำนาจไม่ว่ากรณีจะเป็นการแบ่งแยกอำนาจในเชิงเนื้อหาก็ดี หรือการแบ่งแยกอำนาจในเชิงรูปแบบก็ดี เป็นหลักที่ธำรงไว้ซึ่งการแสดงให้ปรากฏถึงการสร้างดุลภาพ

---

[50]Theodore Georgopoulos, *op. cit.,* p. 4.

[51]ที่มาของแนวคิดหลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุลได้ถูกคิดและนำเสนอโดยนักปราชญ์ชาวฝรั่งเศสที่มีบทบาทสำคัญในการเสนอแนวคิดดังกล่าวคือ มองเตสกิเออร์ (Montesquieu) โดยเสนอแนวคิดในการแบ่งแยกอำนาจในเชิงรูปแบบออกเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและองค์กรตุลาการ; Charles de Secondat baron de Montesquieu, **The Sprit of Laws**, Translated and edited by Anne Cohler, Basia Miller and Harold Stone (New York: Cambridge University Press, 1989) quoted in Richard Benwell and Oonagh Gay, **The Separation of Powers Standard Note: SN/PC/06053, 15 August, Parliament and Constitution Centre of Library of Houses of Commons of United Kingdom**, p. 1, Retrieved October 18, 2015 form http://www.parliament.uk/briefing-papers/sn06053.pdf; เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 264-265.

[52]เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 147.

[53]บรรเจิด สิงคะเนติ, *เรื่องเดิม,* หน้า 22.

ที่อยู่ร่วมกันระหว่างหลักการแบ่งแยกอำนาจกับหลักการตรวจสอบและการถ่วงดุลอำนาจ เพื่อเป็นการยับยั้งซึ่งกันและกันและไม่ทำให้ “อำนาจใดอำนาจหนึ่งอยู่เหนืออำนาจอื่นโดยสิ้นเชิง”[54] โดยเฉพาะอย่างยิ่ง แนวคิดเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งมีฐานความคิดที่กำหนดไว้เพื่อการคุ้มครองสิทธิของประชาชน ที่อาจได้รับผลกระทบโดยตรงจากการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารไว้ด้วยเช่นกัน[55]

ประการที่สี่ ประเด็นที่น่าสนใจคือภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจไม่ว่ากรณีจะเป็นการแบ่งแยกอำนาจในเชิงเนื้อหาก็ดี หรือการแบ่งแยกอำนาจในเชิงรูปแบบก็ดี การใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ อาศัยหลักการและแนวคิดในทางกฎหมายเรื่องใดเป็นฐานทางกฎหมายในการกำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ โดยเฉพาะการวางดุลอำนาจเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศระหว่าง “หลักการตรวจสอบถ่วงดุล” และ “หลักการมีส่วนร่วมภายใต้หลักประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม”[56]

จากการศึกษาพบว่าแนวคิดในกฎหมายที่กำหนดการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ สามารถอรรถาธิบายผ่านกรอบความคิดได้ 2 ลักษณะ ซึ่งกรอบความคิดดังกล่าวขึ้นอยู่กับการอรรถาธิบายและการให้เหตุผลในเชิงวิชาการขององค์กรว่า เป็นการอรรถาธิบายความผ่านกรอบของ “หลักการตรวจสอบและถ่วงดุล” หรือการอรรถาธิบายผ่านกรอบของ “หลักการมีส่วนร่วมภายใต้หลักประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม”

เป็นที่น่าสังเกตว่า แนวคิด (Concept) พื้นฐานของการใช้อำนาจรัฐในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ย่อมอาศัยหลักการพื้นฐานทั้งสองแนวคิดเป็นหลักที่ถูกใช้ในการอรรถาธิบายบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญทั้งสามองค์กร โดยขึ้นอยู่กับหลักการทางกฎหมายในเรื่องใดจะถูกหยิบยกขึ้นมาเพื่อใช้อรรถาธิบายความกับกรณีการวาง

---

[54]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 22-23.

[55]บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *เรื่องเดิม*, หน้า 124.

[56]ศาสตราจารย์ ดร.อรุณ ภาณุพงศ์ เห็นว่าตามหลักสากลอำนาจในการทำหนังสือสัญญาดังกล่าวย่อมเป็นของฝ่ายบริหารโดยตรง ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามา “มีส่วนร่วม” (Participate) ในการทำสัญญาระหว่างประเทศมากกว่า แต่การเข้ามาในฐานะดังกล่าวหาได้ดูประหนึ่งว่าจะเป็นการเข้ามาเพื่อควบคุม (Control) หรือเพื่อทำการตรวจสอบหรือถ่วงดุล (Check and Balance) แต่อย่างใด

ในขณะที่ ดร.สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร กลับเห็นว่าอำนาจในการทำหนังสือสัญญาดังกล่าวเป็นการเข้ามาเพื่อ “ควบคุม” (Control) ให้เกิดดุลภาพแห่งการใช้อำนาจหรือเพื่อทำการตรวจสอบหรือถ่วงดุลภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจที่มีต่อการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ เนื่องจากสนธิสัญญาบางประเภทต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ รัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารซึ่งมีแต่อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดิน แต่หาได้มีอำนาจในทางนิติบัญญัติแต่อย่างใดไม่ ดังนั้นสนธิสัญญาบางประเภทเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติได้ให้ความเห็นชอบแล้ว รัฐสภาในฐานะที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติก็จะออกกฎหมายอนุวัติการตามความตกลงระหว่างประเทศที่รัฐบาลได้ดำเนินการมา; อรุณ ภาณุพงศ์, **หลักการตีความกฎหมายมหาชน**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: พี. เพรส, 2551), หน้า 21.; สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร, *เรื่องเดิม,* หน้า 226-227.

บทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญในแต่ละเรื่องว่าจะกำหนดหลักการใดเป็นฐานรองรับการใช้อำนาจอธิปไตยที่ถูกใช้ในช่วงกระบวนการและขั้นตอนใดในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ อาทิ การให้ความเห็นชอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือการให้ประชาชนเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาโดยฝ่ายบริหาร เป็นต้น

พึงต้องเข้าใจก่อนว่า กรอบความคิดดังกล่าวมีผลต่อการวางดุลอำนาจและการกำหนดการใช้อำนาจอธิปไตยเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้งของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการให้บทบาทและการใช้อำนาจที่มีความแตกต่างกัน และเป็นที่น่าสังเกตว่า การใช้อำนาจอธิปไตยของทั้งสามองค์กรซึ่งมีความเกี่ยวพันกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจก็คือ หลักการตรวจสอบถ่วงดุลและหลักประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม หลักการดังกล่าวได้ถูกนำไปใช้ในการอรรถาธิบายเพื่อสนับสนุนการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญโดยตรง ในฐานะที่เป็นหลักการพื้นฐานในการกำหนดเนื้อหาสาระในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

เป็นที่ประจักษ์ว่า การใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศถูกอรรถาธิบายโดยหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักการตรวจสอบและถ่วงดุล ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่มีความสำคัญยิ่งประการหนึ่งในฐานะที่เป็นฐานกำหนดบทบาทและการวางดุลอำนาจในการใช้อำนาจอธิปไตยตามแนวคิดของรัฐเสรีประชาธิปไตย ในเรื่องของการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล ซึ่งเป็นองค์กรหลักที่มีการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยหลักการแล้วการตรวจสอบถ่วงดุลและการเข้ามามีส่วนร่วมได้ถูกนำมาอรรถาธิบายการกำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องรับรู้เรื่องราวและข้อมูลจากฝ่ายบริหาร และต้องทำการพิจารณาเพื่อให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้น ซึ่งการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศสามารถพิเคราะห์ด้วยเหตุผล 3 ประการดังนี้

เหตุผลประการแรก การทำความตกลงระหว่างประเทศมีความสำคัญต่อรัฐและมีผลกระทบต่อปัจเจกชน ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องรับรู้และพิจารณาว่ามีเหตุผลอันสมควรในการดำเนินการหรือไม่

เหตุผลประการที่สอง ด้วยเหตุที่บทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติคือการตรากฎหมายเพื่อให้มีผลบังคับใช้ต่อปัจเจกชนภายในรัฐ ด้วยเหตุจำเป็นในการตรากฎหมายที่สืบเนื่องมาจากความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวนี้เอง ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติจำต้องมีบทบาทเข้ามาเกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ ดังจะเห็นได้จากหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ไม่มีผลบังคับในตัวเอง ฝ่ายนิติบัญญัติก็จำต้องทำการแปลงรูปหรือต้องดำเนินการออกกฎหมายอนุวัติการเพื่อรองรับต่อพันธกรณีระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้น และเพื่อให้มีผลบังคับใช้ได้ภายในรัฐ ในทางตรงกันข้ามหากเป็นกรณีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลบังคับได้ในตัวเองแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติก็หาจำต้องออกกฎหมายอนุวัติการตามพันธกรณีระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่ การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติก็หาจำต้องเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดแต่อย่างใดไม่ เว้นแต่ การทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว จะเข้าลักษณะของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีความสำคัญและมีผลกระทบต่อผลประโยชน์รัฐโดยตรง

เหตุผลประการที่สาม การใช้อำนาจรัฐในการดำเนินนโยบายและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศย่อมเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารภายใต้หลักอำนาจอธิปไตยที่เป็นอำนาจของรัฐบาลในการดำเนินการ การใช้อำนาจดังกล่าวพึงจะต้องถูกควบคุมและตรวจสอบโดยอาศัยกลไกลในทางการเมืองของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา ในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญอันมีนิติฐานะที่เท่าเทียมกัน เพื่อทำการตรวจสอบและถ่วงดุลกันตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ[57]

ในขณะที่หลักการมีส่วนร่วมภายใต้หลักประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญในกฎหมายมหาชนได้ถูกนำมาใช้ในการอรรถาธิบายถึงฐานความคิดในการกำหนดบทบาทและการใช้อำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นตัวแทนปวงชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยประการหนึ่งแล้ว ยังปรากฏถึงหลักการมีส่วนร่วมภายใต้หลักประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมของภาคประชาชนเกี่ยวกับการกำหนดหลักการในมิติของการรับรู้ข้อมูลการดำเนินนโยบายและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญซึ่งได้กำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารในการให้ข้อมูลแก่ประชาชน และการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในขั้นตอนก่อนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หรือแม้แต่กรณีการดำเนินการดังกล่าวได้จะต้องผ่านระบบการทำประชามติของประชาชนก่อนการดำเนินการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ประการที่ห้า ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจไม่ว่ากรณีจะเป็นการแบ่งแยกอำนาจในเชิงเนื้อหาก็ดี หรือการแบ่งแยกอำนาจในเชิงรูปแบบก็ดี อาจกล่าวได้ว่าในเรื่องการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ หาได้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจออกจากกันอย่างเด็ดขาดแต่อย่างใดไม่ การแบ่งแยกอำนาจไม่เด็ดขาด (Coordinate but not as separate from each other)[58] ด้วยเหตุที่อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต้องอาศัยการผสานอำนาจ[59] ทั้งในเรื่องการเข้าทำและการมีส่วนร่วมในการพิจารณาเนื้อหาและ

---

[57]อังกูร วัฒนรุ่ง, **เอกสารประกอบการบรรยายเรื่อง กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง,** หน้า 4, ค้นวันที่ 2 สิงหาคม 2556 จาก http://www.bpp.go.th/bpp_st6/revolve/lawyer22_3.../lowcourt.doc; เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม,* หน้า 285-286.

[58]William Safran, **The French Polity**, 7th ed. (Oxon: Routledge, 2015), p. 11.

[59]*Ibid.,* p. 11.; พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, อาจารย์ประจำคณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2 ตุลาคม 2558, การสัมภาษณ์.; Michael D. Ramsey, "Treaty Clause," **The Heritage Guide to the Constitution**, para. 16, Retrieved November 13, 2015, from http://www.heritage.orgconstituteion/#!/articles/2/essays/90/treaty-clause; PUBLIUS (James Madison), The Particular Structure of the New Government and the Distribution of Power among Its Different Parts from the New York Packet, In **The Federalist Papers:** No. 47, February 1, 1788, Lillian Goldman Law Library, Yale Law School, para. 2-5, Retrieved September 30, 2016 from http://avalon.law.yale. edu/18th_century/fed47.asp; Levi Woodbury, **Political, Judicial and Literary: Volume I Political** (Boston: Little,

ความสำคัญของความตกลงระหว่างประเทศแล้ว ประการที่สำคัญยิ่งที่แสดงให้ปรากฏซึ่งการผสานอำนาจระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติก็คือ กระบวนการที่ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรหลักที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายเพื่อรองรับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเพื่อให้หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวสามารถมีผลบังคับใช้ได้กับประชาชนภายในรัฐ จึงต้องอาศัยวิธีการในการออกกฎหมายเพื่อเป็นการอนุวัติการตามความตกลงระหว่างประเทศที่ได้ทำขึ้นดังกล่าว

โดยเฉพาะอย่างยิ่งภายใต้หลักทวินิยม (Dualism) ซึ่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดวิธีการทำให้ความตกลงระหว่างประเทศมีผลใช้บังคับได้ภายในรัฐภาคีได้ด้วยการออกกฎหมายอนุวัติการเพื่อรองรับต่อความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว ดังที่ปรากฏหลักการดังกล่าวในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการออกพระราชบัญญัติรองรับความตกลงระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้น ด้วยเหตุดังกล่าวเป็นที่ประจักษ์ว่าฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีจุดเกาะเกี่ยวในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นไปตามหลักทวินิยมที่จำต้องอาศัยบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ เพื่อทำการเชื่อมกฎหมายระหว่างประเทศให้มีผลบังคับเป็นกฎหมายภายในด้วยการตรากฎหมาย ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงมีบทบาทร่วมกับฝ่ายบริหารในเรื่องการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยอาศัยหลักการพื้นฐานดังกล่าวเป็นฐานในการอรรถาธิบายเพื่อให้เห็นความสัมพันธ์ของการวางดุลอำนาจระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ

จากการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศรัฐธรรมนูญซึ่งได้กำหนดอำนาจและการใช้อำนาจของทั้งสององค์กรให้มีการใช้อำนาจผสานกันดังกล่าว ย่อมมีผลถึงการกำหนดบทบาทและหน้าที่ขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยตรง ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญได้กำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารให้เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ในขณะที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติให้มีอำนาจในการตรวจสอบและถ่วงดุลและมีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศร่วมกันฝ่ายบริหารได้ ส่วนฝ่ายตุลาการรัฐธรรมนูญได้กำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยปัญหาข้อขัดแย้งเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติภายใต้หลักการตรวจสอบและถ่วงดุล

กล่าวโดยสรุป การอรรถาธิบายบทบาทขององค์กรไม่ว่าจะในเชิงปฏิเสธหรือในเชิงสนับสนุนย่อมประจักษ์ว่า บทบาทขององค์กรเป็นฐานสำคัญที่นำไปสู่การวางบทบาทและอำนาจขององค์กรไว้ในกฎหมายภายในโดยสอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุล โดยเฉพาะการอรรถาธิบายและการให้เหตุผลสนับสนุนบทบาทขององค์กรหลักและองค์กรรองที่ควรเน้นความสำคัญอยู่ที่หลักการแบ่งแยกอำนาจในเชิงเนื้อหามากกว่าการอรรถาธิบายเฉพาะการแบ่งแยกในเชิงรูปแบบแต่เพียงเท่านั้น

Brown and Company, 1852), pp. 155, 248-249.; David F. Forte and Matthew Spalding, **The Heritage Guide to the Constitution**, 2nd ed. (Washington, D.C.: Regnery, 2014), p. 263.

ไม่อาจปฏิเสธได้เลยว่า ในปัจจุบันหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการตรวจสอบถ่วงดุลและหลักการมีส่วนร่วมภายใต้หลักประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม มีผลต่อการกำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ รวมถึงการวางดุลอำนาจในการใช้อำนาจอธิปไตยเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ทั้งของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการให้มีอำนาจหน้าที่และบทบาทที่แตกต่างกันทั้งในเชิงรูปแบบและสารัตถะของการใช้อำนาจอธิปไตย ความแตกต่างในการวางบทบาทและอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว ยังหมายความรวมไปถึงการวางบทบาทและอำนาจหน้าที่ซึ่งเกี่ยวกับกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศภายใต้กรอบของระบอบกฎหมายภายในรวมทั้งกระบวนการในการอนุวัติการความตกลงระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน หลักการดังกล่าวได้ปรากฏให้เห็นในรูปแบบของการวางดุลอำนาจให้ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่มีพันธกิจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารในการดำเนินนโยบายกับรัฐต่างประเทศได้โดยลำพัง ส่วนการมีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้นนั้น กลับเป็นกระบวนการภายหลังที่ขึ้นจากการใช้อำนาจขอฝ่ายบริหารที่ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาเกี่ยวข้องเฉพาะการให้ความเห็นชอบกับความตกลงระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นดังกล่าวเท่านั้น

2.2.2 หลักการและทฤษฎีกฎหมายเป็นฐานรองรับการใช้อำนาจขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ภายหลังจากที่ผู้เขียนได้พิสูจน์ถึงข้อค้นพบในการศึกษาเกี่ยวกับเรื่องบทบาทขององค์กรเป็นฐานการวางดุลอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจและตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดที่ผ่านมานั้น ประเด็นที่น่าสนใจในการศึกษาในเชิงหลักการต่อมาก็คือ มีแนวคิดเรื่องใดเป็นฐานสนับสนุนการวิเคราะห์การใช้อำนาจระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ และกรณีดังกล่าวมีหลักการและทฤษฎีกฎหมายในเรื่องใดบ้างที่เป็นฐานสนับสนุนการใช้อำนาจขององค์กรที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ทั้งนี้ ในการศึกษาผู้เขียนได้กำหนดประเด็นและมีข้อสังเกตในการวางประเด็นในการศึกษาหลักการของกฎหมายและวิธีการวิเคราะห์กฎหมายดังนี้

ประการแรก ผู้เขียนจะทำการศึกษาถึงบทบาทและอำนาจของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการก่อนว่า การใช้อำนาจดังกล่าวได้อาศัยฐานแนวคิดในเรื่อง “อำนาจประสาน” เป็นหลักการที่ใช้อรรถาธิบายการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ เพื่อเป็นฐานทางกฎหมายในการวิเคราะห์เนื้อหาโดยอิงกับหลักการเป็นสำคัญซึ่งจะต้องถูกนำไปใช้เป็นฐานสนับสนุนการวิเคราะห์ในบทที่ 3 และบทที่ 4

ประการที่สอง เพื่อเป็นการพิสูจน์ถึงข้อค้นพบในประเด็นเรื่องนี้ ผู้เขียนจะทำการแบ่งประเด็นการศึกษาและการนำเสนอข้อค้นพบของผู้เขียนเพื่อสนับสนุนบทบาทขององค์กรตามรัฐธรรมนูญว่า แต่ละองค์กรมีฐานทางกฎหมายเรื่องใดสนับสนุนการใช้อำนาจตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญบ้าง ซึ่งสามารถทำการแบ่งประเด็นการศึกษาออกเป็น 3 ประเด็นย่อยดังนี้

ประเด็นย่อยแรก ทฤษฎีตัวแทนรองรับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลัก

ประเด็นย่อยที่สอง หลักการตรวจสอบถ่วงดุลและการมีส่วนร่วมของรัฐสภารองรับการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรรอง

ประเด็นย่อยที่สาม หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลทำให้ฝ่ายตุลาการมีบทบาทในการตรวจสอบการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ

สำหรับประเด็นวิพากษ์หลักที่ใช้เป็นฐานการนำไปสู่การวิเคราะห์ที่สำคัญต่อไปก็คือ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการอาศัยฐานแนวคิดในเรื่องใดในฐานะที่เป็นหลักการซึ่งสามารถใช้อรรถาธิบายการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ผู้เขียนค้นพบว่า ในเชิงหลักการแล้วฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรรองที่ใช้อำนาจอธิปไตยเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งต้องสัมพันธ์กับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลัก คงไม่อาจปฏิเสธได้ว่ารัฐธรรมนูญกำหนดความเชื่อมโยงในการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารไว้ด้วยหลักการเรื่องของการใช้อำนาจอธิปไตย ด้วยฐานทางกฎหมายที่ผู้เขียนเรียกว่าเป็นการใช้ “อำนาจประสาน” (Ordination Power) ซึ่งนักกฎหมายบางท่านเรียกว่าการใช้อำนาจร่วมกัน (Co-Power)[60] ในขณะที่นักกฎหมายบางท่านเรียกว่า “อำนาจผสมผสานระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร” (Mixture of Executive and Legislative Power)[61]

แต่ประเด็นที่น่าสนใจคือ การที่รัฐธรรมนูญกำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยอาศัยฐานความคิดในเรื่องใดภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ระหว่างหลักการตรวจสอบถ่วงดุลการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หรือหลักการมีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศขององค์กรหลักและองค์กรรอง การพิสูจน์ถึงแนวคิดดังกล่าวจำต้องอาศัยการพิเคราะห์ทั้งในเชิงหลักการและในสารัตถะตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเพื่อแสดงถึงความเชื่อมโยงระหว่างอำนาจขององค์กรหลักและองค์กรรองเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

หากพิจารณาในเชิงหลักการ แนวคิดและทฤษฎีจะพบว่า การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศปรากฏให้เห็นได้ทั้งแนวคิดที่เป็นไปเพื่อการตรวจสอบและการถ่วงดุลการใช้อำนาจ และแนวคิดเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมขององค์กรและผู้มีส่วนได้เสียในฐานะที่เป็นการมีส่วนร่วมทางตรงโดยภาคประชาชน รวมทั้งการมีส่วนร่วมทางอ้อมที่ผ่านการดำเนินการโดยตัวแทนของภาคประชาน

นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า แนวคิดการเข้ามามีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น ตามหลักสากลอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวย่อมเป็นของฝ่ายบริหารโดยตรงโดยมิอาจปฏิเสธได้อยู่แล้ว ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่เพียงแต่เข้ามามีส่วนร่วม (Participate) พิจารณาในการทำสัญญาระหว่างประเทศเท่านั้น แต่พึงต้องเข้าใจด้วยว่าการเข้า

---

[60]พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, อาจารย์ประจำคณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2 ตุลาคม 2558, การสัมภาษณ์.

[61]Michael D. Ramsey, *op. cit.*; PUBLIUS (James Madison), *op. cit.*; Levi Woodbury, *op. cit.*; William Safran, *op. cit.*; David F. Forte and Matthew Spalding, *op. cit.*

มามีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว ฝ่ายนิติบัญญัติหาได้เข้ามามีบทบาทที่ดูประหนึ่งว่าเป็นการใช้อำนาจเพื่อทำการควบคุม (Control) หรือเพื่อทำการตรวจสอบหรือถ่วงดุล (Check and Balance) การใช้อำนาจขององค์การหลักแต่ประการใดไม่[62] แม้การเข้ามามีส่วนร่วมดังกล่าวจะเป็นการใช้อำนาจผ่านตัวแทนซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ แทนประชาชนในฐานะที่เป็นการเข้ามามีส่วนร่วมโดยเจ้าของอำนาจอธิปไตยโดยทางอ้อมก็ตาม

ในปัจจุบันคงมิอาจปฏิเสธการรับรู้ได้แต่ประการใดว่า แนวคิดการมีส่วนร่วมและหลักการดังกล่าวได้พัฒนาไปจนถึงการมีส่วนร่วมทางตรงของภาคประชาชน (Public Participation) ในการรับรู้ถึงผลที่จะเกิดขึ้นจากการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งอาจปรากฏได้ทั้งในการเข้าถึงและการรับรู้ข้อมูลการสร้างความผูกพันในพันธกรณีระหว่างประเทศที่ได้ดำเนินการโดยฝ่ายบริหาร[63] หรือแม้แต่การแสดงประชามติ (Referendum) หรือการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนที่จะมีการเข้าผูกพันในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว[64]

แต่กระนั้นก็ตาม แนวคิดในอีกมิติหนึ่งที่เป็น “แนวคิดกระแสหลัก” กลับเห็นว่าอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว ย่อมเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยเพื่อควบคุม (Control) ให้เกิดดุลภาพแห่งการใช้อำนาจ หรือเป็นไปเพื่อการตรวจสอบหรือถ่วงดุล (Check and Balance) การใช้อำนาจขององค์กรหลักเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ[65] ซึ่งแนวคิดเช่นว่านี้สอดคล้องต้องกันกับหลักการแบ่งแยกอำนาจที่เจ้าสำนักความคิดอย่างนักปราชญ์ชาวฝรั่งเศส มองเตสกิเออร์ (Montesquieu) ได้เสนอไว้เกี่ยวกับการวางดุลอำนาจอธิปไตยไว้กับสามองคาพยพ เพื่อการคานและสร้างสมดุลแห่งอำนาจในการใช้ที่แตกต่างกันด้วยบทบาทและอำนาจหน้าที่[66] การใช้อำนาจอธิปไตยที่ถูกแบ่งแยกดังกล่าวยังหมายความรวมไปถึงพันธกิจในเรื่องที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน ด้วยเหตุที่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทจำต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ ในขณะที่รัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารซึ่งมีพันธกิจในด้านการบริหารราชการแผ่นดินและการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นหลัก แต่ฝ่ายบริหารเองหาได้

---

[62]อรุณ ภาณุพงศ์, **หลักการตีความกฎหมายมหาชน**, หน้า 21.

[63]Benjamin Sukanjanajtee, Promoting ASEAN Economic Community through Greater Participation and Transparency in Treaty Making Procedures: Thailand’s Internal Process and ASEAN Rules of Procedure, In **Embracing the New Role of ALA after the ASEAN Charter 11th General Assembly 2012 ASEAN Law Association,** February 14-19, 2012, The Westin Resort, Nusa Dua, Bali, Indonesia, p. 8, Retrieved September 30, 2015 from http://www.aseanlawassociation.org/11GAdocs/workshop 4-thai.pdf

[64]Luzius Wildhaber, *op. cit.,* pp. 439-440.; Anne Twomey, **Federal Parliament 's Changing Role in Treaty Making and External Affairs** (Australia: Department of the Parliamentary Library, 2000), p. 26.

[65]Benjamin Sukanjanajtee, *op. cit*., p. 7.

[66]Montesquieu, Charles de Secondat, baron de., *op. cit.* quoted in Richard Benwell and Oonagh Gay, *op. cit.*, p. 1.; เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 265-266.

มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในมิติด้านการนิติบัญญัติโดยตรงแต่ประการใดไม่ ดังนั้น การทำหนังสือสัญญาบางประเภทเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติได้พิจารณาเสร็จสิ้นจนนำไปสู่การตกลงปรงใจที่จะให้ความเห็นชอบในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว หนังสือสัญญาระหว่างประเทศเช่นว่านั้นจึงดูประหนึ่งว่าได้ผ่านการตรวจสอบและอนุมัติโดยฝ่ายนิติบัญญัติไปแล้ว รัฐสภาในฐานะที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติก็ต้องออกกฎหมายอนุวัติการเพื่อให้เป็นไปตามความตกลงระหว่างประเทศที่รัฐบาลได้ดำเนินการมา[67]

อาจกล่าวได้ว่าแนวคิดกระแสหลักภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุลมีแนวคิดที่มีเจตนารมณ์ที่มิต้องการให้เกิดสภาวการณ์ที่เป็นการรวมศูนย์อำนาจไว้ที่องค์กรเดียว และเพื่อก่อให้เกิดการคานและการสร้างดุลอำนาจมิให้เป็นไปเพื่อการใช้อำนาจไปโดยมิชอบ (Abuse) อาจกล่าวได้ว่าแนวคิดดังกล่าวได้ส่งผ่านความคิดไปยังการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน

ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า การใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นองค์กรหลักที่มีการใช้อำนาจ ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติทำหน้าที่ควบคุมการใช้อำนาจที่มาจากหลักการตรวจสอบและถ่วงดุล และในขณะเดียวกันก็ปฏิเสธมิได้เลยว่าการใช้อำนาจดังกล่าวมาจากฐานแนวคิดในเรื่องการมีส่วนร่วมด้วยเช่นกัน นอกจากนั้นแล้ว การใช้อำนาจควบคุมและตรวจสอบดังกล่าวนี้พึงต้องเข้าใจตรงกันก่อนว่า มีฐานทางกฎหมายที่มาจากการใช้อำนาจที่ถูกกำหนดขึ้นเพื่อสร้างสมดุลหรือสร้างดุลภาพแห่งอำนาจให้เกิดขึ้น แต่การใช้อำนาจในการควบคุมและตรวจสอบในความหมายดังกล่าวนี้ หาได้เป็นการใช้อำนาจในฐานะที่เป็นองค์กรหนึ่งที่มีอำนาจหรือมีนิติฐานะที่อยู่เหนือกว่าองค์กรใดองค์กรหนึ่งแต่อย่างใดไม่

นอกจากนั้นแล้ว ข้อมูลเชิงประจักษ์ประการหนึ่งในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้งของประเทศไทยและแนวปฏิบัติสากลมักกำหนดให้ต้องมีการขอความเห็นชอบ (Approve) ซึ่งการขอความเห็นชอบจากองค์กรใดองค์กรหนึ่งดังกล่าว แม้จะดูประหนึ่งว่าการให้ความเห็นชอบจะต้องมีองค์กรใดองค์กรหนึ่งที่มีอำนาจเหนือกว่าและต้องมีอำนาจเหนือในลักษณะที่เป็นการอนุมัติตามข้อเสนอเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ โดยฝ่ายที่มีอำนาจที่จะให้ความเห็นชอบก็ยังสามารถสงวนไว้ซึ่งอำนาจที่จะให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบในเรื่องดังกล่าวได้ด้วยก็ตาม แต่การเสนอขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวนั้น ก็เป็นแต่เพียงขั้นตอนตามกฎหมายภายในซึ่งกำหนดการใช้อำนาจเพื่อทำการควบคุมและตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้หลักนิติรัฐนั้นเอง[68]

แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม แนวคิดในกฎหมายเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะมีแนวคิดที่มาจาก “การควบคุมตรวจสอบ” หรือแม้แต่ “การมีส่วนรวมขององค์กร” ตามระบอบกฎหมายภายในซึ่งกำหนดหลักการและแนวคิดไว้อย่างไรก็ตาม แต่การดำเนินการตามพันธกิจที่ได้รับมอบหมายเพื่อเข้ามาเกี่ยวข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการเข้ามาในขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งของการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ตาม การทำหนังสือสัญญา

---

[67]สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร, *เรื่องเดิม,* หน้า 226-227.

[68]บรรเจิด สิงคะเนติ, *เรื่องเดิม*, หน้า 23.

ระหว่างประเทศดังกล่าวจำต้องอาศัยหลักการพื้นฐานสำคัญคือ หลักการแบ่งแยกอำนาจดังจะเห็นได้จากฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจในการตรากฎหมายเพื่ออนุวัติการต่อความตกลงระหว่างประเทศบางประเภทได้ ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญและมีหน้าที่โดยตรงในการตรากฎหมาย จึงต้องเข้ามามีบทบาทต่อพันธกิจดังกล่าวอย่างหลีกเลี่ยงมิได้

อาจกล่าวได้ว่า การใช้อำนาจตามหลักการที่กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องเข้ามามีอำนาจในการพิจารณาจนนำไปสู่การให้ความเห็นชอบต่อการทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว เป็นไปตามหลักการในเรื่องการใช้อำนาจในการตรวจสอบและถ่วงดุลและการมีส่วนร่วมของรัฐสภา เนื่องจากความตกลงระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้นนั้น อาจมีข้อตกลงที่ขัดต่อบทบัญญัติใดบทบัญญัติหนึ่งตามระบอบกฎหมายภายใน หรือข้อตกลงดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลอันเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้โดยตรง[69]

แต่กระนั้นก็ตาม หนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทฝ่ายนิติบัญญัติเอง ก็หาได้เข้ามามีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการเข้ามาตรวจสอบถ่วงดุลและเข้ามามีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้แต่อย่างใดไม่ เหตุผลก็คือการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยลำพัง

หากพิจารณาถึงบทบาทขององค์กรตุลาการในการวินิจฉัยข้อขัดข้องในการชี้ขาดว่า หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ทำนั้นเป็นอำนาจเด็ดขาดของฝ่ายบริหารหรือเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยลำพังหรือไม่ หากไม่เป็นอำนาจเด็ดขาดหรือโดยลำพังของฝ่ายบริหารแล้ว การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวก็จำต้องได้รับการตรวจสอบและถ่วงดุลตามระบอบของกฎหมายภายในแต่ละรัฐโดยฝ่ายนิติบัญญัติ จะเห็นได้ว่าหลักการและบทบาทขององค์กรตุลาการในเรื่องดังกล่าวได้กำหนดไว้ด้วยเหตุผลพื้นฐานเพื่อป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบขององค์กรตามรัฐธรรมนูญมิให้อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งเท่านั้น เว้นแต่จะปรากฏว่าการทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยลำพัง และสามารถทำความตกลงระหว่างประเทศได้เองโดยตรง อาทิ การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวนั้นมีกฎหมายภายในรองรับอยู่แล้ว[70]

---

[69]แม้การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทจำต้องนำเข้าสู่การพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติก็ตาม แต่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้ทำนั้น โดย “หลักการ” แล้วก็หาจำต้องนำเข้าสู่การพิจารณาให้ความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติแต่อย่างใดไม่ อาทิ หนังสือสัญญาสันติภาพ หนังสือสัญญาสงบศึก หรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศอื่นใดที่หาได้มีบทอันเป็นการเปลี่ยนแปลงเขตแดนทางบก หรือเขตแดนทางทะเลที่ประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจเหนือเขตดักงล่าว หรือแม้แต่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศไทยหาจำต้องออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการก็ดี หรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่หาได้มีผลกระทบหรือก่อให้เกิดผลผูกพันต่อประเทศไทย เป็นต้น

[70]ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า กรณีที่ประเทศไทยมีกฎหมายภายในรองรับอยู่แล้วนั้น หาได้หมายความว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวไม่จำต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติแต่อย่างใด อีกทั้งขั้นตอนการให้ความเห็นชอบกับการออกกฎหมายอนุวัติการ นัยทางกฎหมายก็เป็นคนละประเด็นกัน กล่าวคือ แม้หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวจะมีกฎหมายภายในรอบรับอยู่

หรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวนั้นไม่มีบทบัญญัติใดบทบัญญัติหนึ่งที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยตรง เป็นต้น การที่ระบอบของกฎหมายภายในกำหนดให้องค์กรตุลาการทำหน้าที่ดังกล่าวนั้น ก็อาจกล่าวได้ว่าการใช้อำนาจดังกล่าวก็อยู่ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักการตรวจสอบถ่วงดุลการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน

อนึ่ง หลังจากที่ผู้เขียนได้พิสูจน์ถึงข้อค้นพบในการศึกษาเกี่ยวกับเรื่องแนวคิดเรื่อง “อำนาจประสาน” “การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจ” ซึ่งอยู่ในมิติของหลักการตรวจสอบถ่วงดุล และ “การมีส่วนร่วมขององค์กรและประชาชน” ในมิติของหลักประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมในฐานะที่เป็นฐานสนับสนุนการวิเคราะห์การใช้อำนาจระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ผ่านมานั้น ประเด็นที่น่าสนใจในการศึกษาในเชิงหลักการต่อมาก็คือ มีหลักการและทฤษฎีกฎหมายในเรื่องใดบ้างที่สนับสนุนการใช้อำนาจขององค์กรที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

เพื่อชี้ให้เห็นฐานทางกฎหมายที่สนับสนุนการใช้อำนาจขององค์กรดังกล่าว ผู้เขียนได้ทำการแบ่งประเด็นการศึกษาและการนำเสนอข้อค้นพบของผู้เขียนออกเป็น 3 ประการ ดังที่ปรากฏในอรัมภบทของหัวข้อนี้เบื้องต้นแล้วดังนี้

ประการแรก ทฤษฎีตัวแทนรองรับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลัก

ประการที่สอง หลักการตรวจสอบถ่วงดุลและการมีส่วนร่วมของรัฐสภารองรับการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรรอง

ประการที่สาม หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลทำให้ฝ่ายตุลาการมีบทบาทในการตรวจสอบการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ

2.2.2.1 ทฤษฎีตัวแทนรองรับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลัก

ประเด็นคำถามที่เกิดขึ้นจนนำไปสู่การพิสูจน์ฐานทางกฎหมายที่สนับสนุนการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารก็คือ ทฤษฎีกฎหมายและเหตุผลในเรื่องใดที่ใช้เป็นฐานรองรับและการพิสูจน์ถึงการใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

จากการศึกษาผู้เขียนค้นพบว่า การใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหารอาศัยเหตุผล 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก เหตุผลทางทฤษฎีกฎหมาย ประการที่สอง เหตุผลจากการพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ประการแรก ด้วยเหตุผลสนับสนุนในด้านทฤษฎีกฎหมาย “ทฤษฎีตัวแทน” (Principle-Agent Theory[71] หรือ Mandate Theory[72]) ได้ถูกใช้ในการอรรถาธิบายเกี่ยวกับบทบาท

แล้วก็ตาม แต่หากการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวก่อให้เกิดข้อผลผูกพันต่อการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างมีนัยสำคัญก็ดี หรือหนังสือสัญญาดังกล่าวมีผลกระทบเศรษฐกิจสังคมอย่างกว้างขวางก็ดี หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวก็จำต้องได้รับการพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเช่นกัน; สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร, *เรื่องเดิม,* หน้า 227.

[71]Laurence R. Helfer and Timothy Meyer, *op. cit*.

[72]ประสิทธิ์ เอกบุตร, *เรื่องเดิม*, หน้า 101.

และอำนาจหน้าที่ในฐานะที่เป็นผู้แทนรัฐ (State Representative) ของฝ่ายบริหารที่ซึ่งมีความสามารถ (Capacity) และมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการดำเนินนโยบายและการเจริญความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในนามของรัฐ รวมทั้งมีอำนาจในการก่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศกับรัฐต่างประเทศหรือองค์กรระหว่างประเทศ

นอกจากการใช้ทฤษฎีกฎหมายเพื่ออธิบายถึงความสามารถของรัฐแล้ว ทฤษฎีตัวแทนยังได้ถูกใช้ในการอรรถาธิบายเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐ (State Responsibility) จากการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐหรือแม้แต่การใช้อำนาจหน้าที่หรือการกระทำต่าง ๆ โดยองค์กรของรัฐ[73] ตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน

ประการที่สอง จากการศึกษาข้อมูลทางประวัติศาสตร์ก็พบว่า ความตกลงระหว่างประเทศที่ปรากฏในการทำสนธิสัญญามีปรากฏให้เห็นว่าได้มีการทำความตกลงตั้งแต่ในยุคก่อนปีคริสต์ศักราชจวบจนกระทั่งในถึงยุคปัจจุบัน ความตกลงระหว่างประเทศที่มีหลักฐานหลงเหลือในปัจจุบันในยุคเริ่มแรกมีหลากหลายตัวอย่างในเชิงประจักษ์ อาทิ สนธิสัญญารามเสส-ฮัททูซิลี (Ramses-Hattusili Treaty) ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาสันติภาพและสงบศึก (Good Peace and a Good Fraternity) โดยสนธิสัญญาฉบับนี้ได้มีการทำขึ้นในปีที่ 21 ของเดือนแรกในช่วงฤดูกาลที่สองวันที่ 21 ซึ่งเป็นช่วงระยะเวลาราวปี 1280-1283 ก่อนปีคริสต์ศักราช ระหว่างฟาโรห์ราเมสที่ 2 (Reamasesa-Mai-Amana) แห่งอียิปต์ (The Land of Egypt) และกษัตริย์ฮัททูซิลีที่ 3 (Hattusili) แห่งฮิตไทต์ (The Land of Hatti)[74] เป็นต้น

เป็นที่ประจักษ์ว่า ในการเจริญความสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศเป็นการดำเนินการผ่านผู้แทนทางการทูตในฐานะที่เป็นตัวแทนของสถาบันพระมหากษัตริย์ (Crown) เพื่อติดต่อและเจริญพระราชไมตรี รวมไปถึงการทำความตกลงระหว่างประเทศ[75] แม้แต่ประเทศไทยเองก็ปรากฏให้เห็นเป็นข้อมูลเชิงประจักษ์และหลักฐานทางประวัติศาสตร์ของการทำความตกลงระหว่างประเทศโดย

---

[73]Alina Kaczorowska, **Public International Law**, 4th ed. (Oxon: Routledge, 2010), p. 149.; ประสิทธิ์ เอกบุตร, **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่มที่ 2 รัฐ**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554), หน้า 117; จตุรนต์ ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 208.

[74]André Dollinger, **The Peace Treaty between Ramses II and Hattusili III (January 2010)**, para. 1-2, Retrieved March 19, 2015 from http://www.reshafim.org.il/ad/egypt/ramses-hattusili-treaty.htm

[75]ในสมัยสมเด็จพระนารายณ์มหาราชได้มีการทำสนธิสัญญาทำขึ้นที่เมืองลพบุรีเมื่อวันที่ 11 ธันวาคม พุทธศักราช 2330 ระหว่างลาลูแบร์ (Monsieur Simon de La Loubère) อุปทูตฝรั่งเศสกับผู้แทนฝ่ายสยามคือ ออกญาพระเสด็จสุเรนทราธิบดีศรีศุปราชพิริยพาหุและพระศรีพิพัฒน์ราชโกษาเกี่ยวกับการได้รับอนุญาตให้ตั้งคลังสินค้าและได้รับการผูกขาดการค้าดีบุกในแผ่นดินสยามไทย; ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร, **สนธิสัญญาไทย-ฝรั่งเศส สมัยสมเด็จพระนารายณ์ฯ**, ย่อหน้าที่ 1-2, ค้นวันที่ 19 มีนาคม 2557 จาก http://www.sac.or.th/databases/inscriptions/inscribe_detail.php?id=1204

คณะผู้แทนทางการทูตด้วยเช่นกัน อาทิ สนธิสัญญาเบอร์นี่ (Burney Treaty)[76] สนธิสัญญาโรเบิร์ต (Roberts Treaty)[77] สนธิสัญญาเบาริง (Bowring Treaty)[78] เป็นต้น ประกอบกับแนวคิดในการทำสนธิสัญญาเริ่มต้นจากพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ (The Exclusive Prerogative of States) ในฐานะที่เป็นผู้มีอำนาจสูงสุดภายในรัฐ (Absolute Power of the Sovereign) แนวคิดดังกล่าวได้รับการยอมรับและการสนับสนุนในการใช้อำนาจที่มาจากแนวคิดดังกล่าวทั้งนักปรัชญาและนักกฎหมายตั้งแต่ในยุคเริ่มแรก[79] ด้วยเหตุผลในเชิงประวัติศาสตร์ทำให้เห็นได้ว่าสถาบันกษัตริย์ซึ่งมีอำนาจในทางบริหาร เป็นผู้มีอำนาจทำการแทนรัฐในการดำเนินนโยบายและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศแทนผู้มีอำนาจสูงสุดภายในรัฏฐาธิปัตย์ ซึ่งมักเป็นการดำเนินการโดยผู้แทนทางการทูตในฐานะที่เป็นตัวแทนของผู้มีอำนาจสูงสุดภายในรัฐ[80]

---

[76]สนธิสัญญาเบอร์นี่ (Burney Treaty) ได้ทำขึ้นเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน พุทธศักราช 2369 หรือเมื่อปีคริสต์ศักราชที่ 1826; Kobkua Suwannathat-pian, **The 1902 Siamese-Kilant an Treaty: An End to The Traditional Relations,** pp. 95-96, Retrieved March 19, 2015 from http://www.siamese-eritage.org/jsspdf/1981/JSS_072_0g_KobkuaSuwannathatPian_1903SiameseKelantanTreaty.pdf

[77]หลังจากที่มีการทำสนธิสัญญาเบอร์นี่ (Burney Treaty) ได้ 7 ปี ได้มีการทำสนธิสัญญาระหว่างสยามและประเทศสหรัฐอเมริกาที่รู้จักชื่อสนธิสัญญาโรเบิร์ต (Roberts Treaty) หรือสนธิสัญญาทางพระราชไมตรีและการค้า (Treaty of Amity and Commerce) อันเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่ถูกทำขึ้นเมื่อปีคริสต์ศักราชที่ 1833 หรือเมื่อปีพุทธศักราช 2376; Smithsonian Institution, **Gallery 1a A Historical Perspective on Gifts to the United States of America*:* The Treaty of Amity and Commerce, 1833**, para. 4, Retrieved March 19, 2015 from http://www.mnh.si.edu/treasures/frame_exhibit_gallery1_main.htm

[78]ความตกลงระหว่างประเทศที่มีกล่าวถึงในเชิงประวัติศาสตร์ของประเทศไทยที่สำคัญก็คือสนธิสัญญาเบาริง (Bowring Treaty หรือ Treaty of Friendship and Commerce) ซึ่งถูกทำขึ้นเมื่อวันที่ 18 เมษายน พุทธศักราช 2398 หรือปีคริสต์ศักราชที่ 1855 ระหว่างสหราชอาณาจักรและสยามเพื่อเปิดเสรีการค้าระหว่างคู่สัญญา; Ministry of Foreign Affairs, **Threats to National Independence 1886-1896**, para. 3, Retrieved March 19, 2014 from http://www.mfa.go.th/main/en/organize/1085/19296-Threats-to-National-Independence-:-1886---1896.html; Smithsonian Institution, **1b Harris Treaty of 1856**, para. 3, Retrieved March 19, 2015 from http://www.mnh.si.edu/treasures/frame_exhibit_gallery1b_main.htm

[79]J. P. Dobbert and Jean Carroz, *op. cit.*, para. 3.

[80]Ministry of Foreign Affairs, **Diplomatic History of Thailand: The Beginning of Relations with European Nations and Japan**, **The Netherland**, para. 3, Retrieved March 19, 2015 from http://www.mfa.go.th/main/en/organize/1085/19294-The-Beginning-of-Relations-with-European-Nations-a.html

2.2.2.2 หลักการตรวจสอบถ่วงดุลและการมีส่วนร่วมของรัฐสภารองรับการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรรอง

ประเด็นสำคัญต่อมาก็คือ เหตุใดฝ่ายนิติบัญญัติจึงมีบทบาทสำคัญและมีความจำเป็นที่จะต้องเป็นองค์กรที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการให้ความเห็นชอบกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ และการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวมีหลักการในเรื่องใดที่รองรับการใช้อำนาจดังกล่าวในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

จากการศึกษาผู้เขียนค้นพบว่า หลักการตรวจสอบถ่วงดุลและการมีส่วนร่วมของรัฐสภาเป็นฐานทางกฎหมายที่รองรับการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ในฐานะที่เป็นองค์กรรองเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ด้วยเหตุที่หลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจระหว่างองค์กรเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่ง

นอกจากหลักการดังกล่าวแล้ว ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศยังอยู่ภายใต้ “หลักการมีส่วนร่วมของรัฐสภา” (Principle of Parliamentary Participation) ในกระบวนการที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หลักการมีส่วนร่วมของรัฐสภามีความแตกต่างไปจาก “หลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา” (Supremacy of Parliament or Principle of Parliament Sovereignty) ที่เน้นอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภาทั้งในการตรากฎหมาย การแก้ไขกฎหมาย รวมถึงการจำกัดอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาล[81] ในขณะที่หลักการมีส่วนร่วมของรัฐสภามุ่งเน้นการใช้อำนาจร่วมกับองค์กรอื่นภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจเพื่อตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการใช้อำนาจเพื่อดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ด้วยเหตุที่การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิของประชาชน และมีผลสำคัญต่อประโยชน์ของรัฐโดยตรง และเพื่อมิให้ก่อให้เกิดการใช้อำนาจโดยมิชอบของฝ่ายบริหารจนนำไปสู่ความเสียหายต่อผลประโยชน์ของชาติและประชาชน รัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องมีบทบาทร่วมกับฝ่ายบริหารภายใต้หลักหลักการมีส่วนร่วมของรัฐสภา เพื่อสร้างดุลอำนาจในการใช้อำนาจในกิจการด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ[82]

---

[81]Albert Dicey, **Introduction to the Study of the Law of the Constitution** (N.p.: n.p., 1885) quoted in Bethel Erastus-Obilo, **Reason Curve, Jury Competence, and the English Criminal Justice System: The Case for A 21st Century Approach** (Florida: Universal Publisher, 2009), p. 38.

[82]Velma Newton, Ensuring Adequate Parliamentary Scrutiny of Foreign and Commonwealth Affairs, In **Paper Prepared for Presentation to the 32nd Small Branches Conference of the 58th Commonwealth Parliamentary Association Meeting**, Colombo, Sri Lanka, September 9-10, 2012, p. 14, Retrieved March 19, 2015 from http://www. cpahq.org/cpahq/cpadocs/VelmaNewtonCPAPaperonparlscrutiny.pdf; Winston Anderson, MEAs Implementation in the Caribbean**:** Report and Guidelines, **United Nations Environment Programme (UNEP), 12th Forum of Ministers of the Environment**

หลักการมีส่วนร่วมของรัฐสภานี้จากการศึกษาพบว่า เป็นหลักการที่ปรากฏให้เห็นเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญกำหนดหลักการมีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่า ประธานาธิบดีจะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของวุฒิสมาชิก[83] นอกจากนั้น หลักการดังกล่าวปรากฏให้เห็นได้ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ อย่างแพร่หลายที่ถูกกำหนดไว้ในเชิงหลักการเกี่ยวกับการรับรองหลักการมีส่วนร่วมของรัฐสภาในรัฐธรรมนูญของตน[84]

ในปัจจุบันหลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับเกี่ยวกับการใช้อำนาจของรัฐสภาในการมีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศอย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสหภาพยุโรป[85] หลักการมีส่วนร่วมของรัฐสภาดังกล่าวทำให้บทบาทของรัฐสภาไม่เพียงแต่มีการใช้อำนาจในการให้ความเห็นชอบกับความตกลงระหว่างประเทศหรือเป็นเพียงแค่การใช้อำนาจในการผ่านกฎหมาย (Pass Legislation) เท่านั้น แต่การใช้อำนาจดังกล่าวยังหมายความรวมไปถึงการใช้อำนาจ

---

of Latin America and the Caribbean, Bridgetown, Barbados, March 2-7, 2000, p. 14, Retrieved March 19, 2015 from http://www.pnuma.org/forodeministros/12-barbados/bbexb07i-MEAs ImplementationintheCaribbean.doc

[83]Section 2 of Article II of United States Constitution; National Commission to Review the Working of the Constitution, Law Commission of India, **A Consultation Paper on Treaty-Making Power under Our Constitution**, p. 871, Retrieved August 28, 2015 from http://lawmin.nic.in/ncrwc/finalreport/v2b2-3.htm

[84]Article 59 (2) of Representation in International Relations of Germany Constitution; Article 53 (1) of Important Treaties of Title VI Treaties and International Agreements of France Constitution; Article 60 (1) (2) of Treaties, Foreign Affairs of Section 1 The President of Chapter IV The Executive of South Korea Constitution; Article 167 (2) of title IV International Relations of Belgium Constitution 1970; Article 61 of Approving Treaties of Japan Constitution 1947; Article 49, I of Exclusive Functions of Brazil Constitution 1988; Article 166 (2) Foreign Relations and International Treaties of the Swiss Constitution of 2000; Articles 89 of Constitution of the People Republic of China 2004; Section 51 (xxix) of Legislative Competencies of Australia Constitution 1901 etc.

[85]Arthur Henry Robertson, “Organs of A Parliamentary Character,” In **Collected Courses 1957 of the Hague Academy of International Law** Volume 91 (Maubeuge, France: Triangle Bleu., 1996), p. 178.; Rudolf L. Bindschedler et al., eds., **Regional Cooperation, Organizations and Problems: Council of Europe** (Amsterdam: Elsevier Science Publishers B.V., 1983), p. 87.

ในการให้คำแนะนำเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ (Advise)[86] ซึ่งเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับการใช้อำนาจของวุฒิสภาในการให้คำแนะนำและความยินยอม (Advise and Consent) ด้วยเช่นกัน[87]

ความสำคัญในเชิงหลักการดังกล่าวแม้แต่ประเทศเยอรมันในอดีตยังได้ถูกศึกษาและนำเสนอเป็นข้อเสนอแนะในการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้มีความชัดเจนไม่เพียงแต่การให้อำนาจกับศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยชี้ขาดหลักการดังกล่าวแต่เพียงอย่างเดียวไม่[88] แม้แต่ประเทศในแถบหมู่เกาะทะเลคาริบเบียนยังได้มีการศึกษาถึงการใช้อำนาจของรัฐสภาจนนำไปสู่การทำข้อเสนอแนะในการแก้ไขเพิ่มเติมในรัฐธรรมนูญ (Caribbean Constitutions) ในการกำหนดหลักการดังกล่าวเข้าไปด้วยเช่นกัน[89]

2.2.2.3 หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลทำให้ฝ่ายตุลาการมีบทบาทในการตรวจสอบการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ

ประเด็นการศึกษาต่อที่น่าสนใจก็คือ ฐานทางกฎหมายใดที่รองรับการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการในการใช้อำนาจเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารในเรื่องที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

จากการศึกษาผู้เขียนค้นพบว่า ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจได้นำไปสู่การใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการภายใต้หลักการตรวจสอบและถ่วงดุล ซึ่งทำให้ฝ่ายตุลาการมีบทบาทในฐานะที่เป็นองค์กรหลักในการตรวจสอบการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ[90] ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจในทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หรือ

---

[86]Ronald Tiersky and Erik Jones, **Europe Today: A Twenty-first Century Introduction,** 5th ed. (Maryland: Rowman and Littlefield, 2015), p. 298.

[87] Section 2 of Article II of United States Constitution; National Commission to Review the Working of the Constitution, Law Commission of India, *op. cit.*, p. 871.; International Legal Research Tutorial, **U.S. Treaties & Agreements-The Process**, para. 1-2, Retrieved August 28, 2015 from https://law.duke.edu/ilrt/treaties_3.htm

[88]Dieter Wiefelspütz, "Der wehrverfassungsrecht-liche Parlamentsvorbehalt," In **Humboldt Forum Recht** no. 16 (N.p.: n.p., 2010), pp. 230-249 quoted in Ekkehard Brose, **When Germany Sends Troops Abroad: The Case for a Limited Reform of the Parliamentary Participation Act** (Berlin: Stiftung Wissenschaft und Politik, German Institute for International and Security Affairs, 2013), p. 12, Retrieved March 19, 2015 from https://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/research_ papers/2013 _RP09_bre.pdf

[89]Winston Anderson, *op. cit.*, p. 14.

[90]Stephen Haas, **Judicial Review**, para. 3, 5, Retrieved March 19, 2015 from http://juris.nationalparalegal.edu/(X(1)S(wwbvsi5iswopllt1bfpzfkjd))/JudicialReview.aspx

แม้แต่ด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม แต่การใช้อำนาจดังกล่าวจะอยู่ภายใต้เขตอำนาจขององค์กรตุลาการใดนั้น ขึ้นอยู่กับประเภทและลักษณะการใช้อำนาจขององค์กร

เป็นที่น่าสังเกตว่า การใช้อำนาจตรวจสอบและถ่วงดุลโดยฝ่ายตุลาการเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศสำหรับประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่นั้น ประเด็นที่ควรทำความเข้าใจในเบื้องต้นก็คือ ฐานการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติมีที่มาจากการใช้อำนาจทางการเมืองหรือการใช้อำนาจทางกฎหมาย หากเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญ องค์กรตุลาการที่ใช้อำนาจก็ควรเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อาทิ ตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญ แต่หากเป็นการใช้อำนาจทางกฎหมายแล้ว องค์กรตุลาการที่ใช้อำนาจก็ควรเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมาย อาทิ ศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง[91] ในทางกลับกันหากเป็นประเทศที่ใช้ระบบศาลเดียวอำนาจศาลที่เข้ามาเกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจทางกฎหมายหรือการเมืองก็อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมทั้งสิ้น[92]

แต่กระนั้นก็ตาม แม้หลักการทั่วไปจะกำหนดให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารได้ก็ตาม แต่จากการศึกษาพบว่าการกำหนดให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศยังมีความแตกต่างกันในแต่ละรัฐ ซึ่งเป็นไปตามหลักอำนาจอธิปไตยภายในของแต่ละรัฐในการกำหนดหลักการดังกล่าวไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อมูลเชิงประจักษ์ที่ได้จากการศึกษาหลักการในรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศเกี่ยวกับการกำหนดอำนาจของฝ่ายตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น ผู้เขียนพบว่ารัฐธรรมนูญได้รับรองและกำหนดอำนาจการตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยฝ่ายตุลาการไว้เป็นการเฉพาะนั้น นอกจากจะมีการรับรองการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการไว้เป็นการแน่นอนชัดเจนน้อยมากแล้ว ก็ยังมีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศด้วยเช่นกัน[93]

---

[91]René Chapus, **Droit administratif general Tome 1**, 14 édtion (N.p.: Montchrestien, 2000), p. 137 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, วรกร โอภาสนันท์ และอารยา สุขสม, **รายงานศึกษาฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน** (รายงานการวิจัย เสนอต่อสถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา, 2553), หน้า 185.

[92]Geoffrey Samuel, **A Short Introduction to the Common Law** (UK: Edward Elgar, 2013), p. 39.

[93]สาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดให้เป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ในขณะที่สหราชอาณาจักรศาลสูงได้วางหลักไว้ว่าเป็นอำนาจเฉพาะของฝ่ายบริหาร องค์กรตุลาการไม่มีอำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าว ในขณะที่รัฐธรรมนูญของประเทศเนเธอร์แลนด์กลับกำหนดไว้เป็นหลักการโดยห้ามมิให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดหรือทำการมิใช้ตัดสินความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือความตกลงระหว่างประเทศได้แต่อย่างใด แต่กระนั้นก็ตาม รัฐธรรมนูญของบางประเทศ อาทิ รัฐธรรมนูญของประเทศโคลอมเบียซึ่งกำหนดไว้เป็นหลักการในรัฐธรรมนูญว่าการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือความตกลงระหว่างประเทศจะต้องให้มีการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการทำความตกลงระหว่างประเทศ

อนึ่ง แม้รัฐธรรมนูญโดยส่วนใหญ่ของแต่ละประเทศจะมิได้รับรองการใช้อำนาจไว้โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องการตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้โดยตรงก็ตาม แต่ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุล ก็คงมิอาจปฏิเสธได้ว่าในเชิงหลักการแล้วฝ่ายตุลาการย่อมมีเขตอำนาจในการตรวจสอบต่อกรณีดังกล่าวได้แน่นอน เพียงแต่การรับรองการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายตุลาการย่อมขึ้นอยู่กับเจตจำนงของรัฐที่จะรับรองและกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญตามหลักอำนาจอธิปไตยและการกำหนดกฎหมายภายในไว้เป็นการเฉพาะของตนหรือไม่

กล่าวโดยสรุป จากการศึกษาถึงประเด็นใหญ่เกี่ยวกับหลักการและทฤษฎีกฎหมายเป็นฐานรองรับการใช้อำนาจขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจนั้น ผู้เขียนพบว่าไม่ว่าจะเป็นทฤษฎีตัวแทนก็ดี หรือแม้แต่ด้วยเหตุผลทางประวัติศาสตร์ในฐานะที่เป็นที่มาของหลักการก็ดี ต่างเป็นฐานและเหตุผลทางกฎหมายซึ่งรองรับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักอย่างแท้จริง ส่วนฝ่ายนิติบัญญัตินั้นหลักการตรวจสอบถ่วงดุลและการมีส่วนร่วมของรัฐสภาเป็นฐานและเหตุผลทางกฎหมายที่รองรับการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรรอง ในขณะที่หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลทำให้ฝ่ายตุลาการมีบทบาทในการตรวจสอบการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ โดยองค์กรตุลาการเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งก็อยู่ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุลเฉกเช่นฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเช่นกัน

แต่กระนั้นก็ตาม การที่องค์กรตุลาการที่จะมีเขตอำนาจเหนือคดีต้องพิจารณาจากฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นว่า มีฐานการใช้อำนาจที่มาจากการใช้อำนาจทางกฎหมายหรือมาจากการใช้อำนาจทางการเมือง หลักการดังกล่าวจึงเป็นหลักการที่สำคัญที่จะใช้ในการพิเคราะห์เพื่อกำหนดองค์กร และการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการได้อย่างถูกต้องเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาและพิเคราะห์ในเชิงหลักการในหัวข้อถัดไป

2.2.3 การใช้อำนาจทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีที่มาจากการใช้อำนาจทางการเมืองมิใช่การใช้อำนาจทางกฎหมาย

เพื่อก่อให้เกิดความเข้าใจในเชิงหลักการที่ถูกต้องสำหรับเป็นฐานการวิเคราะห์ทางกฎหมายต่อไป โดยเฉพาะในเรื่องของการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดการขัดแย้งในเชิงการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการนั้น ซึ่งผู้เขียนค้นพบว่าการใช้อำนาจทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีที่มาจากการใช้อำนาจทางการเมือง มิใช่การใช้อำนาจทางกฎหมาย ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตและข้อค้นพบในเชิงหลักการดังนี้

ดังกล่าวก่อนทุกครั้งที่จะมีการลงนามในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเช่นว่านั้น ส่วนรัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรเลียกำหนดให้ศาลสูงมีอำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจในการดำเนินการดังกล่าว โปรดดูบทที่ 3 ข้อ 3.1.4 บทสรุปการศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสและแนวปฏิบัติในเชิงรูปแบบของรัฐต่างประเทศอื่น หน้า 141

ประการแรก การใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีฐานที่มาจากการใช้อำนาจทางการเมือง

ประการที่สอง การปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีฐานที่มาจากการใช้อำนาจทางกฎหมาย

จากการศึกษาพบว่า การใช้อำนาจในมิติของกฎหมายมหาชนในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญกำหนดไว้มี 2 องค์กรที่จะเข้าเกี่ยวข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ได้แก่ ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนฝ่ายตุลาการเป็นองค์กรในลักษณะตรวจสอบการใช้อำนาจและการขัดกันแห่งอำนาจในการหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเท่านั้น เป็นที่ประจักษ์ว่า องค์กรตุลาการหาได้เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชนในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้วยแต่อย่างใดไม่

การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น ประเด็นที่จำต้องทำการพิจารณามีว่า การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ และการใช้อำนาจเพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีฐานที่มาจาก “การใช้อำนาจทางการเมือง” หรือ “การใช้อำนาจทางกฎหมาย” และการใช้อำนาจดังกล่าวมีนิติฐานะเป็น “การกระทำทางปกครอง” หรือเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” เนื่องจากการใช้อำนาจดังกล่าวหากมีลักษณะที่เป็นการการกระทำทางปกครองก็ดี หรือการกระทำทางรัฐบาลก็ดี ย่อมมีความแตกต่างกันในเรื่องขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญนั้นจะเป็นของศาลใดระหว่างศาลปกครอง ศาลยุติธรรม หรือศาลรัฐธรรมนูญ

การใช้อำนาจใน “การทำ” (Conclude) ความตกลงระหว่างประเทศมี “ฐานอำนาจที่มาจากรัฐธรรมนูญ” กำหนดการใช้อำนาจเพื่อสร้างความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การใช้อำนาจดังกล่าวจึงเป็น “การใช้อำนาจทางการเมือง” (Political Power) แม้กรณีดังกล่าวจะดูประหนึ่งว่ารัฐธรรมนูญมีนิติฐานะเป็นกฎหมายมหาชนก็ตาม แต่โดยเนื้อแท้แล้วรัฐธรรมนูญเป็นการกำหนดฐานอำนาจที่มาจากบริบทด้านการเมืองทั้งภายในและระหว่างประเทศ

ด้วยเหตุที่บทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่เกี่ยวกับพันธกิจในการทำความตกลงระหว่างประเทศตามกรอบกฎหมายภายในได้ปรากฏในลักษณะที่ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในมิติของการเจริญความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยตรง ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของการใช้ “อำนาจทางการเมือง” ในการบริหารราชการแผ่นดินประการหนึ่งที่มาจากการกำหนดนโยบายและการดำเนินความสัมพันธ์กับรัฐหรือองค์กรระหว่างประเทศ ดังจะเห็นได้จากการศึกษาที่ผ่านมาเกี่ยวกับ “แนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจในการทำหนังสือสัญญา” ยังสามารถอรรถาธิบายด้วยทฤษฎีและฐานทางกฎหมายที่รองรับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารก็คือ “การใช้อำนาจทางการเมือง” มิใช่การใช้ “อำนาจทางกฎหมาย” ของรัฐบาล

ในการดำเนินนโยบายความสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศมีฐานมาจาก “การใช้อำนาจทางการเมือง” ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งเป็นการใช้อำนาจภายใต้ “ทฤษฎีตัวแทน”[94] สำหรับการใช้

---

[94]Laurence R. Helfer and Timothy Meyer, *op. cit.*; ประสิทธิ์ เอกบุตร, **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา**, หน้า 101.

อำนาจทางบริหารและสร้างความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ในทางกฎหมายระหว่างประเทศยังเรียกการใช้อำนาจในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (Foreign Act) และดำเนินการใด ๆ อันนำไปสู่ผลผูกพันในระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศเช่นว่านี้ว่าเป็น “การกระทำของรัฐ” (Act of State)[95] ในขณะที่นักกฎหมายมหาชนกลับเรียกขานการใช้อำนาจดังกล่าวว่าเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” (Act of Government) [96]

ในเชิงหลักการแล้วการใช้ “อำนาจทางการเมือง” ในการทำหนังสือสัญญา ซึ่งมีนิติฐานะเป็น “การกระทำของรัฐ”[97] ดังกล่าวนี้ได้ถูกอรรถาธิบายในลักษณะที่เป็นการกระทำอันเป็นการแสดงออกซึ่งอำนาจอธิปไตยของรัฐไม่ว่าจะเป็นในการนิติบัญญัติ การบริหารและการตุลาการก็ตาม[98] โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่เป็นการกระทำใด ๆ ของรัฐนำไปสู่ผลผูกพันในระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ฐานการใช้อำนาจและความผูกพันต่างก็เป็นเรื่องที่มาจากการดำเนินนโยบายและกลยุทธ์ในทางการเมืองระหว่างประเทศทั้งสิ้น ในขณะที่ “การกระทำของรัฐบาล” ได้ถูกอรรถาธิบายว่า การที่รัฐในฐานะที่เป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศต้องการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้หรือไม่นั้น จำต้องอาศัยกำลังขับเคลื่อนโดยองคาพยพหนึ่งซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญในความเป็นรัฐซึ่งก็คือรัฐบาล รัฐบาลจึงทำหน้าที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ในการบริหารรัฐกิจ กำหนดนโยบาย รวมทั้งการนำนโยบายไปปฏิบัติให้เกิดเป็นรูปธรรมทั้งในมิติของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ การกระทำทางรัฐบาลในทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจทางการเมืองจึงมีหลายลักษณะ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในทางนิติบัญญัติ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับฝ่ายนิติบัญญัติ หรือแม้แต่การกระทำทางรัฐบาลที่เป็นงานด้านนโยบายด้านการ

---

[95]Clifford Michael Greene, “A New Approach to the Act of State Doctrine: Turning Exceptions into the Rule,” **Cornell International Law Journal** 8, 2 (May 1975): 274-275, Retrieved September 2, 2016 from http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol8/iss2/8

[96]วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551 (เขาพระวิหาร),” **Public Law Net** (ตุลาคม 2551): 1, ค้นวันที่ 5 ตุลาคม 2558 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1292

[97]การกระทำของรัฐยังอาจเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐหรือการกระทำหลายฝ่ายของรัฐได้เช่นกัน ซึ่งการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐใดรัฐหนึ่งอันเป็นวิธีการอย่างหนึ่งในการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของรัฐในฐานะที่เป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อดำเนินความสัมพันธ์ต่อประชาคมโลกไม่ว่าจะเป็นรัฐอื่นหรือแม้แต่องค์กรระหว่างประเทศก็ตาม และไม่ว่าจะมีผู้รับการแสดงเจตนาเช่นว่านั้นหรือไม่ก็ตาม อาทิ แถลงการณ์ ประกาศ สารแจ้งให้ทราบ เป็นต้น ในขณะที่การกระทำหลายฝ่ายของรัฐเป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของรัฐใดรัฐใดรัฐหนึ่งเพื่อสร้างและผูกนิติสัมพันธ์ภายใต้กรอบแห่งกฎหมายระหว่างประเทศร่วมกันกับรัฐอื่น อาทิ การเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาหรือความตกลงร่วมกันในกรอบความร่วมมืออย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นต้น; สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร, *เรื่องเดิม*, หน้า 118.; จตุรนต์ ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม,* หน้า 121-122.

[98]พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, *เรื่องเดิม*, หน้า 1-3.

ต่างประเทศก็ตาม[99] คงมิผิดเพี้ยนประการใดที่จะกล่าวว่า การบริหารราชการแผ่นดินดังกล่าวจึงมีนิติฐานะเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่มาจากการใช้อำนาจทางการเมือง

แต่ในทางกลับกัน เป็นที่ประจักษ์ในเชิงหลักการว่า การใช้อำนาจในมิติของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่ว่าด้วยอำนาจใน “การทำ” หนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หาได้มีนิติฐานะเป็นการ “กระทำทางปกครอง” (Administrative Act) แต่อย่างใดไม่ และแม้การใช้อำนาจของรัฐบาลจะเกี่ยวข้องกับหรือมีที่มาจากพันธกรณีระหว่างประเทศก็ตาม อาทิ “การปฏิบัติตามพันธกรณี” ที่กำหนดไว้ในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ตาม กลับมีฐานที่มาจาก “การใช้อำนาจทางกฎหมาย” เพื่อก่อให้เกิดการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ข้อบังคับของรัฐบาล การกระทำดังกล่าวก็ยังคงมีนิติฐานะเป็นการกระทำทางปกครอง หาได้เป็นการกระทำทางรัฐบาลแต่อย่างใดไม่

ดังจะเห็นได้จากการที่กฎหมายมหาชนได้อรรถาธิบาย “การกระทำทางปกครอง”[100] ว่าเป็นการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือองค์กรของรัฐได้ใช้อำนาจตามกฎหมาย ซึ่งมีลักษณะที่เป็นการดำเนินการหรือการกระทำหรือการใช้อำนาจตามกฎหมายโดยองค์กรของรัฐหรือโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ อาทิ การที่ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งแต่งตั้งบุคคล หรือการออกใบอนุญาตให้บุคคลก่อสร้างอาคาร เป็นต้น ดังนั้น หากรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารได้มีการใช้อำนาจเกี่ยวกับการบริหารรัฐกิจซึ่งมาจากพันธกรณีระหว่างประเทศแล้ว การปฏิบัติตามพันธกรณีตามหนังสือสัญญาเช่นว่านั้นจึงยังคงเป็น “การใช้อำนาจทางกฎหมาย” ไม่ว่าจะเป็นอำนาจทางกฎหมายที่มาจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรืออนุบัญญัติอื่นใดก็ตาม การใช้อำนาจดังกล่าวแม้จะดำเนินการโดยรัฐบาลก็ตาม ก็ยังหาได้มีนิติฐานะเป็นการกระทำทางรัฐบาลแต่อย่างใดไม่ แต่การกระทำดังกล่าวก็ยังคงเป็นแต่เพียงการกระทำทางปกครองเท่านั้น

เป็นที่น่าสังเกตว่า นิติฐานะใน “การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ” ตามหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศมีนิติฐานะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” เกี่ยวกับการดำเนินนโยบายและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม ตามระบอบกฎหมายภายใน “การกระทำทางรัฐบาล” แม้จะเป็นการใช้อำนาจโดยรัฐบาลก็ตาม แต่ก็หาได้มีนิติฐานะเป็นอย่างเดียวกันกับ “การกระทำทางปกครอง” โดยรัฐบาลแต่อย่างใดไม่

พึงเข้าใจตรงกันก่อนว่า แม้การกระทำทางปกครองจะเป็นการกระทำโดยรัฐบาลเฉกเช่นการกระทำทางรัฐบาลที่ต้องดำเนินการโดยรัฐบาลเช่นเดียวกันก็ตาม แต่การกระทำทางปกครองกลับเป็นการกระทำโดยรัฐบาลในเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจทางกฎหมายและการปกครองภายในประเทศ ซึ่งเกี่ยวกับการใช้อำนาจเพื่อบริหารจัดการตามกรอบและนโยบายที่รัฐบาลกำหนดอันเป็นมิติในการดำเนินพันธกิจและกิจกรรมต่าง ๆ ภายในรัฐเป็นการเฉพาะ อาทิ การออกกฎหมาย การออกคำสั่ง การทำสัญญาสัมปทาน เป็นต้น การใช้อำนาจรัฐตามกรอบกฎหมายภายในดังกล่าวจึงเป็นการใช้

---

[99]เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “การกระทำทางรัฐบาล,” **วารสารจุลนิติ** 8, 2 (มีนาคม-เมษายน 2554): 62-77.

[100]โดยการกระทำทางปกครองก็ยังอาจทำการแบ่งแยกออกได้เป็น 2 ลักษณะกล่าวคือ นิติกรรมทางปกครองและปฏิบัติการทางปกครอง; นันทวัฒน์ บรมานันท์, “ความหมายของการกระทำทางปกครอง,” **Public Law Net** (ธันวาคม 2547): 1, ค้นวันที่ 2 สิงหาคม 2556 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=580

อำนาจทางปกครองของรัฐบาล ซึ่งการพิจารณาฐานทางกฎหมายดังกล่าวนำไปสู่การพิจารณาเรื่องเขตอำนาจของฝ่ายตุลาการอยู่ภายใต้หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งต้องดำเนินการโดยศาลปกครอง

ในขณะที่การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหาได้มีนิติฐานะเป็นการกระทำทางปกครองที่มาจากการใช้อำนาจทางกฎหมายแต่อย่างใดไม่ เนื่องจากการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นการใช้อำนาจรัฐที่มาจากรัฐธรรมนูญและการใช้อำนาจอธิปไตยในการดำเนินนโยบายและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยประการหนึ่งภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างฝ่ายบริหารกับศาลรัฐธรรมนูญหรือตุลาการรัฐธรรมนูญ การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจึงหาได้อยู่ภายใต้การใช้อำนาจอธิปไตยโดยศาลปกครองแต่อย่างใดไม่ เนื่องจากการใช้อำนาจดังกล่าวหาได้มีนิติฐานะเป็นการใช้อำนาจรัฐที่มาจากฐานทางกฎหมายโดยรัฐบาลในลักษณะการปกครองต่อปัจเจกชนหรือองค์กรอื่นใดที่อยู่ภายในรัฐเช่นว่านั้น

กล่าวโดยสรุป การใช้อำนาจทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีที่มาจากการใช้อำนาจทางการเมืองมิใช่การใช้อำนาจทางกฎหมาย โดยเฉพะอย่างยิ่ง เพื่อก่อให้เกิดความเข้าใจที่ถูกต้องในเชิงหลักการสำหรับเป็นฐานการวิเคราะห์ทางกฎหมายต่อไป โดยเฉพาะในเรื่องของการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศซึ่งมีฐานมาจากการใช้อำนาจทางการเมือง ในขณะที่การปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกลับมีฐานที่มาจากการใช้อำนาจทางกฎหมาย การกำหนดฐานการใช้อำนาจดังกล่าวว่าเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองหรืออำนาจทางกฎหมายนำไปสู่การวิเคราะห์ถึงปัญหาการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการเกี่ยวกับการวินิจฉัยชี้ขาด การขัดแย้งในเชิงหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารในบทถัดไป

2.3 หลักการในกฎหมายระหว่างประเทศรับรองการใช้อำนาจทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่าเป็นของรัฐและกำหนดเฉพาะกระบวนการ

ด้วยเหตุที่หัวข้อการศึกษานี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับองค์กร อำนาจและกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ เพื่อก่อให้เกิดความเชื่อมโยงกับประเด็นการศึกษา ผู้เขียนได้กำหนดหลักการและวิธีการวิเคราะห์กฎหมาย โดยมีข้อสังเกตในข้อค้นพบในการศึกษาดังนี้

ประการแรก บทบาทของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งกำหนดเฉพาะหลักการทำความตกลงระหว่างประเทศ และกำหนดเฉพาะกระบวนการที่ใช้ในกรอบของสังคมระหว่างประเทศ แต่กฎหมายระหว่างประเทศจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับองค์กรและกระบวนการตามระบอบของกฎหมายภายใน

ประการที่สอง ผู้เขียนค้นพบว่าแม้ในกฎหมายระหว่างประเทศจะได้ทำการรับรองว่า “รัฐ” เท่านั้น ที่เป็นผู้ทรงสิทธิและมีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ตาม แต่กฎหมายระหว่างประเทศก็มิได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญใดที่มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ประการที่สาม ความยินยอมเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่ก่อให้เกิดข้อผูกพัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการวิเคราะห์ถึงความผูกพันตามหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศโดยวิธีการลงนามแต่เพียงอย่างเดียวตามหลักการที่ปรากฏเฉพาะในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทย

จากการศึกษาพบว่า อำนาจอธิปไตยเป็นหลักการพื้นฐานการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญและเป็นหลักการสากลที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางเกี่ยวกับการเข้าร่วมในการดำเนินพันธกิจในกิจการต่างประเทศ[101] แนวความคิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐภายใต้ระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศเห็นว่า อำนาจอธิปไตยเป็น “การใช้อำนาจที่สมบูรณ์ เบ็ดเสร็จและมีอำนาจที่เด็ดขาด ปราศจากขอบเขตถาวร และยังเป็นอำนาจสูงสุดล้นพ้น อีกทั้งการใช้อำนาจดังกล่าวยังเป็นการใช้อำนาจแบบไม่มีเงื่อนไข”[102] ซึ่งอำนาจอธิปไตยดังกล่าวยังหมายถึงความมีเอกราชและความเป็นอิสระ[103] ซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดของรัฐโดยที่รัฐหาจำต้องตกอยู่ภายใต้กฎข้อบังคับใด ๆ หรือแม้แต่การอยู่ภายใต้กำลังบังคับและกฎหมายของรัฐอื่นใด”[104] นอกจากกฎเกณฑ์ที่รัฐยินยอมที่จะปฏิบัติตามเท่านั้น[105] ด้วยเหตุที่สภาวการณ์ในปัจจุบันทำให้เห็นได้ว่ารัฐไม่อาจดำรงอยู่อย่างโดดเดี่ยวและโดยลำพังในยุคโลกาภิวัติและเทคโนโลยีสารสนเทศ แนวคิดในเรื่องอำนาจอธิปไตยภายใต้กรอบความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและการดำเนินนโยบายต่างประเทศโดยส่วนใหญ่จำต้องดำเนินการภายใต้กรอบของความร่วมมือในมิติต่าง ๆ ในการดำเนินพันธกิจเพื่อความ

---

[101]United Nations, **United Nations Conference on the Law of Treaties,** First session Vienna, 26 March-24 May 1968, Official Records, Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Committee of the Whole (New York: United Nations, 1969), p. 65, Retrieved June 31, 2015 from http://legal.un.org/diplomatic conferences/lawoftreaties-1969/vol/english/1st_sess.pdf

[102]อรุณ ภาณุพงศ์, **การทูตและการระหว่างประเทศ**, หน้า 22.; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ**, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 30.

[103]ศาสตราจารย์ ดร.อรุณ ภาณุพงศ์ ได้ให้ความหมายของอำนาจอธิปไตยว่า หมายถึง “เอกราชและความเป็นอิสระที่ไม่ขึ้นอยู่กับประเทศอื่น”; อรุณ ภาณุพงศ์, **การทูตและการระหว่างประเทศ**, หน้า 23.

[104]ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ถิระวัฒน์ ได้ให้ความหมายของอำนาจอธิปไตยว่า “รัฐเป็นองค์อธิปัตย์ในความหมายที่ไม่มีผู้ใดที่มีอำนาจรัฐอยู่เหนือรัฐ หรือเป็นการที่รัฐไม่อยู่ภายใต้บังคับของอำนาจอื่นใด โดยมีความสัมพันธ์กันระหว่างเอกราชกับอธิปไตยกล่าวคือ อธิปไตยเป็นเรื่องของรูปแบบทางกฎหมายของการมีเอกราชตามความเป็นจริง นอกจากนั้นแล้ว อธิปไตยระหว่างประเทศหมายถึงการไม่อยู่ในบังคับของบุคคลใด หรือรัฐอื่นใด รวมถึงการที่ไม่ถูกบังคับให้ปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐอื่นใด”; จตุรนต์ ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 272-273.

[105]ในขณะที่ ดร.สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร ได้ให้ความหมายของอำนาจอธิปไตยว่า หมายถึง “อำนาจสูงสุดไม่มีอำนาจใดหรือหน่วยงานใดที่อยู่เหนืออำนาจอธิปไตยได้ รัฐจึงไม่อยู่ภายใต้กฎข้อบังคับใด ๆ นอกจากกฎเกณฑ์ที่รัฐยินยอมที่จะปฏิบัติตาม”; สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร, *เรื่องเดิม,* หน้า 123-124.

ร่วมมือภายในใต้กรอบของการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศจึงเป็นสิ่งที่มีบทบาทสำคัญยิ่งในปัจจุบัน[106]

ภายใต้กรอบของความสัมพันธ์และความร่วมมือระหว่างประเทศจึงเป็นการดำเนินความสัมพันธ์ที่รัฏฐาธิปัตย์ได้แสดงออก ซึ่งการใช้อำนาจอธิปไตยในมิติของการให้ความยินยอม (Consent) เพื่อจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยอย่างใดอย่างหนึ่งที่รัฏฐาธิปัตย์มีอยู่ เพื่อยินยอมเข้าผูกพันตามกรอบของความตกลงระหว่างประเทศในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ด้วยเหตุดังกล่าวการทำความตกลงระหว่างประเทศจึงเป็นเรื่องการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรอบของการดำเนินนโยบายและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

อาจกล่าวได้ว่าแนวคิดในเรื่องอำนาจอธิปไตยภายใต้กรอบของกฎหมายระหว่างประเทศ จึงอยู่ภายใต้หลักในเรื่องความยินยอมที่นำไปสู่การลดการใช้อำนาจอธิปไตยบางเรื่อง หรือเป็นการประนีประนอมกันระหว่างการใช้อำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐที่เข้ามาเกี่ยวพันหรือเกิดการทับซ้อนกันในการใช้และการแสดงออกซึ่งอำนาจอธิปไตยในเรื่องต่าง ๆ เพื่อความร่วมมือในประชาคมโลก หรือเพื่อเป็นการลดหรือป้องกันความขัดแย้งระหว่างรัฐอธิปไตย ที่อาจนำไปสู่การใช้กำลังต่อกันจนเสียสันติภาพในประชาคมระหว่างประเทศ[107]

จากการศึกษาที่ผ่านมาในเรื่องแนวคิดและทฤษฎีที่รองรับองค์กรและการใช้อำนาจอธิปไตยเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญา ในขณะที่หลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักการตรวจสอบถ่วงดุลมีผลทำให้การใช้อำนาจอธิปไตยเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้งของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการมีอำนาจและบทบาทที่แตกต่างกัน แต่กระนั้นก็ตาม ในระบอบของกฎหมายภายในด้วยเหตุผลทางทฤษฎีกฎหมาย พัฒนาการทางประวัติศาสตร์และแนวปฏิบัติในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ย่อมเป็นที่ประจักษ์ชัดในเชิงหลักการว่าฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

นอกจากหลักการตามกฎหมายดังกล่าวจะยืนยันถึงบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแล้ว แนวคิดในการร่างอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญาโดยคณะกรรมาธิการระหว่างประเทศของสหประชาชาติต้องการกำหนดความตกลงพื้นฐานร่วมกันในเรื่องกระบวนการทำสนธิสัญญาเป็นหลัก[108] ดังนั้น ในระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศจึงมุ่งหมายที่จะกำหนดเฉพาะวิธีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่เพียงเท่านั้น

ผู้เขียนค้นพบว่า กฎหมายระหว่างประเทศได้ยืนยันบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารว่าเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน ผู้เขียนต้องการพิสูจน์ข้อค้นพบที่ปรากฏดังกล่าว จึงได้ทำการแบ่งแยกประเด็นการศึกษาตามข้อค้นพบของผู้เขียนโดยแบ่งออกเป็น 3 ประการดังนี้

---

[106]พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, *เรื่องเดิม*, หน้า 2-3.

[107]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 1.

[108]Laurence R. Helfer and Timothy Meyer, *op. cit*., p. 1.

ประการแรก กฎหมายระหว่างประเทศรับรองรัฐว่าเป็นผู้ทรงสิทธิ ซึ่งมีอำนาจทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศและกำหนดเฉพาะกระบวนการในการทำความตกลงระหว่างประเทศ แต่ไม่กำหนดว่าเป็นองค์กรใดที่มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ประการที่สอง ผู้แทนรัฐต้องเป็นผู้ที่มีบทบาทและนิติฐานะเป็นฝ่ายบริหารหรือมีฐานการใช้อำนาจที่มาจากฝ่ายบริหาร

ประการที่สาม การแสดงเจตนายินยอมผูกพันเป็นหลักการสำคัญที่ก่อให้เกิดความผูกพันในกระบวนการต่าง ๆ โดยผู้แทนรัฐ

2.3.1 กฎหมายระหว่างประเทศรับรองรัฐว่าเป็นผู้ทรงสิทธิซึ่งมีอำนาจทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศและกำหนดเฉพาะกระบวนการแต่ไม่กำหนดว่าเป็นองค์กรใด

ประเด็นข้อค้นพบเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารตามกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ข้อค้นพบจากการศึกษาในประเด็นดังกล่าวคือ กฎหมายระหว่างประเทศรับรองว่ารัฐเป็นผู้มีอำนาจทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ แต่กฎหมายระหว่างประเทศหาได้รับรองว่า รัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารมีอำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศไว้แต่อย่างใดไม่

ประเด็นที่น่าสนใจในการศึกษากรอบของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับอำนาจของรัฐในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีดังนี้

ประการแรก เหตุใดกฎหมายระหว่างประเทศหาได้ระบุไว้โดยตรงว่าเป็นอำนาจของรัฐบาล นอกจากนั้นแล้ว การที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่าเป็นรัฐดังกล่าว จะมีผลกระทบทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจของรัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือไม่

ประการที่สอง การใช้อำนาจของรัฐในการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยผู้แทนรัฐ จะดำเนินการในรูปแบบตราสารอย่างเดียว หรือสามารถดำเนินการสร้างความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบอื่นได้หรือไม่ อย่างไร

1. สำหรับประเด็นคำถามแรกก็คือ เหตุใดกฎหมายระหว่างประเทศหาได้ระบุไว้โดยตรงว่าเป็นอำนาจของรัฐบาล นอกจากนั้นแล้ว การที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่าเป็นรัฐดังกล่าว จะมีผลกระทบทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจของรัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือไม่ อย่างไรนั้น

จากการศึกษาพบว่า กฎหมายระหว่างประเทศรับรองว่ารัฐ (State) เป็นผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศ (Subject of International Law) ที่มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ[109] โดยกฎหมายระหว่างประเทศหาได้บัญญัติรับรองให้รัฐบาล (Government) ซึ่งเป็นฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐ เป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือ

---

[109]Article 6 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaty; Alina Kaczorowska, *op. cit.,* p. 176.

สัญญาระหว่างประเทศไว้โดยตรงแต่อย่างใดไม่ ด้วยเหตุที่รัฐมีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ[110] ซึ่งเป็นที่ประจักษ์ว่า รัฐมีลักษณะที่เป็นนามธรรมและไม่มีตัวตนทางกายภาพ การดำเนินการใด ๆ โดยรัฐจำต้องอาศัยองค์กรต่าง ๆ ดำเนินการในนามของรัฐและเป็นผู้แทนของรัฐทำการปฏิบัติหน้าที่ตามกรอบอำนาจหน้าที่ที่มีตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐเป็นตัวกำหนด ด้วยเหตุดังกล่าวการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของรัฐจึงไม่อาจเป็นไปได้โดยปราศจากการดำเนินการโดยรัฐบาล ในฐานะที่เป็นผู้แทนของรัฐซึ่งเป็นองค์กรหลักที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่อันได้รับการรับรองไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นผู้ที่ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกับรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศอื่นใด[111]

ด้วยเหตุดังกล่าวทฤษฎีตัวแทน[112] จึงเป็นทฤษฎีกฎหมายซึ่งได้ถูกนำมาใช้ในการอรรถาธิบายเกี่ยวกับบทบาทและอำนาจหน้าที่ในฐานะที่ของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นผู้แทนที่มีความสามารถและมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการดำเนินนโยบายและการเจริญความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในนามของรัฐ รวมทั้งการก่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศกับรัฐต่างประเทศหรือองค์กรระหว่างประเทศ นอกจากนั้นทฤษฎีตัวแทนยังได้ถูกใช้ในการอรรถาธิบายเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐ จากการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐหรือแม้แต่การใช้อำนาจหน้าที่หรือการกระทำต่าง ๆ โดยองค์กรของรัฐตามหลักการที่มีในกฎหมายระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน[113]

เป็นที่ประจักษ์ว่ากฎหมายระหว่างประเทศรับรองการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาดังกล่าวว่าเป็นของรัฐ ก็ด้วยเหตุที่กฎหมายระหว่างประเทศเคารพต่อหลักการในเรื่องของอำนาจอธิปไตยของรัฐ[114] ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ[115] โดยเฉพาะหลักการเรื่องกำหนดเจตจำนงของตนเองของรัฐ (Self Determination)[116] รวมทั้งหลักการไม่แทรกแซงกิจการ

---

[110]ประสิทธิ์ เอกบุตร, **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่มที่ 2 รัฐ**, หน้า 13-14.; จตุรนต์ ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม,* หน้า 203-204.

[111]จตุรนต์ ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 212.

[112]Laurence R. Helfer and Timothy Meyer, *op. cit*., pp. 4-6.; ประสิทธิ์ เอกบุตร, **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา**, หน้า 101.

[113]Alina Kaczorowska, *op. cit.,* p. 149.; ประสิทธิ์ เอกบุตร, **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่มที่ 2 รัฐ**, หน้า 117.; จตุรนต์ ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 208.

[114]โปรดดูความเห็นของนาย Boris V. Kudryavtsev หัวหน้ากรมพิธีการทางการทูตและกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ ในฐานะหัวหน้าคณะผู้แทนในการประชุมสหประชาชาติเพื่อยกร่างกฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญาของสาธารณรัฐสังคมนิยมโซเวียตไบโอรุสเซีย (Byelorussian Soviet Socialist Republic); United Nations, **United Nations Conference on the Law of Treaties,** p. 65.

[115]Momir Milojević, *op. cit*., p. 429.

[116]Helmut Steinberger, **Constitutional Subdivisions of States or Unions and their Capacity to conclude Treaties Comments on Art. 5 Para. 2 of the ILC's 1966 Draft Articles on the Law of Treaties** (Max-Planck-Institut für ausländisches

ภายในของรัฐ[117] โดยปรากฏหลักการดังกล่าวในรูปแบบของการกำหนดการใช้อำนาจตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐเป็นการเฉพาะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของความสัมพันธ์ในมิติของบทบาทและอำนาจของสหพันธรัฐกับมลรัฐ หรือสหภาพกับรัฐเอกราชที่รวมเข้าเป็นรัฐตามความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งกำหนดบทบาทและอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของมลรัฐดังกล่าว ก็ยังคงมีความแตกต่างกันในเรื่องการกำหนดอำนาจและการจำกัดอำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศของมลรัฐหรือรัฐเอกราชดังกล่าว[118]

ประเด็นที่น่าสนใจคือ เหตุใดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 จึงหาได้รับรองหรือกำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่ารัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

จากการศึกษาพบว่า ในตอนที่มีการประชุมจัดทำร่างอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. .... ในปี ค.ศ. 1968 นั้น ประเด็นที่มีการถกเถียงกันกันในชั้นกรรมาธิการยกร่างและข้อเสนอของรัฐที่เข้าร่วมประชุมกันคือ เรื่องของอำนาจและความสามารถในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของรัฐรวม (Union, Federal State, Political Sub-Division) ซึ่งในท้ายที่สุดที่ประชุมยอมรับว่ากระบวนการที่มลรัฐ หรือรัฐเอกราช (State Independent) ที่ซึ่งได้ให้ความยินยอมเพื่อเข้าร่วมเป็นส่วนหนึ่งของสมาพันธ์รัฐก็ดี (Confederation) สหพันธ์รัฐก็ดี (Federation) หรือแม้แต่สหภาพ (Union) ก็ดี จะมีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือไม่เป็นอำนาจที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ (Constitution) และกฎหมายภายใน (Domestic Law) ของแต่ละรัฐเป็นการเฉพาะ บางรัฐอาจมีการจำกัดความสามารถ (Restrict Capacities)[119] และการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาไว้ว่า เป็นอำนาจของรัฐบาลกลางของสหพันธ์รัฐเท่านั้น[120] แต่ในขณะที่บางรัฐกลับกำหนดให้

öffentliches Recht und Völkerrecht, 1967), p. 422, Retrieved June 31, 2015 from http://www.zaoerv.de/27_1967/27_1967_3_c_411_428.pdf

[117]โปรดดูความเห็นของนาย Karl Zemanek ศาสตราจารย์แห่ง University of Vienna ในฐานะรองหัวหน้าคณะผู้แทนในการประชุมสหประชาชาติเพื่อยกร่างกฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญาของประเทศออสเตรีย; United Nations, **United Nations Conference on the Law of Treaties,** p. 68.

[118]โปรดดูความเห็นของนาย I. M. Sinclair อุปทูตด้านกฎหมาย สำนักงานต่างประเทศ ในฐานะรองหัวหน้าคณะผู้แทนในการประชุมสหประชาชาติเพื่อยกร่างกฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญาของสหราชอาณาจักร; *Ibid.,* p. 63.

[119]Helmut Steinberger, *op. cit.*, p. 418.

[120]ในกรณีของสหรัฐอเมริกา (USA) ก็ดีหรือแม้แต่ในกรณีของ Australian Federation ซึ่งประกอบไปด้วย 6 มลรัฐรัฐธรรมนูญหาได้กำหนดให้มีบทบาทในการทำสนธิสัญญาในเวทีระหว่างประเทศแต่อย่างใด อำนาจดังกล่าวถูกกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐบาลกลาง (Federal Executive) เท่านั้น โปรดดูความเห็นของนาย Ralph Lindsay Harry เอกอัครราชทูตออสเตรเลียประจำประเทศเบลเยี่ยมในฐานะของหัวหน้าคณะผู้แทนในการประชุมสหประชาชาติเพื่อยกร่างกฎหมายว่าด้วย

มลรัฐหรือส่วนปกครองของรัฐมีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้โดยจำกัดอำนาจไว้เฉพาะการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในบางกรณีเท่านั้น[121] แม้ในการประชุมจัดทำร่างอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. .... ในปี ค.ศ. 1968 จะได้มีการยกร่างและหยิบยกข้อเสนอของกรรมาธิการยกร่างขึ้นพิจารณาเพื่อกำหนดและรับรองการใช้อำนาจของมลรัฐ ก็ยังขาดความชัดเจนในทางปฏิบัติของแต่ละรัฐที่มีความแตกต่างกัน โดยเฉพาะการกำหนดรับรองการใช้อำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศไว้ในรัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐก็ยังมีลักษณะที่เป็นการเฉพาะภายใต้หลักการกำหนดเจตจำนงของตนเอง การใช้อำนาจดังกล่าวก็หาได้เป็นแนวปฏิบัติของรัฐ (State Practices) ในทิศทางเดียวกันแต่อย่างใดไม่ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงต้องกำหนดรับรองความสามารถในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้ว่าเป็นอำนาจและความสามารถของรัฐ มิใช่ขององค์กรใดองค์กรหนึ่งเป็นการเฉพาะแต่อย่างใดไม่

ในท้ายที่สุดที่ประชุมก็ตกลงกันโดยการลงคะแนนเสียงให้ตัดในเรื่องประเด็นความสามารถของมลรัฐเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศออกไป ด้วยเหตุผลที่ประเด็นดังกล่าวยังขาดความชัดเจนในทางปฏิบัติของรัฐที่ยังมีความแตกต่างกันอยู่ ความแตกต่างดังกล่าวจึงขึ้นอยู่กับการกำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของมลรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐเป็นการเฉพาะ[122] ดังนั้น การบัญญัติรับรองสิทธิของผู้ทรงสิทธิในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้วยถ้อยคำในกฎหมายระหว่างประเทศว่า “รัฐบาลมีอำนาจในการทำหนังสือสัญญา” จึงเป็นเหตุที่จะก่อความยุ่งยากในทางปฏิบัติว่าอำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นอำนาจของรัฐบาลกลางหรือรัฐบาลมลรัฐ[123]

สนธิสัญญาของประเทศออสเตรเลีย; United Nations, **United Nations Conference on the Law of Treaties**, p. 60.

[121]กรณี Länder ของ The Federal Republic of German ก็ดี หรือแม้แต่ในกรณีของ Cantons ของ Switzerland ก็ดี ได้ถูกยอมรับว่ามีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาได้ หรือแม้แต่ในกรณีของสหภาพโซเวียต (The Soviet Union) ต่างก็ยอมรับอำนาจของรัฐสมาชิกของสหภาพว่ามีความสามารถในการสนธิสัญญาได้ อาทิ Byelorussian Soviet Socialist Republic และ Ukrainian Soviet Socialist Republic ของสหภาพโซเวียต ซึ่งขึ้นอยู่กับหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของรัฐดังกล่าวที่ซึ่งกำหนดให้มีอำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศกับรัฐต่างประเทศได้ โปรดดูความเห็นของนาย Anatoly Nikolaevich Talalaev ศาสตราจารย์แห่ง Moscow State University ในฐานะของผู้แทนในการประชุมสหประชาชาติเพื่อยกร่างกฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญาของสาธารณรัฐสหภาพสังคมนิยมโซเวียต (Union of Soviet Socialist Republics); *Ibid.,* p. 64.; Helmut Steinberger, *op. cit*., p. 420.

[122]United Nations, **United Nations Conference on the Law of Treaties**, pp. 68-69.

[123]*Ibid*.

ในขณะที่ระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศหมายถึงรัฐเท่านั้นที่มีอำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศได้[124] อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศปฏิเสธองคภาวะ (Entity) ใด ๆ ที่มิได้มีสถานะทางกฎหมายเป็นรัฐมิให้ถือว่าเป็นผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศจึงมีผลให้องคภาวะอื่น อาทิ องค์กรหรือสถาบันหรือปัจเจกชน หรือแม้แต่รัฐบาลเองก็หาได้ผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่

ดังนั้น ผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศจึงหาได้หมายถึงรัฐบาลแต่อย่างใดไม่ เนื่องจากรัฐบาลเป็นองคภาวะประการหนึ่งของความเป็นรัฐ[125] อีกทั้งองค์ประกอบของการเป็นรัฐนั้น รัฐบาลถือได้ว่าเป็นองคภาวะที่ทำหน้าที่ในการบริหารรัฐอย่างมีอิสระ และเป็นองค์กรหนึ่งที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการบริหารรัฐกิจและการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย รัฐบาลจึงเป็นแค่องค์ประกอบอย่างหนึ่งของการเป็นรัฐเท่านั้น[126] ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้การประชุมสหประชาชาติเพื่อยกร่างกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญาจึงยังคงต้องรับรองสิทธิเฉพาะ “รัฐ” เท่านั้น ในฐานะที่เป็นผู้ทรงสิทธิและมีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้เป็นพื้นฐานสำคัญ[127]

แต่กระนั้นก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า แม้กฎหมายระหว่างประเทศจะหาได้บัญญัติให้รัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารมีบทบาทและอำนาจหน้าที่โดยตรงในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้เป็น

---

[124]นพนิธิ สุริยะ, **Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2**, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2557), หน้า 106.

[125]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 11-12, 82.

[126]Sir G. G. Fitzmaurice ในฐานะผู้รายงานพิเศษของสหประชาชาติได้พยายามอธิบายว่าองค์ประกอบของการเป็นรัฐหมายถึง องคภาวะ (Entity) ที่ประกอบไปด้วยประชากรที่ครอบครองดินแดนภายใต้การบริหารจัดการของรัฐบาล และมีความสามารถในการเข้าไปสร้างความสัมพันธ์กับองคภาวะอื่นเช่นเดียวกัน ในขณะที่ศาสตราจารย์ Anthony Aust เห็นว่าองค์ประกอบของการเป็นรัฐประกอบไปด้วย ดินแดน พลเมือง รัฐบาลและความเป็นอิสระจากรัฐอื่นใด

แต่อย่างไรก็ตาม ความเห็นของคณะกรรมาธิการร่างกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญาเห็นว่า รัฐมีความหมายเฉกเช่นที่กำหนดความหมายไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลและอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต; Helmut Steinberger, *op. cit.,* pp. 413-414.; Anthony Aust, **Modern Treaty Law and Practice**, 2nd ed. (United Kingdom: Cambridge University Press, 2000), p. 59.

[127]รัฐถือได้ว่าเป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศที่ต้องกำหนดรับรองสิทธิไว้โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐที่มีความอ่อนแอ (Weaker States) การรับรองว่ามีความสามารถในการสนธิสัญญาจึงเป็นหลักการพื้นฐานที่ต้องคงหลักการนี้ไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศและต้องไม่ละเลยที่จะต้องคงหลักการดังกล่าวไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญา โปรดดูความเห็นของนาย Getachew Kebreth ที่ปรึกษากฎหมายกระทรวงการต่างประเทศ ในฐานะของผู้แทนในการประชุมสหประชาชาติเพื่อยกร่างกฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญาของประเทศเอธิโอเปีย; United Nations, **United Nations Conference on the Law of Treaties,** p. 68.

ลายลักษณ์อักษรโดยตรงแต่อย่างใดไม่ก็ตาม แต่หากพิจารณาข้อบทในเรื่องหนังสือมอบอำนาจเต็ม (Full Power)[128] แล้วจะพบว่า อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 กำหนดบุคคลที่มีอำนาจในการเข้าทำสนธิสัญญาไว้ใน 2 ลักษณะคือ ประการแรก บุคคลที่มีหนังสือมอบอำนาจเต็ม และประการที่สอง บุคคลที่มีอำนาจและหน้าที่โดยตำแหน่ง (Ex Officio) ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ อาทิ ประมุขของรัฐ ประมุขของรัฐบาล รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ

พึงต้องเข้าใจว่า นิติฐานะของบุคคลที่มีอำนาจและหน้าที่โดยตำแหน่งดังกล่าวหาจำต้องมีหนังสือมอบอำนาจเต็มแต่อย่างใดไม่ ในขณะที่บุคคลดังกล่าวตามระบอบของกฎหมายรัฐธรรมนูญเองก็ได้กำหนดบทบาทหน้าที่ไว้ในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารของรัฐเช่นว่านั้น แต่นิติฐานะดังกล่าวก็หาได้มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายหรือการวินิจฉัยข้อกฎหมายแต่อย่างใดไม่ นอกจากนั้นแล้ว บุคคลผู้แสดงออกให้ปรากฏด้วยหนังสือมอบอำนาจเต็ม ย่อมเป็นบุคคลที่ใช้อำนาจในทางบริหารในการทำความตกลงระหว่างประเทศ ในขณะที่การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็หาได้เป็นการมอบหมายให้ดำเนินอย่างใดอย่างหนึ่งในทางนิติบัญญัติหรือในการวินิจฉัยข้อกฎหมายกับรัฐต่างประเทศแต่อย่างใดไม่

ยิ่งไปกว่านั้น ในเรื่องอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของบุคคลผู้แสดงให้ปรากฏด้วยหนังสือมอบอำนาจเต็มก็ดี บุคคลผู้มีฐานะและอำนาจหน้าที่ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับความสมบูรณ์ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยตรง หากบุคคลดังกล่าวไม่มีอำนาจหน้าที่ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแล้ว การแสดงเจตนาของผู้แทนของรัฐ (Representative of State) ในการทำหนังสือสัญญาดังกล่าวย่อมส่งผลถึงความสมบูรณ์ในตัวหนังสือสัญญาดังกล่าวได้โดยตรง[129]

2. สำหรับประเด็นคำถามประการที่สองคือ การใช้อำนาจของรัฐในการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยผู้แทนรัฐจะดำเนินการในรูปแบบตราสารอย่างเดียว หรือรัฐสามารถดำเนินการอย่างใด ๆ เพื่อสร้างความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบอื่น ๆ ได้หรือไม่ อย่างไรนั้น

จากการศึกษาพบว่าความหมายในฐานะที่เป็นหลักการที่สำคัญประการแรกที่ปรากฏในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (1969 Vienna Convention on the Law of Treaties: VCLT) [130] และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยการสืบสิทธิของรัฐในส่วนที่เกี่ยวกับ

---

[128]Article 7 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaty

[129]Article 43 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaty

[130]แม้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 จะมีลักษณะทางกฎหมายเป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่สำหรับประเทศไทยแล้วอนุสัญญาฉบับนี้หาได้มีผลผูกพันกับประเทศไทยในฐานะที่เป็นสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกแต่อย่างใดไม่ แต่กระนั้นก็ตาม อนุสัญญาฉบับนี้ก็มีค่าบังคับกับประเทศไทยในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเนื่องอนุสัญญาฉบับนี้เกิดขึ้นจากการประมวล (Codification) กฎเกณฑ์ที่มีอยู่ซึ่งมีสถานะทางกฎหมายเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นลายลักษณ์อักษร

สนธิสัญญา ค.ศ. 1978 (1978 Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties [VCSST]) ซึ่งกำหนดคำนิยามศัพท์ไว้เหมือนกัน[131] ในขณะที่อนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์กรระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986 (1986 Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or Between International Organizations) ได้กำหนดคำนิยามศัพท์ไว้มีความแตกต่างกันบ้าง ในเรื่องของคู่กรณีในการทำสนธิสัญญา แต่อย่างไรก็ตาม ทั้งสามอนุสัญญากำหนดหลักการที่เหมือนกันอยู่ 2 ประการก็คือ ประการแรก ความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นนั้นจะต้องอยู่ภายใต้ระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศ และประการที่สอง กฎหมายระหว่างประเทศได้ให้การรับรองเฉพาะการทำความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบของตราสารเท่านั้น[132]

แต่กระนั้นก็ตาม ในทางปฏิบัติการทำความตกลงระหว่างประเทศมิได้มีแต่เฉพาะความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบของการทำขึ้นเป็นตราสารแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น การพิจารณาจากประเภทของการทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว จำต้องพิจารณาจากมุมมองของการให้ความหมายของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ตามหลักการที่ปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศของนักกฎหมายระหว่างประเทศประกอบด้วยเช่นกัน

จากการศึกษาถึงนามเรียกขานตราสารที่เป็นหลักฐานแห่งความผูกพันในการดำเนินโนบายต่างประเทศในยุคต่าง ๆ ของถ้อยคำของคำว่า “สนธิสัญญา” แล้วจะพบว่าการใช้ถ้อยคำดังกล่าวในข้อเท็จจริงที่ผ่านมาในอดีตนั้น คำว่า “สนธิสัญญา” หรือ “Treaty” ได้ถูกนำไปใช้ในการเรียกตราสารที่สร้างความผูกพันในฐานะที่เป็นเอกสาร ซึ่งแสดงถึงความผูกพันหรือความสัมพันธ์ในการดำเนินนโยบายต่างประเทศ ถ้อยคำดังกล่าวต่างมีนัยสำคัญทางกฎหมายระหว่างประเทศและมีการใช้อย่างหลากหลายในหลายถ้อยคำ โดยการเรียกขานตราสารดังกล่าวอาจทำการแบ่งแยกลักษณะการใช้หรือ

---

[131]Article 2 (1) (a) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaty และ Article 2 (1) (a) of 1978 Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties [VCSST] กำหนไว้ว่า “สนธิสัญญา หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศอย่างใดอย่างหนึ่งที่เกิดขึ้นจากการกระทำระหว่างรัฐที่ปรากฏในรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะได้กระทำขึ้นเป็นตราสารฉบับเดียวก็ดี หรือสองฉบับก็ดี หรือแม้แต่เป็นตราสารหลายฉบับที่มีความเกี่ยวข้องกันและไม่ว่าตราสารดังกล่าวจะมีชื่อเรียกว่าเฉพาะอย่างไรหรือไม่ก็ตาม”

[132]Article 2 (1) (a) of the 1986 Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or Between International Organizations กำหนดไว้ว่า “สนธิสัญญา หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศอย่างใดอย่างหนึ่งที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศและได้ทำในรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษร ระหว่างรัฐหนึ่งหรือมากกว่ารัฐหนึ่งขึ้นไปกับองค์การระหว่างประเทศหนึ่งหรือมากกว่าองค์การระหว่างประเทศหนึ่งขึ้นไปก็ดี หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันเอง ไม่ว่าความตกลงเช่นว่านั้นจะได้กระทำขึ้นเป็นตราสารฉบับเดียวก็ดี หรือสองฉบับก็ดี หรือแม้แต่เป็นตราสารหลายฉบับที่มีความเกี่ยวข้องกันและไม่ว่าตราสารดังกล่าวจะมีชื่อเรียกว่าเฉพาะอย่างไรหรือไม่ก็ตาม”

การเรียกขานนามของความตกลงระหว่างประเทศได้ใน 2 นัยกล่าวคือ ประการแรก สนธิสัญญาในความหมายอย่างกว้าง และประการที่สอง สนธิสัญญาในความหมายอย่างแคบ[133]

สนธิสัญญาในความหมายอย่างกว้างถูกนำไปใช้ในการอรรถาธิบายถึง บรรดาความตกลงระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะมีชื่อเรียกเฉพาะเช่นใดก็ตาม ดังจะเห็นได้จากบรรดาความตกลงระหว่างประเทศที่มีนามเรียกขานที่หลากหลายดังนี้ สนธิสัญญาว่าด้วยกฎหมายสิทธิบัตร ค.ศ. 2000 (Patent Law Treaty) หรืออนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ค.ศ. 2001 (Cybercrime Convention) หรือธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 (Rome Statute of the International Criminal Court) พิธีสารเกียวโต ค.ศ. 1997 (Kyoto Protocol) หรือความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ ค.ศ. 1995 (General Agreement on Trade in Services : GATS) หรือข้อตกลงเครมลิน ค.ศ. 1994 (Kremlin Accords) หรือแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลญี่ปุ่นและรัฐบาลสาธารณรัฐประชาชนจีน ค.ศ. 1972 (Joint Communiqué of the Government of Japan and the Government of the People's Republic of China) หรือปฏิญญาอาเซียน ค.ศ. 1967 (ASEAN Declaration) หรือกฎบัตรสหประชาชาติ ค.ศ. 1945 (United Nations Charter) หรือกติกาสัญญาลอนดอน ค.ศ. 1915 (London Pact) หรือแม้แต่สนธิสัญญาสันติภาพมึนสเตอร์ ค.ศ. 1648 (Peace of Münster) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1976 (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) กรรมสารสุดท้ายของการเจรจาการค้ารอบอุรุกวัยตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (The Final Act of the 1986-1994 Uruguay Round) เป็นต้น

ในขณะที่สนธิสัญญาในความหมายอย่างแคบกลับถูกนำไปใช้ในการอรรถาธิบายความหมายที่จำกัดกว่า ด้วยเหตุที่ถ้อยคำดังกล่าวได้ถูกใช้เป็นคำเรียกขานนามของความตกลงระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะเจาะจงมากกว่า อันมีชื่อเรียกความตกลงที่ได้กระทำขึ้นและมีลักษณะที่เป็นการเฉพาะเจาะจงว่า “สนธิสัญญา” หรือ “Treaty” เท่านั้น แต่นามเรียกขานดังกล่าวหาได้หมายความรวมไปถึงบรรดาความตกลงระหว่างประเทศอื่นแต่อย่างใดไม่ ดังจะเห็นได้จากบรรดาความตกลงระหว่างประเทศที่มีชื่อเรียกเป็นการเฉพาะว่าสนธิสัญญา อาทิ สนธิสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลก ค.ศ. 1996 (WIPO Copyright Treaty) หรือสนธิสัญญาวอร์ซอว์ ค.ศ. 1970 (Treaty of Warsaw) หรือ สนธิสัญญาว่าด้วยกฎหมายสิทธิบัตร ค.ศ. 2000 (Patent Law Treaty) หรือสนธิสัญญาลิสบอน ค.ศ. 2007 (Treaty of Lisbon) เป็นต้น

จากการศึกษาบทนิยามศัพท์ของสนธิสัญญาหรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ปรากฏในอนุสัญญาทั้งสามฉบับพบว่า ความตกลงระหว่างประเทศนอกจากจะอยู่ในรูปแบบของตราสารตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาทั้งสามฉบับก็ตาม แต่กระนั้นก็ดี อนุสัญญาทั้งสามฉบับเองก็หาได้ปฏิเสธการมีผลบังคับของความตกลงระหว่างประเทศอื่นใดแต่อย่างใดไม่[134] แม้บรรดาความตกลงระหว่างประเทศทั้งหลายอนุสัญญาจะได้รับรองให้ต้องทำให้ปรากฏในรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษร (Written) ก็ตาม

---

[133]ลาวัณย์ ถนัดศิลปกุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 14,

[134]Article 3 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaty

แต่ก็เป็นที่น่าสังเกตว่า บรรดาความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นไม่ว่าจะเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่ถูกทำขึ้น “ด้วยวาจา” หรือเป็น “ลายลักษณ์อักษร” ระหว่างผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ย่อมมีสถานะทางกฎหมายเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้ด้วยเช่นกัน หากความตกลงระหว่างประเทศเช่นว่านั้นอยู่ภายใต้บังคับของระบอบกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือแม้แต่หลักกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศ ดังนั้นจากการศึกษาพบว่าบรรดาความตกลงระหว่างประเทศในความหมายอย่างกว้างนั้น กลับมีความหมายที่กว้างกว่าคำว่า “สนธิสัญญา” ที่จำกัดเฉพาะสนธิสัญญาที่กำหนดไว้ในคำนิยามศัพท์ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เท่านั้น[135]

ดังจะเห็นได้จากบรรดาความตกลงระหว่างประเทศที่ถูกทำขึ้น แต่มิได้ถูกกระทำให้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร หรือถูกทำให้ปรากฏในรูปแบบที่เป็นตราสาร หรือเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่ถูกกระทำด้วยวาจา อาทิ สัญญาสุภาพบุรุษทางวาจา (Verbal Gentleman’s Agreement) ก็หาได้มีผลผูกพันทางกฎหมาย (Non-Legal Binding)[136] ตามความหมายของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญากรุงเวียนนาทั้งสามฉบับแต่อย่างใดไม่ อาทิ ความตกลงด้วยวาจาระหว่างรัฐบาลพลัดถิ่นของประเทศเนเธอร์แลนด์เกี่ยวกับการปฏิรูปพันธกิจทางการทูตในสถานทูต (Verbal Agreement between the Netherland Government in Exile concerning Reorganization of Diplomatic Mission into Embassies) ซึ่งได้ทำการเจรจาสองครั้งในวันที่ 22 ตุลาคม ค.ศ. 1942 และวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1942 โดยทำการเจรจา ณ กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ หรือแม้แต่ความตกลงด้วยวาจาที่กระทำโดยประเทศสหภาพโซเวียต สหราชอาณาจักร และประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการเคลื่อนกองทัพอเมริกันและอังกฤษเข้าสู่กรุงเบอร์ลิน ประเทศเยอรมันนี (Verbal Agreement concluded by U.S.S.R., U.K. and U.S.A. on Entry American and British Troops into Berlin) ซึ่งทำขึ้นเมื่อวันที่ 2 มิถุนายน ค.ศ. 1945[137] เป็นต้น

แต่กระนั้นก็ตาม แม้ความตกลงด้วยวาจาดังกล่าวจะหาได้มีสถานะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามความหมายที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาทั้งสามฉบับดังกล่าวตามหลักการใน

---

[135]จุมพต สายสุนทร, “หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา,” ใน **หนังสือรวมบทความทางวิชาการชุดที่ 11 ศาลรัฐธรรมนูญภายใต้หลักนิติธรรมในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข** (กรุงเทพมหานคร: พี. เพรส, 2556), หน้า 246-247.

[136]United States of America, U.S. State Department, **International Documents of a Non-Legally Binding Character**, pp. 1-2, Retrieved March 28, 2015 from http://www.state.gov/documents/organization/65728.pdf; Herbert Bernstein and Joachim Zekoll, “The Gentleman's Agreement in Legal Theory and in Modern Practice: United States,” **The American Journal of Comparative Law** 46 (1996): 87.

[137]S. Akweenda, **International Law and the Protection of Namibia's Territorial Integrity: Boundaries and Territorial Claims** (The Hague: Kluwer Law International, 1997), pp. 175-176.

เบื้องต้นแต่อย่างใดไม่ก็ตาม แต่ก็มิอาจกล่าวได้ว่าพันธกรณีที่เกิดขึ้นจากความตกลงด้วยวาจาเช่นว่านั้น จะมิได้มีซึ่งสถานะทางกฎหมายระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นสนธิสัญญาหรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดย “เนื้อหาสาระ” ที่มีอยู่ในตัวของความตกลงระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นดังกล่าวแต่อย่างใด

พึงต้องเข้าใจว่าความตกลงเช่นว่านี้สามารถที่จะก่อให้เกิดพันธกรณีและมีค่าบังคับในฐานะที่เป็นความผูกพันในกฎหมายระหว่างประเทศได้เช่นเดียวกัน[138] แม้ในทางทฤษฎีบรรดาความตกลงด้วยวาจาดังกล่าวจะหาได้มีผลผูกพันทางกฎหมายที่จะบังคับกันได้ก็ตาม[139] ดังจะเห็นได้จากกรณีของความตกลงด้วยวาจาระหว่างเอกอัครราชทูตประเทศเดนมาร์กประจำนอร์เวย์กับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของประเทศนอร์เวย์ ซึ่งนำไปสู่การฟ้องร้องเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศในคดีที่เรียกว่าคดีกรีนแลนด์ตะวันออก ค.ศ. 1933 (1933 Eastern Greenland) ซึ่งทำการตัดสินโดยศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice) ว่าความตกลงด้วยวาจาที่ทำขึ้นระหว่างเอกอัครราชทูตประเทศเดนมาร์กประจำนอร์เวย์กับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของประเทศนอร์เวย์นั้นมีสถานะเป็นสนธิสัญญาหรือเป็นข้อสัญญาระหว่างประเทศ[140]

นอกจากนั้น แล้วแม้ในหลักการของอนุสัญญากรุงเวียนนาจะได้กำหนดหลักการไว้ว่า บรรดาความตกลงระหว่างประเทศที่ถูกทำขึ้นนี้จะต้องปรากฏอยู่ในรูปของตราสารเท่านั้น และไม่ว่าจะถูกทำขึ้นเป็นตราสารฉบับเดียวหรือหลายฉบับก็ตาม

แม้จากการศึกษาจะพบว่าถ้อยคำว่า “ตราสาร” ถูกอรรถาธิบายว่าเป็นความตกลงระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาในฐานะที่เป็นเอกสารสิทธิอันถูกทำขึ้นในรูปแบบที่เป็นหนังสือหรือต้องถูกกระทำให้เกิดขึ้นในรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม ตราสารที่ถูกทำขึ้นผ่านสื่ออิเลคทรอนิคส์ (Electronic Agreement) แม้จะปรากฏในรูปแบบของลายลักษณ์อักษรได้ก็ตาม แต่ตามหลักการที่ปรากฏในอนุสัญญากรุงเวียนนาทั้งสามฉบับก็หาได้รับรองถึงการทำความตกลงระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นจากตราสารที่ถูกทำขึ้นผ่านสื่ออิเลคทรอนิคส์ไว้อย่างชัดแจ้งแต่อย่างใดไม่

พึงต้องเข้าใจว่า พัฒนาการของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและพัฒนาการของโลกในยุคปัจจุบัน ย่อมนำไปสู่การทำความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบของตราสารที่ถูกทำขึ้นผ่านสื่ออิเลคทรอนิคส์ดังกล่าวได้ด้วยเช่นกัน ความตกลงในรูปแบบเช่นว่านี้ต่างก็ได้รับการยอมรับว่ามีสถานะทางกฎหมายในฐานะที่เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หรือเป็นสนธิสัญญาตามความหมายของ

---

[138]Article 3 of Vienna Convention on the Law of Treaty 1969

[139]United States of America, U.S. State Department, *op. cit.*, p. 1.

[140]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **แถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารกับมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ**, หน้า 5, ค้นวันที่ 11 สิงหาคม 2557 จาก http://www.kpi.ac.th/kpith/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=17&&Itemid=98

กฎหมายระหว่างประเทศได้เช่นกัน[141] อาทิ ความตกลงของประธานาธิบดีบิล คลินตัน (US President Bill Clinton) กับนายกรัฐมนตรีเบอร์ที อาร์ห (Bertie Ahern, Irish Prime Minister) ในปี ค.ศ. 1988 ได้ทำความตกลงระหว่างประเทศด้วยการลงนามผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ในกรณีของการทำคำแถลงการณ์เกี่ยวกับการทำธุรกรรมทางอิเลคทรอนิคส์ (communiqué-a pact on e-commerce)[142]

นอกจากนั้นแล้ว ในการทำความตกลงระหว่างประเทศผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ก็ยังปรากฏว่ามีกระทำขึ้นระหว่างนายจารี คาทีเนน (Jyri Katainen) นายกรัฐมนตรีของประเทศฟินแลนด์ (Finland) กับนายแอนดรัส แอนสิพ (Andrus Ansip) นายกรัฐมนตรีของประเทศเอสโทเนีย (Estonia)[143] ซึ่งเป็นการทำความตกลงระหว่างประเทศที่ถูกดำเนินการในรูปแบบของการทำบันทึกความเข้าใจ

---

[141]การทำสัญญาผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในสังคมระหว่างประเทศ แต่ใช้เฉพาะในความสัมพันธ์ระหว่างการดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศโดยภาคเอกชน ดังจะเห็นได้จากองค์การสหประชาชาติได้ให้ความสำคัญกับการรับรองความสมบูรณ์ในเรื่องการทำสัญญาผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่ทำเป็นสัญญาระหว่างประเทศ จนนำไปสู่การเสนอกฎหมายที่เป็นแม่แบบของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commissions on International Trade Law) เกี่ยวกับกฎหมายแม่แบบเกี่ยวกับการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (1996 UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce) ตลอดมีการพัฒนาอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 2005 (2005 The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts [the Electronic Communications Convention or ECC]) เพื่อเป็นกรอบความตกลงระหว่างประเทศในการทำสัญญาระหว่างประเทศที่ทำผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์

นอกจากนั้นแล้ว ในระบอบของกฎหมายภายในยอมรับหลักการในเรื่องสัญญาของเอกชนทางแพ่งซึ่งสามารถทำนิติกรรมสัญญาผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้ ซึ่งกฎหมายยอมรับในเรื่องการเกิดขึ้นของสัญญาและความสมบูรณ์ของนิติกรรมสัญญาที่ถูกทำขึ้นโดยเอกชนดังกล่าว ดังจะเห็นได้จากพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ของประเทศไทยหรือแม้แต่กฎข้อบังคับในเรื่องธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ค.ศ. 2002 (The Electronic Commerce [EC Directive] Regulations 2002) ที่ใช้ประเทศอังกฤษและในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป หรือแม้แต่รัฐบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ค.ศ. 2000 (Electronic Commerce Act (2000) (Republic Act No. 8792) ของประเทศฟิลิปปินส์ เป็นต้น

[142]Uri Friedman, “Behold: The World’s First Digitally Signed International Agreement Diplomacy, by ID card,” **The Atlantic** (December 20, 2013): para. 2, Retrieved March 28, 2015 from http://www.theatlantic.com/international/archive/2013/12/behold-the-worlds-first-digitally-signed-international-agreement/282582/

[143]Estonian World, **Estonia and Finland become First in the World to Digitally Sign International Agreemen**t, para. 1-3, Retrieved March 28, 2015 from http://estonianworld.com/technology/estonia-finland-become-first-world-digitally-sign-international-agreement/

(Memorandum of Understanding: MoU) ที่มีการลงนามผ่านระบบสื่ออิเลคทรอนิคส์ในเรื่องที่เกี่ยวกับการพัฒนาระบบการบริการทางอิเล็กทรอนิกส์ (e-Services) ระหว่างกัน

กล่าวโดยสรุป การทำความตกลงระหว่างประเทศต้องดำเนินการโดยนิติฐานะของความเป็นรัฐเท่านั้น แต่ด้วยเหตุที่ความเป็นรัฐมีนิติฐานะอย่างนามธรรม การดำเนินการดังกล่าวจึงต้องกระทำผ่านผู้แทนของรัฐที่ซึ่งกฎหมายรัฐธรรมนูญได้กำหนดบทบาทและหน้าที่ไว้ให้มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินนโยบายกับรัฐต่างประเทศ และทำหน้าที่ในฐานะที่เป็นการทำแทนรัฐในการดำเนินการใด ๆ ในทางปฏิบัติได้ตามระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศ

เป็นที่ประจักษ์ว่า ผู้แทนของรัฐย่อมต้องหมายถึงรัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารตามกรอบของกฎหมายภายใน ที่ซึ่งมีบทบาทและหน้าที่ตั้งแต่การกำหนดนโยบายต่างประเทศ การดำเนินกิจการและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ตลอดไปจนถึงการทำความตกลงระหว่างประเทศ การใช้อำนาจดังกล่าวของรัฐบาลจึงต้องใช้ผ่านผู้แทนของรัฐซึ่งมีนิติฐานะที่มาจากผู้ที่มีฐานะ บทบาทและอำนาจหน้าที่โดยตรงในการทำความตกลงระหว่างประเทศ[144] หรือแม้แต่บทบาทอำนาจหน้าที่ที่มาจากการแต่งตั้งมอบหมายอำนาจหน้าที่ตามที่ปรากฏไว้ในหนังสือมอบอำนาจเต็ม[145] ในการดำเนินการความสัมพันธ์เกี่ยวกับกิจการต่างประเทศ (External Affairs)[146]

---

[144]ประเด็นการใช้อำนาจของประมุขของรัฐ อาทิ พระมหากษัตริย์ หรือประธานาธิบดีก็ดี ย่อมมีประเด็นพิจารณาที่แตกต่างกันในบริบทของแต่ละรัฐเป็นการเฉพาะ อาทิ เป็นการที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจด้วยพระองค์เองหรือทรงใช้อำนาจผ่านฝ่ายบริหาร หรือประธานาธิบดีได้ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นประมุขของรัฐ ในหนังสือสัญญาที่มีความสำคัญ

แต่กระนั้นก็ตาม ในทางปฏิบัติก็มิค่อยปรากฏว่าประมุขของรัฐดำเนินการทำหนังสือสัญญาแต่อย่างใด แต่กรณีไม่ว่าจะเป็นอย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจดังกล่าวย่อมเป็นการใช้อำนาจในการดำเนินกิจการและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับรัฐต่างประเทศที่มีจุดเกาะเกี่ยวในฐานะที่เป็นการใช้อำนาจในทางบริหารรัฐกิจโดยตรง ประกอบกับการใช้อำนาจของประมุขของรัฐบาลหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเองก็เป็นการใช้อำนาจทางการบริหารรัฐกิจโดยตรง การที่อนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ได้กำหนดรับรองอำนาจและความสามารถในการทำหนังสือสัญญาไว้ในข้อบทที่ 7 เฉพาะองค์ภาวะที่ใช้อำนาจทางบริหารรัฐกิจดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ หาได้หมายถึงองค์กรอื่นใดทางนิติบัญญัติหรือองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททางกฎหมายก็ดี ย่อมประจักษ์ได้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศรับรององค์ภาวะที่ใช้อำนาจอธิปไตยทางบริหารเท่านั้นที่เป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ; United Nations, **United Nations Conference on the Law of Treaties,** pp. 68-69.

[145]แม้จะไม่มีกฎหมายกำหนดว่าองค์กรใดมีอำนาจออกหนังสือมอบอำนาจเต็มก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติในกิจการต่างประเทศเป็นภารกิจของกระทรวงการต่างประเทศโดยตรง กระทรวงการต่างประเทศจึงทำหน้าที่ออกหนังสือมอบอำนาจเต็ม ซึ่งลงนามโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ; สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 21 กรกฎาคม พ.ศ. 2535 เรื่อง การติดต่อทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญาและสนธิสัญญาต่าง ๆ เกี่ยวกับการ

2.3.2 ผู้แทนรัฐต้องเป็นผู้ที่มีนิติฐานะเป็นฝ่ายบริหารหรือมีฐานการใช้อำนาจที่มาจากฝ่ายบริหาร

ผู้เขียนค้นพบว่าผู้แทนรัฐต้องเป็นผู้ที่มีนิติฐานะเป็นฝ่ายบริหารหรือมีฐานการใช้อำนาจที่มาจากฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้วยเหตุที่ปรากฏด้วยหลักการทางกฎหมายไม่ว่าจะเป็นทั้งในกรณีของผู้มีอำนาจหรือผู้ที่มีความสามารถในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี หรือกระบวนการและขั้นตอนในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี ต่างก็ได้กำหนดการใช้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะว่าเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารไว้โดยตรง

เพื่อเป็นการพิสูจน์ถึงข้อค้นพบดังกล่าวผู้เขียนจึงได้ทำการนำเสนอข้อมูลและผลการศึกษาเพื่อสนับสนุนเหตุผลและข้อค้นพบของผู้เขียนโดยแบ่งออกเป็น 2 ประการดังนี้

ประการแรก บทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารถูกพิจารณาในฐานะที่เป็นผู้ที่มีอำนาจหรือมีความสามารถในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หากพิเคราะห์ตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 จะพบว่าแม้อนุสัญญากรุงเวียนนาฯ จะเพียงแต่รับรองว่าทุกรัฐมีความสามารถในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ[147] ภายใต้หลักความเท่าเทียมกันของรัฐ (The Principles of the Equal Rights)[148] ก็ตาม แต่กระบวนการที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ ก็ได้รับรองความสามารถ (Capacity) ของบุคคลบางประเภทเท่านั้นที่สามารถรับเอาข้อบท (Adopting) หรือรับรองความถูกต้องของข้อบทในสนธิสัญญา (Authentication the Text of a Treaty) รวมทั้งยังมีอำนาจหรือมีความสามารถที่จะแสดงเจตนายินยอมผูกพันตามสนธิสัญญา (Express Consent to be Bound) โดยไม่ต้องอาศัยอำนาจหรือความสามารถที่มาจากการแสดงหนังสือมอบอำนาจเต็ม (Full Power) แต่อย่างใด แม้จากการศึกษาจะพบว่าข้อบททั้งสองข้อดังกล่าวก็หาได้กำหนดถึงอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่าอยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งของรัฐก็ตาม[149]

หากพิเคราะห์ตามหลักการที่ปรากฏในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 จะพบว่ากฎหมายระหว่างประเทศรองรับนิติฐานะของผู้แทนรัฐที่ใช้อำนาจในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารไว้ ซึ่งสามารถพิจารณาจากหลักการในอนุสัญญาที่ยอมรับบุคคลที่มีอำนาจหรือมีความสามารถ

ดำเนินการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศให้เป็นอำนาจและหน้าที่ของกระทรวงการต่างประเทศ; กระทรวงการต่างประเทศ, กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, กองสนธิสัญญา, หนังสือที่ นร. 0605/853, 19 กันยายน 2545 เรื่อง การทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญาและสนธิสัญญา ต่าง ๆ.

[146]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **แถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารกับมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ**, หน้า 5.

[147]Article 6 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

[148]Preamble of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

[149]ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, การใช้กฎหมายระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย: ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ, ใน **เอกสารประกอบการบรรยายในการประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 6**, หน้า 15, ค้นวันที่ 24 สิงหาคม 2557 จาก http://www.oja.go.th/service/Lists/service/DispForm.aspx?ID=42

เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้ 2 กลุ่ม กล่าวคือ กลุ่มที่หนึ่ง กลุ่มบุคคลที่มีฐานะเป็นผู้ที่มีอำนาจทำการแทนรัฐ และกลุ่มที่สอง กลุ่มบุคคลที่มีฐานะซึ่งได้รับมอบอำนาจจากผู้ที่มีอำนาจทำการแทนรัฐ

กลุ่มที่หนึ่ง เป็นผู้มีอำนาจทำการแทนรัฐในฐานะที่เป็นบุคคลผู้ซึ่งมีคุณสมบัติเพียบพร้อมที่จะดำเนินการในนามของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้โดยตรงโดยอาศัยสถานะทางกฎหมายเป็นผู้ที่มีอำนาจโดยตำแหน่งที่มีอยู่โดยสถานะของบุคคลเช่นว่านั้นเอง โดยหาจำต้องอาศัยอำนาจหรือความสามารถที่มาจากหนังสือมอบอำนาจเต็มเพื่อมีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่[150] จะเห็นได้ว่าผู้แทนรัฐและผู้ที่มีอำนาจทำการแทนรัฐได้แก่ บุคคลที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในฐานะที่เป็นประมุขของรัฐ (Heads of State) หัวหน้ารัฐบาล (Heads of Government) หรือแม้แต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (Ministers for Foreign Affairs)[151] ย่อมเป็นที่ประจักษ์ว่า กฎหมายระหว่างประเทศยอมรับบทบาทและอำนาจหน้าที่ของกลุ่มบุคคลดังกล่าวในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหาร ซึ่งมีอำนาจในการดำเนินการทุกประการที่เกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยเริ่มตั้งแต่การริเริ่มและการทาบทาม (Initial) การเจรจา (Negotiation) การลงนาม (Signature) การรับรองข้อบท (Adoption) การรับรองความถูกต้องแท้จริงของข้อบท (Authentication) การลงนามในสัตยาบันสาร (Instrument of Ratification) การลงนามในภาคยานุวัติสาร (Instrument of Accession) การตั้งข้อสงวน (Reservation) การแก้ไขสนธิสัญญา (Amendment) หรือแม้แต่ในกรณีของการยกเลิกสนธิสัญญา (Termination) ก็ตาม[152]

กลุ่มที่สอง เป็นกลุ่มบุคคลที่มิได้เป็นฝ่ายบริหารของรัฐโดยตรง แต่เป็นกลุ่มบุคคลที่อาศัยอำนาจที่มาจากฝ่ายบริหารเพื่อดำเนินการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ทั้งในฐานะที่เป็นหน่วยงานราชการของฝ่ายบริหารได้แก่ หัวหน้าของคณะผู้แทนทางการทูตหรือเอกอัครราชทูต[153] หรือผู้แทนการประชุมที่ได้รับรองโดยรัฐในการประชุมระหว่างประเทศหรือในองค์การระหว่าง

---

[150]Article 7 paragraph 2 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

[151]Article 7 paragraph 2 (a) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

[152]แนวทางปฏิบัติของประเทศไทยนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศมีหน้าที่ลงนามในการลงนามในสัตยาบันสาร ภาคยานุวัติสาร สารยอมรับข้อบท สารรับรองความถูกต้องแท้จริงของข้อบท สารให้ความเห็นชอบในการเข้าเป็นภาคีสนธิสัญญา สารเกี่ยวกับการตั้งข้อสงวน สารบอกเลิกสนธิสัญญาและยังหมายความรวมไปถึงอำนาจในการลงนามในหนังสือมอบอำนาจเต็มด้วยเช่นเดียวกัน; มนตรี กิติวังชัย, **การจัดทำสนธิสัญญาของประเทศไทย**, หน้า 4, ค้นวันที่ 12 ตุลาคม 2557 จาก http://www.mfa.go.th/treaty/articles/list.html

[153]ผู้มีอำนาจเฉพาะวัตถุประสงค์เพื่อการยอมรับบทบัญญัติของสนธิสัญญา (Adopting the Text of a Treaty) ที่ได้กระทำระหว่างรัฐภาคีในการทำสนธิสัญญา อันได้แก่หัวหน้าของคณะผู้แทนทางการทูตหรือเอกอัครราชทูต ซึ่งมีแต่อำนาจในการรับร่างสนธิสัญญาแทนรัฐของตนเองกับรัฐผู้รับที่เอกอัครราชทูตนั้นประจำการอยู่เท่านั้น; Article 7 paragraph 2 (b) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

ประเทศ[154] หรือแม้แต่บุคคลที่มีอำนาจโดยอาศัยการมอบอำนาจมาจากฝ่ายบริหารที่เรียกว่าบุคคลผู้ได้รับมอบอำนาจเต็ม[155] ย่อมเป็นที่ประจักษ์ว่า เจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นฝ่ายบริหารก็ดี หรือผู้ที่ได้รับการมอบอำนาจเต็มจากหนังสือมอบอำนาจ ย่อมอาศัยฐานรองรับการใช้อำนาจที่มาจากบุคคลที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่โดยตำแหน่ง ไม่ว่าจะเป็นประมุขของรัฐก็ดี หรือหัวหน้าของรัฐบาลก็ดี หรือแม้แต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ[156] ในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารที่มีอำนาจในการดำเนินนโยบายและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยตรง

ดังนั้น ในระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศรับรองความสามารถของบุคคลผู้มีอำนาจทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้โดยตรง ทั้งในฐานะตำแหน่งหน้าที่ที่เป็นฝ่ายบริหาร และในฐานะที่ได้รับมอบอำนาจมาจากฝ่ายบริหารซึ่งเป็นผู้ที่มีอำนาจหน้าที่โดยตำแหน่งเช่นเดียวกัน ในขณะที่กฎหมายระหว่างประเทศหาได้รับรององค์กรอื่นใดในฐานะที่เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่ ส่วนบุคคลใดหรือกระบวนการมอบอำนาจจะดำเนินการโดยองค์กรใดก็ตาม กฎหมายระหว่างประเทศหาได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใดไม่นอกจากจะบัญญัติรับรองผู้ทรงสิทธิโดยการใช้ถ้อยคำว่า “รัฐ” แต่เพียงเท่านั้น ด้วยเหตุที่กฎหมายระหว่างประเทศมิประสงค์ที่จะเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการดำเนินกิจการภายในของรัฐแต่อย่างใด

---

[154]ผู้มีอำนาจเฉพาะวัตถุประสงค์เพื่อการยอมรับบทบัญญัติของสนธิสัญญา (Adopting the Text of a Treaty) ในการทำสนธิสัญญา ได้แก่ผู้แทนการประชุมที่ได้รับรองโดยรัฐในการประชุมระหว่างประเทศหรือในองค์การระหว่างประเทศหรือในองค์กรใดองค์หนึ่งขององค์กรระหว่างประเทศดังกล่าว ในการประชุมระหว่างประเทศหรือในองค์การระหว่างประเทศหรือในองค์กรใดองค์หนึ่งขององค์กรระหว่างประเทศเช่นว่านั้น; Article 7 paragraph 2 (c) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

[155]กลุ่มที่สอง บุคคลผู้ซึ่งมีสถานะทางกฎหมายเป็นตัวแทนของรัฐโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการรับรองข้อบทในสนธิสัญญา (Adopting the Text of a Treaty) หรือเพื่อยืนยันความถูกต้องแท้จริงของข้อบทในสนธิสัญญา (Authenticating the Text of a Treaty) หรือมีวัตถุประสงค์เพื่อแสดงออกซึ่งความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันในข้อบทของสนธิสัญญา (Expressing the Consent of the State to be Bound by a Treaty) ในกรณีที่บุคคลเช่นว่านั้นแสดงหนังสือมอบอำนาจเต็ม (Full Power) โปรดดู Article 7 paragraph 1 (a) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties หรือปรากฏจากแนวทางปฏิบัติของรัฐก็ดี (The Practice of the States) หรือจากพฤติการณ์ที่ปรากฏโดยประการอื่นใด (Other Circumstances) ว่าเจตจำนงของรัฐเช่นว่านั้นสามารถพิจารณาได้ว่าบุคคลเช่นว่านั้นเป็นผู้แทนของรัฐสำหรับการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อการรับรองข้อบทในสนธิสัญญาก็ดี หรือเพื่อยืนยันความถูกต้องแท้จริงของข้อบทในสนธิสัญญาก็ดี หรือแม้แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสดงออกซึ่งความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันในข้อบทของสนธิสัญญาเช่นว่านั้นได้ โดยปราศจากหนังสือมอบอำนาจเต็ม (Dispense with Full Powers) เพื่อแสดงออกซึ่งอำนาจในการดำเนินการตามสนธิสัญญาดังกล่าว; Article 7 paragraph 1 (b) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

[156]United Nations, **Treaty Handbook**, p. 3.

ประการที่สอง กระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศภายใต้ระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศยังรับรองการใช้อำนาจโดยบุคคลที่เรียกว่าผู้แทนของรัฐให้มีบทบาทและอำนาจหน้าที่โดยตรงตั้งแต่การริเริ่มและการทาบทาม การเจรจา การลงนาม การรับรองข้อบท[157] การรับรองความถูกต้องแท้จริงของข้อบท[158] การแสดงความยินยอมผูกพันด้วยการลงนาม[159] การลงนามในสัตยาบันสาร การยอมรับหรือการให้ความเห็นชอบก็ดี[160] การลงนามในภาคยานุวัติสาร[161] การตั้งข้อสงวน[162] การแก้ไขสนธิสัญญา[163] การยกเลิกสนธิสัญญา[164] ที่ต้องดำเนินการโดยรัฐทั้งสิ้น การใช้อำนาจดังกล่าวจึงเชื่อมโยงการใช้อำนาจที่มาจากฝ่ายบริหารทั้งในกลุ่มบุคคลที่มีฐานะโดยตำแหน่งก็ดี บุคคลที่มีบทบาทหน้าที่ที่เป็นหน่วยงานของฝ่ายบริหารก็ดี หรือแม้แต่บุคคลที่อาศัยอำนาจมาจากหนังสือมอบอำนาจเต็มก็ดี

แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหากพิจารณาตามกรอบของกฎหมายภายในแล้ว จะพบว่าฝ่ายบริหารก็ยังคงเป็นองค์กรหลักที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการทำหนังสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว แม้หนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทจำต้องอาศัยการมีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติด้วยก็ตาม แต่ในมิติของกรอบที่อรรถาธิบายในระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศ ย่อมเป็นที่ประจักษ์ว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไม่ว่าตามกรอบของกฎหมายภายในจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยหรือไม่ก็ตาม หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวรัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหาร ย่อมมีนิติฐานะเป็นองค์กรหลักที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการแสดงเจตนายินยอมผูกพันในความตกลงระหว่างประเทศตามที่กระบวนการที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนด จะเห็นได้ว่ากระบวนการตามกฎหมายภายในภายใต้เขตอำนาจรัฐในดินแดน (Domestic Jurisdiction) กฎหมายระหว่างประเทศเคารพความเป็นอิสระในการกำหนดวิธีการและกระบวนการทำหนังสือสัญญาว่าเป็นกิจการเฉพาะของรัฐ ภายใต้หลักความเป็นอิสระในการกำหนดเจตจำนงของตนและหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่นใด[165]

อนึ่ง จากการศึกษาหลักการที่ปรากฏในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ไม่ปรากฏว่ากฎหมายระหว่างประเทศได้รับรองการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายตุลาการในการดำเนินการในเรื่องดังกล่าวแต่อย่างใด แต่กระนั้นก็ตาม แม้จากการศึกษาจะพบว่าฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการจะหาได้มีอำนาจหน้าที่ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ตาม กรณีจะเป็นอย่างไร ถ้าการทำสนธิสัญญาดังกล่าวได้เกิดขึ้นภายใต้การดำเนินการโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่งก็ดีหรือ

---

[157]Article 9 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

[158]Article 10 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

[159]Article 12 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

[160]Article 14 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

[161]Article 15 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

[162]Article 19 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

[163]Article 39-41 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

[164]Article 54-60 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

[165]Article 2 Paragraph 7 of Charter of United Nations

แม้แต่โดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายตุลาการก็ดี[166] ซึ่งหาได้มีบทบาทหรืออำนาจหน้าที่โดยตรงในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว เป็นที่น่าสังเกตว่า แม้การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวย่อมจะไม่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายภายใน เนื่องด้วยเหตุที่การทำหนังสือสัญญาดังกล่าวบุคคลที่ทำสนธิสัญญาไม่มีอำนาจซึ่งได้รับมอบหมายจากฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลในฐานะที่เป็นผู้มีอำนาจในฐานะที่เป็นผู้แทนของรัฐก็ตาม หากแต่ข้อเท็จจริงได้ปรากฏว่ารัฐจะได้ทำการรับรองการดำเนินการดังกล่าวในภายหลัง การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดผลทางกฎหมายผูกพันกับรัฐดังกล่าวได้เช่นกัน[167] กระบวนการรับรองภายหลังตามหลักการที่ปรากฏในอนุสัญญากรุงเวียนนาดังกล่าวย่อมเป็นที่ประจักษ์แจ้งเช่นเดียวกันว่า รัฐซึ่งมีนิติฐานะเป็นบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศย่อมต้องอาศัยผู้แทนรัฐที่ซึ่งมีบทบาทและหน้าที่ในการดำเนินการอย่างใด ๆ ในฐานะที่เป็นผู้แทนของรัฐ ซึ่งหมายความรวมถึงการที่รัฐตัดสินใจที่จะให้การรับรองการดำเนินการของบุคคลหรือองค์กรที่ดำเนินการโดยปราศจากอำนาจดังกล่าวด้วยเช่นกัน ดังนั้น อำนาจทั้งในการทำหรือการรับรองการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศย่อมเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

นอกจากนั้นแล้ว แม้การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยฝ่ายบริหารจะเป็นกระบวนการที่ละเมิดกฎหมายภายใน อาทิ ฝ่าฝืนกระบวนการมีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติในการให้ความเห็นชอบหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว กฎหมายระหว่างประเทศก็ยังรับรองความสมบูรณ์ของสนธิสัญญานั้นเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ[168] หาได้ขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญของรัฐใดรัฐหนึ่งแต่อย่างใดไม่ ด้วยเหตุดังกล่าวรัฐที่เข้าทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจึงไม่อาจอ้างบทบัญญัติตามกฎหมายภายในของตน หรือบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมาปฏิเสธการมีผลผูกพันที่มีอยู่ตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้[169]

---

[166]แม้ในทางปฏิบัติหากผู้ทำหนังสือสัญญาหาได้เป็นผู้ที่มีฐานะโดยตำแหน่งก็ดี ผู้ซึ่งเป็นตัวแทนดังกล่าวย่อมต้องแสดงให้ปรากฏซึ่งหนังสือมอบอำนาจเต็ม แต่กระนั้นก็ตาม ในการทำความตกลงระหว่างประเทศหากปรากฏว่าผู้ที่ไม่มีอำนาจหน้าที่ในการทำสนธิสัญญาแต่ได้ทำหนังสือสัญญาขึ้นด้วยเหตุที่ทางปฏิบัติของรัฐก็ดี หรือจากพฤติการณ์ที่ปรากฏโดยประการอื่นใดทำให้เข้าใจได้ว่าบุคคลเช่นว่านั้นเป็นผู้แทนของรัฐในการแสดงออกซึ่งความยินยอมของรัฐในการผูกพันในข้อบทของสนธิสัญญาเช่นว่านั้นได้ โดยปราศจากหนังสือมอบอำนาจเต็ม (Dispense with Full Powers) เพื่อแสดงออกซึ่งอำนาจในการดำเนินการตามสนธิสัญญาดังกล่าว; Article 7 paragraph 1 (b) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

[167]Article 8 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

[168]แม้ว่าตามระบอบของกฎหมายภายในจะมีผลทำให้อำนาจและการแสดงเจตนาบกพร่องก็ตาม แต่ในแง่กฎหมายระหว่างประเทศแล้ว หากฝ่ายบริหารได้แสดงเจนาให้ความยินยอมที่จะเข้าผูกพันตามอำนาจที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองว่าพึงมีแล้ว การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศย่อมมีผลผูกพันจากการแสดงออกของรัฐแม้โดยความบกพร่องก็ตาม รัฐไม่อาจหยิบยกกฎหมายภายในมาปฏิเสธการมีผลทางกฎหมายได้แต่อย่างใด

[169]Article 27 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

แต่กระนั้นก็ตาม ในกรณีที่กฎหมายภายในที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง (Fundamental Importance) และการฝ่าฝืนกฎหมายภายในเป็นการฝ่าฝืนที่ชัดแจ้ง (Manifest) ในลักษณะที่เป็นการฝ่าฝืนที่ประจักษ์ชัด (Evident) ในทางภววิสัย (Objective) ของรัฐเช่นว่านั้นตามแนวปฏิบัติปกติ (Normal Practice) และโดยสุจริต[170] ข้อบทดังกล่าวย่อมมีผลต่อความผูกพันในความตกลงระหว่างประเทศที่ได้ทำขึ้นด้วยเช่นกัน

เป็นที่น่าสังเกตว่า แม้การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวจะได้ดำเนินการโดยฝ่ายบริหารที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายภายในดังกล่าวนั้น กฎหมายระหว่างประเทศก็หาได้ปฏิเสธการมีผลผูกพันในความตกลงระหว่างประเทศที่ดำเนินการโดยฝ่ายบริหารแต่อย่างใดไม่ รัฐโดยฝ่ายบริหารในฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศก็จำต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่เกิดขึ้นดังกล่าวด้วยเช่นกัน

ยิ่งไปกว่านั้น กระบวนการทำสนธิสัญญาทวิภาคี และสนธิสัญญาพหุภาคีมีความแตกต่างกันในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในเรื่องของเจราจาเพื่อทำความตกลงระหว่างประเทศ กล่าวคือประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่กำหนดโดยประเภทของภาคี อาศัยการพิจารณาจากจำนวนประเทศที่เป็นประเทศคู่สัญญาเป็นตัวกำหนดการจัดประเภท สนธิสัญญาประเภทดังกล่าวสามารถแบ่งแยกออกเป็น 2 ประเภทดังนี้ ประการแรก สนธิสัญญาทวิภาคี (Bilateral Treaty) และประการที่สอง สนธิสัญญาพหุภาคี (Multilateral Treaty) ซึ่งความตกลงระหว่างประเทศอาจเป็นสนธิสัญญาที่เป็นกฎหมาย (Law Making Treaty)[171] และสนธิสัญญาที่เป็น

---

[170]Article 46 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

[171]สนธิสัญญาที่เป็นกฎหมายเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นหนังสือตราสารที่กำหนดเนื้อหาสาระของความตกลงระหว่างประเทศเป็นการสร้างกฎเกณฑ์บรรทัดฐาน (Norm) ของสังคมระหว่างประเทศหรือเป็นการก่อให้เกิดพันธกรณี (Integral Obligations) มากกว่าที่จะเป็นการก่อให้เกิดความผูกพันทางสัญญา (Contractual) นอกจากนั้นแล้ว สนธิสัญญาที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมาย (Law-Making Treaty) เป็นหมวดย่อยในสนธิสัญญาที่เป็นกฎเกณฑ์บรรทัดฐาน (Normative Treaty) ที่เป็นกฎเกณฑ์อันก่อให้เกิดพันธกรณีที่เป็นรูปธรรม (Objective Obligation) ดังจะเห็นได้จากสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน สนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับหลักการด้านกฎหมายทะเล (Maritime Regimes) หรือแม้แต่อนุสัญญาแรงงาน (International Labour Organization: ILO) ในฐานะที่เป็นตัวอย่างของสนธิสัญญาที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมาย

นอกจากนั้นแล้ว สนธิสัญญาที่เป็นกฎเกณฑ์บรรทัดฐานยังมีลักษณะที่ทับซ้อน (Overlap) กับสนธิสัญญาพหุภาคี (Multilateral Treaty) กล่าวคือ สนธิสัญญาที่เป็นกฎเกณฑ์บรรทัดฐานจะมีลักษณะที่เป็นสนธิสัญญาพหุภาคีเสมอ แต่ในขณะที่สนธิสัญญาพหุภาคีหาได้มีลักษณะที่เป็นสนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎเกณฑ์บรรทัดฐานไปเสียทั้งหมดแต่อย่างใดไม่; Sir Gerald Fitzmaurice, “Second Report on the Law of Treaties,” **Year Book of International Law Commission (YILC)** 2, 54 (1957) quoted in Catherine M. Brölmann, “Law-Making Treaties: Form and Function in International Law,” **Nordic Journal of International Law** 74 (2005): 1-2, 5-7, Retrieved August 24, 2013 from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1334266; M. Fitzmaurice and A. Quast,

สัญญา (Contractual Treaty)[172] ความแตกต่างกันในเรื่องของการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในเรื่องของการเจรจาเพื่อทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หากเป็นสนธิสัญญาทวิภาคีการเจรจาโดยฝ่ายบริหาร[173] ย่อมสามารถดำเนินการได้ภายใต้แนวทางและผลประโยชน์ชาติ

ในขณะที่การทำสนธิสัญญาพหุภาคีการเจรจาไม่สามารถดำเนินการได้อย่างลำพังและอิสระ การเจรจาต้องดำเนินการภายใต้กรรมาธิการยกร่างความตกลงที่มีการกำหนดกรอบไว้เป็นฐานการเจรจา บทบาทของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในขั้นตอนของการดำเนินการเจรจาเพื่อทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจึงมีความแตกต่างกันด้วยเช่นกัน

กล่าวโดยสรุป ผู้แทนรัฐต้องเป็นผู้ที่มีนิติฐานะเป็นฝ่ายบริหาร หรือมีฐานการใช้อำนาจที่มาจากฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศประกอบกับกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศรองรับเฉพาะการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาไม่ว่าจะเป็นทั้งการที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองนิติฐานะของผู้ที่มีบทบาทหน้าที่โดยตรง หรือจากบุคคลที่อยู่ในหน่วยงานของรัฐที่มีบทบาทและหน้าที่โดยตรง หรือแม้แต่บุคคลใดก็ตามที่มีอำนาจหน้าที่โดยอาศัยฐานอำนาจที่มาจากการมอบหมายอำนาจหน้าที่โดยผู้ที่มีหน้าที่โดยตำแหน่งโดยตรงก็ดี

การกำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารดังกล่าวยังเชื่อมโยงไปถึงการรับรองการใช้อำนาจของรัฐโดยผู้แทนรัฐ ซึ่งเป็นฝ่ายบริหารในการดำเนินกระบวนการตามที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ตั้งแต่การริเริ่มจนกระทั่งสิ้นกระบวนการตามกรอบที่กฎหมายกำหนด ส่วนการกำหนดตัวบุคคลหรือกระบวนการตามกรอบกฎหมายภายในจะเป็นอย่างไรนั้น จะเห็นได้ว่าระบอบในกฎหมายระหว่างประเทศให้ความเคารพต่อหลักการที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยและเขตอำนาจรัฐ และภายใต้หลักการที่ว่าด้วยการไม่แทรกแซงต่อการดำเนินกิจการภายในของแต่ละรัฐ กฎหมายระหว่างประเทศจึงหาได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้อำนาจตามกระบวนการตามกรอบของกฎหมายภายในซึ่งมีความแตกต่างกันทั้งในระบบการเมืองการปกครองและพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของแต่ละรัฐ การใช้อำนาจตามกระบวนการดังกล่าวจึงต้องเป็นไปตามกรอบที่รัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐกำหนด

Law of Treaties Section A: Introduction to the Law of Treaties (London: Central Printing Service, the University of London Press, 2007), p. 12, Retrieved October 15, 2015 from http://www.londoninternational.ac.uk/sites/default/files/law_treaties.pdf

[172]สนธิสัญญาที่เป็นสัญญาเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นหนังสือตราสารที่กำหนดกรอบความผูกพันกับรัฐภาคีในฐานะที่เป็นรัฐคู่สัญญาอันก่อให้เกิดกรอบความร่วมมือระหว่างรัฐภาคีในเรื่องต่างๆ อาทิ อนุสัญญาระหว่างประเทศเพื่อการป้องกันภาวะมลพิษจากเรือ ค.ศ.1973 และพิธีสารเกี่ยวกับการป้องกันภาวะมลพิษจากเรือ ค.ศ.1978 เป็นต้น; M. Fitzmaurice and A. Quast, *op. cit.,* pp. 12-13.

[173]ส่วนกรอบการเจรจาจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ขึ้นอยู่กับประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่ากฎหมายภายในของแต่ละรัฐได้กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามามีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาหรือไม่ อย่างไร

2.3.3 กระบวนการและความสมบูรณ์ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนายินยอมผูกพันโดยผู้แทนรัฐ

พึงต้องเข้าใจว่าหลักการที่สำคัญในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นกระบวนการเริ่มต้นตั้งแต่การริเริ่มจวบจนกระทั่งการให้สัตยาบันต้องเกิดจากกการแสดงเจตนาให้ความยินยอมผูกพัน (Consent to be Bound)[174] ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้หลากหลายวิธี อาทิ การลงนาม การให้ความเห็นชอบ การยอมรับ การภาคยานุวัติ หรือแม้แต่การให้สัตยาบันเป็นที่ประจักษ์ว่า การให้ความยินยอมเป็นหลักการที่สำคัญอันเกี่ยวกับกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยตรง หากปราศจากความยินยอมโดยการแสดงเจตจำนงโดยอิสระ (Free Consent) แล้ว การทำความตกลงระหว่างประเทศโดยผู้แทนรัฐย่อมมิอาจเกิดขึ้นได้โดยสมบูรณ์โดยปราศจากการดำเนินการที่ชอบภายใต้หลักการที่สำคัญนี้

โดยหลักการแล้ว การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไม่อาจเกิดขึ้นจากการใช้กำลังบังคับให้เป็นไปโดยปราศจากการแสดงความยินยอมและการแสดงเจตจำนงโดยอิสระ โดยการแสดงความยินยอมผูกพันโดยสุจริตเพื่อใช้ในการสร้างความผูกพันระหว่างประเทศ[175] ความยินยอมจึงเป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของรัฐเพื่อก่อให้เกิดพันธกรณี[176] ภายใต้ธำรงไว้ซึ่งอำนาจและการใช้อำนาจอธิปไตยในการบริหารรัฐกิจและความมั่นคงของรัฐ[177] หลักความยินยอมจึงมีส่วนสำคัญที่สร้างความผูกพันระหว่างรัฐภาคี โดยสนธิสัญญาไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาทวิภาคีหรือพหุภาคีก็ตามจะไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีหรือสิทธิใด ๆ (Obligations or Rights) สำหรับรัฐที่สาม (Third State) โดยปราศจากความยินยอมเข้าผูกพันโดยรัฐเช่นว่านั้น (Without Its Consent)[178] ซึ่งรัฐที่สามนั้นหมายถึงรัฐที่ซึ่งหาได้มีสถานะทางกฎหมายในฐานะที่เป็นคู่สัญญาหรือเป็นรัฐภาคีของสนธิสัญญาแต่อย่างใดไม่[179] ดังนั้น พันธกรณีที่จะเกิดขึ้นได้ต้องเกิดขั้นจากการแสดงความยินยอมผูกพันเท่านั้น เว้นแต่ ในบางกรณีที่ความตกลงระหว่างประเทศที่รัฐแม้จะมิได้เป็นภาคีก็ตาม แต่ความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวกลับมีนิติฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ความผูกพันดังกล่าวหาจำต้องเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนายินยอมผูกพันแต่อย่างใดไม่

---

[174]Article 11 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

[175]Curtis J. Mahoney, “Treaties as Contracts: Textualism, Contract Theory, and the Interpretation of Treaties,” **The Yale Law Journal** 116, 4 (January 2007): 849-850, Retrieved October 24, 2015 from http://www.yalelawjournal.org/note/treaties-as-contracts-textualism-contract-theory-and-the-interpretation-of-treaties

[176]Johan D. Van Der Vyver, “Self-Determination of the Peoples of Quebec under International Law,” **Journal of Transnational Law and Policy** 10 (Fall 2000): 1, Retrieved August 24, 2015 from http://www.law.fsu.edu/journals/trans national/vol 101/vyver.pdf

[177]M. St. Korowicz, *op. cit.*, p. 157 quoted in Momir Milojević, *op. cit.,* p. 429.

[178]Article 34 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

[179]Article 2 (1) (h) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น จากการศึกษาพบว่าการแสดงเจตจำนงของรัฐภายใต้หลักเสรีภาพและความเป็นอิสระ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 กำหนดว่า “ทุกรัฐมีความสามารถในการทำสนธิสัญญา โดยเจตจำนงของรัฐดำเนินการผ่านด้วยการแสดงออกผ่านบุคคลผู้ที่มีอำนาจให้ดำเนินการเช่นว่านั้นหรือผู้ที่สถานะเป็นผู้แทนของรัฐ”[180] อาทิ บุคคลผู้ซึ่งมีสถานะทางกฎหมายเป็นตัวแทนของรัฐโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการรับรองข้อบทในสนธิสัญญา (Adopting the Text of a Treaty) หรือเพื่อยืนยันความถูกต้องแท้จริงของข้อบทในสนธิสัญญา (Authenticating the Text of a Treaty) หรือมีวัตถุประสงค์เพื่อแสดงออกซึ่งความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันในข้อบทของสนธิสัญญา (Expressing the Consent of the State to be Bound by a Treaty) ในกรณีที่บุคคลเช่นว่านั้นแสดงหนังสือมอบอำนาจเต็ม[181]

กระบวนการในการแสดงเจตจำนงของรัฐปรากฏให้เห็นโดยกระบวนวิธีต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ซึ่งต้องดำเนินการภายใต้หลักการที่ว่าด้วย “การให้ความยินยอมผูกพันทั้งสิ้น” ไม่ว่าจะเป็น การลงนาม การแลกเปลี่ยนหนังสือตราสารก่อตั้งสนธิสัญญา การให้สัตยาบัน การให้ความเห็นชอบ การยอมรับ การภาคยานุวัติ หรือด้วยกระบวนวิธีอื่นใดตามที่มีการตกลงกัน (Any Other Means If So Agreed)[182] การตั้งข้อสงวน การแก้ไขสนธิสัญญา การยกเลิกสนธิสัญญา ซึ่งกระบวนการที่เกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาทั้งหมดปรากฏให้เห็นได้ด้วยการใช้อำนาจอธิปไตยอันเป็นพื้นฐานของรัฐด้วยการให้ความยินยอมที่ต้องแสดงให้ปรากฏออกมาภายนอก

ในขณะที่การแสดงเจตจำนงให้ปรากฏออกภายนอกในกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น แม้กฎหมายระหว่างประเทศจะเคารพหลักอำนาจอธิปไตยก็ตาม แต่ความไม่สมบูรณ์ตามระบอบกฎหมายภายในกลับไม่ได้รับการเคารพในเวทีระหว่างประเทศเท่าใดนัก เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะแต่ละรัฐมีความแตกต่างกันในระบบกฎหมายที่มีความซับซ้อนและความแตกต่างในรายละเอียด การอนุญาตให้หยิบยกกฎหมายภายในมาปฏิเสธการมีผลของกฎหมายระหว่างประเทศจะเป็นแหตุที่นำไปสู่ความยุ่งยากในสังคมระหว่างประเทศเป็นที่สุด

ความยินยอมที่แสดงออกมาในกระบวนการต่าง ๆ โดยรัฐนั้น มีประเด็นที่จะต้องทำการพิจารณาตามหลักกฎหมายภายในด้วยเช่นกัน ประเด็นสำคัญอยู่ที่ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ หากเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่อยู่ในอำนาจและหน้าที่ของฝ่ายบริหารโดยลำพัง การแสดงเจตนายินยอมดังกล่าวก็เพียงแต่ได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีเท่านั้น ภายหลังจึงสามารถดำเนินการแสดงเจตนายินยอมผูกพันในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามขั้นตอนและกระบวนการที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนด

---

[180]Article 6 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

[181]Article 7 paragraph 1 (a) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

[182]Article 11 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

แต่กระนั้นก็ตาม ในกรณีที่ความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ การแสดงเจตนายินยอมผูกพันตามที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดจำต้องผ่านกระบวนการและวิธีการที่กฎหมายภายในกำหนดไว้ด้วยเช่นกัน

พึงเข้าใจว่าระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้เข้ามาควบคุมกระบวนการตามกฎหมายภายใน กฎหมายระหว่างประเทศพิจารณาแต่เพียงว่าการแสดงเจตนายินยอมในกระบวนการหรือขั้นตอนดังกล่าวได้ดำเนินการไปโดยผู้ที่มีนิติฐานะหรือมีได้รับมอบอำนาจเต็มถูกต้องหรือไม่ การแสดงเจตจำนงดังกล่าวก็มีผลเป็นอันสมบูรณ์ตามระบอบกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าการแสดงเจตนายินยอมดังกล่าวจะไม่ได้ดำเนินการโดยชอบตามระบอบกฎหมายภายในก็ตาม ดังจะเห็นได้จากหลักการที่ว่าด้วยความไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายภายในไม่มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น หนังสือสัญญาที่มีการแสดงความยินยอมผูกพันโดยชอบโดยผู้แทนรัฐ ย่อมก่อให้เกิดพันธกรณีในกฎหมายระหว่างประเทศได้

ประเด็นสำคัญของหลักการเรื่องนี้จึงอยู่ที่การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นจากกระบวนการที่รัฐไม่ได้ดำเนินการใดตามกรอบของกฎหมายภายในกำหนด อาทิ การไม่ได้เสนอกรอบการเจรจา การที่มิได้ให้ข้อมูลแก่ภาคประชาชน การไม่ได้รับความเห็นชอบในกรอบการเจรจา การที่ไม่ได้ให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญา การไม่ได้เยียวยาผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการทำหนังสือสัญญา หรือแม้แต่หนังสือสัญญาที่ไม่ผ่านการพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นต้น กระบวนการที่มิได้เป็นไปตามระบอบของกฎหมายภายในไม่ว่าจะด้วยเหตุผลกลใดก็ตาม ย่อมไม่อาจยกความไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายภายในเพื่อเป็นเหตุที่จะทำการปฏิเสธถึงความผูกพันที่เกิดขึ้นได้ ตัวอย่างที่เห็นได้นอกจากหลักการในกฎหมายไทยแล้ว หลักการตามกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาภายใต้รูปแบบของ “ข้อตกลงของฝ่ายบริหาร” (Executive Agreements) โดยหลักการแล้วหาจำต้องนำเสนอเข้าสู่การพิจารณาให้คำแนะนำและความเห็นชอบจากวุฒิสภาแต่อย่างใดไม่[183] ความตกลงดังกล่าวมีลักษณะและการเรียกชื่อเฉพาะอย่างเป็นทางการภายใต้ระบบกฎหมายอเมริกันเท่านั้น และหาได้มีนิติฐานะเป็น “สนธิสัญญา” (Treaty) แต่อย่างใดไม่ แต่กระนั้นก็ตาม กรณีที่ข้อตกลงของฝ่ายบริหารดังกล่าวหาได้มีนิติฐานะเป็นสนธิสัญญาตามหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาดังกล่าวนั้น ก็หาอาจยกเหตุความไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายภายในว่า การทำความตกลงระหว่างประเทศมีฐานะเป็นเพียงข้อตกลงทางบริหาร หาได้มีนิติฐานะเป็นสนธิสัญญาเพื่อปฏิเสธการมีผลผูกพันของสนธิสัญญาได้แต่อย่างใดไม่[184]

ประเด็นสำคัญอยู่ที่การแสดงความยินยอมที่ปรากฏออกตามหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศมีผลต่อความสมบูรณ์ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ที่แม้ในกระบวนการทำดังกล่าวจะเกิดขึ้นโดยไม่ผ่านกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายภายในก็ตาม แต่การแสดงความยินยอมโดยผู้มีอำนาจตามหลักการในระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีผลสมบูรณ์และส่งผลให้รัฐ

---

[183]International Legal Research Tutorial, *op. cit.*, para. 1-9.; มานิตย์ จุมปา และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, **รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา: คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552), หน้า 98.

[184]Article 46 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties 1969

เช่นว่านั้นจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีภายใต้หลักที่ว่าด้วย “ สัญญาต้องเป็นสัญญา” (pacta sunt servanda) และต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาเช่นว่านั้นด้วยความสุจริต รัฐจะอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของตนมาเป็นข้ออ้างในการไม่ปฏิบัติตามความตกลงระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นมิได้[185] เว้นแต่กฎหมายภายในซึ่งรัฐยกขึ้นกล่าวอ้างนั้น จะเป็นกฎหมายภายในเกี่ยวกับเรื่องความสามารถของผู้แทนของรัฐในการให้ความยินยอมของตนเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้น ในกรณีเช่นนี้กฎหมายภายในที่จะยกขึ้นกล่าวอ้างนั้นต้องเป็นการฝ่าฝืนหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศใน 2 ประการดังนี้[186]

ประการแรก การฝ่าฝืนดังกล่าวจะต้องเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายภายในที่มีความสำคัญอย่างยิ่งยวด และ

ประการที่สอง การฝ่าฝืนกฎหมายภายในดังกล่าวจะต้องเป็นการฝ่าฝืนเกี่ยวกับเรื่องของความสามารถในการให้ความยินยอมของรัฐเกี่ยวกับการเข้าผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศในลักษณะที่เป็นการฝ่าฝืนที่ชัดแจ้ง ซึ่งการฝ่าฝืนกฎหมายภายในดังกล่าวจะถือว่าชัดแจ้งได้ก็ต่อเมื่อการฝ่าฝืนนั้นเป็นที่ประจักษ์ชัดในทางภววิสัยแก่รัฐใด ๆ ซึ่งปฏิบัติตนในเรื่องเช่นว่านั้นตามครรลองแห่งการถือปฏิบัติตามปกติและโดยสุจริต

กรณีเช่นว่านี้จึงเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ต้องพิสูจน์ว่า บทบัญญัติของกฎหมายภายในดังกล่าวจะต้องได้รับการรับรองว่าเป็นไปตามข้อยกเว้นในหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ไม่สามารถที่จะก่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศขึ้นได้หรือไม่ อาทิ ความไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายภายในอันเป็นที่รับรู้โดยทั่วไปในสังคมระหว่างประเทศถึงความไม่สมบูรณ์ตามระบอบของกฎหมายภายในเช่นว่านั้นได้เกิดขึ้นแล้ว[187]

ประเด็นที่น่าสนใจก็คือ หลักการที่ปรากฏในระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวจะถือได้หรือไม่ว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐเกี่ยวกับกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นบทบัญญัติของกฎหมายภายในที่มีความสำคัญอย่างยิ่งยวด และเป็นกรณีที่ถือได้ว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นที่ประจักษ์ชัดได้ในทางภววิสัยแก่รัฐใด ๆ ในฐานะที่เป็นการกำหนดแนวปฏิบัติของแต่ละรัฐ ตามครรลองแห่งการถือปฏิบัติตามปกติวิสัยและโดยสุจริต เกี่ยวกับกระบวนการและการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของรัฐตน นักกฎหมายบางท่าน[188] อธิบายว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศถือว่าเป็นบทบัญญัติของกฎหมายภายในที่มีความสำคัญอย่างยิ่งยวด และเป็นกรณีที่ประจักษ์ชัดได้ในทางภววิสัยแก่รัฐใด ๆ ตามครรลองแห่งการถือปฏิบัติตามปกติวิสัยและโดยสุจริตแล้ว ในขณะที่นัก

---

[185]Article 27 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties 1969

[186]Article 46 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties 1969

[187]American Society of International Law and the International Judicial Academy, **General Principle of International Law: Pacta Sunt Vervanda (September, 2008)**, para. 6, Retrieved August 24, 2013 from http://www.judicialmonitor.org/archive_0908/generalprinciples.html

[188]สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร, *เรื่องเดิม*, หน้า 80.

กฎหมายบางท่าน[189] กล่าวว่าเป็นเรื่องยากที่ยกเหตุตามหลักการที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวมาเป็นเหตุเพื่อทำให้ความตกลงระหว่างประเทศไม่มีผลผูกพันกับรัฐ ก็ด้วยเพราะเหตุแห่งกฎหมายภายในโดยเฉพาะบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่จำกัดการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ยิ่งไปกว่านั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยติดสินไว้ในคดีระหว่างแคมมารูนกับไนจีเรีย (Cameroon v. Nigeria)[190] ว่าบทบัญญัติของกฎหมายรัฐธรรมนูญแม้จะเป็นบทบัญญัติที่ประจักษ์ชัดถึงบทบัญญัติในการทำความตกลงระหว่างประเทศตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี บทบัญญัติที่เป็นการจำกัดอำนาจของประมุขของรัฐในการทำความตกลงระหว่างประเทศหาเป็นเช่นนั้นไม่ ด้วยเหตุที่ในทางปฏิบัติในการทำความตกลงระหว่างประเทศประมุขของรัฐย่อมถูกพิจารณาได้ว่าเป็นผู้ที่มีอำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยตำแหน่ง อีกทั้งไม่มีพันธกรณีตามกฎหมายใด ๆ ที่จะบังคับให้รัฐต้องแสดงให้ปรากฏถึงการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของกฎหมายภายในหรือรัฐธรรมนูญไปยังรัฐภาคีอื่น ซึ่งมีผลหรืออาจมีผลอย่างมีนัยสำคัญต่อการความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของรัฐภาคีในความตกลงระหว่างประเทศที่ได้ทำขึ้นมานั้น[191]

เป็นที่ประจักษ์ว่า คำวินิจฉัยดังกล่าวยืนยันว่า หลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติที่ที่ประจักษ์ชัดถึงบทบัญญัติในการทำความตกลงระหว่างประเทศในทางภววิสัยตามปกติและโดยสุจริต แต่การจำกัดอำนาจของผู้แทนรัฐในเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่เกี่ยวกับการทำความตกลงระหว่างประเทศ ไม่ใช่สิ่งที่รัฐอื่นจำต้องรู้ข้อจำกัดอำนาจของผู้แทนรัฐเช่นว่านั้นอย่างประจักษ์แจ้งตามปกติและโดยสุจริตได้ เว้นแต่รัฐคู่ภาคีดังกล่าวจะได้แสดงให้ปรากฏทราบกับรัฐภาคีคู่สัญญาอื่นเท่านั้น ทั้งนี้ การแสดงให้ปรากฏซึ่งข้อจำกัดอำนาจดังกล่าวก็หาได้มีกฎหมายระหว่างประเทศหรือพันธกรณีใด ๆ บังคับให้ต้องแสดงให้คู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งทราบแต่อย่างใดไม่ จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติที่จำกัดอำนาจที่มิได้เป็นการรู้ได้เป็นการทั่วไปนั้น ย่อมไม่มีผลนำไปเป็นเหตุแห่งการลบล้างการมีผลผูกพันตามหลักการที่มีในระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศได้แต่อย่างใด

หลักการดังกล่าวทำให้ต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติที่กำหนดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ที่ซึ่งการทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวจำต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติแต่เพียงเท่านั้น จึงจะมีผลสมบูรณ์ตามกระบวนการของกฎหมายภายใน ผู้เขียนเห็นว่าหลักการดังกล่าวย่อมหมายถึง ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เป็นการจำกัดอำนาจของผู้แทนรัฐในการเข้าทำสนธิสัญญาด้วยเช่นกัน ดังเช่นในคดีระหว่างแคมมารูนกับไนจีเรียที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วางหลักไว้ ด้วยเหตุที่การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวหาได้เป็นอำนาจโดยลำพังของฝ่ายบริหารในการทำความตกลงระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่ ในทางกลับกันการทำความตกลงระหว่างประเทศที่มีการจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะที่ต้องดำเนินการ

---

[189]Alina Kaczorowska, *op. cit.,* pp. 109-110.

[190]International Court of Justice, "Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria," **ICJ Report** (Judgment of October 10, 2002): 430, Retrieved May 15, 2015 from http://www.icj-cij.org/docket/files/94/7453.pdf

[191]Alina Kaczorowska, *op. cit.*, p. 110.

ขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติก่อนเพื่อทำการแสดงเจตนายินยอมผูกพันนั้น รัฐต่างประเทศคู่ภาคีมิอาจล่วงรู้ได้ถึงการดำเนินการใด ๆ ซึ่งได้ดำเนินการไปโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายภายในของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งได้เลย ในอันที่จะถือได้ว่าเป็นข้อมูลที่ประจักษ์แจ้งและเป็นไปตามปกติวิสัยโดยสุจริต ดังนั้น การจำกัดอำนาจรัฐของฝ่ายบริหารในการทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวที่ไม่เป็นไปตามกระบวนการตามกฎหมายภายใน จึงไม่เป็นเหตุที่จะนำไปสู่การการลบล้างการมีผลผูกพันตามหลักการที่มีในระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศได้แต่อย่างใด

เป็นที่น่าสังเกตว่า ดร.สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร[192] ได้ยกตัวอย่างการอรรถาธิบายความไว้ว่ากรณีการปักปันเขตแดนและการย้ายหลักเขตแดนที่ทำแต่เพียงบันทึกไว้เป็นพยานหลักฐานโดยไม่ได้ข้อความยินยอมจากฝ่ายนิติบัญญัติ และกรณีที่การทำคำแถลงการณ์ร่วมระหว่างประเทศไทยและประเทศกัมพูชาในการทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารเป็นมรดกโลกเพียงฝ่ายเดียว เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ไม่ได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัตินั้น เป็นตัวอย่างการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกินอำนาจและถือว่าเป็นการชัดแจ้งในการปฏิบัติตามปกติและด้วยความสุจริตนั้น

ด้วยความเคารพผู้เขียนกลับเห็นว่า กรณีดังกล่าวแม้จะถือว่าบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นบทกฎหมายพื้นฐานที่สำคัญอย่างยิ่งยวดและโดยชัดแจ้งได้ก็ตาม แต่การกำหนด “ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ” ที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติก็ดี ก็มีนิติฐานะเป็นเรื่องของ “การจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร” ที่รัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถล่วงรู้ได้เลย นอกจากจะทำการแจ้งให้รัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งได้ทราบ ด้วยเหตุที่การตีความประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศประเภทในประเภทหนึ่งว่า เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่นั้น ในแนวปฏิบัติของประเทศไทยเองหาได้มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนไปในทิศทางเดียวกันไม่ อีกทั้งในกรณีของการทำคำแถลงการณ์ร่วมที่เกิดขึ้นดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญเองก็มิได้พิเคราะห์ไปถึงเจตจำนงทางการเมืองที่ปรากฏในหนังสือแสดงเจตจำนงทางการเมืองด้วยแต่อย่างใด กรณีดังกล่าวจึงมิใช่กรณีที่จะเป็นตัวอย่างการอรรถาธิบายสนับสนุนได้ว่าเป็นการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกินขอบอำนาจได้อย่างถูกต้องเท่าใดนัก

แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะถือได้ว่าตัวอย่างทั้งสองจะเป็นการอรรถาธิบายความว่าเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ดำเนินการไปเกินขอบอำนาจก็ตาม แต่ในหลักของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติย่อมอยู่ในความหมายของ “การจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารหรือผู้มีอำนาจในฐานะที่เป็นผู้แทนรัฐ” ดังเช่นในคดีระหว่างแคมมารูนและไนจีเรียที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินคดีไว้ ดังนั้น การอ้างบทบัญญัติกฎหมายภายในดังกล่าว จึงไม่ถือว่าเป็นการปฏิบัติตนในเรื่องเช่นว่านั้นตามครรลองแห่งการถือปฏิบัติตามปกติและโดยสุจริต ในฐานะที่เป็นเหตุอันสามารถนำไปสู่การลบล้างผลผูกพันที่มีตามหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศได้แต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุป ความยินยอมผูกพันเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญในกระบวนการการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามหลักการที่มีในกฎหมายระหว่างประเทศ ความสำคัญอยู่ที่ความยินยอมที่แสดงโดยผู้มีอำนาจซึ่งเป็นผู้แทนรัฐย่อมผูกพันรัฐ แม้กระบวนการตามระบอบของกฎหมายภายในจะ

---

[192]สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร, *เรื่องเดิม*, หน้า 80.

ไม่มีความสมบูรณ์ก็ตาม หลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่ไม่มีผลกระทบต่อความผูกพันในสังคมระหว่างประเทศ แต่การยินยอมที่ไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายภายในดังกล่าวนำมาซึ่งความรับผิดชอบทางการเมืองและทางกฎหมายของผู้แสดงความยินยอมได้เช่นกัน

บทที่ 3

ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลัก ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการเป็นองค์กรรอง เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศกับประเทศไทย

ในบทที่สามเป็นบทที่ว่าด้วยการศึกษาเปรียบเทียบหลักการในรัฐธรรมนูญกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศกับประเทศไทย ภายหลังจากที่พิเคราะห์ข้อมูลในสองบทที่ผ่านมาเกี่ยวกับแนวคิดทฤษฎีและกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับอำนาจและการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ที่นำไปสู่การพิสูจน์ว่าฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรรองที่ใช้อำนาจอธิปไตยเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ส่วนและฝ่ายตุลาการเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อขัดแย้งในการใช้อำนาจระหว่างองค์กรหลักและองค์กรรอง

เพื่อให้การศึกษาครบถ้วนสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ผู้เขียนจะทำการพิสูจน์และสนับสนุนข้อค้นพบของผู้เขียนด้วยฐานที่มาจากข้อมูลในด้านการศึกษาเปรียบเทียบองค์กรและการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ทั้งจากแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศส ในฐานะที่เป็นการเลือกกลุ่มตัวอย่างจากกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบการเมืองและการปกครองแบบประธานาธิบดี ระบบรัฐสภาและระบบกึ่งประธานาธิบดีและกึ่งระบบรัฐสภา

การศึกษาในบทที่ 3 นี้ผู้เขียนมีวัตถุประสงค์ต้องการใช้เป็นฐานข้อมูลในการวิเคราะห์ถึงปัญหาและทางปฏิบัติของประเทศไทยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4 ผู้เขียนได้ทำการวางประเด็นการวิเคราะห์เพื่อนำไปสู่การค้นหาคำตอบด้วยการดำเนินการดังนี้ ประการแรก การศึกษาถึงแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศ ประการที่สอง การศึกษาแนวปฏิบัติของประเทศไทย ประการที่สาม การสรุปและวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวปฏิบัติของประเทศไทยกับรัฐต่างประเทศ

ทั้งนี้ ในการศึกษาผู้เขียนมีข้อสังเกตในการวางประเด็นในการศึกษาหลักการของกฎหมายและวิธีการวิเคราะห์กฎหมาย ดังนี้

ประการแรก การวางโครงเกี่ยวกับการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของรัฐต่างประเทศต่อจากบทที่ 2 ที่ว่าด้วยการศึกษาในเชิงหลักการทั้งในกฎหมายภายในและกฎหมายต่างประเทศ ที่ผู้เขียนได้กำหนดขึ้นเพื่อเป็นฐานที่สำคัญที่ใช้ในการหา “เกณฑ์ที่เป็นสากล” สำหรับเป็นฐานที่ใช้ใน “การวัดหรือพิสูจน์” หลักการและการปฏิบัติของประเทศไทยว่า การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยมีความสอดคล้องในเชิงหลักการในบทที่ 2 และแนวปฏิบัติที่เป็นสากลของรัฐต่างประเทศในบทที่ 3 ส่วนแรกนี้หรือไม่

ประการที่สอง เพื่อให้การศึกษาครบถ้วนสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ผู้เขียนจะทำการพิสูจน์และสนับสนุนข้อค้นพบของผู้เขียนด้วยฐานที่มาจากข้อมูลในด้านการศึกษาเปรียบเทียบองค์กรและการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ จากแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศส ในฐานะที่เป็นการเลือกกลุ่มตัวอย่างจากกลุ่มประเทศที่ใช้ในการศึกษาในเชิงคุณภาพ

ประการที่สาม สำหรับคำถามที่ว่าเหตุใดผู้เขียนจึงเลือกที่จะศึกษาแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร รวมถึงแนวปฏิบัติของสาธารณรัฐฝรั่งเศส คำตอบก็คือ สหรัฐอเมริกาเคยมีปัญหาจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในเรื่องการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศและการขอความเห็นชอบจากวุฒิสภาในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายนิติบัญญัติเฉกเช่นเดียวกันกับปัญหาที่ประเทศไทยกำลังประสบ ซึ่งสหรัฐอเมริกากำหนดหลักการเรื่องการขอความเห็นชอบในเรื่องกรอบการเจรจาเฉพาะข้อตกลงของฝ่ายบริหาร ซึ่งมีส่วนสำคัญในฐานะที่เป็นประเทศต้นแบบในการร่างของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ในขณะที่สหราชอาณาจักรเป็นประเทศที่ใช้ระบบรัฐสภาเฉกเช่นประเทศไทยภายใต้หลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา แต่รัฐสภาของสหราชอาณาจักรก็ให้ความเคารพต่อหลักการและอำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญา ส่วนสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งใช้ระบบศาลคู่เฉกเช่นเดียวกันกับประเทศไทย รัฐธรรมนูญได้วางหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการและองค์กรที่มิได้เป็นองค์กรตุลาการไว้อย่างชัดเจนในเชิงหลักการ ทั้งเขตอำนาจที่ใช้ต่อกรณีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง

ประการที่สี่ ในการวิเคราะห์กฎหมายเพื่อนำไปสู่การพิสูจน์และสนับสนุนข้อค้นพบของผู้เขียนดังกล่าว ผู้เขียนจะทำการแบ่งกรอบการศึกษาในกรอบใหญ่ 5 ประการดังนี้

กรอบที่หนึ่ง กรอบที่พิสูจน์ว่าฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่มีและเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

กรอบที่สอง กรอบที่พิสูจน์ว่าฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรรอง ซึ่งมีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเฉพาะที่มีความสำคัญเท่านั้น

กรอบที่สาม กรอบซึ่งพิสูจน์ว่าการกำหนดให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดลักษณะของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายภายในกำหนดและมีความแตกต่างกันในแต่ละรัฐไว้เป็นการเฉพาะ

กรอบที่สี่ หลักการและกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยที่ศึกษาเปรียบเทียบกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศที่เป็นตัวอย่างในการศึกษา และ

กรอบที่ห้า ในท้ายที่สุดการศึกษาในประการที่ห้า บทสรุปการศึกษาเปรียบเทียบเกี่ยวกับองค์กรหลักและการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของรัฐต่างประเทศกับประเทศไทย

ประการที่ห้า เพื่อให้ได้ข้อมูลสนับสนุนที่มีน้ำหนักยิ่งขึ้น ผู้เขียนจะทำการสนับสนุนข้อมูลและข้อค้นพบของผู้เขียนด้วยการให้ข้อมูลการศึกษาในเชิงรูปแบบเกี่ยวกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศจากกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบการเมืองและการปกครองแบบประธานาธิบดี ระบบรัฐสภาและระบบกึ่งประธานาธิบดีและกึ่งระบบรัฐสภา เพื่อให้เกิดน้ำหนักที่สนับสนุนในเชิงหลักการว่าแนวปฏิบัติในทาง

สากลของรัฐต่างประเทศยังคงยึดมั่นในเชิงหลักการว่า ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการเป็นองค์กรรองที่ใช้อำนาจอธิปไตยเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ เพื่อใช้เป็นฐานที่นำไปสู่การวิเคราะห์และสังเคราะห์สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากปัญหาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยตามกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศในบทต่อไป

ประการที่หก ผู้เขียนจะใช้วิธีการวิเคราะห์กฎหมาย เพื่อให้เห็นเนื้อหาสาระของกฎหมาย กลไกและระบบการทำหนังสือสัญญาและการบังคับใช้กฎหมาย ผู้เขียนจะได้ศึกษาและวิเคราะห์ในเชิงหลักการของกฎหมายแต่ละฉบับ ดังนี้

หลักการวิเคราะห์กฎหมายที่หนึ่ง โดยอาศัยฐานทางกฎหมายที่รองรับการใช้อำนาจของแต่ละองค์กรทั้งของประเทศไทยเปรียบเทียบกับรัฐต่างประเทศ

หลักการวิเคราะห์กฎหมายที่สอง โดยอาศัยฐานจากแนวปฏิบัติในการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหาร และแนวปฏิบัติของฝ่ายนิติบัญญัติในการให้ความเห็นชอบ

หลักการวิเคราะห์กฎหมายที่สาม โดยอาศัยการวิเคราะห์จากการกำหนดประเภทและการกำหนดกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้งของประเทศไทยเปรียบเทียบกับรัฐต่างประเทศ

หลักการวิเคราะห์กฎหมายที่สี่ โดยอาศัยการวิเคราะห์จากหลักการและการใช้อำนาจของการวินิจฉัยคดีของฝ่ายตุลาการของประเทศไทยเปรียบเทียบกับรัฐต่างประเทศ

หลักการวิเคราะห์กฎหมายที่ห้า การนำเสนอด้วยตารางสรุปการวิเคราะห์อำนาจขององค์กรกระบวนการและประเภทของหนังสือสัญญาและอำนาจของฝ่ายตุลาการทั้งของประเทศไทยเปรียบเทียบกับรัฐต่างประเทศ

3.1 หลักการและกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ผู้เขียนค้นพบว่ากระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสเกี่ยวข้องด้วยทั้งฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยการใช้อำนาจดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับฝ่ายนิติบัญญัติทั้งในประเภทของหนังสือสัญญาบางประเภทที่มีความสำคัญต่อรัฐและต้องดำเนินการภายใต้กระบวนการขอความเห็นชอบตามกฎหมายภายในที่เป็นในทิศทางเดียวกัน ในขณะที่ความแตกต่างที่มาจากระบบและพัฒนาการของกฎหมายภายในแต่ละรัฐทำให้เกิดความแตกต่างเกี่ยวกับการวางบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรฝ่ายตุลาการในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

จากข้อค้นพบดังกล่าวนำไปสู่การกำหนดประเด็นการศึกษาเปรียบเทียบแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศได้แก่ แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งสัมพันธ์กับข้อค้นพบจากการศึกษา โดยผู้เขียนแบ่งออกเป็น 3 ประเด็นดังนี้

ประการแรก ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ประการที่สอง ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรรองซึ่งมีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเฉพาะที่มีความสำคัญต่อรัฐเท่านั้น

ประการที่สาม การกำหนดให้องค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายภายในซึ่งมีความแตกต่างกันในแต่ละรัฐ

3.1.1 บทบาทและอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลัก

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า แนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรหรือแม้แต่สาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ตาม ต่างก็มีแนวปฏิบัติในทิศทางเดียวกันทั้งสิ้นกล่าวคือ ฝ่ายบริหารไม่ว่าจะเป็นประธานาธิบดี (President) หรือผู้แทนสถาบันพระมหากษัตริย์ (Crown) โดยคณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ[193] กับรัฐต่างประเทศรวมถึงกับองค์การระหว่างประเทศอื่นใด แม้การทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวจะมีความแตกต่างในรายละเอียดกันบ้างในบางประการก็ตาม

เพื่อสนับสนุนข้อค้นพบจากการศึกษาเกี่ยวกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศว่าอาศัยเหตุทางกฎหมายใดเป็นฐานสนับสนุนฝ่ายบริหารให้มีนิติฐานะเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ และภายหลังจากนั้นผู้เขียนจะทำการสรุปผลการศึกษาเปรียบเทียบแนวปฏิบัติของกระบวนการทำหนังสือสัญญาของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสในประเด็นการศึกษาเกี่ยวกับฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ เพื่อใช้เป็นฐานข้อมูลที่จะนำไปใช้ในการวิเคราะห์เปรียบเทียบตอนท้ายของบทนี้ต่อไป

3.1.1.1 ประธานาธิบดีเป็นผู้ที่มีบทบาทและอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกากำหนด

จากการศึกษาแนวปฏิบัติของสหรัฐอเมริกาพบว่า ประธานาธิบดีมีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ประเด็นที่น่าสนใจสำหรับประเด็นแรกคือ ฐานทางกฎหมายใดรองรับการใช้อำนาจของประธานาธิบดีในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ และการแบ่งลักษณะหรือรูปแบบของการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่อยู่ภายใต้อำนาจของประธานาธิบดีมีอย่างไรบ้างนั้น

ผู้เขียนค้นพบว่า รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเป็นฐานทางกฎหมายที่สำคัญที่กำหนดให้ประธานาธิบดีมีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกับรัฐต่างประเทศและองค์กรระหว่าง

---

[193]เหตุที่ผู้เขียนเลือกใช้คำว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ในฐานะที่เป็นถ้อยคำใช้อรรถาธิบายถ้อยคำและความหมายแบบกว้างทั่วไปของการทำความตกลงระหว่างประเทศ ด้วยเหตุที่ความตกลงระหว่างประเทศที่ทำการศึกษามีทั้งในรูปแบบของสนธิสัญญา (Treaty) ข้อตกลง (Agreement) ข้อผูกพันระหว่างประเทศ (International Commitment) และตราสารระหว่างประเทศในรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งมีลักษณะเฉพาะที่มีความแตกต่างกันตามบริบทของกฎหมายภายในแต่ละประเทศ

ประเทศ[194] ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศได้รับรองและกำหนดอำนาจรวมถึงการใช้อำนาจเพื่อทำความตกลงระหว่างประเทศ ทั้งในรูปแบบของสนธิสัญญา (Treaty) และความตกลงระหว่างประเทศ (International Agreement) ว่าเป็นอำนาจของประธานาธิบดีในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหาร (Executive Branch) ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ[195]

การรับรองอำนาจของประธานาธิบดีดังกล่าวได้ปรากฏให้เห็นจากคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลสูงของสหพันธรัฐ ซึ่งปรากฏเป็นตัวอย่างให้เห็นได้ในคดีที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1936 โดยศาลสูงของสหพันธรัฐในคดี United States v. Curtiss-Wright Export Corp.[196] ได้รับรองว่าเป็นอำนาจของประธานาธิบดีในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (Foreign Affairs) รวมไปถึงการทำความตกลงระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการทั้งในการเจรจาเพื่อทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ หรือแม้แต่การดำเนินการในกิจการต่างประเทศก็ดี อำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญรับรองว่าเป็นอำนาจของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาในการดำเนินการ[197]

อนึ่ง แม้รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริการจะได้กำหนดรับรองการใช้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติไว้โดยตรงก็ตามว่า การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประธานาธิบดีดังกล่าวต้องได้รับคำแนะนำและความยินยอม (Advice and Consent) จากวุฒิสภาด้วยคะแนนเสียงจำนวนไม่น้อยสองในสามของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดเท่านั้น[198] มิฉะนั้นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ประธานาธิบดีได้ทำขึ้นนั้นจะมิอาจมีผลใช้บังคับและผลผูกพันกับสหรัฐอเมริกาได้เลย[199]

แต่พึงเข้าใจหลักการในเบื้องต้นให้ตรงกันก่อนว่า การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา หาได้หมายถึงการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทุกฉบับในอันที่จะต้องได้รับความยินยอมในทุกกรณีแต่อย่างใดไม่ หากจะเปรียบเทียบกับประเทศไทยแล้วก็คงดูประหนึ่งว่า การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางกรณีเป็นอำนาจของประธานาธิบดีในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารแต่เพียงลำพัง อาทิ ข้อตกลงของฝ่ายบริหาร (Executive Agreement) เหมือนเช่น

---

[194]Clause 2 of Section 2 of Article II of United States Constitution

[195]International Legal Research Tutorial, *op. cit.,* para. 2.

[196]United States v. Curtiss-Wright Export Corp (The United States Supreme Court, 1936)

[197]Jane M. Smith, Daniel T. Shedd and Brandon J. Murrill, “Why Certain Trade Agreements Are Approved as Congressional-Executive Agreements Rather Than Treaties,” **CRS Report for Congress** (April 15, 2013): 1, footnote no. 5, Retrieved November 19, 2015 from https://fas.org/sgp/crs/misc/97-896.pdf

[198]Section 2 of Article II of United States Constitution; National Commission to Review the Working of the Constitution, Law Commission of India, *op. cit.*, p. 871.

[199]United States Senate, “Executive Agreement,” **Treaties**, para. 1, Retrieved August 20, 2015 from http://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Treaties.htm

หลักการทั่วไปในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่รับรองว่าเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยลำพัง แต่ในบางกรณีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกลับต้องได้รับคำแนะนำและความยินยอมจากวุฒิสภา อาทิ สนธิสัญญา (Treaty) ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายนิติบัญญัติ เฉกเช่นหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาในฐานะที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเช่นกัน แต่กระนั้นก็ตาม ก็ยังอาจกล่าวได้ว่าแม้ภาพรวมทั่วไปจะมีหลักการที่เหมือนกันก็ตาม แต่หลักการดังกล่าวก็หาได้มีกระบวนการตามกฎหมายภายในเฉกเช่นหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทั้งหมดแต่อย่างใดไม่

หลักการในบางเรื่องเป็นพัฒนาการจากอดีตของสหรัฐอเมริกาเป็นการเฉพาะ ดังจะเห็นได้จากการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในสหรัฐอเมริกาบางกรณี แม้ยังคงเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่สามารถดำเนินการได้โดยหาจำต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาพแต่อย่างใดไม่ ในขณะที่ในทางปฏิบัติก็ยังมีการทำความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบของข้อตกลงของฝ่ายบริหาร ซึ่งข้อตกลงของฝ่ายบริหารเป็นความตกลงระหว่างประเทศอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นระบอบกฎหมายเฉพาะที่มีในระบบกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาที่อยู่ภายใต้อำนาจในการดำเนินการของฝ่ายบริหาร

การทำความตกลงระหว่างประเทศที่มีลักษณะเฉพาะดังกล่าวถูกเรียกขานว่า “ข้อตกลงของฝ่ายบริหาร” การทำข้อตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวได้ถูกแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ตามกระบวนการและขั้นตอนในการทำความตกลงระหว่างประเทศภายใต้ระบอบกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาได้แก่ ประการแรก “ข้อตกลงของฝ่ายบริหารภายใต้การอนุมัติของสภาครองเกรส” (Congressional Executive Agreements) ประการที่สอง “ข้อตกลงตามพันธกรณีที่มีในสนธิสัญญา” (Agreements Pursuant to Treaties) และประการที่สาม “ข้อตกลงของฝ่ายบริหารของประธานาธิบดีโดยลำพัง” (Presidential or Sole Executive Agreements)[200]

ด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในกระบวนการและขั้นตอนของการทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว ที่ซึ่งปรากฏอยู่ในรูปแบบของข้อตกลง (Agreement) มิใช่รูปแบบของสนธิสัญญา (Treaty) โดยมีนามเรียกขานว่า “ข้อตกลงของฝ่ายบริหาร” (Executive Agreements) นี้ ความตกลงดังกล่าวมีทั้งกรณีที่จำต้องอาศัยอำนาจที่มาจากสภาครองเกรสเป็นการเฉพาะ (Congress’s Express Power) ที่มีชื่อเรียกว่า “ข้อตกลงของฝ่ายบริหารภายใต้การอนุมัติของสภาครองเกรส” (Congressional Executive Agreements)[201] ในการอนุมัติหรือให้อำนาจล่วงหน้าแก่ฝ่ายบริหารเพื่อการทำและการดำเนินการเพื่อเข้าผูกพันตามข้อตกลงระหว่างประเทศ โดยต้องได้รับคะแนนเสียงข้างมากที่ได้มาจากทั้งสองสภา (Majorities in Both the Senate and the House of Representatives) โดยข้อตกลงของฝ่ายบริหารดังกล่าวจำกัดเฉพาะในเรื่องของการกำหนดเรื่องภาระภาษีและอัตราภาษี (Duties and Tariffs) รวมไปถึงอำนาจในการวางกฎเกณฑ์และข้อบังคับที่เกี่ยวกับกิจการในด้านการค้ากับรัฐต่างประเทศ (Foreign Commerce) ด้วยเช่นกัน

---

[200]United States of Congress, Library of Congress, The Congressional Research Service (CRS), *op. cit.*, pp. 4-5.

[201]Clause 1, 3 of Section 8 of Article I of United States Constitution; *Ibid*., p. 5.

ในขณะที่การทำข้อตกลงของฝ่ายบริหารในรูปแบบอื่นนอกเหนือไปจากข้อตกลงของฝ่ายบริหารภายใต้การอนุมัติของสภาครองเกรสดังกล่าว ข้อตกลงของฝ่ายบริหารเช่นว่านี้หาจำต้องอาศัยอำนาจจากสภาครองเกรสอนุมัติในเชิงหลักการก่อนแต่อย่างใดไม่ การทำความตกลงประเภทเหล่านี้เรียกว่า “ข้อตกลงตามพันธกรณีที่มีในสนธิสัญญา” (Agreements Pursuant to Treaties)[202] ซึ่งเป็นการข้อตกลงของฝ่ายบริหารที่อาศัยอำนาจอันมาจากข้อตกลงข้อใดข้อหนึ่งที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา อันได้ดำเนินการทำความผูกพันเพิ่มเติมตามที่ได้กำหนดไว้ก่อนหน้านั้นแล้วในข้อบทของสนธิสัญญา

ส่วนการทำข้อตกลงของฝ่ายบริหารอีกประเภทหนึ่งมีชื่อเรียกว่า “ข้อตกลงของฝ่ายบริหารของประธานาธิบดีโดยลำพัง” (Presidential or Sole Executive Agreements)[203] ข้อตกลงดังกล่าวนี้เป็นการทำความตกลงระหว่างประเทศที่อาศัยอำนาจแท้จริงของประธานาธิบดีโดยลำพัง ที่ซึ่งอาศัยฐานอำนาจรองรับที่มาจากรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ในเรื่องที่เกี่ยวกับอำนาจทางการบริหารทั่วไปเกี่ยวกับนโยบายต่างประเทศ (Foreign Policy) อาทิ การรับผู้แทนทางการทูต (Receive Ambassadors)[204] หรือในฐานะของผู้บังคับชาสูงสุดในการใช้กำลังทางการทหาร (Commander-in-Chief of the Armed Forces)[205] ในการที่จะดำเนินการเพื่อทำข้อตกลงได้โดยปราศจากคำแนะนำและความยินยอมหรือการอนุมัติโดยองค์การตามรัฐธรรมนูญองค์กรหนึ่งองค์กรใด ไม่ว่าจะเป็นทั้งจากสภาครองเกรสหรือวุฒิสภาก็ตาม[206]

เป็นที่น่าสังเกตว่า ความแตกต่างในเรื่องของการทำความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาคงจะอยู่ที่กระบวนการให้สัตยาบัน กล่าวคือ หากการให้สัตยาบันต้องได้รับความยินยอมจากวุฒิสภาจำนวนสองในสามก่อนการให้สัตยาบัน ความตกลงดังกล่าวจะมีนิติฐานะเป็น “สนธิสัญญา” ในขณะที่การให้สัตยาบันต้องผ่านกระบวนการของสภาครองเกรสซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ความตกลงดังกล่าวจะมีนิติฐานะเป็น “ข้อตกลงของฝ่ายบริหารภายใต้การอนุมัติของสภาครองเกรส” หรือที่เรียกว่า Congressional Executive Agreements ในขณะที่การให้สัตยาบันเป็นอำนาจโดยลำพังของประธานาธิบดี ความตกลงดังกล่าวจะมีนิติฐานะเป็นข้อตกลงของฝ่ายบริหารโดยประธานาธิบดีหรือที่เรียกว่า Presidential or Sole Executive Agreements

ประเด็นที่น่าสนใจก็คือ การกำหนดความแตกต่างตามกรอบของกฎหมายภายในเฉพาะของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวพันกับฐานทางกฎหมายในการใช้อำนาจของประธานาธิบดีในระหว่าง

---

[202]*Ibid*., pp. 5-6.

[203]*Ibid*., p. 5.

[204]Section 1 of Article II of United States Constitution

[205]Section 3 of Article II of United States Constitution

[206]United States of Congress, Library of Congress, The Congressional Research Service (CRS), *op. cit.*, p. 5.

การทำสนธิสัญญาและข้อตกลง[207] ก็คือ เรื่องฐานทางกฎหมายซึ่งรองรับการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มาจากรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการค้า ค.ศ. 2002 (Trade Promotion Act 2002) รวมทั้งคำวินิจฉัยของศาลสูงของสหพันธรัฐ ซึ่งรองรับการใช้อำนาจของประธานาธิบดีในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารในการทำความตกลงระหว่างประเทศ ดังจะเห็นได้จากในคดี United States v. Belmont, 301 U.S. 324 (1937) ซึ่งศาลสูงของสหพันธรัฐ (United States Supreme Court) ได้วางหลักไว้ในคดีดังกล่าวว่า ข้อตกลงของฝ่ายบริหารภายใต้การดำเนินการของประธานาธิบดี Franklin Roosevelt กับประเทศสหภาพโซเวียตก็ดี หรือแม้แต่ในคดี Dames & Moore v. Regan, 453 U.S. 654 (1981) ที่แม้ข้อตกลงของฝ่ายบริหารจะมิได้รับคำแนะนำและความยินยอมจากวุฒิสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติก็ตาม การทำข้อตกลงดังกล่าวก็หาได้ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายแต่อย่างใดไม่[208] คดีดังกล่าวจึงถือได้ว่าเป็นฐานทางกฎหมายที่รองรับการใช้อำนาจของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาในการใช้อำนาจเพื่อทำข้อตกลงของฝ่ายบริหารกับรัฐต่างประเทศได้นอกเหนือไปจากบทบัญญัติและหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

นอกจากนั้นแล้ว ฐานทางกฎหมายซึ่งรองรับการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในมิติของการทำข้อตกลงของฝ่ายบริหารกับรัฐต่างประเทศ ยังปรากฏให้เห็นว่าได้จากกฎหมายและคำวินิจฉัยของศาลสูงของสหพันธรัฐเกี่ยวกับการใช้อำนาจเพื่อการเข้าทำความตกลงและการลงนามในความตกลงระหว่างประเทศ ดังจะเห็นได้จากกรณีของความตกลงที่กำหนดให้อำนาจในเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและทางการทหาร (Military Matters) ที่ซึ่งไม่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของประชาชนแต่อย่างใดไม่ หรือแม้แต่ความตกลงทางด้านการค้า (The Trade Agreements) ซึ่งอาศัยฐานทางกฎหมายที่กำหนดการใช้อำนาจของประธานาธิบดีที่มาจากกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการค้า ค.ศ. 2002 (Trade Promotion Act 2002)[209] ดังที่ปรากฏในคดี Consumers Union of U.S., Inc. v. Kissinger ในปี ค.ศ. 1974[210] ที่ซึ่งศาลอุทธรณ์ของสหพันธรัฐเขตเมืองโคลัมเบีย (The United States Court of Appeals for the District of

---

[207]ผู้เขียนเลือกใช้คำว่า “ข้อตกลง” มากกว่าที่จะใช้คำว่า “ความตกลง” ด้วยเหตุที่ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายภายในเฉพาะของสหรัฐอเมริกากำหนดให้ข้อตกลงระหว่างประเทศที่ทำโดยฝ่ายบริหารและไม่ต้องได้รับคำแนะนำและความยินยอมจากวุฒิสภามีนิติฐานะเป็นเพียงข้อตกลงของฝ่ายบริหาร (Executive Agreement) และไม่ถูกพิจารณาในฐานะที่เป็นสนธิสัญญา (Treaty) แต่อย่างใด; United States Senate, *op. cit.*, para. 1.

[208]มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, *เรื่องเดิม*, หน้า 97-98.

[209]สภาครองเกรสมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่จะควบคุมการค้ากับรัฐต่างประเทศตามมาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญนั้น บรรดาหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศดังกล่าวต้องทำการเสนอให้พิจารณาและให้ความเห็นชอบโดยทั้งสภาครองเกรสและวุฒิสภาโดยเสียงข้างมาก; National Commission to Review the Working of the Constitution, Law Commission of India, *op. cit.*, pp. 871-872.

[210]Consumers Union of U.S., Inc. v. Kissinger (Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 1974)

Columbia Circuit) ได้วางหลักการไว้ว่าเป็นการใช้อำนาจของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาในการเข้าทำความตกลงที่เกี่ยวกับการค้าต่างประเทศ[211] ด้วยเช่นกัน

แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาคำนิยามศัพท์ตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เปรียบเทียบกับหลักการตามระบอบกฎหมายภายในเฉพาะของสหรัฐอเมริกาจะพบว่า คำนิยามศัพท์คำว่า “สนธิสัญญา” ซึ่งสามารถปรับใช้ได้กับความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาเท่านั้น แต่ความหมายดังกล่าวหาได้หมายความรวมถึงข้อตกลงระหว่างประเทศด้วยแต่อย่างใดไม่[212] ดังนั้น ด้วยรูปแบบและกระบวนการเฉพาะตามระบอบกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาจำต้องดำเนินการเสนอต่อวุฒิสภาเพื่อขอคำแนะนำและความยินยอมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวตามหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น

เป็นที่น่าสังเกตว่า บรรดาข้อตกลงของฝ่ายบริหารดังกล่าว หาได้ถูกพิจารณาในฐานะที่เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญา ตามระบอบของกฎหมายภายในและรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาแต่อย่างใดไม่[213]

การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาภายใต้รูปแบบของข้อตกลงของฝ่ายบริหาร ที่แม้จะมีนิติฐานะเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่ทำโดยฝ่ายบริหารก็ตาม โดยหลักการแล้วหาจำต้องนำเสนอเข้าสู่การพิจารณาให้คำแนะนำและความยินยอมจากวุฒิสภาแต่อย่างใดไม่ ซึ่งความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวมีชื่อเฉพาะอย่างเป็นทางการภายใต้ระบบกฎหมายอเมริกันเรียกว่า “ข้อตกลงของฝ่ายบริหาร”[214] ซึ่งไม่มีนิติฐานะเป็นสนธิสัญญาตามลักษณะในการจัดแยกประเภทของสหรัฐอเมริกา และมีผลเป็นการจัดแบ่งแยกประเภทที่มีความแตกต่างเฉพาะตามกฎหมายภายในประเทศเท่านั้น[215] แต่กรณีที่ข้อตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวที่หาได้มีนิติฐานะเป็นสนธิสัญญาเฉพาะตามหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาดังกล่าวแต่อย่างใดไม่

เป็นที่น่าสังเกตว่า กรณีของข้อตกลงของฝ่ายบริหารเช่นว่านั้นก็หาอาจยกเหตุความไม่สมบูรณ์ตามระบอบของกฎหมายภายในสหรัฐอเมริกา เพื่อปฏิเสธการมีผลผูกพันของสนธิสัญญาได้แต่อย่างใดไม่ว่า ความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวมีนิติฐานะที่เป็นเพียงข้อตกลงของฝ่ายบริหาร

---

[211]Jane M. Smith, Daniel T. Shedd and Brandon J. Murrill, *op. cit.,* p. 1.

[212]Article 2 of the 1969 the Vienna Convention on the Law of Treaties; International Legal Research Tutorial, *op. cit.*, para. 1-9.

[213]United States Senate, *op. cit.*, para. 1.

[214]International Legal Research Tutorial, *op. cit.*, para. 1-9.; มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, *เรื่องเดิม*, หน้า 98.

[215]แต่อย่างไรก็ตาม ลักษณะของความตกลงระหว่างประเทศว่าจะมีลักษณะที่เป็นสนธิสัญญาหรือไม่นั้น ย่อมต้องพิจารณาจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศเป็นหลัก อีกทั้งในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญายังได้กำหนดว่า ความไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายภายในหาเป็นเหตุยกขึ้นเป็นข้ออ้างปฏิเสธความไม่มีผลสมบูรณ์ของสนธิสัญญาได้

เท่านั้น แต่หาได้มีนิติฐานะเป็นสนธิสัญญาตามที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ได้แต่อย่างใดไม่[216]

นอกจากนี้ การใช้อำนาจของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาในการทำข้อตกลงของฝ่ายบริหารดังกล่าว ศาลสูงของสหพันธรัฐได้วางหลักไว้ในปี ค.ศ. 1975 ในคดี United States v. Yoshida Int'l Inc.[217] ว่า ในเรื่องการทำข้อตกลงทางการค้าในฐานะที่เป็นข้อตกลงของฝ่ายบริหารนี้หาได้เป็นอำนาจของประธานาธิบดีในการดำเนินการโดยลำพังแต่อย่างใดไม่ ไม่ว่าจะเป็นทั้งในการกำหนดอัตราภาษีก็ดี การลดอัตราภาษีก็ดี หรือแม้แต่การเปลี่ยนแปลงอัตราภาระภาษีตามข้อตกลงของฝ่ายบริหารที่ได้ทำข้อตกลงขึ้น เว้นแต่ การดำเนินการดังกล่าวจะได้รับอำนาจให้ดำเนินการโดยสภาครองเกรสเท่านั้น จากข้อมูลดังกล่าว แม้ประธานาธิบดีจะมีอำนาจในการทำข้อตกลงระหว่างประเทศในกิจการค้า ซึ่งเป็นข้อตกลงของฝ่ายบริหารที่จะต้องได้รับการอนุมัติกรอบความตกลงในเบื้องต้นก่อนทำความตกลงระหว่างประเทศก็ตาม แต่ก็อาจกล่าวได้ว่าอย่างน้อยที่สุดก็สามารถยืนยันได้ในเชิงหลักการได้ว่า การใช้อำนาจดังกล่าวก็ยังมีลักษณะที่เป็นอำนาจเฉพาะของฝ่ายบริหารในการทำความตกลงระหว่างประเทศกับรัฐต่างประเทศ ที่ฝ่ายบริหารไม่จำต้องนำกลับเข้ามาเพื่อขอความเห็นชอบจากฝ่ายวุฒิสภาแต่อย่างใด

เป็นที่น่าสังเกตว่า การที่ประธานาธิบดีจำต้องได้รับอำนาจจากสภาครองเกรสให้ดำเนินการเกี่ยวกับการทำข้อตกลงทางการค้าในฐานะที่เป็นข้อตกลงของฝ่ายบริหารดังกล่าว ดูประหนึ่งว่าเป็นต้นแบบในเรื่องการกำหนดกรอบการเจราจาตามหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยด้วยเช่นกัน แต่ในทางปฏิบัติของสหรัฐอเมริกานั้นภายหลังจากที่ประธานาธิบดีสหรัฐได้ทำข้อตกลงทางการค้าในฐานะที่เป็นข้อตกลงของฝ่ายบริหารแล้ว หาจำต้องนำเข้าสู่กระบวนการให้คำแนะนำและความยินยอมจากวุฒิสภาอีกแต่อย่างใดไม่[218] ในขณะที่ประเทศไทยกลับต้องดำเนินการให้ฝ่ายนิติบัญญัติให้ความเห็นชอบอีกครั้งหนึ่ง

ประเด็นที่น่าสนใจคือ เหตุใดสหรัฐอเมริกาจึงมีการพัฒนาระบบและกระบวนการทำข้อตกลงของฝ่ายบริหารโดยประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาขึ้นมา จากการศึกษาพบว่าด้วยเหตุที่การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารจะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาด้วยคะแนนเสียงสองในสามซึ่งก่อให้เกิดความไม่คล่องตัวในการทำความตกลงระหว่างประเทศ ประกอบกับหน้าที่ของวุฒิสภาตามกฎหมายที่มีอยู่หลายประการ จึงเป็นเหตุให้ฝ่ายบริหารแก้ไขปัญหาด้วยการทำความตกลงระหว่างประเทศที่อยู่ในรูปของข้อตกลงของฝ่ายบริหาร[219] ในการดำเนินการเพื่อสร้างความตกลงระหว่างประเทศเพิ่มมากขึ้น โดยความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวมักเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีความสำคัญไม่มาก และหาจำเป็นต้องนำเข้าสู่การพิจารณาและต้องให้คำแนะนำและ

---

[216]Article 46 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

[217]United States v. Yoshida Int'l Inc. (The United States Court of Customs and Patent Appeals, 1975)

[218]International Legal Research Tutorial, *op. cit.*, para. 7-8.

[219]United States of Congress, Library of Congress, The Congressional Research Service (CRS), *op. cit.,* pp. 2, 7-11.

ความยินยอมจากวุฒิสภาแต่อย่างใดไม่ ความตกลงประเภทเหล่านี้มักเป็นความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือกับรัฐต่างประเทศ หรือความตกลงด้านการเกษตรและการค้า เป็นต้น[220]

แต่กระนั้นก็ตาม จากการศึกษาพบว่าข้อตกลงของฝ่ายบริหารซึ่งมีลักษณะเฉพาะในทางปฏิบัติของสหรัฐอเมริกานั้น เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้รับอนุมัติล่วงหน้าให้สามารถดำเนินการได้ภายใต้กรอบที่สภาครองเกสกำหนด ซึ่งการทำความตกลงดังกล่าวจะต้องเป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้ขอบเขตอำนาจของประธานาธิบดีเป็นการเฉพาะ เป็นที่น่าสังเกตว่า ภายหลังจากปี ค.ศ. 1972 เป็นต้นมาบรรดาความตกลงระหว่างประเทศลักษณะเช่นว่านี้จะต้องถูกนำเสนอต่อสภาครองเกสภายในกำหนด 60 วันหลังจากที่มีการบังคับใช้ข้อตกลงดังกล่าว อาทิ ข้อตกลงตะวันออกไกล (Far Eastern Agreement) ซึ่งได้มีการลงนามเมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1945 ณ เมืองยัลตา เป็นต้น[221]

เป็นที่น่าสังเกตว่า ภายใต้รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกานั้น การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือความตกลงระหว่างประเทศเป็นอำนาจของประธานาธิบดีในฐานะที่เป็นประมุขของรัฐและประมุขของรัฐบาล ในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลของสหพันธรัฐโดยตรง[222] ในขณะที่มลรัฐต่าง ๆ โดยหลักการแล้วกลับไม่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญากับรัฐต่างประเทศได้แต่อย่างใดโดยเฉพาะอย่างยิ่ง บรรดาความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวพันกับการเมืองหรือความมั่นคงของมลรัฐกับรัฐต่างประเทศอื่นใด[223] แต่กระนั้นก็ตาม มลรัฐต่าง ๆ ของสหรัฐอเมริกาก็ยังสามารถทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับด้านเศรษฐกิจและวัฒนธรรมได้ ดังจะเห็นได้จาก “การที่มลรัฐเวอร์จิเนียหรือเมืองบัลติมอร์หรือเมืองมอนโกโมรีทำสนธิสัญญากับสาธารณรัฐฝรั่งเศส”[224]

แม้ในกฎหมายระหว่างประเทศจะมิได้รับรองว่า มลรัฐมีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้โดยตรง แต่กฎหมายระหว่างประเทศเลือกที่จะรับรองว่ารัฐทุกรัฐมีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติหากรัฐธรรมนูญของประเทศดังกล่าวหาได้กำหนดห้ามไว้เกี่ยวกับอำนาจของมลรัฐที่จะเข้าทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกับรัฐอื่นใดแล้ว มลรัฐดังกล่าวย่อมมีอำนาจทำความตกลงระหว่างประเทศได้ด้วยเช่นกัน แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าบรรดาความตกลงที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดห้ามดังกล่าวนี้ มักเป็นความตกลงระหว่างประเทศในเรื่องที่เกี่ยวกับวัฒนธรรม สังคมหรือการศึกษา เป็นต้น โดยประเทศที่รับรองว่ามลรัฐมีอำนาจทำความตกลงระหว่างประเทศนอกจากสหรัฐอเมริกาก็ยังมีสมาพันธรัฐสวิส เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไป

---

[220]United States Senate, *op. cit.*, para. 2-3.; เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 2-16.

[221]ลาวัณย์ ถนัดศิลปกุล, *เรื่องเดิม,* หน้า 18.

[222]Clause 2 of Section 2 of Article II of United States Constitution

[223]Clause 3 of Section 10 of Article I of United States Constitution

[224]จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และชาติชาย เชษฐสุมน, **รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง กลไกในการตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในการเจรจาความตกลงการค้าเสรี** (รายงานการวิจัย เสนอต่อสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2549), หน้า 10.

แล้วรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศมักจะสงวนการใช้อำนาจของมลรัฐในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้กับรัฐบาลกลางมากว่า

ในทางปฏิบัติภายใต้ระบอบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา หนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญามีสถานะหรือมีค่าบังคับเท่าเทียมกับกฎหมายของสหพันธรัฐ (Federal Legislation)[225] จากการศึกษาพบว่า ในทางปฏิบัติกระบวนการริเริ่มในการการเจรจาตกลงทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกระทำโดยตัวแทนจากฝ่ายบริหาร (Executive Branch) ที่ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกา ผ่านคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ที่ดำเนินการเพื่อจัดตั้งคณะผู้แทนการเจรจาที่ประกอบไปด้วยตัวแทนภาครัฐและภาคเอกชนที่มีส่วนเกี่ยวข้องในเรื่องที่จะดำเนินการ[226]

แต่กระนั้นก็ตาม บรรดากระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญากับข้อตกลงระหว่างประเทศ มีกระบวนการที่มีความแตกต่างกันตามกรอบของกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา[227]

สำหรับกระบวนการทำ “หนังสือสัญญาระหว่างประเทศ” หรือ “สนธิสัญญา” นั้นมีกระบวนการและขั้นตอนในการดำเนินการ ดังนี้

กระบวนการและขั้นตอนแรก คณะรัฐมนตรี (Secretary of State) ซึ่งมีนิติฐานะเป็นฝ่ายบริหาร มีอำนาจในการริเริ่มกระบวนการเจรจาเพื่อทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญา

กระบวนการและขั้นตอนที่สอง ทำการแต่งตั้งผู้แทนการเจรจา และผู้แทนการเจรจาของสหรัฐอเมริกาดำเนินการเจรจาตามกรอบแห่งอำนาจที่ได้รับมา

กระบวนการและขั้นตอนที่สาม ทำความตกลงตามข้อกำหนดที่ได้จากการเจรจา ที่ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากคณะรัฐมนตรี และทำการลงนามในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาดังกล่าว

กระบวนการและขั้นตอนที่สี่ ประธานาธิบดีทำการเสนอหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาต่อวุฒิสภาเพื่อขอคำแนะนำและขอความเห็นชอบ

กระบวนการและขั้นตอนที่ห้า คณะกรรมาธิการการต่างประเทศของวุฒิสภา (Senate Foreign Relations Committee) ทำการพิจารณาหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หรือสนธิสัญญาและทำการรายงานผลการพิจาณาต่อวุฒิสภา

กระบวนการและขั้นตอนที่หก วุฒิสภาทำการพิจาณาและให้ความเห็นชอบในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาของประธานาธิบดี

กระบวนการและขั้นตอนที่เจ็ด ประธานาธิบดีทำการประกาศการใช้บังคับของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาดังกล่าว

---

[225]Article VI of United States Constitution; United States of Congress, Library of Congress, The Congressional Research Service (CRS), *op. cit.*, p. 1.

[226]จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และชาติชาย เชษฐสุมน, *เรื่องเดิม*, หน้า 25.

[227]International Legal Research Tutorial, *op. cit.*, para. 7-8.

ในขณะที่กระบวนการและขั้นตอนในการทำความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นข้อตกลงของฝ่ายบริหารนั้น มีกระบวนการที่สั้นและลดขั้นตอนในการเข้าผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศที่ไม่จำต้องมีวุฒิสภาเข้ามาเกี่ยวข้องในการดำเนินการแต่อย่างใด

ประเด็นที่น่าสนใจก็คือ เงื่อนไขใดที่จะนำไปสู่การใช้อำนาจของประธานาธิบดีในการทำข้อตกลงของฝ่ายบริหาร คำตอบก็คือมีเงื่อนไขในการใช้อำนาจของประธานาธิบดีอยู่ 3 ประการดังนี้[228]

ประการแรก การทำข้อตกลงของฝ่ายบริหารดังกล่าวครอบคลุมสารัตถะที่อยู่ในอำนาจทางการบริหารของประธานาธิบดี อาทิ การทำความตกลงทางการค้าสินค้าและบริการ (GATT, GATS) รวมไปถึงการทำข้อตกลงทางการค้าที่เกิดขึ้นระหว่างสหรัฐอเมริกากับรัฐบาลต่างประเทศอื่นใด

ประการที่สอง ข้อตกลงของฝ่ายบริหารนั้นถูกทำตามรูปแบบการทำสนธิสัญญาได้

ประการที่สาม ต้องเป็นการดำเนินการที่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐบัญญัติของสภาครองเกรส (A Legitimate Act of Congress)

จากการศึกษาพบว่า การทำข้อตกลงของฝ่ายบริหารมีกระบวนการและขั้นตอนในการทำข้อตกลงระหว่างประเทศดังนี้[229]

กระบวนการและขั้นตอนแรก คณะรัฐมนตรีซึ่งมีนิติฐานะเป็นฝ่ายบริหารมีอำนาจในการริเริ่มกระบวนการเจรจาเพื่อทำความตกลงระหว่างประเทศ

กระบวนการและขั้นตอนที่สอง ทำการแต่งตั้งผู้แทนการเจรจาและผู้แทนการเจรจาของสหรัฐอเมริกาดำเนินการเจรจาตามกรอบแห่งอำนาจที่ได้รับมา

กระบวนการและขั้นตอนที่สาม ทำความตกลงตามข้อกำหนดที่ได้จากการเจรจา ที่ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากคณะรัฐมนตรีและทำการลงนามในความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว

กระบวนการและขั้นตอนที่สี่ ความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากวุฒิสภาแต่อย่างใด

พึงต้องเข้าใจว่า การให้ความยินยอมเพื่อเข้าผูกพันตาม “สนธิสัญญา” ของสหรัฐอเมริกาก็ยังคงเป็นอำนาจของประธานาธิบดีในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหาร แม้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาจะกำหนดว่า การให้ความยินยอมในการเข้าผูกพันตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาจำต้องได้รับความยินยอมจากวุฒิสภาด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามก่อนก็ตาม

ในขณะที่บรรดาข้อตกลงระหว่างประเทศอื่นใดนอกเหนือไปจากสนธิสัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อตกลงของฝ่ายบริหารย่อมเป็นอำนาจเฉพาะของฝ่ายบริหารหรือประธานาธิบดีที่จะให้ความเห็นชอบได้โดยลำพัง โดยข้อตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวหาจำต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือวุฒิสภาแต่อย่างใดไม่ แต่กระนั้นก็ตาม ข้อตกลงของฝ่ายบริหารก็จำต้องอาศัยอำนาจที่มาจากสภาครองเกรสด้วยในการให้อนุมัติหรือให้อำนาจล่วงหน้าแก่ประธานาธิบดีในฐานะที่

---

[228]Michael D. Ramsey, *op. cit.,* para. 16.

[229]International Legal Research Tutorial, *op. cit.*, para. 7-8.

เป็นหัวหน้าฝ่ายบริหาร[230] เพื่อการทำและการเข้าผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวด้วยเช่นกัน แต่ทั้งนี้ ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจในการทำข้อตกลงของฝ่ายบริหารดังกล่าวก็ยังคงเป็นการใช้อำนาจเฉพาะของฝ่ายบริหารในการทำความตกลงระหว่างประเทศกับรัฐต่างประเทศ ดังจะเห็นได้จากใช้อำนาจดังกล่าวมาจากการตราเป็นกฎหมายภายในเพื่อกำหนดการใช้อำนาจประธานาธิบดีในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารในการทำความตกลงระหว่างประเทศได้ อาทิ กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการค้า ค.ศ. 2002 (Trade Promotion Act 2002) ซึ่งกำหนดการใช้อำนาจในขอบเขตต่าง ๆ อาทิ การริเริ่มในการเจรจาการค้า การทำความตกลงทางภาษีศุลกากร การทำความตกลงในเรื่องที่เป็นอุปสรรคทางการค้าทั้งในเรื่องที่เกี่ยวกับมาตรการทางภาษีและมิใช่มาตรการทางภาษี เป็นต้น[231]

แต่กระนั้นก็ตาม นิติฐานะของข้อตกลงของฝ่ายบริหารและสนธิสัญญาตามความหมายของระบอบกฎหมายภายในและรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกานั้น ศาลการค้าระหว่างประเทศของสหรัฐ (U.S. Court of International Trade) ในปี ค.ศ. 2006 ได้ทำการวางหลักการไว้ในคดีเกี่ยวกับนิติฐานะของการทำข้อตกลงของฝ่ายบริหารที่แม้ไม่ได้ผ่านการพิจารณาโดยวุฒิสภาในคดี Canadian Lumber Trade Alliance v. United States[232] ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า การทำข้อตกลงของฝ่ายบริหารที่ผ่านการพิจารณาจากประธานาธิบดีในฐานะที่เป็นความตกลงทางด้านการค้าระหว่างประเทศย่อมก่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศจากความตกลง และมีผลเป็นการแก้ไขรัฐบัญญัติ (Statutes) ให้สอดคล้องกับพันธกรณีที่เกิดขึ้นจากความตกลงเช่นว่าด้วยเช่นกัน[233]

อนึ่ง ภายใต้ระบอบกฎหมายภายในเฉพาะของสหรัฐอเมริกานั้น สนธิสัญญาที่ทำโดยประธานาธิบดียังสามารถแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะได้แก่สนธิสัญญาที่มีผลบังคับด้วยตัวเอง (Self-Executing Treaties) และสนธิสัญญาที่หาได้มีผลบังคับได้ด้วยตัวเอง (Non-Self Executing Treaties) ความแตกต่างในสาระสำคัญของลักษณะของสนธิสัญญาทั้งสองประเภทอยู่ที่ค่าบังคับของสนธิสัญญา กล่าวคือ ในกรณีที่เป็นสนธิสัญญาที่มีผลบังคับด้วยตัวเองหาจำต้องดำเนินการโดยทางนิติบัญญัติเพื่อตรากฎหมายภายในรองรับต่อพันธกรณีระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่ ในขณะที่สนธิสัญญาที่หาได้มีผลใช้บังคับด้วยตัวเองกลับจำต้องตรากฎหมายใหม่ขึ้นมาเพื่อรองรับต่อพันธกรณี

---

[230]19 U.S.C., Section 1 Organization of Customs Service; Jane M. Smith, Daniel T. Shedd and Brandon J. Murrill, *op. cit.,* p. 1.

[231]ไทยพีบีเอส และ Friedrich Ebert Stiftung, **“ว่าด้วยร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม. . .” มองผ่านมาตรา 190**, หน้า 4-5, ค้นวันที่ 20 ตุลาคม 2557 จาก http://www.fes-thailand.org/wb/media/DebateShow/Article190_final.pdf

[232]Canadian Lumber Trade Alliance v. United States (The United States Court of International Trade, 2006)

[233]Jane M. Smith, Daniel T. Shedd and Brandon J. Murrill, *op. cit.,* footnote no. 5.

ระหว่างประเทศ (Require the Enactment of New Laws)[234] ด้วยเหตุที่สนธิสัญญาประเภทนี้หาได้เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้ภายในรัฐโดยตรงแต่อย่างใดไม่ อาทิ อนุสัญญาพันธมิตร หรืออนุสัญญาทางการเมืองหรือทางการทหาร เป็นต้น ในกรณีที่รัฐบาลสหรัฐอเมริกาต้องการให้สนธิสัญญาประเภทนี้มีผลใช้บังคับเพื่อเสริมสถานะทางกฎหมายและเพิ่มการบังคับใช้ภายในรัฐก็จำต้องออกกฎหมายอนุวัติการหรือรองรับต่อความตกลงดังกล่าว[235]

ตัวอย่างของหลักการดังกล่าวปรากฏให้เห็นได้ในคดี Medellín v. Texas[236] ในปี ค.ศ. 2008 โดยศาลสูงของสหพันธรัฐได้วางหลักไว้ว่า ความตกลงระหว่างประเทศก่อให้เกิดข้อผูกพันและพันธกรณีระหว่างประเทศ แต่กระนั้นก็ตาม พันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวหาได้ผูกพันต่อกฎหมายภายในแต่อย่างใดไม่ เว้นแต่ จะปรากฏว่าสภาครองเกรสจะได้ตรากฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการต่อพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวหรือเป็นสนธิสัญญาที่มีผลบังคับได้ในตัวเอง

กล่าวโดยสรุปแล้ว การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริการัฐธรรมนูญเป็นฐานทางกฎหมายที่กำหนดอำนาจประธานาธิบดีในการทำความตกลงระหว่างประเทศ ในขณะที่ประธานาธิบดีมีอำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศตามระบอบของกฎหมายภายในได้ใน 2 ลักษณะได้แก่ การทำสนธิสัญญาในลักษณะที่หนึ่ง และการทำข้อตกลงของฝ่ายบริหารอีกลักษณะหนึ่ง ซึ่งความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวมีความแตกต่างในทางปฏิบัติเกี่ยวกับกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่า กระบวนการดังกล่าวจำต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ ถ้าความตกลงระหว่างประเทศที่ประธานาธิบดีทำจำต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาแล้ว ความตกลงระหว่างประเทศเช่นว่านั้นย่อมมีนิติฐานะเป็นสนธิสัญญา ในทางกลับกันหากความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นอำนาจของประธานาธิบดีโดยลำพังและไม่จำต้องขอความเห็นชอบจากวุฒิสภาแต่อย่างใด ความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวย่อมมีนิติฐานะเป็นข้อตกลงของฝ่ายบริหาร

3.1.1.2 สถาบันพระมหากษัตริย์เป็นผู้ที่มีบทบาทและอำนาจภายใต้ระบอบรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรและกฎหมายของสหราชอาณาจักร

สำหรับประเด็นการศึกษาว่าฐานะทางกฎหมายในเรื่องใดที่รองรับการใช้อำนาจของสถาบันกษัตริย์ซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร ในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น

จากการศึกษาพบว่าฐานทางกฎหมายที่รองรับการใช้อำนาจของสถาบันพระมหากษัตริย์ในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารมีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมี 2 ประการ ประการแรก

---

[234]Article VI of United States Constitution; United States of Congress, Library of Congress, The Congressional Research Service (CRS), *op. cit.,* p. 1; United Nations, Department of Economic and Social Affairs, **International Norms and Standards Relating to Disability: 1.4 International Law in Municipal Law (2003-2004)**, para. 1-2, Retrieved August 20, 2015 from http://www.un.org/esa/socdev/enable/comp101.htm

[235]ประสิทธิ์ เอกบุตร, **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สัญญา**, หน้า 198.

[236]Medellín v. Texas (The United States Supreme Court, 2008)

รัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักร[237] และประการที่สอง แนวคำวินิจฉัยของศาลสูงในสหราชาอาณาจักร แม้ข้อเท็จจริงเชิงประจักษ์จะปรากฏและเป็นที่ทราบกันดีว่า สหราชอาณาจักรเป็นรัฐที่มีรัฐธรรมนูญในรูปแบบที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Constitution) ก็ตาม[238] และมีระบบการเมืองการปกครองแบบประชาธิปไตยที่ทรงมีสมเด็จพระราชินีนาถทรงเป็นองค์พระประมุขของรัฐและทรงปฏิบัติพระราชกรณียกิจในนามของสถาบันพระมหากษัตริย์ (Crown) แต่กระนั้นก็ตาม การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ พระองค์ทรงใช้พระราชอำนาจดังกล่าวผ่านนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหาร

ในฐานะรัฐที่เป็นต้นแบบในการใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี ระบบการเมืองการปกครองได้อาศัยฐานอำนาจที่มาจากรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะภายใต้หลักการสากลเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) ได้แบ่งองค์กรตามรัฐธรรมนูญออกเป็น 3 องค์กรหลัก ได้แก่ ฝ่ายบริหาร (Executive or Government) ฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislature or Parliament) และฝ่ายตุลาการ (Judiciary or Judges) ประกอบกับทฤษฎีกฎหมายที่สำคัญได้แก่ หลักการปกครองด้วยกฎหมายหรือหลักนิติธรรม (Rule of Law)[239] ที่เสนอโดย Albert Venn Dicey[240] โดยเฉพาะ

---

[237]นอกจากการศึกษาในเชิงหลักการของรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรของสหราชอาณาจักรแล้ว ผู้เขียนยังศึกษาจากเอกสารที่มีการเผยแพร่ซึ่งมีชื่อเรียกว่า “United Kingdom Constitution 1992” ซึ่งจัดทำเป็นเอกสารที่จัดทำโดยสถานทูตอังกฤษ (The British Embassy) แต่พึงเข้าใจตรงกันก่อนว่า เอกสารดังกล่าวหาได้ทำให้สหราชอาณาจักรมีรัฐธรรมนูญซึ่งมีนิติฐานะที่เป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใดไม่ เอกสารดังกล่าวเป็นแต่เพียงเอกสารแสดงถึงหลักการในรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่เป็นปัจจุบันเท่านั้น; Section 1 of the United Kingdom Constitution 199; The British Embassy, **United Kingdom Constitution 1992,** Retrieved November 15, 2015 from http://www.servat.unibe.ch/icl/uk00000_.html

[238]Andrew Mitchell, **AS Law**, 3rd ed. (United Kingdom: Routledge-Cavendish, 2009), p. 8.

[239]*Ibid*., p. 9.

[240]หลักการปกครองด้วยกฎหมายหรือที่เรียกว่าหลักนิติธรรมนี้ได้ถูกพัฒนาขึ้นในศตวรรษที่ 19 โดยเจ้าของทฤษฎีดังกล่าวคือ Albert Venn Dicey หลักการเรื่องดังกล่าวมีความสำคัญในทางกฎหมายเป็นอย่างยิ่งในฐานะที่เป็นกลไกลหรือเครื่องมือที่ใช้ในการตรวจสอบการใช้อำนาจตามอำเภอใจ (Arbitrary) ของรัฐบาลและเป็นหลักการที่เน้นในหลักการเรื่องที่ไม่มีผู้ใดผู้หนึ่งที่จะอยู่เหนือกฎหมาย (No one individual is above the law) ซึ่งเป็นหลักประกันในการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันสำหรับทุกคนในกระบวนการก่อนชั้นศาล (Equality of Treatment for All Before the Courts) ในฐานะที่เป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิของประชาชน; David Clark, “The Many Meanings of Rule of Law,” **Law, Capitalism and Power in Asia: The Rule of Law and Legal Institutions**, Kanishka Jayasuriya, ed. (London: Roultedge, 1999), p. 31.; *Ibid.*, p. 9.

อย่างยิ่งหลักเรื่องความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) ทำให้บทบาทการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของสหราชอาณาจักรมีพัฒนาการที่มีความแตกต่างไปจากรัฐอื่น

จากการศึกษาแนวปฏิบัติในด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักรในเรื่องของอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศพบว่า รัฐสภาไม่ได้มีบทบาทที่เป็นทางการใน “กระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ”แต่อย่างใด (The Lack of Formal Parliamentary Involvement in Treaty-Making) ด้วยเหตุที่อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นของฝ่ายบริหารที่ดำเนินการในนามของสถาบันพระมหากษัตริย์[241] โดยสมเด็จพระราชินีนาถทรงเป็นองค์พระประมุขของสหราชอาณาจักร[242] โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในด้านความสัมพันธ์และกิจการต่างประเทศ พระองค์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการประกาศสงคราม (To Declare War) หรือสร้างสันติภาพ (Make Peace) รับรองรัฐบาลและรัฐต่างประเทศ (To Recognize Foreign States and Governments) มอบดินแดน (Cede Territory) และการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ (To Conclude Treaties)[243]

แต่กระนั้นก็ตาม ด้วยแนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) ของสหราชาอาณาจักร แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะมีอำนาจในการลงคะแนนเสียงตามกระบวนการปกติ ไม่ว่าจะเป็นทั้งในการเห็นชอบหรือปฏิเสธการต่อการเข้าทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารก็ตาม ประกอบกับการขาดรูปแบบของกฎหมายที่กำหนดการใช้อำนาจของรัฐสภาของสหราชอาณาจักรอย่างเป็นทางการ อันมีลักษณะที่มีความแตกต่างกับบทบัญญัติของประเทศอื่นที่มีการกำหนดการใช้อำนาจในการให้ความเห็นชอบกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้เป็นการเฉพาะในรูปแบบของลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะในเรื่องของอำนาจของรัฐสภาที่จะให้ความเห็นชอบกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ก่อนที่จะมีการให้สัตยาบันสำหรับความตกลงระหว่างประเทศบางประเภท เฉกเช่นหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา

ด้วยเหตุดังกล่าวโดยหลักการแล้ว อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจึงเป็นของสถาบันพระมหากษัตริย์ (Crown) ซึ่งฝ่ายบริหารโดยรัฐบาล (Government) มีบทบาทที่จะใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อเข้าทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ การใช้อำนาจเช่นว่านั้นฝ่ายบริหาร

---

[241]United Kingdom, House of Commons Information Office, *op. cit.,* p. 2.; Monica Claes, **The National Courts' Mandate in the European Constitution** (Oregon: Hart, 2006), p. 488.; Francois Stewart and Jones Source, *op. cit.,* p. 433.

[242]Section 31 (Basic Structure) of Part 1 Overview of Chapter 2 State Organization of the United Kingdom Constitution 1992

[243]Section 31 (2) (Basic Structure) of Part 1 Overview of Chapter 2 State Organization of the United Kingdom Constitution 1992

สามารถทำความตกลงระหว่างประเทศได้โดยลำพัง โดยหาจำต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภา (Parliament) ซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติของสหราชอาณาจักรก่อนแต่อย่างใดไม่[244]

อาจกล่าวได้ว่า บทบาทของสถาบันกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักรมีความสำคัญยิ่งกับแนวคิดและการใช้อำนาจในทางบริหารของรัฐบาล ด้วยเหตุผลและพัฒนาการในอดีตทำให้เห็นได้ว่าสถาบันกษัตริย์ ก็คือสถาบันที่เป็นผู้แทนองค์พระมหากษัตริย์ผู้ซึ่งมีอำนาจสูงสุดภายในรัฏฐาธิปัตย์ในฐานะที่เป็นประมุขของรัฐ (The Royal Head of State) โดยเป็นทั้งพระประมุขของศาสนาคริสต์นิกายเชิร์ชออฟอิงแลนด์ (The Head of the Church of England) และประมุขของรัฐในเครือจักรภพของอังกฤษด้วย (Head of State for Assenting Countries within the Commonwealth) ในการดำเนินการในทางปฏิบัติสถาบันกษัตริย์มีสถานะทางกฎหมายเป็นตัวแทนของพระมหากษัตริย์และในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารโดยผ่านการดำเนินการของรัฐบาล ซึ่งมีบทบาทและอำนาจหน้าที่รับผิดชอบในการบริหารราชการแผ่นดิน และการปกครองประเทศที่เป็นพระราชอำนาจ (Royal Prerogative' Powers) ที่เกิดขึ้นในระหว่างการพัฒนาในทางประวัติศาสตร์ของระบบคอมมอนลอว์ แม้ต่อมาภายหลังจะปรากฏว่ารัฐธรรมนูญได้มีพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ใน 2 ลักษณะกล่าวคือ ประการแรก เรื่องของการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์ ฝ่ายบริหารและรัฐสภา และประการที่สอง การปฏิรูปในราชอาณาจักรในเรื่องของการให้สิทธิและเสรีภาพและการกำหนดอำนาจไว้ในรัฐธรรมนูญก็ตาม[245] แต่การกำหนดรับรองการใช้อำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศก็ยังคงเป็นพระราชอำนาจของสถาบันพระมหากษัตริย์ไม่เปลี่ยนแปลง แม้พระราชอำนาจดังกล่าวจะมีกำหนดไว้ในเชิงสัญลักษณ์ก็ตาม แต่การใช้พระราชอำนาจเช่นว่านั้นก็ได้ดำเนินการโดยฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล

ในปัจจุบันแนวทางปฏิบัติในการทำสนธิสัญญาของสหราชอาณาจักรเป็นภารกิจและความรับผิดชอบหลักของฝ่ายบริหารโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและเครือจักรภพ (Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs) ผู้หน้าที่และความรับผิดชอบโดยตรง ภายใต้การดำเนินงานของสำนักงานการต่างประเทศและเครือจักรภพ (Foreign and Commonwealth Office: FCO) ซึ่งเป็นหน่วยงานหลักของฝ่ายบริหารซึ่งทำหน้าที่รับผิดชอบด้านการกำหนดและเสนอนโยบายในการทำความตกลงระหว่างประเทศ และการปฏิบัติการแก้ไขปัญหาทั้งในเรื่องรูปแบบและกระบวนการทำหนังสือสัญญาทั้งหมดของสหราชอาณาจักรให้ถูกต้องภายใต้หลักการและระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศ กระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นความรับผิดชอบของฝ่ายที่ปรึกษากฎหมายและสนธิสัญญา (The FCO's Legal Advisers and Treaty

---

[244]Templeman the Right Honourable the Lord, "Treaty-Making and the British Parliament-Europe," **Chicago-Kent Law Review** 67, 2 (June, 1991): 459, 461, Retrieved November 15, 2015 from http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol67/iss2/9

[245]Andrew Mitchell, *op. cit.,* p. 10.

Section) ที่จะต้องให้ความเห็นทางกฎหมายในร่างความตกลงที่ได้ดำเนินการตามที่ได้เจรจาเพื่อให้มั่นใจว่า ได้ทำการร่างกรอบความตกลงระหว่างประเทศสอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติที่ถูกต้อง[246]

แต่กระนั้นก็ตาม ในทางปฏิบัติหน่วยงานของฝ่ายบริหารอื่นก็มีบทบาทในฐานะที่เป็นที่ผู้เสนอและเป็นผู้ให้ความเห็นและคำแนะนำ (Other Government Departments) ในเรื่องการทำความตกลงระหว่างประเทศ การทำหนังสือมอบอำนาจเต็ม รวมถึงการตราสารในการให้สัตยาบันได้ด้วยเช่นเดียวกัน และภายหลังจากที่มีการลงนามในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแล้ว สำนักงานการต่างประเทศและเครือจักรภพจะเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่รับผิดชอบในการจัดพิมพ์และถูกนำเสนอเพื่อขอความเห็นชอบจากรัฐสภาต่อไป[247]

นอกจากนั้นแล้ว จากการศึกษาในทางปฏิบัติของการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ดำเนินการโดยฝ่ายบริหารในสหราชอาณาจักรพบว่า หนังสือสัญญาเหล่านี้เป็นอำนาจของรัฐบาลในการดำเนินการโดยลำพังหาจำต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแต่อย่างใดไม่ ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับการใช้อำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยลำพังของฝ่ายบริหารของประเทศไทย บรรดาหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เป็นอำนาจโดยลำพังของรัฐบาลสหราชอาณาจักร ได้แก่ หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ทำภายใต้มาตรา 12 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภายุโรป ค.ศ. 2002 (The European Parliamentary Elections Act 2002) หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ทำภายใต้มาตรา 5 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยสหภาพยุโรป ค.ศ. 2008 (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม) หนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามมาตรา 158 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการรับมรดก ค.ศ. 1984 (The Inheritance Act 1984) หนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามมาตรา 2 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยภาษีอากร ค.ศ. 2010 (The Taxation Act 2010) หนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามมาตรา 173 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการเงิน ค.ศ. 2006 (The Finance Act 2006) หรือแม้แต่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ทำโดยรัฐบาลของดินแดนโพ้นทะเลที่อยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษ (The Government of a British Overseas Territory) ซึ่งต้องเป็นการดำเนินการภายใต้การมอบหมายอำนาจโดยรัฐบาลสหราชอาณาจักร (The Government of the United Kingdom) เป็นต้น[248]

อนึ่ง คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลสูงในสหราชอาณาจักรเอง ก็ยังได้รับรองว่าสถาบันพระมหากษัตริย์ของสหราชอาณาจักรมีพระราชอำนาจสมบูรณ์ในกระบวนการทำความตกลงระหว่าง

---

[246]United Kingdom, Foreign and Commonwealth Office, **Treaties and Memoranda of Understanding (MOUs): Guidance on Practice and Procedures**, 2nd ed. (London: Foreign and Commonwealth Office, 2014), p. 1, Retrieved November 15, 2015 from https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/293976/Treaties_and_MoU_Guidance.pdf

[247]United Kingdom, Foreign and Commonwealth Office, **Government-Guidance UK Treaties, Guidance to the Work of the FCO's Treaty Section: Practice and Procedures**, para. 1-7, Retrieved November 15, 2015 from https://www.gov.uk/guidance/uk-treaties

[248]*Ibid.,* para. 2-3.

ประเทศ ทั้งในการเจรจาตลอดจนการลงนามหรือแม้แต่ในกรณีการให้สัตยาบันในความตกลงระหว่างประเทศ แม้ในข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าในทางปฏิบัติการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะเป็นอำนาจที่ใช้โดยฝ่ายบริหาร (Executive Branch of the Government) โดยรัฐบาลภายใต้ความรับผิดชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและเครือจักรภพ ซึ่งในคดี Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario ศาลสูงของสหราชอาณาจักร (House of Lords) โดยลอร์ดแอทกิ้น (Lord Atkin) ได้วินิจฉัยและวางหลักไว้ในคดีดังกล่าวว่า ในฐานะที่เป็นเครือจักรภพของอังกฤษ มีหลักการที่ยึดถือในการทำหนังสือสัญญาโดยอาศัยอำนาจทางบริหารซึ่งเป็นแนวปฏิบัติที่ต้องดำเนินการตาม ในขณะที่รัฐสภาไม่มีบทบาทใด ๆ ที่เป็นรูปธรรม (Formal Role) ในกระบวนการทำหนังสือสัญญา รัฐบาลของอังกฤษ (British Government) เป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าวโดยลำพัง แต่กระนั้นก็ตาม ในทางปฏิบัติรัฐบาลอังกฤษอาจเสนอหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเช่นว่านั้นต่อรัฐสภาเพื่อที่จะขอความเห็นชอบได้ และจะต้องดำเนินการภายใต้หลักการ Ponsonby Rule ในกรณีที่รัฐบาลได้เสนอหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องมีการให้สัตยาบันต่อรัฐสภาภายใต้กำหนดระยะเวลาไม่น้อยกว่า 21 วันทำการ ก่อนที่ฝ่ายบริหารจะทำการให้สัตยาบันต่อหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว[249]

ประเด็นที่น่าสนใจก็คือเหตุใดรัฐสภาของสหราชอาณาจักรจึงจำต้องเข้ามามีบทบาทในการทำหนังสือสัญญาร่วมกับฝ่ายบริหาร

จากการศึกษาพบว่า ภายใต้ระบบกฎหมายของสหราชอาณาจักรซึ่งเป็นระบบทวินิยม จำเป็นต้องดำเนินการให้หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ทำความตกลงขึ้นมานั้นมีผลใช้บังคับภายในประทศ ดังนั้น ด้วยเหตุแห่งการสงวนอำนาจในการตรากฎหมายว่ายังคงเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ และแนวคิดทางกฎหมายที่มิได้ยอมรับในเชิงหลักการว่าอำนาจในการตรากฎหมายเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารอันเกิดขึ้นมาจากการทำความตกลงระหว่างประเทศให้มีผลใช้บังคับในดินแดนได้โดยทันทีตามแนวคิดแบบเอกนิยมดังที่ปรากฏในระบบกำหมายของสหรัฐอเมริกา

ด้วยแนวคิดดังกล่าว ทำให้กระบวนการแปลงรูป (Transform) ความตกลงระหว่างประเทศให้มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายภายในจึงต้องเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของรัฐสภา (Parliament) แต่กระนั้นก็ตาม ในกรณีที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหาจำเป็นต้องดำเนินเช่นนั้นแต่อย่างใดไม่ ดังที่ปรากฏหลักการดังกล่าวในคดี Trendtex Treading Corporation v. Central Bank of Nigeria หรือที่เรียกว่า Trendtex Case ค.ศ. 1977[250] โดย Lord Denning MR และ Shaw LJ ได้ให้เหตุผลไว้ในคดีดังกล่าวว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นมีผลเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายภายใน (Customary International Law Becomes Part of [England]

---

[249]Julian Hermida, **Legal Basis for a National Space Legislation** (United States of America: Kluwer Academic Publishers, 2004), p. 123.

[250]Trendtex Treading Corporation v. Central Bank of Nigeria (Court of Queen's Bench, 1977)

Municipal Law)[251] ด้วยเหตุผลทางกฎหมายดังกล่าวทำให้ปรากฏซึ่งความจำเป็นและภายใต้หลักการมีส่วนร่วมของรัฐสภา (Parliamentary Participation) ซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติของสหราชอาณาจักรในฐานะที่เป็นองค์กรที่ต้องมีส่วนร่วมและต้องมีบทบาทหลักในการทำให้บรรดาความตกลงระหว่างประเทศมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในด้วยกระบวนการแปลงรูปความตกลงระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมายภายใน[252]

กล่าวโดยสรุป ฐานทางกฎหมายที่รองรับการใช้อำนาจของสถาบันพระมหากษัตริย์ในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารมีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมี 2 ประการ ได้แก่ รัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักร และแนวคำวินิจฉัยของศาลสูงในสหราชาอาณาจักรที่รับรองการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติศาลสูงของสหราชอาณาจักรวางหลักไว้ว่าในกระบวนการทำหนังสือสัญญาเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติหาได้มีบทบาทที่เป็น “รูปแบบอย่างเป็นทางการ” ในการเข้ามามีส่วนร่วมในขั้นตอนดังกล่าวแต่อย่างใดไม่

นอกจากนั้นแล้ว แนวทางปฏิบัติในการทำสนธิสัญญาของสหราชอาณาจักรเป็นภารกิจและความรับผิดชอบหลักของฝ่ายบริหารโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและเครือจักรภพ ในฐานะที่เป็นผู้มีหน้าที่และมีความรับผิดชอบโดยตรง ภายใต้การดำเนินงานของสำนักงานการต่างประเทศและเครือจักรภพ ซึ่งเป็นหน่วยงานหลักของฝ่ายบริหารซึ่งทำหน้าที่รับผิดชอบด้านการกำหนดและเสนอนโยบายในการทำความตกลงระหว่างประเทศ

3.1.1.3 ประธานาธิบดีเป็นผู้ที่มีบทบาทและอำนาจตามรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนด

สำหรับประเด็นการศึกษาเรื่องฐานทางกฎหมายในเรื่องใดที่รองรับการใช้อำนาจของประธานาธิบดีซึ่งเป็นประมุขของฝ่ายบริหาร ในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

จากการศึกษาพบว่า ฐานทางกฎหมายที่รองรับการใช้อำนาจของประธานาธิบดีในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารมีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็คือ รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ภายใต้หลักการที่ซึ่งถูกเรียกว่า “อำนาจสูงสุดเป็นของประธานาธิบดี” (Supremacy of President)[253] จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญกำหนดการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไว้เป็นอำนาจเฉพาะของฝ่ายบริหาร ภายใต้ระบอบการเมืองการปกครองกึ่งรัฐสภาและกึ่งประธานาธิบดี ในขณะที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Constitutional Council) ได้ยืนยันในเชิงหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจของประธานาธิบดีในการใช้อำนาจเกี่ยวกับ

---

[251]Roger O’ Keefe, “The Doctrine of Incorporation of Revisited,” **British Year Book of International Law 2008**: **Seventy-Nine Year of Issue,** James Crawford and Vaughan Lowe, eds. (Oxford: The Clarendon, 2009), p. 81.; Julian Hermida, *op. cit.,* p. 124.

[252]Templeman the Right Honourable the Lord, *op. cit.,* p. 460.

[253]Ministry of Justice, **The French Legal System: Judicial System** (France: Ministère de la Justice, 2012), p. 3, Retrieved August 28, 2015 from http://www.justice.gouv.fr/publication/french_legal_system.pdf

การเจริญความสัมพันธ์ระหว่างประเทศว่า เอกชนใดเอกชนหนึ่งที่ไม่เห็นด้วยกับการดำเนินนโยบายต่างประเทศของฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจฟ้องคดี (Legal Suits) และปฏิเสธไม่พิจารณาวินิจฉัย (Refusing to Decide) การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารทั้งในเรื่องการเจรจาหรือแม้แต่การทำสนธิสัญญาก็ตาม[254]

ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งเป็นรูปแบบการปกครองแบบสาธารณรัฐที่มีประธานาธิบดีดำรงตำแหน่งเป็นประมุขของรัฐและมีนายกรัฐมนตรีเป็นประมุขของรัฐบาลในฐานะที่เป็นประมุขของฝ่ายบริหาร[255] ฝ่ายบริหารประกอบไปด้วยประธานาธิบดีและคณะรัฐมนตรี (The President and the Council of Ministers) ซึ่งมีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าคณะรัฐมนตรี โดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐทำหน้าที่เป็นประธานในการประชุมคณะรัฐมนตรี[256] ซึ่งประธานาธิบดีมีอำนาจแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี[257] ในขณะที่นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีมีอำนาจกำหนดนโยบายของรัฐและบริหารราชการแผ่นดิน บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย รวมถึงการป้องกันประเทศ[258]

โดยรัฐธรรมนูญกำหนดให้ประธานาธิบดี และคณะรัฐมนตรีมีอำนาจพันธกิจเกี่ยวกับการเจริญความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งผู้แทนทางการทูตเพื่อไปปฏิบัติหน้าที่ประจำยังรัฐต่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศต่าง ๆ รวมทั้งการมอบอำนาจให้ทูตเป็นผู้กระทำการต่าง ๆ ในนามของรัฐ[259] รวมทั้งมีหน้าที่ดูแลให้มีการปฏิบัติตามสนธิสัญญาต่าง ๆ ที่ได้ทำขึ้นกับรัฐต่างประเทศหรือองค์กรระหว่างประเทศ[260] ซึ่งหมายความรวมไปถึงอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการค้ากับนานาประเทศ

ภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประธานาธิบดีในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารจะเป็นผู้ที่มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นทั้งในกระบวนการริเริ่มการเจรจา ตลอดจนไปถึงการให้สัตยาบันแก่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้วย[261]

---

[254]Francois Luchaire, “The Participation of Parliament in the Elaboration and Application of Treaties-Europe,” **Chicago-Kent Law Review** 67 (1991): 341, Retrieved August 28, 2015 from http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol67/iss2/4

[255]Ministry of Justice, *op. cit.*, p. 3.

[256]Article 9 the 1958 French Constitution

[257]Article 8 the 1958 French Constitution

[258]Paragraph 1 of Article 20 the 1958 French Constitution; New Zealand Law Commission, **The Treaty Making Process Reform and the Role of Parliament, Report 45**: **Appendix A: France** (Wellington, New Zealand: N.p., 1997), footnote no. 242, Retrieved August 24, 2015 from http://www.nzlii.org/nz/other/nzlc/report/R45/

[259]Article 14 the 1958 French Constitution

[260]Article 5 of the 1958 French Constitution

[261]Paragraph 1 of Article 52 of President's Powers of Title VI Treaties and International Agreements of the 1958 French Constitution; Amos S. Hershey, “Treaty-

แต่กระนั้นก็ตาม ประธานาธิบดีสามารถแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ หรือบุคคลใด ๆ ก็ได้ให้เป็นผู้แทนของรัฐในการไปเจรจาทำความตกลงกับรัฐต่างประเทศอื่นใดได้[262] ในทางปฏิบัติประธานาธิบดีจะได้รับข้อมูลเกี่ยวกับกระบวนการเจรจาทั้งหมด ตลอดจนข้อสรุปในตกลงในการทำความตกลงระหว่างประเทศ[263]

เป็นที่น่าสังเกตว่า กรณีที่เป็นการทำความตกลงระหว่างประเทศที่มิได้เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติก่อนแต่อย่างใดไม่นั้น รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 52 วรรคสอง ยังได้กำหนดให้ฝ่ายบริหารโดยรัฐบาลมีหน้าที่จะต้องทำการรายงานต่อประธานาธิบดีเพื่อให้ทราบถึงเนื้อหาสาระของผลการเจรจาและข้อตกลง ในกรณีเช่นว่านี้ประธานาธิบดีมีอำนาจที่จะทำการให้คำปรึกษาหรือคำแนะนำหรือคำเตือนหรือให้ข้อเสนอแนะใด ๆ ที่จะเป็นประโยชน์แก่รัฐบาล ซึ่งมีผลเฉพาะที่เป็นการภายในฝ่ายบริหารได้โดยไม่จำต้องทำการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวต่อสาธารณะเฉกเช่นการตีพิมพ์ในหนังสือรัฐกิจจานุเบกษาแต่อย่างใดไม่ อาจกล่าวได้ว่าฝ่ายบริหารยังคงไว้ซึ่งอำนาจในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจตัดสินใจในขั้นตอนสุดท้ายที่จะดำเนินการผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศหรือไม่อยู่นั่นเอง[264]

เป็นที่น่าสังเกตว่า ในทางปฏิบัติฝ่ายนิติบัญญัติไม่ค่อยจะมีบทบาทสำคัญเท่าใดนักโดยเฉพาะในกิจการต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ดำเนินการโดยฝ่ายบริหาร[265] อีกทั้งฝ่ายนิติบัญญัติเองก็หาได้มีอำนาจในการที่จะใช้ (Application) และตีความ (Interpretation) สนธิสัญญาหรือแก้ไขสนธิสัญญาได้แต่อย่างใดไม่[266] กล่าวอีกนัยหนึ่งฝ่ายนิติบัญญัติมีบทบาทน้อยมากในการเข้ามามีส่วนร่วมในขั้นตอนต่าง ๆ ของกระบวนการทำ

Making Power with Special Reference to the United States," **Indiana Law Journal** 1, 5 (1926): 262, Retrieved August 24, 2015 from http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol1/iss5/2

[262]จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และชาติชาย เชษฐสุมน, *เรื่องเดิม,* หน้า 12-13.

[263]Article 52 (2) of President's Powers of Title VI Treaties and International Agreements of the 1958 French Constitution

[264]จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และชาติชาย เชษฐสุมน, *เรื่องเดิม,* หน้า 12-14.

[265]New Zealand Law Commission, *op. cit.,* para. A43.

[266]Francois Luchaire, "The Participation of Parliament in the Elaboration and Application of Treaties," In **Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties: A Comparative Study** (Boston: Kluwer Academic, 1994), pp. 45-46 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, การใช้กฎหมายระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย: ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ, ใน **เอกสารประกอบการบรรยายในการประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 6,** หน้า 17.

สนธิสัญญา[267] ซึ่งรายละเอียดในเรื่องการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและประเภทของหนังสือสัญญาจะได้พิเคราะห์ในรายละเอียดของหัวข้อถัดไป

กล่าวโดยสรุปแล้ว ฐานทางกฎหมายที่รองรับการใช้อำนาจของประธานาธิบดีในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารมีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็คือ รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ภายใต้หลักการอำนาจสูงสุดเป็นของประธานาธิบดี หลักการดังกล่าวมีผลต่อการวางบทบาทและการใช้อำนาจของประธานาธิบดีในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะอำนาจในฐานะที่เป็นผู้ที่มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นทั้งในกระบวนการริเริ่มการเจรจา ตลอดจนไปถึงการให้สัตยาบันแก่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศเช่นว่านั้น ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติเองก็มิค่อยจะมีบทบาทสำคัญเท่าใดโดยเฉพาะในกิจการต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ดำเนินการโดยฝ่ายบริหาร

ในขณะที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังได้ยืนยันในเชิงหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจของประธานาธิบดีในการใช้อำนาจเกี่ยวกับการเจริญความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยอำนาจดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองระหว่างประเทศ โดยเอกชนใดเอกชนหนึ่งที่ไม่เห็นด้วยกับการดำเนินนโยบายต่างประเทศของฝ่ายบริหาร หาได้มีอำนาจยื่นคำร้องหรือทำการฟ้องคดีดังกล่าวต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแต่อย่างใดไม่

3.1.1.4 บทสรุปการศึกษาเปรียบเทียบองค์กรหลัก บทบาทและการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

อาจกล่าวได้ว่าแนวปฏิบัติของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรหรือแม้แต่สาธารณรัฐฝรั่งเศสต่างก็มีแนวปฏิบัติในทิศทางเดียวกันกล่าวคือ ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกับรัฐต่างประเทศรวมถึงกับองค์กรระหว่างประเทศ อีกทั้งรัฐธรรมนูญยังเป็นฐานรองรับการใช้อำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบต่าง ๆ

แม้จากการศึกษาจะพบว่า กระบวนการในการทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวจะมีความแตกต่างในรายละเอียดกันบ้างในบางประการก็ตาม อาทิ การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกานั้น ประธานาธิบดีมีอำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศตามระบอบของกฎหมายภายใน 2 ลักษณะได้แก่ “การทำสนธิสัญญาและการทำข้อตกลงของฝ่ายบริหาร” ด้วยเหตุแห่งพัฒนาการในอดีตและความจำเป็นในทางการเมืองภายในของสหรัฐอเมริกาเอง ในขณะที่สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสหาได้มีพัฒนาการของการใช้อำนาจที่มีการแยกลักษณะการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งความตกลงระหว่างประเทศที่มีนิติฐานะเป็น “ข้อตกลงของฝ่ายบริหาร” แต่อย่างใด

---

[267]Thomas M. Frank and Arun K. Thiruvengadam, “International Law and Constitution-Making,” **Chinese Journal of International Law** 2, 2 (2003): 481 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, การใช้กฎหมายระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย: ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ, ใน **เอกสารประกอบการบรรยายในการประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 6,** หน้า 17.

แต่กระนั้นก็ตาม หากพิจารณาในเชิง “รูปแบบ” ของการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั่วไป ผู้เขียนเห็นว่าคงมิได้มีความแตกต่างไปจากหลักการทั่วไปที่ต้องเคารพต่อหลักการทั่วไปที่ว่าด้วย “อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นของฝ่ายบริหาร” ดังนั้น การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ จึงเป็นการใช้อำนาจโดยลำพังที่หาจำต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยแต่อย่างใดไม่

3.1.2 บทบาทในการให้ความเห็นชอบการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นของฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรรอง

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า แนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศไม่ว่าจะเป็น สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสต่างก็มีแนวปฏิบัติในทิศทางเดียวกันทั้งสิ้น กล่าวคือฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรรองที่มีบทบาทเข้ามาเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทเฉพาะที่มีความสำคัญต่อรัฐเท่านั้น ในขณะที่สหรัฐอเมริกากำหนดให้การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เรียกว่า “สนธิสัญญา” ทุกประเภทต้องได้รับความเห็นชอบจากจากวุฒิสภา แต่ในขณะที่ “ข้อตกลงของฝ่ายบริหาร” หาจำต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายนิติบัญญัติแต่อย่างใดไม่

หากพิจารณาในเชิงหลักการแล้วแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศทั้งสาม หาได้มีความแตกต่างกันในเชิงหลักการของการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่ กล่าวคือการทำความตกลงระหว่างประเทศมีทั้งที่เป็นการใช้อำนาจโดยลำพังของฝ่ายบริหารและที่เป็นการใช้อำนาจที่ต้องมีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติในการพิจารณาและให้ความเห็นชอบกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้น เพียงแต่สหรัฐอเมริกากำหนดกระบวนการในการให้ความเห็นชอบจากวุฒิสภากับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทุกประเภทที่มีนามเรียกขานว่า “สนธิสัญญา” ในฐานะที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาเท่านั้น ด้วยเหตุดังกล่าวจึงอาจนำไปสู่ความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนในทางวิชาการเกี่ยวกับการใช้อำนาจของวุฒิสภาว่า มีอำนาจเด็ดขาดกับการทำสนธิสัญญาทุกฉบับ ทั้งที่จริงแล้วกลับเป็นแต่เพียงการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำความตกลงระหว่างประเทศเฉพาะในความหมายอย่างแคบเท่านั้นว่า หมายความรวมไปถึงการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในทุกกรณีที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาได้

เพื่อสนับสนุนข้อค้นพบจากการศึกษาเกี่ยวกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศว่าอาศัยเหตุทางกฎหมายใดเป็นฐานสนับสนุนฝ่ายนิติบัญญัติในการเข้ามามีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ และประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศใดบ้างที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเข้ามามีบทบาทและมีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร ภายหลังจากนั้นผู้เขียนจะทำการสรุปผลการศึกษาเปรียบเทียบแนวปฏิบัติของกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสในประเด็นการศึกษาเกี่ยวกับฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรรองที่มีอำนาจและมีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทเท่านั้น เพื่อใช้เป็นฐานข้อมูลที่จะนำไปใช้ในการวิเคราะห์เปรียบเทียบตอนท้ายของบทนี้ต่อไป

3.1.2.1 วุฒิสภาของสหรัฐอเมริกาเป็นองค์กรที่มีอำนาจให้คำแนะนำและความยินยอม[268]

จากการศึกษาที่ผ่านมาพบว่า โดยหลักการแล้วสหรัฐอเมริกากำหนดอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นของประธานาธิบดีในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหาร แต่ในขณะที่ความตกลงระหว่างประเทศที่มีชื่อเรียกว่า “สนธิสัญญา” จำต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วย ส่วนบรรดาความตกลงระหว่างประเทศซึ่งมีนิติฐานะในทางปฏิบัติเป็น “ข้อตกลงของฝ่ายบริหาร” กลับเป็นอำนาจเฉพาะและอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหาร ในการทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว ซึ่งหาจำต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาแต่อย่างใดไม่[269]

ผู้เขียนตั้งประเด็นในการสนับสนุนข้อค้นพบของผู้เขียนเกี่ยวกับการใช้อำนาจของวุฒิสภาของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการอำนาจในการให้ความเห็นชอบกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีนิติฐานะเป็น “สนธิสัญญา” ไว้ใน 3 ประเด็นดังนี้

ประการแรก ฝ่ายนิติบัญญัติอาศัยฐานอำนาจใดในการใช้อำนาจเพื่อเข้ามามีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร

ประการที่สอง หนังสือสัญญาระหว่างประเทศในเรื่องใดบ้างที่จะต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ และ

ประการที่สาม หลักการที่สำคัญในกระบวนการขอความเห็นชอบนั้นกฎหมายได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นตอนหรือกระบวนการไว้อย่างไรบ้าง

1. สำหรับประเด็นแรกเรื่องฝ่ายนิติบัญญัติอาศัยฐานอำนาจใดในการใช้อำนาจเพื่อเข้ามามีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร

---

[268]แม้ในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาจะกำหนดให้วุฒิสภามีอำนาจที่จะให้คำแนะนำและความยินยอมกับการทำสนธิสัญญาทุกฉบับก็ตาม แต่ด้วยระบบกฎหมายอเมริกันซึ่งมีลักษณะเฉพาะเป็นการภายในได้กำหนดให้การทำสนธิสัญญากับข้อตกลงของฝ่ายบริหารแยกออกจากกัน และยังกำหนดฐานในการใช้อำนาจของวุฒิสภาหรือสภาครองเกรสที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาที่ประธานาธิบดีได้ทำขึ้นแตกต่างกันด้วย แต่พึงต้องเข้าใจก่อนว่าความแตกต่างในระบบกฎหมายภายในดังกล่าวหาทำให้ในมุมมองของระบบกฎหมายระหว่างประเทศมีความแตกต่างกันระหว่างสนธิสัญญากับข้อตกลงของฝ่ายบริหารในมิติของพันธกรณีตามหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่ ในการกำหนดหัวข้อดังกล่าวนี้ผู้เขียนจึงเลือกใช้คำว่า วุฒิสภาของสหรัฐอเมริกาเป็นองค์กรที่มีอำนาจให้คำแนะนำและความยินยอม ซึ่งหมายถึงวุฒิสภามีอำนาจเฉพาะในการทำสนธิสัญญาทุกประเภทเท่านั้น แต่การการทำข้อตกลงของฝ่ายบริหารบางกรณีเป็นอำนาจโดยลำพังของประธานาธิบดี บางกรณีเป็นอำนาจที่ต้องผ่านการพิจารณากรอบความตกลงจากสภาครองเกรสก่อนที่จะดำเนินการทำความตกลงทางการบริหารเช่นว่านั้นได้ โปรดดู ประเภทของข้อตกลงของฝ่ายบริหารในหัวข้อ 3.1.1.1 ประธานาธิบดีเป็นผู้ที่มีบทบาทและอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกากำหนด หน้า 81

[269]National Commission to Review the Working of the Constitution, Law Commission of India, *op. cit.,* p. 871.

จากการศึกษาพบว่ารัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเป็นฐานอำนาจที่กำหนดให้วุฒิสภาใช้อำนาจเพื่อเข้ามามีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร หลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ในข้อ 2 ของมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา (Section 2 of Article II of United States Constitution)[270] ได้เป็นฐานการใช้อำนาจของวุฒิสภาในการที่จะให้ความยินยอมเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเฉพาะที่เรียกว่า “สนธิสัญญา” ของประธานาธิบดีไว้โดยตรง ในขณะที่การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประธานาธิบดีประเภทอื่นซึ่งมีชื่อเรียกว่า “ข้อตกของฝ่ายบริหาร” แม้จะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศภายใต้หลักการที่กำหนดไว้ในระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม แต่ข้อตกลงของฝ่ายบริหารดังกล่าวก็หาได้อยู่ในความหมายของถ้อยคำว่า “สนธิสัญญา” ตามระบอบกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาแต่อย่างใดไม่ ซึ่งนิติฐานะของข้อตกลงของฝ่ายบริหารดังกล่าวมีผลทำให้วุฒิสภา หาได้มีอำนาจที่จะให้ความยินยอมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยประธานาธิบดีแต่อย่างใดไม่

เป็นที่น่าสังเกตว่า จากการศึกษาในการพัฒนาการเชิงประวัติศาสตร์เกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกาพบว่า โดยส่วนใหญ่ประธานาธิบดีเลือกที่จะทำความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบของข้อตกลงของฝ่ายบริหาร ทั้งในรูปแบบของ “ข้อตกลงของฝ่ายบริหารภายใต้การอนุมัติของสภาครองเกรส” ซึ่งเพียงแต่ได้รับอนุมัติโดยเสียงส่วนใหญ่ของสภาครองเกรส หรือในรูปแบบของ “ข้อตกลงของฝ่ายบริหารของประธานาธิบดีโดยลำพัง” ซึ่งเป็นอำนาจโดยลำพังของประธานาธิบดี มากกว่าการทำ “สนธิสัญญา” ที่ซึ่งจำต้องได้รับคำแนะนำและความยินยอมจากวุฒิสภาเท่านั้น

ประเด็นที่น่าสนใจคือ เหตุใดประธานาธิบดีจึงเลือกที่จะทำความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบของข้อตกลงของฝ่ายบริหารมากกว่าการทำสนธิสัญญา คำตอบที่ได้จากการศึกษาพัฒนาการในอดีตพบว่าด้วยเหตุแห่งกระบวนการและขั้นตอนของการให้คำแนะนำและความยินยอมจากวุฒิสภาค่อนข้างยุ่งยาก นอกจากการให้ความยินยอม (Consent) ตามข้อตกลงโดยไม่มีการแก้ไขแล้ว (Approve It as Written) การให้คำแนะนำ (Advise) อาจดำเนินการโดยกระบวนการที่เรียกว่า การให้ความเห็นชอบแบบมีเงื่อนไข (Conditional Approval) ทั้งในการกำหนดให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อความ (Text) ในสนธิสัญญา การตั้งข้อสงวนโดยไม่แก้ไขข้อความในสนธิสัญญา การปฏิเสธการมีผลของสนธิสัญญา (Reject) และการส่งคืนไปยังฝ่ายบริหารพิจารณาอีกครั้ง (Return) หรือแม้แต่การไม่ให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับภายใต้การสงวนที่จะให้ความเห็นชอบ (Prevent its Entry into Force by Withholding Approval) เป็นต้น[271] การใช้อำนาจดังกล่าวผู้เขียนขอเรียกว่าเป็นการใช้อำนาจของวุฒิสภาที่ดูประหนึ่งว่าเป็น “การเข้ามามีส่วนร่วมเชิงควบคุม” การใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร

ทั้งนี้ ในอดีตวุฒิสภาและสภาครองเกรสเริ่มเข้ามามีบทบาทตั้งแต่ “กระบวนการเจรจา” กับฝ่ายบริหาร ทั้งในการ “กำหนดวัตถุประสงค์และการกำหนดกรอบการดำเนินการ”[272] ซึ่ง

---

[270] *Ibid.*

[271] United States of Congress, Library of Congress, The Congressional Research Service (CRS), *op. cit.,* pp. 2, 7-11.

[272] *Ibid.*, p. 6.

นั่นหมายถึงในอดีตจำนวนของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีนิติฐานะเป็นสนธิสัญญามีจำนวนไม่มากเฉกเช่นในปัจจุบัน อีกทั้งในอดีตและวุฒิสมาชิกมีจำนวนไม่เกิน 26 คน[273] ในปัจจุบันหลักการดังกล่าวฝ่ายบริหารเลือกที่จะ “หลีกเลี่ยง” ไม่ปฏิบัติกับการใช้อำนาจดังกล่าวในฐานะที่เป็นการมีส่วนร่วมของวุฒิสภาในการให้คำแนะนำและยินยอมในขั้นตอน “ตั้งแต่กระบวนการเจรจา” โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เพื่อการลดความยุ่งยากในการทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหาร

การกำหนดบทบาทของวุฒิสภาดังกล่าวเป็นเหตุทำให้เกิดปัญหาขึ้นในทางปฏิบัติของฝ่ายบริหาร กล่างคือ ฝ่ายบริหารเลือกที่จะไม่เสนอหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาเข้าสู่การพิจารณาของวุฒิสภา จนกว่าจะได้ดำเนินการโดยสมบูรณ์แล้วเท่านั้น ซึ่งหมายถึงกระบวนการที่เกิดขึ้นตั้งแต่การเจรจาจนนำไปสู่การลงนามในตอนท้ายของกระบวนการเจรจา (Signing Marks the End of the Negotiating Process) ซึ่งต้องรอการให้สัตยาบันโดยฝ่ายบริหารอีกครั้งสนธิสัญญาจึงมีผลใช้บังคับได้ ซึ่งหมายถึงกระบวนการที่เกิดขึ้นภายหลังจากการที่ฝ่ายบริหารได้ทำการลงนามในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาไปแล้วนั้นเอง การเลือกแนวทางปฏิบัติดังกล่าวนี้จึงหมายถึง วุฒิสภาเอง ก็หาได้มีทางเลือกมากมายเท่าใดนักกับการดำเนินการเพื่อให้คำแนะนำและยินยอมตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาดังกล่าวได้ นอกเสียไปจากการที่จะต้องให้ความยินยอมกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้นไปแล้วเท่านั้น[274]

จะเห็นได้ว่าแนวปฏิบัติของฝ่ายบริหารสหรัฐอเมริกาเช่นว่านี้หมายถึง ฝ่ายบริหารพยายามหลีกเลี่ยงกับการเข้ามามีส่วนร่วมของวุฒิสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติในกระบวนการเริ่มแรก แต่ไม่ปฏิเสธการมีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติในขั้นตอนของการให้ความเห็นชอบกับการทำความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นขั้นตอนภายหลังจากการที่ฝ่ายบริหารได้ดำเนินการไปแล้วโดยสอดคล้องกับแนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นของฝ่ายบริหาร ผู้เขียนเห็นว่าอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติก็มิได้ลดทอนลงไปแต่อย่างใด ฝ่ายนิติบัญญัติเองก็ยังคงสงวนอำนาจในขั้นตอนสุดท้ายว่า จะให้ความยินยอมหรือไม่ยินยอมกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาเฉกเช่นที่เคยเกิดขึ้นในประวัติศาสตร์ของสหรับอเมริกาถึงสองครั้งได้อยู่ดี

นอกจากนั้น ด้วยเหตุที่ในปัจจุบันมีการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยฝ่ายบริหารเกิดขึ้นอย่างมากมาย ในขณะที่การพิจารณาต้องใช้เวลาในการพิจารณาค่อนข้างมาก โดยเอกสารของที่ประชุมวุฒิสภาเองก็ยอมรับว่า ปัญหาที่เกิดขึ้นจากกระบวนการและขั้นตอนของวุฒิสภาก่อให้เกิดทั้งปัญหาทั้งใน “ด้านปริมาณ” ความตกลงที่มีเข้ามามาก และใน “ด้านคุณภาพ” เกี่ยวกับในการพิจารณาอย่างถี่ถ้วนโดยวุฒิสภา (Both Quantity and Quality)[275] เหตุที่เกิดขึ้นดังกล่าวมีผลโดยตรงกับปัญหาความล่าช้าที่เกิดขึ้นในการพิจารณาให้คำแนะนำและความยินยอมต่อหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาที่ได้นำเสนอเข้าสู่การพิจารณาของที่ประชุมวุฒิสภา

ข้อสังเกตที่เกิดขึ้นจากการศึกษาก็คือ อุปสรรคที่มาจากปัญหาความล่าช้าในการพิจารณาของวุฒิสภา เป็นเหตุสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้ฝ่ายบริหารจึงเลือกทำข้อตกลงของฝ่าย

---

[273] *Ibid*., pp. 2-3.

[274] *Ibid*., p. 15.

[275] *Ibid*., p. 21.

บริหารมากกว่าที่จะทำความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญา ด้วยเหตุที่ข้อตกลงของฝ่ายบริหารเป็นข้อตกลงที่สามารถดำเนินการได้สะดวกมากกว่าการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การที่ฝ่ายบริหารไม่ต้องนำข้อตกลงเช่นว่านั้นเข้าสู่การให้คำแนะนำและความยินยอมโดยวุฒิสภาแต่อย่างใด[276]

แต่กระนั้นก็ตาม การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาทุกประเภทนั้นรัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นหลักการว่า การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาดังกล่าวจะต้องได้รับคำแนะนำและความยินยอมจากวุฒิสภาด้วยคะแนนเสียงเห็นด้วยจำนวนสองในสามของสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมด[277] ไม่ว่าบรรดาความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวจะมีนามเรียกขานว่าอนุสัญญา ความตกลง ปฏิญญา กติกา หรือแม้แต่จะเรียกชื่อว่าอย่างไรก็ตามย่อมถูกพิจารณาในฐานะที่เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาตามกรอบที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาที่จำต้องนำเข้าสู่การพิจาณาและให้ความเห็นชอบด้วยเช่นกัน[278]

2. สำหรับประเด็นที่สองเรื่อง หนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาในเรื่องใดบ้างที่จะต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ

โดยหลักการตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาทุกประเภทต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา แต่จากการศึกษาพบว่าข้อมูลที่ปรากฏในเอกสารประกอบการประชุมของคณะกรรมาธิการความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (Committee on Foreign Relations) ของวุฒิสภา ซึ่งได้ทำการสรุปเป็นแนวทางและทำถึงการจัดกลุ่มหลักเพื่อกำหนดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญา (Treaties) ที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาเอาไว้ แต่พึงต้องเข้าใจก่อนว่าข้อมูลดังกล่าวของคณะกรรมาธิการความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของวุฒิสภาเป็นแต่เพียงแนวปฏิบัติเพื่อให้เห็นว่าทางปฏิบัติวุฒิสภาสหรัฐมีแนวทางการดำเนินการเช่นใด แต่โดยหลักการแล้วสนธิสัญญาทุกประเภทยังคงต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา แม้จะไม่ปรากฏชื่อในเอกสารกำหนดแนวทางดังกล่าวก็ตาม แนวทางปฏิบัติในเอกสารการประชุมสามารถจำแนกสนธิสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาออกเป็น 5 กลุ่มหลักดังนี้[279]

ประการแรก หนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาด้านการเมืองและความมั่นคง (Political and Security Agreements) ซึ่งการทำสนธิสัญญาที่เกี่ยวกับการเมืองและความมั่นคงยังสามารถแบ่งออกเป็น 2 กลุ่มย่อย ดังนี้

กลุ่มย่อยที่หนึ่ง ซึ่งว่าด้วยข้อผูกพันในด้านการป้องกันและความมั่นคงของอาณาจักร (National Security and Defense Commitments) อาทิ สนธิสัญญาว่าด้วยการตกลงขั้นสุดท้าย

---

[276]*Ibid*., p. 22.

[277]Section 2 of Article II of United States Constitution; National Commission to Review the Working of the Constitution, Law Commission of India, *op. cit.,* p. 871.

[278]International Legal Research Tutorial, *op. cit.*, para. 1-2.

[279]United States of Congress, Library of Congress, The Congressional Research Service (CRS), *op. cit.,* pp. 245-293.

เกี่ยวกับดินแดนเยอรมนี (Treaty on the Final Settlement with Respect to Germany) หรือความตกลงเกี่ยวกับเขตแดนทางทะเลกับสหภาพโซเวียต (Maritime Boundary Agreement with the Soviet Union)

กลุ่มย่อยที่สอง ซึ่งว่าด้วยสนธิสัญญาการควบคุมอาวุธ (Arms Control Treaties) อาทิ ข้อตกลงเรื่องการจำกัดขีปนาวุธพิสัยกลาง ค.ศ. 1987 (INF Treaty), Threshold Test Ban Treaty and Protocol, สนธิสัญญาว่าด้วยการเจรจากำลังรบในยุโรป (CFE Treaty) CFE Flank Agreement, การเจรจาการลดอาวุธนิวเคลียร์พิสัยไกลครั้งที่หนึ่ง (Strategic Arms Reduction Talk: START I Treaty) และการเจรจาการลดอาวุธนิวเคลียร์พิสัยไกลครั้งที่สอง (Strategic Arms Reduction Talk: START II Treaty) ความตกลงเกี่ยวกับการเปิดน่านฟ้าโดยเสรี (Open Skies หรือ Free-Determination Agreement) อนุสัญญาว่าด้วยอาวุธเคมี (Chemical Weapons Convention) สนธิสัญญาว่าด้วยการห้ามทดลองอาวุธนิวเคลียร์โดยสมบูรณ์ (Comprehensive Test-Ban Treaty: CTBT) เป็นต้น

ประการที่สอง หนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาด้านเศรษฐกิจ (Economic Treaties) ซึ่งการทำสนธิสัญญาที่เกี่ยวกับด้านเศรษฐกิจยังสามารถแบ่งออกเป็น 4 กลุ่มย่อย ดังนี้

กลุ่มย่อยที่หนึ่ง ซึ่งว่าด้วยสนธิสัญญามิตรภาพ การค้าและการเดินเรือ (Friendship, Commerce and Navigation Treaties) อาทิ พิธีสารเกี่ยวกับสนธิสัญญามิตรภาพ การค้าและการเดินเรือกับประเทศฟินแลนด์และไอร์แลนด์ (The Protocols to the Treaties of Friendship, Commerce, and Navigation with Finland and Ireland)

กลุ่มย่อยที่สอง ซึ่งว่าด้วยสนธิสัญญาด้านการลงทุน (Investment Treaties) อาทิ สนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยรูปแบบการลงทุน (Bilateral Investment Treaty) กับสาธารณรัฐเชค สาธารณรัฐซโลวัค สาธารณรัฐประชาชนแห่งคองโก และสหพันธรัฐรัสเซีย ประเทศศรีลังกาและประเทศตูนิเซีย (Czech and Slovak Republic, the People's Republic of the Congo, the Russian Federation, Sri Lanka, and Tunisia)

กลุ่มย่อยที่สาม ซึ่งว่าด้วยอนุสัญญาว่าด้วยการช่วยเหลือทางกงสุล (Consular Conventions) อาทิ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล (Vienna Convention on Consular Relations) อนุสัญญาทางกงสุลกับสาธารณรับตูนิเซีย (Consular Conventions with the Republic of Tunisia) อนุสัญญาการส่งผู้ร้ายข้ามแดน (Extradition Treaties) สนธิสัญญาเกี่ยวกับการช่วยเหลือทางกฎหมายระหว่างประกันในการกระทำความผิดทางอาญา (Treaties Relating to Mutual Legal Assistance in Criminal Matters: MLATs).

กลุ่มย่อยที่สี่ ซึ่งว่าด้วยอนุสัญญาด้านการภาษี (Tax Conventions) อาทิ การเลือกอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยบุคคลที่สาม (Treaty Shopping) หรือการโอนผลกำไรเข้าในดินแดนปลอดภาษี (Tax Haven) ความตกลงระหว่างประเทศเพื่อการแลกเปลี่ยนข้อสนเทศทางภาษีอากร (Agreement on Exchange of Information in Tax Matters: TIEA) การทำสนธิสัญญาด้านภาษีรายได้ของสหรัฐอเมริกา (U.S. Income Tax Treaties) เกี่ยวกับการกำหนดเรื่องการจัดสรรรายได้ขององค์กรธุรกิจหลายสัญชาติ (Allocation of Income of Multinational Business Enterprises) การทำความตกลงด้านภาษีค่าเช่าเครื่องจักร (Taxation of Equipment Rentals กับสาธารณรัฐเชค

คาสัคสถานและสาธารณรัฐซโลวัค (Czech Republic, Kazakhstan, and the Slovak Republic) สนธิสัญญาให้อำนาจเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างสหรัฐอเมริกากับประเทศเยอรมัน สาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศไอแลนด์ ประเทศแมกซิโก ประเทศเนเธอร์แลนด์ (Arbitration of Competent Authority Issues) ภาษีสรรพสามิตประกันภัย (Insurance Excise Tax) เป็นต้น

ประการที่สาม หนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาด้านสิ่งแวดล้อม (Environmental Treaties) ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายและการกำจัดของเสียอันตรายข้ามแดน (Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal), พิธีสารด้านสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับสนธิสัญญาแอนตาร์กติก (The Environmental Protocol to the Antarctic Treaty) และอนุสัญญากรอบความร่วมมือสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาวะอากาศ (The United Nations Framework Convention on Climate Change) เป็นต้น ความตกลงด้านการประมง (Fishery Conventions) อาทิ สนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลของสหรัฐอเมริกาและรัฐบาลประเทศแคนนาดาเกี่ยวกับปลาแซลมอนในมหาสมุทรแปซิฟิก (The 1985 Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of Canada Concerning Pacific Salmon) อนุสัญญาขยายการคุ้มครองพันธ์ปลา (The Straddling Stocks Convention)

ประการที่สี่ หนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาเกี่ยวกับการให้ความร่วมมือด้านกฎหมาย (Legal Cooperation) ได้แก่ สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน (Extradition Treaties) สนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือในการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย (Mutual Legal Assistance Treaties)

ประการที่ห้า หนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน (Human Rights Conventions) ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide Convention) อนุสัญญาว่าด้วยองค์กรแรงงานระหว่างประเทศ (International Labor Organization Conventions) อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน (Convention Against Torture) กติกาสากลว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Civil and Political Rights Covenant) อนุสัญญาว่าด้วยการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (Racial Discrimination Convention) สนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนด้านอื่น (Other Human Rights Treaties)

แม้โดยหลักการแล้ว หนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาจะยังไม่อาจมีผลบังคับใช้และยังไม่มีผลผูกพันกับสหรัฐอเมริกาโดยปราศจากคำแนะนำและความยินยอมจากวุฒิสภาก็ตาม[280] แต่จากการศึกษาพบว่า ในอดีตที่ผ่านมามีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นสองครั้งอันปรากฏว่าวุฒิสภาได้ทำการปฏิเสธที่จะให้ความเห็นชอบในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาที่ได้ดำเนินการและลงนามไปโดยประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาด้วยเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากกรณีในการทำสนธิสัญญาเวอร์ไซล (The Treaty of Versailles) ที่ได้ทำขึ้นในช่วงระยะเวลาที่มีการสิ้นสุดของสงครามโลกครั้งที่ 1 โดยประธานาธิบดีวิลสันผู้ซึ่งมีบทบาทที่สำคัญเบื้องหลังในการทำสนธิสัญญาเวอเซล

[280]United States Senate, *op. cit.,* para. 1.

ได้ลงนามในสนธิสัญญาดังกล่าวกับชาติพันธมิตรต่าง ๆ[281] และการทำสนธิสัญญาว่าด้วยการห้ามทดลองอาวุธนิวเคลียร์โดยสมบูรณ์ (Comprehensive Test Ban Treaty on Nuclear Tests) โดยประธานาธิบดีบิล คลินตัน (Bill Clinton)[282] แต่กระนั้นก็ตาม เมื่อหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้งสองได้ถูกนำเข้าสู่การพิจารณาเพื่อให้ความเห็นชอบจากวุฒิสภาตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ หนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้งสองกลับถูกปฏิเสธที่จะให้ความเห็นชอบโดยวุฒิสภา

---

[281]การทำสนธิสัญญาเวอเซลเกิดขึ้นจากการประชุมสันติภาพที่กรุงปารีสซึ่งเป็นการประชุมระหว่างประเทศที่จัดขึ้นในเดือนมกราคม ค.ศ. 1919 ที่เมืองเวอเซล (Versailles) ที่ซึ่งเป็นเมืองที่ตั้งของพระราชวังที่มีชื่อเสียงของประเทศฝรั่งเศสที่ถูกเรียกขานกันในนามพระราชวังแวร์ซาย โดยการประชุมดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างสันติภาพภายหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวมีมากกว่าสามสิบประเทศที่เข้าร่วมก็ตาม แต่สหราชอาณาจักร สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐอิตาลีกลายเป็นประเทศที่มีอิทธิพลซึ่งรู้จักกันในนาม “บิ๊กโฟร์” (Big Four) ในฐานะที่เป็นรัฐที่มีบทบาทสำคัญในการดำเนินการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศฉบับนี้ ซึ่งหนังสือสัญญาฉบับนี้ยังมีบทบาทสำคัญในฐานะที่เป็นแผนที่จะก่อให้เกิดสันนิบาตแห่งชาติ (League of Nations) ที่จะทำหน้าที่เป็นเวทีระหว่างประเทศและการจัดระบบรักษาความปลอดภัยระหว่างประเทศร่วมกัน โดยที่ประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกา นายวูดโรว์ วิลสัน (Woodrow Wilson) เป็นผู้ให้การสนับสนุนการก่อให้เกิดสันนิบาตชาติอย่างเข้มแข็งโดยเขาเชื่อว่าสันนิบาตชาติจะเป็นองค์กรระหว่างประเทศที่สามารถและมีบทบาทที่สำคัญในฐานะที่จะเป็นการป้องกันไม่ให้สงครามในอนาคต; United States Department of State, Bureau of Public Affairs, Office of the Historian, **Milestones 1914–1920: The Paris Peace Conference and the Treaty of Versailles**, para. 1-3, Retrieved August 20, 2015 from https://history.state.gov/milestones/1914-1920/paris-peace; ประสิทธิ์ เอกบุตร, **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สัญญา**, หน้า 116.

[282]กรณีสนธิสัญญาว่าด้วยการห้ามทดลองอาวุธนิวเคลียโดยสมบูรณ์ฉบับนี้เป็นกรณีที่อาจเรียกได้ว่าเป็นความล้มเหลวในความเชื่อถือด้านอำนาจของการทำสนธิสัญญาของสหรัฐอเมริกาเรื่องหนึ่งภายหลังจากที่เคยเกิดเหตุการณ์ที่วุฒิสภาพสหรัฐได้เคยปฏิเสธการให้ความยินยอมกับการทำสนธิสัญญาเวอเซลเมื่อครั้งอดีต 80 ปีที่ผ่านมา สนธิสัญญาว่าด้วยการห้ามทดลองอาวุธนิวเคลียโดยสมบูรณ์ฉบับนี้ วุฒิสภาได้ปฏิเสธในการให้ความยินยอมเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม ค.ศ. 1999 ด้วยคะแนนเสียงไม่ยินยอม 51 คะแนนในขณะที่คะแนนเสียงยินยอมมีเพียง 48 คะแนน; The Arms Control Association, **Senate Rejects Comprehensive Test Ban Treaty: Clinton Vows to Continue Moratorium**, para. 1-5, Retrieved August 20, 2013 from https://www.armscontrol.org/act/1999_09-10/ctbso99; United States Senate, **U.S. Senate Roll Call Votes 106th Congress-1st Session**, Retrieved August 20, 2013 from http://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_lists/roll_call_vote_cfm.cfm?congress=106&session=1&vote=00325; Jonathan Medalia, **Nuclear Weapons: Comprehensive Test Ban Treaty**, p. 2, Retrieved August 20, 2013 from http://www.fas.org/sgp/crs/nuke/IB92099.pdf

เป็นที่น่าสังเกตว่า บทบาทที่สำคัญของวุฒิสภาตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ดังกล่าวนี้ทำให้เห็นได้ว่า ในทางปฏิบัติกระบวนการที่เกิดขึ้นโดยวุฒิสภาของสหรัฐอเมริกานั้นมีบทบาทสำคัญในฐานะที่เป็นกระบวนการส่วนหนึ่งในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นองค์กรรองและมีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตั้งแต่กระบวนการในส่วนต้นคือ ตั้งแต่การตั้งผู้แทนการเจรจา[283] จนถึงกระบวนการให้สัตยาบันภายหลังจากที่ได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา[284] แนวปฏิบัติเช่นว่านี้ดูว่าเป็นแนวทางในรัฐธรรมนูญที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ผ่านมาและมีปัญหาในทางปฏิบัติที่ไม่แตกต่างไปจากสหรัฐอเมริกาเท่าใดนัก

3. สำหรับประเด็นที่สามเรื่อง หลักการที่สำคัญในกระบวนการขอความเห็นชอบนั้นกฎหมายได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นตอนหรือกระบวนการไว้อย่างไรบ้าง

จากการศึกษาพบว่า กระบวนการขอคำแนะนำและความยินยอมจากวุฒิสภานั้น มีกระบวนการที่จะต้องดำเนินการโดยแบ่งออกเป็น 7 กระบวนการ ดังนี้[285]

ประการแรก การเสนอเข้าสู่การพิจารณาของที่ประชุมวุฒิสภาโดยฝ่ายบริหาร (Presidential Submission) โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (The Secretary of State) เสนอหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาไปยังประธานาธิบดีสำหรับการเสนอไปยังวุฒิสภา ซึ่งประกอบไปด้วยจดหมายนำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ที่จะต้องระบุเนื้อหาและรายละเอียดอรรถาธิบายความ และการวิเคราะห์สนธิสัญญาพร้อมด้วยข้อบทของสนธิสัญญา โดยเสนอพร้อมกับจดหมายนำของประธานาธิบดีในการขอคำแนะนำและความยินยอมจากที่ประชุมวุฒิสภา

ประการที่สอง การรับเอกสารลงในระบบ (Senate Receipt and Referral) เจ้าหน้าที่รับเอกสารและลงเลขรัฐ ภายหลังดำเนินการส่งไปยังคณะกรรมาธิการความสัมพันธ์ต่างประเทศ (The Foreign Relations Committee) ภายใต้กฎข้อบังคับที่ 25 ของกฎข้อบังคับของวุฒิสภา (The Senate Rules)[286] ซึ่งได้กำหนดเป็นข้อยกเว้นการใช้อำนาจของวุฒิสภาว่าหาได้รวมไปถึงข้อตกลงต่างตอบแทนทางการค้า (Reciprocal Trade Agreements)[287] ที่ฝ่ายบริหารได้ทำกับรัฐ

---

[283]United States of Congress, Library of Congress, The Congressional Research Service (CRS), *op. cit.,* pp. 2-3.

[284]National Commission to Review the Working of the Constitution, Law Commission of India, *op. cit.,* pp. 871-872.

[285]United States of Congress, Library of Congress, The Congressional Research Service (CRS), *op. cit.,* pp. 7-12.

[286]Clause 1, (j) (1) of Rule XXV Standing Committees, Committee on Foreign Relations of the 2013 Standing Rules of the Senate

[287]Clause 1, (j) (1) 17 of Rule XXV Standing Committees, Committee on Foreign Relations of the 2013 Standing Rules of the Senate

ต่างประเทศด้วยแต่อย่างใดไม่ ซึ่งในขั้นตอนนี้ต้องมีการพิมพ์เนื้อหาของข้อตกลงในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาและต้องให้สาธารณะได้รับรู้ด้วยเช่นกัน[288]

ประการที่สาม การดำเนินการของคณะกรรมาธิการความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของวุฒิสภา (Senate Foreign Relations Committee Action) ซึ่งมีจำนวนทั้งสิ้น 18 คน ตามกฎข้อบังคับของวุฒิสภา[289] เพื่อทำการพิจารณาเนื้อหาของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาที่ได้นำเสนอต่อที่ประชุมคณะกรรมาธิการเพื่อทำการพิจารณา โดยในขณะที่คณะกรรมาธิการทำการพิจารณาอยู่จนกว่าจะได้รับผลการศึกษาและข้อคิดเห็นจากสาธารณะ โดยปกติใช้เวลาดำเนินการประมาณ 1-2 ปี ซึ่งรวมไปถึงการรับฟังข้อมูลและการนำเสนอรายงานเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย ภายหลังจากนั้น คณะกรรมาธิการมีหน้าที่ทำการเสนอต่อที่ประชุมวุฒิสภาเกี่ยวกับการให้คำแนะนำและความยินยอมโดยการรายงานเกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาพร้อมด้วยข้อเสนอข้อมติในการให้สัตยาบัน โดยคณะกรรมาธิการมีอำนาจที่เสนอว่าวุฒิสภามีอำนาจให้ความเห็นชอบกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาดังกล่าวได้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด (Approve a Treaty Subject to Conditions) ประกอบกับข้อมติในการให้สัตยาบันของฝ่ายบริหาร แต่กระนั้นก็ตาม โดยปกติในการดำเนินการที่ผ่านมาในอดีตการพิจารณาหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญามักเป็นการรายงานของคณะกรรมาธิการโดยปราศจากการกำหนดเงื่อนไขในการให้สัตยาบันแต่อย่างใด

ประการที่สี่ การให้ความเห็นชอบภายใต้การกำหนดเงื่อนไข (Conditional Approval) ในการให้คำแนะนำและความยินยอมใน 5 ประการ ดังต่อไปนี้

เงื่อนไขประการที่หนึ่ง การแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาในข้อตกลงของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาภายใต้ความยินยอมของรัฐภาคีอื่นใดของความตกลงระหว่างประเทศที่ได้ทำขึ้น

เงื่อนไขประการที่สอง การตั้งข้อสงวนโดยปราศจากการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาและภายใต้ความยินยอมของรัฐภาคีอื่นใดของความตกลงระหว่างประเทศ

เงื่อนไขประการที่สาม การอรรถาธิบายสารัตถะในข้อตกลงในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญา ให้มีความชัดเจนไม่สลับซับซ้อนโดยไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของข้อตกลงในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาแต่อย่างใด

เงื่อนไขประการที่สี่ การแถลงการณ์เกี่ยวกับสารัตถะที่แสดงออกเกี่ยวกับจุดยืนและความคิดเห็นของวุฒิสภาเกี่ยวกับปัญหาที่เกิดขึ้นจากหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาที่นอกเหนือไปจากข้อกำหนดในความตกลงระหว่างประเทศ

---

[288]United States of Congress, Library of Congress, The Congressional Research Service (CRS), *op. cit.,* p. 7.

[289]Clause 2 of Rule XXV Standing Committees, Committee on Foreign Relations of the 2013 Standing Rules of the Senate

เงื่อนไขประการที่ห้า เงื่อนไขที่เกี่ยวกับปัญหาตามระบอบกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาหรือกระบวนการและต้องไม่มีจุดมุ่งหมายที่เกี่ยวกับตราสารที่จะยื่นเพื่อการให้สัตยาบันกับรัฐต่างประเทศแต่อย่างใด

ทั้งนี้ การให้ความเห็นชอบภายใต้การกำหนดเงื่อนไขทั้งหมดมีผลผูกพันทางกฎหมายกับประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาที่จะต้องดำเนินการในฐานะที่ต้องแสดงจุดยืนและความมุ่งหมายต่อวุฒิสภาตามที่ได้แสดงให้ปรากฏจากการทำความตกลงระหว่างประเทศที่ได้เสนอไว้

ประการที่ห้า การดำเนินการของวุฒิสภา (Action by the Full Senate) ภายหลังการพิจารณาโดยคณะกรรมาธิการความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของวุฒิสภาแล้ว ที่ประชุมวุฒิสภาจะพิจารณาภายใต้กฎข้อบังคับข้อที่ 30[290] ซึ่งเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับการพิจารณาหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาของวุฒิสภา ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาในครั้งแรกก็ดี การพิจารณาภายหลังจากที่ได้รับรายงานจากคณะกรรมาธิการก็ดี หรือทั้งในการเสนอให้มีการแก้ไขหรือไม่แก้ไขก็ดี ภายหลังจากนั้นที่ประชุมวุฒิสภาจะทำการพิจารณาและลงมติเห็นชอบต่อการให้สัตยาบันของฝ่ายบริหาร และในลำดับสุดท้ายที่ประชุมวุฒิสภาจะมีมติเกี่ยวกับการให้คำแนะนำและความยินยอมในการให้สัตยาบัน ด้วยการลงมติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนวุฒิสมาชิกที่มีอยู่

ประการที่หก การส่งเรื่องเพื่อบันทึกเรื่องออกโดยคณะกรรมาธิการอีกครั้งหนึ่ง (Return to Committee) ภายหลังจากที่ได้ทำการพิจารณาสนธิสัญญาแล้วโดยที่ประชุมวุฒิสภา

ประการที่เจ็ด การส่งเรื่องไปยังประธานาธิบดี ในทางปฏิบัติอาจดำเนินการได้โดยประธานาธิบดีทำเรื่องร้องขอให้ส่งคืน หรือคณะกรรมาธิการความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอาจทำการรายงานโดยความเห็นชอบจากวุฒิสภาตามข้อมติโดยการดำเนินการโดยเลขาธิการวุฒิสภา (Secretary of the Senate) ในการส่งเรื่องคืนไปยังประธานาธิบดี

ภายหลังจากกระบวนการพิจารณาเพื่อให้คำแนะนำและความยินยอมทั้ง 7 ประการในเบื้องต้นของที่ประชุมวุฒิสภา ก็เป็นกระบวนการและขั้นตอนในการดำเนินการของฝ่ายบริหารอีกครั้ง (Presidential Action after Senate Action) เกี่ยวกับกระบวนการในการให้สัตยาบันโดยวิธีการแลกเปลี่ยนและฝากสัตยาบันสาร และการประกาศถึงการมีผลใช้บังคับของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญา (Proclamation) ในฐานะที่เป็นกฎหมายภายในและการประกาศเพื่อให้สาธารณะได้รับรู้ถึงการมีผลใช้บังคับของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาดังกล่าว[291]

กล่าวโดยสรุป กระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกาเองก็มีปัญหาทางปฏิบัติเฉกเช่นที่ประเทศไทยประสบเช่นกัน ด้วยเหตุที่ความขัดข้องจากกระบวนการมีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นแนวปฏิบัติของวุฒิสภาที่เข้ามามีส่วนร่วมตั้งแต่ “กระบวนการเจรจา” ทั้งในการเสนอกรอบการเจรจาและวัตถุประสงค์การดำเนินการทำความตกลง ประกอบกับ

---

[290]Rule XXX Executive Session Proceeding on Treaties of Committee on Foreign Relations of the 2013 Standing Rules of the Senate

[291]United States of Congress, Library of Congress, The Congressional Research Service (CRS), *op. cit.,* p. 12.

กระบวนการพิจารณาเพื่อให้คำแนะนำและความยินยอมจากวุฒิสภา ซึ่งมีกระบวนการในทางปฏิบัติที่ใช้เวลานานและมีขั้นตอนทางปฏิบัติที่ค่อนข้างยุ่งยาก

แต่ในท้ายที่สุด ฝ่ายบริหารได้ทำการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นจากความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศใน 2 ลักษณะดังนี้ ประการแรก การเลือกที่จะทำความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบของข้อตกลงของฝ่ายบริหาร และประการที่สอง การเลือกที่จะทำการเสนอความตกลงระหว่างประเทศให้วุฒิสภาพิจารณาภายหลังจากที่ลงนามไปแล้วแต่ยังมิได้ให้สัตยาบัน ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับการพิจารณาในกระบวนการที่เรียกว่า การให้คำแนะนำและความยินยอมของวุฒิสภาว่า จะมีการเห็นชอบในลักษณะที่มีเงื่อนไขหรือไม่มีเงื่อนไขต่อหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้น

3.1.2.2 รัฐสภาของสหราชอาณาจักรเป็นองค์กรที่มีอำนาจให้ความเห็นชอบ

จากข้อค้นพบของผู้เขียนในการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายภายในของสหราชอาณาจักรของผู้เขียน ซึ่งพบว่ารัฐสภาของสหราชอาณาจักรมีอำนาจให้ความเห็นชอบในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีความสำคัญและกระทบต่อผลประโยชน์ของรัฐนั้น เพื่อเป็นการพิสูจน์ถึงข้อค้นพบดังกล่าวของผู้เขียน ผู้เขียนจึงตั้งประเด็นในการสนับสนุนข้อค้นพบของผู้เขียนว่ารัฐสภาของสหราชอาณาจักรมีอำนาจให้ความเห็นชอบในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเฉพาะที่มีความสำคัญกับผลประโยชน์ของรัฐหรือที่มีผลกระทบต่อปัจเจกชนไว้ใน 3 ประเด็น ดังนี้

ประการแรก ฝ่ายนิติบัญญัติอาศัยฐานอำนาจใดในการใช้อำนาจเพื่อเข้ามามีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร

ประการที่สอง หนังสือสัญญาระหว่างประเทศในเรื่องใดบ้างที่จะต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ และ

ประการที่สาม หลักการที่สำคัญในกระบวนการขอความเห็นชอบนั้น กฎหมายได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นตอนหรือกระบวนการไว้อย่างไรบ้าง

1. สำหรับประเด็นแรก เรื่องฝ่ายนิติบัญญัติอาศัยฐานอำนาจใดในการใช้อำนาจเพื่อเข้ามามีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารนั้น

จากการศึกษาพบว่า ฝ่ายนิติบัญญัติก็มีความต้องการเข้ามามีส่วนร่วมโดยการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารด้วยเช่นกัน ในขณะที่การใช้อำนาจดังกล่าวมีฐานการใช้อำนาจที่มาจากแนวปฏิบัติและการตราพระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญและการปกครอง ค.ศ. 2010 อาจกล่าวได้ว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นหลักการทางกฎหมายใหม่ที่ตราขึ้นในปี ค.ศ. 2010 ซึ่งมีผลเป็นการกำหนดเรื่องการนำเสนอหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาของสหราชอาณาจักร (Laid before Parliament or Presented to Parliament)[292] แม้ในอดีตรัฐสภาของสหราชอาณาจักรจะหาได้มีบทบาทเข้ามาเกี่ยวข้องอย่างเป็นทางการแต่อย่างใดไม่ก็ตาม แต่ภายหลังปี ค.ศ. 2010 เป็นต้นมาหลักการดังกล่าวได้ปรากฏชัดอย่างเป็นทางการเป็นครั้งแรกมากกว่าที่จะเป็นเฉพาะแนวปฏิบัติที่ยึดถือกันมาในอดีต อาจกล่าวได้ว่าแม้แนวปฏิบัติจะมิได้ปรากฏชัดในเรื่องอำนาจของรัฐสภาในการใช้อำนาจให้ความยินยอมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

---

[292]UK Parliament, **Laid Papers**, para. 1, Retrieved November 15, 2015 from http://www.parliament.uk/site-information/glossary/laid-or-laying-before-parliament/

โดยฝ่ายบริหารก็ตาม แต่ด้วยกฎหมายฉบับดังกล่าวได้ตราหลักการเฉพาะในเรื่องการให้ความเห็นชอบในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารไว้โดยตรง จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายฉบับนี้จึงเป็นฐานทางกฎหมายที่รองรับการใช้อำนาจของรัฐสภาไว้โดยตรง

2. สำหรับประเด็นปัญหาประการที่สองคือ หนังสือสัญญาระหว่างประเทศในเรื่องใดบ้างที่จะต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัตินั้น

จากการศึกษาพบว่า การใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญและการปกครอง ค.ศ. 2010 ฉบับนี้แม้อาจจะดูประหนึ่งว่า เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติอาจทำให้ดูเสมือนว่าเป็นการแสดงออกซึ่งอำนาจเหนือเจตจำนงของฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลที่ใช้อำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศได้ด้วยการใช้อำนาจที่จะให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบเหนือความต้องการของฝ่ายบริหารในการทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวได้นั้นเอง

แต่กระนั้นก็ตาม ในทางปฏิบัติรัฐสภาก็ได้ใช้อำนาจรัฐสภาเพื่อทำการตรวจสอบความตกลงระหว่างประเทศบางกรณีที่มีผลกระทบต่อผลประโยชน์สาธารณะด้วยเช่นกัน ดังจะเห็นข้อมูลจากรัฐสภาของสหราชอาณาจักรได้กำหนดการใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทดังนี้[293]

ประการแรก หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีข้อบทอันเกี่ยวกับการก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงที่จะต้องตรากฎหมายในเรื่องที่เกี่ยวกับระบบการคลังสาธารณะของประเทศ (Public Money)

ประการที่สอง หนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีผลกระทบทางการเงิน (Financial) โดยตรงโดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อตกลงทวิภาคีเพื่อหลีกเลี่ยงการเก็บภาษีซ้อน (Double Taxation) ความตกลงดังกล่าวจะต้องได้รับความยินยอมของรัฐสภาก่อนเนื่องจากความตกลงดังกล่าว ย่อมส่งผลกระทบต่อรายได้ของแผ่นดิน

ประการที่สาม หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลต่อการเปลี่ยนแปลงกฎหมายใน (Domestic Legislation) ประเทศซึ่งโดยหลักการแล้วการออกกฎหมายย่อมต้องเป็นไปตามกระบวนการในการตรากฎหมายของรัฐสภาตามปกติ กล่าวคือ ประเทศอังกฤษมีระบบการเมืองการปกครองที่เป็นระบบรัฐสภา ดังนั้น หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่รัฐบาลได้ทำขึ้นจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในได้ก็ต่อเมื่อรัฐสภาได้มีการตรากฎหมายเป็นพระราชบัญญัติออกมารองรับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวเสียก่อน[294]

ประการที่สี่ หนังสือสัญญาระหว่างประเทศซึ่งกำหนดว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ดังจะเห็นได้จากข้อตกลงระหว่างประเทศที่มีลักษณะทางการเมืองและที่เป็นการขัดแย้งกัน

---

[293]United Kingdom, House of Commons Information Office, *op. cit.,* p. 2.; Arnold McNair, "When Do British Treaties Involve Legislation?," **British Yearbook of International Law** 9 (1928): 59-68 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, การใช้กฎหมายระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย: ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ, ใน **เอกสารประกอบการบรรยายในการประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 6,** หน้า 22.

[294]ประสิทธิ์ เอกบุตร, **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สัญญา,** หน้า 53-54.

ประการที่ห้า หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องให้สัตยาบันตามหลักพอนซอนบาย (Ponsonby)

ประการที่หก หนังสือสัญญาระหว่างประเทศอื่นใดที่สมาชิกรัฐสภาได้นำเข้าสู่การพิจารณาเนื่องด้วยเป็นปัญหาที่ต้องอภิปรายในรัฐสภา (Parliamentary Question) หรือการยื่นญัตติสำหรับการถกเถียงอภิปรายเพื่อแสดงความคิดเห็นโต้แย้งกัน (Early Day Motions: EDMs)[295] ในสภาผู้แทนราษฎร (House of Commons)

เป็นที่น่าสังเกตว่า สหราชอาณาจักรในฐานะที่เป็นรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป ซึ่งจำเป็นต้องดำเนินการเพื่อทำความตกลงระหว่างประเทศกับสหภาพยุโรปก็ดี หรือกับรัฐสมาชิกอื่นใดก็ดี ดังนั้น ในการทำความตกลงระหว่างประเทศตามหลักการดังกล่าวจำต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยหรือไม่

จากการศึกษาพบว่า บรรดาความตกลงระหว่างประเทศที่ทำโดยสหภาพยุโรป ซึ่งต้องทำการให้สัตยาบันโดยรัฐสมาชิกหรือโดยวิธีการอื่นใดในทำนองเดียวกันก็ดี หรือความตกลงระหว่างประเทศที่ทำการแก้ไขสนธิสัญญาพหุภาคี ซึ่งมีผลทำให้ต้องดำเนินการตรากฎหมายภายในฉบับใหม่เพื่อรองรับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงความตกลงระหว่างประเทศเช่นว่านั้นก็ดี ยังจำเป็นต้องเสนอต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบด้วยเช่นกัน หนังสือสัญญาระหว่างประเทศเช่นว่านั้นจำเป็นต้องทำการเสนอต่อรัฐสภาก่อนที่รัฐบาลจะได้ทำการให้ความยินยอมอย่างเป็นทางการเพื่อผูกพันตามพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าว ตามหลักการที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญและการปกครอง ค.ศ. 2010[296]

แต่กระนั้นก็ตาม ในกรณีที่เป็นการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสหภาพยุโรปก็ดีหรือสนธิสัญญาอื่นใดดังต่อไปนี้ รัฐบาลหาจำต้องทำการเสนอต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบแต่อย่างใดไม่

ประการแรก กรณีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศภายใต้มาตรา 12 ของรัฐบัญญัติการเลือกตั้งรัฐสภาของยุโรป ค.ศ. 2002 (European Parliamentary Elections Act 2002) หรือ

ประการที่สอง การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามมาตรา 5 ของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมสหภาพยุโรป ค.ศ. 2008 (European Union (Amendment) Act 2008)[297] หรือ

ประการที่สาม กรณีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับคำสั่งของคณะมนตรีตามมาตรา 158 ของพระราชบัญญัติภาษีมรดก ค.ศ. 1984 (Inheritance Tax Act 1984) ตามอนุสัญญาภาษีซ้อน (Double Taxation Conventions) หรือตามมาตรา 2 ของพระราชบัญญัติภาษีอากร ค.ศ. 2010 (Taxation Act 2010) ในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัติระหว่างประเทศและบทบัญญัติ

---

[295] United Kingdom, The Parliament, **What are Early day motions?,** para. 1, Retrieved August 24, 2015 from http://www.parliament.uk/about/how/business/edms/

[296]United Kingdom, Foreign and Commonwealth Office, **Government-Guidance UK Treaties, Guidance to the Work of the FCO's Treaty Section: Practice and Procedures**, para. 2-3.

[297] Section 23 (1) (a) (b) of Constitutional Reform and Governance Act 2010

อื่น (International and Other Provisions) ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการดำเนินการกับการจัดเก็บภาษีซ้อน (Double Taxation Arrangements) หรือ

ประการที่สี่ การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามมาตรา 173 ของพระราชบัญญัติการเงิน ค.ศ. 2006 (Finance Act 2006) ซึ่งเป็นการดำเนินการบังคับกับภาษีระหว่างประเทศ (International Tax Enforcement Arrangements)[298] หรือ

ประการที่ห้า การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศภายใต้การให้อำนาจโดยรัฐบาลของสหราชอาณาจักรโดยรัฐบาลของดินแดนโพ้นทะเลของอังกฤษ (British Overseas Territory) หรือโดยหมู่เกาะชานแนล (Channel Islands) ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษ หรือเกาะแมน (The Isle of Man)[299] หรือแม้แต่การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามคำสั่งของสมเด็จพระราชินีนาถก่อนที่บทบัญญัติในมาตรา 20 ดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 2010[300]

3. สำหรับประเด็นปัญหาประการที่สามเรื่อง หลักการที่สำคัญในกระบวนการขอความเห็นชอบนั้น กฎหมายได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นตอนหรือกระบวนการไว้อย่างไรบ้างนั้น

จากการศึกษาพบว่า หลักการสำคัญประการหนึ่งของสหราชอาณาจักรซึ่งเป็นกระบวนการและขั้นตอนภายในเพื่อขอความเห็นชอบจากรัฐสภาของสหราชอาณาจักรได้แก่ การนำเสนอหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อรัฐสภาตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญและการปกครอง ค.ศ. 2010 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราเรื่องหลักพอนซอนบายในฐานะที่เป็นแนวปฏิบัติของรัฐสภาในอดีต และมีนิติฐานะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเฉกเช่นที่ปรากฏในปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องให้สัตยาบันตามหลักพอนซอนบายนั้น ต่างก็เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่ต้องดำเนินการเพื่อขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ซึ่งหลักพอนซอนบายนี้เป็นหลักการสำคัญที่ใช้ครอบคลุมไปถึงบรรดาหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่หลากหลายที่จำต้องดำเนินการขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นหลักการที่มีความสำคัญในอันที่จะต้องปฏิบัติและต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด

คงมิผิดเพี้ยนนักถ้าจะกล่าวว่าในอดีตหลักพอนซอนบายของประเทศอังกฤษเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญ ซึ่งมีที่มาจากแนวทางในการปฏิบัติและเป็นข้อบังคับการพิจารณาให้ความเห็นชอบกับร่างหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของสหราชอาณาจักรว่า รัฐบาลในฐานะที่ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องเสนอร่างหนังสือสัญญาระหว่างประเทศให้รัฐสภาทำการพิจารณาล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 21 วันทำการ (Sitting Days) ก่อนที่การให้สัตยาบันโดยฝ่ายบริหารจะได้ดำเนินการ[301] หลักพอนซอนบายเป็นหลักการที่ถูกเสนอโดยนายอาเธอร์ พอนซอนบาย (Arthur Ponsonby) ซึ่งดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวงการต่างประเทศ (The Under-Secretary of State for Foreign Affairs) ในยุคสมัยที่นายรัมเซล แมคโดนัน (Ramsay Macdonald) เป็นนายกรัฐมนตรี โดยหลักการดังกล่าวเกิดขึ้นในการ

---

[298] Section 23 (2) (a) (b) (c) of Constitutional Reform and Governance Act 2010

[299] Section 23 (3) of Constitutional Reform and Governance Act 2010

[300] Section 23 (4) of Constitutional Reform and Governance Act 2010

[301] United Kingdom, House of Commons Information Office, *op. cit.,* p. 3,

พิจารณากฎหมายที่เกี่ยวสนธิสัญญาสันติภาพระหว่างตุรกี (Treaty of Peach [Turkey] Bill) ในวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1924[302] ซึ่งในหลักการดังกล่าวต้องดำเนินการไปด้วยหลักเกณฑ์ใน 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก ต้องมีการนำเสนอหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในทุกฉบับภายหลังจากที่มีการลงนามในหนังสือสัญญาดังกล่าวไม่น้อยกว่าระยะเวลา 21 วันทำการก่อนที่จะทำการให้สัตยาบันและเผยแพร่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศในหนังสือรวมหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ (Treaties Series)

ประการที่สอง ต้องทำการแจ้งไปยังสภาผู้แทนราษฎรไปในทุกความตกลงระหว่างประเทศหรือข้อผูกพันและบันทึกความเข้าใจซึ่งอาจก่อให้เกิดข้อผูกพันกับประเทศในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการเฉพาะตามพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้อง

แต่กระนั้นก็ตาม หลักการในเรื่องพอนซอนบายได้ถูกยกเลิกไปในระหว่างสมัยรัฐบาลของนายบลาดวิน (Baldwin) แต่กระนั้นก็ตาม หลักการดังกล่าวนี้ได้ถูกกลับนำมาใช้บังคับอีกครั้งในปี ค.ศ. 1929 และก่อให้เกิดเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับในฐานะที่เป็นแนวปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ[303] และได้รับการยอมรับในเชิงหลักการโดยรัฐบาล เว้นแต่ จะเป็นในกรณีพิเศษหรือในกรณีที่มีความจำเป็นอย่างเร่งด่วนที่เกิดขึ้นเฉพาะกรณีเท่านั้น

แม้จากการศึกษาพบว่า หลักพอนซอนบายของประเทศอังกฤษในอดีตนั้นเป็นเพียงข้อบังคับของรัฐสภาของประเทศอังกฤษที่ใช้ในทางปฏิบัติเท่านั้น หลักการดังกล่าวหาได้มีนิติฐานะที่เป็นกฎหมายแต่อย่างใดไม่ก็ตาม แต่รัฐสภาอาจใช้เวลาในการพิจาณาความตกลงระหว่างประเทศที่นำเข้าสู่การพิจารณาได้โดยมีระยะเวลาที่สั้นกว่าหรือยาวกว่า 21 วันทำการตามที่กำหนดไว้ได้เช่นกัน ซึ่งความไม่แน่นอนในกำหนดเวลาในการพิจารณาขึ้นอยู่กับเนื้อหาและความซับซ้อนของความตกลงรวมทั้งหรือสถานการณ์ทางการเมืองในช่วงเวลาดังกล่าวด้วยเช่นกัน[304]

ในปี ค.ศ. 1977 เป็นต้นมา เมื่อฝ่ายบริหารต้องการนำเสนอหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อฝ่ายนิติบัญญัตินั้น นอกจากหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแล้วฝ่ายบริหารยังจะต้องเสนอมาพร้อมกับเอกสารหรือหนังสือซึ่งอรรถาธิบายข้อมูล (Explanatory Memorandum: EM) เกี่ยวกับบทบัญญัติของหนังสือสัญญาและเหตุผลและความจำเป็นที่จะนำไปสู่การให้สัตยาบัน[305]

---

[302]H C Deb c 171, 1 April 1924; *Ibid.*

[303]Baron A. D. McNair, **The Law of Treaties** (Great Britain: Clarendon, 1961), p. 190 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, การใช้กฎหมายระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย: ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ, ใน **เอกสารประกอบการบรรยายในการประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 6,** หน้า 22.

[304]ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, การใช้กฎหมายระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย: ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ, ใน **เอกสารประกอบการบรรยายในการประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 6,** หน้า 27-28.

[305]United Kingdom, Foreign and Commonwealth Office, **Government-Guidance UK Treaties, Guidance to the Work of the FCO's Treaty Section: Practice and Procedures,** para. 2.

การนำเสนอหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อรัฐสภาดังกล่าวต้องประกอบไปด้วยเอกสารฉบับหนึ่งที่เรียกว่า Command Paper ซึ่งเป็นเอกสารที่นำเสนอโดยรัฐบาลของอังกฤษ (The British Government) และนำเสนอต่อรัฐสภาโดยส่งไปพร้อมกันกับเอกสารหรือหนังสือซึ่งอรรถาธิบายข้อมูลของความตกลงระหว่างประเทศที่ได้ทำขึ้น (EM) ไปยังคณะกรรมาธิการที่เลือกขึ้นมาในของสภาผู้แทนราษฎร์ (Select Committee in the House of Commons)

แต่กระนั้นก็ตาม ภายหลังจากปี ค.ศ. 2010 หลักพอนซอนบายดังกล่าวปรากฏว่ามีนิติฐานะเป็นกฎหมายขึ้นมาด้วยเหตุที่มีการตรากฎหมายที่มีชื่อว่า พระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญและการปกครอง ค.ศ. 2010 (Constitutional Reform and Governance Act 2010: CRaG Act) ในบทที่ 25 ส่วนที่ 2 เรื่อง การให้สัตยาบันกับสนธิสัญญา (Chapter 25 Part 2 Ratification of Treaties)

จากการศึกษาพระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญและการปกครอง ค.ศ. 2010 (Constitutional Reform and Governance Act 2010: CRaG Act) ในบรรพที่ 25 ส่วนที่ 2 ที่ว่าด้วยการให้สัตยาบันหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ (Ratification of Treaty) ได้กำหนดหลักการที่เกี่ยวกับกระบวนการที่ต้องดำเนินการให้ความเห็นชอบกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาของสหราชอาณาจักรไว้ในมาตรา 20 ถึงมาตรา 25 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรและเป็นรูปธรรม ซึ่งกำหนดรายละเอียดและแนวทางปฏิบัติในการขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติไว้ดังนี้

ประการแรก หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องทำการเสนอต่อรัฐสภาก่อนที่จะมีการให้สัตยาบันตามหลักการดังกล่าว ได้กำหนดไว้เป็นหลักการว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไม่อาจให้สัตยาบันได้ เว้นแต่ คณะรัฐมนตรี (Minister of Crown) จะได้ทำการเสนอสำเนาของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อรัฐสภา และต้องดำเนินการตีพิมพ์ในช่องทางที่คณะรัฐมนตรีมีความเห็นว่าเหมาะสม และต้องมีการนำเสนอไม่เกินไปกว่า 21 วันทำการ ซึ่งหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เสนอต่อรัฐสภาเพื่อทำการให้สัตยาบันดังกล่าว จะต้องเสนอเอกสารที่ซึ่งคณะรัฐมนตรีต้องทำความเห็นว่าเหตุใดหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเช่นว่านั้นควรทำการให้สัตยาบัน[306]

แต่กระนั้นก็ตาม กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้คณะรัฐมนตรีอาจทำการขอขยายระยะเวลาในการนำเสนอหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อรัฐสภาออกไปเกินกว่าระยะเวลา 21 วันทำการ หรือน้อยกว่ากำหนดวันดังกล่าวก็ได้เช่นเดียวกัน โดยคณะรัฐมนตรีต้องทำการยื่นขอขยายระยะเวลาก่อนที่ระยะเวลาดังกล่าวจะสิ้นสุดลง แต่อย่างไรก็ตาม การขยายระยะเวลาดังกล่าวกฎหมายระบุว่าคณะรัฐมนตรีสามารถดำเนินการได้เพียงครั้งเดียวเท่านั้น[307]

ประการที่สอง การยื่นขอความเห็นชอบจากรัฐสภาดังกล่าวกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดเป็นข้อยกเว้นไว้โดยไม่ต้องดำเนินการยื่นขอความเห็นชอบรัฐสภาภายใน 21 วันดังกล่าวได้ ในกรณีที่

---

[306]Section 20 (1)-(9) of Constitutional Reform and Governance Act 2010

[307]Section 21 (1)-(5) of Constitutional Reform and Governance Act 2010

คณะรัฐมนตรีมีความเห็นว่า หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวสามารถดำเนินการให้สัตยาบันได้โดยไม่จำต้องทำการขอความเห็นชอบจากรัฐสภาแต่อย่างใด[308]

แต่กระนั้นก็ตาม การดำเนินการดังกล่าวโดยปราศจากการยื่นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเพื่อทำการขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามหลักการดังกล่าวในเบื้องต้นนั้น หนังสือสัญญาระหว่างประเทศเช่นว่านั้นก็ยังไม่อาจให้สัตยาบันได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าสภาผู้แทนราษฎรก็ดีหรือสภาสูงก็ดี มีมติเห็นว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวไม่อาจให้สัตยาบันได้แต่อย่างใด[309]

หลักการดังกล่าวสำนักงานกิจการต่างประเทศและกิจการทั่วไป (The Foreign and Common Office: FCO) ยังได้ตีความและวางหลักการว่าหลักพอนซอนบาย นอกจากจะต้องใช้กับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องมีการให้สัตยาบันแล้ว หลักการดังกล่าวยังจะต้องนำไปใช้กับกรณีของการภาคยานุวัติ การให้ความเห็นชอบ การยอมรับด้วยเฉกเช่นเดียวกันกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องมีการให้สัตยาบัน แต่กระนั้นก็ตาม จากการศึกษาพบว่า ไม่มีข้อสันนิษฐานใด ๆ ว่ารัฐสภาจะต้องทำการอภิปรายโต้แย้งกันในทุกหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เสนอให้รัฐสภาทำการพิจารณาภายใต้หลักการเรื่องพอนซอนบาย แต่เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่ารัฐสภาได้รับซึ่งการนำเสนอหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีความสำคัญ หรือความข้อความที่มีความขัดแย้งโดยเนื้อหาของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวแล้วนั้น การณ์ดังกล่าวจึงเป็นเรื่องยากในทางปฏิบัติสำหรับการที่จะหลีกหนีต่อการอภิปรายในประเด็นดังกล่าวได้แต่อย่างใด ดังนั้น แม้กระบวนการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารภายใต้อำนาจของรัฐสภาในฐานะที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติจะไม่มีกลไกที่เป็นทางการในการดำเนินการดังกล่าวได้ก็ตาม แต่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีเนื้อหาที่สร้างความขัดแย้งและเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่จำเป็นต้องทำการให้สัตยาบันนั้น เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีแนวโน้มที่จะต้องได้รับการถกเถียงและอภิปรายกันในรัฐสภาด้วยเช่นกัน[310]

จากหลักการดังกล่าวในกรณีที่คณะรัฐมนตรีมีความเห็นว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวต้องดำเนินการให้สัตยาบันตามหลักการในเบื้องต้นโดยปราศจากความยินยอมของรัฐสภาแล้ว ก่อนการดำเนินการให้สัตยาบันก็ดี หรือในทางปฏิบัติโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ภายหลังจากที่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้ดำเนินการให้สัตยาบันไปแล้ว คณะรัฐมนตรีต้องทำการเสนอสำเนาหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเรื่องต่อรัฐสภา โดยต้องดำเนินการตีพิมพ์เผยแพร่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศในช่องทางที่คณะรัฐมนตรีมีความเห็นว่ามีความเหมาะสม และคณะรัฐมนตรียังจะต้องทำการเสนอความเห็นว่าเหตุใดหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวไม่จำต้องดำเนินการเพื่อขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติแต่อย่างใด[311]

ในทางปฏิบัติการตีพิมพ์เผยแพร่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญและการปกครอง ค.ศ. 2010 ตามอำนาจของรัฐบาลในฐานะที่

---

[308]Section 22 (1) of Constitutional Reform and Governance Act 2010

[309]Section 22 (2) of Constitutional Reform and Governance Act 2010

[310]United Kingdom, House of Commons Information Office, *op. cit.,* pp. 3-4.

[311]Section 22 (3) (a) (b) (c) of Constitutional Reform and Governance Act 2010

พิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นช่องทางที่เหมาะสมนั้น ถือได้ว่าเป็นกระบวนการและขั้นตอนที่สำคัญประการหนึ่งในการขอความเห็นชอบจากรัฐสภาของสหราชอาณาจักร

ภายหลังจากที่พระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญและการปกครอง ค.ศ. 2010 มีผลใช้บังคับตั้งแต่ปี ค.ศ. 2010 เป็นต้นมา หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่รัฐบาลได้ดำเนินการลงนามและต้องดำเนินการให้สัตยาบันหรือโดยวิธีการอื่นตามกฎหมายระหว่างประเทศ อาทิ การภาคยานุวัติ การให้ความเห็นชอบ เป็นต้น รัฐบาลจำเป็นต้องทำการเสนอต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบในรูปแบบของเอกสารที่เรียกว่า Common Paper ซึ่งในทางปฏิบัติรัฐบาลมีวิธีการตีพิมพ์เผยแพร่ในเอกสารของสำนักงานกิจการต่างประเทศและกิจการทั่วไป (FCO) โดยแบ่งออกเป็นการตีพิมพ์ใน 4 ลักษณะดังนี้

ประการแรก การตีพิมพ์เผยแพร่ในเอกสารชุดกิจการของรัฐสำหรับความตกลงทวิภาคี (Country Series-for Bilateral Treaties) ซึ่งเป็นความตกลงที่ยังหาได้มีผลใช้บังคับในขณะที่มีการเผยแพร่แต่อย่างใดไม่

ประการที่สอง การตีพิมพ์เผยแพร่ในเอกสารชุดกิจการทั่วไปสำหรับความตกลงพหุภาคี (Miscellaneous Series-for Multilateral Treaties) ซึ่งเป็นความตกลงที่ยังหาได้มีผลใช้บังคับในขณะที่มีการเผยแพร่แต่อย่างใดไม่เฉกเช่นเดียวกันกับความตกลงทวิภาคี

ประการที่สาม การตีพิมพ์เผยแพร่ในเอกสารชุดสหภาพยุโรป สำหรับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ทำขึ้นระหว่างรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปด้วยกันเอง หรือระหว่างรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปกับที่มิได้เป็นรัฐสมาชิกรัฐใดรัฐหนึ่งหรือหลายรัฐ (European Union Series for Treaties between Member States or between Member States and Non-Member States or Group of States) ในอดีตเอกสารชุดนี้มีชื่อเรียกว่าเอกสารชุดประชาคมยุโรปซึ่งเป็นเอกสารชุดที่ใช้เผยแพร่ความตกลงระหว่างประเทศของประชาคมยุโรป ภายหลังจากวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 2011 เป็นต้นมาได้เปลี่ยนชื่อเป็นเอกสารชุดสหภาพยุโรป การตีพิมพ์เอกสารชุดสหภาพยุโรปนี้ก็เป็นการตีพิมพ์หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ยังหาได้มีผลใช้บังคับในสหราชอาณาจักรแต่อย่างใดไม่ด้วยเช่นกัน[312]

ประการที่สี่ แต่ในกรณีที่เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ผ่านกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายตามระบอบกฎหมายภายในทั้งหมด และเมื่อหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีผลบังคับใช้ในสหราชอาณาจักร ไม่ว่าจะโดยวิธีการลงนามหรือการให้สัตยาบันหรือการภาคยานุวัติก็ตาม หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวจะต้องถูกตีพิมพ์เผยแพร่อีกครั้งด้วยข้อมูลและรายละเอียดเกี่ยวกับความตกลงที่เกิดขึ้นดังกล่าวในเอกสาร Command Paper และซึ่งเป็นการรวบรวมหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ (Treaty Series of Command Papers) และต้องนำเสนอต่อรัฐสภาอีกครั้งด้วยเช่นกัน[313]

---

[312]Foreign and Commonwealth Office, United Kingdom, **Government-Guidance UK Treaties, Guidance to the Work of the FCO's Treaty Section: Practice and Procedures,** para. 1-2.

[313]*Ibid.,* para. 3.

กล่าวโดยสรุป จากการศึกษาพบว่ารายละเอียดของกระบวนการให้สัตยาบันการเสนอให้รัฐสภาทำการพิจารณาตรวจสอบหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ (Scrutiny of Treaties) ได้มีการตรากฎหมายรองรับการใช้อำนาจของรัฐสภาไว้ (Statutory Footing) ในพระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญและการปกครอง ค.ศ. 2010 อาจกล่าวได้ว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นหลักการทางกฎหมายใหม่ที่ตราขึ้นในปี ค.ศ. 2010 ซึ่งมีผลเป็นการกำหนดเรื่องการนำเสนอหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาของสหราชอาณาจักร (Laid before Parliament or Presented to Parliament)[314]

บทบัญญัติดังกล่าวมีผลทำให้หนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกือบทุกฉบับจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ เว้นแต่เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารเท่านั้น ดังนั้น ไม่ว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศฉบับใดก็ตามที่จะต้องดำเนินการให้สัตยาบันก็ดี ให้ความเห็นชอบก็ดี ให้การยอมรับก็ดี หรือต้องมีการแลกเปลี่ยนตราสารระหว่างกันก็ดี หรือกระบวนการอย่างใด ๆ อันมีผลทำให้สหราชอาณาจักรต้องการยอมรับและผูกพันก็ดี หนังสือสัญญาระหว่างประเทศเหล่านี้จะไม่สามารถดำเนินการให้สัตยาบันได้แต่อย่างใด เว้นแต่ หนังสือสัญญาระหว่างประเทศเหล่านั้นได้ถูกเสนอโดยคณะรัฐมนตรี (Minister of the Crown) ต่อรัฐสภาของสหราชอาณาจักรเพื่อขอความเห็นชอบ (Resolves) ก่อนที่ฝ่ายบริหารจะทำการให้สัตยาบันต่อหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 21 วันทำการ (For 21 Sitting Days) [315]

3.1.2.3 รัฐสภาของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นองค์กรที่มีอำนาจให้ความเห็นชอบ

จากการศึกษาพบว่ารัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส[316] เป็นฐานทางกฎหมายที่รับรองการใช้อำนาจของรัฐสภาในฐานะที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติในการเข้ามามีส่วนร่วมของรัฐสภาในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทที่มีความสำคัญต่อผลประโยชน์ของรัฐ[317]

แต่กระนั้นก็ตาม ในบางกรณีขอบเขตของการมีส่วนร่วมของรัฐสภาก็เป็นการยากในการที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะทำการตัดสินใจในเรื่องที่มีความสำคัญยิ่งเกี่ยวกับการดำเนินการของฝ่ายบริหารทั้งหมดซึ่งมีขอบเขตที่กว้างขวางและไม่สามารถดำเนินการจนพัฒนากลายเป็นบรรทัดฐานที่เกี่ยวกับอำนาจในการตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติได้[318] แม้นิติฐานะของฝ่ายนิติบัญญัติจะมีบทบาทในฐานะที่เป็นองค์กรที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายเพื่อใช้ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็

---

[314]UK Parliament, *op. cit.,* para. 1-2.

[315]Foreign and Commonwealth Office, United Kingdom, **Government-Guidance UK Treaties, Guidance to the Work of the FCO's Treaty Section: Practice and Procedures,** para. 1.

[316]Article 53 and Article 53-1 of Important Treaties of Title VI Treaties and International Agreements of the 1958 French Constitution

[317]Francois Luchaire, *op. cit.,* p. 341.; New Zealand Law Commission, *op. cit.,* para. A43.

[318]Francois Luchaire, *op. cit.,* pp. 355-356.; New Zealand Law Commission, *op.cit.*

ตาม[319] แต่ก็อาจกล่าวได้ว่าในเรื่องของการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติกลับมีบทบาทน้อยมากเกี่ยวกับกิจการและการทำความตกลงระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร[320]

ผู้เขียนค้นพบว่า ในทางปฏิบัติรัฐสภาของฝรั่งเศสมีบทบาทที่จำกัด (Restricted Role) โดยเฉพาะในเรื่องของการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสให้ความสำคัญและเน้นย้ำถึงบทบาทของรัฐสภาในฐานะที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติว่า จะเข้ามาเกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้ ก็แต่เฉพาะภายหลังจากการที่มีการตัดสินใจเข้าทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารไปแล้วเท่านั้น (Parliament is only to be involved after the terms of a treaty have been decided upon) จากการศึกษาพบว่าบทบาทของรัฐสภาสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีบทบาทเกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็แต่เพียงการออกเสียง (Pronounce) เพื่อให้ความเห็นชอบหรือแสดงการปฏิเสธ (Approve or Reject) การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารเท่านั้น[321] รัฐสภาของสาธารณรัฐฝรั่งเศสหาได้มีอำนาจและหน้าที่ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือแก้ข้อบทในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ (No Parliamentary Power to Amend a Treaty) หรือแม้แต่การตั้งข้อสงวน (Reservations) หรือแม้แต่การตีความในถ้อยคำ (Interpretations) ในบรรดาความตกลงระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ดำเนินการทำไปแล้วได้แต่อย่างใดไม่[322]

แม้โดยหลักการแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติจะไม่มีอำนาจและหน้าที่ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หรือแม้แต่การตั้งข้อสงวน หรือแม้แต่การตีความในถ้อยคำ ในบรรดาความตกลงระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ดำเนินการทำไปแล้วก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติถ้อยคำที่ปรากฏในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศอาจถูกร้องขอและทำข้อเสนอจากฝ่ายนิติบัญญัติให้มีการตั้งข้อสงวนในการดำเนินการให้สัตยาบันได้เช่นกัน นอกจากนั้นแล้ว ในช่วงเวลาที่มีการถกเถียงอภิปรายเกี่ยวกับอำนาจของรัฐสภาในการตรากฎหมายเพื่อให้อำนาจ (Authorising Legislation) กับฝ่ายบริหารในการดำเนินการให้สัตยาบันนั้น สมาชิกรัฐสภามีอำนาจให้คำแนะนำไปยังรัฐบาลในการตั้งข้อสงวนเกี่ยวกับการให้สัตยาบันต่อการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวได้ด้วยเช่นกัน โดยคำแนะนำดังกล่าวต้องอยู่บนพื้นฐานเพื่อนโยบายสนับสนุนที่ดีด้านการเมือง[323]

ในกระบวนการและขั้นตอนเพื่อขอความเห็นชอบจากรัฐสภาสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัตินี้ นักกฎหมายบางท่าน[324] เรียกว่ากระบวนการนี้ว่าเป็น “หลักการตรวจสอบ

---

[319]Paragraph 1 of Article 34 of the 1958 French Constitution

[320]New Zealand Law Commission, *op. cit.,* para. A43.

[321]Francois Stewart and Jones Source, *op. cit.,* pp. 434-435.

[322]Francois Luchaire, *op. cit.,* pp. 341-342.; New Zealand Law Commission, *op. cit.,* para. A38.

[323]New Zealand Law Commission, *op. cit.,* para. A42.

[324]บรรเจิด สิงคะเนติ, วรกร โอภาสนันท์ และอารยา สุขสม, **รายงานศึกษาฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน** (รายงานการวิจัย เสนอต่อสถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา, 2553), หน้า 186.

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญา” อย่างหนึ่งด้วยเช่นกัน โดยกระบวนการดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในขั้นตอนของการพิจารณาว่าร่างของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศสมควรที่จะตรากฎหมายเพื่อให้อำนาจกับฝ่ายบริหารในการให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบต่อบรรดาความตกลงระหว่างประเทศหรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือไม่

เป็นที่น่าสังเกตว่า ข้อบังคับของรัฐสภาฝรั่งเศสเองก็ยังกำหนดข้อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐสภาในเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจให้ความเห็นชอบเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารไว้ด้วยเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากข้อบังคับดังกล่าวกำหนดว่าร่างกฎหมายของรัฐบาลที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารเพื่อไปดำเนินการให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบนั้น รัฐสภาจะทำการลงมติได้แต่เพียงการรับร่างหรือการไม่รับร่างหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้งฉบับ (Must be voted on as a whole) ซึ่งหลักการดังกล่าวมีผลทำให้การตรากฎหมายเพื่อให้อำนาจกับฝ่ายบริหารไปดำเนินการให้สัตยาบันกับบรรดาความตกลงระหว่างประเทศหรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว สามารถดำเนินการไปโดยใช้เวลาไม่มากและไม่มีกระบวนการทางปฏิบัติที่มากเกินไปกว่าการตรากฎหมายตามรูปแบบปกติโดยทั่วไป (No more than a simple formality)[325]

นอกจากนั้นแล้ว จากการศึกษาพบว่าในทางปฏิบัติฝ่ายนิติบัญญัติยังมีอำนาจที่จะพิจารณาเนื้อหาสาระของ “ข้อผูกพันระหว่างประเทศ” หรือ “หนังสือสัญญาระหว่างประเทศ” ที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้นนั้นว่าความตกลงระหว่างประเทศเช่นว่านั้นจำต้องเสนอต่อฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อขอความเห็นชอบก่อนหรือไม่[326] แต่กระนั้นก็ตาม ในกระบวนการขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว หาได้มีข้อผูกมัดใด ๆ ที่รัฐสภาจะต้องอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบภายหลังจากที่ได้รับร่างหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจากฝ่ายบริหารเพื่อทำการพิจารณาแต่อย่างใดไม่[327]

แต่อย่างไรก็ตาม แม้รัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารพยายามให้รัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามามีส่วนร่วมในด้านนโยบายต่างประเทศ (Its Foreign Policy) ในหลายช่องทางด้วยเช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นการเชื่อมโยงผ่านคณะกรรมาธิการการต่างประเทศ (The Foreign Affairs Commissions) ทั้งในส่วนของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา (Bicameral Parliament: the Senate and the National Assembly)[328] เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศและความตกลงระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้นด้วยเช่นกันในฐานะที่เป็นการมีส่วนร่วมกับฝ่ายบริหารด้วยการเป็นกรรมาธิการการต่างประเทศ[329]

---

[325]Francois Luchaire, *op. cit.,* pp. 342-343.; New Zealand Law Commission, *op. cit.,* para. A40.

[326]Francois Luchaire, *op. cit.,* p. 354.

[327]*Ibid.,* p. 344.; New Zealand Law Commission, *op. cit.,* para. A41.

[328]Paragraph 1 of Article 24 the 1958 French Constitution; Ministry of Justice, *op. cit.,* pp. 3-4.

[329]Francois Luchaire, *op. cit.,* p. 354.; New Zealand Law Commission, *op. cit.,* para. A42.

อนึ่ง ร่างกฎหมายที่ให้อำนาจกับฝ่ายบริหารที่เสนอเพื่อขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัตินั้น จะต้องทำการประกาศหรือตีพิมพ์เผยแพร่ในหนังสือรัฐกิจจานุเบกษา (The Official Journal)[330] ภายใน 15 วันภายหลังได้รับความเห็นชอบ[331] ในขณะที่เนื้อหาสาระของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะไม่สามารถทำการตีพิมพ์เผยแพร่ได้จนกว่าประธานาธิบดีจะได้ทำการให้สัตยาบัน แม้จะเป็นทั้งในกรณีที่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศให้อำนาจกับสาธารณรัฐฝรั่งเศสกับรัฐอื่นใดก็ตาม หรือแม้จะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลใช้บังคับได้ด้วยตนเอง (Self-Executing) ก็ไม่สามารถอ้างอิงเพื่อใช้ในศาลของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้จนกว่าจะได้มีการตีพิมพ์เผยแพร่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวแล้วเท่านั้น[332]

สำหรับการจำแนกประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศซึ่งต้องนำเสนอต่อฝ่ายนิติบัญญัตินั้น ผู้เขียนค้นพบว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาตรา 53 และมาตรา 53-1 ของรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการจำแนกประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งต้องนำเสนอต่อรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อขอความเห็นชอบ[333] ซึ่งการเข้าทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว จะชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อได้รับการเห็นชอบหรือได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาเท่านั้น[334] การจำแนกประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมีการกำหนดไว้ดังนี้[335]

1. สนธิสัญญาสันติภาพ (Peace Treaties) ซึ่งรวมถึงการทำสนธิสัญญาร่วมเป็นพันธมิตร (Alliance Treaty) ด้วย

2. สนธิสัญญาการค้า (Trade Treaties) ซึ่งได้แก่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศและความตกลงทางการค้าทุกฉบับ รวมทั้งความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีด้วย

3. หนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับองค์การระหว่างประเทศ (Treaties Referring to International Organisations)

4. หนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเงินการคลังของประเทศ

5. หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการลี้ภัย (Asylum) สิทธิมนุษยชน (Human Rights Treaties) ซึ่งเกี่ยวข้องกับสถานภาพของบุคคลหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของบุคคล และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (fundamental Freedoms)

---

[330]ประสิทธิ์ เอกบุตร, **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สัญญา**, หน้า 188-189.

[331]Francois Stewart and Jones Source, *op. cit.,* p. 442.

[332]Francois Luchaire, *op. cit.,* p. 344.; New Zealand Law Commission, *op. cit.,* para. A41.

[333]Article 53 (1) of Important Treaties of Title VI Treaties and International Agreements of the 1958 French Constitution

[334]Article 53 (2) of Important Treaties of Title VI Treaties and International Agreements of the 1958 French Constitution

[335]Francois Luchaire, *op. cit.,* p. 347.; New Zealand Law Commission, *op. cit.,* para. A39.; ประสิทธิ์ เอกบุตร, **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สัญญา**, หน้า 111-112.

6. หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลต่อการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือต้องมีการตรากฎหมายเพื่อรองรับต่อความตกลงระหว่างประเทศ (Treaties Which Require Legislative Action)

7. หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงต่ออาณาจักร ซึ่งไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาที่เกี่ยวกับการสละดินแดนก็ดี การแลกเปลี่ยนดินแดนก็ดี หรือแม้แต่การควบดินแดน (Treaties Ceding, Exchanging or Adding Territory)

อนึ่ง ในกรณีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการยกดินแดน หรือการแลกเปลี่ยนดินแดน หรือการได้มาซึ่งดินแดนจะไม่มีผลสมบูรณ์ได้นั้น รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดว่าการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว หาได้มีผลสมบูรณ์ได้แต่อย่างใดไม่ เว้นแต่ จะได้รับความยินยอมจากประชาชนหรือภาคประชาชนที่มีความเกี่ยวข้องในดินแดนดังกล่าวเท่านั้น[336]

กล่าวโดยสรุป รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นฐานทางกฎหมายที่รับรองการใช้อำนาจของรัฐสภาในฐานะที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติในการเข้ามามีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทที่มีความสำคัญต่อรัฐเท่านั้น แต่ก็อาจกล่าวได้ว่าในเรื่องของการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติกลับมีบทบาทน้อยมากเกี่ยวกับกิจการและการทำความตกลงระหว่างประเทศ ด้วยเหตุที่หลักการความมีอำนาจสูงสุดของประธานาธิบดีทำให้ในทางปฏิบัติรัฐสภาฝรั่งเศสหาได้มีอำนาจและหน้าที่ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือแก้หนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หรือแม้แต่การตั้งข้อสงวน หรือแม้แต่การตีความในถ้อยคำในบรรดาหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ดำเนินการทำไปแล้วได้แต่อย่างใดไม่ รัฐสภามีแต่เพียงอำนาจว่าจะให้ความยินยอมหรือไม่ยินยอมเท่านั้น

นอกจากนั้น การให้ความเห็นชอบดำเนินการในรูปแบบของการผ่านเป็นกฎหมายให้อำนาจประธานาธิบดีไปทำการให้สัตยาบัน อาจกล่าวได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติหาได้มีบทบาทเข้ามามีส่วนร่วมในขั้นตอนของการเจรจาเพื่อทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่ แม้ในทางปฏิบัติฝ่ายนิติบัญญัติจะเข้ามามีส่วนร่วมกับฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบ้างก็ตาม แต่การเข้ามามีส่วนร่วมดังกล่าวก็เพียงแต่การเข้ามามีส่วนร่วมเฉพาะในรูปแบบของคณะกรรมาธิการการต่างประเทศเท่านั้น

3.1.2.4 บทสรุปการศึกษาเปรียบเทียบบทบาทและอำนาจให้ความเห็นชอบขององค์กรรองเกี่ยวกับกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศขององค์กรหลัก

จากการศึกษาเปรียบเทียบที่ผ่านมาผู้เขียนพบว่า การใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติของสหรัฐอเมริกาก็ดี สหราชอาณาจักรก็ดีและสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ดี หาได้มีความแตกต่างในเชิงหลักการเกี่ยวกับประเด็นที่ว่าด้วยฝ่ายนิติบัญญัติมีบทบาทและอำนาจหน้าที่หลักในการให้ความเห็นชอบกับการทำหนังสือสัญญาบางประเภทเท่านั้นแต่อย่างใดไม่ ในขณะที่อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทก็ยังคงสงวนไว้ว่าเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยลำพัง

---

[336]Article 53 (3) of Important Treaties of Title VI Treaties and International Agreements of the 1958 French Constitution

ในขณะที่ความแตกต่างในเรื่องของประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีความสำคัญและต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ ก็ด้วยเหตุที่แต่ละรัฐมีความแตกต่างกันในเชิงของการวางหลักการเกี่ยวกับประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้ ซึ่งเป็นเรื่องของสภาพสังคม การเมืองและเศรษฐกิจแต่ละรัฐ โดยเฉพาะฐานที่มาจากความจำเป็นของแต่ละรัฐว่าต้องการให้หนังสือสัญญาระหว่างประเทศประเภทใดบ้างที่ต้องได้รับการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำความตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ โดยฝ่ายนิติบัญญัติ

จากการศึกษาที่ผ่านมาผู้เขียนจัดกลุ่มการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องได้รับความเห็นชอบโดยแบ่งออกได้เป็น 3 กลุ่มดังนี้ กลุ่มที่หนึ่ง ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ตรงกันทั้ง 3 รัฐ กลุ่มที่สอง ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ตรงกันแค่ 2 รัฐ กลุ่มที่สาม ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะในรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้น

กลุ่มที่หนึ่ง ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ตรงกันทั้ง 3 รัฐ เมื่อศึกษาเปรียบเทียบแล้วพบว่าการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีความสำคัญต่อผลประโยชน์ของรัฐซึ่งจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติที่ตรงกันทั้ง 3 รัฐในการศึกษาครั้งนี้ ได้แก่ การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้านเศรษฐกิจ การค้าและการลงทุนของรัฐ หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อการเงินและการคลังของรัฐ หรือแม้แต่การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับเรื่องของระบบภาษีอากร ซึ่งเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ

กลุ่มที่สอง ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ตรงกันแค่ 2 รัฐ การกำหนดให้หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติที่ตรงกันใน 2 รัฐ ได้แก่ การกำหนดให้การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศซึ่งจะต้องดำเนินการตรากฎหมายภายในเพื่อรองรับหรืออนุวัติการเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัตินั้น ซึ่งมีแต่เพียงสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งใช้ระบบทวินิยมกำหนดให้การทำสนธิสัญญาประเภทนี้จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ ในขณะที่การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนนั้น สหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้กำหนดว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเช่นกัน

เป็นที่น่าสังเกตว่า การทำหนังสือสัญญาสันติภาพ หนังสือสัญญาร่วมเป็นพันธมิตร สาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ ในขณะที่สหรัฐอเมริกากำหนดให้หนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้านการเมืองและความมั่นคงทางการทหารจะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา แม้การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวจะมิได้ตรงกันในความหมายของลายลักษณ์อักษรกันในทีเดียวก็ตาม แต่หากพิจารณาขอบเขตและวัตถุประสงค์ของการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแล้ว ก็อาจจะกล่าวได้ว่าอยู่ในกลุ่มที่มีความเกี่ยวเนื่องกับการใช้กำลังทางการทหาร ในขณะที่สหราชอาณาจักรหาได้กำหนดหลักการดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ ก็อาจจะกล่าวได้ว่าการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว สหราชอาณาจักรได้กำหนดให้เป็นการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยลำพังของฝ่ายบริหารเท่านั้น

กลุ่มที่สาม ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เป็นหลักการเฉพาะในรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้น จากการศึกษาเปรียบเทียบจะพบว่าการจัดกลุ่มของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่

เป็นหลักการเฉพาะและตามบริบทและความจำเป็นของผลประโยชน์ชาติตามกฎหมายภายในแต่ละรัฐ นั้นยังมีความแตกต่างกันในเนื้อหาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเช่นกัน ดังจะเห็นได้จาก สหรัฐอเมริการัฐเดียวเท่านั้นที่กำหนดให้หนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อม และหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการให้ความร่วมมือด้านกฎหมายที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา

ส่วนสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็เป็นเพียงรัฐเดียวที่กำหนดให้การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับองค์การระหว่างประเทศ และการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับเขตแดนหรือดินแดนของอาณาจักร ซึ่งไม่ว่าจะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการสละดินแดนก็ดี การแลกเปลี่ยนดินแดนก็ดี หรือการควบดินแดนก็ดี เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภา

ในขณะที่สหราชอาณาจักรซึ่งมีประสบการณ์และการพัฒนาการจากการใช้อำนาจทางการเมืองภายในเป็นการเฉพาะของรัฐ ได้กำหนดให้การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องให้สัตยาบันตามหลักพอนซอนบายก็ดี หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีลักษณะทางการเมืองและเป็นที่การขัดแย้งกันก็ดี หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่สมาชิกรัฐสภาได้นำเข้าสู่การพิจารณาเนื่องด้วยเป็นปัญหาที่ต้องอภิปรายในรัฐสภาหรือจะต้องมีการยื่นญัตติสำหรับการถกเถียงอภิปรายเพื่อแสดงความคิดเห็นโต้แย้งกันในสภาก็ดี เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

นอกจากประเด็นเรื่องของประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแล้ว จากการศึกษาถึงบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติในการเข้ามามีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ผู้เขียนพบว่ารัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีบทบาทและอำนาจน้อยกว่าเมื่อเทียบกับบทบาทและอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาของสหรัฐอเมริกาและรัฐสภาของสหราชอาณาจักรในเรื่องเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ทำโดยฝ่ายบริหาร

นอกจากนั้นแล้ว ด้วยเหตุที่เกิดจากความแตกต่างในด้านการพัฒนาการของแต่ละรัฐเป็นการเฉพาะ วุฒิสภาของสหรัฐมีอำนาจที่ถูกกำหนดไว้เป็นการเฉพาะเกี่ยวกับอำนาจในการพิจารณาเพื่อให้คำแนะนำและความยินยอม ที่ผู้เขียนเรียกว่าเป็น “หลักการมีส่วนร่วมเชิงควบคุม” มากกว่าที่จะเป็นการมีส่วนร่วมในฐานะที่เป็นองค์กรที่มีหน้าที่ต้องตรากฎหมายรองรับต่อพันธกรณีระหว่างประเทศด้วยเพราะที่อยู่ภายใต้หลักการและแนวคิดแบบเอกนิยม ที่ซึ่งมีความแตกต่างไปจาก “หลักการมีส่วนร่วมของรัฐสภา” ของสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งเป็นอำนาจที่มีนิติฐานะจากการเป็นฝ่ายนิติบัญญัติและเป็นอำนาจที่เชื่อมโยงกับการใช้อำนาจเพื่อตรากฎหมาย (Legislative Assembly) รองรับกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารภาใต้หลักการและแนวคิดแบบทวินิยม

ศาสตราจารย์ Luchaire ได้ให้ความเห็นไว้น่าสนใจถึงบทบาทและอำนาจของวุฒิสภาของสหรัฐอเมริกาว่า วุฒิสภาเป็นองค์กรที่ดูประหนึ่งว่าเป็นผู้ที่ทำหน้าที่เป็นผู้ช่วยในนามของ

สหพันธรัฐ (The Federation of States) ของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา[337] แต่ในขณะที่ดูเหมือนว่ารัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติของสาธารณรัฐฝรั่งเศสกลับมีแต่อำนาจที่ใช้แต่เพียงการตรากฎหมายเพื่อรองรับต่อการใช้อำนาจในการให้สัตยาบันของประธานาธิบดีสาธารณรัฐฝรั่งเศสเท่านั้น ส่วนสหราชอาณาจักรหลักการที่ว่าด้วย “ความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา” กลับเป็นตัวกำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ให้รัฐสภาของสหราชอาณาจักรซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ สามารถใช้อำนาจตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารได้

3.1.3 บทบาทและอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นขององค์กรซึ่งกำหนดไว้โดยกฎหมายภายในและมีความแตกต่างกันในแต่ละรัฐ

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า แนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรหรือแม้แต่สาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ตาม ต่างก็มีแนวปฏิบัติไม่สอดคล้องไปในทิศทางเดียวกันเกี่ยวกับการใช้อำนาจขององค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ อาจกล่าวได้ว่าการกำหนดหลักการดังกล่าวเป็นไปตามลักษณะเฉพาะและบริบทของแต่ละระบบกฎหมายภายในซึ่งมีความแตกต่างกันในแต่ละรัฐ

เพื่อสนับสนุนข้อค้นพบจากการศึกษาเกี่ยวกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศที่มีความแตกต่างกัน ผู้เขียนจะทำการศึกษาว่าฐานทางกฎหมายใดเป็นฐานสนับสนุนให้องค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ และมีลักษณะของการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นอย่างใด ภายหลังจากนั้นผู้เขียนจะทำการสรุปผลการศึกษาเปรียบเทียบแนวปฏิบัติขององค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสในประเด็นการศึกษาเพื่อใช้เป็นฐานข้อมูลที่จะนำไปใช้ในการวิเคราะห์เปรียบเทียบตอนท้ายของบทนี้ต่อไป

3.1.3.1 ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาเป็นองค์กรที่มีเขตอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาด

จากการศึกษาพบว่าหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา[338] พบว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการ (Judicial Power) ว่า “มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยอาศัยอำนาจที่มาจากรัฐธรรมนูญ กฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาและหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ได้ทำขึ้นหรือจะได้กระทำขึ้นภายใต้ขอบเขตแห่งอำนาจ”[339] นอกจากนั้นแล้ว รัฐธรรมนูญยังได้กำหนดผลของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ทำกับรัฐต่างประเทศไว้เป็นหลักการว่า “หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ทำหรือที่จะทำโดยผู้แทนซึ่งมีอำนาจของสหรัฐอเมริกาจะมีนิติฐานะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศและผู้พิพากษาในทุกมลรัฐจะต้องผูกพันต่อหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว ซึ่งหมายความรวมถึงรัฐธรรมนูญหรือแม้แต่กฎหมายภายในของมลรัฐจะบัญญัติหรือกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นที่ขัดหรือแย้งไว้ก็ตาม”[340] โดยความ

---

[337]Francois Luchaire, *op. cit.,* p. 358.

[338]Section 2 of Article VI of the United States Constitution

[339]Section 2 of Article III of the United States Constitution

[340]International Legal Research Tutorial, *op. cit.*, para. 7-8.

ตกลงระหว่างประเทศไม่เพียงแต่มีนิติฐานะที่เหนือกฎหมายของสหพันธรัฐของสหรัฐอเมริกาเท่านั้น แต่หลักการดังกล่าวยังมีนิติฐานะที่อยู่เหนือกว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของมลรัฐ (Constitution of the State) หรือกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐ (State Congresses) ที่ขัดหรือแย้งกับหลักการในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน[341]

ในประเด็นเรื่องของนิติฐานะของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่สหรัฐอเมริกาได้ทำขึ้นกับรัฐต่างประเทศนั้น ย่อมสามารถมีผลใช้บังคับได้เสมือนเป็นกฎหมายภายในภายใต้แนวคิดและหลักการเรื่องเอกนิยมที่กฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศเป็นอย่างเดียวกัน และหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศมีนิติฐานะที่เหนือกว่าระบอบของกฎหมายภายใน (Domestic Law) สหรัฐอเมริกาหาจำต้องออกกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการตามความตกลงระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่ เฉกเช่นแนวปฏิบัติและระบบทวินิยมของประเทศสหราชอาณาจักรที่ซึ่งการนำกฎหมายระหว่างประเทศไปใช้บังคับได้นั้น จำต้องมีการออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการตามความตกลงระหว่างประเทศโดยรัฐสภาเสียก่อน จึงทำให้หนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีค่าบังคับในฐานะที่เป็นกฎหมายภายใน ดังนั้น หากสหรัฐอเมริกาตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนอกจากบทบัญญัติดังกล่าวจะไม่มีค่าบังคับได้ตามระบอบของกฎหมายภายในแล้ว บทบัญญัติดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดความรับผิดในทางกฎหมายระหว่างประเทศได้ด้วยเช่นกัน[342]

ในเรื่องการบังคับใช้หนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยองค์กรตุลาการนั้น ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้แยกลักษณะของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาออกเป็นสองประเภท กล่าวคือ ประเภทที่หนึ่ง หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลบังคับใช้ได้ในตัวเอง (Self-Executing Treaties) โดยหนังสือสัญญาประเภทดังกล่าวนี้ หาจำต้องตรากฎหมายภายในออกมาเพื่อรองรับต่อหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก่อนแต่อย่างใดไม่ เนื่องจากหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวมีรายละเอียดในข้อบทต่าง ๆ ที่สามารถนำไปใช้บังคับได้โดยองค์กรตุลาการ อาทิ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980 [CISG]) เป็นต้น และประเภทที่สอง หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ไม่มีผลใช้บังคับได้ในตัวเอง (Non Self-Executing Treaties) การมีผลบังคับใช้ภายในประเทศจำต้องมีการตราเป็นกฎหมายภายในเพื่อรองรับต่อหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ได้ทำขึ้นก่อน เนื่องจากหนังสือสัญญาระหว่างประเทศประเภทนี้ มีเนื้อหาสาระที่หาได้เกี่ยวกับข้องกับการนำไปบังคับใช้ภายในรัฐแต่อย่างใดไม่[343] อาทิ หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับความร่วมมือทางการเมืองหรือทางการทหาร เป็นต้น หนังสือสัญญาระหว่างประเทศประเภทดังกล่าว

---

[341]National Commission to Review the Working of the Constitution, Law Commission of India, *op. cit.,* p. 871.

[342]ประสิทธิ์ เอกบุตร, **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สัญญา**, หน้า 52-55.

[343]Carlos Manuel Vázquez, “The Four Doctrines of Self-Executing Treaties,” **The American Journal of International Law** 89 (1995): 659-660, Retrieved August 28, 2015 from http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2008&context=facpub

จำเป็นต้องนำไปปฏิบัติหรือใช้บังคับภายในรัฐ ฝ่ายบริหารก็จำต้องเสนอให้มีการตราเป็นกฎหมายภายในเพื่อให้มีผลใช้บังคับได้ภายในประเทศก่อนเพื่อเสริมหรือกำหนดรายละเอียดที่สามารถนำไปปฏิบัติที่นอกเหนือไปจากข้อบทในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว[344]

แต่กระนั้นก็ตาม หลักการในเรื่องของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลบังคับใช้ได้ในตัวเองและหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ไม่มีผลใช้บังคับได้ในตัวเองดังกล่าวนี้ เป็นหลักเกณฑ์ที่เกิดขึ้นและพัฒนาเป็นหลักการในทางปฏิบัติที่ใช้บังคับเป็นการเฉพาะภายในสหรัฐอเมริกาเท่านั้น ลักษณะและหลักเกณฑ์ดังกล่าวหาได้ถูกกำหนดเป็นหลักการของลักษณะของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศภายใต้หลักการของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 แต่อย่างใดไม่

เป็นที่ประจักษ์ว่ารัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา[345] ได้กำหนดองค์กรและอำนาจตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกาไว้ให้เป็นอำนาจของศาลสูง จากการศึกษาพบว่า ในคดีระหว่างรัฐมิสซูรีกับฮอลแลนด์ (Missouri v. Holland)[346] โดยศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้ว่าหลักในคดีนี้ไว้ว่า อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศภายใต้รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเป็นอำนาจอย่างหนึ่งที่แบ่งแยกมาจากอำนาจที่มีของรัฐบาลสหพันธ์รัฐ (Federal Government) ดังนั้น รัฐบาลสหพันธ์รัฐย่อมมีอำนาจที่ตรากฎหมายโดยอาศัยอำนาจจากข้อบทในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในขอบเขตที่กำหนดไว้ได้นอกเหนือไปจากอำนาจของฝ่ายบริหารของแต่ละมลรัฐ ในทางกลับกันข้อตกลงของฝ่ายบริหาร (A Congressional-Executive Agreement or A Sole-Executive Agreement) สามารถใช้ได้แต่เฉพาะภายใต้หลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญให้อำนาจแก่สภาครองเกรสและประธานาธิบดีเท่านั้น อาทิ หนังสือสัญญาระหว่างประเทศอาจวางข้อกำหนดในเรื่องของโทษปรับ (Capital Punishment) กับคนต่างชาติได้ แต่ข้อตกลงของฝ่ายบริหารหาได้มีอำนาจในการดำเนินการเช่นว่านั้นได้แต่อย่างใดไม่

---

[344]ประสิทธิ์ เอกบุตร, **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สัญญา,** หน้า 120, 198.

[345]Section 2 of Article III of the United States Constitution

[346] Missouri v. Holland (The United States Supreme Court, 1920) สหรัฐอเมริกาได้ลงนามในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกับสหราชอาณาจักรในการร่วมกันปกป้องนกย้ายถิ่นฐานในฐานะที่มีความสำคัญกับแหล่งอาหารและการควบคุมแมลงศัตรูพืช โดยนกดังกล่าวได้อพยพย้ายถิ่นผ่านมายังประเทศแคนนาดาและส่วนหนึ่งของสหรัฐอเมริกา รัฐบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองนกย้ายถิ่นจึงได้ถูกตราขึ้นจากข้อบทในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ มลรัฐมิสซูรีได้ทำการคัดค้านการตรากฎหมายดังกล่าวและกฎหมายฉบับอื่น ๆ ที่ตราโดยสภาครองเกรสที่แม้จะมิได้อาศัยอำนาจตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวด้วยก็ตาม เนื่องจากการวางข้อกำหนดในการฆ่านกย้ายถิ่นฐานดังกล่าวภายในรัฐมิสซูรีหาได้มีรัฐธรรมนูญรองรับแต่อย่างใดไม่ โดยรัฐมิสซูรีต่อสู้ว่าสภาครองเกรสไม่มีอำนาจที่จะตรากฎหมายเช่นว่านี้ได้โดยปราศจากหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ในขณะที่รัฐมิสซูรีต่างหากที่ควรมีอำนาจในการเรื่องการตรากฎหมายดังกล่าวได้ในฐานะที่เป็นผู้บังคับการให้ตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

กล่าวโดยสรุป รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเป็นฐานการใช้อำนาจของศาลของสหพันธรัฐในการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นเรื่องของอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้ และการใช้อำนาจของศาลสูงได้วินิจฉัยทั้งในเรื่องของอำนาจในการหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่าเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร ซึ่งอยู่ในความหมายในลักษณะที่เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลใช้บังคับด้วยตัวเอง

3.1.3.2 ศาลสูงของสหราชอาณาจักรไม่มีเขตอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาด

จากการศึกษาเรื่องพระราชอำนาจของสถาบันพระมหากษัตริย์ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ผ่านมา ไม่เพียงแต่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาของสหราชอาณาจักรเท่านั้นที่หาได้มีบทบาทและอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องทั้งในการเจรจาหรือการทำความตกลงระหว่างประเทศ แต่ในการใช้พระราชอำนาจดังกล่าวยังหมายความรวมไปถึงการใช้อำนาจของศาลสูงของสหราชอาณาจักรในการตรวจสอบการใช้อำนาจในกระบวนการทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวด้วยเช่นกัน ด้วยเหตุที่การใช้อำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศมีนิติฐานะเป็นการกระทำของรัฐ (Act of State) และไม่ว่าปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวจะเป็นประเด็นปัญหาที่มีผลกระทบอย่างใดอย่างหนึ่งจากการเข้าทำความตกลงระหว่างประเทศที่มีต่อกฎหมายภายใน (Domestic Law) และต่อศาลของสหราชอาณาจักร (Domestic Court) ก็ตาม[347]

แต่จากการศึกษาพบว่าศาลของสหราชอาณาจักรวางหลักการไว้เป็นคำพิพากษาว่าศาลของอังกฤษไม่มีอำนาจในการทบทวนความชอบด้วยกฎหมายในประเด็นเรื่องการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร[348] หรือแม้แต่ทำการตีความหรือพิจารณาพิพากษาให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวได้โดยมิได้ตราให้เป็นกฎหมายภายในเสียก่อน[349] เนื่องจากคำพิพากษาของศาลอังกฤษได้วางหลักการทั่วไป (A General Rule) ไว้ไม่ว่าจะเป็นทั้งในเรื่องของอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี หรือแม้แต่การปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ที่กำหนดไว้ในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี ต่างไม่สามารถทำการตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายบริหารโดยศาลอังกฤษได้แต่อย่างใด

นอกจากนั้นแล้ว นิติฐานะของการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในสหราชาอาณาจักรนั้นได้เคยถูกวินิจฉัยมาก่อนโดยองค์มนตรี (The Privy Council) และได้ถูกตัดสินยืนยันอีกครั้งโดยสภาขุนนาง (The House of Lords) ในการวินิจฉัยคดีปี ค.ศ. 1876 คดีระหว่าง Rustomjee Vs. R. และคดีระหว่างบริษัทเรเนอร์กับกรมการค้าและอุตสาหกรรม ในปี ค.ศ. 1990 (J. H. Rayner Limited Vs. Dept. of Trade and Industry 1990) โดยให้ความเห็นว่า รัฐบาลมีอำนาจเกี่ยวกับกระบวนการในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นทั้งในเรื่องของการเจรจาหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี การตีความหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี การให้ความเห็นหรือการอธิบายหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี การละเมิดพันธกรณีตามที่กำหนดไว้ในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี การปฏิเสธการมีผลของหนังสือสัญญาระหว่าง

---

[347]Templeman the Right Honourable the Lord, *op. cit.,* p. 461.

[348]Monica Claes, *op. cit.*, p. 488.

[349]Templeman the Right Honourable the Lord, *op. cit.,* p. 469.

ประเทศก็ดี หรือแม้แต่จะเป็นอำนาจในการที่จะยกเลิกความผูกพันที่มีในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ตาม โดยที่รัฐสภามีอำนาจที่จะทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ ในขณะเดียวกันศาลมีบทบาทและหน้าที่ที่จะต้องบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเหล่านั้น แต่กระนั้นก็ตาม กรณีดังกล่าวผู้พิพากษาหาได้มีอำนาจใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นทั้งในการที่จะออกคำสั่งเพื่ออนุญาตให้ดำเนินการอย่างใด ๆ เป็นการเฉพาะเกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หรือการดำเนินการเพื่อตัดสินอย่างใดอย่างหนึ่งจนนำไปสู่การก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฏฐาธิปัตย์เกี่ยวกับการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หรือการสร้างหลักเกณฑ์ใด ๆ ในกฎหมาย หรือแม้แต่การตีความบทบัญญัติใด ๆ ในกฎหมายในเรื่องที่เกี่ยวกับการบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้แต่อย่างใดไม่[350]

ในปี ค.ศ. 1971 คดีระหว่างอัยการกับแบล็คเบร์น (Blackburn Vs. Att. General)[351] ศาลได้ปฏิเสธการรับไว้พิจารณาซึ่งเป็นพระราชอำนาจของสถาบันกษัตริย์ (Power of Crown) ในการดำเนินการประกาศเพื่อเข้าร่วมในสนธิสัญญาโรม (Treaty of Rome) เพื่อก่อตั้งประชาคมยุโรป (European Community) โดยศาลได้วางหลักไว้ในคดีดังกล่าวไว้ว่า อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นพระราชอำนาจของสถาบันพระมหากษัตริย์หาได้เป็นอำนาจของศาลแต่อย่างใดไม่ และการใช้พระราชอำนาจดังกล่าวไม่สามารถดำเนินการตรวจสอบได้โดยศาล แต่กระนั้นก็ตามศาลยังได้วางหลักเพิ่มเติมไว้ว่า อำนาจของศาลจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวได้มีการตราเป็นกฎหมายภายในโดยฝ่ายนิติบัญญัติแล้วเท่านั้น (Legislation Enacted by Parliament)[352]

แต่อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวหากปรากฏข้อเท็จจริงไว้ว่าในกรณีที่มีกฎหมายได้กำหนดไว้หรือโดยอนุมานได้ว่า มีการจำกัดอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือการปฏิบัติการตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ได้กำหนดไว้ในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ดังจะเห็นได้จากในปี ค.ศ. 1977 คดีระหว่างสายการบินเลเคอร์กับกรมการค้า (Laker Airways Vs. Department of Trade)[353] กรณีดังกล่าวศาลอุทธรณ์ (The Court of Appeal) ได้เคยตัดสินไว้ในฐานะที่เป็นกรณียกเว้นโดยวางหลักไว้ว่า หากมีการอนุมานได้ว่ามีอำนาจที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งผูกพันกับอำนาจพิเศษของสถาบันกษัตริย์ซึ่งเกิดขึ้นตามที่กำหนดไว้ในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศระหว่างสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกาในการดำเนินการที่เหมาะสม ศาลก็มีอำนาจที่จะดำเนินการตรวจสอบได้เช่นกัน

---

[350]Rustomjee v. R. (Court of Queen's Bench, 1876); J. H. Rayner Limited v. Department of Trade and Industry (House of Lords, 1990); National Commission to Review the Working of the Constitution, Law Commission of India, *op. cit.,* p. 873.

[351]Blackburn v. Att. General (Court of Appeal, Civil Division, 1971)

[352]Clive Lewis, **Judicial Remedies in Public Law** (London: Sweet & Maxwell, 1992), pp. 18-19.

[353]Laker Airways v. Department of Trade (Court of Appeal, Civil Division, 1977)

กล่าวโดยสรุป ในระบบของกฎหมายของสหราชอาณาจักรศาลสูงยังคงเคารพต่อการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่ดำเนินการในนามของสถาบันพระมหากษัตริย์ในทางการเมืองระหว่างประเทศ ศาลสูงของสหราชอาณาจักรยังคงยึดมั่นในเชิงหลักการและวางแนวคำพิพากษาว่า ศาลของสหราชอาณาจักรไม่มีอำนาจในการทบทวนความชอบด้วยกฎหมายในประเด็นเรื่องการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร หรือแม้แต่ทำการตีความหรือพิจารณาพิพากษาให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวได้โดยยังไม่ได้ตราเป็นกฎหมายภายในรองรับเสียก่อนโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลมีอำนาจแต่เพียงวินิจฉัยให้เป็นไปตามกฎหมายภายในเท่านั้น

โดยศาลยืนยันหลักการใช้อำนาจดังกล่าวว่า เป็นอำนาจเฉพาะของรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารเกี่ยวกับกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นทั้งในเรื่องของการเจรจาหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี การตีความหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี การให้ความเห็นหรือการอธิบายหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี การละเมิดพันธกรณีตามที่กำหนดไว้ในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี การปฏิเสธการมีผลของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี หรือแม้แต่จะเป็นอำนาจในการที่จะยกเลิกความผูกพันที่มีในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ตาม

3.1.3.3 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นองค์กรที่มีเขตอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาด

จากการศึกษาพบว่า รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศสรองรับและเป็นฐานการใช้อำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (The Constitutional Council)[354] ในการวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นข้อพิพาทซึ่งเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้เป็นการเฉพาะ ในขณะที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งใช้ระบบศาลคู่อันมีองค์กรตุลาการที่มีเขตอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีข้อพิพาทได้โดย 2 ศาล

---

[354]คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 นั้นหาได้มีนิติฐานะเฉกเช่นองค์กรตุลาการหรือศาลแต่อย่างใดไม่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญนี้มีลักษณะเฉพาะอันเกิดจากการพัฒนาทางประวัติศาสตร์ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ที่มีรูปแบบในลักษณะที่เป็น “คณะกรรมการ” ซึ่งมีความเป็นกลาง โดยมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการลดความขัดแย้งระหว่างรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติกับรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร ในขณะที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหาได้มีวัตถุประสงค์ในการทำหน้าที่เป็นองค์กรซึ่งเป็นหลักประกันในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแต่อย่างใดไม่ เป็นที่น่าสังเกตว่า การควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะดำเนินการก็แต่เฉพาะการควบคุมก่อนประกาศใช้กฎหมายเท่านั้น ในขณะที่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหาได้มีบทบัญญัติใด ๆ ที่ให้อำนาจแก่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำการควบคุมกฎหมายได้ภายหลังจากที่มีการประกาศใช้กฎหมายไปแล้วแต่อย่างใดไม่; นันทวัฒน์ บรมานันท์, “ศาลรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส ตอนแรก,” **Public Law Net** (ธันวาคม 2547): 2, ค้นวันที่ 28 สิงหาคม 2558 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=174; นันทวัฒน์ บรมานันท์, **กฎหมายปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2557), หน้า 302-303.

ได้แก่ ศาลปกครอง (Administrative Courts) ซึ่งมีเขตอำนาจในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง และศาลยุติธรรม (Judicial Courts) ซึ่งมีเขตอำนาจในคดีอาญาและคดีแพ่ง[355]

แต่กระนั้นก็ตาม ด้วยพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสทำให้มีการพัฒนาระบบ “การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ทั้งในเรื่องการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการควบคุมขอบเขตการใช้อำนาจการตรากฎหมายระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดา การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ และการควบคุม “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพันธกรณีระหว่างประเทศ”[356]

พึงทำความเข้าใจตรงกันก่อนว่า แม้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาตรา 54 จะใช้ถ้อยคำว่า การทำ “ข้อผูกพันระหว่างประเทศ” (International Commitment) ก็ตาม แต่นัยทางกฎหมายดังกล่าว ย่อมหมายถึงการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หรือการทำความตกลงระหว่างประเทศในทุกประเภท อาทิ อนุสัญญา (Convention) กติกา (Pact) หรือ ความตกลง (Accord) เป็นต้น[357]

ในขณะที่การทำข้อผูกพันระหว่างประเทศหรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามนัยของรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น นักกฎหมายมหาชนบางท่าน[358] เรียกว่า “การควบคุมพันธกรณีระหว่างประเทศ (engagements interna-tionaux)” การควบคุมดังกล่าวรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดให้เป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่มีชื่อเรียกว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” (The Constitutional Council) ซึ่งทำหน้าที่ในการอรรถาธิบายความ (Interpret) บทบัญญัติสูงสุดที่เป็นบรรทัดฐานสาธารณรัฐฝรั่งเศสและบรรทัดฐานระหว่างประเทศ (The Highest French and International Norms) เพื่อเป็นหลักประกันว่าหลักการในรัฐธรรมนูญจะได้รับความคุ้มครอง[359]

เป็นที่ประจักษ์ว่า มาตรา 54 ของรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นบทบัญญัติที่รองรับและให้อำนาจแก่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการใช้อำนาจทางรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบ การใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ (Constitutional Review of Exercise Treaty

---

[355]French Ministry of Foreign Affairs, **The French Justice System (June 2007)**, p. 2, Retrieved August 28, 2015 from http://ambafrance-us.org/IMG/pdf/Justice_ag.pdf

[356]สมคิด เลิศไพฑูรย์, **รายงานการวิจัย เรื่อง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส** (รายงานการวิจัย เสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2548), หน้า 66-67.

[357]Francois Luchaire, *op. cit.,* p. 351.

[358]นันทวัฒน์ บรมานันท์, “ศาลรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส ตอนที่ 2,” **Public Law Net** (ธันวาคม 2547): 3-4, ค้นวันที่ 28 สิงหาคม 2558 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=176#m15

[359]Ministry of Justice, *op. cit.,* p. 3.

Making Power)[360] ในกรณีที่ปรากฏว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ดำเนินการทำขึ้นมา ซึ่งยังอยู่ในกระบวนการทำความตกลงแต่ยังมิได้ให้สัตยาบันนั้น มีบทบัญญัติข้อใดข้อหนึ่งที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ในกรณีเช่นว่านี้หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ทำขึ้นดังกล่าวมีบทบัญญัติข้อใดข้อหนึ่งที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ดังนั้น อำนาจของประธานาธิบดีที่จะทำการให้สัตยาบัน (Ratify) หรือให้ความเห็นชอบ (Approve) กับข้อผูกพันระหว่างประเทศ (International Commitment) ดังกล่าวจะทำได้ก็ต่อเมื่อได้มีการแก้ไขบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสแล้วเท่านั้น[361]

นักกฎหมายบางท่าน[362] กล่าวว่าการที่รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดหลักการไว้เช่นนี้เป็นเพราะรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดได้ให้ความเคารพต่อหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศมากกว่า[363] เมื่อเป็นที่ประจักษ์ว่า ข้อผูกพันระหว่างประเทศที่รัฐจะได้ทำขึ้นนั้นขัดต่อหลักการในรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส รัฐธรรมนูญจึงต้องทำการแก้ไขให้สอดคล้องกับข้อผูกพันระหว่างประเทศ ดังเช่นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยยืนยันไว้ตามมาตรา 55 แห่งรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1985 ไว้ว่าความตกลงระหว่างประเทศและหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของยุโรปมีนิติฐานะเป็นบรรทัดฐานสูงสุด ดังนั้น ในกรณีที่รัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศฉบับใด ๆ ก็ตาม รัฐธรรมนูญดังกล่าวจำต้องมีการทบทวน (Review) เพื่อปรับปรุงแก้ไขก่อนที่จะมีการให้สัตยาบันกับข้อผูกพันระหว่างประเทศดังกล่าว[364] ทั้งนี้ เพื่อเคารพต่อหลักการที่มีตามข้อผูกพันระหว่างประเทศ และเพื่อมิให้กฎหมายภายในกลับกลายมาเป็นอุปสรรคต่อกรอบความร่วมมือในทางระหว่างประเทศ[365]

เป็นที่น่าสังเกตว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนที่กฎหมายก็ดีหรือข้อผูกพันระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาก็ดีจะมีผล

---

[360]E. Lauterpacht and C. J. Greenwood, eds., **International Law Reports:** Volume 98 (Cambridge: Research Center for International Law, University of Cambridge, 1994), p. 180.

[361]Noelle Lenoir, "The Constitutional Council and the European Convention of Human Right: The French Paradox," In **Judicial Review in International Perspective: Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley**, Mads Andenas, ed. (The Hague, The Netherland: Kluwer Law International, 2000), p. 162.

[362]สมคิด เลิศไพฑูรย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 66-67.; นันทวัฒน์ บรมานันท์, "ศาลรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส ตอนที่ 2," **Public Law Net,** หน้า 3-4.; บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, *เรื่องเดิม,* หน้า 184.

[363]Ministry of Justice, *op. cit.,* pp. 3-4.

[364]*Ibid.*

[365]นันทวัฒน์ บรมานันท์, **หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547), หน้า 82.

ใช้บังคับแล้วเท่านั้น[366] ในกรณีที่กฎหมายซึ่งมีผลใช้บังคับแล้วคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยไว้ว่า ไม่มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้อำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายสอดคล้องหรือขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยเฉพาะกรณีการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนที่กฎหมายจะมีผลใช้บังคับแล้วเท่านั้น[367]

แต่กระนั้นก็ตาม พึงต้องเข้าใจว่าหลักการที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส[368] ซึ่งรับรองว่าบรรดาความตกลงระหว่างประเทศหรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศย่อมมีค่าบังคับและสถานะสูงกว่ากฎหมายภายใน (Laws) นั้น ซึ่งหมายความแต่เฉพาะกรณีที่เป็นกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติเท่านั้น หาได้หมายถึงกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญแต่อย่างใดไม่[369] ดังนั้น หากเป็นกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญแล้ว ตามระบอบกฎหมายภายในของสาธารณรัฐฝรั่งเศสย่อมมีค่าบังคับและสถานะที่สูงกว่าความตกลงระหว่างประเทศหรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ[370]

ในขณะที่บทบาทและอำนาจของฝ่ายตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดบทบัญญัติในความตกลงระหว่างประเทศภายหลังจากที่ข้อบทดังกล่าวมีผลใช้บังคับไปแล้วนั้น กลับเป็นบทบาทและอำนาจของสภาแห่งรัฐ (Conseild' Etat) หรือศาลปกครองสูงสุดของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ดังเช่นที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ปฏิเสธไม่บังคับให้เป็นไปตามความตกลงระหว่างประเทศหรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ นอกจากนั้นแล้ว ศาลปกครองสูงสุดยังเป็นองค์กรตุลาการที่มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับบรรดาความตกลงระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาเฉพาะที่มีผลใช้บังคับในดินแดนของสาธารณรัฐฝรั่งเศสแล้วเท่านั้น

แต่กระนั้นก็ตาม ในกรณีที่บรรดาความตกลงระหว่างประเทศหรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ยังอยู่ในระหว่างกระบวนการทำความตกลงระหว่างประเทศ และยังหาได้มีผลใช้บังคับในดินแดนของสาธารณรัฐฝรั่งเศสแต่อย่างใดไม่ รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศสรับรองให้เป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้ใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวว่ามีบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่

พึงต้องเข้าใจว่า สถานะทางกฎหมายของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหาได้มีนิติฐานะเป็นองค์กรตุลาการและเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในทางกฎหมายระดับรัฐบัญญัติในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาข้อพิพาทแต่อย่างใดไม่ จากการศึกษาพบว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีองค์ประกอบที่มาจาก

---

[366]นันทวัฒน์ บรมานันท์, "ศาลรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส ตอนที่ 3," **Public Law Net** (ธันวาคม 2547): 5, ค้นวันที่ 28 สิงหาคม 2558 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=175; บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, *เรื่องเดิม,* หน้า 186, 191.

[367]คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสลงวันที่ 5 พฤษภาคม 1959, 16 มิถุนายน 1959, 26 มิถุนายน 1959, 15 มกราคม 1960, 5 พฤษภาคม 1969 และ 27 กรกฎาคม 1978; สมคิด เลิศไพฑูรย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 35-36.

[368]Article 55 Force of Law, Principle of Reciprocity of the 1958 French Constitution

[369]René Chapus, *op. cit.,* p. 137 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, *เรื่องเดิม,* หน้า 185.

[370]บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 185.

การแต่งตั้งทั้งจากฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติประกอบกัน[371] ตัวบุคคลที่ถูกแต่งตั้งดังกล่าวจึงมีฐานที่มาจากฐานการใช้อำนาจทางการเมืองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นหลัก ดังนั้น การใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นปัญหาเรื่องของ “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับพันธกรณีระหว่างประเทศ” ดังกล่าว ซึ่งมีฐานการใช้อำนาจที่มาจากการใช้อำนาจทาง “การเมืองระหว่างประเทศ” ของฝ่ายบริหาร การวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นดังกล่าวจึงต้องใช้องค์กรที่มีฐานที่มาจากการเมือง และต้องเป็นวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นปัญหาที่มาจากการใช้อำนาจทางการเมืองเท่านั้นในการหาข้อยุติปัญหาข้อพิพาททางการเมือง (Political Questions) ที่เกิดขึ้น

แต่ในขณะที่การวินิจฉัยชี้ขาดปัญหา “ความชอบด้วยกฎหมายภายในระดับรัฐบัญญัติ” กับบรรดาความตกลงระหว่างประเทศหรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีสภาพบังคับใช้แล้ว กับประเด็นเรื่องขององค์กรและการใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดสถานะและการบังคับใช้กฎหมายระหว่างความตกลงระหว่างประเทศหรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในนั้น ย่อมเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นปัญหาที่มีฐานที่มาจากการใช้ “อำนาจทางกฎหมาย” หาได้เป็นการใช้อำนาจที่มีฐานที่มาจากการใช้อำนาจทางการเมืองแต่อย่างใดไม่ ดังนั้น ระบบกฎหมายฝรั่งเศสจึงวางดุลการใช้อำนาจตุลาการในการใช้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวให้เป็นอำนาจของศาลปกครองสูงสุด[372]

สำหรับประเด็นเรื่องผู้มีสิทธิเสนอเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยประเด็นของความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพันธกรณีระหว่างประเทศนั้น รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้กำหนดหลักการไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งให้เป็นอำนาจไม่ว่าจะเป็นอำนาจประธานาธิบดีของสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ดี หรือนายกรัฐมนตรีก็ดี หรือประธานสภาใดสภาหนึ่งไม่ว่าจะเป็นสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาก็ดี หรือสมาชิกสภาผู้แทนจำนวน 60 คนก็ดี หรือแม้แต่สมาชิกวุฒิสภาจำนวน 60 คนก็ดี[373] ในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีสิทธิเสนอเรื่องให้คณะตุลาการ

---

[371]คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสประกอบด้วยองค์คณะจำนวนเก้าคน โดยให้มีวาระการดำรงตำแหน่งเก้าปีและไม่อาจรับตำแหน่งใหม่ได้อีก ทั้งนี้ ให้มีการเปลี่ยนตัวองค์คณะของตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวนหนึ่งในสามทุกสามปี โดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีอำนาจและเป็นผู้แต่งตั้งองค์คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวนสามคน ซึ่งประกอบไปด้วยประธานสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้งองค์คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวนสามคนและประธานวุฒิสภาแต่งตั้งองค์คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวนสามคน นอกจากองค์คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวนเก้าคนดังกล่าวข้างต้นแล้ว ให้อดีตประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสทุกคนดำรงตำแหน่งเป็นองค์คณะตุลาการรัฐธรรมนูญโดยมีกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งตลอดชีพ; Article 56 of Membership of Title VII the Constitutional Council of the 1958 French Constitution; Ministry of Justice, *op. cit.,* pp. 3-7.

[372]René Chapus, *op. cit.,* p. 137 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, *เรื่องเดิม,* หน้า 185.

[373]มาตรา 18 ของรัฐกำหนดเลขที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 เกี่ยวกับกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐกำหนดเลขที่ 59-223 ลงวันที่ 4 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1958; สมคิด เลิศไพฑูรย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 97.

รัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าว และในกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ทำคำวินิจฉัยว่าข้อผูกพันระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ดำเนินการไปแล้วนั้น มีข้อบทที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส อำนาจในการให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบกับข้อผูกพันระหว่างประเทศดังกล่าวจะดำเนินการได้ก็แต่เพียงภายหลังจากที่มีการแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสไปแล้วเท่านั้น[374]

เป็นที่น่าสังเกตว่า หลักการในรัฐธรรมนูญกำหนดฐานการใช้อำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส เพื่อให้มีและสามารถใช้อำนาจในพิจารณาว่าข้อผูกพันระหว่างประเทศหรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้นนั้นมีบทบัญญัติหนึ่งบทบัญญัติใดที่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากมีบทบัญญัติใด ๆ ก็ตามมีเนื้อหาสาระที่ขัดต่อบทบัญญัติหรือหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว การให้สัตยาบันของฝ่ายบริหารก็ไม่สามารถดำเนินการได้แต่อย่างใด[375]

ในขณะที่การใช้อำนาจดังกล่าวของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าว ย่อมหมายความรวมไปถึงการใช้อำนาจในการพิจารณาและวินิจฉัยว่าข้อผูกพันระหว่างประเทศหรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ทำขึ้นโดยฝ่ายบริหารดังกล่าวว่า เป็นข้อผูกพันระหว่างประเทศที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติตามบทบัญญัติในมาตรา 54 ด้วยหรือไม่

นอกจากนั้นแล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเองก็ยังเคยใช้อำนาจในการวินิจฉัยไปถึงในเนื้อหาของความตกลงและผลของความผูกพันว่าผลตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้ในประชาคม (Community Rules) ย่อมสามารถใช้บังคับได้ในทุกรัฐสมาชิก[376] ในฐานะที่เป็นเนื้อหาของข้อผูกพันระหว่างประเทศว่า สอดคล้องกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสหรือไม่ อย่างไร

แต่กระนั้นก็ตาม แม้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวก็ตาม แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเองก็หาได้มีอำนาจในการแก้ไขบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เป็นไปตามความตกลงระหว่างประเทศหรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้วยตัวองค์กรของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเองด้วยแต่อย่างใดไม่ อาจกล่าวได้ว่าคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นจุดเริ่มต้นที่นำไปสู่ข้อเรียกร้องให้มีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ต่อไป[377]

จากการศึกษายังพบว่า คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น รัฐธรรมนูญได้วางหลักการไว้ว่า ไม่ว่าองค์กรใดก็ตามก็ไม่สามารถใช้อำนาจ

---

[374]Article 54 of Primacy of Constitution of the 1958 French Constitution

[375]Pierre Michel Eisemann and Raphaële Rivier, “National Treaty Law and Practice: France,” In **National Treaty Law and Practice** (Boston: Martinus Nijhoff, 2005), p. 263.

[376]Decision of Dec. 30, 1975, Con. const., 1975 Recueil Con. const., No. 75-60 at 28 (Examined the act of finances of 1976 and, notably, arts. 41-III and 47); Francois Luchaire, *op. cit.,* p. 352.

[377]บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, *เรื่องเดิม,* หน้า 189-190.

(Jurisdiction) ทำการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้แต่อย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คำวินิจฉัยดังกล่าวยังมีผลผูกพันต่อทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นรัฐบาล หรือฝ่ายปกครองหรือองค์กรที่มีการใช้อำนาจอื่นใดก็ตามที่จะต้องถือปฏิบัติตาม[378] ด้วยเหตุที่คำวินิจฉัยในเรื่องข้อผูกพันระหว่างประเทศตามมาตรา 54 ของรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศสดังกล่าว มีลักษณะเป็นคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเฉกเช่นเดียวกันกับผลของคำพิพากษาของศาล ดังนั้น คำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงมีผลทางกฎหมายผูกพันกับทุกองค์กรตามบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

เป็นที่น่าสังเกตว่า คำวินิจฉัยในลักษณะดังกล่าวยังปรากฏให้เห็นได้ในบทบัญญัติอื่นของรัฐธรรมนูญอีก อาทิ คำวินิจฉัยในกรณีพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั่วไป กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ รวมถึงข้อบังคับเกี่ยวกับการประชุมสภาตามมาตรา 61 เป็นต้น[379]

ส่วนการทำคำวินิจฉัยชี้ขาดและผลของคำวินิจฉัยชี้ขาดต่อการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามพันธกรณีระหว่างประเทศนั้น จากการศึกษายังพบว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องแสดงซึ่งเหตุผลและต้องประกาศให้ทราบโดยทั่วกันในรัฐกิจจานุเบกษา (Official Journal)[380] หากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญสอดคล้องต้องกันกับข้อผูกพันระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ดำเนินการมาจนนำไปสู่การทำคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญปรากฏออกมาแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติก็สามารถตรากฎหมาย[381] เพื่อให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการแสดงเจตนาเพื่อให้สัตยาบันต่อข้อผูกพันระหว่างประเทศดังกล่าวได้ทันที

ในทางกลับกัน หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำคำวินิจฉัยชี้ขาดว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งกับข้อผูกพันระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ดำเนินการมา ฝ่ายนิติบัญญัติจะประกาศหรือตรากฎหมายให้อำนาจฝ่ายบริหารเพื่อให้สัตยาบันมิได้ ฝ่ายบริหารจำต้องดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ[382] หรือแม้แต่อาจทำการเจรจาให้คู่เจราจาทบทวนข้อผูกพันระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ดำเนินการไปแล้วที่ผ่านมา เพื่อให้สอดคล้องต้องกันกับรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเสียก่อน ฝ่ายนิติบัญญัติจึงจะมีอำนาจในการตรา

---

[378]Paragraph 3 of Article 62 Unconstitutional Laws Are Void of Title VII The Constitutional Council of the 1958 French Constitution

[379]สมคิด เลิศไพฑูรย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 66-67.

[380]มาตรา 22 ของรัฐกำหนดเลขที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 เกี่ยวกับกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐกำหนดเลขที่ 59-223 ลงวันที่ 4 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1958; *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 98.

[381]มาตรา 21 ของรัฐกำหนดเลขที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 เกี่ยวกับกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐกำหนดเลขที่ 59-223 ลงวันที่ 4 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1958; *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 98-99.

[382]มาตรา 22 ของรัฐกำหนดเลขที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 เกี่ยวกับกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐกำหนดเลขที่ 59-223 ลงวันที่ 4 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1958; *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 98.

กฎหมายเพื่อให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารให้การให้สัตยาบันต่อข้อผูกพันระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ทำกับรัฐต่างประเทศ[383]

กล่าวโดยสรุป รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นฐานรองรับการใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งมิได้มีนิติฐานเป็นองค์กรตุลาการและมิได้ใช้อำนาจตุลาการหรือกฎหมายโดยตรง รวมทั้งองค์ประกอบขององค์คณะเองก็ยังหาได้มีที่มาจากฝ่ายตุลาการหรือศาลแต่อย่างใด ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นข้อพิพาทซึ่งเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้เฉพาะแต่กรณีที่เกี่ยวกับ “การใช้อำนาจทางการเมือง” ของฝ่ายบริหารว่า เป็นไปตามหลักการที่ว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามพันธกรณีระหว่างประเทศหรือไม่ และการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายบริหารนั้นมีการขัดหรือแย้งกับหลักการและอำนาจตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือไม่ และการใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าวนั้น จำกัดเฉพาะแต่การวินิจฉัยชี้ขาด “ข้อผูกพันระหว่างประเทศ” ที่ยังไม่มีผลอันเป็นการใช้บังคับภายในดินแดนของสาธารณรัฐฝรั่งเศสแต่เพียงเท่านั้น

ในขณะที่การวินิจฉัยชี้ขาด “ความชอบด้วยกฎหมายของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกับการบังคับใช้หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลใช้บังคับแล้วโดยฝ่ายบริหาร” ว่าเป็น “การใช้อำนาจทางกฎหมาย” ที่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติกฎหมายภายในในระดับรัฐบัญญัติหรือไม่เป็นเขตอำนาจที่อยู่ในการวินิจฉัยชี้ขาดของศาลปกครอง

นอกจากนั้นแล้ว ลักษณะเฉพาะและพัฒนาการในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ให้ค่าความสำคัญกับพันธกรณีระหว่างประเทศมากกว่า ดังนั้น หากข้อผูกพันระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารมีความต้องการที่จะดำเนินการเพื่อทำความผูกพันขึ้นมานั้น มีข้อบทใดข้อบทหนึ่งซึ่งขัดหรือแย้งกับกฎหมายรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสแล้ว รัฐธรรมนูญกลับกำหนดให้ต้องดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการในรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับข้อผูกพันระหว่างประเทศเสียก่อนที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายภายใน เพื่อให้อำนาจกับฝ่ายบริหารไปทำการให้สัตยาบันต่อข้อผูกพันระหว่างประเทศดังกล่าว

3.1.3.4 บทสรุปองค์กรและการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

แนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรหรือแม้แต่สาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ตาม ต่างก็มีแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจขององค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งหาได้สอดคล้องไปในทิศทางเดียวกันแต่อย่างใดไม่ อาจกล่าวได้ว่าการกำหนดหลักการดังกล่าวเป็นไปตามลักษณะเฉพาะและบริบทของแต่ละระบบกฎหมายภายในซึ่งมีความแตกต่างกันในแต่ละรัฐ

สหราชอาณาจักรเองแนวคำวินิจฉัยของศาลสูงวางแนวไว้เป็นหลักการ โดยศาลสูงจะมิได้เข้ามามีเขตอำนาจทบทวนหรือตรวจสอบเหนือการใช้อำนาจของรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารแต่อย่างใด ศาลสูงของสหราชอาณาจักรให้ความเคารพต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจและการใช้อำนาจ

---

[383]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 84-85.

ของฝ่ายบริหารในทางการเมืองระหว่างประเทศ รวมทั้งศาลจะไม่บังคับหรือตัดสินความตกลงระหว่างประเทศใดก็ตาม ที่หายังได้อนุวัติการหรือตราเป็นกฎหมายภายในโดยรัฐสภาของสหราชอาณาจักรซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติแต่อย่างใดไม่

ส่วนสาธารณรัฐฝรั่งเศสองค์กรที่วินิจฉัยชี้ขาดเป็นองค์กรหาได้มีนิติฐานะเป็นองค์กรตุลาการแต่อย่างใดไม่ สาธารณรัฐฝรั่งเศสวางองค์กรและการใช้อำนาจไว้ในรัฐธรรมนูญโดยพิเคราะห์จากที่มาและฐานของการใช้อำนาจที่มีความเชื่อมโยงกับการใช้ “อำนาจทางการเมือง” องค์คณะที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดจึงมี “องค์ประกอบ” ที่มาจากฐานการเมืองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสโดยตรง อาทิ ประธานาธิบดี สมาชิกวุฒิ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น

นอกจากนั้น สาธารณรัฐฝรั่งเศสยังแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาด “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามพันธกรณีระหว่างประเทศ” เฉพาะแต่ “ข้อผูกพันระหว่างประเทศ” ที่ยังไม่มีใช้บังคับต่อสาธารณรัฐฝรั่งเศสให้เป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่กระนั้นก็ตาม “หนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญา” ซึ่งมีผลใช้บังคับแล้วกลับอยู่ภายใต้การพิจารณาของศาลปกครองว่า การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเป็นไปตามหลัก “ความชอบด้วยกฎหมายตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ” หรือไม่ ที่เป็นเช่นนี้เพราะระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับ “เนื้ออำนาจ” ที่ใช้ว่าเป็นการใช้ “อำนาจทางการเมือง” หรือเป็นการใช้ “อำนาจทางกฎหมาย”

ในขณะที่สหรัฐอเมริกาองค์กรที่ใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศคือ ศาลของสหพันธรัฐซึ่งมีนิติฐานะเป็นองค์กรตุลาการและใช้อำนาจทางตุลาการ เหตุที่เป็นเช่นนั้นก็เพราะระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา มิได้แยกออกเป็นศาลยุติธรรมและศาลปกครองเฉกเช่นสาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนด ดังนั้น ไม่ว่าประเด็นจะเป็นอย่างไรก็ตาม หากเป็นการใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาจึงกำหนดให้ศาลของสหพันธ์รัฐมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดไว้โดยตรง

ด้วยเหตุแห่งความแตกต่างกันทั้งในระบบกฎหมาย ที่มาและองค์กรที่ใช้อำนาจวินิจฉัยของทั้งสามรัฐจึงทำให้แนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรหรือแม้แต่สาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ตาม ต่างก็มีแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจขององค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่หาได้สอดคล้องไปในทิศทางเดียวกันแต่อย่างใดไม่

อาจกล่าวได้ว่า การกำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ เกิดขึ้นจากบริบทของระบบการเมืองการปกครองและพัฒนาการที่มีความแตกต่างกันเป็นไปตามแต่ละระบบกฎหมายภายในแต่รัฐซึ่งมีลักษณะเฉพาะ

3.1.4 บทสรุปการศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสและแนวปฏิบัติในเชิงรูปแบบของรัฐต่างประเทศอื่น

เพื่อให้การศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบมีความสมบูรณ์ ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบข้อมูลการศึกษาในเชิงคุณภาพเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของ

สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประกอบกับการศึกษาแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศอื่นในลักษณะการศึกษาเชิงรูปแบบเพื่อใช้เป็นฐานข้อมูลสนับสนุนผลการศึกษาในส่วนนี้

จากการศึกษาเปรียบเทียบแนวปฏิบัติของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ผ่านมาจะเห็นได้ว่า คงมิผิดเพี้ยนประการใดหากจะกล่าวว่าโดย “หลักการ”แล้วฝ่ายบริหารของทั้ง 3 รัฐเป็น “องค์กรหลัก” ที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นหลักการทั่วไป ในขณะที่การใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเป็น “องค์กรรอง” ที่ใช้อำนาจเข้ามาให้ความเห็นชอบกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น มีลักษณะเป็นเพียง “ข้อยกเว้น” จากหลักการทั่วไปที่รับรองการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเท่านั้น

เพื่อสนับสนุนการวิเคราะห์เปรียบเทียบข้อมูลที่ได้มาจากการศึกษาในเชิงคุณภาพดังกล่าวและเพื่อให้เกิดความสมบูรณ์จากการศึกษาในเชิงหลักการตามสมมุติฐานของผู้เขียนว่า “ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักและฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรรอง” ที่ใช้อำนาจเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ผู้เขียนได้สนับสนุนข้อค้นพบของผู้เขียนด้วยการวิเคราะห์ข้อมูลการศึกษาในเชิงรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญของประเทศใดหรือใช้ระบบการเมืองระบอบใดก็ตาม ต่างก็เป็นฐานรองรับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเหมือนกันดังจะเห็นได้จากข้อมูลจาการศึกษาดังนี้

กลุ่มที่หนึ่ง กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบรัฐสภา อาทิ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน[384] โดยหลักการแล้วกำหนดอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นของประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันในฐานะที่เป็นรัฐบาลกลางที่มีอำนาจทั้งการเจรจาและการลงนามในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ[385] และการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาในทางบริหารที่เป็นอำนาจของประธานาธิบดีเป็นการเฉพาะ[386] ส่วนรัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐราชอาณาจักรเบลเยี่ยมนั้นโดยหลักการแล้วประเทศเบลเยี่ยมได้กำหนดให้ทรงเป็นพระราชอำนาจขององค์พระมหากษัตริย์ในฐานะที่พระองค์ทรงทำหน้าที่เป็นฝ่ายบริหารตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้[387] แต่พระองค์ทรงใช้พระราชอำนาจผ่านประธานาธิบดีที่ซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยสภาในการทำหน้าที่บริหารราชการต่างๆ[388] โดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดในเชิงหลักการว่าองค์พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ[389] รวมทั้งมีพระราชอำนาจในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

---

[384]Article 20 (1) [Basic Principles of State, Resistance] of The 1949 Basic Law for the Federal Republic of Germany

[385]Article 32 (1) [Foreign Relations] of 1949 Basic Law for the Federal Republic of Germany

[386]Article 59 (2) [Representation in International Relations] of The 1949 Basic Law for the Federal Republic of Germany

[387]Article 37 of Executive Power of Belgium Constitution 1970

[388]Article 52 of President of Belgium Constitution 1970

[389]Article 167 (2) of title IV International Relations of Belgium Constitution 1970

ไม่ว่าจะเป็นการลงนามในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศภายใต้ที่กำหนดไว้โดยรัฐธรรมนูญ[390] ส่วนรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นกำหนดให้องค์พระจักรพรรดิทรงมีพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศภายใต้คำแนะนำและการเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี องค์จักรพรรดิมีพระราชอำนาจที่จะปฏิบัติภารกิจต่าง ๆ ทั้งนี้ในนามของรัฐและประชาชนเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่าง ๆ[391] การรับรองตราสารเกี่ยวกับการให้สัตยาบันและเอกสารทางการทูตอื่นใดตามที่กฎหมายกำหนดไว้[392] นอกจากนั้นแล้ว รัฐธรรมนูญของเครือจักรภพแห่งออสเตรเลียกำหนดอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่าเป็นของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นอำนาจโดยตรงของฝ่ายบริหารโดยผู้สำเร็จราชการ[393] ในขณะที่รัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐสวิสกำหนดว่าประธานาธิบดีของสหพันธ์รัฐสวิสทำหน้าที่เป็นฝ่ายบริหารโดยทำหน้าที่เป็นรัฐบาลของสหพันธ์รัฐโดยตรง[394] โดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดอำนาจของรัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการลงนามและการให้สัตยาบันเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้โดยตรง[395] หรือแม้แต่รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐอิตาลีนั้น รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ให้เป็นหน้าที่ (Duty) ของประธานาธิบดีในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ รวมทั้งประธานาธิบดียังมีอำนาจในการให้สัตยาบันแก่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว[396] ด้วยเช่นกัน

กลุ่มที่สอง กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบประธานาธิบดี โดยรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิลกำหนดให้ประธานาธิบดีในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหาร[397] เป็นผู้มีอำนาจในการธำรงไว้ซึ่งความสัมพันธ์อันดีกับรัฐต่างประเทศและทำการรับรองผู้แทนทางการทูตของรัฐต่างประเทศ[398] และยังมีอำนาจในการเข้าทำความตกลงระหว่างประเทศ อนุสัญญาหรือแม้แต่สนธิสัญญา[399] ในขณะที่สาธารณรัฐเกาหลีใต้กำหนดอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นของประธานาธิบดีสาธารณรัฐเกาหลีใต้ ไม่ว่าจะเป็นอำนาจในการทำและให้สัตยาบันในการทำหนังสือสัญญาระหว่าง

---

[390]Article 167 (1.1) of title IV International Relations of Belgium Constitution 1970

[391]Article 7 (1) of Functions of Japan Constitution 1947

[392]Article 7 (8) of Functions of Japan Constitution 1947

[393]Section 61 of Head of Government of Australia Constitution 1901

[394]Article 176 Presidency of the Swiss Constitution of 2000

[395]Article 184 (2) of Foreign Relations of the Swiss Constitution of 2000

[396]Article 87 (8) of Presidential Duties of Italy Constitution 1947

[397]Article 76 of President, Ministers of Brazil Constitution 1988

[398]Article 84 VII of Functions of Section II Duties of the President of the Republic of Brazil Constitution 1988

[399]Article 84 VIII of Functions of Section II Duties of the President of the Republic of Brazil Constitution 1988

ประเทศที่เกี่ยวกับการส่งและการรับตัวแทนทางการทูต และมีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพและการประกาศสงคราม[400]

กลุ่มที่สาม กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกึ่งประธานาธิบดีกึ่งรัฐสภา โดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ประธานาธิบดีในฐานะที่เป็นประมุขของสาธารณรัฐแอลจีเรีย[401] เป็นผู้ที่มีอำนาจในการตัดสินใจและกำหนดนโยบายกับรัฐต่างประเทศ[402] โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจที่จะทำและให้สัตยาบันในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ (international treaties) กับรัฐต่างประเทศ[403] ในขณะที่รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเช็กได้กำหนดให้ประธานาธิบดีในฐานะที่เป็นประมุขของสาธารณรัฐ[404] ซึ่งเป็นตัวแทนของรัฐในกิจการต่างประเทศ[405] และเป็นผู้ที่มีอำนาจในการเจรจาเพื่อทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ รวมถึงมีอำนาจในการให้สัตยาบันในบรรดาความตกลงระหว่างประเทศ (International Treaties) โดยประธานาธิบดีมีอำนาจที่จะมอบหมายให้รัฐบาล (The Government) หรือหน่วยงานของรัฐ (Individual Members) เป็นผู้มีหน้าที่ดำเนินการเจรจาเพื่อเข้าทำความตกลงระหว่างประเทศแทนประธานาธิบดีได้[406] ส่วนรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐอิสลามมอริเตเนีย ได้กำหนดให้ประธานาธิบดีในฐานะที่เป็นประมุขของสาธารณรัฐ[407] มีอำนาจในการกำหนดและดำเนินนโยบายต่างประเทศของรัฐ[408] โดยเฉพาะประธานาธิบดีมีอำนาจในการลงนามและให้สัตยาบันเพื่อทำสนธิสัญญากับรัฐต่างประเทศ[409] ในขณะที่รัฐธรรมนูญของประเทศมองโกเลียได้กำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นประมุขของรัฐ[410] ที่ซึ่งประธานาธิบดีมีสถานะเป็นตัวแทนของรัฐในการเจริญความสัมพันธ์ระหว่างประเทศภายใต้การปรึกษาหารือกับรัฐสภา (The National Parliament) รวมทั้งมีอำนาจในการเข้าทำ

---

[400]Article 73 of Treaties, Foreign Affairs of Section 1 The President of Chapter IV The Executive of South Korea Constitution

[401]Article 70 (1) of Chapter I the Executive Power of Part Two Organization of Powers of Algeria Constitution 1996

[402] Article 77 (3) of Chapter I the Executive Power of Part Two Organization of Powers of Algeria Constitution 1996

[403]Article 77 (9) of Chapter I the Executive Power of Part Two Organization of Powers of Algeria Constitution 1996

[404]Article 54 of Part 1 the President of the Republic of Chapter Three Executive Power of the Constitution of the Czech Republic 1992

[405]Article 63 (1) a) of Part 1 the President of the Republic of Chapter Three Executive Power of the Constitution of the Czech Republic 1992

[406]Article 63 (1) b) of Part 1 the President of the Republic of Chapter Three Executive Power of the Constitution of the Czech Republic 1992

[407]Article 23 of Title II Executive of Mauritania Constitution 1991

[408]Article 30 of Title II Executive of Mauritania Constitution 1991

[409]Article 36 of Title II Executive of Mauritania Constitution 1991

[410]Article 30 of Part II the President of Mongolia Constitution 1992

หนังสือสัญญาระหว่างประเทศ (Conclude) และอนุวัติการ (Implement) ตามความตกลงระหว่างประเทศภายใต้ความยินยอมและภายหลังจากที่ได้มีการให้สัตยาบันโดยรัฐสภา รวมทั้งยังมีอำนาจในการที่จะเข้าทำ (Conclude) หนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี หรือแม้แต่การยกเลิกหรือเพิกถอน (Abrogate) หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ได้มีการทำระหว่างรัฐบาล (Intergovernmental Treaties)[411]

จากข้อมูลเชิงประจักษ์ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของรัฐต่างประเทศทั้งหมดรับรองการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้งในการศึกษาในเชิงคุณภาพและการศึกษาในเชิงรูปแบบอย่างมิต้องสงสัย เพียงแต่อำนาจของฝ่ายบริหารดังกล่าวจะมีรายละเอียดเกี่ยวกับกระบวนการตามกฎหมายภายในที่อาจมีความแตกต่างกันบ้างในปลีกย่อยที่ต่างกันออกไปตามรูปแบบของแต่ละประเทศ อาทิ การใช้อำนาจอาจต้องดำเนินการภายใต้คำแนะนำและการเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีของประเทศญี่ปุ่น หรือแม้แต่การใช้พระราชอำนาจของสถาบันพระมหากษัตริย์ผ่านคณะรัฐมนตรี หรือแม่แต่การใช้อำนาจโดยประธานาธิบดีเองซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร หรือเป็นการใช้อำนาจของโดยการมอบหมายจากประธานาธิบดีให้นายกรัฐมนตรี เป็นผู้มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ เป็นต้น

นอกจากนั้นแล้ว จากการศึกษายังพบว่าแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการให้ความเห็นชอบหนังสือสัญญาบางประเภทเฉพาะที่มีความสำคัญต่อรัฐเท่านั้น พึงต้องเข้าใจตรงกันว่า ฝ่ายนิติบัญญัติมีฐานะเป็นเพียง “องค์กรรอง” ที่เข้ามามีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร โดยอำนาจที่ใช้เป็นแต่เพียง “ข้อยกเว้น” จากการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นหลักการทั่วไปเท่านั้น

คงจะมิผิดประการใดหากจะกล่าวว่า การใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่เข้ามามีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกับฝ่ายบริหาร จึงถูกจำกัดก็แต่เฉพาะการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทเฉพาะที่มีความสำคัญกับผลประโยชน์รัฐหรือมีผลกระทบโดยตรงกับประชาชนภายในรัฐเท่านั้น ในขณะที่ประเภทของหนังสือสัญญาที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปในแนวทางปฏิบัติที่ตรงกันได้แก่ การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้านเศรษฐกิจ การค้าและการลงทุนของรัฐ หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อการเงินและการคลังของรัฐ หรือแม้แต่การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับเรื่องของระบบภาษีอากร เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนหนังสือสัญญาระหว่างประเทศประเภทอื่นเป็นไปตามบริบทและความจำเป็นในผลประโยชน์ชาติของแต่ละรัฐ

เพื่อสนับสนุนการวิเคราะห์เปรียบเทียบข้อมูลที่ได้มาจากการศึกษาในเชิงคุณภาพดังกล่าวและเพื่อให้เกิดความสมบูรณ์จากการศึกษาในเชิงหลักการเกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ผู้เขียนได้สนับสนุนข้อค้นพบของผู้เขียนด้วยการวิเคราะห์ข้อมูลการศึกษาในเชิงรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญของประเทศใดก็ตาม หรือได้ใช้ระบบการเมืองระบอบใดระบอบหนึ่งก็ตาม ต่างกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องเข้ามามีส่วนร่วมกับฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

---

[411]Article 33 (1) 4) and Article 38 (2) 9) of Part II the President of Mongolia Constitution 1992

โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องการให้ความเห็นชอบกับความตกลงระหว่างประเทศเฉกเช่นเดียวกัน ทั้งหมดดังจะเห็นได้จากข้อมูลที่ได้จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศดังนี้

กลุ่มที่หนึ่ง กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบรัฐสภา อาทิ รัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ได้กำหนดไว้ว่า ในกรณีที่เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศซึ่งกำหนดความสัมพันธ์ทางการเมืองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันก็ดี หรือเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องมีการออกกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเพื่อรองรับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี[412] หรือแม้แต่ก่อนที่จะทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อพฤติการณ์พิเศษต่อรัฐก็จำต้องได้รับการปรึกษาหาหรืออย่างทันท่วงที (Special Circumstances of a State [Land])[413] การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเช่นว่านั้นจะต้องได้รับความยินยอมหรือความเห็นชอบจากรัฐสภา[414] ในขณะที่รัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐราชอาณาจักรเบลเยี่ยมหาได้กำหนดไว้เป็นการเฉพะว่า หนังสือสัญญาระหว่างประเทศใดบ้างที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา เพียงแต่รัฐธรรมนูญกำหนดว่าการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะมีผลตามกฎหมายก็ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา[415] โดยวิธีการตราเป็นกฎหมายให้ความเห็นชอบกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ได้ทำขึ้นเท่านั้น ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจที่สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาที่มีอำนาจให้ความเห็นชอบกฎหมายที่ออกมารองรับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ[416] โดยสภาจะต้องได้รับแจ้งข้อมูลดังกล่าวตั้งแต่เริ่มกระบวนการที่มีการเจรจาเพื่อทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศและจะต้องให้ความสำคัญกับการวางแผนที่จะเข้าทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก่อนที่จะมีการลงนามเพื่อผูกพันในความตกลงระหว่างประเทศที่ได้ทำด้วยเช่นกัน[417] นอกจากนี้ หนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ว่า เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่อยู่ในอำนาจเฉพาะของรัฐบาลท้องถิ่นในการทำความตกลงระหว่างประเทศ อีกทั้งหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวจะต้องเป็นความตกลงที่มีเนื้อหาสาระที่เกี่ยวกับรัฐบาลท้องถิ่นและอยู่ในขอบเขตแห่งความรับผิดชอบของสภาท้องถิ่น อาทิ หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับด้านการศึกษาหรือด้านวัฒนธรรม[418] หนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

---

[412]Article 59 (2) [Representation in International Relations] of The 1949 Basic Law for the Federal Republic of Germany

[413]Article 32 (2) [Foreign Relations] of The 1949 Basic Law for the Federal Republic of Germany

[414]ชาติชาย เชษฐสุมน, **การมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาตามกฎหมายเยอรมัน** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554), หน้า 45-46.

[415]Article 167 (2) of title IV International Relations of Belgium Constitution 1970

[416]Article 77 (1) 6) of Competencies of Both Houses of Belgium Constitution 1970

[417]Article 168 of Parliament Information of Belgium Constitution 1970

[418]Article 127 (1.1) 1), 2), 3) of Decrees, Competencies of Belgium Constitution 1970 and Article 130 (1.1) (1.2) of German-speaking Community Council of Belgium Constitution 1970

ดังกล่าวจำต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาท้องถิ่นแต่เพียงเท่านั้น[419] การที่รัฐธรรมนูญราชอาณาจักรเบลเยี่ยมกำหนดไว้ในเรื่องอำนาจให้ความยินยอมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของรัฐบาลท้องถิ่นก็ด้วยเหตุที่ ราชอาณาจักรเบลเยี่ยมมีการแบ่งการปกครองแบบสหพันธรัฐ-ราชอาณาจักร ซึ่งราชอาณาจักรเบลเยี่ยมแบ่งการปกครองออกเป็น 3 ภูมิภาค คือ เขตการปกครองฟลามส์ (Flamish Region) เขตการปกครองวัลลูน (Wallonische Region) และเขตการปกครองเมืองหลวงบรัสเซลส์ (Brussels Gewest) แต่ละเขตมีรัฐบาลท้องถิ่นปกครองตนเอง ในขณะที่รัฐบาลกลางของสหพันธ์รัฐมีหน้าที่ในการบริหารประเทศภายใต้พระมหากษัตริย์ทรงเป็นองค์พระประมุขแห่งรัฐ[420] อาจกล่าวได้ว่าการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ผูกพันรัฐเป็นอำนาจของรัฐบาลกลางเป็นหลัก เว้นแต่บางกรณีที่รัฐธรรมนูญอนุญาตให้รัฐบาลของเขตปกครองมีอำนาจในการทำความตกลงได้บางประเภทตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐราชอาณาจักรเบลเยี่ยม

ส่วนรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นกำหนดว่าการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของรัฐบาลจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาญี่ปุ่น[421] ได้แก่ ประการแรก หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีเนื้อหาสาระที่ใช้บังคับไม่ว่าจะเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่จะต้องออกกฎหมายฉบับใหม่รองรับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการรักษากฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น และหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐ ประการที่สอง หนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับความสัมพันธ์และนโยบายทางการเมืองระหว่างประเทศที่กับรัฐอื่นใด ประการที่สาม หนังสือสัญญาระหว่างประเทศทางการเงิน[422] ในขณะที่ประเทศออสเตรเลียกำหนดว่า ความตกลงว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมการลงทุน (Investment Promotion and Protection Agreements) สนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือระหว่างกันในคดีอาญา (Mutual Assistance in Criminal Matters Treaties) สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน (Extradition Treaties) และสนธิสัญญาว่าด้วยการเดินอากาศ (Aviation Agreements) ความตกลงระหว่างประเทศเช่นว่านี้จะถูกพิจารณาและดำเนินการอยู่ในระดับรัฐมนตรี ภายหลังจากนั้นความตกลงระหว่างประเทศที่ผ่านการพิจาณาจากฝ่ายรัฐบาลดังกล่าวจะต้องนำเข้าสู่กระบวนการให้ความเห็นชอบโดยสภาบริหารของสหพันธ์รัฐ

---

[419]Article 167 (2) (3) and of title IV International Relations of Belgium Constitution 1970

[420]Chris Morris, “Language Dispute Divides Belgium,” **BBC News** Brussels (13 May 2005): para. 1-8, Retrieved September 6, 2015 from http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/4545433.stm

[421]Article 61 of Approving Treaties of Japan Constitution 1947; Carl F. Goodman, **The Rule of Law in Japan: A Comparative Analysis** (The Hauge: Kluwer Law International, 2003), p. 171.

[422]Yuji Iwaswa, **International Law Human Rights and Japanese Law** (Great Britain: Clarendon, 1998), p. 21 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, การใช้กฎหมายระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย: ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ, ใน **เอกสารประกอบการบรรยายในการประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 6**, หน้า 23.

(Federal Executive Council) ในเรื่องที่เกี่ยวกับการลงนามในความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว[423] รัฐสภาของสาธารณรัฐอิตาลีประกอบไปด้วยสองสภาได้แก่สภาผู้แทนราษฎร (House of Representatives) และวุฒิสภา (The Senate)[424] ซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ (Chambers) ที่มีอำนาจในการตรากฎหมาย[425] และการให้ความเห็นชอบหรืออนุมัติ (Ratify) กับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ดำเนินการโดยฝ่ายบริหารที่เกี่ยวกับลักษณะทางการเมืองไม่ว่าจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) หรือกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรม (Judicial Regulation) การมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงดินแดนอาณาเขตของรัฐ (Modifications of the Territory) หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลเป็นการก่อให้เกิดภาระผูกพันทางการคลัง (Impose Financial Burdens) หรือแม้แต่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลอันเป็นการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงกฎหมาย (Result in Modifications of the Laws)[426]

กลุ่มที่สอง กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบประธานาธิบดี สหพันธ์สาธารณรัฐบราซิลยังได้กำหนดหน้าที่ของสภาครองเกรส (Congress) ซึ่งเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ในการตรากฎหมายอันประกอบไปด้วยสภาผู้แทนราษฎร (House of Representatives) และวุฒิสภาของสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล (Federal Senate)[427] มีหน้าที่เฉพาะเจาะจงในเรื่องที่เกี่ยวกับการลงมติเพื่อให้ความเห็นชอบในเรื่องที่เกี่ยวกับการทำความตกลงระหว่างประเทศหรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ที่ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับภาระผูกพัน (Charges) หรือข้อผูกพันในพันธะสัญญา (Commitments) ต่อทรัพย์สมบัติของชาติ (National Patrimony)[428] ในขณะที่สาธารณรัฐเกาหลีใต้กำหนดว่าในกรณีที่เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกัน หรือเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับความมั่นคงซึ่งกันและกัน หรือเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับองค์กรระหว่างประเทศที่มีความสำคัญ หรือเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับมิตรภาพ การค้าหรือคมนาคม หรือเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการจำกัดอำนาจอธิปไตย หรือสนธิสัญญาสันติภาพ หรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศซึ่งจะมีผลผูกพันกับประเทศหรือประชาชนเกี่ยวกับพันธกรณีที่มีความสำคัญทางการคลัง และหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการออกกฎหมายเพื่อรองรับ (Legislative Matters)[429] ต้องได้รับความยินยอมทั้งในการทำและการให้สัตยาบันในการทำหนังสือ

---

[423]Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade, **Treaty Making Process: Treaties, the Constitution and the National Interest**, para. 1-3, Retrieved September 7, 2015 from https://www.dfat.gov.au/treaties/making/

[424]Article 55 of Parliament of Section I The Two Chambers of Title I Parliament of Italy Constitution 1947

[425]Article 70 of Legislative Power of Italy Constitution 1947

[426]Article 80 of Ratification of Treaties of Italy Constitution 1947

[427]Article 44 of Federal Legislative Branch of Brazil Constitution 1988

[428]Article 49 I of Exclusive Functions of Brazil Constitution 1988

[429]Article 60 (1) of Treaties, Foreign Affairs of Section 1 The President of Chapter IV The Executive of South Korea Constitution

สัญญาระหว่างประเทศจากรัฐสภา นอกจากนั้นแล้ว รัฐสภายังมีอำนาจในการให้ความยินยอมในการประกาศสงคราม การจัดการต่อความขัดแย้งเกี่ยวกับอาวุธของรัฐต่างประเทศ และการจัดการกับคนต่างด้าวที่อยู่ภายในดินแดนของสาธารณรัฐเกาหลีใต้นั้น[430]

กลุ่มที่สาม กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกึ่งประธานาธิบดีกึ่งรัฐสภา รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐแอลจีเรียยังกำหนดให้การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังต่อไปนี้จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาสันติภาพก็ดี สนธิสัญญาสงบศึกก็ดี สนธิสัญญาพันธมิตรและสนธิสัญญาร่วมเป็นสหภาพก็ดี (Union Treaties) หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับเขตแดนของสาธารณรัฐ และหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ก่อให้เกิดภาระทางการเงินที่ซึ่งมิได้กำหนดไว้ในงบประมาณแผ่นดินของรัฐก็ดีนั้น[431] ส่วนสาธารณรัฐเช็ก โดยหลักการแล้วรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนก็ดี[432] หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของประชาชนก็ดี สนธิสัญญาพันธมิตรก็ดี สนธิสัญญาสันติภาพก็ดี หรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีลักษณะทางการเมืองอื่นใดก็ดี หรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่กำหนดให้สาธารณรัฐเช็กเข้าร่วมเป็นสมาชิกขององค์กรระหว่างประเทศก็ดี หรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทางเศรษฐกิจก็ดี หรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องออกกฎหมายเพื่อรองรับความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว จะต้องได้รับความตกลงยินยอม (Assent) จากรัฐสภา (Parliament)[433] ก่อนที่ประธานาธิบดีจะดำเนินการเพื่อให้สัตยาบันกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว[434] ส่วนรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐอิสลามมอริเตเนียได้กำหนดให้การทำสนธิสัญญาสันติภาพก็ดี หรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในการรวมเป็นสหภาพก็ดี หรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทางการค้าก็ดี หรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือความตกลงที่เกี่ยวข้องกับองค์การระหว่างประเทศก็ดี หรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเกี่ยวพันกับการคลังของสาธารณรัฐก็ดี หรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศซึ่งมีผลต่อการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายก็ดี หรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับสถานะของประชาชนก็ดี หรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับ

---

[430]Article 60 (2) of Treaties, Foreign Affairs of Section 1 The President of Chapter IV The Executive of South Korea Constitution

[431]Article 131 of Chapter II the Legislative Power of Part Two Organization of Powers of Algeria Constitution 1996

[432]Article 10 of Chapter Two Legislative Power of the Constitution of the Czech Republic 1992

[433]รัฐสภาของสาธารณรัฐเช็กประกอบไปด้วยสภาผู้แทน (Chamber of Deputies) และวุฒิสภา (Senate); Article 15 (2) of Chapter Two Legislative Power of the Constitution of the Czech Republic 1992

[434] Article 49 a)-e) of Chapter Two Legislative Power of the Constitution of the Czech Republic 1992

เขตแดนของสาธารณรัฐก็ดี[435] ต้องได้รับความเห็นชอบโดยกฎหมาย (Ratified by a Law)[436] ที่ซึ่งรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐอิสลามมอริเตเนียได้กำหนดว่า กฎหมายต้องผ่านการลงมติ (Voted) โดยรัฐสภา (Parliament)[437] ในขณะที่รัฐธรรมนูญของประเทศมองโกเลียหาได้กำหนดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใดไม่

แม้จากการศึกษาในเชิงคุณภาพและเชิงรูปแบบที่ผ่านมาจะพบว่า ฝ่ายนิติบัญญัติมีบทบาทในลักษณะของการเข้ามามีส่วนร่วมกับฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ตาม แต่การทำความตกลงระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร หาจำต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติเสมอไปในทุกกรณีแต่อย่างใดไม่ อีกทั้งบทบาทของฝ่ายนิติบัญญัติบางรัฐจำกัดบทบาทและอำนาจหน้าที่เฉพาะเพียงการให้ความเห็นชอบกับความตกลงระหว่างประเทศเท่านั้น ฝ่ายนิติบัญญัติหาได้มีบทบาทในลักษณะที่เข้ามาควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารแต่อย่างใดไม่

ในขณะที่บางรัฐ อาทิ สหรัฐอเมริกากำหนดบทบาทและอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติมากจนฝ่ายบริหารทำงานได้ยากยิ่ง จนเป็นเหตุให้ฝ่ายบริหารต้องพัฒนาระบบความตกลงระหว่างประเทศเพื่อแก้ไขต่อสภาพปัญหาความขัดข้องในการทำความตกลงระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นมา ส่วนสหราชอาณาจักรภายใต้หลักการความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภากำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติในการใช้อำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารไว้โดยการตรากฎหมายภายในรองรับขั้นตอนและมีหลักพอนซอนบายซึ่งเป็นหลักการที่พัฒนาเฉพาะอันเกิดขึ้นจากทางปฏิบัติ ในขณะที่ฝรั่งเศสฝ่ายนิติบัญญัติกลับมีบทบาทและอำนาจเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารน้อยมากเมื่อเทียบกับแนวปฏิบัติของสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักร

เป็นที่น่าสังเกตว่า แม้ในทางปฏิบัติวุฒิสภาของสหรัฐอเมริกาได้เคยเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดกรอบการเจรจาและกำหนดวัตถุประสงค์การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศร่วมกับฝ่ายบริหารก็ตาม แต่ในปัจจุบันการดำเนินการดังกล่าวก่อให้เกิดสภาพความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นอย่างยิ่ง แนวปฏิบัติของสหรัฐอเมริกาจึงไม่พยายามทำความตกลงระหว่างประเทศที่อยู่ภายใต้อำนาจของวุฒิสภาเท่าใด เพื่อขจัดสภาพปัญหาและอุปสรรคในการทำความตกลงระหว่างประเทศ แต่กระนั้นก็ตาม จากการศึกษาทั้งในเชิงคุณภาพและรูปแบบที่ผ่านมาผู้เขียนไม่พบว่ามีรัฐธรรมนูญของรัฐอื่นใดที่กำหนดเรื่องของการเสนอกรอบการเจรจา การให้ข้อมูลกับประชาชน การขอความเห็นชอบเกี่ยวกับกรอบการเจรจาต่อฝ่ายนิติบัญญัติแต่อย่างใด ด้วยรูปแบบดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าเป็นการกำหนดการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติแบบ “การมีส่วนร่วมของ

---

[435]สนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับเขตแดนของสาธารณรัฐมีผลทางกฎหมายเมื่อผ่านได้มีการให้สัตยาบัน (Being Ratified) หรือได้รับความเห็นชอบ (Approved) นอกจากนั้นแล้ว การยกดินแดนให้ก็ดี การแลกเปลี่ยนดินแดนก็ดี การผนวกดินแดนก็ดีไม่มีผลสมบูรณ์โดยปราศจากความยินยอมของประชาชนซึ่งได้ร่วมทำการตัดสินใจผ่านกระบวนการทำประชามติ; Article 78 (2) of Title V Treaties and International Accords of Mauritania Constitution 1991

[436]Article 78 (1) of Title V Treaties and International Accords of Mauritania Constitution 1991

[437]Article 56 of Title II Executive of Mauritania Constitution 1991

รัฐสภาในเชิงของการควบคุม” การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการทั่วไปซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารแต่อย่างใด

ส่วนประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ยังมีความแตกต่างกันในแต่ละรัฐ ซึ่งขึ้นอยู่กับรูปแบบและความจำเป็นของแต่ละรัฐก็ตาม แต่กระนั้นก็ตาม ผู้เขียนก็อาจจะสรุปได้ว่าประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่รัฐส่วนใหญ่จะกำหนดไว้ในลักษณะอย่างเดียวกันได้แก่ หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับด้านเศรษฐกิจ หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการค้า หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการลงทุน หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการเงินการคลัง หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการภาษีอากร หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการออกกฎหมายรองรับ หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับดินแดนของรัฐ หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน เป็นต้น จะเห็นได้ว่าประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติเหล่านี้ เป็นแนวทางสากลที่รัฐส่วนใหญ่กำหนดไว้ตรงกัน นอกเหนือไปจากนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นไปตามบริบทและความจำเป็นที่พัฒนามาจากสภาพปัญหาของแต่ละรัฐเป็นการเฉพาะ และคงมิอาจกำหนดเป็นหลักการตายตัวได้ว่า เรื่องใดเป็นเรื่องที่ต้องกำหนดไว้เป็นหลักการ หรือเรื่องใดที่ควรกำหนดไว้เป็นหลักการ หรือเรื่องใดไม่จำต้องกำหนดไว้แต่อย่างใด

ประเด็นที่น่าสนใจก็คือ แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจขององค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ก็มิได้สอดคล้องไปในทิศทางเดียวกันแต่อย่างใดไม่ รัฐธรรมนูญของรัฐต่างประเทศส่วนใหญ่หาได้กำหนดการใช้องค์การและการใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใดไม่

แต่กระนั้นก็ตาม บางรัฐกำหนดไว้เป็นหลักการมิให้องค์กรตุลาการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้โดยตรง อาทิ รัฐธรรมนูญของประเทศเนเธอร์แลนด์กำหนดว่าความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติและสนธิสัญญาไม่สามารถทำการตรวจสอบได้โดยศาลแต่อย่างใด[438] หรือแม้แต่กรณีของสหราชอาณาจักรเองศาลยังคงยืนยันในเชิงหลักการในการไม่เข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

แต่อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของบางรัฐกำหนดองค์กรและการใช้อำนาจเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้เป็นการเฉพาะ โดยแบ่งออกเป็น 3 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มแรก ประเทศที่กำหนดให้เป็นอำนาจและหน้าที่ของศาลสูงของรัฐ อาทิ รัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิลกำหนดให้ศาลสูงของสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิลมีหน้าที่ในการปกป้องรัฐธรรมนูญและมีภารกิจเกี่ยวกับการวินิจฉัยในเรื่องที่ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ (Unconstitutionality) ของความตกลงระหว่างประเทศหรือกฎหมายของสหพันธ์รัฐ[439] ยิ่งไปกว่านั้น รัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิลยังได้กำหนดให้ผู้พิพากษาของสหพันธ์รัฐมีหน้าที่และ

---

[438]Article 120 of Chapter 6 The Administration of Justice of the Netherlands Constitution 1983

[439]Article 102 III b) of Functions, Constitutional Court of Brazil Constitution 1988

ภารกิจเกี่ยวกับการดำเนินการและการวินิจฉัยคดีที่เป็นกรณีพิพาทอันเกี่ยวกับสนธิสัญญา (Treaty) หรือสัญญา (Contract) ของสาธารณรัฐ (Republic) ที่เกี่ยวกับรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศด้วย[440] เหมือนเช่นสหรัฐอเมริกากำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญให้เป็นอำนาจของศาลสูงของสหพันธรัฐในการวินิจฉัยเรื่องของอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

กลุ่มที่สอง ประเทศที่กำหนดให้เป็นอำนาจและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญรัฐ อาทิ รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเช็กได้กำหนดหลักการไว้ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะทำการวินิจฉัยเกี่ยวกับความสอดคล้องของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกับหลักการในรัฐธรรมนูญ (Treaty's Conformity with the Constitutional Order) โดยหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวนั้น ประธานาธิบดีหาอาจดำเนินการให้สัตยาบันเพื่อผูกพันตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้ก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะได้ทำการวินิจฉัยถึงเรื่องความสอดคล้องกับหลักการในรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้แต่อย่างใดไม่[441] ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่า หนังสือสัญญาระหว่างประเทศใดก็ตามไม่สอดคล้องกับหลักการในกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งได้กำหนดไว้นั้น ประธานาธิบดีไม่อาจให้สัตยาบันได้จนกว่าจะได้มีการดำเนินการปรับให้สอดคล้องกับหลักการในรัฐธรรมนูญ[442]

ในขณะที่รัฐธรรมนูญของประเทศมองโกเลียกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจทำการตรวจสอบ (Examines) และวินิจฉัยข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญที่ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภาและอัยการหรือแม้แต่ยื่นคำร้องโดยประชาชนในประเด็นที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ได้ลงนามโดยประเทศมองโกเลีย[443] ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าสนธิสัญญาที่ได้ทำโดยประเทศมองโกเลียขัดกับรัฐธรรมนูญ สัตยาบันสาร (Instruments of Ratification) หาได้มีผลทางกฎหมายแต่อย่างใดไม่ (Invalid)[444]

กลุ่มที่สาม ประเทศที่กำหนดให้เป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็คือรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

อาจกล่าวได้ว่าการกำหนดองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศขึ้นอยู่กับรูปแบบของการกำหนดไว้ในเชิงหลักการของรัฐธรรมนูญแต่ละรัฐว่าต้องการกำหนดให้มีการวางดุลอำนาจเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะหรือไม่ ถ้ามีการวางรูปแบบการตรวจสอบจะดำเนินการในลักษณะอย่าง

---

[440]Article 109 III of Federal Judges' Functions of Brazil Constitution 1988

[441]Article 87 (2) of Part 2 Constitutional Court of Chapter Four Judicial Power of the Czech Republic 1992

[442]Article 89 (3) of Part 2 Constitutional Court of Chapter Four Judicial Power of the Czech Republic 1992

[443]Article 66 (1) (2) 1) of Chapter Five the Constitutional Court of Mongolia Constitution 1992

[444]Article 66 (4) of Chapter Five the Constitutional Court of Mongolia Constitution 1992

ใดบ้าง โดยองค์กรใด วิธีการเสนอเรื่องจะเป็นอย่างไร ซึ่งเป็นไปตามรูปแบบเฉพาะแต่ละรัฐและหาได้กำหนดไว้ในทิศทางที่สอดคล้องกันแต่อย่างใดไม่

ผู้เขียนเห็นว่าแนวปฏิบัติของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ดังกล่าว มีข้อดีตรงที่การกำหนดการใช้อำนาจที่สอดคล้องกับหลักการและเนื้ออำนาจที่ใช้เฉพาะซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองเท่านั้น และต้องเป็นกรณีที่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศยังมิได้มีผลบังคับผูกพันกับรัฐเท่านั้น ส่วนการใช้อำนาจทางกฎหมายที่เกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศขอบเขตของการใช้อำนาจดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ในขณะที่แนวปฏิบัติของสหรัฐอเมริกามิได้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจในเชิงเนื้ออำนาจเฉกเช่นสาธารณรัฐฝรั่งเศสด้วยเหตุแห่งความต่างในระบบศาล การใช้อำนาจดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นเรื่องของอำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศ อำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามความตกลงระหว่างประเทศนั้น ศาลสหพันธรัฐมีอำนาจรับวินิจฉัยไว้ทั้งสิ้น

ท้ายที่สุด ผู้เขียนเห็นว่าคงมิได้มีรูปแบบที่สามารถกำหนดไว้เป็นหลักการที่ตายตัวว่าจะให้องค์กรใดทำหน้าที่ดังกล่าว ดังนั้น องค์กรและการใช้อำนาจจึงขึ้นอยู่กับรูปแบบของการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐเป็นการเฉพาะ แต่การวางรูปแบบขององค์กรและการนำไปใช้กับประเทศไทยจะเป็นอย่างไรจะได้วิเคราะห์ในส่วนถัดไป

3.2 องค์กร หลักการและกระบวนในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทย

ประเทศไทยทำความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับ โดยความตกลงระหว่างประเทศฉบับแรกที่ปรากฏหลักฐานว่าประเทศไทยได้มีการแสดงเจตนาตกลงทำกับรัฐต่างประเทศได้แก่ ความตกลงทางการค้าระหว่างประเทศสยามกับบริษัทอินเดียตะวันออกของประเทศฮอลันดาหรือประเทศเนเธอร์แลนด์ในปัจจุบัน ซึ่งได้มีการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวขึ้น ณ กรุงศรีอยุธยาในวันที่ 12 มิถุนายน คริสต์ศักราช 1617 หรือเมื่อปีพุทธศักราช 2160 (Agreement Concluded between Maerten Houtman Cumsu'Is and Ollon Soupattrou, Opra in the Service of the King of Siam) ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการซื้อขายหนังกวางและหนังปลากระเบน ภายหลังจากนั้นประเทศไทยยังได้ทำความตกลงกับบริษัทอินเดียตะวันออกของฮอลันดา (The Dutch East India Company) อีกสองฉบับในปีคริสต์ศักราช 1664 และปีคริสต์ศักราช 1688 หรือเมื่อปีพุทธศักราช 2217 และเมื่อปีพุทธศักราช 2231 ตามลำดับ ซึ่งความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นความตกลงที่เกี่ยวกับการทำสัญญาซื้อขายหนังวัวและหนังกวางและการทำสัญญาซื้อขายดีบุกที่เมืองนครตามลำดับ[445]

---

[445]ในยุคแรกที่มีการทำความตกลงระหว่างประเทศนั้นอาจกล่าวได้ว่าเป็นช่วงที่อยู่ในยุคแห่งการล่าอาณานิคม ประเทศยุโรปบางประเทศได้มอบอำนาจให้บริษัทสามารถทำความตกลงระหว่างประเทศได้ในฐานะที่เป็นตัวแทนรัฐที่มีอำนาจมาจากประทานบัตร (Chartered Company) จากรัฐโดยตรง รวมทั้งบริษัทดังกล่าวยังมีอำนาจในการทำการค้า การยึดครองดินแดนได้โดยมีกองกำลัง

นอกจากนั้นแล้ว ในสมัยสมเด็จพระนารายณ์มหาราชยังได้มีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทำขึ้นที่เมืองลพบุรีเมื่อวันที่ 11 ธันวาคม พุทธศักราช 2330 ระหว่างลาลูแบร์ (Monsieur Simon de La Loubère) อุปทูตฝรั่งเศสกับผู้แทนฝ่ายสยามคือ ออกญาพระเสด็จสุเรนทราธิบดีศรีศุปราชพิริยพาหุ และพระศรีพิพัฒน์ราชโกษาเกี่ยวกับการได้รับอนุญาตให้ตั้งคลังสินค้าและได้รับการผูกขาดการค้าดีบุกในแผ่นดินสยามไทย[446]

จากการศึกษาพบว่าสภาวการณ์ในปัจจุบันการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของไทยกลับเป็นปรากฏการณ์ทางสังคมอย่างหนึ่งที่ปรากฏชัดถึงความขัดแย้งในทางความคิดในสังคมและองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ อาจกล่าวได้ว่าสภาพปัญหาความขัดข้องดังกล่าวเริ่มปรากฏให้เห็นนับแต่ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่ปีพุทธศักราช 2475 จวบจนกระทั่งปรากฏชัดซึ่งความขัดแย้งทางความคิดในปรากฏชัดเจนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปี พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปีพุทธศักราช 2550 ตามลำดับ

ปรากฏการณ์ความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้ส่งผลให้บรรดาความตกลงระหว่างประเทศที่รัฐบาลต้องการทำความตกลงกับรัฐต่างประเทศไม่สามารถดำเนินการได้อย่างรวดเร็วถูกต้อง ด้วยเหตุแห่งความไม่ชัดเจนในตัวองค์กรหลักที่มีการใช้ซึ่งอำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่า ขอบเขตแห่งอำนาจของฝ่ายบริหารมีแค่ไหนเพียงใด และการตรวจสอบถ่วงดุลโดยฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการควรมีแค่ไหนเพียงใด

ทหารเป็นของตนเอง ในยุคนั้นประทานบัตร (Charter) เป็นตราสารที่พระเจ้าแผ่นดิน ขุนนางหรือพระซึ่งมีอำนาจเหนือรัฐหรือดินแดนตกลงยินยอมให้ประทานบัตรแก่บุคคลหรือคณะบุคคลเพื่อให้มีสิทธิในการปกครองดินแดนและมีสิทธิในการดำเนินการทางเศรษฐกิจได้โดยเสรี ซึ่งในปี ค.ศ. 1602 ประเทศฮอลันดาได้จัดตั้งบริษัทอินเดียตะวันออกขึ้นโดยการรวมกลุ่มพ่อค้าต่าง ๆ เข้าด้วยกันโดยบริษัทนี้ได้รับการผูกขาดด้านการค้าในภาคตะวันออกและยังมีอำนาจในการทำสงครามและมีอำนาจทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สร้างอาณานิคม ตั้งป้องปราการ มีกองทัพเรือและมีอำนาจดำเนินการทุกอย่างที่เป็นการขยายอำนาจและการแสวงผลกำไรให้แก่ประเทศฮอลันดา ซึ่งบริษัทอินเดียตะวันออกครอบครองดินแดนที่เป็นแหล่งเครื่องเทศในแหลมมาลายู เกาะลังกา อ่าวเปอร์เซียและทะเลแดง ในขณะที่ปัจจุบันบริษัทไม่มีนิติฐานะที่จะทำความตกลงระหว่างประเทศได้ภายใต้กรอบของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญา รวมทั้งองค์กรเอกชนในรูปแบบขององค์กรที่ไม่หวังผลกำไร (Non-Governmental Organization: NGO) เนื่องจากองค์กรดังกล่าวหาได้เป็นบุคคลภายในระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้การยอมรับหรือรับรองอำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศได้แต่อย่างใดไม่; สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร, *เรื่องเดิม*, หน้า 11-12.; สมคิด ศรีสังคม, **ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจทวีปยุโรปจากยุคดึกดำบรรพ์ถึง ค.ศ. 1750** (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2526), หน้า 141, 344-345.; Ministry of Foreign Affairs, **Diplomatic History of Thailand: The Beginning of Relations with European Nations and Japan, The Netherland**, para. 3.

[446]ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร, *เรื่องเดิม*, ย่อหน้าที่ 1-2.

ความขัดข้องในเชิงหลักการและแนวความคิดดังกล่าวเป็นเหตุให้รัฐสภาได้ทำการเสนอแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยเสนอพิจารณาร่างแก้ไขมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับปีพุทธศักราช 2550)[447] แต่กระนั้นก็ตาม แม้จะได้มีการเสนอร่างแก้ไขดังกล่าวจนกระทั่งผ่านการพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากการประชุมร่วมของรัฐสภาไปแล้วก็ตาม ก็หาได้เป็นการยุติซึ่งความขัดแย้งในทางความคิดในสังคมแต่อย่างใดไม่ ในทางกลับกันด้วยการเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญดังกล่าวยังคงมีข้อถกเถียงทางวิชาการอย่างต่อเนื่องเช่นเดิม

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจในบริบทและสภาพปัญหาของการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของไทย จำต้องทำความเข้าใจถึงบทบาทและอำนาจหน้าที่ (Function) ของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการตามที่กำหนดไว้ในเชิงหลักการพื้นฐานตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ในฐานะที่เป็นฐานที่สร้างความเข้าใจบทบาทและอำนาจหน้าที่ อันจะนำไปสู่การศึกษาเปรียบเทียบเพื่อความเข้าใจบทบาทและอำนาจหน้าที่กับแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศที่ได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบเกี่ยวกับองค์กรและอำนาจที่ใช้ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในหัวข้อที่ผ่านมา

เป็นที่ประจักษ์ว่าบทบัญญัติที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญเผยให้เห็นหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจในบริบทที่มีความแตกต่างกันขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ จากการศึกษาพบว่า รัฐธรรมนูญกำหนดการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักให้บทบาทและหน้าที่หลักในการบริหารราชการแผ่นดิน[448] โดยฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องกำหนดนโยบายและแถลงนโยบายในการบริหารประเทศ[449] รวมทั้งต้องบริหารราชการแผ่นดินภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ กฎหมายและนโยบายที่ได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา[450] นอกจากนั้น รัฐธรรมนูญยังกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการเรียกประชุมรัฐสภา[451] ทั้งยังมีอำนาจในการเสนอกฎหมายต่อฝ่ายนิติบัญญัติ[452] และคานอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติด้วยการที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการยุบสภาและกำหนดวันเลือกตั้งใหม่[453] หรือแม้แต่การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีบทบาทและอำนาจในการดำเนินความสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศและการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกับนานาอารยประเทศหรือกับองค์กรระหว่างประเทศ[454] เป็นที่น่าสังเกตว่า อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจโดยตรง

---

[447]บริษัท อสมท. จำกัด (มหาชน), “ส.ส. ปชป. ค้านแก้ ม.190 หวั่นกระทบผลประโยชน์พื้นที่ทับซ้อนและดินแดน,” **สำนักข่าวไทย** (16 ตุลาคม 2556): ย่อหน้า 1-7, ค้นวันที่ 30 ตุลาคม 2557 จาก http://www.mcot.net/site/content?id=525e7279150ba0c1370000ae

[448]มาตรา 171 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[449]มาตรา 176 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[450]มาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[451]มาตรา 128 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[452]มาตรา 139 (1) มาตรา 142 (1) มาตรา 184 มาตรา 186 และมาตรา 187 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[453]มาตรา 108 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[454]มาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในฐานะที่เป็นผู้แทนของปวงชนชาวไทย[455] โดยรัฐธรรมนูญได้วางบทบาทและมีอำนาจหน้าที่ในฐานะที่เป็นองค์กรหลักใน 5 ประการภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบและถ่วงดุลไว้ ดังนี้

ประการแรก อำนาจในด้านนิติบัญญัติหรือในการตรากฎหมาย[456] อำนาจในการพิจาณางบประมาณรายจ่ายประจำปี[457] อำนาจในการพิจารณาให้ความเห็นชอบกับการตราพระราชกำหนดโดยฝ่ายบริหาร[458] โดยฝ่ายบริหารก็ต้องยอมรับอำนาจและกฎหมายที่ได้มาจาการตรากฎหมายที่เกิดขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ[459] รวมถึงอำนาจในการให้ความเห็นชอบในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ[460]

ประการที่สอง อำนาจในด้านการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน ไม่ว่าจะเป็นอำนาจในการรับทราบคำแถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรี[461] อำนาจในการตั้งกระทู้ถามนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี[462] อำนาจในการเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเป็นการทั่วไป ทั้งการอภิปรายโดยการลงมติ[463] และไม่ลงมติ[464] และอำนาจในการตั้งกรรมาธิการ[465]

ประการที่สาม อำนาจในการให้ความเห็นชอบในเรื่องสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นการให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์[466] อำนาจในการรับทราบหรือให้ความเห็นชอบในการสืบราชสมบัติ[467] อำนาจในการให้ความเห็นชอบกับบุคคลที่จะเป็นนายกรัฐมนตรี[468] อำนาจใน

---

[455]มาตรา 122 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[456]ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการตรากฎหมายทั้งในการเสนอร่างกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติเองตามมาตรา 139 มาตรา 142 และมาตรา 163 และร่างกฎหมายที่เสนอโดยภาคประชาชนตามมาตรา 163 วรรคสี่ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[457]มาตรา 166-มาตรา 170 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[458]มาตรา 185 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[459]World Bank, **Governing Systems and Executive-Legislative Relations (Presidential, Parliamentary and Hybrid Systems)**, p. 1, Retrieved October 15, 2015 from http://info.worldbank.org/etools/docs/library/108383/session4h.pdf

[460]มาตรา 291 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[461]มาตรา 176 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[462] มาตรา 162 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[463]มาตรา 158 วรรคหนึ่ง มาตรา 159 วรรคหนึ่งและมาตรา 160 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[464]มาตรา 161 วรรคหนึ่ง และมาตรา 179 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[465]ประเภทของคณะกรรมาธิการ ได้แก่ 1. คณะกรรมาธิการสามัญประจำสภา 2. คณะกรรมาธิการวิสามัญ 3. คณะกรรมาธิการร่วมกัน 4. คณะกรรมาธิการเต็มสภา 5. คณะกรรมาธิการร่วมกันของรัฐสภา 6. คณะกรรมาธิการตามมาตรา 121 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[466]มาตรา 19 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[467]มาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

การให้ความเห็นชอบในการประกาศสงคราม[469] อำนาจในการให้ความเห็นชอบหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ[470]

เป็นที่น่าสังเกตว่า อำนาจในการให้ความเห็นชอบหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรหลักในการให้ความเห็นชอบ แต่ในขณะที่อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกลับเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลัก แต่ในทางกลับกันฝ่ายนิติบัญญัติกลับมีนิติฐานะเป็นองค์กรรอง

ประการที่สี่ อำนาจในการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งทางการเมืองได้แก่ ผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด หรืออัยการสูงสุด[471]

ประการที่ห้า อำนาจในการให้ความเห็นชอบและการพิจารณาเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งในองค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ[472]

---

[468]มาตรา 172 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[469]มาตรา 189 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[470]มาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[471]ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่อาจถูกถอดถอนได้ต้องปรากฏว่าเป็นผู้ซึ่ง 1. มีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ หรือ 2. ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ หรือ 3. ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือ 4. ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม หรือ 5. ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือ 6. ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง โดยวุฒิสภามีอำนาจถอดถอนผู้นั้นออกจากตำแหน่งได้ตามมาตรา 270 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 อีกทั้ง ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องถอดถอนดังกล่าวได้แก่ 1. สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ตามมาตรา 271 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 2. สมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา มีสิทธิเข้าชื่อร้องขอต่อประธานวุฒิสภาเพื่อให้วุฒิสภาถอดถอนสมาชิกวุฒิสภาออกจากตำแหน่งได้ ตามมาตรา 271 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 หรือ 3. ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่า 20,000 คน ตามมาตรา 164 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[472]อำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบบุคคล ได้แก่ 1. ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 206 (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 2. กรรมการการเลือกตั้งตามมาตรา 231 (4) และ (5) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 3. ผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามมาตรา 243 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 4. กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติตามมาตรา 246 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 5. กรรมการตรวจเงินแผ่นดินและผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินตามมาตรา 252 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 6. กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตามมาตรา 256 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 7. เลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติตามมาตรา 251 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ส่วนองค์กรตุลาการทำหน้าที่ในการวินิจฉัยคดีโดยอาศัยหลักกฎหมายที่เกิดจากการใช้อำนาจในการตรากฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ในทางกลับกันองค์กรตุลาการก็มีอำนาจในการตรวจสอบการดำเนินพันธกิจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารด้วยเช่นกัน[473] อาทิ การวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่[474] หรือแม้แต่การพิจารณาคดีของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง[475] หรือแม้แต่การที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการให้มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่[476] เป็นต้น

จากบทบาทและอำนาจหน้าที่หลักขององค์กรตามรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการดังกล่าว จะเห็นได้ว่าโดยหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจรัฐดังกล่าวภายใต้หลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ย่อมส่งผลไปถึงการวางบทบาทและการกำหนดอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ทั้งของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการในฐานะที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ที่แตกต่างกัน

ด้วยเหตุที่รัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักซึ่งมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการดำเนินนโยบายและเจริญความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ทั้งในความตกลงระหว่างประเทศที่อยู่ในรูปของความตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม โดยหลักการแล้วการทำความตกลงระหว่างประเทศทั้งหลายย่อมเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารเพียงลำพัง

แต่กระนั้นก็ตาม การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภท ก็หาได้เป็นอำนาจและหน้าที่ของฝ่ายบริหารเพียงลำพังฝ่ายเดียวแต่อย่างใดไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การที่รัฐธรรมนูญได้วางบทบาทและอำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น จึงจะถือได้ว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นไปตามหลักนิติธรรมและหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ การวางบทบาทตามกรอบกฎหมายภายใน

พ.ศ. 2550 8. อัยการสูงสุดตามมาตรา 255 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 นอกจากนั้นยังมีอำนาจในการพิจารณาเลือกบุคคล ได้แก่ 1. กรรมการตุลาการศาลยุติธรรมผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวน 2 คนตามมาตรา 221 (3) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 2. กรรมการตุลาการศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวน 2 คน ตามมาตรา 226 (3) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 รวมทั้งยังมีอำนาจในการแต่งตั้งคณะกรรมาธิการตรวจสอบประวัติความประพฤติ และพฤติกรรมทางจริยธรรมบุคคลของวุฒิสภาตามมาตรา 121 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[473]Donald E. Glover Award, **Polybius and the Founding Fathers: The Separation of Powers**, Introduction, para. 1-2 and Chapter 3, para. 3, Retrieved August 28, 2015 from http://mlloyd.org/mdl-indx/polybius/intro.htm

[474]มาตรา 211 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[475]มาตรา 219 วรรคสี่ และวรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[476]มาตรา 190 วรรคหก ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

ดังกล่าวจึงปรากฏให้เห็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในตรวจสอบถ่วงดุลและการมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจร่วมกับฝ่ายบริหารในหลายเรื่อง ซึ่งหมายความรวมถึงการใช้อำนาจร่วมกับฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทด้วยเช่นกัน

อนึ่ง การใช้อำนาจดังกล่าวรัฐธรรมนูญวางดุลอำนาจไว้ด้วยเช่นกันในลักษณะของการวางบทบาทและอำนาจหน้าที่ทั้งในการตรวจสอบและการมีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจากการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารไว้ โดยรัฐธรรมนูญกำหนดให้หนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทเท่านั้น ที่ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติต้องเข้ามามีส่วนสัมพันธ์กับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเพื่อทำการตรวจสอบและถ่วงดุลและมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจเกี่ยวกับการดำเนินนโยบายและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญยังได้วางดุลอำนาจในลักษณะของการกำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายตุลาการให้มีเขตอำนาจในการวินิจฉัยข้อขัดแย้ง ซึ่งเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศระหว่างฝ่ายบริหารกับการใช้อำนาจอธิปไตยในการตรวจสอบและถ่วงดุลและการมีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติต่อการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารไว้ในรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายภายในของรัฐต่างประเทศที่ผ่านมาและข้อค้นพบของผู้เขียนนั้น ผู้เขียนจะทำการกำหนดประเด็นในการศึกษาโดยแบ่งออกเป็น 3 ประเด็นหลักดังนี้

ประการแรก ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ประการที่สอง ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรรองซึ่งมีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเฉพาะที่มีความสำคัญ

ประการที่สาม ฝ่ายตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร ว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่

3.2.1 รัฐบาลเป็นองค์กรหลักซึ่งเป็นผู้ใช้พระราชอำนาจขององค์พระมหากษัตริย์ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ผู้เขียนค้นพบว่าจากการศึกษาในเชิงหลักการที่ผ่านมาย่อมเป็นที่ประจักษ์ว่าฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ทั้งในมิติของระบอบกฎหมายภายในและระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศ

แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อพิสูจน์ถึงนิติฐานะของฝ่ายบริหารว่าเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น ผู้เขียนจึงได้ตั้งประเด็นคำถามเพื่อนำไปสู่การพิสูจน์ต่อไปว่าสำหรับประเทศไทยฝ่ายบริหารอาศัยหลักการทางกฎหมายในเรื่องใดเป็นฐานสนับสนุนว่าฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

จากการศึกษาผู้เขียนค้นพบว่า การที่ฝ่ายบริหารมีนิติฐานะเป็นองค์กรหลักซึ่งมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้อาศัยเหตุผลใน 2 ประการดังนี้

ประการแรก เหตุผลที่มาจากบทบาทและการใช้อำนาจของรัฐบาลถูกรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญและกฎหมายภายใน และ

ประการที่สอง กระบวนการและแนวทางปฏิบัติรองรับบทบาทและอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร

3.2.1.1 บทบาทและการใช้อำนาจของรัฐบาลถูกรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญและกฎหมายภายใน

ผู้เขียนค้นพบว่าฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ด้วยเหตุที่กฎหมายได้รองรับให้ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยอาศัยฐานอำนาจที่มาจากบทบัญญัติของกฎหมายทั้งในส่วนกฎหมายรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา ระเบียบสำนักนายกและมติคณะรัฐมนตรีที่มีสถานะทางกฎหมาย ซึ่งกำหนดแนวทางการปฏิบัติในการทำความตกลงระหว่างประเทศ

จากการศึกษาพบว่าพัฒนาการทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับการกำหนดการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศยังคงมั่นคงในเชิงหลักการว่า อำนาจดังกล่าวเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารโดยตรง ซึ่งหลักการดังกล่าวได้ปรากฏให้เห็นประจักษ์ในการวางดุลอำนาจไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่ในอดีตจวบจนกระทั่งถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันอย่างไม่ผิดเพี้ยนแต่อย่างใด

เป็นที่ประจักษ์ว่าจากพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 จนกระทั่งถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบัน[477] เป็นฐานทางกฎหมายหลักที่สำคัญที่สุดซึ่งรองรับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยหลักการดังกล่าวยังคงกำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่าเป็นยังคงเป็นของฝ่ายบริหารเฉกเช่นเดิม แม้ในรัฐธรรมนูญจะได้กำหนดไว้ในเชิงหลักการว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทยและองค์พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นผ่านทางคณะรัฐมนตรี แม้พระองค์จะทรงมิได้ใช้พระราชอำนาจดังกล่าวด้วยพระองค์เองก็ตาม แต่พระองค์ก็ทรงใช้พระราชอำนาจดังกล่าวด้วยการทรงแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีเพื่อให้ทำหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามหลักความรับผิดชอบร่วมกันและตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งการใช้พระราชอำนาจดังกล่าวผ่านคณะรัฐมนตรียังหมายความรวมถึงพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกับนานาอารยประเทศด้วย ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ในเชิงหลักการว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ”

ในมิติของการศึกษาข้อมูลในเชิงประวัติศาสตร์จะพบว่า หลักการดังกล่าวได้ปรากฏให้เห็นการพัฒนาการตั้งแต่ครั้งในอดีตจวบจนกระทั่งในปัจจุบัน ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญได้วางดุลอำนาจไว้อย่างมั่นคงภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุลให้ฝ่ายบริหารเป็น

---

[477]โปรดดูรายละเอียดการศึกษาในตารางเปรียบเทียบองค์กรหลักและการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศและการถ่วงดุลตรวจสอบภายใต้หลักการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีตถึงปัจจุบัน ในบทที่ 3 ข้อ 3.2.2.1 บทบาทนำไปสู่การกำหนดฐานทางกฎหมายที่ให้อำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติและปรากฏการณ์ที่ทำให้ฐานทางกฎหมายและความเชื่อมโยงอำนาจขององค์กรต้องแปรเปลี่ยนไป หน้า 181

องค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ แม้หนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทจำต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติบางก็ตาม แต่นิติฐานะและความเป็นองค์การหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ก็ยังคงเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ในความรับผิดชอบของฝ่ายบริหารเฉกเช่นเดิม

ตามหลักการที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญหนึ่ง ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจกำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ให้เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในทางบริหารราชการแผ่นดิน[478] รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐโดยฝ่ายบริหารเป็นองค์กรที่มีหน้าที่หลักในการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน[479] เนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นหลักการโดยเฉพาะว่าเป็นหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีซึ่งจะเข้ามาบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งมีหน้าที่ต้องทำการชี้แจงต่อรัฐสภาในฐานะที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติให้ชัดแจ้งว่าคณะรัฐมนตรีหรือรัฐบาลจะดำเนินการอย่างใดบ้าง และภายในระยะเวลาเท่าใด เพื่อบริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปตามแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ตามที่ได้กำหนดไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ[480]

นอกจากนั้นแล้ว คณะรัฐมนตรียังมีหน้าที่จะต้องจัดทำแผนการบริหารราชการแผ่นดินซึ่งจะต้องสอดคล้องกับแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ[481] โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการกำหนดแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐด้านการต่างประเทศ รัฐโดยฝ่ายบริหารจะต้องทำการส่งเสริมสัมพันธไมตรีและความร่วมมือกับนานาประเทศ ตลอดจนต้องปฏิบัติตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศและตามพันธกรณีที่ประเทศไทยได้กระทำไว้กับนานาประเทศและองค์การระหว่างประเทศ[482]

จะเห็นได้ว่าหลักการในที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญดังกล่าว ฝ่ายบริหารได้ถูกกำหนดบทบาทและหน้าที่หลักในพันธกิจที่ต้องทำการกำหนดนโยบายของรัฐในกิจการต่างประเทศ และยังมีหน้าที่หลักที่จะต้องนำนโยบายด้านการต่างประเทศที่ซึ่งได้ทำการแถลงไว้ต่อฝ่ายนิติบัญญัตินำไปปฏิบัติให้เป็นรูปธรรม[483] โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและการบรรลุข้อตกลงระหว่างประเทศด้วยการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีแต่เพียงหน้าที่ในการรับฟังการแถลงนโยบายและการควบคุมกำกับให้เป็นไปตามนโยบายด้านการต่างประเทศที่แถลงไว้กับฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น[484] และท้ายที่สุดนโยบายด้านการต่างประเทศที่บรรลุข้อตกลงจนนำไปสู่การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทที่ทำโดยฝ่ายบริหารเท่านั้น ที่ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดบทบาทหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติในการให้ความเห็นชอบกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ทำขึ้นโดยฝ่ายบริหาร ในฐานะที่เป็นการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารแต่เพียงเท่านั้น

---

[478]มาตรา 171 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[479]มาตรา 75 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[480]มาตรา 75 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[481]มาตรา 76 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[482]มาตรา 82 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[483]มาตรา 75 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[484]มาตรา 136 (12) ประกอบกับมาตรา 176 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

ยิ่งไปกว่านั้น ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวยังมีกฎหมายภายในลำดับรองนอกเหนือไปจากรัฐธรรมนูญที่ซึ่งได้กำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของรัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารให้มีอำนาจตามกรอบกฎหมายภายใน ซึ่งเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้ด้วยเช่นกัน

จากการศึกษาพบว่า นอกจากหลักการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะได้ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้ว กฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยยังปรากฏว่า มีทั้งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545 พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 ประกอบกับระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งกำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามกรอบของกฎหมายภายในซึ่งอยู่ในอำนาจและหน้าที่ของฝ่ายบริหารโดยตรงด้วยเช่นกัน

เป็นที่ประจักษ์ว่า ภายใต้ระบอบของกฎหมายภายในของประเทศไทยซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของรัฐบาลไว้ แต่หาได้มีบทบัญญัติใดซึ่งกำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้แต่อย่างใดไม่ ด้วยเหตุจากเนื้อหาสาระของกฎหมายซึ่งกำหนดไว้ดังนี้

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545 ประกอบกับพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 มาตรา 4 ซึ่งได้กำหนดว่า “ ‘การเสนอเรื่อง’ ต่อคณะรัฐมนตรีให้เสนอได้เฉพาะเรื่องดังต่อไปนี้ . . . (7) เรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือที่เกี่ยวกับองค์การระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันรัฐบาลไทย” ทั้งนี้ ในการทำความตกลงระหว่างประเทศนอกจากจะดำเนินการโดยกระทรวงการต่างประเทศแล้ว ในทางปฏิบัติหน่วยงานของรัฐก็มีความสามารถในการทำความตกลงกับรัฐต่างประเทศได้เช่นเดียวกัน ดังจะเห็นได้จากระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 ได้กำหนดให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องมีหน้าที่ต้องทำการส่งเรื่องไปยังสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีพร้อมเอกสารตามวิธีการ จำนวนและระยะเวลาที่สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีกำหนด ทั้งนี้ ระเบียบดังกล่าวเปิดช่องให้กรมเจ้าท่าสามารถทำการส่งทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการทางเทคโนโลยีอื่นก็ได้[485] โดยการเสนอเรื่องเพื่อทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น ระเบียบฉบับนี้กำหนดให้ต้องทำการเสนอใน

---

[485]ข้อ 7 ของหมวด 1 ว่าด้วยเรื่องการส่งเรื่อง แห่งระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548; สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, **แนวทางการปฏิบัติตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2549), หน้า 44.

รูปแบบของเรื่องทั่วไปและการเสนอร่างกฎหมายที่ต้องออกเพื่ออนุวัติการต่อการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยหน่วยงานของรัฐในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหาร[486]

หลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวแสดงให้เป็นที่ประจักษ์ว่า กฎหมายทั้งสามฉบับดังกล่าวเป็นฐานทางกฎหมายที่รองรับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในกิจการต่างประเทศ แม้บทกฎหมายดังกล่าวจะมีนิติฐานะเป็นกฎหมายลำดับรองจากรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่กฎหมายดังกล่าวก็เป็นบทบัญญัติที่ซึ่งกำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับอำนาจในการพิจารณาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือที่เกี่ยวกับองค์การระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันกับรัฐบาลไทยโดยตรง ดังนั้น บทบัญญัติกฎหมายทั้งสองดังกล่าวจึงเป็นฐานทางกฎหมายที่รองรับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการพิจารณาเรื่องราวที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันกับรัฐบาลไทย

ในขณะที่มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญา ซึ่งเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารที่มีการกำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของรัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารให้มีอำนาจตามกรอบกฎหมายภายใน ซึ่งเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้เช่นกัน ซึ่งปรากฏหลักการรับรองการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารไว้ในมติคณะรัฐมนตรี[487]

เป็นที่น่าสังเกตว่า เหตุผลสนับสนุนในด้านบทบัญญัติของกฎหมายที่มาจากมติคณะรัฐมนตรีในการกำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและการทำความตกลงระหว่างประเทศนั้น ยังแสดงให้เห็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งแสดงให้ประจักษ์ด้วยการกำหนดการใช้อำนาจด้วยสถานะทางกฎหมายที่เป็น “กฎ” ซึ่งกำหนดแนวปฏิบัติให้กับฝ่ายบริหารในการดำเนินการแต่มิได้มีผลบังคับต่อประชาชนแต่อย่างใดไม่[488] ดังนั้น เมื่อสถานะของมติคณะรัฐมนตรีมีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎแล้ว มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจึงเป็น

---

[486]ข้อ 13 ของหมวด 3 ว่าด้วยการเสนอเรื่องทั่วไป และข้อ 14 วรรคหนึ่ง ของหมวด 4 ว่าด้วยการเสนอร่างกฎหมาย แห่งระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548; *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 52-54, 58.; กรมชลประทาน, **แนวทางการจัดทำเรื่องเสนอต่อคณะรัฐมนตรี**, หน้า 5-6, ค้นวันที่ 15 พฤศจิกายน 2549 จาก http://irrigation.rid.go.th/rid10/const2/work/bookconstruction210/book01_1/example/book011 _22.pdf

[487]มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ได้แก่ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 21 กรกฎาคม พ.ศ. 2535 เรื่อง “การทำความตกลงกับต่างประเทศ” มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2545 เรื่อง “การทำความตกลงกับต่างประเทศ” มติคณะรัฐมนตรีวันที่ 7 มกราคม พ.ศ. 2546 เรื่อง “การทำความตกลงกับต่างประเทศของหน่วยงานเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นเร่งด่วน”และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 30 ธันวาคม พ.ศ. 2546 เรื่อง “การทำความตกลงกับต่างประเทศ”เป็นต้น

[488]นันทวัฒน์ บรมานันท์, “สถานะของมติคณะรัฐมนตรี,” **Public Law Net** (ธันวาคม 2547): 1, ค้นวันที่ 9 สิงหาคม 2558 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?ID=640

ฐานทางกฎหมายที่รองรับการการปฏิบัติและการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารให้การดำเนินการเพื่อทำความตกลงระหว่างประเทศตามบทบัญญัติของกฎหมาย

จากการศึกษาพบว่ามติคณะรัฐมนตรีก็ได้มีการรับรองการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่า เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยตรงไว้ด้วยเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศได้ทำหนังสือเสนอคณะรัฐมนตรี[489] โดยขอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้มีอำนาจอนุมัติให้ทำความตกลงรับความช่วยเหลือจากต่างประเทศของอาเซียนแทนคณะรัฐมนตรี ทั้งนี้ โดยมีเงื่อนไขว่าความตกลงอาเซียนนั้นจะต้องไม่มีบทบัญญัติให้ประเทศไทยต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามความตกลงระหว่างประเทศแต่อย่างใด โดยมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 25 กันยายน พ.ศ. 2527 มีมติว่า “ให้กระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้มีอำนาจอนุมัติให้ทำความตกลงรับความช่วยเหลือจากต่างประเทศของอาเซียนแทนคณะรัฐมนตรี โดยมีเงื่อนไขว่าความตกลงอาเซียนนั้นไม่มีบทบัญญัติให้ไทยต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามความตกลง”[490]

มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่า การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยการรับความช่วยเหลือจากต่างประเทศของอาเซียนดังกล่าว ย่อมเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ เนื่องจากหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวหาจำต้องดำเนินการอย่างใด ๆ เพื่อขอความเห็นชอบจากรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติแต่อย่างใดไม่ ดังนั้น อำนาจในการทำความตกลงรับความช่วยเหลือจากต่างประเทศของอาเซียน จึงเป็นการดำเนินการภายใต้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหารด้วยเหตุที่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ดังกล่าวหาจำต้องออกกฎหมายอนุวัติการเพื่อการเป็นไปตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่ ความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวจึงไม่จำต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุปแล้ว ฐานทางกฎหมายที่รองรับการใช้อำนาจของรัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารในการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545 พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 ประกอบกับระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

หลักการในบทบัญญัติและอนุบัญญัติต่าง ๆ ต่างเป็นฐานทางกฎหมายที่รองรับการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารแต่เพียงองค์กรเดียว หลักการทางกฎหมายดังกล่าวหาได้รองรับการใช้อำนาจดังกล่าวโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นใดแต่อย่างใดไม่

---

[489]กระทรวงการต่างประเทศ, หนังสือเลขที่ กต. 0903/55877, 3 กันยายน 2527 เรื่อง ขอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้มีอำนาจอนุมัติให้ทำความตกลงรับความช่วยเหลือจากต่างประเทศของอาเซียนแทนคณะรัฐมนตรี.

[490]สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, หนังสือเลขที่ นร. 0202/13604, 2 ตุลาคม 2527 เรื่อง การลงนามในความตกลงเกี่ยวกับความช่วยเหลือที่อาเซียนได้รับจากต่างประเทศ.

การพิสูจน์ถึงฐานทางกฎหมายที่รองรับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารดังกล่าวจึงเป็นฐานที่สามารถนำไปสู่การพิเคราะห์ถึงบทบาทขององค์กรตามรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ถูกต้องต่อไป

3.2.1.2 กระบวนการและแนวทางปฏิบัติรองรับบทบาทและอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร

นอกจากฐานทางกฎหมายที่สนับสนุนการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแล้ว ผู้เขียนยังค้นพบว่ากระบวนการและแนวทางปฏิบัติก็ยังเป็นฐานซึ่งรองรับบทบาทและอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารด้วยเช่นกัน

จากการศึกษาหลักการที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญจะพบว่า ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุลนั้น รัฐธรรมนูญได้วางดุลอำนาจระหว่างฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ โดยกำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการกำหนดและการดำเนินนโยบายต่างประเทศตลอดจนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศให้เป็นอำนาจและหน้าที่ของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ แนวปฏิบัติดังกล่าวได้ปรากฏให้เห็นว่าการใช้อำนาจตามขั้นตอนและกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ยังคงยืนยันได้ว่าเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่หลักของฝ่ายบริหาร

ประเด็นการศึกษาที่สำคัญในการพิสูจน์ข้อค้นพบในการศึกษาเกี่ยวกับการใช้อำนาจตามขั้นตอนและกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่า เป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่หลักของฝ่ายบริหารนั้น สามารถแบ่งแยกออกเป็น 2 ประเด็นดังนี้

ประการแรก การใช้อำนาจตามขั้นตอนและกระบวนการตามรัฐธรรมนูญเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่หลักของฝ่ายบริหาร และ

ประการที่สอง แนวปฏิบัติในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยรองรับบทบาทและอำนาจหน้าที่ของรัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารให้มีอำนาจตามกรอบกฎหมายภายในซึ่งเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้ด้วยเช่นกัน

1) สำหรับข้อค้นพบประการแรกคือ การใช้อำนาจตามขั้นตอนและกระบวนการตามรัฐธรรมนูญยังคงเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่หลักของฝ่ายบริหาร

จากการศึกษาในเรื่องขั้นตอนและกระบวนการในการทำความตกลงผูกพันในรูปของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นกระบวนการในทางปฏิบัติที่กำหนดไว้ในคู่มือของกระทรวงการต่างประเทศพบว่า ขั้นตอนและกระบวนการในการทำความตกลงระหว่างประเทศมีลักษณะที่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์และวิธีการในกฎหมายระหว่างประเทศทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ระบอบกฎหมายภายในกำหนดการใช้อำนาจตามขั้นตอนและกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้ว่า เป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่หลักของรัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารโดยตรง เนื่องจากรัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักการไว้ดังปรากฏอยู่ในมาตรา 190 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่สอง) พุทธศักราช 2554 ซึ่งเป็นขั้นตอนในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ประกอบกับในทางปฏิบัติในการทำหนังสือสัญญาระหว่าง

ประเทศนั้น กฎหมายภายในกำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่หลักและความรับผิดชอบให้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ซึ่งมีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกับรัฐต่างประเทศโดยตรง โดยกระทรวงการต่างประเทศกำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอนและกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยเริ่มตั้งแต่การทาบทามผ่านช่องทางทางการทูต การเสนอร่างความตกลงมาตรฐาน การพิจารณาร่างความตกในระดับนโยบาย การจัดทำร่างโต้ตอบ การเจรจา การยืนยันความถูกต้องของตัวบท การเสนอขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี การแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่โดยรัฐธรรมนูญได้วางดุลอำนาจให้เป็นของฝ่ายบริหารทั้งสิ้น

จากการศึกษาพบว่า ขั้นตอนและกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ประกอบกับแนวปฏิบัติโดยกระทรวงการต่างประเทศเกี่ยวกับกระบวนการและขั้นตอนในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามกรอบของกฎหมายภายใน ทำให้ยืนยันข้อค้นพบของผู้เขียนได้ว่า การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารโดยตรงในฐานะที่เป็นองค์กรหลัก ดังนี้[491]

1. กระบวนการและขั้นตอนแรก การทาบทามผ่านช่องทางทางการทูตหรือการเจรจาโดยตรงผ่านหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในประเด็นดังกล่าว ซึ่งในกระบวนการริเริ่มโดยการทาบทามดังกล่าวก็ยืนยันได้ว่ายังคงเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารในการดำเนินการทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเกิดขึ้นโดยการดำเนินการของกระทรวงการต่างประเทศซึ่งเป็นหน่วยงานหลัก หรือแม้แต่จะเป็นการเสนอเรื่องเพื่อขออนุมัติในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งก็ตาม[492] แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม ทั้งสองหน่วยงานดังกล่าวต่างก็เป็นหน่วยงานของรัฐที่อยู่ในขอบเขตและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ที่มีความสามารถในการใช้อำนาจเพื่อดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในนิติฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารได้เช่นกัน

2. กระบวนการและขั้นตอนที่สอง การเสนอร่างความตกลงมาตรฐาน (Standard Text) เพื่อใช้เป็นพื้นฐานในการเจรจา เพื่อความสะดวกในการกำหนดกรอบการเจรจาที่

---

[491]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **แถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารกับมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ,** หน้า 2-3.; กระทรวงการต่างประเทศ, กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, **กระบวนการจัดทำสนธิสัญญาหรือความตกลงไทย**, ค้นวันที่ 11 สิงหาคม 2557 จาก http://test.mfa.go.th/treaty/handbook/index.html; บรรหาร กำลา, “บทบาทของรัฐสภาในกระบวนการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ,” **วารสารจุลนิติ** 6, 1 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2552): 56-57.

[492]นายสุรเกียรติ์ เสถียรไทย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศได้แจ้งต่อคณะรัฐมนตรีว่า ในทางปฏิบัติกระทรวง ทบวง กรมยังได้ทำความตกลงกับหน่วยงานของรัฐต่างประเทศในระดับหน่วยงานกับหน่วยงานด้วยเช่นกัน ซึ่งในแง่ของกฎหมายระหว่างประเทศแล้วการทำความตกลงในระดับหน่วยงานกับหน่วยงานดังกล่าวอาจส่งผลผูกพันต่อรัฐบาลและก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกันกับความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐหรือรัฐบาลกับรัฐบาล; กระทรวงการต่างประเทศ, กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, กองสนธิสัญญา, หนังสือเลขที่ นร. 0605/853, 19 กันยายน 2545 เรื่อง การทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญาและสนธิสัญญาต่าง ๆ.

แน่นอน ในขั้นตอนของการเสนอร่างความตกลงมาตรฐานนี้ เป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของกระทรวงการต่างประเทศซึ่งเป็นหน่วยงานหลัก หรือแม้แต่จะเป็นการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งก็ตาม ขั้นตอนในการเสนอร่างความตกลงมาตรฐานดังกล่าวนี้ก็ยังคงเป็นบทบาทและเป็นการใช้อำนาจหน้าที่โดยฝ่ายบริหารในการดำเนินการด้วยเช่นกัน

3. กระบวนการและขั้นตอนที่สาม ก่อนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวคณะรัฐมนตรีมีหน้าที่ต้องให้ข้อมูล และต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และให้คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภา เพื่อขอความเห็นชอบก่อนลงนามตามมาตรา 190 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่สอง) พุทธศักราช 2554[493]

จากการศึกษาพบว่าขั้นตอนดังกล่าวที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญก็มีแต่เฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่สอง) พุทธศักราช 2554 ที่ซึ่งกำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารตามกระบวนการตามกฎหมายภายในที่คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่ต้องปฏิบัติซึ่งก็คือ การเสนอกรอบการเจรจาต่อที่ประชุมร่วมของรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบก็ดี หรือแม้แต่การที่คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่ตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ต้องให้ข้อมูลและต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก็ดี

จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญได้วางดุลอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติให้มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการเข้ามาตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในช่วงระยะเวลาก่อนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยคณะรัฐมนตรีมีหน้าที่ต้องให้ข้อมูลและต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และยังกำหนดให้คณะรัฐมนตรีต้องทำการเสนอกรอบการเจรจาต่อที่ประชุมร่วมของรัฐสภา อาจกล่าวได้ว่าบทบาทและอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับขั้นตอนก่อนการทำสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวนี้ ก็ยังคงเป็นบทบาทและเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ที่อยู่ในความรับผิดชอบที่ต้องปฏิบัติโดยฝ่ายบริหารในการดำเนินการด้วยเช่นกัน

เป็นที่น่าสังเกตว่า แม้การดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะเป็นหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อที่จะขอความเห็นชอบก็ตาม แต่ในขั้นตอนดังกล่าวรัฐธรรมนูญกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการเพื่อขอความเห็นชอบตามกฎหมาย ก็เพื่อเป็นการวางดุลอำนาจให้ฝ่ายนิติบัญญัติได้ใช้อำนาจในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและมีส่วนร่วมกับฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทเท่านั้น ในขั้นตอนดังกล่าวนี้หาได้เป็นการวางดุลอำนาจให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีบทบาทและอำนาจและหน้าที่ใน “การทำ” หนังสือสัญญาระหว่างประเทศกับรัฐต่างประเทศแต่อย่าง

---

[493]แม้จากการศึกษาจะพบว่ามาตรา 23 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2557 จะหาได้มีบทบัญญัติที่ซึ่งได้กำหนดให้คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่ตามกฎหมายในการที่จะต้องดำเนินการเสนอกรอบการเจรจาต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติก็ตาม แต่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญดังกล่าวในขณะที่ทำการศึกษาอยู่นี้เป็นบทบัญญัติชั่วคราวในระหว่างที่มีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่และเป็นช่วงเวลาที่มีใช้อำนาจในสถานการณ์พิเศษโดยคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (คสช.)

ใดไม่[494] ซึ่งในท้ายที่สุดหากมีการให้ความเห็นชอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ฝ่ายบริหารก็สามารถดำเนินการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามกระบวนการและขั้นตอนตามกฎหมายได้ต่อไป ดังนั้น ในขั้นตอนก่อนการทำสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวนี้ ก็ยังคงเป็นบทบาทและเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ที่อยู่ในความรับผิดชอบที่ต้องปฏิบัติโดยฝ่ายบริหารในการดำเนินการด้วยเช่นกัน

4. กระบวนการและขั้นตอนที่สี่ การพิจารณาร่างความตกลงในระดับนโยบายว่า เรื่องที่เสนอเพื่อพิจารณานั้นมีความเหมาะสมและสมควรที่จะทำความตกลงหรือไม่ โดยเฉพาะการพิจารณาในนโยบายที่จะต้องคำนึงถึงในประเด็นเรื่องต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็น ข้อพิจารณาทางด้านความมั่นคง ข้อพิจารณาทางการเมือง ข้อพิจารณาทางการทูต หรือแม้แต่ข้อพิจารณาทางกฎหมายก็ตาม[495]

จากการศึกษาพบว่าในทางปฏิบัติของหน่วยราชการไทย การพิจารณาร่างความตกลงระหว่างประเทศอาจทำได้ใน 2 ลักษณะ ประการแรก การพิจารณาโดยคณะกรรมการที่จัดตั้งในลักษณะของคณะกรรมการถาวร และประการที่สอง การพิจารณาโดยคณะทำงานหรือโดยที่ประชุมส่วนราชการที่เกี่ยวข้องเป็นการเฉพาะรายความตกลงไป ทั้งนี้ ในข้อพิจารณาในการศึกษาข้อบทของความตกลงจะประกอบด้วยโครงสร้างที่สำคัญ 4 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่เป็นอารัมภบท ส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ส่วนที่เป็นบทบัญญัติทั่วไป และส่วนที่เป็นบทลงท้ายหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ จะเห็นได้ว่าในขั้นตอนของการพิจารณาร่างความตกลงในระดับนโยบายว่าสมควรจะทำความตกลงหรือไม่ดังกล่าวนี้ เป็นขั้นตอนการพิจารณาในประเด็นสำคัญด้านนโยบาย[496]

---

[494]แนวคิดเกี่ยวกับบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีสองแนวคิด โดยศาสตราจารย์ ดร.อรุณ ภาณุพงศ์ เห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามามีส่วนร่วม (Participate) ในการทำสัญญาระหว่างประเทศหาได้เป็นการเข้ามาเพื่อควบคุม (Control) หรือเพื่อทำการตรวจสอบหรือถ่วงดุล (Check and Balance) แต่อย่างใดไม่ ในขณะที่อีกแนวคิดหนึ่ง ดร.สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร เห็นว่าอำนาจในการทำหนังสือสัญญาดังกล่าวเป็นการเข้ามาเพื่อควบคุม (Control) ให้เกิดดุลภาพแห่งการใช้อำนาจหรือเพื่อทำการตรวจสอบหรือถ่วงดุลภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจที่มีต่อการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศก็ดีหรือแม้แต่แนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศก็ดี อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวก็ย่อมเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารโดยตรง ไม่ว่าฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาบทบาทและอำนาจหน้าที่ในฐานะที่เป็นการเข้ามามีส่วนร่วมหรือแม้แต่เพื่อการควบคุมตรวจสอบในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ตาม; อรุณ ภาณุพงศ์, **หลักการตีความกฎหมายมหาชน**, หน้า 21.; สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร, *เรื่องเดิม,* หน้า 226-227.

[495]นพนิธิ สุริยะ, *เรื่องเดิม,* หน้า 89-90.; กระทรวงการต่างประเทศ, กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, กองสนธิสัญญา, **คู่มือการทำสนธิสัญญาหรือข้อตกลงต่าง ๆ** (กรุงเทพมหานคร: กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, 2547), หน้า 3.

[496]กระทรวงการต่างประเทศ, กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, กองสนธิสัญญา, **คู่มือการทำสนธิสัญญาหรือข้อตกลงต่าง ๆ**, หน้า 4-5.

จากการศึกษาที่ผ่านมาจะพบว่า บทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารที่สำคัญก่อนที่จะเข้ามาทำการบริหารราชการแผ่นดินนั้น รัฐธรรมนูญได้กำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของรัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารว่ามีหน้าที่จะต้องทำการกำหนดนโยบายและทำการแถลงนโยบายต่อที่ประชุมรัฐสภา[497] ดังนั้น ในขั้นตอนการพิจารณาร่างความตกลงในระดับนโยบายว่าสมควรจะทำความตกลงหรือไม่ดังกล่าวนี้ จึงเป็นการพิจารณาในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารที่ซึ่งเป็นผู้กำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน และการนำไปปฏิบัติในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศว่า เป็นไปตามนโยบายที่ได้ทำการแถลงไว้ต่อที่ประชุมรัฐสภาหรือไม่ ดังนั้น บทบาทและอำนาจหน้าที่ในขั้นตอนของการพิจารณาร่างความตกลงในระดับนโยบายว่าสมควรจะทำความตกลงระหว่างประเทศกับรัฐต่างประเทศหรือไม่นี้ จึงยังคงเป็นบทบาทและเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ที่อยู่ในความรับผิดชอบที่ต้องปฏิบัติโดยฝ่ายบริหารในการดำเนินการด้วยเช่นกัน

5. กระบวนการและขั้นตอนที่ห้า การจัดทำร่างโต้ตอบในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแบบทวิภาคี ซึ่งเป็นขั้นตอนที่ส่วนใหญ่จะถูกดำเนินการเมื่อรัฐบาลไทยเป็นฝ่ายถูกทาบทาม และเป็นการดำเนินการภายหลังจากกรณีที่ได้รับร่างความตกลงจากคู่เจรจาแล้ว นอกจากนี้ ในขั้นตอนของการจัดทำร่างโต้ตอบดังกล่าวก็ยังขึ้นอยู่กับประเด็นของความตกลงในร่างความตกลงว่ามีหน่วยงานราชการที่เป็นเจ้าของเรื่องเพียงหน่วยเดียว หรือมีความเกี่ยวพันกับหน่วยงานราชการอื่น ๆ ด้วยหรือไม่[498] จะเห็นได้ว่าขั้นตอนในการจัดทำร่างโต้ตอบการเสนอร่างความตกลงมาตรฐานดังกล่าวนี้ ก็ยังคงเป็นบทบาทและเป็นการใช้อำนาจหน้าที่โดยฝ่ายบริหารในการดำเนินการด้วยเช่นกัน เนื่องจากเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของกระทรวงการต่างประเทศ และหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องในฐานะที่เป็นหน่วยงานของฝ่ายบริหารที่จะต้องทำการปฏิบัติ

6. กระบวนการและขั้นตอนที่หก การเจรจาในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแบบทวิภาคีจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อ ได้มีการแลกเปลี่ยนร่างความตกลงระหว่างคู่เจรจาโดยปกติเมื่อการเจรจาในแต่ละรอบเสร็จสิ้นจะมีการจัดทำบันทึกการเจรจา (Agreed Minutes) ซึ่งจะระบุผลสำเร็จหรือความคืบหน้าในการเจรจาและมีการลงนามโดยหัวหน้าคณะผู้แทนของทั้งสองฝ่าย จะเห็นได้ว่าขั้นตอนการเจรจาภายหลังการแลกเปลี่ยนร่างความตกลงระหว่างคู่เจรจาดังกล่าวนี้ ก็ยังคงเป็นบทบาทและเป็นการใช้อำนาจหน้าที่โดยฝ่ายบริหารในการดำเนินการด้วยเช่นกัน เนื่องจากเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของกระทรวงการต่างประเทศและคณะผู้แทนการเจรจาฝ่ายไทยที่ต้องมีการดำเนินการจนนำไปสู่การจัดทำบันทึกการเจรจาตามหลักการที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ[499] การดำเนินการดังกล่าวของคณะผู้แทนการเจรจาฝ่ายไทย จึงมีนิติฐานะเป็นการกระทำในนามของหน่วยงานของฝ่ายบริหาร

7. กระบวนการและขั้นตอนที่เจ็ด การรับตัวบท (Adoption) และการยืนยันความถูกต้องของตัวบท (Authentication) มีอยู่ด้วยกันหลายวิธี อาทิ การลงนามย่อ (Initial)

---

[497]มาตรา 176 ประกอบกับมาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

[498]กระทรวงการต่างประเทศ, กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, กองสนธิสัญญา, **คู่มือการทำสนธิสัญญาหรือข้อตกลงต่าง ๆ**, หน้า 5.

[499]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 6.

การลงนามโดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องนำกลับไปพิจารณาอีกชั้นหนึ่ง (Signature Ad Referendum) หรือแม้แต่การลงนามโดยมีเงื่อนไขว่าต้องได้รับการให้สัตยาบันอีกครั้งหนึ่ง (Signature Subject to Ratification) ขั้นตอนในการดำเนินการยืนยันความถูกต้องของตัวบทและการรับตัวบทดังกล่าวอาจเป็นการดำเนินการโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศหรือหัวหน้าคณะผู้แทนการเจรจา[500] จะเห็นได้ว่าในขั้นตอนของการรับตัวบทและการยืนยันความถูกต้องของตัวบทเป็นขั้นตอนที่เกิดขึ้นและต้องมีการลงนามรับรองในลักษณะต่าง ๆ โดยผู้แทนรับซึ่งอาจเป็นการดำเนินการโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ หรือหัวหน้าคณะผู้แทนการเจรจา หรือแม้แต่เจ้าหน้าที่ของกระทรวงการต่างประเทศหรือกระทรวงที่เกี่ยวข้องก็ตาม การดำเนินการดังกล่าวจึงยังคงเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่มีนิติฐานะเป็นผู้แทนรัฐที่เป็นหน่วยงานของฝ่ายบริหารด้วยเช่นกัน

8. กระบวนการและขั้นตอนที่แปด การเสนอขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารและจากที่ประชุมรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ สำหรับประเทศไทยนั้นโดยหลักการแล้วการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกือบทุกประเภทรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารตามมาตรา 190 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังนั้น ฝ่ายบริหารโดยอาศัยอำนาจตามมติคณะรัฐมนตรีที่ให้ความเห็นชอบในการดำเนินการดังกล่าว จึงเป็นองค์กรหลักที่มีทั้งอำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ และยังมีอำนาจที่จะให้ความเห็นชอบในการดำเนินการดังกล่าวกับรัฐต่างประเทศได้โดยตรง ภายหลังที่มีการพิจารณาร่างความตกลงในระดับนโยบายว่า สมควรจะทำความตกลงดังกล่าวกับรัฐต่างประเทศหรือไม่[501]

แต่กระนั้นก็ตาม ในกรณีที่เป็นการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นหนังสือสัญญาประเภทใดประเภทหนึ่งที่ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งโดยผลของบทบัญญัติดังกล่าว เมื่อมีการเจรจาเสร็จสิ้นโดยผู้แทนรัฐซึ่งเป็นฝ่ายบริหารแล้ว และก่อนจะทำให้หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้นั้น รัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องเสนอความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของที่ประชุมรัฐสภา โดยต้องเป็นการประชุมร่วมกันระหว่างสภาผู้แทนราษฎรและ

---

[500]หากเป็นการทำสนธิสัญญาทวิภาคีโดยผู้แทนรัฐซึ่งเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอาจทำการลงนามโดยมีผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งในส่วนของการรับข้อบท การยืนยันความถูกต้องแท้จริงของข้อบทหรือแม้แต่การแสดงเจตนาเพื่อการยินยอมผูกพันได้ภายในขั้นตอนและครั้งเดียว ในขณะที่การทำสนธิสัญญาพหุภาคีซึ่งมีผู้แทนรัฐเป็นจำนวนมากที่เข้าร่วมเจรจาดังกล่าว การลงนามในขั้นตอนของการรับข้อบทมักเป็นการดำเนินการลงนามโดยผู้แทนรัฐในระดับเจ้าหน้าที่เท่านั้น ส่วนการรับรองความถูกต้องแท้จริงของตัวบทมักเป็นการดำเนินโดยระดับรัฐมนตรีหรือหัวหน้าคณะผู้แทนไทยที่เข้าร่วมการเจรจา; นพนิธิ สุริยะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 90-91.; *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 6-7.

[501]กระทรวงการต่างประเทศ, กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, กองสนธิสัญญา, **คู่มือการทำสนธิสัญญาหรือข้อตกลงต่าง ๆ,** หน้า 7-8.

วุฒิสภาเพื่อขอความเห็นชอบจากที่ประชุมร่วมของรัฐสภา โดยรัฐสภามีหน้าที่จะต้องทำการพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 60 วันตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดกรอบเวลาในการดำเนินการไว้

โดยผลของบทบัญญัติดังกล่าวเมื่อมีการเจรจาเสร็จสิ้นและก่อนจะทำให้หนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะมีผลใช้บังคับได้นั้น รัฐบาลจะต้องเสนอความตกลงดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาจากที่ประชุมรัฐสภา ขั้นตอนดังกล่าวเป็นขั้นตอนที่อยู่ภายใต้บทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรวจสอบและถ่วงดุลและการมีส่วนร่วมเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเฉพาะหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทเท่านั้น หลักการที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญดังกล่าวย่อมหมายถึงฝ่ายนิติบัญญัติมีบทบาทอำนาจและหน้าที่เฉพาะในการให้ความเห็นชอบกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทเท่านั้น หาได้มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศร่วมกับฝ่ายบริหารในทุกกรณีแต่อย่างใดไม่

ในทางกลับกัน ขั้นตอนของการขอความเห็นชอบจากที่ประชุมรัฐสภาดังกล่าวนั้น รัฐธรรมนูญได้กำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารไว้ให้เป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่าประเทศตั้งแต่การริเริ่ม จวบจนกระทั่งขั้นตอนการขอความเห็นชอบจากที่ประชุมรัฐสภา รัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ รัฐสภาจึงมีบทบาทในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจและหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและมีส่วนร่วมกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทเท่านั้น ด้วยการพิจารณาในเนื้อหาสาระแห่งความตกลงและประการที่สำคัญฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่จะให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวโดยฝ่ายบริหาร[502] ด้วยเหตุที่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวมีผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรก็ดี ต้องออกกฎหมายอนุวัติการก็ดี หรือแม้แต่เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจ สังคมและภาคประชาชนโดยตรง จึงมีความจำเป็นต้องอาศัยการดุลอำนาจโดยฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรหลักที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบและถ่วงดุลและมีส่วนร่วมบางประการในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด

ดังนั้น ในขั้นตอนของการขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก็ดี หรือแม้แต่การขอความเห็นชอบจากที่ประชุมรัฐสภาก็ดี ก็ยังคงเป็นขั้นตอนที่ต้องดำเนินการโดยฝ่ายบริหารในลักษณะที่เป็นเงื่อนไขที่จะต้องปฏิบัติเพื่อที่จะสามารถดำเนินการแสดงเจตนายินยอมผูกพันได้ตามกระบวนการของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศได้ต่อไป

---

[502]บทบาทและอำนาจหน้าที่หลักประการหนึ่งของฝ่ายนิติบัญญัติคือ อำนาจในการให้ความเห็นชอบในเรื่องที่มีความสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นการให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ อำนาจในการรับทราบหรือให้ความเห็นชอบในการสืบราชสมบัติ อำนาจในการให้ความเห็นชอบกับบุคคลที่จะเป็นนายกรัฐมนตรี อำนาจในการให้ความเห็นชอบในการประกาศสงคราม รวมถึงอำนาจในการให้ความเห็นชอบหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจากการดำเนินการโดยฝ่ายบริหาร โปรดดูหัวข้อ 2.2.1 บทบาทขององค์กรเป็นฐานการวางดุลอำนาจในการทำหนังสือสัญญาภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจและตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด หน้า 21

9. กระบวนการและขั้นตอนที่เก้า เมื่อลงนามในหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสองแล้ว แต่ก่อนที่จะมีการแสดงเจตนายินยอมเพื่อให้หนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีผลผูกพันกับประเทศไทยนั้น คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่ในการดำเนินการเพื่อที่จะให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวและจะต้องดำเนินการแก้ไข เยียวยาผู้ได้รับผลกระทบอย่างรวดเร็ว เหมาะสมและเป็นธรรม ขั้นตอนดังกล่าวที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นที่ประจักษ์ชัดว่ารัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ด้วยเหตุที่ความตกลงดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองในการบริหารราชการแผ่นดินตามกรอบนโยบายที่รัฐบาลได้กำหนดไว้ การดำเนินการดังกล่าวเมื่อก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรงกับภาคประชาชน ภาคประชาชนในฐานะที่เป็นผู้ได้รับผลกระทบโดยตรงจากความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว จึงเป็นผู้ที่มีสิทธิที่จะได้รับรู้ถึงเนื้อหาสาระของความตกลงที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้น ที่อาจเกิดความเสียหายซึ่งนำไปสู่การใช้อำนาจในการบริหารรัฐกิจเพื่อการเยียวยาและชดเชยความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว ในฐานะที่เป็นการใช้อำนาจของรัฐบาลในการบริหารราชการแผ่นดินที่ต้องมีความรับผิดชอบต่อความผาสุขประชาชนภายในรัฐโดยตรง

10. กระบวนการและขั้นตอนที่สิบ การแสดงเจตนาเพื่อยินยอมผูกพันตามหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศและแนวปฏิบัติของกระทรวงการต่างประเทศ การแสดงเจตนายินยอมเพื่อผูกพันในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น อาจดำเนินการได้ทั้งในรูปแบบของการลงนามก็ดี การให้สัตยาบันก็ดี การภาคยานุวัติ การให้ความเห็นชอบซึ่งขึ้นอยู่กับการกำหนดวิธีการแสดงเจตนาเพื่อยินยอมผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว จะเห็นได้ว่าในขั้นตอนการแสดงเจตนาเพื่อยินยอมผูกพันในวิธีการต่าง ๆ อาทิ การยื่นสัตยาบันสาร เป็นต้น เป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่โดยตรงของกระทรวงการต่างประเทศที่ต้องดำเนินการในนิติฐานะที่เป็นหน่วยงานของรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร ดังนั้น ในขั้นตอนของการแสดงเจตนาเพื่อยินยอมผูกพันในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวจึงเป็นขั้นตอนที่อยู่ในบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารด้วยเช่นกัน[503]

กล่าวโดยสรุป ในเรื่องการใช้อำนาจตามขั้นตอนและกระบวนการตามรัฐธรรมนูญและแนวปฏิบัติในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่หลักของฝ่ายบริหารตั้งแต่การริเริ่มเพื่อทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ จวบจนกระทั่งกระบวนการแสดงเจตนาเพื่อยินยอมผูกพันในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว ซึ่งเป็นหลักและวิธีการปฏิบัติของประเทศไทยที่ผ่านมาจวบจนกระทั่งปัจจุบัน ที่ซึ่งกำหนดหลักการไว้ในรัฐธรรมนูญประกอบกับแนวปฏิบัติโดยกระทรวงการต่างประเทศ

จากการศึกษาในขั้นตอนและกระบวนการดังกล่าวที่ผ่านมาจะเห็นได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติหาได้เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่ แม้จากการศึกษาจะพบว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการให้ความเห็นชอบในเรื่องที่สำคัญ และในบางกรณีเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกันกับกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบ้างก็ตาม แต่บทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวก็

---

[503]กระทรวงการต่างประเทศ, กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, กองสนธิสัญญา, **คู่มือการทำสนธิสัญญาหรือข้อตกลงต่าง ๆ**, หน้า 9-11.

มีลักษณะเป็นเพียงการใช้อำนาจเพื่อการตรวจสอบและถ่วงดุลและการมีส่วนร่วมกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเพียงบางประเภทเท่านั้น

ดังนั้น จากการศึกษาถึงกระบวนการและขั้นตอนในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ผ่านมาในเบื้องต้น ผู้เขียนก็ยังคงค้นพบว่า ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเฉกเช่นเดียวกันกับการศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์เกี่ยวกับพัฒนาการ ทฤษฎีและตัวบทกฎหมายที่กำหนดการใช้อำนาจอำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวเฉกเช่นเดิม

ขั้นตอนและกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามกรอบของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศต่างมีความสัมพันธ์กันและมิได้ขัดแย้งกัน กล่าวคือ กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดขั้นตอนในการปฏิบัติตามกรอบของความตกลงระหว่างประเทศในขณะที่ระบบการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศขึ้นอยู่กับกฎหมายภายใน ในฐานะที่เป็นขั้นตอนที่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดระเบียบขั้นตอนและวิธีปฏิบัติภายในภายใต้หลักการของอำนาจอธิปไตยและรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ แม้ขั้นตอนตามระบอบ (Regime) ของกฎหมายภายในจะเป็นเหตุที่ทำให้เกิดความขัดข้องในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม ย่อมเป็นไปตามหลักอำนาจอธิปไตยและอำนาจตามกรอบกฎหมายภายในของแต่ละรัฐโดยเด็ดขาด นอกจากนั้นแล้วขั้นตอนหรือกรอบตามกฎหมายภายในจะเป็นอุปสรรคหรือมีความขัดข้องในการดำเนินนโยบายหรือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอย่างไรหรือไม่ก็ตาม ก็ย่อมเป็นกระบวนการและระบบที่ต้องดำเนินการแก้ไขภายใต้ของกฎหมายภายในเท่านั้น

2) สำหรับประเด็นข้อค้นพบประการที่สองคือ แนวปฏิบัติในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทย ยังรองรับบทบาทและอำนาจหน้าที่ของรัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารให้มีอำนาจตามกรอบกฎหมายภายใน ซึ่งเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน

ผู้เขียนค้นพบว่าแนวทางปฏิบัติสามารถอรรถาธิบายได้ถึงบทบาทและอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการปฏิบัติในการดำเนินการตามกรอบนโยบายด้านการต่างประเทศ และการกำหนดแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการเจริญความสัมพันธ์ระหว่างประเทศภายใต้การกำหนดนโยบายด้านการต่างประเทศของฝ่ายบริหารที่ทำการแถลงไว้กับรัฐสภา

เป็นที่ประจักษ์ว่า การดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับรัฐต่างประเทศจนนำไปสู่การทำข้อตกลงระหว่างประเทศอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นนั้น จากการศึกษาพบว่า ในทางปฏิบัติมักเป็นกรณีที่มีการพบปะเจรจาเพื่อทำความตกลงร่วมมือให้การช่วยเหลือ หรือแม้แต่การรับข้อผูกพันใด ๆ กับผู้นำหรือผู้บริหารระดับสูงของรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศภายใต้กรอบของภารกิจและการปฏิบัติราชการของรองนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องเนื่องในการปฏิบัติราชการในโอกาสต่าง ๆ การดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศดังกล่าวมีที่มาจากการใช้อำนาจทางการเมืองในการบริหารราชการแผ่นดิน พันธกิจอย่างหนึ่งของรัฐบาลในการเจริญความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นการใช้อำนาจทางการบริหารในการเมืองระหว่างประเทศ จะเห็นได้ว่ากระทรวงการต่างประเทศมีบทบาทสำคัญได้เสนอแนวทางปฏิบัติเพื่อการบริหารราชการ

แผ่นดินไปในทิศทางเดียวกันต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อให้การดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และการทำความตกลงระหว่างประเทศของรัฐมนตรี กระทรวงหรือส่วนราชการต่าง ๆ ดำเนินไปในทิศทางเดียวกันและสอดคล้องกับแนวนโยบายด้านต่างประเทศของรัฐบาลโดยเฉพาะ ด้วยเหตุที่การดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นการใช้อำนาจทางบริหารซึ่งอาจก่อให้เกิดข้อผูกพันในทางกฎหมายระหว่างประเทศ

เหตุดังกล่าวนำไปสู่การออกมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 14 มกราคม พ.ศ. 2547 ที่กำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐให้กระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งเป็นหน่วยงานของฝ่ายบริหารทำหน้าที่รับผิดชอบหลัก โดยกำหนดให้รองนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีและผู้เกี่ยวข้องได้ประสาน หารือหรือสอบถามข้อมูลที่เกี่ยวข้องจากกระทรวงการต่างประเทศก่อนการดำเนินการใด ๆ ในการทำความตกลงระหว่างประเทศว่า ความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวมีความจำเป็นและเหมาะสมสำหรับการทำความตกลงระหว่างประเทศกับรัฐต่างประเทศหรือไม่ [504]

การออกมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดแนวทางการใช้อำนาจทางการเมืองระหว่างประเทศในการเจริญความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยกระทรวงหรือกรมต่าง ๆ ในการดำเนินความสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศ จากการศึกษายังพบว่า การใช้อำนาจดังกล่าวจึงเป็นการใช้อำนาจเกี่ยวกับกิจกรรมทางการเมืองระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารตามกรอบนโยบายในการต่างประเทศที่ได้แถลงไว้ต่อที่ประชุมรัฐสภา ประการที่สำคัญการใช้อำนาจดังกล่าวภายใต้การกำหนดแนวทางปฏิบัติโดยมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว จึงเป็นการยืนยันถึงบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

นอกจากนั้นแล้ว ด้วยเหตุผลสนับสนุนในทางปฏิบัติในการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยส่วนราชการอื่นใดในฐานะที่เป็นหน่วยงานหรือองค์กรฝ่ายบริหารที่มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนอกเหนือไปจากบทบาทและอำนาจหน้าที่หลักโดยกระทรวงการต่างประเทศ

นอกจากรัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารซึ่งมีอำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกับรัฐต่างประเทศแล้ว ในทางปฏิบัติหน่วยงานของรัฐนอกเหนือไปจาก

---

[504]สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, หนังสือเลขที่ นร 0504/ว 7, 14 มกราคม 2547 เรื่อง การทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญาและสนธิสัญญาต่าง ๆ.; เพื่อเป็นการรักษาผลประโยชน์ของชาติและเป็นไปตามนโยบายของรัฐบาลที่กำหนดไว้ ให้ถือปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 21 กรกฎาคม พ.ศ. 2535 เรื่องการติดต่อทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญาและสนธิสัญญาต่าง ๆ และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2545 เรื่องการทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญาและสนธิสัญญาต่าง ๆ และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 7 มกราคม พ.ศ. 2546 เรื่องการทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญาและสนธิสัญญาต่าง ๆ ซึ่งกำหนดให้กระทรวงหรือกรมเจ้าของเรื่องต้องดำเนินการหารือกับกระทรวงการต่างประเทศก่อนทำความตกลงระหว่างประเทศซึ่งคณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้วลงมติเห็นชอบตามที่นายกรัฐมนตรีเสนอ

กระทรวงการต่างประเทศ ก็เป็นหน่วยงานของรัฐในฐานะที่เป็นองค์กรหนึ่งในฝ่ายบริหารก็มีอำนาจทำความตกลงระหว่างประเทศกับหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งของรัฐต่างประเทศได้ด้วยเช่นกัน

จากการศึกษาพบว่า กระบวนการทางปฏิบัติอาจเป็นการดำเนินการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยส่วนราชการเจ้าของเรื่องหรือดำเนินการผ่านกระทรวงการต่างประเทศก็ได้ ซึ่งส่วนราชการถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหารตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นตั้งแต่การริเริ่มทำความตกลงระหว่างประเทศโดยส่วนราชการกับหน่วยงานของรัฐต่างประเทศ จวบจนกระทั่งมีการแสดงเจตนายินยอมผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้ทำขึ้น[505] การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยหน่วยงานของรัฐเจ้าของเรื่องย่อมมีนิติฐานะเป็นการดำเนินการโดยฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน

ดังจะเห็นได้จากมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวกับการทำความตกลงระหว่างประเทศของส่วนราชการในหลายเรื่อง อาทิ ในการประชุมคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 21 กรกฎาคม พ.ศ. 2535 ซึ่งมีมติเห็นชอบตามที่นายกรัฐมนตรีซึ่งได้เสนอว่า

> การทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญาและสนธิสัญญาต่างๆ ที่ประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคี ควรถือเป็นหลักปฏิบัติว่าในการติดต่อทำความตกลง อนุสัญญาและสนธิสัญญามอบให้กระทรวงการต่างประเทศเป็นเจ้าของเรื่องดำเนินการ และในกรณีที่ทางต่างประเทศได้ติดต่อทางกระทรวง ทบวง กรมอื่นใดโดยตรงก่อนนำเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรี ให้กระทรวง ทบวง กรมนั้นส่งเรื่องให้กระทรวงการต่างประเทศพิจารณาเสนอความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีทุกครั้ง และให้กระทรวง ทบวง กรมถือเป็นหลักปฏิบัติต่อไป[506]

จากการศึกษาจากมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวพบว่า หน่วยงานของรัฐอื่นใดก็มีความสามารถและมีอำนาจที่จะทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้ด้วยเช่นกัน โดยมติคณะรัฐมนตรีได้กำหนดแนวทางปฏิบัติไว้ว่า ในกรณีที่เป็นการทำความตกลงระหว่างประเทศซึ่งเป็นการติดต่อกับกระทรวง ทบวงหรือกรมอื่นใดโดยตรงนอกเหนือไปจากการติดต่อกับกระทรวงการต่างประเทศนั้น ก่อนที่จะมีการนำเรื่องเพื่อเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อขอความเห็นชอบนั้น กระทรวง ทบวงหรือกรมนั้นมีหน้าที่ต้องถือเป็นหลักปฏิบัติที่จะต้องดำเนินการส่งเรื่องที่เกี่ยวกับการทำความตก

---

[505]กระทรวงการต่างประเทศ, กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, กองสนธิสัญญา, **คู่มือการทำสนธิสัญญาหรือข้อตกลงต่าง ๆ**, หน้า 11-12.

[506]สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, หนังสือเลขที่ นร. 0203/ว 114, 27 กรกฎาคม 2535 เรื่อง การติดต่อทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญา และสนธิสัญญาต่าง ๆ.

ลงระหว่างประเทศดังกล่าวให้กระทรวงการต่างประเทศเพื่อทำการพิจารณาและเพื่อทำการเสนอความเห็นประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีด้วยทุกครั้ง

จากมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวเป็นการยืนยันในหลักการ ซึ่งกำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ผู้รับผิดชอบในกระบวนการตามกฎหมายภายในเกี่ยวกับการดำเนินการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่า เป็นอำนาจและหน้าที่ของกระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งเป็นหน่วยงานหลักประการหนึ่งของฝ่ายบริหารในเรื่องที่เกี่ยวกับการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยตรง

นอกจากมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวในวันที่ 21 กรกฎาคม พ.ศ. 2535 แล้ว เพื่อเป็นการยืนยันในเชิงหลักการว่าฝ่ายบริหาร ซึ่งหมายความรวมไปถึงหน่วยงานของรัฐด้วยนั้น ก็เป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ในฐานะที่เป็นส่วนราชการภายใต้รัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารแล้วนั้น จากการศึกษายังพบว่ามติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2545 ซึ่งมีมติให้ความเห็นชอบการทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญาและสนธิสัญญาต่าง ๆ และให้กระทรวง ทบวง กรมถือเป็นหลักปฏิบัติต่อไปตามที่กระทรวงการต่างประเทศเสนอ[507] เนื่องด้วยเหตุที่นายสุรเกียรติ์ เสถียรไทย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในสมัยนั้นได้แจ้งต่อคณะรัฐมนตรีว่า ในปัจจุบันนอกจากกระทรวงการต่างประเทศจะได้มีการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศภายใต้ชื่อเรียกต่าง ๆ เพิ่มขึ้นซึ่งเป็นการทำความตกลงในระดับรัฐต่อรัฐหรือระดับรัฐบาลต่อรัฐบาลแล้ว นอกจากนั้น ข้อเท็จจริงยังปรากฏว่าในทางปฏิบัติกระทรวง ทบวง กรมก็ยังได้มีการทำความตกลงระหว่างประเทศกับหน่วยงานของรัฐต่างประเทศ ในลักษณะของความตกลงระหว่างประเทศในระดับหน่วยงานกับหน่วยงานด้วยเช่นกัน อาทิ ความตกลงทางการศึกษากับกระทรวงศึกษาธิการ[508] ความตกลงทางการทหารกับกระทรวงกลาโหม[509] ความตกลงบ้านพี่เมืองน้องของจังหวัดภายใต้กระทรวงมหาดไทย[510] เป็นต้น

ในการทำความตกลงระหว่างหน่วยงานดังกล่าวในมิติของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว การดำเนินการทำความตกลงในระดับหน่วยงานกับหน่วยงานดังกล่าวอาจมีผลผูกพันต่อ

---

[507]สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, หนังสือเลขที่ นร. 0205/13048, 3 ตุลาคม 2545 เรื่อง การทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญาและสนธิสัญญาต่าง ๆ.

[508]รูปแบบและแนวทางการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศ; กระทรวงศึกษาธิการ, สำนักงานปลัดกระทรวงศึกษาธิการ, สำนักความสัมพันธ์ต่างประเทศ, **คู่มือการปฏิบัติงานการจัดทำความตกลงกับต่างประเทศ**, ค้นวันที่ 15 พฤศจิกายน 2559 จาก http://www.bic.moe.go.th/newth/images/stories/KM/MOU_handbook.pdf

[509]รูปแบบและแนวทางการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศ; กระทรวงกลาโหม, สำนักนโยบายและแผนกลาโหม, สำนักงานนโยบายและยุทธศาสตร์, **องค์ความรู้เรื่องการจัดทำความตกลงระหว่าง กห. กับ กห.มิตรประเทศ**, ค้นวันที่ 15 พฤศจิกายน 2559 จาก http://ddcs.mod.go.th/CMSPages/GetFile.aspx?nodeguid=fd03868f-989d-44ff-b8c6-72637ebaebaa&lang=th-TH

[510]รูปแบบและแนวทางการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศ; กระทรวงมหาดไทย, สำนักปลัดกระทรวงมหาดไทย, กองการต่างประเทศ, **คู่มืองานวิเทศสัมพันธ์** (กรุงเทพมหานคร: บพิธการพิมพ์, 2557), หน้า 67-76.

รัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารและก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศได้เฉกเช่นเดียวกันกับความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐหรือระหว่างรัฐบาลกับรัฐบาลด้วยเช่นกัน ปัญหาการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยหน่วยงานของรัฐดังกล่าวอาจก่อให้เกิดข้อผูกพันระหว่างประเทศกับรัฐบาล ซึ่งเป็นฝ่ายบริหารที่จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว ยิ่งไปกว่านั้น จากสภาพปัญหาการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยหน่วยงานของรัฐดังกล่าวยังปรากฏข้อเท็จจริงว่า ทางปฏิบัติในปัจจุบันหน่วยงานต่าง ๆ มักจะเก็บความตกลงหรือสนธิสัญญาที่ได้ทำขึ้นไว้กับหน่วยงานนั้น ๆ โดยตรง ซึ่งทำให้เป็นอุปสรรคในการตรวจสอบพันธกรณีของประเทศไทยที่มีความผูกพันกับรัฐต่างประเทศตามผลผูกพันในความตกลงเช่นว่านั้นโดยตรงด้วยเช่นกัน[511]

อนึ่ง จากการศึกษาพบว่า แนวทางแก้ไขปัญหาตามข้อเสนอของกระทรวงการต่างประเทศเพื่อกำหนดแนวทางปฏิบัติให้สอดคล้องกับมติคณะรัฐมนตรีที่อ้างถึงข้างต้น โดยมีการกำหนดแนวทางและข้อปฏิบัติใน 4 ประการก็ยังปรากฏให้เห็นในแนวทางปฏิบัติอันเป็นการยืนยันในหลักการว่า ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังต่อไปนี้[512]

1. แนวทางและข้อปฏิบัติที่หนึ่งอำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยหลักเป็นอำนาจของกระทรวงการต่างประเทศ

แนวทางปฏิบัติที่กำหนดรับรองเพื่อยืนยันตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 21 กรกฎาคม พ.ศ. 2535 เรื่องการติดต่อทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญาและสนธิสัญญาต่าง ๆ เกี่ยวกับการดำเนินการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศให้เป็นอำนาจและหน้าที่ของกระทรวงการต่างประเทศเป็นหลัก แต่ในกรณีที่เป็นการทำความตกลงระหว่างประเทศซึ่งเป็นการติดต่อหน่วยงานของรัฐอื่นใด นอกเหนือไปจากการติดต่อกับกระทรวงการต่างประเทศนั้น ก่อนที่จะมีการนำเรื่องเพื่อเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อขอความเห็นชอบนั้น หน่วยงานของรัฐนั้นมีหน้าที่ต้องดำเนินการส่งเรื่องที่เกี่ยวกับการทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวให้กระทรวงการต่างประเทศเพื่อทำการพิจารณาและเพื่อทำการเสนอความเห็น

ข้อเสนอของกระทรวงการต่างประเทศเกี่ยวกับการยืนยันการปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งกำหนดแนวทางการปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐในการทำความตกลงระหว่างประเทศกับหน่วยงานของรัฐต่างประเทศ ก็จำต้องดำเนินการภายใต้ระบบการได้รับความเห็นชอบจากรัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นองค์กรเหนือหน่วยงานและมีหน้าที่ควบคุมกำกับการปฏิบัติของหน่วยงานรัฐเพื่อให้เป็นไปตามนโยบายของรัฐบาล ดังนั้น การปฏิบัติดังกล่าวของหน่วยงานของรัฐจึงเป็นการปฏิบัติในฐานะที่เป็นการดำเนินการโดยส่วนราชการของฝ่ายบริหาร

---

[511]กระทรวงการต่างประเทศ, กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, กองสนธิสัญญา, **คู่มือการทำสนธิสัญญาหรือข้อตกลงต่าง ๆ**, หน้า 12-13.

[512]กระทรวงการต่างประเทศ, กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, กองสนธิสัญญา, หนังสือเลขที่ นร. 0605/853, 19 กันยายน 2545 เรื่อง การทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญาและสนธิสัญญาต่าง ๆ.

2. แนวทางและข้อปฏิบัติที่สองหน่วยงานภายในอื่นใดนอกจากกระทรวงการต่างประเทศจะต้องขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อนดำเนินการทุกครั้ง

แนวทางปฏิบัติในกรณีที่กระทรวง ทบวงหรือกรมจะจัดทำความตกลงกับหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งของรัฐต่างประเทศนั้น ให้หน่วยงานดังกล่าวดำเนินการขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อนที่จะดำเนินการลงนามในความตกลงระหว่างประเทศทุกครั้ง โดยการขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจะต้องทำการระบุตัวบุคคลที่จะเป็นผู้ลงนามฝ่ายไทย

จะเห็นได้ว่าการที่กระทรวงการต่างประเทศได้เสนอแนวทางและข้อปฏิบัติในการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้ในประการที่สองนี้ ย่อมเป็นการยืนยันว่าอำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นของฝ่ายบริหาร ที่มีอำนาจรับรองการใช้อำนาจของหน่วยงานรัฐดังกล่าวเกี่ยวกับการเข้าทำความตกลงระหว่างประเทศโดยหน่วยงานของรัฐบาลภายใต้กระบวนการให้ความเห็นชอบในการดำเนินการดังกล่าว ถึงแม้ว่าความตกลงดังกล่าวจะเป็นการทำความตกลงระหว่างประเทศในระดับหน่วยงานของรัฐก็ตาม ดังนั้น บทบาทและอำนาจหน้าที่หลักและความรับผิดชอบในเนื้อหาสาระและพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศที่ทำโดยหน่วยงานของรัฐดังกล่าวก็ยังอยู่ในขอบอำนาจของฝ่ายบริหารด้วยเช่นกัน

3. แนวทางและข้อปฏิบัติที่สามผู้ลงนามที่มิใช่บุคคลผู้มีอำนาจโดยตำแหน่งจะต้องมีหนังสือมอบอำนาจเต็มในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

แนวทางปฏิบัติในกรณีที่ผู้ลงนามความตกลงมิใช่นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ บุคคลผู้ลงนามต้องได้รับมอบอำนาจให้ดำเนินการได้ด้วยการได้รับหนังสือมอบอำนาจเต็ม ซึ่งออกให้โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศภายใต้หลักเกณฑ์ข้อ 7 ของอนุสัญญาของเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งมีสถานะทางกฎหมายระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ข้อเสนอของกระทรวงการต่างประเทศเกี่ยวกับแนวทางและข้อปฏิบัติในการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของหน่วยงานอื่นใดนอกเหนือไปจากกระทรวงการต่างประเทศดังกล่าวนี้ จะเห็นได้ว่ายังคงเป็นการยืนยันถึงบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารซึ่งมีนิติฐานะเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้วย เนื่องจากในขั้นตอนของการลงนามในความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว จำต้องได้รับมอบอำนาจจากรัฐโดยรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารเพื่อให้มีนิติฐานะเป็นผู้แทนรัฐด้วยการแสดงให้ปรากฏด้วยหนังสือมอบอำนาจเต็ม จะเห็นได้ว่าหนังสือมอบอำนาจเต็มดังกล่าวต้องทำการออกเพื่อรับรองการเป็นผู้แทนของรัฐและรับรองการใช้อำนาจทำหนังสือสัญญาได้ในนามของรัฐและรัฐบาล ได้โดยผ่านกระทรวงการต่างประเทศซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารประการหนึ่งอันมีหน้าที่ต้องทำการมอบอำนาจในการดำเนินการดังกล่าว

4. แนวทางและข้อปฏิบัติที่สี่ต้องส่งต้นฉบับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมาเก็บรักษาที่กระทรวงการต่างประเทศทุกครั้ง

แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการส่งต้นฉบับความตกลงระหว่างประเทศทั้งที่ทำระหว่างรัฐกับรัฐ รัฐบาลกับรัฐบาลหรือกับองค์การระหว่างประเทศมาเก็บรักษาไว้ที่กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ จะเห็นได้ว่าการกำหนดแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการเก็บรักษา

ต้นฉบับความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว เป็นการดำเนินการโดยฝ่ายบริหารเพื่อบริหารจัดการและกำกับการนำความตกลงระหว่างประเทศไปปฏิบัติให้เป็นไปตามพันธกรณีที่ได้ดำเนินการมา[513] การกำกับและติดตามการปฏิบัติตามความตกลงระหว่างประเทศโดยกระทรวงการต่างประเทศก็ย่อมเป็นการดำเนินการปฏิบัติตามพันธกรณีโดยฝ่ายบริหารด้วยเช่นกัน

จากการศึกษาเปรียบเทียบแนวปฏิบัติกับรัฐต่างประเทศพบว่า ฝ่ายบริหารของประเทศไทยเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเฉกเช่นแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศที่ศึกษาเปรียบเทียบที่ผ่านมาทั้งในเชิงคุณภาพไม่ว่าจะเป็นแนวปฏิบัติของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร สาธารณรัฐฝรั่งเศส หรือแม้แต่แนวปฏิบัติของรัฐอื่นจากการศึกษาเปรียบเทียบในเชิงรูปแบบก็ตาม โดยเฉพาะฐานอำนาจที่รองรับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่มาจากรัฐธรรมนูญ อาจกล่าวได้ว่า ย่อมเป็นที่เข้าใจตรงกันว่าในเชิงหลักการแล้วรัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารย่อมเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ และการใช้อำนาจดังกล่าวฝ่ายบริหารย่อมมี “บทบาทและอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบหลัก” ที่จะต้องดำเนินพันธกิจดังกล่าวในเรื่องการใช้อำนาจในกิจการและการดำเนินความสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศก่อนองค์กรอื่นใด

กล่าวโดยสรุป จากการพิเคราะห์ถึงเหตุผลสนับสนุนการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่า เป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารที่จะใช้อำนาจดังกล่าวได้ในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกับรัฐต่างประเทศหรือองค์กรระหว่างประเทศ อาศัยฐานซึ่งสนับสนุนหลักการดังกล่าวด้วยเหตุผลทางทฤษฎีกฎหมาย พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของประเทศไทย บทบัญญัติของกฎหมายนโยบายด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ตลอดจนแนวทางการปฏิบัติของการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของส่วนราชการและของฝ่ายบริหารในทางปฏิบัติในการทำความตกลงระหว่างประเทศ โดยส่วนราชการอื่นใดในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายบริหารที่มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศย่อมเป็นที่ประจักษ์ด้วยเหตุผลทางกฎหมาย (Legal Reasoning) ว่าฝ่ายบริหารมีนิติฐานะเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ประกอบกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นพันธกิจหลักประการหนึ่งที่เกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปตามนโยบายที่แถลงไว้ต่อที่ประชุมรัฐสภา

เป็นที่ประจักษ์ในเหตุผลที่ได้จากการศึกษาที่ผ่านมาจะพบว่า กระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว ฝ่ายนิติบัญญัติหาได้มีบทบาทโดยตรงเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่ เว้นแต่จะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทเท่านั้น ที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะเข้ามามีบทบาทในฐานะที่เป็นการตรวจสอบและถ่วงดุลและมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ดังนั้น ด้วยเหตุผลทางกฎหมายที่ได้จากการศึกษาที่ผ่านมาจะพบว่าฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการหาได้มีบทบาทและอำนาจหน้าที่โดยตรงในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่ ในทางกลับกัน แม้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการจะมีบทบาทและอำนาจ

---

[513]กระทรวงการต่างประเทศ, กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, กองสนธิสัญญา, **คู่มือการทำสนธิสัญญาหรือข้อตกลงต่าง ๆ**, หน้า 12-13.

หน้าที่ในฐานะที่เป็นองค์กรหลักด้วยเช่นกันก็ตาม แต่ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการกลับมีนิติฐานะเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยเฉพาะเพื่อการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกับรัฐต่างประเทศและองค์กรระหว่างประเทศภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจที่ดำเนินการไปอย่างสมดุลและไม่ผิดเพี้ยนแต่อย่างใด

3.2.2 รัฐสภาเป็นองค์กรรองที่มีบทบาทและมีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเฉพาะที่มีความสำคัญ

จากการศึกษาในหัวข้อที่ผ่านมาจะพบว่าฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ด้วยเหตุผลทางกฎหมายทั้งในด้านทฤษฎีกฎหมาย ด้านพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ ด้านบทบัญญัติของกฎหมาย ด้านแนวปฏิบัติขององค์การในหลายประการ ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์รอง[514] ส่วนฝ่ายตุลาการทำหน้าที่เป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดการชัดกันแห่งอำนาจระหว่างองค์กรหลักและองค์กรรองเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ทั้งนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการจึงเป็นองค์กรที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในลักษณะที่สัมพันธ์กับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยตรง โดยเฉพาะในด้านการกำหนดและการดำเนินนโยบายต่างประเทศกับสังคมระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

เพื่อให้เกิดความกระจ่างชัดในบริบทของการศึกษาในเชิงเปรียบเทียบอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติกับสภาวการณ์ของปัญหาที่เกิดขึ้นกับประเทศไทย กับกฎหมายและแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศ และเพื่อเป็นการพิสูจน์ข้อค้นพบของผู้เขียนว่าฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรรองซึ่งมีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเฉพาะที่มีความสำคัญ ผู้เขียนจึงได้ทำการวิเคราะห์ให้เห็นถึงที่มาข้อปัญหาและข้อค้นพบในการศึกษาโดยแบ่งแยกออกเป็น 3 ประเด็นดังนี้

---

[514]ในการศึกษาครั้งนี้ผู้เขียนมิได้กำหนดประเด็นการศึกษาเกี่ยวกับบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็น “องค์กรสนับสนุน” ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่อย่างใด แต่ผู้เขียนเลือกที่จะใช้ถ้อยคำว่า “องค์กรรอง” ในการวางบทและเนื้อหาการศึกษา ด้วยเหตุที่แนวคิดและทฤษฎีกฎหมายซึ่งกำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติให้มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในฐานะที่เป็นองค์กรซึ่งใช้อำนาจผสมผสานร่วมกันในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศภายใต้หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลและหลักประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม ที่ซึ่งถูกใช้อรรถาธิบายบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติได้ทั้งสองหลักการ

เป็นที่น่าสังเกตว่า แม้บทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติจะดูประหนึ่งว่า เป็นองค์กรสนับสนุนในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารได้ก็ตาม แต่บทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายตุลาการเองหาได้มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในฐานะที่เป็นองค์กรสนับสนุนในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้วยแต่อย่างใดไม่ ในทางกลับกันฝ่ายตุลาการเองกลับมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ที่ปรากฏขึ้นซึ่งข้อขัดข้องเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารในเรื่องการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ประการแรก บทบาทนำไปสู่การกำหนดฐานทางกฎหมายที่ให้อำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติและปรากฏการณ์ที่ทำให้ฐานทางกฎหมายและความเชื่อมโยงอำนาจขององค์กรต้องแปรเปลี่ยนไป

ประการที่สอง การบัญญัติถ้อยคำเกี่ยวกับประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก่อให้เกิดข้อโต้แย้งการใช้อำนาจระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

ประการที่สาม กระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่บัญญัติขึ้นใหม่สร้างความขัดข้องในการนำไปปฏิบัติ

3.2.2.1 บทบาทนำไปสู่การกำหนดฐานทางกฎหมายที่ให้อำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติและปรากฏการณ์ที่ทำให้ฐานทางกฎหมายและความเชื่อมโยงอำนาจขององค์กรต้องแปรเปลี่ยนไป

จากการศึกษาพบว่าฐานทางกฎหมายที่ให้อำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจในการให้ความเห็นชอบกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารคือ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดไว้ในเชิงหลักการ ความเชื่อมโยงในมิติของการใช้อำนาจระหว่างองค์กรหลักและองค์กรรองเกี่ยวกับใช้อำนาจอธิปไตยเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวอาศัยฐานทางกฎหมายมาจากการวางบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการไว้ในเชิงหลักการและหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ

คงมิอาจปฏิเสธได้ว่าความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้ทำขึ้นนั้น หาได้มีผลใช้บังคับต่อเอกชนได้โดยตรงโดยปราศจากการอนุวัติการความตกลงระหว่างประเทศ โดยกระบวนการทางนิติบัญญัติมาเป็นกฎหมายภายในภายใต้หลักทวินิยมได้แต่อย่างใดไม่ อาจกล่าวได้ว่าการอนุวัติการความตกลงระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายในเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่หลักของฝ่ายนิติบัญญัติในมิติของอำนาจที่มาจากการตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับในประเทศไทย

ด้วยเหตุดังกล่าวความตกลงระหว่างประเทศใด ๆ จึงมิอาจมีผลใช้บังคับต่อปัจเจกชนได้โดยปราศจากการพิจารณาอย่างรอบคอบและถี่ถ้วน จนนำไปสู่การลงมติให้ความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งมีบทบาทและอำนาจหน้าที่หลักเกี่ยวกับการตรากฎหมาย ในขณะที่ฝ่ายตุลาการถูกวางบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาด เพื่อสร้างดุลอำนาจที่เกิดขึ้นจากการขัดกันในเรื่องการใช้อำนาจอธิปไตยของทั้งองค์กรหลักและองค์กรรองเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ประเด็นที่น่าสนใจคือ ฐานทางกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติคือตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับแรกจวบจนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนั้น ได้มีการแปรเปลี่ยนไปหลายลักษณะด้วยเหตุของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ผนวกกับสภาพปัญหาและบริบททางกฎหมายและการเมืองซึ่งมีความเกี่ยวพันกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยอย่างหลีกเลี่ยงมิได้

เพื่อให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างองค์กรหลักและองค์กรรองเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีตถึงปัจจุบัน จำต้องทำการพิเคราะห์ถึงการวางบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเกี่ยวกับการใช้อำนาจหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ตั้งแต่พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และร่างแก้ไขมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช .... เกี่ยวกับการใช้อำนาจตรวจสอบถ่วงดุลและการมีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ได้ดำเนินการโดยฝ่ายบริหาร โดยผู้เขียนจะทำการพิเคราะห์ผ่านกรอบ 4 ประการดังนี้

ประการแรก กรอบของตัวองค์กรหลักและการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ประการที่สอง กรอบของบทบาทและอำนาจตรวจสอบและถ่วงดุลและการมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

ประการที่สาม กรอบของการใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดการขัดกันซึ่งการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารโดยองค์กรตุลาการ

ประการที่สี่ กรอบของพิเคราะห์แนวคิดทางกฎหมายและการให้ข้อสังเกตบางประการที่ได้จากการศึกษา

โดยผู้เขียนได้ทำการวิเคราะห์และนำเสนอผ่านในรูปแบบของตารางก่อนที่จะเขียนอรรถาธิบายข้อค้นพบและการวิพากษ์สารัตถะของพัฒนาการของการใช้อำนาจ อธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

ตารางที่ 3.1 การพิเคราะห์เปรียบเทียบความเชื่อมโยงระหว่างองค์กรหลักและองค์กรรองเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีตถึงปัจจุบัน

รัฐธรรมนูญ	องค์กรหลักและการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ	บทบาทและอำนาจถ่วงดุลโดยฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรรอง	อำนาจตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ	ข้อสังเกต
1. พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475	1. มาตรา 1 อำนาจสูงสุดของประเทศนั้นเป็นของราษฎร 2. มาตรา 36 การเจรจาการเมืองกับต่างประเทศเป็นหน้าที่ของกรรมการผู้แทนราษฎร 3. มาตรา 2 กษัตริย์และคณะกรรมการราษฎรเป็นผู้ใช้อำนาจแทนราษฎร	ไม่มีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้	ไม่มีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้	1. แนวคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน แต่อำนาจในการทำหนังสือสัญญาเป็นของฝ่ายบริหาร โดยคณะกรรมการราษฎรในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาดังกล่าว 2. สภาผู้แทน ราษฎรไม่มีอำนาจในการให้ความเห็นชอบในการทำหนังสือสัญญาแต่อย่างใด

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

รัฐธรรมนูญ	องค์กรหลักและการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ	บทบาทและอำนาจถ่วงดุลโดยฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรรอง	อำนาจตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ	ข้อสังเกต
2. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475	1. มาตรา 2 อำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวสยาม พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนั้น 2. มาตรา 54 พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจในการประกาศสงคราม ทำหนังสือสัญญาสันติภาพสงบศึก และทำหนังสือสัญญาอื่นกับนานาประเทศ 3. มาตรา 46 พระมหากษัตริย์ตั้งคณะรัฐมนตรีขึ้นเพื่อให้มีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน	มาตรา 54 วรรคสาม หนังสือสัญญาใด ๆ มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตต์สยามหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาไซร้ ท่านว่าต้องได้รับความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร	ไม่มีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้	1. แนวคิดอำนาจอธิปไตยมาจากประชาชน แต่พระมหา กษัตริย์ทรงใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศผ่านฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาดังกล่าว 2. รัฐสภามีอำนาจให้ความเห็นชอบแก่หนังสือสัญญา 2 ประเภทเท่านั้น
3. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489	1. มาตรา 2 อำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ใช้อำนาจนั้นโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ 2. มาตรา 76 พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพสงบศึกและทำ	1. มาตรา 76 หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตต์ไทย หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 62 (8)	ไม่มีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้	1. แนวคิดอำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย แต่พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาผ่านฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าว 2. รัฐสภามีอำนาจให้ความเห็นชอบแก่หนังสือสัญญา 2 ประเภทเท่านั้น

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

รัฐธรรมนูญ	องค์กรหลักและการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ	บทบาทและอำนาจถ่วงดุลโดยฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรรอง	อำนาจตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ	ข้อสังเกต
	หนังสือสัญญาอื่นกับนานาประเทศ 3. มาตรา 66 พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจในการตั้งคณะรัฐมนตรีขึ้นมา 4. มาตรา 67 กำหนดให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน			
4. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉะบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490	1. มาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญอำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้เป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นแต่โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ 2. มาตรา 84 พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสงบศึกและทำหนังสือสัญญาอื่นกับนานาประเทศ 3. มาตรา 7 พระมหากษัตริย์ทรง	1. ไม่มีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ไว้เป็นการเฉพาะ 2. มาตรา 70 (6) รัฐสภาประชุมร่วมกันในการให้ความเห็นชอบแก่หนังสือสัญญาตามมาตรา 84	ไม่มีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้	1. แนวคิดอำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย แต่พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาผ่านฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าว 2. รัฐสภามีอำนาจและหน้าที่ในการให้ความเห็นชอบแก่หนังสือสัญญาทุกประเภท

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

รัฐธรรมนูญ	องค์กรหลักและการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ	บทบาทและอำนาจถ่วงดุลโดยฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรรอง	อำนาจตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ	ข้อสังเกต
	ใช้พระราชอำนาจบริหารราชการแผ่นดินผ่านทางคณะรัฐมนตรี			
5. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492	1. มาตรา 3 อำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนั้นแต่โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ 2. มาตรา 154 วรรคหนึ่ง พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพสงบศึกและทำหนังสือสัญญาอื่นกับนานาประเทศ 3. มาตรา 9 พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจบริหารทางคณะรัฐมนตรี	มาตรา 154 หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตต์ไทย หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 137 (8)	ไม่มีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้	1. แนวคิดอำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย แต่พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาผ่านฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าว 2. รัฐสภามีอำนาจในการให้ความเห็นชอบแก่หนังสือสัญญา 2 ประเภทเท่านั้น

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

รัฐธรรมนูญ	องค์กรหลักและการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ	บทบาทและอำนาจถ่วงดุลโดยฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรรอง	อำนาจตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ	ข้อสังเกต
6. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495	1. มาตรา 2 อำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวสยาม พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนั้นแต่โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ 2. มาตรา 92 วรรคหนึ่ง พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพสงบศึก และทำหนังสือสัญญาอื่นกับนานาประเทศ 3. มาตรา 46 พระมหากษัตริย์ทรงตั้งคณะรัฐมนตรีซึ่งมีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน	1. มาตรา 92 หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาต้องได้รับความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร	ไม่มีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้	1. แนวคิดอำนาจอธิปไตยมาจากประชาชน แต่อำนาจในการทำหนังสือสัญญาเป็นของพระมหา กษัตริย์ที่ทรงใช้ผ่านฝ่ายบริหาร โดยคณะกรรมการราษฎรในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าว 2. สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจในการให้ความเห็นชอบในการทำหนังสือสัญญา 2 ประเภทเท่านั้น

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

รัฐธรรมนูญ	องค์กรหลักและการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ	บทบาทและอำนาจถ่วงดุลโดยฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรรอง	อำนาจตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ	ข้อสังเกต
7. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511	1. มาตรา 3 อำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้เป็นประมุขทรงใช้อำนาจโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ 2. มาตรา 150 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพสงบศึก และทำหนังสือสัญญาอื่นกับนานาประเทศ 3. มาตรา 8 พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจบริหารผ่านทางคณะรัฐมนตรี	มาตรา 150 หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ตามมาตรา 134 (9)	ไม่มีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้	1. แนวคิดอำนาจอธิปไตยมาจากประชาชน แต่พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาผ่านฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าว 2. รัฐสภามีอำนาจในการให้ความเห็นชอบแก่หนังสือสัญญา 2 ประเภทเท่านั้น

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

รัฐธรรมนูญ	องค์กรหลักและการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ	บทบาทและอำนาจถ่วงดุลโดยฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรรอง	อำนาจตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ	ข้อสังเกต
8. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517	1. มาตรา 3 อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้เป็นประมุขทรงใช้อำนาจโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ 2. มาตรา 195 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพสงบศึก และทำหนังสือสัญญาอื่นกับนานาประเทศ หรือกับองค์การระหว่างประเทศ 3. มาตรา 11 พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจบริหารทางคณะรัฐมนตรี	มาตรา 195 หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอธิปไตยแห่งชาติหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาหรือสนธิสัญญาพันธมิตรทางทหารต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 165 (14)	ไม่มีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้	1. แนวคิดอำนาจอธิปไตยมาจากประชาชน แต่พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาผ่านฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าว 2. รัฐสภามีอำนาจในการให้ความเห็นชอบแก่หนังสือสัญญา 4 ประเภทเท่านั้น

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

รัฐธรรมนูญ	องค์กรหลักและการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ	บทบาทและอำนาจถ่วงดุลโดยฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรรอง	อำนาจตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ	ข้อสังเกต
9. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521	1. มาตรา 3 อำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนั้นทางคณะรัฐมนตรีตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ 2. มาตรา 162 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ 3. มาตรา 146 พระมหากษัตริย์ทรงตั้งคณะรัฐมนตรีให้มีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน	มาตรา 162 หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตอธิปไตยแห่งชาติ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 143 (12)	ไม่มีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้	1. แนวคิดอำนาจอธิปไตยมาจากประชาชน แต่พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาผ่านฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าว 2. รัฐสภามีอำนาจในการให้ความเห็นชอบแก่หนังสือสัญญา 3 ประเภทเท่านั้น

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

รัฐธรรมนูญ	องค์กรหลักและการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ	บทบาทและอำนาจถ่วงดุลโดยฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรรอง	อำนาจตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ	ข้อสังเกต
10. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2538	1. มาตรา 3 อำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางคณะรัฐมนตรีตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ 2. มาตรา 178 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ 3. มาตรา 159 และมาตรา 163 พระมหากษัตริย์ทรงคณะรัฐมนตรีให้มีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน	มาตรา 178 หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 156 (12) และมาตรา 160 (12)	ไม่มีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้	1. แนวคิดอำนาจอธิปไตยมาจากประชาชน แต่พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาผ่านฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าว 2. รัฐสภามีอำนาจในการให้ความเห็นชอบแก่หนังสือสัญญา 3 ประเภทเท่านั้น

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

รัฐธรรมนูญ	องค์กรหลักและการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ	บทบาทและอำนาจถ่วงดุลโดยฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรรอง	อำนาจตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ	ข้อสังเกต
11. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540	1. มาตรา 3 อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางคณะรัฐมนตรีตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ 2. มาตรา 224 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ 3. มาตรา 201 พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีให้มีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน	มาตรา 224 หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตอำนาจแห่งรัฐ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 193 (15)	ไม่มีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้	1. แนวคิดอำนาจอธิปไตยมาจากประชาชน แต่พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาผ่านฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าว 2. รัฐสภามีอำนาจในการให้ความเห็นชอบแก่หนังสือสัญญา 3 ประเภทเท่านั้น

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

รัฐธรรมนูญ	องค์กรหลักและการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ	บทบาทและอำนาจถ่วงดุลโดยฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรรอง	อำนาจตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ	ข้อสังเกต
12. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554	1. มาตรา 3 อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางคณะรัฐมนตรีตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ 2. มาตรา 190 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ 3. มาตรา 171 พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีให้มีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน	มาตรา 190 หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 136 (15)	มาตรา 190 มีกำหนดให้ศาลรัฐ ธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในลักษณะที่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวมีลักษณะต้องตามรัฐธรรมนูญที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนหรือไม่	1. แนวคิดอำนาจอธิปไตยมาจากประชาชน แต่พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาผ่านฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าว 2. รัฐสภามีอำนาจในการให้ความเห็นชอบแก่หนังสือสัญญา 8 ประเภทเท่านั้น 3. มีการกำหนดขั้นตอนรายละเอียดขั้นตอนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ทั้งก่อนและหลังทำสัญญา รวมทั้งกำหนดองค์กรตรวจสอบหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นครั้งแรกเพื่อใช้ควบคุมการใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจนเป็นการสร้างความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นอย่างมากทั้งในเชิงหลักการและทางปฏิบัติ

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

รัฐธรรมนูญ	องค์กรหลักและการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ	บทบาทและอำนาจถ่วงดุลโดยฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรรอง	อำนาจตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ	ข้อสังเกต
13. ร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช	1. มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญ 2550 อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนั้นทางคณะรัฐมนตรีตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ 2. มาตรา 190 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ 3. มาตรา 171 พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งคณะรัฐมนตรี มีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน	1. มาตรา 190 หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยชัดแจ้ง หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีบทให้เปิดเสรีด้านด้านการค้าหรือการลงทุน ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา	มาตรา 190 ยังคงกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดว่าหนังสือสัญญาดังกล่าวมีลักษณะที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนหรือไม่ โดยกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับเรื่อง	1. แนวคิดอำนาจอธิปไตยมาจากประชาชน แต่พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาผ่านฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตย 2. รัฐสภามีอำนาจในการให้ความเห็นชอบแก่หนังสือสัญญา 5 ประเภทเท่านั้น 3. ไม่มีการกำหนดขั้นตอนรายละเอียดการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้งก่อนและหลังทำสัญญา 4. ยังคงกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตรวจสอบการขัดกันเกี่ยวกับการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติในการทำหนังสือสัญญา แต่กำหนดเวลาให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องทำการวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับเรื่องเพื่อแก้ไขปัญหาความขัดข้องในการหนังสือสัญญา

จากตารางที่ 3.1 พิเคราะห์เปรียบเทียบความเชื่อมโยงระหว่างองค์กรหลักและองค์กรรองเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีตถึงปัจจุบันดังกล่าวจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญกำหนดความเชื่อมโยงในการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติไว้เพื่อทำการถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้

เป็นที่ประจักษ์ว่า ตั้งแต่พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ฉบับแรกรับรองว่า ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมิแปรเปลี่ยนประการใด จวบจนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แม้ในพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ซึ่งมีนิติฐานะเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยจะใช้ถ้อยคำว่า “กรรมการผู้แทนราษฎร” จะมีอำนาจในการเจรจาการเมืองกับต่างประเทศก็ตาม[515] แต่รัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดให้กษัตริย์และคณะกรรมการราษฎรซึ่งมีนิติฐานะเป็นฝ่ายบริหารเป็นผู้ใช้อำนาจแทนราษฎรผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย[516] ด้วยเหตุที่ในขณะนั้นอยู่ในช่วงการเปลี่ยนผ่านอำนาจจากสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยโดยคณะราษฎร์ แต่ภายหลังแต่นั้นเป็นต้นมาปรากฏชัดว่า ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 จวบจนกระทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รัฐธรรมนูญรับรองการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารว่า เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ทั้งด้วยบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายระหว่างประเทศ

จากการศึกษาพบว่า แนวคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนยังคงมั่นในเชิงหลักการตั้งแต่ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 จวบจนกระทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นของฝ่ายบริหาร แม้จะปรากฏว่าตามพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 จะกำหนดให้คณะกรรมการราษฎรมีฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวก็ตาม แต่ภายหลังจากนั้นรัฐธรรมนูญได้กำหนดรับรองการใช้อำนาจว่าเป็นของฝ่ายบริหาร และแม้จะเป็นการกำหนดไว้ในเชิงหลักการว่าพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ตาม แต่ก็เป็นการใช้พระราชอำนาจผ่านฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาดังกล่าว

ในขณะที่อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งรัฐธรรมนูญได้วางดุลอำนาจ เพื่อทำการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภท ดังปรากฏในพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 จวบจนกระทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แม้ในพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 จะหาได้กำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติ

---

[515]มาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475

[516]มาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475

บัญญัติไว้ก็ตาม แต่ก็เป็นที่ประจักษ์ว่า ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 เป็นต้นมา จวบจนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รัฐธรรมนูญได้รับรองการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติไว้ในเรื่องหลักซึ่งไม่เคยเปลี่ยนแปลงใน 2 ประการ ประการแรก หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตต์ไทย และประการที่สอง หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา

จากการศึกษาพบว่าหนังสือสัญญาทั้ง 2 ประเภทนี้เป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ ด้วยเหตุที่ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเรื่องอาณาเขตของประเทศไทยเป็นเรื่องที่สำคัญยิ่ง และในขณะที่การอนุวัติการกฎหมายเป็นสิ่งที่ต้องดำเนินการเพื่อให้ความตกลงระหว่างประเทศมีผลใช้บังคับได้ภายในประเทศด้วยหลักการและแนวคิดทวินิยม ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้งสองเรื่องจึงยังปรากฏในรัฐธรรมนูญจวบจนปัจจุบัน

เป็นที่น่าสังเกตว่า ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉะบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 มิได้กำหนดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้เป็นการเฉพาะ โดยบทบัญญัติดังกล่าวมีผลทำให้การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทุกประเภทต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติทั้งหมด ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐสภาต้องประชุมร่วมกันในการให้ความเห็นชอบแก่หนังสือสัญญาตามมาตรา 84[517] ซึ่งมีผลทำให้การทำหนังสือทั้งสัญญาสงบศึกและหนังสือสัญญาอื่นๆ กับนานาประเทศโดยพระราชอำนาจองค์พระมหากษัตริย์จะต้องได้รับความเห็นชอบไปด้วย[518] ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นรัฐธรรมนูญชั่วคราวในช่วงเปลี่ยนผ่านอำนาจที่มาจากการรัฐประหาร[519]

ความเปลี่ยนแปลงเริ่มปรากฏให้เห็นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 นอกจากหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติจะมี 2 ประเภทดังกล่าวแล้ว ยังปรากฏว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ได้กำหนดประเภทของหนังสือสัญญาเพิ่มเติมเป็น 4 ประเภทจากเดิมที่กำหนดไว้แต่เพียง 2 ประเภท

---

[517]มาตรา 70 (6) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉะบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490

[518]มาตรา 84 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉะบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490

[519]การก่อการรัฐประหารเกิดขึ้นโดยพลโทผิน ชุณหะวัณ นาวาเอกกาจ กาจสงครามและพลตำรวจเอกเผ่า ศรียานนท์ พันเอกสฤษดิ์ ธนะรัชต พันเอกถนอม กิตติขจร พันโทประภาส จารุเสถียรร้อยเอกชาติชาย ชุณหะวัณ เมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน 2490 โดยยึดอำนาจจากรัฐบาลของพลเรือตรีถวัลย์ ธำรงนาวาสวัสดิ์ซึ่งเป็นรัฐบาลซึ่งสืบทอดอำนาจต่อมาจากรัฐบาลของนายปรีดี พนมยงค์ ด้วยเหตุที่รัฐบาลไมสามารถจัดการกับปัญหาความขัดแย้งและปัญหาการทุจริตคอรัปชั่นในวงราชการ ที่เกิดขึ้นได้ ภายหลังจากนั้นนายควง อภัยวงศ ซึ่งดำรงตำแหน่งหัวหน้าพรรคประชาธิปัตย์ซึ่งเป็นพรรคฝ่ายค้านในขณะนั้นขึ้นดำรงตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรี; สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน, **กบฏการเมืองและการปฏิวัติรัฐประหารในประเทศไทย**, หน้า 2-3, ค้นวันที่ 26 สิงหาคม 2558 จาก http://social.obec.go.th/library/document/curriculum/2/3/3.3.pdf; สถาบันพระปกเกล้า, **ประวัติการเมืองการปกครองไทย**, หน้า 6, ค้นวันที่ 26 สิงหาคม 2558 จาก http://www.senate.go.th/km/data/political.doc

ได้แก่ ประการแรก หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลง “เขตอธิปไตยแห่งชาติ” และประการที่สอง หนังสือสัญญา “พันธมิตรทางทหาร” ซึ่งจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาด้วยเช่นกัน[520]

ด้วยเหตุที่สนธิสัญญาทางพันธมิตรทางทหารเป็นการทำความตกลงที่อยู่ในช่วงยุคหลังสงครามเย็น และสงครามเวียดนามและด้วยความหวาดกลัวภัยที่มาจากลัทธิคอมมิวนิสต์เป็นสาเหตุหลักที่สำคัญประการหนึ่ง ดังนั้น ในการทำความตกลงในเรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาทางพันธมิตรทางทหารจึงต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ[521] ประกอบกับการทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวย่อมส่งผลต่อความผูกพันต่อประเทศไทย หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวจึงต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ ในขณะที่สนธิสัญญาสันติภาพและสนธิสัญญาสงบศึกหาจำต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยแต่ประการใดไม่

เป็นที่น่าสังเกตว่า หนังสือสัญญาพันธมิตรทางทหารไม่ปรากฏว่าเป็นหนังสือที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ[522] อีกต่อไปในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 เนื่องมาจากหมดยุคสงครามเย็นและสิ้นสุดสงครามเวียดนาม อีกทั้งองค์การสนธิสัญญาป้องกันเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (South East Asia Treaty Organization: SEATO) ได้ถูกยกเลิก[523] และในช่วงเวลาดังกล่าวไม่มีความจำเป็นในการทำหนังสือสัญญาพันธมิตรทางการทหารอีกต่อไป ดังนั้น อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวจึงกลับมาเป็นอำนาจเฉพาะของฝ่ายบริหารอีกครั้ง ดั่งเช่นที่ได้กำหนดไว้ในเชิงหลักการเฉกเช่นครั้งในอดีตที่ผ่านมา

ปรากฏการณ์ครั้งแรกของประเภทของหนังสือสัญญาที่มีความสำคัญยิ่งประการหนึ่งซึ่งปรากฏให้เห็นในรัฐธรรมนูญของประเทศไทย 2 ฉบับได้แก่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ซึ่งได้กำหนดประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศใหม่ที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติก็คือ หนังสือสัญญามีบทเปลี่ยนแปลง “เขตอธิปไตยแห่งชาติ” ด้วยเหตุที่เกิดสภาพการณ์ของประเทศไทยที่อยู่ในช่วงประกาศอ้างสิทธิเหนือเขตทางทะเลต่าง ๆ นอกเหนือไปจากทะเลอาณาเขตอันเกี่ยวกับการใช้สิทธิอธิปไตย (Sovereign Right) เหนือเขตทางทะเล อาทิ การประกาศอ้างสิทธิเหนือเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทย[524]

---

[520]มาตรา 195 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517

[521]มธุภาณี ไทยภักดี, “ประเทศไทยกับการเป็นประชาคมอาเซียน: โอกาสและความเสี่ยง,” **วารสารร่มพฤกษ์ มหาวิทยาลัยเกริก** 30, 3 (มิถุนายน- กันยายน 2555): 113.

[522]มาตรา 162 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521

[523]องค์การสนธิสัญญาป้องกันเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (South East Asia Treaty Organization: SEATO) ได้ถูกหยิบยกพิจารณาเรื่องการยกเลิกอย่างเป็นทางการในครั้งการประชุมของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่กรุงนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ 24 กันยายน พ.ศ. 2518 และภายหลังการประชุมได้ตกลงให้มีการยกเลิกองค์การซีโต้ไปตั้งแต่วันที่ 30 มิถุนายน 2520; มธุภาณี ไทยภักดี, *เรื่องเดิม,* หน้า 113-114.

[524]พระบรมราชโองการประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะของราชอาณาจักรไทย ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2524 ต่อมาภายหลังมีการประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะของราชอาณาจักรไทยในด้านอ่าว

เป็นที่น่าสังเกตว่า หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีบทเปลี่ยนแปลง “เขตอธิปไตยแห่งชาติ” เป็นความเปลี่ยนแปลงที่ปรากฏขึ้นใหม่จากหลักการดั้งเดิมที่กำหนดไว้ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 จวบจนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 ที่ซึ่งกำหนดประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้แต่เฉพาะหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีบทเปลี่ยนแปลง “อาณาเขตต์ไทย” เฉพาะในมิติเรื่องของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลต่อการเปลี่ยนแปลงทางกายภาพและทางภูมิศาสตร์ของราชอาณาจักรไทยแต่เพียงเท่านั้น

ด้วยเหตุแห่งถ้อยคำที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ซึ่งได้กำหนดประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ คือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีบทเปลี่ยนแปลง “เขตอธิปไตยแห่งชาติ” แม้จะมีปัญหาในเชิงหลักการเกี่ยวกับถ้อยคำและความหมายในทางกฎหมายว่า เขตอธิปไตยแห่งชาติมีความหมายเช่นไรในระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยทะเลก็ตาม ด้วยเหตุที่เขตเศรษฐกิจจำเพาะเป็นเขตที่อยู่ภายใต้สิทธิอธิปไตย (Sovereign Right) หาได้อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยแต่อย่างใดไม่ ถ้อยคำดังกล่าวส่งผลต่อความคลาดเคลื่อนในสารัตถะของความหมายของถ้อยคำว่า”เขตอธิปไตยแห่งชาติ” หมายถึงเขตที่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐหรือไม่ อย่างไร[525]

สภาพการณ์ปัญหาดังกล่าวได้สร้างความเปลี่ยนแปลงใหม่ให้เห็นอีกครั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2538 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แม้หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติจะยังคงมี 3 ประเภท

ไทยประชิดกับเขตเศรษฐกิจจำเพาะของมาเลเซีย ลงวันที่ 16 กุมภาพันธ์ 2531 และการประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะของราชอาณาจักรไทยด้านทะเลอันดามัน ลงวันที่ 18 กรกฎาคม 2531

[525]ท่านศาสตราจารย์ ดร.อรุณ ภาณุพงศ์ในฐานะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ได้เคยอรรถาธิบายที่ไปที่มาว่าในช่วงเวลาดังกล่าวอยู่ในช่วงของการยกร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 (พ.ศ. 2525) ยังไม่แล้วเสร็จและยังอยู่ในช่วงของการพัฒนาหลักการใหม่ในกฎหมายทะเลเกี่ยวกับสิทธิอธิปไตยเหนือเขตทางทะเล ประกอบกับอยู่ในช่วงการเจรจาแบ่งเขตไหล่กับประเทศเวียดนามและประเทศกัมพูชาซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนปี พ.ศ. 2516 ในกรณีที่สามารถตกลงกับประเทศใดได้ก็ตามให้ทำเป็นสนธิสัญญาที่เรียกว่า “หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตอธิปไตยแห่งชาติ” ซึ่งในทรรศนะของผู้เขียนเห็นว่าบริบทของสภาพการณ์ดังกล่าวและหลักการใหม่ที่เกิดขึ้นยังไม่เป็นที่เข้าใจโดยชัดแจ้งอาจเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดความเข้าใจได้ว่าเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือเขตไหล่ทวีปเป็น “เขตที่สามารถใช้สิทธิอธิปไตย”ของรัฐได้ ซึ่งอาจเป็นเหตุที่นำไปสู่การกำหนดถ้อยคำที่สั้นลงเป็น “เขตอธิปไตยแห่งชาติ”; เกรียงศักดิ์ แจ้งสว่าง, “หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ: เจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 224 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540,” **Public Law Net** (มกราคม 2549): 1, ค้นวันที่ 17 มีนาคม 2558 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=859

เช่นเดิมก็ตาม แต่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว หาได้ปรากฏซึ่งประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีบทเปลี่ยนแปลง “เขตอธิปไตยแห่งชาติ” แต่อย่างใดไม่

ในทางกลับกันข้อเท็จจริงปรากฏว่า หลักการในรัฐธรรมนูญดังกล่าวกลับปรากฏประเภทหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลง “เขตอำนาจแห่งรัฐ” แทนในฐานะที่เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา[526] ด้วยเหตุที่หลักการในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ได้พัฒนาการจนเกิดความเข้าใจที่ประจักษ์ชัดเกี่ยวกับสิทธิของรัฐชายฝั่งเหนือเขตและเป็นการใช้เขตอำนาจรัฐ (State Jurisdiction) เหนือบริเวณเขตเศรษฐกิจจำเพาะและเขตไหล่ทวีป

ภายหลังจากปี พ.ศ. 2540 ความเปลี่ยนแปลงในเชิงหลักการเกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ ได้ปรากฏขึ้นอีกครั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 ซึ่งเป็นการกำหนดประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจากเดิม 3 ประเภทเป็น 8 ประเภท[527] ในขณะที่ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีบทเปลี่ยนแปลง “เขตอำนาจแห่งรัฐ” กลับกลายเป็นสาเหตุประการหนึ่งที่ได้สร้างปัญหาเกี่ยวกับการตีความโดยฝ่ายตุลาการ ซึ่งได้ปรากฏขึ้นเมื่อครั้งปี พ.ศ. 2543[528] ได้ถูกแปรเปลี่ยนเป็นหนังสือสัญญาที่มี “เขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ” โดยมีเจตนารมณ์เพื่อขจัดปัญหาความขัดข้องในเชิงหลักการที่เกิดขึ้นจากการตีความประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้นว่าอยู่ภายใต้ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่

แต่กระนั้นก็ตาม ภายหลังสภาพปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนอกจากจะมิได้จางหายไปแล้ว กลับยิ่งทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้นไปอีก ด้วยเหตุที่ความขัดข้องในการตีความการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเหนือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เพิ่มขึ้นถึง 5 ประเภทที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว ยังถูกนำไปใช้เป็นเหตุที่สนับสนุนในการกำหนด

---

[526]มาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521

[527] ประเภทที่หนึ่ง หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย ประเภทที่สอง หนังสือสัญญาที่มีเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ ประเภทที่สาม หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา ประเภทที่สี่ หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจอย่างกว้างขวาง ประเภทที่ห้า หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง ประเภทที่หก หนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้าอย่างมีนัยสำคัญ ประเภทที่เจ็ด หนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ ประเภทที่แปด หนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านงบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ เป็นหนังสือที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา; มาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

[528]คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543

บทบาทและการวางกลยุทธ์ทางการเมืองเกี่ยวกับการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติหลากหลายครั้ง ดังจะเห็นได้จากหลักการตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญดังกล่าวยังถูกนำไปใช้ในทางการเมืองในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่า หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติก่อน ในขณะที่รัฐบาลเห็นว่า หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวหาได้เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้แต่อย่างใดไม่ และเพื่อป้องกันการรับผิดชอบทางการเมืองของฝ่ายบริหารต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงได้นำไปสู่การเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำการวินิจฉัยชี้ขาดจากการขัดกันแห่งการใช้อำนาจอธิปไตยเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

สภาพปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว เป็นที่ประจักษ์ว่าเป็นผลพวงที่มาจากความไม่แน่ชัดในเชิงหลักการประการหนึ่งเกี่ยวกับถ้อยคำในรัฐธรรมนูญว่า “กว้างขวางหรืออย่างมีนัยสำคัญ” จะมีความหมายเฉกเช่นใด ต่อการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางหรือเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ นอกเหนือไปจากการพิจารณาสภาพของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่า มีนิติฐานะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ ดังจะเห็นได้จากกรณีของร่างสุดท้ายของความตกลงว่าด้วยการยอมรับรายสาขาของอาเซียน สำหรับการตรวจผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ยาตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ดีในการผลิต (GMP)[529] หรือแม้แต่กรณีองค์การนาซ่า (NASA) ของสหรัฐอเมริกาทำข้อเสนอขอใช้พื้นที่สนามบินอู่ตะเภาเพื่อทำการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับสภาพภูมิอากาศในประเทศไทยร่วมกับนักวิทยาศาสตร์ไทย ด้วยเหตุที่กรณีดังกล่าวมีประเด็นถกเถียงกันในเชิงหลักการว่า ข้อตกลงดังกล่าวเป็นเรื่องของการป้องกันสาธารณภัยหรือเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศ เป็นเหตุให้การดำเนินการตามความตกลงดังกล่าวได้ยุติไปในที่สุด[530]

---

[529]แม้กระทรวงการต่างประเทศและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นต่อกระทรวงสาธารณสุขว่า ความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวไม่เข้าข่ายหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามหลักการในมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่อย่างใดก็ตาม แต่คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารก็ยังคงนำเรื่องดังกล่าวเสนอขอความเห็นชอบจากรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ เพื่อป้องกันความผิดพลาดและความรับผิดชอบในทางการเมืองและกฎหมายต่อฝ่ายนิติบัญญัติ หรือแม้แต่กรณีของคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายบริหารมีบทเรียนที่สร้างความหวาดกลัวต่อความผิดพลาดและความรับผิดชอบทางการเมืองและทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นอันเป็นผลพวงที่มาจากการตีความหลักการในกฎหมายที่คลาดเคลื่อนไปโดยฝ่ายตุลาการในทางปฏิบัติหน่วยงานเจ้าของเรื่องมักเสนอเรื่องต่อรัฐสภา ซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อขอความเห็นชอบก่อนทุกครั้งไป; เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 5-12-5-14.

[530]รัฐบาลไทยในสมัยนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตรเป็นนายกรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารกลับไม่กล้าดำเนินการใด ๆ ที่จะก่อให้เกิดความผูกพันจากความร่วมมือทางวิทยาศาสตร์ระหว่างประเทศเช่นว่านั้น ถึงแม้ว่าสถาบันพัฒนาเทคโนโลยีอวกาศและภูมิสารสนเทศ (องค์การมหาชน) กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี (Geo-Informatics and Space Technology Development

อนึ่ง หลักการใหม่ที่สำคัญประการหนึ่งซึ่งแสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติที่เห็นได้ประจักษ์ก็คือ การปรากฏขึ้นซึ่งหลักการใหม่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นครั้งแรกนับแต่มีรัฐธรรมนูญในประเทศไทย หลักการดังกล่าวแบ่งเป็น 2 ลักษณะดังนี้ ประการแรก ขั้นตอนที่เกี่ยวกับรัฐสภาในฐานะที่เป็นตัวแทนของประชาชน ซึ่งเป็นเรื่องการกำหนดเรื่องขั้นตอนเกี่ยวกับการเสนอเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ว่าจะเป็นการกำหนดขั้นตอนก่อนทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ เรื่องการเสนอกรอบในการเจรจา และขั้นตอนภายหลังการลงนามคือการขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ ประการที่สอง ขั้นตอนที่เกี่ยวกับภาคประชาชน ทั้งในส่วนของขั้นตอนก่อนทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน รวมทั้งขั้นตอนภายหลังจากที่ลงนามแล้วแต่การที่จะแสดงเจตนาผูกพันเกี่ยวกับการให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หรือแม้แต่การกำหนดหลักการและวิธีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของรัฐบาลก็ตาม

หลักการใหม่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดกระบวนการและขั้นตอนในการเสนอเรื่องเข้าสู่การพิจารณาให้ความเห็นชอบกับฝ่ายนิติบัญญัติไว้มากมายหลายขั้นตอน จนกลายเป็นอุปสรรคในการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารมากกว่าที่จะเป็นการถ่วงดุลอำนาจตามหลักการที่มีในรัฐธรรมนูญ

หลักการที่ปรากฏขึ้นดังกล่าวมีเหตุที่มาจากความไม่ไว้วางใจรัฐบาลอดีตนายกรัฐมนตรีพันตำรวจโท ดร.ทักษิณ ชินวัตร ซึ่งถูกพลเอกสนธิ บุญยรัตกริน ทำการรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 ในนามของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ด้วยเหตุที่รัฐบาลอดีตนายกรัฐมนตรีพันตำรวจโท ดร.ทักษิณ ชินวัตร เป็นฉนวนเหตุที่ทำให้ประชาชนในบ้านเมืองเกิดความแตกแยก และด้วยความที่เป็นรัฐบาลที่มีความเข้มแข็งในระบบสภาจนดูประหนึ่งว่า เป็นรัฐบาลเผด็จการรัฐสภาที่มีการใช้อำนาจเพื่อทำการแทรกแซงองค์กรอิสระ ประการที่สำคัญคือ รัฐบาลอดีตนายกรัฐมนตรีพันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร ใช้อำนาจที่มีทำการทุจริตเชิงนโยบายและกอบโกยทุจริตและมีผลประโยชนทับซ้อนในการบริหารรัฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การมีผลประโยชน์ทับซ้อนจากการใช้อำนาจในการทำความตกลงเขตการค้าเสรีกับนานาอารยประเทศเพื่อเอื้อประโยชน์ให้กับกลุ่มพวกพ้องในลักษณะที่สร้างผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศ[531] ความหวาดระแวงในการกอบโกยผลประโยชน์

Agency (Public Organization): GISTDA) จะได้ลงนามในแถลงการณ์ร่วมกับนาซา ตั้งแต่วันที่ 28 กันยายน พ.ศ. 2553 แล้วก็ตาม จวบจนกระทั่งสหรัฐอเมริกาได้ขอยกเลิกการใช้สนามบินอู่ตะเภา เนื่องจากหมดความจำเป็นที่จะศึกษาในทางวิทยาศาสตร์ต่อไป อันเป็นเหตุให้ประเทศไทยเสียโอกาสในการได้รับความรู้ทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี รวมถึงทักษะขั้นสูงในการปฏิบัติงานด้านวิทยาศาสตร์จากองค์การนาซ่าไปในที่สุด; “นาซ่าขู่ถอนสำรวจเมฆปิ้งดันอู่ตะเภาเข้า ครม.,” **มติชนออนไลน์** (22 มิถุนายน 2555): ย่อหน้าที่ 1-5, ค้นวันที่ 15 สิ่งหาคม 2558 จาก http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1340331256

[531]สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 6.

ดังกล่าวประกอบกับการมีฐานการเมืองสนับสนุนที่เข้มแข็งจึงเป็นที่มาของการกำหนดรายละเอียดและขั้นตอนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว

นอกจากนั้นแล้ว หลักการใหม่ที่ปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ด้วยการให้อำนาจทางการเมืองกับภาคประชาชนในการเข้ามามีส่วนร่วมในการถ่วงดุลการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร ไม่ว่าจะเป็นการที่ต้องให้ข้อมูลแก่ภาคประชาชน การรับฟังความคิดเห็นของภาคประชาชนหรือแม้แต่การเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่าหลักการดังกล่าวอาศัยฐานในแนวคิดทางการเมืองที่เรียกว่าระบอบประชาธิปไตยทางตรงหรือประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมสมัยใหม่ที่ให้ความสำคัญกับการมีส่วนร่วมของภาคประชาชนที่ทุกมิติโดยเฉพาะการสร้างความเข้มแข็งและระบบตรวจสอบโดยอาศัยการเมืองภาคประชาชนมากขึ้น

ข้อดีของการกำหนดให้ภาคประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็คือ เหตุผลจากการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อภาคประชาชนโดยตรง การรับรู้และการมีส่วนแสดงความคิดเห็นย่อมก่อให้เกิดผลดีกับสิทธิของประชาชนโดยตรงที่จะยินยอมพร้อมกับผู้แทนของปวงชนในการเข้าผูกพันต่อความตกลงระหว่างประเทศ แต่กระนั้นก็ตาม ข้อเสียของการกำหนดให้ภาคประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็คือ กระบวนการดังกล่าวอาจก่อให้เกิดข้อขัดข้องในกระบวนการตามกรอบกฎหมายภายในและอาจไม่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศแต่อย่างใด

เป็นที่ประจักษ์ว่า ความขัดข้องในการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีเพิ่มมากยิ่งขึ้นในหลายกรณีที่เกิดขึ้นกับประเทศไทย[532] เหตุดังกล่าวได้นำไปสู่การปรับและ

---

[532]ปัญหาเริ่มเกิดขึ้นตั้งแต่กรณีของกระทรวงการต่างประเทศและกระทรวงพาณิชย์ต้องนำกฎบัตรอาเซียนและปฏิญญาว่าด้วยแผนงานการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนต้องเข้าสู่การพิจาณาโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติซึ่งได้ทำความตกลงดังกล่าวไว้ต้นปี 2550 ต่อมาหลังจากที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีผลใช้บังคับ ทำให้ต้องเริ่มดำเนินการตามขั้นตอนการทำหนังสือสัญญาใหม่อีกครั้งตั้งแต่การเสนอกรอบการเจรจา รวมถึงการตั้งคณะกรรมาธิการวิสามัญเพื่อพิจารณาถึงผลกระทบจากการลงนามในร่างของปฏิญญาว่าด้วยแผนงานการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนดังกล่าว ทำให้เกิดความล่าช้าในการลงนามในความปฏิญญาดังกล่าว เป็นเหตุให้ประเทศไทยไม่ได้รับการลดภาษีจากประเทศสมาชิกอาเซียนและเสียเปรียบและเสียโอกาสในการค้ากับประเทศสมาชิกอื่น หรือแม้แต่ในกรณีที่การทำสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties: BITs) ที่ซึ่งยังอยู่ในขั้นตอนของการเจรจากับรัฐต่างประเทศอีกกว่า 54 ประเทศ ความล่าช้าดังกล่าวเป็นผลมาจากกระบวนการที่จำต้องมีการเสนอกรอบเจรจาและการแถลงต่อรัฐสภาในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามหลักการในรัฐธรรมนูญ หรือแม้แต่กรณีความล่าช้าเกี่ยวกับขั้นตอนในการเสนอขอความเห็นชอบจากรัฐสภาไม่ว่าจะเป็นความตกลงเขตการค้าเสรี (FTA) อาเซียน-เกาหลี หรือความตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียน-ญี่ปุ่น หรือความตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียน-อินเดีย หรือความตกลง

ทำการแก้ไขความเชื่อมโยงระหว่างอำนาจของฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ ด้วยการเสนอร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช .... ในสมัยที่นางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรี การเสนอร่างแก้ไขดังกล่าวได้ตัดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติจากเดิม 8 ประเภทเหลือเพียง 5 ประเภท[533] โดยที่ปรากฏความแตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 คือการกำหนดถ้อยคำเพิ่มเติมคำว่า “โดยชัดแจ้ง” เข้ามาในประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญา หรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ

นอกจากนั้น ในร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช ..... ยังตัดประเภทของหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง ออกไปจากตัวร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช .... ในขณะที่ประเภทของหนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ได้ถูกแก้ไขโดยให้ความสำคัญเฉพาะกับกรณีที่เป็นการเปิดเสรีเป็นหลักไม่ว่าจะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีบทให้เปิดเสรีด้านการค้าหรือการลงทุน ซึ่งเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา แต่ในขณะที่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการผูกพันงบประมาณนั้น กลับบไม่ปรากฏอยู่ในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช .... แต่อย่างใด

การแก้ไขดังกล่าวเป็นที่ประจักษ์ว่า มีข้อดีอยู่ที่การทำหนังสือสัญญาจะต้องมีความชัดเจนและแน่นอนว่า การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น ในกรณีที่ “อาจก่อให้เกิดผล” ดังที่เคยปรากฏในการตีความโดยศาลรัฐธรรมนูญในคดีของคำแถลงการณ์ร่วมในการขึ้นทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารฝ่ายเดียวของประเทศกัมพูชา หาได้อยู่ในอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติแต่อย่างใดไม่ แต่กระนั้นก็ตาม ข้อเสียของการกำหนดหลักการดังกล่าวก็อาจมีผลทำให้ความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว ก่อให้เกิดข้อผูกพันจนเป็นเหตุที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจได้โดยปราศจากการถ่วงดุลอำนาจโดยฝ่ายนิติบัญญัติได้เช่นกัน

เขตการค้าเสรีอาเซียน-ออสเตรเลีย-นิวซีแลนด์; กระทรวงการต่างประเทศ, กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, *เรื่องเดิม*.; กรมการค้าต่างประเทศ, *เรื่องเดิม,* หน้า 8-21.; เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 5-10, 5-11.

[533]ประเภทแรก หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยโดยชัดแจ้ง ประเภทที่สอง หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยชัดแจ้ง ประเภทที่สาม หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา ประเภทที่สี่ หนังสือสัญญาที่มีบทให้เปิดเสรีด้านการค้า ประเภทที่ห้า หนังสือสัญญาที่มีบทเปิดเสรีด้านการลงทุน เป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

กล่าวโดยสรุปแล้ว รัฐธรรมนูญนอกจากจะเป็นฐานทางกฎหมายหลักที่สำคัญที่สุดแล้ว รัฐธรรมนูญยังเป็นหลักที่กำหนดความเชื่อมโยงระหว่างองค์กรหลักและองค์กรรองเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งปรากฏชัดตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีตถึงปัจจุบัน ความเชื่อมโยงในเชิงหลักการดังกล่าวเห็นได้จากทั้งแนวคิดของการตรวจสอบถ่วงดุลและแนวคิดการมีส่วนร่วมทั้งทางตรงและทางอ้อมของภาคประชาชน การศึกษาประวัติศาสตร์และพัฒนาการที่ผ่านมาทำให้เห็นได้ว่า หลักการที่กำหนดความเชื่อมโยงการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยองค์การหลักและองค์กรรองก็ดี มีวิวัฒนาการที่เกิดขึ้นจากการพัฒนาฐานทางกฎหมายไปตามความเปลี่ยนแปลงของสภาพการบริหารรัฐกิจภายในและความเปลี่ยนแปลงของสังคมระหว่างประเทศ

คงมิอาจปฏิเสธได้ว่าความเชื่อมโยงในการใช้อำนาจดังกล่าว มีฐานทางกฎหมายมาจากการวางดุลอำนาจในรัฐธรรมนูญเป็นหลัก และอาจกล่าวได้ว่าหลักการดังกล่าวตั้งแต่ครั้งในอดีตจวบจนปัจจุบัน ก็ยังมั่นคงในเชิงหลักการว่า อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศยังคงเป็นของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลัก ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการเข้ามาเกี่ยวข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว ได้แต่เฉพาะการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภท ที่ถูกกำหนดความเชื่อมโยงบทบาทและอำนาจหน้าที่ไว้ในรัฐธรรมนูญเพียงเท่านั้น

ฉันใดก็ฉันนั้น หากความตกลงระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศประเภทใดประเภทหนึ่งก็ตาม ที่รัฐธรรมนูญหาได้กำหนดความเชื่อมโยงการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศระหว่างฝ่ายบริหารซึ่งเป็นองค์กรหลักและฝ่ายนิติบัญญัติกับซึ่งเป็นองค์กรรองไว้เป็นการเฉพาะก็ตาม การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวย่อมเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารแต่โดยลำพัง ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการหาได้มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ใด ๆ ที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ที่ได้ดำเนินการโดยฝ่ายบริหารโดยที่อาศัยความเชื่อมโยงที่มาจากรัฐธรรมนูญได้แต่อย่างใด

3.2.2.2 การบัญญัติถ้อยคำเกี่ยวกับประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก่อให้เกิดข้อโต้แย้งการใช้อำนาจระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

ข้อเท็จจริงเชิงประจักษ์ที่เกิดขึ้นแสดงให้เห็นว่า ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดข้อโต้แย้งว่า หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวนั้นเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยลำพัง หรือเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติบ่อยครั้ง โดยหลักการแล้ว รัฐสภาในฐานะที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่สามารถใช้อำนาจเพื่อทำการถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญได้ แต่ด้วยช่วงสถานการณ์พิเศษนี้ จากการศึกษาพบว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 กำหนดให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติทำหน้าที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติในห้วงเวลาพิเศษที่ ดังนั้น ในสถานการณ์ปัจจุบันสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จึงมีนิติฐานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการให้ความเห็นชอบกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภท

จากการศึกษาที่ผ่านมาจะพบว่า แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 จะได้กำหนดว่าอำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะยังคงกำหนดให้เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศเฉกเช่นเดิมก็ตาม[534] แต่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ก็ยังคงกำหนดการตรวจสอบถ่วงดุลและการมีส่วนร่วมโดยฝ่ายนิติบัญญัติเฉกเช่นหลักการดั้งเดิมไว้ด้วยเช่นกัน เพียงแต่อำนาจดังกล่าวถูกกำหนดไว้ไปอยู่ที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งมีนิติฐานะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติในห้วงเวลาสถานการณ์พิเศษ เพื่อทำหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญได้ทำการวางดุลอำนาจเชื่อมโยงการใช้อำนาจระหว่างองค์กรหลักและองค์กรรองเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้ 5 ประเภท[535]

แม้จากการศึกษาจะพบว่าในปัจจุบันซึ่งเป็นห้วงเวลาในสถานการณ์พิเศษชั่วคราวนี้ สภานิติบัญญัติแห่งชาติซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติจะมีอำนาจให้ความเห็นชอบในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเพียง 5 ประเภทเท่านั้นก็ตาม แต่ในการศึกษาถึงหลักการเกี่ยวกับอำนาจให้ความเห็นชอบในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทของฝ่ายนิติบัญญัติ จำต้องพิจารณาถึงประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่สอง) พุทธศักราช 2554 เป็นหลักเพื่อนำไปสู่การพิเคราะห์ปัญหาความขัดข้องในเชิงหลักการที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาดังกล่าว รวมทั้งศึกษาถึงหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความเชื่อมโยงและวางดุลอำนาจไว้เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเหล่านี้ว่า มีหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่เพียงบางประเภทเท่านั้น ที่หาได้เป็นอำนาจแต่เพียงลำพังและเด็ดขาดของฝ่ายบริหารแต่ฝ่ายเดียวในการทำความตกลงระหว่างประเทศไม่

---

[534]มาตรา 23 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ”

[535]ประเภทแรก หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย ประเภทที่สอง หนังสือสัญญาใดที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ ประเภทที่สาม หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา ประเภทที่สี่ หนังสือสัญญาที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวาง ประเภทที่ห้า หนังสือสัญญาที่กระทบต่อสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง

โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ได้ให้บทอรรถาธิบายหนังสือสัญญาประเภทที่สี่และประเภทที่ห้า ซึ่งเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางตามนัยวรรคสองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ไม่ว่าจะเป็นหนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรีก็ดี หนังสือสัญญาเกี่ยวกับเขตศุลกากรร่วมก็ดี หรือหนังสือสัญญาเกี่ยวกับการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติก็ดี หรือหนังสือสัญญาเกี่ยวกับการทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วนก็ดี หรือแม้แต่การอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็ดี

อนึ่ง หากพิเคราะห์กระบวนการและขั้นตอนตามที่ได้มีการกำหนดไว้ในบทบัญญัติในวรรคสอง ของมาตรา 190 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 แล้ว จะพบว่ารัฐธรรมนูญกำหนดขั้นตอนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้ใน 2 ลักษณะที่ฝ่ายบริหารต้องดำเนินการตามหลักการที่กำหนดไว้อย่างเคร่งครัดใน 2 ขั้นตอนดังนี้

ประการแรก ขั้นตอนก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นขั้นตอนตามที่ได้มีการกำหนดไว้ในบทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 และ

ประการที่สอง ขั้นตอนในระหว่างที่มีการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นขั้นตอนตามที่ได้มีการกำหนดไว้ในบทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคสี่ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554

แต่ก็เป็นที่น่าสังเกตว่า ร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช .... ในสมัยที่นางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตรเป็นนายกรัฐมนตรี ได้ทำการเสนอแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญด้วยการตัดขั้นตอนการดำเนินการใน 2 ขั้นตอนออกไป การตัดหลักการดังกล่าวก็มีเหตุที่มาจากสภาพปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ แต่แม้จะด้วยเหตุผลทางการเมืองที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาดังกล่าวจะมีผลทำให้ร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช .... ตกไปก็ตาม แต่ความพยายามแก้ไขหลักการที่กำหนดกระบวนการและขั้นตอนในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญได้สะท้อนให้เห็นถึงความขัดข้องในการใช้อำนาจกับความพยายามในการปฏิรูปและการแก้ไขปัญหาที่เชื่อมโยงกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยตรง

จากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญดังกล่าวสามารถแยกประเทศของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องนำเข้าสู่การพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยจากกรณีต่าง ๆ มีที่มาจากปัญหาของถ้อยคำในตัวบทในรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ถ้อยคำในบทบัญญัติดังกล่าวเป็นต้นเหตุแห่งความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มาจากข้อโต้แย้งในเชิงหลักการว่า การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยลำพัง หรือเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จำต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ

ในการพิเคราะห์ข้อมูลเพื่อพิสูจน์ข้อค้นพบของผู้เขียนเกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดข้อโต้แย้งว่า เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยลำพัง หรือเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัตินั้น ผู้เขียนจะจัดกลุ่มประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยแบ่งออกเป็น 3 กลุ่มประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังรายละเอียดต่อไปนี้

1) หนังสือสัญญาที่เกี่ยวกับเขตพื้นที่ราชอาณาจักร[536] และเขตพื้นที่นอกราชอาณาจักรของประเทศไทย[537]

ถ้อยคำที่ปรากฏในมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับเขตพื้นที่ราชอาณาจักรไทยและเขตพื้นที่นอกราชอาณาจักร อนุสนธิจากการแก้ไขปัญหาที่มาจากการตีความและการอรรถาธิบายความถ้อยคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ในมาตรา 224 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้แปรเปลี่ยนเป็น “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ”

อันที่จริงถ้าจะกล่าวให้ถูกต้องแล้วก็อาจกล่าวได้ว่า ประโยคดังกล่าวมีที่มาจากวลีที่ว่า “เขตอธิปไตยแห่งชาติ” ในมาตรา 195 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 และมาตรา 162 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 และได้แปรเปลี่ยนไปเป็นถ้อยคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ในมาตรา 178 วรรคสอง ของ

---

[536]หนังสือสัญญาระหว่างประเทศประเภทแรกที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องนำเข้าสู่การพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากรัฐสภาได้แก่ หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย ซึ่งเป็นการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลเป็นอันเปลี่ยนแปลงอาณาเขตหรือเขตดินแดนหรือขอบเขตดินแดนทางบกแห่งราชอาณาจักรของประเทศไทย อาทิ หนังสือสัญญาซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศกับประเทศเพื่อนบ้านซึ่งประเทศไทยมีอาณาเขตทางบกติดต่อกันกับประเทศมาเลเซีย กัมพูชา ลาว พม่า ซึ่งปัญหาในเรื่องการปักปันเขตแดนทางบกระหว่างประเทศไทยและประเทศเพื่อนบ้านที่ยังไม่เป็นข้อยุตินั้น หากการเจรจาใด ๆ กับประเทศเพื่อนบ้านมีผลเป็นการก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของประเทศไทยไม่ว่าจะเป็นการที่เพิ่มมากขึ้นหรือลดน้อยลงไปก็ตาม การทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวจำต้องนำเข้าสู่การพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากรัฐสภาในฐานะที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติ เพื่อทำการตรวจสอบและร่วมทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศให้เป็นไปโดยถูกต้องและไม่เสียประโยชน์กับประเทศชาติและประชาชน

[537]หนังสือสัญญาระหว่างประเทศประเภทที่สองที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องนำเข้าสู่การพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้แก่ หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หมายถึงการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลเป็นอันเปลี่ยนแปลงพื้นที่ใด ๆ ก็ตามที่อยู่ภายนอกอาณาเขตหรือเขตดินแดนหรือขอบเขตดินแดนทางบกแห่งราชอาณาจักรของประเทศไทย อาทิ เขตเศรษฐกิจจำเพาะ หรือเขตไหล่ทวีปซึ่งเป็นเขตแดนทางทะเลที่ประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย (Sovereign Right) หรือมีเขตอำนาจ (Jurisdiction) ตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยทะเล ค.ศ.1982 ในฐานะที่เป็นหนังสือสัญญาหรือตามอนุสัญญาอื่นใดในฐานะที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ อันทำให้ความตกลงดังกล่าวอยู่ในความหมายของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จำต้องดำเนินการตามข้อยกเว้นที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งต้องนำเข้าสู่การพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติด้วยเช่นกัน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และในมาตรา 224 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ตามลำดับ

จากบทเรียนในเชิงประวัติศาสตร์ดังกล่าว ผู้เขียนค้นพบว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญ[538] มีบทเรียนจากการตีความของศาลรัฐธรรมนูญในคดีการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ[539] เกี่ยวกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ถ้อยคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ที่การตีความหาได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใดไม่

ภายหลังจากรัฐธรรมนูญปี 2550 มีผลใช้บังคับ หลักการใหม่ได้ปรากฏขึ้นมาโดยกำหนดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีบทเปลี่ยนแปลง “เขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ” ขึ้นมาแทนถ้อยคำว่า หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลง “เขตอำนาจแห่งรัฐ”ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ประกอบกับการที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ทำการตีความในคดีการทำคำแถลงการณ์ร่วม ซึ่งเป็นการตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีบทเปลี่ยนแปลง “เขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ” ว่ารัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ที่มุ่งหมายไปถึงกับกรณีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ไม่จำต้องมีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตโดยชัดแจ้งอันปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศที่ได้ทำขึ้นแต่เพียงเท่านั้น แม้การพิเคราะห์จะทำให้เห็นได้ว่า ความตกลงระหว่างประเทศที่รัฐบาลได้ทำขึ้นนั้น “อาจ” มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต .... เกิดขึ้นได้ก็ตาม ก็ย่อมอยู่ในอำนาจที่ศาลรัฐธรรมนูญจะทำการวินิจฉัยชี้ขาดได้ว่า การทำความหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวก็ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเช่นเดียวกัน

การให้เหตุผลในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับถ้อยคำโดยการอรรถาธิบายความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญดังกล่าว ได้นำไปสู่การนำเสนอร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช .... ในสมัยของนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตรเป็นนายกรัฐมนตรี การแก้ไขดังกล่าวกำหนดถ้อยคำว่า “โดยชัดแจ้ง” เพิ่มเติมเข้าไปใน “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ”

การขอแก้ไขหลักการดังกล่าวในรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดข้อถกเถียงในเชิงหลักการหลากหลายประการ โดยเฉพาะการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวต้องปรากฏว่าเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องปรากฏว่า มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของ

---

[538]ความเห็นของกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550; สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 37/2550 (เป็นพิเศษ)**, วันศุกร์ที่ 29 เดือนมิถุนายน 2550 ณ ตึกรัฐสภา, หน้า 174, ค้นวันที่ 11 พฤศจิกายน 2558 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_ca/r062950.pdf

[539]คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543

ประเทศไทยโดยชัดแจ้ง หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตของประเทศไทยโดยชัดแจ้งเท่านั้น ที่จำต้องนำเข้าสู่การพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ ในทางกลับกันหากการทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวหาได้ปรากฏเป็นที่ประจักษ์ชัดแต่อย่างใดไม่แล้ว การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวหาจำต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติแต่อย่างใดไม่

เป็นที่น่าสังเกตว่า การแก้ไขบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญดังกล่าวนำไปสู่การวิพากษ์ในเชิงหลักการอย่างกว้างขวางเกี่ยวกับการรวบอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยฝ่ายบริหาร ซึ่งดูประหนึ่งว่าฝ่ายบริหารต้องการที่ตัดการตรวจสอบและการมีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติและภาคประชาชนออกไป ให้เหลือแต่เฉพาะกรณีที่มีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศอันมีผลเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยอย่างชัดแจ้งเท่านั้น ทั้งนี้ แม้ข้อดีของการแก้ไขดังกล่าวอาจทำให้เกิดความคล่องตัวในการทำความตกลงระหว่างประเทศก็ตาม แต่ในทางกลับกันข้อเสียก็มีด้วยเช่นกัน ด้วยเหตุที่การแก้ไขดังกล่าวนำไปสู่การลดทอนอำนาจในการตัดการตรวจสอบและถ่วงดุลของฝ่ายนิติบัญญัติและประชาชนลดลงไป ทั้งที่การทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว เป็นเรื่องที่มีความสำคัญและมีผลกระทบต่อความมั่นคงของราชอาณาจักรและประชาชนโดยตรง

จากการศึกษาเปรียบเทียบพบว่า ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยนี้ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นจากการเสียดินแดนก็ดี การสละดินแดนก็ดี การแลกเปลี่ยนดินแดนก็ดี หรือแม้แต่การควบดินแดนรวมกันก็ดี มีลักษณะที่ตรงกับประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และตรงกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐแอลจีเรีย สาธารณรัฐอิสลามมอริเตเนียและรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐอิตาลี ซึ่งกำหนดให้การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับเขตแดนหรือดินแดนของอาณาจักร ซึ่งไม่ว่าจะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการสละดินแดนก็ดี การแลกเปลี่ยนดินแดนก็ดี หรือแม้แต่การควบดินแดนก็ตาม ซึ่งเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องได้รับความยินยอมจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเช่นกัน

แต่กระนั้นก็ตาม การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีบทเปลี่ยนแปลง “เขตพื้นที่นอกอาณาเขต” ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศของประเทศไทย จะหาได้มีลักษณะที่ตรงกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศรัฐใดรัฐหนึ่งที่ได้มีการศึกษาเปรียบเทียบที่ผ่านมาแต่อย่างใดไม่ก็ตาม แต่ก็อาจจะกล่าวได้ว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศประเภทดังกล่าวเกิดขึ้นจากบริบทและสภาพปัญหาอันเป็นพัฒนาการในการแก้ไขปัญหาที่มาจากถ้อยคำว่า “เขตอธิปไตยแห่งชาติ” ที่มีความแปรเปลี่ยนไปสู่ถ้อยคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ด้วยการตราเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศประการหนึ่งในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของประเทศไทยเป็นการเฉพาะ

กล่าวโดยสรุปแล้ว หนังสือสัญญาระหว่างประเทศประเทศที่เกี่ยวกับหนังสือสัญญาที่เกี่ยวกับเขตพื้นที่ราชอาณาจักรไทยและเขตพื้นที่นอกราชอาณาจักร เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศประเภทหนึ่งที่นำไปสู่ปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยประการหนึ่ง ดังจะเห็นได้จากปัญหาที่มาจากหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญที่มีที่มาจากถ้อยคำว่า “เขตอธิปไตยแห่งชาติ” ได้แปรเปลี่ยนไปสู่ถ้อยคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” และในท้ายที่สุดถ้อยคำดังกล่าวก็ได้นำไปสู่การปรากฏให้เห็นเป็นถ้อยคำว่า “เขตพื้นที่นอก

อาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ” ขึ้นมาเฉกเช่นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน

แต่กรณีไม่ว่าจะเป็นอย่างไรก็ตาม การเปลี่ยนแปลงในถ้อยคำดังกล่าวคงมิได้หมายความว่าจะทำให้สภาพปัญหาความขัดข้องในเชิงหลักการดังกล่าวจะหมดสิ้นไปแต่อย่างใด หากการใช้และการตีความด้วยถ้อยคำดังกล่าว ยังปรากฏด้วยเหตุผลทางการเมืองที่จะใช้ประโยชน์จากการตีความถ้อยคำดังกล่าวอย่างไม่ถูกต้องและไม่สอดคล้องกับหลักการของรัฐธรรมนูญ

2) หนังสือสัญญาซึ่งต้องออกกฎหมาย หรือต้องทำการปรับปรุงกฎหมาย หรือต้องทำการแก้ไขกฎหมายเพื่อรองรับต่อการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ[540]

แม้หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องมีการออกกฎหมายอนุวัติการตามความตกลงระหว่างประเทศจะมิได้มีปัญหาโดยตรงเฉกเช่นกรณีที่ฝ่ายบริหารได้ทำคำแถลงการณ์ร่วมก็ตาม แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติในกรณีนี้ก็คือ ความตกลงเช่นว่านี้จะเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลบังคับใช้โดยตรงกับปัจเจกชนหรือไม่ หากเป็นกรณีที่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวก่อให้เกิดผลบังคับเหนือปัจเจกชนแล้ว หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวก็จำต้องมีการออกกฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามความตกลงระหว่างประเทศเช่นว่านั้นด้วยเช่นกัน หากไม่มีการตรากฎหมายรองรับความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว ความตกลงเช่นว่านั้นก็หาได้มีผลใช้บังคับได้ด้วยโดยตรง หรือด้วยตัวของความตกลงระหว่างประเทศเองแต่อย่างใดไม่[541]

จากการศึกษาพบว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องมีการออกกฎหมายอนุวัติการรองรับเป็นหนังสือสัญญาประเภทหนึ่งที่ยังคงมั่นคงในเชิงหลักการมิแปรเปลี่ยนนับแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 จวบจนกระทั่งรัฐธรรมนูญปัจจุบัน แม้

---

[540]หนังสือสัญญาระหว่างประเทศประเภทที่สามที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องนำเข้าสู่การพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้แก่ หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หมายถึง หนังสือสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศใดก็ตามที่ประเทศไทยในฐานะที่เป็นรัฐภาคีสมาชิกมีพันธกรณีตามความผูกพันระหว่างประเทศต้องปฏิบัติตามการแสดงเจตจำนงที่แสดงออกไปตามกระบวนการในกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งการที่ประเทศไทยถือตามหลักทวินิยม (Dualism) ซึ่งกระบวนการที่จะทำให้ความตกลงระหว่างประเทศใดๆ ก็ตามจะมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในเพื่อบังคับต่อพลเมืองได้นั้น ต้องกระทำตามกระบวนการตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายใน กล่าวคือประเทศไทยต้องทำการออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการ (Implement) ตามความผูกพันที่มีในกฎหมายระหว่างประเทศก่อนเพื่อทำให้ความตกลงระหว่างประเทศมีผลเป็นกฎหมายภายในตามพันธกรณีที่ได้สร้างเอาไว้ หากไม่ออกกฎหมายอนุวัติการการปฏิบัติตามพันธกรณีก็หาอาจทำได้ไม่; นพนิธิ สุริยะ, “รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กับหนังสือสัญญาความเข้าใจมาตรา 190,” ใน **หนังสือรวมบทความ อาจารย์นพ 65 จัดพิมพ์ในโอกาสครบรอบ 65 ปี รศ.นพนิธิ สุริยะ** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553), หน้า 234.

[541]สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร, *เรื่องเดิม*, หน้า 226.

ปัญหาเกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดข้อโต้แย้งว่า เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารหรือเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยหรือไม่นี้ จะหาได้เกิดจากหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาแต่ประการใดไม่ก็ตาม

แต่พึงต้องเข้าใจตรงกันก่อนว่า ความตกลงระหว่างประเทศทุกฉบับหาจำต้องออกกฎหมายอนุวัติการทุกครั้งไปแต่อย่างใดไม่ หากความตกลงระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้นนั้น มิได้มีความเกี่ยวข้องหรือนำไปสู่ผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนโดยตรงก็ดี หรือเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างรัฐในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะก็ดี หรือแม้แต่จะเป็นในกรณีที่มีกฎหมายภายในรองรับในพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวใช้บังคับอยู่ก่อนแล้วก็ดี[542] ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวหาจำต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติแต่ประการใดไม่

นัยทางกฎหมายของการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องมีการออกกฎหมายอนุวัติการตามความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว จึงหมายถึงหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ทำโดยฝ่ายบริหารนั้น จำต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่มีหน้าที่ในการตรากฎหมายรองรับเพื่อใช้บังคับต่อปัจเจกชนโดยตรง นอกจากนี้ ในสหรัฐอเมริกาเองก็ยังปรากฏหลักการนี้เช่นเดียวกัน ซึ่งเรียกว่าสนธิสัญญาที่ไม่มีผลบังคับใช้ได้ด้วยตัวเอง (Non-Self Executing Treaties) จนกว่าจะมีการตรากฎหมายออกมารองรับโดยสภาครองเกรส (Congress) ในขณะที่สนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้ได้ด้วยตัวเอง (Self-Executing Treaties) หาจำต้องตรากฎหมายรองรับโดยสภาครองเกรสแต่อย่างใดไม่[543]

เป็นที่น่าสังเกตว่า การเข้าผูกพันในฐานะที่เป็นรัฐภาคีในความตกลงระหว่างประเทศใด ๆ ก็ตาม แต่ประเทศไทยมิได้ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้ความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวมีผลบังคับใช้ได้เป็นกฎหมายภายในด้วยวิธีการออกกฎหมายอนุวัติการตามความผูกพันที่มีอยู่นั้น ย่อมมีลักษณะเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่จะก่อให้เกิดความรับผิดของรัฐ (State Responsibility) ได้ตามหลักของกฎหมายระหว่างประเทศ[544] ด้วยเหตุดังกล่าวจึงเป็นปัจจัยหลักประการหนึ่งที่ทำให้การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทย ซึ่งเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศอันก่อให้เกิดพันธกรณีที่ประเทศไทยไม่ว่าจะเป็นกรณีที่จะต้องทำการออกกฎหมายก็ดี หรือทำการปรับปรุงกฎหมายก็ดี หรือทำแม้แต่การแก้ไขกฎหมายเพื่อรองรับความ

---

[542]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 226-227.; จตุรตน์ ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 74-75.

[543]Curtis A. Bradley, “Intent, Presumptions, and Non Self-Executing Treaties,” **The American Journal of International Law** 102 (2008): 540, Retrieved October 10, 2015 from http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article= 2599&context= faculty_scholarship

[544]จตุรตน์ ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 501.; ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, การใช้กฎหมายระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย: ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ, ใน **เอกสารประกอบการบรรยายในการประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 6,** หน้า 209.

ตกลงระหว่างประเทศก็ดี จำต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วย ในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่มีพันธกรณีที่จะต้องตรากฎหมายเพื่อให้มีผลใช้บังคับได้ภายในประเทศภายใต้ข้อผูกพันที่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ

ประเด็นพิเคราะห์ที่สำคัญยิ่งจึงอยู่ที่ประเภทและลักษณะของหนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้นว่า เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลใช้บังคับได้โดยตัวเอง หรือเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องมีการออกกฎหมายอนุวัติการรองรับต่อพันธกรณีระหว่างประเทศหรือไม่ ดังนั้น ประเภทและลักษณะของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว จึงอาจนำมาซึ่งข้อโต้แย้งว่าเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารหรือเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติได้เช่นกัน

จากการศึกษาเปรียบเทียบแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศพบว่า การกำหนดให้การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศซึ่งจะต้องทำการตรากฎหมายภายในเพื่อรองรับหรืออนุวัติการนั้น เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัตินั้น มีลักษณะที่ตรงกับแนวปฏิบัติของสหราชาอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งใช้ระบบทวินิยมเฉกเช่นเดียวกันกับประเทศไทย นอกจากนั้นแล้ว ประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวยังตรงกับแนวปฏิบัติของสาธารณรัฐอิสลามมอริเตเนีย สาธารณรัฐเช็ก สาธารณรัฐเกาหลีใต้ สาธารณรัฐอิตาลี ประเทศญี่ปุ่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งกำหนดหลักการเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเช่นกัน

ดังนั้น การกำหนดให้การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศประเภทนี้จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติก็ด้วยเหตุที่ความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวมีผลใช้บังคับกับคนชาติภายในรัฐ อีกทั้งความจำเป็นในการแปลงรูปกฎหมายภายในให้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศด้วยการตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับภายในรัฐนั้น ยังมีความเชื่อมโยงไปยังฝ่ายนิติบัญญัติที่จำต้องรับรู้ถึงกฎหมายที่ต้องตราเพื่อใช้บังคับภายในรัฐ ด้วยแนวคิดดังกล่าวจึงจำต้องกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติรับรู้และให้ความยินยอมก่อนที่จะใช้อำนาจในฐานะที่เป็นองค์กรหลักในการตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับในดินแดนของรัฐต่อไป

กล่าวโดยสรุป การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศประเภทนี้ เป็นแนวปฏิบัติที่รัฐต่างประเทศส่วนใหญ่กำหนดไว้ในเชิงหลักการของรัฐธรรมนูญว่าต้องได้รับความยินยอมจากฝ่ายนิติบัญญัติ ในขณะที่หนังสือสัญญาประเภทนี้ยังคงมั่นคงในเชิงหลักการตั้งแต่เริ่มแรกที่มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทย อาจกล่าวได้ว่าประเภทของหนังสือสัญญานี้หาได้มีปัญหาในทางปฏิบัติที่ก่อให้เกิดความขัดข้องในเชิงหลักการของการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยแต่อย่างใดไม่

3) หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบหรือก่อผลผูกพันกับประเทศไทย

หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวางเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศประเภทที่สี่ ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องนำเข้าสู่การพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จากการศึกษาพบว่า หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวางสามารถอรรถาธิบายได้ว่า เป็นหนังสือสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศใด ๆ ก็ตามที่มีผลอย่างใดอย่าง

หนึ่งต่อประเทศไทยในฐานะที่เป็นรัฐภาคีหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในมิติของความมีเสถียรภาพทางเศรษฐกิจหรืองานอันเกี่ยวกับการผลิต การจำหน่ายจ่ายแจก และการบริโภค การใช้สอยสิ่งต่าง ๆ ของชุมชน[545] ต่อกลุ่มชนหรือภาคประชาชนอย่างมากมายในสังคม อาทิ ระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับการรับรองถิ่นกำเนิดสินค้าและหนังสือรับรองถิ่นกำเนิดสินค้า (FORM D) ของอาเซียน[546] หรือแม้แต่กรอบการเจรจาการจัดทำข้อตกลงเป็นหุ้นส่วนด้วยความสมัครใจ (Voluntary Partnership Agreement: VPA) ในการบังคับใช้กฎหมายป่าไม้ ธรรมาภิบาลและการค้า (FLEGT) ระหว่างประเทศไทยกับสหภาพยุโรป (EU)[547] เป็นต้น ซึ่งอยู่ในลักษณะที่เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จำต้องดำเนินการตามข้อยกเว้นซึ่งถูกกำหนดไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในอันที่จะต้องนำเข้าสู่การพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติด้วยเช่นกัน

ในขณะที่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ถูกอรรถาธิบายว่าส่งผลอย่างใดอย่างหนึ่งอันก่อให้เกิดผลกระทบต่อเสถียรภาพและความมั่นคงทางสังคม วัฒนธรรมหรือความเป็นอยู่หรือสถานะในการดำรงชีวิตตามปกติของประชาชน ชุมชน หรือส่งผลต่อกลุ่มคนจำนวนหนึ่งที่มีความสัมพันธ์ต่อเนื่องกันตามระเบียบกฎเกณฑ์โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญร่วมกัน หรือมีผลกระทบต่อสมาคมของคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง[548] อาทิ อนุสัญญาคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ ค.ศ. 2001 ก็ดี อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003[549] หรือแม้แต่อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกประติบัติทุกรูปแบบต่อสตรี (Convention on the Elimination of All Forms Discrimination Against Woman 1979) ซึ่งประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องดูแลมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติใด ๆ ต่อสตรีอย่างไม่เท่าเทียมกันไม่ว่าจะเป็นการใช้คำนำหน้านาม การจำกัดการประกอบ

---

[545]ความหมายของคำว่า “เศรษฐกิจ”; ราชบัณฑิตยสถาน, **พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554**, ค้นวันที่ 8 กันยายน 2559 จาก http://www.royin.go.th/dictionary/

[546]รัฐสภา, **การประชุมร่วมกันของรัฐสภา เรื่อง ระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับการรับรองถิ่นกำเนิดสินค้า และหนังสือรับรองถิ่นกำเนิดสินค้า (FORM D) ของอาเซียน ครั้งที่ 1,** วันอังคารที่ 29 มกราคม 2556, ค้นวันที่ 8 กันยายน 2559 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_sapa/dspa012956-03.pdf

[547]รัฐสภา, **การประชุมร่วมกันของรัฐสภา เรื่อง กรอบการเจรจาการจัดทำข้อตกลงเป็นหุ้นส่วนด้วยความสมัครใจ (Voluntary Partnership Agreement: VPA) ในการบังคับใช้กฎหมายป่าไม้ธรรมาภิบาล และการค้า (FLEGT) ระหว่างประเทศไทยกับสหภาพยุโรป (EU) ครั้งที่ 1,** วันอังคารที่ 29 มกราคม 2556, ค้นวันที่ 8 กันยายน 2559 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_sapa/dspa012956-08.pdf

[548]ความหมายคำว่า “สังคม”; ราชบัณฑิตยสถาน, *เรื่องเดิม.*

[549]รัฐสภา, **การประชุมร่วมกันของรัฐสภา เรื่อง การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage) ครั้งที่ 12**, วันพุธที่ 2 ตุลาคม 2556, ค้นวันที่ 8 กันยายน 2559 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_sapa/dspa100256-05.pdf

อาชีพ หรือแม้แต่กรณีที่เคยเกิดขึ้นกับการนมัสการพระธาตุทางภาคเหนือของสุภาพสตรี เป็นต้น[550] ก็เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จำต้องดำเนินการตามข้อยกเว้นของการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในอันที่จะต้องนำเข้าสู่การพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติด้วยเช่นกัน

เป็นที่น่าสังเกตว่า จากการศึกษาถึงประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จำต้องได้รับความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติตามหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลใน 5 ประเภทที่ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 23 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 นั้น ผู้เขียนมีข้อสังเกตดังนี้

ประการแรก ไม่ว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวจะเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้าอย่างมีนัยสำคัญก็ดี หรือหนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันการลงทุนของประเทศอย่างมีนัยสำคัญก็ดี หรือแม้แต่หนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันงบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญก็ดี ต่างก็เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 ที่ซึ่งกำหนดให้ต้องนำเข้าสู่การพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากรัฐสภานั้น แต่อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวหาได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ด้วยแต่อย่างใดไม่

แต่เพื่อให้เกิดความกระจ่างชัดและความจำเป็นว่า การบัญญัติประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในรัฐธรรมนูญจำต้องให้ความสำคัญกับประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวด้วยหรือไม่ ผู้เขียนจะอรรถาธิบายลักษณะของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศและตัวอย่างในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นจากการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยฝ่ายบริหารว่า การทำความกตลงระหว่างประเทศที่ผ่านมามีความเกี่ยวพันกับความจำเป็นในการตราถ้อยคำดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่

จากการศึกษาพบว่า ถ้อยคำว่า “การค้า” เป็นเรื่องเกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าและบริการ[551] ดังนั้น “หนังสือสัญญามีผลผูกพันด้านการค้าของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ” จึงหมายถึง หนังสือสัญญาที่มีผลต่อระบบการประกอบธุรกิจการค้าทั้งในด้านสินค้าและการบริการ ซึ่งมีจุดเกาะเกี่ยวเชื่อมโยงกับการค้าทั้งในมิติของการค้าภายในและระหว่างประเทศ อาทิ ความตกลงในระบบขององค์การการค้าโลก หรือ World Trade Organization (WTO) หรือกรอบการเจรจาความตกลงการค้าบริการอาเซียน[552] เป็นต้น ในขณะที่ถ้อยคำว่า “การลงทุน” เป็นเรื่องเกี่ยวกับการนำเงิน

---

[550]นพนิธิ สุริยะ, “รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กับหนังสือสัญญา ความเข้าใจมาตรา 190,” ใน **หนังสือรวมบทความ อาจารย์นพ 65 จัดพิมพ์ในโอกาสครบรอบ 65 ปี รศ.นพนิธิ สุริยะ**, หน้า 237-238.

[551]ความหมายคำว่า “ค้า”; ราชบัณฑิตยสถาน, *เรื่องเดิม.*

[552]รัฐสภา, **การประชุมร่วมกันของรัฐสภา เรื่อง กรอบการเจรจาความตกลงการค้าบริการอาเซียน ครั้งที่ 16**, วันอังคารที่ 5 พฤศจิกายน 2556, ค้นวันที่ 8 กันยายน 2559 จาก http://ibrary2.parliament.go.th/giventake/content_sapa/dspa110556-01.pdf

หรือทรัพย์สินเป็นทุนเพื่อประกอบธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่ง[553] ดังนั้น หนังสือสัญญามีผลผูกพันด้านการลงทุนของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ หมายถึง หนังสือสัญญาที่มีผลและสร้างความสัมพันธ์ทั้งในด้านการลงทุนภายในและระหว่างประเทศของประเทศไทย และไม่ว่าประเทศไทยจะอยู่ในฐานะของประเทศผู้ลงทุนหรือประเทศผู้รับการลงทุนก็ตาม

สำหรับหนังสือสัญญาที่มีผลและสร้างความสัมพันธ์ทั้งในด้านการลงทุนภายในประเทศการเปิดให้ประเทศจีนหรือรัฐต่างประเทศอื่นใดเข้ามาลงทุนในกิจการรถไฟความเร็วสูงที่มีมูลค่ามากกว่า 2 ล้านล้านบาท หรือแม้แต่ร่างความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งคูเวตเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ที่มุ่งส่งเสริมและคุ้มครองนักลงทุนไทยในประเทศคูเวตและการคุ้มครองนักลงทุนคูเวตในประเทศไทย[554] ในขณะที่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลต่อระบบการลงทุนระหว่างประเทศ ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มกันเขตอำนาจรัฐและทรัพย์สินของรัฐ หรือ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property New York, 2 December 2004 เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องคดีพิพาทของรัฐและข้อต่อสู้คดีในเรื่องการทำสัญญาหรือการลงทุนของรัฐ หรือแม้แต่อนุสัญญาที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้านการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ หรือ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States-International Centre for Settlement of Investment Disputes, Washington 1965 เป็นต้น

ส่วนหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบด้านงบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญนั้น คำว่า “งบประมาณ” เป็นเรื่องเกี่ยวกับประมาณการรายรับและประมาณการรายจ่าย ซึ่งเป็นเงินที่กำหนดแผนการใช้จ่ายหรือที่สามารถใช้จ่ายได้[555] ดังนั้น หนังสือสัญญาที่มีผลต่อด้านงบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญจึงหมายถึง หนังสือสัญญาที่ก่อให้เกิดพันธะหรือข้อผูกมัดต่องบประมาณแผ่นดินของประเทศที่ต้องจัดทำไว้ต่อเนื่องหลายปีที่เรียกว่า “งบผูกพัน” จากการศึกษาพบว่าตัวอย่างของหนังสือสัญญาที่มีผลต่อด้านงบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญได้แก่ ความตกลงทวิภาคีกับประเทศสวีเดนในการทำสัญญาซื้อขายเครื่องบินรบกริพเพน (Gripen) ของกองทัพอากาศที่มีผลผูกพันด้านงบประมาณในการป้องกันประเทศหลายปีตามโครงการ “ซื้อเครื่องบินรบรุ่นใหม่เพื่อเข้าแทนที่ฝูงบิน F-5E ของกองทัพอากาศไทยซึ่งเป็นเครื่องบินรบของสวีเดนจำนวน 6 ลำแรกซึ่งเป็น Gripen C ที่นั่งเดียว และ Gripen D สองที่นั่ง ก็ส่งมอบให้ไทยในเดือน กุมภาพันธ์ 2553 พร้อมสัญญาซ่อมบำรุง ชิ้นส่วนอะไหล่ กับการสนับสนุนด้านต่างๆ เป็นเวลา 2 ปี อีก 6 ลำมีกำหนดส่งมอบปี 2556 โดยการซื้อเครื่องบินรบกริพเพนของไทยยังพ่วงเข้ากับระบบเตือนการณ์ล่วงหน้าทางอากาศ (Aerial Early Warning System) ซึ่งประเทศไทยมีโครงการที่อาจจะ

---

[553]ความหมายคำว่า “ลงทุน”; ราชบัณฑิตยสถาน, *เรื่องเดิม.*

[554]รัฐสภา, **การประชุมร่วมกันของรัฐสภา เรื่อง ร่างความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งคูเวตเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ปีที่ 3 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) ครั้งที่ 2**, วันอังคารที่ 5 กุมภาพันธ์ 2556, ค้นวันที่ 8 กันยายน 2559 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_sapa/dspa020556-01.pdf

[555]ความหมายคำว่า “งบประมาณ”; ราชบัณฑิตยสถาน, *เรื่องเดิม.*

ทำการจัดซื้อเครื่องบินรบกริพเพนถึง 40 ลำในอนาคต”[556] หรือร่างกรอบการเจรจาความตกลงเพื่อความร่วมมือด้านภาษีอากรระหว่างประเทศและการปฏิบัติตาม Foreign Account Tax Compliance Act ระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา[557] หรือแม้แต่การทบทวนแหล่งเงินกู้สำหรับโครงการรถไฟฟ้าสายสีม่วง (บางใหญ่-บางซื่อ) ระยะที่ 3 จากรัฐบาลญี่ปุ่น[558] เป็นต้น

จะเห็นได้ว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้ง 3 ประเภทดังกล่าวในเบื้องต้นนั้น ต่างก็เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จำต้องดำเนินการตามข้อยกเว้นซึ่งถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอันที่จำต้องนำเข้าสู่การพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากรัฐสภาตามหลักการที่กำหนดไว้ในมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 ด้วยเช่นกัน

แต่กระนั้นก็ตาม แม้หลักการที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 จะมิได้ปรากฏประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่า “หนังสือสัญญามีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ” ไว้ด้วยก็ตาม แต่ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวย่อมอยู่ภายใต้ขอบเขตแห่งความหมายของถ้อยคำว่า “หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวาง”ตามนัยที่ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ด้วยเช่นกัน เนื่องจากในระบอบของการค้าระหว่างประเทศภายใต้กรอบความตกลงด้านการค้าของ WTO หรือ ASEAN หรือแม้แต่ในเรื่องการลงทุนของรัฐต่างประเทศก็ดี หรือการกู้ยืมเงินลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานของรัฐก็ดี ต่างมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวางอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ด้วยเช่นกัน ดังนั้น แม้การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 จะมิได้กำหนดหลักการในประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับ “หนังสือสัญญามีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนหรืองบประมาณของประเทศ

---

[556]“กริพเพน ไทยไม่เหงา สวีเดนเล็งขายรุ่นใหม่ 300 ลำ,” **ผู้จัดการออนไลน์** (18 กันยายน 2557): ย่อหน้าที่ 1-7, ค้นวันที่ 8 กันยายน 2559 จาก http://www.manager.co.th/indochina/viewnews.aspx?NewsID=9550000114857

[557]รัฐสภา, **การประชุมร่วมกันของรัฐสภา เรื่อง ร่างกรอบการเจรจาความตกลงเพื่อความร่วมมือด้านภาษีอากรระหว่างประเทศและการปฏิบัติตาม Foreign Account Tax Compliance Act ระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ปีที่ 3 (สมัยสามัญทั่วไป) ครั้งที่ 12**, วันพุธที่ 2 ตุลาคม 2556, ค้นวันที่ 8 กันยายน 2559 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_sapa/dspa100256-10.pdf

[558]รัฐสภา, **การประชุมร่วมกันของรัฐสภา เรื่อง รับทราบการทบทวนแหล่งเงินกู้สำหรับโครงการรถไฟฟ้าสายสีม่วง (บางใหญ่-บางซื่อ) ระยะที่ 3 ปีที่ 3 (สมัยสามัญทั่วไป) ครั้งที่ 12**, วันพุธที่ 2 ตุลาคม 2556, ค้นวันที่ 8 กันยายน 2559 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_sapa/dspa100256-01.pdf

อย่างมีนัยสำคัญ” ไว้ด้วยก็ตาม แต่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวก็ถูกควบรวมอยู่กับ “หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวาง” ตามนัยของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ด้วยเช่นกัน

ประการที่สอง จากการศึกษาพบว่า มาตรา 23 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ที่ซึ่งได้กำหนดบทขยายความประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้วยถ้อยคำว่า “หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวางตามที่กำหนดไว้ในวรรคสอง” ซึ่งบัญญัติไว้ดังต่อไปนี้

> หนังสือสัญญาที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางตามวรรคสอง หมายถึง หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วม หรือการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติหรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือการอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า หนังสือสัญญามีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ” ตามมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 นั้น ถ้อยคำว่า “การค้าและการลงทุน” ย่อมมีความหมายถึง “หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วมในมิติของถ้อยคำว่า “การค้า” หรือแม้แต่ในเรื่องของ “การให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน” ไม่ว่าจะเป็นการลงทุนในระบบการให้สัมปทานในปิโตรเลียม เป็นต้น ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่าประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวต่างก็อยู่ในมิติของคำว่า “การลงทุน” ด้วยเช่นกันนั้น การทำความตกลงระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าว จึงอยู่ภายใต้ประเภทของ“หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวาง” ตามนัยของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 อย่างมิต้องสงสัยแต่ประการใด

การบัญญัติถ้อยคำว่า “หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวาง” ดังกล่าว ผู้เขียนจึงเห็นว่าเป็นการบัญญัติที่ครอบคลุมไปถึงการกำหนดประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามที่กำหนดไว้ในหลักการเดิมที่เคยกำหนดไว้ ดังนั้น หนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้ง 3 ประเภทดังกล่าว ก็ยังคงต้องตกอยู่ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักตรวจสอบและถ่วงดุลตามหลักการที่มีในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 เดิมด้วยเช่นกัน แม้จะมิได้ถูกกำหนดไว้เป็นหลักการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ด้วยก็ตาม

จากการศึกษาเปรียบเทียบแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศพบว่า หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ มีลักษณะที่ตรงกับประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของรัฐต่าง ๆ ที่ได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบในเชิงคุณภาพที่ผ่านมาว่าเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติเฉกเช่นประเทศไทยด้วยเช่นกัน ทั้งในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาก็ดี สหราชอาณาจักรก็ดี หรือแม้แต่สาธารณรัฐฝรั่งเศสเองก็ตาม

นอกจากนั้นแล้ว ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญของประเทศไทยดังกล่าวนี้ยังตรงกับแนวปฏิบัติและรัฐธรรมนูญของรัฐต่างประเทศอื่นที่ได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบในเชิงรูปแบบไว้ด้วยเช่นกัน อาทิ ในขณะที่สาธารณรัฐอิสลามมอริเตเนียซึ่งได้กำหนดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้ว่า หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีความเกี่ยวพันกับการคลังของสาธารณรัฐ และยังมีลักษณะที่สอดคล้องกับสาธารณรัฐอิตาลีที่ซึ่งกำหนดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลเป็นการก่อให้เกิดภาระผูกพันทางการคลังด้วยเช่นกัน ในขณะที่สาธารณรัฐเกาหลีใต้กำหนดว่าเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศซึ่งจะมีผลผูกพันทางด้านการคลังของประเทศหรือประชาชน ส่วนสาธารณรัฐบราซิลกำหนดว่าเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ซึ่งมีความเกี่ยวเกี่ยวข้องกับภาระผูกพันหรือข้อผูกพันในพันธะสัญญาต่อทรัพย์สมบัติของชาติ และสาธารณรัฐแอลจีเรียกำหนดว่าจะต้องเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ก่อให้เกิดภาระทางการเงินที่ซึ่งมิได้กำหนดไว้ในงบประมาณแผ่นดินของรัฐ เป็นต้น

ในขณะที่การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวางของประเทศไทยนั้น มีลักษณะที่ตรงกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศอื่นทั้งในส่วนของแนวปฏิบัติและรัฐธรรมนูญทั้งในส่วนของสหรัฐอเมริกาก็ดี สหราชอาณาจักรก็ดี หรือแม้แต่สาธารณรัฐฝรั่งเศสเองก็ตาม และยังตรงกับแนวปฏิบัติและรัฐธรรมนูญของรัฐต่างประเทศอื่นอีก อาทิ ประเทศออสเตรเลียกำหนดว่าจะต้องเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองและส่งเสริมการลงทุน ส่วนสาธารณรัฐเช็กได้กำหนดว่าเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ สาธารณรัฐอิสลามมอริเตเนียได้กำหนดว่าเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทางการค้าก็ดี ในขณะที่สาธารณรัฐเกาหลีใต้ได้กำหนดไว้ว่า ต้องเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการค้าหรือการคมนาคม เป็นต้น

แต่กระนั้นก็ตาม จากการศึกษาเปรียบเทียบแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศที่ผ่านมานั้น อาจกล่าวได้ว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางของประเทศไทยนั้น หาได้มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของรัฐใดรัฐหนึ่งกำหนดไว้เฉกเช่นในกฎหมายไทยแต่อย่างใดไม่ ผู้เขียนเห็นว่าประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวเกิดขึ้นก็แต่ด้วยเหตุแห่งสภาพปัญหาและเป็นบริบทของประเทศไทยเป็นการเฉพาะจึงทำให้ประเทศไทยมีการบัญญัติประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มิได้สอดคล้องกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุปแล้ว การกำหนดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติประเภทนี้ ซึ่งเกี่ยวกับเศรษฐกิจ การค้าการลงทุน

หรืองบประมาณของประเทศ เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่นำไปสู่ปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทย นอกจากจะด้วยเหตุที่ถ้อยคำในบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้วก็ยังมีปัญหาในเชิงหลักการและการปรับใช้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ รวมทั้งปัญหาจากการตีความและอรรถาธิบายความหมายของถ้อยคำดังกล่าวว่า มีความหมายครอบคลุมไปถึงการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในลักษณะใดบ้าง

ในขณะที่ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจการค้าการลงทุน หรืองบประมาณของประเทศเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งโดยส่วนใหญ่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศ โดยเฉพาะการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้งในเรื่องที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจ การค้า การลงทุน หรือแม้แต่ภาระผูกพันทางด้านการคลังหรืองบประมาณแผ่นดิน

แต่กระนั้นก็ตาม หนังสือสัญญาประเภทที่มีผลกระทบต่อสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางของประเทศไทยนั้น มีลักษณะเฉพาะอันเกิดจากพัฒนาการของประเทศไทย จึงหาได้มีลักษณะที่ตรงกับประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของรัฐอื่นแต่อย่างใดไม่

3.2.2.3 กระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่บัญญัติขึ้นใหม่สร้างความขัดข้องในการนำไปปฏิบัติ

ผู้เขียนค้นพบว่ากระบวนการในการทำหนังสือสัญญาที่ปรากฏขึ้นใหม่สร้างความขัดข้องในการนำไปปฏิบัติเกิดขึ้นจากเหตุ 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก กระบวนการที่ต้องดำเนินการก่อนลงนามในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นหลักการที่ยังขาดความชัดเจนในหลักการนำไปปฏิบัติ และ

ประการที่สอง กระบวนการที่ต้องดำเนินการภายหลังลงนามในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันเป็นหลักการที่ยังขาดความชัดเจนในหลักการนำไปปฏิบัติด้วยเช่นกัน

1) กระบวนการที่ต้องดำเนินการก่อนลงนามในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นหลักการที่ยังขาดความชัดเจนในหลักการนำไปปฏิบัติ

จากการศึกษาพบว่าความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีที่มาจากกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาที่ปรากฏขึ้นใหม่สร้างความขัดข้องในการนำไปปฏิบัติใน 2 ลักษณะดังนี้

ประการแรก สภาพปัญหาความขัดข้องที่มาจากกระบวนการเกี่ยวกับการเสนอกรอบเจรจาและการชี้แจงต่อฝ่ายนิติบัญญัติเป็นหลักการที่สร้างความขัดข้องในการนำไปปฏิบัติในลักษณะของรูปแบบที่เกี่ยวกับการเสนอเอกสารประกอบการเสนอขอความเห็นชอบกับกรอบเจรจาในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจากฝ่ายนิติบัญญัติ

ประการที่สอง สภาพปัญหาความขัดข้องที่มาจากหลักการเกี่ยวกับการให้ข้อมูลและการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน แม้จะมีหลักการที่กำหนดการปฏิบัติไว้ แต่การประเมินประสิทธิผลยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน

พึงต้องเข้าใจตรงกันก่อนว่า การเจรจาเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยหรือไม่ก็ตาม ในขณะที่การเสนอกรอบเจรจาตามหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ใช้เฉพาะกรณีที่การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทเท่านั้นที่ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรรอง และเป็นการใช้อำนาจผสมผสานกับการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร

เพื่อแก้ปัญหาในอดีตที่ปรากฏตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ (สสร. 2550) และเพื่อแก้ไขปัญหาจากการที่ฝ่ายบริหารไม่กำหนดแผนและแนวทางการเจรจาการค้าระหว่างประเทศ[559] ในทางปฏิบัติหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการเจรจาการค้าระหว่างประเทศได้กำหนดแนวทางการเจรจาการค้าระหว่างประเทศของประเทศไทยไว้ใช้ในระหว่างปี พ.ศ. 2552-2556 เพื่อรองรับต่อกระบวนการและขั้นตอนในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ[560] ด้วยเหตุที่ระดับการเจรจาการค้าของประเทศไทยที่ผ่านมา มักจะดำเนินการในหลายรูปแบบตามความจำเป็นต่อสภาวการณ์ที่เหมาะสมในการเจรจาเพื่อทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ[561] ด้วยเหตุดังกล่าวจึงส่งผลให้กระบวนการตามรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการเสนอกรอบเจรจาเพื่อทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ จึงมีความแตกต่างกันจนนำไปสู่สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากการเสนอกรอบเจรจาและการชี้แจงต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นหลักการที่กำหนดกระบวนการและขั้นตอนการปฏิบัติที่สร้างความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร

1. สำหรับประเด็นเรื่องความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มาจากหลักการใหม่ประการแรกได้แก่ สภาพปัญหาความขัดข้องที่มาจากกระบวนการเกี่ยวกับการเสนอกรอบเจรจาและการชี้แจงต่อฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นหลักการที่สร้างความขัดข้องในการ

---

[559]สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 33/2550**, วันจันทร์ที่ 25 มิถุนายน พ.ศ. 2550 ณ ตึกรัฐสภา, หน้า 95, ค้นวันที่ 11 พฤศจิกายน 2558 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_meeting/062950.html

[560]การเจรจาแบบทวิภาคีหรือการเจรจาแบบสองฝ่าย (Bilateral Treaty) และการเจรจาแบบพหุภาคีหรือการเจรจาแบบหลายฝ่าย (Multilateral Treaty) ซึ่งการเจรจามีทั้งการเจรจาในระดับเวทีโลกและในระดับภูมิภาค; กระทรวงพาณิชย์, กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, **แนวทางการเจรจาการค้าระหว่างประเทศ ปี 2552-56**, หน้า 2-3, ค้นวันที่ 10 ธันวาคม 2556 จาก http://www.thaifta.com/trade/nego_52-56.pdf

[561]รูปแบบการเจรจาเพื่อทำความตกลงระหว่างประเทศ อาจดำเนินการโดยการเจรจาโดยตรงกับการเจรจาผ่านคนกลาง การเจรจาโดยเปิดเผยกับการเจรจาลับ การเจรจาแบบทวิภาคีกับการเจรจาแบบพหุภาคี หรือแม้แต่การเจรจาแบบเต็มคณะกับการเจรจาแบบคณะย่อย; สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (กพ.), **พื้นฐานการเจรจาต่อรอง**, หน้า 3-8, ค้นวันที่ 11 พฤศจิกายน 2558 จาก http://www.ocsc.go.th/ocsc/th/files/CSTI/ASEANUNIT/DirectASEAN/D2File1.pdf

นำไปปฏิบัติในลักษณะของรูปแบบที่เกี่ยวกับการเสนอเอกสารประกอบการเสนอขอความเห็นชอบกับกรอบเจรจาในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจากฝ่ายนิติบัญญัตินั้น

เพื่อสนับสนุนข้อวิพากษ์รูปแบบของการเสนอกรอบการเจรจาเพื่อพิจารณาในเชิงประจักษ์ และเพื่อนำไปสู่การพิเคราะห์สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากกระบวนและรูปแบบในการเสนอกรอบเจรจาและการชี้แจงต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นหลักการที่สร้างความขัดข้องในการนำไปปฏิบัติในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร จำต้องทำการศึกษาจากฐานข้อมูลที่เป็นเอกสารประกอบการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ปีที่ 1 (สมัยสามัญทั่วไป) (ครั้งที่ 1 วันอังคารที่ 23 สิงหาคม 2554) และเอกสารประกอบการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ปีที่ 1 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) จนถึงการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ปีที่ 3 (สมัยสามัญทั่วไป) พบว่าการประชุมร่วมกันของรัฐสภาตลอด 2 ปี (ครั้งที่ 17 วันพุธที่ 13 และพฤหัสบดีที่ 14 พฤศจิกายน 2556)

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า การเสนอกรอบการเจรจาสามารถแบ่งได้ 2 ลักษณะดังนี้ ประการแรก การเสนอกรอบการเจรจาแบบทวิภาคี[562] ประการที่สอง การเสนอกรอบการเจรจาแบบพหุภาคี[563] เป็นที่น่าสังเกตว่า โดยส่วนใหญ่ในการเสนอกรอบการเจรจามักจะ

---

[562]อาทิ ร่างกรอบการเจรจาความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับสหภาพยุโรป, กรอบการเจรจาการจัดทำข้อตกลงเป็นหุ้นส่วนด้วยความสมัครใจ (VPA) ในการบังคับใช้กฎหมายป่าไม้ธรรมาภิบาลและการค้า (FLEGT) ระหว่างประเทศไทยกับสหภาพยุโรป (EU), ร่างกรอบการเจรจาความตกลงเพื่อความร่วมมือด้านภาษีอากรระหว่างประเทศและการปฏิบัติตาม Foreign Account Tax Compliance Act ระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา, ร่างกรอบการเจรจาความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับสหภาพยุโรป,กรอบเจรจาเพื่อจัดทำบันทึกความเข้าใจเกี่ยวกับการขนส่งสินค้าและผู้โดยสารทางบกระหว่างไทย-มาเลเซีย, กรอบการเจรจากู้เงินจากต่างประเทศสำหรับโครงการรถไฟฟ้าสายสีม่วง (บางใหญ่-บางซื่อ) ระยะที่ 3, ร่างกรอบการเจรจาความตกลงการค้าเสรี ระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐเปรู, กรอบการเจรจาต่อเนื่องภายใต้ความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยกับญี่ปุ่นสำหรับความเป็นหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจ (JTEPA)

[563]อาทิ ร่างกรอบการเจรจาเพื่อการยกระดับสำนักงานวิจัยเศรษฐกิจมหภาคของภูมิภาคอาเซียน+3 (AMRO) เป็นองค์การระหว่างประเทศ, กรอบเจรจาภายใต้ร่างความตกลงระหว่างรัฐบาลไทยกับสำนักเลขาธิการอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธ์ (CITES) เกี่ยวกับการประชุมสมัยสามัญภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ ครั้งที่ 16 และการประชุมคณะกรรมาธิการบริหาร ครั้งที่ 63 และครั้งที่ 64, กรอบการเจรจาของประเทศไทยสำหรับการประชุมกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ สมัยที่ 18 และกรอบการเจรจาของประเทศไทยสำหรับการประชุมรัฐภาคีพิธีสารเกียวโต สมัยที่ 8, กรอบการเจรจาของประเทศไทยสำหรับการประชุมคณะกรรมการเจรจาระหว่างรัฐบาลในการพัฒนามาตรการทางกฎหมายระหว่างประเทศด้านการจัดการสารปรอท, กรอบการเจรจาการเพิ่มประสิทธิภาพมาตรการริเริ่มเชียงใหม่ไปสู่การเป็นพหุภาคี, กรอบการเจรจาเศรษฐกิจการค้าระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับองค์การการค้าโลก, กรอบการเจรจาการบินเพื่อจัดทำความตกลง

ดำเนินการโดยการนำเสนอกรอบการเจรจาเป็นเอกสารต่อฝ่ายนิติบัญญัติเพียงไม่กี่หน้ากระดาษเท่านั้น

ยิ่งไปกว่านั้น จากการศึกษายังพบว่า ในการเสนอเอกสารซึ่งเป็นกรอบการเจรจาเพื่อจัดทำความตกลงด้านการขนส่งทางบกระหว่างไทย-ลาว-จีนก็ดี การเสนอกรอบการเจรจาเกี่ยวกับข้อตกลงในการเพิ่มประสิทธิภาพมาตรการริเริ่มเชียงใหม่ไปสู่การเป็นพหุภาคีก็ดี และกรอบการเจรจาการจัดทำข้อตกลงเป็นหุ้นส่วนด้วยความสมัครใจ (VPA) ในการบังคับใช้กฎหมายป่าไม้ ธรรมาภิบาลและการค้า (FLEGT) ระหว่างประเทศไทยกับสหภาพยุโรป (EU) กลับมีเอกสารประกอบการพิจารณาเสนอต่อฝ่ายนิติบัญญัติเพียง 1 หน้ากระดาษเท่านั้น

แต่กระนั้นก็ตาม ในการเสนอกรอบการเจรจาในระดับพหุภาคีของประเทศไทยสำหรับการประชุมคณะกรรมการเจรจาระหว่างรัฐบาลในการพัฒนามาตรการทางกฎหมายระหว่างประเทศด้านการจัดการสารปรอท หน่วยงานที่รับผิดชอบเสนอเอกสารซึ่งเป็นกรอบการพิจารณาถึง 156 หน้า ในขณะที่กรอบการเจรจาเศรษฐกิจการค้าระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับองค์การการค้าโลก หน่วยงานที่รับผิดชอบเสนอเอกสารซึ่งเป็นกรอบการพิจารณาจำนวน 34 หน้า ส่วนการเสนอกรอบการเจรจาอนุสัญญาหรือความตกลงเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนนั้น หน่วยงานที่รับผิดชอบเสนอเอกสารซึ่งเป็นกรอบการพิจารณาจำนวน 15 หน้า ประกอบกับการเสนอกรอบการเจรจาความตกลงด้านมาตรฐานและการตรวจสอบรับรองภายใต้คณะกรรมการที่ปรึกษาด้านมาตรฐานและคุณภาพของอาเซียน และกรอบการเจรจาความตกลงด้านมาตรฐานและการตรวจสอบรับรองรายสาขา รวม 6 กลุ่มผลิตภัณฑ์ หน่วยงานที่รับผิดชอบเสนอเอกสารซึ่งเป็นกรอบการพิจารณาจำนวน 53 หน้า ในขณะที่การเสนอกรอบการเจรจาต่อเนื่องภายใต้ความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยกับญี่ปุ่นสำหรับความเป็นหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจ หน่วยงานที่รับผิดชอบเสนอเอกสารซึ่งเป็นกรอบการพิจารณาจำนวน 35 หน้า

จากการศึกษาข้อมูลเชิงประจักษ์ที่ผ่านมาพบว่า แนวปฏิบัติการเสนอกรอบเจรจามีการดำเนินการในหลายรูปแบบและมีความแตกต่างกัน แม้กระทรวงการต่างประเทศจะทำหน้าที่เป็นองค์กรหลักที่รับผิดชอบในเรื่องการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยก็ตาม แนวทางการเสนอกรอบเจรจาของประเทศไทยภายใต้หลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกลับไม่มีรูปแบบและแนวทางภายใต้กรอบการเสนออย่างเดียวกันอย่างเป็นระบบ ไม่ว่าจะเป็นทั้งในระดับองค์กรหรือหน่วยงานภายใน หรือแม้แต่ในองค์กรสูงสุดของรัฐบาลที่มีนิติฐานะเป็นฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการเสนอเรื่องเพื่อทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ตาม รูปแบบในการเสนอกรอบเจรจาที่ผ่านมาจึงมักดำเนินการที่ในลักษณะที่จะต้องมีข้อมูลซึ่งประกอบไปด้วย

ว่าด้วยบริการเดินอากาศ, กรอบการเจรจาความตกลงด้านมาตรฐานและการตรวจสอบรับรองภายใต้คณะกรรมการที่ปรึกษาด้านมาตรฐานและคุณภาพของอาเซียน และกรอบการเจรจาความตกลงด้านมาตรฐานและการตรวจสอบรับรองรายสาขา รวม 6 กลุ่มผลิตภัณฑ์, กรอบการเจรจาอนุสัญญาหรือความตกลงเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อน, กรอบการเจรจาจัดตั้งกองทุนเพื่อพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานในภูมิภาคอาเซียน, กรอบการเจรจาเพื่อจัดทำความตกลงด้านการขนส่งทางบกระหว่างไทย-ลาว-จีน

วัตถุประสงค์ ความจำเป็น สาระสำคัญ เป้าหมายในการเจรจา โดยมีเนื้อหาหรือรายละเอียดเกี่ยวกับประเด็นหรือความคาดหวังที่รัฐบาลจะไปดำเนินการเจรจากับคู่เจรจา[564]

เพื่อนำไปสู่ฐานข้อมูลสนับสนุนประเด็นวิพากษ์ดังกล่าวของผู้เขียนในเบื้องต้น ซึ่งเป็นทิศทางที่สอดคล้องต้องกันกับความเห็นของนักกฎหมายที่ปฏิบัติในกระทรวงการต่างประเทศบางท่านได้ให้ความเห็นไว้น่าสนใจว่า “กรอบการเจรจาที่เสนอต่อฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวมักจะถูกทำเป็นเพียงเอกสารธรรมดาที่จัดทำขึ้นเพื่อนำมาชี้แจงต่อฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น”[565] ด้วยถ้อยคำดังกล่าวได้แสดงนัยทางกฎหมายบ่งบอกถึงการนำหลักการในรัฐธรรมนูญไปปฏิบัติในหน่วยงานของฝ่ายบริหาร

ความแตกต่างในการเสนอกรอบเจราจาต่อฝ่ายนิติบัญญัติที่มีความแตกต่างกันนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเกิดขึ้นจากความจำเป็นในทางปฏิบัติในการทำความตกลงระหว่างประเทศแต่ละฉบับไม่เหมือนกัน หากเป็นการทำความตกลงทวิภาคี การเสนอกรอบเจรจาทำได้แต่เพียงการกำหนดกรอบแนวทางการเจรจาเพื่อรักษาผลประโยชน์ชาติว่า เรื่องใดสามารถดำเนินการได้ หรือเรื่องใดไม่สามารถดำเนินการได้ และทำได้แค่ไหนเพียงใดเท่านั้น ที่สำคัญการเจรจาคงมิสามารถกำหนดไว้เป็นที่แน่นอนตายตัวได้ว่า ผลการเจรจาจะเป็นไปได้อย่างที่ได้เสนอกรอบเจรจาเพื่อเสนอขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติได้แต่อย่างใด การเสนอกรอบเจรจาจึงทำได้แต่เพียงกรอบการเจรจากว้าง ๆ แต่เพียงเท่านั้น

แต่ในขณะที่การเสนอกรอบการเจรจากับความตกลงพหุภาคี ในทางปฏิบัติกรอบเจรจาที่เสนอเป็นการดำเนินการภายใต้ร่างที่ดำเนินการโดยคณะกรรมาธิการยกร่างขององค์การระหว่างประเทศที่ได้ทำขึ้นเท่านั้น ในทางปฏิบัติจึงไม่มีข้อวิตกกังวลว่าเรื่องใดสามารถดำเนินการได้หรือเรื่องใดไม่สามารถดำเนินการได้ และทำได้แค่ไหนเพียงใด เพราะในเวทีระหว่างประเทศในการเจรจาความตกลงพหุภาคีการเจรจาเพื่อให้เป็นไปตามที่ประเทศชาติต้องการแทบไม่สามารถดำเนินการได้ในทางปฏิบัติ อย่างดีที่ประเทศที่ไม่เห็นด้วยกับการยกร่างความตกลงระหว่างประเทศจะทำได้ก็ตามการตั้งข้อสงวนในตอนที่มีการยื่นสัตยาบันสารเท่านั้น หรือไม่ก็ไม่เข้าร่วมเป็นภาคีกับความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวแต่อย่างใด

---

[564]รูปแบบและเอกสารการเสนอกรอบการเจรจาโดยฝ่ายบริหาร สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร; สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **เอกสารแนบระเบียบวาระในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ในสมัยการประชุม ปีที่ 1 (สมัยสามัญทั่วไป) และเอกสารประกอบการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ปีที่ 1 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) ถึงการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ปีที่ 3 (สมัยสามัญทั่วไป)**, ค้นวันที่ 29 ตุลาคม 2558 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/sapadoc2554.html; อรรณพ บุราณเศรษฐ, **มาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ** (รายงานการศึกษาส่วนบุคคลในหลักสูตรนักบริหารการทูต สถาบันกระทรวงการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ กระทรวงการต่างประเทศ, 2552), หน้า 15.

[565]โปรดดูความเห็นของ อรรณพ บุราณเศรษฐ ผู้อำนวยการกองสนธิสัญญา กรมสนธิสัญญาและกฎหมายกระทรวงการต่างประเทศ; บรรหาร กำลา, *เรื่องเดิม,* หน้า 56.

กล่าวโดยสรุปแล้ว คงมิผิดเพี้ยนประการใดหากจะกล่าวว่า รูปแบบการเสนอกรอบการเจรจาในทางปฏิบัติเป็นเพียงการดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญและเพื่อมิก่อให้เกิดความรับผิดของหน่วยงานที่รับผิดชอบทางกฎหมายเท่านั้น ส่วนการเกิดประสิทธิผลจริงจังจะมีหรือไม่ก็ยังเป็นปัญหาที่จำต้องขบคิดต่อว่าการเสนอกรอบการเจรจายังจำเป็นที่ต้องคงอยู่ในบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญอีกหรือไม่ และการเสนอกรอบการเจรจาต่อฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าว สอดคล้องกับหลักการวางดุลอำนาจและการมีส่วนร่วมขององค์กรหลักและองค์กรรองในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจนเป็นการก้าวล่วง (Intervene) การใช้อำนาจขององค์การหลักหรือไม่ ทั้งที่ข้อเท็จจริงเชิงประจักษ์ที่ผ่านมาในอดีตทำให้เห็นได้ว่า กระบวนการในการเสนอกรอบการเจรจา เป็นหนึ่งในปัจจัยที่นำไปสู่ความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นองค์กรหลัก

2. สำหรับประเด็นปัญหาประการที่สองคือ สภาพปัญหาความขัดข้องที่มาจากหลักการเกี่ยวกับการให้ข้อมูลและการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน แม้จะมีหลักการที่กำหนดการปฏิบัติไว้ แต่การประเมินประสิทธิผลยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนนั้น

จากการศึกษาถึงแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน[566] ซึ่งพิเคราะห์การดำเนินการโดยหน่วยงานที่รับผิดชอบของฝ่ายบริหารตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการให้ข้อมูลและการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ผู้เขียนสรุปกระบวนการและรูปแบบในการดำเนินการเพื่อรับฟังความคิดเห็นของประชาชนได้ ดังนี้[567]

---

[566]โปรดดูรูปแบบและวิธีการให้ข้อมูลและการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในเอกสารเสนอต่อฝ่ายนิติบัญญัติเกี่ยวกับร่างกรอบการเจรจาความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับสมาคมการค้าเสรีแห่งยุโรป (European Free Trade Association: EFTA), หน้า 2-3 และร่างความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งรัฐคูเวตเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน, หน้า 3-4.; สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **เอกสารแนบระเบียบวาระในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ในสมัยการประชุม ปีที่ 1 (สมัยสามัญทั่วไป) และเอกสารประกอบการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ปีที่ 1 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) ถึงการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ปีที่ 3 (สมัยสามัญทั่วไป)**.

[567]สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ร่างความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งรัฐคูเวต เพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน, ใน **เอกสารแนบระเบียบวาระในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ในสมัยการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ปีที่ 2 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) ครั้งที่ 2**, 5 กุมภาพันธ์ 2556, หน้า 4, ค้นวันที่ 29 ตุลาคม 2558 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_sapa/dspa020556-01.pdf; สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ร่างกรอบการเจรจาความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับสมาคมการค้าเสรีไทย, ใน **เอกสารแนบระเบียบวาระในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ในสมัยการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ปีที่ 2 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) ครั้งที่ 1**, 29 มกราคม 2556, หน้า 9-10, ค้นวันที่ 29 ตุลาคม 2558 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_sapa/dspa012956-07.pdf; กระทรวงพาณิชย์, กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, **กรอบการเจรจาต่อเนื่องภายใต้ความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยกับ**

ประการแรก การจัดประชุมหารือและรับฟังความคิดเห็นต่อร่างกรอบเจรจาความตกลงการค้าเสรีจากผู้มีส่วนได้เสียทุกภาคส่วนทั้งในภาครัฐ ภาคธุรกิจ ภาคประชาสังคม นักวิชาการ เกษตรกรและประชาชนทั่วไป

ประการที่สอง การจัดประชุมรับฟังความคิดเห็นแบบรายกลุ่ม (Focus Group)

ประการที่สาม การรับฟังความคิดเห็นโดยรูปแบบของการจัดสัมมนาและเวทีสาธารณะทั่วทุกภาคส่วน ไม่ว่าจะเป็นทั้งในการจัดสัมมนาให้ความรู้เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากความตกลงระหว่างประเทศก็ดี การจัดสัมมนาเพื่อให้ความรู้เกี่ยวกับความตกลงแก่ภาคเอกชน หรือแม้แต่การจัดสัมมนาเชิงปฏิบัติการ อาทิ การจัดสัมมนาเชิงปฏิบัติการโดยผู้เชี่ยวชาญจากการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา หรือแม้แต่การจัดสัมมนาโต๊ะกลม (Round Table) ให้กับนักลงทุนไทยในต่างประเทศ

ประการที่สี่ การให้ข้อมูลข่าวสารเพื่อสนับสนุนต่อการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ในรูปแบบของการประชาสัมพันธ์ผ่านสื่อสารที่เกี่ยวข้องทั้งสื่อโฆษณาต่าง ๆ อาทิ การตีพิมพ์บทความในหนังสือพิมพ์เพื่อให้ความรู้กับผู้ที่สนใจ และให้ข้อมูลข่าวสารในระบบเครือข่ายสากล (Internetwork) ในรูปแบบของการบรรจุกรอบการเจรจาเพื่อเป็นการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารต่อประชาชนไว้ในเว็บไซต์ของกระทรวง[568] การจัดทำแผ่นพับเกี่ยวกับการใช้สิทธิประโยชน์ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศเพื่อแจกจ่ายให้กับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและผู้สนใจ

เป็นที่น่าสังเกตว่า แม้ในการดำเนินโครงการของรัฐซึ่งหมายความรวมถึงการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ จะมีหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดวิธีการปฏิบัติในการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนที่ชัดเจนก็ตาม อาทิ ก่อนเริ่มดำเนินการหน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้รับผิดชอบโครงการต้องจัดให้มีการเผยแพร่ข้อมูลให้ประชาชนทราบ และจะรับฟังความคิดเห็นของประชาชนโดยวิธีใดวิธีหนึ่งหรือหลายวิธีก็ได้[569] ไม่ว่าจะเป็นทั้งในการสำรวจความคิดเห็น ซึ่งอาจทำโดยวิธีการสัมภาษณ์รายบุคคลก็ดี การเปิดให้แสดงความคิดเห็นทางไปรษณีย์ ทางโทรศัพท์หรือโทรสาร ทางระบบเครือข่ายสารสนเทศ หรือทางอื่นใดก็ดี การเปิดโอกาสให้ประชาชนมารับข้อมูลและแสดงความคิดเห็นต่อหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบโครงการก็ดี หรือแม้แต่การสนทนากลุ่มย่อยก็ดี นอกจากนั้นแล้ว การดำเนินการเพื่อรับฟังความคิดเห็นของประชาชนยังอาจดำเนินการได้โดยการประชุมปรึกษาหารือ ซึ่งอาจทำได้โดยวิธีเช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นการประชาพิจารณ์ก็ดี การอภิปราย

ญี่ปุ่นสำหรับความเป็นหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจ (JTEPA) (นนทบุรี: กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์, 2554), หน้า 3-4.

[568]กระทรวงการต่างประเทศ, กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, **กรอบการเจรจาความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่าง ๆ (ที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาเมื่อวันที่ 8 ก.ย. 2553)**, หน้า 1-6, ค้นวันที่ 29 ตุลาคม 2558 จาก http://www.mfa.go.th/business/contents/files/cooperation-20120412-163748-615271.doc

[569]ข้อ 5 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548, **ราชกิจจานุเบกษา** 122, 55 ง (27 กรกฎาคม 2548): 26.

สาธารณะก็ดี การแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารก็ดี การประชุมเชิงปฏิบัติการก็ดี การประชุมระดับตัวแทนของกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสีย เป็นต้น[570]

แม้ในการดำเนินการจัดการรับความคิดเห็นของประชาชนดังกล่าวจะมีความสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบในการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก็ตาม แต่ประเด็นสำคัญกลับอยู่ที่เรื่องการประเมินประสิทธิผลและความชอบตามรัฐธรรมนูญในการดำเนินการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนต่างหาก ด้วยเหตุที่กฎหมายหาได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของการประเมินกลุ่มตัวอย่างไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใดไม่

นอกจากนั้นแล้ว หลักการที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548 ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อกำหนดหลักการเกี่ยวกับการรับฟังความคิดเห็นของ “ประชาชน” ในขณะที่ถ้อยคำในระเบียบอรรถาธิบายถ้อยคำว่า “ผู้มีส่วนได้เสีย” ว่าหมายถึงผู้ซึ่ง “อาจ” ได้รับความเดือดร้อนหรือความเสียหายโดยตรงจากการดำเนินงานตามโครงการของรัฐแต่เพียงเท่านั้น ถ้อยคำในความหมายดังกล่าวหาได้มีความชัดเจนแต่ประการใดไม่

จากการศึกษาเปรียบเทียบแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศไม่ปรากฏว่ามีรัฐใดกำหนดแนวทางการเสนอกรอบการเจรจาที่ต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติเฉกเช่นประเทศไทย แม้ในอดีตสหรัฐอเมริกาจะมีแนวปฏิบัติที่วุฒิสภาได้เข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดกรอบการเจรจาร่วมกับฝ่ายบริหารก็ตาม แต่แนวปฏิบัติในปัจจุบันฝ่ายบริหารได้ลดบทบาทของวุฒิสภาในเรื่องการเข้ามากำหนดวัตถุประสงค์และการกำหนดกรอบการเจรจาดังกล่าวออกไป และพยายามใช้แนวทางการทำข้อตกลงของฝ่ายบริหาร เพื่อลดปัญหาและอุปสรรคในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในกรณีที่ไม่มีความจำเป็นต้องดำเนินการแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุป การกำหนดกระบวนการที่ต้องดำเนินการก่อนลงนามในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นหลักการที่ยังขาดความชัดเจนในหลักการนำไปปฏิบัติ ส่งผลให้การเสนอกรอบการเจรจา การให้ข้อมูลกับประชาชน การรับฟังความเห็นของประชาชนมักเป็นการปฏิบัติในเชิงรูปแบบมากว่า ทั้งนี้ เพื่อมิให้ขัดกับหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแต่เพียงเท่านั้น การปฏิบัติดังกล่าวหาได้มีประสิทธิผลแต่อย่างใดไม่ และประการที่สำคัญคือการกำหนดกระบวนการที่ต้องดำเนินการก่อนลงนามในหนังสือสัญญายังหาได้สอดคล้องกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศทั่วไปแต่อย่างใดไม่

2) กระบวนการที่ต้องดำเนินการภายหลังลงนามในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแล้ว แต่เป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน ยังคงเป็นหลักการที่ยังขาดความชัดเจนในหลักการนำไปปฏิบัติ

พึงต้องเข้าใจก่อนว่าขั้นตอนภายหลังลงนามในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ แต่ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันก็ยังเป็นหลักการที่ยังขาดความชัดเจนในหลักการนำไปปฏิบัติด้วยเช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นประเด็นเรื่องการเสนอกรอบเจรจาและการชี้แจงต่อฝ่ายนิติบัญญัติเป็นหลักการที่สร้างความขัดข้องในการนำไปปฏิบัติในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

---

[570]ข้อ 9 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548, **ราชกิจจานุเบกษา** 122, 55 ง (27 กรกฎาคม 2548): 27.

ของฝ่ายบริหารก็ดี การให้ข้อมูลและการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนยังขาดหลักเกณฑ์ในการนำไปปฏิบัติ หมายความถึงแต่เฉพาะกรณีที่มีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ดำเนินการ และอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทเท่านั้น แต่การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักโดยตรงนั้น หาจำต้องดำเนินการเสนอกรอบการเจรจาต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ตลอดจนหาจำต้องดำเนินการอย่างใด ๆ เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่

อาจกล่าวได้ว่า ขั้นตอนในระหว่างที่มีการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นกระบวนการที่อยู่ในระหว่างที่มี “การลงนามในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไปแล้ว” แต่กระบวนการดังกล่าวยังอยู่ในขั้นตอน “ก่อนที่จะมีการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน” ตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ อาทิ การยื่นสัตยาบันสาร การยื่นภาคยานุวัติสาร เป็นต้น ขั้นตอนและกระบวนการตามกฎหมายภายในดังกล่าวกำหนดไว้ในบทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคสี่ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้คณะรัฐมนตรีจะต้องดำเนินการใน 2 ลำดับขั้นตอน ดังนี้

ลำดับแรก คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น และ

ลำดับที่สอง คณะรัฐมนตรีจะต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็ว เหมาะสมและเป็นธรรมในกรณีที่การปฏิบัติตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลาง หรือแม้แต่ผู้ประกอบการขนาดย่อมก็ตาม

1. สำหรับลำดับขั้นตอนแรกได้แก่ คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น

จากการศึกษาพบว่า ทั้งการให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศยังขาดความชัดเจนในการนำไปปฏิบัติก็ดี และการเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ เป็นหลักการใหม่ที่เกิดขึ้นในรัฐธรรมนูญและยังขาดบทบัญญัติที่กำหนดวิธีการปฏิบัติ ทั้งนี้ ก็ด้วยเหตุที่การตรากฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการปฏิบัติยังไม่เคยแล้วเสร็จแต่อย่างใดตั้งแต่ปี พ.ศ. 2550 เป็นต้นมา ด้วยเหตุดังกล่าวจึงเป็นเหตุให้การดำเนินการดังกล่าวตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญขาดหลักเกณฑ์ที่ประจักษ์ชัดที่สามารถนำไปใช้เป็นฐานในการปฏิบัติได้อย่างถูกต้องตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

เป็นที่น่าสังเกตว่า จากการพิเคราะห์ถ้อยคำว่า “ต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดในหนังสือสัญญา” จะพบว่าถ้อยคำดังกล่าวใช้คำว่า “ต้อง” ซึ่งมีอรรถาธิบายความได้ว่า คำว่าต้องมีสภาพบังคับในตัวเองในฐานะที่เป็นสิ่งที่คณะรัฐมนตรีต้องปฏิบัติอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ ในขณะที่ถ้อยคำว่า “ประชาชน” จะมีความหมายเฉกเช่นใด การตีความถ้อยคำว่าประชาชนจะเป็นการตีความแบบกว้างว่าหมายถึงปวงชาวไทยทุกคน หรือเฉพาะประชาชนที่ได้มีส่วนได้เสีย หรือเฉพาะประชาชนที่ได้รับผลกระทบแต่เพียงเท่านั้น

นอกจากนั้นแล้ว ถ้อยคำว่า “สามารถเข้าถึงรายละเอียด” ยังมีนัยที่สามารถอรรถาธิบายความได้ว่า ต้องเป็นในกรณีที่คณะรัฐมนตรีหรือหน่วยงานรัฐจะต้องดำเนินการตระเตรียมฐานข้อมูล และจัดทำแหล่งข้อมูลที่ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้ ไม่ว่าจะเป็นโดยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยเช่นกัน เป็นที่น่าสังเกตว่า “วิธีการเข้าถึงรายละเอียด ก็เป็นสิ่งที่ฝ่ายบริหารต้องคำนึงถึงวิธีการนำไปฏิบัติให้เกิดประสิทธิผลตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน”

ยิ่งไปกว่านั้น ถ้อยคำว่า “รายละเอียด” นั้น นัยทางกฎหมายจะมีความหมายเฉกเช่นใดการเสนอหนังสือสัญญาทั้งฉบับก็ดี การสรุปให้ความรู้เรื่องสิทธิประโยชน์ก็ดี การสรุปสาระสำคัญในเอกสารที่เข้าถึงยังเป็นปัญหาในทางปฏิบัติเช่นกันว่า ถ้อยคำดังกล่าวครอบคลุมไปถึงการนำหลักการไปฏิบัติให้เกิดประสิทธิผลตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญได้แค่ไหนเพียงใด

แม้หน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องพยายามปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญตามนัยทางกฎหมายที่กำหนดว่า “คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดในหนังสือสัญญา” ก็ตาม แต่จากการศึกษาพบว่า ในทางปฏิบัติฝ่ายบริหารได้พยายามดำเนินการจัดให้ประชาชนเข้าถึงประชาชนเข้าถึงรายละเอียดในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้วยวิธีการที่หลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นทั้งในการจัดสัมมนาโต๊ะกลมก็ดี การจัดสัมมนาให้ความรู้เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากความตกลงระหว่างประเทศก็ดี การจัดสัมมนาเชิงปฏิบัติการโดยผู้เชี่ยวชาญจากนานาชาติก็ดี การจัดทำแผ่นพับเกี่ยวกับการใช้สิทธิประโยชน์จากความตกลงระหว่างประเทศก็ดี รวมทั้งการตีพิมพ์บทความเพื่อเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับความตกลงระหว่างประเทศก็ดี การร่วมมือกับภาคเอกชนจัดสัมมนาให้ความรู้อย่างต่อเนื่อง เป็นต้น[571]

การดำเนินการดังกล่าวเป็นความพยายามของฝ่ายบริหารที่พยายามปฏิบัติในหลากหลายวิธีเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญมากที่สุด แต่ก็โดยปราศจากทิศทางที่แน่ชัดในกฎหมายว่าจะต้องดำเนินการด้วยวิธีการเช่นใด แต่กระนั้นก็ตาม กรณีดังกล่าวมีประเด็นที่ตั้งเป็นข้อสังเกตว่า กรณีอย่างไรบ้างที่จะถือเป็นหลักในการปฏิบัติได้ว่า เป็นการปฏิบัติให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญอย่างถ่องแท้ ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญใช้คำว่า “คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดในหนังสือสัญญา”

แต่อย่างไรก็ตาม จากการศึกษากฎหมายของสหราชอาณาจักรพบว่าในทางปฏิบัติหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่รัฐบาลได้ดำเนินการทำต้องมีการตีพิมพ์เผยแพร่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้งฉบับในฐานข้อมูลสากล (Website) ของสำนักงานกิจการต่างประเทศและกิจการทั่วไป (The Foreign and Common Office: FCO) ทั้งหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ยังไม่

---

[571]ร่างความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งคูเวตเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน; สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **เอกสารแนบระเบียบวาระในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา เรื่อง ร่างความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งคูเวตเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน, ปีที่ 3 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) ครั้งที่ 2**, วันอังคารที่ 5 กุมภาพันธ์ 2556, ค้นวันที่ 29 ตุลาคม 2558 จาก http://library2.Parliament.go.th/giventake/content_sapa/dspa020556-01.pdf

มีผลผูกพัน ด้วยเหตุที่ยังอยู่ในขั้นตอนของการขอความเห็นชอบจากรัฐสภา และหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันกับสหราชอาณาจักรแล้วในรูปแบบของการตีพิมพ์ชุดเอกสารความตกลงระหว่างประเทศ (Series) ซึ่งถือว่าเป็นช่องทางที่เหมาะสมตามที่ฝ่ายบริหารเห็นสมควรตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 20 (3) ในบรรพที่ 25 ส่วนที่ 2 ที่ว่าด้วยการให้สัตยาบันหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญและการปกครอง ค.ศ. 2010

กล่าวโดยสรุปแล้ว จากการศึกษาแนวปฏิบัติของฝ่ายบริหารของประเทศไทยที่ผ่านมาพบว่า แม้ฝ่ายบริหารจะได้ดำเนินการทั้งโดยการจัดสัมมนาโต๊ะกลมก็ดี การจัดสัมมนาให้ความรู้เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากความตกลงก็ดี การจัดสัมมนาเชิงปฏิบัติการโดยผู้เชี่ยวชาญจากนานาชาติก็ดี การจัดทำแผ่นพับเกี่ยวกับการใช้สิทธิประโยชน์จากความตกลงก็ดี รวมทั้งการตีพิมพ์บทความเพื่อเผยแพร่ความรู้ก็ดี การร่วมมือกับภาคเอกชนจัดสัมมนาก็ตาม

แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าการจัดสัมมนาจะมีเฉพาะกลุ่มคนที่เข้าร่วมจำนวนไม่มากเท่าที่ควรเมื่อเทียบกับคำว่า “ประชาชน” และประการที่สำคัญจะถือได้หรือไม่ว่า กลุ่มคนที่เข้าร่วมสัมมนาดังกล่าวเป็นตัวแทนประชาชนที่เข้าถึงข้อมูลตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญจริง ๆ นอกจากนั้น การจัดทำแผ่นพับคงไม่สามารถแสดงถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้ทั้งหมดแต่อย่างใด ในขณะที่การตีพิมพ์บทความเพื่อเผยแพร่ความรู้ก็คงจำกัดเฉพาะกลุ่มคนที่เข้าถึงบทความดังกล่าวเท่านั้น การดำเนินการทั้งหลายที่ผ่านมาก็ยังไม่อาจประเมินได้ว่าเป็นไปตามเจตนารมณ์ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญจริงหรือไม่ และเกิดประสิทธิผลแค่ไหนเพียงใด

2. สำหรับลำดับที่สองเป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีจะต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็ว เหมาะสมและเป็นธรรมในกรณีที่การปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลาง หรือแม้แต่ผู้ประกอบการขนาดย่อมก็ตาม

จากการศึกษาพบว่า ตั้งแต่ พ.ศ. 2550 เป็นต้นมาการตรากฎหมายที่กำหนดวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็ว เหมาะสมและเป็นธรรมในกรณีที่การปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลาง หรือแม้แต่ผู้ประกอบการขนาดย่อมไม่เคยปรากฏในรูปแบบที่เป็นรูปธรรมแต่อย่างใด ดังนั้น การนำหลักการไปปฏิบัติจึงยังเป็นปัญหาที่ฝ่ายบริหารต้องดำเนินการและให้ความสำคัญด้วยเช่นกัน

ในทางปฏิบัติในครั้งอดีตที่ผ่านมาการแก้ไขและการเยียวยาฝ่ายบริหารมักจะดำเนินการโดย “การจัดตั้งกองทุน”[572] ขึ้นเพื่อช่วยเหลือผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร โดยที่กองทุนแก้ไขและเยียวยาเช่นว่านั้นได้รับการสนับสนุนจากฝ่ายบริหารซึ่งมีที่มาจากเงินภาษีอากรของประชาชนร่วมกัน ประเด็นที่น่าสนใจคือ การจัดตั้งกองทุนแก้ไขและเยียวยาดังกล่าวเพียงพอต่อการเยียวยาผู้ที่ได้รับผลกระทบหรือไม่อย่างไร และ

---

[572]โปรดูความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ถิระวัฒน์; บรรหาร กำลา, *เรื่องเดิม,* หน้า 58.

การเยียวยาดังกล่าวจะมีมาตรการอื่นใดนอกจากวิธีการจัดตั้งกองทุนแก้ไขและเยียวยาหรือไม่ อย่างไรทั้งนี้ กรณีดังกล่าวยังนำมาซึ่งประเด็นและข้อวิพากษ์ทั้งในชั้นของการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และทั้งในภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีผลใช้บังคับแล้ว เกี่ยวกับการขาดความชัดเจนในการปฏิบัติอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ว่าการแก้ไขและการเยียวยาดังกล่าวจะมีหลักเกณฑ์และวิธีการอย่างไร[573] การพิสูจน์ความเสียหายและการเยียวยาได้สัดส่วนกันหรือไม่ ในกรณีที่ผู้ที่ได้รับผลกระทบไม่พอใจต่อการแก้ไขและ เยียวยาของฝ่ายบริหาร ผู้ที่ได้รับผลกระทบมีแนวทางการดำเนินการเพื่อความเป็นธรรมหรือไม่ อย่างไร การเยียวยาผู้ที่ได้รับผลกระทบที่มีความแตกต่างกัน วิธีการเยียวยาจะใช้หลักเกณฑ์ที่เหมือนหรือแตกต่างกับผู้ที่ได้รับผลกระทบรายอื่นหรือไม่ และการดำเนินการที่รัฐธรรมนูญกำหนดว่าต้องรวดเร็วเหมาะสมและเป็นธรรมจะต้องดำเนินการอย่างไร

นอกจากนี้ จากการศึกษาแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศพบว่า ไม่มีรัฐธรรมนูญของรัฐใดที่กำหนดรายละเอียดและแนวปฏิบัติในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้ละเอียดเฉกเช่นเดียวกันกับรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ผู้เขียนคงมิอาจกล่าวหาได้ว่า การกำหนดดังกล่าวผิดไปจากแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศดังกล่าวจะเป็นผิดในเชิงหลักการแต่อย่างใดไม่ การกำหนดหลักการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นเรื่องอำนาจอธิปไตยภายในของแต่ละรัฐที่มีพัฒนาการและความจำเป็นในบริบทที่แตกต่างกัน จึงทำให้การออกแบบและการกำหนดหลักการในรัฐธรรมนูญมีความแตกต่างกันได้

กล่าวโดยสรุปแล้ว จากการศึกษาที่ผ่านมาจะพบว่ากระบวนการที่ต้องดำเนินการภายหลังลงนามในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแล้ว แต่ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน ยังเป็นหลักการที่ยังขาดความชัดเจนในหลักการนำไปปฏิบัติอันส่งผลต่อความขัดเจนในการปฏิบัติ โดยเฉพาะในการตรากฎหมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนทั้งที่เกี่ยวกับการที่คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น และเรื่องที่คณะรัฐมนตรีจะต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็ว เหมาะสมและเป็นธรรม ในกรณีที่การปฏิบัติตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลาง หรือแม้แต่ผู้ประกอบการขนาดย่อมก็ตาม

จะเห็นได้ว่าหลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่เกิดขึ้นใหม่ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2550 โดยมีการเปลี่ยนผ่านรัฐบาลไปถึงสองรัฐบาลแล้ว จวบจนกระทั่งประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2557 ใช้บังคับไปแล้ว กฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติดังกล่าว ก็ยังหาได้ปรากฏขึ้นเพื่อเป็นหลักและสร้างความชัดเจนในแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยแต่อย่างใดไม่

---

[573]โปรดดูความเห็นของนายอัชพร จารุจินดาในฐานะกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550; สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 37/2550 (เป็นพิเศษ)**, หน้า 172.

3.2.3 ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่

คงมิอาจปฏิเสธได้ว่าปัญหาในเรื่องความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ นอกจากจะเกิดขึ้นจากสารัตถะในเชิงหลักการของรัฐธรรมนูญแล้ว ปัญหาดังกล่าวยังมีเหตุที่มาจากสภาพปัญหาจะเกิดขึ้นจากผลของคำวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 190 วรรคหก ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554

แต่กระนั้นก็ตาม สภาพปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ทำโดยฝ่ายบริหารนั้น มิได้เกิดแต่เฉพาะในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เท่านั้น แต่สภาพการณ์ดังกล่าวเริ่มปรากฏให้เห็นเค้าลางตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา

ในขณะที่ความพยายามในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวได้ปรากฏให้เห็นในการเสนอร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช .... ในสมัยที่นางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตรเป็นนายกรัฐมนตรี แม้ความพยายามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะยังคงธำรงไว้ซึ่งหลักการที่ว่าด้วยอำนาจและองค์กรในเรื่องการตีความประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้เป็นการเฉพาะเฉกเช่นเดิมตามหลักการที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 190 วรรคหก ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 ก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี ร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช .... ยังได้กำหนดหลักการใหม่ในเรื่องกรอบระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องดำเนินการวินิจฉัยชี้ขาดให้แล้วเสร็จภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง[574] ในขณะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 กลับกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ[575] ซึ่งเป็นหลักการที่ไม่เคยปรากฏอยู่ในมาตรา 190 วรรค

---

[574]มาตรา 190 วรรคสี่ ของร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช .... บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องเสนอรัฐสภาให้ความเห็นชอบตามวรรคสอง ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาด โดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 154 (1) และ (2) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม ‘ทั้งนี้ ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดให้แล้วเสร็จภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง’ ”

[575]มาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 เมื่อมีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดเป็นกรณีตามวรรคสองหรือวรรคสามหรือไม่ คณะรัฐมนตรีจะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ได้ ทั้งนี้ ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ

หก ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554[576] มาก่อนแต่อย่างใด

คงมิอาจปฏิเสธได้ว่าฝ่ายตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ หรือเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นองค์กรหลักที่สามารถใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้แต่เพียงลำพัง แต่กระนั้นก็ตาม ประเด็นหลักที่จะศึกษาคงมิได้เป็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเรื่องของกรอบระยะเวลาที่ศาลต้องทำการพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในเวลากี่วัน แต่ประเด็นหลักที่จะทำการศึกษาอยู่ที่เรื่องของปัญหาการวางบทบาทและการใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยหรือไม่

จากการศึกษาผู้เขียนค้นพบประเด็นในเชิงหลักการเกี่ยวกับการศึกษาว่า ฝ่ายตุลาการเป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติใน 2 ลักษณะดังนี้

ประการแรก รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจศาลเหนือคดีในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่

ประการที่สอง การวินิจฉัยชี้ขาดคดีการขัดแย้งในการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติที่ผ่านมานำไปสู่ปัญหาข้อโต้แย้งการใช้อำนาจระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

3.2.3.1 รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจเหนือคดี

เป็นที่ประจักษ์ว่า รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจศาลในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ[577] ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีนิติฐานะเป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ ในขณะที่หลักการดังกล่าวหาได้มีการกำหนดไว้ในระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศว่า องค์กรใดมีหน้าที่ในการตรวจสอบประเภทของหนังสือสัญญาไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใดไม่[578] ด้วยเหตุที่หลักการในเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องของระบอบของกฎหมายภายในและอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐเป็นการเฉพาะว่า จะมีการกำหนดหลักการดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะหรือไม่ และถ้ากำหนดตุลาการองค์กรใดจะมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องดังกล่าว ส่วนประเด็นในเรื่องการกำหนดหลักการดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร

---

[576]มาตรา 190 วรรคหก ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีปัญหาตามวรรคสองให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาด โดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 154 (1) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม”

[577]มาตรา 190 วรรคหก ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 และมาตรา 23 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

[578]See also 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties

ไทยจะสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศหรือไม่คงต้องทำการพิจารณาในเรื่องของการศึกษาเปรียบเทียบต่อไป

อาจกล่าวได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นหนึ่งในองค์กรตุลาการที่มีอำนาจอธิปไตยองค์กรหนึ่งตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดการใช้อำนาจไว้ในลักษณะให้เป็นการตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หากพิจารณาในมาตรา 23 วรรคสี่ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งได้บัญญัติไว้ดังนี้

“เมื่อมีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดเป็นกรณีตามวรรคสองหรือวรรคสามหรือไม่ คณะรัฐมนตรีจะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ได้ ทั้งนี้ ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ”

จากบริบทตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ดังกล่าวย่อมหมายถึง กรณีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้การตรวจสอบหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ยังคงอยู่ภายใต้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีสถานะเป็นองค์กรตุลาการที่มีอำนาจในการตีความประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้เป็นการเฉพาะเฉกเช่นที่ได้กำหนดไว้ตามมาตรา 190 วรรคหก ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 และตามร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ .....) พุทธศักราช .....

แต่กระนั้นก็ตาม จากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในตามมาตรา 190 วรรคหก ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 มิได้กำหนดกรอบเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องดำเนินการวินิจฉัยชี้ขาดให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาเท่าใด ในขณะที่ร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช .... กลับได้กำหนดกรอบระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องดำเนินการวินิจฉัยชี้ขาดให้แล้วเสร็จภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องเพิ่มเติมขึ้นมา แต่หลักการดังกล่าวในร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช .... ก็หาได้บังเกิดผลบังคับใช้ได้แต่อย่างใดไม่

แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 23 วรรคสี่ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 กลับได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีที่จะเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องก็ได้ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 กำหนดกรอบเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องทำการวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ ในกรณีที่เกิดข้อปัญหาว่า หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารต้องการดำเนินการทำขึ้นมานั้น จะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องด้วยบทบัญญัติตามวรรคสองหรือวรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 หรือไม่ อย่างไร

จากการศึกษาบทบัญญัติในมาตรา 23 วรรคสี่ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ในประเด็นเรื่องการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยองค์กรตุลาการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ผู้เขียนมีข้อสังเกตดังต่อไปนี้

ประการแรก มาตรา 190 วรรคหก ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช

2554 กำหนดให้เป็นอำนาจของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา[579] ซึ่งมีความเห็นว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นไปตามประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามหลักการที่กำหนดให้อยู่ภายใต้หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลของรัฐธรรมนูญนั้น ให้ทำการเสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภาหรือประธานรัฐสภาแล้วแต่กรณี ภายหลังจากนั้นรัฐธรรมนูญกำหนดให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวมีหน้าที่ส่งความเห็นเช่นว่านั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยชี้ขาด ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 กลับกำหนดให้เป็นหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี[580] ในการเสนอเรื่องดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญ แต่หาได้เป็นหน้าที่ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติแต่อย่างใดไม่

ประการที่สอง บทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเป็นอำนาจขององค์กรตุลาการนั้น ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า มาตรา 23 วรรคสี่ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ใช้ถ้อยคำขึ้นต้นบทมาตราด้วยถ้อยคำว่า “เมื่อมีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดเป็นกรณีตามวรรคสองหรือวรรคสาม” หรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่า การใช้อำนาจอธิปไตยที่เกี่ยวกับการตรวจสอบความถูกต้องการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารนั้น จะถูกดำเนินการตรวจสอบก็ต่อเมื่อปรากฏเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในหลักการของรัฐธรรมนูญว่า การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีปัญหาเกิดขึ้นตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 23 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งได้แก่ประเด็นปัญหาข้อวินิจฉัยดังต่อไปนี้

1. ปัญหาตามมาตรา 23 วรรคสองประการแรกคือ ปัญหาในลักษณะหรือประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ทำโดยรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารนั้น มีลักษณะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ใน 5 ประเภทหรือไม่

2. ปัญหาตามมาตรา 23 วรรคสองประการที่สองคือ หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติในฐานะที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่

3. ปัญหาตามมาตรา 23 วรรคสองประการที่สามคือ หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวหากสภานิติบัญญัติแห่งชาติไม่สามารถทำการพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 60 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าวจะมีผลตามกฎหมายเป็นอย่างไร กล่าวคือรัฐบาลสามารถดำเนินการใด ๆ เพื่อเข้าเป็นภาคีตามความตกลงระหว่างประเทศที่มีในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้นได้ทันทีหรือไม่

ประการที่สาม ในประเด็นเรื่องการใช้อำนาจอธิปไตยในการตรวจสอบการทำและถ่วงดุลการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยองค์กรตุลาการนั้น ผู้เขียนยังมีข้อสังเกตอันเป็น

---

[579]มาตรา 154 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554

[580]มาตรา 23 วรรคสี่ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

ประเด็นที่ควรศึกษาว่า การที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในการตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาหรือการควบคุมการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารนั้น จะมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลเพียงใด กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญมีสัดส่วนที่เป็นนักกฎหมายที่มาจากสายนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ ซึ่งทำหน้าที่ที่เกี่ยวเนื่องกับการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายมหาชน

แต่อย่างไรก็ตาม ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น ประเด็นปัญหาที่ศาลรัฐธรรมนูญจำต้องทำการพิจารณาว่าหนังสือสัญญาดังกล่าวเป็นสนธิสัญญาหรือไม่ เนื่องจากในหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญาได้กำหนดชื่อเรียกของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีลักษณะที่เป็นสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศในลักษณะหลากหลาย กล่าวคือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนอกจากจะเรียกว่า สนธิสัญญา (Treaty) แล้ว หนังสือสัญญาตามความหมายในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็อาจมีชื่อเรียกหลากหลายชื่อได้เช่นกัน อาทิ อนุสัญญา (Convention) พิธีสาร (Protocol) ปฏิญญา (Declaration) ข้อตกลง (Agreement) กติกา (Covenant) หรือแม้แต่คำว่า กติกา (Pact)[581] ได้เช่นกัน ดังนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญได้ทำคำวินิจฉัยชี้ขาดว่าการแสดงเจตนาของรัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารที่ได้ทำการโต้ตอบกันตามความสัมพันธ์ทางการทูตทั่วไปว่าเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแล้ว การดำเนินการตามกรอบความสัมพันธ์ระหว่างประเทศย่อมส่งผลกระทบอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ ซึ่งหมายความรวมไปถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นตามกระบวนการตามกฎหมายภายในที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน

นอกจากนั้นแล้ว หากในกรณีที่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นสนธิสัญญาตามความหมายในกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ปัญหาที่จำต้องศึกษาพิจารณาต่อไปได้แก่ หนังสือสัญญาระหว่างประเทศเช่นว่านั้น จำต้องนำเข้าสู่การพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ จะเห็นได้ว่าในทางปฏิบัติที่ผ่านมามีประเด็นที่จำต้องพิจารณาและคำนึงอย่างยิ่งด้วยเหตุแห่งคดีที่เกิดขึ้นหลายคดี อาทิ คดีเกี่ยวกับการทำหนังสือแสดงเจตจำนงต่อกองทุนการเงินระหว่างประเทศก็ดี การทำหนังสือระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้สนามบินอู่ตะเภาก็ดี การทำหนังสือแถลงการณ์ร่วมในการขึ้นทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารก็ดี ย่อมเป็นที่ประจักษ์ชัดถึงลักษณะของคำวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาใดมีลักษณะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จำต้องนำเข้าสู่การพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากรัฐสภา ปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยชี้ขาดถึงลักษณะของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ดำเนินการโดยนักกฎหมายมหาชนที่อาจมีความเข้าใจคลาดเคลื่อนในหลักการ ทั้งนี้ไม่ว่าจะโดยตั้งใจหรือไม่ตั้งใจก็ตาม

อาจกล่าวได้ว่า ปัญหาที่ว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการเกี่ยวกับลักษณะของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศอย่างแท้จริงจึงเป็นปัญหาหลักที่เกิดขึ้นและเป็นปัญหาที่สำคัญประการแรก ที่เชื่อมโยงและนำไปสู่สภาพปัญหาในทางปฏิบัติที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศประการอื่นอย่างหลีกเลี่ยงมิได้

---

[581]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **แถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารกับมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ**, หน้า 2-3.

ยิ่งไปกว่านั้น นอกจากปัญหาการทำคำวินิจฉัยชี้ขาดถึงลักษณะของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแล้ว ยังมีปัญหาที่เกิดขึ้นจากการตีความกฎหมายทั้งในลักษณะของถ้อยคำในตัวอักษร เจตนารมณ์ของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หรือแม้แต่ปัญหาในลักษณะการแสดงเจตนาที่ปรากฏออกไปโดยฝ่ายบริหาร อาทิ หนังสือโต้ตอบทางการทูตระหว่างรัฐบาล เป็นต้น ซึ่งในการตีความดังกล่าวมักปรากฏว่าศาลรัฐธรรมนูญหาได้มีความเข้าใจบริบทในลักษณะการดำเนินการตามความสัมพันธ์ทางการทูตอย่างแท้จริงแต่อย่างใดไม่[582]การตีความดังกล่าวย่อมส่งผลให้การตีความการแสดงเจตนาก็ดี การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี ผิดไปจากหลักการในกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศอย่างที่ไม่ควรจะเกิดขึ้นด้วยเช่นกัน

จากการศึกษาเปรียบเทียบแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศพบว่า การศึกษาในเชิงคุณภาพจะพบว่าไม่ปรากฏว่าแนวปฏิบัติของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสในเรื่ององค์กรวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะเป็นไปในแนวทางเดียวกันแต่อย่างใดไม่

แต่อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาในเชิงรูปแบบกลับปรากฏว่ารัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเช็กและรัฐธรรมนูญของประเทศมองโกเลีย กำหนดให้เป็นบทบาท อำนาจและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเฉกเช่นที่ประเทศไทยกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

แต่กระนั้นก็ตาม แม้รัฐธรรมนูญและแนวปฏิบัติของสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะมิได้กำหนดไว้ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเฉกเช่นประเทศไทยกำหนดไว้ก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่าหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเกี่ยวกับเขตอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบภายใต้หลักการ “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามพันธกรณีระหว่างประเทศ” มีความสำคัญในลักษณะที่สร้างความชัดเจนในเชิงหลักการ ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาศัยฐานการใช้อำนาจที่มาจาก “การใช้อำนาจทางการเมือง” ซึ่งเป็นหลักการที่สามารถใช้ในการอรรถาธิบายความเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองต่อกรณีการใช้อำนาจเหนือการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยที่ผ่านมาได้เป็นอย่างดี

กล่าวโดยสรุปแล้ว ข้อเท็จจริงเชิงประจักษ์ที่ผ่านมาจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่าจำต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ ในขณะที่รัฐธรรมนูญหาได้กำหนดให้ศาลปกครองมีเขตอำนาจเหนือกรณีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่

ในขณะที่แนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศก็มีน้อยมากที่กำหนดไว้เป็นหลักการโดยเฉพาะเกี่ยวกับองค์กรและใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ แต่การกำหนดการใช้อำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสกลับมีบริบทที่เกี่ยวกับการวางหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการวินิจฉัยที่มีความชัดเจนและน่าสนใจในการใช้เป็นฐานในการอรรถาธิบายความในปัญหาที่ว่าด้วยการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการในประเทศไทย

---

[582]คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551

นอกจากนั้นแล้ว การที่ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งโดยส่วนใหญ่เป็นนักกฎหมายมหาชนแต่กลับจำต้องทำการวินิจฉัยชี้ขาดถึงลักษณะและประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามหลักการที่มีในกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ก็เพราะเหตุที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ทำหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำและการควบคุมการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหารัฐธรรมนูญ ประกอบกับการตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาดังกล่าวโดยองค์กรตุลาการนั้น เป็นหลักเกณฑ์ประการหนึ่งเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงเป็นเหตุให้ศาลรัฐธรรมนูญจำต้องวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอย่างหลีกเลี่ยงมิได้

ประเด็นที่น่าสนใจคือ ควรจะมีหน่วยงานหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่งที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ โดยองค์กรดังกล่าวควรอยู่ในรูปแบบที่มาจากตัวแทนที่ยึดโยงกับภาคประชาชนในฐานะที่เป็นองค์กรที่ต้องทำหน้าที่ในการให้ความเห็นชอบอยู่แล้ว ซึ่งประกอบกับองค์กรที่ทำหน้าที่ในทางปฏิบัติด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศตามแนวปฏิบัติของนานาประเทศ ในฐานะที่เป็นองค์กรที่ยึดโยงกับภาคประชาชนเพื่อทำหน้าที่ในเชิงบริหารจัดการก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรตุลาการจะทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดประเภทหนังสือสัญญา ในกรณีที่มีปัญหาและข้อขัดข้องที่เกิดขึ้นจากการกำหนดประเภทและลักษณะของหนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารต้องการดำเนินการขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ อย่างไร

3.2.3.2 การวินิจฉัยชี้ขาดคดีที่ผ่านมานำไปสู่ปัญหาข้อโต้แย้งการใช้อำนาจระหว่างองค์กร

คงมิอาจปฏิเสธได้เลยว่าประสบการณ์ร่วม 18 ปีนับแต่ประเทศไทยกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาข้อขัดแย้งเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ หลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ทั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540[583] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จวบจนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ได้แสดงข้อมูลเชิงประจักษ์ที่ผู้เขียนค้นพบในการศึกษาครั้งนี้ว่า การตีความและการอรรถาธิบายความประเด็นปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยองค์กรตุลาการตามหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ผ่านมา สร้างความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศให้กับฝ่ายบริหารเป็นอย่างยิ่ง

จากการศึกษาคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในคดีต่าง ๆ ที่ผ่านมาเกี่ยวกับประเด็นการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศพบว่า ในปี พ.ศ. 2542 คดีการทำหนังสือแสดงเจตจำนงขอรับความ

---

[583]การเสนอเรื่องการขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอาศัยบทบัญญัติในมาตรา 224 ประกอบกับมาตรา 266 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งมาตรา 266 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ให้องค์กรนั้นหรือประธานรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย”

ช่วยเหลือทางวิชาการและทางการเงินจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund: IMF) นั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าไม่มีลักษณะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ด้วยเหตุที่หนังสือแสดงเจตจำนงดังกล่าวขาดหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งทางภววิสัยในลักษณะของการแจ้งนโยบายของรัฐบาลอันเป็นการกระทำฝ่ายเดียว อีกทั้งการที่รัฐบาลไทยไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีตามหนังสือแสดงเจตจำนงได้ก็หาได้ก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางกฎหมายระหว่างประเทศ อันเกิดขึ้นจากการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่ และประการที่สำคัญคือการขาดลักษณะในทางอัตวิสัยที่เป็นเจตจำนงที่จะมีผลผูกพันแต่อย่างใดไม่ ดังข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่าหนังสือแสดงเจตจำนงดังกล่าว ทั้งรัฐบาลไทยและกองทุนการเงินระหว่างประเทศ มิได้มีเจตจำนงที่ต้องการก่อให้เกิดข้อผูกพันทางกฎหมายกันแต่อย่างใดไม่

ในขณะที่ปี พ.ศ. 2543 คดีการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity: CBD) นั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าอนุสัญญาฉบับนี้มีบทอันก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ (Jurisdiction) ในทางนิติบัญญัติในทำนองเดียวกันกับการใช้อำนาจอธิปไตยในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ การใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวหาได้จำกัดเฉพาะแต่เขตอำนาจแห่งรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐเหนือเขตแดนทางทะเลแต่อย่างเดียวไม่ การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวจำต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายรัฐสภาด้วยเช่นกัน

ภายหลังจากนั้นในปี พ.ศ. 2550 ในคดีร่างความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (Japan-Thai Economic Partnership Agreement: JTEPA) ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งว่า การใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีใน “ความสัมพันธ์กับรัฐสภา” ซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติก็ดี หรือในการดำเนิน “ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ”ก็ดี เป็นการที่คณะรัฐมนตรี “ใช้อำนาจทางการบริหารตามรัฐธรรมนูญ” ในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ แต่คณะรัฐมนตรีหาได้กระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่อย่างใดไม่ ดังนั้นการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไม่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองแต่อย่างใด

แต่กระนั้นก็ตาม ภายหลังจากคดี JATAPA ดังกล่าว ในปี พ.ศ. 2551 ศาลปกครองกลางกลับมีคำสั่งไม่สอดคล้องกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุดในคดี JTAPA ที่ผ่านมากล่าวคือ ในคดีคำแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาเรื่องการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกเพียงฝ่ายเดียวของประเทศกัมพูชาหรือ Joint Communiqué ศาลปกครองกลางกลับมีคำสั่งความเห็นว่า การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ เป็นกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีกระทำการ “ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง” ที่ใช้อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ที่อยู่ภายใต้กฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ด้วยเหตุดังกล่าวการทำคำแถลงการณ์ร่วมที่เกิดขึ้นจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองกลางที่มีอำนาจในการรับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณา

นอกจากนั้นแล้ว ในคดีคำแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาเรื่องการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกเพียงฝ่ายเดียวของประเทศกัมพูชาหรือ Joint Communiqué เรื่องเดียวกันนี้ ยังปรากฏว่าศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาด คำแถลงการณ์ร่วม

เป็นหนังสือสัญญา “ที่อาจมี” บทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของประเทศ ประกอบกับการทำคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวยังอาจนำไปสู่การมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางอีกด้วย ดังนั้น คำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวจึงเป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

อาจกล่าวได้ว่า ผลของคำวินิจฉัยโดยองค์กรตุลาการทั้งโดยศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง ซึ่งทำการวินิจฉัยคดีต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น มีทั้งคดีที่วินิจฉัยสอดคล้องและไม่สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้จะเห็นได้จากทั้งในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ทำคำวินิจฉัยชี้ขาดในคดีการทำหนังสือแจ้งความจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) ก็ดี[584] การวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญในคดีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (CBD) ก็ดี[585] การวินิจฉัยคดีของศาลปกครองในคดีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) ก็ดี[586] หรือแม้แต่คดีการทำคำแถลงการณ์ร่วมระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชาในการขึ้นทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารเป็นมรดกโลกฝ่ายเดียวของประเทศกัมพูชา (Joint Communiqué) ซึ่งปรากฏทั้งในคำวินิจฉัยของศาลปกครอง[587] และศาลรัฐธรรมนูญ[588] เองก็ดี ต่างมีประเด็นที่นำไปสู่การวิพากษ์ในทางวิชาการอย่างกว้างขวางในประเด็นที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร คำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการดังกล่าวส่งผลต่อความมั่นคงและเชื่อมั่นในเชิงหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหารที่จะทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ อันนำสู่ปัญหาความขัดข้องในเชิงหลักการในการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทย

แต่กระนั้นก็ตาม จากการศึกษาเปรียบเทียบที่ผ่านมาจะเห็นได้ว่า แนวปฏิบัติและรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดให้ตุลาการรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการรับวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีฐานรองรับจาก “การใช้อำนาจทางเมือง” เท่านั้น และจะต้องเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาในขณะที่ยังอยู่ใน “กระบวนการการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ” แต่เพียงเท่านั้น ในฐานะที่เป็นการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับ “ความชอบด้วย ‘รัฐธรรมนูญ’ ตามพันธกรณีระหว่างประเทศ”

ในขณะที่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลใช้บังคับแล้ว และเป็นการพิจารณาที่เกี่ยวกับ “ความชอบด้วย ‘กฎหมาย’ ตามพันธกรณีระหว่างประเทศ” อาทิ การบังคับใช้กฎหมายที่รองรับความตกลงระหว่างประเทศ ย่อมอยู่ในการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองด้วยฐานการใช้ “อำนาจทางกฎหมาย”

---

[584]คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542

[585]คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543

[586]คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550

[587]คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551

[588]คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551

อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่าความชัดเจนในเชิงหลักการและฐานการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวของสาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นแนวปฏิบัติที่ดีและเหมาะสมที่น่านำไปใช้กำหนดในเชิงหลักการที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจของการวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยฝ่ายตุลาการในประเทศไทยได้ต่อไป

กล่าวโดยสรุปแล้ว การวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี ได้นำไปสู่สภาพปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทย อันส่งผลต่อปัญหาว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการเกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ทั้งที่เกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนของหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญก็ดี ประกอบกับปัญหาการปรับใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยฝ่ายนิติบัญญัติมุ่งต่อผลทางการเมืองมากกว่าการยึดถือหลักการก็ดี ปัญหาปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลเหนือกรณีที่เกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หรือแม้แต่ปัญหาเรื่องหลักการที่ต้องใช้ในการตีความโดยองค์กรตุลาการก็ดี ได้นำไปสู่ความสั่นคลอนในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่มิกล้าดำเนินการโดยมิได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติแต่อย่างใด ส่งผลให้ในทางปฏิบัติเพื่อป้องกันความรับผิดชอบทางการเมืองของฝ่ายบริหาร รัฐบาลจึงเลือกที่จะส่งหนังสือสัญญาทุกประเภทเพื่อขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติเสมอ ผู้เขียนเห็นว่า “หลักการ” ที่ว่าด้วยการใช้อำนาจขององค์กรหลักคือฝ่ายบริหารนั้น กลับกลายเป็น “ข้อยกเว้น” ที่ฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้แต่เพียงลำพังบางกรณีเท่านั้น

3.3 บทสรุปการศึกษาเปรียบเทียบการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยกับรัฐต่างประเทศ

จากการศึกษาถึงหลักการและกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยที่ผ่านมาผู้เขียนค้นพบว่า สภาพปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยมีอยู่ 3 ประการได้แก่ ปัญหาที่ว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ประการที่สอง ปัญหาที่ว่าด้วยกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ และประการที่สาม ปัญหาที่ว่าการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

เป็นที่ประจักษ์ว่า จากการศึกษาเปรียบเทียบหลักการและกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสในเชิงคุณภาพและในเชิงรูปแบบที่ผ่านมากับหลักการและกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทย จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญของประเทศไทยและกฎหมายภายในตลอดจนแนวปฏิบัติในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ กำหนดการใช้อำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศให้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติของรัฐต่างประเทศที่กำหนดไว้เช่นเดียวกัน แต่ก็อาจจะกล่าวได้ว่าแนวปฏิบัติของประเทศไทยมีความคล้ายคลึงกับแนวปฏิบัติของสหราชอาณาจักรที่กำหนดให้อำนาจขององค์พระมหากษัตริย์ในฐานะที่พระองค์ทรงมีพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ แต่แม้จะเป็นแต่เพียงการใช้พระราชอำนาจผ่านนายกรัฐมนตรีและ

คณะรัฐมนตรีก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าในเชิงหลักการของการบัญญัติถ้อยคำซึ่งเป็น “หลัก” ของการใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในรัฐธรรมนูญ หาได้เป็นปัญหาที่สร้างความขัดข้องในการทำความตกลงระหว่างประเทศของรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารแต่อย่างใดไม่

แม้โดยหลักการแล้ว อำนาจในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศดังกล่าวจะเป็นของฝ่ายบริหารก็ตาม แต่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทก็จำต้องได้รับการพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเช่นกัน ในฐานะที่เป็นการกำหนดการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจหรือการเข้ามามีส่วนร่วมในการเข้าผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว ที่ได้ดำเนินการไปโดยฝ่ายบริหารก่อนที่ฝ่ายบริหารจะได้ทำการให้สัตยาบันกับความตกลงระหว่างประเทศที่ได้ทำขึ้นตามหลักการที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ

อนึ่ง ในการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการเข้ามามีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยนั้น หากพิจารณาในเชิงหลักการการแล้วจะพบว่า หลักการที่กำหนดไว้มีความสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศทั้งสิ้น กล่าวคือฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจเพียงแต่เข้ามามีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเฉพาะที่มีความสำคัญกับรัฐเท่านั้น แม้จากการศึกษาจะพบว่าประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารจะต้องเข้ามามีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาดังกล่าวจะมีความแตกต่างกันในรายละเอียดบ้างก็ตาม

แต่จากการศึกษาเปรียบเทียบที่ผ่านมาผู้เขียนสรุปได้ว่า การใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นเพียงแต่ “ข้อยกเว้น” การใช้อำนาจที่อยู่ภายใต้ “หลัก” การใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเท่านั้น กล่าวคือบทบาทของฝ่ายนิติบัญญัติมิได้เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจร่วมกับฝ่ายบริหารในทุกกรณีแต่อย่างใด ในทางกลับกันการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวกลับมีแต่เพียงการใช้อำนาจได้ในบางกรณีเท่านั้น ในฐานะที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดการเข้ามามีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศร่วมกับการใช้อำนาจหลักของฝ่ายบริหารเท่านั้น

นอกจากนั้นแล้ว อำนาจในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น ไม่ว่าจะเป็นระบอบการเมืองการปกครองแบบรัฐสภา แบบประธานาธิบดีหรือแบบกึ่งรัฐสภาและกึ่งประธานาธิบดีก็ตาม การกำหนดองค์กรเข้ามาตรวจสอบถ่วงดุลเป็นไปตามระบอบการเมืองและการปกครองภายในของแต่ละประเทศ อาทิ รัฐสภาหรือวุฒิสภา เป็นต้น

ในขณะที่ประเด็นเรื่องประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น จากการศึกษาในเชิงรูปแบบของกลุ่มประเทศตัวอย่างในเบื้องต้นพบว่า กฎหมายระหว่างประเทศหาได้กำหนดไว้เป็นหลักการสากลว่า หนังสือสัญญาประเภทใดบ้างที่จำต้องอยู่ภายใต้หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือการมีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใดไม่ การกำหนดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจึงเป็นไปตามหลักการและความจำเป็นและความสำคัญในบริบททางการเมืองการปกครองและการกำหนดความสัมพันธ์ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญไว้ตามกรอบของกฎหมายภายในแต่ละรัฐอย่างเป็นเอกเทศ

อาจกล่าวได้ว่า ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการศึกษาทั้งในเชิงรูปแบบหรือการศึกษาในเชิงคุณภาพต่างพบว่ามีรูปแบบที่ไม่เหมือนกันเสียทีเดียว แต่กระนั้นก็ตาม

จากการศึกษาพบว่า ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นไปในทิศทางอย่างเดียวกัน ที่ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการเข้ามามีส่วนร่วมและควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ได้แก่ หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับดินแดน เขตแดน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการได้ดินแดน การเสียดินแดน หรือแม้แต่การสละดินแดน เป็นต้น หรือเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องมีการตรากฎหมาย หรือทำการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเพื่อรองรับต่อพันธกรณีระหว่างประเทศ หรือแม้แต่เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับด้านเศรษฐกิจ การค้า หรือการลงทุนของประเทศ เป็นต้น

เป็นที่น่าสังเกตว่า ในกรณีของสหรัฐอเมริกาที่ความตกลงระหว่างประเทศด้านการค้าการลงทุนเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่ดำเนินการในรูปแบบของ “ข้อตกลงของฝ่ายบริหาร” ก็เพื่อแก้ไขสภาพปัญหาความขัดข้องที่สหรัฐอเมริกาเคยประสบมาในอดีต ข้อตกลงของฝ่ายบริหารที่ประธานาธิบดีในฐานะที่เป็นประมุขของฝ่ายบริหารได้ทำนั้น หาจำต้องเสนอและผ่านการพิจารณาให้คำแนะนำและความยินยอมจากวุฒิสภาแต่อย่างใดไม่ ดังนั้น ด้วยเหตุผลเฉพาะของระบอบทางกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาดังกล่าว จึงมีผลทำให้บรรดาข้อตกลงของฝ่ายบริหารที่แม้จะมีนิติฐานะเป็นความตกลงระหว่างประเทศตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ก็ตาม กลับไม่มีนิติฐานะเป็นสนธิสัญญาแต่อย่างใด แต่กระนั้นก็ตาม ความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวบางประเภทก็อาจจำต้องได้รับอนุมัติตามกรอบที่สภาครองเกรสกำหนดการใช้อำนาจไว้ก่อนทำความตกลงดังกล่าวด้วยเช่นกัน

ส่วนประเด็นเรื่องของขั้นตอนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น อาทิ การเสนอกรอบเจรจา การให้ข้อมูลและการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน การทำประชามติ การคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากการทำความตกลงระหว่างประเทศ การกำหนดขั้นตอนการเยียวความเสียหาย เป็นต้น จากการศึกษาพบว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 หาได้กำหนดไว้เป็นหลักการในเรื่องกรอบของการดำเนินการและเข้าผูกกันในระดับสากลไว้แต่อย่างใดไม่ อีกทั้งในเรื่องของขั้นตอนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามกรอบของกฎหมายภายในนั้นประเทศต่าง ๆ ส่วนใหญ่ที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาซึ่งพบว่า ก็หาได้ทำการกำหนดลำดับขั้นตอนและวิธีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใดไม่ ดังนั้น ในเรื่องของขั้นตอนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจึงเป็นไปตามกรอบแห่งอำนาจของรัฏฐาธิปัตย์และตามกรอบแห่งรัฐธรรมนูญที่ได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะตามบริบทและความจำเป็นของแต่ละประเทศ

เป็นที่น่าสังเกตว่า ในกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น จากการศึกษาเปรียบเทียบแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศที่ผ่านมาทั้งในเชิงรูปแบบและเชิงคุณภาพจะพบว่า ไม่ปรากฏว่ามีรัฐธรรมนูญและแนวปฏิบัติของรัฐใดรัฐหนึ่งที่กำหนดในเรื่องกระบวนการเจรจาก่อนและภายหลังการลงนามไว้ โดยมีรายละเอียดมากมายเฉกเช่นเดียวกันกับหลักการที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

แต่กระนั้นก็ตาม ในอดีตทางปฏิบัติสหรัฐอเมริกานั้น วุฒิสภาเคยเข้ามามีส่วนในการ “กำหนดกรอบการเจรจาและวัตถุประสงค์” ในการทำความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจควบคุมการใช้อำนาจการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในกระบวนการก่อนที่จะมีการทำหนังสือสัญญา ซึ่งผิดหลักการและขั้นตอนที่ฝ่ายนิติบัญญัติควรจะเข้ามามีส่วนร่วมเฉพาะในการให้ความเห็นชอบเท่านั้น การเข้ามามีบทบาทดังกล่าวส่งผลให้สหรัฐอเมริกาต้องพัฒนาไปสู่การทำ

ข้อตกลงของฝ่ายบริหารมากขึ้น โดยให้วุฒิสภาเข้ามามีบทบาทน้อยลงเพื่อลดความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ผู้เขียนเห็นว่าหลักการใหม่ในรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในเรื่องขั้นตอน “ก่อนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ” โดยเฉพาะในเรื่องการของ “การเสนอกรอบการเจรจาก็ดี การขออนุมัติกรอบการเจรจาก็ดี” รวมทั้งกระบวนการเกี่ยวกับ “การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน” ในขั้นตอนที่อยู่ในช่วงของกำลังริเริ่มเพื่อทำความตกลงระหว่างประเทศนี้ ไม่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศแต่อย่างใด ประกอบกับข้อมูลเชิงประจักษ์ที่ผ่านมาปรากฏว่า ความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยที่ผ่านมาในอดีตก็มิเคยปรากฏมาก่อนเฉกเช่นหลักการใหม่ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

โดยหลักการแล้ว “การมีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติ” ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต้องดำเนินการภายใต้หลักการ “การตรวจสอบถ่วงดุล” การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในขั้นตอนที่ควรจะเป็นว่า การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารดังกล่าวนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยเพราะเหตุใด หากเห็นด้วยก็ให้ความเห็นชอบ หากไม่เห็นด้วยก็มิต้องให้ความเห็นชอบแต่อย่างใด

ในขณะที่หลักการใหม่ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่กำหนดให้ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้อง “เสนอกรอบการเจรจาต่อฝ่ายนิติบัญญัติ” ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจ “พิจารณาและให้ความเห็นชอบ” กับกรอบการเจรจาที่เสนอโดยฝ่ายบริหารดังกล่าว ซึ่งมีลักษณะเป็น “องค์กรที่ใช้อำนาจและเป็นองค์กรที่อยู่เหนือกว่าฝ่ายบริหาร” ในลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่แสดงออกมาในรูปแบบของการใช้อำนาจที่จะอนุมัติตามกรอบการเจรจาที่นำเสนอโดยฝ่ายบริหาร การกำหนดหลักการดังกล่าวจึงมีลักษณะที่ขัดต่อ “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” และ “หลักการตรวจสอบถ่วงดุล” อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

กรณีดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่า อำนาจในการ “ให้ความเห็นชอบกับกรอบการเจรจา” ดังกล่าวจึงเป็นการใช้อำนาจที่ผิดต่อหลักการตรวจสอบถ่วงดุล กล่าวคือ การใช้อำนาจดังกล่าวกลับมีลักษณะเป็นการ “ควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร” จนมีลักษณะเป็น “การแทรกแซง” (Intervene) การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารมากกว่าจะเป็นการใช้อำนาจเพื่อการตรวจสอบและถ่วงดุลและการมีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติในกระบวนการและขั้นตอนประการหนึ่งในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

แม้จากการศึกษาเปรียบเทียบจะพบว่า วุฒิสภาของสหรัฐอเมริกาจะค่อนข้างมีบทบาทมากก็ตาม ดังจะเห็นได้จากอำนาจของวุฒิสภาที่จะให้คำแนะนำและความยินยอมในการทำสนธิสัญญาได้โดยการกำหนดเงื่อนไขในการให้สัตยาบันหรือแม้แต่การตั้งข้อสงวนใด ๆ ซึ่งเกี่ยวกับสนธิสัญญาที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้น แต่การใช้อำนาจของวุฒิสภาในปัจจุบันจำกัดขอบเขตเฉพาะในลักษณะของการให้ความเห็นชอบเท่านั้น วุฒิสภามิได้เข้ามามีส่วนร่วมในการเจรจาเฉกเช่นในอดีตแต่อย่างใด

ในขณะที่รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสกลับกำหนดบทบาทและอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติไว้น้อยมาก กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติหาได้มีอำนาจเข้ามามีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตั้งแต่ในขณะที่มีการริเริ่มเพื่อทำความตกลงระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่ ยิ่งไปกว่านั้น ฝ่ายนิติบัญญัติมีแต่เพียงอำนาจในการให้ความเห็นชอบเท่านั้น ในทางกลับกันฝ่ายนิติบัญญัติหา

ได้มีอำนาจใด ๆ ในการตั้งข้อสงวนเพื่อการให้สัตยาบันหรือแม้แต่การกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ขึ้นมาได้แต่อย่างใดไม่

แต่อย่างไรก็ตาม หากเปรียบเทียบกับประเทศไทยแล้ว จะเห็นได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติกลับมีอำนาจเข้ามามีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ตั้งแต่การจัดทำกรอบการเจรจา ในขณะที่การให้ความเห็นชอบเพื่อให้ฝ่ายบริหารไปทำการให้สัตยาบันนั้น รัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติในการให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารได้แต่เพียงเท่านั้น โดยรัฐธรรมนูญของประเทศไทยหาได้กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการให้ความเห็นชอบโดยการกำหนดเงื่อนไขในการให้สัตยาบันของฝ่ายบริหารได้เฉกเช่นเดียวกันกับการใช้อำนาจของวุฒิสภาของสหรัฐอเมริกาได้แต่อย่างใดไม่

นอกจากนั้นแล้ว ในประเด็นเรื่องการมีส่วนรวมของประชาชนจากการศึกษาพบว่า ไม่ว่าจะเป็นระบอบการเมืองการปกครองแบบรัฐสภา แบบประธานาธิบดีหรือแบบกึ่งรัฐสภาและกึ่งประธานาธิบดีก็ตาม การกำหนดเรื่องการมีส่วนร่วมของประชาชนเป็นกรอบที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะและมีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ ตามความจำเป็นของบริบททางการเมืองการปกครองภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแต่ละประเทศ

ยิ่งไปกว่านั้น จากการศึกษาในเชิงรูปแบบจะพบว่า กลุ่มตัวอย่างการศึกษาซึ่งเป็นประเทศส่วนใหญ่ มิได้มีการกำหนดการเข้ามามีส่วนร่วมของภาคประชาชนในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้เฉกเช่นเดียวกันกับรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

ส่วนในประเด็นเรื่องของการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยองค์กรตุลาการนั้น จากการศึกษาเปรียบเทียบแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศจะพบว่าโดยส่วนใหญ่รัฐธรรมนูญมิได้มีการกำหนดการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการในเรื่องดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะเท่าใดนั้น ในขณะที่สหรัฐอเมริกากำหนดให้ศาลของสหพันธรัฐมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดกรณีดังกล่าว ส่วนรัฐธรรมนูญของรัฐต่างประเทศบางประเทศ อาทิ รัฐธรรมนูญของประเทศเนเธอร์แลนด์กลับกำหนดไว้เป็นหลักการโดยห้ามมิให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดหรือทำการมิใช้ตัดสินความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้แต่อย่างใด ซึ่งเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับสหราชอาณาจักรที่ศาลสูงได้วางหลักการไว้ว่า การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นอำนาจเฉพาะของฝ่ายบริหาร องค์กรตุลาการไม่มีอำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวได้แต่อย่างใด

แต่กระนั้นก็ตาม จากการศึกษาพบว่ามีรัฐธรรมนูญของบางรัฐที่กำหนดให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเฉกเช่นเดียวกันกับรัฐธรรมนูญของประเทศไทย อาทิ รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเช็ก รัฐธรรมนูญของประเทศมองโกเลีย เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม ประเด็นที่น่าสนใจคือแนวปฏิบัติของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งกำหนดองค์กรและการใช้อำนาจให้เป็นอำนาจของตุลาการรัฐธรรมนูญเฉพาะข้อผูกพันระหว่างประเทศ (International Commitment) และจำกัดเฉพาะเป็นการตรวจสอบ “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามพันธกรณีระหว่างประเทศ” ที่ยังไม่มีผลบังคับผูกพันในดินแดนสาธารณรัฐฝรั่งเศสเท่านั้น ในขณะที่การตรวจสอบการใช้อำนาจตามหลัก “ความชอบด้วยกฎหมายตามสนธิสัญญา” (Treaties) อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง การแบ่งแยกดังกล่าวอาศัยหลักการที่มาจากฐานการใช้อำนาจทาง

การเมืองที่มาจากรัฐธรรมนูญ และฐานการใช้อำนาจทางกฎหมายระดับรัฐบัญญัติเป็นหลักสำคัญที่กำหนดการใช้อำนาจขององค์กรวินิจฉัยชี้ขาด

หลักการดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่า สามารถใช้เป็นหลักในการอรรถาธิบายสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากปัญหาที่ว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการเกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศและหลักการกำหนดเขตอำนาจศาลที่จะเข้ามามีเขตอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับหนังสือสัญญาโดยองค์กรตุลาการของประเทศไทย ซึ่งผู้เขียนจะได้ใช้หลักการดังกล่าวเป็นฐานสนับสนุนการวิเคราะห์ในบทถัดไป

ท้ายที่สุดผู้เขียนขอนำเสนอผลการศึกษาเปรียบเทียบผลการศึกษาด้วยตารางเกี่ยวกับการวิเคราะห์อำนาจขององค์กร กระบวนการและประเภทของหนังสือสัญญาและองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อขัดแย้งการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยเปรียบเทียบกับรัฐต่างประเทศดังนี้

ตารางที่ 3.2 การสรุปการศึกษาเปรียบเทียบอำนาจขององค์กร กระบวนการและประเภทของหนังสือสัญญาและองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อขัดแย้งการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยเปรียบเทียบกับรัฐต่างประเทศ

ประเด็น/ประเทศ	สหรัฐอเมริกา	สหราชอาณาจักร	สาธารณรัฐฝรั่งเศส	ประเทศไทย	ข้อสังเกต
1. หลักการใช้อำนาจ: องค์กรหลักและฐานทางกฎหมายที่รองรับการใช้อำนาจ	ฝ่ายบริหารโดยประธานาธิบดีเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจทำหนังสือสัญญา อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเป็นฐานรองรับการใช้อำนาจตาม Article II, Section II, Clause II และแนวคำวินิจฉัยของศาลสูงของสหรัฐอเมริกา	ฝ่ายบริหารโดยรัฐบาลเป็นองค์กรหลักซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจของสถาบันพระมหา กษัตริย์ในการทำหนังสือสัญญาโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักรที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร และแนวคำวินิจฉัยของศาลสูงของสหราชอาณา จักรรับรองการใช้อำนาจ	ฝ่ายบริหารโดยประธานาธิบดีเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจทำหนังสือสัญญา อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส 1958 ตาม Article 52 , Paragraph 1	ฝ่ายบริหารโดยรัฐบาลเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญา โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (มาตรา 190 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ปี 2550, มาตรา 23 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว ปี 2557, มาตรา 178 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญฉบับผ่านประชามติวันที่ 7 สิงหาคม 2559)	จากการศึกษาเปรียบเทียบเชิงรูปแบบและการศึกษาในเชิงคุณภาพที่ผ่านมา ไม่พบความแตกต่างในเชิงหลักการเกี่ยวกับอำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญา แม้ในกลุ่มตัวอย่างที่ศึกษาจะมีความแตกต่างกันระบบการเมืองและการปกครองก็ตาม ดังนั้น ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเช่นเดียวกันทุกตัวอย่างที่ทำการศึกษา

ตารางที่ 3.2 (ต่อ)

ประเด็น/ประเทศ	สหรัฐอเมริกา	สหราชอาณาจักร	สาธารณรัฐฝรั่งเศส	ประเทศไทย	ข้อสังเกต
2. ข้อยกเว้นการใช้อำนาจ: องค์กรรองและฐานทางกฎหมายที่รองรับการใช้อำนาจ	วุฒิสภามีอำนาจให้คำแนะนำและความยินยอมต่อการทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหารเท่านั้น หลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา Section 2 of Article II ทั้งนี้ ไม่รวมถึงการทำข้อตกลงของฝ่ายบริหารของฝ่ายบริหารแต่อย่างใด แม้จะเป็นความตกลงระหว่างประเทศก็ตาม	รัฐสภาของสหราชอาณาจักรมีอำนาจให้ความเห็นชอบกับการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารด้วย การใช้อำนาจดังกล่าวมีฐานการใช้อำนาจที่มาจากรัฐธรรมนูญและแนวปฏิบัติของสหราชอาณา จักรและพระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญและการปกครอง ค.ศ. 2010	รัฐสภาของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีอำนาจในการให้ความเห็นชอบกับการทำข้อผูกพันระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสตาม Article 53 and Article 53-1 ในฐานะที่เป็นฐานทางกฎหมายที่รับรองการใช้อำนาจของรัฐสภา	รัฐสภาของประเทศไทยมีอำนาจในการให้ความเห็นชอบกับการทำหนังสือสัญญาบางประเภท โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (มาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ ปี 2550, มาตรา 23 วรรคสองของรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว ปี 2557, มาตรา 178 วรรคสองของรัฐธรรมนูญฉบับผ่านประชามติวันที่ 7 สิงหาคม 2559)	ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรรองที่มีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาซึ่งไม่มีความแตกต่างในเชิงหลักการ ทั้งในการศึกษาเปรียบเทียบเชิงคุณภาพและเชิงรูปแบบของกลุ่มตัวอย่าง แม้องค์กรที่ใช้อำนาจดังกล่าวจะมีความแตกต่างกันบ้างตามพัฒนาการและบริบทของการเมืองการปกครองก็ตาม อาทิ รัฐสภา วุฒิสภาเป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามทุกกลุ่มตัวอย่างกำหนดการใช้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรรองที่มีแต่เฉพาะอำนาจในการให้ความเห็นชอบเท่านั้น

ตารางที่ 3.2 (ต่อ)

ประเด็น/ประเทศ	สหรัฐอเมริกา	สหราชอาณาจักร	สาธารณรัฐฝรั่งเศส	ประเทศไทย	ข้อสังเกต
3. กระบวนการในการทำหนังสือสัญญา	ไม่มีการกำหนดหลักการและวิธีปฏิบัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่กระนั้นก็ตาม กระบวนการทำหนังสือสัญญาภายใต้อำนาจของวุฒิสภาถูกกำหนดไว้ใน Rule ข้อ XXV และข้อ XXX of Committee on Foreign Relations, of the Standing Rules of the Senate 2013	ไม่มีการกำหนดหลักการและวิธีปฏิบัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่กระนั้นก็ตาม กระบวนการทำดังกล่าวมีการตราพระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญและการปกครอง ค.ศ. 2010 (Constitutional Reform and Governance Act 2010 [CRaG Act]) Chapter 25 Part 2 Ratification of Treaties เพื่อกำหนดวิธีการเสนอเรื่องต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหาร	ไม่มีการกำหนดหลักการและวิธีปฏิบัติไว้ในรัฐธรรมนูญ	มีการกำหนดหลักการและวิธีปฏิบัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (มาตรา 190 วรรคสามถึงวรรคห้าของรัฐธรรมนูญ ปี 2550 เท่านั้น)	จากการศึกษาในเชิงหลักการและรัฐธรรมนูญทั้งในการศึกษาเปรียบเทียบเชิงคุณภาพและเชิงรูปแบบของกลุ่มตัวอย่าง กลับไม่พบว่ามีประเทศใดที่กำหนดวิธีและขั้นตอนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้ละเอียดแบบเช่นที่รัฐธรรมนูญของประเทศไทยกำหนดไว้ ในขณะที่บ้างประเทศกำหนดวิธีการและขั้นตอนไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือระเบียบปฏิบัติขององค์กรแต่เพียงเท่านั้น

ตารางที่ 3.2 (ต่อ)

ประเด็น/ประเทศ	สหรัฐอเมริกา	สหราชอาณาจักร	สาธารณรัฐฝรั่งเศส	ประเทศไทย	ข้อสังเกต
4. ประเภทของหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบ	สนธิสัญญาทุกประเภท แต่ทั้งนี้ไม่รวมข้อตกลงของฝ่ายบริหาร ในทางปฏิบัติอาจสรุปได้ว่า สนธิสัญญาที่ต้องได้รับคำแนะนำและความยินยอมจากวุฒิสภาได้แก่ สนธิสัญญาด้านการเมืองและความมั่นคง หรือ สนธิสัญญาด้านเศรษฐกิจ หรือ สนธิสัญญาด้านสิ่งแวดล้อม หรือ สนธิสัญญาเกี่ยวกับการให้ความร่วมมือด้านกฎหมาย หรือ แม้แต่ สนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิ	เป็นแนวทางปฏิบัติในการทำหนังสือสัญญาและไม่มีรูปแบบที่เป็นทางการว่าหนังสือสัญญาประเภทใดบ้างที่ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภาบ้าง แต่กระนั้นก็ตาม ในทางปฏิบัติสรุปได้ดังนี้ สนธิสัญญาที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย หรือ สนธิสัญญาที่เกี่ยวกับการเงิน หรือการคลัง หรือการภาษี หรือ สนธิสัญญาที่จำต้องดำเนินการภายใต้หลัก Ponsonby Rule เป็นต้น	กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส ใน Article 53 (1) และ Article 53-1 ซึ่งได้แก่ สนธิสัญญาสันติ ภาพ สนธิสัญญาหรือสนธิ สัญญาการค้าทุกฉบับ หรือ สนธิสัญญาเกี่ยวกับองค์การระหว่างประเทศหรือ สนธิสัญญาเกี่ยวกับการเงินการคลัง หรือ สนธิ สัญญาที่เกี่ยวกับการลี้ภัย หรือสิทธิมนุษยชน หรือ สนธิสัญญาที่มีผลต่อการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายใน หรือ สนธิสัญญาที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงต่อ	กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของราชอาณาจักรไทย (ตั้งแต่ฉบับปี 2550-2559) ได้แก่ หนังสือสัญญาเกี่ยวกับเขตแดนทางบกและเขตแดนทางทะเล การตรากฎหมายรองรับความตกลงระหว่างประเทศ หนังสือสัญญาเกี่ยวกับเศรษฐกิจ หรือการค้า หรือการลงทุน หรือสังคม หรืองบประมาณของแผ่นดิน เป็นต้น	จากการศึกษาในเชิงหลักการและรัฐธรรมนูญทั้งในการศึกษาเปรียบเทียบเชิงคุณภาพและเชิงรูปแบบของกลุ่มตัวอย่างพบว่าหาได้เป็นไปในทิศทางเดียวกันแต่อย่างใดไม่ ประเภทของหนังสือสัญญาดังกล่าวขึ้นอยู่กับบริบทและความจำเป็นด้านผลประโยชน์ของแต่ละรัฐกำหนดไว้ นอกจากนี้กลุ่มประเทศโดยส่วนใหญ่จะกำหนดประเภทของหนังสือสัญญาไว้ในเชิงหลักการของรัฐธรรมนูญ ในขณะที่บางประเทศกำหนดให้สนธิสัญญาทุกประเภทจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ แต่กระนั้นก็ตาม ไม่ปรากฏว่ามีประเทศใดที่กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาควบคุมฝ่ายบริหารตั้งแต่กระบวนการริเริ่มในการใช้

ตารางที่ 3.2 (ต่อ)

ประเด็น/ประเทศ	สหรัฐอเมริกา	สหราชอาณาจักร	สาธารณรัฐฝรั่งเศส	ประเทศไทย	ข้อสังเกต
	มนุษยชน เป็นต้น		ขอบเขตดินแดน		อำนาจในการหนังสือสัญญาตั้งแต่การกำหนดกรอบเจรจาเหมือนรัฐธรรมนูญไทย ซึ่งเป็นการให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติมากจนดูไม่สอดคล้องกับหลักการที่เป็นอำนาจฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะการมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการเริ่มแรก ในขณะที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสรัฐสภากลับมีอำนาจน้อยมากในการเข้ามาเกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหาร

ตารางที่ 3.2 (ต่อ)

ประเด็น/ประเทศ	สหรัฐอเมริกา	สหราชอาณาจักร	สาธารณรัฐฝรั่งเศส	ประเทศไทย	ข้อสังเกต
5. องค์กรและอำนาจขององค์กรวินิจฉัยชี้ขาด	รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา กำหนดให้เป็นอำนาจของศาลสูงสหพันธ์รัฐตามที่กำหนดไว้ใน Section 2, Article III United States Constitution	คำพิพากษาของศาล สหราชอาณาจักร ได้วางหลักการทั่วไปไว้ว่า ไม่ว่าจะเป็นทั้งในเรื่องของอำนาจในการทำสนธิ สัญญาก็ดี หรือแม้แต่การปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาก็ดี ศาลไม่สามารถทำการตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายบริหารโดยศาลของสหราชอาณาจักรได้แต่อย่างใด ด้วยเหตุที่เป็นการใช้อำนาจโดยลำพังของฝ่ายบริหาร	รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสใน Article 54 ฐานรองรับและเป็นฐานการใช้อำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่กระนั้นก็ตาม อำนาจของฝ่ายตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดบทบัญญัติในความตกลงระหว่างประเทศภายหลังจากที่ข้อบทดังกล่าวมีผลใช้บังคับไปแล้วนั้น กลับเป็นบทบาทและอำนาจของสภาแห่งรัฐ (Conseild’ Etat) หรือศาลปกครองสูงสุดของสาธารณรัฐฝรั่งเศส	รัฐธรรมนูญ (ตั้งแต่ฉบับปี 2550-2559) กำหนดให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการตรวจสอบข้อขัดแย้งเกี่ยวกับการขัดกันในการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ	จากการศึกษาในเชิงหลักการและรัฐธรรมนูญทั้งในการศึกษาเปรียบเทียบเชิงคุณภาพและเชิง รูปแบบของกลุ่มตัวอย่าง พบว่ากลุ่มประเทศส่วนใหญ่ไม่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญว่าอำนาจในการวินิจฉัย ชี้ขาดเป็นขององค์กรใด ยิ่งไปกว่านั้น รัฐธรรมนูญบางประเทศกลับกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ โดยมิให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร อาทิ รัฐธรรมนูญของประเทศเนเธอร์แลนด์ ในขณะที่ สหราชอาณาจักรศาลได้วางหลักการไว้ว่าศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญา

ตารางที่ 3.2 (ต่อ)

ประเด็น/ประเทศ	สหรัฐอเมริกา	สหราชอาณาจักร	สาธารณรัฐฝรั่งเศส	ประเทศไทย	ข้อสังเกต
					นอกจากนี้องค์กรที่ทำการวินิจฉัยปัญหาการใช้อำนาจแบ่งได้ 3 รูปแบบได้แก่ ศาลสูงของรัฐ ศาลรัฐธรรมนูญ และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

บทที่ 4

ปัจจัยและปัญหาที่ส่งผลให้เกิดความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศระหว่างองค์กรหลักและองค์กรรองตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ในบทนี้จะเป็นการวิเคราะห์ปัจจัยที่มีผลต่อความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยที่เกิดขึ้นในช่วงกว่า 2 ทศวรรษที่ผ่านมา วัตถุประสงค์ก็คือเพื่อวิเคราะห์สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วงกว่าทศวรรษเกิดขึ้นจากปัจจัยใดบ้าง และภายหลังที่ทำการศึกษาเปรียบเทียบกับแนวปฏิบัติและรัฐธรรมนูญของรัฐต่างประเทศแล้ว ผลการศึกษาได้นำไปสู่ข้อค้นพบเกี่ยวกับปัจจัยที่ส่งผลต่อการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือไม่ และท้ายที่สุดการศึกษาและวิเคราะห์สภาพปัญหาดังกล่าวจะได้นำไปสู่แนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นกับความขัดข้องของประเทศไทยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ทั้งนี้ ในการศึกษาผู้เขียนมีข้อสังเกตในการวางประเด็นในการศึกษาถึงสภาพปัญหาและปัจจัยที่ส่งผลต่อความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศและวิธีการวิเคราะห์กฎหมาย ดังนี้

ประการแรก ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์จากสภาพปัญหาทางกฎหมายเป็นหลัก ส่วนปัจจัยทางการเมืองแม้จะมีส่วนที่ก่อให้เกิดปัญหาทางปฏิบัติบ้างก็ตาม แต่ด้วยหัวข้อการศึกษามิใช่การศึกษาจากหลักในทางรัฐศาสตร์ปัญหาที่มาจากการเมืองจึงไม่ใช่ประเด็นหลักในการศึกษาครั้งนี้

ประการที่สอง การวิเคราะห์ปัญหาจะดำเนินการโดยยังคงเชื่อมโยงกับสมมุติฐานของการศึกษาว่า สภาพปัญหาการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยเกิดขึ้นจากปัญหา 3 ประการได้แก่

ปัญหาประการแรกคือ ปัญหาว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการเกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ปัญหาประการที่สองคือ ปัญหากระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นใหม่ไม่สอดคล้องกับหลักการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศและ

ปัญหาประการที่สามคือ ปัญหาการวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยองค์กรตุลาการนำไปสู่ปัญหาว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการ

ประการที่สาม วิธีการวิเคราะห์ปัญหากฎหมายเพื่อให้เกิดความถูกต้องในเชิงหลักการ ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์สภาพปัญหาโดยเชื่อมโยงกับวิธีการวิเคราะห์กฎหมาย 5 ประการดังนี้

วิธีการวิเคราะห์ปัญหากฎหมายประการแรก ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์จากเนื้อหา “สาระของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ” โดยทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ 6 ฉบับ เกี่ยวกับหลักการทำหนังสือสัญญาและกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ได้แก่ มาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประกอบกับร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญสมัยนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตรเป็นนายกรัฐมนตรีอีก 2 ฉบับได้แก่ ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่ง

ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่เสนอโดยคณะกรรมาธิการแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญ และร่างแก้ไขมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ผ่านความเห็นชอบจากที่ประชุมรัฐสภาแล้ว ทั้งนี้ จะได้ทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับ มาตรา 23 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 กับมาตรา 193 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่มีศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นประธานกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ (กมธ.)[589] และมาตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่มีนายมีชัย ฤชุพันธ์ เป็นประธานกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ (กรธ.)[590] เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์และวิพากษ์ว่าบทบัญญัติที่มีอยู่จะแก้ไขสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นได้หรือไม่

วิธีการวิเคราะห์ปัญหากฎหมายประการที่สอง ทำการวิเคราะห์สภาพปัญหาจาก “การใช้และการตีความ” กฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองที่ผ่านมา โดยใช้ฐานการวิเคราะห์ปัญหาจากคำวินิจฉัยของฝ่ายตุลาการในฐานะที่เป็นกรณีศึกษาได้แก่ คดีการทำหนังสือแสดงเจตจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและทางการเงินจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) ที่เกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2542 คดีการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (CBD) ที่เกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2543 คดีร่างความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) ที่เกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2550 และคดีคำแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาเรื่องการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกเพียงฝ่ายเดียวของประเทศกัมพูชา (Joint Communiqué) ที่เกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2551 เพื่อวิเคราะห์ในเชิงหลักการว่าคำวินิจฉัยของฝ่ายตุลาการนำไปสู่ปัญหาในเชิงหลักการของฝ่ายบริหารได้อย่างไร

วิธีการวิเคราะห์ปัญหากฎหมายประการที่สาม การวิเคราะห์จาก “กรณีศึกษา” ผู้เขียนจัดกลุ่มวิเคราะห์และกำหนดประเด็นการศึกษาดังนี้

กลุ่มที่หนึ่ง การวิเคราะห์ถึงลักษณะของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศและการวิเคราะห์ถึงเหตุผลที่ใช้อธิบายความเรื่องเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญระหว่าง คดี IMF กับ CBD

กลุ่มที่สอง การวิเคราะห์ถึงเขตอำนาจศาลปกครองเปรียบเทียบระหว่างคดี JATAPA กับ คดี Joint Communique

กลุ่มที่สาม การวิเคราะห์การใช้การตีความหลักการในรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญในคดี Joint Communique และการใช้การตีความตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ของศาลปกครองกลางในคดี Joint Communique

วิธีการวิเคราะห์ปัญหากฎหมายประการที่สี่ ผู้เขียนจะใช้ฐานข้อมูลที่ได้จากหลักการในกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศในบทที่สอง และทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักการและแนวคิดกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศในบทที่สาม เพื่อนำไปสู่สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นกับประเทศไทยว่ามีปัจจัยใดบ้างในบทที่สี่นี้ เพื่อให้ได้ข้อมูลที่ถูกต้องและการเสนอแนวทางแก้ไขในบทที่ห้าถัดไป

---

[589]สภาปฏิรูปแห่งชาติ, “ประกาศสภาปฏิรูปแห่งชาติ เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ,” **ราชกิจจานุเบกษา** 131, 222 ง (4 พฤศจิกายน 2557): 1-2.

[590]คณะรักษาความสงบแห่งชาติ, “ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ,” **ราชกิจจานุเบกษา** 132, 239 ง (5 ตุลาคม 2558): 1-2.

วิธีการวิเคราะห์ปัญหากฎหมายประการที่ห้า ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ปัญหาเนื้อหาสาระกฎหมายจากบทบัญญัติในมาตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่มีนายมีชัย ฤชุพันธ์ เป็นประธานกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญและเป็นร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านการประชามติในวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559 แล้ว โดยผู้เขียนจะวิเคราะห์และชี้ให้เห็นถึงสภาพปัญหาที่ยังคงส่งผลต่อความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจากหลักการในร่างรัฐธรรมนูญฉบับฉบับดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นปัญหาดังนี้

ปัญหาประการแรก ปัญหาที่ว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการยังคงมีอยู่แม้จะมีการปฏิรูปหลักการในร่างรัฐธรรมนูญไปแล้วก็ตาม

ปัญหาประการที่สอง ปัญหาทางปฏิบัติยังคงเกิดขึ้นจากการปฏิรูปกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับผ่านประชามติ

ปัญหาประการที่สาม ปัญหาที่ว่าด้วยองค์กรและหลักการในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจากการปฏิรูปหลักการในร่างรัฐธรรมนูญ

4.1 ปัญหาว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการเกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ

ปัญหาว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการเกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนี้ จากการศึกษาที่ผ่านมาผู้เขียนเห็นว่า แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะบัญญัติให้ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในฐานะที่เป็น “หลัก” ในเรื่องการใช้อำนาจในการดำเนินการในด้านการทำความตกลงระหว่างประเทศก็ตาม แต่ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติหาได้มีนิติฐานะเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศร่วมกับฝ่ายบริหารแต่อย่างใดไม่ ฝ่ายนิติบัญญัติมีนิติฐานะเป็นแต่เพียงองค์กรรองที่ใช้อำนาจร่วมกับฝ่ายบริหารเฉพาะการตรวจสอบและถ่วงดุลและมีส่วนร่วมกับบางประการกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในลักษณะเพียงการให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการดำเนินพันธกิจกับรัฐต่างประเทศ

พึงต้องเข้าใจบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติเสียก่อนว่า อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นแต่เพียงการใช้อำนาจที่เป็น “ข้อยกเว้น” จากการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นองค์กรหลักในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเท่านั้น

นอกจากนั้นแล้ว บทบาทและการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหาได้เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในบริบทของ “การทำความตกลงระหว่างประเทศร่วมกับฝ่ายบริหารในทุกขั้นตอน” แต่อย่างใดไม่ แต่การใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นแต่เพียงการใช้อำนาจในลักษระของ “การตรวจสอบและถ่วงดุลและการมีส่วนร่วม” กับฝ่ายบริหารบางประการเกี่ยวกับในการใช้อำนาจในขั้นตอนภายหลังจากที่ฝ่ายบริหารได้ดำเนินการจนนำไปสู่ขั้นตอนการนำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวกลับเข้ามาเพื่อเข้าสู่กระบวนการ “การพิจารณาให้ความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ” ดังนั้นบทบาทของฝ่ายนิติบัญญัติในเชิงหลักการจึงเป็นแต่เพียงการให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบต่อ

ความตกลงที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้น ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจโดยมิชอบแต่เพียงเท่านั้น

ในขณะที่กระบวนการดังกล่าวกำหนดเรื่อง “การเสนอกรอบการเจรจาเพื่อขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ” จึงดูประหนึ่งว่ารัฐธรรมนูญได้วางหลักการในลักษณะที่เป็นการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารให้อยู่ในฐานะที่ต่ำกว่านิติฐานะของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยเฉพาะเรื่องของการออกแบบให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจที่จะให้ “ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบ” กับการเสนอกรอบการเจรจาของฝ่ายบริหารก็ได้ หากผู้ร่างมิต้องการออกแบบรัฐธรรมนูญให้ผิดหลักการในการใช้อำนาจแล้ว การกำหนดหลักการไว้แต่เพียง “การแจ้งกรอบการเจรจาต่อฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อทราบ” ก็จะดูประหนึ่งว่า สามารถอรรถาธิบายได้ว่าการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นการเข้ามามีส่วนร่วมมากกว่าการเข้ามาควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร

ผู้เขียนเห็นว่า นอกจากการออกแบบหลักการในรัฐธรรมนูญที่กำหนดกระบวนการให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามามากไปจนดูประหนึ่งว่า ฝ่ายนิติบัญญัติจะเข้ามาควบคุมกระบวนการใช้อำนาจที่อยู่ในขั้นตอนของฝ่ายบริหารโดยลำพังดังกล่าวแล้ว การที่ฝ่ายตุลาการได้มีคำวินิจฉัยในคดีต่าง ๆ ที่ผ่านมานั้น ก็เป็นเหตุสำคัญประการหนึ่งที่นำไปสู่การขาดความเชื่อมั่นในเชิงหลักการเกี่ยวกับบทบาทและอำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ดังนั้น เพื่อป้องกันความรับผิดชอบทางการเมือง ฝ่ายบริหารจึงเลือกที่จะเสนอความตกลงระหว่างประเทศแทบทุกฉบับเพื่อขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติเสมอมา

ประเด็นปัญหาและคำถามสำคัญจึงอยู่ที่ว่า ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติมีความเข้าใจถึงบทบาทและอำนาจหน้าที่ของตนเองดีหรือไม่ อย่างไร หากฝ่ายบริหารเข้าใจและเชื่อมั่นในบทบาทและอำนาจหน้าที่ของตนว่า ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักและสามารถใช้อำนาจได้ในฐานะที่เป็น “หลัก” ในการใช้อำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศแล้ว ฝ่ายบริหารย่อมที่จะใช้อำนาจได้โดยลดความขัดข้องลงไปได้ในระดับหนึ่ง

นอกจากปัจจัยด้านความเข้าใจของฝ่ายบริหารดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติก็ต้องมีความเข้าใจบทบาทและอำนาจหน้าที่ของตนว่า ตนมีแต่เพียงอำนาจที่ใช้ในการตรวจสอบและถ่วงดุลและมีส่วนร่วมบางประการในการใช้อำนาจร่วมกับฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งอำนาจที่ตนใช้มีลักษณะเป็นแต่เพียง “ข้อยกเว้น” ที่ตนจะให้อำนาจได้เฉพาะการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทแต่เพียงเท่านั้น และประการที่สำคัญหากฝ่ายนิติบัญญัติเข้าใจในลักษณะของการใช้อำนาจดังกล่าวว่า ตนหาได้มีอำนาจในลักษณะของ “การควบคุม” การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารแต่อย่างใดไม่แล้ว การเคารพและให้ความสำคัญกับหลักการดังกล่าวก็เป็นปัจจัยที่สำคัญซึ่งจะช่วยลดสภาพปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไปได้มากเช่นเดียวกัน

แต่อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศทั้งในเชิงคุณภาพและเชิงรูปแบบที่ผ่านมาในบทที่ 3 ผู้เขียนพบว่า การบัญญัติหลักการในรัฐธรรมนูญของรัฐต่างประเทศกับประเทศไทย หาได้มีความแตกต่างในเชิงหลักการเกี่ยวกับการกำหนดองค์กรและใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็น “หลัก” ในการใช้อำนาจ และการกำหนดหลักการเรื่องการมีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็น “ข้อยกเว้น” แต่อย่างใดไม่

ยิ่งไปกว่านั้น ในบางรัฐ อาทิ สาธารณรัฐฝรั่งเศสฝ่ายนิติบัญญัติกลับเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่จำกัดมาก กล่าวคือ รัฐสภาของสาธารณรัฐฝรั่งเศสกลับมีอำนาจเฉพาะแต่การให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารแต่เพียงเท่านั้น รัฐสภาหาได้มีอำนาจเข้ามาเกี่ยวข้องในขั้นตอนของการเจรจา การตั้งของกำหนดเงื่อนไข หรือแม้แต่การตั้งข้อสงวนในการให้สัตยาบันได้แต่อย่างใดไม่

อาจกล่าวได้ว่า หากพิเคราะห์เฉพาะในเชิงหลักการของรัฐธรรมนูญตามรูปแบบเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารแล้ว ประเทศไทยหาได้มีหลักการที่ผิดแผกแตกต่างไปจากหลักการและแนวปฏิบัติในทางสากลของรัฐต่างประเทศอื่นแต่อย่างใดไม่ ประเด็นที่น่าสนใจคือ เมื่อรัฐธรรมนูญหาได้วางหลักการทั่วไปเกี่ยวกับการใช้อำนาจขององค์กรหลักและองค์กรรองมิได้ผิดเพี้ยนไปแต่อย่างใด ผู้เขียนจึงสันนิษฐานว่าปัญหาที่ว่าด้วยการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับปัญหาในทางอัตวิสัยในทางทัศนคติและความเข้าใจในบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญต่าง ๆ ซึ่งเป็นปัจจัยหลักของสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นกับประเทศไทย

แต่กระนั้นก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าแม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะมีความเข้าใจในเชิงหลักการแล้ว แต่ด้วยเหตุและปัจจัยอื่น อาทิ ความชัดเจนในเชิงหลักการของประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี หรือแม้แต่ขั้นตอนที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญก่อนและหลังการลงนามในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี ย่อมเป็นเหตุที่นำไปสู่การใช้ประโยชน์จากความไม่ชัดเจนในถ้อยคำดังกล่าว เพื่อนำไปสู่การวางกลยุทธ์ทางการเมืองได้เมื่อมีโอกาส แม้การดำเนินการดังกล่าวจะไม่ถูกต้องตามหลักการก็ตาม แต่หากเป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์และความได้เปรียบทางการเมืองแล้ว ก็คงจะมิได้เป็นปัญหาที่เกิดจากหลักการทางกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว

จากการศึกษาพบว่าความไม่ชัดเจนในเชิงหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยนั้น ปรากฏให้เห็นใน 3 ประการ ได้แก่

ประการแรก ปัญหาจากประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับ หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลง “เขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ”

ประการที่สอง ปัญหาจากประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบหรือก่อให้เกิดข้อผูกพันกับประเทศไทย

ประการที่สาม ประเด็นในเรื่องกรอบระยะเวลาการพิจารณาให้ความเห็นชอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในเชิงหลักการว่าฝ่ายนิติบัญญัติจำต้อง “พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา 60 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว” โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.1.1 ปัญหาจากประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต

ประเด็นปัญหาประการแรก ปัญหาจากประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีบทเปลี่ยนแปลง “เขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ”

ปัญหาความไม่ชัดเจนในเชิงหลักการที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีสัญญาณเริ่มจากถ้อยคำในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 และฉบับปี พุทธศักราช 2521 ซึ่งที่ปรากฏประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีเปลี่ยนแปลง “เขตอธิปไตยแห่งชาติ” อันนำมาซึ่งปัญหาการตีความถ้อยคำดังกล่าวว่ามีความหมายเช่นใด จวบจนกระทั่งนำไปสู่การบัญญัติประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้วยถ้อยคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และฉบับปี พุทธศักราช 2540 ตามลำดับ

จนท้ายที่สุดหลักการที่ปรากฏในประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวได้มีการแปรเปลี่ยนไปด้วยบริบทจากสภาพปัญหาการวินิจฉัยประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยศาลรัฐธรรมนูญในปี พ.ศ. 2543 ในคดีการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพที่ศาลรัฐธรรมนูญอรรถาธิบายถ้อยคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” มิได้หมายถึงเขตอำนาจที่ใช้ภายใต้ระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยทะเลตามความเห็นของกระทรวงการต่างประเทศเท่านั้น แต่เขตอำนาจแห่งรัฐดังกล่าวยังหมายความรวมไปถึง “เขตอำนาจแห่งรัฐในทางนิติบัญญัติ” ดังความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาด้วยเช่นกัน ปัญหาในเรื่องการอรรถาธิบายความเกี่ยวกับถ้อยคำดังกล่าวได้นำไปสู่การบัญญัติประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหลักการใหม่ เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีบทเปลี่ยนแปลง “เขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ” ไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

แต่กระนั้นก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาที่เกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนของหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีบทเปลี่ยนแปลง “เขตพื้นที่นอกอาณาเขต” ซึ่งเป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ทั้งในรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับนี้ อาจนำไปสู่ปัญหาการตีความประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ฝ่ายนิติบัญญัติหยิบยกขึ้นมาให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้

หากพิเคราะห์ในเชิงหลักการเกี่ยวกับถ้อยคำที่ปรากฏในรูปของ “ลายลักษณ์อักษร” ย่อมทำให้เข้าใจได้ว่าประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีบทเปลี่ยนแปลง “เขตพื้นที่นอกอาณาเขต” เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องนำสู่การพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวนี้ ยังสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภทได้ด้วยเช่นกัน ด้วยการแปลความหมายที่ปรากฏตามลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ที่มาจากการตีความถ้อยคำว่า “หรือ” ซึ่งเป็นคำเชื่อมระหว่างประโยคที่ว่า “มีสิทธิอธิปไตย หรือ มีเขตอำนาจ” ตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ ด้วยคำว่า “หรือ” เพียงคำเดียวดังกล่าวอาจนำมาซึ่งสภาพปัญหาในการตีความที่มีความแตกต่างกันได้เฉกเช่นที่เกิดขึ้นในอดีตได้ด้วยเช่นเดียวกัน

เพื่อให้เกิดความกระจ่าง ผู้เขียนขออรรถาธิบายสภาพปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากบัญญัติถ้อยคำว่า “หรือ” ไว้ในประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังนี้

จากการศึกษาพบว่า ถ้อยคำตามบทบัญญัติมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับ

ชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ใช้ถ้อยคำว่า “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย ‘หรือ’ เขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย ‘หรือ’ มีเขตอำนาจ ตามหนังสือสัญญา ‘หรือ’ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ” อาจถูกตีความได้ว่า หนังสือสัญญาดังกล่าวย่อมหมายถึงหนังสือสัญญาระหว่างประเทศใน 3 ประเภทดังนี้

ประเภทที่หนึ่งคือ หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย

ประเภทที่สองคือ หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทย “มีสิทธิอธิปไตย” ตามหนังสือสัญญา หรือ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ประเภทที่สามคือ หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทย “มีเขตอำนาจ” ตามหนังสือสัญญา หรือ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ด้วยเหตุที่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศประเภทที่สามเกิดขึ้นจากคำเชื่อมคำว่า “หรือ” หากหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้แปรเปลี่ยนไปเป็นคำว่า “และ” ย่อมมีนัยทางกฎหมายว่าหมายถึง หนังสือสัญญาระหว่างประเทศเพียง 2 ประเภทเท่านั้น เนื่องจากการที่บทบัญญัติรัฐธรรมนูญได้บัญญัติว่า “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทย ‘มีสิทธิอธิปไตย’ หรือ ‘มีเขตอำนาจ’ ตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ” ย่อมถูกตีความได้ว่า เป็น “หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย” ได้กรณีหนึ่ง และยังอาจถูกตีความได้ว่ายังหมายถึง “หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีเขตอำนาจ” ได้อีกกรณีหนึ่งได้ด้วยเช่นกัน

ดังจะเห็นได้จากกรณีเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีเขตอำนาจนั้น นอกจากจะตีความหมายได้ว่า หมายถึงเขตเศรษฐกิจจำเพาะแล้วก็ตาม แต่กรณีดังกล่าวอาจนำไปสู่ปัญหาการตีความขยายออกไปจนเกินขอบเขตจากที่ควรจะเป็นตามเจตนารมณ์ของการร่างรัฐธรรมนูญพุทธศักราช 2550 ได้ด้วยเช่นกัน กล่าวคือ ในกรณีที่ประการแรก เป็นกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลง “เขตพื้นที่นอกอาณาเขต” ของประเทศไทย และประการที่สอง เป็นกรณีที่ประเทศไทย “มีเขตอำนาจเหนืออาณาเขต” ดังกล่าวด้วย อาทิ กรณีการตั้งฐานทัพในต่างประเทศหรือเขตพื้นที่ในสถานทูตไทยในต่างประเทศ เป็นต้น

กรณีดังกล่าวอาจถูกตีความหมายไปได้ว่า การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวย่อมหมายรวมไปถึง การทำความตกลงระหว่างประเทศใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งฐานทัพทหารในต่างประเทศ หรือการทำความตกลงที่เกิดขึ้นและมีผลต่อเขตพื้นที่ของสถานทูตไทยในต่างประเทศก็ดี ซึ่งสามารถถูกอรรถาธิบายความหมายได้ว่าเป็นในกรณีที่ประเทศไทยมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ด้วยเช่นกัน[591]

---

[591]วีรพัฒน์ ปริยวงศ์, “การใช้อำนาจอธิปไตยสร้างกฎหมายระหว่างประเทศ:หนังสือสัญญาบางประเภทอันต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา (ตอนที่ 2),” **Public Law Net** (พฤษภาคม 2551): 4, ค้นวันที่ 15 ตุลาคม 2558 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1217

ผู้เขียนเห็นว่า หากรัฐธรรมนูญเลือกที่จะบัญญัติด้วยถ้อยคำว่า “และ” แทน คำว่า “หรือ” แล้ว ความหมายของบทบัญญัติดังกล่าวย่อมหมายถึง การทำหนังสือสัญญาที่เป็นเรื่องการเปลี่ยนแปลงในภูมิศาสตร์ทางทะเลเท่านั้น ดังที่ปรากฏว่า “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทย “มีสิทธิอธิปไตย” และ “มีเขตอำนาจ” ตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ” วลีดังกล่าวย่อมหมายถึง กรณีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเป็นเรื่องของความเปลี่ยนแปลงขอบเขตภูมิศาสตร์ทางทะเล ที่ประเทศไทยมีทั้ง “สิทธิอธิปไตยและเขตอำนาจ” ตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น วลีดังกล่าวจึงมิอาจตีความเป็นอย่างอื่นไปได้ นอกจากจะเป็นเรื่องของเขตไหล่ทวีปและเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทยแต่เพียงเท่านั้น ด้วยเหตุที่ฐานทัพก็ดี หรือสถานทูตไทยในต่างแดนก็ดี แม้จะเป็นเขตที่ประเทศไทยมีเขตอำนาจก็ดี แต่เขตดังกล่าวก็เป็นเขตที่ประเทศไทยหาได้มีสิทธิอธิปไตยเหนือเขตดังกล่าวในทั้งสองกรณีแต่อย่างใดไม่

ในประเด็นกล่าวอาจมีข้อโต้แย้งแนวความคิดของผู้เขียนที่อรรถาธิบายความว่าควรใช้คำว่า “และ” มากกว่าที่จะใช้คำว่า “หรือ” ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ในเหตุ 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก หากถือตามเจตนารมณ์ของกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้ว คงมิอาจปฏิเสธได้เลยว่ารัฐธรรมนูญมุ่งประสงค์ที่จะใช้กับเรื่องเขตแดนทางทะเลเท่านั้น ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญใช้ถ้อยคำว่า “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยก็ดี หรือมีเขตอำนาจก็ดี” ย่อมมิอาจตีความเป็นอย่างอื่นไปได้นอกเหนือจากเรื่อง “การเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตในทางทะเล” เท่านั้น ไม่ว่าจะเป็นกรณีของเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือเขตทะเลหลวงก็ตาม กรณีดังกล่าวจึงมิอาจตีความขยายล่วงเลยออกไปได้เลยว่า รัฐธรรมนูญมีความมุ่งหมายให้หมายความรวมไปถึงกรณีการทำความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงเขตดินแดนทางบกของประเทศไทยในรัฐต่างประเทศ ด้วยเหตุที่ประเทศไทยมีเขตอำนาจเหนือดินแดนดังกล่าวในรัฐต่างประเทศได้แต่อย่างใด อีกทั้งการตีความดังกล่าวย่อมเป็นไปตามหลักเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญโดยตรง มิใช่หลักลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด

ประการที่สอง ต่อกรณีคำถามที่ว่า บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้โดยใช้ถ้อยคำว่า “หรือ” ในประเภทของ “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย ‘หรือ’ มีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ” ดังกล่าวนั้นถือได้ว่ารัฐธรรมนูญได้มีการบัญญัติวลีที่มีความหมายถูกต้องแล้ว ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญได้มุ่งหมายถึงหนังสือสัญญาใดก็ตามที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยแม้จะไม่ได้มีสิทธิอธิปไตยก็ตาม แต่หากเป็นกรณีที่ประเทศไทยกลับมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือมีเขตอำนาจตามกฎหมายระหว่างประเทศอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้ด้วยเช่นเดียวกัน อาทิ กรณีทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีความเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจในเขตทะเลหลวง ซึ่งเป็นเขตที่ประเทศไทยไม่มีสิทธิอธิปไตย แต่ในขณะที่เขตทะเลหลวงดังกล่าวกลับเป็นเขตที่ประเทศไทยมีเขตอำนาจตามความตกลงระหว่างประเทศในเรื่องของการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นเขตที่ประเทศไทยมีเขตอำนาจในทางความมั่นคงทางยุทธศาสตร์ของชาติ การทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวย่อมต้องนำเข้าสู่การพิจารณาโดยฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเช่นเดียวกัน

กรณีปัญหาดังกล่าวแม้ผู้เขียนจะมีความเห็นว่า หากพิจารณาจากเจตนารมณ์ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมหมายถึงการทำ “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต” เฉพาะ “เขตแดนทางทะเลของประเทศไทย” เท่านั้นก็ตาม ด้วยเหตุที่ที่มาและพัฒนาการทางประวัติศาสตร์และในรัฐธรรมนูญของประเทศไทย 2 ฉบับ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ซึ่งได้กำหนดประเภทหนังสือสัญญาใหม่ที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติก็คือ หนังสือสัญญามีบทเปลี่ยนแปลง “เขตอธิปไตยแห่งชาติ” ซึ่งเป็นช่วงที่เกิดสภาพการณ์ของประเทศไทยที่อยู่ในช่วงประกาศอ้างสิทธิเหนือเขตทางทะเลต่าง ๆ นอกเหนือไปจากทะเลอาณาเขตอันเกี่ยวกับการใช้สิทธิอธิปไตย (Sovereign Right) เหนือเขตทางทะเล[592]

ทั้งนี้ ตามความเห็นของท่านศาสตราจารย์ ดร.อรุณ ภาณุพงศ์ในฐานะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ได้เคยอรรถาธิบายที่ไปที่มาว่า การร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวอยู่ในช่วงการเจรจาแบ่งเขตไหล่กับประเทศเวียดนามและประเทศกัมพูชาซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนปี พ.ศ. 2516 ในกรณีที่สามารถตกลงกับประเทศใดได้ก็ตามให้ทำเป็นสนธิสัญญาที่เรียกว่า “หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตอธิปไตยแห่งชาติ”[593] ประกอบกับความเห็นกระทรวงการต่างประเทศก็ได้เคยอรรถาธิบายความเห็นทางกฎหมายในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ว่าเป็นเรื่อง “เขตแดนทางทะเลของประเทศไทย” เท่านั้น แต่เจตนารมณ์ของการร่างรัฐธรรมนูญกลับมิได้มุ่งหมายรวมไปถึงเขตแดนทางทะเลอื่นใดแต่อย่างใด ดังที่ปรากฏในการให้เหตุผลจากกรณีการตีความถ้อยคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ซึ่งหมายถึงเขตหรือพื้นที่ในทะเลซึ่งอยู่นอกอาณาเขตหรือดินแดนของราชอาณาจักรไทย[594] ซึ่งถือว่าเป็นที่มาของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550

แต่กรณีที่เกิดขึ้นดังกล่าวผู้เขียนเองก็อดคิดไม่ได้ว่า ถ้อยคำดังกล่าวหากมีการตีความตามหลักลายลักษณ์อักษรว่า “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีเขตอำนาจ . . .” ว่าหมายถึง กรณีของการทำความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงเขตแดนของประเทศไทยในรัฐต่างประเทศละ ทั้งนี้ ถ้ากรณีการตีความดังกล่าวผู้ให้เหตุผลไม่ได้คำนึงถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้ เฉกเช่นที่มีการอรรถาธิบายความของศาลรัฐธรรมนูญในคดีของการเข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพที่ศาลรัฐธรรมนูญกลับเห็นว่า เขตอำนาจแห่งรัฐมิได้จำกัดเฉพาะเขตแดนทางทะเลเท่านั้น แต่ยังหมายถึงเขตอำนาจในทางนิติ

---

[592]โปรดดู พระบรมราชโองการประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะของราชอาณาจักรไทย ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2524 ต่อมาภายหลังมีการประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะของราชอาณาจักรไทยในด้านอ่าวไทยประชิดกับเขตเศรษฐกิจจำเพาะของมาเลเซีย ลงวันที่ 16 กุมภาพันธ์ 2531 และการประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะของราชอาณาจักรไทยด้านทะเลอันดามัน ลงวันที่ 18 กรกฎาคม 2531

[593]เกรียงศักดิ์ แจ้งสว่าง, *เรื่องเดิม,* หน้า 1.

[594]การให้ความเห็นของกระทรวงการต่างประเทศ; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543

บัญญัติด้วยเช่นเดียวกัน การอรรถาธิบายความดังกล่าวจึงเป็นตัวอย่างที่สามารถใช้เป็นเครื่องยืนยันถึงการให้เหตุผลที่เน้นไปที่หลักลายลักษณ์อักษรมากกว่าหลักเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

นอกจากนั้นแล้ว ในกรณีที่เป็นการทำ “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยไม่มีสิทธิอธิปไตย แต่แม้จะมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ” อาทิ หนังสือสัญญาเกี่ยวกับทะเลหลวง การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวก็อาจนำไปสู่ปัญหาข้อถกเถียงกันในอนาคตได้ว่า หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวจำต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยหรือไม่

ทั้งนี้ บางความเห็นอาจบอกว่าต้องขอเพราะตีความแล้วเข้ากับหลักการที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เพราะเขตทะเลหลวงก็เป็นการทำ “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ” ด้วย แต่ในขณะที่บางความเห็นกลับมีความเห็นว่าไม่ต้องขอ เพราะมิใช่เรื่องเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตทางทะเลของประเทศไทยแต่อย่างใด เมื่อการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไม่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเขตแดนทางทะเลของประเทศไทย การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวก็ไม่จำต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติแต่อย่างใด

จากสภาพปัญหามุมมองและการให้เหตุผลที่มีความแตกต่างกัน ผู้เขียนเห็นว่าบทเรียนจากการวินิจฉัยชี้ขาดโดยฝ่ายตุลาการรัฐธรรมนูญในคดีการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพก็ดี การตีความการใช้อำนาจควบคุมต่อกรณีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยฝ่ายนิติบัญญัติที่ผ่านมาก็ดี คงมิอาจรับประกันได้ว่าผู้ที่ตีความและอรรถาธิบายถ้อยคำว่า “หรือ” ในวลีดังกล่าว จะทำการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายและของผู้ร่างกฎหมาย และยิ่งไปกว่านั้น คงมิอาจรับประกันได้เลยว่าผู้ที่ทำการตีความและอรรถาธิบายความดังกล่าว จะยึดถือตามเจตนารมณ์ที่ซ่อนอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายมากกว่าที่จะยึดถือการตีความตามหลักลายลักษณ์อักษร

ข้อเท็จจริงเชิงประจักษ์ที่เกิดขึ้นจากปัญหาการตีความและการอรรถาธิบายความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ปรากฏให้เห็นเกี่ยวกับปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่าง ซึ่งเกี่ยวกับขอบเขตและเขตพื้นที่ของราชอาณาจักรไทยก็คือ คดีการทำคำแถลงการณ์ร่วมระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชา หรือที่รู้จักกันในนามการทำเอกสารที่เรียกว่า Joint Communiqué ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน พ.ศ. 2551 ซึ่งเกิดประเด็นข้อขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติก่อนการดำเนินการทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว

ในขณะที่ฝ่ายบริหารเห็นว่าเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยลำพัง ด้วยเหตุที่การทำคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว หาได้มีนิติฐานะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่ ข้อขัดข้องดังกล่าวเป็นเหตุให้ประธานวุฒิสภาและประธานสภาผู้แทนราษฎรต้องส่งความเห็นของสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ยื่นขอให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับการทำคำแถลงการณ์ร่วมที่ได้ทำขึ้นระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชาดังกล่าวว่า เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ ในท้ายที่สุดศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดว่าการทำคำแถลงการณ์ร่วมระหว่างประเทศไทยกับประเทศ

กัมพูชาเป็นหนังสือสัญญาที่ “อาจ” มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของประเทศ ทั้งยังมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางด้วยเช่นกัน

แม้คำวินิจฉัยดังกล่าวจะมีการถกเถียงกันด้วยเหตุผลทางกฎหมายในเรื่องข้อโต้แย้งเกี่ยวกับเหตุผลที่ศาลได้ให้ไว้ในการวินิจฉัยข้อขัดแย้งเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ จนดูประนึ่งว่าศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักการใหม่ในตัวบทแทนบัญญัติที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญขึ้นเองก็ตาม[595] แต่บริบทของสภาพปัญหาของถ้อยคำในรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีบทเปลี่ยนแปลงขอบเขตและเขตพื้นที่ราชอาณาจักรไทย ก็ได้ปรากฏให้เห็นถึงปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ที่มาจากประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญที่นำไปสู่การก่อให้เกิดข้อโต้แย้งในเชิงหลักการว่า การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับขอบเขตและเขตพื้นที่ของราชอาณาจักรไทย เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยลำพังหรือเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ด้วยเช่นกัน

คำวินิจฉัยในคดีดังกล่าวย่อมทำให้เกิดความสั่นคลอนในเชิงหลักการ ซึ่งกระทบต่อการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยตรง แม้การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวจะหาได้มีข้อตกลงใด ๆ ที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงในเชิงพื้นที่หรือขอบเขตหรือเขตพื้นที่ราชอาณาจักรไทยโดยชัดแจ้งก็ตาม หากการทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวตั้งอยู่บนสมมุติฐานที่บอกแต่เพียงความคาดคะเนว่าจะเกิดขึ้น[596] ด้วยถ้อยคำที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ผูกพันทุกองค์กรว่า “อาจนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของประเทศ” ได้แล้วก็ตาม การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวพันกับการมีข้อบทใดข้อบทหนึ่งอันเกี่ยวกับอาณาเขตของประเทศไทยไม่ว่าจะเป็นเรื่องใดเรื่องหนึ่งก็ตาม แต่ก็คงมิอาจปฏิเสธได้ว่าฝ่ายบริหารย่อมต้องคำนึงถึงด้วยความระมัดระวัง ด้วยเหตุที่การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวอาจถูกตีความได้ว่า เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่อาจมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของประเทศที่จำต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเช่นกัน

การให้เหตุผลและการตีความในลักษณะดังกล่าว แม้จะปรากฏข้อดีที่ทำให้ฝ่ายบริหารพึงระมัดระวังในการทำความตกลงระหว่างประเทศที่มีความเกี่ยวพันกับอาณาเขตของประเทศไทย อีกทั้งการทำความตกลงระหว่างประเทศเช่นว่านั้น จะได้มีการพิจารณาและร่วมกันกลั่นกรองโดยฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อผลประโยชน์ชาติโดยตรงก็ตาม แต่ในขณะที่ข้อเสียดังกล่าวนอกจากเรื่องความขัดข้องในเชิงหลักการและความล่าช้าในการเจริญความสัมพันธ์ระหว่างประเทศแล้ว การให้เหตุผลและการตีความในลักษณะดังกล่าวยังก่อให้เกิดความไม่ถูกต้องในเชิงหลักการ ทั้งในการใช้และการตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุที่ฝ่ายนิติบัญญัติมิอาจทำการวินิจฉัยชี้ขาดบทบัญญัติและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ฉันใดแล้ว องค์กรตุลาการก็มิอาจบัญญัติรัฐธรรมนูญใหม่ได้เองก็ฉันนั้น ดังนั้น

---

[595]ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, **ปัญหาการทำสนธิสัญญาตามรัฐธรรมนูญ 2550**, หน้า 18, ค้นวันที่ 24 สิงหาคม 2557 จาก http://law.tu.ac.th/files/news/2555/Agust/322_prasit.pdf

[596]“อาจ” เป็นคำช่วยกริยาที่บอกแต่เพียงความคาดคะเน โปรดดู ความหมายของถ้อยคำว่า “อาจ”; ราชบัณฑิตยสถาน, *เรื่องเดิม.*

องค์กรตุลาการจำต้องวินิจฉัยชี้ขาดไปตามหลักการที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญตามหลักนิติรัฐ ในฐานะขององค์กรที่ใช้อำนาจทางกฎหมาย (Legal Powers) ภายในขอบเขตแห่งแดนทางกฎหมาย (Legal Area)[597]

แต่กระนั้นก็ตาม หากหลักการดังกล่าวไม่ถูกต้องในเชิงหลักการหรือยังมีช่องว่างทางกฎหมายที่อาจนำไปสู่การใช้อำนาจโดยมิชอบ (Abuse of Power) การแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญให้ถูกต้องรอบคอบภายใต้กระบวนการใด ๆ ของฝ่ายนิติบัญญัติ เพื่อสร้างดุลอำนาจฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ย่อมมิก่อให้เกิดข้อโต้แย้งในเชิงหลักการในการให้เหตุผลที่มีความเกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยองค์กรตุลาการแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุป ความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเป็นที่มาของปัจจัยหลักเบื้องต้นที่สำคัญ อันก่อให้เกิดความขัดข้องในเชิงหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ อาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ขาดความชัดเจนย่อมนำไปสู่ปัญหาการปรับใช้ตัวบทโดยฝ่ายนิติบัญญัติและการตีความโดยองค์กรตุลาการอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้แต่อย่างใด

4.1.2 ปัญหาจากประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบหรือที่ก่อให้เกิดข้อผูกพันกับประเทศไทย

สำหรับประเด็นปัญหาประการที่สองคือ ปัญหาจากประเภทของหนังสือสัญญาที่มีซึ่งมีผลกระทบหรือก่อให้เกิดข้อผูกพันกับประเทศไทย

นอกจากปัญหาที่มาจากถ้อยคำว่า เขตอธิปไตยแห่งชาติ เขตอำนาจรัฐหรือแม้แต่เขตพื้นที่นอกอาณาเขตแล้ว ปัญหาความไม่ชัดเจนในเชิงหลักการในรัฐธรรมนูญยังปรากฏให้เห็นในประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง ซึ่งยังคงปรากฏอยู่ทั้งในบทบัญญัติมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 หรือแม้แต่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ก่อให้เกิดข้อผูกพันทางด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ที่แม้จะปรากฏอยู่แต่เฉพาะบทบัญญัติมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่หาได้ปรากฏอยู่ในมาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แต่อย่างใดก็ตาม แต่ก็คงมิอาจปฏิเสธได้เลยว่าหลักการใหม่ที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะเป็นสาเหตุของปัญหาที่สำคัญที่ว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญโดยตรง

ปัญหาที่เกิดขึ้นในเชิงหลักการดังกล่าว แม้จะถูกอรรถาธิบายในเชิงหลักการเกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มี “ผลกระทบกับประเทศไทย” โดยตรงว่าสามารถแบ่งแยกออกได้เป็น 2 ลักษณะ ดังนี้ ลักษณะที่หนึ่ง หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อ “ความมั่นคงทางเศรษฐกิจ” ของ

---

[597]พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, “หลักความชอบในการพิจารณาคดีขององค์กรตุลาการของศาลระดับสหพันธรัฐในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกา,” **วารสาร รพี' 56**, หน้า 16.

ประเทศอย่างกว้างขวาง[598] และ ลักษณะที่สอง หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อ “ความมั่นคงทางสังคม” ของประเทศอย่างกว้างขวาง[599] ได้ก็ตาม

แต่การให้เหตุผลโดยการอรรถาธิบายเพื่อนำไปสู่การวินิจฉัยคดีดังที่ปรากฏในคดี การทำคำแถลงการณ์ร่วมระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชา หรือเป็นตราสารที่รู้จักกันในนามที่เรียกว่า Joint Communiqué ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน พ.ศ. 2551 โดยเฉพาะเหตุผลที่ปรากฏในคำวินิจฉัยส่วนตนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่ละท่าน กลับให้ความเห็นในมุมมองการอรรถาธิบายความที่มีความแตกต่างกัน

---

[598]หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบและก่อผลผูกพันกับต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวางเป็น หนังสือสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศใดก็ตามที่ประเทศไทยในฐานะที่เป็นภาคีหนังสือสัญญาระหว่างประเทศอันส่งผลต่อเสถียรภาพทางเศรษฐกิจหรืองานอันเกี่ยวกับการผลิต การจำหน่ายจ่ายแจก และการบริโภคใช้สอยสิ่งต่าง ๆ ของชุมชนต่อกลุ่มชนหรือภาคประชาชนอย่างมากมายในสังคม อาทิ ระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับการรับรองถิ่นกำเนิดสินค้าและหนังสือรับรองถิ่นกำเนิดสินค้า (FORM D) ของอาเซียน หรือแม้แต่กรอบการเจรจาการจัดทำข้อตกลงเป็นหุ้นส่วนด้วยความสมัครใจ (Voluntary Partnership Agreement: VPA) ในการบังคับใช้กฎหมายป่าไม้ ธรรมาภิบาลและการค้า (FLEGT) ระหว่างประเทศไทยกับสหภาพยุโรป (EU); รัฐสภา, **การประชุมร่วมกันของรัฐสภา เรื่อง ระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับการรับรองถิ่นกำเนิดสินค้า และหนังสือรับรองถิ่นกำเนิดสินค้า (FORM D) ของอาเซียน ครั้งที่ 1**.; รัฐสภา, **การประชุมร่วมกันของรัฐสภา เรื่อง กรอบการเจรจาการจัดทำข้อตกลงเป็นหุ้นส่วนด้วยความสมัครใจ (Voluntary Partnership Agreement: VPA) ในการบังคับใช้กฎหมายป่าไม้ธรรมาภิบาล และการค้า (FLEGT) ระหว่างประเทศไทยกับสหภาพยุโรป (EU) ครั้งที่ 1**.

[599]หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อเสถียรภาพและความมั่นคงทางสังคม วัฒนธรรม หรือความเป็นอยู่ หรือสถานะในการดำรงชีวิตตามปกติของประชาชน ชุมชนหรือส่งผลต่อกลุ่มคนจำนวนหนึ่งที่มีความสัมพันธ์ต่อเนื่องกันตามระเบียบกฎเกณฑ์โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญร่วมกันหรือมีผลกระทบต่อสมาคมของคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง อาทิ อนุสัญญาคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ ค.ศ. 2001 ก็ดี อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 หรือแม้แต่อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกประติบัติทุกรูปแบบต่อสตรี (Convention on the Elimination of All Forms Discrimination Against Woman 1979) ซึ่งประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องดูแลมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติใด ๆ ต่อสตรีอย่างไม่เท่าเทียมกันไม่ว่าจะเป็นการใช้คำนำหน้านาม การจำกัดการประกอบอาชีพหรือแม้แต่กรณีที่เคยเกิดขึ้นกับการนมัสการพระธาตุทางภาคเหนือของสุภาพสตรี เป็นต้น; รัฐสภา, **การประชุมร่วมกันของรัฐสภา เรื่อง การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage) ครั้งที่ 12**.; นพนิธิ สุริยะ, “รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กับหนังสือสัญญาความเข้าใจมาตรา 190,” ใน **หนังสือรวมบทความ อาจารย์นพ 65 จัดพิมพ์ในโอกาสครบรอบ 65 ปี รศ.นพนิธิ สุริยะ**, หน้า 237-238.

แต่กระนั้นก็ตาม จากการพิเคราะห์แล้วผู้เขียนเห็นว่า ในการอรรถาธิบายความดังกล่าวสามารถแบ่งแยกแนวคิดการให้เหตุผลและการตีความกฎหมายออกได้ใน 2 แนวทาง ดังจะเห็นได้จากการให้เหตุผลและการตีความถ้อยคำในตัวบทในรัฐธรรมนูญคำว่า “หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อ . . .” ดังนี้

1. ในแนวทางแรก เป็นการอรรถาธิบายความซึ่งมีลักษณะการตีความ “แบบกว้าง” ไม่เจาะจงตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติและถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการให้เหตุผลในทำนองที่ว่า ผลกระทบดังกล่าวจะต้องมีผลกระทบที่เกิดขึ้นและอาจปรากฏเห็นได้จริงในวงกว้างของประชาชนหรือสังคม ทั้งนี้ จะเห็นได้จากการแสดงความไม่เห็นด้วยและการคัดค้านการดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐบาลในหมู่ของประชาชนชาวไทย[600] โดยเป็นความขัดแย้งกันอย่างรุนแรงระหว่างกลุ่มคนจำนวนมากสองกลุ่มเกี่ยวกับผลทางกฎหมายและเนื้อหาสาระของคำแถลงการณ์ร่วม[601] ซึ่งอาจเป็นต้นเหตุที่นำไปสู่ความแตกแยกทางสังคม[602] ที่มาจากความคิดและความเห็นของคนในสังคมที่แตกแยกกัน[603] ตลอดจนการเกิดข้อโต้แย้งกันขึ้นในหลายภาคส่วนของทั้งสองประเทศ[604] และยังก่อให้เกิดผลกระทบต่อความรู้สึกของประชาชนในสังคมของประเทศไทยอย่างกว้างขวางจนนำไปสู่การเดินขบวนประท้วง ซึ่งอาจส่งผลให้เกิดผลกระทบในเรื่องสัมพันธไมตรี และความมั่นคงระหว่างประชาชนของประเทศทั้งสองประเทศด้วย[605] รวมทั้งยังมีการต่อต้านจากประชาชนและจากฝ่ายนิติบัญญัติบางส่วนปรากฏขึ้นด้วย[606]

2. ในแนวทางที่สอง การอรรถาธิบายความในแนวนี้กลับให้เหตุผลและตีความ “แบบแคบ” ในลักษณะที่ผลกระทบจะต้องจำกัดเฉพาะแต่ความหมายที่ตรงกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนั้นโดยตรงเท่านั้น แต่มิได้หมายความรวมไปถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อความรู้สึกของประชาชนในวงกว้างแต่อย่างใด ทั้งนี้ โดยเฉพาะบางความเห็นมุ่งเน้นที่การตีความแบบเคร่งครัดในถ้อยคำตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญโดยเห็นว่าการต่อต้านก็ดี การคัดค้านก็ดีหรือการประท้วงที่เกิดขึ้นนั้น เป็นเพียงผลสืบเนื่องที่มาจากความรู้สึกอ่อนไหวในความรักชาติ และเกรงว่าจะเป็นเหตุที่

---

[600]โปรดดูความเห็นในการวินิจฉัยคดีส่วนตนของนายสุพจน์ ไข่มุกด์ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551

[601]โปรดดูความเห็นในการวินิจฉัยคดีส่วนตนของนายจรัญ ภักดีธนากุล ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551

[602]โปรดดูความเห็นในการวินิจฉัยคดีส่วนตนของนายจรูญ อินทจาร ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551

[603]โปรดดูความเห็นในการวินิจฉัยคดีส่วนตนของนายชัช ชลวร ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551

[604]โปรดดูความเห็นในการวินิจฉัยคดีส่วนตนของนายวสันต์ สร้อยพิสุทธิ์ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551

[605] โปรดดูความเห็นในการวินิจฉัยคดีส่วนตนของนายบุญส่ง กุลบุปผา ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551

[606] โปรดดูความเห็นในการวินิจฉัยคดีส่วนตนของนายนุรักษ์ มาประณีต ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551

ทำให้ประเทศไทยต้องเสียดินแดนเท่านั้น แต่คำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว “หาได้มีวัตถุประสงค์อันเกี่ยวกับเรื่องเศรษฐกิจและสังคมแต่อย่างใดไม่”[607] อีกทั้งยังหาได้มีข้อบทใด ๆ ที่จะพึงอนุมานได้ว่าการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางได้แต่อย่างใด[608]

นอกจากนั้นแล้ว ปัญหาในเรื่องถ้อยคำในสารัตถะของกฎหมายเองก็ยังเป็นที่วิพากษ์ในวงกว้างเกี่ยวกับการอรรถาธิบายความและการตีความหมายของความถ้อยคำในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญคำว่า “อย่างกว้างขวาง” ว่ามีความหมายเฉกเช่นใด ในขณะที่เจตนารมณ์ของกฎหมายรัฐธรรมนูญในขณะที่มีการร่างรัฐธรรมนูญนั้น ก็หาได้ปรากฏว่าได้มีการบันทึกไว้เป็นหลักฐานว่ามีความหมายเช่นใดไม่[609]

เป็นที่ประจักษ์ว่า ถ้อยคำดังกล่าวเป็นถ้อยคำที่สร้างความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศประเภทหนึ่ง ซึ่งเป็นหนังสือสัญญาที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ อันนำมาสู่ข้อโต้แย้งในเชิงหลักการว่า การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักเพียงลำพัง หรือเป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเช่นกัน

ในขณะที่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศซึ่ง “ก่อผลผูกพันกับประเทศไทย” ไม่ว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวจะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลผูกพัน “ด้านการค้า” ของประเทศอย่างมีนัยสำคัญก็ดี[610] หรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันด้าน “การลงทุน”

---

[607]โปรดดูความเห็นในการวินิจฉัยคดีส่วนตนของนายสุพจน์ ไข่มุกด์ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551

[608]โปรดดูความเห็นในการวินิจฉัยคดีส่วนตนของนายเฉลิมพล เอกอุรุ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551

[609]โปรดดูความเห็นของนายคมสันต์ โพธิ์คง และนายจรัญ ภักดีธนากุล ในฐานะกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550; สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 37/2550 (เป็นพิเศษ)**, หน้า 173, 177.; สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 33/2550**, หน้า 69-106.

[610]จากการศึกษาพบว่าถ้อยคำว่า “การค้า” เป็นเรื่องเกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าและบริการ ดังนั้น “หนังสือสัญญามีผลผูกพันด้านการค้าของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ” จึงหมายถึง หนังสือสัญญาที่มีผลต่อระบบการประกอบธุรกิจการซื้อขายค้าสินค้าและบริการที่มีจุดเกาะเกี่ยวระหว่างประเทศ อาทิ ความตกลงในระบบขององค์การการค้าโลก หรือ World Trade Organization (WTO) หรือกรอบการเจรจาความตกลงการค้าบริการอาเซียน; รัฐสภา, **การประชุมร่วมกันของรัฐสภา เรื่อง กรอบการเจรจาความตกลงการค้าบริการอาเซียน ครั้งที่ 16**.; และโปรดดูความหมาย คำว่า “ค้า”; ราชบัณฑิตยสถาน, *เรื่องเดิม.*

ของประเทศอย่างมีนัยสำคัญก็ดี[611] หรือแม้แต่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันด้าน “งบประมาณ” ของประเทศอย่างมีนัยสำคัญก็ดี[612] ต่างก็เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 ที่ซึ่งกำหนดให้ต้องนำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเช่นกัน

จากประเด็นสืบเนื่องจากการศึกษาในคำวินิจฉัยคดีคำแถลงการณ์ร่วมโดยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ผู้เขียนค้นพบว่าคำวินิจฉัยในคดีดังกล่าวได้ปรากฏซึ่งการอรรถาธิบายเหตุผลว่า การทำคำแถลงการณ์ร่วมของรัฐบาลที่เกิดขึ้น “เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อ

---

[611]ในขณะที่ถ้อยคำว่า “การลงทุน” เป็นเรื่องเกี่ยวกับการนำเงินหรือทรัพย์สินเป็นทุนเพื่อประกอบธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนั้น หนังสือสัญญามีผลผูกพันด้านการลงทุนของประเทศจึงหมายถึง หนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันเกี่ยวกับการนำเงินหรือทรัพย์สินของประเทศไปทำการลงทุน ไม่ว่าจะอยู่ในฐานะของประเทศผู้ลงทุนหรือประเทศผู้รับการลงทุนก็ตาม ดังจะเห็นได้จากกรณีการเปิดให้รัฐต่างประเทศเข้ามาลงทุนในกิจการรถไฟความเร็วสูงที่มีมูลค่ามากกว่าสองล้านล้านบาทก็ดี หรือร่างความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งคูเวตเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มุ่งส่งเสริมและความคุ้มครองนักลงทุนไทยในประเทศคูเวตและการคุ้มครองนักลงทุนคูเวตในประเทศไทยเป็นหนังสือสัญญาที่อยู่ในความหมายของหนังสือสัญญามีผลผูกพันด้านการลงทุนของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ; รัฐสภา, **การประชุมร่วมกันของรัฐสภา เรื่อง ร่างความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งคูเวตเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ปีที่ 3 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) ครั้งที่ 2**.; ความ หมายคำว่า “ลงทุน”; ราชบัณฑิตยสถาน, *เรื่องเดิม.*

[612]ส่วนหนังสือสัญญาที่มีผลต่อด้านงบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญนั้น คำว่างบประมาณนั้น เป็นเรื่องเกี่ยวกับประมาณการรายรับและประมาณการร่ายจ่าย ซึ่งเป็นเงินที่กำหนดแผนการใช้จ่ายหรือที่สามารถใช้จ่ายได้ ดังนั้น หนังสือสัญญาที่มีผลต่อด้านงบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญจึงหมายถึง หนังสือสัญญาที่ก่อให้เกิดพันธะในงบประมาณแผ่นดินของประเทศที่ต้องจัดทำไว้ต่อเนื่องหลายปีที่เรียกว่า “งบผูกพัน” อาทิ ร่างกรอบการเจรจาความตกลงเพื่อความร่วมมือด้านภาษีอากรระหว่างประเทศและการปฏิบัติตาม Foreign Account Tax Compliance Act ระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา หรือแม้แต่การทบทวนแหล่งเงินกู้สำหรับโครงการรถไฟฟ้าสายสีม่วง (บางใหญ่-บางซื่อ) ระยะที่ 3 จากรัฐบาลญี่ปุ่น; รัฐสภา, **การประชุมร่วมกันของรัฐสภา เรื่อง ร่างกรอบการเจรจาความตกลงเพื่อความร่วมมือด้านภาษีอากรระหว่างประเทศและ การปฏิบัติตาม Foreign Account Tax Compliance Act ระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา ปีที่ 3 (สมัยสามัญทั่วไป) ครั้งที่ 12**.; รัฐสภา, **การประชุมร่วมกันของรัฐสภา เรื่อง รับทราบการทบทวนแหล่งเงินกู้สำหรับโครงการรถไฟฟ้าสายสีม่วง (บางใหญ่-บางซื่อ) ระยะที่ 3 ปีที่ 3 (สมัยสามัญทั่วไป) ครั้งที่ 12**.; ความหมายคำว่า “งบประมาณ”; ราชบัณฑิตยสถาน, *เรื่องเดิม.*

การค้า การลงทุนบริเวณชายแดนไทย-กัมพูชา . . . แม้ว่าในคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวจะหาได้มีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจหรือสังคมด้วยแต่อย่างใดไม่ก็ตาม”[613]

การอรรถาธิบายดังกล่าวทำให้ต้องพิเคราะห์และขบคิดต่อว่า ถ้อยคำว่า “ผลกระทบต่อการค้าและการลงทุน” ต่อประเทศไทยที่เกิดขึ้นนั้น หาจำต้องเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องมีเป้าประสงค์หรือมีจุดเกาะเกี่ยวโดยตรงกับวัตถุประสงค์หลักที่ปรากฏในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยตรงเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าวโดยตรงด้วยหรือไม่

ในขณะที่นักกฎหมายบางท่าน[614] ได้แสดงทัศนะไว้น่าสนใจและเป็นประเด็นที่น่านำไปขบคิดต่อว่า ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญได้ตัดรอนการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไปเสียทั้งหมดแล้วหรือกระไร ด้วยเหตุที่ท่านได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับถ้อยคำในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญคำว่า “มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางหรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ” ย่อมหมายความรวมไปถึง “หนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกือบทุกฉบับ” ด้วยเหตุที่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่รัฐบาลทำย่อมต้องมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางต่อประเทศไทยทั้งสิ้น การอรรถาธิบายดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่า ท่านมีมุมมองเกี่ยวกับการให้เหตุผลและการตีความแบบกว้างเกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศอันมีลักษณะที่คล้ายคลึงกันกับการให้เหตุผลในการวินิจฉัยคดีส่วนตนของตุลาการรัฐธรรมนูญกลุ่มแรกในคดีการทำคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว

จะเห็นได้ว่าการให้เหตุผลในประเด็นดังกล่าวก่อให้เกิดข้อวิพากษ์ในเชิงหลักการ อันเป็นเหตุที่นำไปสู่การศึกษาและการวิเคราะห์เพื่อค้นหาเจตนารมณ์ที่แท้จริงในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญว่าควรมีความหมายเฉกเช่นใด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การศึกษาและวิเคราะห์ดังกล่าวสามารถนำไปใช้เป็นหลักยึด ไม่ว่าจะเป็นทั้งในการให้เหตุผลก็ดี การอรรถาธิบายขยายความก็ดี หรือแม้แต่การตีความก็ดี ว่าหลักการที่ควรคำนึงถึงควรจะเป็นหลักการใดระหว่างหลักเจตนารมณ์ของกฎหมาย (Spirit of Law) หรือตามหลักลายลักษณ์อักษร (Literal Rule) เพื่อนำไปสู่การกำหนดแนวทางการตีความและการอรรถาธิบายถ้อยคำในฐานะที่เป็นหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

นอกจากนั้น ปัญหาในเรื่องถ้อยคำในสารัตถะของกฎหมายเองก็ยังเป็นที่วิพากษ์ในวงกว้างเกี่ยวกับการตีความในความหมายของความถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญคำว่า “อย่างมีนัยสำคัญ” เองว่ามีความหมายเฉกเช่นใด ในขณะที่เจตนารมณ์ของกฎหมายรัฐธรรมนูญในขณะที่มีการร่างรัฐธรรมนูญก็หาได้ปรากฏชัดว่ามีความหมายเช่นใดเฉกเช่นถ้อยคำว่า “อย่างกว้างขวาง”[615] ในขณะที่เจตนารมณ์ของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ (สสร. ปี พ.ศ. 2550) ต่อกรณี

---

[613]โปรดดูความเห็นในการวินิจฉัยคดีส่วนตนของนายสุพจน์ ไข่มุกด์ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551

[614]โปรดดูความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม; บรรหาร กำลา, *เรื่องเดิม,* หน้า 59.

[615]โปรดดู ความเห็นของนายคมสันต์ โพธิ์คง และนายจรัญ ภักดีธนากุล ในฐานะกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550; สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร,

ดังกล่าวกลับปรากฏว่ามีความมุ่งหมายเพื่อแก้ไขปัญหาจากความรีบเร่งของรัฐบาลในยุคก่อนเกี่ยวกับการทำความตกลงเขตการค้าเสรีโดยไม่ผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการนโยบายเจรจาการค้าระหว่างประเทศอย่างเป็นทางการ ประสบการณ์ในอดีตแสดงให้เห็นโดยประจักษ์ว่า ฝ่ายบริหารขาดการเตรียมความพร้อมในเรื่องกรอบและประเด็นการเจรจาการค้าว่า ประเทศไทยมีความพร้อมในการแข่งขันในเวทีโลกในสินค้าด้านใดบ้าง การดำเนินการของรัฐบาลในอดีตจึงส่งผลกระทบอย่างกว้างขวางต่อประชาชนทั่วไป[616]

เหตุดังกล่าวจึงเป็นที่มาของการกำหนดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ท้ายที่สุดจึงเป็นที่ประจักษ์ว่า ถ้อยคำดังกล่าวเป็นถ้อยคำที่สร้างความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศประเภทหนึ่ง จนดูประหนึ่งว่าการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักมีสภาพเสมือน “ความไร้สภาพบังคับ” หรือที่เรียกว่ากฎหมายที่มีสภาพ “เป็นหมัน” ที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ

เป็นที่น่าสังเกตว่า หลักการในเรื่องหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ก่อให้เกิด “ผลผูกพันทางด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ” ดังกล่าว หาได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ด้วยแต่อย่างใดไม่

ประเด็นที่น่าสนใจคือเหตุใดรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 จึงตัดหลักการในเรื่อง “หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ก่อให้เกิดผลผูกพันทางด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ” ดังกล่าวออกไปจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) ในขณะที่บทบัญญัติในมาตรา 23 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว)[617] เองก็หาได้อรรถาธิบายขยายความไปถึงถ้อยคำว่า “การค้า” “การลงทุน” หรือแม้แต่คำว่า“งบประมาณ” ด้วยแต่อย่างใดไม่

ถ้อยคำดังกล่าวคงมีแต่เพียงจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องของถ้อยคำว่า “การค้าเสรี” เท่านั้นที่พอจะเทียบเคียงได้กับหลักการดั้งเดิมที่ปรากฏในมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554

รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 37/2550 (เป็นพิเศษ), หน้า 173, 177.; สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 33/2550**, หน้า 69-106.

[616]อรรณพ บุราณเศรษฐ, **มาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่าง**, หน้า 24-25.

[617]มาตรา 23 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 บัญญัติว่า “หนังสือสัญญาที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางตามวรรคสอง หมายถึง หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วม หรือการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือการอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ”

แต่กระนั้นก็ตาม แม้หลักการที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 จะมิได้ปรากฏประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับ “หนังสือสัญญามีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ” ไว้ด้วยก็ตาม แต่ในทัศนะของผู้เขียนกลับเห็นว่า หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวย่อมอยู่ภายใต้ขอบเขตแห่งความหมายของถ้อยคำว่า “หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวาง” ตามนัยที่ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ด้วยเช่นกัน

ด้วยเหตุที่ในระบอบการค้าระหว่างประเทศภายใต้กรอบความตกลงด้านการค้าขององค์การการค้าโลกหรือ WTO หรือ ASEAN หรือแม้แต่ในเรื่องการลงทุนของรัฐต่างประเทศก็ดี หรือการกู้ยืมเงินลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานของรัฐก็ดี ต่างมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวางอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ด้วยเช่นกัน

ดังนั้น แม้การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 จะมิได้กำหนดหลักการในประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับ “หนังสือสัญญามีผลผูกพันด้านการค้า หรือการลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ” ไว้ด้วยก็ตาม แต่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวก็ถูกควบรวมอยู่กับ “หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวาง” ตามนัยของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แล้วนั่นเอง

นอกจากนั้นแล้ว ถ้อยคำว่า “การค้าและการลงทุน” ในประเภทของหนังสือสัญญามีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญตามมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 นั้น ผู้เขียนเห็นว่าก็สามารถที่จะถูกตีความได้ว่าหมายความรวมไปถึง “หนังสือสัญญาที่เกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วม” ในมิติของถ้อยคำว่า “การค้า” ได้ด้วยเช่นกัน

ยิ่งไปกว่านั้น ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับ “การให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน” ย่อมปรากฏในรูปแบบของการลงทุน ไม่ว่าจะเป็นการลงทุนในระบบการให้สัมปทานในปิโตรเลียมหรือเหมืองแร่ เป็นต้น ต่างก็อยู่ในมิติของคำว่า “การลงทุน” ด้วยเช่นกัน

ดังนั้น การทำความตกลงระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าวอาจอรรถาธิบายได้ว่า ต่างก็เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่อยู่ภายใต้ประเภทของ “หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวาง” ตามนัยของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แล้วนั่นเอง

อาจกล่าวได้ว่า การบัญญัติถ้อยคำว่า “หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวาง” ดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการบัญญัติที่ครอบคลุมไปถึงการกำหนดประเภทหนังสือสัญญาตามที่กำหนดไว้ในหลักการเดิมที่เคยกำหนดไว้แล้ว ดังนั้น หนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้ง 3 ประเภทดังกล่าวก็ยังคงต้องตกอยู่ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักตรวจสอบและถ่วงดุลตามหลักการที่มีในมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่ง

ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 เดิมด้วยเช่นกัน แม้ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการค้าการลงทุนจะมิได้ถูกกำหนดไว้เป็นหลักการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ด้วยก็ตาม

อนึ่ง ในการขจัดข้อขัดข้องในเรื่องการขัดกันระหว่างอำนาจฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติที่เกิดขึ้นด้วยปัญหาการตีความและให้เหตุผลทางกฎหมายเกี่ยวกับถ้อยคำในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวว่าเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่นั้น การแก้ไขปัญหาดังกล่าวจะสามารถดำเนินการในรูปแบบขององค์กรร่วม (Ad Hoc) ที่มีความเชื่อมโยงกับฐานการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ และถ้าสามารถดำเนินการได้ควรมีรูปแบบและวิธีการดำเนินการอย่างไร

ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดหลักการในรัฐธรรมนูญ “เพิ่มเติม” ให้มี “องค์กรร่วม” ซึ่งทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ก่อนการส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ทำการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการขัดกันของการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ น่าจะเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาในเรื่องของการลดระยะเวลาและความขัดข้องไปได้มากและมีนัยสำคัญ

การกำหนดองค์กรดังกล่าวอาศัยฐานแนวคิดเรื่อง “ปัญหาการเมืองต้องแก้ด้วยการเมือง” ดังเช่นแนวปฏิบัติและรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่กำหนดให้การวินิจฉัยชี้ขาดปัญหา “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามพันธกรณีระหว่างประเทศ” อยู่ในอำนาจของ “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ซึ่งมีสัดส่วนผสมผสานระหว่างนักวิชาการ ผู้ทรงคุณวุฒิในสายต่าง ๆ ตัวแทนจากฝ่ายนิติบัญญัติและจากฝ่ายบริหาร ซึ่งประกอบเป็นคณะตุลาการและมีนิติฐานะเป็น “องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ” ที่มิใช่องค์กรตุลาการ และประการที่สำคัญการใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดดังกล่าวหาได้เป็น “การทำหน้าที่” และเป็น “การใช้อำนาจตุลาการ” แต่อย่างใดไม่ การใช้อำนาจดังกล่าวจำกัดเฉพาะประเด็นของกระบวนการ ขั้นตอนและอำนาจในการทำ “ข้อผูกพันระหว่างประเทศ” ที่ยังไม่มีผลใช้บังคับในดินแดนของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเท่านั้น ส่วน “สนธิสัญญา” ที่มีผลใช้บังคับแล้วจะอยู่ภายใต้การพิจารณาของศาลปกครองซึ่งมีนิติฐานะเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ

จากการศึกษาเปรียบเทียบกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศจะพบว่า ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะต้องดำเนินการโดยคณะกรรมการในกิจการต่างประเทศของแต่ละรัฐ ในขณะที่ประเทศไทยอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศไทยก็จะมีคณะกรรมาธิการการต่างประเทศของรัฐสภาทำหน้าที่ในการพิเคราะห์ความตกลงระหว่างประเทศก่อนที่จะมีการตรากฎหมายเพื่อดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งที่เกี่ยวกับกิจการต่างประเทศ

ดังนั้น การแก้ปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาว่า หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้นนั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยหรือไม่ และควรดำเนินการบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญให้อยู่ในรูปแบบของ “คณะกรรมาธิการร่วมของรัฐสภา” โดยมีองค์ประกอบที่มาจาก “ตัวแทนที่ยึดโยงกับภาคประชาชน” หรือฝ่ายนิติบัญญัติที่มาจากตัวแทนทั้งฝ่ายรัฐบาลและทั้งฝ่ายค้าน ในฐานะที่เป็นองค์กรที่จะต้องทำหน้าที่ในการให้ความเห็นชอบกับการ

ทำความตกลงระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารในขั้นตอนก่อนให้สัตยาบันอยู่แล้ว ประกอบกับองค์กรที่ทำหน้าที่รับผิดชอบในทางปฏิบัติด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร และควรมีองค์ประกอบของคณะกรรมาธิการที่มาจากผู้ทรงคุณวุฒิในสายวิชาการด้วย ไม่ว่าจะเป็นจากสายรัฐศาสตร์ด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ สายนิติศาสตร์ด้านกฎหมายระหว่างประเทศ สายบริหารธุรกิจระหว่างประเทศ สายสิ่งแวดล้อม สายวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี และสายสังคมและวัฒนธรรม เพื่อทำหน้าที่และมีอำนาจทำการวินิจฉัยชี้ขาดในเบื้องต้นว่า หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ องค์กรดังกล่าวจะอยู่ในรูปแบบของคณะกรรมาธิการร่วมของรัฐสภา แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่คณะกรรมาธิการดังกล่าวไม่สามารถลงมติหรือทำคำวินิจฉัยได้ คณะกรรมาธิการดังกล่าวจึงค่อยดำเนินการส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยชี้ขาดต่อไป[618]

กล่าวโดยสรุป ปัญหาจากประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศซึ่งมีผลกระทบหรือก่อให้เกิดข้อผูกพันกับประเทศไทย ยังมีปัญหาที่มาจากสารัตถะของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ซึ่งเกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนของหลักการในรัฐธรรมนูญดังกล่าวนั้น ได้นำไปสู่ปัญหาที่ว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการเกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นปัจจัยหลักที่สร้างความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยมากกว่าทศวรรษที่ผ่านมา

นอกจากการแก้ไขหลักการในรัฐธรรมนูญแล้ว การกำหนดให้มีองค์กรร่วมที่มีส่วนผสมผสานระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร นักวิชาการผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อทำหน้าที่เป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้นนั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ องค์กรดังกล่าวจะทำหน้าที่แก้ไขปัญหาร่วมกันในการแก้ไขปัญหาในเบื้องต้น โดยองค์กรดังกล่าวจะเป็นองค์กรที่มีส่วนประกอบและใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่าประเทศที่มาจากทั้งองค์กรหลักและองค์กรรองก่อนที่จะทำการส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่ไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่ปรากฏในเบื้องต้น แนวทางดังกล่าวน่าจะเป็นทางที่ได้รับการพัฒนาให้เกิดขึ้นเฉกเช่นองค์กรอิสระที่ใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการทำความตกลงระหว่างประเทศเฉกเช่นที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนด

---

[618] ทั้งนี้ ผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาและแนวทางที่ควรได้รับการพัฒนาในประเด็นเรื่องคณะกรรมาธิการร่วมของรัฐสภานี้ในหัวข้อ 4.4.3 ปัญหาที่ว่าด้วยองค์กรและหลักการในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจากการปฏิรูปหลักการในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โปรดดู หน้า 371

4.1.3 ปัญหาเรื่องกรอบระยะเวลาการพิจารณาให้ความเห็นชอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา 60 วัน

สำหรับประเด็นปัญหาประการที่สามคือ ประเด็นในเรื่องกรอบระยะเวลาการพิจารณาให้ความเห็นชอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในเชิงหลักการว่า ฝ่ายนิติบัญญัติจำต้อง “พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา 60 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว” นั้น[619]

โดยหลักการแล้วนักกฎหมายรัฐธรรมนูญจะเรียกขานกรอบระยะเวลาที่ต้องดำเนินการภายในช่วงกำหนดเวลาใดเวลาหนึ่งเช่นว่านี้ว่า “ระยะเวลาบังคับหรือระยะเวลาผูกพัน” (Imperative Times) และเรียกระยะเวลาดังกล่าวในอีกลักษณะหนึ่งว่า “ระยะเวลาเร่งรัดหรือระยะเวลาแนะนำ” (Indicative Time) ความแตกต่างในระยะเวลาดังกล่าวอยู่ที่ระยะเวลาบังคับหรือระยะเวลาผูกพันนั้น รัฐธรรมนูญจะกำหนดว่าผลการไม่ดำเนินการภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าวจะมีอย่างไรบ้าง ในขณะที่ระยะเวลาเร่งรัดหรือระยะเวลาแนะนำ รัฐธรรมนูญหาได้กำหนดผลทางกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใดไม่[620] เป็นที่น่าสังเกตว่า หลักการที่ปรากฏในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ผ่านมานั้น รัฐธรรมนูญกำหนดไว้แต่เพียงระยะเวลาเร่งรัดหรือระยะเวลาแนะนำเท่านั้น

จากการศึกษาถึงร่างหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ดำเนินการบางฉบับโดยเฉพาะหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแบบพหุภาคี (Multilateral Treaties) พบว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวมีเนื้อหาในความตกลงเป็นจำนวนมากหลากหลายมาตรา[621] ในมิติด้านหนึ่งเห็นว่าการกำหนดกรอบระยะเวลาดังกล่าวเป็นการสร้างภาระและเป็นความยากที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะพิจารณาในเนื้อหาในฐานะที่ต้องออกกฎหมายอนุวัติการและจำต้องเร่งดำเนินการพิจารณาให้ความ

---

[619]มาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554

[620]พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, “รัฐบาลรักษาการปัจจุบันพ้นสถานภาพไปแล้วหรือไม่,” **มติชนออนไลน์** (10 มีนาคม 2557): ย่อหน้าที่ 10-12, ค้นวันที่ 22 กันยายน 2559 จาก http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1394451447

[621]โปรดดู ร่างความตกลงระหว่างรัฐบาลไทยกับสำนักเลขาธิการอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ (CITES) เกี่ยวกับการประชุมสมัยสามัญภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ (CITES) ครั้งที่ 16 และการประชุมคณะกรรมาธิการบริหาร ครั้งที่ 63 และ 64 กรุงเทพมหานคร ประเทศไทย วันที่ 2-14 มีนาคม 2556; สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **เอกสารแนบระเบียบวาระในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ในสมัยการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ปีที่ 3 (สมัยสามัญทั่วไป) ครั้งที่ 1**, วันอังคารที่ 29 มกราคม 2556.; ความตกลงการเพิ่มประสิทธิภาพมาตรการริเริ่มเชียงใหม่ไปสู่การเป็นพหุภาคี; สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **เอกสารแนบระเบียบวาระในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ในสมัยการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ปีที่ 2 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) ครั้งที่ 12**, วันพุธที่ 2 ตุลาคม 2556, ค้นวันที่ 29 ตุลาคม 2558 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/sapadoc2554.html

เห็นชอบให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาเช่นว่านั้น[622] แต่กระนั้นก็ตาม หากพิจารณาในอีกมิติหนึ่ง กลับเห็นว่าการกำหนดกรอบระยะเวลาในการดำเนินการดังกล่าว ก็ยังมีข้อดีอยู่ที่ระยะเวลาดำเนินการที่จะต้องให้ความเห็นชอบซึ่งได้กำหนดไว้ ทำให้กระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีกำหนดระยะเวลาการปฏิบัติที่ชัดเจนและไม่ล่าช้าจนเกินไป

อนึ่ง จากการศึกษายังพบว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการกำหนดกรอบระยะเวลาในการดำเนินการให้ความเห็นชอบดังกล่าว หาได้บัญญัติถึง “ผลทางกฎหมาย” จากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถพิจารณาให้ความเห็นชอบให้แล้วเสร็จภายในกำหนดระยะเวลา 60 วันดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใดไม่ เป็นที่น่าสังเกตว่า นักกฎหมายบางท่านเรียกผลทางกฎหมายเช่นนี้ว่า “บทลงโทษ (Sanction)”[623] การกำหนดระยะเวลาดังกล่าวจึงมีลักษณะทางกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นแต่เพียง “ระยะเวลาเร่งรัดหรือระยะเวลาแนะนำ” เท่านั้น ด้วยระยะเวลาเช่นว่านี้หาได้มีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับแนวทางในการดำเนินการในลำดับถัดไปในกรณีที่การดำเนินการดังกล่าวได้ผ่านพ้นไปจากช่วงระยะเวลาซึ่งได้กำหนดไปแล้ว

ประเด็นที่น่าขบคิดก็คือ แม้รัฐธรรมนูญจะได้กำหนดกรอบระยะเวลาการพิจารณาไว้แล้วก็ตาม แต่เหตุใดรัฐธรรมนูญจึงหาได้กำหนดเรื่อง “ผลทางกฎหมาย” หรือ “บทลงโทษ” ต่อกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติมิได้ดำเนินการพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง และกรณีดังกล่าวมีความจำเป็นหรือไม่ที่ต้องกำหนดผลทางกฎหมายหรือบทลงโทษไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และการกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างไร หรือควรจะดำเนินการลงโทษหรือไม่ อย่างไร ทั้งนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติควรจะต้องมีความรับผิดทางกฎหมายและทางการเมืองหรือไม่ นอกจากนั้นแล้ว กำหนดบทการลงโทษดังกล่าวสอดคล้องกับหลักการแนวคิดทฤษฎีกฎหมาย รวมทั้งเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่จะมีการกำหนดบทลงโทษด้วยหรือไม่อย่างไร

ผู้เขียนเห็นว่า ฐานการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายนิติบัญญัติในการให้ความเห็นชอบดังกล่าวโดยหลักการแล้วย่อมมีที่มาจากการใช้อำนาจใน “การตรวจสอบถ่วงดุล” และ “การมีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ” ร่วมกันฝ่ายบริหารในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทเท่านั้น การใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวมีฐานการใช้อำนาจที่มาจาก “การใช้อำนาจทางการเมือง” การที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในกำหนดระยะเวลา 60 วันตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ก็ควรที่จะมีความรับผิดชอบจากการที่ไม่ดำเนินการให้เป็นไปตาม “หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ด้วยเช่นเดียวกัน แต่กระนั้นก็ตาม ความรับผิดชอบดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าควรจำกัดอยู่แต่เฉพาะความรับผิดชอบทางการเมืองแต่เพียงเท่านั้น ซึ่งโดยหลักการควรจะเป็นเช่นว่านั้น

การกำหนดระยะเวลาการให้ความเห็นชอบและการกำหนดสภาพบังคับจากการที่ไม่สามารถปฏิบัติได้ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ผู้เขียนเห็นว่ามี “ข้อดี” ตรงที่หลักการดังกล่าวทำให้ฝ่ายนิติ

---

[622]โปรดดูความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ถิระวัฒน์; บรรหาร กำลา, *เรื่องเดิม,* หน้า 57.

[623]โปรดดูความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม และศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ถิระวัฒน์; *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 57, 59.

บัญญัติไม่สามารถใช้อำนาจในการดึงเรื่องการพิจารณาหรือทำการเตะถ่วงไว้เพื่อผลประโยชน์ หรือเพื่อชิงความได้เปรียบด้วยการใช้กลยุทธ์ทางการเมืองกับฝ่ายบริหารแต่อย่างใด

แต่อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติตามความเป็นจริงแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ตามบทบาทตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดในรูปแบบขององค์ประชุมร่วมของรัฐสภาทั้งสมาชิกรัฐสภาและวุฒิสภาประกอบกัน ความรับผิดชอบทางการเมือง อาทิ การถอดถอน จึงเป็นไปโดยยาก ด้วยเหตุดังกล่าวในทัศนะของผู้เขียนจึงเห็นว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงเลือกที่จะไม่กำหนด “บทลงโทษ” มากกว่าการที่จะไม่กำหนด “ผลทางกฎหมาย” ในลักษณะที่เป็นการ “กำหนดระยะเวลาบังคับหรือกำหนดระยะเวลาผูกพัน” อีกทั้งกรอบระยะเวลาดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์เพียงแต่ต้องการกำหนดกรอบระยะการพิจารณามิให้เนิ่นช้าไปกว่าที่ควรจะเป็นไว้ในเชิงหลักการแต่เพียงเท่านั้น ผู้ร่างเองคงมิได้มีเจตนารมณ์ที่จะกำหนด “สภาพบังคับ” หรือ “ผลทางกฎหมาย” ไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด อีกทั้งจากการศึกษาเปรียบเทียบแนวปฏิบัติและรัฐธรรมนูญต่างประเทศ ผู้เขียนไม่พบว่ามีรัฐใดรัฐหนึ่งกำหนดหลักการดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะเช่นเดียวกัน

เป็นที่น่าสังเกตว่า ร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช .... ในสมัยที่นางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตรเป็นนายกรัฐมนตรี หาได้มีการกำหนดกรอบระยะเวลาที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องพิจารณาหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ “ให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว” ไว้แต่อย่างใดไม่ การตัดกรอบระยะเวลาการพิจารณาให้แล้วเสร็จโดยฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวจึงเท่ากับเป็นการแก้ไขหลักการดั้งเดิมที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 ในประเด็นเรื่องกรอบระยะเวลาการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติออกไป

กล่าวโดยสรุปแล้ว จากประสบการณ์ร่วมแปดปีที่ผ่านมานับแต่มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ใช้บังคับ โดยเฉพาะปัญหาการตีความเพื่อขยายการใช้อำนาจอธิปไตยขององค์กรตามรัฐธรรมนูญต่อกรณีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ดำเนินการโดยฝ่ายบริหารซึ่งเป็นองค์กรหลักกับการใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรรองต่อความตกลงระหว่างประเทศในเรื่องต่าง ๆ ประกอบกับประสบการณ์ในทางลบ (Negative) ที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยชี้ขาดของฝ่ายตุลาการต่อกรณีการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร ได้บั่นทอนความเชื่อมั่นและสร้างความขัดข้องในเชิงหลักการและการใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกับนานาอารยะประเทศ

คงมิอาจปฏิเสธได้ว่าปัญหาข้อขัดข้องและการก่อให้เกิดข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญ เป็นปัญหาที่สืบเนื่องมาจาก “สารัตถะ” ซึ่งกำหนดการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในเรื่องที่เกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบกับประเทศไทยอย่างกว้างขวางก็ดี หรือเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ก่อให้เกิดผลผูกพันกับประเทศไทยอย่างมีนัยสำคัญก็ดี หรือแม้แต่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับเขตพื้นที่ราชอาณาจักรไทยและเขตพื้นที่นอกราชอาณาจักรว่า การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ดังกล่าวจะเป็นการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารโดยลำพัง หรือจะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ อย่างไร

อาจกล่าวได้ว่า ข้อโต้แย้งเรื่องของการใช้อำนาจดังกล่าว นำมาซึ่งการขัดกันแห่งอำนาจอธิปไตยที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ที่ซึ่งได้มีการกำหนดหลักการไว้ในรัฐธรรมนูญจนจำต้องได้รับการปฏิรูปในเชิงหลักการดังกล่าวเสียใหม่ เพื่อนำไปสู่การกำหนดบทบาทและกำหนดฐานการใช้อำนาจอธิปไตยอย่างชัดเจนในฐานะที่เป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรหลักและองค์กรรอง

4.2 ปัญหากระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นใหม่ไม่สอดคล้องกับหลักการและแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

จากการศึกษาพบว่าปัญหาการเสนอกรอบเจรจาและการชี้แจงต่อฝ่ายนิติบัญญัติเป็นหลักการที่สร้างความขัดข้องในการนำไปปฏิบัติในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารปรากฏในลักษณะของสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากรูปแบบการเสนอกรอบการเจรจา

จากการศึกษาพบว่า กระบวนการและขั้นตอนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นหลักการใหม่ที่ปรากฏเป็นครั้งแรก นับตั้งแต่มีการกำหนดการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้ในพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 เป็นต้นมา อาจกล่าวได้ว่ากระบวนการและขั้นตอนทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรรอง ย่อมมีนิติฐานะเป็น “ข้อยกเว้น” ในการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ลักษณะของการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีความแตกต่างจากกระบวนการและขั้นตอนในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหารโดยลำพังในฐานะที่เป็นองค์กรหลัก ไม่ว่าจะเป็นการเสนอกรอบการเจรจาก็ดี การชี้แจงต่อฝ่ายนิติบัญญัติก็ดี การให้ข้อมูลแก่ประชาชนก็ดี การจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก็ดี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การขอความเห็นชอบจากทั้งองค์กรหลักและองค์กรรองก่อนที่จะมีการแสดงเจตนาผูกพันตามหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศ ความแตกต่างในกระบวนการและขั้นตอนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศขึ้นอยู่กับประเภทและลักษณะของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารซึ่งเป็นองค์กรหลักได้ทำขึ้นนั้นว่าการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยลำพังหรือเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จำต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติตามหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

บทเรียนที่ผ่านมาในอดีตแสดงให้ปรากฏชัดถึงสภาพปัญหาความขัดข้องที่เกิดขึ้นจากการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นทั้งในเรื่องประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือกระบวนการตามรัฐธรรมนูญที่ต้องปฏิบัติ ซึ่งเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่อยู่ภายใต้การใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรรองที่ใช้อำนาจอธิปไตยแบบ “ผสมผสานร่วมกันกับฝ่ายบริหาร” เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร

อาจกล่าวได้ว่าสภาพปัญหาที่มาจากกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นใหม่ไม่สอดคล้องกับหลักการเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น โดยมีลำดับขั้นตอนในการทำหนังสือสัญญาซึ่งเป็นกระบวนการก่อนการทำหนังสือสัญญาดังนี้

ลำดับแรก คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้นแก่ประชาชน

ลำดับที่สอง คณะรัฐมนตรีต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น

ลำดับที่สาม คณะรัฐมนตรีจะต้องทำการชี้แจงข้อมูลต่าง ๆ ต่อที่ประชุมร่วมของรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น

ลำดับที่สี่ คณะรัฐมนตรีจะต้องเสนอกรอบการเจรจาเพื่อทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อที่ประชุมร่วมของรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบ

ในขณะที่ลำดับขั้นตอนในการทำหนังสือสัญญา ซึ่งเป็นกระบวนการภายหลังการลงนาม แต่เป็นกระบวนการก่อนที่จะมีการดำเนินการให้สัตยาบันโดยฝ่ายบริหารนั้นมีลำดับและขั้นตอนการปฏิบัติดังต่อไปนี้

ลำดับที่หนึ่ง คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในอันที่จะต้องดำเนินการจัดให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น

ลำดับที่สอง คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่จะต้องดำเนินการแก้ไขเยียวยาผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น

ลำดับที่สาม การดำเนินการให้ความเห็นชอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติเกี่ยวกับการให้สัตยาบันของฝ่ายบริหารตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

จากลำดับขั้นตอนและกระบวนการทำหนังสือสัญญาดังกล่าว เพื่อให้การพิเคราะห์ได้เห็นถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามกระบวนการและขั้นตอนทั้งหมดเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของคณะรัฐมนตรี ผู้เขียนจะทำการแบ่งประเด็นการวิเคราะห์ปัญหาออกเป็น 3 ประเด็นดังนี้

ประการแรก ปัญหาการเสนอกรอบเจรจาเป็นการก้าวล่วงการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร

ประการที่สอง ปัญหาการกำหนดการมีส่วนร่วมในการให้ความเห็นของประชาชนก่อนทำหนังสือสัญญาไม่สอดคล้องกับหลักการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ประการที่สาม ปัญหาการขาดรายละเอียดและความชัดเจนในเชิงหลักการในการนำไปปฏิบัติ

4.2.1 ปัญหาการเสนอกรอบเจรจาเป็นการก้าวล่วงการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร

จากการศึกษาที่ผ่านมาผู้เขียนพบว่า ปัญหาการเสนอกรอบเจรจาที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นหลักการที่ไม่สอดคล้องกับหลักการและแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเท่าใดนัก ด้วยเหตุที่การเสนอกรอบการเจรจาและการชี้แจงต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นหลักการที่ปรากฏขึ้นใหม่ดังกล่าวนี้ เป็นหลักการที่สร้างความขัดข้องในการนำไปปฏิบัติในการทำ

หนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นอย่างยิ่ง แม้หลักการดังกล่าวจะไม่ปรากฏอยู่ในมาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2557 ก็ตาม

จากการศึกษาพบว่า สภาพปัญหา “การก้าวล่วงการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร” ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ เป็นเหตุที่เกิดขึ้นจากหลักการเกี่ยวกับ “การเสนอกรอบเจรจาและการชี้แจงต่อฝ่ายนิติบัญญัติ” ซึ่งเป็นหลักการที่สร้างความขัดข้องในการนำไปปฏิบัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร ผู้เขียนได้แบ่งแยกประเด็นการวิเคราะห์ออกเป็น 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากกระบวนการและการนำไปปฏิบัติยังไม่สอดคล้องกับสภาวการณ์ที่ฝ่ายบริหารต้องไปทำการเจรจาซึ่งจะต้องทำการเสนอกรอบการเจรจาต่อฝ่ายนิติบัญญัติก่อนการเจรจา ไม่ว่าจะเป็นการเจรจาทำสนธิสัญญาแบบทวิภาคีหรือแบบพหุภาคีก็ตาม และ

ประการที่สอง ผลทางกฎหมายในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่เห็นชอบกับการเสนอกรอบการเจรจาที่เสนอโดยฝ่ายบริหารนั้น รัฐธรรมนูญหาได้กำหนดไว้เป็นหลักการที่ชัดเจนแต่อย่างใดไม่

4.2.1.1 ปัญหาที่เกิดขึ้นจากกระบวนการและการนำไปปฏิบัติยังไม่สอดคล้องกับกระบวนการที่ฝ่ายบริหารต้องทำการเสนอกรอบการเจรจาต่อฝ่ายนิติบัญญัติก่อนการเจรจา

สำหรับประเด็นปัญหาประการแรกคือ เรื่องการก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ด้วยเหตุอันเกิดขึ้นจากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากกระบวนการและการนำไปปฏิบัติยังไม่สอดคล้องกับสภาวการณ์ที่ฝ่ายบริหารต้องไปทำการเจรจาและต้องทำการเสนอกรอบการเจรจาต่อฝ่ายนิติบัญญัติก่อนการเจรจาไม่ว่าจะเป็นการเจรจาทำสนธิสัญญาแบบทวิภาคีหรือแบบพหุภาคีก็ตามนั้น

จากการศึกษาพบว่า สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากกระบวนการและการนำไปปฏิบัติยังไม่สอดคล้องกับสภาวการณ์ที่ฝ่ายบริหารต้องไปทำการเจรจาและต้องทำการเสนอกรอบการเจรจาต่อฝ่ายนิติบัญญัติก่อนการเจรจา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเสนอกรอบเจรจากับรูปแบบการเจรจาแบบทวิภาคีและการเจรจาแบบพหุภาคีนั้น หาได้สอดคล้องกับผลประโยชน์ ความเสี่ยงและการนำไปปฏิบัติในการเจรจากับรัฐต่างประเทศแต่อย่างใดไม่

หากพิเคราะห์ถึงหลักการเกี่ยวกับอำนาจที่ใช้ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวจะพบว่า การจัดทำกรอบเจรจาเป็นพันธกิจหลักและอยู่ภายในขอบเขตและการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยลำพัง โดยเฉพาะในเรื่องของการ “กำหนดนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน” ที่เกี่ยวกับการเจริญความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับรัฐต่างประเทศอื่นใด ประกอบกับการใช้อำนาจดังกล่าวยังอยู่ภายใต้ “หลัก” ของการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยฝ่ายนิติบัญญัติยังหาได้อยู่ในขั้นตอนและช่วงเวลาที่ถูกต้องในเชิงหลักการเกี่ยวกับ “การมีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ” ในลักษณะเฉพาะการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบได้แต่เพียงเท่านั้น

ผู้เขียนเห็นว่า การที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดกระบวนการเกี่ยวกับ “การเข้ามามีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติ” ดังกล่าวในขั้นตอนของการเจรจาในการทำความตกลงระหว่างประเทศซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารแต่เพียงลำพังนั้น แม้จะพึงพินิจได้ว่าการออกแบบและการวาง

หลักเกณฑ์ไว้ในรัฐธรรมนูญดังกล่าว จะดูประหนึ่งว่าเป็นการเข้ามาตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร เพื่อมิให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจในทางที่ผิดจนนำไปสู่ความเสียหายเกิดขึ้นกับผลประโยชน์ของประเทศชาติเฉกเช่นบทเรียนในครั้งอดีตก็ตาม

แต่ผู้เขียนกลับเห็นว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้ทำการออกแบบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าว หาได้สอดคล้องต้องกันและถูกต้องในเชิงหลักการเกี่ยวกับขั้นตอนของการใช้อำนาจแต่อย่างใด ทั้งนี้ ผู้เขียนขอเรียกว่าเป็นการออกแบบที่ “ผิดจังหวะ” โดยการออกแบบในเรื่องการเสนอกรอบการเจรจาเพื่อที่จะขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวนั้น กลับเป็นการออกแบบของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในลักษณะที่เป็นการรองรับและเป็นฐาน “การเข้ามาควบคุมการใช้อำนาจ” ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ การออกแบบการใช้อำนาจดังกล่าวหาได้เป็นไปในลักษณะของ “การตรวจสอบและถ่วงดุล” และในลักษณะที่เป็นไปเพื่อ “การมีส่วนร่วม” ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทเท่านั้น ซึ่งเป็นอำนาจที่ใช้ในลักษณะของการ “ผสมผสานอำนาจ” ร่วมกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่

คงมิผิดประการใดหากจะกล่าวว่า หลักการเสนอกรอบการเจรจาก็ดี หลักการขอความเห็นชอบเกี่ยวกับกรอบการเจรจาก็ดี จึงเป็นการบัญญัติหลักการในรัฐธรรมนูญที่ไม่ถูกต้องในเชิงหลักการเกี่ยวกับกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นอย่างยิ่ง การออกแบบดังกล่าวยังเป็นผลทำให้เกิดความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังเช่นข้อมูลเชิงประจักษ์ที่ได้ศึกษามา

ยิ่งไปกว่านั้น ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาเกี่ยวกับการเสนอกรอบการเจรจาของหน่วยงานราชการซึ่งเป็นองค์กรของฝ่ายบริหารที่ผ่านมาดังกล่าวนั้น จากการศึกษาพบว่า การเสนอกรอบเจรจาดังกล่าวหาได้มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้เป็นหลักเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัว อีกทั้งเอกสารการเสนอกรอบเจรจาดังกล่าวมีลักษณะเป็นแต่เพียงการดำเนินการตามรูปแบบให้ครบตามหลักเกณฑ์และมิให้ขัดต่อความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่เพียงเท่านั้น

อาจกล่าวได้ว่า บทเรียนและความไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหารในอดีต กลับส่งผลถึงความหวาดระแวงที่มีต่อฝ่ายบริหารในปัจจุบัน หลักการที่เกิดขึ้นมาใหม่จึงดูผิดแผกแตกต่างไปจากหลักการของกฎหมายและแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศเป็นยิ่งนัก จากการศึกษาพบว่าไม่ปรากฏว่ามีรัฐธรรมนูญของรัฐใดรัฐหนึ่งกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามามีส่วนร่วมในเรื่องการกำหนดกรอบการเจรจา โดยเฉพาะการขอความเห็นชอบในเรื่องกรอบการเจรจาเฉกเช่นที่ประเทศไทยกำหนดแต่อย่างใด

การเสนอกรอบการเจรจาดังกล่าวแม้สหรัฐอเมริกาจะเคยมีแนวปฏิบัติที่ให้วุฒิสภาของสหรัฐอเมริกาเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดกรอบการเจรจาและวัตถุประสงค์เฉกเช่นที่ประเทศได้กำหนดไว้ก็ตาม แต่ในท้ายที่สุดหลักการดังกล่าวกลับกลายเป็นอุปสรรคสำคัญที่ทำให้ฝ่ายบริหารต้องหลีกเลี่ยงการทำ “สนธิสัญญา” โดยมักจะไปทำ “ข้อตกลงของฝ่ายบริหาร” เพื่อทำให้บทบาทของวุฒิสภาซึ่งเข้ามามีส่วนร่วมในขั้นตอนดังกล่าวลดน้อยถอยลงไป

ประเด็นคำถามที่น่าสนใจก็คือ หากรัฐธรรมนูญได้ทำการตัดการเข้ามาตรวจสอบของฝ่ายนิติบัญญัติในขั้นตอนของการเสนอกรอบเจรจาและขอความเห็นชอบในกรอบการเจรจาออกไป

ซึ่งโดยนัยที่เรียกว่า “การตัดไฟตั้งแต่ต้นลม” แล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติจะสูญเสียอำนาจในเชิงหลักการเกี่ยวกับการตรวจสอบถ่วงดุลและการเข้ามามีส่วนร่วมกับฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือไม่

ประเด็นดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่า คงมิอาจจะกล่าวได้เช่นนั้น หากพิจารณาในเชิงหลักการแล้ว จะพบว่ารัฐธรรมนูญต้องการออกแบบให้มีการ “ตรวจสอบถ่วงดุล” การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารแน่นอน แต่การใช้อำนาจต้องเป็นไปตามหลักการใหญ่ที่ให้อำนาจดำเนินการเป็นของฝ่ายบริหารเสียก่อนไม่ว่าจะเป็นการกำหนดนโยบายการต่างประเทศ การเจรจาทำความตกลงระหว่างประเทศ การจัดทำกรอบการเจรจาเสนอฝ่ายบริหารเพื่อให้ความเห็นชอบกับหน่วยงานเจ้าของเรื่องจนกระทั่งนำไปสู่การเจรจาและลงนามในที่สุด ภายหลังจากนั้น การใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติภายใต้ “หลักการตรวจสอบถ่วงดุล” และ “การเข้ามามีส่วนร่วม” กับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารจึงบังเกิดขึ้นในขั้นตอนของการขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติยังคงมีอำนาจที่ถูกต้องในเชิงหลักการที่จะ “ซักถาม ตรวจสอบ” ข้อมูลตลอดจนนำไปสู่การ “ให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบ” กับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ในลักษณะที่เป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจและในขณะเดียวกันก็เป็นการถ่วงดุลการใช้อำนาจที่อาจดำเนินการโดยมิชอบ อีกทั้งการใช้อำนาจดังกล่าวยังเป็นการเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจร่วมกับฝ่ายบริหารในขั้นตอนก่อนที่ฝ่ายบริหารจะทำการให้สัตยาบันต่อไป

ทั้งนี้ ในการกำหนดบทบาทและการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าว จึงเป็นไปในลักษณะของการที่ฝ่ายนิติบัญญัติยังคง “สงวนอำนาจ” ของตนไว้ในขั้นตอนสุดท้ายไว้ว่า ยังเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติอยู่อย่างมั่นคงในเชิงหลักการ เพราะในท้ายที่สุดฝ่ายนิติบัญญัติยังคงสงวนอำนาจสุดท้ายที่จะเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบได้อยู่ดี เฉกเช่นในกรณีที่วุฒิสภาสหรัฐอเมริกาได้สงวนอำนาจในการที่จะไม่ให้ความเห็นชอบกับการใช้อำนาจของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาเฉกเช่นที่เคยเกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมา อาทิ กรณีที่วุฒิสภาของสหรัฐอเมริกาสงวนอำนาจในการให้ความเห็นชอบกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประธานาธิบดีถึง 2 ครั้ง ดังจะเห็นได้จากกรณีในการทำสนธิสัญญาเวอร์ไซล (The Treaty of Versailles) ที่ได้ทำขึ้นโดยประธานาธิบดีวิลสัน[624] และการทำสนธิสัญญาว่าด้วยการห้ามทดลองอาวุธนิวเคลียโดยสมบูรณ์ (Comprehensive Test Ban Treaty on Nuclear Tests) โดยประธานาธิบดีบิล คลินตัน[625]

ผู้เขียนเห็นว่าไม่มีความจำเป็นใด ๆ ที่จะต้องกำหนดการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในลักษณะที่ “เป็นการควบคุมและเป็นการแทรกแซง” การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในขั้นตอนดังกล่าวไว้แต่อย่างใด นอกจากจะไม่สอดคล้องในเชิงหลักการเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักการตรวจสอบถ่วงดุลแล้ว การกำหนดหลักการดังกล่าวยังเป็นการผิดแผกแตกต่างไปจากแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศอื่นที่เป็นสากลด้วยเช่นกัน

---

[624]United States Department of State, Office of the Historian, Bureau of Public Affairs, *op. cit.,* para. 1-3.

[625]The Arms Control Association, *op. cit.,* para 1.; United States Senate, *op. cit.*; Jonathan Medalia, *op. cit.,* p. 2.

นอกจากนั้นแล้ว ในประเด็นเรื่องของการเสนอกรอบการเจรจาดังกล่าว ก็หาได้มีความเหมาะสมต่อการนำไปปฏิบัติแต่อย่างใดไม่ จะเห็นได้ว่าแม้กรอบการเจรจาที่เสนอต่อฝ่ายนิติบัญญัติจะสามารถนำไปใช้กับการเจรจาแบบทวิภาคีได้ก็ตาม แต่การเสนอกรอบการเจรจาต่อฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อเข้าร่วมเจรจาแบบพหุภาคี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หนังสือสัญญาที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมาย (Law-Making Treaty) หรือการทำความตกลงระหว่างประเทศในเชิงเทคนิคแล้ว การจัดทำกรอบการเจรจากลับกลายเป็นเรื่องที่มีความยุ่งยากในทางปฏิบัติ ประกอบกับในเวทีระหว่างประเทศบทบาทและสมรรถภาพในการชักจูงให้ภาคีอื่นเห็นชอบตามกรอบการเจรจาที่ได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติย่อมเป็นไปโดยยากในทางปฏิบัติ และประการที่สำคัญการจัดทำกรอบการเจรจาในทางปฏิบัติที่ผ่านมาพบว่า แต่ละเรื่องมีความละเอียดอ่อนและมิได้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ประกอบกับในทางปฏิบัติยังขาดรายละเอียดที่สามารถนำไปใช้ในการปฏิบัติได้อย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรม[626]

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกระบวนการเจรจาในเวทีระดับพหุภาคีนั้น การเจราจาต้องเป็นการถกเถียงและแสดงความคิดเห็นต่อที่ประชุมเพื่อสนับสนุน หรือคัดค้านต่อร่างความตกลงระหว่างประเทศที่มีการดำเนินการยกร่างและเสนอโดยคณะกรรมาธิการยกร่างความตกลงระหว่างประเทศว่าข้อบทข้อใดที่ประเทศไทยเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยอย่างไรบ้าง และข้อบทใดบ้างที่ประเทศไทยสามารถยอมรับได้ หรือยอมรับไม่ได้ หรือข้อบทข้อใดบ้างที่จำต้องนำมาพิจารณาอีกชั้นหนึ่ง เพื่อนำไปสู่การตั้งข้อสงวนในขณะที่จะมีการแสดงเจตนายินยอมผูกพันต่อไป

จะเห็นได้ว่าในกรอบการเจรจาในเวทีระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับความตกลงแบบพหุภาคีนั้น ประเทศไทยเป็นแต่เพียงองคาพยพหนึ่งที่สามารถแสดงความคิดเห็นได้ในที่ประชุม แต่หาได้มีบทบาทที่จะกำหนดความตกลงให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันกับการเสนอกรอบการเจรจาที่ได้รับอนุมัติจากฝ่ายนิติบัญญัติได้แต่อย่างใดไม่

ยิ่งไปกว่านั้น หากการเสนอกรอบการเจรจาดังกล่าวสอดคล้องกับการแถลงนโยบายของฝ่ายบริหารต่อที่ประชุมรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว แต่ในขณะเดียวกันกรอบการเจรจาที่ได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าว กลับไม่ได้รับความเห็นชอบจากเวทีที่ประชุมการเจรจาระหว่างประเทศจนส่งผลต่อการเจรจา ซึ่งมีผลการเจรจาที่กลับออกมาในทิศทางที่ขัดแย้งกับนโยบายและความเห็นชอบที่ฝ่ายบริหารได้รับจากฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ขั้นตอนการขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมี 2 ทางเลือกว่าจะพิจารณาให้ความเห็นชอบ หรือไม่ให้ความเห็นชอบกับความตกลงระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ทำการเจรจาจนนำไปสู่ร่างความตกลงที่แล้วเสร็จ นัยดังกล่าวแสดงถึงความเป็นจริงในสังคมระหว่างประเทศที่ประเทศไทยหาได้มีอำนาจและความสามารถในการกำหนดกรอบและทิศทางการเจรจาได้โดยเฉพาะในระดับการเจรจาแบบพหุภาคีของประเทศไทย ซึ่งหาได้มีอำนาจหรือกำลังความสามารถในการชักจูงใจให้รัฐอื่นใดที่เข้าร่วมการเจรจาในเวทีโลกเห็นชอบได้โดยง่ายแต่อย่างใด

เป็นที่น่าสังเกตว่า จากการศึกษาข้อมูลการเสนอกรอบการเจรจาจากเอกสารแนบระเบียบวาระในการประชุมร่วมของรัฐสภาโดยฝ่ายบริหารที่ผ่านมาพบว่า การเสนอกรอบการเจราจา

---

[626]โปรดดูความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ถิระวัฒน์; บรรหาร กำลา, *เรื่องเดิม,* หน้า 57.

ในการเจรจาทำความตกลงระหว่างประเทศบางฉบับ มีการให้รายละเอียดและขอบเขตและความต้องการที่ประเทศไทยสามารถรับได้ในการเจรจา แม้การให้ข้อมูลดังกล่าวจะมีผลดีที่ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติได้มีโอกาสตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเพื่อป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบได้ และเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาที่เคยเกิดขึ้นในครั้งอดีตเกี่ยวกับความไม่ใส่ใจของฝ่ายบริหารในการเตรียมตัวเพื่อทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ตาม แต่ในทางกลับกัน การให้รายละเอียดและขอบเขตการเจรจากลับกลายเป็นผลร้ายมากกว่าผลดี ด้วยเหตุที่หากข้อมูลดังกล่าวซึ่งเป็นข้อมูลที่มีความสำคัญและเกิดการรั่วไหลไปยังคู่เจรจาแล้ว ความเสียเปรียบในการเจรจาย่อมเกิดขึ้นกับประเทศไทยได้อย่างหลีกเลี่ยงมิได้ในที่สุด[627]

แต่กระนั้นก็ตาม จากการศึกษากลับยังพบว่าการเสนอกรอบการเจราจาในการเจรจาทำความตกลงระหว่างประเทศส่วนใหญ่กลับไม่มีรายละเอียดมากเท่าใดนัก ผู้เขียนเห็นว่าการเสนอกรอบการเจรจาดังกล่าวจะดูประหนึ่งว่า เป็นเพียงการดำเนินการตามแบบพิธี (Formal) เพื่อให้ครบถ้วนตามกระบวนการและขั้นตอนในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเท่านั้น

คงมิผิดเพี้ยนประการใดถ้าหากจะกล่าวในเชิงลบว่า การเสนอกรอบการเจรจาดังกล่าวหาได้มีประโยชน์ต่อการพิจารณาและให้ความเห็นชอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติแต่อย่างใดไม่ ยิ่งไปกว่านั้น ข้อเสียที่เกิดขึ้นในการเสนอกรอบการเจรจาตามแบบพิธีดังกล่าวก็คือ ในเรื่องของความปลอดภัยและการรั่วไหลของข้อมูล ซึ่งส่งผลต่อความได้เปรียบและเสียเปรียบในเรื่องของฐานข้อมูลที่ใช้ในการเจรจาของรัฐต่างประเทศกับประเทศไทย จากการศึกษาเปรียบเทียบแนวปฏิบัติของประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า ขั้นตอนต่าง ๆ ตั้งแต่การมีส่วนร่วมในการกำหนดกรอบและวัตถุประสงค์ของการเจรจาตั้งแต่ต้นก็มีผลในทางลบด้วยเช่นกัน ด้วยเหตุที่การมีส่วนร่วมในกระบวนการตั้งแต่ต้นของวุฒิสภาในการทำสนธิสัญญากับประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาเองตั้งแต่แรก ก็มีผลในทางปฏิบัติที่ทำให้วุฒิสภาเองก็มิได้มีทางเลือกอื่นใดมากมายนัก นอกจากการที่จะต้องให้ความเห็นชอบกับการทำสนธิสัญญาโดยประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น

แต่กระนั้นก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ต้องเข้าใจที่มาของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาก่อนว่า ที่มาในการกำหนดการมีส่วนร่วมของวุฒิสภาเฉพาะในการทำสนธิสัญญามีที่มาจากการเป็นตัวแทนมลรัฐที่จะต้องมีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายและการเจริญความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับสหพันธรัฐ รัฐธรรมนูญจึงต้องออกแบบการมีส่วนร่วมตั้งแต่ในกระบวนการและขั้นตอนตั้งแต่ตอนต้น แต่กระนั้นก็ตาม กระบวนการดังกล่าวกลับสร้างปัญหาในทางปฏิบัติในการทำสนธิสัญญาให้กับสหรัฐอเมริกาเฉกเช่นเดียวกันกับที่ประเทศไทยประสบพบเจอ ในขณะที่ประเทศไทยเองแนวคิดในการมีส่วนร่วมกลับมีความแตกต่างกันกับแนวคิดการมีส่วนร่วมของสหรัฐอเมริกาประกอบกับการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุลหากยึดโยงกับบทบาทขององค์กรเป็นหลักก็ไม่มีความจำเป็นใด ๆ ที่จะต้องให้รัฐสภาจะต้องเข้าไปมีส่วนร่วมตั้งแต่กระบวนริเริ่มการเจรจาแต่อย่างใด เนื่องจากรัฐสภาก็ยังคงสงวนอำนาจในการให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบในขั้นตอนสุดท้ายได้อยู่ดี หากปรากฏว่ากรณีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว รัฐสภามีความเห็นว่าหาได้ก่อให้เกิดผลประโยชน์ต่อประเทศชาติแต่อย่างใดไม่

---

[627] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 57.

กล่าวโดยสรุป กระบวนการและการนำไปปฏิบัติของฝ่ายบริหารที่จะต้องทำการเสนอกรอบการเจรจาต่อฝ่ายนิติบัญญัติยังไม่สอดคล้องและไม่เหมาะสมกับสภาวการณ์ในทางปฏิบัติ ประการที่สำคัญการกำหนดหลักการดังกล่าวยังเป็นการก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายบริหารในลักษณะของการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ และไม่สอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุล ในขณะที่การศึกษาเปรียบเทียบแนวปฏิบัติกับรัฐต่างประเทศที่ผ่านมาในบทที่ 3 นั้น ผู้เขียนกลับไม่พบว่ามีแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศใดเลย ที่กำหนดหน้าที่ของฝ่ายบริหารที่จะต้องทำการเสนอกรอบการเจรจาโดยฝ่ายบริหารต่อที่ประชุมร่วมของรัฐสภาในฐานะที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติเฉกเช่นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดไว้แต่อย่างใด

4.2.1.2 ปัญหาผลทางกฎหมายในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่เห็นชอบกับการเสนอกรอบการเจรจาที่เสนอโดยฝ่ายบริหารนั้น รัฐธรรมนูญหาได้กำหนดไว้เป็นหลักการที่ชัดเจนแต่อย่างใดไม่

ส่วนประเด็นปัญหาประการที่สองคือ เรื่องผลกระทบทางกฎหมายในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่เห็นชอบกับการเสนอกรอบการเจรจาที่เสนอโดยฝ่ายบริหารจะมีผลเช่นใดนั้น

จากการศึกษาพบว่ารัฐธรรมนูญหาได้กำหนดในเรื่องผลทางกฎหมายไว้ในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่เห็นชอบกับการเจรจาที่เสนอโดยฝ่ายบริหาร รัฐธรรมนูญกำหนดแต่เพียงหน้าที่ของฝ่ายบริหารที่ต้องเสนอกรอบการเจรจาและต้องชี้แจงต่อฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น

กรณีจะเป็นเช่นไร หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าฝ่ายนิติบัญญัติไม่เห็นชอบกับร่างกรอบการเจรจาที่เสนอโดยฝ่ายบริหาร ฝ่ายบริหารจะต้องกลับไปทบทวนและแก้ไขตามข้อเสนอหรือข้อวิพากษ์ของฝ่ายนิติบัญญัติด้วยหรือไม่ และหากฝ่ายบริหารไม่แก้ไขตามข้อเสนอหรือข้อวิพากษ์ของฝ่ายนิติบัญญัติแต่กลับดำเนินการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อไป การดำเนินการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อไปจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่อย่างไร

ประการที่สำคัญยิ่ง การที่ต้องเสนอกรอบการเจรจาต่อฝ่ายนิติบัญญัติในขั้นตอนเริ่มแรกก่อนกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะเกิดขึ้นนั้น จะมีผลกระทบในเชิงหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักหรือไม่ อย่างไร และฝ่ายบริหารที่ดำเนินการดังกล่าวไปโดยมิได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวจะมีความรับผิดทางกฎหมายและทางการเมืองหรือไม่อย่างไร จึงเป็นประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับการเสนอกรอบการเจรจาและการชี้แจงต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ในฐานะที่เป็นหลักการที่สร้างความขัดข้องในการนำไปปฏิบัติในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารโดยตรงด้วยเช่นกัน

ผู้เขียนเห็นว่า หากจะพิจารณาจากเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและผู้ร่างรัฐธรรมนูญแล้วจะพบว่า หลักการเรื่องนี้มีเจตจำนงซึ่งถูกออกแบบขึ้นมาเพื่อทำการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารไว้โดยตรง ดังนั้น การที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่เห็นชอบกับร่างกรอบการเจรจาที่เสนอโดยฝ่ายบริหารมานั้น ฝ่ายบริหารย่อมต้องมีหน้าที่ที่จะต้องกลับไปทบทวนและแก้ไขตามข้อเสนอหรือข้อวิพากษ์ของฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเช่นกัน

นอกจากนั้นแล้ว หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าฝ่ายบริหารไม่ยินยอมแก้ไขตามข้อเสนอหรือข้อวิพากษ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่กลับดำเนินการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อไป การดึงดันที่จะดำเนินการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อไปดังกล่าว ย่อมมีผลทางกฎหมายในฐานะที่

เป็นการดำเนินการที่ขัดต่อหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุที่กระบวนการที่เกิดขึ้นเช่นว่านั้นหาได้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารไว้แต่อย่างใดไม่

ยิ่งไปกว่านั้น กรณีที่ฝ่ายบริหารไม่ยินยอมแก้ไขตามข้อเสนอหรือข้อวิพากษ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่กลับดำเนินการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อไป ก็มีปัญหาว่าจะเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยชี้ขาดว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดได้หรือไม่

ทั้งนี้ การวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็อาจนำไปสู่ปัญหาการตีความได้ 2 แนวทางได้เช่นกันดังนี้

1. แนวทางแรก ศาลรัฐธรรมนูญ “ไม่มีเขตอำนาจ” ทำการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการไม่ได้รับอนุมัติกรอบการเจรจาจากฝ่ายนิติบัญญัติได้แต่อย่างใด ด้วยเหตุที่วรรคหก ของมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจก็แต่เฉพาะในกรณีที่ “มีปัญหาตามวรรคสอง” แต่เพียงเท่านั้น ซึ่งการตีความดังกล่าวมีลักษณะเป็นการตีความเขตอำนาจศาลตามลายลักษณ์อักษรและเป็นการตีความแบบแคบ ซึ่งน่าจะตรงกับหลักการตีความรัฐธรรมนูญมากกว่า

2. แนวทางที่สอง ศาลรัฐธรรมนูญ “มีเขตอำนาจ” ทำการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการไม่ได้รับอนุมัติกรอบการเจรจาจากฝ่ายนิติบัญญัติได้ แม้บทบัญญัติวรรคหก ของมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจก็แต่เฉพาะในกรณีที่ “มีปัญหาตามวรรคสอง” ได้เท่านั้นก็ตาม ปัญหาตามวรรคสองดังกล่าวย่อมหมายความรวมไปถึงประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องปฏิบัติตามกระบวนการตามวรรคสามในเรื่องการเสนอกรอบการเจรจาด้วยเช่นกัน หากตีความเคร่งครัดตามลายลักษณ์อักษรว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจเหนือกรณีดังกล่าวแล้ว การบังคับใช้บทบัญญัติในวรรคสามก็จะไม่เกิดผลที่จะใช้บังคับได้แต่อย่างใด ซึ่งการตีความเคร่งครัดตามลายลักษณ์อักษรดังกล่าวย่อมเป็นการตีความที่ “ก่อให้เกิดผลประหลาด”[628] ตามหลักที่เรียกว่า Golden Rule[629] เพราะศาลรัฐธรรมนูญมีแต่เขตอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดเฉพาประเด็นปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่แต่เพียงเท่านั้น ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญกลับหาได้มีเขตอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับกระบวนการให้ความเห็นชอบกับกรอบการเจรจาซึ่งเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในวรรคสอง ของมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่อย่างใดไม่

ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า มีความเป็นไปได้ค่อนข้างมากที่ศาลรัฐธรรมนูญจะทำการตีความไปตามแนวทางที่สองเพื่อให้มีเขตอำนาจเหนือคดีที่ฝ่ายบริหารมิได้รับความเห็นชอบต่อการ

---

[628]นพดล เฮงเจริญ, “การตีความรัฐธรรมนูญ,” **Public Law Net** (มกราคม 2548): 2, ค้นวันที่ 15 ตุลาคม 2559 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=398

[629]David L. Cooper, **Some Basic Rules of Interpretation: Interpretation and Application**, para. 1-2, Retrieved May 25, 2016 from http://www.ariel.org/dlc/dlc-wg-04.htm

เสนอกรอบการเจรจาจากฝ่ายนิติบัญญัติ ดังเช่นที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยอรรถาธิบายความและตีความแบบกว้างในคดีของคำแถลงการณ์เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจเหนือคดีดังกล่าว

แต่กระนั้นก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การตีความไปในแนวทางที่สองที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจเหนือคดีดังกล่าว ยิ่งขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจเข้าไปใหญ่ ด้วยเหตุที่หลักการดังกล่าวหาได้เป็นไปตามหลักการมีส่วนร่วมแต่อย่างใดไม่ แต่การตีความขยายเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวกลับเป็น “การสนับสนุน” ให้มีการใช้อำนาจเพื่อเป็นการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารมากยิ่งขึ้นไปใหญ่

ผู้เขียนเห็นด้วยกับการตีความตามความเห็นแนวแรก เนื่องจากการตีความรัฐธรรมนูญต้องตีความโดยแคบ และจะต้องตีความโดยไม่เป็นการบัญญัติหลักการเพิ่มเติมโดยศาลรัฐธรรมนูญเองดังคำเรียกที่ว่า “ตุลาการบัญญัติ” และการตีความเขตอำนาจจะต้องไม่เป็นการก้าวล่วงไปใน “เขตแดนแห่งอำนาจนิติบัญญัติ” แต่อย่างใด[630]

แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม เหตุผลที่ผู้เขียนหยิบยกในประเด็นเรื่องนี้ก็เพียงแต่ผู้เขียนพยามยามชี้ให้เห็นถึง “ปัญหาการเสนอกรอบเจรจาเป็นการก้าวล่วงอำนาจฝ่ายบริหาร”อันเกิดขึ้นจากสภาพปัญหาที่มาจากหลักการของการเสนอกรอบการเจรจา และการนำไปปฏิบัติยังไม่สอดคล้องกับสภาวการณ์ที่ฝ่ายบริหารต้องไปทำการเจรจา และผลทางกฎหมายในกรณีที่ฝ่ายบริหารไม่ได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติเกี่ยวกับกรอบการเจรจาที่เสนอโดยฝ่ายบริหารเท่านั้น แต่ผู้เขียนมิได้เห็นด้วยในเชิงหลักการในเรื่องการเสนอกรอบการเจรจาดังกล่าวในรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว ก็ด้วยเหตุที่หลักการเรื่องการเสนอกรอบเจรจาดังกล่าว ขัดต่อ “หลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุล” และแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศที่หาได้กำหนดหลักการดังกล่าวไว้แต่อย่างใดไม่

อนึ่ง ผู้เขียนยังคงยืนยันในหลักการว่า การเสนอกรอบการเจรจาที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นหลักการที่ไม่สอดคล้องกับหลักการและแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ดังนั้น หลักการดังกล่าวจำต้องถูกยกเลิกไปเพื่อลดสภาพปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของไทยให้เหลือน้อยที่สุด

กล่าวโดยสรุปแล้ว การเสนอกรอบการเจรจาและการชี้แจงต่อฝ่ายนิติบัญญัติเป็นหลักการที่สร้างความขัดข้องในการนำไปปฏิบัติในการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหาร ด้วยเหตุที่รูปแบบที่มีการนำเสนอต่อฝ่ายนิติบัญญัติหาได้มีรูปแบบอย่างเดียวกันอย่างมีเอกภาพแต่อย่างใดไม่ ทั้งที่การเสนอกรอบการเจรจาดังกล่าวเป็นกระบวนการที่อยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายบริหารทั้งสิ้น ในขณะที่ปัญหาในเชิงประสิทธิผลเกี่ยวกับการเสนอกรอบการเจรจาต่อฝ่ายนิติบัญญัติกลับไม่เหมาะสมกับกระบวนการและขั้นตอนในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาพหุภาคี

---

[630]Joseph L. Lewinson, “Limiting Judicial Review by Act of Congress,” **California Law Review** 23, 8 (1935): 598-599 อ้างถึงใน พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, “การละเมิดอำนาจรัฐสภา,” **วารสารสังคมศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย** 45, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2558): 110.

นอกจากนั้นแล้ว การเปิดเผยรายละเอียดที่มากเกินไปเกี่ยวกับขอบเขตและอำนาจการเจรจาของผู้แทนไทยที่ซึ่งเป็นผู้แทนรัฐที่มาจากฝ่ายบริหารสามารถดำเนินการได้แค่ไหนเพียงใดนั้น ก็ยังก่อให้เกิดผลในเชิงลบมากกว่าผลในเชิงบวก ในทางกลับกันการเสนอกรอบการเจรจาในเชิงรูปแบบ กลับหาได้ก่อให้เกิดประสิทธิผลในการดำเนินการแต่ประการใดไม่ ทั้งยังก่อให้เกิดเป็นการก้าวล่วงต่อการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ มากกกว่าที่จะเป็นการถ่วงดุลการใช้อำนาจภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจโดยฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรรองเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

4.2.2 ปัญหาการกำหนดการมีส่วนร่วมในการให้ความเห็นของประชาชนก่อนทำหนังสือสัญญาไม่สอดคล้องกับหลักการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

จากการศึกษาพบว่าปัญหาการกำหนดการมีส่วนร่วมในการให้ความเห็นของประชาชนก่อนทำหนังสือสัญญา หาได้สอดคล้องกับหลักการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศและแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศแต่อย่างใดไม่

อาจกล่าวได้ว่าหลักการใหม่ที่ปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ด้วยการให้อำนาจทางการเมืองกับภาคประชาชนในการเข้ามามีส่วนร่วมในการถ่วงดุลการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร ไม่ว่าจะเป็นการที่รัฐบาลมีหน้าที่จะต้องให้ข้อมูลแก่ภาคประชาชน การรับฟังความคิดเห็นของภาคประชาชน หรือแม้แต่การเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น ผู้เขียนเห็นว่าหลักการดังกล่าวอาศัยฐานในแนวคิดการเมืองระบอบประชาธิปไตยทางตรงหรือประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมสมัยใหม่ ที่ให้ความสำคัญกับการมีส่วนร่วมของภาคประชาชนในทุกมิติโดยเฉพาะการสร้างความเข้มแข็งและระบบตรวจสอบโดยอาศัยการเมืองภาคประชาชนมากขึ้น

แต่หากพิจารณาในเชิงหลักการแล้วจะพบว่า การกำหนดให้ภาคประชาชน “เข้ามามีส่วนร่วม” ในระหว่างขั้นตอนก่อนการดำเนินการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ทั้งในการให้ข้อมูลกับประชาชนหรือแม้แต่การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดหลักการมีส่วนร่วมของภาคประชาชนดังกล่าว หาได้สอดคล้องในเชิงหลักการเกี่ยวกับขั้นตอนที่อยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายบริหารแต่เพียงลำพังแต่อย่างใดไม่

โดยหลักการแล้ว ขนาดฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีนิติฐานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเอง แม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในขั้นตอนก่อนการดำเนินการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ก็ยังหาได้ถูกต้องในเชิงหลักการเกี่ยวกับการเข้ามาใช้อำนาจในระหว่างขั้นตอนก่อนการดำเนินการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยฝ่ายบริหารนี้แต่อย่างใด

ฉันใดก็ฉันนั้น ภาคประชาชนแม้จะมีนิติฐานะเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยก็ตาม แต่การจะใช้อำนาจดังกล่าวได้นั้นก็จำต้องใช้ผ่านตัวแทนประชาชนซึ่งเป็นระบบประชาธิปไตยทางอ้อม หรือแม้แต่จะใช้อำนาจตามหลักประชาธิปไตยทางตรงก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดหลักการที่ว่าด้วยภาระและหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีทั้งในการให้ข้อมูลกับประชาชนและการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน

ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเช่นว่านั้น ย่อมเป็นการขัดกับ “หลักการใหญ่” และแนวคิดอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ซึ่งรองรับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารไว้โดยแต่เพียงลำพัง

ผู้เขียนไม่ได้ปฏิเสธหลักการดังกล่าว แต่การกำหนดหน้าที่คณะรัฐมนตรีที่มีต่อภาคประชาชนในขั้นตอนก่อนการดำเนินการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว หาได้ถูกต้องในเชิงหลักการใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหารและไม่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศแต่อย่างใดไม่

ในทางกลับกันหลักการดังกล่าวแม้จะมี “ข้อดี” อยู่ที่การดำเนินการดังกล่าวมีความโปร่งใสและตรวจสอบได้ โดยอาศัยเหตุผลที่สนับสนุนของการกำหนดให้ภาคประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวก็คือ การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นนั้นได้ส่งผลกระทบต่อภาคประชาชนโดยตรง ดังนั้น การกำหนดหลักการเกี่ยวกับการรับรู้และการมีส่วนแสดงความคิดเห็นของประชาชน ก็ควรให้ประชาชนมีสิทธิในการรับรู้ผลที่จะเกิดขึ้นกับประชาชนโดยตรงในฐานะที่เป็นการให้ความยินยอมพร้อมเพรียงไปกับผู้แทนของปวงชนต่อการเข้าเป็นภาคีและผูกพันต่อความตกลงระหว่างประเทศ

แต่กระนั้นก็ตาม “ข้อเสีย” ของการกำหนดให้ภาคประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวก็คือ หลักการดังกล่าวได้นำไปสู่ข้อขัดข้องในกระบวนการตามกรอบของกฎหมายภายใน แต่อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศกลับไม่พบว่ามีรัฐใดรัฐหนึ่งกำหนดหลักการและแนวปฏิบัติดังกล่าวไว้โดยละเอียดเฉกเช่นที่ประเทศไทยกำหนด

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่าหลักการที่กำหนดให้ภาคประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการให้ความเห็นต่อการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร ยังมีความจำเป็นที่จะต้องให้ประชาชนได้รับรู้ถึงข้อมูลดังกล่าวและยังมีความจำเป็นที่ฝ่ายบริหารต้องรับฟังความคิดเห็นต่อประชาชน

แต่กระนั้นก็ตาม การกำหนดขั้นตอนและช่วงเวลาที่ให้ภาคประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมดังกล่าวนั้น ยังหาได้ถูกต้องในเชิงหลักการแต่อย่างใดไม่ ดังนั้น จึงสมควรที่จะมีการปรับกระบวนการและขั้นตอน ตลอดจนช่วงเวลาที่ถูกต้องและเหมาะสมในเชิงหลักการและสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศ ที่ภาคประชาชนจะเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

4.2.3 ปัญหาการขาดรายละเอียดและความชัดเจนในเชิงหลักการในการนำไปปฏิบัติ

ปัญหาการขาดรายละเอียดและความชัดเจนในเชิงหลักการในการนำไปปฏิบัติปรากฏเป็นที่ประจักษ์ในลักษณะของสภาพปัญหาใน 2 ประการดังนี้

ประการแรก ปัญหาที่มาจากการให้ข้อมูลและการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนแม้มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดการปฏิบัติ แต่การประเมินประสิทธิผลยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน

ประการที่สอง ปัญหาที่มาจากกระบวนการที่ต้องดำเนินการภายหลังลงนามในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ แต่ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันยังคงเป็นหลักการที่ยังขาดความชัดเจนในหลักการนำไปปฏิบัติ

4.2.3.1 ปัญหาที่มาจากการให้ข้อมูลและการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนแม้มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดการปฏิบัติ แต่การประเมินประสิทธิผลยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน

จากการศึกษาพบว่าปัญหาการให้ข้อมูลและการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเป็นหลักการที่สร้างความขัดข้องในการนำไปปฏิบัติในการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหาร ปรากฏใน 3 ลักษณะดังนี้

ประเด็นปัญหาประการแรก เรื่องความชัดเจนของการคัดสรรกลุ่มตัวอย่างเพื่อกำหนดการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในฐานะที่เป็นผู้มีส่วนได้เสียตามความหมายของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548 จะมีความหมายอย่างไร

ประเด็นปัญหาประการที่สอง เรื่องของความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับเกณฑ์วัดเชิงปริมาณเกี่ยวกับตัวบุคคลในฐานะที่เป็นกลุ่มตัวอย่างควรดำเนินการอย่างไร

ประเด็นปัญหาประการที่สาม เรื่องผลกระทบทางกฎหมายในกรณีที่ภาคประชาชนไม่เห็นชอบกับการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนจะมีผลทางกฎหมายเช่นใดนั้น และการดำเนินการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อไปจะมีผลต่อความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารหรือไม่ อย่างไร

เป็นที่น่าสังเกตว่า ในเรื่องการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ตามนัยมาตรา 190 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 190 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 ได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีที่จะต้องทำการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น ในขั้นตอน “ก่อนที่จะดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ”

แต่ในขณะที่ร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช .... ในสมัยนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตรเป็นนายกรัฐมนตรี หาได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงเกี่ยวกับกระบวนการที่ฝ่ายบริหารจะต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนไว้โดยเฉพาะในขั้นตอน “ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ” เฉกเช่นเดียวกันกับที่ถูกกำหนดไว้ในหลักการตามมาตรา 190 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 ไว้แต่อย่างใดไม่

1. สำหรับประเด็นปัญหาประการแรกคือ ปัญหาเรื่องความชัดเจนของการคัดสรรกลุ่มตัวอย่างเพื่อกำหนดการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ในฐานะที่เป็นผู้มีส่วนได้เสียตามความหมายของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548 จะมีความหมายอย่างไร

แม้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548[631] จะมีหลักเกณฑ์การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในฐานะที่เป็น“ผู้มีส่วนได้เสีย” ตามความหมายของกฎหมาย ซึ่งหมายความถึงผู้ซึ่ง “อาจ” ได้รับความเดือดร้อนหรือความเสียหาย

---

[631]ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548, **ราชกิจจานุเบกษา** 22, 55 ง (27 กรกฎาคม 2548): 25-29.

โดยตรงจากการดำเนินงานตามโครงการของรัฐในเรื่องต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นโครงการอันเกี่ยวกับการพัฒนาเศรษฐกิจก็ดี สังคมก็ดี หรือไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐหรือโดยวิธีการให้สัมปทานหรืออนุญาตให้บุคคลอื่นทำก็ดี ทั้งในบรรดาโครงการของรัฐที่ส่งผลกระทบอย่างกว้างขวางต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย วิถีชีวิตหรือส่วนได้เสียเกี่ยวกับชุมชนท้องถิ่นก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่า ถ้อยคำว่า “โครงการของรัฐ” มีนัยทางกฎหมายรวมไปถึงการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่อยู่ในภายใต้อำนาจขององค์กรรองหรือฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเช่นกัน

จากการศึกษาพบว่าแม้ในการดำเนินโครงการของรัฐซึ่งหมายความรวมถึงการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ จะมีหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดวิธีการปฏิบัติในการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนที่ชัดเจนก็ตาม อาทิ ก่อนเริ่มดำเนินการหน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้รับผิดชอบโครงการต้องจัดให้มีการเผยแพร่ข้อมูลให้ประชาชนทราบ และจะรับฟังความคิดเห็นของประชาชนโดยวิธีใดวิธีหนึ่งหรือหลายวิธีก็ได้[632] ไม่ว่าจะเป็นทั้งในการสำรวจความคิดเห็น ซึ่งอาจทำโดยวิธีการสัมภาษณ์รายบุคคลก็ดี การเปิดให้แสดงความคิดเห็นทางไปรษณีย์ ทางโทรศัพท์หรือโทรสาร ทางระบบเครือข่ายสารสนเทศหรือทางอื่นใดก็ดี การเปิดโอกาสให้ประชาชนมารับข้อมูลและแสดงความคิดเห็นต่อหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบโครงการก็ดี หรือแม้แต่การสนทนากลุ่มย่อยก็ดี

การดำเนินการเพื่อรับฟังความคิดเห็นของประชาชนยังอาจดำเนินการได้โดยการประชุมปรึกษาหารือ ซึ่งอาจทำได้โดยวิธีเช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นการประชาพิจารณ์ก็ดี การอภิปรายสาธารณะก็ดี การแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารก็ดี การประชุมเชิงปฏิบัติการก็ดี การประชุมระดับตัวแทนของกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสีย เป็นต้น[633]

แม้ในการดำเนินการรับรับความคิดเห็นของประชาชนดังกล่าวจะมีความสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบในการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก็ตาม แต่ประเด็นสำคัญกลับอยู่ที่เรื่องการประเมินประสิทธิผลและความชอบตามรัฐธรรมนูญในการดำเนินการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนต่างหาก ด้วยเหตุที่กฎหมายหาได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของการประเมินกลุ่มตัวอย่างไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใดไม่

นอกจากนั้นแล้ว หลักการที่กำหนดไว้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548 ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อกำหนดหลักการเกี่ยวกับการรับฟังความคิดเห็นของ “ประชาชน” ในขณะที่ถ้อยคำในระเบียบอรรถาธิบายถ้อยคำว่า “ผู้มีส่วนได้เสีย” ว่าหมายถึงผู้ซึ่ง “อาจ” ได้รับความเดือดร้อนหรือความเสียหายโดยตรงจากการดำเนินงานตามโครงการของรัฐ

---

[632]ข้อ 5 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548, **ราชกิจจานุเบกษา** 22, 55 ง (27 กรกฎาคม 2548): 26.

[633]ข้อ 9 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548, **ราชกิจจานุเบกษา** 22, 55 ง (27 กรกฎาคม 2548): 27.

ประเด็นที่น่าสนใจในการขบคิดและพิจารณาก็คือ ความหมายของการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนดังกล่าวนี้ หากพิเคราะห์ตาม “ความหมายอย่างแคบ” ย่อมมีความหมายที่ซึ่งจำกัดแต่เฉพาะประชาชนในฐานะที่เป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงเท่านั้นหรือไม่[634]

แต่กระนั้นก็ตาม หากพิเคราะห์ตาม “ความหมายอย่างกว้าง”แล้วจะพบว่า ถ้อยคำว่า “ประชาชนที่ภาครัฐจะต้องรับฟังความคิดเห็น”ดังกล่าวนั้นกลับมีความหมายว่าหมายถึง “ประชาชนในความหมายทั่วไป” ซึ่งหมายความรวมไปถึง ประชาชนทั้งที่เป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบหรือได้รับความเดือดร้อนหรือได้ความเสียหายโดยตรง หรือแม้จะมิได้เป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบหรือได้รับความเดือดร้อนหรือได้ความเสียหายโดยตรงจากการดำเนินงานตามโครงการของรัฐด้วยก็ตาม ย่อมมีนิติฐานะเป็นประชาชนตามความหมายของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548 ด้วยทั้งสิ้น

กล่าวโดยสรุปแล้ว แม้ในทางปฏิบัติประเทศไทยจะมีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548 เพื่อใช้ในการดำเนินการเพื่อจัดให้มีการให้ข้อมูลและการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก็ตาม แต่ประเด็นของความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการดำเนินการดังกล่าวเกี่ยวกับปัญหาการประเมินประสิทธิผลยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในทางปฏิบัติจนอาจนำไปสู่การวินิจฉัยชี้ขาดโดยศาลรัฐธรรมนูญถึงความชอบในการดำเนินการดังกล่าวได้เช่นกัน

2. ส่วนประเด็นปัญหาประการที่สอง เรื่องของความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับเกณฑ์วัดเชิงปริมาณเกี่ยวกับตัวบุคคลในฐานะที่เป็นกลุ่มตัวอย่างควรดำเนินการอย่างไร

จากการศึกษาพบว่า ในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการให้ข้อมูลกับประชาชนหรือแม้แต่การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนมีการใช้หลากหลายวิธี อาทิ การจัดประชุมหารือและรับฟังความคิดเห็นต่อร่างกรอบเจรจาความตกลงการค้าเสรีจากผู้มีส่วนได้เสียทุกภาคส่วนทั้งในภาครัฐ ภาคธุรกิจ ภาคประชาสังคม นักวิชาการ เกษตรกรและประชาชนทั่วไป การจัดประชุมรับฟังความคิดเห็นแบบรายกลุ่ม การรับฟังความคิดเห็นโดยรูปแบบของการจัดสัมมนาและเวทีสาธารณะ การจัดสัมมนาเชิงปฏิบัติการ การจัดสัมมนาโต๊ะกลม หรือแม้แต่การให้ข้อมูลข่าวสารเพื่อสนับสนุนต่อการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ในรูปแบบของการประชาสัมพันธ์ผ่านสื่อสารที่เกี่ยวข้องทั้งสื่อโฆษณาต่าง ๆ เป็นต้น

---

[634]การพิเคราะห์ดังกล่าวนี้สามารถพิจารณาได้จากร่างกรอบการเจรจาความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับสหภาพยุโรปได้ดำเนินการจัดประชุมรับฟังความคิดเห็นของภาคธุรกิจเฉพาะรายกลุ่มได้แก่ กลุ่มสินค้าอิเล็กทรอนิกส์ เครื่องใช้ไฟฟ้า ยานยนต์ ชิ้นส่วนยานยนต์ กลุ่มเหล็ก กลุ่มสินค้าแฟชั่น สิ่งทอและเครื่องนุ่งห่ม อัญมณีและเครื่องประดับ รองเท้าและเครื่องหนัง กลุ่มสินค้ายา กลุ่มบริหารสาขาการเงิน ธนาคาร ท่องเที่ยว โรงแรมและแอนนิเมชั่น กลุ่มสินค้าเกษตรและอาหาร กลุ่มสินค้าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ กลุ่มสิ่งแวดล้อมและการคุ้มครองพันธ์พืช รวมทั้งกลุ่มสินค้าประมงและประมงแปรรูป; สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ร่างกรอบการเจรจาความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับสมาคมการค้าเสรีไทย, ใน **เอกสารแนบระเบียบวาระในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ในสมัยการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ปีที่ 2 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) ครั้งที่ 1**, หน้า 9.

การดำเนินการดังกล่าว แม้จะมีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548 กำหนดวิธีการให้ข้อมูลกับประชาชนหรือแม้แต่การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนไว้ก็ตาม แต่ประเด็นสำคัญกลับอยู่ที่เรื่องการประเมินประสิทธิผลและความชอบตามรัฐธรรมนูญในการดำเนินการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนต่างหาก ด้วยเหตุที่กฎหมายหาได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของการประเมินประสิทธิผลของกลุ่มตัวอย่างไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใดไม่

จากการศึกษาตัวอย่างโครงการรับฟังความคิดเห็นที่ดำเนินการโดยงานของรัฐพบว่าบางโครงการมีการจัดรับฟังความคิดเห็นชองประชาชน 6 ครั้ง มีจำนวนผู้ที่เข้าร่วมรับฟังความคิดเห็นเป็นจำนวนมากกว่า 1500 คนในขณะที่มีการจัดรับฟังความคิดเห็นเป็นจำนวน 140 คน ซึ่งประกอบไปด้วยผู้มีส่วนได้เสียทุกภาคส่วนทั้งภาครัฐ ภาคธุรกิจ ภาคประชาสังคม นักวิชาการและประชาชนทั่วไป[635] จะเห็นได้ว่าฐานจำนวนของกลุ่มตัวอย่างในฐานะที่เป็นประชาชนที่มีส่วนได้เสีย ซึ่งหน่วยงานภาครัฐได้ดำเนินการรับฟังความคิดเห็นนั้น กลับมีความแตกต่างกันในเรื่องของปริมาณอย่างมีนัยสำคัญ ประเด็นที่น่าสนใจคือการประเมินดังกล่าวควรพิเคราะห์โดยอาศัยฐานการประมาณการกลุ่มตัวอย่างอย่างไร จึงจะถือได้ว่าเป็นการดำเนินการไปในทิศทางที่มีความสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

อาจกล่าวได้ว่า เกณฑ์วัดเชิงปริมาณเกี่ยวกับตัวบุคคลในฐานะที่เป็นกลุ่มตัวอย่างยังหาได้มีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ เพื่อใช้ในการอรรถาธิบายถึงการบรรลุวัตถุประสงค์ในการดำเนินการเพื่อรับฟังความคิดเห็นของประชาชนอันจะถือได้ว่ากระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนได้ดำเนินการโดยชอบตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ และมิได้เป็นการดำเนินการไปเฉพาะเพื่อให้เป็นตามแบบพิธีเท่านั้น

แม้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548 จะกำหนดเกณฑ์การให้ข้อมูลเกี่ยวกับโครงการของรัฐที่หน่วยงานของรัฐต้องเผยแพร่แก่ประชาชนอย่างน้อยต้องประกอบด้วยข้อมูล 8 ประการก็ตาม[636] และแม้ในการดำเนินการดังกล่าวจะต้องมีการให้ข้อมูลในด้านผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นแก่ประชาชนที่อยู่อาศัยหรือประกอบอาชีพอยู่ในสถานที่ที่จะดำเนินโครงการและพื้นที่ใกล้เคียงและประชาชนทั่วไปก็ตาม แต่การรับฟังความคิดเห็นดังกล่าว ก็ยังหาได้มีการกำหนดเกณฑ์ที่ใช้ในการวัดและการประเมินประสิทธิผลเกี่ยวกับกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใดไม่

---

[635]*เรื่องเดียวกัน,* หน้า 9.

[636]การพิจารณาข้อมูลเกี่ยวกับโครงการของรัฐที่หน่วยงานของรัฐต้องเผยแพร่แก่ประชาชนอย่างน้อยต้องประกอบด้วยข้อมูลดังต่อไปนี้ 1. เหตุผลความจำเป็นและวัตถุประสงค์ของโครงการ 2. สาระสำคัญของโครงการ 3. ผู้ดำเนินการ 4. สถานที่ที่จะดำเนินการ 5. ขั้นตอนและระยะเวลาดำเนินการ 6. ผลผลิตและผลลัพธ์ของโครงการ 7. ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นแก่ประชาชนที่อยู่อาศัยหรือประกอบอาชีพอยู่ในสถานที่ที่จะดำเนินโครงการและพื้นที่ใกล้เคียงและประชาชนทั่วไป รวมทั้งมาตรการป้องกันแก้ไขหรือเยียวยาความเดือดร้อนหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากผลกระทบดังกล่าว 8. ประมาณการค่าใช้จ่าย; ข้อ 7 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548, **ราชกิจจานุเบกษา** 22, 55 ง (27 กรกฎาคม 2548): 26.

ประเด็นที่น่าสนใจในการพิเคราะห์ถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก็คือ การกำหนดสัดส่วนและกลุ่มตัวอย่างควรใช้ฐานใดเป็นตัวคิดคำนวณและควรเป็นจำนวนเท่าใด หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาจะถือหลักเกณฑ์ใด และการใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวในฐานะที่เป็นกลุ่มตัวอย่างจะถือเอาตามหลักการที่ปรากฏตามหลักการเก็บข้อมูลเชิงปริมาณและการใช้หลักการทางสถิติได้หรือไม่

เป็นที่น่าสังเกตว่า ในกระบวนการจัดประชุมรับฟังความคิดเห็นต่อร่างกรอบเจรจาความตกลงการค้าเสรี ซึ่งเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อความผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ กับการจัดประชุมรับฟังความคิดเห็นต่อกรอบเจรจาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง ย่อมมีความต่างกันในเรื่องของการวัดประสิทธิผลและจำนวนกลุ่มตัวอย่างในการจัดการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน

ด้วยเหตุที่การจัดรับฟังความคิดเห็นของประชาชนที่มีผลกระทบต่อการลงทุนจากการเจรจาการค้าเสรีอาจจำกัดผู้มีส่วนได้เสียที่จะเข้าร่วมการรับฟังความคิดเห็นเฉพาะกรณีผู้ประกอบการที่ได้รับผลกระทบโดยตรงได้ ในขณะที่การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบในเรื่องความมั่นคงทางสังคมของประเทศ อาทิ เรื่องเขตแดน เรื่องสิทธิมนุษยชน หรือแม้แต่เรื่องคำแถลงการณ์ร่วมก็ตาม กลับไม่สามารถกำหนดกลุ่มตัวอย่างเพื่อรับฟังความคิดเห็นเป็นรายกลุ่มเฉพาะเฉกเช่นการกำหนดกลุ่มตัวอย่างผู้ที่ได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจ การค้าและการลงทุนได้โดยตรง การรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนดังกล่าวจะดำเนินการอย่างไร ในอันที่จะถือได้ว่าเป็นกลุ่มตัวอย่างที่เป็นรับฟังความเห็นของประชาชนที่ชอบตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

กล่าวโดยสรุป ปัญหาเกี่ยวกับเกณฑ์วัดเชิงปริมาณเกี่ยวกับตัวบุคคลในฐานะที่เป็นกลุ่มตัวอย่างควรดำเนินการอย่างไรในเรื่องของการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็ยังหาได้มีการกำหนดไว้เป็นหลักการที่ชัดเจนแต่อย่างใดไม่ กรณีดังกล่าวอาจส่งผลต่อการดำเนินการของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามที่กฎหมายกำหนดได้ด้วยเช่นกัน

3. ส่วนประเด็นปัญหาประการที่สาม เรื่องผลกระทบทางกฎหมายในกรณีที่ภาคประชาชนไม่เห็นชอบกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ จากการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนจะมีผลทางกฎหมายเช่นใดนั้น และการดำเนินการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อไปจะมีผลต่อความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารหรือไม่อย่างไร

จากการศึกษาพบว่ารัฐธรรมนูญหาได้กำหนดในเรื่องผลทางกฎหมายไว้ในกรณีที่ภาคประชาชนไม่เห็นชอบกับการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับกรอบการเจรจาที่เสนอโดยฝ่ายบริหารไว้แต่อย่างใดไม่ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญได้กำหนดแต่เพียงหน้าที่ของฝ่ายบริหารที่ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเท่านั้น

ประเด็นพิจารณาที่น่าสนใจก็คือ ในกรณีที่ผลทางกฎหมายจากการที่ที่ประชุมของภาคประชาชนในการรับฟังความคิดเห็นได้มีการให้ความเห็นชอบต่อร่างกรอบการเจรจาที่เสนอต่อที่ประชุมดังกล่าวต่อหน่วยงานรัฐที่ทำการจัดรับฟังความคิดเห็นแล้ว จนนำไปสู่การนำเสนอเป็นข้อมูล

ต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างการนำเสอนข้อมูลต่อที่ประชุมร่วมของรัฐสภาว่า “การจัดประชุมรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียทั้งภาครัฐ ภาคธุรกิจ ภาคประชาสังคม นักวิชาการ และประชาชนทั่วไปโดย ‘ที่ประชุมเห็นชอบร่างกรอบการเจรจา’ เกี่ยวกับความตกลงการค้าเสรีไทย-สมาคมการค้าเสรีแห่งยุโรปที่ซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับกรอบการเจรจาความตกลงการค้าเสรีไทย-สหภาพยุโรป”[637] จะมีนัยทางกฎหมายอย่างไร การนำเสนอข้อมูลและเอกสารต่อฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวจะมีผลถือเป็น “มติที่ชอบ” หรือ เป็นการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนว่า “ประชาชนเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบ” ต่อร่างกรอบการเจรจาได้หรือไม่ อย่างไร

กรณีจะเป็นเช่นไร หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าภาคประชาชน “ไม่เห็นชอบกับร่างกรอบการเจรจา”ที่เสนอโดยฝ่ายบริหาร ฝ่ายบริหารจะต้องกลับไปทบทวนและแก้ไขตามข้อเสนอของภาคประชาชนที่รับฟังความคิดเห็นดังกล่าวด้วยหรือไม่ และหากฝ่ายบริหารไม่แก้ไขตามข้อเสนอหรือข้อวิพากษ์ของภาคประชาชน แต่กลับดำเนินการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อไป การดำเนินการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อไปจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่อย่างไร

เป็นที่น่าสังเกตว่า ในกรณีที่ที่ประชุมต้องจัดรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และที่ประชุมมีการลงมติก็ดี หรือการที่หน่วยงานของรัฐสรุปผลการลงมติของที่ประชุมว่า เห็นชอบและไม่เห็นชอบต่อร่างกรอบการเจรจาที่เสนอโดยหน่วยงานของรัฐดังกล่าว จะมีผลกระทบในเชิงหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักหรือไม่ อย่างไร

ด้วยเหตุที่การเสนอกรอบการเจรจาต่อภาคประชาชนในขั้นตอนเริ่มแรกก่อนกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะเกิดขึ้นดังกล่าวนั้น ยังอยู่ในขอบอำนาจของฝ่ายบริหารตามหลักการในกฎหมาย ในขณะที่รัฐธรรมนูญกลับกำหนดให้ฝ่ายบริหารต้องดำเนินการให้ข้อมูลและจัดรับฟังความคิดเห็นของประชาชน การดำเนินการดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญจึงดูประหนึ่งว่า เป็น “การตัดรอนการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร” ที่ในเรื่องที่จะต้องขอความเห็นชอบทั้งจาก “ฝ่ายนิติบัญญัติและประชาชน”ประกอบการดำเนินการด้วย การดำเนินการตามหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงเป็นการกำหนดหลักการที่มีผลกระทบต่อหลักการและการใช้อำนาจอธิปไตยขององค์กรหลักโดยตรงหรือไม่ ทั้งนี้ การดำเนินการดังกล่าวก็หาได้สอดคล้องกับแนวปฏิบัติในระดับสากลของรัฐต่างประเทศอื่นแต่อย่างใดไม่

ประการที่สำคัญยิ่งก็คือ การที่ฝ่ายบริหารซึ่งได้ดำเนินการดังกล่าวไปโดย “มิได้รับความเห็นชอบจากภาคประชาน” เช่นว่านั้น ฝ่ายบริหารจะมีความรับผิดทางกฎหมายและทางการเมืองหรือไม่ อย่างไร กรณีดังกล่าวจึงเป็นประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ในฐานะที่เป็นหลักการที่สร้างความขัดข้องในการนำไปปฏิบัติในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารโดยตรงประการหนึ่งด้วยเช่นกัน

---

[637]สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ร่างกรอบการเจรจาความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับสมาคมการค้าเสรีไทย, ใน **เอกสารแนบระเบียบวาระในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ในสมัยการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ปีที่ 2 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) ครั้งที่ 1**, หน้า 9.

กรณีดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่า การที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ต้องดำเนินการประชุมรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับการให้ความเห็นชอบกับร่างกรอบการเจรจาที่เสนอต่อที่ประชุมดังกล่าวนั้น เป็นแต่เพียงการรับฟังเพื่อใช้เป็น “ฐานข้อมูลประกอบการตัดสินใจ” ของฝ่ายนิติบัญญัติแต่เพียงเท่านั้นว่า การดำเนินการดังกล่าวภาคประชาชนจะมีความคิดเห็นอย่างไร แต่ท้ายที่สุดฝ่ายนิติบัญญัติก็ยังคงสงวนอำนาจที่จะให้ความเห็นชอบกับกรอบการเจรจาในขั้นตอนสุดท้าย ซึ่งเป็นอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้อยู่ดี ดังนั้น การที่รัฐธรรมนูญหาได้กำหนดผลการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนไว้ก็ด้วยเหตุผลดังที่กล่าวในเบื้องต้น

แต่กรณีไม่ว่าจะเป็นอย่างไรก็ตาม ผู้เขียนก็ยังคงยืนยันความเห็นของผู้เขียนเองว่าหลักการดังกล่าวเกี่ยวกับการจัดประชุมรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก็ดี การเสนอกรอบการเจรจาต่อฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อขอความเห็นชอบต่อการเสนอกรอบเจรจาของฝ่ายบริหารที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ยังไม่ถูกต้องในเชิงหลักการในฐานะที่เป็นการกำหนดการใช้อำนาจในลักษณะที่เป็น “การควบคุม” การใช้อำนาจ แต่มิใช่ เป็น “การตรวจสอบถ่วงดุล” หรือ “การมีส่วนร่วม” ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศภายใต้แนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นของฝ่ายบริหารและหลักการแบ่งแยกอำนาจแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุป แม้รัฐธรรมนูญจะได้ทำการกำหนดหลักการในลักษณะที่เป็นขั้นตอนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามวรรคสามของมาตรา 190 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 190 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 ว่า ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ที่จะต้องทำการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก็ตาม แต่ปัญหาและคำถามเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ก็ยังหาได้ปรากฏให้เห็นถึงความชัดเจนในเชิงหลักการอันนำมาซึ่งความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยมาโดยตลอด อาทิ การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนจะดำเนินการอย่างไร จำนวนเท่าใดที่จะถือได้ว่าเป็นประชาชนตามรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ รับฟังที่ไหน ช่วงเวลานานแค่ไหนเพียงใด รูปแบบการจัด เป็นต้น หรือแม้แต่การเข้าถึงข้อมูลของประชาชนในขั้นตอนของการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนจะเข้าถึงในรูปแบบใด อาทิ การนำเสนอ การประชาสัมพันธ์ทางสื่อประเภทใด รายละเอียดที่ให้เข้าถึงมีข้อกำหนดแค่ไหนเพียงใด มีข้อจำกัดการเสนอข้อมูลทั้งหมดหรือไม่ ต้องเปิดเผยข้อมูลเพียงใด เป็นต้น หาได้มีการกำหนดไว้ชัดเจนในหลักการตามกฎหมายแต่อย่างใดไม่

แม้ในทางกลับกันการกำหนดรายละเอียดในทางปฏิบัติไว้ในรัฐธรรมนูญจะมีแต่จะทำให้การบัญญัติรัฐธรรมนูญรัฐธรรมนูญดูเฟ้อและเยิ่นเยอ ตลอดจนยังไม่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศแต่อย่างใด แต่ก็คงมิอาจปฏิเสธได้ว่าการกำหนดหลักการไว้ชัดเจนในกฎหมายที่เกี่ยวกับการดำเนินการดังกล่าวจะมิสามารถดำเนินการได้แต่อย่างใด

นอกจากนั้นแล้ว กฎหมายดังกล่าวก็ยังมีปัญหาที่เกี่ยวกับการใช้กลุ่มตัวอย่างเพื่อสนับสนุนว่า ผู้ที่ได้รับข้อมูลนั้นอยู่ในความหมายของถ้อยคำที่ว่าด้วย “ผู้มีส่วนได้เสีย” ว่าหมายถึงผู้ซึ่ง “อาจ” ได้รับความเดือดร้อนหรือความเสียหายโดยตรงจากการดำเนินงานตามโครงการของรัฐและเป็นไปตามหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับกระบวนการการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือไม่ อย่างไร เมื่อถ้อยคำในหลักกฎหมายดังกล่าวเองก็หาได้มีความชัดเจนแต่ประการใดไม่

อาจกล่าวได้ว่า การนำหลักการดังกล่าวไปปฏิบัติให้ถูกต้องในเชิงหลักการของรัฐธรรมนูญจึงเป็นไปได้โดยยาก

ในท้ายที่สุด เพื่อแก้ไขปัญหาและการวิพากษ์ในการดำเนินการดังกล่าว หลักการในเรื่องดังกล่าวจำต้องได้รับการปฏิรูปให้บังเกิดผลตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ หาได้แต่เพียงกำหนดไว้ในเชิงหลักการและเป็นแต่เพียงการดำเนินการให้เป็นไปตามแบบพิธีแต่เพียงเท่านั้น

4.2.3.2 ปัญหาที่มาจากกระบวนการที่ต้องดำเนินการภายหลังลงนามในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ แต่ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน เป็นหลักการที่ยังขาดความชัดเจนในการนำไปปฏิบัติ

จากการศึกษาพบว่าในขั้นตอนภายหลังลงนามในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ แต่ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน ยังคงเป็นหลักการที่ยังขาดความชัดเจนในหลักการนำไปปฏิบัติ ทั้งนี้หลักการดังกล่าวมีประเด็นปัญหาในการวิเคราะห์โดยแบ่งออกเป็น 3 ประการดังนี้

ประการแรก ปัญหาที่มาจากหลักการและกฎหมายที่ว่าด้วยการให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ เป็นหลักการที่ขาดความชัดเจนในการนำไปปฏิบัติ และ

ประการที่สอง ปัญหาที่มาจากหลักการเรื่องการเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ เป็นหลักการใหม่ที่เกิดขึ้นในรัฐธรรมนูญ แต่ยังขาดบทบัญญัติที่กำหนดวิธีการปฏิบัติ

ประการที่สาม ปัญหาที่มาจากหลักการเรื่องการตรากฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการปฏิบัติยังไม่แล้วเสร็จ เป็นเหตุให้ขาดหลักเกณฑ์ที่ประจักษ์ชัดที่สามารถนำไปใช้เป็นฐานในการปฏิบัติ

จากการศึกษาแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศที่ผ่านมาไม่ปรากฏว่าพบหลักการและแนวปฏิบัติของรัฐใดรัฐหนึ่งที่กำหนดขั้นตอนและรายละเอียดไว้เฉกเช่นที่ประเทศไทยกำหนดไว้แต่อย่างใด

แต่อย่างไรก็ตาม การตั้งประเด็นหลักในการวิเคราะห์ดังกล่าวสามประการเกี่ยวกับการวิเคราะห์สภาพปัญหาที่มาจากกระบวนการที่ต้องดำเนินการภายหลังลงนามในหนังสือสัญญา แต่เป็นกระบวนการที่จะต้องดำเนินการก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน เป็นหลักการที่ยังขาดความชัดเจนในหลักการนำไปปฏิบัตินี้ ผู้เขียนได้ทำการวิเคราะห์สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นอันส่งผลต่อความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยโดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. ประเด็นปัญหาประการแรก ปัญหาที่มาจากหลักการและกฎหมายที่ว่าด้วยการให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ เป็นหลักการที่ขาดความชัดเจนในการนำไปปฏิบัติ แม้ในมาตรา 190 วรรคสี่ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 จะได้กำหนดหน้าที่ของฝ่ายบริหารไว้เกี่ยวกับการที่จะต้องดำเนินการในทางปฏิบัติเพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ในขั้นตอนก่อนที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะให้ความเห็นชอบกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารก็ตาม

แต่อย่างไรก็ดี จากการศึกษาพบว่ากรณีดังกล่าวยังขาดความชัดเจนในการปฏิบัติของหน่วยงานที่รับผิดชอบ อีกทั้งรัฐธรรมนูญก็ยังหาได้มีกำหนดให้ต้องมีการตรากฎหมายซึ่งว่าด้วยการให้

ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใดไม่ แม้กรณีดังกล่าวอาจจะสามารถอรรถาธิบายได้ว่าการกำหนดวิธีการที่จะให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว อาจรวมอยู่ในการจัดทำกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงและผูกพันต่อประเทศไทยได้ก็ตาม แต่ก็คงมิอาจสร้างความมั่นใจได้ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติจะได้ดำเนินการจนแล้วเสร็จ เพื่อให้มีการตรากฎหมายที่ว่าด้วยการให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้นแต่อย่างใดไม่ ลำพังเพียงแต่การตรากฎหมายที่เกี่ยวกับการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงและผูกพันต่อประเทศไทยตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ ก็ยังมิอาจทำให้ปรากฏเห็นเป็นประจักษ์ได้แต่อย่างใด จนท้ายที่สุดการขาดบทบัญญัติของกฎหมายที่สามารถใช้เป็นฐานในการปฏิบัติ ก็เป็นเหตุประการหนึ่งที่นำมาซึ่งข้อวิพากษ์และสภาพปัญหาความขัดข้องและการนำไปปฏิบัติอย่างหลีกเลี่ยงมิได้แต่อย่างใด

จากการศึกษาพบว่า ข้อกังวลใจดังกล่าวได้ปรากฏให้เห็นตั้งแต่ในชั้นกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยกรรมาธิการบางท่าน[638] ตั้งข้อสังเกตถึงปัญหาที่อาจเกิดขึ้นและความกังวลในการกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องการให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่า กรณีดังกล่าวยังขาดความชัดเจนในการนำไปปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักกฎหมายดังกล่าวควรจะทำการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ถูกต้องในลักษณะใดบ้าง และรายละเอียดของกฎหมายดังกล่าวควรจะกำหนดวิธีดำเนินการไว้เช่นใดบ้าง

ยิ่งไปกว่านั้น ข้อมูลเชิงประจักษ์อีกประการหนึ่งที่เกิดขึ้นก็คือ แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะมีผลใช้บังคับในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดตลอดระยะเวลาเกือบ 7 ปีที่ผ่านมาแล้วก็ตาม และแม้ทั้งที่บทเฉพาะกาล[639] จะได้กำหนดให้ต้องมีการจัดทำกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงและผูกพันต่อประเทศไทยให้แล้วเสร็จภายในเวลาหนึ่งปี นับตั้งแต่วันที่คณะรัฐมนตรีได้ทำการแถลงนโยบายต่อรัฐสภาตามนัยมาตรา 176 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ตาม แต่จวบจนกระทั่งที่ประเทศไทยได้ตกอยู่ในสถานการณ์พิเศษจากการทำรัฐประหารโดยพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2557 เป็นต้นมาแล้วก็ตาม ในปัจจุบันการจัดทำกฎหมายดังกล่าว ก็ยังหาได้ดำเนินการจนแล้วเสร็จแต่อย่างใดไม่ ซึ่งกรณีดังกล่าวย่อมมิอาจหลีกเลี่ยงที่จะนำไปสู่ประเด็นข้อวิพากษ์เกี่ยวกับการขาดความชัดเจนในการปฏิบัติ ซึ่งส่งผลทำให้การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นการขาดความชัดเจนในทางปฏิบัติเฉกเช่นเดิม[640]

---

[638]โปรดดูความเห็นของนายอัชพร จารุจินดาในฐานะกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550; สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 37/2550 (เป็นพิเศษ)**, หน้า 172.

[639]มาตรา 303 (3) ประกอบกับมาตรา 190 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

[640]โปรดดูความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ถิระวัฒน์; บรรหาร กำลา, *เรื่องเดิม,* หน้า 58.

แต่กระนั้นก็ตาม จากการศึกษาพบว่า “ในทางปฏิบัติ” ฝ่ายบริหารได้พยายามดำเนินการจัดให้ประชาชนเข้าถึงประชาชนเข้าถึงรายละเอียดในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้วยวิธีการที่หลากหลาย อาทิ การจัดสัมมนาโต๊ะกลม การจัดสัมมนาให้ความรู้เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากความตกลง การจัดสัมมนาเชิงปฏิบัติการโดยผู้เชี่ยวชาญจากนานาชาติ การจัดทำแผ่นพับเกี่ยวกับการใช้สิทธิประโยชน์จากความตกลง รวมทั้งการตีพิมพ์บทความเพื่อเผยแพร่ความรู้ การร่วมมือกับภาคเอกชนจัดสัมมนาให้ความรู้อย่างต่อเนื่อง เป็นต้น[641] การดำเนินการดังกล่าวเป็นความพยายามของฝ่ายบริหารที่พยายามปฏิบัติในหลากหลายวิธี เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญให้มากที่สุด แต่ก็เป็นการปฏิบัติโดยปราศจากทิศทางที่แน่ชัดในเชิงหลักการของกฎหมายว่าจะต้องดำเนินการด้วยวิธีการเช่นใด

จากการศึกษาพบว่าในร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช .... ในสมัยนางสาวยิ่งลักษณ์เป็นนายกรัฐมนตรีนั้น ได้พยายามแก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้ด้วยการกำหนดไว้ในมาตรา 190 วรรคสาม ของร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช .... โดยกำหนดให้ต้องมีการจัดทำกฎหมายที่ว่าด้วย “การจัดให้ประชาชนเข้าถึงประชาชนเข้าถึงรายละเอียดในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ” ไว้เป็นการเฉพาะไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ในท้ายที่สุดร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้กลับตกไป ก็ด้วยเหตุผลทางการเมืองและการเข้าสู่สถานการณ์พิเศษของบ้านเมืองที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาและสถานการณ์พิเศษดังกล่าว

ประเด็นที่น่าสนใจในการขบคิดก็คือ หากต้องมีตรากฎหมายที่ว่าด้วยการจัดให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น กระบวนการจัดให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว จะเป็นแต่เพียงการจัดกระบวนการเพื่อให้เป็นไปตามแบบพิธีหรือไม่

นอกจากนั้นแล้ว ประเด็นเรื่องการประเมินประสิทธิผลจากการดำเนินการจัดให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้น ควรทำการประเมินอย่างไรว่าได้ดำเนินการไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ในขณะที่การคัดสรรกลุ่มประชากรแทน “ประชาชน” จะดำเนินการเลือกกลุ่มตัวอย่างโดยอาศัยฐานใด นอกจากนี้ยังมีประเด็นของจำนวนกลุ่มตัวอย่างในฐานะที่เป็นตัวแทนของประชาชน วิธีและจำนวนการดำเนินการเพื่อก่อให้เกิดการรับรู้ในฐานะที่เป็นการจัดให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ และท้ายที่สุดภายหลังการจัดกระบวนการรับฟังความคิดเห็นดังกล่าวจะต้องมีการประเมินประสิทธิผลการรับรู้ว่าได้ดำเนินการไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่าในท้ายที่สุด คงปฏิเสธไม่ได้ว่าในเชิงหลักการแล้วก็มีความจำเป็นที่จะต้องตรากฎหมายที่ว่าด้วยการจัดให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศขึ้นมาอีกฉบับหนึ่ง ในฐานะที่เป็นฐานรองรับการใช้อำนาจให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

---

[641]โปรดดูร่างความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งคูเวตเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน; สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **เอกสารแนบระเบียบวาระในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา เรื่อง ร่างความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งคูเวตเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ปีที่ 3 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) ครั้งที่ 2**.

กล่าวโดยสรุป ดำเนินการจัดให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศยังขาดความชัดเจนในการปฏิบัติ ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายฉบับอื่น ๆ หาได้กำหนดหลักการไว้เป็นการเฉพาะ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การประเมินประสิทธิผลการรับรู้ว่าได้ดำเนินการไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญหรือไม่ แม้ในทางปฏิบัติจะมีการดำเนินการเพื่อนำไปสู่การรับรู้ของประชาชนซึ่งเกิดขึ้นจากการจัดให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในหลากหลายวิธีก็ตาม การที่ขาดหลักเกณฑ์การปฏิบัติดังกล่าวย่อมนำไปสู่ปัญหาที่ว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในการดำเนินการดังกล่าว

2. ประเด็นปัญหาประการที่สอง ปัญหาที่มาจากหลักการเรื่องการเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นหลักการใหม่ที่เกิดขึ้นในรัฐธรรมนูญ แต่ยังขาดบทบัญญัติที่กำหนดวิธีการปฏิบัติ จากการศึกษาพบว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ฝ่ายบริหารต้องดำเนินการเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเฉพาะในกรณีที่เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หลักการเรื่องเยียวยานี้เป็นหลักการใหม่ที่ปรากฏเกิดขึ้นใหม่เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

แต่กระนั้นก็ตาม หลักการดังกล่าวก็ยังขาดหลักเกณฑ์ในทางปฏิบัติที่แน่ชัดในการกำหนดวิธีการและการนำปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรม แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะมีผลใช้บังคับประกอบกับบทเฉพาะกาล[642] จะได้กำหนดให้จะต้องมีการจัดทำกฎหมายว่าด้วยการแก้ไขและเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวให้แล้วเสร็จภายในเวลาหนึ่งนับตั้งแต่วันที่คณะรัฐมนตรีได้ทำการแถลงนโยบายต่อรัฐสภาก็ตาม แต่จนแล้วจนรอดและในที่สุดกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดดังกล่าวก็หาได้ปรากฏได้มีการตราขึ้นเพื่อใช้เป็นฐานที่กำหนดวิธีปฏิบัติแต่อย่างใดไม่

อนึ่ง ในทางปฏิบัติในครั้งอดีตที่ผ่านมาการแก้ไขและการเยียวยาประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวนั้น ฝ่ายบริหารมักจะดำเนินการโดย “การจัดตั้งกองทุน” ขึ้นเพื่อช่วยเหลือผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร โดยที่กองทุนแก้ไขและเยียวยาเช่นว่านี้ได้รับการสนับสนุนจากฝ่ายบริหารโดยอาศัยเงินเยียวยาที่มาจากเงินภาษีอากรของประชาชนร่วมกัน[643] ประเด็นที่น่าสนใจคือ การจัดตั้งกองทุนแก้ไขและเยียวยาดังกล่าวเพียงพอต่อการเยียวยาผู้ที่ได้รับผลกระทบจริงหรือไม่ อย่างไร และการเยียวยาดังกล่าวจะมีมาตรการอื่นใดนอกเหนือไปจากวิธีการจัดตั้งกองทุนแก้ไขและเยียวยาหรือไม่อย่างไร

ท้ายที่สุด กรณีดังกล่าวย่อมนำมาซึ่งประเด็นและข้อวิพากษ์ทั้งในชั้นของการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และทั้งในภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญแห่ง

---

[642]มาตรา 303 (3) ประกอบกับมาตรา 190 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

[643]โปรดดูความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ถิระวัฒน์; บรรหาร กำลา, *เรื่องเดิม,* หน้า 58.

ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีผลใช้บังคับแล้ว ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการขาดความชัดเจนในการนำไปปฏิบัติอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ว่า การแก้ไขและการเยียวยาดังกล่าวจะมีหลักเกณฑ์และวิธีการอย่างไร[644] การพิสูจน์ความเสียหายและการเยียวยาได้สัดส่วนกันหรือไม่ ในกรณีที่ผู้ที่ได้รับผลกระทบไม่พอใจต่อการแก้ไขและเยียวยาของฝ่ายบริหาร ผู้ที่ได้รับผลกระทบจะมีแนวทางการดำเนินการเพื่อเรียกร้องความเป็นธรรมได้หรือไม่ อย่างไร การเยียวยาผู้ที่ได้รับผลกระทบที่มีความแตกต่างกัน วิธีการเยียวยาจะใช้หลักเกณฑ์ที่เหมือนหรือแตกต่างกับผู้ที่ได้รับผลกระทบรายอื่นหรือไม่ และการดำเนินการที่รัฐธรรมนูญกำหนดว่าต้องรวดเร็ว เหมาะสมและเป็นธรรมจะต้องมีหลักเกณฑ์และควรต้องดำเนินการอย่างไร เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

ผู้เขียนเห็นว่า หลักเกณฑ์ในเรื่องการเยียวยาดังกล่าวคงต้องตั้งที่ฐานของ “ประเภทกิจการ” ที่ได้รับผลกระทบ และ “ความสามารถในการแข่งขันในประเภทของธุรกิจเดียวกัน” ในขณะที่การเยียวยาคงมิได้หมายถึง “การชดเชยเยียวยาเพื่อให้กลับคืนสู่สถานะเดิม” เฉกเช่นในกฎหมายละเมิดแต่อย่างใด หลักเกณฑ์ดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่า น่าจะหมายถึง “การบรรเทาความเสียหาย” ต่อผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมที่ได้รับผลกระทบในลักษณะเดียวกัน และต้องได้รับการเยียวยาในลักษณะและอัตราเดียวกันของภาคธุรกิจที่ได้รับผลกระทบจากการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร การเยียวยาดังกล่าวคงมิได้มีความแตกต่างจากที่ภาครัฐได้ปฏิบัติมาเฉกเช่นการชดเชยให้กับภาคการเกษตรที่ได้รับภัยพิบัติแต่อย่างใด

แต่กระนั้นก็ตาม ในการเยียวยานอกจากจะดำเนินการโดยรูปแบบของ “กองทุน” และเยียวยาโดยตัวเงินแล้ว การเยียวยาของฝ่ายบริหารอาจดำเนินการโดยใช้มาตรการอื่นผสมผสาน เพื่อเป็นการสนับสนุนและประคับประคองให้ผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมสามารถทำการแข่งขันต่อไปได้อย่างยั่งยืนโดยไม่ต้องทำการปิดกิจการไปเสียก่อน อาทิ มาตรการสนับสนุนการลงทุน มาตรการทางภาษี มาตรการด้านการตลาด มาตรการส่งเสริมการพัฒนาและการเรียนรู้ เป็นต้น โดยการเยียวยาดังกล่าวควรดำเนินการในลักษณะของ “ศูนย์ช่วยเหลือและเยียวยาผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม” ในลักษณะของจุดบริการเดียวเบ็ดเสร็จ หรือที่เรียกว่า “one stop service”

ในขณะที่ “ระบบการอุทธรณ์” การปฏิบัติการเยียวยาต่อผู้ที่ได้รับผลกระทบ แต่บุคคลดังกล่าวหาได้พอใจในการแก้ไขและเยียวยาของฝ่ายบริหารที่เกิดขึ้นแต่อย่างใดไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าหลักการในกฎหมายที่ออกตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญคงมิสามารถกำหนดให้มีการดำเนินการอุทธรณ์ได้แต่อย่างใด เนื่องจากฐานที่นำไปสู่การปฏิบัติเกี่ยวกับการเยียวยาให้กับผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมดังกล่าว มิได้เกิดขึ้นจากการกระทำที่เป็น “ความผิด” ของฝ่ายบริหารในการดำเนินนโยบายต่างประเทศอันนำไปสู่ความรับผิดทางกฎหมายแต่อย่างใด ผู้เขียนเห็นว่า แม้ฝ่ายบริหารจะมีหน้าที่ในการเยียวยาตามรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นก็ตาม แต่การเยียวยาดังกล่าวอาศัยฐานที่มาจากแนวคิดในเรื่อง “หน้าที่ในการดูแลภาคประชาชน” มิใช่ฐานแนวคิดที่เกิดจาก “ความรับผิดต่อประชาชน” แต่อย่างใด ดังนั้น การเยียวยาจึงไม่ควรมีการกำหนดเรื่องมาตรการ

---

[644]โปรดดูความเห็นของนายอัชพร จารุจินดาในฐานะกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550; สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 37/2550 (เป็นพิเศษ)**, หน้า 172.

ร้องเรียนความไม่พอใจหรือการอุทธรณ์การปฏิบัติของฝ่ายบริหารโดยผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมแต่อย่างใด

นอกจากนั้น การเยียวยาต่อผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมตามหลักการที่รัฐธรรมนูญกำหนด จะหมายความรวมไปถึงการเยียวยาต่อผู้ประกอบการขนาดใหญ่หรือไม่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าในความเป็นจริงผู้ประกอบการขนาดใหญ่กลับได้รับผลกระทบที่เกิดขึ้นด้วยเช่นกัน นักกฎหมายบางท่าน[645] ได้ตั้งข้อสังเกตว่า กรณีจะเป็นอย่างไร “หากผู้ประกอบการขนาดใหญ่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาแล้ว ย่อมจะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางได้” ด้วยเช่นกัน

ผู้เขียนเห็นว่า การที่รัฐธรรมนูญกำหนดหลักการเยียวยาแต่เฉพาะผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมหรือผู้ประกอบการ SMEs ก็ด้วยเหตุแห่งความสามารถและทุนที่ใช้ในการแข่งขันกับตลาดภายนอกที่อาจเป็นผลต่อการเปิดเสรีทางการค้า ในขณะที่ผู้ประกอบการรายใหญ่มีกำลังและความสามารถในการแข่งขัน รัฐธรรมนูญจึงมิได้มุ่งให้ความช่วยเหลือต่อการได้รับผลกระทบที่เกิดขึ้นดังกล่าวแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุป การเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากหนังสือสัญญาเป็นหลักการใหม่ที่เกิดขึ้นในรัฐธรรมนูญและยังขาดบทบัญญัติที่กำหนดวิธีการปฏิบัติ แม้การดำเนินการดังกล่าวจะได้มีการปฏิบัติไปบ้างแล้วก็ตาม แต่การดำเนินการดังกล่าวยังไม่ปรากฏว่าบรรลุประสิทธิผลในการดำเนินการตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในท้ายที่สุด การตรากฎหมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการดำเนินการดังกล่าวย่อมสร้างความชัดเจนในการนำไปปฏิบัติได้ดีกว่าการปฏิบัติเพื่อให้เป็นไปตามแบบพิธีตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแต่เพียงเท่านั้น

3. ประเด็นปัญหาประการที่สาม ปัญหาที่มาจากหลักการเรื่องการตรากฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการปฏิบัติยังไม่แล้วเสร็จ เป็นเหตุให้ขาดหลักเกณฑ์ที่ประจักษ์ชัดที่สามารถนำไปใช้เป็นฐานในการปฏิบัติ เป็นที่ทราบกันดีว่าแม้บทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 จะได้มีการกำหนดให้ต้องมีกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้ใน 2 ลักษณะ ดังนี้[646]

ประการแรก ต้องจัดให้มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ และ

---

[645]โปรดดูความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ถิระวัฒน์; บรรหาร กำลา, *เรื่องเดิม,* หน้า 58.

[646]มาตรา 190 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า หรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป”

ประการที่สอง ต้องจัดให้มีกฎหมายว่าด้วยการแก้ไขเยียวยาผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มีผลใช้บังคับจวบจนสิ้นสภาพบังคับลงด้วยเหตุแห่งสถานการณ์พิเศษก็ตาม แต่การตรากฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวก็ยังหาได้ดำเนินการจนแล้วเสร็จแต่อย่างใดไม่ การขาดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้ในการปฏิบัติของฝ่ายบริหาร จึงเป็นเหตุสำคัญที่มีผลทำให้การดำเนินการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในทางปฏิบัติเกิดความขัดข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปัญหาเกี่ยวกับความมั่นคงในเชิงหลักการในฐานะที่เป็นฐานรองรับที่ประจักษ์ชัดในการนำไปปฏิบัติของฝ่ายบริหาร

หากพิเคราะห์ถ้อยคำที่ปรากฏในบทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 จะพบว่า แม้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญจะได้กำหนดให้ต้องดำเนินการจัดให้มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ “ที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ” ก็ตาม

แต่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญดังกล่าวหาได้บัญญัติครอบคลุมไปถึงในการที่จะต้องดำเนินการจัดให้มีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญใน 4 ลักษณะดังต่อไปนี้แต่อย่างใดไม่[647]

ประการแรก กฎหมายที่ว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเป็น “หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย”

ประการที่สอง กฎหมายที่ว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเป็น “หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ”

ประการที่สาม กฎหมายที่ว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเป็น “หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา”

ประการที่สี่ กฎหมายที่ว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันด้าน “งบประมาณของประเทศ” อย่างมีนัยสำคัญ

ประเด็นที่น่าสนใจในการขบคิดก็คือ เหตุใดบทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงมิได้บัญญัติให้ต้องดำเนินการจัดให้มีหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ครอบคลุมไปถึงประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งถูกกำหนดไว้ในบทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อย่างครบถ้วนทุกประเภท

จะเป็นไปได้หรือไม่ว่า เจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญซึ่งได้ทำการพิจารณาแล้วกลับเห็นว่าบทบัญญัติที่กำหนดไว้ดังกล่าว อาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติก็แต่เฉพาะปัญหาอันเกิดขึ้น

---

[647]โปรดดูถ้อยคำที่ปรากฏในมาตรา 190 วรรคสอง เปรียบเทียบกับมาตรา 190 วรรคห้าของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

จากประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบและมีผลผูกพันต่อประเทศไทยที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแต่เพียงเท่านั้น

ผู้เขียนเห็นว่า หากพิจารณาจากประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่าการที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการจัดทำกฎหมายที่ว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ “ที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ” ก็ด้วยเหตุที่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศประเภทดังกล่าวเป็นหลักการใหม่ที่พึงปรากฏเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นผลมาจากความไม่วางใจในครั้งอดีตในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับการเจรจาการค้าเสรีที่ฝ่ายบริหารมิได้ดำเนินการไปอย่างรอบคอบและรัดกุมจนก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจและประชาชนในวงกว้าง[648]

ในขณะที่การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับ“หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย” ก็ดี “หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ” ก็ดี “หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา” ก็ดี หรือแม้แต่การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันด้าน “งบประมาณของประเทศ” อย่างมีนัยสำคัญก็ดีนั้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญอาจทำการพิจารณาแล้วเห็นว่า การทำหนังสือสัญญาดังกล่าวคงมิได้เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะนำไปสู่การก่อให้เกิดเป็นปัญหาในทางปฏิบัติขึ้นในอนาคตเฉกเช่นที่เกิดขึ้นในปัจจุบันแต่อย่างใด ด้วยเหตุที่การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับเขตแดนทางบกก็ดี เขตแดนทางทะเลก็ดี หรือที่จะต้องออกกฎหมายอนุวัติการก็ดี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หนังสือสัญญาที่มี “ผลผูกพันด้านงบประมาณของประเทศ” ซึ่งเป็น “งบผูกพัน” ด้านการคลังและงบประมาณของประเทศก็ดี ก็เป็นการดำเนินการเป็นปกติในทุกรัฐบาล การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มี “ผลผูกพันด้านงบประมาณของประเทศ” ดังกล่าว ก็หาได้มีผลผิดแผกแตกต่างไปจากแนวปฏิบัติที่ทำมาในครั้งอดีตแต่อย่างใดไม่

แต่ในทางกลับกัน ผู้เขียนกลับเห็นว่าปัญหาที่เกิดขึ้นจากการที่ไม่กำหนดให้ต้องมีการจัดให้มีกฎหมายที่ว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันด้าน “งบประมาณของประเทศ” กลับมีปัญหาในเชิงหลักการที่เกี่ยวกับสารัตถะของถ้อยคำว่า “อย่างมีนัยสำคัญ” มากกว่า ในเรื่องของถ้อยคำว่า “ผลผูกพันด้านงบประมาณของประเทศ”

ในขณะที่หนังสือสัญญาที่เกี่ยวกับเขตแดนทางบกก็ดี เขตแดนทางทะเลก็ดี หรือที่จะต้องออกกฎหมายอนุวัติการก็ดี กลับมีปัญหาในเชิงหลักการที่เกี่ยวกับเรื่อง “การเสนอกรอบการเจรจาและการชี้แจงต่อสภา การให้ข้อมูลและการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน” ตามหลักการที่กำหนดไว้ในมาตรา 190 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเชื่อมโยงไปยังมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ด้วย

---

[648]อรรณพ บุราณเศรษฐ, **มาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ,** หน้า 24-25.

ถ้อยคำว่า “ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศ . . . ตามวรรคสอง” ย่อมมีนัยทางกฎหมายว่า “การเสนอกรอบการเจรจาและการชี้แจงต่อสภา การให้ข้อมูลและการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน” ต้องดำเนินการกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามที่กำหนดไว้ในวรรคสองทุกประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

แต่ในขณะที่มาตรา 190 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กลับหาได้บัญญัติให้ต้องมีการจัดให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนกฎหมายที่ว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเป็น “หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย” “หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ” หรือแม้แต่ “หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา” แต่อย่างใดไม่

คงมิอาจปฏิเสธได้ว่า เหตุที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้ต้องมีการจัดให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนกฎหมายที่ว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในประเภทดังกล่าวเหล่านี้ ก็ด้วยเหตุที่การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวหาได้มีความจำเป็นที่ต้องมีการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใดไม่ ทั้งที่ในวรรคสามของมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กลับกำหนดกระบวนการและขั้นตอนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้งในขั้นตอน “ก่อนทำหนังสือสัญญาและในขั้นตอนก่อนที่จะแสดงเจตนาผูกพัน” ที่ครอบคลุมไปถึงการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศใน “ทุกประเภท” ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรรองทั้งสิ้น

แต่แล้วในท้ายที่สุด มาตรา 190 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เป็นฉบับที่ 2 พุทธศักราช 2554 โดยกำหนดให้มีการเพิ่มถ้อยคำว่า “ประเภท กรอบการเจรจา” ลงในขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา ระหว่างประเทศและเพิ่มเติมคำว่า “หรืองบประมาณของประเทศ” ลงในการจัดให้มี “กฎหมายว่าด้วยการกำหนดประเภท กรอบการเจรจา ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ”[649]

นอกจากนั้นแล้ว มาตรา 190 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ยังหาได้บัญญัติให้ต้องมีการจัดให้มีกฎหมายว่าด้วย “การให้ประชาชนสามารถ

---

[649]ในขณะที่มาตรา 190 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 บัญญัติว่า “ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนด “ประเภท กรอบการเจรจา” ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน “หรืองบประมาณของประเทศ” อย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าว โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป”

เข้าถึงรายละเอียดเกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ” ตามที่ถูกกำหนดไว้ในวรรคสามของมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไว้ด้วยแต่อย่างใดไม่

แม้ความพยายามในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติเกี่ยวกับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในการให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ จะปรากฏขึ้นด้วยการเสนอร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช .... ในสมัยที่นางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตรเป็นนายกรัฐมนตรี ด้วยการกำหนดให้ต้องมีการตรากฎหมายที่ออกตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วย “การให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดเกี่ยวกับหนังสือสัญญา” ก็ตาม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความพยามผลักดันให้มีกฎหมายที่ว่าด้วยการให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศและการแก้ไขเยียวยาผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารให้เสร็จสิ้นภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่ร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ดำเนินการประกาศใช้ก็ตาม แต่ในท้ายที่สุด การแก้ไขดังกล่าวก็ไม่สามารถดำเนินการได้เสร็จสิ้นด้วยเหตุผลทางการเมือง

กล่าวโดยสรุปแล้ว การตรากฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการปฏิบัติยังไม่อาจดำเนินการได้แล้วเสร็จด้วยเหตุและปัจจัยต่าง ๆ เป็นเหตุสำคัญยิ่งที่ทำให้ฝ่ายบริหารขาดหลักเกณฑ์หรือเครื่องมือที่ประจักษ์ชัดในฐานะที่สามารถนำไปใช้เป็นฐานในการปฏิบัติของหน่วยงานในการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ แม้ปัญหาในมิติหนึ่งจะเกิดขึ้นจากการที่ไม่สามารถทำการตรากฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการปฏิบัติให้แล้วเสร็จได้ก็ตาม แต่จากการศึกษาที่ผ่านมาก็อาจกล่าวได้ว่ายังมีปัญหาในเรื่องของสารัตถะในบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ตราขึ้นแต่ไม่ครอบคลุมถึงกระบวนการและขั้นตอนและประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศอย่างครบถ้วนด้วยเช่นกัน การขาดกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการปฏิบัติจึงเสมือนการขาดเครื่องมือที่ให้อำนาจและหลักเกณฑ์ที่ประจักษ์ชัดในฐานะที่เป็นฐานรองรับการใช้อำนาจในการปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

แต่กระนั้นก็ตาม การมีกฎหมายซึ่งกำหนดขั้นตอนและวิธีการปฏิบัติดังกล่าวก็คงจะมิได้หมายความว่า การตรากฎหมายดังกล่าวจะทำให้ปัญหาและความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหมดสิ้นไปแต่อย่างใด หากปัญหาหลักยังคงมาจากปัจจัยในเรื่องของความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนในเชิงหลักการและปัญหาการใช้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญและการตีความเบี่ยงเบนไปจากหลักการ เพื่อผลประโยชน์และการได้เปรียบเชิงกลยุทธ์ทางการเมืองเฉกเช่นที่เกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมา

4.3 ปัญหาการวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยองค์กรตุลาการนำไปสู่ปัญหาว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการ

เป็นที่ประจักษ์ว่าการวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยองค์กรตุลาการนั้น เป็นปัจจัยหลักประการหนึ่งที่ก่อให้เกิดปัญหาว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการ ประสบการณ์ในอดีตที่ผ่านมาทำให้เข้าใจเชิงประจักษ์ได้ว่า สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยมีที่มาของปัญหาใน 2 ประการดังนี้

ประการแรก ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลเหนือกรณีที่เกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ
ประการที่สอง ปัญหาเรื่องหลักการที่ใช้ในการตีความโดยองค์กรตุลาการ

4.3.1 ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลเหนือกรณีที่เกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ในประเด็นเรื่องรัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจศาลในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัตินี้ มีความเกี่ยวพันกับการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการในเรื่องการใช้เขตอำนาจเหนือกรณีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร ผู้เขียนตั้งประเด็นในการวิเคราะห์สภาพปัญหาไว้ 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก ปัญหาอำนาจของศาลปกครองในการใช้เขตอำนาจศาลในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวเนื่องกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ประการที่สอง ปัญหาการใช้อำนาจของศาลปกครองในการวินิจฉัยชี้ขาดการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะเป็นการก้าวล่วงการใช้อำนาจทางการเมืองของของฝ่ายบริหารหรือไม่

จากการศึกษาพบว่ากรณีของการทำคำแถลงการณ์ร่วมระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชา หรือที่รู้จักกันในนามการทำเอกสารที่เรียกว่า Joint Communiqué ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน พ.ศ. 2551 ซึ่งแม้จะมีประเด็นข้อขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติก่อนการดำเนินการทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว ในขณะที่ฝ่ายบริหารเห็นว่าเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารด้วยเหตุที่การทำคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวหาได้มีนิติฐานะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่ ซึ่งต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัย[650] ว่าการทำคำแถลงการณ์ร่วมที่เกิดขึ้นดังกล่าวโดยฝ่ายบริหารมีนิติฐานะเป็นการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศและอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี คงมิอาจปฏิเสธได้ถึงความชอบธรรมในการใช้อำนาจอธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญต่อกรณีการวินิจฉัยคดีดังกล่าวแต่อย่างใด ด้วยเหตุที่การใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นนั้นได้ดำเนินการไปโดยสอดคล้องต้องกันกับหลักการ แนวคิดและทฤษฎีกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งการอาศัยฐานอำนาจอธิปไตยของฝ่ายตุลาการตามที่กำหนดไว้ในเชิงหลักการของรัฐธรรมนูญ

แต่กระนั้นก็ตาม ในส่วนประเด็นเรื่องของผลทางกฎหมายต่อการวินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยเฉพาะการอรรถาธิบายขยายความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ยังเป็นอีกประเด็นหนึ่งที่ควรพิเคราะห์ถึงอันนำมาซึ่งปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักในหัวข้อถัดไปอีกครั้งหนึ่ง

4.3.1.1 ปัญหาอำนาจของศาลปกครองในการใช้เขตอำนาจศาลในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวเนื่องกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

สำหรับประเด็นปัญหาประการแรกเรื่อง ประเด็นเรื่องของอำนาจของศาลปกครองในการใช้เขตอำนาจศาลในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวเนื่องกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัตินั้น

---

[650]คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551

ประเด็นที่น่าสนใจในการพิเคราะห์ในเรื่องของ “เขตอำนาจขององค์กรฝ่ายตุลาการ” ในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาอันเกี่ยวเนื่องกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็คือ คดีการทำคำแถลงการณ์ร่วมระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชาในการขอขึ้นทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารเป็นมรดกโลกฝ่ายเดียวของประเทศกัมพูชา หรือ Joint Communiqué ดังกล่าว ซึ่งปรากฏว่าศาลปกครองกลางได้มีคำวินิจฉัยในคดีการทำคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว จนนำไปสู่ข้อวิพากษ์ในเชิงหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการในการใช้อำนาจอธิปไตยในการวินิจฉัยชี้ขาดดังกล่าว

เป็นที่ประจักษ์ว่าศาลปกครองกลางมิได้วินิจฉัย “ก้าวล่วง” ไปถึงอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาว่าการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ “จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ” ด้วยหรือไม่ แต่การวินิจฉัยชี้ขาดในคดีดังกล่าวกลับได้เน้นไปที่ “หลักความชอบด้วยกฎหมายและการกระทำทางปกครองในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่รัฐ” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

กรณีการวินิจฉัยคดีดังกล่าวของศาลปกครองกลางนั้น ผู้เขียนคงมิอาจก้าวล่วงวิจารณ์ต่อกรณีการทำคำวินิจฉัยดังกล่าวว่า “ศาลปกครองกลางวินิจฉัยคดีดังกล่าวผิดหรือถูกอย่างไร” ผู้เขียนก็คงเป็นแต่เพียงชี้ให้เห็นถึง “เหตุผลที่ศาลปกครองกลางได้พยายามอรรถาธิบาย” เพื่อแสดงถึงความเชื่อมโยงในเรื่องของ “เขตอำนาจของศาลปกครอง” ในการวินิจฉัยคดีเท่านั้น โดยสิ่งที่ผู้เขียนต้องการนำเสนอคือ “ข้อสังเกตและข้อวิพากษ์” ถึงความไม่สอดคล้องในเชิงหลักการและการใช้อำนาจเหนือคดีดังกล่าวแต่เพียงเท่านั้น

ประเด็นที่น่าสนใจก็คือ หากพิจารณาในเชิงหลักการแล้วจะพบว่า การที่ศาลปกครองกลางใช้อำนาจศาลเหนือกรณีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว จะดูประหนึ่งว่าไม่สอดคล้องต้องกันกับ “หลักการ แนวคิดและทฤษฎีกฎหมาย” ในฐานะที่ฝ่ายบริหารได้ใช้ “อำนาจทางการเมือง” ซึ่งมีนิติฐานะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ตามกรอบของกฎหมายภายใน และยังมีนิติฐานะว่าเป็น “การกระทำของรัฐ” ในระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศ แม้ “ผู้แทนรัฐ” ซึ่งมีอำนาจทำการ “แทนฝ่ายบริหาร”จะมี “ตำแหน่งในฝ่ายบริหาร” ด้วยก็ตาม แต่การใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวหาได้ดำเนินการในฐานะที่เป็น “เจ้าหน้าที่รัฐ” ที่ใช้ “อำนาจทางกฎหมาย” ในระดับพระราชบัญญัติ ซึ่งเป็น “การใช้อำนาจทางปกครอง” อันจะอยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองของเจ้าหน้าที่รัฐว่า “เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย” หรือไม่ ได้แต่อย่างใด

แม้การดำเนินการดังกล่าวจะอาศัยฐานทางกฎหมายให้อำนาจในการดำเนินการได้ก็ตาม แต่จากการศึกษาพบว่า การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีฐานการใช้อำนาจที่มาจาก “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” อีกทั้งแต่สารัตถะแห่งการใช้อำนาจยังเป็นมิติของ “การใช้อำนาจทางการเมือง” เพื่อไปดำเนินการตาม “กรอบและนโยบาย” ที่ฝ่ายบริหารได้แถลงต่อฝ่ายนิติบัญญัติในมิติของการเจริญความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การใช้อำนาจดังกล่าวจึงอยู่ภายใต้ระบอบของกฎหมายรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นการใช้อำนาจทางการเมือง

ผู้เขียนเห็นว่า ประเด็นการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญคงมิได้ผิดแผกแตกต่างไปจากหลักการ แนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายแต่อย่างใด คงมีแต่ประเด็นของของการใช้อำนาจของศาลปกครองเท่านั้น ที่ยังคงไม่สอดคล้องในเชิงหลักการ แนวคิดและทฤษฎีกฎหมาย

เป็นที่ประจักษ์ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดการปัญหาที่เกิดขึ้นจากการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศระหว่างฝ่ายบริหารซึ่งเป็นองค์กรหลักกับฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรรอง ในการศึกษาครั้งนี้ประเด็นคงมิได้ตั้งข้อสงสัยถึงการมีเขตอำนาจเหนือคดีของศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่จากกรณีศึกษาที่เคยเกิดขึ้นกับประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลในการวินิจฉัยคดีขององค์กรตุลาการครั้งนี้จึงมุ่งวิเคราะห์สภาพปัญหา ซึ่งเป็นกรณีที่ “ศาลปกครอง” มีการวินิจฉัยว่า ศาลปกครองมีเขตอำนาจเหนือคดีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารต่างหากที่ยังคงนำไปสู่ข้อสงสัยและการวิพากษ์ในเชิงหลักการอย่างกว้างขวาง ดังจะเห็นได้จากการที่นักกฎหมายบางท่าน[651] ให้ความเห็นว่า ศาลปกครองกลางไม่มีอำนาจในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับ “การกระทำทางรัฐบาลในด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ” ในขณะที่นักกฎหมายบางท่าน[652] กลับให้ความเห็นว่าศาลปกครองย่อมมีอำนาจในการพิจารณาคดีในกรณีที่เป็นการกระทำของรัฐบาลในเรื่องการดำเนินนโยบายระหว่างประเทศได้ ด้วยเหตุที่เป็น “การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ” ซึ่งสอดคล้องกันกับคำสั่งของศาลปกครองในคดีดังกล่าว

จากการศึกษาพบว่า ในกรณีของการทำคำแถลงการณ์ร่วมระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชา หรือที่รู้จักกันในนามการทำเอกสารที่เรียกว่า Joint Communiqué ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน พ.ศ. 2551 คำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ลงวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2551 ออกคำสั่งห้ามมิให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีดำเนินการใด ๆ ที่เกี่ยวกับมติของคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน พ.ศ. 2551 ด้วยเหตุที่ศาลปกครองกลางเห็นว่า “เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ” ต่อมาภายหลักศาลปกครองสูงสุดยืนยันคำสั่งของศาลปกครองกลางโดยมีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551 ลงวันที่ 8 กันยายน พ.ศ. 2551 คำสั่งศาลปกครองกลางดังกล่าวจึงได้ก่อให้เกิด “ข้อวิพากษ์อย่างกว้างขวาง” ถึงการใช้อำนาจต่อกรณีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว โดยเฉพาะเกี่ยวกับการที่ศาลปกครองไม่มีอำนาจในการพิจารณาคดีนี้แต่อย่างใด ด้วยเหตุที่การกระทำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีในกรณีเช่นว่านี้ โดยหลักการทางกฎหมายมหาชนเรียกว่าเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” หาได้เป็น “การกระทำทางปกครอง”แต่อย่างใดไม่ การใช้อำนาจ

---

[651]นันทวัฒน์ บรมานันท์, “การกระทำทางรัฐบาล,” **Public Law Net** (กรกฎาคม 2551): 2, ค้นวันที่ 10 พฤศจิกายน 2558 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1235; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองกลาง,” **Public Law Net** (สิงหาคม 2551): 1-2, ค้นวันที่ 10 พฤศจิกายน 2558 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1264

[652]อมร จันทรสมบูรณ์, **คำสั่งศาลปกครองกลางคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ถูกต้องหรือไม่? (การกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวกรณีฟ้องขอเพิกถอนคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาขึ้นทะเบียน “ปราสาทพระวิหาร”)**, หน้า 24, ค้นวันที่ 10 พฤศจิกายน 2558 จาก http://www.admincourt.go.th/attach/news_attach/2008/08/Article20080807.pdf

ดังกล่าวย่อมเป็นไปเพื่อการดำเนินนโยบายและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ จึงหาได้ตกอยู่ภายใต้ “การตรวจสอบการใช้อำนาจทางกฎหมาย” โดยศาลปกครองแต่อย่างใดไม่[653]

ผู้เขียนเห็นว่า การที่ศาลปกครองออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว และการยืนยันคำสั่งดังกล่าวโดยคำสั่งศาลปกครองสูงสุดในคดีการทำคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว ขัดแย้งกับหลักการที่ศาลปกครองสูงสุดไว้วางไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ลงวันที่ 30 มีนาคม พ.ศ. 2550 ในคดีการทำความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น หรือคดี JTAPA ซึ่งได้วางหลักไว้ในคำวินิจฉัยว่า “การหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ” เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารและเป็นการกระทำทางรัฐบาล ด้วยเหตุที่การดำเนินการดังกล่าวเป็น “การกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ซึ่ง “ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญ” ในฐานะที่เป็นกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และประการที่สำคัญการกระทำนั้นเป็น “การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ” หาได้เป็นการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติในการออกกฎ คำสั่งหรือกระทำการอื่นใด เพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผลหรือเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายแต่อย่างใดไม่ การทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวจึงหาได้อยู่ภายใต้อำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารแต่อย่างใดไม่[654]

การที่ศาลปกครองได้อรรถาธิบายความเพื่อสนับสนุนในประเด็นการตีความขยายเขตอำนาจของศาลปกครองเหนือกรณีการทำคำแถลงการณ์ร่วมของรัฐบาล ซึ่งเป็นการใช้อำนาจในการดำเนินกิจการหรือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศด้วยเหตุผลที่ว่า ศาลปกครองกลางพิจารณาแล้วเห็นว่าการใช้อำนาจดังกล่าว “ได้ก่อให้เกิดการกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนชาวไทย . . . ในการครอบครองและรักษาไว้ซึ่งอาณาเขต ดินแดน . . . การกระทำของรัฐบาลดังกล่าวจึงเป็นการดำเนินการของเจ้าหน้าที่รัฐในทางปกครองที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง”[655]

ประเด็นที่น่าสนใจก็คือ การให้เหตุผลดังกล่าวได้นำไปสู่การวิพากษ์ว่า ผลของคำสั่งดังกล่าวส่งผลให้การดำเนินการของฝ่ายบริหารที่เป็น “การตัดสินใจทางนโยบายหรือเป็นการกระทำทางรัฐธรรมนูญ” ซึ่งมีผลถึงประชาชนไม่มากก็น้อยและไม่ว่าจะโดยทางใดทางหนึ่งก็ตาม ย่อมถูกตีความได้ว่าเป็น “การดำเนินการของรัฐในทางปกครอง” ซึ่งอยู่ในอำนาจศาลปกครองได้ด้วยเช่นกัน[656] ผลที่ตามมาย่อมก่อให้เกิดความไม่แน่นอนว่า ศาลปกครองจะออกคำสั่ง “ระงับยับยั้งการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการดำเนินนโยบายและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ” ในเวลาใด เหตุดังกล่าวได้นำไปสู่ปัญหาการสร้างความขัดข้องในเชิงหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศอย่างหลีกเลี่ยงมิได้

---

[653]วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองกลาง,” **Public Law Net**, หน้า 1.

[654]โปรดดูเหตุผลในการทำคำสั่งคดีของศาลปกครองสูงสุดในคดีคดีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น JTEPA; คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551 (เขาพระวิหาร),” **Public Law Net**, หน้า 2.

[655]คำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551

[656]วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551 (เขาพระวิหาร),” **Public Law Net**, หน้า 3.

นอกจากนั้นแล้ว ประเด็นเรื่องของผู้ฟ้องคดีต้องเป็นผู้เสียหายหรือเดือดร้อนที่สามารถใช้สิทธิทางศาลได้ ศาลปกครองได้อรรถาธิบายว่า “แม้ผู้ฟ้องคดีจะเป็นประชาชนไทยย่อมมีหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญในการรักษาผลประโยชน์ของประเทศชาติ” การทำคำแถลงการณ์ร่วมจึงมีผลกระทบต่อสิทธิของความเป็นประชาชนไทยโดยตรง ยังส่งผลต่อหลักการเกี่ยวกับ “การรับฟ้องคดีในฐานะที่เป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายหรือเดือนร้อนจากการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ” ด้วยเช่นกัน[657]

จากการศึกษาพบว่า ในคำสั่งคำร้องของศาลปกครองสูงสุดที่ 555/2550 ลงวันที่ 27 สิงหาคม 2550 การวินิจฉัยคดีของศาลปกครองในคดีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) ในประเด็นการทำรับฟังความคิดเห็นของสาธารณะโดยวิธีประชาพิจารณ์ ศาลปกครองได้มีคำสั่งว่า ผู้ฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้ที่ได้รับ “ความเดือนร้อนหรือความเสียหายจริง” ในขณะที่การทำวิธีประชาพิจารณ์ไม่ว่าจะ “โดยชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ก็ตาม โดยสภาพแล้วย่อม “ไม่อาจ” ที่จะก่อให้เกิดความเดือนร้อนหรือความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดได้เลย[658]

ดังนั้น การที่ผู้เสียหายที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้จะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือได้รับความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ในกรณีของการออกคำสั่งของศาลปกครองรับฟ้องด้วยเหตุที่ผู้ร้องซึ่งเป็นประชาชนชาวไทยในฐานะที่เป็นผู้มีสิทธิและหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญในการปกป้องผลประโยชน์ชาติ และในฐานะที่เป็นผู้ที่ได้รับความเดือนร้อนและได้รับความเสียหายจากการทำคดีคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว ย่อมส่งผลกระทบในเชิงหลักการได้ว่า หากให้ต่อไปในภายภาคหน้าผู้ร้องเพียงแต่เป็น “ผู้ที่มีสัญชาติไทย” แล้ว ย่อมใช้สิทธิในฐานะที่เป็นประชาชนชาวไทยซึ่งมีสิทธิและหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญในการปกป้องผลประโยชน์ชาติ โดยเฉพาะการใช้สิทธิฟ้องร้องเพื่อขอให้ศาลปกครองระงับยับยั้งการใช้อำนาจในทางการเมืองซึ่งเป็นการกระทำทางรัฐบาลได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

แม้ในเชิงหลักการของ “กฎหมายมหาชน” นั้น การตีความกฎหมายมีความเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของรัฐในฐานะที่เป็น “ผู้มีอำนาจเหนือกว่าในการใช้อำนาจกับเอกชน”[659] การตีความในระบบกฎหมายมหาชนจึงอาจจะส่งผลผลกระทบในวงกว้างกับส่วนรวมได้ การตีความกฎหมายดังกล่าวจึงมิอาจยึดถือประโยชน์ของปัจเจกชนคนใดคนหนึ่งเป็นสำคัญได้ แต่จำต้องคิดพิเคราะห์และใคร่ควรและคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญมากยิ่งไปกว่าผลประโยชน์ที่จะบังเกิดขึ้นกับปัจเจกชนคนใดคนหนึ่ง ซึ่งเป็นผลมาจากการใช้อำนาจรัฐในทางกฎหมายมหาชน[660] ทั้งนี้

---

[657]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 4.

[658]โปรดดู การให้เหตุผลของศาลปกครองสูงสุดในคดีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (Japan-Thai Economic Partnership Agreement: JTEPA) คำร้องที่ 333/2550, คำสั่งที่ 555/2550 ลงวันที่ 27 สิงหาคม 2550, หน้า 6.

[659]อรุณ ภาณุพงศ์, **หลักการตีความกฎหมายมหาชน**, หน้า 4.

[660]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เลขาธิการสถาบันพระปกเกล้า, 2 มิถุนายน 2553, การสัมภาษณ์ อ้างถึงใน สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, สำนักกฎหมาย, กองบรรณาธิการ, “หลักการตีความกฎหมายตามครรลองของหลักนิติรัฐและนิติธรรม,” **วารสารจุลนิติ** 7, 4 (กรกฎาคม-สิงหาคม 2553): 34-35.

ผู้เขียนเองก็มิเห็นคล้อยด้วยกันกับการตีความและการอรรถาธิบายความของศาลปกครองสูงสุดว่า การทำคำแถลงการณ์ร่วม (Joint Communiqué) เป็นการใช้อำนาจปกครองของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ อันมีนิติฐานะเป็นการใช้อำนาจปกครอง ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของระบอบกฎหมายมหาชนเท่าใดนัก ด้วยอาศัยฐานความเชื่อมโยงในการให้เหตุผลที่มาจากหลักการตีความกฎหมายมหาชนที่ต้องคำนึงถึง “ผลประโยชน์สาธารณะ” มากจนนำไปสู่การทำคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ขัดต่อหลักการในเรื่องอำนาจฟ้องคดีปกครอง โดยอาศัยก็แต่เฉพาะฐานะที่เป็นผู้เดือนร้อนและได้รับความเสียหายโดยตรงจากการใช้อำนาจรัฐของผู้ร้องซึ่งเป็นประชาชนชาวไทยทั่วไป เพื่อระงับยับยั้ง “การใช้อำนาจทางการเมืองระหว่างประเทศ” ที่มีนัยทางกฎหมายเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ในกฎหมายมหาชน และ “การกระทำของรัฐ” ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายบริหาร หาได้เป็นการใช้ “อำนาจทางกฎหมาย” ซึ่งมีนิติฐานะเป็นกระทำทางปกครองแต่อย่างใดไม่

ผู้เขียนมิได้ปฏิเสธ “การมีสิทธิการมีส่วนร่วมของภาคประชาชน” ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในเรื่องการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ แต่กรณีของคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดีการทำคำแถลงการณ์ร่วม (Joint Communiqué) ดูประหนึ่งว่าจะขัดกับหลักการที่ศาลปกครองสูงสุดได้เคยวางไว้ในกรณีของคดีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JATEPA) ซึ่งศาลมิได้มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีดังกล่าวได้ และรัฐธรรมนูญก็ “มิได้รับรอง” การใช้สิทธิและหน้าที่ของประชาชนชาวไทยเพื่อปกป้องผลประโยชน์ชาติ จากการใช้อำนาจทางการเมืองระหว่างประเทศแต่อย่างใด การใช้สิทธิและหน้าที่ในฐานะของประชาชนชาวไทยดังกล่าวดูจะล่วงเลยไปจนดูประหนึ่งว่า “กระเดียดไปจนเป็นการแทรกแซงและควบคุม” การใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร “โดยภาคประชาชน” มากกว่าที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ หากพิเคราะห์พัฒนาการในอดีตในเชิงประวัติศาสตร์ที่เกิดขึ้น แม้ประชาชนจะมีสิทธิและอำนาจหน้าที่ในการมีส่วนร่วมทางการเมืองมากขึ้นก็ตาม การใช้สิทธิและอำนาจทางการเมืองของภาคประชาชนต้องเป็นไปตามที่ “รัฐธรรมนูญกำหนด” อีกทั้งการใช้อำนาจของภาคประชาชนก็ควรกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจเพื่อให้เกิดความสมดุล แต่ ทั้งนี้ การใช้อำนาจของประชาชนดังกล่าวจะต้องไม่เป็น “การสร้างอุปสรรคขัดขวาง” ต่อการใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหารมากจนเกินไป

ด้วยเหตุดังกล่าวคำถามจึงบังเกิดว่า แล้วจะรู้ได้อย่างไรว่า “ภาคประชาชนควรวางและใช้สิทธิและอำนาจทางการเมืองเพื่อให้เกิดความสมดุลได้อย่างไร” ผู้เขียนเห็นว่า คำตอบก็คงอยู่ที่การวางบทบาทและอำนาจหน้าที่ทางการเมืองของภาคประชาชนไว้โดยองค์กรตุลาการ ในฐานะที่จะเป็นผู้ที่กำหนดทิศทางและกรอบการใช้สิทธิและอำนาจทางการเมืองของภาคประชาชนว่า “เรื่องใดที่ประชาชนสามารถใช้สิทธิและอำนาจในการดำเนินการได้ หรือเรื่องใดไม่สามารถใช้สิทธิที่จะดำเนินการได้” และในฐานะที่องค์กรตุลาการมีฐานะเป็นผู้วางหลักให้กับวงการวิชาการ และทางการเมืองใช้เป็นหลักการที่มั่นคงเพื่อยึดถือในทางปฏิบัติให้เกิดขึ้นได้ต่อไป

ด้วยเหตุและผลที่ผ่านมาทั้งหมดทั้งมวลจึงเป็นที่ประจักษ์ว่า คำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551 เป็นประเด็นปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลในการวินิจฉัยคดีขององค์กรตุลาการโดยศาลปกครอง ซึ่งเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปัญหาการตีความหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยองค์กรตุลาการตามหลักการในรัฐธรรมนูญที่ผ่าน

มา สร้างความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร ด้วยเหตุที่การใช้อำนาจทางบริหารในการดำเนินนโยบายและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ สร้างความไม่เชื่อมั่นในอำนาจและการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเองในเชิงหลักการว่า ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในเรื่องใด และสามารถดำเนินการได้แค่ไหน เพียงใด

สภาพปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นกับประเทศไทยจึงมีที่มาอันเกิดขึ้นจาก ความไม่แน่นอนในเชิงหลักการที่ศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัยคดีไว้ในคดีดังกล่าว และไม่แน่ว่าการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารดังกล่าวอาจถูกร้องโดย “ผู้ใดผู้หนึ่ง” ที่อ้างว่าเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการ “ดำเนินนโยบายและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ” ได้ไม่ว่าเวลาใดเวลาหนึ่งก็ตาม

ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่า การใช้อำนาจของศาลปกครองต่อเหนือกรณีการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะดูประหนึ่งว่าเป็น “การใช้อำนาจก้าวล่วง” อำนาจหรือเป็น “การแทรกแซงการใช้อำนาจ” (Intervene) ของฝ่ายบริหารไปแล้วหรือไม่ การที่ศาลปกครอง “ควบคุม” การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารได้ โดยขึ้นอยู่กับการที่ศาลปกครอง “ตามแต่จะเลือกตีความ”[661] ย่อมมีผลกระทบต่อ “ความเชื่อมั่นในเชิงหลักการ” เกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารอย่างหลีกเลี่ยงมิได้

กล่าวโดยสรุปแล้ว ประเด็นเรื่องของการใช้อำนาจของศาลปกครองในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวเนื่องกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวที่ผ่านมา สร้างผลกระทบในเชิงหลักการโดยเฉพาะความเชื่อมันของอำนาจและการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะข้อกังวลในการถูกศาลปกครองมีคำสั่งระงับยับยั้งการใช้อำนาจทางการเมืองของฝ่ายบริหารในการเจริญความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ประเด็นสำคัญอยู่การวางหลักการในการวินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับหลักการ แนวคิดและทฤษฎีกฎหมายย่อมเป็นฐานที่สำคัญในการแก้ไขปัญหาวิกฤตของประเทศไทยที่มาจากการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้เป็นอย่างดี

4.3.1.2 ปัญหาการใช้อำนาจของศาลปกครองในการวินิจฉัยชี้ขาดการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะเป็นการก้าวล่วงการใช้อำนาจทางการเมืองของของฝ่ายบริหารหรือไม่

สำหรับประเด็นปัญหาประการที่สองคือ การใช้อำนาจของศาลปกครองในการวินิจฉัยชี้ขาดการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ผ่านมา จะเป็นการก้าวล่วงการใช้อำนาจทางการเมืองของฝ่ายบริหารหรือไม่

ประเด็นที่น่าสนใจในการขบคิดและวิเคราะห์ต่อเนื่องจากประเด็นปัญหาประการแรกก็คือ การใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดของศาลปกครองกลางในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายตุลาการเหนือกรณีการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารตามอำนาจที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จะดูประหนึ่งว่าเป็น “การก้าวล่วงหรือแทรกแซง” การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในทางการเมืองและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือไม่ อย่างไร และฐานการ

---

[661]วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551 (เขาพระวิหาร),” **Public Law Net**, หน้า 3.

ใช้อำนาจขององค์การฝ่ายตุลาการควรวางบทบาทและเขตอำนาจในการวินิจฉัยคดีอย่างไรโดยไม่ขัดแย้งในเชิงหลักการของกฎหมาย

จากการศึกษาพบว่า การใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดและออกคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว นักกฎหมายบางท่าน[662] ได้ให้ความเห็นทางกฎหมายไว้น่าสนใจว่า

> ฝ่ายปกครองมีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน แต่ศาลปกครองไม่มีหน้าที่ 'บริหาร' มีเพียงหน้าที่ 'ควบคุมการบริหารราชการ' ให้เป็นไปตามกฎหมาย หลักนี้สำคัญมาก เพราะถ้าศาลปกครองสามารถ 'สั่ง' ฝ่ายปกครองได้ทุกเรื่อง ก็เท่ากับศาลลงมาบริหารราชการแผ่นดินเสียเอง ซึ่งจะกลายเป็น 'ศาลเป็นรัฐบาล' (Government of Judge) และฝ่ายปกครองจะเป็นเพียงลูกน้อง

เป็นที่น่าสังเกตว่า ศาลปกครองสูงสุดเอง ก็ได้เคยวางหลักการที่เป็นที่ประจักษ์ในฐานะที่เป็นฐานที่ใช้สนับสนุนในเชิงหลักการถึงการยึดถือหลักการ แนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารว่า การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารดังกล่าวหาได้อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองแต่อย่างใดไม่ ด้วยเหตุที่การใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจทางการเมือง เพื่อดำเนินนโยบายและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หาได้เป็นการใช้อำนาจทางกฎหมาย ที่ซึ่งการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารดังกล่าวหาได้มีลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองและอยู่ภายใต้ระบบการควบคุมและตรวจสอบโดยศาลปกครองแต่อย่างใดไม่[663]

จากการศึกษาเปรียบเทียบแนวปฏิบัติและรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ผ่านมาจะเห็นได้ว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีองค์ประกอบที่มาจากการแต่งตั้งทั้งจากฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติประกอบกัน คณะบุคคลที่ถูกแต่งตั้งดังกล่าวจึงมีฐานที่มาจากฐานการใช้อำนาจทางการเมืองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นหลัก ดังนั้น การใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นปัญหาเรื่องของ "ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับพันธกรณีระหว่างประเทศ" ดังกล่าว ซึ่งมีฐานการใช้อำนาจที่มาจากการใช้อำนาจทาง "การเมืองระหว่างประเทศ" ของฝ่ายบริหารโดยตรง

แต่ในขณะที่การวินิจฉัยชี้ขาดปัญหา "ความชอบด้วยกฎหมายภายในระดับรัฐบัญญัติ" กับบรรดาความตกลงระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาที่มีสภาพบังคับใช้แล้ว กับประเด็นเรื่ององค์กรและการใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดสถานะและการบังคับใช้กฎหมายระหว่างบรรดาความตกลงระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญากับกฎหมายภายในนั้น ย่อมเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นปัญหาที่มีฐานที่มาจากการใช้ "อำนาจทางกฎหมาย" หาได้เป็นการใช้อำนาจที่มีฐานที่มาจาก "การ

---

[662]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **บทวิเคราะห์ทางวิชานิติศาสตร์ต่อคำสั่งศาลปกครองกลางกำหนดวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ฯ ในคดีแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา**, หน้า 5.

[663]โปรดดู คดีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA); คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550

ใช้อำนาจทางการเมือง” แต่อย่างใดไม่ ดังนั้น ระบบกฎหมายฝรั่งเศสจึงวางดุลการใช้อำนาจตุลาการในการใช้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวให้เป็นอำนาจของ “ศาลปกครองสูงสุด”[664]

ผู้เขียนเห็นว่า หากพิจารณาบทบาทของศาลปกครองดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองตีความขยายอำนาจ “ข้ามแดน” แห่งฐานอำนาจ กล่าวคือ ศาลปกครองมีฐานการใช้อำนาจที่มาจากความเชื่อมโยงจากการที่ฝ่ายบริหารใช้ “อำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ” เท่านั้น ในขณะที่คดีดังกล่าวศาลปกครองกลับตีความว่า ศาลปกครองมีฐานการใช้อำนาจที่มาจากความเชื่อมโยงจากการที่ฝ่ายบริหาร “ใช้อำนาจทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญ” ไปด้วย

คงมิผิดประการใดหากจะกล่าวว่า การใช้อำนาจดังกล่าวของศาลปกครองสูงสุดจึงดูว่าจะมิชอบด้วยหลักการแต่ประการใด ประกอบกับการออกคำสั่ง “ระงับยับยั้งการใช้อำนาจ” ของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ จึงดูประหนึ่งว่าศาลปกครองสามารถ “สั่งฝ่ายปกครอง” ได้ในทุก ๆ เรื่อง ถึงแม้ว่าจะเป็นการดำเนินนโยบายต่างประเทศซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองระหว่างประเทศก็ตาม เหตุดังกล่าวจึงเท่ากับว่าศาลปกครองได้ลงมาบริหารราชการแผ่นดินแทนฝ่ายบริหารเสียเอง การใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการดังกล่าวจึงดูประหนึ่งว่า “ตุลาการเป็นรัฐบาล” ในขณะที่ “ฝ่ายบริหารเป็นเพียงผู้ปฏิบัติ” ตามเท่านั้น การออกคำสั่งดังกล่าวจึงขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุลอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ ดังนั้น หากจะมิเรียกได้ว่าเป็นการ “ก้าวล่วงการใช้อำนาจทางการเมือง” ของฝ่ายบริหารแล้ว ก็มิรู้ว่าจะนิยามด้วยวลีหรือด้วยถ้อยคำใด

เพื่อหลีกเลี่ยงการวิพากษ์ดังกล่าว การวินิจฉัยคดีจำต้องยึดหลักการเป็นที่ตั้ง ดังเช่นแนวปฏิบัติและรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนด ไม่ว่าจะเป็นทั้งฐานและที่มาจากการใช้อำนาจว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองระดับรัฐธรรมนูญ มิได้เป็นการใช้อำนาจทางกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่เป็นการกระทำทางปกครองแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุปแล้ว การออกคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในกิจการต่างประเทศเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้งที่ปรากฏในคดี JATPA และคดี Joint Communiqué ฝ่ายตุลาการเองก็หาได้วินิจฉัยชี้ขาดไปในทางเดียวกันแต่อย่างใดไม่ การใช้อำนาจศาลปกครองที่ปรากฏในคดี Joint Communiqué จึงดูประหนึ่งว่าศาลปกครอง “ควบคุม” การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยไม่สอดคล้องกับหลักการของ “การใช้อำนาจและฐานทางกฎหมาย” ที่ใช้ในการอธิบายถึงการใช้เขตอำนาจของศาลปกครอง

ยิ่งไปกว่านั้น การใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการหรือศาลซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเพื่อระงับยับยั้งการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน จึงหาได้เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจและองค์กรที่ใช้อำนาจที่ถูกต้องแต่อย่างใดไม่ อาจกล่าวได้ว่า การออกคำสั่งดังกล่าวจึงเป็นการที่ศาลปกครองใช้อำนาจ “ข้ามแดนแห่งฐานอำนาจ” ที่เป็นเกณฑ์ใช้แบ่งการใช้อำนาจระหว่าง “การเมือง” และ “กฎหมาย” จนกลายเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการเพื่อทำการ “ควบคุม” มิใช่ “ตรวจสอบและถ่วงดุล” ฝ่าย

---

[664]René Chapus, *op. cit.,* p. 137 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 185.

บริหารอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ ท้ายที่สุด ผลที่บังเกิดขึ้นดังกล่าวก็คือ ความไม่เชื่อมันในเชิงหลักการของ “อำนาจและการใช้อำนาจ” ของฝ่ายบริหารในการดำเนินกิจการและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และความรับผิดชอบทางการเมืองรวมทั้งความรับผิดชอบทางกฎหมาย

4.3.2 ปัญหาเรื่องหลักการที่ใช้ในการตีความโดยองค์กรตุลาการ

เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ถึงปัญหาความขัดข้องในเชิงหลักการที่เกิดขึ้นจากผลของคำวินิจฉัยโดยองค์กรตุลาการที่ผ่านมานั้น ผู้เขียนตั้งประเด็นในการวิเคราะห์สภาพปัญหาเรื่องหลักการที่ใช้ในการตีความหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยองค์กรตุลาการตามหลักการในรัฐธรรมนูญที่ผ่านมาสร้างความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้ใน 2 ประเด็น ดังนี้

ประการแรก ปัญหาในเรื่องการวินิจฉัยว่าตราสารระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารทำมีนิติฐานะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามความหมายของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 หรือไม่ และอยู่ในเขตอำนาจขององค์กรตุลาการที่ทำคำวินิจฉัยหรือไม่

ประการที่สอง ปัญหาเรื่องการตีความและการอรรถาธิบายความเพื่อสนับสนุนต่อการทำคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ

4.3.2.1 ปัญหาการวินิจฉัยว่าตราสารระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารทำมีนิติฐานะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามความหมายของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 หรือไม่ และอยู่ในเขตอำนาจขององค์กรตุลาการที่ทำคำวินิจฉัยหรือไม่

สำหรับประเด็นปัญหาประการแรก ปัญหาเรื่องการวินิจฉัยว่าตราสารระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารทำมีนิติฐานะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามความหมายของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 หรือไม่ และอยู่ในเขตอำนาจขององค์กรตุลาการที่ทำคำวินิจฉัยหรือไม่ ซึ่งเป็นประเด็นที่ผู้เขียนต้องการพิสูจน์ถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นประการหนึ่งจากการตีความหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยองค์กรตุลาการตามหลักการในรัฐธรรมนูญที่ผ่านมา ซึ่งสร้างความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

การมีนิติฐานะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือไม่ เป็นประเด็นเบื้องต้นในทำคำวินิจฉัยชี้ขาดเพื่อนำไปสู่การวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นอื่น ความสำคัญของการมีนิติฐานะว่าเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือไม่ จึงอยู่ที่หลักการที่องค์กรตุลาการใช้ในการตีความและการอรรถาธิบายความลักษณะของตราสารระหว่างประเทศที่ทำโดยฝ่ายบริหารที่จะนำไปสู่การยอมรับหรือการไม่ยอมรับในผลของคำวินิจฉัยและการวิพากษ์ในเชิงหลักการที่เกิดขึ้น

จากการศึกษาพบว่า ในกรณีการทำหนังสือแจ้งความจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ ศาลรัฐธรรมนูญได้มีวินิจฉัยที่ 11/2542 โดยเห็นว่าการทำหนังสือแสดงเจตจำนงดังกล่าว หาได้มีนิติฐานะเป็นหนังสือสัญญาแต่อย่างใดไม่ ในคดีนี้ศาลพิเคราะห์โดยอ้างอิงหลักการทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศประกอบการให้เหตุผล ดังจะเห็นได้จากการที่ศาลรัฐธรรมนูญได้อรรถาธิบายหลักการในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามหลักการที่ปรากฏในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 และ ค.ศ. 1986 ประกอบกับการให้เหตุผลว่า แม้การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะทำภายใต้รัฐธรรมนูญไทย แต่ก็จำต้อง

พิจารณาว่าการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวได้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งด้วยหรือไม่

ประการที่สำคัญยิ่ง ศาลรัฐธรรมนูญยังทำคำวินิจฉัยชี้ขาดโดยพิเคราะห์จากการกระทำทั้งในทางภววิสัยว่า การทำหนังสือแสดงเจตจำนงเป็นการลงนามของประเทศไทยฝ่ายเดียวโดยไม่มีการตอบรับสนองเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ และประการที่สำคัญศาลรัฐธรรมนูญมิได้ละเลยต่อการคำนึงถึงลักษณะการแสดงออกที่นำไปสู่ลักษณะทางอัตวิสัยที่สามารถชี้ไปถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของคู่กรณีประกอบการพิจารณาว่า ทั้งประเทศไทยและกองทุนเอ็งหาได้ถือว่าหนังสือแสดงเจตจำนงดังกล่าวเป็นการขอทำความตกลงระหว่างประเทศที่ทั้งสองฝ่ายต้องการก่อให้เกิดพันธะผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใด[665]

ในขณะที่การทำคำแถลงการณ์ร่วมระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชาในการขึ้นทะเบียน ปราสาทเขาพระวิหารเป็นมรดกโลกฝ่ายเดียวของประเทศกัมพูชา[666] แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะใช้หลักการที่ปรากฏทั้งในกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศประกอบการวินิจฉัยก็ตาม แต่ศาลรัฐธรรมนูญหาได้คำนึงถึงเจตจำนงทางการเมือง ซึ่งเป็นลักษณะทางอัตวิสัยที่สามารถชี้ไปถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของทั้งสองประเทศ ที่ซึ่งได้ปรากฏขึ้นทั้งก่อนและภายหลังทำคำแถลงการณ์ร่วมในลักษณะที่คู่กรณีทั้งสองไม่ต้องการให้คำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวให้มีผลผูกพันในฐานะที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใด[667] เฉกเช่นที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยหยิบยกขึ้นมาใช้ในการอรรถาธิบายความในคดีการทำหนังสือแจ้งความจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศในคดีที่ผ่านมา

แม้ในเชิงหลักการเกี่ยวกับการค้นหาเจตนารมณ์ที่แท้จริงว่าคู่กรณีมีความต้องการหรือมีเจตนาที่จะให้ตราสารที่ทำขึ้นนั้นมีนิติฐานะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือไม่จะเป็นไปได้โดยยากก็ตาม[668] ด้วยเหตุที่การค้นหาเจตนาของคู่กรณีต้องอาศัยการพิเคราะห์จากถ้อยคำที่ปรากฏ

---

[665]คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542

[666]คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551

[667]ดังปรากฏข้อมูลในหนังสือโต้ตอบทางการทูตระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชา ในหนังสือของกระทรวงการต่างประเทศ เลขที่ 0803/636 ลงวันที่ 25 สิงหาคม 2551 โดยนายเตช บุนนาค ในฐานะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของประเทศไทย และหนังสือของกระทรวงการต่างประเทศและความร่วมมือระหว่างประเทศของประเทศกัมพูชา โดยนายฮอร์ นัมฮง รองนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและความร่วมมือระหว่างประเทศ ลงวันที่ 1 กันยายน 2551

[668]Kelvin Widdows, “What is an Agreement in Internatioanl Law,” **British Yearbook of Interantional Law** (1979): 137 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, **ปัญหาการทำสนธิสัญญาตามรัฐธรรมนูญ 2550**, หน้า 15.

ประกอบกับบริบทที่เกิดขึ้นในขณะที่ได้มีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ[669] และภายหลังจากที่มีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ตาม แต่ฝ่ายตุลาการก็มิอาจละเลยที่จะดำเนินการอย่างรอบคอบและรอบด้านได้แต่อย่างใด

นอกจากนั้นแล้ว ในกรณีที่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นสนธิสัญญาตามความหมายในกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ปัญหาที่จำต้องศึกษาพิจารณาต่อไปก็คือ หนังสือสัญญาระหว่างประเทศเช่นว่านั้นจำต้องนำเข้าสู่การพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากที่ประชุมร่วมของรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติด้วยหรือไม่

จะเห็นได้ว่าในทางปฏิบัติที่ผ่านมา มีประเด็นที่จำต้องพิจารณาและคำนึงถึงเป็นอย่างยิ่งด้วยเหตุแห่งคดีที่เกิดขึ้นหลายคดี อาทิ คดีเกี่ยวกับการทำหนังสือแสดงเจตจำนงต่อกองทุนการเงินระหว่างประเทศก็ดี การทำหนังสือเกี่ยวกับการใช้สนามบินอู่ตะเภาก็ดี การทำหนังสือแถลงการณ์ร่วมในการขึ้นทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารก็ดี ย่อมเป็นที่ประจักษ์ชัดถึงลักษณะของคำวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศใดมีลักษณะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จำต้องนำเข้าสู่การพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ ปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยชี้ขาดถึงลักษณะของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่กระทำโดยนักกฎหมายมหาชนที่อาจมีความเข้าใจคลาดเคลื่อนในหลักการ หรืออาจกล่าวได้ว่า หาได้มีความเข้าใจถึงลักษณะของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศอย่างแท้จริงแต่อย่างใดไม่

ยิ่งไปกว่านั้น นอกจากปัญหาการทำคำวินิจฉัยชี้ขาดถึงลักษณะของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแล้ว ยังมีปัญหาที่เกิดขึ้นจากการตีความกฎหมายทั้งในลักษณะของถ้อยคำในตัวอักษร เจตนารมณ์ของหนังสือสัญญา หรือแม้แต่ปัญหาในลักษณะการแสดงเจตนาที่ปรากฏออกไปโดยฝ่ายบริหาร อาทิ หนังสือโต้ตอบทางการทูตระหว่างรัฐบาล เป็นต้น ซึ่งในการตีความดังกล่าวคำถามที่เกิดขึ้นก็คือ ศาลรัฐธรรมนูญหาได้มีความเข้าใจบริบทในลักษณะการดำเนินการตามความสัมพันธ์ทางการทูตอย่างแท้จริงแต่อย่างใดไม่[670] การตีความดังกล่าวย่อมส่งผลให้การตีความการแสดงเจตนาก็ดี การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ดี ผิดไปจากหลักการในกฎหมายที่ควรจะเป็นได้เช่นกัน

อาจกล่าวได้ว่า ปัญหาการตีความหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยองค์กรตุลาการตามหลักการในรัฐธรรมนูญที่ผ่านมาสร้างความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ มีปัญหาส่วนหนึ่งที่มาจากการวินิจฉัยว่าตราสารระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารทำมีนิติฐานะเป็นหนังสือ

---

[669]"The Aegean Sea Continental Shelf Case, (Jurisdiction)," **I.C.J. Report** (1978): para. 96, 104-106 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, **ปัญหาการทำสนธิสัญญาตามรัฐธรรมนูญ 2550**, หน้า 14.

[670]ตุลาการรัฐธรรมนูญบางท่านมิได้คำนึงถึงการแสดงเจตจำนงทางการเมือง (Political Commitment) ประกอบการวินิจฉัย ในการนี้ผู้เขียนเห็นว่ามิควรที่จะระบุนามแต่ละท่านเป็นการเฉพาะเพื่อสนับสนุนข้อวิพากษ์ของผู้เขียนแต่อย่างใด แต่โปรดพิเคราะห์จากคำวินิจฉัยคดีส่วนตนของตุลาการรัฐธรรมนูญแต่ละท่าน; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551

สัญญาระหว่างประเทศตามความหมายของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 หรือไม่ และอยู่ในเขตอำนาจขององค์กรตุลาการที่ทำคำวินิจฉัยหรือไม่

กล่าวโดยสรุป คงมิผิดเพี้ยนแต่ประการใดหากจะกล่าวว่าความสำคัญของการยึดถือหลักการที่ปรากฏทั้งในกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อใช้ในการอรรถาธิบายความในคดีที่นำสู่การวินิจฉัยชี้ขาดโดยฝ่ายตุลาการที่เกิดขึ้นจะช่วยลดทอนปัญหาที่เกิดขึ้นจากผลของคำวินิจฉัยชี้ขาดคดี ด้วยเหตุที่ผลของคำวินิจฉัยชี้ขาดย่อมส่งผลถึงความเชื่อมันในเชิงหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาอธิปไตยขององค์กรหลักโดยตรง ในฐานะที่เป็นสารัตถะในการยึดเป็นหลักการซึ่งฝ่ายบริหารต้องใช้เป็นฐานการตัดสินใจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ และในฐานะที่การดำเนินการดังกล่าวจะนำไปสู่การมีผลผูกพันในทางกฎหมายระหว่างประเทศกับประเทศไทยต่อไปด้วยหรือไม่ อย่างไร

4.3.2.2 ปัญหาการตีความและการอรรถาธิบายความเพื่อสนับสนุนต่อการทำคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ

ส่วนประเด็นปัญหาประการที่สอง ปัญหาเรื่องการตีความและการอรรถาธิบายความเพื่อสนับสนุนต่อการทำคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ จากการศึกษาพบว่าในการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity: CBD) ของประเทศไทย และกรณีการทำคำแถลงการณ์ร่วมระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชาในการขึ้นทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารเป็นมรดกโลกฝ่ายเดียวของประเทศกัมพูชา (Joint Communiqué) เป็นกรณีศึกษาและข้อค้นพบของผู้เขียนในฐานะที่เป็นเหตุเบื้องต้นที่ทำให้เห็นประจักษ์ได้ถึง ปัญหาอันเกิดขึ้นจากการตีความหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยองค์กรตุลาการตามหลักการในรัฐธรรมนูญได้สร้างความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศให้กับประเทศไทย ปัญหาดังกล่าวสืบเนื่องจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญได้พยายามตีความและอรรถาธิบายความเพื่อสนับสนุนต่อการใช้อำนาจในการทำคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการที่เกิดขึ้นดังกล่าว

ประเด็นข้อวิพากษ์ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจากการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพของฝ่ายบริหาร มีที่มาจากปัญหาเริ่มตั้งแต่การให้ความเห็นที่มีความแตกต่างกันระหว่างกระทรวงการต่างประเทศ[671] และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา[672] กล่าวคือ

---

[671]ผู้เขียนเห็นว่า กระทรวงการต่างประเทศตีความ “แบบแคบ” โดยเห็นว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” มีความหมายเฉพาะเป็นพิเศษในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และมีที่มาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 แม้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญจะใช้คำว่า “เขตอธิปไตยแห่งชาติ” ก็ตาม อันหมายถึงเขตหรือพื้นที่ในทะเลซึ่งอยู่นอกอาณาเขตหรือดินแดนของราชอาณาจักรไทย โดยเป็นเขตหรือพื้นที่ที่ประเทศไทยมีเพียงสิทธิอธิปไตย ดังนั้น คำว่า “เปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามที่ปรากฏในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจึงหมายถึง “การเปลี่ยนแปลงขอบเขตของพื้นที่ในทะเล” ประกอบกับกฎหมายภายในที่มีอยู่เพียงพอต่อการรองรับการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าว จึงไม่จำต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 224 แต่อย่างใด; การให้ความเห็นของกระทรวงการต่างประเทศ; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543

การตีความถ้อยคำว่า “เขตอำนาจรัฐ” ตามความเห็นของหน่วยงานรัฐทั้งสองที่มีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งการให้ความเห็นดังกล่าวได้นำไปสู่การทำคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในคดีดังกล่าว โดยศาลรัฐธรรมนูญอรรถาธิบายความเห็นเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพมีผลทำให้เกิด “การเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐในทางนิติบัญญัติในการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมของตน ซึ่งเดิมมีอำนาจอธิปไตยอย่างสมบูรณ์”[673]

ผู้เขียนเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้อรรถาธิบายความถ้อยคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ซึ่งมีนัยทางกฎหมายด้วยการตีความแบบ “ยึดถือหลักลายลักษณ์อักษร”ที่ปรากฏ (Literal Rule) และมีลักษณะที่เป็นการตีความ “แบบกว้าง” ไม่เป็นไปตามหลักการค้นหา “เจตนารมณ์ของกฎหมาย” ซึ่งส่งผลทำให้ศาลรัฐธรรมนูญอรรถาธิบายว่า เป็นเรื่องของการใช้เขตอำนาจ (Jurisdiction) ในมิติของความสามารถ (Capacity) ของความเป็นรัฏฐาธิปัตย์ที่จะแสดงออกทั้งในเรื่องของการใช้อำนาจรัฐในการตรากฎหมาย การบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย รวมทั้งการวินิจฉัยชี้ขาดคดี ซึ่งการใช้อำนาจดังกล่าวมีความเชื่อมโยงมาจากฐานการใช้เขตอำนาจที่มาจากอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) มากกว่าจะเป็นการอรรถาธิบายความในมิติของการจำกัดเฉพาะขอบเขตในเรื่องการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจรัฐที่ใช้เฉพาะในขอบเขตพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ (Geography) ทางทะเลแต่เพียงอย่างเดียว ตามนัยและประสบการณ์ที่ผ่านมาของรัฐธรรมนูญในเรื่องการใช้เขตอำนาจรัฐที่มาจากสิทธิอธิปไตย (Sovereign Right) ในเขตทางทะเลของประเทศไทย

เป็นที่ประจักษ์ว่า คำวินิจฉัยดังกล่าวถูกวิพากษ์ในเชิงหลักการพอสมควรเกี่ยวกับการตีความและการอรรถาธิบายความเพื่อทำคำวินิจฉัยคดีดังกล่าว แต่ในทัศนะของผู้เขียนก็ยังเห็นว่า แม้การอรรถาธิบายความของศาลรัฐธรรมนูญจะดูประนึงว่า มิได้คำนึงถึงหลักการทางกฎหมายที่ต้องค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายและของผู้ร่างกฎหมายก็ตาม แต่ถ้อยคำในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติว่า “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา” มิได้ “เปิดช่อง”ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีทางเลือกในการอรรถาธิบายความได้มากเพียงพอ หากแปลความตามหลัก

---

[672]ผู้เขียนเห็นว่า สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตีความ “แบบกว้าง”โดยเห็นว่า ในข้อบทอนุสัญญาก่อให้เกิดผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการใช้อำนาจดุลพินิจจากเดิมที่เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถออกคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตได้ กลับกลายมาเป็นเจ้าหน้าที่รัฐต้องออกคำสั่งอนุญาตสถานเดียวเท่านั้นหากการอนุญาตนั้นหาได้ก่อให้เกิดปัญหาด้านสิ่งแวดล้อม หากจำเป็นก็จำต้องตราหรือทำการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้เป็นไปตามอนุสัญญา การทำหนังสือสัญญาดังกล่าวจึงก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงการกระทำของรัฐในทางนิติบัญญัติ ถือได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลง “เขตอำนาจรัฐอย่างแท้จริง” โดยเฉพาะในทางนิติบัญญัติ และจำต้องมีกฎหมายเพื่อให้การเป็นไปตามอนุสัญญาฉบับดังกล่าวด้วย การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าว จำต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 224; การให้ความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543

[673]คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543

ลายลักษณ์อักษรโดยนักกฎหมายทั่วไปย่อมเข้าใจได้ตรงกันว่า หนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 224 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มี 3 ประเภทดังนี้

ประการแรก หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย

ประการที่สอง หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ หรือ

ประการที่สาม หนังสือสัญญาใดจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา

แม้ผู้เขียนจะเข้าใจในมิติของที่มาของถ้อยคำในบทบัญญัติดังกล่าวว่า มีความหมายในมิติด้าน “ขอบเขตทางภูมิศาสตร์ทางทะเล” ตามนัยของอนุสัญญาสหประชาชาติว้าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ก็ตาม แต่ถ้อยคำดังกล่าวเมื่ออ่านและพิเคราะห์ตามที่ปรากฏลายลักษณ์อักษรแล้ว ผู้เขียนเองก็ยังอดที่จะ “เข้าใจและตีความ” บทบัญญัติดังกล่าว “คล้อยเอียง” ไปดังแนวความคิดของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและกระทรวงสาธารณสุขในฐานะที่เป็นเสียงข้างน้อยมิได้[674]

หากพิเคราะห์ตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญตามหลัก “ลายลักษณ์อักษร” ก็ยังเป็นที่เข้าใจได้ว่า “เขตอำนาจรัฐ” ย่อมเป็นเรื่องของความสามารถในมิติของการใช้ “เขตอำนาจ” ที่มาจากอำนาจอธิปไตยของรัฏฐาธิปัตย์ ที่หาได้จำกัดเฉพาะในเรื่องขอบเขตทางภูมิศาสตร์ทางทะเลตามเจตนารมณ์แท้จริงที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญต้องการแต่อย่างใดไม่

แต่กระนั้นก็ตาม หากแปลความว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจของรัฐในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือพยายามดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ศาลรัฐธรรมนูญได้อรรถาธิบายความแล้ว การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศใด ๆ ก็ตามที่ประเทศไทยพยายามให้ความร่วมมือบางประการ ทั้งที่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศหาได้ “บังคับให้ดำเนินการ” อย่างหนึ่งอย่างใดไม่ ย่อมมีผลทำให้เป็นการ “เปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ” ไปได้เสียทั้งหมด การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว ก็จำต้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติพิจารณาและให้ความเห็นชอบด้วยกันทั้งหมดทั้งสิ้น

ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นจากการ “ถ้อยคำในบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ” ต่างหากที่ “ขาดความชัดเจนและความละเมียดละไม” ในการบัญญัติถ้อยคำในรัฐธรรมนูญ ถ้อยคำที่ขาดความชัดเจนย่อมเป็นที่ประจักษ์ว่า ได้นำไปสู่การตีความที่แตกต่างกันทั้งในมิติของการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ รวมทั้งฝ่ายตุลาการที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

นอกจากนั้น ผู้เขียนยังเห็นว่า ปัญหาที่เกิดขึ้นในคดีอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพดังกล่าว หาได้เกิดจากความคลาดเคลื่อนในเชิงหลักการของการใช้เหตุผลหรือตรรกะของหน่วงงานราชการไม่ว่าจะเป็นทั้งกระทรวงการต่างประเทศกับสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและศาลรัฐธรรมนูญเพื่ออรรถาธิบายความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแต่อย่างใดไม่ การให้เหตุผลจึงขึ้นอยู่กับมุมมอง ประสบการณ์และการให้ใช้เหตุผลทางกฎหมายเพื่อสนับสนุนที่มีความแตกต่างกันในที่สุด ดังเช่นที่กระทรวงการต่างประเทศให้ความเห็น “แบบแคบ” โดยถือหลักการตีความตาม

---

[674]โปรดดูความเห็นของหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องเสียงข้างน้อย; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543

“เจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมาย” ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาให้เหตุผลและตีความ “แบบกว้าง” ตามหลัก “ลายลักษณ์อักษร” ที่ปรากฏในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาส่วนหนึ่งแม้จะมาจากการอรรถาธิบายความที่มีความแตกต่างกันก็ตาม แต่ปัญหาแท้จริงที่อยู่เบื้องหลังความขัดแย้งในเรื่องการใช้อำนาจระหว่างองค์กรหลักและองค์กรรอง กลับอยู่ที่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ยังขาดความชัดเจนในการนำไปปรับใช้กับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

แต่ในท้ายที่สุด ผลของการทำคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญในคดีการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพดังกล่าว ก็ได้นำไปสู่ข้อค้นพบของผู้เขียนที่ว่า การตีความหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยองค์กรตุลาการตามหลักการในรัฐธรรมนูญที่ผ่านมาสร้างความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ทั้งนี้ ประสบการณ์ที่ได้จากการศึกษาย่อมนำไปสู่การกำหนดบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่มีความถูกต้องและชัดเจนที่ได้มาจากการพินิจพิเคราะห์จากลายลักษณ์อักษรและเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญย่อมเป็นทางออกที่ดีที่สุดที่พึงดำเนินการ

อนึ่ง ภายหลังจากที่บทมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีผลใช้บังคับแทนมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ปัญหาในเรื่องถ้อยคำว่า หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลง “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ได้แปรเปลี่ยนเป็นถ้อยคำว่า หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลง “เขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ” ได้ถูกบัญญัติขึ้นใหม่ เพื่อก่อให้เกิดความชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญมีความ “มุ่งประสงค์”จะให้หนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวใช้บังคับ “เฉพาะกรณีของขอบเขตภูมิศาสตร์ทางทะเล” แต่เพียงเท่านั้น

แม้การแก้ไขสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความถ้อยคำดังกล่าว ซึ่งเป็นผลมาจากความไม่ชัดแจ้งในตัวบทจะดูประหนึ่งว่า ปัญหาได้หมดสิ้นไปแล้วก็ตาม แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการตีความหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยองค์กรตุลาการตามหลักการในรัฐธรรมนูญที่ผ่านมา ก็ยังได้สร้างความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศให้เกิดขึ้นเฉกเช่นเดิม ทั้งนี้จะเห็นได้จากกรณีของการทำคำแถลงการณ์ร่วมระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชา หรือที่รู้จักกันในนามการทำเอกสารที่เรียกว่า Joint Communiqué ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกรณีศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาประการที่สองของผู้เขียน

จากการศึกษาถึงกรณีการทำคำแถลงการณ์ร่วมระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชาในฐานะที่เป็นกรณีศึกษาได้นำผู้เขียนไปสู่ข้อค้นพบว่า การตีความการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยองค์กรตุลาการตามหลักการในรัฐธรรมนูญที่ผ่านมา สร้างความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ด้วยเหตุที่การทำคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวได้ก่อให้เกิดข้อวิพากษ์ในเชิงหลักการที่ถูกเรียกในทางวิชาการกันว่า “ตุลาการบัญญัติ” อันเนื่องมาจากวินิจฉัยชี้ขาดคดีด้วยการเติมถ้อยคำว่า “อาจ” ในวลีที่ว่า “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย” [675] ซึ่งปรากฏอยู่ใน

[675]คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551

บทบัญญัติมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในการอรรถาธิบายความเพื่อสนับสนุนต่อผลในคำวินิจฉัยชี้ขาดคดีที่เกิดขึ้นโดยศาลรัฐธรรมนูญ นักกฎหมายบางท่าน[676] ตั้งประเด็นวิพากษ์ในทางวิชาการโดยเห็นว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญกำลัง “ก้าวก่ายบทบาทและอำนาจหน้าที่” ของ “ฝ่ายนิติบัญญัติ” ขึ้นมาแล้วใช่หรือไม่

ประเด็นที่น่าสนใจในกรณีของการทำคำแถลงการณ์ร่วม นอกจากจะนำไปสู่ปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารในแทบทุกการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารมักนำเข้าสู่การพิจารณาให้ความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติเสมอ เพื่อป้องกันความรับผิดชอบทางการเมืองและทางกฎหมาย และท้ายที่สุดความขัดข้องในเชิงหลักการดังกล่าวได้นำไปสู่การเสนอร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญในมาตรา 190 ในสมัยนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรีเพื่อแก้ไขปัญหาความไม่ชัดเจนในเชิงหลักการที่ปรากฏในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแล้ว คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีของการทำคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว ยังนำไปสู่การวิพากษ์ในทางวิชาการเพื่ออรรถาธิบายหลักการที่ถูกต้องจากผลคำวินิจฉัยคดีที่เกิดขึ้นดังกล่าว

ผู้เขียนค้นพบว่า การให้เหตุผลและการอรรถาธิบายความโดยศาลรัฐธรรมนูญได้นำไปสู่การวิพากษ์ในรูปแบบของแนวความคิดทั้งในเชิงสนับสนุน[677] และคัดค้าน[678] ต่อผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ประเด็นที่น่าสนใจคือ การอรรถาธิบายความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญในกรณีการทำคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว อยู่ที่การบัญญัติถ้อยคำเพิ่มเติมในรัฐธรรมนูญขึ้นมาใหม่โดยศาล

---

[676]โปรดดูความเห็นทางวิชาการของศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช; ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, **ปัญหาการทำสนธิสัญญาตามรัฐธรรมนูญ 2550**, หน้า 18.; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ศาลเขียน รธน.ใหม่,” **ประชาไท** (กรกฎาคม 2551): ย่อหน้า 65-66, ค้นวันที่ 24 สิงหาคม 2556 จาก http://prachatai.com/journal/2008/07/17353

[677]ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ให้ความเห็นในเชิงสนับสนุนคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่า การทำคำแถลงการณ์ร่วมเป็นการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้ความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ ด้วยเหตุที่คำแถลงการณ์ร่วมมีองค์ประกอบครบหลักเกณฑ์การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 โดยเฉพาะภาษาที่ใช้เป็นภาษากฎหมายที่มุ่งก่อให้เกิดข้อผูกพันทางกฎหมาย ทั้งยังมีการลงนามทั้ง 3 ฝ่าย ประการที่สำคัญคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคมอย่างกว้างขวางที่เกิดขึ้นแล้ว (Actual Impact) มิใช่การคาดคะเนแต่อย่างใด; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **แถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารกับมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ**, หน้า 9-10.

[678]ศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพาณิช ให้ความเห็นในเชิงคัดค้านคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่า คำแถลงการณ์ร่วมไม่จำต้องอยู่ภายใต้กฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศใดก็ได้ หากเป็นแค่เจตนารมณ์ทางการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การมีผลผูกพันทางกฎหมายจำต้องพิจารณาจากเจตนาของคู่กรณีว่า ต้องการก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายขึ้นหรือไม่; ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, **ปัญหาการทำสนธิสัญญาตามรัฐธรรมนูญ 2550**, หน้า 14-17.

รัฐธรรมนูญต่างหากที่เป็นประเด็นวิพากษ์ในวงกว้างอย่างแท้จริงว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความและให้เหตุผลตลอดจนอรรถาธิบายความถูกต้องในเชิงหลักการหรือไม่

จากการศึกษาพบว่า ปัญหาการตีความในกรณีของการทำคำแถลงการณ์ร่วมโดยองค์กรตุลาการตามหลักการในรัฐธรรมนูญที่ผ่านมาสร้างความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ด้วยเหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลว่า การลงนามทั้งสองฝ่ายย่อมเป็นที่ประจักษ์ว่าคู่กรณีย่อมมีเจตจำนงต้องก่อให้เกิดข้อผูกพันทางกฎหมาย ในขณะที่นักกฎหมายบางท่าน[679] ได้โต้แย้งการให้เหตุผลและการอรรถาธิบายความของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าวในลักษณะที่ไม่เห็นพ้องด้วยว่า การลงนามที่ศาลรัฐธรรมนูญอ้างถึงความผูกพันในทางกฎหมายในฐานะที่เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ก็หาได้ปรากฏหลักเกณฑ์ใด ๆ ในระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งกำหนดว่าในการทำคำแถลงการณ์ร่วมเมื่อได้มีการลงนามโดยคู่กรณีแล้ว ย่อมจะเกิดผลผูกพันในฐานะที่เป็นความตกลงระหว่างประเทศขึ้นมาแต่อย่างใดไม่ อีกทั้งยังปรากฏว่าในแนวปฏิบัติในสังคมระหว่างประเทศก็มีหลายครั้งที่มีการลงนามในคำแถลงการณ์ร่วมที่เป็นเพียงการแสดงเจตจำนงทางการเมืองแต่เพียงเท่านั้น

นอกจากนั้นแล้ว ในประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญได้อรรถาธิบายความเพื่อสนับสนุนการทำคำวินิจฉัยในทำนองว่า การแปลความว่าการทำเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงจะ “ต้องปรากฏชัด” ว่ามีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยเท่านั้น จึงต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหาได้ก่อให้เกิดผลตาม “ความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญที่มุ่งจะตรวจสอบและควบคุม”การทำหนังสือสัญญาแต่อย่างใดไม่ ดังนั้น จึงต้องแปลความว่า หนังสือสัญญาใด “อาจ” มีผลเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย ก็ต้องขอความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเช่นกัน[680]

การอรรถาธิบายความดังกล่าวนำไปสู่การวิพากษ์ในเชิงหลักการโดยเฉพาะการบัญญัติรัฐธรรมนูญเสียเองโดยองค์กรตุลาการดูจะไม่ถูกต้องในเชิงหลักการเท่าใดนัก แม้ผลของคำวินิจฉัยดังกล่าวจะอิงไปกับเหตุผลเบื้องหลังเพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาที่อาจนำไปสู่วิกฤตอันก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมอย่างกว้างขวางจากการทำคำแถลงการณ์ร่วมก็ตาม

การที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความและอรรถาธิบายความประกอบกับการที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เพิ่มเติมถ้อยคำว่า “อาจ” ลงในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ “โดยพลการ”[681] อาจไม่สอดคล้องกับหลักการตีความในกฎหมายรัฐธรรมนูญเท่าใดนัก โดยหลักการแล้ว การตีความกฎหมายย่อมเป็นการค้นหาหรืออรรถาธิบายความหมายของถ้อยคำที่ปรากฏในบทบัญญัติกฎหมาย เพียงเพื่อก่อให้เกิดความหมายที่ชัดเจนแก่บทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น ประการที่สำคัญการตีความกฎหมายจะต้องไม่เป็นการสร้างหรือบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่”[682] โดยเฉพาะในการตีความกฎหมาย

---

[679]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 15.

[680]โปรดดูการแปลความและการให้เหตุผลสนับสนุนการทำคำวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญ; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551

[681]ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, **ปัญหาการทำสนธิสัญญาตามรัฐธรรมนูญ 2550**, หน้า 18.

[682]ธานินทร์ กรัยวิเชียร, องค์มนตรี, 2 มิถุนายน 2553, การสัมภาษณ์ อ้างถึงใน สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, สำนักกฎหมาย, กองบรรณาธิการ, “หลักการตีความกฎหมายตามครรลองของหลักนิติรัฐและนิติธรรม,” **วารสารจุลนิติ** 7, 4 (กรกฎาคม-สิงหาคม 2553): 4.

รัฐธรรมนูญจำต้องคำนึงถึงหลักการที่ต้องตีความอย่างจำกัดและครัดเคร่ง โดยเฉพาะในกรณีที่ผลทางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นจากการตีความรัฐธรรมนูญซึ่งอาจนำพาไปสู่การกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้โดยตรง[683] การตีความรัฐธรรมนูญจึงต้องดำเนินการไปโดยการสืบค้นร่างรายงานการประชุมที่มีการบันทึกเหตุการณ์ในขณะที่มีการร่างรัฐธรรมนูญออกมาในช่วงเวลาดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นเหตุผลที่ได้มีการยกร่างรัฐธรรมนูญก็ดี ร่างบทบัญญัติที่มีการร่างก็ดี ร่างแก้ไขภายหลังจากที่มีการประชุมก็ดี[684] การตีความรัฐธรรมนูญดังกล่าวหาได้เป็นแต่เพียง “การอ่านถ้อยคำ” ตามกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในรูปแบบของ “ลายลักษณ์อักษร” แล้วจึงให้ความเห็นทางกฎหมายออกมาโดยหาได้เข้าใจถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นดังกล่าวแต่อย่างใดไม่แต่เพียงเท่านั้น

นัยทางกฎหมายจากการแปลความโดยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว เป็นเหตุที่ทำให้สร้างความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักกลับ “ไม่แน่ใจในเชิงหลักการ” เกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของตนว่า ฝ่ายบริหารมีอำนาจแค่ไหนเพียงใดและการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศใดบ้างที่ต้องขอรับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ อย่างไร

ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันความรับผิดชอบทางการเมืองและกฎหมาย ฝ่ายบริหารจึงเลือกที่จะนำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทุกฉบับ เข้าสู่การพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติทั้งสิ้นภายหลังจากที่มีคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ย่อมเป็นที่ประจักษ์ว่าความล่าช้าในการทำความตกลงระหว่างประเทศได้บังเกิดขึ้น และส่งผลต่อผลประโยชน์ชาติในหลายกรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผลของคำวินิจฉัยคดีดังกล่าวได้ “บั่นทอนความเชื่อมัน” ในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศอย่างหลีกเลี่ยงมิได้

แม้นักกฎหมายบางท่าน[685] จะพยายามสนับสนุนการแปลความของศาลรัฐธรรมนูญโดยให้เหตุผลว่า “เมื่อมีข้อสงสัยว่าหนังสือสัญญานั้นต้องขอความเห็นชอบต่อรัฐสภาหรือไม่ ต้องตีความในลักษณะให้ส่งรัฐสภามากกว่าพยายามหลีกเลี่ยง” ด้วยเหตุที่ “รัฐบาลมีเสียงข้างมากในสภา แม้ล่าช้าบ้างก็เป็นช่องทางที่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญและหลักประชาธิปไตย ที่สำคัญก็คือรัฐสภาเป็นการสร้างความชอบธรรมและอำนาจต่อรองให้รัฐบาล” คงมิเป็นธรรมนักหากจะไม่ได้ “เน้นย้ำและให้ความสำคัญ” กับวลีของนักกฎหมายท่านนี้ว่า แท้จริงแล้วท่านได้กล่าวถึงเฉพาะ “ในกรณีที่มีข้อสงสัยว่า หนังสือนั้นจะต้องขอความเห็นชอบต่อรัฐสภาหรือไม่” แม้ท่านมิได้หมายความไปถึงในทุกกรณีทั้งหมดก็ตาม

แต่ด้วยความเคารพอย่างสูง ผู้เขียนกลับเห็นว่าหลักการที่สำคัญคงหาได้เป็นเรื่องของการสร้างความชอบธรรมให้กับฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่อย่างใด แต่

---

[683]พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, “ปัญหาว่าด้วยการถอดถอนอดีตผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง,” **Publie Law Net**, ย่อหน้าที่ 26.

[684]วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน,” **วารสารวิชาการศาลปกครอง** 8, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2551): 79.

[685]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **แถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารกับมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ**, หน้า 11.

สารัตถะในการยึดมั่นคือ หลักการที่ว่าด้วยการใช้อำนาจขององค์กรหลักซึ่งใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศควรเป็นอย่างไรต่างหากที่ควรกำหนดให้ชัดเจน หากการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารตามลำพังแล้ว การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็มิควรต้องส่งให้ฝ่ายนิติบัญญัติพิจารณาให้ความเห็นชอบแต่อย่างใด มิฉะนั้นจะกลายเป็นว่าหลักการที่รับรองความมีอำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารจะถูกทำลายลง หรือที่นักกฎหมายมักเรียกว่า “กฎหมายเป็นหมัน” ไปเสียหมด ด้วยเหตุที่การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไม่ว่าเรื่องใดก็ตาม ต้องอยู่ภายใต้อำนาจการพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติไปเสียทุกเรื่อง

ผู้เขียนมิได้โต้แย้งหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลของฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการ หรือแม้แต่หลักการมีส่วนร่วมของประชาชนในการรับรู้เกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารแต่อย่างใด

แต่อย่างไรก็ตาม การใช้หลักการดังกล่าวจำต้องคำนึงฐานอำนาจที่แท้จริงของความมีอยู่ของหลักการและความเป็นสากลเกี่ยวกับฐานการใช้อำนาจว่า แท้จริงเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารแต่โดยลำพัง ผู้เขียนเห็นว่าการวางดุลอำนาจที่ถูกต้องจึงขึ้นอยู่กับการกำหนดบทบัญญัติที่ถูกต้องในเชิงหลักการของทั้งองค์กรหลักและองค์กรรอง และที่สำคัญองค์กรรองต้องเคารพต่อการใช้อำนาจอธิปไตยของความเป็นองค์กรหลักในการทำหนังสือสัญญาที่จะต้องไม่อิงกับการใช้บทบัญญัติดังกล่าวเพื่อวางกลยุทธ์ในทางการเมืองแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุปแล้ว การตีความหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยองค์กรตุลาการตามหลักการในรัฐธรรมนูญที่ผ่านมาสร้างความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ด้วยเหตุสืบเนื่องที่มาจากการทำคำวินิจฉัยของศาลทั้งในกรณี ปัญหาในเรื่องการวินิจฉัยว่าตราสารระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารทำมีนิติฐานะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามความหมายของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 หรือไม่ และอยู่ในเขตอำนาจขององค์กรตุลาการที่ทำคำวินิจฉัยหรือไม่ ปัญหาเรื่องการตีความและการอรรถาธิบายความเพื่อสนับสนุนต่อการทำคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ หรือแม้แต่ปัญหาเรื่องเขตอำนาจในการวินิจฉัยคดีขององค์กรตุลาการ ผลของคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการทั้งหมดได้นำไปสู่ความขัดข้องในเชิงหลักการของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ความไม่เชื่อมั่นในเชิงหลักการส่งผลต่อกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ฝ่ายบริหารเลือกที่จะส่งหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเข้าสู่การพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ เพื่อป้องกันมิให้เกิดความรับผิดชอบทางการเมืองและกฎหมาย ผลของคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการดังกล่าวมีผลเสมือนทำให้ฝ่ายบริหารไม่สามารถใช้อำนาจอธิปไตยของตนได้อย่างบริบูรณ์เฉกเช่นคำกล่าวที่ว่า “กฎหมายเป็นหมัน” ความสำคัญจึงอยู่ที่การปฏิรูปหลักการให้มีความชัดเจน และการที่องค์กรรองต้องไม่ใช้อคติเป็นเครื่องมือที่ใช้สร้างความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยมีเป้าหมายเพื่อวางกลยุทธ์และผลประโยชน์ทางการเมือง

4.4 ปัญหาที่จะส่งผลต่อความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจากหลักการในร่างรัฐธรรมนูญฉบับผ่านประชามติ วันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559

แม้บทบัญญัติในมาตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช .... จะผ่านการทำประชามติไปในฐานะที่เป็นการปฏิรูปในเชิงหลักการเกี่ยวกับอำนาจและกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทย โดยได้รับความเห็นชอบจากประชาชนไปเมื่อวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559 ไปแล้วก็ตาม แต่จากการศึกษาที่ผ่านมาไม่ว่าจะเป็นจากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากบทเรียนในครั้งอดีต ผู้เขียนมีประเด็นวิพากษ์และนำไปสู่การสรุปและเสนอแนะให้บทที่ 5 ดังต่อไปนี้

เพื่อก่อให้เกิดความเข้าใจที่ตรงกันในเบื้องต้นผู้เขียนจะทำการเปรียบเทียบในเชิงรูปแบบและการแยกประเด็นและให้ข้อสังเกตภาพรวมการวิเคราะห์ของรัฐธรรมนูญ 6 ฉบับด้วยตารางดังนี้

ประการแรก มาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ประการที่สอง ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ฉบับที่เสนอโดยคณะกรรมาธิการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

ประการที่สาม ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ฉบับที่ผ่านการพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากที่ประชุมรัฐสภา

ประการที่สี่ มาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

ประการที่ห้า มาตรา 193 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ..... ฉบับศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นประธานคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ (กมธ.) แต่ไม่ผ่านความเห็นชอบจากสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เมื่อปี พ.ศ. 2558

ประการที่หก มาตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช . . .ฉบับนายมีชัย ฤชุพันธ์ เป็นประธานคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ (กรธ.) และที่ผ่านการประชามติ เมื่อปี พ.ศ. 2559

ภายหลังจากนั้นผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ให้เห็นว่าสภาพปัญหาที่จะส่งผลต่อความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจากหลักการในร่างรัฐธรรมนูญฉบับผ่านประชามติ อาจแบ่งการพิจารณาออกได้ 3 ประเด็น ดังนี้

ประการแรก ปัญหาที่ว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการยังคงมีอยู่แม้จะมีการปฏิรูปหลักการในร่างรัฐธรรมนูญไปแล้วก็ตาม

ประการที่สอง ปัญหาทางปฏิบัติยังคงเกิดขึ้นจากการปฏิรูปกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับผ่านประชามติ

ประการที่สาม ปัญหาที่ว่าด้วยองค์กรและหลักการในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจากการปฏิรูปหลักการในร่างรัฐธรรมนูญ

ตารางที่ 4.1 การเปรียบเทียบพัฒนาการของหลักการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเกี่ยวกับองค์กรและอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ประเด็น และ ข้อสังเกต	มาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 และฉบับที่สอง 2554	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ของกรรมาธิการ	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ที่ผ่านความเห็นชอบ	มาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญ ชั่วคราว 2557	มาตรา 193 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2558	มาตรา 178 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2559
1. หลักการฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจทำหนังสือสัญญา (วรรคหนึ่ง) <u>ข้อสังเกต</u> กำหนดหลักการของอำนาจยังคงเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารไม่มีการแปรเปลี่ยน	พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ	พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ	พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ	พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ	พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ	พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ
2. ข้อยกเว้นการใช้อำนาจขององค์กรหลักเกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรรอง (วรรคสอง)	**<u>ประเภทที่หนึ่ง</u>** หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย	**<u>ประเภทที่หนึ่ง</u>** หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย “โดยชัดแจ้ง”	**<u>ประเภทที่หนึ่ง</u>** หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย “โดยชัดแจ้ง”	**<u>ประเภทที่หนึ่ง</u>** หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย	**<u>ประเภทที่หนึ่ง</u>** หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย	**<u>ประเภทที่หนึ่ง</u>** หนังสือสัญญาใดมีบทปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

ประเด็น และ ข้อสังเกต	มาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 และฉบับที่สอง 2554	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ของกรรมาธิการ	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ที่ผ่านความเห็นชอบ	มาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญ ชั่วคราว 2557	มาตรา 193 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2558	มาตรา 178 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2559
ข้อสังเกต 1. ในเรื่องการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติยังคงมีนิติฐานะเป็นองค์กรรอง 2. ปัญหาที่มาประเภทหนังสือสัญญาที่กำหนดไว้ไม่ได้มีความแตกต่างกันเท่าใดนัก ความแตกต่างจะมีบ้างก็เฉพาะถ้อยคำที่เป็นบทขยาย 3. ความแตกต่างจึงอยู่ที่การกำหนดเวลาที่ให้รัฐสภาพิจารณาพร้อมกับผลทางกฎหมายจากกรณีที่ไม่สามารถดำเนิน การแล้วเสร็จ ซึ่งปี 2559 จะมีผลทางกฎหมายจากการที่ไม่สามารถดำเนินการแล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา 60	**ประเภทที่สอง** หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ	**ประเภทที่สอง** หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ “โดยชัดแจ้ง”	**ประเภทที่สอง** หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ “โดยชัดแจ้ง”	**ประเภทที่สอง** หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ	**ประเภทที่สอง** หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ	**ประเภทที่สอง** หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ
	ประเภทที่สาม หนังสือสัญญาใดจะต้องออกพระราชบัญญัติ	**ประเภทที่สาม** หนังสือสัญญาใดจะต้องออกพระราชบัญญัติ	**ประเภทที่สาม** หนังสือสัญญาใดจะต้องออกพระราชบัญญัติ	**ประเภทที่สาม** หนังสือสัญญาใดจะต้องออกพระราชบัญญัติ	**ประเภทที่สาม** หนังสือสัญญาใดจะต้องออกพระราชบัญญัติ	**ประเภทที่สาม** หนังสือสัญญาใดจะต้องออกพระราชบัญญัติ

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

ประเด็น และ ข้อสังเกต	มาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 และฉบับที่สอง 2554	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ของกรรมาธิการ	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ที่ผ่านความเห็นชอบ	มาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญ ชั่วคราว 2557	มาตรา 193 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2558	มาตรา 178 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2559
วัน ซึ่งเรียกว่าเป็นระยะเวลาบังคับหรือระยะเวลาผูกพัน (Imperative Time)	เพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา	เพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา	เพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา	เพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา	เพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา	เพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา
	<u>ประเภทที่สี่</u> หนังสือสัญญาใด “มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวาง”	**ไม่ปรากฏหลักการนี้**	**ไม่ปรากฏหลักการนี้**	**<u>ประเภทที่สี่</u>** หนังสือสัญญาใด “ที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวาง”	**<u>ประเภทที่สี่</u>** หนังสือสัญญาใด “ที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวาง”	**<u>ประเภทที่</u>** หนังสือสัญญาอื่น “ที่ ‘อาจ’ มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวาง”
	<u>ประเภทที่ห้า</u> หนังสือสัญญาใด “มีผลกระทบต่อความมั่นคงทาง	**ไม่ปรากฏหลักการนี้**	**ไม่ปรากฏหลักการนี้**	**<u>ประเภทที่ห้า</u>** หนังสือสัญญาใด “ที่กระทบต่อความมั่นคงทางสังคม	**<u>ประเภทที่ห้า</u>** หนังสือสัญญาใด “ที่กระทบต่อความมั่นคงทางสังคม	**<u>ประเภทที่ห้า</u>** หนังสือสัญญาอื่น “ที่ ‘อาจ’ มีผลกระทบ

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

ประเด็น และ ข้อสังเกต	มาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 และฉบับที่สอง 2554	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ของกรรมาธิการ	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ที่ผ่านความเห็นชอบ	มาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญ ชั่วคราว 2557	มาตรา 193 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2558	มาตรา 178 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2559
	สังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง”			ของประเทศอย่างกว้างขวาง”	ของประเทศอย่างกว้างขวาง”	ต่อความมั่นคงทางสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง”
	<u>ประเภทที่หก</u> หนังสือสัญญาใด “มีผลผูกพันด้านการค้าของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ”	**<u>ประเภทที่สี่</u>** หนังสือสัญญาใด “มีบทให้เปิดเสรีด้านการค้า”	**<u>ประเภทที่สี่</u>** หนังสือสัญญาใด “มีบทให้เปิดเสรีด้านการค้า”	**ไม่ปรากฏหลักการนี้**	**<u>ประเภทที่หก</u>** หนังสือสัญญาใด “มีผลผูกพันด้านการค้าของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ”	**<u>ประเภทที่หก</u>** หนังสือสัญญาอื่น “ที่ ‘อาจ’ มีผลกระทบต่อการค้าของประเทศ ‘อย่างกว้างขวาง’”
	<u>ประเภทที่เจ็ด</u> หนังสือสัญญาใด “มีผลผูกพันด้านการลงทุนของ	**<u>ประเภทที่ห้า</u>** หนังสือสัญญาใด “มีบทให้เปิดเสรีด้านการลงทุน”	**<u>ประเภทที่ห้า</u>** หนังสือสัญญาใด “มีบทให้เปิดเสรีด้านการลงทุน”	**ไม่ปรากฏหลักการนี้**	**<u>ประเภทที่เจ็ด</u>** หนังสือสัญญาใด “มีผลผูกพันด้านการลงทุนของ	**<u>ประเภทที่เจ็ด</u>** หนังสือสัญญาอื่น “ที่ ‘อาจ’ มีผลกระทบต่อการ

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

ประเด็น และ ข้อสังเกต	มาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 และฉบับที่สอง 2554	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ของกรรมาธิการ	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ที่ผ่านความเห็นชอบ	มาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญ ชั่วคราว 2557	มาตรา 193 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2558	มาตรา 178 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2559
	ประเทศอย่างมีนัยสำคัญ”				ประเทศอย่างมีนัยสำคัญ”	ลงทุนของประเทศ ‘อย่างกว้างขวาง’”
	<u>ประเภทที่แปด</u> หนังสือสัญญาใด “มีผลผูกพันด้านงบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ”	**ไม่ปรากฏหลักการนี้**	**ไม่ปรากฏหลักการนี้**	**ไม่ปรากฏหลักการนี้**	**<u>ประเภทที่แปด</u>** หนังสือสัญญาใด “ที่มีผลผูกพันด้านงบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ”	**ไม่ปรากฏหลักการนี้**
3. บทขยายความประเภทของหนังสือสัญญา <u>ข้อสังเกต</u> 1. บทขยายความเป็นหลักการใหม่ที่ปรากฏให้เห็นในรัฐธรรมนูญตั้งแต่ฉบับชั่วคราว ฉบับปี 2557 ถึงรัฐธรรมนูญ	**ไม่ปรากฏหลักการนี้**	**ไม่ปรากฏหลักการนี้**	**ไม่ปรากฏหลักการนี้**	**<u>วรรคสาม</u>** หนังสือสัญญา “ที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง	**<u>วรรคสาม</u>** หนังสือสัญญา “ที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง	**<u>วรรคสาม</u>** หนังสือสัญญาอื่น “ที่ ‘อาจมีผล’ กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือ

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

ประเด็น และ ข้อสังเกต	มาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 และฉบับที่สอง 2554	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ของกรรมาธิการ	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ที่ผ่านความเห็นชอบ	มาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญ ชั่วคราว 2557	มาตรา 193 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2558	มาตรา 178 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2559
ฉบับปี 2559 2. การกำหนดบทขยายความ กำหนดความเชื่อมโยงไปที่การออกกฎหมายรองรับประเภทและขั้นตอนในกฎหมายที่ออกตามบท บัญญัติรัฐธรรมนูญ				ตามวรรคสอง หมายถึง หนังสือสัญญาเกี่ยวกับ 1) การค้าเสรี 2) เขตศุลกากรร่วม หรือ 3) การให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือ 4) ทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือ 5) ‘การอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ’ ”	หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ตามวรรคสอง หมายถึง หนังสือสัญญาเกี่ยวกับ 1) เขตการค้าเสรี 2) เขตศุลกากรร่วม 3) ‘การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา’ หรือ 4) การให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือ 5) ทำให้ประเทศต้อง	การลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวางตามวรรคสอง ได้แก่ หนังสือสัญญาเกี่ยวกับ 1) การค้าเสรี 2) เขตศุลกากรร่วม หรือ 3) การให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือ 4) ทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมด

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

ประเด็น และ ข้อสังเกต	มาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 และฉบับที่สอง 2554	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ของกรรมาธิการ	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ที่ผ่านความเห็นชอบ	มาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญ ชั่วคราว 2557	มาตรา 193 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2558	มาตรา 178 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2559
					สูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือ 6) ‘การอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ’”	หรือบางส่วน หรือ 5) ‘หนังสือสัญญาอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ’ ”
4.ก่อนเข้าทำหนังสือสัญญา <u>ข้อสังเกต</u> 1. กระบวนการก่อนทำสัญญาที่มีปัญหาในเชิงหลักการและไม่สอดคล้องกับแนวคิดและแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศยังคงปรากฏในร่างรัฐธรรมนูญปี 2558 2. ในขณะที่ รัฐธรรมนูญชั่วคราว ปี 2557 ร่าง	**<u>วรรคสาม</u>** “ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศตามวรรคสอง ‘คณะรัฐมนตรีต้อง’ 1) ให้ข้อมูล	**ไม่ปรากฏหลักการนี้**	**ไม่ปรากฏหลักการนี้**	**ไม่ปรากฏหลักการนี้**	**<u>วรรคสี่</u>** “ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศตามวรรคสอง ‘คณะรัฐมนตรีต้อง’ 1) ให้ข้อมูล	**ไม่ปรากฏหลักการนี้**

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

ประเด็น และ ข้อสังเกต	มาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 และฉบับที่สอง 2554	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ของกรรมาธิการ	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ที่ผ่านความเห็นชอบ	มาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญ ชั่วคราว 2557	มาตรา 193 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2558	มาตรา 178 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2559
รัฐธรรมนูญปี 2559 กลับไม่ปรากฏหลักการดังกล่าวเฉก เช่นร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 ฉบับกรรมาธิการ และฉบับที่ผ่านความเห็นชอบ จากรัฐสภา”	และ 2) จัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และ 3) ต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้น 4) ในการนี้ ‘ให้คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการเจรจาต่อ <u>รัฐสภา</u>’ เพื่อขอความเห็นชอบด้วย”				และ 2) จัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และ 3) ต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับทำหนังสือสัญญานั้น 4) โดยให้ ‘คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการเจรจาที่เป็นเนื้อหาสาระสำคัญอันจะนำไปสู่การจัดทำหนังสือสัญญานั้นต่อ คณะกรรมาธิการการต่างประเทศของรัฐสภา’ เพื่อ	

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

ประเด็น และ ข้อสังเกต	มาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 และฉบับที่สอง 2554	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ของกรรมาธิการ	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ที่ผ่านความเห็นชอบ	มาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญ ชั่วคราว 2557	มาตรา 193 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2558	มาตรา 178 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2559
					ขอความเห็นชอบ ด้วย ในการนี้ คณะกรรมาธิการ ดังกล่าวจะต้อง ประกอบด้วย ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมิได้ เป็นสมาชิกรัฐสภา ด้วยและจะต้อง ‘พิจารณาให้แล้ว เสร็จภายใน 30 วัน’นับแต่วันที่ ได้รับเรื่อง ดังกล่าว”	
5. หลังลงนามในหนังสือสัญญา	**<u>วรรคสี่</u>** “เมื่อลงนามใน หนังสือสัญญาตาม	**ไม่ปรากฏหลักการนี้**	**ไม่ปรากฏหลักการนี้**	**ไม่ปรากฏหลักการนี้**	**<u>วรรคห้า</u>** “เมื่อลงนามใน หนังสือสัญญาหรือ	**ไม่ปรากฏหลักการนี้**

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

ประเด็น และ ข้อสังเกต	มาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 และฉบับที่สอง 2554	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ของกรรมาธิการ	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ที่ผ่านความเห็นชอบ	มาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญ ชั่วคราว 2557	มาตรา 193 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2558	มาตรา 178 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2559
ข้อสังเกต 1. กระบวนการภายหลังทำสัญญาที่มีปัญหาเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติแม้จะสอดคล้องกับหลักการและแนวคิดก็ตาม ยังคงปรากฏใน ร่างรัฐธรรมนูญ ปี 2558 2. ในขณะที่รัฐธรรมนูญชั่วคราว ปี 2557 ร่างรัฐธรรมนูญ ปี 2559 กลับไม่ปรากฏหลักการดังกล่าวเฉก เช่นร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 ฉบับกรรมาธิการและฉบับที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา	วรรคสองแล้ว” ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน คณะรัฐมนตรีต้อง 1) ให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น และ 2) ในกรณีที่การปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางและ				จะเข้าทำหนังสือสัญญาตามวรรคสอง แล้ว” ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันในหนังสือสัญญาตามวรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้อง 1) ให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น และ 2) ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา 3) ในการนี้รัฐสภาจะต้อง “พิจารณาให้แล้ว	

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

ประเด็น และ ข้อสังเกต	มาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 และฉบับที่สอง 2554	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ของกรรมาธิการ	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ที่ผ่านความเห็นชอบ	มาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญ ชั่วคราว 2557	มาตรา 193 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2558	มาตรา 178 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2559
	ขนาดย่อม คณะรัฐมนตรีต้อง ดำเนินการแก้ไข หรือเยียวยาผู้ได้รับ ผลกระทบนั้นอย่าง รวดเร็วเหมาะสม และเป็นธรรม				เสร็จภายใน 60 วันนับแต่วันที่ได้รับ เรื่อง” ดังกล่าว 4) ในกรณีที่การ ปฏิบัติตามหนังสือ สัญญาดังกล่าว ก่อให้เกิด ผลกระทบต่อ ประชาชน คณะรัฐมนตรีต้อง ดำเนินการแก้ไข หรือเยียวยาผู้ได้รับ ผลกระทบนั้นอย่าง รวดเร็ว เหมาะสม และเป็นธรรม	

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

ประเด็น และ ข้อสังเกต	มาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 และฉบับที่สอง 2554	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ของกรรมาธิการ	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ที่ผ่านความเห็นชอบ	มาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญ ชั่วคราว 2557	มาตรา 193 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2558	มาตรา 178 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2559
6. การตรากฎหมายกำหนดรายละเอียดรองรับหลักการในรัฐธรรมนูญ ข้อสังเกต 1. การมีกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดและวิธีปฏิบัตินอกจากจะมีความจำเป็นแล้ว ยังเป็นฐานที่กำหนดอำนาจและวิธีปฏิบัติที่สามารถตรวจ สอบได้ว่าได้ดำเนินการไปอย่างถูกต้องหรือไม่ 2. รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว ปี 2557 ไม่มีหลักการนี้ในขณะที่ร่างรัฐธรรมนูญ ปี 2559 เฉพาะเรื่องการมีส่วนร่วมและการเยียวยาเท่านั้น	**วรรคห้า** ให้มีกฎหมายว่าด้วย1) การกำหนด “ประเภท กรอบการเจรจา” ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของ	**วรรคสาม** ให้มีกฎหมายว่าด้วย 1) “การให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียด และ 2) การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน” เกี่ยวกับหนังสือสัญญาตามวรรคสอง และ 3) ในกรณีที่เป็นหนังสือสัญญาที่มีบทให้เปิดเสรีด้านการค้าหรือการลงทุน กฎหมาย	**วรรคสาม** ให้มีกฎหมายว่าด้วย “การให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญา” และ 2) แก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญา โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตาม	**ไม่ปรากฏหลักการนี้**	**วรรคหก** ให้มีกฎหมายว่าด้วยการทำหนังสือสัญญาซึ่งครอบคลุมถึง 1) “การกำหนดประเภท กรอบการเจรจา” ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาตามวรรคสอง รวมทั้ง 2) การแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าว โดยคำนึงถึงความ	**วรรคสี่** ให้มีกฎหมายกำหนด 1) “วิธีการที่ประชาชนจะเข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น” และ 2) ได้รับการเยียวยาที่จำเป็นอันเกิดจากผลกระทบการทำหนังสือสัญญาตามวรรคสามด้วย

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

ประเด็น และ ข้อสังเกต	มาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 และฉบับที่สอง 2554	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ของกรรมาธิการ	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ที่ผ่านความเห็นชอบ	มาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญ ชั่วคราว 2557	มาตรา 193 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2558	มาตรา 178 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2559
	ประเทศอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้ง 2) การแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าว โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป	ดังกล่าว “ต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเสนอกรอบการเจรจา” ต่อรัฐสภา 4) “การศึกษาถึงประโยชน์ของหนังสือสัญญา” และผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการ และ 5) การดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากหนังสือสัญญาดังกล่าวด้วย	หนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป		เป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป	

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

ประเด็น และ ข้อสังเกต	มาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 และฉบับที่สอง 2554	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ของกรรมาธิการ	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ที่ผ่านความเห็นชอบ	มาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญ ชั่วคราว 2557	มาตรา 193 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2558	มาตรา 178 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2559
7. องค์กรวินิจฉัยชี้ขาด ข้อสังเกต 1. องค์กรชี้ขาดยังคงเป็นหลักการที่สำคัญที่ยังคงต้องกำหนดไว้ 2. ความแตกต่างการใช้อำนาจวินิจฉัยคดีอยู่ที่กำหนดเวลาแล้วเสร็จที่มีการกำหนดเพิ่มเติม 3. องค์กรที่มีอำนาจเสนอให้ศาลพิจารณารัฐธรรมนูญชั่วคราว ปี 2557 และร่างรัฐธรรมนูญ ปี 2559 กำหนดให้เป็นอำนาจคณะรัฐมนตรี 4. ในขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับอื่นกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจเสนอปัญหา	**วรรคหก** ในกรณีที่มี “ปัญหา_ตามวรรคสอง” ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาด โดย “ให้นำบทบัญญัติ” ตามมาตรา 154 (1) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม	**วรรคสี่** ในกรณีที่มีปัญหาว่า“หนังสือสัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องเสนอรัฐสภาให้ความเห็นชอบตามวรรคสอง” ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาด โดย “ให้นำบทบัญญัติ”ตามมาตรา 154 (1) และ (2) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาล	**วรรคสี่** ในกรณีที่มีปัญหาว่า “หนังสือสัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องเสนอรัฐสภาให้ความเห็นชอบตามวรรคสอง” ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาด โดย “ให้นำบทบัญญัติ” มาตรา 154 (1) และ (2) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดย	**วรรคสี่** เมื่อมีปัญหาว่า “หนังสือสัญญาใดเป็นกรณีตามวรรคสอง”หรือวรรคสามหรือไม่ “คณะรัฐมนตรี” จะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ได้ ทั้งนี้ ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย “ให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่” ได้รับคำขอ”	**วรรคเจ็ด** ในกรณีที่มี “ปัญหาตามวรรคสอง” ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาด โดย “ให้นำบทบัญญัติ” มาตรา 164 มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม	**วรรคห้า** เมื่อมีปัญหาว่า “หนังสือสัญญาใดเป็นกรณีตามวรรคสองหรือวรรคสาม” หรือไม่ “คณะรัฐมนตรี” จะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ได้ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัย “ให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ”

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

ประเด็น และ ข้อสังเกต	มาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 และฉบับที่สอง 2554	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ของกรรมาธิการ	ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญ 2550 ที่ผ่านความเห็นชอบ	มาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญ ชั่วคราว 2557	มาตรา 193 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2558	มาตรา 178 ของร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2559
ที่ว่าด้วยประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่าอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะมีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศกับฝ่ายบริหารด้วยหรือไม่ รัฐธรรมนูญมาตรา 178 ฉบับปี 2559 จึงเท่ากับเป็นการตัดอำนาจในการตรวจสอบและถ่วงดุลของฝ่ายนิติบัญญัติออกไป แม้แนวคิดดังกล่าวจะเป็นไปเพื่อแก้ไขปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ตาม แต่ทั้งนี้ประเด็นดังกล่าวนำมาซึ่งปัญหาความชอบด้วยกฎหมายในเชิงหลักการอย่างหลีกเลี่ยงมิได้		รัฐธรรมนูญโดยอนุโลม ทั้งนี้ ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดให้แล้วเสร็จ “ภายใน 15 วันนับแต่วันที่รับเรื่อง”	อนุโลม ทั้งนี้ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาด “ให้แล้วเสร็จภายใน 15 วันนับแต่ วันที่ได้รับเรื่อง”			

4.4.1 ปัญหาที่ว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการยังคงมีอยู่แม้จะมีการปฏิรูปหลักการในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไปแล้วก็ตาม

บทบัญญัติในมาตรา 178 วรรคหนึ่ง ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช .... บัญญัติไว้ดังนี้ มาตรา 178 วรรคหนึ่ง “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ”[686]

จากการศึกษาพบว่า แม้หลักการของรัฐธรรมนูญในวรรคหนึ่งจะมิได้แปรเปลี่ยนไปก็ตาม แต่ด้วยเหตุที่ปัจจุบันเทคโนโลยีได้พัฒนาไปสู่ยุคดิจิทัล ประกอบกับในทางปฏิบัติได้มีการทำความตกลงระหว่างประเทศผ่านระบบสื่ออิเล็กทรอนิกส์ในหลายกรณี ซึ่งมีความเป็นไปได้ว่าการพัฒนาของโลกย่อมนำไปสู่การทำความตกลงระหว่างประเทศผ่านระบบดิจิทัลได้ในไม่ช้า ประกอบกับการทำความตกลงระหว่างประเทศที่ไม่ได้อยู่ภายใต้บทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ก็อาจเกิดขึ้นได้หลายครั้ง ยิ่งไปกว่านั้น แม้ในทางปฏิบัติประเทศไทยและนานาประเทศจะมิค่อยได้ปรากฏบ่อยครั้งเท่าใดนักเกี่ยวกับการทำความตกลงระหว่างประเทศด้วยวาจาก็ตาม ด้วยเหตุที่การทำความตกลงด้วยวาจาอาจนำไปสู่ปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการยืนยันถึงความตกลงระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นดังกล่าวว่ามีข้อผูกพันกันเกิดขึ้นกันหรือไม่ และแค่ไหนเพียงใด[687]

แต่กระนั้นก็ตาม ในทางปฏิบัติการที่ผู้มีอำนาจโดยตำแหน่งได้มีการเจรจาหรือได้ทำการกล่าวถ้อยคำอย่างหนึ่งอย่างใดในขณะที่มีการพบปะหรือเจรจาทางการทูตกับประเทศอื่นใดนั้น การพูดคุยดังกล่าวอาจนำไปสู่การอ้างถึงความผูกพันระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นจนนำไปสู่การที่ประเทศไทยต้องถือปฏิบัติตามความตกลงด้วยวาจาได้ด้วยเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากในกรณีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในต่างประเทศคดีเกาะกรีนแลนด์ตะวันออก (Eastern Greenland) ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice) ได้ทำการตัดสินไว้เมื่อปี ค.ศ. 1933 ว่า คำแถลงการณ์ด้วยวาจาของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของประเทศนอร์เวย์ซึ่งได้ให้ไว้กับเอกอัครราชทูตของประเทศเดนมาร์กนั้น มีผลผูกพันทางกฎหมายกับประเทศนอร์เวย์[688] หรือแม้แต่กรณีของประเทศไทยเองในอดีตเองก็เคยมีการทำความตกลงด้วยวาจาหลายด้วยเช่นกัน[689]

กรณีแรก กรณีการใช้ไปรษณีย์ทหาร (Army Post Office) กับประเทศสหรัฐอเมริกาในวันที่ 5 มิถุนายน พ.ศ. 2505 ซึ่งได้มีการตกลงกันด้วยวาจาระหว่างจอมพล สฤษดิ์ ธนะรัชต์ กับ นายยัง (Young) เอกอัครราชทูตสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการยกเว้นภาษีศุลกากรตามระบบไปรษณีย์ทหาร ข้อตกลงด้วยวาจาดังกล่าวมีผลบังคับในฐานะที่ได้นำไปสู่การยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายศุลกากรของประเทศไทย

---

[686] โปรดดูข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่หนึ่ง ข้อ 4.4.1 หน้า 348

[687] สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร, *เรื่องเดิม*, หน้า 27-28.

[688] Permanent Court of International Justice, **Legal Status of Eastern Greenland**, General List: No. 43, Twenty-sixth Session, April 5, 1933, pp. 74-76, Retrieved September 15, 2016 from http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf

[689] สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร, *เรื่องเดิม*, หน้า 28.

กรณีที่สอง ความตกลงที่ทำขึ้นในปี พ.ศ. 2434 ระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลอังกฤษที่มีการตกลงด้วยวาจาให้แม่น้ำสายเป็นเส้นเขตแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศพม่า ที่มีการทำความตกลงกันถึง 40 ปีภายหลังจากนั้นจึงนำไปสู่การทำความตกลงในรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งความตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรดังกล่าวนี้มีที่มาจากการยืนยันถึงความตกลงด้วยวาจาที่เกิดขึ้นใน ปี พ.ศ. 2434 แต่ ทั้งนี้ ก็ไม่ปรากฏหลักฐานที่ยืนยันได้ว่าความตกลงเช่นว่านี้เกิดขึ้นระหว่างผู้แทนฝ่ายประเทศไทยและประเทศอังกฤษมีบุคคลใดบ้างที่เป็นคู่เจรจาทำความตกลงด้วยวาจาดังกล่าว

กรณีที่สาม การทำความตกลงที่ว่าด้วยการปฏิบัติการขนส่งทางอากาศของพลเรือน (Civil Air Transport Operations) ในประเทศไทยที่เริ่มต้นดำเนินการครั้งแรกในประเทศไทยในเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2494 โดยในการดำเนินการช่วงแรกหาได้มีการทำความตกลงที่เป็นทางการ (Formal Contract) แต่อย่างใด แต่การทำความตกลงดังกล่าวกลับเป็นการทำความตกลงด้วยวาจา (Verbal Agreement) ซึ่งเป็นความตกลงทางการปฏิบัติการขนส่งทางอากาศที่ดำเนินการโดยพลตำรวจเอกเผ่า ศรียานน์ อธิบดีกรมตำรวจกับพันเอกพอล เฮลิเวล (Colonel Paul Heliwell) ผู้แทนของหน่วยข่าวกรองซีไอเอ (CIA)[690]

ในขณะที่ปัจจุบันนี้ประเทศไทยเองก็ได้มีกรณีการทำความตกลงด้วยวาจา[691] ระหว่างนายกรัฐมนตรีของประเทศไทย พล.อ.ประยุทธ์ จันทร์โอชา กับนายเดวิด คาเมรอน นายกรัฐมนตรีอังกฤษเกี่ยวกับการอนุญาตให้เจ้าหน้าที่หน่วยสกอตแลนด์ยาร์ดในฐานะเป็นผู้สังเกตการณ์ของรัฐบาลประเทศอังกฤษเข้ามาพิจารณาเรื่องการตรวจสอบการเสียชีวิตของนักท่องเที่ยวชาวอังกฤษในประเทศไทย ดังนี้[692]

---

[690]Joe F. Leeker, **Air America in Thailand-Since the Days of CAT**, p. 3, Retrieved September 15, 2016 from https://www.utdallas.edu/library/specialcollections/hac/catalaam/Leeker/history/Thailand.pdf

[691]ทีมข่าวอาชญากรรม, "คดีเกาะเต่าส่อเค้าวุ่นไม่จบ! โปลิศอังกฤษกุมข้อมูลลับชี้มาเฟียพื้นที่ฆาตกรตัวจริง," **ผู้จัดการออนไลน์** (23 ตุลาคม 2557): ย่อหน้าที่ 4, ค้นวันที่ 15 กันยายน 2559 จาก http://www.manager.co.th/Crime/ViewNews.aspx?NewsID=9570000122248; Lizzy Davies, "UK Police to Work on Thai Murder Inquiry," **The Guardian News** (7 October 2014): para. 3, Retrieved September 15, 2016 from https://www.Theguardian.com/uk-news/2014/oct/17/uk-police-thai-murder-inquiry; Daniel Martin, "British Police to Join Thai Murder Probe within Weeks after Pressure over Case from David Cameron," **Mail Online, Daily Mail** (17 October 2014): para. 8, Retrieved September 15, 2016 from http://www.dailymail.co..uk/wires/pa/article-2797694/Thai-murders-blame-pinned-men.html

[692]"ประยุทธ์ไฟเขียวอังกฤษสังเกตการณ์คดีเกาะเต่า," **กรุงเทพธุรกิจออนไลน์** (19 ตุลาคม 2557): ย่อหน้าที่ 2-3, ค้นวันที่ 15 กันยายน 2559 จาก http://www.bangkokbiznews.com/news/detail/612092

> พล.อ.ประยุทธ์ จันทร์โอชา นายกรัฐมนตรีและหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ให้สัมภาษณ์วานนี้ (18 ต.ค.) หลังเดินทางกลับจากการประชุมสุดยอดผู้นำเอเชียยุโรป ที่นครมิลาน ประเทศอิตาลีว่า ได้มีโอกาสพูดคุยกับนายเดวิด คาเมรอน นายกรัฐมนตรีอังกฤษ ซึ่งนั่งติดกันได้ทักทายจับไม้จับมือและพูดคุยถึงคดีฆาตกรรมนักท่องเที่ยวชาวอังกฤษที่เกาะเต่า จ.สุราษฎร์ธานี โดยนายกรัฐมนตรีอังกฤษบอกว่า ไม่มีปัญหาอะไรกับกระบวนการยุติธรรมของไทย เพียงแต่ว่าคนอังกฤษเมื่ออ่านข่าวจากสื่อเขาเลยสงสัย
>
> นายกรัฐมนตรีกล่าวว่า ได้บอกกับนายกรัฐมนตรีอังกฤษไปว่าเรื่องนี้ไม่มีปัญหา เราทำด้วยกฎหมายทั้งสิ้น ‘โดยได้ตกลงร่วมกันว่า’ อังกฤษจะส่งผู้สังเกตการณ์เข้ามา ซึ่งวานนี้ (18 ต.ค.) ทางสถานทูต ตำรวจโดย พล.อ.ประวิตร วงษ์สุวรรณรองนายก รัฐมนตรีฝ่ายความมั่นคงและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม และพล.อ.ธนะศักดิ์ ปฏิมาประกร รองนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศได้กำกับดูแลเรื่องนี้อยู่แล้ว

ความสำคัญในเรื่องนี้จึงอยู่ที่ผู้มีอำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศไม่ว่าจะโดยนิติฐานะหรือโดยการมอบอำนาจในฐานะเป็นผู้แทนรัฐ หากไปดำเนินการกล่าวหรือรับด้วยวาจาว่าจะดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งให้ หรือรับการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดไม่ว่าจะโดยตั้งใจหรือไม่ตั้งใจก็ดี อาจนำไปสู่ความผูกพันและความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศได้ด้วยเช่นกัน[693]

จากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยมีแต่เพียงหลักเกณฑ์ทางปฏิบัติที่ซึ่งกำหนดแนวปฏิบัติในทางการทูตในขณะที่มีการพบปะหรือมีการเจรจากันในฐานะที่เป็นแนวปฏิบัติของกระทรวงการต่างประเทศเท่านั้นที่ใช้กับการพบปะและพูดคุยเพื่อเจริญความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่กระนั้นก็ตาม หลักเกณฑ์ของการทำความตกลงระหว่างประเทศด้วยวาจาก็ยังหาได้มีการกำหนดไว้ในเชิงหลักการที่แน่นอนไว้แต่อย่างใด ไม่ว่าในระหว่างที่มีการพบปะหรือการเจรจาที่เกิดขึ้นนั้น มีสิ่งใดบ้างที่ผู้แทนรัฐดังกล่าวสามารถทำสิ่งใดได้หรือมิอาจทำสิ่งได้

เป็นที่น่าสังเกตว่า แนวปฏิบัติในการทำความตกลงระหว่างประเทศของประเทศไทย โดยเฉพาะที่อยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยลำพัง หาได้มีกฎหมายรองรับในทางปฏิบัติอย่างเป็นระบบที่สามารถใช้เป็นฐานทางกฎหมายรองรับการปฏิบัติได้อย่างถูกต้องแต่อย่างใดไม่

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในทางปฏิบัติยังมีปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การทำความตกลงระหว่างประเทศระหว่างหน่วยงานของรัฐก็ยังคงมีปัญหาว่า ความตกลงระหว่างประเทศเรื่องใดบ้างที่สามารถดำเนินการได้หรือไม่สามารถดำเนินการได้ นอกจากนี้ในทางปฏิบัติหน่วยงานของรัฐยังต้องขออนุมัติต่อคณะรัฐมนตรี โดยหาได้มีข้อกำหนดและแนวทางในการดำเนินการที่ชัดเจนแต่อย่างใด

---

[693]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **แถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารกับมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ**, หน้า 5.

จากการศึกษาพบว่า การดำเนินการเพื่อทำความตงลงระหว่างประเทศ “ระหว่างหน่วยงาน” แม้จะได้เกิดขึ้นในหลายกรณีก็ตาม อาทิ การทำความตกลงระหว่างประเทศโดยกรมประชาสัมพันธ์[694] การทำความตกลงภายใต้โครงการความร่วมมือด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีระหว่างประเทศในโครงการต่าง ๆ[695] การสถาปนาความสัมพันธ์เมืองพี่เมืองน้องกับนานาประเทศในระดับจังหวัดภายใต้การกำกับของกระทรวงมหาดไทย[696] การจัดทำความตกลงความร่วมมือทางการทหารระหว่างกระทรวงกลาโหมของประเทศไทยกับกระทรวงกลาโหมของรัฐต่างประเทศ[697] หรือแม้แต่การจัดทำความตกลงด้านการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการ[698] เป็นต้น จากการศึกษาพบว่า การทำความตกลงระหว่างประเทศในระดับหน่วยงานในกรณีดังกล่าวได้ใช้แนวทางการปฏิบัติของหน่วยงานประกอบกับแนวปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี อาจกล่าวได้ว่าการทำความตกลงระหว่างหน่วยงานที่เกิดขึ้นดังกล่าว หาได้มีบทบัญญัติกฎหมายใด ๆ ที่กำหนดวิธีปฏิบัติไว้เป็นหลักการที่ชัดเจนแต่อย่างใดไม่

ปัญหาการทำความตกลงระหว่างหน่วยงานที่ผ่านมาเกิดปัญหาขึ้นที่นำไปสู่การพิจารณาและพิเคราะห์ว่าเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือไม่ในหลายประการ อาทิ ปัญหาว่าความตกลงระหว่างหน่วยงานดังกล่าวเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นจากปัญหาที่ว่าด้วยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ใช่รัฐ รัฐบาลหรือองค์กรระหว่างประเทศ หรือแม้แต่การทำความตกลงดังกล่าวหาใช่การดำเนินการในนามของรัฐแต่อย่างใดไม่ หรือปัญหาที่ว่าด้วยการทำความตกลง บันทึกตอบ หรือเอกสารของหน่วยงานของรัฐฝ่ายเดียวจะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้วยหรือไม่ หรือปัญหาที่ว่าด้วยเจตนาของหน่วยงานต้องการให้เอกสารที่ใช้บังคับดังกล่าวมีผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วยหรือไม่ หรือการทำความตกลงระหว่างหน่วยงานดังกล่าวเป็นการกำหนดกรอบความร่วมมือกันทั่วไป หรือมีขอบเขตอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบ การกำกับ การติดตามในการดำเนินการตามข้อตกลงของหน่วยงานหรือไม่ภายใต้การก่อให้เกิดความผูกพันที่ต้อง

---

[694]กรมประชาสัมพันธ์, สำนักการประชาสัมพันธ์ต่างประเทศ, **คู่มือการปฏิบัติงานการจัดทำบันทึกความเข้าใจกับต่างประเทศ** (กรุงเทพมหานคร: กรมประชาสัมพันธ์, 2556), หน้า 5-6.

[695]สถาบันเทคโนโลยีนิวเคลียร์แห่งชาติ, **ข้อมูลการดำเนินการตามข้อตกลงโครงการความร่วมมือด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีระหว่างประเทศ (ทวิภาคี)**, หน้า 1-3, ค้นวันที่ 15 กันยายน 2559 จาก http://www.tint.or.th/foreign/5000-foreign-coop.html

[696]กระทรวงมหาดไทย, สำนักปลัดกระทรวงมหาดไทย, กองการต่างประเทศ, *เรื่องเดิม*, หน้า 73-76.

[697]กระทรวงกลาโหม, สำนักงานนโยบายและยุทธศาสตร์, สำนักนโยบายและแผนกลาโหม, กองความร่วมมือด้านความมั่นคง, **องค์ความรู้เรื่องการจัดทำความตกลงระหว่างกระทรวงกลาโหมกับกระทรวงกลาโหมมิตรประเทศ**, หน้า 5-6, ค้นวันที่ 15 กันยายน 2559 จาก http://ddcs.mod.go.th/CMSPages/GetFile.aspx?nodeguid=fd03868f-989d-44ff-b8c6-72637ebaebaa&lang=th-TH

[698]กระทรวงศึกษาธิการ, สำนักปลัดกระทรวงศึกษาธิการ, สำนักความสัมพันธ์ต่างประเทศ, *เรื่องเดิม*, หน้า 25-28.

ปฏิบัติทางกฎหมายของหน่วยงานด้วยหรือไม่[699] แม้ในความเห็นของหน่วยงานทางปฏิบัติจะพิจารณาว่าความสำคัญอยู่ที่กฎหมายภายในของแต่ละองค์กรว่า กำหนดมาตรการทางปฏิบัติไว้อย่างไรโดยไม่จำต้องกำหนดไว้เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปก็ตาม[700]

แต่กระนั้นก็ตาม ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่าการมีหลักเกณฑ์กลางของกฎหมายที่กำหนดแนวปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐไว้น่าจะมีผลดีกว่าการขาดหลักเกณฑ์ที่กำหนดแนวปฏิบัติเฉกเช่นในปัจจุบัน ด้วยเหตุที่บางกรณีกฎหมายภายในของหน่วยงานดังกล่าวอาจมิได้กำหนดมาตรการทางปฏิบัติในการทำความตกลงระหว่างประเทศกับหน่วยงานของรัฐต่างประเทศไว้เป็นการเฉพาะ อย่างน้อยที่สุดหน่วยงานดังกล่าวก็จำต้องถือปฏิบัติตามกรอบที่กฎหมายกลางกำหนดไว้ ความสำคัญดังกล่าวจึงอยู่ที่หน่วยงานทั้งหลายจำต้องถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายกลางกำหนดแนวปฏิบัติไว้ในการปฏิบัติอันได้แก่ หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาในเบื้องต้นว่า ความตกลงดังกล่าวเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือไม่ อาทิ การพิจารณาว่าความตกลงระหว่างประเทศที่ทำมีผลผูกพันกับรัฐบาลไทยได้หรือไม่ โดยจำต้องมีกรอบกฎหมายให้อำนาจเกี่ยวกับหน่วยงานที่รับผิดชอบหลักในการพิจารณา เกณฑ์ในการพิจารณาว่าบทบัญญัติใดก่อให้เกิดสิทธิและพันธกรณีระหว่างประเทศหรือไม่ มีข้อผูกพันใด ๆ อันนำไปสู่ข้อบทผูกพันงบประมาณของหน่วยงานหรือไม่ ในกรณีที่หน่วยงานดังกล่าวมิได้ตั้งงบประมาณไว้ซึ่งอาจนำไปสู่การพิจารณาได้ว่าเป็นความตกลงระหว่างประเทศได้เช่นกัน การพิจาณาจากอำนาจที่มีตามบทบัญญัติกฎหมายประกอบกับกฎหมายภายในของหน่วยงานเหล่านั้นที่กำหนดตัวผู้มีอำนาจลงนาม และอำนาจในการลงนามว่าจะต้องขออนุมัติจากหน่วยงานใดก่อนลงนามหรือไม่ หรือหน่วยงานดังกล่าวสามารถลงนามได้เองโดยไม่ต้องขออนุมัติแต่อย่างใด[701] ด้วยเหตุและความจำเป็นดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่า ถึงเวลาแล้วที่ประเทศไทยควรมีกฎหมายที่กำหนดการปฏิบัติไว้เป็นการเฉพาะ ในฐานะที่เป็นกฎหมายกลางที่กำหนดลำดับขั้นตอนการทำความตกลงระหว่างประเทศ ในกรณีการถือปฏิบัติแม้จะมีกฎหมายภายในกำหนดไว้เป็นการเฉพาะภายในหน่วยงานเองก็ตาม นอกจากนั้นแล้ว จากการศึกษาที่ผ่านมาจะพบว่าในทางปฏิบัติหน่วยงานภายในของรัฐจะทำเพียงแต่เฉพาะคู่มือและแนวทางปฏิบัติในการทำความตกลงระหว่างประเทศเท่านั้น แต่ในกรณีที่มีปัญหาท้ายที่สุดก็จำต้องนำสู่การพิจารณาให้ความเห็นชอบโดยมติคณะรัฐมนตรีเพื่อหาแนวทางแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นเสมอ[702]

---

[699]ศรีสุดา คล้ายคล่องจิตร, **สรุปผลการบรรยายของ ดร. สุพรรณวษา โชติกญาณ เรื่อง การจัดทำสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศ**, ณ ห้องประชุมประชาสังคมอุดมพัฒน์ สถาบันวิจัยประชากรและสังคม, วันที่ 28 กันยายน 2558, หน้า 3, ค้นวันที่ 15 กันยายน 2559 จาก http://www.ns.mahidol.ac.th/english/research/th/doc/การจัดทำสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศ.pdf

[700]กระทรวงการต่างประเทศ, กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, *เรื่องเดิม*, หน้า 10.

[701]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 10-12.

[702]สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, มติคณะรัฐมนตรี ที่ นร. 09 เรื่อง การทำหนังสือสัญญาที่หน่วยงานสามารถดำเนินการได้ตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ต้องเสนอคณะรัฐมนตรี, 27 มกราคม 2558, ค้นวันที่ 12 กันยายน 2558 จาก http://www.cabinet.soc.go.th/soc/Program2-3.jsp?top_serl=993

ดังนั้น เพื่อสร้างความชัดเจนในการทำความตกลงระหว่างประเทศระหว่างหน่วยงานของรัฐ การมีบทบัญญัติกฎหมายที่อยู่ภายใต้อำนาจในการตราของฝ่ายบริหาร จึงเป็นแนวทางที่ต้องได้รับการส่งเสริมให้เกิดขึ้นเพื่อให้มีรูปแบบและแนวทางเดียวกัน

ประเด็นที่น่าสนใจคือ แม้หลักการที่อยู่ในวรรคหนึ่งจะยังคงถูกต้องในเชิงหลักการไม่เปลี่ยนแปลงไปก็ตาม แต่ก็มิอาจปฏิเสธได้เลยว่าความจำเป็นในการปฏิรูปในเชิงหลักการเกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเองก็มีความสำคัญที่ต้องคำนึงถึงอยู่ไม่น้อย อย่างน้อยที่สุดก็เป็นการกำหนดแนวทางการปฏิรูประบบการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยในฐานะที่ทำให้ปัญหาที่ว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการลดลงไปไม่มากก็น้อย

นอกจากหลักการในวรรคหนึ่งแล้ว จากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติในมาตรา 178 วรรคสอง ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช .... บัญญัติไว้ดังนี้

> มาตรา 178 วรรคสอง “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือ เขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญา หรือ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา และ[703] หนังสือสัญญาอื่น[704] ที่อาจ[705] มีผลกระทบต่อความมั่นคงทาง[706]เศรษฐกิจ สังคม[707] หรือการค้าหรือ[708]การลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง[709] ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้รัฐสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 60 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง หากรัฐสภาพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบ

แม้การบัญญัติหลักการและข้อยกเว้นการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะมิได้เปลี่ยนไปก็ตาม แต่ก็เป็นที่ประจักษ์ว่าปัญหาที่ว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการโดยเฉพาะเรื่องการมีส่วนร่วมของรัฐสภาและประชาชนในขั้นตอนของการริเริ่มและเจรจาเพื่อทำหนังสัญญาในเบื้องต้น ได้ถูกแก้ปัญหาด้วยการตัดหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติให้สอดคล้องกับหลักการและแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศ

12090&key_word=&owner_dep=&meet_date_dd=27&meet_datemm=01&meet_date_yyyy=2558&doc_id1=&doc_id2=&meet_date_dd2=&meet_date_mm2=&meet_date_yyyy2=

[703]โปรดดูข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่สอง ข้อ 4.4.1 หน้า 349

[704]โปรดดูข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่สาม ข้อ 4.4.1 หน้า 350

[705]โปรดดูข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่สี่ ข้อ 4.4.1 หน้า 350

[706]โปรดดูข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่ห้า ข้อ 4.4.1 หน้า 351

[707]โปรดดูข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่หก ข้อ 4.4.1 หน้า 351

[708]โปรดดูข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่เจ็ด ข้อ 4.4.1 หน้า 352

[709]โปรดดูข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่แปด ข้อ 4.4.1 หน้า 353; โปรดดูข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่เก้า ข้อ 4.4.1 หน้า 360

แต่กระนั้นก็ตาม ปัญหาที่ว่าด้วยความเข้าใจถึงหลักการและข้อยกเว้น แม้จะเป็นที่เข้าใจเชิงประจักษ์ด้วยการวางแยกหลักการและข้อยกเว้นไว้ในวรรคหนึ่งและวรรคสองแล้วก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาที่ว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการซึ่งมีลักษณะที่เป็นนามธรรม ประกอบกับความแตกต่างกันด้วยฐานความคิดที่มาจากความไม่ชัดเจนในการบัญญัติถ้อยคำก็ยังอาจเกิดขึ้นได้ด้วยเช่นเดียวกัน ปัญหาที่ว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการนี้ผู้เขียนเห็นว่าขึ้นอยู่กับการตีความและการอรรถาธิบายความตามหลักการและความเห็นที่มีความแตกต่างกันของแต่ละปัจเจกที่หยิบยกมาสนับสนุนความคิดเห็นตนเอง หากความคิดเห็นเป็นไปโดยฐานแห่งหลักการ แนวคิดและทฤษฎีที่สามารถใช้อรรถาธิบายความเห็นได้ ก็คงมิพักต้องกังวลใจในเรื่องความแตกต่างทางความคิดและการให้เหตุผลสนับสนุนแต่ประการใด แต่หากการให้เหตุผลดังกล่าวมีอคติหรือเอนเอียงเพื่อผลประโยชน์อื่นใด[710] ที่ยึดถือมากกว่าหลักการ แนวคิดและทฤษฎีกฎหมายที่จะใช้ในการอรรถาธิบายแล้ว สภาพปัญหาที่เคยเกิดขึ้นเฉกเช่นในครั้งอดีตที่ผ่านมาก็คงไม่แปรเปลี่ยนไปแต่อย่างใด

แม้จะมีการปฏิรูปหลักการในรัฐธรรมนูญแล้วก็ตาม ผู้เขียนก็ยังเห็นว่าปัญหาการตีความและการอธิบายความที่มีความแตกต่างกันจะไม่เกิดขึ้น หากถ้อยคำที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีความชัดเจนที่ใช้อรรถาธิบายถึงโครงสร้างทางไวยากรณ์ของประโยค ไม่ว่าจะเป็นประธาน กริยา กรรมและส่วนขยายหรือแม้แต่วลีของประโยค จะต้องไม่นำไปสู่ปัญหาการอรรถาธิบายความและสามารถแสดงความคิดเห็นที่แตกต่างกันได้โดยง่าย ถ้อยคำต้องมีความชัดเจน ทั้งนี้ ผู้เขียนมีประเด็นวิพากษ์และข้อสังเกตดังต่อไปนี้

1. ข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่หนึ่ง จากการศึกษาพบว่าหลักการที่ว่าด้วยอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศยังคงเป็นของฝ่ายบริหารไม่เปลี่ยนแปลงไปแต่อย่างใด ในขณะที่ข้อยกเว้นการใช้อำนาจขององค์กรรองเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ จากการศึกษาข้อยกเว้นในวรรคสองพบว่า บทบัญญัติในวรรคสองของมาตรา 178 มีความเปลี่ยนแปลงไปอย่างเห็นได้ชัด ไม่ว่าจะมีการตัดหลักการที่มีปัญหาในทางปฏิบัติซึ่งไม่มีความสอดคล้องกับแนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หลักการมีส่วนร่วมของรัฐสภาไม่ว่าจะเป็นเรื่องการเสนอและการขอความเห็นชอบกับกรอบเจรจาจากที่ประชุมร่วมของรัฐสภา หรือแม้แต่หลักการมีส่วนร่วมของประชาชนก็ถูกตัดออกไปทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นทั้งในการให้ข้อมูลกับประชาชน หรือแม้แต่การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการตัดหลักการดังกล่าวเป็นไปตามหลักการและแนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศและแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศ

---

[710] โปรดดูความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.สุรชาติ บำรุงสุข ใน สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **เอกสารวิชาการ (Academic Forum) มาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ว่าด้วยการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ**, หน้า 6, ค้นวันที่ 30 สิงหาคม 2559 จาก http://library2.parliament.go.th/ejournal/content_af/2559/jun2559-3.pdf

นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่าหนังสือสัญญาดังกล่าวแบ่งออกเป็น 7 ประเภทดังนี้

ประการแรก “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย”

ประการที่สอง “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ”

ประการที่สาม “หนังสือสัญญาใดจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา”

ประการที่สี่ “หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวาง”

ประการที่ห้า “หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง”

ประการที่หก “หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางการค้าของประเทศอย่างกว้างขวาง”

ประการที่เจ็ด “หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง”

2. ข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่สอง จะเห็นได้ว่าในวรรคสองซึ่งบัญญัติว่า “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย ‘หรือ’ เขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ ‘หรือ’ จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา ‘และ’ หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อ . . .”

ผู้เขียนเห็นว่า ผู้ร่างไม่ควรที่จะใช้ถ้อยคำว่า “และ” ในการเชื่อมประโยคระหว่างถ้อยคำว่า “. . . เพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา. . .” กับประโยค “หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อ . . .” เนื่องจากถ้อยคำว่า “และ” ต้องใช้ในความหมายในลักษณะที่หมายถึงสิ่งที่ต้องทำหรือต้องมีประกอบด้วยกันทั้งสองประการ[711] การบัญญัติประเภทของหนังสือสัญญาดังกล่าวจึงไม่ควรใช้คำว่า “และ” ในการเชื่อมประโยคดังกล่าวที่อาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศขึ้นได้

หากผู้ร่างฯ ต้องการใช้คำว่า “และ” ในการระบุและกำหนดประเภทของหนังสือสัญญาควรใช้ คำว่า “และ” ไปให้หมดในการเชื่อมประโยคทั้งหมดในวรรคสอง แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนกลับมีความเห็นว่าในการบัญญัติถึงประเภทหนังสือสัญญาในรัฐธรรมนูญควรใช้คำว่า “หรือ” มากกว่าคำว่า “และ” ในฐานะที่คำว่า “หรือ” เป็นถ้อยคำที่บอกถึงลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้[712] อีกทั้งการใช้ถ้อยคำว่า “หรือ” เพื่อสื่อถึงการบอกจำนวนของประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่ามีกี่ประเภท และได้แก่อะไรบ้าง

---

[711]ความหมายของคำว่า “และ” เป็นคำสันธานหรือคำเชื่อม ซึ่งพจนานุกรมได้ให้ความหมายไว้ว่า “กับ” หรือ “ด้วยกัน”; ราชบัณฑิตยสถาน, *เรื่องเดิม*.

[712]ความหมายของคำว่า “หรือ” เป็นคำสันธานหรือคำเชื่อม ซึ่งพจนานุกรมได้ให้ความหมายไว้ว่า “คำบอกความให้เลือกเอาอย่างใดอย่างหนึ่ง”; *เรื่องเดียวกัน.*

3. ข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่สาม ใช้คำว่า “และหนังสือสัญญาอื่นที่อาจ. . .” วลีดังกล่าวอาจนำไปสู่ความสับสนในการแยกประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่าไม่จำต้องใช้ถ้อยคำว่า “หนังสือสัญญาอื่น” บัญญัติเพิ่มเติมเข้ามาอีก ด้วยเหตุที่ถ้อยคำว่า “หนังสือสัญญาใด” ที่บัญญัติตอนต้นประโยคในวรรคสองก็มีความหมายถึงหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ถูกระบุทั้งหมดในมาตรา 178 วรรคสองอยู่แล้ว ทั้งนี้ ถ้อยคำว่า “และ” ควรทำการแก้ไขโดยปรับเปลี่ยนให้มีความชัดเจนและเพื่อความเข้าใจของการบัญญัติมากยิ่งขึ้น ซึ่งผู้เขียนจะได้เสนอแนวทางแก้ไขปรับปรุงในบทถัดไป

4. ข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่สี่ ถ้อยคำว่า “อาจ” ยังสื่อความหมายไปถึงเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งที่มีความเป็นไปได้ที่จะเกิดขึ้นด้วยการคาดคะเน[713] การกำหนดถ้อยคำดังกล่าวแม้จะดูประหนึ่งว่าจะเหมือนกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยตีความกรณีการทำคำแถลงการณ์ร่วม หรือ Joint Communiqué ได้หรือไม่ว่า ผลของการทำหนังสือสัญญาเพียงแค่มีความเป็นไปได้ที่จะนำไปสู่ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นแล้วก็อยู่ในประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาในฐานะที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเช่นกัน

เป็นที่น่าสังเกตว่า สมัยนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรีได้เคยมีการเสนอร่างแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยการเติมถ้อยคำว่า “โดยชัดแจ้ง” ต่อท้ายเข้าไปในประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ดังนี้ “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยชัดแจ้ง” และประโยคทั้งหมดคำว่า “ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยชัดแจ้ง” โดยคำว่า “โดยชัดแจ้ง” ขยายทั้ง “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือ เขตพื้นที่นอกอาณาเขต” ด้วยทั้งประโยค

ผู้เขียนเห็นว่าถ้อยคำในร่างรัฐธรรมนูญมาตรา 178 วรรคสองฉบับที่ผ่านประชามติในวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559 ดังกล่าวนี้ ถ้อยคำว่า “อาจ” หมายถึงกรณีที่มิได้เกิดขึ้นโดยชัดแจ้ง หรือเพียงแค่คาดคะเนว่าจะเกิดผลกระทบขึ้นกับประเทศไทยได้ ก็จำต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วย ซึ่งอาจมีผลทำให้หนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้งหลายต้องส่งเข้าสู่การพิจารณาให้ความเห็นชอบเกือบทั้งหมดหรือไม่ ทั้งนี้ ผลก็คือความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาอาจมิได้ลดลงแต่อย่างใด สภาพปัญหาดังกล่าวเคยเกิดขึ้นเช่นกรณีที่คณะกรรมาธิการร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 เคยดำเนินการเพื่อแก้ไขปัญหาการตีความของศาลที่เติมคำว่า “อาจ” ลงไปในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ถ้อยคำว่า “อาจ” จึงเป็นการเปิดช่องให้ตีความได้โดยกว้างและขาดความชัดเจน ถ้อยคำว่า “อาจ” นี้จึงเป็นเหตุที่ทำให้เกิดความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเฉกเช่นในอดีตที่ความตกลงระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้นแทบทุกฉบับจะต้องส่งศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำการวินิจฉัยชี้ขาดว่าเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยหรือไม่

---

[713]ความหมายของคำว่า “อาจ” เป็นคำช่วยกริยา ซึ่งพจนานุกรมได้ให้ความหมายไว้ว่า “บอกความคาดคะเน”; *เรื่องเดียวกัน.*

แต่กระนั้นก็ตาม การกำหนดถ้อยคำดังกล่าวอาจนำไปสู่การพิจารณาว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวต้องนำเข้าสู่การพิจารณาให้ความเห็นชอบหรือไม่ก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็มีข้อดีในแง่ที่ว่า หลักการดังกล่าวส่งผลดีต่อการเข้าควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารมิให้ใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยเช่นกัน แต่ในทางกลับกันกรณีดังกล่าวก็ยังส่งผลเสียได้ด้วยเช่นกัน กล่าวคือ กระบวนการที่เกิดขึ้นอาจนำไปสู่ความล่าช้าในการพิจารณาว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบหรือไม่ หากความเห็นของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติไม่ตรงกันก็ต้องทำการส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยชี้ขาดที่นำไปสู่ปัญหาความล่าช้าในการปฏิบัติ

แต่กระนั้นก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่ากรณีดังกล่าวก็อาจแก้ไขสภาพปัญหาความล่าช้าด้วยการกำหนดให้มีคณะกรรมาธิการร่วมของรัฐสภาที่มีส่วนร่วมของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติและผู้เชี่ยวชาญทางวิชาการและทางปฏิบัติเข้ามาเป็นคณะกรรมาธิการร่วมของรัฐสภาเพื่อช่วยทำการวินิจฉัยชี้ขาดในเบื้องต้น หากการชี้ขาดไม่อาจดำเนินการได้ก็ให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยชี้ขาดอีกชั้นหนึ่ง

ผู้เขียนเห็นว่า หากการเติมถ้อยคำว่า “อาจ” ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจะนำไปสู่ปัญหาและอุปสรรคในทางปฏิบัติในการทำความตกลงระหว่างประเทศก็ควรตัดถ้อยคำดังกล่าวออกไป ทั้งนี้ ถ้าผู้ร่างรัฐธรรมนูญเห็นว่าจะยังคงถ้อยคำว่า “อาจ” ไว้ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญก็ควรเติมถ้อยคำว่า “อาจ” ไปในประเภทของหนังสือตอนต้นด้วยเช่นกัน ดังนี้ “หนังสือสัญญาใด ‘อาจ’ มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือ เขตพื้นที่นอกอาณาเขต” ซึ่งสอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีการทำคำแถลงการณ์ร่วม แต่พึงต้องเข้าใจว่าแนวทางดังกล่าวมิได้สอดคล้องกับความเห็นของผู้เขียนแต่อย่างใด

5. ข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่ห้า ถ้อยคำว่า มีผลกระทบต่อ “ความมั่นคง” นั้นส่งผลกระทบต่อความมั่นคงในด้านใดบ้าง 1) เศรษฐกิจ 2) สังคม 3) การค้า 4) การลงทุน หรือจะหมายถึงแต่เฉพาะการทำความหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ส่งผลกระทบต่อ “ความมั่นคง” ทางด้าน 1) เศรษฐกิจ 2) สังคม เท่านั้น ส่วนผลกระทบต่อ 3) การค้า 4) การลงทุนไม่มีความเกี่ยวข้องกับมิติด้านความมั่นคงแต่อย่างใด ด้วยเหตุที่การบัญญัติประโยคดังกล่าวไม่ปรากฏว่ามีวลีขยายความถ้อยคำว่า “ความมั่นคง” แต่อย่างใด ดังจะเห็นได้จากการที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้บัญญัติถ้อยคำว่า “หรือ” วางไว้หน้าถ้อยคำว่า “การค้า หรือ การลุงทุน” จึงอาจตีความได้ว่าผลกระทบดังกล่างหมายความแต่เฉพาะ “ผลกระทบต่อการค้าหรือการลงทุน” โดยไม่ต้องพิจารณาว่าเป็น “ความมั่นคงทางการค้าหรือการลงทุน” ด้วยหรือไม่

6. ข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่หก คำว่า หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทาง “เศรษฐกิจ สังคม” จะมีความหมายเฉกเช่นใด ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวอาจตีความได้ 3 นัย ดังนี้ 1) หนังสือสัญญาที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจอย่างหนึ่ง หรือ 2) หนังสือสัญญาที่กระทบต่อความมั่นคงทางสังคมอีกอย่างหนึ่ง หรือ 3) หนังสือสัญญาที่กระทบต่อทั้งในเรื่องของความมั่นคงทางเศรษฐกิจและสังคมทั้งสองด้าน ด้วยเหตุที่ความหมายของถ้อยคำว่า “เศรษฐกิจ” กับ “สังคม” เป็นคนละมิติกันและไม่ได้มีนัยในทิศทางเดียวกัน การอธรรถาธิบายความดังกล่าวจึงมิอาจจะหมายถึงว่าเป็นถ้อยคำเดียวกันได้ ทั้งนี้ ในการใช้ภาษาไทยที่ใช้โดยทั่วไปก็ไม่อาจจะเรียกรวมกันได้ว่า “เศรษฐกิจสังคม” แต่อย่างใด

นอกจากนั้นแล้ว ปัญหาที่จำต้องพิจารณาเพื่อความชัดเจนก็คือ ผู้ร่างต้องการให้คำว่า “ความมั่นคง” ไปขยาย “การค้าและการลงทุน” ด้วยหรือไม่ ถ้าต้องการขยายด้วย ก็ต้องตัดคำว่า “หรือ” หน้าคำว่า “การค้า” ออกไป แต่ถ้าไม่ต้องการขยายก็อาจนำไปสู่ปัญหาการให้ความเห็นที่แตกต่างกันว่ามีความหมายเช่นใดกันแน่

7. ข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่เจ็ด ในขณะที่ “กระทบความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม ‘หรือ’ การค้าหรือการลงทุน” มีคำว่า “หรือ” เชื่อมระหว่างคำว่า “สังคม” กับคำว่า “การค้า” และยังทำการเว้นวรรคระหว่าง “สังคม” กับ “การค้า” ด้วย ประโยคและถ้อยคำดังกล่าวผู้ร่างรัฐธรรมนูญต้องการที่จะสื่อถึงความหมายเฉกเช่นใด นอกจากนี้ในวลีดังกล่าวจากการศึกษาพบว่า มีถ้อยคำว่า “หรือ” อยู่สองคำ คำว่าหรือดังกล่าวนี้ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญต้องการสื่อถึงความหมายอย่างไร

ผู้เขียนเห็นว่า “หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคง ‘ทาง’ เศรษฐกิจ สังคม ‘หรือ’ การค้า ‘หรือ’ การลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง” ประโยคดังกล่าวอาจนำไปสู่การตีความได้สองนัย 1) หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อ “ความมั่นคงทาง” เศรษฐกิจ สังคม 2) หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อ “ความมั่นคงทาง” การค้า “หรือ” การลงทุนของประเทศ ด้วยเหตุที่คำว่า “ทาง” เป็นถ้อยคำว่าที่เชื่อมกับคำต่าง ๆ ได้ เช่น ทางเศรษฐกิจ ทางสังคม ทางการค้า ทางการลงทุน

แต่กระนั้นก็ตาม หากพิจารณาการใช้ถ้อยคำว่า “หรือ” ในประโยค “หรือ การค้า หรือ การลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง” จะเห็นได้ว่าประโยคดังกล่าวมีถ้อยคำว่า “หรือ”อยู่สองคำ ดังนั้น คำว่า “หรือ” จึงอาจตีความได้ว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญหมายถึง ผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือ ผลกระทบต่อการค้าหรือการลงทุนอย่างกว้างขว้าง ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่า ผลกระทบด้านการค้าหรือการลงทุนหาได้เกี่ยวข้องกับถ้อยคำว่า ความมั่นคงแต่อย่างใดไม่ เพราคำว่า “หรือ” หน้าคำว่า “การค้า” เป็นคำที่แบ่งประเภทหนังสือสัญญาระหว่าง “ผลกระทบทางเศรษฐกิจ” หรือ “สังคม” ที่ต้องเกี่ยวพันกับความมั่นคงด้วย แต่ในขณะที่ “ผลกระทบทางการค้า หรือการลุงทุน” ไม่จำต้องกระทบต่อความมั่นคงแต่อย่างใด แต่ต้องมีผลกระทบ “อย่างกว้างขวาง” เท่านั้น จะเห็นได้ว่าการตราบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดการอรรถาธิบายที่มีความแตกต่างกันได้ในทางความคิด ความแตกต่างในการอรรถาธิบายดังกล่าวนำไปสู่ความขัดแย้งในทางความคิดได้ว่า ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว จำต้องได้รับหรือไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยหรือไม่ ดังนั้น แนวทางในการแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญก็อาจดำเนินการได้ 2 ลักษณะ ดังนี้

แนวทางที่ 1 ทำการสลับวลีในประโยคเป็น “หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบ ‘ต่อ’ การค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือ ‘ต่อ’ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม” ถ้าหากในกรณีที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญต้องการให้วลีที่ขยายประโยคถ้อยคำว่า “อย่างกว้างขวาง” ใช้กับวลีที่ว่า “การค้าหรือการลงทุน” เท่านั้น หรือแม้แต่ทำการเติมถ้อยคำว่า “ต่อ” หรือถ้อยคำว่า “ทาง” หน้าวลีคำว่า “การค้าและการลงทุน” ก็สามารถดำเนินการได้เช่นเดียวกัน

แนวทางที่ 2 เติมคำว่า “ต่อ” ในวลีต่าง ๆ ดังนี้ “หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบ ‘ต่อ’ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือ ‘ต่อ’ การค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง” เฉกเช่นในวรรค 2 ตอนต้น ซึ่งใช้คำว่า “มี” เพื่อบอกข้อความที่แยกกัน ดังนี้ “เขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่ง

ประเทศไทย ‘มี’ สิทธิอธิปไตย หรือ ‘มี’ เขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ”

แต่กระนั้นก็ตาม ปัญหาที่จำต้องพิจารณาต่อเพื่อความชัดเจนก็คือ ถ้อยคำว่า “ของประเทศอย่างกว้างขวาง” ขยายประเภทหนังสือระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม การค้า หรือการลงทุนของประเทศด้วยหรือไม่ ดังจะเห็นได้จากในอดีตการแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญสมัยนางสาวยิ่งลักษณ์ ได้มีการเติมถ้อยคำว่า “โดยชัดแจ้ง” ลงไปในประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ดังนี้ “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ ‘โดยชัดแจ้ง’” โดยที่ประโยคทั้งหมดคำว่า “ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ ‘โดยชัดแจ้ง’” ซึ่งคำว่า โดยชัดแจ้ง ขยายทั้ง “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือ เขตพื้นที่นอกอาณาเขต” ด้วย ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้การตีความถ้อยคำว่า “ของประเทศอย่างกว้างขวาง” ย่อมหมายถึงคำที่ครอบคลุมไปถึงหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคมได้ด้วยเช่นกัน ด้วยเหตุที่ถ้อยคำว่า “อย่างกว้างขวาง” นอกจากจะขยายถ้อยคำว่า “การค้า หรือการลงทุน” แล้ว ก็ยังไปขยายถ้อยคำว่า “ เศรษฐกิจ สังคม” ได้ด้วยเช่นกัน เฉกเช่นในอดีตกรรมาธิการร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญมาตรา 190 เคยเสนอให้เติมถ้อยคำว่า “โดยชัดแจ้ง” ซึ่งทำหน้าที่ไปขยายทั้ง “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือ เขตพื้นที่นอกอาณาเขต”

แต่ถ้าผู้ร่างต้องการหมายถึงหนังสือสัญญาระหว่างประเทศใน 4 ประเภทได้แก่ เศรษฐกิจ สังคม การค้า การลงทุน แล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญอาจดำเนินการแก้ไขได้ใน 2 ลักษณะดังนี้

1) แนวทางแรก ผู้ร่างรัฐธรรมนูญอาจทำการเติมถ้อยคำว่า “หรือ” ลงไปหน้าทั้งถ้อยคำว่า “สังคม การค้า การลงทุน” เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการแบ่งแยกประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยสามารถทำการแก้ไขเป็น ดังนี้ “. . . หรือ ที่มีผลกระทบ ‘ต่อ’ความมั่นคงของประเทศอย่างกว้างขวาง ‘ทาง’ เศรษฐกิจ หรือสังคม หรือการค้า หรือการลงทุน . . . ”

2) แนวทางที่สอง ในอีกกรณีหนึ่งผู้ร่างรัฐธรรมนูญอาจทำการตัดคำว่า “หรือ” หน้าคำว่า “การค้าออก” เป็นดังนี้ “หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม การค้าหรือการลงทุนของประเทศ ‘อย่างกว้างขวาง’” และสลับการเขียนวลีที่ขยายความคำว่า “ของประเทศอย่างกว้างขวาง” ใหม่ เป็นดังนี้ “. . . หรือ ที่มีผลกระทบ ‘ต่อ’ความมั่นคงของประเทศอย่างกว้างขวาง ‘ทาง’ เศรษฐกิจ สังคม การค้า หรือการลงทุน . . . ”

8. ข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่แปด ถ้อยคำว่า “อย่างกว้างขวาง” ผู้เขียนมีข้อสังเกตปัญหาที่ว่าด้วยถ้อยคำว่า “อย่างกว้างขวาง” ไปทำหน้าที่ขยายประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในวรรคสองกี่ประเภท ผู้เขียนเห็นว่าถ้อยคำว่า “อย่างกว้างขวาง” ขยายประเภทหนังสือสัญญาทั้งหมด 4 ประเภท ดังนี้ 1) หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อ “ความมั่นคงทางเศรษฐกิจอย่างกว้างขวาง” 2) หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคง “ทางสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง” 3) หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคง “ทางการค้าของประเทศอย่างกว้างขวาง” 4) หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคง “ทางการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง”

จากประเด็นข้อสังเกตที่ผ่านมา 8 ประการ ผู้เขียนขอนำเสนอปัญหาที่น่าพิเคราะห์ถึงถ้อยคำที่บัญญัติต่าง ๆ ได้แก่ คำว่า “กระทบความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม” ซึ่งมีการเว้นวรรคช่องว่างระหว่างถ้อยคำว่า เศรษฐกิจ กับคำว่า สังคม เป็นที่น่าสังเกตว่า การบัญญัติถ้อยคำและการเว้นวรรคระหว่างถ้อยคำดังกล่าว ผู้ร่างรัฐธรรมนูญต้องการสื่อความหมายถึงเฉกเช่นใด ทั้งนี้ ถ้อยคำดังกล่าวกลับไม่ปรากฏว่ามีการใช้คำสันธานหรือคำเชื่อมใด ๆ ระหว่างถ้อยคำทั้งสองไม่ว่าจะเป็นถ้อยคำว่า “และ” หรือแม้แต่ถ้อยคำว่า “หรือ” ในระหว่างถ้อยคำว่า “เศรษฐกิจ” กับถ้อยคำว่า “สังคม” แต่อย่างใด แต่ในขณะที่ ถ้อยคำว่า “การค้า” กลับมีการบัญญัติด้วยถ้อยคำที่ถูกเชื่อมด้วยคำว่า “หรือ” กับคำว่า “การลงทุน” ถ้อยคำดังกล่าว ผู้ร่างรัฐธรรมนูญต้องการสื่อความหมายเช่นไร กับการบัญญัติถ้อยคำให้มีความแตกต่างกันในบทบัญญัติดังกล่าว ผู้เขียนมิอยากจะคิดว่าความแตกต่างดังกล่าวมีที่มาจากการขาดความละเมียดละไมในการบัญญัติถ้อยคำในประโยคดังกล่าวแต่อย่างใด

คำถามที่ต้องพิเคราะห์ต่อก็คือ การเว้นวรรคช่องว่างระหว่างถ้อยคำว่า “เศรษฐกิจ สังคม” หมายถึงถ้อยคำว่า “และ” หรือถ้อยคำว่า “หรือ” ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า การเว้นวรรคดังกล่าวมีความหมายถึงคำว่า “หรือ” ด้วยเหตุที่ 1) ถ้อยคำต่อมาใช้คำว่า “หรือ” วางไว้หน้าก่อนถ้อยคำว่า “การค้า” ซึ่งหากทำการเปรียบเทียบหลักไวยากรณ์ภาษาอังกฤษ เราใช้เครื่องหมายจุลภาคหรือ “ ,” เพื่อแบ่งคำออกจากกัน และตามด้วย “and” หรือ “or” เมื่อเปรียบเทียบกับตรรกะไวยากรณ์ในภาษาไทย จะพบว่าภาษาไทยไม่ได้มีการใช้เครื่องหมายจุลภาคหรือ “ ,” เพื่อแบ่งถ้อยคำออกจากกันแต่อย่างใด แต่มักเป็นการเว้นวรรคระหว่างถ้อยคำต่าง ๆ แทน ดังนั้น ในการหาจุดมุ่งหมายดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าต้องพิจารณาถ้าคำว่า “และ” หรือ คำว่า “หรือ” ที่ตามมาในวลีด้านหลังของประโยคดังกล่าวว่า ผู้เขียนเห็นว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญเองย่อมมีจุดมุ่งหมายในการกำหนดความหมายและประเภทของวลีที่ปรากฏดังกล่าวว่า ต้องการระบุความหมายอย่างไร อาทิ หนึ่งสิ่งหรือสองสิ่งขึ้นไป 2) เมื่อพิจารณาตามถ้อยคำที่ปรากฏดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่า ผู้ร่างต้องการสื่อความหมายด้วยคำว่า “หรือ” ด้วยเหตุที่ หมายถึง หนังสือสัญญาระหว่งประเทศใน 4 ประเภท และหากพิเคราะห์ดูจากการร่างรัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นได้ว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญต้องการให้สื่อความหมายว่าเป็นถ้อยคำว่า “หรือ” มากกว่า จึงใช้การเว้นวรรคช่องว่าระหว่างถ้อยคำทั้งสองดังกล่าว

จะเห็นได้ว่า การบัญญัติถ้อยคำต่าง ๆ ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญดังกล่าว ก็ยังเป็นเหตุที่นำไปสู่ความสับสนในการปรับใช้และการตีความกฎหมายเกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้เช่นกัน ด้วยเหตุที่การบัญญัติถ้อยคำดังกล่าวมีถ้อยคำว่า “หรือ” ซ้อนกันอยู่ในประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศถึงสองถ้อยคำ ดังจะเห็นได้จากถ้อยคำว่า “เศรษฐกิจ สังคม ‘หรือ’ การค้า ‘หรือ’ การลงทุน” ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเพื่อความชัดเจนในกรณีดังกล่าว อาจทำการเติมถ้อยคำว่า “หรือ” หน้า ถ้อยคำว่า “สังคม” เพียงคำเดียวก็พอที่ทำให้ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

ยิ่งไปกว่านั้น ปัญหาของถ้อยคำว่า “ของประเทศอย่างกว้างขวาง” เองก็นำไปสู่ปัญหาการปรับใช้และการตีความที่แตกต่างกันได้ด้วยเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากการที่ถ้อยคำว่า “มีผลกระทบต่อ” จะใช้กับคำว่า “เศรษฐกิจ” แล้ว ผู้เขียนเห็นว่ายังต้องใช้กับคำว่า “สังคม การค้า การลงทุน” ด้วยเช่นกัน

ฉันใดก็ฉันนั้น นอกจากถ้อยคำว่า “ของประเทศอย่างกว้างขวาง” จะใช้กับคำว่า “การลงทุน” แล้ว ก็ยังต้องใช้กับคำว่า “เศรษฐกิจ สังคม การค้า” ด้วยเช่นกัน ด้วยเหตุที่ผู้เขียนเห็นว่าผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศที่เกิดขึ้นก็เกิดขึ้นได้ทั้งทางเศรษฐกิจ ทางสังคม ทางการค้า หรือแม้แต่ทางการลงทุนก็ได้ด้วยเช่นกัน ผู้เขียนเห็นว่าเพื่อความชัดเจนอาจทำการแก้ไขทำได้ใน 3 แนวทาง ดังนี้

แนวทางที่ 1 เติมคำว่า “ต่อ” หน้าคำว่า “การค้า” เพื่อเป็นการขยายคำว่า “ผลกระทบ” ในประโยคตอนต้น ที ที ดังนี้ “หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือ ‘ต่อ’การค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง” เพื่อชี้ให้เห็นชัดเจนว่าหนังสือสัญญาในประโยคนี้มีหนังสือสัญญา 2 ประเภทเท่านั้น ซึ่งได้แก่ หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อ “เศรษฐกิจ สังคม” รวมกันเป็นหนึ่งประเภท และหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อ “การค้าหรือการลงทุน” อีกประเภทหนึ่ง

แต่กระนั้นก็ตาม ข้อเสนอตามแนวทางที่หนึ่งนี้ ผู้เขียนเองก็ไม่เห็นด้วยกับการเติมคำว่า “ต่อ” หน้าคำว่า “การค้า” และการตีความประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในลักษณะแรกเท่าใดนัก ด้วยเหตุที่การบัญญัติถ้อยคำว่า “เศรษฐกิจ” แล้วทำการเว้นวรรคและต่อมามีการบัญญัติตามด้วยถ้อยคำว่า “สังคม” ซึ่งปรากฏในตอนต้น ก็กลับไม่ปรากฏว่ามีคำเชื่อมว่า “และ” หรือคำว่า “หรือ” ตามมาแต่อย่างใดนั้น ว่าการบัญญัติประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเช่นว่านี้หมายถึงหนังสือสัญญาระหว่างประเทศประเภทหนึ่งที่กระทบทาง “เศรษฐกิจ สังคม” แต่ในขณะที่วลีถัดมาถ้อยคำว่า “ต่อการค้า หรือการลงทุน” กลับมีการใช้คำเชื่อมด้วยถ้อยคำว่า “หรือ” ซึ่งบัญญัติอยู่ระหว่างคำว่า “การค้า” กับถ้อยคำว่า “การลงทุน” ซึ่งเป็นการอรรถาธิบายว่า การบัญญัติถ้อยคำนี้มีความหมายถึงหนังสือสัญญาอีกประเภทหนึ่งด้วยเช่นกัน

ทั้งนี้ ผู้เขียนไม่ค่อยเห็นด้วยกับการอรรถาธิบายความด้วยเหตุผลดังกล่าวเท่าใดนัก ผู้เขียนเห็นว่าถ้าเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ 2 ประเภทนี้จริง คำถามก็คือว่าผู้ให้เหตุผลดังกล่าวจะอรรถาธิบายความอย่างไรระหว่างถ้อยคำว่า “เศรษฐกิจ สังคม” ที่กลับไม่ปรากฏคำเชื่อมระหว่างคำดังกล่าวเลย ไม่ว่าจะเป็นถ้อยคำว่า “และ” หรือแม้แต่คำว่า “หรือ” เลยก็ตาม ในขณะที่วลีที่ว่า “การค้าหรือการลงทุน” กลับปรากฏว่ามีคำเชื่อมด้วยถ้อยคำว่า “หรือ” ซึ่งมีความแตกต่างที่ชัดเจนของการอธิบายความว่าหนังสือสัญญาดังกล่าวหมายถึงหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบในด้านเดียวคือทาง”เศรษฐกิจ สังคม” ร่วมกันในความหมายเดียว หรือมีผลกระทบอย่างใดอย่างหนึ่งในทาง “เศรษฐกิจหรือสังคม” เฉกเช่นที่บัญญัติไว้ในผลกระทบทาง “การค้าหรือการลงทุน” กันแน่

แนวทางที่ 2. คล้ายคลึงกับแนวทางที่สอง โดยการแก้ไขควรทำการย้ายวลีที่ว่า “ของประเทศอย่างกว้างขวาง” มาต่อกับวลีที่ว่าด้วย “อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคง” และควรตัดถ้อยคำว่า “อาจ” ออกไป รวมทั้งทำการตัดคำว่า “หรือ” ที่วางอยู่หน้าถ้อยคำว่า “การค้า” ออกไปเสียด้วย โดยยังคงถ้อยคำว่า “หรือ” ไว้แต่เฉพาะหน้าถ้อยคำว่า “สังคม” แต่เพียงคำเดียวเท่านั้นพอ ทั้งนี้ การแก้ไขวลีดังกล่าวให้ทำการปรับเป็นวลี ดังนี้ “หนังสือสัญญาอื่นที่มีผลกระทบต่อ ‘ความมั่นคงของประเทศอย่างกว้างขวาง’ ทางเศรษฐกิจ สังคม การค้า ‘หรือ’ การลงทุน”

เป็นที่น่าสังเกตว่า การแก้ไขตามแนวทางที่ 2 ดังกล่าวก็อาจนำมาซึ่งความเห็นที่แตกต่างในการปรับใช้และการตีความของนักกฎหมายได้ด้วยเช่นกัน ด้วยเหตุที่กรณีที่ 2 นี้อาจมีการให้เหตุผลว่า

ถ้าหากปรับตามถ้อยคำตามแนวทางที่ 2 ดังกล่าวแล้วด้วยการตัดคำว่า “หรือ” หน้าถ้อยคำว่า “การค้า” ออกไป ก็อาจนำมาซึ่งความไม่ชัดเจนเฉกเช่นที่เคยเกิดความไม่ชัดเจนในอดีตตามหลักการที่ปรากฏในมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้เช่นกัน ซึ่งการอรรถาธิบายความดังกล่าวก็ยังอาจนำไปสู่การตีความได้ว่า หมายถึงหนังสือสัญญาใน 2 ประเภทได้ด้วยเช่นกัน กล่าวคือเป็น “หนังสือสัญญาอื่นที่มีผลกระทบต่อ ‘ความมั่นคงของประเทศอย่างกว้างขวาง’ ทางเศรษฐกิจ สังคม การค้า” ประเภทหนึ่ง และยังหมายถึง “หนังสือสัญญาอื่นที่มีผลกระทบต่อ ‘ความมั่นคงของประเทศอย่างกว้างขวาง’ ทางการลงทุน” อีกประเภทหนึ่ง ด้วยเหตุที่คำว่า “หรือ” หน้าถ้อยคำว่า “การลงทุน” ดังกล่าวนำไปสู่การแบ่งกลุ่มหรือประเภทของหนังสือสัญญาออกจากกัน ซึ่งมีที่มาจากการบัญญัติคำว่า “หรือ” เพียงคำเดียวหน้าคำว่า “การลงทุน” ยิ่งไปกว่านั้น การอรรถาธิบายความดังกล่าวว่า การเว้นวรรคระหว่างถ้อยคำว่า “เศรษฐกิจ สังคม การค้า” ดังกล่าวก็ยังอาจสื่อความหมายไปได้ว่ารัฐธรรมนูญหมายถึงถ้อยคำว่า “และ” มากกว่าที่จะเป็นการใช้ถ้อยคำว่า “หรือ” เฉกเช่นที่ผู้เขียนได้ให้ความเห็นไว้ในดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้ได้ด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ ข้อเสนอดังกล่าวของผู้เขียนดังกล่าวก็ยังมีข้อถกเถียงที่อาจนำไปสู่การตีความที่แตกต่างได้ด้วยเช่นกัน

แนวทางที่ 3 ผู้เขียนเห็นว่าการแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอาจทำการปรับถ้อยคำในตัวบท โดยการแก้ไขให้ทำการย้ายวลีที่ว่า “ของประเทศอย่างกว้างขวาง” มาต่อกับวลีที่ว่าด้วย “อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคง” และควรตัดถ้อยคำว่า “อาจ” ออกไปเสีย และควรเติมถ้อยคำว่า “หรือทาง” หน้าถ้อยคำว่า “สังคม การค้า การลงทุน” เพิ่มเติมเข้ามาเพื่อให้มีการบ่งชี้ถึงประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศให้มีความชัดเจนมากที่สุด การปรับถ้อยคำดังกล่าวก็เพื่อก่อให้เกิดความชัดเจนทั้งในการปรับใช้และการตีความกฎหมายและเพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาการตีความเฉกเช่นที่เกิดในอดีต ดังนี้ “หนังสือสัญญาอื่นที่มีผลกระทบต่อ ‘ความมั่นคงของประเทศอย่างกว้างขวาง’ ทางเศรษฐกิจ หรือทางสังคม หรือทางการค้า หรือทางการลงทุน” ซึ่งการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวก็จะเป็นการสื่อให้เห็นได้ว่าหมายถึงหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่นำไปสู่ผลกระทบได้ใน 2 ลักษณะกล่าวคือต้องเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบทั้งต่อความมั่นคงของประเทศ และยังต้องมีผลกระทบอย่างกว้างขวางด้วยเช่นกัน

ผู้เขียนขอเรียนว่า ปัญหาการให้ความเห็นที่มีความแตกต่างกันเช่นที่ปรากฏในดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้ เป็นสิ่งที่ผู้เขียนได้พยายามชี้ให้เห็นและยืนยันเสมอมาว่า หลักการในรัฐธรรมนูญมีปัญหาที่มาจากการบัญญัติถ้อยคำในบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเป็นส่วนประกอบหลัก ที่เป็นเหตุอันนำไปสู่การปรับใช้และการอรรถาธิบายความที่มีความแตกต่างของนักกฎหมายในประเด็นเรื่องประเภทของหนังสือสัญญาที่มีความเห็นที่แตกต่างกันได้[714]

---

[714]แม้จากการศึกษาจะพบว่าปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวจะเป็นการอรรถาธิบายความที่แตกต่างกันนอกจากจะเป็นเหตุผลทางเนื้อหาสาระของรัฐธรรมนูญแล้ว ยังปรากฏว่ามีปัจจัยที่สำคัญอื่นซึ่งเกิดขึ้นจากการปรับใช้และการตีความรัฐธรรมนูญด้วยเหตุผลทางด้านผลประโยชน์และกลยุทธ์ทางการเมือง และแม้ผู้เขียนจะได้เคยทำการวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นในฐานะที่เป็นบทที่ 4 ปัจจัยที่ส่งผลให้เกิดความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศระหว่างองค์กรหลักและองค์กรรองตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในข้อ 4.1.2 ปัญหาการปรับใช้บทบัญญัติของ

แต่อย่างไรก็ตาม ในประเด็นดังกล่าวผู้เขียนยังคงยืนยันว่าผู้เขียนมีความเห็นว่า แนวทางการแก้ไขควรดำเนินการตามแนวทางที่ 3 ซึ่งมีความชัดเจนด้วยการแบ่งถ้อยคำว่า “สังคม การค้า การลงทุน” ออกจากกันแต่ละคำด้วยคำว่า “หรือทาง” ซึ่งมีความชัดเจนว่ามีหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ 4 ประเภท

ทั้งนี้ เพื่อสนับสนุนการแบ่งกลุ่มระหว่างถ้อยคำว่า “สังคม การค้า การลงทุน” ว่าต้องใช้คำว่า “หรือ” แต่มิใช่ถ้อยคำว่า “และ” นั้น สามารถอรรถาธิบายความได้จากวิธีการใช้ถ้อยคำภาษาไทยโดยราชบัณฑิตยสถาน ซึ่งจากการศึกษาผู้เขียนพบว่า ราชบัณฑิตยสถานอรรถาธิบายหลักการเว้นวรรคไว้ว่า “การเว้นวรรคเล็ก มีระยะห่างระหว่างวรรคประมาณเท่ากับความกว้างของพยัญชนะ” โดยราชบัณฑิตยสถานยังได้อรรถาธิบายความ และยังได้ยกตัวอย่างการเว้นวรรคเล็กหน้าคำว่า “และ” ซึ่งอยู่หลังคำว่า “ได้แก่” และหลักการเว้นวรรคเล็กหน้าคำสันธานคำว่า “และ” และคำว่า “หรือ” ไว้ดังนี้[715]

> ข้อ 1.2.18 การเว้นวรรคเล็กหน้าและ หลังคำว่า “ได้แก่” ที่ตามด้วยรายการมากกว่า 1 รายการ ตัวอย่าง
>
> (1) เครื่องล่อใจให้ติดอยู่ในโลก ได้แก่ รูป เสียง กลิ่น รส และสัมผัส
>
> (2) อาหารที่ช่วยป้องกันและต้านทานโรค ได้แก่ โปรตีน เกลือแร่ และวิตามิน
>
> ข้อ 1.2.20 การเว้นวรรคเล็กหน้าคำสันธาน “และ”, “หรือ” ในรายการตัวอย่าง
>
> (1) ระเบียบคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทรายว่าด้วยการผลิต การบรรจุ การเก็บรักษา การสำรวจ การขนย้าย การจำหน่าย และการส่งมอบน้ำตาลทราย
>
> (2) แล้วกัน (ปาก) ว. ออกเสียงแสดงความไม่พอใจ ตกใจ เสียใจ หรือประหลาดใจ เป็นต้น

รัฐธรรมนูญโดยฝ่ายนิติบัญญัติมุ่งต่อผลทางการเมืองมากกว่าการยึดถือหลักการในหน้า 255-259 ซึ่งผู้เขียนได้ทำการสอบความก้าวหน้าดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้ไปเมื่อวันที่ 21 มีนาคม พ.ศ. 2559 ไปแล้วก็ตาม แต่ด้วยลักษณะของการศึกษาดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้เป็นทางนิติศาสตร์มิใช่รัฐศาสตร์ คณะกรรมการจึงมีมติให้ทำการตัดประเด็นดังกล่าวออกไป และโปรดดูความเห็นของโปรดดูความเห็นทางวิชาการของศาสตราจารย์ ดร.สุรชาติ บำรุงสุข; สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **เอกสารวิชาการ (Academic Forum) มาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ว่าด้วยการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ**, หน้า 6.; ความเห็นของผู้เขียนในภาคผนวก จ หน้า 445

[715]สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, **หลักเกณฑ์การเว้นวรรค**, ค้นวันที่ 30 สิงหาคม 2559 จาก http://www.royin.go.th/?page_id=629

นอกจากนั้นแล้ว จากการศึกษาถึงแนวทางการร่างกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ได้มาจากการศึกษาวิจัยของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะพบว่า ในคู่มือดังกล่าวได้มีการอรรถาธิบายความการใช้ถ้อยคำว่า “และ” กับ คำว่า “หรือ” ไว้ด้วยดังนี้[716]

> การใช้คำว่า “หรือ” โดยความหมายทั่วไปจะหมายถึงการแยกออกจากกัน (Disjunctive) และเสนอให้เลือก (Presents Alternatives) โดยในบางกรณีการใช้คำว่า “หรือ” อาจเป็นเพื่อการขยายเนื้อหาให้ชัดเจนยิ่งขึ้นโดยการเพิ่มคำที่มีความหมายใกล้เคียง และในบางกรณีอาจมีการใช้คำว่า “หรือ” ให้ความหมายว่า “และ” โดยอ้างถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้น . . .
>
> **8.2 แนวทางการใช้**
>
> ปัจจุบันสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีได้ยึดถือแนวทางการใช้คำว่า “และ” และ “หรือ” ตามความหมายที่ปรากฏในพจนานุกรมและตามหลักการใช้ภาษาไทยทั่วไป คือ คำว่า “และ” ใช้ในกรณีที่ประสงค์จะให้หมายความรวมทุกประเภทที่กล่าว และคำว่า “หรือ” ใช้ในกรณีที่ประสงค์จะให้เลือกเอาอย่างใดอย่างหนึ่ง . . .

จากหลักการดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าวลีที่ปรากฏในมาตรา 178 วรรคสองของร่างรัฐธรรมนูญว่า “เศรษฐกิจ สังคม ‘หรือ’ การค้า ‘หรือ’ การลงทุน” ย่อมนำไปสู่ความสับสนในการใช้และการตีความเป็นอย่างยิ่งถึงประเภทของหนังสือสัญญา ในขณะที่ความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าควรทำการแก้ไขเป็นวลีที่ว่า “เศรษฐกิจ สังคม การค้า ‘หรือ’ การลงทุน” ให้มีความชัดเจนมากกว่าหลักการที่ปรากฏอยู่ในร่างรัฐธรรมนูญฉบับผ่านประชามติฉบับนี้ ด้วยเหตุที่แนวทางการร่างกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเองก็ได้กำหนดแนวทางการใช้งานตามลักษณะของความหมายที่ปรากฏในพจนานุกรม และตามหลักการใช้ภาษาไทยทั่วไปเป็นหลัก ดังนั้นถ้อยคำว่า “เศรษฐกิจ สังคม ‘หรือ’ การค้า ‘หรือ’ การลงทุน” ซึ่งเป็นการใช้คำว่า “หรือ” ถึงสองคำในวลีดังกล่าว และแม้จะมีความหมายว่า หมายถึง “การแยกออกจากกันและเสนอให้เลือก” อย่างใดอย่างหนึ่งก็ตาม แต่คำว่า “หรือ” ดังกล่าวซึ่งมีอยู่สองคำนั้น ก็เท่ากับเป็นการบัญญัติถ้อยคำที่มีความซ้ำซ้อนกันและฟุ่มเฟือยโดยไม่จำเป็น

นอกจากนั้นแล้ว แม้ในความหมายของคำว่า “หรือ” ถ้าหากถูกใช้ในความหมายเชิงบวกซึ่งมีเจตนารมณ์เป็นการใช้เพื่อ “การขยายเนื้อหา” ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น โดยการเพิ่มคำที่มีความหมายใกล้เคียงกันเข้าไป ซึ่งมีความหมายอันบ่งถึงถ้อยคำว่า “และ” ได้ก็ตาม แต่ถ้อยคำว่า “เศรษฐกิจ สังคม ‘หรือ’ การค้า ‘หรือ’ การลงทุน” ก็มิอาจตีความได้ว่า หมายถึงถ้อยคำว่า “และ” ได้แต่อย่างใด ด้วยเหตุที่คำว่า “เศรษฐกิจ สังคม ‘หรือ’ การค้า ‘หรือ’ การลงทุน” หาได้มี

---

[716]สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, **คู่มือแบบการร่างกฎหมาย** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551), หน้า 640-641.

ความหมายในทำนองที่ว่าเป็นการเพิ่มคำที่มีความหมายใกล้เคียงกันเข้าไปในกลุ่มคำดังกล่าวได้แต่อย่างใดไม่ เนื่องจากคำว่าเศรษฐกิจ สังคม การค้า การลงทุนมีความหมายที่มีความแตกต่างกัน ทั้งในความหมายของถ้อยคำดังกล่าวด้วย ตัวเอง และทั้งจากการนำเสนอข้อมูลและแนวทางปฏิบัติในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยในบทที่ 3 ผ่านมา[717]

ผู้เขียนขอสนับสนุนการให้เหตุผลดังกล่าวด้วยตัวอย่างการอรรถาธิบายความหมายในเชิงบวกที่ต้องการขยายความดังเช่นที่ปรากฏอยู่ในการเขียนดุษฎีนิพนธ์ของผู้เขียนในประโยคที่ว่า “อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ” การใช้ถ้อยคำดังกล่าวเป็นกรณีที่ผู้เขียนเองต้องการสื่อความหมายในเชิงบวก ซึ่งต้องการขยายความหรืออธิบายความให้มีความชัดเจนว่าเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารและในขณะเดียวกันฝ่ายบริหารที่อรรถาธิบายอยู่นั้น ก็ยังหมายถึงความเป็นรัฐบาลด้วยในเวลาเดียวกัน การเขียนดังกล่าวผู้เขียนต้องการสื่อถึงการขยายเนื้อหาที่เขียนให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น โดยวิธีการเพิ่มคำที่มีความหมายใกล้เคียงกันเข้าไปในประโยคเดียวกัน ในฐานะที่เป็นการใช้คำว่า “หรือ” ให้มีความหมายเชิงของถ้อยคำว่า “และ”

เป็นที่น่าสังเกตว่า ในข้อเสนอแนะของผู้เขียนตามแนวทางที่ 2 ซึ่งได้ทำการเสนอว่า การแก้ไขอาจทำการแก้ไขกลุ่มคำดังกล่าวในร่างรัฐธรรมนูญเป็นวลีที่ว่า “เศรษฐกิจ สังคม การค้า ‘หรือ’ การลงทุน” ดังกล่าวนี้ กลับมีความหมายว่าหมายถึง ประเภทของหนังสือสัญญาอื่นที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศอย่างกว้างขวางทางใดทางหนึ่งก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นผลกระทบที่เกิดขึ้นทางเศรษฐกิจก็ได้ หรือทางสังคมก็ได้ หรือทางการค้าก็ได้ หรือแม้แต่ทางการลงทุนก็ได้เช่นกัน เนื่องจากการเว้นวรรคระหว่างถ้อยคำว่า “เศรษฐกิจ สังคม การค้า” และตามด้วยถ้อยคำว่า “หรือการลงทุน” จึงต้องอรรถาธิบายความด้วยหลักการตามภาษาไทยทั่วไปที่ต้องพิจารณาจากความหมาย ดังนี้

ประการแรก ถ้อยคำดังกล่าวมิได้มีความหมายอย่างเดียวกันหรือทิศทางเดียวกัน

ประการที่สอง การพิจารณาหาความหมายของวลีดังกล่าวว่าหมายถึงคำว่า “และ” หรือหมายถึงคำว่า “หรือ” จะต้องพิจารณาจากถ้อยคำตอนท้ายของวลีดังกล่าวว่า ตามด้วยคำว่า “และ” หรือตามด้วยถ้อยคำว่า “หรือ”

ประการที่สาม ถ้อยคำดังกล่าวไม่ปรากฏว่ามีการใช้ถ้อยคำว่า “ได้แก่” และตามด้วยถ้อยคำอย่างใดอย่างหนึ่ง และตามด้วยถ้อยคำว่า “และ” อันสื่อความหมายว่าอย่างใดอย่างหนึ่งในทำนองของความหมายคำว่า “หรือ” และ

ประการที่สี่ ต้องพิจารณาจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในการบัญญัติหลักการดังกล่าวในรัฐธรรมนูญประกอบกัน เพื่อใช้กำหนดความหมายของประโยคดังกล่าวว่าหมายถึงคำว่า “และ” หรือหมายถึงคำว่า “หรือ”

---

[717] โปรดดูความหมายและตัวอย่างประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยตามนัยของคำว่า “เศรษฐกิจ การค้า การลงทุน งบประมาณ” ในข้อ 3.2.2.2 ประเภทหนังสือสัญญาที่ก่อให้เกิดข้อโต้แย้งการใช้อำนาจระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ข้อ 3) หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบหรือก่อผลผูกพันกับประเทศไทย หน้า 212

ดังนั้น อาจสรุปได้ว่าผู้เขียนเองไม่มีข้อสงสัยใด ๆ ในการอรรถาธิบายความดังกล่าวว่า การนำเสนอแนวทางปฏิรูปหลักการเกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในร่างรัฐธรรมนูญตามข้อเสนอแนวทางแก้ไขของผู้เขียนดังกล่าว ซึ่งสื่อความหมายที่ชัดเจนว่า หมายถึงคำว่า “หรือ” ในฐานะที่เป็นการแสดงออกซึ่งความหมายว่า “หมายถึงสิ่งใดสิ่งหนึ่งที่ต้องเลือกเท่านั้น” มากกว่าที่จะสื่อความหมายว่าเป็นคำว่า “และ” สำหรับเป็นถ้อยคำที่ใช้ในการเชื่อมประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศอย่างกว้างขวางไม่ว่าจะเป็นด้าน “เศรษฐกิจ สังคม การค้า หรือแม้แต่ด้านการลงทุนทางใดทางหนึ่งก็ตาม

ทั้งนี้ จากการศึกษาที่ผ่านมาแม้ผู้เขียนเองจะพบว่าข้อเสนอแนะตามแนวทางที่ 2 นี้ ซึ่งผู้เขียนได้ทำเป็นข้อเสนอแนะตามแนวทางแก้ไขการตราบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญประการหนึ่งที่มีความถูกต้องในเชิงไวยากรณ์และการใช้ภาษาไทยตามที่ได้อรรถาธิบายไว้โดยราชบัณฑิตยสถาน และสามารถแก้ไขสภาพปัญหาที่มาจากความไม่ชัดเจนในเชิงหลักการของการกำหนดประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ตาม แต่ในทัศนะของผู้เขียนเองในท้ายที่สุดกลับมีความเห็นคล้อยไปในแนวทางและข้อเสนอแนะที่ 3 มากกว่า ในฐานะที่แนวทางดังกล่าวนี้เป็นแนวทางที่มีความชัดเจนที่สุดและสามารถแก้ไขปัญหาความไม่ชัดเจนในเชิงหลักการเฉกเช่นที่เคยเกิดขึ้นมาในครั้งอดีต ด้วยเหตุที่ จากการใช้ถ้อยคำว่า “หรือทาง” เป็นตัวแบ่งประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่และประเภทออกจากกันว่าหมายถึงหนังสือสัญญาระหว่างประเทศอย่างใดอย่างหนึ่งในสี่ประเภทนี้ก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจ หรือสังคม หรือการค้า หรือการลงทุนก็ตาม

9. ข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่เก้า แม้หลักการตามมาตรา 178 วรรคสามจะได้กำหนดบทขยายความของมาตรา 178 วรรคสองไว้ก็ตาม แต่จากการศึกษาพบว่าการบัญญัติดังกล่าวเป็นเพียงการให้ตัวอย่างประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้ในตอนท้ายของมาตรา 178 วรรคสองเท่านั้น ทั้งนี้ มาตรา 178 วรรคสามได้ใช้คำว่า “ได้แก่” [718] ซึ่งนัยของภาษาตามที่ราชบัณฑิตยสถานได้อรรถาธิบายไว้หมายถึงการยกตัวอย่างเท่านั้น ดังนั้น ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ยังหมายถึงหนังสือสัญญาระหว่างประเทศประเภทอื่นได้อีก ซึ่งขึ้นอยู่กับการตรากฎหมายที่จะออกมารองรับโดยวิธีการบัญญัติให้มีความเชื่อมโยงตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ในฐานะที่จะเป็นการกำหนดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งหมายถึงในทางปฏิบัติจะต้องทำการพิจารณาในรายละเอียดที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายที่ต้องออกตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญภายหลังอีกครั้งหนึ่ง ดังนั้น ในทัศนะของผู้เขียนมีความเห็นว่า การบัญญัติกฎหมายกำหนดรายละเอียดและประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวตามที่กำหนดไว้ในวรรคที่สามของมาตรา 178 จึงดูเป็นการฟุ่มเฟือยและไม่มีความจำเป็นต้องใส่บทขยายความแต่อย่างใด

เป็นที่น่าสังเกตว่า การบัญญัติกฎหมายกำหนดรายละเอียดและประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวมีความแตกต่างกับความจำเป็นและบริบทของสภาวการณ์ของประเทศในปัจจุบันภายใต้หลักการของบทบัญญัติมาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับ

---

[718]โปรดดู ข้อ 1.2.18 เว้นวรรคเล็กหน้าและหลังคำว่า “ได้แก่” ที่ตามด้วยรายการมากกว่า 1 รายการ; สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, *เรื่องเดิม*, ย่อหน้าที่ 1-2.

ชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งมีความจำเป็นต้องมีบทขยายความว่า “หนังสือสัญญาที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางตามวรรคสอง” อีกทั้งถ้อยคำในวรรคสามของมาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ได้บัญญัติด้วยถ้อยคำว่า “หมายถึง” ในลักษณะของการจำกัดประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่ารัฐธรรมนูญมุ่งหมายเฉพาะหนังสือสัญญาระหว่างประเทศอะไรบ้าง หาได้ใช้คำว่า “ได้แก่” เฉกเช่นที่กำหนดไว้ในวรรคที่สามของมาตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่อย่างใดไม่

เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็สืบเนื่องจากการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาดังกล่าวยังอยู่ในช่วงเวลาสถานการณ์พิเศษที่รัฐธรรมนูญใช้บังคับอยู่ ในทางปฏิบัติจึงไม่อาจตรากฎหมายที่ออกรองรับหลักการตามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 23 วรรคสองมาเพื่อใช้บังคับได้แต่อย่างใด ทั้งนี้ ในการบัญญัติถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 จึงจำต้องบัญญัติด้วยถ้อยคำว่า “หมายถึง” มิใช่ถ้อยคำว่า “ได้แก่” แต่อย่างใด

ท้ายที่สุด แนวทางในการแก้ไขบทบัญญัติในวรรคที่สองของมาตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็อาจดำเนินการได้โดยหลังจากถ้อยคำว่า “. . .ทางการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง. . .” ให้ต่อท้ายด้วยถ้อยคำว่า “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” และก็อาจทำการตัดวรรคสามของมาตรา 178 ทิ้งไปเสียทั้งหมดก็ได้เช่นกัน ส่วนรายละเอียดประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศสามารถไปทำการกำหนดไว้ในบัญญัติมาตราใดมาตราหนึ่งของกฎหมายที่ต้องออกตามร่างบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแทน ซึ่งเป็นแนวทางประการหนึ่งที่ผู้เขียนจะได้นำเสนอในบทถัดไป

กล่าวโดยสรุปแล้ว หลังจากศึกษาในเชิงหลักการของร่างมาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับผ่านประชามติที่ผ่านมาแล้วนั้น ผู้เขียนพบว่าแม้จะได้มีการปฏิรูปในเชิงหลักการที่ถูกต้องตามแนวคิดที่ว่าอำนาจในการทำหนังสือสัญญาเป็นของรัฐและเป็นของฝ่ายบริหารไปแล้วก็ตาม แต่การบัญญัติถ้อยคำต่าง ๆ ในร่างรัฐธรรมนูญก็ยังมีปัญหาที่อาจนำไปสู่การอรรถาธิบายที่มีความแตกต่างกันได้ ด้วยเหตุสำคัญประการหนึ่งก็คือความไม่ชัดเจนในเชิงถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเองที่อาจนำไปสู่การให้ความเห็นและการอรรถาธิบายความที่มีความแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิงได้อยู่ การแก้ไขหลักการของรัฐธรรมนูญให้มีความชัดเจนด้วยการปฏิรูปหลักการให้ถูกต้องเข้าใจตรงกันมากที่สุดย่อมช่วยลดปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เคยเกิดขึ้นไปได้มาก แต่ทั้งนี้ การแก้ไขดังกล่าวจะไม่บรรลุผล หากการใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะเกิดขึ้นจากนัยและผลประโยชน์ทางการเมืองอื่นใดมากกว่าการยึดถือในเชิงหลักการของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

4.4.2 ปัญหาทางปฏิบัติยังคงเกิดขึ้นจากการปฏิรูปกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับผ่านประชามติ

จากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติในมาตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช .... บัญญัติไว้ดังนี้

> มาตรา 178 วรรคสอง หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตาม

หนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา และหนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวางต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 60 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง[719] หากรัฐสภาพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบ[720]

มาตรา 178 วรรคสาม หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวางตามวรรคสอง ได้แก่ หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วม หรือการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติ[721] ทั้งหมดหรือบางส่วน[722] หรือหนังสือสัญญาอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ[723]

มาตรา 178 วรรคสี่ ให้มีกฎหมายกำหนดวิธีการที่ประชาชนจะเข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น[724] และได้รับการเยียวยาที่จำเป็น[725] อันเกิดจากผลกระทบของการทำหนังสือสัญญาตามวรรคสามด้วย[726]

แม้จะมีการปฏิรูปหลักการในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญปแล้วก็ตาม แต่ในทัศนะของผู้เขียนเองก็ยังมีความเห็นว่า สภาพปัญหาในทางปฏิบัติก็ยังคงเกิดขึ้นอยู่ แม้จะมีการปฏิรูปกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับผ่านประชามติไปแล้วก็ตาม ทั้งนี้ผู้เขียนมีประเด็นวิพากษ์และข้อสังเกตดังต่อไปนี้

1. ข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่หนึ่ง ถ้อยคำว่า “รัฐสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 60 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องรับเรื่อง” คำว่า “รับเรื่อง” นี้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญต้องการสื่อความหมายว่าหมายถึงอะไร และการรับเรื่องดังกล่าวใครจะเป็นผู้ที่มีอำนาจในการรับเรื่องราวดังกล่าว จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญต้องการสื่อว่า เป็นกรณีที่รัฐสภาเป็นองค์กรที่ต้องได้รับเรื่องจากกระบวนการที่ดำเนินการโดยฝ่ายบริหารให้ทำการเสนอเรื่องรวมต่อที่ประชุมรัฐสภาเพื่อให้ความเห็นชอบ โดยกระบวนการนี้เป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นภายหลังจากวันที่นายกรัฐมนตรีลง

---

[719] โปรดดูข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่หนึ่ง ของข้อ 4.4.2 หน้า 362
[720] โปรดดูข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่สอง ของข้อ 4.4.2 หน้า 363
[721] โปรดดูข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่สาม ของข้อ 4.4.2 หน้า 365
[722] โปรดดูข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่สี่ ของข้อ 4.4.2 หน้า 366
[723] โปรดดูข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่ห้า ของข้อ 4.4.2 หน้า 366
[724] โปรดดูข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่หก ของข้อ 4.4.2 หน้า 366
[725] โปรดดูข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่เจ็ด ของข้อ 4.4.2 หน้า 369
[726] โปรดดูข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่แปด ของข้อ 4.4.2 หน้า 370

นามในหนังสือเรียนต่อประธานรัฐสภาและส่งไปยัง “สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร” โดยการนับระยะเวลา 60 วันดังกล่าวนี้ จะเริ่มนับตั้งแต่วันที่ลงเลขรับหนังสือและวันเดือนปีที่ได้รับหนังสืออย่างเป็นทางการ

เป็นที่น่าสังเกตว่า ระยะเวลาในการพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา 60 วันดังกล่าวนี้ อาจกล่าวได้ว่ามีกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมในทางปฏิบัติ ในขณะที่สหราชอาณาจักรกำหนดระยะเวลาตามหลัก Ponsonby Rule ซึ่งถูกตราเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติภายหลังกำหนดความชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารว่า ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ยื่นความตกลงให้รัฐสภาทำการพิจารณาล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 21 วันทำการ ส่วนประเทศอื่นจากการศึกษาถึงหลักการในรัฐธรรมนูญไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดระยะเวลาเหมือนในร่างรัฐธรรมนูญมาตรา 178 ของประเทศไทยแต่อย่างใด

ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดระยะเวลาอย่างน้อยที่สุดก็เป็นพัฒนาการที่ดีและสร้างความชัดเจนในฐานะที่เป็นการกำหนดวิธีการแก้ไขปัญหาความล่าช้าและความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเฉกเช่นที่เคยเกิดขึ้นในครั้งอดีตเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาที่ไม่มีกรอบกำหนดเวลาในการพิจารณาประการหนึ่ง ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวไม่ปรากฏทั้งในร่างแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 190 ของคณะกรรมาธิการแก้ไขรัฐธรรมนูญและฉบับที่ผ่านความเห็นชอบจากที่ประชุมรัฐสภาสมัยนางสาวยิ่งลักษณ์ เป็นนายกรัฐมนตรี รวมถึงร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปฉบับแรกในมาตรา 193 ฉบับคณะกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2558 ด้วยแต่อย่างใด นอกจากนั้น ผู้เขียนไม่แปลกใจในเรื่องดังกล่าวเท่าใดนักโดยเฉพาะบทบัญญัติของร่างรัฐธรรมนูญมาตรา 193 เมื่อปี พ.ศ. 2558 ด้วยเหตุที่หลักการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของคณะกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญที่ยังคงยึดอยู่กับหลักการและแนวทางเรื่องเดิมที่ไม่มีการปฏิรูปในเชิงหลักการขึ้นใหม่แต่อย่างใด

2. ข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่สอง ถ้อยคำว่า “หากรัฐสภาพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบ” ประโยคดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าเป็นเรื่องของการกำหนด “ระยะเวลาบังคับหรือระยะเวลาผูกพัน” (Imperative Time)[727] เกี่ยวกับการให้ความเห็นชอบที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่จะต้องดำเนินการพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 60 วัน หลักการดังกล่าวมี “ข้อดี” อยู่ตรงที่สามารถทำการแก้ไขปัญหาที่เคยเกิดขึ้นในทางปฏิบัติที่สามารถช่วยขจัดความล่าช้าแบบไม่มีกรอบระยะเวลา รวมทั้งกำหนดระยะเวลาดังกล่าวนี้สามารถแก้ไขปัญหาได้ในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดผลทางกฎหมายจากการไม่สามารถพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาที่ได้กำหนดไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเฉกเช่นหลักการในมาตรา 190 รัฐธรรมนูญฉบับปี พุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นแต่เพียงหลักการของรัฐธรรมนูญที่เรียกว่า “ระยะเวลาเร่งรัดหรือระยะเวลาแนะนำ” (Indicative Time) ในฐานะที่เป็นแต่เพียงกรอบระยะเวลาที่กำหนดไว้ให้ฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งอย่างเหมาะสมเท่านั้น แต่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเองก็หาได้มีการกำหนดในเชิงหลักการว่า ในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งได้

---

[727]พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, “รัฐบาลรักษาการปัจจุบันพ้นสถานภาพไปแล้วหรือไม่,” **มติชนออนไลน์** (10 มีนาคม 2557): ย่อหน้าที่ 10.

ภายในกรอบระยะเวลาดังกล่าวแล้ว จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างไรบ้าง[728] ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวนี้เองเป็นหนึ่งในประเด็นที่นำไปสู่การวิพากษ์ถึงผลทางกฎหมายในกรณีที่รัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถพิจารณาให้แล้วเสร็จได้ภายในกำหนดระยะเวลา 60 วันดังที่ปรากฏในเนื้อหาการวิเคราะห์ที่ผ่านมาแล้วในเบื้องต้น

แต่กระนั้นก็ตาม กรณีการกำหนดระยะเวลาบังคับหรือระยะเวลาผูกพันดังกล่าวอาจมี “ข้อเสีย”เกิดขึ้นได้เช่นกัน อาทิ ประเด็นวิพากษ์เกี่ยวกับการที่ที่ประชุมรัฐสภาใช้ปัจจัยหรือกลยุทธ์เพื่อผลประโยชน์ทางการเมือง เพื่อดึงระยะเวลาของการประชุมและการพิจารณาให้ล่าช้าจนล่วงเลยกำหนดระยะเวลา 60 วันดังกล่าวจนนำมาซึ่งการได้รับความเห็นชอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติไปโดยผลของกฎหมาย หลักการในเรื่องระยะเวลาบังคับหรือระยะเวลาผูกพันดังกล่าว อาจนำมาซึ่งการใช้อำนาจโดยไม่ชอบได้จนทำให้เกิดความไม่โปร่งใสและการวิพากษ์ถึงการรวบอำนาจโดยรัฐบาล ในฐานะที่ครอบครองเสียงส่วนใหญ่ในที่ประชุมรัฐสภา ดังที่เคยปรากฏถึงการใช้อำนาจเสียงข้างมากในที่ประชุมของฝ่ายบริหารที่นำไปสู่การเสียผลประโยชน์ชาติในดินแดนหรือทรัพยากรธรรมชาติ เป็นต้น

ประเด็นที่น่าสนใจก็คือ การจะสร้างสมดุลระหว่างแนวทางแก้ไขความล่าช้าที่เคยเกิดขึ้นมาแล้วในอดีตกับการขจัดข้อวิพากษ์และความกังวลใจในการใช้อำนาจโดยมิชอบของฝ่ายบริหารดังกล่าวออกไปได้อย่างไร ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางแก้ไขสามารถดำเนินการเพิ่มเติมหรือเสริมหลักการบางประการเข้าไปในหลักการเรื่องระยะเวลาบังคับหรือระยะเวลาผูกพันที่ปรากฏในร่างรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ต้องมีฐานการพิจารณาสาเหตุที่การประชุมไม่อาจดำเนินการได้แล้วเสร็จทันภายในกำหนดระยะเวลา 60 วันดังกล่าวว่าเกิดขึ้นจากเหตุหรือปัจจัยทางด้านใดเป็นหลัก หากเป็นปัจจัยจากทางเทคนิคและวิธีดำเนินการประชุมที่ทำให้เกิดความล้าช้าโดยไม่จำเป็น อาทิ การเดินออกจากที่ประชุมหรือการวอล์คเอาท์ (Walk Out) การประท้วงการประชุมหรือแม้แต่การใช้สิทธิพาดพิงโดยไม่จำเป็นเป็นต้น จะเห็นได้ว่าการดำเนินการพิจารณาที่มีความล่าช้าดังกล่าว หาได้เกิดขึ้นจากปัจจัยด้านเนื้อหาหรือสาระสำคัญของความตกลงระหว่างประเทศที่จะต้องพิจารณาถกเถียงให้ความเห็นทางวิชาการแต่อย่างใดไม่แล้ว ประเด็นคำถามที่เกิดขึ้นจากกรณีดังกล่าวก็คือ ในทางปฏิบัติควรมีมาตรการทางกฎหมายว่าจะต้องดำเนินการอย่างไร และการแก้ไขปัญหาความล่าช้าดังกล่าวควรดำเนินการอย่างไร รวมทั้งการพิจารณาถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นในทางปฏิบัติแนวทางแก้ไขควรดำเนินการอย่างไร

ในเบื้องต้นผู้เขียนเห็นด้วยกับการกำหนดแนวทางแก้ไขปัญหาความขัดข้องที่เกิดขึ้นดังกล่าวตามบทบัญญัติในร่างรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ แต่ทั้งนี้ การแก้ไขดังกล่าวจะต้องมิใช่การแก้ไขปัญหาด้วยการบัญญัติหลักการเรื่องระยะเวลาบังคับหรือระยะเวลาผูกพันดังกล่าว ในลักษณะที่เป็นการกำหนดผลทางกฎหมายที่ “เด็ดขาด” เฉกเช่นที่ได้กำหนดไว้ในร่างรัฐธรรมนูญมาตรา 178 วรรคสองของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนี้แต่อย่างใด

ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อขจัดข้อวิพากษ์การใช้อำนาจโดยมิชอบจนก่อให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ชาติและข้อวิพากษ์ในฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย บทบัญญัติของร่างรัฐธรรมนูญควรทำการแก้ไขบทบัญญัติในเชิงหลักการเกี่ยวกับการกำหนดระยะเวลาบังคับหรือระยะเวลาผูกพัน ให้เป็นหลักการที่สามารถกำหนดเป็น “บทยกเว้น” ที่เด็ดขาด โดยให้สามารถทำการขยายระยะเวลาการพิจารณา

---

[728]*เรื่องเดียวกัน*, ย่อหน้าที่ 12.

ออกไปได้ในกรณีที่ “เหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้” ในฐานะที่เป็นหลักเกณฑ์ที่ผ่อนคลายหรือมีความยืดหยุ่นต่อการบังคับใช้ของหลักการดังกล่าวได้

หลักเกณฑ์ดังกล่าวควรพิจารณาว่าความล่าช้าที่เกิดขึ้นดังกล่าวนี้ จะต้องมิได้เกิดขึ้นจากปัจจัยจากทางเทคนิคและวิธีดำเนินการประชุมที่ล้าช้า อาทิ การเดินออกจากที่ประชุมหรือการวอล์คเอาท์ การประท้วง การใช้สิทธิพาดพิง เป็นต้น แต่การดำเนินการล่าช้าดังกล่าวจะต้องเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากปัจจัยด้านเนื้อหาหรือสาระสำคัญของความตกลงระหว่างประเทศที่จะต้องพิจารณาถกเถียงให้ความเห็นทางวิชาการเพื่อการรักษาผลประโยชน์ชาติเป็นที่ตั้งเป็นหลัก ทั้งนี้ เพื่อก่อให้เกิดความเที่ยงธรรมในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและเพื่อขจัดข้อวิพากษ์ในประเด็นที่ฝ่ายบริหารอาจใช้อำนาจโดยมิชอบได้

ผู้เขียนเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการดังกล่าว อาจทำการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการด้วยประโยคดังต่อไปนี้ “เว้นแต่ จะเป็นกรณีที่มีเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้ที่ประชุมสามารถขยายระยะเวลาการพิจารณาให้แล้วเสร็จออกไปไม่เกินอีก 15 วันนับแต่วันที่สิ้นสุดระยะเวลาดังกล่าว ทั้งนี้ การพิจารณาว่าเหตุใดเป็นเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้หรือไม่นั้น ให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด”

อนึ่ง การกำหนดประเภท ลักษณะ เงื่อนไขของความล่าช้าที่เกิดขึ้นว่ามีลักษณะที่เป็นเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้หรือไม่ อย่างไรนั้น ให้ไปทำการกำหนดไว้ใน “กฎหมายที่ออกตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ” และ “ข้อบังคับการประชุมรัฐสภาว่าด้วยระเบียบและการดำเนินการประชุมรัฐสภา พ.ศ. ....” ให้สอดรับกันในทางปฏิบัติ

3. ข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่สาม ผู้เขียนเห็นว่าบทขยายความซึ่งกำหนดรายละเอียดของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 178 วรรคสามว่า “หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวางตามวรรคสอง” ไม่มีความจำเป็นต้องกำหนดรายละเอียดว่ามีหนังสือสัญญาระหว่างประเทศใดบ้างในวรรคสามไว้เป็นการเฉพาะ ดังจะเห็นได้จากการกำหนดตัวอย่างประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่บัญญัติด้วยคำว่า “ได้แก่” ด้วยเหตุที่รายละเอียดของประเภทหนังสือต่าง ๆ สามารถกำหนดรายละเอียดไว้ใน “กฎหมายที่ออกตามบทบัญญัติ” ตามร่างรัฐธรรมนูญมาตรา 178 ได้อยู่แล้ว

ดังนั้น ในวรรคสามซึ่งเป็นบทขยายความของวรรคสองถ้อยคำว่า “หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง ‘ได้แก่’ หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วม หรือการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติ” ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่าสามารถทำการตัดบทบัญญัติในวรรคที่สามทิ้งไปได้ทั้งหมด ด้วยเหตุที่ประการแรก ในเชิงหลักการแล้วรัฐธรรมนูญไม่สามารถกำหนดประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้ครอบคลุมทุกประเภทอยู่แล้ว ประการที่สอง ด้วยบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเองก็ยังได้บัญญัติถ้อยคำว่า “หรือหนังสือสัญญาอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ” สามารถกำหนดรายละเอียดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่าง ๆ ไปกำหนดไว้ในกฎหมายที่ต้องออกตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมาตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญแทนได้อยู่แล้ว การบัญญัติตัวอย่างประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้แล้ว และยังไปกำหนดให้ไปทำการ

บัญญัติหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้ในกฎหมายที่ออกตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญดังกล่าวซ้ำอีก จึงดูประหนึ่งว่าเป็นการบัญญัติหลักการของรัฐธรรมนูญที่ดูฟุ่มเฟือยเกินไปโดยไม่จำเป็นแต่อย่างใด

ผู้เขียนเห็นว่า ในแนวทางการแก้ไขสามารถทำการตัดวรรค 3 ออกไปได้ทั้งหมด แล้วบัญญัติวลีที่ว่า “ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ต่อท้ายวลีที่ว่า “. . .หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง”

4. ข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่สี่ คำว่าในทรัพยากรธรรมชาติ “ทั้งหมดหรือบางส่วน” คำว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ขยายความคำว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการให้ใช้หรือการสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาตินั้น ผู้เขียนเห็นว่า หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ทำให้เกิดการใช้สิทธิหรือสูญเสียสิทธิในทรัพยากรต้องนำเข้าสู่การพิจารณาอยู่แล้ว จึงไม่จำต้องพิจารณาว่าจะเป็นการสูญเสียสิทธิทั้งหมดหรือจะเป็นการสูญเสียสิทธิแต่บางส่วนก็ตาม

ผู้เขียนเห็นว่า ถ้อยคำว่า “ทั้งหมดหรือบางส่วน” ควรตัดออกเพราะเป็นคำที่บัญญัติฟุ่มเฟือยโดยไม่จำเป็น โดยแก้เป็น “หรือการให้ใช้หรือทำให้สูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติ” พึงต้องเข้าใจว่าผู้เขียนหมายความแต่เฉพาะในกรณีที่การแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แต่หากคณะกรรมาธิการแก้ไขในอนาคตหากยังคงเห็นชอบให้มีการคงบทขยายความของวรรคสามของมาตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญไว้เท่านั้น แต่ทั้งนี้ในทัศนะของผู้เขียนยังคงมีความเห็นและยืนยันว่าไม่จำต้องคงบทขยายความไว้แต่อย่างใดดังข้อวิพากษ์ในข้อที่ 3 ที่ผ่านมา ดังนั้น การแก้ไขหรือไม่แก้ไขด้วยการตัดถ้อยคำว่า “ทั้งหมดหรือบางส่วน” จึงไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาแต่อย่างใด

5. ข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่ห้า ถ้อยคำในวรรคสามซึ่งบัญญัติว่า “. . . หนังสือสัญญาอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ” นั้น จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญบัญญัติเฉพาะแต่ประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ แต่หาได้มีการบัญญัติรับรองว่า “จะต้องมี” กฎหมายที่ว่าด้วยการกำหนดประเภท หลักเกณฑ์ขั้นตอน หรือกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ เฉกเช่นที่กำหนดไว้ในมาตรา 190 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งบัญญัติรับรองหลักการไว้ว่า “ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดประเภท กรอบการเจรจา ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ” แต่อย่างใด

ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อให้สอดคล้องกับแนวคิดในการวิพากษ์และแนวทางการแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ผ่านมาในข้อวิพากษ์ที่ 3 การแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญสามารถทำการปรับวรรคสี่เป็นวรรคสาม และทำการบัญญัติรับรองหลักการเพื่อให้มีหน้าที่ต้องดำเนินการตรากฎหมายที่เชื่อมโยงมาจากบทบัญญัติตอนท้ายของวรรคสามเดิมซึ่งเปลี่ยนเป็นบทบัญญัติตอนท้ายของมาตรา 178 วรรคสองที่ผู้เขียนเสนอแก้ไขใหม่ว่า “ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดประเภท กรอบการเจรจา ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง . . .”

6. ข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่หก ด้วยเหตุที่บทบัญญัติมาตรา 178 วรรคสี่ บัญญัติว่า “ให้มีกฎหมายกำหนดวิธีการที่ประชาชนจะเข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น . . .” มีประเด็นที่น่าสนใจคือ “กฎหมายกำหนดวิธีการที่ประชาชนจะเข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น” นั้น ผู้เขียนมีข้อสังเกต ดังนี้ 1) กฎหมายต้องกำหนดวิธีการและแนวทางปฏิบัติเพื่อที่

สามารถนำไปใช้ในการแก้ไขปัญหาในการดำเนินการที่ผ่านมา ซึ่งปรากฏชัดว่าหาได้มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนซึ่งกำหนดวิธีปฏิบัติแต่อย่างใดไม่ เป็นผลให้ขาดประสิทธิภาพและความถูกต้องตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ และนำมาซึ่งข้อวิพากษ์ถึงความถูกต้องในการปฏิบัติ 2) การเข้ามามีส่วนร่วมของประชาชนซึ่งเป็นสิทธิทางการเมืองซึ่งขึ้นอยู่กับเจตจำนงของรัฐที่จะรับรองและกำหนดสิทธิทางการเมืองให้หรือไม่ สิทธิดังกล่าวมิใช่สิทธิมนุษยชนที่แม้รัฐไม่กำหนดให้แต่ก็เป็นสิทธิที่ภาคประชาชนก็มีสิทธิตามหลักการสากลทั่วไป 3) ร่างรัฐธรรมนูญมาตรา 178 วรรคสี่กำหนดเฉพาะสิทธิในการแสดงความคิดเห็นเท่านั้น

ปัญหาที่ต้องพิจารณาจากกรณีที่กฎหมายกำหนดในเชิงหลักการที่ว่าด้วย “การเข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น” มีความหมายอย่างไรและมีลักษณะอย่างไร ผู้เขียนมีข้อสังเกต 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก “การเข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น” จะหมายถึงการเข้ามามีส่วนในการแสดงความคิดเห็นก่อนทำสัญญาหรือภายหลังลงนามแต่ก่อนสัตยาบันกันแน่ ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า จากหลักการและแนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศและแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศ อำนาจก่อนทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศย่อมเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยลำพัง ดังนั้น การมีส่วนร่วมของประชาชนจึงหมายถึง การมีส่วนร่วมภายหลังจากการลงนามในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ แต่เป็นขั้นตอนก่อนที่ฝ่ายบริหารจะทำการให้สัตยาบัน ไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนที่ว่าด้วยการมีส่วนร่วมของรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติหรือการมีส่วนร่วมทางการเมืองของภาคประชาชนก็ตาม ดังนั้น การมีส่วนร่วมของประชาชนซึ่งเกี่ยว กับสิทธิในการแสดงความคิดเห็นดังกล่าว จึงจะต้องไม่กำหนดในลักษณะที่เป็นการแทรกแซงการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นองค์กรหลักแต่อย่างใด

ประการที่สอง บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญใช้คำว่า “การแสดงความคิดเห็น” จะมีความหมายเหมือนกับ “การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน” หรือไม่ หากพิเคราะห์ตามระเบียบสำนักนายกว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2542 ประกอบกับบทบัญญัติมาตรา 190 วรรคห้าและมาตรา 193 ของร่างรัฐธรรมนูญเมื่อปี พ.ศ. 2558 จะพบว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญและร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว หาได้กำหนดว่าจะต้องมีการตรากฎหมายที่ว่าด้วย “การให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดและการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน” เฉกเช่นที่กำหนดไว้ใน “ร่างแก้ไขมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550” ฉบับที่เสนอโดยคณะกรรมาธิการแก้ไขรัฐธรรมนูญ และมาตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญเมื่อปี พ.ศ. 2559 ฉบับผ่านประชามติแต่อย่างใดไม่

ด้วยเหตุดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่า ด้วยเหตุที่บทบัญญัติมาตรา 190 วรรคห้าและมาตรา 193 ของร่างรัฐธรรมนูญเมื่อปี พ.ศ. 2558 ซึ่งบัญญัติด้วยวลีที่ว่า “การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน” โดยในช่วงเวลาดังกล่าวปรากฏว่ามีระเบียบสำนักนายกว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2542 ใช้บังคับอยู่แล้ว รัฐธรรมนูญจึงหาจำเป็นต้องกำหนดไว้ในเชิงหลักการเกี่ยวกับหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องทำการตรากฎหมายรองรับ “การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน” ไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใดไม่

ในขณะที่วลีที่ว่าด้วย “การแสดงความคิดเห็น” ซึ่งบัญญัติอยู่ในมาตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญเมื่อปี พ.ศ. 2559 ฉบับผ่านประชามตินั้น รัฐธรรมนูญกลับได้รับรองไว้เป็นการเฉพาะว่าจะต้องมีการตรา “กฎหมายที่ว่าด้วยการกำหนดวิธีการที่ประชาชนจะเข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น” ประกอบด้วย ในทัศนะของผู้เขียนจึงเห็นว่าวลีที่ว่าด้วย “การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน” หาได้มีความหมายเฉกเช่นเดียวกันกับวลีที่ว่าด้วย “การแสดงความคิดเห็น” แต่อย่างใดไม่ ด้วยเหตุดังกล่าวบทบัญญัติรัฐธรรมนูญจึงจำต้องกำหนดให้มีการตรากฎหมายรองรับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในเรื่องที่จะต้อง “กำหนดวิธีการที่ประชาชนจะเข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น” ไว้เป็นการเฉพาะไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั่นเอง

เป็นที่น่าสังเกตว่า มาตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญฉบับผ่านประชามติเมื่อปี พ.ศ. 2559 กำหนดว่า “ให้มีกฎหมายกำหนดวิธีการที่ประชาชนจะเข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น . . .” ย่อมมีมุมมองที่เห็นต่างไปจากหลักการที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติมาตรา 190 วรรคห้า และมาตรา 193 ของร่างรัฐธรรมนูญเมื่อปี พ.ศ. 2558 อีกทั้ง แนวทางปฏิบัติที่ผ่านมาภายใต้ระเบียบสำนักนายกฉบับนี้เองก็ได้นำไปสู่ประเด็นปัญหาข้อวิพากษ์ถึงประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการนำไปปฏิบัติอย่างกว้างขวาง ประกอบกับกระบวนวิธีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ย่อมมีกระบวนและวิธีการที่มีความแตกต่างกันกับกระบวนการและการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนเกี่ยวกับการดำเนินโครงการของรัฐเป็นการทั่วไป

ผู้เขียนเห็นว่า คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญฉบับผ่านประชามติ ปี พ.ศ. 2559 คงพิจารณาแล้วเห็นว่า กระบวนการทางปฏิบัติระหว่าง “การรับฟัง” กับ “การแสดงความคิดเห็น” นั้นมีความแตกต่างกันในการดำเนินการดังกล่าว ด้วยเหตุดังกล่าวจึงควรกำหนดหลักการและวิธีการเฉพาะที่มีความแตกต่างกัน ดังนั้น จึงจำเป็นต้องบัญญัติรับรองบทบัญญัติดังกล่าวไว้ว่าจะต้องจัด “ให้มีกฎหมายกำหนดวิธีการที่ประชาชนจะเข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น” แต่มิใช่การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในอันที่จะต้องใช้กระบวนการและวิธีการภายใต้บทบัญญัติของระเบียบสำนักนายกว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2542 แต่อย่างใด

เป็นที่น่าสังเกตว่า ถ้อยคำว่า “การแสดงความคิดเห็น” หมายถึงการที่ฝ่ายบริหารจะต้องรับฟังความคิดเห็นของประชาชนด้วยหรือไม่ และกรณีที่ภาคประชาชนไม่เห็นด้วยกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวจะมีผลทางกฎหมายเป็นอย่างไร และการดำเนินการจัดให้มี “การแสดงความคิดเห็น” จะต้องมีสัดส่วนหรือจำนวนอย่างไร ถ้าประชาชนเห็นชอบกับไม่เห็นชอบจะมีผลทางกฎหมายต่อการทำสนธิสัญญาหรือไม่

ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า “การเปิดโอกาสให้ประชาชนได้แสดงความคิดเห็น” ย่อมหมายถึงการที่ฝ่ายบริหารจะต้องรับฟังความคิดเห็นของประชาชนด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ สำหรับประเด็นคำถามที่ว่าแล้วถ้าประชาชนเห็นชอบกับไม่เห็นชอบด้วย จะมีผลทางกฎหมายต่อการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารด้วยหรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่า ผลของการจัดให้มี “การแสดงความคิดเห็น” ย่อมมีผลทางกฎหมายในลักษณะที่เป็นแต่เพียง “ข้อมูลประกอบ” เพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติได้มีข้อมูลเพื่อทำการพิจารณาเหตุผลและการรับฟังข้อวิพากษ์ในมุมมองและส่วนของภาคประชาชนที่มีต่อการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเช่นว่านั้น ซึ่งหมายถึงผลการจัดให้มีการรับฟังดังกล่าวจะได้ถูกนำไปใช้เป็นฐานข้อมูลประกอบการพิจารณาในการให้สัตยาบันกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่

รัฐบาลได้ทำขึ้นเท่านั้นว่าควรเข้าร่วมเป็นภาคีในความตกลงระหว่างประเทศหรือไม่อย่างไร แต่การจัดให้มีการแสดงความคิดเห็นดังกล่าวคงมิได้มีผลทางกฎหมายแต่อย่างใดว่า เมื่อประชาชนไม่เห็นชอบด้วยแล้วจะส่งผลทางกฎหมายให้หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่รัฐบาลได้ไปดำเนินการแล้วมีผลตกไปแต่อย่างใดไม่ การตกไปหรือไม่นั้นก็ยังคงเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติว่า จะเห็นชอบด้วยหรือไม่เห็นชอบกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศอยู่นั้นเอง ส่วนประเด็นเรื่องของวิธีการหรือหลักการที่สามารถนำไปใช้ได้ในวิธีปฏิบัติต้องทำการกำหนดในรายละเอียดของกฎหมายที่จะต้องออกตามบทบัญญัติมาตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญต่อไป

7. ข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่เจ็ด เป็นที่ประจักษ์ว่าบทบัญญัติมาตรา 178 วรรคสี่บัญญัติว่า “ให้มีกฎหมายกำหนดวิธีการที่ประชาชนจะได้รับการเยียวยาที่จำเป็นอันเกิดจากผลกระทบของการทำหนังสือสัญญาตามวรรคสามด้วย” เป็นที่น่าสังเกตว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทั้ง 6 ฉบับที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาที่ผ่านมานั้นได้กำหนดหลักการในเรื่องดังกล่าวไว้ตรงกันว่า ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องทำการตรากฎหมายที่ออกตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ประเด็นจากการศึกษาที่ผ่านมาก็คือ ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการเยียวยาคือมาตรการอะไรบ้าง เกณฑ์การการเยียวยาความเสียควรจะมีอย่างไรบ้างนั้นจำต้องอาศัยหลักเกณฑ์ของกฎหมายกำหนดรายละเอียดแนวทางปฏิบัติต่อไป

เป็นที่น่าสังเกตว่า หากพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 178 วรรคสี่จะพบว่า ร่างรัฐธรรมนูญมิได้ธำรงไว้ซึ่งหลักการที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องตรากฎหมาย “โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป” ในฐานะที่เป็นหลักการที่สำคัญในการตรากฎหมายเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายจากการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้เฉกเช่นที่กำหนดไว้ในเชิงหลักการตามบทบัญญัติมาตรา 190 วรรคห้าของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่อย่างใด

ประเด็นที่น่าสนใจก็คือ การไม่กำหนดหลักการพื้นฐานที่สำคัญในฐานะที่ต้องคำนึงถึงดังกล่าวจะมีผลทำให้การตรากฎหมายมิได้ดำเนินการโดยคำนึงถึงการต้องเคารพต่อหลักความเป็นธรรมที่เกิดขึ้นได้หรือไม่ ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่าไม่มีเครื่องยืนยันใด ๆ ได้เลยว่า การตรากฎหมายจะต้องคำนึงถึงหลักการดังกล่าวแต่อย่างใด ในทางกลับกันการไม่ธำรงไว้ซึ่งหลักการดังกล่าวอาจดูประหนึ่งว่า ความเป็นธรรมในการเยียวยาเป็นหลักการที่หาจำต้องปฏิบัติแต่อย่างใดไม่ ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญมิได้รับรองหลักการดังกล่าวไว้ในกฎหมายแต่อย่างใด ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในเชิงหลักการว่า การตรากฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องคำนึงถึงหลักความเป็นธรรมดังกล่าวให้ออกมามีผลใช้บังคับระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้นและประชาชนทั่วไป ผู้ร่างกฎหมายเองก็มิอาจปฏิเสธการมีอยู่ของหลักการดังกล่าวได้แต่อย่างใด ดังนั้น การที่รัฐธรรมนูญมิได้รับรองหลักการดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ อาจนำมาซึ่งเหตุที่มีความแตกต่างทางความคิดของผู้ร่างกฎหมาย และอาจดูประหนึ่งได้ว่าเมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดหลักการดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ ผู้ร่างกฎหมายหาจำต้องคำนึงถึงหลักการดังกล่าวในการตรากฎหมายในอันที่จะต้องคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้นและประชาชนทั่วไปแต่อย่างใดไม่

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าหลักการดังกล่าวถือได้ว่าเป็นหลักการพื้นฐานที่สร้างความเป็นธรรมในสังคมที่จำเป็นจะต้องธำรงไว้ซึ่งหลักการในรัฐธรรมนูญที่ผู้ร่างกฎหมายจะต้องพิจารณาถึงด้วยเช่นกัน

อย่างน้อยที่สุดการเยียวคงมิได้พิจารณาแต่วิธีการหรือมาตรการชดเชยให้กับผู้ประกอบการที่ได้รับผลกระทบแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่การเยียวยาตามที่จำเป็นก็ควรจะต้องคำนึงถึงความชอบธรรมของสังคมโดยร่วมด้วย ไม่ว่าจะเป็นทั้งตัวผู้ประกอบการหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบจากความตกลงระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้นกับผลกระทบกับภาคประชาชนโดยทั่วไป แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าแม้รัฐธรรมนูญจะได้กำหนดหลักการดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะแล้วก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติหากฝ่ายนิติบัญญัติกลับไม่สามารถทำการตรากฎหมายได้อย่างเป็นรูปธรรมได้แต่อย่างใดนั้น การธำรงหลักการดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญก็หาได้มีประโยชน์ในทางปฏิบัติแต่อย่างใดไม่ เฉกเช่นที่เคยเกิดขึ้นมาในอดีตที่ผ่านมาของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

แต่กรณีไม่ว่าจะเป็นอย่างไรก็ตามผู้เขียนก็อาจสรุปได้ว่า การตรากฎหมายฉบับนี้ถือได้ว่าความจำเป็นที่ต้องมีผลักดันให้มีหลักการที่เป็นรูปธรรม ในฐานะที่เป็นกฎหมายที่กำหนดรายะเอียดและวิธีปฏิบัติเพื่อให้สามารถนำไปใช้เป็นฐานการปฏิบัติได้อย่างเป็นรูปธรรมภายใต้หลักการที่ว่าด้วย “โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้นและประชาชนทั่วไป” ด้วยเช่นกัน

ผู้เขียนเห็นว่าควรเพิ่มเติมถ้อยคำว่า “ทั้งนี้” หน้าประโยคว่า “โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป” และให้บัญญัติไว้ต่อท้ายกับบทบัญญัติที่มีอยู่แล้วในมาตรา 178 วรรคสี่ ของร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านประชามติด้วยเช่นกัน โดยแก้ไขเป็นจากคำว่า “วรรคสาม” เป็น “วรรคสอง” ดังนี้

“ให้มีกฎหมายกำหนดวิธีการที่ประชาชนจะได้รับการเยียวยาที่จำเป็นอันเกิดจากผลกระทบของการทำหนังสือสัญญาตามวรรคสองด้วย ‘ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป’ ”

8. ข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่แปด มาตรา 178 วรรคสี่ บัญญัติว่าให้มีการตรากฎหมายเฉพาะในสองเรื่องคือ 1) กฎหมายกำหนดวิธีการที่ประชาชนจะเข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น และ 2) กฎหมายกำหนดวิธีการที่ประชาชนจะได้รับการเยียวยาที่จำเป็นอันเกิดจากผลกระทบการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาไม่พบหลักการที่กำหนดให้มีการตรากฎหมายที่กำหนดประเภทของหนังสือสัญญา ขั้นตอนและวิธีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 178 วรรคสี่แต่อย่างใด

ประเด็นคำถามที่น่าสนใจคือ แม้ในวรรคสามของมาตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญจะบัญญัติถ้อยคำว่า “. . . ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ไว้ก็ตาม แต่ร่างรัฐธรรมนูญมาตรา 178 วรรคสามประกอบกับวรรคสี่ที่แม้จะมีการตราบทบัญญัติเชื่อมโยงกันและกันไว้ก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าว หาได้มีการรับรองในเชิงหลักการที่จะต้องมีการกฎหมายเกี่ยวกับ “หลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาตามวรรคสอง” ไว้แต่อย่างใดไม่ ซึ่งแตกต่างกับบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 ที่แม้วรรคสองจะไม่ได้กำหนดถ้อยคำว่า “. . . ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ไว้ก็ตาม แต่มาตรา 190 วรรคห้าของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ยังได้บัญญัติรองรับให้ต้องมีการตรากฎหมายดังกล่าวไว้ในวรรคสองของมาตรา 190 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ด้วยเช่นกัน

ผู้เขียนเห็นว่าความเชื่อมโยงไปถึงในวรรคสี่ของร่างรัฐธรรมนูญมาตรา 178 เกี่ยวกับการรับรองในเชิงหลักการว่า ฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่จะต้องดำเนินการตรากฎหมาย “ที่ว่าด้วยการกำหนดประเภทของหนังสือสัญญา ขั้นตอนและวิธีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ” โดยต้องกำหนดรายละเอียดของกฎหมายที่ต้องรองรับการปฏิบัติตามบทบัญญัติของร่างรัฐธรรมนูญนี้ ทั้งนี้ การตรากฎหมายกำหนดรายละเอียดและวิธีปฏิบัติดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นประเด็นสำคัญที่ได้เกิดขึ้นและมีความเกี่ยวข้องกับปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ผ่านของประเทศไทยมากที่สุดก็คือ ปัญหาที่ว่าด้วยประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้นมานั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าหลักการเรื่องดังกล่าวนี้มีความจำเป็นที่ต้องตรากฎหมายออกมารองรับการปฏิบัติให้ประจักษ์ ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายให้ปรากฏหลักการและทางปฏิบัติย่อมทำให้เห็นได้ว่า สภาพปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยประการหนึ่งซึ่งเคยเกิดขึ้นเฉกเช่นในอดีตที่ผ่านมานั้นปัจจุบันได้รับการแก้ไขสภาพปัญหาดังกล่าวไปแล้วด้วยเช่นกัน

กล่าวโดยสรุปแล้ว แม้มาตรา 178 วรรคสอง วรรคสาม วรรคสี่ ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะผ่านประชามติเมื่อวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559 ไปแล้วก็ตาม แต่ก็มิอาจปฏิเสธได้ว่าการปฏิรูปหลักการในรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะปราศจากปัญหาที่เคยเกิดขึ้นมาในครั้งอดีตแต่อย่างใดไม่

จากการศึกษาที่ผ่านมาผู้เขียนอาจสรุปได้ว่า บทบัญญัติของร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็ยังสามารถพบเห็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้ในทางปฏิบัติ แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญจะได้ทำการปฏิรูปกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่าประเทศตามที่ปรากฏในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับผ่านประชามติไปหลายประการแล้วก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นประเด็นปัญหาในเรื่องการกำหนดกรอบระยะเวลา 60 วันในการพิจารณาให้ความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติ การมีบทสันนิษฐานเรื่องการได้รับความเห็นชอบตามหลักการเรื่องระยะเวลาบังคับหรือระยะเวลาผูกพัน บทขยายความของประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ การตรากฎหมายที่ต้องออกมารองรับต่อการเปิดโอกาสและการมีส่วนร่วมของประชาชนในการแสดงความคิดเห็นต่อการทำหนังสือสัญญาระหว่าประเทศ รวมทั้งการเยียวยาความเสียหายกับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยที่หลักการที่สำคัญไม่ได้คำนึงถึงแต่อย่างใด แต่ในท้ายที่สุด แม้ประเทศไทยจะมีการปฏิรูปกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับผ่านประชามติไปแล้วก็ตาม แต่ความจำเป็นที่ต้องแก้ไขปรับปรุงในเชิงหลักการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็ยังมีความจำเป็นจะต้องได้รับพิจารณาและทบทวนหลักการดังกล่าวอีกครั้งหนึ่งด้วยเช่นกัน

4.4.3 ปัญหาที่ว่าด้วยองค์กรและหลักการในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจากการปฏิรูปหลักการในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

จากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติในมาตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช .... บัญญัติไว้ดังนี้

> มาตรา 178 วรรคห้า เมื่อมีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดเป็นกรณีตามวรรคสองหรือวรรคสามหรือไม่[729] คณะรัฐมนตรีจะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ได้[730] ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ[731]

แม้จะมีการปฏิรูปหลักการในรัฐธรรมนูญแล้วก็ตาม แต่ผู้เขียนก็ยังมีความเห็นว่าสภาพปัญหาทางปฏิบัติก็ยังคงเกิดขึ้นอยู่ แม้จะได้มีการปฏิรูปกระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับผ่านประชามติไปแล้วก็ตาม ทั้งนี้ ผู้เขียนมีประเด็นวิพากษ์และข้อสังเกตดังต่อไปนี้

1. ข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่หนึ่ง รัฐธรรมนูญกำหนดองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อขัดแย้งการใช้อำนาจระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่มีปัญหาว่า “หนังสือสัญญาใดเป็นกรณีตามวรรคสองหรือวรรคสามหรือไม่” ซึ่งหมายถึง ปัญหาที่ว่าด้วยหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องข้อความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาหลักการในรัฐธรรมนูญที่ผ่านมากำหนดให้องค์กรวินิจฉัยชี้ขาดสภาพปัญหาเป็นอำนาจของฝ่ายตุลาการคือศาลรัฐธรรมนูญตลอดมา

แต่อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาเปรียบเทียบแนวปฏิบัติของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ผ่านมาจะพบว่า แนวคิดประการหนึ่งที่พบในการศึกษาคือ “ปัญหาการเมืองควรแก้ไขด้วยการเมือง” ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดให้องค์กรวินิจฉัยที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาที่ว่าด้วยองค์กรและอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นของ “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Council) ซึ่งมีองค์ประกอบที่มาจากทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติและมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาที่เกิดขึ้น โดยองค์กรที่มีส่วนผสมจากองค์กรทางการเมือง แต่องค์กรดังกล่าวหาได้มีนิติฐานะและการใช้อำนาจในฐานะที่เป็นองค์กรตุลาการแต่อย่างใดไม่

ทั้งนี้ แนวคิดในการนำรูปแบบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาเป็นแนวทางการจัดตั้งองค์กรทางการเมืองเพื่อแก้ไขปัญหาในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจากการปฏิรูปหลักการในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนี้ มีข้อที่น่าสังเกตว่า รูปแบบขององค์กรและการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการมีความแตกต่างกับประเทศไทย ด้วยเหตุที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสหาได้มีศาลรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกันกับระบบตุลาการของประเทศไทยแต่อย่างใดไม่ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้สาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงต้องจัดตั้งองค์กรที่มาจากส่วนประกอบขององค์กรทางการเมืองทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นการเฉพาะแต่ในที่ประเทศไทยมีศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ดังกล่าวซึ่งถูกกำหนดไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตั้งแต่ พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา ประเด็นที่น่าสนใจก็คือการจัดตั้ง

---

[729]โปรดดูข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่หนึ่ง ข้อ 4.4.3 หน้า 372

[730]โปรดดูข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่สอง ข้อ 4.4.3 หน้า 378

[731]โปรดดูข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่สาม ข้อ 4.4.3 หน้า 379; โปรดดูข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่สี่ ข้อ 4.4.3 หน้า 380

องค์กรดังกล่าวจะดูประหนึ่งว่าเป็นการใช้อำนาจทับซ้อนกับการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการหรือไม่ และรูปแบบขององค์กรดังกล่าวจะมีความเหมาะสมกับการนำปรับใช้กับประเทศไทยหรือไม่[732]

ผู้เขียนขอเรียนว่า แม้ประเทศไทยจะมีศาลรัฐธรรมนูญซึ่งทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็ตาม แต่ด้วยเหตุและปัจจัยความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ผ่านมา ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่าควรมีการจัดต้ององค์คณะดังกล่าวขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ เพียงแต่การจัดตั้งองค์คณะดังกล่าวอาจดำเนินการได้ใน 2 ลักษณะ ดังนี้

ประการแรก ด้วยแนวทางการจัดตั้งองค์คณะดังกล่าวแต่เพียงองค์คณะเดียวเท่านั้น เพื่อทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยมิต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยในประเด็นปัญหาดังกล่าวแต่อย่างใด ส่วนประเด็นปัญหาอื่นที่มิได้เกี่ยวกับการวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยหรือไม่นั้น ก็ยังคงสงวนให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเฉกเช่นเดิม ทั้งนี้ เป็นตามแนวทางของสาธารณรัฐฝรั่งเศสในการจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

---

[732]เป็นที่น่าสังเกตว่า ในร่างพระราชบัญญัติการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ พ.ศ. .... ที่นำเสนอโดยกลุ่มศึกษาข้อตกลงเขตการค้าเสรีภาคประชาชนและคณะ ได้เสนอให้มีการจัดตั้งองค์กรทางการเมืองซึ่งมีที่มาจากฝ่ายบริหาร โดยทำหน้าที่เป็น “คณะกรรมการประสานการเจรจาหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ” เพื่อทำหน้าที่ประสานงานและสนับสนุนให้การเจรจาทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีประสิทธิภาพและมีธรรมาภิบาล และในขณะที่ร่างพระราชบัญญัติขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา พ.ศ. .... และในบันทึกของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา พ.ศ. .... เรื่องเสร็จที่ 693/2551 ข้อ 1.3 ได้เสนอให้มี “คณะกรรมการหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ” ซึ่งมีที่มาจากฝ่ายบริหารและโดยตำแหน่งเพื่อทำหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับกรอบการเจรจาหนังสือสัญญา การเยียวยาและการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน เป็นต้น ซึ่งรูปแบบของคณะกรรมการทั้งสองชุดดังกล่าวนี้ ผู้เขียนใช้เป็นที่มาและฐานข้อมูลส่วนหนึ่ง ประกอบการเสนอให้มี “คณะกรรมาธิการร่วมของรัฐสภา” เพื่อทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งมีส่วนประกอบจากองค์กรทางการเมืองทั้งจากฝ่ายบริหาร ฝ่ายค้าน ภาควิชาการตามแนวปฏิบัติของสาธารณรัฐฝรั่งเศสในการมีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาและประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ; สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เรื่องเสร็จที่ 693/2551, บันทึกของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา พ.ศ. .... , หน้า 2.; คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย, **บันทึกความเห็นและข้อเสนอแนะของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย เรื่อง กฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550** (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย, 2550), หน้า 138, 167.

ทั้งนี้ กรณีข้อเสนอตามแนวทางแรกของผู้เขียนนี้ก็มีประเด็นและที่น่าตั้งเป็นสังเกตว่า ข้อเสนอเช่นว่านี้อาจไม่สอดคล้องกับการที่ประเทศไทยมีศาลรัฐธรรมนูญอยู่ในระบบตุลาการของประเทศไทยซึ่งมีความแตกต่างกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประกอบกับกรณีดังกล่าวอาจนำไปสู่ประเด็นวิพากษ์ถึงการตัดบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญออกไปจากหลักการเดิมที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาที่ว่าด้วยประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่า การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารนั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยหรือไม่

ประการที่สอง ด้วยแนวทางการจัดตั้งองค์คณะดังกล่าวขึ้นมา เพื่อทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นองค์กรแรก ทั้งนี้ ในกรณีองค์กรดังกล่าวไม่สามารถทำการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวได้แล้ว ก็ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยในประเด็นปัญหาดังกล่าวต่อไป

ทั้งนี้ แนวทางและข้อเสนอทั้งสองดังกล่าวนี้ ผู้เขียนมีความเห็นไปในแนวทางที่สองมากกว่าแนวทางแรก ผู้เขียนได้พยายามตระหนักถึงหลักการของกฎหมายเป็นฐานสนับสนุนในการเสนอแนวทางแก้ไขเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะบริบทด้านความแตกต่างและพัฒนาการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ที่หาได้มีศาลรัฐธรรมนูญเฉกเช่นประเทศไทยแต่อย่างใดไม่ แม้แนวทางและข้อเสนอขององค์คณะดังกล่าวอาจดูประหนึ่งว่า องค์คณะดังกล่าวที่มีที่มาจากองค์กรทางการเมืองและการจัดตั้งจะมีปัญหาความทับซ้อนกับการมีอยู่ของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งใช้อำนาจในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวอยู่แล้วก็ตาม แต่ด้วยแนวคิดที่ว่าปัญหาการเมืองควรแก้ไขด้วยการเมือง ทำให้ผู้เขียนมีแนวคิดที่ว่า ควรให้องค์คณะซึ่งมีที่มาจากองค์กรทางการเมืองและเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางการเมืองในรอบด้านหรือทุกองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยคัดเลือกตัวแทนขององค์กรดังกล่าวเพื่อเข้ามาทำหน้าที่แก้ไขปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในฐานะเป็นองค์กรที่ต้องรับรู้และเข้ามาเกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ และในฐานะที่เป็นเรื่องของความขัดแย้งที่มีฐานที่มาจากการใช้อำนาจทางการเมืองโดยองค์กรทางการเมืองโดยให้เป็นที่ยุติปัญหาลงเสียก่อน โดยมิจำต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางกฎหมายดำเนินการแก้ไขปัญหาดังกล่าวก่อนแต่อย่างใดไม่

ทั้งนี้ แนวคิดของผู้เขียนซึ่งได้เสนอว่าในกรณีที่องค์คณะที่มาจากองค์กรทางการเมืองดังกล่าวมิอาจดำเนินการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าวได้แล้ว ก็ให้เป็นอำนาจที่อยู่ภายใต้การวินิจฉัยชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญต่อไปนั้น ในทัศนะของผู้เขียนเองก็เห็นว่า การกำหนดอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดโดยสององค์กรดังกล่าวนี้ อาจนำมาซึ่งปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับความห่วงใยว่าองค์กรทางการเมืองจะใช้กลยุทธ์ทางการเมืองเพื่อหวังผลประโยชน์และความได้เปรียบทางการเมืองจากหลักการดังกล่าว ในฐานะที่เป็นเจตนาของฝ่ายการเมืองที่ต้องการทำให้เกิดความล่าช้าในทางปฏิบัติด้วยการเลือกที่จะไม่ทำการวินิจฉัยเรื่องราวดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นทั้งในกรณีที่ไม่สามารถทำให้สำเร็จได้โดยง่ายก็ดี หรือแม้แต่ในกรณีที่ไม่สามารถทำคำวินิจฉัยชี้ขาดได้เลยก็ดี เพื่อที่ผู้รับผิดชอบดังกล่าวจะได้นำเสนอเรื่องเช่นว่านั้นต่อศาลรัฐธรรมนูญอีกชั้นหนึ่งนั้น กรณีเช่นว่านี้อาจนำมาซึ่งปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในฐานะที่ให้เกิดความล่าช้าโดยไม่จำเป็นเกิดขึ้นได้

ผู้เขียนตระหนักปัญหานี้จึงได้พยายามคิดอย่างรอบด้านด้วยการนำเสนอองค์ประกอบขององค์คณะดังกล่าว โดยคำนึงถึงองค์ประกอบขององค์กรทางการเมือง ทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่มีฐานที่มาจากองค์กรและการมีส่วนร่วมทางการเมืองเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยตรง รวมทั้งนักวิชาการผู้ทรงคุณวุฒิในทางวิชาการสายต่าง ๆ ที่มีความเป็นกลางทางการเมือง เพื่อให้เกิดการสมดุลขององค์คณะและการใช้อำนาจมิให้นำไปสู่การใช้อำนาจในทางมิชอบไปได้ ทั้งนี้ ในกรณีที่องค์คณะดังกล่าวมิอาจทำการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาที่ว่าด้วยประเภทของการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ ให้สำเร็จลุล่วงไปได้จากองค์คณะดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนมีความเชื่อว่าปัญหาที่ว่าด้วยประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวนั้น ย่อมเป็นที่ประจักษ์ว่ามีประเด็นความซับซ้อนเกิดขึ้นแท้จริง และเป็นปัญหาที่มีความยากซับซ้อนในการวินิจฉัยชี้ขาดไม่ว่าจะเป็นทั้งในปัญหาเชิงสารัตถะของความตกลงระหว่างประเทศ ด้านผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นหรือปัจจัยด้านอื่น ๆ ที่ยากต่อการวินิจฉัยชี้ขาดได้โดยง่ายแล้ว กรณีดังกล่าวจึงมีความจำเป็นต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรตุลาการทำการวินิจฉัยชี้ขาดต่อสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในอีกลำดับถัดไปอีกชั้นหนึ่งในการแก้ไขสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น

ประเด็นที่น่าจะพิจารณาต่อไปก็คือ การกำหนดให้องค์กรที่มีส่วนประกอบจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามวรรคสองนอกเหนือไปจากศาลรัฐธรรมนูญสามารถดำเนินการภายใต้หลักการที่ว่าปัญหาทางการเมืองควรแก้ไขด้วยการเมืองเฉกเช่นหลักการที่ปรากฏในสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่เป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกรณีดังกล่าวได้หรือไม่ ทั้งนี้ องค์คณะดังกล่าวต้องมี “องค์กรทางการเมือง” ในรูปแบบของคณะกรรมการร่วม (Ad Hoc) เพื่อให้มีอำนาจในการแก้ไขปัญหาข้อขัดข้องทางการเมืองเป็นการเฉพาะ โดยคำวินิจฉัยของคณะกรรมการดังกล่าวหาได้เป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมาย รวมทั้งต้องไม่มีลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการแต่อย่างใดไม่ แนวคิดดังกล่าวจึงเป็นประเด็นที่สำคัญต่อการปฏิรูปองค์กรที่ใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาที่ว่าด้วยอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ผู้เขียนจะได้ให้ข้อสังเกตและเหตุผลสนับสนุนในฐานะที่เป็นข้อเสนอแนะต่อไป

ผู้เขียนเห็นว่าความขัดข้องในการดำเนินการดังกล่าวควรดำเนินการโดยองค์คณะหนึ่งที่มีชื่อเรียกว่า “คณะกรรมาธิการร่วมวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาของรัฐสภา” ซึ่งประกอบไปด้วยตัวแทนฝ่ายรัฐบาลและฝ่ายบริหารประกอบกับส่วนราชการที่รับผิดชอบหลักคือ กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศและหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้อง พร้อมทั้งนักวิชาการด้านเศรษฐศาสตร์ บริหารธุรกิจ รัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ วิทยาศาสตร์และเทคโนโยลี สิ่งแวดล้อมรวมทั้งทางด้านสังคมและวัฒนธรรมเพื่อทำหน้าที่เป็นคณะกรรมาธิการร่วมดังกล่าวและให้มีอำนาจในการทำคำวินิจฉัยปัญหาที่ว่าด้วยประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามความในวรรคสองของมตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับผ่านประชามติ เมื่อวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559 ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดกรอบระยะเวลาที่เหมาะสมที่คณะกรรมาธิการร่วมดังกล่าวจะต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 15 วันนับตั้งแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าวไว้ด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม อาจมีข้อวิพากษ์ในประเด็นคำถามที่ว่า แล้วทำไมผู้เขียนจึงต้องกำหนดระยะเวลาวินิจฉัยของคณะกรรมาธิการให้ดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 15 วัน แต่ทำไมไม่กำหนด

ระยะเวลาในการดำเนินการเป็นระยะเวลา 30 วันแทนเฉกเช่นหลักการเดิมที่กำหนดไว้ในมาตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ผู้เขียนขออรรถาธิบายด้วยเหตุผลใน 2 ประการดังนี้

ประการแรก ระยะเวลา 15 วันปรากฏให้เห็นได้ตั้งแต่ในหลักการของร่างแก้ไขมาตรา 190 วรรคสี่ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ทั้งฉบับที่เสนอโดยคณะกรรมาธิการแก้ไขรัฐธรรมนูญและฉบับที่ผ่านความเห็นชอบจากที่ประชุมรัฐสภา หากไม่ได้มีปัญหาเรื่องความชอบด้วยกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวแล้ว หลักการเรื่องระยะเวลาที่ใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญด้วยระยะเวลา 15 วันคงเป็นหลักการใหม่ที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ซึ่งถูกใช้บังคับด้วยฉบับหนึ่ง ดังนั้นระยะเวลาดังกล่าวก็เพียงพอต่อการประชุมและวินิจฉัยชี้ขาดสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าว

ประการที่สอง สำหรับคำถามที่ว่าทำไม่เป็นระยะเวลา 30 วัน ผู้เขียนขออรรถาธิบายว่า หากกำหนดเวลา 30 วันเพื่อให้คณะกรรมาธิการร่วมทำการวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวว่าเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าคงไม่มีประโยชน์อันใดที่จะต้องเสนอให้มีคณะกรรมาธิการร่วมเพิ่มเติมเข้ามา อีกทั้งการเสนอดังกล่าวยังเป็นการเพิ่มทั้งขั้นตอนและระยะเวลาที่ทำให้กระบวนการทำความตกลงระหว่างประเทศเกิดความล่าช้าไปกันใหญ่ กล่าวคือ หากกำหนดให้คณะกรรมการร่วมมีอำนาจใช้เวลาในการพิจารณาได้ 30 วัน แต่ในกรณีที่คณะกรรมการร่วมดังกล่าวไม่อาจทำการพิจารณาให้แล้วเสร็จได้แล้ว การแก้ไขปัญหาดังกล่าวควรให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดซึ่งต้องกำหนดระยะเวลาในการวินิจฉัยชี้ขาดอีก 30 วัน รวมระยะเวลาในการแก้ไขปัญหาความขัดข้องเป็นระยะเวลา 60 วัน ในขณะที่หลักการเดิมซึ่งให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยเพียงองค์กรเดียวกลับใช้เวลาเพียงแค่ 30 วันเท่านั้น ในทัศนะของผู้เขียนเองเห็นว่าข้อเสนอแนะดังกล่าวคงมิได้ก่อให้เกิดประโยชน์ที่มุ่งหมายเพื่อแก้ไขปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเฉกเช่นที่เกิดในประเทศไทยที่ผ่านมาได้แต่อย่างใด ดังนั้น ระยะเวลาในการวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมาธิการร่วมที่จะต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลา 15 วันจึงมีความเหมาะสมแล้ว

ประเด็นคำถามที่น่าสนใจก็คือ ข้อเสนอดังกล่าวเท่ากับเป็นการตัดหลักการและเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญออกไปหรือไม่ คำตอบก็คือ หากเป็นข้อเสนอแนะตามแนวทางแรกของผู้เขียนที่ผ่านมาย่อมเป็นการตัดเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญออกไปอย่างสิ้นเชิง แต่ในขณะที่ผู้เขียนเห็นคล้อยและเลือกในแนวทางตามข้อเสนอแนะที่สองของผู้เขียนดังกล่าวมากกว่า ดังนั้น ข้อเสนอแนะของผู้เขียนดังกล่าวตามแนวทางที่สองนี้ จึงหาได้เป็นการตัดหลักการและเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าวออกไปแต่อย่างใดไม่ ทั้งนี้ ในกรณีที่คณะกรรมาธิการร่วมไม่สามารถทำการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าวได้ทันภายในกำหนดระยะเวลาที่กำหนดไว้ 15 วันนั้นได้แล้ว ก็ให้ให้ประธานคณะกรรมาธิการร่วมมีอำนาจส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำการวินิจฉัยชี้ขาดในลำดับถัดไป “ข้อดี” ดังกล่าวอยู่ที่ปัญหาการใช้อำนาจทางการเมืองถูกแก้ไขด้วยกระบวนการและวิธีทางการเมืองก่อน ถ้าปัญหาดังกล่าวไม่สามารถแก้ไขด้วยวิธีทางการเมืองแล้ว ก็ให้ส่งประเด็นปัญหาเรื่องดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในลำดับถัดไป การกำหนดหลักการดังกล่าวจึงเท่ากับเป็นการลดภาระงานของศาลรัฐธรรมนูญไปในตัวได้ด้วยเช่นกัน

สำหรับประเด็นคำถามถัดมา การกำหนดระยะเวลาให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยชี้ขาดในลำดับที่สองในกรณีที่องค์คณะดังกล่าวไม่สามารถทำการวินิจฉัยชี้ขาดให้แล้วเสร็จลงได้ภายในกำหนดเวลา 15 วันนั้น ประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาก็คือกำหนดระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญจะทำการวินิจฉัยชี้ขาดควรมีกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการกี่วัน ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่า คณะกรรมาธิการแก้ไขมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และฉบับที่ผ่านการพิจารณาของที่ประชุมรัฐสภาได้เคยเสนอกรอบระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญจะทำการวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลา 15 วัน แม้การแก้ไขรัฐธรรมนูญจะไม่สามารถดำเนินการสำเร็จไปได้ก็ตาม แต่กรอบระยะเวลาดังกล่าวทำให้เชื่อได้ว่าเป็นระยะเวลาที่เหมาะสมและศาลรัฐธรรมนูญสามารถดำเนินการวินิจฉัยชี้ขาดให้แล้วเสร็จได้

หากการกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาให้แล้วเสร็จของศาลรัฐธรรมนูญกำหนดระยะเวลาไว้ภายใน 15 วันนับตั้งแต่วันที่ได้รับเรื่องราว ข้อดีอยู่ที่การแก้ไขปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะถูกแก้ไขลงไปได้ในระดับหนึ่ง กล่าวคือ คณะกรรมาธิการร่วมของรัฐสภาทำการพิจารณา 15 วัน และศาลรัฐธรรมนูญใช้เวลาอีก 15 วันรวมกันแล้วระยะเวลาในการวินิจฉัยชี้ขาดยังอยู่ภายในกรอบระยะเวลา 30 วันตามมาตรา 178 วรรคห้าของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับผ่านประชามติ ระยะเวลาดังกล่าวจึงมิได้มีผลอันทำให้เกิดความล่าช้ามากขึ้นแต่อย่างใด ในขณะที่ข้อดีอีกประการหนึ่งก็คือ หากเป็นกรณีที่คณะกรรมาธิการร่วมของรัฐสภาสามารถทำการวินิจฉัยชี้ขาดให้แล้วเสร็จลงได้ภายในกำหนดระยะเวลา 15 วันแล้ว ก็ไม่จำต้องส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยแต่อย่างใด ดังนั้น กรอบระยะเวลาดังกล่าวก็มีความเหมาะสมในการเสนอเป็นแนวทางได้อีกทางหนึ่ง

แต่อย่างไรก็ตาม จากข้อสังเกตที่ผู้เขียนได้เสนอที่ผ่านมาจะเห็นได้ว่า ในกรณีที่องค์คณะดังกล่าวมิอาจทำการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาให้สำเร็จลุล่วงไปได้แล้ว โดยผู้เขียนมีความเชื่อว่าปัญหาที่ว่าด้วยประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นที่ประจักษ์แล้วว่า ต้องมีประเด็นปัญหาที่มีความยากซับซ้อนในการวินิจฉัยชี้ขาดและไม่สามารถเกิดขึ้นได้โดยง่าย ในทัศนะของผู้เขียนจึงเห็นว่าไม่ควรกำหนดเวลาให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยชี้ขาดต่อสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นเพียงแค่ระยะเวลา 15 วันแต่เพียงเท่านั้น ด้วยเหตุที่ปัญหาความยากและซับซ้อนดังกล่าวจำต้องใช้เวลาในการพิเคราะห์อย่างรอบด้าน หากเป็นปัญหาที่สามารถทำการวินิจฉัยได้โดยง่ายภายในระยะเวลา 15 วันแล้ว เรื่องราวดังกล่าวก็คงไม่ต้องส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยชี้ขาดอีกชั้นหนึ่งแต่อย่างใด

ดังนั้น กรอบระยะเวลาที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยชี้ขาดต่อสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวจึงควรกำหนดเวลาไว้ไม่เกิน 30 วันตามมาตรา 178 วรรคห้าของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับผ่านประชามติเช่นเดิม เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเวลาเพียงพอในการดำเนินการดังกล่าว อีกทั้งช่วงระยะเวลาดังกล่าวก็มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับการกำหนดระยะเวลาในการวินิจฉัยชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญและสอดคล้องกับระยะเวลาที่ได้เคยกำหนดไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ผ่านมา ทั้งนี้ ข้อเสนอดังกล่าวของผู้เขียนนี้ หากคณะกรรมาธิการร่วมดังกล่าวสามารถทำการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าวไปได้ภายในกรอบระยะเวลาไม่เกิน 15 วันแล้วก็ไม่จำต้องส่งเรื่องราวให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยแต่อย่างใด ปัญหาความล่าช้าในทางปฏิบัติก็จะไม่เกิดขึ้นเฉกเช่นในอดีตแต่อย่างใด

2. ข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่สอง ประเด็นเรื่อง “การตัดช่องทางการใช้อำนาจเสนอเรื่องภายใต้หลักการตรวจสอบถ่วงดุลของฝ่ายนิติบัญญัติ” จากการศึกษาหลักการในบทบัญญัติของมาตรา 178 วรรคห้าของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับผ่านประชามติ เมื่อวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559 แม้จะดูประหนึ่งว่าเป็นหลักการใหม่ที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนก็ตาม แต่ทั้งนี้หลักการดังกล่าวได้ปรากฏให้เห็นในมาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 เป็นครั้งแรก แต่กรณีดังกล่าวก็ไม่น่าแปลกใจเท่าใดนัก ด้วยเหตุที่หลักการตามที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับนี้ยังอยู่ในช่วงเวลาสถานการณ์พิเศษของประเทศ

หลักการในเรื่องการเสนอประเด็นข้อขัดแย้งในการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดให้เป็นอำนาจเฉพาะของคณะรัฐมนตรีแต่เพียงองค์กรเดียวที่มีอำนาจในการเสนอเรื่องราวต่อศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น ผู้เขียนเห็นว่าหลักการดังกล่าวเท่ากับเป็นการตรากฎหมายที่ขัดต่อหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หลักการมีส่วนร่วมของรัฐสภาและหลักนิติธรรมโดยตรง ในขณะที่รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดให้อำนาจขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นอำนาจประธานาธิบดีของสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ดี หรือนายกรัฐมนตรีก็ดี หรือประธานสภาใดสภาหนึ่งไม่ว่าจะเป็นสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาก็ดี หรือสมาชิกสภาผู้แทนจำนวน 60 คนก็ดี หรือแม้แต่สมาชิกวุฒิสภาจำนวน 60 คนก็ดี[733] มีอำนาจในการเสนอเรื่องราวต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่าหลักการในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสดังกล่าว มีความสอดคล้องกับบทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคหกของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ฉบับเดิมที่ถูกยกเลิกไปแล้ว

ประเด็นดังกล่าวนำไปสู่ประเด็นวิพากษ์เรื่องการหลีกเลี่ยงที่จะไม่ใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีในการพิจารณาแล้วเลือกที่จะไม่ทำการส่งเรื่องราวอันเป็นข้อขัดแย้งในการใช้อำนาจที่เกิดขึ้นให้กับศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำการตรวจสอบปัญหาข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นดังกล่าว ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญบัญญัติได้ว่า “คณะรัฐมนตรี” จะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย “ก็ได้” กรณีดังกล่าวจึงนำไปสู่ประเด็นคำถามที่ว่า แล้วกรณีดังกล่าวจะถูกดำเนินการตรวจสอบการใช้อำนาจได้อย่างไร หากฝ่ายบริหารเลือกที่จะไม่ส่งเรื่องราวดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยชี้ขาด ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรที่สามารถใช้ดุลพินิจได้โดยลำพัง ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งได้ใช้ถ้อยคำว่า “ก็ได้” ผู้เขียนเข้าใจว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญพยายามแก้ไขปัญหาซึ่งมีที่จากบทเรียนในครั้งอดีตที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ใช้หลักการในรัฐธรรมนูญดังกล่าวในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการดำเนินกลยุทธ์ทางการเมืองกับฝ่ายบริหาร ด้วยเหตุดังกล่าวผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงได้แก้ปัญหาด้วยการกำหนดให้ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรเดียวที่สามารถใช้อำนาจยื่นเรื่องราวต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เฉพาะในกรณีที่เห็นว่า มีความจำเป็นเพื่อลดสภาพปัญหาความขัดข้องและความล่าช้าที่เกิดขึ้นในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศให้หมดลงไป

---

[733]มาตรา 18 ของรัฐกำหนดเลขที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 เกี่ยวกับกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐกำหนดเลขที่ 59-223 ลงวันที่ 4 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1958; สมคิด เลิศไพฑูรย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 97.

แต่อย่างไรก็ตาม แม้หลักการดังกล่าวจะดูประหนึ่งว่า คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญจะได้ทำการปฏิรูปหลักการและทำการแก้ไขปัญหาความขัดข้องที่เกิดขึ้นไปแล้วก็ตาม แต่ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า การร่างรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยคงไม่อาจปฏิเสธหลักการที่สำคัญของระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยไปได้เลย ไม่ว่าจะเป็นหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการตรวจสอบถ่วงดุล โดยเฉพาะการกำหนดหลักการในลักษณะที่เป็น “การตัดสิทธิการมีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ” โดยเฉพาะการตัดสิทธิใน “การใช้อำนาจในการตรวจสอบถ่วงดุลของฝ่ายนิติบัญญัติ” ซึ่งไม่สามารถที่จะทำเช่นว่านั้นไปได้เลย

คำถามที่น่าสนใจสำหรับหลักการดังกล่าวนี้ก็คือ “การวางดุลอำนาจ” เช่นว่านี้จะเกิดการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจตามหลักการที่ควรจะเป็นในรัฐธรรมนูญได้อย่างไร หากการใช้อำนาจดังกล่าวขึ้นอยู่กับฝ่ายบริหารโดยลำพัง ในฐานะที่เป็นองค์กรและเป็นผู้ใช้อำนาจที่จะตัดสินใจเองว่าจะส่งข้อขัดแย้งการใช้อำนาจดังกล่าวไปให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยชี้ขาดหรือไม่ก็ได้ตามแต่ที่ฝ่ายบริหารจะเลือกและเห็นสมควรเท่านั้น ด้วยเหตุที่บทบัญญัติดังกล่าวหาได้มีสภาพบังคับให้ดำเนินการแต่อย่างใดไม่ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในร่างรัฐธรรมนูญเองได้บัญญัติด้วยถ้อยคำว่า “ก็ได้” กับกรณีที่ “คณะรัฐมนตรีจะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย” ปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้น ผู้เขียนไม่อยากจะคิดเลยว่า หากในอนาคตอันใกล้ฝ่ายบริหารซึ่งเป็นฝ่ายที่ครองเสียงข้างมากในรัฐสภาและเป็นฝ่ายที่มีอำนาจล้นพ้นตามวลีที่ว่า “เผด็จการรัฐสภา” แล้ว กระบวนการการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยฝ่ายนิติบัญญัติคงมิอาจเกิดขึ้นได้เป็นแน่แท้

ผู้เขียนเห็นว่าเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวควรคงหลักการเดิมที่มีอยู่แล้วในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับต่าง ๆ ไว้ในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับนี้ด้วยในลักษณะดังนี้ “ในกรณีที่คณะกรรมาธิการร่วมของรัฐสภาไม่อาจวินิจฉัยปัญหาตามวรรคสองได้ภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาด ‘ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติมาตรา 148 (1) และ (2)’ มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม” หลักการในเรื่ององค์กรที่มีอำนาจในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญนี้เป็นหลักการที่ต้องบัญญัติไว้ต่อเนื่องจากหลักการในเบื้องต้นที่ให้เป็นอำนาจของคณะกรรมาธิการร่วมของรัฐสภาในการวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยต้องกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติยังคงเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรหนึ่งที่มีอำนาจในเสนอเรื่องต่อคณะกรรมาธิการร่วมของรัฐสภา เพื่อใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาตามวรรคสองก่อนเป็นองค์กรแรก ก่อนที่จะทำการเสนอเรื่องราวดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยประธานคณะกรรมาธิการร่วมของรัฐสภา

3. ข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่สาม ในประเด็นเรื่องระยะเวลาการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดไว้ ดังนี้ “ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ” ผู้เขียนเห็นว่าระยะเวลาดังกล่าวมีความเหมาะสมดีแล้ว หลักการเรื่องนี้มิใช่เรื่องใหม่แต่อย่างใด จากการศึกษาพบว่า กำหนดระยะเวลาดังกล่าวปรากฏให้เห็นในร่างแก้ไขมาตรา 190 วรรคสี่ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ทั้งฉบับที่เสนอโดยคณะกรรมาธิการแก้ไขรัฐธรรมนูญและฉบับที่ผ่านความเห็นชอบจากที่ประชุมรัฐสภาโดยมีกำหนดระยะเวลาพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 15 วันนับแต่วันที่รับเรื่อง ในขณะที่มาตรา 23 วรรคสี่ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ก็ได้กำหนดระยะเวลาในการพิจารณาให้แล้ว

เสร็จไว้โดยสอดคล้องกับมาตรา 178 วรรคห้าของร่างรัฐธรรมนูญฉบับผ่านประชามติ เมื่อวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559 ซึ่งกำหนดระยะเวลาการพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่รับเรื่อง

แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า มาตรา 193 วรรคเจ็ดของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเมื่อปี พ.ศ. 2558 กลับมิได้กำหนดระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องทำการพิจารณาให้แล้วเสร็จไว้ในเชิงหลักการแต่อย่างใด ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดระยะเวลาดังกล่าวมี “ข้อดี” ตรงที่สามารถทราบระยะเวลาและกำหนดกรอบเวลาในการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้ว่า ฝ่ายบริหารสามารถดำเนินการต่อไปได้ในช่วงเวลาใด ด้วยเหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญมีกำหนดเวลาในการดำเนินการพิจารณาให้แล้วเสร็จที่ชัดเจนและแน่นอน อีกทั้งระยะเวลาดังกล่าวก็มีระยะเวลาที่ไม่รีบเร่งจนเกินไป เฉกเช่นหลักการที่กำหนดไว้ในร่างแก้ไขมาตรา 190 วรรคสี่ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ทั้งฉบับที่เสนอโดยคณะกรรมาธิการแก้ไขรัฐธรรมนูญและฉบับที่ผ่านความเห็นชอบจากที่ประชุมรัฐสภา ที่ซึ่งร่างรัฐธรรมนูญกำหนดกรอบระยะเวลาพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในกำหนดระยะเวลาเพียง 15 วันนับแต่วันที่รับเรื่องเท่านั้น

4. ข้อสังเกตและวิพากษ์ประการที่สี่ ในประเด็นเรื่องอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาอื่นใดที่นอกเหนือไปจากปัญหาที่ว่าด้วยการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามบทมาตรา 178 นี้ ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่อยู่นอกเหนือไปจากความในวรรคสองของมาตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเกี่ยวกับปัญหาการวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาโดยคณะกรรมาธิการร่วมของรัฐสภาและศาลรัฐธรรมนูญนั้น ควรกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยชี้ขาดโดยตรง

เป็นที่ประจักษ์ว่า ประเด็นปัญหาสำคัญที่สร้างความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศประการหนึ่งก็คือ ปัญหาที่ว่าด้วยการก้าวล่วงต่อการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยศาลปกครอง ซึ่งวินิจฉัยชี้ขาดในลักษณะที่เป็นการควบคุมการใช้อำนาจทางการเมืองระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารที่นอกจากจะขัดกับหลักการทางกฎหมายแล้ว ก็ยังขัดกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดด้วยกันที่ได้วางหลักการไว้ก่อนด้วยเช่นกัน การใช้อำนาจดังกล่าวได้นำไปสู่ปัญหาการวิพากษ์ถึงความถูกต้องในเชิงหลักการอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในประเด็นเรื่องของฐานการใช้อำนาจของศาลปกครองเหนือการใช้อำนาจในระดับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นอย่างกว้างขวาง ทั้งนี้ แนวทางแก้ไขดังกล่าวอาจดำเนินการกำหนดให้เป็นแต่เฉพาะอำนาจศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่สามารถใช้เขตอำนาจเหนือกรณีปัญหาเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยไม่ให้ศาลอื่นใดใช้อำนาจเหนือกรณีดังกล่าวได้แต่อย่างใด

อนึ่ง สำหรับการเสนอเรื่องราวต่อศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวอาจดำเนินการภายใต้หลักการที่ผู้เขียนได้ทำการเสนอแนวทางแก้ไขไว้แล้ว โดยใช้วิธีการเสนอเรื่องราวต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอาศัยบทบัญญัติในมาตรา 148 (1) และ (2) มาใช้บังคับกับกรณีดังกล่าวโดยอนุโลม เป็นที่น่าสังเกตว่าวิธีการเสนอเรื่องราวดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญนี้เป็นหลักการดั้งเดิมที่มีอยู่แล้วในบทบัญญัติมาตรา 190 วรรคหกของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หาได้เป็นหลักการใหม่แต่อย่างใดไม่

กล่าวโดยสรุป แม้มาตรา 178 วรรคห้าของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะผ่านประชามติเมื่อวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559 ไปแล้วก็ตาม แต่ก็มิอาจปฏิเสธได้เลยว่า การปฏิรูป

หลักการในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับดังกล่าวนี้ จะปราศจากปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในทางปฏิบัติได้แต่อย่างใดไม่

ทั้งนี้ จากการศึกษาที่ผ่านมาอาจสรุปได้ว่า ปัญหาที่ว่าด้วยองค์กรและหลักการในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจากการปฏิรูปหลักการในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ก็ยังคงมีอยู่แม้จะได้มีการปฏิรูปในเชิงหลักการไปแล้วก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นเรื่องกรอบระยะเวลาในการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในประเด็นเรื่ององค์กรที่มีอำนาจในการเสนอเรื่องราวต่อศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักการดังกล่าวกลับดูประหนึ่งว่า เป็นการวางดุลอำนาจที่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุลที่ไม่อาจดำเนินการไปได้อย่างมีประสิทธิภาพแต่อย่างใด

ในท้ายที่สุด การปฏิรูปหลักการในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับนี้ ก็ยังมีความจำเป็นที่ต้องได้รับการพิจารณาและทบทวนอีกครั้งหนึ่ง ทั้งนี้ เพื่อให้การแก้ไขสภาพปัญหาความขัดข้องในเชิงหลักการเกี่ยวกับองค์กร กระบวนการและขั้นตอนที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ และการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาข้อขัดแย้งให้มีประสิทธิผลอย่างดีที่สุด

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในบทนี้ผู้เขียนใช้วิธีการสรุปปัญหาด้วยการสังเคราะห์สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นกับประเทศไทยใน 3 ประการ ปัญหาที่เกิดขึ้นจากหลักการ ปัญหาที่เกิดขึ้นจากกระบวนการทำหนังสือสัญญา และปัญหาทีเกิดขึ้นจากการวินิจฉัยคดีที่ผ่านของของฝ่ายตุลาการ รวมทั้งปัญหาอุปสรรคและข้อจำกัดที่เกิดขึ้นจากการศึกษา ดังนั้น ในการสรุปผลการศึกษาในบทนี้ผู้เขียนจะมิได้ทำการสรุปโดยวิธีการย่อความจากผลการศึกษาที่ได้ทั้งหมด แต่การสรุปจะนำไปสู่ข้อค้นพบและการวิเคราะห์เชื่อมโยงเหตุผลที่แสดงถึงการสังเคราะห์ปัญหาที่สะท้อนให้เหตุความจำเป็นในการปฏิรูปในเชิงหลักการและกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาตามหลักการที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ

5.1 บทสรุป

ประเด็นที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับองค์กรและการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาเกี่ยวข้องใน 3 ประเด็นหลักดังนี้ ประการแรก เรื่องขององค์กรซึ่งหมายถึงองค์กรหลักและองค์กรรองที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญา ประการที่สอง เรื่องการใช้อำนาจขององค์กรหลักและองค์กรรอง ประการที่สาม เรื่องการใช้อำนาจขององค์กรหลักและองค์กรรองตามระบอบกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ

แม้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ผูกพันกับประเทศไทยในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะมิได้กำหนดว่า การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะต้องดำเนินการโดยองค์กรตามกฎหมายภายในใด และแม้กฎหมายระหว่างประเทศจะได้แต่เพียงกำหนดกระบวนการและความสมบูรณ์ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างรัฐภาคีไว้เท่านั้นก็ตาม แต่หลักการในเรื่องผู้ทรงสิทธิและผู้มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาไม่ว่าจะโดยนิติฐานะหรือโดยการมอบอำนาจเต็มย่อมเป็นบทบาทของฝ่ายบริหารด้วยเช่นกัน

จะเห็นได้ว่าภายใต้ระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศไม่ปรากฏว่า กฎหมายระหว่างประเทศได้รับรองการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการแต่อย่างใด ที่เป็นเช่นนี้ก็ด้วยเหตุที่ระบอบกฎหมายระหว่างประเทศเคารพการกำหนดเจตจำนงอย่างอิสระในฐานะที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐในการบริหารจัดการและการใช้อำนาจในทางบริหารและการเมืองระหว่างประเทศซึ่งเป็นอำนาจเฉพาะและกิจการภายในของแต่ละรัฐ ในระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศจึงเป็นข้อกำหนดและความตกลงร่วมกันเกี่ยวกับการทำความตกลงเพื่อบรรลุผลประโยชน์ร่วมกันภายใต้พันธกิจใดพันธกิจหนึ่ง

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าการใช้อำนาจดังกล่าวกฎหมายระหว่างประเทศเคารพการใช้อำนาจตามกฎหมายภายใน การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามระบอบกฎหมายภายในจึงต้องทำการพิจารณาว่า องค์หลักและองค์กรรองเข้ามาเกี่ยวข้องในการทำหนังสือสัญญาได้อย่างไร โดยหลักการแล้วการจะทราบได้ว่าอำนาจหน้าที่ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นขององค์กรหลักและองค์กรรองต้องพิจารณาจากบทบาทของแต่ละองค์กรเป็นหลักเพื่อใช้เป็นฐานการพิจารณาภายใต้แนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญา

เหตุที่ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญา แต่ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรรองนั้น พึงต้องเข้าใจว่าฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรรองไม่ได้มีบทบาทและหน้าที่โดยตรงในการทำสนธิสัญญาแต่อย่างใด หน้าที่ขององค์กรรองคือ หน้าที่เฉพาะในการให้ความเห็นชอบกับการทำหนังสือสัญญาเท่านั้น ซึ่งการให้ความเห็นชอบเป็นเพียงแค่ขั้นตอนหนึ่งของกระบวนการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารเท่านั้น ด้วยเหตุที่การทำหนังสือสัญญาหมายถึงกระบวนการที่เริ่มตั้งแต่การริเริ่มทาบทามจวบจนกระทั่งการแสดงเจตนายินยอมผูกพันตามความตกลงที่มีในหนังสือสัญญาดังกล่าว อำนาจที่ใช้ในกระบวนการหลักดังกล่าวจึงเป็นอำนาจเฉพาะของฝ่ายบริหารทั้งในระบอบกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงมีฐานะที่เป็นเพียงฝ่ายสนับสนุนการในการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารแต่เพียงเท่านั้น กระบวนการตามระบอบกฎหมายภายในของประเทศไทยที่กำหนดการใช้อำนาจควบคุมการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารไม่ว่าจะการเสนอต้องเสนอกรอบการเจรจาต่อฝ่ายนิติบัญญัติ การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนตั้งแต่กระบวนการเริ่มแรกก่อนการเจรจาจึงหาได้สอดคล้องกับแนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เป็นของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศและเป็นของฝ่ายบริหารตามกฎหมายภายในแต่อย่างใดไม่

การวางบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติเฉพาะแต่อำนาจในการให้ความเห็นชอบดังกล่าวมีนอกจากจะมีความสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศเป็นส่วนใหญ่แล้ว บทบาทดังกล่าวยังสอดคล้องกับหลักการมีส่วนร่วมของรัฐสภาในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมากกว่าที่จะเป็นการตรวจสอบถ่วงดุลแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น การเข้ามามีส่วนร่วมดังกล่าวก็ด้วยเหตุที่การทำหนังสือสัญญาบางประเภทมีผลเกี่ยวข้องโดยตรงกับผลประโยชน์ของชาติหรือไม่ก็ส่งผลกระทบต่อพลเมืองของรัฐโดยตรงไม่ว่าทางหนึ่งทางใดก็ตาม อาทิ การเก็บภาษี การค้าและการลงทุนของรัฐ การอนุวัติการกฎหมายมาเพื่อใช้บังคับต่อพลเมืองของตน เป็นต้น ในขณะที่ฝ่ายตุลาการเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาที่เกี่ยวกับการขัดแย้งในการใช้อำนาจเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างองค์กรหลักและองค์กรรองเท่านั้น ในทางปฏิบัติก็หาได้ดำเนินการไปในทิศทางเดียวกันแต่อย่างใดไม่ ด้วยเหตุที่ความแตกต่างในระบบกฎหมายภายในก็ดี ความแตกต่างของระบบการเมืองการปกครองก็ดี หรือแม้แต่แนวคิดที่มีต่อองค์กรตุลาการที่ใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาที่ว่าด้วยการขัดกันแห่งอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความแตกต่างในนิติวิธีของแต่ละองค์กรตุลาการหรือองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการได้ใช้ก็ดี แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไร การใช้อำนาจต้องใช้โดยชอบธรรมภายใต้หลักนิติรัฐและความชอบด้วยกฎหมาย

อันที่จริงแล้วแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร สาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ใช้อยู่ก็มิได้มีความแตกต่างในทางปฏิบัติกับประเทศไทยแต่อย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในประเด็นเรื่องการยอมรับในเชิงหลักการและทางปฏิบัติว่าอำนาจในการทำเป็นของฝ่ายบริหาร ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจเฉพาะการให้ความเห็นชอบกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศซึ่งมากบ้างน้อยบางตามแต่บริบท การพัฒนาการและความจำเป็นของแต่ละประเทศ แต่ประเด็นที่ต้องเน้นให้ความสำคัญกับการศึกษาที่เกิดขึ้นกับประเทศไทยก็คือ ปัจจัยเรื่องใดปัจจัยและปัญหาที่ส่งผลให้เกิดความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศระหว่างองค์กรหลักและองค์กรรองตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

แม้จากการศึกษาแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศจะพบว่ารัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกากำหนดบทบาทของวุฒิสภาไว้ค่อนข้างมาก ก็ด้วยเหตุที่พัฒนาการทางการเมืองในอดีตมีความแตกต่างจากรัฐอื่น ด้วยฐานะที่เป็นตัวแทนมลรัฐในอดีตการทำสนธิสัญญาโดยสหพันธรัฐจำเป็นต้องมีส่วนร่วมโดยตัวแทนประชาชนที่มาจากมลรัฐ อำนาจในการให้ความเห็นชอบกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจึงตกเป็นของวุฒสภา แต่มิใช่สภาครองเกรสแต่อย่างใด อีกทั้งระบบกฎหมายเอกนิยมของสหรัฐอเมริกาที่ถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายใน จึงไม่ต้องให้สภาครองเกรสให้ความยินยอมแต่อย่างใด ในขณะที่ระบบกฎหมาภายในเฉพาะที่แตกต่างจากหลักการในกฎมายระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกาเองก็ยังกำหนดให้การทำความตกลงระหว่างประเทศ มีทั้งในรูปแบบของสนธิสัญญาและข้อตกลงของฝ่ายบริหารก็เพื่อแก้ไขปัญหาความขัดข้องเฉกเช่นที่ประเทศไทยประสบ

ในทางกลับกันสาธารณรัฐฝรั่งเศสกลับกำหนดฐานการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการใช้อำนาจทางการเมืองกับปัญหาการใช้อำนาจทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้ที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรที่มีส่วนผสมของตัวแทนองค์คณะที่มาจากภาคการเมืองทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ด้วยแนวคิดที่ว่าปัญหาการเมืองต้องแก้ด้วยการเมือง เพื่อทำการวินิจฉัยชี้ขาดว่าการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวเกิดขึ้นโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในขณะที่หนังสือสัญญาซึ่งมีผลใช้บังคับแล้วย่อมอยู่ภายใต้การใช้อำนาจทางกฎหมายของศาลปกครอง แนวทางดังกล่าวสามารถใช้อรรถาธิบายเหตุผลได้ดีในเชิงหลักการและสามารถนำมาใช้เป็นฐานกำหนดการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการในประเทศไทยได้เป็นอย่างดี

ภายหลังจากที่ทำการพิเคราะห์ด้วยฐานของหลักการในระบอบกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ รวมทั้งแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศเกี่ยวกับปัจจัยที่ส่งผลกระทบในเชิงหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยนั้น ผู้เขียนสรุปได้ว่าปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยเกิดขึ้นจากเหตุและปัจจัย 3 ประการหลัก ๆ ดังนี้

ประการแรก ปัจจัยทางที่เกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนในเชิงหลักการในการกำหนดฐานการใช้อำนาจขององค์กรหลักและองค์กรรองตามที่ปรากฏในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ อันที่จริงในอดีตก่อนปี พ.ศ. 2540 และ ปี พ.ศ. 2550 หลักการในรัฐธรรมนูญและการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหาได้เป็นอุปสรรคและนำไปสู่วิกฤตเฉกเช่นที่เกิดในทศวรรษที่ผ่านมาแต่อย่างใดไม่ หากพิเคราะห์ในเบื้องหลังของปัญหาที่แท้จริงกลับเป็นปัจจัยทางด้านการเมืองเป็นหลักใหญ่ที่ใช้

บทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่มิได้มีปัญหาในทางปฏิบัติมาทำให้เกิดปัญหาความขัดข้องขึ้นมาได้อย่างที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน แม้แต่ในบันทึกการร่างรัฐธรรมนูญของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญเองก็ยังปรากฏเหตุผลเบื้องหลังที่มาจากความไม่ไว้วางใจในการใช้อำนาจในทางการเมืองระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร จึงเป็นเหตุผลประการหนึ่งที่ทำให้ผู้ร่างรัฐธรรมนูญต้องออกแบบหลักการในรัฐธรรมนูญเพื่อควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ในตั้งแต่กระบวนการริเริ่มการทำหนังสือสัญญาจนนำไปสู่ความขัดข้องในการความตกลงระหว่างประเทศอย่างที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนในประเทศไทย เหตุผลสำคัญดังกล่าวเป็นเหตุผลและปัจจัยทางการเมืองในมิติของรัฐศาสตร์เป็นหลักที่หยิบยกหลักการและบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญไปเป็นเครื่องมือเพื่อสร้างผลประโยชน์ทางการเมืองและเพื่อโจมตีฝ่ายตรงข้าม ปัจจัยทางด้านการเมืองดังกล่าวแม้จะมีความสำคัญ แต่ก็หาใช่หลักและวัตถุประสงค์โดยตรงในการศึกษาดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้แต่อย่างใดไม่ แต่กระนั้นก็ตาม ปัจจัยดังกล่าวผู้เขียนได้ให้ข้อมูลและการวิเคราะห์บางส่วนปรากฏอยู่ในภาคผนวกของงานดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้ไว้ด้วยเช่นกัน

ประการที่สอง ปัจจัยที่เกิดขึ้นจากกระบวนการตามรัฐธรรมนูญที่กำหนดการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรรองให้สามารถใช้อำนาจมากจนกลายเป็นการควบคุมและตรวจสอบ แต่มิใช่การถ่วงดุลการใช้อำนาจภายใต้หลักการมีส่วนร่วมของรัฐสภาเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารแต่อย่างใด การใช้อำนาจดังกล่าวปรากฏในหลายประการไม่ว่าจะเป็นเรื่องการต้องเสนอกรอบการเจรจา การต้องขอความเห็นชอบต่อกรอบการเจรจา รวมทั้งการการกำหนดสิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญา การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ที่นอกจากหลักการที่จะต้องนำไปปฏิบัติจะขาดความชัดเจนแล้ว ยังขาดฐานทางกฎหมายรองรับและกำหนดวิธีปฏิบัติอันยังผลให้การดำเนินการในทางปฏิบัติที่ผ่านมาจึงเป็นการดำเนินการไปคนละทิศละทาง คงไม่ผิดเพี้ยนประการใดที่ผู้เขียนจะกล่าวว่ากระบวนการทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นการเสนอกรอบการเจรจา การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเป็นเพียงแค่พิธีกรรมที่ทำให้ครบตามหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญท่านั้น ส่วนการประเมินประสิทธิภาพและประสิทธิผลการปฏิบัติก็มิได้เป็นที่ประจักษ์เท่าใดนัก

ประการที่สำคัญที่สุด ที่เห็นได้ชัดเจนก็คือปัจจัยที่สามซึ่งเป็นปัจจัยหลักที่ส่งผลต่อความเชื่อมั่นในเชิงหลักการที่สำคัญที่สุดก็คือ องค์กรตุลการกับการใช้อำนาจเข้ามาวินิจฉัยชี้ขาดในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร เป็นที่ชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญกำหนดการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการทำหนังสือสัญญาให้เป็นของศาลรัฐธรรมนูญ แต่ข้อเท็จจริงเชิงประจักษ์ที่มีผลต่อการใช้อำนาจขององค์กรและความเชื่อมั่นในเชิงหลักการก็คือ การที่ศาลปกครองเข้ามาใช้อำนาจควบคุมการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล การใช้อำนาจดังกล่าวหาได้สอดคล้องกับฐานที่มาของการใช้อำนาจทางการเมืองระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารแต่อย่างใดไม่

ทั้งนี้ การใช้อำนาจดังกล่าวก็หาได้สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดีก่อนแต่อย่างใดไม่ การทำคำวินิจฉัยชี้ขาดในคดีดังกล่าวส่งผลต่อความเชื่อมั่นในการใช้อำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศของรัฐบาล โดยเฉพาะความไม่เชื่อมั่นในเชิงหลักการของอำนาจที่ใช้จนนำไปสู่ความระส่ำระสายของการใช้อำนาจและการหลีกเลี่ยงต่อความรับผิดชอบทางการเมืองและทางกฎหมาย จนท้ายที่สุดเป็นที่แน่ชัดว่าการใช้อำนาจโดยลำพังของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรหลักจึงดูประหนึ่งว่ากลับ

กลายเป็นหมันไปโดยปริยาย ผลสัมฤทธิ์ทางการเมืองที่เกิดขึ้นดังกล่าวซึ่งเป็นการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารได้ปรากฏชัดว่า ฝ่ายบริหารเลือกที่จะส่งความตกลงระหว่างประเทศทุกฉบับที่มีให้ฝ่ายนิติบัญญัติให้ความเห็นชอบเสมอ ซึ่งเป็นแนวทางที่รัฐบาลดำเนินการโดยไม่ต้องวิตกกังวลอะไรมากไปกว่าความมั่นคงและเสถียรภาพทางการเมืองของรัฐบาล ในขณะที่หลักการของกฎหมายและการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารกลับถูกทำลายลงไปอย่างที่ความมุ่งหมายทางการเมืองอยากให้เป็น

แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเองก็มีส่วนสำคัญที่ทำให้การทำงานของฝ่ายบริหารประสบความขัดข้องด้วยเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากการข้อวิพากษ์ในทางวิชาการที่มีต่อศาลรัฐธรรมนูญซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้บัญญัติรัฐธรรมนูญเสียเอง คำวินิจฉัยดังกล่าวจึงดูประหนึ่งเป็นการก้าวล่วงบทบาทของฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรหลักในการตรากฎหมาย เหตุผลส่วนตนที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวทำให้เข้าใจได้ว่าเกิดขึ้นจากความแตกต่างในการอรรถาธิบายเหตุผลเพื่อสนับสนุนการแปลความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญตามลายลักษณ์อักษรและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่มิได้สอดคล้องต้องกันแต่อย่างใด ความแตกต่างประการหนึ่งที่สำคัญเกิดขึ้นจากความละเมียดละไมในการตราบทบัญญัติและถ้อยคำด้านภาษาที่นำไปสู่การอรรถาธิบายความที่แตกต่างกันแม้ในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเองก็ตาม ดังนั้น ปัญหาที่สำคัญเบื้องต้นจึงได้แก่ ปัญหาที่ว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการที่มาจากตัวบทและถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ

อนึ่ง แม้หลักการในร่างรัฐธรรมนูญฉบับผ่านประชามติวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559 ฉบับนี้จะมีข้อดีอยู่ที่การปฏิรูปในเชิงหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจขององค์กรรองให้อยู่ในขอบเขตและภายใต้หลักการของกฎหมายรัฐธรรมนูญไปแล้วก็ตาม แต่การปฏิรูปหลักการดังกล่าวก็ได้นำไปสู่ข้อวิพากษ์ทางสังคมว่าเป็นการเขียนรัฐธรรมนูญที่ตัดสิทธิประชาชนและการตรวจสอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยสิ้นเชิง แม้หลักการในร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้จะได้ถูกปฏิรูปในทิศทางที่ถูกต้องทั้งในเชิงหลักการและแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศ ซึ่งส่งผลดีคือการลดความยุ่งยากจากกระบวนการที่สร้างความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาหรือจากบรรดากระบวนการที่ผิดขั้นตอนและหลักการของกฎหมายในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยเฉพาะการวางดุลอำนาจของรัฐธรรมนูญให้เป็นการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร แต่หาได้เป็นการวางดุลอำนาจให้เป็นเรื่องการมีส่วนร่วมของนิติบัญญัติในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่

แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไร หลักการต่าง ๆ ในร่างรัฐธรรมนูญฉบับผ่านประชามติไปแล้วก็ตาม แต่บทบัญญัติในร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็ยังปรากฏหลักการที่นำไปสู่ปัญหาความขัดข้องในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะการบัญญัติเกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่อาจนำไปสู่การอรรถาธิบายความที่แตกต่างกันจนนำไปสู่ความขัดแย้งในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติเฉกเช่นที่เกิดขึ้นในอดีต แม้หลักการหลายอย่างจะได้รับการปฏิรูปไปแล้วก็ตาม แต่การตรากฎหมายที่ต้องออกตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ต้องกำหนดรายละเอียดและวิธีปฏิบัติยังคงต้องได้รับการพิจารณาให้มีความเหมาะสมในฐานะที่เป็นเครื่องมือที่สามารถนำไปใช้ในทางปฏิบัติให้เกิดประสิทธิผล ในฐานะที่เป็นเครื่องมือที่มีความสำคัญในอันที่จะทำให้กระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยได้รับการปฏิรูป และลดความ

ขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาให้ลดลงมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ หากการใช้อำนาจดังกล่าวมิได้ใช้ภายใต้ปัจจัยและด้วยเหตุผลและกลยุทธ์ทางการเมืองเป็นสำคัญ

5.2 ข้อเสนอแนะ

เพื่อให้ผลการศึกษาเกิดประสิทธิผล จากการวิเคราะห์และสังเคราะห์สภาพปัญหาในบทที่ 4 และบทสรุปผู้เขียนมีข้อเสนอแนะเพื่อการปฏิรูปบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ที่ว่าด้วยอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น รวมทั้งข้อเสนอแนะอื่นใดที่มีความเชื่อมโยงประเด็นที่ได้จากการศึกษาโดยแบ่งออกเป็น 6 ประเด็น ดังนี้

5.2.1 การปฏิรูปหลักการที่ว่าด้วยบทบาทและอำนาจระหว่างองค์กรหลักและองค์กรรองเกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเพื่อให้เกิดความชัดเจน

การปฏิรูปหลักการที่ว่าด้วยอำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลัก และอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรรองตามหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 178 วรรคหนึ่งและวรรคสอง โดยผู้เขียนแบ่งออกเป็น 3 ประเด็น ดังนี้

5.2.1.1 การเพิ่มหลักการที่เป็นรูปธรรมเกี่ยวกับการให้อำนาจทำความตกลงระหว่างประเทศ และกำหนดหลักการรองรับให้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเป็นอำนาจโดยลำพังของฝ่ายบริหาร

หลักการตามมาตรา 178 วรรคหนึ่ง มีความชัดเจนดีอยู่แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าไม่ต้องแก้ไขหลักการที่ว่าด้วยอำนาจของฝ่ายบริหารแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อให้เกิดความชัดเจนและการปฏิรูปหลักการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกิดประสิทธิผลของผู้เขียนด้วยเหตุผลและข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1. เพื่อทำให้แนวทางที่ใช้ในทางปฏิบัติเกี่ยวกับในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีความชัดเจน ซึ่งหนังสือสัญญาที่มิได้อยู่ในอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติภายใต้หลักการตรวจสอบถ่วงดุล และเพื่อใช้เป็นฐานรองรับในเชิงหลักการที่ต้องมีการตรากฎหมายที่ว่าด้วยการทำหนังสือสัญญาที่เป็นอำนาจโดยลำพังของฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับ ผู้เขียนเห็นว่าจำต้องทำการบัญญัติให้ต้องมีการตรากฎหมายลำดับรองในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกา[734] เพื่อรองรับการใช้พระ

---

[734]พึงต้องเข้าใจว่ารูปแบบและรายละเอียดการตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายบริหารตามบทบัญญัติมาตรา 178 วรรคหนึ่งนั้น หาได้เป็นประเด็นหลักในการศึกษาของดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้โดยตรงแต่อย่างใดไม่ การศึกษาครั้งนี้เน้นความสำคัญอยู่ที่การวิเคราะห์ในเชิงหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้งที่อยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติเป็นหลัก ส่วนในเรื่องรายละเอียดกฎหมายที่ต้องตราเป็นพระราชกฤษฎีกานั้น ผู้เขียนจึงหาได้เสนอแนะหลักเกณฑ์และแนวทางการตรากฎหมายลงไปในรายละเอียดว่าต้องมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเรื่องใดบ้างไว้แต่อย่างใดไม่

ราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ผ่านฝ่ายบริหาร แต่ต้องมิใช่การบัญญัติด้วยถ้อยคำที่ว่า “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ด้วยเหตุที่ถ้อยคำว่า “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” หากทำการบัญญัติเพิ่มเติมต่อท้ายของมาตรา 178 วรรคหนึ่ง อาจมีผลที่เป็นการขัดแย้งในเชิงหลักการที่ว่าด้วยอำนาจในการทำหนังสือสัญญาเป็นของฝ่ายบริหาร ด้วยเหตุที่การตรา “กฎหมายที่ว่าด้วยหลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา” ซึ่งเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยลำพังท้ายที่สุดกลับต้องไปตกอยู่ภายใต้อำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติว่าจะกำหนดการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารตามที่ต้องการ

ด้วยเหตุดังกล่าวการตรากฎหมายรองรับการปฏิบัติของฝ่ายบริหารในการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศอื่น ซึ่งเป็นอำนาจโดยลำพังของฝ่ายบริหาร ควรดำเนินการตราเป็นกฎหมายในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกา[735] ที่ซึ่งเป็นกฎหมายที่อยู่ภายใต้การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยตรงและควรทำการบัญญัติรองรับการตราบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวเพิ่มเติมต่อท้ายไว้ในมาตรา 178 วรรคหนึ่งด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม คำถามที่ว่าแล้วทำไมผู้เขียนไม่เสนอให้มีการตราหลักการกฎหมายรองรับดังกล่าวไว้ในวรรคสามที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการตรากฎหมายรองรับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ คำตอบในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า การตรากฎหมายลำดับรองดังกล่าวนี้ไม่ควรกำหนดให้มีการตราพระราชกฤษฎีกาในลักษณะที่เป็นการกำหนดไว้ในเชิงหลักการในมาตรา 178 วรรคสามของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ แต่อย่างใด ซึ่งแม้ในมาตรา 178 วรรคสามจะเป็นบทมาตราที่จะต้องกำหนดให้ต้องมีการตรากฎหมายรองรับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ภายใต้หลักการมีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้ก็ตาม อาทิ การบัญญัติด้วยถ้อยคำว่าให้มี “กฎหมายที่ว่าด้วยหลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาตามวรรคหนึ่งให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา”

ดังนั้น เพื่อมิให้กระทบในเชิงหลักการที่ว่าด้วยอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นของฝ่ายบริหารที่เป็นการใช้อำนาจทางการเมืองระหว่างประเทศที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ และเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นตอนและวิธีการใช้อำนาจทางการบริหารและทางการเมืองระหว่างประเทศ การตรากฎหมายดังกล่าว จึงควรตราเป็นกฎหมายลำดับรองที่อยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายบริหารแท้จริงในรูปแบบของการตราเป็นพระราชกฤษฎีกาและควรบัญญัติไว้ต่อท้ายของบทมาตรา 178 วรรคหนึ่งเท่านั้นดังเหตุผลที่กล่าวมาแล้วในเบื้องต้น

2. เพื่อเป็นการรับรองการทำความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบอื่น นอกจากตราสารตามความความหมายของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 กำหนด อาทิ ความตกลงด้วย

---

[735]การบัญญัติถ้อยคำและรูปแบบของวลีที่ว่า “ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา” ที่ผู้เขียนได้ทำการเสนอแนะไว้ในการศึกษาดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้ เป็นไปในทิศทางเดียวกันกับบทบัญญัติอื่นในร่างรัฐธรรมนูญ โปรดดูมาตรา มาตรา 103 วรรคหนึ่งและวรรคสองของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับผ่านประชามติวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559 ในฐานะที่เป็นเรื่องการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์เช่นเดียวกัน

วาจา ความตกลงทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic International Agreement) ที่เริ่มมีการทำผ่านสื่อดิจิทัลในอนาคต

ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการบัญญัติถ้อยคำว่า “และความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบอื่น” ต่อท้ายประโยคที่ว่าด้วย “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่น . . .” โดยตัดคำว่า “และ” หน้าคำว่า “สัญญา” และตัดคำว่า “อื่น” หลังคำว่า “สัญญา” ออกไป และตามด้วยประโยคที่ว่า “กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ”

ท้ายที่สุด ผู้เขียนขอสรุปและเสนอแนะแนวทางแก้ไข บทบัญญัติรัฐธรรมนูญว่าควรตราประโยคหรือถ้อยคำที่เป็นการให้อำนาจฝ่ายบริหาร ซึ่งทำความตกลงระหว่างประเทศได้ในหลายลักษณะ โดยควรตราเป็นหลักการรองรับการตรากฎหมายที่ออกตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ดังนี้

มาตรา 178 วรรคหนึ่ง “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก สัญญาและ ‘ความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบอื่น’ กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชกฤษฎีกา”

5.2.1.2 การปรับปรุงหลักการและถ้อยคำในประโยคที่ว่าด้วยประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ

หลักการตามมาตรา 178 วรรคสอง เรื่องการกำหนดประเภทหนังสือสัญญายังมีถ้อยคำและวลีบางประโยคที่อาจนำไปสู่ความเข้าใจในประเภทหนังสือสัญญาที่ไม่ตรงกัน แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าไม่จำต้องแก้ไขหลักการใหญ่ที่ว่าด้วยประเภทของหนังสือสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติแต่อย่างใด แต่เพื่อให้เกิดความชัดเจนและการปฏิรูปหลักการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศให้เกิดประสิทธิผล ผู้เขียนขออรรถาธิบายด้วยเหตุผลและข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1. เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในมาตรา 178 แบ่งออกเป็น 7 ประเภท การแก้ไขจึงควรดำเนินการปรับเปลี่ยนคำเชื่อมประโยค หรือแม้แต่วลีเพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ตรงกัน รวมทั้งตัดวลีที่ขยายความที่อาจเป็นสาเหตุที่นำไปสู่การตีความและอรรถาธิบายความที่แตกต่างกันได้[736]

2. เพื่อปรับให้เกิดความชัดเจนในการใช้ถ้อยคำด้วยคำว่า “และ” ในการเชื่อมประโยคระหว่างประโยคที่บัญญัติไว้ว่า “. . . เพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา. . .” กับประโยค “หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อ . . .”[737]

โดยผู้เขียนเห็นว่า ควรแก้ถ้อยคำดังกล่าวให้เกิดความชัดเจนและสื่อถึงประเภทหนังสือสัญญาด้วยการเปลี่ยนคำว่า “และ” เป็นคำว่า “หรือ” ดังนี้ “หรือหนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ . . .”

---

[736] โปรดดูรายละเอียดข้อสังเกตและบทวิพากษ์ประการที่หนึ่งของหัวข้อ 4.4.1 ปัญหาที่ว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการยังคงมีอยู่แม้จะมีการปฏิรูปหลักการในร่างรัฐธรรมนูญไปแล้วก็ตาม หน้า 348

[737] โปรดดูรายละเอียดข้อสังเกตและบทวิพากษ์ประการที่สองของหัวข้อ 4.4.1 ปัญหาที่ว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการยังคงมีอยู่แม้จะมีการปฏิรูปหลักการในร่างรัฐธรรมนูญไปแล้วก็ตาม หน้า 349

3. ในประโยคที่ว่า “และหนังสือสัญญาอื่นที่อาจ . . .” นำไปสู่ความสับสนในการแยกประเภทของหนังสือสัญญา โดยไม่จำต้องใช้ถ้อยคำว่า “หนังสือสัญญาอื่น” เพิ่มเติมเข้ามาแต่อย่างใด ด้วยเหตุที่ซ้ำซ้อนกับคำว่า “หนังสือสัญญาใด”[738]

ผู้เขียนเห็นว่าควรตัดประโยคที่ว่า “และหนังสือสัญญาอื่นที่อาจ. . .” ทิ้งไป แล้วแก้ไขให้เป็นประโยคใหม่เป็น “หรือที่มีผลกระทบ. . .” เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการปรับใช้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญและเพื่อทำให้อ่านแล้วเข้าใจชัดเจนได้มากกว่าประโยคเดิมว่า บทบัญญัติดังกล่าวหมายถึงหนังสือสัญญาประเภทใดประเภทหนึ่งเท่านั้น มิใช่หนังสือสัญญาทั้งสองประเภทที่เกิดขึ้นจากการบัญญัติถ้อยคำว่า “และ” ที่ใช้ในการเชื่อมประโยคนั้นเอง

4. การเติม คำว่า “อาจ” ที่ประโยคที่บัญญัติว่า “หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม” ย่อมก่อให้เกิดเป็นอุปสรรคต่อการทำความตกลงระหว่างประเทศ[739]

ผู้เขียนเห็นว่าการเลือกที่จะตัดคำว่า “อาจ” ออกไปเป็นแนวทางเลือกทางหนึ่งเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ร่างต้องการคงถ้อยคำว่า “อาจ” ไว้ ก็ควรเติมคำว่า “อาจ” ไว้ในประเภทของหนังสือตอนต้นที่เกี่ยวกับเขตแดนด้วยเช่นกัน ดังนี้ “หนังสือสัญญาใดอาจมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือ เขตพื้นที่นอกอาณาเขต”

แต่กระนั้นก็ตาม ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่าคำว่า “อาจ” นำมาซึ่งปัญหาที่เกี่ยวกับความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาได้เฉกเช่นในอดีต แม้ถ้อยคำดังกล่าวมีข้อดีตรงที่เป็นการรับรองการเพิ่มอำนาจในการตรวจสอบถ่วงดุลให้กับฝ่ายบริหารเกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาก็ตาม

5. ปรับถ้อยคำหรือข้อความในประโยคที่กำหนดประเภทของหนังสือสัญญาที่ว่า “หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง”[740]

เพื่อให้ประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีความชัดเจนว่าได้ถูกแบ่งออกเป็นทั้ง 4 ประเภทไม่ว่าจะเป็นทั้งในด้านเศรษฐกิจ สังคม การค้า การลงทุนแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวในรัฐธรรมนูญอาจดำเนินการได้ใน 2 วิธีดังนี้

ประการแรก ใช้วิธีการตัดคำว่า “หรือ” หน้าคำว่า “การค้า” ออกแล้วเป็นดังนี้ “หนังสือสัญญาอื่นที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม การค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง” ก็ควรทำการสลับการเขียนวลีที่ขยายความคำว่า “ของประเทศอย่าง

---

[738]โปรดดูรายละเอียดข้อสังเกตและบทวิพากษ์ประการที่สามของหัวข้อ 4.4.1 ปัญหาที่ว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการยังคงมีอยู่แม้จะมีการปฏิรูปหลักการในร่างรัฐธรรมนูญไปแล้วก็ตาม หน้า 350

[739]โปรดดูรายละเอียดข้อสังเกตและบทวิพากษ์ประการที่สี่ของหัวข้อ 4.4.1 ปัญหาที่ว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการยังคงมีอยู่แม้จะมีการปฏิรูปหลักการในร่างรัฐธรรมนูญไปแล้วก็ตาม หน้า 350

[740] โปรดดูรายละเอียดข้อสังเกตและบทวิพากษ์ประการที่ห้าถึงเก้าของหัวข้อ 4.4.1 ปัญหาที่ว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการยังคงมีอยู่แม้จะมีการปฏิรูปหลักการในร่างรัฐธรรมนูญไปแล้วก็ตาม หน้า 351-360

กว้างขวาง” ให้มาอยู่หลังคำว่า “หรือที่มีผลกระทบต่อความมั่นคง” ดังนี้ “. . . หรือที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศอย่างกว้างขวางทางเศรษฐกิจ สังคม การค้า หรือการลงทุน. . . ”

ประการที่สอง เติมถ้อยคำว่า “หรือทาง” หลังถ้อยคำว่า “เศรษฐกิจ” แต่อยู่หน้าคำว่า “สังคม” และเติมคำว่า “ทาง” หลังคำว่า “หรือ” ที่วางหอยู่หน้าคำว่า “การค้า” และคำว่า “การลงทุน” เป็นดังนี้ “หนังสือสัญญาอื่นที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ หรือทางสังคม หรือทางการค้า หรือทางการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง”

นอกจากนั้น ปัญหาของถ้อยคำว่า “มีผลกระทบต่อ” นอกจากจะใช้กับคำว่า “เศรษฐกิจ” แล้ว ยังต้องใช้กับคำว่า “สังคม การค้า การลงทุน” ด้วยเช่นกัน ยิ่งไปกว่านั้นคำว่า “ของประเทศอย่างกว้างขวาง” นอกจากจะต้องใช้กับคำว่า “การลงทุน” แล้ว ยังต้องใช้กับทั้งคำว่า “เศรษฐกิจ สังคม การค้า” ด้วยเช่นกัน ด้วยเหตุที่ผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศก็สามารถมีผลกระทบต่อทั้งเศรษฐกิจ สังคม การค้า รวมถึงการลงทุนด้วยเช่นกัน ดังนั้น ในการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวก็ควรทำการสลับการเขียนวลีที่ขยายความคำว่า “ของประเทศอย่างกว้างขวาง” ให้มาอยู่หลังคำว่า “หรือที่มีผลกระทบต่อความมั่นคง” ดังนี้ “. . . หรือที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศอย่างกว้างขวางทางเศรษฐกิจ หรือทางสังคม หรือทางการค้า หรือทางการลงทุน. . . ”

ในทัศนะของผู้เขียนแม้จะมีความเห็นไปในทิศทางว่า การแก้ไขควรดำเนินการตามแนวทางแรก ด้วยการที่ควรตัดคำว่า “หรือ” หน้าถ้อยคำว่า “การค้า” ออกไป เหลือแต่ถ้อยคำว่า “หรือ” เฉพาะหน้าถ้อยคำว่า “การลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง” ถ้อยคำเดียวก็เพียงพอเพื่อให้เป็นไปตามแนวทางการร่างกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและหลักการใช้ภาษาไทยของราชบัณฑิตยสถานซึ่งผู้เขียนได้วิเคราะห์ไว้ในบทที่ 4 แล้วก็ตาม[741]

แต่อย่างไรก็ตาม จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาทบทวนซ้ำแล้วซ้ำอีกกลับไปกลับมาในหลายรอบในข้อเสนอแนะของผู้เขียนเอง ประกอบกับข้อสังเกตของคณะกรรมการสอบของผู้เขียนที่ให้ข้อสังเกตการอรรถาธิบายความที่มีความแตกต่างกันด้วยเกิดจากถ้อยคำและภาษาที่มีการให้ความหมายและการสื่อถึงความเข้าใจที่มีความแตกต่างกันในการให้ความเห็นต่อถ้อยคำและการตีความนั้น ในทัศนะของผู้เขียนจึงเลือกที่จะเสนอแนะไปตามแนวทางที่สองมากกว่าแนวทางที่หนึ่งด้วยเหตุที่ข้อเสนอแนะตามแนวทางที่สองมีการแบ่งประเภทของหนังสือสัญญาที่มีความชัดเจนว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแบ่งออกเป็น 7 ประเภทได้อย่างชัดเจนมากกว่า

แม้ผู้เขียนจะคำนึงถึงหลักการร่างกฎหมายและแนวทางการใช้ภาษาไทยอย่างถูกต้องดังที่ได้กล่าวมาแล้วในเบื้องต้นก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นมีความเห็นว่าเพื่อความชัดเจนในการใช้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนจึงต้องเสนอแนะแนวทางแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามความเห็นประการที่สองเป็นหลัก เพื่อมิให้นำไปสู่ปัญหาการพิจารณาประเภทของหนังสือสัญญาที่มีความแตกต่างกัน ดังที่ผู้เขียนได้อรรถาธิบายถึงประเภทของหนังสือสัญญาว่าไม่ได้มีลักษณะอย่างเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นหนังสือสัญญาที่เกี่ยวกับทางการค้ากับทางการลงทุนก็ดี หรือแม้แต่ทางเศรษฐกิจกับทางสังคมก็ดี ต่าง

---

[741]โปรดดูข้อ 4.4.1 ปัญหาที่ว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการยังคงมีอยู่แม้จะมีการปฏิรูปหลักการในร่างรัฐธรรมนูญไปแล้วก็ตาม หน้า 342-361

ก็มีลักษณะเฉพาะที่หาได้จัดรวมอยู่ในประเภทของหนังสือสัญญาประเภทเดียวกันไม่ดังที่ผู้เขียนได้แสดงให้ปรากฏไว้ในบทที่ 3 และบทที่ 4 ที่ได้วิเคราะห์ผ่านมา

ท้ายที่สุด ผู้เขียนขอสรุปและเสนอแนะแนวทางแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญควรตราประโยคหรือถ้อยคำที่กำหนดประเภทของหนังสือสัญญาใหม่ที่อยู่ภายใต้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติให้ชัดเจนว่ามีทั้งหมด 7 ประเภท โดยควรตราเป็นกฎหมายที่ออกตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ดังนี้

มาตรา 178 วรรคสอง “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยและมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศอย่างกว้างขวางทางเศรษฐกิจ หรือทางสังคม หรือทางการค้า หรือทางการลงทุน. . . ”

5.2.1.3 การตัดบทขยายความของมาตรา 178 วรรคสามออกไปแต่ให้ไปกำหนดในเชิงหลักการในวรรคที่สองตอนท้ายของมาตรา 178 แทน

แม้หลักการตามมาตรา 178 วรรคสามจะได้กำหนดบทขยายความของมาตรา 178 วรรคสองไว้ก็ตาม แต่จากการวิเคราะห์ในบทที่ 4 พบว่าการบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นเพียงการให้ตัวอย่างเท่านั้น ด้วยเหตุที่ตอนท้ายของมาตรา 178 วรรคสองได้ทำการบัญญัติให้ทำการเชื่อมโยงในลักษณะที่ต้องทำการพิจารณากำหนดรายละเอียดไว้ในกฎหมายที่จะต้องดำเนินการออกเพื่อให้เป็นตามหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญภายหลังอีกครั้งหนึ่ง การบัญญัติประโยคดังกล่าวในวรรคสามจึงดูเป็นการฟุ่มเฟือยและไม่มีความจำเป็นต้องใส่บทขยายความประเภทของหนังสือสัญญาเพิ่มเติมเข้าไปในหลักการของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

อีกทั้งผู้เขียนยังเห็นว่า การบัญญัติประโยคดังกล่าวไว้ในวรรคสามก็มิได้สร้างความชัดเจนให้เกิดขึ้นเพิ่มเติมแต่ประการใด ซึ่งแตกต่างกับมาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ที่จำเป็นต้องมีบทขยายความว่า “หนังสือสัญญาที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางตามวรรคสอง” หมายถึงหนังสืออะไรบ้าง ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ประกาศใช้อยู่ในเวลาสถานการณ์พิเศษที่รัฐธรรมนูญต้องใช้บังคับอยู่เพียงชั่วคราวเท่านั้น การตรากฎหมายกำหนดรายละเอียดประเภทของหนังสือสัญญา จึงไม่อาจตราเป็นกฎหมายที่ออกตามหลักการที่กำหนดไว้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญในมาตรา 23 วรรคสองมาใช้บังคับได้แต่อย่างใด

ผู้เขียนเห็นว่า หลังจากถ้อยคำว่า “. . .หรือที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศอย่างกว้างขวางทางเศรษฐกิจ หรือทางสังคม หรือทางการค้า หรือทางการลงทุน” ให้ต่อท้ายด้วยถ้อยคำว่า “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”[742] และตัดวรรคสามของมาตรา 178 ทิ้งไปทั้งวรรค และให้

---

[742]การบัญญัติถ้อยคำ รูปแบบและการวางวลีที่ว่า “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ที่ผู้เขียนได้ทำการเสนอแนะไว้ในการศึกษาดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้เป็นไปในทิศทางเดียวกันกับบทบัญญัติอื่น ซึ่งผู้เขียนได้ใช้เป็นแนวคิดและแนวทางการเสนอแนะในฐานะที่มีที่มาจากบทบัญญัติในมาตรา 54 วรรคหกของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและมาตรา 223 วรรคหนึ่งและมาตร 282 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ไปทำการกำหนดรายละเอียดประเภทของหนังสือสัญญาต่าง ๆ นำไปบัญญัติในกฎหมายที่ต้องออกตามความในมาตรา 178 วรรคสองของร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้แทน

ท้ายที่สุด ผู้เขียนขอสรุปและเสนอแนะแนวทางแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญควรตราประโยคหรือถ้อยคำที่กำหนดประเภทของหนังสือสัญญาใหม่อยู่ภายใต้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติให้ชัดเจนว่ามีทั้งหมด 7 ประเภท โดยควรตราเป็นกฎหมายที่ออกตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ดังนี้

“หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยและมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศอย่างกว้างขวางทางเศรษฐกิจ หรือทางสังคม หรือทางการค้า หรือทางการลงทุน ‘ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ’ ”

5.2.2 การปฏิรูปหลักการเกี่ยวกับการให้ความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรรองในเรื่องการกำหนดระยะเวลาบังคับหรือระยะเวลาผูกพันในรัฐธรรมนูญให้มีบทยกเว้นทางกฎหมาย

หลักการตามมาตรา 178 วรรคสองตอนท้ายได้บัญญัติถ้อยคำว่า “หากรัฐสภาพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบ” จากประโยคดังกล่าวซึ่งผู้เขียนได้พิจารณาในเชิงหลักการแล้วพบว่า บทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกำหนดระยะเวลาภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นหลักการอย่างหนึ่งที่เรียกว่า “การกำหนดระยะเวลาบังคับหรือระยะเวลาผูกพัน” ที่จะต้องทำการให้ความเห็นชอบและต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 60 วัน ดังที่ได้พิจารณาที่ผ่านมาแล้วในบทที่ 4 นั้น[743]

ผู้เขียนเห็นว่า ควรทำการเพิ่มเติม “บทยกเว้น” ของบทบัญญัติดังกล่าวเกี่ยวกับ “การกำหนดระยะเวลาบังคับหรือระยะเวลาผูกพัน” อันมีลักษณะเป็นการกำหนดเวลาที่เด็ดขาด มาเป็นหลักการที่สามารถกำหนดเป็นข้อยกเว้น โดยสามารถทำการขยายระยะเวลาการพิจารณาออกไปได้ในฐานะที่เป็นหลักเกณฑ์ที่สามารถผ่อนคลาย หรือมีบทที่สามารถยืดหยุ่นจากการบังคับผูกพันจากกำหนดระยะเวลาตามที่บัญญัติไว้ในหลักการดังกล่าวได้ โดยต้องคำนึงว่าการกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวในประเด็นเรื่องความล่าช้าที่เกิดขึ้นต้องมิได้เกิดขึ้นจากปัจจัยจากเทคนิคและวิธีการใด ๆ ที่ทำให้เกิดการดำเนินการประชุมที่ล้าช้าอย่างไม่มีเหตุผลอันสมควร อาทิ การเดินออกจากที่ประชุมหรือการวอล์คเอาท์ การประท้วง หรือแม้แต่การใช้สิทธิพาดพิงโดยไม่จำเป็น เป็นต้น

---

[743]โปรดดูข้อ 4.1.3 ปัญหาเรื่องกรอบระยะเวลาการพิจารณาให้ความเห็นชอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา 60 วัน หน้า 274

ผู้เขียนเห็นว่า ควรทำการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวด้วยประโยคดังต่อไปนี้ “เว้นแต่จะเป็นกรณีที่มีเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้[744] ให้ที่ประชุมลงมติขยายระยะเวลาการพิจารณาให้แล้วเสร็จออกไปไม่เกินอีกสิบห้าวันนับแต่วันที่สิ้นสุดระยะเวลาดังกล่าว”

โดยควรมีบทขยายความการพิจารณารายละเอียดและวิธีปฏิบัติดังนี้ “ทั้งนี้ การพิจารณาว่าเหตุใดเป็นเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้หรือไม่นั้นให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด” ซึ่งการกำหนดประเภท ลักษณะ เงื่อนไขของความล่าช้าที่เกิดขึ้นว่ามีลักษณะที่เป็นเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้หรือไม่ อย่างไรนั้น ให้ไปทำการกำหนดไว้ใน “กฎหมายที่ออกตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับ “กฎหมายว่าด้วยประเภท หลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาตามวรรคสอง” ที่ควรกำหนดในเชิงหลักการไว้ในมาตรา 178 วรรคสาม และควรกำหนดไว้ใน “ข้อบังคับการประชุมรัฐสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์ ขั้นตอนการพิจารณาเพื่อให้ความเห็นชอบหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ....”[745] ด้วยเช่นกัน เพื่อให้เกิดความสอดคล้องต้องกันในทางปฏิบัติ ซึ่งในการเสนอแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวอาจดำเนินการได้ใน 2 ลักษณะ ดังนี้

---

[744]ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีการใช้วลีในลักษณะเดียวกันอยู่สองวลี วลีแรก เป็นการใช้ด้วยวลีที่ว่า “เหตุจำเป็นอันมิอาจก้าวล่วงได้” และวลีที่สอง เป็นการใช้ด้วยวลีที่ว่า “เหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้”

โดยวลีแรกปรากฏอยู่ในมาตรา 197 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นกรณีที่เกี่ยวกับการโยกย้ายผู้พิพากษาและตุลาการ ถ้อยคำดังกล่าวยังปรากฏอยู่ในมาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 และมาตรา 31 แห่ง พระราชบัญญัติให้ใช้พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ดังนั้น นัยและการใช้วลีที่ว่าด้วย “เหตุจำเป็นอันมิอาจก้าวล่วงได้” ดังกล่าว จึงมีลักษณะที่เป็นการใช้ในเรื่องที่เกี่ยวกับองค์กรและกระบวนการยุติธรรม

แต่อย่างไรก็ตาม วลีที่สองปรากฏอยู่ในมาตรา 200 วรรคสามของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับผ่านประชามติ วันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559 เรื่องการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และมาตรา 223 วรรคหนึ่งของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ เรื่องการเลือกตั้งกรรมการการเลือกตั้ง และมาตรา 162 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นกรณีที่เกี่ยวกับการประชุมสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาเพื่อตั้งกระทู้ถาม ดังนั้น ด้วยนัยและการใช้วลีที่ว่าด้วย “เหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้” ซึ่งเป็นการใช้ในเรื่องเกี่ยวกับการประชุมสภาของฝ่ายนิติบัญญัติ ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ผู้เขียนจึงเลือกที่จะใช้วลีที่สองนี้ในข้อเสนอแนะของการศึกษาในดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้

[745] พึงต้องเข้าใจว่ารูปแบบและรายละเอียดการตรา “ข้อบังคับการประชุมรัฐสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์ ขั้นตอนการพิจารณาเพื่อให้ความเห็นชอบหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ....” นั้นมิได้เป็นประเด็นหลักในการศึกษาของดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้โดยตรง การศึกษาเน้นที่การการวิเคราะห์ในเชิงหลักการของการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้งที่อยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติเป็นหลัก ส่วนในเรื่องรายละเอียดการตราข้อบังคับการประชุมรัฐสภาดังกล่าวนี้ ผู้เขียนจะมิได้เสนอแนะลงไปในรายละเอียดว่าควรมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในเรื่องใดบ้างแต่อย่างใด

1. ทำการเติมบทยกเว้นระยะเวลาบังคับหรือระยะเวลาผูกพันประโยคที่ว่า “เว้นแต่จะเป็นกรณีที่มีเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้ที่ประชุมลงมติขยายระยะเวลาการพิจารณาให้แล้วเสร็จออกไปได้อีกไม่เกินอีกสิบห้าวันนับแต่วันที่สิ้นสุดระยะเวลาดังกล่าว ทั้งนี้ การพิจารณาว่าเหตุใดเป็นเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้หรือไม่นั้น ให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด” ต่อท้ายประโยคเดิมในวรรคสองของมาตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ ที่ว่า “ . . . ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้รัฐสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง หากรัฐสภาพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบ” โดยกลายเป็นประโยคใหม่ทั้งหมดดังนี้

“ . . . ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้รัฐสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง หากรัฐสภาพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบ เว้นแต่จะเป็นกรณีที่มีเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้ที่ประชุมลงมติขยายระยะเวลาการพิจารณาให้แล้วเสร็จออกไปได้อีกไม่เกินอีกสิบห้าวันนับแต่วันที่สิ้นสุดระยะเวลาดังกล่าว ทั้งนี้ การพิจารณาว่าเหตุใดเป็นเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้หรือไม่นั้น ให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด”

2. ทำการเติมบทยกเว้นระยะเวลาบังคับหรือระยะเวลาผูกพันประโยคที่ว่า “เว้นแต่จะเป็นกรณีที่มีเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้ที่ประชุมลงมติขยายระยะเวลาการพิจารณาให้แล้วเสร็จออกไปได้อีกไม่เกินอีกสิบห้าวันนับแต่วันที่สิ้นสุดระยะเวลาดังกล่าว โดยการพิจารณาว่าเหตุใดเป็นเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้หรือไม่นั้นให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด” ต่อท้ายประโยคเดิมที่ปรากฏในมาตรา 178 วรรคสองของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ ที่ว่า “ . . . ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้รัฐสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง. . .” และให้บัญญัติตามด้วยประโยคที่ว่า “หากรัฐสภาพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบ” และให้ทำการเติมคำว่า “ทั้งนี้” หน้าถ้อยคำว่า “หากรัฐสภาพิจารณา. . .” และทำการแก้ไขถ้อยคำว่า “หากรัฐสภาพิจารณาไม่แล้วเสร็จ. . .” ให้กลายเป็น “ถ้าที่ประชุมรัฐสภายังไม่สามารถพิจารณาให้แล้วเสร็จ. . . ” ซึ่งจะกลายเป็นประโยคใหม่ทั้งหมดดังนี้

“ . . . ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้รัฐสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง เว้นแต่จะเป็นกรณีที่มีเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้ที่ประชุมลงมติขยายระยะเวลาการพิจารณาให้แล้วเสร็จออกไปได้อีกไม่เกินอีกสิบห้าวันนับแต่วันที่สิ้นสุดระยะเวลาดังกล่าว การพิจารณาว่าเหตุใดเป็นเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้หรือไม่นั้นให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ ถ้าที่ประชุมรัฐสภายังไม่สามารถพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบ”[746]

---

[746]แนวคิดของผู้เขียนที่ใช้เป็นฐานการพิจารณาและเสนอแนะการวางโครงสร้างของประโยคในวรรคสองของมาตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ เริ่มต้นด้วย 1. การวางหน้าที่ของรัฐสภาที่จะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 60 วัน 2. การกำหนดบทยกเว้นในกรณีที่เป็นกรณีที่มีเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ให้ที่ประชุมลงมติขยายระยะเวลาออกไปได้อีก 15 วัน และมีบทขยายเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ให้กำหนดรายละเอียดไว้ในกฎหมาย 3. กำหนดผลทาง

ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่าควรทำการแก้ไขมาตรา 178 วรรคสองของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ ตามแนวทางที่สอง เนื่องจากหากพิจารณาจากถ้อยคำในข้อเสนอแนะตามแนวทางแรกอาจนำไปสู่ปัญหาการตีความได้ว่า รัฐสภามีหน้าที่จะต้องทำการพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในกำหนด 60 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏว่ารัฐสภาพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา 60 วันดังกล่าว รัฐธรรมนูญให้ถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามหลักการของการกำหนดระยะเวลาผูกพันหรือระยะเวลาบังคับ

แต่อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอแนะตามแนวทางแรกของผู้เขียนเองแม้จะได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ว่า “เว้นแต่จะเป็นกรณีที่มีเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้ที่ประชุมลงมติขยายระยะเวลาการพิจารณาให้แล้วเสร็จออกไปได้อีกไม่เกินอีก 15 วันนับแต่วันที่สิ้นสุดระยะเวลาดังกล่าว. . . ” อาจนำไปสู่ปัญหาการพิจารณาถกเถียงกันได้อีกว่า แล้วถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าหากรัฐสภายังคงไม่สามารถพิจารณาให้แล้วเสร็จได้ภายหลังจากที่มีมติให้ทำการขยายระยะเวลาการพิจารณาออกไปอีก 15 วันแล้ว ผลทางกฎหมายรัฐธรรมนูญจะเป็นอย่างไร ซึ่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเองก็หาได้กำหนดแนวทางในการดำเนินการไว้ในกรณีดังกล่าวแต่อย่างใด ดังนั้น ในข้อเสนอของผู้เขียนตามแนวทางแรกอาจนำไปสู่ปัญหาที่ถกเถียงกันได้ต่อไปกรณีที่เกิดขึ้นดังกล่าว

ในขณะที่บทบัญญัติที่ผู้เขียนได้เสนอแนะตามแนวทางที่สองนั้น ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่าภายหลังจากที่ประชุมรัฐสภาได้มีมติให้ขยายระยะเวลาการพิจารณาออกไปอีก 15 วันแล้ว เนื่องจากมีเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้นั้น ถ้อยคำตอนท้ายของข้อเสนอของผู้เขียนที่ว่า “ทั้งนี้ ถ้าที่ประชุมรัฐสภายังไม่สามารถพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน ‘กำหนดเวลาดังกล่าว’ ให้ถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบ” นั้น สามารถที่จะใช้ในการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากกรณีที่ที่ประชุมรัฐสภาไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จได้แม้จะมีการขยายระยะเวลาไปแล้วก็ตาม โดยผลของกฎหมายตามบทบัญญัติดังกล่าวให้มีผลเป็นการให้ความเห็นชอบโดยทันที การแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญตามแนวทางและข้อเสนอแนะที่สองจึงเป็นการกำหนดแนวทางแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต กล่าวคือแม้ที่ประชุมจะได้ขยายระยะเวลาการพิจารณาออกไปอีก 15 วันแล้ว แต่ที่ประชุมก็ยังไม่สามารถทำการพิจารณาให้แล้วเสร็จได้ตามกำหนดระยะเวลาที่ได้ขยายออกไปแล้วนั้น ก็ให้มีผลเป็นการให้ความ

กฎหมายในกรณีที่ที่ประชุมรัฐสภายังไม่สามารถพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน “กำหนดเวลาดังกล่าว” ให้ถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบ

ทั้งนี้ คำว่า “กำหนดระยะเวลาดังกล่าว” ในทัศนะของผู้เขียนหมายถึงใน 2 ความหมายดังนี้ 1. ความหมายที่หนึ่ง กำหนดเวลา 60 วันได้ผ่านพ้นไป และไม่ปรากฏว่ามีเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้เกิดขึ้นที่จะขอขยายระยะเวลา 15 วันออกไปอีก และ 2. ความหมายที่สอง กำหนดระยะเวลา 60 วันผ่านพ้นไปและปรากฏว่ามีเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้เกิดขึ้นที่มีเหตุอันควรที่จะขอขยายระยะเวลาออกไปได้อีก 15 วันและภายหลังจากที่ระยะเวลา 15 วันได้ผ่านพ้นไปแล้ว ทั้งนี้ โปรดดูการวางรูปแบบและโครงสร้างของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่คล้ายคลึงกันในมาตรา 136 วรรคหนึ่งและวรรคสามของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ และมาตรา 146 วรรคหนึ่งและวรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

เห็นชอบโดยที่ประชุมรัฐสภาไปโดยผลของกฎหมายตามหลักการที่กำหนดไว้ในเรื่องระยะเวลาบังคับหรือระยะเวลาผูกพัน

ท้ายที่สุด ผู้เขียนขอสรุปและเสนอแนะแนวทางแก้ไข บทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 178 วรรคสองตอนท้าย ควรตราประโยคที่เป็น “บทยกเว้น” ในบทบัญญัติที่ว่าด้วย “การกำหนดระยะเวลาบังคับหรือระยะเวลาผูกพัน” โดยควรแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ดังนี้

“ . . . ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้รัฐสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง เว้นแต่จะเป็นกรณีที่มีเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้ที่ประชุมลงมติขยายระยะเวลาการพิจารณาให้แล้วเสร็จออกไปได้อีกไม่เกินอีกสิบห้าวันนับแต่วันที่สิ้นสุดระยะเวลาดังกล่าว การพิจารณาว่าเหตุใดเป็นเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้หรือไม่นั้นให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ ถ้าที่ประชุมรัฐสภายังไม่สามารถพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบ”

5.2.3 การจัดให้มีการตรากฎหมายรองรับหลักการและการกำหนดรายละเอียดทางปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

เพื่อให้การเสนอแนะผลการศึกษามีผลสมบูรณ์ในประเด็นเรื่องการจัดให้มีการตรากฎหมายรองรับหลักการและการกำหนดรายละเอียดทางปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนได้เสนอแนะแนวทางแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ 2 ประการดังนี้

5.2.3.1 การรับรองในเชิงหลักการว่าจะต้องจัดให้มีการตรากฎหมายว่าด้วยการกำหนดประเภท หลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศอย่างกว้างขวางทางเศรษฐกิจ หรือทางสังคม หรือทางการค้า หรือทางการลงทุนไว้ในรัฐธรรมนูญ

แม้หลักการตามมาตรา 178 วรรควรรคสี่เดิมจะมีการบัญญัติรับรองในเชิงหลักการที่จะต้องดำเนินการจัด “ให้มีกฎหมายกำหนด ‘วิธีการที่ประชาชนจะเข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น’ และได้รับการเยียวยาที่จำเป็นอันเกิดจากผลกระทบการทำหนังสือสัญญาตามวรรคสามด้วย” ไว้ก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบทบัญญัติในร่างรัฐธรรมนูญกลับไม่ปรากฏว่าร่างรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองให้มีต้องดำเนินการจัด “ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดประเภท ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคมหรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง . . .” เฉกเช่นในมาตรา มาตรา 190 วรรคห้าของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งบัญญัติรับรองหลักการที่จะต้องมีกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะ

ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า ประเด็นเรื่องการตรากฎหมายรองรับตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 178 วรรคสี่ของร่างรัฐธรรมนูญควรทำการแก้ไขเป็น “วรรคสาม” แทน ด้วยเหตุที่ในข้อเสนอแนะก่อนหน้านี้ของผู้เขียนซึ่งได้เสนอให้มีการตัดมาตรา 178 วรรคสามเดิมออกไปทั้งวรรคแล้ว และในขณะที่บทบัญญัติมาตรา 178 วรรคสามใหม่ ควรทำการเพิ่มเติมให้มีการบัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวที่จะต้องตราเป็นกฎหมายที่ออกตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในมาตรา 178 วรรคสองใหม่ดังนี้ “ให้มีกฎหมายว่าด้วยประเภท หลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาตามวรรค

สอง” และภายหลังจากนั้นให้บัญญัติตามด้วยข้อความเดิมที่กำหนดไว้ในมาตรา 178 วรรคสี่เดิม โดยผู้เขียนเสนอแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมเป็นหลักการใหม่ ดังนี้

มาตรา 178 วรรคสาม “ ‘ให้มีกฎหมายว่าด้วยประเภท หลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาตามวรรคสอง’ และกฎหมายกำหนดวิธีการที่ประชาชนจะเข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น รวมทั้งกฎหมายที่ประชาชนจะได้รับการเยียวยาที่จำเป็นอันเกิดจากผลกระทบการทำหนังสือสัญญาตามวรรคสองด้วย . . .”

5.2.3.2 การเพิ่มเติมหลักการเยียวยาที่ต้องดำเนินการอย่างเป็นธรรมในประโยคที่เกี่ยวกับการจัดให้มีกฎหมายกำหนดวิธีการที่ประชาชนจะได้รับการเยียวยาที่จำเป็นอันเกิดจากผลกระทบจากการทำหนังสือสัญญา

แม้หลักการตามมาตรา 178 วรรควรรคสี่จะมีการบัญญัติรับรองในเชิงหลักการที่จะต้องดำเนินการจัด “ให้มีกฎหมายกำหนดวิธีการที่ประชาชนจะได้รับการเยียวยาที่จำเป็นอันเกิดจากผลกระทบการทำหนังสือสัญญา” ไว้ในร่างรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่การบัญญัติดังกล่าวมิได้ปรากฏหลักการที่สำคัญซึ่งฝ่ายบริหารควรต้องคำนึงถึงก็คือ “ความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญา” ในฐานะที่เป็นหลักประกันในการตรากฎหมายในอนาคต แม้ผู้ร่างกฎหมายจะไม่อาจปฏิเสธหลักการดังกล่าวได้ก็ตาม แต่ก็หาได้ปรากฏว่ามีเครื่องยืนยันหลักการดังกล่าวไว้เป็นรูปธรรมที่ต้องคำนึงถึงแต่อย่างใดไม่ การไม่กำหนดหลักการดังกล่าวไว้จึงดูประหนึ่งว่า อาจส่งผลทำให้ผู้ร่างกฎหมายละเลยโดยไม่คำนึงถึงหลักการดังกล่าวไม่ว่าจะโดยตั้งใจหรือไม่ตั้งใจก็ได้เช่นเดียวกัน หรือกรณีดังกล่าวอาจเป็นเหตุที่นำไปสู่การกล่าวอ้างได้ว่า หลักการดังกล่าวไม่ได้ถูกกำหนดไว้โดยชัดแจ้งตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

ผู้เขียนเห็นว่าควรเพิ่มเติมถ้อยคำว่า “ทั้งนี้” ไว้หน้าประโยคที่ว่า “โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป” และนำไปบัญญัติไว้ต่อท้ายกับบทบัญญัติที่มีอยู่แล้วในมาตรา 178 วรรคสี่เดิมของร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านประชามติ หรือในมาตรา 178 วรรคสามใหม่ที่ผู้เขียนได้เสนอแนะไปในหัวข้อที่ผ่านมา

นอกจากนี้ให้ทำการแก้ไขเป็นจากคำว่า “วรรคสาม” เป็น “วรรคสอง”จากประโยคที่ว่า “ . . .รวมทั้งกฎหมายที่ประชาชนจะได้รับการเยียวยาที่จำเป็นอันเกิดจากผลกระทบการทำหนังสือสัญญาตามวรรคสามด้วย” โดยผู้เขียนเสนอแก้ไขใหม่ ดังนี้

“ . . .รวมทั้งกฎหมายที่ประชาชนจะได้รับการเยียวยาที่จำเป็นอันเกิดจากผลกระทบการทำหนังสือสัญญาตามวรรคสองด้วย ‘ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป’ ”

5.2.4 การจัดให้มีองค์คณะและองค์กรที่เหมาะสมทำหน้าที่กลั่นกรองและวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

เพื่อให้การศึกษามีผลสมบูรณ์ผู้เขียนได้เสนอแนะแนวทางแก้ไขในประเด็นเรื่องการจัดให้มีองค์คณะและองค์กรที่เหมาะสมทำหน้าที่กลั่นกรองและวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาไว้ใน 4 ประเด็นดังนี้

5.2.4.1 การจัดให้มีองค์คณะทำหน้าที่กลั่นกรองและวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาที่เกิดขึ้นจากการคัดสรรทั้งจากองค์กรหลัก องค์กรรอง องค์กรทางการเมืองและองค์กรเชี่ยวชาญพิเศษอื่น

จากหลักการตามมาตรา 178 วรรควรรคห้าซึ่งได้กำหนดให้ “หนังสือสัญญาใดเป็นกรณีตามวรรคสองหรือวรรคสามหรือไม่” ซึ่งหมายถึง ปัญหาที่ว่าด้วยหนังสือสัญญาดังกล่าวเป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องข้อความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่นั้น ในทางปฏิบัติและรัฐธรรมนูญที่ผ่านมากำหนดให้องค์กรวินิจฉัยชี้ขาดสภาพปัญหาดังกล่าวเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญมาโดยตลอด แต่ด้วยแนวคิดที่ว่า “ปัญหาการเมืองควรแก้ไขด้วยการเมือง” ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดให้เป็นการแก้ไขปัญหาร่วมกันระหว่างองค์กรทางการเมืองก่อน

การให้องค์กรทางการเมืองที่มีองค์ประกอบทั้งจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร เพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาตามวรรคสอง ซึ่งนอกเหนือไปจากการกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแต่เพียงอย่างเดียวนั้น การกำหนดกระบวนการในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวมีความสอดคล้องกับแนวปฏิบัติและหลักการที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่กำหนดให้เป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการใช้อำนาจต่อกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าหลักการดังกล่าวเป็นแนวทางการปฏิรูปที่เหมาะสมภายใต้หลักการมีส่วนร่วมของรัฐสภา และแนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจในการทำหนังสือสัญญาเป็นของฝ่ายบริหาร ในฐานะที่เป็นการกำหนดวิธีการแก้ไขปัญหาร่วมกันโดยองค์กรทางการเมืองภายใต้ความร่วมมือกันก่อนเป็นลำดับแรก

ผู้เขียนเห็นว่าการแก้ไขปัญหาความขัดข้องที่เกิดขึ้นในการดำเนินการดังกล่าว ควรดำเนินการโดยองค์คณะหนึ่งที่ผู้เขียนเรียกขานนามว่า “คณะกรรมาธิการร่วมวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาของรัฐสภา” เพื่อทำการวินิจฉัยปัญหาที่ว่าด้วยประเภทของหนังสือสัญญาตามความในวรรคสองของมาตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญฉบับผ่านประชามติ ทั้งนี้ ควรกำหนดกรอบระยะเวลาที่เหมาะสมที่คณะกรรมาธิการต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 15 วันนับตั้งแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าวไว้ด้วย

นอกจากนั้น ผู้เขียนเสนอให้ทำการตัดถ้อยคำว่า “วรรคสาม” ออกจากประโยคที่ว่า “เมื่อมีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดเป็นกรณีตามวรรคสองหรือวรรคสามหรือไม่” เนื่องจากข้อเสนอของผู้เขียนในเบื้องต้นเสนอให้มีการตัดวรรคสามออกไปทั้งวรรค โดยผู้เขียนเสนอให้มีการแก้ไขบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญใหม่เป็น ดังนี้

มาตรา 178 วรรคสี่ “เมื่อมีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดเป็นกรณีตามวรรคสองหรือไม่ให้เป็นอำนาจของ ‘คณะกรรมาธิการร่วมวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาของรัฐสภา ทั้งนี้คณะกรรมาธิการร่วมต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว’ . . .”

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่าต้องกำหนดหลักการเพิ่มเติมเป็นมาตรา 178 วรรคห้า เพื่อรองรับองค์ประกอบขององค์คณะที่มีจำนวน 15 ท่าน ซึ่งเป็นองค์คณะของ “คณะกรรมการร่วมวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาของรัฐสภา”[747] ซึ่งประกอบไปด้วยตัวแทนพรรคฝ่ายรัฐบาล

---

[747]การบัญญัติถ้อยคำ รูปแบบและวลีที่ว่า “คณะกรรมการร่วมวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาของรัฐสภา” ที่ผู้เขียนได้ทำการเสนอแนะไว้ในการศึกษาดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้เป็นไปใน

ตัวแทนพรรคฝ่ายค้าน และฝ่ายบริหารประกอบกับส่วนราชการที่รับผิดชอบหลักคือ กระทรวงการต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา พร้อมทั้งนักวิชาการด้านเศรษฐศาสตร์ บริหารธุรกิจ รัฐศาสตร์ นิติศาสตร์ สิ่งแวดล้อม วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี สังคมและวัฒนธรรมทำหน้าที่เป็นคณะกรรมาธิการร่วมการวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาของรัฐสภา[748] โดยมีหลักการที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบและภารกิจที่จะต้องดำเนินการตามลำดับขั้นตอนใน 3 ประการดังนี้

ประการแรก ให้คณะกรรมาธิการร่วมมีอำนาจพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดว่าหนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารทำนั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่

ประการที่สอง การดำเนินการพิจารณาโดยคณะกรรมาธิการร่วมต้องทำการกำหนดกรอบระยะเวลาการดำเนินการ โดยไม่ควรกำหนดบทลงโทษในกรณีที่ไม่สามารถดำเนินการได้ทันภายในกรอบเวลา 15 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง

ประการที่สาม ในกรณีที่คณะกรรมาธิการร่วมไม่อาจลงมติด้วยเสียงข้างมากได้ “ให้ประธานคณะกรรมาธิการร่วมมีอำนาจส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำการวินิจฉัยชี้ขาด ” ให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว

ทิศทางเดียวกันกับบทบัญญัติอื่น ซึ่งผู้เขียนได้ใช้เป็นแนวคิดและแนวทางการเสนอแนะในฐานะมีที่มาจากบทบัญญัติในมาตรา 61 วรรคสองและมาตรา 113 วรรคหนึ่งถึงวรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

แต่ด้วยเหตุที่หลักการในเรื่องที่เกี่ยวกับองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาวุฒิสภาและการเลือกประธานขึ้นมาหนึ่งคนในระหว่างคณะกรรมการสรรหาวุฒิสภากันเองดังกล่าวนั้น หาได้ปรากฏบทบัญญัติใดบทบัญญัติหนึ่งอันมีลักษณะอย่างเดียวกันกับการเลือกประธานกันเองระหว่างคณะกรรมการ ที่ซึ่งผู้เขียนสามารถนำไปใช้ในฐานะที่เป็นหลักการเพื่อนำไปสู่ความเชื่อมโยงและการนำไปใช้กับบทบัญญัติดังกล่าวในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ ได้แต่อย่างใดไม่

ด้วยเหตุดังกล่าว ผู้เขียนจึงมีแนวคิดให้หน่วยงานหลักที่เกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะต้องมีบทบาทหลักที่สำคัญในคณะกรรมาธิการชุดนี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศทำหน้าที่เป็นประธาน และกำหนดให้อธิบดีกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศหรือผู้แทนทำหน้าที่เป็นกรรมาธิการและเลขานุการของคณะกรรมาธิการร่วมดังกล่าว

[748]สำหรับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงและหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เสนอเรื่องเพื่อพิจารณานั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่สามารถกำหนดให้ทำหน้าที่เป็นคณะกรรมาธิการและเลขานุการของคณะกรรมาธิการได้ เนื่องจากการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะมีการเปลี่ยนเรื่องที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไปเรื่อย ๆ ทำให้การทำหน้าที่ทั้งกรรมาธิการและเลขานุการเกิดความยุ่งยากอย่างมากและขาดความต่อเนื่องในการปฏิบัติในฐานะที่เป็นกรรมาธิการและเลขานุการของคณะกรรมาธิการชุดนี้ ผู้เขียนเห็นว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงและหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เสนอเรื่องเพื่อพิจารณา ควรเข้ามาเกี่ยวข้องกับคณะกรรมาธิการร่วมชุดนี้ ก็แต่เฉพาะเป็นหน่วยงานหรือองค์กรที่ต้องมาชี้แจ้งและให้ข้อมูลที่อยู่ในความรับผิดชอบของตนแต่เพียงเท่านั้น

ประการที่สี่ เรื่องของการประชุมคณะกรรมการและองค์ประชุมนั้น[749] เพื่อก่อให้เกิดความเชื่อมโยงหลักการในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ ควรใช้บทบัญญัติมาตรา 137 วรรคสองมาใช้บังคับโดยอนุโลมกับการประชุมและองค์ประชุม

จากหลักการที่คณะกรรมาธิการร่วมต้องดำเนินการตามลำดับขั้นตอนในเบื้องต้น 3 ประการนี้ ผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมโดยควรจัดให้มีคณะกรรมาธิการร่วมของรัฐสภาเป็นหลักการใหม่ภายใต้รัฐธรรมนูญใหม่ ดังนี้

มาตรา 178 วรรคห้า “ให้มีคณะกรรมาธิการคณะหนึ่ง เรียกว่า คณะกรรมาธิการร่วมวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของรัฐสภา ซึ่งประกอบไปด้วยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นประธาน ผู้นำฝ่ายรัฐบาลหรือผู้แทน ผู้นำฝ่ายค้านหรือผู้แทนอย่างละหนึ่งคน ประธานคณะกรรมาธิการการต่างประเทศของสภาผู้แทนราษฎรและผู้แทนประธานคณะกรรมาธิการการต่างประเทศของวุฒิสภาและผู้แทนอย่างละสองคน เลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือผู้แทน ผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายระหว่างประเทศ ด้านเศรษฐศาสตร์ระหว่างประเทศ ด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ด้านสังคมและวัฒนธรรมอย่างละหนึ่งคน และอธิบดีกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศหรือผู้แทนอีกหนึ่งคนทำหน้าที่เป็นกรรมาธิการและเลขานุการคณะกรรมาธิการ ให้คณะกรรมาธิการมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่าต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติมาตรา 137 วรรคสองมาใช้บังคับโดยอนุโลม”

5.2.4.2 การกำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญทำวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาภายหลังจากคณะกรรมาธิการร่วมของรัฐสภาไม่อาจวินิจฉัยปัญหาได้แล้วเสร็จ

จากข้อเสนอดังกล่าวในเบื้องต้นมิใช่การตัดบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่เป็นการแก้ไขปัญหาการขัดกันของการใช้อำนาจทางการเมืองในเบื้องต้นระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารภายใต้แนวคิดที่ว่าด้วยปัญหาการเมืองต้องแก้ด้วยการเมือง อีกทั้งยังเป็นการลดภาระงานด้านกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือในกรณีที่คณะกรรมาธิการร่วมวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาของรัฐสภาไม่อาจดำเนินการด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งใน 2 ประการดังนี้

ประการแรก คณะกรรมาธิการร่วมไม่สามารถลงมติหรือวินิจฉัยชี้ขาดด้วยเสียงข้างมากจนได้ข้อยุติว่า หนังสือสัญญาที่พิจารณาอยู่นั้นเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่

---

[749]ในเรื่องการประชุมและองค์ประชุมของคณะกรรมาธิการ ที่ผู้เขียนได้ทำการเสนอแนะไว้ในการศึกษาดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้เป็นไปในทิศทางเดียวกันกับบทบัญญัติอื่น ซึ่งผู้เขียนได้ใช้เป็นแนวคิดและแนวทางการเสนอแนะในฐานะมีที่มาจากบทบัญญัติในมาตรา 147 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และใช้มาตรา 137 วรรคสองของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ เป็นฐานในการเชื่อมโยงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการประชุมและองค์ประชุม ส่วนข้อบังคับการประชุมคณะกรรมาธิการให้เป็นไปตามหลักการที่กำหนดไว้ในมาตรา 128 วรรคหนึ่งของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ

ประการที่สอง คณะกรรมาธิการร่วมไม่สามารถดำเนินกระบวนพิจารณาให้แล้วเสร็จทันภายในกำหนดเวลา 15 วัน

ด้วยแนวคิดที่ว่าด้วยปัญหาการเมืองควรแก้ด้วยการเมือง ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่าควรให้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดต่อกรณีปัญหาดังกล่าวตกอยู่ภายใต้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดต่อปัญหาดังกล่าวเป็นลำดับต่อไป โดยต้องกำหนดกรอบระยะเวลาดำเนินการวินิจฉัยชี้ขาดให้เสร็จสิ้นภายใน 30 วัน

โดยผู้เขียนเห็นว่า เมื่อกระบวนการเสนอเรื่องปัญหาว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ทำโดยฝ่ายบริหารว่าเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบหรือไม่ถูกดำเนินการวินิจฉัยชี้ขาดโดยคณะกรรมาธิการร่วมไม่แล้วเสร็จ ควรกำหนดให้เป็น “หน้าที่ของประธานคณะกรรมาธิการร่วมในการส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยชี้ขาด”[750] ต่อปัญหาที่เกิดขึ้นได้ทันที ไม่จำต้องส่งเรื่องกลับไปยังประธานรัฐสภาเพื่อทำการส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งเป็นกระบวนการซ้ำซ้อนอันทำให้กระบวนการถูกส่งกลับไปกลับมาจนทำให้เกิดความล่าช้าไปอีกโดยไม่จำเป็น

ทั้งนี้ ผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมหลักการใหม่ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังนี้

มาตรา 178 วรรคสี่ “. . . ‘ในกรณีที่คณะกรรมาธิการร่วมไม่อาจวินิจฉัยปัญหาตามวรรคสองได้ภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ประธานคณะกรรมาธิการร่วมมีอำนาจส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำการวินิจฉัยชี้ขาด’ ให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว . . .”

5.2.4.3 การแก้ไขบทบัญญัติให้รับรองสิทธิองค์กรอื่นนอกจากคณะรัฐมนตรีให้มีอำนาจในการเสนอเรื่องต่อองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศภายใต้หลักการตรวจสอบถ่วงดุลโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

จากการศึกษาที่ผ่านมาพบว่ามาตรา 178 วรรคห้าเดิมของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ ซึ่งได้บัญญัติในลักษณะที่เป็นการตัดช่องทางการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญภายใต้หลักการตรวจสอบถ่วงดุลออกไปทั้งหมด โดยร่างรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีเท่านั้น หลักการดังกล่าวหาได้สอดคล้องและถูกต้องในเชิงหลักการแต่อย่างใดไม่ แม้แนวคิดดังกล่าวจะสอดคล้องกับความเห็นของผู้เขียนในการแก้ไขปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มาจากปัญหาทางการเมืองได้โดยตรงก็ตาม แต่การตัดสิทธิในการตรวจสอบของฝ่ายนิติบัญญัติออกไปดังกล่าวนั้น ในทัศนะของผู้เขียนเองก็เห็นว่า

---

[750]ข้อเสนอเรื่อง “อำนาจและหน้าที่ของประธานคณะกรรมาธิการในการส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยชี้ขาดภายหลังจากที่คณะกรรมาธิการร่วมไม่อาจทำการวินิจฉัยชี้ขาดได้” ซึ่งผู้เขียนได้ทำการเสนอแนะไว้ในการศึกษาดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนได้ใช้เป็นแนวคิดและแนวทางการเสนอแนะอันมีที่มาจากบทบัญญัติในมาตรา 170 วรรคสาม ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ และมาตรา 182 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นเรื่องการกำหนดให้เป็น “อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ” จากกรณีความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลง

การตราบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเช่นว่านี้หาได้ถูกต้องในเชิงหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่อย่างใดไม่

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรทำการแก้ไขหลักการในรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับกำหนดการใช้อำนาจเสนอเรื่องต่อองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่าเป็นหนังสือที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ ซึ่งในร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ให้เป็นแต่เพียงเฉพาะการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีองค์กรเดียวเท่านั้นออกไป และให้นำหลักการช่องทางและวิธีการเสนอเรื่องตามหลักการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับ พุทธศักราช 2550 เดิมมาใช้บังคับแทนในส่วนของ “การเสนอเรื่องต่อคณะกรรมาธิการร่วมของรัฐสภา”[751] อันมีผลให้กระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการทำหนังสือสัญญาตามวรรคสองสามารถส่งไปยังคณะกรรมาธิการร่วมและส่งต่อไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้ โดยผู้เขียนเสนอแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมหลักการใหม่ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังนี้

มาตรา 178 วรรคสี่ “. . .ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติมาตรา 148 (1) และ (2) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อคณะกรรมาธิการร่วมของรัฐสภาโดยอนุโลม”

5.2.5 การกำหนดหลักการเกี่ยวกับเขตอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศให้เป็นอำนาจเฉพาะของศาลรัฐธรรมนูญ

แม้จากประเด็นการศึกษาจะพบว่า รัฐธรรมนูญจะได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจเหนือคดีเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไว้เป็นการเฉพาะแล้วก็ตาม แต่ที่ผ่านมาข้อเท็จจริงก็ได้ปรากฏแล้วว่า ศาลปกครองเองก็ได้ใช้อำนาจในเข้ามาวินิจฉัยปัญหาที่ว่าด้วยการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร การใช้อำนาจดังกล่าวได้นำไปสู่ปัญหาการวิพากษ์ถึงความถูกต้องในเชิงหลักการโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเด็นเรื่องของฐานการใช้อำนาจของศาลปกครองเหนือการใช้อำนาจในระดับ

---

[751]ในการเสนอเรื่องเพื่อพิจารณาว่าเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ ในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้เป็นอำนาจนายกรัฐมนตรีเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม ในข้อเสนอเรื่อง “อำนาจการเสนอเรื่องให้คณะกรรมาธิการร่วมเป็นลำดับแรก และเพื่อที่จะได้ส่งเรื่องต่อไปยังศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยชี้ขาดภายหลังจากที่คณะกรรมาธิการร่วมไม่อาจทำการวินิจฉัยชี้ขาดได้” ซึ่งผู้เขียนได้ทำการเสนอแนะไว้ในการศึกษาดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนได้ใช้เป็นแนวคิดและแนวทางการเสนอแนะ ดังนี้

ประการแรก การใช้อำนาจของประธานรัฐสภาอันมีที่มาจากบทบัญญัติในมาตรา 148 (1) ซึ่งกำหนดให้เป็นอำนาจของประธานรัฐสภา ประกอบกับแนวคิดที่ได้มาจากบทบัญญัติมาตรา 270 วรรคสี่ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ ซึ่งเป็นเรื่องที่กำหนด “ให้ประธานรัฐสภามีอำนาจเสนอเรื่องต่อคณะกรรมการร่วม” และ

ประการที่สอง การใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีตามมาตรา 148 (2) ประกอบกับแนวคิดในมาตรา 178 วรรคห้า เพื่อนำมาใช้กับกรณีการเสนอเรื่องต่อคณะกรรมาธิการตามแนวคิดและหลักการเดิมที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นอย่างกว้างขวางจนนำไปสู่ประเด็นการศึกษาที่ผ่านว่า การวินิจฉัยชี้ขาดคดีที่ผ่านมาของฝ่ายตุลาการนั้นเป็นเหตุและปัจจัยที่สำคัญประการหนึ่งที่นำไปสู่ปัญหาข้อโต้แย้งการใช้อำนาจระหว่างองค์กรหลักและองค์กรรอง ทั้งไม่ว่าจะเป็นจากปัญหาที่ว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการ ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลเหนือกรณีที่เกี่ยวกับหนังสือสัญญา หรือแม้แต่ปัญหาเรื่องหลักการที่ใช้ในการตีความโดยองค์กรตุลาการที่มาจากการปรับใช้และการอรรถาธิบายความเพื่อนำไปสู่ผลของคำวินิจฉัยดังที่ปรากฏแล้วในบทวิเคราะห์ที่ผ่านมา

เพื่อนำไปสู่แนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญควรทำการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการให้มีความชัดเจนมากกว่าที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญที่ผ่านมา โดยเฉพาะหลักการและกระบวนวิธีพิจารณาเฉพาะของรัฐธรรมนูญเหนือคดีที่เกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ รัฐธรรมนูญควรมีบทบัญญัติที่กำหนดเขตอำนาจศาลไว้ให้ชัดเจนและแน่นอน โดยมีหลักการที่สำคัญดังนี้

ประการแรก ควรกำหนดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะเหนือกรณีที่เป็นการใช้อำนาจเหนือกรณีปัญหาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยไม่ให้ศาลอื่นใดใช้อำนาจเหนือกรณีดังกล่าว

ประการที่สอง ควรกำหนดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการใช้อำนาจวินิจฉัยปัญหาอื่นใดที่นอกเหนือไปจากการใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาที่ว่าด้วยประเภทหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ทำขึ้นโดยฝ่ายบริหารว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ ซึ่งเป็นอำนาจของคณะกรรมาธิการร่วมของรัฐสภาในลำดับแรก และเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในลำดับถัดไปตามที่กำหนดการใช้อำนาจไว้แล้วในมาตรา 178 วรรคสองของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ

ประการที่สาม ควรกำหนดกระบวนการและวิธีการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอาศัยวิธีการที่กำหนดไว้ในมาตรา 178 วรรคสี่เกี่ยวกับการเสนอเรื่องต่อคณะกรรมาธิการร่วมของรัฐสภามาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลมด้วย

ทั้งนี้ ผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมหลักการใหม่ในบทบัญญัติมาตรา 178 วรรคหกของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังนี้

มาตรา 178 วรรคหก “ปัญหาการทำหนังสือสัญญาตามบทมาตรานี้นอกเหนือไปจากความในวรรคสองเกี่ยวกับปัญหาการวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาโดยคณะกรรมาธิการร่วมของรัฐสภาและศาลรัฐธรรมนูญ ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยชี้ขาดและไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลอื่นใด เว้นแต่จะได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ให้นำวิธีการเสนอเรื่องตามความในวรรคสี่มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม”[752]

---

[752]การกำหนดบทบัญญัติดังกล่าวของผู้เขียนมุ่งหมายที่จะใช้เป็นบทบัญญัติเพื่อใช้ในการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากกรณีที่คณะรัฐมนตรีก็ดีหรือฝ่ายนิติบัญญัติก็ดี อาจใช้สิทธิในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้ทำการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาที่ว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายจากการที่ที่ประชุมลงมติขยายระยะเวลาการพิจารณาให้แล้วเสร็จออกไปได้อีกไม่เกินอีกสิบห้าวันนับแต่วันที่สิ้นสุดระยะเวลาหกสิบวันนั้น ถือว่าเป็นกรณีที่มีเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงหรือไม่ หรือปัญหาที่ว่าด้วยการพิจารณาว่าเหตุใดถือได้ว่าเป็นเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้นั้น

การบัญญัติดังกล่าวก็เพื่อให้สอดคล้องกับประเด็นเรื่องของเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรที่เหมาะสมกับการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาที่มาจากการใช้อำนาจในทางการเมืองและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นการกระทำของรัฐและเป็นการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งการใช้อำนาจดังกล่าวหาได้มีนิติฐานะเป็นการกระทำทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่รัฐ ในการที่จะเป็นฐานเชื่อมโยงการใช้อำนาจของศาลปกครองในการใช้อำนาจเหนือฝ่ายบริหารในลักษณะที่เป็นการควบคุมการใช้อำนาจในทางบริหารและกำหนดนโยบายการต่างประเทศได้แต่อย่างใดไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้อำนาจของศาลปกครองที่เกิดขึ้นดังกล่าวหาได้สอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจแต่อย่างใดไม่

ในขณะที่หลักการที่ควรคำนึงถึงในการตัดสินคดีของศาลรัฐธรรมนูญเองนั้น ด้วยความเคารพยิ่ง ผู้เขียนเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญควรให้ความสำคัญกับหลักการที่ใช้ในการตัดสินและการอรรถาธิบายความสนับสนุนการตัดสินคดีเป็นอย่างยิ่งภายใต้หลักการตีความของกฎหมายมหาชน นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญก็ควรคำนึงถึงหลักการพื้นฐานในระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นสำคัญว่าในทางภววิสัยแล้วลักษณะหรือถ้อยคำที่ใช้อันปรากฏชัดในตราสารเช่นใดที่มีลักษณะเป็นความตกลงระหว่างประเทศหรือเป็นหนังสือสัญญาตามหลักการและระบอบของกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในทางอัตวิสัยลักษณะอย่างใดที่มีลักษณะเป็นการแสดงเจตจำนงอันก่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศ หรือเป็นแต่เพียงการแสดงเจตจำนงทางการเมืองภายใต้ความสัมพันธ์ที่ดีและมารยาททางสังคมของมิตรประเทศและทางการทูตอันอยู่ภายใต้ระบอบกฎหมายและความสัมพันธ์ทางการทูตและทางการเมืองระหว่างประเทศ แต่หาได้มีข้อผูกพันใด ๆ ในทางกฎหมายในฐานะที่ประเทศไทยต้องถือปฏิบัติแต่อย่างใดไม่ ความสำคัญดังกล่าวมีผลสำคัญยิ่งต่อความมั่นคงแน่นอนภายใต้หลักนิติรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับการใช้หลักการของกฎหมายเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดการใช้อำนาจรัฐในทางการเมืองระหว่างประเทศที่ต้องชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นกัน

ในท้ายที่สุด แม้จะมิใช่ประเด็นการศึกษาโดยตรงก็ตาม แต่ก็เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอนตายตัว และในทางปฏิบัติก็เป็นการยากที่จะทำวินิจฉัยชี้ขาดได้ตายตัวในทันทีว่าข้อตกลงใดหรือความตกลงใดบ้างที่มีลักษณะเป็นข้อผูกพันอันนำไปสู่ความเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศ หรือแม้แต่การกำหนดว่าการแสดงออกให้ปรากฏต่อสังคมระหว่างประเทศในลักษณะใดบ้างจึงจะมีนิติฐานะและความผูกพันที่ต้องปฏิบัติต่อกันในสังคมระหว่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญควรมีองค์คณะใดองค์คณะหนึ่งทำหน้าที่ช่วยเหลือในการให้คำปรึกษาและข้อมูลเพื่อสร้าง

มีความชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายว่าประเภทหลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาตามวรรคสอง และกฎหมายกำหนดวิธีการที่ประชาชนจะเข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น รวมทั้งกฎหมายที่ประชาชนจะได้รับการเยียวยาที่จำเป็นอันเกิดจากผลกระทบการทำหนังสือสัญญา หรือปัญหาที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการต่าง ๆ หรือปัญหาที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาบังคับหรือระยะเวลาผูกพัน หรือแม้แต่ปัญหาที่ว่าด้วยความชอบเกี่ยวกับการส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาความชอบด้วยกฎหมายในประเด็นปัญหาต่าง ๆ เป็นต้น

ความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องต่อการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยตรง ไม่ว่าจะเป็นนิติฐานะ ลักษณะของความตกลง การแสดงออกและความผูกพันทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ

ผู้เขียนเห็นว่าองค์คณะดังกล่าวควรมีที่มาและประกอบไปด้วยผู้ทรงคุณวุฒิทางการศึกษาด้านกฎหมายและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่ผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวไม่ควรมีองค์ประกอบใดองค์ประกอบหนึ่งที่มาจากหน่วยงานที่รับผิดชอบโดยตรงกับพันธกิจด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ หรืออยู่ภายใต้การกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร หรือมีที่มาจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือมีที่มาจกองค์กรทางการเมืองใดการเมืองหนึ่ง ด้วยเหตุที่องค์ประกอบขององค์คณะดังกล่าวเองอาจดูประหนึ่งว่า จะเกิดการขัดแย้งกันเองในผลประโยชน์ทับซ้อนและการขัดแย้งในเชิงหลักการเกี่ยวกับข้อมูลความรู้ที่มาจากคณะที่ปรึกษาของฝ่ายตุลาการ ในอันที่จะต้องทำการวินิจฉัยชี้ขาดในปัญหาที่ว่าด้วยการขัดแย้งกันเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งในท้ายที่สุดกลับกลายเป็นประเด็นวิพากษ์ถึงความเหมาะสมขององค์คณะดังกล่าว ซึ่งได้ให้ข้อมูลและองค์ความรู้ที่ได้มาจากฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติเอง เพื่อทำการตัดสินปัญหาการขัดแย้งกันในเรื่องของการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติโดยฝ่ายตุลาการ กรณีดังกล่าวอาจนำไปสู่การกำกับผลของคำวินิจฉัยไปในทิศทางที่ไม่ถูกต้องตามหลักการของกฎหมายได้อย่างที่ไม่ควรเป็น

5.2.6 การตรากฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยลำพัง

จากการศึกษาที่ผ่านมาซึ่งผู้เขียนได้ทำการเสนอแนะว่า ประเทศไทยควรตรากฎหมายที่ว่าด้วยการทำหนังสือสัญญาที่เป็นอำนาจโดยลำพังของฝ่ายบริหารตามมาตรา 178 วรรคหนึ่งไว้ในคนละฉบับในรูปของการตราเป็นพระราชกฤษฎีกา กับกฎหมายที่ว่าด้วยประเภท หลักเกณฑ์และขั้นตอนการทำหนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศอย่างกว้างขวางทางเศรษฐกิจหรือทางสังคม หรือทางการค้า หรือทางการลงทุนตามมาตรา 178 วรรคสองของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ ฉบับผ่านประชามติที่ผ่านมานั้น

โดยที่กฎหมายเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เป็นอำนาจโดยลำพังของฝ่ายบริหารไม่เคยปรากฏในรูปแบบของบทบัญญัติ (Law) หรืออนุบัญญัติ (Regulation) มาก่อน ด้วยเหตุที่การทำหนังสือสัญญาได้อาศัยแนวปฏิบัติของกระทรวงการต่างประเทศกำหนดแนวทางและวิธีปฏิบัติตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา

นอกจากนี้แนวปฏิบัติดังกล่าวยังปรากฏว่ามีปัญหาเรื่องขอบเขตการทำหนังสือสัญญาของหน่วยงานของรัฐว่า มีนิติฐานะว่าเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือไม่ และหน่วยงานดังกล่าวมีอำนาจดำเนินการได้เองหรือไม่ โดยเฉพาะในเรื่องการทำความตกลงระหว่างประเทศด้วยวาจา (Verbal Agreement) ของผู้มีอำนาจโดยตำแหนงหรือที่มีฐานะที่เรียกว่าเป็น ex officio ไม่ว่าจะโดยบทบาทในฐานะที่เป็นผู้นำประเทศและผู้นำรัฐบาลเองก็ตาม

ผู้เขียนเห็นว่า ควรกำหนดหลักการให้สอดคล้องกับการแก้ไขมาตรา 178 วรรคหนึ่ง ตอนท้ายที่ผู้เขียนได้เสนอแนวทางการปฏิรูปไว้ว่า มาตรา 178 วรรคหนึ่ง “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก สัญญาและความตกลงระหว่างประเทศใน

รูปแบบอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชกฤษฎีกา” โดยผู้เขียนเห็นว่า การตรากฎหมายดังกล่าวควรตรากฎหมายแยกจากหลักการในมาตรา 178 วรรคสองที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดประเภทของหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติที่ผู้เขียนเสนอไว้เป็นมาตรา 178 วรรคสามว่า “ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดประเภท ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศอย่างกว้างขวางทางเศรษฐกิจ หรือทางสังคม หรือทางการค้า หรือทางการลงทุน . . .”

การเสนอแนะดังกล่าวก็ด้วยเหตุที่ประเทศไทยจำเป็นต้องมีกฎหมายเฉพาะ ซึ่งกำหนดหลักการเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เป็นอำนาจโดยลำพังของฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะการกำหนดหลักการในเรื่องที่เกี่ยวกับ คำนิยามของความตกลงระหว่างประเทศ หนังสือสัญญา ประเภทของหนังสือสัญญาที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารโดยลำพัง หรือประเภทของหนังสือสัญญาที่ไม่จำต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ ผู้มีอำนาจทำหนังสือสัญญาและความตกลงอื่นใด การมอบอำนาจให้ทำหนังสือสัญญา การทำความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบอื่น การทำความตกลงของหน่วยงาน การเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อทราบหรือเพื่อขอความเห็นชอบ โดยเฉพาะการปฏิรูปมติคณะรัฐมนตรี ประกาศกระทรวงการต่างประเทศและแนวทางปฏิบัติที่ใช้ในปัจจุบันให้อยู่ในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกา

แต่อย่างไรก็ตาม ด้วยการศึกษาดุษฎีนิพนธ์ในครั้งนี้ ผู้เขียนได้ตั้งโจทย์วิจัยอยู่ที่ปัญหาการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศระหว่างองค์กรหลักและองค์กรรอง ผู้เขียนจึงเน้นความสำคัญอยู่ที่การวิเคราะห์ในเชิงหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้งที่อยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติเป็นหลัก และมุ่งเสนอแนะแนวทางแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฯ ส่วนในเรื่องเนื้อหาและรายละเอียดกฎหมายที่ต้องตราเป็นพระราชกฤษฎีกานั้น ผู้เขียนหาได้เสนอแนะหลักเกณฑ์และแนวทางการตรากฎหมายลงไปในรายละเอียดว่าต้องมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเรื่องใดบ้างไว้แต่อย่างใดไม่ เนื่องจากมิใช่ประเด็นหลักในการศึกษาในดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้

5.2.7 การเสนอร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช .... (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 178)

จากการศึกษาที่ผ่านมาผู้เขียนขอเสนอร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช .... (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 178) ดังนี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ....)
พุทธศักราช ....

.....

.....

.....

.....

.....

โดยที่เป็นการสมควรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

.....

.....

มาตรา ๑ รัฐธรรมนูญฉบับนี้เรียกว่า “รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช ....”

มาตรา ๒ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา ๓ ให้ยกเลิกความในมาตรา ๑๗๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช .... และให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน

มาตรา ๑๗๘ “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก สัญญาและความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชกฤษฎีกา

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยและมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศอย่างกว้างขวางทางเศรษฐกิจ หรือทางสังคม หรือทางการค้า หรือทางการลงทุน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้รัฐสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง เว้นแต่จะเป็นกรณีที่มีเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้ที่ประชุมลงมติขยายระยะเวลาการพิจารณาให้แล้วเสร็จออกไปได้อีกไม่เกินอีกสิบห้าวันนับแต่วันที่สิ้นสุดระยะเวลาดังกล่าว การพิจารณาว่าเหตุใดเป็นเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้หรือไม่นั้นให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ ถ้าที่ประชุมรัฐสภายังไม่สามารถพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบ

ให้มีกฎหมายว่าประเภท หลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาตามวรรคสอง และกฎหมายกำหนดวิธีการที่ประชาชนจะเข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น รวมทั้งกฎหมายที่ประชาชนจะได้รับการเยียวยาที่จำเป็นอันเกิดจากผลกระทบการทำหนังสือสัญญาตามวรรคสองด้วย ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป

เมื่อมีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดเป็นกรณีตามวรรคสองหรือไม่ ให้เป็นอำนาจของคณะกรรมาธิการร่วมวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาของรัฐสภาก่อน ทั้งนี้ คณะกรรมาธิการร่วมต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว ในกรณีที่คณะกรรมาธิการร่วมไม่อาจวินิจฉัยปัญหาตามวรรคสองได้ภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ประธานคณะกรรมาธิการร่วมมีอำนาจส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำการวินิจฉัยชี้ขาดให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติมาตรา ๑๔๘ (๑) และ (๒) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อคณะกรรมาธิการร่วมของรัฐสภาโดยอนุโลม

ให้มีคณะกรรมาธิการคณะหนึ่ง เรียกว่า คณะกรรมาธิการร่วมวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของรัฐสภา ซึ่งประกอบไปด้วยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นประธาน ผู้นำฝ่ายรัฐบาลหรือผู้แทน ผู้นำฝ่ายค้านหรือผู้แทนอย่างละหนึ่งคน ประธานคณะกรรมาธิการการต่างประเทศของสภาผู้แทนราษฎรและผู้แทน ประธานคณะกรรมาธิการการต่างประเทศของวุฒิสภาและผู้แทนอย่างละสองคน เลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือผู้แทน ผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายระหว่างประเทศ ด้านเศรษฐศาสตร์ระหว่างประเทศ ด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ด้านสังคมและวัฒนธรรมอย่างละหนึ่งคน และอธิบดีกรมสนธิสัญญาและกฎหมายกระทรวงการต่างประเทศหรือผู้แทนอีกหนึ่งคนทำหน้าที่เป็นกรรมาธิการและเลขานุการคณะกรรมาธิการ ให้คณะกรรมาธิการมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่าต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติมาตรา ๑๓๗ วรรคสองมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ปัญหาการทำหนังสือสัญญาตามบทมาตรานี้นอกเหนือไปจากความในวรรคสองเกี่ยวกับปัญหาการวินิจฉัยชี้ขาดประเภทของหนังสือสัญญาโดยคณะกรรมาธิการร่วมของรัฐสภาและศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยชี้ขาดและไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลอื่นใด เว้นแต่จะได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ให้นำวิธีการเสนอเรื่องตามความในวรรคสี่มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม”

มาตรา ๔ ให้ดำเนินการจัดให้มีกฎหมายและคณะกรรมาธิการร่วมตามมาตรา ๑๗๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับนี้

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

.....

นายกรัฐมนตรี

บรรณานุกรม

กรมการค้าต่างประเทศ. การใช้สิทธิประโยชน์ทางภาษีจากความตกลง FTA. **วารสารการใช้สิทธิประโยชน์ทางการค้า.** (มกราคม-มีนาคม 2554): 8-31. ค้นวันที่ 10 ธันวาคม 2556 จาก http://fta.dft.go.th/LinkClick.aspx?fileticket=ofjHFTyfRX0%3D&tabid=92&mid=446

กรมชลประทาน. **แนวทางการจัดทำเรื่องเสนอต่อคณะรัฐมนตรี**. ค้นวันที่ 15 พฤศจิกายน 2549 จาก http://irrigation.rid.go.th/rid10/const2/work/bookconstruction210/book01_1/example/book011_22.pdf

กรมประชาสัมพันธ์, สำนักการประชาสัมพันธ์ต่างประเทศ. **คู่มือการปฏิบัติงานการจัดทำบันทึกความเข้าใจกับต่างประเทศ.** กรุงเทพมหานคร: กรมประชาสัมพันธ์, 2556.

กระทรวงกลาโหม, สำนักนโยบายและแผนกลาโหม, สำนักงานนโยบายและยุทธศาสตร์. **องค์ความรู้เรื่องการจัดทำความตกลงระหว่าง กห. กับ กห.มิตรประเทศ.** ค้นวันที่ 15 พฤศจิกายน 2559 จาก http://ddcs.mod.go.th/CMSPages/GetFile.aspx?nodeguid=fd03868f-989d-44ff-b8c6-72637ebaebaa&lang=th-TH

กระทรวงกลาโหม, สำนักนโยบายและแผนกลาโหม, สำนักงานนโยบายและยุทธศาสตร์, กองความร่วมมือด้านความมั่นคง. **องค์ความรู้เรื่องการจัดทำความตกลงระหว่างกระทรวงกลาโหมกับกระทรวงกลาโหมมิตรประเทศ**. ค้นวันที่ 15 กันยายน 2559 จาก http://ddcs.mod.go.th/CMSPages/GetFile.aspx?nodeguid=fd03868f-989d-44ff-b8c6-72637ebaebaa&lang=th-TH

กระทรวงการต่างประเทศ. หนังสือเลขที่ กต. 0903/55877. 3 กันยายน 2527. **เรื่อง ขอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้มีอำนาจอนุมัติให้ทำความตกลงรับความช่วยเหลือจากต่างประเทศของอาเซียนแทนคณะรัฐมนตรี.**

กระทรวงการต่างประเทศ, กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ. **กรอบการเจรจาความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่าง ๆ (ที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาเมื่อวันที่ 8 ก.ย. 2553).** ค้นวันที่ 29 ตุลาคม 2558 จาก http://www.mfa.go.th/business/contents/files/cooperation-20120412-163748-615271.doc

กระทรวงการต่างประเทศ, กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ. **ข้อมูลการทำสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุน**. ค้นวันที่ 15 สิงหาคม 2556 จาก http://www.mfa.go.th/business/th/cooperation/134

กระทรวงการต่างประเทศ, กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย. **กระบวนการจัดทำสนธิสัญญาหรือความตกลงไทย**. ค้นวันที่ 11 สิงหาคม 2557 จาก http://test.mfa.go.th/treaty/handbook/index.html

กระทรวงการต่างประเทศ, กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, กองสนธิสัญญา. **คู่มือการทำสนธิสัญญาหรือข้อตกลงต่าง ๆ.** กรุงเทพมหานคร: กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, 2547.

กระทรวงการต่างประเทศ, กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, กองสนธิสัญญา. หนังสือเลขที่ นร.0605/853. 19 กันยายน 2545. **เรื่อง การทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญาและสนธิสัญญาต่าง ๆ**.

กระทรวงพาณิชย์, กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ. **กรอบการเจรจาต่อเนื่องภายใต้ความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยกับญี่ปุ่นสำหรับความเป็นหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจ (JTEPA)**. นนทบุรี: กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์, 2554.

กระทรวงพาณิชย์, กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ. **แนวทางการเจรจาการค้าระหว่างประเทศของไทย ปี 2552-56**. ค้นวันที่ 11 พฤศจิกายน 2558 จาก http://www.thaifta.com/trade/nego_52-56.pdf

กระทรวงมหาดไทย, สำนักปลัดกระทรวงมหาดไทย, กองการต่างประเทศ. **คู่มืองานวิเทศสัมพันธ์.** กรุงเทพมหานคร: บพิธการพิมพ์, 2557.

กระทรวงศึกษาธิการ. **คู่มือการปฏิบัติงานการจัดทำความตกลงกับต่างประเทศ**. ค้นวันที่ 15 พฤศจิกายน 2559 จาก http://www.bic.moe.go.th/newth/images/stories/KM/MOU_handbook.pdf

กระทรวงศึกษาธิการ, สำนักปลัดกระทรวงศึกษาธิการ, สำนักความสัมพันธ์ต่างประเทศ. **คู่มือการปฏิบัติงานการจัดทำความตกลงกับต่างประเทศ**. ค้นวันที่ 15 กันยายน 2559 จาก http://www.bic.moe.go.th/newth/images/stories/KM/MOU_handbook.pdf

กรุงเทพธุรกิจออนไลน์. ประยุทธ์ไฟเขียวอังกฤษสังเกตการณ์คดีเกาะเต่า. (19 ตุลาคม 2557): ย่อหน้าที่ 1-24. ค้นวันที่ 15 กันยายน 2559 จาก http://www.bangkokbiznews.com/news/detail/612092

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. การกระทำทางรัฐบาล. **วารสารจุลนิติ**. 8, 2 (มีนาคม-เมษายน 2554): 62-78.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย.** พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2557.

เกรียงศักดิ์ แจ้งสว่าง. หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ: เจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 224 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. **Public Law Net**. (มกราคม 2549): 1-5. ค้นวันที่ 17 มีนาคม 2558 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=859

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย. **บันทึกความเห็นและข้อเสนอแนะของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย เรื่อง กฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.** กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย, 2550.

คณะรักษาความสงบแห่งชาติ. ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ. **ราชกิจจานุเบกษา.** 132, 239 ง (5 ตุลาคม 2558): 1-2.

จตุรตน์ ถิระวัฒน์. **กฎหมายระหว่างประเทศ.** พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.

จรูญ สุภาพ. **ประชาธิปไตยกับการพัฒนาเศรษฐกิจและระบบการเมือง**. กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, 2514.

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และชาติชาย เชษฐสุมน. **รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง กลไกในการตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในการเจรจาความตกลงการค้าเสรี**. รายงานการวิจัยเสนอต่อ สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2549.

จุมพต สายสุนทร. **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1.** พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.

จุมพต สายสุนทร. หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา. ใน **หนังสือรวมบทความทางวิชาการชุดที่ 11 ศาลรัฐธรรมนูญภายใต้หลักนิติธรรมในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข**. กรุงเทพมหานคร: พี. เพรส, 2556. หน้า 228-297.

ชาติชาย เชษฐสุมน. **การมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาตามกฎหมายเยอรมัน**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554.

เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ. **รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การศึกษาผลกระทบของมาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ว่าด้วยการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อการค้าและการลงทุนของประเทศไทย**. รายงานการวิจัย เสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ (วช.), 2552.

ทีมข่าวอาชญากรรม. คดีเกาะเต่าส่อเค้าวุ่นไม่จบ! โปลิศอังกฤษกุมข้อมูลลับชี้มาเฟียพื้นที่ฆาตกรตัวจริง. **ผู้จัดการออนไลน์** (23 ตุลาคม 2557): ย่อหน้าที่ 1-17. ค้นวันที่ 15 กันยายน 2559 จาก http://www.manager.co.th/Crime/ViewNews.aspx?NewsID=9570000122248

ไทยพีบีเอส และ Stiftung, Friedrich Ebert. **ว่าด้วยร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม...” มองผ่านมาตรา 190**. ค้นวันที่ 20 ตุลาคม 2557 จาก http://www.fes-thailand.org/wb/media/DebateShow/Article190_final.pdf

ธานินทร์ กรัยวิเชียร. องค์มนตรี. 2 มิถุนายน 2553. การสัมภาษณ์ อ้างถึงใน สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, สำนักกฎหมาย, กองบรรณาธิการ. หลักการตีความกฎหมายตามครรลองของหลักนิติรัฐและนิติธรรม. **วารสารจุลนิติ.** 7, 4 (กรกฎาคม-สิงหาคม 2553): 1-38.

นพดล เฮงเจริญ. การตีความรัฐธรรมนูญ. **Public Law Net.** (มกราคม 2548): 1-3. ค้นวันที่ 15 ตุลาคม 2559 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=398

นพนิธิ สุริยะ. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กับหนังสือสัญญาความเข้าใจมาตรา 190. ใน **หนังสือรวมบทความ อาจารย์นพ 65 จัดพิมพ์ในโอกาสครบรอบ 65 ปี รศ.นพนิธิ สุริยะ**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553. หน้า 212-243.

นพนิธิ สุริยะ. **Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2.** พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2557.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. **กฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2557.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. การกระทำทางรัฐบาล. **Public Law Net.** (กรกฎาคม 2551): 1-2. ค้นวันที่ 10 พฤศจิกายน 2558 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1235

นันทวัฒน์ บรมานันท์. ความหมายของการกระทำทางปกครอง. **Public Law Net.** (ธันวาคม 2547): 1. ค้นวันที่ 2 สิงหาคม 2556 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=580

นันทวัฒน์ บรมานันท์. ศาลรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส ตอนแรก. **Public Law Net.** (ธันวาคม 2547): 1-4. ค้นวันที่ 28 สิงหาคม 2558 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=174

นันทวัฒน์ บรมานันท์. ศาลรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส ตอนที่ 2. **Public Law Net**. (ธันวาคม 2547): 1-7. ค้นวันที่ 28 สิงหาคม 2558 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=176#m15

นันทวัฒน์ บรมานันท์. ศาลรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส ตอนที่ 3. **Public Law Net**. (ธันวาคม 2547): 1-6. ค้นวันที่ 28 สิงหาคม 2558 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=175

นันทวัฒน์ บรมานันท์. สถานะของมติคณะรัฐมนตรี. **Public Law Net**. (ธันวาคม 2547): 1. ค้นวันที่ 9 สิงหาคม 2558 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?ID=640

นันทวัฒน์ บรมานันท์. **หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547.

บรรเจิด สิงคะเนติ. **หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.

บรรเจิด สิงคะเนติ, วรกร โอภาสนันท์ และอารยา สุขสม. **รายงานศึกษาฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน**. รายงานการวิจัย เสนอต่อสถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา, 2553.

บรรหาร กำลา. บทบาทของรัฐสภาในกระบวนการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ. **วารสารจุลนิติ**. 6, 1 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2552): 53-61.

บริษัท อสมท. จำกัด (มหาชน). ส.ส. ปชป. ค้านแก้ ม.190 หวั่นกระทบผลประโยชน์พื้นที่ทับซ้อนและดินแดน**. สำนักข่าวไทย.** (16 ตุลาคม 2556): ย่อหน้า 1-8. ค้นวันที่ 30 ตุลาคม 2557 จาก http://www.mcot.net/site/content?id=525e7279150ba0c1370000ae

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ**. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **แถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารกับมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ**. ค้นวันที่ 11 สิงหาคม 2557 จาก http://www.kpi.ac.th/kpith/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=17&&Itemid=98

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **บทวิเคราะห์ทางวิชานิติศาสตร์ต่อคำสั่งศาลปกครองกลางกำหนดวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ฯ ในคดีแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา**. ค้นวันที่ 15 สิงหาคม 2557 จาก https://bordeure.files.wordpress.com/2008/08/1439_7343.pdf

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. เลขาธิการสถาบันพระปกเกล้า. 2 มิถุนายน 2553. การสัมภาษณ์ อ้างถึงใน สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, สำนักกฎหมาย, กองบรรณาธิการ. หลักการตีความกฎหมายตามครรลองของหลักนิติรัฐและนิติธรรม. **วารสารจุลนิติ.** 7, 4 (กรกฎาคม-สิงหาคม 2553): 1-38.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **กฎหมายมหาชนเบื้องต้น**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. การใช้กฎหมายระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย: ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ. ใน **เอกสารประกอบการบรรยายในการประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 6.** หน้า 1-49. ค้นวันที่ 24 สิงหาคม 2557 จาก http://www.oja.go.th/service/Lists/service/DispForm.aspx?ID=42

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. **คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. **ปัญหาการทำสนธิสัญญาตามรัฐธรรมนูญ 2550**. ค้นวันที่ 24 สิงหาคม 2557 จาก http://law.tu.ac.th/files/news/2555/Agust/322_prasit.pdf

ประสิทธิ์ เอกบุตร. **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา.** พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551.

ประสิทธิ์ เอกบุตร. **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่มที่ 2 รัฐ**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554.

ผู้จัดการออนไลน์. กริพเพน ไทยไม่เหงา สวีเดนเล็งขายรุ่นใหม่ 300 ลำ. (18 กันยายน 2551): ย่อหน้าที่ 1-15. ค้นวันที่ 8 กันยายน 2559 จาก http://www.manager.co.th/IndoChina/ViewNews.aspx?NewsID=9550000114857

พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. การละเมิดอำนาจรัฐสภา. **วารสารสังคมศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.** 45, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2558): 105-126.

พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. ปัญหาว่าด้วยการถอดถอนอดีตผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง. **Pub Law Net**. (กุมภาพันธ์ 2553): 1-2. ค้นวันที่ 29 สิงหาคม 2557 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1438

พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. รัฐบาลรักษาการปัจจุบันพ้นสถานภาพไปแล้วหรือไม่. **มติชนออนไลน์**. (10 มีนาคม 2557): ย่อหน้าที่ 10-12. ค้นวันที่ 22 กันยายน 2559 จาก http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1394451447

พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. วิวัฒนาการของหลักนิติรัฐโดยสังเขป: กรณีประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส. **Pub Law Net.** (ตุลาคม 2554): 1-3. ค้นวันที่ 15 สิงหาคม 2558 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1639

พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาว่าด้วยการจำกัดอำนาจของศาลระดับสหพันธรัฐ. **วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ**. 1, 1 (2553): 39-61.

พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. หลักความชอบในการพิจารณาคดีขององค์กรตุลาการของศาลระดับสหพันธ รัฐในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกา. **วารสาร รพี' 56**. (สิงหาคม 2556): 30-46.

พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. อาจารย์ประจำคณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2 ตุลาคม 2558. การสัมภาษณ์.

พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. **รัฐไทยยอมรับหรือรับรองหรือบังคับตามคำสั่งและคำพิพากษาของศาลต่างประเทศหรือไม่? แค่ไหนกัน?: ข้อคำนึงเกี่ยวกับกรณีความร่วมมือในการใช้อำนาจอธิปไตยทางตุลาการของรัฐ**. ค้นวันที่ 11 ตุลาคม 2557 จาก http://www.archanwell.org/autopage/show_page.php?t=1&s_id=551&d_id=550

โพสต์ทูเดย์. เบรกไทยร่วมวงค้าเสรี. (27 สิงหาคม 2551): ย่อหน้าที่ 1-20 อ้างถึงใน กระทรวงพาณิชย์, กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ. **แนวทางการเจรจาการค้าระหว่างประเทศของไทย ปี 2552-56**. ค้นวันที่ 10 ธันวาคม 2556 จาก http://www.thaifta.com/trade/nego_52-56.pdf

มติชนออนไลน์. นาซ่าขู่ถอนสำรวจเมฆปิ้งดันอู่ตะเภาเข้า ครม. (22 มิถุนายน 2555): ย่อหน้าที่ 1-30. ค้นวันที่ 15 สิงหาคม 2558 จาก http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1340331256

มธุภาณี ไทยภักดี. ประเทศไทยกับการเป็นประชาคมอาเซียน: โอกาสและความเสี่ยง. **วารสารร่มพฤกษ์ มหาวิทยาลัยเกริก**. 30, 3 (มิถุนายน-กันยายน 2555): 109-124.

มนตรี กิติวังชัย. **การจัดทำสนธิสัญญาของประเทศไทย**. ค้นวันที่ 12 ตุลาคม 2557 จาก http://www. mfa.go.th/treaty/articles/list.html

มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. **รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา: คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548. **ราชกิจจานุเบกษา**. 122, 55 ง (27 กรกฎาคม 2548): 25-29.

รัฐสภา. **การประชุมร่วมกันของรัฐสภา เรื่อง กรอบการเจรจาการจัดทำข้อตกลงเป็นหุ้นส่วนด้วยความสมัครใจ (Voluntary Partnership Agreement: VPA) ในการบังคับใช้กฎหมายป่าไม้ธรรมาภิบาล และการค้า (FLEGT) ระหว่างประเทศไทยกับสหภาพยุโรป (EU) ครั้งที่ 1.** 29 มกราคม 2556. ค้นวันที่ 8 กันยายน 2559 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_sapa/dspa012956-08.pdf

รัฐสภา. **การประชุมร่วมกันของรัฐสภา เรื่อง กรอบการเจรจาความตกลงการค้าบริการอาเซียน ครั้งที่ 16**. 5 พฤศจิกายน 2556. ค้นวันที่ 8 กันยายน 2559 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_sapa/dspa110556-01.pdf

รัฐสภา. **การประชุมร่วมกันของรัฐสภา เรื่อง การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage) ครั้งที่ 12**. 2 ตุลาคม 2556. ค้นวันที่ 8 กันยายน 2559 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_sapa/dspa100256-05.pdf

รัฐสภา. **การประชุมร่วมกันของรัฐสภา เรื่อง ระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับการรับรองถิ่นกำเนิดสินค้าและหนังสือรับรองถิ่นกำเนิดสินค้า (FORM D) ของอาเซียน ครั้งที่ 1**. 29 มกราคม 2556. ค้นวันที่ 8 กันยายน 2559 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_sapa/dspa012956-03.pdf

รัฐสภา. **การประชุมร่วมกันของรัฐสภา เรื่อง รับทราบการทบทวนแหล่งเงินกู้สำหรับโครงการรถไฟฟ้าสายสีม่วง (บางใหญ่-บางซื่อ) ระยะที่ 3 ปีที่ 3 (สมัยสามัญทั่วไป) ครั้งที่ 12.** 2 ตุลาคม 2556. ค้นวันที่ 8 กันยายน 2559 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_sapa/dspa100256-01.pdf

รัฐสภา. **การประชุมร่วมกันของรัฐสภา เรื่อง ร่างกรอบการเจรจาความตกลงเพื่อความร่วมมือด้านภาษีอากรระหว่างประเทศและการปฏิบัติตาม Foreign Account Tax Compliance Act ระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ปีที่ 3 (สมัยสามัญทั่วไป) ครั้งที่ 12**. 2 ตุลาคม 2556. ค้นวันที่ 8 กันยายน 2559 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_sapa/dspa100256-10.pdf

รัฐสภา. **การประชุมร่วมกันของรัฐสภา เรื่อง ร่างความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งคูเวตเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ปีที่ 3 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) ครั้งที่ 2**. 5 กุมภาพันธ์ 2556. ค้นวันที่ 8 กันยายน 2559 จาก http://library 2.parliament.go.th/giventake/content_sapa/dspa02 0556-01.pdf

ราชบัณฑิตยสถาน. **พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554**. ค้นวันที่ 8 กันยายน 2559 จาก http://www.royin.go.th/dictionary/

ลาวัณย์ ถนัดศิลปกุล. **กระบวนการทำสนธิสัญญา**. ค้นวันที่ 24 สิงหาคม 2556 จาก http://measwatch.org/ sites/ default/ files/ bookfile/ TueSeptember2008-16-16-55-Treaty_making_process.pdf

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองกลาง. **Public Law Net.** (สิงหาคม 2551): 1-6. ค้นวันที่ 10 พฤศจิกายน 2558 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1264

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551 (เขาพระวิหาร). **Public Law Net**. (ตุลาคม 2551): 1-6. ค้นวันที่ 5 ตุลาคม 2558 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1292

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน. **วารสารวิชาการศาลปกครอง.** 8, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2551): 43-82.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ศาลเขียน รธน. ใหม่. **ประชาไท.** (กรกฎาคม 2551): ย่อหน้าที่ 1-86. ค้นวันที่ 24 สิงหาคม 2556 จาก http://prachatai.com/journal/2008/07/17353

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. การควบคุมการใช้ดุลพินิจการปกครองโดยองค์กรตุลาการ. **วารสารพระธรรมนูญ.** ฉบับพิเศษ (12 กันยายน 2546) อ้างถึงใน อภิชัย กู้เมือง. **การมอบอำนาจของฝ่ายปกครอง.** หน้า 1-21. ค้นวันที่ 24 สิงหาคม 2556 จาก http://kormor.obec.go.th/arti/arti011.pdf

วีรพัฒน์ ปริยวงศ์. การใช้อำนาจอธิปไตยสร้างกฎหมายระหว่างประเทศ:หนังสือสัญญาบางประเภทอันต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา (ตอนที่ 2). **Public Law Net.** (พฤษภาคม 2551): 1-6. ค้นวันที่ 15 ตุลาคม 2558 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1217

ศรีสุดา คล้ายคล่องจิตร. **สรุปผลการบรรยายของ ดร. สุพรรณวษา โชติกญาณ เรื่อง การจัดทำสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศ.** 28 กันยายน 2558 ณ ห้องประชุมประชาสังคมอุดมพัฒน์ สถาบันวิจัยประชากรและสังคม. ค้นวันที่ 15 กันยายน 2559 จาก http://www.ns.mahidol.ac.th/english/research/th/doc/การจัดทำสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศ.pdf

ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร. **สนธิสัญญาไทย-ฝรั่งเศส สมัยสมเด็จพระนารายณ์ฯ**. ค้นวันที่ 19 มีนาคม 2557 จาก http://www.sac.or.th/databases/inscriptions/inscribe_detail.php?id=1204

สถาบันเทคโนโลยีนิวเคลียร์แห่งชาติ. **ข้อมูลการดำเนินการตามข้อตกลงโครงการความร่วมมือด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีระหว่างประเทศ (ทวิภาคี)**. ค้นวันที่ 15 กันยายน 2559 จาก http://www.tint.or.th/foreign/5000-foreign-coop.html

สถาบันพระปกเกล้า. **ประวัติการเมืองการปกครองไทย**. ค้นวันที่ 26 สิงหาคม 2558 จาก http://www.senate.go.th/km/data/political.doc

สภาปฏิรูปแห่งชาติ. ประกาศสภาปฏิรูปแห่งชาติ เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ. **ราชกิจจานุเบกษา.** 131, 222 ง (4 พฤศจิกายน 2557): 1-2.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. **รายงานการวิจัย เรื่อง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส**. รายงานการวิจัย เสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2548.

สมคิด ศรีสังคม. **ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจทวีปยุโรปจากยุคดึกดำบรรพ์ถึง ค.ศ. 1750**. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2526.

สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร. **กฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้กันในปัจจุบัน**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: ธนธัชการพิมพ์, 2554.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. **คู่มือแบบการร่างกฎหมาย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. เรื่องเสร็จที่ 693/2551. **บันทึกของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา พ.ศ. ....**

สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน. **กบฏการเมืองและการปฏิวัติรัฐประหารในประเทศไทย**. ค้นวันที่ 26 สิงหาคม 2558 จาก http://social.obec.go.th/library/document/curriculum/2/3/3.3.pdf

สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (กพ.). **พื้นฐานการเจรจาต่อรอง**. ค้นวันที่ 11 พฤศจิกายน 2558 จาก http://www.ocsc.go.th/ocsc/th/files/CSTI/ASEANUNIT/DirectASEAN/D2File1.pdf

สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. **หลักเกณฑ์การเว้นวรรค.** ค้นวันที่ 30 สิงหาคม 2559 จาก http://www.royin.go.th/?page_id=629

สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, สำนักกฎหมาย, กองบรรณาธิการ. หลักการตีความกฎหมายตามครรลองของหลักนิติรัฐและนิติธรรม. **วารสารจุลนิติ.** 7, 4 (กรกฎาคม-สิงหาคม 2553): 1-38.

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. ร่างกรอบการเจรจาความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับสมาคมการค้าเสรีไทย. ใน **เอกสารแนบระเบียบวาระในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ในสมัยการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ปีที่ 2 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) ครั้งที่ 1**. 29 มกราคม 2556. ค้นวันที่ 29 ตุลาคม 2558 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_sapa/dspa012956-07.pdf

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. ร่างความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งรัฐคูเวต เพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน. ใน **เอกสารแนบระเบียบวาระในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ในสมัยการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ปีที่ 2 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) ครั้งที่ 2**. 5 กุมภาพันธ์ 2556. ค้นวันที่ 29 ตุลาคม 2558 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_sapa/dspa020556-01.pdf

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. **รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 33/2550**. 25 มิถุนายน 2550 ณ ตึกรัฐสภา. ค้นวันที่ 11 พฤศจิกายน 2558 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_meeting/062950.html

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. **รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 37/2550 (เป็นพิเศษ)**. 29 มิถุนายน 2550 ณ ตึกรัฐสภา. ค้นวันที่ 11 พฤศจิกายน 2558 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_ca/r062950.pdf

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. **เอกสารแนบระเบียบวาระในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ในสมัยการประชุม ปีที่ 1 (สมัยสามัญทั่วไป) และเอกสารประกอบการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ปีที่ 1 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) ถึงการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ปีที่ 3 (สมัยสามัญทั่วไป)**. ค้นวันที่ 29 ตุลาคม 2558 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/sapadoc2554.html

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. **เอกสารแนบระเบียบวาระในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ในสมัยการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ปีที่ 1 (สมัยสามัญทั่วไป) ครั้งที่ 6.** 28 พฤศจิกายน 2554. ค้นวันที่ 29 ตุลาคม 2558 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/sapadoc2554.html

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. **เอกสารแนบระเบียบวาระในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ในสมัยการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ปีที่ 2 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) ครั้งที่ 12**. 2 ตุลาคม 2556. ค้นวันที่ 29 ตุลาคม 2558 จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/sapadoc2554.html

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. **เอกสารแนบระเบียบวาระในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ปีที่ 3 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) ครั้งที่ 2**. 5 กุมภาพันธ์ 2556. ค้นวันที่ 29 ตุลาคม 2558 จาก http://library2.Parliament.go.th/giventake/content_sapa/dspa020556-01.pdf

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. **เอกสารแนบระเบียบวาระในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ในสมัยการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ปีที่ 3 (สมัยสามัญทั่วไป) ครั้งที่ 1**. วันอังคารที่ 29 มกราคม 2556 จาก จาก http://library2.Parliament.go.th/giventake/content_sapa/dspa020556-01.pdf

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. **เอกสารแนบระเบียบวาระในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา เรื่อง ร่างความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งคูเวตเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ปีที่ 3 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) ครั้งที่ 2**. 5 กุมภาพันธ์ 2556. ค้นวันที่ 29 ตุลาคม 2558 จาก http://library2.Parliament.go.th/giventake/content_sapa/dspa020556-01.pdf

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. **เอกสารวิชาการ (Academic Forum) มาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ว่าด้วยการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ**. ค้นวันที่ 30 สิงหาคม 2559 จาก http://library2.parliament.go.th/ejournal/content_af/2559/jun2559-3.pdf

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. **แนวทางการปฏิบัติตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2549.

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. **มติคณะรัฐมนตรี ที่ นร. 09 เรื่อง การทำหนังสือสัญญาที่หน่วยงานสามารถดำเนินการได้ตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ต้องเสนอคณะรัฐมนตรี**. 27 มกราคม 2558. ค้นวันที่ 12 กันยายน 2558 จาก http://www.cabinet.soc.go.th/soc/Program2-3.jsp?top_serl=99312090&key_word=&owner_dep=&meet_date_dd=27&meet_datemm=01&meet_date_yyyy=2558&doc_id1=&doc_id2=&meet_date_dd2=&meet_date_mm2=&meet_date_yyyy2=

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. **มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 21 กรกฎาคม พ.ศ. 2535 เรื่อง การติดต่อทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญาและสนธิสัญญาต่าง ๆ เกี่ยวกับการดำเนินการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศให้เป็นอำนาจและหน้าที่ของกระทรวงการต่างประเทศ.**

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. หนังสือเลขที่ นร. 0202/13604. 2 ตุลาคม 2527. **เรื่อง การลงนามในความตกลงเกี่ยวกับความช่วยเหลือที่อาเซียนได้รับจากต่างประเทศ.**

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. หนังสือเลขที่ นร. 0203/ว 114. 27 กรกฎาคม 2535. **เรื่อง การติดต่อทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญา และสนธิสัญญาต่าง ๆ.**

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. หนังสือเลขที่ นร. 0205/13048. 3 ตุลาคม 2545. **เรื่อง การทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญาและสนธิสัญญาต่าง ๆ.**

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. หนังสือเลขที่ นร. 0504/ว 7. 14 มกราคม 2547. **เรื่อง การทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญาและสนธิสัญญาต่าง ๆ.**

อภิชัย กู้เมือง. **การมอบอำนาจของฝ่ายปกครอง.** ค้นวันที่ 24 สิงหาคม 2556 จาก http://kormor.obec.go.th/arti/arti011.pdf

อมร จันทรสมบูรณ์. **คำสั่งศาลปกครองกลางคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ถูกต้องหรือไม? (การกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวกรณีฟ้องขอเพิกถอนคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาขึ้นทะเบียน “ปราสาทพระวิหาร”)**. ค้นวันที่ 10 พฤศจิกายน 2558 จาก http://www.admincourt.go.th/attach/news_attach/2008/08/Article20080807.pdf

อรรณพ บุราณเศรษฐ. **มาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ.** รายงานการศึกษาส่วนบุคคลในหลักสูตรนักบริหารการทูต สถาบันกระทรวงการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ กระทรวงการต่างประเทศ, 2552.

อรุณ ภาณุพงศ์. **การทูตและการระหว่างประเทศ.** กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529.

อรุณ ภาณุพงศ์. **หลักการตีความกฎหมายมหาชน**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: พี. เพรส, 2551.

อังกูร วัฒนรุ่ง. **เอกสารประกอบการบรรยายเรื่อง กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง**. ค้นวันที่ 2 สิงหาคม 2556 จาก http://www.bpp.go.th/bpp_st6/revolve/lawyer22_3.../low court.doc

The Aegean Sea Continental Shelf Case (Jurisdiction). **I.C.J. Report** (1978): para. 96, 104-106 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. **ปัญหาการทำสนธิสัญญาตามรัฐธรรมนูญ 2550.** ค้นวันที่ 24 สิงหาคม 2557 จาก http://law.tu.ac.th/files/news/2555/August/322_prasit.pdf

Akweenda, S. **International Law and the Protection of Namibia's Territorial Integrity: Boundaries and Territorial Claims.** The Hague: Kluwer Law International, 1997.

Alstine, Michael P. Van. The Judicial Power and Treaty Delegation. **California Law Review**. 90, 4 (July 2002): 1263-1304. Retrieved June 28, 2015 form http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol90/iss4/5

American Society of International Law and the International Judicial Academy. **General Principle of International Law: Pacta Sunt Vervanda (September 2008).** Retrieved August 24, 2013 from http://www.judicialmonitor.org/archive_0908/generalprinciples.html

Anderson, Chandler P. The Extent and Limitations of the Treaty-Making Power Under the Constitution. **The American Journal of International Law**. 1, 3 (July 1907): 636-670. Retrieved August 15, 2016 from http://www.jstor.org/stable/2186823

Anderson, Winston. MEAs Implementation in the Caribbean: Report and Guidelines. In **United Nations Environment Programme (UNEP) 12th Forum of Ministers of the Environment of Latin America and the Caribbean.** Bridgetown, Barbados. March 2-7, 2000. Retrieved March 19, 2015 from http://www.pnuma.org/foroministros/12-barbados/bbexb07i-MEAsImplementationintheCaribbean.doc

The Arms Control Association. **Senate Rejects Comprehensive Test Ban Treaty: Clinton Vows to Continue Moratorium.** Retrieved August 20, 2013 from https://www.armscontrol.org/act/1999_09-10/ctbso99

Aust, Anthony. **Modern Treaty Law and Practice.** 2nd ed. United Kingdom: Cambridge University Press, 2000.

Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade. **Treaty Making Process: Treaties, the Constitution and the National Interest.** Retrieved September 7, 2015 from https://www.dfat.gov.au/treaties/making/

Award, Donald E. Glover. **Polybius and the Founding Fathers: The Separation of Powers**. Retrieved August 28, 2015 from http://mlloyd.org/mdl-indx/polybius/intro.htm

Benwell, Richard and Gay, Oonagh. **The Separation of Powers: Standard Note: SN/PC/06053 Parliament and Constitution Centre of Library of Houses of Commons of United Kingdom.** Retrieved October 18, 2015 form http://www.parliament.uk/briefing-papers/sn06053.pdf

Bernstein, Herbert and Zekoll, Joachim. The Gentleman's Agreement in Legal Theory and in Modern Practice: United States. **The American Journal of Comparative Law.** 46 (1996): 87-110.

Bindschedler, Rudolf L. et al., eds. **Regional Cooperation, Organizations and Problems: Council of Europe.** Amsterdam: Elsevier Science Publishers B. V., 1983.

Bradley, Curtis A. Intent, Presumptions, and Non Self-Executing Treaties. **The American Journal of International Law.** 102 (2008): 540-551. Retrieved October 10, 2015 from http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article= 2599&context=faculty_scholarship

The British Embassy. **United Kingdom Constitution 1992.** Retrieved November 15, 2015 from http://www.servat.unibe.ch/icl/uk00000_.html

Brölmann, Catherine M. Law-Making Treaties: Form and Function in International Law. **Nordic Journal of International Law.** 74 (2005): 1-17. Retrieved August 24, 2013 from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1334266

Brose, Ekkehard. **When Germany Sends Troops Abroad: The Case for a Limited Reform of the Parliamentary Participation Act.** Berlin: Stiftung Wissenschaft und Politik, German Institute for International and Security Affairs, 2013. Retrieved March 19, 2015 from https://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/research_papers/2013_RP09_bre.pdf

Chapus, René. **Droit administratif general Tome 1.** 14 édtion. N.p.: Montchrestien, 2000 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, วรกร โอภาสนันท์ และอารยา สุขสม. **รายงานศึกษาฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน**. รายงานการวิจัย เสนอต่อสถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา, 2553.

Claes, Monica. **The National Courts' Mandate in the European Constitution**. Oregon: Hart, 2006.

Clancy, Charles Sumner. An Organic Conception of the Treaty-Making Power vs. State Rights as Applicable to the United States. **Michigan Law Review.** 7, 1 (November 1908): 19-52. Retrieved April 16, 2016 from http://www.jstor.org/stable/1274085

Clark, David. The Many Meanings of Rule of Law. **Law, Capitalism and Power in Asia: The Rule of Law and Legal Institutions.** Kanishka Jayasuriya, ed. London: Roultedge, 1999.

Cooper, David L. **Some Basic Rules of Interpretation: Interpretation and Application.** Retrieved May 25, 2016 from http://www.ariel.org/dlc/dlc-wg-04.htm

Davies, Lizzy. UK Police to Work on Thai Murder Inquiry. **The Guardian News.** (7 October 2014): para. 1-12. Retrieved September 15, 2016 from https://www.Theguardian.com/uk-news/2014/oct/17/uk-police-thai-murder-inquiry

Dicey, Albert. **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**. N.p.: n.p., 1885 quoted in Erastus-Obilo, Bethel**. Reason Curve Jury Competence and the English Criminal Justice System: The Case for A 21st Century Approach**. Florida: Universal Publisher, 2009.

Dobbert, J. P. and Carroz, Jean. **Evolution of the Treaty-Making Capacity of International Organizations: Legal Personality and Treaty Making Capacity -Theoretical Analysis.** Retrieved November 19, 2015 from http://www.fao.org/docrep/s5280t/s5280t0a.htm

Dollinger, André. **The Peace Treaty between Ramses II and Hattusili III (January 2010**). Retrieved March 19, 2015 from http://www.reshafim.org.il/ad/egypt/ramses-hattusili-treaty.htm

Eisemann, Pierre Michel and Rivier, Raphaële. National Treaty Law and Practice: France. In **National Treaty Law and Practice**. Boston: Martinus Nijhoff, 2005.

Erastus-Obilo, Bethel. **Reason Curve, Jury Competence, and the English Criminal Justice System: The Case for A 21st Century Approach**. Florida: Universal Publisher, 2009.

Estonian World. **Estonia and Finland become First in the World to Digitally Sign International Agreement.** Retrieved March 28, 2015 from http://estonianworld.com/technology/estonia-finland-become-first-world-digitally-sign-international-agreement/

Fitzmaurice, M. and Quast, A. **Law of Treaties Section A: Introduction to the Law of Treaties.** London: Central Printing Service, the University of London Press, 2007. Retrieved October 15, 2015 from http://www.londoninternational.ac.uk/sites/default/files/law_treaties.pdf

Fitzmaurice, Sir Gerald. Second Report on the Law of Treaties. **Year Book of International law Commission (YILC).** 2, 54 (1957) quoted in Brölmann, Catherine M. Law-Making Treaties: Form and Function in International Law. **Nordic Journal of International Law.** 74 (2005): 1-17. Retrieved August 24, 2013 from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1334266

Forte, David F. and Spalding, Matthew. **The Heritage Guide to the Constitution**. 2nd ed. Washington, D.C.: Regnery, 2014.

Frank, Thomas M. and Thiruvengadam, Arun K. International Law and Constitution-Making. **Chinese Journal of International Law.** 2 (2003): 467-518 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. การใช้กฎหมายระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย: ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ. ใน **เอกสารประกอบการบรรยายในการประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 6**. หน้า 1-49. ค้นวันที่ 24 สิงหาคม 2557 จาก http://www.oja.go.th/service/Lists/service/DispForm.aspx?ID=42

French Ministry of Foreign Affairs. **The French Justice System (June 2007**). Retrieved August 28, 2015 from http://ambafrance-us.org/IMG/pdf/Justice_ag.pdf

Friedman, Uri. Behold: The World's First Digitally Signed International Agreement Diplomacy by ID card. **The Atlantic**. (December 20, 2013): para. 1-5. Retrieved March 28, 2015 from http://www.theatlantic.com/international/archive/2013/12/behold-the-worlds-first-digitally-signed-international-agreement/282582/

Georgopoulos, Theodore. The Checks and Balances Doctrine in Member States as A Rule of EC Law: The Cases of France and Germany. In **EUSA 8th International Conference**. March 27-29, 2003. Nashville Tennessee. Retrieved August 24, 2015 from http://aei.pitt.edu/6493/1/001523_1.PDF

Goodman, Carl F. **The Rule of Law in Japan: A Comparative Analysis**. The Hauge: Kluwer Law International, 2003.

Greene, Clifford Michael. A New Approach to the Act of State Doctrine: Turning Exceptions into the Rule. **Cornell International Law Journal.** 8, 2 (May 1975): 273-289. Retrieved September 2, 2016 from http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol8/iss2/8

Haas, Stephen. **Judicial Review**. Retrieved March 19, 2015 from http://juris.nationalparalegal.edu/(X(1)S(wwbvsi5iswopllt1bfpzfkjd))/JudicialReview.aspx

Helfer, Laurence R. and Meyer, Timothy. **The Evolution of Codification: A Principal-Agent Theory of the International Law Commission's Influence.** Retrieved November 19, 2015 from http://scholarship.lawduke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6134&context=faculty_scholarship

Hermida, Julian. **Legal Basis for a National Space Legislation.** United States of America: Kluwer Academic Publishers, 2004.

Hershey, Amos S. Treaty-Making Power with Special Reference to the United States. **Indiana Law Journal**. 1, 5 (1926): 261-269. Retrieved August 24, 2015 from http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol1/iss5/2

International Court of Justice. Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria. **ICJ Report.** (Judgment of October 10, 2002). Retrieved May 15, 2015 from http://www.icj-cij.org/docket/files/94/7453.pdf

International Legal Research Tutorial. **U. S. Treaties & Agreements-The Process**. Retrieved August 28, 2015 from https://law.duke.edu/ilrt/treaties_3.htm

Iwaswa, Yuji. **International Law Human Rights and Japanese Law**. Great Britain: Clarendon, 1998 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. การใช้กฎหมายระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย: ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ. ใน **เอกสารประกอบการบรรยายในการประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 6**. หน้า 1-49. ค้นวันที่ 24 สิงหาคม 2557 จาก http://www.oja.go.th/service/Lists/service/DispForm.aspx?ID=42

Kaczorowska, Alina. **Public International Law**. 4th ed. Oxon: Routledge, 2010.

Korowicz, M. St. **Introduction to International Law**. The Hague: N.p., 1964 quoted in Milojević, Momir. The Principle of Non-Interference in the International Affairs of States: UDC 341.23. **Law and Politics.** 1, 4 (2000): 427-447. Retrieved August 24, 2013 from http://facta.junis.ni.ac.rs/lap/lap2000/lap2000-07.pdf

Lauterpacht, E. and Greenwood, C. J., eds. **International Law Reports: Volume 98**. Cambridge: Research Center for International Law, University of Cambridge, 1994.

Leeker, Joe F. **Air America in Thailand-Since the Days of CAT.** Retrieved September 15, 2016 from https://www.utdallas.edu/library/special collections/hac/cat aam/Leeker/history/Thailand.pdf

Lenoir, Noelle. The Constitutional Council and the European Convention of Human Right: The French Paradox. In **Judicial Review in International Perspective: Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley**. Mads Andenas, ed. The Hague, The Netherland: Kluwer Law International, 2000. Pp. 145-176.

Lewinson, Joseph L. Limiting Judicial Review by Act of Congress. **California Law Review.** 23, 8 (1935) อ้างถึงใน พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. การละเมิดอำนาจรัฐสภา. **วารสารสังคมศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**. 45, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2558): 105-126.

Lewis, Clive. **Judicial Remedies in Public Law**. London: Sweet & Maxwell, 1992.

Luchaire, Francois. The Participation of Parliament in the Elaboration and Application of Treaties-Europe. **Chicago-Kent Law Review.** 67 (1991): 341-359. Retrieved August 28, 2015 from http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol67/iss2/4

Luchaire, Francois. The Participation of Parliament in the Elaboration and Application of Treaties. In **Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties: A Comparative Study**. Boston: Kluwer Academic, 1994. Pp. 45-60 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. การใช้กฎหมายระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย: ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ. ใน **เอกสารประกอบการบรรยายในการประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 6**. หน้า 1-49. ค้นวันที่ 24 สิงหาคม 2557 จาก http://www.oja.go.th/service/Lists/service/DispForm.aspx?ID=42

Mahoney, Curtis J. Treaties as Contracts: Textualism, Contract Theory, and the Interpretation of Treaties. **The Yale Law Journal**. 116, 4 (January 2007): 824-857. Retrieved October 24, 2015 from http://www.yalelawjournal.org/note/treaties-as-contracts-textualism-contract-theory-and-the-interpretation-of-treaties

Martin, Daniel. British Police to Join Thai Murder Probe within Weeks after Pressure over Case from David Cameron. **Mail Online, Daily Mail.** (17 October 2014): para. 1-32. Retrieved September 15, 2016 from http://www.dailymail.co.uk/wires/pa/article-2797694/Thai-murders-blame-pinned-men.html

McNair, Arnold. When Do British Treaties Involve Legislation?. **British Yearbook of International Law**. 9 (1928): 59-68 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. การใช้กฎหมายระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย: ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ. ใน **เอกสารประกอบการบรรยายในการประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 6.** หน้า 1-49. ค้นวันที่ 24 สิงหาคม 2557 จาก http://www.oja.go.th/service/Lists/service/DispForm.aspx? ID=42

McNair, Baron A. D. **The Law of Treaties**. Great Britain: Clarendon Press, 1961 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. การใช้กฎหมายระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย: ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ. ใน **เอกสารประกอบการบรรยายในการประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 6.** หน้า 1-49. ค้นวันที่ 24 สิงหาคม 2557 จาก http://www.oja.go.th/service/Lists/service/DispForm.aspx?ID=42

Medalia, Jonathan. **Nuclear Weapons: Comprehensive Test Ban Treaty.** Retrieved August 20, 2013 from http://www.fas.org/sgp/crs/nuke/IB92099.pdf

Milojević, Momir. The Principle of Non-Interference in the International Affairs of States: UDC 341.23. **Law and Politics.** 1, 4 (2000): 427-447. Retrieved August 24, 2013 from http://facta.junis.ni.ac.rs/lap/lap2000/lap2000-07.pdf

Ministry of Foreign Affairs. **Diplomatic History of Thailand: The Beginning of Relations with European Nations and Japan, The Netherland**. Retrieved March 19, 2015 from http://www.mfa.go.th/main/en/organize/1085/19294-The-Beginning-of-Relations-with-European-Nations-a.html

Ministry of Foreign Affairs. **Threats to National Independence 1886-1896**. Retrieved March 19, 2014 from http://www.mfa.go.th/main/en/organize/1085/19296-Threats-to-National-Independence-:-1886---1896.Html

Ministry of Justice. **The French Legal System: Judicial System**. France: Ministère de la Justice, 2012. Retrieved August 28, 2015 from http://www.justice.gouv.fr/publication/french_legal_system.pdf

Mitchell, Andrew. **AS Law**. 3rd ed. United Kingdom: Routledge-Cavendish, 2009.

Montesquieu, Charles de Secondat, baron de. **The Sprit of Laws**. Translated and edited by Anne Cohler, Basia Miller and Harold Stone. New York: Cambridge University Press, 1989 quoted in Benwell, Richard and Gay, Oonagh. **The Separation of Powers: Standard Note: SN/PC/06053. Parliament and Constitution Centre of Library of Houses of Commons of United Kingdom.** Retrieved October 18, 2015 form http://www.parliament.uk/briefing-papers/sn06053.pdf

Morris, Chris. Language Dispute Divides Belgium. **BBC News**. Brussels (13 May 2005). Retrieved September 6, 2015 from http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/4545433.stm

National Commission to Review the Working of the Constitution, Law Commission of India. **A Consultation Paper on Treaty-Making Power under Our Constitution.** Retrieved August 28, 2015 from http://lawmin.nic.in/ncrwc/finalreport/v2b2-3.htm

New Zealand Law Commission. **The Treaty Making Process Reform and the Role of Parliament, Report 45**: **Appendix A: France**. Wellington, New Zealand: N.p., 1997. Retrieved August 24, 2015 from http://www.nzlii.org/nz/other/nzlc/report/R45/

Newton, Velma. Ensuring Adequate Parliamentary Scrutiny of Foreign and Commonwealth Affairs. In **Paper Prepared for Presentation to the 32nd Small Branches Conference of the 58th Commonwealth Parliamentary Association Meeting.** Colombo, Sri Lanka. September 9-10, 2012. Pp. 1-7. Retrieved March 19, 2015 from http://www.cpahq.org/cpahq/cpadocs/VelmaNewtonCPAPaperonparlscrutiny.pdf

O' Keefe, Roger. The Doctrine of Incorporation of Revisited. **British Year Book of International Law 2008: Seventy-Nine Year of Issue**. James Crawford and Vaughan Lowe, eds. Oxford: The Clarendon, 2009.

Permanent Court of International Justice. **Legal Status of Eastern Greenland.** General List: No. 43. Twenty-sixth Session. April 5, 1933. Retrieved September 15, 2016 from http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf

PUBLIUS (James Madison). The Particular Structure of the New Government and the Distribution of Power among Its Different Parts from the New York Packet. **The Federalist Papers:** No. 47. February 1, 1788. Lillian Goldman Law Library, Yale Law School. Retrieved September 30, 2016 from http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed47.asp

Ramsey, Michael D. Treaty Clause. **The Heritage Guide to the Constitution**. Retrieved November 13, 2015 from http://www.heritage.org/constitution/#!/articles/2/essays/90/treaty-clause

Robertson, Arthur Henry. Organs of a Parliamentary Character. In **Collected Courses 1957 of the Hague Academy of International Law** Volume 91. Maubeuge, France: Triangle Bleu., 1996. Pp. 164-192

Rousseau, Ch. **Droit International Public.** Paris: t. II, 1974 quoted in Milojević, Momir. The Principle of Non-Interference in the International Affairs of States: UDC 341. 23. **Law and Politics.** 1, 4 (2000): 427-447. Retrieved August 24, 2013 from http://facta.junis.ni.ac.rs/lap/lap2000/lap2000-07.pdf

Safran, William. **The French Polity**. 7th ed. Oxon: Routledge, 2015.

Samuel, Geoffrey. **A Short Introduction to the Common Law.** UK: Edward Elgar, 2013.

Smith, Jane M.; Shedd Daniel T. and Murrill, Brandon J. Why Certain Trade Agreements Are Approved as Congressional-Executive Agreements Rather Than Treaties. **CRS Report for Congress** (April 15, 2013). Retrieved November 19, 2015 from https://fas.org/sgp/crs/misc/97-896.pdf

Smithsonian Institution. **1b Harris Treaty of 1856**. Retrieved March 19, 2015 from http://www.mnh.si.edu/treasures/frame_exhibit_gallery1b_main.htm

Smithsonian Institution. **Gallery 1a A Historical Perspective on Gifts to the United States of America*:* The Treaty of Amity and Commerce, 1833**. Retrieved March 19, 2015 from http://www.mnh.si.edu/treasures/frame_exhibit_gallery1_main.htm

Stankiewicz, W. J. **Aspects of Political Theory: Classical Concepts in an Age of Relativism**. London: Cassell and Collier Macmillan, 1976.

Steinberger, Helmut. **Constitutional Subdivisions of States or Unions and their Capacity to conclude Treaties Comments on Art. 5 Para. 2 of the ILC's 1966 Draft Articles on the Law of Treaties.** Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1967. Retrieved June 31, 2015 from http://www.zaoerv.de/27_1967/27_1967_3_ c_411_428.pdf

Stewart, Francois and Source, Jones. Treaties and Treaty-Making. **Political Science Quarterly.** 12, 3 (September 1897): 420-449. Retrieved December 1, 2014 from http://www.jstor.org/stable/2139665

Stratton, Jane et al. **International Law Hot Topics:** No. 69. Cathy Hammer, ed. Sydney, N.S.W: Legal Information Access Centre, 2009.

Sukanjanajtee, Benjamin. Promoting ASEAN Economic Community through Greater Participation and Transparency in Treaty Making Procedures: Thailand's Internal Process and ASEAN Rules of Procedure. In **Embracing the New Role of ALA after the ASEAN Charter 11th General Assembly 2012 ASEAN Law Association**. February 14-19, 2012. The Westin Resort, Nusa Dua, Bali, Indonesia. Pp. 1-11. Retrieved September 30, 2015 from http://www.asean lawassociation.org/11GAdocs/workshop4-thai.pdf

Suwannathat-pian, Kobkua. **The 1902 Siamese-Kilant an Treaty: An End to The Traditional Relations**. Retrieved March 19, 2015 from http://www.siamese -eritage. org/ jsspdf/ 1981/ JSS_072_0g_KobkuaSuwannathatPian_1903Siamese KelantanTreaty.pdf

Templeman the Right Honourable the Lord. Treaty-Making and the British Parliament – Europe. **Chicago-Kent Law Review**. 67, 2 (June, 1991): 459-484. Retrieved November 15, 2015 from http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol 67/iss2/9

Tiersky, Ronald and Jones, Erik. **Europe Today: A Twenty-first Century Introduction.** 5thed. Maryland: Rowman and Littlefield, 2015.

Twomey, Anne. **Federal Parliament's Changing Role in Treaty Making and External Affairs.** Australia: Department of the Parliamentary Library, 2000.

UK Parliament. **Laid Papers**. Retrieved November 15, 2015 from http://www.parliament. uk/site-information/glossary/laid-or-laying-before-parliament/

United Kingdom, Foreign and Commonwealth Office. **Government-Guidance UK Treaties, Guidance to the Work of the FCO's Treaty Section: Practice and Procedures**. Retrieved November 15, 2015 from https:// www. gov. uk/ guid ance/uk-treaties

United Kingdom, Foreign and Commonwealth Office. **Treaties and Memoranda of Understanding (MOUs): Guidance on Practice and Procedures**. 2nd ed. London: Foreign and Commonwealth Office, 2014. Retrieved November 15, 2015 from https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attach ment_data/file/ 293976/Treaties_and_MoU_Guidance.pdf

United Kingdom, House of Commons Information Office. **Treaties.** Retrieved August 24, 2015 from http:// www. parliament. uk/ documents/ commons-information-office/p14.pdf

United Kingdom, The Parliament. **What are Early Day Motions?**. Retrieved August 24, 2015 from http://www.parliament.uk/about/how/business/edms/

United Nations. **Treaty Handbook**. New York: United Nations Publication, 2012.

United Nations. **United Nations Conference on the Law of Treaties**. First session Vienna. 26 March-24 May 1968. Official Records, Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Committee of the Whole. New York: United Nations, 1969. Retrieved June 31, 2015 from http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawoftreaties-1969/vol/english/1st_sess.pdf

United Nations, Department of Economic and Social Affairs. **International Norms and Standards Relating to Disability: 1.4 International Law in Municipal Law**. 2003-2004. Retrieved August 20, 2015 from http://www.un.org/esa/socdev/enable/comp101.htm

United States Department of State, Bureau of Public Affairs, Office of the Historian. **Milestones 1914–1920: The Paris Peace Conference and the Treaty of Versailles.** Retrieved August 20, 2015 from https://history.state.gov/milestones/1914-1920/paris-peace

United States of America, U. S. State Department. **International Documents of a Non-Legally Binding Character**. Retrieved March 28, 2015 from http://www.state.gov/documents/organization/65728.pdf

United States of Congress, Library of Congress, The Congressional Research Service (CRS). **Treaties and Other International Agreements: The Role of the United States Senate.** Washington: U.S. Government Printing Office, 2001.

United States Senate. Executive Agreement. **Treaties**. Retrieved August 20, 2015 from http:/www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Treaties.htm

United States Senate. **U.S. Senate Roll Call Votes 106th Congress-1st Session**. Retrieved August 20, 2013 from http://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_lists/roll_call_vote_cfm.cfm?congress=106&session=1&vote=00325

Vázquez, Carlos Manuel. The Four Doctrines of Self-Executing Treaties. **The American Journal of International Law** 89 (1995): 695-723. Retrieved August 28, 2015 from http:// scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2008&context=facpub

Vile's, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of Powers: Montesquieu.** 2nd ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998. Retrieved August 24, 2015 from http://oll.libertyfund.org/pages/montesquieu-and-the-separation-of-powers

Vyver, Johan D. Van Der. Self-Determination of the Peoples of Quebec under International Law. **Journal of Transnational Law and Policy**. 10 (Fall, 2000): 1-132. Retrieved August 24, 2015 from http://www.law.fsu.edu/journals/transnational/vol101/vyver.pdf

Widdows, Kelvin. What Is an Agreement in Internatioanl Law. **British Yearbook of Interantional Law** (1979) อ้างถึงใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. **ปัญหาการทำสนธิสัญญาตามรัฐธรรมนูญ 2550**. ค้นวันที่ 24 สิงหาคม 2557 จาก http://law.tu.ac.th/files/news/2555/Agust/322_prasit.pdf

Wiefelspütz, Dieter. Der wehrverfassungsrecht-liche Parlamentsvorbehalt. In **Humboldt Forum Recht** no. 16. N.p.: n.p. 2010 quoted in Brose, Ekkehard. **When Germany Sends Troops Abroad: The Case for a Limited Reform of the Parliamentary Participation Act.** Berlin: Stiftung Wissenschaft und Politik, German Institute for International and Security Affairs, 2013. Retrieved March 19, 2015 from https://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/research_papers/2013_RP09_bre.pdf

Wildhaber, Luzius. Parliamentary Participation in Treaty-Making: Report on Swiss Law-Europe. **Chicago-Kent Law Review**. 67, 2 (June 1991): 437-458.

Woodbury, Levi. **Political, Judicial and Literary: Volume I Political**. Boston: Little, Brown and Company, 1852.

World Bank. **Governing Systems and Executive-Legislative Relations (Presidential, Parliamentary and Hybrid Systems)**. Retrieved October 15, 2015 from http://info.worldbank.org/etools/docs/library/108383/session4h.pdf

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

มาตรา 190 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช .... (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190)

ฉบับที่เสนอโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและ
สมาชิกวุฒิสภาเพื่อพิจารณา

ร่าง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..)

พุทธศักราช ....

.....

.....

.....

.....

.....

โดยที่เป็นการสมควรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

.....

.....

มาตรา ๑ รัฐธรรมนูญนี้เรียกว่า "รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช ...."

มาตรา ๒ รัฐธรรมนูญนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา ๓ ให้ยกเลิกความในมาตรา ๑๕๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๒) พุทธศักราช ๒๕๕๔ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

"มาตรา ๑๕๐ พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

ให้มีกฎหมายว่าด้วยการให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญา และการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญา โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป

ในกรณีที่มีปัญหาตามวรรคสอง ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาดโดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา ๑๕๔ (๑) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม"

มาตรา ๔ ให้ดำเนินการจัดให้มีกฎหมายตามมาตรา ๑๕๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญนี้ ภายในหนึ่งปีนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

.....

นายกรัฐมนตรี

บันทึกวิเคราะห์สรุป
สาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..)
พุทธศักราช ....

สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้ร่วมกันเสนอร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช .... ต่อรัฐสภา โดยมีบันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช .... ดังต่อไปนี้

๑. เหตุผลและความจำเป็นในการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักร

โดยที่มาตรา ๑๕๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติให้การทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาก่อนนั้น เป็นปัญหาในทางปฏิบัติของฝ่ายบริหารและการบริหารราชการแผ่นดิน โดยเฉพาะกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งทำให้เกิดความล่าช้าและความเสียหายแก่ประเทศทั้งในด้านเศรษฐกิจและสังคม จึงเห็นสมควรกำหนดให้การทำหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา จะต้องนำเสนอรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบ จึงจำเป็นต้องตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนี้

๒. สาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช....

๒.๑ แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศเพื่อให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น โดยหนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา จะต้องนำเสนอรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบ ในกรณีที่มีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาดังกล่าวหรือไม่ก็ให้เสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาด (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๕๐)

๒.๒ กำหนดบทเฉพาะกาลเพื่อให้จัดทำกฎหมายว่าด้วยการให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญา และการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญา โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป ให้แล้วเสร็จภายใน ๑ ปี (ร่างมาตรา ๔)

ภาคผนวก ข

มาตรา 190 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ....) พุทธศักราช .... (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190) ฉบับที่ผ่านการพิจารณาจากที่ประชุมรัฐสภาสามวาระ

ร่าง
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช ....
(แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๙๐)

เสนอรัฐสภาเพื่อลงมติในวาระที่สาม

สำนักการประชุม
สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

ร่าง
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..)
พุทธศักราช ....

.....

.....

.....

.....

.....

โดยที่เป็นการสมควรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

.....

.....

มาตรา ๑ รัฐธรรมนูญนี้เรียกว่า "รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช ...."

มาตรา ๒ รัฐธรรมนูญนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา ๓ ให้ยกเลิกความในมาตรา ๑๙๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๒) พุทธศักราช ๒๕๕๔ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

"มาตรา ๑๙๐ พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยชัดแจ้ง หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีบทให้เปิดเสรีด้านการค้าหรือการลงทุน ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

ให้มีกฎหมายว่าด้วยการให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญา และการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญา โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป

ในกรณีที่มีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องเสนอรัฐสภาให้ความเห็นชอบตามวรรคสอง ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาดโดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา ๑๕๔ (๑) และ (๒) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม ทั้งนี้ ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดให้แล้วเสร็จภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่รับเรื่อง"

มาตรา ๔ ให้ดำเนินการจัดให้มีกฎหมายตามมาตรา ๑๘๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญนี้ ภายในหนึ่งปีนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้

.....

.....

ภาคผนวก ค

มาตรา 193 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
ของ คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ (กมธ.)

ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

.....

.....

.....

มาตรา ๑๙๓ พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

หนังสือสัญญาที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางหรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ตามวรรคสอง หมายถึงหนังสือสัญญาเกี่ยวกับเขตการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วม การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา หรือการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือการอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศตามวรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับทำหนังสือสัญญานั้น โดยให้คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการเจรจาที่เป็นเนื้อหาสาระสำคัญอันจะนำไปสู่การจัดทำหนังสือสัญญานั้นต่อคณะกรรมาธิการการต่างประเทศของรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบด้วย ในการนี้ คณะกรรมาธิการดังกล่าวจะต้องประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมิได้เป็นสมาชิกรัฐสภาด้วยและจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว

เมื่อลงนามในหนังสือสัญญาหรือจะเข้าทำหนังสือสัญญาตามวรรคสองแล้ว ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันในหนังสือสัญญาตามวรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น และต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว ในกรณีที่การปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชน คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็ว เหมาะสม และเป็นธรรม

ให้มีกฎหมายว่าด้วยการทำหนังสือสัญญาซึ่งครอบคลุมถึงการกำหนดประเภท กรอบการเจรจา ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาตามวรรคสอง รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าว โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป

ในกรณีที่มีปัญหาตามวรรคสอง ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาด โดยให้นำบทบัญญัติมาตรา ๑๖๔ มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม

ภาคผนวก ง

มาตรา 178 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยของ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ (กรธ.) ฉบับผ่านประชามติ วันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559

ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

.....

.....

.....

มาตรา ๑๗๘ พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา และหนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง หากรัฐสภาพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าวให้ถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบ

หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวางตามวรรคสอง ได้แก่ หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วม หรือการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือหนังสือสัญญาอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

ให้มีกฎหมายกำหนดวิธีการที่ประชาชนจะเข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นและได้รับการเยียวยาที่จำเป็นอันเกิดจากผลกระทบของการทำหนังสือสัญญาตามวรรคสามด้วย

เมื่อมีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดเป็นกรณีตามวรรคสองหรือวรรคสามหรือไม่ คณะรัฐมนตรีจะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ได้ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ

ภาคผนวก จ

ความเห็นส่วนตัวของผู้เขียนปัญหาการปรับใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยฝ่ายนิติบัญญัติมุ่งต่อผลทางการเมืองมากกว่าการยึดถือหลักการ

บทที่ 4

ปัจจัยที่ส่งผลให้เกิดความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศระหว่างองค์กรหลักและองค์กรรองตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

จากการศึกษาในเชิงหลักการและการศึกษาเปรียบเทียบแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศกับประเทศไทยที่ผ่านมา ผู้เขียนพบว่ามีประเด็นปัญหาที่จำต้องทำการวิเคราะห์สภาพปัญหาและปัจจัยที่ส่งผลให้เกิดความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศระหว่างองค์กรหลักและองค์กรรองตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เพื่อนำไปสู่การให้ข้อเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาของประเทศไทยเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยผู้เขียนแบ่งสภาพปัญหาที่ทำการศึกษาออกเป็น 3 ประเด็นหลักดังนี้

ประการแรก ปัญหาว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการเกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ประการที่สอง ปัญหากระบวนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นใหม่ไม่สอดคล้องกับหลักการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ประการที่สาม ปัญหาการวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยองค์กรตุลาการนำไปสู่ปัญหาว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการ

4.1 ปัญหาว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการเกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญา

ปัญหาว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการเกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนี้ จากการศึกษาที่ผ่านมาผู้เขียนเห็นว่า แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะบัญญัติให้ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในฐานะที่เป็น “หลัก” ในเรื่องการใช้อำนาจในการดำเนินการในด้านการทำความตกลงระหว่างประเทศก็ตาม แต่ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติหาได้มีนิติฐานะเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศร่วมกับฝ่ายบริหารแต่อย่างใดไม่ ฝ่ายนิติบัญญัติมีนิติฐานะเป็นแต่เพียงองค์กรรองที่ใช้อำนาจร่วมกับฝ่ายบริหารเฉพาะการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ที่เป็นไปในลักษณะเพียงการให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในกิจการต่างประเทศดังกล่าว

พึงต้องเข้าใจบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติเสียก่อนว่า อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นแต่เพียงการใช้อำนาจที่เป็น “ข้อยกเว้น”จากการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นองค์กรหลักในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเท่านั้น

นอกจากนั้นแล้ว บทบาทและการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหาได้เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในบริบทของ “การทำความตกลงระหว่างประเทศร่วมกับฝ่ายบริหาร” แต่อย่างใดไม่ แต่การใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นแต่เพียงการใช้อำนาจใน “การตรวจสอบและถ่วงดุล”การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในขั้นตอนภายหลังจากที่ฝ่ายบริหารได้ดำเนินการจนนำไปสู่ขั้นตอนนำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวกลับเข้ามาเพื่อเข้าสู่กระบวนการ “การให้ความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ”ดังนั้น บทบาทของฝ่ายนิติบัญญัติในเชิงหลักการจึงเป็นแต่เพียงการให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบต่อความตกลงที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้น หลักการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจโดยมิชอบแต่เพียงเท่านั้น

ในขณะที่กระบวนการดังกล่าวกำหนดเรื่อง “การเสนอกรอบการเจรจาเพื่อขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ” จึงดูประหนึ่งว่ารัฐธรรมนูญได้วางหลักการในลักษณะเป็นการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารให้อยู่ในฐานะที่ต่ำกว่าฝ่ายนิติบัญญัติ โดยเฉพาะเรื่องของการออกแบบให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจที่จะให้ “ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบ” ก็ได้ หากผู้ร่างมิต้องการออกแบบรัฐธรรมนูญให้ผิดหลักการในการใช้อำนาจแล้ว การกำหนดหลักการไว้แต่เพียง “การแจ้งกรอบการเจรจาต่อฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อทราบ” ก็จะดูประหนึ่งว่า สามารถอรรถาธิบายได้ว่าการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นการเข้ามามีส่วนร่วมมากกว่าการเข้ามาควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร

ผู้เขียนเห็นว่า นอกจากการออกแบบหลักการในรัฐธรรมนูญที่กำหนดกระบวนการให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาจนดูประหนึ่งว่า จะเป็นการเข้ามาควบคุมกระบวนการใช้อำนาจที่อยู่ในขั้นตอนของฝ่ายบริหารโดยลำพังดังกล่าวแล้ว การที่ฝ่ายตุลาการได้มีคำวินิจฉัยในคดีต่าง ๆ ที่ผ่านมานั้น ก็เป็นเหตุสำคัญประการหนึ่งที่นำไปสู่การขาดความเชื่อมั่นในเชิงหลักการเกี่ยวกับบทบาทและอำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ดังนั้น เพื่อป้องกันความรับผิดชอบทางการเมือง ฝ่ายบริหารจึงเลือกที่จะเสนอความตกลงระหว่างประเทศแทบทุกฉบับเพื่อขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติเสมอมา

ประเด็นปัญหาและคำถามสำคัญจึงอยู่ที่ว่า ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติเข้าใจบทบาทและอำนาจหน้าที่ของตนเองดีหรือไม่ อย่างไร หากฝ่ายบริหารเข้าใจและเชื่อมั่นในบทบาทและอำนาจหน้าที่ของตนว่า ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักและสามารถใช้อำนาจได้ในฐานะที่เป็น “หลัก” ในการใช้อำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศแล้ว ฝ่ายบริหารย่อมที่จะใช้อำนาจได้โดยลดความขัดข้องลงไปได้ในระดับหนึ่ง

นอกจากปัจจัยด้านความเข้าใจของฝ่ายบริหารดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติก็ต้องมีความเข้าใจบทบาทและอำนาจหน้าที่ของตนว่า ตนมีแต่เพียงอำนาจที่ใช้ในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งอำนาจที่ตนใช้มีลักษณะเป็นแต่เพียง “ข้อยกเว้น” ที่ตนจะให้อำนาจได้เฉพาะการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทแต่เพียงเท่านั้น และประการที่สำคัญหากฝ่ายนิติบัญญัติเข้าใจในลักษณะของการใช้

อำนาจดังกล่าวว่า ตนหาได้มีอำนาจในลักษณะของ “การควบคุม”การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารแต่อย่างใดไม่แล้ว การเคารพและให้ความสำคัญกับหลักการดังกล่าว ก็เป็นปัจจัยที่สำคัญซึ่งจะช่วยลดสภาพปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไปได้มากเช่นเดียวกัน

แต่อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศทั้งในเชิงคุณภาพและเชิงรูปแบบที่ผ่านมาในบทที่ 3 ผู้เขียนพบว่า การบัญญัติหลักการในรัฐธรรมนูญของรัฐต่างประเทศกับประเทศไทย หาได้มีความแตกต่างในเชิงหลักการเกี่ยวกับการกำหนดองค์กรและใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็น “หลัก”ในการใช้อำนาจ และการกำหนดหลักการเรื่องการมีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็น “ข้อยกเว้น” แต่อย่างใดไม่

ยิ่งไปกว่านั้น บางรัฐ อาทิ สาธารณรัฐฝรั่งเศสฝ่ายนิติบัญญัติกลับมีการเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่จำกัดมาก กล่าวคือ รัฐสภาของสาธารณรัฐฝรั่งเศสกลับมีอำนาจเฉพาะการให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารแต่เพียงเท่านั้น รัฐสภาหาได้มีอำนาจเข้ามาเกี่ยวข้องในขั้นตอนของการเจรจา การตั้งของกำหนดเงื่อนไข หรือแม้แต่การตั้งข้อสงวนในการให้สัตยาบันได้แต่อย่างใดไม่

อาจกล่าวได้ว่า หากพิเคราะห์เฉพาะในเชิงหลักการของรัฐธรรมนูญตามรูปแบบเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารแล้ว ประเทศไทยหาได้มีหลักการที่ผิดแผกแตกต่างไปจากหลักการและแนวปฏิบัติในทางสากลของรัฐต่างประเทศอื่นแต่อย่างใดไม่ ประเด็นที่น่าสนใจคือ เมื่อรัฐธรรมนูญหาได้วางหลักการทั่วไปเกี่ยวกับการใช้อำนาจขององค์กรหลักและองค์กรรองมิได้ผิดเพี้ยนแต่อย่างใด ผู้เขียนจึงสันนิษฐานว่าปัญหาที่ว่าด้วยการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับปัญหาในทางอัตวิสัยเกี่ยวกับทัศนคติและความเข้าใจในบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญต่าง ๆ เป็นปัจจัยหลักของสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นกับประเทศไทย

แต่กระนั้นก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าแม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะมีความเข้าใจในเชิงหลักการแล้ว แต่ด้วยเหตุและปัจจัยอื่น อาทิ ความชัดเจนในเชิงหลักการของประเภทของหนังสือสัญญาก็ดี หรือแม้แต่ขั้นตอนที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญก่อนและหลังการลงนามในหนังสือสัญญาก็ดี ย่อมเป็นเหตุที่นำไปสู่การใช้ประโยชน์จากความไม่ชัดเจนในถ้อยคำดังกล่าวเพื่อนำไปสู่การวางกลยุทธ์ทาการเมืองได้เมื่อมีโอกาส แม้การดำเนินการดังกล่าวจะไม่ถูกต้องตามหลักการก็ตาม แต่หากเป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์และความได้เปรียบทางการเมืองแล้ว ก็คงจะมิได้เป็นปัญหาที่เกิดจากหลักการทางกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว

เพื่อให้เกิดความสมบูรณ์ในการวิเคราะห์สภาพปัญหาดังกล่าวเกี่ยวกับปัญหาว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการเกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนี้ ผู้เขียนจะทำการแบ่งแยกฐานที่เป็นเหตุและปัจจัยแห่งปัญหาที่นำไปสู่เรื่องของปัญหาที่ว่าด้วยความเข้าใจออกเป็น 2 ประเด็น โดยปัญหาที่ตั้งประเด็นสำหรับการวิเคราะห์มีดังนี้

ประการแรก ปัญหาความไม่ชัดเจนของหลักการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และ

ประการที่สอง ปัญหาการปรับใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยฝ่ายนิติบัญญัติมุ่งต่อผลทางการเมืองมากกว่าการยึดถือหลักการที่ถูกต้องในเชิงหลักการที่ควรจะเป็น

4.1.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนของหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

.....

.....

.....

4.1.2 ปัญหาการปรับใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยฝ่ายนิติบัญญัติมุ่งต่อผลทางการเมืองมากกว่าการยึดถือหลักการ

นอกจากสภาพปัญหาที่มาจากหลักการในรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับถ้อยคำในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ปรากฏขึ้นดังกล่าวแล้ว ปัญหาสืบเนื่องที่เกิดขึ้นจากการใช้ประโยชน์และการดำเนินกลยุทธ์ในทางการเมืองได้แก่ ปัญหาการปรับใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยฝ่ายนิติบัญญัติมุ่งต่อผลทางการเมืองมากกว่าการยึดถือหลักการ

ด้วยข้อมูลเชิงประจักษ์ในการศึกษาที่ผ่าน ซึ่งมีที่มาจากประเภทของหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลง “เขตอำนาจแห่งรัฐ” กลับกลายเป็นสาเหตุประการหนึ่งที่ได้สร้างปัญหาเกี่ยวกับการตีความโดยฝ่ายตุลาการซึ่งได้ปรากฏขึ้นเมื่อครั้งปี พ.ศ. 2543[1] ได้ถูกแปรเปลี่ยนเป็นหนังสือสัญญาที่มี “เขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ” โดยมีเจตนารมณ์เพื่อขจัดปัญหาความขัดข้องในเชิงหลักการที่เกิดขึ้นจากการตีความประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้นว่าอยู่ภายใต้ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่

แต่กระนั้นก็ตาม ภายหลังสภาพปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศนอกจากจะมิได้จางหายไปแล้ว กลับยิ่งทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้นไปอีก ด้วยเหตุที่ความขัดข้องในการตีความการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเหนือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เพิ่มขึ้นถึง 5 ประเภทที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว

ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวยังถูกนำไปใช้เป็นเหตุที่สนับสนุนในการกำหนดบทบาทและการวางกลยุทธ์ทางการเมืองเกี่ยวกับการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติหลากหลายครั้ง ดังจะเห็นได้จากหลักการตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญดังกล่าวยังถูกนำไปใช้ในทางการเมืองในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติก่อน ในขณะที่รัฐบาลเห็นว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวหาได้เป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้แต่อย่างใดไม่

การขัดกันในการใช้อำนาจจึงบังเกิดขึ้นจากการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวที่จำต้องส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดในกรณีที่เห็นว่าเป็นกรณีที่มีการขัดกันแห่งการใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกิดขึ้นตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

ผู้เขียนเห็นว่านอกจากสภาพปัญหาในทาง “ภาวะวิสัย”ที่มาจากบทบัญญัติและหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ปัญหาความขัดข้องดังกล่าวยังมีที่มาจากสภาพปัญหาในทางอัตวิสัย

---

[1]คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543 เรื่องหนังสือสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ

เกี่ยวกับปัญหาที่ว่าด้วยความเข้าใจในเชิงหลักการของบทบาทและฐานการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเช่นกัน

แม้ผู้เขียนจะมีสมมุติฐานที่ตั้งไว้โดยมีความเชื่อว่า แท้จริงแล้วฝ่ายนิติบัญญัติ “มีความเข้าใจที่ถูกต้องในเชิงหลักการ” เกี่ยวกับบทบาทและอำนาจหน้าที่ของตนว่า มีแต่เฉพาะการเข้ามามีส่วนร่วมในการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร แต่หาได้มีการใช้อำนาจในลักษณะที่เป็นการก้าวล่วงบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารในลักษณะที่เป็นการควบคุมการใช้อำนาจแต่อย่างใดไม่ก็ตาม

แต่ด้วยข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นในทางการเมืองระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติโดยเฉพาะฝ่ายค้านซึ่งเป็นพรรคการเมืองฝ่ายตรงข้ามกับรัฐบาลที่ผ่านมาจะเห็นได้ว่า ไม่ว่าพรรคการเมืองฝ่ายใดจะเป็นรัฐบาลก็ตาม พรรคการเมืองฝ่ายตรงข้ามมักจะหาช่องทางใด ๆ ก็ตามที่สามารถทำลายความน่าเชื่อถือทางการเมืองและพยายามการสกัดกั้นความสำเร็จทางการเมืองในทุกวิถีทาง เพื่อนำไปสู่ผลประโยชน์ทางการเมืองโดยเฉพาะการพลิกกลับมาเป็นรัฐบาลของพรรคการเมืองฝ่ายตรงข้ามเสียเอง

จึงมิน่าแปลกใจแต่อย่างใดว่า ปัญหาการปรับใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยฝ่ายนิติบัญญัติมุ่งต่อผลทางการเมืองมากกว่าการยึดถือหลักการดังกล่าวจะกลายเป็นปัญหาสำคัญยิ่งนอกเหนือไปจากความรู้ความเข้าใจในเชิงหลักการแล้ว ทัศนคติทางการเมืองเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อผลประโยชน์ชาติอย่างแท้จริง ไม่ว่าจะเป็นการค้านเพื่อตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารมิให้ใช้อำนาจในทางที่ผิดก็ดี หรือการสนับสนุนการดำเนินการที่ดีของพรรคการเมืองฝ่ายตรงข้ามก็ดี การเคารพต่อบทบาทและอำนาจหน้าที่ของแต่ละฝ่ายก็ดี ยังเป็นปัญหาที่ยังคงเกิดขึ้นตลอดเวลาที่ผ่านมาและไม่ปรากฏให้เห็นได้ว่าจะมีทีท่าว่าการมีทัศนคติและการให้ความเคารพที่ถูกต้องในเชิงหลักการ จะเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นได้โดยง่าย ผู้เขียนไม่อยากจะเรียกว่าเป็น “ผลประโยชน์ชาติ” ได้ถูกแปรเปลี่ยนหรือเบี่ยงเบนไปด้วยเหตุแห่ง “ผลประโยชน์ของพวกพ้อง”แต่อย่างใด

ผู้เขียนเห็นว่าแม้ในทางปฏิบัติฝ่ายนิติบัญญัติจะดำเนินการโดยการอ้างถึงการพิทักษ์และรักษาผลประโยชน์ชาติเสมอก็ตาม แต่ด้วยเหตุที่หลักการในรัฐธรรมนูญดังกล่าวบางกรณียังหาได้มีเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรมที่ชัดเจนแน่นอนแต่อย่างใดไม่ อาทิ ประเภทและลักษณะของการตีความว่าหนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารทำเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ ฝ่ายนิติบัญญัติมักจะตีความว่าเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเสมอ ประกอบกับหลักการปรับใช้และการตีความประเภทของหนังสือสัญญามักจะขึ้นอยู่กับผู้ให้เหตุผลประกอบเสมอว่า มีความต้องการให้หนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารได้ทำดังกล่าว เป็นหรือไม่เป็นหนังสือสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติไปในทิศทางใดก็ได้ ตามแต่ผลประโยชน์และกลยุทธ์ทางการเมืองจะอำนวย ดังนั้น การให้เหตุผลเพื่อให้สามารถใช้อำนาจครอบคลุมไปในทุกกรณี ทั้งที่รับฟังได้บ้างและรับฟังไม่ได้บ้างก็ตาม แต่ก็ขอให้มีเหตุผลประกอบการอธิบายก็เพียงพอ จึงถูกหยิบยกขึ้นมาเพื่อสนับสนุนการใช้กลยุทธ์และผลประโยชน์ทางการเมืองอย่างหลีกเลี่ยงมิได้

ดังเช่นที่นักกฎหมายบางท่าน[2] ได้ให้เหตุผลไว้น่าฟังว่า ประเภทหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจจะอธิบายความให้มีความเชื่อมโยงอย่างไรก็ได้ เพราะการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเกือบทุกประเภท ย่อมมีผลกระทบต่อเศรษฐกิจทั้งสิ้น โดยท่านเห็นว่าการตีความเช่นว่านั้นจะมีผลทำให้หลักการรัฐธรรมนูญแทบใช้การไม่ได้เลย เพราะทุกเรื่องต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติไปเสียหมดทุกกรณี

ผู้เขียนเห็นว่าการให้เหตุผลดังกล่าวว่า เป็นหนังสือสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ นอกจากต้องอาศัยเกณฑ์ในเชิงหลักการของการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแล้ว ยังต้องอาศัยการพิเคราะห์จากเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับบทบัญญัติดังกล่าวว่ามีความมุ่งหมายเช่นใด อาทิ หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวาง การให้เหตุผลว่า ผลกระทบทางเศรษฐกิจอย่างกว้างขวางจำกัดเฉพาะการทำหนังสือสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ต่อการพัฒนาระบบการเจริญเติบโตและการพัฒนาประเทศ น่าจะมีเหตุผลที่ตรงกับเจตนารมณ์ของการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลกระทบทางเศรษฐกิจของประเทศมากกว่าการให้เหตุผลว่า การทำหนังสือสัญญาดังกล่าวได้นำไปสู่ “การประท้วงของคนขอบชายแดน” ในเรื่องเกี่ยวกับการทำคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวได้นำไปสู่การมีผลกระทบทางเศรษฐกิจของประเทศดังกล่าว ดังนั้น การทำหนังสือสัญญาดังกล่าว จึงต้องนำเข้าสู่การพิจารณาให้ความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วย

การอรรถาธิบายความและให้เหตุผลโดยอาศัย “การตีความแบบกว้าง” ย่อมเป็นเหตุให้ทุกเรื่องต้องเข้าสู่การพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติเสมอ และคงมิอาจปฏิเสธได้เลยว่าฝ่ายนิติบัญญัติย่อมหยิบยก “วิธีการให้เหตุผลแบบกว้าง”มาใช้ประโยชน์ทางการเมืองเพื่ออรรถาธิบายความเชื่อมโยงได้กับทุกเรื่องและไม่ว่าจะเป็นกับเรื่องใด ๆ ก็ตาม มาเป็นเหตุผลประกอบเพื่อให้ครอบคลุมไปถึงการใช้อำนาจของตนได้เสมอ

การอรรถาธิบายความและการให้เหตุผลดังกล่าวคงมิถูกต้องในเชิงหลักการเท่าใดนัก ผู้เขียนเห็นว่าการให้เหตุผลคงมิได้สามารถใช้ได้ทุกกรณีภายใต้ “ทฤษฎีเงื่อนไข”ได้เสมอไป มิฉะนั้น การใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือแม้แต่ฝ่ายตุลาการจะดูประหนึ่งว่าชอบธรรมในเชิงหลักการไปในเสียทุกเรื่อง ผู้เขียนเห็นว่านอกจากการมีทัศนคติที่ถูกต้อง ประกอบกับการคำนึงถึงหลักการของกฎหมายแล้ว การอรรถาธิบายความใด ๆ ก็ตามเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายตุลาการเองก็ควรพิจารณาภายใต้ “ทฤษฎีมูลเหตุที่เหมาะสม”ด้วยเช่นกัน

ประการที่สำคัญการตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนนอกจากจะต้องตีความโดยเคร่งครัดตามตัวบทกฎหมายแล้ว ภายใต้หลักการเพื่อ “ผลประโยชน์สาธารณะ”แล้ว ยังต้องคำนึงถึงการที่จะต้องไม่ “บัญญัติหลักการเพิ่มเติมลงในรัฐธรรมนูญ”เสียเองด้วยเช่นกัน

แม้การใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติด้วยการตีความแบบกว้างดังกล่าว จะอาศัยฐานที่มาจากปัญหาความไม่ไว้วางใจในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นประสบการณ์ทางการเมืองในอดีตมา

---

[2]โปรดดูความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม; บรรหาร กำลา, “บทบาทของรัฐสภาในกระบวนการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ,” **วารสารจุลนิติ** 6, 1 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2552): 59.

เป็นการวางบทบาทการใช้อำนาจทางการเมืองของฝ่ายนิติบัญญัติในปัจจุบันก็ตาม ดังจะเห็นได้จากหลักการที่ปรากฏขึ้นดังกล่าวมีเหตุที่มาจากความไม่ไว้วางใจรัฐบาลอดีตนายกรัฐมนตรีพันตำรวจโท ดร.ทักษิณ ชินวัตร ด้วยเหตุที่รัฐบาลในขณะนั้นเป็นฉนวนเหตุที่ทำให้ประชาชนในบ้านเมืองเกิดความแตกแยก และด้วยความที่เป็นรัฐบาลที่มีความเข้มแข็งในระบบสภาจนดูประหนึ่งว่าเป็นรัฐบาลเผด็จการรัฐสภาที่มีการใช้อำนาจเพื่อทำการแทรกแซงองค์กรอิสระ ประการที่สำคัญคือรัฐบาลใช้อำนาจที่มีทำการทุจริตเชิงนโยบายและกอบโกยทุจริตและมีผลประโยชนทับซ้อนในการบริหารรัฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การมีผลประโยชน์ทับซ้อนจากการใช้อำนาจในการทำความตกลงเขตการค้าเสรีกับนานาอารยประเทศเพื่อเอื้อประโยชน์ให้กับกลุ่มพวกพ้องในลักษณะที่สร้างผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศ[3] ความหวาดระแวงในการกอบโกยผลประโยชน์ดังกล่าวประกอบกับการมีฐานการเมืองสนับสนุนที่เข้มแข้งจึงเป็นที่มาของการกำหนดรายละเอียดและขั้นตอนการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว

ด้วยเหตุดังกล่าวได้นำไปสู่ความไม่ไว้วางใจของฝ่ายนิติบัญญัติที่มีต่อฝ่ายบริหาร ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นพรรคการเมืองฝ่ายตรงข้าม พยายามหยิบยกเหตุแห่งการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของรัฐบาลทุกประเภทขึ้นมาเพื่อสกัดหรือยับยั้งการทำหนังสือสัญญาเกือบทุกครั้งที่สามารถดำเนินการได้ ปัญหาดังกล่าว

ผู้เขียนเห็นว่ามีฐานที่มาจากเหตุและปัจจัยใน 4 ประการดังนี้ ประการแรก ความหวาดระแวงและความไม่ไว้วางใจในความเป็นรัฐบาล ประการที่สอง ความเข้มแข็งที่มาจากฐานอำนาจและการสนับสนุนทางการเมืองของรัฐบาล ประการที่สาม ความคาดหวังที่จะได้กลับมาเป็นรัฐบาลของฝ่ายค้านซึ่งเป็นพรรคที่มีสัดส่วนผสมอยู่กับพรรคการเมืองของรัฐบาลในฝ่ายนิติบัญญัติ ประการที่สี่ การรักษาผลประโยชน์ชาติตามพันธกิจของฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นมีบทบาทและอำนาจหน้าที่โดยตรงในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร

ด้วยเหตุดังกล่าวจึงเป็นที่ประจักษ์ว่า สภาพปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว เป็นผลพวงที่มาจากความไม่แน่ชัดในเชิงหลักการประการหนึ่งเกี่ยวกับถ้อยคำในรัฐธรรมนูญว่า “กว้างขวางหรืออย่างมีนัยสำคัญ”จะมีความหมายเฉกเช่นใด ต่อการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ

จากเหตุและปัจจัยดังกล่าวเป็นเหตุให้ฝ่ายนิติบัญญัติพยายามใช้กลยุทธ์ทางการเมืองในทุกวิถีทางเพื่อเป็นเหตุที่จะนำไปสู่ความรับผิดชอบทางการเมืองของฝ่ายบริหารให้จงได้ ที่จะนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงทางขั้วอำนาจทางการเมือง

ผู้เขียนเห็นว่า เหตุที่อ้างเรื่องการรักษาผลประโยชน์ชาติที่มาจากบทเรียนทางประวัติศาสตร์ซึ่งสร้างความหวาดระแวงและความไม่ไว้วางใจในความเป็นรัฐบาลเป็นข้ออ้างที่ถูกหยิบยกขึ้นมาเพื่อ

---

[3]กระทรวงศึกษาธิการ, สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน, **กบฏการเมืองและการปฏิวัติรัฐประหารในประเทศไทย**, หน้า 6, ค้นวันที่ 26 สิงหาคม 2558 จาก http://social.obec.go.th/library/document/curriculum/2/3/3.3.pdf

สนับสนุนและสร้างความคาดหวังที่จะได้กลับมาเป็นรัฐบาลของฝ่ายค้านเสียเป็นส่วนใหญ่ แม้บางกรณีจะมีเหตุที่เกิดขึ้นจริงก็ตาม ดังจะเห็นได้จากบทเรียนในเรื่องการขอใช้พื้นที่สนามบินอู่ตะเภาขององค์การนาซ่า ซึ่งหาได้มีเหตุที่จะหยิบยกขึ้นมาขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติแต่อย่างใด จะเห็นได้ว่าการใช้และการตีความถ้อยคำในรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ถูกใช้เป็นกลยุทธ์ทางการเมืองและถูกหยิบยกขึ้นมาเพื่อผลประโยชน์ทางการเมืองมากกว่าการคำนึงถึงหลักการที่ควรจะเป็น

กล่าวโดยสรุปแล้ว ปัญหาที่ว่าด้วย “ความเข้าใจในเชิงหลักการ”เกี่ยวกับบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรหลักและองค์กรรองว่า การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเป็นการใช้อำนาจในฐานะที่เป็น “หลัก” ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรรองสามารถใช้อำนาจได้แต่เพียงเป็น “ข้อยกเว้น” แต่เพียงเท่านั้น เป็นหลักการที่พึงต้องมีทัศนคติที่ถูกต้องและการเคารพต่อหลักการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

อาจกล่าวได้ว่าสภาพปัญหาดังกล่าวมีที่มาของปัญหาที่มาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเองที่ยังขาดความชัดเจนของหลักการที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญเอง ทั้งในเรื่องของ “ถ้อยคำเกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ”ก็ดี หรือแม้แต่การกำหนดขั้นตอนที่ไม่สอดคล้องกับหลักการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและแนวปฏิบัติที่เป็นสากลก็ตาม

ประการที่สำคัญ ฝ่ายนิติบัญญัติต้องทำความเข้าใจในบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรตนว่า มีหน้าที่ในการปฏิบัติได้แต่เพียงในลักษณะของการเข้าไปมี “ส่วนร่วมในการตรวจสอบและถ่วงดุล”การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่เพียงเท่านั้นและไม่ควรดำเนินการใด ๆ ในลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจจนกลายเป็น “การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร” จนดูประหนึ่งว่าเป็นการแทรกแซงการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอีกองค์กรหนึ่ง จนขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุล การปรับบทบัญญัติในเชิงหลักการดังกล่าวจึงมีความจำเป็นยิ่งเพื่อนำไปสู่การปรับทัศนคติทางการเมืองที่ถูกต้องและการใช้อำนาจที่สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายและแนวปฏิบัติของรัฐต่างประเทศ

อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่า ฝ่ายนิติบัญญัติต้องให้ความสำคัญกับการให้ความ “เคารพ”และต้องมีทัศนคติทางการเมืองที่ถูกต้อง โดยเฉพาะกับการให้ความเคารพต่อหลักการและการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร เฉกเช่นที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ให้ความเคารพต่อ “บทบาทและอำนาจของฝ่ายตุลาการ” ที่ซึ่งมีคำวินิจฉัยชี้ขาดซึ่งเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางการเมืองและดำเนินการตามรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติทั้งในทางบวกและทางลบโดยมิได้โต้แย้งต่อผลในคำวินิจฉัยดังกล่าวแต่อย่างใด

ฉันใดก็ฉันนั้น การให้ความเคารพในเชิงหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารอย่างถูกต้อง ประกอบกับการมีทัศนคติในทางการเมืองที่ถูกต้อง ย่อมเป็นเหตุและปัจจัยหลักที่ส่งผลถึงการใช้และการตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ถูกต้อง อันทำให้ลดซึ่งความขัดข้องในเชิงหลักการเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยได้เป็นอันมาก

ท้ายที่สุดก็อาจจะกล่าวได้ว่า สภาพปัญหาความขัดข้องในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของไทยจะลดลงได้ก็ด้วยเหตุแห่ง “หลักการในกฎหมายถูก ความเข้าใจในหลักการของกฎหมายถูก การใช้และการตีความกฎหมายก็ย่อมถูกไปด้วยเช่นกัน”

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ ชื่อสกุล	นายเกียรติพร อำไพ
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยกรุงเทพ ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2536
	นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายระหว่างประเทศ) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2540
ประสบการณ์ทำงาน	พ.ศ. 2543-2555 อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ
	พ.ศ. 2555-ปัจจุบัน ผู้ช่วยศาสตราจารย์คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์