

บทที่ 1

แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับการเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองของสนธิสัญญา

การศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองของสนธิสัญญามีข้อพิจารณาที่สำคัญอยู่สองประการคือ ประการแรกต้องทราบถึงลักษณะทั่วไปของสนธิสัญญาในประการต่อมาจึงทำการศึกษาความหมายของบ่อเกิดของกฎหมายปกครอง ทั้งนี้เพื่อเป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจว่าสนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศจะกลายมาเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองภายในรัฐได้อย่างไร ซึ่งจะได้ศึกษาตามลำดับดังนี้

1.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับสนธิสัญญา

ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับสนธิสัญญาในที่นี้มุ่งเน้นศึกษาถึงความหมายและประเภทของสนธิสัญญา โดยจะแยกพิจารณาความหมายของคำว่าสนธิสัญญาออกเป็นสองความหมายคือ ความหมายตามกฎหมายระหว่างประเทศและความหมายตามรัฐธรรมนูญ ส่วนการแบ่งประเภทของสนธิสัญญานั้นจะพิจารณาจากเนื้อหาของสนธิสัญญาเป็นสำคัญซึ่งแบ่งออกเป็น สนธิสัญญาประเภทสัญญาและสนธิสัญญาประเภทกฎหมาย ดังรายละเอียดต่อไปนี้

1.1.1 ความหมายของสนธิสัญญา

1.1.1.1 ความหมายตามกฎหมายระหว่างประเทศ

การพิจารณาถึงความหมายของคำว่า “สนธิสัญญา” ตามกฎหมายระหว่างประเทศสามารถแยกพิจารณาออกได้เป็นสองความหมายคือ

ความหมายแรก เป็นการพิจารณาตามความหมายอย่างกว้าง หมายถึง ความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นรัฐกับรัฐ หรือรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือแม้แต่ระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยตนเอง ไม่ว่าความตกลงดังกล่าว

จะทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือทำด้วยวาจา และความตกลงดังกล่าวสามารถใช้บังคับได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ¹

ความหมายที่สอง เป็นการพิจารณาตามความหมายอย่างแคบ ซึ่งเป็นไปตามค่านิยามในอนุสัญญาระหว่างประเทศสองฉบับ ได้แก่ ฉบับแรก อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties : VCLT) ลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1969 ซึ่งให้นิยามของคำว่าสนธิสัญญา (treaty) หมายความว่า ความตกลงระหว่างประเทศ (international agreement) ที่ทำขึ้นระหว่างรัฐเป็นลายลักษณ์อักษรและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะรวมอยู่ในตราสารฉบับเดียวหรือตราสารที่เกี่ยวข้องสองฉบับหรือมากกว่านั้นและไม่ว่าจะเรียกชื่อเฉพาะว่าอย่างไรก็ตาม² เช่น สนธิสัญญา (treaty) อนุสัญญา (convention) พิธีสาร (protocol) กติกา (pact) กฎบัตร (charter) ปฏิญญา (declaration) ธรรมนูญ (statute) กฎหมาย (act) เป็นต้น³

ดังนั้น ค่านิยามของคำว่าสนธิสัญญาตามอนุสัญญาฉบับนี้จึงหมายถึงความตกลงระหว่างรัฐกับรัฐที่ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น อย่างไรก็ตามอนุสัญญาฉบับดังกล่าวก็มิได้ปฏิเสธผลบังคับของการทำสนธิสัญญาที่ไม่ได้ตกอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญา เนื่องจากอนุสัญญายอมรับว่าสนธิสัญญาดังกล่าวยังมีผลบังคับตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาด้วย⁴

หากเป็นกรณีที่รัฐทำสนธิสัญญากับองค์การระหว่างประเทศหรือเป็นกรณีที่องค์การระหว่างประเทศทำสนธิสัญญาระหว่างกันเองย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของสนธิสัญญาฉบับนี้แต่จะอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญาฉบับที่สอง คือ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันเอง

¹ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 105-106.

² มาตรา 2 ข้อ 1(a) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969.

³ อรุณ ภาณุพงศ์, คำบรรยายลักษณะวิชาสนธิสัญญา ชั้นปริญญาโททางการทูต, (คณะรัฐศาสตร์, 2506), น. 8-11. (อัดสำเนา).

⁴ ปรากฏตามอารัมภบทและมาตรา 3 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969.

(Convention on the Law of Treaties Between States and International Organizations or Between International Organizations) ลงวันที่ 21 มีนาคม ค.ศ. 1986 ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่กำหนดให้องค์การระหว่างประเทศเป็นผู้มีความสามารถในการเข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญาได้เช่นเดียวกับรัฐ โดยมีเนื้อหาสาระไม่แตกต่างไปจากเนื้อหาของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ในสาระสำคัญมากนัก⁵

กล่าวโดยสรุป ความหมายของคำว่าสนธิสัญญาตามอนุสัญญาทั้งสองฉบับเป็นการกำหนดคำนิยามของคำว่าสนธิสัญญาโดยมีความหมายแคบกว่าคำนิยามตามความหมายแรก กล่าวคือ จำกัดเฉพาะไว้ว่าเป็นความตกลงระหว่างรัฐกับรัฐ หรือรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันที่ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

1.1.1.2 ความหมายตามรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากการทำสนธิสัญญาถือเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยภายนอกของรัฐของฝ่ายบริหาร เพื่อดำเนินกิจการในต่างประเทศ ดังนั้นในทางปฏิบัติของรัฐต่างๆ จึงบัญญัติรับรองอำนาจในการทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหารไว้ในรัฐธรรมนูญ จากการศึกษพบว่ารัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่ได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “สนธิสัญญา” ให้มีความสอดคล้องกับคำนิยามของคำว่าสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาฉบับค.ศ. 1969 และฉบับ ค.ศ. 1986 ในฐานะที่ประเทศนั้นเป็นภาคีของอนุสัญญา เช่น ประเทศออสเตรเลีย ประเทศญี่ปุ่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ประเทศอังกฤษ เป็นต้น หรือบางประเทศมีการยอมรับคำนิยามตามอนุสัญญาในฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายภายในของตน เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น⁶

สำหรับประเทศไทยแม้ว่าจะมิได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาทั้งสองฉบับและมิได้มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญรับรองให้จารีตประเพณีระหว่างประเทศมีฐานะเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในก็ตาม แต่ทางปฏิบัติขององค์กรตุลาการเกี่ยวกับการใช้และการตีความคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญก็เป็นไปโดยสอดคล้องกับคำนิยามตามอนุสัญญาทั้งสองฉบับ ซึ่งปรากฏตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542 และคำวินิจฉัยที่

⁵ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 110.

⁶ Duncan B. Hollis, “A Comparative approach to treaty law and practice” in National Treaty Law and Practice, (Boston : Martinus Nijhoff, 2005), pp. 10-11.

33/2543 ซึ่งคำวินิจฉัยทั้งสองฉบับนี้ได้วางหลักเกี่ยวกับความหมายของ “หนังสือสัญญา” และ “สัญญาอื่น” ตามรัฐธรรมนูญไทยฉบับ 2540 ไว้ว่า⁷ “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 224 นั้นมีความหมายครอบคลุมไปถึงความตกลงทุกประเภทที่ประเทศไทยทำขึ้นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ หนังสือสัญญาดังกล่าวจะต้องมีลักษณะเป็นสัญญาที่ทำขึ้นเป็นหนังสือและเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยที่รัฐธรรมนูญมาตรา 224 กล่าวถึง “หนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่น” ดังนั้นคำว่า “สัญญาอื่น” ย่อมหมายถึงสัญญาที่ทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศซึ่งต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกับหนังสือสัญญาสันติภาพและหนังสือสัญญาสงบศึก จะเป็นหนังสือสัญญาภายใต้บังคับของกฎหมายภายในประเทศประเทศหนึ่งมิได้

นอกจากนี้ในทางตำรา นักกฎหมายไทยบางท่านได้อธิบายว่า การที่รัฐธรรมนูญใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” แทนที่จะใช้คำว่าสนธิสัญญา (traité, treaty) นั้นเป็นการถูกต้องแล้ว โดยเห็นว่าหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญนั้นมิได้หมายถึงการทำหนังสือสัญญาที่เป็นเฉพาะสนธิสัญญา (treaty) เท่านั้น แต่ยังมีความหมายกว้างขวางออกไปอีก กล่าวคือ หนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญไทยหมายถึงความตกลงทุกรูปแบบ ซึ่งทางวิชาการพูดเรียกว่า “compact” หนังสือสัญญาก็คือ compact อันได้แก่ สนธิสัญญา (traité หรือ treaty) อนุสัญญา (convention) ความตกลง (accord หรือ agreement) ข้อตกลง (arrangement) ฯลฯ ซึ่งการทำความตกลงเหล่านี้มีความสำคัญลดหลั่นกันลงมาตามลำดับ⁸

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำอธิบายของนักกฎหมายไทยในข้างต้น จึงสรุปได้ว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญไทยมีความหมายเช่นเดียวกับความหมายของคำว่า

⁷ มาตรา 224 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ”

อย่างไรก็ดีภายหลังจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ข้อความในมาตรา 224 วรรคหนึ่งได้ถูกนำมาบัญญัติในมาตรา 190 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่งซึ่งทำให้ความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญฉบับ 2550 มีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญฉบับ 2540.

⁸ ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ เล่ม 2, (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495), น. 254-255.

“สนธิสัญญา” ตามกฎหมายระหว่างประเทศในความหมายอย่างกว้างแต่หมายถึงสนธิสัญญาที่ทำขึ้นเป็นหนังสือเท่านั้น

1.1.2 ประเภทของสนธิสัญญา

หากพิจารณาจากเนื้อหาของสนธิสัญญา⁹ที่จะเข้ามามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในรัฐแล้วอาจแยกออกได้เป็นสองประเภทคือ¹⁰(1) สนธิสัญญาประเภทสัญญา และ (2) สนธิสัญญาประเภทกฎหมาย

1.1.2.1 สนธิสัญญาประเภทสัญญา

สนธิสัญญาประเภทสัญญา (traité-contrat, contractual treaty) เป็นสนธิสัญญาที่เกิดขึ้นบนพื้นฐานของความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะระหว่างภาคี เช่น ในด้านผลประโยชน์ ในด้านความร่วมมือ ในด้านระงับข้อขัดแย้ง เป็นต้น สนธิสัญญาประเภทนี้จึงมีเนื้อหาเป็นการกำหนดให้รัฐภาคีคู่สัญญามีสิทธิหน้าที่ต่อกันโดยมุ่งหมายให้ความสำคัญแก่กิจการใดกิจการหนึ่งเฉพาะรัฐที่เป็นคู่สัญญาเท่านั้น เช่น กรณีที่รัฐสองรัฐทำสนธิสัญญาทางการค้าหรือแลกเปลี่ยนสินค้ากัน หรือ

⁹จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลภายในซึ่งใช้ระบบวินิยม เช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ประเทศออสเตรเลีย และประเทศไทย ผู้เขียนพบว่า ประเภทของสนธิสัญญาเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ศาลสามารถนำพันธกรณีในสนธิสัญญามาใช้บังคับโดยไม่ต้องมีการออกกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา กล่าวคือ หากเป็นกรณีของสนธิสัญญาประเภทสัญญา ศาลภายในจะใช้บังคับโดยผ่านกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาเท่านั้น แต่หากเป็นกรณีของสนธิสัญญาประเภทกฎหมาย ศาลภายในอาจนำบทบัญญัติในสนธิสัญญาประเภทนี้มาใช้บังคับแก่คดีได้แม้ว่ารัฐสภาจะยังไม่มี การออกกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา การแบ่งสนธิสัญญาออกเป็นสนธิสัญญาประเภทสัญญาและสนธิสัญญาประเภทกฎหมาย จึงมีประโยชน์ต่อการศึกษาถึงลักษณะทางกฎหมายของสนธิสัญญาที่ศาลไทยอาจนำพันธกรณีในสนธิสัญญามาใช้บังคับได้โดยไม่ต้องออกกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาซึ่งจะได้ทำการศึกษาต่อไปในบทที่ 4.

¹⁰ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), น. 71.

ทำสนธิสัญญาอินดินแดนให้ต่อกัน หรืออาจเป็นการทำสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือทางวัฒนธรรม ทางการศึกษา หรือการท่องเที่ยวทศนาจรระหว่างประเทศ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี สนธิสัญญาประเภทนี้อาจมีผลผูกพันถึงรัฐที่สามได้หากรัฐที่สามนั้นยินยอมทั้งนี้เป็นไปตามผลของมาตรา 36 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาที่ให้ถือว่ารัฐที่สามให้ความยินยอมตราบใดที่รัฐที่สามนั้นไม่ได้แย้งหรือคัดค้าน การยอมรับรู้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายของรัฐที่สามนี้อาจสร้างสภาพบังคับเป็นการทั่วไป (situations objectives) ของสนธิสัญญาได้หรือแม้รัฐอื่นใดจะทำการคัดค้าน ถ้าสภาพบังคับเป็นการทั่วไปที่เกิดจากสนธิสัญญานั้นได้เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปแล้วสภาพบังคับเป็นการทั่วไปก็จะมีสภาพบังคับเด็ดขาด (jus cogens) ซึ่งสามารถใช้บังคับได้เป็นการทั่วไป (obligation erga omnes) เช่น สนธิสัญญาเกี่ยวกับการคมนาคม สนธิสัญญาเกี่ยวกับสถานการณ์การเมืองและระเบียบการดินแดน สนธิสัญญาประกันเอกราชของรัฐอื่น เป็นต้น¹¹ ตัวอย่างของสนธิสัญญาประเภทสัญญาที่มีความสำคัญ ได้แก่

(1) สนธิสัญญาที่ตั้งอยู่บนความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่มุ่งเน้นการส่งเสริมการลงทุนและการคุ้มครองการลงทุนจากต่างประเทศ เช่น

(1.1) หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรีต่างๆ ที่ประเทศไทยทำกับต่างประเทศ ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่ครอบคลุมความร่วมมือด้านต่างๆ อย่างกว้างขวางทั้งด้านเศรษฐกิจและการลงทุนซึ่งประเทศไทยเคยทำไว้กับต่างประเทศจำนวนมาก ตัวอย่างเช่น หนังสือสัญญาทางไมตรีระหว่างประเทศสยามกับฝรั่งเศส ค.ศ. 1907 หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรีระหว่างกรุงสยามกับเดนมาร์ก ค.ศ. 1913 เป็นต้น ปัจจุบันสนธิสัญญาประเภทนี้ได้ถูกยกเลิกไปเกือบหมดแล้วเว้นแต่หนังสือสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกาซึ่งลงนามกันเมื่อวันที่ 29 พฤษภาคม ค.ศ. 1966 และให้สัตยาบันแก่กันเมื่อวันที่ 8 พฤษภาคม พ.ศ. 1968¹² เหตุที่สนธิสัญญาฉบับนี้ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ก็เนื่องมาจากข้อกำหนดต่างๆ ในสนธิสัญญาฉบับนี้ถือเป็นเงื่อนไขสำคัญสำหรับการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์และหน้าที่ต่อกันซึ่ง

¹¹ ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9, น. 207.

¹² ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 85 ตอนที่ 64 ก ลงวันที่ 16 กรกฎาคม พ.ศ. 2511 น.

มีความเชื่อมโยงกันเป็นระบบ การยกเลิกหรือแก้ไขสนธิสัญญาบางส่วนย่อมกระทบต่อดุลแห่งผลประโยชน์ของรัฐภาคีคู่สัญญา ดังนั้น สนธิสัญญาฉบับนี้จึงยังมีผลใช้บังคับอยู่จนถึงปัจจุบัน¹³

(1.2) อนุสัญญาว่าด้วยการหลีกเลี่ยงการเก็บภาษีซ้อน ซึ่งอาจทำขึ้นในรูปของสนธิสัญญาแบบทวิภาคีหรือเป็นสนธิสัญญาแบบพหุภาคีก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติสนธิสัญญาฉบับนี้มักจะเลือกทำกันในรูปแบบของสนธิสัญญาแบบทวิภาคีมากกว่า อนุสัญญาว่าด้วยการหลีกเลี่ยงการเก็บภาษีซ้อนเป็นอนุสัญญาที่มีผลใช้บังคับระหว่างรัฐภาคีสำหรับการจัดสรรเขตอำนาจในการจัดเก็บภาษีของแต่รัฐ¹⁴ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเลี่ยงปัญหาให้ผู้ลงทุนต่างชาติต้องถูกเก็บภาษีทั้งจากประเทศไทยและประเทศของตนอันเป็นภาระที่จะทำให้ผู้ลงทุนขาดความสามารถที่จะทำการแข่งขันกับผู้อื่นได้ นอกจากนี้ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันปัญหาการเลี่ยงภาษีด้วยการร่วมมือกันกำหนดกฎเกณฑ์ทางภาษีที่ผู้ลงทุนและนักธุรกิจจะต้องเผชิญให้มีความชัดเจนแน่นอน ปัจจุบันประเทศไทยได้มีการทำอนุสัญญาเพื่อการหลีกเลี่ยงการเก็บภาษีกับต่างประเทศที่มีผลใช้บังคับแล้วรวมทั้งสิ้น 52 ฉบับ¹⁵ ตัวอย่างเช่น

- อนุสัญญาระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสาธารณรัฐเกาหลีเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้ ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 30 กันยายน พ.ศ. 2520

- อนุสัญญาระหว่างราชอาณาจักรไทยกับประเทศแคนาดาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อน และการป้องกันการเลี่ยงการรัษฎากรในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้ ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม พ.ศ. 2528

- ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐเชกเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนและการป้องกันการเลี่ยงการรัษฎากรในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้ ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 14 สิงหาคม พ.ศ. 2538 ฯลฯ

¹³ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, “การส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนจากต่างประเทศในประเทศไทย : เน้นปัญหากฎหมายในระดับระหว่างประเทศ,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 1, ปีที่ 26, น. 148-149 (มีนาคม 2539).

¹⁴ Philip Baker, Double Taxation Conventions and International Tax Law, 2ed (London : Sweet & Maxwell, 1994), p. 6.

¹⁵ กรมสรรพากร, “อนุสัญญาภาษีซ้อน,” < <http://www.rd.go.th/publish/765.0.html>>, พฤษภาคม 2550.

(1.3) ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี (Free Trade Agreement : FTA) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่จัดทำขึ้นระหว่างรัฐสองรัฐแบบทวิภาคี โดยถือเป็นสนธิสัญญาทางการค้าประเภทหนึ่งที่มีวัตถุประสงค์หลักในการเปิดตลาดการค้าสินค้าและบริการระหว่างกันอย่างกว้างขวางและเพื่อให้สินค้าและบริการของรัฐคู่สัญญาแต่ละฝ่ายสามารถเข้าถึงตลาดภายในของรัฐคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ ซึ่งในข้อกำหนดของความตกลงจะกำหนดอำนาจหน้าที่แก่รัฐภาคีคู่สัญญาต้องดำเนินต่างๆ ภายในรัฐของตนเพื่อจัดหรือลดอุปสรรคทางการค้า รวมถึงการจัดหรือลดภาษีศุลกากรและโควตาสินค้านำเข้าจากรัฐคู่สัญญา และกระทำการใดๆ เพื่อจัดอุปสรรคแบบแฝงแฝงซึ่งมิใช่ภาษี¹⁶ ตัวอย่างเช่น¹⁷

- ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีระหว่างอาเซียนกับจีน ซึ่งมีผลใช้บังคับโดยการเริ่มลดภาษีตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2547

- ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีระหว่างไทยกับอินเดียซึ่งมีผลใช้บังคับโดยการเริ่มลดภาษีตั้งแต่วันที่ 1 กันยายน พ.ศ. 2547

- ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีระหว่างไทยกับออสเตรเลียซึ่งมีผลใช้บังคับโดยการเริ่มลดภาษีตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2548

- ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีระหว่างไทยกับนิวซีแลนด์ซึ่งมีผลใช้บังคับโดยการเริ่มลดภาษีตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2548

- ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) ซึ่งมีผลใช้บังคับโดยการเริ่มลดภาษีตั้งแต่วันที่ 1 พฤศจิกายน 2550

(2) สนธิสัญญาที่กำหนดอำนาจหน้าที่แก่รัฐในการดำเนินการใดๆ ทางอาญาแก่เอกชนที่อยู่ภายในรัฐภาคีคู่สัญญา ตัวอย่างเช่น

(2.1) สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน เป็นสนธิสัญญาที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของรัฐภาคีเพื่อให้ความร่วมมือในการส่งตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษในรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่ง เช่น สนธิสัญญาระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ฉบับลงวันที่ 14 ธันวาคม

¹⁶ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และชาติชาย เศรษฐสุนทร, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง กลไกการตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในการเจรจาทำความตกลงการค้าเสรี, (กรุงเทพมหานคร : เสนอต่อสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) ,2549), น. 8.

¹⁷ กรมการค้าต่างประเทศ, "เขตการค้าเสรี (Free Trade Area : FTA)," <<http://www.dft.moc.go.th/level3.asp?level2=34>>, พฤษภาคม 2550.

พ.ศ. 2526¹⁸ หรือ สนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือในการบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษาในคดีอาญา ระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสเปน¹⁹ เป็นต้น

(2.2) สนธิสัญญาแลกเปลี่ยนนักโทษระหว่างประเทศ เป็นสนธิสัญญาที่กำหนดให้รัฐภาคีคู่สัญญาต้องปฏิบัติต่อบุคคลซึ่งเป็นนักโทษตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา ซึ่งนักโทษเช่นนี้จะได้รับสิทธิให้ถูกตัดสินลงโทษในประเทศที่ตนมีภูมิลำเนาหรือมีสัญชาติอยู่ โดยผู้กระทำผิดและถูกศาลตัดสินในลงโทษไปแล้วมีสิทธิที่จะขอไปรับโทษในรัฐภาคีตามที่ผู้กระทำผิดหรือรัฐภาคีร้องขอมา เช่น สนธิสัญญาระหว่างราชอาณาจักรไทยกับโปแลนด์ว่าด้วยการโอนตัวผู้กระทำผิดและความร่วมมือกันในการบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษาในคดีอาญา²⁰ เป็นต้น

(2.3) สัญญาว่าด้วยการเดินรถไฟระหว่างพระราชอาณาจักรสยามกับกัณฑ์ ไทบุรี เปอร์ลิศและสหรัฐมาลาญ ลงวันที่ 24 ธันวาคม พ.ศ. 2476 กำหนดให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐภาคีคู่สัญญาเข้าดำเนินการจับกุมและดำเนินคดีกับเอกชนที่ได้กระทำความผิดในการเดินรถไฟสายกัณฑ์ ไทบุรี เปอร์ลิศ และมาลาญ ซึ่งอยู่ในดินแดนของรัฐภาคีคู่สัญญาได้²¹ เป็นต้น

(3) สนธิสัญญาที่กำหนดให้สัญชาติแก่คนในรัฐภาคีคู่สัญญาโดยตรง เช่น ความตกลงระหว่างหัวหน้าคณะผู้แทนฝ่ายไทยกับหัวหน้าคณะผู้แทนฝ่ายฝรั่งเศส พ.ศ. 2484 ว่าด้วยเรื่องการโอนอาณาเขตจังหวัดจำปาศักดิ์ให้แก่ฝรั่งเศส ระบุให้พลเมืองซึ่งได้สัญชาติไทยซึ่งมิได้มีสัญชาติไทยโดยการเกิดหรือมีสัญชาติไทยตามกฎหมายโดยการแปลงสัญชาติ หากแต่เป็นการได้มาซึ่งสัญชาติไทยโดยอนุสัญญาฉบับลงวันที่ 9 พฤษภาคม ค.ศ. 1941 ได้กลับคืนสู่สัญชาติเดิมเมื่อมีการโอนดินแดนกันโดยเสร็จสิ้นแล้ว²² เป็นต้น

¹⁸ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 108 ตอนที่ 31 ลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 น. 1.

¹⁹ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 115 ตอนที่ 49 ลงวันที่ 29 มีนาคม พ.ศ. 2531 น. 87.

²⁰ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116 ตอนพิเศษ 57 ง ลงวันที่ 16 สิงหาคม พ.ศ. 2542 น. 1.

²¹ลักคณา พบรมเย็น, “สิทธิตามสนธิสัญญาของเอกชนในศาลไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 22.

²²คำพิพากษาของศาลปกครองเชียงใหม่ คดีหมายเลขแดงที่ 62/2547 ลงวันที่ 25 มีนาคม พ.ศ. 2547.

1.1.2.2 สนธิสัญญาประเภทกฎหมาย

สนธิสัญญาประเภทกฎหมาย (traité-loi , law-making treaty) ถือเป็นสนธิสัญญาที่เพิ่งเริ่มเกิดขึ้นในราวปลายศตวรรษที่ 19 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อวางหลักเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งมักจะทำขึ้นในรูปของสนธิสัญญาแบบพหุภาคี โดยในเนื้อหาของสนธิสัญญานั้นเองจะกำหนดว่าเมื่อเข้ากรณีใดกรณีหนึ่งดังระบุไว้รัฐภาคีคู่สัญญานั้นจะต้องปฏิบัติอย่างเดียวกันอย่างไร²³ สนธิสัญญาประเภทกฎหมายนี้อาจมีผลผูกพันไปถึงรัฐอื่นๆ ที่มิได้เป็นภาคีในสนธิสัญญาได้ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นอันเนื่องมาจากลักษณะเฉพาะของกฎเกณฑ์ในสนธิสัญญานั้นเอง ในที่นี้อาจแบ่งออกได้เป็นสองกลุ่มคือ²⁴

กลุ่มแรก กรณีที่กฎเกณฑ์ในสนธิสัญญาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งสนธิสัญญาประเภทนี้มีฐานะเป็นการรับรองสถานะทางกฎหมายของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในรูปของสนธิสัญญาซึ่งมีลักษณะเป็นการประกาศยืนยันถึงกฎหมายจารีตประเพณีที่มีมาก่อน เช่น

- อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1969 และ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันเอง ค.ศ. 1986 ซึ่งอนุสัญญาทั้งสองฉบับนี้ถือเป็นการนำกฎหมายจารีตประเพณีเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาและผลของสนธิสัญญามาประมวลไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อให้รัฐต่างๆ ยึดถือและปฏิบัติตาม หรืออนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961 ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่จัดทำขึ้นโดยประมวลจากกฎหมายจารีตประเพณีและจากอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1815

- อนุสัญญากรุงเจนีวาว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1958 ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่มีเนื้อหาว่าด้วยทะเลอาณาเขตและเขตต่อเนื่อง ว่าด้วยทะเลหลวง ว่าด้วยไหล่ทวีป และว่าด้วยการประมง และการอนุรักษ์ทรัพยากรมีชีวิตในทะเลหลวง²⁵ เป็นต้น

²³ จี.ดี. เศรษฐบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520), น. 22.

²⁴ ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9, น. 205-206.

²⁵ นพพร โพธิ์รังสิยากร, “การใช้กฎหมายทะเลในศาลไทย (ภาค 3),” วารสารการพาณิชย์นาวี, ฉบับที่ 3 ปีที่ 13, น. 53, (กันยายน 2537).

อย่างไรก็ตามในบางกรณีอาจเป็นเรื่องไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีเช่นว่านั้นอยู่ก่อน แต่ข้อกำหนดในสนธิสัญญานั้นเองอาจกลายมาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีภายหลังได้เพราะเหตุที่รัฐต่างๆ มีความเชื่อว่ากฎเกณฑ์ในสนธิสัญญาเป็นข้อผูกพันที่รัฐทั้งหลายต้องปฏิบัติตาม สนธิสัญญาประเภทนี้ก็มีฐานะเป็นการสร้างกฎหมายจารีตประเพณีขึ้นมาใหม่ด้วย เช่น อนุสัญญากรุงเฮก (Convention de la Haye) ค.ศ.1899 และ ค.ศ.1907 ซึ่งเป็นอนุสัญญาว่าด้วยการทำสงครามซึ่งประกอบด้วยกฎเกณฑ์ต่างๆ โดยได้รับการยอมรับนับถือจากนานาประเทศและได้พัฒนามาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเวลาต่อมา

การที่รัฐต่างๆ ทำสนธิสัญญาประเภทกฎหมายโดยมีลักษณะเป็นการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ สนธิสัญญาที่ทำขึ้นจะมีความผูกพันรัฐสองฐานะด้วยกัน คือ ในฐานะของกฎหมายอนุสัญญา (droit conventionnel , conventional law) ซึ่งมีผลผูกพันเฉพาะภาคีคู่สัญญาและในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (droit international coutumier , international customary law) ซึ่งมีผลผูกพันรัฐอื่นแม้มิได้เป็นภาคีด้วยแต่อย่างใด

กลุ่มที่สอง เป็นสนธิสัญญาที่อยู่นอกเหนือจากประเภทของสนธิสัญญาในกลุ่มแรกซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่สร้างกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศขึ้นมาใหม่เพื่อแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างรัฐภาคีหรือเพื่อความสงบเรียบร้อยหรือประโยชน์ของสังคมโลกเป็นการเฉพาะเรื่อง สนธิสัญญาดังกล่าวมีผลผูกพันทุกประเทศที่เข้าร่วมเป็นภาคี อย่างไรก็ตามก็ดีหากรัฐอื่นซึ่งมิได้เป็นภาคีในสนธิสัญญายอมรับรู้ผลบังคับของสนธิสัญญาโดยไม่มีการคัดค้าน การยอมรับรู้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายของรัฐอื่นมีผลเป็นการสร้างสภาพบังคับเป็นการทั่วไป (situations objectives) ของสนธิสัญญาได้ หรือแม้รัฐอื่นใดจะทำการคัดค้านถ้าสภาพบังคับเป็นการทั่วไปที่เกิดจากสนธิสัญญานั้นได้เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปแล้วก็จะมีสภาพบังคับเด็ดขาด (jus cogens) ซึ่งสามารถใช้บังคับได้เป็นการทั่วไป (obligation erga omnes)²⁶ ตัวอย่างของสนธิสัญญาประเภทกฎหมายที่สำคัญในกลุ่มนี้ เช่น

- กฎบัตรสหประชาชาติ (Le Charte des Nations Unies - U.N. Charter) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาพหุภาคีที่ก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ ซึ่งมีสถานภาพบุคคลระหว่างประเทศเป็นการทั่วไป ในเรื่องนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยให้ความเห็นไว้เมื่อวันที่ 11 เมษายน ค.ศ. 1949 กรณีเกี่ยวกับการใช้ค่าเสียหายที่เกิดแก่หน่วยงานของสหประชาชาติว่า รัฐทั้งหลายมีพันธกิจร่วมกันเป็นประชาคมระหว่างประเทศย่อมมีอำนาจตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะจัดตั้ง

²⁶ ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9, น. 208.

หน่วยที่มีสถานภาพทางกฎหมายเป็นการทั่วไปที่มีใช้แต่เพียงสถานภาพทางกฎหมายที่เป็นที่ยอมรับในหมู่ภาคีสมาชิกเท่านั้น

- อนุสัญญาระหว่างประเทศด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นผลมาจากการกำหนดหลักการและมาตรฐานความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ โดยมีการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights 1948 : UDHR) ขึ้นในปี พ.ศ. 2491 ซึ่งประกาศฉบับนี้ประกอบด้วยเนื้อหาที่ส่วนด้วยกันคือ (1) คำปวารณาของปฏิญญาซึ่งวางหลักการสำคัญเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน (2) กล่าวถึงสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (civil and political rights) (3) กล่าวถึงสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (economic social and cultural rights) และ (4) กล่าวถึงหน้าที่ของบุคคล สังคม และรัฐ โดยจะต้องดำเนินการสร้างหลักประกันให้มีการคุ้มครองสิทธิที่ปรากฏในปฏิญญาให้ได้รับการปฏิบัติอย่างจริงจัง

เนื่องจากปฏิญญาวาดด้วยสิทธิมนุษยชนฉบับนี้ถือว่าเป็นแต่เพียงคำประกาศที่ไม่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย ดังนั้น องค์การสหประชาชาติจึงนำหลักการต่างๆ ที่รับรองไว้ในปฏิญญามากำหนดให้มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายในรูปของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหรืออนุสัญญาวาดด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งประกอบด้วยอนุสัญญาสำคัญ 4 ฉบับที่ถือเป็นหลักในการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชน โดยการกำหนดพันธกรณีแก่รัฐภาคีเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามข้อบทต่างๆ ที่กำหนดไว้ กล่าวคือ²⁷

ก) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant of Civil and Political Rights : ICCPR) มีผลใช้บังคับเมื่อปีค.ศ. 1976²⁸

ข) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic , Social and Cultural Rights : ICESCR) มีผลใช้บังคับเมื่อปีค.ศ. 1976²⁹

ค) อนุสัญญาวาดด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women : CEDAW) มีผลบังคับใช้เมื่อปีค.ศ. 1981³⁰

²⁷ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, คู่มือรายงานประเทศตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี, (2550), น. 11-15.

²⁸ ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 30 มกราคม พ.ศ. 2540.

²⁹ ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 5 ธันวาคม พ.ศ. 2542.

ง) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child : CRC) มีผลใช้บังคับเมื่อปีค.ศ.1990³¹

- อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity : CBD) ซึ่งมีการลงนามร่วมกันที่เมืองเดอจาไนโร ประเทศบราซิล และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ.1993 โดยเป็นความตกลงร่วมกันของประชาคมโลกที่จะต้องมีการดำเนินงานเพื่อจัดการเกี่ยวกับความเปลี่ยนแปลงของสภาวะแวดล้อมและทรัพยากรโลกอย่างยั่งยืน โดยมีวัตถุประสงค์หลักคือ เพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรความหลากหลายทางชีวภาพ การใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนและการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรชีวภาพอย่างเป็นธรรม เป็นไปอย่างเหมาะสมทั้งในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม การถ่ายทอดเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องและการสนับสนุนทุนในการดำเนินการ อนุสัญญานี้ถือว่ามีความสำคัญในเวทีโลกอย่างมากในปัจจุบัน³²

- อนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งพืชและสัตว์ที่ใกล้จะสูญพันธุ์ (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora : CITES) มีผลใช้บังคับเมื่อปีค.ศ. 1973 เป็นอนุสัญญาที่มุ่งควบคุม การค้าพืชและสัตว์ป่า อันเป็นสาเหตุใหญ่ประการหนึ่งในการเร่งให้พืชและสัตว์สูญพันธุ์เร็วขึ้น โดยสหภาพนานาชาติเพื่อการอนุรักษ์จัดให้มีการประชุมนานาชาติขึ้นที่กรุงวอชิงตัน ดีซี และได้ร่างอนุสัญญาไซเตสขึ้น ซึ่งมีประเทศต่างๆ ร่วมเข้าประชุมถึง 88 ประเทศและมีประเทศที่ลงนามรับรองและเห็นด้วยกับอนุสัญญานี้ทันทีถึง 21 ประเทศ สำหรับประเทศไทยได้ส่งตัวแทนเข้าร่วมในการประชุมครั้งนั้นด้วย แต่ได้ลงนามรับรองอนุสัญญานี้เมื่อปี พ.ศ.2518 และให้สัตยาบันในวันที่ 21 มกราคม พ.ศ. 2526³³

- อนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ค.ศ.1976 (Paris Convention for the Protection of Industrial Property)ซึ่งวางหลักในเรื่องของการให้ความหมาย

³⁰ ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 8 กันยายน พ.ศ. 2528.

³¹ ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 26 เมษายน พ.ศ. 2535.

³² อธิพิณ ศรีเสาวลักษณ์, “ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมและอนุรักษ์พันธุ์สัตว์ พ.ศ..... ถึงเวลาแล้วหรือยัง,” วารสารกฎหมาย, ฉบับที่ 3 ปีที่ 23, น. 147-148, (เมษายน 2548).

³³ กอบกุล ราชะนาคร, “ประเทศไทยกับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ,” รายงานที่ตีพิมพ์ ฉบับที่ 13 เดือนมกราคม 2538, <<http://www.info.tdri.or.th/library/quarterly/whitepp/wb13.htm>>, มิถุนายน 2550.

ของ “เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงทั่วไป (well-known mark)” และปัจจุบันถือเป็นที่ยอมรับของนานาชาติ

- อนุสัญญาว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่มีบทบัญญัติเป็นการกำหนดหน้าที่แก่รัฐภาคีต้องยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศอันเป็นผลมาจากข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทซึ่งถูกกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่งที่เอกชนได้ทำขึ้น โดยกำหนดให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งเมื่อเอกชนได้นำข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการตัดสินแล้ว ฝ่ายที่ชนะคดีก็สามารถนำคำตัดสินดังกล่าวร้องขอต่อศาลภายในรัฐภาคีคู่สัญญาให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ อนุสัญญาเช่นนี้ได้แก่ อนุสัญญากรุงนิวยอร์คว่าด้วยการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่เสมือนเป็นฉบับที่แก้ไขปรับปรุงอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและการใช้บังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 โดยประเทศไทยเป็นภาคีด้วยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 21 ธันวาคม 1958 เป็นต้น

1.2 หลักการเป็นป่อเกิดของกฎหมายปกครองของสนธิสัญญา

ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง กฎหมายอันเป็นแหล่งที่มาและเป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองนอกจากจะมีป่อเกิดจากกฎหมายภายในประเทศในรูปแบบต่างๆ แล้ว สนธิสัญญาซึ่งเป็นป่อเกิดอย่างหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศอาจกลายมาเป็นป่อเกิดของกฎหมายปกครองภายในรัฐได้เช่นกัน เนื่องจากความผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศภายใต้หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda)³⁴ ทำให้รัฐภาคีต้องนำสนธิสัญญาเข้ามาเป็นกฎหมายภายในรัฐเพื่อให้ฝ่ายปกครองซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรของรัฐสามารถปฏิบัติการให้เป็นตามสนธิสัญญาได้ อย่างไรก็ตามการที่สนธิสัญญาจะเป็นแหล่งที่มาและเป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองอย่างไร ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทที่วางหลักการเป็นป่อเกิดของกฎหมายปกครองของสนธิสัญญาในรัฐนั้นไว้ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

³⁴ มาตรา 26 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยการสนธิสัญญา ค.ศ. 1969.

1.2.1 ความหมายของคำว่า “บ่อเกิดของกฎหมายปกครอง”

แนวคิดเรื่องบ่อเกิดของกฎหมายปกครองมีรากฐานความคิดมาจากนิติรัฐ (The Rule of Law , L'Etat de Droit , Rechtsstaat)³⁵ ซึ่งเป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย และยอมผูกพันการกระทำใดๆ ของตนกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายซึ่งส่วนหนึ่งได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพต่างๆ ของประชาชนเอาไว้ อีกส่วนหนึ่งได้บัญญัติไว้ล่วงหน้าเกี่ยวกับเงื่อนไขและข้อจำกัดต่างๆ เกี่ยวกับวิธีการซึ่งฝ่ายปกครองจะกระทำได้ในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย³⁶ โดยกฎหมายเช่นนั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่รัฐตราขึ้นและประกาศใช้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ³⁷

ดังนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ว่าจะอยู่ในตำแหน่งสูงต่ำอย่างไรย่อมต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายและมีหน้าที่ดำเนินการปกครองให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือเป็นไปตาม “หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (principle of the legality of administrative action)” ซึ่งมีความหมายว่า รัฐบาล หน่วยงาน และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรืออยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาลจะทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของเอกชนคนใดคนหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น³⁸ จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายเป็นทั้ง “แหล่งที่มา (source)” และเป็น “ข้อจำกัด (limitation)” อำนาจการกระทำของฝ่ายปกครอง

เพื่อให้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองมีผลในทางปฏิบัติ ในนิติรัฐจึงกำหนดให้องค์กรตุลาการหรือศาลมีอำนาจใช้บังคับกฎหมายเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองได้ ในการพิจารณาว่ากฎเกณฑ์ใดกฎเกณฑ์หนึ่งที่

³⁵ ประเสริฐศุภมาตรา,ขุน, กฎหมายปกครอง, (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2480), น. 41.

³⁶ R. Carré de MALBERG, Contribution à la Théorie générale de l'Etat, (Paris: Sirey ,1920), pp. 488-489.

³⁷ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2511) เรียงมาตราและคำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ, (พระนคร : สำนักพิมพ์บำรุงสาสน์, 2511), น. 141.

³⁸ H.W.R WADE, Administrative Law, Fourth Edition (Oxford : Clarendon Press, 1980), pp. 23-24.

ศาลจะนำมาใช้บังคับกับฝ่ายปกครองเป็นกฎหมายหรือไม่ และศาลจะค้นหากฎหมายเหล่านั้นได้จากที่ใด ปัญหาเหล่านี้ล้วนเป็นปัญหาเรื่องบ่อเกิดของกฎหมายทั้งสิ้น³⁹

เนื่องจากบ่อเกิดของกฎหมายอาจพิจารณาได้หลายความหมาย ในที่นี้ผู้เขียนจะพิจารณาความหมายในแง่นิติศาสตร์โดยแท้ (legal source) ซึ่งเป็นคำสอนที่อธิบายว่า กฎเกณฑ์อะไรเป็นกฎหมายเท่านั้น⁴⁰

“บ่อเกิดของกฎหมาย” หมายถึง รูปแบบหรือแบบพิธีที่แสดงออกซึ่งกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (source formelle)⁴¹ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ บ่อเกิดของกฎหมายเป็นรูปแบบหรือแบบพิธีที่กฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (legal norm) อาศัยในการก่อกำเนิดและปรากฏตัวขึ้น หากไม่มีบ่อเกิดก็ไม่มีกฎหมาย ดังนั้นการพิจารณาว่ากฎเกณฑ์ใดเป็นกฎหมาย ต้องพิจารณาว่ากฎเกณฑ์เหล่านั้นได้ผ่านแบบพิธีในการทำให้อำนาจที่บัญญัติไว้เป็นกฎหมายหรือผ่านบ่อเกิดของกฎหมายแล้วหรือไม่ หากกฎเกณฑ์ดังกล่าวผ่านบ่อเกิดของกฎหมายแล้วกฎเกณฑ์นั้นย่อมเป็นกฎหมายที่ศาลสามารถนำเอาไปใช้ในการวินิจฉัยคดีได้

คำว่า “บ่อเกิดของกฎหมายปกครอง” จึงหมายถึง รูปแบบของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งผ่านแบบพิธีของการทำให้กฎเกณฑ์นั้นมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐโดยถูกต้อง และศาลสามารถนำมาใช้บังคับเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในฐานะเป็นแหล่งที่มาและเป็นข้อจำกัดอำนาจการกระทำทางปกครองได้ ซึ่งจะปรากฏอยู่ในรูปของกฎหมายทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

โดยทั่วไปแล้วกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเหล่านี้จะอยู่ร่วมกันและมีความสัมพันธ์เป็นไปตามหลักการจัดลำดับชั้นแห่งกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (hiérarchie des règles)⁴² กล่าวคือ กฎเกณฑ์

³⁹ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ภาพพิมพ์, 2526), น. 16-17.

⁴⁰สมยศ เชื้อไทย, ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 71.

⁴¹บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), น. 5.

⁴²เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, รัฐ รัฐธรรมนูญ กฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 3, โครงการตำราและสื่อการสอน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 250.

ทางกฎหมายทั้งหมดจะประกอบอยู่ในรูปของพีรามิดแห่งกฎหมาย และมีการจัดลำดับชั้นลดหลั่นตามชั้นลงมาโดยลำดับชั้นที่ต่ำกว่าจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับลำดับชั้นที่สูงกว่า จากแนวคิดดังกล่าวนี้เองส่งผลให้กฎหมายแต่ละชั้นต้องเคารพกฎหมายในลำดับชั้นที่สูงกว่าและในขณะเดียวกันกฎหมายนั้นก็ยังมีผลบังคับต่อกฎหมายที่อยู่ในลำดับต่ำกว่าด้วย

หลักการเคารพกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่ามีความสัมพันธ์กับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองอยู่สองประการคือ⁴³

ประการแรก การกระทำของฝ่ายปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายอันเป็นแหล่งที่มาแห่งอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองและต้องไม่ขัดต่อกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรอื่นๆ ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นทั้งที่เป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติและในระดับรัฐธรรมนูญตลอดจนจารีตประเพณีทางปกครองและหลักกฎหมายทั่วไปด้วย

ประการที่สอง ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ซึ่งมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรให้อำนาจทั้งนี้เป็นไปตามหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” โดยกฎหมายอันเป็นแหล่งที่มาแห่งอำนาจของฝ่ายปกครองที่มีความสำคัญมากที่สุดคือ กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ ซึ่งจะต้องมีความสอดคล้องกับกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่าหรือเป็นไปตาม “หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย” เช่นกัน

1.2.2 ประเภทของบ่อเกิดของกฎหมายปกครอง

บ่อเกิดของกฎหมายปกครองอาจแยกออกได้เป็นสองประเภทคือ บ่อเกิดที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร และบ่อเกิดที่ไม่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งจะได้อธิบายตามลำดับชั้นแห่งกฎเกณฑ์ทางกฎหมายดังนี้

⁴³บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 47-48., วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 17-24., วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง,” ใน คู่มือการศึกษาวิชายกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547), น. 199.

1.2.2.1 บ่อเกิดของกฎหมายปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษร

บ่อเกิดของกฎหมายปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายนั้น มีอยู่หลายรูปแบบ เหตุที่กฎหมายเหล่านี้มีรูปแบบที่แตกต่างกันเนื่องจากเป็นกฎหมายที่ถูกตราขึ้นโดยองค์กรที่ต่างกัน ส่งผลทำให้กฎหมายมีค่าบังคับแตกต่างกันไปตามความสำคัญขององค์กรผู้มีความอำนาจในการตรากฎหมายประเภทนั้นๆ⁴⁴ และมีการเรียงลำดับชั้นจากกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงสุดลดหลั่นลงมาถึงกฎหมายที่มีค่าบังคับต่ำสุดซึ่งได้แก่ (1) รัฐธรรมนูญและหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป (2) กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (3) กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และ (4) กฎหมายลำดับรอง ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

(1) รัฐธรรมนูญและหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป

รัฐธรรมนูญ เป็นกฎหมายที่ถือกำเนิดขึ้นจากอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญหรืออำนาจในการให้รัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant) ซึ่งเป็นอำนาจของบุคคลหรือคณะบุคคลในการตัดสินใจเรื่องทางการเมืองในฐานะเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดและแท้จริงของรัฐในขณะนั้น⁴⁵ เมื่อมีรัฐธรรมนูญแล้วรัฐธรรมนูญย่อมก่อตั้งองค์กรทางการเมืองและมอบอำนาจให้องค์กรเหล่านั้นไปสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายรวมกันขึ้นเป็นระบบกฎหมายทั้งระบบ อำนาจที่องค์กรทางการเมืองได้รับจึงเป็นอำนาจที่รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญ (pouvoir constitué) รัฐธรรมนูญจึงมีค่าบังคับสูงสุดและอยู่เหนือกฎหมายอื่นๆ ในระบบกฎหมายของรัฐทั้งสิ้น⁴⁶

ดังนั้น การกระทำใดๆ ขององค์กรของรัฐไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารซึ่งรวมถึงการกระทำของฝ่ายปกครองหรือการกระทำขององค์กรตุลาการจะขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปไม่ได้ ตัวอย่างของหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่สำคัญเช่น หลักความได้สัดส่วน⁴⁷ และหลักความเสมอภาค เป็นต้น

⁴⁴ อิศระ นิตินันท์ประกาศ, คำสอนวิชากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ (LA 439), (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2523), น. 99.

⁴⁵ สมยศ เชื้อไทย, "กฎหมายรัฐธรรมนูญ," เอกสารประกอบการสอน วิชากฎหมายรัฐธรรมนูญขั้นสูง ชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547, น. 42. (อรรถาธิบาย).

⁴⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้าวแล้ว เจริญรอกที่ 41, น. 19.

⁴⁷ ตัวอย่างเช่น คำสั่งของศาลปกครองกลางที่ 2253/2545 เป็นกรณีพิพาทปกครองนำหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปมาใช้เป็นมาตรการในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศ

(2) กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ เป็นกฎหมายประเภทหนึ่งที่เกิดจากแนวคิดที่ว่า รัฐธรรมนูญในฐานะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศไม่ควรมีเนื้อหาหรือมีข้อความต่างๆ ที่ยืดยาวจนเกินไปนัก โดยรัฐธรรมนูญควรบัญญัติไว้เฉพาะแต่เรื่องที่สำคัญอันเป็นหลักการใหญ่ๆ เท่านั้น ส่วนในรายละเอียดควรนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายอื่นๆ หรือที่เรียกว่า “กฎหมายเสริม”⁴⁸ เพื่อกำหนดรายละเอียดและแนวทางปฏิบัติต่างๆ เฉพาะแต่ละเรื่องตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ดังนั้นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญจึงมีเนื้อหาที่มีความเป็นรัฐธรรมนูญในขณะเดียวกัน

กฎหมายประเภทนี้จึงมีกระบวนการออกกฎหมายเป็นพิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายธรรมดาที่ออกโดยรัฐสภาและมีฐานะสูงกว่ากฎหมายอื่นๆ ภายในรัฐโดยมีความสำคัญรองลงมาจากรัฐธรรมนูญ แต่อยู่เหนือกว่ากฎหมายธรรมดาทั้งหลายภายในรัฐ เช่น ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสกำหนดให้รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีฐานะต่ำกว่ารัฐธรรมนูญแต่มีลำดับชั้นที่สูงกว่ากฎหมายภายในอื่นๆ

สำหรับระบบกฎหมายไทย ก่อนหน้าจะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับ 2550 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมิได้มีลำดับชั้นสูงกว่าพระราชบัญญัติทั่วไปเช่นเดียวกับระบบกฎหมายฝรั่งเศส แต่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีฐานะเป็นกฎหมายในระดับเดียวกับพระราชบัญญัติทั่วไปเท่านั้น⁴⁹

กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ซึ่งมีสถานะเป็น “กฎ” ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ.2490 ประเด็นแห่งคดีในเรื่องนี้เป็นการโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ว่าเป็นกฎที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่สิบสามคนเกินสมควร ผู้ฟ้องคดีจึงขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งเพิกถอนประกาศของกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ดังกล่าว คำวินิจฉัยนี้ศาลปกครองได้ว่าเป็นคำวินิจฉัยฉบับแรกที่ศาลปกครองยืนยันหลักแห่งความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปมาใช้ในฐานะเป็นมาตรการในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง.

⁴⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ข้อคิดเพื่อการปรับปรุงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญไทย, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันนโยบายศึกษา, 2541), น. 8.

⁴⁹ ประเด็นดังกล่าวปรากฏในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 1-2/2550 กรณีอัยการสูงสุดมีคำสั่งขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคประชาธิปัตย์และพรรคประชาธิปัตย์ก้าวหน้า และคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550 กรณีอัยการสูงสุด

อย่างไรก็ดี ภายหลังจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับ 2550 ในมาตรา 141 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติว่า “เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้ว ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งต้องกระทำไปแล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง”

บทบัญญัติในมาตราดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญได้สร้างกลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นระบบแบบบังคับให้ต้องส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบก่อนการประกาศใช้เสมอ กรณีจึงต่างจากกระบวนการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติทั่วไปซึ่งมีระบบแบบบังคับให้ต้องส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญก่อนทุกครั้ง⁵⁰ ซึ่งเท่ากับผู้ร่างรัฐธรรมนูญให้ความสำคัญแก่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมากกว่าพระราชบัญญัติธรรมดา ดังนั้น สถานะของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ 2550 จึงอยู่ในลำดับขั้นที่ดีกว่าพระราชบัญญัติทั่วไปแต่อยู่ในลำดับต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ

(3) กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ

กฎหมายปกครองในระดับพระราชบัญญัติ จะปรากฏอยู่ในรูปของ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ประมวลกฎหมาย ประกาศพระบรมราชโองการ และประกาศคณะปฏิวัติ ซึ่ง

มีคำสั่งขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคไทยรักไทย พรรคพัฒนาชาติไทย และพรรคแผ่นดินไทย ซึ่งมีปัญหาว่า การที่รัฐธรรมนูญฉบับ 2540 สิ้นสุดลงตามประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 3 ลงวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 มีผลทำให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 สิ้นสุดลงด้วยหรือไม่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วางหลักไว้ในคำวินิจฉัยทุกฉบับทำนองเดียวกันว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ 2540 และพระราชบัญญัติทั่วไปในระบบกฎหมายไทยมีกระบวนการตราและการแก้ไขเพิ่มเติมตลอดจนกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเช่นเดียวกัน ดังนั้นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจึงมีสถานะทางกฎหมายเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติทั่วไป การยกเลิกหรือการทำให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญสิ้นผลจึงต้องเป็นกรณีการออกกฎหมายมายกเลิกหรือมีกฎหมายใหม่ออกมาใช้บังคับแทน.

⁵⁰โปรดดูมาตรา 154 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

โดยทั่วไปแล้ว กฎหมายเหล่านี้จะเป็นแหล่งที่มาของอำนาจในการปฏิบัติราชการทั้งหลายของฝ่ายปกครองในการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดรายละเอียดต่างๆ ในการดำเนินงานเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ เงื่อนไขต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ในขณะเดียวกันเนื้อหาของกฎหมายเหล่านี้ยังถือเป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองด้วย กล่าวคือ การปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด หากฝ่ายปกครองกระทำผิดขั้นตอนย่อมทำให้การปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

อย่างไรก็ดี การที่กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติจะเป็นแหล่งที่มาและเป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการต่างๆ ของฝ่ายปกครองได้ต้องเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาและแบบพิธีในการออกกฎหมายที่มีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปในฐานะเป็นกฎหมายในลำดับขั้นที่สูงกว่าด้วยหรือเป็นไปตาม “หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย” โดยมีศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรสำคัญในการทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบมิให้กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

(4) กฎหมายลำดับรอง

กฎหมายลำดับรอง หมายถึง กฎหมายซึ่งองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองได้ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีฐานะเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติเพื่อกำหนดรายละเอียดในการบังคับการให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีฐานะเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท⁵¹

กฎหมายลำดับรองจึงได้แก่ กฎหมายบริหารบัญญัติ เช่น ประกาศพระบรมราชโองการ ประกาศคณะปฏิวัติ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับต่างๆ และกฎหมายองค์การบัญญัติ ซึ่งแบ่งเป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองแบบกระจายอำนาจทางพื้นที่ เช่น เทศบัญญัติและข้อบัญญัติตลอดจนข้อบังคับขององค์กรปกครองตนเองของท้องถิ่น และกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองแบบกระจายอำนาจทางบริการ เช่น ระเบียบ ข้อบังคับที่ออกโดยรัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน และองค์กรวิชาชีพต่างๆ เช่น สภานายความ แพทยสภา เป็นต้น

⁵¹วราภรณ์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” วารสารกฎหมายปกครอง, ปีที่ 8, น. 24. (2532).

เนื่องจากกฎหมายลำดับรองเป็นกฎหมายที่องค์กรฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจออกตามบทบัญญัติของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเพื่อกำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการต่างๆ เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท เนื้อหาของกฎหมายลำดับรองจึงเป็นแหล่งที่มาของอำนาจในการออกกฎ ข้อบังคับ หรือคำสั่งของฝ่ายปกครองโดยตรง ในขณะเดียวกันเนื้อหาในกฎหมายลำดับรองยังถือเป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการต่างๆ ของฝ่ายปกครองได้เช่นกัน โดยการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจึงต้องเคารพกฎหมายลำดับรองที่ตนเองเป็นผู้ออกใช้บังคับตามหลักที่ว่า“จงปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่เจ้าเองได้ออกมาใช้บังคับ (patere legem quam ipse fecisti)” และต้องเคารพกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองที่อยู่ในตำแหน่งเหนือกว่าตนและอยู่ในตำแหน่งที่ต่ำกว่าตนด้วย⁵²

นอกจากนี้ กฎหมายลำดับรองจะมีเนื้อหาและแบบพิธีในการออกกฎหมายลำดับรองที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายแม่บทไม่ได้ ในกรณีที่มีปัญหาความขัดแย้งกฎหมายของกฎหมายลำดับรองย่อมถือเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองที่จะตรวจสอบว่ากฎหมายลำดับรองมีข้อความหรือมีแบบพิธีในการออกกฎหมายเป็นการสอดคล้องกับกฎหมายแม่บทและสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในฐานะเป็นกฎหมายสูงสุดหรือไม่

1.2.2.2 บ่อเกิดของกฎหมายปกครองที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

บ่อเกิดของกฎหมายปกครองที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่นำมาศึกษาในที่นี้หมายถึง บ่อเกิดของกฎหมายปกครองที่มีความสำคัญในระบบชีวิตลอร์ดเท่านั้น ได้แก่ (1) กฎหมายจารีตประเพณี และ (2) หลักกฎหมายทั่วไป

(1) กฎหมายจารีตประเพณี

กฎหมายจารีตประเพณี (customary law) ได้แก่ แนวปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งซึ่งได้รับการประพฤติปฏิบัติตามอย่างสม่ำเสมอติดต่อกันมาช้านานจนกลายเป็นอุปนิสัยของคนในสังคม (social habit) และสาธารณชนเกิดความรู้สึกร่วมกันว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจำต้องปฏิบัติตาม (opinion juris)⁵³

ภายใต้หลักนิติรัฐซึ่งถือว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยองค์กรผู้แทนปวงชนถือเป็นสัญลักษณ์ของการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์สูงสุดของประชาชน กฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงมีบทบาทสำคัญมากที่สุดสำหรับเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

⁵² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 43, น. 221-223.

⁵³ เพิ่งอ้าง, น. 215-216.

จากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครอง การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงกระทำได้ก็แต่โดยมีบทกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น

ดังนั้น ฝ่ายปกครองจะอาศัยอำนาจตามกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรมาเป็นฐานที่มาแห่งอำนาจกระทำการต่างๆ ของฝ่ายปกครองทั้งในลักษณะของการนำกฎหมายจารีตประเพณีมาแทนที่หรือมาดลบันดาลกฎหมายลายลักษณ์อักษรมิได้ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในลำดับชั้นใดก็ตาม ถ้าฝ่ายปกครองกระทำการฝ่าฝืนย่อมถือว่าฝ่ายปกครองกระทำการอันเป็นการละเมิดกฎหมาย ซึ่งได้แก่ รัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติรับรองและให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย⁵⁴

อย่างไรก็ตาม หากประชาชนผู้อยู่ใต้การปกครองเห็นว่าจารีตประเพณีทางกฎหมายปกครองในเรื่องนั้นๆ เป็นกฎเกณฑ์ที่ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนและไม่ปรากฏว่าจารีตประเพณีทางกฎหมายปกครองในเรื่องนั้นขัดหรือแย้งกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร ประชาชนย่อมยกจารีตประเพณีทางกฎหมายปกครองขึ้นใช้ยันต่อการกระทำของฝ่ายปกครองที่ประชาชนเห็นว่าเป็นการขัดต่อจารีตประเพณีในฐานะเป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองได้

ตัวอย่างเช่น กรณีการตรากฎกระทรวงซึ่งโดยทั่วไปแล้วรัฐมนตรีว่าการกระทรวงนั้นๆ จะต้องเสนอร่างกฎกระทรวงต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อขอความเห็นชอบก่อนที่รัฐมนตรีจะลงนามและประกาศใช้กฎกระทรวงในราชกิจจานุเบกษา เนื่องจากการออกกฎกระทรวงโดยรัฐมนตรีประจำกระทรวงใดกระทรวงหนึ่งย่อมมีผลกระทบต่อระบบการบริหารราชการซึ่งอาจส่งผลถึงกระทรวงอื่นๆ ด้วย การที่รัฐมนตรีดำเนินการส่งร่างกฎกระทรวงให้คณะรัฐมนตรีพิจารณา ก็เพื่อเป็นการให้คณะรัฐมนตรีตรวจสอบก่อนว่าร่างกฎกระทรวงดังกล่าวจะไม่มีผลเป็นการกระทบหรือเป็นการขัดแย้งกับอำนาจหน้าที่ของกระทรวงอื่นๆ ดังนั้นการเสนอร่างกฎกระทรวงให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาก่อนการประกาศใช้จึงถือเป็นจารีตประเพณีทางกฎหมายปกครองที่ฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติสืบต่อกันและได้ยอมรับกันทั่วไปว่าเป็นกฎหมายที่ผูกพันฝ่ายปกครอง

เนื่องจากจารีตประเพณีทางกฎหมายปกครองเกิดขึ้นจากแนวปฏิบัติที่เป็นแบบแผนของฝ่ายปกครองที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำมาใช้เป็นกฎหมายเสริมประกอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง หรือนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่บุคคลเฉพาะรายเท่านั้น จึงส่งผลทำให้จารีตประเพณีทาง

⁵⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 43, น. 23-24.

กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับต่ำกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรทุกประเภทและไม่มีทางที่จะขัดหรือแย้งกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งจารีตประเพณีทางกฎหมายปกครองที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย (coutume contra legem) จึงมีไม่ได้นั่นเอง⁵⁵

ดังนั้น การใช้จารีตประเพณีทางกฎหมายปกครองของศาลในฐานะเป็นมาตรการในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง จึงต้องเป็นการใช้ภายหลังจากที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องดังกล่าวและต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้วเท่านั้น

(2) หลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครอง (general principle of law) ได้แก่ หลักการอันเป็นรากฐานของระบบกฎหมายภายในประเทศทั้งระบบ⁵⁶ซึ่งเป็นผลมาจากการที่ศาลปกครองได้ทำหน้าที่เป็นผู้ค้นหาและประกาศถึงความมีอยู่ของหลักการดังกล่าวเพื่อใช้บังคับในระบบกฎหมายโดยการให้เหตุผลในเชิงนิติศาสตร์ จากระบบกฎหมาย แนวคิดปรัชญาการเมือง การปกครองของประเทศ บรรดาตัวบทกฎหมายทั้งหลายภายในรัฐและนอก รัฐ เช่น รัฐธรรมนูญ ฎบัญญัติสากลด้วยสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในกฎหมายระหว่างประเทศ ฯลฯ

เมื่อพิจารณาจากระบบกฎหมายฝรั่งเศส จะเห็นว่าศาลปกครองฝรั่งเศสยอมรับที่จะนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้บังคับในฐานะเป็นข้อจำกัดอำนาจการกระทำของฝ่ายปกครองได้ โดยศาลปกครองได้วางหลักไว้ว่าศาลปกครองมีอำนาจเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการขัดหรือแย้งต่อหลักกฎหมายทั่วไปได้แม้ไม่มีตัวบทกฎหมายใดๆ รองรับอยู่เลยก็ตาม⁵⁷ ส่วนลำดับชั้นของหลักกฎหมายทั่วไปอาจมีความแตกต่างกันตามระบบกฎหมายและขึ้นอยู่กับประเภทขององค์กรตุลาการผู้ทำหน้าที่ประกาศถึงความมีอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไปของประเทศนั้นๆ

สำหรับกรณีของประเทศไทย นักกฎหมายไทยบางท่านเห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไปจะอยู่ในลำดับชั้นใดในระบบกฎหมายขึ้นอยู่กับองค์กรใดจะเป็นผู้ค้นหาลหลักกฎหมายทั่วไปนั้นมาใช้บังคับ⁵⁸ จึงเป็นความเห็นที่สอดคล้องกับทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายฝรั่งเศส กล่าวคือ หากหลักกฎหมายทั่วไปถูกนำมาใช้เพื่อควบคุมร่างกฎหมายไม่ให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ และถูกประกาศถึงความมีอยู่โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หลักกฎหมายทั่วไปนั้นย่อมมีสถานะ

⁵⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 41, น. 245.

⁵⁶ วรพจน์ วิศุทธิ์พิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 43, น. 216.

⁵⁷ อิศสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 44, น. 97.

⁵⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 41, น. 272.

เช่นเดียวกับหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่มีได้เป็นบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร ทำนองเดียวกับกลุ่มกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นรัฐธรรมนูญ (bloc de constitutionnalité) ในฐานะเป็นหลักที่มีคุณค่าเป็นรัฐธรรมนูญ (les principes à valeur constitutionnelle) ⁵⁹ ด้วย

นอกจากนี้ศาลปกครองฝรั่งเศสอาจนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้บังคับเพื่อควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งหมายความว่ารวมถึงการออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครองด้วย

อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายทั่วไปอาจถูกแก้ไขได้โดยกฎหมายของรัฐสภา ดังนั้นลำดับชั้นของหลักกฎหมายทั่วไปที่ถูกประกาศโดยศาลปกครองในฝรั่งเศสจึงอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่ากฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ แต่อยู่ในลำดับที่สูงกว่ารัฐกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ฯลฯ หรือกฎหมายลำดับรองทั้งหลาย (valeur infra législative et supra décréte) และอาจถูกยกเลิกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เสมอโดยกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ⁶⁰ ตัวอย่างหลักกฎหมายทั่วไปที่มีความสำคัญ เช่น หลักความเป็นกลาง หลักการพึ่งความอีกฝ่ายหนึ่ง หลักการบังคับบัญชา หลักที่ว่าการบริหารสาธารณะจะต้องมีความต่อเนื่อง เป็นต้น⁶¹

1.2.3 ผลบังคับและลำดับชั้นของสนธิสัญญาในฐานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครอง

กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ศาลจะนำมาใช้บังคับเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง นอกจากมีบ่อเกิดจากกฎหมายภายในประเทศแล้ว สนธิสัญญาซึ่งเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศอาจกลายมาเป็นส่วนหนึ่งของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้เช่นกัน กล่าวคือ ภายหลังจากที่ฝ่ายบริหารได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ (international ratification) แล้ว สนธิสัญญาย่อมมีผลผูกพันรัฐภาคีคู่สัญญาแต่ละฝ่ายให้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติการให้เป็นไปตาม สนธิสัญญาด้วยการทำให้สนธิสัญญานั้นมีสภาพบังคับภายในประเทศของตน ส่วนวิธีการของแต่ละประเทศจะเป็นเช่นไรย่อมขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญของประเทศนั้นจะกำหนดไว้

⁵⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 74.

⁶⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 41, น. 273.

⁶¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 43, น. 217.

ในบางประเทศกำหนดให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายของรัฐได้ทันทีภายหลังจากที่ฝ่ายบริหารได้ให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญา ประเทศที่มีวิธีการปรับใช้สนธิสัญญาเช่นนี้เป็นไปตามแนวคิดแบบเอกนิยม (monism)⁶² แต่บางประเทศนั้นภายหลังจากที่ฝ่ายบริหารได้ให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญา สนธิสัญญาจะยังไม่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐ จนกว่าจะมีการตรากฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา (legislative implementation) เสียก่อน ประเทศที่มีวิธีการปรับใช้สนธิสัญญาเช่นนี้จึงเป็นไปตามแนวคิดแบบทวินิยม (dualism)⁶³

⁶²ตามแนวคิดของนักกฎหมายที่สนับสนุนทฤษฎีเอกนิยม เช่น Kelsen, Guggenheim, Lauterpacht, Verdross, Georges Scelle เป็นต้น เห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในเป็นกฎหมายระบบเดียวกันและมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันอย่างมีเอกภาพ ถ้ามีปัญหาขัดแย้งกันศาลจะต้องนำกฎหมายใดกฎหมายหนึ่งขึ้นมาใช้ ปัญหาว่าศาลจะใช้กฎหมายใดนั้นนักกฎหมายตามแนวคิดแบบเอกนิยมยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่กล่าวคือ นักกฎหมายฝ่ายหนึ่งนั้นเห็นว่า กฎหมายระหว่างประเทศมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายในของรัฐ (classical monism) เพราะเหตุว่ากฎหมายระหว่างประเทศได้ก่อตั้งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินการของรัฐและยอมรับรู้ความมีอำนาจอธิปไตยของรัฐ ดังนั้นสนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศจึงต้องอยู่เหนือรัฐซึ่งหมายความว่าความรวมถึงอยู่เหนือกฎหมายภายในด้วย แต่นักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งกลับเห็นว่า แม้กฎหมายระหว่างประเทศจะมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับกฎหมายภายใน แต่ในที่สุดแล้วกฎหมายภายในของรัฐย่อมมีฐานะที่เหนือกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ (inverted monism) เนื่องจากรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยเด็ดขาดที่จะยอมรับและปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ การที่กฎหมายระหว่างประเทศจะมีผลใช้บังคับกับรัฐนั้นๆ ได้ก็เพราะความยินยอมของรัฐนั่นเอง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือสนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับภายในรัฐได้ก็เพราะอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเท่านั้น ดังนั้นความเห็นของนักกฎหมายกลุ่มหลังนี้จึงเห็นว่ากฎหมายภายในอาจอยู่เหนือกว่าสนธิสัญญาซึ่งถือเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ

⁶³ตามแนวคิดของนักกฎหมายที่สนับสนุนทฤษฎีทวินิยมนั้น เห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในมิได้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดต่อกันหากแต่มีการแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด ซึ่งนักกฎหมายคนสำคัญ เช่น Anzilotti และ Cavaglieri ได้สนับสนุนแนวคิดนี้ว่าเหตุที่ระบบกฎหมายทั้งสองมิได้อยู่รวมเป็นระบบเดียวกันเนื่องมาจากกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในนั้นต่างมีบ่อเกิดและมีวัตถุประสงค์ของการใช้บังคับแตกต่างกัน กล่าวคือกฎหมายระหว่างประเทศเกิดจากเจตนารมณ์ร่วมกันระหว่างรัฐคู่สัญญาโดยมีวัตถุประสงค์มุ่งใช้

1.2.3.1 ระบบเอกนิยมและผลบังคับโดยตรงของสนธิสัญญา

ในประเทศที่ใช้ระบบเอกนิยมถือว่า สนธิสัญญาที่ฝ่ายบริหารได้ให้สัตยาบันตามกฎหมายระหว่างประเทศและมีการพิมพ์ประกาศในรัฐกิจจานุเบกษาแล้ว สนธิสัญญาย่อมมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายของรัฐได้ทันที (automatic standing incorporation)⁶⁴ ดังนั้นศาลภายในจึงนำสนธิสัญญามาปรับใช้เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้โดยไม่ต้องมีการตรากฎหมายภายในเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาอีกด้วย ตัวอย่างเช่น ประเทศฝรั่งเศส

มาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 บัญญัติว่า “สนธิสัญญาหรือข้อตกลงที่ได้รับการให้สัตยาบันแล้วหรือได้รับความเห็นชอบโดยชอบแล้วให้มีผลใช้บังคับนับตั้งแต่วันที่ได้มีการประกาศใช้บังคับ ย่อมมีฐานะสูงกว่ารัฐบัญญัติ ทั้งนี้ภายใต้ข้อสงวนที่ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องบังคับใช้สนธิสัญญาหรือข้อตกลงนั้นเช่นเดียวกัน”⁶⁵

บทบัญญัติในมาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสกำหนดให้สนธิสัญญาที่ได้รับการให้สัตยาบันหรือได้รับความเห็นชอบโดยถูกต้อง และมีการประกาศใช้ ในรัฐกิจจานุเบกษาแล้ว ย่อมมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐ ในแง่นี้สนธิสัญญาจึงเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสที่เป็นลายลักษณ์อักษรประเภทหนึ่งที่ศาลปกครองจะนำมาใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย⁶⁶

บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐเท่านั้น แต่กฎหมายภายในเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นจากเจตจำนงของรัฐหนึ่งๆ ซึ่งมุ่งหมายใช้บังคับกับพลเมืองภายในรัฐนั้นๆ ดังนั้นหากจะให้สนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามามีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในรัฐได้ จะต้องมีการผ่านขั้นตอนบางประการซึ่งเป็นการแสดงเจตจำนงของรัฐว่าต้องการให้สนธิสัญญาเข้ามามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในซึ่งอาจแยกออกได้เป็นสองวิธี ได้แก่ วิธีการผนวก (incorporation) และ วิธีการแปลงรูป (transformation).

⁶⁴ Antonio Cassese, International law, second edition (Oxford University Press, 2005), p. 220.

⁶⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2548), น. 47.

⁶⁶ หลักการดังกล่าวถูกรับรองเป็นครั้งแรกโดยคำพิพากษาศาลแห่งรัฐ ลงวันที่ 30 พฤษภาคม ค.ศ. 1952 ในคดี Dame Kirkwood ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยสรุปว่านาง Kirkwood ซึ่งถูก

ในกรณีที่มีปัญหาความขัดแย้งระหว่างสนธิสัญญากับรัฐธรรมนูญ สนธิสัญญาอาจจะ มีลำดับชั้นสูงกว่ารัฐธรรมนูญได้⁶⁷ ทั้งนี้ภายใต้ข้อสงวนที่ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องบังคับใช้

กล่าวหาจากสามีนแรกว่าลักพาตัวบุตรไป ซึ่งตามกระบวนการทางศาลของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา ได้ขอให้รัฐบาลฝรั่งเศสส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน รัฐบาลฝรั่งเศสจึงออกรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 1 กันยายน ค.ศ.1951 เพื่อส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน นาง Kirkwood จึงขอให้สภาแห่งรัฐเพิกถอนรัฐกฤษฎีกา ดังกล่าว โดยยกประเด็นขึ้นกล่าวอ้างว่ามีการละเมิดสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างประเทศ ฝรั่งเศสกับประเทศอเมริกา ลงวันที่ 6 มกราคม ค.ศ. 1909 ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่ได้รับความเห็นชอบ โดยรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 1909 และประกาศใช้บังคับโดยรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1911 คดีดังกล่าวจึงมีประเด็นปัญหาวานาง Kirkwood จะสามารถฟ้องโต้แย้งรัฐ กฤษฎีกา ลงวันที่ 1 กันยายน ค.ศ.1951 เพื่อส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนโดยถือว่าการกระทำทาง ปกครองที่เกินอำนาจเนื่องจากการขัดหรือแย้งกับสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างประเทศ ฝรั่งเศสกับประเทศอเมริกา ลงวันที่ 6 มกราคม ค.ศ. 1909 ได้หรือไม่ ต่อมาสภาแห่งรัฐพิจารณา แล้วเห็นว่าผู้ฟ้องคดีสามารถยื่นฟ้องคดีขอให้มีการเพิกถอนรัฐกฤษฎีกาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้าม แแดนได้ เนื่องจากการออกรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 1 กันยายน ค.ศ.1951 เพื่อส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนเป็น การกระทำที่แยกออกจากปัญหาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของฝรั่งเศส จึงเป็นการฟ้อง โต้แย้งการกระทำทางปกครองอันเป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่สภาแห่งรัฐรับไว้ พิจารณาได้

⁶⁷ ก่อนปี ค.ศ. 1986 สภาแห่งรัฐปฏิเสธที่จะยอมรับให้สนธิสัญญาและความตกลง ระหว่างประเทศมีค่าบังคับสูงกว่ารัฐธรรมนูญ โดยวางหลักไว้ในคดี Syndicat general des Fabricants de Semoule ลงวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 1968 ว่า แม้มาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส จะรับรองว่าสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศที่ได้รับการให้สัตยาบันหรือให้ความ เห็นชอบ และมีการประกาศใช้โดยถูกต้องจะมีค่าบังคับเหนือรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ศาลปกครอง ย่อมปฏิเสธที่ตรวจสอบการกระทำทางปกครองที่ขัดต่อสนธิสัญญาหากว่าการกระทำนั้นๆ ถูกต้อง ตามรัฐธรรมนูญซึ่งตราขึ้นภายหลังการทำสนธิสัญญานั้น

แนวคิดดังกล่าวได้เป็นที่ถือปฏิบัติกันมาตลอดจนถึงปีค.ศ. 1989 ในคดี Nicolo ลง วันที่ 20 ตุลาคม ค.ศ. 1989 โดยสภาแห่งรัฐวางหลักไว้ว่าในกรณีที่ฝ่ายปกครองออกกฎโดยชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ หากกฎมีข้อความขัดหรือแย้งกับสนธิสัญญา สภา

สนธิสัญญาหรือข้อตกลงนั้นเช่นเดียวกันที่เรียกว่าเป็นไปตามหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ (reciprocity)⁶⁸ ซึ่ง

แห่งรัฐก็จะตัดสินว่าภูมิลำเนาหรือแย้งต่อสนธิสัญญาซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารที่จะต้องแก้ไขรัฐบัญญัตินั้นให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาต่อไป

นอกจากนี้ สนธิสัญญาอาจมีลำดับชั้นดีกว่ารัฐธรรมนูญประกอบรัฐธรรมนูญได้ ในเรื่องนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเคยมีคำวินิจฉัยลงวันที่ 2 กันยายน ค.ศ. 1992 โดยตัดสินว่ารัฐธรรมนูญประกอบรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการใช้สิทธิเลือกตั้งและการรับเลือกตั้งของผู้แทนประชาชนในการเลือกตั้งระดับท้องถิ่นที่บัญญัติในมาตรา 88-3 ของรัฐธรรมนูญนั้นต้องไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปด้วย

อย่างไรก็ดี สนธิสัญญามีได้มีลำดับชั้นที่ดีกว่ารัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ดังกรณีที่สภาแห่งรัฐปฏิเสธที่จะใช้บังคับสนธิสัญญาที่มีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ เช่น คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในคดี Koné ลงวันที่ 3 กรกฎาคม ค.ศ. 1996 โดยสภาแห่งรัฐปฏิเสธที่จะใช้บังคับสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญที่กำหนดห้ามมิให้มีการขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนที่เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางการเมือง ต่อมาในปี ค.ศ. 1998 สภาแห่งรัฐได้ยืนยันถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่มีอยู่เหนือสนธิสัญญาไว้ในคดี Sarran et Levacher ลงวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ. 1998 โดยประกาศไว้ชัดว่าลำดับชั้นของสนธิสัญญาที่มีอยู่เหนือกฎหมายภายในตามบทบัญญัติในมาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 นั้นมีอาจนำมาอ้างได้ว่าสนธิสัญญาจะมีลำดับชั้นที่อยู่สูงกว่ารัฐธรรมนูญด้วย เพราะมาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญนี้บ่งชี้แต่เพียงว่าสนธิสัญญามีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายภายใน แต่หลักการนี้จะใช้บังคับมิได้หากกฎหมายภายในเป็นบทบัญญัติที่มีสภาพเป็นรัฐธรรมนูญ

⁶⁸ผู้เขียนพบว่า การกำหนดลำดับชั้นของสนธิสัญญาตามหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติที่ปรากฏในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสจะถูกนำมาใช้เฉพาะกับสนธิสัญญาแบบทวิภาคีเท่านั้น เช่น ในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐคดี Mme. Chevrol Benkeddach ลงวันที่ 9 เมษายน 1999 เมื่อสภาแห่งรัฐรับฟังจากกระทรวงการต่างประเทศว่ารัฐภาคีคู่สัญญาไม่ได้ปฏิบัติตามหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ สภาแห่งรัฐจึงปฏิเสธที่จะใช้บังคับสนธิสัญญาให้มีลำดับชั้นดีกว่ารัฐธรรมนูญฝรั่งเศสเพราะเหตุที่รัฐภาคีคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ปฏิบัติตามหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติเช่นกัน แต่คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในคดี Nicolo ลงวันที่ 20 ตุลาคม ค.ศ. 1989 สภาแห่งรัฐกลับยอมรับให้สนธิสัญญากรุงโรมว่าด้วยการจัดตั้งประชาคมยุโรป 1957 ซึ่งเป็นสนธิสัญญาพหุภาคีมีลำดับชั้นดีกว่ารัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสโดยไม่พิจารณาว่ารัฐอื่นซึ่งเป็นภาคีในสนธิสัญญาจะยอมให้

หมายความว่า สนธิสัญญาจะมีค่าบังคับสูงกว่ารัฐบัญญัติของฝรั่งเศสก็ต่อเมื่อรัฐคู่สัญญานั้นยอมให้บังคับสนธิสัญญานั้นให้มีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญา ฝรั่งเศสจึงจะยอมให้บังคับสนธิสัญญานั้นให้มีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายภายในของตนด้วย หากรัฐคู่สัญญาไม่ยอมให้บังคับสนธิสัญญานั้นเหนือกฎหมายภายในของตน ฝรั่งเศสก็จะไม่ถือว่าสนธิสัญญานั้นอยู่เหนือกฎหมายภายในของตนเช่นกัน กรณีจึงเป็นไปได้ว่าสนธิสัญญาในระบบกฎหมายฝรั่งเศสอาจมีลำดับชั้นที่สูงกว่าหรือเทียบเท่ากับรัฐบัญญัติฝรั่งเศสก็ได้ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขแห่งหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น⁶⁹

1.2.3.2 ระบบทวินิยมและการตรากฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา

ประเทศที่ถือตามแนวคิดแบบทวินิยมเห็นว่า การให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาของฝ่ายบริหารเป็นเรื่องการสร้างความสัมพันธ์ระหว่างรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น หากรัฐต้องการให้สนธิสัญญามีผลผูกพันศาลและผูกพันประชาชนในฐานะเป็นกฎหมายของรัฐแล้ว จะต้องมีการผ่านขั้นตอนบางประการซึ่งเป็นการแสดงเจตจำนงของรัฐว่าต้องการให้สนธิสัญญาเข้ามามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในซึ่งอาจแยกออกได้เป็นสองวิธี⁷⁰ คือ

วิธีการผนวก (incorporation) เป็นวิธีการที่มีความคล้ายคลึงกับการยอมรับสนธิสัญญาเข้ามาเป็นกฎหมายภายใน (adoption) ตามแนวคิดแบบเอกนิยม กล่าวคือ สนธิสัญญาที่เข้ามามีผลบังคับใช้ภายในประเทศจะไม่มี การเปลี่ยนแปลงลักษณะจากการเป็นกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายใน แต่สนธิสัญญาจะถูกผนวกให้เข้ามามีผลใช้บังคับเสมือนหนึ่งเป็นกฎหมายภายใน ดังนั้นการมีผลใช้บังคับ การตีความ หรือการสิ้นสุดของสนธิสัญญาจึงเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ วิธีการนี้เริ่มต้นครั้งแรกในประเทศอังกฤษซึ่งใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ โดยยอมรับว่าผู้พิพากษาสามารถสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย (judge made law) ขึ้นมาได้ ดังนั้น ผู้พิพากษาของประเทศอังกฤษจึงสามารถนำเอาสนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมาย

สนธิสัญญามีลำดับชั้นดีกว่ากฎหมายภายในของตนตามหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติหรือไม่ จึงมีข้อสังเกตว่าหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติอาจนำมาใช้ได้กับสนธิสัญญาแบบทวิภาคีเท่านั้น ส่วนสนธิสัญญาแบบพหุภาคีอาจถือเป็นข้อยกเว้นโดยฝรั่งเศสยอมรับว่ามีลำดับชั้นดีกว่ารัฐบัญญัติของฝรั่งเศสทุกกรณีหรือไม่

⁶⁹ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5, น. 131.

⁷⁰ นพนิธิ สุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2549), น. 103-105.

ระหว่างประเทศเข้ามาใช้ได้โดยไม่จำเป็นว่าสนธิสัญญาจะถูกรับรู้โดยรัฐเสียก่อน แต่วิธีการรับ เช่นนี้ก็มีข้อจำกัดอยู่ว่าสนธิสัญญานั้นจะต้องไม่ขัดต่อหลักเกณฑ์ที่มีอยู่แล้วตามกฎหมายภายใน ด้วย นอกจากนี้มีข้อสังเกตว่า การมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญาโดยวิธีการผนวกนั้นมิได้เปลี่ยนแปลง ลักษณะความเป็นกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายในแต่อย่างใด ดังนั้นจึงไม่ทำให้เกิดปัญหาเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย

วิธีการแปลงรูป (transformation) อาจทำได้โดยการประกาศใช้ (promulgation) อย่าง เป็นทางการเช่นเดียวกับการประกาศใช้กฎหมายเพื่อให้รับรู้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศเรื่องใด เรื่องหนึ่งมีผลใช้บังคับภายในประเทศ ซึ่งส่วนมากจะเป็นการประกาศรับสนธิสัญญา (promulgation of treaty) นอกจากนี้วิธีการแปลงรูปยังสามารถกระทำได้โดยการออกกฎหมาย (legislative act) รองรับผลบังคับของสนธิสัญญา

ดังนั้นการมีผลใช้บังคับ การตีความหรือการสิ้นสุดของสนธิสัญญาที่ได้รับการแปลง รูปเป็นกฎหมายภายในจึงเป็นไปตามกฎหมายภายในทั้งสิ้น ในกรณีที่สนธิสัญญานั้นสิ้นสุดลงหรือ เป็นอันระงับตามกฎหมายระหว่างประเทศย่อมไม่มีผลต่อกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตาม สนธิสัญญาแต่อย่างใด กฎหมายเหล่านี้ยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปจนกว่าจะมีการยกเลิกตาม กระบวนการภายในรัฐนั่นเอง ซึ่งเป็นทางปฏิบัติของประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมัน และประเทศไทย เป็นต้น

ในประเทศออสเตรเลีย ภายหลังจากที่ฝ่ายบริหารได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันตาม สนธิสัญญากับรัฐต่างประเทศแล้ว สนธิสัญญานั้นจะยังไม่ถือว่าเป็นกฎหมายของออสเตรเลีย ในทันทีแต่รัฐสภาต้องออกกฎหมายเพื่อให้สนธิสัญญานั้นมีผลใช้บังคับภายในประเทศ เสียก่อน⁷¹ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจที่กำหนดให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจหน้าที่บริหาร กิจการทั้งภายในและภายนอกประเทศ

อย่างไรก็ดีฝ่ายบริหารย่อมไม่มีอำนาจทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย ภายในประเทศโดยอาศัยการทำสนธิสัญญาได้ สิ่งเหล่านี้เป็นเหตุผลสนับสนุนว่าเหตุใด รัฐธรรมนูญจึงไม่กำหนดให้สนธิสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในทันทีเพราะนั่นหมายถึง การให้อำนาจแก่สมเด็จพระราชินีสามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายภายในด้วยการทำ สนธิสัญญา ซึ่งต่อมาศาลสูงของออสเตรเลียได้ยืนยันหลักการแบ่งแยกอำนาจดังกล่าวไว้ในคดี

⁷¹Wendy Lacey, "The Law of Treaties" in Public international law : An Australian Perspective, (Oxford University Press, 2005), p. 109.

Victoria v The Commonwealth โดยวินิจฉัยถึงการมีผลใช้บังคับของอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศในประเทศออสเตรเลียว่า การสร้างความสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารอาจมีผลเป็นการสร้างข้อตกลงให้ฝ่ายบริหารต้องมีหน้าที่ต้องมาดำเนินการต่างๆ ภายในประเทศ หากผลแห่งความตกลงนั้นมีผลเป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของปัจเจกบุคคล หรือมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ของบุคคลตามกฎหมายที่มีอยู่แล้ว กรณีนี้ฝ่ายบริหารจะต้องดำเนินการจัดให้มีการตรากฎหมายเพื่อให้การเป็นไปตามความตกลงดังกล่าวด้วย⁷²

ส่วนการมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมันตั้งอยู่บนพื้นฐานของทฤษฎีการแปลงรูป (transformations theorie) ซึ่งเป็นไปตามแนวคิดของ Triepke นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมัน ที่สนับสนุนระบบทวินิยม⁷³ ที่เห็นว่าบทบัญญัติสนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐได้ก็แต่โดยการแปลงรูปของสนธิสัญญามาเป็นกฎหมายภายในแล้วเท่านั้น

สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หากพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทุกฉบับที่กล่าวถึง “หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา” แสดงว่าหนังสือสัญญาจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐได้ก็ต่อเมื่อมีการออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา ในเรื่องนี้นักกฎหมายไทยบางท่านได้อธิบายไว้ว่า “...ศาลยุติธรรมของเราไม่ได้ถือว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นกฎหมาย ถ้าจะใช้บังคับเป็นอย่างกฎหมายได้ก็ต้องมีการออกกฎหมายเพื่อให้เป็นไปตามหนังสือสัญญานั้นเสียก่อน ฉะนั้นจึงอนุมานได้ว่าเราถือว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นเรื่องผูกพันระหว่างรัฐต่อรัฐเท่านั้น ถ้าจะใช้บังคับแก่พลเมือง ก็จะต้องออกกฎหมายภายในสนับสนุน”⁷⁴ จึงกล่าวได้ว่าประเทศไทยถือตามระบบทวินิยม (dualism)

⁷²Victoria v the Commonwealth (1996) 187 CLR 416 อ้างใน Rosalie Balkin, “International Law and Domestic Law” in Public international law : An Australian Perspective, (Oxford University Press, 2005), p. 124.

⁷³Jochen ABR.Frowein and Michael J.Hahn, “The Participation of Parliament in the Treaty Process in the Federal Republic of Germany” in Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties : A Comparative Study, (London : Martinus Nijhoff ,1994), p. 67.

⁷⁴ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ เล่ม 2, (พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495), น. 257-258.

การมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญาภายในประเทศที่ใช้ระบบทวินิยมตามทฤษฎีการแปลงรูปต้องมีการออกกฎหมายภายในเพื่อรองรับผลบังคับของสนธิสัญญาเสมอ บ่อเกิดของกฎหมายซึ่งเป็นแหล่งที่มาและเป็นอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง จึงหมายถึงกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญามีใช้สนธิสัญญา

ดังนั้นหากมีปัญหาการโต้แย้งว่าฝ่ายปกครองกระทำการใดๆ เป็นการขัดหรือแย้งต่อพันธกรณีในสนธิสัญญาหรือไม่ ศาลในระบบทวินิยมจะไม่ยอมใช้บังคับสนธิสัญญาเสมือนว่าเป็นกฎหมายของรัฐจนกว่าจะผ่านกระบวนการทำให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐเสียก่อน⁷⁵ เพราะเหตุว่าสนธิสัญญาไม่มีฐานะเป็นกฎหมายโดยตรงเช่นเดียวกับระบบเอกนิยม

⁷⁵ ตัวอย่างเช่น ศาลปกครองมลรัฐบาเยิร์น (Bayerische Verwaltungsgerichtshof) ได้วางหลักว่า ความตกลงของฝ่ายบริหารระหว่างประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและประเทศออสเตรียว่าด้วยการสร้าง การดูแลรักษาและการจัดการอุโมงค์แบ่งเขตแดนระหว่างเมือง Füssen ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและเมือง Reutte ของประเทศออสเตรียเป็นสนธิสัญญาของฝ่ายบริหาร(Verwaltungsabkommen) ตามมาตรา 59(2) ประโยคที่สองของกฎหมายพื้นฐานซึ่งฝ่ายบริหารสามารถทำได้โดยไม่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาและสามารถทำให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายได้โดยอาศัยการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร แต่สนธิสัญญาดังกล่าวจะมีผลบังคับก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่แก่ประชาชนภายในรัฐได้ก็ต่อเมื่อมีการออกกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติมารองรับผลบังคับของสนธิสัญญาแล้วเท่านั้น

ในคดีนี้ผู้ร้องซึ่งเป็นเจ้าของที่ดินร้องว่าตนได้รับผลกระทบจากการกำหนดแผนการสร้างแนวถนน ซึ่งเป็นผลมาจากการปฏิบัติตามความตกลงระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร ศาลปกครองมลรัฐบาเยิร์นจึงมีคำวินิจฉัยว่า ความตกลงของฝ่ายบริหารซึ่งทำขึ้นระหว่างประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและประเทศออสเตรียฉบับนี้ไม่ก่อให้เกิดผลบังคับทางกฎหมายในลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิและหน้าที่ของผู้ร้องจนกว่าจะมีการออกกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติมารองรับผลบังคับของสนธิสัญญา ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงไม่อาจอาศัยอำนาจตามความตกลงของฝ่ายบริหารฉบับนี้กระทำการใดๆ อันมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนภายในรัฐได้เพราะเหตุว่ายังไม่มีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นเพื่อให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดูใน ชาติชาย เชษฐสุขมน, “การมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาตามกฎหมายเยอรมัน,” เอกสารประกอบการสอนวิชา น.390 กฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีเมือง (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 36-37. (อัครา).

กรณีนี้ประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิจะต้องอ้างตัวบทบัญญัติของกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา และไม่ต้องกล่าวอ้างตัวสนธิสัญญาต่อศาลอีกเพราะถือว่าเมื่อสนธิสัญญาเข้ามามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในรัฐแล้วศาลซึ่งมีหน้าที่ต้องรู้กฎหมายจึงต้องรู้ถึงความมีอยู่ของสนธิสัญญาด้วย⁷⁶

ส่วนผลบังคับและลำดับชั้นของสนธิสัญญาในระบบกฎหมายภายในจะเป็นเช่นไรนั้น หากพิจารณาจากวิธีการแปลงรูปแล้ว กรณีย่อมต้องพิจารณาจากรูปแบบของกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อบังคับการเป็นไปตามสนธิสัญญาเหล่านั้นเป็นสำคัญ โดยทั่วไปแล้วกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาจะปรากฏอยู่ในรูปของกฎหมายทั้งในระดับพระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรอง ดังนั้นการใช้และการตีความกฎหมายจึงต้องเป็นไปตามหลักการดังต่อไปนี้⁷⁷

กรณีที่กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญามีลำดับชั้นต่ำกว่ากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติไม่ได้ทั้งนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายลำดับสูงกว่าย่อมยกเลิกกฎหมายลำดับต่ำกว่า (lex superior derogat legi inferiori)

กรณีที่กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญามีลำดับชั้นเดียวกับกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ ต้องพิจารณาว่ากฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญานั้นมีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะที่ใช้บังคับอยู่เวลาเดียวกันและในเรื่องเดียวกันกับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปหรือไม่ หากเป็นกฎหมายพิเศษแล้วต้องใช้กฎหมายพิเศษก่อนกฎหมายทั่วไป (lex special derogat legi generali)

ในกรณีที่กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญากับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติฉบับอื่นเป็นกฎหมายทั่วไปเหมือนกัน และมีข้อความเหมือนกันหรือขัดแย้งกัน ต้องถือว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นภายหลังยกเลิกกฎหมายที่บัญญัติขึ้นก่อน (lex posterior derogat legi priori)

⁷⁶ วิชาญ เครืองาม, รายงานวิจัยเรื่อง การใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของไทย, ทุนวิจัยรัชดาภิเษกสมโภช สาขาสังคมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520, น. 141. (อรรถาธิบาย).

⁷⁷ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2542), น. 110.

อย่างไรก็ดี หากกฎหมายที่บัญญัติขึ้นก่อนเป็นกฎหมายพิเศษแล้ว กฎหมายที่บัญญัติภายหลังกฎหมายทั่วไป โดยปกติถือว่ากฎหมายที่บัญญัติภายหลังอันมีลักษณะเป็นกฎหมายทั่วไปนั้นไม่ลบล้างกฎหมายพิเศษที่บัญญัติก่อนหน้านั้น (lex posterior generalis non derogat legi priori speciali)