

เงื่อนไขของการทำให้สนธิสัญญาเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครอง

ภายหลังจากรัฐได้แสดงเจตนาเพื่อเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาแล้ว ขั้นตอนสุดท้ายของกระบวนการทำสนธิสัญญาที่รัฐต้องกลับมาดำเนินการภายในรัฐคือ รัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญาด้วยการทำให้สนธิสัญญานั้นมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในประเทศ¹ การศึกษาเกี่ยวกับแบบพิธีของการทำให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐจึงเป็นเรื่องเกี่ยวกับบ่อเกิดของกฎหมายปกครองโดยแท้² จากการศึกษาพบว่าหากฝ่ายบริหารทำสนธิสัญญาโดยไม่เป็นไปตามขั้นตอนหรือเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดไว้ เช่น ฝ่ายบริหารแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาโดยที่ไม่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา แม้ว่าฝ่ายบริหารจะนำสนธิสัญญามาประกาศใช้ในรัฐกิจจานุเบกษาหรือออกกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาแล้วก็ตาม กรณีนี้ศาลอาจปฏิเสธที่จะใช้บังคับสนธิสัญญา³ หรือกฎหมายบังคับการให้

¹ กระบวนการในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศโดยทั่วไปมีอยู่ 10 ขั้นตอนซึ่งอาจแยกพิจารณาออกเป็นสองระดับที่มีความสัมพันธ์กันคือ กระบวนการในระดับระหว่างประเทศและกระบวนการระดับภายในประเทศ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และชาติชาย เศรษฐสุนทร, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง กลไกการตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในการเจรจาทำความตกลงการค้าเสรี, (กรุงเทพมหานคร : เสนอต่ สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2549), น. 14-24.

² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), น. 68-69.

³ ศาลแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศสเคยมีคำวินิจฉัยในคดี SARL du Prac d'activité de Blotzheim et SCI Haselaecker ลงวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 1998 ว่าการที่ฝ่ายบริหารให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของมาตรา 53 ของรัฐธรรมนูญโดยมิได้ดำเนินการขอความเห็นชอบจากรัฐสภาเสียก่อน ย่อมถือว่าเป็นการให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาโดยไม่ถูกต้อง แม้ว่าฝ่ายบริหารจะดำเนินการประกาศใช้สนธิสัญญาในรัฐกิจจานุเบกษาแล้วก็ตาม ก็ไม่ทำให้สนธิสัญญาซึ่งทำขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสได้.

เป็นไปตามสนธิสัญญาได้ เพราะเหตุว่าฝ่ายบริหารมิได้ดำเนินการทำให้สนธิสัญญาเป็นกฎหมายของรัฐตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ จึงทำให้สนธิสัญญาไม่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายภายใน⁴ ในบทนี้จึงได้ทำการศึกษาเงื่อนไขของการทำให้สนธิสัญญาเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองของประเทศไทยเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และประเทศออสเตรเลีย ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 องค์การผู้มีอำนาจทำสนธิสัญญา

โดยทั่วไปแล้ว อำนาจในการทำสนธิสัญญาเป็นของบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งได้แก่ รัฐ และองค์การระหว่างประเทศ กล่าวโดยเฉพาะการอำนาจในการทำสนธิสัญญาของรัฐตามมาตรา 7 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 กำหนดให้การแสดงเจตนาของรัฐในการทำสนธิสัญญาต้องกระทำโดยผ่านทางผู้แทนของรัฐผู้มีอำนาจเต็ม (pleins pouvoirs, full power)⁵ ซึ่งเป็นบุคคลที่ได้มอบอำนาจจากรัฐในรูปของตราสารที่เป็นลายลักษณ์

⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2956/2525 ระหว่าง บริษัทโรตราโค ประเทศไทยจำกัด โจทก์ และกรมสรรพากร จำเลย คดีนี้เป็นเรื่องที่ศาลฎีกาปฏิเสธที่จะใช้บังคับพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2505 เพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อน เนื่องจากฝ่ายบริหารมิได้ดำเนินการขอความเห็นชอบจากรัฐสภาและออกพระราชบัญญัติอนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาดังกล่าวเสียก่อน แม้ว่าฝ่ายบริหารจะดำเนินการออกพระราชกฤษฎีกาและประกาศใช้อนุสัญญาดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษาแล้วก็ตาม กรณีจึงเป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารมิได้ดำเนินการทำให้หนังสือเป็นกฎหมายของรัฐตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ จึงทำให้หนังสือสัญญาไม่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายภายใน ศาลฎีกาจึงมีอำนาจปฏิเสธที่จะใช้บังคับพระราชกฤษฎีกาซึ่งบังคับการให้เป็นไปตามอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนในกรณีนี้ได้ ส่วนรายละเอียดเกี่ยวกับคดีนี้จะได้อธิบายต่อไปในบทที่ 3.

⁵ มาตรา 2 วรรค 1c ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969. กำหนดความหมายของคำว่า “อำนาจเต็ม” หมายถึง เอกสารที่สร้างขึ้นโดยผู้ทรงอำนาจของรัฐและมีการมอบอำนาจให้บุคคลหนึ่งหรือหลายคนทำหน้าที่แทนรัฐในการเจรจา การรับเอาข้อบท หรือการตกลงยืนยันในความถูกต้องแท้จริงของข้อบทสนธิสัญญาหรือเพื่อแสดงออกซึ่งความยินยอมของรัฐที่จะเข้าผูกพันต่อสนธิสัญญาหรือเพื่อให้การต่างๆ ลุล่วงไปตามสนธิสัญญานั้น.

อักษรซึ่งมีอำนาจทำสนธิสัญญาแทนรัฐอย่างชัดเจน โดยผู้แทนจะต้องกระทำไปในขอบอำนาจที่ได้รับมอบหมาย ตามธรรมเนียมปฏิบัติที่สืบกันมานั้น ใบมอบอำนาจเต็มจะต้องถูกตรวจสอบจากผู้แทนรัฐอื่นๆ ที่เข้าร่วมทำสนธิสัญญาก่อน แต่ตามอนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ว่าการทำสนธิสัญญาแทนรัฐของบุคคลเหล่านี้ไม่ต้องมีการมอบอำนาจเต็มคือ

- (1) ผู้ดำรงตำแหน่งประมุขของรัฐ หัวหน้ารัฐบาล และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ สำหรับทุกกรณีที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำสนธิสัญญา
- (2) ผู้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าคณะทูตสำหรับการรับเอาข้อบทของสนธิสัญญาระหว่างรัฐผู้ส่งกับรัฐผู้รับ โดยมีการแจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบ
- (3) ผู้ที่เป็นผู้แทนที่ถูกส่งมาจากรัฐต่างๆ ให้เข้าร่วมการประชุมระหว่างประเทศหรือเข้าร่วมการประชุมระหว่างองค์การระหว่างประเทศหรือเข้าร่วมการประชุมขององค์กรย่อยขององค์กรใดองค์กรหนึ่งหรือหลายองค์กรขององค์การระหว่างประเทศ เพื่อการรับเอาซึ่งข้อบทของสนธิสัญญาในการประชุมนั้นๆ

ในทางปฏิบัติของรัฐต่างๆ ผู้รับมอบอำนาจเต็มจากรัฐในการทำสนธิสัญญามักจะเป็นฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลในระบบการปกครองของประเทศนั้นๆ เพราะเหตุว่าการทำสนธิสัญญาซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของกิจการต่างประเทศอันเกิดจากการใช้อำนาจอธิปไตยภายนอกของรัฐ เป็นเรื่องที่ต้องดำเนินติดต่อกันมาอยู่เสมอ และที่จะให้ได้ผลดีก็ต้องอาศัยความเพียรพยายาม ความระมัดระวังและรวมทั้งการรักษาความลับเป็นอย่างดีด้วย ซึ่งสิ่งเหล่านี้เป็นเรื่องที่หาไม่ได้จากฝ่ายนิติบัญญัติ⁶ ด้วยเหตุนี้ ในมาตรา 52 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 บัญญัติไว้ว่า

“ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้เจรจาและให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาทั้งหลาย ประธานาธิบดีต้องได้รับรายงานผลการเจรจาเพื่อการทำความตกลงระหว่างประเทศที่ไม่ต้องมีการให้สัตยาบัน”

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้กำหนดรูปแบบของการทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหาร โดยแบ่งออกเป็นสองรูปแบบคือ⁷ รูปแบบแรก เป็นการทำสนธิสัญญาในนามประธานาธิบดีเรียกว่า

⁶ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ เล่ม 2, (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495), น. 232.

⁷รูปแบบของการทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหารเป็นไปตามหนังสือเวียนสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ 30 พฤษภาคม 1997 เรื่องการเจรจาทำความตกลงและการลงนามในความตกลงระหว่างประเทศ (Circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion

“สนธิสัญญา (traité)” ซึ่งเป็นสนธิสัญญาเต็มรูปแบบที่รัฐบาลต้องทำภายใต้ความเห็นชอบของรัฐสภาโดยมีประธานาธิบดีเป็นผู้ลงนามในสนธิสัญญา แต่ในทางปฏิบัตินั้นประธานาธิบดีจะมอบหมายให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้มีอำนาจในการเจรจาและมีอำนาจในการลงนามผูกพันในสนธิสัญญาแทนประธานาธิบดี และรูปแบบที่สอง เป็นการทำสนธิสัญญาในนามของรัฐบาลเองเรียกว่า “ความตกลงระหว่างประเทศ (accord)” ซึ่งเป็นสนธิสัญญาแบบย่อที่รัฐบาลสามารถทำได้โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ในทางปฏิบัติคณะรัฐมนตรีมักมอบหมายให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้มีอำนาจในการเจรจาและลงนามผูกพันในข้อตกลงดังกล่าวในนามรัฐบาลและได้รับความเห็นชอบ (approval) จากคณะรัฐมนตรี นอกจากนี้มาตรา 52 ของรัฐธรรมนูญยังกำหนดให้รัฐบาลมีหน้าที่ต้องแจ้งให้ประธานาธิบดีทราบล่วงหน้าถึงการตัดสินใจแสดงเจตนาผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศและอาจขอรับความคิดเห็นหรือข้อเสนอแนะจากประธานาธิบดีก็ได้

ส่วนประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ.1949 หรือที่เรียกว่ากฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) กำหนดให้อำนาจในการทำสนธิสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจในการสร้างความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยถือเป็นภารกิจพื้นฐานประการหนึ่งของรัฐซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของสหพันธ์ ทั้งนี้มาตรา 59 ของกฎหมายพื้นฐานบัญญัติไว้ว่า

“(1) ให้ประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์กระทำการแทนสหพันธ์ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของสหพันธ์ ให้ประธานาธิบดีเข้าทำสนธิสัญญากับรัฐต่างประเทศแทนสหพันธ์ ให้ประธานาธิบดีส่งและรับทูต

(2) สนธิสัญญาซึ่งวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางการเมืองของสหพันธ์หรือเกี่ยวข้องกับเรื่องนิติบัญญัติของสหพันธ์จะต้องได้รับความเห็นชอบหรือการมีส่วนร่วมในรูปของรัฐบัญญัติของสหพันธ์ขององค์กรซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะเพื่อการนิติบัญญัติของสหพันธ์เช่นว่านั้น ในกรณีของความตกลงในทางบริหารให้ใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับการบริหารสหพันธ์ใช้บังคับโดยอนุโลม”

จากบทบัญญัติข้างต้น กฎหมายพื้นฐานได้กำหนดให้ประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์ (Bundespräsident) มีอำนาจทำสนธิสัญญาในนามแห่งสหพันธ์โดยความเห็นชอบจากรัฐสภา โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับรองความถูกต้องในสัตยาบันสารดังกล่าว ทั้งนี้ ประธานาธิบดี

des accords internationaux) อ้างใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และชาติชาย เชนฐสุมน, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น. 55.

และนายกรัฐมนตรีมีหน้าที่ต้องร่วมกันรับผิดชอบต่อการตัดสินใจเข้าทำสนธิสัญญากับรัฐต่างประเทศในฐานะฝ่ายบริหารต่อรัฐสภาด้วย นอกจากนี้ในมาตรา 59(2) ประโยคที่สองได้กำหนดให้คณะรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ (Bundesregierung) หรือรัฐมนตรี (Fachminister) สามารถทำความตกลงของฝ่ายบริหาร (Verwaltungsabkommen) โดยที่ไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาซึ่งอาจแยกได้สองประเภทคือ ความตกลงที่ทำในนามรัฐบาล (Regierungsabkommen) และความตกลงที่ทำในนามของรัฐมนตรีของสหพันธ์ (Ressortabkommen)⁸

ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 บัญญัติไว้ในมาตรา 190 วรรคหนึ่งว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ...”

จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าอำนาจในการทำสนธิสัญญายังคงเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ซึ่งทรงใช้ผ่านทางคณะรัฐมนตรี ดังนั้นองค์กรที่มีอำนาจในการริเริ่มและตัดสินใจทำสนธิสัญญาของไทยคือ คณะรัฐมนตรี⁹ จึงกล่าวได้ว่า ปัจจุบันในรัฐเสรีประชาธิปไตยส่วนใหญ่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญทำนองเดียวกันว่าให้อำนาจในการทำสนธิสัญญาเป็นอำนาจหน้าที่โดยแท้ของฝ่ายบริหาร

2.2 การขอความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาตามรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และประเทศไทย จะเห็นว่าฝ่ายบริหารมิได้มีอำนาจทำสนธิสัญญาทุกเรื่องได้โดยอิสระ แต่หากเป็นกรณีของการทำสนธิสัญญาซึ่งมีความสำคัญแล้ว ฝ่ายบริหารต้องนำสนธิสัญญามาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนที่จะแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาเสมอ เพราะเหตุว่ารัฐต่างๆ ย่อมมีความประสงค์ที่จะสงวนโอกาสที่จะตรวจพิจารณาสนธิสัญญาซึ่งที่

⁸Hubert Beemelmans and Hans D. Treviranus, “National Treaty law and Practice Federal Republic of German” in National Treaty Law and Practice, (Boston : Martinus Nijhoff, 2005), pp. 320-321.

⁹สมบุรณ์ เสี่ยมบุตร, “กฎหมายสนธิสัญญาไทย,” สวทสรณมย, ฉบับที่ระลึก ปีที่ 31, น. 143, 10 (กุมภาพันธ์ 2524).

ตัวแทนได้ลงนามรับรองความถูกต้องไปแล้วอีกครั้งหนึ่งโดยอาศัยโอกาสในการใคร่ครวญ ตรึกตรองถึง ผลดีผลเสียของสนธิสัญญาทั้งฉบับ¹⁰ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

2.2.1 ประเภทของสนธิสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา

2.2.1.1 ประเทศฝรั่งเศส

ในมาตรา 53 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้การให้สัตยาบัน (ratification) (สำหรับการทำสนธิสัญญาของประธานาธิบดี) หรือการให้ความเห็นชอบ (approve) (สำหรับการทำความตกลงระหว่างประเทศของรัฐบาล) แก่สนธิสัญญาประเภทต่อไปนี้ ต้องได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาในรูปของรัฐบัญญัติก่อนเสมอ ซึ่งได้แก่¹¹ สนธิสัญญาสงบศึก สนธิสัญญาทางการค้า สนธิสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับองค์การระหว่างประเทศ สนธิสัญญาหรือข้อตกลงที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นรัฐบัญญัติ สนธิสัญญาหรือข้อตกลงเกี่ยวกับสถานภาพของบุคคล สนธิสัญญาหรือข้อตกลงเกี่ยวกับการยกให้ การแลกเปลี่ยนหรือการผนวกดินแดน

นอกจากนี้ยังหมายความว่า การทำสนธิสัญญาซึ่งมีข้อความส่วนหนึ่งส่วนใดที่อยู่ในขอบอำนาจการรัฐบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติตามมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญด้วย เพราะเหตุว่าการทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหารบางกรณีเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและอาจมีสาระสำคัญที่มีผลเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนภายในรัฐหรืออาจเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติโดยสภาพ ดังนั้นจึงเป็นเรื่องสมควรที่จะเปิดโอกาสให้รัฐสภาเข้ามาพิจารณาเพื่อให้ความเห็นชอบแก่ร่างสนธิสัญญาดังกล่าวก่อนที่ฝ่ายบริหารจะแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา โดยฝ่ายบริหารจะต้องมาขอความเห็นชอบต่อรัฐสภาทุกครั้งเสมอโดยไม่

¹⁰ สมปอง สุจริตกุล , “สัตยาบันและผลบังคับของสนธิสัญญา” , บทบัญญัติ , เล่มที่ 20 ตอนที่ 3 (กรกฎาคม 2505) , น.566

¹¹ มาตรา 53 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 บัญญัติว่า “สนธิสัญญาสงบศึก สนธิสัญญาสงบศึก สนธิสัญญาทางการค้า สนธิสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับองค์การระหว่างประเทศ สนธิสัญญาหรือข้อตกลงที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นรัฐบัญญัติ สนธิสัญญาหรือข้อตกลงเกี่ยวกับสถานภาพของบุคคล สนธิสัญญาหรือข้อตกลงเกี่ยวกับการยกให้ การแลกเปลี่ยนหรือการผนวกดินแดน จะได้รับการให้สัตยาบันหรือความเห็นชอบได้ก็โดยผลของรัฐบัญญัติ”.

จำต้องคำนึงว่ามีกฎหมายภายในฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับรองรับการบังคับใช้ร่างสนธิสัญญาดังกล่าวแล้วหรือไม่ ซึ่งรวมถึงกรณีที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือปรับปรุงจากสนธิสัญญาฉบับเดิมด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญาต้องกระทำโดยกระบวนการเดียวกับการทำสนธิสัญญาฉบับแรกด้วยทั้งนี้เป็นไปตามหลักคู่ขนานเชิงรูปแบบ (règle de parallélisme des formes)¹²

ส่วนการทำสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารซึ่งไม่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 53 ของรัฐธรรมนูญ ถือเป็นสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศทั่วไปตามมาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญซึ่งไม่ต้องมาขอความเห็นจากรัฐสภาอีก เพียงแต่ได้รับความเห็นชอบ (approval) จากมติคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 52 ของรัฐธรรมนูญเท่านั้น ฝ่ายบริหารจึงสามารถแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศได้

2.2.1.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

ตามมาตรา 59(2)ของกฎหมายพื้นฐานกำหนดให้การทำสนธิสัญญาของประธานาธิบดีต่อไปนี้ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ได้แก่ สนธิสัญญาซึ่งวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางการเมืองของสหพันธ์หรือเกี่ยวข้องกับเรื่องนิติบัญญัติของสหพันธ์ ซึ่งในเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคยมีคำวินิจฉัยลงวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ. 1952 วางหลักเกี่ยวกับลักษณะของสนธิสัญญาทั้งสองประเภทไว้โดยสรุปได้ว่า¹³

- สนธิสัญญาที่มีลักษณะเป็นการวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางการเมืองของสหพันธ์ หรือสนธิสัญญาทางการเมือง(political relations of the federation, political treaty) เป็นสนธิสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ความสัมพันธ์ทางการเมืองโดยตรงกับรัฐอื่น โดยสนธิสัญญาดังกล่าวเป็นสนธิสัญญาที่มีเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับการดำรงอยู่ของรัฐ หรือมีความเกี่ยวข้องกับการผนวกอาณาเขตหรือดินแดนของเยอรมัน หรือเกี่ยวข้องกับความเป็นรัฐอิสระไม่ขึ้นหรืออยู่ภายใต้การปกครองของรัฐอื่นใด นอกจากนี้ยังรวมถึงสนธิสัญญาที่ทำขึ้นเพื่อสร้างพันธมิตรทางทหาร สนธิสัญญาเกี่ยวข้องความร่วมมือทางการเมือง สนธิสัญญาสันติภาพ กติกาที่ทำขึ้นเพื่อตกลงกันว่าจะไม่รุกรานซึ่งกันและกัน สนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการลดกำลังทางทหาร เป็นต้น

¹² จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และชาติชาย เศษฐสุมน, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 62.

¹³ BVerfGE 1, 372 (389) in “German Law Cases : Institute of Global Law” , <http://www.ucl.ac.uk/law/global_law>, July 2007.

- สนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนิติบัญญัติของสหพันธ์ หรือสนธิสัญญาที่ต้องตรากฎหมายของสหพันธ์รองรับ (relating to matters of federal legislation, normative treaty) เป็นสนธิสัญญาที่มีเนื้อหาแสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารในการตรากฎหมาย (Gesetzgebung) สนธิสัญญาประเภทนี้มีที่มาจากมาตรา 11(3) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไรช์ (Reich Constitution) ค.ศ.1871 และมาตรา 45(3) ของรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ (Weimar Reich Constitution) ค.ศ. 1919 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับสนธิสัญญาที่ต้องตรากฎหมายสหพันธ์รองรับตามรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับนี้ว่า สนธิสัญญาที่ต้องตรากฎหมายของสหพันธ์รองรับจะต้องเป็นสนธิสัญญาที่สามารถแปลงสภาพมาเป็นกฎหมายภายในของเยอรมันได้และจะต้องเป็นมากกว่าความตกลงระหว่างประเทศเพราะเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ที่จะนำมาบังคับใช้ภายในประเทศซึ่งอยู่ในขอบอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติมิใช่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ส่วนการจะถือว่าสนธิสัญญาใดเป็นสนธิสัญญาที่ต้องมีการออกกฎหมายรองรับก็ต่อเมื่อการมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาภายในประเทศต้องมีการตรากฎหมายรองรับ หรือเมื่อสหพันธ์จะสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีตามสนธิสัญญาได้ก็ต่อเมื่อได้ตรากฎหมายสหพันธ์รองรับ รวมถึงเมื่อบทบัญญัติของสนธิสัญญามีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายภายในรัฐด้วย

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อมาคือ มาตรา 59(2)ของกฎหมายพื้นฐานใช้คำว่า สนธิสัญญาที่ต้องตรากฎหมายของสหพันธ์รองรับ ปัญหาจึงมีว่าสนธิสัญญาที่ต้องตรากฎหมายสหพันธ์รองรับนี้มีความหมายรวมถึง สนธิสัญญาที่เกี่ยวกับการตรากฎหมายของมลรัฐด้วยหรือไม่ ในเรื่องนี้นักกฎหมายเยอรมันส่วนใหญ่เห็นไปในทำนองเดียวกันว่า คำว่า “การตรากฎหมายของสหพันธ์ (Bundesgesetzgebung)” นั้นหมายถึงการตรากฎหมายของสหพันธ์และมลรัฐ หรือหมายถึงการตรากฎหมายในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันซึ่งสอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เช่นกัน นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ยังเห็นว่ากฎหมายรองรับสนธิสัญญาอาจเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหาร (Verordnung) ก็ได้หากได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรหรือสภาสูงตามมาตรา 80 ของกฎหมายพื้นฐาน¹⁴

เนื่องจากมาตรา 59(2)ประโยคแรกของกฎหมายพื้นฐานกำหนดให้การทำสนธิสัญญาของประธานาธิบดีเท่านั้นที่จะต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ดังนั้น ในกรณีที่

¹⁴ชาติชาย เชษฐสุขมน, “การมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาตามกฎหมายเยอรมัน,” เอกสารประกอบการสอนวิชา น.390 กฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีเมือง, (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 11. (อัครา).

เป็นการทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหาร (Verwaltungsabkommen) ทั้งที่เป็นความตกลงที่ทำในนามรัฐบาล (Regierungsabkommen) และความตกลงที่ทำในนามของรัฐมนตรีของสหพันธ์ (Ressortabkommen) และสนธิสัญญาอื่นๆ ได้แก่ สนธิสัญญาทางศาสนา (Konkordat) และความตกลงทางวัฒนธรรม (Kulturabkommen) จึงไม่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาอีกซึ่งเป็นไปตามมาตรา 59(2)ประโยคที่สองของกฎหมายพื้นฐาน¹⁵

2.2.1.3 ประเทศไทย

ในมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ 2550 กำหนดให้การทำหนังสือสัญญาของคณะรัฐมนตรีต่อไปนี้ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามหนังสือสัญญา ได้แก่¹⁶

กลุ่มแรก หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย¹⁷ และหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁸

หนังสือสัญญาซึ่งมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หมายถึงหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับเขตพื้นที่ที่ประเทศไทยสามารถใช้อำนาจอธิปไตย (sovereignty) ได้ตาม

¹⁵ เพ็ญอ่าง, น. 12-15.

¹⁶ มาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศ อย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว”

¹⁷ หนังสือสัญญาประเภทนี้เป็นไปตามหลักการเดิมในมาตรา 224 วรรคสองของรัฐธรรมนูญฉบับ 2540

¹⁸ หนังสือสัญญาประเภทนี้เป็นผลมาจากตัดคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามมาตรา 224 วรรคสองของรัฐธรรมนูญฉบับ 2540 โดยใช้ถ้อยคำตามที่ปรากฏในมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญฉบับ 2550 แทน

กฎหมายระหว่างประเทศ¹⁹ ซึ่งการเปลี่ยนแปลงนี้อาจเป็นการสละ การแลกเปลี่ยน หรือการได้มา ซึ่งดินแดนไม่ว่าจะเป็นอาณาเขตทางบก ทางทะเลหรือทางอากาศของประเทศไทย โดยมีผลทำให้ เขตพื้นที่ยังกล่าวเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมไม่ว่าพื้นที่นั้นจะเพิ่มมากขึ้นหรือลดน้อยถอยลงก็ตาม²⁰

ส่วนหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศนี้เป็นผลมาจากการตัดคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญ 2540 เนื่องจากถ้อยคำดังกล่าวได้ก่อให้เกิดปัญหาการตีความเป็นสองแนวทางคือ แนวทางแรก เป็นการตีความโดยพิจารณาจากความเป็นมาของถ้อยคำดังกล่าวซึ่งเปลี่ยนแปลงมาจากคำว่า “เขตอธิปไตยแห่งชาติ” ตามรัฐธรรมนูญ 2517²¹ ซึ่งเห็นว่า “หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ” หมายถึง หนังสือสัญญาที่มีเนื้อหาเป็นการเปลี่ยนแปลงพื้นที่หรืออาณาเขตทางทะเลที่รัฐชายฝั่งมีสิทธิอธิปไตยในการสำรวจและใช้ทรัพยากรธรรมชาติตามกฎหมายทะเลเท่านั้น ได้แก่ เขตไหล่ทวีป เขตเศรษฐกิจจำเพาะและเขตต่อเนื่องด้านทะเลอ่าวไทยและด้านทะเลอันดามัน ซึ่งเป็นเขตที่รัฐไม่มีกรรมสิทธิ์แต่รัฐมีสิทธิใช้อำนาจของตนได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศรับรองให้ และในอนาคตยังอาจหมายถึงอาณาเขตอื่นใดที่รัฐมีสิทธิใช้อำนาจได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย

ส่วนแนวทางที่สอง เห็นว่า “หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ” นอกจากจะมีความหมายในทำนองเดียวกับการเปลี่ยนแปลงเขตอธิปไตยแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญ 2517 แล้วยังหมายความรวมถึง การแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือเป็นการจำกัดอำนาจในการปฏิบัติ

¹⁹ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 141-143.

²⁰ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “สนธิสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย,” เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการประจำปี ครั้งที่ 1, (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 10. (อัดสำเนา).

²¹ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ : สนธิสัญญา เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), น. 105-106., นพนิธิ สุริยะ, “หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ : ความหมายและทางปฏิบัติของไทย,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 2, ปีที่ 28, น. 343-364, (มิถุนายน 2541), ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 20, น. 11.

หน้าที่ของสถาบันแห่งรัฐทั้งหลายตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้แก่ อำนาจนิตินบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการด้วย²²

เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับ 2550 ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงยุติปัญหาการตีความดังกล่าวด้วยการตัดถ้อยคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” และใช้คำว่า “เขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ” แทนซึ่งทำให้เกิดความชัดเจนว่าหนังสือสัญญาประเภทนี้ หมายถึงหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตเศรษฐกิจจำเพาะ และไหล่ทวีปของประเทศไทยซึ่งเป็นเขตที่อยู่ถัดออกไปจากทะเลอาณาเขตของประเทศไทย ซึ่งเป็นเขตที่ประเทศไทยมีทั้งสิทธิอธิปไตย (sovereign rights) และเขตอำนาจ (jurisdiction) ตามกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น²³

กลุ่มที่สอง หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา²⁴

หนังสือสัญญาประเภทนี้นับว่ามีปัญหาในเรื่องการให้การตีความมากที่สุด เนื่องจากรัฐธรรมนูญไทยทุกฉบับที่ผ่านมามิได้นิยามหรือกำหนดลักษณะทางกฎหมายของหนังสือสัญญาดังกล่าวไว้โดยชัดเจนว่าเป็นเช่นไร อย่างไรก็ตามในทางวิชาการมีการสรุปสาระสำคัญของหนังสือสัญญาประเภทดังกล่าวไว้ดังนี้²⁵

- หากพิจารณาจากความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหาร พบว่าในการอธิบายร่างมาตรา 54 ของ

²² คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543 ลงวันที่ 5 ตุลาคม 2543 เรื่อง อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญมาตรา 224 วรรคสองหรือไม่.

²³ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 19*, น. 155.

²⁴ หนังสือสัญญาประเภทนี้เป็นไปตามหลักการเดิมในมาตรา 224 วรรคสองของรัฐธรรมนูญฉบับ 2540

²⁵ นพนิติ สุริยะ, *Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2549), น.168-169, บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 2*, น.65, จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 49-50, สมบูรณ์ เสี่ยมบุตร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 9*, น. 145, ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 20*, น. 12, จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 19*, น. 151.

รัฐธรรมนูญฉบับที่สอง (รัฐธรรมนูญฉบับถาวรปีพ.ศ. 2475 ซึ่งเป็นที่มาของบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าว ของรัฐธรรมนูญฉบับถาวรทุกฉบับ) ของสภาผู้แทนราษฎร สรุปสาระสำคัญได้ว่า หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญานี้มีความเกี่ยวพันทั้งที่เป็นอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ เช่น สัญญาทางพระราชไมตรีนั้นเป็นสัญญาที่มีความเกี่ยวพันกับอำนาจบริหารก็จริงอยู่แต่หากสัญญาดังกล่าวมีเนื้อหาพาดพิงถึงสิทธิและหน้าที่ของบุคคลซึ่งอาจเกี่ยวพันไปถึงการเงินด้วยแล้ว ย่อมมีความเกี่ยวพันกับอำนาจนิติบัญญัติซึ่งต้องนำมาขอความเห็นชอบจากสภาเสียก่อน หรือในกรณีที่จะต้องมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่เพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาก็ต้องมาขอความเห็นชอบจากสภาเสียก่อนเช่นกัน ดังนั้น หากเป็นการทำหนังสือสัญญาที่มีความเกี่ยวพันกับอำนาจนิติบัญญัติแล้วต้องถือเป็นหลักสำคัญว่าต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาเสียก่อน ตัวอย่างของหนังสือสัญญาประเภทนี้ เช่น หนังสือสัญญาทางไมตรีพาณิชย์และการเดินเรือ หนังสือสัญญาซึ่งมีผลผูกพันเป็นภาระแก่การคลังประเทศ เช่น จะต้องใช้จ่ายเงินก้อนใหญ่เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามสัญญานั้นๆ หรือหนังสือสัญญาที่มีบทบัญญัติเป็นการเปลี่ยนแปลงอาณาเขต เป็นต้น²⁶

- หากพิจารณาจากเนื้อหาของหนังสือสัญญาซึ่งจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาแล้ว หนังสือสัญญาเหล่านี้จะมีสาระสำคัญซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ ในเรื่องนี้อาจอธิบายได้จากหลักนิติรัฐว่า ภายใต้นิติรัฐที่เรียกร้องให้จัดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนในรูปของกฎหมาย โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่มีบทบัญญัติรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปวงชน การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนตามรัฐธรรมนูญจะกระทำได้อีกโดยอาศัยกฎหมายซึ่งออกโดยองค์กรผู้แทนปวงชนในรูปของพระราชบัญญัติเท่านั้น²⁷ ดังนั้น หนังสือสัญญาใดที่มีเนื้อหาเป็นการกระทบสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยแล้ว หนังสือสัญญานั้นจะมีผลบังคับใช้กับประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีการออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา

นอกจากนี้ยังรวมถึงกรณีที่ยังไม่มีพระราชบัญญัติบังคับการเพื่อให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาฉบับนั้นอยู่เลย หรือเป็นกรณีที่มิพระราชบัญญัติรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญา

²⁶ ไพโรจน์ ชัยนาม, อ้างแล้ว เจริญพรที่ 6, น. 248-250.

²⁷ มาตรา 29 ววรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”.

นั้นอยู่แล้วแต่หนังสือสัญญามีเนื้อหาสาระสำคัญเป็นการกระทบต่อพระราชบัญญัติซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่ไม่ว่าจะมีผลทำให้ต้องดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติดังกล่าว หรือมีผลทำให้ต้องดำเนินการยกเลิกพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่ก่อนหน้านั้น กรณีนี้ก็ถือว่าเป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาเช่นกัน

- หากพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการบังคับใช้ของหนังสือสัญญาประเภทดังกล่าวนี้แล้วจะเห็นว่า หนังสือสัญญาใดก็ตามหากมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งผูกพันประเทศไทยตามกฎหมายระหว่างประเทศตลอดจนมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งให้มีผลบังคับใช้กับประชาชนภายในรัฐ และผูกพันองค์กรตุลาการหรือศาลในฐานะเป็นองค์กรผู้บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายแล้ว รัฐสภาจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาเท่านั้น แต่หากหนังสือสัญญาใดมุ่งหมายผูกพันเฉพาะรัฐบาลในการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติซึ่งรัฐบาลหรือฝ่ายบริหารมีอำนาจอยู่แล้ว กรณีดังกล่าวก็ไม่ต้องออกกฎหมายมารองรับความมีผลของหนังสือสัญญานั้นอีก ดังนั้นการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารไม่ว่าจะอยู่ในรูปของความตกลงระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร (executive agreement) ที่ไม่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภา หรือเป็นสนธิสัญญา (treaty) ซึ่งจะต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสาก่อนแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา หากมีความมุ่งหมายที่จะให้หนังสือสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับใช้กับประชาชนภายในรัฐและมุ่งหมายที่จะให้เป็นกฎหมายผูกพันองค์กรตุลาการแล้วจะต้องมีกฎหมายรองรับการมีผลบังคับใช้ของหนังสือสัญญาประเภทนี้เสมอ

ประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อมาก็คือ เมื่อใดที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา ในเรื่องนี้นักกฎหมายไทยมีความเห็นตรงกันว่าในกรณีหนังสือสัญญามีเนื้อหาเป็นการกระทบต่อพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่ หรือมีเนื้อหาเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยแล้ว หากเรื่องนั้นๆ ยังไม่มีกฎหมายภายในรองรับกรณีดังกล่าวก็ต้องมีการออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา แต่หากเป็นกรณีที่มิใช่พระราชบัญญัติรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาไว้อยู่หรือที่เรียกว่า “enabling legislation” ก็ไม่ต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาอีก เช่น มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติการส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 ซึ่งบัญญัติว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่บรรดาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกรุงสยาม เท่าที่ไม่ขัดแย้งกับข้อความในสัญญา อนุสัญญา ความตกลงกับรัฐบาลต่างประเทศ หรือในประกาศพระบรมราชโองการที่ได้ออกเกี่ยวกับสัญญา อนุสัญญา และความตกลงนั้นๆ” กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องที่รัฐสภาได้ออกกฎหมายเพื่อรองรับความมีผลของหนังสือสัญญาในเรื่องดังกล่าวไว้ล่วงหน้าอยู่แล้ว จึงไม่ต้องมีการออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาอีก

ในทางปฏิบัตินั้น การพิจารณาว่าหนังสือสัญญาใดต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการพิเศษเพื่อพิจารณาการเข้าเป็นภาคีสนธิสัญญากับนานาประเทศซึ่งทำหน้าที่พิจารณาประเด็นข้อกฎหมายว่าหนังสือสัญญาที่จะทำขึ้นแต่ละฉบับจะมีผลกระทบต่อกฎหมายภายในหรือไม่ กล่าวคือ ต้องมีการแก้ไขกฎหมายภายในหรือตรากฎหมายขึ้นใหม่เพื่อรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาหรือไม่ อย่างไรก็ดี การทำงานของคณะกรรมการพิเศษชุดนี้แม้จะมีความสำคัญเพียงไรก็ยังคงขึ้นอยู่กับความตัดสินใจของกรมสนธิสัญญาและกฎหมายว่าจะปรึกษาคณะกรรมการพิเศษชุดนี้หรือไม่เช่นกัน²⁸

กลุ่มที่สาม หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง และหนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งถือว่าเป็นหนังสือสัญญาที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาเป็นครั้งแรกในระบบกฎหมายไทย

การแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วยการเพิ่มประเภทของหนังสือสัญญาที่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาทั้งสองประเภทนี้สืบเนื่องจากปัญหาการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี (Free Trade Agreement : FTA) ที่ประเทศไทยทำกับต่างประเทศในอดีตโดยที่รัฐสภาไม่มีส่วนร่วมในการพิจารณาและให้ความเห็นชอบ อีกทั้งประชาชนไม่สามารถเข้าถึงรายละเอียดของความตกลงดังกล่าวได้ โดยที่ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีถือเป็นหนังสือสัญญาทางการค้าและการลงทุนประเภทหนึ่งซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อเปิดเสรีทางการค้าที่มุ่งขยายสัดส่วนทางการค้าระหว่างรัฐคู่สัญญาและมุ่งจัดอุปสรรคทางการค้าทั้งปวงทั้งที่เป็นเรื่องทางภาษีและการจัดอุปสรรคที่มีใช้ทางภาษี ส่งผลเป็นการสร้างข้อจำกัดต่อรัฐบาลในการดำเนินนโยบายภายในประเทศตลอดจนอำนาจในการตรากฎหมายของรัฐในด้านต่างๆ เช่น นโยบายสิ่งแวดล้อม ทรัพย์สินทางปัญญา นโยบายด้านการเงินการคลัง การลงทุน การจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ เป็นต้น ดังนั้น หนังสือสัญญาทางการค้าและการลงทุนจึงมิได้ส่งผลกระทบเฉพาะเรื่องการค้าและการลงทุนในภาคธุรกิจเท่านั้น แต่ยังส่งผลกระทบต่อประเทศในทุกด้านและต่อวิถีการดำรงชีวิตอย่างกว้างขวาง จึงเป็นการสมควรให้รัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรผู้แทนปวงชนพิจารณาให้ความเห็นชอบ

²⁸ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, “กระบวนการทำสนธิสัญญาและการปรับใช้สนธิสัญญาในทางปฏิบัติของประเทศไทย,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3 ปีที่ 26, น. 619-620, (กันยายน 2539).

ดังนั้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้มีการเพิ่มประเภทของหนังสือสัญญาดังกล่าวเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาด้วย²⁹

อย่างไรก็ดีปัญหาที่อาจเกิดขึ้นคือ การที่รัฐธรรมนูญใช้ถ้อยคำที่มีความหมายครอบคลุมกว้างขวางมากโดยเฉพาะปัญหาการตีความว่า หนังสือสัญญาอะไรบ้างที่เป็นหนังสือที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมอย่างกว้างขวาง หรือหนังสือสัญญาอะไรบ้างที่เป็นหนังสือที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ แม้ว่าจะมีคำว่า “อย่างกว้างขวาง” หรือคำว่า “อย่างมีนัยสำคัญ” มาเป็นเกณฑ์ประกอบในการพิจารณา จึงสมควรเร่งรัดให้มีกระบวนการตรากฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางหรือมีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญตามมาตรา 190 วรรคห้าขึ้นโดยเร็วเพื่อกำหนดขอบเขตความหมายของหนังสือสัญญาทั้งสองประเภทนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น

ในกรณีที่ฝ่ายบริหารทำหนังสือสัญญาซึ่งไม่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ ย่อมถือเป็นการทำหนังสือสัญญาในความหมายของมาตรา 190 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ³⁰ ซึ่งเป็นหนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจทำได้โดยอิสระและฝ่ายบริหารไม่ต้องดำเนินการให้รัฐสภาตราพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาอีก เนื่องจากเนื้อหาของหนังสือสัญญามุ่งหมายผูกพันเฉพาะฝ่ายบริหารในการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติซึ่งฝ่ายบริหารมีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติฉบับต่างๆ อยู่แล้ว เช่น อำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกา กฎ ระเบียบหรือข้อบังคับต่างๆ เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญา

²⁹ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “หลักประชาธิปไตยในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ : ความเห็นและข้อเสนอต่อมาตรา 186 ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ...(ฉบับรับฟังความคิดเห็น ลงวันที่ 26 เมษายน 2550) และการทดลองนำเสนอร่างพระราชบัญญัติกำหนดหลักการและกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาทางการค้าและการลงทุน พ.ศ...”, เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการร่างรัฐธรรมนูญ 2550, (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 18. (อัดสำเนา).

³⁰ มาตรา 190 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ”.

มีข้อสังเกตว่า คำว่า “สัญญาอื่น” นั้นหมายความว่าถึงหนังสือสัญญาซึ่งมิใช่หนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและมีหนังสือสัญญาที่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ตามมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญด้วย³¹ เช่น ต้องไม่เป็นการกระทบต่อสิทธิหรือสร้างภาระหน้าที่หรือลดทอนสิทธิและเสรีภาพของบุคคล หรือไม่มีเงื่อนไขเป็นการยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขพระราชบัญญัติที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น เป็นต้น

2.2.2 ขั้นตอนการขอความเห็นชอบจากรัฐสภา

2.2.2.1 ประเทศฝรั่งเศส

ในกรณีที่ฝ่ายบริหารทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศที่มีความสำคัญตามมาตรา 53 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ในตอนท้ายของวรรคเดียวกันได้กำหนดว่าจะต้องได้รับการให้สัตยาบันหรือความเห็นชอบโดยผลของรัฐธรรมนูญเสียก่อน ซึ่งหมายความว่า รัฐธรรมนูญกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องนำร่างสนธิสัญญาและร่างรัฐธรรมนูญให้ใช้สนธิสัญญาเสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาให้ความชอบแก่สนธิสัญญาในรูปรัฐธรรมนูญก่อนแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเสมอ ในทางปฏิบัติ เมื่อรัฐมนตรีและเลขาธิการคณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้วเห็นว่าสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศฉบับดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 53 ของรัฐธรรมนูญ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจะจัดเตรียมร่างรัฐธรรมนูญที่จะเสนอให้สภาพิจารณาพร้อมกับร่างสนธิสัญญาสนธิสัญญานั้น พร้อมเอกสารรายงานผลการศึกษาเกี่ยวกับผลกระทบจากการทำสนธิสัญญาและเอกสารอื่นๆ เพื่อเสนอให้สภาแห่งรัฐตรวจสอบข้อความในสนธิสัญญาว่าเป็นสนธิสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามบทบัญญัติในมาตรา 53 ของรัฐธรรมนูญหรือไม่

เมื่อสภาแห่งรัฐได้ตรวจสอบเสร็จสิ้นแล้ว จึงเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีต้องเสนอสนธิสัญญาและร่างรัฐธรรมนูญรองรับสนธิสัญญาให้รัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบ ซึ่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสกำหนดว่า การให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาของรัฐสภานั้นต้องกระทำตามแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดซึ่งจะปรากฏในรูปของการตรารัฐบัญญัติอนุมัติให้ใช้สนธิสัญญา ซึ่งผลของการตรารัฐบัญญัติดังกล่าวย่อมทำให้ประธานาธิบดีมีอำนาจแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาต่อไป³²

³¹ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และชาติชาย เศรษฐสุน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 68.

³² เพิ่งอ้าง, น. 62-63

2.2.2.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

จากมาตรา 59 ของกฎหมายพื้นฐานกำหนดให้การทำสนธิสัญญาของประธานาธิบดีทั้งสองประเภทจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาในรูปของรัฐบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาเสมอ กฎหมายที่มีผลเป็นการให้ความยินยอมแก่ฝ่ายบริหารในการแสดงเจตนาเข้าทำสนธิสัญญา เช่นนี้เราเรียกว่า “กฎหมายรองรับสนธิสัญญา (Zustimmungsgesetze)”³³

ในทางปฏิบัติของการพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญานั้น ฝ่ายบริหารจะต้องเสนอร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาให้สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) และสภาสูงแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) พิจารณาให้ความเห็นชอบตามลำดับ อย่างไรก็ตามการเข้ามามีส่วนร่วมพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาของสภาทั้งสองยังมีความแตกต่างกันอยู่ กล่าวคือ โดยสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์นั้นมีความอำนาจในการพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาทุกประเภทแต่สำหรับอำนาจการพิจารณาให้ความเห็นชอบของสภาสูงแห่งสหพันธ์ยังต้องพิจารณาว่าเป็นเรื่องที่กฎหมายพื้นฐานกำหนดไว้ว่าต้องมาขอความเห็นชอบจากสภาสูงอีกหรือไม่³⁴ กล่าวคือ หากเป็นการตรากฎหมายรองรับสนธิสัญญาทางการเมือง กรณีนี้ไม่ต้องมาขอความเห็นชอบจากสภาสูงแห่งสหพันธ์อีกแต่สภาสูงแห่งสหพันธ์จะเข้ามามีส่วนร่วม (Mitwirkung) ในรูปแบบของการแสดงความคิดเห็นได้³⁵ หากเป็นสนธิสัญญาประเภทที่ต้องตรากฎหมายสหพันธ์รองรับ กรณีนี้สภาสูงแห่งสหพันธ์ต้องพิจารณาให้ความเห็นชอบร่วมกับสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เสมอซึ่งในทางปฏิบัตินี้นายกรัฐมนตรีจะส่งร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาก่อนเพื่อให้สภาประกาศว่าร่างกฎหมายดังกล่าวต้องส่งให้สภาสูงพิจารณาให้ความเห็นชอบอีกหรือไม่ หากเป็นเรื่องที่สภาสูงต้องให้ความเห็นชอบแล้วสภาผู้แทนราษฎรต้องส่งร่างกฎหมายดังกล่าวให้สภาสูงพิจารณาต่อไป³⁶

³³ Jochen 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. 64.

³⁴ ชาติชาย เชษฐสุมน, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 14, น. 17.

³⁵ “Trick or Treaty ? Commonwealth Power to Make and Implement Treaties,” <<http://www.aph.gov.au/senate/committee>>, July 2007 และดู Hubert Beemelmans and Hans D. Treviranus, *supra note 8*, p. 324.

³⁶ ชาติชาย เชษฐสุมน, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 14, น. 17.

“กฎหมายรองรับสนธิสัญญา (Zustimmungsgesetz)” นี้มีนัยและผลทางกฎหมายสองประการคือ³⁷

ประการแรก การตรากฎหมายรองรับสนธิสัญญามีนัยเป็นการมอบอำนาจแก่ประธานาธิบดีเพื่อแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 59(2) ของกฎหมายพื้นฐานโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้รัฐสภาเข้ามาควบคุมการทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหารก่อนการลงนามผูกพันตามสนธิสัญญา เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายรองรับสนธิสัญญาในรัฐกิจจานุเบกษาแผ่นที่สอง (Bundesgesetzblatt II) แล้ว ฝ่ายบริหารจึงมีอำนาจแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญากับต่างประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศได้³⁸

ประการที่สอง กฎหมายรองรับสนธิสัญญายังมีผลเป็นการรองรับพันธกรณีตามสนธิสัญญาเพื่อให้มีผลใช้บังคับภายในรัฐขณะเดียวกันด้วย

มีข้อสังเกตว่าการประกาศกฎหมายรองรับสนธิสัญญาในรัฐกิจจานุเบกษารั้งแรกเพื่อให้มีผลเป็นการมอบอำนาจแก่ประธานาธิบดีในการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญานั้น ในขั้นตอนนี้กฎหมายรองรับสนธิสัญญานี้จะยังไม่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐแต่อย่างใด เพราะเหตุว่าสนธิสัญญายังไม่เกิดและยังไม่มีผลผูกพันรัฐในทางระหว่างประเทศ ดังนั้นในบทบัญญัติของกฎหมายรองรับสนธิสัญญาจึงมีบทบัญญัติมาตราหนึ่งกำหนดว่าสนธิสัญญาจะมีผลผูกพันประชาชนและศาลภายในประเทศได้ก็ต่อเมื่อมีการประกาศวันที่กฎหมายรองรับสนธิสัญญามีผลใช้บังคับอีกครั้งหนึ่งในรัฐกิจจานุเบกษา³⁹ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าวิธีการปรับใช้สนธิสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมันเป็นไปตามทฤษฎีการแปลงรูปที่มีการแยกกระบวนการทำสนธิสัญญาและการทำให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐออกจากกันอย่างชัดเจน⁴⁰

2.2.2.3 ประเทศไทย

ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีทำหนังสือสัญญาที่มีลักษณะตามมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ ในตอนท้ายของมาตรา 190 วรรคสองกำหนดว่าคณะรัฐมนตรีต้องเสนอร่างหนังสือสัญญาต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว และในมาตรา 190 วรรคสามของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติว่า “ก่อนการดำเนินการเพื่อทำ

³⁷ Jochen ABR.Frowein and Michael J.Hahn, *supra* note 33, pp. 68.

³⁸ Hubert Beemelmans and Hans D. Treviranus, *supra* note 8, pp. 325.

³⁹ *Ibid*, p. 344.

⁴⁰ Schweitzer , Staatsrecht III , Rdnr . 424-431 อ้างใน ชาติชาย เศรษฐสุนทร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 14*, น. 23.

หนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศตามวรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้น ในการนี้ ให้คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบด้วย”

จากบทบัญญัติในข้างต้นแสดงให้เห็นว่า การขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามวรรคสองเป็นคนละกรณีกับการขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามวรรคสาม เพราะการขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามวรรคสองเป็นเรื่องของการขอความเห็นชอบเกี่ยวกับร่างหนังสือสัญญาทั้งฉบับ ในขณะที่การขอความเห็นชอบตามวรรคสามเป็นเรื่องของการขอความเห็นชอบเกี่ยวกับการเจรจาในการทำหนังสือสัญญา⁴¹ ดังนั้น การพิจารณาให้ความเห็นชอบของรัฐสภา⁴² จึงต้องกระทำสองวาระตามลำดับคือ

วาระแรก การพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่กรอบการเจรจาในการทำหนังสือสัญญาก่อนที่คณะรัฐมนตรีดำเนินการทำหนังสือสัญญา โดยรัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่ต่อรัฐสภาสองประการคือ ต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้น และต้องเสนอกรอบการเจรจาในการทำหนังสือสัญญาต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดระยะเวลาและผลของการพิจารณาไว้ ในกรณีที่รัฐสภาไม่ให้ความเห็นชอบแก่กรอบการเจรจาในการทำหนังสือสัญญาจึงเป็นเรื่องที่คณะรัฐมนตรีต้องแก้ไขปรับปรุงกรอบการเจรจาในการทำหนังสือสัญญาจนกว่ารัฐสภาจะให้ความเห็นชอบ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญยังกำหนดให้คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่ต่อประชาชนคือ ต้องให้ข้อมูลซึ่งเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับหนังสือสัญญาและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนที่คณะรัฐมนตรีดำเนินการทำหนังสือสัญญาด้วย ภายหลังจากรัฐสภาให้ความเห็นชอบแก่กรอบการเจรจาในการทำหนังสือสัญญาและคณะรัฐมนตรีได้ดำเนินการทำหนังสือสัญญากับคู่สัญญาแล้ว ในขั้นตอนก่อนการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามหนังสือสัญญา คณะรัฐมนตรีต้องเสนอร่างหนังสือสัญญาให้รัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบต่อไปในวาระที่สอง

วาระที่สอง การพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่ร่างหนังสือสัญญาของรัฐสภาก่อนที่จะคณะรัฐมนตรีแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามหนังสือสัญญา ซึ่งมีหลักการสำคัญว่ารัฐสภามีหน้าที่พิจารณาแต่หลักการในหนังสือสัญญาเท่านั้นว่าจะรับหรือไม่รับหลักการดังกล่าว โดยรัฐสภาไม่มีสิทธิที่จะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงข้อความอื่นใดในร่างหนังสือสัญญานั้นๆ ได้ ทั้งนี้การพิจารณาให้

⁴¹ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19, น. 157.

⁴² มาตรา 136 (15) ของรัฐธรรมนูญกำหนดให้การรับฟังคำชี้แจงและการให้ความเห็นชอบหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ต้องกระทำในที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา.

ความเห็นชอบแก่ร่างหนังสือสัญญาของรัฐสภาต้องกระทำไปแล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ ได้รับเรื่องดังกล่าวจากคณะรัฐมนตรี มีข้อสังเกตว่ารัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้การพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่ร่างหนังสือสัญญาต้องกระทำในรูปของการตรากฎหมายดังเช่นประเทศฝรั่งเศส หรือประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ดังนั้นการพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่ร่างหนังสือสัญญาของรัฐสภาจึงกระทำได้โดยการมีมติในที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาเท่านั้น

ในกรณีที่รัฐสภาลงมติไม่เห็นชอบด้วยในหลักการตามร่างหนังสือสัญญา รัฐสภาอาจร้องขอให้คณะรัฐมนตรีเข้าเจรจาทำหนังสือสัญญาใหม่ได้โดยไม่ถือว่าสภาเข้าแทรกแซงเข้าไปในหน้าที่เจรจาการทูตของคณะรัฐมนตรี หากแต่เป็นเรื่องที่สภาร้องขอให้คณะรัฐมนตรีใช้สิทธิของตนเท่านั้นไม่ได้ถือว่าเป็นการบังคับให้กระทำแต่อย่างใด⁴³

อย่างไรก็ดี การให้ความเห็นชอบของรัฐสภายังไม่ถือว่าเป็นการสร้างความผูกพันรัฐโดยทันที เพราะการเข้าผูกพันเป็นคู่สัญญายังคงต้องอาศัยการให้สัตยาบันหรือการให้ความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีอยู่เช่นเดิม อำนาจในการให้สัตยาบันหรือการให้ความเห็นชอบแก่หนังสือสัญญาจึงเป็นอำนาจดุลพินิจของคณะรัฐมนตรีโดยแท้ กรณีจึงเป็นไปได้ว่าแม้รัฐสภาจะให้ความยินยอมเพื่อให้คณะรัฐมนตรีแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาแล้วก็ตาม หากคณะรัฐมนตรีเห็นว่าไม่ควรเข้าผูกพันตามเงื่อนไขในหนังสือสัญญาก็อาจตัดสินใจไม่แสดงเจตนาเข้าผูกพันตามเงื่อนไขในหนังสือสัญญาได้

ก่อนที่คณะรัฐมนตรีจะแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามหนังสือสัญญา มาตรา 190 วรรคสี่ของรัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญา และในกรณีที่การปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็ว เหมาะสม อย่างเป็นธรรมด้วย

ภายหลังจากคณะรัฐมนตรีได้ให้สัตยาบันแก่หนังสือสัญญา ในกรณีที่หนังสือสัญญา มีพระราชบัญญัติรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญา (enabling legislation) ไว้อยู่แล้ว คณะรัฐมนตรีก็ไม่ต้องเสนอร่างพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาให้รัฐสภาพิจารณาอีก เพียงแต่ดำเนินการประกาศใช้หนังสือสัญญาในราชกิจจานุเบกษาก็มีผลทำให้หนังสือสัญญานั้นมีผลใช้บังคับภายในประเทศ แต่หากเป็นกรณีที่ยังไม่มีพระราชบัญญัติรองรับพันธกรณีในหนังสือ

⁴³ไพโรจน์ ชัยนาม, อ้างแล้ว เจริญพรที่ 6, น. 253.

สัญญาในเรื่องนั้น คณะรัฐมนตรีย่อมมีหน้าที่ต้องเสนอร่างพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาพิจารณาตามลำดับต่อไป

2.2.3 กลไกการตรวจสอบให้เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายภายใน

ในระหว่างขั้นตอนการพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่ร่างสนธิสัญญาของรัฐสภา หากมีปัญหาโต้แย้งว่าสนธิสัญญาดังนั้นเป็นสนธิสัญญาที่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ หรือสนธิสัญญาดังนั้นมีความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ กรณีนี้รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และประเทศไทย ได้กำหนดกลไกการตรวจสอบให้เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายภายในไว้ดังนี้

2.2.3.1 ประเทศฝรั่งเศส

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ. 1958 กำหนดกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาในเชิงเนื้อหาตามมาตรา 54 ของรัฐธรรมนูญและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการทำสนธิสัญญาโดยผ่านร่างรัฐบัญญัติให้ความเห็นชอบไว้ในมาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

(1) กระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาในเชิงเนื้อหาตามมาตรา 54 ของรัฐธรรมนูญ

ในมาตรา 54 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 บัญญัติว่า “ในกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เมื่อได้รับคำร้องขอของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ นายกรัฐมนตรี ประธานสภาแห่งใดแห่งหนึ่ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหกสิบคน หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนหกสิบคน วินิจฉัยว่าข้อผูกพันระหว่างประเทศใดมีข้อกำหนดใดที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ การให้อนุญาตให้มีการให้สัตยาบัน หรือให้ความเห็นชอบต่อข้อผูกพันระหว่างประเทศดังกล่าวจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญแล้ว”⁴⁴

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาในขั้นตอนนี้ เป็นกระบวนการตรวจสอบที่เกิดขึ้นในช่วงที่รัฐบาลได้เสนอร่างรัฐบัญญัติรองรับสนธิสัญญาและร่างสนธิสัญญาเสนอให้รัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาก่อนที่ฝ่ายบริหารจะแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา ซึ่งองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ

⁴⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2548), น. 49.

สนธิสัญญาในเบื้องต้นได้แก่ รัฐสภา โดยรัฐสภาจะทำการตรวจสอบสองเรื่องใหญ่ๆ คือ⁴⁵ เรื่องแรก รัฐสภาจะตรวจสอบว่าสนธิสัญญาดังกล่าวมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งกับอำนาจอธิปไตยของประเทศหรือไม่ อย่างไรก็ตามเรื่องนี้มีข้อยกเว้นอยู่ว่า สนธิสัญญาอาจขัดกับหลักอธิปไตยของชาติได้ก็ต่อเมื่อมีการถ่ายโอนอำนาจอธิปไตยหรืออำนาจในการจัดการบางเรื่องไปให้องค์การระหว่างประเทศหรือเพื่อความร่วมมือระหว่างประเทศในภูมิภาค เช่น การเข้าร่วมเป็นสมาชิกในสหภาพยุโรปซึ่งส่งผลทำให้รัฐสมาชิกต้องยอมมอบอำนาจอธิปไตยบางส่วนไปให้แก่สหภาพยุโรป

เรื่องที่สองคือ รัฐสภาจะต้องคำนึงถึงข้อ 15 ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 1946 ซึ่งบัญญัติว่า “ภายใต้หลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ ประเทศฝรั่งเศสยอมรับข้อจำกัดอำนาจอธิปไตยของตนที่จำเป็นต่อการจัดให้มีและการป้องกันรักษาสันติภาพ” ดังนั้นหากเป็นกรณีที่รัฐสภาต้องพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาแล้ว รัฐสภาต้องคำนึงถึงการจำกัดอำนาจอธิปไตยของตนเพื่อให้องค์การระหว่างประเทศเข้ามาจัดการเกี่ยวกับการป้องกันรักษาสันติภาพด้วย

ในระหว่างการพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญา บุคคลตามมาตรา 54 ของรัฐธรรมนูญอาจใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบว่าเนื้อหาของสนธิสัญญาชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็ได้

การเสนอเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก่อนให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญานั้นเดิมทีแล้วสงวนให้เป็นอำนาจของประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภาเท่านั้น ซึ่งเป็นองค์กรเดียวกับกรณีการยื่นคำร้องเพื่อให้คณะตุลาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญก่อนประกาศใช้ตามมาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญ ภายหลังจากที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในวันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ. 1992 ได้มีแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยกำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนจำนวน 60 คน และสมาชิกวุฒิสภาจำนวน 60 คน มีอำนาจเสนอเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างสนธิสัญญาก่อนที่จะมีการให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบได้

⁴⁵เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, รัฐธรรมนูญ กฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 3, โครงการตำราและสื่อการสอน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 263-264.

นับแต่นั้นสมาชิกแห่งรัฐสภาก็สามารถเสนอสนธิสัญญาให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้โดยตรงได้โดยไม่ต้องผ่านตัวกลางคือประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภาอีกต่อไป⁴⁶

ในกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ การมอบอำนาจในการให้สัตยาบันหรือลงนามให้ความเห็นชอบของรัฐสภาจะทำได้ก็ต่อเมื่อหลังจากมีการทบทวนแก้ไขรัฐธรรมนูญแล้วเท่านั้น เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เนื่องมาจากแนวคิดที่ว่าสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างรัฐ หากปล่อยให้กฎหมายภายในประเทศกลายเป็นอุปสรรคที่จะทำให้ไม่เกิดความร่วมมือระหว่างรัฐแล้วก็ต้องแก้ไขกฎหมายภายในฉบับนั้นเสียก่อน⁴⁷

ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาผู้มีสิทธิตามมาตรา 54 ของรัฐธรรมนูญได้มีการยื่นคำร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศก่อนการให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศ จึงส่งผลทำให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสในเวลาต่อมาถึงสี่ครั้งนับตั้งแต่ค.ศ. 1992 ถึง ค.ศ. 1999⁴⁸ ต่อมาเมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน ค.ศ. 2004 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยตามคำร้องขอของประธานาธิบดีที่ขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาก่อตั้งรัฐธรรมนูญยุโรป (Le traité établissant une Constitution pour l'Europe : เป็นสนธิสัญญาที่ลงนามเห็นชอบโดยประมุขของรัฐสมาชิกเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม ค.ศ. 2004 โดยรัฐสมาชิกต้องนำสนธิสัญญาดังกล่าวไปให้สัตยาบันตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในของแต่ละรัฐสมาชิก) โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าสนธิสัญญาก่อตั้งรัฐธรรมนูญยุโรปมีบทบัญญัติที่ขัดกับรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส การให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาดังกล่าวจะ

⁴⁶ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, รายงานวิจัยเรื่อง หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เสนอต่อ สำนักงานศาลปกครอง, 2545), น. 69.

⁴⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 82.

⁴⁸ Bernard Stirn, Les sources constitutionnelles du droit administrative : Introduction au droit public, 3 édition (Paris : L.G.D.J., 1999), pp. 26-28.

กระทำได้อีกต่อเมื่อมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเสียก่อนจึงส่งผลทำให้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีการทบทวนใหม่อีกครั้งหนึ่ง⁴⁹

อำนาจในการตรวจสอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามมาตรา 54 ของรัฐธรรมนูญนี้มีเพียงอำนาจในประกาศความไม่ชอบรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาเท่านั้นไม่ได้หมายความว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด การประกาศถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงเป็นแต่เพียงจุดเริ่มต้นของการเรียกร้องให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ผลของการประกาศความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาย่อมทำให้การให้สัตยาบันหรือการให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาไม่อาจกระทำได้อีกก่อนการแก้ไขสนธิสัญญา ในทางกลับกันเมื่อรัฐธรรมนูญยังไม่มีการแก้ไขสนธิสัญญาย่อมไม่อาจมีผลผูกพันในทางระหว่างประเทศเช่นกัน⁵⁰

(2) กระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาในเชิงรูปแบบ
โดยผ่านร่างรัฐบัญญัติให้ความเห็นชอบตามมาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศของฝรั่งเศสนั้นแบ่งออกเป็นสองประเภทกล่าวคือ สนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศทั่วไปตามมาตรา 55 และสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศตามมาตรา 53 ซึ่งสนธิสัญญาในกลุ่มหลังนี้จะมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในรัฐได้ ต้องมีการขอความเห็นชอบจากรัฐสภาในรูปของการตรารัฐบัญญัติ ซึ่งเป็นรัฐบัญญัติที่อยู่ในความหมายตามมาตรา 61 วรรคสองของรัฐธรรมนูญเช่นกัน โดยก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐบัญญัติดังกล่าว บุคคลตามมาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญอาจยื่นคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อให้ตรวจสอบว่าร่างรัฐบัญญัตินี้ดังกล่าวมีข้อความใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ด้วย โดยในวรรคสองของมาตราเดียวกันบัญญัติไว้ว่า “...ก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐบัญญัติ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ นายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหกสิบคน หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนหกสิบคน อาจร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัตินั้นก่อนได้”

⁴⁹ปิยะบุตร แสงกนกกุล, “เหตุการณ์สำคัญในกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสตลอดปี 2004,” <<http://www.pub-law.net>> ระหว่างวันที่ 21 กุมภาพันธ์ -6 มีนาคม พ.ศ. 2548.

⁵⁰Pierre Michel Eisemann and Raphaële Rivier, “National Treaty Law and Practice : France” in National Treaty Law and Practice, (Boston : Martinus Nijhoff, 2005), p. 263.

อำนาจในการตรวจสอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามมาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญนี้มีเพียงอำนาจประกาศถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติเท่านั้นแต่ไม่อาจประกาศถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาได้ ซึ่งผลของการที่รัฐบัญญัติขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญย่อมทำให้ฝ่ายบริหารไม่อาจให้ความยินยอมเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาเพื่อให้มีผลผูกพันรัฐฝรั่งเศสได้เพราะถือว่ารัฐบัญญัติที่ให้อำนาจในการให้สัตยาบันขัดต่อรัฐธรรมนูญนั่นเอง⁵¹

วัตถุประสงค์ของมาตราดังกล่าวเป็นไปเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาก่อนที่จะประกาศใช้เป็นกฎหมาย (contrôle a priori) ซึ่งถือเป็นลักษณะเฉพาะของฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม หากเป็นรัฐบัญญัติที่ตราขึ้นโดยผ่านกระบวนการลงประชามติ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจตรวจสอบได้⁵²

กล่าวโดยสรุปแล้วคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะเข้าไปมีบทบาทในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญร่วมกับรัฐสภาในขั้นตอนการพิจารณาก่อนการให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญา (มาตรา 54) และในขั้นตอนก่อนการประกาศใช้รัฐบัญญัติให้ความยินยอมแก่ฝ่ายบริหารแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา (มาตรา 61) ซึ่งกระบวนการทั้งสองขั้นตอนนี้ต้องกระทำก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายของรัฐ ด้วยเหตุผลที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ยอมรับกระบวนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายภายหลังจากการประกาศใช้ (contrôle a posteriori) จึงทำให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ยอมรับให้มีการเสนอเรื่องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยสนธิสัญญาภายหลังจากที่ฝ่ายบริหารได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา ซึ่งสภาแห่งรัฐก็ได้ถือตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวเช่นกัน โดยสภาแห่งรัฐได้ปฏิเสธที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศภายหลังจากที่ฝ่ายบริหารให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาไปแล้ว⁵³

2.2.3.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

ในระบบกฎหมายเยอรมัน การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรองรับสนธิสัญญาถือว่าเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

⁵¹René Chapus, Droit administratif general Tome 1, 14 édition (Montchrestien , 2000), p. 141.

⁵²Pierre Michel Eisemann and Raphaële Rivier, *supra* note 50, p. 263.

⁵³คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในคดี SARL du Prac d'activité de Blotzheim et SCI Haselaecker ลงวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 1998 ใน "French Law Cases of the Conseil d'Etat : Institute of Global law," <http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law/>, August 2007.

(Bundesverfassungsgericht, Federal Constitutional Court) โดยภายหลังจากรัฐสภาพิจารณา ร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาเสร็จสิ้นแล้ว ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องอาจเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสหพันธ์ให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาก่อนที่จะมี ผลเป็นการให้ความยินยอมแก่ประธานาธิบดีเพื่อแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาได้ กระบวนการตรวจสอบเช่นนี้เป็นรูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แบบนามธรรม (Die abstrakte Normenkontrolle) คือเป็นกรณีที่ยังไม่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการ บังคับใช้กฎหมายรองรับสนธิสัญญาเป็นคดีอยู่ในชั้นศาล แต่เป็นการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสหพันธ์ตรวจสอบว่าร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาที่จะประกาศใช้เป็นกฎหมายนี้มีความ สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญทั้งในเชิงรูปแบบและเนื้อหาหรือไม่

ในระบบกฎหมายเยอรมัน วัตถุประสงค์ในการพิจารณาของกระบวนการตรวจสอบความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในลักษณะที่เป็นนามธรรมจะต้องเป็นกฎหมายที่ได้มีการประกาศใช้ แล้วเท่านั้น เพราะร่างกฎหมายที่อยู่ในกระบวนการพิจารณาตามขั้นตอนต่างๆ ของฝ่ายนิติ บัญญัตินั้นโดยหลักแล้วยังไม่ถือเป็นกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ซึ่งเป็นศาลที่มีเขต อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงไม่ควรเข้าไปตรวจสอบร่าง กฎหมายในขั้นตอนก่อนการประกาศใช้เนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบยังไม่ถือว่าเป็นกฎหมายที่ ศาลจะนำมาตรวจสอบได้

อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ก็ยอมรับว่าในบางกรณีศาลรัฐธรรมนูญแห่ง สหพันธ์มีอำนาจที่จะตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนการประกาศใช้ได้เช่นกัน กรณีเช่นนี้ได้แก่ การ ตรวจสอบร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาโดยถือเป็นข้อยกเว้นประการเดียวที่เกิดขึ้นจากการ ตีความกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เพื่อตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนการประกาศใช้⁵⁴ โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เห็นว่าเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นโดยเฉพาะอย่างยิ่งสนธิสัญญา แบบทวิภาคี⁵⁵ เนื่องจากการมีผลบังคับของร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาภายในประเทศอาจทำ ให้เกิดปัญหาความขัดแย้งระหว่างพันธกรณีตามสนธิสัญญากับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงยอมให้มีการยื่นเรื่องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาในลักษณะเป็นการป้องกันมิให้เกิดการขัดหรือแย้ง

⁵⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของ ศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 128.

⁵⁵ Hubert Beemelmans and Hans D. Treviranus, *supra* note 8, p. 327.

กันระหว่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญากับรัฐธรรมนูญภายหลังจากที่กฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับภายในประเทศแล้ว⁵⁶

สำหรับเงื่อนไขในการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบนั้นเป็นไปในทำนองเดียวกับประเภทคดีที่เป็นการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติในเชิงนามธรรมซึ่งตามมาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 2 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน⁵⁷ และมาตรา 13 ข้อ 6 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ค.ศ.1985 (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht) ได้กำหนดให้ตัวผู้มีสิทธิเริ่มคดีหรือผู้ยื่นคำร้องไว้ ได้แก่ คณะรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ คณะรัฐมนตรีแห่งมลรัฐ หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมด⁵⁸ ทั้งนี้ การยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาจะต้องกระทำก่อนที่กฎหมายให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญานั้นมีผลใช้บังคับ ซึ่งหากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่าร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญามีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กรณีย่อมทำให้ประธานาธิบดีไม่มีอำนาจแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาได้เพราะเท่ากับเป็นการมอบอำนาจให้ประธานาธิบดีทำสนธิสัญญาที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญนั่นเอง

การยอมรับอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญานี้ปรากฏครั้งแรกในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ลงวันที่ 30 กรกฎาคม

⁵⁶Christian Starck , Albrecht Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in (Westeuropa Nomes: Baden-Baden, 1986), p. 131.

⁵⁷ มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 2 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน บัญญัติว่า “(2) ในกรณีที่มีข้อโต้แย้งหรือมีข้อสงสัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในกระบวนการตรา หรือในทางเนื้อหาของกฎหมายของสหพันธ์ หรือกฎหมายของมลรัฐ หรือเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายของมลรัฐกับกฎหมายของสหพันธ์โดยการยื่นคำร้องของรัฐบาลสหพันธ์ หรือของรัฐบาลมลรัฐ หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์ไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์”

⁵⁸วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 54, น. 40.

ค.ศ.1952, (1 BVerfGE 396) และปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อีกหลายคดีในเวลาต่อมา⁵⁹

ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ลงวันที่ 21 มีนาคม ค.ศ.1957 ได้วางหลักการสำคัญไว้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อาจถูกร้องขอให้ตรวจสอบว่าร่างกฎหมายให้ความยินยอมแก่ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการแสดงเจตนาเพื่อเข้าผูกพันตามสนธิสัญญากับรัฐต่างประเทศ หรือที่เรียกว่า “กฎหมายรองรับสนธิสัญญา (Treaty Act)” มีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาซึ่งเกิดจากการปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน อันจะส่งผลทำให้การปฏิบัติดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเยอรมันในภายหลังเสียเอง เนื่องจากลักษณะทางกฎหมายที่สำคัญของกฎหมายฉบับนั้นนอกจากจะเป็นการให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาแล้วยังทำให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับในระบบกฎหมายภายในรัฐขณะเดียวกัน ซึ่งมีผลเป็นการผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐตลอดจนเป็นการสร้างความสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างประชาชนกับองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐด้วย เมื่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนถูกผูกพันอยู่กับองค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนทั้งหลาย สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนจึงมีความเสี่ยงต่อการได้รับผลกระทบจากการใช้บังคับสนธิสัญญาขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ ดังนั้นผู้ร้องจึงอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญให้ทำการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามกระบวนการทางรัฐธรรมนูญเพื่อปกป้องและรักษาไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ของประชาชนตามที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญได้⁶⁰

อย่างไรก็ดี นักกฎหมายของเยอรมันบางท่านเห็นว่า เมื่อรัฐธรรมนูญเยอรมันไม่ยอมรับว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนการประกาศใช้ได้ กรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญย่อมต้องรักษาไว้ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญด้วย แม้การกระทำเช่นนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบในทางระหว่างประเทศก็ตาม นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไม่จำเป็นต้องเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติรองรับสนธิสัญญาแต่อย่างใด เพราะหากประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ตกลงทำสนธิสัญญากับรัฐต่างประเทศใดแล้วหากปรากฏว่าสนธิสัญญาดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

⁵⁹(1 BVerfGE 396), (4 BVerfGE 157), (6 BVerfGE 290), (6 BVerfGE 309), (24 BVerfGE 33), (24 BVerfGE 203), (29 BVerfGE 348), (30 BVerfGE 272) in Hubert Beemelmans and Hans D. Treviranus, *supra* note 8, p. 327.

⁶⁰BVerfGE 6, 290 1 BvR 65/54 in “German Law Cases : Institute of Global Law,” <http://www.ucl.ac.uk/law/global_law/>, August 2007.

เยอรมันก็อาจจะต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาเสียก่อนเพื่อขจัดความขัดแย้งระหว่างสนธิสัญญากับรัฐธรรมนูญที่จะเกิดขึ้นในภายหลังก็ได้⁶¹ ซึ่งในกรณีดังกล่าวก็จะเกิดผลโดยตรงที่จะทำให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องสามารถพิจารณาทบทวนถึงการตัดสินใจก่อนที่จะเข้าร่วมลงนามผูกพันตามสนธิสัญญากับรัฐต่างประเทศได้

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีคำวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญานั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติในมาตรา 31(1) ของรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์⁶² กำหนดให้คำวินิจฉัยมีผลผูกพันต่อองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทุกองค์กร ดังนั้นองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องจึงต้องดำเนินการใดๆ เพื่อให้สนธิสัญญาดังกล่าวสอดคล้องกับกฎหมายภายในซึ่งหมายความว่ารวมถึงรัฐธรรมนูญด้วย

2.2.3.3 ประเทศไทย

สำหรับกลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างหนังสือสัญญาในระบบกฎหมายไทยปรากฏเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 โดยมาตรา 190 วรรคท้ายบัญญัติว่า “ในกรณีที่มีปัญหาตามวรรคสอง ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาด โดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 154(1) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม”

จากบทบัญญัติในข้างต้น เป็นกรณีที่มีปัญหาโต้แย้งว่าหนังสือสัญญาดังกล่าวเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรในการทำหน้าที่ชี้ขาดปัญหาดังกล่าว โดยให้นำมาตรา 154(1) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม⁶³ กล่าวคือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิก

⁶¹ Klaus Stem, Art. 93 Rdhr 261-262 €, in Bonner Kommentar zum Grundgesetz.

⁶² มาตรา 31 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ บัญญัติว่า “(1) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญผูกพันองค์กรตามรัฐธรรมนูญของสหพันธ์และมลรัฐ ตลอดจนผูกพันศาลทุกศาลและหน่วยงานของรัฐ...”

⁶³ มาตรา 154 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า “ร่างพระราชบัญญัติที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 150 หรือร่างพระราชบัญญัติที่รัฐสภาลงมติยืนยันตามมาตรา 151 ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง

วุฒิสภาหรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันซึ่งมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดที่มีอยู่ของทั้งสองสภาสามารถเสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภาหรือประธานรัฐสภาแล้วแต่กรณีว่าหนังสือสัญญาดังกล่าวเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ โดยประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภาหรือประธานรัฐสภาแล้วแต่กรณีที่ได้รับความคิดเห็นดังกล่าวจะต้องส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยและแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

มีข้อสังเกตว่า รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีได้กำหนดกลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างหนังสือสัญญาในเชิงเนื้อหาไว้โดยชัดเจน ซึ่งหากพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 154(1) ของรัฐธรรมนูญแล้วจะเห็นว่ามาตราดังกล่าวให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายทั้งในเชิงเนื้อหาและรูปแบบ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าในกรณีที่มีการโต้แย้งว่าเนื้อหาของร่างสนธิสัญญามีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจตรวจสอบโดยอาศัยบทบัญญัติในมาตรา 154(1) ได้โดยอนุโลม

2.3 การทำให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐ

การทำให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐ ถือเป็นขั้นตอนสุดท้ายที่รัฐภาคีแต่ฝ่ายมีหน้าที่ต้องปฏิบัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาด้วยการทำให้สนธิสัญญามีสภาพบังคับภายในประเทศ ส่วนกระบวนการทำให้สนธิสัญญามีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในประเทศจะเป็นเช่นไรย่อมเป็นเรื่องภายในของประเทศนั้นๆ ซึ่งวิธีการรับเอาสนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภาหรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความคิดเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า...”

2.3.1 การผนวกสนธิสัญญาให้เข้ามามีผลใช้บังคับโดยองค์กรตุลาการ

วิธีการผนวกสนธิสัญญาให้เข้ามามีผลใช้บังคับโดยองค์กรตุลาการนี้ เป็นการนำสนธิสัญญาให้เข้ามามีผลบังคับใช้ภายในประเทศจะไม่มี การเปลี่ยนแปลงลักษณะจากการเป็นกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายใน แต่สนธิสัญญาจะถูกผนวกให้เข้ามามีผลใช้บังคับเสมือนหนึ่งเป็นกฎหมายภายในโดยไม่จำเป็นว่าสนธิสัญญาจะถูกรับรู้โดยรัฐเสียก่อน

ตัวอย่างเช่น ศาลสูงในประเทศออสเตรเลียใช้อำนาจในการนำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในสนธิสัญญาประเภทกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนทั้งหลายที่ประเทศออสเตรเลียเป็นภาคีอยู่มาใช้บังคับในคดีทั้งที่รัฐสภายังไม่มีการออกกฎหมายมารองรับ⁶⁴ เช่น ศาลสูงออสเตรเลียยอมรับว่าคนต่างด้าวสามารถอ้าง “หลักการยึดถือประโยชน์ที่ดีที่สุดสำหรับเด็ก” ซึ่งเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1990 (Convention on the Rights of the Child : CRC)⁶⁵ มาใช้บังคับเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้ โดยที่รัฐสภายังไม่ออกกฎหมายภายในมาอนุวัติการตามอนุสัญญาดังกล่าวฉบับนี้ก็ตามเท่ากับเป็นการผนวกสนธิสัญญาเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในซึ่งเป็นวิธีหนึ่งของการสร้างหลักกฎหมายโดยผู้พิพากษา(judge made law) อันเป็นลักษณะเฉพาะของประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์

สำหรับในระบบกฎหมายไทย ปรากฏว่าในบางคดีศาลยุติธรรมยอมรับและใช้บังคับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969⁶⁶ โดยที่ไม่คำนึงว่าประเทศไทยเป็นภาคีในหนังสือสัญญาฉบับนั้นหรือไม่ และในบางกรณีศาลยุติธรรมยังยอมรับผลบังคับของอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ค.ศ.1976 ซึ่งเป็นหนังสือสัญญาในฐานะที่เป็นการสร้างหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความหมายของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงทั่วไป

⁶⁴ Minister for Immigration and Ethnic Affairs v Ah Hin Teoh (1995) 183 CLR 273 in Ian Holloway, Natural Justice and the High Court of Australia : A study in common law constitutionalism, (England : Ashgate, 2002), pp. 183-188.

⁶⁵ Joachim Wolf, The Concept of the “Best Interest” in Term of the UN Convention on the Rights of the Child, in The Ideologies of Children’s Rights ed. Michael Freeman and Phillip Veerman (Dordrecht : Martinus Nijhoff Publishers, 1992), pp. 129, 132.

⁶⁶ คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 2965/2538

(well-known mark) ทั้งที่ประเทศไทยยังไม่ได้เป็นภาคีเช่นกัน⁶⁷ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลไทยใช้อำนาจในการผนวกบทบัญญัติในสนธิสัญญาเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในโดยที่ยังไม่มีกฎหมายภายในรองรับทำนองเดียวกับศาลในระบบคอมมอนลอว์ สำหรับรายละเอียดเกี่ยวกับการกล่าวอ้างสนธิสัญญาในคดีดังกล่าวนี้จะได้ทำการวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4

2.3.2 การรับสนธิสัญญาเข้ามาโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

การรับสนธิสัญญาเข้ามาเป็นกฎหมายภายในโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เป็นวิธีการที่ยอมรับเอาสนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศให้เข้ามามีผลใช้บังคับในประเทศได้โดยตรงทั้งนี้เป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เช่น สนธิสัญญานั้นต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาโดยถูกต้อง หรือจะต้องมีการประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาโดยถูกต้องเสียก่อน หากฝ่ายบริหารได้ทำสนธิสัญญาเป็นไปตามขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดแล้ว สนธิสัญญาเหล่านั้นจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐได้โดยไม่ต้องมีการออกกฎหมายมารองรับอีกซึ่งวิธีการดังกล่าวมีผลเป็นการกำหนดระบบกฎหมายของประเทศในขณะเดียวกัน รัฐธรรมนูญประเภทนี้จึงจัดว่าเป็นรัฐธรรมนูญในระบบเอกนิยม ตัวอย่างเช่น

มาตรา 6 วรรคสองของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 บัญญัติไว้ว่า “...ให้บรรดาสนธิสัญญาทั้งปวงซึ่งได้ทำหรือที่จะทำด้วยอำนาจของสหรัฐอเมริกา เป็นกฎหมายสูงสุดของแผ่นดินและผู้พิพากษาแห่งมลรัฐทุกมลรัฐจะต้องผูกพันตามสนธิสัญญาเหล่านั้นแม้ว่าจะมีกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญของมลรัฐใดๆ บัญญัติเป็นประการอื่นก็ตาม”⁶⁸

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแสดงให้เห็นว่าการที่ฝ่ายบริหารให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาและประกาศใช้ในรัฐกิจจานุเบกษาย่อมทำให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับเป็นของกฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้โดยตรง

⁶⁷ คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 8834/2542

⁶⁸ มาตรา 6 วรรคสองของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 บัญญัติไว้ว่า “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made under the Authority of the United States, shall be supreme Law of the Land; and the Judge in every State be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.”

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

จากบทบัญญัติในมาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักเกณฑ์การทำให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐไว้ว่า สนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายของรัฐก็ต่อเมื่อมีการประกาศใช้สนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศนั้นในรัฐกิจจานุเบกษา (Journal officiel de la République française) โดยมีเงื่อนไขว่า สนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศนั้นจะต้องมีการให้สัตยาบันหรือได้รับความเห็นชอบถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ

2.3.3 การออกกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา

การออกกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา เป็นวิธีการแปลงรูปสนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศให้เข้ามามีผลใช้บังคับโดยอยู่ในรูปของกฎหมายภายในซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดในระบบทวินิยม โดยรัฐธรรมนูญของประเทศที่ใช้ระบบทวินิยมมักจะไม่ปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับการรับเอาสนธิสัญญาเข้ามาเป็นกฎหมายของรัฐอย่างชัดเจน แต่เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแล้วย่อมเข้าใจได้ว่าการที่สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐได้ก็ต่อเมื่อรัฐสภาตรากฎหมายรองรับสนธิสัญญาแล้วเท่านั้น วิธีการเช่นนี้เป็นทางปฏิบัติของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และประเทศไทย เป็นต้น

ตามกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน กำหนดให้การทำสนธิสัญญาของประธานาธิบดีต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาในรูปของการตรารัฐบัญญัติของสหพันธ์ ซึ่งกฎหมายรองรับสนธิสัญญานับนี้ นอกจากจะมีผลเป็นการมอบอำนาจให้ประธานาธิบดีแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาแล้ว ยังมีผลเป็นการแปลงรูปสนธิสัญญาเข้ามามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐในขณะเดียวกันด้วย ดังนั้น ในระบบกฎหมายเยอรมัน สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐได้โดยผ่านกฎหมายรองรับสนธิสัญญาเท่านั้น

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับที่กล่าวถึง “หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา” ย่อม

เข้าใจได้ว่าหนังสือสัญญาจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐได้ต่อเมื่อรัฐสภาตราพระราชบัญญัติ เพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาแล้วเท่านั้น

เนื่องจากรัฐธรรมนูญไทยมิได้มีบทบัญญัติกำหนดขั้นตอนการทำให้หนังสือสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐไว้โดยชัดเจน กรณีจึงต้องพิจารณาจากแนวปฏิบัติของฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 20 ธันวาคม 2526⁶⁹ ที่กำหนดหลักการไว้ว่าในกรณีการทำหนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติอนุวัติการตามหนังสือสัญญา ให้เสนอร่างหนังสือสัญญาฉบับนั้นต่อรัฐสภาเพื่อให้ความเห็นชอบก่อน เมื่อรัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่ร่างหนังสือสัญญาฉบับนั้นแล้วจึงค่อยเสนอร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการตามหนังสือสัญญานั้นต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาตามลำดับ

โดยทั่วไปแล้วคณะรัฐมนตรีจะเป็นผู้ดำเนินการให้มีการยกร่างพระราชบัญญัติให้เสร็จสิ้นก่อนที่คณะรัฐมนตรีจะดำเนินการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามหนังสือสัญญา⁷⁰ ในทางปฏิบัติจะมีกระทรวงผู้รับผิดชอบในเรื่องนั้นๆ เป็นผู้ดำเนินการยกร่างพระราชบัญญัติเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาหลักการร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

จากนั้นคณะรัฐมนตรีจะส่งร่างพระราชบัญญัติไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อตรวจสอบแก้ไขความถูกต้องของร่างพระราชบัญญัติให้สอดคล้องกับหนังสือสัญญา และสอดคล้องกับพระราชบัญญัติอื่นๆ ในเรื่องเดียวกันเพื่อมิให้มีเนื้อความเป็นการขัดหรือแย้งกัน ต่อจากนั้นคณะกรรมการกฤษฎีกาจะส่งร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวกลับไปยังคณะรัฐมนตรีอีกครั้งหนึ่งเพื่อให้คณะรัฐมนตรีเสนอร่างพระราชบัญญัติให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาพิจารณาต่อไปตามลำดับ⁷¹

⁶⁹ หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีที่ นร.0203/18295 ลงวันที่ 27 ธันวาคม 2526

⁷⁰ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 28, น. 623.

⁷¹ บรรณา วังวิวัฒน์, “กระบวนการจัดทำสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศทางปฏิบัติของประเทศไทย,” วารสารอัยการ, ฉบับที่ 155, ปีที่ 14, น.16, (มกราคม, 2534).

ทางปฏิบัติของการจัดเตรียมร่างพระราชบัญญัติบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาที่คณะรัฐมนตรีต้องเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อพิจารณาตามลำดับนั้น อาจแบ่งออกได้เป็นสองรูปแบบคือ⁷²

รูปแบบแรก เป็นการออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งเป็นการเฉพาะซึ่งอาจมีหนังสือสัญญาแนบท้ายพระราชบัญญัตินั้นกล่าวไว้หรือไม่ก็ได้ ในทางปฏิบัติมักเรียกว่า “พระราชบัญญัติอนุวัติการ”⁷³ ซึ่งปรากฏอยู่สองลักษณะคือ

1) การออกเป็นพระราชบัญญัติให้ใช้สนธิสัญญาซึ่งมีบทบัญญัติสั้นๆ ประมาณ 5-6 มาตรา โดยมีข้อความสำคัญว่าพระราชบัญญัตินั้นมีชื่อเรียกว่าอะไร มีวัตถุประสงค์อย่างไร และจะมีมาตราหนึ่งระบุว่าต้องการให้เรื่องใดบ้างมีผลบังคับเป็นกฎหมาย ส่วนรายละเอียดก็ให้ถือตามหนังสือสัญญาที่แปลเป็นภาษาไทยซึ่งอาจแนบท้ายพระราชบัญญัตินั้นๆ

ตัวอย่างเช่น การตราพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสหประชาชาติ และทบวงการชำนัญพิเศษ พ.ศ. 2504 เพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของสหประชาชาติซึ่งไทยได้ทำความตกลงกับสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2498 และอนุสัญญาว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของทบวงการชำนัญพิเศษ ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2490 เป็นต้นหรืออาจเป็นกรณีที่ไม่มีตัวหนังสือสัญญาแนบท้ายร่างพระราชบัญญัติก็ได้เช่น เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานขององค์การโทรคมนาคมทางดาวเทียมระหว่างประเทศ พ.ศ. 2524 เป็นต้น

แม้ว่าวิธีการดังกล่าวจะทำให้รัฐสภาไม่มีโอกาสในการพิจารณาและแปรญัตติเปลี่ยนแปลงถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนั้น แต่วิธีการเช่นนี้ก็มิใช่ข้อดีอยู่ข้างตรงที่หนังสือสัญญาดังกล่าวได้ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภามาก่อนจึงเท่ากับรัฐสภายอมรับหนังสือสัญญาที่มีหลักการเช่นว่านั้น ซึ่งหากสภาใช้วิธีการอื่นก็ย่อมเสี่ยงต่อความผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้น

⁷² สมบูรณ์ เสี่ยมบุตร, “ขั้นตอนการออกกฎหมายรองรับสนธิสัญญา,” สารานุกรม, ฉบับที่ระลึก ปีที่ 34, น.149-150, 10 (กุมภาพันธ์, 2527), นพนิธิ แสงสุริยะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 25, น. 169, จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 25, น. 47.

⁷³ ลักคณา พบรมเย็น, “สิทธิตามสนธิสัญญาของเอกชนในศาลไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 99.

จากการใช้ถ้อยคำที่ผิดไปจากตัวบทของหนังสือสัญญาซึ่งจะส่งผลทำให้พระราชบัญญัติดังกล่าวมีเนื้อหาไม่ครอบคลุมไปถึงพันธกรณีตามหนังสือสัญญาได้⁷⁴

2) การออกพระราชบัญญัติโดยแปลงเนื้อหาของหนังสือสัญญาทั้งหมดมาเป็นถ้อยคำในภาษาไทย และนำมาเรียบเรียงโดยเขียนและจัดลำดับให้สอดคล้องกับรูปแบบการบัญญัติในพระราชบัญญัติไทย ซึ่งทำพระราชบัญญัตินั้นจะอธิบายว่าเหตุใดจึงต้องออกกฎหมายฉบับนี้⁷⁵

⁷⁴วิธีการดังกล่าวปรากฏในทางปฏิบัติของประเทศออสเตรเลียเช่นกัน ซึ่งเริ่มกลายเป็นที่นิยมเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ กล่าวคือ เป็นการร่างกฎหมายด้วยการผนวกบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องแนบท้ายข้อความให้ใช้สนธิสัญญา อย่างไรก็ดี ศาลออสเตรเลียเห็นว่าการเสนอแต่เพียงเนื้อหาของสนธิสัญญาไม่ได้ทำให้สนธิสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายได้ แต่การใช้วิธีดังกล่าวจำเป็นต้องมีบทบัญญัติบางส่วนที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อประกาศให้สนธิสัญญาฉบับนี้มีผลบังคับได้ เมื่อการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสารเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและการได้รับโอกาสที่เท่าเทียมกัน ค.ศ.1986 (Human Rights and Equal Opportunity Commission Act 1986) ซึ่งเป็นการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับจำนวนอนุสัญญาและคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไม่ปรากฏว่ามีถ้อยคำหรือบทบัญญัติของกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ประกาศให้เอกสารฉบับนี้มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในรัฐ จึงไม่อาจตีความหรืออนุมานได้ว่าเอกสารเกี่ยวกับสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเหล่านี้มีผลใช้เป็นกฎหมายของออสเตรเลียได้ ซึ่งปรากฏในคดี *Dietrich v The Queen* (1992) 177 CLR 292 อ้างถึงใน Rosalie Balkin, "International Law and Domestic Law" in Public international law : An Australian Perspective, (Oxford University Press, 2005), p. 128.

⁷⁵วิธีการดังกล่าวปรากฏในทางปฏิบัติของประเทศออสเตรเลียเช่นกัน โดยถูกนำไปใช้ในการร่างพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับเชื้อชาติ ค.ศ.1975 (Racial Discrimination Act 1975) เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับเชื้อชาติ (Racial Discrimination Convention) โดยในอารัมภบทของกฎหมายฉบับนี้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า "ในส่วนของรายละเอียดนั้นจะกำหนดโดยบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อให้อนุสัญญาว่าด้วยการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับเชื้อชาติมีผลบังคับใช้"

นอกจากนี้ในการตราพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสนธิสัญญาของฝ่ายนิติบัญญัติอาจเป็นกรณีไม่ต้องอ้างอิงถึงสนธิสัญญาก็ได้ แต่เมื่ออ่านจากบทบัญญัติของกฎหมายแล้วจะต้องสามารถเข้าใจได้โดยง่ายว่าอย่างน้อยวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้เป็นการเพื่อให้การเป็นไปตามสนธิสัญญาในเรื่องนั้นๆ เช่น การตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองการ

เช่น การตราพระราชบัญญัติอนุวัติการตามบันทึกความเข้าใจซึ่งมีผลเป็นการก่อตั้งองค์กรร่วม ไทย-มาเลเซีย เพื่อการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรปิโตรเลียมร่วมกันในบริเวณพื้นที่พัฒนาร่วม (Joint Development Area) เป็นต้น การออกพระราชบัญญัติในรูปแบบนี้มิใช่เป็นเพียงการแปลความของ หนังสือสัญญาให้เป็นภาษาไทย (translation) แต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้นแต่วิธีการดังกล่าวเป็นการแปลง ใจความสำคัญ (substance) ของหนังสือสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นถ้อยคำสำนวน ของกฎหมายไทย (transformation)⁷⁶ ซึ่งจะเปิดโอกาสให้รัฐสภามีอำนาจพิจารณาและแปรญัตติ เปลี่ยนแปลงถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมาย และถือว่าวิธีการดังกล่าวเป็นไปตามหลัก ประชาธิปไตยแท้จริงที่ว่ากฎหมายที่ออกมาเพื่อใช้บังคับกับพลเมืองต้องเป็นกฎหมายที่ผ่านความ เห็นชอบจากองค์กรผู้แทนปวงชน

รูปแบบที่สอง เป็นการออกพระราชบัญญัติรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาไว้เป็น การล่วงหน้าหลายฉบับซึ่งอาจเกิดขึ้นต่อไปในอนาคต⁷⁷ ทางปฏิบัติมักเรียกว่า “พระราชบัญญัติที่ รองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญา”⁷⁸ พระราชบัญญัติประเภทนี้จะมิบทบัญญัติรองรับพันธกรณีใน หนังสือสัญญาอยู่สองลักษณะคือ

1) พระราชบัญญัติซึ่งรองรับหนังสือสัญญาให้เข้ามามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของ รัฐได้โดยตรงทั้งฉบับ เช่น มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ.2472 บัญญัติไว้ ว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่บรรดาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกรุงสยาม เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับ

เคลื่อนย้ายมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1986 (Protection of Moveable Cultural Heritage Act 1986) เป็นต้น

⁷⁶จุฬาลักษณ์ สุธาสนา, “Implementation of International Conventions,” วารสารการ พานิชย์นาวิ, ฉบับที่ 2 ปีที่ 12, น. 64, (พฤษภาคม 2536).

⁷⁷วิธีการดังกล่าวปรากฏในทางปฏิบัติของประเทศออสเตรเลียเช่นกัน กล่าวคือ เป็นกรณีที่ ฝ่ายนิติบัญญัติตราพระราชบัญญัติรองรับผลบังคับของสนธิสัญญาไว้เป็นการล่วงหน้าซึ่งหากฝ่ายบริหาร ให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งแล้ว สนธิสัญญาจะนั้นมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายโดยผ่าน บทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เช่น การปรับให้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ ทางการทูต ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on Diplomatic Relations 1969) ในฐานะเป็นกฎหมายของ ออสเตรเลียโดยผ่านบทบัญญัติมาตรา 7 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต ค.ศ. 1967 (Diplomatic Privileges and Immunities Act 1967) เป็นต้น

⁷⁸ลักคณา พบรรมเย็น, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 73, น.125.

ข้อความในสัญญา อนุสัญญา ความตกลงกับรัฐบาลต่างประเทศ หรือในประกาศพระบรมราชโองการที่ได้ออกเกี่ยวกับสัญญา อนุสัญญาและความตกลงนั้นๆ

2) พระราชบัญญัติซึ่งมีการแก้ไขบทบัญญัติให้สอดคล้องกับพันธกรณีในหนังสือสัญญาเพียงบางส่วนมิใช่ของรับหนังสือสัญญาทั้งฉบับ เช่น มาตรา 11 วรรคสองของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าหากคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเป็นไปตามที่กำหนดในอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว ให้ถือว่าคำขอดังกล่าวเป็นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัตินี้”

เมื่อสภาทั้งสองเห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัตินั้นแล้ว คณะรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัตินี้ขึ้นทูลเกล้าถวายต่อพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย เมื่อพระราชบัญญัตินี้ขึ้นได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเรียบร้อยแล้ว ก็จะมีสภาพบังคับเป็นกฎหมายต่อไป⁷⁹

นอกจากนี้ในทางปฏิบัติปรากฏว่า ฝ่ายบริหารสามารถออกกฎหมายลำดับรองเพื่ออนุวัติการหรือรองรับพันธกรณีตามหนังสือสัญญาได้เช่นกัน ซึ่งกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหารเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญานั้นมีได้ฉบับหนึ่งเช่น

- พระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ พ.ศ. 2536 ซึ่งอนุวัติการตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม ทำ ณ กรุงเบอร์ลิน⁸⁰

- กฎกระทรวง ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2531) ออกตามความในพระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2522 ซึ่งอนุวัติการตามอนุสัญญาว่าด้วยการจราจรทางถนน ทำ ณ นครเจนีวา ค.ศ. 1949⁸¹

⁷⁹ มาตรา 150 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “ร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายภายในยี่สิบวันนับแต่วันที่ได้รับร่างพระราชบัญญัตินั้นจากรัฐสภา เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมาย”

⁸⁰ ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่มที่ 110 ตอนที่ 147 ลงวันที่ 27 กันยายน 2536 น. 1.

⁸¹ ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่มที่ 105 ตอนที่ 118 ลงวันที่ 22 พฤษภาคม 2531 น. 1.

- ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์เรื่อง พืชอนุรักษ์ตามพระราชบัญญัติพันธุ์พืช พ.ศ. 2518 พ.ศ. 2545 ซึ่งออกตามความในมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติพันธุ์พืช พ.ศ. 2518 และ มาตรา 29 ทวิของพระราชบัญญัติพันธุ์พืช พ.ศ. 2518 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติพันธุ์พืช (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 เพื่ออนุรักษ์การตามอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่า และพืชป่าที่กำลังจะสูญพันธุ์⁸² ฯลฯ

ส่วนกฎหมายลำดับรองซึ่งรองรับพันธกรณีตามหนังสือสัญญาไว้เป็นการล่วงหน้าซึ่ง มิได้กำหนดไว้ว่ารองรับหนังสือสัญญาดังฉบับใดฉบับหนึ่งเป็นการเฉพาะ เช่น

- พระราชกฤษฎีกาออกตามความในมาตรา 3 ของประมวลรัษฎากร พ.ศ. 2481 ซึ่ง บัญญัติว่า “บรรดารัษฎากรประเภทต่างๆ ซึ่งเรียกเก็บตามประมวลรัษฎากรนี้จะตราพระราช กฤษฎีกาเพื่อการต่อไปนี้ได้คือ ... (2) ยกเว้นแก่บุคคลหรือองค์การระหว่างประเทศ ตามข้อผูกพัน ที่ประเทศไทยมีอยู่ต่อองค์การสหประชาชาติ หรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือตามสัญญา หรือตามหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่อกันกับนานาประเทศ” ซึ่งเป็นกรณีการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหาร ตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีในอนุสัญญาว่าด้วยการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ ประเทศไทยทำไว้กับประเทศต่างๆ⁸³

- กฎกระทรวง (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติวัดฤๅษณ์ตรา พ.ศ. 2535 บัญญัติไว้ในข้อ 14 ว่า “การนำเข้า การส่งออก หรือการนำเข้าผ่านวัดฤๅษณ์ตราหรือการดำเนินงาน การอื่นใดต่อวัดฤๅษณ์ตราต้องคำนึงถึงสนธิสัญญาและข้อผูกพันระหว่างประเทศ”⁸⁴ ฯลฯ

แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะมีกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่ากฎหมายบังคับการเพื่อให้เป็นไปตาม หนังสือสัญญาจะต้องตราเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น แต่การที่ฝ่ายบริหารใช้อำนาจในกฎหมายลำดับรองเพื่อปฏิบัติตามหนังสือสัญญา วิธีการเช่นนี้อาจมีความเสี่ยงต่อการที่ ข้อความในหนังสือสัญญานั้นจะขัดหรือแย้งพระราชบัญญัติซึ่งรองรับผลบังคับของหนังสือสัญญานั้นเอง หรืออาจเป็นกรณีที่บทบัญญัติของพระราชบัญญัติซึ่งรองรับผลบังคับของหนังสือสัญญา อาจมีข้อความไม่ครอบคลุมไปถึงพันธกรณีตามหนังสือสัญญานั้นได้เช่นกัน

⁸²ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 119 ตอนพิเศษ 43 ง ลงวันที่ 17 พฤษภาคม 2545 น. 3.

⁸³ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 79 ตอนที่ 69 ลงวันที่ 31 กรกฎาคม พ.ศ. 2505 น. 818.

⁸⁴ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 111 ตอนที่ 51 ก ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2537 น. 60.

2.4 การประกาศใช้สนธิสัญญาในราชกิจจานุเบกษา

เมื่อฝ่ายบริหารได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ฝ่ายบริหารยังมีหน้าที่ต้องนำสนธิสัญญามาประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาทั้งนี้ เพื่อให้มีผลผูกพันประชาชนและองค์กรของรัฐต่างๆ ซึ่งมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม สนธิสัญญา โดยอาจแยกพิจารณาออกได้เป็นสองกรณีดังนี้

2.4.1 การประกาศในกรณีที่ไม่ต้องมีกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา

การประกาศใช้สนธิสัญญาในกรณีนี้ เป็นวิธีการที่ใช้ในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสบัญญัติว่า “สนธิสัญญาหรือข้อตกลงที่ได้รับการให้สัตยาบันแล้วหรือได้รับความเห็นชอบโดยชอบแล้วให้มีผลใช้บังคับนับตั้งแต่วันที่ได้มีการประกาศใช้บังคับ ย่อมมีฐานะสูงกว่ารัฐบัญญัติ ทั้งนี้ภายใต้ข้อสงวนที่ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องบังคับใช้สนธิสัญญาหรือข้อตกลงนั้นเช่นเดียวกัน”

การที่รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสกำหนดให้สนธิสัญญาที่จะบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในประเทศต้องมีการพิมพ์เผยแพร่ในรัฐกิจจานุเบกษานั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อให้สาธารณชนและบุคคลผู้ที่อาจจะถูกกระทบสิทธิได้รับทราบถึงรายละเอียดเนื้อหาของสนธิสัญญา ตลอดจนเพื่อแปลงสภาพสนธิสัญญาซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายตามกฎหมายระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมายภายในและมีสภาพบังคับแก่ภาครัฐและภาคเอกชน⁸⁵ ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารที่จะต้องทำให้สนธิสัญญาให้มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายภายในรัฐเพื่อปฏิบัติตาม สนธิสัญญาที่ทำไว้กับต่างประเทศ ซึ่งอาจแยกพิจารณาออกได้เป็นสองกลุ่มคือ

กลุ่มแรก สนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศทั่วไปตามมาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญ สนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศทั่วไปนี้จะมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในรัฐได้ก็ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบ (approval) จากคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 52 ของรัฐธรรมนูญ และมีการประกาศใช้สนธิสัญญาในรัฐกิจจานุเบกษาแล้วเท่านั้น

กลุ่มที่สอง สนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศที่มีความสำคัญตามมาตรา 53 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบในรูปของรัฐบัญญัติให้ใช้สนธิสัญญา

⁸⁵ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และชาติชาย เศษฐสมณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 87.

และมีประกาศใช้สนธิสัญญาในรัฐกิจจานุเบกษาแล้วสนธิสัญญาเหล่านี้จึงมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐ

ส่วนรูปแบบของการประกาศใช้สนธิสัญญานั้นเป็นไปตามรัฐกฤษฎีกาฉบับที่ 53-192 ลงวันที่ 14 มีนาคม 1953 ซึ่งถูกแก้ไขโดยรัฐกฤษฎีกาฉบับที่ 86-707 ลงวันที่ 11 เมษายน 1986 ซึ่งเป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับให้สัตยาบันและการประกาศใช้สนธิสัญญา และความตกลงระหว่างประเทศของประเทศฝรั่งเศสไว้ โดยกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศมีหน้าที่ประกาศใช้สนธิสัญญาที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของปัจเจกบุคคล ในรัฐกิจจานุเบกษาในรูปของการตรารัฐกฤษฎีกาของประธานาธิบดีโดยคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ โดยทั่วไปการประกาศใช้สนธิสัญญาในรัฐกิจจานุเบกษาจะประกอบด้วยเนื้อหาทั้งหมดของสนธิสัญญา ตลอดจนภาคผนวกและข้อสงวนต่างๆ ในสนธิสัญญาหรือแม้แต่การสิ้นสุดของสนธิสัญญาก็ต้องประกาศในรัฐกิจจานุเบกษาเช่นกัน ทั้งนี้ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศมีหน้าที่รับผิดชอบในการพิมพ์เผยแพร่สนธิสัญญาให้เป็นไปโดยเร็วและถูกต้อง⁸⁶

อย่างไรก็ดี การประกาศใช้สนธิสัญญาในรัฐกิจจานุเบกษานั้น ไม่จำเป็นต้องประกาศใช้สนธิสัญญาทุกฉบับ สนธิสัญญาที่จะต้องประกาศใช้ ในรัฐกิจจานุเบกษานั้นต้องเป็นสนธิสัญญาที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของปัจเจกบุคคลเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งฝ่ายบริหารอาจตัดสินใจไม่ประกาศใช้สนธิสัญญาในราชกิจจานุเบกษาก็ได้ ซึ่งหมายความว่า สนธิสัญญาฉบับนั้นจะไม่มีสถานะเป็นกฎหมายที่จะใช้บังคับกับพลเมืองภายในรัฐ ส่งผลให้ประชาชนไม่อาจอ้างสิทธิตามสนธิสัญญานั้นต่อศาลฝรั่งเศส และศาลฝรั่งเศสเองก็จะไม่บังคับใช้สนธิสัญญานั้นเนื่องจากไม่มีสถานะเป็นกฎหมายที่ศาลฝรั่งเศสจะใช้เป็นกฎหมายในการตัดสินคดี⁸⁷ ดังนั้นการประกาศใช้สนธิสัญญาในรัฐกิจจานุเบกษาจึงผลต่อความสมบูรณ์ของสนธิสัญญาในระบบกฎหมายฝรั่งเศส⁸⁸ หากฝ่ายบริหารไม่ต้องการให้สนธิสัญญามีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในรัฐ ก็อาจทำโดยวิธีการไม่ประกาศใช้สนธิสัญญาในรัฐกิจจานุเบกษาได้เช่นกัน

⁸⁶ Pierre Michel Eisemann and Raphaële Rivier, *supra* note 50, p. 256.

⁸⁷ *Ibid*, p. 266.

⁸⁸ ในกรณีที่ฝ่ายบริหารนำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศที่มีความสำคัญมาประกาศใช้รัฐกิจจานุเบกษาโดยไม่ได้นำดำเนินการขอความเห็นชอบจากรัฐสภาเสียก่อน สภาแห่งรัฐจะอาศัยรัฐกฤษฎีกาประกาศใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายบริหาร ซึ่งสภาแห่งรัฐเคยมีคำวินิจฉัยในคดี SARL du Prac d'activité de

2.4.2 การประกาศในกรณีที่ต้องมีกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา

การประกาศใช้สนธิสัญญาที่ต้องมีกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา เป็นวิธีการซึ่งใช้ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน โดยนักกฎหมายเยอรมันเคยให้ความเห็นเกี่ยวกับการประกาศใช้กฎหมายรองรับสนธิสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมันว่า การทำสนธิสัญญาไม่ได้ก่อให้เกิดผลบังคับทางกฎหมายแต่อย่างใด แต่มีผลทำให้เกิดพันธกรณีแก่เยอรมันมีหน้าที่จะต้องประกาศใช้กฎหมายรองรับสนธิสัญญาในรัฐกิจจานุเบกษา โดยการประกาศนี้จะทำให้บทบัญญัติต่างๆ ในสนธิสัญญาได้รับการปฏิบัติซึ่งบรรดาเจ้าหน้าที่และ

Blotzheim et SCI Haselaecker ลงวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 1998 โดยตัดสินว่าการให้สัตยาบันหรือการให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาโดยฝ่ายบริหารต้องอยู่ในอำนาจการควบคุมของสภาแห่งรัฐ ซึ่งเท่ากับสภาแห่งรัฐจะทำหน้าที่ตรวจสอบการมอบอำนาจของรัฐสภาไปพร้อมกับการใช้บังคับสนธิสัญญาเพื่อตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารในขณะเดียวกัน วิธีการควบคุมของสภาแห่งรัฐจะกระทำโดยอาศัยการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของรัฐสภาที่กำหนดการประกาศใช้สนธิสัญญาในรัฐกิจจานุเบกษา เป็นเครื่องมือในการตรวจสอบความถูกต้องของการให้สัตยาบันหรือการให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาของฝ่ายบริหาร โดยสภาแห่งรัฐจะวางหลักความชอบด้วยกฎหมายของรัฐสภาให้มีความเชื่อมโยงกับบทบัญญัติในมาตรา 53 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ซึ่งหมายความว่ากรณีที่ฝ่ายบริหารให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของมาตรา 53 ของรัฐธรรมนูญโดยมิได้ดำเนินการขอความเห็นชอบจากรัฐสภาเสียก่อนย่อมถือว่าเป็นการให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาโดยไม่ถูกต้อง ซึ่งผลจากการวางหลักดังกล่าวทำให้สภาแห่งรัฐมีคำวินิจฉัยเพิกถอนรัฐสภาอีกสองฉบับในเวลาต่อมา ด้วยเหตุนี้การให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาโดยไม่ถูกต้องอาจถูกโต้แย้งต่อสภาแห่งรัฐโดยผ่านทางรัฐสภาประกาศใช้สนธิสัญญา (decree of publication) ซึ่งต้องกระทำภายในสองเดือนนับจากวันที่มีการประกาศใช้รัฐสภาดังกล่าวแล้วเท่านั้น หากล่วงเลยระยะเวลาดังกล่าว การฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยรัฐสภาประกาศใช้สนธิสัญญาต้องเป็นการฟ้องคดีที่มีข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้บังคับสนธิสัญญาหรือที่เรียกว่าการควบคุมแบบรูปธรรม รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดูใน Francine Batailler, *Le Conseil d'Etat Juge Constitutionnel*, Tome LXVIII, (Paris, 1966), p. 243., “French Law Cases of the Conseil d’Etat : Institute of Global law”, <http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law/>, August 2007., Pierre Michel Eisemann and Raphaële Rivier, *supra* note 50, p. 267.

ประชาชนต้องเคารพและกระทำตาม เหตุที่เป็นเช่นนี้ไม่ใช่เพราะมีสนธิสัญญาแต่เป็นเพราะมีคำสั่งหรือคำสั่งจากรัฐของตนเอง⁸⁹

ในทางปฏิบัติ เมื่อสนธิสัญญามีผลผูกพันรัฐในทางระหว่างประเทศแล้ว ฝ่ายบริหารซึ่งได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมแห่งสหพันธ์ (Federal Ministry of Justice) มีหน้าที่ต้องดำเนินการประกาศให้กฎหมายรองรับสนธิสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายในรัฐกิจจานุเบกษาแผ่นที่ 2 (Bundesgesetzblatt II)⁹⁰ อีกครั้งหนึ่งเพื่อให้มีผลผูกพันองค์กรต่างๆ ของรัฐและประชาชนภายในประเทศ

ส่วนสนธิสัญญาซึ่งไม่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภานั้น เนื่องจากกฎหมายพื้นฐานมิได้กำหนดกระบวนการทำให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐสำหรับสนธิสัญญาประเภทนี้ไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นการรับเอาสนธิสัญญาของฝ่ายบริหารเข้ามาเป็นกฎหมายภายในจึงไม่ต้องทำในรูปของกฎหมายให้ความเห็นชอบหรือกฎหมายรองรับสนธิสัญญาดังเช่นสนธิสัญญาตามกรณีแรก แต่อาจกระทำโดยอาศัยการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารในรูปแบบต่างๆ เพื่อให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับตามความเหมาะสมเช่น การออกกฎ ระเบียบ ข้อบังคับต่างๆ ทั้งนี้การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารจะมีผลผูกพันประชาชนได้ก็ต่อเมื่อได้ดำเนินการโดยถูกต้องตามกระบวนการขั้นตอน และมีการประกาศสนธิสัญญาในรัฐกิจจานุเบกษาเพื่อให้ประชาชนได้ทราบ⁹¹

จึงกล่าวได้ว่าในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นสนธิสัญญาจะมีผลผูกพันประชาชนและองค์กรต่างๆ ภายในรัฐก็ต่อเมื่อฝ่ายบริหารนำสนธิสัญญามาประกาศในรัฐกิจจานุเบกษาทุกครั้ง ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงว่าสนธิสัญญาฉบับนั้นเป็นสนธิสัญญาที่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่

ส่วนการประกาศใช้หนังสือสัญญาในราชกิจจานุเบกษาของประเทศไทย เนื่องจากรัฐธรรมนูญไทยมิได้มีบทบัญญัติกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องนำหนังสือสัญญาไปประกาศในราชกิจจานุเบกษา จึงมีปัญหว่าฝ่ายบริหารต้องนำหนังสือสัญญามาประกาศในราชกิจจานุเบกษาอีกหรือไม่ ซึ่งมีความเห็นแบ่งออกเป็นออกสองแนวทางคือ

แนวทางแรก เห็นว่าเป็นอำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารซึ่งหน่วยงานที่รับผิดชอบในการประกาศใช้หนังสือสัญญาในราชกิจจานุเบกษาคือ กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวง

⁸⁹ โฟโรจน์ ชัยนาม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น. 259.

⁹⁰ Hubert Beemelmans and Hans D. Treviranus, *supra note 8*, p. 322.

⁹¹ ชาติชาย เศรษฐสุนทร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14*, น. 29-30.

การต่างประเทศ ในทางปฏิบัตินั้นหน่วยงานดังกล่าวจะคัดเลือกตีพิมพ์เฉพาะสนธิสัญญาที่สำคัญเท่านั้นใช้ทั้งหมด⁹² หนังสือสัญญาที่มีความสำคัญ เช่น หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือหน้าที่ของประชาชน หรือหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา⁹³

แนวทางที่สอง เห็นว่าหากเป็นหนังสือสัญญาซึ่งไม่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภา แต่ฝ่ายบริหารเห็นว่าเป็นหนังสือสัญญาที่มีความสำคัญหรือในกรณีที่เป็นหนังสือสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ทั้งสองกรณีนี้ฝ่ายบริหารต้องนำหนังสือสัญญามาประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาเสมอ⁹⁴

อย่างไรก็ดี หากหน่วยงานราชการเจ้าของเรื่องเห็นว่าหนังสือสัญญานั้นมิได้เป็นเรื่องที่มีความสำคัญ หน่วยงานราชการเจ้าของเรื่องอาจจะไม่นำหนังสือสัญญาดังกล่าวประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาเพียงแต่เผยแพร่ให้รู้ในหมู่ผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับแนวปฏิบัติของหน่วยงานนั้นๆ และหนังสือสัญญานั้นไม่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน⁹⁵

2.5 ข้อสรุปเกี่ยวกับการเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองของสนธิสัญญาใน ระบบกฎหมายไทย

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่งเกี่ยวข้องกับ การทำหนังสือสัญญาในระบบกฎหมายไทยทุกฉบับจนถึงปัจจุบันจะเห็นว่า รัฐธรรมนูญไทยมิได้ กำหนดเกี่ยวกับวิธีการทำให้หนังสือสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐไว้อย่างชัดเจน และ ในขณะเดียวกันก็มิได้มีบทบัญญัติรับรองให้หนังสือสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐได้ โดยตรงดังเช่นประเทศฝรั่งเศส แต่เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติว่า “หนังสือสัญญา...หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้ การเป็นไปตามหนังสือสัญญา...ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา...” แสดงให้เห็นว่า หนังสือ สัญญาจะมีผลใช้บังคับภายในประเทศไทยจนกว่าฝ่ายบริหารจะได้ดำเนินการต่างๆ ให้เป็นไปตาม เงื่อนไขดังต่อไปนี้

⁹² ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21, น. 178.

⁹³ มนตรี กิตติวงษ์ชัย, “การจัดทำสนธิสัญญาของประเทศไทย,” ใน www.mfa.go.th ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2546.

⁹⁴ จาตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 28, น. 625.

⁹⁵ มนตรี กิตติวงษ์ชัย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 93.

ก. หนังสือสัญญาจะต้องทำขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 190 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ

ข. ในกรณีที่เป็นการทำหนังสือสัญญาที่มีความสำคัญตามมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแล้ว ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องชี้แจงข้อมูลเกี่ยวกับร่างหนังสือสัญญาและต้องนำกรอบการเจรจาและร่างหนังสือสัญญามาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาทุกครั้ง นอกจากนี้ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามประชาชนตามมาตรา 190 วรรคสามถึงวรรคสี่เสมอ

ค. การมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของหนังสือสัญญาจะต้องมีการออกกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาทุกครั้งซึ่งอาจอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติอนุวัติการหรือรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาไว้เป็นการล่วงหน้า ซึ่งในทางปฏิบัติของไทยปรากฏว่าบางกรณีฝ่ายบริหารอาศัยอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อให้พันธกรณีในหนังสือสัญญาในเรื่องนั้นๆ มีผลใช้บังคับภายในประเทศ

ง. กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาและหนังสือสัญญาต้องได้รับการประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อให้มีผลใช้บังคับกับประชาชนและองค์กรของรัฐซึ่งมีหน้าที่ปฏิบัติตามหนังสือสัญญา

เมื่อฝ่ายบริหารได้ดำเนินการให้เป็นไปตามเงื่อนไขทั้งสี่ประการแล้วหนังสือสัญญาย่อมมีผลใช้บังคับภายในรัฐ อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากเงื่อนไขในประการที่สามแสดงให้เห็นว่าหนังสือสัญญาซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายไทยได้ก็ต่อเมื่อมีการออกกฎหมายเพื่อแปลงรูปหนังสือสัญญาให้เข้ามาเป็นกฎหมายภายในแล้วเท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีการแปลงรูป (transformationstheorie) ทำนองเดียวกับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ดังนั้น บ่อเกิดของกฎหมายซึ่งเป็นแหล่งที่มา (source) และเป็นข้อจำกัด (limitation) อำนาจกระทำของฝ่ายปกครอง จึงหมายถึงกฎหมายแปลงรูปหนังสือสัญญาซึ่งได้แก่ กฎหมายระดับพระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรองเท่านั้น มิใช่ตัวหนังสือสัญญาแต่อย่างใด หนังสือสัญญาจึงไม่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายไทย กรณีจึงต่างจากประเทศฝรั่งเศสซึ่งถือว่าสนธิสัญญาเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองประเภทหนึ่งของรัฐ

ผลในทางกฎหมายของการที่หนังสือสัญญาไม่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองคือการใช้การตีความหนังสือสัญญาของศาลไทยจะต้องกระทำผ่านทางกฎหมายบังคับการเพื่อให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาเท่านั้น ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติของการใช้บังคับหนังสือสัญญาของศาลไทยจึงมีว่าหากกฎหมายบังคับการเพื่อให้เป็นไปตามหนังสือสัญญามีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือมีข้อความไม่ครอบคลุมพันธกรณีในหนังสือสัญญาหรือมีข้อความขัดหรือแย้งกับกฎหมายฉบับอื่นซึ่งรัฐสภาตราขึ้นในภายหลัง ย่อมทำให้พันธกรณีตามหนังสือสัญญาไม่มีผล

ใช้บังคับภายในประเทศ ดังนั้น ศาลจึงไม่อาจนำพันธกรณีตามหนังสือสัญญามาปรับใช้เพื่อวินิจฉัยคดีได้ นอกจากนี้ ในกรณีที่ฝ่ายบริหารทำหนังสือสัญญากับรัฐอื่นๆ แต่รัฐสภายังไม่ได้ตรากฎหมายอนุวัติการหรือรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญา ศาลย่อมไม่สามารถนำพันธกรณีในหนังสือสัญญามาใช้บังคับแก่คดีได้

อย่างไรก็ดี ปรากฏว่าในบางคดีศาลไทยยอมรับรู้ถึงความมีอยู่พันธกรณีในหนังสือสัญญาดังกล่าวโดยการนำพันธกรณีในหนังสือสัญญามาใช้บังคับโดยที่ยังไม่มีการออกกฎหมายรองรับหรืออนุวัติการตามหนังสือสัญญา และในบางคดีปรากฏว่าศาลไทยยอมรับรู้ถึงความมีอยู่ของหนังสือสัญญาซึ่งรับรองกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศโดยที่ประเทศไทยมิได้เป็นภาคีอีกด้วย ดังที่จะทำการศึกษาต่อไปในภาคที่ 2