

ปัญหาการใช้บังคับกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาโดยองค์การตุลาการ

จากการศึกษาในภาคแรก ได้ข้อสรุปว่าหนังสือสัญญาไม่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายไทย จึงทำให้ศาลไม่สามารถนำพันธกรณีในหนังสือสัญญาใช้บังคับแก่คดีได้จนกว่ารัฐสภาจะออกกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาเสียก่อน ดังนั้นหนังสือสัญญาจึงมีผลบังคับและลำดับชั้นเป็นไปตามกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาทุกประการ ในการใช้บังคับหนังสือสัญญาของศาลไทยจึงต้องกระทำผ่านกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาซึ่งมิใช่ตัวหนังสือสัญญาโดยตรง อย่างไรก็ตาม กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาที่ศาลจะนำมาใช้บังคับแก่คดีได้นั้นต้องมีความสมบูรณ์และไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายอื่นๆ ภายในรัฐตามหลักการว่าด้วยลำดับชั้นของกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย ดังนั้นหากศาลพบว่ากฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญามีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลจะต้องไม่นำกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญามาใช้บังคับแก่คดีเพราะเหตุว่าเป็นกฎหมายที่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และหากเป็นกรณีที่กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญามีข้อความขัดหรือแย้งกับกฎหมายอื่นซึ่งรัฐสภาตราขึ้นในภายหลัง ศาลย่อมต้องใช้กฎหมายซึ่งตราขึ้นในภายหลังแทนกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาตามหลักกฎหมายพิเศษยกเว้นกฎหมายทั่วไปหรือหลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า

เนื่องจากศาลปกครองเป็นศาลใหม่ซึ่งเพิ่งเริ่มเปิดทำการเมื่อวันที่ 9 มีนาคม พ.ศ. 2544 จึงทำให้คดีปกครองเกี่ยวกับการฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองที่มีความเกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญามีไม่มากนักหากเปรียบเทียบกับการใช้บังคับหนังสือสัญญาในศาลยุติธรรมไทย ดังนั้นเพื่อให้เห็นภาพรวมของปัญหาการใช้บังคับหนังสือสัญญาซึ่งไม่ได้รับการแปลงรูปหรือปัญหาซึ่งเกิดจากการที่กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญามีข้อความขัดหรือแย้งกับกฎหมายภายในที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทย จึงสมควรทำการศึกษาแนวทางการใช้บังคับหนังสือสัญญาในศาลยุติธรรมซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีปกครองก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครองในปี พ.ศ. 2542 ทั้งนี้เพื่อเป็นข้อมูลในการวิเคราะห์เพื่อนำไปสู่แนวทางในการแก้ปัญหาซึ่งอาจเกิดขึ้นกับศาลปกครองต่อไปในอนาคตได้

3.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับการใช้บังคับกฎหมายบังคับการให้เป็นไป ตามหนังสือสัญญาโดยองค์การตุลาการ

โดยทั่วไป หากหนังสือสัญญาได้รับการแปลงรูปให้เข้ามาเป็นกฎหมายของรัฐโดยถูกต้องตามกฎหมายภายในแล้ว กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาย่อมเป็นที่มา (source) และเป็นข้อจำกัด (limitation) อำนาจกระทำการต่างๆ ของฝ่ายปกครอง ซึ่งศาลสามารถนำกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญามาใช้บังคับเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้ ในทางปฏิบัติศาลไทยจะอ้างพระราชบัญญัติบังคับการเพื่อให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาโดยตรงและจะไม่อ้างหนังสือสัญญานั้นอีก¹ ดังนั้น คู่กรณีจึงเพียงแต่กล่าวอ้างบทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเข้ามาเป็นประเด็นในคดีโดยคู่กรณีไม่ต้องนำสืบให้ศาลเห็นถึงข้อความของกฎหมายนั้นๆ อีกเพราะถือว่าเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลรับรู้ได้เอง

3.1.1 ศาลยุติธรรม

ในคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 2965/2538 เป็นกรณีที่ศาลอุทธรณ์ยอมรับและใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533² ซึ่งเป็นกฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ลงนาม ณ กรุงวอชิงตัน ประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม พ.ศ. 2526 เพื่อนำมาตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของรัฐบาลไทยในการตัดสินใจส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยได้ทำไว้กับรัฐบาลสหรัฐอเมริกา³ ซึ่งข้อ 8(1)วรรคสามแห่งสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1922 ซึ่งแนบท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักร

¹บรรศักดิ์ อุวรรณโน, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 และนิติวิธี, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2538), น. 72.

²ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 108 ตอนที่ 31 ฉบับพิเศษ ลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2534 น.1.

³คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 2965/2538 ระหว่าง พนักงานอัยการ สำนักงานอัยการสูงสุด โจทก์ และนายทง ศิริปรีชาพงษ์ จำเลย อ้างถึงใน พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, “อุทธรณ์วิเคราะห์,” ตุลพาณ, ฉบับที่ 1, ปีที่ 43, น.187-188, (มกราคม-มีนาคม 2539).

ไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ประเทศไทยเป็นรัฐที่ได้รับการร้องขอ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ อาจส่งคนชาติของตนข้ามแดนได้ หากมิได้ถูกห้ามให้กระทำเช่นนั้น” การส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามกฎหมายฉบับนี้จึงขึ้นอยู่กับเงื่อนไขสองประการคือ ประการแรก เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจมีดุลพินิจให้ส่งบุคคลนั้นเป็นผู้ร้ายข้ามแดน และประการที่สอง มิได้มีกฎหมายห้ามเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจให้ส่งบุคคลนั้นเป็นผู้ร้ายข้ามแดน

ดังนั้น หากศาลอุทธรณ์พบว่า การส่งผู้ร้ายข้ามแดนของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจไม่ เป็นไปตามเงื่อนไขทั้งสองประการนี้ ศาลอุทธรณ์ย่อมนำบทบัญญัติในข้อ 8(1)วรรคสามแห่ง สนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1922 ซึ่งแนบท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 มาใช้บังคับเพื่อตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองในฐานะเป็นที่มาและเป็นข้อจำกัด อำนาจของฝ่ายปกครองได้

นอกจากนี้ ในกรณีที่มิพระราชบัญญัติรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาอยู่แล้วก็ไม่ จำเป็นต้องออกพระราชบัญญัติอนุวัติการตามหนังสือสัญญาอีก ศาลยุติธรรมจึงสามารถนำ พันธกรณีในหนังสือสัญญาดังกล่าวมาใช้บังคับกับคดีได้โดยอาศัยบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติ ซึ่งรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญา อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมจะยอมรับและใช้บังคับ พระราชบัญญัติรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาก็ต่อเมื่อคณะรัฐมนตรีได้ทำหนังสือสัญญากับ ต่างประเทศก่อนเท่านั้น หากหนังสือสัญญายังไม่มีการทำขึ้น ศาลย่อมไม่ใช้บังคับบทบัญญัติใน พระราชบัญญัติซึ่งรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาแม้จะอ้างว่าได้ดำเนินการตามเงื่อนไข ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวแล้วก็ตาม เช่น ศาลฎีกาวางหลักไว้ว่า “ตาม พระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวกับคนต่างด้าว พ.ศ. 2486 มาตรา 5 และมาตรา 6 คนต่างด้าว จะเข้าถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ ก็ต่อเมื่อมีสนธิสัญญาบัญญัติให้ไว้ และแม้จะมีสนธิสัญญาเช่นนั้นก็ตาม แต่การได้มาจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขและข้อกำหนด ทั้งต้องได้รับอนุญาตจากพนักงาน เจ้าหน้าที่ด้วย แต่ถ้าไม่มีสนธิสัญญาบัญญัติให้มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ คนต่างด้าวก็ไม่มีสิทธิจะ ได้มาซึ่งที่ดิน และแม้จะขออนุญาตต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจแล้วก็ตาม พนักงานเจ้าหน้าที่ ก็ไม่มีอำนาจอนุญาตได้”⁴ เมื่อโจทก์ซึ่งเป็นคนจีนทำสัญญาซื้อที่ดินจากจำเลย ในเวลาที่จะต้อง โอนที่ดินตามสัญญานั้นประเทศจีนยังไม่ได้ประกาศใช้สนธิสัญญากับประเทศไทยโจทก์จึงไม่มี ทางได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินตามสัญญาได้

⁴ คดีแดงที่ 188/2492 ระหว่าง นายเม่งกี แซ่ด่าน โจทก์ และนางละเมียด สุขสงวน จำเลย และคดีแดงที่ 1114/2492 ระหว่าง นางตุ้ แซ่โงว โจทก์ และนายไข มีมั่งคั่ง จำเลย

มีข้อสังเกตว่า ในกรณีที่ฝ่ายบริหารดำเนินการประกาศใช้หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการให้สิทธิในที่ดินแก่บุคคลซึ่งอยู่ในบังคับของรัฐภาคีคู่สัญญาในราชกิจจานุเบกษาโดยถูกต้องแล้ว พระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวกับคนต่างด้าว พ.ศ. 2486 ย่อมเป็นที่มาแห่งอำนาจของฝ่ายปกครองในการดำเนินการจดทะเบียนสิทธิในที่ดินแก่คนต่างด้าวซึ่งอยู่ในบังคับของหนังสือสัญญา แต่การที่คนต่างด้าวจะมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้หรือไม่นั้นย่อมขึ้นอยู่กับว่าคนต่างด้าวได้ดำเนินการให้เป็นไปตามเงื่อนไขและข้อกำหนดในหนังสือสัญญาโดยครบถ้วนด้วย ดังนั้นหากเป็นกรณีที่คนต่างด้าวได้ดำเนินการต่างๆ ให้เป็นไปตามเงื่อนไขและข้อกำหนดในหนังสือสัญญาโดยครบถ้วนแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธที่จะดำเนินการจดทะเบียนให้ กรณีนี้ผู้ถูกกระทบสิทธิย่อมอ้างพระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวกับคนต่างด้าว พ.ศ. 2486 เป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองต่อศาลปกครองได้เช่นกัน

3.1.2 ศาลปกครอง

เมื่อหนังสือสัญญาได้รับการแปลงรูปเป็นกฎหมายภายในแล้ว กฎหมายบังคับการให้ เป็นไปตามหนังสือสัญญาย่อมเป็นที่มาและเป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง ดังนั้น ศาลปกครองจึงมีอำนาจนำกฎหมายบังคับการให้ เป็นไปตามหนังสือสัญญามาใช้บังคับเพื่อ ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองได้ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาของศาลปกครองเชียงใหม่คดีหมายเลขแดงที่ 62/2547 เป็นคดีที่ศาลปกครองเชียงใหม่พิจารณาสิทธิในการมีสัญชาติไทยของบุคคลซึ่งได้รับมาโดยผลของหนังสือสัญญา เพื่อเป็นเงื่อนไขในการตรวจสอบการออกคำสั่งเพิกถอนสัญชาติไทยของบุคคลของฝ่ายปกครองว่า เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่⁵

ตามคำพิพากษาของศาลปกครองเชียงใหม่ ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีที่ 3 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 8 อ้างว่าพวกเขาได้รับสิทธิในการมีสัญชาติไทยเพราะเกิดในประเทศไทยโดยมีบิดาและมารดา (ผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 ตามลำดับ) ซึ่งเดิมเป็นคนในบังคับของฝรั่งเศส ต่อมาได้รับสัญชาติไทยโดยผลของข้อ 8 ในอนุสัญญาสันติภาพระหว่างประเทศไทยกับฝรั่งเศสฉบับลงวันที่ 9 พฤษภาคม พ.ศ. 2484 ซึ่งกำหนดว่า “ในขณะที่การโอนอธิปไตยเหนืออาณาเขตต์ ซึ่งโอนให้แก่ประเทศไทยสำเร็จเด็ดขาดลง คนสัญชาติฝรั่งเศสซึ่งตั้งถิ่นฐานอยู่ในอาณาเขตต์นั้นๆ จะได้

⁵ คำพิพากษาของศาลปกครองเชียงใหม่ คดีหมายเลขแดงที่ 62/2547 ลงวันที่ 25 มีนาคม พ.ศ. 2547

สัญญาไทยที่เดียว แต่ทว่า ภายในหนึ่งปีหลังจากการโอนอธิปไตยที่สำเร็จเด็ดขาดลงนั้น คนสัญชาติฝรั่งเศสอาจเลือกเอาสัญชาติฝรั่งเศสได้” โดยมีพระบรมราชโองการประกาศให้ใช้นุสัญญาฉบับดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม พ.ศ. 2484⁶ และได้ตราพระราชบัญญัติจัดการปกครองดินแดนที่ประเทศไทยได้คืนจากประเทศฝรั่งเศส พ.ศ. 2484⁷ เพื่อยกเมืองหลวงพระบางฝั่งขวาของแม่น้ำโขงเป็นจังหวัดลานช้าง นอกจากนี้กระทรวงมหาดไทยยังมีหนังสือที่ 407/2484 ลงวันที่ 28 กันยายน 2484 เรื่องการปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนคนต่างด้าวในดินแดนที่ประเทศไทยได้คืนจากฝรั่งเศส ซึ่งกล่าวรับรองถึงการมีสัญชาติไทยของบุคคลซึ่งเป็นพลเมือง คนในบังคับและคนในรักษาฝรั่งเศส ซึ่งอยู่ในดินแดนที่ประเทศไทยได้มาจากประเทศฝรั่งเศส ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 จึงเป็นบุคคลมีสัญชาติไทย และทำให้ผู้ฟ้องคดีที่ 3 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 8 ซึ่งเป็นบุตรที่ไม่ได้จดทะเบียนได้รับสัญชาติไทยโดยอาศัยหลักดินแดนและหลักสายโลหิตตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติขณะเกิดด้วย

ต่อมาประเทศไทยทำความตกลงระงับกรณีระหว่างประเทศไทยกับประเทศฝรั่งเศส โดยลงนามกันที่กรุงวอชิงตัน เมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2489⁸ ซึ่งตามหนังสือแลกเปลี่ยนต่อท้ายความตกลงระงับกรณีฉบับภาษาไทย ข้อ 1 ความว่า “พลเมืองซึ่งได้สัญชาติไทยโดยอาศัยอนุสัญญา ลงวันที่ 9 พฤษภาคม ค.ศ. 1941 จะได้กลับคืนสู่สัญชาติเดิมของเขาที่เดียวในทันทีที่การโอนอาณาเขตดังกล่าวเสร็จสิ้น” ทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งเป็นผู้ว่าราชการจังหวัดเชียงรายมีคำสั่งเพิกถอนสัญชาติไทยของผู้ฟ้องคดีทั้งแปดคน เพราะเหตุว่าเป็นบุคคลที่ต้องถูกเพิกถอนสัญชาติไทยตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 337 ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2515⁹ ประกอบกับผู้ฟ้องคดีทั้งแปดคนไม่มีใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงจำหน่ายรายชื่อออกจากทะเบียนบ้าน (ทร.14) ซึ่งใช้สำหรับบุคคลสัญชาติไทยและบุคคลที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในประเทศไทย (มีใบต่างด้าว) ไปอยู่ในทะเบียน

⁶ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 58 ลงวันที่ 5 กรกฎาคม พ.ศ. 2484 น. 857.

⁷ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 58 ลงวันที่ 22 กรกฎาคม พ.ศ. 2484 น. 929.

⁸ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 63 ตอนที่ 79 ก ฉบับพิเศษ ลงวันที่ 9 ธันวาคม 2489 น.1.

⁹ข้อ 1 แห่งประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 337 ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2515 ซึ่งบัญญัติว่า “ให้ถอนสัญชาติไทยของบรรดาบุคคลที่เกิดในราชอาณาจักรไทย โดยบิดาเป็นคนต่างด้าว หรือมารดาเป็นคนต่างด้าว แต่ไม่ปรากฏบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย และในขณะที่เกิดบิดาหรือมารดานั้นเป็น (1) ผู้ที่ได้รับการผ่อนผันให้พักอาศัยอยู่ในราชอาณาจักรไทยเป็นพิเศษเฉพาะราย (2) ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้เข้าอยู่ในราชอาณาจักรไทยเพียงชั่วคราว หรือ (3) ผู้ที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง”

บ้านสำหรับคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง (ท.ร. 13)¹⁰ จึงมีปัญหาคำสั่งเพิกถอนสัญชาติและจำหน่ายชื่อของผู้ฟ้องคดีทั้งแปดของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ประเด็นปัญหาในเบื้องต้นจึงมีว่า ผลของข้อ 1 ตามความตกลงระบับกรณีระหว่างประเทศไทยกับประเทศฝรั่งเศส พ.ศ. 2489 ทำให้บิดาและมารดาของผู้ฟ้องคดีที่ 3 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 8 ซึ่งออกไปจากดินแดนดังกล่าวก่อนที่ประเทศไทยทำความตกลงระบับกรณีในปี พ.ศ. 2489 ต้องกลับคืนสู่สัญชาติเดิมหรือไม่ ในการตีความเอกสารซึ่งเป็นหนังสือสัญญาแลกเปลี่ยนต่อท้ายความตกลงดังกล่าวภายในฝ่ายบริหารเองยังแบ่งออกได้เป็นสองแนวทางคือ แนวทางแรก เป็นการตีความตามเอกสารคำแปลภาษาไทยซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตีความว่าบุคคลที่ต้องกลับคืนสู่สัญชาติเดิมนั้นหมายความว่ารวมถึงบุคคลที่อพยพออกไปจากดินแดนก่อนหน้านั้นด้วย ส่วนแนวทางที่สอง เป็นการตีความของกระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งตีความว่า หมายความว่าเฉพาะบุคคลซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในดินแดนขณะที่มีการโอนอาณาเขตกลับไปเป็นของประเทศฝรั่งเศสแล้วเท่านั้น แต่ไม่กินความรวมถึงผู้ที่อพยพออกไปก่อนที่จะมีการโอนกลับด้วย¹¹

ศาลปกครองเชียงใหม่พิจารณาแล้วเห็นว่า การตีความของกระทรวงการต่างประเทศเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของความตกลงและสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่า การเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ในดินแดนระหว่างประเทศนั้น มีผลเฉพาะต่อสัญชาติของ

¹⁰ มาตรา 28 และมาตรา 31 ของพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2498 ซึ่งปรากฏคำสั่งตามหนังสือจังหวัดเชียงราย ที่ ชร 0016/26896 ลงวันที่ 12 พฤษภาคม 2529 สำหรับผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 และตามหนังสือที่ ชร 0016/31740 ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน 2531 สำหรับผู้ฟ้องคดีที่ 3 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 8

¹¹ หนังสือสัญญากระทรวงการต่างประเทศที่ ม.18411/2496 ลงวันที่ 7 สิงหาคม 2496 เรื่องสัญชาติของบุคคลที่อพยพมาจากอาณาเขต 4 จังหวัด ซึ่งตีความข้อ 1 ของหนังสือสัญญาแลกเปลี่ยนว่า “ผู้มีถิ่นที่อยู่ซึ่งได้สัญชาติไทยโดยอาศัยอนุสัญญา ลงวันที่ 9 พฤษภาคม ค.ศ. 1941 ให้กลับคืนสู่สัญชาติเดิมขณะที่โอนอาณาเขตไปแล้ว ทั้งนี้ย่อมหมายถึงผู้มีถิ่นฐานอยู่ในดินแดนตามอนุสัญญา ขณะที่โอนอาณาเขตกลับไปเป็นของฝรั่งเศส ไม่กินความรวมถึงผู้ที่อพยพออกไปก่อนโอนกลับแล้ว” นอกจากนี้ กระทรวงการต่างประเทศยังมีหนังสือที่ กต. 0605/73608 ลงวันที่ 15 ตุลาคม 2524 ตีความคำว่า “ถิ่นที่อยู่ (les habitants)” ว่า คือผู้มีถิ่นที่อยู่ในดินแดนอินโดจีน (4 จังหวัด) เท่านั้น หนังสือแลกเปลี่ยนดังกล่าวไม่คลุมถึงผู้ได้สัญชาติไทยตามอนุสัญญาฯ พ.ศ. 2484 ซึ่งย้ายภูมิลำเนาออกไปจากดินแดนที่โอนให้ฝรั่งเศสก่อนทำการโอนดินแดนดังกล่าวด้วย

บุคคลที่อยู่ในดินแดนขณะที่มีการเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ จึงเห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตีความให้พลเมืองซึ่งได้สัญชาติไทยโดยผลของอนุสัญญาสันติภาพระหว่างประเทศไทยกับฝรั่งเศสฉบับลงวันที่ 9 พฤษภาคม พ.ศ. 2484 ต้องกลับคืนสู่สัญชาติเดิมทันทีที่มีการโอนอาณาเขตสิ้นสุดลงโดยรวมไปถึงบุคคลที่อพยพออกจากดินแดนดังกล่าวด้วย จึงเป็นการตีความที่ขัดต่อเจตนารมณ์ของความตกลงระบับกรณีระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลฝรั่งเศส ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2489 และหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 จึงยังคงมีสัญชาติไทยอยู่เนื่องจากไม่เข้าหลักเกณฑ์การคืนสัญชาติเดิมตามความตกลงระบับกรณี ฯ พ.ศ. 2489 สำหรับผู้ฟ้องคดีที่ 3 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 8 นั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 เป็นบุคคลสัญชาติไทย ตามอนุสัญญาสันติภาพระหว่างไทยกับฝรั่งเศส ลงวันที่ 9 พฤษภาคม พ.ศ. 2489 และผู้ฟ้องคดีที่ 3 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 8 เกิดในประเทศไทยจึงถือว่ายังคงเป็นผู้มีสัญชาติไทย กรณีจึงไม่เข้าหลักเกณฑ์การเป็นบุคคลที่ต้องเพิกถอนสัญชาติไทยตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 337 ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2515 การออกคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงไม่ชอบด้วยประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 337 ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2515 และไม่ชอบด้วยมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2499

มีข้อสังเกตว่า คดีนี้ผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 มีสัญชาติไทยซึ่งเป็นไปโดยผลของการมีพระบรมราชโองการประกาศให้ใช้อนุสัญญาสันติภาพระหว่างประเทศไทยกับฝรั่งเศสฉบับลงวันที่ 9 พฤษภาคม พ.ศ. 2484 ในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม พ.ศ. 2484 ซึ่งทำให้หนังสือสัญญาที่มีผลใช้บังคับภายในประเทศโดยผ่านประกาศพระบรมราชโองการซึ่งเป็นกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาประเภทหนึ่งในระบบกฎหมายไทย¹² แม้ต่อมาจะมี

¹²การประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้หนังสือสัญญาในราชกิจจานุเบกษานั้น หากเป็นการประกาศใช้ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ย่อมถือว่ามีผลบังคับเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติและถือว่าเป็นการออกกฎหมายอนุวัติการหนังสือสัญญาในเรื่องนี้ กระทรวงการต่างประเทศเคยมีการหารือไปยังคณะกรรมาการกฤษฎีกาว่า พระบรมราชโองการให้ใช้สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกา ถือเป็นกฎหมายอนุวัติการหรือไม่และมีผลเป็นการแปลงสภาพของสนธิสัญญาให้เป็นกฎหมายไทยหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา(กรรมการร่างกฎหมายคณะที่ 7) ได้วินิจฉัยในเรื่องเสรีจที่ 246/2524 ว่าพระบรมราชโองการในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ย่อมเป็นกฎหมาย ดังนั้น พระบรมราชโองการให้ใช้สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกาลงวันที่ 30 ธันวาคม พ.ศ. 2456 ซึ่งโปรดเกล้าฯ สั่งให้พนักงานทุกกระทรวง ทบวง กรม และบรรดาผู้ซึ่งมีการเกี่ยวข้องกับข้อความที่กล่าวไว้ในหนังสือสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนนี้ว่า “ให้ถือตามกระทำตามความในสัญญาที่ว่านี้ทุกประการ” พระบรมราชโองการดังกล่าวจึงมีผลเป็นกฎหมายอนุวัติตาม

การยกเลิกการให้สัตยาบันไทยแก่บุคคลซึ่งได้รับมาจากอนุสัญญาฉบับแรก โดยผลของการประกาศใช้ความตกลงระงับกรณีระหว่างประเทศไทยกับประเทศฝรั่งเศสโดยลงนามกันที่กรุงวอชิงตัน เมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2489 และมีประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 2489 ก็ตาม แต่ผลของความตกลงฉบับหลังนี้มิได้มีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 ต้องเสียสัตยาบันไทยไปด้วย ผู้ฟ้องคดีที่ 3 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 5 จึงมีสัตยาบันไทยเพราะเหตุที่มีบิดาและมารดาเป็นบุคคลสัญชาติไทย ดังนั้น การออกคำสั่งของฝ่ายปกครองเพื่อเพิกถอนสัตยาบันไทยของผู้ฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 8 นอกจากเป็นการขัดต่อประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 337 ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2515 และพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2499 แล้ว คำสั่งดังกล่าวยังเป็นคำสั่งที่ขัดต่อประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้ความตกลงระงับกรณีระหว่างประเทศไทยกับประเทศฝรั่งเศส ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2489 ในฐานะเป็นกฎหมายที่จำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองอีกด้วย

ความในสนธิสัญญาฉบับนี้แล้ว หากมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญาใหม่ที่แตกต่างไปจากที่เคยได้อนุมัติการไว้ก็ต้องมีกฎหมายอนุมัติการใหม่ด้วย แต่หากเป็นกรณีของการประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้หนังสือสัตยาบันในราชกิจจานุเบกษาภายใต้ระบบรัฐธรรมนูญ กรณีนี้ถือเป็นเพียงการประกาศให้สาธารณชนทราบเท่านั้นและมีใช้เป็นเงื่อนไขและรูปแบบของการทำให้หนังสือสัตยาบันมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐได้

อย่างไรก็ดี มีผู้เสนอความเห็นว่า ประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้หนังสือสัตยาบันภายใต้ระบบรัฐธรรมนูญปัจจุบัน เช่น ประกาศใช้ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเมื่อวันที่ 12 ตุลาคม พ.ศ. 2529 (ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่มที่ 103 ตอนที่ 185 ลงวันที่ 24 ตุลาคม 2529 น. 12) หรือประกาศใช้อนุสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลียเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนและการป้องกันและการเลี่ยงการรัษฎากรในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้และจากทุนเมื่อวันที่ 22 กันยายน พ.ศ. 2529 (ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่มที่ 103 ตอนที่ 171 ลงวันที่ 3 ตุลาคม 2529 น.1) น่าจะมีผลใช้บังคับเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติดังเช่นในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เนื่องจากเจตนารมณ์ของการประกาศโดยอาศัยพระบรมราชโองการแสดงให้เห็นว่ามีความประสงค์ให้หนังสือสัตยาบันนั้นมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในรัฐ รายละเอียดโปรดดูเพิ่มเติมใน ลักคณา พบรมเย็น, “สิทธิตามสนธิสัญญาของเอกชนในศาลไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 111.

นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตอีกว่า ในคดีนี้ศาลปกครองมีการกล่าวอ้างหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาสนับสนุนคำวินิจฉัยดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าได้สะท้อนถึงแนวคิดของศาลปกครองในการยอมรับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่นานาประเทศยอมรับเพื่อนำมาใช้อำนวยความสะดวกแก่ผู้ถูกระทบสิทธิมากที่สุด แม้จะไม่ปรากฏในคำวินิจฉัยอย่างชัดเจนว่าเหตุใดศาลปกครองจึงนำหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวมาใช้และใช้ในฐานะใดก็ตาม

3.2 การใช้บังคับกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาซึ่งมีปัญหาความสมบูรณ์ตามกฎหมายภายใน

ในกรณีที่หนังสือสัญญานั้นได้รับการแปลงรูปให้เข้ามาเป็นกฎหมายโดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายภายใน ย่อมทำให้พันธกรณีในหนังสือสัญญาไม่มีผลใช้บังคับภายในประเทศ ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจอ้างพันธกรณีในหนังสือสัญญาในฐานะเป็นที่มาแห่งอำนาจกระทำการใดๆ ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ในขณะที่เดียวกันศาลก็ไม่สามารถนำพันธกรณีในหนังสือสัญญามาใช้บังคับเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองได้ เมื่อพันธกรณีในหนังสือสัญญาไม่ได้รับการปฏิบัติตามจากรัฐภาคีคู่สัญญาตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา จึงทำให้ประเทศไทยต้องรับผิดชอบต่อรัฐภาคีคู่สัญญาในทางระหว่างประเทศเช่นกัน

3.2.1 ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลยุติธรรม

ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2956/2525 เป็นคดีระหว่าง บริษัทโรตราโค ประเทศไทยจำกัด โจทก์ และกรมสรรพากร จำเลย ในเรื่องนี้ โจทก์กล่าวอ้างว่าบริษัทหรือนิติบุคคลหลายรายที่โจทก์ติดต่อทำการค้าด้วยเป็นบุคคลที่อยู่ในบังคับของกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และอยู่ในบังคับของกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งประเทศทั้งสองทำความตกลงกับประเทศไทย เพื่อเว้นการเก็บภาษีซ้อนในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเงินได้สำหรับบุคคลและนิติบุคคลซึ่งอยู่ในบังคับของประเทศที่ทำความตกลงในกรณีทำการค้าระหว่างกัน โดยความตกลงระหว่างประเทศไทยกับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและความตกลงระหว่างประเทศไทยกับประเทศญี่ปุ่นได้มีการ

ประกาศในราชกิจจานุเบกษาทั้งสองฉบับ¹³ ผลของความตกลงดังกล่าวทำให้บุคคลหรือนิติบุคคล ซึ่งก่อตั้งหรืออยู่ในบังคับของกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและอยู่ในบังคับของกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งมีเงินได้ในประเทศไทยและได้ชำระภาษีเงินได้จากเงินดังกล่าวในประเทศไทยของตนไปแล้วย่อมได้รับการยกเว้นไม่ต้องชำระภาษีเงินได้จากเงินดังกล่าวในประเทศไทยอีก เมื่อความตกลงดังกล่าวได้ผ่านกระบวนการทำให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐแล้ว ข้อกล่าวอ้างของโจทก์ว่าได้รับประโยชน์จากความตกลงดังกล่าวจึงต้องเป็นเรื่องที่ศาลรู้เองได้โดยไม่ต้องให้โจทก์นำสืบอีกแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามศาลฎีกาเห็นว่า "...โจทก์มิได้นำสืบเลยว่าความตกลงเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและประเทศญี่ปุ่นมีอย่างไร อันจะทำให้บริษัทต่างประเทศได้รับยกเว้นภาษีเงินได้และโจทก์ได้รับประโยชน์จากความตกลงนั้น ทั้งปัญหาที่ว่าข้อตกลงมีอย่างไร เป็นปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งโจทก์มีหน้าที่นำสืบ เมื่อโจทก์มิได้นำสืบ ข้ออ้างของโจทก์จึงรับฟังไม่ได้"

จากคำพิพากษาของศาลฎีกาในข้างต้นไม่ได้ให้เหตุผลโดยชัดเจนว่าเหตุใดศาลจึงเห็นว่าอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนเป็นปัญหาข้อเท็จจริงทั้งที่อนุสัญญาดังกล่าวมีการประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาโดยถูกต้อง ในทางคำรณนั้นนักกฎหมายไทยบางท่านได้อธิบายเพิ่มเติมว่า เนื่องจากอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนเป็นอนุสัญญาที่มีข้อบทเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในประมวลรัษฎากรซึ่งเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ¹⁴ ดังนั้นการ

¹³ ประกาศใช้อนุสัญญาระหว่างประเทศไทยกับประเทศญี่ปุ่น เพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนและการป้องกันการเลี่ยงการรัษฎากรในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้ในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 80 ตอนที่ 97 ก ลงวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ.2506 น. 589. และประกาศใช้ความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้และจากทุน ในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 86 ตอนที่ 4 ก ลงวันที่ 14 มกราคม พ.ศ.2512 น. 4.

¹⁴ มาตรา 3 แห่งประมวลรัษฎากร พุทธศักราช 2481 บัญญัติว่า "บรรดารัษฎากรประเภทต่างๆ ซึ่งเรียกเก็บตามประมวลรัษฎากรนี้จะตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อการต่อไปนี้ได้คือ ... (2) ยกเว้นแก่บุคคลหรือองค์การระหว่างประเทศ ตามข้อผูกพันที่ประเทศไทยมีอยู่ต่อองค์การสหประชาชาติ หรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือตามสัญญาหรือตามหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่อกันกับนานาประเทศ"

ต่อมาฝ่ายบริหารได้ดำเนินการออกพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร(ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2505 ที่บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 3 ว่า "ให้

ที่จะให้อนุสัญญาดังกล่าวเป็นกฎหมายจึงต้องมีการออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามอนุสัญญาตามมาตรา 162 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2521¹⁵ ปรากฏว่าที่ยังไม่มีการออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามอนุสัญญา อนุสัญญาดังกล่าวก็ไม่ใช่กฎหมายจึงเป็นหน้าที่ของคู่ความจะต้องนำสืบหรือพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าข้อบทในอนุสัญญามีอยู่อย่างไร และกรณีของตนนั้นอยู่ในกรณีที่ได้รับการยกเว้นตามข้อบทนั้น ซึ่งหากนำสืบหรือพิสูจน์ได้ความฝ่ายนั้นย่อมได้รับการยกเว้นภาษีตามมาตรา 3 ของพระราชกฤษฎีกา ฯ (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2508¹⁶

มีข้อสังเกตว่า เมื่ออนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนไม่มีผลใช้บังคับภายในรัฐ ดังนั้น กรมสรรพากรจึงไม่อาจอ้างอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนในการดำเนินการจัดเก็บภาษีจากบุคคลซึ่งได้รับสิทธิตามอนุสัญญาในฐานะเป็นที่มาแห่งอำนาจได้จนกว่ารัฐสภาจะตรากฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามอนุสัญญาโดยถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ

3.2.2 สาเหตุของปัญหาความสมบูรณ์ของหนังสือสัญญาตามกฎหมายภายใน

ในหัวข้อนี้เป็นการศึกษาถึงสาเหตุของปัญหาที่ทำให้หนังสือสัญญาไม่ได้รับการแปลงรูปให้เข้ามาเป็นกฎหมายภายใน จากการศึกษาค้นคว้าพบว่า สาเหตุสำคัญมาจากการที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดกระบวนการทำให้หนังสือสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐไว้โดยชัดเจน ในทางปฏิบัติได้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรผู้มีอำนาจทำหนังสือสัญญามีได้มีการดำเนินการให้เป็นไปตามขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้จึงมีปัญหว่าหนังสือสัญญาและพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายภายในหรือไม่ นอกจากนี้ การที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกพระราชบัญญัติซึ่งมีบทบัญญัติรองรับพันธกรณีตามหนังสือสัญญาไว้เป็นการล่วงหน้าในลักษณะเป็นการมอบอำนาจในการกำหนดเนื้อหาของพระราชบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารโดยปราศจากเงื่อนไขและไม่มีขอบเขต ซึ่ง

ยกเว้นภาษีอากรตามประมวลรัษฎากรแก่บุคคลตามสัญญาว่าด้วยการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่รัฐบาลไทยได้ทำไว้หรือจะได้ทำกับรัฐต่างประเทศ”

¹⁵ มาตรา 162 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 บัญญัติว่า “ หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตอธิปไตยแห่งชาติ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา”

¹⁶ ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, “การจัดภาษีซ้อนระหว่างประเทศ,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 1 ปีที่ 17, น. 24-26, (มีนาคม 2530).

นอกจากเป็นการเปิดช่องให้ฝ่ายบริหารทำหนังสือสัญญาได้อย่างกว้างขวางโดยที่รัฐสภาไม่อาจทราบถึงความมีอยู่ของหนังสือสัญญาเหล่านั้นแล้ว ยังมีปัญหาว่าการบัญญัติพระราชบัญญัติในลักษณะเช่นนี้มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งจะได้พิจารณาตามลำดับดังนี้

3.2.2.1 ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการทำให้หนังสือสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐ

ในระบอบกฎหมายไทยยอมรับว่าฝ่ายบริหารมีอำนาจริเริ่มและตัดสินใจในการทำหนังสือสัญญากับรัฐอื่นหรือกับองค์การระหว่างประเทศ แต่รัฐธรรมนูญไทยไม่ได้ยอมรับว่าฝ่ายบริหารมีอำนาจทำหนังสือสัญญาได้โดยอิสระทุกกรณีเพราะหากเป็นการทำหนังสือสัญญาที่มีความสำคัญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดแล้วฝ่ายบริหารต้องนำร่างหนังสือสัญญามาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามหนังสือสัญญาก่อนเสมอ

เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ 2550 ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้เน้นย้ำความสำคัญของหลักการดังกล่าวด้วยการสร้างกระบวนการขั้นตอนต่างๆ เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาที่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาขึ้นเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญไทย โดยวางหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารที่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 190 สองถึงวรรคสี่ไว้ว่า

1) ก่อนการทำหนังสือสัญญาตามวรรคสองของมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้นและต้องเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบจากรัฐสภา และฝ่ายบริหารต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน (มาตรา 190 วรรคสาม)

2) ในการพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่ร่างหนังสือสัญญาที่มีความสำคัญตามมาตรา 190 วรรคสองกำหนดให้รัฐสภา มีหน้าที่ต้องกระทำไปแล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่รัฐสภาได้รับเรื่องดังกล่าว (มาตรา 190 วรรคสอง)

3) ก่อนที่ฝ่ายบริหารจะแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามหนังสือสัญญา ฝ่ายบริหารต้องจัดให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้นได้ และหากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม ฝ่ายบริหารต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็ว เหมาะสม และเป็นธรรมด้วย (มาตรา 190 วรรคสี่)

จากบทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคสองถึงวรรคสี่ของรัฐธรรมนูญแสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญที่ต้องการเปิดโอกาสให้ทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาในฐานะเป็น

องค์กรผู้แทนปวงชนชาวไทยได้มีโอกาสพิจารณาอย่างรอบคอบว่าเป็นการสมควรหรือไม่เพียงใดที่จะนำพาประเทศเข้าไปผูกพันกับเงื่อนไขต่างๆ ที่กำหนดไว้ในหนังสือสัญญา อีกทั้งยังเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมด้วยการให้สิทธิแก่ประชาชนแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับหนังสือสัญญาตลอดจนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาก่อนที่ฝ่ายบริหารจะแสดงเจตนาเข้าผูกพันได้ หลักเกณฑ์ดังที่ได้กล่าวมานี้ถือเป็นเงื่อนไขความสมบูรณ์เชิงรูปแบบของการทำหนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารต้องเคารพและปฏิบัติตามทั้งนี้เพื่อเป็นการสร้างหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจทำหนังสือสัญญาโดยอำเภอใจของฝ่ายบริหาร และมีความโปร่งใสสามารถตรวจสอบได้ทั้งจากภาครัฐและภาคเอกชน

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติของการทำหนังสือสัญญาที่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาปรากฏข้อเท็จจริงว่าฝ่ายบริหารมิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เนื่องจากรัฐธรรมนูญ 2550 นี้เพิ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ. 2550 ดังนั้นปัญหาเกี่ยวกับการใช้และการตีความหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารจึงยังไม่ปรากฏเป็นรูปธรรมที่จะนำมาวิเคราะห์ได้อย่างชัดเจน กรณีจึงต้องพิจารณาสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในอดีตเป็นสำคัญ เพราะเหตุว่าหากปัญหาดังกล่าวยังไม่ได้รับการแก้ไขหรือทำให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้นแล้ว กลไกสำคัญที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ย่อมไม่มีผลในทางปฏิบัติอย่างแน่นอน

ก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ 2550 การทำหนังสือสัญญาซึ่งมีปัญหาในทางปฏิบัติมากที่สุดก็คือ หนังสือสัญญาที่ต้องเสนอขอความเห็นชอบจากรัฐสภาโดยเฉพาะอย่างยิ่งหนังสือสัญญาที่ต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา เนื่องจากมีปัญหว่าหากเป็นกรณีที่หนังสือสัญญามีพระราชบัญญัติอนุวัติการหรือรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาไว้แล้ว หรือเป็นกรณีที่ฝ่ายบริหารสามารถออกกฎหมายลำดับรองเพื่อปฏิบัติตามหนังสือสัญญาได้อยู่แล้ว หมายความว่าฝ่ายบริหารไม่ต้องดำเนินการเพื่อขอความเห็นชอบจากรัฐสภาอีกใช่หรือไม่ ในเรื่องนี้นักกฎหมายไทยมีความเห็นแตกต่างกัน ซึ่งแบ่งเป็นสองแนวทางคือ

แนวทางแรก หากหนังสือสัญญานั้นมีพระราชบัญญัติอนุวัติการหรือรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาไว้แล้ว หรือเป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารสามารถออกกฎหมายลำดับรองเพื่อปฏิบัติตามหนังสือสัญญาได้อยู่แล้ว ฝ่ายบริหารก็ไม่ต้องดำเนินการเสนอร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการตามหนังสือสัญญาต่อสภาอีก เมื่อไม่ต้องมีการออกพระราชบัญญัติอนุวัติการตามหนังสือ

สัญญากรณีจึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ดังนั้นจึงไม่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาอีกเช่นกัน¹⁷

แนวทางที่สอง แม้ว่าหนังสือสัญญานั้นจะมีพระราชบัญญัติอนุวัติการหรือรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาไว้แล้วหรือเป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารสามารถออกกฎหมายลำดับรองเพื่อปฏิบัติตามหนังสือสัญญาได้อยู่แล้ว ก็มีผลทำให้ฝ่ายบริหารไม่ต้องดำเนินการเสนอร่างพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการตามหนังสือสัญญาต่อสภาอีกเท่า นั้น อย่างไรก็ตามได้หมายความว่าฝ่ายบริหารไม่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาอีก เพราะเหตุว่าการพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่ร่างหนังสือสัญญาและการพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่ร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการตามหนังสือสัญญามีความแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง¹⁸ กล่าวคือ

- ในแง่ของวัตถุประสงค์ในการพิจารณานั้น การพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่ร่างหนังสือสัญญาเป็นกระบวนการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเปิดโอกาสให้รัฐสภาเข้าร่วมกับฝ่ายบริหารในการตัดสินใจว่าควรผูกพันตามร่างหนังสือสัญญาฉบับนั้นหรือไม่ ในขณะที่กระบวนการออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญานั้นถือเป็นขั้นตอนที่มีวัตถุประสงค์เป็นการแปลงสภาพความเป็นกฎหมายระหว่างประเทศของหนังสือสัญญามาเป็นกฎหมายภายในของรัฐตามแนวคิดแบบทวินิยมซึ่งเป็นเรื่องของการทำให้หนังสือสัญญา มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในรัฐภายหลังจากที่รัฐสภาเห็นชอบกับร่างหนังสือสัญญาฉบับนั้นไปแล้ว

- ในแง่ของวิธีการดำเนินการพิจารณานั้นก็มีความแตกต่างกัน โดยการพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่ร่างหนังสือสัญญานั้น ย่อมต้องกระทำโดยอาศัยที่ประชุมร่วมของรัฐสภา ส่วน

¹⁷ จุมพต สายสุนทร, “การทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550,” เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการประจำปี ครั้งที่ 3 (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2550), น. 9, บรรทัดที่ อูวรรณโณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 65, ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จักรการพิมพ์, 2540), น. 239.

¹⁸ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 6) เรื่องวิธีการเสนอร่างพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาต่อรัฐสภาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, (เรื่องเสร็จที่ 413/2526), จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และชาติชาย เศษฐสมน, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง กลไกการตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในการเจรจาทำความตกลงการค้าเสรี, (กรุงเทพมหานคร : เสนอต่อ สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2549), น. 23.

การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการตามหนังสือสัญญาจะใช้กระบวนการพิจารณา เช่นเดียวกับการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติทั่วไปซึ่งจะต้องแยกพิจารณาในแต่ละสภาไปโดยจะ เริ่มต้นการพิจารณาที่สภาผู้แทนราษฎรก่อน

- ในแง่ของวัตถุประสงค์ในการพิจารณานั้นก็มีความแตกต่างกัน โดยการพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่ร่างหนังสือสัญญานั้น วัตถุประสงค์ในการพิจารณาของรัฐสภาคือ ร่างหนังสือสัญญาฉบับนั้น ๆ ส่วนการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการตามหนังสือสัญญา วัตถุประสงค์ในการพิจารณาคือร่างพระราชบัญญัติที่มีเนื้อความรองรับความมีผลบังคับของหนังสือสัญญา ส่วนร่างหนังสือสัญญาแม้ จะมีการเสนอร่วมเข้าไปด้วยก็เป็นเพียงเอกสารประกอบการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติของฝ่ายบริหารมักตีความหนังสือสัญญาประเภทนี้เป็นไปตามความเห็นแรก ดังเช่นในกรณีของการมีมติของคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบในการเข้าเป็นภาคีตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ โดยคณะรัฐมนตรีมีมติในวันที่ 28 ตุลาคม พ.ศ. 2540 ว่า¹⁹ “เนื่องจากกฎหมายภายในของประเทศไทยที่มีอยู่แล้วในขณะนี้ เพียงพอต่อการอนุวัติการอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพแล้ว ดังนั้นจึงไม่มีความจำเป็นต้องออกพระราชบัญญัติอนุวัติการอีกและไม่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 224...”

ผู้เขียนเห็นว่า การตีความของฝ่ายบริหารเช่นนี้แสดงให้เห็นว่าเป็นการตีความที่เกิดจากการนำขั้นตอนของการนำร่างหนังสือสัญญามาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาและขั้นตอนการแปลงสภาพหนังสือสัญญามาเป็นกฎหมายภายในมาผสมปะปนกันซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบความสมบูรณ์ของหนังสือสัญญาตามกฎหมายภายในดังนี้

(1) ผลกระทบในขั้นตอนการขอความเห็นชอบจากรัฐสภา

เนื่องจากรัฐธรรมนูญไทยกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติเกี่ยวกับทำหนังสือสัญญาโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักแบ่งแยกอำนาจเป็นสำคัญ ดังนั้นในกรณีที่ฝ่ายบริหารทำหนังสือสัญญาที่มีความเกี่ยวพันระหว่างอำนาจของบริหารกับอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่มีความสำคัญตามมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาเสมอทั้งนี้ไม่ต้องพิจารณาว่าหนังสือสัญญาเรื่องดังกล่าวจะมีพระราชบัญญัติอนุวัติการหรือรองรับพันธกรณีของหนังสือสัญญาไว้หรือไม่ เพราะปัญหาว่า

¹⁹ข้อเท็จจริงในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543 เรื่องอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 224 วรรคสองของรัฐธรรมนูญหรือไม่

กฎหมายภายในที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารเพื่อปฏิบัติตามหนังสือสัญญาที่มีอยู่เพียงพหรือไม่ เป็นเรื่องความสามารถในการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นคนละประเด็นกับปัญหาว่าสมควรนำพาประเทศไทยเข้าผูกพันตามหนังสือสัญญาในเรื่องนั้นหรือไม่ การขอความเห็นชอบจากรัฐสภาจึงเป็นขั้นตอนขั้นต้นก่อนการทำให้หนังสือสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย ดังนั้น แม้หนังสือสัญญาจะมีพระราชบัญญัติรองรับผลบังคับของหนังสือสัญญาไว้ครบถ้วนแล้วก็ตาม หากเข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญและมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามต่อประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในมาตรา 190 วรรคสองถึงวรรคสี่ของรัฐธรรมนูญเสมอ การที่ฝ่ายบริหารตีความว่าหนังสือสัญญาซึ่งมีพระราชบัญญัติอนุวัติการหรือรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาไว้หรือเป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารสามารถออกกฎหมายลำดับรองเพื่อปฏิบัติตามหนังสือสัญญาได้อยู่แล้วจึงไม่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาอีก ย่อมทำให้หลักการถ่วงดุลและตรวจสอบอำนาจทำหนังสือสัญญาระหว่างฝ่ายบริหารและรัฐสภาที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญไม่อาจถูกนำมาปฏิบัติเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารได้ ดังนั้น การตีความของฝ่ายบริหารจึงเป็นการตีความที่ขัดต่อวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญที่มุ่งหมายให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในแง่ของกระบวนการวิธีพิจารณา (procedural protection) โดยชัดแจ้ง จึงทำให้หนังสือสัญญาเหล่านี้มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี หากมีปัญหาโต้แย้งกันระหว่างรัฐสภากับฝ่ายบริหารว่าหนังสือสัญญาดังกล่าวเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ ในรัฐธรรมนูญ 2550 ได้วางกลไกในการแก้ปัญหาดังกล่าวในมาตรา 190 วรรคห้าว่า ในกรณีที่มิมีปัญหาโต้แย้งว่าการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากลไกดังกล่าวเป็นสัญญาณที่ดีของการวางระบบการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารให้มีความสอดคล้องกับหลักนิติรัฐ อย่างไรก็ตาม กลไกดังกล่าวอาจถูกนำไปปฏิบัติได้ยากเพราะเหตุว่าในปัจจุบันฝ่ายนิติบัญญัติได้ออกพระราชบัญญัติซึ่งมีบทบัญญัติรองรับพันธกรณีตามหนังสือสัญญาไว้เป็นการล่วงหน้าหลายฉบับและกลายเป็นช่องทางให้ฝ่ายบริหารทำหนังสือสัญญากับต่างประเทศได้อย่างกว้างขวางเป็นจำนวนมาก ซึ่งหากฝ่ายบริหารเห็นว่าหนังสือสัญญาดังกล่าวเป็นหนังสือสัญญาที่ไม่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว ฝ่ายบริหารย่อมมีอำนาจที่ไม่เสนอเรื่องให้รัฐสภาทราบซึ่งจะทำให้รัฐสภาไม่มีทางทราบถึงสาระสำคัญของหนังสือสัญญาอันจะนำไปสู่การเสนอเรื่องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดได้ นอกจากนั้นยังก่อให้เกิดความสับสนที่

ข้อความในหนังสือสัญญาดังกล่าวอาจขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญซึ่งนำไปสู่ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการทำหนังสือสัญญาในเชิงเนื้อหาและอาจทำให้การปฏิบัติตามหนังสือสัญญาของฝ่ายปกครองมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาได้เช่นกัน

ดังนั้น การที่ฝ่ายบริหารตัดสินใจที่จะส่งเรื่องให้รัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบจึงต้องขึ้นอยู่กับดุลพินิจของฝ่ายบริหารเป็นสำคัญ ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาการทำหนังสือสัญญาบางฉบับที่ฝ่ายบริหารได้ทำขึ้นโดยมิได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา เช่น สนธิสัญญาไมตรีระหว่างประเทศไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2511 อย่างไรก็ตามก็ดี ฝ่ายบริหารก็ได้ดำเนินการเพื่อให้การเป็นไปตามสนธิสัญญาด้วยการออกประกาศกรมทะเบียนการค้า ลงวันที่ 3 กรกฎาคม พ.ศ. 2524 เรื่องการประกอบธุรกิจภายใต้ความคุ้มครองตามสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ของเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2511²⁰ จึงทำให้หนังสือสัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนอเมริกันในประเทศไทยมีผลบังคับใช้โดยผ่านทางประกาศซึ่งเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหาร โดยที่รัฐสภามิได้ให้ความเห็นชอบและได้รับทราบถึงความมีอยู่ของสนธิสัญญานับนี้แต่อย่างใด

ในทางระหว่างประเทศนั้น รัฐภาคีต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่ตนแสดงเจตนาเข้าผูกพันโดยสุจริต ดังนั้นประเทศไทยไม่อาจอ้างการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายภายในของตนเป็นเหตุในการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาหรือเพื่อหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามสนธิสัญญาได้ อย่างไรก็ตามก็ดี ประเทศไทยอาจยกข้อกล่าวอ้างนี้ขึ้นสู้ได้ ทั้งนี้โดยอาศัยหลักที่ว่ารัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งประพฤติตามปกติและโดยสุจริตจะพึงล่วงรู้ถึงการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายที่สำคัญอย่างยิ่งของประเทศไทยหรือไม่ หากรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถล่วงรู้ได้ตามวิสัยที่ปฏิบัติตามปกติและโดยสุจริตแล้ว ประเทศไทยจะอ้างการกระทำของผู้แทนที่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาใช้ยันรัฐภาคีอีกฝ่ายซึ่งปฏิบัติตามปกติและโดยสุจริตไม่ได้ เว้นแต่ว่าการฝ่าฝืนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทยนั้นจะปรากฏอย่างชัดแจ้งตามปกติวิสัยของรัฐทั้งหลายที่ประพฤติตามปกติและโดยสุจริต หรือประเทศไทยได้แจ้งข้อจำกัดหรือเงื่อนไขต่างๆ ให้รัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งทราบแล้วก่อนที่จะประเทศไทยจะเข้าทำสนธิสัญญาและแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา²¹ ดังนั้น ตามกฎหมายระหว่างประเทศ หากไม่เข้าข้อยกเว้นดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ก็ต้องถือว่าการทำ

²⁰ นพนิติ แสงสุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 146.

²¹ มาตรา 46 และมาตรา 47 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 67.

หนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารที่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญย่อมมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศ แม้จะไม่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายภายในก็ตาม

(2) ผลกระทบในขั้นตอนของการทำให้หนังสือสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย

เนื่องจากรัฐธรรมนูญไทยไม่เคยกำหนดวิธีการเสนอร่างพระราชบัญญัติอนุมัติการตามหนังสือสัญญาว่าฝ่ายบริหารต้องกระทำก่อนหรือหลังจากการเสนอร่างหนังสือสัญญาต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ ด้วยเหตุนี้คณะรัฐมนตรีจึงมีมติเมื่อวันที่ 20 ธันวาคม 2526²² เพื่อวางแนวปฏิบัติของฝ่ายบริหารในกรณีการทำหนังสือสัญญาที่ต้องออกพระราชบัญญัติอนุมัติการตามสัญญาว่าให้เสนอร่างหนังสือสัญญาฉบับนั้นต่อรัฐสภาเพื่อให้ความเห็นชอบก่อน แล้วจึงค่อยเสนอร่างพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาต่อรัฐสภาภายหลังจากที่รัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบ

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติของฝ่ายบริหารก่อนที่จะมีมติคณะรัฐมนตรีฉบับนี้ปรากฏว่ามีพระราชบัญญัติหลายฉบับที่ถูกตราขึ้นเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาโดยที่ฝ่ายบริหารมิได้นำร่างหนังสือสัญญามาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาเสียก่อน เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างไทยกับอินโดนีเซีย พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานขององค์การโทรคมนาคมแห่งเอเชียและแปซิฟิก พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานขององค์การโทรคมนาคมทางดาวเทียมระหว่างประเทศ พ.ศ. 2524 เป็นต้น²³ ปัญหาจึงมีว่าการตราพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาโดยที่ยังไม่มีการเสนอร่างหนังสือสัญญาเพื่อขอความเห็นชอบจากรัฐสภาจะส่งต่อความสมบูรณ์ของพระราชบัญญัติหรือไม่เพียงใด

ในเรื่องนี้คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 6) เคยให้ความเห็นเกี่ยวกับวิธีการเสนอร่างพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเพื่อให้สภาพิจารณาว่า ฝ่ายบริหารจะต้องนำร่างหนังสือสัญญาเสนอต่อที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาเพื่อให้ความเห็นชอบเสียก่อน แล้วคณะรัฐมนตรีค่อยเสนอร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ พ.ศ....ต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาตามลำดับ เพราะหากฝ่ายบริหารเสนอร่างหนังสือสัญญาดังกล่าวให้รัฐสภาพิจารณาแล้วรัฐสภาพิจารณาไม่ให้ความเห็นชอบก็ไม่มีผลจำเป็นต้องเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อสภาผู้แทนราษฎร

²² หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีที่ นร.0203/18295 ลงวันที่ 27 ธันวาคม 2526

²³ นพนิติ แสงสุริยะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20, น. 146.

ผู้เขียนเห็นว่าการออกพระราชบัญญัติของรัฐสภาเป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้ง เพราะเหตุว่าเมื่อเป็นการทำหนังสือสัญญาที่มีลักษณะตามมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารยังมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกระบวนการทำหนังสือสัญญาตั้งแต่มาตรา 190 วรรคสองถึงวรรคสี่ของรัฐธรรมนูญให้ครบถ้วนเสียก่อนที่จะเสนอร่างพระราชบัญญัติการตามหนังสือสัญญาต่อสภาเพื่อพิจารณาตามลำดับ การตราพระราชบัญญัติการตามหนังสือสัญญาโดยที่รัฐสภาเองไม่ทราบว่าเป็นการสมควรจะนำพาประเทศเข้าผูกพันตามเงื่อนไขของหนังสือสัญญานั้นหรือไม่ และไม่เปิดโอกาสให้ประชาชนรับทราบและแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับหนังสือสัญญาตลอดจนไม่เปิดโอกาสให้ประชาชนได้เข้าถึงสาระสำคัญของหนังสือสัญญาก่อนที่ฝ่ายบริหารจะแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามหนังสือสัญญา จึงเป็นการตราพระราชบัญญัติซึ่งขัดบทบัญญัติมาตรา 190 วรรคสองถึงวรรคสี่ของรัฐธรรมนูญที่มุ่งหมายให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในแง่ของกระบวนการพิจารณา (procedural protection) โดยชัดแจ้งส่งผลทำให้พระราชบัญญัติดังกล่าวไม่มีความสมบูรณ์เป็นกฎหมายตามรัฐธรรมนูญเช่นกัน

(3) ผลกระทบในขั้นตอนของการประกาศใช้หนังสือสัญญาในราชกิจจานุเบกษา

เนื่องจากรัฐธรรมนูญไทยมิได้มีบทบัญญัติกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องนำหนังสือสัญญาไปประกาศในราชกิจจานุเบกษา กรณีจึงเป็นอำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารซึ่งหน่วยงานที่รับผิดชอบในการประกาศใช้หนังสือสัญญาในราชกิจจานุเบกษาคือ กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ ในทางปฏิบัตินั้นหน่วยงานดังกล่าวจะคัดเลือกตีพิมพ์เฉพาะสนธิสัญญาที่สำคัญเท่านั้นมิใช่ทั้งหมด²⁷ หนังสือสัญญาที่มีความสำคัญ เช่น หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพหรือหน้าที่ของประชาชน หรือหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา²⁸ อย่างไรก็ตามก็ตีปรากฏข้อเท็จจริงว่าหนังสือสัญญาบางฉบับ เช่น ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีระหว่างไทยกับออสเตรเลียซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2548 หรือความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 พฤศจิกายน 2550 หนังสือสัญญาเหล่านี้เป็นหนังสือสัญญาทางการค้าและการลงทุนที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตลอดจนส่งผลกระทบต่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งของภาคเศรษฐกิจ

²⁷ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ: สนธิสัญญา เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), น. 178.

²⁸ มนตรี กิตติวัชชัย, “การจัดทำสนธิสัญญาของประเทศไทย,” <[http: www.mfa.go.th](http://www.mfa.go.th)>, พฤศจิกายน 2546.

ภายในรัฐ ซึ่งฝ่ายบริหารควรนำหนังสือสัญญาทั้งสองฉบับมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภา แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าฝ่ายบริหารมิได้นำหนังสือสัญญาทั้งสองฉบับมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภา เพราะเหตุว่ามีกฎหมายภายในรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาครบถ้วนแล้วนอกจากนี้ฝ่ายบริหารยังมิได้นำหนังสือสัญญาทั้งสองฉบับมาประกาศในราชกิจจานุเบกษาเช่นกัน จึงทำให้ผู้ได้รับผลกระทบไม่มีโอกาสทราบถึงสาระสำคัญตลอดจนถึงวันที่ความตกลงดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้เลย

ภายใต้การปกครองในระบบนิติรัฐ การที่รัฐจะใช้บังคับกฎหมายใดในทางที่เป็นโทษแก่บุคคลได้ก็แต่โดยการสร้างกระบวนการให้บุคคลนั้นเข้าถึงกฎหมายเหล่านั้น กล่าวคือ กฎหมายจะมีผลใช้บังคับกับบุคคลได้ก็ต่อเมื่อมีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา และเมื่อมีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วบุคคลนั้นจะอ้างว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อมิให้ตนต้องรับผิดชอบได้²⁹ ดังนั้น การกำหนดให้ต้องมีการประกาศใช้กฎหมายในราชกิจจานุเบกษาจึงถือเป็นการสร้างหลักประกันในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพของบุคคลจากการใช้บังคับกฎหมายของรัฐว่า กฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการใดๆ อันเป็นการจำกัดสิทธิและหน้าที่ของบุคคลภายในรัฐได้นั้นต้องมีความชัดเจนแน่นอนและประชาชนสามารถคาดหมายได้

แม้ว่าการประกาศหนังสือสัญญาในราชกิจจานุเบกษาในระบบกฎหมายไทยนั้นจะมีชื่อเงื่อนไขและรูปแบบของการทำให้นหนังสือสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในประเทศก็ตาม³⁰ ผู้เขียนเห็นว่าหนังสือสัญญาซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐจะมีผลผูกพันประชาชนภายในรัฐได้ก็ต่อเมื่อมีการนำหนังสือสัญญาดังกล่าวมาประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อให้ประชาชนได้เข้าถึงสาระสำคัญของหนังสือสัญญาแล้วเท่านั้น ในกรณีที่ฝ่ายบริหารใช้ดุลพินิจตัดสินใจไม่ประกาศหนังสือสัญญาที่มีความสำคัญในราชกิจจานุเบกษาย่อมทำให้นหนังสือสัญญามีผลผูกพันระหว่างรัฐเท่านั้น แต่หนังสือสัญญาจะไม่มีผลผูกพันถึงประชาชนแต่อย่างใด กล่าวคือฝ่ายปกครองจะอาศัยอำนาจตามกฎหมายซึ่งรองรับพันธกรณีตามหนังสือสัญญามาใช้บังคับเพื่อเป็นโทษแก่บุคคลไม่ได้เพราะเหตุที่บุคคลดังกล่าวไม่อยู่ในสภาพที่ปฏิบัติตามพันธกรณีในหนังสือสัญญานั้นเอง นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีที่ฝ่ายบริหารนำหนังสือสัญญาซึ่งยังมิได้มีการแปลมาเป็นถ้อยคำในภาษาไทยมาประกาศในราชกิจจานุเบกษานั้นย่อมถือเป็นเหตุที่บุคคลทั่วไปไม่

²⁹ มาตรา 64 ของประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดในทางอาญาไม่ได้...”

³⁰ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 48.

สามารถปฏิบัติตามหนังสือสัญญาได้โดยสภาพเช่นกัน ดังนั้นจึงเป็นการสมควรที่รัฐต้องสร้างกระบวนการให้บุคคลซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากการใช้บังคับหนังสือสัญญาสามารถเข้าถึงและเข้าใจเกี่ยวกับสาระสำคัญของหนังสือสัญญาดังกล่าวได้ด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีหน้าที่จะต้องนำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่มีคำแปลเป็นภาษาไทยมาประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อให้ประชาชนทั่วไปได้รับทราบซึ่งจะเป็นการสร้างประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐได้

3.2.2.2 ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติซึ่งรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาไว้เป็นการล่วงหน้า

ในทางปฏิบัติของไทยนั้น เป็นที่ยอมรับว่ารัฐสภาสามารถตราพระราชบัญญัติเพื่อรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับไว้ล่วงหน้าเพื่อเป็นการให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองในการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้ เช่น

- พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญญัติไว้ในมาตรา 10 วรรคสองว่า “คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับการยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสัญชาติของคนต่างด้าวนั้นเป็นการตอบแทนด้วย”

- พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 บัญญัติไว้ในมาตรา 3 ว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่บรรดาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกรุงสยาม เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับข้อความในสัญญาอนุสัญญา ความตกลงกับรัฐบาลต่างประเทศ หรือในประกาศพระบรมราชโองการที่ได้ออกเกี่ยวกับสัญญา อนุสัญญาและความตกลงนั้นๆ”

- พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 บัญญัติไว้ในมาตรา 11 วรรคสองว่า “ในกรณีที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า หากคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเป็นไปตามที่กำหนดในอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว ให้ถือว่าคำขอดังกล่าวเป็นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติฉบับนี้”

- พระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิการประมงในเขตการประมงไทย พ.ศ. 2482 บัญญัติไว้ในมาตรา 7 ว่า “นอกจากจะมีความตกลงกับต่างประเทศเป็นอย่างอื่น ห้ามมิให้ใช้เรือต่อไปนี้ทำ

การประมงในเขตการประมงไทย...(1) เรือที่มีสัญชาติต่างประเทศหรือที่เป็นของคนต่างด้าวหรือของนิติบุคคลที่มีสัญชาติต่างประเทศ” ฯลฯ

เนื่องจากพระราชบัญญัติรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาไว้เป็นการล่วงหน้าเป็นพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นตามกระบวนการตรากฎหมายโดยปกติซึ่งมิได้มีความเชื่อมโยงกับหนังสือสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งเป็นเฉพาะ ดังนั้นการตราพระราชบัญญัติรองรับหนังสือสัญญาด้วยวิธีการเช่นนี้จึงเป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารไม่อาจนำร่างหนังสือสัญญาเสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนที่จะตราพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้โดยสภาพ อย่างไรก็ตามผลของการตราพระราชบัญญัติซึ่งมีข้อความในลักษณะเช่นนี้ทำให้เกิดการตีความไปในทำนองว่าเป็นเรื่องที่รัฐสภามอบอำนาจให้ความเห็นชอบในการทำหนังสือสัญญาแก่ฝ่ายบริหารไว้เป็นการล่วงหน้า ดังนั้นฝ่ายบริหารจึงไม่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาอีก การตีความเช่นนี้ส่งผลให้เกิดปัญหาในทางกฎหมายอย่างน้อยสามประการคือ

ประการแรก เป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารสามารถทำหนังสือสัญญาได้อย่างกว้างขวางและนำไปสู่ปัญหาการใช้อำนาจที่บิดเบือนไปจากเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

ผลจากการตีความเกี่ยวกับพระราชบัญญัติซึ่งรองรับผลบังคับของหนังสือสัญญาไว้เป็นการล่วงหน้าว่าเป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารไม่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาอีก ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารสามารถทำหนังสือสัญญาได้อย่างกว้างขวาง ในทางปฏิบัติของฝ่ายบริหาร ปรากฏข้อเท็จจริงว่าหากเป็นกรณีของการทำหนังสือสัญญาที่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ฝ่ายบริหารจะดำเนินการลงนามในหนังสือสัญญาไปก่อนแล้วเตรียมการออกกฎหมายรองรับ และเมื่อมีกฎหมายรองรับหนังสือสัญญาแล้วจึงจะดำเนินการแลกเปลี่ยนเปลี่ยนสัตยาบันสารหรือมีตราสารแจ้งการยินยอมเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาต่อไป³¹ ซึ่งทางปฏิบัติเช่นนี้อาจไม่มีปัญหาในกรณีของการออกกฎหมายอนุวัติการตามหนังสือสัญญาฉบับหนึ่งเป็นการเฉพาะเรื่อง แต่ทางปฏิบัติดังกล่าวอาจกลายเป็นช่องทางให้ฝ่ายบริหารดำเนินการแก้ไขพระราชบัญญัติล่วงหน้าไว้หลายฉบับเพื่อให้มีบทบัญญัติรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับซึ่งฝ่ายบริหารได้ไปเจรจาเอาไว้ แล้วค่อยเสนอให้รัฐสภาพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเหล่านี้ไปพร้อมกัน เมื่อมีพระราชบัญญัติรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาไว้หมดแล้วย่อมเปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารตีความว่าเป็นเรื่องที่รัฐสภาตรากฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารทำหนังสือสัญญาไว้

³¹ กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, “หลักการ ขั้นตอนดำเนินการ และแนวทางปฏิบัติในการจัดทำสนธิสัญญา,” <<http://www.mfa.go.th/treaty/handbook/content.html>>, กันยายน 2548.

เป็นการล่วงหน้าแล้วจึงไม่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาอีก ซึ่งการกระทำดังกล่าวนอกจากเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญอย่างชัดแจ้งแล้ว การทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารยังไม่สามารถสร้างหลักประกันแก่ประชาชนภายในรัฐได้ว่าเนื้อหาของหนังสือสัญญาที่มีอยู่มากมายนั้นจะไม่มีข้อความเป็นการขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นๆ ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น ดังนั้นทางปฏิบัติของการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารที่เกิดขึ้นในปัจจุบันจึงเป็นการสุ่มเสี่ยงต่อการขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญทั้งในเชิงรูปและเนื้อหาและสุ่มเสี่ยงต่อการขัดหรือแย้งกับกฎหมายฉบับอื่นๆ ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นเป็นอย่างมาก

ประการที่สอง ศาลอาจปฏิเสธที่จะใช้บังคับหนังสือสัญญาที่ไม่ผ่านกระบวนการทำให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายโดยถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ

การที่รัฐสภาตราพระราชบัญญัติโดยมีบทบัญญัติให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการตรากฎหมายลำดับรองเพื่อปฏิบัติตามหนังสือสัญญา เช่น กรณีที่มาตรา 3 ของประมวลรัษฎากร พ.ศ. 2481 มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีในอนุสัญญาว่าด้วยการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยทำไว้กับประเทศต่างๆ³² แม้ว่ากรณีดังกล่าวจะเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารที่สามารถปฏิบัติตามหนังสือสัญญาได้โดยไม่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาอีกก็ตาม แต่ก็อาจมีความเสี่ยงต่อการที่ข้อความในหนังสือสัญญานั้นจะขัดหรือแย้งพระราชบัญญัติซึ่งรองรับผลบังคับของหนังสือสัญญานั้นเอง หรืออาจเป็นกรณีที่บทบัญญัติของพระราชบัญญัติซึ่งรองรับผลบังคับของหนังสือสัญญาอาจมีข้อความไม่ครอบคลุมไปถึงพันธกรณีตามหนังสือสัญญาฉบับนั้น ในกรณีนี้ศาลอาจปฏิเสธผลบังคับของหนังสือสัญญาภายในรัฐเพราะเหตุว่าหนังสือสัญญานั้นยังไม่ผ่านกระบวนการทำให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในรัฐจึงไม่มีฐานะเป็นกฎหมายที่ศาลจะนำไปปรับใช้แก่คดีก็ได้³³ เช่น ในมาตรา 70(2) ของประมวลรัษฎากรกำหนดให้เก็บเงินปันผลจากบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่มีได้ประกอบกิจการในประเทศไทยในอัตราร้อยละ 20 แต่ตามอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนมีข้อบทให้ลดอัตราภาษีลงเหลือเพียงร้อยละ 15 ดังนั้นอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนจึงเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติซึ่งคณะรัฐมนตรีจะต้องนำร่างอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาและต้องเสนอร่างพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาต่อสภาทั้งสองเพื่อพิจารณาตามลำดับ เมื่อ

³² ดูเชิงอรรถที่ 14

³³ คำพิพากษาฎีกาที่ 2956/2525 ระหว่าง บริษัทโรตราโค ประเทศไทยจำกัด โจทก์ และกรมสรรพากร จำเลย

ฝ่ายบริหารมิได้ดำเนินการตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนด อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนจึงไม่ถือกฎหมายที่ศาลจะนำไปใช้ปรับแก้คดีได้นั่นเอง³⁴

ประการที่สาม เมื่อการตราพระราชบัญญัติรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาไว้เป็นการล่วงหน้าเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารทำหนังสือสัญญาได้อย่างกว้างขวางโดยไม่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภา จึงทำให้รัฐสภาไม่เคยทราบถึงความมีอยู่ของหนังสือสัญญาที่มีอยู่อย่างมากมายซึ่งอาจทำให้รัฐสภาตราพระราชบัญญัติฉบับใหม่ซึ่งมีข้อความขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติในพระราชบัญญัติซึ่งรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญา และส่งผลให้พันธกรณีในหนังสือสัญญาเรื่องดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับภายในรัฐทั้งนี้ เป็นไปตามหลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า

การที่รัฐสภาตราพระราชบัญญัติซึ่งรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาไว้เป็นการล่วงหน้านอกจากจะส่งผลกระทบต่อการใช้และการตีความของผู้ใช้กฎหมายและอาจทำให้รัฐสภาเป็นผู้กระทำการละเมิดพันธกรณีตามหนังสือสัญญาเสียเองแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าการตราพระราชบัญญัติซึ่งมีบทบัญญัติเป็นการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารสามารถกำหนดเนื้อหาของพระราชบัญญัติได้โดยอาศัยอำนาจการทำสนธิสัญญาอย่างไม่มีขอบเขตเช่นนี้ยังเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยที่ขัดต่อหลักเงื่อนไขของรัฐสภา (parlamentsvorbehalt) อีกด้วยเพราะเหตุว่าภายใต้หลักนิติรัฐ การออกกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลถือเป็นสาระสำคัญที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องพิจารณากำหนดเองและจะมอบให้องค์กรอื่นออกกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพไม่ได้³⁵

อย่างไรก็ดี มิได้หมายความว่ารัฐสภาจะไม่สามารถตรากฎหมายเพื่อมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารทำหนังสือสัญญาได้เสียเลย การที่รัฐสภาจะตรากฎหมายเพื่อมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารไปทำหนังสือสัญญาเพื่อนำพันธกรณีในหนังสือสัญญาไปปฏิบัติราชการทางปกครองภายในรัฐย่อมสามารถกระทำได้ ทั้งนี้การมอบอำนาจของรัฐสภาต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นสำคัญ โดยรัฐสภาต้องกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขต่างๆ เกี่ยวกับการใช้อำนาจทำหนังสือสัญญาไว้ให้ชัดเจนเพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายบริหารอาศัยอำนาจการทำหนังสือสัญญามากำหนดหลักการและเนื้อหาของกฎหมายซึ่งอยู่ในอำนาจของรัฐสภาเสียเอง แต่จากบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าเป็นกรณีที่รัฐสภาคมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหาร

³⁴ ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น. 24-26.

³⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักการพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 258.

ทำหนังสือสัญญาเพื่อกำหนดเนื้อหาในพระราชบัญญัติได้อย่างกว้างขวางปราศจากเงื่อนไขใดๆ โดยที่รัฐสภาเองก็ไม่อาจทราบถึงเนื้อหาของหนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารจะดำเนินการขึ้นในอนาคตนั้น ได้ว่าเป็นเรื่องมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนภายในรัฐหรือไม่อย่างไร ซึ่งถือว่าเป็นกรณีที่รัฐสภาได้กระทำการโดยปราศจากอำนาจในเชิงลบ (incompetence négative) หมายความว่า เป็นกรณีที่รัฐสภาซึ่งมีอำนาจตามที่ได้รับมอบหมายจากรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายที่ตนเห็น ว่าจำเป็นและสมควร ไม่ใช่ใช้อำนาจนิติบัญญัติด้วยตนเอง แต่กลับปล่อยให้องค์กรอื่นคือฝ่ายบริหารเป็นผู้ใช้อำนาจแทน กรณีนี้ในทางกฎหมายอาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเป็นการกระทำโดยการ ละเว้นกระทำการ หรือการไม่ปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นไม่ปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ที่ได้ซึ่งถือเป็น ลักษณะหนึ่งของการกระทำจึงเรียกว่าเป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจในเชิงลบ³⁶ การที่ รัฐสภาตราพระราชบัญญัติโดยยอมเปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารเข้ามาใช้อำนาจนิติบัญญัติของ รัฐสภาโดยมิได้กำหนดเงื่อนไขหรือรายละเอียดเกี่ยวกับการใช้อำนาจไว้ จึงเป็นการใช้อำนาจตรา พระราชบัญญัติที่ขาดความชัดเจนแน่นอนทำนองเดียวกับการออกเช็คให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งไป โดยมีได้ระบุจำนวนเงินไว้และปล่อยให้ผู้ทรงเช็คนั้นระบุจำนวนเงินเอาตามใจชอบ (blank cheque)³⁷ เพราะกรณีนี้เท่ากับว่าฝ่ายบริหารไม่ได้เป็นเพียงองค์กรที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายของ ฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้นแต่ถือเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจตัดสินใจแทนฝ่ายนิติบัญญัติในสาระสำคัญเลย ที่เดียว ดังนั้น การใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาจึงเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยมิชอบ (abuse of legislative power) ส่งผลทำให้พระราชบัญญัติรองรับหนังสือสัญญาดังกล่าวเป็น กฎหมายตราขึ้นโดยมีปัญหาคความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นกัน

3.2.3 ทางปฏิบัติของต่างประเทศและแนวทางการแก้ไขปัญหในระบบกฎหมายไทย

ประเด็นปัญหาว่าในกรณีที่ฝ่ายบริหารทำสนธิสัญญาซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้อง มาขอความเห็นชอบจากรัฐสภา หากเป็นกรณีที่มิใช่กฎหมายภายในรองรับสนธิสัญญาอยู่แล้ว ฝ่าย

³⁶ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชน,” เอกสารประกอบการบรรยาย วิชา น. 250 กฎหมายมหาชนเบื้องต้น, (คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 29-31. (อัดสำเนา).

³⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง,” ใน คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547), น. 231.

บริหารต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาอีกหรือไม่ ในต่างประเทศที่มีความเป็นประชาธิปไตยสูงอย่างประเทศฝรั่งเศสนั้นเห็นว่า หากการทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหารมีลักษณะตามมาตรา 53 ของรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องนำร่างสนธิสัญญาและร่างรัฐบัญญัติให้ใช้สนธิสัญญาเสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาให้ความชอบแก่สนธิสัญญาในรูปรัฐบัญญัติก่อนแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาเสมอ นอกจากนี้ยังรวมถึงสนธิสัญญาซึ่งมีข้อความส่วนหนึ่งส่วนใดที่อยู่ในขอบอำนาจของการตราบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติตามมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญ โดยฝ่ายบริหารมีหน้าที่จะต้องมาขอความเห็นชอบต่อรัฐสภาทุกครั้งเสมอโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่ามีกฎหมายภายในฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับรองรับการบังคับใช้ร่างสนธิสัญญาดังกล่าวแล้วหรือไม่

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันยังมีความเห็นทางทฤษฎีที่ต่างกันซึ่งแบ่งออกเป็นสองแนวทางคือ³⁸

ความเห็นแรก เป็นไปตามทฤษฎี die konkrete theorie ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์³⁹ ซึ่งวินิจฉัยว่าแม้การทำให้สนธิสัญญาเข้ามาเป็นกฎหมายภายในเป็นเรื่องที่รัฐสภาต้องเข้ามามีส่วนร่วม แต่ถ้าสนธิสัญญาที่ทำขึ้นนั้นไม่จำเป็นต้องตรากฎหมายใหม่เพื่อรองรับแล้ว การที่จะต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาจึงไม่ใช่เรื่องที่จำเป็น อย่างไรก็ตาม ความเห็นดังกล่าวยังไม่สามารถสร้างหลักประกันได้ว่ากฎหมายที่รองรับสนธิสัญญาและมีผลใช้บังคับอยู่นั้นสามารถรองรับสนธิสัญญาได้อย่างครอบคลุม

ความเห็นที่สอง เป็นไปตามทฤษฎี die abstrakte theorie ซึ่งพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของมาตรา 59(2) ประโยคที่หนึ่งของกฎหมายพื้นฐานเป็นสำคัญว่า การมีส่วนร่วมของรัฐสภาในรูปของการตรากฎหมาย เป็นเรื่องของการให้หลักประกันในการตรวจสอบการใช้อำนาจทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหารซึ่งไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าจะมีกฎหมายภายในรองรับสนธิสัญญาในเรื่องนั้นอยู่หรือไม่ นอกจากนี้การลงนามในสนธิสัญญายังต้องกระทำโดยประธานาธิบดีซึ่งกฎหมายพื้นฐานกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาในรูปของกฎหมาย ดังนั้นไม่ว่าจะมีกฎหมายรองรับสนธิสัญญาอยู่หรือไม่ การทำสนธิสัญญาตามมาตรา 59(2) ประโยคที่หนึ่งของประธานาธิบดีจึงต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาในรูปของการตรากฎหมายรองรับสนธิสัญญาเสมอ

³⁸ ชาติชาย เชษฐสุมน, “การมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาตามกฎหมายเยอรมัน,” เอกสารประกอบการสอนวิชา น.390 กฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีเมือง, (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 20-21. (อัดสำเนา).

³⁹ BVerfGE 1, 372 (389), เพิ่งอ้าง, น. 20.

นอกจากนี้ ในการพิจารณาของรัฐสภาเพื่อให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนิติบัญญัติของสหพันธ์ หากข้อความในสนธิสัญญามีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่เดิมหรือเป็นกรณีต้องออกกฎหมายใหม่แล้ว ฝ่ายบริหารต้องเสนอร่างกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมหรือร่างกฎหมายฉบับใหม่แยกต่างหากมาพร้อมกับร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาด้วย ซึ่งกฎหมายที่ตราขึ้นใหม่หรือกฎหมายที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมนี้จะถูกนำไปประกาศในรัฐกิจจานุเบกษาแผนกที่ 1 (Bundesgesetzblatt I) อันเป็นแผนกสำหรับการประกาศใช้กฎหมายของรัฐทั่วไป ซึ่งเป็นคนละแผนกกับการประกาศใช้กฎหมายรองรับสนธิสัญญาที่ฝ่ายบริหารต้องประกาศในรัฐกิจจานุเบกษาแผนกที่ 2 (Bundesgesetzblatt II)⁴⁰

มีข้อสังเกตว่า การให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาของรัฐสภาในรูปของการตราเป็นกฎหมายรองรับสนธิสัญญาทุกครั้งในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน นอกจากมีผลเป็นการควบคุมฝ่ายบริหารในการทำสนธิสัญญาที่มีความสำคัญแล้ว ในขณะเดียวกันยังเป็นเรื่องที่รัฐสภาให้การยืนยันว่าสนธิสัญญาจะต้องได้รับการปฏิบัติหรือทำให้มีผลใช้บังคับในประเทศ โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมแห่งสหพันธ์มีหน้าที่ต้องประกาศกฎหมายรองรับสนธิสัญญาในรัฐกิจจานุเบกษาเพื่อให้กฎหมายรองรับสนธิสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐ กระบวนการดังกล่าวเป็นกลไกสำคัญที่รัฐธรรมนูญได้สร้างขึ้นเพื่อตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจการทำสนธิสัญญาระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ ในขณะเดียวกันยังเป็นการป้องกันปัญหาที่เกิดจากการที่รัฐสภามีได้ตรากฎหมายเพื่อรับเอาสนธิสัญญาเข้ามาเป็นกฎหมายของรัฐในภายหลังอันจะนำไปสู่ความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อไปในอนาคตได้

กรณีจึงต่างรัฐธรรมนูญของประเทศไทยที่มีได้ให้หลักประกันว่าหนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารได้ให้สัตยาบันไว้จะได้รับการปฏิบัติหรือทำให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายเสมอ จึงสมควรอย่างยิ่งที่จะนำกลไกตามกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันมาพิจารณาเพื่อเป็นแนวทางในปรับปรุงกระบวนการทำให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายในประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยการกำหนดให้การทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารซึ่งต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาทุกครั้งโดยไม่ต้องคำนึงว่ามีกฎหมายภายในรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาอยู่หรือไม่ ในการนี้ฝ่ายบริหารควรเสนอร่างพระราชบัญญัติบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญามาพร้อมกับร่างหนังสือ

⁴⁰Hubert Beemelmanns and Hans D. Treviranus, “National Treaty law and Practice Federal Republic of German” in National Treaty Law and Practice, (Boston : Martinus Nijhoff, 2005), p. 325.

สัญญาดังกล่าวด้วย ซึ่งนอกจากทำให้รัฐสภาสามารถตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารได้และยังเป็นการสร้างหลักประกันว่าหนังสือสัญญาจะมีผลใช้บังคับภายในรัฐทุกครั้ง เช่นกันวิธีการเช่นนี้นอกจากเป็นการสร้างประกันว่าหนังสือสัญญาจะได้รับการปฏิบัติตามและได้รับความคุ้มครองจากการกระทำละเมิดขององค์กรภายในรัฐแล้ว ยังส่งผลทำให้การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารมีความสอดคล้องกับหลักนิติรัฐด้วย

3.3 การใช้บังคับกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาตามกฎหมายภายใน

เนื่องจากประเทศไทยถือตามระบบทวินิยมจึงทำให้หนังสือสัญญาไม่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายได้จนกว่าการออกกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญา ดังนั้นการพิจารณาผลบังคับและลำดับชั้นของหนังสือสัญญาจึงต้องพิจารณาจากรูปแบบของกฎหมายซึ่งแปลงรูปของหนังสือสัญญาเข้ามาเป็นกฎหมายของรัฐเป็นสำคัญ เนื่องจากหนังสือสัญญามีสถานะเช่นเดียวกับกฎหมายแปลงรูปจึงทำให้การใช้และการตีความตลอดจนการสิ้นสุดบังคับของหนังสือสัญญาเป็นไปตามกฎหมายภายในทุกประการ ดังนั้น จึงสมควรทำการศึกษาแนวทางให้ความคุ้มครองแก่สถานะทางกฎหมายของหนังสือสัญญาในระบบกฎหมายไทยโดยเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายของต่างประเทศเพื่อป้องกันมิให้ประเทศไทยต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศที่อาจเกิดจากการละเมิดพันธกรณีในหนังสือสัญญาจากการใช้อำนาจอตรากฎหมายของรัฐต่อไปอนาคต ซึ่งจะได้ศึกษาตามลำดับดังนี้

3.3.1 ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลยุติธรรม

หากพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทยบัญญัติในมาตรา 190 วรรคสองไว้แต่เพียงว่า “...หนังสือสัญญาที่จะออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา...” แสดงให้เห็นว่า “กฎหมาย” ที่จะทำให้พันธกรณีตามหนังสือสัญญามีผลใช้บังคับภายในรัฐตามความหมายในรัฐธรรมนูญต้องเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น อย่างไรก็ตามทางปฏิบัติของไทยยอมรับว่าในกรณีที่ฝ่ายบริหารสามารถออกกฎหมายลำดับรองเพื่อปฏิบัติตามหนังสือสัญญาได้หากเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องอยู่ในอำนาจโดยแท้ของฝ่ายบริหาร ดังนั้นสถานะทางกฎหมายของหนังสือสัญญาในระบบกฎหมายไทยจึงเป็นไปตามกฎหมายทั้งในระดับพระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรอง ด้วยเหตุนี้จึงทำให้การใช้และการตีความหนังสือสัญญาเป็นไปตามการใช้และการตีความกฎหมายภายในทุกประการ กล่าวคือ หากกฎหมายบังคับเพื่อให้

เป็นไปตามหนังสือสัญญาเป็นกฎหมายพิเศษแล้วต้องใช้กฎหมายพิเศษก่อนกฎหมายทั่วไป (lex special derogat legi generali) แต่หากเป็นกฎหมายทั่วไปเหมือนกันและมีข้อความเหมือนกันหรือขัดแย้งกัน ต้องถือว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นภายหลังยกเลิกกฎหมายที่บัญญัติขึ้นก่อน (lex posterior derogat legi priori) และหากกฎหมายที่บัญญัติขึ้นก่อนเป็นกฎหมายพิเศษแล้วกฎหมายที่บัญญัติภายหลังเป็นกฎหมายทั่วไป โดยปกติถือว่ากฎหมายที่บัญญัติภายหลังอันมีลักษณะเป็นกฎหมายทั่วไปนั้นไม่ลบล้างกฎหมายพิเศษที่บัญญัติก่อนหน้านี้ (lex posterior generalis non derogat legi priori speciali)

ในคำพิพากษาอุทธรณ์ที่ 2965/2538 เป็นคดีที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยเรื่องการส่งตัวจำเลยซึ่งเป็นคนสัญชาติไทยเพื่อไปดำเนินคดีในศาลของมลรัฐแคลิฟอร์เนียเนื่องจากกระทำความผิดฐานลักลอบนำกัญชาเข้าไปสหรัฐอเมริกา โดยนำบทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 ซึ่งเป็นกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ลงวันที่ 14 ธันวาคม พ.ศ. 2526 มาใช้บังคับเพื่อตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหารในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามพันธกรณีในสนธิสัญญา

คดีนี้ เป็นเรื่องที่บทบัญญัติในพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472⁴¹ ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน มีข้อความไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติในสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 14 ธันวาคม พ.ศ. 2526 ซึ่งแนบท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533⁴² กล่าวคือ บทบัญญัติในข้อ 8(1)วรรคสามแห่งสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 14 ธันวาคม พ.ศ. 2526 ซึ่งกำหนดความผูกพันต่อกันว่าจะผู้ร้ายข้ามแดน เป็นบทบัญญัติซึ่งขัดหรือแย้งกับมาตรา 16 ของพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 ซึ่งวางหลักห้ามส่งผู้มีสัญชาติไทยข้ามแดน

⁴¹ มาตรา 16 พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 บัญญัติว่า “เมื่อใดศาลพิเคราะห์เห็นว่าจำเลยเป็นคนในบังคับสยามก็ดีหรือมีข้อสงสัยหรือมีความยุ่งยากในเรื่องระเบียบอันเกี่ยวกับการรับรองเอกสารหรือวิธีการทำคำขอให้ส่งข้ามแดนก็ดี ให้ศาลรายงานหาหรือเสนาบติกระทรวงยุติธรรมก่อนที่จะออกคำสั่งให้ปล่อยตัวจำเลย”

⁴² ข้อ 8(1)วรรคสามแห่งสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 14 ธันวาคม พ.ศ. 2526 “ในกรณีที่ประเทศไทยเป็นรัฐที่ได้รับการร้องขอเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ อาจส่งคนชาติของตนข้ามแดนได้ หากมิได้ถูกห้ามให้กระทำเช่นนั้น”

ศาลอุทธรณ์พิจารณาแล้วเห็นว่า “...การทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐและความสุจริตของภาคีสัญญาย่อมจะทวีความสำคัญ ดังปรากฏจากอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งแม้ประเทศไทยมิได้ร่วมเป็นภาคีด้วย แต่ก็เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาอันพึงนำมาใช้ประกอบการพิจารณาได้ ในมาตรา 31 ได้กำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปของการตีความสนธิสัญญาว่า “...ข้อ 1 สนธิสัญญานั้นให้ตีความด้วยความสุจริตใจ (good faith) ตามความหมายสามัญของถ้อยคำของสนธิสัญญาในบริบท (context) และพิจารณาถึงความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ (object and purpose) ของสนธิสัญญานั้น” ดังนี้ การแปลความหมายของข้อความดังกล่าวจึงต้องยึดหลักความสุจริตโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ในการทำสนธิสัญญาประกอบด้วย...” ศาลอุทธรณ์จึงเห็นว่า หากประเทศไทยทำสนธิสัญญาโดยประสงค์ให้บทบัญญัติในมาตรา 16 ของพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 มาเป็นข้อยกเว้นตามความในข้อ 8 (1)วรรคสามของสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1922 แล้ว ก็จะทำให้ข้อกำหนดที่วางเป็นหลักไว้ข้อ 8(1)วรรคสามเป็นอันไร้ผล ซึ่งหากมีเจตนาเช่นนั้นก็ไม่จำเป็นต้องมีข้อกำหนดให้รัฐบาลไทยมีอำนาจใช้ดุลพินิจส่งบุคคลสัญชาติไทยเป็นผู้ร้ายข้ามแดนได้ และคงเหลือข้อผูกพันเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาเพียงฝ่ายเดียวที่มีหน้าที่ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเคลือบแคลงแก่ประเทศต่างๆ ต่อประเทศไทยถึงความสุจริตหรือไม่เพียงใดในการทำสนธิสัญญา ดังนั้น คำว่า “หากมิได้ถูกห้ามให้กระทำเช่นนั้น” ตามความในข้อ 8(1) วรรคสามของสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1922 จึงไม่รวมถึงข้อห้ามส่งบุคคลสัญชาติไทย ตามมาตรา 16 ของพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472

ในคดีนี้เป็นเรื่องที่กฎหมายสองฉบับมีข้อความไม่สอดคล้องกัน แต่ศาลอุทธรณ์ได้นำหลักความสุจริตในการทำสนธิสัญญาของรัฐตามมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มาใช้ในการตีความบทบัญญัติในข้อ 8(1)วรรคสามของสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1922 ให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามหนังสือสัญญามากที่สุด ทั้งที่มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 ซึ่งบัญญัติว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่บรรดาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรุงสยามเท่าที่ไม่ขัดแย้งกับข้อความในสัญญา อนุสัญญา หรือความตกลงกับรัฐบาลต่างประเทศ หรือในประกาศกระแสพระบรมราชโองการที่ได้ออกเกี่ยวกับหนังสือสัญญา อนุสัญญา และความตกลงนั้นๆ” หมายความว่าบทบัญญัติของพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะไม่นำมาใช้บังคับหากขัดต่อข้อความในหนังสือสัญญา ซึ่งเท่ากับว่าหากพระราชบัญญัติขัดกับหนังสือสัญญาก็ให้ใช้หนังสือสัญญาแทน เมื่อมาตรา 16 ของ

พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 มีข้อความไม่สอดคล้องกับข้อความในข้อ 8(1)วรรคสามแห่งสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 14 ธันวาคม พ.ศ. 2526 กรณีนี้ศาลอุทธรณ์จะต้องใช้บทบัญญัติในข้อ 8(1)วรรคสามแห่งสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาลงวันที่ 14 ธันวาคม พ.ศ. 2526 ก่อนพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 เสมอ ดังนั้น การตีความถ้อยคำในข้อ 8(1)วรรคสามแห่งสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1922 ซึ่งแนบท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 จึงเป็นการตีความกฎหมายภายในของไทยตามปกติซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายพิเศษยกเว้นกฎหมายทั่วไปซึ่งอยู่ในอำนาจการตีความกฎหมายของศาลอุทธรณ์อยู่แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นต้องอาศัยมาตรา 31 ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มาใช้ในการตีความอีก

จากคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ฉบับนี้แสดงให้เห็นว่า ในกรณีที่กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญามีข้อความไม่สอดคล้องกับกฎหมายภายในฉบับอื่นซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น ศาลไทยจะพยายามตีความกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาให้มีความสอดคล้องกับกฎหมายภายในมากที่สุดเพื่อหลีกเลี่ยงมิให้ประเทศไทยต้องรับผิดชอบต่อรัฐภาคีคู่สัญญาในทางระหว่างประเทศ

3.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของหนังสือสัญญาในระบบกฎหมายไทย

เนื่องจากปัจจุบัน ประเทศไทยได้อาศัยการทำหนังสือสัญญาเพื่อสร้างความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับรัฐอื่นหรือกับองค์การระหว่างประเทศเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ทุกปี โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำหนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าและการลงทุนเพื่อสร้างความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจกับต่างประเทศ เช่น ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี (Free Trade Agreement : FTA) ที่ประเทศไทยทำไว้กับประเทศต่างๆ เป็นจำนวนมาก และสนธิสัญญาการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty : BIT) ซึ่งประเทศไทยทำกับนานาประเทศจนถึงขณะนี้เป็นจำนวนถึง 38 ฉบับ⁴³

⁴³ กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, “สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty –BIT),” วารสารกฎหมาย, ฉบับที่ 1, ปีที่ 26, น. 108, (มิถุนายน 2550).

ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้ก็คือ การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในการออกกฎหมายบางกรณีอาจมีผลเป็นการขัดหรือแย้งต่อพันธกรณีตามหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยมีอยู่เป็นจำนวนมากได้ ตัวอย่างเช่น การตรากฎหมายซึ่งมีหลักการเป็นการขัดหรือแย้งกับพันธกรณีในความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี หรือสนธิสัญญาการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนซึ่งมักจะมีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลงทุนต่างชาติจากมาตรการเวนคืนทรัพย์สินหรือเทียบเท่ากับการเวนคืนทรัพย์สินของรัฐที่รับการลงทุนโดยไม่เป็นธรรม ในกรณีหลังนี้หมายความว่า รัฐมิได้ออกกฎหมายหรือดำเนินการใด ๆ อันเป็นการเข้าแย่งการครอบครองทรัพย์สินของเอกชนโดยตรง แต่เป็นกรณีที่รัฐออกกฎหมายหรือดำเนินการใด ๆ อันเป็นการแทรกแซงการประกอบกิจการของผู้ลงทุน ซึ่งสร้างผลกระทบอย่างรุนแรงต่อการใช้ประโยชน์เหนือทรัพย์สินนั้นๆ และอาจหมายถึงการดำเนินการใด ๆ ที่มีผลเป็นการสร้างความเสี่ยงโดยที่ผู้ลงทุนเองไม่สามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้าได้ การกระทำดังกล่าวถือได้ว่าเป็นมาตรการที่เสมือนเป็นการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนผู้ลงทุน อันเป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งต่อหลักการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลงทุนตามหนังสือสัญญาทางการค้าเหล่านี้ด้วยเช่นกัน⁴⁴ ซึ่งหากรัฐผู้รับการลงทุนประสงค์ที่จะตรากฎหมายเพื่อเวนคืนทรัพย์สินหรือกำหนดมาตรการใด ๆ ซึ่งเทียบเท่ากับการเวนคืนทรัพย์สินก็ย่อมทำได้หาก (1) เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ (2) โดยไม่เลือกปฏิบัติ (3) ด้วยกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายภายในและเป็นธรรม และ (4) ได้จ่ายค่าทดแทนอย่างเป็นธรรม พอเพียง และไม่ชักช้า⁴⁵

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่อาจเข้าข่ายเป็นการขัดต่อหลักการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนตามหนังสือสัญญาทางการค้าและการลงทุน ผู้เขียนพบว่า การกำหนดหลักเกณฑ์การจัดเก็บภาษีสรรพสามิตสำหรับกิจการโทรคมนาคมตามบทบัญญัติของพระราชกำหนดการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2546⁴⁶

⁴⁴ กิริติพงศ์ แนวมาลี, “การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติจากมาตรการเวนคืนทรัพย์สินโดยรัฐ : สิ่งประเทศไทยต้องระวังในการใช้บังคับกฎหมาย,” รายงานที่ตีพิมพ์โดย สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, <<http://www.info.tdri.or.th/library/quarterly/white-pp/wb13.htm>>, ฉบับที่ 49 สิงหาคม 2550, น. 9-11.

⁴⁵ หลักการเวนคืนทรัพย์สินโดยรัฐได้ถูกรับรองไว้ในมาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เช่นกัน

⁴⁶ พระราชกำหนดการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2546 เป็นผลมาจากการมีมติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 21 มกราคม พ.ศ. 2546 ซึ่งเป็นการมีมติให้ตราพระราชกำหนดเพื่อแก้ไขพระราชบัญญัติสองฉบับคือ ฉบับแรก เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ

อาจมีข้อความเป็นการคุ้มครองเสี่ยงในข้อตกลงต่อหลักการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนได้ เนื่องจาก การกำหนดมาตรการภาษีดังกล่าวมีความมุ่งหมายที่ต้องการแปลงส่วนแบ่งรายได้ส่วนหนึ่งซึ่ง ผู้ประกอบการที่ได้รับสัมปทานจากรัฐวิสาหกิจจะต้องจ่ายให้รัฐวิสาหกิจซึ่งเป็นคู่สัญญามาเป็น ภาษีสรรพสามิตซึ่งจ่ายให้กระทรวงการคลังแทน และสามารถนำภาษีนี้ไปหักลดค่าสัมปทานซึ่งเป็น สิทธิพิเศษที่ได้รับจากรัฐ เช่น สิทธิในการได้รับคลื่นและเลขหมายโทรคมนาคมโดยไม่ต้องออก ค่าใช้จ่าย ในขณะที่ผู้ประกอบการกิจการโทรคมนาคมรายใหม่ซึ่งอาจเป็นบริษัทโทรคมนาคม ต่างชาติที่ได้รับความคุ้มครองตามหนังสือสัญญาทางการค้าฉบับใดฉบับหนึ่ง จะต้องจ่ายภาษี สรรพสามิตให้แก่กระทรวงการคลังในอัตราเดียวกับผู้ประกอบการรายเดิม ทั้งๆ ที่ผู้ประกอบการ รายใหม่ไม่เคยได้รับสิทธิพิเศษใดๆ จากรัฐมาก่อนประกอบกับมีฐานลูกค้าเล็กกว่าในระยะเริ่มต้น จึงทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่ไม่ได้รับความเป็นธรรมเพราะทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่มีต้นทุน ในการประกอบการสูงกว่าต้นทุนของผู้ประกอบการเดิม

ดังนั้น การออกพระราชกำหนดเพื่อกำหนดมาตรการในการจัดเก็บภาษีสรรพสามิต ในกรณีนี้จึงมีผลเป็นการเพิ่มต้นทุนเฉลี่ยแก่ผู้ประกอบการรายใหม่โดยไม่เป็นไปตามวิถีทางปกติ ของกลไกตลาด และมีผลเป็นการใช้อำนาจรัฐเพื่อกีดกันทางการค้าต่อเข้าผู้เข้าแข่งขันรายใหม่ใน ตลาดกิจการโทรคมนาคม ซึ่งนอกจากเป็นการขัดต่อหลักการคุ้มครองเสรีภาพในการแข่งขันโดย เสรีและเป็นธรรมตามมาตรา 40 และมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญ 2540 แล้ว⁴⁷ ยังอาจเข้าข่ายเป็น

ภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 มีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการเก็บภาษีสรรพสามิต ซึ่งกฎหมาย เดิมให้เก็บภาษีได้จากผู้ประกอบการอุตสาหกรรม กับผู้ประกอบการกิจการสถานบริการซึ่งเดิม หมายถึงกิจการสถานบริการประเภทมหรสพ อาบอบนวด ให้มีความหมายคลุมไปถึงกิจการ โทรคมนาคมด้วย และฉบับที่สอง เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 โดยให้เก็บภาษีจากกิจการโทรคมนาคมในอัตราร้อยละห้าสิบของมูลค่า ในฐานะที่เป็น กิจการที่ได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐ และพร้อมกันนั้นรัฐมนตรีกระทรวงการคลังก็ใช้อำนาจ ตามพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต ประกาศลดอัตราภาษีสรรพสามิตในกิจการประเภนี้ลง โดย ให้จัดเก็บจากบริการโทรศัพท์พื้นฐานในอัตราร้อยละสอง และจากบริการโทรศัพท์มือถือในอัตรา ร้อยละสิบของมูลค่า

⁴⁷ มาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้การกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมโดย องค์กรที่เป็นอิสระนั้นต้องดำเนินไปโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะทั้งปวงรวมถึงการแข่งขันโดย เสรีอย่างเป็นธรรม ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้ความคุ้มครองแก่ เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และให้มีการแข่งขันกันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การเวนคืนทรัพย์สินทางอ้อมซึ่งขัดต่อหลักการให้ความคุ้มครองการลงทุนที่กำหนดไว้ในหนังสือสัญญาได้⁴⁸

แม้พระราชกำหนดฉบับนี้จะมีการส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด และศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าพระราชกำหนดฉบับนี้ตราขึ้นเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษามั่นคงในทางเศรษฐกิจ จึงเป็นการตราพระราชกำหนดที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 218 วรรคหนึ่งแล้วก็ตาม⁴⁹ ซึ่งแม้กฎหมายฉบับนี้จะไม่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่อาจเป็นการตรากฎหมายที่ขัดต่อพันธกรณีตามหนังสือสัญญาทางการค้าและการลงทุนที่ประเทศไทยมีอยู่กับรัฐต่างประเทศได้ ซึ่งอาจส่งผลให้ประเทศไทยต้องรับผิดชอบผู้ลงทุนและต่อรัฐซึ่งเป็นภาคีในหนังสือสัญญาดังนี้

ประการแรก หากนักลงทุนต่างชาติที่ได้รับความเสียหายไม่ประสงค์จะฟ้องคดีต่อศาลที่มีเขตอำนาจในประเทศ นักลงทุนต่างชาติอาจนำเรื่องดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่ามาตรการดังกล่าวมีลักษณะเสมือนเป็นการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนผู้ลงทุนซึ่งขัดต่อหลักการให้ความคุ้มครองสิทธิตามหนังสือสัญญาได้ ซึ่งหากนักลงทุนยื่นเรื่องไปยังอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแล้วจะถูกตัดสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลในประเทศ อีกทั้งนี้เพื่อป้องกันปัญหาการขัดแย้งกันของผลคำตัดสิน⁵⁰ ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการเห็นว่ามาตรการดังกล่าวขัดต่อหลักการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ลงทุนตามหนังสือสัญญาย่อมทำให้ประเทศไทยต้องรับผิดชอบต่อรัฐคู่สัญญาด้วยการชดเชยค่าเสียหายให้แก่รัฐคู่สัญญา

⁴⁸ กิริติพงศ์ แนวมาลี , อ้างแล้ว เชงอรรถที่ 44, น. 12-13.

⁴⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 14/2546 เรื่องประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 219 กรณีพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2546 และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 พ.ศ. 2546 เป็นไปตามรัฐธรรมนูญมาตรา 218 วรรคหนึ่งหรือไม่

⁵⁰ เช่น มาตรา 106 ของความตกลงหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) กำหนดว่าหากนักลงทุนไม่สามารถเจรจากับรัฐบาลได้สำเร็จและไม่ได้ยื่นคดีไปยังศาลที่มีเขตอำนาจในประเทศ นักลงทุนสามารถดำเนินการยื่นฟ้องคดีต่ออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแทนได้ แต่หากยื่นฟ้องแล้วจะถูกตัดสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลในประเทศอีก อ้างใน กิริติพงศ์ แนวมาลี , อ้างแล้ว เชงอรรถที่ 44, น. 7.

แต่ถ้านักลงทุนผู้ถูกระทบสิทธิประสงค์ที่ฟ้องคดีต่อศาลภายในประเทศ และภายหลังจากที่ศาลภายในประเทศปฏิเสธสิทธิดังกล่าว นักลงทุนผู้ถูกระทบสิทธิอาจมีสิทธิเรียกร้องต่อรัฐเจ้าของสัญชาติของตนให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่คนชาติของตน (diplomatic protection)⁵¹ ซึ่งเป็นกลไกของรัฐในการเยียวยาความเสียหายขึ้นแก่คนชาติของรัฐในต่างแดนกรณีที่รัฐภาคีคู่สัญญากระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของหนังสือสัญญาได้ โดยกลไกดังกล่าวนี้ ได้กำหนดเงื่อนไขว่าต้องเป็นกรณีที่นักลงทุนผู้ถูกระทบสิทธิได้ถูกปฏิเสธสิทธิจากกระบวนการยุติธรรมทางศาลและบุคคลนั้นได้เยียวยาความเสียหายจนเสร็จสิ้นกระบวนการภายในรัฐแล้วจึงสามารถร้องขอให้รัฐเจ้าของสัญชาติซึ่งเป็นคู่สัญญาดำเนินการให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่ตนได้ ซึ่งหากรัฐเจ้าของสัญชาติพิจารณาแล้วเห็นว่าบุคคลดังกล่าวมีความสัมพันธ์อันเป็นจุดเกาะเกี่ยวกับรัฐเจ้าของสัญชาติ เช่น มีสัญชาติของรัฐนั้น รัฐเจ้าของสัญชาติย่อมมีอำนาจดำเนินการทุกรูปแบบเพื่อให้ความคุ้มครองรักษาสภาพประโยชน์ของคนชาติของตน โดยการดำเนินการเรียกร้องค่าเสียหายแทนบุคคลจากรัฐภาคีคู่สัญญาซึ่งทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติของหนังสือสัญญา

ประการที่สอง การกระทำของรัฐที่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของหนังสือสัญญาย่อมทำให้รัฐต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ (state responsibility) ตามหลักความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งโดยปกติแล้วเมื่อรัฐต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ รัฐจะต้องชดเชยต่อความเสียหายซึ่งรัฐนั้นได้ก่อขึ้น ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ในหลายลักษณะ⁵² กล่าวคือ (1) เป็นการทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิม (restitution) โดยรัฐที่กระทำผิดสนธิสัญญาอาจดำเนินการใดๆ ซึ่งเป็นการยกเลิกการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของสนธิสัญญาก็ได้ (2) ในกรณีที่พฤติการณ์ไม่เปิดช่องของรัฐที่กระทำผิดสนธิสัญญาดำเนินการใดๆ ที่เพื่อทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิมได้ รัฐก็อาจเลือกวิธีการชดเชยค่าเสียหายเป็นตัวเงิน (indemnity) ซึ่งถือเป็นวิธีที่นิยมกันโดยทั่วไป โดยค่าเสียหายเป็นตัวเงินนี้ครอบคลุมถึงความเสียหายทั้งปวงซึ่งรัฐที่ได้รับความเสียหายได้รับรวมตลอดถึงความเสียหายที่เป็นผลตามมาด้วย (3) ในกรณีที่ไม่ว่าจะใช้วิธีการที่กล่าวมาแล้วได้ รัฐซึ่งทำผิดสนธิสัญญาอาจทำให้รัฐผู้เสียหายได้รับการพอใจ (satisfaction) ด้วยการส่งสาส์นแสดงความเสียใจอย่างเป็นทางการ หรือการลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำความผิดก็ได้ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วมักจะเป็นกรณีที่กระทบต่อศักดิ์ศรีหรือชื่อเสียงของรัฐ เป็นต้น

⁵¹ ลักคณา พบรมเย็น, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 12*, น. 172-173.

⁵² จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 332-333.

3.3.4 ทางปฏิบัติของต่างประเทศและแนวทางการแก้ไขปัญหในระบบกฎหมายไทย

ในระบบกฎหมายซึ่งใช้ระบบวินียมดั่งเช่นประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และประเทศออสเตรเลีย สนธิสัญญาจะมีผลบังคับและลำดับชั้นเช่นเดียวกับกฎหมายรองรับสนธิสัญญา ซึ่งทำให้การใช้และการตีความตลอดจนการสิ้นผลบังคับของหนังสือสัญญาเป็นไปตามกฎหมายภายในทุกประการ

ในระบบกฎหมายเยอรมัน การนำสนธิสัญญาเข้ามาสู่ระบบกฎหมายภายในโดยผ่านกฎหมายรองรับสนธิสัญญาย่อมทำให้ผลบังคับและลำดับชั้นของสนธิสัญญามีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายของสหพันธ์ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ สนธิสัญญามีลำดับชั้นเทียบเท่ากับรัฐบัญญัติของสหพันธ์และอยู่ในลำดับชั้นดีกว่ากฎหมายของมลรัฐ อย่างไรก็ตามหากการตรากฎหมายรองรับสนธิสัญญานั้นอยู่ในรูปของกฎหมายของมลรัฐแล้ว กฎหมายรองรับสนธิสัญญาย่อมมีลำดับชั้นต่ำกว่ารัฐบัญญัติของสหพันธ์⁵³ เมื่อสนธิสัญญามีสถานะเช่นเดียวกับกฎหมายของสหพันธ์ ดังนั้นความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญากับกฎหมายในลำดับต่ำกว่ารัฐธรรมนูญจึงเป็นไปตามหลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า (lex posterior derogate legi priori) เช่นกัน

อย่างไรก็ดี มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าหลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่านี้จะใช้กับสนธิสัญญาประเภทที่เป็นสัญญา (rechtsgeschäft) ซึ่งเป็นการตั้งเงื่อนไขที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติต่อกันเท่านั้น เพราะเหตุว่าสนธิสัญญาประเภทนี้จะเป็กฎหมายได้ก็ต่อเมื่อมีการรับเข้ามาด้วยการออกกฎหมายสหพันธ์รองรับสนธิสัญญาตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 59(2)ของกฎหมายพื้นฐานซึ่งจะส่งผลทำให้กฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายรองรับสนธิสัญญาหรือรัฐบัญญัติที่เกิดขึ้นภายหลังย่อมมีค่าบังคับเหนือกว่าตามหลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่าโดยแนวคิดนี้ถือว่า เป็นที่ยอมรับของศาลและนักกฎหมายในเยอรมันด้วย แต่ถ้าสนธิสัญญาดังกล่าวเป็นสนธิสัญญาประเภทกฎหมาย (rechtsetzen) อันเป็นการวางหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ

⁵³ 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) pp. 67-68.

หรือเป็นการประมวลจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว เมื่อพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติใน มาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญแล้วน่าจะถือว่ามีความบังคับสูงกว่ากฎหมายภายใน⁵⁴

การที่รัฐสภาตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในภายหลังซึ่งมีข้อความที่ขัดหรือแย้งกับ บทบัญญัติของกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาที่ตราขึ้นใช้บังคับก่อนนั้น ส่งผลทำให้ บทบัญญัติของกฎหมายบังคับการเพื่อให้เป็นไปตามสนธิสัญญาในเรื่องนั้นไม่มีผลใช้บังคับ แม้ กรณีดังกล่าวจะเป็นเรื่องภายในของประเทศนั้นๆ แต่ประเทศเหล่านี้คงมีความผูกพันตาม สนธิสัญญาที่ทำไว้กับประเทศอื่นๆ ในฐานะเป็นรัฐภาคีคู่สัญญา ด้วยเหตุนี้หากมีการออก กฎหมายภายในภายหลังแล้วมีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายบังคับการเพื่อให้เป็นไปตาม สนธิสัญญา ประเทศเหล่านี้จะอ้างกฎหมายภายในซึ่งออกใช้บังคับในภายหลังเพื่อยกเว้นหรือไม่ ยอมปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่ตนได้ทำไว้กับรัฐต่างประเทศไม่ได้ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักที่ว่าสัญญา ต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda)⁵⁵ ดังนั้น รัฐจึงอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของมา เป็นข้ออ้างในการปฏิบัติตามสนธิสัญญามีได้⁵⁶ เว้นแต่กฎหมายภายในที่จะยกขึ้นกล่าวอ้างนั้นเป็น กฎหมายภายในที่มีความสำคัญอย่างยิ่งและการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาและ ความตกลงนั้นขัดกับกฎหมายภายในที่มีความสำคัญดังกล่าวอย่างชัดแจ้ง⁵⁷

อย่างไรก็ดี เพื่อป้องกันมิให้รัฐต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศตามหลักสัญญาต้อง เป็นสัญญา ในทางปฏิบัติของบางประเทศดังเช่นในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้กำหนด วิธีการแก้ปัญหาให้รัฐต้องรับผิดชอบต่อรัฐภาคีคู่สัญญา โดยรัฐสภาสามารถกำหนดให้บทบัญญัติ ของกฎหมายรองรับสนธิสัญญาเป็นกฎหมายพิเศษที่ศาลจะต้องใช้บังคับก่อนรัฐบัญญัติฉบับอื่น ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปไม่ว่าจะตราขึ้นก่อนหรือภายหลังจากการตรากฎหมายรองรับสนธิสัญญาได้

⁵⁴ Kaufmann, Traité international et loi interne, Der Staat in der Rechtsgemeinschaft der Volher , vol III , 1960, อ้างใน นพนิติ แสงสุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2549), น. 131.

⁵⁵ มาตรา 26 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969

⁵⁶ มาตรา 27 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969

⁵⁷ มาตรา 46 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969

ซึ่งกรณีดังกล่าวมักเกิดขึ้นกับสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับภาษี สนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าว สนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน⁵⁸ เช่น

ในมาตรา 2 ของประมวลกฎหมายภาษีเยอรมัน (German Tax Code) บัญญัติว่า “สนธิสัญญาที่ทำขึ้นภายใต้บังคับของมาตรา 59(2) ของกฎหมายพื้นฐานซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับภาษี ให้ใช้บังคับก่อนกฎหมายภาษีที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติแห่งสหพันธ์ (shall take precedence over tax legislation) แต่ต้องภายหลังจากการประกาศใช้สนธิสัญญานั้นเป็นกฎหมายภายในแล้วด้วย”

ในทางตำรากฎหมายภาษีเยอรมันได้อธิบายว่า การที่ประมวลกฎหมายภาษีเยอรมัน กำหนดให้สนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องภาษีซึ่งทำขึ้นตามมาตรา 59(2) ของกฎหมายพื้นฐานต้องใช้บังคับก่อนกฎหมายภาษีที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติแห่งสหพันธ์นั้น มีหมายความว่า เมื่อสนธิสัญญาดังกล่าวได้ผ่านกระบวนการแปลงรูปให้เข้ามาเป็นกฎหมายภายในแล้ว กฎหมายรองรับสนธิสัญญาเกี่ยวกับภาษีนั้นย่อมมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายและต้องใช้บังคับก่อนประมวลกฎหมายภาษีซึ่งถือเป็นกฎหมายทั่วไป อย่างไรก็ตาม การที่ใช้บังคับก่อนนี้ได้เป็นข้อตัดสินว่า กฎหมายรองรับสนธิสัญญาเกี่ยวกับภาษีจะมีลำดับชั้นที่สูงกว่าประมวลกฎหมายภาษีแต่อย่างใด และจะอาศัยบทบัญญัติในมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐานมากำหนดลำดับชั้นของกฎหมายรองรับสนธิสัญญาให้อยู่ในลำดับชั้นดีกว่ารัฐธรรมนูญได้เพราะ “หลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ” ตามมาตรา 25 ของกฎหมายพื้นฐานนั้นมิได้กำหนดครอบคลุมไปถึงสนธิสัญญาด้วย ดังนั้นการที่ประมวลกฎหมายภาษีกำหนดให้ต้องใช้กฎหมายรองรับสนธิสัญญาเกี่ยวกับภาษีก่อนใช้บังคับประมวลกฎหมายภาษีจึงเป็นการสร้างกลไกการใช้การตีความกฎหมายโดยถือว่ากฎหมายรองรับสนธิสัญญาเกี่ยวกับภาษีเป็นกฎหมายพิเศษ (special legislation, *lex specialis*)⁵⁹ ซึ่งมีผลทำให้ผู้ใช้กฎหมายไม่ว่าจะเป็นศาลหรือฝ่ายปกครองต้องใช้บังคับกฎหมายรองรับสนธิสัญญาก่อน ทั้งนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายพิเศษย่อมยกเว้นกฎหมายทั่วไป

⁵⁸George Slyz, “International Law in National Court,” New York University Journal of International Law and Politics, 1977, <<http://www.international.westlaw.com>> , August 2007.

⁵⁹Klaus Vogel, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Third Edition (Kluwer Law International, 1997), p. 71.

แนวทางการตรากฎหมายโดยกำหนดให้กฎหมายรองรับสนธิสัญญาเป็นกฎหมายพิเศษนี้ยังถูกนำมาใช้ในกรณีของกฎหมายคนต่างด้าว (law of aliens) ที่กำหนดให้บทบัญญัติบางมาตราของกฎหมายคนต่างด้าวไม่อาจนำมาใช้กับคนต่างด้าวในบางกรณีแต่จะต้องนำสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นมาบังคับใช้แทนบทบัญญัติของกฎหมายคนต่างด้าว นอกจากนี้ยังนำมาใช้กับกฎหมายการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เช่น กฎหมายว่าด้วยความร่วมมือทางกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับอาชญากรรม (Law on International Legal Co-Operation in Criminal Matters) โดยมาตรา 3 วรรคหนึ่งกำหนดไว้ชัดเจนว่า เมื่อสนธิสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายแล้วให้บทบัญญัติของสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนมีผลใช้บังคับก่อนบทบัญญัติในกฎหมายนี้

การที่รัฐสภากำหนดสถานะทางกฎหมายของสนธิสัญญาไว้ในกฎหมายรองรับสนธิสัญญานั้นนับว่าเป็นวิธีการแก้ปัญหาเพื่อมิให้เยอรมันต้องรับผิดชอบรัฐคู่สัญญาในกรณีที่ไม่สามารถปฏิบัติตามสนธิสัญญาเพราะเหตุว่ารัฐสภาอาจตรากฎหมายที่มีข้อความขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติในกฎหมายรองรับสนธิสัญญาในภายหลัง

นอกจากนี้การใช้การตีความกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาไปในทางที่ไม่ให้ขัดกับสนธิสัญญานั้นถือว่าเป็นวิธีอย่างหนึ่งที่ศาลในระบบทวินิยมใช้เพื่อป้องกันปัญหาได้เช่นกัน กรณีบทบัญญัติของกฎหมายบังคับการเพื่อให้เป็นไปตามสนธิสัญญาที่มีความคลุมเครือซึ่งจะนำไปสู่ความขัดแย้งกับข้อความในสนธิสัญญา ศาลจะต้องใช้ความพยายามตีความถ้อยคำดังกล่าวให้สอดคล้องกับสนธิสัญญามากที่สุด ไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาแบบทวิภาคีหรือแบบพหุภาคีก็ตาม เช่น ศาลสูงของออสเตรเลียได้วางหลักเกี่ยวกับวิธีการนำบทบัญญัติของสนธิสัญญาว่าด้วยสถานะของผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 มาช่วยตีความบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าการอพยพ ค.ศ. 1958 ซึ่งเป็นกฎหมายบังคับการเพื่อให้เป็นไปตามสนธิสัญญาฉบับดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่าการตีความถ้อยคำของพระราชบัญญัตินั้นไม่เพียงแต่พิจารณาจากตัวบทบัญญัติ (text) ของสนธิสัญญาอย่างเดียว หากแต่จะต้องพิจารณาร่วมกับคำอธิบาย (context) วัตถุประสงค์ (object) ตลอดจนความมุ่งหมาย (purpose) ของสนธิสัญญาด้วย ซึ่งผู้พิพากษา McHugh ได้แสดงความเห็นในทำนองเดียวกันว่า ย่อมเป็นการสอดคล้องกับหลักทั่วไปที่ว่าหากศาลต้องการพิจารณาความหมายของบทบัญญัติของกฎหมายภายในเป็นการเฉพาะยิ่งกว่าการตีความตามตัวอักษรแล้ว ศาลต้องนำเอกสารในทางระหว่างประเทศมาใช้เป็นเครื่องมือประกอบการตีความด้วย⁶⁰

⁶⁰ Applicant A v Minister for Immigration and Ethnic Affairs (1997) 190 CLR 225 in Rosalie Bakin, "International Law and Domestic Law" in Public international law : An Australian Perspective, (Oxford University Press, 2005), p. 128.

ในทำนองเดียวกับการใช้การตีความกฎหมายของศาลในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วางหลักไว้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 1987 ว่า การตีความกฎหมายทั้งหลายต้องตีความให้เป็นไปในทางเดียวกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่เยอรมันมีความผูกพันอยู่ แม้ว่ากฎหมายที่ตราขึ้นภายหลังจากการประกาศใช้กฎหมายรองรับสนธิสัญญาจะมีข้อความขัดหรือแย้งกันอยู่ ก็ถือว่าฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีเจตนาที่จะตรากฎหมายให้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายรองรับสนธิสัญญาแต่อย่างใด จึงไม่อาจสันนิษฐานได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติมีเจตนาที่หลีกเลี่ยงพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นหรือมีเจตนาที่จะละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวไปได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับหลังจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายรองรับสนธิสัญญาก็ต่อเมื่อการขัดแย้งของถ้อยคำเป็นที่ประจักษ์อย่างชัดแจ้งเท่านั้น⁶¹ จึงสรุปได้ว่า หากรัฐสภาตรากฎหมายฉบับใหม่ที่มีบทบัญญัติเป็นการขัดหรือแย้งกับพันธกรณีในสนธิสัญญาอย่างชัดแจ้ง กรณีนี้ศาลในระบบทวินิยมจะต้องใช้กฎหมายภายในเสมอ⁶²

ในส่วนการใช้และการตีความกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาของศาลไทยปรากฏว่า ในทางปฏิบัตินั้นศาลย่อมมีอำนาจตีความให้หนังสือสัญญามีฐานะเป็นกฎหมายพิเศษในทำนองเดียวกับทางปฏิบัติของประเทศสหพันธ์เยอรมันเพื่อแก้ปัญหาให้กฎหมายภายในขัดหรือแย้งกับพันธกรณีในหนังสือสัญญาได้ หากเป็นกรณีของการทำให้หนังสือสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในทั้งฉบับ เช่น กรณีความสัมพันธ์ระหว่างอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนในประมวลรัษฎากรของไทย โดยถือว่าประมวลรัษฎากรเป็นกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับภาษีและมีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนเป็นกฎหมายพิเศษที่ศาลจะต้องนำมาปรับใช้แก่คดีก่อน ทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายทั่วไป โดยมีพระราชบัญญัติซึ่งอนุวัติการหนังสือสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างไทยกับต่างประเทศเป็นกฎหมายพิเศษ เช่น พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 เป็นต้น

อย่างไรก็ดีหลักการดังกล่าวไม่อาจนำมาใช้ได้หากเป็นกรณีที่พันธกรณีในหนังสือสัญญาทั้งฉบับหรือบางส่วนถูกรองรับโดยกฎหมายภายในหลายฉบับ เช่น กรณีการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่างๆ ซึ่งมีขอบเขตเนื้อหากว้างขวาง เช่น ความ

⁶¹BVerfG, 74 BVerfGE, 2 BvR 419/80, 740/81, 284/85 pp. 358, 370 in Jochen ABR.Frowein and Michael J.Hahn, *supra* note 53, pp. 72-73.

⁶²Ian Brownlie, *Principle of Public International Law*, (Oxford : Charendon Press, 1979), p. 34.

ตกลงในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีศุลกากรและมีใช้ภาษีซึ่งถูกรองรับโดยกฎหมายว่าด้วยภาษีศุลกากร และภาษีสรรพสามิต ความตกลงเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งถูกรองรับโดยพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 เป็นต้น ความตกลงเกี่ยวกับนโยบายการแข่งขันทางการค้าซึ่งถูกรองรับโดยพระราชบัญญัติว่า ด้วยการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ความตกลงเกี่ยวกับลงทุนซึ่งถูกรองรับโดยพระราชบัญญัติประกอบ ภารกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ความตกลงเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทนอกศาลที่รัฐคู่สัญญาสามารถ เลือกผู้ตัดสินชี้ขาดคดีที่ตนเชื่อถือวางใจได้ซึ่งถูกรองรับโดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นต้น⁶³

ในกรณีนี้จะเห็นว่าความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีมิได้มีสถานะเป็นกฎหมายพิเศษ ดังเช่นกรณีของอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนหรือสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแต่อย่างใด แต่ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีจะมีผลบังคับและลำดับชั้น เป็นไปตามพระราชบัญญัติทั่วไปซึ่งรองรับพันธกรณีตามความตกลงในเรื่องนั้นๆ ซึ่งมีลักษณะคุ้มครองต่อการมีข้อความที่อาจขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติซึ่งรองรับพันธกรณีนั่นเอง หรืออาจขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติฉบับอื่นซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น ในทางปฏิบัติหากมีปัญหาการขัดหรือแย้งกันระหว่างพันธกรณีตามหนังสือสัญญากับกฎหมายภายในศาลจะต้องพยายามตีความ เพื่อให้กฎหมายภายในสอดคล้องกับพันธกรณีตามหนังสือสัญญามากที่สุด ซึ่งอาจดำเนินการพิจารณาโดยประสานงานกับฝ่ายบริหารได้ด้วยวิธีการนำเสนอผู้เชี่ยวชาญ (amicus curiae) ได้แก่ พยานผู้เชี่ยวชาญที่ขึ้นทะเบียนเป็นผู้เชี่ยวชาญไว้ที่ศาล ซึ่งส่วนใหญ่มักเป็นผู้เชี่ยวชาญทางเทคนิค มีใช้ทางกฎหมายระหว่างประเทศ และพยานผู้เชี่ยวชาญที่มีได้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้เชี่ยวชาญไว้ที่ศาล ซึ่งพยานในกลุ่มนี้ยังแยกออกเป็นสองประเภทย่อย คือ พยานผู้เชี่ยวชาญเอกเทศ ซึ่งมักจะเป็นผู้เชี่ยวชาญในสาขาวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง และพยานผู้เชี่ยวชาญของราชการผู้รับผิดชอบในสาขานั้นๆ เช่น ด้านกฎหมายระหว่างประเทศก็จะมีผู้เชี่ยวชาญจากกรมสนธิสัญญาและกฎหมายจากกระทรวงการต่างประเทศ เป็นต้น⁶⁴ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ศาลเห็นว่ากฎหมายภายในที่รัฐสภาตราขึ้นในภายหลังมีข้อความเป็นการขัดหรือแย้งต่อพันธกรณีตามหนังสือสัญญาโดยชัดแจ้ง ศาล

⁶³ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI), รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง “การศึกษาผลกระทบและแนวทางการปรับตัวของ SMEs ไทยต่อการทำข้อตกลงการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา,” เสนอต่อ สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (สสว.), 2548, น. xiii-xxviii.

⁶⁴ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 30*, น. 56-57.

ย่อมไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากจะต้องนำกฎหมายภายในมาใช้บังคับแก่คดีทั้งนี้เป็นไปตามหลักการตีความกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า ซึ่งกรณีเช่นนี้ย่อมนำไปสู่ความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศได้เช่นกัน

นอกจากนี้ ผู้เขียนพบว่ากลไกการตรวจสอบความสอดคล้องระหว่างพันธกรณีตามหนังสือสัญญา กับกฎหมายภายในของฝ่ายบริหารซึ่งถือว่าเป็นกลไกป้องกันสำคัญที่สุดในปัจจุบัน กลับมีกระบวนการทำงานที่ขาดความชัดเจนแน่นอน โดยเฉพาะการทำงานของคณะกรรมการพิเศษเพื่อพิจารณาหนังสือ คณะกรรมการชุดนี้จะทำหน้าที่ให้ความเห็นทางกฎหมายก่อนการเข้าเป็นภาคีตามหนังสือสัญญาแต่ละฉบับ นอกจากนี้ยังทำหน้าที่พิจารณาว่าหนังสือสัญญาฉบับใดต้องเสนอขอความเห็นชอบต่อรัฐสภา ทำหน้าที่พิจารณาว่าสมควรจะต้องมีการออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามข้อตกลงหรือต้องแก้กฎหมายภายในฉบับใดเพื่อรองรับกับพันธกรณีในหนังสือสัญญาที่จะเข้าเป็นภาคี ทำหน้าที่ตรวจสอบถ้อยคำของหนังสือสัญญาก่อนที่จะลงนามหรือให้สัตยาบัน และภายหลังจากที่หนังสือสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในรัฐแล้วหากมีปัญหาในเรื่องการตีความคณะกรรมการพิเศษชุดนี้ก็จะให้ความเห็นในเรื่องการตีความด้วย ดังนั้น คณะกรรมการพิเศษชุดนี้จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งโดยเฉพาะในส่วนเกี่ยวกับการพิจารณาว่าหนังสือสัญญาที่จะทำแต่ละฉบับมีผลกระทบต่อกฎหมายภายในหรือไม่ และในทางปฏิบัติ กรรมการบางท่านก็ให้ความเห็นชอบไปถึงเรื่องความเหมาะสมที่จะทำสนธิสัญญาฉบับนั้นๆ ด้วยเช่นกัน แต่อย่างไรก็ดีไม่ว่าคณะกรรมการพิเศษเพื่อพิจารณาหนังสือสัญญาจะมีความสำคัญเช่นไร การทำงานของคณะกรรมการพิเศษก็ขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของกรมสนธิสัญญาและกฎหมายว่าจะปรึกษาคณะกรรมการพิเศษนี้หรือไม่อีก นอกจากนี้ ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีชุดที่แต่งตั้งนั้นสิ้นสุดลง ย่อมส่งผลทำให้การทำหน้าที่ของคณะกรรมการสิ้นสุดลงไปด้วย หากคณะรัฐมนตรีชุดใหม่ประสงค์จะให้คณะกรรมการชุดใดปฏิบัติหน้าที่ต่อไปก็จะต้องมีมติคณะรัฐมนตรียืนยันอีกครั้งหนึ่ง⁶⁵ จึงแสดงให้เห็นว่าการทำงานขององค์กรภายในฝ่ายบริหารยังคงขาดความชัดเจนและแน่นอนเพราะต้องขึ้นอยู่กับมติของกรมสนธิสัญญาและกฎหมายอีกชั้นหนึ่ง จึงทำให้เกิดปัญหาว่ากลไกในการตรวจสอบความสอดคล้องระหว่างพันธกรณีตามหนังสือสัญญากับกฎหมายภายในของฝ่ายบริหารที่ปราศจากการถ่วงดุลอำนาจและขาดความชัดเจนแน่นอนเช่นนี้จะสามารถป้องกันมิให้กฎหมายภายในขัดต่อพันธกรณีตามหนังสือสัญญาได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่

⁶⁵ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, “กระบวนการทำสนธิสัญญาและการปรับใช้สนธิสัญญาในทางปฏิบัติของประเทศไทย,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3 ปีที่ 26, น. 619-620, (กันยายน 2539).

ดังนั้น เพื่อมิให้ประเทศไทยต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอว่า สมควรกำหนดให้กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาในระบบกฎหมายไทยมีสถานะเป็นกฎหมายพิเศษดังเช่นในระบบกฎหมายเยอรมัน โดยการนี้สมควรกำหนดให้การทำหนังสือสัญญาประเภทที่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ ต้องเสนอร่างพระราชบัญญัติบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาพร้อมกับร่างหนังสือสัญญาเพื่อขอความเห็นชอบจากรัฐสภาทุกครั้ง ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับนี้จะมีผลเป็นการแปลงรูปหนังสือสัญญาให้เข้ามาเป็นกฎหมายภายในทั้งฉบับ และจะมีสถานะเป็นกฎหมายพิเศษเพราะเป็นกฎหมายซึ่งมีเนื้อหาและสาระสำคัญเพื่อใช้บังคับกับเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ โดยร่างพระราชบัญญัติซึ่งจะกลายมาเป็นกฎหมายพิเศษได้นั้นต้องอยู่ในรูปของร่างพระราชบัญญัติให้ใช้หนังสือสัญญา หรืออยู่ในรูปของร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการซึ่งแปลงเนื้อความในหนังสือสัญญาทั้งฉบับมาเป็นถ้อยคำในภาษาไทย และนำมาเรียบเรียงใหม่ให้อยู่ในรูปของการตราพระราชบัญญัติไทยเท่านั้น หากฝ่ายบริหารเลือกใช้วิธีการเสนอร่างพระราชบัญญัติซึ่งรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาเสนอต่อรัฐสภาเพื่อดำเนินการแก้ไขพร้อมกันหลายๆ ฉบับ ย่อมไม่ทำให้พระราชบัญญัติเหล่านั้นมีสถานะเป็นกฎหมายพิเศษได้ดังที่ผู้เขียนเคยวิเคราะห์มาแล้วในข้างต้น