

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ในนิติรัฐ ซึ่งเป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายและยอมผูกพันการกระทำใดๆ ของตนกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายที่รัฐตราขึ้นและประกาศใช้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ องค์กร
เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในฐานะเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรของรัฐจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของ
กฎหมายและมีหน้าที่ดำเนินการปกครองให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือเป็นไปตาม
หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น “กฎหมาย” จึงเป็นทั้งแหล่งที่มาและ
เป็นข้อจำกัดอำนาจการกระทำของฝ่ายปกครองและเพื่อให้หลักการดังกล่าวมีผลในทางปฏิบัติ
การกระทำทางปกครองย่อมถูกตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการหรือศาลซึ่งจะทำหน้าที่ใช้บังคับ
กฎหมายเพื่อตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองอีกครั้งหนึ่งว่าเป็นไปตามหลักความชอบด้วย
กฎหมายหรือไม่ ในการพิจารณาว่ากฎเกณฑ์ต่างๆ ที่ศาลนำมาใช้เพื่อตรวจสอบความชอบด้วย
กฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้นเป็นกฎหมายหรือไม่ ต้องพิจารณาว่ากฎเกณฑ์เหล่านั้นได้
ผ่านแบบพิธีในการทำให้กฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นกฎหมายหรือผ่านบ่อเกิดของกฎหมายแล้วหรือไม่
หากกฎเกณฑ์ดังกล่าวผ่านบ่อเกิดของกฎหมายแล้วกฎเกณฑ์นั้นย่อมเป็นกฎหมายที่ศาลสามารถ
นำไปใช้เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในฐานะเป็นแหล่งที่มา
และเป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองได้ กล่าวคือ การกระทำของรัฐในรูปของการออก
กฎหมายจะต้องมาก่อนการกระทำต่างๆ ของรัฐซึ่งรวมถึงการกระทำของฝ่ายปกครอง การกระทำ
ของฝ่ายปกครองจึงขัดหรือแย้งกับกฎหมายทั้งหลายที่ใช้บังคับอยู่ไม่ได้ และในขณะเดียวกันฝ่าย
ปกครองจะกระทำใดๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจเท่านั้นซึ่งกฎหมายดังกล่าวต้อง
สอดคล้องกับกฎหมายในลำดับชั้นที่สูงกว่าเช่นกัน

อย่างไรก็ดี ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองนอกจากจะต้องผูกพันต่อกฎ
หมายซึ่งเป็นผลมาจากการใช้อำนาจอธิปไตยภายในประเทศแล้ว หากรัฐได้ยอมจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตย
ของตนด้วยการทำสนธิสัญญากับรัฐต่างประเทศเพื่อสร้างความผูกพันกันทางระหว่างประเทศแล้ว
สนธิสัญญาย่อมเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศอย่างหนึ่งซึ่งผูกพัน
การใช้อำนาจรัฐขององค์กรของรัฐทุกองค์กรให้ต้องเคารพและปฏิบัติตามทั้งนี้เป็นไปตามหลัก

สัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) แต่การที่สนธิสัญญาจะเป็นแหล่งที่มาและข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองโดยตรงหรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับว่ารัฐธรรมนูญของประเทศนั้นๆ กำหนดให้สนธิสัญญาเป็นบ่อเกิดอย่างหนึ่งของกฎหมายภายในรัฐหรือไม่ หากรัฐธรรมนูญกำหนดให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายโดยตรงดังเช่นระบบเอกนิยมแล้วสนธิสัญญาย่อมเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองประเภทหนึ่งของรัฐเช่นกัน แต่ในระบบทวินิยมนั้นสนธิสัญญามีได้เป็นบ่อเกิดของกฎหมายภายในรัฐแต่อย่างใด การที่สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับภายในประเทศได้ก็ต่อเมื่อรัฐนั้นได้ออกกฎหมายมาอนุวัติการหรือรองรับพันธกรณีในสนธิสัญญาเสียก่อน กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาจึงเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองมิใช่สนธิสัญญาดังเช่นในระบบเอกนิยม

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบทวินิยม การที่หนังสือสัญญาจะมีผลใช้บังคับภายในรัฐได้ก็แต่โดยการออกกฎหมายแปลงรูปหนังสือสัญญาให้เข้ามาเป็นกฎหมายภายในซึ่งกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาเหล่านี้อาจอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติอนุวัติการหรือรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญา จากการศึกษาปัญหาการเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองของกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาในระบบกฎหมายไทยผู้เขียนพบว่าอาจแยกพิจารณาออกได้เป็นสองกลุ่มคือ

กลุ่มแรก ปัญหาการใช้บังคับกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาโดยองค์กรตุลาการ อาจแบ่งออกได้เป็นสองกรณีคือ

(1) ปัญหาการใช้บังคับกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาซึ่งมีปัญหาความสมบูรณ์ตามกฎหมายภายใน

โดยทั่วไปแล้ว ศาลไทยจะใช้บังคับกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาซึ่งอาจอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติอนุวัติการตามหนังสือสัญญาหรืออยู่ในรูปของพระราชบัญญัติรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาไว้เป็นการล่วงหน้าในฐานะเป็นที่มาหรือเป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตาม หากกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาเป็นกฎหมายที่ไม่ได้ดำเนินการให้เป็นไปตามเงื่อนไขของการทำให้หนังสือสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐโดยถูกต้องย่อมทำให้พันธกรณีตามหนังสือสัญญาไม่มีผลใช้บังคับภายในประเทศ ดังนั้นศาลจึงไม่อาจนำพันธกรณีตามหนังสือสัญญามาปรับใช้เพื่อวินิจฉัยคดีได้

จากการศึกษาพบว่าปัญหาความสมบูรณ์ของหนังสือสัญญาตามกฎหมายภายใน มีสาเหตุสำคัญมาจากความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะอย่างยิ่งความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับกระบวนการแปลงรูปหนังสือสัญญาให้เป็นกฎหมายของรัฐ ส่งผลทำให้ฝ่ายบริหาร

อาศัยเป็นช่องว่างเพื่อทำหนังสือสัญญาบางประเภทโดยไม่เป็นไปตามขั้นตอนและวัตถุประสงค์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ จึงทำให้หนังสือสัญญาและพระราชบัญญัติอนุวัติการที่ทำขึ้นไม่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายภายใน

นอกจากนี้ การที่รัฐสภาออกพระราชบัญญัติซึ่งมีบทบัญญัติรองรับพันธกรณีตามหนังสือสัญญาไว้เป็นการล่วงหน้าในลักษณะเป็นการมอบอำนาจในการกำหนดเนื้อหาของพระราชบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารโดยปราศจากเงื่อนไขและไม่มีขอบเขตย่อมนำไปสู่ปัญหาความขัดแย้งรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่งการบัญญัติกฎหมายในลักษณะเช่นนี้ทำให้ฝ่ายบริหารอาศัยเป็นช่องทางเพื่อทำหนังสือสัญญากับต่างประเทศอย่างกว้างขวางโดยที่รัฐสภาไม่ได้รับทราบถึงเนื้อหาของหนังสือสัญญาเหล่านั้นแต่อย่างใด นอกจากจะทำให้การทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารมีความเสี่ยงต่อการขัดต่อกฎหมายภายในแล้วยังอาจทำให้รัฐสภามีความเสี่ยงที่จะตรากฎหมายซึ่งมีข้อความเป็นการหรือแย้งต่อพันธกรณีในหนังสือสัญญาในภายหลังอีกด้วย ปัญหาตามที่ได้กล่าวมานี้ล้วนส่งผลทำให้พันธกรณีตามหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันไว้ไม่ได้มีผลใช้บังคับภายในประเทศ ศาลจึงไม่อาจนำพันธกรณีตามหนังสือสัญญามาปรับใช้เพื่อวินิจฉัยคดีได้และทำให้ประเทศไทยต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ

(2) ปัญหาการใช้บังคับกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาตามกฎหมายภายใน

เมื่อหนังสือสัญญาได้รับการแปลงรูปเข้ามาเป็นกฎหมายของรัฐแล้ว หนังสือสัญญาย่อมมีผลบังคับและลำดับชั้นเป็นไปตามกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาซึ่งอาจเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรองก็ได้ ดังนั้น ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ ในกรณีที่กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญามีข้อความขัดหรือแย้งกับกฎหมายภายในที่ตราขึ้นภายหลัง กรณีนี้ศาลย่อมต้องใช้และตีความกฎหมายตามหลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่าซึ่งอาจส่งผลทำให้พันธกรณีตามสนธิสัญญาในเรื่องนั้นไม่มีผลใช้บังคับภายในรัฐและทำให้ประเทศไทยต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศเช่นกัน

กลุ่มที่สอง ปัญหากรณีที่ต้องครุฑลาการใช้บังคับหนังสือสัญญาโดยไม่มีกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญา

จากการศึกษาพบว่า ในทางปฏิบัติของศาลไทย ปรากฏว่าในบางคดีศาลไทยยอมรับและใช้บังคับหนังสือสัญญาประเภทกฎหมาย (law-making treaty) ซึ่งเป็นการรวบรวมหรือก่อให้เกิดเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะเหตุว่าหนังสือสัญญาเหล่านั้นมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ศาลสามารถนำมาใช้

บังคับกับคดีได้ โดยไม่คำนึงว่าประเทศไทยจะเป็นภาคีในหนังสือสัญญาหรือไม่และไม่คำนึงว่าพันธกรณีในหนังสือสัญญานั้นจะมีการออกพระราชบัญญัติอนุวัติการหรือรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาหรือไม่ อย่างไรก็ดี ในคำพิพากษาของศาลไทยก็ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าศาลยอมรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายเหล่านี้ในฐานะเป็นหนังสือสัญญา หรือเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า กรณีนี้ศาลปกครองอาจนำกฎเกณฑ์ในหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายมาใช้บังคับในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองได้ อย่างไรก็ดี ปัญหาว่าศาลปกครองจะรับรู้ถึงความมีอยู่ของจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศแค่ไหนเพียงไรนั้นย่อมขึ้นอยู่กับความรู้และความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านของผู้พิพากษาเป็นสำคัญ ซึ่งอาจส่งผลทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้รับความคุ้มครองจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองอย่างเต็มที่

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากสภาพปัญหาตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวดังต่อไปนี้

5.2.1 ข้อเสนอให้การทำหนังสือสัญญาประเภทที่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาต้องมีการเสนอร่างพระราชบัญญัติมาพร้อมกันทุกครั้ง

5.2.1.1 ในกรณีที่เป็นการทำหนังสือสัญญาประเภทที่ต้องมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ฝ่ายบริหารควรนำร่างหนังสือสัญญาและร่างพระราชบัญญัติบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาเสนอต่อรัฐสภาพร้อมกันเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบทุกครั้งโดยไม่ต้องคำนึงว่าพันธกรณีในหนังสือสัญญาฉบับนั้นจะมีกฎหมายภายในรองรับไว้หรือไม่ ซึ่งอาจทำได้ด้วยการกำหนดข้อความเพิ่มเติมในมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญโดยบัญญัติว่า

“...หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน

หรืองบประมาณของประเทศ อย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาในรูปของพระราชบัญญัติ ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่รับเรื่องดังกล่าว...

การดำเนินการเช่นนี้นอกจากเป็นการสร้างหลักประกันว่าหนังสือสัญญาจะได้รับการปฏิบัติตามภายในรัฐในรูปของพระราชบัญญัติแล้ว การที่รัฐสภาได้ทราบถึงสาระสำคัญของหนังสือสัญญายังเป็นการป้องกันมิให้รัฐสภาตรวจกฎหมายภายหลังที่มีข้อความเป็นการขัดหรือแย้งกับพันธกรณีตามหนังสือสัญญาได้อีกด้วย

5.2.1.2 ร่างพระราชบัญญัติที่ฝ่ายบริหารควรเสนอเข้ามาพร้อมกับร่างหนังสือสัญญานั้นอาจมีลักษณะเป็นพระราชบัญญัติให้ใช้หนังสือสัญญา หรือเป็นพระราชบัญญัติฉบับใหม่ซึ่งแปลงเนื้อหาของหนังสือสัญญาทั้งหมดมาเป็นถ้อยคำในภาษาไทยก็ได้ อย่างไรก็ตาม หากฝ่ายบริหารตัดสินใจแปลงรูปหนังสือสัญญาโดยการนำร่างพระราชบัญญัติซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับพันธกรณีในหนังสือสัญญาหลายๆ ฉบับมาแก้ไขเพื่อรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาฉบับนั้น ผู้เขียนเห็นว่าย่อมไม่สามารถสร้างหลักประกันว่าพระราชบัญญัติซึ่งรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาจะมีเนื้อหาครอบคลุมหรือมีข้อความขัดหรือแย้งกับพันธกรณีในหนังสือสัญญาหรือไม่ และอาจเป็นการเสี่ยงต่อการขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติฉบับอื่นซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น

ในกรณีที่มีการแปลงรูปหนังสือสัญญาอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติให้ใช้หนังสือสัญญา และตัวหนังสือสัญญาซึ่งผนวกเป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัติฉบับนั้นเป็นภาษาต่างประเทศ กรณีนี้ต้องแปลถ้อยคำในหนังสือสัญญาเป็นถ้อยคำในภาษาไทยเสียก่อนจึงจะประกาศพระราชบัญญัติให้ใช้หนังสือสัญญาในราชกิจจานุเบกษาเพื่อให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

5.2.1.3 การตราพระราชบัญญัติให้ใช้หนังสือสัญญา หรือการตราพระราชบัญญัติซึ่งแปลงใจความหนังสือสัญญาทั้งฉบับมาเป็นถ้อยคำในภาษาไทยจะมีผลทำให้พระราชบัญญัติทั้งสองรูปแบบมีสถานะเป็นกฎหมายพิเศษซึ่งทำให้ศาลไทยต้องใช้บังคับแก่คดีก่อนพระราชบัญญัติฉบับอื่นซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป อย่างไรก็ตาม สถานะของการเป็นกฎหมายพิเศษนี้จะไม่เกิดขึ้นหากฝ่ายบริหารใช้วิธีการแปลงรูปหนังสือสัญญาให้เป็นกฎหมายภายในโดยการนำพระราชบัญญัติหลายๆ ฉบับมาแก้ไขเพื่อรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาหรือใช้วิธีการตราพระราชบัญญัติรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาไว้เป็นการล่วงหน้า

5.2.2 ข้อเสนอให้มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญกำหนดให้หลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน และมีผลผูกพันองค์กรฝ่ายตุลาการและประชาชนภายในรัฐโดยตรง

เพื่อให้การปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการกระทำโดยมิชอบของฝ่ายปกครองเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ผู้เขียนขอเสนอว่าสมควรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยรับรองให้จารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในทำนองเดียวกับรัฐธรรมนูญเยอรมัน โดยอาจบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในรัฐธรรมนูญว่า “หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายในกฎหมายระหว่างประเทศให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อประชาชน” ซึ่งการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเช่นนี้จะทำให้ศาลปกครองสามารถนำหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งอาจถูกรับรองหรือก่อให้เกิดขึ้นโดยผลของหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายมาใช้บังคับแก่คดีได้โดยตรง วิธีการเช่นนี้เป็นการเพิ่มขอบเขตของบ่อเกิดของกฎหมายปกครองในความหมายที่ศาลปกครองจะมีมาตรวัดความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองจากหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายได้โดยตรง แม้ว่าประเทศไทยมิได้เข้าเป็นภาคีหนังสือสัญญาและไม่มีกฎหมายภายในรองรับหนังสือสัญญานั้นก็ตาม ซึ่งส่งผลเป็นการเพิ่มความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลภายในประเทศให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น

อย่างไรก็ดี เมื่อประเทศไทยใช้ระบบประมวลกฎหมาย การใช้บังคับหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศของศาลปกครองจึงต้องใช้ตามลำดับชั้นแห่งกฎหมาย คือ ศาลปกครองจะใช้บังคับหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศได้ก็ต่อเมื่อไม่มีกฎหมายภายในซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรรองรับเรื่องดังกล่าวไว้เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ หลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศถือเป็นบทสำรองจากการใช้กฎหมายภายในซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร หากเป็นกรณีที่มีกฎหมายภายในซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรรองรับหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องดังกล่าว หรือมีกฎหมายภายในซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่มีข้อความไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องนั้น กรณีนี้ศาลปกครองจะต้องใช้กฎหมายภายในซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเสมอ และอาจทำให้ประเทศไทยต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศเนื่องจากฝ่าฝืนจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีความผูกพันได้

