



## รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์

กลไกในการตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในการเจรจาความตกลง  
การค้าเสรี

(โครงการ “การมีส่วนร่วมของประชาชนและ  
กลไกในการลดผลกระทบด้านลบจากการทำความตกลงการค้าเสรี”)

เสนอต่อ

สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.)

โดย

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และชาติชาย เชษฐสุขมน

กันยายน 2549



## รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์

กลไกในการตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในการเจรจาความตกลงการค้าเสรี

ชุดโครงการ “การมีส่วนร่วมของประชาชนและ  
กลไกในการลดผลกระทบด้านลบจากการทำความตกลงการค้าเสรี”

### คณะผู้วิจัย

- |                             |                                     |
|-----------------------------|-------------------------------------|
| 1. ดร. จันทจิรา เอี่ยมมยุรา | คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ |
| 2. ดร. ชาทิชาย เชนฐสมน      | คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ |

สนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.)

(ความเห็นในรายงานนี้เป็นของผู้วิจัย สกว. ไม่จำเป็นต้องเห็นด้วยเสมอไป)

## บทสรุปผู้บริหาร

การทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี (Free Trade Agreement: FTA) กับนานาประเทศ เป็นนโยบายต่างประเทศที่สำคัญของประเทศไทยในขณะนี้และในอนาคต แต่ปรากฏว่าประเทศไทยต้องประสบกับปัญหาสำคัญๆ หลายประการเกี่ยวกับการทำความตกลงระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าว

นอกจากการขาดแคลนข้อมูลพื้นฐานด้านเศรษฐกิจและสังคมที่จำเป็นในการเจรจาต่อรองแล้ว ปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งในการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีคือปัญหาอรรถมาภิบาล ความไม่โปร่งใส ไม่เปิดเผย และประชาชนหรือผู้แทนปวงชนไม่ได้มีโอกาสเข้าร่วมกับฝ่ายบริหารอย่างเพียงพอในขั้นตอนกระบวนการในการทำความตกลงฯ ดังกล่าว ซึ่งอาจจะเรียกโดยรวมได้ว่าเป็นปัญหาความไม่เป็นประชาธิปไตยของกระบวนการทำสนธิสัญญาและความตกลงทางการค้าระหว่างประเทศของไทย

สาเหตุของปัญหาความไม่เป็นประชาธิปไตยของกระบวนการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีดังกล่าวเกิดจากเหตุผล 4 ประการใหญ่ๆ จากการศึกษาวิจัยกฎหมายของประเทศต่างๆ รวม 4 ประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์และฝรั่งเศสแล้ว คณะผู้วิจัยได้เสนอแนวทางแก้ไขปัญหาความไม่เป็นประชาธิปไตยในการทำความตกลงฯ ดังกล่าว ดังต่อไปนี้

1. ปัญหาอันเกิดจากการไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดประเภทของสนธิสัญญาไว้ให้ชัดเจนแน่นอนว่าสนธิสัญญาประเภทใดบ้างเป็นสนธิสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนที่รัฐบาลจะสามารถลงนามผูกพันได้ และในกรณีที่มีข้อขัดแย้งระหว่างรัฐสภาและรัฐบาลเกี่ยวกับปัญหาการตีความรัฐธรรมนูญดังกล่าว องค์การใดจะมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าว

คณะผู้วิจัยเห็นว่าควรบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้ชัดเจนว่าสนธิสัญญาดังต่อไปนี้ ต้องเสนอขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนแสดงเจตนาผูกพัน เนื่องจากเป็นสนธิสัญญาที่มีความสำคัญโดยสภาพแห่งเรื่อง (Nature of things)

- สนธิสัญญาทางการค้า
- สนธิสัญญาซึ่งมีผลผูกพันรายจ่ายและการคลังของประเทศ
- สนธิสัญญาซึ่งมีบทแก้ไขเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติ (ต้องเสนอร่างพระราชบัญญัติมาพร้อมกับร่างสนธิสัญญาด้วย)
- สนธิสัญญาซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล
- สนธิสัญญาซึ่งมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐ

นอกจากนี้ ควรกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดในกรณีที่มีข้อสงสัยว่าสนธิสัญญาฉบับใดเป็นสนธิสัญญาประเภทที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ ไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย

2. ปัญหาว่าประเทศไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดเกี่ยวกับกระบวนการในการทำสนธิสัญญาบางประเภทโดยเฉพาะอย่างยิ่งความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี (FTA) เพื่อให้กระบวนการในการทำสนธิสัญญาทางการค้ามีเนื้อหาที่เป็นประชาธิปไตย ขณะเดียวกันก็มีความคล่องตัวและมีประสิทธิภาพ

กล่าวคือ แม้ว่าข้อ 1. ข้างต้นจะเสนอให้บัญญัติในรัฐธรรมนูญให้ชัดเจนว่าสนธิสัญญาทางการค้าเป็นสนธิสัญญาที่ต้องเสนอขออนุมัติต่อรัฐสภา แต่เพื่อประโยชน์ของรัฐและเพื่อความคล่องตัว รัฐบาลอาจขอให้รัฐสภาตรากฎหมายสำหรับการทำสนธิสัญญาทางการค้าบางประเภทก็ได้ เช่นความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวจะมอบอำนาจให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจเจรจาทำความตกลงทางการค้าภายใต้กรอบที่รัฐสภาได้อนุมัติไว้แล้ว ทำนองเดียวกับกฎหมาย Trade Promotion Act 2002 ของสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นและคล่องตัวในการทำความตกลงระหว่างประเทศประเภทนี้แก่ฝ่ายบริหาร

นอกจากนี้ กฎหมายฉบับดังกล่าวควรกำหนดขั้นตอนกระบวนการที่เปิดโอกาสให้กลุ่มผลประโยชน์ องค์กรภาคประชาชน ตลอดจนผู้ที่จะมีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นได้รับทราบข้อมูลที่เป็นจากรัฐบาล และได้เข้าร่วมแสดงความคิดเห็นอย่างรอบด้านก่อนการตัดสินใจทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีในเรื่องนั้นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายดังกล่าวควรกำหนดว่ารัฐสภาจะเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีในขั้นตอนใดและอย่างไร ทั้งนี้ เพื่อให้มีกลไกที่เหมาะสมในการตรวจสอบรัฐบาลหรือฝ่ายบริหารว่าการตัดสินใจทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีแต่ละฉบับเป็นไปโดยรอบคอบรัดกุมและวางอยู่บนผลประโยชน์ของประชาชนและประเทศเป็นหลัก

3. ปัญหาว่าประเทศไทยไม่มีหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญและเป็นอิสระจากอำนาจบริหาร (Independent Administrative Authority: IAA) ที่จะรับผิดชอบโดยตรงในการศึกษาวิจัยและนำเสนอรายงานเกี่ยวกับผลกระทบด้านดีและด้านเสียที่จะเกิดกับเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และสิ่งแวดล้อมของประเทศ การประกอบอาชีพและวิถีการดำรงชีวิตของประชาชน รวมทั้งประโยชน์ที่ประเทศจะได้รับจากการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี (National Interest Analysis Report: NIA) ซึ่งมาจากการศึกษารวบรวมข้อมูลทุกด้าน ตลอดจนการเปิดรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย

นอกจากนี้ หน่วยงานดังกล่าวควรเป็นผู้จัดทำรายงานแสดงผลกระทบเกี่ยวกับกฎหมายภายในของรัฐ (Regulation Impact Statement: RIS) และพันธกรณีอื่นเนื่องมาจากการทำสนธิสัญญาความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี เสนอต่อรัฐบาลประกอบการตัดสินใจ

โดยนัยเดียวกันนี้ ในส่วนของรัฐสภาเองก็ควรต้องมีหน่วยงานที่ทำงานในลักษณะวิชาการและเป็นศูนย์รวบรวมข้อมูลด้านสนธิสัญญา เพื่อทำหน้าที่ศึกษาวิเคราะห์สนธิสัญญาและรายงานความเห็นในประเด็นต่าง ๆ ต่อรัฐสภาประกอบการพิจารณาเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบสนธิสัญญาที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนเช่นกัน

คณะผู้วิจัยเห็นว่าควรจัดตั้งหน่วยงานของรัฐที่มีความเชี่ยวชาญและมีอิสระดังกล่าวทั้งในฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ เพื่อทำหน้าที่เป็นมันสมองให้แก่องค์กรอำนาจอธิปไตยทั้งสองแห่งนี้นอกเหนือไปจากการทำงานของกระทรวงการต่างประเทศและกรมเจรจาการค้า กระทรวงพาณิชย์ และคณะกรรมการกิจการต่างประเทศของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ทั้งนี้ เพื่อให้การพิจารณาดัดสินใจว่าประเทศไทยควรจะเข้าเป็นคู่สัญญาในความตกลงทางการค้าฉบับใดและกับประเทศใด เป็นไปโดยความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องและวางอยู่บนพื้นฐานข้อเท็จจริงของประเทศไทยทั้งของฝ่ายบริหารและฝ่ายผู้แทนปวงชน ซึ่งจะเป็นหลักประกันว่าประเทศจะไม่เดินไปสู่ความหายนะทางเศรษฐกิจและสังคมโดยง่าย

4. ปัญหาประการสุดท้าย คือการที่ได้มีการจัดทำคู่มือการปฏิบัติงาน (Guideline) ของฝ่ายบริหาร เพื่อกำหนดแนวทางการทำงานของกระทรวงการต่างประเทศ และของกระทรวงทบวง กรม ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้เกิดความถูกต้องชัดเจนในการปฏิบัติงาน อีกทั้งฝ่ายรัฐสภาก็ได้จัดทำเอกสารทำนองเดียวกันนี้ให้แก่สมาชิกเพื่อประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายรัฐบาลด้วย

คณะผู้วิจัยเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการตรากฎหมายว่าด้วยการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีนั้นยังไม่เพียงพอในทางปฏิบัติเท่าใดนัก การจัดทำคู่มือการปฏิบัติงานจะช่วยให้เกิดความชัดเจนแน่นอนในการทำงานมากยิ่งขึ้น เพราะแต่ละฝ่ายจะเข้าใจบทบาทหน้าที่ของตนในกระบวนการทำความตกลงฯ ได้ถูกต้องแม่นยำยิ่งขึ้น วิธีนี้จะส่งผลทางอ้อมให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพและประโยชน์ของประชาชนได้รับการคุ้มครองมากยิ่งขึ้นด้วยเช่นเดียวกับในประเทศที่เป็นกรณีศึกษา

## EXECUTIVE SUMMARY

Pursuing free trade agreements (FTAs) with other countries is an important foreign policy of Thailand both in the present and the future. However, Thailand has encountered a number of major problems while undertaking FTAs. Apart from lacking basic economic and social data necessary for the negotiations, one crucial problem is bad governance—the intransparency and the secrecy of the FTA process, and inadequate opportunities for the public and their representatives to cooperate with the administrators during the process. Overall, this problem can be called the anti-democracy of the FTA process.

There are 4 root causes behind this problem. From the research on law of the United States, Australia, New Zealand and France, the researchers make the following recommendations:

1. The Constitution does not clearly specify the types of treaties for which the government must obtain parliamentary approval before the signings, and the agency who has the final authority to settle the dispute in the case of disagreement between the Parliament and the Cabinet concerning the interpretation of the Constitution.

The researchers propose that the Constitution should enumerate clearly that the following treaties must be approved by the Parliament before the government can express the intent to oblige:

- Trade treaties
- Treaties that affect public expenditure and finance
- Treaties that require the amendment of an Act (the draft of the Act must be attached to the treaty)
- Treaties that affect rights and liberty of a person
- Treaties that stipulate a change in the Thai territories or the jurisdiction of the state

In addition, the Constitution should grant the Constitutional Court the final authority to judge whether the treaties in doubt require the Parliament's approval.

2. Thailand does not have law that regulates the process of certain treaties, especially FTAs, to promote flexibility and efficiency.

Although the Constitution required that trade treaties must seek endorsements from the Parliament, the government may request the Parliament to enact certain acts to facilitate the process of trade treaties such as FTAs. In the same manner as the Trade Promotion Act 2002 of the United States, such acts should grant the Cabinets the authority to negotiate FTAs under the framework previously approved by the Parliament to promote flexibility and mobility in making similar international agreements.

Such acts should also specify the process that allows interest groups and NGOs as well as stakeholders the opportunities to receive necessary information from the government and express their opinions on every aspect before decisions regarding FTAs are made. This will provide the appropriate mechanisms to inspect the government to ensure that each FTA is conscientiously made for the benefits of the Thai people and the country.

3. There is no specialized government agency to be assigned responsibility to conduct research, gather economic and social data, perform National Interest Analysis (NIA), and listen to opinions of every party involved. The mission of such agency is to create the Regulation Impact Statement (RIS), which identify possible impacts from FTAs, and submit the RIS to the government to aid its decisions regarding FTAs. The Parliament also has no academic agency to support its decisions when major FTAs are submitted for approvals.

Apart from the Ministry of Foreign Affairs and the Department of trade negotiation, Ministry of Commerce, the researchers suggest that working committees should be appointed to act as the “think tanks” for the government and the Parliament. These committees will help administrators and public representatives proceed with correct understanding and efficiency, which will guarantee that the country will not easily succumb to economic and social disasters, as they consider the countries with which Thailand should have trade agreements.

4. The administration has no guideline on which the working schemes of the Ministry of Foreign Affairs and of related departments and Ministries can be based, in order to ensure clarity and precision of their works. Neither does the Parliament provide its members with any guideline for inspecting the government.

In practice, the amendment of Constitution on the issue of FTAs is not enough. Guidelines will help clarify the responsibilities of each agency and deepen the understanding of its roles in the FTA process. This will indirectly ensure a better protection of individuals' rights, liberties, and benefits in the same manner as the countries that are the case studies of this research.

## สารบัญ

|                                                                                           | หน้า |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| บทสรุปผู้บริหาร .....                                                                     | i    |
| EXECUTIVE SUMMARY .....                                                                   | iv   |
| บทที่ 1 บทนำ .....                                                                        | 1    |
| 1.1 หลักการและเหตุผล .....                                                                | 2    |
| 1.2 วัตถุประสงค์ .....                                                                    | 2    |
| 1.3 ขอบเขตในการวิจัย .....                                                                | 2    |
| 1.4 เนื้อหาและโครงสร้างของรายงาน .....                                                    | 4    |
| 1.5 คณะผู้วิจัย .....                                                                     | 5    |
| บทที่ 2 องค์การที่มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี .....              | 6    |
| ความนำ: ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีคืออะไร มีความแตกต่างกับสนธิสัญญาประเภทอื่นอย่างไร       |      |
| 2.1 องค์การที่มีอำนาจในการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี: สหรัฐอเมริกา .....                 | 10   |
| 2.2 องค์การที่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญา: ออสเตรเลีย .....                                   | 10   |
| 2.3 องค์การที่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญา: นิวซีแลนด์ .....                                   | 11   |
| 2.4 องค์การที่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญา: สาธารณรัฐฝรั่งเศส .....                            | 12   |
| 2.5 องค์การที่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญา: ไทย .....                                          | 13   |
| บทที่ 3 กระบวนการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี .....                                        | 14   |
| 3.1 กระบวนการในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศโดยทั่วไป ....                      | 14   |
| 3.1.1 การริเริ่ม (Initiative) .....                                                       | 15   |
| 3.1.2 การตัดสินใจ (Decision) .....                                                        | 15   |
| 3.1.3 การเจรจา (Negotiation) .....                                                        | 16   |
| 3.1.4 การวางโครงร่าง (Drafting) .....                                                     | 16   |
| 3.1.5 การยอมรับ (Adoption) .....                                                          | 17   |
| 3.1.6 การรับรองความถูกต้องแท้จริง (Authentication) .....                                  | 17   |
| 3.1.7 การขอความเห็นชอบจากรัฐสภา (Approbation) .....                                       | 18   |
| 3.1.8 การให้ความยินยอมที่จะผูกพันตามความตกลง<br>(Expression of Consent to be bound) ..... | 20   |
| 3.1.9 การจดทะเบียนสนธิสัญญากับสหประชาชาติ .....                                           | 22   |
| 3.1.10 การจดทะเบียนสนธิสัญญากับสหประชาชาติ .....                                          | 24   |

|                                                                                                        |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 3.2 กระบวนการในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ<br>ของประเทศที่เป็นกรณีศึกษา.....               | 25         |
| 3.2.1 กระบวนการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีของประเทศ<br>สหรัฐอเมริกา.....                               | 25         |
| 3.2.2 กระบวนการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี ของประเทศ<br>ออสเตรเลีย.....                                | 41         |
| 3.2.3 กระบวนการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีของประเทศนิวซีแลนด์.....                                     | 49         |
| 3.2.4 กระบวนการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีของ<br>ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส.....                          | 55         |
| 3.2.5 กระบวนการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีของประเทศไทย.....                                            | 68         |
| <b>บทที่ 4 กระบวนการทำให้ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีมีผลบังคับภายในประเทศ .....</b>                      | <b>82</b>  |
| 4.1 การทำให้ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในรัฐ<br>(Enforcement).....             | 82         |
| 4.1.1 การทำให้ความตกลงการค้าเสรี มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายใน:<br>ประเทศสหรัฐอเมริกา.....              | 82         |
| 4.1.2 กระบวนการทำให้ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีมีผลบังคับเป็นกฎหมาย<br>ภายใน: ประเทศออสเตรเลีย .....     | 83         |
| 4.1.3 กระบวนการทำให้ความตกลงการค้าเสรีมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย<br>ภายใน: ประเทศนิวซีแลนด์.....          | 84         |
| 4.1.4 กระบวนการทำให้ความตกลงการค้าเสรี มีผลบังคับ<br>ใช้เป็นกฎหมายภายใน: ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ..... | 87         |
| 4.1.5 กระบวนการทำให้ความตกลงการค้าเสรี มีผลบังคับ<br>ใช้เป็นกฎหมายภายใน: ประเทศไทย.....                | 90         |
| <b>บทที่ 5 ข้อเสนอแนะทางนโยบาย.....</b>                                                                | <b>100</b> |
| <b>เอกสารอ้างอิง.....</b>                                                                              | <b>112</b> |

## บทที่ 1 บทนำ

### 1.1 หลักการและเหตุผล

รัฐบาลไทยมีนโยบายอย่างชัดเจนในการเปิดการเจรจาความตกลงการค้าเสรีในระดับทวิภาคีกับประเทศต่างๆ โดยในปัจจุบัน ประเทศไทยกำลังอยู่ในระหว่างการเจรจาเพื่อเปิดเสรีทางการค้าในระดับทวิภาคีกับประเทศต่างๆ หลายประเทศ เช่น จีน ออสเตรเลีย อินเดีย ญี่ปุ่น สหรัฐ เปรู และบาห์เรน

ในด้านหนึ่ง ความตกลงการค้าเสรีที่จะเกิดขึ้น จะช่วยให้ผู้ส่งออกไทยสามารถเข้าถึงตลาดของประเทศคู่ค้าได้ดีกว่าผู้ประกอบการในประเทศคู่แข่ง ซึ่งช่วยกระตุ้นให้เกิดการขยายตัวของการส่งออก การเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและการจ้างงาน อย่างไรก็ตาม ในอีกด้านหนึ่งการเปิดเสรีทางการค้ากับประเทศต่างๆ เหล่านี้ ทำให้ประเทศไทยต้องยกเลิกเงื่อนไขในการปกป้องการแข่งขันจากต่างประเทศ ซึ่งส่งผลให้ผู้ประกอบการ โดยเฉพาะผู้ประกอบการรายย่อย แรงงาน และเกษตรกรในประเทศต้องปรับตัวอย่างรวดเร็วจากการแข่งขันที่เพิ่มขึ้น

ดังนั้น แม้ว่าการค้าเสรีอาจจะนำมาซึ่งผลประโยชน์โดยรวมต่อประเทศไทยก็ตาม ผลกระทบในด้านลบที่เกิดขึ้นอาจทำให้เกิดการกระจายรายได้ที่แย่ง และอาจส่งผลกระทบทางเศรษฐกิจ สังคมและการเมืองอย่างกว้างขวาง หากผู้ประกอบการ เกษตรกรและประชาชนที่ได้รับผลกระทบไม่ได้รับทราบข้อมูลที่เกี่ยวข้อง กระบวนการในการกำหนดนโยบายไม่มีกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบที่จำเป็น และภาครัฐไม่มีการเตรียมความพร้อมที่เหมาะสม นอกจากนี้ กระบวนการเปิดเสรีทางการค้าในบางลักษณะอาจทำให้เกิดการผูกขาดในบางสาขาโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอีกด้วย

การวิจัยในชุดโครงการนี้มีจุดประสงค์เพื่อสนับสนุนให้กระบวนการเปิดเสรีทางการค้าของประเทศไทยเป็นกระบวนการที่มีความโปร่งใส และมีส่วนร่วมจากภาคต่างๆ ของสังคมมากขึ้น เพื่อให้ผู้ได้รับผลกระทบสามารถปรับตัวได้ทันเวลา และประเทศไทยได้ประโยชน์จากการทำความตกลงทางการค้าที่จะเกิดขึ้นมากที่สุด โดยผ่านการให้ข้อมูลต่อสาธารณะชนที่มีหลักฐานเชิงประจักษ์ หรือการวิเคราะห์ทางวิชาการรองรับ

การวิจัยในโครงการนี้จะหนุนเสริมกับการวิจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเสรีทางการค้าที่ภาครัฐอาจจ้างให้หน่วยงานต่างๆ ศึกษา ซึ่งส่วนใหญ่มุ่งเน้นศึกษาในประเด็นการหาข้อมูลเพื่อกำหนดท่าทีในการเจรจาต่างๆ ในแต่ละเรื่อง แต่ยังไม่ได้ให้ความสำคัญต่อการรับรู้และการมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการเปิดเสรีทางการค้ามากนัก จากข้อจำกัดต่างๆ

## 1.2 วัตถุประสงค์

1. เพื่อศึกษาประสบการณ์ที่เกี่ยวข้องกับผลกระทบของการเปิดเสรีทางการค้าในต่างประเทศ ทั้งผลกระทบโดยภาพรวมและผลกระทบต่อธุรกิจขนาดกลางและขนาดเล็ก แรงงาน และเกษตรกร
2. เพื่อให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการทำความเข้าใจการทำความเข้าใจแก่ผู้ประกอบการรายย่อย เกษตรกร องค์กรพัฒนาเอกชน แรงงาน หน่วยงานด้านนิติบัญญัติ และประชาชนทั่วไป เพื่อให้สามารถปรับตัวรองรับการเปลี่ยนแปลง และสามารถมีส่วนร่วมในกระบวนการกำหนดนโยบายการเปิดเสรีทางการค้าได้ดีขึ้น
3. เพื่อศึกษาทางเลือกในการออกกฎหมายรองรับการทำความเข้าใจการทำความเข้าใจ ที่จะมีความสอดคล้องต่อความคล่องตัวของฝ่ายบริหาร กับการตรวจสอบโดยรัฐสภาและการมีส่วนร่วมของประชาชนทั่วไป
4. เพื่อศึกษาทางเลือกในการกระจายผลประโยชน์จากการทำความเข้าใจการทำความเข้าใจให้มีความสมดุลมากขึ้น โดยนำเสนอกลไกในการชดเชยให้แก่ผู้ที่ได้รับผลกระทบในด้านลบ และสนับสนุนการปรับตัวของผู้ประกอบการรายย่อย เกษตรกร แรงงาน และกลุ่มผู้บริโภค

จากวัตถุประสงค์ดังกล่าวข้างต้น การวิจัยในชุดโครงการนี้ประกอบด้วยเนื้อหา และ  
กิจกรรม 4 ส่วนคือ

1. การศึกษาประสบการณ์ของผลกระทบจากการเปิดเสรีในต่างประเทศ
2. การให้ข้อมูลที่เกี่ยวกับการเปิดเสรีทางการค้าแก่ประชาชน
3. การนำเสนอกลไกในการตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในการเจรจา
4. การนำเสนอกลไกสนับสนุนการปรับตัว หรือตาข่ายทางสังคม เพื่อกระจายผลประโยชน์จากการทำความตกลงการค้าเสรีให้มีความสมดุลมากขึ้น

งานวิจัยชิ้นนี้เป็นส่วนหนึ่งของชุดโครงการดังกล่าว โดยมีขอบเขตครอบคลุมกิจกรรมการนำเสนอกลไกในการตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในการเจรจา

### 1.3 ขอบเขตในการวิจัย

มาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ระบุว่า พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจ

แห่งรัฐหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

อย่างไรก็ตาม การตีความว่า การทำความตกลงการค้าเสรีเป็นการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐหรือไม่เพียงใดนั้น ยังเป็นประเด็นที่มีข้อถกเถียงกันในสังคมไทยในปัจจุบัน เช่น สมาชิกวุฒิสภาบางรายให้ความเห็นว่า รัฐบาลควรขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนทำความตกลงการค้าเสรีแบบทวิภาคีระหว่างไทยและจีน ในขณะที่รัฐบาลเองก็มีท่าทีว่ารัฐบาลสามารถดำเนินการดังกล่าวได้เลยโดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา เป็นต้น

ประเด็นดังกล่าวชี้ให้เห็นว่า ในปัจจุบัน สังคมไทยยังไม่มีข้อยุติต่อขอบเขตที่ฝ่ายบริหารสามารถดำเนินการในการทำความตกลงการค้ากับต่างประเทศได้โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ในรายละเอียด ประเด็นที่ยังไม่มีความชัดเจนรวมถึงประเด็นดังต่อไปนี้

- การปรับลดอัตราภาษีศุลกากร ซึ่งเป็นองค์ประกอบหลักของการทำความตกลงการค้าเสรีกับประเทศกำลังพัฒนา เป็นสิ่งที่สามารถดำเนินการได้โดยฝ่ายบริหารโดยลำพังหรือไม่
- การได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาจำเป็นเฉพาะในกรณีที่มีการออกกฎหมายใหม่ หรือปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่หรือไม่ และต้องอาศัยกระบวนการใด ลำพังกระบวนการตรวจสอบถ่วงดุลในการพิจารณาร่างกฎหมายที่มีอยู่เพียงพอหรือไม่ เป็นต้น คำถามนี้มีความสำคัญอย่างยิ่งเนื่องจากการทำความตกลงการค้าเสรีกับประเทศพัฒนาแล้ว เช่น สหรัฐอเมริกาจะเกี่ยวข้องกับการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายภายในประเทศจำนวนมาก
- การออกกฎหมายเพื่อรองรับการทำความตกลงการค้าเสรีกับประเทศคู่ค้าแต่ละประเทศ ควรออกเป็นกฎหมายฉบับเดียวหรือ การแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายๆ ฉบับ

ในด้านเนื้อหา การศึกษาในหัวข้อนี้ประกอบด้วยประเด็นที่สำคัญ 4 ประเด็นคือ

1. การศึกษาแนวทางการตรวจสอบถ่วงดุลฝ่ายบริหารในต่างประเทศ โดยเน้นศึกษาประเทศพัฒนาแล้วที่มีขนาดเศรษฐกิจเล็ก (small and open developed economy) และมีความเป็นประชาธิปไตยสูงอย่างประเทศออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ ตลอดจนประเทศที่มีกลไกการตรวจสอบถ่วงดุลในรูปแบบเฉพาะที่มีการกล่าวถึงกันมากอย่างประเทศสหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศส
2. การวิเคราะห์มาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในบริบทของการทำความตกลงการค้าเสรี

3. การศึกษาทางเลือกในการออกกฎหมายเพื่อรองรับการทำความตกลงการค้าเสรีที่มีการลงนามแล้ว ซึ่งจะเหมาะสมกับประเทศไทย ในประเด็นต่างๆ ที่กล่าวถึงข้างต้น โดยจะพิจารณาถึงข้อดีและข้อเสียต่อ
  - ความคล่องตัวและความน่าเชื่อถือของฝ่ายบริหารในการเจรจากับต่างประเทศ
  - ความสามารถในการตรวจสอบของรัฐสภา และความสามารถในการเข้าร่วมของประชาชน
4. การจัดทำข้อเสนอแนะในการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อเป็นหลักในการปฏิบัติในอนาคต

#### 1.4 เนื้อหาและโครงสร้างของรายงาน

การตรวจสอบและถ่วงดุลการทำงานของฝ่ายบริหารในการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี (Free Trade Agreement: FTA) กับต่างประเทศ จะสามารถทำได้โดยมีประสิทธิภาพเพียงใดนั้น มีปัจจัยหลายอย่างที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความพร้อมขององค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบ กระบวนการตรวจสอบ และกฎหมายที่เปิดโอกาสให้แก่ฝ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องได้เข้ามามีส่วนร่วมในการตรวจสอบฝ่ายบริหาร

แต่ก่อนที่ไปพิจารณาในประเด็นการตรวจสอบฝ่ายบริหารในการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีนั้น ในบทแรกของรายงานจำเป็นจะต้องกล่าวถึงการดำเนินงานของฝ่ายบริหารในการทำสนธิสัญญา (treaty) ก่อน เพื่อให้ทราบว่าการทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหารโดยทั่วไปมีกี่ขั้นตอน และในแต่ละขั้นตอนมีกระบวนการอย่างไร และประชาชนจะสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในการทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหารได้หรือไม่เพียงใด

ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี นั้นเป็นสนธิสัญญาประเภทหนึ่ง แม้ว่าจะเรียกชื่อว่าเป็นความตกลงระหว่างประเทศก็ตาม<sup>1</sup> ดังนั้น การทำสนธิสัญญาหรือความตกลงฯ ในลักษณะนี้จึงอยู่ภายใต้กรอบของการทำสนธิสัญญาโดยทั่วไปของรัฐ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศโดยรวม และเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจและส่วนได้เสียทางธุรกิจของเอกชนฝ่ายต่างๆ ในวงกว้าง การทำสนธิสัญญาประเภทนี้จึงควรต้องให้ความสนใจเป็นพิเศษ และต้องได้รับการพิจารณาให้ความเห็นจากฝ่ายที่มีส่วนได้เสียอย่างรอบคอบละเอียดถี่ถ้วนก่อนการทำความตกลง

---

<sup>1</sup> สนธิสัญญา (treaty) เป็นคำกลางๆ ที่ใช้เรียกสัญญาที่รัฐกระทำกับรัฐอื่นหรือกับองค์การระหว่างประเทศ ซึ่งมีชื่อเรียกต่างๆ กัน ได้แก่ ความตกลงระหว่างประเทศ (agreement), ข้อตกลงระหว่างประเทศ (arrangement), พิธีสาร (protocol), กฎบัตร (charter) ฯลฯ

ในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาในทาง การเมือง เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม และไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาแบบทวิภาคีอย่างเช่นการทำ ความตกลงการค้าเสรี หรือแบบพหุภาคีอย่างการให้ความเห็นชอบสนธิสัญญาจัดตั้งและการเข้า เป็นภาคีสมาชิกองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ก็ตาม ประเด็นสำคัญที่ ต้องพิจารณาเพื่อตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำสนธิสัญญาหรือ ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี มีดังต่อไปนี้

1. องค์กกรที่ทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี เป็นองค์กรที่มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญ หรือไม่ เนื้อหาในส่วนนี้จะนำเสนอในบทที่ 2 ของรายงานฉบับนี้
2. กระบวนการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีขององค์กรดังกล่าวถูกต้องครบถ้วน ตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ เนื้อหาในส่วนนี้จะนำเสนอในบทที่ 3 ของรายงานฉบับนี้
3. มีกระบวนการแปลงสภาพความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีให้มีผลบังคับใช้เป็น กฎหมายภายในประเทศหรือไม่ เนื้อหาในส่วนนี้จะนำเสนอในบทที่ 4 ของรายงานฉบับนี้

เมื่อทำการศึกษาและวิเคราะห์เนื้อหาที่เกี่ยวข้องตามประเด็นต่าง ๆ ที่สำคัญแล้ว ในบท ที่ 5 ของรายงานฉบับนี้ คณะผู้วิจัยได้สรุปข้อเสนอแนะทางนโยบายที่เป็นรูปธรรมเกี่ยวกับ ทางเลือกในการบัญญัติและปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเอื้อต่อการมีส่วนร่วมของประชาชน และต่อความคล่องตัวและความน่าเชื่อถือของฝ่ายบริหารในการทำ ความตกลงการค้าเสรี

## 1.5 คณะผู้วิจัย

|                              |                                                |
|------------------------------|------------------------------------------------|
| ดร. สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ | หัวหน้านักวิจัย                                |
| ดร. เตือนเด่น นิคมบริรักษ์   | นักวิจัยด้านเศรษฐศาสตร์การค้าระหว่างประเทศ     |
| ดร. วรวรรณ ชาญด้วยวิทย์      | นักวิจัยด้านเศรษฐศาสตร์แรงงานและสวัสดิการสังคม |
| ดร. จันทจิรา เอี่ยมมยุรา     | นักวิจัยด้านกฎหมายมหาชน                        |
| ดร. ชาดิชาย เชษฐสุนน         | นักวิจัยด้านกฎหมายมหาชน                        |
| นายธราธร รัตนนฤมิตร          | ผู้ช่วยนักวิจัย                                |
| นายวรตุลย์ ตูลารักษ์         | ผู้ช่วยนักวิจัย                                |
| นายพัชณยุทธ์ ศานติยานนท์     | ผู้ช่วยนักวิจัย                                |
| น.ส. สรนา บุญบรรลุ           | ผู้ช่วยนักวิจัย                                |
| น.ส. สุวิมล พักทอง           | ผู้ช่วยนักวิจัย                                |
| นายณัฐวุฒิ ลักษณะปัญญากุล    | ผู้บริหารเว็บไซต์                              |
| นายวรพงษ์ สงวนจิตร           | ผู้บริหารเว็บไซต์                              |

## บทที่ 2 องค์การที่มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี

ความนำ: ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี (Free Trade Agreement: FTA) คืออะไร และแตกต่างกับสนธิสัญญาประเภทอื่นอย่างไร

### ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี (FTA) คืออะไร<sup>2</sup>

โดยหลักทั่วไป ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีคือข้อตกลงทวิภาคีระหว่างรัฐสองรัฐโดยมีวัตถุประสงค์หลักในการเปิดตลาดการค้าสินค้าและบริการระหว่างกันอย่างกว้างขวาง เพื่อให้สินค้าและบริการของรัฐคู่สัญญาแต่ละฝ่ายสามารถเข้าถึงตลาดภายในของรัฐคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยหลักการนี้รัฐคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องมีนโยบายไม่แทรกแซงทางการค้าและให้ความช่วยเหลือแก่ภาคธุรกิจของตน ตามปกติความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีจะกำหนดเกี่ยวกับเรื่องต่อไปนี้

- การขจัดหรือลดอุปสรรคทางการค้าทั้งปวง รวมถึงการขจัดหรือลดภาษีศุลกากรและโควตาสินค้านำเข้าจากรัฐคู่สัญญา
- การขจัดหรือผ่อนคลายนโยบายการค้าซึ่งมิใช่ภาษีหรือซึ่งเป็นอุปสรรคแอบแฝง ตัวอย่างเช่น การที่รัฐมีกฎว่าด้วยสุขอนามัยหรือมาตรฐานสินค้า การที่รัฐให้ความช่วยเหลือแก่การผลิตและส่งออกซึ่งสินค้าบางชนิด การกำหนดมาตรฐานพิเศษสำหรับสินค้าของเขตการปกครองบางท้องถิ่น การมีกฎหมายจำกัดสัดส่วนผู้ถือหุ้นที่เป็นชาวต่างชาติ หรือการผูกขาดตลาดภายใน เป็นต้น

ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีอาจเป็นวิถีทางที่รัฐคู่สัญญาในความตกลงฯ นำมาใช้เพื่อยกเว้นหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนเคราะห์ยิ่ง (The Most Favoured Nation Principle: MFN) ซึ่งถือเป็นหลักพื้นฐานทางการค้าที่รัฐสมาชิกทุกประเทศในองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ต้องยึดถือปฏิบัติ ภายใต้หลัก MFN รัฐต่างๆ ที่เป็นสมาชิกของ WTO ไม่ว่าจะเป็นรัฐใหญ่หรือเล็ก และไม่ว่าจะเป็นมหาอำนาจทางเศรษฐกิจหรือประเทศยากจนจะต้องปฏิบัติต่อรัฐสมาชิกต่างๆ ในเรื่องพิกัดอัตราภาษีศุลกากรและเรื่องมาตรการทางการค้าอื่นๆ ไม่ยิ่งหย่อนกว่าที่ได้ให้แก่รัฐอื่นใด อย่างไรก็ตาม กฎของ WTO เองได้เปิดช่องให้รัฐสมาชิกทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี (FTA) กับรัฐสมาชิกด้วยกันเพื่อให้สิทธิพิเศษบางประการได้ หากว่าความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีนั้นสอดคล้องกับเงื่อนไขที่กำหนดไว้

<sup>2</sup> The Senate Select Committee on the Free Trade Agreement between Australia and the United States of America, Final Report 2004, Canberra: the Senate Printing Unit, Parliament House, August 2004, p.1-2.

<sup>3</sup> ข้อกำหนดดังกล่าวปรากฏอยู่ใน Article XXIV of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), 1947

ข้อกำหนดของ WTO ดังกล่าวเป็นการยอมรับว่ารัฐต่าง ๆ ควรมีสติในการขยายเสรีภาพทางการค้าของตนโดยการกระชับความสัมพันธ์กับรัฐสมาชิกอื่นให้แน่นแฟ้นและทำความเข้าใจว่าด้วยเขตการค้าเสรีระหว่างกัน ขณะเดียวกัน WTO ก็กำหนดว่าความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีระหว่างรัฐสมาชิกดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการสร้างหรือส่งเสริมอุปสรรคทางการค้ารูปแบบใหม่ขึ้น หรือเป็นการเปิดโอกาสให้รัฐคู่สัญญาสร้างมาตรการกีดกันทางการค้าแบบใหม่ต่อรัฐที่สาม ตรงกันข้ามความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีจะต้องเป็นไปเพื่อส่งเสริมจุดมุ่งหมายในการเปิดเสรีทางการค้าระหว่างประเทศของ WTO

สำหรับวิธีการในการพิจารณาว่าความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีฉบับใดเป็นไปตามข้อกำหนดของ WTO หรือไม่ ให้พิจารณาจากเนื้อหาของความตกลงฯ นั้นว่าสามารถจัดอุปสรรคทางภาษีและข้อจำกัดหลักๆ ทางการค้าระหว่างรัฐคู่สัญญาได้หรือไม่ คำว่า “สามารถจัดข้อจำกัดหลักทางการค้า” หมายความว่า รัฐคู่สัญญาสามารถค้าขายกันด้วยสัดส่วนการค้าที่สูงอันเนื่องมาจากการจัดอุปสรรคทางภาษีและการผ่อนคลายกฎระเบียบซึ่งเป็นอุปสรรคทางการค้า ซึ่งกรณีเหล่านี้อาจวัดได้จากขนาดหรือมูลค่าการค้าระหว่างกันที่สูงขึ้นหรือวัดด้วยจำนวนพิกัดอัตราภาษีศุลกากรที่ลดลง เป็นต้น

### **ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี (FTA) มีความแตกต่างกับสนธิสัญญาประเภทอื่นอย่างไร**

ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีเป็นสนธิสัญญาทางการค้า (Trade Treaty) ประเภทหนึ่งจากคำอธิบายโดยสรุปข้างต้นเห็นได้ว่าความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีเป็นผลมาจากการเจรจาต่อรองระหว่างรัฐสองฝ่ายเพื่อมุ่งขจัดอุปสรรคและข้อจำกัดทั้งปวงทางการค้า ทั้งที่เกี่ยวกับภาษีและที่มิใช่ภาษี เพื่อให้รัฐคู่สัญญาแต่ละฝ่ายสามารถเข้าถึงตลาดสินค้าและบริการภายในรัฐคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งโดยให้มีข้อจำกัดน้อยที่สุด

หากพิจารณาในแง่ของรัฐบาล ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีจึงถือเป็นเครื่องมือที่สำคัญที่รัฐจะใช้ขยายตลาดการค้าสินค้าและบริการที่ตนมีความเข้มแข็งไปยังประเทศคู่สัญญา แม้ว่าในขณะเดียวกันต้องยินยอมให้ประเทศคู่สัญญาเข้าถึงตลาดภายในของตนด้วยก็ตาม สำหรับบางประเทศเช่นออสเตรเลีย รัฐบาลคาดการณ์ว่าความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีระหว่างออสเตรเลีย-สหรัฐอเมริกา (AUSFTA) จะช่วยเพิ่มมูลค่าผลิตภัณฑ์มวลรวมประชาชาติ (GDP.) ของออสเตรเลียจนถึงสองพันล้านเหรียญสหรัฐ ในปี ค.ศ. 2010 นายกรัฐมนตรี Howard ได้ยืนยันถึงความตั้งใจของรัฐบาลต่อรัฐสภาออสเตรเลียถึงการเจรจาทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีออสเตรเลีย-สหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ 30 สิงหาคม 2001 ว่าการเจรจาทำความตกลงทางการค้ากับ

สหรัฐอเมริกาจะเป็นโอกาสและเป็นประโยชน์แก่ออสเตรเลีย ซึ่งถ้าไม่พยายามก็ไม่มีโอกาสประสบความสำเร็จ<sup>4</sup>

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาจากมุมมองของฝ่ายรัฐสภาจากรายงานประจำปี ค.ศ. 2004 ของ The Senate Select Committee on the Free Trade Agreement between Australia and the United States of America พบว่าการคาดการณ์ถึงผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่คาดว่าจะได้รับจากการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี AUSFTA นั้นตั้งอยู่บนข้อมูลงานวิจัยที่ไม่เพียงพอ ยิ่งไปกว่านั้นงานวิจัยเหล่านี้มักมีข้อสรุปที่ขัดแย้งกันเองเนื่องจากการใช้แบบจำลองทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกันซึ่งให้ผลที่แตกต่างกันมาก ผู้เชี่ยวชาญหรือที่ปรึกษาที่ได้รับมอบหมายจากรัฐบาลให้ทำการศึกษาผลกระทบอันเกิดจากความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีมักแสดงบทบาทในการปกป้องรัฐบาลและตอบโต้ฝ่ายที่คัดค้านมากกว่าจะทำหน้าที่ในการวิเคราะห์ถึงผลดีผลเสียอย่างเป็นอิสระตรงไปตรงมา และในท้ายที่สุดรายงานฉบับดังกล่าวสรุปว่านโยบายการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี AUSFTA มุ่งให้ความสำคัญต่อโอกาสของธุรกิจส่งออกมากกว่าผลกระทบต่อการตลาดภายในประเทศ ผลกระทบด้านสังคม วัฒนธรรม และสิ่งแวดล้อม<sup>5</sup>

รายงานฉบับนี้แสดงให้เห็นว่าการศึกษาวิจัยเพื่อประกอบการตัดสินใจทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีเป็นงานที่สลับซับซ้อน ต้องอาศัยข้อมูลและข้อเท็จจริงจำนวนมากจากฝ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ต้องการการศึกษาวิจัยแบบบูรณาการทั้งด้านเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องการการวิเคราะห์โดยบุคคลหรือองค์กรผู้เชี่ยวชาญและเป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร เพื่อให้ได้ผลการวิจัยที่เชื่อถือได้ ปราศจากอคติ และลดการต่อต้านจากสังคม

จากที่กล่าวมา อาจสรุปได้ว่าความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีแม้มีชื่อเป็นเพียงสนธิสัญญาทางการค้า แต่โดยวัตถุประสงค์ที่มุ่งขยายสัดส่วนทางการค้าระหว่างรัฐคู่สัญญาให้สูงสุดและมุ่งขจัดอุปสรรคทางการค้าทั้งปวง ซึ่งไม่เพียงแต่การลดภาษีนำเข้าเท่านั้น แต่ยังครอบคลุมถึงการขจัดกฎระเบียบต่างๆ และการห้ามมิให้รัฐมีนโยบายอันจะเป็นอุปสรรคต่อการค้าเสรีด้วย ซึ่งการขจัดอุปสรรคที่มิใช่ทางภาษีนี้จะเป็นการสร้างข้อจำกัดต่อรัฐบาลในการดำเนินนโยบายภายในประเทศและการตรากฎหมายของรัฐด้านต่างๆ เช่น สวัสดิการสังคมด้านบริการสุขภาพ นโยบายด้านสิ่งแวดล้อม ทรัพย์สินทางปัญญา การดำเนินมาตรการด้านสุขอนามัยพืชและสัตว์ นโยบายการเงิน การคลัง การลงทุน การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ การแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐอื่นๆ

<sup>4</sup> The Senate Select Committee on the Free Trade Agreement between Australia and the United States of America, Final Report 2004, p.2-4.

<sup>5</sup> The Senate Select Committee on the Free Trade Agreement between Australia and the United States of America, Final Report 2004, อ้างใน วรตลย์ ตุลารักษ์, บทบาทของรัฐสภาออสเตรเลียในการทำความตกลง FTA, โครงการ FTAdigest, <http://www.ftadigest.com>

โดยเหตุนี้ ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีจึงมิได้มีผลกระทบในวงจำกัดเฉพาะเรื่องการค้าและเฉพาะต่อภาคธุรกิจ แต่ส่งผลกระทบอย่างกว้างขวางต่อประเทศในทุกด้านและต่อวิถีการดำรงชีวิตของประชาชน ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีจึงแตกต่างจากสนธิสัญญาประเภทอื่นโดยทั่วไป เช่น สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ สนธิสัญญาด้านแรงงานหรือสนธิสัญญาด้านสิ่งแวดล้อมซึ่งมักมีผลกระทบเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือต่อภาคส่วนของสังคมในวงจำกัด

นอกจากนี้ ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรียังมีลักษณะพิเศษอีกประการหนึ่งคือ มีกระบวนการระงับข้อพิพาทและกลไกการบังคับให้เป็นไปตามความตกลงฯ เช่น การใช้ระบบอนุญาโตตุลาการ การกำหนดให้รัฐคู่สัญญาที่จะเกิดความตกลงฯ ต้องชดเชยค่าเสียหาย ซึ่งทำให้ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีมีสภาพบังคับในตัวเองตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta sunt servanda) ในกฎหมายเอกชน ในขณะที่สนธิสัญญาประเภทอื่นมักไม่มีมาตรการบังคับในกรณีฝ่าฝืนนอกจากการใช้มาตรการทางการทูตหรือมาตรการในทางระหว่างประเทศ เช่นการบอยคอต การ Sanction เป็นต้น<sup>6</sup>

### องค์กรที่มีอำนาจในการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี

การกำหนดว่าองค์กรใดมีอำนาจในการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีเป็นไปตามรัฐธรรมนูญของประเทศและเป็นเรื่องภายในของแต่ละประเทศที่จะกำหนดได้เอง กฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดไว้แต่อย่างใด กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดแต่เพียงว่า องค์กรที่เป็นตัวแทนของประเทศนั้นต้องเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญาอย่างแท้จริง ซึ่งอาจเป็นองค์กรที่มีอำนาจโดยตำแหน่งหรือโดยการได้รับมอบอำนาจจากผู้มีตำแหน่งให้ทำสนธิสัญญาในนามของประเทศก็ได้

โดยหลักทั่วไปรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ฝ่ายบริหารของแต่ละประเทศเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญาซึ่งรวมถึงการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี แต่อาจมีเงื่อนไขในกรณีของการทำสนธิสัญญา หรือความตกลงฯ บางประเภทที่ต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ ก่อนที่จะแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา ทั้งนี้ เพื่อให้มีการตรวจสอบกลั่นกรองก่อนที่ฝ่ายบริหารจะนำประเทศเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา ตัวอย่างเช่น การทำสนธิสัญญาทางการค้า หรือสนธิสัญญาซึ่งมีบทแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าโดยหลักการฝ่ายบริหารของแต่ละประเทศจะเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญา แต่เนื่องจากประเทศต่างๆ มีระบอบการปกครองที่แตกต่างกัน ดังนั้น

<sup>6</sup> เพิ่งอ้าง.

อำนาจขององค์กรฝ่ายบริหารซึ่งมีอำนาจในการทำสนธิสัญญาจึงแตกต่างกันในรายละเอียดด้วย ในรายงานการศึกษาฉบับนี้ คณะผู้วิจัยได้คัดเลือกประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และฝรั่งเศส<sup>7</sup> เป็นแบบในการศึกษาเรื่องการทำสนธิสัญญา ทั้งนี้ เพื่อให้ได้รูปแบบและกระบวนการที่เหมาะสมในการทำสนธิสัญญาสำหรับประเทศไทย

## 2.1 องค์กรที่มีอำนาจในการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี: สหรัฐอเมริกา

ภายใต้รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น การทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลของสหพันธรัฐ<sup>8</sup> มลรัฐต่างๆ ไม่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญากับต่างประเทศ (No State shall, without the consent of Congress, ... enter into any agreement or compact with another state, or with a foreign power)<sup>9</sup> อย่างไรก็ตาม การตีความในทางปฏิบัติของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น หมายความว่า มลรัฐต่างๆ ของสหรัฐอเมริกาไม่สามารถทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการเมืองหรือความมั่นคงของรัฐกับประเทศอื่นๆ แต่ยังคงสามารถทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศทางด้านเศรษฐกิจและวัฒนธรรมได้<sup>10</sup> เช่น การที่มลรัฐเวอร์จิเนีย หรือเมืองบัลติมอร์ หรือเมืองมอนโกโมรีทำสนธิสัญญากับประเทศฝรั่งเศส ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้จำกัดการทำสนธิสัญญาในลักษณะนี้ แต่โดยทั่วไปแล้วรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศได้จำกัดไว้

## 2.2 องค์กรที่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญา: ออสเตรเลีย

รัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรเลียกำหนดเรื่องอำนาจบริหาร<sup>11</sup> (The Executive Power) ไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นอำนาจของสมเด็จพระราชินี (แห่งสหราชอาณาจักรอังกฤษ) โดยให้ The Governor-General ผู้เป็นตัวแทนของพระราชินีแห่งอังกฤษ เป็นผู้ใช้อำนาจอ้างกล่าว ซึ่งอำนาจอ้างบริหารนี้รวมถึงอำนาจในการบริหาร การปกครอง และการกำกับดูแลตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายอื่นๆ ของประเทศ ดังนั้น ฝ่ายบริหารจึงเป็นองค์กรหลักที่รับผิดชอบเรื่องการทำ

<sup>7</sup> ประเทศไทยได้ลงนามทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี กับประเทศออสเตรเลีย และประเทศนิวซีแลนด์ Agreement between Thailand and New Zealand on a Closer Economic Partnership Agreement (CEP) ซึ่งความตกลงระหว่างประเทศทั้งสองฉบับมีผลบังคับใช้แล้ว สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่ในระหว่างการเจรจาทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีกับประเทศไทย ส่วนประเทศฝรั่งเศสถือว่าเป็นประเทศที่มีรูปแบบการปกครองแบบรัฐเดี่ยวเช่นเดียวกับประเทศไทย และมีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ก้าวหน้าในเรื่องการควบคุมตรวจสอบอำนาจของฝ่ายบริหารในการทำสนธิสัญญาโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

<sup>8</sup> The US Constitution of State, Art. II, sec. 2, para. 2 President Power

<sup>9</sup> The US Constitution of State, Art. I, sec. 10, para. 3 Limits on States

<sup>10</sup> International Law: The Treaty-Making Process, (<http://homepage.gallaudet.edu/David.Penna/Trtymake.htm>)

<sup>11</sup> Section 61 (Head of Government) The Executive power of the Commonwealth is vested in the Queen and is exercisable by the Governor-General as the Queen's representative, and extend to the execution and maintenance of this Constitution, and of the laws of the Commonwealth.

สนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ นับตั้งแต่การตัดสินใจ การเจรจา การกำหนดเนื้อหา การเจรจา จุดยืนในการเจรจา รวมถึงการตัดสินใจขั้นสุดท้ายว่าจะลงนามหรือให้สัตยาบันเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาหรือไม่ โดยมีรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีแห่งสหพันธรัฐ (The Federal Executive Council)<sup>12</sup> ทำหน้าที่ให้คำแนะนำแก่ The Governor-General

อย่างไรก็ตาม ออสเตรเลียเป็นประเทศที่ปกครองในระบอบสาธารณรัฐที่มีรัฐ (States)<sup>13</sup> หรือเขตปกครอง (Territory)<sup>14</sup> ไม่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ<sup>15</sup> เมื่อสหพันธรัฐจะทำสนธิสัญญาใดๆ จึงต้องคำนึงถึงมลรัฐและเขตปกครอง (States and Territories) ด้วย โดยเฉพาะในกรณีการทำสนธิสัญญาที่มีผลกระทบหรือมีความสำคัญต่อมลรัฐและเขตปกครอง<sup>16</sup>

### 2.3 องค์กรที่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญา: นิวซีแลนด์

สำหรับประเทศนิวซีแลนด์ ฝ่ายบริหาร (executive) เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการกระทำการใดๆ ที่มีผลผูกพันตามสนธิสัญญา ไม่ว่าจะเป็นการให้สัตยาบัน (ratification) การภาคยานุวัติ (accession) การยอมรับ (acceptance) การยินยอม (approval) การถอน (withdrawal) การบอกเลิกสัญญา (denunciation) หรือการลงนาม (signature) และหากเป็นกรณีการทำสนธิสัญญาทวิภาคีที่สำคัญ (major bilateral treaty) หรือสนธิสัญญาพหุภาคี ต้องเสนอขอความเห็นชอบจากรัฐสภา เพื่อให้คณะกรรมการพิจารณาได้พิจารณา (The Select Committee Consideration) ก่อนที่ฝ่ายบริหารจะแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา<sup>17</sup>

ในกรณีที่เป็นสนธิสัญญาทวิภาคีที่ไม่สำคัญ (Minor Bilateral Treaty) คณะรัฐมนตรีสามารถแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศได้ โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อน ทั้งนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและการค้า

<sup>12</sup> Section 62 (Federal Executive Council) There shall be a Federal Executive Council to advise the Governor-General in the government of the Commonwealth, and the members of the Council shall be chosen and summoned by the Governor-General and sworn as Executive Councillors, and shall hold office during his pleasure.

<sup>13</sup> ได้แก่ New South Wales, Victoria, Queensland, South Australia, Western Australia และ Tasmania

<sup>14</sup> ได้แก่ Australia Capital Territory และ Northern Territory

<sup>15</sup> ประเทศที่ปกครองในระบอบสหพันธรัฐ ที่มีอำนาจ (จำกัด) ในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ออสเตรเลีย และ สวิสเซอร์แลนด์ ส่วนประเทศที่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญา ได้แก่ ออสเตรเลีย บราซิล เม็กซิโก แคนาดา ไนจีเรีย และ สหรัฐอเมริกา

<sup>16</sup> หลักการและกระบวนการ (Principles and Procedures for Commonwealth-State-Territory Consultation on Treaties) นี้ได้กำหนดขึ้นเมื่อปี 1996 (Principles and Procedures for Commonwealth-State-Territory Consultation on Treaties) Review of the Treaty-Making Process, <http://www.law.gov.au/agd/Attorney-General/Treaty-Making%20Process.htm#simple>

<sup>17</sup> Guideline 2002.

(Minister of Foreign Affairs and Trade) จะเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาว่าสนธิสัญญาทวิภาคีใดเป็น เรื่องที่สำคัญ (signification) ที่จะเสนอเพื่อขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่<sup>18</sup>

## 2.4 องค์กรที่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญา: ฝรั่งเศส

รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ.1958 ยังคงเดินตามจารีตประเพณีอันเก่าแก่จากระบบการปกครองดั้งเดิมทางด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ คือมอบหมายให้สถาบันตามรัฐธรรมนูญ 3 สถาบัน ได้แก่ ประธานาธิบดี รัฐสภา และคณะรัฐมนตรี โดยมีประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ (Président de la République) ในฐานะที่เป็นทั้งประมุขแห่งรัฐและผู้แทนในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้งทูตานุทูตไปประจำ ณ รัฐต่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศต่างๆ และมอบอำนาจให้ทูตเป็นผู้กระทำการต่างๆ ในนามของรัฐ

หากพิจารณาในประเด็นเฉพาะเรื่องการทำสนธิสัญญาทางการค้ากับนานาประเทศ รัฐธรรมนูญมาตรา 52 วรรคแรก ประกอบมาตรา 53<sup>19</sup> บัญญัติให้ประธานาธิบดีฝรั่งเศสเป็นผู้มีอำนาจทำการเจรจา โดยที่ประธานาธิบดีสามารถแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ หรือบุคคลใดๆ ให้เป็นผู้แทนของรัฐในการไปเจรจาทำความตกลงกับประเทศหนึ่งประเทศใดได้

นอกจากนี้ ในกรณีที่ความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นสนธิสัญญาทางการค้าและต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ประธานาธิบดียังเป็นผู้มีอำนาจลงนามผูกพันรวมทั้งเป็นผู้ให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาทางการค้านั้นเมื่อรัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบแล้วด้วย ทั้งนี้ โดยมีนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องเป็นผู้ลงนามรับรองในฐานะผู้ที่รับผิดชอบในการยกร่างสนธิสัญญา หรือรับผิดชอบในการปฏิบัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา แล้วแต่กรณี ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับการลงนามสนองพระบรมราชโองการของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี ในระบบกฎหมายไทย

กรณีที่ความตกลงระหว่างประเทศนั้นมิใช่สนธิสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อน รัฐธรรมนูญ มาตรา 52 วรรคสอง บัญญัติให้รัฐบาลรายงานต่อประธานาธิบดีเพื่อทราบถึงเนื้อหาของความตกลงและผลการเจรจา ในการนี้ประธานาธิบดีมีอำนาจให้คำปรึกษาแนะนำ คำเตือนหรือข้อเสนอแนะใดๆ ที่จะป็นประโยชน์แก่รัฐบาลเป็นการภายในโดยไม่จำต้อง

<sup>18</sup> ข้อสังเกต องค์กรที่จะพิจารณาว่าสนธิสัญญาทวิภาคีฉบับใดมีความสำคัญและต้องเสนอต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบนั้นยังคงเป็นองค์กรของฝ่ายบริหาร

<sup>19</sup> มาตรา 52 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส 1958

« Le Président de la République négocie et ratifie les traités.

Il est informé de toute négociation tendant à la conclusion d'un accord international non soumis à ratification. »

เปิดเผยต่อสาธารณะ อย่างไรก็ดี จากถ้อยคำในวรรคดังกล่าวเห็นได้ชัดเจนว่าองค์กรที่มีอำนาจตัดสินใจสุดท้ายที่จะผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศประเภทหลังนี้ยังคงเป็นรัฐบาลอยู่นั่นเอง

## 2.5 องค์กรที่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญา: ไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 หมวด 7 ว่าด้วยคณะรัฐมนตรี มาตรา 224 บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา”

จากบทบัญญัติดังกล่าว องค์กรที่มีอำนาจตัดสินใจทำสนธิสัญญาได้แก่พระมหากษัตริย์ แต่เนื่องจากพระมหากษัตริย์ทรงดำรงฐานะอยู่เหนือการเมือง การใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ต้องมีผู้ทูลเกล้าฯ ถวายคำแนะนำและลงนามสนองพระบรมราชโองการ<sup>20</sup> ดังนั้น ในทางปฏิบัติ พระมหากษัตริย์ จึงมิใช่ผู้ริเริ่มทำสนธิสัญญาด้วยพระองค์เอง และเมื่อพิจารณาถึงตำแหน่งแห่งที่ของมาตรา 224 ซึ่งอยู่ในหมวดว่าด้วยคณะรัฐมนตรี ประกอบกับมาตรา 3 แห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่าพระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจอธิปไตยทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามแต่ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติด้วยแล้ว จึงสรุปได้ว่าองค์กรที่มีอำนาจริเริ่มและตัดสินใจทำสนธิสัญญาคือคณะรัฐมนตรีหรือองค์กรฝ่ายบริหารเช่นเดียวกับนานาประเทศ และพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจทำสนธิสัญญาโดยผ่านคณะรัฐมนตรี

การกำหนดองค์กรที่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญาของแต่ละประเทศมักไม่ประสบปัญหามากนัก เพราะประเทศส่วนใหญ่ยอมรับเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารในการเจรจาทำความตกลงระหว่างประเทศ แต่ประเทศที่ทำการศึกษานี้ได้กำหนดให้รัฐสภาทำการตรวจสอบฝ่ายบริหารด้วย ในกรณีที่สนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศมีความสำคัญอย่างยิ่ง เช่น สนธิสัญญาที่มีผลกระทบต่อประชาชนหรือกระทบต่อกฎหมายภายในที่มีผลบังคับใช้อยู่ภายในประเทศ

ปัญหาสำคัญในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศนั้นอยู่ที่กระบวนการทำสนธิสัญญาโดยเฉพาะกระบวนการภายในของแต่ละประเทศในการทำสนธิสัญญา ซึ่งเป็นเรื่องที่ประเทศต่างๆ สามารถกำหนดได้เอง ดังจะได้ศึกษาในบทที่ 3 ว่าด้วยกระบวนการทำสนธิสัญญาต่อไป

<sup>20</sup> รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 มาตรา 231 บัญญัติว่า “บทกฎหมาย พระราชหัตถเลขา และพระบรมราชโองการ อันเกี่ยวกับราชการแผ่นดิน ต้องมีรัฐมนตรีลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ เว้นแต่ที่มีบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในรัฐธรรมนูญนี้”

### บทที่ 3 กระบวนการทำความเข้าใจด้วยการค้าเสรี

เมื่อหลักในการทำความเข้าใจด้วยการค้าเสรีเป็นเช่นเดียวกับการทำสนธิสัญญาอื่นๆ ซึ่งถือว่าเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร การที่จะสามารถหากลไกตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจฝ่ายบริหารในการทำความเข้าใจด้วยเขตการค้าเสรีในเบื้องต้นนี้จึงจำเป็นที่จะต้องทราบว่าฝ่ายบริหารมีกระบวนการในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศอย่างไร

การทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศนั้นเกี่ยวข้องกับกระบวนการใน 2 ระดับที่มีความเกี่ยวพันกันและต้องทำงานร่วมกัน คือกระบวนการในระดับระหว่างประเทศและระดับภายในประเทศ เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศไม่สามารถกำหนดหรือกำล่งถึงกระบวนการภายในของรัฐในการทำสนธิสัญญา ขณะเดียวกันกฎหมายภายในของรัฐก็ไม่อาจบังคับให้รัฐอื่นต้องผูกพันปฏิบัติตามความประสงค์ของตนโดยปราศจากกฎหมายระหว่างประเทศได้ เนื่องจากรัฐทุกรัฐย่อมมีอธิปไตยเสมอกันโดยไม่คำนึงถึงขนาดและอำนาจทางเศรษฐกิจการเมืองของรัฐ โดยเหตุนี้ กระบวนการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศจึงควรพิจารณาใน 2 ส่วน ดังนี้

1. กระบวนการในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศโดยทั่วไป
2. กระบวนการในการทำความเข้าใจด้วยการค้าเสรีของประเทศที่เป็นกรณีศึกษา

#### 3.1 กระบวนการในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศโดยทั่วไป

กระบวนการในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเป็นกระบวนการที่ประกอบด้วยขั้นตอนต่างๆ ที่รัฐต้องดำเนินการทั้งภายในและภายนอกรัฐเกี่ยวพันประสานกลมกลืนกันเป็นกระบวนการเดียว อย่างไรก็ตามขั้นตอนที่งานวิจัยนี้จะให้ความสำคัญเป็นพิเศษได้แก่ขั้นตอนภายในรัฐเนื่องจากเป็นส่วนที่เปิดโอกาสให้ฝ่ายนิติบัญญัติและประชาชนมีส่วนร่วมกับฝ่ายบริหารในการทำสนธิสัญญาได้ และในขณะเดียวกันก็เป็นขั้นตอนที่รัฐสภาและสังคมอาจควบคุมตรวจสอบการทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหารให้เป็นไปโดยถูกต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย และชอบด้วยประโยชน์ของมหาชน

แม้ว่ากระบวนการภายในของแต่ละประเทศในการทำสนธิสัญญาจะมีความแตกต่างกันในรายละเอียด แต่โดยทั่วไปแล้ว การทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเกือบทุกประเภทมีขั้นตอนในการทำที่ไม่แตกต่างกันมากนัก ไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาทั่วไปหรือความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี ซึ่งสามารถแบ่งขั้นตอนสำคัญๆ ในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศได้ 10 ขั้นตอน<sup>21</sup> ดังนี้

<sup>21</sup> เพื่อความเข้าใจและความชัดเจนผู้วิจัยใคร่ขอใช้การทำสนธิสัญญาหรือความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี เป็นตัวอย่างในการอธิบาย

|                                                      |                                            |
|------------------------------------------------------|--------------------------------------------|
| 3.1.1. การริเริ่ม                                    | 3.1.2. การตัดสินใจ                         |
| 3.1.3. การเจรจา                                      | 3.1.4. การวางโครงสร้าง                     |
| 3.1.5. การยอมรับ                                     | 3.1.6. การรับรองความถูกต้องแท้จริง         |
| 3.1.7. การขอความเห็นชอบจากรัฐสภา                     | 3.1.8. การแสดงเจตนาผูกพัน                  |
| 3.1.9. การทำให้สนธิสัญญามีผลบังคับเป็นกฎหมายภายในรัฐ | 3.1.10 การจดทะเบียนสนธิสัญญาต่อสหประชาชาติ |

### 3.1.1 การริเริ่ม (Initiative)

จุดเริ่มต้นในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี เป็นกระบวนการระดับภายในประเทศที่เกี่ยวข้องกับระดับระหว่างประเทศ โดยเริ่มขึ้นเมื่อรัฐคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีความประสงค์จะสร้างความร่วมมือระหว่างกันในเรื่องต่างๆ เช่น การค้าหรือการลงทุนระหว่างกัน ประเทศที่เป็นฝ่ายต้องการเปิดความสัมพันธ์จะเป็นฝ่ายทาบทามโดยวิธีการทางการทูต หรือบางครั้งผู้นำประเทศเป็นฝ่ายทาบทามเมื่อมีการพบปะกันในเวทีระหว่างประเทศหรือภายในประเทศ ผู้ที่ผลักดันให้มีการทาบทามเปิดเจรจามักเป็นภาครัฐและภาคเอกชนในระดับผู้ประกอบการรายใหญ่ ส่วนประชาชนส่วนใหญ่ยังมีบทบาทในการจะริเริ่มความสัมพันธ์ระหว่างประเทศน้อยมาก

### 3.1.2 การตัดสินใจ (Decision)

เมื่อมีการริเริ่มที่จะสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างกันแล้ว ขั้นตอนต่อจากนั้นเป็นขั้นตอนระดับภายในประเทศที่ฝ่ายบริหารจะตัดสินใจรับคำเสนอว่าต้องการทำความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างกันหรือไม่ เมื่อตัดสินใจแล้วจึงจัดให้มีการเจรจาระหว่างประเทศ การสร้างความสัมพันธ์อาจเป็นได้ทั้งในระดับพหุภาคี เช่น การทำความตกลงการค้าเสรีในกรอบขององค์การการค้าโลก หรือในระดับทวิภาคี เช่น การทำความตกลงการค้าเสรี ในกรอบทวิภาคีที่ประเทศไทยกำลังเปิดเจรจากับประเทศต่างๆ อยู่ในขณะนี้

ในขั้นตอนนี้บทบาทหน้าที่การตัดสินใจยังคงเป็นของฝ่ายบริหารเป็นหลัก แต่บางประเทศ เช่นกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ (Trade Promotion Act 2002) ของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้ประธานาธิบดีปรึกษาหารือกับสภาองเกรส (Congress) ในประเด็นสำคัญๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการค้า

### 3.1.3 การเจรจา (Negotiation)

ขั้นตอนการเจรจาเป็นขั้นตอนภายนอกประเทศ เป็นการเปิดโอกาสให้ประเทศคู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้เจรจาทอรองและตกลงกันในเรื่องที่เห็นว่าจะเกิดประโยชน์แก่ประเทศ หรือจะยอมเสียประโยชน์บางประการเพื่อให้ได้รับประโยชน์ที่เห็นว่าสำคัญกว่าแก่ประเทศ การเจรจาดกกลงระหว่างประเทศนั้นมีข้อจำกัดในเรื่องวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาหรือความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีด้วยว่า จะต้องไม่ขัดต่อกฎหมายบังคับเด็ดขาด (jus cogens)<sup>22</sup> หรือที่กฎหมายภายในเรียกว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

สำหรับสนธิสัญญาทางการค้า ในขั้นตอนการเจรจានี้รัฐบาลควรมีข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่เจรจาสบมบูรณ์ที่สุด และรู้จักอ่อนจุดแข็งของประเทศตนเป็นอย่างดี โดยเหตุนี้กฎหมายของหลายประเทศเช่นออสเตรเลียจึงกำหนดให้คณะผู้แทนการเจรจาต้องแสวงหาข้อมูลข้อเท็จจริงในเรื่องที่เจรจาควบคู่กันไปกับการเจรจาทอรองด้วย โดยกำหนดให้ต้องปรึกษาหารือหน่วยงานสำคัญ 2 กลุ่ม ได้แก่ หน่วยงานภาครัฐซึ่งประกอบด้วยคณะกรรมการสนธิสัญญา (Treaties Council : TSC) และคณะกรรมการร่วมสามฝ่าย (The Commonwealth-State-Territory Standing Committee on Treaties : SCOT) กลุ่มหนึ่ง อีกกลุ่มหนึ่งได้แก่กลุ่มอุตสาหกรรม กลุ่มผลประโยชน์และองค์กรภาคประชาชน เพื่อให้กลุ่มหลังนี้ได้รับทราบการตัดสินใจของรัฐบาลรับทราบข้อมูล และในทางกลับกันมีโอกาสดังปัญหาของภาคเอกชนให้รัฐบาลทราบด้วย<sup>23</sup>

### 3.1.4 การวางโครงการร่าง (Drafting)

เมื่อมีการเจรจาดกลงระหว่างประเทศคู่สัญญาแล้ว จึงเป็นขั้นตอนการวางโครงการร่างสนธิสัญญาหรือความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี ซึ่งเป็นกระบวนการในระดับระหว่างประเทศ การวางโครงการร่าง (Drafting) นี้เป็นการกำหนดรูปแบบและการยกร่างรายละเอียดถ้อยคำในความตกลงฯ ในขั้นตอนนี้ประเทศคู่สัญญาจะสามารถรับทราบรายละเอียดของความตกลงฯ ว่ามีรูปแบบและเนื้อหาอย่างไร ความตกลงฯ แบ่งเป็นหมวดต่างๆ อะไรบ้าง ในแต่ละหมวดมีกี่ข้อ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องสิทธิและหน้าที่ของแต่ละฝ่ายตามความตกลงฯ ว่ากำหนดไว้อย่างไรบ้าง

<sup>22</sup> “กฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศ” ใน จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, หน้า 290 - 295.

<sup>23</sup> ดูกระบวนการทำความเข้าใจความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีของประเทศออสเตรเลีย ในข้อ 3.2.2 ข้างหลัง

### 3.1.5 การยอมรับ (Adoption)<sup>24</sup>

ขั้นตอนการยอมรับ (Adoption) เป็นขั้นตอนในระดับระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับระดับภายในประเทศ เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้คู่เจรจาแสดงเจตนายอมรับบทบัญญัติเนื้อหาในความตกลงฯ ว่าถูกต้องตรงตามที่ได้เจรจาต่อรองและตกลงกันตามที่ได้วางโครงสร้างหรือไม่ การยอมรับในขั้นตอนนี้ยังไม่มีผลที่จะก่อให้เกิดพันธกรณีใดๆ ระหว่างประเทศคู่เจรจา หากแต่เป็นเพียงการกระทำอย่างเป็นทางการเพื่อแสดงการยอมรับระหว่างคู่เจรจากรูปแบบ (Form) และเนื้อหา (Content) ของความตกลงฯ นั้น เป็นที่ยุติและถูกต้องตามความประสงค์ของคู่เจรจาก่อนที่จะมีการรับรองความถูกต้องแท้จริง (Authentication)<sup>25</sup> ของบทบัญญัติต่างๆ ตามความตกลงฯ ในขั้นตอนต่อไป

### 3.1.6 การรับรองความถูกต้องแท้จริง (Authentication)

การรับรองความถูกต้องของสนธิสัญญา (Authentication) เป็นขั้นตอนภายนอก รัฐคู่เจรจจะได้พิจารณาร่างสุดท้ายของสนธิสัญญาว่ามีข้อความรายละเอียดตรงตามเจตนารมณ์ของแต่ละฝ่ายทุกประการหรือไม่ ขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอนสุดท้ายที่รัฐคู่เจรจจะได้ตรวจสอบร่างสนธิสัญญาก่อนที่จะมีการลงนามรับรองสนธิสัญญาโดยรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศหรือผู้ได้รับมอบอำนาจจากรัฐ

โดยหลักแล้ววิธีการรับรองความถูกต้องแท้จริงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของสนธิสัญญาหรือความตกลงฯ ตามวิธีการที่ประเทศคู่เจรจจะได้กำหนดไว้ในความตกลงฯ หากไม่ปรากฏวิธีการดังกล่าว การรับรองความถูกต้องแท้จริงของความตกลงฯ สามารถทำได้โดยการลงนาม (Signature) ภายใต้เงื่อนไขว่าต้องได้รับการยืนยันจากรัฐผู้ให้อำนาจเต็ม (Signature ad referendum) หรือการลงนามย่อ (Initialling) ของผู้แทนประเทศในความตกลงฯ หรือในกรรมสารสุดท้าย (Final act)

<sup>24</sup> Vienna Convention 1969, Art. 9 Adoption of the text

2. The adoption of the text of a treaty at an international conference takes place by the vote of two thirds of the States present and voting, unless by the same majority they shall decide to apply a different rule.

<sup>25</sup> Vienna Convention 1969, Art. 10 Authentication of the text

The text of treaty is established as authentic and definitive:

(a) By such procedure as may be provided for in the text or agreed upon by the States participating in its drawing up; or

(b) Falling such procedure, by the signature, signature ad referendum or initialling by the representatives of those States of the text of the treaty or of the Final Act of a conference incorporating the text.

จากนั้นจึงเข้าสู่ขั้นตอนกระบวนการระดับภายในประเทศที่สำคัญอีกขั้นตอนหนึ่ง คือ การนำเสนอสนธิสัญญาหรือความตกลงฯ ที่ได้มีการรับรองความถูกต้องแท้จริง (Authentication) แล้ว นั้นกลับเข้าสู่การพิจารณาตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญภายในของแต่ละประเทศกำหนด ว่าเป็น สนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ จากนั้นฝ่ายบริหารจึงจะสามารถแสดงเจตนาผูกพันตามพันธกรณีที่ปรากฏในสนธิสัญญาได้

### 3.1.7 การขอความเห็นชอบจากรัฐสภา (Approbation)

การนำเสนอร่างสนธิสัญญาเพื่อขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนที่จะมีการแสดงเจตนา เข้าผูกพันตามสนธิสัญญาถือเป็นขั้นตอนกระบวนการภายในประเทศที่สำคัญ เพราะเป็นขั้นตอน ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้โดยมีวัตถุประสงค์ให้ฝ่ายรัฐสภาซึ่งถือว่าเป็นตัวแทนปวงชนได้รับทราบ และมีส่วนร่วมในการพิจารณาเห็นชอบในสนธิสัญญาบางประเภท

โดยหลักทั่วไปรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้สนธิสัญญาทุกฉบับต้องผ่านการพิจารณาของ รัฐสภา แต่มักกำหนดให้สนธิสัญญาที่มีความสำคัญโดยสภาพแห่งเรื่อง (Nature of Things) ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อน ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 กำหนดให้สนธิสัญญาทางการค้า (les traités de commerce) สนธิสัญญาร่วมเป็นพันธมิตร หรือสนธิสัญญาที่จะมีผลผูกพันการเงินการคลังของประเทศ เป็นต้น ต้องผ่านความเห็นชอบจาก รัฐสภา โดยที่ไม่ต้องคำนึงว่าจะต้องมีรัฐบัญญัติรองรับการบังคับใช้สนธิสัญญานั้นหรือไม่ เพราะ ประเด็นหลังนี้เป็นเรื่องในขั้นตอนที่ 3.1.9 ซึ่งเป็นคนละขั้นตอนกับขั้นตอนที่ 3.1.7 นี้ซึ่งต้องการ เปิดโอกาสให้รัฐสภามีส่วนร่วมกับรัฐบาลในการพิจารณาตัดสินใจว่าควรผูกพันตามร่าง สนธิสัญญาฉบับนั้นหรือไม่ ส่วนประเทศไทย บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 224<sup>26</sup> ได้จำแนกประเภทของสนธิสัญญาที่ฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีจะต้อง ขอความเห็นชอบจากรัฐสภาเป็น 3 ประเภท ซึ่งในกรณีนี้รัฐสภาจะพิจารณาร่วมกันทั้งสองสภา ตามมาตรา 193 (15)<sup>27</sup> แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ดังนี้

- (1) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย
- (2) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ และ

<sup>26</sup> มาตรา 224 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือ สัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตาม สัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา”

<sup>27</sup> มาตรา 193 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 บัญญัติว่า “ในกรณีต่อไปนี้ ให้รัฐสภาประชุมร่วมกัน

ฯลฯ

ฯลฯ

(15) การให้ความเห็นชอบหนังสือสัญญาตามมาตรา 224

ฯลฯ

ฯลฯ”

### (3) หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา

สำหรับประเทศเสรีประชาธิปไตย ฝ่ายบริหารควรจะได้ใช้โอกาสในขั้นตอนนี้ให้เป็นประโยชน์มากที่สุด เพราะนอกจากจะเป็นการปรึกษาหารือและรับฟังความคิดเห็นจากรัฐสภาแล้วยังถือเป็นการผูกพันรัฐสภาในกรณีที่จะต้องออกพระราชบัญญัติรองรับการบังคับใช้สนธิสัญญาในภายหลังด้วยว่าหากรัฐสภาเห็นชอบด้วยกับร่างสนธิสัญญา รัฐสภาจะต้องให้การสนับสนุนรัฐบาลในการออกกฎหมายนั้น

นอกจากนี้ ในกรณีที่ฝ่ายบริหารเห็นว่าร่างสนธิสัญญาฉบับใดจะมีผลกระทบต่อประโยชน์ของประเทศชาติหรือส่วนได้เสียของประชาชนอย่างสำคัญ อาจขอปรึกษาประชาชนโดยการจัดให้มีการออกเสียงประชามติในขั้นตอนนี้ก็ได้ ดังกรณีตัวอย่างของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ซึ่งประธานาธิบดีจะเป็นผู้ตัดสินใจดำเนินการในเรื่องนี้

อย่างไรก็ดี ปัญหาสำคัญที่มักเกิดขึ้นในขั้นตอนนี้เป็นประเด็นเรื่องการตีความประเภทของสนธิสัญญาว่าร่างสนธิสัญญาหรือร่างความตกลงฉบับใดฉบับหนึ่งต้องเสนอขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วฝ่ายบริหารมักมีท่าทีในลักษณะที่ไม่ต้องการเสนอขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนการแสดงเจตนาผูกพันตามสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ การแก้ไขปัญหานี้บางประเทศใช้วิธีระบุจำแนกรายการประเภทของสนธิสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นรายการๆ อย่างชัดเจน เช่นประเทศฝรั่งเศส<sup>28</sup> หรือบางประเทศ เช่น ออสเตรเลีย รัฐธรรมนูญบัญญัติแต่เพียงว่าสนธิสัญญาพหุภาคีและสนธิสัญญาทวิภาคีที่สำคัญ (Major Bilateral Treaty) ฝ่ายบริหารต้องเสนอต่อรัฐสภาก่อนที่จะแสดงเจตนาเข้าผูกพัน ในกรณีเช่นนี้องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ตีความเบื้องต้นได้แก่รัฐบาล แต่ก็ควรมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของประเทศด้วยว่ากรณีที่มีข้อโต้แย้งระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภาเกี่ยวกับปัญหาการตีความประเด็นดังกล่าว องค์กรใดจะเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาด

<sup>28</sup> ได้แก่

- สนธิสัญญาสันติภาพ ซึ่งรวมถึงการทำสนธิสัญญาร่วมเป็นพันธมิตร (Alliance Treaty) ด้วย
- สนธิสัญญาทางการค้า ซึ่งได้แก่สนธิสัญญาและความตกลงทางการค้าทุกฉบับ รวมทั้งความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี

ด้วย

- สนธิสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับองค์การระหว่างประเทศ
- สนธิสัญญาซึ่งมีผลผูกพันการเงินการคลังของประเทศ
- สนธิสัญญาซึ่งมีบทแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย (รั่วบัญญัติ) ของฝ่ายนิติบัญญัติ
- สนธิสัญญาซึ่งมีผลกระทบต่อสถานภาพของบุคคล
- สนธิสัญญาซึ่งมีบทสละ แลกเปลี่ยน หรือควบเข้าด้วยกันซึ่งดินแดนอาณาเขต

ดูรายละเอียดใน Article 53 de la Constitution 1958

ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสขั้นตอนการเสนอเรื่องต่อรัฐสภาและการได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาสำหรับร่างสนธิสัญญาประเภทที่ต้องผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภานี้ ถือเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งของความสมบูรณ์ของการทำสนธิสัญญาตามรัฐธรรมนูญ โดยศาลปกครองจะเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบมิให้มีการฝ่าฝืนกระบวนการดังกล่าวในการทำสนธิสัญญา นักกฎหมายมหาชนเรียกหลักการนี้ว่า “การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญา” (La constitutionnalité des traités et des engagements internationaux)<sup>29</sup>

### 3.1.8 การให้ความยินยอมที่จะผูกพันตามความตกลง (Expression of Consent to be Bound)<sup>30</sup>

ขั้นตอนนี้เป็นกระบวนการภายนอก รัฐในกรณีที่ทำสนธิสัญญาไม่จำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ฝ่ายบริหารสามารถแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาหรือความตกลงฯ ในขั้นตอนนี้ได้เอง เพราะถือเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหาร แต่ถ้าเป็นสนธิสัญญาประเภทที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อน ฝ่ายบริหารย่อมต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อนแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาหรือความตกลงฯ ในกรณีหลังนี้ถือว่าอำนาจการตัดสินใจสุดท้ายเป็นของรัฐสภา อย่างไรก็ตาม กฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้เข้ามากำหนดรายละเอียดในขั้นตอนนี้ให้ แต่ละประเทศสามารถกำหนดเงื่อนไขและกระบวนการภายในของตนได้เอง การที่ฝ่ายบริหารจะทำตามขั้นตอน เงื่อนไขหรือกระบวนการหรือไม่นั้นเป็นเรื่องระดับภายในประเทศ แต่กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในที่นี้ได้แก่อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ.1969 ได้กำหนดว่า เมื่อประเทศคู่สัญญาได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาแล้ว จะยกเอาความไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายภายในมาเป็นข้ออ้างกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อปฏิเสธการปฏิบัติตามสนธิสัญญาไม่ได้<sup>31</sup>

สำหรับวิธีการหรือรูปแบบในการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศนั้น เป็นไปตามที่ประเทศคู่สัญญาจะได้ตกลงกัน เช่น ผู้แทนที่ได้รับอำนาจเต็ม

<sup>29</sup> René CHAPUS, Droit administratif général : Tome I, 15<sup>ème</sup> édition, Paris : Montchrestien, 2001, p.938-939.

<sup>30</sup> Vienna Convention 1969, Art. 11 Means of expressing of consent to be bound by a treaty

The consent of a State to be bound by a treaty may be expressed by signature, exchange of instruments constituting a treaty, ratification, acceptance, approval or accession or by any other means, if so agreed.

Art. 16 Exchange or deposit of instrument of ratification, acceptance, approval or accession

Unless the treaty otherwise provides, instruments of ratification, acceptance, approval or accession establish the consent of a State to be bound by a treaty upon:

(a) Their exchange between the contracting States; or

(b) Their deposit with the depositary

(c) Their notification to the contracting States or to their depositary, if so agreed.

<sup>31</sup> Vienna Convention 1969, Art. 27

ของประเทศหรือผู้ที่ถือว่าเป็นผู้แทนที่มีอำนาจเต็มสามารถแสดงเจตนาให้ความยินยอมที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศได้โดยการลงนาม (Signature)<sup>32</sup> การแลกเปลี่ยนตราสารอันก่อให้เกิดสนธิสัญญา (Exchange of Instruments Constituting a Treaty)<sup>33</sup> การให้สัตยาบัน (Ratification) การยอมรับ (Acceptance) การให้ความเห็นชอบ (Approval)<sup>34</sup> การภาคยานุวัติ (Accession)<sup>35</sup> หรือวิธีการอื่นๆ ที่ประเทศคู่สัญญาจะตกลงกัน

เมื่อได้แสดงเจตนาให้ความยินยอมที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาหรือความตกลงฯ แล้ว สนธิสัญญาย่อมมีผลผูกพันคู่กรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศนับแต่เวลาที่คู่สัญญาจะได้กำหนด

---

<sup>32</sup> Vienna Convention 1969, Art. 12 Consent to be bound by a treaty expressed by signature

1. The consent of State to be bound by a treaty is expressed by the signature of its representative when:

- (a) The treaty provides that signature shall have that effect;
- (b) It is otherwise established that the negotiating State were agreed that signature should have that effect; or
- (c) The intention of the State to give that effect to the signature appears from the full powers of its representative or was expressed during the negotiation.

2. For the purpose of paragraph 1:

- (a) The initialling of a text constitutes a signature of the treaty when it is established that the negotiation States so agreed;
- (b) The signature ad referendum of a treaty by a representative, if confirmed by his State, constitutes a full signature of the treaty.

<sup>33</sup> Vienna Convention 1969, Art. 13 Consent to be bound by a treaty expressed by an exchange of instruments constituting a treaty

The consent of States to be bound by a treaty constituted by instruments exchanged between them is expressed by the exchange when:

- (a) The instruments provide that their exchange shall have that effect; or
- (b) It is otherwise established that those States were agreed that the exchange of instruments shall have that effect.

<sup>34</sup> Vienna Convention 1969, Art. 14 Consent to be bound by a treaty expressed by ratification, acceptance or approval

1. The consent of State to be bound by a treaty is expressed by ratification when:

- (a) The treaty provides for such consent to be expressed by means of ratification;
- (b) It is otherwise established that the negotiating States were agree that ratification should be required;
- (c) The representative of the State has signed the treaty subject to ratification; or
- (d) The intention of the States to sign the treaty subject to ratification appears from the full powers of its representative or was expressed during the negotiation.

2. The consent of a State to be bound by a treaty is expressed by acceptance or approval under conditions similar to those which apply to ratification.

<sup>35</sup> Vienna Convention 1969, Art. 15 Consent to be bound by a treaty is expressed by accession

The consent of a State to be bound by a treaty is expressed by accession when:

- (a) The treaty provides that such consent may be expressed by that State by means of accession;
- (b) It is otherwise established that the negotiating States were agreed that such consent may be expressed by that State by means of accession; or
- (c) All the parties have subsequently agreed that such consent may be expressed by that State by means of accession.

ไว้ในสนธิสัญญา เช่น ประเทศคู่สัญญาที่ตกลงแลกเปลี่ยนตราสารหรือส่งมอบสัตยาบัน นับแต่เวลาที่คู่สัญญาได้ส่งมอบสัตยาบันสารครบตามจำนวนที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ควรทราบว่าในกระบวนการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศนั้น แม้ประเทศคู่สัญญาจะได้ดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ จนได้ผ่านการรับรองความถูกต้องแท้จริง (Authentication) ของสนธิสัญญาในขั้นตอนที่ 3.1.6 มาแล้วก็ตาม หากประเทศคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง (โดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติเอง) เห็นว่าการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาหรือความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีแล้วจะเกิดผลเสียหายแก่ประเทศชาติและประชาชนอย่างสำคัญ ประเทศคู่สัญญาดังกล่าวสามารถที่จะไม่แสดงเจตนาที่จะผูกพันตามความตกลงฯ (Expression of Consent to be Bound) ในขั้นตอนนี้ได้ เพราะสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศจะยังไม่มีผลผูกพันประเทศคู่สัญญา จนกว่าจะได้มีการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามขั้นตอนนี้ตามวิธีการที่สนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศกำหนดไว้

### 3.1.9 การทำให้สนธิสัญญามีผลบังคับเป็นกฎหมายภายในรัฐ (Implementation)

ขั้นตอนที่ 3.1.9 เป็นขั้นตอนการดำเนินการภายในรัฐขั้นตอนสุดท้าย วัตถุประสงค์ของขั้นตอนนี้ไม่ใช่เพื่อให้รัฐสภามีส่วนร่วมกับรัฐบาลในการพิจารณาร่างสนธิสัญญา เนื่องจากสนธิสัญญามีผลผูกพันประเทศเสร็จสิ้นแล้วตั้งแต่ขั้นตอนที่ 3.1.8. ขั้นตอนนี้จึงเป็นเพียงผลสุดท้ายของการทำสนธิสัญญา คือรัฐคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องปฏิบัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา โดยทำให้สนธิสัญญามีสภาพบังคับภายในประเทศของตน ในกรณีที่สนธิสัญญานั้นต้องการเพียงการประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาก็จะมีผลบังคับใช้ได้ รัฐบาลก็ดำเนินการนำสนธิสัญญาตีพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา แต่ถ้าหากสนธิสัญญานั้นจำเป็นต้องมีพระราชบัญญัติรองรับจึงจะใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ รัฐบาลจะต้องดำเนินการให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบแก่ร่างพระราชบัญญัติรองรับสนธิสัญญาดังกล่าว ซึ่งโดยหลักทั่วไปมักจะไม่มีปัญหาเนื่องจากรัฐสภาได้พิจารณาให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญานั้นมาแล้ว และทราบล่วงหน้าว่าจะต้องดำเนินการตรากฎหมายรองรับสนธิสัญญาเช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตาม หากรัฐสภาไม่ให้ความเห็นชอบแก่พระราชบัญญัติเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาไม่ว่าโดยเหตุผลใด ก็จะทำให้สนธิสัญญานั้นไม่มีผลบังคับภายในรัฐ แต่ในทางระหว่างประเทศอาจทำให้รัฐนั้นผิดสนธิสัญญาต่อรัฐคู่สัญญาและต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่รัฐคู่สัญญา

ดังนั้นเมื่อถึงขั้นตอนนี้รัฐสภาของประเทศต่างๆ จึงมักยินยอมให้ความร่วมมือกับฝ่ายบริหารและผ่านกฎหมายอนุวัติการตามสนธิสัญญาตามที่ฝ่ายบริหารร้องขอโดยหลีกเลี่ยงได้ยาก อีกทั้งไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อความในสนธิสัญญาไปเป็นอย่างอื่นได้

โดยเหตุนี้ ปัจจุบันรัฐสภาของประเทศที่เป็นกรณีศึกษา เช่นประเทศออสเตรเลีย จึงได้เรียกร้องให้รัฐสภาและประชาชนมีโอกาสให้คำปรึกษาหารือแก่ฝ่ายบริหารให้มากขึ้นตั้งแต่ชั้นตอนต้นๆ ในกระบวนการทำสนธิสัญญาบางประเภทที่เห็นว่ามีผลสำคัญ

นอกจากนี้ หากกล่าวโดยเฉพาะสำหรับปัญหาของประเทศไทย คณะผู้วิจัยเห็นว่าในบรรดาสนธิสัญญาทั้ง 3 ประเภทซึ่งจะต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาดังกล่าวข้างต้นนั้น สนธิสัญญาประเภทที่ (3) “หนังสือสัญญาประเภทที่จะต้องมีพระราชบัญญัติมารองรับเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา” นับว่ามีปัญหามากที่สุด เนื่องจากนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่เห็นว่า หากมีกฎหมายภายในรองรับสนธิสัญญาประเภทนี้เพียงพอแล้วหรือหากยังไม่มีกฎหมาย แต่ฝ่ายบริหารสามารถออกกฎหมายลำดับรองมาบังคับใช้ได้เองโดยไม่ต้องอาศัยพระราชบัญญัติ ฝ่ายบริหารก็สามารถแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามร่างสนธิสัญญาได้ทันที โดยไม่จำเป็นต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา เพราะไม่มีกรณีที่รัฐบาลจะต้องขอให้รัฐสภาตราพระราชบัญญัติแปลงสภาพของสนธิสัญญาจากที่เป็นกฎหมายภายนอกรัฐเข้ามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายใน

คณะผู้วิจัยเห็นว่า ความเห็นดังกล่าวเป็นการนำขั้นตอนสองขั้นตอนมาผสมปะปนกัน คือขั้นตอนที่ 3.1.7 การขอความเห็นชอบร่างสนธิสัญญาจากรัฐสภา และขั้นตอนที่ 3.1.9 การแปลงสภาพสนธิสัญญาเป็นกฎหมายภายในโดยการตราพระราชบัญญัติรองรับ ทั้งที่โดยเจตนารมณ์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 แล้ว ต้องการให้ขั้นตอนที่ 3.1.7. กับขั้นตอนที่ 3.1.9. แยกต่างหากจากกันและต้องดำเนินการที่ละขั้นตอนตามลำดับให้ถูกต้องครบถ้วน (ถ้าเข้าลักษณะที่รัฐธรรมนูญกำหนด) เพราะเหตุว่าแต่ละขั้นตอนมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน (3.1.7 เพื่อเปิดโอกาสให้รัฐสภาเข้าร่วมกับรัฐบาลในการตัดสินใจว่าควรผูกพันตามร่างสนธิสัญญาหรือไม่ กับ 3.1.9 เพื่อแปลงสภาพสนธิสัญญาที่มีผลผูกพันแล้วให้มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายภายใน) มีวิธีการดำเนินงานที่แตกต่างกัน (3.1.7 เป็นการพิจารณาร่วมกันของทั้งสองสภาตามมาตรา 193 (15) ส่วน 3.1.9 เป็นการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติตามปกติ ซึ่งดำเนินการที่ละสภาโดยเริ่มต้นที่สภาผู้แทนราษฎรก่อน) และประการสุดท้าย มีสิ่งซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ในการพิจารณาที่แตกต่างกัน (3.1.7 วัตถุประสงค์ในการพิจารณาได้แก่ร่างสนธิสัญญา ส่วน 3.1.9 วัตถุประสงค์ในการพิจารณา คือร่างพระราชบัญญัติ ส่วนร่างสนธิสัญญาหากจะมีการเสนอร่วมเข้าไปด้วยก็เป็นเพียงเอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติ)

ส่วนการที่คณะผู้วิจัยเห็นว่ารัฐธรรมนูญ มีเจตนารมณ์เช่นนั้น ด้วยเหตุผลสำคัญ 2 ประการ ดังนี้

(1) การที่รัฐสภาเป็นผู้พิจารณาเห็นชอบร่างสนธิสัญญาก่อนที่รัฐบาลจะไปผูกพันด้วยนั้น ก็เพื่อป้องกันมิให้รัฐบาลบีบบังคับรัฐสภาโดยทางอ้อมให้จำเป็นต้องอนุมัติกฎหมายตามที่

รัฐบาลร้องขอโดยอาศัยสนธิสัญญาที่รัฐบาลไปลงนามผูกพันกับต่างประเทศแล้วมาเป็นเงื่อนไขในการออกกฎหมายของรัฐสภา

(2) การที่รัฐสภาได้พิจารณาเห็นชอบกับร่างสนธิสัญญาก่อนการพิจารณาร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญา เป็นการผูกมัดรัฐสภาว่ารัฐสภาจะต้องเห็นชอบด้วยกับหลักการของร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญานั้นในภายหลังโดยปริยาย

### 3.1.10 การจดทะเบียนสนธิสัญญากับสหประชาชาติ

กระบวนการนี้เป็นกระบวนการระดับระหว่างประเทศ การจดทะเบียนสนธิสัญญากับสหประชาชาติเพื่อประโยชน์ในการเก็บและเผยแพร่ในทางระหว่างประเทศว่ามีประเทศใดได้ทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศกับประเทศใดบ้าง และเพื่อให้สามารถใช้สนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศนั้นกล่าวอ้างในศาลระหว่างประเทศได้ กรณีที่ไม่มีการจดทะเบียนกับสหประชาชาติ รัฐคู่สัญญาไม่สามารถใช้ยืนยันในศาลเมื่อมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นระหว่างกัน

โดยสรุป กระบวนการในการทำสนธิสัญญานั้นมีขั้นตอนซึ่งเกี่ยวพันทั้งในระดับระหว่างประเทศและระดับภายในประเทศ โดยในขั้นตอนที่ 3.1.3. การเจรจา, 3.1.4. การวางโครงสร้าง, 3.1.5. การยอมรับ, 3.1.6. การรับรองความถูกต้องแท้จริง, 3.1.8. การแสดงเจตนาผูกพัน และ 3.1.10. การจดทะเบียนสนธิสัญญา นั้นเป็นกระบวนการในระดับระหว่างประเทศซึ่งรัฐต่างๆ มีแบบแผนอย่างเดียวกัน ส่วนขั้นตอนที่ 3.1.1. การริเริ่ม, 3.1.2. การตัดสินใจ 3.1.7. การขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติก่อนการแสดงเจตนาผูกพันตามสนธิสัญญา และ 3.1.9 การทำให้สนธิสัญญามีสภาพบังคับเป็นกฎหมายภายในรัฐ เป็นกระบวนการภายในของแต่ละประเทศ กระบวนการภายในประเทศเหล่านี้เองที่กฎหมายระหว่างประเทศไม่สามารถก้าวล่วงได้จึงไม่ได้กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีการไว้ เนื่องจากเป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายภายในที่ประเทศซึ่งมีอำนาจอธิปไตยของตนเองสามารถกำหนดกระบวนการในการทำสนธิสัญญาของตนเองได้

อย่างไรก็ดี จากการศึกษาวิจัยกระบวนการดังกล่าวของประเทศต่างๆ ซึ่งเป็นกรณีศึกษาพบว่า รัฐสภาและองค์การภาคประชาชนอาจเข้ามามีส่วนร่วมกับรัฐบาลทั้งในเชิงบวก (positive) คือการให้คำปรึกษาหารือ การให้ข้อมูลและข้อคิดเห็นต่างๆ แก่ฝ่ายบริหาร และในเชิงลบ (negative) ได้แก่การตรวจสอบจนกระทั่งถึงการไม่ให้ความเห็นชอบแก่รัฐบาลในการทำสนธิสัญญาตั้งแต่ขั้นตอนการตัดสินใจหรือการเจรจาต่อรอง ไม่ใช่ในขั้นตอนการทำให้สนธิสัญญามีสภาพบังคับเป็นกฎหมายอันเป็นขั้นตอนของการปฏิบัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา (Implementation) ดังจะกล่าวต่อไป

### 3.2 กระบวนการในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศของประเทศที่เป็นกรณีศึกษา

เมื่อได้ศึกษากระบวนการในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศโดยทั่วไปแล้ว ต่อไปนี้จะได้ศึกษากระบวนการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และสาธารณรัฐฝรั่งเศส ตามลำดับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระบวนการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการนำเสนอกระบวนการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระบวนการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี ให้กับประเทศไทย

#### 3.2.1 กระบวนการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี ของประเทศสหรัฐอเมริกา

แม้ว่าการทำสนธิสัญญาโดยทั่วไปของสหรัฐอเมริกามีกระบวนการที่ไม่แตกต่างจากกระบวนการทำสนธิสัญญาของประเทศอื่นมากมายนัก<sup>36</sup> แต่กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกามีการแบ่งแยกประเภทสนธิสัญญาไว้อย่างชัดเจนเป็น 2 ประเภท ได้แก่ สนธิสัญญา (Treaty) อย่างหนึ่ง และความตกลงระหว่างประเทศ (Agreement) ที่เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ อีกอย่างหนึ่ง

ผลของการกำหนดแบ่งแยกสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศให้แตกต่างกัน ทำให้ต้องกำหนดกระบวนการทำสนธิสัญญากับต่างประเทศออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ กระบวนการทำสนธิสัญญา และ กระบวนการทำความตกลง ที่เป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะ ยิ่งไปกว่านั้นประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตรากฎหมายว่าด้วยการเจรจาทางการค้า ค.ศ. 2002 (Trade Promotion Act 2002) อีกส่วนหนึ่งเพื่อเป็นกรอบและเงื่อนไขแก่ฝ่ายบริหารในการเจรจาและทำความตกลงทางการค้ากับนานาประเทศ ดังนั้น เรื่องกระบวนการทำสนธิสัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกา จึงอาจแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภทด้วยกัน ดังนี้

- 1) การทำสนธิสัญญา (Treaty Making Process)
- 2) การทำความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ (Agreement Making Process)

<sup>36</sup> การเจรจาตกลงทำสนธิสัญญาโดยปกติกระทำโดยตัวแทนจากฝ่ายบริหาร (Executive Branch) ที่ได้รับมอบหมายจากประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา โดยผ่านทางคณะรัฐมนตรี Secretary of State หรือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ที่จะจัดตั้งคณะผู้แทนเจรจา ซึ่งประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ของรัฐและตัวแทนภาคเอกชน ที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องที่จะเจรจาทำความตกลงระหว่างกัน เช่น โทรมานาคม การค้า การขนส่งทางเรือ สิ่งแวดล้อม รายละเอียดการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศมีกำหนดไว้ใน "คู่มือความสัมพันธ์กับต่างประเทศ" (Foreign Affairs Manual, Circular 175) ซึ่งคู่มือฉบับนี้ยังได้สรุปเกี่ยวกับเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้สำหรับการทำความตกลงระหว่างประเทศและสำหรับสนธิสัญญา รวมทั้งยังได้แยกความแตกต่างระหว่างสัญญาในทางระหว่างประเทศทั้งสองนั้นด้วย รายละเอียดดู The International Law : The Treaty-Making Process, (<http://homepage.gallaudet.edu/David.Penna/Trtymake.htm>)

3) การทำความตกลงระหว่างประเทศในกรอบของกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการค้า ค.ศ.2002 (Trade Promotion Act 2002)

### การทำสนธิสัญญา (Treaty Making Process)

ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา สนธิสัญญาหมายถึงความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้น โดยคำแนะนำและความเห็นชอบของสภาสูง<sup>37</sup> หรือสนธิสัญญาที่มีสถานะเทียบเท่ากับกฎหมายของสหพันธรัฐ

กระบวนการในการทำสนธิสัญญา มีขั้นตอนที่สำคัญ ดังนี้

(1) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (Secretary of State) เป็นผู้มีส่วนในการเจรจา โดย Department of State จะส่งบัญชีสนธิสัญญาสำคัญๆ ที่จะเจรจากตามเวลาที่กำหนดต่อคณะกรรมการความสัมพันธ์ต่างประเทศ วุฒิสภา (Senate Foreign Relations Committee) และ คณะกรรมการความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ สภาผู้แทนราษฎร (House International Relations Committee) เพื่อกำหนดความชัดเจนในการเจรจา โดยสมาชิกหรือคณะกรรมการ หรือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรริเริ่มการให้คำปรึกษาในเรื่องแบบหรือเนื้อหาของสนธิสัญญาแก่รัฐมนตรีตามความจำเป็น

(2) ผู้แทนของสหรัฐอเมริกาทำการเจรจากับผู้แทนการเจรจาของต่างประเทศ โดยการเจรจาของผู้แทนการเจรจาของสหรัฐ เป็นไปตามกรอบที่วุฒิสภากำหนด (subject to Senate Confirmation)

(3) เมื่อประเทศคู่เจรจาเห็นตรงกันในเรื่องเนื้อหาและวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา จึงจัดให้มีการลงนามโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐและผู้แทนของประเทศคู่สัญญา การลงนามในขั้นตอนนี้ยังไม่ถือเป็นการสร้างความผูกพันหรือเป็นการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา เป็นเพียงการลงนามรับรองความถูกต้องและยอมรับว่าสนธิสัญญาที่ลงนามนั้นเป็นไปตามที่ได้ตกลงกัน<sup>38</sup>

(4) ประธานาธิบดีนำเสนอสนธิสัญญาเสนอต่อวุฒิสภา ในกรณีนี้กระบวนการทำสนธิสัญญาดำเนินต่อไปตามข้อ (5) หากประธานาธิบดีไม่นำสนธิสัญญาเสนอต่อวุฒิสภา ถือเป็นการสิ้นสุดกระบวนการ

(5) คณะกรรมการว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ วุฒิสภา พิจารณาสนธิสัญญาและทำรายงานพร้อมมติที่ประชุมต่อวุฒิสภา ว่าการให้สัตยาบันสนธิสัญญาควรจะมีการกำหนดเงื่อนไขหรือตั้งข้อสงวนอย่างไรหรือไม่ เพื่อดำเนินกระบวนการต่อไปตามข้อ (6) หาก

<sup>37</sup> Art. 2 sec. 2 clause 2 of the Constitution

<sup>38</sup> The International Law: The Treaty-Making Process, (<http://www.homepage.gallaudet.edu/David.Penna/ Trymake.htm>)

คณะกรรมการการว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ วุฒิสภา ไม่ทำรายงานเสนอต่อวุฒิสภา ถือเป็นการยุติกระบวนการทำสนธิสัญญา

(6) วุฒิสภาพิจารณาสนธิสัญญาและรายงานพร้อมมติที่ประชุมของคณะกรรมการการว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เมื่อวุฒิสภาให้ความเห็นชอบตามมติของคณะกรรมการฯ ว่าการให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาจะมีเงื่อนไขอย่างไรหรือไม่ โดยเสียงข้างมาก 2 ใน 3 ของวุฒิสภาที่เข้าประชุมแล้ว<sup>39</sup> ให้เสนอต่อประธานาธิบดีเพื่อพิจารณาลงนามในสัตยาบันสารต่อไป

(7) หากวุฒิสภาไม่พิจารณาสนธิสัญญา หรือพิจารณาแล้วเห็นว่าควรส่งกลับไปให้คณะกรรมการการว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ วุฒิสภา พิจารณาใหม่ หรือกรณีที่คะแนนเสียงที่ให้ความเห็นชอบของวุฒิสภาไม่ถึง 2 ใน 3 สนธิสัญญาจะถูกส่งกลับไปที่คณะกรรมการฯ เพื่อพิจารณาใหม่อีกครั้งหนึ่ง ในกรณีนี้ให้นำกระบวนการในข้อ (6) มาใช้โดยอนุโลม

ประธานาธิบดีสามารถพิจารณาดำเนินการได้ ดังนี้

ก) ลงนามในสัตยาบันสาร และดำเนินการตามกระบวนการต่อไป หรือ

ข) ประธานาธิบดีเจรจากับประเทศคู่สัญญา ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้โดยวุฒิสภา แล้วส่งเรื่องกลับให้คณะกรรมการการว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประเทศพิจารณาใหม่ หรือลงนามในสัตยาบันสารภายหลังการเจรจา

ค) ประธานาธิบดีไม่ลงนามในสัตยาบันสาร ในกรณีนี้ถือเป็นการยุติกระบวนการ

(8) ในกรณีของสนธิสัญญาทวิภาคี ประธานาธิบดีอาจแลกเปลี่ยนหรือไม่แลกเปลี่ยนสัตยาบันสารกับประเทศคู่สัญญา หากมีการแลกเปลี่ยนสัตยาบันสาร สนธิสัญญาเกิดขึ้นมีผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศ หากประธานาธิบดีไม่แลกเปลี่ยนสัตยาบันสาร สนธิสัญญาไม่เกิดขึ้น จึงไม่มีผลผูกพันใดๆ ถือว่ากระบวนการทำสนธิสัญญาสิ้นสุดลง

ส่วนกรณีของการทำสนธิสัญญาพหุภาคี มีกระบวนการอย่างเดียวกันกับสนธิสัญญาทวิภาคี หากแต่ต่างกันในเรื่องของการแลกเปลี่ยนสัตยาบันสารเป็นการส่งสัตยาบันสารไปตามที่กำหนดในสนธิสัญญา เช่น สนธิสัญญากำหนดว่าสนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้เมื่อมีการส่งสัตยาบันสารครบตามจำนวนที่กำหนดในสนธิสัญญา ในกรณีนี้สนธิสัญญาจะมีผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศเมื่อประเทศภาคีทั้งหลายส่งสัตยาบันสารครบจำนวน

(9) ประธานาธิบดีประกาศการมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาให้เป็นกฎหมายภายในรัฐ

<sup>39</sup> The US Constitution of State, Art. II, sec. 2, para 2

## การทำความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ (Agreement Making Process)

ในกรณีของการทำความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา หรือที่รู้จักกันในชื่อของ “Executive Agreement” นั้น มีกระบวนการที่แตกต่างไปจากกระบวนการทำสนธิสัญญา (Treaty) ดังกล่าวข้างต้น คือ

(1) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (Secretary of State) เป็นผู้มีอำนาจในการเจรจา Department of State ส่งบัญชีความตกลงระหว่างประเทศสำคัญๆ ที่จะเจรจาตามเวลาที่กำหนดต่อคณะกรรมการความสัมพันธ์ต่างประเทศวุฒิสภา (Senate Foreign Relations Committee) และคณะกรรมการความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ สภาผู้แทนราษฎร (House International Relations Committee) เพื่อกำหนดความชัดเจนในการเจรจา โดยสมาชิกหรือคณะกรรมการ หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรริเริ่มการให้คำปรึกษาแก่รัฐมนตรีในเรื่องแบบหรือเนื้อหาของความตกลงฯ ตามความจำเป็น

(2) ผู้แทนการเจรจาของสหรัฐอเมริกาดำเนินการเจรจากับผู้แทนประเทศอื่น หรือประเทศอื่นๆ ขึ้นอยู่กับว่าเป็นการทำความตกลงแบบทวิภาคีหรือพหุภาคี

(3) ผู้แทนการเจรจาเห็นชอบในเนื้อหาและวัตถุประสงค์ของความตกลงฯ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศมอบอำนาจลงนามในความตกลงฯ แก่ผู้แทนการเจรจา

(4) ผู้แทนการเจรจาลงนามในความตกลงระหว่างประเทศ

(5) การแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศ จะเป็นไปตามประเภทของความตกลงฯ 3 ลักษณะ ได้แก่

(5.1) ความตกลงระหว่างประเทศที่อยู่ในอำนาจของประธานาธิบดีโดยเฉพาะตามรัฐธรรมนูญ (Sole Executive Agreement) โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบหรือการมีส่วนร่วมของสภาคองเกรส ซึ่งประธานาธิบดีสามารถกระทำได้เฉพาะเรื่องการทำในฐานะผู้นำของกองทัพและผู้นำทูตานุทูตเท่านั้น

(5.2) ความตกลงระหว่างประเทศที่กำหนดอย่างชัดเจนว่าต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาคองเกรสแห่งสหรัฐอเมริกา (Agreement Pursuant to Treaty) กรณีนี้ถือเป็นข้อยกเว้นของความตกลงฯ กลุ่มนี้

(5.3) ความตกลงระหว่างประเทศที่สภาคองเกรสต้องตรากฎหมายเพื่อให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีในการทำความตกลงฯ หรือความตกลงระหว่างประเทศที่ต้องเสนอต่อสภาคองเกรสก่อนหรือหลังการเจรจาและได้รับความเห็นชอบโดยเสียงข้างมากธรรมดา (Congressional Executive Agreement) ในกรณีนี้ หากความตกลงฯ ไม่ได้รับความเห็นชอบจากสภาคองเกรสและไม่มีผลบังคับใช้แล้ว ย่อมเป็นการยุติกระบวนการทำความตกลงฯ

อย่างไรก็ตาม ความตกลงระหว่างประเทศบางฉบับอาจอยู่ภายใต้อำนาจในการทำความตกลงฯ มากกว่าหนึ่งประเภทได้

(6) ความตกลงระหว่างประเทศมีผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศตามเวลา หรือตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในความตกลงฯ

(7) ประธานาธิบดีนำความตกลงระหว่างประเทศเสนอต่อสภาองเกรสเพื่อทราบภายใน 60 วันหลังจากที่ความตกลงฯ มีผลบังคับใช้ -

### **การทำความตกลงระหว่างประเทศในกรอบของกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการค้า ค.ศ. 2002 (Trade Promotion Act 2002)**

ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการกำหนดกระบวนการรายละเอียดหรือเงื่อนไขพิเศษเพื่อกำหนดกรอบในการทำงานไว้ในกฎหมายเฉพาะสำหรับฝ่ายบริหารเมื่อต้องการทำความตกลงระหว่างประเทศบางประเภท กฎหมายที่วันนี้ได้แก่กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการค้า ค.ศ. 2002 (Trade Promotion Act 2002: TPA) ซึ่งกำหนดกรอบอำนาจในการเจรจาทางการค้าให้แก่ฝ่ายบริหาร

ร่างกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการค้า<sup>40</sup> ผ่านความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาประกาศเป็นกฎหมายเมื่อวันที่ 6 สิงหาคม ค.ศ. 2002 เพื่อวางกรอบในการทำ Bipartisan Trade Agreement กฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีในการใช้อำนาจบริหารในการเจรจาความตกลงทางการค้า<sup>41</sup> โดยการปรึกษากับสภาองเกรส (Congress)

ประเด็นสำคัญๆ ที่เกี่ยวข้องกับ การทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการค้าเสรี นั้นปรากฏอยู่ใน Division B - Bipartisan Trade Promotion Agreement (Bipartisan Trade Promotion Act of 2002) ซึ่งสามารถแบ่งเป็น 4 เรื่องสำคัญ คือ

- 1) วัตถุประสงค์ในการเจรจาการค้า
- 2) อำนาจในการทำความตกลงทางการค้า

<sup>40</sup> นอกจากนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายการค้าสำคัญหลายฉบับ ได้แก่ Smoot-Hawley Act (Tariff Act 1930), Reciprocal Trade Agreement Act of 1934, Trade Agreement Act of 1979, Omnibus Trade and Competitive Act of 1998 และ Trade Act of 2002 ซึ่ง Trade Act 2002 เป็นกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญต่อการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี

<sup>41</sup> กฎหมายว่าด้วยการค้าฉบับนี้ แบ่งเป็น 5 เรื่องสำคัญๆ ดังนี้

Division A - Trade Adjustment Assistance (TAA)

Division B - Bipartisan Trade Promotion Agreement / Bipartisan Trade Promotion Act of 2002

Division C - Andean Trade Preference Act

Division D - Extension of Certain Preferential Trade, Treatment and other Provision

Division E - Miscellaneous Provision

โดยทั้ง 5 เรื่องเป็นการกำหนดถึงประโยชน์ทางการค้าสำหรับกลุ่มประเทศ Andean (ATPA) Caribbean และ Central American (CBERA) และ อาฟริกา (AGOA) โดยการขยายและวางระบบการให้สิทธิประโยชน์ทางการค้าใหม่

- 3) การขอคำปรึกษาและการประเมิน
- 4) การบังคับใช้ความตกลงทางการค้า

#### วัตถุประสงค์ในการเจรจาการค้า (Trade Negotiating Objectives)

มาตรา 2102 TPA กำหนดวัตถุประสงค์ในการเจรจาการค้า<sup>42</sup> หลักการในการเจรจาการค้าเฉพาะด้าน<sup>43</sup> เพื่อเป็นแนวทางในการเจรจาการค้ากับประเทศอื่นและการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้กรอบของความตกลงรอบอุรุกวัย การกำหนดแนวทางแก่ประธานาธิบดีในการเจรจาการค้าเพื่อรักษาความสามารถในการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐในเวทีเศรษฐกิจระหว่างประเทศ<sup>44</sup> โดยเฉพาะในกรอบขององค์การการค้าโลก (World Trade Organisation) และองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labor Organisation)

ในมาตรานี้ยังได้กำหนดถึงกระบวนการขอคำปรึกษา<sup>45</sup> ที่ผู้แทนการเจรจาการค้าของสหรัฐอเมริกาต้องขอคำปรึกษาจากสภาองเกรส โดยคำนึงถึงความเหมาะสมด้านเวลาและสถานการณ์ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเรื่องที่จะขอคำปรึกษาด้วย เช่น การเจรจาเรื่องสินค้าเกษตรต้องขอคำปรึกษาก่อนเริ่มการเจรจา นอกจากนี้ วัตถุประสงค์ของการเจรจาทางการค้ายังคำนึงถึงการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ความตกลงรอบอุรุกวัยด้วย<sup>46</sup>

<sup>42</sup> Sec. 2102 (a) Trade Negotiating Objectives

<sup>43</sup> Sec. 2102 (b) Principal Trade Negotiating Objectives ได้แก่ การลดอุปสรรคและการบิดเบือนทางการค้า (Trade Barriers and Distortions) การค้าบริการ (Trade in Services) การลงทุนจากต่างชาติ (Foreign Investment) ทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property) ความโปร่งใสในการค้า (Transparency) การต่อต้านการคอร์รัปชัน (Anti-Corruption) การปรับปรุงองค์การการค้าโลกและความตกลงทางการค้าในลักษณะพหุภาคี (Improvement of the WTO and Multilateral Trade Agreements) ข้อบังคับในทางปฏิบัติ (Regulatory Practices) พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Commerce) การค้าสินค้าเกษตรในลักษณะต่างตอบแทน (Reciprocal Trade in Agriculture) แรงงานและสิ่งแวดล้อม (Labor and Environment) การระงับข้อพิพาทและการบังคับใช้ (Dispute Settlement and Enforcement) การขยายการเจรจาเรื่องอื่นๆ ภายใต้กรอบการเจรจาขององค์การการค้าโลก (WTO Extended Negotiations) ได้แก่ การเจรจาการค้าเครื่องบิน (Trade in Civil Aircraft) และ การเจรจาเรื่องหลักเกณฑ์ว่าด้วยแหล่งกำเนิดสินค้า (Rule of Origin) กฎหมายว่าด้วยการเยียวยาทางการค้า (Trade Remedy Laws) ภาษีสินค้าชายแดน (Border Taxes) การเจรจาการค้าด้านสิ่งทอ (Textile Negotiations) การใช้แรงงานเด็ก (Worst Forms of Child Labor)

<sup>44</sup> Sec. 2102 (c) Promotion of Certain Priorities

<sup>45</sup> Sec. 2102 (d) Consultation

<sup>46</sup> Sec. 2102 (e) Adherence to Obligations under Uruguay Round Agreement

## อำนาจในการทำความตกลงทางการค้า (Trade Agreement Authority)

ในเรื่องอำนาจของประธานาธิบดีในการทำความตกลงทางการค้าระหว่างประเทศ<sup>47</sup> (Trade Agreement Authority) เป็นการกำหนดกรอบอำนาจในการทำความตกลงทางการค้าแก่ประธานาธิบดีใน 4 เรื่อง ดังนี้

- 1) อำนาจในการทำความตกลงเกี่ยวกับอุปสรรคทางภาษีศุลกากร (Agreement Regarding Tariff Barriers)<sup>48</sup>
- 2) อำนาจในการทำความตกลงเกี่ยวกับอุปสรรคทางภาษีศุลกากรและไม่ใช่ภาษีศุลกากร (Agreements Regarding Tariff and Non Tariff Barriers)<sup>49</sup>
- 3) Extension Disapproval Process for Congressional Trade Authorities Procedures<sup>50</sup>
- 4) การริเริ่มการเจรจาการค้า (Commencement of Negotiations)<sup>51</sup>

### อำนาจในการทำความตกลงเกี่ยวกับอุปสรรคทางภาษีศุลกากร (Agreements Regarding Tariff Barriers)

กฎหมายในส่วนนี้ได้วางหลักการทั่วไปในการทำความตกลงเกี่ยวกับอุปสรรคทางภาษีของประธานาธิบดีไว้ว่า ประธานาธิบดีมีอำนาจอย่างไรในการทำความตกลงฯ กล่าวคือ เมื่อประธานาธิบดีเห็นว่าอัตราภาษีที่มีอยู่ หรือข้อจำกัดการนำเข้าสินค้าของต่างประเทศหรือของสหรัฐอเมริกาเป็นภาระหนักเกินไปและเป็นการจำกัดการค้าระหว่างประเทศมากเกินไป และเมื่อพิจารณาตามวัตถุประสงค์ นโยบาย สิทธิพิเศษและเป้าหมายในการส่งเสริมการทำความตกลงเกี่ยวกับการค้าแล้ว ประธานาธิบดีสามารถทำความตกลงทางการค้ากับต่างประเทศภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการค้า ค.ศ.2002 ได้ใน 2 กรณีด้วยกัน ดังนี้

- (1) ทำความตกลงฯ ได้ก่อนวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2548 หรือ
- (2) ทำความตกลงฯ ได้ก่อนวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2550 หากกระบวนการใช้อำนาจในการทำความตกลงทางการค้ารวมถึงการทำให้กฎหมายรองรับความตกลงฯ นั้นมีผลบังคับใช้ (Extension Disapproval Process for Congressional Trade Authorities Procedures)<sup>52</sup> และประธานาธิบดีสามารถออกประกาศ

(ก) ปรับ (Modification) หรือคงไว้ (Continuance) ซึ่งอัตราภาษีที่มีอยู่เดิม

<sup>47</sup> Sec. 2103 Trade Agreements Authority

<sup>48</sup> Sec. 2103 (a) Agreements Regarding Tariff Barriers

<sup>49</sup> Sec. 2103 (b) Agreement Regarding Tariff and Non-tariff Barriers

<sup>50</sup> Sec. 2103 (c) Extension Disapproval Process for Congress Trade Authorities Procedures

<sup>51</sup> Sec. 2103 (d) Commencement of Negotiations

<sup>52</sup> มาตรา 2103 (c) Subsection C

(ข) คงไว้ซึ่งสภาพการปลอดภาษีหรือทางปฏิบัติด้านศุลกากรที่ใช้บังคับอยู่  
(ค) เพิ่มภาษี เมื่อเห็นว่าเป็นเรื่องจำเป็นและเหมาะสมในการทำให้ความตกลง  
ทางการค้าระหว่างประเทศบรรลุผล

ทั้งนี้ ประธานาธิบดีมีหน้าที่แจ้งให้สภาองเกรสทราบถึงเจตนาที่จะเข้าทำความตกลง  
ทางการค้า

ประธานาธิบดีสามารถมีประกาศปรับ คงไว้ หรือเพิ่มภาษี ตามข้อ (ก) ถึง (ค) ได้ตรา  
เท่าที่ไม่ถูกจำกัดตามข้อจำกัด (Limitations)<sup>53</sup> ของมาตรานี้ ไม่เข้าข้อจำกัดเรื่องการลดอัตราภาษี  
โดยรวม (Aggregate Reduction)<sup>54</sup> และข้อยกเว้นตามการแบ่งกลุ่มสินค้า (Exempt from  
Staging)<sup>55</sup> ข้อจำกัดอื่นๆ (Other Limitations)<sup>56</sup>

ในการคำนวณการลดภาษีโดยรวม (Aggregate Reduction) และข้อยกเว้นตามการ  
แบ่งกลุ่มสินค้า (Exempt from Staging) ประธานาธิบดีสามารถเลือกใช้วิธีการที่ง่ายกว่าในการคิด  
คำนวณภาษี ตามมาตรา 2103 (a) (4)<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Sec. 2103 (a) (2) Limitations กฎหมายฉบับนี้กำหนดข้อจำกัดบางประการแก่ประธานาธิบดีในการออกประกาศ ดังนี้

1. การประกาศลดอัตราภาษีใดๆ ที่มีอยู่ในวันที่กฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้ให้เหลือน้อยกว่าร้อยละ 50 ทั้งนี้ ไม่รวม  
สินค้าที่มีอัตราเรียกเก็บภาษีไม่เกินร้อยละ 5 ในวันที่กฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้
2. การประกาศลดอัตราภาษีต่ำกว่าอัตราที่กำหนดในการนำเข้าสินค้าเกษตรอ่อนไหว ตามความตกลงฯ ในการเจรจา  
รอบอูรุกวัย
3. การประกาศเพิ่มอัตราภาษีข้างต้น ในอัตราที่สูงกว่าอัตราที่กำหนดไว้ในวันที่กฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้

<sup>54</sup> Sec. 2103 (a) (3) (A) Aggregate Reduction

Except as provided in subparagraph (B), the aggregate reduction in the rate of duty on any article which is in  
effect on any day pursuant to a trade agreement entered into under paragraph (1) shall not exceed the aggregate  
reduction which would have been in effect on such day if-

- (i) a reduction of 3 percent ad valorem or a reduction of one-tenth of the total reduction, whichever is greater,  
had taken effect on the effective date of the first reduction proclaimed under paragraph (1) to carry out such agreement  
with respect to such article; and
- (ii) a reduction equal to the amount applicable under clause (i) had taken effect at 1-year intervals after the  
effective date of such first reduction.

<sup>55</sup> Sec. 2103 (a) (3) (B) Exemption from Staging

No staging is required under subparagraph (A) with respect to a duty reduction that is proclaimed under paragraph  
(1) for an article of kind that is not produced in the United States. The United States International Trade Commission  
shall advise the President of the identity of Articles that may be exempted from staging under this subparagraph.

<sup>56</sup> Section 2103 (a) (5)

<sup>57</sup> Section 2103 (a) (4) Rounding- If the President determines that such action will simplify the computation of  
reductions under paragraph (3), the President may round an annual reduction by an amount equal to the lesser of the  
difference between the reduction without regard to this paragraph and the next lower whole number; or one half of 1  
percent ad valorem

นอกจากนี้ ประธานาธิบดีสามารถประกาศปรับอัตราภาษีหรืออัตราการลดภาษี ตามที่กำหนดในมาตรา 2 (5) ตารางที่ 20 ของ The Uruguay Round Agreement Act การปรับภาษีศุลกากรอื่นๆ (Other Tariff Modifications)<sup>58</sup>

อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับนี้ไม่มีจำกัดหรือส่งผลกระทบต่ออำนาจของประธานาธิบดีที่มีอยู่ตามมาตรา 111 (b) The Uruguay Round Agreements Act (19 U.S.C. 3521 (b))<sup>59</sup>

อำนาจในการทำความตกลงเกี่ยวกับอุปสรรคทางภาษี และไม่ใช้ภาษีศุลกากร (Agreements Regarding Tariff and Non Tariff Barriers)

กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดหลักการทั่วไปและเงื่อนไขว่าด้วยการใช้อำนาจของประธานาธิบดี ในการทำความตกลงเกี่ยวกับอุปสรรคที่ไม่ใช่ภาษีศุลกากร ดังนี้

เมื่อประธานาธิบดีเห็นว่าภาษีที่มีอยู่ หรือข้อจำกัดการนำเข้าสินค้าของต่างประเทศหรือของสหรัฐอเมริกา อุปสรรคทางการค้าอื่นๆ การบิดเบือนทางการค้า หรือกรณีการค้าระหว่างประเทศก่อให้เกิดภาระมากเกินไปหรือเกิดข้อจำกัดทางการค้ากับต่างประเทศของสหรัฐ หรือก่อให้เกิดผลเสียต่อเศรษฐกิจของประเทศ<sup>60</sup> ประธานาธิบดีสามารถเจรจาตกลงกับต่างประเทศในการขจัดอุปสรรค ข้อจำกัดหรือการบิดเบือนทางการค้า เพื่อกำหนดวัตถุประสงค์ นโยบาย เป้าหมายและสิทธิพิเศษต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการลดหรือยกเลิกภาษี การจัดการควบคุม อุปสรรค การบิดเบือนทางการค้าต่างๆ รวมถึงการห้ามสร้างข้อจำกัดที่จะเป็นอุปสรรคหรือบิดเบือนทางการค้าอื่นๆ<sup>61</sup>

กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้ประธานาธิบดีสามารถเข้าร่วมทำความตกลงทางการค้าระหว่างประเทศก่อนวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2548 หรือ วันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2550<sup>62</sup> ตามเงื่อนไขว่าด้วยวัตถุประสงค์ในการเจรจาการค้า (มาตรา 2102 (a)) และหลักการในการเจรจาการค้า (มาตรา 2102 (b)) ทั้งนี้ ประธานาธิบดีต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในเรื่องการปรึกษาและการประเมิน (มาตรา 2104 Consultations and Assessment)<sup>63</sup>

กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการค้า ค.ศ. 2002 (Trade Promotion Act of 2002) ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 151 แห่งพระราชบัญญัติการค้า 1974 (Trade Act of 1974: Trade

<sup>58</sup> Section 2103 (a) (6)

<sup>59</sup> Section 2103 (a) (7)

<sup>60</sup> Section 2103 (b) (1) (A)

<sup>61</sup> Section 2103 (b) (1) (B)

<sup>62</sup> Section 2103 (b) (1) (C)

<sup>63</sup> Section 2103 (b) (2)

Authorities Procedures) มาปรับใช้กับร่างกฎหมายของสภาสองเกรสที่มีบทบัญญัติเห็นชอบแก่ การทำความตกลงทางการค้า และเห็นชอบกับการกระทำในทางปกครอง (หากมี) ของ ประธานาธิบดี เพื่อให้ความตกลงทางการค้ามีผลบังคับใช้ และในกรณีที่จะต้องมีการแก้ไข เปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในที่มีอยู่เดิมหรือต้องมีการตรากฎหมายฉบับใหม่เพื่อรองรับความตกลงฯ ให้สามารถบังคับใช้ภายในประเทศได้ ประธานาธิบดีต้องดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลง กฎหมายที่มีอยู่เดิมหรือตรากฎหมายฉบับใหม่ เพื่อให้ความตกลงทางการค้าระหว่างประเทศ นั้นสามารถบังคับใช้ภายในรัฐได้<sup>64</sup>

#### Extension Disapproval Process for Congressional Trade Authorities Procedures

กฎหมายในส่วนนี้กำหนดเป็นข้อยกเว้นเรื่องข้อจำกัดการทำให้ความตกลงทางการค้ามี ผลบังคับใช้ (Limitations on Trade Authorities Procedures)<sup>65</sup> เป็นการนำบทบัญญัติมาตรา 151 แห่งกฎหมาย The Trade Act ค.ศ. 1974 มาปรับใช้กับกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามความตกลงทางการค้าเกี่ยวกับอุปสรรคทางภาษีและที่ไม่ใช่ภาษี ที่ทำขึ้นก่อนวันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2548 และกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามความตกลงทางการค้า เกี่ยวกับอุปสรรคทางภาษีและที่ไม่ใช่ภาษีที่ทำขึ้นภายหลังวันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2548 และ ก่อนวันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2550<sup>66</sup>

การใช้อำนาจดังกล่าว ประธานาธิบดีต้องร้องขอโดยการทำเป็นรายงานเสนอต่อสภา สองเกรส<sup>67</sup> ในกรณีนี้สภาสองเกรสจะไม่รับรายงานคำร้องขอ (an extension disapproval resolution) ก่อนวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2548<sup>68</sup> (รายละเอียดปรากฏตามมาตรา 2105 (c) (5))

หากประธานาธิบดีเห็นว่าควรนำบทบัญญัติตามมาตรา 151 แห่ง The Trade Act of 1974 มาปรับใช้กับกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามความตกลงทางการค้า (Implementing Bill) เกี่ยวกับการขจัดอุปสรรคทางภาษีและที่ไม่ใช่ภาษีที่ทำขึ้นก่อนวันที่ 1 กรกฎาคม 2548 และกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรองรับความตกลงทางการค้าเกี่ยวกับอุปสรรคทาง

<sup>64</sup> Section 2103 (b) (3) (A) and (B)

<sup>65</sup> Section 2105 (b)

<sup>66</sup> Section 2105 (c) (1)

<sup>67</sup> Section 2105 (c) (2)

<sup>68</sup> Section 2105 (c) (5) (A) The term "extension disapproval resolution" means a resolution of either House of the Congress, the sole matter after the resolving clause of which is as follows: "That the disapproves the request of the President for the extension, under section 2103 (c) (1) (B) (i) of Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002, of the trade authorities procedures under that Act to any implementing bill submitted with respect to any trade agreement enter into under section 2103 (b) of that Act after June 30, 2005", with the blank space being filled with the name of the resolving House of the Congress.

ภาษีและที่ไม่ใช่ภาษีที่ทำขึ้นหลังวันที่ 30 มิถุนายน 2548 และ ก่อนวันที่ 1 กรกฎาคม 2550 ประธานาธิบดีต้องยื่นเรื่องเสนอต่อสภาองเกรส ก่อนวันที่ 1 มีนาคม 2005 โดยทำเป็นหนังสือ รายงานพร้อมแนบเอกสารต่าง ๆ<sup>69</sup> ดังนี้

- (1) รายละเอียดการเจรจาความตกลงทุกฉบับ และแผนการล่วงหน้าในการทำความตกลงฯ เพื่อขอความเห็นชอบต่อสภาองเกรส
- (2) รายงานความก้าวหน้าในการเจรจา เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ นโยบาย สิทธิพิเศษ และเป้าหมายในการเจรจา และการชี้แจงถึงความก้าวหน้าในการเจรจา
- (3) คำชี้แจงถึงเหตุผลในการขอยกเว้นว่ามีความจำเป็นต่อการเจรจาที่สมบูรณ์อย่างไร

#### การริเริ่มการเจรจา (Commencement of Negotiations)

เมื่อประธานาธิบดีเห็นว่าเป็นเวลาที่เหมาะสมกับสถานการณ์ และจะเป็นประโยชน์ต่อการขยายตัวทางเศรษฐกิจของประเทศที่จะเปิดการเจรจาเรื่องการขจัดอุปสรรคทางการค้าทั้งที่เป็นภาษีและไม่ใช่อภาษี ซึ่งจะมีผลต่อภาคอุตสาหกรรม การผลิต หรือภาคบริการ รวมถึงการตกลงขยายความสัมพันธ์ที่มีอยู่ไปยังประเทศที่ไม่ได้เป็นคู่เจรจา ไม่ว่าจะเป็นภาคเกษตรกรรม การบริการ พาณิชยกรรม ทรัพย์สินทางปัญญา สินค้าอุตสาหกรรมและสินค้านำเข้า การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ผลิตภัณฑ์ด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ เทคโนโลยีและการบริการด้านสิ่งแวดล้อม อุปกรณ์เครื่องมือ และการบริการทางการแพทย์ การบินพลเรือน และสินค้าที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างพื้นฐาน ทั้งนี้ ประธานาธิบดีต้องคำนึงถึงหลักการและวัตถุประสงค์ในการเจรจาของกฎหมายฉบับนี้<sup>70</sup>

#### การขอคำปรึกษาและการประเมิน

การขอคำปรึกษาหารือกับสภาองเกรสก่อนเข้าร่วมทำความตกลงทางการค้า ตามกฎหมายฉบับนี้แบ่งเป็น 4 เรื่อง ดังนี้

- 1) การบอกกล่าวและการปรึกษาหารือก่อนการเจรจา
- 2) การปรึกษาหารือในการเจรจาเกี่ยวกับสินค้าเกษตร
- 3) การปรึกษาหารือพิเศษเกี่ยวกับสิ่งทอ
- 4) การขอคำปรึกษากับสภาองเกรสก่อนที่ความตกลงทางการค้าจะมีผลบังคับ

<sup>69</sup> Section 2105 (c) (2)

<sup>70</sup> Section 2102 (b) Principal Trade Negotiating Objectives

## การบอกกล่าวและการปรึกษาหารือก่อนการเจรจา<sup>71</sup>

ก่อนเริ่มการเจรจาทำความตกลงเกี่ยวกับอุปสรรคทางภาษีและที่ไม่ใช่ภาษี<sup>72</sup> ประธานาธิบดีต้องบอกกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรต่อสภาคองเกรสว่าต้องการเปิดเจรจาการค้าอย่างช้า 90 วัน เพื่อให้สภาคองเกรสทราบถึงเจตนารมณ์ในการเริ่มเจรจา หรือวัตถุประสงค์ในการเจรจาเพื่อประโยชน์ของประเทศ และทราบความมุ่งหมายของประธานาธิบดีในการที่จะทำความตกลงใหม่หรือแก้ไขความตกลงทางการค้าที่มีอยู่เดิม

ก่อนหรือหลังการเสนอคำบอกกล่าว ประธานาธิบดีต้องขอคำปรึกษากับคณะกรรมการสภาคณะต่างๆ ได้แก่ คณะกรรมการวิธีการและประเมิน สภาผู้แทนราษฎร (The Committee on Ways and Measures of the House of Representative) คณะกรรมการการคลังวุฒิสภา (The Committee on Finance of Senate) และคณะกรรมการชุดอื่นๆ ที่ประธานาธิบดีเห็นสมควร และ The Congressional Oversight Group<sup>73</sup> รวมถึงการประชุมร่วมกับ The Congressional Oversight Group ตามที่คณะกรรมการชุดนี้จะได้เรียกประชุม ซึ่งสามารถทำได้ในเวลาก่อนเริ่มมีการเจรจาหรือในระหว่างที่มีการเจรจา<sup>74</sup>

กฎหมายฉบับนี้ได้แบ่งการปรึกษาหารือเป็นเรื่องๆ ดังนี้ การเจรจาเกี่ยวกับสินค้าเกษตร (Negotiations regarding Agriculture) การนำเข้าสินค้าอ่อนไหว (Special Consultations on Import Sensitive Products) การเจรจาเกี่ยวกับสิ่งทอ (Negotiations regarding Textiles) ดังจะกล่าวต่อไปนี้

## การปรึกษาหารือในการเจรจาเกี่ยวกับสินค้าเกษตร

ก่อนเริ่มการเจรจาหรือดำเนินการในการทำความตกลงที่เกี่ยวกับการค้าสินค้าเกษตรในลักษณะต่างตอบแทน (Reciprocal Trade in Agriculture)<sup>75</sup> กับต่างประเทศ ประธานาธิบดีต้องพิจารณาว่าอัตราภาษีของสินค้าเกษตรที่สหรัฐฯ ผูกพันตามความตกลงรอบอุรุกวัยนั้น ต่ำกว่าอัตราภาษีที่มีกับประเทศคู่สัญญาหรือไม่ นอกจากนี้ ประธานาธิบดียังต้องพิจารณาอีกว่าอัตราภาษีการนำเข้าสินค้าเกษตรจากประเทศสหรัฐฯ สูงกว่าอัตราภาษีที่สหรัฐฯ เรียกเก็บจากประเทศอื่นหรือไม่ รวมถึงการพิจารณาว่าการเจรจาจะมีผลทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันหรือไม่ โดยประธานาธิบดีต้องขอคำปรึกษาจากคณะกรรมการภาษีและคณะกรรมการการเกษตร สภา

<sup>71</sup> Sec. 2104

<sup>72</sup> Sec. 2103 (b) Agreements regarding Tariff and Non-tariff Barriers

<sup>73</sup> Sec. 2104 (a) (2)

<sup>74</sup> Sec. 2104 (a) (3) and Sec.2107 (c) Request for Meeting

<sup>75</sup> Sec. 2102 (b) (10) (A) (i)

ผู้แทนราษฎร คณะกรรมการการค้าและคณะกรรมการการเกษตร โฆษณาการ และการป่าไม้ วุฒิสภา ว่าเป็นการสมควรหรือไม่ที่สหรัฐอเมริกาจะลดอัตราภาษีเมื่อมีการเจรจาทำความตกลงกับประเทศดังกล่าว

นอกจากนี้ กฎหมายฉบับนี้ยังกำหนดถึงการปรึกษาหารือพิเศษเกี่ยวกับการนำเข้าสินค้าอ่อนไหว<sup>76</sup> และการเจรจาเกี่ยวกับอุตสาหกรรมการประมง<sup>77</sup>

1) การปรึกษาหารือพิเศษเกี่ยวกับการนำเข้าสินค้าอ่อนไหว

ก่อนเริ่มการเจรจาด้านการเกษตรที่เกี่ยวข้องเนื่องกับเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกา และการเจรจาที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเกษตรภายใต้กรอบขององค์การการค้าโลก (WTO) ผู้แทนทางการค้าของสหรัฐอเมริกาดำเนินการให้เกิดผลในทางปฏิบัติโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะสามารถทำได้ เมื่อกฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้ ดังนี้

(1) กำหนดจำแนกสินค้าเกษตรที่อยู่ภายใต้โควตาอัตราภาษี เมื่อกฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้ และสินค้าเกษตรที่อยู่ภายใต้การลดอัตราภาษีศุลกากรของสหรัฐฯ ตามความตกลงรอบอุรุกวัย ซึ่งได้รับการลดอัตราภาษีลงเมื่อวันที่ 1 มกราคม 1995 เป็นอัตราที่ลดลงไม่น้อยกว่าร้อยละ 97.5 ของอัตราภาษีที่บังคับใช้กับสินค้านี้ดังกล่าวเมื่อวันที่ 31 ธันวาคม 1994

(2) ปรึกษากับคณะกรรมการการเงินและคณะกรรมการการเกษตร สมาชิกผู้แทนราษฎร และ คณะกรรมการการค้าและคณะกรรมการการเกษตร โฆษณาการ และป่าไม้ วุฒิสภา ในเรื่องต่างๆ ดังนี้

(2.1) เรื่องความเหมาะสมในการลดอัตราภาษีศุลกากรให้กับสินค้าเกษตรที่อยู่ภายใต้โควตาการลดอัตราภาษีศุลกากรของสหรัฐฯ ตามความตกลงรอบอุรุกวัย ว่าการลดอัตราภาษีดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่ออุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องหรือไม่

(2.2) สินค้าที่กำหนดจำแนกนั้น ถูกจำกัดเรื่องของสุนามัยหรือสุนามัยด้านพืชหรือไม่ รวมถึงเรื่องที่ไม่อยู่บนหลักการทางวิทยาศาสตร์ซึ่งขัดต่อความตกลงรอบอุรุกวัย และ

(2.3) เรื่องการอุดหนุนสินค้าส่งออก หรือโครงการ นโยบาย หรือ ทางปฏิบัติของประเทศคู่เจรจานั้น เป็นการบิดเบือนการค้าโลกและมีผลกระทบต่อผู้ผลิตและสินค้าของสหรัฐฯ หรือไม่

(3) ร้องขอให้คณะกรรมการต่างประเทศเตรียมการประเมินผลกระทบทางเศรษฐกิจที่อาจเกิดขึ้นจากการลดภาษี ที่จะมีต่ออุตสาหกรรมที่ผลิตสินค้าที่เกี่ยวข้องของสหรัฐฯ และต่อเศรษฐกิจของสหรัฐฯ โดยรวม

<sup>76</sup> Sec. 2104 (b) (2)

<sup>77</sup> Sec. 2104 (b) (3)

(4) การดำเนินการต่างๆ นั้น ต้องรายงานต่อคณะกรรมการภาษีและการเกษตร สภาผู้แทนราษฎร และคณะกรรมการการคลัง และคณะกรรมการการเกษตร โฆษนาการและการป่าไม้ วุฒิสภา ถึงสินค้าที่ได้กำหนดจำแนกไว้ ตามที่ผู้แทนทางการค้าของสหรัฐฯ ต้องการเปิดเสรีทางภาษีในการเจรจาต่อรองกับต่างประเทศ พร้อมทั้งเหตุผลในการเปิดเสรีทางภาษีดังกล่าวด้วย

ภายหลังจากกระบวนการในการเจรจาได้เริ่มขึ้นแล้ว ผู้แทนทางการค้าของสหรัฐฯ ต้องกำหนดจำแนกสินค้าเกษตรเพื่อการลดภาษีศุลกากรเพิ่มเติมจากที่ได้กำหนดไว้ นอกเหนือไปจากกรณีการรายงานต่อคณะกรรมการภาษีและการเกษตร สภาผู้แทนราษฎร และคณะกรรมการการคลังและคณะกรรมการการเกษตร โฆษนาการและการป่าไม้ วุฒิสภา ถึงสินค้าที่ได้กำหนดจำแนกไว้แล้ว หรือต่อคณะกรรมการภาษีและการเกษตร สภาผู้แทนราษฎร และคณะกรรมการการคลังและคณะกรรมการการเกษตร โฆษนาการและการป่าไม้ วุฒิสภา ถึงประเภทสินค้าและเหตุผลในการลดอัตราภาษี

กรณีที่สินค้าเกษตรตามที่ได้กำหนดจำแนกไว้เป็นสินค้าที่ประเทศคู่สัญญาต้องการให้ลดภาษีศุลกากร ผู้แทนทางการค้าของสหรัฐฯ ต้องรายงานให้สภาองเกรสทราบ

## 2) การเจรจาเกี่ยวกับอุตสาหกรรมการประมง

ก่อนที่จะเริ่มการเจรจาหรือมีการเจรจาต่อเนื่องในเรื่องการค้าปลาหรือสัตว์น้ำจำพวกหอย กุ้ง ปู (shellfish) กับประเทศใดๆ ประธานาธิบดีต้องปรึกษากับคณะกรรมการภาษี คณะกรรมการว่าด้วยทรัพยากร (Committee on Resources) สภาผู้แทนราษฎร และคณะกรรมการการคลัง (Committee on Finance) และคณะกรรมการพาณิชย์ วิทยาศาสตร์ และการคมนาคมขนส่ง (Committee on Commerce, Science and Transportation) วุฒิสภา นอกจากนี้ ประธานาธิบดีต้องรายงานผลการเจรจาต่อคณะกรรมการต่างๆ ดังกล่าวอย่างต่อเนื่องด้วย

## การปรึกษาหารือในการเจรจาเกี่ยวกับอุตสาหกรรมด้านสิ่งทอ<sup>78</sup>

ก่อนหรือในระหว่างการเจรจาความตกลงว่าด้วยสิ่งทอและเสื้อผ้าสำเร็จรูป (textile and apparel products) กับประเทศอื่น ประธานาธิบดีต้องประเมินว่าอัตราภาษีสิ่งทอและเสื้อผ้าสำเร็จรูปที่ผูกพันตามการเจรจาการค้ารอบอุรุกวัยต่ำกว่าอัตราภาษีที่จะได้ตกลงกันหรือไม่ รวมถึงพิจารณาว่าการเจรจาจะมีผลทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันหรือไม่ โดยประธานาธิบดีต้องขอคำปรึกษากับจากคณะกรรมการภาษีและคณะกรรมการการเกษตร สภาผู้แทนราษฎร

<sup>78</sup> Sec. 2104 (c)

และคณะกรรมการการค้าการคลัง วุฒิสภา ว่าเป็นการสมควรหรือไม่ที่สหรัฐ จะลดอัตราภาษีเมื่อมีการเจรจาทำความตกลง

การขอคำปรึกษาหารือกับสภาองเกรสก่อนที่ความตกลงทางการค้าจะมีผลบังคับ<sup>79</sup>

เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ประธานาธิบดีต้องทำการปรึกษาหารือกับคณะกรรมการว่าด้วยวิธีการและการประเมิน สภาผู้แทนราษฎร (The Committee on Ways and Measures of the House of Representative) คณะกรรมการการค้าการคลังวุฒิสภา (The Committee on Finance of Senate) และคณะกรรมการชุดอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการตรากฎหมาย และ The Congressional Oversight Group ก่อนที่ความตกลงจะมีผลบังคับใช้<sup>80</sup>

นอกจากนี้ กฎหมายยังได้กำหนดถึงขอบเขตของการปรึกษาหารือโดยคำนึงถึงลักษณะของความตกลงทางการค้า การทำให้ความตกลงฯ ประสบผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์และนโยบาย และการทำให้ความตกลงฯ มีผลบังคับใช้ รวมถึงผลกระทบจากความตกลงฯ ที่จะเกิดขึ้นกับกฎหมายภายในที่มีอยู่แล้ว<sup>81</sup> และการรายงานเรื่องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา<sup>82</sup>

คณะกรรมการที่ปรึกษา (Advisory Committee) ต้องทำรายงานตามที่กำหนดในมาตรา 135 (e) (1) ของกฎหมาย The Trade Act of 1974 เสนอต่อประธานาธิบดี สภาองเกรส และ ผู้แทนทางการค้าของสหรัฐ ภายใน 3 วัน นับแต่วันที่ประธานาธิบดีได้แจ้งต่อสภาว่าจะทำความตกลงทางการค้า<sup>83</sup>

นอกจากนี้ ประธานาธิบดีต้องเสนอรายละเอียดต่างๆ เกี่ยวกับการทำความตกลงฯ ที่มีอยู่ในขณะนั้นต่อคณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศ (The International Trade Committee: ITC) ภายใน 90 วัน เพื่อพิจารณาประเมินผลกระทบด้านต่างๆ ที่จะเกิดขึ้นต่อเศรษฐกิจของประเทศโดยรวม โดยเฉพาะในภาคอุตสาหกรรม การส่งออกและการนำเข้า การจ้างแรงงาน การผลิต การแข่งขัน รวมถึงผลประโยชน์ของผู้บริโภคด้วย ทั้งนี้ ประธานาธิบดีต้องเสนอรายงานความคืบหน้าในการเจรจาตกลงต่อคณะกรรมการเป็นระยะ คณะกรรมการการค้าระหว่าง

<sup>79</sup> Sec. 2104 (d)

<sup>80</sup> Sec. 2104 (d) (1) (A) (B) and (C)

<sup>81</sup> Sec. 2104 (d) (2) (A) (B) and (C)

<sup>82</sup> Sec. 2104 (d) (3)

<sup>83</sup> Sec. 2104 (e)

ประเทศต้องพิจารณาประเมินผลภายใน 90 วัน นับจากวันที่ประธานาธิบดีได้เข้าร่วมเจรจาตกลงการค้าระหว่างประเทศ<sup>84</sup>

#### การบังคับใช้ความตกลงทางการค้า (Implementation of Trade Agreement)<sup>85</sup>

โดยหลักทั่วไป ความตกลงทางการค้าเกี่ยวกับอุปสรรคทางภาษีศุลกากรหรือที่มีใช้ภาษี (มาตรา 2103(b)) จะสามารถมีผลบังคับใช้ภายในประเทศสหรัฐฯ ได้ รัฐบาลต้องดำเนินการตามกระบวนการต่างๆ<sup>86</sup> ดังนี้

1) ก่อนที่ ประธานาธิบดีจะเข้าร่วมเจรจาทำความตกลงทางการค้ากับประเทศใด ประธานาธิบดีจะต้องแจ้งต่อสภาสองสภานี้ไม่น้อยกว่า 90 วันว่าจะเข้าร่วมทำความตกลงทางการค้า พร้อมเผยแพร่ข้อความดังกล่าวใน The Federal Register หลังจากนั้นทันที

2) ภายใน 60 วันหลังจากที่ประธานาธิบดีเข้าร่วมเจรจาทำความตกลงทางการค้าแล้ว ประธานาธิบดีต้องยื่นหนังสือต่อสภา เพื่อแจ้งถึงความเปลี่ยนแปลงหรือผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับกฎหมายภายในรัฐที่บังคับใช้อยู่เดิม

3) ในสมัยประชุมที่มีการประชุมร่วมกันของทั้งสองสภา (สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา) ให้ประธานาธิบดียื่นร่างความตกลงทางการค้าฉบับสมบูรณ์ พร้อมกับร่างกฎหมายที่จะบังคับการให้เป็นไปตามความตกลงฯ (Implement Bill) สู่สภาฯ และคำชี้แจงถึงการกระทำทางปกครองใดๆ ที่จะทำความตกลงทางการค้ามีผลบังคับใช้ ตลอดจนข้อมูลอื่น ๆ ที่จำเป็น<sup>87</sup>

4. ร่างกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามความตกลงฯ จะผ่านการพิจารณาของสภาตราเป็นกฎหมายบังคับใช้ต่อไป ทั้งนี้ โดยมีเงื่อนไขว่าการบังคับใช้กฎหมายนี้จะอยู่บนพื้นฐานของหลักปฏิบัติต่างตอบแทนของรัฐภาคีในความตกลงฯ

โดยสรุปอาจกล่าวได้ว่า นอกจากความสมบูรณ์ในด้านเนื้อหาซึ่งจะต้องเป็นไปภายใต้ขอบเขตของกฎหมายส่งเสริมการค้าแล้ว การมีผลบังคับใช้ของความตกลงฯ ยังต้องพิจารณาถึงความสมบูรณ์ในกระบวนการ คือไม่มีความบกพร่องในกระบวนการทำความตกลงฯ ได้แก่ การขาดการยื่นคำบอกกล่าวต่อสภา การไม่ปรึกษาหารือ หรือการที่สภาสองสภามีมติไม่อนุมัติ เป็นต้นด้วย

<sup>84</sup> Sec. 2104 (f) (1) (2)

<sup>85</sup> Sec. 2105

<sup>86</sup> Sec 2105 (A) (B) (C) (D)

<sup>87</sup> Sec 2105 (a) (2)

1. คำอธิบายว่ากฎหมายรองรับความตกลงฯ และการกระทำทางปกครองจะมีผลกระทบต่อกฎหมายภายในที่มีอยู่อย่างไร
2. หลักฐานยืนยันว่าความตกลงมีความก้าวหน้าและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ ฯลฯ และความตกลงนี้ส่งผลกระทบต่อบทบัญญัติของความตกลงที่ทำก่อนหน้านี้หรือไม่อย่างไร
3. ความตกลงฯ นี้ช่วยส่งเสริมประโยชน์ทางการค้าของสหรัฐฯ อย่างไร
4. กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรองรับความตกลงฯ เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดเกี่ยวกับเรื่องการแข่งขันทางการค้าหรือไม่

### 3.2.2 กระบวนการทำความเข้าใจด้วยการค้าเสรี ของประเทศออสเตรเลีย

การทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐนั้นมีกฎเกณฑ์ที่ประเทศต่างๆ ยึดถือปฏิบัติกันมาเป็นเวลานาน จนกระทั่งได้มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร (Codification) ในรูปของสนธิสัญญา (Treaty)<sup>88</sup> กระบวนการหรือขั้นตอนต่างๆ ที่กำหนดขึ้นภายใต้สนธิสัญญานั้น เป็นกระบวนการในทางระหว่างประเทศ แม้ว่ากระบวนการทำสนธิสัญญาจะเป็นเรื่องในทางระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม การทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศนั้น ย่อมมีส่วนเกี่ยวข้องกับขั้นตอนและกระบวนการภายในประเทศในการทำสนธิสัญญาเช่นกัน ซึ่งกระบวนการหรือขั้นตอนภายในการทำสนธิสัญญานี้ กฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดกระบวนการภายในประเทศไว้ จึงเป็นเรื่องที่ประเทศออสเตรเลียสามารถกำหนดได้เอง

กระบวนการภายในของประเทศออสเตรเลียในการทำสนธิสัญญา สามารถแบ่งเป็นขั้นตอนสำคัญได้ 5 ขั้นตอน ดังนี้

- 1) การริเริ่ม
- 2) การเจรจาและจัดทำสนธิสัญญา
- 3) การลงนาม
- 4) การเสนอร่างสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศต่อรัฐสภา
- 5) การยอมรับเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา

#### การริเริ่ม (Initiative)

การทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศของออสเตรเลียนั้น สามารถแบ่งการทำสนธิสัญญาได้ใน 2 ลักษณะ คือการทำสนธิสัญญาทวิภาคีและพหุภาคี

การริเริ่มทำสนธิสัญญาทวิภาคีนั้น คู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายสามารถเป็นฝ่ายริเริ่มได้ การริเริ่มของประเทศออสเตรเลียเป็นความร่วมมือของหน่วยงานหรือตัวแทนของสหพันธ์ (The Federal Department or Agency) ที่มีหน้าที่รับผิดชอบในเรื่องนั้นๆ โดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีตามเอกสารกำหนดแนวนโยบายหรือข้อแนะนำ (Guideline) ในการทำสนธิสัญญา

ส่วนสนธิสัญญาพหุภาคีนั้น เป็นการริเริ่มโดยประเทศหรือกลุ่มประเทศภายใต้กรอบขององค์การระหว่างประเทศ การเข้าร่วมทำสนธิสัญญาต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีเช่นกัน

<sup>88</sup> Vienna Convention on the Law of Treaty 1969

## การเจรจาและการจัดทำสนธิสัญญา (Negotiation and Final Text)

ในการเจรจาสถิติสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ คณะผู้แทนการเจรจาประกอบด้วยตัวแทนจากหลายฝ่าย ทั้งที่เป็นตัวแทนจากหน่วยงานหรือตัวแทนของสหพันธรัฐ ร่วมกับสมาชิกรัฐสภา มลรัฐและเขตปกครอง และตัวแทนจากองค์กรภาคประชาชน (Non-Governmental Organizations: NGOs) ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับว่าเป็นการเจรจาเรื่องใด และเกี่ยวข้องกับหน่วยงานใดบ้าง

หน่วยงานหรือตัวแทนที่รับผิดชอบในการทำสนธิสัญญา สามารถขอคำปรึกษา (Consultant) จากหน่วยงานหรือตัวแทนที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับ มลรัฐและเขตปกครอง ตัวแทนภาคประชาชน (NGOs) หรือหน่วยงานอื่นๆ ในขั้นตอนการริเริ่มเจรจานี้ หรือขั้นตอนอื่นๆ ในกระบวนการทำสนธิสัญญาได้ ซึ่งในทางปฏิบัติการขอคำปรึกษานั้นเป็นการขอคำปรึกษากับหน่วยงานใหญ่ๆ 2 กลุ่ม คือ

### (1) รัฐบาลของมลรัฐและเขตปกครอง (States and Territory Government)

การที่คณะผู้แทนการเจรจาสถิติสัญญาต้องขอคำปรึกษาจากมลรัฐและดินแดนนั้น เนื่องจากสนธิสัญญาหลายๆ ฉบับต้องอาศัยการตรากฎหมายของมลรัฐ (States) หรือของเขตปกครอง (Territory) เพื่อรองรับการปฏิบัติ ในกรณีนี้ ผู้แทนของมลรัฐและเขตปกครองจะได้รับรายละเอียดประกอบการขอคำปรึกษา การเสนอความคิดเห็น และเสนอจุดยืนของเรื่องที่ทำการศึกษาหรือการปรับปรุงกลไกการเจรจา โดยองค์กรสูงสุดในการให้คำปรึกษาในกลุ่มนี้ คือ คณะกรรมการสนธิสัญญา (Treaties Council: TSC)<sup>89</sup> TSC มีการประชุมอย่างน้อย 1 ครั้งต่อปี

นอกจากนี้ ยังมีคณะกรรมการที่เป็นองค์กรสำคัญในการให้คำปรึกษาเรื่องกลไกการเจรจาสถิติสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นความร่วมมือ 3 ฝ่ายระหว่างสหพันธ์ มลรัฐและเขตปกครอง คือคณะกรรมการร่วมไตรภาคีทำสนธิสัญญา (The Commonwealth-State-Territory Standing Committee on Treaties: SCOT)<sup>90</sup> โดยปกติคณะกรรมการฯ ชุดนี้ประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ระดับสูงจาก Prime Minister's Department ผู้แทนจากกระทรวงการต่างประเทศและการค้า (Department of Foreign Affairs and Trade) และผู้แทนจากสำนักงานอัยการสูงสุด (Attorney-General's Department) คณะกรรมการฯ ชุดดังกล่าวจะได้รับตารางแจกแจงรายการเจรจาสถิติสัญญาทั้งหมดที่ประเทศออสเตรเลียกำลังเจรจาหรือที่อยู่ระหว่างพิจารณา เพื่อประกอบการให้คำปรึกษาว่าออสเตรเลียควรจะทำสนธิสัญญาดังกล่าวหรือไม่ นอกจากนี้ยังมีบทบาท

<sup>89</sup> ประกอบด้วย Prime Minister, the Premiers and Chief Ministers

<sup>90</sup> ประกอบด้วย ผู้แทนของ Premiers หรือ Chief Ministers

สำคัญในการประสานงานสื่อสารระหว่างสหพันธรัฐ (Commonwealth), มลรัฐและเขตการปกครอง (States and Territories)

คณะกรรมการร่วมไตรภาคีทำสนธิสัญญามีการประชุมอย่างน้อย 2 ครั้งต่อปี และจะมีการประชุมมากกว่านั้นหากมีความจำเป็น เพื่อพิจารณารายละเอียดของสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ ในประเด็นความอ่อนไหวและผลกระทบที่จะมีต่อมลรัฐและเขตปกครอง (States and Territories) โดยพิจารณาถึงขีดความสามารถในการรับผลกระทบด้านการคลัง การวางนโยบายปัจจุบันหรืออนาคตของมลรัฐและเขตปกครอง หรือความจำเป็นที่มลรัฐและเขตปกครองต้องให้สนธิสัญญามีผลบังคับใช้ในมลรัฐและเขตปกครอง และการตรากฎหมายรองรับ

นอกจากนี้ SCOT ยังมีหน้าที่อื่นๆ อีก ดังนี้

(ก) ตัดสินว่ามีความจำเป็นที่จะต้องส่งเรื่องให้คณะกรรมการสนธิสัญญา (The Treaties Council) หรือองค์กรอื่นใด เช่น Ministerial Council, หน่วยประสานงานอิสระระหว่างกระทรวง (Separate Intergovernmental Body) หรือหน่วยงานอื่นๆ ที่มีหน้าที่ให้คำปรึกษาในเรื่องนั้น เพื่อขอคำปรึกษาเพิ่มเติมอีกหรือไม่

(ข) เดือนหรือรายงานเรื่องการแปลงสภาพให้สนธิสัญญามีผลบังคับใช้ภายในสหพันธ์ ในการทำสนธิสัญญาที่ต้องมีกระบวนการหรือวิธีการพิเศษในการทำให้สนธิสัญญามีผลบังคับใช้ภายในมลรัฐ (States) และ เขตปกครอง (Territories) รวมถึงการรายงานความสำคัญเกี่ยวกับผลประโยชน์ในภาพรวม

(ค) สร้างความมั่นใจว่ามลรัฐ (States) และเขตปกครอง (Territories) ได้รับข้อมูลที่จำเป็นอย่างเพียงพอเหมาะสม

(ง) ประสานงานกับผู้แทนของมลรัฐ (State) และของเขตปกครอง (Territories) ที่ได้รับการคัดเลือกเป็นผู้แทนในคณะกรรมการฯ

## **(2) กลุ่มอุตสาหกรรม กลุ่มผลประโยชน์อื่น ๆ และองค์กรภาคประชาชน (Industry, other interest Groups and NGOs)**

การขอคำปรึกษาจากกลุ่มอุตสาหกรรมและกลุ่มผลประโยชน์อื่นๆ ทั้งที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการ ได้ปฏิบัติเพิ่มมากขึ้น กระทรวงการต่างประเทศและการค้าจะรับฟังการให้คำปรึกษาอย่างเป็นทางการจากองค์กรภาคประชาชน (NGOs) ปีละ 2 ครั้ง นอกจากนี้ ยังจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากชุมชน ทั้งที่เป็นกลุ่มผลประโยชน์หรือเอกชนรายเดียว เพื่อรับทราบข้อมูล ปัญหาและความวิตกกังวลของเอกชนในการทำสนธิสัญญา การให้คำปรึกษาเป็นลักษณะของการจัดหาข้อมูลที่เป็นประเด็นปัญหาเกี่ยวกับสนธิสัญญา และหากเป็นไปได้คำปรึกษานั้นควรเป็นฉันทามติในกลุ่มนั้นๆ ก่อนที่จะเสนอความเห็นต่อคณะผู้แทนการเจรจา โดยเหตุนี้ การ

ตัดสินใจของรัฐบาลว่าการทำสนธิสัญญานั้นจะเป็นประโยชน์แก่ประเทศชาติหรือไม่ จึงเป็นผลมาจาก การขอคำปรึกษาและความเห็นจากผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่าย (relevant stakeholders)

เมื่อมีมติว่าจะทำสนธิสัญญาหรือความตกลงทางการค้าและได้ขอคำปรึกษาหารือจากฝ่ายต่างๆ เรียบร้อยแล้ว จากนั้นจึงเป็นขั้นตอนการเจรจาและการจัดทำสนธิสัญญา (Negotiation and Final Text) อย่างไรก็ดี การขอคำปรึกษาหารือจากฝ่ายต่างๆ สามารถทำได้ในทุกขั้นตอนที่ คณะผู้แทนการเจรจาเห็นว่าจำเป็นและเหมาะสม

โดยทั่วไปการเจรจาและจัดทำสนธิสัญญาทวิภาคีนั้น เนื้อหาของสนธิสัญญาส่วนมากจะเป็นไปตามแบบมาตรฐานที่ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี

สนธิสัญญาทวิภาคีบางประเภทที่ทำตามแบบหรือที่มีการกำหนดเนื้อหาไว้อย่างชัดเจนแล้ว ได้แก่ สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Investment Promotion and Protection Agreements) สนธิสัญญาว่าด้วยความช่วยเหลือในลักษณะต่างตอบแทนระหว่างกัน ในทางอาญา (Mutual Assistance in Criminal Matters Treaties) สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน (Extradition Treaties) และสนธิสัญญาว่าด้วยการเดินอากาศ (Aviation Agreement) ในกรณีนี้รัฐมนตรีจะเป็นผู้พิจารณาในลำดับแรกก่อนที่จะเสนอให้คณะกรรมการบริหารแห่งสหพันธ์ (Federal Executive Council) พิจารณาก่อนมีการลงนามในสนธิสัญญา

ในส่วนของสนธิสัญญาพหุภาคี มักเป็นการเจรจาและจัดทำสนธิสัญญาภายใต้กรอบการประชุมระหว่างประเทศ ในกรณีนี้ฝ่ายกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศและการค้าจะเป็นผู้พิจารณาร่างสนธิสัญญาพหุภาคี

หน่วยงานหรือตัวแทนที่รับผิดชอบในการทำสนธิสัญญา ต้องนำสนธิสัญญาเสนอรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องหรือคณะรัฐมนตรีเพื่อขอความเห็นชอบ (Government Approval) โดยเฉพาะกรณีที่สนธิสัญญาอยู่นอกเหนือจากที่กำหนดในเอกสารนโยบายหรือข้อเสนอแนะ (Guideline) หรือมีสถานการณ์พิเศษที่ต้องการคำแนะนำจาก Premier Ministers ของมลรัฐ และ Chief Ministers ของเขตปกครอง

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสนธิสัญญาบางฉบับจะไม่ต้องขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี แต่หน่วยงานที่รับผิดชอบในการทำสนธิสัญญา มีหน้าที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและการค้า และอัยการสูงสุด (The Attorney-General) ประกอบกับคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี (Prime Minister) เมื่อได้รับความเห็นชอบแล้ว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและการค้ามีหน้าที่เสนอเรื่องต่อคณะกรรมการบริหาร (Executive

Council: Ex Co) เพื่อขอความเห็นชอบ สนธิสัญญาทุกฉบับไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาทวิภาคีหรือพหุภาคีต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการบริหาร (Executive Council: Ex Co)<sup>91</sup> ก่อนการลงนาม (signature) โดยเอกสารต่างๆ ที่เสนอต่อคณะกรรมการบริหาร (Ex Co) นั้น ฝ่ายกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศและการค้ามีหน้าที่จัดเตรียมข้อมูลต่างๆ ตามที่ได้รับจากหน่วยงานหรือตัวแทนผู้รับผิดชอบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบันทึกคำชี้แจง (Explanatory Memorandum) ประกอบการทำสนธิสัญญาแต่ละฉบับ -

ในกรณีของการทำสนธิสัญญาพหุภาคี การเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี (Ex Co) เป็นลักษณะเดียวกันกับการทำสนธิสัญญาทวิภาคี อย่างไรก็ตาม การทำสนธิสัญญาบางฉบับอาจต้องเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีในหนึ่งหรือสองขั้นตอนก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลผูกพันประเทศ ออสเตรเลีย เช่น กรณีที่สนธิสัญญาต้องให้สัตยาบัน (ratification) อีกครั้ง หลังจากที่มีการลงนาม (Signature) ต้องมีการเสนอขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีครั้งแรกเพื่อการลงนาม และครั้งที่สองเพื่อการให้สัตยาบัน

#### **การลงนามย่อ (Authentication)**

ใครจะเป็นผู้ลงนามในสนธิสัญญานั้น เป็นเรื่องที่หน่วยงานที่รับผิดชอบจะได้ปรึกษากับรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องและเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบว่าจะให้ใครเป็นผู้ลงนาม โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและการค้าลงนามในหนังสือมอบอำนาจเต็มแต่งตั้งตัวแทนในการลงนามในสนธิสัญญา แต่หากเป็นกรณีที่ The Governor-General หรือ Prime Minister หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศลงนามแล้ว ก็ไม่ต้องมีหนังสือมอบอำนาจเต็ม แต่ยังคงได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีของสหพันธ์ (Federal Executive Council Approval) ในการลงนามสนธิสัญญา

การลงนามย่อ (Authentication) ในขั้นตอนนี้ โดยปกติแล้วยังไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างคู่สัญญา เป็นเพียงการยืนยันว่าแบบและเนื้อหาของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างกันนั้น ถูกต้องตามที่ได้เจรจาตกลงกัน แต่คู่สัญญามีหน้าที่ที่จะไม่กระทำการใดๆ ให้วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาเสียไป

<sup>91</sup> Executive Council ประกอบด้วย The Governor-General รัฐมนตรีและเลขาธิการรัฐสภา องค์ประชุมประกอบด้วย The Governor-General รัฐมนตรี 2 ท่านและหรือเลขาธิการรัฐสภา

## การเสนอร่างสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศต่อรัฐสภา

ในปี ค.ศ.1996 ออสเตรเลียได้มีการปฏิรูปกระบวนการทำสนธิสัญญา<sup>92</sup> เพื่อให้เกิดความโปร่งใสในการทำสนธิสัญญามากขึ้น โดยเฉพาะในประเด็นการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจในการทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหาร และจากการปฏิรูปกระบวนการทำสนธิสัญญาครั้งนั้น มีประเด็นสำคัญเกี่ยวกับการที่รัฐสภาเข้ามามีส่วนร่วมในการทำสนธิสัญญา 2 เรื่อง ดังนี้

### 1) การกำหนดประเภทสนธิสัญญาที่ต้องเสนอต่อรัฐสภาก่อนที่จะมีการแสดงเจตนาผูกพันตามสนธิสัญญา

สนธิสัญญาที่ต้องเสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบล่วงหน้าก่อนที่จะมีการดำเนินการใดๆ ให้เกิดผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศ สามารถแบ่งได้ 2 ประเภท<sup>93</sup> ดังนี้

(1) สนธิสัญญาประเภทที่มีเนื้อหาในทางการเมือง เศรษฐกิจ หรือสังคมที่สำคัญ ซึ่งมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) สนธิสัญญากลุ่มนี้ต้องเสนอต่อรัฐสกาล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 20 วัน ก่อนที่จะมีการดำเนินการเพื่อให้สนธิสัญญามีผลผูกพันประเทศ

(2) สนธิสัญญาประเภทที่มีลักษณะและมีแบบฟอร์มที่ทำขึ้นเป็นประจำ ไม่มีข้อโต้แย้งใดๆ ในการทำสนธิสัญญา สนธิสัญญาประเภทนี้ต้องเสนอต่อรัฐสกาล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 15 วัน ก่อนที่จะมีการดำเนินการให้สนธิสัญญามีผลผูกพันประเทศ

สนธิสัญญาที่ต้องเสนอต่อรัฐสกาล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 15 วัน<sup>94</sup> สามารถแบ่งตามประเภทของสนธิสัญญาได้เป็นดังนี้

#### (1) สนธิสัญญาทวิภาคี ได้แก่

(ก) ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Investment Promotion and Protection Agreements: IPPA)

<sup>92</sup> การปฏิรูปกระบวนการในการทำสนธิสัญญา เมื่อปี 1996 นั้น มีการกำหนดกระบวนการเพิ่มขึ้น 5 เรื่อง ดังนี้

1. ต้องเสนอสนธิสัญญาต่อรัฐสกาล่วงหน้าอย่างน้อย 20 หรือ 15 วัน แล้วแต่กรณี ก่อนที่จะมีการผูกพันตามสนธิสัญญา
2. ต้องมีการเตรียมจัดทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงประโยชน์ได้เสียของชาติ (National Interest Analysis : NIA) ในการทำสนธิสัญญาแต่ละฉบับ
3. ให้จัดตั้งคณะกรรมการร่วมสภาล่างและสภาสูงเพื่อเสนอความคิดเห็นเกี่ยวกับสนธิสัญญาที่จะลงนาม (The Parliament Joint Standing Committee on Treaties : JSCOT)
4. ให้จัดตั้งคณะกรรมการสนธิสัญญา (The Treaties Council) และคณะกรรมการร่วมไตรภาคีทำสนธิสัญญา (Standing Committee on Treaties (SCOT) ในฝ่ายบริหาร เพื่อเป็นแหล่งรวบรวมข้อมูล ข้อเสนอแนะจากฝ่ายต่างๆ และพิจารณาเสนอความคิดเห็นเกี่ยวกับการจัดทำสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศ
5. ให้จัดตั้งห้องสมุดเผยแพร่ข้อมูลและรวบรวมรับฟังความคิดเห็นต่างๆ เกี่ยวกับสนธิสัญญาบนอินเทอร์เน็ต (The Internet of Australian Treaties Library)

<sup>93</sup> Southcott, Australia Practices of Treaty Making, [http://www.cdi.anu.edu.au/indonesia\\_downloads/IndoTreaties\\_Southcott%20paper.pdf](http://www.cdi.anu.edu.au/indonesia_downloads/IndoTreaties_Southcott%20paper.pdf).

<sup>94</sup> Greater Transparency for Treaty-Making Process, (<http://www.australianpolitics.com/news/2002/08/02-08-20.html>)

- (ข) สนธิสัญญาว่าด้วยการจัดภาษีซ้อน (Double Taxation)
  - (ค) ความร่วมมือในทางอาญา (Mutual Assistance in Criminal Matters)
  - (ง) การส่งผู้ร้ายข้ามแดน (Extradition)
  - (จ) การบริการทางอากาศ (Air Services)
  - (ฉ) การจ้างงานกรณีคู่สมรสของผู้แทนทางการทูต (Employment of Spouses of Diplomatic Representatives)
  - (ช) การเคลื่อนย้ายนักโทษ (Prisoner Transfer)
  - (ซ) ด้านความมั่นคง (Defence) ได้แก่ การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลหรือข้อมูลเฉพาะเรื่อง (Protection of Classified Information) และความมั่นคง (Status of Forces)
- (2) สนธิสัญญาพหุภาคี ได้แก่
- (ก) การสื่อสาร (Communication) รวมถึง World Radio Conference และ Intelsat
  - (ข) การไปรษณีย์ (Post) รวมถึง World Postal Union และ Asia/Pacific Postal Union

การเสนอสนธิสัญญาและความตกลงฯ ต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบนั้น ต้องแนบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบประโยชน์ของชาติ (National Interest Analysis: NIA)<sup>95</sup> ไปพร้อมกับสนธิสัญญาเพื่อประกอบการพิจารณาให้ความเห็นชอบของรัฐสภา โดยข้อมูลในรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบประโยชน์ของชาติประกอบด้วย

1. ผลกระทบทางด้านเศรษฐกิจ สิ่งแวดล้อม สังคม และวัฒนธรรมที่จะเกิดขึ้นจากการทำสนธิสัญญา
2. พันธกรณีที่จะเกิดขึ้นตามสนธิสัญญา
3. สนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้ภายในประเทศได้อย่างไร
4. ค่าใช้จ่ายในการรองรับการบังคับใช้ของสนธิสัญญา และระยะเวลาในการบังคับใช้ของสนธิสัญญา เช่น ค่าใช้จ่ายที่ประเทศต้องจัดตั้งหน่วยงานขึ้นใหม่ ซึ่งเป็นผลโดยตรงจากพันธกรณีตามสนธิสัญญา
5. ผลการปรึกษาหารือที่ได้รับจากรัฐบาลของมลรัฐ (States) และเขตปกครอง (Territories) ภาคอุตสาหกรรม และกลุ่มผลประโยชน์อื่นๆ ตลอดจนองค์การภาคประชาชน
6. จดหมายโต้ตอบระหว่างคู่สัญญาในกรณีของการทำสนธิสัญญาทวิภาคี

<sup>95</sup> การทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบประโยชน์ของชาติ (National Interest Analysis) เป็นมาตรการเพื่อชี้ให้เห็นถึงเหตุผลในการทำสนธิสัญญาที่เป็นประโยชน์และผลกระทบต่างๆ ที่จะเกิดขึ้นจากการทำสนธิสัญญา ไม่ว่าจะเป็นทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม สิ่งแวดล้อม และ กฎหมาย ฯลฯ

ในการทำความตกลงทวิภาคีว่าด้วยการค้าเสรี (Free Trade Agreement) ระหว่างออสเตรเลียกับประเทศไทย (AUSTRALIA - THAILAND FREE TRADE AGREEMENT)<sup>96</sup> หรือความตกลงทวิภาคีว่าด้วยการค้าเสรีระหว่างออสเตรเลียกับสหรัฐอเมริกา (AUSTRALIA - UNITED STATES FREE TRADE AGREEMENT)<sup>97</sup> หากการทำความตกลงใดไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาทวิภาคีหรือพหุภาคีที่ส่งผลกระทบต่อกฎหมายธุรกิจหรือจำกัดการแข่งขัน หน่วยงานหรือตัวแทนที่รับผิดชอบในการทำความตกลงต้องเสนอคำแถลงผลกระทบทางกฎหมาย (Regulation Impact Statement : RIS)<sup>98</sup> เพื่อประกอบการพิจารณาของรัฐบาลและรัฐสภาในการทำความตกลง นอกเหนือไปจากรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบประโยชน์ของชาติ (NIA) โดยการขอคำปรึกษาจากสำนักงานกฤษฎีกา (The Office of Regulation Review) เมื่อเริ่มทำความตกลง ทั้งนี้ เพื่อช่วยพิจารณาในเรื่องของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายหรือการตรากฎหมายใหม่เพื่อรองรับความตกลง

หน่วยงานหรือตัวแทนที่รับผิดชอบการทำความตกลง มีหน้าที่เตรียมรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบประโยชน์ของชาติ (NIA) โดยการปรึกษากับ The Office of International Law, สำนักงานอัยการสูงสุด, คณะกรรมการสนธิสัญญา (Treaties Council), กระทรวงการต่างประเทศและการค้า มลรัฐและเขตปกครอง โดยความเห็นต่าง ๆ ของหน่วยงานเหล่านี้จะปรากฏในรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบประโยชน์ของชาติ (NIA) กระทรวงการต่างประเทศและการค้ามีหน้าที่พิมพ์เผยแพร่รายงานการวิเคราะห์ผลกระทบประโยชน์ของชาติทั้งหมดในห้องสมุดอินเทอร์เน็ตเมื่อได้เสนอต่อรัฐสภาแล้ว

## **2) การตรวจสอบการทำสนธิสัญญาโดยคณะกรรมการร่วมสองสภาว่าด้วยสนธิสัญญา (The Parliament Joint Standing Committee on Treaties: JSCOT)**

เมื่อมีการนำเสนอสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศและรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบประโยชน์ของชาติต่อรัฐสภาแล้ว คณะกรรมการร่วมสองสภาว่าด้วยสนธิสัญญา (The Parliament Joint Standing Committee on Treaties: JSCOT) มีหน้าที่ตรวจสอบและรายงานทุกประเด็นเกี่ยวกับความตกลงและรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบประโยชน์ของชาติต่อรัฐสภา การตรวจสอบของ JSCOT นั้น รวมถึงการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน (Public Hearings) โดยตรงด้วย

<sup>96</sup> Australia-Thailand Free Trade Agreement (Canberra, 5 July 2004) [2004] ATNIA 10, Australia-Thailand Free Trade Agreement, And Associated Exchanges Of Letters, Documents tabled on 12 May 2004, (<http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/nia/2004/5.html>)

<sup>97</sup> Australia United States Of America Free Trade Agreement, agreed At Waschinton DC on 8 February, due to be signed after 13 May 2004, [2004] ATNIA, <http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/nia/2004/5/ris.html>

<sup>98</sup> <http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/nia/2004/5/ris.html>

ในระหว่างนี้จะไม่มีการกระทำใดๆ ที่จะทำให้ความตกลงมีผลผูกพันจนกว่าจะได้มีการเสนอรายงานต่อรัฐสภาโดย JSCOT สามารถตรวจสอบและเสนอรายงานเรื่องต่างๆ ดังนี้

1. เนื้อหาของความตกลงกับความเกี่ยวข้องกับ NIA และเสนอแนวทางหรือกระบวนการในการทำความตกลง
2. ตั้งคำถามเกี่ยวกับความตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ ไม่ว่าการเจรจาจะสิ้นสุดลงแล้วหรือไม่ก็ตาม เพื่อเสนอต่อสภาหรือคณะรัฐมนตรี -
3. เรื่องอื่นๆ ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและการค้าประสงค์จะขอให้ JSCOT พิจารณาให้ความเห็นเพิ่มเติม

รายงานและความเห็นของ JSCOT นั้น รัฐบาลต้องมีหนังสือชี้แจงอย่างเป็นทางการตอบกลับมา (Government Response to JSCOT) ในกรณีที่หน่วยงานหรือตัวแทนเพียงหน่วยงานเดียวเป็นผู้รับผิดชอบการทำความตกลง หน่วยงานดังกล่าวมีหน้าที่ทำหนังสือชี้แจงอย่างเป็นทางการในนามของรัฐบาล โดยจะต้องได้รับความเห็นชอบจากนายกรัฐมนตรี และรัฐบาลจะเป็นผู้นำเสนอต่อรัฐสภา หากเป็นกรณีที่กระทรวงการต่างประเทศและการค้าเป็นผู้รับผิดชอบ หรือกรณีที่มีหน่วยงานหรือตัวแทนหลายหน่วยรับผิดชอบการทำความตกลง การทำหนังสือชี้แจงอย่างเป็นทางการจะจัดทำโดยคณะกรรมการสนธิสัญญา (Treaties Council) และนำเสนอต่อรัฐสภาต่อไป

เมื่อรัฐสภาได้ทำการตรวจสอบและพิจารณารายงานแล้ว กระทรวงต่างประเทศและการค้าสามารถนำข้อมูลต่างๆ เผยแพร่ทางห้องสมุดอินเทอร์เน็ตได้

### **การยอมเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา (Consent to be Bound)**

เมื่อรัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ ฝ่ายบริหารสามารถแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามความตกลงดังกล่าว ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับว่าคู่สัญญาตกลงกำหนดวิธีการในการผูกพันตนอย่างไร เช่น การแลกเปลี่ยนตราสาร (Exchange of Notes) การให้สัตยาบัน (Ratification) การภาคยานุวัติ (Accession) หรือวิธีการอื่นๆ ตามแต่ที่คู่สัญญาจะได้ตกลงกัน

### **3.2.3 กระบวนการทำความเข้าใจด้วยการค้าเสรีของประเทศนิวซีแลนด์**

การทำสนธิสัญญาของแต่ละประเทศนั้นมีกระบวนการในทางระหว่างประเทศที่ไม่แตกต่างกันมากนัก ความแตกต่างในการทำสนธิสัญญาจึงเป็นเรื่องรายละเอียดในกระบวนการ

ภายในของแต่ละประเทศ<sup>99</sup> ซึ่งกระบวนการในการทำสนธิสัญญาของประเทศนิวซีแลนด์ สามารถแบ่งเป็นขั้นตอนใหญ่ๆ ได้ 6 ขั้นตอน ดังนี้

- 1) การเจรจา (Negotiation)
- 2) คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบสนธิสัญญา (Cabinet Approval of the Text)
- 3) การลงนาม (Signature) -
- 4) การแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา (Consent to be Bound)
- 5) การพิจารณาของคณะกรรมการสภาที่จัดตั้งขึ้นกลั่นกรองสนธิสัญญา (The Select Committee, Select Committee Consideration)
- 6) การพิจารณาของรัฐบาล (Government Response)

### การเจรจา

การเจรจาสอนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาทวิภาคีหรือพหุภาคี ที่นิวซีแลนด์จะเข้าเป็นคู่สัญญาหรือภาคีนั้น หลักการที่หน่วยงานผู้รับผิดชอบการทำสนธิสัญญาต้องถือปฏิบัติ คือการปรึกษาหารือกับกลุ่มผลประโยชน์และผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากการที่สนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้ภายในประเทศ นอกจากนี้ หน่วยงานที่รับผิดชอบการทำสนธิสัญญาต้องแสดงให้เห็นว่าการทำสนธิสัญญานั้นได้คำนึงถึงการกระจายผลประโยชน์ของประเทศในวงกว้าง รวมทั้งได้คำนึงถึงชนเผ่าดั้งเดิมอื่นๆ ของประเทศด้วย ได้แก่ ชาวเมารี และ ชนกลุ่มน้อยเผ่า Polynesian อื่น

### คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบสนธิสัญญา (Cabinet Approval of the Text)

เมื่อการเจรจาสอนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเสร็จสิ้นลง รัฐมนตรีที่รับผิดชอบ โดยการปรึกษาหารือร่วมกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ จะนำเสนอสนธิสัญญาหรือความตกลงฯ เสนอขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี (Cabinet Approval) หรือคณะกรรมการที่คณะรัฐมนตรีได้แต่งตั้งขึ้น (Cabinet Committee)<sup>100</sup> คณะรัฐมนตรีหรือคณะกรรมการที่ได้รับแต่งตั้งจะต้องพิจารณารายงานการวิเคราะห์ผลกระทบประโยชน์ของชาติ

<sup>99</sup> ดู The Cabinet Manual, 5. Legislation and The Executive, Presentation of International Treaties to the House ข้อที่ 5.83 ถึง 5.91 และ ใน The Standing Orders ของรัฐสภาในส่วนของ "International Treaties" หมวดว่าด้วย Non - Legislative Procedure

<sup>100</sup> Standing Orders 2003, International Treaties and Cabinet: 3.36 Any proposal to sign an international treaty or agreement, or to take binding treaty action (that is, ratification, accession, acceptance, approval, withdrawal or denunciation of an international treaty or agreement) must be submitted to Cabinet for approval, via the appropriate Cabinet committee.

(National Interest Analysis: NIA) ที่มีการประมวลผลดีและผลเสียที่จะเกิดขึ้นหรือเพิ่มขึ้นกับประเทศหากนิวซีแลนด์เข้าเป็นภาคีหรือคู่สัญญา เพื่อประกอบการพิจารณาในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศนั้น

นอกจากนี้ การดำเนินการทำสนธิสัญญาต้องคำนึงด้วยว่าเป็นการทำสนธิสัญญาประเภทใด เช่น สนธิสัญญาพหุภาคี สนธิสัญญาทวิภาคีที่มีความสำคัญ (Major Bilateral Treaty) หรือ สนธิสัญญาทวิภาคีที่มีความสำคัญน้อย (Minor Bilateral Treaty)

เมื่อคณะรัฐมนตรี หรือคณะกรรมการของรัฐบาล (Cabinet Committee) ได้พิจารณาให้ความเห็นชอบที่จะทำความตกลงกับต่างประเทศแล้ว กระทรวงการต่างประเทศและการค้า (Ministry of Foreign Affairs and Trade) มีหน้าที่รับผิดชอบในการนำเสนอสนธิสัญญาหรือความตกลงฯ รวมทั้งรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบประโยชน์ของชาติ (NIA) พร้อมรายงานที่เสนอต่อคณะรัฐมนตรีนั้น เสนอต่อรัฐสภาพิจารณาโดยเร็ว ก่อนที่จะแสดงเจตนาผูกพันตามสนธิสัญญา<sup>101</sup>

#### การลงนาม (Signature)

การทำสนธิสัญญาบางฉบับได้กำหนดไว้ในกระบวนการเจรจาทำสนธิสัญญา ว่าให้รัฐคู่สัญญาลงนามรับรองความถูกต้องของสนธิสัญญา (Authentication) ว่าได้ทำโดยถูกต้องตามแบบและมีเนื้อหาตามที่ได้เจรจากลลงกันจริง ซึ่งการลงนามในขั้นตอนนี้ยังไม่สร้างภาระผูกพันในทางระหว่างประเทศระหว่างคู่สัญญาแต่อย่างใด คู่สัญญามีหน้าที่เพียงไม่กระทำการใดๆ ให้วัตถุประสงค์ในการทำสนธิสัญญาเสียไป

การลงนาม (Signature) ของรัฐมนตรีหรือรัฐบาลในขั้นตอนนี้ จึงเป็นการกระทำเพียงเพื่อยืนยันว่า รัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีได้พิจารณาตรวจสอบแบบและเนื้อหาของสนธิสัญญาแล้ว จึงได้ลงนามรับรองความถูกต้องของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศว่าถูกต้องตามที่ได้ตกลงกัน

<sup>101</sup> Standing Orders 2003, 3.37 If the text of treaty or agreement has been concluded at the point that Cabinet's approval is sought, it must be attached to the Cabinet paper or (if the text is too large to attach) a copy must be provided to the Cabinet Office, to be made available to Ministers if they wish to see it. If the treaty is to be presented to the House of Representatives before binding treaty action is taken, a National Interest Analysis is approved form must also be attached to the Cabinet Paper.)

## กระบวนการในการเสนอสนธิสัญญาหรือความตกลงต่อรัฐสภา<sup>102</sup>

นับแต่ปี ค.ศ.2000 เป็นต้นมา สนธิสัญญาพหุภาคีและสนธิสัญญาทวิภาคีที่สำคัญ (Major Bilateral Treaty) ต้องเสนอต่อรัฐสภาก่อนที่จะฝ่ายบริหารจะแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา โดยฝ่ายกฎหมายของกระทรวงการต่างประเทศและการค้า (The Legal Division of Ministry of Foreign Affairs and Trade) มีหน้าที่เสนอสนธิสัญญาพร้อมกับรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบประโยชน์ของชาติ (NIA) ต่อรัฐสภา

ในกรณีที่ฝ่ายกฎหมายของกระทรวงการต่างประเทศและการค้า (Legal Division of the Ministry of Foreign Affairs and Trade) พิจารณาแล้วเห็นว่าการทำสนธิสัญญานับได้เป็นเรื่องสำคัญและต้องนำเสนอสนธิสัญญาเสนอให้รัฐสภาพิจารณา ให้มีหน้าที่รับผิดชอบในการทำความเข้าใจประกอบการพิจารณาด้วย โดยความเห็นนั้นสามารถทำในลักษณะการให้คำแนะนำทั่วไปเกี่ยวกับประเด็นในทางกฎหมายระหว่างประเทศและตารางการดำเนินงาน (General Guidance on International Law Issues, Tabling Process) หรือ การให้คำแนะนำเฉพาะเกี่ยวกับรูปแบบและเนื้อหาของรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบประโยชน์ของชาติ (Specific Guidance on the Required Format and Content for a National Interest Analysis) ก็ได้

กระบวนการในการนำเสนอสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเข้าสู่การพิจารณาของสภานั้น ถูกกำหนดไว้ในเอกสารหลักเกณฑ์การพิจารณาสนธิสัญญาของสภา (The Standing Orders)<sup>103</sup> โดยสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร (The Office of Clerk of the House of Representatives) ทำหนังสือเวียนประจำปี (Annual Circular) ว่าด้วย “คำแนะนำเรื่องกระบวนการทั่วไปและเงื่อนไขในการเสนอเรื่องต่อสภาผู้แทนราษฎร” (Guidance on the General Procedures and Requirements for Presenting Papers to the House) เพื่อกำหนดให้รัฐบาลดำเนินกระบวนการเสนอสนธิสัญญาต่อสภาให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ใน Standing Orders

### การพิจารณาของคณะกรรมการสภาที่จัดตั้งขึ้นเพื่อกลั่นกรองสนธิสัญญา (Select Committee)

เมื่อสนธิสัญญาได้ถูกนำเสนอต่อสภา คณะกรรมการสภาที่จะรับผิดชอบพิจารณา กลั่นกรองสนธิสัญญาได้แก่คณะกรรมการต่างประเทศ ความมั่นคงและการค้าของสภา

<sup>102</sup> ประเทศนิวซีแลนด์มีการปกครองในระบอบรัฐสภาเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ แต่รัฐสภาของนิวซีแลนด์เป็นระบบสภาเดียว คือมีสภาผู้แทนราษฎรเพียงสภาเดียวเท่านั้น

<sup>103</sup> Standing Orders 2003, ส่วน “International Treaties” บทว่าด้วย “Non-Legislative Procedures”

ผู้แทนราษฎร (The Foreign Affairs, Defense and Trade Committee of the House : FADTC) ซึ่งจะตรวจสอบสนธิสัญญา หรือส่งสนธิสัญญาให้กับคณะกรรมการชุดอื่นๆ ที่เหมาะสมได้ พิจารณาตรวจสอบ ในระหว่างนี้รัฐบาลต้องระงับการกระทำใดๆ อันจะเป็นการก่อให้เกิดความ ผูกพันตามสนธิสัญญา จนกว่าคณะกรรมการกลั่นกรองจะได้เสนอรายงาน หรือ 15 วันหลังจาก ที่มีการนำเสนอสนธิสัญญาเสนอต่อสภา ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับว่าระยะเวลาใดจะเร็วกว่า หากคณะกรรมการ ดังกล่าว (The Select Committee) พิจารณาเห็นว่าต้องใช้เวลาในการพิจารณาตรวจสอบมากกว่า 15 วัน สามารถแจ้งต่อรัฐบาลว่าจำเป็นต้องขยายระยะเวลาในการพิจารณาสนธิสัญญาออกไปอีก เพื่อให้รัฐบาลชะลอการเข้าผูกพันตามสัญญาไว้ก่อนได้

นอกจากนี้ คณะกรรมการกลั่นกรอง (The Select Committee) สามารถเปิดรับฟัง ความคิดเห็นจากประชาชนหรือเสนอให้ประชาชนส่งเอกสารแสดงความคิดเห็นหรือข้อเสนอแนะ ต่างๆ (Public Submission) มายังคณะกรรมการได้ และในกรณีที่รัฐสภาเห็นว่าจำเป็นต้องเปิด การพิจารณาสนธิสัญญานั้น สามารถเปิดอภิปรายในสภาได้

ในกรณีเร่งด่วนเพื่อประโยชน์ของประเทศ รัฐบาลสามารถพิจารณาทำความตกลงกับ ต่างประเทศไปก่อนที่จะเสนอขอความเห็นชอบจากรัฐสภาได้ แต่ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงประโยชน์ของ ชาติ และต้องเสนอความตกลงต่อรัฐสภาโดยเร็วที่สุด หลังจากที่ได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันตาม ความตกลงแล้ว โดยต้องแนบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบประโยชน์ของชาติ (NIA) และ คำชี้แจงถึงสาเหตุที่ต้องมีการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามความตกลงนั้นอย่างเร่งด่วนต่อรัฐสภาด้วย เช่นกัน

ในกรณีที่ต้องมีการตรากฎหมายเพื่อผนวกสนธิสัญญาเข้าเป็นกฎหมายภายใน รัฐบาล จะยังไม่เริ่มกระบวนการตรากฎหมายในสภาเพื่อรองรับสนธิสัญญา จนกว่าจะได้มีการนำ สนธิสัญญาเสนอต่อรัฐสภา และระยะเวลาในการพิจารณารายงานของรัฐสภาที่จะต้องส่งถึงรัฐบาล (20 หรือ 15 วัน) ได้สิ้นสุดลง

นอกจากนี้ เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและเกิดการตรวจสอบฝ่ายบริหารในกระบวนการทำ สนธิสัญญา<sup>104</sup> กระทรวงการต่างประเทศและการค้า (The Foreign Affairs, Defense and Trade Select Committee : FADTC) เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ชี้หรือตีความว่าสนธิสัญญาทวิภาคีฉบับใดมี ความสำคัญ (Major Bilateral Treaty) และจะต้องเสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณา ในการนี้กระทรวง การต่างประเทศและการค้าจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการพิจารณาว่าสนธิสัญญาทวิภาคี

<sup>104</sup> Bilateral Treaty Criteria: [www.mfat.govt.nz/support/legal/treaties/treatytabling.html](http://www.mfat.govt.nz/support/legal/treaties/treatytabling.html)

ฉบับใดเป็นสนธิสัญญาที่มีความสำคัญและต้องเสนอต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบ ก่อนที่จะมีการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา<sup>105</sup> โดยอาจสรุปเงื่อนไขที่สำคัญได้ 9 เงื่อนไข ดังนี้

1. สนธิสัญญาทวิภาคีที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ (Major Interest to the Public)
2. สนธิสัญญาทวิภาคีที่เป็นเรื่องสำคัญที่สภาไม่เคยพิจารณาและยังไม่มีแนวปฏิบัติมาก่อน
3. สนธิสัญญาทวิภาคีที่เป็นเรื่องสำคัญและมีการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญจากแบบของสนธิสัญญาทวิภาคีเดิมที่เคยทำมาในเรื่องเดียวกัน
4. สนธิสัญญาที่เกี่ยวกับการพัฒนาความสัมพันธ์ในลักษณะทวิภาคีเป็นประเด็นหลัก
5. สนธิสัญญาทวิภาคีที่กระทบกับงบประมาณที่สำคัญ
6. สนธิสัญญาที่ไม่สามารถบอกเลิก หรือยังคงมีผลบังคับใช้ในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งมีความผูกพันรัฐบาลในอนาคตหรือในระยะเวลาที่กำหนด
7. สนธิสัญญาที่ต้องมีการตรากฎหมายรองรับการมีผลบังคับใช้ภายในประเทศที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายภายในที่ตราโดยรัฐสภา
8. สนธิสัญญาสำคัญที่นิวซีแลนด์ต้องการบอกเลิก
9. สนธิสัญญาที่คณะกรรมการการต่างประเทศ กลาโหม และการค้า (The Foreign Affairs, Defense and Trade Committee) มีมติว่าจะเป็นประโยชน์หากมีการตรวจสอบหรือพิจารณาสนธิสัญญาโดยสภา ก่อนรัฐบาลแสดงเจตนาผูกพัน<sup>106</sup>

ในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่ฝ่ายกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศและการค้า (Legal Division of the Ministry of Foreign Affairs and Trade) จะเป็นผู้รับผิดชอบในกระบวนการนี้ ทั้งการพิจารณาเงื่อนไขต่างๆ ที่กำหนด กระบวนการเสนอสนธิสัญญาให้รัฐสภาพิจารณา พร้อมทั้งรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบประโยชน์ของชาติ (NIA) ที่เกี่ยวข้อง

## Government Response

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและการค้า รับพิจารณาเนื้อหาารายงานที่คณะกรรมการการกลั่นกรอง (The Select Committee) ได้พิจารณาตรวจสอบร่วมกับคณะรัฐมนตรีแล้ว ก่อนที่ฝ่ายบริหารจะได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา ตามวิธีการที่คู่สัญญาจะได้ตกลงกัน เช่น การลงนาม การให้สัตยาบัน การยอมรับ การภาคยานุวัติ ฯลฯ ในกรณีที่ในรายงานของคณะกรรมการการกลั่นกรอง (The Select Committee) มีข้อชี้แนะต่อรัฐบาล รัฐบาลต้องมีคำชี้แจงตอบกลับไปยังรัฐสภาด้วย ภายใน 90 วัน หลังจากที่ได้รับรายงาน

<sup>105</sup> Standing Order 2003, 384, Cabinet Manual, paragraph 5.83

<sup>106</sup> ข้อสังเกต เงื่อนไขที่กำหนดขึ้นนี้เป็นเพียงแนวทางแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและการค้า ในการพิจารณาว่าสนธิสัญญาจะต้องเสนอต่อรัฐสภาหรือไม่ แต่แนวทางดังกล่าวยังไม่ได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายแต่อย่างใด

### 3.2.4 กระบวนการทำความเข้าใจด้วยการค้าเสรีของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 บัญญัติให้คณะรัฐมนตรี (Conseil des Ministres) โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ เป็นองค์กรที่มีอำนาจริเริ่มการเจรจาความตกลงกับนานาประเทศและตัดสินใจผูกพันตามความตกลงในนามของรัฐ โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ -

อย่างไรก็ดี แม้ว่าในหลักการรัฐบาลจะมีอำนาจทำสนธิสัญญาหรือความตกลงฯ ต่างๆ กับประเทศอื่น แต่หนังสือเวียนสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ 30 พฤษภาคม 1997 เรื่อง การเจรจาทำความตกลงและการลงนามในความตกลงระหว่างประเทศ (Circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux) ได้แบ่งประเภทของความตกลงระหว่างประเทศออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ “สนธิสัญญา” (traités) ตามนัยมาตรา 52 แห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ซึ่งเป็นสนธิสัญญาเต็มรูปแบบที่รัฐบาลต้องกระทำภายใต้ความเห็นชอบของรัฐสภา และในนามแห่งประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ซึ่งจะเป็นผู้ลงนามเอง กับ “ความตกลงระหว่างประเทศ” (Accords) ซึ่งเป็นความตกลงในรูปแบบอย่างง่ายที่รัฐบาลสามารถทำได้โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบล่วงหน้าจากรัฐสภา และกระทำในนามของรัฐบาลได้เอง ในกรณีนี้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจะเป็นผู้ลงนามในความตกลงฯ

การเลือกรูปแบบในการทำความตกลงระหว่างประเทศ<sup>107</sup> ว่าจะเป็น traité หรือ accord จะขึ้นอยู่กับธรรมเนียมปฏิบัติที่ฝรั่งเศสเคยกระทำมา รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 53 บังคับให้กระทำในรูปแบบ “สนธิสัญญา” เฉพาะแต่กรณีที่เป็นสนธิสัญญาทางการค้าและสนธิสัญญาสันติภาพเท่านั้น นอกจากนี้ การใช้รูปแบบสนธิสัญญาอาจเป็นไปตามที่รัฐคู่สัญญาร้องขอเมื่อมีเหตุผลบางประการ กล่าวคือเพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญของรัฐคู่สัญญาหรือเป็นเรื่องสำคัญของรัฐ ในกรณีนี้รัฐคู่สัญญาอาจร้องขอให้ใช้รูปแบบสนธิสัญญาอย่างเต็มรูปแบบ เพื่อให้ถูกต้องตามกฎหมายภายในหรือเพื่อเพิ่มน้ำหนักความสำคัญให้แก่ความตกลงในเรื่องนั้นก็ได้ อย่างไรก็ตามตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ไม่ว่าจะเป็นการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศล้วนมีผลผูกพันประเทศและกฎหมายภายในเสมอกัน

กระบวนการในการทำสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศของประเทศฝรั่งเศสมีกระบวนการที่สำคัญ ดังนี้

#### 1) การริเริ่มเจรจา

<sup>107</sup> เพื่อความสะดวก ต่อไปนี้ส่วนของฝรั่งเศสจะเรียกสนธิสัญญา (traités) และความตกลงระหว่างประเทศ (accord) โดยรวมว่าความตกลงระหว่างประเทศ ถ้าที่ใดต้องการกล่าวถึงสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ จะเรียกชื่อโดยตรง

- 2) การเจรจาตกลง
- 3) การปรึกษาหารือเกี่ยวกับการทำความตกลงระหว่างประเทศบางประเภท
- 4) การลงนามผูกพัน
- 5) การให้ความเห็นชอบกับการให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญา
- 6) การมีผลใช้บังคับของความตกลงระหว่างประเทศ
- 7) การส่งสำเนาความตกลงระหว่างประเทศไปเก็บ
- 8) การทำสนธิสัญญาทางการค้า
- 9) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกลไกการควบคุมฝ่ายบริหารในกระบวนการทำสนธิสัญญา

## การริเริ่มเจรจา

ตามปกติอำนาจในการตัดสินใจริเริ่มเจรจาหรือรับข้อเสนอเพื่อเจรจาความตกลงระหว่างประเทศเป็นของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ดังนั้น ไม่ว่ารัฐต่างประเทศใดจะเสนอให้มีการเจรจา หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงใดเห็นว่าประเทศฝรั่งเศสมีความจำเป็นต้องเจรจาทำความตกลงหรือแก้ไขปรับปรุงความตกลงระหว่างประเทศในเรื่องใด จะต้องดำเนินการโดยความเห็นชอบและโดยผ่านรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศทั้งสิ้น บุคคลดังกล่าวเป็นผู้รับมอบอำนาจจากคณะรัฐมนตรี (ในกรณีที่สนธิสัญญานั้นไม่ต้องขอรับความเห็นชอบจากรัฐสภา) หรือจากประธานาธิบดี (ในกรณีที่สนธิสัญญานั้นต้องขอรับความเห็นชอบจากรัฐสภา) ในการไปเจรจาสานสนธิสัญญาทางการค้าหรือสนธิสัญญาอื่น ในทางปฏิบัติรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอาจมอบหมายให้ทูตหรือบุคลากรในกระทรวงการต่างประเทศคนใดคนหนึ่งเป็นผู้เจรจาภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาของรัฐมนตรีฯ ก็ได้

รัฐมนตรีกระทรวงที่รับผิดชอบเรื่องที่จะมีการเจรจาจะต้องเสนอร่างสนธิสัญญาหรือร่างความตกลงระหว่างประเทศที่ตนต้องการให้เจรจา พร้อมทั้งรายงานการศึกษาอย่างละเอียดในเรื่องนั้น เสนอไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ในขั้นตอนนี้จะทราบว่าร่างความตกลงระหว่างประเทศมีสาระสำคัญอย่างไร ต้องดำเนินการกระบวนการจัดทำในรูปแบบใด และใครเป็นผู้มีอำนาจลงนาม ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ดูแลรับผิดชอบมิให้ร่างความตกลงระหว่างประเทศขัดหรือแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญาและความตกลงที่ประเทศฝรั่งเศสได้ลงนามผูกพันไปแล้ว และกฎหมายภายในอื่นๆ ในขั้นตอนการเจรจานี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจะต้องปรึกษาหารือรัฐมนตรีทุกคนที่อาจจะเกี่ยวข้องหรือรับผิดชอบงานดังกล่าว หากมีปัญหาใดๆ เกิดขึ้นทั้งในด้านเนื้อหาและรูปแบบของความตกลง หรือมีความขัดแย้งระหว่างกระทรวงที่เกี่ยวข้อง ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีจะเป็นองค์กรชี้ขาดปัญหา

ต่อจากนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศร่วมกับกระทรวงที่รับผิดชอบหลักในเรื่องดังกล่าวแต่งตั้งบุคคลอันประกอบเป็นคณะผู้แทนการเจรจารับผิดชอบเจรจาทำความเข้าใจความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวจนแล้วเสร็จ

ประธานาธิบดีมีอำนาจที่จะได้รับรายงานความก้าวหน้าของการเจรจาและผลสรุปการเจรจากลลงว่าเป็นอย่างไร รวมทั้งมีอำนาจให้คำปรึกษาแนะนำแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ หรือคณะผู้แทนการเจรจาด้วย (มาตรา 52 วรรคสอง รัฐธรรมนูญ<sup>108</sup>)

## การเจรจากลลง

ในขั้นตอนการเจรจา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศหรือรัฐมนตรีที่ได้รับมอบหมายให้ทำการเจรจาจะประมาณการระยะเวลาทั้งสิ้นที่ใช้ในการเจรจาทำความเข้าใจความตกลง วันที่ที่คาดว่าจะมีการลงนามในสนธิสัญญา ระยะเวลาดังกล่าวรวมถึงเวลาที่ต้องใช้ในการติดต่อประสานงานและปรึกษาหารือระหว่างคณะผู้แทนการเจรจากับกระทรวงที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนเวลาในการศึกษาวิเคราะห์ถึงข้อดีข้อเสียของการทำสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศในด้านการเมือง ปัญหาเชิงเทคนิคและกฎหมายซึ่งอาจจะเกิดขึ้น

นอกจากนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต้องพิจารณาโดยเร็วที่สุดที่จะทำได้เพื่อทราบว่าการเจรจาจะต้องเตรียมแก้ไขเพิ่มเติมหรือเสนอให้มีรัฐบัญญัติ หรือต้องตรากฎหมายขึ้นใหม่เพื่อรองรับการประกาศใช้บังคับสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศหรือไม่ และหากเป็นกรณีการทำสนธิสัญญาประเภทที่กำหนดตามมาตรา 53 แห่งรัฐธรรมนูญ<sup>109</sup> รัฐบาลจะต้องเสนอร่างรัฐบัญญัติไปพร้อมกับการเสนอขอความเห็นชอบหรือขอสัตยาบันร่างสนธิสัญญาด้วย

หากสนธิสัญญาหรือความตกลงนั้นจะมีผลกระทบต่อดินแดนโพ้นทะเล (territoires d'outre-mer) ซึ่งเป็นเขตการปกครองของฝรั่งเศสแห่งใด รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจะต้องปรึกษากับรัฐมนตรีการปกครองดินแดนโพ้นทะเลด้วยว่ามีความจำเป็นที่จะต้องส่งร่างสนธิสัญญาให้แก่สภาการปกครองของดินแดนโพ้นทะเลแห่งนั้นพิจารณาให้ความเห็นหรือข้อเสนอแนะใดๆ หรือไม่ ในกรณีที่มีการส่งเรื่องให้สภาการปกครองดินแดนโพ้น

<sup>108</sup> มาตรา 52 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ.1958 บัญญัติว่า « Le Président de la République négocie et ratifie les traités. Il est informé de toute négociation tendant à la conclusion d'un accord international non soumis à ratification. »

<sup>109</sup> มาตรา 53 บัญญัติว่าความตกลงระหว่างประเทศต่อไปนี้ จะมีสภาพบังคับเป็นกฎหมายของรัฐเมื่อมีการให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบแล้ว การให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบต้องกระทำโดยรัฐสภาและโดยการตราเป็นรัฐบัญญัติบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา

« Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire »

ทะเลพิจารณา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจะต้องกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสม  
เพียงพอแก่การพิจารณาเรื่องของสภาการปกครองดินแดนโพ้นทะเลด้วย

ในระหว่างการเจรจา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศมีหน้าที่ให้ข้อมูลเกี่ยวกับการ  
เจรจาและรายงานความก้าวหน้าของการเจรจาให้แก่รัฐมนตรีกระทรวงที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่  
เจรจานั้นได้ทราบ ในกรณีที่รัฐมนตรีอื่นซึ่งมิใช่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้นำ  
คณะผู้แทนการเจรจา บุคคลนั้นจะต้องประสานกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเพื่อ  
ขอให้แจ้งข้อมูลรายละเอียดการเจรจาไปยังรัฐมนตรีคนอื่นๆ ต่อไป

เมื่อกระบวนการเจรจาใกล้จะสิ้นสุดลง รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบการเจรจาจะต้องส่งร่าง  
ความตกลงระหว่างประเทศเพื่อให้รัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องได้พิจารณาเห็นชอบหรือแก้ไขปรับปรุง  
โดยเร็วที่สุดที่จะเป็นไปได้ แต่อย่างน้อยจะต้องกระทำก่อนกระบวนการเจรจาสิ้นสุด ทั้งนี้  
เนื่องจากเมื่อมีการลงนามผูกพันตามความตกลงฯ แล้ว ไม่อาจแก้ไขปรับปรุงข้อความในความ  
ตกลงฯ นั้นได้อีก เว้นแต่จะมีการตั้งข้อสงวน (réservation) ไว้และในกรณีที่เป็นความตกลงแบบ  
พหุภาคีเท่านั้น อย่างไรก็ตาม มักปรากฏอยู่เสมอว่าเมื่อมาถึงขั้นตอนที่รัฐบาลเสนอร่างความตก  
ลงระหว่างประเทศต่อรัฐสภาเพื่อขอสัตยาบัน กระทรวงที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นมักจะคัดค้านโต้แย้ง  
เนื้อหาในความตกลงฯ ดังกล่าว

สิ่งที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งในกระบวนการเจรจาก็คือ จะต้องพิจารณาถึงความ  
สอดคล้องต้องกันของสาระสำคัญในความตกลงฯ กับรัฐธรรมนูญด้วย รัฐมนตรีว่าการกระทรวง  
การต่างประเทศจะต้องแจ้งไปยังเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (Secrétaire général du  
Gouvernement) ถึงข้อขัดข้องหรือปัญหาเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากการเจรจาทำความตก  
ลงระหว่างประเทศด้วย ในกรณีที่จำเป็นเลขาธิการคณะรัฐมนตรีอาจส่งเรื่องให้ศาลปกครองสูงสุด  
(ศาลสภาแห่งรัฐ) เพื่อขอให้พิจารณาว่าร่างความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวขัดหรือแย้งกับ  
รัฐธรรมนูญหรือไม่

สำหรับภาษาที่ใช้ในการทำความตกลงระหว่างประเทศ ถ้าหากเป็นสนธิสัญญาทวิภาคี  
ให้ทำเป็นภาษาฝรั่งเศสเท่านั้น เว้นแต่จำเป็นต้องกระทำเป็นสองภาษา ภาษาหนึ่งต้องเป็นภาษา  
ฝรั่งเศส ถ้าเป็นกรณีสนธิสัญญาพหุภาคี ให้ใช้ภาษาแม่ของแต่ละประเทศที่เป็นภาคี นอกจากนี้  
ประธานคณะผู้แทนการเจรจาหรือเลขานุการคณะฯ มีหน้าที่ควบคุมดูแลให้การจัดทำเอกสาร  
ประกอบการทำความตกลง รายงานการประชุม ตลอดจนเอกสารเตรียมการร่างความตกลง  
ระหว่างประเทศทั้งหมดต้องทำเป็นภาษาฝรั่งเศส

## การปรึกษาหารือเกี่ยวกับการทำความตกลงระหว่างประเทศบางประเภท

ในกรณีที่ฝรั่งเศสต้องการเจรจาทำความตกลงความร่วมมือทางวัฒนธรรมซึ่งมีข้อกำหนดเกี่ยวกับภาษีศุลกากรหรือภาษีเงินได้ แล้วแต่กรณี หากมีข้อสงสัยว่าความตกลงดังกล่าวมีบทยกเว้นระเบียบข้อบังคับของประชาคมยุโรปซึ่งประเทศฝรั่งเศสเป็นสมาชิกอยู่หรือไม่ เลขาธิการสำนักงานประสานงานระหว่างกระทรวงจะต้องแจ้งให้คณะกรรมการของประชาคมยุโรป (Commission de Communauté européenne) ได้ทราบโดยเร็วผ่านผู้แทนถาวรของฝรั่งเศสในประชาคมยุโรปก่อนที่ความตกลงฯ ดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับ คณะกรรมการประชาคมยุโรปจะแจ้งให้ประเทศสมาชิกอื่นๆ ของประชาคมทราบภายในหนึ่งเดือน

เมื่อคณะกรรมการประชาคมยุโรปพิจารณาเห็นชอบแล้ว คณะมนตรี (Conseil européen) อาจอนุญาตให้ประเทศฝรั่งเศสทำความตกลงระหว่างประเทศที่มีบทกำหนดยกเว้นภาษีศุลกากรหรือภาษีเงินได้ดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ระยะเวลาการพิจารณาต้องไม่เกินกว่าสองเดือน

นอกจากนี้ คำวินิจฉัยของ Conseil européen ลงวันที่ 22 กรกฎาคม 1974 เรื่องกระบวนการปรึกษาหารือในการทำความตกลงความร่วมมือระหว่างรัฐสมาชิกของประชาคมยุโรปกับประเทศที่สาม กำหนดให้รัฐสมาชิกที่ประสงค์จะทำความตกลงความร่วมมือระหว่างประเทศทางเศรษฐกิจและอุตสาหกรรม ต้องแจ้งคณะกรรมการประชาคมยุโรปตลอดจนรัฐสมาชิกอื่นๆ ทั้งหมดทราบ รวมทั้งต้องส่งร่างความตกลงฯ ข้อที่กล่าวถึงความร่วมมือทางเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมให้คณะกรรมการฯ และรัฐสมาชิกทราบด้วย ในกรณีที่จำเป็น รัฐสมาชิกหรือคณะกรรมการฯ จะขอให้มีการประชุมปรึกษากันว่าความตกลงดังกล่าวสอดคล้องต้องกันหรือไม่กับนโยบายเศรษฐกิจของประชาคมยุโรปและส่งเสริมความร่วมมือระหว่างรัฐสมาชิกของประชาคมฯ กับประเทศที่สามนั้น

## การลงนามผูกพัน

### (1) ผู้มีอำนาจในการลงนาม

ตามรัฐธรรมนูญ ผู้มีอำนาจในการลงนามผูกพันสนธิสัญญา (traité) ได้แก่ ประธานาธิบดี แต่ประธานาธิบดีไม่จำเป็นต้องลงนามด้วยตนเองเสมอไป อาจมอบหมายให้ตัวแทนซึ่งตามปกติได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศลงนามในนามของประธานาธิบดีได้ ส่วนความตกลงระหว่างประเทศ (accord) นายกรัฐมนตรีมีอำนาจลงนามได้เอง หรืออาจมอบอำนาจให้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ รัฐมนตรีที่ได้รับมอบหมาย หรือแม้กระทั่งมอบให้ เอกอัครราชทูตประจำประเทศคู่สัญญาลงนามแทนได้

อย่างไรก็ดี เนื่องจากรัฐบาลเป็นผู้รับผิดชอบในการบริหารประเทศ ดังนั้น การตัดสินใจที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศฉบับใดต้องผ่านการพิจารณาเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน ถ้าหากประธานาธิบดีลงนามสนธิสัญญาด้วยตนเอง จะต้องมีการมีรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบสนธิสัญญานั้นลงนามกำกับความถูกต้องแท้จริง (contresigne) ด้วยเสมอ แนวปฏิบัติดังกล่าวเพื่อกำหนดตัวผู้ที่จะทำหน้าที่ตีความและเตรียมการทั้งหลายเพื่อรองรับการบังคับใช้สนธิสัญญา นอกจากนี้ ในกรณีที่เป็นการเป็นสนธิสัญญาตามประเภทที่ระบุในมาตรา 53 แห่งรัฐธรรมนูญ รัฐบาลจะต้องเสนอขอรับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนการลงนามผูกพัน<sup>110</sup>

ถ้าความตกลงระหว่างประเทศนั้นเป็นพิธีสาร (Protocol) เกี่ยวกับการเงิน และผู้ลงนามเป็นเอกอัครราชทูตผู้รับมอบอำนาจ บุคคลดังกล่าวต้องแจ้งให้รัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องทราบเพื่อเตรียมการให้พร้อมที่จะปฏิบัติตามพิธีสารด้วย

#### (2) กระบวนการพิจารณาตรวจสอบความตกลงฯ

ร่างความตกลงระหว่างประเทศที่คณะผู้แทนการเจรจารับรองความถูกต้องแล้วจะถูกตรวจสอบอีกครั้งหนึ่งโดยฝ่ายกฎหมายของกระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งทำหน้าที่พิจารณาให้ข้อคิดเห็นและข้อสังเกตต่างๆ เกี่ยวกับความตกลงดังกล่าวทั้งฉบับ ถ้าความตกลงทำขึ้นสองภาษา ฝ่ายกฎหมายต้องส่งสำเนาความตกลงไปให้ฝ่ายแปลดำเนินการตรวจสอบความถูกต้องตรงกันของเนื้อความในความตกลงทั้งสองภาษาก่อน จากนั้นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจึงสั่งการให้จัดทำต้นฉบับเพื่อลงนาม

#### การให้ความเห็นชอบกับการให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญา

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ หรือรัฐมนตรีอื่นที่ได้รับมอบอำนาจ เป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการกระบวนการแสดงความยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาหรือตามความตกลงระหว่างประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>111</sup> ในการนี้รัฐมนตรีเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดว่าความตกลงดังกล่าวเป็นประเภทที่จะต้องขออนุมัติจากรัฐสภาก่อนการให้สัตยาบันหรือการเข้าเป็นภาคีสมาชิกหรือไม่

<sup>110</sup> ดูเชิงอรรถหมายเลข 104

<sup>111</sup> ตามกฎหมายฝรั่งเศส การให้ความเห็นชอบเข้าผูกพันกับความตกลงระหว่างประเทศ (accord) อาจกระทำโดยการลงนามในความตกลงฯ ก็เพียงพอแล้ว เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้ว่าจะต้องมีการให้สัตยาบันกันในภายหลังอีกครั้งหนึ่ง สำหรับสนธิสัญญา (traité) การให้ความเห็นชอบเข้าผูกพันต้องกระทำโดยการให้สัตยาบัน (ratification) ส่วนการแสดงความเจตนาเข้าผูกพันกับสนธิสัญญาแบบพหุภาคี ให้กระทำโดยการลงนามในสนธิสัญญาและแสดงการเข้าเป็นภาคีสมาชิก (adhésion)

(1) การขออนุมัติต่อรัฐสภาก่อนการให้สัตยาบันหรือการให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญา  
รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ.1958 หมวด VI ว่าด้วย “สนธิสัญญาและความตกลงระหว่าง  
ประเทศ” (Traité et accords internationaux) มาตรา 53<sup>112</sup> กำหนดว่าความตกลงระหว่าง  
ประเทศบางประเภทต้องได้รับอนุมัติจากรัฐสภาก่อนที่จะให้สัตยาบันหรือให้ความยินยอมผูกพัน  
ได้ รายการความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวมีดังต่อไปนี้

- สนธิสัญญาสันติภาพ ซึ่งรวมถึงการทำสนธิสัญญาร่วมเป็นพันธมิตร (Alliance Treaty) ด้วย ดังกรณีที่จะมีการรับรัฐสมาชิกใหม่เพิ่มขึ้นในกติกาสันติภาพแอตแลนติก (Atlantic Treaty) ซึ่งฝรั่งเศสเป็นภาคีอยู่ ฝ่ายบริหารได้ขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนที่จะให้การรับรองพิธีสาร (Protocol) แสดงการยอมรับ
- สนธิสัญญาทางการค้า ซึ่งได้แก่สนธิสัญญาและความตกลงทางการค้าทุกฉบับ รวมทั้งความตกลงการค้าเสรี ด้วย
- สนธิสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับองค์การระหว่างประเทศ เช่น ความตกลงว่าด้วยสถานที่ตั้งสำนักงานขององค์การระหว่างประเทศเป็นความตกลงที่ต้องได้รับอนุมัติจากรัฐสภา ก่อน เนื่องจากการก่อตั้งเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต<sup>113</sup>
- สนธิสัญญาซึ่งมีผลผูกพันการเงินการคลังของประเทศ ตัวอย่างเช่น รัฐบัญญัติที่ให้ความเห็นชอบแก่รัฐบาลในการเพิ่มสัดส่วนผู้ร่วมทุนของประเทศฝรั่งเศสในกองทุนการเงินระหว่างประเทศให้สูงขึ้น (International Monetary Fund : IMF) ซึ่งเป็นผลมาจากการเจรจาความตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสภาพขององค์การระหว่างประเทศแห่งนี้
- สนธิสัญญาซึ่งมีบทแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย (รัฐบัญญัติ) ของฝ่ายนิติบัญญัติ
- สนธิสัญญาซึ่งมีผลกระทบต่อสภาพของบุคคล
- สนธิสัญญาซึ่งมีบทสละ แลกเปลี่ยน หรือควบเข้าด้วยกันซึ่งดินแดนอาณาเขต กรณีนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสตีความว่ารวมถึงการแยกออกไปซึ่งดินแดนอาณาเขตด้วย<sup>114</sup>

ทันทีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศหรือรัฐมนตรีผู้มีอำนาจเจรจาลงนามรับรองความถูกต้องของความตกลงแล้ว (หากเป็นกรณีหลัง รัฐมนตรีผู้นั้นจะต้องแจ้งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศทราบเพื่อดำเนินการ) ต้องตรวจสอบว่าความตกลง

<sup>112</sup> ดูเชิงอรรถหมายเลข 104

<sup>113</sup> หนังสือเวียนสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ 30 พฤษภาคม 1997 เรื่อง การเจรจาทำความตกลงและการลงนามในความตกลงระหว่างประเทศ (Circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux) ข้อ V. การอนุมัติให้สัตยาบันและให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญา

<sup>114</sup> คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ décision 75-59 DC ลงวันที่ 30 ธันวาคม 1975 considérant 2.

ระหว่างประเทศดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่เข้าลักษณะสนธิสัญญาตามความในมาตรา 53 หรือไม่<sup>115</sup> การดำเนินกระบวนการขออนุมัติจากรัฐสภาตามมาตรา 53 หมายความว่ารวมถึงสนธิสัญญาที่ก่อตั้งขึ้นใหม่ และที่แก้ไขเพิ่มเติมหรือที่ปรับปรุงจากสนธิสัญญาดั้งเดิมด้วย ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักคู่ขนานเชิงรูปแบบ (règle de parallélisme des formes) คือการแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญาเดิมต้องกระทำโดยกระบวนการเดียวกับการทำสนธิสัญญาดั้งเดิม

อย่างไรก็ดี แม้ว่าการตรวจสอบวัตถุประสงค์ดังกล่าวสามารถกระทำได้เมื่อภายหลังการลงนามรับรองความถูกต้องของเนื้อหาของความตกลงเท่านั้น เนื่องจากไม่อาจกระทำได้อ่อน (a priori) การตกลงในขั้นตอนสุดท้าย แต่เพื่อให้การตรวจสอบกระทำได้และการแจ้งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องรับทราบโดยเร็วที่สุด คณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วางหลักการไว้ในคำวินิจฉัยหลายเรื่อง ให้กระทรวงการต่างประเทศใช้ตัวบ่งชี้ในความตกลงให้เป็นประโยชน์เพื่อบอกในเบื้องต้นว่าจะเข้าลักษณะสนธิสัญญาตามมาตรา 53 หรือไม่

ในกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศมีข้อสงสัยว่าความตกลงระหว่างประเทศฉบับใดจะต้องขออนุมัติต่อรัฐสภาตามมาตรา 53 หรือไม่ ให้รัฐมนตรีปรึกษาเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเพื่อหาข้อยุติ

## (2) กระบวนการให้สัตยาบันหรือการให้ความเห็นชอบ

ในกรณีที่รัฐมนตรีและเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเห็นว่าสนธิสัญญานั้นต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 53 จะต้องดำเนินกระบวนการเพื่อขออนุมัติต่อรัฐสภา ดังนี้

(1) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจัดเตรียมร่างรัฐบัญญัติที่จะเสนอให้สภาพิจารณาพร้อมกับร่างสนธิสัญญา ร่างรัฐบัญญัติดังกล่าวต้องผ่านการพิจารณาเห็นชอบจากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องอื่นๆ ด้วย จากนั้นจึงเสนอเรื่องให้เลขาธิการคณะรัฐมนตรีเพื่อส่งเรื่องไปยังศาลปกครองสูงสุด (ศาลสภาแห่งรัฐ) ตรวจสอบข้อความในสนธิสัญญา

การส่งเรื่องไปให้ศาลสภาแห่งรัฐพิจารณา ต้องแนบเอกสารดังต่อไปนี้ไปพร้อมกันด้วย

1. ร่างรัฐบัญญัติที่จะรองรับการบังคับใช้สนธิสัญญา
2. วัตถุประสงค์ในการทำสนธิสัญญา
3. รายงานผลการศึกษาเกี่ยวกับผลกระทบจากการทำสนธิสัญญา (étude d'impact) ซึ่งจะต้องทำการศึกษาล่วงตั้งแต่เนิ่นๆ ทันทีที่ทำการเจรจาร่างสนธิสัญญา<sup>116</sup>

<sup>115</sup> ในทางปฏิบัติ ฝ่ายกฎหมายของกระทรวงการต่างประเทศจะทำหน้าที่พิจารณาวิเคราะห์ข้อความในความตกลงดังกล่าวอย่างละเอียดเป็นรายข้อ ว่ามีสาระสำคัญที่กระทบเกี่ยวกับความในมาตรา 53 แห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่

<sup>116</sup> หนังสือเวียนสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน 1995 เรื่อง การส่งรายงานการศึกษาผลกระทบไปพร้อมกับร่างรัฐบัญญัติและร่างกฎหมายที่ส่งให้ศาลสภาแห่งรัฐตรวจ (Circulaire du 21 Novembre 1995 relative à l'expérimentation d'une étude d'impact accompagnant les projets de loi et de décret en Conseil d'Etat, publiée au Journal Officiel du 1<sup>er</sup> Decembre 1995.

4. รายชื่อเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบของกระทรวงการต่างประเทศและของกระทรวงที่เกี่ยวข้องอื่นๆ และชื่อบุคคลที่ได้รับมอบหมายเป็นผู้ชี้แจงในที่ประชุมศาลสภาแห่งรัฐ ต่อสภาผู้แทนราษฎรและต่อวุฒิสภา

5. หนังสือรับรองการเข้าร่วมในกระบวนการเจรจาจากรัฐมนตรีกระทรวงอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

6. บันทึกจากฝ่ายกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ ชี้แจงเหตุผลในการพิจารณาว่าสนธิสัญญานั้นเข้าลักษณะสนธิสัญญาตามมาตรา 53

7. ถ้าเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่บังคับใช้กับดินแดนโพ้นทะเล(territoire d'outre-mer) ให้แนบบันทึกมติของที่ประชุมสภาการปกครองดินแดนโพ้นทะเล หรืออย่างน้อยต้องมีหนังสือจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศว่าได้เสนอเรื่องถึงสภาการปกครองฯ แล้ว

8. ร่างความตกลงระหว่างประเทศซึ่งตีพิมพ์ในรัฐกิจจานุเบกษาแห่งสาธารณรัฐ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศมีหน้าที่รับผิดชอบให้การตีพิมพ์ร่างความตกลงฯ ในรัฐกิจจานุเบกษาถูกต้องตรงกับต้นฉบับ การผิดพลาดตกหล่นในขั้นตอนนี้อาจทำให้รัฐบาลถูกฟ้องร้องต่อศาลสภาแห่งรัฐ และทำให้การตรวจสอบร่างความตกลงฯ ล่าช้าออกไป

(2) การพิจารณาร่างรัฐบัญญัติ ศาลสภาแห่งรัฐจะพิจารณาเป็น 3 วาระโดยองค์คณะและโดยที่ประชุมใหญ่ตามลำดับ แต่ละระดับจะมีการแต่งตั้งพนักงานผู้รับผิดชอบรายงาน (rapporteur) ทำหน้าที่รายงานผลการพิจารณาและให้ความเห็นร่างรัฐบัญญัติดังกล่าว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศหรือรัฐมนตรีที่รับผิดชอบจะต้องเข้าชี้แจงรายละเอียดต่างๆ ในการประชุมแต่ละระดับ

(3) ในกรณีที่ศาลสภาแห่งรัฐและผู้แทนรัฐบาลมีความเห็นเกี่ยวกับร่างกฎหมายแตกต่างกัน เลขานุการคณะรัฐมนตรีและเลขานุการนายกรัฐมนตรีจะร่วมกันพิจารณาแก้ไขปัญหา ในกรณีที่จำเป็น อาจเรียกประชุมผู้แทนจากกระทรวงที่เกี่ยวข้องเพื่อพิจารณาร่างรัฐบัญญัติและข้อแตกต่างนั้นอีกครั้งหนึ่งและหาข้อยุติ จากนั้นจึงบรรจุเป็นวาระการประชุมของคณะรัฐมนตรีต่อไป

(4) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้นำเสนอร่างรัฐบัญญัติต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี

(5) เมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติให้เสนอร่างรัฐบัญญัติต่อรัฐสภา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจะเป็นผู้รับผิดชอบประสานงาน ชี้แจงและติดตามผลตลอดกระบวนการทั้งในระดับคณะกรรมการและระดับที่ประชุมใหญ่ จนเรียบร้อย

(6) เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบกับการทำสนธิสัญญาและร่างรัฐบัญญัติแล้ว ประธานาธิบดีจะเป็นผู้ให้สัตยาบันหรือให้ความยินยอมที่จะผูกพันตามสนธิสัญญา

อย่างไรก็ดี ถ้าสนธิสัญญาและการออกรัฐบัญญัติรองรับสนธิสัญญานั้นมีข้อความที่จะส่งผลกระทบต่อการทำงานของสถาบันแห่งรัฐทั้งหลาย (des incidences sur le fonctionnement des institutions) รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 11 บัญญัติอนุญาตให้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ในกรณีที่เห็นสมควร อาจให้นำร่างกฎหมายซึ่งมีวัตถุประสงค์อนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาดังกล่าวนั้น ให้ประชาชนออกเสียงประชามติ (referendum) รับรองก่อนก็ได้

### (3) ความตกลงระหว่างประเทศที่ไม่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา

ในกรณีที่ความตกลงระหว่างประเทศนั้นไม่จำเป็นต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน และไม่ต้องมีการตรากฎหมายรองรับตามมาตรา 53 แห่งรัฐธรรมนูญ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ โดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย มีอำนาจแสดงเจตนาผูกพันในนามของประเทศฝรั่งเศสต่อความตกลงฯ นั้นตามวิธีการและเงื่อนไขที่ระบุในความตกลงฯ

อย่างไรก็ดี ตามมาตรา 52 แห่งรัฐธรรมนูญ รัฐบาลจะต้องแจ้งให้ประธานาธิบดีทราบล่วงหน้าถึงการตัดสินใจแสดงเจตนาผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศและขอรับความคิดเห็นข้อแนะนำจากประธานาธิบดี (ถ้ามี)

## การมีผลใช้บังคับของความตกลงระหว่างประเทศ

อำนาจในการประกาศใช้บังคับความตกลงระหว่างรัฐคู่สัญญาเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยแท้ อำนาจประการนี้จะทำให้รัฐคู่สัญญาทราบว่าความตกลงมีผลบังคับใช้ระหว่างกันตั้งแต่เมื่อใด การมีผลใช้บังคับของความตกลงระหว่างประเทศเป็นไปตามบทบัญญัติของความตกลงฯ ส่วนที่ว่าด้วยการทำให้ความตกลงฯ มีผลบังคับใช้ระหว่างรัฐคู่สัญญา การมีผลใช้บังคับของความตกลงระหว่างประเทศแบบทวิภาคีและแบบพหุภาคีมีความแตกต่างกันดังนี้

### (1) ความตกลงระหว่างประเทศแบบทวิภาคี

ตามปกติ ความตกลงระหว่างประเทศรูปแบบอย่างง่าย (accord) มีผลผูกพันประเทศฝรั่งเศสภายหลังจากได้ส่งตราสารแสดงความจำนงผูกพันตามความตกลงฯ ไปยังรัฐคู่สัญญา หรือได้ส่งหนังสือแจ้งไปยังรัฐภาคีว่าการดำเนินกระบวนการเพื่อให้ความตกลงฯ มีผลบังคับใช้ตามรัฐธรรมนูญของรัฐเสร็จเรียบร้อยแล้ว ความตกลงรูปแบบอย่างง่ายอาจกำหนดให้มีผลบังคับใช้ได้ทันที เนื่องจากไม่มีกระบวนการทางรัฐสภาตามมาตรา 53 ที่ต้องกระทำเหมือนกับสนธิสัญญา

อย่างไรก็ดี ควรกำหนดให้มีระยะเวลาดังตั้งแต่วันที่ลงนามรับรองความถูกต้องและวันที่จะกำหนดให้มีผลใช้บังคับห่างกันอย่างน้อย 2 เดือน สำหรับกระบวนการประกาศใช้บังคับในรัฐกิจจานุเบกษา

สำหรับสนธิสัญญา (traité) เดิมรูปแบบมีผลผูกพันประเทศฝรั่งเศสภายหลังการแลกเปลี่ยนตราสารการให้สัตยาบัน (instrument de ratification) กับรัฐคู่สัญญา ตราสารการให้สัตยาบัน คือหนังสือซึ่งประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐกระทำในนามของตนเองและลงนามโดยตนเอง โดยมีนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศนามรับรองความถูกต้องกำกับไว้ กระบวนการกำหนดการมีผลบังคับใช้สนธิสัญญาจะยาวกว่ารูปแบบแรกมาก

## (2) ความตกลงระหว่างประเทศแบบพหุภาคี

ความตกลงระหว่างประเทศแบบพหุภาคีมักมีผลบังคับใช้เมื่อมีรัฐภาคีได้แสดงเจตนาผูกพันตามความตกลงฯ ครบตามจำนวนที่กำหนดหรือเมื่อครบกำหนดระยะเวลาที่ความตกลงนั้นกำหนดไว้ แต่การมีผลบังคับใช้จะผูกพันเฉพาะกับรัฐที่แสดงเจตนาเท่านั้น ยังไม่มีผลผูกพันไปถึงรัฐอื่น ดังนั้น หากรัฐมนตรีกระทรวงใดประสงค์จะทำความตกลงฯ ที่จะให้เกิดผลผูกพันเป็นอย่างอื่นนอกเหนือจากหลักทั่วไป ต้องใช้ความระมัดระวังอย่างสูงและเมื่อได้ปรึกษากับฝ่ายกฎหมายของกระทรวงการต่างประเทศแล้วเท่านั้น

## การส่งสำเนาความตกลงระหว่างประเทศไปเก็บ

ภายหลังการประกาศเผยแพร่ในรัฐกิจจานุเบกษาแล้ว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศมีหน้าที่ลงทะเบียนการทำความตกลงระหว่างประเทศต่อสหประชาชาติ เพื่อให้เป็นไปตามมาตรา 102 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

## การทำสนธิสัญญาทางการค้า

การทำสนธิสัญญาทางการค้าของประเทศฝรั่งเศส เมื่อรัฐบาลเห็นสมควรทำสนธิสัญญาทางการค้ากับประเทศหรือกลุ่มประเทศใด หรือเมื่อได้รับคำเสนอให้ทำสนธิสัญญาทางการค้าจากประเทศหรือกลุ่มประเทศใด จะแต่งตั้งผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มในการเจรจาทำความตกลงเรื่องนั้น เมื่อรับนโยบายจากรัฐบาลมาแล้ว ผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มจะเป็นผู้พิจารณาตัดสินใจทั้งในเชิงเนื้อหาและเชิงกลยุทธของการเจรจาจนกระทั่งสามารถจัดทำร่างสนธิสัญญาระหว่างรัฐภาคีขึ้นได้ โดยปกติรัฐสภาจะให้สัตยาบันในสิ่งที่ผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มได้กระทำไป เว้นแต่ผู้แทนจะได้กระทำเกินขอบเขตอำนาจที่ได้รับมอบหมาย ซึ่งรัฐมีสิทธิที่จะปฏิเสธได้ ในกรณีเช่นนี้ ร่างสนธิสัญญาที่ได้เจรจากกลงไปแล้วนั้นจะไม่มีผลใช้บังคับ

อย่างไรก็ดี ดังกล่าวนี้อาจได้ว่า เนื่องจากสนธิสัญญาทางการค้าที่เข้ากรณีเป็นสนธิสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนตามมาตรา 53 แห่งรัฐธรรมนูญ ดังนั้นรัฐบาลจะไม่แสดงความยินยอมเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาในทันทีจนกว่าจะได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ในกรณีเช่นนี้ รัฐบาลจะต้องดำเนินการเพื่อให้รัฐสภาให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบ (ตามข้อ 5 ข้างต้น) โดยเสนอร่างสนธิสัญญาต่อประธานรัฐสภาเพื่อนัดประชุมสมาชิกรัฐสภาต่อไป สำหรับในระดับระหว่างประเทศ สนธิสัญญาดังกล่าวจะไม่มีผลใช้บังคับจนกว่าประธานาธิบดีจะให้ความยินยอมเข้าผูกพันโดยการให้สัตยาบันสาร

มีข้อสังเกตว่า ในกรณีสนธิสัญญาทางการค้า ประธานาธิบดีสามารถส่งสัตยาบันสารไปยังรัฐคู่สัญญาได้ทันทีที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบ โดยไม่จำเป็นต้องรอให้รัฐสภาผ่านรัฐบัญญัติบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาทางการค้าเหมือนกับสนธิสัญญาประเภทอื่น

### ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกลไกการควบคุมฝ่ายบริหารในกระบวนการทำสนธิสัญญาของฝรั่งเศส

จากที่กล่าวมาเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 ได้เปิดโอกาสให้รัฐสภาเข้ามาควบคุมฝ่ายบริหารในกระบวนการทำสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศ กล่าวคือ การทำสนธิสัญญาทางการค้า ตลอดจนสนธิสัญญาประเภทอื่นที่ระบุในมาตรา 53 อยู่ภายใต้เงื่อนไขการให้ความเห็นชอบของรัฐสภาก่อนการลงนามผูกพัน (approbation préalable) และการให้ความเห็นชอบดังกล่าวจะต้องกระทำในรูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น คือโดยการตราเป็นรัฐบัญญัติอนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศนั้น

นอกจากนี้ ตามกฎหมายฝรั่งเศสกำหนดความตกลงระหว่างประเทศใดมีข้อความส่วนใดส่วนหนึ่งที่อยู่ในขอบเขตอำนาจการตรารัฐบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติตามมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958<sup>117</sup> แล้ว ฝ่ายบริหารจะต้องรายงานและขออนุมัติต่อรัฐสภาก่อนการให้

<sup>117</sup> มาตรา 34 บัญญัติว่า "La loi fixe les règles concernant :

les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;

la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ;

la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables; la procédure pénale; l'amnistie; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ;

l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures; le régime d'émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant :

le régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales ;

la création de catégories d'établissements publics ;

สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบความตกลงดังกล่าวเสมอ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่ามีกฎหมายภายในฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับรองรับการบังคับใช้ร่างความตกลงดังกล่าวแล้วหรือไม่ เพราะรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ฝ่ายบริหารขออนุมัติจากรัฐสภาเสมอ แม้มีกฎหมายภายในรองรับการบังคับใช้ตามความตกลงฯ ทุกข้อทุกประการ โดยไม่ต้องมีการเสนอแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอีกก็ตาม<sup>118</sup> ในแง่นี้ นักกฎหมายรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสจึงกล่าวว่า องค์การที่มีอำนาจตัดสินใจยินยอมผูกพันรัฐเข้ากับสนธิสัญญาทางการค้ามิใช่ประธานาธิบดี มิใช่คณะรัฐมนตรี แท้จริงแล้วคือฝ่ายนิติบัญญัตินั่นเอง<sup>119</sup>

ประการสุดท้าย ระบบของฝรั่งเศสเปิดโอกาสให้ศาลปกครองสูงสุด (ศาลสภาแห่งรัฐ) ได้เข้ามามีส่วนพิจารณาตรวจสอบร่วมกับฝ่ายบริหารตั้งแต่ขั้นตอนก่อนการลงนามผูกพันสนธิสัญญา (contrôle préalable) ว่าสนธิสัญญาเข้าลักษณะประเภทที่กำหนดในมาตรา 53 ซึ่งเป็นอำนาจของรัฐสภาหรือไม่ การควบคุมตรวจสอบกรณีนี้จึงมีข้อดีในแง่ที่เป็นระบบป้องกัน มิใช่ระบบแก้ไขเยียวยา และการที่จะเกิดกรณีทำสนธิสัญญาโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงมีความเสี่ยงต่ำ ซึ่งหมายความว่าหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการทำสนธิสัญญาอันมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญของฝ่ายบริหารจึงมีประสิทธิภาพสูง

---

les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État ;

les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.

La loi détermine les principes fondamentaux :

de l'organisation générale de la Défense nationale ;

de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ;

de l'enseignement ;

de la préservation de l'environnement ;

du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ;

du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'État dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Des lois de programme déterminent les objectifs de l'action économique et sociale de l'État.

Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique. »

<sup>118</sup> หนังสือเวียนสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ 30 พฤษภาคม 1997 เรื่อง การเจรจาทำความตกลงและการลงนามในความตกลงระหว่างประเทศ (Circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux) ข้อ V. การอนุมัติให้สัตยาบันและให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญา

<sup>119</sup> Georges VEDEL, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, p.527.

### 3.2.5 กระบวนการทำความเข้าใจด้วยการค้าเสรีของประเทศไทย

ระบบการทำสนธิสัญญาของประเทศไทยนั้นคล้ายคลึงกับประเทศที่เราได้ศึกษามาแล้ว กล่าวคือ สามารถแบ่งสนธิสัญญาออกได้เป็น 2 ประเภท<sup>120</sup> คือ

1) สนธิสัญญาประเภทที่ฝ่ายบริหารทำได้โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา -

2) สนธิสัญญาประเภทที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนที่ฝ่ายบริหารจะแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการแบ่งประเภทสนธิสัญญาไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 แต่ในการทำสนธิสัญญาแต่ละประเภทนั้น ยังไม่มีการบัญญัติถึงกระบวนการภายในของฝ่ายบริหารที่ชัดเจนแน่นอนเหมือนกับประเทศสหรัฐอเมริกาหรือฝรั่งเศส

**สนธิสัญญาประเภทที่ฝ่ายบริหารทำได้โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนการแสดงเจตนาเข้าผูกพัน**

ตามมาตรา 224 วรรคแรก<sup>121</sup> แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 คณะรัฐมนตรีมีอำนาจทำสนธิสัญญาดังต่อไปนี้ ได้โดยไม่ต้องถูกจำกัดอำนาจโดยรัฐสภา

- (1) หนังสือสัญญาสันติภาพทั้งหลาย
- (2) หนังสือสัญญาสงบศึกทั้งหลาย และ
- (3) หนังสือสัญญาอื่นซึ่งมิใช่หนังสือสัญญาสันติภาพและสัญญาสงบศึก และรวมถึงหนังสือสัญญาที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้รัฐบาลต้องขอรับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนที่จะให้ความยินยอมเข้าผูกพันตามมาตรา 224 วรรคสอง

สมควรตั้งข้อสังเกตไว้ด้วยว่าสนธิสัญญาประเภทที่ (3) นี้เองที่เปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารสามารถทำสนธิสัญญาในเรื่องใดๆ กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศได้อย่างกว้างขวาง รวมถึงการทำความเข้าใจด้วยการค้าเสรีซึ่งรัฐบาลไทยลงนามผูกพันกับบางประเทศไปแล้วและกำลังเจรจากับบางประเทศในขณะนี้ คราวเท่าที่สนธิสัญญานั้นไม่เข้าเงื่อนไขเป็นหนังสือสัญญาประเภทที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องขอรับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน ซึ่งได้แก่สนธิสัญญาตามมาตรา 224 วรรคสอง (จะกล่าวต่อไป) ซึ่งแตกต่างกับรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสที่ระบุว่าสนธิสัญญาทางการค้าทุกฉบับ (les traités de commerce) ให้เสนอขอรับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนเสมอ

<sup>120</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ : สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544, หน้า 104.

<sup>121</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 224 วรรคแรก บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ”

สนธิสัญญาประเภทที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อนที่ฝ่ายบริหารจะแสดงเจตนา  
เข้าผูกพันตามสนธิสัญญา

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 224 วรรคสอง ประกอบกับมาตรา 193 (15)<sup>122</sup> แล้ว ปรากฏว่าคณะรัฐมนตรีมิได้มีสิทธิอำนาจอย่างเต็มที่ในการตัดสินใจนำประเทศเข้าผูกพันกับสนธิสัญญาบางประเภท เนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐสภาเป็นผู้พิจารณาตรวจสอบความเหมาะสมและเป็นผู้ให้ความเห็นชอบแก่รัฐบาลในการแสดงเจตนาเข้าผูกพัน นักกฎหมายจึงกล่าวว่ารัฐสภาเป็นผู้ตัดสินใจในการทำสนธิสัญญาประเภทนี้ ซึ่งได้แก่

- (1) หนังสือสัญญาซึ่งมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือ
- (2) หนังสือสัญญาซึ่งมีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ หรือ
- (3) หนังสือสัญญาซึ่งจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อนำนิติการให้เป็นไปตามสัญญา

สนธิสัญญาประเภทหลังนี้มีกระบวนการที่สำคัญที่ต้องกระทำภายในรัฐ 2 ขั้นตอน คือ

- ก) การขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 193 (15) แห่งรัฐธรรมนูญฯ  
ข) การเสนอร่างพระราชบัญญัติเพื่ออำนวยการ (รองรับ) หนังสือสัญญา

อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์การแบ่งประเภทของสนธิสัญญาออกเป็นประเภทซึ่งฝ่ายบริหารสามารถทำได้เองโดยอิสระและซึ่งต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนนี้ เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจึงมีผลบังคับใช้ในระดับภายในรัฐเท่านั้น สำหรับในระดับระหว่างประเทศ เมื่อฝ่ายบริหารแสดงเจตนาให้ความยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาแล้ว ย่อมมีผลผูกพันรัฐ เนื่องจากตามกฎหมายระหว่างประเทศ การให้ความยินยอมผูกพันเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร ส่วนกฎเกณฑ์การปฏิบัติที่จะต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาสำหรับสนธิสัญญาบางประเภทเป็นขั้นตอนภายในของแต่ละประเทศซึ่งไม่อาจขัดแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ และอาจมีรายละเอียดแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐได้<sup>123</sup>

<sup>122</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 224 วรรคสอง บัญญัติว่า

“หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา”

ส่วนมาตรา 193 (15) บัญญัติว่า

“ในกรณีต่อไปนี้จะให้รัฐสภาประชุมร่วมกัน

[illegible]

(15) การให้ความเห็นชอบหนังสือสัญญาตามมาตรา 224"

<sup>123</sup> ด จิตรนัตถ์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, กรุงเทพฯ, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547, หน้า 110-111.

มีปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่าความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีเป็นหนังสือสัญญาที่เข้าลักษณะตามมาตรา 224 วรรคสอง หรือไม่ เพียงใด

การตอบปัญหานี้จะต้องพิจารณาประกอบไปพร้อมกับการพิจารณาหนังสือสัญญาแต่ละประเภทที่กล่าวมา คือหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตอำนาจแห่งรัฐ หรือซึ่งจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาว่ามีความหมายว่าอย่างไร และความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีเข้าลักษณะเป็นหนังสือสัญญาประเภทใดประเภทหนึ่งในสามนี้หรือไม่ โดยจะกล่าวเป็นลำดับไปดังนี้

**(1) ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีกับหนังสือสัญญาซึ่งมีบทเปลี่ยนแปลง “อาณาเขตไทย”**

คำว่า “อาณาเขตไทย” (Thai territory) หมายถึงอาณาเขตแห่งราชอาณาจักรไทย ตามกฎหมายระหว่างประเทศ อาณาเขตของประเทศใดประเทศหนึ่งประกอบด้วยบริเวณอาณาเขตทางบก ทางทะเลและทางอากาศ ต่อไปนี้<sup>124</sup>

- ดินแดนทางบก ซึ่งประกอบด้วยพื้นดินและส่วนที่อยู่ใต้พื้นดิน รวมทั้งน่านน้ำภายใน เช่นแม่น้ำ ทะเลสาบ เป็นต้น
- ดินแดนทางทะเล ได้แก่ทะเลอาณาเขตกว้าง 12 ไมล์ทะเล โดยวัดจากเส้นฐานที่กำหนดขึ้นตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ.1982 รวมทั้งพื้นดินท้องทะเลและดินใต้ผิวดินของท้องทะเลอาณาเขตตลอดความกว้าง 12 ไมล์ทะเลดังกล่าว<sup>125</sup>
- ดินแดนทางอากาศ ได้แก่อาณาบริเวณที่อยู่เหนือดินแดนทางบก ดินแดนทางทะเล ห้วงอากาศเหนือดินแดนดังกล่าวถือเป็นอาณาเขตที่รัฐมีอธิปไตยอันสมบูรณ์

อย่างไรก็ดี นักกฎหมายระหว่างประเทศมีความเห็นพ้องต้องกันว่า อาณาเขตของรัฐไม่รวมถึงเขตเศรษฐกิจจำเพาะและเขตไหล่ทวีป ซึ่งรัฐชายฝั่งไม่มีกรรมสิทธิ์เหมือนกับอาณาเขตของรัฐ<sup>126</sup> คงมีเพียงสิทธิอธิปไตย สิทธิและเขตอำนาจบางประการเท่านั้น

เขตเศรษฐกิจจำเพาะนั้น หมายถึงพื้นดินท้องทะเลและดินใต้ผิวดินของท้องทะเล รวมทั้งห้วงน้ำที่อยู่เหนือพื้นดินท้องทะเลดังกล่าว ซึ่งประชิดและเลยจากทะเลอาณาเขตออกไป เขตเศรษฐกิจจำเพาะรวมบริเวณที่เป็นเขตไหล่ทวีปด้วย

ส่วนเขตไหล่ทวีป หมายถึงพื้นดินท้องทะเลและดินใต้ผิวดินของท้องทะเลที่ประชิดกับชายฝั่งของฝั่งทวีปที่เป็นส่วนขยายตามธรรมชาติของดินแดนทางบกของรัฐ

<sup>124</sup> จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว, หน้า 207-208.

<sup>125</sup> อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ.1982 (United Nations Convention on the law of the sea, 1982 : UNCLOS) อ้างใน จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, บทที่ 5.

<sup>126</sup> จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว, หน้า 209.

ดังนั้น หากรัฐบาลไทยประสงค์จะทำสนธิสัญญาซึ่งมีข้อความเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย โดยเปลี่ยนแปลงดินแดนทางบก ทางทะเลหรือทางอากาศ ซึ่งทำให้อาณาเขตของประเทศไทยแตกต่างไปจากเดิมไม่ว่าจะเป็นทางที่ได้ดินแดนเพิ่มขึ้นหรือลดลง หรือทำให้ดินแดนเปลี่ยนสภาพไป เช่นการแลกดินแดนที่เท่ากัน การผนวกหรือการแยกดินแดน ไม่ว่าจะเป็นอาณาเขตที่เป็นดินแดนทางบก ทางทะเล หรือทางอากาศ จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนตามมาตรา 224 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ.2540 -

ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาที่กำหนดเขตแดนหรือกำหนดเขตทะเลอาณาเขตที่ประเทศไทยทำกับประเทศเพื่อนบ้าน หรือความตกลงระหว่างประเทศไทยและสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ที่กำหนดให้ใช้เส้นกึ่งกลางสะพานมิตรภาพไทย-ลาวเป็นเส้นแบ่งเขตอำนาจ (jurisdiction line) ระหว่างรัฐไทยกับรัฐลาว ในขณะที่ร่องน้ำลึกในลำน้ำโขงที่ใช้เป็นเส้นเขตแดนระหว่างสองประเทศในตำแหน่งที่สะพานตั้งอยู่ อยู่ก่อนไปทางฝั่งลาว ทำให้ประเทศไทยไม่สามารถใช้อำนาจรัฐปกครองไปจนสุดเขตแดนที่แท้จริงได้ ความตกลงดังกล่าวนี้ถือเป็นการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตที่จะใช้อำนาจของรัฐให้น้อยลง เป็นต้น<sup>127</sup>

การเสนอขอความเห็นชอบกรณีนี้ รัฐบาลเพียงเสนอตัวหนังสือสัญญาต่อรัฐสภาโดยไม่ต้องเสนอร่างกฎหมายอนุวัติการอีก

จากความหมายของคำว่า “อาณาเขต” ของรัฐที่กล่าวมา จะเห็นว่าความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี ที่ประเทศไทยทำมาแล้วและที่กำลังเจรจาอยู่นี้ ไม่มีเนื้อหาอันเป็นบทเปลี่ยนแปลง “อาณาเขตไทย” แต่ประการใด เพราะสาระสำคัญและวัตถุประสงค์ของความตกลงเขตการค้าเสรีมุ่งเน้นการเปิดเสรีด้านการค้าและการบริการเป็นหลัก มิได้มุ่งที่ดินแดนทางกายภาพ

## **(2) ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีกับหนังสือสัญญาซึ่งมีบทเปลี่ยนแปลง “เขตอำนาจแห่งรัฐ”**

ความหมายของคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามมาตรา 224 วรรคสองนั้น กฎหมายระหว่างประเทศได้รับรองในความหมายที่กว้างขวาง กล่าวคือหมายถึง การที่รัฐชายฝั่งมีสิทธิอธิปไตย สิทธิอื่นๆ และใช้อำนาจเหนือดินแดนเขตเศรษฐกิจจำเพาะและเขตไหล่ทวีปได้ แม้รัฐชายฝั่งจะไม่มีกรรมสิทธิ์เหนือดินแดนดังกล่าวก็ตาม<sup>128</sup>

เขตอำนาจแห่งรัฐดังกล่าวนี้ตามกฎหมายระหว่างประเทศอาจเกิดจากอำนาจตามหลักดินแดน (territoriality principle) หรือหลักพื้นที่ (spatiality principle), อำนาจตามหลักสัญชาติ

<sup>127</sup> จตุรนต์ ภิระวัฒน์, อ้างแล้ว, หน้า 55.

<sup>128</sup> รายละเอียดดู จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, บทที่ 5.

(nationality principle), หลักป้องกัน (protective principle), หลักสากล, (universality principle) และหลักสนธิสัญญา (treaty principle) ก็ได้

สำหรับประเทศไทยได้ประกาศกำหนดเขตไหล่ทวีปในปี พ.ศ.2516 และต่อมาก็ได้ประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะในปี พ.ศ.2524 ซึ่งทำให้ประเทศไทยสามารถใช้สิทธิอธิปไตย สิทธิอื่นๆ และมีอำนาจบางประการในเขตดังกล่าวนี้ได้ เช่น -

- สิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติทั้งที่มีชีวิตและไม่มีชีวิต เช่นการทำประมงสัตว์น้ำ
- สิทธิในการวิจัยวิทยาศาสตร์ทางทะเล
- อำนาจในการสร้างและใช้เกาะเทียม สิ่งติดตั้งและโครงสร้างต่างๆ เช่นท่อส่งก๊าซและแท่นขุดเจาะปิโตรเลียมในทะเลด้านอ่าวไทย
- อำนาจในการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเล
- สิทธิอื่นๆ ที่รัฐชายฝั่งมีอยู่ตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น การเดินเรือ การไล่ตามติดพันผู้กระทำความผิด การปราบปรามการกระทำอันเป็นโจรสลัด เป็นต้น

มีข้อสังเกตว่า ก่อนที่จะมีการเปลี่ยนแปลงมาใช้คำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ดังในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน รัฐธรรมนูญของไทยฉบับก่อนๆ ตั้งแต่ฉบับปี พ.ศ.2517 เป็นต้นมา ได้ใช้คำว่า “เขตอธิปไตยแห่งชาติ”<sup>129</sup> เพื่อให้รับกับการที่ประเทศไทยได้ประกาศกำหนดเขตไหล่ทวีปและเขตเศรษฐกิจจำเพาะ และเพื่อให้ประเทศไทยสามารถใช้สิทธิอธิปไตย สิทธิและอำนาจบางประการที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองให้เหนือทรัพยากรธรรมชาติและกระทำการกิจกรรมอื่นๆ บางประการซึ่งรัฐชายฝั่งมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวได้

ประเทศไทยนอกจากจะใช้สิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติ ใช้สิทธิอื่นๆ<sup>1</sup> และอำนาจบางประการเหนือกิจกรรมในเขตไหล่ทวีปและเขตเศรษฐกิจจำเพาะดังกล่าวข้างต้นแล้ว ในอนาคตประเทศไทยอาจใช้ “เขตอำนาจแห่งรัฐ” โดยอาศัยหลักอื่นตามกฎหมายระหว่างประเทศเหนือเขตไหล่ทวีปและเขตเศรษฐกิจจำเพาะอีกได้ โดยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 จึงได้บัญญัติศัพท์ขึ้นใหม่ว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ใช้แทนคำว่า “เขตอธิปไตยแห่งชาติ” เพื่อให้ครอบคลุมความหมายที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรอง ซึ่งเหมาะสมและกว้างขวางกว่าคำที่ใช้อยู่เดิม

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” เป็นคำที่มีความหมายกว้างดังกล่าวดังกล่าวแล้ว ที่ผ่านมาก็เปิดโอกาสให้ตีความได้เป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ<sup>130</sup>

<sup>129</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2517 มาตรา 195 วรรคสอง, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2521 มาตรา 162 วรรคสอง, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2534 มาตรา 178 วรรคสอง

<sup>130</sup> จตุรนต์ ธิระวัฒน์, อ้างแล้ว, หน้า 54 - 55.

- **แนวทางแรก** เป็นการตีความแบบแคบโดยพิจารณาจากประวัติศาสตร์ความเป็นมาของคำๆ นี้ ซึ่งเปลี่ยนแปลงมาจากคำว่า “เขตอธิปไตยแห่งชาติ” ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ.2517 ซึ่งผูกพันกับความหมายทางอาณาบริเวณหรืออาณาเขตทางภูมิศาสตร์ (state jurisdiction zone) ดังนั้น การตีความคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจึงควรตีความไปในแนวทางเดียวกันกับคำว่าเขตอธิปไตยแห่งชาติในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ กล่าวคือหมายถึง อาณาเขตทางภูมิศาสตร์ที่ต่อจากทะเลอาณาเขตของรัฐ เป็นบริเวณที่ประเทศไทยสามารถใช้ประโยชน์จากทรัพยากรทั้งที่มีชีวิตและไม่มีชีวิตได้ก่อนชาติอื่นตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ปัจจุบันมี 2 แห่ง ได้แก่ เขตไหล่ทวีป เขตเศรษฐกิจจำเพาะและเขตต่อเนื่องด้านทะเลอ่าวไทยและด้านทะเลอันดามัน ซึ่งแม้มิใช่ดินแดนของรัฐแต่รัฐก็มีสิทธิใช้อำนาจของตนได้ตามที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองให้ และในอนาคตยังอาจหมายถึงอาณาเขตอื่นใดที่รัฐมีสิทธิใช้อำนาจตามกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย<sup>131</sup>

ตามความหมายนี้ สนธิสัญญาซึ่งมีบทเปลี่ยนแปลงเขตทางภูมิศาสตร์ของเขตไหล่ทวีปหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะ 200 ไมล์ทะเล ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน ตัวอย่างเช่น ถ้าหากในอนาคตประเทศไทยจะทำสนธิสัญญากับประเทศกัมพูชาและเวียดนามเพื่อกำหนดเส้นแบ่งเขตไหล่ทวีปด้านอ่าวไทยใหม่ จะต้องเสนอขอความเห็นชอบจากรัฐสภา<sup>132</sup> แต่ก็เป็นเพียงการเสนอร่างสนธิสัญญาเท่านั้น โดยไม่ต้องออกกฎหมายอนุวัติการ

- **แนวทางที่สอง** เป็นการตีความแบบกว้างตามความหมายทั่วไปของคำ กล่าวคือนอกจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงดินแดนอาณาเขตทางภูมิศาสตร์ซึ่งรัฐมีสิทธิอธิปไตยและอำนาจบางประการเหนือดินแดนตามแนวทางที่หนึ่งแล้ว ยังหมายถึงการแก้ไขเปลี่ยนแปลง จำกัดอำนาจการปฏิบัติหน้าที่ของสถาบันแห่งรัฐทั้งหลายตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้แก่ อำนาจอธิปไตย บริหารและอำนาจตุลาการ (ซึ่งน่าจะตรงกับคำว่า state jurisdiction)

กรณีนี้เป็นทำนองเดียวกันกับรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1958 มาตรา 11 ที่บัญญัติหลักการว่าความยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาที่มีผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ของสถาบันของรัฐทั้งหลาย (des incidences sur le fonctionnement des institutions) ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาและต้องตราเป็นรัฐบัญญัติรองรับ นอกจากนั้น ในกรณีที่เห็นสมควรประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐยังอาจอนุมัติให้นำร่างรัฐบัญญัติซึ่งมีวัตถุประสงค์จะอนุวัติการให้

<sup>131</sup> ดู นพนิติ สุริยะ, “หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ : ความหมายและทางปฏิบัติของไทย”, วารสารนิติศาสตร์ 28, ฉบับที่ 2, มิถุนายน 2541, หน้า 346-348.

<sup>132</sup> นพนิติ สุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพฯ สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547, หน้า 167 และ 169.

เป็นไปตามสนธิสัญญาดังกล่าวให้ประชาชนออกเสียงประชามติ (referendum) รับรองก่อนด้วยก็ได้

ตามความหมายนี้ การทำสนธิสัญญาใดๆ ก็ตามที่เป็นผลกระทบต่อการใช้อำนาจอรัฐ และการปฏิบัติหน้าที่ของสถาบันที่ใช้อำนาจอธิปไตยตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าในทางหนึ่งทางใด ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเสมอ

ตัวอย่างเช่นในโอกาสที่ประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 224 วรรคสอง<sup>133</sup> เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” มีความหมายกว้างไม่เพียงเฉพาะความหมายในทางพื้นที่เท่านั้น เพราะ “การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฯ จะมีผลกระทบต่อการใช้ประโยชน์และการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมระหว่างประเทศไทยกับรัฐภาคีอื่น เป็นการให้สิทธิและการถูกจำกัดสิทธิไปพร้อมๆ กัน ซึ่งจะต้องมีการออกกฎหมายหรือปรับปรุงกฎหมายภายในที่ใช้บังคับอยู่ให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ หลักการ และขอบเขตของอนุสัญญาฯ เห็นได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐในการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม และเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐซึ่งจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา”

ดังนั้น จากความหมายของคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ที่กล่าวมา จะเห็นว่าหากถือตามความเห็นแนวทางที่หนึ่ง ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี ไม่มีเนื้อหาอันเป็นบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ เพราะสาระสำคัญและวัตถุประสงค์ของความตกลงเขตการค้าเสรีมุ่งเน้นการเปิดเสรีด้านการค้าและการบริการเป็นหลักโดยมิได้เกี่ยวข้องกับพื้นที่ทางภูมิศาสตร์

แต่หากถือตามความเห็นแนวทางที่สอง จะเห็นว่าถ้าหากวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญของความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีฉบับใดมีบทกำหนดให้รัฐภาคีต้องดำเนินการมาตรการทางนิติบัญญัติเพื่อให้ต้องด้วยวัตถุประสงค์ของความตกลงฯ และขณะเดียวกันก็เป็นการจำกัดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติมิให้ตราหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับความตกลงฯ ถือว่าเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคสอง เพราะเหตุว่าถ้าประเทศไทยเข้าเป็นภาคีความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีที่มีบทบัญญัติให้ดำเนิน

<sup>133</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 33/2543 วันที่ 7 กันยายน พ.ศ.2543 เรื่องอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 224 วรรคสองหรือไม่

มาตรการทางนิติบัญญัติดังกล่าวแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติไทยจะถูกบังคับโดยทางอ้อมให้ต้องออก ยกเลิก แก้ไขเพิ่มเติม ปรับปรุงกฎหมาย หรือกำหนดให้มีเรื่องใดก็ตามในกฎหมายภายในวัตถุประสงค์ หลักการ และขอบเขตของความตกลงฯ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นการจำกัดหรือรอนอำนาจทางนิติบัญญัติแห่งรัฐ

ในกรณีนี้ นอกจากรัฐบาลจะต้องเสนอขออนุมัติร่างหนังสือสัญญาจากรัฐสภาแล้ว ยังต้องเสนอร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการตามหนังสือสัญญาในภายหลังด้วย

แนวคิดทั้งสองประการที่กล่าวมา สำหรับนักกฎหมายระหว่างประเทศของไทยแล้ว ส่วนใหญ่เห็นว่าแนวความคิดประการแรกเป็นการอธิบายความหมายที่ถูกต้องตามหลักวิชาการของคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ”<sup>134</sup>

(3) ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีกับหนังสือสัญญาซึ่ง “จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามสัญญา”

ตามหลักการพื้นฐานของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ประชาชนเป็นเจ้าของและเป็นที่มาแห่งอำนาจอธิปไตย โดยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างชัดแจ้ง ในขณะเดียวกันก็มีบทคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวโดยการกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขว่าฝ่ายบริหารสามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็แต่โดยการที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารเท่านั้น<sup>135</sup> ทั้งนี้ เพราะการปกครองตามหลักการประชาธิปไตย การตรากฎหมายทั้งปวงเพื่อใช้บังคับแก่ประชาชนก็ดี หรือเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็ดี จะต้องกระทำโดยสมาชิกรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนปวงชน นอกจากนี้ ในกรณีที่ เป็นกฎหมายสำคัญ รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐบาลขอความเห็นชอบจากประชาชนโดยตรงโดยกระบวนการออกเสียงประชามติ (referendum) ก่อนการประกาศใช้บังคับด้วยก็ได้

เมื่อนำหลักการข้างต้นมาเป็นการอธิบายความหมายของคำว่าหนังสือสัญญาประเภท “ซึ่งจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามสัญญา” จึงหมายถึง หนังสือสัญญาประเภทที่ต้องทำการแปลงสภาพให้มีฐานะเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายภายในของไทย

<sup>134</sup> ดูประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ : สนธิสัญญา เล่ม 1, หน้า 105-106 และดู นพนิธิ สุริยะ, “หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ: ความหมายและทางปฏิบัติของไทย”, วารสารนิติศาสตร์ 28, ฉบับที่ 2, มิถุนายน 2541.

<sup>135</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 29 บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ (...)”

เพื่อให้มีผลใช้บังคับต่อประชาชนและมีผลผูกพันศาล<sup>136</sup> เพื่อให้รัฐบาลสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีในสัญญาได้<sup>137</sup> ถ้าหากหนังสือสัญญานั้นไม่ต้องใช้บังคับกับประชาชนหรือต้องให้ผูกพันศาล แล้วรัฐบาลสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีได้เอง ก็มีใช้หนังสือสัญญาตามมาตรา 224 วรรคสอง ซึ่งจะต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน และโดยทั่วไปหนังสือสัญญาที่เรียกร้องให้มีพระราชบัญญัติรองรับก็มักเป็นหนังสือสัญญาที่รอนสิทธิหรือจำกัดเสรีภาพของประชาชนอย่างใดอย่างหนึ่ง จึงต้องตราเป็นพระราชบัญญัติเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญ<sup>138</sup>

หนังสือสัญญาดังกล่าวได้แก่หนังสือสัญญา 3 ประเภท ดังต่อไปนี้

1. หนังสือสัญญาซึ่งยังไม่มีพระราชบัญญัติรองรับ ในกรณีนี้เป็นการผูกมัดว่ารัฐสภาจะต้องออกกฎหมายรองรับหรืออนุวัติการตามหนังสือสัญญาในภายหลัง จึงสมควรให้รัฐสภาได้รับทราบและเห็นชอบกับเนื้อความในหนังสือสัญญาก่อน

ตัวอย่างเช่น เมื่อประเทศไทยลงนามเป็นภาคีในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ.1969 (พ.ศ. 2512) ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต เมื่อขออนุมัติจากรัฐสภาแล้ว รัฐบาลก็เสนอร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิและความคุ้มกันทางการทูตในเวลาต่อมาและประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2527 หรืออีก 15 ปีต่อมา เพื่อให้คนต่างชาติที่มีเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูตไม่ต้องถูกจับกุมและดำเนินคดีในศาลไทย รวมทั้งได้รับการยกเว้นไม่ต้องเสียภาษีทุกชนิดในประเทศไทย เช่น ภาษีเงินได้ ภาษีมูลค่าเพิ่ม เป็นต้น

2. หนังสือสัญญาซึ่งมีบทเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติที่มีอยู่เดิม กรณีนี้ก็เช่นเดียวกัน รัฐสภาจะต้องตราพระราชบัญญัติยกเลิก แก้ไขเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติฉบับเก่าเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาในภายหลัง จึงสมควรให้รัฐสภาได้รับทราบและเห็นชอบกับเนื้อความในหนังสือสัญญาก่อนเช่นกัน

ตัวอย่างเช่น กรณีที่ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี กำหนดให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยระบบอนุญาโตตุลาการ (arbitration) เพียงทางเดียว เมื่อเกิดข้อพิพาทระหว่างรัฐไทยกับคู่สัญญาเอกชนของรัฐภาคีซึ่งได้รับความคุ้มครองตามความตกลงฯ กรณีเช่นนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องตรากฎหมายขึ้นใหม่หรือแก้ไขกฎหมายเดิม คือพระราชบัญญัติว่าด้วยการระงับข้อพิพาท

<sup>136</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย”, ใน คู่มือการศึกษารัฐธรรมนูญปวงกรรณ, กรุงเทพมหานคร สำนักบรณกรกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543, หน้า 36.

<sup>137</sup> ความเห็นของวิษณุ เครืองาม อ่างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คู่มือการศึกษารัฐธรรมนูญปวงกรรณ, หน้า 36-37.

<sup>138</sup> จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546, หน้า 166-167.

การออกกฎหมายรองรับหนังสือสัญญาประเภทนี้ มีผู้ให้ความเห็นว่าน่าจะหมายถึงพระราชกำหนดหรือกฎหมายอื่นที่มีลำดับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ แต่ไม่รวมถึงพระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติอีกทอดหนึ่ง อันเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันแก่สิทธิเสรีภาพของประชาชน ดู นพนิติ สุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, หน้า 170.

โดยอนุญาโตตุลาการ เพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามความตกลงฯ ขณะเดียวกันก็เป็นการจำกัดเขตอำนาจของศาลในการพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นภายใต้ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีด้วย กรณีนี้รัฐบาลจะต้องเสนอให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบแก่ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีก่อน และให้รัฐสภาพิจารณานุมัติร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการตามความตกลงฯ นั้นโดยเร็ว

3. หนังสือสัญญาซึ่งมีบทจำกัดหรือสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่หมวด 3 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 ตลอดจนพระราชบัญญัติต่างๆ รับรองและคุ้มครองอยู่โดยชัดแจ้ง เมื่อหนังสือสัญญามีผลกระทบในลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลแล้ว ศาลจะไม่บังคับคดีตามบทบัญญัติของสนธิสัญญาหากไม่มีกฎหมายภายในอนุวัติการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญา<sup>139</sup> ในกรณีนี้ มาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญจึงได้บัญญัติว่าจะกระทำได้อต่อเมื่อรัฐสภาได้ออกพระราชบัญญัติมารองรับหรืออนุวัติการตามหนังสือสัญญา จึงสมควรให้รัฐสภาได้รับทราบและเห็นชอบกับเนื้อหาของหนังสือสัญญาก่อน

หนังสือสัญญาที่มีบทจำกัดหรือสิทธิในกลุ่มที่ 3 นี้ น่าจะมีความหมายที่กว้างขวางมาก เพราะคำว่าสิทธิเสรีภาพที่จะถูกกระทบนั้น อาจครอบคลุมถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลคนเดียว ของคณะบุคคล ของนิติบุคคล หรือของชุมชนท้องถิ่นไทย และสิทธิเสรีภาพดังกล่าวอาจเป็นสิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม ทรัพยากรธรรมชาติ หรือสิทธิเสรีภาพใดๆ ซึ่งคนไทยไม่เคยถูกจำกัดมาก่อน (เช่น ไม่เคยมีบทสงวนเรื่องทรัพย์สินทางปัญญา) หรือเคยได้รับอยู่เดิม ต่อมาถูกจำกัดลงโดยหนังสือสัญญา (เช่น ต้องบริโภคน้ำมันที่มีการคุ้มครองสิทธิบัตรยา ยาวนานขึ้นกว่าที่กำหนดในกฎหมายเดิม)

หากเป็นไปตามความหมายดังกล่าว ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี ระหว่างประเทศไทยกับออสเตรเลีย ซึ่งมีผลใช้บังคับมาตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2548 จะเป็นความตกลงฯ ที่ต้องเสนอขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อน เพราะเป็นหนังสือสัญญาที่มีขอบเขตความผูกพันกว้างขวาง (Comprehensive Agreement) ซึ่งครอบคลุมทั้งเรื่องการเปิดเสรีด้านการค้าสินค้า บริการและการลงทุน ตลอดจนความร่วมมือเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา การจัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐและนโยบายการแข่งขัน ซึ่งส่งผลกระทบเชิงบวกต่อภาคเศรษฐกิจบางภาค เช่น สิ่งทอ เครื่องแต่งกาย รถยนต์ และส่วนประกอบ ขณะเดียวกันก็มีผลร้ายต่อภาคเศรษฐกิจบางภาค โดยเฉพาะอย่างยิ่งภาคการผลิตพืชต่างๆ ฟาร์มปศุสัตว์ ขนสัตว์และไหม และผลิตภัณฑ์นม<sup>140</sup> นอกจากนี้ การเปิดการค้าเสรีที่กว้างขวางจะกระทบถึงกฎระเบียบและมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยจำนวนมาก เช่น มาตรฐานด้านสุขอนามัย และกฎว่าด้วยแหล่งกำเนิดของสินค้า จึงเป็นหนังสือสัญญาที่มี

<sup>139</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ : สนธิสัญญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ, สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544, หน้า 103.

<sup>140</sup> ดูรายงานการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับเรื่องนี้ใน ข้อตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย : รายงานและบทวิเคราะห์, เอกสารหมายเลข 12, รั้งสรรค์ ณะพรพันธุ์ บรรณาธิการ, โครงการ WTO Watch (จับกระแสองค์การการค้าโลก), กรุงเทพฯ, 2549.

ผลกระทบต่อนิติสิทธิเสรีภาพของกลุ่มผู้ประกอบการค้าและอุตสาหกรรม และน่าจะส่งผลกระทบต่อประชาชนในฐานะผู้บริโภคและสังคมโดยรวมด้วย

ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกา (Thailand-US Free Trade Agreement) ซึ่งกำลังเจรจากันในขณะนี้ก็อยู่ในประเภทหนังสือสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาโดยนัยเดียวกัน<sup>141</sup>

หนังสือสัญญาทั้งสามประเภทในกลุ่มนี้ รัฐบาลจะต้องเสนอให้รัฐสภาพิจารณาอนุมัติร่างพระราชบัญญัติอนุญาตการโดยเร็วภายหลังจากรัฐสภาให้ความเห็นชอบหนังสือสัญญา<sup>142</sup>

อย่างไรก็ดี มีปัญหากฎหมายที่ต้องพิจารณาประการต่อมาสำหรับหนังสือสัญญาซึ่งจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญานี้ คือถ้าหากการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีมีพระราชบัญญัติรองรับและบังคับใช้อยู่แล้ว รัฐบาลก็ไม่จำเป็นต้องเสนอร่างความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีเพื่อขอความเห็นชอบจากรัฐสภาอีกใช่หรือไม่

ดังกล่าวแล้วว่า ขั้นตอนกระบวนการภายในรัฐในการทำหนังสือสัญญาประเภทนี้ มี 2 ขั้นตอนประกอบกัน คือ

- ก) การขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 193 (15) แห่งรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ.2540
  - ข) การเสนอร่างพระราชบัญญัติเพื่ออนุญาตการ (รองรับ) หนังสือสัญญา
- นักกฎหมายมหาชนตอบปัญหาทั้งสองข้อนี้แตกต่างกันเป็น 2 แนว กล่าวคือ

กลุ่มที่หนึ่ง เห็นว่า หากการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีมีพระราชบัญญัติรองรับและบังคับใช้โดยครบถ้วนอยู่แล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องดำเนินการทั้งสองขั้นตอนอีก คือไม่ต้องขอความเห็นชอบและไม่ต้องเสนอร่างพระราชบัญญัติรองรับต่อรัฐสภา<sup>143</sup>

<sup>141</sup> เอกสารซึ่งวิเคราะห์ถึงผลกระทบทางเศรษฐกิจและสังคมด้านต่างๆ ที่คาดว่าจะเกิดขึ้นกับประเทศไทยหากมีการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีระหว่างไทย-สหรัฐอเมริกาซึ่งมีเนื้อหากว้างขวาง (Comprehensive Agreement) เช่น A Study on the Impacts of Thailand-US Free Trade Agreement โดยสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI) เสนอต่อ Thailand-US Business Council, American Chamber of Commerce and US-ASEAN Business Council, ตุลาคม 2003, รายงานผล "การศึกษาผลกระทบและแนวทางการปรับตัวของ SMEs ไทยต่อการทำข้อตกลงการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา", โดยสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI), เสนอต่อ สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (สสว.), 2548.

<sup>142</sup> นพนิติ สุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, หน้า 139-140.

<sup>143</sup> เช่น ความเห็นของบรรดาศักดิ์ อูวรณ ใน "ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย", ใน คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, หน้า 36.

กลุ่มที่สอง เห็นว่าไม่จำเป็นต้องออกพระราชบัญญัติอนุวัติการ เนื่องจากมีกฎหมายที่บังคับใช้อยู่รองรับเนื้อหาในหนังสือสัญญาเพียงพอแล้ว แต่รัฐบาลน่าจะยังต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามขั้นตอนแรก (ข้อ ก)<sup>144</sup>

คณะผู้วิจัยเห็นว่า การตีความในลักษณะอย่างกลุ่มแรกเป็นการแปลความไปในทางที่ทำให้รัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคสองตอนท้ายไม่มีผลใช้บังคับอย่างมีประสิทธิภาพ จึงเป็นการไม่ถูกต้องและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นการนำเอาประเด็นการกำหนดประเภทของสนธิสัญญา คือสนธิสัญญาใดเป็นสนธิสัญญาที่จะต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อน กับ ประเด็นกระบวนการทำให้สนธิสัญญามีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในรัฐมาปะปนกัน ประเด็นแรกนั้นเป็นประเด็นว่าสนธิสัญญาใดเป็นสนธิสัญญาประเภทที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาบ้าง ซึ่งอยู่ในขั้นตอนการขอความเห็นชอบ (Approbation เป็นขั้นตอนที่ 2.1.7) จากรัฐสภาตามมาตรา 224 วรรคสอง ประกอบกับมาตรา 193 (15) เพื่อให้รัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาก่อนที่จะตัดสินใจว่าจะผูกพันตามความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีที่ฝ่ายบริหารได้ไปเจรจาตกลงนั้นหรือไม่

ส่วนประเด็นที่สองเป็นประเด็นในขั้นตอนการทำให้ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีมีผลบังคับใช้ภายในประเทศหรือการทำให้ความตกลงฯ มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายภายในประเทศ (Implementation) ดังนั้น แม้ว่าความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีฉบับนั้นจะไม่มีผลบังคับใช้ที่รัฐสภา จะต้องตรากฎหมายรองรับอีก เพราะมีกฎหมายภายในรองรับเพียงพออยู่แล้ว ก็ยังมีความจำเป็นต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 224 วรรคสองอยู่ต่อไป ดังความเห็นของกลุ่มที่สอง อย่างไรก็ตาม เพื่อให้กระบวนการการทำสนธิสัญญากระชับและมีประสิทธิภาพ รัฐสภาอาจตรากฎหมายมอบอำนาจให้รัฐบาลทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนได้ หรือตราในลักษณะเช่นเดียวกันกับกฎหมายส่งเสริมการค้า (Trade Promotion Act 2002) ของรัฐสภาอเมริกัน เป็นต้น

ประการสุดท้าย มีปัญหาต้องพิจารณาว่า ถ้าหากรัฐบาลไม่ดำเนินการส่งหนังสือสัญญา ซึ่งจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามสัญญาไปเพื่อขอความเห็นชอบจากรัฐสภา จะมีผลทางกฎหมายแก่หนังสือสัญญานั้นอย่างไร

หากพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของมาตรา 224 วรรคสอง ประกอบมาตรา 193 (15) ซึ่งประสงค์จะให้ทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ซึ่งมีสถานะเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทย ได้มีโอกาสมีส่วนร่วมกับการพิจารณาหนังสือสัญญาที่มีเนื้อหากระทบหรือรอนสิทธิและเสรีภาพของ

<sup>144</sup> เช่น นพนิติ สุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, หน้า 168-169 และ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, หน้า 167.

ประชาชนอย่างรอบคอบ ว่าสมควรหรือไม่เพียงใดที่จะเข้าผูกพันกับหนังสือสัญญานั้นแล้ว ต้องถือว่าการเสนอร่างหนังสือสัญญาดังกล่าวให้รัฐสภาได้พิจารณาเห็นชอบก่อน เป็นกระบวนการที่สำคัญที่รัฐธรรมนูญต้องการให้เป็นหลักประกันแก่ประชาชน ดังนั้น คณะผู้วิจัยจึงเห็นว่าฝ่ายบริหารต้องถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัด หากฝ่ายบริหารไม่ได้ดำเนินการกระบวนการตามขั้นตอนนี้ ก็เท่ากับว่าหนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติรองรับฉบับนั้นยังไม่ได้ผ่านการตัดสินใจจากผู้แทนปวงชนว่าสมควรจะนำประเทศเข้าผูกพันกับเงื่อนไขในหนังสือสัญญาหรือไม่ ประการใด

นอกจากนี้ ถ้าไม่ตีความให้ฝ่ายบริหารต้องเคารพและปฏิบัติตามบทบัญญัติของมาตรานี้โดยเคร่งครัด จะทำให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจเหนือฝ่ายนิติบัญญัติ โดยอาจทำความตกลงระหว่างประเทศผูกมัดให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องออกกฎหมายรองรับความตกลงฯ ตามที่ฝ่ายบริหารต้องการ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือฝ่ายบริหารอาจแทรกแซงกำหนดอำนาจนิติบัญญัติโดยอำเภอใจได้

การไม่เสนอร่างหนังสือสัญญาดังกล่าวให้รัฐสภาได้พิจารณาเห็นชอบก่อนนี้ มีผู้เห็นว่าเป็นการละเมิดเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญ และฝ่าฝืนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่วางหลักประกันด้านกระบวนการวิธีพิจารณา (procedural protection) ในการทำหนังสือสัญญาประเภทที่ต้องตราพระราชบัญญัติรองรับ อันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และเป็นผลให้ “หนังสือสัญญาไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายภายใน”<sup>145</sup>

ผลประการต่อมา ถ้ามีการเสนอให้รัฐสภาตราพระราชบัญญัติเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาที่ได้ขอความเห็นชอบจากรัฐสภา กรณีนี้เท่ากับว่ารัฐสภาได้มอบอำนาจให้รัฐบาลไปดำเนินการปฏิบัติโดยผ่านพระราชบัญญัติ ทั้งๆ ที่ไม่รู้ว่าเป็นพระราชบัญญัติรองรับสัญญาซึ่งยังไม่มีพิจารณาว่าสมควรจะผูกพันตามเงื่อนไขหรือไม่ กรณีนี้คณะผู้วิจัยเห็นว่า ทำให้การอนุวัติกฎหมายตกเป็นโมฆะกรรม พระราชบัญญัติไม่มีผลบังคับใช้ เพราะรัฐสภาสำคัญผิดในสาระสำคัญของกฎหมายโดยเข้าใจว่าเป็นการตราพระราชบัญญัติปกติธรรมดา ทั้งที่ความจริงแล้วเป็นการตราพระราชบัญญัติรองรับหนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันประเทศ ตามมาตรา 224 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญ

<sup>145</sup> ดู นพนิติ สุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, หน้า 143-144. อย่างไรก็ตาม ในระดับระหว่างประเทศ ถือว่าสนธิสัญญาแต่ละฉบับมีค่านับของรัฐบาลที่จะเคารพข้อบทของสนธิสัญญา รัฐบาลจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่ตนแสดงเจตนาผูกพันโดยสุจริต รัฐบาลก็ไม่สามารถอ้างบทบัญญัติของกฎหมายภายในเพื่อเป็นเหตุในการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา หรือหลบเลี่ยงการปฏิบัติหน้าที่ตามสนธิสัญญาได้ (อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969) มาตรา 26 และมาตรา 27) โดยเหตุนี้ รัฐบาลจึงมีหน้าที่ต้องวางข้อกำหนดในรัฐธรรมนูญและในกฎหมายภายในเกี่ยวกับเงื่อนไขในการอนุวัติการเพื่อให้ความตกลงการค้าเสรีมีผลบังคับใช้ในกฎหมายภายในรัฐด้วย

โดยสรุปแล้ว ทั้งหนังสือสัญญาและพระราชบัญญัติรองรับตามหนังสือสัญญาควรจะต้องไม่มีผลบังคับใช้ในกฎหมายภายใน<sup>146</sup>

อย่างไรก็ตาม มีผู้เห็นว่า หากพิจารณาตามข้อเท็จจริงที่ผ่านมามันต้องถือเสมือนว่าหนังสือสัญญามีผลสมบูรณ์ในประเทศ “โดยการยอมรับโดยปริยาย” เนื่องจากไม่มีการโต้แย้งคัดค้านจากฝ่ายนิติบัญญัติ จึงถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบโดยปริยาย ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาไมตรีระหว่างประเทศไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2511 มีเงื่อนไขเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ซึ่งจะต้องตราพระราชบัญญัติรองรับสัญญา แต่ไม่ได้มีการเสนอขอความเห็นชอบจากรัฐสภา แต่หน่วยราชการที่เกี่ยวข้องก็ได้ปฏิบัติการให้เป็นไปตามเงื่อนไขของสนธิสัญญา ดังปรากฏว่ามีการออกประกาศกรมทะเบียนการค้า ลงวันที่ 3 กรกฎาคม พ.ศ. 2524 เรื่องการประกอบธุรกิจภายใต้ความคุ้มครองตามสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2511 ซึ่งกระทรวงพาณิชย์ออกโดยอาศัยอำนาจตามนัยประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ข้อ 2 ทำให้สนธิสัญญาดังกล่าวในส่วนที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนสัญชาติอเมริกันในประเทศไทยมีผลบังคับใช้ในประเทศโดยผ่านกฎหมายของฝ่ายบริหาร โดยที่รัฐสภาไม่ได้รับทราบและให้ความเห็นชอบ

อนึ่ง ในอดีตจนถึงปัจจุบัน ประเทศไทยมีหนังสือสัญญาหลายฉบับซึ่งได้มีการตราพระราชบัญญัติรองรับบังคับการตามเงื่อนไขโดยที่ไม่ได้ผ่านการพิจารณาของรัฐสภา เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานขององค์การโทรคมนาคมแห่งเอเชียและแปซิฟิก พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานขององค์การโทรคมนาคมทางดาวเทียมระหว่างประเทศ พ.ศ. 2524 เป็นต้น<sup>147</sup>

<sup>146</sup> นพนิติ สุริยะ, อ้างแล้ว, หน้า 143.

<sup>147</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 145-146.

## **บทที่ 4 กระบวนการทำให้ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีมีผลบังคับภายในประเทศ**

การทำสนธิสัญญาแม้ว่าจะได้กระทำครบตามกระบวนการครบทุกขั้นตอนแล้วก็ตามความสัมพันธ์ระหว่างประเทศภายใต้สนธิสัญญาจะไม่เกิดประโยชน์แต่อย่างใด อีกทั้งยังสามารถก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศได้ หากประเทศคู่สัญญาไม่ได้ปฏิบัติตามหน้าที่หรือพันธกรณีตามที่ได้ตกลงกันหรือกำหนดไว้ในสนธิสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี

### **4.1 การทำให้ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในรัฐ (Enforcement)**

หน้าที่ประการสำคัญของประเทศคู่สัญญาภายหลังจากที่ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีเกิดขึ้นและมีผลบังคับใช้แล้วตามกฎหมายระหว่างประเทศ คือการทำให้ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีนั้นๆ มีผลบังคับใช้ภายในประเทศคู่สัญญาหรือมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในประเทศ ดังนั้น ขั้นตอนสุดท้ายในกระบวนการทำสนธิสัญญาจึงมิใช่การแสดงเจตนาให้ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีเกิดขึ้นตามกฎหมายระหว่างประเทศและการจดทะเบียนความตกลงฯ กับสหประชาชาติ หากแต่เป็นการทำให้ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีมีผลใช้บังคับได้ในประเทศคู่สัญญา

#### **4.1.1 การทำให้ความตกลงการค้าเสรี มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายใน: ประเทศสหรัฐอเมริกา**

แม้ว่าการทำสนธิสัญญาของประเทศอเมริกาแบ่งเป็น 2 ลักษณะ คือการทำสนธิสัญญาและการทำความตกลงระหว่างประเทศ แต่การทำให้สนธิสัญญา (Treaty) หรือ ความตกลงระหว่างประเทศ (Agreement) มีผลบังคับใช้ภายในประเทศนั้น แบ่งการพิจารณาเป็น 2 กรณีดังนี้

กรณีแรกพิจารณาจากบทบัญญัติในสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศว่ามีลักษณะบังคับในตัวเอง (self-executing) หรือไม่ หากมีผลบังคับในตัวเองแล้ว ย่อมมีผลบังคับเป็นกฎหมายภายในสหรัฐอเมริกา

ส่วนอีกกรณีหนึ่งนั้นเป็นกรณีที่สนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศได้รับการแปลงสภาพโดยกฎหมายภายใน เช่น กฎหมายที่ตราโดยสภาองเกรส ทำให้สนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศย่อมมีผลบังคับเป็นกฎหมายภายในสหรัฐฯ

อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขที่จะชี้ว่าบทบัญญัติในสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศใดมีลักษณะบังคับในตัว (self-executing) หรือ ไม่มีลักษณะบังคับในตัว (non self-executing) นั้น มีหลายแนวทาง แต่ที่ได้รับการพิจารณาเป็นหลักการพื้นฐาน คือพิจารณาว่าบทบัญญัตินั้นมีผลโดยตรงที่ศาลสามารถนำมาบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในได้โดยไม่ต้องมีการตรากฎหมายรองรับ ซึ่งลักษณะที่เห็นได้ชัด คือบทบัญญัติในสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศนั้นมีความคล้ายคลึงกับกฎหมายที่ตราโดยสภาองเกรส<sup>148</sup>

#### 4.1.2 กระบวนการทำให้ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีมีผลบังคับเป็นกฎหมายภายใน : ประเทศออสเตรเลีย

สำหรับประเทศออสเตรเลีย แม้ว่าสนธิสัญญาเกิดขึ้นตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว เช่น สนธิสัญญาทวิภาคี มีผลบังคับตามวันที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา ซึ่งส่วนใหญ่มักกำหนดในวันที่มีการแลกเปลี่ยนตราสารหรือภายหลัง ส่วนกรณีของสนธิสัญญาพหุภาคี เป็นไปตามที่กำหนดในสนธิสัญญา ซึ่งโดยทั่วไปเป็นวันที่ที่จำนวนสมาชิกที่ให้สัตยาบันครบตามจำนวนที่กำหนดในสนธิสัญญา

แต่สนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศที่ออสเตรเลียได้ทำขึ้นกับประเทศต่าง ๆ หรือกับองค์การระหว่างประเทศจะยังไม่มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในของประเทศได้โดยตรง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศไม่สามารถผนวกเป็นกฎหมายภายในของออสเตรเลียโดยทันทีอัตโนมัติ และไม่สามารถสร้างพันธกรณีหรือใช้บังคับกับภาคธุรกิจหรือประชาชนของออสเตรเลียได้ หากยังไม่มีการตรากฎหมายภายในรองรับ สนธิสัญญาหรือแปลงสภาพ (Transform) ให้สนธิสัญญาเป็นกฎหมายภายใน ซึ่งตามปกติการแปลงสภาพจะกระทำโดยการตรากฎหมายระดับรัฐบัญญัติรองรับ

ในกรณีที่มีกฎหมายภายในรองรับสนธิสัญญาอยู่แล้ว แต่กฎหมายนั้นมีข้อความที่ขัดแย้งซึ่งจะต้องมีการแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญา หรือหากกฎหมายภายในที่รองรับนั้นยังไม่ครอบคลุมเงื่อนไขตามสนธิสัญญาและจำเป็นต้องตรากฎหมายใหม่เพื่อรองรับ ในทางปฏิบัติต้องตรากฎหมายรองรับเพื่อให้สนธิสัญญามีผลบังคับใช้ได้ภายในประเทศเสียก่อนที่จะมีการขอความเห็นชอบจาก Ex Co เพื่อให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สนธิสัญญาที่ต้องการกฎหมายเฉพาะรองรับ เนื่องจากมีผลกระทบต่อประชาชน เช่น การทำสนธิสัญญา Montreal Protocol to Ban the Manufacture of, and Trade in, Certain Products Containing Harmful Ozone Depleting Substances เป็นต้น

<sup>148</sup> Kirgis, International Agreements and U.S. Law, (<http://www.asil.org/insights/insigh10.htm>)

อย่างไรก็ตาม สนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศบางลักษณะไม่ต้องการการตรวจกฎหมายภายในรองรับ เนื่องจากสนธิสัญญาประเภทนี้สามารถมีผลบังคับใช้ได้โดยผ่านการกระทำของฝ่ายบริหาร เช่น Trade Cooperation, Defence Logistics และ Procurement Treaties

อัยการสูงสุด (Attorney-General) มีหน้าที่ให้คำแนะนำว่า มีกฎหมายของสหพันธ์ มลรัฐ หรือเขตปกครองฉบับใดรองรับสนธิสัญญาอยู่แล้ว หรือต้องมีการตรวจกฎหมายใหม่หรือจำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายฉบับใด อย่างไร

#### การเผยแพร่สนธิสัญญา

เมื่อสนธิสัญญามีผลบังคับใช้แล้ว นอกจากการนำสนธิสัญญาจดทะเบียนกับองค์การสหประชาชาติตามกระบวนการในทางระหว่างประเทศแล้ว สำหรับกระบวนการภายในประเทศ ถ้าเป็นกรณีสนธิสัญญาทวิภาคี สนธิสัญญาที่ยังเก็บเป็นความลับจนกว่าจะมีการลงนาม จากนั้นกระทรวงการต่างประเทศจะได้เผยแพร่ใน [www.austlii.edu.au/dfat](http://www.austlii.edu.au/dfat)

แต่ถ้าเป็นสนธิสัญญาพหุภาคี แม้สนธิสัญญาที่ยังไม่มีผลบังคับใช้จะมีการเผยแพร่ข้อมูลใน The Internet of Australian Treaties Library<sup>149</sup> ซึ่งเป็นระบบที่เสนอข้อมูลสนธิสัญญาทางอินเทอร์เน็ตที่ทันสมัยอยู่เสมอ ผู้ค้นคว้าสามารถได้ข้อมูลในหลายลักษณะไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาฉบับสมบูรณ์ที่ประเทศออสเตรเลียทำกับประเทศต่างๆ สนธิสัญญาที่ยังไม่มีผลบังคับใช้ หรือสถานะของสนธิสัญญาพหุภาคีว่าได้รับการลงนามจากประเทศคู่สัญญาที่ประเทศแล้ว ส่วนสนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้แล้วจะได้รับการจัดพิมพ์เผยแพร่ใน Australian Treaty Series

นอกจากนี้ ยังมีการให้บริการข้อมูลเกี่ยวกับสนธิสัญญาทางโทรศัพท์ โดย Treaties Council และกระทรวงการต่างประเทศและการค้ามีบริการหรือการจัดทำข้อมูลพื้นฐานให้สืบค้นได้ทางอินเทอร์เน็ต ที่ <http://www.info.dfat.gov.au/treaties>

#### 4.1.3 กระบวนการทำให้ความตกลงการค้าเสรีมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในประเทศนิวซีแลนด์

ภายใต้กฎหมายนิวซีแลนด์ สนธิสัญญาไม่สามารถผนวก (Incorporate) เข้าเป็นกฎหมายภายในโดยทันที คณะกรรมการกฤษฎีกา (The Law Commission) ได้แบ่งลักษณะหรือ

<sup>149</sup> <http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/>

วิธีการรับ (ผนวก) สนธิสัญญาเป็นกฎหมายภายในของประเทศนิวซีแลนด์ออกเป็น 5 ลักษณะ<sup>150</sup>  
ดังนี้

- 1) กรณีที่ต้องผนวกสนธิสัญญาทั้งฉบับหรือเฉพาะส่วนที่สำคัญ
- 2) กรณีที่บทบัญญัติหรือข้อความของสนธิสัญญาปรากฏในกฎหมายและหรือปรากฏในรัฐบัญญัติอยู่แล้ว
- 3) กรณีที่พันธกรณีสำคัญของสนธิสัญญาปรากฏในเนื้อหาของกฎหมายภายในหลายฉบับ
- 4) กรณีการผนวกโดยผ่านกฎหมายลำดับรอง
- 5) กรณีที่ไม่ต้องผนวกเข้าเป็นกฎหมายภายใน

### 1) การผนวกสนธิสัญญาทั้งฉบับหรือเฉพาะส่วนที่สำคัญ

การผนวกสนธิสัญญาในลักษณะนี้ กฎหมายที่รองรับสนธิสัญญานำสนธิสัญญาแนบไว้ท้ายกฎหมายทั้งหมดหรือเฉพาะส่วนที่ต้องการให้มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายนิวซีแลนด์ วิธีการนี้เป็นวิธีการโดยทั่วไปในการผนวกสนธิสัญญากรณีที่สนธิสัญญานั้นมีความชัดเจนเพียงพอที่ศาลจะสามารถบังคับใช้ได้ นอกจากนี้ การผนวกวิธีนี้ยังใช้ในกรณีสนธิสัญญานั้นก่อตั้งสิทธิแก่เอกชนและรัฐ หรือมีผลกระทบโดยตรงต่อความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับรัฐ เช่น กรณีการแนบสนธิสัญญาต่อท้ายรัฐบัญญัติ Diplomatic Privileges and Immunities Act 1966 และ Consular Privileges and Immunities Act 1971

### 2) บทบัญญัติหรือเงื่อนไขของสนธิสัญญาปรากฏในการตรากฎหมายและหรือปรากฏในรัฐบัญญัติ

การผนวกสนธิสัญญาเป็นกฎหมายภายในลักษณะนี้ เป็นการรองรับส่วนสำคัญของสนธิสัญญา กฎหมายที่ตราขึ้นนั้นอาจไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนก็ได้ว่าตราขึ้นเพื่อรองรับสนธิสัญญาฉบับใด เฉพาะส่วนสำคัญของสนธิสัญญาเท่านั้นที่จะนำมาบัญญัติเป็นกฎหมาย โดยบทบัญญัติของกฎหมายที่ตราขึ้นนั้น อาจมาจากสนธิสัญญาหลายฉบับ เช่น Maritime Transport Act 1994 ที่มีเนื้อหารองรับสนธิสัญญาพหุภาคีหลายฉบับ ได้แก่ London Dumping Convention, Civil Liability Convention และ Salvage Convention

### 3) พันธกรณีสำคัญของสนธิสัญญาปรากฏในเนื้อหาของกฎหมายภายในหลายฉบับ

การผนวกสนธิสัญญาเข้าเป็นกฎหมายภายในโดยวิธีนี้ ใช้ในกรณีที่พันธกรณีตามสนธิสัญญาครอบคลุมเนื้อหาของกฎหมายจำนวนหลายฉบับหรือมีกฎหมายภายในรองรับสนธิสัญญาแล้วแต่ปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ เช่น กฎหมาย New Zealand Bill of Rights 1990 ที่ตราขึ้นเพื่อรองรับ International Covenant on Civil and Political Rights (Act

<sup>150</sup> A New Zealand Guide to International Law and its Sources: New Zealand Law Commission R 34

Preambles) International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights และ Convention on the Elimination of Racial Discrimination

#### 4) การผนวกโดยผ่านกฎหมายลำดับรอง

สนธิสัญญาประเภทที่มีเนื้อหาทางเทคนิคและต้องมีการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติเพื่อความทันสมัยอยู่เสมอ สามารถมีผลบังคับใช้ได้โดยผ่านกฎหมายลำดับรองที่ตราโดยฝ่ายบริหาร แต่ทั้งนี้ต้องมีการมอบอำนาจอย่างชัดแจ้งจากฝ่ายนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหาร กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรองรับสนธิสัญญาลักษณะนี้ ได้แก่ การรับ Double Taxation Agreement โดย Income Tax Act หรือ การรับพันธกรณีตาม International Civil Aviation Organisation (ICAO) Convention

#### 5) สนธิสัญญาประเภทที่ไม่ต้องได้รับการผนวกเข้าเป็นกฎหมายภายใน

สนธิสัญญาพหุภาคีหลายฉบับที่นิวซีแลนด์เป็นภาคี แต่สามารถมีผลบังคับใช้ภายในประเทศได้โดยไม่ต้องมีการผนวกเข้าเป็นกฎหมายภายใน เช่น Vienna Convention on the Law of Treaties และ Statute of International Court of Justice

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสนธิสัญญาจะไม่ได้รับการผนวกเข้าเป็นกฎหมายภายใน แต่สนธิสัญญาดังกล่าว ศาลสามารถใช้บังคับหรือใช้พิจารณาตัดสินในประเทศได้ในฐานะที่สนธิสัญญานั้นเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) หรือโดยผ่านการใช้และการตีความกฎหมายของศาล

ในกรณีที่ต้องมีการแปลงสภาพสนธิสัญญาให้เป็นกฎหมายภายในนั้น กระบวนการในการตรากฎหมายจะยังไม่เริ่มต้นจนกว่าจะได้มีการนำสนธิสัญญาเสนอของอนุมัติต่อสภาแล้ว นอกจากนี้ รัฐบาลจะไม่กระทำการใดๆ ให้เกิดผลผูกพันตามสนธิสัญญา จนกว่าสนธิสัญญาดังกล่าวจะได้รับการปรับให้เป็นกฎหมายภายในประเทศแล้ว

#### การเผยแพร่สนธิสัญญาต่อสาธารณชน

กระทรวงการต่างประเทศและการค้าจะจัดทำเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาและกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ เพื่อเป็นการให้ความรู้และเผยแพร่แก่ประชาชนใน 2 ลักษณะดังนี้

1. ตีพิมพ์เป็นเอกสาร ได้แก่ The International Treaties List, The Consolidated Treaty List และ Treaty Register

2. เผยแพร่โดยช่องทางอินเทอร์เน็ต ใน Website ต่างๆ ได้แก่

MFAT Legal Division homepage: [www.mfat.govt.nz/support/legal/default.html](http://www.mfat.govt.nz/support/legal/default.html)

International Treaties List (6-monthly list): [www.mfat.govt.nz/support/legal/default.html](http://www.mfat.govt.nz/support/legal/default.html)

#### 4.1.4 กระบวนการทำให้ความตกลงการค้าเสรี มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

การทำให้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการค้าเสรีมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในนั้น มีวิธีการเช่นเดียวกับการทำให้สนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายภายในตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายฝรั่งเศส<sup>151</sup> ซึ่งแบ่งการพิจารณาได้เป็น 3 ประเด็นสำคัญๆ ดังนี้

##### 1) การตีพิมพ์เผยแพร่ความตกลงระหว่างประเทศ

สำหรับประเทศฝรั่งเศสนั้นแตกต่างจากประเทศออสเตรียและนิวซีแลนด์ที่กล่าวมา การรับสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเข้าสู่ระบบกฎหมายภายในของฝรั่งเศสสามารถทำได้โดยเพียงแต่พิมพ์เผยแพร่สนธิสัญญาหรือความตกลงฯ นั้นในรัฐกิจจานุเบกษา (Journal officiel) การพิมพ์เผยแพร่นี้ถือเป็นการรับเข้ามาในระบบกฎหมายภายในของประเทศและมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในประเทศโดยไม่ต้องมีรัฐบัญญัติให้ใช้ (Application) สนธิสัญญาหรือความตกลงฯ อีก เว้นแต่จะเป็นความตกลงฯ ประเภทที่ต้องขออนุมัติจากรัฐสภาพร้อมกับเสนอร่างรัฐบัญญัติตามมาตรา 53 แห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958.

การเผยแพร่ความตกลงระหว่างประเทศเป็นภาระหน้าที่ที่รัฐต้องกระทำให้ถูกต้องครบถ้วน<sup>152</sup> เนื่องจากการเผยแพร่ความตกลงฯ มีวัตถุประสงค์ ดังนี้

- เพื่อให้สาธารณชนและบุคคลผู้ที่อาจจะถูกกระทบได้รับทราบถึงรายละเอียดเนื้อหาของความตกลง
- เพื่อแปลงสภาพความตกลงระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมายภายใน และมีสภาพบังคับแก่ภาคธุรกิจและประชาชนของรัฐ

ดังนั้น ความตกลงระหว่างประเทศทุกฉบับจะต้องมีการประกาศเผยแพร่ในรัฐกิจจานุเบกษาแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส<sup>153</sup> เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามกฎหมาย และการเผยแพร่ความตกลงเหล่านี้ถือเป็นการกระทำที่ต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าหากความตกลงระหว่างประเทศนั้นมีเนื้อหาซึ่งอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์ของประชาชน

<sup>151</sup> Georges VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Réédition Guy CARCASSONNE et Olivier DUHAMEL, Paris : Dalloz, 2002, p.526.

<sup>152</sup> Décret n° 86-707 ลงวันที่ 11 เมษายน ค.ศ.1986

<sup>153</sup> Décret n° 53-192 ลงวันที่ 14 มีนาคม ค.ศ.1953 เรื่อง การให้สัตยาบันและการเผยแพร่ข้อตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศฝรั่งเศสเป็นภาคีสมาชิก

ในกรณีที่มิได้พิมพ์เผยแพร่ความตกลงฉบับใดและความตกลงนั้นมีผลกระทบต่อประชาชนในทางหนึ่งทางใด รัฐธรรมนูญฯ ห้ามมิให้ยกขึ้นกล่าวอ้างกับประชาชนผู้จะเสียหายโดยถือเสมือนว่าความตกลงฯ นั้นมิได้มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายของรัฐแต่ประการใด

การเผยแพร่ความตกลงระหว่างประเทศจะกระทำภายหลังเมื่อความตกลงฯ ดังกล่าวมีผลผูกพันรัฐภาคีแล้ว ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาว่าความตกลงได้กลายเป็นกฎหมายภายในรัฐทั้งที่ยังไม่มีสภาพบังคับในกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็จะต้องมีการเผยแพร่ทันทีที่ความตกลงฯ มีผลบังคับใช้ เพื่อป้องกันการผิดสัญญาแก่รัฐภาคี

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศมีหน้าที่รับผิดชอบการพิมพ์เผยแพร่ข้อตกลงระหว่างประเทศให้เป็นไปโดยเร็วและถูกต้อง แต่ปัจจุบันมักมีปัญหาความล่าช้าในการพิมพ์เผยแพร่ ซึ่งมักต้องให้เวลามากขึ้นเป็นสัดส่วนกับกระบวนการทำข้อตกลงซึ่งมีความสลับซับซ้อนมากขึ้นเช่นกัน

การประกาศใช้บังคับความตกลงระหว่างประเทศจะกระทำเป็นกฤษฎีกาให้ใช้ความตกลงฯ (décret) โดยแนบความตกลงฯ ตลอดจนข้อสงวนหรือการตีความความตกลงฯ (ถ้ามี) ที่ประเทศฝรั่งเศสได้แสดงให้ปรากฏแก่คู่สัญญาไว้ตั้งแต่ขั้นตอนการลงนามผูกพันหรือการส่งตราสารแสดงสัตยาบัน ไว้ท้ายกฤษฎีกา โดยกฤษฎีกาจะระบุวันที่ที่ความตกลงระหว่างประเทศจะมีผลใช้บังคับไว้ด้วย ประธานาธิบดีเป็นผู้ลงนามประกาศใช้กฤษฎีกา โดยมีนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศลงนามร่วมเพื่อรับรองความถูกต้อง

## 2) ผลทางกฎหมายของการพิมพ์เผยแพร่ความตกลงระหว่างประเทศ

ตามมาตรา 55 แห่งรัฐธรรมนูญฯ “สนธิสัญญาซึ่ง (รัฐสภา) ให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบและประกาศในรัฐกิจจานุเบกษาโดยถูกต้องเรียบร้อยแล้ว ย่อมมีสภาพบังคับเป็นกฎหมายในลำดับที่สูงกว่ารัฐธรรมนูญฯ ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขการปฏิบัติต่างตอบแทนเสมอกันโดยรัฐภาคี”<sup>154</sup>

นอกจากนี้ ศาลสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยไว้ในคดีเกี่ยวกับอนุสัญญาหมายเลข 118 ลงวันที่ 28 มิถุนายน 1962 ของ OIT ว่าปัจเจกชนย่อมสามารถยกเอาข้อตกลงระหว่างประเทศขึ้นกล่าวอ้างว่ามีลำดับศักดิ์เหนือกว่ากฎหมายภายใน และต้องบังคับใช้ข้อตกลงระหว่างประเทศแทนได้ถ้าบุคคลนั้นเป็นผู้ที่จะถูกระทบโดยตรง

<sup>154</sup> Article 55 de la Constitution de 1958 « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. »

อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 ได้กำหนดเงื่อนไขอย่างชัดเจนในการรับสนธิสัญญา และความตกลงระหว่างประเทศเข้ามาในระบบกฎหมายภายใน โดยมาตรา 54 บัญญัติว่ารัฐบาล ไม่อาจจะให้สัตยาบันหรือแสดงเจตนาผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศได้ หากสนธิสัญญามี ข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ในกรณีเช่นนี้ จะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงรัฐธรรมนูญให้มี ข้อความที่ขัดแย้งกับสนธิสัญญาเสียก่อน<sup>155</sup> สถาบันที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยว่า สนธิสัญญาใดมีข้อความขัดหรือแย้งกับข้อความในรัฐธรรมนูญหรือไม่ ได้แก่ คณะตุลาการ รัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel)<sup>156</sup> ซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

การที่รัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 บัญญัติให้ต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญก่อนแทนที่จะบอกให้ ยกเลิกสนธิสัญญา แสดงให้เห็นว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญให้ความสำคัญกับการทำความตกลงร่วมมือ ผูกพันกับนานาประเทศ โดยเห็นว่าเป็นช่องทางพัฒนาประเทศอย่างหนึ่ง แต่ขณะเดียวกันก็ คำนึงถึงความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมายภายในด้วย ในโอกาสเช่นนี้ รัฐสภาซึ่งมีอำนาจ หน้าที่ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาจะได้พิจารณาทบทวนถึงข้อดีข้อเสีย และประโยชน์ของชาติที่จะได้รับจากการทำสนธิสัญญาเปรียบเทียบกับที่ต้องแก้ไขรัฐธรรมนูญ ด้วย

### 3) ผลทางกฎหมายในกรณีที่สนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศขัดหรือแย้งกันกับกฎหมายภายในของรัฐ

มาตรา 55 แห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 ได้บัญญัติให้สนธิสัญญาซึ่งได้มีการให้สัตยาบัน และประกาศในรัฐกิจจานุเบกษาแล้วมีสภาพบังคับเป็นกฎหมายภายในของรัฐ ยิ่งไปกว่านั้น สนธิสัญญาจะมีลำดับศักดิ์เหนือกว่ารัฐบัญญัติและกฎหมายลำดับรองทุกระดับของรัฐด้วย บทบัญญัติดังกล่าวก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย คือสนธิสัญญามีผลผูกพันโดยตรงต่อองค์กรของรัฐ ทั้งปวงไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการ

ศาลสภาแห่งรัฐ (ศาลปกครองสูงสุด) ได้ยืนยันถึงผลทางกฎหมายดังกล่าวในคำ พิพากษาในคดี Nicolo (ค.ศ.1989) ว่าสนธิสัญญามีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายเหนือกฎหมายภายใน รัฐ และศาลมีอำนาจหน้าที่ควบคุมตรวจสอบมิให้รัฐบัญญัติและกฎหมายลำดับรองอื่นๆ ขัดแย้ง กับสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศ (Conventionnalité des lois)

<sup>155</sup> Article 54 de la Constitution de 1958 « Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier Ministre, par le Président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution. »

<sup>156</sup> เกี่ยวกับกระบวนการในการควบคุมตรวจสอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ จะกล่าวต่อไปในส่วนที่ว่าด้วยการควบคุม ตรวจสอบการทำสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศและการมีส่วนร่วมของประชาชน

ดังนั้น นับตั้งแต่ปี ค.ศ.1989 เป็นต้นมา ระบบกฎหมายภายในรัฐของฝรั่งเศสจึงถือว่า “สนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศมีลำดับเหนือว่ารัฐธรรมนูญ” จะเป็นรองก็แต่เฉพาะรัฐธรรมนูญเท่านั้น และโดยเหตุนี้ รัฐบัญญัติใดๆ ของรัฐสภาจึงไม่อาจมีข้อความที่ขัดหรือแย้งกับสนธิสัญญาได้ ไม่ว่ารัฐธรรมนูญดังกล่าวจะถูกตราขึ้นก่อนหรือในภายหลังสนธิสัญญาก็ตาม ในกรณีที่สนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศมีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญในเรื่องเดียวกัน ให้ใช้บังคับสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญที่ขัดหรือแย้งนั้นได้ตราขึ้นก่อนหรือหลังการประกาศใช้บังคับสนธิสัญญา ซึ่งเป็นข้อยกเว้นหลักการใช้กฎหมายที่ว่า “กฎหมายใหม่ย่อมยกเลิกกฎหมายเก่า”

#### 4.1.5 กระบวนการทำให้ความตกลงการค้าเสรี มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในประเทศไทย

การรับสนธิสัญญาเข้าเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยนั้นปฏิบัติตามแนวคิด “ทวินิยม” (dualisme) จึงต้องมีกระบวนการพิเศษในการรับสนธิสัญญาเข้ามาใช้ภายในรัฐ กระบวนการดังกล่าวจะทำการแปลงรูปสนธิสัญญาให้เป็นกฎหมายของรัฐ<sup>157</sup>

##### 1) การแปลงสภาพความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีเข้ามาในระบบกฎหมายภายในของไทย

จากการศึกษาเรื่องกระบวนการทำสนธิสัญญาในประเทศไทย สรุปได้ว่าจากแนวปฏิบัติปัจจุบัน การทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีอาจกระทำโดยอาศัยอำนาจฝ่ายบริหารโดยแท้ หรือรัฐบาลอาจต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาจนก็ได้ทั้งสองกรณี แล้วแต่ว่าการปฏิบัติให้เป็นไปตามเงื่อนไขในความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีนั้น รัฐบาลต้องอาศัยพระราชบัญญัติรองรับบังคับการด้วยหรือไม่ ถ้าไม่ การแปลงสภาพความตกลงฯ ให้เป็นกฎหมายภายในก็จะกระทำได้ง่าย แต่ถ้าวินิจฉัยตอบเป็นกรณีตรงกันข้าม การแปลงสภาพความตกลงฯ ก็จะมีกระบวนการที่สลับซับซ้อนขึ้น ดังต่อไปนี้

##### 1.1) ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีซึ่งอยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้

กรณีนี้หมายถึงกรณีที่การทำความตกลงการค้าเสรีที่ไม่ต้องขอให้ฝ่ายนิติบัญญัติตราพระราชบัญญัติรองรับบังคับการตามสัญญา กล่าวคือเป็นความตกลงฯ ที่ไม่มีเงื่อนไขที่จะไปกระทบสิทธิหรือสร้างภาระหน้าที่หรืออนสิทธิประโยชน์ของประชาชนหรือภาคธุรกิจเอกชน หรือไม่มีเงื่อนไขที่จะต้องทำการยกเลิกหรือแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติที่มีอยู่แล้ว หรือหากว่ามีเงื่อนไขที่กล่าวมานี้ แต่ก็มีพระราชบัญญัติรองรับอยู่แล้ว

<sup>157</sup> วิษณุ เครืองาม, อ้างแล้ว, หน้า 37-38 ; จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว, หน้า 47.

ในทางปฏิบัติ เมื่อผู้มีอำนาจลงนามผูกพันความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี (ตามปกติได้แก่นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ) แล้ว หน่วยราชการเจ้าของเรื่องจะดำเนินการประกาศใช้ความตกลงฯ ในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งจะทำให้ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีฉบับนั้นมีผลภายในประเทศ

อย่างไรก็ดี มีความเป็นไปได้ว่าหน่วยราชการเจ้าของเรื่องจะใช้ดุลพินิจไม่ทำการประกาศหนังสือสัญญาในราชกิจจานุเบกษา โดยขึ้นกับแนวปฏิบัติของหน่วยงานและหากหนังสือสัญญานั้นไม่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือหน้าที่ของประชาชน<sup>158</sup> แม้ว่าจะเป็นความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการค้าเสรีก็ตาม

นอกจากนี้ Web site ของกระทรวงการต่างประเทศที่ได้จัดทำ เพื่อเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารของรัฐบาลเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาประเภทต่างๆ อย่างเป็นทางการยังให้ข้อมูลในรายละเอียดเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาไม่เพียงพอ ไม่ว่าจะเป็นรายละเอียดว่าการทำสนธิสัญญานั้นอยู่ในขั้นตอนใด การลงนาม การรับรองความถูกต้องแท้จริง การมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญา หรือ สนธิสัญญาฉบับนั้นได้รับการแปลงสภาพให้เป็นกฎหมายภายในเมื่อใด

#### 1.2) ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีซึ่งรัฐบาลต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน

กรณีนี้หมายถึงการทำความตกลงการค้าเสรีที่รัฐบาลจะต้องขอให้ฝ่ายนิติบัญญัติตราพระราชบัญญัติรองรับบังคับการตามสัญญา ในกรณีเช่นนี้ คณะรัฐมนตรีจะมอบหมายให้หน่วยราชการเจ้าของเรื่องร่างพระราชบัญญัติใหม่เพื่อรองรับหรือร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติฉบับเก่าให้สอดคล้องกับพันธกรณีในความตกลงฯ ตามปกติคณะรัฐมนตรีมักจะแต่งตั้งผู้แทนจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นทั้งหมดเข้าร่วมเป็นคณะกรรมการร่างด้วย

เมื่อการร่างพระราชบัญญัติเสร็จเรียบร้อยแล้ว กระทรวงเจ้าสังกัดจะนำเสนอคณะรัฐมนตรี ในขั้นตอนนี้ เลขานุการคณะรัฐมนตรีจะส่งสำเนาร่างกฎหมายดังกล่าวไปสอบถามความคิดเห็นอย่างเป็นทางการจากส่วนราชการที่เกี่ยวข้องอีกครั้งหนึ่งก่อนนำเสนอที่ประชุมคณะรัฐมนตรี ความเห็นที่สอดคล้องและแตกต่างกับเจ้าของเรื่องทั้งหมดจะถูกเสนอในที่ประชุม จะเห็นว่าได้มีการนำร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการหนังสือสัญญาเปิดให้ระดมความคิดเห็นและข้อเสนอแนะเฉพาะภายในฝ่ายปกครองในขั้นตอนนี้ โดยไม่มีตัวแทนจากภายนอกกระบวนการเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย

<sup>158</sup> มนตรี กิตติวงษ์ชัย, "การจัดทำสนธิสัญญาของประเทศไทย", ใน Web site กระทรวงการต่างประเทศ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2546, หน้า 9.

ในทางปฏิบัติคณะรัฐมนตรีจะพิจารณาร่างเฉพาะหลักการ ส่วนรายละเอียดที่ยังมีความเห็นไม่ตรงกันจะปล่อยให้ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องหารือกันเพื่อหาข้อยุติ จากนั้นคณะรัฐมนตรีจะส่งร่างพระราชบัญญัติไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อตรวจแก้ไขต่อไป ในขั้นตอนนี้คณะกรรมการกฤษฎีกาอาจเชิญผู้แทนส่วนราชการที่เกี่ยวข้องมาชี้แจงเหตุผลประกอบการพิจารณาด้วยก็ได้

-

คณะกรรมการกฤษฎีกาจะเป็นผู้ตรวจแก้ไขร่างพระราชบัญญัติรองรับความตกลงฯ ให้สอดคล้องกับพันธกรณีในความตกลงฯ จนเป็นที่ยุติ และจะต้องไม่มีความขัดแย้งกับพระราชบัญญัติฉบับอื่นในเรื่องเดียวกันด้วย

จากนั้น สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะส่งร่างพระราชบัญญัติคืนไปสู่คณะรัฐมนตรีอีกครั้งหนึ่ง เพื่อเสนอให้รัฐสภาพิจารณาตามมาตรา 193 (15) แห่งรัฐธรรมนูญฯ ต่อไป เมื่อรัฐสภาเห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัตินั้นแล้ว นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายต่อพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย เมื่อพระราชบัญญัติฉบับนั้นได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเรียบร้อยแล้ว จะมีสภาพบังคับเป็นกฎหมายนับแต่นั้นเป็นต้นไป<sup>159</sup>

มีข้อสังเกตในข้อ 1.2) นี้ 2 ประการ คือ

ก) ในกรณีของประเทศไทย แม้ไม่มีกฎหมายที่ระบุว่า การเสนอหนังสือสัญญาประเภทที่ต้องตราพระราชบัญญัติรองรับซึ่งต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภานั้น ต้องเสนอร่างพระราชบัญญัติรองรับหนังสือสัญญานั้นต่อรัฐสภาไปพร้อมกันด้วย ดังกรณีของประเทศฝรั่งเศส ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติ คณะรัฐมนตรีได้กำหนดให้ออกกฎหมายก่อนการผูกพันตามหนังสือสัญญา<sup>160</sup> โดยกระทรวงผู้รับผิดชอบในเรื่องนั้นเป็นผู้ดำเนินการร่างกฎหมายดังกล่าวแล้ว

ข) แม้เนื้อหาของหนังสือสัญญาจะเข้าประเภทที่จะต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อน แต่ถ้าหากเรื่องนั้นๆ ได้เคยมีการออกพระราชบัญญัติรองรับหนังสือสัญญาประเภทเดียวกันมาก่อนแล้ว การทำหนังสือสัญญาครั้งต่อไป ก็ไม่ต้องออกพระราชบัญญัติซ้ำอีก<sup>161</sup> แต่ไม่ควรจะตีความไปว่าหนังสือสัญญาฉบับต่อมานั้นไม่ต้องเสนอต่อรัฐสภาเพื่อรับทราบอีก

<sup>159</sup> นายบรรณา วังวิวัฒน์, "กระบวนการจัดทำสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศ: ทางปฏิบัติของประเทศไทย", ในวารสารอัยการ, 2534, หน้า 16.

<sup>160</sup> จตุรนต์ ธีระวิวัฒน์, "กระบวนการทำสนธิสัญญาและการปรับใช้สนธิสัญญาในทางปฏิบัติของประเทศไทย" ในวารสารนิติศาสตร์ 26, ฉบับที่ 3, กันยายน 2539, หน้า 623.

<sup>161</sup> นพนิติ สุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, หน้า 169.

ดังนั้น ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีซึ่งประเทศไทยทำกับประเทศหนึ่งและมีพระราชบัญญัติรองรับบังคับการตามความตกลงฯ แล้ว ต่อมาได้ทำกับประเทศอื่นในเรื่องเดียวกัน ก็ควรต้องเสนอร่างความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีฉบับใหม่ต่อรัฐสภาเพื่อทราบด้วย

ส่วนในเรื่องรูปแบบวิธีการแปลงสภาพความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีโดยพระราชบัญญัตินั้น ทางปฏิบัติสำหรับประเทศไทย ถ้าหากจะต้องแปลงสภาพความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีให้มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายภายในโดยพระราชบัญญัติรองรับ มีวิธีปฏิบัติเป็น 3 แนวทาง ดังนี้

(1) การออกพระราชบัญญัติโดยคัดลอกบทบัญญัติของความตกลงฯ ทั้งหมดลงในพระราชบัญญัติ ตัวอย่างที่เคยดำเนินการมาแล้ว เช่น กฎหมายอนุวัติการสำหรับบันทึกความเข้าใจซึ่งก่อตั้งองค์การร่วมไทย-มาเลเซียเพื่อการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรปิโตรเลียมร่วมกันในบริเวณพื้นที่พัฒนาร่วม (Joint Development Area) ซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็ใช้วิธีการคัดลอกข้อตกลงทั้งหมดในบันทึกความเข้าใจฉบับนี้เป็นภาษาของตนและนำมาปรับข้อความและจัดอันดับให้สอดคล้องกับรูปแบบการตรากฎหมายของตน<sup>162</sup>

(2) การตราพระราชบัญญัติแก้ไขเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติฉบับเดิมที่ใช้บังคับในเรื่องนั้นอยู่เพื่อให้ครอบคลุมถึงพันธกรณีตามความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีฉบับใหม่ หรือเพื่อให้พระราชบัญญัติฉบับเดิมนั้นมีข้อความที่ขัดหรือแย้งกับความตกลงฯ ที่ทำขึ้นใหม่

แต่ถ้ามีการตรากฎหมายรองรับไว้ล่วงหน้าเพียงพอแล้วก็ไม่ต้องดำเนินการแก้ไขกฎหมายอย่างใดอีก ตัวอย่างเช่น การใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 รองรับอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์และอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของนักแสดง ลงวันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ.2539

(3) การตราพระราชบัญญัติสั้นๆ โดยมีสาระสำคัญเพียง 5-6 มาตรา มีข้อความสำคัญว่าพระราชบัญญัตินั้นมีชื่อเรียกว่าอะไร มีวัตถุประสงค์อย่างไร และจะมีมาตราหนึ่งระบุว่าเรื่องใดบ้างในสนธิสัญญาที่ต้องการจะให้ผลบังคับเป็นกฎหมายภายในรัฐ ส่วนรายละเอียดให้ถือตามบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่แนบท้ายพระราชบัญญัตินั้นซึ่งแปลเป็นภาษาไทยแล้ว<sup>163</sup>

ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษในประเทศไทย พ.ศ.2504 ซึ่งออกมาเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วย

<sup>162</sup> จตุรงค์ กิระวัฒน์, หน้า 47.

<sup>163</sup> นพนิติ สุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, หน้า 169.

เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของสหประชาชาติ ซึ่งไทยได้ทำความตกลงกับสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2498 เป็นต้น

วิธีการนี้เป็นวิธีที่สะดวกแก่ฝ่ายบริหารเพราะสามารถออกกฎหมายอนุวัติการตามหนังสือสัญญาได้รวดเร็ว แต่ถือว่าไม่เหมาะสมไม่สอดคล้องกับแนวคิดประชาธิปไตยและหลักแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) เนื่องจากเป็นเสมือนการโอนอำนาจนิติบัญญัติไปให้แก่ฝ่ายบริหาร เนื่องจากรัฐสภาไม่สามารถพิจารณาแปรญัตติเปลี่ยนแปลงเนื้อหาความในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติฉบับนั้นได้ตามอำนาจหน้าที่ และในฐานะผู้แทนประชาชน

มีข้อสังเกตในเรื่องนี้ 3 ประการด้วยกันคือ

ก) เมื่อพิจารณาในแง่ของการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพและประโยชน์ของชาติและประชาชน เห็นว่าการแปลงสภาพหนังสือสัญญาโดยรูปแบบวิธีการที่ 1) และ 3) ไม่ควรใช้กับการแปลงสภาพความตกลงการค้าเสรี ที่มีขอบเขตเนื้อหากว้างขวาง (Comprehensive Agreement) ครอบคลุมความตกลงทั้งที่เกี่ยวกับภาษีศุลกากรและมีใช้ภาษี ความตกลงเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา การเปิดเสรีทางการค้าสินค้าทั้งอุตสาหกรรมและเกษตรกรรม การค้าบริการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบริการการเงิน บริการวิชาชีพขนส่ง โทรคมนาคม พาณิชยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ การลงทุน การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ตลอดจนมาตรฐานแรงงานและมาตรฐานสิ่งแวดล้อม และกลไกการระงับข้อพิพาทนอกศาลซึ่งรัฐคู่สัญญาสามารถเลือกผู้ตัดสินชี้ขาดคดีที่ตนเชื่อถือวางใจได้ อย่างเช่นความตกลงการค้าเสรีระหว่างประเทศไทยกับออสเตรเลีย หรือความตกลงที่ประเทศไทยกำลังเจรจากับประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>164</sup>

จากการศึกษาวิจัยพบว่าการแปลงสภาพความตกลงการค้าเสรีที่มีขอบเขตกว้างขวาง ครอบคลุมภาคเศรษฐกิจสำคัญๆ ทั้งหมดดังกล่าว จะทำให้ประเทศไทยต้องทำการตราพระราชบัญญัติขึ้นใหม่หรือแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่เดิมในเรื่องนั้นๆ จำนวนมาก ตัวอย่างเช่น<sup>165</sup>

(1) ปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวกับภาษีศุลกากร ภาษีสรรพสามิต เพื่อปรับโครงสร้างภาษี และกระบวนการศุลกากรรองรับการเปิดเสรีสินค้าเกษตรกรรม อุตสาหกรรมยานยนต์ และสินค้าดิจิทัล

(2) แก้ไขพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542 และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ เพื่อให้รัฐวิสาหกิจที่แปรรูปจากองค์กรของรัฐเป็นบริษัทจำกัดแล้วได้รับสิทธิ

<sup>164</sup> The Thailand Development Research Institute, A study on the Impacts of Thailand-US Free Trade Agreement, p. iv-v.

<sup>165</sup> Ibid, p. ix-xxii.

พิเศษใดๆ จากรัฐ และเปิดให้นักลงทุนจากรัฐคู่สัญญาที่มีสิทธิเท่าเทียมกับนักลงทุนไทยในการซื้อหุ้นของรัฐวิสาหกิจที่แปรสภาพแล้ว เมื่อมีการกระจายหุ้นต่อสาธารณะ

(3) แก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าและป้องกันการผูกขาด เพื่อยกเลิกสิทธิพิเศษบางอย่างที่กฎหมายนี้ให้แก่รัฐวิสาหกิจโดยไม่ถือว่าเป็นการผูกขาดหรือกีดกันการค้าหรือเลือกปฏิบัติ ซึ่งขัดแย้งกับความตกลงการค้าเสรี

(4) แก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทั้งปวง (ยา ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เมล็ดพันธุ์พืชและพันธุ์สัตว์ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ฯลฯ) ให้สอดคล้องกับเงื่อนไขในความตกลงการค้าเสรีซึ่งมีมาตรฐานสูงมากกว่าระดับของประเทศไทยในปัจจุบันมาก กรณีนี้จะส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการค้าและอุตสาหกรรม ผู้บริโภค ตลอดจนระบบการศึกษาของประเทศ

(5) ตรากฎหมายฉบับใหม่หรือแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเพื่อให้นักลงทุนเอกชนสัญชาติของรัฐคู่กรณีซึ่งได้รับความเสียหายจากการที่รัฐคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามความตกลงฯ ด้านการลงทุนสามารถนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เช่น UNCITRAL หรือ ICSID ได้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาลหรืออนุญาโตตุลาการภายในของรัฐก่อน

ข) แต่ถ้าพิจารณาจากด้านรัฐบาล เห็นว่าการแปลงสภาพความตกลงการค้าเสรีโดยรูปแบบที่ 3) จะเป็นวิธีการที่สะดวก รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพมากที่สุด เพราะตามหลักกฎหมายไทย พระราชบัญญัติรองรับความตกลงการค้าเสรีเปรียบเสมือน “พระราชบัญญัติเฉพาะเรื่อง” ที่ใช้บังคับถึงความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไทยกับสหรัฐอเมริกาหรือกับออสเตรเลียในด้านการค้า การลงทุนและการดำเนินธุรกิจระหว่างกันทั้งหมด ส่วนพระราชบัญญัติฉบับอื่นที่ใช้บังคับตามปกติก็เป็น “กฎหมายทั่วไป” ซึ่งเมื่อเกิดปัญหาข้อพิพาทภายใต้ความตกลงการค้าเสรีระหว่างประเทศไทยกับรัฐคู่สัญญาขึ้น ศาลไทยจะใช้บังคับพระราชบัญญัติรองรับความตกลงการค้าเสรีแทนพระราชบัญญัติอื่น ทั้งนี้ ตามหลัก “กฎหมายเฉพาะยกเว้นกฎหมายทั่วไป”

อย่างไรก็ดี การดำเนินการตามวิธีการนี้ รัฐบาลอาจถูกโต้แย้งคัดค้านทั้งจากรัฐสภาและจากสังคมได้ว่าขัดต่อหลักการประชาธิปไตยดังกล่าวแล้ว

ค) นอกจากนี้ ถ้ารัฐบาลเห็นว่าสามารถใช้วิธีการแปลงสภาพความตกลงการค้าเสรีโดยกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารเองได้ รัฐบาลอาจไม่เสนอให้รัฐสภารับทราบและให้ความเห็นชอบความตกลงการค้าเสรีก่อน โดยที่รัฐธรรมนูญบัญญัติว่าหนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาต้องให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบ ดังนั้น ความตกลง

ว่าด้วยการค้าเสรีที่จะต้องออกพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ขอบบังคับระเบียบ ซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร จึงไม่ต้องให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบก่อน<sup>166</sup>

ตัวอย่างเช่น พระราชกฤษฎีกาออกตามความในมาตรา 3 แห่งประมวลรัษฎากร พ.ศ.2481 เพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีในอนุสัญญาว่าด้วยการจัดภาษีซ้อนที่ประเทศไทยทำกับประเทศต่างๆ หรือประกาศกระทรวงการคลังออกตามความในมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติพิกัตอัตราภาษีศุลกากร ยกเว้น ลดหรือเพิ่มอากรจากอัตราที่กำหนดไว้ในพิกัตอัตราศุลกากร หรือประกาศเรียกเก็บอากรตามอัตราที่กำหนดไว้ในพิกัตอัตราศุลกากร ตามที่พระราชบัญญัติกำหนดไว้ เป็นต้น เพื่อปฏิบัติตามเงื่อนไขในความตกลงการค้าเสรี

อย่างไรก็ตาม มีผู้เห็นว่าวิธีการเสนอร่างความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีต่อรัฐสภาจะเป็นวิธีที่เหมาะสม<sup>167</sup> ด้วยเหตุว่าเมื่อรัฐสภาได้รับทราบและให้ความเห็นชอบแล้วก็มีหน้าที่ตรากฎหมายรองรับในเวลาต่อมาเพื่อให้ฝ่ายบริหารสามารถปฏิบัติตามพันธสัญญาได้ หากรัฐบาลใช้วิธีการอื่นในการรับเอาสนธิสัญญาเข้ามาเป็นกฎหมายภายในก็อาจเสี่ยงต่อการที่ข้อความในพระราชบัญญัติจะขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของความตกลงฯ หรืออาจไม่ครอบคลุมพันธกรณีที่รัฐจะต้องปฏิบัติตามความตกลงฯ ก็ได้

## 2) ลำดับศักดิ์ทางกฎหมายของความตกลงการค้าเสรีกับกฎหมายภายใน

การพิจารณาประเด็นนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อตอบคำถามว่าในกรณีที่พระราชบัญญัติมีเนื้อความที่ขัดแย้งกับความตกลงการค้าเสรี กฎหมายฉบับใดระหว่างพระราชบัญญัติและความตกลงฯ จะมีลำดับศักดิ์เหนือกว่ากัน ซึ่งจะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท

ดังกล่าวแล้วว่าประเทศไทยถือปฏิบัติตามแนวคิดทวินิยมเป็นหลัก และรัฐธรรมนูญไทยตั้งแต่ฉบับแรกเป็นต้นมาจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มิได้มีบทบัญญัติมาตราใดที่บัญญัติถึงลำดับศักดิ์ของสนธิสัญญาในระบบกฎหมายภายในอย่างมาตรา 55 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ.1958 ซึ่งบัญญัติไว้ชัดเจนว่าสนธิสัญญาซึ่งพิมพ์ประกาศเผยแพร่ในรัฐกิจจานุเบกษาเรียบร้อยแล้ว และซึ่งรัฐคู่สัญญาได้ปฏิบัติตามพันธสัญญาโดยเสมอภาคเท่าเทียมกับประเทศฝรั่งเศสแล้ว มีลำดับศักดิ์สูงกว่ารัฐธรรมนูญและกฎหมายภายในทั้งหมด

โดยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องถือเอาแนวคิดทวินิยมและแนวปฏิบัติของศาลยุติธรรมเป็นผู้ตอบปัญหานี้ ศาลยุติธรรมของไทยไม่ถือว่าสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในรัฐโดยตรง เว้นแต่จะได้มีกฎหมายภายในรองรับบังคับการให้เป็นไปตามสัญญา

<sup>166</sup> มนตรี กิตติวงษ์ชัย, "การจัดทำสนธิสัญญาของประเทศไทย", หน้า 12.

<sup>167</sup> จตุรนต์ ธีระวัฒน์, ย่างแล้ว, หน้า 48.

ในกรณีนี้สนธิสัญญาจะมีลำดับศักดิ์เท่ากับกฎหมายที่แปรสภาพ (transform) สนธิสัญญาเข้ามาเป็นกฎหมายภายใน ดังนั้น ถ้ากฎหมายที่แปรสภาพความตกลงการค้าเสรีคือพระราชบัญญัติความตกลงฯ จะมีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ แต่ถ้ากฎหมายที่แปรสภาพเป็นกฎหมายลำดับรอง (พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ฯลฯ) ความตกลงการค้าเสรีดังกล่าวก็จะมีค่าบังคับเทียบเท่ากฎหมายลำดับรองเท่านั้น

-

ดังนั้น ตามระบบกฎหมายไทย ความตกลงการค้าเสรีที่มีพระราชบัญญัติรองรับเป็นกฎหมายภายในแล้ว ก็ไม่ได้มีค่าบังคับเหนือกว่าพระราชบัญญัติทั่วไป ดังระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

### 3) ผลทางกฎหมายในกรณีที่ความตกลงการค้าเสรีขัดหรือแย้งกับกฎหมายภายใน

สำหรับประเทศที่ยึดถือตามระบบทวินิยมอย่างประเทศไทย การทำความตกลงการค้าเสรีโดยระมัดระวังมิให้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายภายในจึงนับเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่งที่รัฐบาลจะต้องจัดการให้เป็นไปโดยเรียบร้อย หากจำเป็นที่จะต้องรับเงื่อนไขในความตกลงฯ ซึ่งขัดแย้งกับกฎหมายภายใน ก็จะต้องเสนอให้รัฐสภาแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเดิมเสียก่อน เพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่ระบบกฎหมายภายในและเกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อรัฐคู่สัญญา

แต่ถ้าเกิดมีกรณีที่พระราชบัญญัติรองรับบังคับการตามความตกลงฯ มีเนื้อหาที่ขัดแย้งกับพระราชบัญญัติฉบับอื่นที่ตราขึ้นก่อนแล้ว ผลทางกฎหมายจะเป็นอย่างไร

ในกรณีเช่นนี้ ศาลจะเลือกบังคับการตามพระราชบัญญัติรองรับความตกลงการค้าเสรีที่ตราขึ้นทีหลัง ตามหลัก “กฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า” ในทางกลับกัน หากปรากฏว่ามีกฎหมายใหม่ในเรื่องเดียวกันตราขึ้นภายหลังพระราชบัญญัติรองรับความตกลงฯ ศาลก็จะบังคับการตามกฎหมายฉบับหลังสุด โดยที่พระราชบัญญัติที่ตราขึ้นเพื่อรองรับความตกลงฯ มิได้มีเอกสิทธิ์เหนือกว่าพระราชบัญญัติทั่วไปแต่อย่างใด ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ประเทศไทยและสหรัฐอเมริกาทำความตกลงการค้าเสรีระหว่างกัน และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติฉบับต่างๆ เพื่อรองรับความตกลงฯ ได้แก่ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ฯลฯ หากต่อมาภายหลังพระราชบัญญัติเหล่านี้ได้ถูกแก้ไขและมีเงื่อนไขที่ขัดแย้งกับความตกลงการค้าเสรี ศาลก็ต้อง

พิพากษายังคงให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติฉบับหลัง<sup>168</sup> โดยไม่สามารถคำนึงถึงผลร้ายที่ประเทศจะต้องรับผิดชอบใช้ความเสียหายต่อสหรัฐอเมริกาในทางระหว่างประเทศ

หนึ่ง ในการใช้กฎหมายของศาล ศาลจะอ้างพระราชบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรองอื่นๆ โดยตรงโดยไม่อ้างสนธิสัญญา แม้จะปรากฏว่ากฎหมายนั้นถูกตราขึ้นเพื่ออนุวัติการตามสนธิสัญญาก็ตาม บางกรณีศาลไทยอาจใช้สนธิสัญญาบังคับแก่คดี แต่ก็มิได้ใช้ในฐานะที่เป็นบทกฎหมาย แต่รับฟังในฐานะข้อเท็จจริงในคดีเท่านั้น ซึ่งคู่ความในคดีจะต้องนำสืบให้ศาลเห็น ศาลจะไม่ยกบทบัญญัติในสนธิสัญญาขึ้นเองเพราะมิใช่ข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เอง<sup>169</sup>

#### การเผยแพร่ความตกลงการค้าเสรีต่อสาธารณะ

เนื่องจากตามกฎหมายไทย สนธิสัญญาไม่มีฐานะเป็นกฎหมายภายในรัฐโดยตัวเอง เหมือนกับประเทศที่ถือคติเอกนิยม การพิมพ์เผยแพร่ความตกลงการค้าเสรีแก่สาธารณชนในฐานะที่เป็นหนังสือสัญญาประเภทหนึ่ง จึงมีแนวปฏิบัติเป็น 2 แนวทาง ดังนี้

1) แนวทางแรกอธิบายว่าประเทศไทยไม่มีกฎหมายกำหนดให้มีการพิมพ์เผยแพร่สนธิสัญญา ดังนั้นหน่วยงานราชการเจ้าของเรื่องจึงมีดุลพินิจที่จะพิจารณาตีพิมพ์หรือไม่ก็ได้ หากมีการตีพิมพ์ ตามปกติจะพิมพ์เผยแพร่ในราชกิจจานุเบกษา หรือโดยการพิมพ์เผยแพร่ของหน่วยงานที่รับผิดชอบ คือกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งในทางปฏิบัติจะคัดเลือกตีพิมพ์เฉพาะสนธิสัญญาที่สำคัญเท่านั้น มิใช่ทั้งหมด<sup>170</sup>

ทางปฏิบัติเช่นนี้มีข้อบกพร่อง คือเป็นการให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่รัฐเต็มที่ประชาชนทั่วไปและผู้มีส่วนได้เสีย (ถ้ามี) จะไม่มีโอกาสทราบว่ารัฐบาลของตนได้ลงนามทำความตกลงการค้าเสรีกับประเทศใดบ้างและมีสาระสำคัญว่าอย่างไร ในกรณีที่ความตกลงฯ จะมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรือต่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งของภาคเศรษฐกิจ ก็จะไม่มีโอกาสทราบล่วงหน้า หรือแม้กระทั่งเมื่อความตกลงการค้าเสรีมีผลบังคับใช้แล้ว ก็อาจจะไม่มีโอกาสทราบเลย

2) ส่วนอีกแนวทางหนึ่ง เห็นว่าหนังสือสัญญาประเภทที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจทำได้เอง โดยลำพังตามมาตรา 224 วรรคแรก ซึ่งรัฐบาลเห็นว่าจำเป็นต้องพิมพ์เผยแพร่ และหนังสือสัญญา

<sup>168</sup> ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 233 บัญญัติว่า “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย (...)” จึงเห็นได้ว่า ในการวินิจฉัยข้อพิพาท ศาลไทยต้องใช้กฎหมายไทยบังคับแก่คดี

<sup>169</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, การเสวนาเรื่อง “การทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีกับผลกระทบต่อระบบศาลไทย”, วันศุกร์ที่ 9 เมษายน 2547 ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพฯ

<sup>170</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ : สนธิสัญญา เล่ม 1, หน้า 178.

ตามมาตรา 224 วรรคสอง ทั้งหมด (หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ และซึ่งจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา) ต้องมีการตีพิมพ์เผยแพร่โดยการประกาศในราชกิจจานุเบกษา<sup>171</sup>

---

<sup>171</sup> จตุรนต์ ภิระวัฒน์, “กระบวนการทำสนธิสัญญาและการปรับใช้สนธิสัญญาในทางปฏิบัติของประเทศไทย” หน้า 625.

## บทที่ 5 ข้อเสนอแนะทางนโยบาย

โดยที่ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี (FTA) เป็นการทำความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศและเกี่ยวข้องโดยตรงกับประโยชน์ของภาคเอกชน และมีผลกระทบต่อประชาชนโดยรวม ภายหลังจากการศึกษาวិเคราะห์ถึงกฎหมายเกี่ยวกับการทำความตกลงระหว่างประเทศประเภทนี้ของประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสแล้ว มีประเด็นที่สมควรเสนอแนะในงานวิจัยนี้เกี่ยวกับการวางกระบวนการในการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี และการกำหนดกลไก มาตรการหรือแนวทางในการตรวจสอบการดำเนินงานของฝ่ายบริหารในการทำความตกลงฯ ดังกล่าวที่น่าจะเป็นประโยชน์แก่ประเทศไทย ดังต่อไปนี้

### 1. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 โดยเพิ่มเติมหมวดว่าด้วยการทำสนธิสัญญาขึ้นเป็นอีกหมวดหนึ่งโดยเฉพาะ

กล่าวคือให้แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 224 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 โดยยกขึ้นเป็นหมวดใหม่อีกหมวดหนึ่งว่าด้วยการทำสนธิสัญญา และให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องต่อไปนี้

#### 1.1 การกำหนดประเภทของสนธิสัญญาให้ชัดเจนว่าสนธิสัญญาประเภทใดบ้างเป็นสนธิสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนที่รัฐบาลจะสามารถลงนามผูกพันได้

จากการศึกษาพบว่าแม้มาตรา 224 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 จะมีการแบ่งประเภท (Category) ของสนธิสัญญาไว้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ สนธิสัญญาที่รัฐบาลสามารถลงนามผูกพันได้โดยอิสระ (มาตรา 224 วรรคแรก) กับสนธิสัญญาที่รัฐบาลต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนการลงนามผูกพัน (มาตรา 224 วรรคสอง) แต่ในทางปฏิบัติยังขาดความชัดเจนแน่นอน เนื่องจากถ้อยคำของมาตรา 224 วรรคสอง เปิดโอกาสให้ตีความได้หลายแนว ดังจะเห็นจากการตีความที่แตกต่างกันของนักวิชาการกฎหมายกับศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความหมายของคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ”<sup>172</sup> หรือกรณีการอธิบายความหมายที่ไม่ตรงกันเกี่ยวกับหนังสือสัญญาประเภท “ซึ่งจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามสัญญา” ซึ่งฝ่ายหนึ่งเห็นว่าเมื่อมีกฎหมายที่บังคับใช้อยู่รองรับเนื้อหาในความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีได้เพียงพอแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องออกพระราชบัญญัติอนุวัติการอีก แต่รัฐบาลน่าจะยังต้องนำร่างความ

<sup>172</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 33/2543 วันที่ 7 กันยายน พ.ศ.2543 เรื่องอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 224 วรรคสอง หรือไม่

ตกลงฯ ขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 224 วรรคสอง แต่อีกฝ่ายหนึ่งกลับเห็นว่าหาก การทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีมีพระราชบัญญัติรองรับและบังคับใช้โดยครบถ้วนอยู่แล้ว ก็ ไม่จำเป็นต้องขอความเห็นชอบและไม่ต้องเสนอร่างพระราชบัญญัติรองรับต่อรัฐสภา

เพื่อแก้ไขปัญหานี้ คณะผู้วิจัยเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 224 แห่ง รัฐธรรมนูญฯ ให้ชัดเจน โดยยกมาตรา 224 ขึ้นเป็นหมวดใหม่อีกหมวดหนึ่งว่าด้วยการทำ สนธิสัญญา และควรบัญญัติไว้ในหมวดนี้ให้ชัดเจนว่าสนธิสัญญาประเภทใดบ้างที่ต้องเสนอขอ ความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนการแสดงเจตนาผูกพัน ในประเด็นหลังนี้ คณะผู้วิจัยเห็นว่า สนธิสัญญาดังกล่าวต่อไปนี้เป็นสนธิสัญญาที่มีความสำคัญโดยสภาพแห่งเรื่อง (Nature of things) ดังนั้น จึงควรต้องเสนอขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนการแสดงเจตนาผูกพัน

- สนธิสัญญาทางการค้า<sup>173</sup>
- สนธิสัญญาซึ่งมีผลผูกพันรายจ่ายและการคลังของประเทศ<sup>174</sup>
- สนธิสัญญาซึ่งมีบทแก้ไขเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติ (ต้องเสนอร่างพระราชบัญญัติ มาพร้อมกับร่างสนธิสัญญาด้วย)<sup>175</sup>
- สนธิสัญญาซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล<sup>176</sup>
- สนธิสัญญาซึ่งมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐ<sup>177</sup>

การระบุประเภทสนธิสัญญาที่ต้องเสนอต่อรัฐสภาแบบจำแนกรายการ (enumeration) ดังตัวอย่างข้างต้น จะเพิ่มความชัดเจนในการปฏิบัติงานและช่วยแก้ปัญหาการตีความของฝ่าย ต่างๆ ไปได้ระดับหนึ่งเช่นเดียวกับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่กำหนดให้สนธิสัญญาทางการค้า ทุกประเภทและสนธิสัญญาสำคัญๆ ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน

1.2 การกำหนดให้มืองค์กรทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับ (1) ปัญหาการตีความว่า สนธิสัญญาฉบับใดเข้าประเภทสนธิสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา (2) ปัญหาการ ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี (Contrôle de la constitutionnalité des traités de commerce) และ (3) ปัญหาการควบคุมความชอบด้วย สนธิสัญญาของพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นภายหลัง (Contrôle de la conventionalité des lois)

<sup>173</sup> สนธิสัญญาทางการค้า (Trade Treaty) มีลักษณะที่แตกต่างจากสนธิสัญญาโดยทั่วไป และมีความสำคัญโดยสภาพในตัวเอง รายละเอียดดูในบทที่ 2 ความนำ

<sup>174</sup> โดยหลักทั่วไป รัฐสภาเป็นองค์กรที่มีอำนาจอนุมัติงบประมาณรายจ่ายของรัฐ ดังนั้นการเข้าผูกพันกับสนธิสัญญาใดๆ ที่มีผลผูกพันรายจ่ายและการคลังของประเทศจึงควรขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน

<sup>175</sup> เป็นไปตามหลักการเดิมของมาตรา 224 วรรคสอง

<sup>176</sup> เป็นไปตามหลักการเดิมของมาตรา 224 วรรคสอง

<sup>177</sup> เป็นไปตามหลักการเดิมของมาตรา 224 วรรคสอง

ในกรณีที่มีข้อขัดแย้งระหว่างรัฐสภาและรัฐบาลเกี่ยวกับปัญหาการตีความว่าสนธิสัญญาฉบับใดเข้าประเภทสนธิสัญญาดังระบุในรายการข้างต้นหรือไม่ ควรให้มืองค์กรใดองค์กรหนึ่งทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าว นอกจากนี้แล้ว ควรมืองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบมิให้ร่างความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ (การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี: *Contrôle de la constitutionnalité des traités de commerce*) อีกทั้งคอยควบคุมมิให้ร่างพระราชบัญญัติที่รองรับความตกลงฯ หรือแม้กระทั่งร่างพระราชบัญญัติที่จะตราขึ้นภายหลังขัดแย้งกับความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีที่รัฐบาลได้ลงนามไปก่อนหน้านี้ (การควบคุมความชอบด้วยสนธิสัญญาของพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นภายหลัง: *Contrôle de la conventionalité des lois*)

อำนาจหน้าที่ทั้งสามกรณีดังกล่าว คณะผู้วิจัยเห็นว่าควรมอบหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดในกรณีที่มีข้อสงสัยว่าสนธิสัญญาฉบับใดเป็นสนธิสัญญาประเภทที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ ตลอดจนให้เป็นองค์กรที่คอยควบคุมตรวจสอบมิให้ร่างความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อให้รัฐธรรมนูญดำรงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐและเป็นหลักประกันแก่สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ตลอดไป โดยไม่ถูกสนธิสัญญาหรือความตกลงฯ ที่รัฐบาลทำมาลบล้างหลักประกันดังกล่าวได้

ในขณะเดียวกันเพื่อป้องกันมิให้ประเทศไทยต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศกับรัฐภาคีในความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี ควรบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ให้ชัดเจนด้วยว่าให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบว่าร่างพระราชบัญญัติที่รัฐบาลเสนอเพื่อรองรับเงื่อนไขตามความตกลงฯ ก็ดี หรือร่างพระราชบัญญัติที่จะตราขึ้นภายหลังในเรื่องเดียวกันก็ดี มิได้ขัดหรือแย้งกับเงื่อนไขพันธกรณีที่ประเทศไทยมีอยู่กับรัฐภาคีตามความตกลงฯ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้ประเทศต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดแก่ผู้ประกอบการ นักลงทุน นักอุตสาหกรรม ฯลฯ ภายใต้สังกัดของรัฐภาคีซึ่งได้รับประโยชน์จากความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี

การกำหนดให้มืองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าวจะทำให้มีการควบคุมตรวจสอบให้ร่างความตกลงการค้าเสรีสอดคล้องหรืออย่างน้อยต้องไม่ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ และจะมีการควบคุมตรวจสอบมิให้พระราชบัญญัติที่รัฐตราขึ้นไม่ว่าก่อนหรือภายหลังการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี ขัดหรือแย้งกับความตกลงฯ ดังกล่าว โดยกระบวนการเช่นนี้ ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีจะถูกจัดให้เข้ามาในระบบกฎหมายภายในของประเทศไทยโดยมีลำดับศักดิ์แห่งกฎหมาย (Hierarchy of Norms) รองจากรัฐธรรมนูญ ขณะเดียวกันพระราชบัญญัติอนุวัติการ (รองรับ) ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีก็ควรมีลำดับศักดิ์ดีกว่าพระราชบัญญัติภายในโดยทั่วไป

บทบัญญัติในส่วนนี้ควรจะได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหมวดว่าด้วยการทำสนธิสัญญาโดยตรง

1.3 การกำหนดให้ม็อบหรือบุคคลผู้มีอำนาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยประเด็นปัญหาตามข้อ 1.2

ในประเด็นว่าใครหรือองค์กรใดควรเป็นผู้เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาถึงประเด็นปัญหาทั้งสามประการดังกล่าวในข้อ 1.2 คณะผู้วิจัยเห็นว่าควรให้บุคคลหรือคณะบุคคลต่อไปนี้ สามารถเสนอเรื่องถึงศาลรัฐธรรมนูญได้

- (1) นายกรัฐมนตรี
- (2) ประธานสภาผู้แทนราษฎร
- (3) ประธานวุฒิสภา
- (4) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน จำนวนไม่น้อยกว่า 20 คน

เนื่องจากเรื่องที่เป็นประเด็นปัญหาตามข้อ 1.2 เป็นเรื่องสำคัญ จึงสมควรกำหนดจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันที่จะสามารถเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญในจำนวนที่ไม่สูงมากนัก ทั้งนี้ เพื่อเปิดโอกาสให้สมาชิกวุฒิสภาดำเนินการได้โดยไม่ยากเกินไป จำนวนสมาชิกวุฒิสภา 20 คนเท่ากับจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันที่สามารถเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฉบับใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตามมาตรา 262 (2) แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540

บทบัญญัติในส่วนที่ 1.3 นี้ควรจะได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหมวดว่าด้วยการทำสนธิสัญญาเช่นเดียวกัน

**2. การให้มีกฎหมายกำหนดกระบวนการในการปรึกษาหารือในการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี (Procedures for Public-Legislative-Executive Consultation on Free Trade Agreement-Making Act)**

เนื่องจากความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีที่ครอบคลุมภาคเศรษฐกิจสำคัญๆ ทุกด้าน (Comprehensive FTA) จะส่งผลกระทบต่อประเทศและต่อประชาชนอย่างกว้างขวางทั้งในอนาคต

ระยะสั้นและระยะยาว จึงไม่สมควรที่จะปล่อยให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้ตัดสินใจไปโดยลำพังฝ่ายเดียว แต่ควรให้รัฐสภาและประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการทำความตกลงดังกล่าวด้วย<sup>178</sup>

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 58, 59 และ มาตรา 60<sup>179</sup> บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารสำคัญของทางราชการและประชาชนมีสิทธิที่จะให้ข้อมูล ข้อเท็จจริงและความคิดเห็นที่เกี่ยวกับการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีแก่รัฐบาลก่อนที่รัฐบาลจะตกลงผูกพันตามสัญญา โดยควรให้มีพระราชบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์รายละเอียดเกี่ยวกับกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและการปรึกษาหารือรัฐสภาเกี่ยวกับการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีขึ้นโดยเฉพาะ

และเพื่อให้พระราชบัญญัติฉบับนี้สอดคล้องกับหลักธรรมาภิบาลในการปกครอง หลักประชาธิปไตย และหลักนิติรัฐซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันรับรองไว้ พระราชบัญญัติดังกล่าวควรบัญญัติกำหนดถึงเรื่องต่างๆ ดังต่อไปนี้

<sup>178</sup> มีข้อสังเกตว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ได้สร้างกระบวนการทางกฎหมายซึ่งเปิดโอกาสให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งเข้ามามีส่วนร่วมทางการเมืองและการปกครองหลายประการ เช่น การลงประชามติในเรื่องสำคัญของประเทศ การเข้าชื่อกันห้าหมื่นรายชื่อเพื่อเสนอร่างพระราชบัญญัติ การร่วมแสดงความคิดเห็นในการดำเนินโครงการต่างๆ ที่กระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือต่อสิทธิเสรีภาพของตน เป็นต้น

อย่างไรก็ดี จะเห็นว่ากระบวนการทางกฎหมายเหล่านี้มุ่งเน้นการมีส่วนร่วมกับรัฐในกิจการภายในรัฐเท่านั้น ทั้งที่ในยุคโลกาภิวัตน์ที่โลกกลายเป็นหนึ่งเดียว การดำเนินนโยบายหรือข้อตกลงระหว่างประเทศอย่างใดอย่างหนึ่งของรัฐบาลย่อมมีผลกระทบต่อการกำหนดนโยบายการบริหารประเทศและการตรากฎหมายของรัฐ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือนอกจากกรอบตามรัฐธรรมนูญแล้ว การบริหารประเทศและการตรากฎหมายจะถูกกำหนดโดยกรอบของข้อตกลงระหว่างประเทศที่รัฐบาลเข้าผูกพันในนามของรัฐด้วย และในหลายกรณี รัฐบาลได้ลงนามผูกพันกับข้อตกลงไปก่อนแล้ว รัฐสภาจึงทำหน้าที่เพียงให้ความเห็นชอบข้อตกลงและผ่านกฎหมายที่เกี่ยวข้องเท่านั้นโดยไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมข้อตกลงได้แม้แต่คำเดียว ข้อตกลงระหว่างประเทศเหล่านี้จึงกลายมาเป็นเงื่อนไขบังคับให้รัฐสภาต้องยินยอมให้ความเห็นชอบแก่กฎหมายอนุวัติการตามข้อตกลงที่รัฐบาลทำไว้

โดยเหตุนี้ นักกฎหมายระหว่างประเทศจึงกล่าวว่ารัฐบาลอาจบังคับให้รัฐสภาตรากฎหมายที่ฝ่ายบริหารต้องการได้โดยทางอ้อม โดยผ่านการทำสนธิสัญญา ปัจจุบันรัฐสภาของหลายประเทศ (เช่นออสเตรเลีย สหราชอาณาจักรอังกฤษ สาธารณรัฐฝรั่งเศส) จึงเรียกร้องให้รัฐสภาและประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการทำสนธิสัญญาของรัฐบาลให้มากขึ้น ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ในโอกาสต่อไป จึงสมควรจะได้พิจารณาในเรื่องนี้อย่างจริงจัง

เกี่ยวกับข้อเสนอแนะของรัฐสภา ดูเพิ่มเติม Foreign and Commonwealth Office, Evidence to The Royal Commission on The Reform of The House of Lords: Approval of Treaties, August 1999, London, England; The Senate Select Committee on the Free Trade Agreement between Australia and the United States of America, Final Report 2004, August 2004.

<sup>179</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 บัญญัติว่า

มาตรา 58 บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับทราบข้อมูลหรือข่าวสารณะในครอบครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น เว้นแต่การเปิดเผยข้อมูลนั้นจะกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประชาชน หรือส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา 59 บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผลจากหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นก่อนการอนุญาตหรือการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมใดที่อาจมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดที่เกี่ยวกับตนหรือชุมชนท้องถิ่น และมีสิทธิแสดงความคิดเห็นของตนในเรื่องดังกล่าว ทั้งนี้ ตามกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา 60 บุคคลย่อมมีสิทธิมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติราชการทางปกครองอันมีผลหรืออาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของตน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

2.1 กำหนดให้รัฐบาลต้องระบุดัตถุประสงค์ (Objective) ในการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี เพื่อประโยชน์แก่ฝ่ายรัฐสภาและศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี (La Constitutionnalité des traités et des engagements internationaux)

2.2 กำหนดให้รัฐบาลต้องดำเนินการรับฟังคำปรึกษา/ความคิดเห็นของกลุ่มผลประโยชน์ สมาคม สหกรณ์ สหภาพ และองค์กรภาคประชาชนผู้มีส่วนได้เสียทั้งหมดก่อนและ/หรือระหว่างการเจรจาทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี

กฎหมายฉบับนี้ควรกำหนดชนิดของสนธิสัญญาทางการค้าที่ต้องรับฟังความคิดเห็น ซึ่งอย่างน้อยรวมถึงความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี กำหนดหลักเกณฑ์รายละเอียดเกี่ยวกับขั้นตอนกระบวนการที่เปิดโอกาสให้กลุ่มผลประโยชน์ องค์กรภาคประชาชน ตลอดจนผู้ที่จะมีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นได้รับทราบข้อมูลที่จำเป็นจากรัฐบาล และได้เข้าร่วมแสดงความคิดเห็นอย่างรอบด้านก่อนการตัดสินใจเข้าผูกพันตามความตกลงฯ ในเรื่องนั้นๆ ทั้งนี้ เพื่อให้มีกลไกที่เหมาะสมในการตรวจสอบรัฐบาลหรือฝ่ายบริหาร ว่าการตัดสินใจทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีแต่ละฉบับเป็นไปโดยรอบคอบรัดกุมและวางอยู่บนผลประโยชน์ของประชาชนและประเทศอย่างแท้จริง

ข้อสำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ กฎหมายฉบับนี้ต้องกำหนด “สถานะทางกฎหมาย” ของการเปิดเผยข้อมูลและกระบวนการรับฟังความคิดเห็นจากผู้มีส่วนได้เสียนี้ให้มีค่าบังคับ “เป็นกระบวนการทางกฎหมายปกครอง” (Administrative Procedure) กล่าวคือ

(ก) เป็นกระบวนการที่กฎหมายบัญญัติว่าต้องกระทำในกรณีใดบ้าง และกำหนดขั้นตอนวิธีการไว้ชัดเจนว่ารัฐบาลจะต้องดำเนินการรับฟังตามลำดับที่ขั้นตอนและแต่ละขั้นตอนทำอย่างไร ทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ซึ่งบัญญัติถึงกระบวนการต่างๆ ที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการก่อนการออกคำสั่ง ในกรณีที่คำสั่งนั้นจะส่งผลร้ายแก่สิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์ของประชาชนผู้รับคำสั่ง หรือทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542 ซึ่งกำหนดให้คณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทที่ถูกแปรรูปมาจากรัฐวิสาหกิจประเภทองค์การของรัฐ จะต้องทำการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนการประกาศใช้บังคับพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ ประโยชน์ของบริษัทรัฐวิสาหกิจที่ถูกแปรรูปนั้น<sup>180</sup> เป็นต้น

(ข) ในแง่นี้ กระบวนการดังกล่าวจึงเป็นรูปแบบทางกฎหมายที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องครบถ้วนภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด และจะต้องกระทำก่อนการลงนามผูกพันตามความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีฉบับใดๆ มิฉะนั้น จะเกิดผลทางกฎหมายตามมา

<sup>180</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ พ.5/2549 ลงวันที่ 23 มีนาคม พ.ศ.2549 เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา กรณีจัดตั้งบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน)

คือการทำความเข้าใจว่าการค้าเสรี รวมทั้งการออกพระราชบัญญัติอนุวัติการตามสนธิสัญญาฉบับนั้นอาจไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย และไม่อาจใช้บังคับกับประชาชนได้

ภายใต้หลักนิติรัฐ การออกกฎหมายกำหนดให้กระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการทำสนธิสัญญาทางการค้า มีผลให้รัฐบาลต้องถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัด หากไม่ปฏิบัติตามหรือปฏิบัติโดยฝ่าฝืนกระบวนการดังกล่าว อาจมีผลให้สนธิสัญญาทางการค้าฉบับนั้นตกเป็นโมฆะในฐานะที่ปฏิบัติโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม “แบบกระบวนการวิธีพิจารณา” ที่กฎหมายกำหนด (Vice de forme ou Vice de procédure) ในกรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งให้รัฐบาลดำเนินกระบวนการใหม่ให้ถูกต้อง หรือศาลอาจสั่งให้สนธิสัญญาทางการค้าเป็นโมฆะเนื่องจากกระทำโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายได้

การกำหนดให้กระบวนการรับฟังความคิดเห็นฯ เป็น “กระบวนการทางกฎหมายปกครอง” ดังกล่าวนี้นี้ เป็นการยกสถานะการรับฟังความคิดเห็นประชาชนจากที่เป็นเรื่องความสมัครใจของรัฐบาลว่าจะทำหรือไม่ก็ได้ จะทำโดยวิธีใด อย่างไรและเมื่อใดก็ได้ นั้น มาเป็นกระบวนการที่เคร่งครัดถึงวิธีพิจารณาคดีของศาล (quasi-judiciaire) คือมีแบบแผนที่ชัดเจนแน่นอน และอย่างเป็นทางการ

2.3 กำหนดให้รัฐบาลต้องเสนอรายงานผลการรับฟังความคิดเห็นฯ รายงานผลกระทบทางเศรษฐกิจและสังคมที่จะมีต่อประเทศและประชาชน (National Interest Analysis : NIA) และคำแถลงผลกระทบที่จะมีต่อกฎหมายภายในของรัฐ (Regulation Impact Statement : RIS) มาพร้อมกับการเสนอร่างความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีต่อรัฐสภา

การที่ฝ่ายบริหารต้องเสนอผลการศึกษา NIA และ RIS มาพร้อมกับการร่างความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีเป็นการบังคับให้ฝ่ายบริหารต้องพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบถึงผลกระทบทั้งหลายทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมอันจะเกิดขึ้นจากการทำความตกลงฯ เปรียบเทียบกับประโยชน์ที่จะได้รับจากการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีว่ามีความเหมาะสมคุ้มค่า และพิจารณาว่ากฎหมายภายในประเทศที่มีผลบังคับใช้อยู่ในขณะนั้นสามารถรองรับเงื่อนไขของสนธิสัญญาได้อย่างเพียงพอหรือไม่ หรือต้องมีการตรากฎหมายฉบับใหม่ หรือต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเดิมในกรณีที่ไม่สอดคล้องหรือขัดกับความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี

การตรวจสอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติในขั้นตอนนี้ นอกจากจะเป็นการเปิดเผยการทำสนธิสัญญาทางการค้าของฝ่ายบริหารต่อฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ยังเป็นการให้โอกาสแก่รัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนประชาชนในการเปิดอภิปรายให้ข้อเสนอแนะ ข้อสังเกตและข้อคิดเห็นต่างๆ เกี่ยวกับ

การทำความเข้าใจความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีของฝ่ายบริหาร เพื่อให้รัฐบาลชั่งน้ำหนักผลได้ผลเสียอย่างรอบคอบก่อน

2.4 เมื่อการบังคับใช้ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีผ่านไประยะหนึ่ง (เช่น 5-6 ปี) ควรกำหนดให้มีการประเมินผลย้อนหลังโดยหน่วยงานอิสระที่จัดตั้งขึ้น เพื่อพิจารณาเปรียบเทียบผลที่ได้รับหรือที่เกิดขึ้นจากการทำความเข้าใจการค้าเสรีเทียบกับวัตถุประสงค์ของความตกลงฯ (ข้อ 2.1) และกับรายงานผลกระทบทางเศรษฐกิจและสังคมที่จะมีต่อประเทศและประชาชน (NIA) ซึ่งรัฐบาลได้แถลงไว้กับรัฐสภา (ข้อ 2.3) เพื่อสรุปผลได้ผลเสียที่เกิดขึ้นจริงว่าเป็นไปตามที่รัฐบาลแจ้งและคําค่าหรือไม่

ขณะเดียวกัน เมื่อมีการกำหนดให้สนธิสัญญาทางการค้าทุกประเภทต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อน อาจเกิดความไม่คล่องตัวแก่ฝ่ายบริหารในการเจรจาทำความเข้าใจการค้าเสรีกับประเทศต่าง ๆ ซึ่งอาจเป็นเหตุให้ประเทศต้องเสียผลประโยชน์หรือเสียเปรียบในทางการค้าระหว่างประเทศแก่ประเทศอื่น

กรณีเช่นนี้ รัฐธรรมนูญฯ อาจอนุญาตให้รัฐสภาสามารถตราพระราชบัญญัติแบ่งชนิดของสนธิสัญญาทางการค้าและกำหนดกระบวนการทำสนธิสัญญาทางการค้าแต่ละชนิดให้มีความแตกต่างกันไปตามความจำเป็นได้ เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นและเหมาะสมในการทำความตกลงทางการค้าระหว่างประเทศแต่ละชนิด

กฎหมายฉบับนี้ควรกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขและกระบวนการสำคัญๆ ในการทำสนธิสัญญาทางการค้าแต่ละชนิดไว้เป็นกรอบให้รัฐบาลนำไปปฏิบัติงานต่อ เช่น ถ้าสนธิสัญญานั้นเป็นเรื่องที่ได้รับอนุญาตจากฝ่ายนิติบัญญัติไว้ล่วงหน้าแล้ว ดังตัวอย่างสนธิสัญญาจัดอุปสรรคทางภาษีซ้อน หรือเป็นความตกลงที่มีกำหนดเวลาสั้นหรือไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีทางการเงินที่สำคัญ เป็นต้น เช่นนี้อาจกำหนดให้ฝ่ายบริหารดำเนินการไปได้ (ในรูปแบบสนธิสัญญาอย่างย่อหรือข้อตกลงของฝ่ายบริหาร (Executive Agreement)) แล้วรายงานให้รัฐสภาทราบภายหลัง

แต่ถ้าเป็นสนธิสัญญาที่อาจจะก่อผลกระทบในวงกว้าง เช่น เกี่ยวพันกับภาคเศรษฐกิจอย่างสลับซับซ้อนหลายภาคหลายระดับ มีมูลค่าทางเศรษฐกิจสูง ส่งผลกระทบต่อประชาชนและสังคมอย่างกว้างขวาง หรือผูกพันภาระทางการเงินที่สำคัญ ฯลฯ ตัวอย่างเช่น ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีเต็มรูปแบบ (Comprehensive Agreement) การเจรจาตกลงย่อมต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนตั้งแต่ในขั้นตอนการตัดสินใจว่าจะเจรจากับประเทศใด และรัฐบาลนำกลับมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาอีกครั้งหนึ่งเมื่อมีร่างสนธิสัญญาที่เสร็จเรียบร้อยแล้วด้วย

ร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการฯ ซึ่งการยกร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยสนธิสัญญาทางการค้านี้ สามารถนำกฎหมาย Trade Promotion Act 2002 ของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้เป็นแนวทางได้

### 3. การจัดตั้งหน่วยงานของรัฐที่เป็นอิสระและเชี่ยวชาญ และการจัดตั้ง คณะกรรมการของรัฐสภาซึ่งมีความเชี่ยวชาญในการทำสนธิสัญญาทางการค้า

-

จากประสบการณ์ของประเทศที่เป็นกรณีศึกษา การจัดตั้งหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญและเป็นอิสระจากอำนาจบริหาร (Independent Administrative Authority: IAA) ให้เป็นผู้รับผิดชอบโดยตรงในการศึกษาวิจัยและนำเสนอรายงานเกี่ยวกับผลกระทบด้านดีและด้านเสียที่จะเกิดกับเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และสิ่งแวดล้อมของประเทศ การประกอบอาชีพและวิถีการดำรงชีวิตของประชาชน รวมทั้งประโยชน์ที่ประเทศจะได้รับจากการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี (National Interest Analysis Report: NIA) ซึ่งมาจากการศึกษารวบรวมข้อมูลทุกด้าน ตลอดจนการเปิดรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย

นอกจากนี้ หน่วยงานดังกล่าวควรเป็นผู้จัดทำรายงานแสดงผลกระทบเกี่ยวกับกฎหมายภายในของรัฐ (Regulation Impact Statement: RIS) และพันธกรณีอันเนื่องมาจากการทำสนธิสัญญาความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี เสนอต่อรัฐบาลประกอบการตัดสินใจ ทั้งนี้ โดยอาจทำงานร่วมกับสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาด้วยก็ได้

โดยนัยเดียวกันนี้ ในส่วนของรัฐสภาเองก็ควรต้องมีคณะกรรมการสามัญ<sup>181</sup> ซึ่งมีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญา ทำหน้าที่เป็นเครื่องมือให้แก่รัฐสภาในการควบคุมตรวจสอบรัฐบาล นอกจากนี้ รัฐสภาควมจะได้จัดตั้งหน่วยงานที่ทำงานในลักษณะวิชาการและเป็นศูนย์รวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญา เพื่อช่วยเหลือสนับสนุนคณะกรรมการฯ ในการศึกษาวิเคราะห์สนธิสัญญาและรายงานความเห็นในประเด็นต่างๆ ต่อรัฐสภาประกอบการพิจารณาเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบสนธิสัญญาที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตน

คณะผู้วิจัยเห็นว่าหน่วยงานของรัฐที่มีความเชี่ยวชาญและเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารดังกล่าวและคณะกรรมการของฝ่ายนิติบัญญัติ จะทำหน้าที่เป็นมันสมองให้แก่องค์กรอำนาจอธิปไตยทั้งสองแห่งนั้นนอกเหนือไปจากการทำงานของกระทรวงการต่างประเทศและกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์ ทั้งนี้ เพื่อให้การพิจารณาดัดสินใจว่าประเทศไทยควรจะเป็นคู่สัญญาในความตกลงทางการค้าฉบับใดและกับประเทศใด เป็นไปโดยความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องและวางอยู่บนพื้นฐานข้อเท็จจริงของประเทศไทยทั้งของฝ่ายบริหารและฝ่ายผู้แทน

<sup>181</sup> ทำนองเดียวกับ คณะกรรมการร่วมด้านสนธิสัญญาของรัฐสภาออสเตรเลีย (Joint Standing Committee on Treaties หรือ JSOT) ซึ่งเป็นคณะกรรมการร่วมระหว่างสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา และเป็นคณะกรรมการสามัญ

ปวงชน ซึ่งจะเป็นหลักประกันว่าประเทศจะไม่เดินไปสู่ความหายนะทางเศรษฐกิจและสังคม โดยง่าย

#### 4. การจัดทำคู่มือการปฏิบัติงาน (Guideline) ของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ

แม้จะมีกฎหมายว่าด้วยกระบวนการทำสนธิสัญญาทางการค้าแล้ว แต่ปัญหาต่างๆ มักเกิดขึ้นในขั้นตอนการปฏิบัติงานของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติในการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี โดยเฉพาะในขั้นตอนการขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามความตกลงฯ ซึ่งปัญหาดังกล่าวนี้นี้ ประเทศออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ได้แก้ไขโดยการจัดทำคู่มือว่าด้วยการทำความตกลงระหว่างประเทศสำหรับฝ่ายบริหารและ คู่มือว่าด้วยการพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่ฝ่ายบริหารในการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศบางประเภทแก่ฝ่ายนิติบัญญัติ เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนว่าการทำความตกลงระหว่างประเทศได้รับการพิจารณาให้ความเห็นชอบโดยผู้ที่เป็นตัวแทนของประชาชนแล้ว

สำหรับประเทศไทย กระทรวงการต่างประเทศควรจัดทำคู่มือการปฏิบัติงาน (Guideline)<sup>182</sup> ให้แก่กระทรวง ทบวง กรมที่เกี่ยวข้อง เพื่อกำหนดแนวทางการทำสนธิสัญญาฯ แต่ละประเภทให้ถูกต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายและระเบียบของรัฐบาลด้วย นอกจากนี้ ในส่วนของรัฐสภาเอง คณะกรรมาธิการร่วมว่าด้วยการทำสนธิสัญญาของรัฐสภาที่สมควรจัดทำเอกสารคู่มือทำนองเดียวกันนี้ให้แก่สมาชิกรัฐสภา และคณะกรรมาธิการอื่นของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อเป็นกรอบในการทำงานและในการควบคุมตรวจสอบรัฐบาลด้วยเช่นกัน

คู่มือการปฏิบัติงาน (Guideline) ของฝ่ายบริหารและของฝ่ายรัฐสภาอาจมีเนื้อหาที่แตกต่างกันไปได้ตามบทบาทหน้าที่ของแต่ละฝ่าย คู่มือของฝ่ายบริหารควรมีประเด็นหลักๆ ดังนี้

4.1 ประเภทของสนธิสัญญาที่ฝ่ายบริหารทำได้เองโดยลำพังและรูปแบบข้อตกลงของฝ่ายบริหาร (Executive Agreement) และประเภทของสนธิสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 224 ประกอบมาตรา 193 (15) แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540

4.2 กระบวนการเจรจาต่อรองเพื่อทำสนธิสัญญาแต่ละประเภท โดยควรมีเรื่องต่อไปนี้

- ผู้มีอำนาจริเริ่ม/ตัดสินใจเปิดการเจรจา
- คณะผู้แทนการเจรจาและองค์ประกอบของคณะผู้แทนฯ

<sup>182</sup> ทำนองเดียวกับ Treaty Section, Information Management Department, Foreign & Commonwealth Office, TREATIES AND MOUs GUIDANCE ON PRACTICE AND PROCEDURES, Second Edition. April 2000 (Revised May 2004), London, England.

- องค์การผู้มีอำนาจหน้าที่เปิดรับฟังความคิดเห็นจากผู้เกี่ยวข้อง จัดทำรายงานผลกระทบทางเศรษฐกิจและสังคมที่จะมีต่อประเทศและประชาชน (National Interest Analysis : NIA) และคำแถลงผลกระทบที่จะมีต่อกฎหมายภายใน (Regulation Impact Statement : RIS)

- การจัดทำกำหนดการและระยะเวลาที่คาดว่าจะใช้ในการเจรจาทำความตกลงกับรัฐคู่เจรจา ตลอดจนขั้นตอนและระยะเวลาสำหรับการดำเนินงานอื่นๆ ที่จำเป็นต้องทำตามรัฐธรรมนูญ กฎหมายและตามระเบียบของรัฐบาลฯ ฯลฯ เพื่อให้สอดคล้องกับระยะเวลาในการทำสนธิสัญญา เช่น ขั้นตอนการรวบรวมข้อมูล การรับฟังความคิดเห็น การวิเคราะห์ผลกระทบทางเศรษฐกิจและสังคม (NIA) และการศึกษาผลกระทบที่จะมีต่อกฎหมายภายใน (RIS) เป็นต้น

- ในกรณีที่เป็นเรื่องละเอียดอ่อน กำหนดให้มีการรับฟังความคิดเห็นขององค์กรหรือชุมชนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเป็นกรณีพิเศษ

- ผู้มีอำนาจลงนามในสนธิสัญญาแต่ละประเภท

- ในกรณีที่เป็นสนธิสัญญาที่ต้องเสนอต่อรัฐสภา การเสนอเรื่องต่อประธานรัฐสภาเพื่อขอให้รัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบ ควรเสนอเอกสารต่อไปนี้ แนบไปพร้อมกันด้วย

ก) ร่างสนธิสัญญานับสมบูรณ์

ข) คำแถลงของรัฐบาลเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการทำสนธิสัญญาทางการค้าหรือความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี

ค) ร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการฯ (ถ้ามี)

ง) รายงานผลกระทบทางเศรษฐกิจและสังคมที่จะมีต่อประเทศและประชาชน (National Interest Analysis: NIA) และคำแถลงผลกระทบที่จะมีต่อกฎหมายภายใน (Regulation Impact Statement: RIS) จากการทำสนธิสัญญาทางการค้า ตามที่กฎหมายกำหนด

จ) รายงานการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน กลุ่ม องค์กร ฯลฯ ที่เกี่ยวข้อง และรายงานการรับฟังความคิดเห็นเป็นกรณีพิเศษ (ถ้ามี)

ฉ) รายงานความคิดเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ตลอดจนส่วนราชการ/หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง เกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาทางการค้าและพระราชบัญญัติอนุวัติการฯ

- การประกาศใช้สนธิสัญญาในราชกิจจานุเบกษาและวันที่ที่มีผลใช้บังคับ

#### 4.3 กระบวนการจัดทำสนธิสัญญาแบบพหุภาคี

ฯลฯ

สำหรับคู่มือการพิจารณาสนธิสัญญาทางการค้าและสนธิสัญญาอื่นของคณะกรรมการและสมาชิกรัฐสภา ควรมีหลักเกณฑ์การพิจารณาหลักๆ ดังนี้

- การทำสนธิสัญญาเป็นไปโดยโปร่งใส ถูกต้องตามหลักการประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ ตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ กฎหมายและระเบียบของรัฐบาล

- มีการเสนอเอกสารตามรายการในข้อ ข) ถึง ฉ) ข้างต้น มาพร้อมกับร่างสนธิสัญญานับสมบูรณ์

- ในกรณีที่เป็นสนธิสัญญาทางการค้าหรือสนธิสัญญาที่ต้องการความยืดหยุ่น คล่องตัวในการเจรจาต่อรองและการตัดสินใจลงนามผูกพัน รัฐสภาควรมีหลักเกณฑ์ที่มอบให้แก่ รัฐบาลเป็นกรอบในการเจรจาต่อรองและตัดสินใจ

- การตั้งข้อสงวนหรือข้อสังเกตในการทำสนธิสัญญาของรัฐบาล

- ภาระหน้าที่ของรัฐบาลเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญา เช่น พิจารณาร่าง พระราชบัญญัติรองรับสนธิสัญญามีให้ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญและสนธิสัญญาเอง

- การพิจารณาตรวจสอบมิให้กฎหมายฉบับหลังขัดแย้งกับสนธิสัญญาและ พระราชบัญญัติรองรับสนธิสัญญา

- การกำหนดให้สนธิสัญญาและ/หรือพระราชบัญญัติรองรับสนธิสัญญามีผลบังคับใช้

ฯลฯ

ฯลฯ

คณะผู้วิจัยเห็นว่าการจัดทำคู่มือการปฏิบัติงานจะช่วยให้เกิดความชัดเจนแน่นอนในการทำงานมากยิ่งขึ้น เพราะแต่ละฝ่ายจะเข้าใจบทบาทหน้าที่ของตนในกระบวนการทำสนธิสัญญา ทางการค้าได้ถูกต้องแม่นยำยิ่งขึ้น วิธีนี้จะส่งผลทางอ้อมให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพและ ประโยชน์ของประชาชนได้รับการคุ้มครองมากยิ่งขึ้นด้วยเช่นเดียวกับในประเทศ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และสาธารณรัฐฝรั่งเศส ที่เป็นกรณีศึกษา

## เอกสารอ้างอิง

### บทที่ 2

1. FTAdigest, <http://www.ftadigest.com>
2. Principles and Procedures for Commonwealth-State-Territory Consultation on Treaties, Review of the Treaty-Making Process  
<http://www.law.gov.au/agd/Attorney-General/Treaty-Making%20Process.htm#imple>
3. The French Constitution, 1958.
4. The Senate Select Committee on the Free Trade Agreement between Australia and the United States of America, Final Report 2004, Canberra: the Senate Printing Unit, Parliament House, August 2004.
5. The US Constitution of State.
6. Vienna Convention on the Law of Treaty, 1969.
7. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540
8. วรคุณย์ ดุลารักษ์, บทบาทของรัฐสภาออสเตรเลียในการทำความตกลง FTA, โครงการ

### บทที่ 3

1. Australia-Thailand Free Trade Agreement (Canberra, 5 July 2004) [2004] ATNIA 10, Australia-Thailand Free Trade Agreement,  
<http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/nia/2004/5.html>
2. Bilateral Treaty Criteria: [www.mfat.govt.nz/support/legal/treaties/treatytabling.html](http://www.mfat.govt.nz/support/legal/treaties/treatytabling.html)
3. Circulaire du 21 Novembre 1995 relative à l'expérimentation d'une étude d'impact accompagnant les projets de loi et de décret en Conseil d'Etat, publiée au Journal Officiel du 1er Decembre 1995.
4. Circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux.
5. Georges VEDEL, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, Réédition Guy CARCASSONNE et Olivier DUHAMEL, Paris : Dalloz, 2002.
6. Greater Transparency for Treaty-Making Process,  
<http://www.australianpolitics.com/news/2002/08/02-08-20.html>
7. René CHAPUS, Droit administratif général : Tome I, 15ème édition, Paris : Montchrestien, 2001.

8. Southcott, Australia Practices of Treaty Making,  
[http://www.cdi.anu.edu.au/indonesia\\_downloads/IndoTreaties\\_Southcott%20paper.pdf](http://www.cdi.anu.edu.au/indonesia_downloads/IndoTreaties_Southcott%20paper.pdf).
9. Thailand Development and Research Institute (TDRI), A Study on the Impacts of Thailand-US Free Trade Agreement, เสนอต่อ Thailand-US Business Council, American Chamber of Commerce and US-ASEAN Business Council, october 2003.
10. The Cabinet Manual, Presentation of International Treaties to the House, Australia.
11. The French Constitution, 1958.
12. The International Law: The Treaty-Making Process,  
<http://homepage.gallaudet.edu/David.Penna/Trtymake.htm>
13. The Parliament of Australia, The Standing Orders 2003.
14. The US Constitution of State.
15. Vienna Convention on the Law of Treaty, 1969.
16. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 33/2543 วันที่ 7 กันยายน พ.ศ.2543 เรื่องอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 224 วรรคสอง หรือไม่
17. จตุรนต์ ธิระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, กรุงเทพฯ, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.
18. จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพฯ สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.
19. นพนิติ สุริยะ, “หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ : ความหมายและทางปฏิบัติของไทย”, วารสารนิติศาสตร์ 28, ฉบับที่ 2, มิถุนายน 2541.
20. นพนิติ สุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพฯ สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.
21. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย”, ใน คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, กรุงเทพฯ สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543.
22. ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ : สนธิสัญญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544.
23. รัสสรรค์ ธนะพรพันธุ์ บรรณาธิการ, รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง “ข้อตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย : รายงานและบทวิเคราะห์”, เอกสารหมายเลข 12, โครงการ WTO Watch (จับกระแสองค์การการค้าโลก), กรุงเทพฯ, 2549.

24. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540
25. สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI), รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง “การศึกษาผลกระทบและแนวทางการปรับตัวของ SMEs ไทยต่อการทำข้อตกลงการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา”, เสนอต่อ สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (สสว.), 2548.

#### บทที่ 4

1. A New Zealand Guide to International Law and its Sources: New Zealand Law Commission R 34.
2. Décret n° 53-192 ลงวันที่ 14 มีนาคม ค.ศ.1953
3. Décret n° 86-707 ลงวันที่ 11 เมษายน ค.ศ.1986
4. Georges VEDEL, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, Réédition Guy CARCASSONNE et Olivier DUHAMEL, Paris : Dalloz, 2002.
5. Kirgis, International Agreements and U.S. Law, <http://www.asil.org/insights/insigh10.htm>
6. The French Constitution, 1958.
7. จตุรนต์ ธีระวัฒน์, “กระบวนการทำสนธิสัญญาและการปรับใช้สนธิสัญญาในทางปฏิบัติของประเทศไทย” ในวารสารนิติศาสตร์ 26, ฉบับที่ 3, กันยายน 2539.
8. บรรณา วังวิวัฒน์, “กระบวนการจัดทำสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศ: ทางปฏิบัติของประเทศไทย”, ในวารสารอัยการ, 2534.
9. มนตรี กิตติวัชชัย, “การจัดทำสนธิสัญญาของประเทศไทย”, ใน Web site กระทรวงการต่างประเทศ 21 พฤศจิกายน พ.ศ.2546.
10. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540

#### บทที่ 5

1. Foreign and Commonwealth Office, Evidence to The Royal Commission on The Reform of The House of Lords: Approval of Treaties, August 1999, London, England.
2. Foreign and Commonwealth Office, Treaty Section, Information Management Department, TREATIES AND Mous GUIDANCE ON PRACTICE AND PROCEDURES, Second Edition. April 2000 (Revised May 2004), London, England.
3. The Senate Select Committee on the Free Trade Agreement between Australia and the United States of America, Final Report 2004, August 2004. Australia.

4. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ พ.5/2549 ลงวันที่วันที่ 23 มีนาคม พ.ศ.2549 เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา กรณีจัดตั้งบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน)
5. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540