



รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์

กลไกในการตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในการเจรจาความตกลง
การค้าเสรี

(โครงการ “การมีส่วนร่วมของประชาชนและ
กลไกในการลดผลกระทบด้านลบจากการทำความตกลงการค้าเสรี”)

เสนอต่อ

สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.)

โดย

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และชาติชาย เชษฐสุขมน

กันยายน 2549



รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์

กลไกในการตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในการเจรจาความตกลง
การค้าเสรี

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 (Expression of Consent to be bound)	20
3.1.9 การจดทะเบียนสนธิสัญญากับสหประชาชาติ	22
3.1.10 การจดทะเบียนสนธิสัญญากับสหประชาชาติ	24

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

บทที่ 1 บทนำ

1.1 หลักการและเหตุผล

รัฐบาลไทยมีนโยบายอย่างชัดเจนในการเปิดการเจรจาความตกลงการค้าเสรีในระดับทวิภาคีกับประเทศต่างๆ โดยในปัจจุบัน ประเทศไทยกำลังอยู่ในระหว่างการเจรจาเพื่อเปิดเสรีทางการค้าในระดับทวิภาคีกับประเทศต่างๆ หลายประเทศ เช่น จีน ออสเตรเลีย อินเดีย ญี่ปุ่น สหรัฐ เป루 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. เพื่อศึกษาทางเลือกในการออกกฎหมายรองรับการทำความตกลงการค้าเสรี ที่จะมีผลสอดคล้องต่อความคล่องตัวของฝ่ายบริหาร 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 แม้ว่าจะเรียกชื่อว่าเป็นความตกลงระหว่างประเทศก็ตาม¹ ดังนั้น การทำสนธิสัญญาหรือความตกลงฯ ในลักษณะนี้จึงอยู่ภายใต้กรอบของการทำสนธิสัญญาโดยทั่วไปของรัฐ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศโดยรวม และเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจและส่วนได้เสียทางธุรกิจของเอกชนฝ่ายต่างๆ ในวงกว้าง การทำสนธิสัญญาประเภทนี้จึงควรต้องให้ความสนใจเป็นพิเศษ และต้องได้รับการพิจารณาให้ความเห็นจากฝ่ายที่มีส่วนได้เสียอย่างรอบคอบละเอียดถี่ถ้วนก่อนการทำความตกลง

¹ 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

ดร. เตือนเด่น นิคมบริรักษ์

ดร. วรวรรณ ชาญด้วยวิทย์

ดร. จันทจิรา เอี่ยมมยุรา

ดร. ชาดิชาย เชษฐสุนน

นายธราธร รัตนนฤมิตร

นายวรตุลย์ ตูลารักษ์

นายพัชณยุทธ์ ศานติยานนท์

น.ส. สรนา บุญบรรลุ

น.ส. สุวิมล พักทอง

นายณัฐวุฒิ ลักษณะปาญญากุล

นายวรพงษ์ สงวนจิตร

หัวหน้านักวิจัย

นักวิจัยด้านเศรษฐศาสตร์การค้าระหว่างประเทศ

นักวิจัยด้านเศรษฐศาสตร์แรงงานและสวัสดิการสังคม

นักวิจัยด้านกฎหมายมหาชน

นักวิจัยด้านกฎหมายมหาชน

ผู้ช่วยนักวิจัย

ผู้ช่วยนักวิจัย

ผู้ช่วยนักวิจัย

ผู้ช่วยนักวิจัย

ผู้ช่วยนักวิจัย

ผู้บริหารเว็บไซต์

ผู้บริหารเว็บไซต์

บทที่ 2 องค์การที่มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี

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

ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี (FTA) คืออะไร²

โดยหลักทั่วไป ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีคือข้อตกลงทวิภาคีระหว่างรัฐสองรัฐโดยมีวัตถุประสงค์หลักในการเปิดตลาดการค้าสินค้าและบริการระหว่างกันอย่างกว้างขวาง เพื่อให้สินค้าและบริการของรัฐคู่สัญญาแต่ละฝ่ายสามารถเข้าถึงตลาดภายในของรัฐคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยหลักการนี้รัฐคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องมีนโยบายไม่แทรกแซงทางการค้าและให้ความช่วยเหลือแก่ภาคธุรกิจของตน ตามปกติความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีจะกำหนดเกี่ยวกับเรื่องต่อไปนี้

- การขจัดหรือลดอุปสรรคทางการค้าทั้งปวง รวมถึงการขจัดหรือลดภาษีศุลกากรและโควตาสินค้านำเข้าจากรัฐคู่สัญญา
- การขจัดหรือผ่อนคลายอุปสรรคทางการค้าซึ่งมิใช่ภาษีหรือซึ่งเป็นอุปสรรคแอบแฝง ตัวอย่างเช่น การที่รัฐมีกฎหมายด้วยสุขอนามัยหรือมาตรฐานสินค้า 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

² 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.

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

ข้อกำหนดของ WTO ดังกล่าวเป็นการยอมรับว่ารัฐต่าง ๆ ควรมีสติธิในการขยายเสรีภาพทางการค้าของตนโดยการกระชับความสัมพันธ์กับรัฐสมาชิกอื่นให้แน่นแฟ้นและทำความเข้าใจว่าด้วยเขตการค้าเสรีระหว่างกัน 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 ซึ่งถ้าไม่พยายามก็ไม่มีโอกาสประสบความสำเร็จ⁴

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 และสิ่งแวดล้อม⁵

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

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

⁵ 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 เป็นต้น⁶

องค์กรที่มีอำนาจในการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี

การกำหนดว่าองค์กรใดมีอำนาจในการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีเป็นไปตามรัฐธรรมนูญของประเทศและเป็นเรื่องภายในของแต่ละประเทศที่จะกำหนดได้เอง กฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดไว้แต่อย่างใด กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดแต่เพียงว่า องค์กรที่เป็นตัวแทนของประเทศนั้นต้องเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญาอย่างแท้จริง ซึ่งอาจเป็นองค์กรที่มีอำนาจโดยตำแหน่งหรือโดยการได้รับมอบอำนาจจากผู้มีตำแหน่งให้ทำสนธิสัญญาในนามของประเทศก็ได้

โดยหลักทั่วไปรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ฝ่ายบริหารของแต่ละประเทศเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญาซึ่งรวมถึงการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี แต่อาจมีเงื่อนไขในกรณีของการทำสนธิสัญญา หรือความตกลงฯ บางประเภทที่ต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ ก่อนที่จะแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา ทั้งนี้ เพื่อให้มีการตรวจสอบกลั่นกรองก่อนที่ฝ่ายบริหารจะนำประเทศเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา ตัวอย่างเช่น การทำสนธิสัญญาทางการค้า หรือสนธิสัญญาซึ่งมีบทแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าโดยหลักการฝ่ายบริหารของแต่ละประเทศจะเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญา แต่เนื่องจากประเทศต่างๆ มีระบอบการปกครองที่แตกต่างกัน ดังนั้น

⁶ เพิ่งอ้าง.

อำนาจขององค์กรฝ่ายบริหารซึ่งมีอำนาจในการทำสนธิสัญญาจึงแตกต่างกันในรายละเอียดด้วย ในรายงานการศึกษาฉบับนี้ คณะผู้วิจัยได้คัดเลือกประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และฝรั่งเศส⁷ เป็นแบบในการศึกษาเรื่องการทำสนธิสัญญา ทั้งนี้ เพื่อให้ได้รูปแบบและกระบวนการที่เหมาะสมในการทำสนธิสัญญาสำหรับประเทศไทย

2.1 องค์กรที่มีอำนาจในการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี: สหรัฐอเมริกา

ภายใต้รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น การทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลของสหพันธรัฐ⁸ มลรัฐต่างๆ ไม่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญากับต่างประเทศ (No State shall, without the consent of Congress, ... enter into any agreement or compact with another state, or with a foreign power)⁹ อย่างไรก็ตาม การตีความในทางปฏิบัติของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น หมายความว่า มลรัฐต่างๆ ของสหรัฐอเมริกาไม่สามารถทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการเมืองหรือความมั่นคงของรัฐกับประเทศอื่นๆ แต่ยังคงสามารถทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศทางด้านเศรษฐกิจและวัฒนธรรมได้¹⁰ เช่น การที่มลรัฐเวอร์จิเนีย หรือเมืองบัลติมอร์ หรือเมืองมอนโกโมรีทำสนธิสัญญากับประเทศฝรั่งเศส ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้จำกัดการทำสนธิสัญญาในลักษณะนี้ แต่โดยทั่วไปแล้วรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศได้จำกัดไว้

2.2 องค์กรที่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญา: ออสเตรเลีย

รัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรเลียกำหนดเรื่องอำนาจบริหาร¹¹ (The Executive Power) ไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นอำนาจของสมเด็จพระราชินี (แห่งสหราชอาณาจักรอังกฤษ) โดยให้ The Governor-General ผู้เป็นตัวแทนของพระราชินีแห่งอังกฤษ เป็นผู้ใช้อำนาจอ้างกล่าว ซึ่งอำนาจอ้างบริหารนี้รวมถึงอำนาจในการบริหาร การปกครอง และการกำกับดูแลตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายอื่นๆ ของประเทศ ดังนั้น ฝ่ายบริหารจึงเป็นองค์กรหลักที่รับผิดชอบเรื่องการทำ

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

⁸ The US Constitution of State, Art. II, sec. 2, para. 2 President Power

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

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

¹¹ 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)¹² ทำหน้าที่ให้คำแนะนำแก่ The Governor-General

อย่างไรก็ตาม ออสเตรเลียเป็นประเทศที่ปกครองในระบอบสาธารณรัฐที่มีรัฐ (States)¹³ หรือเขตปกครอง (Territory)¹⁴ ไม่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ¹⁵ เมื่อสหพันธรัฐจะทำสนธิสัญญาใดๆ จึงต้องคำนึงถึงมลรัฐและเขตปกครอง (States and Territories) ด้วย โดยเฉพาะในกรณีการทำสนธิสัญญาที่มีผลกระทบหรือมีความสำคัญต่อมลรัฐและเขตปกครอง¹⁶

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) ก่อนที่ฝ่ายบริหารจะแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา¹⁷

ในกรณีที่เป็นสนธิสัญญาทวิภาคีที่ไม่สำคัญ (Minor Bilateral Treaty) คณะรัฐมนตรีสามารถแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศได้ โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อน ทั้งนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและการค้า

¹² 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.

¹³ ได้แก่ New South Wales, Victoria, Queensland, South Australia, Western Australia และ Tasmania

¹⁴ ได้แก่ Australia Capital Territory และ Northern Territory

¹⁵ ประเทศที่ปกครองในระบอบสหพันธรัฐ ที่มีอำนาจ (จำกัด) ในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ ได้แก่ สหพันธรัฐสาธารณรัฐเยอรมัน ออสเตรเลีย และ สวิสเซอร์แลนด์ ส่วนประเทศที่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญา ได้แก่ ออสเตรเลีย บราซิล เม็กซิโก แคนาดา ไนจีเรีย และ สหรัฐอเมริกา

¹⁶ 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>

¹⁷ Guideline 2002.

(Minister of Foreign Affairs and Trade) จะเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาว่าสนธิสัญญาทวิภาคีใดเป็น เรื่องที่สำคัญ (signification) ที่จะเสนอเพื่อขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่¹⁸

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 53¹⁹ บัญญัติให้ประธานาธิบดีฝรั่งเศสเป็นผู้มีอำนาจทำการเจรจา โดยที่ประธานาธิบดีสามารถแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ หรือบุคคลใดๆ ให้เป็นผู้แทนของรัฐในการไปเจรจาทำความตกลงกับประเทศหนึ่งประเทศใดได้

นอกจากนี้ ในกรณีที่ความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นสนธิสัญญาทางการค้าและต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ประธานาธิบดียังเป็นผู้มีอำนาจลงนามผูกพันรวมทั้งเป็นผู้ให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาทางการค้านั้นเมื่อรัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบแล้วด้วย ทั้งนี้ โดยมีนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องเป็นผู้ลงนามรับรองในฐานะผู้ที่รับผิดชอบในการยกร่างสนธิสัญญาฯ หรือรับผิดชอบในการปฏิบัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาฯ แล้วแต่กรณี ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับการลงนามสนองพระบรมราชโองการของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี ในระบบกฎหมายไทย

กรณีที่ความตกลงระหว่างประเทศนั้นมิใช่สนธิสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อน รัฐธรรมนูญ มาตรา 52 วรรคสอง บัญญัติให้รัฐบาลรายงานต่อประธานาธิบดีเพื่อทราบถึงเนื้อหาของความตกลงและผลการเจรจา ในการนี้ประธานาธิบดีมีอำนาจให้คำปรึกษาแนะนำ คำเตือนหรือข้อเสนอแนะใดๆ ที่จะป็นประโยชน์แก่รัฐบาลเป็นการภายในโดยไม่จำต้อง

¹⁸ ข้อสังเกต องค์กรที่จะพิจารณาว่าสนธิสัญญาทวิภาคีฉบับใดมีความสำคัญและต้องเสนอต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบนั้นยังคงเป็นองค์กรของฝ่ายบริหาร

¹⁹ 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 ถวายคำแนะนำและลงนามสนองพระบรมราชโองการ²⁰ 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

²⁰ 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 อย่างไรก็ตามขั้นตอนที่งานวิจัยนี้จะให้ความสำคัญเป็นพิเศษได้แก่ขั้นตอนภายในรัฐเนื่องจากเป็นส่วนที่เปิดโอกาสให้ฝ่ายนิติบัญญัติและประชาชนมีส่วนร่วมด้วยฝ่ายบริหารในการทำสนธิสัญญาได้ และในขณะเดียวกันก็เป็นขั้นตอนที่รัฐสภาและสังคมอาจควบคุมตรวจสอบการทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหารให้เป็นไปโดยถูกต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย และชอบด้วยประโยชน์ของมหาชน

แม้ว่ากระบวนการภายในของแต่ละประเทศในการทำสนธิสัญญาจะมีความแตกต่างกันในรายละเอียด แต่โดยทั่วไปแล้ว การทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเกือบทุกประเภทมีขั้นตอนในการทำที่ไม่แตกต่างกันมากนัก ไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาทั่วไปหรือความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี ซึ่งสามารถแบ่งขั้นตอนสำคัญๆ ในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศได้ 10 ขั้นตอน²¹ ดังนี้

²¹ 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) ของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้ประธานาธิบดีปรึกษาหารือกับสภาคองเกรส (Congress) ในประเด็นสำคัญๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการค้า

3.1.3 การเจรจา (Negotiation)

ขั้นตอนการเจรจาเป็นขั้นตอนภายนอกประเทศ เป็นการเปิดโอกาสให้ประเทศคู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้เจรจาทอรองและตกลงกันในเรื่องที่เห็นว่าจะเกิดประโยชน์แก่ประเทศ หรือจะยอมเสียประโยชน์บางประการเพื่อให้ได้รับประโยชน์ที่เห็นว่าจะสำคัญกว่าแก่ประเทศ การเจรจาดกกลงระหว่างประเทศนั้นมีข้อจำกัดในเรื่องวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาหรือความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีด้วยว่า จะต้องไม่ขัดต่อกฎหมายบังคับเด็ดขาด (jus cogens)²² หรือที่กฎหมายภายในเรียกว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

สำหรับสนธิสัญญาทางการค้า ในขั้นตอนการเจรจានี้รัฐบาลควรมีข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่เจรจาสมบูรณ์ที่สุด และรู้จักอ่อนจุดแข็งของประเทศตนเป็นอย่างดี โดยเหตุนี้กฎหมายของหลายประเทศเช่นออสเตรเลียจึงกำหนดให้คณะผู้แทนการเจรจาต้องแสวงหาข้อมูลข้อเท็จจริงในเรื่องที่เจรจาควคู่กันไปกับการเจรจาทอรองด้วย โดยกำหนดให้ต้องปรึกษาหารือหน่วยงานสำคัญ 2 กลุ่ม ได้แก่ หน่วยงานภาครัฐซึ่งประกอบด้วยคณะกรรมการสนธิสัญญา (Treaties Council : TSC) และคณะกรรมการร่วมสามฝ่าย (The Commonwealth-State-Territory Standing Committee on Treaties : SCOT) กลุ่มหนึ่ง อีกกลุ่มหนึ่งได้แก่กลุ่มอุตสาหกรรม กลุ่มผลประโยชน์และองค์กรภาคประชาชน เพื่อให้กลุ่มหลังนี้ได้รับทราบการตัดสินใจของรัฐบาลรับทราบข้อมูล และในทางกลับกันมีโอกาสดังปัญหาของภาคเอกชนให้รัฐบาลทราบด้วย²³

3.1.4 การวางโครงการร่าง (Drafting)

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

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

²³ ดูกระบวนการทำความเข้าใจความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีของประเทศออสเตรเลีย ในข้อ 3.2.2 ข้างหลัง

3.1.5 การยอมรับ (Adoption)²⁴

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

3.1.6 การรับรองความถูกต้องแท้จริง (Authentication)

การรับรองความถูกต้องของสนธิสัญญา (Authentication) เป็นขั้นตอนภายนอก รัฐคู่เจรจาส่งท้ายร่างสุดท้ายของสนธิสัญญาว่ามีข้อความรายละเอียดตรงตามเจตนารมณ์ของแต่ละฝ่ายทุกประการหรือไม่ ขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอนสุดท้ายที่รัฐคู่เจรจาจะได้ตรวจสอบร่างสนธิสัญญาก่อนที่จะมีการลงนามรับรองสนธิสัญญาโดยรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศหรือผู้ได้รับมอบอำนาจจากรัฐ

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

²⁴ 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.

²⁵ 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 224²⁶ ได้จำแนกประเภทของสนธิสัญญาที่ฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีจะต้อง ขอความเห็นชอบจากรัฐสภาเป็น 3 ประเภท ซึ่งในกรณีนี้รัฐสภาจะพิจารณาร่วมกันทั้งสองสภา ตามมาตรา 193 (15)²⁷ แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ดังนี้

- (1) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย
- (2) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ และ

²⁶ มาตรา 224 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือ สัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตาม สัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา”

²⁷ 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 เช่นประเทศฝรั่งเศส²⁸ หรือบางประเทศ เช่น ออสเตรเลีย รัฐธรรมนูญบัญญัติแต่เพียงว่าสนธิสัญญาพหุภาคีและสนธิสัญญาทวิภาคีที่สำคัญ (Major Bilateral Treaty) ฝ่ายบริหารต้องเสนอต่อรัฐสภาก่อนที่จะแสดงเจตนาเข้าผูกพัน ในกรณีเช่นนี้องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ตีความเบื้องต้นได้แก่รัฐบาล แต่ก็ควรมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของประเทศด้วยว่ากรณีที่มีข้อโต้แย้งระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภาเกี่ยวกับปัญหาการตีความประเด็นดังกล่าว องค์กรใดจะเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาด

²⁸ ได้แก่

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

ด้วย

- สนธิสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับองค์การระหว่างประเทศ
- สนธิสัญญาซึ่งมีผลผูกพันการเงินการคลังของประเทศ
- สนธิสัญญาซึ่งมีบทแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย (รับบัญญัติ) 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)²⁹

3.1.8 การให้ความยินยอมที่จะผูกพันตามความตกลง (Expression of Consent to be Bound)³⁰

ขั้นตอนนี้เป็นกระบวนการภายนอก รัฐในกรณีที่ทำสนธิสัญญาไม่จำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ฝ่ายบริหารสามารถแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาหรือความตกลงฯ ในขั้นตอนนี้ได้เอง เพราะถือเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหาร แต่ถ้าเป็นสนธิสัญญาประเภทที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อน ฝ่ายบริหารย่อมต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อนแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาหรือความตกลงฯ ในกรณีหลังนี้ถือว่าอำนาจการตัดสินใจสุดท้ายเป็นของรัฐสภา อย่างไรก็ตาม กฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้เข้ามากำหนดรายละเอียดในขั้นตอนนี้ให้ แต่ละประเทศสามารถกำหนดเงื่อนไขและกระบวนการภายในของตนได้เอง การที่ฝ่ายบริหารจะทำตามขั้นตอน เงื่อนไขหรือกระบวนการหรือไม่นั้นเป็นเรื่องระดับภายในประเทศ แต่กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในที่นี้ได้แก่อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ.1969 ได้กำหนดว่า เมื่อประเทศคู่สัญญาได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาแล้ว จะยกเอาความไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายภายในมาเป็นข้ออ้างกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อปฏิเสธการปฏิบัติตามสนธิสัญญาไม่ได้³¹

สำหรับวิธีการหรือรูปแบบในการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศนั้น เป็นไปตามที่ประเทศคู่สัญญาจะได้ตกลงกัน เช่น ผู้แทนที่ได้รับอำนาจเต็ม

²⁹ René CHAPUS, Droit administratif général : Tome I, 15^{ème} édition, Paris : Montchrestien, 2001, p.938-939.

³⁰ 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.

³¹ Vienna Convention 1969, Art. 27

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

เมื่อได้แสดงเจตนาให้ความยินยอมที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาหรือความตกลงฯ แล้ว สนธิสัญญาย่อมมีผลผูกพันคู่กรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศนับแต่เวลาที่คู่สัญญาจะได้กำหนด

³² 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.

³³ 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.

³⁴ 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.

³⁵ 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 ในกระบวนการทำสนธิสัญญาบางประเภทที่เห็นว่ามีสำคัญ

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 รัฐคู่สัญญาไม่สามารถใช้อันยันในศาลเมื่อมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นระหว่างกัน

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

แม้ว่าการทำสนธิสัญญาโดยทั่วไปของสหรัฐอเมริกามีกระบวนการที่ไม่แตกต่างจากกระบวนการทำสนธิสัญญาของประเทศอื่นมากมายนัก³⁶ 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)

³⁶ 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 โดยคำแนะนำและความเห็นชอบของสภาสูง³⁷ หรือสนธิสัญญาที่มีสถานะเทียบเท่ากับกฎหมายของสหพันธรัฐ

กระบวนการในการทำสนธิสัญญา มีขั้นตอนที่สำคัญ ดังนี้

(1) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (Secretary of State) เป็นผู้มีส่วนในการเจรจา โดย Department of State จะส่งบัญชีสนธิสัญญาสำคัญๆ ที่จะเจรจากับเวลาที่กำหนดต่อคณะกรรมการความสัมพันธ์ต่างประเทศ 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) เมื่อประเทศคู่เจรจาเห็นตรงกันในเนื้อหาและวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา จึงจัดให้มีการลงนามโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐและผู้แทนของประเทศคู่สัญญา การลงนามในขั้นตอนนี้ยังไม่ถือเป็นการสร้างความผูกพันหรือเป็นการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา เป็นเพียงการลงนามรับรองความถูกต้องและยอมรับว่าสนธิสัญญาที่ลงนามนั้นเป็นไปตามที่ได้ตกลงกัน³⁸

(4) ประธานาธิบดีนำเสนอสนธิสัญญาเสนอต่อวุฒิสภา ในกรณีนี้กระบวนการทำสนธิสัญญาดำเนินต่อไปตามข้อ (5) หากประธานาธิบดีไม่นำสนธิสัญญาเสนอต่อวุฒิสภา ถือเป็นการสิ้นสุดกระบวนการ

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

³⁷ Art. 2 sec. 2 clause 2 of the Constitution

³⁸ 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 ของวุฒิสภาที่เข้าประชุมแล้ว³⁹ 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

³⁹ 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

ร่างกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการค้า⁴⁰ ผ่านความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาประกาศเป็นกฎหมายเมื่อวันที่ 6 สิงหาคม ค.ศ. 2002 เพื่อวางกรอบในการทำ Bipartisan Trade Agreement กฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีในการใช้อำนาจบริหารในการเจรจาความตกลงทางการค้า⁴¹ โดยการปรึกษากับสภาองเกรส (Congress)

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

- 1) วัตถุประสงค์ในการเจรจาการค้า
- 2) อำนาจในการทำความตกลงทางการค้า

⁴⁰ 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

⁴¹ 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 กำหนดวัตถุประสงค์ในการเจรจาการค้า⁴² หลักการในการเจรจาการค้าเฉพาะด้าน⁴³ เพื่อเป็นแนวทางในการเจรจาการค้ากับประเทศอื่นและการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้กรอบของความตกลงรอบอุรุกวัย การกำหนดแนวทางแก่ประธานาธิบดีในการเจรจาการค้าเพื่อรักษาความสามารถในการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐในเวทีเศรษฐกิจระหว่างประเทศ⁴⁴ โดยเฉพาะในกรอบขององค์การการค้าโลก (World Trade Organisation) และองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labor Organisation)

ในมาตรานี้ยังได้กำหนดถึงกระบวนการขอคำปรึกษา⁴⁵ ที่ผู้แทนการเจรจาการค้าของสหรัฐอเมริกาต้องขอคำปรึกษาจากสภาองเกรส โดยคำนึงถึงความเหมาะสมด้านเวลาและสถานการณ์ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเรื่องที่จะขอคำปรึกษาด้วย เช่น การเจรจาเรื่องสินค้าเกษตรต้องขอคำปรึกษาก่อนเริ่มการเจรจา นอกจากนี้ วัตถุประสงค์ของการเจรจาทางการค้ายังคำนึงถึงการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ความตกลงรอบอุรุกวัยด้วย⁴⁶

⁴² Sec. 2102 (a) Trade Negotiating Objectives

⁴³ 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)

⁴⁴ Sec. 2102 (c) Promotion of Certain Priorities

⁴⁵ Sec. 2102 (d) Consultation

⁴⁶ Sec. 2102 (e) Adherence to Obligations under Uruguay Round Agreement

อำนาจในการทำความตกลงทางการค้า (Trade Agreement Authority)

ในเรื่องอำนาจของประธานาธิบดีในการทำความตกลงทางการค้าระหว่างประเทศ⁴⁷ (Trade Agreement Authority) เป็นการกำหนดกรอบอำนาจในการทำความตกลงทางการค้าแก่ประธานาธิบดีใน 4 เรื่อง ดังนี้

- 1) อำนาจในการทำความตกลงเกี่ยวกับอุปสรรคทางภาษีศุลกากร (Agreement Regarding Tariff Barriers)⁴⁸
- 2) อำนาจในการทำความตกลงเกี่ยวกับอุปสรรคทางภาษีศุลกากรและไม่ใช่ภาษีศุลกากร (Agreements Regarding Tariff and Non Tariff Barriers)⁴⁹
- 3) Extension Disapproval Process for Congressional Trade Authorities Procedures⁵⁰
- 4) การริเริ่มการเจรจาการค้า (Commencement of Negotiations)⁵¹

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)⁵² และประธานาธิบดีสามารถออกประกาศ

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

⁴⁷ Sec. 2103 Trade Agreements Authority

⁴⁸ Sec. 2103 (a) Agreements Regarding Tariff Barriers

⁴⁹ Sec. 2103 (b) Agreement Regarding Tariff and Non-tariff Barriers

⁵⁰ Sec. 2103 (c) Extension Disapproval Process for Congress Trade Authorities Procedures

⁵¹ Sec. 2103 (d) Commencement of Negotiations

⁵² มาตรา 2103 (c) Subsection C

(ข) คงไว้ซึ่งสภาพการปลอดภาษีหรือทางปฏิบัติด้านศุลกากรที่ใช้บังคับอยู่
(ค) เพิ่มภาษี เมื่อเห็นว่าเป็นเรื่องจำเป็นและเหมาะสมในการทำให้ความตกลง
ทางการค้าระหว่างประเทศบรรลุผล

ทั้งนี้ ประธานาธิบดีมีหน้าที่แจ้งให้สภาคองเกรสทราบถึงเจตนาที่จะเข้าทำความตกลง
ทางการค้า

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

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

⁵³ Sec. 2103 (a) (2) Limitations กฎหมายฉบับนี้กำหนดข้อจำกัดบางประการแก่ประธานาธิบดีในการออกประกาศ ดังนี้

1. การประกาศลดอัตราภาษีใดๆ ที่มีอยู่ในวันที่กฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้ให้เหลือน้อยกว่าร้อยละ 50 ทั้งนี้ ไม่รวม
สินค้าที่มีอัตราเรียกเก็บภาษีไม่เกินร้อยละ 5 ในวันที่กฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้

2. การประกาศลดอัตราภาษีต่ำกว่าอัตราที่กำหนดในการนำเข้าสินค้าเกษตรอ่อนไหว ตามความตกลงฯ ในการเจรจา
รอบอูรุกวัย

3. การประกาศเพิ่มอัตราภาษีข้างต้น ในอัตราที่สูงกว่าอัตราที่กำหนดไว้ในวันที่กฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ Section 2103 (a) (5)

⁵⁷ 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)⁵⁸

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

อำนาจในการทำความตกลงเกี่ยวกับอุปสรรคทางภาษี และไม่ใช้ภาษีศุลกากร (Agreements Regarding Tariff and Non Tariff Barriers)

กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดหลักการทั่วไปและเงื่อนไขว่าด้วยการใช้อำนาจของประธานาธิบดี ในการทำความตกลงเกี่ยวกับอุปสรรคที่ไม่ใช่ภาษีศุลกากร ดังนี้

เมื่อประธานาธิบดีเห็นว่าภาษีที่มีอยู่ หรือข้อจำกัดการนำเข้าสินค้าของต่างประเทศหรือของสหรัฐอเมริกา อุปสรรคทางการค้าอื่นๆ การบิดเบือนทางการค้า หรือกรณีการค้าระหว่างประเทศก่อให้เกิดภาระมากเกินไปหรือเกิดข้อจำกัดทางการค้ากับต่างประเทศของสหรัฐ หรือก่อให้เกิดผลเสียต่อเศรษฐกิจของประเทศ⁶⁰ ประธานาธิบดีสามารถเจรจาตกลงกับต่างประเทศในการขจัดอุปสรรค ข้อจำกัดหรือการบิดเบือนทางการค้า เพื่อกำหนดวัตถุประสงค์ นโยบาย เป้าหมายและสิทธิพิเศษต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการลดหรือยกเลิกภาษี การจัดการควบคุม อุปสรรค การบิดเบือนทางการค้าต่างๆ รวมถึงการห้ามสร้างข้อจำกัดที่จะเป็นอุปสรรคหรือบิดเบือนทางการค้าอื่นๆ⁶¹

กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้ประธานาธิบดีสามารถเข้าร่วมทำความตกลงทางการค้าระหว่างประเทศก่อนวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2548 หรือ วันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2550⁶² ตามเงื่อนไขว่าด้วยวัตถุประสงค์ในการเจรจาการค้า (มาตรา 2102 (a)) และหลักการในการเจรจาการค้า (มาตรา 2102 (b)) ทั้งนี้ ประธานาธิบดีต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในเรื่องการปรึกษาและการประเมิน (มาตรา 2104 Consultations and Assessment)⁶³

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

⁵⁸ Section 2103 (a) (6)

⁵⁹ Section 2103 (a) (7)

⁶⁰ Section 2103 (b) (1) (A)

⁶¹ Section 2103 (b) (1) (B)

⁶² Section 2103 (b) (1) (C)

⁶³ Section 2103 (b) (2)

Authorities Procedures) มาปรับใช้กับร่างกฎหมายของสภาสองเกรสที่มีบทบัญญัติเห็นชอบแก่ การทำความตกลงทางการค้า และเห็นชอบกับการกระทำในทางปกครอง (หากมี) ของ ประธานาธิบดี เพื่อให้ความตกลงทางการค้ามีผลบังคับใช้ และในกรณีที่จะต้องมีการแก้ไข เปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในที่มีอยู่เดิมหรือต้องมีการตรากฎหมายฉบับใหม่เพื่อรองรับความตกลงฯ ให้สามารถบังคับใช้ภายในประเทศได้ ประธานาธิบดีต้องดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลง กฎหมายที่มีอยู่เดิมหรือตรากฎหมายฉบับใหม่ เพื่อให้ความตกลงทางการค้าระหว่างประเทศ นั้นสามารถบังคับใช้ภายในรัฐได้⁶⁴

Extension Disapproval Process for Congressional Trade Authorities Procedures

กฎหมายในส่วนนี้กำหนดเป็นข้อยกเว้นเรื่องข้อจำกัดการให้ความตกลงทางการค้ามี ผลบังคับใช้ (Limitations on Trade Authorities Procedures)⁶⁵ 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. 2550⁶⁶

การใช้อำนาจดังกล่าว ประธานาธิบดีต้องร้องขอโดยการทำเป็นรายงานเสนอต่อสภา สองเกรส⁶⁷ ในกรณีนี้สภาสองเกรสจะไม่รับรายงานคำร้องขอ (an extension disapproval resolution) ก่อนวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2548⁶⁸ (รายละเอียดปรากฏตามมาตรา 2105 (c) (5))

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

⁶⁴ Section 2103 (b) (3) (A) and (B)

⁶⁵ Section 2105 (b)

⁶⁶ Section 2105 (c) (1)

⁶⁷ Section 2105 (c) (2)

⁶⁸ 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 ๆ⁶⁹ 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 ประธานาธิบดีต้องคำนึงถึงหลักการและวัตถุประสงค์ในการเจรจาของกฎหมายฉบับนี้⁷⁰

การขอคำปรึกษาและการประเมิน

การขอคำปรึกษาหารือกับสภาองเกรสก่อนเข้าร่วมทำความตกลงทางการค้า ตามกฎหมายฉบับนี้แบ่งเป็น 4 เรื่อง ดังนี้

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

⁶⁹ Section 2105 (c) (2)

⁷⁰ Section 2102 (b) Principal Trade Negotiating Objectives

การบอกกล่าวและการปรึกษาหารือก่อนการเจรจา⁷¹

ก่อนเริ่มการเจรจาทำความตกลงเกี่ยวกับอุปสรรคทางภาษีและที่ไม่ใช่ภาษี⁷² 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 Group⁷³ รวมถึงการประชุมร่วมกับ The Congressional Oversight Group ตามที่คณะกรรมการชุดนี้จะได้เรียกประชุม ซึ่งสามารถทำได้ในเวลาก่อนเริ่มมีการเจรจาหรือในระหว่างที่มีการเจรจา⁷⁴

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

การปรึกษาหารือในการเจรจาเกี่ยวกับสินค้าเกษตร

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

⁷¹ Sec. 2104

⁷² Sec. 2103 (b) Agreements regarding Tariff and Non-tariff Barriers

⁷³ Sec. 2104 (a) (2)

⁷⁴ Sec. 2104 (a) (3) and Sec.2107 (c) Request for Meeting

⁷⁵ Sec. 2102 (b) (10) (A) (i)

ผู้แทนราษฎร คณะกรรมการการค้าและคณะกรรมการการเกษตร โฆษณาการ และการป่าไม้ วุฒิสภา ว่าเป็นการสมควรหรือไม่ที่สหรัฐอเมริกาจะลดอัตราภาษีเมื่อมีการเจรจาทำความตกลงกับประเทศดังกล่าว

นอกจากนี้ กฎหมายฉบับนี้ยังกำหนดถึงการปรึกษาหารือพิเศษเกี่ยวกับการนำเข้าสินค้าอ่อนไหว⁷⁶ และการเจรจาเกี่ยวกับอุตสาหกรรมการประมง⁷⁷

1) การปรึกษาหารือพิเศษเกี่ยวกับการนำเข้าสินค้าอ่อนไหว

ก่อนเริ่มการเจรจาด้านการเกษตรที่เกี่ยวข้องเนื่องกับเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกา และการเจรจาที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเกษตรภายใต้กรอบขององค์การการค้าโลก (WTO) ผู้แทนทางการค้าของสหรัฐอเมริกาดำเนินการให้เกิดผลในทางปฏิบัติโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะสามารถทำได้ เมื่อกฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้ ดังนี้

(1) กำหนดจำแนกสินค้าเกษตรที่อยู่ภายใต้โควตาอัตราภาษี เมื่อกฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้ และสินค้าเกษตรที่อยู่ภายใต้การลดอัตราภาษีศุลกากรของสหรัฐฯ ตามความตกลงรอบอุรุกวัย ซึ่งได้รับการลดอัตราภาษีลงเมื่อวันที่ 1 มกราคม 1995 เป็นอัตราที่ลดลงไม่น้อยกว่าร้อยละ 97.5 ของอัตราภาษีที่บังคับใช้กับสินค้านี้เมื่อวันที่ 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

⁷⁶ Sec. 2104 (b) (2)

⁷⁷ 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

การปรึกษาหารือในการเจรจาเกี่ยวกับอุตสาหกรรมด้านสิ่งทอ⁷⁸

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

⁷⁸ Sec. 2104 (c)

และคณะกรรมการการค้าคลัง วุฒิสภา ว่าเป็นการสมควรหรือไม่ที่สหรัฐ จะลดอัตราภาษีเมื่อมีการเจรจาทำความตกลง

การขอคำปรึกษาหารือกับสภาองเกรสก่อนที่ความตกลงทางการค้าจะมีผลบังคับ⁷⁹

เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ประธานาธิบดีต้องทำการปรึกษาหารือกับคณะกรรมการว่าด้วยวิธีการและการประเมิน สภาผู้แทนราษฎร (The Committee on Ways and Measures of the House of Representative) คณะกรรมการการค้าคลังวุฒิสภา (The Committee on Finance of Senate) และคณะกรรมการชุดอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการตรากฎหมาย และ The Congressional Oversight Group ก่อนที่ความตกลงจะมีผลบังคับใช้⁸⁰

นอกจากนี้ กฎหมายยังได้กำหนดถึงขอบเขตของการปรึกษาหารือโดยคำนึงถึงลักษณะของความตกลงทางการค้า การทำให้ความตกลงฯ ประสบผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์และนโยบาย และการทำให้ความตกลงฯ มีผลบังคับใช้ รวมถึงผลกระทบจากความตกลงฯ ที่จะเกิดขึ้นกับกฎหมายภายในที่มีอยู่แล้ว⁸¹ และการรายงานเรื่องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา⁸²

คณะกรรมการที่ปรึกษา (Advisory Committee) ต้องทำรายงานตามที่กำหนดในมาตรา 135 (e) (1) ของกฎหมาย The Trade Act of 1974 เสนอต่อประธานาธิบดี สภาองเกรส และ ผู้แทนทางการค้าของสหรัฐ ภายใน 3 วัน นับแต่วันที่ประธานาธิบดีได้แจ้งต่อสภาว่าจะทำความตกลงทางการค้า⁸³

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

⁷⁹ Sec. 2104 (d)

⁸⁰ Sec. 2104 (d) (1) (A) (B) and (C)

⁸¹ Sec. 2104 (d) (2) (A) (B) and (C)

⁸² Sec. 2104 (d) (3)

⁸³ Sec. 2104 (e)

ประเทศต้องพิจารณาประเมินผลภายใน 90 วัน นับจากวันที่ประธานาธิบดีได้เข้าร่วมเจรจาตกลงการค้าระหว่างประเทศ⁸⁴

การบังคับใช้ความตกลงทางการค้า (Implementation of Trade Agreement)⁸⁵

โดยหลักทั่วไป ความตกลงทางการค้าเกี่ยวกับอุปสรรคทางภาษีศุลกากรหรือที่มีใช้ภาษี (มาตรา 2103(b)) จะสามารถมีผลบังคับใช้ภายในประเทศสหรัฐฯ ได้ รัฐบาลต้องดำเนินการตามกระบวนการต่างๆ⁸⁶ ดังนี้

1) ก่อนที่ ประธานาธิบดีจะเข้าร่วมเจรจาทำความตกลงทางการค้ากับประเทศใด ประธานาธิบดีจะต้องแจ้งต่อสภาสองสภาน้ำไม่น้อยกว่า 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 ที่จำเป็น⁸⁷

4. ร่างกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามความตกลงฯ จะผ่านการพิจารณาของสภาตราเป็นกฎหมายบังคับใช้ต่อไป ทั้งนี้ โดยมีเงื่อนไขว่าการบังคับใช้กฎหมายนี้จะอยู่บนพื้นฐานของหลักปฏิบัติต่างตอบแทนของรัฐภาคีในความตกลงฯ

โดยสรุปอาจกล่าวได้ว่า นอกจากความสมบูรณ์ในด้านเนื้อหาซึ่งจะต้องเป็นไปภายใต้ขอบเขตของกฎหมายส่งเสริมการค้าแล้ว การมีผลบังคับใช้ของความตกลงฯ ยังต้องพิจารณาถึงความสมบูรณ์ในกระบวนการ คือไม่มีความบกพร่องในกระบวนการทำความตกลงฯ ได้แก่ การขาดการยื่นคำบอกกล่าวต่อสภา การไม่ปรึกษาหารือ หรือการที่สภาสองสภามีมติไม่อนุมัติ เป็นต้นด้วย

⁸⁴ Sec. 2104 (f) (1) (2)

⁸⁵ Sec. 2105

⁸⁶ Sec 2105 (A) (B) (C) (D)

⁸⁷ 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)⁸⁸ 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 สามารถแบ่งการทำสนธิสัญญาได้เป็น 2 ลักษณะ คือการทำสนธิสัญญาทวิภาคีและพหุภาคี

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

ส่วนสนธิสัญญาพหุภาคีนั้น เป็นการริเริ่มโดยประเทศหรือกลุ่มประเทศภายใต้กรอบขององค์การระหว่างประเทศ การเข้าร่วมทำสนธิสัญญาต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีเช่นกัน

⁸⁸ Vienna Convention on the Law of Treaty 1969

การเจรจาและการจัดทำสนธิสัญญา (Negotiation and Final Text)

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

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

(1) รัฐบาลของมลรัฐและเขตปกครอง (States and Territory Government)

การที่คณะผู้แทนการเจรจาสถาปนาสนธิสัญญาต้องขอคำปรึกษาจากมลรัฐและดินแดนนั้น เนื่องจากสนธิสัญญาหลายๆ ฉบับต้องอาศัยการตรากฎหมายของมลรัฐ (States) หรือของเขตปกครอง (Territory) เพื่อรองรับการปฏิบัติ ในกรณีนี้ ผู้แทนของมลรัฐและเขตปกครองจะได้รับรายละเอียดประกอบการขอคำปรึกษา การเสนอความคิดเห็น และเสนอจุดยืนของเรื่องที่ทำการศึกษาหรือการปรับปรุงกลไกการเจรจา โดยองค์กรสูงสุดในการให้คำปรึกษาในกลุ่มนี้ คือ คณะกรรมการสนธิสัญญา (Treaties Council: TSC)⁸⁹ TSC มีการประชุมอย่างน้อย 1 ครั้งต่อปี

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

⁸⁹ ประกอบด้วย Prime Minister, the Premiers and Chief Ministers

⁹⁰ 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)⁹¹ 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

⁹¹ Executive Council ประกอบด้วย The Governor-General รัฐมนตรีและเลขาธิการรัฐสภา องค์ประชุมประกอบด้วย The Governor-General รัฐมนตรี 2 ท่านและหรือเลขาธิการรัฐสภา

การเสนอร่างสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศต่อรัฐสภา

ในปี ค.ศ.1996 ออสเตรเลียได้มีการปฏิรูปกระบวนการทำสนธิสัญญา⁹² เพื่อให้เกิดความโปร่งใสในการทำสนธิสัญญามากขึ้น โดยเฉพาะในประเด็นการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจในการทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหาร และจากการปฏิรูปกระบวนการทำสนธิสัญญาครั้งนั้น มีประเด็นสำคัญเกี่ยวกับการที่รัฐสภาเข้ามามีส่วนร่วมในการทำสนธิสัญญา 2 เรื่อง ดังนี้

1) การกำหนดประเภทสนธิสัญญาที่ต้องเสนอต่อรัฐสภาก่อนที่จะมีการแสดงเจตนาผูกพันตามสนธิสัญญา

สนธิสัญญาที่ต้องเสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบล่วงหน้าก่อนที่จะมีการดำเนินการใดๆ ให้เกิดผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศ สามารถแบ่งได้ 2 ประเภท⁹³ ดังนี้

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

(2) สนธิสัญญาประเภทที่มีลักษณะและมีแบบฟอร์มที่ทำขึ้นเป็นประจำ ไม่มีข้อโต้แย้งใดๆ ในการทำสนธิสัญญา สนธิสัญญาประเภทนี้ต้องเสนอต่อรัฐสกาล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 15 วัน ก่อนที่จะมีการดำเนินการให้สนธิสัญญามีผลผูกพันประเทศ

สนธิสัญญาที่ต้องเสนอต่อรัฐสกาล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 15 วัน⁹⁴ สามารถแบ่งตามประเภทของสนธิสัญญาได้เป็นดังนี้

(1) สนธิสัญญาทวิภาคี ได้แก่

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

⁹² 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)

⁹³ Southcott, Australia Practices of Treaty Making, http://www.cdi.anu.edu.au/indonesia_downloads/IndoTreaties_Southcott%20paper.pdf.

⁹⁴ 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)⁹⁵ 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

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

ในการทำความตกลงทวิภาคีว่าด้วยการค้าเสรี (Free Trade Agreement) ระหว่างออสเตรเลียกับประเทศไทย (AUSTRALIA - THAILAND FREE TRADE AGREEMENT)⁹⁶ หรือความตกลงทวิภาคีว่าด้วยการค้าเสรีระหว่างออสเตรเลียกับสหรัฐอเมริกา (AUSTRALIA - UNITED STATES FREE TRADE AGREEMENT)⁹⁷ หากการทำความตกลงใดไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาทวิภาคีหรือพหุภาคีที่ส่งผลกระทบต่อกฎหมายธุรกิจหรือจำกัดการแข่งขัน หน่วยงานหรือตัวแทนที่รับผิดชอบในการทำความตกลงต้องเสนอคำแถลงผลกระทบทางกฎหมาย (Regulation Impact Statement : RIS)⁹⁸ 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

⁹⁶ 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>)

⁹⁷ 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>

⁹⁸ <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

ภายในของแต่ละประเทศ⁹⁹ 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 จะนำสนธิสัญญาหรือความตกลงฯ เสนอขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี (Cabinet Approval) หรือคณะกรรมการที่คณะรัฐมนตรีได้แต่งตั้งขึ้น (Cabinet Committee)¹⁰⁰ คณะรัฐมนตรีหรือคณะกรรมการที่ได้รับแต่งตั้งจะต้องพิจารณารายงานการวิเคราะห์ผลกระทบประโยชน์ของชาติ

⁹⁹ 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

¹⁰⁰ 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.