

(National Interest Analysis: NIA) ที่มีการประมวลผลดีและผลเสียที่จะเกิดขึ้นหรือเพิ่มขึ้นกับประเทศหากนิวซีแลนด์เข้าเป็นภาคีหรือคู่สัญญา เพื่อประกอบการพิจารณาในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศนั้น

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

เมื่อคณะรัฐมนตรี หรือคณะกรรมการของรัฐบาล (Cabinet Committee) ได้พิจารณาให้ความเห็นชอบที่จะทำความตกลงกับต่างประเทศแล้ว กระทรวงการต่างประเทศและการค้า (Ministry of Foreign Affairs and Trade) มีหน้าที่รับผิดชอบในการนำเสนอสนธิสัญญาหรือความตกลงฯ รวมทั้งรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบประโยชน์ของชาติ (NIA) พร้อมรายงานที่เสนอต่อคณะรัฐมนตรีนั้น เสนอต่อรัฐสภาพิจารณาโดยเร็ว ก่อนที่จะแสดงเจตนาผูกพันตามสนธิสัญญา¹⁰¹

การลงนาม (Signature)

การทำสนธิสัญญาบางฉบับได้กำหนดไว้ในกระบวนการเจรจาทำสนธิสัญญา ว่าให้รัฐคู่สัญญาลงนามรับรองความถูกต้องของสนธิสัญญา (Authentication) ว่าได้ทำโดยถูกต้องตามแบบและมีเนื้อหาตามที่ได้เจรจากลลงกันจริง ซึ่งการลงนามในขั้นตอนนี้ยังไม่สร้างภาระผูกพันในทางระหว่างประเทศระหว่างคู่สัญญาแต่อย่างใด คู่สัญญามีหน้าที่เพียงไม่กระทำการใดๆ ให้วัตถุประสงค์ในการทำสนธิสัญญาเสียไป

การลงนาม (Signature) ของรัฐมนตรีหรือรัฐบาลในขั้นตอนนี้ จึงเป็นการกระทำเพียงเพื่อยืนยันว่า รัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีได้พิจารณาตรวจสอบแบบและเนื้อหาของสนธิสัญญาแล้ว จึงได้ลงนามรับรองความถูกต้องของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศว่าถูกต้องตามที่ได้ตกลงกัน

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

กระบวนการในการเสนอสนธิสัญญาหรือความตกลงต่อรัฐสภา¹⁰²

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

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

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

การพิจารณาของคณะกรรมการสภาที่จัดตั้งขึ้นเพื่อกลั่นกรองสนธิสัญญา (Select Committee)

เมื่อสนธิสัญญาได้ถูกนำเสนอต่อสภา คณะกรรมการสภาที่จะรับผิดชอบพิจารณา กลั่นกรองสนธิสัญญาได้แก่คณะกรรมการต่างประเทศ ความมั่นคงและการค้าของสภา

¹⁰² ประเทศนิวซีแลนด์มีการปกครองในระบอบรัฐสภาเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ แต่รัฐสภาของนิวซีแลนด์เป็นระบบสภาเดียว คือมีสภาผู้แทนราษฎรเพียงสภาเดียวเท่านั้น

¹⁰³ Standing Orders 2003, ส่วน “International Treaties” บทว่าด้วย “Non-Legislative Procedures”

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

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

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

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

นอกจากนี้ เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและเกิดการตรวจสอบฝ่ายบริหารในกระบวนการทำ สนธิสัญญา¹⁰⁴ กระทรวงการต่างประเทศและการค้า (The Foreign Affairs, Defense and Trade Select Committee : FADTC) เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ชี้หรือตีความว่าสนธิสัญญาทวิภาคีฉบับใดมี ความสำคัญ (Major Bilateral Treaty) และจะต้องเสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณา ในการนี้กระทรวง การต่างประเทศและการค้าจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการพิจารณาว่าสนธิสัญญาทวิภาคี

¹⁰⁴ Bilateral Treaty Criteria: www.mfat.govt.nz/support/legal/treaties/treatytabling.html

ฉบับใดเป็นสนธิสัญญาที่มีความสำคัญและต้องเสนอต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบ ก่อนที่จะมีการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา¹⁰⁵ โดยอาจสรุปเงื่อนไขที่สำคัญได้ 9 เงื่อนไข ดังนี้

1. สนธิสัญญาทวิภาคีที่มีผลกระทบสำคัญต่อประโยชน์สาธารณะ (Major Interest to the Public)
2. สนธิสัญญาทวิภาคีที่เป็นเรื่องสำคัญที่สภาไม่เคยพิจารณาและยังไม่มีแนวปฏิบัติมาก่อน
3. สนธิสัญญาทวิภาคีที่เป็นเรื่องสำคัญและมีการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญจากแบบของสนธิสัญญาทวิภาคีเดิมที่เคยทำมาในเรื่องเดียวกัน
4. สนธิสัญญาที่เกี่ยวกับการพัฒนาความสัมพันธ์ในลักษณะทวิภาคีเป็นประเด็นหลัก
5. สนธิสัญญาทวิภาคีที่กระทบกับงบประมาณที่สำคัญ
6. สนธิสัญญาที่ไม่สามารถบอกเลิก หรือยังคงมีผลบังคับใช้ในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งมีความผูกพันรัฐบาลในอนาคตหรือในระยะเวลาที่กำหนด
7. สนธิสัญญาที่ต้องมีการตรากฎหมายรองรับการมีผลบังคับใช้ภายในประเทศที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายภายในที่ตราโดยรัฐสภา
8. สนธิสัญญาสำคัญที่นิวซีแลนด์ต้องการบอกเลิก
9. สนธิสัญญาที่คณะกรรมการการต่างประเทศ กลาโหม และการค้า (The Foreign Affairs, Defense and Trade Committee) มีมติว่าจะเป็นประโยชน์หากมีการตรวจสอบหรือพิจารณาสนธิสัญญาโดยสภา ก่อนรัฐบาลแสดงเจตนาผูกพัน¹⁰⁶

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

Government Response

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

¹⁰⁵ Standing Order 2003, 384, Cabinet Manual, paragraph 5.83

¹⁰⁶ ข้อสังเกต เงื่อนไขที่กำหนดขึ้นนี้เป็นเพียงแนวทางแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและการค้า ในการพิจารณาว่าสนธิสัญญาจะต้องเสนอต่อรัฐสภาหรือไม่ แต่แนวทางดังกล่าวยังไม่ได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายแต่อย่างใด

3.2.4 กระบวนการทำความเข้าใจด้วยการค้าเสรีของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

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

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

การเลือกรูปแบบในการทำความตกลงระหว่างประเทศ¹⁰⁷ ว่าจะเป็น traité หรือ accord จะเป็นไปตามธรรมเนียมปฏิบัติที่ฝรั่งเศสเคยกระทำมา รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 53 บังคับให้กระทำในรูปแบบ “สนธิสัญญา” เฉพาะแต่กรณีที่เป็นสนธิสัญญาทางการค้าและสนธิสัญญาสันติภาพเท่านั้น นอกจากนี้ การใช้รูปแบบสนธิสัญญาอาจเป็นไปตามที่รัฐคู่สัญญาร้องขอเมื่อมีเหตุผลบางประการ กล่าวคือเพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญของรัฐคู่สัญญาหรือเป็นเรื่องสำคัญของรัฐ ในกรณีนี้รัฐคู่สัญญาอาจร้องขอให้ใช้รูปแบบสนธิสัญญาอย่างเต็มรูปแบบ เพื่อให้ถูกต้องตามกฎหมายภายในหรือเพื่อเพิ่มน้ำหนักความสำคัญให้แก่ความตกลงในเรื่องนั้นก็ได้ อย่างไรก็ตามตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ไม่ว่าจะเป็นการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศล้วนมีผลผูกพันประเทศและกฎหมายภายในเสมอกัน

กระบวนการในการทำสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศของประเทศฝรั่งเศสมีกระบวนการที่สำคัญ ดังนี้

1) การริเริ่มเจรจา

¹⁰⁷ เพื่อความสะดวก ต่อไปในส่วนของฝรั่งเศสนี้จะเรียกสนธิสัญญา (traité) และความตกลงระหว่างประเทศ (accord) โดยรวมว่า ความตกลงระหว่างประเทศ ถ้าที่ใดต้องการกล่าวถึงสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ จะเรียกชื่อโดยตรง

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

การริเริ่มเจรจา

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

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

ต่อจากนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศร่วมกับกระทรวงที่รับผิดชอบหลักในเรื่องดังกล่าวแต่งตั้งบุคคลอันประกอบเป็นคณะผู้แทนการเจรจารับผิดชอบเจรจาทำความเข้าใจความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวจนแล้วเสร็จ

ประธานาธิบดีมีอำนาจที่จะได้รับรายงานความก้าวหน้าของการเจรจาและผลสรุปการเจรจากลลงว่าเป็นอย่างไร รวมทั้งมีอำนาจให้คำปรึกษาแนะนำแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ หรือคณะผู้แทนการเจรจาด้วย (มาตรา 52 วรรคสอง รัฐธรรมนูญ¹⁰⁸)

การเจรจากลลง

ในขั้นตอนการเจรจา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศหรือรัฐมนตรีที่ได้รับมอบหมายให้ทำการเจรจาจะประมาณการระยะเวลาทั้งสิ้นที่ใช้ในการเจรจาทำความเข้าใจความตกลง วันที่ที่คาดว่าจะมีการลงนามในสนธิสัญญา ระยะเวลาดังกล่าวรวมถึงเวลาที่ต้องใช้ในการติดต่อประสานงานและปรึกษาหารือระหว่างคณะผู้แทนการเจรจากับกระทรวงที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนเวลาในการศึกษาวิเคราะห์ถึงข้อดีข้อเสียของการทำสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศในด้านการเมือง ปัญหาเชิงเทคนิคและกฎหมายซึ่งอาจจะเกิดขึ้น

นอกจากนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต้องพิจารณาโดยเร็วที่สุดที่จะทำได้เพื่อทราบว่าการเจรจาจะต้องเตรียมแก้ไขเพิ่มเติมหรือเสนอให้มีรัฐบัญญัติ หรือต้องตรากฎหมายขึ้นใหม่เพื่อรองรับการประกาศใช้บังคับสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศหรือไม่ และหากเป็นกรณีการทำสนธิสัญญาประเภทที่กำหนดตามมาตรา 53 แห่งรัฐธรรมนูญ¹⁰⁹ รัฐบาลจะต้องเสนอร่างรัฐบัญญัติไปพร้อมกับการเสนอขอความเห็นชอบหรือขอสัตยาบันร่างสนธิสัญญาด้วย

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

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

¹⁰⁹ มาตรา 53 บัญญัติว่าความตกลงระหว่างประเทศต่อไปนี้ จะมีสภาพบังคับเป็นกฎหมายของรัฐเมื่อมีการให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบแล้ว การให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบต้องกระทำโดยรัฐสภาและโดยการตราเป็นรัฐบัญญัติบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา

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

ทะเลพิจารณา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจะต้องกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสม
เพียงพอแก่การพิจารณาเรื่องของสภาการปกครองดินแดนโพ้นทะเลด้วย

ในระหว่างการเจรจา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศมีหน้าที่ให้ข้อมูลเกี่ยวกับการเจรจาและรายงานความก้าวหน้าของการเจรจาให้แก่รัฐมนตรีกระทรวงที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่เจรจานั้นได้ทราบ ในกรณีที่รัฐมนตรีอื่นซึ่งมิใช่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้นำคณะผู้แทนการเจรจา บุคคลนั้นจะต้องประสานกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเพื่อขอให้แจ้งข้อมูลรายละเอียดการเจรจาไปยังรัฐมนตรีคนอื่นๆ ต่อไป

เมื่อกระบวนการเจรจาใกล้จะสิ้นสุดลง รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบการเจรจาจะต้องส่งร่างความตกลงระหว่างประเทศเพื่อให้รัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องได้พิจารณาเห็นชอบหรือแก้ไขปรับปรุงโดยเร็วที่สุดที่จะเป็นไปได้ แต่อย่างน้อยจะต้องกระทำก่อนกระบวนการเจรจาสิ้นสุด ทั้งนี้เนื่องจากการเมื่อมีการลงนามผูกพันตามความตกลงฯ แล้ว ไม่อาจแก้ไขปรับปรุงข้อความในความตกลงฯ นั้นได้อีก เว้นแต่จะมีการตั้งข้อสงวน (réservation) ไว้และในกรณีที่เป็นความตกลงแบบพหุภาคีเท่านั้น อย่างไรก็ตาม มักปรากฏอยู่เสมอว่าเมื่อมาถึงขั้นตอนที่รัฐบาลเสนอร่างความตกลงระหว่างประเทศต่อรัฐสภาเพื่อขอสัตยาบัน กระทรวงที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นมักจะคัดค้านโต้แย้งเนื้อหาในความตกลงฯ ดังกล่าว

สิ่งที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งในกระบวนการเจรจาก็คือ จะต้องพิจารณาถึงความสอดคล้องต้องกันของสาระสำคัญในความตกลงฯ กับรัฐธรรมนูญด้วย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจะต้องแจ้งไปยังเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (Secrétaire général du Gouvernement) ถึงข้อขัดข้องหรือปัญหาเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากการเจรจาทำความตกลงระหว่างประเทศด้วย ในกรณีที่จำเป็นเลขาธิการคณะรัฐมนตรีอาจส่งเรื่องให้ศาลปกครองสูงสุด (ศาลสภาแห่งรัฐ) เพื่อขอให้พิจารณาว่าร่างความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่

สำหรับภาษาที่ใช้ในการทำความตกลงระหว่างประเทศ ถ้าหากเป็นสนธิสัญญาทวิภาคีให้ทำเป็นภาษาฝรั่งเศสเท่านั้น เว้นแต่จำเป็นต้องกระทำเป็นสองภาษา ภาษาหนึ่งต้องเป็นภาษาฝรั่งเศส ถ้าเป็นกรณีสนธิสัญญาพหุภาคี ให้ใช้ภาษาแม่ของแต่ละประเทศที่เป็นภาคี นอกจากนี้ประธานคณะผู้แทนการเจรจาหรือเลขานุการคณะฯ มีหน้าที่ควบคุมดูแลให้การจัดทำเอกสารประกอบการทำความตกลง รายงานการประชุม ตลอดจนเอกสารเตรียมการร่างความตกลงระหว่างประเทศทั้งหมดต้องทำเป็นภาษาฝรั่งเศส

การปรึกษาหารือเกี่ยวกับการทำความตกลงระหว่างประเทศบางประเภท

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

เมื่อคณะกรรมการประชาคมยุโรปพิจารณาเห็นชอบแล้ว คณะมนตรี (Conseil européen) อาจอนุญาตให้ประเทศฝรั่งเศสทำความตกลงระหว่างประเทศที่มีบทกำหนดยกเว้นภาษีศุลกากรหรือภาษีเงินได้ดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ระยะเวลาการพิจารณาต้องไม่เกินกว่าสองเดือน

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

การลงนามผูกพัน

(1) ผู้มีอำนาจในการลงนาม

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

อย่างไรก็ดี เนื่องจากรัฐบาลเป็นผู้รับผิดชอบในการบริหารประเทศ ดังนั้น การตัดสินใจที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศฉบับใดต้องผ่านการพิจารณาเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน ถ้าหากประธานาธิบดีลงนามสนธิสัญญาด้วยตนเอง จะต้องมีการมีรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบสนธิสัญญานั้นลงนามกำกับความถูกต้องแท้จริง (contresigne) ด้วยเสมอ แนวปฏิบัติดังกล่าวเพื่อกำหนดตัวผู้ที่จะทำหน้าที่ตีความและเตรียมการทั้งหลายเพื่อรองรับการบังคับใช้สนธิสัญญา นอกจากนี้ ในกรณีที่เป็นการเป็นสนธิสัญญาตามประเภทที่ระบุในมาตรา 53 แห่งรัฐธรรมนูญ รัฐบาลจะต้องเสนอขอรับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนการลงนามผูกพัน¹¹⁰

ถ้าความตกลงระหว่างประเทศนั้นเป็นพิธีสาร (Protocol) เกี่ยวกับการเงิน และผู้ลงนามเป็นเอกอัครราชทูตผู้รับมอบอำนาจ บุคคลดังกล่าวต้องแจ้งให้รัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องทราบเพื่อเตรียมการให้พร้อมที่จะปฏิบัติตามพิธีสารด้วย

(2) กระบวนการพิจารณาตรวจสอบความตกลงฯ

ร่างความตกลงระหว่างประเทศที่คณะผู้แทนการเจรจารับรองความถูกต้องแล้วจะถูกตรวจสอบอีกครั้งหนึ่งโดยฝ่ายกฎหมายของกระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งทำหน้าที่พิจารณาให้ข้อคิดเห็นและข้อสังเกตต่างๆ เกี่ยวกับความตกลงดังกล่าวทั้งฉบับ ถ้าความตกลงทำขึ้นสองภาษา ฝ่ายกฎหมายต้องส่งสำเนาความตกลงไปให้ฝ่ายแปลดำเนินการตรวจสอบความถูกต้องตรงกันของเนื้อความในความตกลงทั้งสองภาษาก่อน จากนั้นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจึงสั่งการให้จัดทำต้นฉบับเพื่อลงนาม

การให้ความเห็นชอบกับการให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญา

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ หรือรัฐมนตรีอื่นที่ได้รับมอบอำนาจ เป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการกระบวนการแสดงความยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาหรือตามความตกลงระหว่างประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศ¹¹¹ ในการนี้รัฐมนตรีเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดว่าความตกลงดังกล่าวเป็นประเภทที่จะต้องขออนุมัติจากรัฐสภาก่อนการให้สัตยาบันหรือการเข้าเป็นภาคีสมาชิกหรือไม่

¹¹⁰ ดูเชิงอรรถหมายเลข 104

¹¹¹ ตามกฎหมายฝรั่งเศส การให้ความเห็นชอบเข้าผูกพันกับความตกลงระหว่างประเทศ (accord) อาจกระทำโดยการลงนามในความตกลงฯ ก็เพียงพอแล้ว เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้ว่าจะต้องมีการให้สัตยาบันกันภายหลังอีกครั้งหนึ่ง สำหรับสนธิสัญญา (traité) การให้ความเห็นชอบเข้าผูกพันต้องกระทำโดยการให้สัตยาบัน (ratification) ส่วนการแสดงความเจตนาเข้าผูกพันกับสนธิสัญญาแบบพหุภาคี ให้กระทำโดยการลงนามในสนธิสัญญาและแสดงการเข้าเป็นภาคีสมาชิก (adhésion)

(1) การขออนุมัติต่อรัฐสภาก่อนการให้สัตยาบันหรือการให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญา
รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ.1958 หมวด VI ว่าด้วย “สนธิสัญญาและความตกลงระหว่าง
ประเทศ” (Traité et accords internationaux) มาตรา 53¹¹² กำหนดว่าความตกลงระหว่าง
ประเทศบางประเภทต้องได้รับอนุมัติจากรัฐสภาก่อนที่จะให้สัตยาบันหรือให้ความยินยอมผูกพัน
ได้ รายการความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวมีดังต่อไปนี้

- สนธิสัญญาสันติภาพ ซึ่งรวมถึงการทำสนธิสัญญาร่วมเป็นพันธมิตร (Alliance Treaty) ด้วย ดังกรณีที่จะมีการรับรัฐสมาชิกใหม่เพิ่มขึ้นในกติกาสันติภาพแอตแลนติก (Atlantic Treaty) ซึ่งฝรั่งเศสเป็นภาคีอยู่ ฝ่ายบริหารได้ขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนที่จะให้การรับรองพิธีสาร (Protocol) แสดงการยอมรับ
- สนธิสัญญาทางการค้า ซึ่งได้แก่สนธิสัญญาและความตกลงทางการค้าทุกฉบับ รวมทั้งความตกลงการค้าเสรี ด้วย
- สนธิสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับองค์การระหว่างประเทศ เช่น ความตกลงว่าด้วยสถานที่ตั้งสำนักงานขององค์การระหว่างประเทศเป็นความตกลงที่ต้องได้รับอนุมัติจากรัฐสภา ก่อน เนื่องจากการก่อตั้งเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต¹¹³
- สนธิสัญญาซึ่งมีผลผูกพันการเงินการคลังของประเทศ ตัวอย่างเช่น รัฐบัญญัติที่ให้ความเห็นชอบแก่รัฐบาลในการเพิ่มสัดส่วนผู้ร่วมทุนของประเทศฝรั่งเศสในกองทุนการเงินระหว่างประเทศให้สูงขึ้น (International Monetary Fund : IMF) ซึ่งเป็นผลมาจากการเจรจาความตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสภาพขององค์การระหว่างประเทศแห่งนี้
- สนธิสัญญาซึ่งมีบทแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย (รัฐบัญญัติ) ของฝ่ายนิติบัญญัติ
- สนธิสัญญาซึ่งมีผลกระทบต่อสภาพของบุคคล
- สนธิสัญญาซึ่งมีบทสละ แลกเปลี่ยน หรือควบเข้าด้วยกันซึ่งดินแดนอาณาเขต กรณีนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสตีความว่ารวมถึงการแยกออกไปซึ่งดินแดนอาณาเขตด้วย¹¹⁴

ทันทีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศหรือรัฐมนตรีผู้มีอำนาจเจรจาลงนามรับรองความถูกต้องของความตกลงแล้ว (หากเป็นกรณีหลัง รัฐมนตรีผู้นั้นจะต้องแจ้งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศทราบเพื่อดำเนินการ) ต้องตรวจสอบว่าความตกลง

¹¹² ดูเชิงอรรถหมายเลข 104

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

¹¹⁴ คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ décision 75-59 DC ลงวันที่ 30 ธันวาคม 1975 considérant 2.

ระหว่างประเทศดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่เข้าลักษณะสนธิสัญญาตามความในมาตรา 53 หรือไม่¹¹⁵ การดำเนินกระบวนการขออนุมัติจากรัฐสภาตามมาตรา 53 หมายความว่ารวมถึงสนธิสัญญาที่ก่อตั้งขึ้นใหม่ และที่แก้ไขเพิ่มเติมหรือที่ปรับปรุงจากสนธิสัญญาดั้งเดิมด้วย ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักคู่ขนานเชิงรูปแบบ (règle de parallélisme des formes) คือการแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญาเดิมต้องกระทำโดยกระบวนการเดียวกับการทำสนธิสัญญาดั้งเดิม

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

ในกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศมีข้อสงสัยว่าความตกลงระหว่างประเทศฉบับใดจะต้องขออนุมัติต่อรัฐสภาตามมาตรา 53 หรือไม่ ให้รัฐมนตรีปรึกษาเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเพื่อหาข้อยุติ

(2) กระบวนการให้สัตยาบันหรือการให้ความเห็นชอบ

ในกรณีที่รัฐมนตรีและเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเห็นว่าสนธิสัญญาดังกล่าวนั้นต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 53 จะต้องดำเนินกระบวนการเพื่อขออนุมัติต่อรัฐสภา ดังนี้

(1) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจัดเตรียมร่างรัฐบัญญัติที่จะเสนอให้สภาพิจารณาพร้อมกับร่างสนธิสัญญา ร่างรัฐบัญญัติดังกล่าวต้องผ่านการพิจารณาเห็นชอบจากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องอื่นๆ ด้วย จากนั้นจึงเสนอเรื่องให้เลขาธิการคณะรัฐมนตรีเพื่อส่งเรื่องไปยังศาลปกครองสูงสุด (ศาลสภาแห่งรัฐ) ตรวจสอบข้อความในสนธิสัญญา

การส่งเรื่องไปให้ศาลสภาแห่งรัฐพิจารณา ต้องแนบเอกสารดังต่อไปนี้ไปพร้อมกันด้วย

1. ร่างรัฐบัญญัติที่จะรองรับการบังคับใช้สนธิสัญญา
2. วัตถุประสงค์ในการทำสนธิสัญญา
3. รายงานผลการศึกษาเกี่ยวกับผลกระทบจากการทำสนธิสัญญา (étude d'impact) ซึ่งจะต้องทำการศึกษาล่วงตั้งแต่เนิ่นๆ ทันทีที่ทำการเจรจาร่างสนธิสัญญา¹¹⁶

¹¹⁵ ในทางปฏิบัติ ฝ่ายกฎหมายของกระทรวงการต่างประเทศจะทำหน้าที่พิจารณาวิเคราะห์ข้อความในความตกลงดังกล่าวอย่างละเอียดเป็นรายข้อ ว่ามีสาระสำคัญที่กระทบเกี่ยวกับความในมาตรา 53 แห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่

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

4. รายชื่อเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบของกระทรวงการต่างประเทศและของกระทรวงที่เกี่ยวข้องอื่นๆ และชื่อบุคคลที่ได้รับมอบหมายเป็นผู้ชี้แจงในที่ประชุมศาลสภาแห่งรัฐ ต่อสภาผู้แทนราษฎรและต่อวุฒิสภา

5. หนังสือรับรองการเข้าร่วมในกระบวนการเจรจาจากรัฐมนตรีกระทรวงอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

6. บันทึกจากฝ่ายกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ ชี้แจงเหตุผลในการพิจารณาว่าสนธิสัญญานั้นเข้าลักษณะสนธิสัญญาตามมาตรา 53

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

8. ร่างความตกลงระหว่างประเทศซึ่งตีพิมพ์ในรัฐกิจจานุเบกษาแห่งสาธารณรัฐ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศมีหน้าที่รับผิดชอบให้การตีพิมพ์ร่างความตกลงฯ ในรัฐกิจจานุเบกษาถูกต้องตรงกับต้นฉบับ การผิดพลาดตกหล่นในขั้นตอนนี้อาจทำให้รัฐบาลถูกฟ้องร้องต่อศาลสภาแห่งรัฐ และทำให้การตรวจสอบร่างความตกลงฯ ล่าช้าออกไป

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

(3) ในกรณีที่ศาลสภาแห่งรัฐและผู้แทนรัฐบาลมีความเห็นเกี่ยวกับร่างกฎหมายแตกต่างกัน เลขานุการคณะรัฐมนตรีและเลขานุการนายกรัฐมนตรีจะร่วมกันพิจารณาแก้ไขปัญหา ในกรณีที่จำเป็น อาจเรียกประชุมผู้แทนจากกระทรวงที่เกี่ยวข้องเพื่อพิจารณาร่างรัฐบัญญัติและข้อแตกต่างนั้นอีกครั้งหนึ่งและหาข้อยุติ จากนั้นจึงบรรจุเป็นวาระการประชุมของคณะรัฐมนตรีต่อไป

(4) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้นำเสนอร่างรัฐบัญญัติต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี

(5) เมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติให้เสนอร่างรัฐบัญญัติต่อรัฐสภา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจะเป็นผู้รับผิดชอบประสานงาน ชี้แจงและติดตามผลตลอดกระบวนการทั้งในระดับคณะกรรมการและระดับที่ประชุมใหญ่ จนเรียบร้อย

(6) เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบกับการทำสนธิสัญญาและร่างรัฐบัญญัติแล้ว ประธานาธิบดีจะเป็นผู้ให้สัตยาบันหรือให้ความยินยอมที่จะผูกพันตามสนธิสัญญา

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

(3) ความตกลงระหว่างประเทศที่ไม่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา

ในกรณีที่ความตกลงระหว่างประเทศนั้นไม่จำเป็นต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน และไม่ต้องมีการตรากฎหมายรองรับตามมาตรา 53 แห่งรัฐธรรมนูญ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ โดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย มีอำนาจแสดงเจตนาผูกพันในนามของประเทศฝรั่งเศสต่อความตกลงฯ นั้นตามวิธีการและเงื่อนไขที่ระบุในความตกลงฯ

อย่างไรก็ดี ตามมาตรา 52 แห่งรัฐธรรมนูญ รัฐบาลจะต้องแจ้งให้ประธานาธิบดีทราบล่วงหน้าถึงการตัดสินใจแสดงเจตนาผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศและขอรับความคิดเห็นข้อแนะนำจากประธานาธิบดี (ถ้ามี)

การมีผลใช้บังคับของความตกลงระหว่างประเทศ

อำนาจในการประกาศใช้บังคับความตกลงระหว่างรัฐคู่สัญญาเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยแท้ อำนาจประการนี้จะทำให้รัฐคู่สัญญาทราบว่าความตกลงมีผลบังคับใช้ระหว่างกันตั้งแต่เมื่อใด การมีผลใช้บังคับของความตกลงระหว่างประเทศเป็นไปตามบทบัญญัติของความตกลงฯ ส่วนที่ว่าด้วยการทำให้ความตกลงฯ มีผลบังคับใช้ระหว่างรัฐคู่สัญญา การมีผลใช้บังคับของความตกลงระหว่างประเทศแบบทวิภาคีและแบบพหุภาคีมีความแตกต่างกัน ดังนี้

(1) ความตกลงระหว่างประเทศแบบทวิภาคี

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

อย่างไรก็ดี ควรกำหนดให้มีระยะเวลาดังตั้งแต่วันที่ลงนามรับรองความถูกต้องและวันที่จะกำหนดให้มีผลใช้บังคับห่างกันอย่างน้อย 2 เดือน สำหรับกระบวนการประกาศใช้บังคับในรัฐกิจจานุเบกษา

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

(2) ความตกลงระหว่างประเทศแบบพหุภาคี

ความตกลงระหว่างประเทศแบบพหุภาคีมักมีผลบังคับใช้เมื่อมีรัฐภาคีได้แสดงเจตนาผูกพันตามความตกลงฯ ครบตามจำนวนที่กำหนดหรือเมื่อครบกำหนดระยะเวลาที่ความตกลงนั้นกำหนดไว้ แต่การมีผลบังคับใช้จะผูกพันเฉพาะกับรัฐที่แสดงเจตนาเท่านั้น ยังไม่มีผลผูกพันไปถึงรัฐอื่น ดังนั้น หากรัฐมนตรีกระทรวงใดประสงค์จะทำความตกลงฯ ที่จะให้เกิดผลผูกพันเป็นอย่างอื่นนอกเหนือจากหลักทั่วไป ต้องใช้ความระมัดระวังอย่างสูงและเมื่อได้ปรึกษากับฝ่ายกฎหมายของกระทรวงการต่างประเทศแล้วเท่านั้น

การส่งสำเนาความตกลงระหว่างประเทศไปเก็บ

ภายหลังการประกาศเผยแพร่ในรัฐกิจจานุเบกษาแล้ว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศมีหน้าที่ลงทะเบียนการทำความตกลงระหว่างประเทศต่อสหประชาชาติ เพื่อให้เป็นไปตามมาตรา 102 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

การทำสนธิสัญญาทางการค้า

การทำสนธิสัญญาทางการค้าของประเทศฝรั่งเศส เมื่อรัฐบาลเห็นสมควรทำสนธิสัญญาทางการค้ากับประเทศหรือกลุ่มประเทศใด หรือเมื่อได้รับคำเสนอให้ทำสนธิสัญญาทางการค้าจากประเทศหรือกลุ่มประเทศใด จะแต่งตั้งผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มในการเจรจาทำความตกลงเรื่องนั้นเมื่อรับนโยบายจากรัฐบาลมาแล้ว ผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มจะเป็นผู้พิจารณาตัดสินใจทั้งในเชิงเนื้อหาและเชิงกลยุทธของการเจรจาจนกระทั่งสามารถจัดทำร่างสนธิสัญญาระหว่างรัฐภาคีขึ้นได้ โดยปกติรัฐสภาจะให้สัตยาบันในสิ่งที่ผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มได้กระทำไป เว้นแต่ผู้แทนจะได้กระทำเกินขอบเขตอำนาจที่ได้รับมอบหมาย ซึ่งรัฐมีสิทธิที่จะปฏิเสธได้ ในกรณีเช่นนี้ ร่างสนธิสัญญาที่ได้เจรจาตกลงไปแล้วนั้นจะไม่มีผลใช้บังคับ

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

มีข้อสังเกตว่า ในกรณีสนธิสัญญาทางการค้า ประธานาธิบดีสามารถส่งสัตยาบันสารไปยังรัฐคู่สัญญาได้ทันทีที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบ โดยไม่ต้องรอให้รัฐสภาผ่านรัฐบัญญัติบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาทางการค้าเหมือนกับสนธิสัญญาประเภทอื่น

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกลไกการควบคุมฝ่ายบริหารในกระบวนการทำสนธิสัญญาของฝรั่งเศส

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

นอกจากนี้ ตามกฎหมายฝรั่งเศสกำหนดความตกลงระหว่างประเทศใดมีข้อความส่วนใดส่วนหนึ่งที่อยู่ในขอบเขตอำนาจการตรารัฐบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติตามมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958¹¹⁷ แล้ว ฝ่ายบริหารจะต้องรายงานและขออนุมัติต่อรัฐสภาก่อนการให้

¹¹⁷ มาตรา 34 บัญญัติว่า "La loi fixe les règles concernant :

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

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

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

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

La loi fixe également les règles concernant :

le régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales ;

la création de catégories d'établissements publics ;

สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบความตกลงดังกล่าวเสมอ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่ามีกฎหมายภายในฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับรองรับการบังคับใช้ร่างความตกลงดังกล่าวแล้วหรือไม่ เพราะรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ฝ่ายบริหารขออนุมัติจากรัฐสภาเสมอ แม้มีกฎหมายภายในรองรับการบังคับใช้ตามความตกลงฯ ทุกข้อทุกประการ โดยไม่ต้องมีการเสนอแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอีกก็ตาม¹¹⁸ ในแง่นี้ นักกฎหมายรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสจึงกล่าวว่า องค์การที่มีอำนาจตัดสินใจยินยอมผูกพันรัฐเข้ากับสนธิสัญญาทางการค้ามิใช่ประธานาธิบดี มิใช่คณะรัฐมนตรี แท้จริงแล้วคือฝ่ายนิติบัญญัตินั่นเอง¹¹⁹

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

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

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

La loi détermine les principes fondamentaux :

de l'organisation générale de la Défense nationale ;

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

de l'enseignement ;

de la préservation de l'environnement ;

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

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

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

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

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

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

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

¹¹⁹ Georges VEDEL, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, p.527.

3.2.5 กระบวนการทำความเข้าใจด้วยการค้าเสรีของประเทศไทย

ระบบการทำสนธิสัญญาของประเทศไทยนั้นคล้ายคลึงกับประเทศที่เราได้ศึกษามาแล้ว กล่าวคือ สามารถแบ่งสนธิสัญญาออกได้เป็น 2 ประเภท¹²⁰ คือ

1) สนธิสัญญาประเภทที่ฝ่ายบริหารทำได้โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา -

2) สนธิสัญญาประเภทที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนที่ฝ่ายบริหารจะแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการแบ่งประเภทสนธิสัญญาไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 แต่ในการทำสนธิสัญญาแต่ละประเภทนั้น ยังไม่มีการบัญญัติถึงกระบวนการภายในของฝ่ายบริหารที่ชัดเจนแน่นอนเหมือนกับประเทศสหรัฐอเมริกาหรือฝรั่งเศส

สนธิสัญญาประเภทที่ฝ่ายบริหารทำได้โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนการแสดงเจตนาเข้าผูกพัน

ตามมาตรา 224 วรรคแรก¹²¹ แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 คณะรัฐมนตรีมีอำนาจทำสนธิสัญญาดังต่อไปนี้ ได้โดยไม่ต้องถูกจำกัดอำนาจโดยรัฐสภา

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

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

¹²⁰ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ : สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544, หน้า 104.

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

สนธิสัญญาประเภทที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อนที่ฝ่ายบริหารจะแสดงเจตนา
เข้าผูกพันตามสนธิสัญญา

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

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

สนธิสัญญาประเภทหลังนี้มีกระบวนการที่สำคัญที่ต้องกระทำภายในรัฐ 2 ขั้นตอน คือ

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

อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์การแบ่งประเภทของสนธิสัญญาออกเป็นประเภทซึ่งฝ่ายบริหารสามารถทำได้เองโดยอิสระและซึ่งต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนนี้ เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจึงมีผลบังคับใช้ในระดับภายในรัฐเท่านั้น สำหรับในระดับระหว่างประเทศ เมื่อฝ่ายบริหารแสดงเจตนาให้ความยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาแล้ว ย่อมมีผลผูกพันรัฐ เนื่องจากตามกฎหมายระหว่างประเทศ การให้ความยินยอมผูกพันเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร ส่วนกฎเกณฑ์การปฏิบัติที่จะต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาสำหรับสนธิสัญญาบางประเภทเป็นขั้นตอนภายในของแต่ละประเทศซึ่งไม่อาจขัดแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ และอาจมีรายละเอียดแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐได้¹²³

¹²² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 224 วรรคสอง บัญญัติว่า

“หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา”

ส่วนมาตรา 193 (15) บัญญัติว่า

“ในกรณีต่อไปนี้จะให้รัฐสภาประชุมร่วมกัน

৭৯৭

৭৯৭

(15) การให้ความเห็นชอบหนังสือสัญญาตามมาตรา 224"

¹²³ ด จดรงค์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, กรุงเทพฯ, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547, หน้า 110-111.

มีปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่าความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีเป็นหนังสือสัญญาที่เข้าลักษณะตามมาตรา 224 วรรคสอง หรือไม่ เพียงใด

การตอบปัญหานี้จะต้องพิจารณาประกอบไปพร้อมกับการพิจารณาหนังสือสัญญาแต่ละประเภทที่กล่าวมา คือหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตอำนาจแห่งรัฐ หรือซึ่งจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาว่ามีความหมายว่าอย่างไร และความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีเข้าลักษณะเป็นหนังสือสัญญาประเภทใดประเภทหนึ่งในสามนี้หรือไม่ โดยจะกล่าวเป็นลำดับไปดังนี้

(1) ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีกับหนังสือสัญญาซึ่งมีบทเปลี่ยนแปลง “อาณาเขตไทย”

คำว่า “อาณาเขตไทย” (Thai territory) หมายถึงอาณาเขตแห่งราชอาณาจักรไทย ตามกฎหมายระหว่างประเทศ อาณาเขตของประเทศใดประเทศหนึ่งประกอบด้วยบริเวณอาณาเขตทางบก ทางทะเลและทางอากาศ ต่อไปนี้¹²⁴

- ดินแดนทางบก ซึ่งประกอบด้วยพื้นดินและส่วนที่อยู่ใต้พื้นดิน รวมทั้งน่านน้ำภายใน เช่นแม่น้ำ ทะเลสาบ เป็นต้น

- ดินแดนทางทะเล ได้แก่ทะเลอาณาเขตกว้าง 12 ไมล์ทะเล โดยวัดจากเส้นฐานที่กำหนดขึ้นตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ.1982 รวมทั้งพื้นดินท้องทะเลและดินใต้ผิวดินของท้องทะเลอาณาเขตตลอดความกว้าง 12 ไมล์ทะเลดังกล่าว¹²⁵

- ดินแดนทางอากาศ ได้แก่อาณาบริเวณที่อยู่เหนือดินแดนทางบก ดินแดนทางทะเล ห้วงอากาศเหนือดินแดนดังกล่าวถือเป็นอาณาเขตที่รัฐมีอธิปไตยอันสมบูรณ์

อย่างไรก็ดี นักกฎหมายระหว่างประเทศมีความเห็นพ้องต้องกันว่า อาณาเขตของรัฐไม่รวมถึงเขตเศรษฐกิจจำเพาะและเขตไหล่ทวีป ซึ่งรัฐชายฝั่งไม่มีกรรมสิทธิ์เหมือนกับอาณาเขตของรัฐ¹²⁶ คงมีเพียงสิทธิอธิปไตย สิทธิและเขตอำนาจบางประการเท่านั้น

เขตเศรษฐกิจจำเพาะนั้น หมายถึงพื้นดินท้องทะเลและดินใต้ผิวดินของท้องทะเล รวมทั้งห้วงน้ำที่อยู่เหนือพื้นดินท้องทะเลดังกล่าว ซึ่งประชิดและเลยจากทะเลอาณาเขตออกไป เขตเศรษฐกิจจำเพาะรวมบริเวณที่เป็นเขตไหล่ทวีปด้วย

ส่วนเขตไหล่ทวีป หมายถึงพื้นดินท้องทะเลและดินใต้ผิวดินของท้องทะเลที่ประชิดกับชายฝั่งของฝั่งทวีปที่เป็นส่วนขยายตามธรรมชาติของดินแดนทางบกของรัฐ

¹²⁴ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว, หน้า 207-208.

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

¹²⁶ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว, หน้า 209.

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

ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาที่กำหนดเขตแดนหรือกำหนดเขตทะเลอาณาเขตที่ประเทศไทยทำกับประเทศเพื่อนบ้าน หรือความตกลงระหว่างประเทศไทยและสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ที่กำหนดให้ใช้เส้นกึ่งกลางสะพานมิตรภาพไทย-ลาวเป็นเส้นแบ่งเขตอำนาจ (jurisdiction line) ระหว่างรัฐไทยกับรัฐลาว ในขณะที่ร่องน้ำลึกในลำน้ำโขงที่ใช้เป็นเส้นเขตแดนระหว่างสองประเทศในตำแหน่งที่สะพานตั้งอยู่ อยู่ก่อนไปทางฝั่งลาว ทำให้ประเทศไทยไม่สามารถใช้อำนาจรัฐปกครองไปจนสุดเขตแดนที่แท้จริงได้ ความตกลงดังกล่าวนี้ถือเป็นการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตที่จะใช้อำนาจของรัฐให้น้อยลง เป็นต้น¹²⁷

การเสนอขอความเห็นชอบกรณีนี้ รัฐบาลเพียงเสนอตัวหนังสือสัญญาต่อรัฐสภาโดยไม่ต้องเสนอร่างกฎหมายอนุวัติการอีก

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

(2) ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีกับหนังสือสัญญาซึ่งมีบทเปลี่ยนแปลง “เขตอำนาจแห่งรัฐ”

ความหมายของคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามมาตรา 224 วรรคสองนั้น กฎหมายระหว่างประเทศได้รับรองในความหมายที่กว้างขวาง กล่าวคือหมายถึง การที่รัฐชายฝั่งมีสิทธิอธิปไตย สิทธิอื่นๆ และใช้อำนาจเหนือดินแดนเขตเศรษฐกิจจำเพาะและเขตไหล่ทวีปได้ แม้รัฐชายฝั่งจะไม่มีกรรมสิทธิ์เหนือดินแดนดังกล่าวก็ตาม¹²⁸

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

¹²⁷ จตุรนต์ ภิระวัฒน์, อ้างแล้ว, หน้า 55.

¹²⁸ รายละเอียดดู จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, บทที่ 5.

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

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

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

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

ประเทศไทยนอกจากจะใช้สิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติ ใช้สิทธิอื่นๆ และอำนาจบางประการเหนือกิจกรรมในเขตไหล่ทวีปและเขตเศรษฐกิจจำเพาะดังกล่าวข้างต้นแล้ว ในอนาคตประเทศไทยอาจใช้ “เขตอำนาจแห่งรัฐ” โดยอาศัยหลักอื่นตามกฎหมายระหว่างประเทศเหนือเขตไหล่ทวีปและเขตเศรษฐกิจจำเพาะอีกได้ โดยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 จึงได้บัญญัติศัพท์ขึ้นใหม่ว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ใช้แทนคำว่า “เขตอธิปไตยแห่งชาติ” เพื่อให้ครอบคลุมความหมายที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรอง ซึ่งเหมาะสมและกว้างขวางกว่าคำที่ใช้อยู่เดิม

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” เป็นคำที่มีความหมายกว้างดังกล่าวดังกล่าวแล้ว ที่ผ่านมาก็เปิดโอกาสให้ตีความได้เป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ¹³⁰

¹²⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2517 มาตรา 195 วรรคสอง, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2521 มาตรา 162 วรรคสอง, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2534 มาตรา 178 วรรคสอง

¹³⁰ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, อ้างแล้ว, หน้า 54 - 55.

- **แนวทางแรก** เป็นการตีความแบบแคบโดยพิจารณาจากประวัติศาสตร์ความเป็นมาของคำๆ นี้ ซึ่งเปลี่ยนแปลงมาจากคำว่า “เขตอธิปไตยแห่งชาติ” ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ.2517 ซึ่งผูกพันกับความหมายทางอาณาบริเวณหรืออาณาเขตทางภูมิศาสตร์ (state jurisdiction zone) ดังนั้น การตีความคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจึงควรตีความไปในแนวทางเดียวกันกับคำว่าเขตอธิปไตยแห่งชาติในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ กล่าวคือหมายถึง อาณาเขตทางภูมิศาสตร์ที่ต่อจากทะเลอาณาเขตของรัฐ เป็นบริเวณที่ประเทศไทยสามารถใช้ประโยชน์จากทรัพยากรทั้งที่มีชีวิตและไม่มีชีวิตได้ก่อนชาติอื่นตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ปัจจุบันมี 2 แห่ง ได้แก่ เขตไหล่ทวีป เขตเศรษฐกิจจำเพาะและเขตต่อเนื่องด้านทะเลอ่าวไทยและด้านทะเลอันดามัน ซึ่งแม้มิใช่ดินแดนของรัฐแต่รัฐก็มีสิทธิใช้อำนาจของตนได้ตามที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองให้ และในอนาคตยังอาจหมายถึงอาณาเขตอื่นใดที่รัฐมีสิทธิใช้อำนาจตามกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย¹³¹

ตามความหมายนี้ สนธิสัญญาซึ่งมีบทเปลี่ยนแปลงเขตทางภูมิศาสตร์ของเขตไหล่ทวีปหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะ 200 ไมล์ทะเล ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน ตัวอย่างเช่น ถ้าหากในอนาคตประเทศไทยจะทำสนธิสัญญากับประเทศกัมพูชาและเวียดนามเพื่อกำหนดเส้นแบ่งเขตไหล่ทวีปด้านอ่าวไทยใหม่ จะต้องเสนอขอความเห็นชอบจากรัฐสภา¹³² แต่ก็เป็นเพียงการเสนอร่างสนธิสัญญาเท่านั้น โดยไม่ต้องออกกฎหมายอนุวัติการ

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

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

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

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

เป็นไปตามสนธิสัญญาดังกล่าวให้ประชาชนออกเสียงประชามติ (referendum) รับรองก่อนด้วยก็ได้

ตามความหมายนี้ การทำสนธิสัญญาใดๆ ก็ตามที่เป็นผลกระทบต่อการใช้อำนาจอรัฐ และการปฏิบัติหน้าที่ของสถาบันที่ใช้อำนาจอธิปไตยตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าในทางหนึ่งทางใด ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเสมอ

ตัวอย่างเช่นในโอกาสที่ประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 224 วรรคสอง¹³³ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” มีความหมายกว้างไม่เพียงเฉพาะความหมายในทางพื้นที่เท่านั้น เพราะ “การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฯ จะมีผลกระทบต่อการใช้ประโยชน์และการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมระหว่างประเทศไทยกับรัฐภาคีอื่น เป็นการให้สิทธิและการถูกจำกัดสิทธิไปพร้อมๆ กัน ซึ่งจะต้องมีการออกกฎหมายหรือปรับปรุงกฎหมายภายในที่ใช้บังคับอยู่ให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ หลักการ และขอบเขตของอนุสัญญาฯ เห็นได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐในการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม และเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ ซึ่งจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา”

ดังนั้น จากความหมายของคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ที่กล่าวมา จะเห็นว่าหากถือตามความเห็นแนวทางที่หนึ่ง ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี ไม่มีเนื้อหาอันเป็นบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ เพราะสาระสำคัญและวัตถุประสงค์ของความตกลงเขตการค้าเสรีมุ่งเน้นการเปิดเสรีด้านการค้าและการบริการเป็นหลักโดยมิได้เกี่ยวข้องกับพื้นที่ทางภูมิศาสตร์

แต่หากถือตามความเห็นแนวทางที่สอง จะเห็นว่าถ้าหากวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญของความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีฉบับใดมีบทกำหนดให้รัฐภาคีต้องดำเนินการมาตรการทางนิติบัญญัติเพื่อให้ต้องด้วยวัตถุประสงค์ของความตกลงฯ และขณะเดียวกันก็เป็นการจำกัดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติมิให้ตราหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับความตกลงฯ ถือว่าเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคสอง เพราะเหตุว่าถ้าประเทศไทยเข้าเป็นภาคีความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีที่มีบทบัญญัติให้ดำเนิน

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

มาตรการทางนิติบัญญัติดังกล่าวแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติไทยจะถูกบังคับโดยทางอ้อมให้ต้องออก ยกเลิก แก้ไขเพิ่มเติม ปรับปรุงกฎหมาย หรือกำหนดให้มีเรื่องใดก็ตามในกฎหมายภายในวัตถุประสงค์ หลักการ และขอบเขตของความตกลงฯ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นการจำกัดหรือรอนอำนาจทางนิติบัญญัติแห่งรัฐ

ในกรณีนี้ นอกจากรัฐบาลจะต้องเสนอขออนุมัติร่างหนังสือสัญญาจากรัฐสภาแล้ว ยังต้องเสนอร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการตามหนังสือสัญญาในภายหลังด้วย

แนวคิดทั้งสองประการที่กล่าวมา สำหรับนักกฎหมายระหว่างประเทศของไทยแล้ว ส่วนใหญ่เห็นว่าแนวความคิดประการแรกเป็นการอธิบายความหมายที่ถูกต้องตามหลักวิชาการของคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ”¹³⁴

(3) ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีกับหนังสือสัญญาซึ่ง “จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามสัญญา”

ตามหลักการพื้นฐานของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ประชาชนเป็นเจ้าของและเป็นที่มาแห่งอำนาจอธิปไตย โดยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างชัดเจน ในขณะที่เดียวกันก็มีบทคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวโดยการกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขว่าฝ่ายบริหารสามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็แต่โดยการที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารเท่านั้น¹³⁵ ทั้งนี้ เพราะการปกครองตามหลักการประชาธิปไตย การตรากฎหมายทั้งปวงเพื่อใช้บังคับแก่ประชาชนก็ดี หรือเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็ดี จะต้องกระทำโดยสมาชิกรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนปวงชน นอกจากนี้ ในกรณีที่ เป็นกฎหมายสำคัญ รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐบาลขอความเห็นชอบจากประชาชนโดยตรงโดยกระบวนการออกเสียงประชามติ (referendum) ก่อนการประกาศใช้บังคับด้วยก็ได้

เมื่อนำหลักการข้างต้นมาเป็นการอธิบายความหมายของคำว่าหนังสือสัญญาประเภท “ซึ่งจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามสัญญา” จึงหมายถึง หนังสือสัญญาประเภทที่ต้องทำการแปลงสภาพให้มีฐานะเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายภายในของไทย

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

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

เพื่อให้มีผลใช้บังคับต่อประชาชนและมีผลผูกพันศาล¹³⁶ เพื่อให้รัฐบาลสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีในสัญญาได้¹³⁷ ถ้าหากหนังสือสัญญานั้นไม่ต้องใช้บังคับกับประชาชนหรือต้องให้ผูกพันศาล แล้วรัฐบาลสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีได้เอง ก็มีใช้หนังสือสัญญาตามมาตรา 224 วรรคสอง ซึ่งจะต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน และโดยทั่วไปหนังสือสัญญาที่เรียกร้องให้มีพระราชบัญญัติรองรับก็มักเป็นหนังสือสัญญาที่รอนสิทธิหรือจำกัดเสรีภาพของประชาชนอย่างใดอย่างหนึ่ง จึงต้องตราเป็นพระราชบัญญัติเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญ¹³⁸

หนังสือสัญญาดังกล่าวได้แก่หนังสือสัญญา 3 ประเภท ดังต่อไปนี้

1. หนังสือสัญญาซึ่งยังไม่มีพระราชบัญญัติรองรับ ในกรณีนี้เป็นการผูกมัดว่ารัฐสภาจะต้องออกกฎหมายรองรับหรืออนุวัติการตามหนังสือสัญญาในภายหลัง จึงสมควรให้รัฐสภาได้รับทราบและเห็นชอบกับเนื้อความในหนังสือสัญญาก่อน

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

2. หนังสือสัญญาซึ่งมีบทเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติที่มีอยู่เดิม กรณีนี้ก็เช่นเดียวกัน รัฐสภาจะต้องตราพระราชบัญญัติยกเลิก แก้ไขเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติฉบับเก่าเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาในภายหลัง จึงสมควรให้รัฐสภาได้รับทราบและเห็นชอบกับเนื้อความในหนังสือสัญญาก่อนเช่นกัน

ตัวอย่างเช่น กรณีที่ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี กำหนดให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยระบบอนุญาโตตุลาการ (arbitration) เพียงทางเดียว เมื่อเกิดข้อพิพาทระหว่างรัฐไทยกับคู่สัญญาเอกชนของรัฐภาคีซึ่งได้รับความคุ้มครองตามความตกลงฯ กรณีเช่นนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องตรากฎหมายขึ้นใหม่หรือแก้ไขกฎหมายเดิม คือพระราชบัญญัติว่าด้วยการระงับข้อพิพาท

¹³⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย”, ใน คู่มือการศึกษารัฐธรรมนูญภาคการปกครอง, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543, หน้า 36.

¹³⁷ ดูความเห็นของวิชญ์ เครืองาม อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คู่มือการศึกษารัฐธรรมนูญภาคการปกครอง, หน้า 36-37.

¹³⁸ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546, หน้า 166-167.

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

โดยอนุญาโตตุลาการ เพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามความตกลงฯ ขณะเดียวกันก็เป็นการจำกัดเขตอำนาจของศาลในการพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นภายใต้ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีด้วย กรณีนี้รัฐบาลจะต้องเสนอให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบแก่ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีก่อน และให้รัฐสภาพิจารณาอนุมัติร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการตามความตกลงฯ นั้นโดยเร็ว

3. หนังสือสัญญาซึ่งมีบทจำกัดหรือสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่หมวด 3 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 ตลอดจนพระราชบัญญัติต่างๆ รับรองและคุ้มครองอยู่โดยชัดแจ้ง เมื่อหนังสือสัญญามีผลกระทบในลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลแล้ว ศาลจะไม่บังคับคดีตามบทบัญญัติของสนธิสัญญาหากไม่มีกฎหมายภายในอนุวัติการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญา¹³⁹ ในกรณีนี้ มาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญจึงได้บัญญัติว่าจะกระทำได้อต่อเมื่อรัฐสภาได้ออกพระราชบัญญัติมารองรับหรืออนุวัติการตามหนังสือสัญญา จึงสมควรให้รัฐสภาได้รับทราบและเห็นชอบกับเนื้อหาของหนังสือสัญญาก่อน

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

หากเป็นไปตามความหมายดังกล่าว ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี ระหว่างประเทศไทยกับออสเตรเลีย ซึ่งมีผลใช้บังคับมาตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2548 จะเป็นความตกลงฯ ที่ต้องเสนอขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน เพราะเป็นหนังสือสัญญาที่มีขอบเขตความผูกพันกว้างขวาง (Comprehensive Agreement) ซึ่งครอบคลุมทั้งเรื่องการเปิดเสรีด้านการค้าสินค้า บริการและการลงทุน ตลอดจนความร่วมมือเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา การจัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐและนโยบายการแข่งขัน ซึ่งส่งผลกระทบเชิงบวกต่อภาคเศรษฐกิจบางภาค เช่น สิ่งทอ เครื่องแต่งกาย รถยนต์ และส่วนประกอบ ขณะเดียวกันก็มีผลร้ายต่อภาคเศรษฐกิจบางภาค โดยเฉพาะอย่างยิ่งภาคการผลิตพืชต่างๆ ฟาร์มปศุสัตว์ ขนสัตว์และไหม และผลิตภัณฑ์นม¹⁴⁰ นอกจากนี้ การเปิดการค้าเสรีที่กว้างขวางจะกระทบถึงกฎระเบียบและมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยจำนวนมาก เช่น มาตรฐานด้านสุขอนามัย และกฎว่าด้วยแหล่งกำเนิดของสินค้า จึงเป็นหนังสือสัญญาที่มี

¹³⁹ ประสิทธิ์ เอกบุตร, *กฎหมายระหว่างประเทศ : สนธิสัญญา* เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ, สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544, หน้า 103.

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

ผลกระทบต่อนิติสิทธิเสรีภาพของกลุ่มผู้ประกอบการค้าและอุตสาหกรรม และน่าจะส่งผลกระทบต่อประชาชนในฐานะผู้บริโภคและสังคมโดยรวมด้วย

ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกา (Thailand-US Free Trade Agreement) ซึ่งกำลังเจรจากันในขณะนี้ก็อยู่ในประเภทหนังสือสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาโดยนัยเดียวกัน¹⁴¹

หนังสือสัญญาทั้งสามประเภทในกลุ่มนี้ รัฐบาลจะต้องเสนอให้รัฐสภาพิจารณาอนุมัติร่างพระราชบัญญัติอนุญาตการโดยเร็วภายหลังจากรัฐสภาให้ความเห็นชอบหนังสือสัญญา¹⁴²

อย่างไรก็ดี มีปัญหากฎหมายที่ต้องพิจารณาประการต่อมาสำหรับหนังสือสัญญาซึ่งจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญานี้ คือถ้าหากการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีมีพระราชบัญญัติรองรับและบังคับใช้อยู่แล้ว รัฐบาลก็ไม่จำเป็นต้องเสนอร่างความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีเพื่อขอความเห็นชอบจากรัฐสภาอีกใช่หรือไม่

ดังกล่าวแล้วว่า ขั้นตอนกระบวนการภายในรัฐในการทำหนังสือสัญญาประเภทนี้ มี 2 ขั้นตอนประกอบกัน คือ

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

กลุ่มที่หนึ่ง เห็นว่า หากการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีมีพระราชบัญญัติรองรับและบังคับใช้โดยครบถ้วนอยู่แล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องดำเนินการทั้งสองขั้นตอนอีก คือไม่ต้องขอความเห็นชอบและไม่ต้องเสนอร่างพระราชบัญญัติรองรับต่อรัฐสภา¹⁴³

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

¹⁴² นพนิติ สุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, หน้า 139-140.

¹⁴³ เช่น ความเห็นของบรรดาศักดิ์ อูวรณ ใน "ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย", ใน คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, หน้า 36.

กลุ่มที่สอง เห็นว่าไม่จำเป็นต้องออกพระราชบัญญัติอนุวัติการ เนื่องจากมีกฎหมายที่บังคับใช้อยู่รองรับเนื้อหาในหนังสือสัญญาเพียงพอแล้ว แต่รัฐบาลน่าจะยังต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามขั้นตอนแรก (ข้อ ก)¹⁴⁴

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

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

ประการสุดท้าย มีปัญหาต้องพิจารณาว่า ถ้าหากรัฐบาลไม่ดำเนินการส่งหนังสือสัญญา ซึ่งจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามสัญญาไปเพื่อขอความเห็นชอบจากรัฐสภา จะมีผลทางกฎหมายแก่หนังสือสัญญานั้นอย่างไร

หากพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของมาตรา 224 วรรคสอง ประกอบมาตรา 193 (15) ซึ่งประสงค์จะให้ทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ซึ่งมีสถานะเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทย ได้มีโอกาสมีส่วนร่วมกับการพิจารณาหนังสือสัญญาที่มีเนื้อหากระทบหรือรอนสิทธิและเสรีภาพของ

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

ประชาชนอย่างรอบคอบ ว่าสมควรหรือไม่เพียงใดที่จะเข้าผูกพันกับหนังสือสัญญานั้นแล้ว ต้องถือว่าการเสนอร่างหนังสือสัญญาดังกล่าวให้รัฐสภาได้พิจารณาเห็นชอบก่อน เป็นกระบวนการที่สำคัญที่รัฐธรรมนูญต้องการให้เป็นหลักประกันแก่ประชาชน ดังนั้น คณะผู้วิจัยจึงเห็นว่าฝ่ายบริหารต้องถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัด หากฝ่ายบริหารไม่ได้ดำเนินการกระบวนการตามขั้นตอนนี้ ก็เท่ากับว่าหนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติรองรับฉบับนั้นยังไม่ได้ผ่านการตัดสินใจจากผู้แทนปวงชนว่าสมควรจะนำประเทศเข้าผูกพันกับเงื่อนไขในหนังสือสัญญาหรือไม่ ประการใด

นอกจากนี้ ถ้าไม่ตีความให้ฝ่ายบริหารต้องเคารพและปฏิบัติตามบทบัญญัติของมาตรานี้โดยเคร่งครัด จะทำให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจเหนือฝ่ายนิติบัญญัติ โดยอาจทำความตกลงระหว่างประเทศผูกมัดให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องออกกฎหมายรองรับความตกลงฯ ตามที่ฝ่ายบริหารต้องการ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือฝ่ายบริหารอาจแทรกแซงกำหนดอำนาจนิติบัญญัติโดยอำเภอใจได้

การไม่เสนอร่างหนังสือสัญญาดังกล่าวให้รัฐสภาได้พิจารณาเห็นชอบก่อนนี้ มีผู้เห็นว่าเป็นการละเมิดเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญ และฝ่าฝืนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่วางหลักประกันด้านกระบวนการวิธีพิจารณา (procedural protection) ในการทำหนังสือสัญญาประเภทที่ต้องตราพระราชบัญญัติรองรับ อันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และเป็นผลให้ “หนังสือสัญญาไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายภายใน”¹⁴⁵

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

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

โดยสรุปแล้ว ทั้งหนังสือสัญญาและพระราชบัญญัติรองรับตามหนังสือสัญญาควรจะต้องไม่มีผลบังคับใช้ในกฎหมายภายใน¹⁴⁶

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

อนึ่ง ในอดีตจนถึงปัจจุบัน ประเทศไทยมีหนังสือสัญญาหลายฉบับซึ่งได้มีการตราพระราชบัญญัติรองรับบังคับการตามเงื่อนไขโดยที่ไม่ได้ผ่านการพิจารณาของรัฐสภา เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานขององค์การโทรคมนาคมแห่งเอเชียและแปซิฟิก พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานขององค์การโทรคมนาคมทางดาวเทียมระหว่างประเทศ พ.ศ. 2524 เป็นต้น¹⁴⁷

¹⁴⁶ นพนิติ สุริยะ, อ้างแล้ว, หน้า 143.

¹⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 145-146.

บทที่ 4 กระบวนการทำให้ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีมีผลบังคับภายในประเทศ

การทำสนธิสัญญาแม้ว่าจะได้กระทำครบตามกระบวนการครบทุกขั้นตอนแล้วก็ตามความสัมพันธ์ระหว่างประเทศภายใต้สนธิสัญญาจะไม่เกิดประโยชน์แต่อย่างใด อีกทั้งยังสามารถก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศได้ หากประเทศคู่สัญญาไม่ได้ปฏิบัติตามหน้าที่หรือพันธกรณีตามที่ได้ตกลงกันหรือกำหนดไว้ในสนธิสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี

4.1 การทำให้ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในรัฐ (Enforcement)

หน้าที่ประการสำคัญของประเทศคู่สัญญาภายหลังจากที่ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีเกิดขึ้นและมีผลบังคับใช้แล้วตามกฎหมายระหว่างประเทศ คือการทำให้ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีนั้นๆ มีผลบังคับใช้ภายในประเทศคู่สัญญาหรือมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในประเทศ ดังนั้น ขั้นตอนสุดท้ายในกระบวนการทำสนธิสัญญาจึงมิใช่การแสดงเจตนาให้ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีเกิดขึ้นตามกฎหมายระหว่างประเทศและการจดทะเบียนความตกลงฯ กับสหประชาชาติ หากแต่เป็นการทำให้ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีมีผลใช้บังคับได้ในประเทศคู่สัญญา

4.1.1 การทำให้ความตกลงการค้าเสรี มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายใน: ประเทศสหรัฐอเมริกา

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

กรณีแรกพิจารณาจากบทบัญญัติในสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศว่ามีลักษณะบังคับในตัวเอง (self-executing) หรือไม่ หากมีผลบังคับในตัวเองแล้ว ย่อมมีผลบังคับเป็นกฎหมายภายในสหรัฐอเมริกา

ส่วนอีกกรณีหนึ่งนั้นเป็นกรณีที่สนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศได้รับการแปลงสภาพโดยกฎหมายภายใน เช่น กฎหมายที่ตราโดยสภาองเกรส ทำให้สนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศย่อมมีผลบังคับเป็นกฎหมายภายในสหรัฐฯ

อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขที่จะชี้ว่าบทบัญญัติในสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศใดมีลักษณะบังคับในตัว (self-executing) หรือ ไม่มีลักษณะบังคับในตัว (non self-executing) นั้น มีหลายแนวทาง แต่ที่ได้รับการพิจารณาเป็นหลักการพื้นฐาน คือพิจารณาว่าบทบัญญัตินั้นมีผลโดยตรงที่ศาลสามารถนำมาบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในได้โดยไม่ต้องมีการตรากฎหมายรองรับ ซึ่งลักษณะที่เห็นได้ชัด คือบทบัญญัติในสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศนั้นมีความคล้ายคลึงกับกฎหมายที่ตราโดยสภาองเกรส¹⁴⁸

4.1.2 กระบวนการทำให้ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีมีผลบังคับเป็นกฎหมายภายใน : ประเทศออสเตรเลีย

สำหรับประเทศออสเตรเลีย แม้ว่าสนธิสัญญาเกิดขึ้นตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว เช่น สนธิสัญญาทวิภาคี มีผลบังคับตามวันที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา ซึ่งส่วนใหญ่มักกำหนดในวันที่มีการแลกเปลี่ยนตราสารหรือภายหลัง ส่วนกรณีของสนธิสัญญาพหุภาคี เป็นไปตามที่กำหนดในสนธิสัญญา ซึ่งโดยทั่วไปเป็นวันที่ที่จำนวนสมาชิกที่ให้สัตยาบันครบตามจำนวนที่กำหนดในสนธิสัญญา

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

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

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

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

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

การเผยแพร่สนธิสัญญา

เมื่อสนธิสัญญามีผลบังคับใช้แล้ว นอกจากการนำสนธิสัญญาจดทะเบียนกับองค์การสหประชาชาติตามกระบวนการในทางระหว่างประเทศแล้ว สำหรับกระบวนการภายในประเทศ ถ้าเป็นกรณีสนธิสัญญาทวิภาคี สนธิสัญญายังเก็บเป็นความลับจนกว่าจะมีการลงนาม จากนั้นกระทรวงการต่างประเทศจะได้เผยแพร่ใน www.austlii.edu.au/dfat

แต่ถ้าเป็นสนธิสัญญาพหุภาคี แม้สนธิสัญญาที่ยังไม่มีผลบังคับใช้จะมีการเผยแพร่ข้อมูลใน The Internet of Australian Treaties Library¹⁴⁹ ซึ่งเป็นระบบที่เสนอข้อมูลสนธิสัญญาทางอินเทอร์เน็ตที่ทันสมัยอยู่เสมอ ผู้ค้นคว้าสามารถได้ข้อมูลในหลายลักษณะไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาฉบับสมบูรณ์ที่ประเทศออสเตรเลียทำกับประเทศต่างๆ สนธิสัญญาที่ยังไม่มีผลบังคับใช้ หรือสถานะของสนธิสัญญาพหุภาคีว่าได้รับการลงนามจากประเทศคู่สัญญาที่ประเทศแล้ว ส่วนสนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้แล้วจะได้รับการจัดพิมพ์เผยแพร่ใน Australian Treaty Series

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

4.1.3 กระบวนการทำให้ความตกลงการค้าเสรีมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในประเทศนิวซีแลนด์

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

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

วิธีการรับ (ผนวก) สนธิสัญญาเป็นกฎหมายภายในของประเทศนิวซีแลนด์ออกเป็น 5 ลักษณะ¹⁵⁰
ดังนี้

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

1) การผนวกสนธิสัญญาทั้งฉบับหรือเฉพาะส่วนที่สำคัญ

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

2) บทบัญญัติหรือเงื่อนไขของสนธิสัญญาปรากฏในการตรากฎหมายและหรือปรากฏในรัฐบัญญัติ

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

3) พันธกรณีสำคัญของสนธิสัญญาปรากฏในเนื้อหาของกฎหมายภายในหลายฉบับ

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

¹⁵⁰ A New Zealand Guide to International Law and its Sources: New Zealand Law Commission R 34

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

4) การผนวกโดยผ่านกฎหมายลำดับรอง

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

5) สนธิสัญญาประเภทที่ไม่ต้องได้รับการผนวกเข้าเป็นกฎหมายภายใน

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

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสนธิสัญญาจะไม่ได้รับการผนวกเข้าเป็นกฎหมายภายใน แต่สนธิสัญญาดังกล่าว ศาลสามารถใช้บังคับหรือใช้พิจารณาตัดสินในประเทศได้ในฐานะที่สนธิสัญญานั้นเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) หรือโดยผ่านการใช้และการตีความกฎหมายของศาล

ในกรณีที่ต้องมีการแปลงสภาพสนธิสัญญาให้เป็นกฎหมายภายในนั้น กระบวนการในการตรากฎหมายจะยังไม่เริ่มต้นจนกว่าจะได้มีการนำสนธิสัญญาเสนอของอนุมัติต่อสภาแล้ว นอกจากนี้ รัฐบาลจะไม่กระทำการใดๆ ให้เกิดผลผูกพันตามสนธิสัญญา จนกว่าสนธิสัญญาดังกล่าวจะได้รับการปรับให้เป็นกฎหมายภายในประเทศแล้ว

การเผยแพร่สนธิสัญญาต่อสาธารณชน

กระทรวงการต่างประเทศและการค้าจะจัดทำเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาและกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ เพื่อเป็นการให้ความรู้และเผยแพร่แก่ประชาชนใน 2 ลักษณะดังนี้

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

2. เผยแพร่โดยช่องทางอินเทอร์เน็ต ใน Website ต่างๆ ได้แก่

MFAT Legal Division homepage: www.mfat.govt.nz/support/legal/default.html

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

4.1.4 กระบวนการทำให้ความตกลงการค้าเสรี มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

การทำให้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการค้าเสรีมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในนั้น มีวิธีการเช่นเดียวกับการทำให้สนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายภายในตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายฝรั่งเศส¹⁵¹ ซึ่งแบ่งการพิจารณาได้เป็น 3 ประเด็นสำคัญๆ ดังนี้

1) การตีพิมพ์เผยแพร่ความตกลงระหว่างประเทศ

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

การเผยแพร่ความตกลงระหว่างประเทศเป็นภาระหน้าที่ที่รัฐต้องกระทำให้ถูกต้องครบถ้วน¹⁵² เนื่องจากการเผยแพร่ความตกลงฯ มีวัตถุประสงค์ ดังนี้

- เพื่อให้สาธารณชนและบุคคลผู้ที่อาจจะถูกกระทบได้รับทราบถึงรายละเอียดเนื้อหาของความตกลง
- เพื่อแปลงสภาพความตกลงระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมายภายใน และมีสภาพบังคับแก่ภาคธุรกิจและประชาชนของรัฐ

ดังนั้น ความตกลงระหว่างประเทศทุกฉบับจะต้องมีการประกาศเผยแพร่ในรัฐกิจจานุเบกษาแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส¹⁵³ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามกฎหมาย และการเผยแพร่ความตกลงเหล่านี้ถือเป็นการกระทำที่ต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าหากความตกลงระหว่างประเทศนั้นมีเนื้อหาซึ่งอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์ของประชาชน

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

¹⁵² Décret n° 86-707 ลงวันที่ 11 เมษายน ค.ศ.1986

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

ในกรณีที่มิได้พิมพ์เผยแพร่ความตกลงฉบับใดและความตกลงนั้นมีผลกระทบต่อประชาชนในทางหนึ่งทางใด รัฐธรรมนูญฯ ห้ามมิให้ยกขึ้นกล่าวอ้างกับประชาชนผู้จะเสียหายโดยถือเสมือนว่าความตกลงฯ นั้นมิได้มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายของรัฐแต่ประการใด

การเผยแพร่ความตกลงระหว่างประเทศจะกระทำภายหลังเมื่อความตกลงฯ ดังกล่าวมีผลผูกพันรัฐภาคีแล้ว ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาว่าความตกลงได้กลายเป็นกฎหมายภายในรัฐทั้งที่ยังไม่มีสภาพบังคับในกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็จะต้องมีการเผยแพร่ทันทีที่ความตกลงฯ มีผลบังคับใช้ เพื่อป้องกันการผิดสัญญาแก่รัฐภาคี

รัฐมนตรีนว่าการกระทรวงการต่างประเทศมีหน้าที่รับผิดชอบการพิมพ์เผยแพร่ข้อตกลงระหว่างประเทศให้เป็นไปโดยเร็วและถูกต้อง แต่ปัจจุบันมักมีปัญหาความล่าช้าในการพิมพ์เผยแพร่ ซึ่งมักต้องให้เวลามากขึ้นเป็นสัดส่วนกับกระบวนการทำข้อตกลงซึ่งมีความสลับซับซ้อนมากขึ้นเช่นกัน

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

2) ผลทางกฎหมายของการพิมพ์เผยแพร่ความตกลงระหว่างประเทศ

ตามมาตรา 55 แห่งรัฐธรรมนูญฯ “สนธิสัญญาซึ่ง (รัฐสภา) ให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบและประกาศในรัฐกิจจานุเบกษาโดยถูกต้องเรียบร้อยแล้ว ย่อมมีสภาพบังคับเป็นกฎหมายในลำดับที่สูงกว่ารัฐธรรมนูญฯ ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขการปฏิบัติต่างตอบแทนเสมอกันโดยรัฐภาคี”¹⁵⁴

นอกจากนี้ ศาลสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยไว้ในคดีเกี่ยวกับอนุสัญญาหมายเลข 118 ลงวันที่ 28 มิถุนายน 1962 ของ OIT ว่าปัจเจกชนย่อมสามารถยกเอาข้อตกลงระหว่างประเทศขึ้นกล่าวอ้างว่ามีลำดับศักดิ์เหนือกว่ากฎหมายภายใน และต้องบังคับใช้ข้อตกลงระหว่างประเทศแทนได้ถ้าบุคคลนั้นเป็นผู้ที่จะถูกระทบโดยตรง

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

อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 ได้กำหนดเงื่อนไขอย่างชัดเจนในการรับสนธิสัญญา และความตกลงระหว่างประเทศเข้ามาในระบบกฎหมายภายใน โดยมาตรา 54 บัญญัติว่ารัฐบาล ไม่อาจจะให้สัตยาบันหรือแสดงเจตนาผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศได้ หากสนธิสัญญามี ข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ในกรณีเช่นนี้ จะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงรัฐธรรมนูญให้มี ข้อความที่ขัดแย้งกับสนธิสัญญาเสียก่อน¹⁵⁵ สถาบันที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยว่า สนธิสัญญาใดมีข้อความขัดหรือแย้งกับข้อความในรัฐธรรมนูญหรือไม่ ได้แก่ คณะตุลาการ รัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel)¹⁵⁶ ซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

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

3) ผลทางกฎหมายในกรณีที่สนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศขัดหรือแย้งกันกับกฎหมายภายในของรัฐ

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

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

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

¹⁵⁶ เกี่ยวกับกระบวนการในการควบคุมตรวจสอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ จะกล่าวต่อไปในส่วนที่ว่าด้วยการควบคุม ตรวจสอบการทำสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศและการมีส่วนร่วมของประชาชน

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

4.1.5 กระบวนการทำให้ความตกลงการค้าเสรี มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในประเทศไทย

การรับสนธิสัญญาเข้าเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยนั้นปฏิบัติตามแนวคิด “ทวินิยม” (dualisme) จึงต้องมีกระบวนการพิเศษในการรับสนธิสัญญาเข้ามาใช้ภายในรัฐ กระบวนการดังกล่าวจะทำการแปลงรูปสนธิสัญญาให้เป็นกฎหมายของรัฐ¹⁵⁷

1) การแปลงสภาพความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีเข้ามาในระบบกฎหมายภายในของไทย

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

1.1) ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีซึ่งอยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้

กรณีนี้หมายถึงกรณีที่การทำความตกลงการค้าเสรีที่ไม่ต้องขอให้ฝ่ายนิติบัญญัติตราพระราชบัญญัติรองรับบังคับการตามสัญญา กล่าวคือเป็นความตกลงฯ ที่ไม่มีเงื่อนไขที่จะไปกระทบสิทธิหรือสร้างภาระหน้าที่หรืออนสิทธิประโยชน์ของประชาชนหรือภาคธุรกิจเอกชน หรือไม่มีเงื่อนไขที่จะต้องทำการยกเลิกหรือแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติที่มีอยู่แล้ว หรือหากว่ามีเงื่อนไขที่กล่าวมานี้ แต่ก็มีพระราชบัญญัติรองรับอยู่แล้ว

¹⁵⁷ วิษณุ เครืองาม, อ้างแล้ว, หน้า 37-38 ; จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว, หน้า 47.

ในทางปฏิบัติ เมื่อผู้มีอำนาจลงนามผูกพันความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี (ตามปกติได้แก่นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ) แล้ว หน่วยราชการเจ้าของเรื่องจะดำเนินการประกาศใช้ความตกลงฯ ในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งจะทำให้ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีฉบับนั้นมีผลภายในประเทศ

อย่างไรก็ดี มีความเป็นไปได้ว่าหน่วยราชการเจ้าของเรื่องจะใช้ดุลพินิจไม่ทำการประกาศหนังสือสัญญาในราชกิจจานุเบกษา โดยขึ้นกับแนวปฏิบัติของหน่วยงานและหากหนังสือสัญญานั้นไม่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือหน้าที่ของประชาชน¹⁵⁸ แม้ว่าจะเป็นความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการค้าเสรีก็ตาม

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

1.2) ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีซึ่งรัฐบาลต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน

กรณีนี้หมายถึงการทำความตกลงการค้าเสรีที่รัฐบาลจะต้องขอให้ฝ่ายนิติบัญญัติตราพระราชบัญญัติรองรับบังคับการตามสัญญา ในกรณีเช่นนี้ คณะรัฐมนตรีจะมอบหมายให้หน่วยราชการเจ้าของเรื่องร่างพระราชบัญญัติใหม่เพื่อรองรับหรือร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติฉบับเก่าให้สอดคล้องกับพันธกรณีในความตกลงฯ ตามปกติคณะรัฐมนตรีมักจะแต่งตั้งผู้แทนจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นทั้งหมดเข้าร่วมเป็นคณะกรรมการร่างด้วย

เมื่อการร่างพระราชบัญญัติเสร็จเรียบร้อยแล้ว กระทรวงเจ้าสังกัดจะนำเสนอคณะรัฐมนตรี ในขั้นตอนนี้ เลขานุการคณะรัฐมนตรีจะส่งสำเนาร่างกฎหมายดังกล่าวไปสอบถามความคิดเห็นอย่างเป็นทางการจากส่วนราชการที่เกี่ยวข้องอีกครั้งหนึ่งก่อนนำเสนอที่ประชุมคณะรัฐมนตรี ความเห็นที่สอดคล้องและแตกต่างกับเจ้าของเรื่องทั้งหมดจะถูกเสนอในที่ประชุม จะเห็นว่าได้มีการนำร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการหนังสือสัญญาเปิดให้ระดมความคิดเห็นและข้อเสนอแนะเฉพาะภายในฝ่ายปกครองในขั้นตอนนี้ โดยไม่มีตัวแทนจากภายนอกกระบวนการเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย

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

ในทางปฏิบัติคณะรัฐมนตรีจะพิจารณาร่างเฉพาะหลักการ ส่วนรายละเอียดที่ยังมีความเห็นไม่ตรงกันจะปล่อยให้ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องหารือกันเพื่อหาข้อยุติ จากนั้นคณะรัฐมนตรีจะส่งร่างพระราชบัญญัติไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อตรวจแก้ไขต่อไป ในขั้นตอนนี้คณะกรรมการกฤษฎีกาอาจเชิญผู้แทนส่วนราชการที่เกี่ยวข้องมาชี้แจงเหตุผลประกอบการพิจารณาด้วยก็ได้

-

คณะกรรมการกฤษฎีกาจะเป็นผู้ตรวจแก้ไขร่างพระราชบัญญัติรองรับความตกลงฯ ให้สอดคล้องกับพันธกรณีในความตกลงฯ จนเป็นที่ยุติ และจะต้องไม่มีความขัดแย้งกับพระราชบัญญัติฉบับอื่นในเรื่องเดียวกันด้วย

จากนั้น สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะส่งร่างพระราชบัญญัติคืนไปสู่คณะรัฐมนตรีอีกครั้งหนึ่ง เพื่อเสนอให้รัฐสภาพิจารณาตามมาตรา 193 (15) แห่งรัฐธรรมนูญฯ ต่อไป เมื่อรัฐสภาเห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัตินั้นแล้ว นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายต่อพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย เมื่อพระราชบัญญัติฉบับนั้นได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเรียบร้อยแล้ว จะมีสภาพบังคับเป็นกฎหมายนับแต่นั้นเป็นต้นไป¹⁵⁹

มีข้อสังเกตในข้อ 1.2) นี้ 2 ประการ คือ

ก) ในกรณีของประเทศไทย แม้ไม่มีกฎหมายที่ระบุว่า การเสนอหนังสือสัญญาประเภทที่ต้องตราพระราชบัญญัติรองรับซึ่งต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภานั้น ต้องเสนอร่างพระราชบัญญัติรองรับหนังสือสัญญานั้นต่อรัฐสภาไปพร้อมกันด้วย ดังกรณีของประเทศฝรั่งเศส ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติ คณะรัฐมนตรีได้กำหนดให้ออกกฎหมายก่อนการผูกพันตามหนังสือสัญญา¹⁶⁰ โดยกระทรวงผู้รับผิดชอบในเรื่องนั้นเป็นผู้ดำเนินการร่างกฎหมายดังกล่าวแล้ว

ข) แม้เนื้อหาของหนังสือสัญญาจะเข้าประเภทที่จะต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อน แต่ถ้าหากเรื่องนั้นๆ ได้เคยมีการออกพระราชบัญญัติรองรับหนังสือสัญญาประเภทเดียวกันมาก่อนแล้ว การทำหนังสือสัญญาครั้งต่อไป ก็ไม่ต้องออกพระราชบัญญัติซ้ำอีก¹⁶¹ แต่ไม่ควรจะตีความไปว่าหนังสือสัญญาฉบับต่อมานั้นไม่ต้องเสนอต่อรัฐสภาเพื่อรับทราบอีก

¹⁵⁹ นายบรรณา วังวิวัฒน์, "กระบวนการจัดทำสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศ: ทางปฏิบัติของประเทศไทย", ในวารสารอัยการ, 2534, หน้า 16.

¹⁶⁰ จตุรนต์ ธีระวิวัฒน์, "กระบวนการทำสนธิสัญญาและการปรับใช้สนธิสัญญาในทางปฏิบัติของประเทศไทย" ในวารสารนิติศาสตร์ 26, ฉบับที่ 3, กันยายน 2539, หน้า 623.

¹⁶¹ นพนิติ สุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, หน้า 169.

ดังนั้น ความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีซึ่งประเทศไทยทำกับประเทศหนึ่งและมีพระราชบัญญัติรองรับบังคับการตามความตกลงฯ แล้ว ต่อมาได้ทำกับประเทศอื่นในเรื่องเดียวกัน ก็ควรต้องเสนอร่างความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีฉบับใหม่ต่อรัฐสภาเพื่อทราบด้วย

ส่วนในเรื่องรูปแบบวิธีการแปลงสภาพความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีโดยพระราชบัญญัตินั้น ทางปฏิบัติสำหรับประเทศไทย ถ้าหากจะต้องแปลงสภาพความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีให้มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายภายในโดยพระราชบัญญัติรองรับ มีวิธีปฏิบัติเป็น 3 แนวทาง ดังนี้

(1) การออกพระราชบัญญัติโดยคัดลอกบทบัญญัติของความตกลงฯ ทั้งหมดลงในพระราชบัญญัติ ตัวอย่างที่เคยดำเนินการมาแล้ว เช่น กฎหมายอนุวัติการสำหรับบันทึกความเข้าใจซึ่งก่อตั้งองค์การร่วมไทย-มาเลเซียเพื่อการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรปิโตรเลียมร่วมกันในบริเวณพื้นที่พัฒนาร่วม (Joint Development Area) ซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็ใช้วิธีการคัดลอกข้อตกลงทั้งหมดในบันทึกความเข้าใจฉบับนี้เป็นภาษาของตนและนำมาปรับข้อความและจัดอันดับให้สอดคล้องกับรูปแบบการตรากฎหมายของตน¹⁶²

(2) การตราพระราชบัญญัติแก้ไขเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติฉบับเดิมที่ใช้บังคับในเรื่องนั้นอยู่เพื่อให้ครอบคลุมถึงพันธกรณีตามความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีฉบับใหม่ หรือเพื่อให้พระราชบัญญัติฉบับเดิมนั้นมีข้อความที่ขัดหรือแย้งกับความตกลงฯ ที่ทำขึ้นใหม่

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

(3) การตราพระราชบัญญัติสั้นๆ โดยมีสาระสำคัญเพียง 5-6 มาตรา มีข้อความสำคัญว่าพระราชบัญญัตินั้นมีชื่อเรียกว่าอะไร มีวัตถุประสงค์อย่างไร และจะมีมาตราหนึ่งระบุว่าเรื่องใดบ้างในสนธิสัญญาที่ต้องการจะให้ผลบังคับเป็นกฎหมายภายในรัฐ ส่วนรายละเอียดให้ถือตามบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่แนบท้ายพระราชบัญญัตินั้นซึ่งแปลเป็นภาษาไทยแล้ว¹⁶³

ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษในประเทศไทย พ.ศ.2504 ซึ่งออกมาเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วย

¹⁶² จตุรงค์ กิระวัฒน์, หน้า 47.

¹⁶³ นพนิติ สุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, หน้า 169.

เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของสหประชาชาติ ซึ่งไทยได้ทำความตกลงกับสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2498 เป็นต้น

วิธีการนี้เป็นวิธีที่สะดวกแก่ฝ่ายบริหารเพราะสามารถออกกฎหมายอนุวัติการตามหนังสือสัญญาได้รวดเร็ว แต่ถือว่าไม่เหมาะสมไม่สอดคล้องกับแนวคิดประชาธิปไตยและหลักแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) เนื่องจากเป็นเสมือนการโอนอำนาจนิติบัญญัติไปให้แก่ฝ่ายบริหาร เนื่องจากรัฐสภาไม่สามารถพิจารณาแปรญัตติเปลี่ยนแปลงเนื้อหาความในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติฉบับนั้นได้ตามอำนาจหน้าที่ และในฐานะผู้แทนประชาชน

มีข้อสังเกตในเรื่องนี้ 3 ประการด้วยกันคือ

ก) เมื่อพิจารณาในแง่ของการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพและประโยชน์ของชาติและประชาชน เห็นว่าการแปลงสภาพหนังสือสัญญาโดยรูปแบบวิธีการที่ 1) และ 3) ไม่ควรใช้กับการแปลงสภาพความตกลงการค้าเสรี ที่มีขอบเขตเนื้อหากว้างขวาง (Comprehensive Agreement) ครอบคลุมความตกลงทั้งที่เกี่ยวกับภาษีศุลกากรและมีใช้ภาษี ความตกลงเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา การเปิดเสรีทางการค้าสินค้าทั้งอุตสาหกรรมและเกษตรกรรม การค้าบริการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบริการการเงิน บริการวิชาชีพขนส่ง โทรคมนาคม พาณิชยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ การลงทุน การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ตลอดจนมาตรฐานแรงงานและมาตรฐานสิ่งแวดล้อม และกลไกการระงับข้อพิพาทนอกศาลซึ่งรัฐคู่สัญญาสามารถเลือกผู้ตัดสินชี้ขาดคดีที่ตนเชื่อถือวางใจได้ อย่างเช่นความตกลงการค้าเสรีระหว่างประเทศไทยกับออสเตรเลีย หรือความตกลงที่ประเทศไทยกำลังเจรจากับประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁶⁴

จากการศึกษาวิจัยพบว่าการแปลงสภาพความตกลงการค้าเสรีที่มีขอบเขตกว้างขวาง ครอบคลุมภาคเศรษฐกิจสำคัญๆ ทั้งหมดดังกล่าว จะทำให้ประเทศไทยต้องทำการตราพระราชบัญญัติขึ้นใหม่หรือแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่เดิมในเรื่องนั้นๆ จำนวนมาก ตัวอย่างเช่น¹⁶⁵

(1) ปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวกับภาษีศุลกากร ภาษีสรรพสามิต เพื่อปรับโครงสร้างภาษี และกระบวนการศุลกากรรองรับการเปิดเสรีสินค้าเกษตรกรรม อุตสาหกรรมยานยนต์ และสินค้าดิจิทัล

(2) แก้ไขพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542 และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ เพื่อให้รัฐวิสาหกิจที่แปรรูปจากองค์กรของรัฐเป็นบริษัทจำกัดแล้วได้รับสิทธิ

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

¹⁶⁵ Ibid, p. ix-xxii.

พิเศษใดๆ จากรัฐ และเปิดให้นักลงทุนจากรัฐคู่สัญญาที่มีสิทธิเท่าเทียมกับนักลงทุนไทยในการซื้อหุ้นของรัฐวิสาหกิจที่แปรสภาพแล้ว เมื่อมีการกระจายหุ้นต่อสาธารณะ

(3) แก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าและป้องกันการผูกขาด เพื่อยกเลิกสิทธิพิเศษบางอย่างที่กฎหมายนี้ให้แก่รัฐวิสาหกิจโดยไม่ถือว่าเป็นการผูกขาดหรือกีดกันการค้าหรือเลือกปฏิบัติ ซึ่งขัดแย้งกับความตกลงการค้าเสรี

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

(5) ตรากฎหมายฉบับใหม่หรือแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเพื่อให้นักลงทุนเอกชนสัญชาติของรัฐคู่กรณีซึ่งได้รับความเสียหายจากการที่รัฐคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามความตกลงฯ ด้านการลงทุนสามารถนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เช่น UNCITRAL หรือ ICSID ได้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาลหรืออนุญาโตตุลาการภายในของรัฐก่อน

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

อย่างไรก็ดี การดำเนินการตามวิธีการนี้ รัฐบาลอาจถูกโต้แย้งคัดค้านทั้งจากรัฐสภาและจากสังคมได้ว่าขัดต่อหลักการประชาธิปไตยดังกล่าวแล้ว

ค) นอกจากนี้ ถ้ารัฐบาลเห็นว่าสามารถใช้วิธีการแปลงสภาพความตกลงการค้าเสรีโดยกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารเองได้ รัฐบาลอาจไม่เสนอให้รัฐสภารับทราบและให้ความเห็นชอบความตกลงการค้าเสรีก่อน โดยที่รัฐธรรมนูญบัญญัติว่าหนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาต้องให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบ ดังนั้น ความตกลง

ว่าด้วยการค้าเสรีที่จะต้องออกพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ขอบบังคับระเบียบ ซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร จึงไม่ต้องให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบก่อน¹⁶⁶

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

อย่างไรก็ตาม มีผู้เห็นว่าวิธีการเสนอร่างความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีต่อรัฐสภาจะเป็นวิธีที่เหมาะสม¹⁶⁷ ด้วยเหตุว่าเมื่อรัฐสภาได้รับทราบและให้ความเห็นชอบแล้วก็มีหน้าที่ตรากฎหมายรองรับในเวลาต่อมาเพื่อให้ฝ่ายบริหารสามารถปฏิบัติตามพันธสัญญาได้ หากรัฐบาลใช้วิธีการอื่นในการรับเอาสนธิสัญญาเข้ามาเป็นกฎหมายภายในก็อาจเสี่ยงต่อการที่ข้อความในพระราชบัญญัติจะขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของความตกลงฯ หรืออาจไม่ครอบคลุมพันธกรณีที่รัฐจะต้องปฏิบัติตามความตกลงฯ ก็ได้

2) ลำดับศักดิ์ทางกฎหมายของความตกลงการค้าเสรีกับกฎหมายภายใน

การพิจารณาประเด็นนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อตอบคำถามว่าในกรณีที่พระราชบัญญัติมีเนื้อความที่ขัดแย้งกับความตกลงการค้าเสรี กฎหมายฉบับใดระหว่างพระราชบัญญัติและความตกลงฯ จะมีลำดับศักดิ์เหนือกว่ากัน ซึ่งจะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท

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

โดยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องถือเอาแนวคิดทวินิยมและแนวปฏิบัติของศาลยุติธรรมเป็นผู้ตอบปัญหานี้ ศาลยุติธรรมของไทยไม่ถือว่าสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในรัฐโดยตรง เว้นแต่จะได้มีกฎหมายภายในรองรับบังคับการให้เป็นไปตามสัญญา

¹⁶⁶ มนตรี กิตติวงษ์ชัย, "การจัดทำสนธิสัญญาของประเทศไทย", หน้า 12.

¹⁶⁷ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, ย่างแล้ว, หน้า 48.

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

-

ดังนั้น ตามระบบกฎหมายไทย ความตกลงการค้าเสรีที่มีพระราชบัญญัติรองรับเป็นกฎหมายภายในแล้ว ก็ไม่ได้มีค่าบังคับเหนือกว่าพระราชบัญญัติทั่วไป ดังระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

3) ผลทางกฎหมายในกรณีที่ความตกลงการค้าเสรีขัดหรือแย้งกับกฎหมายภายใน

สำหรับประเทศที่ยึดถือตามระบบทวินิยมอย่างประเทศไทย การทำความตกลงการค้าเสรีโดยระมัดระวังมิให้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายภายในจึงนับเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่งที่รัฐบาลจะต้องจัดการให้เป็นไปโดยเรียบร้อย หากจำเป็นที่จะต้องรับเงื่อนไขในความตกลงฯ ซึ่งขัดแย้งกับกฎหมายภายใน ก็จะต้องเสนอให้รัฐสภาแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเดิมเสียก่อน เพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่ระบบกฎหมายภายในและเกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อรัฐคู่สัญญา

แต่ถ้าเกิดมีกรณีที่พระราชบัญญัติรองรับบังคับการตามความตกลงฯ มีเนื้อหาที่ขัดแย้งกับพระราชบัญญัติฉบับอื่นที่ตราขึ้นก่อนแล้ว ผลทางกฎหมายจะเป็นอย่างไร

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

พิพากษาบังคับให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติฉบับหลัง¹⁶⁸ โดยไม่สามารถคำนึงถึงผลร้ายที่ประเทศจะต้องรับผิดชอบใช้ความเสียหายต่อสหรัฐอเมริกาในทางระหว่างประเทศ

หนึ่ง ในการใช้กฎหมายของศาล ศาลจะอ้างพระราชบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรองอื่นๆ โดยตรงโดยไม่อ้างสนธิสัญญา แม้จะปรากฏว่ากฎหมายนั้นถูกตราขึ้นเพื่ออนุวัติการตามสนธิสัญญาก็ตาม บางกรณีศาลไทยอาจใช้สนธิสัญญาบังคับแก้คดี แต่ก็มิได้ใช้ในฐานะที่เป็นบทกฎหมาย แต่รับฟังในฐานะข้อเท็จจริงในคดีเท่านั้น ซึ่งคู่ความในคดีจะต้องนำสืบให้ศาลเห็น ศาลจะไม่ยกบทบัญญัติในสนธิสัญญาขึ้นเองเพราะมิใช่ข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เอง¹⁶⁹

การเผยแพร่ความตกลงการค้าเสรีต่อสาธารณะ

เนื่องจากตามกฎหมายไทย สนธิสัญญาไม่มีฐานะเป็นกฎหมายภายในรัฐโดยตัวเอง เหมือนกับประเทศที่ถือคติเอกนิยม การพิมพ์เผยแพร่ความตกลงการค้าเสรีแก่สาธารณชนในฐานะที่เป็นหนังสือสัญญาประเภทหนึ่ง จึงมีแนวปฏิบัติเป็น 2 แนวทาง ดังนี้

1) แนวทางแรกอธิบายว่าประเทศไทยไม่มีกฎหมายกำหนดให้มีการพิมพ์เผยแพร่สนธิสัญญา ดังนั้นหน่วยงานราชการเจ้าของเรื่องจึงมีดุลพินิจที่จะพิจารณาตีพิมพ์หรือไม่ก็ได้ หากมีการตีพิมพ์ ตามปกติจะพิมพ์เผยแพร่ในราชกิจจานุเบกษา หรือโดยการพิมพ์เผยแพร่ของหน่วยงานที่รับผิดชอบ คือกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งในทางปฏิบัติจะคัดเลือกตีพิมพ์เฉพาะสนธิสัญญาที่สำคัญเท่านั้น มิใช่ทั้งหมด¹⁷⁰

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

2) ส่วนอีกแนวทางหนึ่ง เห็นว่าหนังสือสัญญาประเภทที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจทำได้เอง โดยลำพังตามมาตรา 224 วรรคแรก ซึ่งรัฐบาลเห็นว่าจำเป็นต้องพิมพ์เผยแพร่ และหนังสือสัญญา

¹⁶⁸ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 233 บัญญัติว่า “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย (...)” จึงเห็นได้ว่า ในการวินิจฉัยข้อพิพาท ศาลไทยต้องใช้กฎหมายไทยบังคับแก้คดี

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

¹⁷⁰ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ : สนธิสัญญา เล่ม 1, หน้า 178.

ตามมาตรา 224 วรรคสอง ทั้งหมด (หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ และซึ่งจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา) ต้องมีการตีพิมพ์เผยแพร่โดยการประกาศในราชกิจจานุเบกษา¹⁷¹

¹⁷¹ จตุรนต์ ภิระวัฒน์, “กระบวนการทำสนธิสัญญาและการปรับใช้สนธิสัญญาในทางปฏิบัติของประเทศไทย” หน้า 625.

บทที่ 5 ข้อเสนอแนะทางนโยบาย

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

1. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 โดยเพิ่มเติมหมวดว่าด้วยการทำสนธิสัญญาขึ้นเป็นอีกหมวดหนึ่งโดยเฉพาะ

กล่าวคือให้แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 224 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 โดยยกขึ้นเป็นหมวดใหม่อีกหมวดหนึ่งว่าด้วยการทำสนธิสัญญา และให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องต่อไปนี้

1.1 การกำหนดประเภทของสนธิสัญญาให้ชัดเจนว่าสนธิสัญญาประเภทใดบ้างเป็นสนธิสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนที่รัฐบาลจะสามารถลงนามผูกพันได้

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

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

ตกลงฯ ขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 224 วรรคสอง แต่อีกฝ่ายหนึ่งกลับเห็นว่าหาก การทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีมีพระราชบัญญัติรองรับและบังคับใช้โดยครบถ้วนอยู่แล้ว ก็ ไม่จำเป็นต้องขอความเห็นชอบและไม่ต้องเสนอร่างพระราชบัญญัติรองรับต่อรัฐสภา

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

- สนธิสัญญาทางการค้า¹⁷³
- สนธิสัญญาซึ่งมีผลผูกพันรายจ่ายและการคลังของประเทศ¹⁷⁴
- สนธิสัญญาซึ่งมีบทแก้ไขเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติ (ต้องเสนอร่างพระราชบัญญัติ มาพร้อมกับร่างสนธิสัญญาด้วย)¹⁷⁵
- สนธิสัญญาซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล¹⁷⁶
- สนธิสัญญาซึ่งมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐ¹⁷⁷

การระบุประเภทสนธิสัญญาที่ต้องเสนอต่อรัฐสภาแบบจำแนกรายการ (enumeration) ดังตัวอย่างข้างต้น จะเพิ่มความชัดเจนในการปฏิบัติงานและช่วยแก้ปัญหาการตีความของฝ่าย ต่างๆ ไปได้ระดับหนึ่งเช่นเดียวกับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่กำหนดให้สนธิสัญญาทางการค้า ทุกประเภทและสนธิสัญญาสำคัญๆ ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน

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

¹⁷³ สนธิสัญญาทางการค้า (Trade Treaty) มีลักษณะที่แตกต่างจากสนธิสัญญาโดยทั่วไป และมีความสำคัญโดยสภาพในตัวเอง รายละเอียดดูในบทที่ 2 ความนำ

¹⁷⁴ โดยหลักทั่วไป รัฐสภาเป็นองค์กรที่มีอำนาจอนุมัติงบประมาณรายจ่ายของรัฐ ดังนั้นการเข้าผูกพันกับสนธิสัญญาใดๆ ที่มีผลผูกพันรายจ่ายและการคลังของประเทศจึงควรขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน

¹⁷⁵ เป็นไปตามหลักการเดิมของมาตรา 224 วรรคสอง

¹⁷⁶ เป็นไปตามหลักการเดิมของมาตรา 224 วรรคสอง

¹⁷⁷ เป็นไปตามหลักการเดิมของมาตรา 224 วรรคสอง

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

อำนาจหน้าที่ทั้งสามกรณีดังกล่าว คณะผู้วิจัยเห็นว่าควรมอบหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดในกรณีที่มีข้อสงสัยว่าสนธิสัญญาฉบับใดเป็นสนธิสัญญาประเภทที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ ตลอดจนให้เป็นองค์กรที่คอยควบคุมตรวจสอบมิให้ร่างความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อให้รัฐธรรมนูญดำรงความเป็นกฎหมายสูงสุดในรัฐและเป็นหลักประกันแก่สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ตลอดไป โดยไม่ถูกสนธิสัญญาหรือความตกลงฯ ที่รัฐบาลทำมาลบล้างหลักประกันดังกล่าวได้

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

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

บทบัญญัติในส่วนนี้ควรจะได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหมวดว่าด้วยการทำสนธิสัญญาโดยตรง

1.3 การกำหนดให้องค์กรหรือบุคคลผู้มีอำนาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยประเด็นปัญหาตามข้อ 1.2

ในประเด็นว่าใครหรือองค์กรใดควรเป็นผู้เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาถึงประเด็นปัญหาทั้งสามประการดังกล่าวในข้อ 1.2 คณะผู้วิจัยเห็นว่าควรให้บุคคลหรือคณะบุคคลต่อไปนี้ สามารถเสนอเรื่องถึงศาลรัฐธรรมนูญได้

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

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

บทบัญญัติในส่วนที่ 1.3 นี้ควรจะได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหมวดว่าด้วยการทำสนธิสัญญาเช่นเดียวกัน

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

เนื่องจากความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีที่ครอบคลุมภาคเศรษฐกิจสำคัญๆ ทุกด้าน (Comprehensive FTA) จะส่งผลกระทบต่อประเทศและต่อประชาชนอย่างกว้างขวางทั้งในอนาคต

ระยะสั้นและระยะยาว จึงไม่สมควรที่จะปล่อยให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้ตัดสินใจไปโดยลำพังฝ่ายเดียว แต่ควรให้รัฐสภาและประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการทำความตกลงดังกล่าวด้วย¹⁷⁸

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 58, 59 และ มาตรา 60¹⁷⁹ บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารสำคัญของทางราชการและประชาชนมีสิทธิที่จะให้ข้อมูล ข้อเท็จจริงและความคิดเห็นที่เกี่ยวกับการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีแก่รัฐบาลก่อนที่รัฐบาลจะตกลงผูกพันตามสัญญา โดยควรให้มีพระราชบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์รายละเอียดเกี่ยวกับกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและการปรึกษาหารือรัฐสภาเกี่ยวกับการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีขึ้นโดยเฉพาะ

และเพื่อให้พระราชบัญญัติฉบับนี้สอดคล้องกับหลักธรรมาภิบาลในการปกครอง หลักประชาธิปไตย และหลักนิติรัฐซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันรับรองไว้ พระราชบัญญัติดังกล่าวควรบัญญัติกำหนดถึงเรื่องต่างๆ ดังต่อไปนี้

¹⁷⁸ มีข้อสังเกตว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ได้สร้างกระบวนการทางกฎหมายซึ่งเปิดโอกาสให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งเข้ามามีส่วนร่วมทางการเมืองและการปกครองหลายประการ เช่น การลงประชามติในเรื่องสำคัญของประเทศ การเข้าชื่อกันห้าหมื่นรายชื่อเพื่อเสนอร่างพระราชบัญญัติ การร่วมแสดงความคิดเห็นในการดำเนินโครงการต่างๆ ที่กระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือต่อสิทธิเสรีภาพของตน เป็นต้น

อย่างไรก็ดี จะเห็นว่ากระบวนการทางกฎหมายเหล่านี้มุ่งเน้นการมีส่วนร่วมกับรัฐในกิจการภายในรัฐเท่านั้น ทั้งที่ในยุคโลกาภิวัตน์ที่โลกกลายเป็นหนึ่งเดียว การดำเนินนโยบายหรือข้อตกลงระหว่างประเทศอย่างใดอย่างหนึ่งของรัฐบาลย่อมมีผลกระทบต่อการกำหนดนโยบายการบริหารประเทศและการตรากฎหมายของรัฐ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือนอกจากกรอบตามรัฐธรรมนูญแล้ว การบริหารประเทศและการตรากฎหมายจะถูกกำหนดโดยกรอบของข้อตกลงระหว่างประเทศที่รัฐบาลเข้าผูกพันในนามของรัฐด้วย และในหลายกรณี รัฐบาลได้ลงนามผูกพันกับข้อตกลงไปก่อนแล้ว รัฐสภาจึงทำหน้าที่เพียงให้ความเห็นชอบข้อตกลงและผ่านกฎหมายที่เกี่ยวข้องเท่านั้นโดยไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมข้อตกลงได้แม้แต่คำเดียว ข้อตกลงระหว่างประเทศเหล่านี้จึงกลายมาเป็นเงื่อนไขบังคับให้รัฐสภาต้องยินยอมให้ความเห็นชอบแก่กฎหมายอนุวัติการตามข้อตกลงที่รัฐบาลทำไว้

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

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

¹⁷⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 บัญญัติว่า

มาตรา 58 บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับทราบข้อมูลหรือข่าวสารณะในครอบครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น เว้นแต่การเปิดเผยข้อมูลนั้นจะกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประชาชน หรือส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

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

มาตรา 60 บุคคลย่อมมีสิทธิมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติราชการทางปกครองอันมีผลหรืออาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของตน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

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

2.2 กำหนดให้รัฐบาลต้องดำเนินการรับฟังคำปรึกษา/ความคิดเห็นของกลุ่มผลประโยชน์ สมาคม สหกรณ์ สหภาพ และองค์กรภาคประชาชนผู้มีส่วนได้เสียทั้งหมดก่อนและ/หรือระหว่างการเจรจาทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี

กฎหมายฉบับนี้ควรกำหนดชนิดของสนธิสัญญาทางการค้าที่ต้องรับฟังความคิดเห็น ซึ่งอย่างน้อยรวมถึงความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี กำหนดหลักเกณฑ์รายละเอียดเกี่ยวกับขั้นตอนกระบวนการที่เปิดโอกาสให้กลุ่มผลประโยชน์ องค์กรภาคประชาชน ตลอดจนผู้ที่จะมีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นได้รับทราบข้อมูลที่จำเป็นจากรัฐบาล และได้เข้าร่วมแสดงความคิดเห็นอย่างรอบด้านก่อนการตัดสินใจเข้าผูกพันตามความตกลงฯ ในเรื่องนั้นๆ ทั้งนี้ เพื่อให้มีกลไกที่เหมาะสมในการตรวจสอบรัฐบาลหรือฝ่ายบริหาร ว่าการตัดสินใจทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีแต่ละฉบับเป็นไปโดยรอบคอบรัดกุมและวางอยู่บนผลประโยชน์ของประชาชนและประเทศอย่างแท้จริง

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

(ก) เป็นกระบวนการที่กฎหมายบัญญัติว่าต้องกระทำในกรณีใดบ้าง และกำหนดขั้นตอนวิธีการไว้ชัดเจนว่ารัฐบาลจะต้องดำเนินการรับฟังตามลำดับที่ขั้นตอนและแต่ละขั้นตอนทำอย่างไร ทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ซึ่งบัญญัติถึงกระบวนการต่างๆ ที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการก่อนการออกคำสั่ง ในกรณีที่คำสั่งนั้นจะส่งผลร้ายแก่สิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์ของประชาชนผู้รับคำสั่ง หรือทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542 ซึ่งกำหนดให้คณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทที่ถูกแปรรูปมาจากรัฐวิสาหกิจประเภทองค์การของรัฐ จะต้องทำการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนการประกาศใช้บังคับพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ ประโยชน์ของบริษัทรัฐวิสาหกิจที่ถูกแปรรูปนั้น¹⁸⁰ เป็นต้น

(ข) ในแง่นี้ กระบวนการดังกล่าวจึงเป็นรูปแบบทางกฎหมายที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องครบถ้วนภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด และจะต้องกระทำก่อนการลงนามผูกพันตามความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีฉบับใดๆ มิฉะนั้น จะเกิดผลทางกฎหมายตามมา

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

คือการทำความเข้าใจว่าการค้าเสรี รวมทั้งการออกพระราชบัญญัติอนุวัติการตามสนธิสัญญาฉบับนั้นอาจไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย และไม่อาจใช้บังคับกับประชาชนได้

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

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

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

การที่ฝ่ายบริหารต้องเสนอผลการศึกษา NIA และ RIS มาพร้อมกับร่างความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีเป็นการบังคับให้ฝ่ายบริหารต้องพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบถึงผลกระทบทั้งหลายทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมอันจะเกิดขึ้นจากการทำความตกลงฯ เปรียบเทียบกับประโยชน์ที่จะได้รับจากการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีว่ามีความเหมาะสมคุ้มค่า และพิจารณาว่ากฎหมายภายในประเทศที่มีผลบังคับใช้อยู่ในขณะนั้นสามารถรองรับเงื่อนไขของสนธิสัญญาได้อย่างเพียงพอหรือไม่ หรือต้องมีการตรากฎหมายฉบับใหม่ หรือต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเดิมในกรณีที่ไม่สอดคล้องหรือขัดกับความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี

การตรวจสอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติในขั้นตอนนี้ นอกจากจะเป็นการเปิดเผยการทำสนธิสัญญาทางการค้าของฝ่ายบริหารต่อฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ยังเป็นการให้โอกาสแก่รัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนประชาชนในการเปิดอภิปรายให้ข้อเสนอแนะ ข้อสังเกตและข้อคิดเห็นต่างๆ เกี่ยวกับ

การทำความเข้าใจความตกลงว่าด้วยการค้าเสรีของฝ่ายบริหาร เพื่อให้รัฐบาลชั่งน้ำหนักผลได้ผลเสียอย่างรอบคอบก่อน

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

ขณะเดียวกัน เมื่อมีการกำหนดให้สนธิสัญญาทางการค้าทุกประเภทต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อน อาจเกิดความไม่คล่องตัวแก่ฝ่ายบริหารในการเจรจาทำความเข้าใจการค้าเสรีกับประเทศต่าง ๆ ซึ่งอาจเป็นเหตุให้ประเทศต้องเสียผลประโยชน์หรือเสียเปรียบในทางการค้าระหว่างประเทศแก่ประเทศอื่น

กรณีเช่นนี้ รัฐธรรมนูญฯ อาจอนุญาตให้รัฐสภาสามารถตราพระราชบัญญัติแบ่งชนิดของสนธิสัญญาทางการค้าและกำหนดกระบวนการทำสนธิสัญญาทางการค้าแต่ละชนิดให้มีความแตกต่างกันไปตามความจำเป็นได้ เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นและเหมาะสมในการทำความตกลงทางการค้าระหว่างประเทศแต่ละชนิด

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

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

ร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการฯ ซึ่งการยกร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยสนธิสัญญาทางการค้านี้ สามารถนำกฎหมาย Trade Promotion Act 2002 ของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้เป็นแนวทางได้

3. การจัดตั้งหน่วยงานของรัฐที่เป็นอิสระและเชี่ยวชาญ และการจัดตั้ง คณะกรรมการของรัฐสภาซึ่งมีความเชี่ยวชาญในการทำสนธิสัญญาทางการค้า

-

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

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

โดยนัยเดียวกันนี้ ในส่วนของรัฐสภาเองก็ควรต้องมีคณะกรรมการสามัญ¹⁸¹ ซึ่งมีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญา ทำหน้าที่เป็นเครื่องมือให้แก่รัฐสภาในการควบคุมตรวจสอบรัฐบาล นอกจากนี้ รัฐสภาควมจะได้จัดตั้งหน่วยงานที่ทำงานในลักษณะวิชาการและเป็นศูนย์รวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญา เพื่อช่วยเหลือสนับสนุนคณะกรรมการฯ ในการศึกษาวิเคราะห์สนธิสัญญาและรายงานความเห็นในประเด็นต่างๆ ต่อรัฐสภาประกอบการพิจารณาเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบสนธิสัญญาที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตน

คณะผู้วิจัยเห็นว่าหน่วยงานของรัฐที่มีความเชี่ยวชาญและเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารดังกล่าวและคณะกรรมการของฝ่ายนิติบัญญัติ จะทำหน้าที่เป็นมันสมองให้แก่องค์กรอำนาจอธิปไตยทั้งสองแห่งนั้นนอกเหนือไปจากการทำงานของกระทรวงการต่างประเทศและกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์ ทั้งนี้ เพื่อให้การพิจารณาดัดสินใจว่าประเทศไทยควรจะเป็นคู่สัญญาในความตกลงทางการค้าฉบับใดและกับประเทศใด เป็นไปโดยความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องและวางอยู่บนพื้นฐานข้อเท็จจริงของประเทศไทยทั้งของฝ่ายบริหารและฝ่ายผู้แทน

¹⁸¹ ทำนองเดียวกับ คณะกรรมการร่วมด้านสนธิสัญญาของรัฐสภาออสเตรเลีย (Joint Standing Committee on Treaties หรือ JSCT) ซึ่งเป็นคณะกรรมการร่วมระหว่างสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา และเป็นคณะกรรมการสามัญ

ปวงชน ซึ่งจะเป็นหลักประกันว่าประเทศจะไม่เดินไปสู่ความหายนะทางเศรษฐกิจและสังคม โดยง่าย

4. การจัดทำคู่มือการปฏิบัติงาน (Guideline) ของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ

แม้จะมีกฎหมายว่าด้วยกระบวนการทำสนธิสัญญาทางการค้าแล้ว แต่ปัญหาต่างๆ มักเกิดขึ้นในขั้นตอนการปฏิบัติงานของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติในการทำความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี โดยเฉพาะในขั้นตอนการขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามความตกลงฯ ซึ่งปัญหาดังกล่าวนี้นี้ ประเทศออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ได้แก้ไขโดยการจัดทำคู่มือว่าด้วยการทำความตกลงระหว่างประเทศสำหรับฝ่ายบริหารและ คู่มือว่าด้วยการพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่ฝ่ายบริหารในการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศบางประเภทแก่ฝ่ายนิติบัญญัติ เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนว่าการทำความตกลงระหว่างประเทศได้รับการพิจารณาให้ความเห็นชอบโดยผู้ที่เป็นตัวแทนของประชาชนแล้ว

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

คู่มือการปฏิบัติงาน (Guideline) ของฝ่ายบริหารและของฝ่ายรัฐสภาอาจมีเนื้อหาที่แตกต่างกันไปได้ตามบทบาทหน้าที่ของแต่ละฝ่าย คู่มือของฝ่ายบริหารควรมีประเด็นหลักๆ ดังนี้

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

4.2 กระบวนการเจรจาต่อรองเพื่อทำสนธิสัญญาแต่ละประเภท โดยควรมีเรื่องต่อไปนี้

- ผู้มีอำนาจริเริ่ม/ตัดสินใจเปิดการเจรจา
- คณะผู้แทนการเจรจาและองค์ประกอบของคณะผู้แทนฯ

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

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

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

- ในกรณีที่เป็นเรื่องละเอียดอ่อน กำหนดให้มีการรับฟังความคิดเห็นขององค์กรหรือชุมชนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเป็นกรณีพิเศษ

- ผู้มีอำนาจลงนามในสนธิสัญญาแต่ละประเภท

- ในกรณีที่เป็นสนธิสัญญาที่ต้องเสนอต่อรัฐสภา การเสนอเรื่องต่อประธานรัฐสภาเพื่อขอให้รัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบ ควรเสนอเอกสารต่อไปนี้ แนบไปพร้อมกันด้วย

ก) ร่างสนธิสัญญานับสมบูรณ์

ข) คำแถลงของรัฐบาลเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการทำสนธิสัญญาทางการค้าหรือความตกลงว่าด้วยการค้าเสรี

ค) ร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการฯ (ถ้ามี)

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

จ) รายงานการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน กลุ่ม องค์กร ฯลฯ ที่เกี่ยวข้อง และรายงานการรับฟังความคิดเห็นเป็นกรณีพิเศษ (ถ้ามี)

ฉ) รายงานความคิดเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ตลอดจนส่วนราชการ/หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง เกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาทางการค้าและพระราชบัญญัติอนุวัติการฯ

- การประกาศใช้สนธิสัญญาในราชกิจจานุเบกษาและวันที่ที่มีผลใช้บังคับ

4.3 กระบวนการจัดทำสนธิสัญญาแบบพหุภาคี

ฯลฯ

สำหรับคู่มือการพิจารณาสนธิสัญญาทางการค้าและสนธิสัญญาอื่นของคณะกรรมการและสมาชิกรัฐสภา ควรมีหลักเกณฑ์การพิจารณาหลักๆ ดังนี้

- การทำสนธิสัญญาเป็นไปโดยโปร่งใส ถูกต้องตามหลักการประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ ตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ กฎหมายและระเบียบของรัฐบาล

- มีการเสนอเอกสารตามรายการในข้อ ข) ถึง ฉ) ข้างต้น มาพร้อมกับร่างสนธิสัญญานับสมบูรณ์

- ในกรณีที่เป็นสนธิสัญญาทางการค้าหรือสนธิสัญญาที่ต้องการความยืดหยุ่น คล่องตัวในการเจรจาต่อรองและการตัดสินใจลงนามผูกพัน รัฐสภาควรมีหลักเกณฑ์ที่มอบให้แก่ รัฐบาลเป็นกรอบในการเจรจาต่อรองและตัดสินใจ

- การตั้งข้อสงวนหรือข้อสังเกตในการทำสนธิสัญญาของรัฐบาล

- ภาระหน้าที่ของรัฐบาลเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญา เช่น พิจารณาร่าง พระราชบัญญัติรองรับสนธิสัญญามีให้ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญและสนธิสัญญาเอง

- การพิจารณาตรวจสอบมิให้กฎหมายฉบับหลังขัดแย้งกับสนธิสัญญาและ พระราชบัญญัติรองรับสนธิสัญญา

- การกำหนดให้สนธิสัญญาและ/หรือพระราชบัญญัติรองรับสนธิสัญญามีผลบังคับใช้

ฯลฯ

ฯลฯ

คณะผู้วิจัยเห็นว่าการจัดทำคู่มือการปฏิบัติงานจะช่วยให้เกิดความชัดเจนแน่นอนในการทำงานมากยิ่งขึ้น เพราะแต่ละฝ่ายจะเข้าใจบทบาทหน้าที่ของตนในกระบวนการทำสนธิสัญญา ทางการค้าได้ถูกต้องแม่นยำยิ่งขึ้น วิธีนี้จะส่งผลทางอ้อมให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพและ ประโยชน์ของประชาชนได้รับการคุ้มครองมากยิ่งขึ้นด้วยเช่นเดียวกับในประเทศ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และสาธารณรัฐฝรั่งเศส ที่เป็นกรณีศึกษา

เอกสารอ้างอิง

บทที่ 2

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

บทที่ 3

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

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

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

บทที่ 4

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

บทที่ 5

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

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

-