ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

โดย

นางสาวอภิญญา สุพรรณ์สาย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขากฎหมายระหว่างประเทศ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

โดย

นางสาวอภิญญา สุพรรณ์สาย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขากฎหมายระหว่างประเทศ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

LEGAL PERPLEXITIES REGARDING TREATIES UNDER THAI CONSTITUTIONS

BY

MISS APINYA SUPANSAI

A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS

FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

INTERNATIONAL LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2016

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นางสาวอภิญญา สุพรรณ์สาย

เรื่อง

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 10 มกราคม พ.ศ. 2560

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ _____
(รองศาสตราจารย์ นพนิธิ สุริยะ)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ _____
(ศาสตราจารย์ ดร. สมคิด เลิศไพฑูรย์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ _____
(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ _____
(รองศาสตราจารย์ ดร. เจษฎ์ โทณะวณิก)

คณบดี _____
(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย
ชื่อผู้เขียน	นางสาวอภิญญา สุพรรณ์สาย
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายระหว่างประเทศ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ศาสตราจารย์ ดร. สมคิด เลิศไพฑูรย์
ปีการศึกษา	2559

บทคัดย่อ

วัตถุประสงค์ของวิทยานิพนธ์นี้ คือ การศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ด้วยการค้นคว้าและวิจัยทางเอกสาร ซึ่งจากการศึกษาพบว่ามีปัญหาอยู่สามประการ คือ

ประการแรก ปัญหาการไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ซึ่งมีสาเหตุสำคัญจากการที่ประเทศไทยไม่เคยมีกฎหมายว่าด้วยการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ อันเป็นการกำหนดรายละเอียดขั้นตอนและกระบวนการในการทำหนังสือสัญญา ส่งผลให้บทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาถูกตีความไปในหลายขั้นตอน เพราะมีความเข้าใจที่แตกต่างกัน เป็นอุปสรรคในการดำเนินนโยบายด้านต่างประเทศของรัฐและทำให้ขาดความคล่องตัวในทางปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม พบว่ามีความพยายามที่จะผลักดันให้มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาอยู่หลายครั้ง โดยในปี พ.ศ. 2552 ร่างกฎหมายดังกล่าวได้ผ่านการตรวจสอบจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และคณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบแล้ว แต่เป็นที่น่าเสียดายว่าร่างกฎหมายฉบับนี้ยังไม่ได้ผ่านการพิจารณาจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งปัจจุบันก็ยังไม่มีการประกาศใช้บังคับกฎหมายดังกล่าว ดังนั้น เห็นว่าควรนำร่างกฎหมายดังกล่าวมาทบทวน และนำมาประกาศใช้เพื่อให้การทำหนังสือสัญญาเป็นไปโดยถูกต้องตามระบบกฎหมายและมีมาตรฐานที่เป็นสากล และเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาทางกฎหมายต่อไป

ประการที่สอง ปัญหาการไม่มีคำนิยามหรือความหมายที่ชัดเจนของคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย เนื่องจากคำว่า “หนังสือสัญญา” นั้น ยังไม่เคยมีการบัญญัติ

ความหมายไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายฉบับใดเลย แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะเคยวินิจฉัยความหมายของหนังสือสัญญาว่ามีความหมายเช่นเดียวกับ Treaty ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาก็ตาม และแม้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะผูกพันทุกองค์กร แต่ก็เป็นการตีความกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ อย่างไรก็ตาม ฝ่ายนิติบัญญัติก็ยังมีหน้าที่ที่จะต้องยกร่างหรือบัญญัติกฎหมายขึ้นมาบังคับใช้เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยดังกล่าว และเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการใช้บังคับกฎหมายที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยต่อไป

ประการที่สาม ปัญหารัฐธรรมนูญของประเทศไทยไม่ได้มีการบัญญัติรับรองความสามารถในการทำหนังสือสัญญาของผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งมีสาเหตุมาจากบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยในปัจจุบัน เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการรับรองความสามารถของผู้ที่จะเข้ามาทำหนังสือสัญญากับประเทศไทยนั้น เป็นบทบัญญัติเดิมที่มีอยู่แล้วในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ โดยที่ไม่ได้รับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในส่วนสำคัญ และได้บัญญัติรับรองความสามารถของผู้ที่จะเข้ามาเป็นภาคีกับประเทศไทยจำกัดเฉพาะเพียงรัฐกับองค์การระหว่างประเทศเท่านั้น แต่ยังไม่ได้มีการบัญญัติรับรองความสามารถในการทำหนังสือสัญญาของผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ อาทิ ขบวนการปลดปล่อยแห่งชาติ (National Liberation Movement) องค์การระหว่างประเทศแบบเอกชน หรือที่รู้จักกันดีว่า NGOs และเขตปกครองพิเศษฮ่องกง (HKSAR) เป็นต้น

จากปัญหาทั้งสามประการนี้อาจส่งผลให้ประเทศไทยเกิดปัญหาในกระบวนการจัดทำหนังสือสัญญา เนื่องจากการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยในปัจจุบันใช้เวลานานและเพิ่มภาระให้แก่ภาครัฐในทางปฏิบัติ และก่อให้เกิดผลกระทบต่อการเจรจากับประเทศคู่เจรจา ดังนั้น เพื่อให้การทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ผู้เขียนได้เสนอแนะให้มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา ซึ่งมีรายละเอียดเกี่ยวกับขั้นตอนและวิธีการดำเนินการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีการตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างคณะรัฐมนตรีและรัฐสภา มีความโปร่งใส มีประสิทธิภาพ และให้ประชาชนมีส่วนร่วมอย่างแท้จริง เพื่อให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และประเพณีปฏิบัติของประเทศไทย อีกทั้งให้มีการกำหนดบทนิยามคำว่า “หนังสือสัญญา” โดยให้เป็นไปตามนิยามของสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และตามนัยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542, 33/2543, และ 6-7/2551 โดยจะต้องบัญญัติให้ครอบคลุมถึงความตกลงที่ทำขึ้นเป็นหนังสือเท่านั้น นอกจากนี้เห็นสมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้รับรองความสามารถในการทำหนังสือสัญญาของผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย

คำสำคัญ: กฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา, หนังสือสัญญา, รัฐ, องค์การระหว่างประเทศ, ผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

Thesis Title	LEGAL PERPLEXITIES REGARDING TREATIES UNDER THAI CONSTITUTIONS
Author	Miss Apinya Supansai
Degree	Master of Laws
Department/Faculty/University	International Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Professor Somkit Lertpaithoon, Ph.D.
Academic Years	2016

ABSTRACT

The purpose of this research is to study legal issues regarding the treaties making under the Thai constitutions by means of documentary research. According to the study, three problems can be addressed as follows:

Firstly, there is no law regulating the process and method of concluding treaties under any of the Thai Constitutions. As a consequence, the conclusion of a treaty is practised in different ways and is differently understood. Thus, these have been obstacles to conducting foreign affairs and a lack of flexibility. However, there are unsuccessful attempts to develop the said regulating law. It is, therefore, suggested that the above mentioned Bill should be reviewed and promulgated.

Secondly, there is no clear definition of a treaty under the Thai Constitutions. Although the Constitutional Court has ruled that a treaty under the Thai Constitutions has the same meaning as that which is defined by the Vienna Convention on the Law of Treaties. And even decision of the Constitutional Court are deemed final and binding on the National Assembly, the Council of Ministers, other courts and State Organs, they are only the Constitutional Court Interpretations but not legislated laws that should be enacted to solve problems deriving from such Constitutional Court decisions, thereby make it clear in the future when both

applying and enforcing laws relating to treaties under the Thai Constitutions are required.

Thirdly, the Thai constitutions have no provisions certifying the capacity of treaty making of other subjects of international law other than States and International Organizations. As the result, they exclude other subjects of international law such as (NGOs), National Liberation Movement, Hong Kong Special Administrative Region (HKSAR) etc.

These three problems may cause legal problems when concluding treaties, the problem e.g. it take such a long time in the process of treaty making in Thailand and they also create much work to be undertaken by practitioners which effects the contracting parties. That is why, in order to make treaties efficient, the author has recommended a law that regulates the process and method of treaty making, the author also further recommends to define “treaty” in the said law to include what appeared in The Vienna Convention on the law of Treaties, and those decisions of the constitutional Court, i.e. 11/2542, 33/2543, and 6-7/2551.

Last but no least, there should be a provision in the Thai Constitution to support the capacity of treaty making for other subjects of International Law as well as its definition.

Keywords: law regulating the process and method of concluding treaties, treaty, State, international organization, other subjects of international law

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดีนั้น เป็นผลมาจากความกรุณาเป็นอย่างยิ่งของรองศาสตราจารย์ นพนิธิ สุริยะ ผู้ซึ่งเป็นหนึ่งในปรมาจารย์กฎหมายระหว่างประเทศที่เชี่ยวชาญเรื่องกฎหมายสนธิสัญญา ซึ่งเป็นครูกฎหมายที่ผู้เขียนเคารพและศรัทธายิ่ง ที่ได้กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ให้กับผู้เขียน และผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. สมคิด เลิศไพฑูรย์ ที่ได้กรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ให้กับผู้เขียน ซึ่งท่านได้สละเวลาอันมีค่ายิ่งในการให้ข้อคิด คำปรึกษาและคำแนะนำที่ทรงคุณค่าต่อการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ทั้งในด้านเนื้อหาและรูปแบบ รวมทั้งข้อเสนอแนะและแง่มุมในประเด็นทางกฎหมายต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อการจัดทำวิทยานิพนธ์ รวมทั้งตรวจสอบ แก้ไข และปรับปรุงจนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี นอกจากนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต และรองศาสตราจารย์ ดร. เจษฎ์ โทณะวณิก กรรมการวิทยานิพนธ์ อาจารย์ผู้มีเมตตา ที่ได้กรุณาให้ข้อแนะนำเพิ่มเติม ข้อวิจารณ์และข้อเสนอแนะอันมีค่ายิ่ง จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ขอขอบพระคุณครูบาอาจารย์ทุกท่านที่ได้ประสิทธิประสาทวิชาความรู้ให้แก่ผู้เขียน โดยเฉพาะคณาจารย์ในภาควิชากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ที่ให้ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ รวมทั้งอาจารย์ทุกท่านที่ได้ประสิทธิประสาทวิชาความรู้ด้านภาษา ไม่ว่าจะเป็นภาษาไทย ภาษาอังกฤษ อันเป็นพื้นฐานที่สำคัญยิ่งในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอขอบคุณเพื่อน ๆ นักศึกษาปริญญาโท สาขากฎหมายระหว่างประเทศทุกคน ที่ร่วมเดินทางบนเส้นทางสายนักกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องเรียนรู้อย่างไม่มีที่สิ้นสุด ขอขอบคุณนายสักกพล ภุมรินทร์ ซึ่งเป็นกัลยาณมิตรทางวิชาการของผู้เขียนซึ่งคอยช่วยตรวจทานเนื้อหาและให้คำแนะนำอันเป็นประโยชน์ อีกทั้งคอยให้กำลังใจแก่กันเสมอมา รวมทั้งนางสาวโชติกา อรรถพิมล นายอนนต์พร ธรรมฤาชุ และนายจิระณัฏฐ์ จั่นอาจ ที่คอยช่วยเหลือทางด้านภาษาต่างประเทศและคอยให้คำปรึกษา อีกทั้งเป็นกำลังสำคัญในการช่วยเหลือตลอดระยะเวลาของการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ตลอดจนบรรดาเพื่อน ๆ ทั้งหลายที่คอยให้ความช่วยเหลือ รับฟังปัญหา ให้คำปรึกษาและคำแนะนำ และเป็นกำลังใจให้ผู้เขียนได้จัดทำวิทยานิพนธ์สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

สุดท้าย ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณครอบครัวของผู้เขียนอันประกอบไปด้วย นายลำพอง สุพรรณ์สาย บิดา และนางจริยา สุพรรณ์สาย มารดา ผู้ซึ่งเป็นร่มเงาให้ผู้เขียนได้พักพิง

ที่เสียสละกำลังกาย กำลังใจ และกำลังทรัพย์ อุปการะเลี้ยงดูและสนับสนุนการศึกษาของผู้เขียนตลอดมา รวมถึงนายอรรถพล สุพรรณ์สาย พี่ชาย ที่ให้ความช่วยเหลือและให้กำลังใจแก่กันเสมอมา

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะก่อให้ประโยชน์แก่วงวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศของประเทศไทยอยู่บ้าง และเป็นประโยชน์แก่ผู้ที่อ่านไม่มากก็น้อย ผู้เขียนขอมอบความดีทั้งหมดที่ได้กระทำมาให้แก่บิดา มารดา และครูอาจารย์ทั้งหลายที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ทั้งในด้านนิติศาสตร์และทุก ๆ สรรพวิชาความรู้ให้แก่ผู้เขียน แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ยังคงมีข้อบกพร่องอยู่ประการใดแล้ว ผู้เขียนขอน้อมรับในความผิดพลาดและข้อบกพร่องแต่ผู้เดียว ซึ่งคำแนะนำทั้งหลายจะยังคงความยินดีแก่ผู้เขียนเสมอ

นางสาวอภิญญา สุพรรณ์สาย

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย (1)

บทคัดย่อภาษาอังกฤษ (3)

กิตติกรรมประกาศ (5)

บทที่ 1 บทนำ 1

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา 1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา 6
1.3 ขอบเขตการศึกษา 8
1.4 วิธีการศึกษา 9
1.5 สมมติฐานของการศึกษา 9
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา 11

บทที่ 2 ความสัมพันธ์ระหว่างบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศกับการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทย 13

2.1 บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศในการทำหนังสือสัญญา 14
2.1.1 สนธิสัญญา 15
2.1.2 จารีตประเพณีระหว่างประเทศ 16
2.1.3 หลักกฎหมายทั่วไป 17
2.1.4 สิ่งที่ช่วยในการพิจารณากำหนดหลักกฎหมายระหว่างประเทศ 19
2.1.4.1 คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาล 19
2.1.4.2 คำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิอย่างสูง 20
2.1.5 บ่อเกิดอื่น ๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศ 21
2.1.5.1 กฎเกณฑ์อันเกิดจากองค์การระหว่างประเทศ 22

2.1.5.2 หลักความเที่ยงธรรม 23
2.2 สถานะของประเทศไทยกับบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ 24
2.2.1 สถานะของประเทศไทยกับสนธิสัญญา 24
2.2.1.1 สถานะของประเทศไทยกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 25
2.2.1.2 สถานะของประเทศไทยกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 27
2.2.2 สถานะของประเทศไทยกับจารีตประเพณีระหว่างประเทศ 28
2.2.3 สถานะของประเทศไทยกับหลักกฎหมายทั่วไป 29
2.3 ประวัติศาสตร์และความเป็นมาในการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทย 29
2.3.1 ความเป็นมาในการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยก่อนมีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 29
2.3.1.1 การทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยในสมัยน่านเจ้า 30
2.3.1.2 การทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยในสมัยสุโขทัย 30
2.3.1.3 การทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยในสมัยอยุธยา 32
2.3.1.4 การทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยในสมัยรัตนโกสินทร์ 34
2.3.2 ความเป็นมาในการบัญญัติเรื่องหนังสือสัญญาในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยภายหลังมีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 39
2.3.2.1 ที่มาแห่งการบัญญัติเรื่องหนังสือสัญญาไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทย 40
2.3.2.2 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญา 41
(1) ตั้งแต่พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2535 41
(2) ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 44

บทที่ 3 ลักษณะของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ 50

3.1 ความหมายของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ 50

3.1.1 ความหมายของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย 51

3.1.2 ความหมายของสนธิสัญญาในกฎหมายระหว่างประเทศ 56

3.1.2.1 ความหมายของสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 57

(1) สนธิสัญญาตามความหมายอย่างแคบ 60

(2) สนธิสัญญาตามความหมายอย่างกว้าง 65

3.1.2.2 ความหมายของสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐและองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986 66

3.1.2.3 สนธิสัญญาตามความหมายของรัฐธรรมนูญต่างประเทศ 67

(1) สนธิสัญญาตามความหมายของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา 68

(2) สนธิสัญญาตามความหมายของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหราชอาณาจักร 69

(3) สนธิสัญญาตามความหมายของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศฝรั่งเศส 70

(4) สนธิสัญญาตามความหมายของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศเยอรมนี 72

(5) สนธิสัญญาตามความหมายของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศเกาหลีใต้ 73

3.1.3 คำวินิจฉัยในคดีที่เกี่ยวข้องกับการตีความความหมายของคำว่าหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย 75

3.1.3.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542 75

3.1.3.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543 77

3.1.3.3 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551 78

3.1.3.4 คำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา 81

3.1.3.5 ความเห็นของศาลปกครอง 85

3.1.3.6 นิยามของหนังสือสัญญาของกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย 87

3.1.4 ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ 88

3.1.4.1 ระยะเวลาเริ่มต้นของการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ 88
3.1.4.2 ขอบเขตของการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ 89
3.1.4.3 องค์กรที่จะต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ 89
3.2 พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการทำหนังสือสัญญา 90
3.3 ผู้ที่จะเข้ามาทำหนังสือสัญญากับประเทศไทย 91
3.3.1 รัฐ 91
3.3.2 องค์การระหว่างประเทศ 92
3.4 บทบัญญัติเกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบ 93
ของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย
3.4.1 ตั้งแต่พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราวพุทธศักราช 2475 95
จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521
3.4.2 ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 จนถึง 96
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557
3.5 การระบุประเภทของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ 99
3.5.1 มีการระบุประเภทของหนังสือสัญญา 99
3.5.1.1 ประเทศเกาหลีใต้ 99
3.5.1.2 ประเทศอินโดนีเซีย 99
3.5.1.3 ประเทศแอฟริกาใต้ 99
3.5.1.4 ประเทศโมร็อกโก 100
3.5.2 ไม่มีการระบุประเภทของหนังสือสัญญา 100
3.5.2.1 ประเทศเวียดนาม 100
3.5.2.2 ประเทศสิงคโปร์ 100
3.5.2.3 ประเทศแคนาดา 101
3.5.2.4 ประเทศจีน 101
3.5.3 ไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาไว้ในรัฐธรรมนูญ 101
3.5.3.1 ประเทศออสเตรเลีย 101
3.5.3.2 ประเทศนิวซีแลนด์ 102
3.6 กระบวนการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย 103
3.7 กระบวนการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ 109
3.7.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา 109
3.7.2 ประเทศสหราชอาณาจักร 111

3.7.3 ประเทศออสเตรเลีย 114
3.7.4 ประเทศฝรั่งเศส 115
3.7.5 ประเทศญี่ปุ่น 118

บทที่ 4 ปัญหาในการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย 121

4.1 ปัญหาการไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย 121
4.2 ปัญหาการไม่มีคำนิยามหรือความหมายที่ชัดเจนของคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย 127
4.3 ปัญหารัฐธรรมนูญของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติรับรองความสามารถในการทำหนังสือสัญญาของผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ 135

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ 140

5.1 บทสรุป 140
5.2 ข้อเสนอแนะ 144

บรรณานุกรม 155

ภาคผนวก
ภาคผนวก ก ร่างพระราชบัญญัติขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา พ.ศ. ... 162

ประวัติผู้เขียน 169

บทที่ 1
บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในอดีตที่ผ่านมา ประเทศไทยไม่เคยมีกฎหมายว่าด้วยการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ดังนั้น ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยในปัจจุบัน จึงมีเพียงเท่าที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่เนื่องจากบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มีลักษณะที่เป็นการบัญญัติหลักการไว้อย่างกว้าง ๆ และมีเนื้อหาที่ไม่ยาวมากเกินไป ทั้งนี้ ก็เพื่อความสะดวกแก่การแก้ไขเพิ่มเติม เพราะในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นทำได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ จึงทำให้บทบัญญัติว่าด้วยการทำหนังสือสัญญาซึ่งได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทย มีเพียงหลักการที่สำคัญและจำเป็นเท่านั้น ทำให้ไม่มีการบัญญัติขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ที่ผ่านมาการทำความตกลงระหว่างประเทศของประเทศไทยมักจะมีปัญหาในทางปฏิบัติเกิดขึ้นอยู่เสมอ โดยที่บทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาถูกตีความไปในหลายขั้นตอน มีความเข้าใจที่แตกต่างกันเพราะยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอ จึงเป็นอุปสรรคในการดำเนินนโยบายด้านการต่างประเทศของรัฐและทำให้ขาดความคล่องตัวในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมักจะมีข้อถกเถียงในเรื่องข้อตกลงเกี่ยวกับเศรษฐกิจ รวมไปถึงเขตการค้าเสรีกับหลาย ๆ ประเทศ ที่ดูเหมือนจะมีการเอื้อประโยชน์กับคนบางกลุ่ม แต่กลับส่งผลกระทบต่อประชาชนจำนวนมากจากความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้น

นอกจากนี้ สังเกตได้ว่า ในระบบกฎหมายไทยยังไม่เคยมีการบัญญัติความหมายของหนังสือสัญญาไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยหรือในกฎหมายฉบับใดเลย จึงทำให้หนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ยังไม่มีความหมายที่ชัดเจน จึงไม่อาจนำมาใช้อ้างอิงในระดับกฎหมายระหว่างประเทศได้ อีกทั้งเป็นประเด็นปัญหาที่มีการตีความอยู่บ่อยครั้ง แม้ภายหลังศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยและให้ความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ว่ามีความหมายที่ตรงกันกับคำว่า “Treaty” ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 แล้วก็ตาม แต่เมื่อได้ศึกษาจากประวัติศาสตร์การบังคับใช้รัฐธรรมนูญของประเทศไทยแล้ว จะเห็นว่ารัฐธรรมนูญของประเทศไทยใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทย ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2475 แต่อนุสัญญากรุงเวียนนาได้มีการจัดทำขึ้นในปี ค.ศ. 1969 (พ.ศ. 2512) และมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1980 (พ.ศ. 2523) ซึ่งถือว่ามีการใช้คำนี้ก่อนที่จะมีการจัดทำอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา

ค.ศ. 1969 นับเป็นเวลาถึง 37 ปี[1] โดยผู้เขียนมีความเห็นว่าการตีความเพื่อหาความหมายของสิ่งที่มีอยู่ก่อนโดยการอ้างอิงถึงสิ่งที่มีอยู่หรือเกิดขึ้นภายหลังสิ่งนั้น เป็นการตีความโดยขาดการใช้เหตุผลตามหลักตรรกวิทยา เพราะการศึกษาประวัติศาสตร์ของกฎหมายแต่ละฉบับ หรือสภาพการณ์ที่เป็นอยู่ก่อนวันใช้บังคับกฎหมาย จะทำให้ทราบเจตนารมณ์ของกฎหมายให้ชัดเจนยิ่งขึ้น ประกอบกับประเทศไทยยังมิได้ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 อนึ่ง การที่ศาลไทยให้ความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” โดยการกล่าวอ้างถึงอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ว่ามีความหมายตรงกันนั้น แม้ศาลรัฐธรรมนูญไทยจะกล่าวอ้างถึงในแง่ของการเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (international custom) หรือในแง่ของการเป็นหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นที่ยอมรับในระดับสากลก็ตาม ก็ถือว่ายังมิใช่กฎหมายภายในของประเทศไทยโดยตรง จึงทำให้ประเทศไทยยังขาดจุดยืนที่เป็นของของตนเองและขาดความชัดเจนในการทำความตกลงระหว่างประเทศซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้ง ในการให้ความหมายโดยการกล่าวอ้างถึงอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นั้น ศาลรัฐธรรมนูญไทยควรจะแสดงให้เห็นถึงความเป็นมา หลักเกณฑ์ หรือเนื้อหาสาระของอนุสัญญาดังกล่าวว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (international custom) หรือการเป็นหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นที่ยอมรับในระดับสากล ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนทั่วไปมีความเข้าใจได้อย่างถูกต้องอีกด้วย นอกจากนี้ ผู้เขียนยังมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่าหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย มีความแตกต่างกับสนธิสัญญาอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 อยู่หลายประการด้วยกัน อาทิ ในเรื่องรูปแบบของการทำหนังสือสัญญา เนื่องจากคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยย่อมหมายถึง ความตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น เพราะคำว่า “หนังสือ” หมายถึงหลักฐานที่เป็นตัวอักษร จึงไม่ได้หมายความรวมถึงความตกลงที่ทำด้วยวาจา แต่อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ข้อ 2 (1) (เอ) บัญญัติว่า สนธิสัญญาต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่อย่างไรก็ตามในข้อ 3 (เอ) ของอนุสัญญาดังกล่าว ก็ได้บัญญัติว่า อนุสัญญาฉบับนี้ ไม่มีผลกระทบถึงผลทางกฎหมายของ “ความตกลงที่มิได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร” ซึ่งหมายความว่าความตกลงที่มิได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรย่อมมีผลใช้บังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยถือเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลบังคับได้ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือจากการเป็นหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นที่ยอมรับในระดับสากล ยิ่งไปกว่านั้น ผู้เขียนเห็นว่ายังมีความแตกต่างในประเด็นของผู้ที่จะเข้ามาเป็นภาคีกับประเทศไทย ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันจะพบว่าผู้ที่จะมาเป็นภาคีกับประเทศไทย จำกัดเพียงจะต้องเป็นประเทศ หรือองค์การ

---

[1] นพนิธิ สุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น. 142.

ระหว่างประเทศเท่านั้น และแม้ว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ข้อ 2 (1) (เอ) จะบัญญัติว่า สนธิสัญญา หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นเป็นหนังสือระหว่างรัฐต่าง ๆ ประกอบกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐและองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986 ข้อ 2 (1) (เอ) จะบัญญัติว่า สนธิสัญญา หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นเป็นหนังสือระหว่างรัฐต่าง ๆ หรือระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกับหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญไทยก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ข้อ 3 ซึ่งได้บัญญัติครอบคลุมไปถึงความมีผลใช้บังคับในทางระหว่างประเทศของความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับบุคคลระหว่างประเทศหรือผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่มิใช่รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศ ได้แก่ กรณีบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งยังไม่มีสถานะของความเป็นรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือยังไม่ได้รับการรับรองในเรื่องดินแดนอธิปไตยและเขตอำนาจแต่ได้รับการยอมรับจากรัฐอื่นๆ หรือจากองค์การระหว่างประเทศว่าสามารถเข้าทำความตกลงกับรัฐอื่น ๆ ได้ ยกตัวอย่างเช่น ไต้หวัน หรือกลุ่มชนต่าง ๆ ดังนั้น จากความแตกต่างของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยกับสนธิสัญญาหรือ “Treaty” ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ตามที่ได้กล่าวมาในข้างต้น จึงอาจสรุปได้ว่าปัจจุบันยังมีความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับนิยามของคำว่า “หนังสือสัญญา” และแม้ศาลรัฐธรรมนูญจะเคยวินิจฉัยความหมายของหนังสือสัญญาว่ามีความหมายเช่นเดียวกับ Treaty ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาแล้วก็ตาม โดยหลักแล้วคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมผูกพันทุกองค์กร แต่คำวินิจฉัยดังกล่าวก็เป็นการตีความกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ อย่างไรก็ดี ฝ่ายนิติบัญญัติก็ยังมีหน้าที่ที่จะต้องยกร่างหรือบัญญัติกฎหมายขึ้นมาบังคับใช้เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนในทางปฏิบัติ และเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในการตีความเหมือนเช่นที่ผ่านมา

อนึ่ง ในประเด็นเกี่ยวกับผู้ที่สามารถทำหนังสือสัญญากับประเทศไทยนั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันจะพบว่าผู้ที่จะมาทำหนังสือสัญญากับประเทศไทย จำกัดเพียงจะต้องเป็นประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศเท่านั้น อย่างไรก็ตาม แม้ว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ข้อ 2 (1) (เอ) จะบัญญัติว่า สนธิสัญญา หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นเป็นหนังสือระหว่างรัฐต่าง ๆ ประกอบกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐและองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986 ข้อ 2 (1) (เอ) จะบัญญัติว่า สนธิสัญญา หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นเป็นหนังสือระหว่างรัฐต่าง ๆ หรือระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกับหนังสือสัญญา

ตามรัฐธรรมนูญไทยก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ข้อ 3 ซึ่งได้บัญญัติครอบคลุมไปถึงความมีผลใช้บังคับในทางระหว่างประเทศของความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับบุคคลระหว่างประเทศหรือผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่มิใช่รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศ ได้แก่ กรณีบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งยังไม่มีสถานะของความเป็นรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือยังไม่ได้รับการรับรองในเรื่องดินแดนอธิปไตยและเขตอำนาจแต่ได้รับการยอมรับจากรัฐอื่นๆ หรือจากองค์การระหว่างประเทศว่าสามารถเข้าทำความตกลงกับรัฐอื่น ๆ ได้ ยกตัวอย่างเช่น ไต้หวัน หรือกลุ่มชนต่าง ๆ นอกจากนี้ ปัจจุบันกฎหมายระหว่างประเทศเริ่มมีแนวโน้มที่จะยอมรับบุคคลระหว่างประเทศรูปแบบใหม่ อาทิ องค์การระหว่างประเทศแบบเอกชน (Non-government Organizations : NGOs ขบวนการปลดปล่อยแห่งชาติ (National Liberation Movement) บรรษัทข้ามชาติ (Transnational Corporations : TNCs) รวมถึงชนพื้นเมือง (Indigenous People) และกลุ่มชนต่าง ๆ เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นปัญหาที่น่าคิดต่อไปว่าหากในอนาคตประเทศไทยจะทำความตกลงระหว่างประเทศกับผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งไม่ใช่ประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศตามที่รัฐธรรมนูญของประเทศไทยได้บัญญัติรับรองไว้เท่านั้น การทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวจะสามารถกระทำได้หรือไม่ และหากประเทศไทยได้ทำความตกลงกับผู้ทรงสิทธิอื่นๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ความตกลงดังกล่าวจะมีผลผูกพันต่อประเทศไทยหรือไม่ เพียงใด และปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ ความตกลงดังกล่าวจะถือว่าเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาด้วยหรือไม่

จากปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาความเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น ทำให้พบว่ามีปัญหาที่จะต้องทำการศึกษาและวิเคราะห์ ซึ่งอาจพิจารณาแยกได้ออกเป็นสามประการ ได้แก่

ประการแรก ปัญหาการไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ซึ่งเกิดจากบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทย มีลักษณะเป็นการบัญญัติไว้เพียงหลักการที่สำคัญและจำเป็นเท่านั้น โดยที่ไม่ได้มีการบัญญัติขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาไว้ในรัฐธรรมนูญ ที่ผ่านมาการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจึงมักมีปัญหาในทางปฏิบัติเกิดขึ้นอยู่เสมอ เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาถูกตีความไปในหลายขั้นตอน จึงทำให้มีความเข้าใจที่แตกต่างกันเพราะยังไม่มีความชัดเจนมากพอ จึงเป็นอุปสรรคในการดำเนินนโยบายด้านต่างประเทศของรัฐ และทำให้ขาดความคล่องตัวในทางปฏิบัติ อีกทั้งทำให้กระบวนการจัดทำหนังสือสัญญาต้องใช้เวลานานและเพิ่มภาระให้แก่ภาครัฐในทางปฏิบัติ และอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการเจรจากับประเทศคู่เจรจาอันเนื่องมาจากปัญหาด้านความซับซ้อนในกระบวนการและระยะเวลาดำเนินการซึ่งไม่มีการ

กำหนดให้ชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในสภาวการณ์ปัจจุบัน ที่แต่ละประเทศในโลกต่างก็แข่งขันกันเพื่อให้ได้เปรียบในด้านการค้าและการลงทุน นอกจากนี้ ยังทำให้เกิดปัญหาในการตีความ เนื่องจากยังไม่มีกำหนดนิยามของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ จึงทำให้ยังขาดหลักเกณฑ์หรือกรอบในการพิจารณาเกี่ยวกับความหมายของหนังสือสัญญา และประเภทหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างเป็นรูปธรรม

ประการที่สอง ปัญหาจากการที่รัฐธรรมนูญของประเทศไทยไม่มีคำจำกัดความหรือความหมายที่ชัดเจนของคำว่า “หนังสือสัญญา” เนื่องจากระบบกฎหมายไทย ยังไม่เคยมีการบัญญัติถึงความหมายของหนังสือสัญญาไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยหรือในกฎหมายฉบับใดเลย ส่งผลให้หนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ยังไม่มีความหมายที่แน่ชัด จึงทำให้ คำว่า “หนังสือสัญญา” นั้นยังไม่อาจนำมาใช้อ้างอิงได้ในกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งทำให้เกิดปัญหาในการตีความความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” อยู่บ่อยครั้งโดยนักวิชาการ และรวมไปถึงองค์กรตุลาการซึ่งก็คือศาลรัฐธรรมนูญนั่นเอง นอกจากนี้ แม้บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยจะใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” แทนความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้ทำขึ้น แต่เนื่องจากคำว่า “หนังสือ” หมายถึงหลักฐานที่เป็นตัวอักษร จึงไม่ได้หมายความรวมถึงความตกลงที่ทำด้วยวาจา ดังนั้น “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย จึงหมายถึง ความตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในอดีตประเทศไทยเคยมีการทำความตกลงด้วยวาจา โดยที่ประเทศไทยเคยทำความตกลงด้วยวาจาเกี่ยวกับการใช้ไปรษณีย์ทหาร กับสหรัฐอเมริกา เมื่อครั้งสมัยที่จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี[2] ทั้งนี้ จึงเกิดปัญหาว่าหากต่อไปประเทศไทยจะทำความตกลงระหว่างประเทศโดยมิได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร ดังเช่นที่เคยทำในอดีต ย่อมเป็นการทำความตกลงระหว่างประเทศที่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หรืออาจนำไปสู่การทำความตกลงระหว่างประเทศโดยที่ไม่ต้องผ่านขั้นตอนและกระบวนการให้ความเห็นชอบตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญก็เป็นได้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญนั้นยังไม่ได้มีการบัญญัติรับรองไว้ อย่างไรก็ตาม บรรดาความตกลงที่มิได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งประเทศไทยทำขึ้นดังกล่าว ย่อมมีผลใช้บังคับเป็นอันสมบูรณ์ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าปัจจุบันก็ยังไม่ได้มีการยกร่างหรือบัญญัติกฎหมายโดยให้ความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” เพื่อให้เกิดความถูกต้องและชัดเจน และให้ครอบคลุมถึงความตกลงที่ทำขึ้นเป็นหนังสือเท่านั้น

และประการสุดท้าย เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของประเทศไทยในปัจจุบัน ได้บัญญัติรับรองผู้ที่จะเข้ามาเป็นภาคีกับประเทศไทย โดยจำกัดเพียงจะต้องเป็น

---

[2] สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร, “กฎหมายสนธิสัญญาไทย,” วารสารสราญรมย์, ปีที่ 31, ฉบับที่ระลึก, 10 ก.พ. 2524, น. 149. อ้างใน นพนิธิ สุริยะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 144.

“ประเทศ” หรือ “องค์การระหว่างระหว่างประเทศ” เท่านั้น แต่ตามแนวทางปฏิบัติระหว่างประเทศในปัจจุบัน ได้มีการทำความตกลงระหว่างประเทศกับผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่มิใช่รัฐ หรือองค์การระหว่างประเทศเกิดขึ้นแล้วหลายกรณี อนึ่ง หากในอนาคตอันใกล้นี้ ประเทศไทยจำเป็นจะต้องมีการทำความตกลงระหว่างประเทศกับผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่มิใช่รัฐ หรือองค์การระหว่างประเทศ ก็อาจเกิดปัญหาในทางกฎหมาย หรือในทางปฏิบัติในการทำความตกลงระหว่างประเทศได้ ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องปรับปรุงและแก้ไขบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับการทำความตกลงระหว่างประเทศของประเทศไทยเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันซึ่งอยู่บนความพลวัตรผันแปรไปตามสังคมโลกอยู่ตลอดเวลา

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

การศึกษาเรื่อง ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย มีวัตถุประสงค์โดยสรุป ดังนี้

1.2.1 เพื่อศึกษาถึงประวัติศาสตร์ความเป็นมาในการทำหนังสือสัญญา โดยทำการศึกษาการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยตั้งแต่สมัยน่านเจ้า สมัยสุโขทัย สมัยอยุธยา จนถึงสมัยรัตนโกสินทร์ ซึ่งนับว่าเป็นช่วงเวลาก่อนที่จะมีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และรวมไปถึงการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยภายหลังจากมีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอีกด้วย

1.2.2 เพื่อศึกษากระบวนการและขั้นตอนในการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้งกรณีของต่างประเทศและกรณีของประเทศไทย

1.2.3 เพื่อศึกษาความหมายของหนังสือสัญญาตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ทั้งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) หรือที่เรียกว่าระบบกฎหมายโรมาโน – เยอรมันนิค (Romano – Germanic) ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี และประเทศเกาหลีใต้ และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือที่เรียกว่าระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสหราชอาณาจักร ทั้งนี้ เพื่อนำมาใช้ในการวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางในการแก้ไขและปรับปรุงข้อบทเกี่ยวกับหนังสือสัญญาในระบบกฎหมายไทยเพื่อให้มีความถูกต้องเหมาะสมและมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

1.2.4 เพื่อศึกษาถึงปัญหาที่เกิดจากความไม่ชัดเจนของความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย เนื่องจากยังไม่เคยมีการบัญญัติความหมายของหนังสือสัญญาไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยหรือในกฎหมายฉบับใดเลย จนกระทั่ง

ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้ความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551 อย่างไรก็ตาม แม้คำวินิจฉัยดังกล่าวจะให้ความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ว่ามีความหมายที่ตรงกันกับคำว่า “Treaty” ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่าหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยนั้น มีความแตกต่างจากสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ในเรื่องรูปแบบการในการทำความตกลงในแง่ของการมีผลใช้บังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจาก“หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยย่อมหมายถึงความตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น จึงไม่ได้หมายความรวมถึงความตกลงที่ทำด้วยวาจา แม้สนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ข้อ 2 (1) (เอ) บัญญัติว่า สนธิสัญญาต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่อย่างไรก็ตาม ในข้อ 3 (เอ) ของอนุสัญญาดังกล่าว ก็ได้บัญญัติว่า อนุสัญญาฉบับนี้ ไม่มีผลกระทบถึงผลทางกฎหมายของ “ความตกลงที่มิได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร” ซึ่งหมายความว่า ความตกลงที่มิได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรย่อมมีผลใช้บังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยถือเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลบังคับได้ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือจากการเป็นหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นที่ยอมรับในระดับสากล นอกจากนี้ ยังมีความแตกต่างในเรื่องการรับรองความสามารถของผู้ที่จะเข้ามาทำความตกลงระหว่างประเทศ โดยที่ตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยบัญญัติรับรองผู้ที่จะทำหนังสือสัญญากับประเทศไทยได้นั้น จะต้องเป็นประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศเท่านั้น แต่อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ข้อ 2 (1) (เอ) ซึ่งได้บัญญัติว่า สนธิสัญญา หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นเป็นหนังสือระหว่างรัฐต่าง ๆ ประกอบกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐและองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986 ข้อ 2 (1) (เอ) จะบัญญัติว่า สนธิสัญญา หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นเป็นหนังสือระหว่างรัฐต่าง ๆ หรือระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกับหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญไทยก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ข้อ 3 ซึ่งได้บัญญัติครอบคลุมไปถึงความมีผลใช้บังคับในทางระหว่างประเทศของความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับบุคคลระหว่างประเทศหรือผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่มิใช่รัฐ หรือองค์การระหว่างประเทศด้วย

1.2.5 เพื่อศึกษาหาแนวทางในการกำหนดนิยามหรือความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย เพื่อให้มีความหมายที่ชัดเจนมากขึ้น โดยการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรืออาจบัญญัติไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำความตกลงระหว่างประเทศของประเทศไทยไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ เพื่อให้สอดรับกับความเปลี่ยนแปลงของสังคมโลกในปัจจุบัน

1.3 ขอบเขตการศึกษา

ในการศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยนั้น ทั้งนี้ เพื่อที่จะให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการศึกษา ผู้เขียนจึงขอนำเสนอผลการศึกษาแบ่งออกเป็นสามส่วน ดังนี้

ส่วนแรก เป็นการศึกษาประวัติศาสตร์และความเป็นมาในการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยนับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน เพื่อที่จะนำมาใช้วิเคราะห์บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยว่าควรจะต้องมีการปรับปรุงหรือแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อให้บทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือของประเทศไทยมีความเหมาะสมกับสังคมโลกในปัจจุบันซึ่งมีลักษณะเป็นพลวัตที่มีความเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ

ส่วนที่สอง เป็นการศึกษาความหมายของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยและความหมายของสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา โดยจะทำการศึกษาทั้งในแง่วิวัฒนาการ ความเป็นมา และความหมายของหนังสือสัญญาและสนธิสัญญา เพื่อให้ทราบถึงความเหมือนและความแตกต่างระหว่างหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยกับความหมายของสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา อีกทั้ง ศึกษาความหมายของหนังสือสัญญาตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ โดยจะศึกษาบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาของรัฐธรรมนูญต่างประเทศที่มีการใช้ระบบของกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสหราชอาณาจักร และในส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายโรมาโน-เยอรมานิค หรือที่เรียกว่าระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี และประเทศเกาหลีใต้ ทั้งนี้ เพื่อที่จะนำมาวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ซึ่งอาจนำมาใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุง แก้ไข หรือเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำความตกลงระหว่างประเทศของประเทศไทย และอาจใช้นำไปใช้ประกอบการพิจารณาและวินิจฉัยความหมายของหนังสือสัญญาเพื่อให้มีความถูกต้องและเหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยต่อไป

และส่วนที่สาม เป็นการศึกษาปัญหาในการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ซึ่งเกิดจากการที่บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยในปัจจุบัน นั้นเป็นบทบัญญัติที่ค่อนข้างเก่าและไม่ทันสมัย เห็นได้จากตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับแรกจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน จะพบว่าบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่สำคัญ ส่วนใหญ่จะเป็นบทบัญญัติที่มีอยู่แล้วในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ซึ่งยังไม่ได้มีการปรับปรุงแก้ไขแต่อย่างใด ดังนั้น ปัจจุบันจึงยังไม่มีการปรับปรุงและแก้ไขบทบัญญัติให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีพัฒนาการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ

1.4 วิธีการศึกษา

วิธีการศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นงานวิจัยซึ่งทำการศึกษาค้นคว้าข้อมูลจากเอกสาร (documentary research) เป็นหลัก คือทำการศึกษารวบรวมบทบัญญัติทางกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ รัฐธรรมนูญของประเทศไทยตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับแรกจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน โดยจะทำการศึกษาเพียงในส่วนของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทย และศึกษาความหมายของสนธิสัญญาตามความหมายของรัฐธรรมนูญต่างประเทศ รวมไปถึงทำการศึกษาเปรียบเทียบความหมายของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยกับความหมายของสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา อีกทั้งทำการศึกษากระบวนการและขั้นตอนในการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ทั้งกรณีของต่างประเทศและกรณีของประเทศไทย โดยที่จะทำการศึกษาค้นคว้าและรวบรวมหนังสือ ตำรา บทความต่าง ๆ วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เคยวินิจฉัยในประเด็นความหมายของหนังสือสัญญา ตลอดจนค้นคว้าข้อมูลจากเครือข่ายเทคโนโลยีสารสนเทศทางอินเตอร์เน็ต ทั้งนี้ ผู้เขียนมุ่งศึกษาเพื่อที่จะวิเคราะห์ถึงสภาพของปัญหาและสาเหตุของปัญหาตลอดจนแนวทางการแก้ไขปัญหาการไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาของประเทศไทย และปัญหาการไม่มีคำนิยามหรือความหมายที่ชัดเจนของคำว่า “หนังสือสัญญา” ของประเทศไทย รวมไปถึงปัญหารัฐธรรมนูญของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติรับรองความสามารถในการทำหนังสือสัญญาของผู้ทรงสิทธิอื่นๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

1.5 สมมติฐานของการศึกษา

เนื่องด้วยประเทศไทยไม่มีกฎหมายว่าด้วยการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ใช้เป็นการกำหนดขั้นตอนและกระบวนการในการทำหนังสือสัญญา จึงทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติอยู่หลายประการ เช่น ส่งผลให้กระบวนการจัดทำหนังสือสัญญาต้องใช้เวลานานและเพิ่มภาระให้แก่ภาครัฐในทางปฏิบัติ และอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการเจรจากับประเทศคู่เจรจา อันเนื่องมาจากปัญหาด้านความซับซ้อนในกระบวนการและระยะเวลาดำเนินการซึ่งไม่มีการกำหนดให้ชัดเจน นอกจากนี้ จากการที่ระบบกฎหมายไทยไม่เคยกำหนดนิยามหรือความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ดังนี้ จึงก่อให้เกิดปัญหาในการตีความเพื่อหาความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” อยู่บ่อยครั้ง อนึ่ง แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะเคยวินิจฉัยและให้ความหมายของหนังสือสัญญาว่ามีความหมายตรงกับคำว่า “Treaty” ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ก็ตาม แต่ก็ยังมีผู้ที่มีความเห็นสอดคล้องไป

ในทางที่ว่า คำว่า “หนังสือสัญญา” ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มีความหมายไม่เหมือนกับคำว่า “สนธิสัญญา” ดังเช่น เมื่อครั้งที่ศาลรัฐธรรมเคยวินิจฉัยว่าหนังสือแจ้งความจำนงขอความช่วยเหลือทางวิชาการ และทางการเงินที่รัฐบาลไทยได้แจ้งไปยังกองทุนการเงินระหว่างประเทศ เป็น “หนังสือสัญญา” ตามความหมายของมาตรา 224 ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2540 หรือไม่ อย่างไร และจนในที่สุดศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยด้วยคะแนนเสียงที่ไม่เป็นเอกฉันท์ว่า “หนังสือแจ้งความจำนงฯ” ดังกล่าวไม่เป็น “หนังสือสัญญา” ตามความหมายของมาตรา 224 วรรคสองตามรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวข้างต้น[3] อนึ่ง ภายหลังจากที่มีคำวินิจฉัยดังกล่าว ก็ทำให้เกิดความเห็นที่แตกต่างกันไปในสังคม มีทั้งที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ อีกทั้ง การที่รัฐธรรมนูญของประเทศไทย ใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” แทนการทำความตกลงระหว่างประเทศ จึงทำให้บทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยไม่ครอบคลุมถึงความตกลงที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือความตกลงด้วยวาจา เนื่องจาก คำว่า “หนังสือ” ย่อมหมายถึงหลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ไม่รวมถึงความตกลงที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือความตกลงด้วยวาจา แต่การทำความตกลงระหว่างประเทศนั้น อาจเกิดขึ้นได้ในหลายลักษณะและอาจรวมไปถึงความตกลงด้วยวาจาก็ได้ ดังนั้น จึงเกิดปัญหาว่าหากต่อไปในอนาคต ถ้าฝ่ายบริหารของประเทศไทยไปทำความตกลงที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรกับประเทศอื่น ไม่ว่าจะด้วยวาจาหรือจะเป็นการทำความตกลงด้วยวิธีการอื่นที่มีความทันสมัยแล้ว ความตกลงดังกล่าวที่เกิดขึ้นย่อมไม่ใช่หนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ เพราะไม่ได้ทำเป็นหนังสือ หรือเป็นลายลักษณ์อักษร และเมื่อไม่ใช่หนังสือสัญญาแล้วก็ไม่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา จึงเป็นการยากที่จะตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารได้ ทั้งนี้ เนื่องจากยังไม่มีการกำหนดนิยามคำว่า “หนังสือสัญญา” ให้ครอบคลุมถึงความตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น นอกจากนี้แล้ว ปัจจุบันรัฐธรรมนูญของประเทศไทยได้บัญญัติรับรองผู้ที่จะเข้ามาเป็นภาคีกับประเทศไทย โดยที่จำกัดเฉพาะรัฐกับองค์การระหว่างประเทศเท่านั้น แต่ไม่ได้รับรองผู้ทรงสิทธิอื่นๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในปัจจุบันกฎหมายระหว่างประเทศมีแนวโน้มที่จะยอมรับผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้นเรื่อย ๆ เช่น องค์การระหว่างประเทศแบบเอกชน หรือที่รู้จักกันดีว่า NGOs ขบวนการปลดปล่อยแห่งชาติ (National Liberation Movement) บรรษัทข้ามชาติ (Transnational Corporations : TNCs) รวมถึงชนพื้นเมือง (Indigenous People) และกลุ่มชนต่าง ๆ เป็นต้น ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าสมควรทำการศึกษาและวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางในการปรับปรุงและแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือ

---

[3] นิพันธ์ จิตะสมบัติ, “หนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา (ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปีพุทธศักราช 2540 มาตรา 224 วรรคสอง.),” วารสารดุลพาห, เล่มที่ 2 ปีที่ 54 (พฤษภาคม – สิงหาคม 2550), น.102-104.

สัญญาในระบบกฎหมายไทยให้มีความถูกต้องชัดเจน และมีความทันสมัย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาในปัจจุบัน อีกทั้งเพื่อให้สอดคล้องกับความก้าวหน้าของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องอยู่เสมอ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

1.6.1 ทำให้ทราบถึงความเป็นมาและวิวัฒนาการของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน

1.6.2 หาแนวทางเพื่อให้มีกฎหมายว่าด้วยกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาเนื่องจากประเทศไทยไม่เคยมีกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญามาก่อน

1.6.3 เพื่อให้ทราบถึงความหมาย ลักษณะและสาระสำคัญของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย รวมทั้งความหมาย ลักษณะและสาระสำคัญของสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ทั้งนี้ เพื่อที่จะนำมาศึกษาเปรียบเทียบเพื่อให้ทราบถึงความเหมือนและความแตกต่างระหว่างหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยกับสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งอาจนำมาใช้ประกอบการพิจารณา หากจะต้องมีการปรับปรุงและแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยต่อไป

1.6.4 เพื่อให้ทราบถึงความหมายของสนธิสัญญาตามความหมายของรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ซึ่งสามารถนำมาใช้ศึกษาเปรียบเทียบกับความหมายของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการหาแนวทางในการที่จะทำให้หนังสือสัญญาตามระบบกฎหมายไทยนั้น มีลักษณะที่เป็นสากลและได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

1.6.5 เพื่อหาแนวทางในการแก้ไขปัญหารัฐธรรมนูญของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติรับรองความสามารถในการทำหนังสือสัญญาของผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

1.6.6 เพื่อให้การเจรจาทำหนังสือสัญญาของส่วนราชการต่าง ๆ ของประเทศไทยกับรัฐบาลต่างประเทศตลอดจนองค์การระหว่างประเทศ รวมไปถึงผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นไปในแนวเดียวกัน

1.6.7 เพื่อให้การเจรจาทำหนังสือสัญญาของส่วนราชการต่าง ๆ ของประเทศไทยสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กฎหมายระหว่างประเทศ หลักปฏิบัติระหว่างประเทศและหลักปฏิบัติของประเทศไทย

1.6.8 ข้อเสนอแนะในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ อาจนำมาใช้เป็นข้อมูลในการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับการทำความตกลงระหว่างประเทศของประเทศไทย ให้มีความทันสมัย สมบูรณ์ และมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

บทที่ 2

ความสัมพันธ์ระหว่างบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศกับสถานะของประเทศไทย

กฎหมายระหว่างประเทศคือหลักเกณฑ์ จารีตประเพณีและหลักการซึ่งรัฐ องค์การระหว่างประเทศและองคภาวะต่าง ๆ ยอมรับนับถือว่ามีความผูกพันและจะต้องปฏิบัติตามในความสัมพันธ์ระหว่างกันและกัน[1] โดยกระบวนการในการสร้างกฎหมายระหว่างประเทศนักนิติศาสตร์ได้ใช้คำว่า “ที่มา” หรือ “บ่อเกิด”ของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นสิ่งที่ใช้ในการพิจารณาหลักกฎหมายระหว่างประเทศในส่วนของบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ อนึ่ง นักนิติศาสตร์บางท่านได้อธิบายลักษณะของบ่อเกิด (sources) ของกฎหมายว่าอาจหมายถึงบ่อเกิดของกฎหมายในทางรูปแบบ (formal sources of law) ทั้งนี้ การจำแนกลักษณะของบ่อเกิดของกฎหมายเป็นสองลักษณะดังกล่าวเป็นการจำแนกโดยการพิจารณาจากบ่อเกิดของกฎหมายภายในของรัฐเป็นหลัก กล่าวคือ ในกรณีของบ่อเกิดของกฎหมายในทางรูปแบบ (formal sources of law) นั้นจะหมายถึง วิธีการ และกระบวนการ (procedures) ในการสร้างกฎเกณฑ์ที่สามารถใช้บังคับได้โดยทั่วไปและมีผลผูกพันผู้ที่ถูกใช้บังคับ ส่วนบ่อเกิดของกฎหมายในทางเนื้อหา (material sources of law) นั้น จะหมายถึง “หลักฐาน” (evidence) ที่แสดงถึงการมีอยู่ของกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับโดยทั่วไปและมีผลผูกพันผู้ที่ถูกใช้บังคับ ดังนั้น ตามระบบกฎหมายภายในของรัฐ บ่อเกิดในทางรูปแบบของกฎหมายจึงหมายถึงกลไกหรือกระบวนการทางนิติบัญญัติตามกฎหมายรัฐธรรมนูญในการออกกฎหมายและสถานะของกฎหมายเช่นว่านั้นว่าจะมีผลใช้บังคับและผูกพันต่อบุคคลและการกระทำใด ๆ ภายในรัฐนั้นอย่างไร ส่วนบ่อเกิดของกฎหมายในทางเนื้อหาตามระบบกฎหมายภายในของรัฐ ก็คือกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร คำพิพากษาของศาล (โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัฐที่ใช้ระบบ Common Law) กฎหมายจารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไป[2] จึงอาจกล่าวได้ว่าบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศมีความสัมพันธ์กับสถานะของประเทศไทย อันสืบเนื่องมาจากการที่ประเทศไทยเป็นรัฐที่ได้เข้าสมาคมในประชาคมระหว่างประเทศมาเป็นเวลานานแล้ว ดังนั้น

---

[1]นพนิธิ สุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น. 14.

[2]จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), น. 43-44.

บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งก็คือสนธิสัญญา ซึ่งมีผลโดยตรงต่อประเทศไทยในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ในทางระหว่างประเทศ

2.1 บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศในการทำหนังสือสัญญา

โดยหลัก กฎหมายระหว่างประเทศจำเป็นต้องมีสภาพที่สอดคล้องกับความเป็นจริงของสังคมระหว่างประเทศที่แตกต่างกับสังคมภายในประเทศ เมื่อสังคมระหว่างประเทศเคารพว่าแต่ละประเทศเป็นรัฐมีอธิปไตยเสมอภาคกัน ไม่มีสภาโลกออกกฎหมาย ไม่มีผู้นำสูงสุดของโลก ไม่มีกองกำลังส่วนกลาง กฎหมายระหว่างประเทศจึงต้องอาศัย “ความยินยอม” (consent) ของประเทศแต่ละประเทศเป็นผู้ช่วยสร้างและร่วมมือกันปฏิบัติตามกฎหมาย[3] จากความยินยอมของรัฐจึงนำไปสู่ที่มา หรือบ่อเกิด (source) ของกฎหมายระหว่างประเทศ อันหมายถึงหลักฐานต่าง ๆ เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศที่อาจจะอ้างอิงได้[4] ซึ่งในการค้นหาว่าอะไรคือที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศ สิ่งแรกที่ต้องอ้างถึงคือธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ข้อ 38 วรรค 1 ซึ่งได้กำหนดให้ศาลใช้สิ่งต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ในการพิจารณาและพิพากษากรณีพิพาทตามกฎหมายระหว่างประเทศ คือ[5]

เอ. อนุสัญญาระหว่างประเทศไม่ว่าทั่วไปหรือโดยเฉพาะซึ่งตั้งหลักเกณฑ์อันเป็นที่รับรองโดยรัฐที่เกี่ยวข้องโดยชัดแจ้ง

บี. จารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะเป็นหลักฐานแห่งการปฏิบัติโดยทั่วไปซึ่งได้รับการรับรองว่าเป็นกฎหมาย

ซี. หลักทั่วไปของกฎหมายซึ่งอารยประเทศรับรอง

ดี. ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติ ข้อ 59 คำพิพากษาของศาลและคำสอนของผู้เผยแพร่ที่มีคุณวุฒิสูงสุดแห่งประเทศต่าง ๆ ในฐานะเป็นเครื่องช่วยให้ศาลวินิจฉัยหลักกฎหมาย

จากข้อกำหนดดังกล่าว เราสามารถที่จะแยกออกเป็นหลักสำคัญ 3 ประการ และหลักเสริม 2 ประการ ดังต่อไปนี้

---

[3] วีรพัฒน์ ปริยวงศ์, กฎหมายระหว่างประเทศ: รูปร่าง หน้าตา และที่มาเป็นอย่างไร, หนังสือกฎหมายเพื่ออาจาริยบูชาแด่ อาจารย์ นพนิธิ สุริยะ เนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ 65 ปี พ.ศ. 2554, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เดือนตุลา, 2555), น. 42.

[4] สุข เปรุนาวิน, คำสอนชั้นปริญญาตรีกฎหมายระหว่างประเทศ เล่มหนึ่ง, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2513), น. 39.

[5] นพนิธิ สุริยะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 1, น. 47.

หลักสำคัญ ได้แก่ สนธิสัญญา กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไป ในส่วนที่เป็นหลักเสริม ซึ่งเป็นสิ่งที่ช่วยในการพิจารณากำหนดหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาล และคำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิอย่างสูง นอกจากนี้ยังมีบ่อเกิดอื่น ๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ กฎเกณฑ์อันเกิดจากองค์การระหว่างประเทศและหลักความเที่ยงธรรม

2.1.1 สนธิสัญญา

สนธิสัญญา คือความตกลงที่รัฐทำไว้ต่อกัน ถ้าเป็นกรณี 2 ฝ่าย เรียกว่า Bilateral Treaty ถ้ามากว่า 2 ฝ่ายเรียกว่า Multilateral Treaty บางทีในภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า Traité Plurilateral สนธิสัญญาเป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญมากที่สุดประเภทหนึ่ง เนื่องจากเราอาจกล่าวได้ว่าสนธิสัญญาเป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศชนิดเดียวที่เกิดขึ้นโดยเจตนาและผ่านการใคร่ครวญอย่างรอบคอบของรัฐ (conscious and deliberate)[6] และเกิดโดยความสมัครใจของรัฐอย่างแท้จริง นอกจากนี้ สนธิสัญญายังมีความแน่นอนเมื่อเทียบกับกฎหมายจารีตประเพณีฯ ซึ่งต้องวิวัฒนาการและมิได้มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษรและสนธิสัญญายังเป็นเครื่องมือที่สำคัญที่สุดในการสร้างหลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศให้ทันกับสถานการณ์ของประชาคมโลกที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว[7]

อย่างไรก็ดี ในการจัดประเภทสนธิสัญญาตามความเห็นของนักนิติศาสตร์ ปัจจุบันยังคงมีความเห็นที่แตกต่างกันออกไป ไม่ว่าจะเป็นในแง่ของรูปแบบ สนธิสัญญาสามารถแบ่งออกได้ตามคุณสมบัติของภาคี กล่าวคือ สนธิสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐ สนธิสัญญาที่ทำระหว่างรัฐและองค์การระหว่างประเทศ หรือสนธิสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันเอง แต่หากพิจารณาตามจำนวนของรัฐภาคี ก็สามารถแบ่งเป็นสนธิสัญญาทวิภาคี (สำหรับสนธิสัญญาสองฝ่าย) (Bilateral Treaty) สนธิสัญญาพหุภาคี (Plurilateral Treaty) หรือสนธิสัญญาหลายฝ่าย (Multilateral Treaty) นอกจากนี้ ยังอาจแบ่งออกได้เป็นสนธิสัญญาแบบปิดและสนธิสัญญาแบบเปิด โดยแบบแรกรัฐภาคีจำกัดการเข้าร่วมเป็นภาคีในสนธิสัญญา ในขณะที่สำหรับแบบที่สองนั้นเป็นสนธิสัญญาประเภทที่เปิดกว้างให้รัฐทั้งปวงมีสิทธิเข้าร่วมเป็นภาคีได้ เช่น กฎบัตรสหประชาชาติ เป็นต้น เมื่อคำนึงถึงขั้นตอนในการทำสนธิสัญญาก็อาจแบ่งเป็นสนธิสัญญารูปแบบย่อซึ่งสามารถมีผลผูกพันรัฐภาคีและใช้บังคับได้ตั้งแต่เมื่อมีการลงนาม ในขณะที่สนธิสัญญาเต็มรูปแบบหรือ

---

[6] Martin Dixon, Textbook on International Law, 6th edition, (Oxfort : Oxford University Press, 2007), p 26. อ้างใน นพนิธิ สุริยะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 1, น. 67.

[7] นพนิธิ สุริยะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 67-68.

ตามรูปแบบที่เป็นทางการนั้นจะมีผลผูกพันรัฐได้ก็ต่อเมื่อมีการยืนยันเจตนาโดยการให้สัตยาบันหลังจากที่มีการลงนามอีกทีหนึ่งเสียก่อน ในแง่ของเนื้อหานั้นสามารถแบ่งสนธิสัญญาออกได้หลายประเภท แต่ที่สำคัญได้แก่ สนธิสัญญาแม่ (Umbrella Treaty) ซึ่งวางกรอบทั่วไปของความสัมพันธ์ของรัฐภาคีอันจะต้องมีการพัฒนาในรายละเอียดต่อไปโดยอาศัยการทำสนธิสัญญาเฉพาะที่จะทำขึ้นในอนาคต นอกจากนี้ยังมีสนธิสัญญาก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศซึ่งสร้างองคภาวะที่มีสภาพนิติบุคคลเป็นเอกเทศขึ้นมาใหม่และยังมีสนธิสัญญาที่สถาปนาสถานการณ์ที่เป็นภาวะวิสัยที่มีผลใช้ยันได้กับรัฐทั้งปวงมิใช่เฉพาะกับรัฐภาคีเท่านั้น ตัวอย่างเช่น กฎบัตรสหประชาชาติที่ก่อตั้งองค์การสหประชาชาติที่ศาลโลกยืนยันในคำพิพากษา ค.ศ. 1949 ในคดีการชดใช้ค่าเสียหาย ว่ามีสภาพนิติบุคคลที่เป็นภาวะวิสัย การจัดประเภทอีกประการก็คือสนธิสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญากับสนธิสัญญาที่มีลักษณะเป็นกฎหมาย โดยในพวกแรกมักจะเป็นสนธิสัญญาทวิภาคีที่มีเนื้อหาสาระคล้ายกับสัญญาในกฎหมายภายใน แต่สำหรับพวกที่สองเป็นสนธิสัญญาพหุภาคีที่มักจะเป็นผลของการยกร่างในกรอบหรือโดยการอุปถัมภ์ขององค์การระหว่างประเทศ ทั้งนี้โดยมีเนื้อหาเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปที่มุ่งใช้ปกครองความสัมพันธ์ของรัฐภาคีทั้งหลายที่เข้าร่วมเป็นภาคีในสนธิสัญญานี้[8]

2.1.2 จารีตประเพณีระหว่างประเทศ

เป็นที่ทราบกันดีว่า ข้อ 38 วรรค 1 (บี) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นหลักฐานแสดงถึงการถือปฏิบัติกันโดยทั่วไป (general practice) และเป็นที่ยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (acceptance as law) จากความหมายอันสั้นของจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ได้กล่าวไว้ในข้อ 38 วรรค 1 (บี) ข้างต้นนี้ จะเห็นได้ว่ามีการระบุถึงองค์ประกอบสำคัญของจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้ 2 ประการ กล่าวคือ (1) องค์ประกอบภายนอกหรือองค์ประกอบทางกายภาพ (physical element) ของจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งได้แก่ การถือปฏิบัติกันโดยทั่วไป (general practice) และ (2) องค์ประกอบภายในหรือองค์ประกอบทางจิตใจ (psychological element) ของจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งได้แก่ความเชื่อว่าการถือปฏิบัติกันโดยทั่วไปนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องอันควรได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (opinio juris sive necessitatis)[9] องค์ประกอบหลักทั้ง 2 ประการนี้ก่อให้เกิดปัญหาในการใช้และการตีความจารีตประเพณีระหว่างประเทศอีกมากมาย ซึ่งข้อ 38 วรรค 1 (บี) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่าง

---

[8]จตุรนต์ ถิระวัฒน์, <u>กฎหมายระหว่างประเทศ,</u> พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น. 46.

[9]Chaumaont, 129 Recueil des Cours de l' Académie de Droit International (1970), 434-45, อ้างใน จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 48.

ประเทศมิได้ให้คำตอบไว้ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องอาศัยคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลระหว่างประเทศ และความเห็นของนักกฎหมายระหว่างประเทศช่วยในการทำความเข้าใจองค์ประกอบที่แท้จริงของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จากองค์ประกอบของจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าวข้างต้น นักกฎหมายระหว่างประเทศได้แยกแยะการพิจารณาองค์ประกอบดังกล่าวดังนี้ คือ (ก) การถือปฏิบัติโดยทั่วไป (ข) การถือปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอและในรูปแบบเดียวกัน (ฆ) ระยะเวลา (ค) ความเชื่อว่าการถือปฏิบัตินั้นถูกต้องอันควรยอมรับว่าเป็นกฎหมาย[10]

2.1.3 หลักกฎหมายทั่วไป

ข้อ 38 วรรค 1 (ซี) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวถึงบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศอีกประเภทหนึ่ง นอกจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศและอนุสัญญา คือ “หลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่รับรองของอารยประเทศ” (general principles of law recognized by civillzed nations) ซึ่งเป็นที่เข้าใจกันว่า หมายถึงหลักกฎหมายอันมีลักษณะทั่วไปจนถึงขนาดที่มีการยอมรับและใช้กันในทุกระบบกฎหมาย คำว่า “ระบบกฎหมาย” ในที่นี้หมายถึง ระบบกฎหมายภายในของรัฐต่าง ๆ เช่น ระบบ Common Law ระบบ Civil Law หรือแม้แต่ระบบ Socialist Law ก็ตาม ซึ่งถือว่าเป็นระบบกฎหมายที่ “อารยประเทศ” (civilized nations) ใช้กันอยู่[11]

โดยที่ Rousseau ได้แบ่งหลักกฎหมายทั่วไปอันใช้บังคับในกฎหมายระหว่างประเทศออกเป็น 2 ประเภท คือ[12]

(1) หลักกฎหมายทั่วไปอันใช้บังคับอยู่ในกฎหมายภายในของรัฐ ได้แก่ หลักกฎหมายทั่วไปอันเกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive Law) เช่น สัญญาจะต้องได้รับการปฏิบัติจากผู้ทำสัญญา (pacta sunt servanda) การชำระหนี้ตามสัญญาจะต้องกระทำการโดยสุจริต และหลักเรื่องความสุจริต (bona fide) ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน (nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet) และหลักกฎหมายทั่วไปอันเกี่ยวกับกฎหมายสบัญญัติ (Procedural Law) เช่น หลักเรื่องการห้ามฟ้องซ้ำ หลักที่ว่าในกรณีศาลสองศาลหรือมากกว่าขึ้นไปมีอำนาจพิจารณาเรื่องเดียวกัน ต้องให้ศาลใดศาลหนึ่งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้เพียงศาลเดียว

(2) หลักกฎหมายทั่วไปอันใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ หลักดังกล่าวนี้เกิดขึ้นเพราะความจำเป็นเพื่อความอยู่ร่วมกันของรัฐ เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มิได้มีการบันทึกเอาไว้

---

[10] จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2,* น. 48-49.

[11] จุมพต สายสุนทร, หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2553), น. 24.

[12] นพนิธิ สุริยะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 73-74.

เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น หลักการสืบเนื่องของรัฐ (Principe de la continuité de l'Etat) คือ อาจมีดินแดนส่วนหนึ่งของรัฐได้แยกออกมาเป็นอีกรัฐหนึ่ง เช่น บังคลาเทศได้แยกออกมาจากปากีสถาน ในราวปี 1972 ซึ่งในเรื่องผลทางกฎหมายก็จะต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายทั่วไป เรื่องสิทธิและหน้าที่ตามที่สังคมระหว่างประเทศเข้าใจกัน หลักเรื่องห้ามรัฐเข้าแทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่น (Principe de non-intervention dans les affaires intérieures)

อนึ่ง เนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไปที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศต่าง ๆ พอจะแบ่งได้ดังต่อไปนี้[13]

(1) หลักเกี่ยวกับแนวคิดทั่วไปของกฎหมาย เช่น หลักสุจริต (good faith) บุคคลไม่อาจเรียกร้องสิทธิใด ๆ อันเกิดจากความผิดของตน การละเมิดพันธกรณีก่อให้เกิดหน้าที่ต้องชดใช้ความเสียหาย

(2) หลักเกี่ยวกับสัญญาที่ปรับใช้กับสนธิสัญญา เช่น หลักการตีความให้เกิดผลตามเป้าหมาย เหตุสุดวิสัย

(3) หลักเกี่ยวกับความรับผิดชอบระหว่างประเทศ เช่น หลักการชดใช้ความเสียหายทั้งหมด ความเกี่ยวโยงของเหตุและผลสำหรับการกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดและความเสียหายที่เกิดขึ้น

(4) หลักวิธีพิจารณาความ เช่น ผลบังคับของคำตัดสิน บุคคลไม่สามารถเป็นตุลาการและคู่ความในคดีเดียวกัน ความเสมอภาคของคู่ความ

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันมีพัฒนาการที่รวดเร็วของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรในเรื่องต่าง ๆ ทำให้การพึ่งพาหลักกฎหมายทั่วไปโดยตุลาการระหว่างประเทศมีจำนวนน้อยลงไปตามลำดับ โดยมีเพียงสาขาที่ยังคงบทบาทที่สำคัญอยู่บ้างกล่าวคือ ในเรื่องกฎหมายองค์การระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีข้อพิพาทระหว่างองค์การระหว่างประเทศกับพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ขององค์การฯ ซึ่งอยู่ในกรอบของศาลปกครองพิเศษของสหประชาชาติ และขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ส่วนอีกสาขาหนึ่งก็คือในเรื่องความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ เช่นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับนิติบุคคล (หุ้นส่วน บริษัท) ในคดี Barcelona Traction และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในคดี Texaco Calasiatic ค.ศ. 1977 ฯลฯ[14]

---

[13] จตุรนต์ ถิระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 118.

[14] *เพิ่งอ้าง*, น. 118.

2.1.4 สิ่งที่ช่วยในการพิจารณากำหนดหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

สำหรับสิ่งที่ช่วยในการพิจารณากำหนดหลักกฎหมายระหว่างประเทศนั้น เป็นไปตามข้อบทที่ 38 วรรค 1 (ดี) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งได้กล่าวถึงสิ่งที่ช่วยในการพิจารณากำหนดหลักกฎหมายระหว่างประเทศไว้ว่ามี 2 ประเภทด้วยกัน คือ คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาล และคำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิ

2.1.4.1 คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาล

โดยหลักแล้ว คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลในที่นี้หมายถึงคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลระหว่างประเทศ ซึ่งอาจได้แก่คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice-PCIJ) ในสมัยของสันนิบาตชาติ (League of Nations) ซึ่งสิ้นสภาพไปแล้วและถูกแทนที่โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice-ICJ) แห่งสหประชาชาติ (United Nations) ซึ่งในการพิจารณาสถานะของคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลระหว่างประเทศนั้น จำเป็นที่จะต้องพิจารณาข้อ 59 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เพราะข้อ 59 บัญญัติว่า “คำวินิจฉัยของศาลไม่มีผลผูกพันยกเว้นในระหว่างคู่กรณีและในส่วนที่เกี่ยวกับคดีนั้นโดยเฉพาะ” ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั้งในระบบ Civil Law และระบบ Common Law ที่ยอมรับว่าคำพิพากษาของศาลย่อมผูกพันเฉพาะคู่กรณีเท่านั้น อนึ่ง พึงเข้าใจว่าหลัก res judicata ดังกล่าวข้างต้นแตกต่างจากหลัก stare decisis (let the decision stand) ซึ่งเป็นหลักที่อยู่ในระบบ Common Law โดยถือว่าเป็นหลักกฎหมายที่ศาลในระบบ Common Law ใช้ในการวินิจฉัยคดีใดคดีหนึ่งและได้รับการยอมรับโดยศาลในคดีต่อ ๆ มาจนกลายเป็นหลักกฎหมายที่เป็นบรรทัดฐานหลัก stare decisis เช่นว่านั้นย่อมผูกพันศาลในคดีต่อ ๆ มา ที่จะต้องนำหลักกฎหมายนั้นมาใช้ในการวินิจฉัยคดี ดังนั้น หลัก stare decisis จึงมีลักษณะเป็นหลักกฎหมายที่ผูกพันศาลในคดีต่อ ๆ มา ซึ่งจะมีลักษณะของกฎเกณฑ์ที่เป็นภาวะวิสัย (objective rule) ในขณะที่หลัก res judicata จะมีผลผูกพันเฉพาะคู่ความในแต่ละคดีเท่านั้น ซึ่งจะมีลักษณะเป็นอัตวิสัยแต่ละคดี ๆ ไป (subjective case) และส่งผลเป็นการห้ามมิให้คู่ความเดียวกันหยิบยกประเด็นข้อพิพาทที่ได้เคยวินิจฉัยไปแล้วขึ้นว่ากล่าวฟ้องร้องกันอีก[15]

โดยทั่วไป สาเหตุที่คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลระหว่างประเทศไม่ถือเป็นบ่อเกิดโดยตรงของกฎหมายระหว่างประเทศก็เพราะว่าศาลระหว่างประเทศเองก็ประกอบด้วยผู้พิพากษาซึ่งมาจากประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law ซึ่งไม่ถือว่าคำพิพากษาเป็นบ่อเกิด

---

[15] จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 79-80.

โดยตรงของกฎหมาย นอกจากนี้ ลักษณะของข้อพิพาทระหว่างรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศก็มีลักษณะเฉพาะตัวมากกว่าข้อพิพาทของเอกชนตามกฎหมายภายในซึ่งเป็นเรื่องที่ปรากฏอยู่ในชีวิตประจำวันของบุคคลทั่วไป เช่น ในเรื่องสัญญา ละเมิด ทรัพย์ ครอบครัวหรือมรดก เป็นต้น ดังนั้นจึงเป็นการสมควรที่จะกำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลระหว่างประเทศในคดีหนึ่งเป็นหลักที่จะนำไปปรับใช้ในคดีพิพาทระหว่างรัฐในอีกคดีหนึ่ง นอกจากนี้ การที่ศาลระหว่างประเทศประกอบด้วยผู้พิพากษาจากรัฐต่าง ๆ ประกอบกันขึ้นเป็นคณะผู้พิพากษาจึงเป็นไปได้ว่ารัฐต่าง ๆ อาจเกิดความรู้สึกว่าผู้พิพากษาแต่ละคนในศาลระหว่างประเทศอาจใช้ความรู้สึกและปัจจัยทางการเมืองอื่น ๆ ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี และถึงแม้ว่าในคดีพิพาททำนองเดียวกันก็เป็นไปได้ว่าความเห็นของผู้พิพากษาในทำนองเดียวกันนั้นมีความแตกต่างกันมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อจำนวนผู้พิพากษาในศาลระหว่างประเทศ เช่น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีถึง 15 คน จึงเป็นการยากที่จะทำในแนววินิจฉัยออกมาในแนวเดียวกัน[16] นอกจากนี้ ถึงแม้จะมีความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นสิ่งที่ช่วยในการพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์ซึ่งศาลระหว่างประเทศในคดีพิพาทก่อน ๆ ได้วางไว้ โดยศาลระหว่างประเทศในคดีหลังมักจะให้เหตุผลว่าเพราะเหตุใดคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีก่อนไม่ควรนำมาเป็นบรรทัดฐานในคดีปัจจุบันมากกว่าที่ศาลจะให้เหตุผลว่าทำไมศาลระหว่างประเทศในคดีปัจจุบันจะต้องเดินตามแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลระหว่างประเทศในคดีก่อน[17]

2.1.4.2 คำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิอย่างสูง

โดยหลักแล้ว คำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิอย่างสูง หรือความเห็นของนักนิติศาสตร์เป็นท่าทีของนักวิชาการหรือของหน่วยงานที่ให้ความเห็นทางกฎหมายซึ่งมิได้ผูกพันผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศ[18] โดยที่คำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิอย่างสูงนับว่ามีบทบาทอย่างมากในการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศ[19] อนึ่ง ในสมัยเริ่มแรก นักนิติศาสตร์จะมีผู้รู้จักกันเป็นรายบุคคล เช่น Vitoria, Grotius, Austin, Kelsen ต่อมาภายหลัง เราเริ่มให้ความสำคัญกับกลุ่มบุคคลหรือ

---

[16] Henkin et al., International Law : Cases and Materials, 1980, at 88, อ้างใน จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 79-80.

[17] Rosenne, The Law and Practice of the International Court (1965), 612, อ้างใน จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 80.

[18] จตุรนต์ ถิระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 133.

[19] Henkin et al., International Law : Cases and Materials, 1980, at 90, อ้างใน จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 82.

สถาบันต่าง ๆ ทางกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ซึ่งตั้งขึ้นตามข้อ 13 ของกฎบัตรสหประชาชาติโดยสมัชชาใหญ่ ซึ่งมีหน้าที่ในการส่งเสริมและพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศ เราจะสังเกตเห็นว่าก่อนที่จะมีการผลิตผลงานแต่ละชิ้นขึ้นมานั้น พวกเขาจะต้องใช้ความระมัดระวังอย่างยิ่งยวด แม้ว่าสิ่งเหล่านั้นจะเป็นที่รู้แจ้งเห็นประจักษ์อยู่แล้วก็ตาม เช่น ในเรื่องการดำเนินการให้มีอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูตและกงสุล เมื่อปี ค.ศ. 1961 และ 1963 นอกจากนี้ สถาบันอื่น ๆ ก็มี เช่น Hague Academy of International Law ซึ่งจะมีการสอนกฎหมายระหว่างประเทศทั้งแผนกคดีเมืองและคดีบุคคลทุก ๆ ภาคฤดูร้อน เป็นเวลา 12 สัปดาห์ โดยเริ่มเมื่อปี ค.ศ. 1923 เป็นต้นมา คำสอนของครูบาอาจารย์ผู้มีชื่อเสียงจะถูกบันทึกลงพิมพ์และออกมาเป็นหนังสือ ซึ่งเรียกว่า Recueil des Cours[20] นอกจากนี้ ผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวนอกจากจะรวบรวมแนวปฏิบัติของรัฐ หรือคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลระหว่างประเทศแล้ว ยังให้ความเห็นส่วนตัวประกอบเหตุผล ตลอดทั้งช่วยจัดระบบกฎหมายระหว่างประเทศให้ชัดเจนยิ่งขึ้น การที่ข้อ 38 วรรค 1 (ดี) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยอมรับให้คำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิอย่างสูง เป็นสิ่งที่ช่วยในการพิจารณากำหนดกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในทำนองเดียวกันกับคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลก็ด้วยเหตุผลในลักษณะเดียวกันที่ว่าในบางระบบกฎหมายโดยเฉพาะระบบ Common Law บทบาทของคำสอนผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้แต่งตำราจะมีน้อยเมื่อเทียบกับบทบาทของผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้แต่งตำราในระบบ Civil Law ซึ่งแม้แต่คำวินิจฉัยของศาลในระบบ Civil Law ก็ยังมีการอ้างอิงคำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้แต่งตำรา ในขณะที่คำวินิจฉัยของศาลในระบบ Common Law จะหลีกเลี่ยงการอ้างอิงดังกล่าว และเหตุผลอีกประการหนึ่งคือ คำสอนของผู้ทรงคุณวุฒินั้นในบางครั้งก็ได้รับอิทธิพลจากระบบการเมืองและเศรษฐกิจของประเทศของตนซึ่งจะส่งผลต่อความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เช่น ความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิของประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากระบบการปกครองแบบคอมมิวนิสต์หรือสังคมนิยมก็จะแตกต่างจากความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิในระบบตลาดเสรีในเรื่องเดียวกัน เช่น การลงทุนหรือการโอนกิจการของคนต่างด้าวเป็นของรัฐ (expro-priation) เป็นต้น[21]

2.1.5 บ่อเกิดอื่นๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศ

นอกจากบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศตามที่ได้บัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ข้อ 38 วรรค 1 (เอ) ถึง (ดี) ตามที่ได้กล่าวมาในข้างต้นแล้ว ยังมีบ่อเกิดอื่น ๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศ อันได้แก่ กฎเกณฑ์อันเกิดจากองค์การระหว่างประเทศและหลักความเที่ยงธรรม

---

[20] นพนิธิ สุริยะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 83.

[21] จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 82.

ซึ่งมีบทบาทต่อความสัมพันธ์ในกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันและยังถือเป็นกฎเกณฑ์อันเป็นหลักของความยุติธรรม (equity) อีกด้วย

2.1.5.1 กฎเกณฑ์อันเกิดจากองค์การระหว่างประเทศ

กฎเกณฑ์อันเกิดจากองค์การระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์การสหประชาชาตินั้นมีมากมายในรูปของข้อมติ (resolutions) ซึ่งเรียกชื่อต่าง ๆ กัน เช่น ปฏิญญา (declarations) กฎบัตร (charters) มาตรฐาน (standards) และกรรมสารสุดท้าย (final acts) กฎเกณฑ์เหล่านี้ยังมิได้รับการยอมรับหรือพัฒนาไปถึงระดับที่เป็นสนธิสัญญาแต่ก็เป็นกฎเกณฑ์ที่ระบุถึงพฤติกรรมตลอดทั้งสิทธิและหน้าที่ของรัฐ[22] เช่น ปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยการจัดตั้งระเบียบเศรษฐกิจระหว่างประเทศใหม่ ค.ศ. 1974 (United Nations Declaration on the Establishment of a new International Economic Order, 1974) และกฎบัตรแห่งสิทธิและหน้าที่ทางเศรษฐกิจของรัฐ ค.ศ. 1974 (Charter of Economic Rights and Duties of States, 1974) ซึ่งที่ประชุมสมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้รับรองโดยฉันทามติ (consensus) กล่าวคือ โดยไม่มีเสียงคัดค้านแต่ก็ถือว่าเป็นปฏิญญาและกฎบัตรที่ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวางเช่นเดียวกัน นอกจากนี้ ยังมีปฏิญญาอื่น ๆ ที่มิได้มีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่อย่างชัดแจ้ง เช่น ปฏิญญาสากลแห่งสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 The Universal Declaration of Human Rights, 1948) ซึ่งเป็นเพียงการกำหนดมาตรฐานร่วมกันเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามปฏิญญานั้นและปฏิญญาว่าด้วยการจัดตั้งระเบียบเศรษฐกิจระหว่างประเทศใหม่ ค.ศ. 1974 (Declaration on the Establishment of a New International Economic Order, 1974) ซึ่งตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในคดี Texaco Overseas Petroleum Et Al. v. Libyan Arab Republic ไม่ถือว่าเป็นการวางหลักกฎหมายถึงแม้ถ้อยคำที่ใช้ในปฏิญญาดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของรัฐในทางระหว่างประเทศก็ตาม[23] แต่เป็นเพียงหลักฐานประเภทหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงการถือปฏิบัติของรัฐโดยทั่วไป (general practice of states) ในเรื่องนั้น ๆ แต่จะยังไม่ถือว่าเป็นหลักฐานแห่งความเชื่อว่าการถือปฏิบัตินั้นควรได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (opinio juris) จนกว่าการถือปฏิบัติโดยทั่วไปเช่นนั้นจะมีลักษณะที่สอดคล้องสม่ำเสมอ (consistent) กว้างขวาง (extensive) และเป็นรูปแบบเดียวกัน (uniform) โดยจะเห็นได้ว่ากฎเกณฑ์อันเกิดจากองค์การ

---

[22]Schachter, The Evolving International Law of Development, 15 Colum. J. Transnat'l L., 1976,1, 3-6, อ้างในจุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 83.

[23]Henkin et al., International Law : Cases and Materials, 1980, at 104, อ้างใน จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 85.

สหประชาชาติ ไม่ว่าจะเรียกชื่อว่าอย่างไรก็ตาม ยังไม่จัดว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศในรูปของสนธิสัญญาซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ (lex lata) แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้เช่นเดียวกันว่ากฎเกณฑ์อันเกิดจากองค์การสหประชาชาติที่ได้รับการรับรองโดยทั่วไปนั้นมีลักษณะของการพัฒนาที่ก้าวหน้าของกฎหมายระหว่างประเทศ (progressive development of international law) ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายที่ควรจะเป็น (lex ferenda) และก็มีแนวโน้มว่ากฎเกณฑ์ที่เกิดจากองค์การสหประชาชาติเหล่านี้จะพัฒนามาเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาต่อไป เช่น ในกรณีของปฏิญญาแห่งหลักกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่พื้นดินท้องทะเลและพื้นมหาสมุทรและดินใต้ผิวดินของพื้นดินท้องทะเลและพื้นมหาสมุทรนอกขอบเขตอำนาจแห่งชาติ ค.ศ. 1970 (Declaration of Legal Principles Governing the Sea-Bed and Ocean Floor and the Subsoil Thereof, Beyond the Limits of National Jurisdiction, 1970) ดังกล่าวข้างต้น ที่นำไปบัญญัติไว้ในส่วนที่ 11 (Part XI) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ.1982 เป็นต้น[24]

2.1.5.2 หลักความเที่ยงธรรม

คำว่า “equity” ในความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศอาจมีความหมายแตกต่างจากคำว่า “equity” ซึ่งใช้โดยศาลภายในของรัฐบางรัฐโดยเฉพาะรัฐที่ใช้ระบบ Common Law คำว่า “equity” ในกฎหมายระหว่างประเทศหมายถึงความยุติธรรม (justice) โดยเฉพาะอย่างยิ่งความยุติธรรมตามกฎหมายธรรมชาติ[25] ทั้งนี้ ศาลระหว่างประเทศได้นำหลัก equity มาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี เช่น คดี Diversion of Water from the Meuse (เนเธอร์แลนด์ v. เบลเยียม) ซึ่งผู้พิพากษา Hudson ได้กล่าวว่า ข้อ 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งให้ศาลใช้ “หลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่รับรองของอารยประเทศ” และในการนี้มีรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐที่ถือว่า equity เป็นหลักกฎหมายหนึ่งในระบบกฎหมายของรัฐนั้น การที่ศาลยอมรับว่าหลัก equity เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศไม่ถือว่าอำนาจของศาลที่จะวินิจฉัยคดีตามหลัก equity ถูกจำกัดโดยบทบัญญัติแห่งข้อ 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งให้อำนาจศาลที่จะวินิจฉัยชี้ขาดคดีตามหลัก ex aequo et bono หากคู่พิพาทตกลงตามนั้น ดังนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) จึงสรุปว่าตามข้อ 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ศาลมีเสรีภาพที่จะพิจารณาว่าหลัก equity เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งศาลจะต้องนำมาใช้แก่คดีโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวต่อไปว่าตามหลัก equity เมื่อคู่พิพาททั้งสองฝ่ายต่างก็มีพันธกรณีอย่างเดียวกันซึ่งกันและกัน คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตาม

---

[24] จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 85.

[25] *เพิ่งอ้าง*, น. 96.

พันธกรณีอย่างต่อเนื่องของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งไม่ควรจะถือเอาประโยชน์จากการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอย่างต่อเนื่องของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเช่นกัน ซึ่งสอดคล้องกับคติพจน์ของหลัก equity ในระบบ Common Law ที่ว่า “ความเสมอภาคคือความยุติธรรม” (equality is equity) หรือ “บุคคลผู้แสวงหาความยุติธรรมจะต้องมีความยุติธรรมด้วย” (he who seeks equity must do equity) และศาล equity ย่อมปฏิเสธที่จะปลดเปลื้องให้แก่โจทก์ซึ่งมีความประพฤติไม่เหมาะสมเกี่ยวกับเรื่องที่นำขึ้นสู่ศาล (a court of equity refuses relief to a plaintiff whose conduct in regard to the subject-matter of the litigation has been improper) ซึ่งจะคล้ายกับหลักที่ยอมรับกันในระบบกฎหมายโรมันที่ว่า “ทั้งผู้ซื้อและผู้ขายไม่อาจบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้เว้นแต่ตนจะได้ชำระหนี้หรือส่งมอบในส่วนของตนก่อน” (neither the vendor nor the vendee could compel the other to perform unless he had done or tendered his own part)[26]

2.2 สถานะของประเทศไทยกับบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ

ด้วยเหตุที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมประชาคมระหว่างประเทศมาช้านาน ดังนั้น บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศจึงมีผลต่อประเทศไทยมาโดยตลอดเช่นกัน ในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ในทางระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่น บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศประเภทสนธิสัญญา ซึ่งสนธิสัญญาจะมีผลผูกพันต่อเมื่อประเทศไทยให้ความยินยอมผูกพันโดยชัดแจ้ง แต่ในขณะที่จารีตประเพณีระหว่างประเทศมีผลผูกพันต่อประเทศไทยสืบเนื่องมาจากการที่ประเทศไทยไม่โต้แย้งต่อการถือปฏิบัติในเรื่องนั้น ๆ อันเหมือนเป็นการให้ความยินยอมโดยปริยาย และสำหรับหลักกฎหมายทั่วไป อันเป็นกฎหมายภายในของรัฐต่าง ๆ ที่ต่างยอมรับร่วมกันมาโดยตลอดและผูกพันต่อประเทศไทยในฐานะที่ประเทศไทยมีกฎหมายภายในที่ใช้บังคับอยู่แล้ว ดังนั้น บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศแต่ละบ่อเกิดดังกล่าว ล้วนแล้วแต่มีผลผูกพันต่อประเทศไทยทั้งสิ้น แต่อาจผูกพันในลักษณะที่แตกต่างกันไปตามองค์ประกอบของบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศตามแต่ละบ่อเกิดตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น

2.2.1 สถานะของประเทศไทยกับสนธิสัญญา

การทำสนธิสัญญาเป็นทางปฏิบัติที่แพร่หลายในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในสมัยปัจจุบัน สำหรับประเทศไทยเองก็ได้เข้าร่วมทำสนธิสัญญาตั้งแต่เริ่มติดต่อกับ

---

[26] *เพิ่งอ้าง*, น. 97.

นานาอารยประเทศมาช้านานแล้ว[27] ทั้งนี้ กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับสนธิสัญญาเกิดขึ้นจากเนื้อหาของสนธิสัญญาแต่ละฉบับซึ่งแม้จะมีความแตกต่างกันในด้านสารัตถะแต่ก็ประกอบด้วยกฎเกณฑ์ที่เป็นเอกภาพร่วมกันซึ่งอยู่ในรูปของจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งได้ถูกนำมาประมวลไว้โดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา[28] และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986 ซึ่งทั้งสองอนุสัญญาดังกล่าวต่างก็ส่งผลต่อประเทศไทย เนื่องจากเป็นอนุสัญญาซึ่งมีบทบาทที่สำคัญในการกำหนดความสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐ ระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันนั่นเอง

2.2.1.1 สถานะของประเทศไทยกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969

โดยที่อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา เริ่มมีผลใช้บังคับ เมื่อ ค.ศ. 1980 โดยที่อนุสัญญาฉบับนี้เป็นผลงานของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเริ่มทำการยกร่างตั้งแต่ ค.ศ. 1950 ทั้งนี้โดยมีผู้เสนอรายงานพิเศษ (special rapporteur) ทำงานต่อเนื่องกันทั้งสิ้น 4 ท่าน ได้แก่ J. Brierly, Sir Hersch Lauterpacht, Sir Gerald Fitzmaurice, Sir Humphrey Waldock ในช่วงระหว่าง ค.ศ. 1961-1966 หลังจากนั้นได้เปิดโอกาสให้มีการอภิปรายและแก้ไขร่างดังกล่าวของคณะกรรมาธิการกฎหมายในที่ประชุมทางการทูต ค.ศ. 1968 และ ค.ศ. 1969 จนผ่านการรับตัวบทและเปิดให้รัฐต่าง ๆ เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาฉบับนี้ ต่อมาก็ได้มีการทำการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องที่เกี่ยวกับสนธิสัญญาโดยใช้กระบวนการเดียวกันนี้อีก กล่าวคือ อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1978 เกี่ยวกับการสืบสิทธิของรัฐในส่วนที่เกี่ยวกับสนธิสัญญาและอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1986 ว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐและองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ[29] โดยที่กฎเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ถือเป็นการประกาศกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่แล้วและซึ่งยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ลักษณะทั่วไป ดังนั้นแม้รัฐที่ยังไม่ได้เป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้แต่ก็ยังตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องนี้ อย่างไรก็ตามบทบัญญัติของอนุสัญญายังมิได้ครอบคลุมทุกเรื่องที่เกี่ยวกับสนธิสัญญาเนื่องจากผู้ยกร่างเห็นว่าซับซ้อนเกินไปหรือขึ้นอยู่กับเรื่องอื่น

---

[27] จตุรนต์ ถิระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 139-140.

[28] *เพิ่งอ้าง*, น. 139.

[29] จตุรนต์ ถิระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 108-109.

จึงมิได้ใส่ไว้อันได้แก่ เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสนธิสัญญากับกฎหมายจารีตประเพณี ผลของสงครามต่อสนธิสัญญา ความรับผิดระหว่างประเทศในกรณีที่มีการละเมิดสนธิสัญญาซึ่งต่างล้วนเป็นเรื่องกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่แล้วทั้งสิ้น[30]

อย่างไรก็ดี แม้ประเทศไทยจะมิได้ให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ก็ตาม ซึ่งโดยหลักแล้ว หากรัฐที่ยังไม่ได้เป็นภาคีของอนุสัญญาก็ย่อมไม่ต้องผูกพันตามอนุสัญญานั้น แต่กรณีอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ประเทศไทยก็ยังต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายจารีตประเพณีอยู่ดี ซึ่งศาลไทยได้มีการกล่าวอ้างอนุสัญญาฯ ดังกล่าว ในคำวินิจฉัยคดีอยู่บ้าง เช่น ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551[31] ดังนี้

"ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า คำว่า "หนังสือสัญญา" ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศทุกประเภทที่จัดทำขึ้นระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศในรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะถูกบันทึกไว้ในเอกสารฉบับเดียวหรือหลายฉบับที่เกี่ยวพันกัน และไม่ว่าจะเรียกชื่อว่าอย่างไร อันเป็นความหมายที่ตรงกับคำว่า "Treaty" ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และตรงกับที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยให้ความหมายไว้แล้วในคำวินิจฉัยที่ 11/2542 และคำวินิจฉัยที่ 33/2543[32] ทั้งนี้ การที่จะกล่าวอ้างถึงสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมิได้เป็นภาคี เช่น อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 โดยมิให้เกิดความเข้าใจผิด ศาลอาจแสดงให้เห็นว่า หลักเกณฑ์หรือเนื้อหาสาระของสนธิสัญญานั้น ๆ เป็นหลักฐานของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (international custom) หรือหลักกฎหมายทั่วไป (general principles of law)[33]

อนึ่ง แม้จะกล่าวอ้างว่าจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ก็ต้องเข้าใจว่า จารีตประเพณีระหว่างประเทศ ก็ยังเป็นกฎหมายระหว่างประเทศไม่ใช่กฎหมายภายในของประเทศไทยโดยตรง เนื่องจากรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ไม่มีบทบัญญัติยอมรับจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยโดยอัตโนมัติเหมือนกับรัฐธรรมนูญของบางประเทศ เช่น

---

[30] Sh, Rosenne, Developments in the law of treaties, 1945-1986, Cambridge University Press, 1989, p.1-84, อ้างใน จตุรนต์ ถิระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 109.

[31] ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125 ตอนที่ 108 ลงวันที่ 10 ตุลาคม 2551

[32] *เพิ่งอ้าง*, น. 20-21.

[33] จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 30-31.

สหรัฐอเมริกา เยอรมนี และฝรั่งเศส เป็นต้น[34] ดังนั้น หากประเทศไทยจะนำจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยก็ต้องผ่านกระบวนการนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญเช่นกัน[35] อย่างไรก็ดี หากศาลรัฐธรรมนูญไทยกล่าวอ้างจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยที่จารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นมิได้กลายมาเป็นกฎหมายภายในของประเทศ ก็เท่ากับเป็นการแสดงออกถึงแนวปฏิบัติของรัฐ (state practice) โดยฝ่ายตุลาการเพื่อให้นานาประเทศรับรู้ว่าประเทศไทยถือปฏิบัติเช่นนั้นซึ่งจะเป็นหลักฐานในทางระหว่างประเทศว่าประเทศไทยเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยกับการถือปฏิบัติเช่นนั้น ซึ่งเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการเกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ถ้าประเทศไทยเห็นด้วยการถือปฏิบัติเช่นนั้นหรือไม่คัดค้านการถือปฏิบัติเช่นนั้น ก็อาจเป็นหลักฐานที่แสดงให้นานาประเทศเห็นว่าการที่ประเทศไทยถือปฏิบัติหรือไม่โต้แย้งคัดค้านการถือปฏิบัติเช่นว่านั้นเป็นการยอมรับว่าการถือปฏิบัติดังกล่าวเป็นสิ่งที่ถูกต้อง (opinio juris) อันจะส่งผลให้ประเทศไทยต้องผูกพันตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศเช่นว่านั้น แต่หากศาลรัฐธรรมนูญไทยแสดงให้เห็นว่า หลักเกณฑ์หรือเนื้อหาสาระของสนธิสัญญานั้นเป็นหลักฐานของหลักกฎหมายทั่วไป (general principles of law) ของกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลรัฐธรรมนูญไทยก็สามารถกล่าวอ้างหลักกฎหมายทั่วไปเช่นว่านั้นได้โดยตรงเพราะหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีที่มาจากหลักกฎหมายภายในของนานาอารยประเทศอยู่แล้ว เช่น หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) หลักสุจริต (good faith) เป็นต้น ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มีอยู่ในกฎหมายภายในของทั้งประเทศที่ใช้ระบบ Common Law และประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law และได้หยิบยืมไปใช้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) ตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 26 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 เป็นต้น

2.2.1.2 สถานะของประเทศไทยกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986

โดยหลัก สถานะของประเทศไทยกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 นั้น อาจอธิบายได้ว่ามีสถานะเช่นเดียวกันกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เนื่องจากประเทศไทยก็มิได้เป็นภาคีอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมาย

---

[34] *เพิ่งอ้าง*, น. 115-116, 122-126.

[35] *เพิ่งอ้าง*, น. 31.

สนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986

อย่างไรก็ดี ต้องเข้าใจว่า อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 จำกัดเฉพาะความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐเท่านั้น ไม่รวมถึงองค์การระหว่างประเทศด้วย ดังนั้น ณ ค.ศ. 1969 ความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศก็ดี ระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันก็ดี ก็ยังถือเป็นความตกลงระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาได้เช่นกัน เพียงแต่มิใช่ความตกลงระหว่างประเทศตามนัยของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เท่านั้น หากแต่เป็นความตกลงระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาตามบ่อเกิดอื่นของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่ จารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นเอง จนกระทั่งมีอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 อนึ่ง สำหรับรัฐและองค์การระหว่างประเทศที่มิได้เป็นภาคีของอนุสัญญาทั้งสองฉบับแล้วแต่กรณี หลักเกณฑ์การนำสนธิสัญญาและผลของการทำสนธิสัญญาก็จะเป็นไปตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศนั่นเอง[36]

2.2.2 สถานะของประเทศไทยกับจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

สังเกตได้ว่า สถานะของประเทศไทยกับจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นอาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยอยู่ในสถานะที่ผูกพันตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศอยู่เป็นจำนวนมาก อันเนื่องมาจากลักษณะองค์ประกอบทางกฎหมายของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ประกอบกับการที่ประเทศไทยมิได้คัดค้านการถือปฏิบัติของรัฐอื่น ๆ จนกลายเป็นการยอมรับโดยปริยาย (acquiescence) เช่น ในเรื่องของการทำสนธิสัญญา เป็นต้น เนื่องจากทั้งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 ต่างก็รวบรวมจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปในการทำสนธิสัญญามาเขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรูปของสนธิสัญญา ดังนั้นรัฐและองค์การระหว่างประเทศที่มิได้เป็นภาคีของอนุสัญญาทั้งสองฉบับ จึงสามารถอาศัยจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปเช่นว่านั้นเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับ (applicable law) แก่สนธิสัญญาที่รัฐกับรัฐ หรือรัฐกับองค์การระหว่างประเทศด้วยกันทำขึ้นได้อีกด้วย[37]

---

[36] *เพิ่งอ้าง*, น. 32.

[37] *เพิ่งอ้าง*, น. 33.

2.2.3 สถานะของประเทศไทยกับหลักกฎหมายทั่วไป

สำหรับสถานะของประเทศไทยกับหลักกฎหมายทั่วไปนั้น เป็นที่ทราบกันดีว่าหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีที่มาจากหลักกฎหมายต่าง ๆ ที่ใช้บังคับอยู่ในกฎหมายภายในของนานาอารยประเทศ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่ใช้ระบบ Common Law หรือระบบ Civil Law ก็ตาม ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศจึงมีเนื้อหาสาระเช่นเดียวกันกับกฎหมายภายในของรัฐ รวมทั้งกฎหมายภายในของประเทศไทยด้วย ดังนั้น ประเทศไทยจึงไม่มีปัญหาในการนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้เป็นกฎหมายภายใน เนื่องจากเป็นหลักกฎหมายเดียวกัน ศาลไทยสามารถกล่าวอ้างเนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศได้โดยตรง โดยไม่จำเป็นต้องใช้ถ้อยคำว่าหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่สามารถหยิบยกกฎหมายภายในของประเทศไทยที่มีเนื้อหาสาระอย่างเดียวกันกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศได้ทันที[38]

2.3 ประวัติศาสตร์และความเป็นมาในการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทย

เป็นที่ทราบกันดีว่า ประเทศไทยเป็นรัฐที่ได้เข้าสมาคมในประชาคมระหว่างประเทศเป็นเวลาช้านานมากแล้ว[39] ดังนั้น ในการศึกษาเกี่ยวกับความเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยเพื่อให้ครอบคลุมในทุกด้านให้มากที่สุด จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาไปถึงประวัติศาสตร์ของประเทศไทยในด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เนื่องจากการศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์ย่อมทำให้ทราบถึงที่มาและพัฒนาการของการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน

2.3.1 ความเป็นมาในการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยก่อนมีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

โดยหลัก ในการที่จะอธิบายถึงการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยในปัจจุบัน สมควรที่จะกล่าวถึงลักษณะของการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทย ก่อนที่จะมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองโดยบังคับใช้รัฐธรรมนูญชั่วคราวหรือพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครอง

---

[38] *เพิ่งอ้าง*, น. 33.

[39] หลวงสิทธิสยามการ, สัญญาทางพระราชไมตรีระหว่างสยามกับต่างประเทศ, พิมพ์เป็นอนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ, 2506, น. 341. อ้างใน จตุรนต์ ถิระวัฒน์, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 8*, น. 45-50.

แผ่นดินไทย (สยาม) ชั่วคราว ลงวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ก่อน ดังนี้ จึงต้องศึกษาประวัติศาสตร์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทย ตั้งแต่สมัยน่านเจ้า สมัยสุโขทัย สมัยอยุธยา และสมัยรัตนโกสินทร์

2.3.1.1 การทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยในสมัยน่านเจ้า

ในอดีต นับตั้งแต่สมัยน่านเจ้า แม้ประเทศไทยจะเป็นชาตินักรบจัดการปกครองแบบทหาร แต่นิยมการเจริญทางไมตรีกับประเทศใกล้เคียง ฉะนั้นในสมัยน่านเจ้า จึงได้มีราชทูตส่งไปมาติดต่อกับประเทศจีนและประเทศทิเบต ตลอดจนทำสนธิสัญญาทางไมตรีเป็นครั้งคราว เช่น ทำกับจีนใน พ.ศ. 1193 (ค.ศ. 650) พ.ศ. 1288 (ค.ศ. 745) และ พ.ศ. 1330 (ค.ศ. 787) และทำกับทิเบต ในพ.ศ. 1293 (ค.ศ. 750) และใน พ.ศ. 1363 (ค.ศ. 820) ได้นำช่างฝีมือจีนมาบำรุงการช่างฝีมือในน่านเจ้าด้วย เช่น การทอผ้า เป็นต้น ทั้งนี้ เป็นการแสดงให้เห็นว่า ชนชาติไทยไม่อยู่เป็นโดดเดี่ยว แต่ใคร่บำรุงการติดต่อกับต่างประเทศเพื่อประโยชน์ในการเศรษฐกิจ[40]

2.3.1.2 การทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยในสมัยสุโขทัย

จากการศึกษาค้นคว้าทางประวัติศาสตร์ จึงทำให้ทราบได้ว่าชนชาติไทยอพยพลงมาสู่ลุ่มแม่น้ำเจ้าพระยาเกินกว่าพันปีมาแล้ว เช่น ราว พ.ศ. 1400 (ค.ศ. 857) ท้าวพรหมได้ตั้งเมืองฝาง (สวรรคโลก) และก่อนนั้นอีกเป็นเวลานาน ก็ย่อมค่อยอพยพลงมา ครั้งเมื่อกุบไลข่านได้ปราบน่านเจ้า ใน พ.ศ. 1796 (ค.ศ. 1253) แล้ว ไทยก็ยิ่งอพยพลงมากขึ้นในลุ่มแม่น้ำเจ้าพระยาในสมัยนั้นมีชาวละว้าและมอญ - เขมร ตั้งหลักแหล่งอยู่ โดยได้รับวัฒนธรรมมาจากอินเดีย เช่น ได้รับพระพุทธศาสนามาตั้งแต่สมัยพระเจ้าอโศก กับทั้งได้รับขนบธรรมเนียมประเพณีของพราหมณ์มาด้วย[41] การปกครองในสมัยนั้น ยังเป็นการปกครองแบบกรุงหรือนคร คือยังเป็นสมัยเมืองไทยซึ่งมีเมืองหลวงแล้วมีหัวเมืองขึ้นแก่เมืองหลวง แล้วก็มีประเทศราชซึ่งส่งเครื่องบรรณาการมาสวามิภักดิ์ ต่อมาใน พ.ศ. 1783 (ค.ศ. 1238) พระเจ้าศรีอินทราทิตย์ได้เมืองสุโขทัยมาจากกัมพูชาตั้งเป็นราชอาณาจักรไทยขึ้น จากนั้นในปี พ.ศ. 1818 (ค.ศ. 1275) พระเจ้ารามคำแหง วีรบุรุษซึ่งได้เคยชนช้างชนะขุนสามชน เจ้าเมืองฉอดมาแล้ว ได้เสวยราชย์และได้ขยายราชอาณาจักรไทยออกเป็นอันมาก พระราชกรณียกิจของพระองค์ คือ จัดราชอาณาจักรไทยให้แน่นแฟ้นมั่นคง โดยรวบรวมเมืองต่าง ๆ ให้เข้าอยู่ในราชอาณาจักรไทยตามกำลังของพระองค์ ประกอบกับภูมิศาสตร์ ถ้าจะพูดตาม

---

[40] กระทรวงการต่างประเทศ, ประวัติการทูตของไทย, พิมพ์ในงานพระราชทานเพลิงศพหม่อมเจ้าดิลกฤทธิ์ กฤดากร, 2501, น. 1.

[41] กระทรวงการต่างประเทศ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 40*, น. 2

หลักภูมิศาสตร์แล้ว แม่น้ำเป็นทางคมนาคม ฉะนั้น ถ้าจะเป็นเขตแดนก็เพื่อความสะดวกที่มีเส้นเขตแดนอันประจักษ์เท่านั้น แต่ภูเขาเป็นเครื่องกีดกั้น ฉะนั้น จึงเป็นเขตแดนธรรมชาติที่หนักแน่นกว่า การขยายราชอาณาจักรไทย ย่อมขยายตามลุ่มน้ำเจ้าพระยาก่อน แล้วจึงขยายตามลุ่มแม่น้ำโขง ส่วนการออกมหาสมุทรอินเดียนั้น เมื่อยังเป็นสมัยใช้เรือใบ ต้องอาศัยฤดูกาลมรสุมอยู่ ฉะนั้น ถ้าลัดออกทางบก คือ ทางตะนาวศรี – มะริด ก็สะดวกกว่าออกทางทะเลอ้อมแหลมมลายูไปมะริดจึงเป็นเมืองสำคัญในทางการค้าสำหรับบำรุงความเจริญทางเศรษฐกิจของราชอาณาจักรไทย และการแผ่ออกไปทางนั้น ก็นับว่าเป็นธรรมดา เฉพาะอย่างยิ่ง ในเมื่อประชากรในแถบนั้นเป็นมอญ ซึ่งประสานกับไทยได้สนิท นอกจากนี้ ถ้าแผ่ลงไปทางใต้ คือ ทางแหลมมลายูได้ด้วยก็ยิ่งดี ส่วนตอนที่เลยลุ่มแม่น้ำโขงไปนั้นมีเขาบรรทัดญวน และพวกญวนก็มีวัฒนธรรมใกล้ไปทางจีน ฉะนั้น การแผ่เลยเขาบรรทัดญวนไป จึงไม่มีความจำเป็น[42]

ภายหลังจากนั้น พระเจ้ารามคำแหงได้แผ่ราชอาณาจักรไทยออกไปถึงแม่น้ำโขงที่หลวงพระบาง (ขวา – เซา) และเวียงจันทน์ ส่วนทางพายัพนั้น พะเยาและเชียงใหม่มีไทยปกครองอยู่จึงปล่อยให้เป็นอิสระไว้ โดยเป็นไมตรีดีต่อกัน ทางภาคกลาง ลพบุรีและอโยธยายังเป็นอิสระอยู่ เพราะใน พ.ศ. 1832 (ค.ศ. 1289) ล่อฮกก๊ก (ละโว้) ได้ส่งทูตไปยังประเทศจีน ทางตะวันตก ได้แผ่ออกไปถึงมหาสมุทรอินเดีย มีทวายและตะนาวศรี (รวมถึงมะริดด้วย) เป็นต้น ส่วนทางใต้ได้แผ่ลงไปถึงมลักกา พระเจ้ารามคำแหงได้ดำเนินการทูตอย่างสุขุม คือ ผูกไมตรีไว้กับพระยาเมงรายและพระยางำเมือง ซึ่งเป็นเจ้าเมืองไทยด้วยกัน และแม้จะมีข้อผิดแผกแตกต่างกัน เช่น ได้มีระหว่างพระเจ้ารามคำแหงกับพระยางำเมือง ก็หาได้สู้รบกันไม่ แต่ยอมให้พระยาเมงรายเป็นผู้ตัดสินทำความปรองดองกัน[43]

ซึ่งต่อมาใน พ.ศ. 1825 (ค.ศ. 1282) จีนได้ส่งทูตมาทำหนังสือสัญญาทางไมตรีที่กรุงสุโขทัย และพระเจ้ารามคำแหงได้เสด็จไปยังประเทศจีนถึง 2 ครั้ง คือ ใน พ.ศ. 1837 (ค.ศ. 1294) ครั้งหนึ่ง พ.ศ. 1843 (ค.ศ. 1300) อีกครั้งหนึ่ง และในครั้งหลังนี้ ได้นำช่างฝีมือจีนมาจัดทำเครื่องถ้วยชามที่เรียกว่า สังคโลก หรือสวรรคโลก นั้น จำหน่ายแพร่หลายไปถึงประเทศอื่น ๆ มีชื่อเสียงมาเท่าทุกวันนี้ ส่วนทางพระพุทธศาสนา ก็ได้มีการติดต่อกับลังกา มีพระสงฆ์ไทยไปบวชในลังกา แล้วนำลัทธินิกายลังกาเข้ามา และได้พระพุทธสิหิงค์มาจากลังกาด้วย[44] ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในสมัยพระเจ้ารามคำแหงมีการส่งเสริมการเจริญสัมพันธไมตรีกับต่างชาติ อีกทั้งมีความเจริญ

---

[42] *เพิ่งอ้าง*, น. 3-4.

[43] *เพิ่งอ้าง*, น. 4-5

[44] *เพิ่งอ้าง*, น. 5

ทางด้านวัฒนธรรมโดยการติดต่อกับลังกาในเรื่องศาสนา นอกจากนี้ยังติดต่อกับจีนในทางเศรษฐกิจอีกด้วย

2.3.1.3 การทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยในสมัยอยุธยา

ในสมัยกรุงศรีอยุธยา เป็นที่ทราบกันดีในหมู่นักวิชาการไทยและต่างประเทศว่ากรุงศรีอยุธยาราชธานีของสยาม ซึ่งเจริญรุ่งเรืองติดต่อกันนานถึง 400 กว่าปี ระหว่าง ค.ศ. 1350-1767 นั้นมิได้มีชื่อเสียงเป็นที่จดจำกันได้แต่ในเรื่องการทำสงครามกับประเทศเพื่อนบ้านอย่างยาวนานและการสร้างวัดสำคัญ ๆ ในแต่ละรัชกาลเท่านั้น แต่อยุธยาอยู่ในความทรงจำของนักประวัติศาสตร์ทั่วโลกในฐานะที่เคยเป็นเมืองท่าค้าขายระดับนานาชาติที่สำคัญมากแห่งหนึ่งในเอเชียและมีการเจริญสัมพันธไมตรีกับมหาอำนาจและประเทศน้อยใหญ่ ทั้งในเอเชียและยุโรป โดยเฉพาะในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 16-18 ซึ่งเป็นยุคที่ประเทศในยุโรปต่างก็แข่งกันขยายอิทธิพลทางการค้า ตลอดจนการแสวงหาอาณานิคม เข้ามายังเอเชียตะวันออกเฉียงใต้อย่างกว้างขวางรวดเร็ว[45] ซึ่งในระยะแรก ๆ อยุธยาก็ค้าขายทั้งกับรัฐในเอเชีย โดยเฉพาะกับจีน อินเดีย และกับประเทศเพื่อนบ้านใกล้เคียง จีนนั้นชำนาญการค้าในระบบสำเภามานานนับพันปี นอกจากนี้อยุธยาก็ค้ากับญี่ปุ่น อินเดีย มลายู และญวน รวมทั้งพวกอาหรับและเปอร์เซีย

อนึ่ง ก่อนชาวโปรตุเกสเข้ามาติดต่อกับไทย การแต่งทูตไทยไปเจริญทางไมตรีกับประเทศนอกแหลมสุวรรณภูมินี้ ได้แต่งส่งไปยังประเทศจีน เช่น ในรัชกาลพระบรมราชาที่ 1 และรัชกาลพระอินทราชา เป็นต้น และชาวจีนก็ย่อมมาประกอบการค้าในประเทศไทย แต่การเจริญทางไมตรีดังกล่าว เป็นไปในทำนองแสดงอัธยาศัยไมตรีเท่านั้น มีราชบรรณาการส่งไปเป็นของขวัญเป็นธรรมดา หาได้ส่งไปเพื่อสวามิภักดิ์ไม่ เพราะไทยรักเอกราชเป็นที่ตั้ง[46] ต่อมาประเทศโปรตุเกสเป็นชาวยุโรปชาติแรกที่เดินทางโดยเรือเข้ามาถึงอยุธยา เมื่อ ค.ศ. 1511 ได้มีการค้าขายและเจริญไมตรีกับไทยก่อนประเทศยุโรปอื่น ๆ ติดตามด้วยชาวฮอลันดาหรือชาวดัตช์ อังกฤษ และฝรั่งเศส ซึ่งชาวต่างชาติแต่ละชาติ ต่างก็มีเป้าหมายอื่น ๆ ในการเดินทางเข้ามาค้าขายกับอยุธยาด้วย ดังปรากฏอยู่ในรายงานหรือจดหมายที่ชาวต่างชาติเหล่านั้นบันทึกส่งกลับไปยังประเทศของตน โดยในรัชสมัยสมเด็จพระนารายณ์จึงนับได้ว่าเป็นช่วงเวลาที่ไทยมีความสัมพันธ์ทางการทูตและการค้าขายกับต่างประเทศ ทั้งเอเชียและยุโรปอย่างกว้างขวางโดยเฉพาะกับประเทศฝรั่งเศส ในรัชสมัยของพระองค์นั้น กรุงศรีอยุธยา ได้ส่งคณะทูต

---

[45] สาวิตรี สุวรรณสถิตย์, “ความสำคัญของเอกสารของชาวต่างประเทศต่อการศึกษาประวัติศาสตร์อยุธยา เมืองมรดกโลก,”สืบค้นเมื่อวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2559, http://www.ayutthayastudies.aru.ac.th/content/view/489/32/.

[46] กระทรวงการต่างประเทศ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 40*, น. 7

ไปเข้าเฝ้าพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 ยังประเทศฝรั่งเศส รวมทั้งสิ้น 4 ชุดด้วยกัน คณะทูตชุดแรกที่ไปเจริญสัมพันธไมตรีกับประเทศฝรั่งเศสใน พ.ศ. 2223 มีพระพิพัฒนาราชไมตรี เป็นราชทูต หลวงวิสารสุนทรเป็นอุปทูต และขุนนครศรีวิชัยเป็นตรีทูต โดยมีบาทหลวงเกม (Gayme) บาทหลวงชาวฝรั่งเศส ที่เข้ามาเผยแพร่ศาสนาคริสต์ในอยุธยา และสามารถพูดเป็นภาษาไทยได้ดีทำหน้าที่เป็นล่าม[47] ต่อมาใน พ.ศ. 2227 (ค.ศ. 1684) ไทยได้ส่งราชทูตคณะที่ 2 ออกไปเจริญทางไมตรีกับพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 โดยผ่านประเทศอังกฤษไปด้วย มีแฟรร์วาเชต์ นักสอนศาสนาของฝรั่งเศสเป็นล่าม คราวนี้ไทยได้เลือกข้าราชการชั้นรองลงมา คือ ขุนพิชัยวาณิชกับขุนพิชิตไมตรี มีหน้าที่เพียงจะไปขอให้ฝรั่งเศสแต่งราชทูตมาทำหนังสือสัญญาทางไมตรี[48]

ภายหลังจากนั้น ใน พ.ศ. 2228 (ค.ศ. 1685) ฝรั่งเศสได้ส่งเชอวาลิเอร์ เดอโชมองต์ เป็นราชทูตมาทำสัญญาดังกล่าว มีอับเบ เดอชัวซี มาด้วย ความมุ่งหมายของคณะทูตนั้นก็จะมาเกลี้ยกล่อมให้พระนารายณ์เปลี่ยนศาสนาเป็นสำคัญ ส่วนฝ่ายไทยนั้นใคร่จะทำสนธิสัญญาทางไมตรีและการค้า พระนารายณ์ไม่ยอมเปลี่ยนศาสนาแต่ยอมทำอนุสัญญาให้ความสะดวกแก่ฝรั่งเศสที่จะมาทำการค้ากับคลัง[49] หนังสือสัญญาฉบับนั้น เป็นเพียงหนังสือสัญญาชั่วคราวเพราะไทยได้ส่งคณะทูตครั้งที่ 3 ไปยังฝรั่งเศส มีพระวิสุตสุนทร (ปาน โกศาปาน) เป็นหัวหน้าไปพร้อมกับ เดอ โช มองต์ ซึ่งคณะทูตไทยได้กลับมากับคณะทูตฝรั่งเศสครั้งที่ 2 มี เดอ ลาลูแบร์ กับ เซเบเรต์ เป็นราชทูตมา และมี เดส์ ฟาร์จส์ คุมทหารมา 1,400 คน กับช่างฝีมือ 300 คน นอกจากนี้ยังมี แฟรร์ ตาชาร์ด ติดตามมาด้วย หนังสือสัญญาที่ได้กระทำกันใน พ.ศ. 2230 (ค.ศ. 1608) นั้น เป็นหนังสือสัญญาพานิช ซึ่งให้สิทธิพิเศษแก่บริษัทฝรั่งเศส เช่น ให้บริษัทซื้อขาย ณ จังหวัดกรุงศรีอยุธยาได้โดยไม่ต้องเสียจังกอบ ขนอน และฤชา เว้นแต่สินค้าต้องห้าม คือ ดินประสิวขาว ดินประสิวดำ สุพรรณถัน (กำมะถัน) ปืนและเครื่องศัตราวุธเท่านั้นที่ต้องขออนุญาต บริษัทฝรั่งเศสได้ผูกขาดการซื้อดีบุกในเมืองถลาง บางคลี และได้รับอนุญาตให้ไปตั้งอยู่ ณ เกาะใกล้เมืองมะริดได้ นอกจากนี้ ถ้าคนของบริษัทเป็นความกัน ก็ให้ผู้เป็นนายบริษัทในเมืองนั้น ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากพระเจ้าฝรั่งเศสเป็นผู้บังคับตามความชอบธรรม และถ้าคนของบริษัทที่เป็นความกับผู้ซึ่งมิได้อยู่ในบังคับของบริษัทก็ให้ตระลาการไทยพิจารณา แต่ให้ฝรั่งเศสอยู่ด้วย[50]

---

[47] ชลลดา บางหลวงสันติ, “กรุงศรีอยุธยา-ฝรั่งเศส ในสมัยสมเด็จพระนารายณ์มหาราช,” สืบค้นเมื่อวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2559, http://www.ayutthayastudies.aru.ac.th/content/view/434/32/.

[48] กระทรวงการต่างประเทศ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 40*, น. 22-23.

[49] *เพิ่งอ้าง*, น. 23.

[50] *เพิ่งอ้าง*, น. 24.

2.3.1.4 การทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยในสมัยรัตนโกสินทร์

โดยสรุปแล้ว อาจกล่าวได้ว่าความสัมพันธ์ของประเทศไทยกับนานาชาติโดยเฉพาะอย่างยิ่งกับประเทศมหาอำนาจจากโลกตะวันตกในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นมีลักษณะที่เสียเปรียบอย่างเห็นได้ชัดโดยสามารถยืนยันได้จากสนธิสัญญาที่ไม่เสมอภาคต่างๆ ที่ไทยจำต้องทำกับมหาอำนาจเหล่านั้น ซึ่งรวมทั้งมหาอำนาจในทวีปเอเชียอย่างเช่นญี่ปุ่นด้วย โดยมีเพียงรัสเซียเท่านั้นที่มิได้ทำสนธิสัญญาที่เป็นการเอาเปรียบประเทศไทย แม้จะได้รับความกดดันอย่างมากในยุคล่าอาณานิคม ประเทศไทยก็ได้อาศัยทั้งการดำเนินนโยบายที่ยืดหยุ่นประกอบกับพระปรีชาสามารถของประมุขแห่งชาติและความเข้าใจในกฎหมายระหว่างประเทศในยุคนั้นเพื่อเอาตัวรอดจากการตกเป็นอาณานิคม[51] ดังเช่น ที่ประเทศส่วนใหญ่ในโลกต้องประสบชะตากรรมมาได้ โดยในทวีปเอเชียนอกจากไทยแล้วก็มีเพียงไม่กี่ประเทศเท่านั้นที่ในที่สุดไม่ต้องตกเป็นอาณานิคมของประเทศมหาอำนาจจากโลกตะวันตก เช่น จีน ญี่ปุ่น เปอร์เซีย แลตุรกี แต่กระนั้นก็มิได้ถูกยอมรับและปฏิบัติอย่างเท่าเทียมเช่นเดียวกับรัฐจากโลกตะวันตก[52] อย่างไรก็ดีญี่ปุ่นได้กลายเป็นมหาอำนาจและอาศัยความได้เปรียบที่ได้รับจากกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในยุคนั้นซึ่งอนุญาตให้ใช้กำลังทางทหารช่วงชิงผลประโยชน์ต่าง ๆ และทำสงครามขยายดินแดนได้จึงเข้ายึดครองดินแดนของเพื่อนบ้านอันได้แก่เกาหลีและจีน สำหรับประเทศไทยซึ่งต่างจากประเทศญี่ปุ่นในแง่ที่ไม่มีแสนยานุภาพทางการทหารเพียงพอที่จะขัดขวางการขยายอิทธิพลจากมหาอำนาจจากโลกตะวันตก ก็ต้องใช้วิเทโศบายในการยอมเสียสละส่วนน้อยเพื่อรักษาส่วนใหญ่ไว้เช่นการสละดินแดนให้กับทั้งอังกฤษและฝรั่งเศสตลอดจนการยอมให้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตให้กับประเทศมหาอำนาจจากโลกตะวันตกอันเป็นผลทำให้ต้องเสียเขตอำนาจทางศาลสำหรับคนชาติของรัฐมหาอำนาจที่เป็นภาคีในสนธิสัญญาที่เสียเปรียบเหล่านี้ และยังรวมไปถึงคนในบังคับของรัฐเหล่านี้อีกด้วย หรืออีกนัยหนึ่งก็คือศาลไทยมีอำนาจพิพากษาพิจารณาคดีเฉพาะระหว่างคนไทยด้วยกันที่มิได้สมัครเข้าเป็นคนในบังคับของ

---

[51] ม.ร.ว.เทพ เทวกุล, “การปฏิรูปสยามกับการต่อต้านอิทธิพลของจักรวรรดินิยมตะวันตก,” สาราญรมย์, ปีที่ 55, 2541, น. 113-124; D.G.E. Hall, A History of South East Asia, 3rd edition, London: Macmillan, 1968, p.666-667; แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น. 135-138, อ้างใน จตุรนต์ ถิระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 46.

[52] R.P. Anand, The Role of Asian States in the Development of International Law, in The Future of International Law In a Multicultural World, Workshop, The Hague, 17-19 November 1983, edited by René-Jean Dupuy, Hague Academy of International Law, United Nations, Martinus Nifhoff Publishers, 1984, p. 110-111, อ้างใน จตุรนต์ ถิระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 46.

มหาอำนาจจากโลกตะวันตกเท่านั้น[53] สภาพนอกอาณาเขต (Extraterritoriality) วิวัฒนาการมาจากระบบศาลกงสุล (Capitulation regime) ซึ่งมีหลักว่าชาวต่างประเทศไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายท้องถิ่นและไม่อยู่ใต้อำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลของประเทศที่ตนเข้าไปพำนักอยู่ แต่ขึ้นอยู่กับกฎหมายของประเทศที่ตนสังกัดและอยู่ภายใต้อำนาจกงสุลของตน ซึ่งนับเป็นการลิดรอนอำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติและทางตุลาการเป็นอย่างมาก แต่เนื่องจากในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวซึ่งประเทศอังกฤษเป็นประเทศแรกที่เข้ามาทำสนธิสัญญาไม่เสมอภาคกับประเทศไทยอันรู้จักกันในนาม เซอร์ จอน บาวริ่ง ราชทูตผู้เป็นข้าหลวงใหญ่ของอังกฤษประจำฮ่องกงที่ได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้แทนในการทำสนธิสัญญา ขณะนั้นชาวต่างประเทศที่เข้ามาติดต่อและพำนักอยู่ในราชอาณาจักรไทยยังมีจำนวนเพียงเล็กน้อย สิทธิสภาพนอกอาณาเขตจึงยังไม่กระทบกระเทือนเอกราชทางการศาลของประเทศไทยมากนัก[54] อังกฤษและไทยได้ลงนามในสนธิสัญญาไมตรีและพาณิชย์ต่อกันในวันที่ 18 เมษายน พ.ศ. 2398 (ค.ศ. 1855) ซึ่งเป็นที่รู้จักกันในนามว่า สนธิสัญญาเบาว์ริ่ง[55] สนธิสัญญาทางไมตรีและพาณิชย์ ซึ่งอังกฤษได้ทำกับไทยใน พ.ศ. 2398 (ค.ศ. 1855) และทำความตกลงเพิ่มเติมใน พ.ศ. 2399 (ค.ศ. 1859) นั้น เป็นสนธิสัญญาแบบซึ่งประเทศไทยได้ทำกับประเทศอื่น ๆ ด้วย ฉะนั้น จึงสรุปข้อความสำคัญ ๆ ไว้ คือ[56]

1. จะมีสันติภาพและมิตรภาพเป็นนิจนิรันดร

2. คนในบังคับอังกฤษทำการค้าขายได้โดยเสรีในบรรดาเมืองท่าทางทะเลของประเทศไทย แต่จะมีถิ่นที่อยู่เป็นการประจำได้แต่ ณ กรุงเทพฯ และภายในเขตซึ่งเรือของประเทศไทยเดินทางไปได้ในเวลา 24 ชั่วโมง

3. คนในบังคับอังกฤษจะต้องจดทะเบียน ณ สถานกงสุลอังกฤษ

4. ในเรื่องอำนาจศาล ถ้าจำเลยเป็นคนในบังคับอังกฤษ ก็ให้กงสุลอังกฤษเป็นผู้พิจารณาพิพากษา ถ้าไทยเป็นจำเลย ก็ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายไทยเป็นผู้พิจารณาพิพากษา

5. คนในบังคับอังกฤษมีเสรีภาพในการนับถือศาสนา

6. ในเรื่องภาษีอากร คนในบังคับอังกฤษจะต้องเสียศุลกากรสินค้าขาเข้าในอัตราร้อยชักสาม และเสียศุลกากรสินค้าขาออกตามพิกัดอันกำหนดตายตัวในภาคผนวกต่อท้ายสนธิสัญญา

---

[53] พระพินัยศาสตร์ราชสภาบดี, อำนาจศาลเหนือคนในบังคับต่างประเทศ, (โรงพิมพ์บำรุงนุกูลกิจ, 2461), น. 44, อ้างใน, จตุรนต์ ถิระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 46.

[54] จตุรนต์ ถิระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 46.

[55] เพ็ญศรี ดุ๊ก, การต่างประเทศกับเอกราชและอธิปไตยของไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ราชบัณฑิตยสถาน, 2542), น. 6.

[56] กระทรวงการต่างประเทศ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 29.

7. รัฐบาลไทยจะให้อังกฤษได้รับผลปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง คือ ไทยให้ประโยชน์แก่ต่างประเทศอื่นได้อย่างไร ก็ต้องให้แก่อังกฤษอย่างเดียวกัน และ

8. สนธิสัญญานี้จะบอกเลิกไม่ได้ จะแก้ไขได้ก็ด้วยทั้งสองฝ่ายทำความตกลงยินยอมพร้อมกัน

นอกจากนี้ สนธิสัญญาที่เกี่ยวกับประเทศอื่น ๆ ตามแบบสนธิสัญญากับอังกฤษนั้นมีดังต่อไปนี้[57]

1. สนธิสัญญาสันติภาพ มิตรภาพ พาณิชย์ และการเดินเรือกับสหรัฐอเมริกา ปี พ.ศ. 2399 (ค.ศ. 1856)

2. สนธิสัญญาทางไมตรี พาณิชย์ และการเดินเรือกับประเทศฝรั่งเศส ปี พ.ศ. 2399 (ค.ศ. 1856)

3. สนธิสัญญาทางไมตรี พาณิชย์ และการเดินเรือกับประเทศเดนมาร์ค ปี พ.ศ. 2401 (ค.ศ. 1858)

4. สนธิสัญญาทางไมตรี พาณิชย์ และการเดินเรือกับประเทศโปรตุเกส ปี พ.ศ. 2401 (ค.ศ. 1858)

5. สนธิสัญญาทางไมตรี พาณิชย์ และการเดินเรือกับเนเทอร์แลนด์ ปี พ.ศ. 2403 (ค.ศ. 1860)

6. สนธิสัญญาทางไมตรี พาณิชย์ และการเดินเรือกับปรุสเซียในนามของสหภาพศุลกากรและพาณิชย์ของเยอรมัน ปี พ.ศ. 2404 (ค.ศ. 1862)

7. สนธิสัญญาทางไมตรี และพาณิชย์กับประเทศสวีเดนและนอรเวย์ ปี พ.ศ. 2411 (ค.ศ. 1868)

8. สนธิสัญญาทางไมตรี พาณิชย์ และการเดินเรือกับประเทศเบลเยี่ยม ปี พ.ศ. 2411 (ค.ศ. 1868)

9. สนธิสัญญาทางไมตรี พาณิชย์ และการเดินเรือกับประเทศอิตาลี ปี พ.ศ. 2411 (ค.ศ. 1868)

10. สนธิสัญญาพาณิชยับประเทศออสเตรียฮังการี ปี พ.ศ. 2412 (ค.ศ. 1869)

11. สนธิสัญญาทางไมตรี พาณิชย์ และการเดินเรือกับประเทศสเปญ ปี พ.ศ. 2412 (ค.ศ. 1870)

---

[57] *เพิ่งอ้าง*, น. 32.

12. ปฏิญญาทางไมตรีและพาณิชย์กับประเทศญี่ปุ่น ปี พ.ศ. 2430 (ค.ศ. 1887) และสนธิสัญญาทางไมตรี พาณิชย์ และการเดินเรือกับประเทศญี่ปุ่น ปี พ.ศ. 2440 (ค.ศ. 1898) ในแบบที่ให้สิทธิแก่กันและกัน แต่ญี่ปุ่นมีอำนาจศาลกงสุลในประเทศไทย อำนาจศาลกงสุลนี้หมดลงในเมื่อประกาศและใช้ประมวลกฎหมายครบถ้วนแล้ว และหนังสือสัญญานี้บอกเลิกได้

13. ปฏิญญากับรุสเซียว่าด้วยการพาณิชย์และการเดินเรือ ปี พ.ศ. 2442 (ค.ศ. 1899) ให้ผลปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งแก่กันและกัน และบอกเลิกได้โดยบอกล่วงหน้า 6 เดือน

ครั้นถึงรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ปรากฏว่าชาวต่างชาติได้เพิ่มจำนวนขึ้นเป็นอันมาก อีกทั้งมหาอำนาจจากตะวันตกก็ยังตีความสนธิสัญญาอย่างบิดเบือนให้มีผลครอบคลุมคนในอาณานิคมและของรัฐในอารักขาของตน ทั้งชาวเอเชียที่เข้ามาพึ่งพระบรมโพธิสมภารที่อยู่ในบังคับของตนด้วย ยิ่งกว่านั้นในทางปฏิบัติมหาอำนาจบางประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศสก็ใช้สิทธิอย่างไม่สุจริต ในลักษณะที่ปราศจากหลักประกันใด ๆ ว่าผู้กระทำความผิดที่เป็นคนในบังคับของตนจะได้รับการลงอาญาอย่างเหมาะสมกับความผิด ทำให้แม้แต่คนไทยเองก็หาทางโอนเป็นคนในบังคับของต่างชาติ เพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายและการลงอาญาตามกฎหมายไทย[58] ดังนั้น การเพิ่มจำนวนขึ้นอย่างมากมายของคนในบังคับของต่างชาติ และการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเช่นนี้จึงเป็นอุปสรรคต่อสันติสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองและกลายเป็นเครื่องกีดขวางการปกครองและการพัฒนาประเทศเป็นอย่างยิ่ง[59]

นอกจากนี้ ประเทศไทยยังได้ใช้กลวิธีถ่วงดุลอำนาจในภูมิภาคโดยการกระตุ้นให้มหาอำนาจอื่น ๆ นอกเหนือจากประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศสที่คิดจะแบ่งปันประเทศไทยระหว่างกันให้แสดงปฏิกิริยาคัดค้านจนทำให้ประเทศไทยรอดพ้นจากการตกเป็นอาณานิคมโดยอยู่ในฐานะของรัฐกันชน อีกทั้งการที่ประเทศไทยต้องยอมเสียดินแดนบางส่วนไปไม่เพียงทำให้ประเทศไทยสามารถรักษาเอกราชของชาติไว้ได้จวบจนถึงทุกวันนี้ แต่ยังทำให้มหาอำนาจต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องยอมรับอธิปไตยและบูรณภาพแห่งดินแดนของไทยจากการทำสนธิสัญญาเขตแดนกับไทยรู้จักกันในขณะนั้นว่าประเทศสยาม และนอกจากนี้ในเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ประเทศไทยก็ได้หาช่องทางในการปรับปรุงแก้ไขไปตามลำดับ โดยเริ่มจากการที่เลือกอยู่ฝ่ายสัมพันธมิตรในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 1 อันทำให้ได้รับไมตรีจากมหาอำนาจฝ่ายดังกล่าวรวมทั้งความสัมพันธ์อันดี

---

[58] สมปอง สุจริตกุล, วิสูตร ตุวยานนท์, การแก้ไขสนธิสัญญากับต่างประเทศ, สารานุกรมพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว, เล่ม 2, 2524, น. 729-731, อ้างใน, จตุรนต์ ถิระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 47.

[59] Francis Bowes Sayre, Siam Treaties 1920-1927, Norwood, 1928, น. 732, อ้างใน, จตุรนต์ ถิระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 46-47.

เป็นพิเศษระหว่างประมุขของรัฐกับผู้นำของสหรัฐอเมริกา ซึ่งในขณะนั้นได้แก่ประธานาธิบดี แฟรงกลิน ดี รูสเวลท์ ซึ่งมีส่วนสำคัญในการผลักดันให้มีการแก้ไขความเสียเปรียบของประเทศไทย อันเกิดจากสนธิสัญญาไม่เสมอภาคต่าง ๆ แต่สำหรับประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส ประเทศไทยต้องใช้ความพยายามเพิ่มเติมเพื่อหักล้างข้ออ้างที่ว่ากฎหมายของไทยยังล้าสมัยและไม่ได้มาตรฐานของอารยประเทศทำให้ทั้งสองประเทศไม่อาจยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตได้ โดยประเทศไทยได้เชิญและจ้างนักกฎหมายจากประเทศมหาอำนาจต่าง ๆ ให้เข้ามาทำการพัฒนาและทำประมวลกฎหมายของไทยให้ก้าวหน้าทัดเทียมนานาอารยประเทศ[60] ดังปรากฏในคำปรารภเกี่ยวกับการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127[61] จนทำให้มหาอำนาจทั้งสองต้องยอมแก้ไขสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องในที่สุด

ภายหลังจากนั้น ในช่วงสิ้นสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศไทยตกอยู่ในสถานการณ์ที่ล่อแหลมเนื่องจากมหาอำนาจฝ่ายสัมพันธมิตรมีความเห็นและท่าทีที่แตกต่างกันในส่วนที่เกี่ยวกับสถานะของประเทศไทย โดยสหรัฐอเมริกาเห็นว่าประเทศไทยเป็นเพียงเหยื่อของสงครามและเป็นประเทศที่ถูกยึดครอง แต่สำหรับประเทศฝรั่งเศสเห็นว่าประเทศไทยต้องแสดงเจตนาที่ชัดเจนและพิสูจน์ท่าทีโดยการยกเลิกความตกลงที่ทำกับฝรั่งเศสในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 ในสมัยที่จอมพลแปลก พิบูลสงคราม เป็นผู้นำรัฐบาลซึ่งเป็นผู้นำประเทศไทยเข้าเป็นพันธมิตรกับญี่ปุ่นแทนที่ฝ่ายสัมพันธมิตร อันมีผลทำให้ฝรั่งเศสต้องยกดินแดนในอินโดจีนที่ได้มาจากประเทศไทยในสมัยอาณานิคมคืนให้กับประเทศไทย ซึ่งประเทศไทยก็จำยอมต้องปฏิบัติตามเพื่อมิให้ต้องตกเป็นผู้ถูกกล่าวว่าเป็นรัฐที่แพ้สงครามฝ่ายอักษะ ส่วนประเทศอังกฤษนั้นมีท่าทีซึ่งเป็นปฏิปักษ์กับประเทศไทยอย่างชัดเจน โดยถือว่าประเทศไทยเป็นประเทศผู้แพ้สงครามจึงต้องรับผิดชอบโดยต้องถูกปกครองแบบญี่ปุ่นและเยอรมันแล้วก็ต้องชดใช้ความเสียหายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในสงครามอีกด้วย แม้ว่าประเทศไทยจะพยายามเจรจาทำความเข้าใจแต่ประเทศอังกฤษก็ยังคงท่าทีที่แข็งกร้าวโดยเพิ่มข้อเรียกร้องจาก 21 ข้อเป็น 26 ข้อ ดังนั้นประเทศไทยจึงต้องอาศัยความพากเพียรในการสร้างความเข้าใจที่ถูกต้องตลอดจนขอความช่วยเหลือจากสหรัฐอเมริกาให้เข้ามาช่วยเกลี้ยกล่อมให้อังกฤษยอมลดท่าทีอันเป็น

---

[60] เรอเน่ กียอง, การตรวจชำระและการร่างประมวลกฎหมายในกรุงสยาม, วิษณุ วัญญู (แปล), วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 1 มีนาคม 2536, น. 101-105 และดูรายละเอียดใน แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น. 209-254, อ้างถึงใน, จตุรนต์ ถิระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 47.

[61] แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น. 209-212, อ้างใน, จตุรนต์ ถิระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 47.

ปฏิปักษ์และค่อยยกเลิกข้อเรียกร้องต่าง ๆ[62] พร้อมกับยอมรับว่าประเทศไทยนั้นมิใช่เป็นประเทศผู้แพ้สงครามฝ่ายอักษะ โดยการไม่ขัดขวางการเข้าเป็นรัฐสมาชิกของประเทศไทยในองค์การสหประชาชาติ ซึ่งมีเงื่อนไขว่าต้องเป็นรัฐที่รักสันติ หลังจากสิ้นสงครามโลกครั้งที่ 2 เมื่อประเทศไทยได้เป็นสมาชิกของสหประชาชาติแล้ว ก็มีโอกาสได้เข้าร่วมในกิจกรรมต่าง ๆ ของประชาคมระหว่างประเทศทั้งในเวทีระหว่างประเทศในระดับสากลและระดับภูมิภาค ไม่ว่าจะอยู่ในกรอบขององค์การระหว่างประเทศต่าง ๆ หรือในที่ประชุมระหว่างประเทศ โดยแม้ว่าส่วนใหญ่จะไม่อาจดำรงบทบาทในฐานะผู้นำได้เนื่องจากสถานภาพตามความเป็นจริงที่มิได้เป็นมหาอำนาจทางเศรษฐกิจและทางการเมืองระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยได้รับการยอมรับจากสังคมระหว่างประเทศโดยทั่วไปว่าเป็นรัฐที่ดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอยู่ในกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศมาโดยตลอด[63]

2.3.2 ความเป็นมาในการบัญญัติเรื่องหนังสือสัญญาในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยภายหลังมีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ในอดีต ก่อนมีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประเทศไทยซึ่งในขณะนั้นเรียกชื่อว่า “ประเทศสยาม” ได้มีการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาจนกระทั่งถึงตอนเช้าตรู่ วันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 จึงได้มีบุคคลคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะราษฎร์” ประกอบด้วยข้าราชการทหารบก ทหารเรือและพลเรือน ได้ร่วมมือกันเข้าทำการปฏิวัติยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินได้ และได้มีหนังสือกราบบังคมทูลอัญเชิญพระมหากษัตริย์ (รัชกาลที่ 7) ซึ่งเวลานั้นประทับอยู่ ณ หัวหินให้เสด็จกลับคืนสู่พระนครเพื่อทรงดำรงตำแหน่งเป็นพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญต่อไป การปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของประเทศไทย จึงสิ้นสุดลง เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2475 และในระหว่างนั้น การปกครองตกอยู่ในการบังคับบัญชาของหัวหน้าก่อการเปลี่ยนแปลง 3 นาย คือ นายพันเอก พระยาพหลพลพยุหเสนา นายพันเอก พระยาทรงสุรเดช และนายพันเอก พระยาฤทธิอัคเณย์ ซึ่งเรียกว่า “คณะผู้รักษาพระนครฝ่ายทหาร” จนกระทั่งถึงวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญชั่วคราว คณะราษฎรผู้ทำการเปลี่ยนแปลงได้เชิญเสนาบดี และปลัดทูลฉลองในรัฐบาลสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาประชุม ณ พระที่นั่งอนันตสมาคม ซึ่งใช้เป็นที่บัญชาการของคณะรัฐบาลชั่วคราว เมื่อเวลา 16.00 นาฬิกาของวันที่ 24 มิถุนายนนั้น เพื่อชี้แจงขอให้ช่วยกัน

---

[62] รณรงค์ นพคุณ, พันธกรณีระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศ, สถาบันวิชาการทหารอากาศชั้นสูง, โรงเรียนเสนาธิการทหารอากาศ, 2538, น. 73-78, อ้างใน จตุรนต์ ถิระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 48.

[63] จตุรนต์ ถิระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 48.

รักษาความสงบ และขอให้เสนาบดีกระทรวงการต่างประเทศแจ้งไปยังคณะทูตให้ทราบถึงกิจการและวิธีดำเนินการของรัฐบาลใหม่โดยเร็วที่สุดว่า รัฐบาลชั่วคราวนี้ไม่คิดที่จะล้างผลาญชีวิตและทรัพย์สมบัติของคนในบังคับต่างประเทศ สิ่งใดที่เคยกระทำมา ตลอดจนสัญญาทางพระราชไมตรีก็จะได้ดำเนินต่อไป ทั้งนี้เพื่อป้องกันการแทรกแซงของต่างประเทศซึ่งอาจจะมีขึ้นโดยง่าย เพราะไทยเป็นประเทศเล็ก[64] อนึ่ง เหตุการณ์นี้นับเป็นเหตุการณ์สำคัญครั้งประวัติศาสตร์ทางการเมืองการปกครองของไทย โดยที่ต่อมานำไปสู่การบัญญัติเรื่องหนังสือสัญญาในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยจนถึงปัจจุบัน

2.3.2.1 ที่มาแห่งการบัญญัติเรื่องหนังสือสัญญาไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

นับตั้งแต่ที่คณะราษฎร์ได้นำร่างพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินไทย ซึ่งหลวงประดิษฐ์มนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์) ได้รีบร่างขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 7 ได้ทรงขอดูไว้ก่อน และได้ทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานคืนมาในวันที่ 27 มิถุนายน เวลา 17.00 นาฬิกา พระราชบัญญัตินี้ได้เปลี่ยนเรียกว่า “พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินไทย (สยาม) ชั่วคราว พุทธศักราช 2475” ทั้งนี้ก็โดยทรงต้องการให้ร่างขึ้นใหม่ให้ครบถ้วนบริบูรณ์ดีกว่าฉบับชั่วคราว ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวได้ประกาศใช้แต่เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน 2475[65] อนึ่ง รัฐธรรมนูญฉบับนี้นับว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทย โดยได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินความสัมพันธ์กับต่างประเทศ ซึ่งก็คือการทำหนังสือสัญญานั่นเอง ทั้งนี้ เนื่องจากในปัจจุบันแต่ละประเทศย่อมเป็นสมาชิกของสังคมระหว่างประเทศ ไม่มีประเทศใดตั้งอยู่ได้โดยโดดเดี่ยวตามลำพังโดยไม่ต้องพึ่งพาอาศัยติดต่อกับประเทศอื่น ๆ ฉะนั้น จึงมีความจำเป็นที่กฎหมายภายในของประเทศจะต้องถูกดัดแปลงให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายของสังคมระหว่างประเทศด้วย ลักษณะหรือสภาพของกฎหมายระหว่างประเทศที่อยู่เหนือกฎหมายภายในประเทศนี้ รัฐธรรมนูญของประเทศเป็นอันมาก ได้มีบทบัญญัติยืนยันรับรองไว้อย่างชัดแจ้ง[66] กล่าวโดยสรุปแล้ว ถือได้ว่าเป็นที่มาในการบัญญัติเรื่องหนังสือสัญญาไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยเพื่อให้เหมาะสมกับความก้าวหน้าของกฎหมายระหว่างประเทศ

---

[64] ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม 2 กฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ตอนที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495), น. 30.

[65] *เพิ่งอ้าง*, น. 32-33.

[66] *เพิ่งอ้าง*, น. 230.

2.3.2.2 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญา

จากการศึกษาค้นคว้า จึงสรุปได้ว่าบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญาตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น เริ่มมาตั้งแต่พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ซึ่งในที่นี้จะขอกล่าวถึงเฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนับตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับแรกที่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญา โดยจะอธิบายเป็นสองส่วน โดยในส่วนแรก คือ นับตั้งแต่พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2535 และในส่วนที่สอง คือ ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

(1) ตั้งแต่พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม(ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2535

เริ่มจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับแรกที่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญา คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 36 ซึ่งมีบทบัญญัติว่า

“การเจรจาการเมืองกับต่างประเทศเป็นหน้าที่ของกรรมการผู้แทนราษฎรและกรรมการอาจตั้งผู้แทนเพื่อการนี้ได้

การเจรจาได้ดำเนินไปประการใดให้กรรมการรายงานกราบบังคมทูลกษัตริย์ทรงทราบ

การให้สัตยาบันสัญญาทางพระราชไมตรีเป็นพระราชอำนาจของกษัตริย์ แต่จะทรงใช้พระราชอำนาจนี้ตามคำแนะนำของกรรมการราษฎร”

จากบทบัญญัติตามมาตรานี้ จะพบว่าในการทำความตกลงระหว่างประเทศของประเทศไทย จะใช้คำว่าสัญญาทางพระราชไมตรี ไม่ได้ใช้คำว่าหนังสือสัญญาแต่อย่างใด

ต่อจากนั้นไม่นาน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 54 เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญา ซึ่งบัญญัติว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการประกาศสงคราม ทำหนังสือสัญญาสันติภาพสงบศึกและทำหนังสือสัญญาอื่น ๆ กับนานาประเทศ

การประกาศสงครามนั้น จะทรงทำต่อเมื่อไม่ขัดแก่บทบัญญัติแห่งกติกาสันนิบาตชาติ

หนังสือสัญญาใด ๆ มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตสยามหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาไซร้ ท่านว่าต้องได้รับความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร”

อนึ่ง ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่มีการใช้คำว่าหนังสือสัญญา อันได้แก่ หนังสือสัญญาสันติภาพสงบศึกและทำหนังสือสัญญาอื่น ๆ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญาอยู่ในมาตรา 76 ซึ่งมีบทบัญญัติว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพสงบศึก และทำหนังสือสัญญาอื่นกับนานาประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญาอยู่ในมาตรา 84 ซึ่งมีบทบัญญัติว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสงบศึกและทำหนังสือสัญญาอื่น ๆ กับนานาประเทศ”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญาอยู่ในมาตรา 154 ซึ่งมีบทบัญญัติว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพสงบศึก และทำหนังสือสัญญาอื่นกับนานาประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติมพุทธศักราช 2495 มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญาอยู่ในมาตรา 92 ซึ่งมีบทบัญญัติว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพสงบศึก และทำหนังสือสัญญาอื่นกับนานาประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2511 มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญาอยู่ในมาตรา 150 ซึ่งมีบทบัญญัติว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพสงบศึก และทำหนังสือสัญญาอื่นกับนานาประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2517 มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญาอยู่ในมาตรา 195 ซึ่งมีบทบัญญัติว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สงบศึกและทำหนังสือสัญญาอื่นกับนานาประเทศ หรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตอธิปไตยแห่งชาติ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา หรือสนธิสัญญาพันธมิตรทางทหารต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา”

อนึ่ง ในรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวนี้ ได้มีการเพิ่มเติมองค์การระหว่างประเทศให้เป็นผู้ที่จะเข้ามาทำความตกลงระหว่างประเทศกับประเทศไทยได้ ซึ่งจากเดิมมีเพียงรัฐหรือประเทศเท่านั้น

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2521 มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญาอยู่ในมาตรา 162 ซึ่งมีบทบัญญัติว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตอธิปไตยแห่งชาติ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2534 มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญาอยู่ในมาตรา 178 ซึ่งมีบทบัญญัติว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา"

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2535 มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญาอยู่ในมาตรา 181 ซึ่งมีบทบัญญัติว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา”

(2) ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

สังเกตได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 นั้น กล่าวกันว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน เพราะเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดจากการเรียกร้องของประชาชน อีกทั้งคณะผู้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญมาจากตัวแทนของประชาชนจากทุกจังหวัด และมีการนำข้อดีของรัฐธรรมนูญประเทศต่าง ๆ มาปรับใช้ให้เหมาะสมแก่ประเทศไทย จนเรียกได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับประชาชนที่เป็นประชาธิปไตยมากที่สุด แต่ในส่วนของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญาในรัฐธรรมนูญฉบับนี้กลับไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปจากรัฐธรรมนูญฉบับเดิม ก็คือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2535 ซึ่งมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญาอยู่ในมาตรา 181 แต่อย่างใดเลย ซึ่งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญาอยู่ในมาตรา 224 ซึ่งมีบทบัญญัติว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา”

ต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญาในมาตรา 190 ซึ่งมีบทบัญญัติว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว

ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศตามวรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้น ในการนี้ ให้คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบด้วย

เมื่อลงนามในหนังสือสัญญาตามวรรคสองแล้ว ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันคณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น และในกรณีที่การปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็วเหมาะสม และเป็นธรรม

ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า หรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป

ในกรณีที่มีปัญหาตามวรรคสอง ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาด โดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 154 (1) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม”

สังเกตได้ว่า จากบทบัญญัติตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เมื่อนำไปเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ จะเห็นได้ว่าได้มีการบัญญัติเพิ่มประเภทของหนังสือสัญญาที่จะต้องนำมาขอรับความเห็นชอบเป็น 5 ประเภทแล้ว ยังกำหนดให้ฝ่ายบริหารเสนอกรอบการเจรจาและปฏิบัติขั้นตอนก่อนและหลังการทำหนังสือสัญญา รวมทั้งสิทธิของประชาชนไว้ด้วย ซึ่งไม่เคยมีปรากฏมาก่อนในรัฐธรรมนูญฉบับอื่นใดตั่งแต่ พ.ศ. 2475 จนถึงฉบับ 2540 โดยหลักการแล้ว การกำหนดเช่นว่านี้เป็นสิ่งที่ดีที่จะให้ประชาชนมีส่วนรับรู้และแสดงความคิดเห็นด้วย และมีหลักการเยียวยาหากผู้ได้รับผลกระทบได้รับความเสียหาย อย่างไรก็ดีในการปฏิบัติตามขั้นตอนของมาตรา 190 ได้ก่อให้เกิดปัญหาหลายประการกับส่วนราชการต่าง ๆ ที่เป็นเจ้าของเรื่องหนังสือสัญญานั้น ๆ และยังหาข้อยุติการดำเนินการตามมาตรา 190 ไม่ได้จนกระทั่งปัจจุบันนี้[67]

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 พบว่ามีประเด็นปัญหาหลายประการ เช่น ตามที่มาตรา 190 วรรคสอง กรณีหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง และหนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญนั้น

---

[67]อรรณพ บุราณเศรษฐ, รายงานการศึกษาส่วนบุคคล เรื่อง มาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กับการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ, สถาบันการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ, 2552, น. 5-6.

สนธิสัญญาส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อเรื่องเหล่านี้อยู่แล้ว และการตีความของศาลรัฐธรรมนูญที่สำคัญในคดีแถลงการณ์ร่วมขอขึ้นทะเบียนมรดกโลกปราสาทพระวิหาร ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้นำเรื่องผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคมมาเป็นเหตุผลในการพิจารณาด้วย ซึ่งเป็นการให้ความหมายประเภทหนังสือสัญญาที่มีความหมายกว้างเกินไปจนอาจกล่าวได้ว่าหนังสือสัญญาเกือบทุกประเภทเป็นหนังสือสัญญาตามความหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยทั้งหมด ทำให้ไม่มีความชัดเจน และจากการที่มาตรา 190 วรรคสาม ได้กำหนดให้เสนอกรอบเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญานั้น เป็นการเพิ่มขั้นตอนให้กับฝ่ายบริหารมากเกินไปและอาจทำให้ข้อมูลสำคัญรั่วไหลสู่คู่เจรจาได้ และถึงแม้ว่ารัฐสภาจะมีการจัดให้มีการประชุมลับก็ตามแต่ก็ไม่อาจเป็นหลักประกันได้ว่าข้อมูลสำคัญต่าง ๆ เหล่านี้จะไม่รั่วไหลไปสู่ภายนอก

อีกทั้ง ในการกำหนดกรอบเวลาไว้ว่ารัฐสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 60 วัน แต่ในทางปฏิบัติไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากกรอบเวลาดังกล่าวก็ไม่มีบทบังคับหรือบทลงโทษในการที่รัฐสภาพิจารณาไม่แล้วเสร็จตามกำหนดดังกล่าวแต่อย่างใด ถ้าหากรัฐสภาใช้เวลาพิจารณานานไปกรอบเวลาที่กำหนด อาจส่งผลต่อการบริหารงานของฝ่ายบริหารได้ และในกรณีที่การปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางหรือขนาดย่อม คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยา แต่ทั้งนี้ กลับไม่ได้กำหนดให้มีการดำเนินการแก้ไขเยียวยาผู้ประกอบการขนาดใหญ่ซึ่งต้องใช้แรงงานคนจำนวนมากในการประกอบกิจการแต่อย่างใด ทำให้เกิดความลักลั่นในการการปฏิบัติและอาจทำให้ผู้ประกอบการรายใหญ่รู้สึกไม่ได้รับความเป็นธรรมแม้ว่าตนเองจะมีกำลังในทางเศรษฐกิจมากกว่าผู้ประกอบการขนาดกลางหรือขนาดย่อมก็ตาม อันอาจขัดต่อหลักความเสมอภาคได้

อนึ่ง แม้จะมีการกำหนดแนวทางการทำหนังสือสัญญาเอาไว้ให้ดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ แต่ว่ายังมีรายละเอียดที่ไม่ถูกต้องเหมาะสม เมื่อเทียบกับทางปฏิบัติของการทำสนธิสัญญาของรัฐทั้งหลายที่มีขั้นตอนในทางปฏิบัติในทางระหว่างประเทศที่แตกต่างกันออกไป ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจาก มาตรา 190 วรรคสี่ ซึ่งบัญญัติให้หลังจากลงนามแล้ว รัฐธรรมนูญกำหนดให้ขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน การกำหนดไว้เช่นนี้มีปัญหาในทางปฏิบัติ เนื่องจากในทางปฏิบัตินั้นมีสนธิสัญญาที่อาจทำในรูปแบบย่อ ซึ่งหลังจากการลงนามเพียงอย่างเดียวก็อาจจะเป็นการแสดงเจตนาผูกพันสนธิสัญญาโดยรัฐแล้ว เนื่องจากวิธีการแสดงเจตนาในการผูกพันตามสนธิสัญญาโดยรัฐมีหลายวิธีเช่น การลงนาม (Signature) การแลกเปลี่ยนตราสาร (Exchange of instruments) การให้สัตยาบัน (Ratification) การยอมรับ (Acceptance) การให้ความเห็นชอบ (Approval) การภาคยานุวัติ (Accession) เป็นต้น

นอกจากนี้ ตามมาตรา 190 วรรคสาม ก่อนทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชน แต่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดว่าต้องเปิดเผยข้อมูลมากน้อยแค่ไหนหรือต้องรับฟังความคิดเห็นของประชาชนอย่างไร ซึ่งทำให้เกิดปัญหาในการจัดให้มีการับฟังความคิดเห็นว่าในแต่ละหนังสือสัญญามีการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนไม่เท่ากัน

ซึ่งต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 อันมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญาอยู่ในมาตรา 190 โดยมีบทบัญญัติว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว

ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศตามวรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้น ในการนี้ ให้คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบด้วย

เมื่อลงนามในหนังสือสัญญาตามวรรคสองแล้ว ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น และในกรณีที่การปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็วเหมาะสม และเป็นธรรม

ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดประเภท กรอบการเจรจา ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าว โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป

ในกรณีที่มีปัญหาตามวรรคสอง ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาด โดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 154 (1) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม”

ดังนั้น เห็นได้ว่าในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 มาตรา 190 อันเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญานั้น มิได้มีการเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 แต่อย่างใด

ต่อมาในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งก็คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญาในมาตรา 23 ซึ่งมีบทบัญญัติว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง ต้องได้รับความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ในการนี้ สภานิติบัญญัติแห่งชาติจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง

หนังสือสัญญาที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางตามวรรคสอง หมายถึง หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วม หรือการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือการอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

เมื่อมีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดเป็นกรณีตามวรรคสองหรือวรรคสามหรือไม่ คณะรัฐมนตรีจะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ได้ ทั้งนี้ ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ”

กล่าวโดยสรุปแล้ว เมื่อเปรียบเทียบความแตกต่างในการทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 กับการทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้วนั้น พบว่าการทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มีหนังสือสัญญาที่ต้องผ่านความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติเพียง 4 ประเภท จากเดิมซึ่งตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มี 5 ประเภท โดยมีการตัดหนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมี

นัยสำคัญออกไป และลดขั้นตอนต่าง ๆ ลงจากเดิม เช่น ก่อนดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญา คณะรัฐมนตรีไม่ต้องมีการให้ข้อมูล จัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน เสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภา และดำเนินการแก้ไขเยียวยาแก่ประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมที่ได้รับผลกระทบ และนอกจากนี้ ยังไม่ได้กำหนดให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ และเปลี่ยนแปลงผู้เสนอเรื่องเข้าสู่อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาดว่าหนังสือสัญญาใดจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ซึ่งจากเดิมผู้มีอำนาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ คือ ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานรัฐสภา หรือประธานวุฒิสภา แล้วแต่กรณี แต่ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกำหนดไว้ว่ากรณีมีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติมีเพียงคณะรัฐมนตรีเท่านั้นที่อาจจะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ได้ และยังได้กำหนดระยะเวลาที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวัน ซึ่งแตกต่างไปจากเดิมที่ไม่ได้กำหนดระยะเวลาการพิจารณาให้แล้วเสร็จตามกรอบเวลาดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิเคราะห์จากบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน จะพบว่าบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่สำคัญ ส่วนใหญ่จะเป็นบทบัญญัติที่มีอยู่แล้วในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ซึ่งยังไม่ได้มีการปรับปรุงแก้ไขแต่อย่างใด ดังนั้น จึงยังไม่มีการปรับปรุงและแก้ไขบทบัญญัติให้มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับสภาวการณ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน

บทที่ 3

ลักษณะของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

สังเกตได้ว่า การทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยมีพัฒนาการที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย และสภาพสังคมโลกซึ่งเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา โดยจะเห็นได้จากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน คือ นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับแรก ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ทั้งนี้ เมื่อพิเคราะห์แล้ว พบว่ามีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติอยู่บ่อยครั้ง ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องประเภทของหนังสือสัญญา หรือผู้ที่จะเข้ามาทำหนังสือสัญญากับประเทศไทย อย่างไรก็ตาม พบว่าในปัจจุบันประเทศไทยยังคงมีปัญหาเกี่ยวกับการปรับใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญในการทำความตกลงระหว่างประเทศ โดยที่มีสาเหตุมาจากการที่บทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวยังคงไม่มีความชัดเจนและความสอดคล้องกับสภาพการณ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน นอกจากนี้ ยังส่งผลให้เกิดการตีความทั้งจากนักวิชาการ หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง รวมไปถึงฝ่ายตุลาการอยู่บ่อยครั้ง อย่างไรก็ดี ในการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยให้มีความสอดคล้องกับสภาพสังคมของประเทศไทยในบริบทโลก ในเบื้องต้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องทราบถึงลักษณะของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยเสียก่อน ไม่ว่าจะเป็น คำนิยามที่สามารถอ้างอิงได้จากบันทึกเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในอดีต ผู้มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาและผู้ที่จะเข้ามาทำหนังสือสัญญากับประเทศไทย รวมไปถึงประเภทของหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา เป็นต้น นอกจากนี้ การศึกษาเกี่ยวกับลักษณะของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาในกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งคำนิยามที่เป็นมาตรฐานสากลและคำนิยามที่ใช้ตามรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ ก็อาจเป็นประโยชน์ต่อการนำมาพิจารณาในการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยต่อไปในอนาคต

3.1 ความหมายของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

โดยหลัก เนื่องจากในระบบกฎหมายไทย ยังไม่มีการให้คำนิยามหรือบัญญัติความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ดังนั้น ในการที่จะอธิบายความหมายของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ

ของประเทศไทย จึงต้องพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ[1] ประกอบกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ความเห็นของศาลปกครอง และนิยามของหนังสือสัญญาของกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย[2] อีกทั้ง ต้องนำความหมายของของสนธิสัญญาในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มาเพื่อใช้ประกอบการพิจารณาด้วย นอกจากนี้ ผู้เขียนได้รวบรวมความหมายของสนธิสัญญาตามความหมายของรัฐธรรมนูญประเทศต่าง ๆ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหราชอาณาจักร ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี และประเทศเกาหลีใต้ อนึ่ง เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยที่เราใช้กันทุกวันนี้ มิใช่เป็นกฎหมายที่มีต้นกำเนิดมีปรัชญาและความคิดมาจากวัฒนธรรมหรือดวงจิตวิญญาณของชนในชาติไทย หากแต่เราได้รับแบบฉบับตกทอดมาจากอารยธรรมในซีกโลกตะวันตก (Western Legal Tradition) โดยเฉพาะจากประเทศเยอรมัน[3]

3.1.1 ความหมายของของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

จากการศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับประวัติศาสตร์ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทย พบว่าคนไทยได้ใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” มาตั้งแต่ดั้งเดิม เช่น หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรี ประเทศอังกฤษ แล ประเทศสยาม คฤษตศักราช 1826 ซึ่งแปลจาก TREATY Between THE KING of SIAM and GREAT BRITAIN 1826[4] ดังนั้น คำว่า “หนังสือสัญญา”

---

[1] คำวินิจฉัยที่ 11/2551 กรณีหนังสือแจ้งความจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาลมีไปถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศ คำวินิจฉัยที่ 33/2543 กรณีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ และคำวินิจฉัยที่ 6-7/2551 กรณีแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา

[2] เช่น บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ข้อตกลงด้านกระบวนการตรวจสอบคุณภาพระหว่างกรมปศุสัตว์กับองค์การตรวจสอบคุณภาพอาหารของประเทศแคนาดาเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือไม่ (เรื่องเสร็จที่ 388/2552) และบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ความตกลงว่าด้วยการจัดตั้งศูนย์ความร่วมมืออนุภูมิภาค IMT-GT (เรื่องเสร็จที่ 422/2552) เป็นต้น

[3] รองพล เจริญพันธ์, กฎหมาย : แพ่งหลักทั่วไป เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจริญวิทย์การพิมพ์, 2520), น. 18.

[4] สนธิสัญญาและความตกลงทวิภาคีระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ, หนังสือสัญญาชุดประมวลสนธิสัญญา เล่ม 1 พ.ศ. 2160-2412, กรมสนธิสัญญา

จึงใช้ติดต่อกันมาในรัฐธรรมนูญทุกฉบับมีเพียงในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ที่มีการใช้คำว่า “สนธิสัญญาพันธมิตรทางทหาร” ต่อมาพลตรีพระเจ้าวรวงศ์เธอกรมหมื่นนราธิปพงศ์ประพันธ์ ทรงแสดงทัศนะว่าเราแปล “treaty” ว่า “หนังสือสัญญาพระราชไมตรี” แต่หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรีกับอังกฤษนั้น ไม่มีคำในภาษาอังกฤษที่หมายถึง “พระราชไมตรี” เลย เมื่อไม่มีข้อความดังกล่าว จะเรียกว่า หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรีได้อย่างไร จึงทรงเสนอคำว่า “สนธิสัญญา” คำว่า “สนธิ” แปลว่า “การติดต่อ” สนธิสัญญามีนัยว่าสัญญาติดต่อกันระหว่างรัฐ จึงใช้ได้ในความหมายเดียวกับ treaty ซึ่งตรงกับข้อ 2 (1) (เอ) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ในขณะนี้ คำว่า treaty ในภาษาอังกฤษจึงมีคำแปลที่ใช้อยู่ในกฎหมายไทยสองคำด้วยกันกล่าวคือในรัฐธรรมนูญใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” ดำเนินตามคำเดิมที่เคยใช้มาในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 ส่วนคำว่า “สนธิสัญญา” นั้นเป็นคำที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายอื่น เช่น พ.ร.บ. ว่าด้วยสิทธิการประมงในเขตการประมงไทย พ.ศ. 2482 นอกจากนี้ ก็ยังเป็นที่นิยมกันในหมู่คนรุ่นหลัง ๆ ที่เป็นนักกฎหมายระหว่างประเทศ นักการทูต ข้าราชการ นักวิชาการ และนิติกร[5]

ทั้งนี้ ในการบัญญัติคำว่า “หนังสือสัญญา” ไว้ในรัฐธรรมนูญ นั้น ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม ได้เคยอธิบายเหตุผลในการใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” ในมาตรา 92 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 ว่าการที่ใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” และไม่ใช้คำว่า “สนธิสัญญา” (ซึ่งเป็นคำแปลจากภาษาฝรั่งเศสว่า Traité หรืออังกฤษว่า Treaty) แต่การที่ใช้คำว่าหนังสือสัญญานี้เป็นการถูกต้องแล้ว เพราะบทบัญญัติแห่งมาตรา 92 ไม่ได้กล่าวถึงการทำหนังสือสัญญาที่เป็นเฉพาะสนธิสัญญาเท่านั้น แต่ยังมีความหมายกว้างขวางออกไปอีก จะเห็นได้ว่าคำว่าสนธิสัญญานั้นเกิดมีขึ้นเป็นคราวแรกในภาษาไทยที่ใช้เป็นทางราชการตั้งแต่เมื่อคราวทำหนังสือสัญญาใหม่กับนานาประเทศในยุค พ.ศ. 2480-2483 ซึ่งยังคงบังคับใช้อยู่จนกระทั่งทุกวันนี้ คำว่า “หนังสือสัญญา” ที่ใช้อยู่ในมาตรา 92 นี้หมายความถึงความตกลงทุกรูป ซึ่งได้แก่สนธิสัญญา (Traité หรือ Treaty) อนุสัญญา (Convention) ความตกลง (Accord หรือ Arrangement) ซึ่งความตกลงเหล่านี้มีความสำคัญลดหลั่นกันลงมาตามลำดับ นอกจากนี้ก็ยังมีที่เรียกว่าหนังสือแลกเปลี่ยน (Exchange de Notes) พิธีสาร (Protocol) กรรมสารทั่วไป (Act general) กรรมสารสุดท้าย (Act final) ฯลฯ อันบรรดาความตกลงเหล่านี้ที่สำคัญที่สุดก็คือสนธิสัญญาและอนุสัญญา ความจริงในทางวิชาการแล้ว สนธิสัญญาและอนุสัญญานั้น ถึงแม้จะเป็นการยอมรับกันว่าสนธิสัญญามีความสำคัญกว่าก็จริง แต่ว่าในบางครั้งก็เป็นการยากที่จะชี้ให้เห็น

และกฎหมาย กระทรวงต่างประเทศ ธันวาคม 2511 หน้า 17, อ้างใน นพนิธิ สุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น. 141.

[5] *เพิ่งอ้าง*, น. 141-142.

ความแตกต่างกับอนุสัญญาได้ เพราะบางทีเรื่องชนิดเดียวกันก็เคยทำเป็นทั้งอนุสัญญาและสนธิสัญญา นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม ได้อ้างอิงถึงความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ซึ่งพระเจ้าวรวงศ์เธอพระองค์เจ้าวรรณไวทยากร ได้เคยให้ความหมายไว้ในหนังสือ “ศัพท์สนธิสัญญาและการเมือง” ว่า “...ความตกลงไม่ว่ารูปใดนั้น ทางวิชาการทูตเรียกว่า compact ฉะนั้นหนังสือสัญญาก็ได้แก่ compact คำว่า compact นั้นย่อมถือว่าเป็นศัพท์เทคนิค เพราะไม่ค่อยใช้ในภาษาสามัญ ตามธรรมดา ถ้าจะหมายถึงความตกลงระหว่างชาติโดยทั่วไปแล้วมักใช้คำว่า International engagements หรือ Engagements internationaux ซึ่งอาจแปลได้ว่าคำมั่นสัญญาระหว่างประเทศ” [6]

สังเกตได้ว่า คำว่า”หนังสือสัญญา” ถ้าแยกศัพท์จะพบว่า “สัญญา” คือ เนื้อความที่ได้ตกลงกันไว้ ส่วนคำว่า “หนังสือ” คือการทำหลักฐานของสิ่งที่ได้ตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษร[7] อย่างไรก็ตาม คำว่า “หนังสือสัญญา” แม้จะมีที่ใช้น้อยกว่าคำว่า “สนธิสัญญา” แต่ก็มีความสำคัญในตัวเอง กล่าวคือคำว่า “หนังสือ” หมายถึงหลักฐานที่เป็นตัวอักษรอ่านแล้วเข้าใจได้ทันที ไม่ต้องมีบทนิยามอรรถาธิบายเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญไทยซึ่งเกิดขึ้นเมื่อ พ.ศ. 2475 ก่อนอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 37 ปี จึงนับได้ว่ามีความสมัยอยู่ไม่น้อย[8] อย่างไรก็ดี เมื่อหนังสือสัญญาหมายถึงความตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น จึงทำให้ความตกลงที่ทำด้วยวาจาไม่เข้าข่ายความเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

ในอดีต เมื่อครั้งมีการยกร่างรัฐธรรมนูญมาตรา 190 ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 (ร่างมาตรา 186) กรรมาธิการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ได้แสดงเจตนารมณ์ในการยกร่างรัฐธรรมนูญมาตรา 190 (ร่างมาตรา 186) ไว้ในรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 33/2550 จากการศึกษาวิเคราะห์เอกสารดังกล่าวสามารถสรุปเจตนารมณ์ในการยกร่างฯ ในประเด็นของนิยามของคำว่า “หนังสือสัญญา” โดยสามารถสรุปใจความได้ว่า คำว่าหนังสือสัญญาในรัฐธรรมนูญมีความหมายที่กว้างกว่าคำว่าสนธิสัญญา เนื่องจากสามารถใช้กับหนังสือสัญญาทุกประเภท รวมทั้งสนธิสัญญา และความตกลงอื่นๆ ทางกฎหมายระหว่างประเทศ จึงใช้คำว่าหนังสือสัญญาตามที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 เช่นเดิม ข้อความตรงนี้ระบุชัดเจนว่า ผู้ยกร่างจงใจใช้คำว่าหนังสือสัญญาก็เพื่อที่จะไม่ต้องการผูกติด

---

[6] ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม 2 กฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ตอนที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495), น. 244-245.

[7] นพนิธิ สุริยะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 141.

[8] นพนิธิ สุริยะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 142.

กับนิยามของคำว่า “สนธิสัญญา” ซึ่งมีนิยามที่ชัดเจนตามกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะเห็นว่านิยามดังกล่าวอาจไม่ครอบคลุมลักษณะของหนังสือสัญญาที่ต้องการจะให้ผ่านการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติ[9]

สังเกตได้ว่า บทบัญญัติในวรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนับตั้งแต่ พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา มีเพียงรัฐธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 36 ซึ่งระบุให้ “การเจรจาทางการเมืองกับต่างประเทศเป็นหน้าที่ของกรรมการผู้แทนราษฎร” และมิได้ทำในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ พระมหากษัตริย์ทรงมีแต่เพียงพระราชอำนาจที่จะให้สัตยาบันสัญญาทางพระราชไมตรีเท่านั้น และการใช้พระราชอำนาจก็ต้องตามคำแนะนำของกรรมการราษฎร[10] แต่หลังจากนั้น รัฐธรรมนูญทุกฉบับได้มีการบัญญัติถึงอำนาจของฝ่ายบริหาร ซึ่งใช้อำนาจในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์เพื่อทำหนังสือสัญญาที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ อันได้แก่ หนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น ซึ่งจากการศึกษาวิวัฒนาการของบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญแล้ว จะพบว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญอาจจะมีการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำที่เกี่ยวกับหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นออกไปบ้างตามความเหมาะสม แต่จะยังคงมีสาระสำคัญอยู่เช่นเดิม

อนึ่ง เริ่มจากคำว่า “หนังสือสัญญาสันติภาพ” ถ้าย้อนหลังหลังไปตรวจสอบอดีตจะพบว่ารัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 จนถึงฉบับ พ.ศ. 2517 ใช้คำว่า “หนังสือสัญญาสันติภาพสงบศึก” ทั้งนี้ ยกเว้นรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 ที่ใช้คำว่า “หนังสือสัญญาสงบศึก” การเปลี่ยนแปลงถ้อยคำเริ่มต้นขึ้นในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2521 โดยแยกคำว่า “สันติภาพ” ออกจากคำว่า “สงบศึก” และถือว่าแต่ละชื่อมีลักษณะเป็นหนังสือสัญญาคนละฉบับต่างหากจากกัน หนังสือสัญญาสันติภาพตรงกับคำในภาษาอังกฤษว่า peace treaty การจะมี peace treaty ได้ ต้องปรากฏว่ามีสถานะสงครามอยู่ระหว่างกัน โดยไม่จำเป็นว่าจะมีการรบกันหรือไม่ หนังสือสัญญาสันติภาพมีความมุ่งประสงค์หลักเพื่อการยกเลิกสถานะสงครามและการกลับคืนสู่สภาวะปกติแห่งความสัมพันธ์

---

[9] เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ, สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ การศึกษาผลกระทบของมาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ว่าด้วยการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อการค้าและการลงทุนของประเทศไทย (An Assessment of the Economic Impact of Section 190 of the Thai Constitution B.E. 2550), น. 9.

[10] นพนิธิ สุริยะ, ความสมบูรณ์ของสนธิสัญญาตามกฎหมายภายใน, หนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ พล.อ.ท.มานพ สุริยะ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532), น. 193-194.

ฉันท์มิตรระหว่างฝ่ายต่าง ๆ ที่รบกันหรือมีสถานะสงครามอยู่ต่อกัน ทั้งนี้โดยหาข้อยุติเรื่องราวต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากสงคราม เช่น การจัดการเรื่องดินแดน เชลย ความเสียหาย และทรัพย์สิน ฯลฯ[11] ประเทศไทยเคยทำหนังสือสัญญาสันติภาพ ชนิดทวิภาคีอยู่บ้างเหมือนกัน เช่น[12]

(1) อนุสัญญาสันติภาพระหว่างประเทศไทยกับฝรั่งเศส ลงนามที่กรุงโตกิโอ เมื่อ 9 พ.ค. 2484 (Convention de paix entre la France et la Thailand fait a Tokyo le 9 Mai 1941.)

(2) ความตกลงสมบูรณ์แบบเพื่อการเพื่อการยกสถานะสงครามระหว่างสยามกับสหราชอาณาจักรและอินเดีย (1 ม.ค. 2489) สิงคโปร์ (Formal Agreement for the termination of the state of war between Siam and the United Kingdom and India (1 JAN. 1946) Singapore)

(3) ความตกลงสันติภาพฉบับที่สุดระหว่างรัฐบาลแห่งสยามกับรัฐบาลแห่งออสเตรเลีย (3 เม.ย. 2489) กรุงเทพฯ (Final Peace Agreement between the government of Siam and the government of Australia (3 April 1946) Bangkok)

นอกจากนี้ คำว่า “สัญญาสงบศึก” ซึ่งภาษาอังกฤษใช้คำว่า “armistice” สำหรับสัญญาสงบศึก armistice เป็นเรื่องหยุดพักการรบเพราะมีการรบพุ่งกัน ไม่ว่าจะมีการประกาศสงครามหรือไม่ การสงบศึกนั้นอาจจะตกลงกันทั่วทั้งบริเวณที่รบกัน หรือจะทำเฉพาะบางจุดก็ได้ ซึ่งบางทีเรียกว่าการหย่าศึกชั่วคราว (truce) การสงบศึกถือเป็นจุดเริ่มต้นซึ่งอาจนำไปสู่การทำหนังสือสัญญาสันติภาพ หนังสือสัญญาสันติภาพมาจากแนวคิดที่จะทำให้ความรู้สึกและการกระทำที่เป็นอริต่อกันสิ้นสุดลง ต้องการให้เกิดความสัมพันธ์อันดีของฝ่ายต่าง ๆ ในสงคราม ในขณะที่สัญญาสงบศึกต้องการระงับการฆ่าฟันกันไว้ก่อน อีกนัยหนึ่งสัญญาสงบศึกคือการหยุดความเลวร้าย แต่หนังสือสัญญาสันติภาพมีลักษณะในทางสร้างสรรค์ด้วย โดยอาจครอบคลุมถึงความสัมพันธ์ทางทูต สังคม การเมืองและเศรษฐกิจ ฯลฯ[13]

ในขณะที่คำว่า “สัญญาอื่น” นั้น สำหรับความเป็นมาในการใช้คำว่า “หนังสือ” ที่ใช้นำหน้าคำว่า “สัญญา” ปรากฏครั้งแรกในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 มาตรา 54 จนกระทั่งถึงรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517 คำว่า “หนังสือ” ได้ถูกตัดออก ท่านอาจารย์ ดร.อรุณ ผู้มีส่วนในการร่าง

---

[11] นพนิธิ สุริยะ, “สนธิสัญญาในรัฐธรรมนูญ,”วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 22, ฉบับที่ 2, น. 179.

[12] *เพิ่งอ้าง*,น. 179-180.

[13] *เพิ่งอ้าง*, น. 180.

ได้เล่าให้ฟังว่าได้มีการอภิปรายกันและในที่สุดสรุปได้ว่าตัดออกไปเพราะไม่ต้องการจะใช้คำว่า “หนังสือ” ซ้ำบ่อย ๆ[14]

อย่างไรก็ดี รองศาสตราจารย์นพนิธิ สุริยะ ได้อธิบายถึงความหมายของคำว่า “สัญญาอื่น” โดยได้ตั้งข้อสังเกตจากการที่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 มาตรา 54 วรรคหนึ่ง ซึ่งได้บัญญัติขึ้นจากการที่ฝ่ายบริหารเป็นผู้ดำเนินการประกาศสงคราม เมื่อสงครามสิ้นสุดลง ฝ่ายบริหารจึงมีหน้าที่ในการยุติสงครามด้วย ดังนั้น ในรัฐธรรมนูญจึงได้เขียนระบุคำว่า “หนังสือสัญญาสันติภาพสงบศึก”โดยถัดจาก “การประกาศสงคราม”อีกทั้งเนื่องจากการที่ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องติดต่อต่างชาติ และทำความตกลงกันในเรื่องการเมืองการต่างประเทศ จึงมีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ 2475 มาตรา 54 ต่อไปว่า “ทำหนังสือสัญญาอื่น ๆ” ซึ่งคำว่าอื่น ๆ นั้นหมายถึงหนังสือสัญญาทุกประเภทนอกจาก “หนังสือสัญญาสันติภาพสงบศึก” กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจทำสัญญานอกเหนือไปจาก “หนังสือสัญญาสันติภาพสงบศึก” ด้วย และที่ต้องกล่าวแยกเป็น วิสามัญนาม (หนังสือสัญญาสันติภาพสงบศึก) และสามัญนาม (หนังสือสัญญาอื่น) ก็เพราะว่า “หนังสือสัญญาสันติภาพสงบศึก” เป็นเรื่องที่ต้องการเน้นเพื่อให้คู่กับการประกาศสงคราม โดยคงจะมองเห็นว่า ม.54 เริ่มต้นด้วยการประกาศสงคราม แล้วก็ควรจะต่อด้วยเรื่องของสันติภาพสงบศึก ไม่ใช่ต่อด้วยทำสัญญาเฉย ๆ ซึ่งแม้จะเขียนได้ก็จริง แต่อาจไม่ชัดเจนเท่าเขียนเน้นและแยกไว้เช่นนั้น[15]

กล่าวโดยสรุป ความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ปัจจุบันมีเพียงความหมายตามที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยไว้ ว่ามีความหมายที่ตรงกันกับคำว่า “treaty” ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551 ทั้งนี้ แม้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะผูกพันทุกองค์กร แต่ก็เป็นการตีความกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ แต่ปัจจุบันก็ยังไม่ได้มีการยกร่างหรือบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการใช้บังคับกฎหมายเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยแต่อย่างใด

3.1.2 ความหมายของสนธิสัญญาในกฎหมายระหว่างประเทศ

โดยหลัก คำจำกัดความของสนธิสัญญาหรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่เป็นสากลนั้นได้ระบุอยู่ในอนุสัญญา 2 ฉบับ ได้แก่อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐและองค์การระหว่างประเทศ หรือ

---

[14] *เพิ่งอ้าง*, น. 180-181

[15] *เพิ่งอ้าง*, น. 195.

ระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986 นอกจากนี้ ยังอาจพิจารณาได้จากสนธิสัญญาตามความหมายของรัฐธรรมนูญต่างประเทศ อันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหราชอาณาจักร ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี และประเทศเกาหลีใต้ เนื่องจากบันทึกเจตนารมณ์ในการยกร่างรัฐธรรมนูญมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้อ้างถึงหลักการปฏิบัติในการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศส[16]

3.1.2.1 ความหมายของสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969

ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ คำว่าสนธิสัญญาที่ใช้เป็นภาษาอังกฤษว่า Treaty นั้นมีรากศัพท์มาจากคำภาษาฝรั่งเศสว่า เทรตเต (traité)[17] โดยที่สนธิสัญญา (treaty) นับได้ว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายและของพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีบทบาทและความสำคัญมากที่สุดประเภทหนึ่ง ในบรรดาบ่อเกิดของกฎหมายและพันธกรณีระหว่างประเทศ ในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งระหว่างรัฐกับรัฐ หรือรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ อีกทั้งยังเป็นบ่อเกิดแห่งสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศอีกด้วย อนึ่ง กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญานั้น ปรากฏอยู่ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969) ซึ่งแม้จะมิได้ประมวลหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law) และหลักกฎหมายทั่วไป (general principles of law) เกี่ยวกับสนธิสัญญาไว้ทั้งหมดก็ตาม แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า อนุสัญญาดังกล่าวเป็นอนุสัญญาที่ได้ประมวลหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญ และหลักเกณฑ์ใหม่ ๆ อันเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาไว้ และในกรณีของสนธิสัญญาซึ่งมิได้อยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นั้นก็ให้เป็นไปตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ[18]

สังเกตได้ว่า อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969) เป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ

---

[16] เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 54.

[17] ปรัชญา เวสารัชช์, <u>เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ</u>, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2527), น. 227.

[18] เพลินตา ตันรังสรรค์, “หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา,” <u>วารสารจุลนิติ</u> (มกราคม–กุมภาพันธ์ 2553), น. 60.

ที่เกี่ยวกับสนธิสัญญา ซึ่งได้ดำเนินการยกร่างโดยคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission : ILC) ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1949 โดยมีผู้รายงานพิเศษ (Special Rappoteur) รวมทั้งสิน 4 ท่าน คือ James L. Brierly (1950), Sir Hersch Lauterpacth (1953),Sir Gerald Fitzmaurice 1956), และ Sir Humphrey Waldock (1962) โดยได้ดำเนินการยกร่างจนเสร็จสมบูรณ์ และเปิดให้รัฐต่าง ๆ ลงนามและให้สัตยาบันในปี ค.ศ. 1969 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1980[19]

กล่าวโดยสรุปแล้ว ความหมายของสนธิสัญญานั้น เป็นไปตามบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ข้อ 2 วรรค 1 วงเล็บ เอ : อ.ก.ส.ว. ข้อ 2 (1) (เอ) ได้บัญญัติว่า

“สนธิสัญญา หมายถึงความตกลงระหว่างประเทศซึ่งได้กระทำขึ้นระหว่างรัฐเป็นลายลักษณ์อักษร และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะปรากฏในตราสารฉบับเดียว หรือสองฉบับ หรือตราสารที่เกี่ยวข้องกันมากกว่านั้นขึ้นไป และจะมีชื่อเรียกเฉพาะว่าอย่างไรก็ตาม”[20]

ทั้งนี้ จากบทนิยามดังกล่าวข้างต้นเห็นได้ว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 จำกัด คำนิยาม สนธิสัญญา เฉพาะสนธิสัญญา ที่กระทำระหว่างรัฐเท่านั้น ไม่ได้หมายรวมถึงสนธิสัญญาที่กระทำโดยรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่าง

---

[19] เกรียงศักดิ์ แจ้งสว่าง, “หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2559, http://www.pub-law.net2publaw2view2view.aspx?id=859.

[20] คำแปล โปรดดู นพนิธิ สุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น. 81.

The Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, Article 2 Use of terms

“1. For the purposes of the present Convention:

(a) “treaty” means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or on to or more related instruments and whatever its particular designation”

ประเทศด้วยกัน หรือระหว่างองคาพยพอื่นๆ และไม่ครอบคลุมถึงความตกลงที่มิได้กระทำเป็นลายลักษณ์อักษรจากบทนิยามดังกล่าวสามารถจำแนกองค์ประกอบของสนธิสัญญาได้ดังนี้[21]

(1) สนธิสัญญาเป็นเอกสารลายลักษณ์อักษร ที่กระทำระหว่างคู่ภาคีสองฝ่าย หรือมากกว่าสองฝ่ายขึ้นไป

(2) สนธิสัญญาต้องกระทำโดยคู่ภาคีซึ่งเป็นรัฐ

(3) สนธิสัญญาที่กระทำขึ้นต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศและก่อพันธะทางกฎหมาย

(4) สนธิสัญญาที่กระทำขึ้นอาจจะเป็นตราสาสน์ฉบับเดียว สองหรือหลายฉบับเกี่ยวเนื่องกัน

(5) สนธิสัญญาเป็นเอกสารลายลักษณ์อักษร ที่กระทำระหว่างคู่ภาคีสองฝ่ายหรือมากกว่าสองฝ่ายขึ้นไป

โดยหลัก สนธิสัญญาอาจมีชื่อเฉพาะต่าง ๆ กัน เช่น สนธิสัญญา (treaty) ความตกลง (agreement) อนุสัญญา (convention) พิธีสาร (protocol) กติกา (pact) กฎบัตร (charter) ปฏิญญา (declaration) ธรรมนูญ (statue) บันทึกความเข้าใจ (memorandum of understanding – MOU) หนังสือแลกเปลี่ยน (exchange of notes or exchange of letters) หรือแม้แต่แถลงการณ์ร่วม (joint communiqué) เป็นต้น โดยไม่ต้องคำนึงว่า ความตกลงเหล่านี้จะอยู่ในตราสารเดียวกันหรือตราสารที่เกี่ยวข้องกันสองฉบับหรือมากกว่านั้นขึ้นไป เช่น กรณีของพิธีสาร (protocol) ที่แนบท้ายความตกลง (agreement) หรือแนบท้ายสนธิสัญญาก็ถือเป็นส่วนหนึ่งของความตกลงหรือสนธิสัญญานั้นด้วย[22]

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า เมื่อพิจารณาจากความหมายที่ได้ให้ไว้ตามข้อ 2 (1) (เอ) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ แล้วนั้น พบว่า ความตกลงใด ๆ ที่ทำขึ้นและเข้าองค์ประกอบของการเป็นสนธิสัญญาตามความหมายของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ แม้ว่าจะใช้ชื่อเรียกขานความตกลงดังกล่าวว่าอะไรก็ตามเช่น อนุสัญญา (convention) กฎบัตร (charter) ความตกลง (agreement) บันทึกความเข้าใจ

---

[21] ลาวัณย์ ถนัดศิลปะกุล, “กระบวนการทำสนธิสัญญา,” สืบค้นเมื่อวันที่ 22 กันยายน 2558, elib.fda.moph.go.th/fulltext2/word/15891/เอกสารประกอบการประชุมวิชาการ%, 202551/เขตการค้าเสรีกับงานคุ้มครองผู้บริโภค/อ.ลาวัลย์/กระบวนการทำสนธิสัญญา.pdf.

[22] เพลินตา ตันรังสรรค์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17*, น.62.

(memorandum of understanding หรือ MOU) พิธีสาร (protocol) ฯลฯ สิ่งนั้นก็อยู่ภายใต้บังคับที่จะต้องตีความตามวิธีการที่กำหนดไว้ดังที่กล่าวต่อไป[23]

มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า แม้สนธิสัญญาตามนัยแห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 จะต้องเป็นสนธิสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่หากมีความตกลงระหว่างประเทศที่ทำด้วยวาจา แม้จะไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฉบับนี้ก็ตาม ก็อาจตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาก็ได้[24]

กล่าวโดยสรุปแล้ว ความหมายของสนธิสัญญานั้น อาจครอบคลุมได้หลายความหมาย ขึ้นอยู่กับว่าสนธิสัญญานั้นเป็นสนธิสัญญาตามความหมายอย่างแคบ คือ สนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ข้อ 2 วรรค 1 (เอ) หรือเป็นสนธิสัญญาตามความหมายอย่างกว้าง คือสนธิสัญญาตามความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศ[25] ซึ่งจะได้อธิบายดังต่อไปนี้ คือ

(1) สนธิสัญญาตามความหมายอย่างแคบ

สนธิสัญญาในความหมายนี้ คือสนธิสัญญาตามความหมายของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1969 ข้อ 2 วรรค 1 (เอ) ซึ่งมีผู้แปลความหมายเป็นภาษาไทยหลายอย่างดังนี้[26]

“สนธิสัญญา” หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศซึ่งได้กระทำขึ้นระหว่างรัฐเป็นลายลักษณ์อักษร และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ไม่ว่าจะปรากฏในตราสารฉบับเดียวหรือสองฉบับหรือตราสารที่เกี่ยวข้องกันมากกว่านั้นขึ้นไป และจะมีชื่อเรียกเฉพาะว่าอย่างไรก็ตาม[27]

---

[23] ธนภัทร ชาตินักรบ, “การตีความสนธิสัญญาแบบวิวัฒนาการ: กรณีศึกษาคำชี้ขาดขององค์กรระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกและคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น. 22.

[24] เพลินตา ตันรังสรรค์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17*, น. 62.

[25] ฐานพร ม่วงมณี, “รัฐสภากับการมีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น. 6.

[26] *เพิ่งอ้าง*, น. 6.

[27] นพนิธิ สุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น. 85, อ้างใน ฐานพร ม่วงมณี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 24*, น. 6.

ถ้อยคำ “สนธิสัญญา” หมายความถึง ข้อตกลงระหว่างประเทศ ที่ได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างรัฐต่าง ๆ และอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะได้ทำขึ้นเป็นฉบับเดียวหรือสองฉบับหรือหลายฉบับผนวกเข้าด้วยกันและไม่ว่าจะเรียกชื่อเช่นใด[28]

“สนธิสัญญา” หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศ (international agreement) ที่ทำขึ้นระหว่างรัฐเป็นลายลักษณ์อักษรและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะรวมอยู่ในตราสารฉบับเดียวหรือตราสารที่เกี่ยวข้องสองฉบับหรือมากกว่านั้นและไม่ว่าจะเรียกชื่อเฉพาะว่าอย่างไรก็ตาม[29]

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการถอดความเป็นภาษาไทยที่หลากหลายแต่องค์ประกอบของความหมายของสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ประกอบด้วยองค์ประกอบหลัก 6 ประการ ดังนี้[30]

1) เป็นความตกลงระหว่างประเทศ คือ สนธิสัญญานั้นเป็นการกระทำตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป เพื่อก่อให้เกิดความผูกพันตามที่ได้ตกลงกันไว้ระหว่างภาคีของสนธิสัญญา[31]

2) ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร คือ สนธิสัญญาทุกฉบับจะต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ดังนั้นหากเป็นกรณีความตกลงระหว่างประเทศทำขึ้นด้วยวาจา ไม่ถือว่าเป็นสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่า อนุสัญญากรุงเวียนนาฯ จะปฏิเสธข้อตกลงด้วยวาจาเสียทีเดียว เห็นได้จากข้อ 3 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ยอมรับว่า แม้อนุสัญญาฉบับนี้จะไม่ใช้บังคับกับข้อตกลงด้วยวาจาก็ตาม แต่ก็หามีผลกระทบถึงค่าบังคับทางกฎหมายของข้อตกลงดังกล่าวไม่[32] ความตกลงด้วยวาจานั้นอาจตกอยู่ภายใต้บังคับของจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาก็ได้[33]

---

[28]ประสิทธิ์ เอกบุตร, สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), น. 69, อ้างใน ฐานพร ม่วงมณี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 24*, น. 6.

[29] จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 103, อ้างใน ฐานพร ม่วงมณี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 24*, น. 6.

[30] ฐานพร ม่วงมณี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 24*, น. 7.

[31] ประสิทธิ์ เอกบุตร, สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), น. 69-70.

[32] *เพิ่งอ้าง*, น. 70.

[33] จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 104.

3) ระหว่างรัฐต่าง ๆ คือ เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐเท่านั้น โดยไม่รวมถึงความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นความตกลงระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือความตกลงระหว่างองค์การระหว่างประเทศกับองค์การระหว่างประเทศเอง และที่สำคัญย่อมไม่หมายความรวมถึงความตกลงระหว่างรัฐกับเอกชน

4) อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ คือ สนธิสัญญาที่ทำขึ้นต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่ง เช่น ในกรณีของการซื้อขายหรือเช่าที่ดินหรืออาคารหรืออสังหาริมทรัพย์อื่นใดเพื่อใช้จัดตั้งสถานทูตหรือสถานกงสุลของรัฐผู้ส่ง ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว ถึงแม้ว่าจะเป็นความตกลงระหว่างรัฐก็ตาม แต่ก็ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่ง ซึ่งโดยทั่วไปได้แก่รัฐซึ่งที่ดินหรืออาคารหรืออสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่ หรือในกรณีของสัญญากู้ยืมเงิน ซึ่งทำขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐนั้น โดยปกติจะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของรัฐซึ่งเป็นผู้ให้กู้ ดังนั้นสัญญาซื้อขายที่ดิน หรืออาคารหรืออสังหาริมทรัพย์และสัญญากู้ยืมเงินดังกล่าว จึงไม่ใช่สนธิสัญญาตามนัยแห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เพราะมิได้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ[34]

5) ไม่ว่าจะปรากฏขึ้นในตราสารฉบับเดียวหรือสองฉบับหรือตราสารที่เกี่ยวข้องกันมากกว่านั้นขึ้นไป หมายความว่า สนธิสัญญานั้นอาจทำขึ้นเป็นฉบับเดียวหรือหลายฉบับก็ได้ เช่น สนธิสัญญาอาจเกิดขึ้นได้จากการทำหนังสือแลกเปลี่ยน หรือ บันทึกแลกเปลี่ยน ยกตัวอย่างกรณีคดี Ambatielos[35] ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินไว้อย่างชัดแจ้งว่าข้อตกลงที่ทำขึ้นระหว่างสหราชอาณาจักรอังกฤษกับกรีซ แม้จะทำขึ้นเป็นสนธิสัญญาฉบับหนึ่งกับปฏิญญาอีกฉบับหนึ่งก็ตาม ถือว่าเป็นสนธิสัญญามีผลผูกพันทั้งสอง หรือกรณีของข้อตกลงอัลจีเรีย เป็นข้อตกลงที่มีเอกสารหลายฉบับประกอบด้วยปฏิญญาของรัฐบาลอัลจีเรีย 3 ฉบับ ฉบับแรกเกี่ยวกับการปล่อยตัวประกันนักการทูตสหรัฐอเมริกาในกรุงเตหะราน ฉบับที่สองเกี่ยวกับกฎเกณฑ์การยื่นข้อเรียกร้อง และฉบับที่สามเป็นเอกสารผนวกที่กำหนดถึงพันธกรณีต่อกันระหว่างสหรัฐอเมริกากับอิหร่าน โดยทำขึ้นเป็นคู่ฉบับ แต่ละฉบับจะลงนามโดยอัลจีเรียฝ่ายหนึ่งและสหรัฐอเมริกาอีกฝ่ายหนึ่ง[36]

---

[34] *เพิ่งอ้าง*, น. 104-105.

[35] Greece v. United Kingdom, 1951, 12 R. Int'l Arb. Awards and see The American Journal of International Law, Vol. 47, No. 4 (Oct., 1953), pp. 708-711.

[36] ประสิทธิ์ เอกบุตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 30*, น. 71-72.

6) ไม่ว่าจะมีชื่อเฉพาะว่าอย่างไรก็ตาม คือ สนธิสัญญานั้นมีได้หลายประเภท แต่ละประเภทก็มีชื่อเรียกที่แตกต่างกันไป แต่ไม่ว่าจะเรียกชื่อว่าอย่างไรก็ตาม ก็ถือว่าเป็นสนธิสัญญาทุกประเภท ชื่อของสนธิสัญญาอาจมีได้หลากหลายชื่อ ดังนี้[37]

สนธิสัญญา (TREATY)

เป็นความตกลงที่เป็นทางการซึ่งใช้กับความตกลงที่สำคัญมาก ๆ โดยกระทำตามแบบพิธีการอย่างเคร่งครัด ในอดีตมักเป็นความตกลงของกษัตริย์หรือประมุขของรัฐ เพื่อแสดงถึงความยิ่งใหญ่ เป็นตราสารที่สมบูรณ์แบบ แต่ในปัจจุบันมีการใช้คำว่าสนธิสัญญาในความหมายที่น้อยลงกว่าแต่ก่อน เนื่องจากสนธิสัญญามีลักษณะเป็นทางการและเคร่งครัดมาก เช่น สนธิสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1864 และสนธิสัญญาปารีส ค.ศ. 1856 เป็นต้น

อนุสัญญา (CONVENTION)

กรณีนี้โดยมากจะทำกันระหว่างหลายประเทศที่มาประชุมกันและจัดวางบทบัญญัติเป็นข้อผูกพันขึ้นระหว่างภาคี บางทีก็จัดวางหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศขึ้น เช่น อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต 1961 (VIENNA CONVENTION ON DIPLOMATIC RELATIONS 1969)[38]

ความตกลง (AGREEMENT)

มักใช้เรียกสนธิสัญญาที่กระทำกันโดยแบบพิธีที่เป็นทางการและสำคัญน้อยกว่าสนธิสัญญา เป็นตราสารที่นิยมทำกันในปัจจุบันเพราะเป็นการลดขั้นตอนและพิธีการต่าง ๆ เช่น ในขั้นตอนของการให้ความรับรองความตกลงนั้น เพียงแค่ฝ่ายบริหารให้การรับรองก็เพียงพอโดยไม่ต้องผ่านรัฐสภา เช่น ความตกลงทางการค้าระหว่างประเทศขององค์การการค้าโลก (WTO) ว่าด้วยสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (The Agreement on Sanitary Phytosanitary : SPS) เรื่องการส่งออกสินค้าเกษตรแปรรูปของไทย[39]

พิธีสาร (PROTOCOL)

เป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งในการทำข้อตกลงระหว่างประเทศ ใช้กับข้อตกลงที่มีความสำคัญรองลงมาจากสนธิสัญญาและอนุสัญญา ซึ่งมีได้หลายรูปแบบขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ในการจัดทำ โดยมีลักษณะเป็นตราสารต่อท้ายเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงแก้ไข เพิ่มเติม หรือกำหนดรายละเอียดของสนธิสัญญาหรืออนุสัญญา ในบางกรณีอาจใช้เป็นการให้โอกาสภาคีที่จะสามารถเลือก

---

[37] ฐานพร ม่วงมณี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 24*, น. 8.

[38] นพนิธิ สุริยะ,*อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 86.

[39] ศักดา ธนิตกุล, พรพิมล ชินพัฒนวานิช, ความตกลง SPS กับการส่งออกสินค้าเกษตรแปรรูปของไทย, สืบค้นเมื่อวันที่ 22 กันยายน 2558, www.judiciary.go.th/libraly/pdf/articleE-2.pdf.

ได้ว่า ตนต้องการที่จะผูกพันในระดับใด หรือที่เรียกว่า พิธีสารเผื่อเลือก[40] ตัวอย่างของพิธีสาร เช่น พิธีสารเกียวโตซึ่งอยู่ในกระบวนการของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ เป็นต้น

กติกา (PACT)

มักใช้เรียกข้อตกลงระหว่างประเทศที่มีความสำคัญเป็นพิเศษ เช่น กติกาสัญญาวอร์ซอ[41] (WARSAW PACT)

กฎบัตร (CHARTER)

เป็นตราสารก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นแม่บทในการดำเนินงานขององค์การ เช่น กฎบัตรสหประชาชาติ (CHARTER OF THE UNITED NATIONS) กฎบัตรนี้มีข้อผูกพันแน่นอน จึงอยู่ในกลุ่มของสนธิสัญญา แต่มีกฎบัตรอีกประเภทที่ไม่มีค่าผูกพันทางกฎหมาย เช่น ATLANTIC CHARTER ลงวันที่ 14 สิงหาคม 2484 ซึ่งเป็นปฏิญญาร่วมกันระหว่างสหรัฐอเมริกาโดยประธานาธิบดีโรสเวลต์และอังกฤษ โดยนายกรัฐมนตรีเชอร์ชิลล์ แถลงนโยบายร่วมกันบางประการ โดยหวังว่าจะทำให้อนาคตของโลกดีขึ้น แต่ไม่มีข้อผูกพันทางกฎหมายแต่อย่างไร[42]

ปฏิญญา (DECLARATION)

ปฏิญญาสามารถใช้ได้ในหลายลักษณะ เช่น ในทางการเมืองเป็นปฏิญญาที่ประกาศให้ทราบถึงแนวนโยบายหรืออุดมการณ์ หากปฏิญญานั้นเป็นการประกาศฝ่ายเดียวไม่ถือว่าเป็นสนธิสัญญา เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights) หรือกรณีประกาศสงคราม หรือประกาศตนเป็นกลาง[43]

บันทึกความตกลง (MEMORANDUM OF AGREEMENT)

บันทึกความตกลง ใช้ในกรณีที่มีการแจกแจงรายละเอียดเพิ่มเติม หรืออธิบายความตกลงหรือสนธิสัญญาอื่น ๆ[44] เช่น บันทึกความตกลงว่าด้วยความร่วมมือปฏิบัติงานการป้องปรามการนำเข้าและส่งออกสินค้าละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา[45]

---

[40] นพนิธิ สุริยะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 86.

[41] ณัชชาภัทร อุ่นตรงจิตร, <u>กฎหมายระหว่างประเทศ</u>, พิมพ์ครั้งที่ 1 (เชียงใหม่: สำนักพิมพ์คนึงนิจการพิมพ์, 2546), น 127.

[42] นพนิธิ สุริยะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 91.

[43] ณัชชาภัทร อุ่นตรงจิตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 40*, น. 126.

[44] *เพิ่งอ้าง*. น. 126.

[45] ฐานพร ม่วงมณี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 24*, น. 10.

ดังนั้น กล่าวโดยสรุปแล้ว สนธิสัญญาตามความหมายอย่างแคบ หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศ (international agreement) ที่ทำขึ้นระหว่างรัฐเป็นลายลักษณ์อักษร และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะรวมอยู่ในตราสารฉบับเดียวหรือตราสารที่เกี่ยวข้องสองฉบับหรือมากกว่านั้นและไม่ว่าจะเรียกชื่อเฉพาะว่าอย่างไรก็ตาม[46]

สังเกตได้ว่า จากคำจำกัดความข้างต้นจะเห็นว่าสนธิสัญญาจะต้องเป็นความตกลงระหว่างประเทศ (international agreement) ที่ทำขึ้นระหว่างรัฐสองรัฐหรือกว่านั้นขึ้นไปก็ได้ แต่ไม่รวมไปถึงความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน เนื่องจากจะเป็นสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 นอกจากนี้ ยังต้องเป็นสนธิสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรอีกด้วย ดังนั้น ความตกลงด้วยวาจาจึงไม่ใช่สนธิสัญญาตามความหมายอย่างแคบ

(2) สนธิสัญญาตามความหมายอย่างกว้าง

สนธิสัญญาตามความหมายอย่างกว้างนั้น ย่อมหมายความรวมถึงความตกลงระหว่างประเทศซึ่งทำขึ้นไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจาก็ตาม ระหว่างบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นรัฐกับรัฐหรือรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือแม้แต่ระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันก็ตาม หากความตกลงระหว่างประเทศเช่นว่านั้นอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ สนธิสัญญา หรือหลักกฎหมายทั่วไปก็ตาม เช่น ในคดี South West Africa (Advisory Opinion) ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศสรุปว่าความตกลงระหว่างองค์การระหว่างประเทศและรัฐก็ถือเป็น “สนธิสัญญา” ได้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศสรุปว่า ข้อมติของคณะมนตรีแห่งสันนิบาตชาติที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับ “อาณัติ” (mandate) เหนือดินแดนแอฟริกาตะวันตกเฉียงใต้ (South West Africa) นั้น ทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายต่างก็มีสถานะเป็นสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาที่มีสันนิบาตชาติเป็นภาคีอยู่ด้วย ดังนั้น สนธิสัญญาตามนัยแห่งกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไปย่อมมีความหมายกว้างกว่าสนธิสัญญาตามที่นิยามไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา[47]

อนึ่ง ความตกลงดังที่กล่าวมานั้นอาจตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาก็ได้ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า

---

[46] จุมพต สายสุนทร, หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2553), น. 35.

[47] จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32,* น. 103.

สนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจาก็ตามระหว่างบุคคลในกฎหมายระหว่างไม่ว่าจะเป็นรัฐกับรัฐหรือรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือแม้แต่องค์การระหว่างประเทศด้วยกันเอง หากความตกลงเช่นว่านั้นอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ สนธิสัญญา หรือหลักกฎหมายทั่วไปก็ตาม[48] เช่น ในคดี South West Africa ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยอมรับว่า ความตกลงระหว่างรัฐและองค์การระหว่างประเทศเป็นสนธิสัญญาตามหลักอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีข้อสรุปว่า ข้อมติแห่งคณะรัฐมนตรีแห่งสันนิบาตชาติที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับอาณัติเหนือดินแดนแอฟริกาตะวันตกเฉียงใต้นั้น ทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายต่างก็มีสถานะเป็นสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาที่มีสันนิบาตชาติเป็นภาคีอยู่ด้วย สรุปได้ว่า สนธิสัญญาตามนัยแห่งกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไปย่อมมีความหมายกว้างกว่าสนธิสัญญาที่นิยามไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969

กล่าวโดยสรุป สนธิสัญญาตามความหมายอย่างแคบ คือ ความหมายของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ข้อ 2 วรรค 1 (เอ) ซึ่งมีความหมายเป็นส่วนหนึ่งของคำนิยามคำว่าสนธิสัญญาในความหมายอย่างกว้าง ความแตกต่างของสนธิสัญญาในความหมายอย่างแคบและสนธิสัญญาในความหมายอย่างกว้าง คือ สนธิสัญญาอย่างแคบหรือสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นั้น คู่สัญญาต้องเป็นรัฐกับรัฐ และความตกลงระหว่างประเทศต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ต่างจากสนธิสัญญาในความหมายอย่างกว้างที่ความตกลงอาจทำขึ้นระหว่างคู่สัญญาที่ไม่ใช่เพียงระหว่างรัฐกับรัฐ แต่อาจเป็นความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันเองก็ได้และความตกลงนั้นอาจทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือวาจาก็ได้[49]

3.1.2.2 ความหมายของสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐและองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐและองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986 เป็นอนุสัญญาที่เน้นการทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันเป็นหลัก ซึ่งมี

---

[48] *เพิ่งอ้าง*, น.105-106.

[49] ฐานพร ม่วงมณี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 24*, น. 10.

รายละเอียดบางประการในส่วนขององค์การระหว่างประเทศที่แตกต่างกับรัฐอยู่บ้าง แต่เนื้อหาสาระโดยทั่วไปแล้วไม่แตกต่างจากเนื้อหาอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ในส่วนสำคัญมากนัก[50] ทั้งนี้ การที่รัฐทำสนธิสัญญากับองค์การระหว่างประเทศหรือการที่องค์การระหว่างประเทศทำสนธิสัญญาระหว่างกันเองนั้น สนธิสัญญาดังกล่าวมิได้ตกอยู่ในบังคับของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 แต่จะตกอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1969 หรือภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ เช่น จารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญา[51] ในกรณีที่รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศนั้นมิได้เป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับดังกล่าว[52]

3.1.2.3 สนธิสัญญาตามความหมายของรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

โดยทั่วไป แต่ละประเทศย่อมเป็นสมาชิกของสังคมระหว่างประเทศ ไม่มีประเทศใดจะตั้งอยู่ได้โดยโดดเดี่ยวตามลำพังโดยไม่ต้องพึ่งพาอาศัยติดต่อกับประเทศอื่น ๆ ฉะนั้น จึงมีความจำเป็น

---

[50] ArHenkin et al., International Law: Cases and Materials, (U.S.A.: West Publishing Company, 1980), p. 581 ; Kal Raustiala, Form and Substance in International Agreement, 99A.J.I.L.81(2005), อ้างใน จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 45*, น.16.

[51] Article 3 International agreements not within the scope of the present Convention

The fact that the present Convention does not apply to international agreements concluded between States and other subjects of international law or between such other subjects of international law, or to international agreements not in written form, shall not affect:

(a) the legal force of such agreements;

(b) the application to them of any of the rules set forth in the present Convention to which they would be subject under international law independently of the Convention;

(c) the application of the Convention to the relations of States as between themselves under international agreements to which other subjects of international law are also parties.

[52] จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 45*, น. 16.

ที่กฎหมายภายในของประเทศจะต้องถูกดัดแปลงให้สอดคล้องกับกฎหมายของสังคมระหว่างประเทศด้วย ลักษณะหรือสภาพของกฎหมายระหว่างประเทศที่อยู่เหนือกฎหมายภายในประเทศนี้ รัฐธรรมนูญของประเทศเป็นอันมากได้มีบทบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดแจ้ง[53]

ดังนั้น เพื่อให้ทราบถึงแนวทางการปฏิบัติของแต่ละประเทศเพื่อนำมาเปรียบเทียบให้ได้ข้อสรุปอันเป็นหลักเกณฑ์ที่มีความเป็นสากล ในบทนี้ผู้เขียนจึงได้รวบรวมบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาของรัฐธรรมนูญต่างประเทศที่มีการใช้ระบบของกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหราชอาณาจักร และในส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายโรมาโน-เยอรมานิค หรือที่เรียกว่าระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี และประเทศเกาหลีใต้

(1) สนธิสัญญาตามความหมายของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา

สนธิสัญญาตามความหมายของรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญตามหมวด 2 มาตรา 2[54] ของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ซึ่งบัญญัติว่า

“ให้ประธานาธิบดีมีอำนาจในการทำสนธิสัญญา โดยได้รับคำแนะนำและความยินยอมจากวุฒิสภาด้วยคะแนนเสียงจำนวนสองในสามของสมาชิกวุฒิสภาที่อยู่ในที่ประชุม และให้ประธานาธิบดีมีอำนาจในการเสนอชื่อ การแต่งตั้ง เอกอัครราชทูต อัครราชทูต และกงสุล คณะผู้พิพากษาศาลฎีกา และผู้ดำรงตำแหน่งอื่นๆ ของสหรัฐฯ โดยได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา แต่รัฐสภาอาจตรากฎหมายให้ประธานาธิบดีมีอำนาจแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งในระดับรองลงไปได้ หากเห็นสมควร และรัฐมนตรีมีอำนาจแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ระดับรองลงมาได้”[55]

---

[53] ไพโรจน์ ชัยนาม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 229-230.

[54] Article 2

He shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur; and he shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the supreme Court, and all other Officers of the United States, whose Appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by Law: but the Congress may by Law vest the Appointment of such inferior Officers, as they think proper, in the President alone, in the Courts of Law, or in the Heads of Departments.

[55] งานแปลภาษาต่างประเทศและล่าม รัฐสภา, “รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา,” สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2559, http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/admin_souvanee/ewt_dl_link.php?nid=15,

สังเกตได้ว่า จากบทบัญญัติในมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่า “สนธิสัญญา” หมายถึงความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นโดยคำแนะนำและความเห็นชอบของวุฒิสภา หรือสนธิสัญญาที่มีสถานะเทียบเท่ากับกฎหมายของสหพันธรัฐ[56]

(2) สนธิสัญญาตามความหมายของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหราชอาณาจักร

อนึ่ง สหราชอาณาจักรมิได้มีการบัญญัติรัฐธรรมนูญไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Constitution) แต่การปฏิบัติเกี่ยวกับสนธิสัญญามีการอธิบายไว้ในหลักปฏิบัติของรัฐธรรมนูญ (Constitutional Practice)[57] อย่างไรก็ดี สหราชอาณาจักรไม่มีกฎหมายใดบัญญัติให้ฝ่ายบริหารแจ้งรัฐสภาหรือให้รัฐสภาเกี่ยวข้องในการจัดทำหนังสือสัญญา หรือเกี่ยวกับการให้สัตยาบันหรือไม่มีบทบัญญัติให้ปรึกษาเพื่อมอบอำนาจบริหารหรือนิติบัญญัติ รัฐสภาจึงไม่มีบทบาทอย่างเป็นทางการในการทำสนธิสัญญา อำนาจหน้าที่ดังกล่าวเป็นของฝ่ายบริหารซึ่งกระทำการแทนพระมหากษัตริย์ กรณีที่สนธิสัญญากำหนดให้มีการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของกฎหมายของสหราชอาณาจักร หรือการใช้เงินสาธารณะ รัฐสภาอาจลงคะแนนเพื่อทำหรือปฏิเสธบทบัญญัติดังกล่าวได้ ส่วนกรณีอื่น ๆ ฝ่ายบริหารจะเป็นผู้ทำสนธิสัญญา โดยการไม่อนุมัติหรือดำเนินการเพื่อกดดันให้รัฐมนตรีเปลี่ยนการตัดสินใจหรือบางกรณีก็เพิกถอนการตัดสินใจ[58] อนึ่ง การที่สหราชอาราชอาณาจักรไม่มีการกำหนดเรื่องการทำสนธิสัญญาไว้อย่างชัดเจนนี้ ทำให้ระบบการร่างกฎหมายของรัฐสภาอังกฤษแตกต่างจากประเทศอื่น ๆ ซึ่งประเทศที่มีรัฐธรรมนูญมักจะบัญญัติให้รัฐสภาเป็นผู้ให้ความเห็นชอบต่อสนธิสัญญาก่อนการให้สัตยาบัน[59]

อย่างไรก็ดี สหราชอาณาจักรมีการกำหนดว่าประเภทของสนธิสัญญาที่ต้องเสนอให้รัฐสภาพิจารณา ได้แก่[60]

(1) สนธิสัญญาซึ่งการให้สัตยาบันเป็นไปตาม “Ponsonby Rule”

---

[56] สำนักกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, <u>ร่างรายงานการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศที่มีกฎหมายกำหนดประเภทหนังสือสัญญาที่ต้องผ่านรัฐสภาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ</u>, น. 14.

[57] หรือ “Ponsonby Rule” (Anthony Aust, “Treaty and Domestic Law”, p. 189)

[58] Arabella Thorp, “Parliamentary scrutiny of treaties”, House of Common’s Library, 25 September 2009

[59] สำนักกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 55*, น. 19.

[60] *เพิ่งอ้าง*, น. 19.

(2) สนธิสัญญาบางประเภทที่มีการระบุว่าต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ได้แก่ เมื่อเป็นความตกลงที่เป็นการเมืองโดยสภาพและและเป็นเรื่องที่มีข้อพิพาท รัฐบาลที่เกี่ยวข้อง (ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย) อาจกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรให้รัฐสภาเป็นผู้ให้ความเห็นชอบต่อสนธิสัญญา

(3) สนธิสัญญาบางประเภทเป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในซึ่งอาจเกี่ยวกับกระบวนการทางรัฐสภา

(4) สนธิสัญญาที่เกี่ยวด้วยการเงินอันต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาเพราะจะส่งผลกระทบต่อการคลัง เช่น ความตกลงทวิภาคีเพื่อหลีกเลี่ยงภาษีซ้อน

(5) สนธิสัญญาสหภาพยุโรปซึ่งมีกระบวนการให้รัฐสภาพิจารณา

(6) สนธิสัญญาและความตกลงอื่น ๆ ที่สมาชิกรัฐสภายกประเด็นให้รัฐสภาพิจารณา เช่น ผ่านการตั้งกระทู้ถามหรือญัตติ

(7) คณะกรรมาธิการกลั่นกรอง (Select Committee) เป็นผู้พิจารณาสนธิสัญญา

กล่าวโดยสรุป แม้จะไม่ได้มีการบัญญัติถึงความหมายของสนธิสัญญาไว้ก็ตาม แต่จากการปฏิบัติของสหราชอาณาจักรเกี่ยวกับสนธิสัญญา จะเห็นได้ว่า “สนธิสัญญา” หมายถึงความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นโดยให้อำนาจพระราชินีแห่งสหราชอาณาจักรในการเข้าเจรจา ลงนามและให้สัตยาบันสนธิสัญญา และจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในได้แต่เมื่อได้รับความเห็นชอบและยินยอมจากรัฐสภา

(3) สนธิสัญญาตามความหมายของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศฝรั่งเศส

ในกรณีของสนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้น รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ฉบับลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะถึงกรณีของสนธิสัญญาไว้ในลักษณะ VI (Title VI) ว่าด้วยสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศ (des traits et accords internationaux)[61]

โดยที่มาตรา 53[62] ของรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส บัญญัติว่า

---

[61] จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 45*, น. 151.

[62] Article 53

Peace treaties, commercial treaties, treaties or agreements relating to international organization, those that commit the finances of the State, those that modify provisions which are matters for statute, those relating to the status of persons, and those that involve

“สนธิสัญญาสันติภาพ สนธิสัญญาด้านการค้า สนธิสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับองค์การระหว่างประเทศ สนธิสัญญาหรือความตกลงที่มีผลผูกพันด้านการเงินของรัฐ สนธิสัญญาหรือความตกลงที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นรัฐบัญญัติ สนธิสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับสถานภาพของบุคคล สนธิสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับการยกให้ การแลกเปลี่ยน หรือการผนวกดินแดน จะได้รับการให้สัตยาบันหรือความเห็นชอบได้ก็โดยผลของรัฐบัญญัติของรัฐสภา

สนธิสัญญาหรือความตกลงดังกล่าวมีผลบังคับใช้ได้ก็ต่อเมื่อได้รับการให้สัตยาบันหรือความเห็นชอบแล้ว

การยกให้ การแลกเปลี่ยน หรือ การผนวกดินแดนใด จะมีผลบังคับได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากประชาชนที่เกี่ยวข้องแล้ว”[63]

นอกจากนี้ มาตรา 55[64] ของรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส บัญญัติว่า

“สนธิสัญญาหรือข้อตกลงที่ได้รับการให้สัตยาบันหรือได้รับความเห็นชอบโดยให้มีผลบังคับใช้นับตั้งแต่ได้มีการประกาศใช้บังคับย่อมมีฐานะทางกฎหมายสูงกว่ารัฐบัญญัติของรัฐสภาทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องบังคับใช้ข้อตกลงหรือสนธิสัญญานั้นเช่นเดียวกัน”

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติตามมาตรา 53 และมาตรา 55 ดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าแม้จะไม่มีการบัญญัติความหมายของสนธิสัญญาไว้อย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสก็ตาม แต่ “สนธิสัญญา”ตามความหมายของรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสนั้นน่าจะหมายถึงความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นโดยจะต้องมีการให้สัตยาบัน (Ratification) หรือมี

---

the cession, exchange or addition of territory, may be ratified or approved only by virtue of an Act of Parliament.

They shall not take effect until they have been ratified or approved.

No cession, exchange or addition of territory shall be valid without the consent of the population concerned.

[63]งานแปลภาษาต่างประเทศและล่าม รัฐสภา, “รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส,” สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2559, http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/admin_souvanee/ewt_dl_link.php?nid=16.

[64] Article 55

Treaties or agreements duly ratified or approved shall, upon publication, prevail over Acts of Parliament, subject, in regard to each agreement or treaty, to its application by the other party.

การให้ความเห็นชอบ (Approval) จากฝ่ายบริหาร แล้วจำต้องมีการประกาศ (Publocation) ก่อนจึงจะมีผลใช้บังคับผูกพันให้ศาลปฏิบัติตาม (Question d'invocabilité)

(4) สนธิสัญญาตามความหมายของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศเยอรมนี

โดยหลัก บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี มาตรา 59[65] ซึ่งบัญญัติว่า

"(1) ประธานาธิบดีสหพันธ์เป็นตัวแทนของสหพันธ์ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ประธานาธิบดีทำสนธิสัญญากับต่างประเทศในนามของสหพันธรัฐ ประธานาธิบดีแต่งตั้งและรับทูตานุทูต

(2) สนธิสัญญาที่ควบคุมความสัมพันธ์ทางการเมืองในสหพันธ์ที่เกี่ยวกับกิจการออกกฎหมายของสหพันธ์ต้องได้รับความเห็นชอบหรือมีส่วนในการพิจารณาในรูปของกฎหมายสหพันธ์ โดยองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่เฉพาะกรณีในการออกกฎหมายเช่นนั้นของสหพันธ์สำหรับข้อตกลงของฝ่ายบริหาร ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการบริหารสหพันธ์มาใช้โดยอนุโลม"[66]

กล่าวโดยสรุป เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติตามมาตรา 59 ของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศเยอรมนีจะเห็นได้ว่า "สนธิสัญญา" ตามความหมายของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศเยอรมนีหมายถึงความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้น ซึ่งเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ทางการเมือง และจะมีผลใช้บังคับต่อเมื่อได้รับความยินยอมหรือการมีส่วนร่วมจากการออกกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศเยอรมนี

---

[65] Article 59

(1) The President represents the Federation in its international relations. He concludes treaties with foreign countries on behalf of the Federation. He accredits and receives envoys.

(2) Treaties which regulate the political relations of the Federation or relate to matters of federal legislation require the consent or participation, in the form of a federal statue, of the bodies competent in any specific case for such federal legislation. As regards administrative agreements, the provisions concerning in federal administration are applicable.

[66] คำแปลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณารัฐเยอรมนี, สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2559, http://library2.parliament.go.th/giventake/content_cons57/con2557-basiclawofgermany.pdf.

(5) สนธิสัญญาตามความหมายของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศเกาหลีใต้

ระบบกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้ในปัจจุบัน ถือได้ว่าเป็นระบบกฎหมาย Civil Law ที่ได้จัดทำกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรในรูปของประมวลกฎหมายต่าง ๆ (codification) อันเป็นการรวบรวมกฎหมายในเรื่องเดียวกันเข้าไว้ด้วยกัน มีการจัดทำเป็นหมวดหมู่และมีระบบการบังคับใช้ที่อ้างอิงกันได้ นับว่าเป็นระบบกฎหมายที่สามารถบังคับใช้ได้สะดวก ประชาชนสามารถทราบได้ว่ากฎหมายเป็นอย่างไร เพราะได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้ง รู้ได้ว่ามีสิทธิและหน้าที่เป็นประการใดและจะดำเนินการอย่างใด จึงจะเป็นการชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ได้มีการจัดระบบศาลให้ทันสมัย เพื่อสามารถอำนวยความเที่ยงธรรม ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดขึ้น ผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี และมีบทบาทที่สำคัญในการแปลความปรับกับกฎหมาย[67]

โดยหลัก รัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาอยู่ในมาตรา 60[68] ซึ่งบัญญัติว่า

“(1) รัฐสภามีสิทธิในการให้ความเห็นชอบในการลงนามและให้สัตยาบันในสนธิสัญญาเกี่ยวกับความช่วยเหลือซึ่งกันและกัน หรือความมั่นคงร่วมกัน สนธิสัญญาเกี่ยวกับองค์กรระหว่างประเทศที่สำคัญ สนธิสัญญาทางไมตรี การค้า และการเดินเรือ สนธิสัญญาเกี่ยวกับข้อจำกัดทางอำนาจอธิปไตย สนธิสัญญาสันติภาพ สนธิสัญญาซึ่งจะเป็นภาระผูกพันทางการเงินที่สำคัญทั้งต่อรัฐและประชาชน หรือสนธิสัญญาที่เกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมาย

---

[67] สุธีร์ ศุภนิตย์, ระบบกฎหมายของเกาหลี, สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2559, http://www.asia.tu.ac.th/research/Abstract/abstract30_3(sutee).htm.

[68] Article 60

(1) The national Assembly shall have the right to consent to the conclusion and ratification of treaties pertaining to mutual assistance or mutual security; treaties concerning important international organizations; treaties of friendship, trade and navigation; treaties pertaining to any restriction in sovereignty; peace treaties; treaties which will burden the State or people with an important financial obligation; or treaties related to legislative matters.

(2) The National Assembly shall also have the right to consent to the declaration of war, the dispatch of armed forces to foreign states, or the stationing of alien forces in the territory of the Republic of Korea.

(2) รัฐสภามีสิทธิในการให้ความเห็นชอบในการประกาศสงคราม การจัดส่งกองกำลังทหารไปยังต่างประเทศ หรือการประจำกองกำลังต่างชาติในอาณาธิปไตยของสาธารณรัฐเกาหลี”[69]

กล่าวโดยสรุป บทบัญญัติตามมาตรา 60 ของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศเกาหลีใต้ แม้จะไม่ได้บัญญัติความหมายของสนธิสัญญาไว้อย่างปรากฏชัดก็ตาม อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติตามมาตรานี้แล้ว จะเห็นได้ว่า “สนธิสัญญา” ตามความหมายของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศเกาหลีใต้นั้น หมายถึงความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นซึ่งจะต้องได้รับความยินยอมในการจัดทำและให้สัตยาบันโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติ

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากตัวอย่างความหมายของสนธิสัญญาตามความหมายของรัฐธรรมนูญต่างประเทศตามที่ได้อธิบายมาทั้งหมดนี้ จึงอาจสรุปได้ว่าเนื่องจากการทำสนธิสัญญาถือเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยภายนอกรัฐของฝ่ายบริหารเพื่อดำเนินกิจการในต่างประเทศ ดังนั้นในทางปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ จึงบัญญัติรับรองอำนาจในการทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหารไว้ในรัฐธรรมนูญ จากการศึกษาพบว่ารัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่ได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “สนธิสัญญา” ให้มีความสอดคล้องกับนิยามของคำว่าสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ฉบับ ค.ศ. 1969 และฉบับ ค.ศ. 1986 ในฐานะที่ประเทศนั้นเป็นภาคีของอนุสัญญา เช่น ประเทศออสเตรเลีย ประเทศญี่ปุ่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศอังกฤษ เป็นต้น[70]

---

[69]สมใจ ทองกุล และ นางสาวนิศาพร สุทธิมาร, งานแปลภาษาต่างประเทศและล่าม รัฐสภา, รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี ฉบับปัจจุบัน (ฉบับ พ.ศ. 2531) งานแปลจากภาษาเกาหลีเป็นภาษาไทย, สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2559, http://www.parliament.go.th/ ewtadmin /ewt/admin_souvanee/ewt_dl_link.php?nid=6.

[70] Ducan B. Hollis, “A comparative approach to treaty law and practice” in National Treaty Law and Practice, (BOSTON: Martinus Nijhiff,2005), pp. 10-11, อ้างในอารยา สุขสม, “กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญากับปัญหาการเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2551), น. 10.

3.1.3 คำวินิจฉัยในคดีที่เกี่ยวข้องกับการตีความความหมายของคำว่าหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

เมื่อพิเคราะห์เกี่ยวกับปัญหาการไม่ได้กำหนดนิยามหรือความหมายของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยแล้ว พบว่าเกิดจากการที่ระบบกฎหมายไทยยังไม่เคยมีการกำหนดนิยามความหมายของหนังสือสัญญามาก่อน และเมื่อมีการทำความตกลงระหว่างประเทศจึงขาดความชัดเจนในการปรับใช้กฎหมาย อีกทั้งส่งผลให้เกิดการตีความโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ เป็นต้น รวมไปถึงองค์กรตุลาการ อันได้แก่ ศาลปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี จะสังเกตได้ว่า ในการทำหนังสือสัญญากับต่างประเทศโดยฝ่ายบริหารมักจะถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือเพื่อวัตถุประสงค์ในทางการเมืองอยู่บ่อยครั้ง เห็นได้จาก ปัญหาทางการเมืองในอดีตสมัยนายกรัฐมนตรี ทักษิณ ชินวัตร ที่มีประเด็นความทับซ้อนของผลประโยชน์ทางธุรกิจส่วนตัวกับอำนาจหน้าที่ในการบริหารประเทศทำให้เกิดความไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหารมากเป็นพิเศษแตกต่างจากในกรณีของประเทศอื่น ๆ ที่ได้ศึกษามา ในกรณีนี้การให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการกำหนดกรอบนิยามของหนังสือสัญญาดังเช่นในนานาประเทศอาจไม่ได้รับการยอมรับจากสาธารณชนที่ยังคงมีความเคลือบแคลงใจ และหวาดระแวงนักการเมืองที่อาจทำความตกลงกับต่างประเทศเพื่อแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวหรือผลประโยชน์ทางการเมือง [71] ดังนั้น จึงส่งผลให้เกิดการตีความโดยองค์กรตุลาการรวมไปถึงองค์กรที่ให้ความเห็นทางกฎหมาย ไม่ว่าจะโดยศาลรัฐธรรมนูญ เช่น ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551 รวมไปถึงคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา ความเห็นของศาลปกครอง และนิยามของหนังสือสัญญาของกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ

3.1.3.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542 ได้วินิจฉัยว่าหนังสือแจ้งความจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาลมีไปถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศไม่เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญมาตรา 224 จึงไม่เป็นกรณีที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตาม

[71] เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 86.

วรรคสองของมาตรา 224 ในการวินิจฉัยครั้งนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้มีการตีความคำว่า “หนังสือสัญญา”ดังต่อไปนี้[72]

เมื่อได้ความว่าหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญมาตรา 224 หมายถึงสัญญาหรือความตกลงที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศจึงจำเป็นต้องพิจารณาว่าสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น มีลักษณะประการใดบ้าง ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งมีที่มาจากจารีตประเพณีและแนวปฏิบัติของนานาประเทศที่ได้ยึดถือกันมาเป็นเวลาช้านาน จนกระทั่งได้มีการจัดทำประมวลเป็นอนุสัญญาขึ้นมาภายในกรอบของการประชุมสหประชาชาติ ได้แก่ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐและองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986 อนุสัญญาทั้งสองฉบับซึ่งเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศได้กำหนดลักษณะของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศไว้ว่า “สนธิสัญญา” ตามอนุสัญญาทั้งสองฉบับหมายถึง “ความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นเป็นหนังสือระหว่างรัฐต่าง ๆ หรือระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะทำขึ้นเป็นฉบับเดียวหรือสองฉบับหรือหลายฉบับผนวกเข้าด้วยกันและไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร” ความหมายของ “สนธิสัญญา” ตามอนุสัญญาทั้งสองฉบับดังกล่าวจึงครอบคลุมถึงความตกลงระหว่างประเทศทุกรูปแบบ เช่น สนธิสัญญา อนุสัญญาความตกลง ข้อตกลงหนังสือ แลกเปลี่ยน พิธีสาร กรรมสารทั่วไป กรรมสารสุดท้าย เป็นต้น ดังนั้นคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 จึงหมายถึงความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้ทำขึ้นเป็นหนังสือกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศโดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าความตกลงนั้นจะจัดทำขึ้นในรูปแบบใดและใช้ชื่ออย่างไรและมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “สนธิสัญญา” ดังที่กล่าวแล้ว โดยมีลักษณะคือ

1. ทำขึ้นระหว่างรัฐ หรือระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันเอง

2. ความตกลงนั้นต้องทำเป็นหนังสือ

---

[72] คำวินิจฉัยที่ 11/2542 วันที่ 25 พฤษภาคม 2542 เรื่องประธานรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าหนังสือแจ้งความจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาลมีไปถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศ เป็นหนังสือที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 224 วรรคสอง หรือไม่

3. เป็นความตกลงสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายที่มีเจตนาก่อให้เกิดพันธะผูกพันทางกฎหมายและ

4. ความตกลงนั้นต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ”

อนึ่ง มีข้อสังเกตบางประการจากคำวินิจฉัยดังกล่าว ในประเด็นเกี่ยวกับความหมายของหนังสือสัญญา ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “สนธิสัญญา” ซึ่งมี 4 ลักษณะตามที่ได้กล่าวมาในข้างต้น แต่ข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐและองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986 ความหมายของสนธิสัญญา นั้น ไม่ได้มีการกล่าวถึงลักษณะที่ว่า “เป็นความตกลงสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายที่มีเจตนาก่อให้เกิดพันธะผูกพันทางกฎหมาย” แต่อย่างใด นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังไม่ได้กล่าวถึงลักษณะที่สำคัญของสนธิสัญญาตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐและองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986 อีกสองประการ ก็คือ “ไม่ว่าจะปรากฏในตราสารฉบับเดียว หรือสองฉบับหรือตราสารที่เกี่ยวข้องกันมากกว่านั้นขึ้นไป” และ “ไม่ว่าจะมีชื่อเรียกเฉพาะว่าอย่างไรก็ตาม” อีกด้วย

3.1.3.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543 ที่วินิจฉัยว่าอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคสองในการวินิจฉัยดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญได้มีตีความคำว่า “หนังสือสัญญา” ดังต่อไปนี้[73]

“หนังสือสัญญา” แม้จะมิได้บัญญัติความหมายไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ก็อาจกล่าวได้ว่าหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 มีความหมายครอบคลุมถึง “ความตกลงทุกประเภทที่ประเทศไทยทำขึ้น กับนานาประเทศ หรือกับองค์การระหว่างประเทศโดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมาย ระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ หนังสือสัญญาดังกล่าวต้องมีลักษณะที่ทำขึ้นเป็นหนังสือ และเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ”

---

[73] คำวินิจฉัยที่ 33/2543 วันที่ 5 ตุลาคม 2543 เรื่อง อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นหนังสือที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคสอง หรือไม่

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตบางประการจากคำวินิจฉัยดังกล่าวข้างต้น ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยความหมายของหนังสือสัญญา แต่ก็ไม่ได้มีการอ้างอิงถึงความหมายของสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 หรือตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐและองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986 แต่อย่างใด

3.1.3.3 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551 ซึ่งได้วินิจฉัยว่าคำแถลงการณ์ร่วมไทย - กัมพูชากรณีเขาพระวิหาร ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 ว่าเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 โดยที่การวินิจฉัยดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญได้มีการตีความคำว่า “หนังสือสัญญา” ดังนี้[74]

“คำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศทุกประเภทที่จัดทำขึ้นระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศในรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษร และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะถูกบันทึกไว้ในเอกสารฉบับเดียวหรือหลายฉบับที่เกี่ยวพันกัน และไม่ว่าจะเรียกชื่อว่าอย่างไร อันเป็นความหมายที่ตรงกันกับคำว่า “treaty” ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และตรงกับที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยให้ความหมายไว้แล้วในคำวินิจฉัยที่ 11/2542 และคำวินิจฉัยที่ 33/2543

คำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 ประกอบด้วยการกระทำระหว่างรัฐต่อรัฐเป็นลายลักษณ์อักษร โดยผู้มีอำนาจทำหนังสือสัญญาของทั้งสองประเทศ ซึ่งปกติคำแถลงการณ์ร่วมที่ไม่ประสงค์จะให้มีผลทางกฎหมายนั้นไม่มีความจำเป็นต้องลงนาม แต่ในคำแถลงการณ์ร่วมนี้ฝ่ายไทยมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนาม นอกจากนี้คำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวยังมุ่งให้เกิดผลทางกฎหมายโดยพิจารณาจากพันธกรณีที่ทั้งสองฝ่ายจะจัดทำแผนบริหารจัดการพื้นที่ร่วมกัน คำแถลงการณ์ร่วมนี้จึงเข้าองค์ประกอบของลักษณะความตกลงระหว่างประเทศ โดยทั้งสองฝ่ายต่างสงวนสิทธิซึ่งกันและกัน เมื่อคำแถลงการณ์ร่วม

---

[74] คำวินิจฉัยที่ 6-7/2551 วันที่ 8 กรกฎาคม 2551 เรื่อง ประธานวุฒิสภา และประธานสภาผู้แทนราษฎร ส่งความเห็นของสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับคำแถลงการณ์ร่วม ไทย-กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 หรือไม่

ดังกล่าวมิได้กำหนดให้อยู่ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่ง จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ

เมื่อคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวเป็นหนังสือบันทึกข้อตกลงอันเป็นผลมาจากการประชุมร่วมกันระหว่างผู้ที่มีอำนาจทำความตกลงระหว่างประเทศผูกพันประเทศไทยและกัมพูชาได้โดยได้ประชุมทำความตกลงกันในรูปแบบและลักษณะของการประชุมเพื่อทำความตกลงระหว่างประเทศและผู้มีอำนาจทำการแทนประเทศทั้งสองก็ทำความตกลงกันได้ 6 ข้อ ดังที่บันทึกไว้ในคำแถลงการณ์ร่วมนั้น ด้วยเหตุนี้ คำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวจึงเข้าลักษณะเป็น “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 แล้ว”

คำวินิจฉัยดังกล่าวได้รับการสนับสนุนจาก ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ หากแต่ขัดกับความเห็นของอาจารย์ด้านนิติศาสตร์จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และจุฬาลงกรณ์หลายท่าน ซึ่งมีความเห็นตรงกับกับการตีความของกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศที่เห็นว่า คำแถลงการณ์ร่วมฯ ดังกล่าวไม่ใช่หนังสือสัญญาเนื่องจากไม่มีข้อความใด ๆ ที่บ่งบอกถึงข้อผูกพันทางกฎหมายที่จะมีผลทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตดินแดนของราชอาณาจักร นอกจากนี้แล้ว ในอดีตคำแถลงการณ์ร่วมหรือที่เรียกว่า “joint communiqué” ไม่เคยถือเป็นหนังสือสัญญาที่รัฐสภาต้องให้ความเห็นชอบ ซึ่งหลักการในการพิจารณาดังกล่าวสอดคล้องกับหลักการที่เป็นสากล กรณีนี้ตอกย้ำว่า การตีความว่าเอกสารใดเป็นหนังสือสัญญาตามกฎหมายนั้นยังไม่มีความชัดเจน ทำให้เกิดความไม่แน่นอนต่อผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่ มีผลให้เจ้าหน้าที่เลือกที่จะส่งหนังสือสัญญาเกือบทุกประเภทเข้ารัฐสภาเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาการถูกฟ้องตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 157 ฐานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบภายหลังดังที่ได้เกิดขึ้นกับข้าราชการกระทรวงการต่างประเทศ 4 ราย รวมถึงปลัดกระทรวงการต่างประเทศ อธิบดีกรมสนธิสัญญาและกฎหมายด้วยในกรณีของเขาพระวิหาร[75]

กล่าวโดยสรุป เมื่อพิเคราะห์จากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เกี่ยวกับนิยามของคำว่า “หนังสือสัญญา” ทั้งสามกรณีในอดีตตามที่ได้กล่าวมาในข้างต้นนั้น ผู้เขียนมีข้อสังเกตจากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอยู่สองประการ ซึ่งเป็นประเด็นเกี่ยวกับการตีความความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ดังนี้

ประการแรก จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542 ซึ่งได้วินิจฉัยว่า “สัญญาอื่น” หมายถึงหนังสือสัญญาที่ทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศซึ่งต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกับหนังสือสัญญาสันติภาพและหนังสือสัญญาสงบศึกจะเป็นหนังสือสัญญาภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งมิได้ นั้นจะเห็นได้

---

[75] เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 16.

ว่าเป็นการตีความโดยไม่ได้พิจารณาถึงเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติดังกล่าว ทั้งนี้ เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่น ในวรรคนี้ นั้นไม่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงไปจากที่เคยบัญญัติเมื่อครั้งในอดีตแต่อย่างใด ดังนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรจะนำเจตนารมณ์ตามมาตรา 54 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2475 มาพิจารณาประกอบการตีความด้วย จึงจะเป็นการตีความเพื่อค้นหาเหตุผลในกฎหมายหรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า“เจตนารมณ์ของกฎหมาย” (The spirit of the law) หรือ “วัตถุประสงค์ของกฎหมาย” (The objective of the law) ก็เพราะเพื่อจะให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วพยายามเลือกเฟ้นถ้อยคำมาใช้เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายดังกล่าว โดยเหตุนี้เมื่อเราสามารถหยั่งทราบเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายได้เราก็สามารถทราบความหมายของถ้อยคำที่เขียนไว้ในกฎหมายนั้นได้[76] อนึ่ง เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติตามมาตรา 54 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2475 ก็จะพบว่าเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญา ดังนั้น คำว่าอื่น ๆ จึงน่าจะหมายถึง หนังสือสัญญาทุกประเภท นอกจาก “หนังสือสัญญาสันติภาพสงบศึก” กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือเป็นบทบัญญัติที่ให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจทำหนังสือสัญญานอกเหนือไปจาก “หนังสือสัญญาสันติภาพสงบศึก” ด้วย

ประการที่สอง จากการที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้ความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551 อย่างไรก็ตาม แม้คำวินิจฉัยดังกล่าวจะให้ความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ว่ามีความหมายที่ตรงกันกับคำว่า “treaty” ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่าหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย นั้นมีความแตกต่างจากสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ในเรื่องรูปแบบของการทำความตกลงในแง่ของการมีผลใช้บังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจาก“หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ย่อมหมายถึงความตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น จึงไม่ได้หมายความรวมถึงความตกลงที่ทำด้วยวาจา แต่สนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ข้อ 2 (1) (เอ) บัญญัติว่า สนธิสัญญาต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่อย่างไรก็ตาม ในข้อ 3 (เอ) ของอนุสัญญาดังกล่าว ก็ได้บัญญัติว่า อนุสัญญาฉบับนี้ ไม่มีผลกระทบถึงผลทางกฎหมายของ “ความตกลงที่มิได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร” ซึ่งหมายความว่า ความตกลงที่มิได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรย่อมมีผลใช้บังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยถือเป็นสนธิสัญญาที่มีผลบังคับได้ตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือตามหลักกฎหมายทั่วไปของสนธิสัญญา นอกจากนี้

---

[76] สุเมธ จานประดับ, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการตีความกฎหมาย”, วารสารรพี ปี 2550, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 2550), น. 11-12.

ยังมีความแตกต่างในเรื่องการรับรองความสามารถของผู้ที่จะเข้ามาทำความตกลงระหว่างประเทศ โดยที่ตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยบัญญัติรับรองผู้ที่จะทำหนังสือสัญญากับประเทศไทยได้นั้น จะต้องเป็นประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศเท่านั้น แต่อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ข้อ 2 (1) (เอ) ซึ่งได้บัญญัติว่า สนธิสัญญา หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นเป็นหนังสือระหว่างรัฐต่าง ๆ ประกอบกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐและองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986 ข้อ 2 (1) (เอ) จะบัญญัติว่า สนธิสัญญา หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นเป็นหนังสือระหว่างรัฐต่าง ๆ หรือระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกับหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญไทยก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ข้อ 3 ซึ่งได้บัญญัติครอบคลุมไปถึงความมีผลใช้บังคับในทางระหว่างประเทศของความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับบุคคลระหว่างประเทศหรือผู้ทรงสิทธิอื่นๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ที่มิใช่รัฐ หรือองค์การระหว่างประเทศด้วย

3.1.3.4 คำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา

โดยหลักแล้ว สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ในฐานะที่ปรึกษาทางกฎหมายของฝ่ายบริหาร ดังนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาจึงถูกเข้าใจมาตลอดว่าเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบโดยตรงในการให้คำปรึกษาแก่หน่วยงานราชการเกี่ยวกับการตีความบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) ได้ให้ความเห็นต่อคณะรัฐมนตรี (01/2551) ว่า การวินิจฉัยประเภทของหนังสือสัญญาอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาจึงไม่พิจารณาให้ความเห็นทางกฎหมายตามนัยข้อ 9 (2) แห่งระเบียบคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าด้วยการรับปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ทั้งนี้ คณะกรรมการฯ ได้แสดงความเห็นว่า กระทรวงการต่างประเทศหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องอาจจะกำหนดแนวทางการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 190 ซึ่งแนวทางนี้อาจปรับเปลี่ยนได้ตามความเหมาะสม หรือตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่มีการพิจารณาข้อโต้แย้ง ในทางปฏิบัติ หน่วยงานของภาครัฐจะขอคำแนะนำจากกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งในบางกรณีที่มีความซับซ้อน กระทรวงการต่างประเทศอาจของคำปรึกษาจากคณะกรรมการกฤษฎีกาต่อเพื่อประกอบในการพิจารณา ในอดีตกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์ได้ทำหนังสือไปถึงคณะกรรมการกฤษฎีกาให้ช่วยตีความว่าการจัดทำเอกสารในรูปแบบของความตกลง หนังสือแลกเปลี่ยนและเอกสารที่เรียกว่า “Agreed Minute” ถือเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลทางกฎหมายได้หรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 6) ได้มีความเห็นว่าความตกลงไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของหนังสือแลกเปลี่ยน บันทึกรายงาน ฯลฯ

จะเป็นข้อผูกพันทางกฎหมายหรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับเจตนาที่แสดงออกของเอกสารนั้นๆ ซึ่งตอกย้ำแนวทางในการตีความคำว่าหนังสือสัญญาของศาลรัฐธรรมนูญตามที่ได้กล่าวมาแล้ว[77] ทั้งนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีการบันทึกความเห็นทางกฎหมายดังต่อไปนี้[78]

"คำว่า "Agreed Minute" หมายถึง "บันทึกหรือรายงานที่ได้ตกลงกัน" ซึ่งมีความหมายตรงกับ "procès-verbal" ในภาษาฝรั่งเศสโดยเคยมีการใช้ในภาษาไทยว่า "บันทึกวาจา" ซึ่งเป็นรายงานหรือบันทึกผลสรุปของการประชุมหรือที่มีการพูดจากันระหว่างการเจรจา (negotiation) Agreed Minute นี้ อาจมีผลทางกฎหมายเป็นสนธิสัญญา (treaty) ตามความหมายทั่วไปชนิดหนึ่ง และมีผลผูกพันทางกฎหมาย (legally binding force) ได้ หากคู่ภาคีแสดงเจตนา (intention) ตกลงกันให้เป็นเช่นนั้น การทำเอกสาร Agreed Minute ไม่ปรากฏว่ามีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้โดยเฉพาะว่าให้กระทำในกรณีใดและในรูปแบบใด แต่ปรากฏในทางปฏิบัติของการทำความตกลงระหว่างประเทศอยู่หลายกรณีโดยทั่วไปแล้ว Agreed Minute จะมีลักษณะเป็นรูปแบบหนึ่งของความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นตราสารประกอบหรือเพิ่มเติม (supplementary instrument) ความตกลงหลัก ทั้งนี้อาจเพื่อความสะดวก รวดเร็ว หรือลดขั้นตอนของแบบพิธีแต่ปรากฏมีบางกรณีที่มีการใช้ Agreed Minute เป็นชื่อของความตกลงหลัก Agreed Minute จึงอาจมีได้หลายลักษณะขึ้นอยู่กับเจตนาที่แสดงออกของภาคีผู้ทำความตกลง ซึ่งอาจเป็นได้ทั้งความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นความตกลงหลักหรือที่เป็นตราสารประกอบหรือเพิ่มเติมเพื่อเป็นหลักฐานแสดงความเข้าใจที่ตรงกันในการอธิบายความหมายของถ้อยคำหรือข้อความในความตกลงหลักหรือกำหนดทางปฏิบัติปลีกย่อยอื่นๆ หรืออาจเป็นรายงานแสดงผลการประชุมหรือการเจรจาก็ได้ ดังนั้น การพิจารณาผลในทางกฎหมายของเอกสาร Agreed Minute ในทางระหว่างประเทศจึงพิจารณาจากเจตนาของภาคีผู้ทำความตกลงว่ามุ่งหมายจะให้มีผลทางกฎหมายหรือไม่ ซึ่งอาจสังเกตจากถ้อยคำที่ใช้ในเอกสารว่าผู้ทำความตกลงทั้งสองฝ่ายเห็นพ้องกันที่จะก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ นอกจากนี้ อาจพิจารณาได้จากขั้นตอนบางประการเช่น หากมีการนำเอกสารนั้นไปจดทะเบียนกับสหประชาชาติ ตามข้อ 102 ของกฎบัตรสหประชาชาติ (Charter of the United Nations) ย่อมแสดงว่าภาคีผู้ทำความตกลงประสงค์ที่จะให้ Agreed Minute นั้นมีค่าทางกฎหมายเช่นเดียวกับสนธิสัญญา (treaty) เป็นต้น เอกสาร Agreed Minute ซึ่งแสดงถึงเจตนาจะให้เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีค่าบังคับทางกฎหมายต้องได้รับการปฏิบัติ โดยเป็นไปตามหลักที่ว่าสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติ (pacta sunt servanda) ทั้งนี้

---

[77] เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 17.

[78] เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 17-18.

ตามข้อ 26 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties) มิเช่นนั้นอาจก่อให้เกิดความรับผิดในทางระหว่างประเทศ (international responsibility) ได้ แต่เอกสาร Agreed Minute นั้น ภาคีผู้ทำความตกลงอาจมิได้มีเจตนาจะให้มีผลทางกฎหมายก็ได้ ซึ่งในทางปฏิบัติระหว่างประเทศก็ยังถือว่ามีผลผูกพันในทางการเมืองหรือในทางศีลธรรม (politically or morally binding force) ที่โดยปกติแล้วจะมีการปฏิบัติหากมีความเห็นไม่ตรงกันระหว่างภาคีเกี่ยวกับสถานะ ความผูกพันหรือขอบเขตในความหมายของถ้อยคำใน Agreed Minute ก็มักมีการแก้ไขปัญหาโดยการเจรจาหรือวิธีอื่นที่นิ่มนวลมากกว่าการใช้มาตรการทางกฎหมาย”

นอกจากนี้ สำนักกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้เคยอธิบายเกี่ยวกับองค์ประกอบของความเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยว่า “มาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญฯ มิได้กำหนดความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” จึงต้องพิจารณาโดยอาศัยแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551 ซึ่งได้วางแนวทางการพิจารณาการเป็นหนังสือสัญญาไว้ว่า “หนังสือสัญญา ได้แก่ ความตกลงทุกประเภทที่ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างรัฐต่างๆ หรือระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ โดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะมีชื่อเรียกว่าอย่างไร” ซึ่งสอดคล้องกับความเป็น สนธิสัญญา (Treaty) ตามข้อ 2 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และ ค.ศ. 1986 (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969/1986) ดังนั้น จึงสรุปองค์ประกอบของความเป็นหนังสือสัญญาได้ดังนี้[79]

(1) ความตกลงทุกประเภทที่ประเทศไทยทำขึ้นกับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ

(2) ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร

(3) ไม่ว่าจะถูกบันทึกไว้ในเอกสารฉบับเดียวกันหรือหลายฉบับ และไม่ว่าจะมีชื่อเรียกอย่างไร

(4) มีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ยิ่งไปกว่านั้น ในการพิจารณาข้อหารือของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในประเด็นเกี่ยวกับความหมายของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้นำคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมาใช้ประกอบการพิจารณา อาทิ ในบันทึกสำนักงานคณะกรรมการ

---

[79] สำนักกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คู่มือการพิจารณาการเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญฯ, น. 9.

กฤษฎีกา เรื่อง ความตกลงว่าด้วยการจัดตั้งศูนย์ความร่วมมืออนุภูมิภาค LMT-GT เรื่องเสร็จที่ 422/2552 ซึ่งวินิจฉัยว่า “...ความตกลงว่าด้วยการจัดตั้งศูนย์ความร่วมมืออนุภูมิภาค IMT-GT เข้าข่ายดำเนินการตามมาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 6) ได้พิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ 11/2542 (กรณีหนังสือแจ้งความจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาลมีไปถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศ) คำวินิจฉัยที่ 33/2543 (กรณีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ) และคำวินิจฉัยที่ 6-7/2551 (กรณีแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา) ประกอบกับหลักเกณฑ์ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ข้อ 2 ได้ให้ความหมายของคำว่า “สนธิสัญญา” เป็นแนวทางเดียวกันว่า หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยทำขึ้นระหว่างรัฐเป็นลายลักษณ์อักษร และตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะประกอบด้วยเอกสารฉบับเดียวหรือสองฉบับหรือมากกว่านั้นขึ้นไป และไม่ว่าจะเรียกชื่อว่าอย่างไรก็ตาม ดังนั้น คำว่า “หนังสือสัญญา” จึงมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “สนธิสัญญา” ซึ่งถือเป็นบ่อเกิดที่สำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และเป็นพันธกรณีที่รัฐภาคีจะต้องถือปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด ซึ่งกระบวนการอนุวัติการให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐมีความแตกต่างกันออกไป ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับนโยบายของแต่ละรัฐที่จะกำหนดว่าสนธิสัญญาประเภทใดถือว่าเป็นสนธิสัญญาที่มีผลผูกพันต่อรัฐที่จะกำหนดว่าสนธิสัญญาประเภทใดที่จะต้องผ่านกระบวนการให้สัตยาบันตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเสียก่อนเพื่อให้มีผลบังคับเป็นกฎหมายภายในของรัฐได้” และบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ข้อตกลงด้านกระบวนการตรวจสอบคุณภาพระหว่างกรมปศุสัตว์กับองค์การตรวจสอบคุณภาพอาหารของประเทศแคนาดาเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่ เรื่องเสร็จที่ 388/2552 ซึ่งวินิจฉัยว่า “...การพิจารณาข้อหารือนี้ ในเบื้องต้นจำเป็นต้องพิจารณาก่อนว่าหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีความหมายอย่างไร เมื่อพิจารณาความหมายและองค์ประกอบของคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยวางหลักเกณฑ์ไว้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551 สรุปความได้ว่า “หนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญมีความหมายครอบคลุมถึงความตกลงทุกประเภทที่ประเทศไทยทำขึ้นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ โดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ หนังสือสัญญาดังกล่าวต้องมีลักษณะทำขึ้นเป็นหนังสือ และเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ” ประกอบกับข้อ 2 วรรค 1 (เอ) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1969 และมาตรา 2 วรรค 1 (เอ) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันเอง ค.ศ. 1986 ได้ให้

คำนิยามของคำว่า “สนธิสัญญา” (Treaty) ซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกันกับคำว่า “หนังสือสัญญา” ไว้ว่าหมายถึง “ข้อตกลงระหว่างประเทศที่ได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างรัฐต่าง ๆ หรือระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันเอง และอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะทำขึ้นเป็นฉบับเดียวหรือหลายฉบับหรือหลายฉบับผนวกเข้าด้วยกันและไม่ว่าจะเรียกชื่อเช่นใด”

3.1.3.5 ความเห็นของศาลปกครอง

ในการตีความความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย โดยศาลปกครอง โดยหลักการแล้ว ศาลปกครองมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องในการกำหนดนิยามของคำว่าหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 เนื่องจากเป็นประเด็นที่เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ดี ในกรณีของเขาพระวิหารนั้นนอกจากมีประเด็นในการตีความของศาลรัฐธรรมนูญว่าคำแถลงการณ์ร่วมฯ เป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ที่ต้องได้รับการยินยอมจากรัฐสภาก่อนหรือไม่แล้ว ยังมีการตีความว่า คำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองและมีการฟ้องร้องให้ศาลปกครองกลางเพิกถอนกระบวนการทั้ง 3 ขั้นตอนที่นำไปสู่การจัดทำคำแถลงการณ์ร่วมฯ ดังกล่าวอีกด้วย อันได้แก่ (1) การเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี (2) มติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนามในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และ (3) การลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ พร้อมทั้งขอให้ศาลออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวฯ เพื่อให้แถลงการณ์ร่วมฯ และมติคณะรัฐมนตรีสิ้นผลชั่วคราว และให้ผู้ถูกฟ้องแจ้งการยุติความผูกพันตามแถลงการณ์ร่วมฯ ต่อองค์การยูเนสโกไว้ก่อน ทั้งนี้ เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน 2551 ศาลปกครองรับคำฟ้อง และต่อมาได้ออกคำสั่งกำหนดวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวโดยมีคำสั่งห้ามมิให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ และคณะรัฐมนตรีดำเนินการใดๆ ที่เป็นการอ้างหรือใช้ประโยชน์จากมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ที่เห็นชอบแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาและการดำเนินการตามมติดังกล่าวจนกว่าคดีจะถึงที่สุดหรือศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น คำวินิจฉัยของศาลปกครอง เป็นที่วิพากษ์วิจารณ์จากนักวิชาการด้านกฎหมายหลายท่าน อาทิ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์ รศ. มานิตย์ จุมปา และคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์กลุ่มหนึ่ง ในประเด็นเรื่องขอบเขตของอำนาจตุลาการในการวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลกับการกระทำทางปกครอง[80] แถลงการณ์ของ 5 อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

[80] การกระทำทางรัฐบาล หมายถึง การใช้อำนาจของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น การเสนอร่างกฎหมายเข้าสู่สภา การยุบสภา เป็นต้น รวมถึง

เห็นว่า การแยกกระบวนการในการจัดทำคำแถลงการณ์ร่วมฯ ออกจากการลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ นั้นไม่ถูกต้อง การเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ เป็นเพียงขั้นตอนเพื่อเตรียมการนำไปสู่การลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ เท่านั้น การกระทำทั้งสองนั้นยังไม่มีผลทางกฎหมายสู่ภายนอกและยังไม่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ จึงไม่อาจถือเป็นวัตถุแห่งคดีได้ อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองกลาง กลับนำการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี และมติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ มาใช้พิจารณาว่าเป็นการกระทำที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง นอกจากนี้แล้ว นักกฎหมายเหล่านี้ยังเห็นว่า คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีมี 2 สถานะคือสถานะที่เป็นฝ่ายบริหารและสถานะที่เป็นฝ่ายปกครอง ตามหลักกฎหมายมหาชน หากคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในความสัมพันธ์กับสภา เช่น เสนอหรือไม่เสนอกฎหมาย ยุบสภา หรือใช้อำนาจในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น ลงนามในสนธิสัญญา ดำเนินการเจรจากับต่างประเทศ เป็นต้น ศาลจะไม่เข้าไปควบคุม เพราะมีการควบคุมทางการเมืองและความรับผิดชอบต่อสภาและต่อประชาชนอยู่แล้วตามรัฐธรรมนูญ จึงไม่ใช่เรื่องที่ศาลปกครองจะใช้กฎหมายปกครองมาควบคุม นอกจากนั้น คำวินิจฉัยในคดีดังกล่าวข้างต้น ยังถูกนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ตัดสินในคดีที่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวเนื่องกับการกระทำทางรัฐบาลในกรณีความสัมพันธ์ระหว่างประเทศว่าไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ซึ่งได้แก่ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 ที่มูลนิธิข้าวขวัญและคณะฟ้องคดีเกี่ยวกับการที่รัฐบาลได้เจรจาลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) และผู้ฟ้องคดีได้ร้องขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนพิพากษา โดยศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่ามติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้ผู้แทนไปลงนามในข้อตกลงระหว่างประเทศถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง การที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญ กระทำการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม ถือเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง คำวินิจฉัยของศาลที่แตกต่างกันในการตัดสินคดีทั้งสองคดีข้างต้นก่อให้เกิดข้อกังขาเกี่ยวกับบรรทัดฐานในการวินิจฉัยการกระทำที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาล ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการดำเนินการพิจารณาตีความเกี่ยวกับหนังสือสัญญาตามมาตรา 190

ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การลงนามสนธิสัญญาต่างๆ การกระทำทางปกครอง หมายถึง การใช้อำนาจของรัฐบาลในฐานะหน่วยงานทางปกครอง เช่น การที่รัฐมนตรีมีคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ เป็นต้น

เนื่องจากมาตรา 190 วรรค 6 ระบุให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดกรณีหากมีปัญหาในการตีความภายใต้มาตรา 190 วรรค 2[81]

3.1.3.6 นิยามของหนังสือสัญญาของกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย

กรมสนธิสัญญาและกฎหมายเป็นหน่วยงานหลักที่ให้คำปรึกษาแก่หน่วยงานราชการว่าหนังสือสัญญาประเภทใดต้องได้รับการเห็นชอบจากรัฐสภา ที่ผ่านมา กรมสนธิสัญญาฯ มีความเห็นว่า “การที่ความตกลงฉบับใดฉบับหนึ่งนั้นจะเข้าหรือไม่เข้ามาตรา 190 นั้นมิได้อยู่ที่“ชื่อ” ของเอกสารว่า เป็น Agreed Minute MOU Declaration ฯลฯ เนื่องจากเราไม่มีมาตรฐานในการกำหนดว่าความตกลงลักษณะใดต้องมีชื่ออย่างไร ปัจจัยที่เป็นตัวตัดสินคือเนื้อหาสาระของหนังสือสัญญานั้นๆ เป็นหลักว่า (1) มีผลผูกพันภาคีหรือไม่ และ (2) มีผลกระทบอย่างกว้างขวาง หรือมีนัยสำคัญต่อประเทศหรือไม่ ซึ่งหน่วยงานเจ้าของเรื่องน่าจะเป็นผู้ที่วินิจฉัยได้ดีที่สุด”[82] อนึ่ง ความเห็นของกรมสนธิสัญญาและกฎหมายดังกล่าวเป็นความเห็นเกี่ยวกับความเป็นหนังสือสัญญาตามบทบัญญัติตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อย่างไรก็ตาม ในประเด็นเกี่ยวกับความหมายของคำว่าหนังสือสัญญานั้น กรมสนธิสัญญาและกฎหมายได้เคยอธิบายเกี่ยวกับชื่อของสนธิสัญญาว่าการที่มีการเรียกชื่อสนธิสัญญาต่าง ๆ กัน มีเหตุผลหลายประการด้วยกัน อาทิ เป็นแนวทางปฏิบัติของบางประเทศ หรือกลุ่มประเทศที่จะแบ่งกลุ่มสนธิสัญญาตามความสำคัญ หรือเพื่อที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาขั้นตอนการทำสนธิสัญญาในลักษณะที่แตกต่างกันตามกระบวนการกฎหมายภายใน เช่น หากเรียกชื่อเป็นบันทึกความเข้าใจ ก็อาจไม่จำเป็นต้องเสนอต่อรัฐสภา แต่หากเรียกชื่อว่าสนธิสัญญา หรือความตกลง ต้องผ่านกระบวนการให้ความเห็นชอบของรัฐสภา เป็นต้น ทั้งนี้ เหตุผลสำคัญน่าจะเป็นเรื่องของความสะดวก หรือหลีกเลี่ยงปัญหาการอภิปรายทางการเมือง สำหรับประเทศไทย ไม่ยึดถือแนวปฏิบัติดังกล่าวข้างต้นแต่จะพิจารณาจากเนื้อหาสาระ และพันธกรณีที่จะมีขึ้นเป็นสำคัญ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ในการจัดทำบันทึกการหารือในรูปแบบของบันทึกการเจรจา (Agreed Minutes) หรือบันทึกการหารือ (Record of Discussion) ปกติจะไม่ใช่สนธิสัญญา เนื่องจากยังไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างกันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ส่วนการจัดทำแถลงการณ์ร่วม (Joint Declaration) โดยทั่วไปจะเป็นถ้อยแถลงทางนโยบายซึ่งอาจก่อให้เกิดข้อผูกพันทางการเมือง (Political Commitment) แต่ยังไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศจึงไม่ถือเป็นสนธิสัญญาเช่นกัน แต่เนื่องจากแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวมีนัยที่เกี่ยวข้อง

---

[81] เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 18-20.

[82] เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 22.

กับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ จึงจำเป็นต้องเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 มาตรา 4(7)[83]

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าการวินิจฉัยความหมายของหนังสือสัญญา นั้นอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทราบถึงผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งวินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับความหมายของหนังสือสัญญา ทั้งในเรื่องระยะเวลาเริ่มต้นของการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ขอบเขตของการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ และองค์กรที่จะต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

3.1.4 ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

ในส่วนผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย จากการศึกษาวิจัยพบว่าการมีผลในทางกฎหมายผูกพันบุคคลหรือองค์กรของรัฐของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ให้บุคคลหรือองค์กรของรัฐต้องเคารพหรือปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ การไม่เคารพหรือไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอาจมีผลทำให้การกระทำนั้นเป็นอันขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ การมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ย่อมมีผลผูกพันต่อการกระทำของบุคคลหรือองค์กรของรัฐที่จะกระทำในภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยแล้วเท่านั้น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะไม่มีผลผูกพันต่อการกระทำของบุคคลหรือองค์กรของรัฐที่ได้เสร็จสิ้นไปแล้วก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย ซึ่งจะตรงกันข้ามกับการมีสภาพบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันต่อเฉพาะการกระทำของบุคคลหรือองค์กรที่จะกระทำภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยได้[84]

3.1.4.1 ระยะเวลาเริ่มต้นของการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

สำหรับประเด็นเรื่องระยะเวลาเริ่มต้นของการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดหลักทั่วไปเกี่ยวกับระยะเวลาเริ่มต้นของการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไว้ ในการพิจารณาปัญหาเรื่องระยะเวลาเริ่มต้นของการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ จึงต้องพิจารณาตามหลักทั่วไปของการเริ่มมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีผลผูกพันนับตั้งแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มี

---

[83] กองสนธิสัญญา กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, คู่มือการทำสนธิสัญญาหรือข้อตกลงต่าง ๆ, น. 4.

[84] อุดม รัฐอมฤต, รายงานการวิจัย เรื่อง สภาพบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ), 2550, น. 5.

คำวินิจฉัย ทั้งนี้เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญมีฐานะเป็นองค์กรตุลาการองค์กรหนึ่ง และวันที่ถือว่าศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยจะต้องถือเอาวันที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ทำคำวินิจฉัยกลางเสร็จเรียบร้อยแล้วและพร้อมที่จะอ่านคำวินิจฉัยหรือพร้อมที่จะเผยแพร่คำวินิจฉัยนั้นต่อสาธารณชน อย่างไรก็ตามหากรัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก็ย่อมมีผลตามระยะเวลาที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ[85]

3.1.4.2 ขอบเขตของการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

ในเรื่องขอบเขตของการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ อนึ่งเนื่องจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีส่วนประกอบหลายประการด้วยกันทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายตลอดจนเหตุผลประกอบการทำคำวิจัย ปัญหาว่าคำวินิจฉัยส่วนใดของศาลรัฐธรรมนูญที่มีผลผูกพันบุคคลหรือองค์กรของรัฐในการพิจารณาปัญหาดังกล่าว นอกจากตัวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญผูกพันแล้ว เหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้เพื่อตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญยังผูกพันด้วย แต่เหตุผลที่ผูกพันดังกล่าวหมายความเฉพาะเหตุผลที่เป็นสาระสำคัญในการวินิจฉัยคดีนั้นเท่านั้น ไม่รวมถึงเหตุผลแวดล้อมหรือเหตุผลประกอบที่ศาลรัฐธรรมนูญหยิบยกเพื่อสนับสนุนคำวินิจฉัยของตนเท่านั้น และแม้การวินิจฉัยดังกล่าวจะเป็นการวินิจฉัยในประเด็นปัญหาเบื้องต้นก่อนที่จะไปวินิจฉัยในประเด็นปัญหาหลักของเรื่อง ถ้าเหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้ในการวินิจฉัยเป็นเหตุผลที่เป็นสาระสำคัญอันจะขาดเสียมิได้ในการวินิจฉัยคดี คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยในประเด็นปัญหาเบื้องต้นย่อมมีผลผูกพันบุคคลหรือองค์กรของรัฐเช่นเดียวกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยในประเด็นปัญหาหลักของเรื่อง[86]

3.1.4.3 องค์กรที่จะต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

โดยหลักทั่วไปแล้วคำพิพากษาของศาลย่อมมีผลผูกพันเฉพาะคู่ความในคดีหรือผู้สืบสิทธิของบุคคลดังกล่าวเท่านั้น เว้นแต่กฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น แต่โดยเหตุที่อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องที่เกี่ยวพันกับรัฐธรรมนูญซึ่งสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการเมือง และโดยเหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยรักษาดุลยภาพในทางการเมืองไว้[87]

---

[85] *เพิ่งอ้าง,* น.277.

[86] *เพิ่งอ้าง*, น. 277-278.

[87] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 47/2547 กับตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน,” วารสารข่าวกฎหมายใหม่, ปีที่ 3, ฉบับที่ 62, ตุลาคม 2548 น. 51.

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ได้มีผลผูกพันเฉพาะบุคคลผู้เป็นคู่กรณีในคดีนี้เท่านั้น แต่มีผลผูกพันบุคคลอื่นบุคคลอื่นที่ไม่ได้เป็นคู่กรณีในคดีและองค์กรของรัฐทุกองค์กรด้วย[88]

กล่าวโดยสรุปแล้ว ในเรื่องบุคคลที่ถูกผูกพันต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาว่าบุคคลใดบ้างที่ถูกผูกพันต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา คือ การพิจารณาว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นคำวินิจฉัยประเภทใด ถ้าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นคำวินิจฉัยที่มีผลเป็นการชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย[89] อนึ่ง ศาสตราจารย์อุดม รัฐอมฤต ท่านได้เคยยกตัวอย่างกรณีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 198 และมาตรา 164 ซึ่งปัจจุบันรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้สิ้นสุดลงแล้วว่า บุคคลที่ถูกผูกพันต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คือ บุคคลผู้เป็นคู่ความในคดี (ซึ่งอาจเป็นองค์กรของรัฐ) องค์กรของรัฐ และบุคคลโดยทั่วไป เพราะคำวินิจฉัยดังกล่าวมีผลบังคับเป็นการทั่วไปเช่นเดียวกับกฎหมาย แต่ถ้าคำวินิจฉัยนั้นเป็นคำวินิจฉัยกรณีอื่นที่มิใช่การชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เช่น กรณีตามมาตรา 266 บุคคลที่ถูกผูกพันต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญคือ คู่ความในคดีและองค์กรของรัฐ[90]

3.2 พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการทำหนังสือสัญญา

จากการศึกษาค้นคว้าพบว่ารัฐธรรมนูญของประเทศไทยนับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันมีเพียงรัฐธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 36 ซึ่งระบุให้ “การเจรจาทางการเมืองกับต่างประเทศเป็นหน้าที่ของกรรมการผู้แทนราษฎร” และมิได้ทำในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ พระมหากษัตริย์ทรงมีแต่เพียงพระราชอำนาจที่จะให้สัตยาบันสัญญาทางพระราชไมตรีเท่านั้น และการใช้พระราชอำนาจก็ต้องตามคำแนะนำของกรรมการราษฎร[91] ต่อมาในภายหลังรัฐธรรมนูญทุกฉบับได้มีการบัญญัติถึงอำนาจของฝ่ายบริหาร ซึ่งใช้อำนาจในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์เพื่อทำหนังสือสัญญาที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ อันได้แก่ หนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น ทั้งนี้ หากพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับเรื่องนี้ อาทิ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา

---

[88] อุดม รัฐอมฤต, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 83*, น. 215-216.

[89] *เพิ่งอ้าง*, น. 278.

[90] *เพิ่งอ้าง*, น. 278.

[91] นพนิธิ สุริยะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 121.

190 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ” อย่างไรก็ตาม แม้ตัวอักษรจะทำให้คิดไปได้ว่าพระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจ แต่ก็ไม่เคยปรากฏว่าทรงลงพระปรมาภิไธยในสนธิสัญญาฉบับใด[92] ทั้งนี้ เนื่องจากพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระอำนาจในการทำความตกลงระหว่างประเทศ ผ่านทาง “คณะรัฐมนตรี” หรือฝ่ายบริหาร ซึ่งได้แก่ คณะรัฐมนตรี กระทรวงและกรม ซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ

3.3 ผู้ที่จะเข้ามาทำหนังสือสัญญากับประเทศไทย

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ซึ่งจะพบว่าได้ว่ายังคงจำกัดเพียง “ประเทศ” (Country) กับ “องค์การระหว่างประเทศ” (International Organization) เท่านั้น ที่รัฐธรรมนูญของประเทศไทยบัญญัติรับรองว่าสามารถเข้ามาทำหนังสือสัญญากับประเทศไทยได้

3.3.1 รัฐ

“ประเทศ” ซึ่งภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Country” นั้น ตรงกับคำว่า “State” (รัฐ) ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ข้อ 6 ทั้งนี้ ผู้ที่จะมาเป็นภาคีกับประเทศไทยนั้นแม้จะไม่มีลักษณะเป็นรัฐอย่างเต็มที่ แต่ถ้าหากเป็นองคภาวะ (Entity) ที่ได้รับการรับรอง ก็อยู่ภายในบังคับของมาตรานี้ เช่น เดอะ โฮลี่ ซี (The Holy See) ซึ่งได้มีการรับรองในเรื่องดินแดน (นครวาติกัน) อธิปไตย และเขตอำนาจ (Jurisdiction) โดยข้อ 4 แห่งสนธิสัญญาแลทเทอรัน (Lateran Treaty) ระหว่าง The Holy See และ Italy. เดอะ โฮลี่ ซี มีสถานภาพในกฎหมายระว่างประเทศได้เพราะบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ เต็มใจและยินดีที่จะมีความสัมพันธ์ด้วย[93] อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่จะต้องตรวจสอบสถานะของคู่ภาคีว่ามีความเป็นประเทศหรือไม่นั้น การพิจารณาความหมายของประเทศจะดูจากองค์ประกอบการเป็นรัฐ ได้แก่ อาณาเขต ประชากร และอำนาจอธิปไตย ซึ่งจะต้องมีครบถ้วน รวมทั้งจะต้องตรวจสอบด้วยว่าประเทศไทยได้ให้การรับรอง

---

[92] นพนิธิ สุริยะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 138.

[93] นพนิธิ สุริยะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 147-148.

(recognition)[94] สถานะความเป็นรัฐให้แก่คู่ภาคีในความตกลงหรือไม่ เพราะแม้อีกฝ่ายหนึ่งจะมีองค์ประกอบการเป็นรัฐครบตามที่กล่าวถึงข้างต้น แต่หากประเทศไทยไม่ให้การรับรองก็ไม่อาจถือว่าภาคีนั้นมีสถานะเป็นรัฐ ความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างกันก็จะไม่เป็นความตกลงที่ประเทศไทยทำกับประเทศอื่นและไม่เป็นหนังสือสัญญา เช่น กรณีไต้หวันซึ่งประเทศไทยไม่ให้การรับรองว่ามีสถานะเป็นรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศเนื่องจากประเทศไทยยึดนโยบายจีนเดียวและได้ให้การรับรองว่าสาธารณรัฐประชาชนจีนเป็นรัฐบาลที่ชอบด้วยกฎหมายของจีน ดังนั้น ในการทำความตกลงเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยกับไต้หวัน จึงมีการใช้ถ้อยคำเรียกไต้หวันว่าเป็นอาณาเขต (territory) มิใช่ประเทศ และความตกลงที่ทำขึ้นดังกล่าวไม่เป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ[95]

3.3.2 องค์การระหว่างประเทศ

องค์การระหว่างประเทศ (International Organization) หมายถึงองค์การที่เป็นของรัฐบาล ส่วนที่มิใช่ของรัฐบาล (Non-Government Organization) ก็ไม่เข้าข่าย ทั้งนี้ยกเว้นองค์การที่มีกฎหมายระหว่างประเทศรับรองว่ามีสภาพบุคคลเช่น “องค์การกาชาดสากล” อนึ่งมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่ารัฐธรรมนูญได้เริ่มรับรองสถานภาพขององค์การระหว่างประเทศไว้ตั้งแต่ฉบับ พ.ศ. 2517 โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 195 ในขณะที่อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986 ซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องดังกล่าวยังไม่มีผลใช้บังคับ[96]

ดังนั้น ในกรณีจะต้องตรวจสอบสถานะของคู่ภาคีว่ามีความเป็นองค์การระหว่างประเทศหรือไม่ โดยหากผลการตรวจสอบปรากฏว่า คู่ภาคีไม่เป็นประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ

---

[94] การรับรอง (recognition) รัฐและรัฐบาล เป็นนโยบายของรัฐที่ให้การรับรองทำให้รัฐที่ได้รับการรับรองได้สถานะความเป็นรัฐหรือสถานะของความเป็นรัฐบาลในสายตาของรัฐผู้ให้การรับรอง และรัฐที่ได้รับการรับรองได้สิทธิและสามารถใช้สิทธิตามกฎหมายภายในของรัฐที่ให้การรับรองด้วย

[95] ณัฐนันทน์ อัศวเลิศศักดิ์, “แนวทางการพิจารณาการเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย,” วารสารกฤษฎีกาสาร ปีที่ 9 ฉบับที่ 4 เดือนเมษายน - พฤษภาคม, 2557, น. 13.

[96] นพนิธิ สุริยะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 148.

จะส่งผลให้ความตกลงนั้นไม่เข้าข่ายเป็นหนังสือสัญญาโดยไม่ต้องตรวจสอบองค์ประกอบในข้ออื่นอีก[97]

นอกจากนี้ เนื่องจากหนังสือสัญญา หมายถึง ความตกลงที่ประเทศไทยหรือรัฐบาลไทยเป็นคู่ภาคีกับต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศเท่านั้น กรณีที่หน่วยงานของรัฐจัดทำความตกลงในนามของตนและภายใต้อำนาจหน้าที่ของตน จะถือเป็นความตกลงในระดับหน่วยงานและไม่เป็นหนังสือสัญญา แต่หากการปฏิบัติตามความตกลงฯ หน่วยงานดังกล่าวไม่อาจทำได้เพียงลำพังโดยต้องให้หน่วยงานอื่นร่วมด้วย กรณีจะเป็นเรื่องที่ไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานนั้น และจะต้องจัดทำความตกลงในระดับหนังสือสัญญา เพื่อให้คณะรัฐมนตรีสั่งการให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการตามความตกลงต่อไป เช่น ในการทำความตกลงเกี่ยวกับการส่งแรงงานไปต่างประเทศซึ่งการดำเนินการให้เป็นไปตามความตกลงฯ นอกจากจะอยู่ในความรับผิดชอบของกระทรวงแรงงานแล้ว ยังมีหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องด้วย ได้แก่ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ในกรณีการตรวจลงตรา กระทรวงสาธารณสุขในกรณีตรวจสุขภาพ กระทรวงการต่างประเทศในกรณีความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและการดูแลคนไทยในต่างประเทศ หรือในการทำความตกลงหุ้นส่วนยุทธศาสตร์ระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศ เป็นเรื่องที่ผูกพันคู่ภาคีในเรื่องการเมืองและความมั่นคง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และวิทยาศาสตร์ ซึ่งมิใช่เรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานใดเพียงลำพัง ดังนั้น ความตกลงดังกล่าวที่จะทำขึ้นจึงต้องเป็นความตกลงระหว่างประเทศไทยหรือรัฐบาลไทยกับต่างประเทศ มิใช่ความตกลงในระดับหน่วยงาน[98]

3.4 บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยที่เกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

เมื่อครั้งพุทธศักราช 2475 ประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันเป็นการเข้าสู่การทำความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบใหม่ ซึ่งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับต่าง ๆ ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับบทบาทของฝ่ายนิติบัญญัติในการทำหนังสือสัญญาที่สำคัญว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาเสียก่อน อนึ่ง ในเรื่องนี้นักกฎหมายระหว่างประเทศได้มีการใช้ชื่อเรียกการมีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติเกี่ยวกับสนธิสัญญาตามกฎหมายรัฐธรรมนูญแตกต่างกันออกไป เช่น

---

[97] ณัฐนันทน์ อัศวเลิศศักดิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 94*, น. 13.

[98] ณัฐนันทน์ อัศวเลิศศักดิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 94*, น. 14.

ท่าน Fitzmaurice ใช้คำว่า “Ratification”[99] ซึ่งแปลว่า “การให้สัตยาบัน” ในขณะที่หลายท่านใช้คำว่า “การให้ความเห็นชอบ” หรือ Approval[100] ในขณะที่ Lord Templeman เห็นว่า คำว่า “Ratification” หมายถึง การได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา (approval Parliament)[101] แต่ไม่ว่าจะเรียกชื่อว่าอย่างไรก็ตาม การให้ความเห็นชอบหรือการให้สัตยาบันนั้นหมายถึง เป็นการแสดงเจตนาหรือการมีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติตามกฎหมายรัฐธรรมนูญของรัฐเกี่ยวกับสนธิสัญญาบางประเภท เพื่อที่จะให้สนธิสัญญานั้นมีผลใช้บังคับในระดับในประเทศ (domestic plane) ดังนี้ เพื่อให้ทราบถึงวิวัฒนาการของบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยที่เกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติในการให้ความเห็นชอบต่อหนังสือสัญญาบางประเภท โดยจะขออธิบายเป็นสองส่วน ซึ่งจะขอแบ่งเป็นสองช่วงเวลา โดยที่ในส่วนแรก คือตั้งแต่พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราวพุทธศักราช 2475 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 และส่วนที่สอง คือตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

---

[99] See Do Treaties need Ratification? British Yearbook of international Law, 1934, อ้างใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการทำหนังสือหนังสือสัญญาตาม มาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550,” เอกสารงานสัมมนาทางวิชาการประจำปีของคณะนิติศาสตร์ ครั้งที่ 5, สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2559, http://law.tu.ac.th/news.php?lang=th&newstext=337.

[100] See Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties: A Comparative Study, (The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1994), Yuji Iwaswa, International Law Human Rights and Japanese Law, (Great Britain: Clarendon Press, 1998, p.12, อ้างใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการทำหนังสือหนังสือสัญญาตาม มาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550,” เอกสารงานสัมมนาทางวิชาการประจำปีของคณะนิติศาสตร์ ครั้งที่ 5, สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2559, http://law.tu.ac.th/news.php?lang=th&newstext=337

[101] Lord Templeman, Treaty-Making and British Parliament, in Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties: A comparative Study, The Neterlands: Martinus Nikhoff Publishers, 1994), p.157, อ้างถึงใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการทำหนังสือหนังสือสัญญาตาม มาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550, เอกสารงานสัมมนาทางวิชาการประจำปีของคณะนิติศาสตร์ ครั้งที่ 5, สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2559, http://law.tu.ac.th/news.php?lang=th&newstext=337.

3.4.1 ตั้งแต่พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราวพุทธศักราช 2475 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521

รัฐธรรมนูญในอดีตที่ผ่านมาตั้งแต่พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราวพุทธศักราช 2475 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติในการให้ความเห็นชอบหนังสือสัญญาบางประเภท ดังนี้[102]

(1) รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2475 มาตรา 54 วรรค 3 บัญญัติว่า “หนังสือสัญญาใดๆ มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตสยาม หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้เป็นไปตามสัญญาไซร้ ท่านว่าต้องได้รับความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร”

(2) รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2489 มาตรา 76 วรรค 2 บัญญัติว่า “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้เป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา”

(3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 154 วรรค 2 บัญญัติว่า “หนังสือสัญญาใด มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้เป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา”

(4) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 มาตรา 92 วรรค บัญญัติว่า “หนังสือสัญญาใด มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้เป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร”

(5) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 195 วรรค 2 บัญญัติว่า “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้เป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา”

(6) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 195 วรรค 2 บัญญัติว่า “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตอธิปไตยแห่งชาติ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา หรือสนธิสัญญาพันธมิตรทางทหาร ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา”

---

[102] ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการทำหนังสือหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550”, เอกสารงานสัมมนาทางวิชาการประจำปีของคณะนิติศาสตร์ ครั้งที่ 5, สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2559, http://law.tu.ac.th/news.php?lang=th&newstext=337.

(7) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 162 วรรค 2 บัญญัติว่า “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตอธิปไตยแห่งชาติ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา”

3.4.2 ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติในการให้ความเห็นชอบหนังสือสัญญาบางประเภท ดังนี้[103]

(1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 178 วรรค 2 บัญญัติว่า “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตอำนาจแห่งรัฐ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา”

อนึ่ง จากการศึกษารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในเชิงประวัติศาสตร์ตามที่ได้กล่าวมาในข้างต้น มีข้อสังเกตดังนี้[104]

ประการที่หนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่เพิ่มประเภทของสนธิสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบอีกสองประเภทคือ “สนธิสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอธิปไตยแห่งชาติ” และ “สนธิสัญญาพันธมิตรทางทหาร”

ประการที่สอง รัฐธรรมนูญฉบับต่อมาคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ได้ตัด “สนธิสัญญาทางทหาร” ออกไปแต่ยังคงสนธิสัญญามีบทเปลี่ยนแปลงเขตอธิปไตยแห่งชาติไว้เหมือนเดิม

ประการที่สาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ได้เปลี่ยนจากคำว่า “เขตอธิปไตยแห่งชาติ” มาเป็น “เขตอำนาจแห่งรัฐ”

(2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 224 วรรค 2 บัญญัติว่า “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตอำนาจแห่งรัฐ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา” หมายความว่าตามมาตรา 224 วรรค 2 มีสนธิสัญญาอยู่สามประเภทที่จะต้องให้รัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติ (ซึ่งประกอบไปด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา) ให้ความเห็นชอบ สนธิสัญญาทั้งสามที่ว่านี้ได้แก่

1) สนธิสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย

2) สนธิสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ หรือ

---

[103] เพิ่งอ้าง.

[104] *เพิ่งอ้าง.*

3) สนธิสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา

(3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 วรรค 2 บัญญัติว่า

“หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว”

ตามบทบัญญัติมาตรานี้ หนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ได้แก่[105]

1) หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย

2) หนังสือสัญญามีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามมาตราตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ

3) หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา

4) หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ

5) หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง

6) หนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า

7) หนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการลงทุน

8) หนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านงบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ

(4) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 วรรค 2 บัญญัติว่า

“หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว”

จากบทบัญญัติตามมาตรานี้ จะเห็นได้ว่ายังคงไว้ซึ่งบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฉบับเดิม (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550) โดยที่ไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมในบทบัญญัติที่เกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

---

[105] *เพิ่งอ้าง.*

(5) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 23 วรรค 2 บัญญัติว่า

“หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง ต้องได้รับความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ในการนี้ สภานิติบัญญัติแห่งชาติจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง”

จากบทบัญญัติเกี่ยวกับหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 23 ดังกล่าวข้างต้น ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบความแตกต่างในการทำหนังสือสัญญา ตามมาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 กับการทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้วนั้น พบว่าการทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มีหนังสือสัญญาที่ต้องผ่านความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติเพียง 4 ประเภท จากเดิมซึ่งตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มี 5 ประเภท โดยมีการตัดหนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญออกไป และลดขั้นตอนต่าง ๆ ลงจากเดิม เช่น ก่อนดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญาคณะรัฐมนตรีไม่ต้องมีการให้ข้อมูล จัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน เสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภา และดำเนินการแก้ไขเยียวยาแก่ประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมที่ได้รับผลกระทบ และนอกจากนี้ ยังไม่ได้กำหนดให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ และเปลี่ยนแปลงผู้เสนอเรื่องเข้าสู่อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาดว่าหนังสือสัญญาใดจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ซึ่งจากเดิมผู้มีอำนาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ คือ ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานรัฐสภา หรือประธานวุฒิสภา แล้วแต่กรณี แต่ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกำหนดไว้ว่ากรณีมีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติมีเพียงคณะรัฐมนตรีเท่านั้นที่อาจจะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ได้ และยังได้กำหนดระยะเวลาที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวัน ซึ่งแตกต่างไปจากเดิมที่ไม่ได้กำหนดระยะเวลาการพิจารณาให้แล้วเสร็จตามกรอบเวลาดังกล่าว

3.5 การระบุประเภทของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ

จากการศึกษารัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ พบว่า การระบุประเภทของหนังสือสัญญาไว้ในรัฐธรรมนูญ นั้นมีการกำหนดไว้แตกต่างกัน ซึ่งอาจจำแนกได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่ มีการระบุประเภทของหนังสือสัญญา ไม่มีการระบุประเภทของหนังสือสัญญา และ ไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาไว้ในรัฐธรรมนูญ

3.5.1 มีการระบุประเภทของหนังสือสัญญา

ประเทศที่มีการระบุประเภทของหนังสือสัญญาไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ประเทศเกาหลีใต้ ประเทศอินโดนีเซีย ประเทศแอฟริกาใต้ และประเทศโมร็อกโก ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไปนี้

3.5.1.1 ประเทศเกาหลีใต้

จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 60 ของรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) บัญญัติประเภทของหนังสือสัญญาที่ต้องให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติให้ความยินยอมในการจัดทำและให้สัตยาบัน ได้แก่ สนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับความช่วยเหลือซึ่งกันและกัน หรือการรักษาความปลอดภัยร่วมกัน สันติภาพ สนธิสัญญาเกี่ยวกับองค์กรระหว่างประเทศที่สำคัญของสนธิสัญญามิตรภาพการค้าและการเดินเรือ สนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดอำนาจอธิปไตยใด ๆ สนธิสัญญาสันติภาพ สนธิสัญญาที่มีผลผูกพันแก่รัฐหรือประชาชนทางการเงินที่สำคัญ หรือสนธิสัญญาที่จำเป็นต้องมีการตรากฎหมาย[106]

3.5.1.2 ประเทศอินโดนีเซีย

มาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญของอินโดนีเซียบัญญัติประเภทของหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร ได้แก่ สนธิสัญญาที่ส่งผลกระทบอย่างกว้างขวางและพื้นฐานในชีวิตของประชาชนซึ่งจะเชื่อมโยงกับภาระทางการเงินของรัฐและ / หรือที่จะต้องแก้ไขหรือมีการตรากฎหมาย (Dewan Perwakilan Rakyat or DPR)[107]

3.5.1.3 ประเทศแอฟริกาใต้

รัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้ได้บัญญัติประเภทหนังสือสัญญาเฉพาะกรณีที่เป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร แต่หนังสือสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากสภาไม่มีการบัญญัติแบ่ง

---

[106] สำนักกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 55,* น. 3.

[107] *เพิ่งอ้าง,* น. 4.

ประเภทเอาไว้ โดยมาตรา 231 ของรัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้บัญญัติว่า ในการเจรจาและลงนามในความตกลงระหว่างประเทศเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร โดยความตกลงดังกล่าวจะมีผลผูกพันสาธารณรัฐภายหลังจากที่สภาแห่งรัฐ และ National Council of Provinces ได้มีมติอนุมัติ ยกเว้น ความตกลงระหว่างประเทศที่โดยสภาพเกี่ยวกับเทคนิค การปกครอง และการบริหาร หรือความตกลงซึ่งไม่ต้องมีการให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติ ฝ่ายบริหารเป็นผู้ทำเข้าทำความตกลงก็มีผลผูกพันรัฐโดยไม่ต้องได้รับการอนุมัติจากสภาแห่งรัฐ และ National Council of Provinces แต่ต้องเสนอต่อสภาแห่งรัฐ และ National Council of Provinces เพื่อพิจารณาในเวลาอันสมควร[108]

3.5.1.4 ประเทศโมร็อกโก

มาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญของโมร็อกโกบัญญัติว่า พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจในการแต่งตั้งเอกอัครราชทูตไปประจำยังต่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจในการลงนามและให้สัตยาบันสนธิสัญญา สนธิสัญญาที่มีผลผูกพันทางด้านการเงินของรัฐจะได้รับการให้สัตยาบันเมื่อได้รับการรับความเห็นชอบตามกฎหมายสนธิสัญญาซึ่งอาจมีผลต่อบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญต้องได้รับความเห็นชอบตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ[109]

3.5.2 ไม่มีการระบุประเภทของหนังสือสัญญา

ส่วนประเทศที่ไม่มีการระบุประเภทของหนังสือสัญญาไว้ในรัฐธรรมนูญเลย ก็ได้แก่ ประเทศเวียดนาม ประเทศสิงคโปร์ ประเทศแคนาดา และประเทศจีน

3.5.2.1 ประเทศเวียดนาม

สำหรับประเทศเวียดนาม มาตรา 84 ของรัฐธรรมนูญของเวียดนามมีบทบัญญัติให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติมีอำนาจและหน้าที่ในการให้สัตยาบันหรือยกเลิกสนธิสัญญาที่ลงนามโดยประธานาธิบดี โดยไม่มีการระบุประเภทของหนังสือสัญญาไว้[110]

3.5.2.2 ประเทศสิงคโปร์

มาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญของสิงคโปร์บัญญัติให้เสนอสนธิสัญญาให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบ และสนธิสัญญาที่ดำเนินการโดยฝ่ายบริหารจะใช้บังคับได้ต้องตราเป็นกฎหมาย

---

[108] *เพิ่งอ้าง*, น. 6.

[109] *เพิ่งอ้าง*, น. 6.

[110] *เพิ่งอ้าง*, น. 6.

ภายในและกฎหมายดังกล่าวต้องผ่านการพิจารณาของรัฐสภา โดยไม่มีการระบุประเภทของหนังสือสัญญาไว้[111]

3.5.2.3 ประเทศแคนาดา

มาตรา 132 ของรัฐธรรมนูญแคนาดาบัญญัติเพียงให้รัฐสภาและรัฐบาลของแคนาดามีอำนาจที่จำเป็นและเหมาะสมสำหรับการดำเนินการเพื่อผูกพันรัฐหรือบางส่วนต่อรัฐต่างประเทศสำหรับสนธิสัญญาระหว่างรัฐและต่างประเทศ โดยไม่มีการระบุประเภทของสนธิสัญญาไว้[112]

3.5.2.4 ประเทศจีน

มาตรา 67 รัฐธรรมนูญของจีนบัญญัติให้สภาประชาชนมีอำนาจในการให้สัตยาบันหรือเพิกถอนสนธิสัญญา โดยไม่มีการระบุประเภทของหนังสือสัญญาไว้[113]

3.5.3 ไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาไว้ในรัฐธรรมนูญ

ประเทศที่มิได้อยู่ทั้งในประเภทที่มีหรือไม่มีการระบุประเภทของหนังสือสัญญาเนื่องจากไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาไว้ในรัฐธรรมนูญเลย ได้แก่ ประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์

3.5.3.1 ประเทศออสเตรเลีย

ออสเตรเลียมีระบบมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา มีรูปแบบรัฐบาลเป็นสหพันธรัฐ มีประมุขของประเทศ คือ สมเด็จพระราชินีนาถอลิซาเบธที่ 2 โดยที่รัฐธรรมนูญของออสเตรเลียกำหนดให้อำนาจบริหารเป็นของสมเด็จพระราชินี โดยที่พระองค์ทรงใช้อำนาจดังกล่าวผ่านทางผู้สำเร็จราชการ (Governor-general) ในฐานะผู้แทนพระองค์ของสมเด็จพระราชินีผู้สำเร็จราชการมีอำนาจรวมถึงการแต่งตั้งรัฐมนตรีและผู้พิพากษา การยุบสภา และการลงนามบังคับใช้กฎหมาย นอกจากนี้ ผู้สำเร็จราชการยังดำรงตำแหน่งผู้บัญชาการสูงสุดของกองทัพด้วย โดยในทางธรรมเนียมปฏิบัตินั้น ผู้สำเร็จราชการจะใช้อำนาจตามคำแนะนำของรัฐมนตรี อนึ่ง การจัดทำหนังสือสัญญาของออสเตรเลีย ในกระบวนการจัดทำหนังสือสัญญาของประเทศออสเตรเลีย อำนาจในการจัดทำหนังสือสัญญาเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร โดยคณะรัฐมนตรีมีบทบาทในการกำหนดแนวทางการเจรจา การต่อรอง และการตัดสินใจในการลงนามและการให้สัตยาบันในสนธิสัญญา อย่างไรก็ตาม ภายใต้หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ได้มีการกำหนดให้การจัดทำหนังสือสัญญาของคณะรัฐมนตรีต้องเสนอต่อรัฐสภาเพื่อ

---

[111] *เพิ่งอ้าง*, น. 7.

[112] *เพิ่งอ้าง*, น. 7-8.

[113] *เพิ่งอ้าง*, น. 7.

ขอความเห็นชอบ ในส่วนของกระบวนการจัดทำหนังสือสัญญา แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะมิได้มีการกำหนดเกี่ยวกับกระบวนการจัดทำหนังสือสัญญาโดยรัฐสภาเอาไว้ อย่างไรก็ตาม ในกระบวนการจัดทำหนังสือสัญญาทุกฉบับ จะต้องเสนอต่อรัฐสภาเพื่อผ่านการพิจารณาของทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา โดยกรณีหากเป็นหนังสือสัญญาที่รัฐบาลเห็นว่า มิใช่เรื่องเร่งด่วนหรือเรื่องละเอียดอ่อนที่เปิดเผยแล้วอาจส่งผลกระทบต่อความรู้สึกของประชาชน จะต้องมีการเสนอต่อรัฐสภาล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 15 วัน ก่อนที่จะมีการดำเนินการเพื่อให้หนังสือสัญญามีผลผูกพัน โดยหนังสือสัญญาประเภทนี้มักจะมีลักษณะและแบบฟอร์มที่ทำขึ้นเป็นประจำ และไม่มีข้อโต้แย้งใด ๆ ในการทำสนธิสัญญา ซึ่งแบ่งออกเป็นหนังสือสัญญาแบบทวิภาคี ได้แก่ ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน สนธิสัญญาว่าด้วยการขจัดภาษีซ้อน ความร่วมมือในทางอาญา การส่งผู้ร้ายข้ามแดน การบริการทางอากาศ เป็นต้น หนังสือสัญญาแบบสัญญาพหุภาคี นอกจากนี้ สำหรับกรณีของหนังสือสัญญาที่มีเนื้อหาในทางการเมือง เศรษฐกิจ หรือสังคมที่สำคัญซึ่งมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะต้องเสนอต่อรัฐสภาล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 20 วันก่อนที่จะมีการดำเนินการเพื่อให้หนังสือสัญญามีผลผูกพัน ประกอบกับในการเสนอหนังสือสัญญาต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาจะต้องมีรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบประโยชน์ของชาติ (National Interest Analysis) ซึ่งประกอบด้วยเหตุผลที่ประเทศออสเตรเลียสมควรเป็นคู่สัญญาในสนธิสัญญาดังกล่าว รวมถึงสิ่งดังต่อไปนี้ อาทิ ผลกระทบทางเศรษฐกิจ สิ่งแวดล้อม สังคมและวัฒนธรรมที่อาจเกิดขึ้นจากสนธิสัญญาดังกล่าว ข้อผูกพันตามสนธิสัญญาที่ต้องปฏิบัติตาม การผูกพันงบประมาณของประเทศ รวมถึงผลกระทบที่อาจมีต่อกฎหมายภายใน เป็นต้น นอกจากนี้ หากเป็นกรณีของสนธิสัญญาที่อาจส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจหรือการแข่งขัน จะต้องมีการเสนอรายงานผลกระทบต่อกฎหมาย (Regulation Impact Statement: RIS) ประกอบการพิจารณาของรัฐสภาด้วย[114] อย่างไรก็ตาม ประเทศออสเตรเลียก็ไม่ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาไว้ในรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

3.5.3.2 ประเทศนิวซีแลนด์

โดยประเทศนิวซีแลนด์นั้น อำนาจในการจัดทำสนธิสัญญาเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร ในกรณีของสนธิสัญญาที่มีความสำคัญ (Major Bilateral Treaty) คณะรัฐมนตรีจะเสนอสนธิสัญญาดังกล่าวต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบก่อนที่จะแสดงเจตนาผูกพันตามสนธิสัญญา โดยกระทรวงการต่างประเทศฯ จะเป็นหน่วยงานพิจารณาว่าสนธิสัญญาฉบับใดที่มีความสำคัญและจะต้องเสนอต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบ ซึ่งได้แก่ [115]

(1) สนธิสัญญาที่มีผลสำคัญต่อประโยชน์สาธารณะ

---

[114] *เพิ่งอ้าง*, น. 21-22.

[115] *เพิ่งอ้าง*, น. 8.

(2) เป็นเรื่องสำคัญที่รัฐสภาไม่เคยพิจารณาและยังไม่มีแนวปฏิบัติมาก่อน

(3) เป็นเรื่องสำคัญและมีการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญจากแบบของสนธิสัญญาเดิมที่เคยทำมาในเรื่องเดียวกัน

(4) เกี่ยวกับการพัฒนาความสัมพันธ์ในระดับทวิภาคีเป็นประเด็นหลัก

(5) มีผลกระทบต่องบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ

(6) ไม่สามารถบอกเลิก หรือมีผลผูกพันรัฐบาลในอนาคต

(7) ต้องมีการตรากฎหมายภายในประเทศเพื่อรองรับการมีผลบังคับใช้ที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายภายในที่ตราโดยรัฐสภา

(8) เป็นสนธิสัญญาทวิภาคีที่สำคัญที่นิวซีแลนด์ต้องการบอกเลิก

(9) คณะกรรมาธิการการต่างประเทศ กลาโหม และการค้า มีมติว่าจะเป็นประโยชน์หากมีการตรวจสอบหรือพิจารณาสนธิสัญญาโดยสภาก่อนรัฐบาลแสดงเจตนาผูกพัน

3.6 กระบวนการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

โดยหลัก กระบวนการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย เริ่มจากการริเริ่มกระบวนการจัดทำสนธิสัญญา แบ่งเป็น 2 กรณี คือ รัฐบาลไทยเป็นฝ่ายถูกทาบทาม และรัฐบาลไทยเป็นฝ่ายทาบทาม กรณีที่รัฐบาลไทยเป็นฝ่ายถูกทาบทาม ในปัจจุบันรัฐบาลไทยมักจะเป็นฝ่ายถูกทาบทามให้ทำสนธิสัญญา อาจเป็นเพราะในอดีตประเทศไทยอาจดำเนินนโยบายต่างประเทศแบบตั้งรับและเป็นฝ่ายรับความช่วยเหลือจากต่างประเทศ แต่มีแนวโน้มที่ประเทศเพื่อนบ้านจะเริ่มเป็นฝ่ายทาบทาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับประเทศเพื่อนบ้านที่ประเทศไทยมีผลประโยชน์ร่วมกับประเทศเหล่านั้น ในส่วนกรณีรัฐบาลไทยเป็นฝ่ายทาบทาม เมื่อประเทศไทยพัฒนาไปถึงจุดหนึ่ง เพื่อรักษาผลประโยชน์และคุ้มครองสิทธิของผู้ที่เกี่ยวข้องในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและความร่วมมือระหว่างประเทศ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องเป็นฝ่ายทาบทามขอทำความตกลงกับประเทศที่เป็นกลุ่มเป้าหมาย[116]

อนึ่ง ในการทาบทามนั้น จะมีอาจเกิดได้จาก 2 วิธี คือ การทาบทามผ่านช่องทางการทูตเป็นแนวทางปฏิบัติที่มีมาแต่ดั้งเดิม ซึ่งหมายถึงการติดต่อผ่านสถานทูตหรือสถานกงสุลของไทยในต่างประเทศ หรือสถานทูต สถานกงสุลต่างประเทศที่ตั้งอยู่ในประเทศไทย โดยมีกระทรวงการต่างประเทศเป็นสื่อกลาง และการทาบทามเจรจาโดยตรงระหว่างหน่วยงานผู้รับผิดชอบด้วย

---

[116] กองสนธิสัญญา กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 82*, น.5

ความก้าวหน้าของเทคโนโลยีในปัจจุบันและการพัฒนาบุคลากรที่มีประสิทธิภาพ ทำให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องของประเทศต่าง ๆ สามารถติดต่อกันได้โดยตรงอย่างสะดวกรวดเร็วมากยิ่งขึ้น จึงมีการทาบทามผ่านหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกันโดยตรง โดยอาจใช้ช่องทางการทูตเป็นมาตรการเสริม หรืออาจใช้ช่องทางที่ตัวแทนทางการทูตหรือการกงสุลติดต่อกับหน่วยงานโดยตรง ในการทาบทามอาจใช้โอกาสที่มีการเยือนของคณะผู้แทนในระดับสูงเพื่อทาบทามในหลักการในลักษณะนำร่อง โดยอาจมีการระบุไว้ในแถลงการณ์ หรือการแถลงการณ์ร่วมกันว่าจะร่วมมือกันในด้านใด แล้วมอบหมายให้หน่วยงานปฏิบัติดำเนินการเจรจากันทำความตกลงกันต่อไป[117]

ในการเสนอร่างความตกลง โดยหลักแนวทางปฏิบัติของประเทศไทยจะมีการพิจารณาในระดับนโยบายว่าสมควรจะทำความตกลงหรือไม่ ซึ่งตามทางปฏิบัติในปัจจุบัน มักจะผ่านขั้นตอนนี้โดยอัตโนมัติ เนื่องจากการทำความตกลงส่วนใหญ่มุ่งเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศซึ่งเป็นนโยบายหลักของรัฐบาลไทยอยู่แล้ว การพิจารณาระดับนโยบายมักจะเกี่ยวข้องกับเรื่องที่เกี่ยวกับความมั่นคง การทหาร หรือประเด็นที่มีความละเอียดอ่อนในด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การทำความตกลงกับไต้หวัน ซึ่งมีปัญหาเกี่ยวกับนโยบายจีนเดียว ดังนั้น ส่วนใหญ่การทำความตกลงจึงมักจะข้ามขั้นตอนการพิจารณาระดับนโยบายของรัฐบาล โดยข้ามไปพิจารณาในระดับกระทรวง หรือหน่วยงานนั้นโดยตรงเลย ทั้งนี้ อาจเป็นไปได้ว่าอย่างไรเสีย รัฐบาลโดยคณะรัฐมนตรีก็ต้องให้ความเห็นชอบในขั้นตอนสุดท้ายอยู่ดี โดยที่ทางปฏิบัติของหน่วยราชการไทยในการพิจารณาร่างความตกลงอาจสรุปได้ 2 แนวทาง คือ การพิจารณาโดยคณะกรรมการที่จัดตั้งในลักษณะถาวร และการพิจารณาโดยคณะทำงานหรือโดยที่ประชุมส่วนราชการที่เกี่ยวข้องเป็นรายความตกลงไป และในกรณีการพิจารณาโดยคณะกรรมการที่จัดตั้งในลักษณะที่ถาวร จะเป็นการจัดทำความตกลงที่มีลักษณะทำเป็นประจำ เป็นเรื่องที่มีลักษณะเทคนิคเกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจ ยกตัวอย่างเช่น การทำความตกลงด้านการบิน การขนส่ง การยกเว้นภาษีซ้อน ฯลฯ จึงมีความจำเป็นต้องมีการจัดตั้งคณะกรรมการระดับชาติ ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องเพื่อพิจารณา โดยมติคณะรัฐมนตรี ในทางกลับกันกรณีที่เป็นการทำความตกลงที่มีลักษณะไม่ประจำหน่วยราชการเจ้าของเรื่องอาจพิจารณาจัดตั้งคณะทำงาน หรือเรียกประชุมส่วนราชการที่เกี่ยวข้องเพื่อพิจารณาในลักษณะเป็นกรณีๆ ไป[118] ในขั้นตอนของการเจรจานั้น เมื่อได้มีการแลกเปลี่ยนร่างความตกลงระหว่างคู่เจรจาแล้ว ขั้นตอนต่อไปคือการกำหนดให้มีการเจรจา โดยปกติจะทำ ณ เมืองหลวงของแต่ละประเทศ โดยมีการแต่งตั้งคณะผู้แทนของรัฐบาลโดยอนุมัติของกระทรวงเจ้าของเรื่อง ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนของหน่วยราชการเจ้าของเรื่องเป็นหัวหน้า

---

[117] *เพิ่งอ้าง*, น.5-6.

[118] *เพิ่งอ้าง*, น. 6-7.

คณะ ส่วนผู้แทนที่เหลือจะประกอบด้วยบุคคลใดบ้างก็ขึ้นอยู่กับว่าเรื่องที่จะเจรจาและเนื้อหาของความตกลงเกี่ยวข้องกับหน่วยงานใดบ้าง แล้วแจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบและขอทราบองค์ประกอบของคณะผู้แทนอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ในชั้นการเจรจาเป็นเรื่องความสามารถในการเจรจา ซึ่งเป็นเรื่องของความรู้ ความชำนาญของผู้เจรจา ระยะเวลาในการเจรจาขึ้นอยู่กับความยากและความสลับซับซ้อนของเรื่องและความตกลงที่เจรจา บางความตกลงสามารถเจรจาสำเร็จได้ในการเจรจารอบเดียว บางความตกลงใช้เวลาหลายปี ส่วนใหญ่มักจะมีการเจรจาสองรอบ โดยประเทศคู่เจรจาสลับกันเป็นเจ้าภาพ โดยปกติเมื่อเจรจาในแต่ละรอบเสร็จสิ้น จะมีการจัดทำบันทึกการเจรจา (agreed minutes) ระบุผลสำเร็จหรือความคืบหน้าในการเจรจา ลงนามโดยหัวหน้าคณะผู้แทนของทั้งสองฝ่าย โดยแนบร่างความตกลงที่เป็นผลจากการเจรจา หากมีข้อบทใดที่ยังไม่สามารถหาข้อยุติได้ก็ใส่วงเล็บไว้ หรือระบุข้อเสนอของแต่ละฝ่ายไว้ต่างหากโดยแยกแยะว่าเป็นข้อเสนอของฝ่ายใด[119]

โดยที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายหรือระเบียบเกี่ยวกับขั้นตอนการทำสนธิสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร จึงอาศัยทางปฏิบัติในทางพิจารณาในเรื่องนี้ โดยอาศัยมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องและหลักการและแนวทางตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เป็นพื้นฐานในการพิจารณา[120]

กล่าวโดยสรุปแล้ว เนื่องจากการทำความตกลงระหว่างประเทศเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร โดยหลักแล้วเมื่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบ รัฐบาลก็สามารถที่จะทำความตกลงโดยการลงนามหรือให้สัตยาบันได้ อย่างไรก็ตาม สืบเนื่องมาจากรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ได้มีการกำหนดประเภทของหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา จึงทำให้มีขั้นตอนที่จะต้องเสนอขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนที่จะทำความตกลงระหว่างประเทศ หากความตกลงนั้นจัดได้ว่าเป็นประเภทหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา เห็นได้จากบทบัญญัติตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ในการจัดทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ โดยมีเจตนารมณ์เพื่อให้การจัดทำหนังสือสัญญามีความโปร่งใส มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและผู้มีส่วนได้เสีย คำนึงถึงประโยชน์ที่จะได้รับและผลกระทบที่จะเกิดขึ้นแก่ประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียในภาคส่วนต่าง ๆ รวมทั้งการเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญา โดยมีการตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ และกำหนดขั้นตอนในการจัดทำหนังสือสัญญาให้มี

---

[119] *เพิ่งอ้าง*, น. 8.

[120] *เพิ่งอ้าง*, น. 9-10.

ความชัดเจนและเป็นระบบ[121] สำหรับขั้นตอนการจัดทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 นั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 ได้มีบทบัญญัติว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว

ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศตามวรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้น ในการนี้ ให้คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบด้วย

เมื่อลงนามในหนังสือสัญญาตามวรรคสองแล้ว ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น และในกรณีที่การปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็วเหมาะสมและเป็นธรรม

ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า หรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป

ในกรณีที่มีปัญหาตามวรรคสอง ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาดโดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 154 (1) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม”

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติตามมาตรา 190 ดังกล่าวข้างต้น โดยหลักแล้วการทำหนังสือสัญญาของไทยเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร (คณะรัฐมนตรี) โดยหากเนื้อหาของหนังสือสัญญาไม่เข้าลักษณะตามมาตรา 190 วรรคสอง แล้ว ฝ่ายบริหารก็สามารถทำหนังสือสัญญานั้น ๆ

---

[121] สำนักกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 78*, น.9.

กับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศได้โดยลำพัง ไม่จำต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) แต่อย่างไรก็ดี หากหนังสือสัญญาที่จะจัดทำเข้าลักษณะตามมาตรา 190 วรรคสอง กล่าวคือเป็นหนังสือสัญญาที่เข้าลักษณะ 5 ประเภทต่อไปนี้

(1) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือ

(2) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือ

(3) หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญานั้น หรือ

(4) หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือ

(5) หนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ตามนี้จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนที่จะดำเนินการจัดทำหนังสือสัญญานั้น ๆ

หากความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยทำขึ้นกับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ เข้าลักษณะเป็นหนังสือสัญญา 5 ประเภทดังที่ได้กล่าวมาในข้างต้น จะต้องมีขั้นตอนในการจัดทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสองต่อไป ซึ่งมีขั้นตอนในการดำเนินการ คือ

(1) ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญา คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน รวมทั้งต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้น ตลอดจนเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบด้วย

(2) รัฐสภาจะต้องพิจารณาหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสอง นี้ให้แล้วเสร็จภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว

(3) หากรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว (แต่หากไม่ให้ความเห็นชอบก็ไม่สามารถดำเนินการจัดทำต่อไปได้) คณะรัฐมนตรีก็สามารถดำเนินการเจรจาเพื่อจัดทำหนังสือสัญญาต่อไปได้และลงนามในหนังสือสัญญานั้น

(4) เมื่อลงนามแล้วแต่ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน (การให้สัตยาบัน) คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น

(5) ในกรณีที่การปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็ว เหมาะสม และเป็นธรรม

(6) การให้ความยินยอมเข้าผูกพันหนังสือสัญญา

(7) หนังสือสัญญามีผลใช้บังคับกับประเทศไทย

ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ในการจัดทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ โดยเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 23 ซึ่งบัญญัติว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพสัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง ต้องได้รับความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ในการนี้ สภานิติบัญญัติแห่งชาติจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง

หนังสือสัญญาที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางตามวรรคสอง หมายถึง หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วม หรือการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือการอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

เมื่อมีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดเป็นกรณีตามวรรคสองหรือวรรคสามหรือไม่ คณะรัฐมนตรีจะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ได้ ทั้งนี้ ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ”

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่ามีลักษณะที่เป็นการผ่อนปรนหลักเกณฑ์เดิมซึ่งก็คือ การทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ได้สิ้นผลใช้บังคับไปแล้ว โดยบทบัญญัติตามมาตรา 23 นี้ ส่งผลให้การทำหนังสือสัญญานั้นสามารถกระทำได้ง่ายและคล่องตัวมากยิ่งขึ้น สำหรับขั้นตอนการจัดทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 23 หากหนังสือสัญญาที่เข้าลักษณะ 4 ประเภทต่อไปนี้ คือ

(1) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือ

(2) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือ

(3) หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญานั้น หรือ

(4) หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง

โดยที่หนังสือสัญญาทั้ง 4 ประเภทตามที่ได้กล่าวมาในข้างต้น จะต้องได้รับความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติแห่งชาติก่อนที่จะดำเนินการจัดทำหนังสือสัญญานั้น ๆ โดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ได้รับเรื่อง

3.7 กระบวนการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ

สำหรับกระบวนการทำ “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญ ของต่างประเทศ นั้น ในส่วนนี้ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงประเทศที่มีระบบการปกครองที่แตกต่างกัน ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหราชอาณาจักร ประเทศออสเตรเลีย ประเทศฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่น ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.7.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

จาก Article II ของรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา เห็นได้ว่า “สนธิสัญญา” หมายถึงความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นโดยคำแนะนำและความเห็นชอบของวุฒิสภา หรือสนธิสัญญาที่มีสถานะเทียบเท่ากับกฎหมายของสหพันธรัฐ โดยมีขั้นตอนการทำสนธิสัญญาดังต่อไปนี้[122]

(1) Secretary of State เป็นผู้มีอำนาจในการเจรจาโดย Department of State จะส่งบัญชีสนธิสัญญาสำคัญ ๆ ที่จะเจรจาตามเวลาที่กำหนดต่อคณะกรรมาธิการความสัมพันธ์ต่างประเทศของวุฒิสภา (Senate Foreign Relations Committee) และคณะกรรมาธิการความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของสภาผู้แทนราษฎร (House International Relations committee) เพื่อกำหนดความชัดเจนในการเจรจา โดยสมาชิกหรือคณะกรรมาธิการ หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรริเริ่มการให้คำปรึกษาในเรื่องแบบหรือเนื้อหาของสนธิสัญญาแก่รัฐมนตรีตามความจำเป็น

(2) ผู้แทนของสหรัฐอเมริกาทำการเจรจากับผู้แทนการเจรจาของต่างประเทศ โดยการเจรจาของผู้แทนการเจรจาของสหรัฐเป็นไปตามกรอบที่วุฒิสภากำหนด (subject to Senate Confirmation)

(3) เมื่อประเทศคู่เจรจาเห็นต้องตรงกันในเนื้อหาและวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา จึงจัดให้มีการลงนามโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐและผู้แทนของประเทศคู่สัญญา การลงนามในขั้นตอนนี้ยังไม่ถือเป็นการสร้างความผูกพันหรือเป็นการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา เป็นเพียงการลงนามรับรองความถูกต้องและยอมรับว่าสนธิสัญญาที่ลงนามนั้นเป็นไปตามที่ได้ตกลงกัน

(4) ประธานาธิบดีนำสนธิสัญญาเสนอต่อวุฒิสภา ในกรณีนี้กระบวนการทำสนธิสัญญาดำเนินต่อไปตามข้อ (5) หากประธานาธิบดีไม่นำสนธิสัญญาเสนอต่อวุฒิสภา ถือเป็นการสิ้นสุดกระบวนการ

---

[122]สำนักกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถ ที่ 55*, น. 14-16.

(5) คณะกรรมาธิการว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของวุฒิสภา พิจารณาสนธิสัญญาและทำรายงานพร้อมมติที่ประชุมต่อวุฒิสภาว่า การให้สัตยาบันสนธิสัญญาควรจะมีการกำหนดเงื่อนไขหรือตั้งข้อสงวนอย่างไรหรือไม่ เพื่อดำเนินกระบวนการต่อไปตามข้อ (6) หากคณะกรรมาธิการว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของวุฒิสภา ไม่ทำรายงานเสนอต่อวุฒิสภาถือเป็นการยุติกระบวนการทำสนธิสัญญา

(6) วุฒิสภาพิจารณาสนธิสัญญาและรายงานพร้อมมติที่ประชุมของคณะกรรมาธิการว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เมื่อวุฒิสภาให้ความเห็นชอบตามมติของคณะกรรมาธิการฯ ว่าการให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาจะมีเงื่อนไขอย่างไรหรือไม่ โดยเสียงข้างมาก 2 ใน 3 ของวุฒิสภาที่เข้าประชุม[123] แล้วให้เสนอต่อประธานาธิบดีเพื่อพิจารณาลงนามในสัตยาบันสารต่อไป

(7) หากวุฒิสภาไม่พิจารณาสนธิสัญญา หรือพิจารณาแล้วเห็นว่าควรส่งกลับไปให้คณะกรรมาธิการว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของวุฒิสภาพิจารณาใหม่ หรือกรณีที่คะแนนเสียงที่ให้ความเห็นชอบของวุฒิสภาไม่ถึง 2 ใน 3 สนธิสัญญาจะถูกส่งกลับมาที่คณะกรรมาธิการฯ เพื่อพิจารณาใหม่อีกครั้งหนึ่ง ในกรณีนี้ให้นำกระบวนการในข้อ (6) มาใช้โดยอนุโลม

ประธานาธิบดีสามารถพิจารณาดำเนินการได้ ดังนี้

ก) ลงนามในสัตยาบันสาร และดำเนินการตามกระบวนการต่อไป หรือ

ข) ประธานาธิบดีเจรจากับประเทศคู่สัญญา ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้โดยวุฒิสภา แล้วส่งเรื่องกลับให้คณะกรรมาธิการว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประเทศพิจารณาใหม่ หรือลงนามในสัตยาบันสารภายหลังการเจรจา

ค) ประธานาธิบดีไม่ลงนามในสัตยาบันสาร ในกรณีนี้ถือเป็นการยุติกระบวนการ

(8) ในกรณีของสนธิสัญญาทวิภาคี ประธานาธิบดีอาจแลกเปลี่ยนหรือไม่แลกเปลี่ยนสัตยาบันสารกับประเทศคู่สัญญา หากมีการแลกเปลี่ยนสัตยาบันสาร สนธิสัญญาเกิดขึ้นมีผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศ หากประธานาธิบดีไม่แลกเปลี่ยนสัตยาบันสาร สนธิสัญญาไม่เกิดขึ้น จึงไม่มีผลผูกพันใด ๆ ถือว่ากระบวนการทำสนธิสัญญาสิ้นสุดลง ส่วนกรณีของการทำสนธิสัญญาพหุภาคี มีกระบวนการอย่างเดียวกันกับสนธิสัญญาทวิภาคี หากแต่ต่างกันในกรณีของการแลกเปลี่ยนสัตยาบันสารเป็นการส่งสัตยาบันสารไปตามที่กำหนดในสนธิสัญญา เช่น สนธิสัญญากำหนดว่าสนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้เมื่อมีการส่งสัตยาบันสารครบตามจำนวนที่กำหนดในสนธิสัญญา ในกรณีนี้สนธิสัญญาจะมีผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศเมื่อประเทศภาคีทั้งหลายส่งสัตยาบันสารครบจำนวน

(9) ประธานาธิบดีประกาศการมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาให้เป็นกฎหมายภายในรัฐ

---

[123] Constitution, Article II Presidency, Section 2 Presidential Powers (2)

นอกจากนี้ ยังมีการทำความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ (Agreement) ดังนี้[124]

(1) Secretary of State เป็นผู้มีอำนาจในการเจรจา Department of State ส่งบัญชีความตกลงระหว่างประเทศสำคัญ ๆ ที่จะเจรจาตามเวลาที่กำหนดต่อคณะกรรมาธิการความสัมพันธ์ต่างประเทศของวุฒิสภา (Senate Foreign Relations Committee) และคณะกรรมาธิการความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของสภาผู้แทนราษฎร (House International Relations Committee) เพื่อกำหนดความชัดเจนในการเจรจา โดยสมาชิกหรือคณะกรรมาธิการหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรริเริ่มการให้คำปรึกษาแก่รัฐมนตรีในเรื่องแบบหรือเนื้อหาของความตกลงฯ ตามความจำเป็น

(2) ผู้แทนการเจรจาของสหรัฐอเมริกาดำเนินการเจรจากับผู้แทนประเทศอื่น หรือประเทศอื่น ๆ ขึ้นอยู่กับว่าเป็นการทำความตกลงแบบทวิภาคีหรือพหุภาคี

(3) ผู้แทนการเจรจาเห็นชอบในเนื้อหาและวัตถุประสงค์ของความตกลงฯ Secretary of State มอบอำนาจลงนามในความตกลงฯ แก่ผู้แทนการเจรจา

(4) ผู้แทนการเจรจาลงนามในความตกลงระหว่างประเทศ

(5) ความตกลงระหว่างประเทศมีผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศตามเวลา หรือตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในความตกลงฯ

(6) ประธานาธิบดีนำความตกลงระหว่างประเทศเสนอต่อสภาคองเกรสเพื่อทราบภายใน ๖๐ วันหลังจากที่ความตกลงฯ มีผลบังคับใช้

3.7.2 ประเทศสหราชอาณาจักร

สหราชอาณาจักรใช้ระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ โดยพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจบริหารผ่านคณะรัฐมนตรี ซึ่งมีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าคณะรัฐบาล คณะรัฐมนตรีนั้นเลือกจากรัฐสภาและมีหน้าที่รับผิดชอบต่อรัฐสภาเช่นเดียวกัน โดยหลักการแล้วผู้นำของรัฐสภาคือ พระมหากษัตริย์ ทั้งนี้ รัฐสภาแห่งสหราชอาณาจักร (Bicameral Parliament) ประกอบด้วยสภาสามัญและสภาขุนนาง ทั้ง 2 สภามีภารกิจที่คล้ายคลึงกัน คือ การตรากฎหมาย ตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลและอภิปรายเรื่องต่างๆ ที่มีความสำคัญต่อประเทศ โดยปกติเมื่อมติออกจากสภาใดอีกสภาหนึ่งจะทำหน้าที่ให้ความเห็นชอบ จึงเป็นลักษณะของการตรวจสอบและคานอำนาจซึ่งกันและกัน (check and balance)[125] อนึ่ง เนื่องจาก

---

[124] *เพิ่งอ้าง*, น. 16.

[125] *เพิ่งอ้าง*, น. 18.

สหราชอาณาจักรมิได้มีการบัญญัติรัฐธรรมนูญไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Constitution) แต่การปฏิบัติเกี่ยวกับสนธิสัญญามีการอธิบายไว้ในหลักปฏิบัติของรัฐธรรมนูญ (Constitutional Practice)[126] ทั้งนี้ โดยที่สหราชอาณาจักรไม่มีกฎหมายใดบัญญัติให้ฝ่ายบริหารแจ้งรัฐสภาหรือให้รัฐสภาเกี่ยวข้องในการจัดทำหนังสือสัญญา หรือเกี่ยวกับการให้สัตยาบัน หรือไม่มีบทบัญญัติให้ปรึกษาเพื่อมอบอำนาจบริหารหรือนิติบัญญัติ รัฐสภาจึงไม่มีบทบาทอย่างเป็นทางการในการทำสนธิสัญญา อำนาจหน้าที่ดังกล่าวเป็นของฝ่ายบริหารซึ่งกระทำการแทนพระมหากษัตริย์ กรณีที่สนธิสัญญากำหนดให้มีการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของกฎหมายของสหราชอาณาจักร หรือการใช้เงินสาธารณะ รัฐสภาอาจลงคะแนนเพื่อทำหรือปฏิเสธบทบัญญัติดังกล่าวได้ ส่วนกรณีอื่น ๆ ฝ่ายบริหารจะเป็นผู้ทำสนธิสัญญา โดยการไม่อนุมัติหรือดำเนินการเพื่อกดดันให้รัฐมนตรีเปลี่ยนการตัดสินใจหรือบางกรณีก็เพิกถอนการตัดสินใจ[127] ดังนั้น การที่สหราชอาราชอาณาจักรไม่มีการกำหนดเรื่องการทำสนธิสัญญาไว้อย่างชัดเจนนี้ ทำให้ระบบการร่างกฎหมายของรัฐสภาอังกฤษแตกต่างจากประเทศอื่น ๆ ซึ่งประเทศที่มีรัฐธรรมนูญมักจะบัญญัติให้รัฐสภาเป็นผู้ให้ความเห็นชอบต่อสนธิสัญญาก่อนการให้สัตยาบัน อย่างไรก็ดี สหราชอาณาจักรมีการกำหนดว่าประเภทของสนธิสัญญาที่ต้องเสนอให้รัฐสภาพิจารณา ได้แก่[128]

(1) สนธิสัญญาซึ่งการให้สัตยาบันเป็นไปตาม “Ponsonby Rule”[129]

(2) สนธิสัญญาบางประเภทที่มีการระบุว่าต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ได้แก่ เมื่อเป็นความตกลงที่เป็นการเมืองโดยสภาพและและเป็นเรื่องที่มีข้อพิพาท รัฐบาลที่เกี่ยวข้อง (ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย) อาจกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรให้รัฐสภาเป็นผู้ให้ความเห็นชอบต่อสนธิสัญญา

(3) สนธิสัญญาบางประเภทเป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในซึ่งอาจเกี่ยวกับกระบวนการทางรัฐสภา

(4) สนธิสัญญาที่เกี่ยวด้วยการเงินอันต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาเพราะจะส่งผลกระทบต่อการคลัง เช่น ความตกลงทวิภาคีเพื่อหลีกเลี่ยงภาษีซ้อน

---

[126] หรือ “Ponsonby Rule” (Anthony Aust, “Treaty and Domestic Law”, p. 189)

[127] Arabella Thorp, “Parliamentary scrutiny of treaties”, House of Common’s Library, 25 September 2009

[128] สำนักกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 45*, น. 18-20.

[129] สนธิสัญญาที่ต้องมีการให้สัตยาบันจะต้องเสนอต่อรัฐสภาอย่างน้อย 21 วันประชุมก่อนที่ฝ่ายบริหารจะให้สัตยาบัน

(5) สนธิสัญญาสหภาพยุโรปซึ่งมีกระบวนการให้รัฐสภาพิจารณา

(6) สนธิสัญญาและความตกลงอื่น ๆ ที่สมาชิกรัฐสภายกประเด็นให้รัฐสภาพิจารณา เช่น ผ่านการตั้งกระทู้ถามหรือญัตติ

ทั้งนี้ โดยมีคณะกรรมาธิการกลั่นกรอง[130] (Select Committee) เป็นผู้พิจารณาสนธิสัญญา

อนึ่ง กระบวนการจัดทำหนังสือสัญญาของสหราชอาณาจักร มีดังต่อไปนี้[131]

(1) การดำเนินการตาม “Ponsonby Rule” โดยที่ Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ) ได้รับมอบอำนาจจากพระมหากษัตริย์ในการทำสนธิสัญญา ก่อนที่จะให้สัตยาบัน เสนอต่อทั้งสองสภา ซึ่งสนธิสัญญาที่ได้มีการลงนามแล้ว พร้อมด้วย explanatory memorandum ภายในระยะเวลา 21 วันประชุม และอาจมีการอภิปราย ซึ่งจะเป็นกรณีที่ต้องมีการออกกฎหมาย หรือเป็นสนธิสัญญาเป็นเรื่องเกี่ยวกับการเมืองที่สำคัญ ซึ่งกรณีนี้รัฐบาลอาจเป็นผู้จัดให้มีการอภิปรายก็ได้ ทั้งนี้ หากคณะกรรมาธิการกลั่นกรองต้องการเวลามากกว่า 21 วัน สำหรับสนธิสัญญาบางฉบับ และรัฐบาลเห็นชอบด้วยก็จะส่งสำเนาของสนธิสัญญาไปยังองค์กรของรัฐสภาที่เกี่ยวข้องในบางกรณีองค์กรของรัฐอาจจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนที่จะมีการให้สัตยาบัน หรือบางกรณีก็มีการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในระหว่างที่มีการเจรจา

(2) วิธีการอื่นในการพิจารณาของรัฐสภา ทั้งนี้ สนธิสัญญาบางประเภทที่มีการกำหนดว่าต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาเพื่อสามารถนำไปใช้บังคับได้ เช่น สนธิสัญญาสหภาพยุโรป และสนธิสัญญาเกี่ยวกับภาษี ให้กรณีที่มีการอภิปราย กระบวนการสำหรับการอภิปรายของรัฐสภามักจะเกิดขึ้นก่อนที่จะมีการให้สัตยาบัน รัฐสภาอาจมีวิธีการพิจารณาวิธีอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็นเรื่องเร่งด่วน เช่น การยอมรับญัตติ การประกาศในรัฐสภา การออกคำสั่งในสภาเพื่อเป็นการยืนยันการตอบกระทู้ การหารือหัวหน้าฝ่ายค้านในระหว่างการพักการประชุม อย่างไรก็ตาม แม้จะไม่มีการกำหนดกระบวนการอย่างชัดเจน สนธิสัญญาที่เป็นข้อพิพาทซึ่งต้องมีการให้สัตยาบันก็มักจะมีการอภิปรายในสภาสามัญ

(3) การบังคับใช้หนังสือสัญญา สำหรับสหราชอาณาจักรสนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในได้เมื่อมีการออกกฎหมายมารองรับ ซึ่งสามารถกระทำได้ 3 รูปแบบ คือ (1) บัญญัติในกฎหมาย (Act of Parliament) เพื่อนำสนธิสัญญามาเป็นกฎหมายภายในของสหราชอาณาจักร โดยแนบท้ายตัวบททั้งหมดหรือบางส่วนของสนธิสัญญาไว้ในกฎหมาย ซึ่งจะกำหนดว่าบทบัญญัติของ

---

[130] คณะกรรมาธิการกลั่นกรอง (Select Committee) คือ คณะกรรมาธิการเฉพาะกิจที่ตั้งขึ้นมาเพื่อพิจารณาเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ เมื่อทำหน้าที่เสร็จแล้วก็จะหมดสภาพไป

[131] สำนักกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 55,* น. 20.

สนธิสัญญาที่แนบท้ายในกฎหมายให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายในสหราชอาณาจักร (2) บัญญัติในกฎหมาย (Act of Parliament) ให้ใช้อำนาจที่จำเป็นร่วมกันเพื่อดำเนินการตามพันธะกรณีภายใต้สนธิสัญญาที่มีอยู่แล้วหรือจะมีขึ้นในอนาคต และ(3) บัญญัติในกฎหมาย (Act of Parliament) ซึ่งกำหนดกรอบซึ่งอาจให้มีการตรากฎหมายลำดับรองขึ้น โดยให้มีผลต่อสนธิสัญญาในประเภทที่ได้มีการกำหนดไว้ (โดยปกติมักจะเป็นสนธิสัญญาทวิภาคี)

3.7.3 ประเทศออสเตรเลีย

ในกระบวนการจัดทำหนังสือสัญญาของประเทศออสเตรเลีย อำนาจในการจัดทำหนังสือสัญญาเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร โดยคณะรัฐมนตรีมีบทบาทในการกำหนดแนวทางการเจรจา การต่อรอง และการตัดสินใจในการลงนามและการให้สัตยาบันในสนธิสัญญา อย่างไรก็ตาม ภายใต้หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ได้มีการกำหนดให้การจัดทำหนังสือสัญญาของคณะรัฐมนตรีต้องเสนอต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบ[132] อนึ่ง ในส่วนของกระบวนการจัดทำหนังสือสัญญาของประเทศออสเตรเลีย นั้น แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะมิได้มีการกำหนดเกี่ยวกับกระบวนการจัดทำหนังสือสัญญาโดยรัฐสภาเอาไว้ อย่างไรก็ตาม ในกระบวนการจัดทำหนังสือสัญญาทุกฉบับ จะต้องเสนอต่อรัฐสภาเพื่อผ่านการพิจารณาของทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา โดยกรณีหากเป็นหนังสือสัญญาที่รัฐบาลเห็นว่า มิใช่เรื่องเร่งด่วนหรือเรื่องละเอียดอ่อนที่เปิดเผยแล้วอาจส่งผลกระทบต่อความรู้สึกของประชาชน จะต้องมีการเสนอต่อรัฐสภาล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 15 วัน ก่อนที่จะมีการดำเนินการเพื่อให้หนังสือสัญญามีผลผูกพัน โดยหนังสือสัญญาประเภทนี้มักจะมีลักษณะและแบบฟอร์มที่ทำขึ้นเป็นประจำ และไม่มีข้อโต้แย้งใด ๆ ในการทำสนธิสัญญา ซึ่งอาจแบ่งเป็นประเภทได้ดังต่อไปนี้ คือ[133]

(1) หนังสือสัญญาแบบทวิภาคี ได้แก่ ความตกลงว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน สนธิสัญญาว่าด้วยการขจัดภาษีซ้อน ความร่วมมือในทางอาญา การส่งผู้ร้ายข้ามแดน การบริการทางอากาศ เป็นต้น

(2) หนังสือสัญญาแบบสัญญาพหุภาคี

นอกจากนี้ กรณีของหนังสือสัญญาที่มีเนื้อหาในทางการเมือง เศรษฐกิจ หรือสังคมที่สำคัญซึ่งมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ต้องเสนอต่อรัฐสภาล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 20 วัน ก่อนที่จะมีการดำเนินการเพื่อให้หนังสือสัญญามีผลผูกพัน อย่างไรก็ตาม ในการเสนอหนังสือสัญญาต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาจะต้องมีรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบประโยชน์ของชาติ (National

---

[132] *เพิ่งอ้าง,* น. 21.

[133] *เพิ่งอ้าง,* น.21-22.

Interest Analysis) ซึ่งประกอบด้วยเหตุผลที่ประเทศออสเตรเลียสมควรเป็นคู่สัญญาในสนธิสัญญาดังกล่าว รวมถึงสิ่งดังต่อไปนี้ อาทิ ผลกระทบทางเศรษฐกิจ สิ่งแวดล้อม สังคมและวัฒนธรรมที่อาจเกิดขึ้นจากสนธิสัญญาดังกล่าว ข้อผูกพันตามสนธิสัญญาที่ต้องปฏิบัติตาม การผูกพันงบประมาณของประเทศ รวมถึงผลกระทบที่อาจมีต่อกฎหมายภายใน เป็นต้น นอกจากนี้หากเป็นกรณีของสนธิสัญญาที่อาจส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจหรือการแข่งขัน จะต้องมีการเสนอรายงานผลกระทบต่อกฎหมาย (Regulation Impact Statement: RIS) ประกอบการพิจารณาของรัฐสภาด้วย[134]

3.7.4 ประเทศฝรั่งเศส

โดยหลัก รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส บัญญัติอำนาจหน้าที่ของประธานาธิบดีที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาไว้ว่า ประธานาธิบดีสามารถขอให้ประชาชนลงคะแนนประชามติในร่างกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตย การเมือง เศรษฐกิจ สังคมและการบริการสาธารณะที่มีผลต่อกระทบต่อประเทศชาติ การให้สัตยาบันในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ตลอดจนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยการเสนอขอประชามตินั้น รัฐบาลจะเป็นผู้เสนอในระหว่างที่สภาอยู่ในสมัยประชุม หรือมาจากข้อเสนอร่วมของสภาสูงและสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา 11) [135] และยังมีอำนาจในการเจรจาและให้สัตยาบันสนธิสัญญา (มาตรา 54) ทางปฏิบัติของประเทศฝรั่งเศส การทำสนธิสัญญาเป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการให้ความเห็นชอบ หรือให้สัตยาบัน แต่ไม่มีอำนาจ

---

[134] *เพิ่งอ้าง,* น.21-22.

[135] ARTICLE 11. Constitution de 1958

Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique ou sociale de la Nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions.

Lorsque le référendum est organisé sur proposition du Gouvernement, celui-ci fait, devant chaque assemblée, une déclaration qui est suivie d'un débat.

Lorsque le référendum a conclu à l'adoption du projet de loi, le Président de la République promulgue la loi dans les quinze jours qui suivent la proclamation des résultats de la consultation.

ในการใช้ (Application) และตีความ (Interpretation) สนธิสัญญา หรือแก้ไขสนธิสัญญาแต่อย่างใด[136] เห็นได้ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติมีบทบาทน้อยมากในการมีส่วนร่วมในขั้นตอนต่าง ๆ ของกระบวนการทำสนธิสัญญา[137] ทั้งนี้ ประเทศฝรั่งเศสมีกระบวนการจัดทำหนังสือสัญญา ดังนี้[138]

(1) ฝ่ายนิติบัญญัติต้องให้ความเห็นชอบก่อนที่ฝ่ายบริหารจะให้สัตยาบันในสนธิสัญญาระหว่างประเทศใด ๆ ถ้ารัฐสภาไม่ให้ความเห็นชอบ ฝ่ายบริหารก็ไม่อาจให้สัตยาบันได้ ฝ่ายบริหารก็จะต้องเริ่มต้นการเจรจาใหม่ทั้งหมด อย่างไรก็ตาม แม้รัฐสภาความเห็นชอบแล้ว แต่ก็ไม่ผูกพันให้รัฐบาลต้องไปลงนามหรือให้สัตยาบันเพื่อผูกพันตามหนังสือสัญญานั้น (มาตรา 53)

(2) หนังสือสัญญานั้นหลังจากที่มีการให้สัตยาบัน (Ratification) หรือมีการให้ความเห็นชอบ (Approval) แล้วจำเป็นต้องมีการประกาศ (Publication) จึงจะมีผลใช้บังคับผูกพันให้ศาลปฏิบัติตาม (Question d'invocabilité) (มาตรา 55)

(3) ประธานาธิบดีฝรั่งเศสมีอำนาจที่จะให้สัตยาบันกับหนังสือสัญญาบางประเภทอันมีผลทำให้หนังสือสัญญาเหล่านั้นใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในได้ นอกจากนั้นข้อตกลงของฝ่ายบริหารก็อยู่ในอำนาจของประธานาธิบดีเช่นเดียวกันอันจะทำให้มีผลบังคับเป็นกฎหมายภายในได้ อนึ่ง ถ้าหนังสือสัญญาขัดกับกฎหมายภายใน และถ้าจะให้หนังสือสัญญานั้น มีอำนาจบังคับเหนือกฎหมายภายในได้ หนังสือสัญญานั้นจำเป็นต้องได้รับการให้สัตยาบันโดยการออกกฎหมายเท่านั้น

ในส่วนของการบังคับใช้หนังสือสัญญานั้น รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 26 บทที่ 4 ว่าด้วยเรื่องสนธิสัญญาทางการทูต บัญญัติให้กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศมีค่าบังคับเท่ากับกฎหมายภายใน[139]

---

[136] Francois Luchaire, The Participation of Parliament in the Elaboration and Application of Treaties, See Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties: A Comparative Study, pp 45-46.

[137] Thomas M. Frank AND Arun K. Thiruvengadam, 2 Chinese Journal of International Law 467, (2003),at 481

[138] สำนักกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 55,* น. 23-24.

[139] La Constitution de 1946, TITRE IV: Des traités diplomatiques

"Art. 26. — Les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi dans le cas même où ils seraient contraires à des lois françaises, sans qu'il soit besoin pour en assurer l'application d'autres dispositions législatives que celles qui auraient été nécessaires pour assurer leur ratification."

จึงเห็นได้ว่า ประเทศฝรั่งเศสใช้ระบบเอกนิยมแทนที่ระบบทวินิยมที่ใช้มาแต่เดิมนอกจากนี้ มาตรา 53 และมาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญฯ บัญญัติการมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาไว้ ดังต่อไปนี้[140]

มาตรา 53 ระบุประเภทของสนธิสัญญาที่ต้องมีการให้สัตยาบันโดยการออกกฎหมาย จึงเห็นได้ว่า การออกกฎหมายเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะทำให้สนธิสัญญานั้นมีผลบังคับทั้งภายนอกในฐานะที่เป็นสนธิสัญญากับประเทศฝรั่งเศส และมีผลบังคับภายในในฐานะที่ศาลจำต้องปฏิบัติตามเสมือนเป็นกฎหมายภายใน

มาตรา 55 ได้บัญญัติถึงกรณีหลังจากที่มีการให้สัตยาบัน (Ratification) หรือมีการให้ความเห็นชอบ (Approval) ในสนธิสัญญาแล้ว ต้องมีการประกาศ (Publication) จึงจะมีผลใช้บังคับผูกพันให้ศาลปฏิบัติตาม (Question d'invocabilité)

อนึ่ง โดยที่ประธานาธิบดีฝรั่งเศสมีอำนาจในการให้สัตยาบันกับสนธิสัญญาบางประเภท ซึ่งมีผลให้สนธิสัญญาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในได้ นอกจากนี้ ข้อตกลงของฝ่ายบริหารก็อยู่ในอำนาจของประธานาธิบดีด้วยจึงทำให้มีผลบังคับเป็นกฎหมายภายในได้เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม หากเกิดกรณีที่สนธิสัญญาขัดกับกฎหมายภายใน การจะให้สนธิสัญญามีอำนาจบังคับเหนือกฎหมายภายในได้ สนธิสัญญานั้นจำเป็นต้องได้รับการให้สัตยาบันโดยการออกกฎหมายเท่านั้น ทั้งนี้ ค่าบังคับของสนธิสัญญาระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในประเทศฝรั่งเศส สามารถแบ่งออกได้เป็นสองระดับ ได้แก่[141]

1) ระดับกฎหมายรัฐธรรมนูญ

มาตรา 54 ของรัฐธรรมนูญฯ บัญญัติว่า หากศาลรัฐธรรมนูญตัดสินว่าพันธกรณีระหว่างประเทศใดที่มีบทบัญญัติขัดกับรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารจะสามารถให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบได้ก็ต่อเมื่อต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญแล้วเท่านั้น[142] จึงทำให้ในประเทศฝรั่งเศสมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญหลายครั้ง เพื่อที่จะได้ลงนามหรือให้สัตยาบันในสนธิสัญญาได้

---

[140] สำนักกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 55*, น. 24.

[141] *เพิ่งอ้าง*, น. 24-25.

[142] Article 54 (Loi constit. n° 92-554 du 25 juin 1992) 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."

2) ระดับรัฐบัญญัติลงมา

มาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญฯ บัญญัติให้สนธิสัญญาระหว่างประเทศมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายภายใน ซึ่งหมายความว่า ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารจะไม่สามารถออกกฎหมายที่มีบทบัญญัติตรงกันข้ามกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ฝรั่งเศสไปลงนามหรือให้สัตยาบันมาได้ ดังนั้น กรณีที่มีกฎหมายภายในขัดกับบทบัญญัติของสนธิสัญญา ศาลฝรั่งเศสจะมีทางเลือกสองทาง ได้แก่

(1) กฎหมายภายในบัญญัติก่อนการลงนามสนธิสัญญา ศาลจะถือว่ากฎหมายภายในฉบับนั้นได้ถูกยกเลิกโดยบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่มีเนื้อหาเรื่องเดียวกัน และจะบังคับใช้บทบัญญัติของสนธิสัญญาแทน

(2) กฎหมายภายในบัญญัติภายหลังการลงนามสนธิสัญญา ศาลจะไม่ใช้กฎหมายภายในแต่จะใช้สนธิสัญญาแทน เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถออกกฎหมายที่มีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับพันธกรณีระหว่างประเทศของฝรั่งเศส ทั้งนี้ ค่าบังคับที่เหนือกว่าของสนธิสัญญาระหว่างประเทศนี้จะต้องมีเงื่อนไขบังคับก่อน ได้แก่ หลักการถ้อยทีถ้อยปฏิบัติระหว่างประเทศ กล่าวคือ สนธิสัญญาจะมีค่าบังคับเหนือกฎหมายภายในประเทศฝรั่งเศสก็ต่อเมื่อกฎหมายนั้นมีการบังคับใช้จากคู่ภาคีด้วยเช่นกัน

ดังนี้ จึงอาจสรุปได้ว่า รัฐธรรมนูญฯ ได้กำหนดลำดับศักดิ์ของสนธิสัญญาระหว่างประเทศไว้อย่างชัดเจน คือ ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ เนื่องจากพันธกรณีระหว่างประเทศไม่สามารถที่จะมีผลใช้บังคับได้หากเนื้อหาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ แต่พันธกรณีนั้นมีลำดับศักดิ์เหนือกว่ากฎหมายภายในอื่น ๆ หากฝ่ายบริหารได้ให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบ และพันธกรณีดังกล่าวก็ได้ใช้บังคับโดยรัฐอื่น ๆ ที่เป็นภาคีด้วย ตามหลักการถ้อยทีถ้อยปฏิบัติระหว่างประเทศ[143]

3.7.5 ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยแบบเสรีภายใต้รัฐธรรมนูญ โดยมีสมเด็จพระจักรพรรดิเป็นสัญลักษณ์ของประเทศ เนื่องจากตามรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นฉบับที่ได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 3 พฤษภาคม พ.ศ. 2490 (ค.ศ. 1947) ซึ่งยังคงใช้บังคับอยู่จนถึงปัจจุบัน ได้บัญญัติไว้ว่าสมเด็จพระจักรพรรดิทรงเป็นสัญลักษณ์ของประเทศ มิใช่องค์ประมุขและไม่มีอำนาจในการบริหารประเทศ มีรัฐสภาเป็นสถาบันสูงสุดของรัฐ คือ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือที่เรียกว่า “ไดเอท” (Diet) ประกอบด้วย 2 สภา ได้แก่ สภาผู้แทนราษฎร (House of Representatives) มีสมาชิกจำนวน 480 คน ซึ่งมาจากการเลือกตั้งทั่วประเทศ มีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 4 ปี

---

[143] สำนักกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 55*, น. 25.

และวุฒิสภา (House of Councillors) มีสมาชิกจำนวน 242 คน มีวาระในการดำรงตำแหน่งคราวละ 6 ปี โดยเลือกตั้งจำนวนครึ่งหนึ่งสลับกันไปทุก 3 ปี มีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าของคณะรัฐบาล โดยนายกรัฐมนตรีได้รับเลือกจากสมาชิกรัฐสภา สำหรับระบบศาลของญี่ปุ่นแบ่งเป็นสามชั้น ได้แก่ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลสูงสุด ทั้งนี้ มาตรา 73 (2)[144] ของรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น บัญญัติให้การดำเนินการด้านต่างประเทศเป็นหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี ซึ่งรวมถึงหน้าที่ในด้านการจัดทำหนังสือสัญญา ทั้งนี้ ประเทศญี่ปุ่นมีกระบวนการจัดทำหนังสือสัญญา ดังต่อไปนี้[145]

(1) กระบวนการจัดทำหนังสือสัญญาของคณะรัฐมนตรีจะเริ่มตั้งแต่การเจรจา การลงนาม และการให้สัตยาบัน อย่างไรก็ตาม การจัดทำหนังสือสัญญาจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติแล้วแต่กรณี (มาตรา 73 (3)) การที่รัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นกำหนดให้การจัดทำสนธิสัญญาต้องได้รับความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เนื่องจากสนธิสัญญาที่ประเทศญี่ปุ่นทำขึ้นกับนานาประเทศจะมีผลผูกพันรัฐแล้วยังมีผลผูกพันและกระทบสิทธิของประชาชนไม่ทางตรงก็ทางอ้อม ซึ่งกรณีสนธิสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติแห่งชาตินั้นจะเป็นขั้นตอนการให้สัตยาบัน (Ratification) เพราะขั้นตอนการเจรจา (Negotiation) จะเป็นขั้นตอนในการดำเนินการของฝ่ายบริหาร[146]

---

[144] Article 73 The Cabinet, in addition to other general administrative functions, shall perform the following functions:

1. Administer the law faithfully; conduct affairs of state.

2. Manage foreign affairs.

3. Conclude treaties. However, it shall obtain prior or, depending on circumstances, subsequent approval of the Diet.

Etc.

สืบค้นเมื่อวันที่ 4 มีนาคม 2559, http://www.ndl.go.jp/constitution/e/etc/c01.html.

[145] สำนักกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 55*, น. 26-27.

[146] Hiroyuki Hata and Go Nakagawa, Constitution Law of Japan, Kluwer Law International, 1997,p. 183.

(2) กระบวนการให้ความเห็นชอบสนธิสัญญาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติจะเป็นไปตามมาตรา 61[147] ของรัฐธรรมนูญฯ ซึ่งบัญญัติให้นำกระบวนการพิจารณาร่างกฎหมายว่าด้วยงบประมาณแผ่นดินมาใช้แก่การพิจารณาให้ความเห็นชอบสนธิสัญญา โดยกระบวนการพิจารณาร่างกฎหมายว่าด้วยงบประมาณแผ่นดินได้กำหนดกระบวนการในการพิจารณา

(3) เริ่มจากเสนอให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาก่อนเมื่อสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาเสร็จให้เสนอวุฒิสภา

(4) หากวุฒิสภามีความเห็นแตกต่างจากสภาผู้แทนราษฎร แม้จะได้มีคณะกรรมาธิการร่วมของสภาทั้งสองตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เพื่อการนั้นแล้วก็ดี หรือหากวุฒิสภามิได้ดำเนินการใด ๆ ภายในสามสิบวันหลังจากได้รับร่างงบประมาณแผ่นดินที่สภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบแล้ว ให้ถือว่ามติของสภาผู้แทนราษฎรเป็นมติของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ทั้งนี้ เว้นแต่อยู่ในช่วงพักการประชุมของวุฒิสภา (มาตรา 60)[148] สนธิสัญญาใดที่ต้องเสนอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติให้ความเห็นชอบแล้วหากไม่ดำเนินการขอความเห็นชอบย่อมมีผลต่อความสมบูรณ์ของสนธิสัญญาดังกล่าว

(5) สนธิสัญญาจะมีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อสมเด็จพระจักรพรรดิได้มีพระบรมราชโองการประกาศใช้สนธิสัญญาตามคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรี (มาตรา 7 (1))[149]

---

[147] Article 61 The second paragraph of the preceding article applies also to the Diet approval required for the conclusion of treaties, สืบค้นเมื่อวันที่ 4 มีนาคม 2559, http://ndl.go.jp/constitution/e/etc/c01.html.

[148] Article 60 The budget must first be submitted to the House of Representatives.

(2) Upon consideration of the budget, when the House of Councillors makes a decision different from that of the House of Representatives, and when no agreement can be reached even through a joint committee of both Houses, provided for by law, or in the case of failure by the House of Councillors to take final action within thirty (30) days, the period of recess excluded, after the receipt of the budget passed by the House of Representatives, the decision of the House of Representatives shall be the decision of the Diet., สืบค้นเมื่อวันที่ 4 มีนาคม 2559, http://www.ndl.go.jp/constitution/e/etc/c01.html.

[149] Article 7 The Emperor, with the advice and approval of the Cabinet, shall perform the following acts in matters of state on behalf of the people:

1. Promulgation of amendments of the constitution, laws, cabinet orders and treaties., สืบค้นเมื่อวันที่ 4 มีนาคม 2559, http://www.ndl.go.jp/constitution/e/etc/c01.html.

บทที่ 4

ปัญหาในการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

ปัจจุบันประเทศไทยมีปัญหาเกี่ยวกับแนวปฏิบัติในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ทั้งนี้ พิเคราะห์แล้วพบว่าเกิดจากความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทย จึงเป็นเหตุให้ต้องมีการตีความอยู่บ่อยครั้ง ซึ่งไม่ว่าจะเป็นการตีความโดยนักวิชาการ หรือจากหน่วยงานที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทย เช่น กระทรวงการต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นต้น รวมไปถึงการตีความโดยองค์กรตุลาการที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาด กรณีมีปัญหาในการพิจารณาเกี่ยวกับความเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ซึ่งก็คือศาลรัฐธรรมนูญนั่นเอง ส่งผลกระทบให้การทำความตกลงระหว่างประเทศของประเทศไทยในปัจจุบันยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร นอกจากนี้ บทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยยังมีความค่อนข้างเก่าและไม่ทันสมัย เห็นได้จากบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาส่วนใหญ่นั้นจะเป็นบทบัญญัติที่มีอยู่แล้วในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ซึ่งไม่ได้รับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในส่วนสำคัญแต่อย่างใด จึงอาจสรุปได้ว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยยังไม่ได้รับการเปลี่ยนแปลงแก้ไขให้ถูกต้องเหมาะสมและสอดคล้องกับสภาวการณ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน

4.1 ปัญหาการไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

ในอดีตที่ผ่านมา พบว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาเป็นครั้งแรก เมื่อครั้งมีการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 และก็ยังคงมีการบัญญัติไว้เรื่อยมาจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งก็คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แต่ก็ยังไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติเรื่องการทำหนังสือสัญญาไว้ในกฎหมายฉบับใดอีกเลย ดังนั้น บรรดาขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยในปัจจุบัน จึงมีเพียงเท่าที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ด้วยบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มีลักษณะเป็นการบัญญัติหลักการไว้อย่างกว้าง ๆ อีกทั้งมีเนื้อหาที่ไม่ยาวมากเกินไป ทั้งนี้ ก็เพื่อความสะดวกแก่การแก้ไขเพิ่มเติม เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ จึงทำให้

บทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยมีการบัญญัติไว้เพียงหลักการที่สำคัญและจำเป็นเท่านั้นเช่นเดียวกันกับบทบัญญัติในเรื่องอื่นๆ ซึ่งด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญไม่ได้มีการบัญญัติขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ที่ผ่านมาเมื่อมีกรณีที่ประเทศไทยจะต้องทำความตกลงระหว่างประเทศ จึงมักจะมีปัญหาในทางปฏิบัติเกิดขึ้นอยู่เสมอ เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาถูกตีความไปในหลายขั้นตอน มีความเข้าใจที่แตกต่างกันเพราะยังไม่มีความชัดเจนพอ จึงเป็นอุปสรรคในการดำเนินนโยบายด้านต่างประเทศของรัฐและทำให้ขาดความคล่องตัวในทางปฏิบัติ ทั้งนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมักจะมีข้อถกเถียงในเรื่องข้อตกลงเกี่ยวกับเศรษฐกิจรวมไปถึงเขตการค้าเสรีกับหลาย ๆ ประเทศ ที่ดูเหมือนจะมีการเอื้อประโยชน์กับคนบางกลุ่ม แต่กลับส่งผลกระทบต่อประชาชนจำนวนมากจากความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้น

ยิ่งไปกว่านั้น ปัจจุบันการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของไทย ยังไม่มีกรอบในการดำเนินการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ชัดเจนและเป็นระบบ และยังมีปัญหาในการตีความว่าหนังสือสัญญาใดต้องผ่านการเห็นชอบของรัฐสภา อีกทั้งยังไม่มีกระบวนการและขั้นตอนในการจัดทำหนังสือสัญญาที่จะต้องปฏิบัติตามอย่างชัดเจน นอกจากนี้ ความคลุมเครือของบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญและคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากความคลุมเครือนั้นทำให้ฝ่ายบริหารและเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีความเกรงกลัวต่อการที่จะถูกกล่าวหาจากการที่ต้องตีความว่าหนังสือสัญญาใดบ้างที่จะต้องผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา จึงมีการส่งหนังสือแทบทุกประเภทเข้าสู่รัฐสภาเพื่อพิจารณา จึงทำให้สิ้นเปลืองเวลาในการพิจารณาหนังสือสัญญาซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมาก อีกทั้งสมาชิกรัฐสภาส่วนใหญ่ไม่ใช่ผู้มีความรู้ความเข้าใจในด้านกฎหมายระหว่างประเทศทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเป็นผู้ชี้แจงข้อซักถามของสมาชิกรัฐสภา ซึ่งความล่าช้าในการพิจารณาดังกล่าว ทำให้ประเทศไทยเสียโอกาสในการทำความตกลงระหว่างประเทศอาจเพิ่มอำนาจต่อรองทางการค้าและทางการเมืองในเวทีระหว่างประเทศได้

ทั้งนี้ จากปัญหาตามที่กล่าวมาในข้างต้น จึงเป็นที่มาของการบัญญัติมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยที่มีการแก้ไขพัฒนาและปรับปรุงให้เกิดความรัดกุมและชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีการกำหนดให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดประเภท กรอบการเจรจา ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก โดยที่มาตรา 190 มีบทบัญญัติว่า

“หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน

หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว

ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศตามวรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้น ในการนี้ ให้คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบด้วย

เมื่อลงนามในหนังสือสัญญาตามวรรคสองแล้ว ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น และในกรณีที่การปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็วเหมาะสม และเป็นธรรม

ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดประเภท กรอบการเจรจา ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าว โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป

ในกรณีที่มีปัญหาตามวรรคสอง ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาดโดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 154 (1) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม”

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของมาตรา 190 วรรคห้า กำหนดให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดประเภท กรอบการเจรจา ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าว โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป อย่างไรก็ตาม แม้มาตรา 303 (3) จะกำหนดว่าคณะรัฐมนตรีต้องจัดทำกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่แถลงนโยบายต่อรัฐสภาเพื่อที่จะให้มาตรา 190 มีความชัดเจนในทางปฏิบัติก็ตาม แต่ก็ยังไม่มีการใช้บังคับกฎหมายดังกล่าวตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ จนกระทั่งต่อมาในปี พ.ศ. 2550 มีการแก้ไขมาตรา 190 จึงมีการยกเลิกมาตรา 190 เดิมของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมีการยกร่างใหม่และประกาศลงราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 4 มีนาคม พ.ศ. 2554 โดยมีการเปลี่ยนแปลงในวรรคห้า ซึ่งจากเดิมคือ

“ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป”

โดยแก้ไขใหม่เป็น

“ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดประเภท กรอบการเจรจา ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าว โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป”

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันประเทศไทยก็ยังไม่มีการประกาศใช้บังคับกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา แต่พบว่ามีความพยายามที่จะผลักดันให้เกิดกฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศอยู่หลายครั้ง ทั้งนี้ สามารถสรุปลำดับเหตุการณ์ที่เกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้ดังนี้[1]

ลำดับเวลา	เหตุการณ์
13 มีนาคม 2551	เอฟทีเอว็อทช์ ร่วมกับภาคีเครือข่าย เปิดแถลงข่าว “ปฏิบัติการผลักดันพระราชบัญญัติการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ พ.ศ. ... ฉบับประชาชน” และยื่นหนังสือถึง นายนพดล ปัทมะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ และจัดกิจกรรมรณรงค์ล่ารายชื่อ 10,000 รายชื่อเพื่อยื่นเสนอกฎหมาย
26 กุมภาพันธ์ 2552	คณะรัฐมนตรีเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา พ.ศ. ... ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาแล้ว ตามที่กระทรวงการต่างประเทศเสนอ และให้เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรเพื่อพิจารณาต่อไป

[1]ร่างพระราชบัญญัติการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ความหวังของประชาชน, สืบค้นเมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2559, http://ilaw.or.th/node/1183.

18 มีนาคม 2552	เอฟทีเอว็อทช์ ยื่นรายชื่อประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวน 10,378 คน เสนอต่อนายสามารถ แก้วมีชัย รองประธานสภาผู้แทนราษฎร เพื่อเสนอร่างกฎหมายและขอให้ชะลอการพิจารณาร่างของรัฐบาล เพื่อให้ร่างของประชาชนได้รับการพิจารณาในคราวเดียวกัน หลังจากนั้น นายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ นายกรัฐมนตรี ยอมถอนร่างพระราชบัญญัติขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา
25 มิถุนายน 2552	เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรได้ทำหนังสือที่ สผ 0014/7896 แจ้งว่าประธานรัฐสภาปฏิเสธคำขอภาคประชาชนในการยื่นเสนอกฎหมาย โดยมีคำวินิจฉัยว่า “หลักการของร่างพระราชบัญญัติการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ พ.ศ. ...” ไม่เข้าเงื่อนไขในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย หรือหมวด 5 แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 และจัดให้ประชาชนเข้าชื่อใหม่อีกครั้งหนึ่ง
20 ตุลาคม 2552	เอฟทีเอว็อทช์ นำโดย นายจักรชัย โฉมทองดี ยื่นฟ้องนายชัย ชิดชอบ ประธานรัฐสภา และนายพิทูร พุ่มหิรัญ เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ต่อศาลปกครองกลาง ในกรณีที่ไม่รับร่างพระราชบัญญัติการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ พ.ศ. ... ฉบับที่ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวน 10,378 คนเข้าชื่อยื่นเสนอ
8 กันยายน 2554	เครือข่ายภาคประชาชน 13 องค์กร ยื่นหนังสือต่อนายสมศักดิ์ เกียรติสุรนนท์ ประธานรัฐสภา เพื่อขอให้สมาชิกรัฐสภาช่วยสนับสนุนและมีมติเห็นชอบให้เดินหน้านำร่างกฎหมายประชาชนที่ค้างอยู่ในสภาที่แล้วมาพิจารณาต่อในการประชุมของรัฐสภานี้ ซึ่งนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี โดยมีร่างพระราชบัญญัติการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ พ.ศ. ... รวมอยู่ด้วย
13 กันยายน 2554	เครือข่ายภาคประชาชน 13 องค์กร ยื่นจดหมายต่อนายกรัฐมนตรีที่ทำเนียบรัฐบาล เพื่อทักท้วงให้มีการหยิบร่างกฎหมายที่ค้างในสภาที่แล้วมาพิจารณาต่อ โดยหนึ่งในร่างกฎหมายมีร่างพระราชบัญญัติการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ พ.ศ. ... ด้วย ก่อนสิ้นสมัยการประชุมคณะรัฐมนตรีสมัยแรกในวันที่ 30 กันยายน 2554

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีความพยายามที่จะผลักดันให้มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาอยู่หลายครั้ง ทั้งนี้ โดยมีเจตนารมณ์เพื่อเป็นการกำหนดให้รัฐบาลต้องไปออกกฎหมายว่าด้วยกระบวนการทำสนธิสัญญาที่มีผลตามวรรคสอง เพื่อเป็นหลักเกณฑ์และสามารถกล่าวอ้างกับประเทศคู่ภาคีได้ว่า การสิ่งใดยังไม่เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการทำสนธิสัญญานั้นกระทำไม่ได้ ซึ่งทำให้การไปทำสนธิสัญญามีความรัดกุมและตรวจสอบได้ ไม่ใช่เป็นอำนาจโดยเด็ดขาดของผู้แทนที่ไปเจรจาตามที่เคยเป็นมาก่อน ซึ่งให้อำนาจกว้างขวางเบ็ดเสร็จ รวมทั้งการใช้ดุลยพินิจในการเจรจาต่อรองตัดสินใจ[2] แต่จวบจนปัจจุบันก็ยังไม่มีการตรากฎหมายดังกล่าว จึงทำให้กระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ไม่มีความชัดเจน หน่วยงานราชการต่าง ๆ จึงไม่กล้าตัดสินใจว่าจะนำหนังสือสัญญาใดเข้าสภาเพื่อขอความเห็นชอบบ้าง เพราะเสี่ยงต่อการถูกฟ้อง และเลือกที่จะขอคำแนะนำจากกรมสนธิสัญญา กระทรวงการต่างประเทศทุกครั้งที่มีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทุกชนิด ไม่ว่าจะเป็นหนังสือบันทึกความเข้าใจในประเด็นในเชิงเทคนิคซึ่งไม่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศเท่าใดนัก เช่น บันทึกความเข้าใจเทคโนโลยีทางอวกาศ เรื่องการทำ Remote sensing กับประเทศจีน หรือแม้กระทั่งการจัดทำอนุสัญญาภาษีซ้อน หรือการปรับลดอัตราภาษีศุลกากร ซึ่งอาจถูกตีความว่าเป็นการทำสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลต่อสถานภาพทางการคลังของประเทศไทยในระนาบกว้างได้ ทำให้เกิดความล่าช้าในการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศรวมทั้งเกิดปัญหาการสิ้นเปลืองทรัพยากรบุคคลและเวลาที่ต้องใช้ในการดำเนินการเพียงเพื่อป้องกันมิให้หน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งรัฐบาล ถูกกล่าวหาว่าไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของรัฐธรรมนูญได้ และเนื่องจากสภาวการณ์โลกในปัจจุบัน มีการแข่งขันทางการค้าสูงและรุนแรงขึ้นเรื่อย ๆ ดังนั้น ประเทศไทยจึงต้องมีความพร้อม มีแนวทาง และขั้นตอนการเจรจาการค้าการลงทุนระหว่างประเทศที่มีประสิทธิภาพเพื่อให้ประเทศได้รับประโยชน์สูงสุด อย่างไรก็ดี ในขณะเดียวกันก็ต้องจัดให้มีมาตรการรองรับและป้องกันผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นด้วย ดังนั้น การวางนโยบาย มาตรการ กฎเกณฑ์ ตลอดจนกฎหมายต่าง ๆ ที่เป็นสากลจะช่วยให้

---

[2] ลาวัณย์ ถนัดศิลปกุล, ปัญหากระบวนการทำสนธิสัญญาและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 190, น. 8, สืบค้นเมื่อวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2559, newssaer.fda.moph.go.th >lib_sys>readfile.

การดำเนินการค้าและการลงทุนทั้งของไทยและต่างชาติเป็นไปด้วยความเรียบร้อย มีประสิทธิภาพ และเป็นผลดีต่อประเทศโดยรวม[3]

อนึ่ง ในส่วนของความคืบหน้าของร่างกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาในปัจจุบันนั้น ปรากฏตามบันทึกการประชุมของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญฉบับลงประชามติ พ.ศ. 2559 (ร่างมาตรา 178) โดยที่นายปกรณ์ นิลประพันธ์ เลขานุการกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ คนที่หนึ่ง ชี้แจงว่า ได้มีการยกร่างกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 แต่ไม่สามารถหาข้อยุติได้ว่ากรณีใดที่เป็นการทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ 2550 ร่างกฎหมายดังกล่าวจึงไม่สามารถประกาศใช้เป็นกฎหมายได้ ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาเพื่อนำมาใช้บังคับในการทำความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งเมื่อยังไม่มีการออกกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา ย่อมทำให้ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถดำเนินการเกี่ยวกับหนังสือสัญญาได้อย่างชัดเจน อีกทั้งไม่สามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพเนื่องจากอาจจะเป็นการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย เพราะยังไม่มีการออกกฎหมายมารองรับ

4.2 ปัญหาการไม่มีคำนิยามหรือความหมายที่ชัดเจนของคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

จากการศึกษาค้นคว้าพบว่า คำว่า “หนังสือสัญญา” นั้น ยังไม่เคยมีการบัญญัติความหมายไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายฉบับใดเลย แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะเคยวินิจฉัยความหมายของหนังสือสัญญาว่ามีความหมายเช่นเดียวกับ Treaty ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาก็ตาม อย่างไรก็ดี แม้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะผูกพันทุกองค์กร แต่ก็เป็นการตีความกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ อย่างไรก็ตาม ฝ่ายนิติบัญญัติก็ยังมีหน้าที่ที่จะต้องยกร่างหรือบัญญัติกฎหมายขึ้นมาบังคับใช้เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยดังกล่าว และเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้ และในการตีความกฎหมายที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยต่อไป

---

[3] เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ, สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ การศึกษาผลกระทบของมาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ว่าด้วยการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อการค้าและการลงทุนของประเทศไทย (An Assessment of the Economic Impact of Section 190 of the Thai Constitution B.E. 2550), น. 3-4.

ในเรื่องของความจำเป็นที่จะต้องกำหนดบทนิยามคำว่า “หนังสือสัญญา” หรือไม่นั้น นายปกรณ์ นิลประพันธ์ รองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาเคยให้ความเห็นว่าจากการตรวจสอบรัฐธรรมนูญตั้งแต่ฉบับแรกเรื่อยมาจนถึงฉบับปัจจุบัน พบว่าไม่มีการให้นิยามคำว่า “หนังสือสัญญา” ไว้ในรัฐธรรมนูญเลย โดยทางปฏิบัติที่ผ่านมาในอดีตได้ถือตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ถือว่าหนังสือสัญญาต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) คู่สัญญาต้องเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าระหว่างรัฐกับรัฐหรือระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ

(2) ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร

(3) ต้องมีผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งหมายถึงกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง หรือ Public International Law

ต่อมาในปี 2542 ประเทศไทยทำหนังสือแสดงจำนง หรือ Letter of Intent เพื่อประกอบการกู้เงินจากจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ และมีการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่าหนังสือแสดงความจำนงดังกล่าวนั้นเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนหรือไม่ ซึ่งการวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวต้องวินิจฉัยในเบื้องต้นก่อนว่าหนังสือแสดงเจตจำนงดังกล่าวนั้นเป็นหนังสือสัญญาหรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวางหลักไว้ในคำวินิจฉัยที่ 11/2542 หนังสือสัญญานั้นต้องทำขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐ หรือระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ โดยต้องทำเป็นหนังสือเพื่อแสดงให้เห็นถึงเจตนาที่ต้องการให้ให้มีผลผูกพันตามกฎหมาย และต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่โดยที่หนังสือแสดงความจำนงเป็นเพียงการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว หากปฏิบัติไม่ได้ก็ไม่บังคับกันตามกฎหมาย จึงไม่เป็นหนังสือสัญญา ซึ่งต่อมาศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ 33/2543 ก็วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 6-7/2551 วางหลักว่า หนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาไทย พุทธศักราช 2550 มีความหมายทำนองเดียวกับ Treaty ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 โดยหมายความรวมถึงความตกลงระหว่างประเทศทุกประเภทที่จัดทำขึ้นระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะถูกบันทึกไว้ในเอกสารฉบับเดียวกันหรือหลายฉบับ ไม่ว่าจะมีชื่อเรียกอย่างไร และต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยหากไม่ปรากฏว่าความตกลงระหว่างประเทศอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายภายในของรัฐใดความตกลงระหว่างประเทศนั้นย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาความไม่ชัดเจนของคำว่าหนังสือสัญญา คณะกรรมการกฤษฎีกาจึงเห็นสมควรกำหนดนิยาม

หนังสือสัญญาขึ้นตามนิยามของ Treaty ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และตามนัยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542, 33/2543, และ 6-7/2551[4]

นอกจากนี้ จากการศึกษาความเป็นมาของบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยนับตั้งแต่อดีต จะพบว่ารัฐธรรมนูญของประเทศไทยใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทย ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อ ปี พ.ศ. 2475 แต่อนุสัญญากรุงเวียนนาได้มีการจัดทำขึ้นในปี ค.ศ. 1969 (พ.ศ. 2512) และมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 1980 (พ.ศ. 2523) ซึ่งถือว่ามีการใช้คำนี้ก่อนที่จะมีการจัดทำอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นับเป็นเวลาถึง 37 ปี[5] อย่างไรก็ดี ในการตีความเพื่อหาความหมายของสิ่งที่มีอยู่ก่อน โดยการอ้างอิงถึงสิ่งที่มีหรือเกิดขึ้นในภายหลัง ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการตีความโดยขาดการใช้เหตุผลตามหลักตรรกวิทยา เพราะการศึกษาประวัติศาสตร์ของกฎหมายแต่ละฉบับ หรือสภาพการณ์ที่เป็นอยู่ก่อนวันใช้บังคับกฎหมาย จะทำให้ทราบเจตนารมณ์ของกฎหมายให้ชัดเจนยิ่งขึ้น และแม้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะผูกพันทุกองค์กรก็ตาม แต่ก็เป็นการตีความกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมายเพื่อบังคับใช้ภายในประเทศเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ปัจจุบันก็ยังไม่ได้มีการยกร่างหรือบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อให้ความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” เพื่อให้เกิดความถูกต้องและชัดเจนในการใช้บังคับกฎหมายที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทย

การที่รัฐธรรมนูญของประเทศไทย ใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” แทนความตกลงระหว่างประเทศ ดังนั้น เมื่อใช้คำว่า “หนังสือ” ย่อมหมายถึงหลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น จึงไม่รวมถึงความตกลงที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือความตกลงด้วยวาจา อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยก็เคยมีประสบการณ์ในการทำความตกลงด้วยวาจาเช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น ความตกลงเกี่ยวกับการใช้ไปรษณีย์ทหาร กับสหรัฐอเมริกา ความตกลงนี้ได้ทำขึ้นระหว่างนายกรัฐมนตรีจอมพลสฤษดิ์ กับเอกอัครราชทูตสหรัฐอเมริกา โดยได้ตกลงกันด้วยวาจาว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารของสหรัฐที่ประจำอยู่ในประเทศไทย สามารถนำสิ่งของเข้ามาในประเทศไทยได้ตามระบบไปรษณีย์ทหาร สิ่งของเหล่านี้จะได้รับการยกเว้นจากภาษีศุลกากร ความตกลงนี้ไม่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่เจ้าหน้าที่ของแต่ละฝ่ายต่างก็ได้บันทึกไว้เป็นการภายในตรงกัน ความตกลงด้วยวาจาซึ่งใช้มาจนถึงปัจจุบันนี้

---

[4] ปกรณ์ นิลประพันธ์, แนวคิดในการจัดทำร่างพระราชบัญญัติขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา พ.ศ. ..., สืบค้นเมื่อวันที่ 14 กันยายน 2558, http://lawdraftter.blogspot.com/2012/08/blog-post.html.

[5] นพนิธิ สุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น. 142.

ไม่ควรจะถือว่าเป็นเพียงเรื่องนโยบายเท่านั้น เพราะสามารถใช้อ้างเพื่อยกเว้นกฎหมายศุลกากรได้ ซึ่งในแง่วิชาการแล้วย่อมถือได้ว่าเป็นความตกลงด้วยวาจาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ[6] ดังนั้น หากในอดีตประเทศไทยเคยทำความตกลงระหว่างประเทศด้วยวาจาแล้ว จึงไม่อาจประกันได้ว่าในอนาคตประเทศไทยจะไม่มีการทำความตกลงระหว่างประเทศด้วยวาจาอีก

นอกจากนี้ รองศาสตราจารย์ ดร.ลาวัลย์ ถนัดศิลปกุล ได้วิเคราะห์บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 ซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวกับกรณีรัฐธรรมนูญของประเทศไทยไม่ครอบคลุมถึงการทำความตกลงระหว่างประเทศที่ไม่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรว่าเป็นประเด็นที่น่าเป็นห่วงอย่างยิ่ง เนื่องจากประเทศไทยใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” เมื่อเป็นหนังสือสัญญาก็ต้องเป็นลายลักษณ์อักษร แต่การทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ จะมีหลายลักษณะ ซึ่งอาจรวมไปถึงความตกลงด้วยวาจาด้วย เนื่องจากอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ไม่ได้มีผลกระทบต่อสนธิสัญญาที่แม้ไม่ได้อยู่ภายใต้บทนิยามของอนุสัญญากรุงเวียนนาก็ตาม ก็ไม่ได้ทำให้สนธิสัญญานั้น ๆ เป็นโมฆะ หรือหมดสิ้นไป อนึ่ง หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปไม่ได้วางหลักว่าสนธิสัญญาต้องเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอไป ดังนั้น ข้อ 3 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ดังกล่าวมาแล้วจึงมิได้ปฏิเสธผลบังคับใช้ของความตกลงระหว่างประเทศที่ตกลงด้วยวาจา แม้ว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาจะไม่ถือว่าความตกลงที่มิได้เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นสนธิสัญญา ถึงแม้ว่าความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นวาจาที่ยึดถือปฏิบัติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนี้มีอยู่ไม่มากนัก ซึ่งอาจจะเป็นความตกลงด้วยวาจาสองฝ่ายหรือคำแถลงฝ่ายเดียวก็ได้ ย่อมมีผลบังคับตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นอกจากนั้นทางปฏิบัติสมัยใหม่ที่เทคโนโลยีก้าวหน้าไปไกลสนธิสัญญาอาจจะกระทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรโดยรูปแบบที่ทันสมัย เช่น การตกลงเจรจาทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) หรือการส่งข้อความการตกลงทางโทรเลข แฟกซ์ เทเล็กซ์ หรือแม้กระทั่งการบันทึกข้อความการตกลงในแผ่นดิสก์แล้วนำมาพิมพ์เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ กรณีทั้งหลายล้วนแต่กระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพียงแต่ขอให้มีการลงนามโดยชอบเท่านั้น แม้แต่การลงนามที่กระทำโดยวิธีอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic signature) หรือกระทำโดย Smart Card เช่น กรณีประธานาธิบดีคลินตันทำความตกลง (Communique on electronic commerce) กับนายกรัฐมนตรี Ahern แห่ง Irish โดยสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมีผลบังคับสมบูรณ์ในฐานะสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้ง ภายใต้มาตรา 190 ไม่ได้ครอบคลุมถึงความตกลงด้วยวาจา ประกอบกับร่างที่กระทรวงการต่างประเทศนำเสนอกฤษฎีกานั้น นิยาม “หนังสือสัญญา” หมายความว่า “ความตกลงเป็นหนังสือระหว่างรัฐบาลไทย หรือราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาล

---

[6] สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร, “กฎหมายสนธิสัญญาไทย,” วารสารสราญรมย์, ปีที่ 31, ฉบับที่ระลึก, 10 กุมภาพันธ์ 2524, น. 149.

ต่างประเทศ รัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ” ประเด็นนี้ ขอตั้งไว้เป็นประเด็นสำคัญ เพราะวันข้างหน้าหากมีการทำความตกลงแบบไร้กระดาษ (paperless) จะไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 190 วรรคสองนี้ กรณีนี้ ถึงแม้ในรัฐธรรมนูญจะไม่ได้เขียนไว้ แต่ก็สามารถเขียนไว้ในพระราชบัญญัติว่าหนังสือความตกลงดังกล่าว จะให้ครอบคลุมได้ขนาดไหน เพราะว่าหนังสือสัญญาในมาตรา 190 ก็คือ Treaty ในความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งคำว่า Treaty มีความหมาย 2 ประการ คือ ความหมายอย่างแคบก็คือ ชื่อหนึ่งของสนธิสัญญา แต่ความหมายอย่างกว้างก็คือ ความผูกพันระหว่างรัฐที่กระทำต่อรัฐ หรือระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ จึงต้องพิจารณาประเด็นนี้ด้วย ถ้ามีแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือออกพระราชบัญญัติตรงนี้ก็ควรพิจารณาให้ถี่ถ้วนด้วย[7]

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยในปัจจุบัน คำว่า “หนังสือสัญญา” ยังไม่มีคำนิยามหรือความหมายที่ชัดเจน เนื่องจากยังไม่มีการบัญญัติความหมายไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายฉบับใดเลย มีเพียงความหมายตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งได้เคยวินิจฉัยไว้ อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่าไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายห้ามมิให้ศาลรัฐธรรมนูญเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัย ถึงแม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 268 จะบัญญัติให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด ผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐก็ตาม บทบัญญัตินี้ก็มีความหมายเพียงว่านอกจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนั้นจะมีผลผูกพันคู่ความในคดีและผูกพันศาลรัฐธรรมนูญเองตามหลักทั่วไปเกี่ยวกับคำพิพากษาแล้ว รัฐธรรมนูญให้ขยายผลผูกพันของคำวินิจฉัยของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในคดีนั้นไปยังรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐด้วย โดยคำว่า “ศาล” ในที่นี้ หมายถึง ศาลอื่น ๆ ที่ไม่ใช่ศาลรัฐธรรมนูญ เพราะศาลรัฐธรรมนูญย่อมผูกพันกับคำวินิจฉัยในคดีนั้นของตนอยู่แล้ว ตามหลักที่ว่าศาลที่พิพากษาคดีก็ต้องผูกพันกับสิ่งที่ตนได้พิพากษาไป แต่ความผูกพันดังกล่าวนี้เป็นความผูกพันเฉพาะในคดีนั้นเท่านั้น ไม่ได้หมายความว่า หากมีคดีใหม่เกิดขึ้นในอนาคต ศาลรัฐธรรมนูญก็จะต้องวินิจฉัยชี้ขาดคดีอย่างเดิมเสมอไปอย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปแล้ว เมื่อศาลได้พิพากษาคดีไปอย่างหนึ่ง หากศาลต้องการที่จะเลิกเดินตามคำพิพากษาเดิม ตามหลักนิติรัฐที่คุ้มครองความเชื่อและไว้วางใจของบุคคลในการใช้อำนาจรัฐ ศาลก็จะต้องให้เหตุผลว่าเหตุใดจึงไม่เดินตามแนวคำพิพากษาเดิมอีกต่อไป[8] ดังนั้น จึงอาจเป็นไปได้ว่า

---

[7]ลาวัณย์ ถนัดศิลปะกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 4.

[8]วรเจตน์ ภาคีรัตน์, <u>รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ การเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัย และผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีศาลปกครองสูงสุดของสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน</u>, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550) น. 111.

ในอนาคต ศาลรัฐธรรมนูญอาจเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความหมายของหนังสือสัญญาก็เป็นได้ เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย พบว่าศาลรัฐธรรมนูญไทยได้เปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยอย่างชัดเจนในคดีที่วินิจฉัยเกี่ยวกับความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (ที่ถูกต้องน่าจะเรียกว่า “องค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น) กล่าวคือ เดิมศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า บรรดาเทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล ฯลฯ เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ แต่ต่อมาในภายหลัง ศาลรัฐธรรมนูญได้เปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยเรื่องนี้ โดยวินิจฉัยกำหนดกฎเกณฑ์ของความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ และใช้เกณฑ์ดังกล่าวนั้น ชี้ว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ใช่องค์กรตามรัฐธรรมนูญ[9] ดังนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความหมายของหนังสือสัญญา จากแนวคำวินิจฉัยเดิมที่กำหนดให้หนังสือสัญญาจะต้องเป็นความตกลงที่ทำขึ้นเป็นหนังสือเท่านั้น แต่เปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยโดยกำหนดให้หนังสือสัญญาครอบคลุมไปถึงความตกลงที่ไม่ได้ทำหนังสือหรือที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว อาจเป็นช่องทางให้ฝ่ายบริหารของประเทศไทยไปทำความตกลงที่ไม่ได้ทำหนังสือหรือที่ไม่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรกับประเทศ องค์การระหว่างประเทศ บุคคลระหว่างประเทศหรือผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้โดยง่าย และเป็นการยากต่อการตรวจสอบซึ่งความตกลงที่ไม่ได้ทำเป็นหนังสือดังกล่าวอาจส่งผลกระทบหรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศไทยโดยรวมได้

อย่างไรก็ดี จากการศึกษาค้นคว้าพบว่า นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 วรรคห้า ได้บัญญัติให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา ที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางหรือมีผลผูกพันทางการค้าและการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขเยียวยาผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าว แต่จวบจนปัจจุบันก็ยังไม่มีการตรากฎหมายดังกล่าว แม้กระทรวงการต่างประเทศได้มีการยกร่างพระราชบัญญัติวิธีการและขั้นตอนในการจัดทำหนังสือสัญญา พ.ศ. ... ซึ่งเป็นร่างใหม่ที่มีการปรับปรุงโดย สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พรรคประชาธิปัตย์ ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาแล้ว เสนอสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาต่อไป หากแต่ในเดือนมีนาคมในปีเดียวกันนั้น นายกรัฐมนตรีได้ถอนร่างกฎหมายดังกล่าวเนื่องจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหลายคนได้ให้ความเห็นว่า ร่าง พ.ร.บ. ดังกล่าวอาจขัดกับมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญเนื่องจากมาตรามิได้กำหนดให้หนังสือสัญญาในการกู้เงินเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ[10] ทั้งนี้

---

[9] *เพิ่งอ้าง*, น. 111-112.

[10] เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 3, น. 53.

มีร่างกฎหมายว่าด้วยขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่จัดทำโดยหน่วยงานต่าง ๆ รวม 4 ฉบับ คือ[11]ร่างกฎหมายฉบับแรกและฉบับที่สองซึ่งจัดทำโดยกระทรวงการต่างประเทศในปี พ.ศ. 2550 และ พ.ศ. 2552 ตามลำดับ ยังมีร่างที่จัดทำขึ้นโดยตัวแทนกลุ่มศึกษาข้อตกลงเขตการค้าเสรีภาคประชาชน (FTA watch) และร่างที่จัดทำขึ้นโดยสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศ (TDRI) ร่างกฎหมายฯ ที่จัดทำขึ้นโดยองค์กรเอกชนทั้งสองแห่งเกิดจากแรงต่อต้านของการทำข้อตกลงการค้าเสรีทวิภาคีกับประเทศออสเตรเลีย ซึ่งฝ่ายบริหารได้สรุปผลการเจรจา รวมทั้งลงนามในสัญญาและให้สัตยาบันโดยไม่ผ่านสภา ทำให้ประชาชนทั่วไปไม่มีโอกาสได้รับรู้หรือแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับสาระสำคัญของความตกลงแม้จะมีส่วนได้เสียด้วย

ยิ่งไปกว่านั้น จากการศึกษาร่างกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาแต่ละฉบับ พบว่ามีการให้ความหมายของหนังสือสัญญาแตกต่างกันค่อนข้างมาก ในร่างพระราชบัญญัติขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา พ.ศ. ... ที่จัดทำโดยกระทรวงการต่างประเทศร่างแรกหรือที่เรียกว่าร่างกฎหมายฯ ของรัฐบาลของพลเอกสุรยุทธ์ จุลานนท์ ไม่มีการให้ความหมายของหนังสือสัญญาที่ชัดเจน และไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ใด ๆ ในการพิจารณาว่าหนังสือสัญญาประเภทใดต้องของความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน แต่กลับให้อำนาจนี้เป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหาร (รัฐบาล) เป็นผู้ตัดสินว่าจะเอาหนังสือสัญญาใดเข้ารัฐสภาหรือไม่ ซึ่งจะเป็นการกำหนดตามข้อเสนอแนะของกระทรวงการต่างประเทศ อีกทั้งยังมีการกำหนดเงื่อนไขว่าการส่งความคิดเห็นของคณะรัฐมนตรีจะต้องให้รัฐสภาพิจารณาภายในระยะเวลา 15 วัน ถ้ารัฐสภาไม่ท้วงติงภายใน 15 วัน ก็มีนัยว่าให้คณะรัฐมนตรีดำเนินการได้ทันที อย่างไรก็ดี หนังสือสัญญากู้เงินหรือค้ำประกันเงินกู้ที่รัฐบาลไทยหรือราชอาณาจักรไทยทำขึ้น ไม่ถูกนับรวมว่าเป็นหนังสือสัญญา เนื่องจากสามารถทำตามกฎหมายที่ให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะหรือเป็นการทั่วไปได้ ต่อมาร่างที่สองที่ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี หรือที่เรียกว่าร่างกฎหมายฯ ของพรรคประชาธิปัตย์ สมัยนายกรัฐมนตรี อภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ ได้มีการปรับปรุงนิยามของคำว่าหนังสือสัญญาให้หมายถึงความตกลงเป็นหนังสือระหว่างรัฐบาลไทย หรือราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลต่างประเทศ รัฐต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศซึ่งก่อให้เกิดพันธกรณีภายใต้บังคับกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะมีชื่อเรียกว่าอย่างไร ซึ่งเป็นนิยามที่สอดคล้องกับการตีความของศาลรัฐธรรมนูญในอดีต และยึดตามอนุสัญญากรุงเวียนนาทั้งสองฉบับ อนึ่ง ส่วนร่างกฎหมายของ TDRI ได้มีการให้ความหมายของหนังสือสัญญาโดยเน้นทางด้านการค้าและการลงทุนเป็นสำคัญ ซึ่งเป็นการให้ความหมายของหนังสือสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างประเทศไทยกับรัฐอื่นเท่านั้น โดยมิได้รวมถึงการทำสัญญากับองค์การระหว่างประเทศ

---

[11] *เพิ่งอ้าง*, น. 53.

เช่นเดียวกับร่างกฎหมายฯ อื่น แต่ในส่วนของสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ได้มีการนำเสนอความหมายของหนังสือสัญญาให้ครอบคลุมความตกลงที่มิใช่เฉพาะตัวหนังสือด้วย เช่น ความตกลงโดยวาจาของผู้นำประเทศ นอกจากนี้ คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายได้เสนอแนะให้มีการขยายกรอบของคำนิยามของหนังสือสัญญา จากการที่มีการให้ความหมายว่าเป็นความตกลงที่รัฐไทยทำขึ้นกับรัฐต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับในร่างกฎหมายฯ ของพรรคประชาธิปัตย์ และ FTA watch ซึ่งเป็นการเพิ่มความหมายของหนังสือสัญญาให้ครอบคลุมความตกลงที่รัฐไทยทำขึ้นกับนิติบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ซึ่งในกรณีดังกล่าว หมายความว่าสัญญาสัมปทานที่เป็นเรื่องระหว่างรัฐกับเอกชนก็ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ดี จากข้อเสนอดังกล่าวถือว่าไม่สอดคล้องกับคำนิยามที่ศาลรัฐธรรมนูญตีความในอดีตและไม่สอดคล้องกับนิยามตามอนุสัญญากรุงเวียนนา[12]

ทั้งนี้ ร่างพระราชบัญญัติการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่กลุ่มศึกษาข้อตกลงเขตการค้าเสรีภาคประชาชน หรือเอฟทีเอว็อทช์ (FTA Watch) ได้เสนอต่อกระทรวงการต่างประเทศในปี พ.ศ. 2551 นั้นได้มีการบัญญัติถึงความหมายของหนังสือสัญญาไว้ในมาตรา 3 ดังนี้[13]

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“หนังสือสัญญาระหว่างประเทศ" หมายความรวมถึง หนังสือสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐบาลไทยหรือส่วนราชการไทยในนามประเทศไทยหรือรัฐบาลไทยกับรัฐต่างประเทศ หรือรัฐบาลต่างประเทศหรือส่วนราชการของต่างประเทศในนามของรัฐบาลต่างประเทศ หรือ กับองค์การระหว่างประเทศ โดยก่อให้เกิดพันธกรณีแก่ประเทศไทยภายใต้บังคับกฎหมายระหว่างประเทศ ที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน อย่างมีนัยสำคัญ”

ต่อมากระทรวงการต่างประเทศเสนอร่างพระราชบัญญัติขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา พ.ศ. ... เพื่อให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา ซึ่งร่างพระราชบัญญัติขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา พ.ศ. ... ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตรวจพิจารณาแล้ว ได้มีการบัญญัติถึงความหมายของหนังสือสัญญาไว้ในมาตรา 3 ดังนี้

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

---

[12] *เพิ่งอ้าง*, น. 54-56.

[13] ร่างพระราชบัญญัติการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ความหวังของประชาชน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 1.

“หนังสือสัญญา หมายความว่า ความตกลงเป็นหนังสือระหว่างรัฐบาลไทยหรือราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลต่างประเทศ รัฐต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ ซึ่งก่อให้เกิดพันธกรณีภายใต้บังคับกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะมีชื่อเรียกว่าอย่างไร”

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีความพยายามที่จะผลักดันให้มีกฎหมายว่าด้วยการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ และให้มีคำนิยามของคำว่าหนังสือสัญญาในกฎหมายดังกล่าว แต่ปัจจุบันประเทศไทยก็ยังไม่มีการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาแต่อย่างใด ทำให้คำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยยังไม่มีการบัญญัติความหมายให้มีความชัดเจนและเหมาะสม ส่งผลให้การปรับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการทำความตกลงระหว่างประเทศของประเทศไทยยังคงขาดประสิทธิภาพเท่าที่ควร

4.3 ปัญหารัฐธรรมนูญของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติรับรองความสามารถในการทำหนังสือสัญญาของผู้ทรงสิทธิอื่นๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้มีการบัญญัติรับรองความสามารถของผู้ที่จะเข้ามาทำความตกลงกับประเทศไทย โดยในครั้งแรกเป็นการบัญญัติไว้ในวรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม มาตรา 54 ซึ่งบัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการประกาศสงคราม ทำหนังสือสัญญาสันติภาพสงบศึกและทำหนังสือสัญญาอื่น ๆ กับนานาประเทศ” ซึ่งหมายถึงประเทศไทยสามารถทำหนังสือสัญญาจำกัดเพียงเฉพาะกับรัฐหรือประเทศเท่านั้น และยังไม่มีการเปลี่ยนแปลงใดๆ และใช้มาจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2511 มาตรา 150 จนกระทั่งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2517 ได้มีการรับรองสถานภาพขององค์การระหว่างประเทศไว้ในมาตรา 195 โดยบัญญัติว่า“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพสงบศึกและทำหนังสือสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ” โดยเพื่อให้สอดคล้องกับความก้าวหน้าของกฎหมายระหว่างประเทศในสมัยนั้น อย่างไรก็ดี จนถึงปัจจุบันก็ยังไม่มีการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องของผู้ที่จะเข้ามาทำหนังสือสัญญากับประเทศไทยนอกเหนือจากรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศ

ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากในปัจจุบัน กฎหมายระหว่างประเทศมิได้จำกัดเฉพาะรัฐกับองค์การระหว่างประเทศเท่านั้นที่จะทำความตกลงระหว่างประเทศได้ ตรงกันข้ามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ข้อ 3 ยังได้กล่าวถึงผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ (Other Subjects of International Law) และได้รับรองว่าหากมีการทำความตกลงเกิดขึ้นโดยมีผู้ทรงสิทธิอื่นในกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นภาคีก็จะไม่กระทบผลในทางกฎหมายของความตกลงเหล่านั้น (Shall not affect : (a) legal force of such agreements) ปัญหาที่เกิดขึ้น

สำหรับผู้ที่ชอบคิดก็คือฝ่ายบริหารของไทยจะทำหนังสือสัญญากับผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ในกฎหมายระหว่างประเทศ นอกไปจากนานาประเทศ (รัฐ) หรือองค์การระหว่างประเทศหรือไม่[14]

ทั้งนี้ รองศาสตราจารย์นพนิธิ สุริยะ ได้เคยให้ความเห็นต่อบทบัญญัติมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เกี่ยวกับประเด็นนี้ว่า สหประชาชาติยอมรับรู้สถานภาพของ “ความเคลื่อนไหวเพื่อการปลดปล่อยแห่งชาติ” (National Liberation Movement –NLM) เช่นกรณีของ Palestine Liberation Organization-PLO) และที่สำคัญสมาชิกของสหประชาชาติเองก็ยอมรับความตกลงกับ PLO เช่น ISRAEL-PLO Declaration of Principles on Interim Self Government Arrangements (ลงนามที่ Washington เมื่อวันที่ 13 กันยายน 1993) นอกจากนี้ ยังมีองคภาวะ (Entity) อื่นอีกในกฎหมายระหว่างประเทศที่เข้าข่ายผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศแต่มิใช่นานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ ตามความหมายของมาตรา 190 วรรคแรก เช่น Hong Kong Special Administrative Region (HKSAR) และอีกกรณีหนึ่งคือพวก Insurgents and Belligerents. ที่น่าสังเกตอีกกรณีหนึ่งก็คือ The Holy See ซึ่งหากตีความหมายโดยเคร่งครัดแล้ว ก็ไม่น่าจะเป็น “ประเทศ” (รัฐ) ได้ เพราะไม่มีพลเมืองในลักษณะของพลเมืองที่มีอยู่ใน “ประเทศ” (รัฐ) อื่น ๆ ในโลก[15]

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ เอกบุตร ได้เคยให้ความเห็นในประเด็นดังกล่าวนี้ว่า การที่รัฐธรรมนูญในอดีตที่ผ่านมาจำกัด “บุคคลระหว่างประเทศ” หรือ “ผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ” (Subjects of international Law) ที่สามารถทำสนธิสัญญากับประเทศไทยได้คือ “ประเทศ” กับ “องค์การระหว่างประเทศ” มีความหมายแคบกว้างเพียงใด วาติกัน (The Vatican City) และ The Holy See จะอยู่ในความหมายของ “นานาประเทศ” หรือไม่ และคำว่า “องค์การระหว่างประเทศ” นั้นรวมถึงองค์การระหว่างประเทศแบบเอกชน หรือที่รู้จักกันดีว่า NGOs หรือไม่ นอกจากนี้ คำว่า “นานาประเทศ” จะหมายความรวมถึง Customs Territory หรือ “หน่วยทางการเมืองที่ไม่มีสถานะเป็นรัฐ” (Political entity) แต่เป็น customs territory ซึ่งมีบทบาทสำคัญในทางระหว่างประเทศมากโดยเฉพาะทางเศรษฐกิจ เช่น มาเก๊า ฮ่องกง ฯลฯ หรือจะครอบคลุมถึงศาลระหว่างประเทศด้วยหรือไม่ นอกจากนี้ ปัจจุบันกฎหมายระหว่างประเทศมีแนวโน้มที่จะยอมรับว่ามีบุคคลระหว่างประเทศ หรือผู้ทรงสิทธิอย่างอื่นนอกจากรัฐกับองค์การระหว่างประเทศได้ แม้ว่ากระบวนการยอมรับนี้จะยังไม่สมบูรณ์ก็ตาม และสิทธิหน้าที่ของบุคคลระหว่างประเทศใหม่นี้อาจไม่เท่าเทียมกับรัฐอธิปไตย ตัวอย่างของแนวโน้มบุคคลระหว่างประเทศใหม่ที่ว่านี้ได้แก่ National Liberation Movements, องค์การระหว่างประเทศแบบเอกชน (Non-

---

[14] นพนิธิ สุริยะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 5, น. 165.

[15] *เพิ่งอ้าง*, น.165-166.

government Organizations : NGOs) บรรษัทข้ามชาติ (Transnational Corporations : TNCs) รวมทั้ง Indigenous People ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญใหม่จึงควรเพิ่ม “บุคคลระหว่างประเทศหรือผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ” ในบทบัญญัติส่วนที่เกี่ยวกับการทำสนธิสัญญา ทั้งนี้ เพื่อให้คลุมถึงบุคคลระหว่างประเทศที่นอกเหนือจากรัฐและองค์การระหว่างประเทศด้วย[16]

อนึ่ง จากปัญหาตามที่กล่าวมาในข้างต้น ซึ่งมีกรณีศึกษา คือ ตามบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ข้อตกลงด้านกระบวนการตรวจสอบคุณภาพระหว่างกรมปศุสัตว์กับองค์การตรวจสอบคุณภาพอาหารประเทศแคนาดาเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่ เรื่องเสร็จที่ 388/2552 ซึ่งเป็นกรณีที่กรมปศุสัตว์ได้มีหนังสือหารือถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า กรมปศุสัตว์มีความประสงค์จะจัดทำข้อตกลงด้านกระบวนการตรวจสอบคุณภาพกับองค์การตรวจสอบคุณภาพอาหารของประเทศแคนาดา (Canadian Foods Inspection Agency: CFIA) ซึ่งเป็นการลงนามระหว่างหน่วยงานของรัฐบาลแคนาดากับหน่วยงานของรัฐบาลไทย โดยข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงด้านเทคนิคที่องค์การตรวจสอบอาหารของประเทศแคนาดาร้องขอให้กรมปศุสัตว์ทำหน้าที่ตรวจสอบโรงงานแทนผู้ตรวจประเมินจากประเทศแคนาดาในกรณีที่ผู้ประกอบการไทยมีความประสงค์จะส่งสินค้าอาหารสัตว์เลี้ยงไปยังประเทศแคนาดา ทั้งนี้ กรมปศุสัตว์พิจารณาแล้วเห็นสมควรลงนามข้อตกลงดังกล่าว เนื่องจากหากผู้ประกอบการอาหารเลี้ยงสัตว์มีความประสงค์จะส่งสินค้าไปยังประเทศแคนาดา ต้องดำเนินการจัดทำคำขอและแบบสอบถามไปยังองค์การตรวจสอบคุณภาพอาหารของประเทศแคนาดาเดินทางมาตรวจสอบโรงงาน ณ ประเทศไทย ซึ่งใช้เวลานาน เนื่องจากต้องรอให้องค์การตรวจสอบคุณภาพอาหารของประเทศแคนาดาจัดลำดับการตรวจสอบโรงงานทั่วโลกและต้องรอให้มีการขอนำเข้าของผู้ประกอบการจากประเทศไทยหลายราย ซึ่งผู้ประกอบการต้องออกค่าใช้จ่ายในการเดินทางทั้งหมดให้กับผู้ตรวจสอบขององค์การตรวจสอบคุณภาพอาหารของประเทศแคนาดาซึ่งมีคุณภาพสูง จำเป็นที่ผู้ประกอบการต้องร่วมกันในการเฉลี่ยค่าใช้จ่าย ส่งผลให้ประเทศไทยเสียโอกาสในการส่งสินค้าไปขายยังประเทศแคนาดา แม้ว่าจะได้รับคำสั่งซื้อจากผู้นำเข้าในประเทศแคนาดาแล้ว และประเทศผู้แข่งอาจแย่งตลาดสินค้าได้ซึ่งจะเป็นการเสียประโยชน์ของประเทศไทยโดยรวม ดังนั้น กรมปศุสัตว์จึงขอหารือว่าข้อตกลงด้านกระบวนการตรวจสอบคุณภาพเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นหนังสือสัญญาอันมีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ

---

[16] ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *รัฐธรรมนูญกับกิจการต่างประเทศ*, สืบค้นเมื่อวันที่ 14 กันยายน 2558, http://m.matichon.co.th2readnews.php?newsid=1422614881.

โดยคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 3) มีความเห็นว่า การพิจารณาหารือนี้ เบื้องต้นจำเป็นต้องพิจารณาก่อนว่าหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีความหมายอย่างไร เมื่อพิจารณาความหมายและองค์ประกอบของคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยวางหลักเกณฑ์ไว้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551 สรุปความได้ว่า “หนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญมีความหมายครอบคลุมถึงความตกลงทุกประเภทที่ประเทศไทยทำขึ้นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ โดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ หนังสือสัญญาดังกล่าวต้องมีลักษณะทำขึ้นเป็นหนังสือ และเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ” ประกอบกับข้อ 2 วรรค 1 (เอ) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1969 และข้อ 2 วรรค 1 (เอ) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันเอง ค.ศ. 1986 ได้ให้คำนิยามของคำว่า “สนธิสัญญา” (Treaty) ซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกันกับคำว่า “หนังสือสัญญา” ไว้ว่าหมายถึง “ความตกลงระหว่างประเทศที่ได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างรัฐต่าง ๆ หรือระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันเอง และอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะทำขึ้นเป็นฉบับเดียวหรือหลายฉบับหรือหลายฉบับผนวกเข้าด้วยกัน และไม่ว่าจะเรียกชื่อเช่นใด”

เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ดังกล่าว จะเห็นได้ว่า มาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับในการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างรัฐบาลไทยหรือราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลต่างประเทศหรือรัฐต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศที่จะก่อให้เกิดพันธกรณีภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น กรณีตามข้อหารือนี้ เมื่อพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายของกรมปศุสัตว์ และองค์การตรวจสอบคุณภาพอาหาร (CFIA) ของประเทศแคนาดาแล้ว เห็นว่ากรมปศุสัตว์เป็นส่วนราชการมีฐานะเป็นกรม สังกัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ และมีฐานะเป็นนิติบุคคล ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ประกอบกับมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 ดังนั้น กรมปศุสัตว์จึงเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายภายในของประเทศไทย ส่วนองค์การตรวจสอบคุณภาพอาหารของประเทศแคนาดานั้น ผู้แทนกรมปศุสัตว์ชี้แจงว่ามีสถานะเป็นองค์กรหนึ่งของรัฐบาลแคนาดาเท่านั้น มิได้เป็นองค์การระหว่างประเทศ ประกอบกับเมื่อพิจารณาความในข้อ 2.1 ของบันทึกข้อตกลงดังกล่าวที่กำหนดว่า “กระบวนการในการตรวจสอบมิได้เป็นเงื่อนไขที่มีผลผูกพันตามกฎหมาย” จึงแสดงให้เห็นเจตนาในการทำข้อตกลงนี้ว่าเป็นความตกลงสองฝ่ายที่มิได้มีเจตนาก่อให้เกิดผลผูกพันระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่มีเจตนาเพียงขอความร่วมมือ

จากกรมปศุสัตว์ในการดำเนินการตรวจสอบคุณภาพสินค้าประเภทอาหารสัตว์ที่จะส่งออกไปยังประเทศแคนาดาแทนองค์การตรวจสอบคุณภาพอาหารของประเทศแคนาดาเท่านั้น

ดังนั้น เมื่อทั้งกรมปศุสัตว์และองค์การตรวจสอบคุณภาพอาหารของประเทศแคนาดามิได้มีสถานะเป็นรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศ และบันทึกข้อตกลงดังกล่าวมิได้ก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ บันทึกข้อตกลงดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของขั้นตอน หลักเกณฑ์ และวิธีการในการจัดทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กรณีจึงไม่จำต้องพิจารณาต่อไปว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นหนังสือสัญญาอันมีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างมีนัยสำคัญตามมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่

อนึ่ง ในการให้ความเห็นข้างต้นนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 3) มีข้อสังเกตว่า ข้อหารือของกรมปศุสัตว์เป็นปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่จะเป็นองค์กรวินิจฉัย ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงเป็นเพียงความเห็นเบื้องต้นเท่านั้น[17]

กล่าวโดยสรุปแล้ว การที่บทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในปัจจุบัน ซึ่งบัญญัติรับรองผู้ที่จะเข้ามาทำความตกลงกับประเทศไทย โดยที่จำกัดเพียงประเทศและองค์การระหว่างประเทศเท่านั้น จึงไม่ได้ครอบคลุมไปถึงบุคคลระหว่างประเทศหรือผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนี้ หากมีกรณีที่ประเทศไทยจะต้องทำความตกลงระหว่างประเทศกับบุคคลระหว่างประเทศหรือผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ก็อาจจะกระทำได้โดยไม่ต้องผ่านขั้นตอนในการขอความเห็นชอบของรัฐสภา ซึ่งหากความตกลงที่ประเทศไทยทำขึ้นดังกล่าวมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อประเทศไทยอย่างเป็นวงกว้างได้ อีกทั้งอาจเป็นโอกาสให้ฝ่ายบริหารใช้เป็นช่องทางในการทำความตกลงเพื่อนำมาซึ่งผลประโยชน์ของฝ่ายตนหรือเอกชนเพียงบางกลุ่มได้ โดยไม่อาจดำเนินการตรวจสอบตามขั้นตอนและกระบวนการตามที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญได้เลย

---

[17] บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา <u>เรื่อง ข้อตกลงด้านกระบวนการตรวจสอบคุณภาพระหว่างกรมปศุสัตว์กับองค์การตรวจสอบคุณภาพอาหารของประเทศแคนาดาเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือไม่</u> (เรื่องเสร็จที่ 388/2552)

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

กล่าวโดยสรุป บทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยนั้น นับได้ว่ามีประวัติศาสตร์ความเป็นมาที่ยาวนานเคียงคู่กับประวัติศาสตร์ของชาติไทย ซึ่งนับตั้งแต่เริ่มมีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับแรก ก็คือพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 จนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งก็คือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ยิ่งไปกว่านั้น จากการศึกษาบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยนับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน พบว่าบทบัญญัติมีความค่อนข้างเก่าและไม่ทันสมัย เห็นได้จากบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาส่วนใหญ่นั้นจะเป็นบทบัญญัติที่มีอยู่แล้วในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ซึ่งยังไม่ได้รับการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญ แต่เนื่องจากการทำหนังสือสัญญานั้น เป็นเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินความสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศของประเทศไทย ซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ จึงเป็นเรื่องที่สำคัญเป็นอย่างยิ่ง เพราะในการทำความตกลงของประเทศไทยในแต่ละเรื่องนั้น อาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงในด้านอธิปไตย เศรษฐกิจ หรือสังคม เป็นต้น อนึ่ง เมื่อบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยยังไม่ได้รับการปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน ดังนั้น หากมีกรณีที่จะต้องนำบทบัญญัติมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น จึงเกิดปัญหาเมื่อจะต้องนำกฎหมายมาปรับใช้ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่ามีปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยอยู่สามประการ ซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้

ประการแรก ปัญหาการไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

นับตั้งแต่อดีต ประเทศไทยไม่มีกฎหมายว่าด้วยการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ใช้เป็นการกำหนดขั้นตอนและกระบวนการในการทำหนังสือสัญญา ดังนั้น การทำความตกลงระหว่างประเทศจึงอยู่ภายใต้กรอบอำนาจของฝ่ายบริหารเป็นหลัก และแม้จะมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ก็เป็นเพียงการบัญญัติหลักการไว้อย่างกว้าง ๆ ยังคงมีความซับซ้อนและไม่ชัดเจน อีกทั้งยังขาดความรัดกุม ดังนั้น จึงทำให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติอยู่หลายประการ อาทิ ส่งผลให้กระบวนการจัดทำหนังสือสัญญาต้องใช้เวลานานและเพิ่มภาระให้แก่ภาครัฐในทางปฏิบัติ และอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการเจรจากับประเทศคู่เจรจา อันเนื่องมาจาก

ปัญหาด้านความซับซ้อนในกระบวนการและระยะเวลาดำเนินการซึ่งไม่มีการกำหนดให้ชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในสภาวการณ์ปัจจุบัน ที่แต่ละประเทศในโลกต่างก็แข่งขันกันเพื่อให้ได้เปรียบในด้านการค้าและการลงทุน นอกจากนี้ ยังทำให้เกิดปัญหาในการตีความ เนื่องจากยังไม่มีกำหนดนิยามของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ จึงทำให้ยังขาดหลักเกณฑ์หรือกรอบในการพิจารณาเกี่ยวกับความหมายของหนังสือสัญญา และประเภทหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างเป็นรูปธรรม

ประการที่สอง ปัญหาการไม่มีคำนิยามหรือความหมายที่ชัดเจนของคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

ตั้งแต่อดีตเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน แม้จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับก็ตาม แต่คำว่า “หนังสือสัญญา” ซึ่งใช้แทนความตกลงในทางระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้ทำขึ้นนั้น ยังไม่เคยมีการบัญญัติความหมายไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยหรือในกฎหมายฉบับใดเลย จึงทำให้ยังไม่มีความหมายที่ชัดเจน และแม้ว่าจะมีความพยายามเพื่อที่จะผลักดันให้มีการบัญญัติความหมายของหนังสือสัญญา โดยให้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศก็ตาม แต่ปัจจุบันประเทศไทยก็ยังไม่มีการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแต่อย่างใด ดังนั้น บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาจึงมีเพียงเท่าที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในส่วนความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยให้ความหมายไว้ ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551 โดยได้ให้ความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ว่ามีความหมายที่ตรงกันกับคำว่า “Treaty” ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551 คำว่า “หนังสือสัญญา” หมายถึงความตกลงระหว่างประเทศทุกประเภทที่จัดทำขึ้นระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ ในรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะถูกบันทึกไว้ในเอกสารฉบับเดียวหรือหลายฉบับที่เกี่ยวพันกัน และไม่ว่าจะเรียกชื่อว่าอย่างไร อันเป็นความหมายที่ตรงกันกับคำว่า “Treaty” ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และตรงกับที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยให้ความหมายไว้แล้วในคำวินิจฉัยที่ 11/2542 และคำวินิจฉัยที่ 33/2543 อนึ่ง โดยที่ความหมายของคำว่า “Treaty” นั้น เป็นไปตามบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งบัญญัติว่า “สนธิสัญญา” หมายความถึง “ความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นเป็นหนังสือระหว่างรัฐต่าง ๆ หรือระหว่างรัฐกับองค์กรระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์กรระหว่างประเทศด้วยกัน

และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะทำขึ้นเป็นฉบับเดียว หรือสองฉบับ หรือหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกันและไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร"[1]

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตบางประการจากความหมายของหนังสือสัญญาตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งได้กล่าวมาในข้างต้น ด้วยเหตุที่ประเทศไทยมีการใช้คำว่า "หนังสือสัญญา" นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยมีผลใช้บังคับ เมื่อปี พ.ศ. 2475 ในขณะที่อนุสัญญากรุงเวียนนาได้มีการจัดทำขึ้นในปี ค.ศ. 1969 (พ.ศ. 2512) และมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1980 (พ.ศ. 2523) ซึ่งพบว่าประเทศไทยได้มีการใช้คำนี้อยู่ก่อนที่จะมีการจัดทำอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ดังนั้น การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความหมายของคำว่า "หนังสือสัญญา" ว่ามีความหมายที่ตรงกันกับคำว่า "Treaty" ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นั้น ผู้เขียนเห็นว่าการตีความเพื่อหาความหมายของสิ่งที่มีอยู่หรือเกิดขึ้นอยู่ก่อนแล้ว โดยการอ้างอิงถึงสิ่งที่มีอยู่หรือเกิดขึ้นในภายหลัง เป็นการตีความโดยขาดการใช้เหตุผลตามหลักตรรกวิทยา จึงเห็นว่าควรจะตีความโดยการศึกษาประวัติศาสตร์ของกฎหมายแต่ละฉบับ หรือสภาพการณ์ที่เป็นอยู่ก่อนวันใช้บังคับกฎหมาย เพราะการตีความเช่นนี้จะทำให้ทราบถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายให้ชัดเจนยิ่งขึ้น อีกทั้งความหมายของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยยังเป็นสิ่งที่บ่งบอกถึงประวัติศาสตร์ความเป็นมาของชาติไทยอีกด้วย จึงควรเป็นถ้อยคำที่จะต้องมีความหมายเฉพาะตัว นอกจากนี้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็เป็นการตีความกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ แต่หน้าที่ในการบัญญัติกฎหมายเพื่อนำมาบังคับใช้ภายในประเทศเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติก็ยังมีหน้าที่ที่จะต้องตรากฎหมายออกมาเพื่อที่จะนำไปปรับใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นต่อไป

นอกจากนี้ จากการที่รัฐธรรมนูญของประเทศไทย ใช้คำว่า "หนังสือสัญญา" แทนการทำความตกลงระหว่างประเทศ จึงทำให้บทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยไม่ครอบคลุมถึงความตกลงที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือความตกลงด้วยวาจา เนื่องจาก คำว่า "หนังสือ" ย่อมหมายถึงหลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ไม่รวมถึงความตกลง

---

[1] Article 2 Use of terms

...

(a) "treaty" means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation;

Etc.

ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือความตกลงด้วยวาจา แต่การทำความตกลงระหว่างประเทศนั้น อาจเกิดขึ้นได้ในหลายลักษณะ และอาจรวมไปถึงความตกลงด้วยวาจาก็ได้ ทั้งนี้ เนื่องจากอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นั้นไม่ได้ทำให้ความตกลงที่ไม่ได้อยู่ภายใต้บทนิยามของอนุสัญญากรุงเวียนนาด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เป็นโมฆะ หรือหมดสิ้นไปแต่อย่างใด อีกทั้งหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปก็ไม่ได้มีหลักว่าความตกลงในทางระหว่างประเทศนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือหรือเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ดังนั้น ความตกลงที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือความตกลงด้วยวาจา จึงมีผลผูกพันตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นอกจากนี้ เนื่องจากปัจจุบันได้มีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีมากขึ้น ความตกลงในทางระหว่างประเทศก็อาจทำขึ้นได้ด้วยวิธีการที่ทันสมัยอย่างอื่น ซึ่งไม่ใช่เพียงการทำเป็นหนังสือได้เท่านั้น แต่การทำความตกลงหรือเจรจาด้วยสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ ก็จะยังคงมีผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงเกิดปัญหาว่าหากต่อไปในอนาคต ถ้าฝ่ายบริหารของประเทศไทยไปทำความตกลงที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรกับประเทศอื่น ไม่ว่าจะด้วยวาจาหรือจะเป็นการทำความตกลงด้วยวิธีการอื่นที่มีความทันสมัยแล้ว ความตกลงดังกล่าวที่เกิดขึ้นย่อมไม่ใช่หนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ เพราะไม่ได้ทำเป็นหนังสือ หรือทำเป็นลายลักษณ์อักษร และเมื่อไม่ใช่หนังสือสัญญาแล้วก็ไม่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ก็ย่อมที่เป็นการยากที่จะตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารได้

ประการที่สาม ปัญหารัฐธรรมนูญของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติรับรองความสามารถในการทำหนังสือสัญญาของผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

เนื่องจากบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยมีความค่อนข้างเก่าและไม่ทันสมัย ไม่สอดคล้องกับสังคมโลกมีลักษณะเป็นพลวัตที่มีความเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ อันจะเห็นได้จากบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาส่วนใหญ่นั้น จะเป็นบทบัญญัติที่มีอยู่แล้วในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ โดยที่ไม่ได้รับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในส่วนสำคัญ ซึ่งรวมไปถึงเรื่องของการบัญญัติรับรองความสามารถของผู้ที่จะเข้ามาทำความตกลงกับประเทศไทย อนึ่ง ปัจจุบันรัฐธรรมนูญของประเทศไทยได้บัญญัติรับรองผู้ที่จะเข้ามาเป็นภาคีกับประเทศไทยโดยที่จำกัดเฉพาะรัฐกับองค์การระหว่างประเทศเท่านั้น แต่ตามกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันนั้นมิได้จำกัดเฉพาะรัฐกับองค์การระหว่างประเทศเท่านั้นที่จะทำความตกลงระหว่างประเทศได้ ตรงกันข้ามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ข้อ 3 ยังได้กล่าวถึงผู้ทรงสิทธิในกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ (Other Subjects of International Law) และได้รับรองว่าหากมีการทำความตกลงเกิดขึ้นโดยมีผู้ทรงสิทธิอื่นในกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นภาคีก็จะไม่กระทบผลในทางกฎหมายของความตกลงเหล่านั้น (Shall not affect : (a) legal force of such

agreement)[2] ซึ่งในปัจจุบันกฎหมายระหว่างประเทศมีแนวโน้มที่จะยอมรับผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ อาทิ องค์การระหว่างประเทศแบบเอกชน หรือที่รู้จักกันดีว่า NGOs ขบวนการปลดปล่อยแห่งชาติ (National Liberation Movement) บรรษัทข้ามชาติ (Transnational Corporations : TNCs) รวมถึงชนพื้นเมือง (Indigenous People) และกลุ่มชนต่าง ๆ เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นปัญหาที่น่าคิดต่อไปว่า หากในอนาคตฝ่ายบริหารของประเทศไทยจะทำความตกลงระหว่างประเทศกับผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งไม่ใช่ประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศตามที่รัฐธรรมนูญของประเทศไทยได้บัญญัติรับรองไว้เท่านั้น การทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวจะสามารถกระทำได้หรือไม่ และความตกลงดังกล่าวจะมีผลผูกพันต่อประเทศไทยหรือไม่ เพียงใด และปัญหาที่สำคัญอย่างยิ่งอีกประการหนึ่งคือ ความตกลงดังกล่าวจะถือว่าเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาด้วยหรือไม่ ดังนั้น จากการที่รัฐธรรมนูญของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติรับรองความสามารถในการทำหนังสือสัญญาของผู้ทรงสิทธิอื่นๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ อาจจะเป็นโอกาสให้ฝ่ายบริหารใช้เป็นช่องทางในการทำความตกลงระหว่างประเทศเพื่อที่จะนำมาซึ่งผลประโยชน์ของฝ่ายตนหรือเอกชนเพียงบางกลุ่มและอาจส่งผลกระทบต่อประโยชน์โดยรวมของชาติได้

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยที่เกิดขึ้นทั้งสามประการตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนจึงใคร่ที่จะขอเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ดังต่อไปนี้

ประการแรก สำหรับปัญหาการไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ซึ่งเกิดจากการที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา จึงทำให้ขาดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นหนังสือสัญญา ทั้งความหมายของหนังสือสัญญารวมถึงประเภทของหนังสือสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา และขาดความชัดเจนเกี่ยวกับกระบวนการและระยะเวลาดำเนินการในการทำความตกลงระหว่างประเทศ ปัญหาดังกล่าวจะได้รับการแก้ไข หากประเทศไทยมีกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา เพราะกฎหมายดังกล่าวนี้จะเป็นการกำหนดให้รัฐบาลต้องไปออกกฎหมายว่าด้วยกระบวนการทำหนังสือสัญญาตามประเภทของหนังสือสัญญาที่ได้ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการกำหนดขั้นตอนและ

---

[2]นพนิธิ สุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น. 165.

หลักเกณฑ์ในการทำความตกลงระหว่างประเทศที่มีรูปแบบและสาระสำคัญที่หลากหลาย อีกทั้งสามารถนำมากล่าวอ้างกับประเทศคู่ภาคีได้ ซึ่งหากมีกรณีที่ยังไม่เป็นไปตามกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาแล้ว หนังสือสัญญานั้นก็จะกระทำไม่ได้ ซึ่งทำให้การทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยมีความรัดกุมและสามารถตรวจสอบได้มากยิ่งขึ้น ไม่ใช่เป็นอำนาจเด็ดขาดของผู้แทนที่เป็นผู้ไปเจรจาเหมือนเช่นดังแต่ก่อน

ในเรื่องการกำหนดให้มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญานี้ ได้มีการยกร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากในขณะนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 190 วรรคห้า ประกอบกับมาตรา 303(3) บัญญัติให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งแก้ไขเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าว คณะรัฐมนตรีได้มีมติอนุมัติหลักการร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวตามที่กระทรวงการต่างประเทศเสนอ และส่งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑) ได้ตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวตามบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา พ.ศ. ... เรื่องเสร็จที่ 693/2551 และได้มีการปรับปรุงชื่อร่างพระราชบัญญัติเป็น “พระราชบัญญัติขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา พ.ศ. ...” โดยร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีสาระสำคัญคือ[3] ได้มีการกำหนดบทนิยามคำว่า “หนังสือสัญญา” ว่าหมายถึงความตกลงเป็นหนังสือระหว่างรัฐบาลไทยหรือราชอาณาจักรไทย กับรัฐบาลต่างประเทศ รัฐต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศซึ่งก่อให้เกิดพันธกรณีภายใต้บังคับกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะมีชื่อเรียกว่าอย่างไร ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับนิยามของสนธิสัญญา (Treaty) ตาม Vienna Convention on the Law of Treaties และได้มีการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อันได้แก่ หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา หนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันงบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง และหนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนประเทศอย่างมีนัยสำคัญ แต่ไม่รวมถึงหนังสือ

---

[3] ร่างพระราชบัญญัติขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา พ.ศ. ...

สัญญากู้เงินหรือค้ำประกันเงินกู้ที่รัฐบาลไทยหรือราชอาณาจักรไทยทำขึ้นตามกฎหมายที่ให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะหรือเป็นการทั่วไปเพราะเป็นกรณีทีมีกฎหมายให้อำนาจดำเนินการเป็นการเฉพาะอยู่แล้ว แต่ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวยังมิได้มีการเสนอเข้าสู่การพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติ

อนึ่ง ในส่วนของความคืบหน้าของร่างกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาในปัจจุบันนั้น ปรากฏตามบันทึกการประชุมของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญฉบับลงประชามติ พ.ศ. 2559 (ร่างมาตรา 178) โดยที่นายปกรณ์ นิลประพันธ์ เลขานุการกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ คนที่หนึ่ง ชี้แจงว่า ได้มีการยกร่างกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 แต่ไม่สามารถหาข้อยุติได้ว่ากรณีใดที่เป็นการทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ 2550 ร่างกฎหมายดังกล่าวจึงไม่สามารถประกาศใช้เป็นกฎหมายได้

ทั้งนี้ เพื่อให้กฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาดังกล่าวเป็นไปโดยถูกต้องตามระบบกฎหมายไทยและมีความเหมาะสมตามสภาวการณ์ของประเทศไทยในปัจจุบันโดยอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ผู้เขียนจึงขอเสนอให้มีการกำหนดสาระสำคัญดังต่อไปนี้

1. กำหนดบทนิยามคำว่า “หนังสือสัญญา” ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหมายถึงความตกลงเป็นหนังสือระหว่างรัฐบาลไทยหรือราชอาณาจักรไทย กับรัฐบาลต่างประเทศ รัฐต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ ซึ่งก่อให้เกิดพันธกรณีภายใต้บังคับกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะมีชื่อเรียกว่าอย่างไร ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับนิยามของสนธิสัญญา (Treaty) ตาม Vienna Convention on the Law of Treaties

2. กำหนดให้การจัดทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของราชอาณาจักรไทย อันได้แก่หนังสือสัญญาดังต่อไปนี้ ต้องดำเนินการตามกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา

(1) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ

(2) หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา

(3) หนังสือสัญญาอื่น ที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง

3. สำหรับขั้นตอน วิธีการและหลักเกณฑ์ในการทำความตกลงกรณีอื่นใดที่มิได้เป็นไปตามความในวรรคหนึ่ง ตามมาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

4. หน่วยงานของรัฐที่มิได้รับมอบอำนาจจากคณะรัฐมนตรีจะทำความตกลงกับรัฐบาลต่างประเทศ รัฐต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ หรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศ ให้มีผล

เช่นเดียวกับหนังสือสัญญาตามมาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มิได้ ซึ่งสอดคล้องกับ Article 7 ของ Vienna Convention on the Law of Treaties

5. สำหรับกระบวนการจัดทำหนังสือสัญญา สรุปได้ดังนี้

(1) ถ้ามีกรณีที่จะต้องดำเนินการเจรจา หน่วยงานที่รับผิดชอบและกระทรวงการต่างประเทศต้องร่วมกันจัดทำกรอบการเจรจาเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อนำเสนอรัฐสภาให้ความเห็นชอบก่อนดำเนินการเจรจา พร้อมทั้งเผยแพร่กรอบเจรจาให้ประชาชนทราบโดยทั่วไปและรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับกรอบเจรจาเพื่อประกอบการดำเนินต่อไปด้วย อย่างไรก็ดี อาจมีบางกรณีที่การเปิดเผยข้อมูลบางอย่างเกี่ยวกับการเจรจา อาจไม่เป็นผลดีต่อสถานะของประเทศในการเจรจาหรือต่อความมั่นคงของชาติ จึงกำหนดข้อยกเว้นไว้ด้วยว่าในกรณีที่การเปิดเผยข้อมูลใด ๆ เกี่ยวกับการเจรจาจะเสียหายต่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศหรือประชาชนหรือต่อความมั่นคงของชาติ อาจไม่ต้องมีการเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าวก็ได้

(2) สำหรับกรณีที่รัฐบาลไทยหรือราชอาณาจักรไทยมิได้เข้าร่วมการเจรจาเพื่อจัดทำหนังสือสัญญา หน่วยงานที่รับผิดชอบต้องจัดทำและเผยแพร่สรุปสาระสำคัญของหนังสือสัญญานั้นให้ประชาชนทราบโดยทั่วไป และรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเพื่อประกอบการพิจารณาก่อนลงนามในหนังสือสัญญา หรือก่อนแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันตามหนังสือสัญญานั้น แล้วแต่กรณี

(3) ในการเผยแพร่ข้อมูลและรับฟังความคิดเห็นของประชาชนนั้น ให้กระทำผ่านระบบเครือข่ายสารสนเทศของหน่วยงานที่รับผิดชอบ แต่รัฐมนตรีเจ้าของสังกัดอาจกำหนดให้ดำเนินการโดยวิธีอื่นด้วยก็ได้ และเพื่อให้ได้ความคิดเห็นที่บริสุทธิ์ ผู้แสดงความคิดเห็นต้องระบุชื่อและที่อยู่ที่แท้จริง และถ้าเป็นบุคคลธรรมดาต้องระบุชื่อสกุลและเลขประจำตัวประชาชนด้วย

(4) ในการเจรจา หน่วยงานที่รับผิดชอบและกระทรวงการต่างประเทศต้องดำเนินการร่วมกัน และในกรณีที่เป็นหนังสือสัญญาอื่น ที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง ผู้เจรจาต้องพิจารณาผลการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับกรอบการเจรจา และเมื่อการเจรจาเสร็จสิ้นลง หน่วยงานที่รับผิดชอบและกระทรวงการต่างประเทศต้องเผยแพร่สรุปผลการเจรจาต่อประชาชนผ่านระบบเครือข่ายสารสนเทศของตน ทั้งนี้ เว้นแต่เป็นกรณีที่การเปิดเผยข้อมูลใด ๆ เกี่ยวกับการเจรจาจะเสียหายต่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศหรือประชาชนหรือต่อความมั่นคงของชาติ และให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดเสนอผลการเจรจาต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อให้ความเห็นชอบและอนุมัติการลงนามในหนังสือสัญญา

(5) สำหรับการลงนามในหนังสือสัญญานั้น ถ้าเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลใช้บังคับเมื่อมีการลงนามโดยไม่ต้องแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันในภายหลัง คณะรัฐมนตรีต้องเสนอหนังสือสัญญานั้นต่อรัฐสภาเพื่อให้ความเห็นชอบก่อนการลงนาม แต่ถ้าเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลใช้บังคับเมื่อมี

การแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน ก่อนแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันดังกล่าว ให้คณะรัฐมนตรีเสนอหนังสือสัญญานั้นต่อรัฐสภาเพื่อให้ความเห็นชอบ และในการเสนอหนังสือสัญญาต่อรัฐสภาเพื่อให้ความเห็นชอบตามวรรคหนึ่งและวรรคสองนั้น คณะรัฐมนตรีต้องเผยแพร่รายละเอียดของหนังสือสัญญานั้นให้ประชาชนทราบโดยทั่วไปด้วยโดยผ่านระบบเครือข่ายสารสนเทศของหน่วยงานที่รับผิดชอบและกระทรวงการต่างประเทศ

(6) หนังสือสัญญาที่มีผลบังคับใช้บังคับแล้ว ให้ประกาศในระบบเครือข่ายสารสนเทศของหน่วยงานที่รับผิดชอบและกระทรวงการต่างประเทศ ส่วนภาษาของหนังสือสัญญาที่จะประกาศนั้นมิได้กำหนดไว้ตายตัว เพราะหลายกรณีมีการจัดทำหนังสือสัญญาเป็นภาษาอื่นที่มิใช่ภาษาไทย

(7) เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับหนังสือสัญญาที่ถูกต้องและเป็นระบบ จึงกำหนดให้กระทรวงการต่างประเทศจัดให้มีฐานข้อมูลหนังสือสัญญาเพื่อรวบรวมและเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับหนังสือสัญญาที่รัฐบาลไทยหรือราชอาณาจักรไทยเป็นภาคี ผ่านระบบเครือข่ายสารสนเทศของกระทรวงการต่างประเทศ เพื่อให้ประชาชนสามารถตรวจดูและทำสำเนาข้อมูลดังกล่าวผ่านระบบเครือข่ายสารสนเทศนั้นได้เอง

(8) กำหนดบทเฉพาะกาลเพื่อรองรับการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดทำหนังสือสัญญาก่อนวันที่กฎหมายนี้มีผลใช้บังคับว่า การดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญาใดที่รัฐบาลไทยหรือราชอาณาจักรไทยยังมิได้แสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน ให้ดำเนินการต่อไปตามกฎหมายนี้ และให้ถือว่าการดำเนินการที่ได้ทำไปแล้วเป็นการดำเนินการตามกฎหมายนี้แล้ว

(9) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้รักษาการตามกฎหมายนี้

ประการที่สอง เกี่ยวกับประเด็นปัญหาการไม่มีคำนิยามหรือความหมายที่ชัดเจนของคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ซึ่งสืบเนื่องมาจากไม่มีการนิยามคำว่า “หนังสือสัญญา” ไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายฉบับใดเลย จึงทำให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติของภาครัฐและส่งผลให้เกิดการตีความเพราะบทบัญญัติยังมีความคลุมเครือและไม่ชัดเจน นอกจากนี้การที่ประเทศไทยใช้คำว่า “หนังสือ” ย่อมหมายถึงหลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ไม่รวมถึงความตกลงที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือความตกลงด้วยวาจา ทั้งนี้ ในอดีตประเทศไทยเองก็มีประสบการณ์ในการทำความตกลงด้วยวาจาเช่นกัน เมื่อครั้งทำความตกลงเกี่ยวกับการใช้ไปรษณีย์ทหาร กับสหรัฐอเมริกา ซึ่งความตกลงนี้ได้ทำขึ้นระหว่างนายกรัฐมนตรีจอมพลสฤษดิ์ กับเอกอัครราชทูตสหรัฐอเมริกา ซึ่งถือได้ว่าเป็นความตกลงด้วยวาจาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ เนื่องจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่าสนธิสัญญาต้องเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอไป ดังนั้น ข้อ 3 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา จึงมิได้ปฏิเสธผลบังคับใช้ของความตกลงระหว่างประเทศที่ตกลงด้วยวาจาและย่อมมีผลบังคับตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่าง

ประเทศ ดังนั้น จึงไม่อาจประกันได้ว่าในอนาคตประเทศไทยจะไม่มีการทำความตกลงระหว่างประเทศด้วยวาจาอีก

อนึ่ง เพื่อให้ทราบถึงความหมายของหนังสือสัญญา จึงจำเป็นที่จะต้องทราบถึงความเป็นมาในการบัญญัติคำว่า “หนังสือสัญญา” ไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทย และเหตุผลในการเลือกใช้คำว่า“หนังสือสัญญา” แทนการทำความตกลงระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงได้ทำการศึกษาค้นคว้าเจตนารมณ์ในการยกร่างรัฐธรรมนูญมาตราที่เกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญา โดยจะขอกล่าวถึงในลำดับต่อไป

ในอดีต เมื่อครั้งมีการยกร่างรัฐธรรมนูญมาตรา 54 ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 ซึ่งมีการมีการใช้ทั้งคำว่า “หนังสือสัญญา” และคำว่า “สัญญา” โดยที่คณะอนุกรรมการร่างรัฐธรรมนูญในขณะนั้น ซึ่งก็คือพระยาศรีวิสารวาจา ท่านได้อธิบายความหมายของคำว่า “สัญญา” ว่าเป็นการใช้โดยนัยกว้าง ๆ ไม่หมายเฉพาะว่าสัญญาอันใด เช่น รวมทั้งสัญญาที่เรียกว่า Treaty อนุสัญญา (Convention) ความตกลง (Agreement) หรือ (Arrangement) ซึ่งประเทศเราอาจจะทำความตกลงกับนานาประเทศด้วย ดังนี้ จะเห็นได้ว่าคณะอนุกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้มีการใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” และ “สัญญา” โดยมีเจตนารมณ์ที่ให้มีความหมายอย่างเดียวกัน คือใช้แทนการทำความตกลงระหว่างประเทศ แต่เหตุที่ใช้คำว่า “หนังสือ” นำหน้าคำว่า “สัญญา” นั้น เห็นว่าน่าจะเพื่อให้ครอบคลุมถึงความตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น เพราะคำว่า “หนังสือ” ย่อมหมายถึงหลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษร ไม่รวมถึงความตกลงที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

ต่อมาศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม ท่านได้อธิบายเหตุผลในการใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” ในมาตรา 92 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 สรุปความว่า การที่ใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” และไม่ใช้คำว่า “สนธิสัญญา” (ซึ่งเป็นคำแปลจากภาษาฝรั่งเศสว่า Traité หรืออังกฤษว่า Treaty) แต่การที่ใช้คำว่าหนังสือสัญญานี้เป็นการถูกต้องแล้ว เพราะบทบัญญัติแห่งมาตรา 92 ไม่ได้กล่าวถึงการทำหนังสือสัญญาที่เป็นเฉพาะสนธิสัญญาเท่านั้น แต่ยังมีความหมายกว้างขวางออกไปอีก จะเห็นได้ว่าคำว่าสนธิสัญญานั้นเกิดมีขึ้นเป็นคราวแรกในภาษาไทยที่ใช้เป็นทางราชการตั้งแต่เมื่อคราวทำหนังสือสัญญาใหม่กับนานาประเทศในยุค พ.ศ. 2480-2483 ซึ่งยังคงบังคับใช้อยู่จนกระทั่งทุกวันนี้ คำว่า “หนังสือสัญญา” ที่ใช้อยู่ในมาตรา 92 นี้หมายความถึงความตกลงทุกรูป ซึ่งได้แก่สนธิสัญญา (Traité หรือ Treaty) อนุสัญญา (Convention) ความตกลง (Accord หรือ Arrangement) ซึ่งความตกลงเหล่านี้มีความสำคัญลดหลั่นกันลงมาตามลำดับ นอกจากนี้ก็ยังมีที่เรียกว่าหนังสือแลกเปลี่ยน (Exchange de Note) พิธีสาร (Protocol) กรรมสารทั่วไป (Act general) กรรมสารสุดท้าย (Act final) ฯลฯ อันบรรดาความตกลงเหล่านี้ที่สำคัญที่สุดก็คือสนธิสัญญาและอนุสัญญา ความจริงในทางวิชาการแล้ว

สนธิสัญญาและอนุสัญญานั้น ถึงแม้จะเป็นการยอมรับกันว่าสนธิสัญญามีความสำคัญกว่าก็จริง แต่ว่าในบางครั้งก็เป็นการยากที่จะชี้ให้เห็นความแตกต่างกับอนุสัญญาได้ เพราะบางทีเรื่องชนิดเดียวกันก็เคยทำเป็นทั้งอนุสัญญาและสนธิสัญญา นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม ได้อ้างอิงถึงความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ซึ่งพระเจ้าวรวงศ์เธอพระองค์เจ้าวรรณไวทยากร ได้เคยให้ความหมายไว้ในหนังสือ “ศัพท์สนธิสัญญาและการเมือง” ว่า “...ความตกลงไม่ว่ารูปใดนั้น ทางวิชาการทูตเรียกว่า compact ฉะนั้นหนังสือสัญญาก็ได้แก่ compact คำว่า compact นั้น ย่อมถือว่าเป็นศัพท์เทคนิค เพราะไม่ค่อยใช้ในภาษาสามัญ ตามธรรมดา ถ้าจะหมายถึงความตกลงระหว่างชาติโดยทั่วไปแล้วมักใช้คำว่า International engagements หรือ Engagements internationaux ซึ่งอาจแปลได้ว่าคำมั่นสัญญาระหว่างประเทศ”[4]

เมื่อครั้งมีการยกร่างรัฐธรรมนูญมาตรา 190 ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 (ร่างมาตรา 186) กรรมาธิการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญได้แสดงเจตนารมณ์ในการยกร่างรัฐธรรมนูญมาตรา 190 (ร่างมาตรา 186) ไว้ในรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 33/2550 โดยที่นายสุพจน์ ไข่มุกด์ กรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญ ได้ชี้แจงถึงเหตุผลในการใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” เนื่องจากคำว่า “หนังสือสัญญา” นั้น เป็นคำกลาง ๆ และเป็นคำกว้าง ๆ ที่ใช้กับหนังสือสัญญาทุกประเภท รวมทั้งสนธิสัญญา และความตกลงอื่น ๆ ทางกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งมีเจตนารมณ์ที่จะใช้คำนี้ให้เหมือนกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ

อนึ่ง จากการศึกษาวิเคราะห์เอกสารดังกล่าว สามารถสรุปเจตนารมณ์ในการยกร่างรัฐธรรมนูญ ในประเด็นของนิยามของคำว่า “หนังสือสัญญา” โดยที่สามารถสรุปใจความได้ว่า คำว่าหนังสือสัญญาในรัฐธรรมนูญมีความหมายที่กว้างกว่าคำว่าสนธิสัญญา เนื่องจากสามารถใช้กับหนังสือสัญญาทุกประเภท รวมทั้งสนธิสัญญา และความตกลงอื่นๆ ทางกฎหมายระหว่างประเทศ จึงใช้คำว่าหนังสือสัญญาตามที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 เช่นเดิม ข้อความตรงนี้ระบุชัดเจนว่า ผู้ยกร่างจงใจใช้คำว่าหนังสือสัญญาก็เพื่อที่จะไม่ต้องการผูกติดกับนิยามของคำว่า “สนธิสัญญา” ซึ่งมีนิยาม

---

[4] ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม 2 กฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ตอนที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495), น. 244-245.

ที่ชัดเจนตามกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะเห็นว่านิยามดังกล่าวอาจไม่ครอบคลุมลักษณะของหนังสือสัญญาที่ต้องการจะให้ผ่านการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติ[5]

อย่างไรก็ตาม แม้บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยจะใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” ซึ่งถ้าแยกศัพท์จะพบว่า “สัญญา” คือเนื้อความที่ได้ตกลงกันไว้ ส่วนคำว่า “หนังสือ” คือการทำหลักฐานของสิ่งที่ได้ตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษร คนไทยได้ใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” มาตั้งแต่เดิม เช่น หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรี ประเทศอังกฤษ แล ประเทศสยาม คฤษตศักราช 1826 ซึ่งแปลจาก TREATY Between THE KING of SIAM and GREAT BRITAIN 1826[6] ดังนั้น เมื่อบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญใช้คำว่า “หนังสือ” จึงย่อมหมายถึงหลักฐานที่เป็นตัวอักษรอ่านแล้วเข้าใจได้ทันที ไม่ต้องมีบทนิยามอรรถาธิบายเพิ่มเติม[7] อนึ่ง เนื่องจากยังไม่เคยไม่มีการให้นิยามคำว่า “หนังสือสัญญา” ไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายฉบับใดเลย มีเพียงความหมายตามนัยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542, 33/2543, และ 6-7/2551 ว่าหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย มีความหมายทำนองเดียวกับ Treaty ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 แต่ในทางปฏิบัติตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป แม้ว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 จะไม่ถือว่าความตกลงที่มิได้เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นสนธิสัญญา แต่การทำความตกลงระหว่างประเทศนั้นมีหลายลักษณะ ซึ่งอาจรวมไปถึงความตกลงด้วยวาจาด้วย ซึ่งตามข้อ 3 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ก็มิได้ปฏิเสธผลใช้บังคับของความตกลงระหว่างประเทศที่ตกลงด้วยวาจา ดังนั้น ความตกลงด้วยวาจาดังกล่าวย่อมมีผลบังคับตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อนึ่ง หากคำว่า “หนังสือสัญญา” มีความหมายทำนองเดียวกับ Treaty ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยแล้ว หนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

---

[5] เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ, สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ การศึกษาผลกระทบของมาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ว่าด้วยการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อการค้าและการลงทุนของประเทศไทย (An Assessment of the Economic Impact of Section 190 of the Thai Constitution B.E. 2550), น. 54.

[6] สนธิสัญญาและความตกลงทวิภาคีระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ, หนังสือชุดประมวลสนธิสัญญา เล่ม 1 พ.ศ. 2160-2412,กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ ธันวาคม 2511. อ้างใน นพนิธิ สุริยะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 2, น. 141.

[7] *เพิ่งอ้าง*, น.142.

ก็อาจตีความครอบคลุมไปถึงความตกลงที่มิได้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือความตกลงด้วยวาจาได้ แต่เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญประกอบกับเจตนารมณ์ในการยกร่างรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับตามที่ได้กล่าวมาในข้างต้น จะเห็นได้ว่าผู้ยกร่างจงใจใช้คำว่าหนังสือสัญญาก็เพื่อที่จะไม่ต้องการผูกติดกับนิยามของคำว่า “สนธิสัญญา” ซึ่งมีนิยามที่ชัดเจนตามกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะเห็นว่านิยามดังกล่าวอาจไม่ครอบคลุมลักษณะของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย อันมีเจตนารมณ์ที่จะต้องเป็นความตกลงที่ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร หรือทำขึ้นเป็นหนังสือเท่านั้น ดังนี้ หากยังไม่มีการกำหนดนิยามของคำว่า “หนังสือสัญญา” ไว้ในกฎหมายให้ชัดเจนแล้ว ก็ย่อมจะเกิดปัญหาในทางปฏิบัติต่อไปได้ อย่างไรก็ดี ปัญหาดังกล่าวจะได้รับการแก้ไขโดยปริยาย หากมีการกำหนดนิยามหนังสือสัญญาไว้ในกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย โดยให้เป็นไปตามนิยามของสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และตามนัยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542, 33/2543, และ 6-7/2551 โดยจะต้องบัญญัติให้ครอบคลุมถึงความตกลงที่ทำขึ้นเป็นหนังสือเท่านั้น

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนและไม่ให้เกิดปัญหาในการตีความ ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการกำหนดนิยามคำว่า “หนังสือสัญญา” ไว้ในกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาตามที่ได้มีการเสนอให้มีกฎหมายดังกล่าวไว้แล้วก่อนหน้านี้ โดยที่บัญญัติให้ครอบคลุมถึงความตกลงที่ทำขึ้นเป็นหนังสือเท่านั้น ดังนี้

“หนังสือสัญญา” หมายความว่า ความตกลงเป็นหนังสือระหว่างรัฐบาลไทยหรือราชอาณาจักรไทย กับรัฐบาลต่างประเทศ รัฐต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ ซึ่งก่อให้เกิดพันธกรณีภายใต้บังคับกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะมีชื่อเรียกว่าอย่างไร”

ประการที่สาม เกี่ยวกับประเด็นปัญหารัฐธรรมนูญของประเทศไทยไม่ได้มีการบัญญัติรับรองความสามารถในการทำหนังสือสัญญาของผู้ทรงสิทธิอื่นๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งมีสาเหตุมาจากบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยในปัจจุบัน เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการรับรองความสามารถของผู้ที่จะเข้ามาทำหนังสือสัญญากับประเทศไทยนั้น เป็นบทบัญญัติเดิมที่มีอยู่แล้วในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ โดยที่ไม่ได้รับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในส่วนสำคัญ และได้บัญญัติรับรองความสามารถของผู้ที่จะเข้ามาเป็นภาคีกับประเทศไทยจำกัดเฉพาะเพียงรัฐกับองค์การระหว่างประเทศเท่านั้น แต่ยังไม่ได้มีการบัญญัติรับรองความสามารถในการทำหนังสือสัญญาของผู้ทรงสิทธิอื่นๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ อาทิ องค์การระหว่างประเทศแบบเอกชน หรือที่รู้จักกันดีว่า NGOs ขบวนการปลดปล่อยแห่งชาติ (National Liberation Movement) บรรษัทข้ามชาติ (Transnational Corporations : TNCs) รวมถึงชนพื้นเมือง (Indigenous People) และกลุ่มชนต่าง ๆ เป็นต้น

ประเด็นปัญหารัฐธรรมนูญของประเทศไทยไม่ได้มีการบัญญัติรับรองความสามารถในการทำหนังสือสัญญาของผู้ทรงสิทธิอื่นๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่าควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน คือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 23 มีบทบัญญัติว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง ต้องได้รับความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ในการนี้ สภานิติบัญญัติแห่งชาติจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง

หนังสือสัญญาที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางตามวรรคสอง หมายถึง หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วม หรือการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือการอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

เมื่อมีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดเป็นกรณีตามวรรคสองหรือวรรคสามหรือไม่ คณะรัฐมนตรีจะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ได้ ทั้งนี้ ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ”

โดยให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญดังนี้

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

การทำความตกลงกรณีอื่นใดที่มิใช่เป็นไปตามความในวรรคหนึ่ง จะมีขั้นตอนวิธีการ และหลักเกณฑ์ในการจัดทำอย่างไร ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง ต้องได้รับความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ในการนี้ สภานิติบัญญัติแห่งชาติจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง

หนังสือสัญญาที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางตามวรรคสอง หมายถึง หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วม หรือการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือการอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

เมื่อมีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดเป็นกรณีตามวรรคสองหรือวรรคสามหรือไม่ คณะรัฐมนตรีจะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ได้ ทั้งนี้ ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ”

อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่าในการใช้บทบัญญัติว่า “การทำความตกลงกรณีอื่นใดที่มิใช่เป็นไปตามความในวรรคหนึ่ง” ก็เพื่อที่จะให้ครอบคลุมถึงการทำความตกลงอย่างอื่น นอกจากการทำความตกลงระหว่างรัฐบาลไทยหรือราชอาณาจักรไทย กับรัฐบาลต่างประเทศ รัฐต่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ ซึ่งก็คือการทำความตกลงกับผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศนั่นเอง ทั้งนี้ เพื่อเป็นการบัญญัติรับรองความสามารถในการทำหนังสือสัญญาของผู้ทรงสิทธิอื่นๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ อาทิ องค์การระหว่างประเทศแบบเอกชน หรือที่รู้จักกันดีว่า NGOs ขบวนการปลดปล่อยแห่งชาติ (National Liberation Movement) บรรษัทข้ามชาติ(Transnational Corporations : TNCs) รวมถึงชนพื้นเมือง (Indigenous People) และกลุ่มชนต่าง ๆ เป็นต้น และเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ข้อ 3 ซึ่งได้กล่าวถึงผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ (Other Subjects of International Law) และได้รับรองว่าหากมีการทำความตกลงเกิดขึ้นโดยมีผู้ทรงสิทธิอื่นในกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นภาคีก็จะไม่กระทบผลในทางกฎหมายของความตกลงเหล่านั้น (Shall not affect : (a) legal force of such agreements)

กล่าวโดยสรุปแล้ว ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยตามที่ได้กล่าวมาในข้างต้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาให้ตรงจุดแล้ว จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนของบทบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินความสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศให้มีความทันสมัยสอดคล้องกับสภาวการณ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน โดยให้มีการรองรับถึงความมีอยู่ของผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งให้มีการใช้บังคับกฎหมายว่าด้วยขั้นตอนและวิธีการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศ เพื่อให้มีเกณฑ์หรือกรอบการพิจารณาหนังสือสัญญาที่มีความชัดเจนมากขึ้น อีกทั้งให้มีการกำหนดนิยามคำว่า “หนังสือสัญญา” ไว้ในกฎหมายดังกล่าวด้วย เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในการตีความอีกต่อไป ทั้งนี้ เพื่อเป็นการกำหนดกระบวนการในการทำความตกลงระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารให้เป็นรูปธรรมและมีความทันสมัยมากยิ่งขึ้น อันจะนำมาสู่การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีประสิทธิภาพ ชัดเจน และโปร่งใส มีความเป็นมาตรฐานสากล โดยอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน

บรรณานุกรม

หนังสือ

กระทรวงการต่างประเทศ. ประวัติการทูตของไทย. พิมพ์ในงานพระราชทานเพลิงศพหม่อมเจ้าดิลกฤทธิ์ กฤดากร, 2501.

จตุรนต์ ถิระวัฒน์. กฎหมายระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.

จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557.

_____. หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2553.

_____. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.

เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ. สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ การศึกษาผลกระทบของมาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ว่าด้วยการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อการค้าและการลงทุนของประเทศไทย (An Assessment of the Economic Impact of Section 190 of the Thai Constitution B.E. 2550).

นพนิธิ สุริยะ. Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.

_____. Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.

ปรัชญา เวสารัชช์. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2527.

เพ็ญศรี ดุ๊ก. การต่างประเทศกับเอกราชและอธิปไตยของไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ราชบัณฑิตยสถาน, 2542.

ไพโรจน์ ชัยนาม. คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม 2 กฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ตอนที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495.

สุข เปรุนาวิน. คำสอนชั้นปริญญาตรีกฎหมายระหว่างประเทศ เล่มหนึ่ง. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2513.

สำนักกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. ร่างรายงานการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศที่มีกฎหมายกำหนดประเภทหนังสือสัญญาที่ต้องผ่านรัฐสภาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ.

หลวงสิทธิสยามการ. สัญญาทางพระราชไมตรีระหว่างสยามกับต่างประเทศ. พิมพ์เป็นอนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ, 2506.

อรรณพ บุราณเศรษฐ. รายงานการศึกษาส่วนบุคคล เรื่อง มาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กับการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ. สถาบันการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ, 2552.

ประสิทธิ์ เอกบุตร. สนธิสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.

ณัชชาภัทร อุ่นตรงจิตร. กฎหมายระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 1. เชียงใหม่: สำนักพิมพ์คะนึงนิจการพิมพ์, 2546.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ การเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัย และผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีศาลปกครองสูงสุดของสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550.

รองพล เจริญพันธ์. กฎหมาย : แพ่งหลักทั่วไป เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจริญวิทย์การพิมพ์, 2520.

บทความวารสาร

ณัฐนันทน์ อัศวเลิศศักดิ์. “แนวทางการพิจารณาการเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย.” วารสารกฤษฎีกาสาร. ปีที่ 9. ฉบับที่ 4. (เมษายน – พฤษภาคม 2557): 13-14.

นพนิธิ สุริยะ. ความสมบูรณ์ของสนธิสัญญาตามกฎหมายภายใน. หนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ พล.อ.ท.มานพ สุริยะ . (2532): 193-194.

_____. “สนธิสัญญาในรัฐธรรมนูญ.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 22. ฉบับที่ 2, (2537): 179.

นิพันธ์ จิตะสมบัติ. “หนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปีพุทธศักราช 2540 มาตรา 224 วรรคสอง.” วารสารดุลพาห. เล่มที่ 2. ปีที่ 54. (พฤษภาคม – สิงหาคม 2550) : 102-104.

เพลินตา ตันรังสรรค์. “หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา.” วารสารจุลนิติ. (มกราคม–กุมภาพันธ์, 2553): 60-62.

วีรพัฒน์ ปริยวงศ์, กฎหมายระหว่างประเทศ: รูปร่าง หน้าตา และที่มาเป็นอย่างไร. หนังสือกฎหมายเพื่ออาจาริยบูชาแด่ อาจารย์ นพนิธิ สุริยะ เนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ 65 ปี พ.ศ. 2554. (กรุงเทพมหานคร : ตุลาคม 2555): 42.

สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร. “กฎหมายสนธิสัญญาไทย.” วารสารสราญรมย์. ปีที่ 31. ฉบับที่ระลึก. (10 กุมภาพันธ์ 2524): 144.

สุเมธ จานประดับ. “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการตีความกฎหมาย.” วารสารรพี ปี 2550. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ (2550): 11-12.

วิทยานิพนธ์

ฐานพร ม่วงมณี. “รัฐสภากับการมีส่วนร่วมในการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

อารยา สุขสม. “กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญากับปัญหาการเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

ธนภัทร ชาตินักรบ. “การตีความสนธิสัญญาแบบวิวัฒนาการ: กรณีศึกษาคำชี้ขาดขององค์กรระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกและคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

เกรียงศักดิ์ แจ้งสว่าง. “หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ.” http://www.pub-law.net2publaw2view2view.aspx?id=859, สืบค้นเมื่อวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2559.

“คำแปลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณารัฐเยอรมนี.” http://library2.parliament.go.th/giventake/content_cons57/con2557-basiclawofgermany.pdf, สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2559.

งานแปลภาษาต่างประเทศและล่าม รัฐสภา. “รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา.” http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/admin_souvanee/ewt_dl_link.php?nid=15, สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2559.

งานแปลภาษาต่างประเทศและล่าม รัฐสภา. “รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส.” http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ ewt/admin_ souvanee/ewt_dl_link.php?nid=16, สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2559.

ปกรณ์ นิลประพันธ์. “แนวคิดในการจัดทำร่างพระราชบัญญัติขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา พ.ศ. ....” http://lawdraftter.blogspot.com/2012/08/blog-post.html, สืบค้นเมื่อวันที่ 14 กันยายน 2558.

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการทำหนังสือหนังสือสัญญาตาม มาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550.” เอกสารงานสัมมนาทางวิชาการประจำปีของคณะนิติศาสตร์ ครั้งที่ 5, http://law.tu.ac.th/news.php?lang=th&newstext=337, สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2559.

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “รัฐธรรมนูญกับกิจการต่างประเทศ.” http://m.matichon.co.th2readnews.php?newsid=1422614881, สืบค้นเมื่อวันที่ 14 กันยายน 2558.

ลาวัณย์ ถนัดศิลปกุล, “กระบวนการทำสนธิสัญญา,” elib.fda.moph.go.th/fulltext2/word/15891/เอกสารประกอบการประชุมวิชาการ%,202551/เขตการค้าเสรีกับงานคุ้มครองผู้บริโภค/อ.ลาวัลย์/กระบวนการทำสนธิสัญญา.pdf, สืบค้นเมื่อวันที่ 22 กันยายน 2558.

ลาวัณย์ ถนัดศิลปกุล, “ปัญหากระบวนการทำสนธิสัญญาและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 190.” newssaer.fda.moph.go.th>lib_sys>readfile, สืบค้นเมื่อวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2559.

สมใจ ทองกุล และนางสาวนิศาพร สุทธิมาร, “งานแปลภาษาต่างประเทศและล่าม รัฐสภา, รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี ฉบับปัจจุบัน (ฉบับ พ.ศ. 2531) งานแปลจากภาษาเกาหลีเป็นภาษาไทย.” http://www.parliament. go.th/ewtadmin/ewt/admin_souvanee/ewt_dl_link.php?nid=6, สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2559.

สุธีร์ ศุภนิตย์, “ระบบกฎหมายของเกาหลี.” http://www.asia.tu.ac.th/research/Abstract/abstract30_3(sutee).htm, สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2559.

ศักดา ธนิตกุล, พรพิมล ชินพัฒนวานิช, “ความตกลง SPS กับการส่งออกสินค้าเกษตรแปรรูปของไทย.” www.judiciary.go.th/libraly/pdf/articleE-2.pdf, สืบค้นเมื่อวันที่ 22 กันยายน 2558.

คำพิพากษาและคำวินิจฉัย

คำวินิจฉัยที่ 11/2542 วันที่ 25 พฤษภาคม 2542 เรื่องประธานรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าหนังสือแจ้งความจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงิน ที่รัฐบาลมีไปถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศ เป็นหนังสือที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 224 วรรคสอง หรือไม่

คำวินิจฉัยที่ 33/2543 วันที่ 5 ตุลาคม 2543 เรื่อง อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นหนังสือที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคสอง หรือไม่

คำวินิจฉัยที่ 6-7/2551 วันที่ 8 กรกฎาคม 2551 เรื่อง ประธานวุฒิสภา และประธานสภาผู้แทนราษฎร ส่งความเห็นของสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับคำแถลงการณ์ร่วม ไทย-กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 หรือไม่

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ข้อตกลงด้านกระบวนการตรวจสอบคุณภาพระหว่างกรมปศุสัตว์กับองค์การตรวจสอบคุณภาพอาหารของประเทศแคนาดาเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือไม่ (เรื่องเสร็จที่ 388/2552)

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ความตกลงว่าด้วยการจัดตั้งศูนย์ความร่วมมืออนุภูมิภาค IMT-GT (เรื่องเสร็จที่ 422/2552)

เอกสารอื่น ๆ

สำนักกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คู่มือการพิจารณาการเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญฯ, น. 9.

ร่างพระราชบัญญัติขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา พ.ศ. ... (เรื่องเสร็จที่ 693/2551)

Books

Francois Luchaire. The Participation of Parliament in the Elaboration and Application of Treaties, See Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties: A Comparative Study, pp 45-46.

Hiroyuki Hata and Go Nakagawa. Constitution Law of Japan. Kluwer Law International, (1997), p. 183.

Thomas M. Frank AND Arun K. Thiruvengadam. Chinese Journal of International Law. (2003), p. 481.

Article

Arabella Thorp. “Parliamentary scrutiny of treaties.” House of Common’s Library. (25 September 2009)

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก
ร่างพระราชบัญญัติขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา พ.ศ. ....

ร่างฯ ที่ สคก. ตรวจพิจารณาแล้ว

เรื่องเสร็จที่ 693/2551

บันทึกหลักการและเหตุผล

ประกอบร่างพระราชบัญญัติขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา

พ.ศ. ....

หลักการ

ให้มีกฎหมายว่าด้วยขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา

เหตุผล

โดยที่มาตรา 190 วรรคห้า ประกอบกับมาตรา 303 (3) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางหรือมีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าว จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ร่าง

พระราชบัญญัติ

ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา

พ.ศ. ....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

โดยที่เป็นการสมควรให้มีกฎหมายว่าด้วยขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา

.....

.....

มาตรา 1 พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา พ.ศ. ....”

มาตรา 2 พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“หนังสือสัญญา” หมายความว่า ความตกลงเป็นหนังสือระหว่างรัฐบาลไทยหรือราชอาณาจักรไทย กับรัฐบาลต่างประเทศ รัฐต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ ซึ่งก่อให้เกิดพันธกรณีภายใต้บังคับกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะมีชื่อเรียกว่าอย่างไร

“รัฐมนตรีเจ้าสังกัด” หมายความว่า รัฐมนตรีเจ้าสังกัดของหน่วยงานที่รับผิดชอบ

“รัฐมนตรี” หมายความว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 4 การจัดทำหนังสือสัญญาดังต่อไปนี้ ให้ดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการตามพระราชบัญญัตินี้

(1) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ

(2) หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา

(3) หนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันงบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ

(4) หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่งคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง

(5) หนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ

หนังสือสัญญาตามวรรคหนึ่งไม่รวมถึงหนังสือสัญญากู้เงินหรือค้ำประกันเงินกู้ที่รัฐบาลไทยหรือราชอาณาจักรไทยทำขึ้นตามกฎหมายที่ให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะหรือเป็นการทั่วไป

หนังสือสัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาตาม (3) (4) หรือ (5) ให้เป็นไปตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนดตามข้อเสนอแนะของกระทรวงการต่างประเทศ

การกำหนดตามวรรคสามเมื่อได้แจ้งให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาทราบเป็นเวลาสิบห้าวัน และสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภามิได้มีหนังสือทักท้วง ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาและใช้บังคับได้

กำหนดเวลาตามวรรคสี่ให้หมายถึงวันในสมัยประชุมของรัฐสภา

มาตรา 5 หนังสือสัญญาอื่นที่มิใช่หนังสือสัญญาตามมาตรา 4 จะมีขั้นตอน วิธีการและหลักเกณฑ์ในการจัดทำอย่างไร ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

มาตรา 6 หน่วยงานของรัฐที่มิได้รับมอบอำนาจจากคณะรัฐมนตรีจะทำความตกลงกับรัฐบาลต่างประเทศ รัฐต่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ หรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศ ให้มีผลเช่นเดียวกับหนังสือสัญญาตามมาตรา 4 มิได้

มาตรา 7 ในการจัดทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 4 ถ้ามีกรณีที่จะต้องดำเนินการเจรจา ให้หน่วยงานที่รับผิดชอบและกระทรวงการต่างประเทศร่วมกันจัดทำกรอบการเจรจาเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อนำเสนอรัฐสภาให้ความเห็นชอบก่อนดำเนินการเจรจา พร้อมทั้งเผยแพร่กรอบการ

เจรจาให้ประชาชนทราบโดยทั่วไป และรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับกรอบเจรจาเพื่อประกอบการดำเนินการต่อไป

ในกรณีที่หนังสือสัญญาตามวรรคหนึ่งเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 4 (4) หรือ (5) หน่วยงานที่รับผิดชอบต้องจัดให้มีการศึกษาวิจัยตามมาตรา 10 และเผยแพร่รายงานผลการศึกษาวิจัยและจัดการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับรายงานผลการศึกษาวิจัยดังกล่าวตามมาตรา 13 และให้คณะรัฐมนตรีเสนอรายงานผลการศึกษาวิจัยและผลการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับรายงานผลการศึกษาวิจัยดังกล่าวต่อรัฐสภาพร้อมกับกรอบการเจรจา

ในกรณีที่รัฐบาลไทยหรือราชอาณาจักรไทยมิได้เข้าร่วมการเจรจาเพื่อจัดทำหนังสือสัญญาตามวรรคหนึ่ง ให้หน่วยงานที่รับผิดชอบจัดทำและเผยแพร่สรุปสาระสำคัญของหนังสือสัญญานั้นให้ประชาชนทราบโดยทั่วไป และรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเพื่อประกอบการพิจารณาก่อนลงนามในหนังสือสัญญา หรือก่อนแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันตามหนังสือสัญญานั้น แล้วแต่กรณี

มาตรา 8 ความในมาตรา 7 มิให้ใช้บังคับในกรณีการเปิดเผยข้อมูลใด ๆ เกี่ยวกับการเจรจาจะเสียหายต่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศหรือประชาชน หรือต่อความมั่งคงของชาติ

มาตรา 9 การเผยแพร่ข้อมูลและรับฟังความคิดเห็นของประชาชนตามมาตรา 7 ให้กระทำผ่านระบบเครือข่ายสารสนเทศของหน่วยงานที่รับผิดชอบ ในการนี้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดอาจกำหนดให้ดำเนินการโดยวิธีอื่นด้วยก็ได้

ผู้แสดงความคิดเห็นต้องระบุชื่อและที่อยู่ที่แท้จริง และถ้าเป็นบุคคลธรรมดาต้องระบุชื่อสกุลและเลขประจำตัวประชาชนด้วย

มาตรา 10 ก่อนจัดทำกรอบการเจรจาเพื่อจัดทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 4 (4) หรือ (5) หน่วยงานที่รับผิดชอบต้องจัดให้มีการศึกษาวิจัยในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) ผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศ ตลอดจนผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนของประเทศ และผลกระทบต่อบุคคลหากมีการทำหนังสือสัญญา

(2) แนวทางป้องกัน แก้ไข หรือเยียวยาผลกระทบดังกล่าวโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป

การศึกษาวิจัยตามวรรคหนึ่ง ให้กระทำโดยหน่วยงานหรือองค์กรที่มีความเป็นอิสระในการดำเนินงาน และผู้ซึ่งหน่วยงานหรือองค์กรนั้นมอบหมายให้ดำเนินการศึกษาวิจัยต้องไม่มีประโยชน์ได้เสียเป็นการส่วนตัวหรือมีอคติในเรื่องที่ดำเนินการศึกษาวิจัย

ค่าตอบแทนการศึกษาวิจัย ให้เป็นไปตามอัตราที่รัฐมนตรีเจ้าสังกัดประกาศกำหนด

มาตรา 11 ในกรณีที่เคยมีการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการจัดทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 4 (4) หรือ (5) ไว้แล้ว หากรายงานผลการศึกษาวิจัยดังกล่าวมีรายละเอียดตามมาตรา 10 วรรคหนึ่ง และผู้ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการศึกษาวิจัยมีคุณสมบัติตามมาตรา 10 วรรคสอง หน่วยงานที่รับผิดชอบอาจถือว่ารายงานผลการศึกษาวิจัยดังกล่าวเป็นรายงานผลการศึกษาวิจัยตามมาตรา 10 โดยไม่ต้องจัดให้มีการศึกษาวิจัยขึ้นใหม่ก็ได้ ทั้งนี้ เมื่อได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในรายงานผลการศึกษาวิจัยนั้นแล้ว

มาตรา 12 ในกรณีที่ไม่มีหน่วยงานหรือองค์กรใดรับดำเนินการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการจัดทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 4 (4) หรือ (5) หรือหน่วยงานหรือองค์กรที่รับดำเนินการศึกษาวิจัยไม่ประสงค์จะดำเนินการศึกษาวิจัยต่อไปและไม่มีหน่วยงานหรือองค์กรอื่นรับดำเนินการศึกษาวิจัยต่อ หากเป็นกรณีที่ยังไม่มีผู้ใดดำเนินการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการจัดทำหนังสือสัญญานั้นมาก่อน ให้หน่วยงานที่รับผิดชอบดำเนินการศึกษาวิจัยเอง

มาตรา 13 ให้หน่วยงานที่รับผิดชอบเผยแพร่รายงานผลการศึกษาวิจัยและจัดการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับรายงานผลการศึกษาวิจัยดังกล่าวผ่านระบบเครือข่ายสารสนเทศของหน่วยงานที่รับผิดชอบ ในการนี้ รัฐมนตรีเจ้าสังกัดอาจกำหนดให้ดำเนินการโดยวิธีอื่นด้วยก็ได้

ให้นำความในมาตรา 9 วรรคสอง มาใช้บังคับกับการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามมาตรานี้ด้วยโดยอนุโลม

มาตรา 14 ในการเจรจาเพื่อจัดทำหนังสือสัญญา ให้หน่วยงานที่รับผิดชอบและกระทรวงการต่างประเทศดำเนินการร่วมกัน ในกรณีที่เป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 4 (4) หรือ (5) ให้พิจารณาผลการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับกรอบการเจรจาตามมาตรา 7 วรรคหนึ่ง และผลการศึกษาวิจัยที่เสนอต่อรัฐสภาตามมาตรา 7 วรรคสอง ประกอบการเจรจาด้วย

ภายใต้บังคับมาตรา 8 เมื่อการเจรจาเสร็จสิ้นลง ให้หน่วยงานที่รับผิดชอบและกระทรวงการต่างประเทศเผยแพร่สรุปผลการเจรจาต่อประชาชนผ่านระบบเครือข่ายสารสนเทศของหน่วยงานที่รับผิดชอบและกระทรวงการต่างประเทศ และให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดเสนอผลการเจรจาต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อให้ความเห็นชอบและอนุมัติการลงนามในหนังสือสัญญา

มาตรา 15 หนังสือสัญญาใดที่มีผลใช้บังคับเมื่อมีการลงนามโดยไม่ต้องแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันในภายหลัง คณะรัฐมนตรีต้องเสนอหนังสือสัญญานั้นต่อรัฐสภาเพื่อให้ความเห็นชอบก่อนการลงนาม

หนังสือสัญญาใดที่มีผลใช้บังคับเมื่อมีการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันก่อนแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันดังกล่าว ให้คณะรัฐมนตรีเสนอหนังสือสัญญานั้นต่อรัฐสภาเพื่อให้ความเห็นชอบ

ในการเสนอหนังสือสัญญาต่อรัฐสภาเพื่อให้ความเห็นชอบตามมาตรานี้ ให้คณะรัฐมนตรีเผยแพร่รายละเอียดของหนังสือสัญญานั้นให้ประชาชนทราบโดยทั่วไปด้วยโดยผ่านระบบเครือข่ายสารสนเทศของหน่วยงานที่รับผิดชอบและกระทรวงการต่างประเทศ

มาตรา 16 หนังสือสัญญาที่มีผลใช้บังคับแล้ว ให้ประกาศในระบบเครือข่ายสารสนเทศของหน่วยงานที่รับผิดชอบและกระทรวงการต่างประเทศ

ให้นำความในมาตรา 8 มาใช้บังคับกับการประกาศตามมาตรานี้ด้วยโดยอนุโลม

มาตรา 17 เมื่อหนังสือสัญญามีผลใช้บังคับแล้ว ให้หน่วยงานที่รับผิดชอบจัดให้มีการศึกษาผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาที่มีต่อความมั่งคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศ ตลอดจนผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนของประเทศ และผลกระทบต่อบุคคล และให้เสนอแนะมาตรการแก้ไขหรือเยียวยาผลกระทบดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา

มาตรการแก้ไขหรือเยียวยาผลกระทบตามวรรคหนึ่งต้องรวดเร็ว เหมาะสมและเป็นธรรม และต้องรับฟังความคิดเห็นของผู้ได้รับผลกระทบดังกล่าวและประชาชนทั่วไปประกอบด้วย

ให้หน่วยงานที่รับผิดชอบเผยแพร่มาตรการแก้ไขหรือเยียวยาผลกระทบที่คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบแล้วให้ประชาชนทราบโดยทั่วไป รวมทั้งเผยแพร่ผ่านระบบเครือข่ายสารสนเทศของหน่วยงานที่รับผิดชอบด้วย

เพื่อให้การแก้ไขหรือเยียวยาผลกระทบเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ให้หน่วยงานที่ต้องดำเนินการตามมาตรการแก้ไขหรือเยียวยาผลกระทบดังกล่าวรายงานผลการดำเนินงาน

ต่อคณะรัฐมนตรีอย่างน้อยทุกรอบสามเดือน

มาตรา 18 ให้กระทรวงการต่างประเทศจัดให้มีฐานข้อมูลหนังสือสัญญาเพื่อรวบรวมและเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับหนังสือสัญญาที่รัฐบาลไทยหรือราชอาณาจักรไทยเป็นภาคีผ่านระบบเครือข่ายสารสนเทศของกระทรวงการต่างประเทศ เพื่อให้ประชาชนสามารถตรวจดูและทำสำเนาข้อมูลดังกล่าวผ่านระบบเครือข่ายสารสนเทศนั้นได้เอง

ให้นำความในมาตรา 8 มาใช้บังคับกับการเผยแพร่ข้อมูลตามมาตรานี้ด้วยโดยอนุโลม

มาตรา 19 การดำเนินการเพื่อจัดทำหนังสือสัญญาใดที่รัฐบาลไทยหรือราชอาณาจักรไทยยังมิได้แสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน ให้ดำเนินการต่อไปตามพระราชบัญญัตินี้และให้ถือว่าการดำเนินการที่ได้ทำไปแล้วเป็นการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้แล้ว

มาตรา 20 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

.....

นายกรัฐมนตรี

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นางสาวอภิญญา สุพรรณ์สาย
วันเดือนปีเกิด	12 กันยายน 2525
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีการศึกษา 2549 ประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน รุ่นที่ 15 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ประสบการณ์ทำงาน	นิติกร องค์การบริหารส่วนตำบลศาลายา เจ้าพนักงานตรวจสอบทรัพย์สิน สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ