



รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์

เรื่อง
หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับ
ความเห็นชอบจากรัฐสภา

โดย
ศาสตราจารย์ ดร. จุมพต สายสุนทร

เสนอ

สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

พ.ศ. 2552

หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา

ศาสตราจารย์ ดร.จุมพต สายสุนทร

พิมพ์ครั้งแรก : สิงหาคม 2553

จำนวน : 600 เล่ม

ISBN : 978-974-7725-66-7

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของสำนักหอสมุดแห่งชาติ

จุมพต สายสุนทร.

หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา. --
กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2553.
514 หน้า.

1. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ -- สัญญา.
2. กฎหมายระหว่างประเทศ.
 1. ชื่อเรื่อง.

346.02

ISBN 978-974-7725-66-7

พิมพ์ที่ : บริษัท มิสเตอร์คอปปี (ประเทศไทย) จำกัด

261/375 ถนนจรัญสนิทวงศ์ แขวงบางขุนศรี

เขตบางกอกน้อย กรุงเทพฯ 10700

โทร. 02-800-2290 โทรสาร 02-800-3932

e-mail : support@misterkopy.com

www.misterkopy.com

สารบัญ

	หน้า
คำนำ	i
คำนำผู้วิจัย	iii
บทคัดย่อ	iv
Abstract	vii
บทสรุปผู้บริหาร	x
บทที่	
1 บทนำ.....	1
ประเด็นปัญหา.....	1
วัตถุประสงค์.....	3
ขอบเขตการวิจัย.....	4
วิธีการวิจัย.....	5
ผลที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
2 แนวความคิดและบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ ในการทำหนังสือสัญญา.....	7
2.1 แนวความคิดในการทำหนังสือสัญญา.....	10
2.1.1 ทฤษฎีเจตจำนง.....	11
2.1.2 หลักความยินยอม.....	12
2.2 บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศในการทำหนังสือสัญญา.....	14
2.2.1 สนธิสัญญา (treaties).....	14
ก. อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969	14
ข. อนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การ ระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986.....	16

2.2.2 จารีตประเพณีระหว่างประเทศ (international custom).....	17
ก. ความหมายของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ.....	17
ข. องค์ประกอบของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ.....	17
2.2.3 หลักกฎหมายทั่วไป (general principles of law).....	24
2.3 สถานะของประเทศไทยกับบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ.....	28
2.3.1 สถานะของประเทศไทยกับสนธิสัญญา.....	28
ก. อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969.	28
ข. อนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การ ระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986.....	32
2.3.2 สถานะของประเทศไทยกับจารีตประเพณีระหว่างประเทศ.....	33
2.3.3 สถานะของประเทศไทยกับหลักกฎหมายทั่วไป.....	33
3 หลักกฎหมายระหว่างประเทศในการทำหนังสือสัญญา.....	35
3.1 ความหมายของสนธิสัญญา.....	35
3.1.1 ความหมายของสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วย กฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969.....	35
3.1.2 ความหมายของสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป...	39
3.2 ความสามารถของรัฐในการทำสนธิสัญญา.....	40
3.2.1 ลักษณะทั่วไปของรัฐ.....	40
3.2.2 เอกสารการมอบอำนาจเต็ม (full powers).....	43
3.2.3 บุคคลที่มีความสามารถทำสนธิสัญญาโดยไม่ต้องมีเอกสาร การมอบอำนาจเต็ม.....	45
3.3 ขั้นตอนการทำสนธิสัญญา.....	49
3.3.1 การเจรจา (negotiations).....	49
3.3.2 การยอมรับด้วยบทแห่งสนธิสัญญา (adoption).....	50
3.3.3 การรับรองความถูกต้องแท้จริงของตัวบทของสนธิสัญญา (authentication).....	53

3.3.4 การให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา (consent to be bound by a treaty).....	54
3.4 วิธีการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา.....	55
3.4.1 การลงนาม (signature).....	55
3.4.2 การแลกเปลี่ยนตราสาร (exchange of instruments).....	58
3.4.3 การให้สัตยาบัน (ratification) การยอมรับ (acceptance) และการให้ความเห็นชอบ (approval).....	59
3.4.4 การภาคยานุวัติ (accession).....	61
3.4.5 อื่นๆ.....	63
3.5 ข้อสงวน (reservation).....	64
3.5.1 ความหมายของข้อสงวน.....	65
3.5.2 ข้อสงวนที่อนุญาตให้ตั้งได้ (permissible reservation).....	67
3.5.3 ข้อสงวนที่คัดค้านได้ (opposable reservation).....	70
3.5.4 ผลของการตั้งข้อสงวน.....	71
3.6 การเป็นภาคีของสนธิสัญญา.....	74
3.6.1 ความหมายของภาคี (party).....	74
3.6.2 ผลทางกฎหมายของการเป็นภาคีของสนธิสัญญา.....	79
ก. สนธิสัญญายังไม่มีผลใช้บังคับ.....	79
ข. สนธิสัญญา มีผลใช้บังคับแล้ว.....	81
3.7 ผลของกฎหมายสนธิสัญญาที่มีผลบังคับแล้ว.....	82
3.7.1 หลัก <i>pacta sunt servanda</i> และ good faith.....	82
3.7.2 ห้ามหยิบยกกฎหมายภายในของรัฐเพื่อไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา.....	82
3.8 ความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญา (invalidity of treaties).....	84
3.8.1 ความไม่สมบูรณ์ของความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา.....	85
ก. ความสามารถ (capacity) ของผู้ทำสนธิสัญญา.....	86
ข. ความผิดพลาด (error) ในสนธิสัญญา.....	88
ค. การฉ้อฉล (fraud) ของผู้แทนของรัฐ.....	89
ง. การประพฤติมิชอบ (corruption) ของผู้แทนของรัฐ.....	90
จ. การข่มขู่ (coercion) ผู้แทนของรัฐ.....	91

3.8.2 ความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญาทั้งฉบับ.....	92
ก. การข่มขู่ (coercion) รัฐ.....	93
ข. สนธิสัญญาขัดกับกฎหมายเด็ดขาด (<i>jus cogens</i>) ของกฎหมายระหว่างประเทศ.....	96
3.9 การยกเลิก (termination) และการระงับการใช้บังคับ (suspension)	
สนธิสัญญา.....	102
3.9.1 การยกเลิกและการถอนตัวจากสนธิสัญญาตามบทบัญญัติ แห่งสนธิสัญญาหรือโดยความยินยอมของรัฐภาคีอื่นๆ.....	102
3.9.2 การยกเลิกหรือถอนตัวจากสนธิสัญญาโดยไม่มีการกำหนด ไว้ในสนธิสัญญา.....	103
3.9.3 การระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาโดยบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญา หรือโดยความยินยอมของรัฐภาคีอื่นๆ.....	104
3.9.4 การระงับการใช้สนธิสัญญาพหุภาคีโดยความตกลงระหว่าง รัฐภาคีบางรัฐ.....	104
3.9.5 การยกเลิกสนธิสัญญาหรือการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญา โดยการทำสนธิสัญญาในภายหลัง.....	106
3.9.6 การยกเลิกสนธิสัญญาหรือการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญา อันเป็นผลมาจากการฝ่าฝืนสนธิสัญญา.....	107
3.9.7 การพ้นวิสัยในการปฏิบัติตามสนธิสัญญา.....	110
3.9.8 พฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงเป็นอย่างมาก.....	112
3.9.9 สนธิสัญญาที่ขัดกับกฎหมายเด็ดขาด (<i>jus cogens</i>) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นใหม่.....	119
3.9.10 การตัดความสัมพันธ์ทางทูตหรือกงสุล.....	120
3.10 ขั้นตอนเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ การยกเลิก การถอนตัว หรือการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญา.....	121
3.10.1 การแจ้งให้ทราบ (notification).....	121
3.10.2 การระงับข้อพิพาท (settlement of disputes).....	123
3.11 ผลของความสมบูรณ์ (invalidity) การยกเลิก (termination) และการระงับการใช้บังคับ (suspension) สนธิสัญญา.....	126

3.11.1 ผลของความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญา.....	126
3.11.2 ผลของการยกเลิกสนธิสัญญา.....	128
3.11.3 ผลของการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญา.....	129
3.11.4 ผลของความเป็นโมฆะแห่งสนธิสัญญาซึ่งขัดกับกฎหมายเด็ดขาด (<i>jus cogens</i>) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศ.....	130
ก. กรณีที่สนธิสัญญาขัดกับกฎหมายเด็ดขาด (<i>jus cogens</i>) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งมีอยู่แล้ว.....	130
ข. กรณีที่สนธิสัญญาขัดกับกฎหมายเด็ดขาด (<i>jus cogens</i>) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเกิดภายหลัง.....	131
4 การนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของรัฐ.....	133
4.1 ทฤษฎีว่าด้วยการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของรัฐ.....	133
4.1.1 ทฤษฎีทวินิยม (Dualism).....	133
4.1.2 ทฤษฎีเอกนิยม (Monism).....	136
4.2 แนวปฏิบัติของรัฐในการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายใน.....	143
4.2.1 กลุ่มประเทศ Common Law.....	143
ก. สหราชอาณาจักร.....	143
ข. สหรัฐอเมริกา.....	146
4.2.2 กลุ่มประเทศ Civil Law.....	150
ก. ฝรั่งเศส.....	151
ข. เยอรมนี.....	155
4.3 การนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทย.....	159
4.3.1 สถานะของสนธิสัญญา.....	160
4.3.2 ลักษณะของการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายใน ของประเทศไทย.....	163
ก. กรณีมีกฎหมายภายในรองรับอยู่แล้ว.....	163
ข. กรณีไม่มีกฎหมายภายในรองรับ.....	166
4.3.3 แนวปฏิบัติของประเทศไทยในการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับ เป็นกฎหมายภายใน.....	169

ก. การแปลสนธิสัญญาเป็นภาษาไทยและผ่านกระบวนการ นิติบัญญัติ.....	169
ข. การยกเว้นพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการสนธิสัญญา.....	170
ค. การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่แล้วเพื่อให้ สอดคล้องกับสนธิสัญญา.....	171
ง. การอ้างถึงสนธิสัญญาในกฎหมายภายใน.....	171
4.3.4 การใช้บังคับสนธิสัญญาในศาลไทย.....	172
ก. สนธิสัญญาที่ประเทศไทยมิได้เป็นภาคี.....	172
(i) กรณีที่ศาลไทยปฏิเสธไม่ใช้บังคับสนธิสัญญาซึ่งประเทศไทย มิได้เป็นภาคี.....	172
(ii) กรณีที่ศาลไทยนำสนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยมิได้เป็นภาคี มาใช้ในการวินิจฉัยคดี.....	174
ข. สนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคี.....	178
(i) กรณีที่มีพระราชบัญญัติอนุวัติการสนธิสัญญา.....	178
(ii) กรณีที่ไม่มีพระราชบัญญัติอนุวัติการสนธิสัญญา.....	179
(iii) กรณีที่มีกฎหมายภายในรองรับสนธิสัญญาอยู่แล้ว.....	180
4.3.5 ความรับผิดชอบของประเทศไทยต่อการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา.....	181
ก. ความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ.....	181
ข. ความรับผิดชอบตามกฎหมายภายใน.....	184
(i) ฝ่ายนิติบัญญัติ.....	185
(ii) ฝ่ายบริหาร.....	186
(iii) ฝ่ายตุลาการ.....	187
5 การทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของรัฐ.....	189
5.1 บทบัญญัติว่าด้วยการทำหนังสือสัญญาในรัฐธรรมนูญของรัฐ.....	194
5.2 ผู้มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ.....	194
5.3 เงื่อนไขในการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ.....	196
5.4 ประเภทหรือลักษณะของหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของ ฝ่ายนิติบัญญัติ.....	197

5.4.1 การเข้าเป็นสมาชิกองค์การระหว่างประเทศ.....	198
5.4.2 การป้องกันประเทศและความมั่นคงภายใน.....	198
5.4.3 การเปลี่ยนแปลงอาณาเขต.....	199
5.4.4 การกระทบต่อสิทธิพื้นฐานหรือสิทธิมนุษยชน.....	200
5.4.5 การก่อการะทางด้านการคลังและเศรษฐกิจ.....	200
5.4.6 การเปลี่ยนแปลงกฎหมาย.....	201
5.4.7 หนังสือสันติภาพ.....	201
5.4.8 หนังสือสัญญาทางพาณิชย์.....	202
5.4.9 หนังสือสัญญาทางการเมือง.....	202
5.5 ข้อสังเกตเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาของสหภาพยุโรป.....	203
5.6 การทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.....	205
5.6.1 ข้อสังเกตทั่วไปเกี่ยวกับมาตรา 190.....	208
ก. ที่มา.....	208
ข. การควบคุมตรวจสอบฝ่ายบริหาร.....	209
ค. การมีส่วนร่วมของประชาชน.....	210
ง. กฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำ หนังสือสัญญา.....	210
5.6.2 พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการทำหนังสือสัญญา.....	211
5.6.3 ความหมายของ “หนังสือสัญญา”.....	212
5.6.4 หนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา.....	216
ก. หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย.....	218
ข. หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่ง ประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตาม หนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ.....	220
(i) เขตเศรษฐกิจจำเพาะ(exclusive economic zone).....	223
(ii) ไหล่ทวีป(continental shelf).....	224
ค. หนังสือสัญญาที่ต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไป ตามสัญญา.....	225

(i) กรณีที่ต้องออกพระราชบัญญัติใหม่เพื่ออนุวัติการ หนังสือสัญญา.....	225
(ii) กรณีที่ต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อยกเลิกเพิกถอนหรือ แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่แล้วและขัดแย้ง กับหนังสือสัญญา.....	226
(iii) หนังสือสัญญาที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของ ชนชาวไทย.....	226
ง. หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือ สังคมของประเทศอย่างขวาง.....	228
จ. หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบทางด้านการค้า การลงทุนหรือ งบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ.....	232
5.6.5 การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนการชี้แจงต่อรัฐสภา.....	234
5.6.6 การให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาและ การแก้ไขเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากหนังสือสัญญา.....	237
5.6.7 การออกกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำ หนังสือสัญญาและการแก้ไขเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบ จากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญา.....	240
5.6.8 เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับ หนังสือสัญญาตามมาตรา 190.....	242
5.7 ข้อเสนอแนะในการแก้ไขมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.....	246
5.7.1 หนังสือสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภา.....	248
5.7.2 การให้ข้อมูลและการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน.....	249
5.7.3 การเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาและการแก้ไขเยียวยา ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญา.....	250
5.7.4 อื่นๆ.....	251
5.8 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6- 7/2551 (8 กรกฎาคม 2551).....	252
5.8.1 ข้อเท็จจริง.....	252
ก. คำร้องที่ 1.....	252

ข. คำร้องที่ 2.....	261
5.8.2 ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัย.....	267
5.8.3 คำวินิจฉัย.....	267
ก. ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องทั้งสองข้างต้นไว้ วินิจฉัยชี้ขาดตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือไม่.....	267
ข. คำแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา หรือ Joint Communiqué ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นหนังสือสัญญาตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 หรือไม่.....	270
ค. หากคำแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา หรือ Joint Communiqué ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นหนังสือสัญญาตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 แล้ว คำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวเป็นหนังสือ สัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 วรรคสอง ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของ รัฐสภา หรือไม่.....	271
5.8.4 ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ.....	274
ก. ระยะเวลาเริ่มต้นของการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญ.....	275
ข. ขอบเขตของการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ.....	277
ค. องค์การที่จะต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ.....	279
5.8.5 ข้อสังเกตเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551.....	281
ก. อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 190 วรรคสอง.....	281
(i) ตราสารเป็นหนังสือสัญญาหรือไม่.....	282
(ii) หนังสือสัญญาต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่.....	282
ข. การตีความคำแถลงการณ์ร่วมไทย- กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 สิงหาคม 2551 ว่าเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับ ความเห็นชอบของรัฐสภา หรือไม่.....	283

ค.การตีความบทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคสอง.....	289
บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	291
ภาคผนวก.....	295
ภาคผนวก ก Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.....	297
ภาคผนวก ข Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations 1986.....	329
ภาคผนวก ค บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ เกี่ยวกับ หนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา.....	369
ภาคผนวก ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.....	431
ภาคผนวก จ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ.....	432
บรรณานุกรม.....	467

คำนำ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 217 กำหนดให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นหน่วยธุรการของศาลรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2542 กำหนดให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญมีพันธกิจหลักในการสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในทุกด้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสนับสนุนกระบวนการพิจารณาคดี การศึกษาวิเคราะห์ด้านคดี และกฎหมาย และการศึกษาวิจัยทางวิชาการ ในด้านการศึกษาค้นคว้าวิจัยนั้น กล่าวได้ว่าสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้ร่วมมือกับนักวิชาการ ผู้ทรงคุณวุฒิจากสถาบันการศึกษา และข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญในการผลิตผลงานการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญเพื่อเสนอให้คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาใช้ประโยชน์ซึ่งได้จัดพิมพ์เผยแพร่ไปแล้วเป็นจำนวนมาก

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 วรรคสอง ได้บัญญัติว่า “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศ อย่างมีนัยสำคัญต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา...” ดังนั้น เพื่อประโยชน์ทางวิชาการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกรณีของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศใดที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ตามมาตรา 190 วรรคท้าย ของรัฐธรรมนูญดังกล่าว สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ จึงได้จัดให้มีการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศขึ้นเพื่อประโยชน์ทางวิชาการโดยไม่มีผลผูกพันต่อการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

การส่งเสริมความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ สิทธิและเสรีภาพ และกฎหมายมหาชน รวมถึงบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรในระบอบยุติธรรม ถือเป็นภารกิจสำคัญที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้ยึดถือปฏิบัติตลอดมา ประกอบกับรายงานการศึกษาวิจัยของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นที่เรียกร้องต้องการของชุมชนวิชาการมาโดยต่อเนื่อง จึงหวังเป็นอย่างยิ่งว่า หนังสือรายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง **“หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา”** จะเป็นประโยชน์ต่อการเพิ่มพูนองค์ความรู้ และการอ้างอิงในทางวิชาการ รวมถึงเป็นประโยชน์ต่อการขยายเครือข่ายวิทยบริการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญให้กระจายฐานความรู้สู่สาธารณชนออกไปได้อย่างกว้างขวางมากขึ้น ตามปณิธานและวัตถุประสงค์ของศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญที่มีความมุ่งมั่นในการปฏิบัติภารกิจตามรัฐธรรมนูญบนฐานของการ “ยึดหลักนิติธรรม คำจูนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิเสรีภาพของประชาชน” เพื่อธำรงไว้ซึ่งระบบนิติรัฐของประเทศ ภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขสืบไป

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

กรกฎาคม 2553

คำนำ

การดำเนินโครงการวิจัยเรื่อง “หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา” ในครั้งนี้ ผู้ทำวิจัยในฐานะที่ปรึกษาโครงการได้รับการสนับสนุนการวิจัยจากสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นอย่างดี ทำให้โครงการวิจัยสำเร็จลุล่วงตามวัตถุประสงค์และกรอบเวลาตามที่ระบุไว้ในสัญญาจ้างเลขที่ 14/2552 ลงวันที่ 12 มกราคม พ.ศ. 2552 ผู้ทำวิจัยจึงขอขอบคุณสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญไว้ ณ ที่นี้ด้วย นอกจากนี้ในการดำเนินโครงการวิจัยนี้ผู้ทำวิจัยขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.อรุณ ภาณุพงศ์ ที่ได้รับเป็นที่ปรึกษาโครงการวิจัยและกรุณาให้คำแนะนำอันเป็นประโยชน์ต่อโครงการวิจัยนี้และต่อผู้วิจัย อีกทั้งท่านยังได้กรุณารับเป็นผู้วิจารณ์งานวิจัยในการสัมมนาทางวิชาการหัวข้อดังกล่าวโดยมีข้อเสนอแนะในการปรับปรุงงานวิจัยให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น นอกจากนี้ผู้วิจัยขอขอบคุณท่านอาจารย์ดวงเด่น นาคสีหราช ซึ่งรับหน้าที่เป็นผู้ช่วยวิจัยของผู้วิจัย ท่านอาจารย์เดือนเด่น นาคสีหราช และคุณพจนีย์ สีหามาต ที่ทุ่มเททั้งแรงกายแรงใจช่วยเหลือทั้งด้านการค้นคว้าข้อมูลและการดำเนินการจัดการสัมมนาทางวิชาการในหัวข้อดังกล่าวให้ลุล่วงไปด้วยความเรียบร้อยทุกประการ

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่า โครงการวิจัยนี้จะเป็นประโยชน์ไม่เฉพาะต่อการพัฒนาความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแต่จะเป็นประโยชน์ต่อการนำไปใช้งานของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย

ศาสตราจารย์ ดร.จุมพต สายสุนทร
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

บทคัดย่อ

โครงการศึกษาวิจัยเรื่อง “หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา” นี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ประเด็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาของประเทศไทยกับนานาประเทศและกับองค์การระหว่างประเทศ ทั้งในมุมมองของกฎหมายระหว่างประเทศ มุมมองเชิงการศึกษาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญประเทศต่างๆ เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาและมุมมองของบทบัญญัติมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ทั้งนี้เพื่อให้เข้าใจถึงปัญหาและนำเสนอแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติของมาตราดังกล่าวให้เหมาะสมต่อไป

จากการศึกษาและวิเคราะห์การทำหนังสือสัญญาในมุมมองของกฎหมายระหว่างประเทศพบว่า ความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายของ “หนังสือสัญญา” ตามความหมายมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ยังขาดความลึกซึ้งอยู่พอสมควร กล่าวคือ แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะให้ความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ไว้ในคำวินิจฉัยที่ 11/2542, 33/2543 และ 6-7/2551 ว่าเป็นไปอย่างเดียวกันกับคำว่า “สนธิสัญญา” (treaty) ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ก็ตาม แต่ความเข้าใจเกี่ยวกับองค์ประกอบของสนธิสัญญาที่ว่า “ต้องอยู่บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ” นั้นยังไม่สมบูรณ์ กล่าวคือ ยังขาดความเข้าใจที่ว่าสนธิสัญญาที่อยู่ในบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นนอกจากจะหมายความว่าไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายภายในของรัฐใดแล้วยังต้องเป็นสนธิสัญญาที่ก่อให้เกิดความผูกพันทางกฎหมาย (legal binding) ที่สามารถบังคับได้ด้วยกลไกกฎหมายระหว่างประเทศ มิใช่เป็นเพียง “ความผูกพันทางการเมือง” (political commitment) หรือความผูกพันทางศีลธรรม (moral commitment) ซึ่งทั้งสองกรณีหลังนี้ ไม่สามารถบังคับด้วยกลไกทางกฎหมายระหว่างประเทศได้ถึงแม้จะมีผลทางการเมืองระหว่างประเทศก็ตาม ความเข้าใจดังกล่าวจะนำไปวิเคราะห์แถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา ลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 ได้ว่าเป็น “หนังสือสัญญา” ตามมาตรา 190 วรรคสอง หรือไม่

อีกประเด็นหนึ่งของการทำหนังสือสัญญาในมุมมองของกฎหมายระหว่างประเทศ ก็คือ วิธีการแสดงเจตนาเพื่อผูกพันตามหนังสือสัญญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190

วรรคสี่ ที่จำกัดรูปแบบของการแสดงเจตนาเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาไว้เพียงการลงนาม หนังสือสัญญาและแสดงเจตนาเพื่อผูกพันในภายหลังเท่านั้น ทำให้ไม่สามารถบรรลุนิติกรรมของมาตรา 190 ได้ เนื่องจากการแสดงเจตนาเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา ตามกฎหมายระหว่างประเทศมีได้หลายวิธี เช่น การลงนาม การแลกเปลี่ยนตราสาร การให้สัตยาบันและการภาคยานุวัติในกรณีที่ได้ลงนามมาก่อนหรือวิธีอื่นใดตามที่รัฐที่เข้าทำหนังสือสัญญาดตกลงกัน ดังนั้น บทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคสี่ ยังอาจถูกหลีกเลี่ยงได้หากใช้วิธีการอื่น ๆ ดังกล่าวในการแสดงเจตนาเพื่อผูกพันตามหนังสือสัญญา

ในส่วนของมุมมองเชิงการศึกษาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาทำนองเดียวกับมาตรา 190 พบว่า แนวทางการร่างบทบัญญัติมาตรา 190 ไม่แตกต่างจากรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ มากนัก กล่าวคือ รัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ กำหนดให้ฝ่ายบริหาร เช่น ประธานาธิบดีหรือคณะรัฐมนตรีมีอำนาจในการทำหนังสือสัญญา และหนังสือสัญญาที่สำคัญๆ จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติก่อนที่ฝ่ายบริหารจะแสดงเจตนาเพื่อผูกพัน ความแตกต่างจึงอยู่ที่ประเภทของหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น แต่มาตรา 190 ก็ยังมีรายละเอียดอื่นๆ อีกมากนอกเหนือจากการขอความเห็นชอบของรัฐสภา ซึ่งส่วนใหญ่ไม่พบในรัฐธรรมนูญประเทศอื่นๆ จึงสรุปได้ว่า แนวทางการร่างมาตรา 190 ไม่แตกต่างจากทิศทางของรัฐธรรมนูญของประเทศอื่นมากนักจะแตกต่างก็เพียงแต่รายละเอียดและขั้นตอนต่างๆ เท่านั้น

เมื่อพิจารณามุมมองของบทบัญญัติของมาตรา 190 เองจะพบว่า ประเภทของหนังสือสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาเพิ่มขึ้นจากที่เคยปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ของประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหนังสือสัญญาที่ “มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ” ซึ่งมีความหมายกว้างมากจนสามารถตีความให้ครอบคลุมถึงหนังสือสัญญาทุกประเภทได้ อันจะส่งผลให้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีลดลงอย่างมาก และถูกมองได้ว่าเป็นการ “ควบคุม” คณะรัฐมนตรีมากกว่า การ “มีส่วนร่วม” ของรัฐสภาในการทำหนังสือสัญญาของคณะรัฐมนตรี

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นในเรื่องการมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการทำหนังสือสัญญาโดยการรับฟังความเห็นของประชาชนตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190

วรรคสาม ซึ่งอาจเป็นการซ้ำซ้อนเกินไป เพราะรัฐสภาก็มีผู้แทนซึ่งเลือกตั้งมาจากประชาชนทำหน้าที่ตรวจสอบอยู่แล้ว อีกทั้งคณะรัฐมนตรีต้องเสนอรอบการเจรจาทำหนังสือสัญญาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบอีกด้วย จึงทำให้การขอความเห็นชอบของรัฐสภาไปถึงสองขั้นตอน กล่าวคือ ขั้นตอนของการเสนอรอบการเจรจาตามมาตรา 190 วรรคสาม ซึ่งก็ได้บัญญัติไว้ว่ารัฐสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาเท่าใด และหากรัฐสภาไม่เห็นชอบผลจะเป็นอย่างไร เมื่อผ่านขั้นตอนนี้แล้วฝ่ายบริหารจะต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาในการทำหนังสือสัญญาอีกครั้งหนึ่งตามมาตรา 190 วรรคสอง ซึ่งรัฐสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว แต่ก็ได้ระบุถึงการที่รัฐสภาพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในหกสิบวันว่าจะมีผลเป็นอย่างไร

นอกจากประเด็นดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีประเด็นเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนของถ้อยคำในมาตรา 190 อยู่อีกพอสมควรซึ่งได้กล่าวไว้ในงานวิจัยแล้ว

โดยสรุป จึงเห็นว่ายังมีหลายประเด็นเกี่ยวกับบทบัญญัติมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ควรได้รับการแก้ไขปรับปรุงเพื่อให้เกิดความชัดเจนเหมาะสม และสามารถให้ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องสามารถนำไปปฏิบัติได้อย่างเป็นรูปธรรมและมีประสิทธิภาพมากขึ้น

Abstract

The objectives of this research on “ International Treaties Requiring Approval of the Parliament” are to study and analyse legal issues relating to the conclusion of international treaties between Thailand and other countries and international organizations in three aspects namely international, comparative and domestic. Based on the three aspects, the author focuses on Section 190 of the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2550 which forms the basis of conclusion of international treaties between Thailand and other countries and international organizations. In this respect, legal problems relating to Section 190 will be identified and solutions to such problems will also be recommended for future amendment of the Section.

Insofar as international aspect of treaties is concerned, understanding with respect to the meaning of “treaties” under Section 190 is quite superficial. Although the Constitutional Court of Thailand confirms the meaning of the term “treaty” under Section 190 to be the same as that defined in, Article 2(1)(a) of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, understanding by the Constitutional Court with respect to one important element thereof namely “governed by international law” is scant and misled in the sense that not only a “treaty” is governed by international law and not domestic law of any country but such “treaty” must also entail a “legal” binding effect upon the parties thereto and not as understood by the Constitutional court just “political” or “moral” commitments both of which cannot be “legally” enforced under international law despite its political or moral effect on international relations. This incomplete understanding of the legal meaning of “treaty” should have been taken into consideration when the Constitutional Court determined under Section 190 of the Constitution the status of the Joint Communiqué dated 18 June 2008 between Thailand and Kampuchea

Another point relating to the conclusion of treaties under Section 190 is that the method of expressing consent to be bound by a treaty provided for in Section 190 paragraph four is clearly limited to that by signature subject to subsequent ratification by Thailand that fails to meet the objectives of Section 190 which should cover all methods of expressing consent to be bound by a treaty recognized under international law in order to prevent the cabinet (executive) to circumvent this Section.

With respect to a comparative aspect, this research indicates, based on comparison of similar provisions in the constitutions of 51 countries representing diversity of geographical locations, political and ideological preference and economic developments, that according to the constitutions of such countries, the executive either the cabinet or president is vested with the power to conclude international treaties. However, there remain certain significant matters which require consent or approval of the legislative either the parliament or congress. The only difference is the details of such significant matters. The provisions of Section 190 are therefore found to be in line with those of the constitutions of the above mentioned countries except only that the provisions of Section 190 are a more extensive than those found in the constitutions of the said countries.

A domestic aspect of Section 190 indicates that Section 190 contains the most extensive provisions which could not be found in previous Constitutions of Thailand. New types of treaties requiring approval of the parliament, for example, have been introduced, in addition to the long existing ones, namely those having widely impact on economic and social security of Thailand or, substantially having commercial, investment or budgetary binding effect on the country. Such new entries of treaties requiring approval of the parliament are so broad that they can be interpreted to require almost all treaties to be concluded by the cabinet to obtain approval of the parliament to the extent that the latter is empowered to “control” the cabinet rather than to “participate” in the process of conclusion of treaties by the cabinet.

Public participation provided for in Section 190 paragraph three may also be regarded as redundant since the representatives elected by the people in the parliament have the power to balance the treaty – making power of the cabinet. In addition, in entering into negotiations for the treaties requiring approval of the parliament, the cabinet is required to propose the scope of negotiations to the parliament for approval. This requirement can be regarded as improper in making public Thailand's position in the negotiation process which should somehow be classified. Likewise, there are certain ambiguous wordings used in Section 190 as articulated in the research which should be clarified or amended.

In conclusion, there are many legal issues and problems relating to the provisions of Section 190 which should be clarified and solved through amendment process for more effective application and compatible with international practices.

บทสรุปสำหรับผู้บริหาร

เพื่อความเข้าใจและการใช้ประโยชน์จากโครงการศึกษาวิจัยเรื่อง “หนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา” เห็นควรพิจารณาการศึกษาวิจัยดังกล่าวจากมุมมองสามประการที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กล่าวคือ มุมมองทางกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญา มุมมองของการศึกษาเปรียบเทียบลักษณะของหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับที่ต้องได้รับความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐสภาของประเทศต่างๆ และมุมมองที่เกี่ยวกับการใช้ถ้อยคำของมาตรา 190 เอง

ในส่วนของมุมมองทางกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญานั้น ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติของมาตรา 190 ก็คือ ความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยได้ให้คำนิยามของคำว่า “หนังสือสัญญา” โดยอาศัยคำว่า “สนธิสัญญา” (treaty) ตามที่นิยามไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 แต่มิใช่ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นภาคีของอนุสัญญาดังกล่าวหากแต่ในฐานะที่คำนิยามดังกล่าวเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ผูกพันประเทศไทย แต่อย่างไรก็ดี ความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายของ “หนังสือสัญญา” โดยศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย กับความหมายของ “สนธิสัญญา” อันเป็นที่เข้าใจกันตามอนุสัญญาดังกล่าวก็ดี และจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ดี ยังไม่สอดคล้องเท่าที่ควร โดยคำว่า “สนธิสัญญา” ตามอนุสัญญาดังกล่าวและตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีความหมายที่ละเอียดลึกซึ้งกว่าที่ศาลรัฐธรรมนูญไทยเข้าใจ นอกจากนี้ ยังมีประเด็นเกี่ยวกับวิธีการแสดงเจตนาให้ความยินยอมผูกพันตามหนังสือสัญญา ซึ่งมาตรา 190 วรรคสี่ กล่าวถึงเพียงวิธีการเดียวเท่านั้น กล่าวคือ “การลงนาม” ในหนังสือสัญญาก่อนและแสดงเจตนาผูกพันในภายหลัง แต่ตามอนุสัญญาดังกล่าวและตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว การให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามหนังสือสัญญามีหลายวิธีสุดแต่รัฐและองค์การระหว่างประเทศที่เข้าทำหนังสือสัญญาได้ตกลงกัน และในประเด็นนี้มีผลต่อการพิจารณาแก้ไขถ้อยคำมาตรา 190 วรรคสี่ด้วย

สำหรับมุมมองของการศึกษาเปรียบเทียบลักษณะของหนังสือสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาของประเทศต่างๆ จะเห็นได้ว่าในแง่

หลักการแล้ว มาตรา 190 วรรคสองไม่ต่างจากแนวทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ มากนัก กล่าวคือ อำนาจในการทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศเป็นของฝ่ายบริหารซึ่งสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 แต่สำหรับหนังสือสัญญาที่มีความสำคัญ ฝ่ายบริหารจะต้องขอความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาก่อนที่จะทำหนังสือสัญญาดังกล่าว ความแตกต่างจึงอยู่ที่ประเภทของหนังสือสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นเรื่องของแต่ละประเทศที่จะระบุไว้ในรัฐธรรมนูญของตน ทั้งนี้หนังสือสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสองก็เป็นลักษณะเฉพาะของแต่ละประเทศโดยถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 วรรคสองส่งผลให้หนังสือสัญญาเกือบทั้งหมดต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาอันจะทำให้อำนาจของคณะรัฐมนตรีในการทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศและกับองค์การระหว่างประเทศถูกจำกัดอย่างมาก

ในกรณีของมุมมองที่เกี่ยวข้องกับการใช้ถ้อยคำของมาตรา 190 เองนั้น มีอยู่หลายประเด็นด้วยกัน เช่น ประเด็นถ้อยคำที่ใช้ในมาตรา 190 วรรคสอง กล่าวคือ “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญา หรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา **หรือมีผลกระทบต่อมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา** ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว” ซึ่งถ้อยคำที่เน้นข้างต้นนั้นเป็นถ้อยคำที่กว้างขวางมากเมื่อเทียบกับถ้อยคำที่ใช้ก่อนหน้านี้ในวรรคเดียวกัน ดังนั้น จึงเปิดโอกาสให้มีการตีความได้อย่างกว้างขวาง และศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ 6-7/2551 ก็ตีความถ้อยคำดังกล่าวข้างต้นอย่างกว้างขวางเช่นกัน อันส่งผลให้อำนาจของคณะรัฐมนตรีในการทำหนังสือสัญญาถูกจำกัดโดยสิ้นเชิง นอกจากนี้ ประเด็นการมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสาม จะเป็นการเข้าช้อนกับอำนาจของรัฐสภาในการให้ความเห็นชอบต่อหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสอง ส่วนประเด็นเรื่องการให้ประชาชนเข้าถึงข้อมูลของการทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสี่นั้นมีการใช้ถ้อยคำในมาตรา 190 วรรคสี่ตอนต้นที่ชี้ให้เห็นว่าความเข้าใจเกี่ยวกับ

กระบวนการการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามหนังสือสัญญาที่ถือปฏิบัติกันโดยนานาประเทศ และตามกฎหมายระหว่างประเทศ ยังคงคลาดเคลื่อนอยู่มากจึงทำให้ไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของมาตรา 190 วรรคสี่ได้

จากการศึกษาโดยอาศัยมุมมองดังกล่าวข้างต้นที่เกี่ยวกับมาตรา 190 จะเห็นได้ว่ามีหลายประเด็นที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 190 ที่ควรได้รับการแก้ไขเพื่อสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 190 โดยตรง ตลอดจนการทบทวนถึงปรัชญาหรือแนวความคิดพื้นฐานของการแก้ไขมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ด้วย

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ประเด็นปัญหา

โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่มีบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาด ในกรณีที่มีปัญหาว่า หนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารทำความตกลงกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่ โดยวรรคสองของมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติให้หนังสือสัญญาดังต่อไปนี้ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

1. หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย
2. หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ
3. หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา
4. หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง
5. หนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ

นอกจากนี้ มาตรา 190 วรรคสาม และวรรคสี่ยังมีบทบัญญัติให้ประชาชนมีส่วนร่วมกับรัฐในกระบวนการจัดทำหนังสือสัญญาดังกล่าวกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ ทั้งในขั้นตอนก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญาและในขั้นตอนก่อนที่ฝ่ายบริหารจะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันตามหนังสือสัญญาดังกล่าว ดังนั้น การศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา จึงมีความจำเป็นและมีความสำคัญเพื่อแสวงหาองค์ความรู้อันจะเป็นประโยชน์ต่อการทำความเข้าใจถึงการทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และต่อการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับมาตรา 190



ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นกับมาตรา 190 ดังกล่าวข้างต้นมีทั้งประเด็นปัญหาในทางกฎหมายและประเด็นปัญหาในทางปฏิบัติเนื่องจากมาตรา 190 ดังกล่าวมีความแตกต่างจากบทบัญญัติทำนองเดียวกันในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ¹ ดังต่อไปนี้คือ

1. มีการเพิ่มเติมเนื้อหาในมาตรา 190 วรรคสองว่า หนังสือสัญญาใดที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาที่เคยปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายทั้งเชิงนิติบัญญัติและปัญหาการตีความดังปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/ 2551

2. มีการเพิ่มเติมขั้นตอนของการขอความเห็นชอบของรัฐสภาในมาตรา 190 วรรคสามเกี่ยวกับกรอบการเจรจาการทำหนังสือสัญญาทำให้ถูกมองว่าอาจเป็นการเปิดเผยข้อมูลบางประการที่มีผลกระทบต่อการเจรจาต่อรองในทางระหว่างประเทศได้

3. มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคสาม ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการทำหนังสือสัญญาโดยกำหนดให้รัฐมนตรีให้ข้อมูลแก่ประชาชนและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนซึ่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีประเด็นในทางปฏิบัติว่าจะดำเนินการอย่างไร ผลของการรับฟังจะนำมาใช้ในกระบวนการทำหนังสือสัญญาได้เพียงใด หากไม่รับฟังความคิดเห็นของประชาชนจะมีผลอย่างไร

4. มีการกำหนดให้ออกกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาภายใน 1 ปีนับแต่วันที่แถลงนโยบายต่อรัฐสภาตามมาตรา 176 (มาตรา 303 (3)) ซึ่งจนถึงบัดนี้เวลาล่วงเลยกว่า 1 ปีแล้ว แต่ก็ยังไม่มีการปฏิบัติตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 วรรคห้าเลย

5. มีบทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคสี่ที่กำหนดให้คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสี่ โดยระบุช่วงเวลา ที่คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาระหว่างช่วงที่มีการลงนามในหนังสือสัญญาแล้ว แต่ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน ซึ่งบทบัญญัติ

¹ เช่น มาตรา 195 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517; มาตรา 162 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521; มาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้น

ดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาในทางกฎหมายและมีผลในทางปฏิบัติ กล่าวคือ การแสดงเจตนาเพื่อผูกพันตามหนังสือสัญญาไม่จำเป็นต้องมีการลงนามเสมอไป การลงนามเองก็อาจเป็นการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันตามหนังสือสัญญาได้ หากรัฐต่างๆ และองค์การระหว่างประเทศ ตกลงกันเช่นนั้น ดังนั้น เงื่อนไขตามมาตรา 190 วรรคสี่ อาจหลีกเลี่ยงได้ง่าย โดยใช้วิธีอื่นๆ นอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 วรรคสี่ ข้อเสนอแนะ ก็คือ ควรเปลี่ยนข้อความตอนต้นของมาตรา 190 วรรคสี่ ตั้งแต่ “เมื่อลงนาม ในหนังสือสัญญาตามวรรคสองแล้ว” เป็น “ภายใน 60 วัน” แทน จะชัดเจนและสอดคล้องกับแนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศ และตรงตามเจตนารมณ์ของมาตรา 190 วรรคสี่

6. วรรคสุดท้ายของมาตรา 190 ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดในกรณีที่มีปัญหาตามมาตรา 190 วรรคสอง โดยคดีแรกที่มีการวินิจฉัยไว้ คือ คำวินิจฉัยที่ 6-7/ 2551 ซึ่งมีประเด็นที่เกี่ยวกับการตีความบทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคสอง ซึ่งจะพิจารณาต่อไป

ปัญหาต่างๆ ดังกล่าวข้างต้นอยู่ในขอบเขตของการศึกษาตามโครงการศึกษาวิจัยนี้ จึงจำเป็นที่จะต้องทราบถึงความหมาย กระบวนการ และผลของการทำหนังสือสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศประกอบการศึกษาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติทำนองเดียวกันในรัฐธรรมนูญของประเทศอื่นแล้วจึงมาวิเคราะห์บทบัญญัติในมาตรา 190 โดยละเอียดตลอดทั้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 190

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

วัตถุประสงค์ของการวิจัยตามโครงการวิจัยนี้ คือ

1. เพื่อให้ทราบและเข้าใจหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ตลอดจนทั้งผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างประเทศของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ทั้งต่อรัฐที่เป็นภาคีและรัฐที่มีได้เป็นภาคีของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ รวมถึงการรับเอาหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในประเทศ

2. เพื่อให้ทราบและเข้าใจบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ทั้งที่ใช้ระบบ Common Law และระบบ Civil Law ในประเด็นเกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความ



เห็นชอบของรัฐสภาหรือของฝ่ายนิติบัญญัติ

3. เพื่อให้ทราบและเข้าใจบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของประเทศไทยเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตลอดจนทั้งอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการตีความบทบัญญัติของมาตรา 190 ดังกล่าว โดยเฉพาะที่ปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยที่ 6-7/2551

ทั้งนี้ เพื่อนำไปสู่วัตถุประสงค์หลัก คือ การพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บนพื้นฐานของวัตถุประสงค์ข้างต้น

1.3 ขอบเขตการวิจัย

เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการวิจัย ขอบเขตของการวิจัยจะแบ่งเป็นสามมิติ ดังนี้

1.3.1 มิติของกฎหมายระหว่างประเทศ ศึกษาและวิเคราะห์แนวความคิดเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ กระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ เช่น ผู้มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ การให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ (consent to be bound by an international treaty) การตั้งข้อสงวน (reservation) แก่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ผลทางกฎหมายของการเข้าเป็นภาคีหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ การเพิกถอนความยินยอมเพื่อผูกพันตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ความเป็นโมฆะเสียเปล่าของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ตลอดจนการเลิกและการระงับการใช้บังคับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

1.3.2 มิติของกฎหมายเปรียบเทียบ ศึกษาเปรียบเทียบบทบัญญัติของประเทศต่างๆ ทั้งที่ใช้ระบบ Common Law และระบบ Civil Law กับบทบัญญัติของมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ ตลอดจนประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติ การตรวจสอบความขัดแย้งหรือปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศและอำนาจในการให้ความเห็นชอบแก่การทำหนังสือ

สัญญาระหว่างประเทศ ตลอดจนสถานะของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่รับมาใช้ บังคับเป็นกฎหมายภายในประเทศ

1.3.3 มิติของกฎหมายภายในประเทศ ศึกษาและวิเคราะห์บทบาทบัญญัติของ รัฐธรรมนูญของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตั้งแต่ อดีตจนถึงปัจจุบัน เพื่อให้เห็นถึงวิวัฒนาการของการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ของประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตลอดจน แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/ 2551 ลงวันที่ 8 กรกฎาคม 2551 และผลของ คำวินิจฉัยดังกล่าวต่อหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

1.4 วิธีการวิจัย

วิธีการดำเนินการวิจัยโครงการนี้ จะเน้นการวิจัยเป็นเอกสารเป็นหลักโดยจะ ดำเนินการดังนี้

1.4.1 รวบรวมสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศใน การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หนังสือ ตำรา บทความที่เป็นภาษาต่างประเทศ เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ และบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของ ประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศและการรับเอาหนังสือ สัญญาระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายในประเทศ

1.4.2 รวบรวมรัฐธรรมนูญของประเทศไทยที่มีบทบัญญัติเกี่ยวข้องกั บการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ หนังสือ ตำรา บทความ และวิทยานิพนธ์ที่เป็น ภาษาไทยตลอดทั้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญา ระหว่างประเทศการรับเอาหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายในของ ประเทศไทย

1.4.3 วิเคราะห์ หลักกฎหมายระหว่างประเทศ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญและ เอกสารต่างๆ ในข้อ 1.3.1 และ 1.3.2 ตามเค้าโครงของหัวข้อวิจัยที่จะนำเสนอต่อไป

1.5 ผลที่คาดว่าจะได้รับ

1.5.1 ก่อให้เกิดองค์ความรู้ที่มีลักษณะบูรณาการอย่างแท้จริงเกี่ยวกับ ความหมาย กระบวนการทำ และผลทางกฎหมายของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ



ทั้งในมิติของกฎหมายระหว่างประเทศและมิติของกฎหมายภายในประเทศ เพื่อนำไปสู่ความเข้าใจที่สอดคล้องต้องกันในการมีบทบาทนิติของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ความต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

1.5.2 เพื่อให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสอดคล้องกับทั้งรัฐธรรมนูญของประเทศไทยและหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่อาจจะส่งผลกระทบทางกฎหมายระหว่างประเทศต่อประเทศไทย

บทที่ 2

แนวความคิดและบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ ในการทำสนธิสัญญา

สนธิสัญญา (treaties) หรือตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเรียกว่า “หนังสือสัญญา”¹ นับได้ว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายและของพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีบทบาทและความสำคัญมากที่สุดประเภทหนึ่งตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of the International Court of Justice)² กล่าวคือ ช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 และสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา สนธิสัญญาได้กลายเป็นบ่อเกิดของกฎหมายและของพันธกรณีระหว่างประเทศเพียงบ่อเกิดเดียวที่มีบทบาทสำคัญในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 54; รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 มาตรา 76; รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 มาตรา 84; รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 154; รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติมพุทธศักราช 2495 มาตรา 92; รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มาตรา 150; รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 195; รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 162; รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 พุทธศักราช 2538 มาตรา 181; รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 224 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190

² 1976 Y.B.U.N. 1052; 3 Bevens 1153; T.S. No. 993 ; ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย โปรดดูรายละเอียดใน จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550) ; D.P O' Connell, *International Law* vol 1, 2nd Edition (London : Sweet & Maxwell, 1970) ; Antonio Cassese, *International Law*, (Great Britain : Oxford University Press, 2005) ; Gillian D. Triggs, *International Law : Contemporary Principles and Practices*, (Australia : Lexis Nexis, 2006) ; Malcolm D. Evans, *International Law*, , 2nd Edition (Oxford: Oxford University Press, 2006) ; Martin Dixon, *Text Book on International Law*, 2th Edition (Oxford: Oxford University Press, 2007)



โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐกับรัฐหรือรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ อีกทั้งยังเป็นบ่อเกิดแห่งสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศที่สำคัญอีกด้วย³

กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสนธิสัญญานั้นปรากฏในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969)⁴ ซึ่งเริ่มยกร่างโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาของกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission: ILC) ตั้งแต่ ค.ศ. 1949 และยกร่างเสร็จสมบูรณ์และเปิดให้รัฐลงนามและให้สัตยาบันใน ค.ศ. 1969 และในวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1980 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ก็มีผลใช้บังคับเมื่อครบ 30 วันนับแต่วันที่ได้มีการส่งมอบสัตยาบันสารหรือตราสารภาคยานุวัติแก่เลขาธิการสหประชาชาติครบ 35 ตราสารตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 84 วรรค 1 ของอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว⁵

แม้ว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 จะมีได้ประมวลจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (international custom) และหลักกฎหมายทั่วไป (general principles of law) เกี่ยวกับสนธิสัญญาไว้ทั้งหมดก็ตาม แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า อนุสัญญาดังกล่าวเป็นอนุสัญญาที่ได้ประมวลหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญเกี่ยวกับสนธิสัญญาไว้ไม่ว่าจะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไปหรือแม้กระทั่งหลักกฎหมายใหม่ๆ อันถือว่าเป็นพัฒนาการที่ก้าวหน้าของกฎหมาย

³ ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2**, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 99 ; ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายสนธิสัญญา โปรดดูรายละเอียดใน ประสิทธิ์ เอกบุตร, **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 : สนธิสัญญา**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544) ; นพนิธิ สุริยะ, “สนธิสัญญาในรัฐธรรมนูญ”, **วารสารนิติศาสตร์** 22, 2 (มิถุนายน 2535), น.173-179 ; จตุรนต์ ธีระวัฒน์, “กระบวนการทำสนธิสัญญาและการปรับใช้สนธิสัญญาในทางปฏิบัติของประเทศไทย”, **วารสารนิติศาสตร์** 26, 3 (กันยายน 2539) น. 608-630.

⁴ 1155 U.N.T.S. 331 done at Vienna on 23 May 1969 and entered into force on 27 January 1980 ; see Shabtai Rosenne, **The Law of Treaties : A Guide to the Legislative History of the Vienna Convention**, (Dobbs Ferry, N.V. : Ocean Publications, 1970).

⁵ Article 84 Entry into force

(1) The present Convention shall enter into force on the thirtieth day following the date of deposit of the thirty-fifth instrument of ratification or accession.

(progressive development of the law) อันเกี่ยวกับสนธิสัญญาก็ตาม และในกรณีของสนธิสัญญาซึ่งมิได้อยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นั้น ก็ยังคงเป็นไปตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังที่กล่าวไว้ในส่วนของอารัมภบทแห่งอนุสัญญาดังกล่าวซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นถึงบทบาทของจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ยังคงมีต่อสนธิสัญญาต่อไป⁶

การยอมรับถึงบทบาทของจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีต่อสนธิสัญญาซึ่งมิได้อยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นั้นนับได้ว่ามีความสำคัญอย่างมาก ทั้งนี้เพราะขอบเขตของอนุสัญญาดังกล่าวยังอยู่ในวงจำกัดและยังมีอีกหลายกรณีที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาซึ่งมิได้อยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญาดังกล่าว อาทิเช่น สนธิสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันหรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการสืบทอดของรัฐ (state succession) ที่มีผลต่อสนธิสัญญา หรือแม้กระทั่งประเด็นที่เกี่ยวข้องกับผลของสงครามที่มีต่อสนธิสัญญา เป็นต้น⁷

อย่างไรก็ดี เนื่องจากบทบาทและความสำคัญของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ในฐานะที่เป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศซึ่งวางหลักกฎหมายระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับรัฐที่มีเนื้อหาครอบคลุมกว้างขวางและเป็นที่ยอมรับของรัฐโดยทั่วไปรวมทั้งรัฐซึ่งมิได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาดังกล่าวด้วย เช่น สหรัฐอเมริกาซึ่งยอมรับว่า อนุสัญญาดังกล่าวเป็นแนวทางแห่งกฎหมายและการถือปฏิบัติเกี่ยวกับสนธิสัญญาที่ยอมรับได้ ดังนั้นการศึกษาทำความเข้าใจเกี่ยวกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการทำสนธิสัญญาจะช่วยให้เข้าใจบทบัญญัติในมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้ดียิ่งขึ้น เพราะการทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ดังกล่าวเกี่ยวข้องโดยตรงกับกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งแม้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542 คำวินิจฉัย

⁶ Affirming that the rules of customary international law will continue to govern questions not regulated by the provisions of the present Convention;

⁷ Brownlie, *Principle of Public International Law*, 3rd Edition (U.S.A.: Oxford University Press, 1979), p. 601.

⁸ S. Exec. Doc. L. 92 d Cong. 1st Sess. (1971), p. 1.



ของศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543 และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ 6-7/2550 ก็ยังได้กล่าวอ้างถึงด้วย

2.1 แนวความคิดในการทำหนังสือสัญญา

ในขณะที่ยาฐิตประเพณีระหว่างประเทศ (international custom) ซึ่งเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศตามข้อ 38 บรรค 1 (b)⁹ ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of the International Court of Justice)¹⁰ ได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (School of Natural Law)¹¹ สนธิสัญญา (treaty) ซึ่งเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศตามข้อ 38 บรรค 1 (a)¹² ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ กลับได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (School of Positivism)¹³ ดังนั้น จากแนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองนี้เอง จึงอาจพิจารณาแนวคิดในการทำสนธิสัญญาได้เป็น 2 ประการ ได้แก่ ทฤษฎีเจตจำนง และหลักความยินยอม

⁹ Article 38 (1) (b) of the Statute of the International Court of Justice

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

(b) international custom, as evidence of general practice accepted as law;

¹⁰ See *supra* note 2 ; ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นตราสารแนบท้ายกฎบัตรสหประชาชาติ (Charter of the United Nations) และเป็นส่วนหนึ่งของกฎบัตรสหประชาชาติตามข้อ 91 ของกฎบัตรสหประชาชาติ

Article 92 of the Charter of the United Nations

The International Court of Justice shall be the principal judicial organ of the United Nations. It shall function in accordance with the annexed Statute, which is based upon the Statute of the Permanent Court of International Justice and forms an integral part of the present Charter.

¹¹ ดูรายละเอียดใน ปรีดี เกษมทรัพย์, **นิติปรัชญา**, พิมพ์ครั้งที่ 7 (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 189-223.

¹² Article 38 (1)(a)

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

(a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;

¹³ ดูรายละเอียดใน ปรีดี เกษมทรัพย์, **อ้างแล้ว** เิงอรธที่ 11, น. 247-264.

2.1.1 ทฤษฎีเจตจำนง

ตามแนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองนั้นถือว่า “กฎหมาย” คือ กฎเกณฑ์ซึ่งเกิดจากเจตจำนง (will) ของรัฐ โดยจะให้ความสำคัญกับขั้นตอนหรือรูปแบบ (form) ของการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของรัฐมากกว่าเนื้อหา (material) ของกฎเกณฑ์ซึ่งเกิดจากเจตจำนงเช่นนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ กฎเกณฑ์ที่จะเป็นกฎหมายในสายตาของสำนักกฎหมายบ้านเมืองก็คือ กระบวนการหรือขั้นตอนในการออกกฎหมายหรือการวางกฎเกณฑ์นั้นจะต้องสะท้อนถึงการแสดงออกซึ่งเจตจำนงที่แท้จริงของรัฐไม่ว่ารูปแบบในการแสดงเจตจำนงเช่นนั้นจะเรียกชื่ออย่างไรในทางการเมืองก็ตาม เช่น ระบอบประชาธิปไตย สมบูรณาญาสิทธิราชย์ สังคมนิยม หรือรูปแบบอื่นใดและไม่ว่าการจัดองค์กรในการออกกฎหมายที่เช่นนั้นจะเป็นอย่างไรก็ตาม เช่น โดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือโดยประมุขของรัฐโดยความเห็นชอบและยินยอมของฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นต้น เมื่อกฎเกณฑ์ใดได้ออกโดยผ่านขั้นตอนตามรูปแบบซึ่งเป็นที่ยอมรับในแต่ละรัฐแล้ว กฎเกณฑ์เช่นนั้นก็คือเป็นกฎหมายที่มีอยู่ (positive law) ซึ่งใช้บังคับแก่บุคคลโดยทั่วไปและมักจะมีอำนาจบังคับ (sanctions) ควบคู่ไปด้วยเสมอ เช่น การลงโทษในกรณีที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายที่เป็นอยู่ เช่นว่านั้น ทั้งนี้โดยไม่คำนึงว่ากฎหมายที่ออกโดยผ่านกระบวนการและรูปแบบ (form) ที่ถูกต้องนั้นจะมีเนื้อหาอย่างไร กล่าวคือ จะมีพื้นฐานทางศีลธรรม (morality) รองรับอยู่ด้วย (mala in se) เช่น ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย เป็นต้น หรือไม่มีพื้นฐานทางศีลธรรมรองรับอยู่ แต่เป็นเรื่องของกฎเกณฑ์ทางเทคนิคที่จำเป็นเพื่อความเป็นเรียบร้อยของสังคม (mala prohibita) ก็ตาม เช่น กฎหมายจราจร เป็นต้น¹⁴

อย่างไรก็ดี แนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองโดยทั่วไปนั้นไม่ได้จำกัดว่าเจตจำนงของรัฐแต่ละรัฐนั้นจะเป็นเจตจำนงในการสร้างกฎเกณฑ์ภายในดินแดนของรัฐเท่านั้น แต่จะรวมถึงเจตจำนงของรัฐในอันที่จะสร้างกฎเกณฑ์ระหว่างรัฐด้วยกันอีกด้วย ดังนั้น ตามแนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองนี้ กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศซึ่งเกิด

¹⁴ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 30.



จากเจตจำนงอันร่วมกันของรัฐต่างๆ ย่อมถือเป็นกฎหมายที่เป็นอยู่หรือเป็นกฎหมายบ้านเมืองของประชาคมของรัฐได้ เพราะกฎหมายระหว่างประเทศในท้ายที่สุดแล้วก็จะมีรูปแบบทำนองเดียวกันกับกฎหมายภายในของรัฐ กล่าวคือ ถือว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดจากเจตจำนงของรัฐเหมือนกัน¹⁵

ดังนั้น กฎหมายระหว่างประเทศตามแนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองก็ยิ่งถือว่าเป็น “กฎหมาย” ที่มีผลผูกพันรัฐได้เช่นกัน แต่มีใช้ด้วยเหตุผลที่ว่า กฎหมายระหว่างประเทศนั้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายธรรมชาติที่จะผูกพันรัฐและมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายภายในของรัฐ หากแต่เป็นเพราะว่ารัฐนั้นแสดงเจตจำนงที่จะยอมรับและผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นจะแสดงออกในรูปของ “ความยินยอม” (consent)¹⁶ เป็นสำคัญซึ่งเป็นพื้นฐานของบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่เรียกว่า “สนธิสัญญา” (treaty) นั่นเอง¹⁷ นักนิติศาสตร์แห่งสำนักกฎหมายบ้านเมืองเห็นว่า กฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นอยู่ (positive law) นั่นก็คือ กฎเกณฑ์ต่างๆ ซึ่งรัฐต่างๆ แสดงเจตจำนงยอมรับโดยกระบวนการหรือวิธีการที่รัฐยอมจำกัดอำนาจอธิปไตยของตนเอง (selbstbeschränkung) ตามที่ Jellinek อธิบายไว้¹⁸ หากรัฐไม่ยินยอมที่จะผูกพันตามกฎหมายในทางระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์เช่นนั้นก็ไม่ผลผูกพันรัฐแต่ประการใด นักนิติศาสตร์ในสำนักความคิดกฎหมายบ้านเมืองบางท่าน เช่น Zorn เห็นว่า กฎหมายระหว่างประเทศนั้นถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายของรัฐ กล่าวคือ เป็นกฎหมายมหาชนภายนอก (external public law-äusseres Staatsrecht) ของรัฐและด้วยเหตุผลนั้นจึงผูกพันรัฐ¹⁹

2.1.2 หลักความยินยอม

จากอิทธิพลของสำนักกฎหมายบ้านเมืองนี้เองจะเห็นได้ว่า แนวความคิดเรื่อง

¹⁵ Starke, *Introduction to International Law*, 8th Edition (London ; Woburn, Mass.: Butterworths, 1977), p. 26 และเพ็งอ้าง, น. 31.

¹⁶ Ago, *Positive Law and International Law*, 51 A.J.I.L. (1957), pp. 691-733.

¹⁷ จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 14, น. 31.

¹⁸ Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, 1880.

¹⁹ จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 14, น. 30-31 and Stark, *supra* note 12, p.

เจตจำนงของรัฐของสำนักกฎหมายดังกล่าวที่มีต่อกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ปรากฏชัดเจนในเรื่องของสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเป็นที่ยอมรับกันเป็นที่ยุติว่า รัฐหรือแม้แต่องค์การระหว่างประเทศก็ตาม จะผูกพันตามสนธิสัญญาก็ต่อเมื่อรัฐให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา (consent to be bound by a treaty) ตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969)²⁰ และในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986²¹ ดังจะเห็นได้จากอารัมภบท (preamble) ของอนุสัญญาทั้งสองฉบับที่ยืนยันไว้เหมือนกันว่า หลักความยินยอมโดยเสรี (free consent) หลักสุจริต (good faith) และหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) เป็นหลักที่ได้รับการยอมรับเป็นสากล²² นอกจากนี้ข้อ 2 วรรค 1 (g)²³ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และข้อ 2 วรรค 1 (g) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 ยังให้คำนิยามของคำว่า “ภาคี” (party) แห่งสนธิสัญญาไว้ว่าหมายถึง รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศนั้นแล้ว ตลอดทั้งข้อ 11 ถึงข้อ 17 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และข้อ 11 ถึงข้อ 17 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 ซึ่งบัญญัติถึงวิธีการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาไว้ด้วย เป็นต้น

²⁰ 1155 U.N.T.S. 331, done at Vienna on 23 May 1969 and entered into force on 27 January 1980

²¹ 15 I.L.M. 543

²² Article 2 paragraph 1 (g) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969
“Nothing that the principles of free consent and of good faith and the pacta sunt servanda rule are universally recognized,”

²³ Article 2 paragraph 1 (g) of the Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, 1986



2.2 บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศในการทำหนังสือสัญญา

2.2.1 สนธิสัญญา

ก. อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969

(Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969)

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นี้เป็นอนุสัญญาที่ใช้บังคับแก่สนธิสัญญาซึ่งทำขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐเท่านั้น²⁴ อนุสัญญานี้จะไม่ใช้บังคับแก่สนธิสัญญาซึ่งทำขึ้นรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาซึ่งทำขึ้นระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันซึ่งจะอยู่ในบังคับของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 (Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, 1986)²⁵ หรือไม่กี่จารีตประเพณีระหว่างประเทศสำหรับรัฐที่ได้เป็นภาคีของอนุสัญญาทั้งสองฉบับ

นอกจากนี้ ขอบเขตของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ยังคงจำกัดอยู่เฉพาะสนธิสัญญาที่ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ซึ่งก็ได้หมายความว่าสนธิสัญญาที่มีได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรจะไม่มีผลใช้บังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญาที่มีได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรยังถือเป็นสนธิสัญญาที่มีผลบังคับได้ตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญา²⁶

²⁴ Article 1 Scope of the present Convention

The present Convention applies to treaties between States.

²⁵ 15 I.L.M. 543

²⁶ 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;

ขอบเขตอีกประการหนึ่งของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ก็คือ การไม่มีผลบังคับย้อนหลัง (non-retroactivity) ของอนุสัญญาดังกล่าว กล่าวคือ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 จะใช้บังคับแก่สนธิสัญญาที่สร้างขึ้น ภายหลังจากที่อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นี้มีผลใช้บังคับเท่านั้น กล่าวคือ เฉพาะสนธิสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐภายหลังวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1980 ซึ่งเป็นวันที่อนุสัญญากรุงเวียนนาฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับ สนธิสัญญาที่สร้างขึ้นก่อนที่อนุสัญญา กรุงเวียนนาฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับ คือ ก่อนวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1980 ก็จะไม่ยังคงอยู่ภายใต้บังคับของจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาต่อไป²⁷

อนึ่ง สนธิสัญญาก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศและสนธิสัญญาภายในขององค์การระหว่างประเทศนั้นๆ ก็ตกอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นี้ด้วย ทั้งนี้จะต้องไม่กระทบเพื่อนต่อกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องใดๆ ขององค์การระหว่างประเทศนั้นๆ²⁸

(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.

²⁷ Article 4 Non-retroactivity of the present Convention

Without prejudice to the application of any rules set forth in the present Convention to which treaties would be subject under international law independently of the Convention, the Convention applies only to treaties which are concluded by States after the entry into force of the present Convention with regard to such States.

²⁸ Article 5 Treaties constituting international organizations and treaties adopted within an international organization

The present Convention applies to any treaty which is the constituent instrument of an international organization and to any treaty adopted within an international organization without prejudice to any relevant rules of the organization.



ข. อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986

(Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, 1986)

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 เป็นอนุสัญญาที่เน้นการทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันเป็นหลักซึ่งอาจมีรายละเอียดบางประการในส่วนขององค์การระหว่างประเทศที่แตกต่างกับรัฐอยู่บ้างแต่เนื้อหาสาระโดยทั่วไปแล้วไม่แตกต่างจากเนื้อหาอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ในส่วนสำคัญมากนัก²⁹ ทั้งนี้การที่รัฐทำสนธิสัญญากับองค์การระหว่างประเทศหรือการที่องค์การระหว่างประเทศทำสนธิสัญญาระหว่างกันเองนั้น สนธิสัญญาดังกล่าวมิได้ตกอยู่ในบังคับของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 แต่จะอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 หรือภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ เช่น จารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวกับสนธิสัญญา³⁰ ในกรณีที่รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศนั้นมิได้เป็นภาคีของอนุสัญญาดังกล่าว

²⁹ 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*, 99 A.J.I.L.81(2005) .

³⁰ 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.

2.2.2 จารีตระหว่างประเทศ (International Custom)

ก. ความหมายของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ข้อ 38 วรรค 1 (b) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นหลักฐานแสดงถึงการถือปฏิบัติกันโดยทั่วไป (general practice) และเป็นที่ยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (acceptance as law)

จากความหมายอันสั้นของจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าวไว้ในข้อ 38 วรรค 1 (b) ข้างต้นนี้ จะเห็นได้ว่าการระบุถึงองค์ประกอบสำคัญของจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้ 2 ประการคือ

(1) องค์ประกอบภายนอกหรือองค์ประกอบทางกายภาพ (physical element) ของจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งได้แก่ การถือปฏิบัติกันโดยทั่วไป (general practice) และ

(2) องค์ประกอบภายในหรือองค์ประกอบทางจิตใจ (psychological element) ของจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งได้แก่ ความเชื่อว่าการถือปฏิบัติกันโดยทั่วไปนั้น เป็นสิ่งที่ถูกต้องอันควรได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (*opinio juris sive necessitatis*)³¹

อย่างไรก็ตามองค์ประกอบทั้งสองประการนี้ก่อให้เกิดปัญหาในการใช้และการตีความจารีตประเพณีระหว่างประเทศอีกมากมายซึ่งข้อ 38 วรรค 1 (b) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็มิได้ให้คำตอบไว้แต่อย่างใด

ข. องค์ประกอบของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

เนื่องจากข้อ 38 วรรค 1 (b) ดังกล่าว กำหนดความหมายของจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้สั้น อีกทั้งเมื่อพิจารณาตามองค์ประกอบของจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั้งสองประการยังก่อให้เกิดปัญหาในการใช้และการตีความ จึงจำเป็นต้องอาศัยคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลระหว่างประเทศและความเห็นของนักกฎหมายระหว่างประเทศช่วยในการทำความเข้าใจองค์ประกอบที่แท้จริงของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จากองค์ประกอบจารีตประเพณีระหว่างประเทศข้างต้น นักกฎหมายระหว่างประเทศได้แยกแยะการพิจารณาองค์ประกอบดังกล่าวได้ดังต่อไปนี้

³¹ Chaumont, 129 Récueil des Cours de l' Académie de Droit International (1970), pp. 434-445.



(i) การถือปฏิบัติโดยทั่วไป (General Practice)

การที่กฎเกณฑ์ใดจะถือเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้นั้นจะต้องปรากฏว่า มีองค์ประกอบภายนอกหรือองค์ประกอบทางกายภาพ (physical element) คือ การถือปฏิบัติกันโดยทั่วไปของรัฐต่างๆ การถือปฏิบัติกันโดยทั่วไปนี้มิได้หมายความว่ารัฐทุกรัฐจะต้องยอมรับการถือปฏิบัติเช่นนั้นในลักษณะเป็นเอกฉันท์ (unanimity) หรือเป็นสากล (universality)³² และโดยทั่วไปแล้ว การที่รัฐไม่คัดค้านการถือปฏิบัติในเรื่องใดหรือนิ่งเสีย (silence) ย่อมมีผลเท่ากับเป็นการยอมรับ (acquiescence) การถือปฏิบัติเช่นนั้น แต่ในบางครั้งการที่รัฐนิ่งเฉยเสียไม่คัดค้านการถือปฏิบัติในเรื่องใดก็อาจเป็นเพราะรัฐนั้นไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องเช่นนั้นก็เป็นได้³³

ดังนั้น ประเด็นที่จะต้องพิจารณาในกรณีของการถือปฏิบัติโดยทั่วไปก็คือ กรณีที่มีรัฐจำนวนไม่น้อยนิ่งเสียไม่ทำการคัดค้านการถือปฏิบัติของรัฐอื่นๆ ซึ่งจะต้องสันนิษฐานในเบื้องต้นว่ารัฐที่นิ่งเฉยเสียไม่คัดค้านนั้นเห็นด้วยกับการถือปฏิบัติโดยทั่วไปเช่นนั้น เพราะการยอมรับการถือปฏิบัติโดยทั่วไปย่อมแสดงออกได้ด้วยการถือปฏิบัติในทำนองเดียวกันหรือหากรัฐใดมิได้มีโอกาสที่จะถือปฏิบัติเช่นนั้นได้ก็มิจำเป็นต้องแสดงออกว่าให้การรับรองการถือปฏิบัติเช่นนั้น เพียงแต่นิ่งเฉยเสียโดยไม่ทำการคัดค้านการถือปฏิบัติเช่นนั้นอย่างชัดแจ้งก็เป็นการเพียงพอที่จะถือว่ามี การรับรองแก่การถือปฏิบัติเช่นนั้นแล้ว ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่ไม่ยอมรับหรือไม่เห็นด้วยกับการถือปฏิบัติดังกล่าวที่จะต้องทำการคัดค้านการถือปฏิบัตินั้นอย่างชัดแจ้งและต่อเนื่องเพื่อมิให้การถือปฏิบัติโดยทั่วไปดังกล่าวมีผลผูกพันตนในฐานะที่เป็นกฎหมายปิดปาก (estoppel) เพราะการนิ่งเฉยไม่ทำการคัดค้าน³⁴

ในคดี *Fisheries Jurisdiction* (อังกฤษ v. ไอร์แลนด์)³⁵ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) มิได้กล่าวโดยตรงว่าการขยายเขตประมงของไอร์แลนด์ถึง 50 ไมล์ทะเลนั้น ขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ แต่ศาลอธิบายว่า

³² Brownlie, *supra* note 7, p. 1.

³³ *Id.*

³⁴ *Id.*, p. 10; ดูความเห็นของผู้พิพากษา Gros ในคดี *Nuclear Test* (Australia v. France), I.C.J. Reports (1974), p. 253 at pp. 286-289.

³⁵ I.C.J. Reports (1974), p. 3-47. และดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14, น. 50-54.

เขตประมงเดิมของไอซ์แลนด์คือ 12 ไมล์ทะเลนั้น เป็นเขตประมงที่ได้รับการยอมรับกันทั่วไป แม้ว่ากระทั่งอังกฤษและเยอรมนีซึ่งต่างก็พิพาทกับไอซ์แลนด์ (ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาคดีทั้งสองไปพร้อมกัน โดยศาลมิได้รวมการพิจารณาคดีทั้งสองเป็นคดีเดียวกัน) ต่างก็ยอมรับความกว้างของเขตประมงของไอซ์แลนด์ในระยะ 12 ไมล์ทะเล แต่ไม่ยอมรับความกว้างของเขตประมงใหม่ของ ไอซ์แลนด์ที่กว้างถึง 50 ไมล์ทะเล³⁶

(ii) การถือปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอและในรูปแบบเดียวกัน (Uniform and Consistent Practice)

นอกจากองค์ประกอบของจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะประกอบไปด้วย การถือปฏิบัติกันโดยทั่วไปแล้ว ยังจะต้องปรากฏด้วยว่าการถือปฏิบัติโดยทั่วไปเช่นนั้น มีลักษณะสอดคล้องสม่ำเสมอ (consistent) และมีรูปแบบเดียวกัน (uniform) แต่ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดที่ว่าจะต้องมีรูปแบบเดียวกันโดยสิ้นเชิง เพียงแต่รูปแบบเดียวกันในสาระสำคัญก็เพียงพอแล้ว³⁷

ในคดี *Anglo-Norwegian Fisheries* (สหราชอาณาจักร v. นอร์เวย์)³⁸ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของอังกฤษที่ว่าความยาวของเส้นฐานตรงไม่เกิน 10 ไมล์ทั้งนี้ ศาลให้เหตุผลว่าในทางปฏิบัติของรัฐต่างๆ และแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลระหว่างประเทศก็ได้อยู่ในรูปแบบเดียวกันหรือสอดคล้องกันในเรื่องของความยาวของเส้นฐานตรง ดังนั้นระยะ 10 ไมล์จึงมีใช้หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลในคดีเดียวกันได้สรุปต่อไปอีกว่า แม้วิธีการลากเส้นฐานของนอร์เวย์จะมีใช้เส้นฐานปกติ (normal baselines) เนื่องจากลักษณะพิเศษของชายฝั่งของนอร์เวย์ที่มีลักษณะชายฝั่งเว้าแหว่งตัดลึกประกอบด้วยเกาะน้อยใหญ่และโขดหินเป็นส่วนใหญ่ก็ตาม แต่การกำหนดเส้นฐานของนอร์เวย์โดยวิธีการลากเส้นฐานตรง (straight baselines) ตามชายฝั่งซึ่งมีลักษณะพิเศษเช่นว่านั้นจะต้องเป็นไปตามแนวชายฝั่งด้วย โดยศาลกล่าวว่าวิธีการเช่นนี้มีรัฐต่างๆ นำไปใช้โดยไม่มีการโต้แย้งคัดค้านจากรัฐอื่นๆ แต่ประการใด³⁹

³⁶ ดูรายละเอียดใน *เพ็งอ้าง*, น. 50.

³⁷ Brownlie, *supra* note 7, p. 6.

³⁸ I.C.J. Reports (1951), pp. 116-206, at p. 131 และดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 14, น. 55-57.

³⁹ *เพ็งอ้าง*, น. 55.



(iii) ระยะเวลา (Duration)

ระยะเวลาของการถือปฏิบัติไม่ถือว่าเป็นองค์ประกอบสำคัญของการก่อให้เกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ทั้งนี้เพราะระยะเวลาเป็นเพียงสิ่งที่จะแสดงให้เห็นว่าการถือปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งนั้นมีความสอดคล้องสม่ำเสมอ (consistency) หรืออยู่ในรูปแบบเดียวกัน (uniformity) หรือไม่เท่านั้นและในทางปฏิบัติก็มีหลายกรณีที่มีการถือปฏิบัติของรัฐในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นไปในรูปแบบเดียวกันและมีความสม่ำเสมอ แม้เพียงภายในระยะเวลาอันสั้น เช่น ในกรณีไหล่ทวีปที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของแผ่นดินของรัฐชายฝั่ง และรัฐชายฝั่งมีสิทธิอธิปไตย (sovereign rights)เหนือทรัพยากรทั้งที่มีชีวิตและไม่มีชีวิตบนและใต้ไหล่ทวีปดังกล่าวโดยรัฐไม่จำเป็นต้องประกาศหรือกล่าวอ้างเขตไหล่ทวีปแต่ประการใด แม้กระทั่งเขตเศรษฐกิจจำเพาะซึ่งรัฐส่วนใหญ่กล่าวอ้างเป็นที่ยุติว่ารัฐชายฝั่งมีทั้งสิทธิอธิปไตย (sovereign rights)เหนือทรัพยากรธรรมชาติทั้งที่มีชีวิตและไม่มีชีวิตในห้วงน้ำ (water column) บนพื้นดินท้องทะเล (sea-bed) และดินใต้ผิวดิน (subsoil) ของเขตเศรษฐกิจจำเพาะตลอดจนมีเขตอำนาจ (jurisdiction)เหนือการสร้างเกาะเทียม สิ่งติดตั้งหรือโครงสร้างต่างๆเหนือการคุ้มครองและการรักษาสິงแวดล้อมทางทะเลและเหนือการวิจัยวิทยาศาสตร์ทางทะเลในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ ตลอดจนมีสิทธิอื่นๆ ที่กฎหมายระหว่างประเทศได้อนุญาตไว้ เช่น การปราบปรามการกระทำความผิดเป็นโจรสลัด (piracy) การขนส่งทาส (transport of slaves) หรือการแพร่ภาพแพร่เสียงโดยไม่ได้รับอนุญาต (unauthorized broadcasting) จากรัฐชายฝั่ง เป็นต้น⁴⁰

หลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นนี้ ได้รับการปฏิบัติจากรัฐต่างๆ ในเวลาอันรวดเร็ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อรัฐต่างๆ มีโอกาสที่จะแสดงออกถึงท่าทีหรือแนวปฏิบัติของตนได้อย่างชัดเจนและรวดเร็วยิ่งขึ้นในเวทีของการประชุมระหว่างประเทศ เช่น โดยผ่านสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ เป็นต้นซึ่งจะทำให้องค์ประกอบในเรื่องระยะเวลาลดความสำคัญลงไปมาก⁴¹

นอกจากนี้ แนวการวินิจฉัยข้อพิพาทของศาลระหว่างประเทศก็ได้ให้ความสำคัญในเรื่องของระยะเวลาในการถือปฏิบัติมากขึ้น เช่น คดี *North Sea Continental Shelf*⁴²

⁴⁰ เฟ็งอ้าง, น. 58.

⁴¹ เฟ็งอ้าง

⁴² I.C.J. Reports (1969), pp. 3-257; Brownlie, *supra* note 7 , p. 6 และดูรายละเอียดใน เฟ็งอ้าง, น. 65-69.

(สหพันธ์ สาธารณเยอรมนี v. เนเธอร์แลนด์และเดนมาร์ก) ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ยอมรับว่าระยะเวลาในการถือปฏิบัติของรัฐมิใช่เงื่อนไขหรืออุปสรรคของการเกิดกฎเกณฑ์ แห่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศตราบเท่าที่การถือปฏิบัติของรัฐเรื่องใดเรื่องหนึ่งใน เวลาอันสั้นนั้นจะมีลักษณะที่เป็นการถือปฏิบัติอย่างกว้างขวาง (extensive) และเป็นไป ในรูปแบบเดียวกัน (uniform) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของรัฐซึ่งได้รับผลกระทบโดยตรงจากการถือปฏิบัติในเรื่องนั้นๆ

อย่างไรก็ดี ศาลระหว่างประเทศยอมรับว่าระยะเวลาที่ยาวนานของการถือ ปฏิบัติของรัฐย่อมเพียงพอที่จะก่อให้เกิดพันธกรณีต่อกันและกันได้ เช่น ในคดี *Right of Passage over Indian Territory*⁴³ (โปรตุเกส v. อินเดีย) ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ กล่าวว่า อังกฤษและอินเดียซึ่งได้รับเอกราชจากอังกฤษต่างก็ยอมรับอำนาจอธิปไตยใน ชื่อเท็จจริง (*de facto* sovereignty) และโดยปริยาย (implication) ของโปรตุเกสและการ ผ่านไปยังดินแดนปิดล้อม (enclaves) ทั้งสองแห่งของโปรตุเกสและก็ถือปฏิบัติติดต่อกัน มาระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้องได้แก่ อังกฤษ อินเดียและโปรตุเกสโดยไม่มี การโต้แย้งคัดค้าน แต่ประการใดเป็นเวลายาวนานและต่อเนื่องนั้นเพียงพอที่จะก่อให้เกิดสิทธิและพันธกรณี ซึ่งกันและกันตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว⁴⁴

(iv) ความเชื่อว่าการถือปฏิบัตินั้นถูกต้องและควรยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (*opinio juris sive necessitatis*)

องค์ประกอบภายในหรือองค์ประกอบทางจิตใจ (psychological element) ที่ สำคัญของจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็คือ ความเชื่อว่าการถือปฏิบัติโดยทั่วไปใน เรื่องใดเรื่องหนึ่งนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องควรแก่การยึดถือว่าเป็นกฎหมาย (*opinio juris sive necessitatis*) ซึ่งถือว่าเป็นองค์ประกอบอันสำคัญของจารีตประเพณีระหว่างประเทศอัน จะส่งผลให้เกิดพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้เพราะการถือปฏิบัติใดก็ตามที่รัฐไม่ เห็นว่ามีความสำคัญถึงขนาดที่ตนจะต้องยอมรับว่าเป็นกฎหมายอันก่อให้เกิดสิทธิและ หน้าที่แล้ว การถือปฏิบัติเช่นนั้นก็ขาดองค์ประกอบที่จะเป็นจารีตประเพณีระหว่าง ประเทศได้ ในกรณีเช่นนั้นอาจเป็นเพียงธรรมเนียมปฏิบัติ (usage) อธิปไตยไม่ตรี

⁴³ I.C.J. Reports (1960), pp. 6-144 และดูรายละเอียดใน เพิ่งอ้าง, น. 59-62.

⁴⁴ เพิ่งอ้าง, น. 59.



(courtesy) หรือเป็นเพียงการกระทำในทางศีลธรรมหรือมนุษยธรรม (morality and humanitarian) เช่น การเข้าร่วมในพิธีสำคัญของรัฐอื่น การให้ความช่วยเหลือด้านมนุษยธรรมแก่ผู้ประสบภัยพิบัติหรือภัยสงครามของรัฐอื่น การอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในดินแดนเพราะหนีภัยสงคราม เป็นต้น ซึ่งไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีใดๆ ที่รัฐจะต้องกระทำและหลีกเลี่ยงไม่ได้ถือว่ารัฐนั้นมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ⁴⁵

ในคดีระหว่างประเทศ ได้มีการกล่าวถึงลักษณะของความเชื่อ การถือปฏิบัติ ควรยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (*opinio juris*) ไว้ใน 2 คดี คือ คดี *The Lotus*⁴⁶ และคดี *North Sea Continental Shelf*⁴⁷

ในคดี *The Lotus* นั้นศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice: PCIJ) ได้กล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า

“แม้ว่าคำวินิจฉัยของศาลซึ่งหาได้จากจากคดีต่างๆ ที่มีการรายงานไว้พอพิสุจน์ ประเด็นข้อเท็จจริงในพฤติการณ์ที่ตัวแทนของรัฐบาลฝรั่งเศสกล่าวอ้างได้ก็ตาม ก็เป็นเพียงแสดงให้เห็นว่าในทางปฏิบัตินั้น รัฐได้งดที่จะดำเนินการฟ้องร้องคดีอาญาเท่านั้น โดยที่รัฐมิได้ยอมรับว่าตนมีพันธกรณีที่จะต้องทำเช่นนั้น เพราะฉะนั้นเฉพาะเมื่อการงดการดำเนินคดีอาญาเช่นนั้นจะอยู่บนพื้นฐานของมโนสำนึก (conscious) ที่ว่าสิ่งนั้นเป็นหน้าที่ของตนที่จะต้องงดเว้น (abstain) เท่านั้น ถึงจะเป็นไปได้ว่ารัฐได้รู้ว่าเป็นเรื่องของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ข้อเท็จจริงตามที่ได้กล่าวอ้างนั้นไม่อาจทำให้สรุปได้ว่ารัฐได้รู้ว่ตนมีหน้าที่เช่นนั้น ในทางตรงกันข้าม ยังมีพฤติการณ์อื่นๆ ที่แสดงให้เห็นว่าสิ่งซึ่งตรงข้ามกับที่ได้กล่าวอ้างนั้นเป็นจริง”⁴⁸

⁴⁵ เฟ็งอ้าง, น. 63.

⁴⁶ P.C.I.J. Series A, No. 10 (1927) และดูรายละเอียดใน เฟ็งอ้าง, น. 65-69.

⁴⁷ I.C.J. Reports (1969), pp. 3-257 และดูรายละเอียดใน เฟ็งอ้าง.

⁴⁸ “Even if the ratify of the judicial decisions to be found among the reported cases were sufficient prove in point of fact the circumstances alleged by the Agent for the French Government, it would merely show that States had often, in practice, abstained from instituting criminal proceedings, and not that they recognized themselves as being obliged to do so; for only if such abstention were based on their being conscious of a duty to abstain would it be possible to speak of an international custom. The alleged fact does not allow one to infer that States have been conscious of having such a duty; on the other hand, there are other circumstances calculated to show that the contrary is true.”

จากเหตุผลของคำวินิจฉัยของศาลข้างต้นแสดงให้เห็นว่าศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศมิได้ถือว่าการถือปฏิบัติของรัฐ (state practice) ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งสืบต่อกันนั้นเป็นหลักฐานเบื้องต้น (*prima facie evidence*) ที่จะแสดงให้เห็นว่าการที่รัฐถือปฏิบัติเช่นนั้นเป็นเพราะรัฐเชื่อว่าตนมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องกระทำเช่นนั้น⁴⁹ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เพียงการถือปฏิบัติของรัฐ (state practice) แต่ประการเดียวจะสรุปว่ารัฐนั้นมีความเชื่อว่าการถือปฏิบัตินั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้อง (*opinio juris*) ไม่ได้ การที่จะสรุปว่ามี *opinio juris* หรือไม่นั้นต้องปรากฏว่าการถือปฏิบัติเช่นนั้นอยู่บนพื้นฐานของมโนสำนึก (conscious) ของรัฐว่าตนมีหน้าที่ที่จะต้องถือปฏิบัติเช่นนั้น⁵⁰

ในคดี *North Sea Continental Shelf* ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) เดินตามแนวเหตุผลของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *The Lotus* ในส่วนของความเชื่อว่าการถือปฏิบัติของรัฐเป็นหลักฐานเบื้องต้นที่สรุปว่าการถือปฏิบัติของรัฐเช่นนั้นควรได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (*opinio juris*) โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *North Sea Continental Shelf* ไม่ถือว่าหลักการระยะทางเท่ากัน (equidistance principle) ในการกำหนดเขตไหล่ทวีป ค.ศ. 1958 (Geneva Convention on the Continental Shelf, 1958) มีผลใช้บังคับหรือกลายเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศภายหลังจากอนุสัญญาฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับโดยการถือปฏิบัติของรัฐตามอนุสัญญาดังกล่าว ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ยอมรับว่าการถือปฏิบัติของรัฐอย่างต่อเนื่องนั้นเป็นหลักฐานเบื้องต้น (*prima facie evidence*) ที่จะแสดงให้เห็นว่าการที่รัฐถือปฏิบัติเช่นนั้นเป็นเพราะรัฐเชื่อว่าตนมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องกระทำเช่นนั้น⁵¹ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศปฏิเสธข้ออ้างที่ว่าการที่รัฐถือปฏิบัติตามหลักการระยะทางเท่ากันในการกำหนดไหล่ทวีประหว่างรัฐชายฝั่งโดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเจนีวาว่าด้วยไหล่ทวีป ค.ศ. 1958 นั้นเป็นการแสดงให้เห็นเบื้องต้นว่าการที่รัฐถือปฏิบัติเช่นนั้นเป็นเพราะรัฐเชื่อว่าหลักการระยะทางเท่ากันเป็นหลักที่ถูกต้องควรปฏิบัติตาม โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้เหตุผลประกอบการปฏิเสธว่าเป็นเพราะหลักการระยะทางเท่ากัน

⁴⁹ Brownlie, *supra* note 7, p. 2.

⁵⁰ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เจริญรทที่ 14, น. 63-64.

⁵¹ Brownlie, *supra* note 7, p. 2.



ตามข้อ 6 แห่งอนุสัญญาดังกล่าวนั้นไม่มีลักษณะพิเศษที่อาจจะถือว่าเป็นหลักอันกลายเป็นกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ เนื่องจากอนุสัญญาดังกล่าวอนุญาตให้มีการตั้งข้อสงวน (reservation) แก่ข้อ 6 แห่งอนุสัญญาดังกล่าวได้และแนวปฏิบัติของรัฐต่างๆ เกี่ยวกับข้อ 6 ดังกล่าวยังมีได้เป็นไปในแนวทางเดียวกันอย่างกว้างขวาง⁵² อีกทั้งอนุสัญญาดังกล่าวเพียงจะมีผลใช้บังคับไม่ถึงสามปีเมื่อมีการนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล⁵³

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวต่อไปอีกว่า ถึงแม้ระยะเวลาในการถือปฏิบัติของรัฐจะมีไม่ต่อเนื่องหรืออุปสรรคของการเกิดกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ตาม แต่ต้องประกอบที่จำเป็นในการเกิดกฎเกณฑ์ของจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็คือ ภายในระยะเวลาอันสั้นของการถือปฏิบัติของรัฐนั้น การถือปฏิบัติของรัฐโดยทั่วไปตลอดทั้งการถือปฏิบัติของรัฐซึ่งประโยชน์ของตนได้รับผลกระทบกระเทือนต้องมีลักษณะกว้างขวาง (extensive) และเป็นแบบเดียวกันอย่างแท้จริง (virtually uniform) ตามข้อบทที่ได้มีการกล่าวอ้างกันและการถือปฏิบัติเช่นนั้นควรจะเกิดขึ้นในลักษณะที่จะแสดงให้เห็นถึงการยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเป็นหลักกฎหมายหรือก่อกำหนดกรณีตามกฎหมาย⁵⁴

2.2.3 หลักกฎหมายทั่วไป (General Principles of Law)

ข้อ 38 วรรค 1 (c) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวถึงบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศอีกประเภทหนึ่งนอกจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศและอนุสัญญา คือ “หลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่รับรองของอารยประเทศ” (general principles of laws recognized by civilized nations) ซึ่งเป็นที่เข้าใจกันว่า หมายถึงหลักกฎหมายอันมีลักษณะทั่วไปจนถึงขนาดที่มีการยอมรับและใช้กันในทุกระบบกฎหมาย⁵⁵ คำว่า “ระบบกฎหมาย” ในที่นี้หมายถึง ระบบกฎหมายภายในของรัฐต่างๆ เช่น ระบบ Common Law ระบบ Civil Law หรือแม้แต่ว่าระบบ Socialist Law ก็ตามซึ่งถือว่าเป็นระบบกฎหมายที่ “อารยประเทศ” (civilized nation) ใช้กันอยู่

⁵² I.C.J. Reports (1969), pp. 41-42.

⁵³ Id., p. 43.

⁵⁴ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 14, น. 64-65.

⁵⁵ Virally, The Sources of International Law in Sorensen (ed.), Manual of Public International Law (1986), pp. 143-148.

สาเหตุที่หลักกฎหมายทั่วไปสามารถค้นหาได้จากหลักกฎหมายซึ่งยอมรับและใช้กันอยู่ในระบบกฎหมายภายในของอารยประเทศสืบเนื่องจากความจริงที่ว่าระบบกฎหมายภายในของรัฐเป็นระบบกฎหมายที่มีวิวัฒนาการอันยาวนานจนทำให้หลักกฎหมายหลายเรื่องเป็นหลักกฎหมายที่ถือเป็นที่ยึดและได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไป ในขณะที่กฎหมายระหว่างประเทศยังถูกมองว่าเป็นกฎหมายที่เพิ่งจะมีวิวัฒนาการในระยะเริ่มต้น (primitive) เท่านั้น จึงทำให้ยังไม่สามารถพัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศได้อย่างเต็มที่และมีความจำเป็นที่จะต้องพึ่งพาหลักกฎหมายอันปรากฏและใช้กันอยู่ในระบบกฎหมายภายในของอารยประเทศ

หลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับของอารยประเทศอันจะถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ส่วนใหญ่จะเป็นหลักกฎหมายในทางแพ่งและกฎหมายวิธีพิจารณาความ เพราะถือว่ามีความเก่าแก่มากและมีวิวัฒนาการที่ยาวนานพอที่จะก่อให้เกิดหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับและใช้อยู่ในระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ ได้ เช่น หลักที่ว่าคำพิพากษาย่อมผูกพันเฉพาะคู่ความเท่านั้น (*res judicata*)⁵⁶ ซึ่งเป็นหลักที่ใช้กันอยู่ในระบบกฎหมายต่างๆ ของโลกและยังเป็นหลักที่ใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย หรือหลักสุจริต (good faith)⁵⁷ หลักการใช้สิทธิในทางที่ผิด (abuse of rights)⁵⁸ หลักกฎหมายปิดปาก (estoppel)⁵⁹ หรือหลักการที่ถือว่าการนิ่งคือการยินยอม (acquiescence) หรือหลักที่ว่า ผู้กระทำละเมิดต้องชดใช้⁶⁰ เป็นต้น

⁵⁶ Advisory Opinion, Effects of Awards of Compensation made by the United Nations Administrative Tribunal, I.C.J. Reports (1954), p. 53; Corfu Channel Case, I.C.J. Reports (1949), p. 18.

⁵⁷ Certain German Interests in Polish Upper Silesia, P.C.I.J. Series A, No. 7 (1926), p. 30; The Free Zones Case, P.C.I.J. Series A, No. 30 (1930), p. 12; Conditions of Admission to Membership in the United Nations, I.C.J. Reports (1951), p. 142.

⁵⁸ Id.

⁵⁹ Arbitral Award of the King of Spain, I.C.J. Reports (1960), pp. 209, 213, Temple of Preah Vihear, I.C.J. Reports (1962), pp. 23, 31-32 และความเห็นเดี่ยวของ Judge Alfaro เกี่ยวกับหลักปิดปาก (estoppel หรือ préclusion) ในกฎหมายระหว่างประเทศ (pp. 39-51)

⁶⁰ See Waldock, General Course on Public International Law, 2 Recueil des Cours de l' Académie de Droit International (1962), pp. 1 and 58.



จึงอาจกล่าวได้ว่า การหา “หลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับของอารยประเทศ” นั้นอาจหาได้จากการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบระหว่างระบบกฎหมายต่างๆ ของโลกเพื่อค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปที่ระบบกฎหมายต่างๆ เหล่านั้นใช้ร่วมกัน จึงมีผลเท่ากับว่าข้อ 38 วรรค 1 (c) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเปิดโอกาสให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใช้วิธีการเทียบเคียงกฎหมาย (analogy) ต่างระบบกฎหมายกันได้ กล่าวคือ เทียบเคียงหลักกฎหมายภายในซึ่งเป็นที่ยอมรับและใช้กันอยู่ในระบบกฎหมายต่างๆ ของอารยประเทศเพื่อนำมาใช้เป็นหลักทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศได้⁶¹ ถึงแม้จะมีนักกฎหมายระหว่างประเทศบางท่านไม่เห็นด้วยก็ตามเพราะนักกฎหมายระหว่างประเทศเหล่านั้นถือว่าหลักกฎหมายทั่วไปก็คือ หลักกฎหมายทั่วไป กล่าวคือ มิใช่บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าโดยตรงหรือในฐานะที่เป็นเครื่องช่วยในการพิจารณาหาหลักกฎหมายเพราะระบบกฎหมายภายในของรัฐบางระบบ โดยเฉพาะที่ได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดเสรีนิยมนั้นไม่สามารถจะหาหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับและใช้ร่วมกันกับกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดสังคมนิยมหรือคอมมิวนิสต์ได้⁶²

อย่างไรก็ดี ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ยอมรับและใช้หลักกฎหมายทั่วไปตามข้อ 38 วรรค 1 (c) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศประเภทหนึ่งและอาจถือได้ว่าหลักกฎหมายทั่วไปนี้เป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของกฎหมายพาณิชย์ระหว่างประเทศซึ่งกันไปเพื่อความสะดวกในด้านการค้าระหว่างประเทศที่ยังไม่มีจารีตประเพณีระหว่างประเทศมารองรับหรือสนธิสัญญาที่ใช้บังคับอยู่ยังมีไม่เพียงพอหรือมิได้บัญญัติถึงเรื่องซึ่งเป็นกรณีพิพาทที่นำขึ้นสู่ศาลระหว่างประเทศ เช่น ในเรื่องของการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (specific performance) จะทำได้หรือไม่ในทางระหว่างประเทศ หรือแม้กระทั่งในกรณีของการจัดการงานนอกสั่งหรือลามิควรได้ในทางระหว่างประเทศเกิดขึ้นได้หรือไม่ และถ้าเกิดข้อพิพาทขึ้นจะนำหลักกฎหมายใดมาปรับแก้คดี

⁶¹ Virally, *supra* note 55, pp. 143-148; Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*, 5th Edition, (London and Boston: Allen and Unwin, 1984), p. 34.

⁶² Tunkin, *Das Völkerrecht der Gegenwart* (1963), translated by Wolf, 125, pp. 126-127.

คำตอบของคำถามเหล่านี้อาจหาได้จากบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศประเภทที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับของอารยประเทศตามข้อ 38 วรรค 1 (c) นั้นเอง⁶³

หากศึกษาในแง่กฎหมายเปรียบเทียบแล้ว ก็จะได้เห็นว่าหลักดังกล่าวข้างต้นปรากฏอยู่ทั้งระบบ Common Law และระบบ Civil Law กล่าวคือ หลักการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้นถือเป็นหลักในการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาในระบบกฎหมาย Civil Law เว้นแต่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ ส่วนในระบบ Common Law นั้นการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงถือเป็นการชดใช้เยียวยาหลัก equity (equitable remedies) ประการหนึ่งที่เป็นข้อยกเว้นของการชดใช้ค่าเสียหายที่เป็นตัวเงิน (legal remedies) ซึ่งถือเป็นหลักของการชดใช้เยียวยาในระบบ Common Law ดังนั้น จึงน่าจะถือได้ว่าหลักการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (specific performance) เป็นหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับของอารยประเทศตามนัยแห่งข้อ 38 วรรค 1 (c) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ส่วนหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการจัดการงานนอกสั่งหรือلامิควรได้ ส่วนในระบบ Common Law ถือว่าเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้แยกต่างหากจากมูลละเมิดหรือผิดสัญญา ส่วนในระบบ Common Law นั้น ก็มีหลักกฎหมายทำนองเดียวกันนี้เช่นกัน แต่มิได้แยกออกมาเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ชัดเจนเหมือนในระบบ Civil Law แต่จะถือเป็นลักษณะของ “กึ่งสัญญา” (quasi-contract) แทน โดยไม่ถือว่าเป็นสัญญาแท้ๆ เนื่องจากขาดองค์ประกอบของการเกิดสัญญา เช่น ขาดคำเสนอ คำสนองหรือขาดสิ่งตอบแทนในการเข้าทำสัญญา (consideration) ระหว่างคู่สัญญา กฎหมายในระบบ Common Law จึงถือว่าการจัดการงานนอกสั่งและลามิควรได้เป็นลักษณะของกึ่งสัญญา (quasi-contract) เพื่อให้บังคับกันได้ตามกฎหมาย เช่น ฝ่ายที่ได้รับประโยชน์จากการจัดการงานนอกสั่งก็ควรตอบแทนแก่ฝ่ายที่ทำประโยชน์ให้ตน แม้ว่าจะมิได้มีการตกลงกันมาก่อนก็ตาม เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายที่ได้รับประโยชน์นั้นได้ลามิควรได้จากอีกฝ่ายหนึ่งหรือหากฝ่ายใดได้ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อันเป็นลามิควรได้จากบุคคลใด บุคคลที่ได้ทรัพย์สินหรือประโยชน์นั้นก็ต้องคืนทรัพย์สิน หรือประโยชน์นั้นตามหลัก equity ที่เรียกว่า restitution ซึ่งหมายถึง การทำให้แต่ละฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิมในการคืนทรัพย์สินหรือประโยชน์นั้น และถ้าหากไม่สามารถคืนทรัพย์สินหรือประโยชน์นั้นได้ก็ให้ชดใช้มูลค่าแห่งทรัพย์สิน

⁶³ Mann, Reflections on Commercial Law of Nations, B.Y.I.L. (1957), pp. 20, 34-39.



หรือประโยชน์นั้นแทน⁶⁴ ดังนั้น จะเห็นได้ว่า แม้กระทั่งหลักกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการงานนอกสั่งและลามิควรได้ก็ปรากฏอยู่ทั้งในระบบ Civil Law และระบบ Common Law เช่นเดียวกัน จึงน่าจะถือได้ว่า หลักกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการงานนอกสั่งและลามิควรได้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับของอารยประเทศตามนัยข้อ 38 วรรค 1 (c) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเช่นกัน

2.3 สถานะของประเทศไทยกับบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ

ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นรัฐหนึ่งในประชาคมระหว่างประเทศ บ่อเกิดต่างๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีผลต่อประเทศไทยในฐานะที่เป็นภพภูมิตั้งและกติการะหว่างประเทศ แต่บ่อเกิดต่างๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศเช่นว่านั้น จะมีผลต่อประเทศไทยหรือไม่ อย่างไรย่อมเป็นไปตามองค์ประกอบของบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศแต่ละบ่อเกิดดังกล่าวมาแล้วในข้อต้นๆ เช่น สนธิสัญญาจะผูกพันประเทศไทยก็ต่อเมื่อประเทศไทยให้ความยินยอมเพื่อผูกพันอย่างชัดแจ้ง (express consent) ตามสนธิสัญญาแล้วเท่านั้น ในขณะที่จารีตประเพณีระหว่างประเทศอาจผูกพันประเทศไทยโดยที่ประเทศไทยไม่รู้ตัวเสียด้วยซ้ำ เนื่องมาจากการที่ประเทศไทยไม่ได้แย่งคัดค้านการถือปฏิบัติของรัฐต่างๆ ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งซึ่งมีผลเท่ากับเป็นการให้ความยินยอมโดยปริยาย (implied consent) แก่การถือปฏิบัติเช่นว่านั้น ส่วนหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น เนื่องจากเป็นหลักกฎหมายอันมีที่มาจากกฎหมายภายในของรัฐต่างๆ ที่ยอมรับร่วมกันอยู่แล้ว หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศจึงผูกพันประเทศไทยในฐานะที่ประเทศไทยมีและใช้บังคับอยู่แล้ว

2.3.1 สถานะของประเทศไทยกับสนธิสัญญา

ก. อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969

เนื่องจากประเทศไทยมิได้ให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ประเทศไทยจึงไม่มีความผูกพันใดๆ ที่จะต้อง

⁶⁴ See R.N. Corley, P.G. Shedd and E.M. Holmes, *Principle of Business Law*, 3rd Edition (1986), p. 123.

ปฏิบัติตามอนุสัญญาดังกล่าว อย่างไรก็ดี ศาลไทยได้มีกรกล่าวอ้างอนุสัญญาฯ ดังกล่าว ในคำวินิจฉัยคดีอยู่บ้าง เช่น ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/ 2551⁶⁵ ว่า

“ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า คำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศทุกประเภทที่จัดทำขึ้นระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศในรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะถูกบันทึกไว้ในเอกสารฉบับเดียวหรือหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกันและไม่ว่าจะเรียกชื่อว่าอย่างไร อันเป็นความหมายที่ตรงกับคำว่า “treaty” ตามอนุสัญญา กรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และตรงกับที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยให้ความหมายไว้แล้วในคำวินิจฉัยที่ 11/2542 และคำวินิจฉัยที่ 33/2543”⁶⁶

อันที่จริงแล้ว การกล่าวอ้างสนธิสัญญาใดๆ ก็ตามที่ประเทศไทยมิได้เป็นภาคี โดยหน่วยงานใดของประเทศไทยก็ตาม จะต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง เนื่องจากจะก่อให้เกิดความเข้าใจที่ผิดๆ ได้ว่าสนธิสัญญาใดๆ ก็สามารถกล่าวอ้างได้เสมอ ถึงแม้ประเทศไทยจะมิได้เป็นภาคี และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการกล่าวอ้างสนธิสัญญาโดยศาลไทย เนื่องจากสนธิสัญญาที่แม้ประเทศไทยจะเป็นภาคีแล้วก็ตาม แต่สนธิสัญญานั้นก็ไม่ถือว่าเป็น “กฎหมาย” ตามนัยของมาตรา 197 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550⁶⁷ ซึ่งบัญญัติว่า

“การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรม ตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์”

คำว่า “กฎหมาย” ตามมาตรา 197 ข้างต้นนี้ หมายความว่ากฎหมายที่ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ ส่วนเนื้อหาของกฎหมายที่ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติดังกล่าว จะรวมถึงกฎหมายลายลักษณ์อักษรจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปก็ได้ จะเป็นกฎหมายที่อยู่บนพื้นฐานของศีลธรรม (*mala in se*) หรือมีลักษณะทางเทคนิค (*mala prohibita*) ก็ได้เช่นกัน

⁶⁵ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125 ตอนที่ 108 ก ลงวันที่ 10 ตุลาคม 2551

⁶⁶ เพิ่งอ้าง, น. 20-21.

⁶⁷ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 124 ตอนที่ 47 ก ลงวันที่ 24 สิงหาคม 2550, น. 72.



แต่ในสนธิสัญญานั้น ตามมาตรา 190 วรรคหนึ่ง⁶⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ซึ่งอยู่ในหมวด 9 ว่าด้วยคณะรัฐมนตรี และตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง⁶⁹ ว่าด้วยบททั่วไปบัญญัติให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจดังกล่าวทางคณะรัฐมนตรี ดังนั้น สนธิสัญญาจึงมิใช่ “กฎหมายภายใน” ของประเทศไทยตามนัยของมาตรา 197 เนื่องจากเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรี ถึงแม้ว่าสนธิสัญญานั้นจะต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ตาม สนธิสัญญาที่คณะรัฐมนตรีเป็นผู้ทำนั้นจะไม่กลายเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยโดยอัตโนมัติ เว้นแต่จะผ่านกระบวนการนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญเสียก่อน เช่น ต้องออกกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาดังกล่าว เว้นแต่จะมีกฎหมายภายในรองรับสนธิสัญญานั้นอยู่แล้ว แต่ก็ได้หมายความว่า สนธิสัญญาทุกฉบับจะต้องออกกฎหมายอนุวัติการเสมอไป เช่น สนธิสัญญากำหนดเขตแดนทั้งทางบกและทางทะเลระหว่างประเทศไทยกับประเทศเพื่อนบ้าน ก็ไม่จำเป็นต้องออกกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญานั้น เพียงแต่รัฐรู้ถึงเขตแดนที่ตกลงกันตามสนธิสัญญาก็เพียงพอแล้ว

ดังนั้น ในการกล่าวอ้างสนธิสัญญาโดยศาลไทยนั้น หากสนธิสัญญานั้นไม่จำเป็นต้องมีการอนุวัติการใดๆ ก็สามารถกล่าวอ้างได้โดยตรง เพื่อยืนยันถึงสนธิสัญญาที่มีอยู่ แต่หากเป็นสนธิสัญญาที่มีกฎหมายอนุวัติการแล้วหรือมีกฎหมายภายในรองรับอยู่แล้ว ศาลไทยพึงอ้างถึงกฎหมายที่อนุวัติการสนธิสัญญาหรือกฎหมายภายในที่รองรับสนธิสัญญานั้นโดยตรงโดยไม่ต้องกล่าวอ้างถึงตัวสนธิสัญญาที่กฎหมายภายในนั้นอนุวัติการหรือรองรับ จึงจะถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติตามมาตรา 197 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ดังนั้น การที่ศาลจะกล่าวอ้างถึงสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมิได้เป็นภาคี เช่น อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 โดยมีให้เกิดความเข้าใจผิด

⁶⁸ มาตรา 190 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นๆ กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ”

⁶⁹ มาตรา 3 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ”

ศาลอาจแสดงให้เห็นว่า หลักเกณฑ์หรือเนื้อหาสาระของสนธิสัญญานั้นๆ เป็นหลักฐานของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (international custom) หรือหลักกฎหมายทั่วไป (general principles of law) ของกฎหมายระหว่างประเทศ

แม้จะกล่าวอ้างว่าจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ก็ต้องเข้าใจว่า จารีตประเพณีระหว่างประเทศ ก็ยังเป็นกฎหมายระหว่างประเทศมิใช่กฎหมายภายในของประเทศไทยโดยตรง เนื่องจากรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ไม่มีบทบัญญัติยอมรับจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยโดยอัตโนมัติเหมือนกับรัฐธรรมนูญของบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา เยอรมนี และฝรั่งเศส เป็นต้น⁷⁰ ดังนั้น หากประเทศไทยจะนำจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยก็ต้องผ่านกระบวนการนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญเช่นกัน

อย่างไรก็ดี การที่ศาลกล่าวอ้างจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยที่จารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นมีได้กลายมาเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทย ก็เท่ากับการแสดงออกถึงแนวปฏิบัติของรัฐ (state practice) โดยฝ่ายตุลาการเพื่อให้นานาประเทศรับรู้ว่าเป็นประเทศไทยถือปฏิบัติเช่นนั้นซึ่งจะเป็นหลักฐานในทางกฎหมายระหว่างประเทศว่า ประเทศไทยเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยกับการถือปฏิบัติเช่นนั้น ซึ่งเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการเกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ถ้าประเทศไทยเห็นด้วยกับการถือปฏิบัติเช่นนั้นหรือไม่คัดค้านการถือปฏิบัติเช่นนั้น ก็อาจเป็นหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่านานาประเทศเห็นว่าการที่ประเทศไทยถือปฏิบัติหรือไม่ได้แย้งคัดค้านการถือปฏิบัติเช่นนั้นเป็นการยอมรับว่าการถือปฏิบัติดังกล่าวเป็นสิ่งที่ถูกต้อง (*opinio juris*) อันจะส่งผลให้ประเทศไทยต้องผูกพันตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศเช่นนั้น

อย่างไรก็ดี หากศาลไทยแสดงให้เห็นว่า หลักเกณฑ์หรือเนื้อหาสาระของสนธิสัญญานั้นเป็นหลักฐานของหลักกฎหมายทั่วไป (general principles of law) ของกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลไทยสามารถกล่าวอ้างหลักกฎหมายทั่วไปเช่นนั้นได้โดยตรงเพราะหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีที่มาจากหลักกฎหมายภายในของนานาอารยประเทศอยู่แล้ว เช่น หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (*pacta sunt servanda*) เป็นต้น ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มีอยู่ในกฎหมายภายในของทั้งประเทศที่ใช้ระบบ Common Law และประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law และได้หยิบยืมไปใช้เป็น

⁷⁰ โปรดดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 14, น. 115-116, 122-126.



หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่นที่บัญญัติไว้ในข้อ 26 ของทั้งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 เป็นต้น

ข. อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986

เช่นเดียวกันกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ประเทศไทยก็ได้เป็นภาคีอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างประเทศกับองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 ประเด็นการกล่าวอ้างอนุสัญญาฉบับหลักจึงเป็นทำนองเดียวกันกับอนุสัญญาฉบับแรกดังที่ได้พิจารณาไปแล้ว

อย่างไรก็ดี ต้องเข้าใจว่า อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 จำกัดเฉพาะความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐเท่านั้น ไม่รวมถึงองค์การระหว่างประเทศด้วย ดังนั้น ณ ค.ศ. 1969 ความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศก็ดี ระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันก็ดี ก็ยังถือเป็นความตกลงระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาได้เช่นกัน เพียงแต่มิใช่ความตกลงระหว่างประเทศตามนัยของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เท่านั้น หากแต่เป็นความตกลงระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาตามป่อเกิดอื่นของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่ จารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศนั่นเอง จนกระทั่งมีอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างประเทศกับองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 สนธิสัญญาจึงมีความหมายกว้างขึ้นกว่าที่ระบุไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969

อย่างไรก็ดี สำหรับรัฐและองค์การระหว่างประเทศที่มีได้เป็นภาคีของอนุสัญญาทั้งสองฉบับแล้วแต่กรณี หลักเกณฑ์การนำสนธิสัญญาและผลของการทำสนธิสัญญา ก็จะเป็นไปตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศนั่นเอง

2.3.2 สถานะของประเทศไทยกับจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ในส่วน สถานะของประเทศไทยกับจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นอาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยอยู่ในสถานะที่ผูกพันตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศอยู่เป็นจำนวนมากอันเนื่องมาจากลักษณะองค์ประกอบทางกฎหมายของจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าวแล้วในข้อ 2.2.2 ข้างต้นประกอบกับการที่ประเทศไทยมิได้คัดค้านการถือปฏิบัติของรัฐอื่นๆ จนกลายเป็นการยอมรับโดยปริยาย (acquiescence) เช่น ในเรื่องของการทำสนธิสัญญา เป็นต้น เนื่องจากทั้งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างประเทศกับองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 ต่างก็รวบรวมจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปในการทำสนธิสัญญามาเขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรูปของสนธิสัญญา ดังนั้น รัฐและองค์การระหว่างประเทศที่มีได้เป็นภาคีของอนุสัญญาทั้งสองฉบับ จึงสามารถอาศัยจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปเป็นบ่อเกิดในการทำสนธิสัญญาได้และอาศัยจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปเช่นว่านั้นเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับ (applicable law) แก่สนธิสัญญาที่รัฐกับรัฐ หรือรัฐกับองค์การระหว่างประเทศด้วยกันทำขึ้นได้อีกด้วย

2.3.3 สถานะของประเทศไทยกับหลักกฎหมายทั่วไป

เนื่องจากหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีที่มาจากหลักกฎหมายต่างๆ ที่ใช้บังคับอยู่ในกฎหมายภายในของนานาอารยประเทศไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่ใช้ระบบ Common Law หรือระบบ Civil Law ก็ตาม ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศจึงมีเนื้อหาสาระเช่นเดียวกันกับกฎหมายภายในของรัฐ รวมทั้งกฎหมายภายในของประเทศไทยด้วย ดังนั้น ประเทศไทยจึงไม่มีปัญหาในการนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้เป็นกฎหมายภายใน เนื่องจากเป็นหลักกฎหมายเดียวกัน ศาลไทยสามารถกล่าวอ้างเนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศได้โดยตรง โดยไม่จำเป็นต้องใช้ถ้อยคำที่ว่าหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่สามารถหยิบยกกฎหมายภายในของประเทศไทยที่มีเนื้อหาสาระอย่างเดียวกันกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศได้ทันที เช่น หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) หรือหลักสุจริต (good faith) เป็นต้น

บทที่ 3

หลักกฎหมายระหว่างประเทศในการทำหนังสือสัญญา

3.1 ความหมายของ “สนธิสัญญา”

3.1.1 ความหมายของสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969

ดังที่กล่าวข้างต้นมาแล้ว ขอบเขตของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นั้นจำกัดอยู่เฉพาะสนธิสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐเท่านั้น และต้องเป็นสนธิสัญญาที่ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้นอีกด้วย ดังนั้น “สนธิสัญญา” (treaty) ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาฉบับนี้จึงหมายถึง “ความตกลงระหว่างประเทศ (international agreement) ที่ทำขึ้นระหว่างรัฐเป็นลายลักษณ์อักษรและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะรวมอยู่ในตราสารฉบับเดียวหรือตราสารที่เกี่ยวข้องสองฉบับหรือมากกว่านั้นและไม่ว่าจะเรียกชื่อเฉพาะว่าอย่างไรก็ตาม”¹

จากคำจำกัดความข้างต้นจะเห็นว่า สนธิสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้กำหนดองค์ประกอบของสนธิสัญญาว่าต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

ประการแรก สนธิสัญญาจะต้องเป็นความตกลงระหว่างประเทศ (international agreement) ที่ทำขึ้นระหว่างรัฐสองรัฐหรือว่านั้นขึ้นไปก็ได้ เช่น อยู่ในรูปของปฏิญญาร่วม (Joint Declaration) หรือแถลงการณ์ร่วม (Joint Communiqué) ที่รัฐแต่ละฝ่ายต่างทำขึ้น เป็นต้น จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ ความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันจึงมิใช่สนธิสัญญาตามนัยของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ทำขึ้นระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันจึงมิใช่สนธิสัญญาตามนัยของอนุสัญญา

¹ 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 in two or more related instruments and whether its particular designation;



กรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 แต่จะเป็นสนธิสัญญาตามนัยของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 นอกจากนี้ความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชน เช่น บริษัท ก็มีใช้สนธิสัญญาตามนัยของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เช่นกัน

ในคดี Anglo-Iranian Oil Company² ระหว่างสหราชอาณาจักรกับอิหร่าน ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) วินิจฉัยว่า สัญญาสัมปทานซึ่งลงนามระหว่างรัฐบาลอิหร่านและบริษัท Anglo-Iranian Oil นั้นมิได้มีสถานะที่ซ้อนกันอยู่ตามที่รัฐบาลอังกฤษกล่าวอ้าง คือ เป็นทั้งสัญญาสัมปทานระหว่างอิหร่านกับบริษัท Anglo-Iranian Oil และสนธิสัญญา (treaty) ระหว่างรัฐบาลอังกฤษและรัฐบาลอิหร่าน ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศสรุปว่าสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐบาลอิหร่านและบริษัท Anglo-Iranian Oil เป็นเพียงสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐบาลของอิหร่านและบริษัทน้ำมันต่างดาวเท่านั้น สหราชอาณาจักรซึ่งเป็นเจ้าของสัญญาของบริษัทต่างดาวมิใช่คู่สัญญาแห่งสัญญาสัมปทานดังกล่าวด้วย ดังนั้น จึงไม่มีนิติสัมพันธ์โดยตรงระหว่างรัฐบาลของสหราชอาณาจักรกับรัฐบาลของอิหร่านแต่ประการใด³

ประการที่สอง ความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นระหว่างรัฐตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ยังต้องเป็นสนธิสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรอีกด้วย ไม่ว่าจะอยู่ในตราสารฉบับเดียวหรือตราสารที่เกี่ยวข้องกันสองฉบับหรือมากกว่านั้นก็ตาม ดังนั้น สนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศที่ทำด้วยวาจา เช่น “ความตกลงสุภาพบุรุษ” (gentleman agreement) นั้นจึงไม่อยู่ในความหมายของคำว่า “สนธิสัญญา” ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ถึงแม้จะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญากรุงเวียนนาฉบับนี้ก็ตาม

² I.C.J. Reports (1952), 93-171.

³ Id. ; Cheng, The Anglo-Iranian Dispute, *Yearbook of World Affairs*, vol. 5 (1951), pp. 387-405; Fenwick, The Order of the International court of Justice in the Anglo-Iranian Oil Company Case, *A.J.I.L.* vol. 45 (1951), pp. 723-727; Brown, Juridical Implications of the Anglo-Iranian Oil Company Case, *Washington University Law Quarterly* (1952), pp. 384-397; Frangkel, The Anglo-Iranian Dispute, in *International Judicial Process*, *Georgetown Law Journal*, vol. 41 (1953), pp. 459-454; D.P. O' Connell, A Critique of the Iranian Oil Litigation, *International & Comparative Law Quarterly* vol. 4 (1955), pp. 207-293.

ความตกลงดังกล่าวก็อาจตกอยู่ภายใต้บังคับของจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาก็ได้

ประการที่สาม สนธิสัญญาตามนัยของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ไม่จำกัดว่าจะเรียกชื่ออย่างไร เช่น สนธิสัญญา (treaty) อนุสัญญา (convention) พิธีสาร (protocol) กติกา (pact) กฎบัตร (charter) ปฏิญญา (declaration) ธรรมนูญ (statute) กรรมสาร (act) บันทึกแลกเปลี่ยน (exchange of notes) บันทึกความตกลง (memorandum of agreement) modus vivendi และ compromis เป็นต้น โดยไม่ต้องคำนึงว่า ความตกลงเหล่านั้นอยู่ในตราสารเดียวหรือตราสารที่เกี่ยวข้องกันสองฉบับหรือกว่านั้นขึ้นไป เช่น ในกรณีของพิธีสาร (protocol) ที่แนบท้ายความตกลง (agreement) หรือแนบท้ายสนธิสัญญาก็ถือเป็นส่วนหนึ่งของความตกลงหรือสนธิสัญญานั้นด้วย หรือแม้แต่คำแถลงการณ์ร่วม (Joint Communiqué) ที่รัฐต่างฝ่ายต่างทำขึ้น หากเข้าองค์ประกอบดังกล่าวก็เป็นสนธิสัญญาได้เช่นเดียวกัน

ประการที่สี่ ความตกลงระหว่างประเทศที่สร้างขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างรัฐนั้นต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ จึงจะถือว่าเป็นสนธิสัญญาตามนัยของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ในบางครั้งความตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่สร้างขึ้นระหว่างรัฐนั้น ไม่ถือเป็นสนธิสัญญาตามนัยของอนุสัญญากรุงเวียนนาก็หาความตกลงระหว่างรัฐเช่นนั้นตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่งซึ่งเป็นภาคีแห่งความตกลงหรือของกฎหมายภายในของรัฐที่สามแทนที่จะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ในกรณีของการซื้อขายหรือเช่าที่ดินหรืออาคารหรืออสังหาริมทรัพย์อื่นใด เพื่อทำสถานทูตหรือสถานกงสุลของรัฐผู้ส่ง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วแม้ว่าจะเป็นความตกลงระหว่างรัฐก็ตาม แต่ก็ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่งซึ่งได้แก่ รัฐซึ่งที่ดินหรืออาคารหรืออสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่ หรือในกรณีสัญญากู้ยืมเงินซึ่งทำขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐนั้น โดยปกติแล้วจะตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายภายในของรัฐซึ่งเป็นผู้ให้กู้ ดังนั้น สัญญาซื้อขายที่ดินหรืออาคารหรืออสังหาริมทรัพย์และสัญญากู้ยืมเงินดังกล่าว จึงไม่ใช่สนธิสัญญาตามนัยของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เพราะมิได้ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ

โดยทั่วไปแล้ว การที่ความตกลงระหว่างรัฐจะอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับเจตนาของรัฐซึ่งทำความตกลงเช่นนั้นด้วย



ไม่ว่าจะเป็นเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตาม⁴ แต่ในบางกรณีเมื่อพิจารณาถึงลักษณะและวัตถุประสงค์ของความตกลงระหว่างรัฐแล้ว จะเห็นได้ว่าไม่อาจจะอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายภายในได้ แต่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ การได้รับโอนดินแดนจากประเทศฝรั่งเศส นั้นจะมีจำนวนอยู่เพียงเล็กน้อยก็ตาม แต่เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐเหนือดินแดนดังกล่าว จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศมิใช่กฎหมายภายใน⁵

ในช่วงการประชุมยกว่ร่างอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญานั้น ได้มีข้อเสนอให้เพิ่มถ้อยคำไว้ในคำนิยามคำว่า “สนธิสัญญา” ว่าต้อง “มีผลทางกฎหมาย” หรือต้อง “ก่อสิทธิและพันธกรณี” เป็นต้น⁶ ทั้งนี้เพื่อแยกตราสารบางประเภทออกจากสนธิสัญญา เช่น ปฏิญญาเกี่ยวกับหลักการต่างๆ (declarations of principle) คำแถลงการณ์ (Joint Communiqués) หรือตราสารทางการเมือง (political instruments) หรือความตกลงของสุภาพบุรุษ (gentleman's agreements) ซึ่งตราสารเหล่านี้อาจจะท่อนถึงเจตจำนงที่ต้องตรงกัน (concurrence of wills) ของรัฐต่างๆ ที่ทำตราสารเหล่านั้น แต่อาจมิได้มุ่งให้เกิดผลทางกฎหมาย⁷

อย่างไรก็ดี การแยกตราสารบางประเภท เช่น ปฏิญญาทางการเมือง (political declarations) หรือแถลงการณ์ร่วม (Joint Communiqués) เป็นต้น ออกจากความหมายของคำว่า “สนธิสัญญา” ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 อาจไม่ใช่สิ่งที่ถูกต้องนักเนื่องจากเนื้อหาของตราสารดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลทางกฎหมายภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศก็เป็นได้ ดังนั้น จึงน่าที่จะให้น้ำหนักแก่เนื้อหาของตราสารเช่นว่านั้นมากกว่าชื่อของตราสารโดยพิจารณาจากพฤติการณ์และเนื้อหาของตราสารเช่นว่านั้นเป็นกรณีๆ ไป⁸

⁴ Jiménez de Aréchaga, *International Law in the Past Third of a Century*, 159 *Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye* (1978), pp. 35-37.

⁵ *Id.*

⁶ *Id.*

⁷ *Id.*

⁸ *Id.*

3.1.2 ความหมายของสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป

ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มิได้ปฏิเสธถึงการมีผลใช้บังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศของความตกลงระหว่างประเทศซึ่งมิได้อยู่ภายใต้คำนิยามของ “สนธิสัญญา” ตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ดังกล่าวและอนุสัญญากรุงเวียนนาดังกล่าวยังยอมรับอีกว่า ความตกลงระหว่างประเทศซึ่งมิได้อยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 อาจตกอยู่ภายใต้บังคับของจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาก็ได้ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า สนธิสัญญาในความหมายอย่างกว้างนั้น ย่อมหมายถึงความตกลงระหว่างประเทศซึ่งทำขึ้นไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจากระหว่างบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นรัฐกับรัฐ หรือรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือแม้แต่ว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันก็ตาม หากความตกลงระหว่างประเทศเช่นนั้นอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ สนธิสัญญาหรือกฎหมายทั่วไปก็ตาม

ในคดี *South West Africa (Advisory Opinion)*⁹ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ยอมรับว่า ความตกลงระหว่างองค์การระหว่างประเทศและรัฐก็ถือเป็น “สนธิสัญญา” ได้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศสรุปว่า ข้อมติของของคณะมนตรีแห่งสันนิบาตชาติที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับ “อาณัติ” (mandate) เหนือดินแดนแอฟริกาตะวันตกเฉียงใต้ (South West Africa) นั้น ทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายต่างก็มีสถานะเป็นสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาที่มีสันนิบาตชาติเป็นภาคีอยู่ด้วย¹⁰ ดังนั้น สนธิสัญญาตามนัยแห่งกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไปย่อมมีความหมายกว้างกว่าสนธิสัญญาตามที่นิยามไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969¹¹

⁹ I.C.J. Reports (1962), pp. 319-662.

¹⁰ *Id.*

¹¹ Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*, 5th Edition (London and Boston: Allen and Unwin, 1984), p. 122.



3.2 ความสามารถของรัฐในการทำสนธิสัญญา

3.2.1 ลักษณะทั่วไปของรัฐ

เนื่องจากอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ใช้บังคับเฉพาะสนธิสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐเท่านั้น ดังนั้น รัฐเท่านั้นจึงเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะทำสนธิสัญญาตามนัยของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้และรัฐในที่นี้หมายถึง องค์ภาวะ (entity) ที่มีองค์ประกอบครบถ้วนตามกฎหมายระหว่างประเทศมีสภาพบุคคล (legal personality) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ มีประชากร (population) ดินแดน (territory) รัฐบาล (government) และมีความสามารถที่จะมีความสัมพันธ์กับรัฐอื่น¹²

สำหรับความสามารถของรัฐในการทำสนธิสัญญานั้น สามารถแยกพิจารณาได้ตามลักษณะของรัฐที่เป็นรัฐเดี่ยวและรัฐรวม กล่าวคือ ในกรณีที่รัฐนั้นเป็นรัฐเดี่ยว เช่น กรณีประเทศไทย ปัญหาเรื่องความสามารถในการเข้าทำสนธิสัญญาจะไม่ซับซ้อนมากนัก เพราะจะมีองค์กรของรัฐเป็นผู้รับผิดชอบดูแลในการเข้าทำสนธิสัญญาโดยตรง เช่น กระทรวงการต่างประเทศ เป็นต้น แต่ในกรณีที่ป็นรัฐรวมหรือสหพันธรัฐ เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา แคนาดา ออสเตรเลีย บราซิล อินเดีย เม็กซิโก สวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งมีลรัฐต่างๆ อันประกอบกันขึ้นเป็นสหรัฐหรือของสมาพันธรัฐเหล่านั้น มีอำนาจในการปกครองตัวเองบางประการ ความสามารถในการทำสนธิสัญญา โดยปกติแล้วจะเป็นของสหรัฐหรือของสมาพันธรัฐซึ่งทำหน้าที่เป็นรัฐบาลกลางของประเทศ ส่วนมลรัฐซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสหรัฐหรือของสมาพันธรัฐจะมีความสามารถในการเข้าทำสนธิสัญญากับรัฐอื่นๆ ได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญของสหรัฐหรือสมาพันธรัฐนั้นๆ ว่าจะยินยอมหรือกำหนดเงื่อนไขและข้อจำกัดในการที่มลรัฐจะเข้าทำสนธิสัญญากับรัฐอื่นๆ ได้มากน้อยเพียงใด เพราะหากมีการทำสนธิสัญญาระหว่างมลรัฐของสหรัฐหรือของสมาพันธรัฐกับรัฐอื่นๆ แล้ว ปัญหาที่จะต้องพิจารณาในทางกฎหมายระหว่างประเทศก็คือ มลรัฐ เช่นว่านั้นมีความสามารถตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะเข้าทำสนธิสัญญากับรัฐอื่นในฐานะเป็นตัวแทน (agent) หรือหน่วยงาน (organ) ของสหรัฐ

¹² ดูรายละเอียดใน จมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 106.

หรือของสมาพันธรัฐ¹³ หรือไม่

ปัญหาดังกล่าวนี้จะไม่เกิดหากได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ เจื่อนไซ ข้อจำกัด ตลอดจนสถานะของมลรัฐของสหรัฐหรือของสมาพันธรัฐในการเข้าทำสนธิสัญญากับรัฐอื่นได้ไว้ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐหรือของสมาพันธรัฐอื่นจะมีผลผูกพันมลรัฐเช่นว่านั้น ตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ในกรณียูเครน (Ukraine) และไบโลรัสเซีย (Byelorussia) ซึ่งเคยเป็นมลรัฐหนึ่งของสหภาพโซเวียตก่อนที่จะแยกตัวออกเป็นรัฐอิสระก็มีความสามารถตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะเข้าทำสนธิสัญญากับรัฐอื่นๆ ได้ในนามของตนเองโดยตรง โดยที่รัฐอื่นๆ เองก็รับรองถึงสภาพบุคคลและความสามารถในทางระหว่างประเทศของยูเครนและไบโลรัสเซียที่จะเข้าทำสนธิสัญญาซึ่งมีผลผูกพันในทางระหว่างประเทศได้ ทั้งนี้ สภาพบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศของทั้งยูเครนและไบโลรัสเซียได้รับการรับรองไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญของรัสเซียเอง นอกจากนี้ ทั้งยูเครนและไบโลรัสเซียเองก็เป็นสมาชิกของสหประชาชาติในนามของตนเองและเป็นภาคีของอนุสัญญาต่างๆ ในนามของตนเองอีกด้วย¹⁴

ส่วนในกรณีของรัฐภายใต้ความคุ้มครอง (protected states) และรัฐซึ่งต้องพึ่งพารัฐอื่น (dependent states) นั้น ความสามารถของรัฐเหล่านี้ในการเข้าทำสนธิสัญญากับรัฐอื่นๆ นั้น ขึ้นอยู่กับความตกลงระหว่างประเทศรัฐภายใต้ความคุ้มครอง (protected states) กับรัฐผู้ให้ความคุ้มครอง (protecting state) หรือระหว่างรัฐซึ่งพึ่งพารัฐอื่น (dependent state) กับรัฐซึ่งให้ความช่วยเหลือ (dependent state) เป็นสำคัญ¹⁵ เช่น ในกรณีตูนิเซีย (Tunisia) และโมร็อกโก (Morocco) ซึ่งอยู่ในอารักขาของฝรั่งเศสก็มีความสามารถที่จะเป็นภาคีของสนธิสัญญาต่างๆ ซึ่งมีลักษณะของความร่วมมือทาง

¹³ Henkin et al, *International Law: Cases and Materials*, (U.S.A.: West Publishing Company, 1980), p. 594.

¹⁴ Aufricht, *Principle of Recognition by International Organizations*, A.J.I.L. vol. 43 (1949), pp. 679, 695-698; Aspaturian, *The Union Republics in Soviet Diplomacy* (1960), pp. 40-41, 173-177; Triska & Slusser, *The Theory, Law and Policy of Soviet Treaties* (1962), pp. 63-64, 158-159, 427; Dolan, *The Member-Republics of the U.S.S.R. as subjects of the Law of Nations*, I.C.L.Q. vol. 4 (1955), 629; Whiteman, *Digest of International Law*, pp. 406-413.

¹⁵ Waldock, *First Report on the Law of Treaties*, Article 3 (3), Y.B.I.L.C., vol. II (1962), pp. 27, 36.



วิชาการหรือเกี่ยวกับมนุษยธรรมในนามของตนเองได้¹⁶

ในกรณีของดินแดนที่ยังไม่มีองค์ประกอบครบถ้วนของความ เป็นรัฐ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็ได้รับการยอมรับจากรัฐอื่นๆ หรือองค์การระหว่าง ประเทศว่ามีสถานะบางประการในทางระหว่างประเทศและสามารถเข้าทำสนธิสัญญา กับรัฐอื่นๆ ได้นั้น มีปัญหาว่าสนธิสัญญาที่องค์การจะดังกล่าวทำขึ้นทำขึ้นจะตกอยู่ภายใต้ บังคับของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 หรือไม่ หาก พิจารณาตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญากรุงเวียนว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 อย่างเคร่งครัดแล้วจะเห็นได้ว่า สนธิสัญญาที่องค์การจะเช่นนั้น ทำขึ้นจะไม่อยู่ภายใต้ บังคับของอนุสัญญากรุงเวียนนาดังกล่าว เพราะองค์การจะเช่นนั้นยังไม่มีสถานะเป็นรัฐ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ถึงแม้ว่าจะมีสภาพบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ อยู่บ้างก็ตาม กระนั้นก็ตามก็ได้หมายความว่า สนธิสัญญาซึ่งองค์การจะดังกล่าวได้ทำขึ้น จะไม่มีผลใช้บังคับในทางระหว่างประเทศแต่อย่างใด สนธิสัญญาดังกล่าวยังคงมีผลใช้ บังคับตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ ทั้งที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไป¹⁷

อย่างไรก็ดี ความสามารถในการทำสนธิสัญญาของบุคคลในกฎหมายระหว่าง ประเทศนั้นมิได้จำกัดอยู่เฉพาะรัฐเท่านั้น องค์การระหว่างประเทศซึ่งเป็นบุคคลใน กฎหมายระหว่างประเทศอีกประเภทหนึ่ง ก็มีความสามารถในการทำสนธิสัญญาได้ เช่นกัน เช่น ตามข้อ 43 ของกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งให้อำนาจคณะมนตรีความมั่นคง (Security Council) ที่จะทำความตกลงระหว่างประเทศกับรัฐสมาชิกขององค์การ สหประชาชาติเพื่ออำนวยการซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศในการจัดสรรกำลัง อาวุธ ความช่วยเหลือและความสะดวก รวมทั้งสิทธิในการผ่านแดนตามที่จำเป็นเพื่อความ มุ่งประสงค์ในการอำนวยการซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ¹⁸

¹⁶ Hackworth, *Digest of International law*, p. 153.

¹⁷ ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, **อ้างแล้ว** เจริญธรรมที่ 12, น. 108.

¹⁸ Article 43 (1) All members of the United Nations, in order to contribute to the maintenance of the international peace and security, undertake to make available to the Security Council on its call and in accordance with a special agreement or agreements, armed forces, assistance, and facilities, including rights of passage, necessary for the purpose of maintaining international peace and security.

ในคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (Advisory Opinion)¹⁹ ศาลได้วินิจฉัยโดยคะแนนเสียงเป็นเอกฉันท์ว่าสหประชาชาติมีสถานะเป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศและมีความสามารถในการเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญาต่างๆ และความสามารถเช่นว่านี้ แม้จะมีได้ระบุไว้ชัดเจนในกฎบัตรสหประชาชาติก็ตาม ก็ถือว่ามีอยู่โดยปริยาย อันเนื่องมาจากความจำเป็นที่สหประชาชาติจะต้องปฏิบัติหน้าที่การงาน (functions) ตามที่รัฐสมาชิกมอบหมาย²⁰ และโดยทั่วไปแล้วความสามารถขององค์การระหว่างประเทศจะกำหนดไว้ในสนธิสัญญาหรือธรรมนูญก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศนั้นๆ ไม่ว่า จะกำหนดโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตาม²¹

ความสามารถของรัฐในการทำสนธิสัญญานั้นจะแสดงออกผ่านบุคคลที่มีอำนาจกระทำการแทนและผูกพันรัฐ ทั้งนี้ข้อพิจารณาสองประการที่สำคัญที่จะแสดงว่าบุคคลนั้นมีอำนาจกระทำการแทนรัฐในการแสดงเจตนาให้ความยินยอมเพื่อผูกพันของรัฐตามสนธิสัญญาได้หรือไม่ ได้แก่ เอกสารสวามอบอำนาจเต็ม (full powers) และบุคคลที่มีความสามารถทำสนธิสัญญาโดยไม่ต้องมีเอกสารการมอบอำนาจเต็ม

3.2.2 เอกสารการมอบอำนาจเต็ม (full powers)

คำว่า “เอกสารการมอบอำนาจเต็ม” (full powers) นั้นอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้ให้คำนิยามไว้ว่าหมายถึง “เอกสารที่ออกโดยหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจโดยระบุบุคคลหนึ่งหรือหลายคนที่จะกระทำการแทนรัฐในการเจรจา (negotiation) การยอมรับ (adoption) หรือการรับรองความถูกต้อง (authentication) ของตัวบทของสนธิสัญญาหรือในการแสดงเจตนาให้ความยินยอมของรัฐที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาหรือเพื่อกระทำการอื่นใดเกี่ยวกับสนธิสัญญาให้ลุล่วงไป”²²

¹⁹ I.C.J. Reports (1949), 174-220

²⁰ Id.

²¹ Henkin et al., *supra* note 13, p. 591.

²² Article 2 Use of terms

(c) “full powers” means a document emanating from the competent authority of a State designating a persons to present the State for negotiating, adopting or authenticating the text of a treaty, for expressing the consent of the State to be bound by a treaty, or for accomplishing any other act with respect to a treaty;



ดังนั้น ในการแสดงเจตนาเพื่อเข้าทำสนธิสัญญาของรัฐตามอนุสัญญากรุงเวียนนาดังกล่าว โดยทั่วไปแล้วจะกระทำโดยบุคคลที่มีอำนาจกระทำการแทนรัฐ ซึ่งจะเป็นผู้แสดงเจตนาให้ความยินยอมของรัฐที่จะผูกพันตามสนธิสัญญา (consent of the state to be bound by a treaty) โดย²³

ก. บุคคลเช่นนั้นได้แสดงเอกสารมอบอำนาจเต็ม (full powers) หรือ

ข. เมื่อปรากฏจากการถือปฏิบัติของรัฐที่เกี่ยวข้องหรือจากพฤติการณ์อื่นได้ว่ารัฐเหล่านั้นมีเจตนาที่จะถือว่าบุคคลนั้นเป็นผู้กระทำการแทนรัฐและเป็นผู้ใช้อำนาจเต็ม

จะเห็นได้ว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ยอมรับถึงการกระทำของบุคคลในนามของรัฐตนเกี่ยวกับการเข้าทำสนธิสัญญาโดยเปิดโอกาสให้มีการแสดงเอกสารมอบอำนาจเต็ม (full powers) เพื่อกำหนดขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของผู้แทนของรัฐเพื่อให้แน่ใจว่าการใช้อำนาจหน้าที่ของบุคคลผู้เป็นผู้แทนดังกล่าวนั้นมีผลผูกพันรัฐที่ส่งผู้แทนนั้นมา นอกจากนี้ อนุสัญญากรุงเวียนนาดังกล่าวยังยอมรับสถานะของบุคคลบางประเภทว่าเป็นผู้มีอำนาจในการกระทำการแทนรัฐและผูกพันรัฐของตนได้โดยไม่ต้องมีการแสดงเอกสารมอบอำนาจเต็มแต่ประการใด

²³ Article 7 full powers

1. A person is considered as representing a State for the purpose of adopting or authenticating the text of a treaty or for the purpose of expressing the consent of the State to be bound by a treaty if

(a) He produces appropriate full powers; or

(b) It appears from the practice of the State concerned or from other circumstances that their intention was to consider that person as representing the State for such purposes and to dispense with full powers.

3.2.3 บุคคลที่มีความสามารถทำสนธิสัญญาโดยไม่ต้องมีเอกสารการมอบอำนาจเต็ม

ในบางกรณีเมื่อคำนึงถึงหน้าที่การงาน (functions) แล้ว บุคคลต่อไปนี้ถือว่าเป็นบุคคลผู้กระทำการแทนรัฐโดยไม่จำเป็นต้องแสดงเอกสารการมอบอำนาจเต็ม²⁴

ก. ประมุขของรัฐ (heads of state) หัวหน้ารัฐบาล (heads of government) และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (ministers for foreign affairs) ซึ่งถือว่าเป็นบุคคลผู้มีอำนาจเต็มเพื่อความมุ่งประสงค์ในการกระทำการทั้งปวงที่เกี่ยวกับการทำสนธิสัญญา

ข. หัวหน้าคณะผู้แทนทูต (heads of diplomatic mission) ซึ่งถือว่าเป็นผู้มีอำนาจเต็มในกรณีของการยอมรับ (adoption) ตัวบทของสนธิสัญญาระหว่างรัฐผู้ส่ง (sending state) และรัฐผู้รับ (receiving state)

ค. ผู้แทนซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากรัฐของตนเพื่อเข้าร่วมประชุมระหว่างประเทศ ได้รับการแต่งตั้งไปยังองค์การระหว่างประเทศหรือองค์กร (organs) ขององค์การระหว่างประเทศนั้นๆ เพื่อความมุ่งประสงค์ในการยอมรับ (adoption) ตัวบทของสนธิสัญญาในที่ประชุมระหว่างประเทศหรือในองค์การระหว่างประเทศหรือในองค์กรขององค์การระหว่างประเทศนั้นๆ

จากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่าสนธิสัญญากรุงเวียนนาดังกล่าวยอมรับสถานะของบุคคลบางประเภทว่าเป็นผู้มีอำนาจในการกระทำการแทนรัฐและผูกพันรัฐของตนได้โดยไม่ต้องมีการแสดงเอกสารมอบอำนาจเต็มแต่ประการใด ทั้งนี้โดยพิจารณาจากสถานะของบุคคลเช่นนั้น เช่น ประมุขของรัฐ หัวหน้ารัฐบาลหรือรัฐมนตรีว่าการ

²⁴ Article 7 full powers

2. In virtue of their functions and without having to produce full powers the following are considered as representing their State:

(a) Heads of State, Heads of Government and Minister of Foreign Affairs, for the purpose of performing all acts relating to the conclusion of a treaty;

(b) Head of diplomatic Missions, for the purpose of adopting the text of a treaty between the accreting State to which they are accredited;

(c) Representatives accredited by States to an international conference or to an international organization or on of its organs, for the purpose of adopting the text of a treaty in that conference, organization or organ.



กระทรวงการต่างประเทศ ตลอดจนหัวหน้า คณะผู้แทนทูตของรัฐผู้ส่งซึ่งอาจจะเป็นชั้น เอกอัครราชทูต (ambassadors) หรือเอกอัครสมณทูต (nuncios) ชั้นรัฐทูต (envoys) หรืออัครราชทูต (ministers) และอัครสมณทูต (internuncios) และชั้นอุปทูต (chargés d'affaires)²⁵ ก็ได้

อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับการใช้อำนาจหน้าที่ของผู้แทนของรัฐใน “การกระทำการทั้งปวงที่เกี่ยวกับการทำสนธิสัญญา” (performing all acts relating to the conclusion of a treaty) ตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 7 วรรค 2 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ก็คือปัญหาที่ว่า การใช้อำนาจหน้าที่ของผู้แทนของรัฐตามข้อ 7 วรรค 2 นั้น หากเป็นการกระทำที่ผู้แทนดังกล่าวไม่มีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายภายในของรัฐของตน รัฐซึ่งส่งผู้แทนนั้นจะปฏิเสธไม่ยอมผูกพันตามสนธิสัญญาซึ่งผู้แทนนั้นได้กระทำไปเกินกว่าที่กฎหมายภายในของรัฐของผู้แทนนั้นให้อำนาจไว้ได้หรือไม่

ข้อ 46 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 บัญญัติว่ารัฐไม่อาจยกข้อความจริงที่ว่าความยินยอมของตนที่จะผูกพันตามสนธิสัญญานั้นได้ให้ไว้โดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของตนอันเกี่ยวกับความสามารถ (competence) ในการทำสนธิสัญญามาเป็นเหตุให้ความยินยอมของรัฐนั้นไม่สมบูรณ์ เว้นแต่การฝ่าฝืนเช่นนั้นเป็นการชัดแจ้งและเกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายภายในอันมีความสำคัญอย่างยิ่งและการฝ่าฝืนดังกล่าวจะถือว่าชัดแจ้ง (manifest) ก็ต่อเมื่อการฝ่าฝืนนั้นเป็นที่ประจักษ์ชัด (evident) ในทางภาวะวิสัย (objective) แก่รัฐใดๆ ซึ่งปฏิบัติตนในเรื่องเช่นนั้นตามครรลองแห่งการถือปฏิบัติตามปกติ (normal practice) และโดยสุจริต (good faith)²⁶

²⁵ Article 14 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 500 U.N.T.S. 95, done at Vienna on 18 April 1961 and entered into force on 24 April 1964 ซึ่งประเทศไทยได้ให้สัตยาบันแล้ว และได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางทูต พ.ศ. 2527 (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 101 ตอนที่ 131 (ฉบับพิเศษ) ลงวันที่ 20 กันยายน 2527) เพื่ออนุวัติการอนุสัญญาดังกล่าว

²⁶ Article 46 Provisions of internal law regarding competence to conclude treaties

1. A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance

เมื่อนำข้อ 46 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาดังกล่าวมาพิจารณาประกอบในการใช้อำนาจหน้าที่ของผู้แทนของรัฐที่จะกระทำการทั้งปวงอันเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 7 วรรค 2 ของอนุสัญญาเดียวกันแล้วจะเห็นได้ว่า แม้การใช้อำนาจหน้าที่ของผู้แทนของรัฐในการเข้าทำสนธิสัญญาจะเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายภายในของรัฐซึ่งส่งผู้แทนนั้นก็ตาม รัฐซึ่งส่งผู้แทนนั้นก็ไม่อาจหยิบยกกฎหมายภายในของตนขึ้นกล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธที่จะไม่ผูกพันตามสนธิสัญญาซึ่งผู้แทนของรัฐได้ทำไปโดยฝ่าฝืนกฎหมายภายในดังกล่าวได้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการฝ่าฝืนกฎหมายภายในของผู้แทนของรัฐเช่นนั้นเป็นที่ประจักษ์แก่รัฐที่เกี่ยวข้องและเป็นกฎหมายภายในที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง ดังนั้น รัฐจึงต้องผูกพันในการกระทำของผู้แทนของตนซึ่งกระทำการเกินขอบอำนาจอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายภายในของรัฐนั้นด้วย²⁷

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ผู้แทนของรัฐนั้น ไม่อาจถือได้ว่าเป็นผู้แทนของรัฐที่จะมีอำนาจในการกระทำการใดอันเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญา เช่น ในกรณีที่ผู้แทนของรัฐที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐให้เจรจาเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ไม่ได้รับมอบอำนาจให้ลงนามในสนธิสัญญาดังกล่าวด้วย แต่ปรากฏว่าผู้แทนเช่นนั้นได้ลงนามในสนธิสัญญาดังกล่าว ในกรณีเช่นว่านี้ การลงนามในสนธิสัญญาดังกล่าวโดยผู้แทนนั้นจะไม่มีผลทางกฎหมาย กล่าวคือ ไม่ถือว่าเป็นการให้ความยินยอมของรัฐในอันที่จะผูกพันตามสนธิสัญญานั้น เว้นแต่รัฐนั้นจะให้การรับรองยืนยันการกระทำของผู้แทนเช่นนั้นภายในภายหลัง²⁸ แต่อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ก็ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่า การรับรองยืนยันในภายหลังเกี่ยวกับการกระทำของผู้แทนของรัฐซึ่งกระทำการเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาไปโดยไม่ได้รับมอบอำนาจดังกล่าวนี้จะต้องเป็นการรับรองยืนยัน (confirmation) โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายหรือจะเป็นการ

2. A violation is manifest if it would be objectively evident to any State conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith.

²⁷ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, (Manchester, Eng and Dobbs Ferry, N.Y.: Manchester University Press, 1973), pp. 27-36.

²⁸ Article 8 Subsequent confirmation of an act performed without authorization

An act relating to the conclusion of a treaty performed by a person who cannot be considered under article 7 as authorized to represent a State for that purpose is without legal effect unless afterwards confirmed by that State.



รับรองยืนยันโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ทราบเท่าที่เป็นการแสดงออกว่า รัฐนั้นได้ให้การรับรองยืนยันการกระทำของผู้แทนของรัฐแล้ว²⁹ ซึ่งก็น่าจะเป็นเช่นนั้น หากเป็นความประสงค์ของรัฐดังกล่าวที่ต้องการผูกพันตนตามสนธิสัญญาที่ผู้แทนของตนได้ทำไปโดยปราศจากอำนาจเช่นนั้น³⁰

ความแตกต่างระหว่างการกระทำของผู้แทนของรัฐเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายภายในของรัฐตามข้อ 46 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่ากฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และการกระทำของผู้แทนของรัฐโดยไม่ได้รับมอบอำนาจเลยตามข้อ 8 ของอนุสัญญาเดียวกันนี้อยู่ที่ว่า ในกรณีของการกระทำของผู้แทนของรัฐตามข้อ 46 นั้น ตามกฎหมายภายในของรัฐแล้ว ผู้แทนนั้นไม่มีอำนาจที่จะกระทำการบางอย่างเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญา เช่น ไม่มีอำนาจที่จะ ลงนามในสนธิสัญญาไม่ว่าการแต่งตั้งผู้แทนดังกล่าวจะเกิดจากการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของผู้แทนดังกล่าวที่มีอยู่ตามกฎหมายภายในก็ตามหรือในกรณีที่ผู้แทนเช่นนั้น จะต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญของรัฐเสียก่อนจึงจะให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้นได้ เป็นต้น ดังนั้น เมื่อมีการแต่งตั้งให้ผู้แทนกระทำการบางอย่างเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาแล้ว รัฐผู้แต่งตั้งจึงถูกปิดปากมิให้หยิบยกกฎหมายภายในเช่นนั้นขึ้นเป็นข้อปฏิเสธความยินยอมของรัฐที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาดังกล่าวได้ เว้นแต่การฝ่าฝืนกฎหมายภายในเช่นนั้นจะเป็นที่ประจักษ์ของรัฐที่ถือปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องนั้นๆ ตามปกติและโดยสุจริตและเป็นกฎหมายภายในที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง

โดยทั่วไปแล้ว รัฐอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องในการทำสนธิสัญญาย่อมไว้นใจเชื่อและให้เกียรติรัฐในการแต่งตั้งผู้แทนเพื่อกระทำการเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาแทนรัฐโดยเชื่อว่าผู้แทนเช่นนั้นมีความอำนาจที่จะกระทำการดังกล่าวได้ตามกฎหมายภายในของตน กล่าวคือ รัฐอื่นๆ นั้นไม่ต้องการเข้าไปก้าวก่ายเกี่ยวกับความสามารถของผู้แทนดังกล่าวตามกฎหมายภายในของตนของผู้แทนนั้น ดังนั้น เมื่อความสามารถของผู้แทนของรัฐบกพร่องหรือเพราะฝ่าฝืนกฎหมายภายในของรัฐผู้แต่งตั้งผู้แทนดังกล่าว รัฐเช่นนั้นจะ

²⁹ Sinclair, *supra* note 27.

³⁰ ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว* เิงอรธที่ 12, น. 113.

อาศัยความบกพร่องแห่งความสามารถในการใช้อำนาจหน้าที่ของผู้แทนดังกล่าวมาเป็นเหตุในการปฏิเสธที่จะให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาไม่ได้

ส่วนในกรณีที่ผู้แทนของรัฐไม่ได้รับมอบอำนาจให้กระทำการบางอย่างเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาตามข้อ 8 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นั้น เช่น ในกรณีที่ผู้แทนของรัฐไม่ได้รับมอบอำนาจให้ลงนามในสนธิสัญญา แต่กลับลงนามในสนธิสัญญานั้นเสียเอง ในกรณีเช่นว่านี้ เป็นที่ชัดเจนว่าไม่มีการมอบอำนาจให้ผู้แทนของรัฐนั้นลงนามในสนธิสัญญา ซึ่งรัฐอื่นที่เกี่ยวข้องในการทำสนธิสัญญานั้นจะปฏิเสธว่าตนไม่ทราบถึงการไม่มีอำนาจเช่นนั้นไม่ได้และถึงแม้ว่าตามกฎหมายภายในของรัฐนั้น ผู้แทนเช่นนั้นอาจมีอำนาจตามกฎหมายที่จะลงนามในสนธิสัญญาได้ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติแล้ว อำนาจดังกล่าวถูกกฎหมายภายในของรัฐผู้แทนนั้นจำกัดด้วยเหตุผลใดก็ตาม ดังนั้น เมื่อรัฐอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องในการทำสนธิสัญญาไม่อาจจะปฏิเสธได้ว่าตนไม่ทราบถึงการไม่มีอำนาจของผู้แทนเช่นนั้น จึงทำให้รัฐซึ่งแต่งตั้งผู้แทนนั้นไม่จำต้องผูกพันตามสนธิสัญญาซึ่งผู้แทนของตนทำไปโดยไม่ได้รับมอบอำนาจ เว้นแต่รัฐนั้นจะให้การรับรองและยืนยันการกระทำของผู้แทนนั้นในภายหลัง³¹

3.3 ขั้นตอนการทำสนธิสัญญา

3.3.1 การเจรจา (negotiations)

การเจรจาระหว่างรัฐกับรัฐหรือระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือแม้แต่ระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันก็ดี ไม่ว่าในระดับทวิภาคีหรือระดับพหุภาคีก็ตาม เป็นกระบวนการตามปกติของการเริ่มต้นทำสนธิสัญญา แต่กระบวนการเจรจาเพื่อทำสนธิสัญญาจะไม่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 ถึงแม้จะมีการกล่าวถึงคำว่า “การเจรจา” (negotiation) ไว้ในอนุสัญญาอยู่บ้างก็ตาม เช่น ในข้อ 2 วรรค 1 (c) ของอนุสัญญาทั้งสองฉบับ เป็นต้น เพราะกระบวนการทำสนธิสัญญาตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาทั้งสองฉบับดังกล่าวจะเริ่มที่การยอมรับ (adoption) ด้วยบทของ

³¹ เพิ่งอ้าง.



สนธิสัญญา³² ดังนั้น รูปแบบ กระบวนการ ระยะเวลา ตลอดจนหลักฐานบันทึกของการเจรจาทำสนธิสัญญาจึงเป็นเรื่องที่มีได้มีหลักเกณฑ์ตายตัว แต่เป็นเรื่องที่รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศทั้งหลายจะตกลงกันเป็นกรณีๆ ไป อย่างไรก็ตาม ใดๆ ก็ตาม ต้องเข้าใจว่าการทำสนธิสัญญาอาจจะมีได้เกิดจากการเจรจาของรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศเสมอไป สนธิสัญญาจำนวนไม่น้อย โดยเฉพาะอย่างยิ่งสนธิสัญญาที่วางหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังเช่น อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาทั้งสองฉบับดังกล่าวข้างต้น เกิดขึ้นจากการทำงานของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ที่แต่งตั้งโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ โดยคณะกรรมการดังกล่าวจะศึกษาจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ แนวปฏิบัติของรัฐ เรื่องนั้นแล้วยกย่องสนธิสัญญาขึ้นเพื่อนำเข้าที่ประชุมของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติให้รัฐสมาชิกทั้งหลายของสหประชาชาติรับรองตามขั้นตอนของการทำสนธิสัญญา โดยที่รัฐสมาชิกเหล่านั้นมิได้มีโอกาสเจรจากันเลยก็ได้

3.3.2 การยอมรับตัวบทแห่งสนธิสัญญา (adoption)

เมื่อมีการทำสนธิสัญญาโดยผู้แทนของรัฐต่างๆ ซึ่งมีอำนาจเต็มหรือถือว่ามีอำนาจเต็มตามนัยแห่งข้อ 7 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 แล้ว ขั้นตอนต่อไปก็คือ การยอมรับ (adoption) ตัวบทแห่งสนธิสัญญาซึ่ง

³² Article 2 (1) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969

“full powers” means a document emanating from the competent of a State designing a person or persons to represent the State for negotiating, adoption or authenticating the text of a treaty for expressing the consent of the State to be bound by a treaty, or for accomplishing any other act with respect to a treaty;

Article 2 (1) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, 1986

“full powers” means a document emanating from the competent of a State or from the competent organ of an international organization designing a person or persons to represent the State for negotiating, adoption or authenticating the text of a treaty for expressing the consent of the State to be bound by a treaty, or for accomplishing any other act with respect to a treaty;

ยกร่างแล้ว ในกรณีเช่นว่านี้ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มิได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “การยอมรับ” (adoption) ตัวยกแห่งสนธิสัญญาไว้ แต่ Sinclair ได้อธิบายว่า “การยอมรับ” ตัวยกแห่งสนธิสัญญา หมายถึงการกระทำอย่างเป็นทางการที่จะทำให้รูปแบบ (form) และเนื้อหา (content) แห่งสนธิสัญญาที่ได้นำเสนอนั้นเป็นที่ยุติ³³ แต่การยอมรับตัวยกแห่งสนธิสัญญานี้ยังไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีใดๆ ระหว่างบรรดารัฐที่ยอมรับตัวยกแห่งสนธิสัญญาดังกล่าว จนกว่าจะมีการให้ความยินยอมของรัฐเหล่านั้นเพื่อที่จะผูกพันตามสนธิสัญญา (consent of a state to be bound by a treaty)³⁴

Sinclair ได้อธิบายต่อไปว่า โดยประวัติศาสตร์แล้ว การยอมรับตัวยกแห่งสนธิสัญญานั้น กระทำโดยความตกลงยินยอมของรัฐทั้งปวงซึ่งเข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญา ดังนั้น การให้ความเห็นชอบแก่ตัวยกแห่งสนธิสัญญาอย่างเป็นเอกฉันท์ จึงถือเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานในการยอมรับตัวยกแห่งสนธิสัญญา³⁵ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีของสนธิสัญญาทวิภาคี (bilateral treaty) นั้น รัฐคู่สนธิสัญญาจะต้องให้ความเห็นชอบแก่ตัวยกแห่งสนธิสัญญาร่วมกันเสมอ มิฉะนั้นจะไม่ถือว่ามี การยอมรับตัวยกแห่งสนธิสัญญาได้เลยและจะต้องดำเนินการเจรจาต่อไปจนกว่าตัวยกแห่งสนธิสัญญานั้นจะเป็นที่ยอมรับของรัฐคู่สนธิสัญญาร่วมกัน³⁶

นอกจากนี้การยอมรับตัวยกแห่งสนธิสัญญาพหุภาคี (multilateral treaty) บางประเภทโดยเฉพาะอย่างยิ่งสนธิสัญญาพหุภาคีที่มีลักษณะจำกัด กล่าวคือ เกี่ยวข้องกับรัฐบางรัฐเท่านั้น เช่น สนธิสัญญาพหุภาคีเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างรัฐในกรณีของการรวมตัวทางเศรษฐกิจ (economic integration) เช่น สหภาพยุโรป (European Union) หรือสนธิสัญญาพหุภาคีระหว่างรัฐริมฝั่งแม่น้ำ (riparian states) หรือสนธิสัญญาพหุภาคีเกี่ยวกับการสร้างเขื่อนพลังน้ำ เป็นต้น³⁷ สนธิสัญญา พหุภาคีอื่นมีลักษณะของการจำกัด

³³ Sinclair, *supra* note 27

³⁴ ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เจียงอรรถที่ 12, น. 114.

³⁵ Sinclair, *supra* note 27

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.*



จำนวนรัฐที่เข้าร่วมในการในสนธิสัญญานี้จะต้องได้รับความเห็นชอบอันเป็นเอกฉันท์จากรัฐที่เกี่ยวข้องทุกรัฐเช่นกัน เพื่อที่จะให้สนธิสัญญาพหุภาคีเช่นว่านั้น สามารถบรรลุวัตถุประสงค์แห่งความร่วมมือระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้องได้ นอกจากนี้ การรับรัฐภาคีใหม่เพื่อเข้าร่วมเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาพหุภาคีเช่นว่านี้จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐภาคีเดิมอย่างเป็นเอกฉันท์อีกด้วยเช่นกัน³⁸ ดังนั้นข้อ 9 วรรค 1 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 จึงบัญญัติเป็นหลักทั่วไปไว้ว่า การยอมรับตัวบทแห่งสนธิสัญญานั้นต้องกระทำโดยความยินยอม (consent) ของรัฐทั้งปวงซึ่งเข้าร่วมในการยกร่างตัวบทแห่งสนธิสัญญาเช่นว่านั้น³⁹

อย่างไรก็ดี เนื่องจากการยกร่างตัวบทแห่งสนธิสัญญาบางฉบับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสนธิสัญญาพหุภาคีอันมีลักษณะของการประมวลหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องต่างๆ และต้องการให้รัฐทั้งปวงเป็นภาคีด้วยนั้น มักจะกระทำในที่ประชุมระหว่างประเทศ (international conference) เพื่อเปิดโอกาสให้รัฐทุกรัฐเข้าร่วมและมีส่วนร่วมในการยกร่างตัวบทสนธิสัญญาดังกล่าว ดังนั้น การกำหนดให้รัฐทุกรัฐซึ่งเข้าร่วมในการประชุมเพื่อยกร่างสนธิสัญญาดังกล่าว ต้องให้ความยินยอมอย่างเป็นเอกฉันท์ในการยอมรับตัวบทแห่งสนธิสัญญานั้นย่อมเป็นสิ่งที่ไม่อาจทำได้ในทางปฏิบัติเพราะการประชุมระหว่างประเทศซึ่งมีรัฐจำนวนมากเข้าร่วมประชุมนั้นการกำหนดให้รัฐทุกรัฐให้ความยินยอมอย่างเป็นเอกฉันท์ย่อมไม่อาจเป็นไปได้และยังจะทำให้สนธิสัญญาพหุภาคีเช่นว่านั้นไม่อาจเกิดขึ้นได้เพราะอาจไม่ได้รับความยินยอมอย่างเป็นเอกฉันท์จากรัฐทุกรัฐที่เข้าร่วมการประชุมระหว่างประเทศเช่นว่านั้น ดังนั้น ข้อ 9 วรรค 2 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 จึงกำหนดเป็นข้อยกเว้นไว้ว่า การยอมรับตัวบทแห่งสนธิสัญญาซึ่งทำขึ้นในที่ประชุมระหว่างประเทศนั้น ให้กระทำโดยการออกเสียงลงคะแนนจำนวนสองในสามของรัฐซึ่งเข้าร่วมประชุมและออกเสียงลงคะแนน เว้นแต่รัฐซึ่งเข้าร่วมในที่ประชุมระหว่างประเทศนั้นซึ่งมีจำนวนสองในสามเช่นกันจะวินิจฉัยให้ใช้

³⁸ Id.

³⁹ Article 9 Adoption of the text

1. The adoption of the text of a treaty takes place by the consent of all the States participating in its drawing up except as provided in paragraph 2.

กฎเกณฑ์อื่นที่แตกต่างออกไป⁴⁰

หลักเกณฑ์ของการออกเสียงให้ความยินยอมของรัฐที่เข้าประชุมและออกเสียงจำนวนสองในสามตามข้อ 9 วรรค 2 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นี้มิใช่หลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศแต่ประการใด หากแต่เป็นพัฒนาที่ก้าวหน้าของกฎหมาย (progressive development of the law) เท่านั้น⁴¹

ปัญหาที่เกิดขึ้นจากทางปฏิบัติในการใช้บังคับหลักเกณฑ์แห่งข้อ 9 วรรค 2 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฉบับดังกล่าว คือ ปัญหาที่ว่าหลักการยอมรับตัวบทแห่งสนธิสัญญาโดยคะแนนเสียงสองในสามนี้ จะใช้ในการประชุมระหว่างประเทศทุกประเภทหรือไม่ ต่อปัญหานี้ Sinclair กล่าวว่า เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะไม่นำไปใช้โดยอัตโนมัติเกี่ยวกับการยอมรับตัวบทแห่งสนธิสัญญาซึ่งยกสร้างขึ้นในที่ประชุมระหว่างประเทศซึ่งจัดขึ้นในกรอบขององค์การระหว่างประเทศหรือเป็นสนธิสัญญาภายในองค์การระหว่างประเทศเองซึ่งจะต้องพิจารณาถึงกฎเกณฑ์เฉพาะขององค์การระหว่างประเทศนั้นๆ เกี่ยวกับการยอมรับตัวบทแห่งสนธิสัญญาเช่นว่านั้นเป็นเบื้องต้นซึ่งอาจแตกต่างจากหลักเกณฑ์ซึ่งกำหนดไว้ในข้อ 9 วรรค 2 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ก็ได้⁴²

3.3.3 การรับรองความถูกต้องแท้จริงของตัวบทของสนธิสัญญา (authentication)

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 กำหนดว่า ตัวบทแห่งสนธิสัญญาจะถือว่าถูกต้องแท้จริง (authentic) และแน่นอน (definitive) ได้ในกรณีต่อไปนี้

ก. โดยวิธีการที่กำหนดไว้ในตัวบทแห่งสนธิสัญญานั้นเองหรือตามวิธีการอันเป็นที่ตกลงกันระหว่างรัฐซึ่งเข้าร่วมในการยกย่องตัวบทแห่งสนธิสัญญานั้น หรือ

⁴⁰ Article 9 Adoption of the text

2. The adoption of the text of a treaty at an international conference takes place by the vote of two thirds of the States present and voting, unless by the same majority they shall decide to apply a different rule. *Supra* note 38

⁴¹ Sinclair, *supra* note 27

⁴² ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 12, น. 114-116.



ข. หากไม่มีการกำหนดวิธีการเช่นนั้นไว้ในตัวบทแห่งสนธิสัญญาหรือโดยรัฐที่เข้าร่วมในการยกร่างตัวบทแห่งสนธิสัญญานั้น การรับรองความถูกต้องแท้จริงของตัวบทแห่งสนธิสัญญาอาจทำได้ด้วยการลงนาม (signature) หรือการลงนามประเภทที่มีเงื่อนไขว่าต้องได้รับการยืนยันจากรัฐของผู้แทน (signature ad referendum) หรือการลงนามย่อ (initialing) โดยผู้แทนของรัฐต่างๆ ในตัวบทแห่งสนธิสัญญาหรือกรรมสารสุดท้าย (final act) ของที่ประชุมยกร่างตัวบทแห่งสนธิสัญญานั้น⁴³

3.3.4 การให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา (consent to be bound by a treaty)

ดังได้กล่าวแล้วข้างต้นว่า การแสดงเจตนาเพื่อให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้น กระทำโดยผู้แทนของรัฐซึ่งได้รับมอบอำนาจเต็มหรือถือว่าเป็นผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มแล้วแต่กรณี อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้บัญญัติถึงการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาว่าอาจกระทำได้หลายวิธี เช่น การลงนาม (signature) การแลกเปลี่ยนตราสารอันก่อให้เกิดสนธิสัญญา (exchange of instruments constituting a treaty) การให้สัตยาบัน (ratification) การยอมรับ (acceptance) การให้ความเห็นชอบ (approval) การภาคยานุวัติ (accession) หรือวิธีการอื่นใดที่รัฐซึ่งเข้าร่วมในการทำสนธิสัญญาจะตกลงกัน⁴⁴ สำหรับรายละเอียดของวิธีการให้ความยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาจะได้กล่าวในหัวข้อถัดไป

⁴³ Article 10 Authentication of the text

The text of a treaty is established as authentic and definitive;

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

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

⁴⁴ Article 11 Means of expressing consent to be bound by a treaty

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

3.4 วิธีการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา

3.4.1 การลงนาม (signature)

การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการลงนาม (signature) นั้นหมายถึง การลงนามของผู้แทนของรัฐซึ่งมีอำนาจเต็มหรือถือว่ามีอำนาจเต็มโดยถือว่าการลงนามเช่นนั้นเป็นการให้ความยินยอมที่แน่นอน (definitive consent) ของรัฐ กล่าวคือ เป็นการลงนามที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การให้สัตยาบัน (ratification) หรือการยอมรับ (acceptance) หรือการให้ความเห็นชอบ (approval) อีกครั้งหนึ่ง ดังนั้น การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการลงนามของผู้แทนของรัฐ จึงเป็นการลงนามในสนธิสัญญาอันจะมีผลให้สนธิสัญญานั้นมีผลผูกพันและบังคับใช้ระหว่างรัฐผู้ลงนามได้ทันที โดยไม่ต้องรอให้มีการให้สัตยาบัน การยอมรับ หรือการให้ความเห็นชอบจากรัฐของผู้แทนอีกครั้งหนึ่ง⁴⁵

การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการลงนามดังกล่าวนี้จะเกิดขึ้นเมื่อ

ก. สนธิสัญญานั้นกำหนดว่าการลงนามเช่นนั้นจะมีผลเท่ากับเป็นการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา เช่น ในกรณีของสนธิสัญญาทวิภาคี (bilateral treaty) โดยทั่วไป

ข. รัฐซึ่งเข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญาตกลงกันว่าการลงนามในสนธิสัญญาจะมีผลเท่ากับเป็นการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาก็ให้เป็นไปตามนั้น หรือ

ค. ปรากฏจากเอกสารการมอบอำนาจเต็มของผู้แทนรัฐว่า รัฐผู้ให้อำนาจเต็มแก่ผู้แทนเช่นนั้นเจตนาที่จะถือว่าการลงนามของผู้แทนนั้นในสนธิสัญญามีผลเท่ากับเป็นการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาหรือในระหว่างการการเจรจาทำสนธิสัญญา รัฐซึ่งเข้าร่วมในการเจรจาดังกล่าวได้แสดงเจตนาที่จะถือว่าการลงนามของผู้แทนของตนมีผลเท่ากับเป็นการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา

⁴⁵ Sinclair, *supra* note 27



ในทางปฏิบัติของการเจรจาทำสนธิสัญญาและการผูกพันตามสนธิสัญญาเป็นไปได้ที่รัฐบาลอาจไม่ถือว่าการลงนามของผู้แทนของตนในสนธิสัญญาเป็นการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาจนกว่าจะมีการให้สัตยาบัน การยอมรับ หรือการให้ความเห็นชอบจากรัฐของผู้แทนอีกครั้งหนึ่ง แต่ในขณะเดียวกันก็อาจมีรัฐบาลรัฐที่ถือว่าการลงนามของผู้แทนของตนมีผลเท่ากับเป็นการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาแล้ว ในกรณีเช่นว่านี้ ก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องขอให้รัฐกลุ่มหลังของผู้แทนซึ่งลงนามนั้นให้สัตยาบัน ยอมรับหรือให้ความเห็นชอบอีกครั้งหนึ่ง⁴⁶

อนึ่ง การลงนามย่อ (initialing) ในสนธิสัญญาจะมีผลเท่ากับการลงนาม (signature) ในสนธิสัญญาที่ต่อเมื่อรัฐซึ่งเข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญาได้ตกลงที่จะให้การลงนามย่อนั้นมีผลเท่ากับเป็นการลงนามในสนธิสัญญา ส่วนการลงนามในสนธิสัญญาโดยมีเงื่อนไขว่าผู้แทนของรัฐต้องได้รับการยืนยันการลงนามจากรัฐของผู้แทนอีกครั้งหนึ่ง (signature ad referendum) นั้นจะมีผลทำให้การลงนามโดยมีเงื่อนไขเช่นว่านั้นเป็นการลงนามในสนธิสัญญาที่ต่อเมื่อได้รับการยืนยัน (confirmation) การลงนามจากรัฐของผู้แทนแล้วเท่านั้น โดยจะถือเท่ากับว่ามีการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้นนับแต่เวลาที่ได้มีการลงนามโดยมีเงื่อนไข (signature ad referendum) เช่นว่านั้น⁴⁷ มิใช่เวลาที่ได้รับการยืนยัน (confirmation) จากรัฐของผู้แทน

⁴⁶ Id.; Article 12 Consent to be bound by a treaty expressed by signature

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

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

⁴⁷ Article 12, Id.

2. For the purpose of paragraph 1:

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

ซึ่งจะแตกต่างจากการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยวิธีการให้สัตยาบัน (ratification) ที่มีการลงนามก่อนหน้านั้นซึ่งจะถือว่ารัฐให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานับแต่เวลาที่รัฐนั้นให้สัตยาบัน⁴⁸

เป็นที่น่าสังเกตว่า ในอดีตนั้นการลงนามย่อในสนธิสัญญามีผลเป็นเพียงการยอมรับความถูกต้องแท้จริง (authentication) ของตัวบทแห่งสนธิสัญญาตามข้อ 10 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เท่านั้นและยังไม่ถึงว่ามีผลเท่ากับการลงนามในสนธิสัญญาอันถือเป็นการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา ดังนั้น การลงนามย่อของผู้แทนของรัฐจึงตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐของผู้แทนอีกครั้งหนึ่งหรืออีกนัยหนึ่ง การลงนามย่อในสนธิสัญญาก็มีผลอย่างเดียวกันกับการลงนามในสนธิสัญญาแบบมีเงื่อนไขที่ต้องได้รับการยืนยันจากรัฐของผู้แทนอีกครั้งหนึ่ง (signature ad referendum)⁴⁹ แต่เนื่องจากการลงนามย่อของผู้แทนรัฐบางประเภท อาทิเช่น ประมุขแห่งรัฐ หัวหน้ารัฐบาลหรือแม้กระทั่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศนั้น ในทางปฏิบัติก็มีผลเท่ากับการลงนามเต็ม (full signature) เช่นกัน ดังนั้น หากรัฐซึ่งเข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญาตกลงที่จะยอมรับให้การลงนามย่อเช่นนั้นจะมีผลเท่ากับการลงนามเต็มในสนธิสัญญา ก็ไม่น่าจะมีข้อขัดข้องแต่ประการใดตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 12 วรรค 2 (a) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969⁵⁰

ส่วนในกรณีของการลงนามแบบมีเงื่อนไขที่จะต้องได้รับการยืนยันจากรัฐของผู้แทนอีกครั้งหนึ่ง (signature ad referendum) นั้น เมื่อการลงนามได้รับการยืนยันจากรัฐของผู้แทนแล้ว การลงนามเช่นนั้นจะมีผลเท่ากับการลงนามเต็ม (full signature) ซึ่งการยืนยัน (confirmation) การลงนามแบบมีเงื่อนไขที่จะต้องได้รับการยืนยันจากรัฐของผู้แทนมิใช่เป็นการยืนยันตัวบทแห่งสนธิสัญญา (text of the treaty) หากแต่เป็นการยืนยันการลงนามแบบมีเงื่อนไข (signature ad referendum) นั้นเอง ดังนั้น เมื่อรัฐของผู้แทนให้การยืนยันการลงนามเช่นนั้นแล้ว ก็ต้องถือว่ารัฐนั้นได้ให้ความยินยอม

⁴⁸ ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น. 118.

⁴⁹ Sinclair, *supra* note 27

⁵⁰ ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น. 119.



เพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาในวันที่ผู้แทนของรัฐได้ลงนามแบบมีเงื่อนไขนั้นในสนธิสัญญาและมีใช้ถือว่ารัฐให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาในวันที่รัฐนั้นให้การยืนยันแก่การลงนามแบบมีเงื่อนไข เพราะหากถือเอาวันที่รัฐให้การยืนยันการลงนามเป็นวันที่รัฐนั้นให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาแล้ว ก็เท่ากับว่ารัฐนั้นมีโอกาสเลือกที่จะผูกพันตามสนธิสัญญานั้นในเวลาต่อมาได้ อันจะก่อให้เกิดความไม่แน่นอน เว้นแต่รัฐซึ่งเข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญาจะได้ตกลงกันกำหนดระยะเวลาให้รัฐของผู้แทนให้การยืนยันการลงนามแบบมีเงื่อนไขนั้นซึ่งก็เป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้⁵¹

3.4.2 การแลกเปลี่ยนตราสาร (exchange of instruments)

การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการแลกเปลี่ยนที่ก่อให้เกิดสนธิสัญญาจะเกิดขึ้นต่อเมื่อ

ก. ตราสารที่ก่อให้เกิดสนธิสัญญานั้นกำหนดว่าการแลกเปลี่ยนตราสารดังกล่าวมีผลเป็นการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาหรือ

ข. รัฐที่เข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญาตกลงกันว่าการแลกเปลี่ยนตราสารระหว่างกันนั้นมีผลเท่ากับเป็นการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา⁵²

การแลกเปลี่ยนตราสารเช่นว่านี้ ในทางปฏิบัติจะทำในกรณีของรัฐซึ่งเข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญามีน้อย เช่น ในกรณีของสนธิสัญญาทวิภาคีและสนธิสัญญาพหุภาคีซึ่งมีจำนวนรัฐที่เข้าร่วมจำกัด

⁵¹ Sinclair, *supra* note 27, Y.B.I.L.C. vol. II (1966), pp. 196-197.

⁵² Article 13 Consent to be bound by a treaty expressed by an exchange of instruments constituting a treaty

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

(a) The instruments provide that their exchange shall have that effect; or

(b) It is otherwise established that those States were agreed that the exchange of instruments shall have that effect.

3.4.3 การให้สัตยาบัน (ratification) การยอมรับ (acceptance) และการให้ความเห็นชอบ (approval)

โดยทั่วไปแล้ว คำว่า “การให้สัตยาบัน” (ratification) “การยอมรับ” (acceptance) “การให้ความเห็นชอบ” (approval) และ “การภาคยานุวัติ” (accession) หมายถึง การกระทำในทางระหว่างประเทศอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวนั้นซึ่งแสดงว่ารัฐแสดงว่ารัฐได้ให้ความยินยอมของตนเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา⁵³ ดังนั้น คำว่า “การให้สัตยาบัน” การยอมรับและการให้ความเห็นชอบจึงไม่ถือว่ามีความแตกต่างกันในแง่ของกฎหมาย เพียงแต่แตกต่างกันในแง่ของการใช้ถ้อยคำเท่านั้น⁵⁴ ดังนั้น การยอมรับก็ดี การให้ความเห็นชอบก็ดี จึงมีผลเช่นเดียวกันกับการให้สัตยาบันหรือการภาคยานุวัติในทางกฎหมายระหว่างประเทศ⁵⁵

สำหรับ “การให้สัตยาบัน” นั้น โดยทั่วไปแล้ว ถือว่าเป็นการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาก็ต่อเมื่อได้มีการลงนามในสนธิสัญญาแล้ว แต่เป็นการลงนามที่ตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า รัฐจะให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาก็ต่อเมื่อได้มีการให้สัตยาบันแล้ว (หรือให้การยอมรับหรือความเห็นชอบ) ดังนั้นการให้สัตยาบัน การยอมรับหรือการให้ความเห็นชอบจะถือว่าเป็นการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาก็ต่อเมื่อ

ก. สนธิสัญญาได้กำหนดว่า การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาอาจแสดงออกโดยการให้สัตยาบัน

ข. รัฐซึ่งเข้าร่วมเจรจาทำสนธิสัญญาได้ตกลงกันว่า การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้นขึ้นอยู่กับ การให้สัตยาบัน

ค. ผู้แทนของรัฐได้ลงนามในสนธิสัญญาภายใต้เงื่อนไขที่จะต้องมีการให้สัตยาบันอีกครั้งหนึ่งหรือ

⁵³ Article 2 Use of term

(b) “ratification,” “acceptance,” “approval,” and “accession” mean in each case the international act so named whereby a State established on the international plane its consent to be bound by a treaty;

⁵⁴ Akehurst, *supra* note 11, p. 126.

⁵⁵ *Id.*



ง. ปรากฏตามเอกสารการมอบอำนาจเต็มของผู้แทนของรัฐว่ารัฐของผู้แทนนั้นเจตนาที่จะให้การลงนามของผู้แทนนั้นอยู่ภายใต้การให้สัตยาบันของรัฐอีกครั้งหรือรัฐได้แสดงเจตนาในระหว่างการเจรจาทำสัญญาที่จะให้การลงนามของผู้แทนของรัฐต้องอยู่ภายใต้การให้สัตยาบันของรัฐอีกครั้งหนึ่ง⁵⁶

อย่างไรก็ดีสาเหตุที่คำว่า “การยอมรับ” หรือ “การให้ความเห็นชอบ” เป็นที่นิยมและนำมาใช้แทนคำว่า “การให้สัตยาบัน” หรือ “การภาคยานุวัติ” ได้นั้น ก็เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารของรัฐสามารถหลีกเลี่ยงการใช้บังคับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของตนที่กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องให้ความยินยอมในการให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญา⁵⁷ เหตุผลดังกล่าวนี้อาจไม่สามารถใช้ได้กับรัฐซึ่งมีรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งถึงการขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาไม่ว่าความเห็นชอบนั้นจะเรียกว่า “การให้สัตยาบัน” “การยอมรับ” หรือ “การให้ความเห็นชอบ” ก็ตาม⁵⁸

ในกรณีดังกล่าวข้างต้นนี้ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ได้ให้เหตุผลว่า การใช้คำว่า “การยอมรับ” หรือ “การให้ความเห็นชอบ” ว่าเป็นวิธีการที่รัฐนำไปใช้เพื่อให้มีผลตามกฎหมายระหว่างประเทศในทำนองเดียวกันกับคำว่า “การให้สัตยาบัน” หรือ “การภาคยานุวัติ” หากแต่คำว่า “การยอมรับ” หรือ “การให้ความเห็นชอบ” นั้น มีความหมายยืดหยุ่นกว่าในแง่ที่ว่า “การยอมรับ” หรือ “การให้ความเห็นชอบ” นั้นจะใช้ในกรณีที่รัฐที่จะให้ความยินยอมเพื่อเข้าผูกพันตามสนธิสัญญานั้นมีโอกาสตรวจสอบสนธิสัญญาีก่อนว่า ควรจะต้องดำเนินการ

⁵⁶ Article 14 Consent to be bound by a treaty expressed by ratification, acceptance or approval

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

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

⁵⁷ Akehurst, *supra* note 11, p. 126.

⁵⁸ ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว* เิงอรธที่ 12, น. 120.

ข้อความยินยอมอย่างเป็นทางการจากฝ่ายนิติบัญญัติตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของตนหรือไม่ เพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติอนุมัติให้มีการให้สัตยาบันแก่นุสนธิสัญญาดังกล่าว กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ “การยอมรับ” และ “การให้ความเห็นชอบ” ถือเป็น การให้สัตยาบันของ รัฐที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาในรูปแบบที่ไม่ยุ่งยากซับซ้อนหรือต้องผ่านขั้นตอนของการขอความยินยอมอย่างเป็นทางการจากฝ่ายนิติบัญญัติตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของรัฐบางรัฐ⁵⁹ เช่น ในกรณีของประเทศอังกฤษ การให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากฝ่ายนิติบัญญัติ เพื่อที่จะให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญานั้นอีกครั้งหนึ่ง⁶⁰

กล่าวโดยสรุปคือ “การยอมรับ” และ “การให้ความเห็นชอบ” มีผลตามกฎหมายระหว่างประเทศทำนองเดียวกับคำว่า “การให้สัตยาบัน” หรือ “การภาคยานุวัติ” กล่าวคือ หากรัฐจะต้องให้การยอมรับหรือให้ความเห็นชอบหลังจากที่รัฐนั้นได้ลงนามในสนธิสัญญา จึงจะถือว่าเป็นการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาแล้ว การยอมรับหรือการให้ความยินยอมของรัฐเช่นนั้น ก็มีความหมายและผลในทางกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกันกับคำว่า “การให้สัตยาบัน” และในกรณีที่รัฐจะต้องให้การยอมรับหรือให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาโดยที่รัฐนั้นมิได้มีการเข้าร่วมเจรจาในการทำสนธิสัญญาหรือมิได้ลงนามในสนธิสัญญามาก่อน การยอมรับและการให้ความเห็นชอบของรัฐเช่นนั้นก็มีความหมายและผลในทางกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกันกับคำว่า “การภาคยานุวัติ”⁶¹ ดังนั้น คำว่า “การยอมรับ” และ “การให้ความเห็นชอบ” จึงเป็นถ้อยคำที่ใช้ทั้งในขั้นตอนของการให้สัตยาบันและขั้นตอนของการภาคยานุวัติ แต่ทั้งนี้มิได้ก่อให้เกิดความแตกต่างในแง่ของผลทางกฎหมายของถ้อยคำเหล่านี้แต่ประการใด⁶²

3.4.4 การภาคยานุวัติ (accession)

ดังได้กล่าวมาแล้วในข้อ 3.4.3 ข้างต้น การภาคยานุวัตินั้นจะมีผลตามกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกันกับการให้สัตยาบัน การยอมรับหรือการให้ความเห็นชอบ

⁵⁹ Y.B.I.L.C. vol. II (1966), p. 198.

⁶⁰ Akehurst, *supra* note 11, p. 124.

⁶¹ Y.B.I.L.C. vol. II (1966), p.198.

⁶² ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 12, น. 121.



กล่าวคือ ถือเป็นการให้การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาเช่นกัน แต่ก็มีแตกต่างจากการให้สัตยาบัน การยอมรับหรือการให้ความเห็นชอบเล็กน้อยในแง่ขั้นตอน กล่าวคือ การภาคยานุวัตินั้นจะใช้ในกรณีที่รัฐซึ่งให้ความยินยอมของตนเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้นมิได้เข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญามาก่อนและมิได้ลงนามในสนธิสัญญานั้นมาก่อน แต่ได้ให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้น เมื่อสนธิสัญญานั้นเปิดโอกาสให้รัฐซึ่งมิได้เข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญาหรือมิได้ลงนามในสนธิสัญญาสามารถให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาได้⁶³

ปัญหาของการภาคยานุวัติในทางปฏิบัติของรัฐก็คือ ปัญหาที่ว่ารัฐจะสามารถเข้าภาคยานุวัติในสนธิสัญญาซึ่งตนมิได้เข้าร่วมเจรจาและลงนามมาก่อนได้ในขณะใด กล่าวคือ ก่อนหรือภายหลังจากสนธิสัญญามีผลใช้บังคับแล้ว ต่อปัญหาดังกล่าว คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ได้สรุปว่า ตามแนวปฏิบัติของรัฐเกี่ยวกับสนธิสัญญานั้น การภาคยานุวัติของรัฐอาจเกิดขึ้นก่อนหรือหลังจากการมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญาก็ได้ กล่าวคือ การภาคยานุวัตินั้นสามารถกระทำได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าสนธิสัญญานั้นจะมีผลใช้บังคับแล้วหรือไม่ ทั้งนี้ จะเห็นได้จากบทบัญญัติของสนธิสัญญาต่างๆ นั้นเองว่า เปิดโอกาสให้รัฐเข้าภาคยานุวัติได้แม้กระทั่งก่อนที่สนธิสัญญานั้นๆ จะมีผลใช้บังคับ⁶⁴ ดังนั้นการภาคยานุวัติ การยอมรับหรือการให้ความเห็นชอบ จะถือเป็นการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาก็ต่อเมื่อ

ก. สนธิสัญญากำหนดว่าการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาอาจแสดงออกได้ด้วยกรภาคยานุวัติ

ข. เมื่อรัฐที่เข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญาตกลงกันว่าการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาอาจแสดงออกได้ด้วยการภาคยานุวัติหรือ

⁶³ เฝิงอ้าง, น. 122.

⁶⁴ Y.B.I.L.C. vol. II (1966); Fitzmaurice, First Report on the Law of Treaties, Y.B.I.L.C. vol. II (1956), pp. 125-126; Briery, Second Report on the Law of Treaties, Y.B.I.L.C. vol. II (1962), p. 73.

ค. รัฐภาคีทั้งปวงได้ตกลงกันในภายหลังว่าการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาอาจแสดงออกได้ด้วยการภาคยานุวัติ⁶⁵

โดยทั่วไปแล้ว ตราสารการให้สัตยาบัน การยอมรับ การให้ความเห็นชอบหรือการภาคยานุวัติซึ่งแสดงออกถึงการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาดังกล่าวข้างต้นนั้นจะมีผลสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้มีการแลกเปลี่ยนตราสารดังกล่าวระหว่างรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาหรือได้ส่งมอบ (deposit) ตราสารเช่นนั้นให้แก่สถานหรือบุคคลผู้มีหน้าที่ดูแลรักษาสนธิสัญญา (depository) เช่น รัฐบาลของรัฐผู้ดูแลรักษาเอกสารหรือเลขาธิการสหประชาชาติหรือได้แจ้งแก่รัฐภาคีอื่นๆ แห่งสนธิสัญญาหรือแก่ผู้มีหน้าที่ดูแลรักษาสนธิสัญญา หากรัฐภาคีทั้งปวงตกลงตามนั้น เว้นแต่ในกรณีที่สนธิสัญญานั้นๆ ได้กำหนดไว้เป็นประการอื่น⁶⁶

3.4.5 อื่นๆ⁶⁷

นอกจากการลงนาม (signature) การแลกเปลี่ยนตราสารอันก่อให้เกิดสนธิสัญญา (exchange of instruments constituting a treaty) การให้สัตยาบัน

⁶⁵ Article 15 Consent to be bound by a treaty expressed by accession

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

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

⁶⁶ Article 16 Exchange or deposit of instruments of ratification, acceptance, approval or accession

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

- (a) Their exchange between the contracting States;
- (b) Their deposit with the depository; or
- (c) Their notification to the contracting States or to the depository, if so agreed.

⁶⁷ Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2nd Edition (USA: Cambridge University Press, 2007), pp. 113-114.



(ratification) การยอมรับ (acceptance) การให้ความเห็นชอบ (approval) หรือการภาคยานุวัติ (accession) แล้วอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ยังได้บัญญัติไว้ในข้อ 11 ตอนท้ายไว้ว่า ให้รวมถึงวิธีการอื่นใดที่รัฐซึ่งเข้าร่วมในการทำสนธิสัญญาจะตกลงกันด้วย⁶⁸

3.5 ข้อสงวน (reservation)

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้วางหลักทั่วไปไว้ว่ารัฐสามารถตั้งข้อสงวนในสนธิสัญญาได้เมื่อรัฐลงนาม ให้สัตยาบัน ให้การยอมรับ ให้ความเห็นชอบหรือเข้าภาคยานุวัติสนธิสัญญา เว้นแต่กรณีต่อไปนี้

ก. สนธิสัญญานั้นห้ามมิให้รัฐตั้งข้อสงวน เช่น ในข้อ 309 แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ซึ่งบัญญัติว่า ข้อสงวนหรือข้อยกเว้นในอนุสัญญานี้ไม่อาจกระทำได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตอย่างชัดแจ้งโดยข้ออื่นๆ แห่งอนุสัญญานี้⁶⁹

ข. สนธิสัญญากำหนดว่าเฉพาะข้อสงวนเพียงบางเรื่องเท่านั้นที่รัฐสามารถทำได้ ซึ่งไม่รวมถึงข้อสงวนที่รัฐจะขอตั้งหรือ

ค. ในกรณีนอกเหนือจากข้อ ก. และ ข. ข้างต้น ปรากฏว่าข้อสงวนนั้นไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์แห่งสนธิสัญญา⁷⁰

⁶⁸ Article 11 Means of expressing consent to be bound by a treaty

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

⁶⁹ Article 309 Reservations and exceptions

No reservations or exceptions may be made to this Convention unless expressly permitted by other articles of this Convention.

⁷⁰ Article 19 Formulation of reservations

A state may, when signing, ratifying, accepting, approving, or acceding to a treaty, formulate a reservation unless:

(a) The reservation is prohibited by a treaty;

(b) The treaty provides that only specified reservations, which do not include the reservation in question, may be made;

(c) In case not falling under sub-paragraphs (a) and (b), the reservation is incompatible with the object and purpose of the treaty.

หลักเกณฑ์ในข้อ ค. นี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ได้รับอิทธิพลจากหลักซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วางไว้ในความเห็นแนะนำเกี่ยวกับการตั้งข้อสงวนแก่นุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและละเมิดอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 และเป็นหลักเกณฑ์ที่เปิดโอกาสให้รัฐที่ตั้งข้อสงวนและรัฐอื่นๆ แห่งสนธิสัญญาพิจารณาว่า การตั้งข้อสงวนดังกล่าวจะสอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์แห่งสนธิสัญญาหรือไม่ ซึ่งจะส่งผลในทางกฎหมายระหว่างรัฐ ซึ่งคัดค้านหรือยอมรับการตั้งสงวนดังกล่าวฝ่ายหนึ่ง และรัฐที่ตั้งข้อสงวนเชื่อว่านั่นอีกฝ่ายหนึ่งตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 20 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969⁷¹

ดังนั้นหลักเกณฑ์ในข้อ ค. ข้างต้นนั้นจึงเป็นหลักที่ไม่ใช้กับข้อสงวนซึ่งสนธิสัญญาได้ห้ามไว้ไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายตามข้อ ก. และไม่ใช้กับข้อสงวนซึ่งสนธิสัญญาอนุญาตไว้อย่างชัดแจ้งตามข้อ ข. เช่นกัน⁷²

3.5.1 ความหมายของ “ข้อสงวน”

ตามข้อ 2 (d) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นั้นข้อสงวน (reservations) หมายถึง คำแถลงฝ่ายเดียว (unilateral statement) ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรก็ตาม เช่น เรียกว่า คำประกาศ (declaration) ซึ่งกระทำโดยรัฐเมื่อลงนาม ให้สัตยาบัน ยอมรับ เห็นชอบหรือเข้าภาคยานุวัติสนธิสัญญา โดยที่รัฐนั้นประสงค์ที่จะยกเว้นหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงผลในทางกฎหมายของข้อบทบาทข้อแห่งสนธิสัญญาในการใช้บังคับข้อบทเหล่านั้นแก่ตน⁷³

สำหรับสนธิสัญญาทวิภาคี (bilateral treaty) นั้น การตั้งข้อสงวนโดยรัฐใดรัฐหนึ่งย่อมมีผลเท่ากับเป็นการเสนอประเด็นขึ้นใหม่ ดังนั้น ข้อสงวนดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับได้หรือไม่ จึงขึ้นอยู่กับรัฐคู่สนธิสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะยอมรับข้อสงวนดังกล่าวหรือไม่

⁷¹ ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว* เจริญวรรตที่ 12, น. 133.

⁷² Bowett, Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties, B.Y.L.L. vol. 67 (1976-1977), pp. 88-90.

⁷³ Article 2 Use of terms

(d) “Reservation” means a unilateral statement, however phrased or named by a State, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, whereby it purports to exclude or to modify the legal effect of certain provisions of the treaty in their application to that State.



หากรัฐคู่สนธิสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยอมรับและรัฐที่ขอตั้งข้อสงวนยังคงยืนยันตามข้อสงวนของตน ก็จะมีผลทำให้รัฐทั้งสองไม่อาจบรรลุข้อสงวนแห่งสนธิสัญญาระหว่างกันได้และจะมีผลทำให้รัฐทั้งสองไม่อาจบรรลุข้อตกลงได้ในที่สุด⁷⁴

ปัญหาที่เกิดกับการตั้งข้อสงวนส่วนใหญ่จะเป็นกรณีของการที่รัฐหนึ่งรัฐหรือกว่านั้นขึ้นไปตั้งข้อสงวนเกี่ยวกับบทบัญญัติต่างๆ ของสนธิสัญญาพหุภาคี (multilateral treaty) การตั้งข้อสงวนนั้นกระทำได้หรือไม่และในขอบเขตเพียงใด เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลในคดี *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*⁷⁵ เกี่ยวกับประเด็นการตั้งข้อสงวนของรัฐในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์พอสรุปประเด็นที่การตั้งข้อสงวนในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์กระทำได้หรือไม่ได้ว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยในประเด็นที่ว่ารัฐซึ่งตั้งข้อสงวนสามารถเป็นภาคีในอนุสัญญา ได้หรือไม่ เมื่อรัฐภาคีเพียงบางรัฐคัดค้านด้วยคะแนนเสียง 7 ต่อ 5 ศาลวินิจฉัยว่ารัฐสามารถตั้งข้อสงวนได้ โดยให้เหตุผลว่าการตั้งข้อสงวนในสนธิสัญญาจะกระทำได้อีกต่อเมื่อสอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญานั้น โดยการเปิดโอกาสให้รัฐอื่นๆ เป็นผู้พิจารณาว่า การตั้งข้อสงวนดังกล่าวเป็นการขัดหรือแย้งกับวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญาหรือไม่ กล่าวคือ เมื่อพิจารณาจาก เจตนารมณ์ของอนุสัญญาฯ ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักมนุษยธรรมและศีลธรรมไปพร้อมๆ กัน และอนุสัญญาดังกล่าวมุ่งประสงค์เพื่อเปิดโอกาสให้รัฐจำนวนมากสามารถเข้ามาเป็นภาคีได้จึงจำเป็นต้องมีความยืดหยุ่นในการพิจารณาว่าควรเข้าเป็นภาคีมากน้อยเพียงใด ดังนั้นวัตถุประสงค์หลักของการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาทำลายล้างเผ่าพันธุ์คือ การที่รัฐต่างๆ เข้าเป็นภาคีให้ได้มากที่สุด แม้ว่า

⁷⁴ ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, **อ้างแล้ว** เิงอรธที่ 12, น. 125-126.

⁷⁵ Advisory Opinion, I.C.J. Reports, (1951), pp. 15-69; I.C.J. Pleadings, Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide; Fitzmaurice, Reservations to Multilateral Conventions, I.C.L.Q., vol. 2 (1953), pp. 1-26; Bishop, Reservations to Treaties, RdC., vol. 146 (1975), pp. 95-218; Kline, Genocide Convention (Advisory Opinion) in Encyclopedia of Public International Law 2: Decisions of International Courts and Tribunals and International Arbitrations, (The Netherlands: North-Holland Publishing Company, 1981), pp. 107-109. 132 และใน ดวงเด่น นาคสีราช, “อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์กับการเข้าภาคยานุวัติของประเทศไทยตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551).

ผู้พิพากษาฝ่ายข้างน้อยจะเห็นว่า หลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการตั้งข้อสงวนเข้าใจเป็นที่ยุติว่าข้อสงวนนั้นจะมีผลได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมอย่างเป็นทางการจากภาคีทั้งปวงแห่งสนธิสัญญา ข้อยกเว้นใดๆ จากหลักกฎหมายเช่นว่านี้ต้องมีการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในสนธิสัญญา โดยเห็นว่าเหตุผลที่ผู้พิพากษาฝ่ายข้างมากให้นั้นเป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นอติวิสัยเกิน ซึ่งคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศเห็นด้วยกับความเห็นอันหลังในตอนแรก แต่ต่อมาก็ได้เห็นด้วยของคำวินิจฉัยของศาลดังกล่าวเนื่องจากเมื่อพิจารณาเกี่ยวกับการเข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญาพหุภาคีนั้น จำนวนของรัฐที่ประสงค์จะเข้าเป็นภาคีมีมากขึ้นเรื่อยๆ หากกำหนดให้รัฐภาคีอื่นแห่งสนธิสัญญาพหุภาคีต้องยอมรับข้อสงวนด้วยคะแนนเสียงเป็นเอกฉันท์ (unanimity) ย่อมเป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติ⁷⁶

สำหรับในเรื่องของการยอมรับ (acceptance) และการคัดค้าน (objection) การตั้งข้อสงวนนี้ Bowett ได้อธิบายว่า ปัญหาเรื่องการตั้งข้อสงวนนั้นมี 2 ประเด็นที่จะต้องพิจารณาเป็นลำดับ คือ ประเด็นที่ว่าข้อสงวนนั้นจะทำได้หรือไม่ (permissible reservation) และประเด็นที่ว่าข้อสงวนนั้นจะถูกคัดค้านได้หรือไม่ (opposable reservation)⁷⁷ ซึ่งจะได้กล่าวในข้อ (ข) และ (ค) ต่อไป

3.5.2 ข้อสงวนที่อนุญาตให้ตั้งได้ (permissible reservation)

ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ข้อ 19 ตอนต้นได้วางหลักทั่วไปไว้ว่า รัฐสามารถตั้งข้อสงวนในสนธิสัญญาได้เมื่อรัฐลงนาม ให้สัตยาบัน ให้การยอมรับ ให้ความเห็นชอบหรือเข้าภาคยานุวัติสนธิสัญญา อย่างไรก็ตามก็ต้องพิจารณาประกอบกับข้อยกเว้นที่ได้วางหลักไว้ในข้อบทเดียวกันนี้ด้วย⁷⁸ ปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการตั้งข้อสงวนในประเด็นแรกเป็นกรณีที่ว่าข้อสงวนนั้นจะตั้งได้หรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ “ข้อสงวนที่อนุญาตให้ตั้งได้”

⁷⁶ โปรดดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น. 129-132 และใน ดวงเด่น นาคสีหราช, “อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์กับการเข้าภาคยานุวัติของประเทศไทยตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 154-155.

⁷⁷ Bowett, *supra* note 72, pp. 88-90.

⁷⁸ See Article 19, *supra* note 72



(permissible reservation หรือ permissibility of reservation) นั้นต้องพิจารณาอย่างไร Bowett ได้อธิบายว่าเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาประกอบกับตัวสนธิสัญญาเป็นหลักและเป็นเรื่องของการตีความสนธิสัญญา (treaty interpretation)⁷⁹ ไม่ใช่เรื่องของนโยบาย (policy) ที่รัฐภาคีอื่นจะต้องยอมรับหรือคัดค้านการตั้งสงวนดังกล่าว ดังนั้น ผลของการที่รัฐอื่นๆ เห็นว่าข้อสงวนนั้นไม่อาจทำได้ จึงเป็นเรื่องของการตีความสนธิสัญญาซึ่งอาจมีการยุติข้อพิพาทเช่นนั้นได้โดยศาลระหว่างประเทศ⁸⁰

สำหรับข้อสงวนที่อนุญาตให้ตั้งได้ตามข้อ 19 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 จะได้รับการยอมรับ (acceptance) หรือการคัดค้าน (objection) จากรัฐภาคีอื่นๆ ได้หรือไม่นั้น ข้อ 20 แห่งอนุสัญญาเดียวกันบัญญัติไว้ว่า

1. ข้อสงวนซึ่งอนุญาตได้ไว้อย่างชัดแจ้งโดยสนธิสัญญาว่า ไม่จำเป็นต้องได้รับการยอมรับจากรัฐภาคีอื่นๆ แห่งสนธิสัญญาอีก เว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เช่นนั้น

2. เมื่อเป็นที่ปรากฏจากจำนวนรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาอันมีจำนวนจำกัดและจากวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์แห่งสนธิสัญญาว่า การใช้บังคับสนธิสัญญาดังกล่าวทั้งฉบับระหว่างรัฐภาคีทั้งหมดเป็นเงื่อนไขสำคัญในการให้ความยินยอมของรัฐแต่ละรัฐที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาแล้ว ข้อสงวนนั้นก็จะต้องได้รับการยอมรับจากรัฐภาคีทั้งหมดด้วย

3. เมื่อสนธิสัญญาเป็นตราสารส่วนหนึ่งขององค์การระหว่างประเทศและเว้นแต่ตราสารสนธิสัญญานั้นจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ข้อสงวนต้องได้รับการยอมรับจากองค์กรซึ่งมีอำนาจ (competent organ) ขององค์การระหว่างประเทศนั้นด้วย

4. ในกรณีซึ่งไม่ตกอยู่ในบังคับแห่งวรรคก่อนและเว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ก. การยอมรับข้อสงวนโดยรัฐภาคีอื่นๆ แห่งสนธิสัญญามีผลทำให้รัฐที่ตั้งข้อสงวนนั้นเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาร่วมกับรัฐที่ยอมรับข้อสงวนเช่นนั้น ถ้าหากหรือเมื่อสนธิสัญญามีผลใช้บังคับต่อรัฐเหล่านั้น

⁷⁹ สำหรับหลักเกณฑ์การตีความสนธิสัญญา โปรดดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, “การตีความกฎหมายระหว่างประเทศ: สนธิสัญญา”, *การใช้การตีความกฎหมาย: 100 ปี ชาตกาลศาสตราจารย์ จิตติ ตั้งศุภทิพย์*, (กรุงเทพ ฯ : กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ตั้งศุภทิพย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 365 – 406.

⁸⁰ Bowett, *supra* note 72

ข. การคัดค้านข้อสงวนโดยรัฐภาคีอื่นๆ แห่งสนธิสัญญาไม่ขัดขวางการมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญาระหว่างรัฐซึ่งตั้งข้อสงวนและรัฐซึ่งคัดค้านการตั้งข้อสงวนนั้น เว้นแต่รัฐซึ่งคัดค้านการตั้งข้อสงวนอยู่ด้วยเท่านั้นจะแสดงเจตนาชัดแจ้งแน่นอนเป็นอย่างอื่น

ค. การกระทำของรัฐอื่นเป็นการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาและมีการตั้งข้อสงวนอยู่ด้วยนั้น จะมีผลทันทีที่อย่างน้อยรัฐภาคีอื่นหนึ่งรัฐยอมรับการตั้งข้อสงวนเท่านั้น

5. เพื่อความมุ่งประสงค์แห่งข้อ 2 และ 4 ข้างต้นและเว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น จะถือว่าข้อสงวนนั้นได้รับการยอมรับจากรัฐอื่น ถ้าหากว่ารัฐอื่นนั้นไม่คัดค้านข้อสงวนเท่านั้นเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาสิบสองเดือนหลังจากที่รัฐอื่นนั้นได้รับแจ้งถึงข้อสงวนนั้นหรือในวันที่รัฐอื่นนั้นได้ให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา สุดแต่ว่าวันใดจะถึงช้ากว่ากัน⁸¹

⁸¹ Article 20 Acceptance of and objection to reservations

1. A reservation expressly authorized by a treaty does not require any subsequent acceptance by the other contracting States unless the treaty so provides.

2. When it appears from the limited number of the negotiating States and the object and purpose of a treaty that the application of the treaty in its entirety between all the parties is an essential condition of the consent of each one to be bound by the treaty, a reservation requires acceptance by all the parties.

3. When a treaty is a constituent instrument of an international organization and unless it otherwise provides, a reservation requires the acceptance of the competent organ of that organization.

4. In cases not falling under the preceding paragraphs and unless the treaty otherwise provides:

(a) acceptance by another contracting State of a reservation constitutes the reserving State a party to

the treaty in relation to that other State if or when the treaty is in force for those States;

(b) an objection by another contracting State to a reservation does not preclude the entry into force of the treaty as between the objecting and reserving States unless a contrary intention is definitely expressed by the objecting State;

(c) an act expressing a State's consent to be bound by the treaty and containing a reservation is effective as soon as at least one other contracting State has accepted the reservation.



3.5.3 ข้อสงวนที่คัดค้านได้ (opposable reservation)

ส่วนปัญหาเรื่องการตั้งข้อสงวนในประเด็นที่สองเกี่ยวกับกรณีที่ว่าข้อสงวนนั้นจะถูกคัดค้านได้หรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ “ข้อสงวนที่คัดค้านได้” (opposable reservation หรือ opposability of reservation) มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างไรนั้น Bowett ได้ตั้งข้อสังเกตว่า ในประเด็นนี้หมายความว่าข้อสงวนนั้นได้ผ่านขั้นตอนของประเด็นแรกมาแล้ว กล่าวคือ ข้อสงวนนั้นเป็นข้อสงวนที่รัฐสามารถทำได้ แต่ข้อสงวนที่รัฐสามารถกระทำได้นั้น รัฐภาคีอื่นๆ จะยอมรับหรือคัดค้านก็เป็นเรื่องของนโยบาย (policy) หรือดุลพินิจของรัฐนั้นๆ ว่าจะยินยอมผูกพันตามข้อสงวนเช่นนั้นหรือไม่ ดังนั้นจึงไม่อาจตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์การวินิจฉัยของศาลระหว่างประเทศได้⁸²

ดังนั้น Bowett จึงอาจสรุปได้ว่ารัฐซึ่งคัดค้านการตั้งข้อสงวนควรจะแสดงให้รัฐซึ่งตั้งข้อสงวนเห็นว่า การคัดค้านการตั้งข้อสงวนนั้นเป็นการคัดค้านเพราะรัฐซึ่งคัดค้านเห็นว่า ข้อสงวนนั้นไม่อาจกระทำได้ (impermissible) หรือคัดค้านเพราะว่าโดยนโยบายหรือในความเห็นของตนแล้ว ตนไม่ต้องการผูกพันตามข้อสงวนเช่นนั้น ในกรณีเช่นว่านี้ จะทำให้รัฐซึ่งตั้งข้อสงวนทราบว่าตนจะมีข้อโต้แย้งประการใด หากรัฐอื่นๆ เห็นว่าการตั้งข้อสงวนของตนนั้นไม่อาจกระทำได้ (impermissible) แต่หากรัฐอื่นๆ ไม่ต้องการที่จะผูกพันตามข้อสงวนของรัฐซึ่งตั้งข้อสงวนแล้วรัฐซึ่งตั้งข้อสงวนก็ไม่มีเหตุผลใดที่จะไปโต้แย้งการคัดค้านนโยบายของรัฐอื่นที่ไม่ต้องการผูกพันตามข้อสงวนของตนเพราะรัฐซึ่งตั้งข้อสงวนนั้นย่อมไม่สามารถบังคับให้รัฐอื่นยอมรับข้อสงวนของตนได้ หากรัฐเช่นนั้นไม่ต้องการเช่นนั้น แต่ถ้าหากรัฐซึ่งทำการคัดค้านข้อสงวนเช่นนั้นไม่แสดงเหตุผลแห่งการคัดค้านของตนว่าเป็นเรื่องของข้อสงวนที่ไม่อาจกระทำได้ (impermissible) หรือเป็นข้อสงวนที่อาจคัดค้านได้ (opposable) ก็ไม่สามารถที่จะกำหนดได้ว่ามีความสัมพันธ์ทางสนธิสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่⁸³

5. For the purposes of paragraphs 2 and 4 and unless the treaty otherwise provides, a reservation is considered to have been accepted by a State if it shall have raised no objection to the reservation by the end of a period of twelve months after it was notified of the reservation or by the date on which it expressed its consent to be bound by the treaty, whichever is later.

⁸² Bowett, supra note 72

⁸³ Id.

ในกรณีที่การคัดค้านการตั้งข้อสงวนนั้นอาศัยเหตุผลอื่นนอกจากเหตุที่ว่าข้อสงวน เช่นว่านั้น ไม่อาจกระทำได้แล้ว ผลของการคัดค้านหรือการยอมรับข้อสงวนเช่นนั้นก็จะไปไปตามข้อ 20 และข้อ 21 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 จะได้รับการยอมรับ (acceptance) หรือการคัดค้าน (objection) ส่วนข้อ 19 แห่งอนุสัญญาเดียวกันวางหลักไว้เพียงว่า ข้อสงวนนั้นจะทำได้หรือไม่เท่านั้น⁸⁴

3.5.4 ผลของการตั้งข้อสงวน

สำหรับผลทางกฎหมายของการตั้งข้อสงวน ไม่ว่าในกรณีข้อสงวนที่อนุญาตให้ตั้งได้ (permissible reservation) ตลอดทั้งการยอมรับและการคัดค้านข้อสงวนดังกล่าวเป็นดังนี้

1. กรณีที่ข้อสงวนที่อนุญาตให้ตั้งได้ (permissible reservation) และได้รับการยอมรับหรือถือว่าได้รับการยอมรับตามข้อ 19, 20 และ 23 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มีผลดังต่อไปนี้

ก. เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาสำหรับรัฐที่ตั้งข้อสงวนในความสัมพันธ์ของตนที่มีอยู่ต่อรัฐภาคีอื่นนั้นในส่วนที่เกี่ยวกับข้อสงวนนั้นและภายในขอบเขตแห่งสงวนดังกล่าวและ

ข. เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาสำหรับภาคีอื่นนั้นในความสัมพันธ์ของตนที่มีอยู่ต่อรัฐที่ตั้งข้อสงวนภายในขอบเขตแห่งสงวนเดียวกันนั้น

2. ข้อสงวนนั้นมีได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาสำหรับภาคีอื่นๆ ในระหว่างกันเอง

3. เมื่อรัฐซึ่งคัดค้านข้อสงวนมิได้คัดค้านการมีผลบังคับแห่งสนธิสัญญาระหว่างตนกับรัฐซึ่งข้อสงวน บทบัญญัติซึ่งเกี่ยวกับการตั้งข้อสงวนนั้นจะไม่ใช่บังคับระหว่างรัฐทั้งสองภายในขอบเขตของข้อสงวนนั้น⁸⁵

⁸⁴ Id.

⁸⁵ Article 21 Legal effects of reservations and of objections to reservations



แต่ถ้าหากรัฐซึ่งคัดค้านข้อสงวนดังกล่าวคัดค้านการมีผลบังคับแห่งสนธิสัญญาด้วย แล้วก็ไม่ถือว่ามีความสัมพันธ์ทางสนธิสัญญาใดๆ เกิดขึ้นระหว่างรัฐที่ตั้งข้อสงวนและรัฐที่คัดค้านข้อสงวนดังกล่าว⁸⁶

โดยทั่วไปแล้ว การตั้งข้อสงวน การยอมรับและการคัดค้านข้อสงวนจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและส่งไปยังรัฐที่เข้าทำสนธิสัญญาอื่นๆ ตลอดจนรัฐภาคีรัฐอื่นใดซึ่งมีสิทธิที่จะเข้าเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญานั้น แต่ในกรณีที่มีการตั้งข้อสงวนแก่สนธิสัญญาในขณะที่รัฐลงนามในสนธิสัญญาโดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องมีการให้สัตยาบัน การยอมรับหรือการให้ความเห็นชอบโดยรัฐนั้นอีกครั้งหนึ่ง รัฐซึ่งตั้งข้อสงวนเช่นนั้นจะต้องให้การยืนยัน (confirmation) อย่างเป็นทางการแก่ข้อสงวนนั้นอีกครั้งหนึ่ง เมื่อรัฐนั้นได้แสดงความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการให้สัตยาบัน การยอมรับหรือการให้ความเห็นชอบเช่นนั้น ในกรณีดังกล่าวข้อสงวนเช่นนั้น ถือว่าได้ทำขึ้นในวันที่รัฐซึ่งตั้งข้อสงวนนั้นให้การยืนยันแก่การตั้งข้อสงวนนั้น⁸⁷

1. A reservation established with regard to another party in accordance with articles 19, 20 and 23:

(a) modifies for the reserving State in its relations with that other party the provisions of the treaty to which the reservation relates to the extent of the reservation; and

(b) modifies those provisions to the same extent for that other party in its relations with the reserving State.

2. The reservation does not modify the provisions of the treaty for the other parties to the treaty inter se.

⁸⁶ ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, **อ้างแล้ว** เิงอรณที่ 12, น. 136.

⁸⁷ Article 23 Procedure regarding reservations

1. A reservation, an express acceptance of a reservation and an objection to a reservation must be formulated in writing and communicated to the contracting States and other States entitled to become parties to the treaty.

2. If formulated when signing the treaty subject to ratification, acceptance or approval, a reservation must be formally confirmed by the reserving State when expressing its consent to be bound by the treaty. In such a case the reservation shall be considered as having been made on the date of its confirmation.

เป็นที่น่าสังเกตว่า ในกรณีข้างต้นนี้ การให้การยืนยันแก่ข้อสงวนนั้นเป็นอย่างเดียวกันกับการให้การยืนยันตัวสนธิสัญญา ดังนั้น จึงถือว่ารัฐผู้ตั้งข้อสงวนนั้นยินยอมที่จะผูกพันตามสนธิสัญญา กล่าวคือ วันที่รัฐนั้นให้สัตยาบัน ให้การยอมรับหรือให้ความเห็นชอบ กรณีเช่นว่านี้ มิใช่กรณีของการยืนยันการลงนามของผู้แทนของรัฐประเภทที่มีเงื่อนไขว่าจะต้องได้รับการยืนยันจากผู้ให้อำนาจเดิมอีกครั้งหนึ่ง (signature ad referendum) ซึ่งจะมีผลย้อนหลังนับตั้งแต่วันที่ผู้แทนของรัฐได้ลงนามเช่นนั้น เมื่อรัฐของผู้แทนได้ยืนยันการลงนามเช่นนั้นแล้ว ในกรณีของข้อสงวนที่ต้องมีการยืนยันอีกครั้งหนึ่งโดยรัฐผู้ตั้งข้อสงวนนี้ หากข้อสงวนที่ได้รับการยืนยันดังกล่าว ได้รับการยอมรับหรือได้รับการคัดค้านจากรัฐภาคีอื่นๆ การยอมรับหรือการคัดค้านเช่นนั้นก็ไม่จำเป็นต้องมีการยืนยันจากรัฐซึ่งยอมรับหรือคัดค้านข้อสงวนดังกล่าวอีกครั้งหนึ่งแต่ประการใด⁸⁸

ในขณะที่รัฐผู้ตั้งข้อสงวนย่อมสามารถถอนข้อสงวนนั้นเสียในเวลาใดๆ ก็ได้ ในการนี้ การถอนข้อสงวนเช่นนั้นมิจำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากรัฐซึ่งได้ยอมรับการตั้งข้อสงวนอีก เว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น เช่นเดียวกัน การคัดค้านการตั้งข้อสงวนจะถอนในเวลาใดๆ ก็ได้ เว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น⁸⁹

การถอนข้อสงวนดังกล่าวนี้จะมีผลต่อรัฐอื่นซึ่งเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาก็ต่อเมื่อรัฐภาคีอื่นๆ เช่นว่านั้น ได้รับคำบอกกล่าวถึงการถอนข้อสงวนแล้วเท่านั้น เว้นแต่สนธิสัญญาจะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นหรือตกลงกันเป็นอย่างอื่น ะหว่างรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา ส่วนการถอนการคัดค้านข้อสงวนจะมีผลต่อรัฐผู้ตั้งข้อสงวนก็ต่อเมื่อรัฐผู้ตั้งข้อสงวนได้รับคำบอกกล่าวถึงการถอนการคัดค้านการตั้งข้อสงวนแล้วเท่านั้น เว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นหรือรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาตกลงกันเป็นอย่างอื่น⁹⁰

⁸⁸ Article 23, id.

3. An express acceptance of, or an objection to, a reservation made previously to confirmation of the reservation does not itself require confirmation.

⁸⁹ Article 22 Withdrawal of reservations and of objections to reservations

1. Unless the treaty otherwise provides, a reservation may be withdrawn at any time and the consent of a State which has accepted the reservation is not required for its withdrawal.

2. Unless the treaty otherwise provides, an objection to a reservation may be withdrawn at any time.

⁹⁰ Article 22, id.



3.6 การเป็นภาคีของสนธิสัญญา

3.6.1 ความหมายของคำว่า “ภาคี” (party)

ข้อ 2 วรรค 1 (g)⁹¹ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และข้อ 2 วรรค 1 (g)⁹² ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 ได้ให้คำนิยามของคำว่า “ภาคี” (party) ได้ว่าหมายถึง “รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศซึ่งได้ให้ความยินยอม”⁹³ เพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาและสนธิสัญญานั้นมีผลใช้บังคับแก่รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศจะเรียกตนเองว่าเป็น “ภาคี” แห่งสนธิสัญญาได้นั้นจะต้องปรากฏว่า (1) รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศได้ให้ ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้นแล้ว โดยการให้ความยินยอมเช่นนั้น จะกระทำโดยการลงนาม การแลกเปลี่ยนตราสาร การให้สัตยาบันหรือการยอมรับหรือการให้ความเห็นชอบหรือการภาคยานุวัติหรือวิธีการอื่นๆ ได้ตามที่พิจารณาไปแล้วในข้อ 3.4 ของงานวิจัยนี้ และ (2) สนธิสัญญานั้นมีผลใช้บังคับแก่รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศนั้นแล้ว พึงสังเกตว่าการที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับแก่รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศนั้นแล้ว เป็นคนละกรณีกับการที่สนธิสัญญานั้นมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป การที่สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับ

3. Unless the treaty otherwise provides, or it is otherwise agreed:

(a) the withdrawal of a reservation becomes operative in relation to another contracting State only when notice of it has been received by that State;

(b) the withdrawal of an objection to a reservation becomes operative only when notice of it has been received by the State which formulated the reservation.

⁹¹ Article 2 Use of terms

1. For the purposes of the present Convention:

(g) “Party” means a State which has consented to be bound by the Treaty and for which the treaty is in force;

⁹² Article 2 Use of terms

1. For the purposes of the present Convention:

(g) “Party” means a State or an international organization which has consented to be bound by the treaty and for which the treaty is in force;

⁹³ Article 2 paragraph 1 (g), *supra* note 90; Article 2 paragraph (g), *id.*

โดยทั่วไปหรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับจำนวนของรัฐที่สนธิสัญญานั้นๆ กำหนดไว้เป็นเงื่อนไขในการให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับ เช่น ข้อ 84 วรรค 1⁹⁴ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และข้อ 85 วรรค 1⁹⁵ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 กำหนดว่าอนุสัญญาดังกล่าวจะมีผลบังคับเมื่อครบ 30 วันนับจากวันที่มีการส่งมอบสัตยาบันสาร (instrument of ratification) หรือภาคยานุวัติสาร (instrument of accession) ฉบับที่ 35 ไปยังผู้มีหน้าที่รักษาคูแลสนธิสัญญา (Depositaries of Treaties) แล้วซึ่งหมายความว่าอนุสัญญาทั้งสองฉบับจะยังไม่มีผลใช้บังคับโดยหากไม่ต้องด้วยเงื่อนไขดังกล่าว และตราบไคที่ยังไม่เข้าเงื่อนไขดังกล่าวจะไม่มีรัฐใดหรือองค์การระหว่างประเทศใดเลยที่เรียกตนว่าเป็น “ภาคี” แห่งอนุสัญญาดังกล่าวได้เลย เพราะตราบไคที่ยังไม่ครบเงื่อนไขดังกล่าวจะไม่มีรัฐใดหรือองค์การระหว่างประเทศใดที่กล่าวอ้างได้ว่าอนุสัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับแก่ตนแล้ว เพราะการที่อนุสัญญาดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับแก่รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศใดก็ตาม สนธิสัญญาดังกล่าวต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปก่อน กล่าวคือ เมื่อเงื่อนไขดังกล่าวไว้ข้างต้นครบถ้วน ณ วันที่ 30 หลังจากการส่งมอบสัตยาบันสารหรือภาคยานุวัติสารครบสามสิบห้าฉบับแล้ว รัฐและองค์การระหว่างประเทศที่ส่งมอบสัตยาบันสารหรือภาคยานุวัติสารทั้งสามสิบห้าฉบับจึงจะสามารถเรียกตนเองว่าเป็น “ภาคี” ได้ทั้งหมด

อย่างไรก็ดี หากหลังจากเงื่อนไขดังกล่าวข้างต้นครบถ้วนแล้ว มีรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศส่งมอบสัตยาบันสารหรือภาคยานุวัติสารไปยังผู้มีหน้าที่ดูแลรักษาสนธิสัญญาแล้ว อนุสัญญาดังกล่าวข้างต้นจะมีผลใช้บังคับสำหรับรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศเช่นนั้น ณ วันที่ 30 หลังจากที่รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศดังกล่าวได้ส่งมอบ

⁹⁴ Article 84 Entry into force

1. The present Convention shall enter into force on the thirtieth day following the date of deposit of the thirty-fifth instrument of ratification or accession.

⁹⁵ Article 85 Entry into force

1. The present Convention shall enter into force on the thirtieth day following the date of deposit of the thirty-fifth instrument of ratification or accession by States or by Namibia, represented by the United Nations Council for Namibia.



สัตยาบันสารหรือภาคยานุวัติสารตามข้อ 84 วรรค 2⁹⁶ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และข้อ 85 วรรค 3⁹⁷ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 แต่สำหรับกรณีขององค์การระหว่างประเทศนั้น วันที่อนุสัญญาฯ ฉบับหลังนี้จะมีผลใช้บังคับแก่องค์การระหว่างประเทศอาจเป็นวันที่ 30 หลังจากที่ยุติการระหว่างประเทศนั้นส่งมอบตราสารที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่ยืนยันอย่างเป็นทางการ (instrument relating to an act of formal confirmation)⁹⁸ หรือภาคยานุวัติสารหรือวันที่อนุสัญญามีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปก็ได้ สุดแต่ว่าวันใดจะเกิดขึ้นหลังสุด⁹⁹

กล่าวโดยสรุปแล้ว วันแรกที่รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศจะเรียกตนเองว่าเป็น “ภาคี” แห่งสนธิสัญญาได้ก็ต่อเมื่อเงื่อนไขที่สนธิสัญญานั้นๆ กำหนดไว้เพื่อให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับครบถ้วนแล้วเท่านั้น ก่อนหน้าวันที่เงื่อนไขดังกล่าวจะครบกำหนด จะไม่มีรัฐใดสามารถเรียกตนเองว่าเป็น “ภาคี” แห่งสนธิสัญญาได้เลย อย่างไรก็ตาม ไม่เป็นเป็นที่ชัดเจนว่าสนธิสัญญาจะกำหนดเงื่อนไขของการเป็น “ภาคี” แตกต่างจากที่ระบุไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาทั้งสองฉบับได้หรือไม่

⁹⁶ Article 84, *supra* note 93

2. For each State ratifying or acceding to the Convention after the deposit of the thirty-fifth instrument of ratification or accession, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after deposit by such State of its instrument of ratification or accession.

⁹⁷ Article 85, *supra* note 94

3. For each international organization depositing an instrument relating to an act of formal confirmation or an instrument of accession, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after such deposit, or at the date the Convention enters into force pursuant to paragraph 1, whichever is later.

⁹⁸ เป็นถ้อยคำที่ให้กับองค์การระหว่างประเทศซึ่งเทียบได้กับการให้สัตยาบัน (ratification) ของรัฐนั่นเอง

⁹⁹ Article 85 paragraph 3, *supra* note 96

ประเด็นต่อไปก็คือ หากรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศไม่สามารถเรียกตัวเองว่าเป็น “ภาคี” แห่งสนธิสัญญาได้ รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศเช่นนั้นจะเรียกตนเองว่าอย่างไร คำตอบก็คือ รัฐอาจเรียกตนเองว่าเป็น “รัฐที่เข้าทำสนธิสัญญา” (contracting State) หรือองค์การระหว่างประเทศอาจเรียกตนเองว่า “องค์การที่เข้าทำสนธิสัญญา” (contracting organization) แล้วแต่กรณี ทั้งนี้เป็นไปตามข้อ 2 วรรค 1 (f)¹⁰⁰ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และข้อ 2 วรรค 1 (f)¹⁰¹ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 ซึ่งให้คำนิยามคำว่า “รัฐที่เข้าทำสนธิสัญญา” และ “องค์การระหว่างประเทศที่เข้าทำสนธิสัญญา” ไว้ว่า หมายถึง รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศที่ได้ให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาไปแล้ว ไม่ว่าสนธิสัญญานั้นจะมีผลใช้บังคับแล้วหรือไม่ก็ตาม¹⁰² ซึ่งหมายความว่ารัฐและองค์การระหว่างประเทศสามารถเรียกตนเองว่าเป็น “รัฐที่เข้าทำสนธิสัญญา” หรือ “องค์การระหว่างประเทศที่เข้าทำสนธิสัญญา” แล้วแต่กรณีได้ตลอดเวลานับแต่รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศเช่นนั้นได้ให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาไปแล้ว ไม่ว่าสนธิสัญญาเช่นนั้นจะมีผลใช้บังคับแล้วหรือไม่ก็ตาม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี หาก “รัฐที่เข้าทำสนธิสัญญา” หรือ “องค์การระหว่างประเทศที่เข้าทำสนธิสัญญา” ต้องด้วยเงื่อนไขของการเป็น “ภาคี” ดังกล่าวข้างต้น พันธกรณีของรัฐและองค์การระหว่างประเทศดังกล่าวตามสนธิสัญญาที่ตนเป็นภาคีก็จะเป็นเช่นเดียวกันกับรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศที่เป็น “ภาคี”

¹⁰⁰ Article 2 paragraph 1 (f) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969

“contracting State” means a state which has consented to be bound by the treaty has entered into force;

¹⁰¹ Article 2 paragraph 1 (f) of the Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, 1986

“contracting State” and “contracting organization” mean respectively;

(i) a State, or

(ii) an international organization,

¹⁰² Id.



ประเด็นต่อไปก็คือ พันธกรณีของรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศที่เป็น “ภาคี” แห่งสนธิสัญญาคืออะไร คำตอบก็คือ รัฐหรือองค์การระหว่างประเทศที่เป็น “ภาคี” แห่งสนธิสัญญาจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีต่างๆ ที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา กล่าวคือ ในกรณีของรัฐนั้น รัฐภาคีต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่ตนเข้าเป็นภาคีตามหลัก *pacta sunt servanda* และโดยสุจริต (good faith) ตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 26¹⁰³ และจะต้องไม่หยิบบกเอากฎหมายภายในของตนมาเป็นเหตุที่จะไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่ตนเป็นภาคีตามข้อ 27¹⁰⁴ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และในกรณีขององค์การระหว่างประเทศที่เป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาก็จะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่ตนเป็นภาคีตามหลัก *pacta sunt servanda* และโดยสุจริต ตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 26¹⁰⁵ และจะต้องไม่หยิบบกเอากฎเกณฑ์ขององค์การระหว่างประเทศมาเป็นต้นเหตุที่จะไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่ตนเป็นภาคีตามข้อ 27¹⁰⁶ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986

ส่วนรัฐที่เข้าทำสนธิสัญญาหรือองค์การระหว่างประเทศที่เข้าทำสนธิสัญญาที่ยังไม่มีสถานะเป็น “ภาคี” ก็ยังไม่มีพันธกรณีตามสนธิสัญญาดังกล่าวข้างต้น แต่ก็ยังมี

¹⁰³ Article 26 “*Pacta sunt servanda*”

Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

¹⁰⁴ Article 27 Internal law and observance of treaties

A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to article 46.

¹⁰⁵ Article 26 “*Pacta sunt servanda*”

Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

¹⁰⁶ Article 27 Internal law of States, rules of international organizations and observance of treaties

1. A State party to a treaty may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform the treaty.
2. An international organization party to a treaty may not invoke the rules of the organization as justification for its failure to perform the treaty.
3. The rules contained in the preceding paragraphs are without prejudice to article 46.

พันธกรณีที่ไม่เกี่ยวข้องกับตัวสนธิสัญญาอยู่ กล่าวคือ ในกรณีที่รัฐเข้าทำสนธิสัญญา จะมีพันธกรณีที่จะต้องไม่กระทำให้อัตถุประสงค์ (object) และความมุ่งประสงค์ (purpose) แห่งสนธิสัญญาเสื่อมเสียไปก่อนที่สนธิสัญญานั้นจะมีใช้บังคับตามข้อ 18 (b)¹⁰⁷ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และในกรณีขององค์การระหว่างประเทศที่เข้าทำสนธิสัญญาก็จะมีพันธกรณีในทำนองเดียวกันกับรัฐดังกล่าวข้างต้นตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 8 (b)¹⁰⁸ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986

3.6.2 ผลทางกฎหมายของการเป็นภาคีของสนธิสัญญา

ก. สนธิสัญญายังไม่มีผลใช้บังคับ

สำหรับกรณีที่สนธิสัญญายังไม่มีผลใช้บังคับ หลักเกณฑ์บางประการเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญา เช่น การรับรองความถูกต้องแท้จริงของตัวบทแห่งสนธิสัญญา การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา การตั้งข้อสงวน การมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญา หน้าที่ของผู้ดูแลรักษาตราสาร การให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาหรือหลักเกณฑ์อื่นๆ นั้น ย่อมเป็นไปตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้บัญญัติไว้ในข้อ 24 วรรค 4¹⁰⁹ ว่า หลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นนี้ให้มีผลใช้บังคับระหว่างรัฐซึ่งเข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญานับแต่เวลาที่มีการยอมรับ (adoption) ตัวบทแห่งสนธิสัญญา

¹⁰⁷ Article 18

(b) it has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed.

¹⁰⁸ Article 18

(b) that State or that organization has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed.

¹⁰⁹ Article 24, Entry into force

4. The provisions of a treaty regulating the authentication of its text, the establishment of the consent of States to be bound by the treaty, the manner or date of its entry into force, reservations, the functions of the depositary and other matters arising necessarily before the entry into force of the treaty apply from the time of the adoption of its text.



นอกจากการใช้บังคับหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นนับแต่เวลาได้มีการยอมรับ (adoption) ตัวยกแห่งสนธิสัญญาก่อนที่สนธิสัญญานั้นจะมีผลใช้บังคับแล้ว ก็อาจมีการกำหนดไว้ในสนธิสัญญาถึงการใช้บังคับบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาบางข้อหรือทุกข้อ เป็นการชั่วคราว (provisional application) ก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับก็ได้ เช่น ในกรณีที่สนธิสัญญากำหนดระยะเวลาในการมีผลใช้บังคับไว้แน่นอนนับแต่วันที่รัฐสุดท้ายตามจำนวนที่กำหนดไว้ เช่น รัฐที่ 3 ในกรณีที่อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้ให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาและก่อนที่จะสิ้นสุดระยะเวลาที่กำหนดไว้เช่นว่านั้น สนธิสัญญาได้กำหนดให้นำบทบัญญัติบางข้อหรือทุกข้อแห่งสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นการชั่วคราว (provisional application) จนกว่าจะสิ้นสุดระยะเวลาที่กำหนดไว้เพื่อให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับก็ได้ หรือรัฐซึ่งเข้าร่วมในการเจรจาในสนธิสัญญาจะตกลงกันให้มีการนำบทบัญญัติบางข้อหรือทุกข้อแห่งสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นการชั่วคราวโดยมิได้ระบุไว้ชัดเจนในสนธิสัญญาก็ได้เช่นกัน¹¹⁰

ในกรณีที่มีการกำหนดไว้ในสนธิสัญญาหรือในกรณีที่รัฐซึ่งเข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญากำหนดให้นำหลักเกณฑ์บางข้อหรือทุกข้อแห่งสนธิสัญญามาใช้บังคับระหว่างกันเป็นการชั่วคราวก่อนที่จะถึงเวลาที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับจริง การใช้บังคับชั่วคราว (provisional application) เช่นว่านั้นจะสิ้นผลบังคับสำหรับรัฐซึ่งเข้าร่วมเจรจาทำสนธิสัญญาว่ารัฐใดรัฐหนึ่งที่รัฐนั้นบอกกล่าวไปยังรัฐที่เข้าร่วมเจรจาทำสนธิสัญญาอื่นๆ ว่าตนไม่มีเจตนาที่จะเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญานั้น เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสนธิสัญญานั้นหรือเว้นแต่รัฐผู้เข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญานั้นจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น¹¹¹

¹¹⁰ Article 25 Provisional application

1. A treaty or a part of a treaty is applied provisionally pending its entry into force if:
 - (a) the treaty itself so provides; or
 - (b) the negotiating States have in some other manner so agreed.

¹¹¹ Article 25, id.

2. Unless the treaty otherwise provides or the negotiating States have otherwise agreed, the provisional application of a treaty or a part of a treaty with respect to a State shall be terminated if that State notifies the other States between which the treaty is being applied provisionally of its intention not to become a party to the treaty.

ข. สนธิสัญญามีผลใช้บังคับแล้ว

ส่วนในกรณีที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับแล้ว โดยปกติสนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับในวันที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาหรือวันที่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาตกลงกัน เช่น ภายใน 30 วันนับแต่วันที่รัฐทั้งปวงซึ่งได้ลงนามส่งมอบตราสารการให้สัตยาบัน ตราสารการยอมรับหรือตราสารการให้ความเห็นชอบแก่เลขาธิการสหประชาชาติแล้ว แต่ถ้าไม่มีการกำหนดวันซึ่งสนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับไว้ในสนธิสัญญาหรือรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น สนธิสัญญาก็จะมีผลใช้บังคับทันทีที่รัฐทั้งหมดซึ่งเข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญาให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา¹¹²

เมื่อสนธิสัญญามีผลใช้บังคับแล้ว และมีรัฐอื่นต้องการเข้าเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาดังกล่าวโดยการภาคยานุวัติหรือการยอมรับหรือการให้ความเห็นชอบอื่นใด สนธิสัญญาเช่นว่านั้นจะมีผลใช้บังคับสำหรับรัฐดังกล่าวในวันที่รัฐนั้นให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการภาคยานุวัติ การยอมรับหรือการให้ความเห็นชอบเช่นนั้น¹¹³

¹¹² Article 24, *supra* note 108

1. A treaty enters into force in such manner and upon such date as it may provide or as the negotiating States may agree.
2. Failing any such provision or agreement, a treaty enters into force as soon as consent to be bound by the treaty has been established for all the negotiating States.

¹¹³ Article 24, *id.*

3. When the consent of a State to be bound by a treaty is established on a date after the treaty has come into force, the treaty enters into force for that State on that date, unless the treaty otherwise provides.



3.7 ผลของสนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับแล้ว

3.7.1 หลัก pacta sunt servanda และ good faith

หลักเกณฑ์ในการที่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาจะต้องให้ความเคารพต่อสนธิสัญญาตามหลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (*pacta sunt servanda*) เป็นหลักเกณฑ์เดียวกับที่บุคคลจะต้องเคารพต่อสัญญา (contract) ซึ่งตนกระทำตามกฎหมายภายในของรัฐและบุคคลเช่นว่านั้นก็จะต้องเคารพต่อสัญญานั้นตามหลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (*pacta sunt servanda*) เช่นกัน และจะต้องปฏิบัติตามสัญญานั้นด้วยความสุจริต (good faith) อีกด้วย

ในกรณีของสนธิสัญญานั้น หลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (*pacta sunt servanda*) และหลักสุจริต (good faith) ก็เป็นหลักในการเคารพและปฏิบัติตามสนธิสัญญาซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งส่วนเดียวกันไม่อาจแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาดได้ ดังที่คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ได้ให้ความเห็นในเรื่องของการเคารพและปฏิบัติตามสนธิสัญญาไว้ว่า หลักสุจริต (good faith) นั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนเดียวกับหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (*pacta sunt servanda*)¹¹⁴ กล่าวคือ ในการเคารพต่อหลักสัญญาต้องเป็นสัญญานั้น รัฐจะต้องกระทำการหรือปฏิบัติตามสนธิสัญญาด้วยความสุจริต ดังนั้น อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 จึงวางหลักในเรื่องของการเคารพและการปฏิบัติตามสนธิสัญญาไว้ในข้อ 26 ว่า สนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับทุกฉบับย่อมผูกพันภาคีแห่งสนธิสัญญาและภาคีนั้นจะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นด้วยความสุจริต¹¹⁵

3.7.2 ห้ามหยิบยกกฎหมายภายในของรัฐเพื่อไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา

นอกจากรัฐจะต้องเคารพต่อสนธิสัญญาซึ่งมีผลใช้บังคับตามหลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (*pacta sunt servanda*) และต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาเช่นว่านั้นด้วย

¹¹⁴ Y.B.I.L.C. vol. II (1996), p. 211.

¹¹⁵ Article 26 Pacta sunt servanda

Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

ความสุจริต (good faith) แล้วรัฐจะอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของตนมาเป็นข้ออ้างในการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาไม่ได้¹¹⁶ เว้นแต่กฎหมายภายในซึ่งรัฐยกขึ้นอ้างนั้นเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสามารถของผู้แทนของรัฐในการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา ในกรณีเช่นว่านี้กฎหมายภายในที่จะยกขึ้นกล่าวอ้างนั้น ต้องเป็นกฎหมายภายในที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง และการฝ่าฝืนกฎหมายภายในเกี่ยวกับความสามารถในการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้นเป็นการฝ่าฝืนที่ชัดแจ้ง (manifest) ตามที่บทบัญญัติไว้ในข้อ 46 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969

นอกจากนี้รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญายังต้องผูกพันตามผลของสนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับแล้วซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้แก่ สนธิสัญญาย่อมไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง¹¹⁷ สนธิสัญญาย่อมมีผลใช้บังคับสนธิสัญญาแก่ดินแดนทั้งหมดของรัฐภาคี¹¹⁸ การใช้บังคับสนธิสัญญาหลายฉบับที่ต่อเนื่องกันและเกี่ยวข้องกับเรื่องเดียวกัน¹¹⁹ และการใช้บังคับสนธิสัญญาต่อรัฐที่สาม¹²⁰

¹¹⁶ Article 27 Internal law and observance of treaties

A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to article 46.

¹¹⁷ Article 28 Non-retroactivity of treaties

Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party.

¹¹⁸ ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 12, น. 141-142.

¹¹⁹ See Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969 และดูรายละเอียดใน *เพ็งอ้าง*, น. 142-144.

¹²⁰ See Article 34, 35, 36, 37 and 38 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969 และดูรายละเอียดใน *เพ็งอ้าง*, น. 144-145.



3.8 ความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญา (invalidity of treaties)¹²¹

คำว่า “ความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญา” (invalidity of treaties) ซึ่งบัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นี้มีความหมายสองนัยได้แก่นัยแรก “ความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญา” อาจหมายความว่าความไม่สมบูรณ์ในการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา (invalidity of consent of a state to be bound by a treaty) หรือเรียกว่า ความไม่สมบูรณ์ของ “ความยินยอม” เพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา

นัยที่สอง “ความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญา” อาจหมายถึงกรณีที่สนธิสัญญานั้นตกเป็นโมฆะตั้งแต่เริ่มแรก (void ab initio) หรือเรียกว่า “ความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญาทั้งฉบับ”

อนึ่งสำหรับปัญหาเรื่อง “ความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญา” ในกรณีที่ เป็นสนธิสัญญาทวิภาคี (bilateral treaty) ทั้งในกรณีของการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาหรือเรียกว่า ความไม่สมบูรณ์ของ “ความยินยอม” เพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา และในกรณีที่สนธิสัญญาดตกเป็นโมฆะทั้งฉบับหรือเรียกว่า ความไม่สมบูรณ์ของ “สนธิสัญญา” ทั้งฉบับ อาจไม่แตกต่างกันในแง่ของผลทางกฎหมาย กล่าวคือ ไม่ว่าสนธิสัญญาทวิภาคีนั้นจะเป็นโมฆะหรือความยินยอมของรัฐใดรัฐหนึ่งเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาทวิภาคีนั้นไม่สมบูรณ์ก็ตาม สนธิสัญญาทวิภาคีเช่นว่านั้นก็จะมีผลในทางกฎหมายเป็นอย่างเดียวกัน กล่าวคือ ไม่ผูกพันรัฐภาคีทั้งสองแต่ประการใด¹²²

ในขณะที่กรณีของสนธิสัญญาพหุภาคี (multilateral treaty) ความแตกต่างระหว่างกรณีของการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาหรือเรียกว่า ความไม่สมบูรณ์ของ “ความยินยอม” เพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา และในกรณีที่สนธิสัญญาดตกเป็นโมฆะทั้งฉบับหรือเรียกว่า ความไม่สมบูรณ์ของ “สนธิสัญญา” ทั้งฉบับ จะเห็นได้ชัดเจนว่า ในกรณีของความสมบูรณ์ของการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้น ความสมบูรณ์ของกรณีหลังนี้ย่อมไม่เป็นเหตุสนธิสัญญานั้นตกเป็นโมฆะเสียเปล่าแต่ประการใด เพียงแต่รัฐซึ่งมีเหตุอ้างความไม่สมบูรณ์ของการให้ความยินยอม

¹²¹ S.E. Nakhlek, The Grounds of Invalidity and Termination of Treaties, A.J.I.L.vol. 65(1971).

¹²² Sinclair, *supra* note 27, p. 8.

ของตนนั้นย่อมไม่ต้องผูกพันตามสนธิสัญญาพหุภาคีนั้นและสนธิสัญญา พหุภาคีนั้น ยังคงมีผลบังคับต่อไปในระหว่างรัฐภาคีอื่นๆ ซึ่งได้ให้ความยินยอมเพื่อผูกพัน ตามสนธิสัญญาพหุภาคีนั้น¹²³ แต่ในกรณีที่สนธิสัญญาตกเป็นโมฆะย่อมเสียเปล่า มาตั้งแต่ต้น ย่อมไม่ถือว่าสนธิสัญญาเกิดขึ้นเลยระหว่างรัฐภาคีที่ทั้งปวงแห่งสนธิสัญญา สำหรับรายละเอียดของความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญามีดังต่อไปนี้

3.8.1 ความไม่สมบูรณ์ของการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าคำว่า “ความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญา” ตามนัย ที่หมายถึง ความไม่สมบูรณ์ของความ “ยินยอม” เพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาหรือความ ไม่สมบูรณ์ในการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา (invalidity of consent of a state to be bound by a treaty) ในกรณีเช่นว่านี้ โดยปกติแล้วจะไม่ทำให้ สนธิสัญญานั้นเป็นโมฆะเหมือนกับนัยแรก แต่จะเปิดโอกาสให้รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา ซึ่งให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยไม่สมัครใจหรือโดยมีเหตุบกพร่อง อย่างใดอย่างหนึ่ง สามารถยกเอาเหตุดังกล่าวข้างต้นขึ้นกล่าวอ้างได้ว่าการให้ความ ยินยอมของตนเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้นไม่สมบูรณ์ ดังนั้น สนธิสัญญาจึงไม่ผูกพัน รัฐเช่นนั้น เช่น ในกรณีของการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา อันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายภายในของรัฐเกี่ยวกับเรื่องความสามารถ (capacity) ของผู้ทำ สนธิสัญญาตามข้อ 46 หรือความผิดพลาด (error) หรือสำคัญผิดในข้อเท็จจริงหรือใน สถานการณ์ขณะที่ทำสนธิสัญญาตามข้อ 48 หรือการฉ้อฉล (fraud) เพื่อให้มีการให้ความ ยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาตามข้อ 49 หรือแม้กระทั่งการประทุพถิมขอบ (corruption) ของผู้แทนของรัฐในการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา ตามข้อ 50 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969¹²⁴ ส่วน การข่มขู่ (coercion) ตัวผู้แทนของรัฐตามข้อ 51 แห่งอนุสัญญาดังกล่าวนี้นี้จะมีผลแตกต่าง ออกไปเล็กน้อย กล่าวคือ จะไม่ถือว่ามี การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตาม สนธิสัญญาเกิดขึ้นเลยในขณะนั้น โดยไม่จำเป็นต้องยกมาเป็นเหตุกล่าวอ้างในภายหลัง เหมือนกับกรณีอื่นๆ ดังกล่าวข้างต้นอีก ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดดังต่อไปนี้

¹²³ Id.

¹²⁴ Sinclair, *supra* note 27, p. 8.



ก. ความสามารถ (capacity) ของผู้ทำสนธิสัญญา

ข้อ 46 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 บัญญัติว่า รัฐไม่อาจหยิบยกข้อเท็จจริงที่ว่า การให้ความยินยอมของตนเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้นกระทำโดยการฝ่าฝืนกฎหมายภายในของรัฐนั้นเกี่ยวกับความสามารถของผู้แทนของรัฐในการทำสนธิสัญญานั้น มาเป็นเหตุที่ทำให้ความยินยอมของตนเช่นนั้นไม่สมบูรณ์ เว้นแต่การฝ่าฝืนกฎหมายภายในเช่นนั้นจะเป็นการชัดเจน (manifest) และเกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายภายในที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง (fundamental importance) ในกรณีเช่นนั้น การฝ่าฝืนกฎหมายภายในดังกล่าวจะถือว่าชัดเจน (manifest) เมื่อการฝ่าฝืนนั้นเป็นที่ประจักษ์ชัด (evident) ในทางภาวะวิสัย (objective) แก่รัฐใดๆ ที่ปฏิบัติตนในเรื่องเช่นนั้นตามครรลองแห่งการถือปฏิบัติตามปกติ (normal practice) และโดยสุจริต (good faith)¹²⁵

หลักดังกล่าวข้างต้นนี้ เป็นการประนีประนอมแนวความคิดของนักกฎหมายสองฝ่ายกล่าวคือ ฝ่ายที่สนับสนุนความสำคัญของกฎหมายภายในซึ่งเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ (constitutionalists) และฝ่ายที่สนับสนุนกฎหมายระหว่างประเทศ (internationalist) โดยฝ่ายที่นิยมกฎหมายรัฐธรรมนูญเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะปล่อยให้กฎหมายภายในของรัฐ กำหนดองค์หรือวิธีการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาและการฝ่าฝืนกฎหมายภายในเช่นนั้นย่อมส่งผลให้ความยินยอมเช่นนั้นตกเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์¹²⁶

ส่วนฝ่ายที่นิยมกฎหมายระหว่างประเทศเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะพิจารณาเฉพาะความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาซึ่งแสดงออกในทางระหว่างประเทศเท่านั้น และการกระทำของผู้แทนของรัฐซึ่งมีความสามารถตามกฎหมาย

¹²⁵ Article 46 Provisions of internal law regarding competence to conclude treaties

1. A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance.

2. A violation is manifest if it would be objectively evident to any State conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith.

¹²⁶ Sinclair, *supra* note 27, p. 89.

ระหว่างประเทศจะกระทำการผูกพันรัฐได้และยังได้รับมอบอำนาจอย่างชัดแจ้งให้กระทำการเช่นนั้นในบางกรณี ก็ย่อมผูกพันรัฐดังกล่าวด้วย ถึงแม้ว่าจะเป็นกาฉ่าฝืนกฎหมายภายในของรัฐนั้นก็ตาม¹²⁷

คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งประชุมยก่างอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เห็นว่าควรผสมผสานแนวความคิดทั้งสองฝ่ายเข้าด้วยกัน โดยวางหลักเกณฑ์ทั่วไปว่า การฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในเกี่ยวกับเรื่องความสามารถของผู้แทนของรัฐในการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้น ไม่เป็นเหตุที่จะทำให้การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้นเสียไป เว้นแต่การฝ่าฝืนกฎหมายภายในเช่นนั้นจะเป็นการขัดแจ้งและเกี่ยวข้องกัฏกเกณฑ์แห่งกฎหมายภายในที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง เช่น บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เป็นต้น ทั้งนี้การฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในอย่างชัดแจ้งดังกล่าว ให้พิจารณาจากเกณฑ์ที่ว่า รัฐซึ่งปฏิบัติตนในเรื่องเช่นนั้นตามครรลองแห่งการถือปฏิบัติตามปกติ (normal practice) และโดยสุจริต (good faith) ก็ทราบถึงการฝ่าฝืนเช่นนั้น¹²⁸

เช่นเดียวกัน ในกรณีที่อำนาจของผู้แทนของรัฐในการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้นตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดบางประการ เช่น รัฐของผู้แทนนั้นมอบอำนาจให้ผู้แทนของตนเพียงเพื่อเจรจาและลงนามในสนธิสัญญาแบบมีเงื่อนไขว่าต้องได้รับการยืนยันจากรัฐของผู้แทนนั้นอีกครั้งหนึ่ง (signature ad referendum) หากผู้แทนดังกล่าวฝ่าฝืนข้อจำกัดเช่นนั้น เช่น กลับให้สัตยาบันแห่งสนธิสัญญาเสียเอง ในกรณีเช่นว่านี้ การละเลยไม่ปฏิบัติตามข้อจำกัดดังกล่าว ย่อมไม่อาจนำมากล่าวอ้างเป็นเหตุเพื่อให้ความยินยอมของรัฐนั้นตกเป็นอันไม่สมบูรณ์ได้ เว้นแต่ข้อจำกัด (restriction) เช่นว่านั้นจะได้แจ้งให้รัฐซึ่งเข้าร่วมในการเจรจาทราบก่อนที่จะมีการให้ความยินยอมของรัฐเช่นนั้นแล้ว¹²⁹

¹²⁷ Id.; Holloway, *Modern Trends in Treaty Law, Constitutional Law, Reservations and The Three Modes of Legislation*, (London: Stevens, 1967), pp. 123-133.

¹²⁸ Sinclair, *supra* note 27, p. 89.

¹²⁹ Article 47 Specific restrictions on authority to express the consent of a State If the authority of a representative to express the consent of a State to be bound by a particular treaty has been made subject to a specific restriction, his omission to observe that restriction may not be invoked as invalidating the consent expressed by him unless the restriction was notified to the other negotiating States prior to his expressing such consent.



ข. ความผิดพลาด (Error) ในสนธิสัญญา

ข้อ 48 วรรค 1 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 บัญญัติว่า รัฐอาจหยิบยกความผิดพลาด (error) ในสนธิสัญญามาเป็นเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้นได้ หากความผิดพลาดนั้นเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ซึ่งรัฐเชื่อนำนั้นเข้าใจว่ามีอยู่ในเวลาที่ทำสนธิสัญญา และเป็นพื้นฐานอันสำคัญของการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา¹³⁰

คำว่า “ความผิดพลาดของสนธิสัญญา” (error in a treaty) ตามข้อ 48 วรรค 1 ดังกล่าวข้างต้นนี้ หมายถึงความผิดพลาดหรือความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับสนธิสัญญา¹³¹ หรือในสถานการณ์ซึ่งรัฐนั้นเข้าใจว่ามีอยู่ในเวลาที่ทำสนธิสัญญาและเป็นพื้นฐานอันสำคัญของการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา¹³²

ความผิดพลาดเกี่ยวกับสนธิสัญญานี้ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องความผิดพลาดของแผนที่ในการแบ่งเขตแดนของรัฐ เช่น คดี *Temple of Preah Vihear*¹³³ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ยอมรับข้อกล่าวอ้างของประเทศไทยว่า แผนที่แบ่งเขตแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชานั้นผิดพลาดและคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะมุ่งที่เหตุซึ่งประเทศไทยไม่อาจจะอ้างความผิดพลาดของแผนที่แบ่งเขตแดนระหว่างประเทศไทยกับกัมพูชามาเป็นเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของแผนที่เชื่อนำนั้น เพราะประเทศไทยถูกปิดปาก (estoppel) เนื่องจากปล่อยให้เวลาล่วงเลยมานานจนอาจถือได้ว่าเป็นการให้การยอมรับโดยไม่ได้แย้ง (acquiescence) การกำหนดเส้นแบ่งเขตแดนในแผนที่ดังกล่าวดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 45 วรรค 6¹³⁴ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969

¹³⁰ Article 48 Error

1. A State may invoke an error in a treaty as invalidating its consent to be bound by the treaty if the error relates to a fact or situation which was assumed by that State to exist at the time when the treaty was concluded and formed an essential basis of its consent to be bound by the treaty.

¹³¹ Waldock, *Official Records*, First Session, 45th Meeting

¹³² คุรายละเอียดใน จมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว* เชียงธรรมที่ 12, น. 159.

¹³³ I.C.J. Reports (1962), pp. 6-146.

¹³⁴ คุรายละเอียดใน จมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว* เชียงธรรมที่ 12, น. 159.

อย่างไรก็ดี ความผิดพลาดหรือการสำคัญผิดดังกล่าวข้างต้นนี้อาจยกมาเป็นเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาได้ หากปรากฏว่ารัฐนั้นมีส่วนที่ก่อให้เกิดความผิดพลาดเช่นนั้นหรือเมื่อพิจารณาจากพฤติการณ์ต่างๆ แล้ว รัฐนั้นสามารถรู้ถึงความผิดพลาดที่เกิดขึ้นและอาจป้องกันเสียได้¹³⁵ ข้อยกเว้นนี้ได้มาจากหลักซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วางหลักไว้ในคดี *Temple of Preah Vihear* ระหว่างประเทศกัมพูชากับประเทศไทยซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของประเทศไทยที่ว่า แผนที่แบ่งเขตแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชาผิดพลาด โดยศาลกล่าวว่าข้ออ้างเช่นนั้นไม่อาจยอมรับให้เป็นเหตุแห่งการปฏิเสธการให้ความยินยอมของรัฐได้ หากรัฐภาคีซึ่งกล่าวอ้างความผิดพลาดนั้นมีส่วนร่วมในความผิดพลาดเช่นนั้น โดยการกระทำของตนเองหรือสามารถหลีกเลี่ยงความผิดพลาดนั้นได้ หรือหากมีพฤติการณ์ที่ชี้ได้ว่ารัฐนั้นสามารถรู้ถึงความผิดพลาดที่จะเกิดขึ้นได้¹³⁶

ค. การฉ้อฉล (fraud) ของผู้แทนของรัฐ

ข้อ 49 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 บัญญัติว่า หากรัฐเข้าทำสนธิสัญญาเพราะการประพฤติฉ้อฉลของรัฐภาคีอื่น รัฐซึ่งถูกฉ้อฉลเช่นนั้นอาจอ้างการฉ้อฉลดังกล่าวมาเป็นเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาได้¹³⁷

ตัวอย่างของการทำสนธิสัญญาของรัฐโดยการถูกฉ้อฉลนั้นหาได้ยากหรือแทบจะไม่มีเลย ทั้งในทางปฏิบัติของรัฐและในคำวินิจฉัยของศาลระหว่างประเทศ¹³⁸ แต่ทั้งคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศและนักกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น McNair¹³⁹

¹³⁵ Article 48, I.C.J. Reports, *supra* note 131.

1. Paragraph 1 shall not apply if the State in question contributed by its own conduct to the error or if the circumstances were such as to put that State on notice of a possible error.

¹³⁶ I.C.J. Reports (1962), pp. 6-146.

¹³⁷ Article 49 Fraud

If a State has been induced to conclude a treaty by the fraudulent conduct of another negotiating State, the State may invoke the fraud as invalidating its consent to be bound by the treaty.

¹³⁸ Sinclair, *supra* note 27, p. 93; Y.B.I.L.C., vol. II (1966), p. 73.

¹³⁹ McNair, *Law of Treaties* (1961), p. 211.



Guggenheim¹⁴⁰ และ Rousseau¹⁴¹ ต่างเห็นพ้องต้องกันว่า การทำสนธิสัญญาโดยการฉ้อฉล (fraud) เป็นเหตุที่ทำให้การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้นไม่สมบูรณ์ได้

คำว่า “การประพฤติฉ้อฉล” (fraudulent conduct) ดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 49 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นั้นหมายความรวมถึงข้อความที่ไม่เป็นจริง (false statements) การแสดงข้อความอันเป็นเท็จ (misrepresentation) หรือการประพฤติหลอกลวง (deceitful conducts) เพื่อให้รัฐอื่นให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาดังกล่าว¹⁴²

ง. การประพฤติมิชอบ (corruption) ของผู้แทนของรัฐ

ข้อ 50 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 บัญญัติว่า หากการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาเกิดขึ้นเพราะการประพฤติมิชอบของผู้แทนของรัฐที่เกิดขึ้นไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมจากรัฐอื่นซึ่งเข้าร่วมในการทำเจรจาทำสนธิสัญญา รัฐเช่นว่านั้นอาจอ้างการประพฤติมิชอบเช่นว่านั้น เป็นเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาได้¹⁴³

คำว่า “ประพฤติมิชอบ” (corruption) ของผู้แทนของรัฐนี้ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศมุ่งที่การประพฤติมิชอบอันเกิดจากการกระทำของรัฐอื่นซึ่งเข้าร่วมในการเจรจาในการทำสนธิสัญญาแก่ผู้แทนของรัฐอีกรัฐหนึ่ง

ในกรณีที่การประพฤติมิชอบของผู้แทนของรัฐเกิดจากการกระทำของผู้แทนของรัฐเองโดยสมัครใจและโดยรู้ว่าการกระทำของตนนั้นเข้าข่ายประพฤติมิชอบแล้ว การให้ความยินยอมของผู้แทนดังกล่าวจะถือว่าผูกพันรัฐของตนหรือไม่ หากปรากฏว่าผู้แทนเช่นว่านั้นมีความสามารถที่จะให้ความยินยอมเพื่อผูกพันรัฐของตนได้ ในกรณีเช่นนี้

¹⁴⁰ Guggenheim, *Traité de Droit International Public*, vol. I (1953), p. 92.

¹⁴¹ Rousseau, *Principes Généraux de Droit International Public*, vol. I, p. 351.

¹⁴² Y.B.I.L.C., vol. II (1996), p. 244.

¹⁴³ Article 50 Corruption of a representative of a State

If the expression of a State is consent to be bound by a treaty has been procured through the corruption of its representative directly or indirectly by another negotiating State, the State may invoke such corruption as invalidating its consent to be bound by the treaty.

คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศเห็นว่า หากการประพัตติมิชอบดังกล่าวเกิดจากการกระทำของตัวผู้แทนของรัฐเอง โดยไม่เกี่ยวข้องหรือมิได้เกิดจากการกระทำไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมจากรัฐอื่นซึ่งเข้าร่วมในการเจรจาในการทำสนธิสัญญาแล้ว ก็ยังไม่ถือว่าเป็นเหตุเพียงพอที่จะให้รัฐอ้างการประพัตติมิชอบของผู้แทนของตนเพื่อเป็นเหตุที่จะทำให้ความยินยอมของตนเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้นไม่สมบูรณ์ได้ รัฐจะอ้างเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของการให้ความยินยอมของตนเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาในกรณีของการประพัตติมิชอบของผู้แทนของตนได้ก็ต่อเมื่อการประพัตติมิชอบดังกล่าวมีรัฐอื่นๆ ซึ่งเข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญามีส่วนร่วมอยู่ด้วย ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม ในการก่อให้เกิดความประพัตติมิชอบเช่นนั้น¹⁴⁴

จ. การข่มขู่ (coercion) ผู้แทนของรัฐ

ข้อ 51 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 บัญญัติว่า การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาอันเกิดขึ้นจากการข่มขู่ (coercion) ผู้แทนของรัฐโดยการกระทำหรือการคุกคาม (threats) อันมุ่งต่อตัวผู้แทนของรัฐ ย่อมไม่มีผลในทางกฎหมายแต่ประการใด¹⁴⁵

คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศเห็นว่า การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาอันเกิดขึ้นจากการข่มขู่หรือคุกคามผู้แทนของรัฐนั้นมีความร้ายแรงมากกว่าความผิดพลาด (error) การฉ้อฉล (fraud) หรือการประพัตติมิชอบ (corruption) ของผู้แทนของรัฐดังกล่าวข้างต้น ดังนั้นผลในทางกฎหมายของการข่มขู่ผู้แทนของรัฐจึงแตกต่างจากผลทางกฎหมายของการให้ความยินยอมของรัฐอันเกิดจากความผิดพลาด การฉ้อฉลหรือการประพัตติมิชอบของผู้แทนของรัฐ กล่าวคือ การข่มขู่ผู้แทนของรัฐเพื่อให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้นจะถือว่าเท่ากับไม่มีการให้ความยินยอมของรัฐเช่นนั้นเลยทีเดียว โดยไม่จำเป็นต้องยกเป็นเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาในภายหลัง

¹⁴⁴ Y.B.I.L.C., vol. II (1966), p. 245.

¹⁴⁵ Article 51 Coercion of a representative of a State

The expression of a State is consent to be bound by a treaty which has been procured by the coercion of its representative through acts or threats directed against him shall be without any legal effect.



เหมือนกับกรณีของความผิดพลาด การฉ้อฉลหรือการประพฤติมิชอบของผู้แทนของรัฐอีกด้วย ดังนั้น หากการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาเกิดจากการข่มขู่ผู้แทนของรัฐ การให้ความยินยอมของรัฐเช่นนั้นก็จะไม่มีผลในทางกฎหมายแต่ประการใดเลย คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้ยกตัวอย่างกรณีของการข่มขู่ประธานาธิบดี และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของเชโกสโลวาเกียโดยเยอรมนีใน ค.ศ. 1939 เพื่อให้ลงนามในสนธิสัญญาแต่งตั้งให้เยอรมนีเป็นรัฐผู้ให้อารักขา (protecting State) แก่แคว้น โบฮีเมีย (Bohemia) และโมราเวีย (Moravia)¹⁴⁶ ซึ่งเป็นตัวอย่างของการข่มขู่ผู้แทนของรัฐอันจะมีผลทำให้สนธิสัญญาไม่มีผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด¹⁴⁷

3.8.2 ความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญาทั้งฉบับ

สำหรับความไม่สมบูรณ์ของ “สนธิสัญญา” ทั้งฉบับ หรือกรณีที่สนธิสัญญานั้นตกเป็นโมฆะตั้งแต่เริ่มแรก (void *ab initio*) ซึ่งเป็นความหมายอีกนัยหนึ่งนั้นคำว่า “ความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญา” ในกรณีเช่นนี้ได้แก่ กรณีของการทำสนธิสัญญาอันเกิดขึ้นจากการคุกคามหรือการใช้อำนาจอันฝ่าฝืนต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ (coercion of a state by the threat or use of force) ที่ประมวลไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติตามข้อ 52 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และการทำสนธิสัญญาโดยขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens* หรือ peremptory norm) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศตามข้อ 53 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เป็นต้น¹⁴⁸

เหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญาทั้งฉบับในที่นี้หมายถึงเหตุที่จะทำให้อสนธิสัญญาทั้งฉบับมิใช่เฉพาะเพียงข้อใดข้อหนึ่งหรือหลายข้อเท่านั้น¹⁴⁹ ตกเป็นโมฆะมาตั้งแต่ต้น (void *ab initio*) ซึ่งจะทำให้สนธิสัญญานั้นเสียเปล่ามาแต่ต้นในทันทีที่ทำ

¹⁴⁶ MY.B.I.L.C., vol. II (1966), p. 246.

¹⁴⁷ ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว* เจริญวรรตที่ 12, น. 167.

¹⁴⁸ Sinclair, *supra* note 27, p. 8.

¹⁴⁹ See Article 44 Separability of treaty provisions

5. In cases falling under articles 51, 52 and 53, no separation of the provisions of the treaty is permitted.

สนธิสัญญาโดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าสนธิสัญญาเช่นนั้น จะเป็นสนธิสัญญาทวิภาคีหรือสนธิสัญญาพหุภาคี เหตุที่ทำให้สนธิสัญญาไม่สมบูรณ์ทั้งฉบับพิจารณาได้ดังนี้

ก. การข่มขู่ (coercion) รัฐ

ข้อ 52 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 บัญญัติว่าสนธิสัญญาเป็นโมฆะ (void) หากว่าสนธิสัญญานั้นเกิดขึ้นเพราะการคุกคาม (threat) หรือการใช้กำลัง (use of force) ต่อรัฐอันเป็นการฝ่าฝืนหลักกฎหมายระหว่างประเทศตามที่ปรากฏอยู่ใน กฎบัตรสหประชาชาติ¹⁵⁰

ความเป็นโมฆะสูญเปล่าของสนธิสัญญาเพราะเหตุแห่งการคุกคามหรือการใช้กำลังนั้น เป็นที่ยอมรับภายหลังจากการใช้กำลัง (use of force) เป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 2 ววรรค 4 ของกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งห้ามรัฐสมาชิกของสหประชาชาติทำการคุกคาม (threat) หรือใช้กำลัง (use of force) ต่อบูรณภาพแห่งดินแดน (territorial integrity) และเอกราชทางการเมือง (political independence) ของรัฐอื่นใดหรือในลักษณะอื่นใดอันขัดต่อความมุ่งประสงค์ของสหประชาชาติ¹⁵¹

ปัญหาที่เกิดขึ้นในเรื่องของการใช้กำลังข่มขู่รัฐอื่นจะมีผลทำให้สนธิสัญญาดตกเป็นโมฆะแต่ต้นนี้ ก็คือการตีความคำว่า “การคุกคาม” (threat) และ “การใช้กำลัง” (use of force) โดยรัฐบาลรัฐในที่ประชุมรับรองร่างอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 โดยเฉพาะรัฐในทวีปแอฟริกา เอเชียและละตินอเมริกาบางรัฐ (ซึ่งรู้จักกันในนามของกลุ่มสิบเก้า) ซึ่งพยายามที่จะตีความคำว่า “การคุกคาม” และ “การใช้กำลัง” ดังกล่าวให้รวมถึงการคุกคามหรือการกดดันทางเศรษฐกิจและการเมืองด้วย ซึ่งได้รับการคัดค้านจากรัฐตะวันตกด้วยเหตุที่ว่า การขยายถ้อยคำที่ใช้ในข้อ 52 ของ

¹⁵⁰ Article 52 Coercion of a State by the threat or use of force

A treaty is void if its conclusion has been procured by the threat or use of force in violation of the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations.

¹⁵¹ Article 2 of the Charter of the United Nations

4. All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.



อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นั้นมีผลเท่ากับเป็นการขยายถ้อยคำเดียวกับที่ได้บัญญัติอยู่ในข้อ 2 วรรค 4 ของกฎบัตรสหประชาชาติด้วย ซึ่งถ้อยคำที่ใช้ในข้อ 2 วรรค 4 ของกฎบัตรสหประชาชาติดังกล่าวนี้หมายถึงการใช้กำลังทางกายภาพหรือกำลังอาวุธ (physical or armed force) เท่านั้น โดยไม่ขยายไปถึงการคุกคามหรือการกดดันทางเศรษฐกิจและการเมืองดังที่ประเทศเหล่านั้นตีความด้วย เพราะหากตีความคำว่า “การคุกคาม” หรือ “การใช้กำลัง” ให้มีความหมายรวมถึงการคุกคามหรือการกดดันทางเศรษฐกิจและการเมืองด้วยแล้ว ก็จะเท่ากับเป็นการเปิดโอกาสให้มีการกล่าวอ้างว่าสนธิสัญญาตกเป็นโมฆะมาตั้งแต่ต้นอันจะส่งผลต่อการเจรจาทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐที่พัฒนาแล้วและรัฐกำลังพัฒนา ซึ่งรัฐตะวันตกเห็นว่าหากเปิดโอกาสให้มีการตีความให้รวมถึงการคุกคามหรือการกดดันทางเศรษฐกิจและการเมืองด้วยแล้ว ก็จะส่งผลต่อการยอมรับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 โดยรัฐตะวันตกได้ และยังส่งผลต่อความมั่นคง (security) และเสถียรภาพ (stability) ของสนธิสัญญาดังกล่าวอีกด้วย¹⁵²

หลังจากที่ได้มีการเจรจานครอกระหว่างกลุ่มลัทธิเสรีและรัฐตะวันตกแล้วก็สามารถหาข้อยุติได้ โดยกลุ่มลัทธิเสรีจะถอนการขอแก้ไขถ้อยคำแห่งข้อ 52 ไปโดยให้คงถ้อยคำไว้ในทำนองเดียวกันกับที่ใช้ในข้อ 2 วรรค 4 ของกฎบัตรสหประชาชาติและได้มีการทำปฏิญญาร่วมกัน โดยมติเอกฉันท์ในอันที่จะประณามการคุกคามหรือการกดดันทางเศรษฐกิจและทางการเมืองในทุกรูปแบบและแนบปฏิญญาดังกล่าวไว้ท้ายกรรมสารสุดท้าย (Final Act) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ด้วย¹⁵³

ประเด็นสำคัญอีกประเด็นหนึ่งซึ่งคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศจะต้องพิจารณาเกี่ยวกับการใช้บังคับข้อ 52 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ก็คือว่า หลักที่บัญญัติไว้ในข้อ 52 นี้จะเริ่มใช้บังคับตั้งแต่ออนุสัญญาดังกล่าวนี้มีผลใช้บังคับหรือว่าสามารถใช้บังคับก่อนที่อนุสัญญานี้จะมีผลใช้บังคับได้ คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศเห็นว่าจะเป็นการไม่สมเหตุสมผลและไม่อาจยอมรับได้ในการที่จะกำหนดให้กฎเกณฑ์ซึ่งบัญญัติไว้ในข้อ 52 นี้มีผลใช้บังคับ

¹⁵² Sinclair, *supra* note 27 , pp. 98-100.

¹⁵³ Kearney and Dalton, “The Treaty on Treaties,” A.J.I.L. vol. 64 (1970), p. 495, 533-535.

ตั้งแต่อนุสัญญานี้มีผลใช้บังคับเป็นต้นไป ทั้งนี้เนื่องจากความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญา เพราะเหตุของการคุกคามหรือการใช้กำลังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศนี้ ถือว่าเป็นหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ใช้บังคับอยู่แล้ว (*lex lata*) ถึงแม้จะไม่มี การนำมาบัญญัติไว้ในอนุสัญญาก็ตาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งนับตั้งแต่กฎบัตรสหประชาชาติ มีผลใช้บังคับเป็นต้นมา¹⁵⁴ ดังนั้นถึงแม้จะเป็นสนธิสัญญาที่สร้างขึ้นก่อนที่กฎบัตร สหประชาชาติจะมีผลใช้บังคับก็ตาม หากเป็นสนธิสัญญาซึ่งทำขึ้นเพราะการคุกคามหรือ การใช้กำลังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศก็อาจเป็นสนธิสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ ได้ เพราะหลักในเรื่องการคุกคามหรือใช้กำลังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ นั้นเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้ว (*lex lata*) ในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และข้อ 2 วรรค 4 ของกฎบัตรสหประชาชาติก็เป็นเพียงนำหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังกล่าวมาบัญญัติยืนยันไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น¹⁵⁵

อย่างไรก็ดี โดยถ้อยคำที่ใช้ในข้อ 52 ของอนุสัญญารุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมาย สนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เป็นที่เข้าใจว่าบทบัญญัติในข้อ 52 ย่อมใช้บังคับแก่สนธิสัญญา ซึ่งทำขึ้นเพราะการคุกคามหรือการใช้กำลังนับแต่กฎบัตรสหประชาชาติมีผลใช้บังคับ ถึงแม้จะเป็นช่วงก่อนที่อนุสัญญารุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 จะ มีผลใช้บังคับก็ตาม ทั้งนี้จะไม่ถือว่าขัดกับบทบัญญัติแห่งข้อ 4 ของอนุสัญญาเดียวกันนี้ ใช้บังคับแก่สนธิสัญญาซึ่งทำขึ้นหลังจากที่อนุสัญญานี้มีผลใช้บังคับแล้วเท่านั้น โดย ไม่มีผลย้อนหลัง (*non-retroactivity*) เพราะในข้อ 4 ของอนุสัญญาเดียวกันนี้เองได้มีข้อ ยกเว้นไว้ว่า การใช้บังคับอนุสัญญานี้ย่อมไม่กระทบกระเทือนต่อการใช้บังคับกฎเกณฑ์ ใดๆ แห่งอนุสัญญาซึ่งใช้บังคับแก่สนธิสัญญาในฐานะที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศแยก ต่างหากอย่างเป็นอิสระจากอนุสัญญานี้

ดังนั้นหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในข้อ 52 ของอนุสัญญารุงเวียนนาว่าด้วย กฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นี้จึงไม่ถือว่าขัดกับบทบัญญัติแห่งข้อ 4 ของอนุสัญญา เดียวกัน เพราะในขณะที่อนุสัญญารุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ยังไม่มีผลใช้บังคับนั้น การอ้างความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญาเพราะเหตุแห่งการคุกคาม หรือใช้กำลังนั้นสามารถทำได้ในฐานะที่หลักดังกล่าวเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

¹⁵⁴ Y.B.I.L.C. vol. II (1966), p. 247.

¹⁵⁵ Sinclair, *supra* note 27, p. 8.



ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้ว (lex lata) ข้อ 52 ของอนุสัญญาดังกล่าวจึงเป็นเพียงการยืนยันหลักกฎหมายซึ่งมีอยู่แล้วเช่นเดียวกันกับข้อ 2 วรรค 4 ของกฎบัตรสหประชาชาติ เพียงแต่ข้อ 52 มิได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า หลักเรื่องความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญาเพราะเหตุแห่งการคุกคามหรือใช้กำลังนั้นเริ่มตกผลึก (crystallized) เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้ว (lex lata) ตั้งแต่เมื่อใด¹⁵⁶

ข. สนธิสัญญาขัดกับกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) ของ

กฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens* หรือ peremptory norm) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศหมายถึง กฎเกณฑ์แบบแผน (norm) อันเป็นที่ยอมรับและรับรองโดยประชาคมระหว่างประเทศ (international community) ของรัฐทั้งหมดว่าเป็นกฎเกณฑ์แบบแผนซึ่งไม่ว่าจะในอนาคตให้มีการยกเว้นหรือเบี่ยงเบนเป็นอย่างอื่นได้และจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ก็แต่เฉพาะกฎเกณฑ์แบบแผนซึ่งเกิดขึ้นในภายหลังอันมีลักษณะอย่างเดียวกันและสนธิสัญญาซึ่งขัดกับกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวก็จะตกเป็นโมฆะตั้งแต่ต้น (void ab initio) นับตั้งแต่เวลาที่ทำสนธิสัญญานั้นดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 53 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969¹⁵⁷

กฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศเป็นหลักกฎหมายอันมีที่มาจากกฎหมายโรมันจากคำกล่าวที่ว่า “*jus publicum privatorum pactis mutari non potest*” ซึ่งปรากฏอยู่ใน Digest of Justinian¹⁵⁸ โดยคำว่า “*jus publicum*” ดังกล่าวนี้นเองเป็นที่เข้าใจกันว่า มิได้จำกัดเฉพาะกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครองเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งปัจเจกชนมิอาจทำสัญญายกเว้นในทำนอง

¹⁵⁶ Sinclair, *supra* note 27, p. 100.

¹⁵⁷ Article 53 Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

¹⁵⁸ Digest II, 14, 38; Sinclair, *supra* note 27, p. 110.

เดียวกับคำว่า “ordre public” ในกฎหมายฝรั่งเศสและ “öffentliche ordnung” ในกฎหมายเยอรมัน¹⁵⁹ หรือคำว่าความสงบเรียบร้อย (public order) หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (good morals) ตามมาตรา 150 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ซึ่งประเทศเหล่านี้ต่างรับเอาระบบกฎหมายโรมันมาเป็นระบบกฎหมายหลักของตนในฐานะเป็นกลุ่มประเทศ Civil Law¹⁶⁰

แม้แต่ในประเทศที่ใช้ระบบ Common Law อาทิเช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย หรือแคนาดาเองก็มีหลักกฎหมายในทำนองเดียวกันกับกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) ซึ่งหมายความว่า ศาลของประเทศที่ใช้ระบบ Common Law สามารถที่จะไม่บังคับตามสัญญาของเอกชนได้ หากปรากฏว่าสัญญานั้นขัดกับนโยบายสาธารณะของประเทศ¹⁶¹

ดังนั้นกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) จึงถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (general principle of law) ซึ่งปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายที่สำคัญๆ ของประเทศต่างๆ ทั้งที่เป็นระบบ Civil Law และระบบ Common Law และก็เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ถูกเทียบเคียงเพื่อนำไปใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป (general principles of law) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศตามที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายที่สำคัญๆ ของโลก¹⁶²

ในแง่ของปรัชญากฎหมาย สถานะของกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) ในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ถือว่าเป็นผลของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (School of Natural Law) ซึ่งยอมรับว่ามีกฎเกณฑ์ของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัย (objective) ซึ่งอยู่นอกกฎเกณฑ์ที่มนุษย์สร้างขึ้น (positive law) และกฎเกณฑ์ที่มนุษย์หรือรัฐกำหนดขึ้นนั้นจะขัดกับกฎหมายธรรมชาติมิได้¹⁶³

ในการยกวางอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นั้น คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ ได้นำแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมาย

¹⁵⁹ Sinclair, id.

¹⁶⁰ คุรยลละเอียดโน จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 12, น. 170.

¹⁶¹ เิงอ้าง, น. 170.

¹⁶² เิงอ้าง, น. 170.

¹⁶³ เิงอ้าง, น. 171.



เด็ดขาด (*jus cogens*) มาปรับใช้ในลักษณะที่เป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐไม่สามารถจะทำสนธิสัญญายกเว้นเป็นอย่างอื่นได้และหากมีการทำสนธิสัญญาซึ่งเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศเช่นว่านั้น สนธิสัญญานั้นจะมีผลเป็นโมฆะมาตั้งแต่ต้น (*void ab initio*)¹⁶⁴

นักกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่านเช่น Von der Heydte¹⁶⁵, Verdross¹⁶⁶, Dahm¹⁶⁷, Berber¹⁶⁸ และ Guggenheim¹⁶⁹ ยอมรับว่ากฎเกณฑ์ส่วนใหญ่แห่งกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายไม่เด็ดขาด (*jus dispositivum*) กล่าวคือ คู่สนธิสัญญาสามารถเจรจาตกลงกันได้ตามที่ตนต้องการ แต่ก็ยอมรับว่าในกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) อยู่ด้วยซึ่งคู่สนธิสัญญาไม่สามารถจะทำสนธิสัญญายกเว้นหรือเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นได้ และสนธิสัญญาใดที่ทำขึ้นโดยขัดกับกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) ดังกล่าวก็จะมีผลเสียเปล่าทันทีที่ทำสนธิสัญญานั้นขึ้น¹⁷⁰

¹⁶⁴ Sinclair, *supra* note 27, p. 110; Suy and Schwarzenberger, *The Concept of Jus Cogens in International Law: Verdross, Jus Dispositivum and the Jus Cogens in International Law*, A.J.I.L. vol. 60 (1966), pp. 55-63; Virally, *Réflexions sur le Jus Cogens*, *Annuaire Français de Droit International* (1966), pp. 1-29; Schwarzenberger, *International Law and Order* (1971), pp. 27-56; Marek, *Contribution à l'étude du jus cogens en droit international* in Hummage Paul Guggenheim (1968), pp. 426-459; Scheuner, *Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of General International Law and Its Consequences*, *Zeitschrift für Ausländisches Recht und Völkerrecht* (1967), pp. 52-532; Nisot, *Le Concept le jus cogens par rapport au droit international*, *Revue Belge de Droit International* (1968), pp. 1-7; de Visscher, *Positivisme et Jus Cogens*, 75 *Revue Général de Droit International Public* (1971), Part I, pp. 5-11.

¹⁶⁵ Von der Heydte. *Völkerrecht* (1958), Part I, pp. 5-11.

¹⁶⁶ Verdross, *Völkerrecht*, 5th Edition (1964), p. 130; Verdross, *Forbidden Treaties in International Law*, A.J.I.L. vol. 60 (1966), pp. 55-63.

¹⁶⁷ Dahm, *Völkerrecht*, vol. I (1958), p. 617; vol. III (1961), p. 140.

¹⁶⁸ Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts*, vol. I (1960), p. 439.

¹⁶⁹ Guggenheim, *Note on "Verträge"* In Strupp and Schlochauer, *Wörterbuch des Völkerrechts*, vol. 3 (1962), p. 531.

¹⁷⁰ Sinclair, *supra* note 27, p. 116-117.

นอกจากนี้ McNair¹⁷¹ และ Brownlie¹⁷² ก็ยอมรับว่า ในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น มีกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่ามีความสำคัญเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะของประชาคมระหว่างประเทศและไม่อาจทำความตกลงระหว่างประเทศยกเว้นหรือแก้ไขเป็นประการอื่นได้¹⁷³

ในการยกวางอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นั้น คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศบางท่าน เช่น Lauterpacht ก็ยังได้เสนอร่างบทบัญญัติซึ่งแสดงถึงการยอมรับกฎหมายเด็ดชาติ (*jus cogens*) ว่าเป็นหลักซึ่งรัฐไม่สามารถทำความตกลงยกเว้นเป็นอย่างอื่นได้ และหากทำขึ้น ความตกลงนั้นก็จะเป็นโมฆะ¹⁷⁴

Fitzmaurice ซึ่งเป็นคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศท่านหนึ่ง ได้เสนอร่างอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาในรายงานฉบับที่ 3 ว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Third Report on the Law of Treaties) ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายเด็ดชาติ (*jus cogens*) ไว้ในร่างอนุสัญญาข้อ 16 วรรค 2 ว่า

“เป็นสิ่งสำคัญสำหรับความสมบูรณ์แห่งสนธิสัญญาที่สนธิสัญญานั้นต้องสอดคล้องหรือไม่ขัดกับหรือการปฏิบัติตามสนธิสัญญาไม่ขัดกับหลักและหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายเด็ดชาติ (*jus cogens*)”¹⁷⁵

Fitzmaurice ยอมรับว่าหลักเกณฑ์ส่วนใหญ่ของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายไม่เด็ดชาติ (*jus dispositivum*) ซึ่งรัฐสามารถทำสนธิสัญญาผูกพันกันตามที่รัฐนั้นต้องการได้ แต่ก็ยอมรับต่อไปว่า ยังมีกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศอันมี

¹⁷¹ McNair, *supra* note 137, pp. 214-215.

¹⁷² Brownlie, *Principles of Public International Law* (U.S.A.: Oxford University Press, 1966), pp. 417-468.

¹⁷³ ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 12, น. 172.

¹⁷⁴ A treaty, or any of its provisions, is void if its performance involves an act which is illegal under international law and if it is declared so to be by the International Court of Justice. A/CN.4/63, 24 March 1953

¹⁷⁵ “It is essential to the validity of treaty that it should be in conformity with or not contravene of that its execution should not involve and infraction of those principles and rules of international law which are in nature of *jus cogens*”



ลักษณะเด็ดขาดเป็นกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) ที่รัฐไม่สามารถจะทำสนธิสัญญายกเว้นหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขให้เป็นอย่างอื่นได้ เช่น สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างรัฐซึ่งตกลงร่วมกันเพื่ออุกรานรัฐอื่นๆ หรือสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างรัฐซึ่งตกลงกันว่าหากมีสงครามเกิดขึ้นระหว่างรัฐทั้งสองในอนาคต รัฐคู่ภาคีไม่จำเป็นต้องคุมขังบุคคลซึ่งเป็นเชลยสงครามและสามารถสังหารบุคคลซึ่งรัฐใดรัฐหนึ่งจับได้ทั้งหมด สนธิสัญญาเหล่านี้เป็นสนธิสัญญาซึ่งจัดกับกฎเกณฑ์พื้นฐานแห่งกฎหมายระหว่างประเทศและต้องตกเป็นโมฆะไม่สามารถใช้บังคับแก่กันได้¹⁷⁶

นอกจากการยอมรับกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) โดยนักกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่านแล้ว ในคำวินิจฉัยของศาลระหว่างประเทศมีการยืนยันถึงหลักกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) ในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งรัฐไม่สามารถจะทำสนธิสัญญายกเว้นเป็นประการอื่นได้ เช่น ในความเห็นแย้งของผู้พิพากษา Shucking ในคดี *Oscar Chinn*¹⁷⁷ และในความเห็นแย้งของผู้พิพากษาคณะเดียวกันนี้ร่วมกับผู้พิพากษาคณะอื่นๆ ในคดี *The Wimbledon*¹⁷⁸ ที่เห็นว่าเยอรมนีในฐานะรัฐเป็นกลางระหว่างโปแลนด์กับรัสเซีย เยอรมนีไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งข้อ 380 แห่งสนธิสัญญาแวร์ซาย (Treaty of Versailles) ที่กำหนดให้เยอรมนีห้ามเรือ *The Wimbledon* ซึ่งขนส่งอาวุธสงครามเพื่อมิให้ผ่านคลองคิล (Kiel) ไปยังโปแลนด์ ทั้งนี้เพราะพันธกรณีของเยอรมนีในฐานะรัฐที่เป็นกลางนั้น ย่อมอยู่เหนือพันธกรณีตามสนธิสัญญาดังกล่าวซึ่งกำหนดให้รัฐที่เป็นกลางกระทำการอันเป็นการขัดต่อสิทธิของรัฐที่สาม พันธกรณีในฐานะรัฐที่เป็นกลางเช่นนั้นเป็นพันธกรณีตามกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งรัฐไม่อาจทำสนธิสัญญายกเว้นหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขเป็นอย่างอื่นได้¹⁷⁹

ปัญหาที่น่าสนใจซึ่งควรพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) คือ ปัญหาที่ว่ากฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศมีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับเรื่องใดบ้าง คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้ยกตัวอย่างกฎเกณฑ์

¹⁷⁶ Sinclair, *supra* note 27, p. 119.

¹⁷⁷ P.C.L.J. Series A/B, No. 63, pp. 149-150.

¹⁷⁸ P.C.L.J. Series A, No. 1 (1923) p. 47.

¹⁷⁹ Sinclair, *supra* note 27, p. 120.

แห่งกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งรัฐไม่อาจทำสนธิสัญญาถาวรหรือเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นได้ดังต่อไปนี้

1. กฎเกณฑ์ซึ่งห้ามการใช้กำลังโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ

2. กฎเกณฑ์ซึ่งต้องห้ามการกระทำของรัฐอันมีลักษณะเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น การสังหารเชลยสงคราม

3. กฎเกณฑ์ซึ่งกำหนดให้รัฐต้องร่วมมือกันปราบปรามการกระทำความผิดบางประเภท เช่น การค้าทาส การกระทำอันเป็นโจรสลัด (piracy) การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocide)¹⁸⁰

ดังนั้นสนธิสัญญาใดก็ตามที่เพิ่มขึ้นในลักษณะที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ใดกฎเกณฑ์หนึ่งข้างต้นถือได้ว่า เป็นสนธิสัญญาที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นกฎหมายเด็คขาด (*jus cogens*)¹⁸¹

สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปเกี่ยวกับกฎหมายเด็คขาด (*jus cogens*) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศตามข้อ 53 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ก็คือ กฎหมายเด็คขาด (*jus cogens*) เช่นว่านั้นจะต้องเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศของประชาคมของรัฐทั้งหมด (international community of states as a whole) หรือไม่

ในประเด็นนี้ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศกล่าวว่า ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องให้รัฐทุกรัฐยอมรับหรือรับรองว่า กฎเกณฑ์ใดกฎเกณฑ์หนึ่งแห่งกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายเด็คขาด (*jus cogens*) เพียงแต่กฎเกณฑ์เช่นนั้นเป็นที่ยอมรับและรับรองของรัฐส่วนใหญ่ก็เป็นการเพียงพอที่จะถือว่า กฎเกณฑ์เช่นนั้นเป็นกฎหมายเด็คขาด (*jus cogens*) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ดังนั้นหากมีรัฐใดรัฐหนึ่งไม่ยอมรับหรือไม่รับรองหรือไม่คัดค้านกฎเกณฑ์ดังกล่าวหรือมีรัฐบางรัฐไม่ยอมรับหรือไม่รับรองกฎเกณฑ์เช่นนั้น ก็ไม่ถือว่ากระทบกระเทือนต่อสถานะการเป็นกฎหมายเด็คขาด (*jus cogens*) ของกฎเกณฑ์เช่นนั้นได้¹⁸²

¹⁸⁰ *Id.*, pp. 120-124.

¹⁸¹ ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น. 174.

¹⁸² Sinclair, *supra* note 46, pp. 120-124.



3.9 การยกเลิก (termination) และการระงับการใช้บังคับ (suspension) สนธิสัญญา

3.9.1 การยกเลิกและการถอนตัวจากสนธิสัญญาตามบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญา หรือโดยความยินยอมของรัฐภาคีอื่นๆ

ข้อ 54¹⁸³ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 กำหนดว่า การยกเลิกสนธิสัญญา (termination) หรือการถอนตัว (withdrawal) จากสนธิสัญญาสามารถกระทำได้หากปรากฏว่า

ก. บทบัญญัติแห่งสนธิสัญญานั้นเปิดช่องหรือบัญญัติไว้ให้มีการยกเลิกสนธิสัญญาหรือการถอนตัวจากสนธิสัญญาได้ เช่น มีการกำหนดระยะเวลาแห่งการใช้บังคับสนธิสัญญาไว้หรือมีการกำหนดวันสิ้นสุดแห่งการใช้บังคับสนธิสัญญาไว้แน่นอนหรือมีการกำหนดเหตุการณ์หรือเงื่อนไขในการที่รัฐภาคีจะยกเลิกหรือถอนตัวจากสนธิสัญญา แม้กระทั่งมีการกำหนดสิทธิให้แก่รัฐภาคีในการถอนตัวจากสนธิสัญญา เป็นต้น¹⁸⁴

ข. รัฐภาคีอื่นๆ ให้ความยินยอมหลังจากที่ได้ปรึกษาหารือกับรัฐนั้นๆ แล้ว

¹⁸³ Article 54 Termination of or withdrawal from a treaty under its provisions or by consent of the parties The termination of a treaty or the withdrawal of a party may take place:

(a) In conformity with the provisions of the treaty ;or

(b) At anytime by consent of all the parties after consultation with the contracting States.

¹⁸⁴ Henkin. L. et al., *supra* note 13, p.649

3.9.2 การยกเลิกหรือถอนตัวจากสนธิสัญญาโดยไม่มีการกำหนดไว้ในสนธิสัญญา

ในกรณีที่สนธิสัญญาไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการยกเลิกสนธิสัญญาหรือการถอนตัวออกจากสนธิสัญญาหรือเหตุแห่งการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้น ข้อ 56¹⁸⁵ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 กำหนดว่า รัฐภาคีไม่สามารถยกเลิกสนธิสัญญาหรือถอนตัวจากสนธิสัญญาได้ เว้นแต่ในกรณีต่อไปนี้

ก. หากปรากฏจากสนธิสัญญาว่ารัฐภาคีนั้น ตั้งใจที่จะเปิดโอกาสให้มีการยกเลิกสนธิสัญญาหรือการถอนตัวจากสนธิสัญญาได้หรือ

ข. โดยลักษณะของสนธิสัญญานั้นการยกเลิกสนธิสัญญาหรือการถอนตัวจากสนธิสัญญาอาจจะอนุมานได้จากลักษณะของสนธิสัญญานั้น

ไม่ว่าจะเป็นการยกเลิกสนธิสัญญาหรือถอนตัวจากสนธิสัญญาเพราะมีบทบัญญัติของสนธิสัญญากำหนดไว้หรือได้รับความยินยอมจากรัฐภาคีอื่นๆ ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 54 ของ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 หรือการยกเลิกสนธิสัญญาหรือการถอนตัวจากสนธิสัญญาด้วยเหตุอื่นใดอันมิได้บัญญัติไว้ชัดแจ้งในสนธิสัญญาตามข้อ 56 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ก็ตาม ในกรณีที่สนธิสัญญานั้นเป็นสนธิสัญญาพหุภาคี และการยกเลิกสนธิสัญญาหรือการถอนตัวจากสนธิสัญญาทำให้จำนวนรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาพหุภาคีเช่นว่านั้นลดจำนวนต่ำกว่าจำนวนที่กำหนดไว้เพื่อให้สนธิสัญญานั้นมีผลใช้บังคับ มีปัญหาว่าการลดจำนวนรัฐภาคีเช่นว่านั้นจะทำให้สนธิสัญญาลิ้นสุดลงหรือไม่

ในกรณีเช่นว่านี้ ข้อ 55 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 บัญญัติไว้ชัดเจนว่า สนธิสัญญาพหุภาคีเช่นว่านั้นจะไม่สิ้นสุดลงเพราะเหตุที่จำนวนรัฐภาคีลดลงต่ำกว่าจำนวนที่กำหนดไว้สำหรับให้สนธิสัญญา มีผลบังคับ เว้นแต่

¹⁸⁵ Article 56 Denunciation of or withdrawal from a treaty containing no provision regarding termination, denunciation or withdrawal

1. A treaty which contains no provision regarding its termination and which does not provide for denunciation or withdrawal is not subject to denunciation or withdrawal unless:

(a) It is established that the party intended to admit the possibility of denunciation or withdrawal ; or

(b) A party shall give no less than twelve months notice of its intention to denounce or withdraw from a treaty under paragraph 1.



สนธิสัญญานั้นจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น¹⁸⁶ เช่น บัญญัติให้สนธิสัญญานั้นสิ้นสุดลงเมื่อจำนวนรัฐภาคีลดต่ำกว่าจำนวนที่กำหนดไว้ เป็นต้น

3.9.3 การระงับการให้บังคับสนธิสัญญาโดยบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาหรือโดยความยินยอมของรัฐภาคีอื่นๆ

เช่นเดียวกับการยกเลิกหรือการถอนตัวจากสนธิสัญญา การระงับการให้บังคับสนธิสัญญาต่อรัฐภาคีบางรัฐหรือต่อรัฐภาคีทุกรัฐอาจกระทำได้หากปรากฏว่า

ก. บทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาเปิดช่องหรือบัญญัติไว้ให้กระทำการเช่นนั้นได้หรือ

ข. รัฐภาคีอื่นๆ ให้ความยินยอมหลังจากได้ปรึกษาหารือกับรัฐอื่นๆ ทั้งปวงแล้ว¹⁸⁷

3.9.4 การระงับการให้สนธิสัญญาพหุภาคีโดยความตกลงระหว่างรัฐภาคีบางรัฐ

ข้อ 58 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 บัญญัติว่า รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาพหุภาคีสองรัฐหรือกว่านั้นอาจทำความตกลงกันเพื่อระงับการให้บังคับบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาเป็นการชั่วคราวในระหว่างรัฐภาคีเหล่านั้นก็ได้หากปรากฏว่า

ก. สนธิสัญญาเช่นนั้นเปิดช่องให้มีการระงับการให้บังคับบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาระหว่างรัฐบางรัฐได้หรือ

¹⁸⁶ Article 55 Reduction of parties to the multilateral treaty below the number necessary for its entry in to force

Unless the treaty otherwise provides, a multilateral treaty does not terminate by reason only of the fact that number of the parties falls below the number necessary for its entry into force.

¹⁸⁷ Article 57 Suspension of operation of a treaty under its provisions or by consent of the parties

The operation of a treaty in regard to all the parties or to a particular party may be suspended:

(a) In conformity with the provisions of the treaty, or

(b) At any time by consent of all the parties after consultation with the other Contracting States.

ข. สนธิสัญญาเช่นนั้นไม่ห้ามการทำความตกลงระหว่างรัฐภาคีเพียงบางรัฐ เพื่อระงับการใช้นบังคับบัญญัติแห่งสนธิสัญญาเช่นนั้นและ

(i) การระงับการใช้นบังคับเช่นนั้นไม่กระทบกระเทือนต่อการใช้สิทธิต่างๆ ของรัฐภาคีอื่นๆ ตามสนธิสัญญาหรือต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐภาคีอื่นๆ ตามสนธิสัญญาเช่นนั้น

(ii) ไม่เป็นการขัดกับวัตถุประสงค์ (object) หรือความมุ่งประสงค์ (purpose) ของสนธิสัญญา

เว้นแต่ในกรณีที่สนธิสัญญานับบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ในกรณีตามข้อ ก. ข้างต้น การทำความตกลงระหว่างรัฐภาคีเพื่อระงับการใช้นบัญญัติแห่งสนธิสัญญาระหว่างรัฐภาคีเหล่านั้นให้กระทำโดยการแจ้งให้รัฐภาคีอื่นๆ ให้ทราบถึงเจตนาของตนที่จะทำความตกลงเช่นนั้นและให้ทราบถึงบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาซึ่งรัฐภาคีเหล่านั้นเจตนาที่จะระงับการใช้นบังคับ¹⁸⁸

¹⁸⁸ Article 58 Suspension of the operation of the multilateral treaty by agreement between certain of the parties only

1. Two or more parties to a multilateral treaty may conclude the agreement to suspend the operation of provisions of the treaty, temporarily and as between themselves alone, if;

(a) The possibility of such a suspension is provided for by the treaty; or

(b) The suspension in question is not prohibited by the treaty and:

(i) Does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations;

(ii) Is not compatible with the object and purpose of the treaty or the performance of their obligations;

2. Unless in a case falling under paragraph 1 (a) the treaty otherwise provides, the parties in question shall notify the other parties of their intention to conclude the agreement and of those provisions of the treaty the operation of which they intend to suspend.



3.9.5 การยกเลิกสนธิสัญญาหรือการระงับการใช้อย่างบังคับสนธิสัญญาโดยการทำสนธิสัญญาในภายหลัง

ข้อ 59 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 บัญญัติว่า สนธิสัญญาอาจถือว่าสิ้นสุดลงหากรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นได้ทำสนธิสัญญาขึ้นในภายหลังซึ่งมีเนื้อหาสาระอย่างเดียวกันกับสนธิสัญญาดั้งเดิมและ

ก. ปรากฏจากสนธิสัญญาดั้งเดิมหรือปรากฏจากเจตนาของรัฐภาคีที่จะใช้บังคับตามสนธิสัญญาดั้งเดิมหรือ

ข. บทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาดั้งเดิมขัดแย้งกับบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาดั้งเดิมจนถึงขนาดที่สนธิสัญญาดั้งเดิมทั้งสองฉบับไม่สามารถใช้บังคับได้ในเวลาเดียวกันได้

แต่หากสนธิสัญญาดั้งเดิมหรือเจตนาของรัฐภาคีซึ่งทำสนธิสัญญาดั้งเดิมเพียงแต่ต้องการให้สนธิสัญญาดั้งเดิมระงับการใช้อย่างบังคับไว้เป็นการชั่วคราว ก็ไม่ถือว่าสนธิสัญญาดั้งเดิมยกเลิกสนธิสัญญาดั้งเดิมเพียงแต่ทำให้สนธิสัญญาดั้งเดิมระงับการใช้อย่างบังคับไว้เพียงชั่วคราวเท่านั้น¹⁸⁹

กรณีดังกล่าวข้างต้นนี้เป็นกรณีที่สนธิสัญญาดั้งเดิมได้กำหนดชัดเจนว่าให้ยกเลิกสนธิสัญญาดั้งเดิม แต่อาศัยการพิจารณาจากเนื้อหาของสนธิสัญญาดั้งเดิมซึ่งขัดแย้งกับเนื้อหาของสนธิสัญญาดั้งเดิมอย่างชัดเจนหรืออาศัยการอนุมานจากเจตนาของรัฐภาคีว่าต้องการให้สนธิสัญญาดั้งเดิมยกเลิกสนธิสัญญาดั้งเดิม

¹⁸⁹ Article 59 Termination or suspension of the operation of a treaty implied by conclusion of a later treaty

A Treaty shall be considered as terminated if all the parties to it conclude a later treaty relating to the same subject matter and:

(a) It appears from the later treaty or is otherwise established that the parties intended that the matter should be governed by that treaty; or

(b) The provisions from the later treaty are so far incompatible with those of earlier one that the two treaties are not capable of being applied at the same time.

2. The earlier treaty shall be considered as only suspended in operation if it appears from the later treaty or is otherwise established that such was the intention of the parties.

3.9.6 การยกเลิกสนธิสัญญาหรือการระงับการใช้อย่างบังคับสนธิสัญญาอันเป็นผลมาจากการฝ่าฝืนสนธิสัญญา

โดยทั่วไปแล้ว การฝ่าฝืนสนธิสัญญาทวิภาคีอย่างร้ายแรง (material breach of a bilateral treaty) โดยรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งแห่งสนธิสัญญานั้นจะเป็นเหตุให้รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อยกเลิกสนธิสัญญาหรือระงับการใช้อย่างบังคับสนธิสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วนได้¹⁹⁰ สิทธิในการยกเหตุแห่งการฝ่าฝืนสนธิสัญญาโดยรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งนั้นจะไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิอื่นๆ ซึ่งรัฐภาคีฝ่ายที่มีสิทธิยกเลิกสนธิสัญญาหรือระงับการใช้อย่างบังคับสนธิสัญญาเพราะเหตุที่รัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งฝ่าฝืนสนธิสัญญานั้นมีอยู่ เช่น สิทธิในการที่จะไม่ต้องผูกพันหรือปฏิบัติตามสนธิสัญญาทวิภาคี เช่นว่านั้นต่อไปอันเป็นสิทธิของการใช้มาตรการตอบโต้ (reprisal) การกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนสนธิสัญญาของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งหรือสิทธิในการเรียกร้องให้รัฐภาคีฝ่ายที่ฝ่าฝืนพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ (international responsibility) เป็นต้น¹⁹¹

ในกรณีของการฝ่าฝืนสนธิสัญญาพหุภาคีอย่างร้ายแรง (material breach of a multilateral treaty) โดยรัฐภาคีใดภาคีหนึ่ง ข้อ 60 วรรค 2 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้

ก. รัฐภาคีอื่นๆ ที่เหลือมีสิทธิที่จะทำความตกลงกันโดยเอกฉันท์ที่จะยกเลิกสนธิสัญญาหรือระงับการใช้สนธิสัญญาระหว่างรัฐภาคีที่เหลือเหล่านั้นกับรัฐซึ่งฝ่าฝืนสนธิสัญญาพหุภาคีเช่นนั้นหรือในระหว่างรัฐภาคีทั้งหมดก็ได้

ข. รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาพหุภาคีซึ่งได้รับผลกระทบเป็นพิเศษจากการฝ่าฝืนสนธิสัญญาพหุภาคีเช่นนั้นมีสิทธิที่จะยกเหตุแห่งการฝ่าฝืนสนธิสัญญาอย่างร้ายแรง เช่นว่านั้นเพื่อระงับการใช้อย่างบังคับสนธิสัญญาเช่นนั้นระหว่างรัฐภาคีซึ่งได้รับผลกระทบเป็นพิเศษกับรัฐภาคีซึ่งกระทำการฝ่าฝืนสนธิสัญญาพหุภาคีเช่นนั้น

¹⁹⁰ Article 60 Termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach

1. A material breach of a bilateral treaty by one of the parties entitles the other to invoke the breach as a ground for termination the treaty or suspending its operation in whole or part.

¹⁹¹ Y.B.I.L.C. vol. II (1969), pp.253-255.



ค. รัฐภาคีใดๆ นอกจากรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาพหุภาคีซึ่งฝ่าฝืนสนธิสัญญาพหุภาคีเช่นว่านั้นมีสิทธิที่จะหยิบยกการฝ่าฝืนสนธิสัญญาอย่างร้ายแรงเช่นว่านั้นมาเป็นเหตุแห่งการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาดังกล่าวไม่ว่าทั้งหมดหรือเพียงแต่เพียงบางส่วนสำหรับรัฐนั้นเองหากสนธิสัญญาพหุภาคีเช่นว่านั้นมีลักษณะที่ว่า การฝ่าฝืนสนธิสัญญาอย่างร้ายแรงโดยรัฐภาคีใดภาคีหนึ่งจะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างมากต่อฐานะ (position) ของรัฐภาคีทุกรัฐเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสนธิสัญญาของรัฐเหล่านั้นต่อไป¹⁹² เช่น ในกรณีของสนธิสัญญาลดอาวุธ (disarmament treaties) ซึ่งการฝ่าฝืนพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาดังกล่าวโดยรัฐภาคีใดภาคีหนึ่งย่อมกระทบกระเทือนต่อฐานะ (position) ของรัฐภาคีอื่นๆ ทุกรัฐ ดังนั้น รัฐภาคีใดๆ แห่งสนธิสัญญา เช่นว่านั้นจึงไม่อาจจะระงับการใช้บังคับสนธิสัญญานั้นระหว่างตนกับรัฐภาคีที่ฝ่าฝืนสนธิสัญญาโดยไม่เป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีตามสนธิสัญญาซึ่งรัฐนั้นมีอยู่ต่อรัฐอื่นๆ ในขณะเดียวกันได้หรือถึงแม้ว่ารัฐนั้นจะไม่ฝ่าฝืนพันธกรณีตามสนธิสัญญาที่มีต่อรัฐอื่นๆ ก็ตาม รัฐนั้นก็ไม่สามารถกระทำการใดๆ อันเป็นการป้องกันหรือตอบโต้การฝ่าฝืนสนธิสัญญาอย่างร้ายแรงของรัฐซึ่งฝ่าฝืนสนธิสัญญาเช่นว่านั้นได้เว้นแต่ว่ารัฐนั้นจะมีสิทธิที่จะระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาเช่นว่านั้นแก่ตนเองด้วยเพื่อที่จะทำให้ตนมีอิสระอย่างเต็มที่ในอันที่จะป้องกันหรือตอบโต้รัฐซึ่งผิดอาชญาโดยไม่เป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีที่ตนมีอยู่ต่อรัฐภาคีอื่นๆ ในขณะเดียวกัน¹⁹³

¹⁹² Article 60, id.

2. A material breach of the multilateral treaty by one of the parties entitles:

(a) The other parties by unanimous agreement to suspend the operation of the treaty in whole or in part or to terminate it either:

(i) In the relations between themselves and the defaulting State, or

(ii) As between all the parties;

(b) A party specially affected by the breach to invoke it as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part in relations between itself and the defaulting State;

(c) Any party other than defaulting State to invoke the breach as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part with respect to itself if the treaty is of such a character that a material breach of its provisions by one party radically changes the position of every party with respect to the further performance of its obligations under the treaty.

¹⁹³ Y.B.I.L.C. vol. II (1969), pp.253-55.

การฝ่าฝืนสนธิสัญญาจะถือว่าร้ายแรง (material) ก็ต่อเมื่อการฝ่าฝืนสนธิสัญญานั้น

ก. เกิดจากการปฏิเสธสนธิสัญญา (repudiation of treaty) โดยปราศจากเหตุตามที่อนุญาตไว้โดยอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 หรือ

ข. การฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาอันสำคัญต่อการกระทำให้บรรลូវัตถุประสงค์หรือความมุ่งประสงค์แห่งสนธิสัญญา¹⁹⁴

นอกจากสิทธิของรัฐภาคีในการยกเลิกสนธิสัญญาหรือการระงับการบังคับสนธิสัญญาดังกล่าวข้างต้นแล้ว บรรดาสิทธิอื่นๆ ซึ่งรัฐภาคีนั้นมีอยู่ตามสนธิสัญญานั้นๆ ย่อมไม่ถูกกระทบกระเทือนเพราะการยกเลิกสนธิสัญญาหรือการระงับการบังคับสนธิสัญญานั้น เช่น สิทธิในการเรียกร้องให้รัฐภาคีซึ่งฝ่าฝืนสนธิสัญญาอย่างร้ายแรงนั้นต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศหรือสิทธิในการเรียกร้องค่าทดแทน เป็นต้น¹⁹⁵

อย่างไรก็ดี ถ้าหากสนธิสัญญาดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาทวิภาคีหรือสนธิสัญญาพหุภาคีเป็นสนธิสัญญาอันมีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับการคุ้มครองตัวบุคคลด้วยเหตุด้านมนุษยธรรม (humanitarian reason) แล้ว ถึงแม้จะมีรัฐภาคีภาคีบางรัฐฝ่าฝืนสนธิสัญญาเช่นว่านั้นก็ตาม รัฐภาคีอื่นจะยกเลิกหรือระงับการบังคับใช้สนธิสัญญานั้นมิได้ เช่น อนุสัญญากรุงเจนีวาเพื่อคุ้มครองผู้ประสบภัยสงคราม (Geneva Convention for the Protection of Victim of War) หรือสนธิสัญญาเกี่ยวกับผู้ลี้ภัยหรือเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน เป็นต้น ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการคุ้มครองตัวบุคคลเป็นหลักและโดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาดังกล่าวจะใช้มาตรการตอบโต้ (reprisal) ต่อบุคคลซึ่งได้รับความคุ้มครองตามสนธิสัญญาเช่นว่านั้นมิได้ ถึงแม้ว่ารัฐภาคีอื่นจะ

¹⁹⁴ Article 60, id.

3. A material breach of a treaty, for the purpose of this article, consists in :

(a) A repudiation of the party not sanctioned by the present Convention; or

(b) The violation of the provision essential to the accomplishment of the object or of purpose of the treaty.

¹⁹⁵ Article 60, id.

4. The foregoing paragraphs are without prejudice to any provision in the treaty applicable in the event of a breach.



ฝ่าฝืนสนธิสัญญาเช่นนั้นก็ตาม¹⁹⁶

เป็นที่น่าสังเกตว่า การที่รัฐภาคีใดภาคีหนึ่งแห่งสนธิสัญญาไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญา ภูมิภาคหรือสนธิสัญญาพหุภาคีก็ตามฝ่าฝืนสนธิสัญญาดังกล่าว สนธิสัญญาเช่นนั้นไม่สิ้นสุดลงโดยอัตโนมัติ เพียงแต่ก่อให้เกิดสิทธิแก่รัฐภาคีอื่นที่จะเลือกว่าจะยกเลิกสนธิสัญญาหรือระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาหรือไม่เท่านั้น และรัฐภาคีที่มีสิทธิดังกล่าวอาจสิ้นสิทธิเช่นนั้นได้หากปรากฏว่า

ก. รัฐเช่นนั้น หลังจากทราบถึงการฝ่าฝืนสนธิสัญญาของรัฐภาคีอื่น กลับตกลงชัดเจนว่า สนธิสัญญานั้นยังสมบูรณ์หรือยังมีผลใช้บังคับอยู่หรือยังคงใช้บังคับใช้ต่อไปแล้วแต่กรณี

ข. โดยการกระทำหรือพฤติกรรมของรัฐนั้นเองทำให้ถือได้ว่ารัฐนั้นได้ยอมรับโดยไม่ได้แย้งคัดค้าน (acquiescence) ถึงความสมบูรณ์ของสนธิสัญญาหรือการยังคงมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญา แล้วแต่กรณี¹⁹⁷

3.9.7 การพ้นวิสัยในการปฏิบัติตามสนธิสัญญา (impossibility of performance)

ในกรณีที่การปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาโดยรัฐภาคีใดรัฐภาคีหนึ่งตกเป็นอันพ้นวิสัย (impossibility of performance) โดยเหตุปัจจัยภายนอกและมิใช่ความผิดของรัฐภาคีฝ่ายนั้น รัฐภาคีเช่นนั้นอาจยกเลิกหรือถอนตัวจากสนธิสัญญาได้ ดังนั้น ข้อ 61 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 จึงบัญญัติว่า

1. รัฐภาคีอาจหยิบยกเอาการพ้นวิสัย (impossibility) ในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาเพื่อเป็นเหตุในการยกเลิกหรือถอนตัวออกจากสนธิสัญญาได้หากการพ้นวิสัยนั้นเป็นผลมาจากการสิ้นสลาย (disappearance) หรือการถูกทำลาย (destruction) อย่างถาวรของวัตถุอันจำเป็นในการปฏิบัติตามสนธิสัญญา แต่ถ้าหากการพ้นวิสัยเช่นนั้นเป็นเพียงการชั่วคราว รัฐภาคีนั้นอาจกล่าวอ้างการพ้นวิสัยนั้นได้เพียงเพื่อการระงับการ

¹⁹⁶ Article 60, id.

Paragraph 1 to 3 do not apply to provisions relating to the protection of the human person contained in treaties of a humanitarian character, in particular to provisions prohibiting any form of reprisals against persons protected by such treaties.

¹⁹⁷ Article 45, *supra* note 142

ใช้บังคับสนธิสัญญาเป็นการชั่วคราวเท่านั้น¹⁹⁸

ตัวอย่างของการพ้นวิสัยในกรณีนี้ได้แก่กรณีที่รัฐหนึ่งมีพันธกรณีที่จะต้องจัดส่งน้ำในแม่น้ำให้อีกรัฐหนึ่งเพื่อการชลประทานตามสนธิสัญญา แต่ปรากฏว่าน้ำในแม่น้ำแห้งเพราะอากาศแล้ง รัฐซึ่งมีพันธกรณีดังกล่าวจึงไม่สามารถจัดส่งน้ำให้อีกรัฐหนึ่งตามสนธิสัญญาได้ ในกรณีเช่นว่านี้ รัฐซึ่งพันธกรณีดังกล่าวอาจยกเลิกสนธิสัญญาเสียได้¹⁹⁹ แต่ถ้าหากการที่แม่น้ำแห้งลงนั้นเป็นเพียงการชั่วคราว รัฐเช่นว่านั้นจะยกเลิกสนธิสัญญาเช่นว่านั้นมิได้ ได้แต่เพียงระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาดังกล่าวเป็นการชั่วคราวเท่านั้น

2. รัฐภาคีมีอาจกล่าวอ้างการพ้นวิสัยดังกล่าวมาเป็นเหตุในการยกเลิกสนธิสัญญาหรือถอนตัวจากสนธิสัญญาหรือระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาได้ หากการพ้นวิสัยเช่นว่านั้นเป็นผลมาจากการฝ่าฝืนพันธกรณีตามสนธิสัญญา²⁰⁰ เช่นตามตัวอย่างข้างต้น หากการที่แม่น้ำดังกล่าวแห้งลงเป็นเพราะรัฐซึ่งมีพันธกรณีต้องส่งน้ำนั้นฝ่าฝืนพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาโดยส่งน้ำให้แก่รัฐอื่น หรือนำน้ำไปใช้เองจนไม่มีน้ำจะส่งให้แก่รัฐภาคีคู่สนธิสัญญา ในกรณีเช่นว่านี้ รัฐซึ่งมีพันธกรณีดังกล่าวนอกจากจะไม่สามารถอ้างการพ้นวิสัยมาเป็นเหตุในการยกเลิกสนธิสัญญาหรือถอนตัวจากสนธิสัญญาหรือระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาแล้ว รัฐดังกล่าวยังต้องรับผิดชอบรัฐภาคีอื่นเพราะเหตุแห่งการฝ่าฝืนพันธกรณีเช่นว่านั้นอีกด้วย

¹⁹⁸ Article 61 Supervening impossibility of performance

1. A party may invoke the impossibility of performing a treaty as a ground for terminating or withdrawing from it if the impossibility results from the performance disappearance or destruction of an object indispensable for the execution of the treaty. If the impossibility is temporary, it may be invoked only as a ground for suspending the operation of the treaty.

¹⁹⁹ Akehurst, *supra* note 11, p. 138.

²⁰⁰ Article 61, *id.*

2. Impossibility of performance may not be invoked by a party as a ground for terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty if the impossibility is the result of a breach by that party either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any other party to the treaty.



3.9.8 พฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงเป็นอย่างมาก (*rebus sic stantibus*)

ในการร่างอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญานั้น คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้สรุปไว้ว่าหลักพฤติกรรมที่เปลี่ยนแปลงเป็นอย่างมาก (*rebus sic stantibus*) เป็นหลักซึ่งนักกฎหมายระหว่างประเทศส่วนใหญ่ยอมรับว่ามีอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญา²⁰¹ ซึ่งหากเกิดขึ้นย่อมมีผลต่อการยกเลิกสนธิสัญญาหรือการถอนตัวจากสนธิสัญญาหรือการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาได้

อย่างไรก็ดี นักกฎหมายระหว่างประเทศตลอดทั้งคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศเห็นพ้องต้องกันว่ากรกล่าวอ้างหลักพฤติกรรมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากเพื่อเป็นเหตุในการยกเลิกสนธิสัญญาหรือการถอนตัวจากสนธิสัญญาหรือการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญานี้ต้องใช้อย่างจำกัด กล่าวคือ ควรจะเป็นลักษณะที่เป็นข้อยกเว้นมากกว่าที่จะเป็นหลักทั่วไป มิฉะนั้นแล้วรัฐภาคีก็จะยกหลักพฤติกรรมเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (*rebus sic stantibus*) นี้ขึ้นกล่าวอ้างเพื่อยกเลิกสนธิสัญญาหรือถอนตัวจากสนธิสัญญาหรือระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาได้ อันจะทำให้หลักสนธิสัญญาต้องเป็นสนธิสัญญา (*pacta sunt servanda*) ซึ่งเป็นหัวใจของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญาเสื่อมความศักดิ์สิทธิ์ลงไป เพราะในความเป็นจริงแล้วพฤติกรรมต่างๆ ในทางระหว่างประเทศก็เปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา²⁰²

ดังนั้น เมื่อมีการทำสนธิสัญญาแล้ว รัฐภาคีทั้งหลายต้องเคารพสนธิสัญญา เช่นว่านั้นจนกว่าจะมีพฤติกรรมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากอันจะทำให้รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นต้องรับภาระอย่างหนักในการปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาและรัฐภาคีนั้นมิได้คาดเห็นในขณะทำสนธิสัญญาว่าจะเกิดพฤติกรรมเช่นนั้นขึ้น

คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้ปฏิเสธแนวความคิดที่ว่าหลักพฤติกรรมที่เปลี่ยนแปลงเป็นอย่างมาก (*rebus sic stantibus*) นี้เป็นส่วนหนึ่งของหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (*pacta sunt servanda*) กล่าวคือ ถือว่าสนธิสัญญาทุกฉบับจะมีข้อบทโดยปริยายว่าสนธิสัญญาต้องเป็นสนธิสัญญา (*pacta sunt servanda*) และมีผลใช้บังคับตลอดไปตราบเท่าที่พฤติกรรมในขณะที่ทำสนธิสัญญานั้นยังคงเดิม

²⁰¹ Y.B.I.L.C. (1966), pp.256-58.

²⁰² Id.

(*rebus sic stantibus*) ทั้งนี้ คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศเห็นว่า เฉพาะในกรณีที่เป็นการข้อยกเว้นจริงๆ เท่านั้นที่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาจะสามารถอ้างหลักพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากจากขณะที่ทำสนธิสัญญาได้และถึงแม้จะมีพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากเกิดขึ้นจริง พฤติการณ์เช่นนั้นก็ได้ทำให้สนธิสัญญาลิ้นสุดลงโดยอัตโนมัติแต่ประการใด เพียงแต่เป็นเหตุให้รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญายกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อยกเลิกสนธิสัญญาหรือถอนตัวจากสนธิสัญญาหรือระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาเท่านั้น ในกรณีเช่นว่านี้ หากรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องแห่งสนธิสัญญาต้องการจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญาดังกล่าวเมื่อมีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปเช่นนั้น รัฐภาคีเหล่านั้นก็ต้องมาเจรจาทำความเข้าใจเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญาตามข้อ 39 ถึง 41 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ต่อไป

ข้อ 62 วรรค 1 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 บัญญัติว่า

การเปลี่ยนแปลงอย่างมากแห่งพฤติการณ์ (fundamental change of circumstances) ซึ่งเกิดขึ้นแก่พฤติการณ์ซึ่งมีอยู่ในขณะที่ทำสนธิสัญญาและเป็นพฤติการณ์ซึ่งรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญามีได้คาดเห็นมาก่อน ย่อมไม่อาจยกขึ้นเป็นเหตุเพื่อยกเลิกหรือถอนตัวจากสนธิสัญญาได้ เว้นแต่

ก. การมีอยู่ของพฤติการณ์เหล่านั้นเป็นพื้นฐานสำคัญของการให้ความยินยอมของรัฐภาคีเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาและ

ข. ผลของการเปลี่ยนแปลงนั้นก่อให้เกิดการแปรเปลี่ยนแปลงรูปแบบอย่างมากของเนื้อหาแห่งพันธกรณีซึ่งยังคงต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญา²⁰³

²⁰³ Article 62 Fundamental change of circumstances

1. A fundamental change of circumstances which has occurred with regard to those existing at the time or the conclusion of a treaty, and which was not foreseen by the parties, may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from the treaty unless:

(a) The existence of those circumstance constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty and ;

(b) The effect of the change is radically to transform the extend of obligations still to be perform under the treaty.



จากข้อ 62 วรรค 1 ข้างต้น จะเห็นได้ว่า การเปลี่ยนแปลงอย่างมากแห่งพฤติการณ์อื่นจะทำให้รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาอ้างเป็นเหตุเพื่อยกเลิกหรือถอนตัวจากสนธิสัญญาได้ก็ต่อเมื่อเข้าองค์ประกอบทั้งข้อ ก. และ ข. หากเข้าเพียงองค์ประกอบข้อใดข้อหนึ่งเท่านั้นก็ยังไม่ถือว่าเป็นเหตุเพียงพอที่รัฐภาคีจะอ้างกล่าวอ้างในการยกเลิกหรือถอนตัวจากสนธิสัญญาได้

อย่างไรก็ดี การเปลี่ยนแปลงอย่างมากแห่งพฤติการณ์ดังกล่าวข้างต้นนี้ไม่อาจเป็นเหตุให้รัฐภาคียกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อยกเลิกหรือถอนตัวจากสนธิสัญญาได้ในกรณีดังต่อไปนี้

ก. สนธิสัญญาเช่นว่านั้นเป็นสนธิสัญญาที่กำหนดเขตแดน (boundary) เช่น สนธิสัญญาที่กำหนดให้ใช้ร่องน้ำลึก (thalweg) ในแม่น้ำเป็นพรมแดนระหว่างรัฐและต่อมาปรากฏว่าแม่น้ำนั้นเปลี่ยนเส้นทางหรือเกิดท่งอกริมฝั่งหรือเกิดเกาะกลางแม่น้ำหรือมีเหตุอื่นใดอันเป็นผลทำให้ร่องน้ำลึกนั้นเปลี่ยนแปลงตามไปด้วยหรือ

ข. หากการเปลี่ยนแปลงอย่างมากเช่นว่านั้นเป็นผลมาจากการฝ่าฝืนพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาหรือพันธกรณีในทางระหว่างประเทศอื่นใดที่รัฐภาคีนั้นมีอยู่ต่อรัฐภาคีอื่นแห่งสนธิสัญญา²⁰⁴ การอ้างการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากแห่งพฤติการณ์ที่มีอยู่ในขณะทำสนธิสัญญานี้ นอกจากรัฐจะยกขึ้นอ้างเป็นเหตุในการยกเลิกสนธิสัญญาหรือถอนตัวจากสนธิสัญญาแล้ว รัฐยังอาจยกเหตุดังกล่าวเพื่อระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาได้อีกด้วย²⁰⁵

²⁰⁴ Article 62, id.

2. A fundamental change of circumstances may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from a treaty:

(a) If the treaty establishes a boundary; or

(b) If the fundamental change is the result of a breach by the treaty invoking it either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any party to the treaty.

²⁰⁵ Article 60

If the under the forgoing paragraphs, a parties may invoke a fundamental change of circumstances as a ground for terminating or withdrawing from a treaty, it may also invoke the change as a ground for suspending the operation of the treaty.

อย่างไรก็ดี รัฐอาจสิ้นสิทธิที่จะยกเอาการเปลี่ยนแปลงอย่างมากซึ่งพฤติกรรมซึ่งมีอยู่ในขณะทำสนธิสัญญาเพื่อยกเลิกหรือเพื่อยกถอนตัวจากสนธิสัญญาหรือเพื่อระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาได้หากปรากฏว่า รัฐซึ่งมีสิทธิกล่าวอ้างการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมเช่นว่านั้นได้ตกลงอย่างชัดแจ้งว่าสนธิสัญญายังคงสมบูรณ์และมีผลใช้บังคับต่อไปหรือยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป แล้วแต่กรณีหรือโดยเหตุที่รัฐเช่นว่านั้นได้กระทำการใด ๆ อันถือว่าเป็นการยอมรับโดยไม่ได้แย้งคัดค้านถึงความสมบูรณ์ของสนธิสัญญาแล้วแต่กรณี²⁰⁶

ภายหลังจากที่อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้เปิดให้รัฐต่างลงนามและให้สัตยาบันใน ค.ศ. 1969 ไม่นานนักก่อนที่อนุสัญญานี้จะมีผลบังคับในวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1980 นั้น ใน ค.ศ. 1972 สหราชอาณาจักรได้เสนอข้อพิพาทระหว่างสหราชอาณาจักรกับไอซ์แลนด์ต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) เกี่ยวกับการโต้แย้งของสหราชอาณาจักรถึงการขยายเขตประมงฝ่ายเดียวของไอซ์แลนด์จาก 12 ไมล์ทะเล เป็น 50 ไมล์ทะเล อันส่งผลกระทบต่อสิทธิการทำประมงในบริเวณดังกล่าวของชาวประมงของสหราชอาณาจักร ข้อพิพาทดังกล่าวนำไปสู่คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลในคดี *The Fisheries Jurisdiction*²⁰⁷ (สหราชอาณาจักร v. ไอซ์แลนด์)²⁰⁸ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวถึงหลักพฤติกรรมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (*rebus sic stantibus*) ที่ไอซ์แลนด์กล่าวอ้างไว้ด้วย

²⁰⁶ Article 45 Loss of a right to invoke a ground for invalidating, terminating, withdrawing, from or suspending the operation of a treaty under article 46 to 50 or article 60 and 62 if, after becoming aware of the fact:

(a) It shall have expressly agreed that the treaty is valid or remains in force or continues in force or in operation, as the case may be ; or
(b) It must be reason of it conduct be considered as having acquiesced in the validity of the treaty or in its maintenance in force or in operation, as the case may be.

²⁰⁷ I.C.J. Reports (1973), pp. 3-47.

²⁰⁸ นอกจากอังกฤษจะฟ้องไอซ์แลนด์แล้ว ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ยังฟ้องไอซ์แลนด์ต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพร้อมๆ กันกับอังกฤษด้วย I.C.J. Reports (1973), pp. 49-91.



สืบเนื่องจากข้อพิพาทระหว่างสหราชอาณาจักรกับไอซ์แลนด์ข้างต้น สหราชอาณาจักรได้เสนอข้อพิพาทต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าวตามข้อ 36 วรรค 1²⁰⁹ ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและบันทึกแลกเปลี่ยน (Exchange of Notes) ลงวันที่ 11 มีนาคม ค.ศ. 1961 ระหว่างสหราชอาณาจักรกับไอซ์แลนด์ ซึ่งตามบันทึกแลกเปลี่ยนนั้น สหราชอาณาจักรรับรองการอ้างเขตประมง 12 ไมล์ทะเลของไอซ์แลนด์เพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่ไอซ์แลนด์ตกลงว่าข้อพิพาทใดๆ อันเกี่ยวกับการขยายอำนาจเขตทางประมงของไอซ์แลนด์ที่เกิน 12 ไมล์ทะเล จะต้องเสนอต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเมื่อรัฐภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ

รัฐบาลของไอซ์แลนด์แจ้งต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยจดหมายลงวันที่ 29 พฤษภาคม ค.ศ. 1972 ว่าไอซ์แลนด์ไม่เต็มใจที่จะยอมรับเขตอำนาจของศาลและจะไม่แต่งตั้งตัวแทนแก้ต่างด้วย ดังนั้น รัฐบาลของสหราชอาณาจักรจึงได้ขอให้ศาลกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (interim measures of protection) ตามข้อ 41 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งศาลได้สั่งตามที่รัฐบาลของสหราชอาณาจักรร้องขอและสั่งให้มีการพิจารณาในประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลเพื่อวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีต่อไป

จากคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1973 โดยคะแนนเสียง 14 ต่อ 1 ศาลเห็นว่า ศาลมีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าวโดยศาลได้วินิจฉัยข้อคัดค้านเขตอำนาจศาลของไอซ์แลนด์โดยเฉพาะอย่างยิ่งการอ้างการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากแห่งพฤติการณ์ (fundamental change of circumstances หรือ (*rebus sic stantibus*) ซึ่งเคยมีอยู่ในขณะที่ไอซ์แลนด์ทำบันทึกการแลกเปลี่ยน (Exchange of Notes) กับสหราชอาณาจักรลงวันที่ 11 มีนาคม ค.ศ. 1961 มาเป็นเหตุให้ไอซ์แลนด์ไม่ต้องผูกพันตามพันธกรณีแห่งบันทึกแลกเปลี่ยนนั้นเพราะถือว่าบันทึกแลกเปลี่ยนนั้นถูกยกเลิกเพราะการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากแห่งพฤติการณ์เช่นนั้นแล้ว ดังนั้น จึงไม่ถือว่าไอซ์แลนด์ยินยอมด้วยการเสนอข้อพิพาทเกี่ยวกับการขยายอำนาจเกี่ยวกับการประมงของไอซ์แลนด์เกินกว่า 12 ไมล์ทะเลต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

²⁰⁹ Article 36 of the Statute of International Court of Justice

(1) The jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it and all matter specially provided for in the Charter of the United Nations or in treaties and conventions in force.

ในประเด็นเรื่องการเปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมากแห่งพฤติกรรมซึ่งมีอยู่ในขณะที่ทำสนธิสัญญา (fundamental change of circumstances) นั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้สรุปว่า โฆษณาดังกล่าว การที่โฆษณาดังกล่าวย่อมทำบันทึกแลกเปลี่ยนกับสหราชอาณาจักรนั้นเพราะโฆษณาดังกล่าวไม่ทราบมาก่อนในขณะที่ทำบันทึกแลกเปลี่ยนดังกล่าวว่ากฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการประมงจะพัฒนาไปจนถึงระดับที่นานาประเทศรวมทั้งสหราชอาณาจักรด้วยต่างก็ยอมรับการใช้เขตอำนาจทางประมงแต่เพียงผู้เดียวของรัฐชายฝั่งจนถึงระยะ 12 ไมล์ทะเลดังกล่าวจะเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปแล้ว โฆษณาดังกล่าวไม่มีความจำเป็นใดๆที่จะต้องบันทึกแลกเปลี่ยนดังกล่าวให้สหราชอาณาจักรยอมรับการใช้เขตอำนาจทางประมงแต่เพียงผู้เดียวของโฆษณาดังกล่าวในระยะ 12 ไมล์ทะเลเพื่อแลกกับการเสนอข้อพิพาทเกี่ยวกับการขยายเขตอำนาจดังกล่าวเกิน 12 ไมล์ทะเลต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่าการอ้างการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากแห่งพฤติกรรมโดยโฆษณาดังกล่าวนั้นไม่เกี่ยวกับประเด็นที่พิจารณาอยู่ เนื่องจากมูลเหตุชักจูงใจของโฆษณาดังกล่าวที่จะเข้าทำบันทึกแลกเปลี่ยนดังกล่าวนั้นอาจเป็นเพราะต้องการให้สหราชอาณาจักรให้การรับรองในทันทีถึงการใช้อำนาจทางประมงแต่เพียงผู้เดียวของโฆษณาดังกล่าวในระยะ 12 ไมล์ทะเล รอบเกาะโฆษณาดังกล่าว ซึ่งการรับรองการประมงแต่เพียงผู้เดียวดังกล่าวอาจไม่จำเป็นอีกหรืออาจไม่จำเป็นต้องมีเมื่อรัฐภาคีแห่งบันทึกแลกเปลี่ยนดังกล่าวคือ สหราชอาณาจักรเองก็ได้ขยายเขตอำนาจทางประมงของตนออกไปในระยะ 12 ไมล์ทะเลด้วยเช่นกัน

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศชี้ว่าในคดีนี้วัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์แห่งบันทึกแลกเปลี่ยนดังกล่าวตลอดทั้งพฤติกรรมซึ่งก่อให้เกิดความยินยอมของรัฐภาคีทั้งสองที่จะผูกพันตามบันทึกแลกเปลี่ยนไม่เพียงแต่เพื่อการวินิจฉัยการอ้างเขตอำนาจทางประมงของโฆษณาดังกล่าวในระยะ 12 ไมล์ทะเลเท่านั้น หากแต่วัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์แห่งบันทึกแลกเปลี่ยนดังกล่าวมีกว้างกว่านั้น กล่าวคือ เพื่อกำหนดวิธีการซึ่งรัฐภาคีทั้งสองจะสามารถยุติปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ของการอ้างเขตอำนาจทางทะเลต่อไปได้อีกด้วย ข้อสรุปนี้พิจารณาได้จากทั้งตัวบันทึกแลกเปลี่ยนเองและความเป็นมาของการเจรจาระหว่างรัฐภาคีทั้งสองอีกด้วย ซึ่งต้องนำมาพิจารณาในฐานะที่เป็นพฤติกรรมซึ่งเกิดขึ้นในขณะที่ทำบันทึกแลกเปลี่ยน



ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวต่อไปอีกว่าบางทีอาจเป็นไปได้ว่าขณะนี้ ไอล์แลนด์อาจพบว่ามีมูลเหตุสูงใจบางประการซึ่งทำให้ไอล์แลนด์เข้าสู่งานทำบันทึกการแลกเปลี่ยนใน ค.ศ. 1961 นั้นอาจลดน้อยลงหรือหายไปหมดแล้ว แต่กระนั้นก็ตาม ก็ไม่เป็นเหตุที่จะทำให้ไอล์แลนด์ปฏิเสธพันธกรณีตามบันทึกแลกเปลี่ยนนั้นได้ซึ่งยังคงมีวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์อย่างเดิมและไอล์แลนด์ก็ได้ประโยชน์ต่างๆ จากบันทึกแลกเปลี่ยนเช่นนั้น เช่น ได้รับการรับรองจากสหราชอาณาจักรตั้งแต่ ค.ศ. 1961 ถึงการใช้เขตอำนาจทางประมงแต่เพียงผู้เดียวของไอล์แลนด์ในระยะ 12 ไมล์ทะเล อีกทั้งเส้นฐาน (baselines) ซึ่งกำหนดโดยไอล์แลนด์ก็ได้รับการยอมรับจากสหราชอาณาจักรตลอดทั้งการเลิกใช้สิทธิดั้งเดิมในการทำประมง (traditional fishing rights) ในเขตดังกล่าวภายใน 3 ปี โดยเรือซึ่งจดทะเบียนในสหราชอาณาจักร ดังนั้น ไอล์แลนด์จึงต้องเคารพต่อพันธกรณีแห่งบันทึกการแลกเปลี่ยนในส่วนของตนที่จะยอมรับถึงการวินิจฉัยถึงความสมบูรณ์ของการขยายเขตอำนาจที่เกินจากระยะ 12 ไมล์ทะเลนั้น

นอกจากนั้น ในสนธิสัญญาซึ่งมีทั้งพันธกรณีที่ปฏิบัติเรียบร้อยแล้ว (executed) และพันธกรณีที่ยังมีได้ปฏิบัติให้ลุล่วง (executory) โดยที่รัฐภาคีฝ่ายหนึ่งได้ประโยชน์จากพันธกรณีที่ปฏิบัติเสร็จสิ้นไปเรียบร้อยแล้ว การอนุญาตให้รัฐภาคีฝ่ายนั้นยกเลิกพันธกรณีที่ตนได้ยอมรับแล้วตามสนธิสัญญาเพื่อแลกเปลี่ยนกับพันธกรณีที่รัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งได้ปฏิบัติเสร็จสิ้นไปแล้วย่อมไม่อาจยอมรับได้

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวถึงหลักการเปลี่ยนแปลงอย่างมากแห่งพฤติกรรมซึ่งเคยมีอยู่ในขณะทำสนธิสัญญาตลอดจนเงื่อนไขและข้อยกเว้นที่บัญญัติไว้ในข้อ 62 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ว่าอาจถือได้ว่าเป็นหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งอนุสัญญาดังกล่าวเอามาประมวลไว้ทั้งนี้รัฐภาคีจะอ้างเหตุดังกล่าวเพื่อยกเลิกสนธิสัญญาได้นั้นจะต้องปรากฏว่าการเปลี่ยนแปลงของพฤติกรรมดังกล่าวเป็นการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (fundamental) จึงจะใช้เป็นเหตุเพื่อยกเลิกสนธิสัญญาได้และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้สรุปว่า ข้อกล่าวอ้างของไอล์แลนด์ที่ว่า การแลกเปลี่ยนทางด้านเทคนิคการทำประมงนั้นก่อให้เกิดอันตรายอย่างมากต่อประโยชน์อันสำคัญ (vital interest) ของไอล์แลนด์ในฐานะที่เป็นรัฐซึ่งต้องพึ่งพาทรัพยากรประมงเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจของตนนั้นไม่สามารถก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างมาก (fundamental change) ซึ่งจะมีผลต่อการตกไปหรือการคงมีอยู่แห่งพันธกรณีในบันทึกแลกเปลี่ยนว่าด้วยการเสนอข้อพิพาทเกี่ยวกับการขยายเขต

อำนาจทางประมุขของไอซ์แลนด์เกินกว่า 12 ไมล์ทะเลได้²¹⁰

3.9.9 สนธิสัญญาที่ขัดกับกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นใหม่

ในกรณีที่รัฐได้ทำสนธิสัญญาและใช้บังคับสนธิสัญญานั้นมาระยะเวลาหนึ่งแล้วแต่ต่อมาปรากฏว่าได้เกิดหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในลักษณะที่เป็นกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งห้ามการกระทำดังที่ปรากฏในสนธิสัญญาหรือปรากฏว่า เนื้อหาสาระแห่งสนธิสัญญาที่ใช้บังคับอยู่นั้นขัดกับกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) ดังกล่าว ในกรณีเช่นว่านี้ ข้อ 64 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 บัญญัติว่า หากกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งรัฐมีอาจทำสนธิสัญญายกเว้นเปลี่ยนแปลงอย่างอื่นได้นั้นเกิดขึ้น บรรดาสนธิสัญญาทั้งหลายที่ใช้บังคับอยู่ซึ่งขัดแย้งกับกฎเกณฑ์ดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะ (void) และสิ้นสุดลงทันที²¹¹

เป็นที่น่าสังเกตว่า ข้อ 64 นี้แตกต่างจากข้อ 53 ของอนุสัญญาเดียวกัน กล่าวคือในกรณีของข้อ 53 นั้น กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) นั้นมีอยู่แล้วในขณะที่ยุติสนธิสัญญา ดังนั้น สนธิสัญญาเช่นว่านั้นจึงมีผลใช้บังคับโดยสมบูรณ์จนกระทั่งถึงเวลาที่เกิดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) ขึ้น ในกรณีเช่นว่านี้ การตกเป็นโมฆะ (void) ของสนธิสัญญาเช่นว่านั้นเริ่มขึ้นตั้งแต่เวลาที่เกิดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) นั้น จึงมีผลทำให้สนธิสัญญานั้นสิ้นสุดลงทันทีนับแต่เวลานั้นเป็นต้นไป โดยการตกเป็นโมฆะในกรณีเช่นว่านี้ มิได้เป็นโมฆะตั้งแต่เริ่มทำสนธิสัญญา (void *ab initio*) แต่ประการใด พันธกรณีใดๆ แห่งสนธิสัญญาดังกล่าวซึ่งกระทำไปแล้วก่อนที่จะเกิดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) ขึ้นนั้นย่อมสมบูรณ์ทุกประการ รัฐภาคีจะเรียกร้อง

²¹⁰ I.C.J. Reports (1973), pp. 3-47.

²¹¹ Article 64 Emergence of a new peremptory norm of general international law (“*jus cogens*”)

If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.



ให้รัฐภาคีอื่นใดซึ่งปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาก่อนที่พันธกรณีเช่นนั้นจะขัดกับกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) ซึ่งเกิดขึ้นในภายหลังจากการทำสนธิสัญญาให้รับผิดมิได้ เพราะการกระทำทั้งหลายตามสนธิสัญญาก่อนหน้าที่จะเกิดกฎหมายเด็ดขาดเช่นนั้นย่อมเป็นอันสมบูรณ์ทุกประการ

3.9.10 การตัดความสัมพันธ์ทางทูตหรือกงสุล

การตัดความสัมพันธ์ทางทูตหรือทางกงสุลระหว่างรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นจะไม่กระทบกระเทือนต่อความสัมพันธ์ทางกฎหมายซึ่งรัฐภาคีเหล่านั้นมีอยู่ตามสนธิสัญญาเว้นแต่การคงอยู่แห่งความสัมพันธ์ทางทูตหรือทางกงสุลนั้นเองจะเป็นเงื่อนไขสำคัญแห่งการทำให้การใช้อยู่บังคับสนธิสัญญานั้นตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 63²¹² ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969

อย่างไรก็ดี เป็นที่เข้าใจและยอมรับกันโดยทั่วไปว่า สนธิสัญญาที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางทูตและทางกงสุล เช่น อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ค.ศ. 1961 (Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961)²¹³ และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 (Vienna Convention on Consular Relations, 1963)²¹⁴ ต่างก็เป็นอนุสัญญาซึ่งประมวลหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางทูตและความสัมพันธ์ทางกงสุลไว้ ดังนั้น ถึงแม้จะมีการตัดความสัมพันธ์ทางทูตหรือความสัมพันธ์ทางกงสุลระหว่างรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา เช่นว่านั้นก็ตามซึ่งอาจกระทบกระเทือนถึงพันธกรณีระหว่างรัฐภาคีของอนุสัญญาดังกล่าวนั้น แต่ก็หากระทบกระเทือนต่อพันธกรณีตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางทูตหรือทางกงสุลแต่อย่างใดไม่ ดังนั้น รัฐซึ่งตัดความสัมพันธ์ทางทูตหรือทางกงสุลยังคงต้องปฏิบัติตามพันธกรณีอันเกิดจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางทูตหรือทางกงสุลเช่นว่านั้นต่อไป เช่น พันธกรณีของรัฐ

²¹² Article 63 Severance of diplomatic or consular relations

The severance of diplomatic or consular relations between parties to a treaty does not affect the legal relations established between them by the treaty except insofar as the existence of diplomatic or consular relations is indispensable for the application of the treaty.

²¹³ 500 U.N.T.S. 95, done at Vienna on 18 April 1961 and entered into force on 24 April 1964

²¹⁴ 596 U.N.T.S. done at Vienna on 24 April 1963 and entered into force on 19 March 1967

จะต้องให้ความคุ้มครองแก่ตัวแทนทางทูตหรือเจ้าพนักงานกงสุลจนกว่าบุคคลดังกล่าวจะเดินทางออกจากดินแดนของรัฐนั้น เป็นต้น

ดังนั้น แม้รัฐจะไม่มีความสัมพันธ์ทางทูตหรือทางกงสุลระหว่างกันเลยก็ตาม รัฐดังกล่าวก็ยังสามารถเข้าทำสนธิสัญญาระหว่างกันได้เพราะการทำสนธิสัญญาของรัฐนั้นเป็นสิทธิของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศอยู่แล้ว จึงไม่เกี่ยวข้องกับหรือขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ทางทูตหรือทางกงสุลระหว่างกันแต่ประการใด ซึ่งหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องนี้ก็ได้รับการรับรองยืนยันไว้ในข้อ 74²¹⁵ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 แล้ว

3.10 ขั้นตอนเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ การยกเลิก การถอนตัว หรือ การระงับการใช้บังคับสนธิสัญญา

3.10.1 การแจ้งให้ทราบ (notification)

ในกรณีที่ภาคีกล่าวอ้างเหตุที่ทำให้ความยินยอมของตนเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาไม่สมบูรณ์หรือเหตุที่ทำให้สนธิสัญญาตกเป็นโมฆะหรือเพื่อยกเลิกหรือถอนตัวจากสนธิสัญญาหรือเพื่อระงับการใช้บังคับสนธิสัญญานั้น ข้อ 65 วรรค 1 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 กำหนดให้ภาคีนั้นต้องแจ้งให้ภาคีอื่นๆ ทราบถึงการกล่าวอ้างของตนโดยการแจ้งเช่นนั้นจะต้องระบุถึงมาตรการที่ภาคีนั้นเสนอที่จะใช้เกี่ยวกับสนธิสัญญา เช่น ยกเลิก ถอนตัวหรือระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาแล้วแต่กรณีตลอดทั้งเหตุผลแห่งการนั้น²¹⁶ การแจ้งดังกล่าวต้อง

²¹⁵ Article 74 Diplomatic and consular relations and the conclusion of Treaties

The severance or absence of diplomatic or consular relations between or more States does not prevent the conclusion of treaties between those States. The conclusion of a treaty does not in itself affect the situation in regard to diplomatic or consular relations.

²¹⁶ Article 65 Procedure to be followed with respect to invalidity, termination, withdrawal from or suspension of the operation of a treaty

1. A party which, under the provisions of the present Convention, invokes either a defect in its consent to be bound by a treaty or a ground for impeaching the validity of a treaty, terminating it, withdrawing from it or suspending its operation, must notify the other parties of its claim. The notification shall indicate the measure proposed to be taken with respect to the treaty and the reasons therefor.



ทำเป็นลายลักษณ์อักษร²¹⁷

ในกรณีดังกล่าวข้างต้น เว้นแต่ในกรณีเร่งด่วนเป็นพิเศษ เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาไม่น้อยกว่าสามเดือนนับแต่ภาคีอื่นๆ ได้รับการแจ้งเหตุดังกล่าวข้างต้น หากไม่ปรากฏว่าภาคีใดคัดค้านการแจ้งเช่นนั้น ภาคีซึ่งแจ้งถึงเหตุดังกล่าวข้างต้นอาจดำเนินการตามมาตรการที่ตนได้เสนอไว้²¹⁸

ในกรณีที่ภาคีอื่นใดภาคีหนึ่งคัดค้านการแจ้งเหตุเช่นนั้น ภาคีดังกล่าวจะต้องหาทางระงับข้อขัดแย้งดังกล่าวตามที่ระบุไว้ในข้อ 33 ของกฎบัตรสหประชาชาติ²¹⁹ กล่าวคือ โดยการเจรจา (negotiation) การสอบสวน (enquiry) การประนีประนอม mediation) การไกล่เกลี่ย (conciliation) อนุญาโตตุลาการ (arbitration) การระงับข้อพิพาททางตุลาการ (judicial settlement) หรือโดยองค์กรหรือข้อตกลงในระดับภูมิภาคหรือวิธีระงับข้อพิพาทอื่นใดโดยสันติตามที่ภาคีคู่พิพาทเลือก²²⁰ หรือในกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคง (Security Council) เห็นสมควร ก็อาจเรียกให้ภาคีคู่พิพาทระงับข้อพิพาทตามวิธีดังกล่าวข้างต้น²²¹ เว้นแต่สนธิสัญญานั้นๆ จะได้ระบุวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างภาคี

²¹⁷ Article 67 Instruments for declaring invalid, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty

1. The notification provided for under article 65, paragraph 1, must be made in writing.

²¹⁸ Article 65, *supra* note 214

2. If, after the expiry of a period which, except in cases of special urgency, shall not be less than three months after the receipt of the notification, no party has raised any objection, the party making the notification may carry out in the manner provided in article 67 the measure which it has proposed.

²¹⁹ Article 65, *id.*

3. If, however, objection has been raised by any other party, the parties shall seek a solution through the means indicated in Article 33 of the Charter of the United Nations.

²²⁰ Article 33 of the Charter of the United Nations

1. The parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice.

²²¹ Article 33, *id.*

2. The Security Council shall, when it deems necessary, call upon the parties to settle their dispute by such means.

ไว้เป็นการเฉพาะแล้วก็ให้เป็นตามนั้น²²²

อย่างไรก็ดี เว้นแต่จะสามารถแยกบทบัญญัติที่ไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญาออกจากบทบัญญัติที่สมบูรณ์ได้ตามข้อ 45 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 การที่ภาคีละเลยไม่แจ้งเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของการให้ความยินยอมของตนเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาหรือเหตุที่ทำให้สนธิสัญญาดตกเป็นโมฆะหรือเพื่อยกเลิก หรือถอนตัวจากสนธิสัญญาหรือระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาดังกล่าวข้างต้นย่อมไม่ตัดสิทธิภาคีดังกล่าวที่จะทำการแจ้งถึงเหตุเช่นว่านั้นเพื่อตอบภาคีอื่นที่เรียกให้ภาคีดังกล่าวปฏิบัติตามสนธิสัญญาหรือที่กล่าวอ้างว่าภาคีดังกล่าวฝ่าฝืนสนธิสัญญา²²³

3.10.2 การระงับข้อพิพาท (settlement of disputes)

ในกรณีที่มีการคัดค้านการแจ้งเหตุดังกล่าวข้างต้นและภาคีคู่พิพาทไม่สามารถระงับข้อพิพาทระหว่างกันตามข้อ 33 ของกฎบัตรสหประชาชาติได้ภายใน 12 เดือน นับแต่วันที่มีการคัดค้านการแจ้งเหตุดังกล่าว ข้อ 66 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 กำหนดให้ภาคีคู่พิพาทดำเนินการดังต่อไปนี้

1. ในกรณีของการใช้บังคับหรือการตีความสนธิสัญญาที่ขัดกับกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่ทำสนธิสัญญาแล้วตามข้อ 64 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ภาคีคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจทำคำขอเป็นลายลักษณ์อักษรเสนอต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพื่อให้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดก็ได้ เว้นแต่ภาคีคู่พิพาทตกลงยินยอมร่วมกันที่จะเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการพิจารณา²²⁴

²²² Article 65

4. Nothing in the foregoing paragraphs shall affect the rights or obligations of the parties under any provisions in force binding the parties with regard to the settlement of disputes.

²²³ Article 65, id.

5. Without prejudice to article 45, the fact that a State has not previously made the notification prescribed in paragraph 1 shall not prevent it from making such notification in answer to another party claiming performance of the treaty or alleging its violation.

²²⁴ Article 66 Procedures for judicial settlement, arbitration and conciliation

If, under paragraph 3 of article 65, no solution has been reached within a period of 12 months following the date on which the objection was raised, the following procedures shall be followed:



2. ในกรณีของการใช้บังคับหรือการตีความสนธิสัญญาโดยอาศัยเหตุอื่น ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในส่วนที่ห้าว่าด้วยความไม่สมบูรณ์ การยกเลิกและการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เช่น การกล่าวอ้างความสามารถของผู้แทนของภาคีในการทำสนธิสัญญาตามข้อ 46 ความผิดพลาด (error) ตาม ข้อ 48 การฉ้อฉล (fraud) ตามข้อ 49 การประพฤติมิชอบของผู้แทนของรัฐ (corruption of the representative of a state) ตามข้อ 50 การข่มขู่ผู้แทนของรัฐ (coercion of a representative of a state) ตามข้อ 51 ภาคีคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจดำเนินกระบวนการพิจารณาตามที่ระบุไว้ในภาคผนวกของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 กล่าวคือ ตั้งคณะกรรมการไกล่เกลี่ย (conciliation commission) โดยยื่นคำร้องขอให้ตั้งคณะกรรมการดังกล่าวต่อเลขาธิการสหประชาชาติ²²⁵

คณะกรรมการไกล่เกลี่ยดังกล่าวประกอบด้วยสมาชิก 5 คน โดยภาคีคู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยสองคน คนหนึ่งมีสัญชาติของภาคีฝ่ายที่แต่งตั้งซึ่งจะแต่งตั้งจากรายชื่อผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งได้มาจากการเสนอชื่อของรัฐสมาชิกของสหประชาชาติหรือของรัฐภาคีแห่งอนุสัญญา กรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 หรือไม่ได้ก็ได้ ส่วนผู้ไกล่เกลี่ยอีกคนหนึ่งนั้นต้องไม่มีสัญชาติของภาคีฝ่ายที่แต่งตั้งและจะต้องแต่งตั้งจากรายชื่อผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้มาโดยวิธีการข้างต้นเท่านั้น โดยจะต้องแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยทั้งสี่ให้แล้วเสร็จภายในหกเดือนนับแต่วันที่เลขาธิการสหประชาชาติได้รับคำร้องขอและให้ผู้ไกล่เกลี่ยทั้งสี่คน (ซึ่งมาจากการแต่งตั้งของภาคีคู่พิพาทฝ่ายละสองคน) แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยคนที่ห้าจากรายชื่อผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อทำหน้าที่ประธานคณะกรรมการไกล่เกลี่ยโดยจะต้องแต่งตั้งประธานให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันแต่งตั้ง

(a) anyone of the parties to a dispute concerning the application or the interpretation of articles 53 or 64 may, by a written application, submit it to the International Court of Justice for a decision unless the parties by common consent agree to submit the dispute to arbitration;

²²⁵ Article 66, id.

(b) any one of the parties to a dispute concerning the application or the interpretation of any of the other articles in Part V of the present Convention may set in motion the procedure specified in the Annex to the Convention by submitting a request to that effect to the Secretary-General of the United Nations.

ผู้ไกล่เกลี่ยคนสุดท้าย หากไม่มีการแต่งตั้งประธานคณะกรรมการไกล่เกลี่ยให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันดังกล่าว ก็ให้เลขาธิการสหประชาชาติเป็นผู้แต่งตั้งภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ยื่นสุดระยะเวลาหกสิบวันดังกล่าว การแต่งตั้งประธานกรรมการในกรณีเช่นว่านี้ เลขาธิการสหประชาชาติอาจแต่งตั้งจากรายชื่อผู้ไกล่เกลี่ยดังกล่าวข้างต้นหรือจากสมาชิกของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ก็ได้ อย่างไรก็ตาม ระยะเวลาที่กำหนดไว้ให้มีการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยโดยภาคีคู่พิพาทอาจขยายออกไปได้โดยความตกลงระหว่างภาคีคู่พิพาท²²⁶

การแจ้งเหตุดังกล่าวข้างต้นอาจอนเสียได้ในเวลาใดๆ ก่อนที่การแจ้งเหตุเช่นนั้นจะมีผลก็ได้²²⁷

²²⁶ Annex to the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969

2. When a request has been made to the Secretary-General under article 66, the Secretary-General shall bring the dispute before a conciliation commission constituted as follows:

The State or States constituting one of the parties to the dispute shall appoint:

- a) one conciliator of the nationality of that State or of one of those States, who may or may not be chosen from the list referred to in paragraph 1; and
- b) one conciliator not of the nationality of that State or of any of those States, who shall be chosen from the list.

The State or States constituting the other party to the dispute shall appoint two conciliators in the same way. The four conciliators chosen by the parties shall be appointed within sixty days following the date on which the Secretary-General receives the request.

The four conciliators shall, within sixty days following the date of the last of their own appointments, appoint a fifth conciliator chosen from the list, who shall be chairman.

If the appointment of the chairman or of any of the other conciliators has not been made within the period prescribed above for such appointment, it shall be made by the Secretary General within sixty days following the expiry of that period. The appointment of the chairman may be made by the Secretary-General either from the list or from the membership of the International Law Commission. Any of the periods within which appointments must be made may be extended by agreement between the parties to the dispute.

²²⁷ Article 68 Revocation of notifications and instruments provided for in articles 65 and 67

A notification or instrument provided for in articles 65 or 67 may be revoked at any time before it takes effect.



3.11 ผลของความสมบูรณ์ (invalidity) การยกเลิก (termination) และการระงับการใช้บังคับ (suspension) สนธิสัญญา

3.11.1 ผลของความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญา

เมื่อรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาหยิบยกเหตุของการข่มขู่รัฐตามข้อ 52 หรือกรณีที่สนธิสัญญาขัดกับกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศตามข้อ 53 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มาเป็นเหตุเพื่อทำให้สนธิสัญญานั้นไม่สมบูรณ์ ความไม่สมบูรณ์เช่นนั้นจะมีผลเท่ากับว่าสนธิสัญญาเช่นนั้นเป็นโมฆะเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น (*void ab initio*) ทั้งฉบับตามข้อ 44 วรรค 5²²⁸ และสนธิสัญญาซึ่งเป็นโมฆะเสียเปล่าเช่นนั้นย่อมไม่มีผลในทางกฎหมายนับแต่เวลาที่สนธิสัญญานั้นเสียเปล่าเป็นต้นไป²²⁹ กล่าวคือ นับแต่วันที่ทำสนธิสัญญามีขึ้นที่มีการบอกกล่าวความไม่สมบูรณ์ (invalidity) ของสนธิสัญญาเช่นนั้น การกระทำทั้งหลายโดยสุจริตเช่นนั้นไม่ถือว่าตกเป็นอันไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุที่มีการกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญาเช่นนั้น แต่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นแต่ละรัฐอาจกำหนดให้รัฐภาคีอื่นๆ กระทำทุกวิถีทางเท่าที่เป็นไปได้เพื่อให้รัฐทุกรัฐกลับคืนสู่สถานะเดิมที่เคยเป็นอยู่หากไม่มีการกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้น²³⁰

²²⁸ Article 44 Separability of treaty provisions

5. In cases falling under articles 51, 52 and 53, no separation of the provisions of the treaty is permitted.

²²⁹ Article 69 Consequences of the invalidity of a treaty

1. A treaty the invalidity of which is established under the present Convention is void. The provisions of a void treaty have no legal force.

²³⁰ Article 69, *id.*

2. If acts have nevertheless been performed in reliance on such a treaty:

(a) each party may require any other party to establish as far as possible in their mutual relations the position that would have existed if the acts had not been performed;

(b) acts performed in good faith before the invalidity was invoked are not rendered unlawful by reason only of the invalidity of the treaty.

หากความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญาเช่นว่านั้นเกิดขึ้นเพราะการฉ้อฉล (fraud) ตามข้อ 49 หรือการประพฤติมิชอบ (corruptions) ของผู้แทนของรัฐตามข้อ 50 หรือการข่มขู่ (coercion) ผู้แทนของรัฐตามข้อ 51 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 รัฐผู้เป็นต้นเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญาด้วยเหตุดังกล่าวนี้ย่อมไม่สามารถเรียกร้องให้รัฐภาคีอื่นใดกระทำการใดๆ อันจะทำให้รัฐภาคีทุกฝ่ายกลับสู่สถานะเดิมก่อนที่จะมีการกระทำเช่นว่านั้นเกิดขึ้นได้²³¹

ส่วนกรณีของการผิดพลาด (error) ในสนธิสัญญาตามข้อ 48 วรรค 1 นั้น หากความผิดพลาดดังกล่าวมิได้เกิดขึ้นจากการมีส่วนร่วมหรือการรู้เห็นเป็นใจของรัฐภาคีใดๆ แล้วรัฐทุกรัฐย่อมสามารถหยิบยกความผิดพลาดดังกล่าวมาเป็นเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาได้

ในกรณีของความไม่สมบูรณ์แห่งความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาพหุภาคีนั้น ผลของความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญาดังกล่าวมาข้างต้นก็นำมาใช้บังคับกับผลของความไม่สมบูรณ์แห่งความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาพหุภาคีระหว่างรัฐซึ่งอ้างความไม่สมบูรณ์แห่งความยินยอมของตนและรัฐภาคีอื่นๆ แห่งสนธิสัญญาพหุภาคีนั้นด้วย²³² กล่าวคือ สนธิสัญญาพหุภาคีนั้นจะไม่มีผลผูกพันรัฐที่มีเหตุกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ของการให้ความยินยอมของตนเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา แต่ทั้งนี้ย่อมไม่กระทบกระเทือนถึงการใดๆ ที่ได้กระทำไปโดยสุจริตตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญานั้นก่อนที่จะมีการหยิบยกความไม่สมบูรณ์ของการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาขึ้นกล่าวอ้าง

²³¹ Article 69, id.

3. In cases falling under articles 49, 50, 51 or 52, paragraph 2 does not apply with respect to the party to which the fraud, the act of corruption or the coercion is imputable.

²³² Article 69, id.

4. In the case of the invalidity of a particular State's consent to be bound by a multilateral treaty, the foregoing rules apply in the relations between that State and the parties to the treaty.



3.11.2 ผลของการยกเลิกสนธิสัญญา

ข้อ 70 วรรค 1 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 บัญญัติว่า เว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นประการอื่นหรือภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นตกลงกันเป็นอย่างอื่น การยกเลิกสนธิสัญญาตามบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญานั้นหรือตามเหตุอื่นใดซึ่งกำหนดไว้ในอนุสัญญานี้

ก. ปลดปล่อยรัฐภาคีจากพันธกรณีใดๆ อีกที่จะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้น

ข. ไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิ หน้าที่หรือสถานการณ์ทางกฎหมายของรัฐภาคีซึ่งเกิดขึ้นโดยการปฏิบัติการตามสนธิสัญญาก่อนที่จะยกเลิกสนธิสัญญานั้น²³³ แต่ถ้าหากรัฐภาคีนั้นปฏิเสธหรือถอนตัวจากสนธิสัญญาพหุภาคี ก็ให้นำหลักดังกล่าวข้างต้นมาใช้บังคับแก่ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐซึ่งปฏิเสธหรือถอนตัวจากสนธิสัญญานั้นและรัฐภาคีอื่นแห่งสนธิสัญญาแต่ละรัฐไปนับแต่วันซึ่งการปฏิเสธหรือการถอนตัวจากสนธิสัญญาเช่นนั้นจะมีผลบังคับ²³⁴

²³³ Article 70 Consequences of the termination of a treaty

1. Unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree, the termination of a treaty under its provisions or in accordance with the present Convention:

(a) releases the parties from any obligation further to perform the treaty;
(b) does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination.

²³⁴ Article 70, id.

2. If a State denounces or withdraws from a multilateral treaty, paragraph 1 applies in the relations between that State and each of the other parties to the treaty from the date when such denunciation or withdrawal takes effect.

3.11.3 ผลของการระงับการใช้อย่างบังคับสนธิสัญญา

ข้อ 72 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 บัญญัติว่า

1. เว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นหรือรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาตกลงกันเป็นอย่างอื่น การระงับการใช้อย่างบังคับสนธิสัญญาโดยบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญานั้นหรือตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญานี้

ก. ปลดเปลื้องรัฐภาคีซึ่งสนธิสัญญานั้นระงับการใช้อย่างบังคับจากพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาในความสัมพันธ์ระหว่างกันระหว่างระยะเวลาซึ่งระงับการใช้อย่างบังคับสนธิสัญญานั้น

ข. ไม่กระทบกระเทือนต่อความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่กำหนดขึ้นตามสนธิสัญญาระหว่างรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา²³⁵

2. ในระยะเวลาที่มีการบังคับสนธิสัญญานั้น รัฐภาคีจะต้องละเว้นจากการกระทำใดๆ อันมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการกลับมาใช้บังคับ (resumption) ของสนธิสัญญาอีก²³⁶

²³⁵ Article 72 Consequences of the suspension of the operation of a treaty

1. Unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree, the suspension of the operation of a treaty under its provisions or in accordance with the present Convention:

(a) releases the parties between which the operation of the treaty is suspended from the obligation to perform the treaty in their mutual relations during the period of the suspension;

(b) does not otherwise affect the legal relations between the parties established by the treaty.

²³⁶ Article 72, id.

2. During the period of the suspension the parties shall refrain from acts tending to obstruct the resumption of the operation of the treaty.



3.11.4 ผลของความเป็นโมฆะแห่งสนธิสัญญาซึ่งขัดกับกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศ

ก. กรณีที่สนธิสัญญาขัดกับกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งมีอยู่แล้ว

กรณีเช่นนี้คือกรณีที่สนธิสัญญานั้นทำขึ้นโดยขัดกับกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งมีอยู่แล้ว ในขณะที่ทำสนธิสัญญานั้นซึ่งตามข้อ 53 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 บัญญัติว่าสนธิสัญญานั้นจะตกเป็นโมฆะทันทีที่ทำสนธิสัญญานั้น (*void ab initio*) ในกรณีเช่นนี้ข้อ 71 วรรค 1 ของอนุสัญญาเดียวกันได้บัญญัติถึงผลของการตกเป็นโมฆะของสนธิสัญญาดังกล่าวไว้ดังนี้

(i) ให้รัฐภาคีทั้งหมดขจัด (eliminate) ผลของการกระทำใดๆ ซึ่งได้กระทำไปตามบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาซึ่งขัดกับกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เช่น หากมีการใช้กำลังรุกรานรัฐอื่นก็ต้องหยุดการกระทำเช่นนั้นทันที

(ii) ให้รัฐดำเนินการความสัมพันธ์ระหว่างกันให้สอดคล้องกับกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่แล้วนั้น²³⁷

²³⁷ Article 71 Consequences of the invalidity of a treaty which conflicts with a peremptory norm of general international law

1. In the case of a treaty which is void under article 53 the parties shall:

(a) eliminate as far as possible the consequences of any act performed in reliance on any provision which conflicts with the peremptory norm of general international law; and
(b) bring their mutual relations into conformity with the peremptory norm of general international law.

ข. กรณีที่สนธิสัญญาขัดกับกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเกิดภายหลัง

ในกรณีดังกล่าวนี้ สนธิสัญญามีผลสมบูรณ์ทุกประการในขณะที่ทำสนธิสัญญาขึ้นและมีผลใช้บังคับแก่รัฐภาคีทั้งปวงจนกระทั่งเกิดกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศขึ้นใหม่ในภายหลังอันเป็นเหตุให้สนธิสัญญาเช่นนั้นขัดกับกฎหมายเด็ดขาดแห่งกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวจึงทำให้สนธิสัญญาซึ่งมีผลใช้บังคับโดยสมบูรณ์นั้นตกเป็นโมฆะและสิ้นสุดลงนับแต่เวลาที่สนธิสัญญาเช่นนั้นขัดกับกฎหมายเด็ดขาดดังกล่าวตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 64 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ในกรณีเช่นนี้ข้อ 71 วรรค 2 ของอนุสัญญาเดียวกันได้บัญญัติถึงผลของการตกเป็นโมฆะแห่งสนธิสัญญาที่ขัดกับแห่งกฎหมายระหว่างประเทศประเภทซึ่งเกิดขึ้นใหม่ในภายหลังไว้ว่า การสิ้นสุดสนธิสัญญาดังกล่าว

(i) ปลดปล่อยรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาจากพันธกรณีใดๆ อีกที่จะต้องปฏิบัติต่อกันตามสนธิสัญญานั้น

(ii) ไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิ หน้าที่หรือสถานการณ์ทางกฎหมายใดๆ ของรัฐภาคีซึ่งเกิดขึ้นโดยการปฏิบัติตามสนธิสัญญาก่อนที่สนธิสัญญานั้นจะสิ้นสุดลง ทั้งนี้โดยมีเงื่อนไขว่า สิทธิ หน้าที่หรือสถานการณ์เช่นนั้นจะยังคงมีอยู่ต่อไปภายหลังจากที่สนธิสัญญานั้นสิ้นสุดลงได้เท่าที่การคงอยู่แห่งสิทธิ หน้าที่หรือสถานการณ์นั้นในตัวของมันเองแล้วจะไม่ขัดกับกฎหมายเด็ดขาดแห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นใหม่ในภายหลัง²³⁸

²³⁸ Article 71, id.

2. In the case of a treaty which becomes void and terminates under article 64, the termination of the treaty:

(a) releases the parties from any obligation further to perform the treaty;

(b) does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination; provided that those rights, obligations or situations may thereafter be maintained only to the extent that their maintenance is not in itself in conflict with the new peremptory norm of general international law.

บทที่ 4

การนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของรัฐ

ดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ข้างต้นว่าสนธิสัญญาย่อมผูกพันรัฐที่เป็นภาคีของสนธิสัญญาดังกล่าว ผลทางกฎหมายระหว่างประเทศของการเป็นภาคีสนธิสัญญาก็คือรัฐภาคีต้องผูกพันตามสนธิสัญญาตามหลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (*pacta sunt servanda*) การปฏิบัติตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาของรัฐภาคนั้นกระทำได้โดยการทำให้สนธิสัญญามีผลบังคับเป็นกฎหมายภายในของรัฐ ในบทที่ 4 นี้จะศึกษาถึงทฤษฎีและแนวปฏิบัติของรัฐทั้งที่ใช้ระบบ Common Law และระบบ Civil Law เกี่ยวกับการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของรัฐ โดยจะเน้นถึงแนวปฏิบัติของประเทศไทยในการนำสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีมาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทย

4.1 ทฤษฎีว่าด้วยการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของรัฐ

ในการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของรัฐนั้น มีทฤษฎีพื้นฐานที่สำคัญสองทฤษฎีที่อธิบายถึงการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของรัฐ กล่าวคือ ทฤษฎีทวินิยม (Dualism) และทฤษฎีเอกนิยม (Monism)

4.1.1 ทฤษฎีทวินิยม (Dualism)

ทฤษฎีทวินิยมนี้ได้รับอิทธิพลจากปรัชญากฎหมายของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (positivism) ในช่วงศตวรรษที่ 19 และ 20 ซึ่งเน้นที่เจตจำนง (will) ของรัฐ¹ ประกอบกับการเกิดรัฐสมัยใหม่ในช่วงดังกล่าวที่มีการจัดระบบการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐไม่ว่าจะเป็นอำนาจทางนิติบัญญัติ บริหารหรือตุลาการ จึงทำให้การใช้อำนาจของรัฐโดยเฉพาะด้านนิติบัญญัติมีลักษณะที่แตกต่างหากจากกฎหมายระหว่างประเทศโดยเป็นอิสระแก่กัน²

¹ Stark, Introduction to International Law, 8th Edition (London ; Woburn, Mass. : Butterworths, 1977), p. 82.

² Id.



นักกฎหมายระหว่างประเทศที่สนับสนุนทฤษฎีวิภาษนิยมซึ่งได้รับอิทธิพลจากความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (positivism) ได้แก่ Triepel³ และ Anzilotti⁴ ซึ่งเห็นว่ากฎหมายภายในของรัฐเป็นระบบกฎหมายที่แตกต่างหากจากระบบกฎหมายระหว่างประเทศโดย Triepel เห็นว่าความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายระหว่างประเทศและระบบกฎหมายภายในของรัฐมีสองประการ คือ ประการแรก ผู้ทรงสิทธิ (subjects) ของระบบกฎหมายภายในคือ “ปัจเจกชน” (individuals) ในขณะที่ผู้ทรงสิทธิของระบบกฎหมายระหว่างประเทศคือ “รัฐ” และ ประการที่สอง ที่มาหรือบ่อเกิดของระบบกฎหมายภายในก็คือ “เจตจำนง” (will) ของรัฐ ในขณะที่บ่อเกิดหรือที่มาของระบบกฎหมายระหว่างประเทศคือ “เจตจำนงร่วมกัน” (common will หรือ Gemeinwille) ของรัฐต่างๆ

จากความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายระหว่างประเทศและระบบกฎหมายภายในสำหรับประการแรกดังกล่าวข้างต้นนี้ จะเห็นได้ชัดเจนว่าไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงซึ่งเป็นที่ยอมรับกันอยู่ในขณะนี้ ทั้งจากแนวปฏิบัติของรัฐต่างๆ คำวินิจฉัยของศาลระหว่างประเทศ และคำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิ กล่าวคือ กฎหมายระหว่างประเทศมิได้ผูกพันหรือมีผลใช้บังคับต่อรัฐ (states) เพียงอย่างเดียวเท่านั้น กฎหมายระหว่างประเทศยังผูกพันและมีผลใช้บังคับต่อผู้ทรงสิทธิหรือบุคคล (subjects) อื่นๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย กล่าวคือ องค์การระหว่างประเทศ (international organization) และแม้กระทั่งปัจเจกชน (individuals)⁵ หรือแม้แต่องค์การ (entities) อื่นๆ ที่มีสถานะบางประการตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น องค์การปลดปล่อยปาเลสไตน์ (Palestinian Liberal Organization: PLO) ก็ตาม⁶ ซึ่งในขณะนี้ประสบความสำเร็จในการก่อตั้งรัฐปาเลสไตน์แล้ว ดังนั้น ถึงแม้ความแตกต่างในประการแรกของ Triepel ดูจะมีเหตุผลในยุคคล่มของ Triepel แต่ก็ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงในขณะนี้

³ Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1988.

⁴ Anzilotti, *Corso di Diritto Internazionale* vol. 1, 3rd Edition, 1928, pp. 43 et seq.

⁵ Stark, *supra* note 1, p. 83.

⁶ ต้องเข้าใจว่า ในสมัยของ Triepel (1899) นั้นยากที่จะนึกถึงผู้ทรงสิทธิ (subject) ประเภทอื่นๆ นอกจากรัฐ

ส่วนความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายระหว่างประเทศและระบบกฎหมายภายในของรัฐสำหรับประการที่สองดังกล่าวข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่า บ่อเกิดหรือที่มาของระบบกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมิได้เกิดจากเจตจำนงร่วมกัน (Gemeinwille) ของรัฐเพียงประการเดียวเพราะยังมีหลักกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นหลักพื้นฐานที่อยู่เหนือเจตจำนงอันร่วมกันของรัฐเหล่านั้นและยังเป็นหลักที่ควบคุมการใช้เจตจำนงร่วมกันของรัฐเหล่านั้นอีกด้วย⁷ เช่น หากเจตจำนงอันร่วมกันของรัฐนั้นแสดงออกอย่างชัดแจ้งโดยการทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐ สนธิสัญญาระหว่างรัฐเหล่านั้นก็มีใช้ที่มาหรือบ่อเกิดอย่างเดียวของกฎหมายระหว่างประเทศและก็ได้เป็นบ่อเกิดสูงสุดของกฎหมายระหว่างประเทศด้วย เพราะยังมีบ่อเกิดอื่นๆ อีกที่อยู่เหนือสนธิสัญญาและถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่แท้จริง เช่น จารีตประเพณีระหว่างประเทศ (international custom) และหลักกฎหมายทั่วไป (general principles of law) และบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวยังควบคุมการแสดงออกซึ่งเจตจำนงอันร่วมกันของรัฐในการทำสนธิสัญญาอีกด้วย เช่น กฎหมายเด็ดชาติ (*jus cogens*) ของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งรัฐไม่สามารถแสดงเจตจำนงอันร่วมกันโดยการทำสนธิสัญญายกเว้นหลักกฎหมายเด็ดชาติดังกล่าวเป็นประการอื่นได้เพราะจะมีผลทำให้สนธิสัญญาเหล่านั้นตกเป็นโมฆะทันทีนับแต่ทำขึ้น⁸

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า ความแตกต่างทั้งสองประการระหว่างระบบกฎหมายระหว่างประเทศกับระบบกฎหมายภายในของรัฐซึ่ง Triepel ยกเป็นเหตุในการแยกระบบกฎหมายภายในของรัฐออกจากระบบกฎหมายระหว่างประเทศนั้นไม่สอดคล้องกับความจริงที่เป็นอยู่ในขณะนี้

ส่วน Anzilotti นั้นให้เหตุผลของความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายระหว่างประเทศกับระบบกฎหมายภายในของรัฐแตกต่างไปจากเหตุผลของ Triepel กล่าวคือ Anzilotti เห็นว่าความแตกต่างของระบบกฎหมายระหว่างประเทศและระบบกฎหมายภายในขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์พื้นฐานอันเป็นเงื่อนไขของแต่ละระบบกฎหมายโดย Anzilotti เห็นว่าเงื่อนไขของระบบกฎหมายระหว่างประเทศก็คือ หลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา”

⁷ Stark, *supra* note 1, p. 83.

⁸ Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969 (1155 U.N.T.S. 331)



(*pacta sunt servanda*) กล่าวคือ ความตกลงระหว่างรัฐจะต้องได้รับการเคารพ⁹ ในขณะ ที่เงื่อนไขของระบบกฎหมายภายในของรัฐอยู่ที่หลักเกณฑ์พื้นฐานหรือแบบแผน (norm) ที่ฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐจะต้องเคารพเชื่อฟัง¹⁰ เมื่อหลักเกณฑ์พื้นฐานของระบบกฎหมาย ทั้งสองแตกต่างกันดังกล่าว Anzilotti จึงสรุปว่า ระบบกฎหมายทั้งสองจึงแยกออกจากกัน อย่างเด็ดขาดและไม่มีโอกาสที่จะขัดกันได้ และถึงแม้จะมีการย้อนส่ง (renvoi) กันได้ บ้าง แต่ก็ไม่มีอะไรมากไปกว่านั้น¹¹

เช่นเดียวกับเหตุผลของ Triepel เหตุผลของ Anzilotti ก็ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงในปัจจุบันเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีนี้ที่ Anzilotti กล่าวถึงหลัก “สัญญา ต้องเป็นสัญญา” (*pacta sunt servanda*) ว่าเป็นพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ นั้น แท้ที่จริงแล้วหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาเป็นเพียงหลักเกณฑ์หนึ่งของกฎหมาย ระหว่างประเทศเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักดังกล่าวใช้บังคับเฉพาะสนธิสัญญา ระหว่างประเทศเท่านั้น แต่หลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (*pacta sunt servanda*) นั้น เป็นหลักกฎหมายทั่วไป (general principles of law) ซึ่งเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่าง ประเทศอีกประเภทหนึ่งนอกจากสนธิสัญญา ดังนั้น อาจเป็นไม่งูต้องนักที่ Anzilotti จะ ถือว่า หลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (*pacta sunt servanda*) เป็นหลักสำคัญเพียง ประการเดียวของกฎหมายระหว่างประเทศ¹²

4.1.2 ทฤษฎีเอกนิยม (Monism)

ตามแนวความคิดของนักกฎหมายที่สนับสนุนทฤษฎีเอกนิยมนั้น ทั้งกฎหมาย ระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐเป็นระบบกฎหมายระบบเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็น กฎหมายที่ผูกพันรัฐหรือเป็นกฎหมายที่ผูกพันปัจเจกชนหรือเป็นกฎหมายที่ผูกพัน องค์ภาวะ (entities) อื่นใดนอกจากรัฐก็ตาม¹³ เมื่อกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมาย ภายในของรัฐถือเป็นกฎหมายระบบเดียวกัน การที่นักกฎหมายที่สนับสนุนทฤษฎีทวินิยม

⁹ Stark, *supra* note 1, p. 83.

¹⁰ *Id.*

¹¹ *Id.*

¹² *Id.*

¹³ *Id.*

(dualism) แยกกฎหมายระหว่างประเทศและระบบกฎหมายภายในของรัฐออกจากกัน จึงเท่ากับเป็นการปฏิเสธว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมาย¹⁴ ซึ่งนักกฎหมายที่สนับสนุนทฤษฎีเอกนิยมเห็นว่าเป็นการปฏิเสธความจริงที่มีอยู่และเป็นอยู่¹⁵ ดังนั้น ตามความเห็นของนักกฎหมายที่สนับสนุนทฤษฎีเอกนิยมจึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน เพราะต่างก็เป็นระบบกฎหมายอันหนึ่งเดียวกัน¹⁶

สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปสำหรับนักกฎหมายที่สนับสนุนทฤษฎีเอกนิยมก็คือ กรณีที่มีการขัดแย้งกันระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐจะถือว่ากฎหมายใดมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากัน ต่อปัญหานี้ นักกฎหมายที่สนับสนุนทฤษฎีเอกนิยมก็ยังคงมีความเห็นแตกต่างกันอยู่

Kelsen เห็นว่า ทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐซึ่งเป็นระบบเดียวกันนั้น หลักกฎหมายหนึ่งๆ จะมีความสมบูรณ์ได้ก็จะต้องมีกฎหมายที่อยู่ลำดับที่สูงกว่าให้อำนาจไว้ เช่น กฎกระทรวงต้องอาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติต้องอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ เป็นต้น¹⁷ Kelsen สรุปในที่สุดว่า เมื่อพิจารณาลักษณะของกฎหมายเป็นลำดับๆ ไปก็จะพบแบบแผนพื้นฐาน (fundamental norm) ซึ่งเป็นบ่อเกิดและที่มาของกฎหมายทั้งปวง¹⁸ อย่างไรก็ตาม Kelsen ก็ได้สรุปว่า กฎหมายระหว่างประเทศเป็นแบบแผนพื้นฐาน (fundamental norm) ของกฎหมายภายในของรัฐ แต่ประการใด หากแต่กล่าวว่า แบบแผนพื้นฐานเช่นนั้นอาจจะพบจากกฎหมายระหว่างประเทศหรือจากกฎหมายภายในของรัฐก็ได้ แต่ Kelsen เห็นว่า แบบแผนพื้นฐานเช่นนั้นจะพบได้จากกฎหมายภายในของรัฐมากกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ โดย Kelsen มิได้ให้เหตุผลชัดเจนว่า เพราะเหตุใดแบบแผนพื้นฐาน จึงพบได้จากกฎหมายภายในของรัฐมากกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากจะเห็นว่า หากจะต้องเลือกระหว่าง

¹⁴ Id.

¹⁵ Id.

¹⁶ Id.

¹⁷ Id.

¹⁸ Kelsen, *Principles of International Law*, 2nd Edition, 1966 revised and edited by R.W. Tucker, pp. 553-588.



กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในแล้ว หากไม่สามารถตัดสินใจได้กฎหมายภายในของรัฐจะแน่นอนกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ¹⁹

แนวความคิดของ Kelsen ได้รับการคัดค้านจาก Kunz²⁰ ซึ่งเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศมีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายภายในของรัฐ ทั้งนี้ เพราะหากไม่ถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศมีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายภายในของรัฐแล้ว ก็เท่ากับเป็นการยืนยันว่ากฎหมายภายในของรัฐซึ่งมีนัยร้อยรัฐนั้นจะนำไปสู่ภาวะของการไร้กฎเกณฑ์ในทางระหว่างประเทศ (international anarchy)²¹ นอกจากนี้ หากถือว่ากฎหมายภายในของรัฐมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ก็จะไม่สามารถตอบปัญหาดังต่อไปนี้ได้คือ

ประการแรก หากความสมบูรณ์ของกฎหมายระหว่างประเทศขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญของรัฐแล้ว กฎหมายระหว่างประเทศนั้นจะสิ้นผลบังคับลงทันทีเมื่อรัฐธรรมนูญของรัฐสิ้นสุดลง แต่ในความเป็นจริงแล้วหาได้เป็นเช่นนั้นไม่ เพราะความสมบูรณ์ของกฎหมายระหว่างประเทศย่อมเป็นอิสระจากการเปลี่ยนแปลงหรือการล้มล้างรัฐธรรมนูญของรัฐ ดังจะเห็นได้จากการประชุมกรุงลอนดอน ค.ศ. 1831 (London Conference of 1831) ซึ่งยืนยันว่าสนธิสัญญาย่อมไม่สูญเสียอำนาจบังคับไป ถึงแม้จะมีการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญของรัฐภาคีก็ตามและวินิจฉัยว่าเบลเยียมยังคงเป็นรัฐเอกราชและรัฐเป็นกลางต่อไปตามสนธิสัญญา²²

ประการที่สอง กรณีที่รัฐเกิดใหม่ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่า กฎหมายระหว่างประเทศย่อมผูกพันรัฐที่เกิดใหม่นั้นทันทีโดยไม่จำเป็นต้องให้รัฐนั้นยินยอมและหากจะมีความยินยอมของรัฐเช่นนั้น ความยินยอมเช่นนั้นก็เป็นเพียงการยืนยันหรือประกาศหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่แล้วเท่านั้น²³ นอกจากนี้รัฐทุกรัฐยังมีหน้าที่ที่จะต้องทำให้กฎหมายต่างๆ รวมทั้งกฎหมายรัฐธรรมนูญของตนให้

¹⁹ Id.

²⁰ Kunz, *Translations of the Grotius Society*, vol. 10, 1924 pp. 115 et seq.

²¹ Stark, *supra* note 1, p. 86.

²² Id.

²³ Id., pp. 28-29, 86.

สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศด้วย²⁴

นอกจากนี้ การที่รัฐมีอำนาจอธิปไตย (sovereignty) ก็ได้หมายความว่ากฎหมายภายในของรัฐจะอยู่เหนือกฎหมายระหว่างประเทศ อำนาจอธิปไตยของรัฐเป็นเพียงการแสดงออกถึงความสามารถที่รัฐมีอยู่ภายในกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น เทียบได้กับอำนาจของมลรัฐ (states) ภายในสหพันธ์ (federation) ซึ่งมีอิสระในอันที่จะกระทำการใดๆ หากแต่จะต้องอยู่ในกรอบของรัฐธรรมนูญของสหพันธ์ (federal constitution) นั้นเอง²⁵

อย่างไรก็ดี หากยอมรับว่า กฎหมายระหว่างประเทศอยู่ในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายภายในของรัฐแล้ว ปัญหาที่มีอยู่ว่ากฎหมายระหว่างประเทศเช่นนั้นหมายถึงกฎหมายระหว่างประเทศทั้งหมดหรือเฉพาะหลักกฎหมายระหว่างประเทศบางประการเท่านั้น คำตอบก็คือ เฉพาะหลักกฎหมายระหว่างประเทศบางประการเท่านั้นที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายภายในของรัฐ ตลอดทั้งอยู่สูงกว่าหลักกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ ทำนองเดียวกับที่รัฐธรรมนูญของสหพันธ์ (federal constitution) อยู่สูงกว่ากฎหมายของมลรัฐ (state laws) และกฎหมายอื่นๆ ของสหพันธ์ (federal statutes) ซึ่งออกตามรัฐธรรมนูญ²⁶

ไม่ว่าจะเป็นทฤษฎีทวินิยม (Dualism) หรือทฤษฎีเอกนิยม (Monism) ก็ตามต่างก็มีข้อบกพร่องที่ว่า นอกจากไม่สามารถตอบปัญหาบางประการดังกล่าวข้างต้นได้แล้ว ทฤษฎีทั้งสองก็ยังไม่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติของรัฐอีกด้วย ทั้งนี้ เพราะรัฐส่วนใหญ่ยังให้ความสำคัญกับอำนาจอธิปไตยของตนอยู่ ดังนั้น รัฐเหล่านี้จึงไม่ถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่ง สนธิสัญญา มีผลบังคับในทำนองเดียวกันกับกฎหมายภายในของรัฐ เว้นแต่จะผ่านขั้นตอนบางประการซึ่งเป็นการแสดงออกถึงเจตจำนง (will) ของรัฐว่าต้องการให้กฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีผลบังคับเช่นเดียวกับกฎหมายภายใน โดยวิธีการที่เรียกว่า “การแปลง” (transformation) กฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในของรัฐหรือ “การยอมรับ” (adoption) กฎหมายระหว่างประเทศ มาเป็นกฎหมาย

²⁴ Id., p. 86.

²⁵ Id.

²⁶ Id., p. 87.



ภายในของรัฐ²⁷ เช่น การออกกฎหมายภายในเพื่อนำวิธีการสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เป็นต้น

การแปลง (transformation) หรือการยอมรับ (adoption) กฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในของรัฐนั้นจะมีผลทำให้การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐไม่ว่าโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการเป็นไปตามระบบกฎหมายภายในรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในทางตุลาการนั้น เมื่อกฎหมายระหว่างประเทศได้แปลงหรือยอมรับเป็นกฎหมายภายในของรัฐแล้ว ศาลภายในของรัฐสามารถที่จะนำกฎหมายเช่นนั้นมาปรับใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีความต่างๆ ภายในรัฐนั้นได้ ดังนั้น หากกฎหมายระหว่างประเทศยังไม่ได้รับการแปลงหรือการยอมรับเป็นกฎหมายภายในของรัฐ ศาลภายในของรัฐก็ไม่สามารถนำกฎหมายระหว่างประเทศเช่นนั้นมาปรับใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีได้ ดังนั้น หากจะพิจารณาในแง่ของอำนาจในการบังคับใช้กฎหมาย (enforcement power) โดยฝ่ายตุลาการของรัฐแล้วจะเห็นได้ว่าแนวปฏิบัติของรัฐในกรณีเช่นนี้สอดคล้องกับทฤษฎีทวินิยม (Dualism)

ในขณะเดียวกัน กฎหมายระหว่างประเทศซึ่งรัฐแสดงเจตจำนง (will) ในการยอมรับหรือผูกพัน เช่น โดยการให้สัตยาบันสนธิสัญญาระหว่างประเทศ แต่ปรากฏว่าไม่มีการแปลงหรือการยอมรับสนธิสัญญาดังกล่าวโดยการอนุวัติการ (implementation) สนธิสัญญาเช่นนั้น ด้วยการออกกฎหมายภายในเพื่อรองรับสนธิสัญญาตามสนธิสัญญาดังกล่าว ทำให้ศาลของรัฐเช่นนั้นไม่อาจใช้บังคับกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาที่รัฐแสดงเจตจำนงผูกพันไว้ได้ ในกรณีเช่นนี้ รัฐเช่นนั้นจะต้องมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อรัฐภาคีอื่นๆ แห่งสนธิสัญญาดังกล่าว เพราะเหตุแห่งการฝ่าฝืนพันธกรณี (obligations) ตามสนธิสัญญาเช่นนั้นซึ่งก็ยิ่งถือว่าสอดคล้องกับแนวความคิดตามทฤษฎีทวินิยมอยู่

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติของรัฐ รัฐก็ยอมรับว่า การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นยังต้องตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศบางประการเช่นเดียวกัน โดยที่รัฐไม่สามารถที่จะแสดงเจตจำนงหรือยกเว้นเป็นประการอื่นได้ เช่น กฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ห้ามการรุกราน (aggression) หรือการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) เป็นต้น กฎหมายเด็ดขาดของกฎหมายระหว่าง

²⁷ Id.

ประเทศเช่นว่านี้ย่อมอยู่ในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายภายในของรัฐ กล่าวคือ รัฐจะออกกฎหมายภายในให้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) เช่นว่านั้นมิได้ ในกรณีเช่นว่านี้ แนวปฏิบัติของรัฐจะสอดคล้องกับทฤษฎีเอกนิยม (Monism) ที่ถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศอยู่ในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายภายในของรัฐ

เมื่อแนวปฏิบัติของรัฐมิได้เป็นไปตามทฤษฎีทวินิยมหรือเอกนิยมอย่างใดอย่างหนึ่ง นักกฎหมายจึงหลีกเลี่ยงที่จะอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐโดยอาศัยทฤษฎีทวินิยมหรือเอกนิยม เพราะทั้งสองทฤษฎีขัดกับแนวปฏิบัติของรัฐและแนวคำวินิจฉัยของศาลระหว่างประเทศ ตลอดจนคำพิพากษาของศาลภายในของรัฐ²⁸ ดังนั้น Sir Gerald Fitzmaurice²⁹ จึงเห็นว่า การกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐโดยอาศัยทฤษฎีทวินิยมหรือเอกนิยมนั้นเป็นสิ่งที่ไม่สามารถเป็นไปได้จริง (unreal) กล่าวคือ ไม่ว่าจะถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นคนละระบบกับกฎหมายภายในของรัฐ แต่มีผลไปพร้อมๆ กันตามทฤษฎีทวินิยมหรือเป็นระบบกฎหมายเดียวกันโดยกฎหมายระหว่างประเทศอยู่ในลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายภายในของรัฐ หรือในทางกลับกันตามทฤษฎีเอกนิยมนั้นหมายความว่า ทั้งสองทฤษฎีนั้นยอมรับว่ากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐต้องใช้อยู่ในเรื่องเดียวกัน (common field) เช่น ในเรื่องความสัมพันธ์หรือกิจกรรมเดียวกัน แต่ในความเป็นจริงแล้ว ทั้งทฤษฎีทวินิยมและทฤษฎีเอกนิยมหาได้อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐในเรื่องเดียวกันไม่ ทำนองเดียวกันกับที่ไม่สามารถกล่าวว่า กฎหมายอังกฤษอยู่เหนือหรือสูงกว่ากฎหมายฝรั่งเศส หรือในทางกลับกันเพราะกฎหมายอังกฤษก็ใช้บังคับในสหราชอาณาจักร ในขณะที่กฎหมายฝรั่งเศสก็ใช้บังคับในประเทศฝรั่งเศสและไม่มีกฎหมายของรัฐใดอยู่ในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายอีกรัฐหนึ่งเพราะต่างฝ่ายต่างก็ใช้บังคับกฎหมายในดินแดนของตนโดยมิใช่เรื่องเดียวกัน ถึงแม้กฎหมายของรัฐใดๆ อาจขัดกันได้ แต่รัฐแต่ละรัฐก็มีวิธีการเกี่ยวกับการขัดกันของกฎหมาย (conflict of law) เช่นว่านั้น³⁰

²⁸ Brownlie, *Principles of International Law*, 3rd Edition, 1979, p. 36.

²⁹ Fitzmaurice, 92 *Recueil des Cours de l' Académie de Droit International* (1957), pp. 857, 68-69.

³⁰ *Id.*



ในการทำงานเดียวกัน กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐต่างก็มีผลใช้บังคับในขอบเขตแห่งปริมนทลของตน ดังนั้น กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในจึงไม่ขัดแย้งกันในฐานะที่เป็นระบบกฎหมายเหมือนกับที่ทฤษฎีทวินิยมและทฤษฎีเอกนิยมกล่าวถึงไว้ แต่อาจมีความขัดแย้งเฉพาะในเรื่องพันธกรณี (obligations) กล่าวคือ การที่รัฐไม่สามารถกระทำการใดภายในรัฐของตนให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศได้ ในกรณีเช่นว่านี้ ศาลของรัฐก็มีจำเป็นที่จะต้องใช้บังคับกฎหมายระหว่างประเทศแทนกฎหมายภายในของรัฐที่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ศาลของรัฐจะทำเช่นนั้นได้หรือไม่ ก็ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของรัฐนั้นเองหรือขึ้นอยู่กับว่าฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐจะจัดการกับปัญหาเช่นนั้นอย่างไร³¹ อำนาจการใช้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีเช่นว่านี้ ก็คือว่าหากรัฐดังกล่าวไม่กระทำการใดๆ เพื่อแก้ไขปัญหาระหว่างกฎหมายภายในของตนขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ ก็ถือว่ารรัฐดังกล่าวฝ่าฝืนพันธกรณีแห่งกฎหมายระหว่างประเทศและจะต้องมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศเพื่อการนั้นและในกรณีเช่นว่านั้น รัฐมีอาจที่จะหยิบยกกฎหมายภายในของตนขึ้นปฏิเสธความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศเช่นนั้นได้

ดังนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศมิได้เข้าไปก้าวก่ายเพื่อควบคุมเนื้อหาของกฎหมายภายในซึ่งใช้บังคับอยู่ในรัฐ กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดเพียงว่าการใช้บังคับกฎหมายภายในของรัฐดังกล่าวไม่ถูกต้องและไม่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ และเมื่อใดที่การใช้บังคับกฎหมายภายในเช่นนั้นขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ ก็ถือว่ารรัฐดังกล่าวฝ่าฝืนพันธกรณีแห่งกฎหมายระหว่างประเทศและจะต้องมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศสำหรับการฝ่าฝืนพันธกรณีแห่งกฎหมายระหว่างประเทศเช่นนั้น³²

³¹ Id.

³² Id.

4.2 แนวปฏิบัติของรัฐในการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายใน

แนวปฏิบัติของรัฐในการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในนั้นแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายของแต่ละรัฐ แต่หากจะจำแนกระบบกฎหมายของรัฐต่างๆ ที่ถือปฏิบัติกันอยู่ในขณะนี้ ก็อาจจำแนกได้เป็นสองกลุ่ม ได้แก่ กลุ่มแรก คือ กลุ่มประเทศ Common Law และกลุ่มที่สอง คือ กลุ่มประเทศ Civil Law

4.2.1 กลุ่มประเทศ Common Law

กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบ Common Law ที่สำคัญ ได้แก่ สหราชอาณาจักร ตลอดทั้งรัฐที่เคยเป็นอาณานิคมของสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกาซึ่งถึงแม้เคยเป็นอาณานิคมของสหราชอาณาจักรมาก่อน แต่ก็ได้พัฒนาระบบกฎหมาย Common Law ของตนเอง รวมถึงระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของตนเองจนมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากระบบ Common Law ของอังกฤษ ดังนั้น สำหรับกลุ่มประเทศ Common Law นี้ จึงขอยกตัวอย่างแนวปฏิบัติของสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกาในการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายใน

ก. สหราชอาณาจักร

แนวปฏิบัติของสหราชอาณาจักรเกี่ยวกับการยอมรับและการใช้บังคับสนธิสัญญาที่สหราชอาณาจักรเป็นภาคีนั้นแตกต่างจากแนวปฏิบัติเรื่องการยอมรับและการใช้บังคับจารีตประเพณีระหว่างประเทศ³³ กล่าวคือ สนธิสัญญานั้นจะยังไม่ถือว่าเป็นกฎหมายภายในของสหราชอาณาจักร จนกว่าจะผ่านขั้นตอนการแปลง (transformation) หรือการยอมรับ (adoption) ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักรซึ่งให้อำนาจพระราชินีแห่งสหราชอาณาจักรในการเข้าเจรจา ลงนามและให้สัตยาบันสนธิสัญญา แต่สนธิสัญญาเช่นว่านั้นจะยังไม่ส่งผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของสหราชอาณาจักร จนกว่าสนธิสัญญาเช่นว่านั้นจะได้รับความเห็นชอบและยินยอมจาก

³³ ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 113-115.



รัฐสภาของสหราชอาณาจักรในรูปของการออกกฎหมายของรัฐสภา (Acts of Parliament)³⁴ เสียก่อน

โดยพื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักรแล้ว อำนาจในการทำสนธิสัญญากับรัฐอื่นอยู่ที่พระราชินี ส่วนอำนาจในการออกกฎหมายภายในของสหราชอาณาจักรนั้นอยู่ที่รัฐสภา ดังนั้น การที่จะให้สนธิสัญญานั้นมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของสหราชอาณาจักรได้ สนธิสัญญาเช่นว่านั้นต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาของสหราชอาณาจักรเสียก่อน มิเช่นนั้นแล้วจะเท่ากับว่าพระราชินีมีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในของสหราชอาณาจักรได้โดยพลการอันเป็นการขัดกับหลักพื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักรที่ให้ฝ่ายรัฐสภามีอำนาจในการออกกฎหมายแต่เพียงผู้เดียว³⁵ ดังนั้น รัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักรจึงวางหลักไว้ดังนี้³⁶

i. สนธิสัญญาที่ (1) กระทบกระเทือนสิทธิของประชาชนอังกฤษ (2) เกี่ยวข้องกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลง Common Law หรือกฎหมายของรัฐสภา ยกเว้นสนธิสัญญาเกี่ยวกับการยอมรับกองกำลังต่างชาติเข้ามาในสหราชอาณาจักรซึ่งสมาชิกของกองกำลังต่างชาติเช่นว่านั้นจะได้รับความคุ้มกันบางประการจากเขตอำนาจของสหราชอาณาจักร (3) กำหนดให้มีการเพิ่มอำนาจให้แก่พระมหากษัตริย์หรือพระราชินี หรือ (4) ก่อให้เกิดพันธกรณีด้านการเงินโดยตรงหรือเป็นครั้งคราวแก่รัฐบาลของสหราชอาณาจักร จะต้อง

³⁵ Stark, id.; Akehurst, id.

³⁶ *Chow Hung Ching v. The King* (1949), 77 C.L.R. 449; Stark, id., pp. 291-295. นอกจากนี้ยังมีข้อยกเว้นอีก 2 กรณีคือ

1. กรณีของสนธิสัญญาระหว่างสหราชอาณาจักรและรัฐบาลต่างประเทศเกี่ยวกับการรับรอง (recognition) รัฐบาลต่างประเทศนั้น สนธิสัญญาดังกล่าวผูกพันศาลของสหราชอาณาจักรในกรณีที่รัฐบาลต่างประเทศเป็นโจทก์ในศาลของสหราชอาณาจักร หรืออ้างความคุ้มกัน (immunity) จากเขตอำนาจของศาลของสหราชอาณาจักร ตลอดทั้งมีสิทธิที่จะเรียกทรัพย์สินของรัฐบาลชุดก่อนซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรได้ (See Stark, id., pp. 169-170)

2. สนธิสัญญาสันติภาพซึ่งสหราชอาณาจักรเป็นภาคีเพื่อยุติสงครามจะส่งผลให้บุคคลซึ่งประกอบธุรกิจหรือมีถิ่นที่อยู่ในดินแดนของชาติศัตรูไม่ถูกถือว่าเป็นชนชาติศัตรูอีกต่อไป ซึ่งจะทำให้บุคคลเช่นว่านั้นมีสิทธิที่จะดำเนินการฟ้องร้องในศาลของสหราชอาณาจักรได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากพระมหากษัตริย์หรือพระราชินี แล้วแต่กรณีของสหราชอาณาจักร

ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาในรูปของการออกกฎหมายของรัฐสภา (Acts of Parliament)³⁷

ii. สนธิสัญญาที่มีข้อกำหนดชัดเจนว่าต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาในรูปของพระราชบัญญัติ (statutes) หรือมติ (resolutions)³⁸

iii. สนธิสัญญาที่เกี่ยวกับการรวมดินแดนของสหราชอาณาจักรต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาในรูปของพระราชบัญญัติ (statutes)

iv. สนธิสัญญาบางประเภทไม่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาในรูปของการออกกฎหมายอนุวัติการ (implementing statutes) เช่น สนธิสัญญาเปลี่ยนแปลงแก้ไขอำนาจของพระมหากษัตริย์หรือพระราชินีในการทำสงคราม³⁹ หรือความตกลงของฝ่ายบริหารในลักษณะที่ไม่เป็นทางการโดยมีเพียงการลงนามเท่านั้น แต่ไม่ต้องมีการให้สัตยาบัน ทั้งนี้ ความตกลงเช่นนั้นต้องไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในของสหราชอาณาจักร

ในกรณีที่ต้องมีการออกกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาโดยรัฐสภานั้น การอ้างถึงสนธิสัญญาเช่นนั้นตามกฎหมายของรัฐสภายังไม่เพียงพอที่จะถือว่ามี การออกกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาดังกล่าว⁴⁰ และถ้าปรากฏว่า พระราชบัญญัติหรือกฎหมายของรัฐสภามีบทบัญญัติที่ชัดเจนว่าไม่สอดคล้องกับสนธิสัญญาที่สหราชอาณาจักรเป็นภาคี ศาลของสหราชอาณาจักรจะต้องใช้บังคับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายของรัฐสภาเช่นนั้นเหนือสนธิสัญญา⁴¹ ส่วนความรับผิดชอบของสหราชอาณาจักรในทางระหว่างประเทศอันเนื่องจากการฝ่าฝืนพันธกรณีตามสนธิสัญญาเช่นนั้น ก็เป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารหรือสหราชอาณาจักรในฐานะที่เป็นรัฐภาคีจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐภาคีอื่นๆ แห่งสนธิสัญญาในระดับระหว่างประเทศต่อไป

³⁷ *Walker v. Baird* (1892) A.C. 491, p. 497; *The Parliament Belge* (1879), 4 P.D. 129; *A.G. for Cannada v. A.G. for Ontario* (1937), A.C. 326, p. 347.

³⁸ Stark, *supra* note 1, p. 95.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Collco Dealings, Ltd. v. Inland Revenue Commissioners* (1962) A.C.1.; *The Banco* (1971) pp. 137, 145, 151, 157.



ในกรณีที่กฎหมายซึ่งออกโดยรัฐสภานั้นเป็นการอนุวัติการสนธิสัญญาที่สหราชอาณาจักรเป็นภาคี แต่บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวยังมีความคลุมเครือ (ambiguous) อยู่ ศาลของสหราชอาณาจักรอาจนำสนธิสัญญามาพิจารณาประกอบหรือช่วยในการตีความบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวได้ แม้ว่ากฎหมายดังกล่าวจะไม่ได้อ้างถึงสนธิสัญญาเช่นนั้นโดยตรงก็ตาม⁴² และในกรณีที่กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาเป็นการอนุวัติการสนธิสัญญาที่สหราชอาณาจักรเป็นภาคีโดยชอบ กฎหมายของรัฐสภาดังกล่าวย่อมยกเลิกกฎหมายฉบับก่อนๆ ที่มีบทบัญญัติขัดกับกฎหมายที่อนุวัติการสนธิสัญญาเช่นนั้นตามหลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า⁴³

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ในการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของสหราชอาณาจักรนั้น ย่อมเป็นไปตามขั้นตอนและเงื่อนไขที่กำหนดไว้ตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักร กล่าวคือ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาในรูปของการออกกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการสนธิสัญญาดังกล่าว

ข. สหรัฐอเมริกา

แนวปฏิบัติของสหรัฐอเมริกาในการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในนั้น แตกต่างจากแนวปฏิบัติของสหราชอาณาจักร กล่าวคือ การยอมรับและการใช้บังคับของสนธิสัญญาของสหรัฐอเมริกานั้นมิได้ขึ้นอยู่กับการอนุวัติการสนธิสัญญาโดยการออกกฎหมายของรัฐสภาเหมือนกับในกรณีของสหราชอาณาจักร หากแต่ขึ้นอยู่ กับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาโดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อ VI ซึ่งบัญญัติว่า

“รัฐธรรมนูญนี้และกฎหมายของสหรัฐอเมริกาซึ่งจะทำขึ้นตามรัฐธรรมนูญและบรรดาสนธิสัญญาทั้งปวงซึ่งได้ทำขึ้นหรือที่จะทำขึ้นด้วยอำนาจของสหรัฐอเมริกาให้เป็นกฎหมายสูงสุดของแผ่นดินและผู้พิพากษาในมลรัฐทุกมลรัฐจะต้องผูกพันตามนั้น แม้ว่าจะมีสิ่งใดๆ ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายหรือของมลรัฐใดๆ บัญญัติเป็นประการอื่นก็ตาม”⁴⁴

⁴² *Saloman v. Customs and Excise Commissioners* (1967) 2 Q.B. 116

⁴³ *Ostime v. Australian Mutual Provident Society* (1960) A.C. 459, p. 476.

⁴⁴ Article VI

This constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.

นอกจากนี้ ขั้นตอนในการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาของสหรัฐอเมริกาก็แตกต่างจากกรณีของสหราชอาณาจักร กล่าวคือ การให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาของสหรัฐอเมริกานั้นยังคงเป็นอำนาจของฝ่ายบริการ คือ ประธานาธิบดี แต่ข้อ II มาตรา 2 แห่งรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา บัญญัติว่า

“ให้ประธานาธิบดีมีอำนาจโดยและด้วยคำแนะนำและความยินยอมของวุฒิสภาที่จะทำสนธิสัญญาโดยมีวุฒิสมาชิกสองในสามที่เข้าประชุมเห็นชอบด้วย”⁴⁵

อย่างไรก็ดี ในการใช้บังคับสนธิสัญญาโดยศาลภายในของสหรัฐอเมริกานั้น ศาลได้แยกพิจารณาสนธิสัญญาของสหรัฐอเมริกาเป็นสองประเภท คือ สนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับได้ทันทีที่ทำขึ้น (self-executing treaties) และสนธิสัญญาที่ไม่มีผลใช้บังคับได้ทันทีที่ทำขึ้น แต่จะมีผลใช้บังคับและผูกพันศาลก็ต่อเมื่อมีการอนุวัติการ (implementation) สนธิสัญญาเช่นนั้นแล้วโดยการออกกฎหมายรับรองอีกชั้นหนึ่ง (non-self executing treaties)⁴⁶

สนธิสัญญาซึ่งมีผลใช้บังคับทันทีที่ทำขึ้น (self-executing treaties) นั้น หมายถึง สนธิสัญญาที่มีผลผูกพันศาลภายในของสหรัฐอเมริกาโดยไม่จำเป็นต้องมีการออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการสนธิสัญญาเช่นนั้นอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งการพิจารณาว่า สนธิสัญญาใดเป็นสนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับได้ทันทีที่ทำขึ้นหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากเจตนาของภาคีซึ่งเข้าทำสนธิสัญญานั้น ตลอดจนพฤติการณ์แวดล้อมในการทำสนธิสัญญาเช่นนั้นด้วย⁴⁷

ในคดี *Sei Fujii v. The State of California*⁴⁸ ซึ่งตัดสินโดยศาลสูงแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า โจทก์คือ นาย Sei Fujii ซึ่งเป็นชาวญี่ปุ่นและ

see Tom Ginsburg, Svitlana Chernykh and Zachary Elkins, Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law, 1 *University of Illinois Law Review* 201 (2008).

⁴⁵ Article II Section 2

He (the President) shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two-thirds of the Senators present concur.

⁴⁶ *Foster v. Nellson* (1829) 2 *Peters* 253, p. 314.

⁴⁷ *Sei Fujii v. The State of California* (1952), 38 Cal. (2d) 718

⁴⁸ *Id.*



ได้ซื้อที่ดินในมลรัฐแคลิฟอร์เนียใน ค.ศ. 1948 แต่ตามกฎหมายแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย นั้น คนต่างด้าวไม่มีสิทธิถือครองที่ดิน ดังนั้น เพื่อมิให้มลรัฐแคลิฟอร์เนียเวนคืนที่ดินดังกล่าว โจทก์จึงได้นำคดีขึ้นสู่ศาลและได้กล่าวอ้างว่ากฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียดังกล่าวขัดกับกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งสนับสนุนสิทธิมนุษยชนโดยจะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติเพราะเชื้อชาติ ดังนั้น ประเด็นในคดีนี้จึงมีอยู่ว่าบทบัญญัติใดบ้างในกฎบัตรสหประชาชาติที่เป็นบทบัญญัติที่มีผลใช้บังคับได้ทันทีที่ทำขึ้น (self-executing)

ศาลสูงแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎบัตรสหประชาชาติในส่วนของสิทธิมนุษยชน (ข้อ 55-56) มิใช่บทบัญญัติที่มีผลใช้บังคับได้ทันทีที่ทำขึ้น (self-executing) แต่บทบัญญัติเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ (privileges) และความคุ้มกัน (immunities) ของสหประชาชาติ (ข้อ 104-105) เป็นบทบัญญัติที่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาได้ทันทีที่ทำขึ้น⁴⁹

ในคดี *Pauling v. McElroy*⁵⁰ ศาลได้วินิจฉัยว่า กฎบัตรสหประชาชาติและความตกลงทรัสต์สำหรับดินแดนในภาวะทรัสต์แห่งหมู่เกาะแปซิฟิก (Trusteeship Agreement for the Trust Territory of the Pacific Islands) มิใช่สนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับได้ทันทีที่ทำขึ้น (non-self-executing)

ถ้าหากสนธิสัญญาอยู่ภายในกรอบของรัฐธรรมนูญและเป็นสนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในทันทีที่ทำขึ้น (self-executing) สนธิสัญญาเช่นว่านั้นก็เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาและอาจมีผลใช้บังคับเหนือจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วยก็ได้⁵¹

ในกรณีของสนธิสัญญาซึ่งไม่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในได้ทันทีที่ทำขึ้น (non-self-executing treaties) นั้น สนธิสัญญาดังกล่าวยังไม่เกิดผูกพันศาลภายในของสหรัฐอเมริกาจนกว่าจะมีการออกกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาเช่นว่านั้นเสียก่อน⁵²

⁴⁹ Id.; Stark, *supra* note 1, p. 97.

⁵⁰ 164 F. Supp. (158), p. 390.

⁵¹ *Tag v. Rogers* (1959), 267 F. (2d) 664; Reiff, The Enforcement of Multipartite Administrative Treaties in the United States, 34 *American Journal of International Law* 661 (1940), pp. 661-679.

เนื่องจากการทำสนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในได้ทันทีที่ทำขึ้น (self-executing treaties) และที่ยังไม่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในได้ทันทีที่ทำขึ้น (non-self executing treaties) นั้นขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอน ดังนั้น ใน ค.ศ. 1952 วุฒิสมาชิก Bricker จึงเสนอให้มีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา โดยให้ถือว่าสนธิสัญญาทุกประเภทเป็นสนธิสัญญาที่มีได้มีผลใช้บังคับได้ทันทีที่ทำขึ้น (non-self-executing treaties) ซึ่งจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา ได้ก็ต่อเมื่อมีการออกกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาดังกล่าวแล้วเท่านั้น แต่ข้อเสนอของ วุฒิสมาชิก Bricker ก็มิได้รับการยอมรับ ดังนั้น แนวปฏิบัติของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการยอมรับและการใช้บังคับสนธิสัญญาที่สหรัฐอเมริกาเป็นภาคียังคงมีอยู่สองลักษณะ ดังกล่าวข้างต้นอยู่ต่อไป⁵³

สนธิสัญญาซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเป็น สนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในได้ทันทีที่ทำขึ้น (self-executing treaties) หรือสนธิสัญญาที่มีได้มีผลใช้บังคับได้ทันทีที่ทำขึ้น (non-self-executing treaties) ก็ตาม ย่อมผูกพันศาลของสหรัฐอเมริกาและจะยกเลิกกฎหมายภายในอื่นๆ ที่ออกใช้บังคับ ก่อนหน้านั้นและขัดแย้งกับสนธิสัญญาดังกล่าว⁵⁴ แต่ทั้งนี้ สนธิสัญญาเช่นนั้นต้องไม่ ขัดกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา⁵⁵ แต่หากสภาองเกรสออกกฎหมาย ในภายหลังซึ่งขัดกับสนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาก่อนหน้านั้น กฎหมายที่ออกใช้บังคับในภายหลังเช่นนั้นก็จะยกเลิกสนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับอยู่ ก่อนเช่นกันตามหลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า⁵⁶ แม้ว่าโดยทั่วไปแล้ว สภา องเกรสจะหลีกเลี่ยงไม่ออกกฎหมายซึ่งจะขัดกับสนธิสัญญาซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่แล้ว เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้สหรัฐอเมริกาต้องมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อรัฐภาคีอื่นๆ

⁵³ Id. ; John C. Yoo , “Globalism and the Constitution: Treaties, Non-Self-Execution, and the Original Understanding.” 99 *Columbia Law Review* 1955 (December 1999).

⁵⁴ *Whitney v. Robertson* (1888), 124 U.S. 190, p. 194 หลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่ใช้บังคับ หากความ ตกลงระหว่างประเทศนั้นเป็น “ความตกลงของฝ่ายบริหาร” (executive agreements) ซึ่งจะไม่มีผล บังคับ หากขัดกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกา See *Seery v. The United States* (1955), 127 F. Supp. 601

⁵⁵ *Cherokee Tobacco Co. v. The United States* (1870), 11 Wall 616

⁵⁶ *Tag v. Rogers* (1959), 267 F. (2d) 664; *Mercado v. Feliciano* (1958), 260 F. (2d) 500



แห่งสนธิสัญญา แต่สภาคองเกรสก็มีอำนาจที่จะออกกฎหมายเพื่อยกเลิกสนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้วได้และเว้นแต่เจตนาในการยกเลิกสนธิสัญญาเช่นว่านั้นจะระบุไว้ชัดแจ้งโดยสภาคองเกรสแล้ว โดยทั่วไปก็จะมีถือว่าสภาคองเกรสมีเจตนาเช่นว่านั้น⁵⁷

จะเห็นได้ว่า แนวปฏิบัติของสหรัฐอเมริกาในการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในนั้น ถึงแม้จะมีขั้นตอนและวิธีการที่แตกต่างจากกรณีของสหราชอาณาจักรก็ตาม แต่โดยลักษณะของการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในแล้ว แนวปฏิบัติของสหรัฐอเมริกาก็ไม่แตกต่างจากแนวปฏิบัติของสหราชอาณาจักรมากนัก เพราะการที่ทั้งสองประเทศจะใช้บังคับสนธิสัญญาในฐานะที่เป็นกฎหมายของตนได้นั้นจะต้องมีการอนุวัติการ (implementation) สนธิสัญญาเช่นว่านั้นเสียก่อน เว้นแต่ในกรณีของสนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในได้ทันทีที่ทำขึ้นในกรณีของสหรัฐอเมริกา⁵⁸

4.2.2 กลุ่มประเทศ Civil Law

สำหรับหลักเกณฑ์ในการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายในของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law นั้น จะปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านั้นเป็นสำคัญ ส่วนกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปนั้นอาจมิได้ปรากฏชัดเจนอยู่ในรัฐธรรมนูญ แต่ก็สามารถหาได้จากถ้อยคำในรัฐธรรมนูญนั่นเอง เช่น รัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 25 ซึ่งบัญญัติว่า

“กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ” (*Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes*) ประกอบเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งสหพันธ์โดยมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายและก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อผู้ที่อาศัยอยู่ในดินแดนของสหพันธ์”

⁵⁷ *Cook v. The United States* (1933), 288 U.S. 102; Stark, *supra* note 1, p. 99.

⁵⁸ Shaw, *International Law*, 6th edition, (Cambridge : Cambridge University Press, 2008), p. 114.

คำว่า “กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ”⁵⁹ ในมาตรา 25 นี้ หมายความว่ารวมถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปด้วย

ดังนั้น แนวปฏิบัติของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law ในการนำสนธิสัญญา มาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของรัฐนั้นย่อมแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญของรัฐเหล่านั้นเป็นหลัก ซึ่งในที่นี้จะขอยกตัวอย่างแนวปฏิบัติของรัฐที่เป็น ต้นแบบของประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law สมัยใหม่ อันได้แก่ ฝรั่งเศสและสหพันธรัฐ เยอรมนี

ก. ฝรั่งเศส

ในกรณีของสนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้น รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสฉบับลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะถึงกรณีของสนธิสัญญาไว้ในลักษณะ VI (Titre VI) ว่าด้วยสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศ (des traits et accords internationaux) โดยมาตรา 52 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวให้อำนาจประธานาธิบดี ของสาธารณรัฐที่จะเจรจาและให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญา และการเจรจาทั้งปวงซึ่งนำไปสู่ การทำความตกลงระหว่างประเทศที่ไม่ต้องมีการให้สัตยาบันก็จะต้องมีการแจ้งให้ ประธานาธิบดีทราบ⁶⁰

มาตรา 53 ของรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 บัญญัติว่า “สนธิสัญญาสงบศึก สนธิสัญญาทางพาณิชย์ สนธิสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับ องค์การระหว่างประเทศ ความตกลงที่เป็นการผูกพันทางการคลังของชาติ ความตกลงที่ แก่ไขบทบัญญัติที่มีลักษณะทางนิติบัญญัติที่เกี่ยวกับสถานภาพบุคคลที่เกี่ยวกับการรวม การแลกเปลี่ยนหรือการผนวกดินแดนนั้นอาจได้รับการให้สัตยาบันหรือได้รับความเห็นชอบ โดยการออกกฎหมายเท่านั้น

⁵⁹ Grundgesetz 45 , Neuarbeitete Auflage, Verlag C.H. Bech s. 30

Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechts. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes. ดูคำแปลภาษาอังกฤษใน Finer, Bogdanor and Rudden, *Comparing Constitutions*, (Oxford: Clarendon Press, 1995).

⁶⁰ Article 52 Le Président de la République négocie et ratifie les traités, Il est informé de toute négociation tendant à la conclusion d'un accord international non soumis à ratification. (ดูคำแปลภาษาอังกฤษใน Finer, Bogdanor and Rudden, *supra* note 59, p. 212.



สนธิสัญญาและความตกลงดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับก็ต่อเมื่อได้มีการให้สัตยาบันหรือได้รับความเห็นชอบแล้ว

ไม่มีการรวม การแลกเปลี่ยนหรือการผนวกดินแดนใดจะสมบูรณ์โดยปราศจากความยินยอมของประชาชนผู้เกี่ยวข้อง”⁶¹

นอกจากนี้ มาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันยังบัญญัติว่า

“สนธิสัญญาและความตกลงซึ่งได้รับการให้สัตยาบันหรือได้รับความเห็นชอบโดยชอบแล้ว เมื่อได้ประกาศใช้แล้ว ย่อมมีผลบังคับสูงกว่ากฎหมาย ทั้งนี้ หากภาคีอีกฝ่ายหนึ่งได้ยอมให้ความตกลงหรือสนธิสัญญาแต่ละฉบับนั้นมีผลบังคับสูงกว่ากฎหมายของตนด้วยเช่นกัน” ⁶²

⁶¹ Article 53 Les traités de paix, les traits de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagement les finances de l' état, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l' état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi.

Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés.

Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans consentement de populations intéressées. ดูรายละเอียดใน นพนิติ สุริยะ, **กฎหมายระหว่างประเทศ: Lecture Note 1**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2537), น. 101; ดูคำแปลภาษาอังกฤษใน Finer, Bogdanor and Rudden, id., p. 229 :

Article 53

“Peace treaties, trade treaties, treaties or agreements concerning international organizations, those which commit national finance, those which modify provisions of legislative character, those concerning personal status, and those involving the cession, exchange, or annexation of territory may be ratified or approved only under an enactment.

They take effect only after ratification or approval.

No cession, no exchange, no annexation of territory is valid without the consent of population concerned.”)

⁶² Article 55 Les traités ou accords régulièrement ou approuvés ont, dès leur

publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l' autre partie. ในนพนิติ สุริยะ, **อ้างแล้ว** เิงอรุณที่ 61, น. 101; ดูคำแปลภาษาอังกฤษใน Finer, Bogdanor and Rudden , id., p. 230:

Article 55

“Treaties or agreements duly ratified or approved shall, upon their publication, prevail over legislation, subject, for each agreement or treaty, to reciprocal application by the other party.”)

มาตรา 53 ของรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า สนธิสัญญาประเภทใดบ้างที่จะต้องได้รับการให้สัตยาบันหรือได้รับความเห็นชอบโดยการออกกฎหมายและผู้ที่ให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาดังกล่าว ได้แก่ ประธานาธิบดีของสาธารณรัฐตามมาตรา 52 ดังกล่าวข้างต้น เมื่อมีการให้สัตยาบันดังกล่าวแล้ว สนธิสัญญา เช่นว่านั้นจะมีผลผูกพันฝรั่งเศสในฐานะที่เป็นภาคีแห่งสนธิสัญญา และเมื่อได้มีการออกกฎหมายเพื่ออนุมัติการสนธิสัญญาดังกล่าวแล้ว สนธิสัญญานั้นจึงจะมีผลบังคับในในฐานะที่เป็นกฎหมายภายในของฝรั่งเศส

ส่วนมาตรา 55 นั้นเป็นกรณีที่ว่า สนธิสัญญาและความตกลงซึ่งได้รับการให้สัตยาบันหรือได้รับความเห็นชอบและประกาศใช้แล้วนั้นจะมีผลบังคับสูงกว่ากฎหมายภายในของฝรั่งเศสหรือไม่ขึ้นอยู่กับว่า ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งแห่งสนธิสัญญาหรือภาคีอื่นๆ แห่งสนธิสัญญาและความตกลง เช่นว่านั้นจะยอมใช้บังคับสนธิสัญญาและความตกลง เช่นว่านั้นสูงกว่ากฎหมายภายในของตนหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ฝรั่งเศสใช้หลักต่างตอบแทน (reciprocity) ในการใช้บังคับสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นกฎหมายภายในของตนซึ่งถ้าหากรัฐภาคีอื่นๆ แห่งสนธิสัญญาและความตกลงนั้น ยอมใช้บังคับสนธิสัญญาและความตกลงสูงกว่ากฎหมายภายในของภาคีแห่งสนธิสัญญาและความตกลงนั้น ฝรั่งเศสก็จะยอมใช้บังคับสนธิสัญญาและความตกลงนั้นสูงกว่ากฎหมายภายในของตนเช่นกัน ตรงกันข้าม หากภาคีอื่นๆ แห่งสนธิสัญญาและความตกลงนั้นมิได้ใช้บังคับสนธิสัญญาและความตกลงนั้นสูงกว่ากฎหมายภายในของตน ฝรั่งเศสก็จะไม่ถือว่า สนธิสัญญาและความตกลงนั้นมีฐานะสูงกว่ากฎหมายภายในของตนเช่นกันตามนัยของมาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส

ดังนั้น จึงเป็นไปได้ว่า สนธิสัญญาและความตกลงตามมาตรา 53 ซึ่งประกาศใช้ตามมาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสนั้นอาจเป็นสนธิสัญญาและความตกลงที่มีผลบังคับสูงกว่ากฎหมายภายในหรือมีผลบังคับในลำดับเดียวกันกับกฎหมายภายในของฝรั่งเศสก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขแห่งหลักต่างตอบแทน (reciprocity) ดังกล่าวข้างต้น

ในกรณีที่สนธิสัญญาและความตกลงที่ได้ประกาศใช้แล้วตามมาตรา 55 และมีผลบังคับสูงกว่ากฎหมายภายในตามเงื่อนไขแห่งหลักต่างตอบแทนดังกล่าว สนธิสัญญาและความตกลง เช่นว่านั้นย่อมมีผลบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายในที่มีบทบัญญัติในเรื่องเดียวกัน และกฎหมายภายใน เช่นว่านั้นจะขัดหรือยกเลิกสนธิสัญญาและความตกลง เช่นว่านั้นมิได้ ไม่ว่ากฎหมายภายใน เช่นว่านั้นจะมีผลใช้บังคับแล้วก่อนการประกาศใช้



สนธิสัญญาและความตกลง หรือเป็นกฎหมายภายในซึ่งออกใช้บังคับภายหลังสนธิสัญญาและความตกลงเช่นนั้นก็ตาม⁶³

แต่ในกรณีที่สนธิสัญญาและความตกลงไม่มีผลบังคับสูงกว่ากฎหมายภายใน กล่าวคือ มีผลบังคับในลำดับเดียวกับกฎหมายภายในทั่วไป สนธิสัญญาและความตกลง เช่นว่านี้อาจยกเลิกกฎหมายภายในที่มีผลใช้บังคับอยู่แล้วหากกฎหมายภายใน เช่นว่า นั้น มีบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับสนธิสัญญาและความตกลงดังกล่าวตามหลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า (*lex posterior derogat legi priori*)

ในทำนองเดียวกัน หากมีกฎหมายภายในซึ่งออกใช้บังคับภายหลังจากการประกาศใช้สนธิสัญญาและความตกลงเช่นนั้น กฎหมายภายในดังกล่าวย่อมสามารถยกเลิกสนธิสัญญาและความตกลงซึ่งขัดกับกฎหมายซึ่งใช้บังคับภายหลังได้ ตามหลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่าเช่นกัน แต่ในกรณีเช่นว่านี้ ฝรั่งเศสจะยังคงต้องผูกพันตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาและความตกลงซึ่งฝรั่งเศสได้ให้สัตยาบันไว้โดยฝรั่งเศสจะอ้างกฎหมายภายในซึ่งออกใช้บังคับในภายหลังเพื่อยกเว้นหรือไม่ยอมปฏิบัติตามสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศที่ตนทำไว้ก่อนหน้านั้นมิได้ ตามหลักที่ว่า “สนธิสัญญาต้องเป็นสนธิสัญญา” (*pacta sunt servanda*) ตามข้อ 26 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969⁶⁴ และหลักที่ว่ารัฐจะอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของตนมาเป็นข้ออ้างในการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญามิได้ตามข้อ 27 ของอนุสัญญาฉบับเดียวกัน⁶⁵ เว้นแต่กฎหมายภายในที่จะยกขึ้นกล่าวอ้างนั้นเป็น

⁶³ วิชญ์ เครืองาม, รายงานวิจัยเรื่อง การใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของไทย, ทุนวิจัยรัชดาภิเษกสมโภช สาขาสังคมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2520, น. 59-60.

⁶⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties (1150 U.N.T.S. 331)

Article 26 Pacta sunt servanda

Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

⁶⁵ Article 27 Internal law and observance of treaties, *id.*

A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform at treaty. This rule is without prejudice to article 46.

กฎหมายภายในที่มีความสำคัญอย่างยิ่งและการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาและความตกลงนั้นขัดกับกฎหมายภายในที่มีความสำคัญดังกล่าวอย่างชัดแจ้ง (manifest) ตามข้อ 46 ของอนุสัญญาฉบับเดียวกัน⁶⁶

ดังนั้นจึงพอสรุปได้ว่า ในกรณีของฝรั่งเศสนั้น ฝรั่งเศสแยกประเภทของสนธิสัญญาออกเป็นสองประเภทตามความสำคัญของเนื้อหาของสนธิสัญญานั้นๆ กล่าวคือ สนธิสัญญาและความตกลงตามมาตรา 53 ของรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสซึ่งจะต้องมีการออกกฎหมายเพื่อ อนุมัติการอีกชั้นหนึ่งจึงจะมีผลผูกพันฝรั่งเศสในฐานะที่เป็นกฎหมายกฎหมายภายในและสนธิสัญญาและความตกลงตามมาตรา 55 ซึ่งเป็นสนธิสัญญาและความตกลงทั่วไป นอกจากสนธิสัญญาตามมาตรา 53 ในกรณีเช่นว่านี้ เพียงแต่มีการประกาศใช้สนธิสัญญาและความตกลงเช่นว่านั้นก็เป็นการเพียงพอแล้วที่จะทำให้สนธิสัญญาและความตกลงทั่วๆ ไปนั้นเป็นกฎหมายภายในของฝรั่งเศส ส่วนกรณีที่ว่าสนธิสัญญาและความตกลงเช่นว่านั้นจะมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายภายในของฝรั่งเศสหรือไม่ก็เป็นไปตามเงื่อนไขของหลักต่างตอบแทน (reciprocity) ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส

ข. เยอรมนี

ในกรณีของเยอรมนีนั้น มาตรา 59 ของรัฐธรรมนูญของเยอรมนีได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะเกี่ยวกับสนธิสัญญาแตกต่างหากจากมาตรา 25 ซึ่งกล่าวถึง “กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ” (Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes) ซึ่งหมายความว่าถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศมากกว่าสนธิสัญญา

มาตรา 59 ว่าด้วยอำนาจของประธานาธิบดีที่จะกระทำการแทนสหพันธ์ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของสหพันธ์ บัญญัติไว้ว่า

⁶⁶ Article 46 Provisions of internal law regarding competence to conclude treaties, id.

1. A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance.



“(1) ให้ประธานาธิบดีแห่งสหพันธรัฐกระทำการแทนสหพันธรัฐในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของสหพันธรัฐ ให้ประธานาธิบดีเข้าทำสนธิสัญญากับรัฐต่างประเทศแทนสหพันธรัฐ ให้ประธานาธิบดีส่งและรับทูต

(2) สนธิสัญญาซึ่งวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางการเมืองของสหพันธรัฐหรือเกี่ยวข้องกับเรื่องนิติบัญญัติของสหพันธรัฐจะต้องได้รับความยินยอมหรือการมีส่วนร่วมในรูปของรัฐบัญญัติของสหพันธรัฐ ขององค์กรซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะเพื่อการนิติบัญญัติของสหพันธรัฐเช่นว่านั้น ในกรณีของความตกลงในทางบริหาร (administrative agreements) ให้ใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับการบริหารสหพันธรัฐใช้บังคับโดยอนุโลม⁶⁷

จากบทบัญญัติในมาตรา 59 ของรัฐธรรมนูญของเยอรมนี จะเห็นได้ว่า บรรดาสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ทางการเมือง (political relations) ของสหพันธรัฐหรือสนธิสัญญาเกี่ยวกับเรื่องที่จะต้องมีการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติของสหพันธรัฐแล้ว สนธิสัญญาเช่นว่านั้นจะยังไม่มีผลบังคับเป็นกฎหมายภายในของเยอรมนีจนกว่าจะได้รับความยินยอมหรือการมีส่วนร่วมในรูปของการออกกฎหมาย อนุวัติการสนธิสัญญาดังกล่าวขององค์กรซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะเพื่อการนิติบัญญัติของสหพันธรัฐเสียก่อน

⁶⁷ Article 59 Völkerrechtliche Vertretungsmacht

(1) Der Bundespräsident vertritt den Bund völkerrechtlich. Er schließt in Namen des Bundes die Verträge mit auswärtigen Staaten. Er beglaubigt und empfängt die Gesandten.

(2) Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, bedürfen der Zustimmung oder der Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften in der Form eines Bundesgesetzes. Für Verwaltungsabkommen gelten die Vorschriften der Bundesverwaltung entsprechend. (ดูคำแปลภาษาอังกฤษใน Fine et al., *supra* note 59, p. 153: Article 59 Authority to represent the Federation in its international relations

(1) The Federal President shall represent the Federation in its international relations. He shall conclude treaties with foreign states on behalf of the Federation. He shall accredit and receive envoys.

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

ปัญหาที่จะต้องพิจารณาก็คือ กรณีที่สนธิสัญญาเช่นว่านั้นเป็นสนธิสัญญาที่รวบรวมหรือประมวลจารีตประเพณีระหว่างประเทศเอาไว้ เช่น อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ค.ศ. 1961⁶⁸ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963⁶⁹ หรืออนุสัญญากรุงเจนีวาว่าด้วยกฎหมายทะเลทั้ง 4 ฉบับ ค.ศ. 1958⁷⁰ อนุสัญญาเหล่านี้จะต้องมีการออกกฎหมายอนุวัติการตามมาตรา 59 หรือจะถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในของเยอรมนีโดยไม่ต้องมีการออกกฎหมายอนุวัติการอีกตามมาตรา 25 แห่งรัฐธรรมนูญของเยอรมนี

หากพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 59 ของรัฐธรรมนูญของเยอรมนีแล้ว จะเห็นได้ว่า มาตรา 59 มุ่งที่ตัวสนธิสัญญาเป็นหลักโดยมิได้พิจารณาปัจจัยภายนอก กล่าวคือ มิได้พิจารณาว่า สนธิสัญญานั้นจะเป็นสนธิสัญญาที่ประมวลจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปหรือไม่ ซึ่งเป็นการพิจารณาปัจจัยภายในประเทศเป็นหลัก ดังนั้น ถึงแม้ว่าสนธิสัญญานั้นจะเป็นสนธิสัญญาที่รวบรวมหรือประมวลจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้ก็ตาม หากสนธิสัญญาเหล่านั้นเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ทางการเมืองของสหพันธ์หรือเกี่ยวข้องกับเรื่องที่จะต้องมีการออกกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ก็จะต้องมีการออกกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการสนธิสัญญาเช่นว่านั้นตามมาตรา 59 ด้วย ในฐานะที่เยอรมนีต้องผูกพันตามสนธิสัญญาดังกล่าวในฐานะของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา

ปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปก็คือว่า เมื่อมีการอนุวัติการสนธิสัญญาโดยการออกกฎหมายภายในแล้ว หากกฎหมายซึ่งอนุวัติการสนธิสัญญานั้นขัดกับกฎหมายภายในอื่นๆ ไม่ว่าที่มีอยู่แล้วหรือที่ออกใช้บังคับในภายหลังก็ตาม ผลจะเป็นประการใดในกรณีเช่นว่านี้ ถ้าไม่พิจารณาว่าสนธิสัญญานั้นเป็นสนธิสัญญาที่รวบรวมหรือประมวลจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปแล้ว สนธิสัญญา ซึ่งได้รับการ

⁶⁸ 500 U.N.T.S. 95

⁶⁹ 596 U.N.T.S. 261

⁷⁰ - Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, 516 U.N.T.S. 20

- Convention on the High Seas, 450 U.N.T.S. 82

- Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas, 559 U.N.T.S. 285

- Convention on the Continental Shelf, 499 U.N.T.S. 311



อนุวัติการเช่นนั้น น่าจะมีค่าบังคับในลำดับเดียวกันกับกฎหมายภายในที่อนุวัติการสนธิสัญญาซึ่งออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยทั่วไป ดังนั้น ในกรณีเช่นว่านี้ กฎหมายภายในที่ออกใช้บังคับในภายหลังย่อมสามารถยกเลิกกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ก่อนหน้านี้ได้ หากกฎหมายที่ออกใช้บังคับในภายหลังนั้นมีบทบัญญัติที่ขัดแย้งกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ก่อนหน้านี้

อย่างไรก็ดี นักนิติศาสตร์บางท่าน⁷¹ มีความเห็นว่า การที่สนธิสัญญาจะมีค่าบังคับสูงกว่าหรือเท่ากับกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากเนื้อหาหรือลักษณะของสนธิสัญญานั้นๆ ว่าเป็นสนธิสัญญาประเภทกฎหมาย (Rechtsetzen) หรือสนธิสัญญาประเภทสัญญา (Rechtsgeschäft)

ในกรณีของสนธิสัญญาประเภทกฎหมาย (Rechtsetzen) กล่าวคือ เป็นสนธิสัญญาที่รวบรวมกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไป สนธิสัญญาเช่นนั้นน่าจะมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายภายในที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามนัยของบทบัญญัติแห่งมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญของเยอรมนี⁷²

ส่วนสนธิสัญญาประเภทสัญญา (Rechtsgeschäft) กล่าวคือ เป็นสนธิสัญญาซึ่งกำหนดพันธกรณีระหว่างรัฐภาคีที่จะต้องปฏิบัติตามต่อกัน เช่น การให้ความช่วยเหลือ การระบือข้อพิพาทหรือการชดเชยค่าเสียหายแก่กันนั้น สนธิสัญญาประเภทนี้จะอยู่ในบังคับของมาตรา 59 แห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญและจะมีค่าบังคับเท่ากับกฎหมายภายในที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น หากปรากฏว่า การออกกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติในภายหลังขัดแย้งกับกฎหมายที่มีอยู่ก่อนแล้วซึ่งอนุวัติการสนธิสัญญาเช่นนั้น กฎหมายที่ออกใช้บังคับในภายหลังย่อมยกเลิกกฎหมายที่ออกใช้บังคับก่อนหน้านี้ได้ตามหลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า⁷³

ไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใดก็ตาม การที่กฎหมายซึ่งออกใช้บังคับในภายหลังยกเลิกกฎหมายที่ออกใช้บังคับก่อนหน้านี้เป็นเรื่องของระบบกฎหมายภายในของ

⁷¹ Kaufmann, Traité international et loi interne, Der Staat in der Rechtsgemeinschaft der Volher, vol. II, 1960; นพนิติ สุริยะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 61, น. 105.

⁷² นพนิติ สุริยะ, เพิ่งอ้าง.

⁷³ เพิ่งอ้าง.

เยอรมนี เยอรมนียังคงมีความผูกพันตามสนธิสัญญาที่เยอรมนีทำไว้กับรัฐภาคีอื่นในฐานะที่เยอรมนีเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาดังกล่าวและเยอรมนีจะต้องมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อรัฐภาคีอื่นๆ แห่งสนธิสัญญา หากการออกกฎหมายภายในภายหลังเพื่อยกเลิกกฎหมายฉบับก่อนซึ่งอนุวัติการสนธิสัญญาดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีที่เยอรมนีมีต่อรัฐภาคีอื่นๆ แห่งสนธิสัญญา

4.3 การนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทย⁷⁴

การนำสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีมาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยนั้นต้องพิจารณาจากบทบัญญัติต่างๆ ที่เกี่ยวข้องของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นเป็นสำคัญมิใช่แต่เฉพาะบทบัญญัติแห่งมาตราที่เกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาเท่านั้น ในกรณีของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้น มาตรา 190 วรรคแรก เพียงแต่บัญญัติถึงพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศเท่านั้น ส่วนวรรคสองของมาตรา 190 ก็เพียงแต่กำหนดเงื่อนไขว่าหนังสือสัญญาประเภทใดบ้างที่ฝ่ายบริหารทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติในมาตรา 190 ที่บัญญัติโดยตรงว่าหนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารทำนั้นจะนำมาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทย ได้อย่างไร ทั้งนี้เพราะอำนาจในการตราพระราชบัญญัติเพื่อใช้บังคับเป็นกฎหมายนั้นเป็นอำนาจของรัฐสภาตามมาตรา 90⁷⁵ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังนั้น หนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ จึงต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของมาตรา 190 ประกอบมาตรา 90

⁷⁴ ดูรายละเอียดใน จตุรนต์ ธีระวัฒน์, “กระบวนการทำสนธิสัญญาและการปรับใช้สนธิสัญญาในทางปฏิบัติของประเทศไทย,” *วารสารนิติศาสตร์* 26, 3 (กันยายน 2539) น.608-630 ; อารยา สุขสม. “กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญากับปัญหาการเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551).

⁷⁵ มาตรา 190 บัญญัติว่า “ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติจะตราขึ้นเป็นกฎหมายได้ก็แต่โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา และเมื่อพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยหรือถือเสมือนว่าได้ทรงลงพระปรมาภิไธยตามรัฐธรรมนูญนี้แล้ว ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อไป”



ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ด้วย จึงจะใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยได้ ประเด็นที่จะต้องพิจารณาก็คือ สถานะของสนธิสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และลักษณะของการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยเป็นอย่างไร

4.3.1 สถานะของสนธิสัญญา

หากจะนำทฤษฎีว่าด้วยการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยดังกล่าวไว้ในข้อ 4.1 ข้างต้นมาปรับใช้กับสถานะของสนธิสัญญาในสายตาของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้วจะเห็นได้ว่า แนวปฏิบัติของประเทศไทยในการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยนั้นสอดคล้องกับทฤษฎีทวินิยม (Dualism) ซึ่งก็เป็นเช่นเดียวกันกับแนวปฏิบัติของทั้งกลุ่มประเทศ Common Law เช่น สหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา และกลุ่มประเทศ Civil Law เช่น ฝรั่งเศสและเยอรมนี ดังกล่าวข้างต้น กล่าวคือ สนธิสัญญาที่ฝ่ายบริหารทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศจะไม่กลายมาเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยโดยอัตโนมัติ หากแต่ต้องผ่านกระบวนการตราและประกาศใช้กฎหมายตามมาตรา 90 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เสียก่อน เหตุผลที่ต้องดำเนินการตามนั้นก็เนื่องจากอำนาจในการทำหนังสือสัญญาหรือสนธิสัญญา นั้นเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามมาตรา 190 วรรคแรกของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และโดยที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจเช่นนั้นทางคณะรัฐมนตรีตามบทบัญญัติของมาตรา 3 วรรคแรก⁷⁶ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังนั้น อำนาจในการทำหนังสือสัญญาจึงเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารมิใช่ฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะฉะนั้น หนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศจึงมิอาจกลายเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยได้โดยอัตโนมัติ จำเป็นที่จะต้องนำหนังสือสัญญาเช่นนั้นผ่านกระบวนการนิติบัญญัติตามมาตรา 90 เพื่อใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยต่อไป หากยอมให้หนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารทำกับนานาประเทศหรือกับ

⁷⁶ มาตรา 3 วรรคแรก บัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาลตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

องค์การระหว่างประเทศกลายเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยได้โดยอัตโนมัติก็เท่ากับยอมรับว่าฝ่ายบริหารมีอำนาจในการตราพระราชบัญญัติให้เป็นกฎหมายซึ่งจะขัดกับบทบัญญัติของมาตรา 90

อันที่จริงแล้ว อำนาจในการตรากฎหมายในลำดับเดียวกันกับพระราชบัญญัติของฝ่ายบริหารก็มีอยู่ เช่น อำนาจในการตราพระราชกำหนดตามมาตรา 184⁷⁷ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หากแต่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขต่างๆ ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 184 ดังกล่าวและในท้ายที่สุดก็จะต้องเสนอพระราชกำหนดนั้นต่อรัฐสภาในการประชุมสภาคราวต่อไปเพื่อให้รัฐสภานุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้น หากรัฐสภานุมัติพระราชกำหนดนั้น ก็ให้พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป นอกจากนี้แล้ว ฝ่ายบริหารก็มีอำนาจในตราพระราชกฤษฎีกาที่ไม่ขัดต่อกฎหมายตามมาตรา 187⁷⁸ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือแม้แต่การออกกฎหมายลำดับรอง เช่น กฎกระทรวงตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ได้อีกด้วย

อีกประเด็นหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับสถานะของหนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศก็คือ ประเด็นในเรื่องลำดับศักดิ์ของหนังสือสัญญาเมื่อหนังสือสัญญาดังกล่าวผ่านกระบวนการนิติบัญญัติตามมาตรา 90 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้ว ซึ่งจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มิได้จัดลำดับศักดิ์ของหนังสือสัญญาได้ไว้เป็นพิเศษแต่ประการใด หนังสือสัญญาที่ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติตามมาตรา 90 ดังกล่าวจะอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติเช่นเดียวกันกับพระราชบัญญัติอื่นๆ ที่มีได้มีที่มาจากหรืออนุวัติการตามหนังสือสัญญาหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ หนังสือสัญญาที่ใช้บังคับเป็นกฎหมายของประเทศไทยนั้นจะอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติและอยู่ในลำดับศักดิ์เดียวกันกับพระราชบัญญัติอื่นๆ นั้นเอง ซึ่งอาจแตกต่างกับแนวปฏิบัติของประเทศ

⁷⁷ มาตรา 184 วรรคแรกบัญญัติว่า “ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้”

⁷⁸ มาตรา 187 บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย”



อื่นๆ ที่มีรัฐธรรมนูญซึ่งยอมรับให้สนธิสัญญาที่แปลงเป็นกฎหมายภายในแล้วอยู่ในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามปกติ เช่น กรณีของฝรั่งเศสและเยอรมนี⁷⁹

เมื่อหนังสือสัญญาที่ใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยอยู่ในลำดับศักดิ์เดียวกันกับพระราชบัญญัติอื่นๆ ตามกระบวนการนิติบัญญัติที่บัญญัติไว้ในมาตรา 90 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หากเนื้อหาของหนังสือสัญญาดังกล่าวซึ่งอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550⁸⁰ บทบัญญัติเช่นนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ซึ่งก็อาจส่งผลให้ประเทศไทยมีความผิดในทางกฎหมายระหว่างประเทศไทยหรือหนังสือสัญญาซึ่งอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติดังกล่าวก็อาจถูกยกเลิกเพิกถอนได้โดยพระราชบัญญัติที่ออกมาในภายหลังที่มีบทบัญญัติขัดแย้งกับเนื้อหาสาระของหนังสือสัญญาดังกล่าวได้ ในกรณีเช่นนั้น การออกพระราชบัญญัติในภายหลังและมีบทบัญญัติขัดกับเนื้อหาสาระของหนังสือสัญญาที่มีอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติฉบับก่อนจะต้องใช้ความระมัดระวังอย่างมากกว่าการยกเลิกเพิกถอนพระราชบัญญัติทั่วไป เนื่องจากแม้พระราชบัญญัติที่มาจากหนังสือสัญญาจะถูกยกเลิกเพิกถอนไปแล้ว ตามกระบวนการนิติบัญญัติที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแต่พันธกรณี (obligations) ในทางระหว่างประเทศตามหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคียังคงมีอยู่และผูกพันประเทศไทยในฐานะภาคีต่อไป ดังนั้น การออกพระราชบัญญัติใหม่ที่มีบทบัญญัติขัดแย้งกับเนื้อหาสาระของหนังสือสัญญา จะมีผลเท่ากับเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีของประเทศไทยในฐานะภาคีแห่งหนังสือสัญญาเช่นนั้นและจะส่งผลให้ประเทศไทยมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ (international responsibility) ต่อภาคีอื่นๆ แห่งหนังสือสัญญาเดียวกันได้ ทั้งนี้ โดยมิต้องคำนึงว่าภาคีอื่นๆ เช่นว่านั้นจะได้รับความเสียหายจากการฝ่าฝืนพันธกรณีของประเทศไทยในฐานะภาคีหรือไม่⁸¹

⁷⁹ ดูหัวข้อ 4.2.2

⁸⁰ มาตรา 6 รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

⁸¹ ดูรายละเอียดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐใน จมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 265-333.

กล่าวโดยสรุป หนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศไม่เป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยโดยอัตโนมัติ หากแต่จะต้องผ่านกระบวนการนิติบัญญัติตามมาตรา 90 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และเมื่อเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยแล้วจะอยู่ในรูปของและลำดับศักดิ์เดียวกันกับพระราชบัญญัติ

4.3.2 การนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทย

ก. กรณีมีกฎหมายภายในรองรับอยู่แล้ว

ในกรณีที่กฎหมายภายในของประเทศไทยที่รองรับหรือสอดคล้องกับเนื้อหาสาระของหนังสือสัญญาใช้บังคับอยู่แล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นใดๆ ที่จะต้องผ่านกระบวนการนิติบัญญัติในการออกกฎหมายเพื่อกำหนดการหนังสือสัญญาเช่นนั้น และในกรณีเช่นว่านี้ก็ไม่ต้องด้วยเงื่อนไขในวรรคสองของมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ฝ่ายบริหารจะต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาในการทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ เนื่องจากไม่เข้ากรณีที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา” ด้วยเหตุว่ามีกฎหมายใช้บังคับอยู่แล้ว

ปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีของการมีกฎหมายภายในรองรับอยู่แล้วก็คือ ปัญหาที่ว่ากฎหมายภายในที่ใช้บังคับอยู่แล้วนั้นรองรับเนื้อหาสาระของหนังสือสัญญาจริงหรือไม่ เหตุผลหนึ่งที่ฝ่ายบริหารมักหยิบยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อไม่ต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาในการทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศก็คือเหตุผลที่ว่าหนังสือสัญญานั้นมีกฎหมายภายในรองรับอยู่แล้ว ภาระในการพิสูจน์ว่าหนังสือสัญญาดังกล่าวมีกฎหมายภายในรองรับอยู่แล้วจริงหรือไม่ หรือถึงแม้จะมีกฎหมายภายในรองรับอยู่จริง กฎหมายภายในเหล่านั้นรองรับหรือสอดคล้องเนื้อหาสาระของหนังสือสัญญาดังกล่าวครบถ้วนหรือไม่จึงตกแก่ฝ่ายรัฐสภาเว้นแต่จะมีการนำประเด็นดังกล่าวขึ้นสู่การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ประเด็นดังกล่าวข้างต้นนี้เคยนำขึ้นสู่การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ 33/2543 เกี่ยวกับประเด็นที่ว่าอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 224 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หรือไม่ โดยกระทรวง



การต่างประเทศเห็นว่าอนุสัญญาดังกล่าวไม่ต้องด้วยเงื่อนไขดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 224 วรรคสอง กล่าวคือ มิใช่หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตอำนาจแห่งรัฐหรือที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา จึงไม่จำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา แต่ในท้ายที่สุด ศาลรัฐธรรมนูญก็วินิจฉัยว่า อนุสัญญาดังกล่าวด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจของรัฐซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ตามมาตรา 224 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

นอกเหนือจากประเด็นข้างต้นที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้ว หากพิจารณาถึงขอบเขตของอนุสัญญาดังกล่าวด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 แล้วจะเห็นว่า ยังมีประเด็นที่น่าสนใจอยู่อีก โดยเฉพาะข้อ 4 ของอนุสัญญาดังกล่าวซึ่งว่าด้วยขอบเขตการใช้บังคับ (jurisdictional scope) อนุสัญญาดังกล่าวด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 โดยรัฐภาคีบัญญัติว่าอนุสัญญาดังกล่าวใช้บังคับแก่รัฐภาคี (1) ในบริเวณที่อยู่ภายในขอบเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐภาคีในกรณีของส่วนประกอบ (components) ของความหลากหลายทางชีวภาพและ (2) ในบริเวณที่อยู่ภายในเขตอำนาจแห่งชาติหรือในบริเวณที่เลยออกไปจากขอบเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐภาคีในกรณีของกระบวนการ (process) และกิจกรรมต่างๆ โดยไม่คำนึงว่าจะเกิดผลขึ้นที่ใด⁸²

คำว่า “เขตอำนาจแห่งชาติ” (national jurisdiction) ในข้อ 4 ข้างต้นหมายถึง บริเวณที่รัฐสามารถใช้เขตอำนาจ (jurisdiction) ในการออกกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และใช้บังคับกฎหมายโดยฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ บริเวณที่เป็นดินแดนของรัฐทั้งบนบกและทะเลอาณาเขต (territorial sea) ที่มีความกว้างไม่เกิน 12 ไมล์ทะเล โดยวัดจากเส้นฐาน (baselines) และห้วงอากาศเหนือบริเวณดังกล่าว ซึ่งเป็นบริเวณที่รัฐมีอำนาจอธิปไตย (sovereignty) รวมตลอดถึงเขต

⁸² Article 4 Jurisdictional Scope

Subject to the rights of other status, and except as otherwise expressly Provided in this Convention, the provisions of this Convention apply, in relation to each Contracting Party:

(a) In the case of components of biological diversity, in areas within the limits of its national jurisdiction; and

(b) In the case of process and activities, regardless of where their effects occur, carried out under its jurisdiction or control, within the area of its national jurisdiction or beyond the limits of national jurisdiction.

เศรษฐกิจจำเพาะ (exclusive economic zone) และไหล่ทวีป (continental shelf) ที่รัฐชายฝั่งมีสิทธิอธิปไตย (sovereign rights) เขตอำนาจ (jurisdiction) และสิทธิอื่นๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ⁸³

แม้ประเทศไทยจะมีพระราชบัญญัติหลายฉบับที่มีการกล่าวอ้างในคำวินิจฉัยที่ 33/2543 ว่ารองรับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 ไว้ครบถ้วนแล้ว เช่น พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 แก้ไขเพิ่มเติมถึง พ.ศ. 2532 พระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 2490 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 พระราชบัญญัติกักพืช พ.ศ. 2507 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติกักพืช (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2537 พระราชบัญญัติบำรุงพันธุ์สัตว์ พ.ศ. 2509 พระราชบัญญัติพันธุ์พืช พ.ศ. 2518 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติพันธุ์พืช (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ. 2535 ก็ตาม แต่พระราชบัญญัติเหล่านี้ยกเว้นพระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 1490 ใช้บังคับได้ไม่เกินบริเวณที่เป็นดินแดนของประเทศไทยเท่านั้น กล่าวคือ ทั้งบนบกและทะเลอาณาเขตของประเทศไทยที่มีความกว้าง 12 ไมล์ทะเล โดยวัดจากเส้นฐานตามประกาศพระบรมราชโองการความกว้างของทะเลอาณาเขตของประเทศไทยลงวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2509⁸⁴ เท่านั้นโดยไม่รวมถึงเขตเศรษฐกิจจำเพาะและไหล่ทวีปของประเทศไทยด้วย แม้พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 จะสามารถใช้บังคับได้ถึงเขตเศรษฐกิจจำเพาะและไหล่ทวีปของประเทศไทยหรือแม้แต่ทะเลหลวงก็ตาม ก็ยังไม่ชัดเจนว่า บทบัญญัติของพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 จะรองรับพันธกรณีตามข้อ 4 ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 ได้อย่างครบถ้วน ซึ่งหากพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 ยังไม่สามารถรับรองหรืออนุวัติการข้อ 4 ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 ได้อย่างครบถ้วนแล้วก็หมายความว่า พันธกรณีของประเทศไทยที่จะคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพตามอนุสัญญาดังกล่าวยังไม่อาจลุล่วงได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ประเทศไทยยังฝ่าฝืนพันธกรณีตามอนุสัญญาดังกล่าว อยู่จนกว่าประเทศจะขยายพื้นที่การใช้บังคับ

⁸³ ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 33, น. 143-151.

⁸⁴ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 83 ตอนที่ 92 ลงวันที่ 18 ตุลาคม 2509



พระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้อง เช่น ที่กล่าวถึงข้างต้นนอกเหนือและเพิ่มเติมจากพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 ให้ครอบคลุมถึงเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทยตามประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะของราชอาณาจักรไทยลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2524⁸⁵ และเขตไหล่ทวีปของประเทศไทยตามประกาศพระบรมราชโองการกำหนดเขตไหล่ทวีปของประเทศไทยตามทะเลอันดามันตามที่ประเทศไทยทำความตกลงกำหนดเขตไหล่ทวีปกับประเทศอินโดนีเซีย อินเดีย มาเลเซีย และสหภาพพม่า⁸⁶

อย่างไรก็ดี อำนาจในการวินิจฉัยว่า หนังสือสัญญาใดจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาชัดเจนมากขึ้นเมื่อมาตรา 190 วรรคท้ายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาดในกรณีที่มีปัญหาตามมาตรา 190 วรรคสองโดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 154 (1) มาใช้บังคับในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญของไทยมาอนุโลม

ข. กรณีที่ไม่มีกฎหมายภายในรองรับ

ในกรณีที่ไม่มีปรากฏว่ามีกฎหมายภายในรองรับหนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ จำเป็นหรือไม่ที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อ อนุวัติการหนังสือสัญญาเช่นนั้นทุกกรณีไป คำตอบก็คือไม่ทุกกรณี ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับลักษณะของหนังสือสัญญาเช่นนั้น กล่าวคือ หากเป็นหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยไม่จำเป็นต้องดำเนินการใดๆ ต่อไปอีกภายในราชอาณาจักรก็ไม่มี ความจำเป็นใดๆ ที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการหนังสือสัญญาดังกล่าวเนื่องจากไม่มีพันธกรณีหรือสิทธิใดๆ ที่จะต้องอนุวัติการภายในราชอาณาจักร จึงไม่มีความจำเป็นใดๆ ที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการหนังสือสัญญาเช่นนั้น เช่น หนังสือสัญญากำหนดอาณาเขตหรือเส้นแบ่งเขตแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศเพื่อนบ้านหรือหนังสือสัญญากำหนดเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือเขตไหล่ทวีประหว่างประเทศไทยกับประเทศเพื่อนบ้านที่มีชายฝั่งประชิดหรือตรงข้ามกับชายฝั่งของประเทศไทย เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ถึงแม้จะจำเป็นต้องออกพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการหนังสือสัญญาดังกล่าว ก็ตาม แต่ก็จะต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อไป ตามนัยแห่งมาตรา 90 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

⁸⁵ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 98 ตอนที่ 30 ลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2516

⁸⁶ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 90 ตอนที่ 60 (ฉบับพิเศษ) ลงวันที่ 1 มิถุนายน 2516

การกำหนดอาณาเขตไทยหรือเส้นแบ่งเขตแดนหรือการกำหนดเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือเขตไหล่ทวีประหว่างประเทศกับประเทศเพื่อนบ้านดังกล่าวข้างต้นนี้ นอกจากจะต้องทำเป็นหนังสือสัญญาตามนัยของมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้วจะต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาอีกด้วย หากแต่การขอความเห็นชอบของรัฐสภาในกรณีเช่นว่านี้ ไม่ต้องกระทำในรูปของพระราชบัญญัติแต่ประการใด ซึ่งจะแตกต่างจากหนังสือสัญญาที่ “จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา” ในมาตรา 190 วรรคสองเช่นกันที่จะต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาในรูปของพระราชบัญญัติไปพร้อมๆ กันด้วยว่ามีเหตุที่จะต้องตราพระราชบัญญัติขึ้นเพื่อให้เป็นไปตามสัญญา

ในกรณีที่หนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศก่อให้เกิดพันธกรณีหรือสิทธิที่ประเทศไทยจะต้องดำเนินการเพื่ออนุวัติการตามพันธกรณีและสิทธิตามหนังสือสัญญาดังกล่าวเป็นสิ่งที่ประเทศไทยจะต้องกระทำเพื่อเป็นการยืนยันถึงการปฏิบัติตามพันธกรณีและการใช้สิทธิตามหนังสือสัญญาเช่นนั้นอันสอดคล้องกับหลัก *pacta sunt servanda* ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาบัญญัติไว้ใน ข้อ 26⁸⁷ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และข้อ 29⁸⁸ ของอนุสัญญาเดียวกันที่กำหนดให้ภาคีแห่งสนธิสัญญาจะต้องผูกพันตามสนธิสัญญานั้นและใช้บังคับสนธิสัญญานั้นในดินแดนทั้งหมดของภาคีเว้นแต่สนธิสัญญานั้นจะกำหนดเป็นประการอื่นหรือภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นมีเจตนาเป็นประการอื่น ดังนั้น หากไม่มีพระราชบัญญัติรองรับพันธกรณีและสิทธิตามหนังสือสัญญาและประเทศไทยจะต้องดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีและสิทธิตามหนังสือสัญญาเช่นว่านั้น การออกพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการหนังสือสัญญาดังกล่าวเป็นสิ่งที่จะต้องกระทำเพื่อเป็นการนำพันธกรณีและสิทธิตามหนังสือสัญญาเช่นนั้นมาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยอันเป็นการสอดคล้องกับข้อ 29

⁸⁷ Article 26 *Pacta sunt servanda*

Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

⁸⁸ Article 29 Territorial scope of treaties

Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory.



ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และมาตรา 90 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

กรณีของการออกพระราชบัญญัติใหม่เพื่อบังคับการหนังสือสัญญาดังกล่าวข้างต้นนี้จัดเป็นส่วนหนึ่งของหนังสือสัญญาที่ “จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หากแต่คำว่าหนังสือสัญญาที่จะต้อง “จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา” ดังกล่าวนั้นยังหมายความรวมถึงหนังสือสัญญาที่มีเนื้อหาขัดแย้งกับพระราชบัญญัติที่มีผลใช้บังคับอยู่แล้วอีกด้วย หากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีหนังสือสัญญาดังกล่าวก็จำเป็นที่จะต้องแก้ไขพระราชบัญญัติที่มีผลใช้บังคับอยู่แล้วเช่นว่านั้นให้สอดคล้องกับเนื้อหาสาระของหนังสือสัญญาดังกล่าว และกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่แล้วเพื่อให้สอดคล้องกับเนื้อหาสาระของหนังสือสัญญาจะทำได้ก็แต่โดยการออกพระราชบัญญัติใหม่แก้ไขเพิ่มเติมหรือแม้แต่ยกเลิกพระราชบัญญัติฉบับเดิมที่ใช้บังคับอยู่แล้ว

นอกจากนี้หากหนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศมีเนื้อหาสาระที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ การอนุวัติการหนังสือสัญญาเช่นว่านั้นนอกจากจะต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้ว ยังจะต้องกระทำในรูปของพระราชบัญญัติอีกด้วย เนื่องจากมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้” คำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ในมาตรา 29 นี้หมายถึง บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ออกตามมาตรา 90 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั่นเอง ดังนั้น หนังสือสัญญาที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จึงต้องอนุวัติการในรูปของพระราชบัญญัติตามมาตรา 190 วรรคสองประกอบมาตรา 29 และมาตรา 90 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

4.3.3 แนวปฏิบัติของประเทศไทยในการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายใน

แนวปฏิบัติของประเทศไทยเกี่ยวกับวิธีการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยอาจประมวลได้เป็น 3 ลักษณะคือ (ก) การแปลสนธิสัญญาเป็นภาษาไทยและผ่านกระบวนการนิติบัญญัติ (ข) การยกร่างพระราชบัญญัติเพื่ออนุมัติการสนธิสัญญาและ (ค) การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่แล้วเพื่อให้สอดคล้องกับสนธิสัญญา

ก. การแปลสนธิสัญญาเป็นภาษาไทยและผ่านกระบวนการนิติบัญญัติ

การแปลตัวบทสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีและผ่านกระบวนการนิติบัญญัติตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 90 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นวิธีการหนึ่งที่ประเทศไทยถือปฏิบัติอยู่ในการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทย วิธีการนี้จะทำให้แน่ใจได้ว่าบรรดาสติและพันธกรณีต่างๆ ตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีนั้นได้รับการบัญญัติเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทย หากพิจารณาจากแนวปฏิบัติของประเทศไทยแล้ว จะเห็นได้ว่าวิธีการแปลสนธิสัญญาเป็นภาษาไทยและผ่านกระบวนการนิติบัญญัตินี้จะใช้กับสนธิสัญญาที่วางหลักกฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับนับถือกันทั่วไปและสนธิสัญญาที่รวบรวมหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้ซึ่งมักจะอยู่ในรูปของสนธิสัญญาพหุภาคีเป็นสำคัญ ตัวอย่างของการแปลสนธิสัญญาเป็นภาษาไทยและผ่านกระบวนการนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ในช่วงเวลานั้นๆ เช่น ประกาศเรื่องให้อนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยกฎหมายทะเล วันที่ 29 เมษายน พ.ศ. 2512⁸⁹ เพื่ออนุมัติการตามอนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยกฎหมายทะเล 4 ฉบับ คือ (1) อนุสัญญาว่าด้วยทะเลอาณาเขตและเขตต่อเนื่อง ค.ศ. 1958 (Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, 1958) (2) อนุสัญญาว่าด้วยทะเลหลวง ค.ศ. 1958 (Convention on the High Seas, 1958) (3) อนุสัญญาว่าด้วยการประมงและการอนุรักษ์ทรัพยากรมีชีวิตในทะเลหลวง ค.ศ. 1958 (Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas, 1958) และ (4) อนุสัญญาว่าด้วยไหลทวิปี ค.ศ. 1958

⁸⁹ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 86 ตอนที่ 44 ลงวันที่ 20 พฤษภาคม 2512



(Convention on the Continental Self, 1958) ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีแล้ว นอกจากนี้ยังมีพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางทูต พ.ศ. 2527 ซึ่งแปลเป็นภาษาไทยเพื่ออนุวัติการตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ค.ศ. 1961 (Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961) ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีแล้ว และพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางกงสุล พ.ศ. 2541 เพื่ออนุวัติการอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 (Convention on Consular Relations, 1963) ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีแล้ว เช่นกัน

ข. การยกเว้นพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการสนธิสัญญา

การยกเว้นพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการสนธิสัญญานี้แตกต่างจากวิธีการแปลสนธิสัญญาเป็นภาษาไทยดังกล่าวแล้วในข้อ ก. ข้างต้น เนื่องจากวิธีการยกเว้นพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการสนธิสัญญานี้จะไม่มี การแปลตัวบทสนธิสัญญาเป็นภาษาไทย แต่จะยกเว้นพระราชบัญญัติขึ้นใหม่ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติที่ล้อหรือลอกเนื้อหาสาระของสนธิสัญญาทั้งหมด หากแต่บัญญัติในภาพรวมที่เป็นการยอมรับสิทธิและพันธกรณีตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคี ตัวอย่างของพระราชบัญญัติในลักษณะนี้ เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษในประเทศไทย พ.ศ. 2504 เพื่ออนุวัติการอนุสัญญาว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของสหประชาชาติ ค.ศ. 1946 (Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, 1946) และอนุสัญญาว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของทบวงการชำนัญพิเศษ ค.ศ. 1947 (Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies, 1947) ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีแล้ว

เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของทั้งสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษตามอนุสัญญาทั้งสองฉบับมีมากมาย แต่พระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษในประเทศไทย พ.ศ. 2504 บัญญัติไว้เพียง 6 มาตราเท่านั้น ทั้งนี้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวรับรองเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของสหประชาชาติโดยการอ้างถึงอนุสัญญาว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของสหประชาชาติ ค.ศ. 1946 ไว้ในมาตรา 4 (2) และรับรองเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของทบวงการชำนัญพิเศษโดยอ้างถึงอนุสัญญาว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของทบวงการ

ชำนัญพิเศษ ค.ศ. 1947 ไว้ในมาตรา 5 (2) ของพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินของสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษ พ.ศ. 2504

ค. การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่แล้วเพื่อให้สอดคล้องกับสนธิสัญญา

การอนุวัติการสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีโดยวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติที่มีผลใช้บังคับอยู่แล้วนี้ เป็นวิธีการปกติในการอนุวัติการสนธิสัญญาเนื่องจากสิทธิและพันธกรณีตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีอาจมีพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติสอดคล้องกับสิทธิและพันธกรณีดังกล่าวอยู่แล้วแต่ยังไม่ครบถ้วนและจำเป็นที่จะต้องเพิ่มเติมให้ครบถ้วนตามสิทธิและพันธกรณีตามสนธิสัญญาหรือพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่มีบทบัญญัติที่ขัดแย้งกับสิทธิและพันธกรณีตามสนธิสัญญาและจำเป็นต้องแก้ไขเพื่อให้พระราชบัญญัติเหล่านั้นสอดคล้องกับสิทธิและพันธกรณีตามสนธิสัญญาก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นกรณีการแก้ไขหรือเพิ่มเติมพระราชบัญญัติที่มีผลใช้บังคับอยู่แล้วเพื่อให้สอดคล้องกับสิทธิและพันธกรณีตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีก็จะต้องดำเนินการออกพระราชบัญญัติใหม่แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเช่นนั้น

อนึ่ง ต้องเข้าใจว่า การอนุวัติการตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีนั้นไม่จำเป็นที่จะต้องออกเป็นพระราชบัญญัติใหม่เสมอไปและสิทธิและพันธกรณีตามสนธิสัญญาดังกล่าวอาจกระจายอยู่ตามพระราชบัญญัติฉบับต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง กับเนื้อหาของสนธิสัญญา เช่นว่านั้นก็

ง. การอ้างถึงสนธิสัญญาในกฎหมายภายใน

การนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทย อาจใช้วิธีการอ้างถึงบทบัญญัติของสนธิสัญญาไว้ในกฎหมายภายในก็ได้ วิธีการนี้จะทำให้เนื้อหาของสนธิสัญญากลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในของประเทศไทยโดยการอ้างถึง (by reference) ทั้งนี้ เช่น มาตรา 20 (1) ของพระราชบัญญัติวัฒนธรรม พ.ศ. 2535⁹⁰ มาตรา 11 ของพระราชบัญญัติวิเทศมนาคม พ.ศ. 2498⁹¹ มาตรา 24 (3) ของพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2484⁹² และมาตรา 86 ของประมวลกฎหมายที่ดิน

⁹⁰ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 115 ตอนที่ 102 ก ลงวันที่ 31 ธันวาคม 2541 ; ดู *infra* ข. (iii)

⁹¹ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 72 ตอนที่ 11 หน้า 208 ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2498 ; ดู *infra* ข. (iii)

⁹² ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 58 ตอนที่ 69 ลงวันที่ 3 กันยายน 2484 ; ดู *infra* ข. (iii)



ท้ายพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497⁹³ เป็นต้น

4.3.4 การใช้บังคับสนธิสัญญาในศาลไทย

หากจะพิจารณาถึงแนวปฏิบัติที่ผ่านมาของศาลไทยในการใช้บังคับสนธิสัญญา จะเห็นได้ว่าศาลไทยมีแนวปฏิบัติที่หลากหลายในการใช้บังคับสนธิสัญญาซึ่งพอจำแนกได้เป็นแนวปฏิบัติของศาลไทยเกี่ยวกับสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมิได้เป็นภาคีและแนวปฏิบัติของศาลไทยเกี่ยวกับสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคี

ก. สนธิสัญญาที่ประเทศไทยมิได้เป็นภาคี

โดยทั่วไปแล้ว สนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยมิได้เป็นภาคีย่อมไม่ผูกพันประเทศไทยและไม่ผูกพันศาลไทยที่จะต้องบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาเช่นว่านั้น อย่างไรก็ตาม ศาลไทยเคยวินิจฉัยทั้งในกรณีที่ศาลไทยปฏิเสธสนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยมิได้เป็นภาคีและในกรณีที่ศาลนำสนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยมิได้เป็นภาคีมาใช้ในการวินิจฉัยคดี

(i) กรณีที่ศาลไทยปฏิเสธไม่ใช้บังคับสนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยมิได้เป็นภาคี

กรณีที่ศาลไทยปฏิเสธไม่ใช้บังคับสนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยมิได้เป็นภาคีนั้น นับว่าสอดคล้องกับทั้งหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ถือว่ารัฐย่อมไม่ต้องผูกพันตามสนธิสัญญาใดๆ เว้นแต่รัฐนั้นจะให้ความยินยอมเพื่อผูกพัน (consent to be bound) ตามสนธิสัญญานั้นๆ ตามหลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (*pacta sunt servanda*) ตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 26 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969)⁹⁴ ซึ่งบัญญัติว่า

“สนธิสัญญาทุกฉบับที่มีผลใช้บังคับย่อมผูกพันภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นและภาคีเหล่านั้นต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นด้วยความสุจริต”⁹⁵

⁹³ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 71 ตอนที่ 78 (ฉบับพิเศษ) ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน 2497 ; ดู *infra* ข. (iii)

⁹⁴ 1155 U.N.T.S. 331

⁹⁵ Article 25 *Pacta sunt servanda*

Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

และสอดคล้องกับกฎหมายในของไทยตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 197⁹⁶ วรรคแรก ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่บัญญัติว่า

“การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไป โดยยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์”

คำว่า “กฎหมาย” ในมาตราดังกล่าวหมายถึง “กฎหมายไทย” ซึ่งออกใช้บังคับ ตามขั้นตอนของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เช่น ตามมาตรา 90⁹⁷ มาตรา 186⁹⁸ และมาตรา 187⁹⁹ เป็นต้น ดังนั้นสนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยมิได้เป็น ภาควิจิ์ไม่อาจเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยไปได้

ศาลไทยได้ยืนยันหลักดังกล่าวนี้ ในคำพิพากษาฎีกาที่ 873/2523 ซึ่งเป็นเรื่อง ของคนญวนอพยพซึ่งเกิดในราชอาณาจักรไทย แต่ไม่มีใบสำคัญคนต่างด้าวหรือใบสำคัญ แสดงถิ่นที่อยู่อันจะเป็นหลักฐานแสดงว่าอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต จึง เป็นการขัดกับพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2493 มาตรา 38 ซึ่งบัญญัติในวรรคแรกว่า

“คนต่างด้าวผู้ใดเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต พนักงาน เจ้าหน้าที่จะส่งกลับออกไปก็ได้”

ปรากฏว่า ผู้ร้องในคดีนี้ซึ่งเป็นสามีของคนญวนอพยพนั้นได้กล่าวอ้างอนุสัญญา ว่าด้วยสถานภาพของผู้ลี้ภัยและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิลี้ภัยทางชายแดน เพื่อมิให้ คนญวนอพยพดังกล่าวต้องถูกส่งตัวกลับออกไป

⁹⁶ เดิมบัญญัติไว้ในมาตรา 233 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

⁹⁷ มาตรา 90 บัญญัติว่า

“ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติจะตราขึ้นเป็นกฎหมายได้ก็แต่โดยคำ แนะนำและยินยอมของรัฐสภา และเมื่อพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยหรือถือเสมือนว่าได้ทรง ลงพระปรมาภิไธยตามรัฐธรรมนูญนี้แล้ว ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อไป”

⁹⁸ มาตรา 186 บัญญัติว่า

“ในระหว่างสมัยประชุม ถ้ามีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับเพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดิน พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนด ให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้

พระราชกำหนดที่ได้ตราขึ้นตามวรรคหนึ่ง จะต้องนำเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรภายในสามวันนับแต่วัน ถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา และให้นำบทบัญญัติมาตรา 184 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

⁹⁹ มาตรา 187 บัญญัติว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย”



ศาลฎีกาวินิจฉัยในประเด็นข้อกล่าวอ้างดังกล่าวว่า

“...ส่วนกฎหมายระหว่างประเทศ อนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย และ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิลี้ภัยทางชายแดนที่ผู้ร้องอ้าง หากมีจริง ก็หาเป็นผลยกเว้นกฎหมาย ของประเทศไทยไม่ ที่ พลเรือเอก อนันต์ เนตรโรจน์ ซึ่งเคยดำรงตำแหน่งเลขาธิการ คณะรัฐมนตรีเบิกความเป็นพยาน ผู้คัดค้านว่า คนญวนอพยพเข้ามาในประเทศไทยตอน เกิดสงครามเวียดนามเป็นฟู ตามกฎหมายระหว่างประเทศถือเป็นพวกลี้ภัยสงครามจึงไม่มี การฟ้องศาลนั้น เป็นเรื่องทางปฏิบัติในกรณีนี้ที่ผู้อพยพมิได้กระทำความผิดอื่นขึ้นอีก ชั้นหนึ่ง ไม่ใช้การเปลี่ยนแปลงของกฎหมายไทย...”

จากคำวินิจฉัยของศาลฎีกาข้างต้น จะเห็นได้ว่า แม้ว่าศาลฎีกาจะมีได้ให้เหตุผล ถึงการไม่ใช้บังคับอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัยและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของผู้ลี้ภัย ทางชายแดนไว้โดยตรง แต่ก็เป็นที่ประจักษ์ว่า การไม่ใช้อนุสัญญาดังกล่าวนั้นเป็นเพราะ ประเทศไทยมิได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญานั้นด้วย ดังนั้น อนุสัญญาดังกล่าวจึงไม่ผูกพัน ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีและจึงไม่ผูกพันศาลไทยที่จะต้องใช้บังคับอนุสัญญาเช่นนั้น

(ii) กรณีที่ศาลไทยนำสนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยมิได้เป็นภาคีมาใช้ใน การวินิจฉัยคดี

โดยทั่วไปแล้ว ศาลย่อมไม่อาจนำสนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยมิได้เป็นภาคีมา ใช้ในการวินิจฉัยบรรทัดคดีได้ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่ตามคำวินิจฉัยของ ศาลอุทธรณ์ในคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 2968/2538¹⁰⁰ ซึ่งเป็นคดีที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัย ถึงการส่งตัวนายทง ศิริปรีดาพงษ์ (หรือที่รู้จักกันทั่วไปว่า ป. เป็ด) ซึ่งเป็นคนสัญชาติ ไทยเพื่อไปดำเนินคดีในศาลของมลรัฐแคลิฟอร์เนียตามสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่ง ราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ค.ศ. 1922 ซึ่งประเทศไทยได้อนุมัติการสนธิสัญญาดังกล่าวโดยการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการ ส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533¹⁰¹ ในข้อหา ลักลอบนำกัญชาเข้าไปในสหรัฐอเมริกา

¹⁰⁰ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 108 ตอนที่ 31 ฉบับพิเศษ หน้า 1 ลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2534

¹⁰¹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 46 หน้า 271 ลงวันที่ 22 ธันวาคม 2472

ศาลอุทธรณ์มีประเด็นที่จะต้องตีความถ้อยคำซึ่งบัญญัติไว้ในข้อ 8 (1) วรรคสามของสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ค.ศ. 1922 ซึ่งแนบท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 ดังกล่าวข้างต้น ซึ่งบัญญัติว่า

“ในกรณีที่ประเทศไทยเป็นรัฐที่ได้รับการร้องขอ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจส่งคนชาติของตนข้ามแดนได้ หากมิได้ถูกห้ามให้กระทำเช่นนั้น”

กับถ้อยคำซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 16 ของพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2472 ซึ่งบัญญัติว่า

“เมื่อใดที่ศาลพิเคราะห์เห็นว่าจำเลยเป็นคนในบังคับสยามก็ดีหรือมีข้อสงสัยหรือมีความยุ่งยากในเรื่องระเบียบอันเกี่ยวกับการรับรองเอกสารหรือวิธีการทำคำขอให้ส่งข้ามแดนก็ดี ให้ศาลรายงานหรือเสนอคดีกระทรวงยุติธรรมก่อนที่จะออกคำสั่งให้ปล่อยตัวจำเลย”

ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า

“...ความในข้อ 8 แห่งสัญญาฉบับเดิมมิได้แย้งกับข้อห้ามตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 16 อันเป็นสาเหตุหนึ่งให้ต้องทำสนธิสัญญาฉบับใหม่ขึ้น จึงมีปัญหาวินิจฉัยถึงความหมายของข้อความที่ว่า “หากมิได้ถูกห้ามให้กระทำเช่นนั้น” มีความหมายครอบคลุมบทบัญญัติมาตรา 16 อันเป็นข้อห้ามส่งบุคคลสัญชาติไทยด้วยหรือไม่ เห็นว่า นอกจากความศักดิ์สิทธิ์แห่งสัญญาซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่งในการแสดงเจตนาทำสัญญาต่อกันแล้ว ความสุจริตในการทำสัญญาก็พึงเป็นองค์ประกอบสำคัญเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคที่การติดต่อระหว่างรัฐสามารถกระทำได้ง่ายดังเช่นในปัจจุบัน การทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐและความสุจริตของภาคีสัญญาย่อมจะยิ่งทวีความสำคัญ ดังปรากฏจากอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งแม้ประเทศไทยมิได้ร่วมเป็นภาคีด้วย แต่ก็เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาอันพึงนำมาใช้ประกอบการพิจารณาได้ ในมาตรา 31 ได้กำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปของการตีความสนธิสัญญาว่า

“...ข้อ 1 สนธิสัญญานั้น ให้ตีความด้วยความสุจริตใจ (good faith) ตามความหมายสามัญของถ้อยคำของสนธิสัญญาในบริบท (context) และพิจารณาถึงความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ (object and purpose) ของสนธิสัญญานั้น”



ดังนั้น การแปลความหมายของข้อความดังกล่าวจึงต้องยึดหลักความสุจริต โดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ในการทำสนธิสัญญาประกอบด้วย เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนซึ่งประเทศไทยกับประเทศสหรัฐอเมริกาทำไว้ต่อกัน เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม พ.ศ. 2526 ได้มีขึ้นเพื่อให้ความร่วมมือในการปราบปรามอาชญากรรมให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยต่างฝ่ายต่างสามารถเอื้อประโยชน์ให้แก่กันดังวินิจัยมาแล้ว ทำให้เห็นได้ว่า แม้ภาคีคู่สัญญาแต่ละฝ่ายอาจตกลงยินยอมสร้างพันธกรณีไม่เท่าเทียมกัน แต่หากรัฐบาลประสงค์ให้การส่งบุคคลสัญชาติไทยเป็นผู้ร้ายข้ามแดนต้องห้ามตามข้อ 16 โดยยึดถือหลักการเขตอำนาจศาลเหนือบุคคล (personal jurisdiction) คือ รัฐมีอำนาจศาลเหนือบุคคลซึ่งเป็นคนชาติของรัฐที่ไปกระทำความผิดต่อกฎหมายของรัฐ แม้จะกระทำนอกราชอาณาจักร จะไม่ยอมส่งบุคคลสัญชาติไทยเป็นผู้ร้ายข้ามแดน ต่างกับประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งยึดถือหลักการเขตอำนาจเหนือดินแดน (territorial jurisdiction) คือ รัฐมีอำนาจศาลเหนือดินแดนที่อยู่ภายในเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐโดยเคร่งครัด เหตุใดรัฐบาลไทยจึงยินยอมกำหนดเป็นหลักในสนธิสัญญาข้อ 8 วรรค 3 ให้รัฐบาลมีอำนาจส่งบุคคลสัญชาติไทยเป็นผู้ร้ายข้ามแดนได้ เพราะเมื่อกำหนดให้อำนาจเป็นหลักไว้ แต่ยังให้ข้อห้ามตามพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 มาตรา 16 มีผลใช้บังคับ ก็จะทำให้ข้อกำหนดที่วางเป็นหลักไว้ไร้ผล อันเป็นการนำข้อยกเว้นมาลบล้างหลักโดยสิ้นเชิง ซึ่งหากมีเจตนาห้ามเช่นนั้น ก็ไม่จำเป็นต้องมีข้อกำหนดให้รัฐบาลไทยมีอำนาจใช้ดุลพินิจส่งบุคคลสัญชาติไทยเป็นผู้ร้ายข้ามแดนได้ และจะคงเหลือข้อผูกพันเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาเพียงฝ่ายเดียวมีหน้าที่โดยอาจใช้ดุลพินิจส่งบุคคลสัญชาติของตนเป็นผู้ร้ายข้ามแดนซึ่งย่อมจะก่อให้เกิดความเคลือบแคลงแก่ประเทศต่างๆ ต่อประเทศไทยถึงความสุจริตหรือไม่เพียงใดในการทำสนธิสัญญาและมีแต่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียงและเกียรติภูมิของประเทศชาติอันเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งในการอยู่ร่วมกันในประชาคมโลก ดังเหตุผลที่ได้วินิจัยมาแล้ว จึงเห็นว่า ข้อความที่ว่า “หากมิได้ถูกห้ามให้กระทำเช่นนั้น” จึงมีความหมายไม่ครอบคลุมถึงข้อห้ามตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2472 ในเรื่องสัญญาอีกต่อไป แต่เป็นข้อห้ามในกรณีอื่น...”

คำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ที่ยกมาข้างต้นนี้ก็เพื่อชี้ให้เห็นว่า ศาลอุทธรณ์ได้นำหลักในการตีความสนธิสัญญาซึ่งปรากฏอยู่ในข้อ 31 (1) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งประเทศไทยมิได้เป็นภาคีมาใช้ประกอบใน

การวินิจฉัยคดี ซึ่งหากจะพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ในข้อ ก. ข้างต้นแล้วไม่น่าจะถูกต้องนัก ทั้งนี้เพราะประเทศไทยมิได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ดังกล่าว

อันที่จริงแล้วการตีความถ้อยคำในข้อ (1) วรรคสามของสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1922 นั้นมิใช่เป็นการตีความถ้อยคำในสนธิสัญญาแต่ประการใด ทั้งนี้เพราะสนธิสัญญาดังกล่าวได้กลายเป็นกฎหมายภายในของไทยโดยการอนุวัติการของพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 ไปแล้ว ดังนั้น การตีความถ้อยคำที่ใช้ในสนธิสัญญาเช่นนั้นซึ่งแนบท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงถือว่าเป็นการตีความกฎหมายภายในของไทยซึ่งก็คือพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 นั้นเอง

เมื่อเป็นการตีความกฎหมายภายในของไทย จึงไม่มีความจำเป็นใดๆ ที่จะต้องอาศัยการตีความสนธิสัญญาซึ่งบัญญัติไว้ในข้อ 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เพราะไม่เกี่ยวข้องกัน และอันที่จริงแล้วการตีความสนธิสัญญาที่ได้บัญญัติไว้ในข้อ 31 ดังกล่าวนั้นก็เป็นหลักกฎหมายทั่วไป (general principle of law) ซึ่งแม้จะไม่นำมาบัญญัติไว้ในสนธิสัญญาก็ยังถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศตามที่ปรากฏอยู่ใน ข้อ 38 (c) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of International Court of Justice)¹⁰² และกฎหมายภายในของประเทศไทยดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 วรรคสามของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น การที่ศาลอุทธรณ์นำข้อ 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มาใช้ตีความพระราชบัญญัติการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 จึงไม่น่าจะถูกต้องนัก

¹⁰² 3 Bevans 1153; T.S. No. 993 done at San Francisco, June 26, 1945 article 38



ข. สนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคี

(i) กรณีที่มีพระราชบัญญัติอนุวัติการสนธิสัญญา

จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มิได้บัญญัติไว้ ชัดแจ้งว่า สนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีนั้นจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยโดยอัตโนมัติ ดังนั้นเมื่อพิจารณาบทบัญญัติของมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวนี้แล้ว อาจกล่าวได้ว่า หนังสือสัญญาใดที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาอาจจะต้องมีการตราพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการหนังสือสัญญาดังกล่าวหรือตราพระราชบัญญัติเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเก่าเพื่อให้สอดคล้องกับเนื้อหาสาระของสนธิสัญญาหรืออาจไม่ต้องตรากฎหมายเลยก็ได้ ขึ้นอยู่กับว่ากรณีที่จะต้องดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสนธิสัญญานั้นๆ หรือไม่ เช่น สนธิสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลง “อาณาเขตไทย” ได้แก่ เขตแดนทางบกและทะเลอาณาเขต (territorial sea) หรือ “เขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ” ได้แก่ เขตเศรษฐกิจจำเพาะ (exclusive economic zone) และเขตไหล่ทวีป (continental shelf) แม้ว่าหนังสือสัญญาเหล่านี้จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ตาม แต่ก็ไม่มีความจำเป็นใดๆ ที่จะต้องออกกฎหมายอนุวัติการหนังสือสัญญาดังกล่าวเพียงแต่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาก็เพียงพอแล้ว

อย่างไรก็ดี เมื่อมีพระราชบัญญัติอนุวัติการสนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีแล้ว ศาลไทยก็ไม่มีปัญหาในการนำพระราชบัญญัติเช่นนั้นมาปรับใช้ในการวินิจฉัยกรณีของศาลได้โดยตรงในฐานะที่เป็นกฎหมายภายในของประเทศไทย ตัวอย่างของพระราชบัญญัติซึ่งอนุวัติการและหนังสือสัญญาซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสหประชาชาติและทบวงชำนาญพิเศษในประเทศไทย พ.ศ. 2504¹⁰³ ซึ่งอนุวัติการตามอนุสัญญาว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของสหประชาชาติ ค.ศ. 1946 (Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, 1946)¹⁰⁴ และพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางทูต พ.ศ. 2527¹⁰⁵ ซึ่งอนุวัติการ

¹⁰³ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 78 ตอนที่ 109 ลงวันที่ 23 ธันวาคม 2504

¹⁰⁴ 1 U.N.T.S. 15

¹⁰⁵ 33 U.N.T.S. 261

ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ค.ศ. 1961 (Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961)¹⁰⁶ หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางกงสุล พ.ศ. 2541¹⁰⁷ ซึ่งอนุวัติการตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 (Vienna Convention on the Consular Relations, 1963)¹⁰⁸

(ii) กรณีที่ไม่มีพระราชบัญญัติอนุวัติการสนธิสัญญา

ศาลไทยได้เคยยอมรับและใช้บังคับสนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีโดยไม่มีการออกพระราชบัญญัติอนุวัติการสนธิสัญญาดังกล่าวเสมือนหนึ่งว่าสนธิสัญญาเช่นนั้นเป็นกฎหมายภายในของไทย เช่น ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 739/2498 ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยว่า

“ตามคำพยานโจทก์เป็นอันฟังว่า รัฐบาลไทยได้ทำสัญญาให้ฝ่ายสหประชาชาติซึ่งเป็นฝ่ายชนะสงครามเข้ามาปลดอาวุธทหารญี่ปุ่นและยึดทรัพย์สินของญี่ปุ่นซึ่งเป็นฝ่ายแพ้สงคราม ฉะนั้น ฝ่ายสหประชาชาติจึงมีอำนาจที่จะจัดการทรัพย์สินของทหารญี่ปุ่นได้ เมื่อฝ่ายสหประชาชาติเป็นผู้มีสิทธิและอำนาจกระทำการดังกล่าวแล้ว ก็ย่อมจัดการขายทอดตลาดโกดังดังเหล่านี้ได้ โดยชอบ โจทก์เป็นผู้รับซื้อจากการขายก็ย่อมได้กรรมสิทธิ์”

เป็นที่น่าสังเกตว่า ศาลฎีกามีได้ให้เหตุผลว่าเพราะเหตุใดสนธิสัญญาที่ประเทศไทยทำกับสหประชาชาติโดยไม่มีการอนุวัติการสนธิสัญญาเช่นนั้น จึงมีผลใช้บังคับเสมือนเป็นกฎหมายภายในของไทยโดยตรง จึงเป็นที่น่าสงสัยว่าสนธิสัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในได้อย่างไร ในเมื่อไม่มีการอนุวัติการสนธิสัญญาเช่นนั้นหรือไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายภายในของไทยรองรับสนธิสัญญาเช่นนั้นซึ่งหากจะว่ากันโดยเนื้อหาสาระของสนธิสัญญาที่ประเทศไทยทำไว้กับสหประชาชาติและอำนาจของสหประชาชาติในฐานะองค์การระหว่างประเทศที่มีอำนาจจัดการทรัพย์สินในราชอาณาจักรไทยได้แล้ว น่าที่จะต้องมีการกฎหมายภายในของประเทศไทยยอมรับสถานะขององค์การสหประชาชาติและความสามารถของสหประชาชาติในการจัดการทรัพย์สินในราชอาณาจักรไทย ประเทศไทยไม่มีกฎหมายรับรองสถานะขององค์การสหประชาชาติ

¹⁰⁶ 500 U.N.T.S. 95

¹⁰⁷ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 115 ตอนที่ 102 ก ลงวันที่ 31 ธันวาคม 2541

¹⁰⁸ 596 U.N.T.S. 261



และความสามารถขององค์การสหประชาชาติจนกระทั่ง พ.ศ. 2504 เมื่อประเทศไทยมีพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษในประเทศไทย พ.ศ. 2504¹⁰⁹

(iii) กรณีที่มีกฎหมายภายในรองรับสนธิสัญญาอยู่แล้ว

ในกรณีที่มีกฎหมายภายในของประเทศไทยรองรับสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่แล้วนั้น ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องมีการออกกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาเช่นนั้นอีก และศาลไทยสามารถที่จะนำสนธิสัญญาเช่นนั้นมาใช้ในการวินิจฉัยคดีโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งรับรองสนธิสัญญาเช่นนั้นได้ เช่น

- พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535¹¹⁰

มาตรา 20 บัญญัติว่า

“ให้รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบ โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการมีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษา

(1) กำหนดองค์ประกอบ คุณสมบัติและสิ่งเจือปน ภาชนะบรรจุ วิธีการตรวจสอบและทดสอบภาชนะ ฉลาก การผลิต การนำเข้า การส่งออก การขาย การขนส่ง การเก็บรักษา การกำจัด การทำลาย การปฏิบัติกับภาชนะของวัตถุอันตราย การให้แจ้งข้อเท็จจริง การให้ส่งตัวอย่างหรือการอื่นใดเกี่ยวกับวัตถุอันตรายเพื่อควบคุม ป้องกัน บรรเทาหรือระงับอันตรายที่จะเกิดแก่บุคคล สัตว์ พืช หรือทรัพย์สินแวดล้อม โดยคำนึงถึงสนธิสัญญาและข้อผูกพันระหว่างประเทศประกอบด้วย”

- พระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ. 2498¹¹¹

มาตรา 11 บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้ผู้ใดตั้งสถานีวิทยุคมนาคม เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาต สถานีวิทยุโทรคมนาคมต้องใช้ความถี่คลื่นให้ถูกต้องตามข้อบังคับว่าด้วยวิทยุโทรคมนาคมตามภาคผนวกต่อท้ายอนุสัญญาว่าด้วยวิทยุโทรคมนาคม”

¹⁰⁹ ดู ข้อ ข. (i) ข้างต้น

¹¹⁰ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 109 ตอนที่ 39 หน้า 21 ลงวันที่ 29 มีนาคม พ.ศ. 2535

¹¹¹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 72 ตอนที่ 11 หน้า 208 ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2498

- พระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2484¹¹²

มาตรา 24 บัญญัติว่า

“บุคคลใดจะเป็นผู้พิมพ์ ผู้โฆษณา บรรณาธิการหรือเจ้าของหนังสือพิมพ์ต้อง

(1)

(2)

(3) มีสัญชาติไทยหรือสัญชาติแห่งประเทศซึ่งมีสนธิสัญญากับประเทศไทย”

- ประมวลกฎหมายที่ดินที่ตราโดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497¹¹³

มาตรา 86

“คนต่างด้าวจะได้มาซึ่งที่ดินก็โดยอาศัยบทสนธิสัญญาซึ่งบัญญัติให้มีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ได้และอยู่ในบังคับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ด้วย”

กรณีตัวอย่างข้างต้นนี้ เป็นกรณีศาลไทยสามารถเข้าบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาซึ่งระบุไว้ในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวข้างต้นได้โดยตรง

4.3.5 ความรับผิดชอบของประเทศไทยต่อการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา

ความรับผิดชอบของประเทศไทยต่อการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีอาจแยกพิจารณาได้เป็นสองระดับ กล่าวคือ ก. ความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นความรับผิดชอบของประเทศไทยโดยตรงในฐานะที่เป็นรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา และข. ความรับผิดชอบตามกฎหมายภายใน ซึ่งเป็นการพิจารณาจากความรับผิดชอบของฝ่ายต่างๆ ที่ใช้อำนาจอธิปไตยของประเทศไทย กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการนำสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีมาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทย

ก. ความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ความรับผิดชอบของประเทศไทยต่อการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีจะเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมาย

¹¹² ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 58 ตอนที่ 69 หน้า 1228 ลงวันที่ 30 กันยายน 2484

¹¹³ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 71 ตอนที่ 78 (ฉบับพิเศษ) ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน 2497



ระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ (responsibility of state) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศ¹¹⁴ ทั้งนี้ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ได้รวบรวมหลักความรับผิดชอบของรัฐเพื่อยกร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ (Draft Articles on State Responsibility) โดยวางหลักเกณฑ์เรื่องความรับผิดชอบของรัฐไว้ดังนี้

1. มีการกระทำหรือการละเว้นการกระทำเช่นนั้นที่ถือว่าเป็นของรัฐ และ
2. การกระทำหรือการละเว้นการกระทำเช่นนั้นฝ่าฝืนพันธกรณีในทางระหว่างประเทศที่รัฐมีอยู่¹¹⁵

ความรับผิดชอบของประเทศไทยต่อการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีก็พิจารณาจากองค์ประกอบข้างต้นทั้งสองประการประกอบกัน ในกรณีขององค์ประกอบประการแรกนั้น การกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่ถือว่าเป็นของรัฐในส่วนที่เกี่ยวกับสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีก็คือ มีการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่ถือว่าเป็นของประเทศไทยในส่วนที่เกี่ยวกับสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคี กล่าวคือ เมื่อประเทศไทยเป็นภาคีสนธิสัญญาแล้วแต่ปรากฏว่าฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งหน่วยงานด้านนิติบัญญัติของประเทศไทยไม่ออกพระราชบัญญัติโอนพฤติการณ์สนธิสัญญา เช่นว่านั้นหรือตรงกันข้ามกลับออกพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติขัดแย้งกับสิทธิและพันธกรณีตามสนธิสัญญาดังกล่าวเป็นต้น กรณีเช่นว่านี้ถือว่ามี การกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่ถือว่าเป็นของประเทศไทยตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว หรือแม้แต่การกระทำหรือการละเว้นการกระทำของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการที่ฝ่าฝืนพันธกรณีตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีก็ถือว่าเป็นการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของประเทศไทยเช่นกัน

¹¹⁴ คำอธิบายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, อ่างแล้ว เริงอรรถที่ 33, น. 265-334.

¹¹⁵ Draft Article 3 Elements of an internationally wrongful act of a State

There is and internationally wrongful act of a State when:

- (a) conduct consisting of an action or omission is attributable to the State under international law; and
- (b) that conduct constitutes a breach of an international obligation of the State.

ส่วนในกรณีขององค์ประกอบประการที่สองนั้น จะต้องปรากฏต่อไปอีกว่าการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่ถือว่าเป็นของประเทศไทยตามองค์ประกอบประการแรกข้างต้นนั้น ฝ่าฝืนพันธกรณีในทางระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่ตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคี เช่น กรณีที่อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 กำหนดให้ประเทศภาคีรวมทั้งประเทศไทยต้องคุ้มครองส่วนประกอบ (components) ของความหลากหลายทางชีวภาพในบริเวณที่อยู่ภายในเขตอำนาจแห่งชาติ (national jurisdiction) ของประเทศไทยด้วยซึ่งก็คือ เขตเศรษฐกิจจำเพาะและไหล่ทวีปของประเทศไทย แต่หากปรากฏว่าไม่มีพระราชบัญญัติฉบับใดของประเทศไทยที่คุ้มครองส่วนประกอบของความหลากหลายทางชีวภาพในเขตเศรษฐกิจจำเพาะและไหล่ทวีปตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 ดังกล่าว กรณีเช่นว่านี้ถือได้ว่าประเทศไทยละเว้นการกระทำกล่าวคือ ไม่ออกพระราชบัญญัติคุ้มครองส่วนประกอบของความหลากหลายทางชีวภาพในเขตเศรษฐกิจจำเพาะและไหล่ทวีปของประเทศไทยและการละเว้นเช่นว่านั้นฝ่าฝืนพันธกรณีที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 ที่ประเทศไทยเป็นภาคี

เมื่อต้องด้วยองค์ประกอบทั้งสองประการข้างต้น ประเทศไทยซึ่งมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อภาคีอื่นๆ ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 ทั้งนี้ไม่จำเป็นว่ารัฐภาคีอื่นๆ ของอนุสัญญาดังกล่าวจะต้องพิสูจน์ว่าตนได้รับความเสียหายจากการฝ่าฝืนพันธกรณีของประเทศไทย แม้ไม่มีรัฐภาคีอื่นใดเลยได้รับความเสียหายจากการฝ่าฝืนพันธกรณีของประเทศไทย ประเทศไทยก็ยังคงมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศอยู่เช่นเดิม เนื่องจาก “ความเสียหาย” หาใช่องค์ประกอบของความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศไม่ เนื่องจากพันธกรณีตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 นั้นต้องการให้รัฐภาคีบรรลุดุลประสงค์ร่วมกัน คือการคุ้มครองตามความหลากหลายทางชีวภาพในทุกพื้นที่ที่รัฐสามารถใช้เขตอำนาจได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศนั่นเอง ดังนั้น “ความเสียหาย” จึงไม่ใช่องค์ประกอบของความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ พันธกรณีเดียวกันกับสนธิสัญญาเกี่ยวกับความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนซึ่งรัฐภาคีมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม หากละเว้นไม่ปฏิบัติก็ถือว่ารัฐนั้น ฝ่าฝืนพันธกรณีของสนธิสัญญาดังกล่าวและแม้รัฐภาคีอื่นจะมีได้เสียหายจากการฝ่าฝืนพันธกรณีโดยรัฐดังกล่าวก็ยังคงมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศอยู่เช่นเดิม



อนึ่ง ความรับผิดชอบของประเทศไทยตามกฎหมายระหว่างประเทศนี้ เป็นความรับผิดชอบในฐานะที่ประเทศไทยเป็นรัฐภาคีของสนธิสัญญามีใช้ความรับผิดชอบของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไม่ว่าการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีจะเกิดจากการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการก็ตาม ต่างก็ถือว่าเป็นการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของประเทศไทยในฐานะที่เป็นรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาทั้งสิ้น จึงต้องด้วยองค์ประกอบแรกของความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ และหากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำเช่นนั้นฝ่าฝืนพันธกรณีที่ประเทศไทยมีอยู่ตามสนธิสัญญาก็ต้องด้วยองค์ประกอบที่สองของความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อต้องด้วยองค์ประกอบทั้งสองประการ ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาจึงมีความรับผิดชอบต่อรัฐภาคีอื่นแห่งสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ผลของความรับผิดชอบของประเทศไทยในการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นขึ้นอยู่กับว่าสนธิสัญญานั้นๆ กำหนดผลของความรับผิดชอบไว้ประการใดหรือไม่ หากมีภาระบัญญัติถึงผลของความรับผิดชอบไว้ชัดเจนในสนธิสัญญา ผลก็จะเป็นไปตามนั้น เช่น ให้พ้นสภาพการเป็นภาคีหรือมีการห้ามนำเข้าสินค้าบางชนิด เป็นต้น แต่หากสนธิสัญญานั้นๆ มิได้ระบุผลของการฝ่าฝืนพันธกรณีไว้ ผลของการฝ่าฝืนก็จะเป็นไปตามหลักทั่วไปเกี่ยวกับพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น การทำหนังสือประท้วงรัฐที่มีการฝ่าฝืนพันธกรณี การคว่ำบาตรทางการค้า และรุนแรงมากขึ้นจนกระทั่งถึงการระงับการใช้นับสนธิสัญญากับรัฐที่ฝ่าฝืนพันธกรณีเป็นการชั่วคราวจนกว่ารัฐเช่นว่านั้นจะปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวหรือแม้แต่การตัดความสัมพันธ์ทางทูตหรือมาตรการตอบโต้อื่นๆ ที่มีใช้การใช้กำลังที่ขัดกับข้อ 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติ

ข. ความรับผิดชอบตามกฎหมายภายใน

ความรับผิดชอบตามกฎหมายภายในในที่นี้ หมายถึง ความรับผิดชอบของฝ่ายต่างๆ ที่ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐอันได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยจะพิจารณาว่าการที่แต่ละฝ่ายดังกล่าวไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีจะมีความรับผิดชอบหรือไม่อย่างไรตามกฎหมายภายในของประเทศไทย ซึ่งแยกพิจารณาเป็นฝ่ายต่างๆ ได้ดังนี้

(i) ฝ่ายนิติบัญญัติ

ในแง่ของการนำสนธิสัญญามาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทย ฝ่ายนิติบัญญัติถือว่าเป็นด่านแรกที่จะต้องทำให้สนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีนั้น มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทย ประเด็นจึงมีอยู่ว่า หากฝ่ายนิติบัญญัติไม่ออกกฎหมาย อนุวัติการสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคี เมื่อไม่มีกฎหมายภายในรองรับสิทธิและพันธกรณีตามสนธิสัญญาเช่นนั้นหรือฝ่ายนิติบัญญัติไม่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายภายในที่มีอยู่แล้ว แต่ขัดแย้งกับเนื้อหาสาระของสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีเพื่อให้สอดคล้องกับเนื้อหาสาระของสนธิสัญญา ฝ่ายนิติบัญญัติจะมีความรับผิดชอบตามกฎหมายภายในของประเทศไทยประการใดหรือไม่ จากการละเว้นไม่กระทำการดังกล่าว

จะเห็นได้ว่า ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อำนาจในการออกกฎหมายเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ รัฐสภาตามมาตรา 90 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังนั้น หากรัฐสภาไม่ออกกฎหมายไม่ว่ากฎหมายนั้นจะเป็นกฎหมายที่อนุวัติการสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือเป็นกฎหมายใหม่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเก่าเพื่อให้สอดคล้องกับเนื้อหาสาระของสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีก็ตาม ไม่มีบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันนี้ที่บัญญัติให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาต้องมีความรับผิดชอบซึ่งก็สอดคล้องกับหลักการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐซึ่งแม้แต่กฎหมายระหว่างประเทศก็ไม่อาจบังคับให้รัฐออกกฎหมายได้ รัฐอาจยินยอมที่จะมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศได้จากการที่รัฐไม่ออกกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาที่รัฐเป็นภาคีหรือไม่ออกกฎหมายใหม่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเก่าเพื่อให้สอดคล้องกับเนื้อหาสาระของสนธิสัญญาที่รัฐเป็นภาคี แม้ในทางปฏิบัติรัฐมักจะหลีกเลี่ยงไม่กระทำการเช่นนั้นก็ตาม เพราะหากรัฐยังไม่พร้อมที่จะปฏิบัติตามสนธิสัญญา รัฐนั้นก็จะเลือกที่จะยังไม่เข้าเป็นภาคีสนธิสัญญานั้นได้อยู่ซึ่งเป็นการตัดสินใจทางการเมืองระหว่างประเทศ

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ รัฐสภาไม่มีความรับผิดชอบตามกฎหมายภายในของประเทศไทยจากการที่ไม่ออกกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือจากการที่ไม่ออกกฎหมายใหม่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเก่าเพื่อให้สอดคล้องกับเนื้อหาสาระของสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคี



(ii) ฝ่ายบริหาร

ถึงแม้อำนาจในการทำสนธิสัญญาจะเป็นของฝ่ายบริหารก็ตาม แต่อำนาจในการนำสนธิสัญญาดังกล่าวมาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยนั้นเป็นของรัฐสภาตาม มาตรา 90 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังนั้นจึงมิใช่ความรับผิดชอบโดยตรงของฝ่ายบริหารที่จะทำให้สนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายใน เนื่องจากอำนาจในการทำสนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยมิใช่อำนาจของฝ่ายบริหาร หากแต่อยู่ที่รัฐสภาซึ่งในทางปฏิบัติแล้วทั้งฝ่ายบริหารและรัฐสภาจะต้องร่วมมือกัน เพื่อให้แน่ใจว่าเมื่อประเทศไทยเป็นภาคีสถิติสัญญาใดแล้ว ประเทศไทยสามารถปฏิบัติตามสนธิสัญญาเช่นนั้นได้โดยการออกกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญานั้นหรือออกกฎหมายใหม่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเก่าเพื่อให้สอดคล้องกับเนื้อหาสาระของสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทย ฝ่ายบริหารจึงไม่มีความรับผิดชอบในส่วนนี้

อย่างไรก็ดี หากรัฐสภาออกกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีแล้ว หรือออกกฎหมายใหม่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเก่าเพื่อให้สอดคล้องกับเนื้อหาสาระของสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือแม้กระทั่งมีกฎหมายภายในรองรับเนื้อหาสาระของสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่แล้วก็ตาม เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารก็มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายเหล่านั้นด้วย และการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเหล่านั้น โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารก็เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายภายในของประเทศไทย โดยไม่ต้องคำนึงว่ากฎหมายภายในเช่นนั้น จะอนุวัติการหรือรับรองสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารในกรณีเช่นว่านี้เป็นความรับผิดชอบตามกฎหมายภายในของประเทศไทย ซึ่งจะมีองค์การฝ่ายตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด ซึ่งอาจจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญ หรือแม้แต่ศาลทหารก็ได้ ขึ้นอยู่กับลักษณะของการฝ่าฝืนกฎหมายภายในของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารและเขตอำนาจของศาลที่เกี่ยวข้อง ถึงแม้กฎหมายที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารฝ่าฝืนนั้นจะอนุวัติการหรือรับรองสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีก็ตาม ความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารก็ยังคงเป็นความรับผิดชอบตามกฎหมายภายในของประเทศไทย อันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนกฎหมายภายในของประเทศไทยหาใช่ความรับผิดชอบเพราะฝ่าฝืนสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีไม่

(iii) ฝ่ายตุลาการ

ในส่วนของฝ่ายตุลาการหรือศาลนั้น การใช้บังคับกฎหมายโดยศาลจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 197 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่บัญญัติว่า

“การพิจารณาพิพากษารรคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรม ตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมายและในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์”

คำว่า “กฎหมาย” ในมาตรา 197 นี้หมายถึง “กฎหมาย” ของประเทศไทยที่ออกตามกระบวนการนิติบัญญัติตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เช่น ตามมาตรา 90¹¹⁶ มาตรา 186¹¹⁷ และมาตรา 187¹¹⁸ เป็นต้น ทั้งนี้โดยมีต้องคำนึงว่า “กฎหมาย” เช่นว่านั้น จะนุวัติการหรือรับรองสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือไม่ ดังนั้น หากศาลไม่ใช้บังคับ “กฎหมาย” ตามมาตรา 197 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ต้องถือว่าศาลฝ่าฝืนบทบัญญัติ

¹¹⁶ มาตรา 90 บัญญัติว่า

“ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติจะตราขึ้นเป็นกฎหมายได้ก็แต่โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา และเมื่อพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยหรือถือเสมือนว่าได้ทรงลงพระปรมาภิไธยตามรัฐธรรมนูญนี้แล้ว ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อไป”

¹¹⁷ มาตรา 186 บัญญัติว่า

“ในระหว่างสมัยประชุม ถ้ามีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับเพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดิน พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้ พระราชกำหนดที่ได้ตราขึ้นตามวรรคหนึ่ง จะต้องนำเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรภายในสามวันนับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา และให้นำบทบัญญัติมาตรา 184 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

¹¹⁸ มาตรา 187 บัญญัติว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย”



ของรัฐธรรมนูญดังกล่าว และผู้ที่เป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการหรือศาลรัฐธรรมนูญแล้วแต่กรณีก็จะต้องมีความรับผิดชอบที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญดังกล่าวด้วย เช่น มาตรา 270¹¹⁹ เป็นต้น

¹¹⁹ มาตรา 270 บัญญัติว่า

“ผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด หรืออัยการสูงสุด ผู้ใดมีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง วุฒิสภามีอำนาจถอดถอนผู้นั้นออกจากตำแหน่งได้

บทบัญญัติวรรคหนึ่งให้ใช้บังคับกับผู้ดำรงตำแหน่งต่อไปนี้ด้วย คือ

- (1) ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน และกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน
- (2) ผู้พิพากษาหรือตุลาการ พนักงานอัยการ หรือผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต”

บทที่ 5

การทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของรัฐ

รัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ มักจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศซึ่งโดยทั่วไปจะเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร ตลอดทั้งการขอความเห็นชอบของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติสำหรับหนังสือสัญญาบางประเภทที่สำคัญๆ ดังนั้น เพื่อความสะดวกและความเข้าใจในการศึกษาถึงการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญของรัฐ บทที่ 5 จะทำการศึกษารเปรียบเทียบบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญประเทศต่างๆ กระจายตามภูมิภาคต่างๆ ทั่วโลกในส่วนที่เกี่ยวกับหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยจัดทำตารางเปรียบเทียบหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งจะระบุประเด็นต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านั้นบัญญัติเป็นเงื่อนไขที่ฝ่ายบริหารต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติ โดยจะพิจารณาถึงประเด็นต่างๆ ที่เกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาและเงื่อนไขในการขอความเห็นชอบของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติสำหรับหนังสือสัญญาบางประเภท รวมตลอดทั้งอำนาจในการทำหนังสือสัญญาและการขอความเห็นชอบของรัฐสภาสำหรับหนังสือสัญญาบางประเภทตามบทบัญญัติในมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

นอกจากนี้การศึกษารเปรียบเทียบบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ดังกล่าวข้างต้นแล้ว บทที่ 5 จะวิเคราะห์บทบัญญัติในมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตลอดทั้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6 – 7/2551 ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับคำวินิจฉัยดังกล่าวด้วย



หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา

ตารางเปรียบเทียบหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติ

กรณีที่ต้อง ความเห็นชอบ	สนธิสัญญา องค์การระหว่าง ประเทศ	การป้องกันประเทศและ ความมั่นคงภายใน	เปลี่ยนแปลงเขตแดน	กระทบสิทธิขั้น พื้นฐานหรือ สิทธิมนุษยชน	ต่อการค้า การคลัง การเงินหรือ เศรษฐกิจ	เปลี่ยนแปลงกฎหมาย	หนังสือสัญญา สันติภาพ	หนังสือสัญญา ทางพาณิชย์	หนังสือ สัญญาทางการเมือง	อำนาจในการทำหนังสือ สัญญา	การขอความเห็นชอบของฝ่ายนิติ บัญญัติ
ประเทศ											
Albania	X	X	X	X	X		X		X	คณะรัฐมนตรี ม.121	รัฐสภา ม.121
Australia					ไม่ระบุ						
Austria						X					สภาผู้แทน ม.50
Belgium			X							พระมหากษัตริย์	รัฐสภา ม.167
Brazil										ประธานาธิบดี ม.84	คอมกรวม ม.50
Bulgaria		X		X	X	X			X		รัฐสภา ม.84,85
Canada				X		X			X		รัฐสภา ม.132
China										ประธานาธิบดี ม.81	
Croatia	X	X			X	X			X		
Czech Rep.				X	X	X			X		
Denmark			X		หนังสือสัญญาเรื่องสำคัญ ๆ						รัฐสภา ม.19
Estonia	X		X			X				ประธานาธิบดี	รัฐสภา ม.121,122
Finland			X			X				ประธานาธิบดี	รัฐสภา ม.94

ตารางเปรียบเทียบหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติ

กรณีส่งขอความเห็นชอบ	สมาชิกองค์การระหว่างประเทศ	การป้องกันประเทศและความมั่นคงภายใน	เปลี่ยนแปลงเขตแดน	กระทำความผิดหรือละเมิดอธิปไตยของดินแดน	ก่อการกบฏ การลอบสังหาร หรือการละเมิดสิทธิมนุษยชน	เปลี่ยนแปลงกฎหมาย	หนังสือสัญญาทางทวิภาคี	หนังสือสัญญาทางพหุภาคี	อำนาจในการทำหนังสือสัญญา	การให้ความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติ
ประเทศ										
France	X		X	X	X	X	X		ประธานาธิบดี	รัฐสภา ม.11
Germany			X			X			ประธานาธิบดี ม.59	ออกเป็นกฎหมายของสหพันธ์รัฐ
Greece	X		X				X		ประธานาธิบดี	รัฐสภา ม.28
Hungary									ประธานาธิบดี	รัฐสภา
Iceland			X	X	X	X			ประธานาธิบดี ม.21	รัฐสภา ม.21
Indonesia									ประธานาธิบดี ม.11	
Iran			X						ประธานาธิบดี ม.125	Islamic Consultation Assembly ม.7
Ireland				หนังสือสัญญาทุกประเภท					ประธานาธิบดี	รัฐสภา ม.29 ข้อ 5
Italy			X		X	X			ประธานาธิบดี ม.80	รัฐสภา ม.80
Japan					X	X	X		คณะรัฐมนตรี ม.75	สภา Diet ม.61
Kuwait					X	X	X		Amir ม.70	รัฐสภา ม.70

หนังสือสัญญาที่มีความสำคัญมากต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (ม.19)



หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา

ตารางเปรียบเทียบหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติ

การขึ้นชื่อ ความเห็นชอบ	สมาชิกองค์การระหว่างประเทศ	การป้องกันประเทศและความมั่นคงภายใน	เปลี่ยนแปลงเขตแดน	กระหนาบสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิมนุษยชน	ก่อการร้าย การคลังสาธารณะหรือเศรษฐกิจ	เปลี่ยนแปลงกฎหมาย	หนังสือสัญญาสันติภาพ	หนังสือสัญญาทางพาณิชย์	หนังสือสัญญาทางการเมือง	อำนาจในการทำหนังสือสัญญา	การให้ความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติ
ประเทศ											
Latvia										ประธานาธิบดี	รัฐสภา
Laos										ประธานาธิบดี ม.53	รัฐสภา ม.40
Lebanon		X			X			X		รัฐบาล ม.52	รัฐสภา ม.52
Luxemburg			X							Le grand Duc	ม.37
Malaysia			X							รัฐสภา ม.2	
Malta											
Mexico			X							ประธานาธิบดี ม.73	คองเกรส ม.73
Netherlands											รัฐสภา ม.91
Philippines											
Poland	X	X		X	X		X		X	ประธานาธิบดี ม.146	รัฐสภา ม.116
Portugal			ไม่ชัดเจน								
Rep.of Chile										ประธานาธิบดี ม.50	คองเกรส ม.50
Rep.of Colombia			X							ประธานาธิบดี ม.101	คองเกรส ม.101
Romania										ประธานาธิบดี ม.91	รัฐสภา ม.11

ไม่มีมาตราเกี่ยวกับหนังสือสัญญา

ต้องได้รับการเห็นชอบของรัฐสภาก่อนเว้นแต่กฎหมายภายในอนุญาตได้

นิยามไว้แต่คำว่าดินแดน (ม.1)

ตารางเปรียบเทียบหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติ

ประเทศ	กรณีที่ต้อง ความ เห็นชอบ	สมาชิก องค์กร ระหว่าง ประเทศ	การบังคับประเทศ และความมั่นคง ภายใน	เปลี่ยนแปลง เจตนา	กระพริกลัทธิ พื้นฐานหรือ สิทธิมนุษยชน	กติการะหว่าง การค้า หรือ เศรษฐกิจ เสรี	เปลี่ยนแปลง กฎหมาย	หนังสือสัญญา สันติภาพ	หนังสือสัญญา ทางพาณิชย์	หนังสือสัญญา ทางการเมือง	อำนาจในการกำหนด สัญญา	การขอความเห็น ชอบของฝ่าย นิติบัญญัติ
Russian Federation			X	X	X		X	X			ประธานาธิบดี ม.86	
Singapore												
Slovakia Rep.					X					X	รัฐบาล ม.119	คณะรัฐมนตรี ม.86
Rep.of Slovenia											ประธานาธิบดี ม.107	สภานิติบัญญัติ ม.153
South Africa												
Spain	X		X	X	X		X			X	ประธานาธิบดี	รัฐสภา ม.231
Sweden											รัฐบาล	รัฐสภา ม.94
Switzerland											รัฐบาล ม.1	รัฐสภา ม.2
Thailand				X	X	X	X				รัฐบาลสหพันธ์	รัฐสภา ม.166
Turkey					X	X					คณะรัฐมนตรี	รัฐสภา ม.190
U.K.				X	X	X	X				ประธานาธิบดี	รัฐสภา ม.87
USA												
Vietnam											ประธานาธิบดี	วุฒิสภา
											ประธานาธิบดี ม.103	รัฐสภา ม.84

หมายเหตุ ดูรายละเอียดบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ตามตารางได้ในภาคผนวก ค



5.1 บทบัญญัติว่าด้วยการทำหนังสือสัญญาในรัฐธรรมนูญของรัฐ

จากตารางเปรียบเทียบหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่าประเทศส่วนใหญ่จะมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญา โดยบทบัญญัติเหล่านี้จะให้อำนาจฝ่ายบริหารซึ่งอาจจะเป็นประธานาธิบดี รัฐบาลหรือพระมหากษัตริย์อย่างกรณีประเทศไทยก็ได้ และไม่ว่าหนังสือสัญญาเหล่านั้นจะต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ก็ตาม อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์รัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่ตามตารางเปรียบเทียบข้างต้นก็มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหนังสือสัญญาบางประเภทที่จะต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งก็เป็นลักษณะเดียวกันกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ที่ผ่านมาของประเทศไทย รวมทั้งบทบัญญัติในมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ด้วย เพียงแต่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่ตามตารางเปรียบเทียบดังกล่าวไม่มีรายละเอียดมากมายเท่ากับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 จึงอาจสรุปได้ว่ารูปแบบและเนื้อหาของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาตามตารางเปรียบเทียบข้างต้นเป็นไปในทิศทางเดียวกัน แต่จะแตกต่างกันอยู่บ้างก็เฉพาะที่เกี่ยวกับรายละเอียดของประเภทหนังสือสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น¹

5.2 ผู้มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาจากตารางเปรียบเทียบหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ได้บัญญัติสอดคล้องไปในทิศทางเดียวกันในส่วนที่เกี่ยวกับผู้มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ บัญญัติให้ฝ่ายบริหารซึ่งอาจเป็นประมุขของฝ่ายบริหาร อันได้แก่ พระมหากษัตริย์ เช่น เบลเยียม เดนมาร์ก หรือประธานาธิบดีเช่นประเทศส่วนใหญ่ในยุโรปตะวันตก ยุโรปตะวันออก อเมริกาเหนือ อเมริกาใต้และเอเชีย หรือคณะรัฐมนตรี เช่น แอลเบเนีย ออสเตรเลีย ญี่ปุ่น ประเทศไทย เป็นต้น

¹ Duncan B. Hollis , Merritt R. Blakeslee and L. Benjamin Edlerington , **National Treaty Law and Practice**, (The Natherland : Matinus Nijhoff Publishers, 2005).

การที่รัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ให้อำนาจฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศนั้นนับว่าสอดคล้องกับข้อ 7 วรรค 2 (a) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 และข้อ 7 วรรค 2 (a) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ.1986 โดยข้อ 7 วรรค 2 ของอนุสัญญาทั้งสองฉบับยอมรับอำนาจของฝ่ายบริหารในการทำสนธิสัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งประมุขของรัฐ (heads of state) หัวหน้ารัฐบาล (heads of government) ตลอดจนทั้งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (ministers of foreign affairs) ซึ่งโดยตำแหน่งหน้าที่แล้วถือว่าเป็นบุคคลที่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญาโดยไม่จำเป็นต้องแสดงเอกสารมอบอำนาจเต็ม (full powers) และสามารถกระทำการทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญาได้² กล่าวคือ ตั้งแต่การเจรจา (negotiations) การยอมรับตัวบท (adoption of text) การรับรองความถูกต้องแท้จริงของตัวบท (authentication of the text) และการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา (consent to be bound by a treaty) ด้วยการลงนาม (signature) แลกเปลี่ยนตราสารที่ก่อให้เกิดสนธิสัญญา (exchange of instrument constituting of a treaty) การให้สัตยาบัน (ratification) การยอมรับ (acceptance) ความเห็นชอบ (approval) การภาคยานุวัติ (accession) หรือวิธีการอื่นใดตามที่รัฐที่เข้าทำสนธิสัญญาตกลงกันตามข้อ 11 ถึงข้อ 17 ของอนุสัญญาทั้งสองฉบับ อันที่จริงแล้ว อาจกล่าวกลับกันได้ได้ว่าบทบัญญัติในข้อ 7 วรรค 2 (a) ของอนุสัญญาทั้งสองฉบับมาจากแนวปฏิบัติของรัฐต่างๆ เกี่ยวกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาตามที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของรัฐต่างๆ นั่นเอง

นอกจากนี้ อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาดังกล่าวข้างต้นก็ยังสามารถมอบหมาย(delegate)ให้บุคคลอื่นทำแทนได้แต่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายภายในของแต่ละรัฐจะบัญญัติไว้แต่ในทางระหว่างประเทศแล้ว นอกจากบุคคลที่ระบุไว้ในข้อ 7 วรรค 2 (a) (b) และ (c) ของอนุสัญญาทั้งสองฉบับแล้ว ผู้ที่ได้รับมอบหมายให้

² Article 7

2. In virtue of their functions and without having to produce full powers, the following are considered as representing their State:

(a) Heads of State, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs, for the purpose of performing all acts relating to the conclusion of a treaty;



เข้าทำสนธิสัญญาจะต้องแสดงเอกสารมอบอำนาจเต็ม (full powers) ตามข้อ 7 วรรค 1 ของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับจึงถือว่ามีความสามารถที่จะกระทำการแทนรัฐของตนในการเข้าทำสนธิสัญญา³

5.3 เงื่อนไขของการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาจากตารางเปรียบเทียบหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติข้างต้นแล้ว จะเห็นว่ารัฐธรรมนูญของประเทศต่างมิได้อนุญาตให้ฝ่ายบริหารทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศโดยมิได้มีเงื่อนไขใดๆ เงื่อนไขที่สำคัญที่สุดที่รัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ระบุไว้เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาก็คือ การที่ฝ่ายบริหารจะต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติในการทำหนังสือสัญญาที่สำคัญๆ บางประเภทซึ่งอาจแตกต่างกันไปตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ แทบจะไม่มีรัฐใดเลยที่อนุญาตให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดในการทำหนังสือสัญญาทุกประเภทโดยไม่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติ ที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากว่า หนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารทำกับประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศนั้นจะยังไม่ถือว่าเป็นกฎหมายภายในของรัฐจนกว่าจะผ่านกระบวนการ นิติบัญญัติอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศกำหนดไว้ หากยอมรับให้หนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในของรัฐได้ทันทีโดยปราศจากการรับรู้ของฝ่ายนิติบัญญัติ ก็เท่ากับยอมรับให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจนิติบัญญัติโดยการทำหนังสือสัญญาโดยที่ฝ่ายนิติบัญญัติเองไม่สามารถควบคุมตรวจสอบได้

อันที่จริงแล้ว อำนาจในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารก็มีอยู่ เช่น ในกรณีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 186 ที่ให้อำนาจฝ่ายบริหาร

³ Article 7

1.A person is considered as representing a State for the purpose of adopting or authenticating the text of a treaty or for the purpose of expressing the consent of the State to be bound by a treaty if:

(a) he produces appropriate full powers; or

(b) it appears from the practice of the States concerned or from other circumstances that their intention was to consider that person as representing the State for such purposes and to dispense with full powers.

ตราพระราชกำหนดได้ แต่ในท้ายที่สุดแล้วพระราชกำหนดดังกล่าวจะต้องผ่านกระบวนการนิติบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติเช่นกัน ซึ่งจะเห็นได้ว่าอำนาจของฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายนั้นมีลักษณะเป็นข้อยกเว้นและอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของฝ่ายนิติบัญญัติ ทำนองเดียวกัน หนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารทำขึ้นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศจึงควรถูกควบคุมตรวจสอบมิให้เป็นการก้าวล่วงอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติ

5.4 ประเภทหรือลักษณะของหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติ⁴

เมื่อพิจารณาจากตารางเปรียบเทียบหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติข้างต้น จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ได้กำหนดประเภทหรือลักษณะของหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติไว้หลายประเภทหรือหลายลักษณะด้วยกัน แต่ไม่มีรัฐธรรมนูญของประเทศใดเลยที่กำหนดประเภทหรือลักษณะของหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติไว้ครบถ้วนทุกประเภททุกลักษณะตามที่ปรากฏอยู่ในตารางดังกล่าว รัฐธรรมนูญแต่ละประเทศได้ระบุประเภทหรือหรือลักษณะของหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติไว้มากบ้างน้อยบ้างตามแต่ประเทศนั้นๆ จะเห็นเหมาะสม ซึ่งประเภทหรือลักษณะของหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัตินี้ย่อมเปลี่ยนแปลงได้เสมอตามสถานการณ์บ้านเมือง เช่นเดียวกับการแก้ไขมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่สะท้อนถึงการเปลี่ยนแปลงอย่างมากเกี่ยวกับหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาอันเนื่องมาจากสถานการณ์บ้านเมืองก่อน พ.ศ. 2550

ประเภทหรือลักษณะของหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ในตารางเปรียบเทียบหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติพอสรุปได้ดังนี้

⁴ นิพนธ์ จิตะสมบัติ, “หนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา : ศึกษาเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ,” *ตุลพาท* 54,2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2550), น.83 -101.



5.4.1 การเข้าเป็นสมาชิกขององค์การระหว่างประเทศ

บางประเทศ เช่น แอลเบเนีย โครเอเชีย เอสโตเนีย โปแลนด์ ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มยุโรปตะวันออก และฝรั่งเศส กรีซและสเปนซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มยุโรปตะวันตก ก็เห็นว่าการเข้าเป็นสมาชิกขององค์การระหว่างประเทศเป็นเรื่องสำคัญ ดังนั้น หนังสือสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการเข้าเป็นสมาชิกขององค์การระหว่างประเทศไม่ว่าระดับโลกหรือระดับภูมิภาค เช่น สหภาพยุโรป (European Union) จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติด้วย เนื่องจากการเข้าเป็นสมาชิกขององค์การระหว่างประเทศอาจก่อให้เกิดพันธกรณีมากมาย เช่น พันธกรณีตามหนังสือสัญญาหรือความตกลงก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศนั้น การยอมรับสภาพบุคคลขององค์การระหว่างประเทศตามกฎหมายภายในของรัฐสมาชิก และการยอมรับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันขององค์การระหว่างประเทศนั้นๆ ตลอดจนความคุ้มกันของเจ้าหน้าที่และทรัพย์สินขององค์การระหว่างประเทศตามกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกหรือแม้กระทั่งพันธกรณีด้านการเงิน เช่น ค่าธรรมเนียมการเป็นสมาชิกที่รัฐสมาชิกจะต้องชำระให้แก่องค์การระหว่างประเทศ เป็นต้น

สำหรับกรณีของประเทศไทย การเข้าทำสัญญาเกี่ยวกับการเข้าเป็นสมาชิกขององค์การระหว่างประเทศและผลของการเป็นสมาชิكدังกล่าวอาจต้องด้วยบทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในส่วนของ “หนังสือสัญญาที่ต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา” ก็ได้ หากการเข้าเป็นสมาชิกขององค์การระหว่างประเทศและผลของการเป็นสมาชิวยังขาดพระราชบัญญัติรองรับหรือพระราชบัญญัติที่บังคับใช้อยู่ขัดแย้งกับพันธกรณีของการเข้าเป็นสมาชิกขององค์การระหว่างประเทศ และในกรณีเช่นว่านี้ การเข้าเป็นสมาชิกขององค์การระหว่างประเทศก็ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสองเช่นกัน

5.4.2 การป้องกันประเทศและความมั่นคงภายใน

รัฐธรรมนูญของแอลเบเนีย บัลแกเรีย โครเอเชีย เอสโตเนีย โปแลนด์ สหพันธรัฐรัสเซีย ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มยุโรปตะวันออก สเปนและเลบานอนกำหนดให้หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการป้องกันประเทศและความมั่นคงภายในจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือฝ่าย นิติบัญญัติ ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าหนังสือสัญญาประเภทนี้เกี่ยวข้องกับ

ความร่วมมือทางด้านการทหารและอาวุธยุทโธปกรณ์ทางทหาร โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรับกองกำลังต่างชาติหรือขององค์การระหว่างประเทศบางองค์การ เช่น สหประชาชาติ หรือองค์การสนธิสัญญาแอตแลนติกเหนือ (NATO) หรือการส่งกองกำลังไปต่างประเทศ หรือเข้าร่วมกับกองกำลังขององค์การระหว่างประเทศดังกล่าว ซึ่งประเทศดังกล่าวข้างต้น เห็นว่ามีความสำคัญที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติ

ในกรณีของประเทศไทย การทำหนังสือสัญญาเกี่ยวกับการป้องกันประเทศและความมั่นคงภายในของรัฐมนตรีก็ต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภา หากหนังสือสัญญาดังกล่าวเป็นกรณีที่ต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาตามมาตรา 190 ววรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีในกรณีของการยอมรับ กองกำลังของรัฐอื่นหรือของสหประชาชาติเข้ามาประจำการในประเทศไทย เนื่องจากหนังสือสัญญาที่เกี่ยวข้องกับกรณีดังกล่าวมักมีประเด็นเรื่อง “สิทธิสภาพนอกอาณาเขต” (extraterritorial jurisdiction) เกี่ยวข้องอยู่ด้วยเสมอในกรณีที่เจ้าหน้าที่กองกำลังต่างชาติหรือของสหประชาชาติกระทำความผิดทางอาญาในราชอาณาจักรไทย แต่จะไม่ถูกจับกุมฟ้องร้องและดำเนินคดีของศาลไทย แต่จะถูกส่งตัวกลับไปขึ้นศาลของประเทศเจ้าของกองกำลังซึ่งเป็นข้อยกเว้นของการใช้เขตอำนาจของประเทศไทยเหนือบุคคลที่กระทำความผิดทางอาญาในราชอาณาจักรไทย ตามมาตรา 4 ของประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้น จึงต้องมีการออกพระราชบัญญัติยอมรับความคุ้มกันหรือสิทธิสภาพนอกอาณาเขตของเจ้าหน้าที่กองกำลังต่างชาติหรือของสหประชาชาติ

5.4.3 การเปลี่ยนแปลงอาณาเขต

รัฐธรรมนูญของแอลเบเนีย เอสโตเนีย สหพันธรัสเซีย ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มยุโรปตะวันออก เบลเยียม ฝรั่งเศส เยอรมนี กรีซ ลักเซมเบิร์ก อิตาลี สเปน ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มยุโรปตะวันตก เดนมาร์ก ฟินแลนด์ ไชซ์แลนด์ ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มยุโรปเหนือ มาเลเซียและไทย ซึ่งเป็นประเทศในเอเชีย ตลอดจนเม็กซิโกและโคลัมเบียซึ่งเป็นประเทศในละตินอเมริกาต่างก็มีบทบัญญัติกำหนดให้หนังสือสัญญาที่เปลี่ยนแปลงดินแดนต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติ หนังสือสัญญาที่เปลี่ยนแปลงดินแดนหรืออาณาเขตของรัฐนับว่าสำคัญยิ่ง ไม่ว่าจะเป็นการได้ดินแดนเพิ่มขึ้นหรือลดลงก็ตาม เนื่องจากมิใช่เป็นเพียงการได้เนื้อที่ของดินแดนเพิ่มขึ้นหรือเสีย



เนื้อที่ของดินแดนของรัฐไปเท่านั้น แต่ยังมีผลต่อการมีหรือเสียอำนาจอธิปไตยในการออกกฎหมายและใช้บังคับกฎหมายเหนือดินแดนที่เพิ่มขึ้นหรือเสียไปด้วย ดังนั้น หนังสือสัญญาประเภทนี้จึงต้องพิจารณาด้วยความรอบครอบและควรได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติ

5.4.4 การกระทบต่อสิทธิพื้นฐานหรือสิทธิมนุษยชน

รัฐธรรมนูญของแอลเบเนีย บัลแกเรีย สาธารณรัฐเชค โปแลนด์ สหพันธรัสเซีย ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มยุโรปตะวันออก ฝรั่งเศส สเปน ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มยุโรปตะวันตก แคนาดา ในอเมริกาเหนือและประเทศไทยในเอเชีย มีบทบัญญัติที่กำหนดให้หนังสือสัญญาที่กระทบต่อสิทธิพื้นฐานของประชาชนหรือสิทธิมนุษยชนจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติ ในส่วนของประเทศไทยนั้น มาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มิได้ระบุไว้ชัดเจนว่าหนังสือสัญญาที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิมนุษยชนต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา แต่หนังสือสัญญาดังกล่าวอยู่ภายใต้ความหมายของหนังสือสัญญาที่ “ต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้เป็นไปตามสัญญา” และกรณีที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญากรณีหนึ่งก็คือ กรณีของหนังสือสัญญาที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยตามที่รับรองไว้ในหมวด 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยเฉพาะตามบทบัญญัติของมาตรา 29 ซึ่งจะกล่าวในรายละเอียดต่อไปในส่วนของกรณีวิเคราะห์บทบัญญัติของมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

5.4.5 การก่อการะด้านการคลังและเศรษฐกิจ

รัฐธรรมนูญของแอลเบเนีย บัลแกเรีย โครเอเชีย สาธารณรัฐเชค โปแลนด์ สาธารณรัฐสโลวาเนีย ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มยุโรปตะวันออก ฝรั่งเศส อิตาลี ไชล์แลนด์ สเปน ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มยุโรปตะวันตก คูเวต เลบานอน ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มตะวันออกกลาง ญี่ปุ่นและประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศในเอเชีย มีบทบัญญัติกำหนดให้หนังสือสัญญาที่ก่อการะด้านการคลังสาธารณะหรือด้านเศรษฐกิจจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติ ตัวอย่างของหนังสือสัญญาประเภทนี้ ได้แก่ หนังสือสัญญาเกี่ยวกับความตกลงเขตการค้าเสรีหรือการกู้เงินระหว่างรัฐกับรัฐ อย่างไรก็ตาม

รัฐธรรมนูญของประเทศดังกล่าวก็ได้มีແຈກແຈງรายละเอียดว่าอะไรคือหนังสือสัญญาที่ก่อการด้านการคลังสาธารณะหรือด้านเศรษฐกิจคงปล่อยให้เป็นเรื่องภายในของแต่ละประเทศที่จะกำหนดเอง ในกรณีของประเทศไทย การทำหนังสือที่ก่อการด้านการคลังหรือเศรษฐกิจต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาหากหนังสือสัญญานั้น “มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศไทยอย่างกว้างขวาง” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 วรรคสอง

5.4.6 การเปลี่ยนแปลงกฎหมาย

รัฐธรรมนูญของบัลแกเรีย โครเอเชีย สาธารณรัฐเชค เอสโตเนีย สหพันธรัฐรัสเซีย ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มยุโรปตะวันออก ออสเตรีย ฝรั่งเศส เยอรมนี โสโลแวนดี อิตาลี สเปน ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มยุโรปตะวันตก ญี่ปุ่นและไทยซึ่งเป็นประเทศในเอเชีย ต่างก็บัญญัติให้หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในของประเทศจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติ ในกรณีของประเทศไทยนั้น การทำหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในของประเทศไทยจะต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสอง จากบทบัญญัติที่ว่า “หนังสือสัญญาที่...จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา” นั่นเอง เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงหรือการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายของประเทศไทยที่ใช้บังคับอยู่แล้วจะต้องดำเนินการโดยผ่านกระบวนการนิติบัญญัติทางรัฐสภา ดังนั้น หากข้อบทของหนังสือสัญญาขัดแย้งกับกฎหมายภายในของประเทศไทย หากประเทศไทยต้องการเข้าทำหรือเข้าเป็นภาคีของหนังสือดังกล่าว ประเทศไทยมีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องอนุวัติการหนังสือสัญญาเช่นว่านั้น โดยการออกพระราชบัญญัติใหม่ยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่แล้วซึ่งขัดหรือแย้งกับข้อบทของหนังสือสัญญาเพื่อให้สอดคล้องกับข้อบทของหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยจะเข้าทำหรือเข้าเป็นภาคี

5.4.7 หนังสือสันติภาพ

รัฐธรรมนูญของประเทศแอลเบเนีย โปแลนด์ สหพันธรัฐรัสเซีย ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มยุโรปตะวันออก ฝรั่งเศส กรีซ ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มยุโรปตะวันออก คูเวตในตะวันออกกลาง ญี่ปุ่นและประเทศไทยในเอเชีย ต่างก็บัญญัติให้หนังสือสัญญาสันติภาพจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติ ในกรณีของประเทศไทยนั้น



แม้มาตรา 190 วรรคสองจะมีได้ระบุไว้โดยตรงว่าหนังสือสัญญาสันติภาพจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาก็ตาม แต่หนังสือสัญญาสันติภาพอาจต้องดำเนินการมาตรา 190 วรรคสองก็ได้ กล่าวคือ หากหนังสือสัญญาสันติภาพเช่นว่านั้นต้องด้วยเงื่อนไขตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 วรรคสอง เช่นกรณีที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาสันติภาพที่ประเทศไทยทำขึ้น หนังสือสัญญาเช่นว่านั้นก็ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามนัยแห่งมาตรา 190 วรรคสอง

5.4.8 หนังสือสัญญาทางพาณิชย์

รัฐธรรมนูญของบางประเทศ เช่น ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น คูเวต เลบานอนและตุรกี บัญญัติให้หนังสือสัญญาทางพาณิชย์จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติ ในกรณีของประเทศไทยนั้นแม้มาตรา 190 วรรคสองจะมีได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าการทำหนังสือสัญญาทางพาณิชย์จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา แต่หากหนังสือสัญญาทางพาณิชย์เช่นว่านั้น “มีผลผูกพันทางด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณ” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 วรรคสองแล้ว หนังสือสัญญาเช่นว่านั้นก็ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาเช่นกัน

5.4.9 หนังสือสัญญาทางการเมือง

รัฐธรรมนูญของแอลเบเนีย บัลแกเรีย โครเอเชีย สาธารณรัฐเชค สาธารณรัฐสโลวาเกียและประเทศโปแลนด์ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มยุโรปตะวันออก กรีซ ไอร์แลนด์และสเปน ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มยุโรปตะวันตก แคนาดาในอเมริกาเหนือและญี่ปุ่นในเอเชีย ต่างก็บัญญัติให้หนังสือสัญญาทางการเมืองต้องได้รับความยินยอมของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติ หนังสือสัญญาทางการเมืองในที่นี้จะหมายถึงหนังสือสัญญาที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการเมืองระหว่างประเทศ เนื่องจากโดยปกติแล้วการทำหนังสือสัญญา ภาควิแห่งหนังสือสัญญาไม่ว่าจะเป็นรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศต่างก็มุ่งหวังให้มีการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาเช่นว่านั้นทั้งสิ้น ไม่ว่าเนื้อหาของหนังสือสัญญาดังกล่าวจะเป็นเรื่องทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม การศึกษา ความร่วมมือ ฯลฯ กล่าวคือ การทำหนังสือสัญญาไม่ว่าจะมีเนื้อหาอย่างไร ภาควิแห่งหนังสือสัญญาย่อมมุ่งหวังให้หนังสือสัญญาเช่นว่านั้นมีผลบังคับได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ การบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามหนังสือสัญญาอาจใช้วิธี

ทางการเมือง หรือทางเศรษฐกิจก็ได้ เช่น การกีดกันทางการเมือง ทางทางทูตหรือการค้า ว่าเป็นการกีดกันทางเศรษฐกิจเพื่อทำให้ภาคที่ไม่ปฏิบัติตามหนังสือสัญญายอมปฏิบัติตามหนังสือสัญญา เป็นต้น

5.5 ข้อสังเกตเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาของสหภาพยุโรป

ในกรณีของสหภาพยุโรป (European Union)⁵ ซึ่งขณะนี้สมาชิก 27⁶ ประเทศ ได้มี การระบุถึงการทำสนธิสัญญาระหว่างสหภาพยุโรปกับรัฐอื่นหรือกับองค์การระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับนโยบายต่างประเทศและความมั่นคงร่วม (common foreign and security policy) ไว้ในข้อ 24 วรรค 1 ของสนธิสัญญาว่าด้วยสหภาพยุโรป (Treaty of European Union)⁷ ว่า เมื่อมีความจำเป็นที่ต้องทำความตกลงกับรัฐหนึ่งหรือมากกว่านั้นหรือองค์การระหว่างประเทศหนึ่งองค์การหรือมากกว่านั้น เพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามนโยบายต่างประเทศและความมั่นคงของสหภาพยุโรป คณะมนตรี (Council) อาจมอบอำนาจให้ประธาน (Presidency) ด้วยความช่วยเหลือของคณะกรรมการธิการ (Commission) ตามที่เหมาะสมเพื่อเปิดการเจรจาให้บรรลุความตกลงเช่นว่านั้น ซึ่งความตกลงเช่นว่านั้นให้ทำโดยคณะมนตรีเมื่อมีคำแนะนำจากประธาน⁸

⁵ CONSOLIDATED VERSION OF THE TREATY ON EUROPEAN UNION, Retrieved August, 2009, from http://eurlex.europa.eu/en/treaties/dat/12002M/pdf/12002M_EN.pdf .

⁶ ได้แก่ Austria, Belgium, Bulgaria, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, United Kingdom, Retrieved August, 2009, from http://europa.eu/abc/european_countries/index_en.htm.

⁷ See *supra* note 3.

⁸ Article 24

1. When it is necessary to conclude an agreement with one or more States or international organizations in implementation of this title, the Council may authorise the Presidency, assisted by the Commission as appropriate, to open negotiations to that effect. Such agreements shall be concluded by the Council on a recommendation from the Presidency.

See Andrew T. Guzman, "The Design of International Agreement," 16 *European Journal of International Law*, 507(2005).



จากบทบัญญัติข้อ 24 ของสนธิสัญญาดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าอำนาจในการทำความตกลง (agreement) หรือสนธิสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศเป็นอำนาจของคณะมนตรี (Council) ซึ่งอาจมอบอำนาจให้ประธาน (Presidency) ด้วยความช่วยเหลือของคณะกรรมการ (Commission) เปิดการเจรจากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศเมื่อมีคำแนะนำจากประธาน

ในการทำความตกลงดังกล่าวข้างต้น ข้อ 24 วรรค 2 ของสนธิสัญญาดังกล่าวระบุให้ คณะมนตรีต้องกระทำโดยเอกฉันท์ (unanimously) เมื่อความตกลงเช่นนั้นเป็นประเด็นที่ต้องกระทำโดยเสียงเอกฉันท์สำหรับการรับ (adoption) การตัดสินใจภายในสหภาพยุโรป⁹

อย่างไรก็ดี ความตกลงดังกล่าวข้างต้นจะไม่ผูกพันรัฐสมาชิกที่ผู้แทนของรัฐสมาชิกล้วนในคณะมนตรีซึ่งแถลงว่า รัฐสมาชิกล้วนต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดตามกระบวนการทางรัฐธรรมนูญของตน กระนั้นก็ตาม รัฐสมาชิกอื่นๆ ของคณะมนตรีอาจตกลงกันว่าความตกลง เช่นว่านั้นให้ใช้บังคับเป็นการชั่วคราว¹⁰ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ความตกลงที่คณะมนตรีทำขึ้นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศนั้นย่อมไม่ผูกพันรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป หากผู้แทนของรัฐสมาชิกล้วนแถลงต่อคณะมนตรีว่ารัฐสมาชิกล้วนต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญของตนก่อน เช่น ต้องขอความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสมาชิกล้วนเช่นนั้นก่อน เป็นต้น ในกรณีเช่นว่านี้ กระบวนการทำสนธิสัญญาของรัฐสมาชิกแต่ละรัฐของสหภาพยุโรปก็ยังคงเป็นไปตามรัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐเช่นเดิม เพียงแต่ความตกลงเพื่อดำเนินการเกี่ยวกับนโยบายต่างประเทศและความมั่นคงร่วมกันนั้นเป็นการดำเนินการโดยคณะมนตรีของสหภาพยุโรปที่มีผลผูกพันรัฐสมาชิก เว้นแต่ผู้แทนของรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปจะได้แถลงต่อคณะมนตรีว่า ความตกลงระหว่างสหภาพยุโรปกับนานาประเทศหรือกับองค์การ

⁹ Article 24

2. The Council shall act unanimously when the agreement covers an issue for which unanimity is required for the adoption of internal decisions.

¹⁰ Article 24

5. No agreement shall be binding on a Member State whose representative in the Council states that it has to comply with the requirements of its own constitutional procedure; the other members of the Council may agree that the agreement shall nevertheless apply provisionally.

ระหว่างประเทศเช่นว่านั้น จะยังไม่มีผลผูกพันรัฐสมาชิกดังกล่าวจนกว่าจะได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญของรัฐสมาชิก เช่นว่านั้นแล้ว ซึ่งบทบัญญัติในข้อ 24 ของสนธิสัญญาดังกล่าวก็มีได้บัญญัติว่ารัฐสมาชิกเช่นว่านั้นจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนของรัฐธรรมนูญของตนให้แล้วเสร็จเมื่อใด และหากรัฐสมาชิกเช่นว่านั้นไม่ต้องการผูกพันตามความตกลงที่สหภาพยุโรปทำไว้กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศผลจะเป็นอย่างไร และจากการพิจารณาบทบัญญัติในข้อ 24 ของอนุสัญญาดังกล่าวดูเหมือนว่าจะเป็นสิทธิของรัฐสมาชิกที่จะผูกพันหรือไม่ผูกพันตามความตกลงที่สหภาพยุโรปทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ แต่ด้วยเจตนารมณ์ของการเป็นสหภาพยุโรปส่งผลให้รัฐสมาชิกเช่นว่านั้นคงจะต้องพยายามดำเนินการให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของสหภาพยุโรปเพื่อเข้าผูกพันตามความตกลงดังกล่าว

5.6 การทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550¹¹

เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) ได้ทำรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองจากรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งซึ่งมี พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรีและได้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2549¹² แทนเป็นการชั่วคราวจนกว่าจะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับต่อไป มาตรา 19 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2549 บัญญัติให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ โดยมาตรา 25 ของ

¹¹ ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, การทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการประจำปี ครั้งที่ 3 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550 ; ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, **สนธิสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย**, เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการประจำปี ครั้งที่ 3 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550 ; นิพนธ์ จิตะสมบัติ, **อ้างแล้ว** เจียงอรรถ ที่ 4, น. 102 -109 ; นพนิธิ สุริยะ, “สนธิสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ : ความหมายและทางปฏิบัติของประเทศไทย,” **วารสารนิติศาสตร์** 28, 2 (มิถุนายน 2541), น. 343- 365 .

¹² ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนที่ 102 ก หน้า 1 – 14 ลงวันที่ 1 ตุลาคม 2549 สำหรับหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ โปรดดู บุญศรี มีวงศ์โสมะ, **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2549)



รัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันบัญญัติให้สภาร่างรัฐธรรมนูญแต่งตั้งคณะกรรมการการยกย่องรัฐธรรมนูญขึ้นและเมื่อคณะกรรมการการยกย่องรัฐธรรมนูญจัดทำรัฐธรรมนูญเสร็จแล้ว มาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันบัญญัติให้มีการจัดทำคำชี้แจงว่าร่างรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นใหม่นั้นแตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในเรื่องใดบ้างพร้อมด้วยเหตุผลในการแก้ไขส่งไปยังสภาร่างรัฐธรรมนูญ องค์กรและบุคคลต่าง ๆ ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 26 เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้ว มาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันบัญญัติให้มีการเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวให้ประชาชนทราบและจัดให้มีการออกเสียงประชามติว่าจะให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ สภาร่างรัฐธรรมนูญได้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เสร็จเรียบร้อยแล้วตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน โดยใช้ชื่อว่า “ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับลงประชามติ)” เพื่อให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติต่อไปตามมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน

เมื่อวันที่ 19 สิงหาคม 2550 ได้มีการออกเสียงลงประชามติร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับลงประชามติ) โดยผลการออกเสียงลงประชามติปรากฏว่าประชาชนส่วนใหญ่เห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับลงประชามติ) มาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2549 บัญญัติให้ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาตินำร่างรัฐธรรมนูญฉบับลงประชามติดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายและเมื่อทูลลง พระปรมาภิไธยแล้ว ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาและใช้บังคับต่อไป โดยในวันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ. 2550 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับลงประชามติ) ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาและใช้บังคับเป็น “รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550” เรียบร้อยแล้ว โดยบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพสัญญาสงบศึกและสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศจะปรากฏอยู่ในมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550¹³ ดังนี้

มาตรา 190 “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

¹³ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนที่ 102 ก หน้า 1 – 14 ลงวันที่ 1 ตุลาคม 2549

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญา หรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน หกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว

ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศตามวรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้น ในการนี้ ให้คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบด้วย

เมื่อลงนามในหนังสือสัญญาตามวรรคสองแล้ว ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันคณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น และในกรณีที่การปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชน หรือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็วเหมาะสม และเป็นธรรม

ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า หรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าว โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป

ในกรณีที่ปัญหาตามวรรคสอง ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาด โดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 154 (1) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม"

ถึงแม้บทบัญญัติในมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากจากบทบัญญัติในมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ก็ตาม แต่ก็ยังคงเนื้อหาบางส่วนที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ไว้



โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติในวรรคหนึ่งของมาตรา 224 ซึ่งก็ยังคงปรากฏอยู่ในวรรคหนึ่งของมาตรา 190 โดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงใดๆ เนื่องจากเป็นบทบัญญัติหลักว่าด้วยพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการทำหนังสือสัญญา นอกจากนี้ มาตรา 190 วรรคสอง ยังคงถ้อยคำที่สำคัญบางคำที่ปรากฏอยู่ในวรรคสองของมาตรา 224 ไว้ ได้แก่ คำว่า “หนังสือสัญญาใดที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย” และ “หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา” ส่วนคำว่า “หรือเขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 นั้น มาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้แก้ไขเป็น “หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ”

ดังนั้น ในข้อ 5.5 นี้จะกล่าวถึงการทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ว่าเป็นอย่างไรมีความเหมือนและแตกต่างจากหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อย่างไร และมีปัญหาทางกฎหมายอย่างใดบ้าง ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงมูลเหตุที่ต้องมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และเปลี่ยนแปลงแก้ไขและเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาเป็นบทบัญญัติในมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยพิจารณาประกอบกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551 ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

5.6.1 ข้อสังเกตทั่วไปเกี่ยวกับมาตรา 190

เนื่องจากมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีบทบัญญัติมากมายที่เพิ่มเติมจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ของประเทศไทย จึงอาจตั้งข้อสังเกตทั่วไปของมาตรา 190 ได้ดังนี้

ก.ที่มา

มาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นผลมาจากความต้องการควบคุมตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารซึ่งถูกมองว่า

ยังขาดประสิทธิภาพมากตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการทำความเข้าใจการดำรงชีวิตในระดับทวิภาคีระหว่างประเทศไทยกับบางประเทศซึ่งยังขาดการควบคุมตรวจสอบจากรัฐสภา และมิได้มีการประเมินผลกระทบด้านต่างๆของการดำเนินการตามความตกลงเขตการค้าเสรีเช่นว่านั้น ดังนั้น เมื่อมีการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงทำให้มาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีบทบัญญัติเพิ่มขึ้นมากเมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติทำนองเดียวกันในมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เช่น เพิ่มเติมประเภทของหนังสือสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาในมาตรา 190 วรรคสอง เพิ่มเติมขั้นตอนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับกรอบการเจรจาในการทำหนังสือสัญญาเพื่อขอความเห็นชอบของรัฐสภาในวรรคสาม เพิ่มขึ้นขั้นตอนการให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาก่อนที่จะแสดงเจตนาผูกพันตามหนังสือสัญญาในวรรคสี่ และให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดในกรณีที่มีปัญหาตามมาตรา 190 วรรคสอง กล่าวคือ หนังสือสัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่

ข. การควบคุมตรวจสอบฝ่ายบริหาร

ดังกล่าวมาแล้วข้างต้นว่า มาตรา 190 ให้ความสำคัญต่อการควบคุมตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารมากขึ้นเมื่อเทียบกับบทบัญญัติในทำนองเดียวกันในมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่บัญญัติให้รัฐสภาเท่านั้นเป็นฝ่ายที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบหนังสือสัญญาสำคัญๆที่ฝ่ายบริหารจะทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ ในขณะที่มาตรา 190 เพิ่มเติมนิยามการควบคุมตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารมากขึ้นไม่แต่เฉพาะรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสองเท่านั้น แต่ภาคประชาชนก็มีบทบาทในการตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารตามมาตรา 190 วรรคสามด้วยเช่นกัน ซึ่งนับว่าเป็นครั้งแรกที่รัฐธรรมนูญของประเทศไทยเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารโดยตรงซึ่งแม้จะเป็นแนวความคิดที่ดีและร่วมสมัย แต่อาจถูกมองว่าเป็นการควบคุมตรวจสอบที่ซ้ำซ้อนเกินไป เนื่องจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอันเป็นส่วนหนึ่งของรัฐสภาก็มาจากการเลือกตั้งของประชาชนอยู่แล้วซึ่งก็คือผู้แทนของประชาชนนั่นเองที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาของ



ฝ่ายบริหาร นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเองก็มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะในประเด็นที่ว่าหนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารจะทำกับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศนั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่

ค. การมีส่วนร่วมของประชาชน¹⁴

ดังกล่าวข้างต้นแล้วเช่นกันว่ามาตรา 190 เปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหาร โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 190 วรรคสามให้คณะรัฐมนตรีให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ แต่ยังขาดความชัดเจนอยู่มากในรายละเอียด เช่น ช่วงเวลาในการให้ข้อมูลและการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนว่าจะเป็นอย่างใด ความกว้างขวางของการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน การนำผลของความคิดเห็นของประชาชนไปใช้ในการกำหนดกรอบการเจรจาการทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

ง. กฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา

เป็นครั้งแรกอีกเช่นกันที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาขึ้น แต่ขณะที่ทำการศึกษาวิจัยนี้ (มิถุนายน 2552) ยังไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายดังกล่าวแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม เป็นที่สังเกตว่ากฎหมายดังกล่าวนี้มีใช้กฎหมายว่าด้วยขั้นตอนและวิธีการทำหนังสือสัญญาทั่วไป แต่เจาะจงว่าเป็นขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางหรือมีผลผูกพันทางด้านการค้าหรือมีผลผูกพันทางการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ ตลอดจนการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าว โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป

¹⁴ See Frank Munger, "Constitutional Reform, Legal Consciousness, and Citizen Participation in Thailand." 40 Cornell International Law Journal 455 (2007).

5.6.2 พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการทำหนังสือสัญญา

มาตรา 190 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ”

มาตรา 190 ข้างต้นอยู่ในหมวด 9 ว่าด้วยคณะรัฐมนตรี ดังนั้น ถึงแม้วรรคหนึ่งของมาตรา 190 จะใช้คำว่า “พระมหากษัตริย์” ก็ตาม แต่เนื่องจากมาตรา 3 วรรคหนึ่ง แห่งหมวด 1 ว่าด้วยบททั่วไป บัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” ดังนั้น พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 นี้จึงเป็นพระราชอำนาจที่ “พระมหากษัตริย์” ทรงใช้ทาง “คณะรัฐมนตรี” ตามนัยแห่งมาตรา 3 วรรคหนึ่ง ประกอบกับมาตรา 190 จึงสรุปได้ว่า อำนาจในการทำ “หนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่นกับนานาประเทศ หรือกับองค์การระหว่างประเทศตามมาตรา 190 นั้น เป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีหรือฝ่ายบริหาร นอกจากนี้การใช้อำนาจของ “คณะรัฐมนตรี” หรือฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 นี้ ต้องเป็นไปตาม “หลักนิติธรรม”¹⁵ ด้วย ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ไม่เคยปรากฏอยู่ในมาตรา 3¹⁶ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540¹⁷ ซึ่งเป็นบทบัญญัติในเรื่องเดียวกันกับบทบัญญัติในมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

¹⁵ สำหรับความหมายของ “หลักนิติธรรม” ดู บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, **อ้างแล้ว** เจริญธรรมที่ 1, น. 327.

¹⁶ มาตรา 3 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

“การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและ หน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

¹⁷ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 114 ตอนที่ 55 ก หน้า 1 – 99 ลงวันที่ 11 ตุลาคม 2540



5.6.3 ความหมายของ “หนังสือสัญญา”

คำว่า “หนังสือสัญญา” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นี้ หมายถึง “สนธิสัญญา” (treaties) ตามนัยแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ ไม่จำกัดเฉพาะ “สนธิสัญญา” ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969)¹⁸ ซึ่งทำขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐและตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น¹⁹ แต่ยังหมายความรวมถึงสนธิสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศตามนัยแห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 (Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, 1986)²⁰ ด้วย เพราะตามมาตรา 190 วรรคหนึ่งนั้น กล่าวถึง “หนังสือสัญญา” ที่ทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศด้วย ทั้งนี้ ไม่จำกัดว่า “หนังสือสัญญา” เช่นว่านั้นจะเรียกชื่ออย่างไรในทางระหว่างประเทศก็ตาม เช่น สนธิสัญญา (treaty) อนุสัญญา (convention) พิธีสาร (protocol) กติกา (pact) กฎบัตร (charter) ปฏิญญา (declaration) ธรรมนูญ (statute) กรรณสาร (act) หรือชื่ออื่นใด²¹

¹⁸ 155 U.N.T.S. 331

¹⁹ 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;

²⁰ Article 2 Use of Terms

(a) “treaty” means an international agreement governed by international law and concluded in written form:

i) between one or more states and one or more international organizations; or
ii) between international organizations, whether that agreement is embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation;

²¹ ดูรายละเอียดใน จมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 103 – 105.

อย่างไรก็ดี “หนังสือสัญญา” ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 นั้น จำกัดเฉพาะ “หนังสือสัญญา” ที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรตามนัยแห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาทั้งสอง ดังกล่าวข้างต้นเท่านั้น โดยไม่รวมถึงสนธิสัญญาที่ทำด้วยวาจาด้วย ทั้งนี้เป็นไปตาม ถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 นั้นเองว่า “หนังสือสัญญา” ในกรณีเช่นว่านี้ คำว่า “หนังสือสัญญา” ตามมาตรา 190 จึงมีความหมายแคบกว่าคำว่า “สนธิสัญญา” ตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไปซึ่งรวมถึงสนธิสัญญาที่มีได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร ด้วย²²

อนึ่ง “หนังสือสัญญา” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 นี้ไม่จำกัดว่าจะเป็น สนธิสัญญาทวิภาคี (bilateral treaties) หรือสนธิสัญญาพหุภาคี (multilateral treaties) และไม่จำกัดว่าสนธิสัญญาเช่นว่านั้นจะเป็นสนธิสัญญาซึ่งวางกฎเกณฑ์หรือประมวล หลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไป (law-making treaties) หรือ สนธิสัญญาที่ก่อให้เกิดพันธกรณีในทางสัญญา (contractual treaties) ระหว่างรัฐภาคี แห่งสนธิสัญญานั้น แต่อย่างน้อยจะต้องมีภาคีตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปจึงจะถือว่าเป็น “หนังสือสัญญา” ตามนัยแห่งมาตรา 190 ได้ ดังนั้น การกระทำเพียงฝ่ายเดียวของรัฐ เช่น การรับรองรัฐหรือการรับรองรัฐบาลของรัฐอื่น การตัดความสัมพันธ์ทางการทูต การ ประกาศเขตต่อเนื่องหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทยตลอดทั้งการประกาศ สงครามตามมาตรา 189 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึง ไม่อยู่ในบังคับแห่งมาตรา 190 ดังกล่าว ถึงแม้การประกาศสงครามตามมาตรา 189 เช่นว่า นั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาก็ตาม²³

²² เพิ่งอ้าง, น. 105 – 106.

²³ มาตรา 189 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการประกาศสงครามเมื่อได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา มติให้ความเห็นชอบของรัฐสภาต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมด เท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา

ในระหว่างที่อายุสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลงหรือสภาผู้แทนราษฎรถูกยุบให้วุฒิสภำทำหน้าที่รัฐสภาในการให้ความเห็นชอบตามวรรคหนึ่ง และการลงมติต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวน สมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่”



อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ต้องมีการอนุวัติการการกระทำฝ่ายเดียวดังกล่าวข้างต้น ของประเทศไทยโดยการทำหนังสือสัญญา เช่น การทำหนังสือสัญญากับประเทศ เพื่อนบ้านเพื่อกำหนดขอบเขตของการใช้สิทธิอธิปไตย (sovereign rights) และเขตอำนาจ (jurisdiction) หรือสิทธิ (rights) อื่นๆ ของประเทศไทยในเขตเศรษฐกิจจำเพาะดังกล่าว ซึ่งได้ประกาศไว้ก็ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 190 หรือกรณีที่จะต้อง มีการทำหนังสือสัญญาเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามการประกาศสงคราม เช่น หนังสือ สัญญาเกี่ยวกับการยึดทรัพย์สินของชาติศัตรูหรือการกักกัน (quarantine) คนชาติศัตรูก็ จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของบทบัญญัติในมาตรา 190 เช่นกัน

ประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปก็คือคำว่า “หนังสือสัญญา” หรือ “สัญญาอื่น” ตามมาตรา 190 วรรคหนึ่งนั้นจะหมายความรวมถึงหนังสือสัญญาหรือสัญญาอื่นซึ่งมิได้ ตกอยู่ในบังคับแห่งกฎหมายระหว่างประเทศด้วยหรือไม่ เช่น หนังสือสัญญาหรือสัญญา กู้เงินซึ่งทำขึ้นระหว่างประเทศไทยโดยหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่ง เช่น กระทรวงการคลัง กับหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ ซึ่งมีข้อสัญญาห้ามกระทรวงการคลังของประเทศไทยยับยัก เอาความคุ้มกันของรัฐ (state immunity) ขึ้นเป็นข้อต่อสู้เมื่อต้องขึ้นศาลของรัฐผู้ให้กู้และ สัญญากู้เงินนี้จะอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายภายในของรัฐผู้ให้กู้โดยไม่ตกอยู่ในบังคับ แห่งกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีเช่นว่านี้ หากพิจารณาความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่า “หนังสือสัญญา” ตาม มาตรา 190 ไม่รวมถึงหนังสือสัญญาหรือสัญญากู้เงินดังกล่าวด้วย เนื่องจากมิได้อยู่ใน บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ หากแต่อยู่ในบังคับของกฎหมายภายในของรัฐผู้ให้ กู้ ถึงแม้ว่าหนังสือสัญญาหรือสัญญาดังกล่าวจะกระทบต่อการใช้เขตอำนาจของประเทศ ไทยตามกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม ดังนั้น ถึงแม้กระทรวงการคลังของประเทศไทย จะตกลงยินยอมที่จะไม่ยับยักความคุ้มกันของรัฐขึ้นเป็นข้อต่อสู้เมื่อถูกฟ้องร้องยัง ศาลภายในของรัฐผู้ให้กู้ก็ตาม เมื่อหนังสือสัญญาหรือสัญญากู้ดังกล่าวมิใช่ “หนังสือ สัญญา” ตามนัยแห่งมาตรา 190 เสียแล้ว ก็ไม่มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาเงื่อนไขการ ขอความเห็นชอบของรัฐสภาในการที่กระทรวงการคลังของประเทศไทยทำหนังสือสัญญา หรือสัญญากู้เงินดังกล่าว ตามนัยแห่งมาตรา 190 วรรคสอง

ความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” หรือ “สัญญาอื่น” ตามมาตรา 190 วรรค หนึ่งน่าจะยุติลงได้เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยที่ 11/2542 เกี่ยวกับประเด็น ที่ว่าหนังสือแจ้งความจำนขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาลไทยมี

ไปถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศเป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 224 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หรือไม่ โดย ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยในประเด็นของ “หนังสือสัญญา” และ “สัญญาอื่น” ว่า

“คำว่า “หนังสือสัญญา” แม้จะมีได้บัญญัติความหมายไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ก็อาจกล่าวได้ว่า หนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 มีความหมายครอบคลุมไปถึงความตกลงทุกประเภทที่ประเทศไทยทำขึ้นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ หนังสือสัญญาดังกล่าวต้องมีลักษณะเป็นสัญญาที่ทำขึ้นเป็นหนังสือและเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 224 กล่าวถึง “หนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่น” ดังนั้น คำว่า “สัญญาอื่น” ย่อมหมายถึงหนังสือสัญญาที่ทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ ซึ่งต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกับหนังสือสัญญาสันติภาพ และหนังสือสัญญาสงบศึก จะเป็นหนังสือสัญญาภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งมิได้”

นอกจากนี้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543 เกี่ยวกับเรื่องที่ว่า อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคสอง หรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ตอนหนึ่งว่า

“พิจารณาแล้วเห็นว่ารัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้การทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ซึ่งทรงกระทำทางคณะรัฐมนตรีโดยมีเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในวรรคสอง ว่าหนังสือสัญญา 3 ประเภท คือ หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐและหนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญานั้น ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา คำว่า “หนังสือสัญญา” แม้จะมีได้บัญญัติความหมายไว้ในรัฐธรรมนูญแต่ก็อาจกล่าวได้ว่า หนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 มีความหมายครอบคลุมถึงความตกลงทุกประเภทที่ประเทศไทยทำขึ้นกับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศโดยมีความมุ่งหมาย เพื่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ หนังสือสัญญาดังกล่าว ต้องมีลักษณะที่ทำขึ้นเป็นหนังสือและเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้



บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 224 กล่าวถึง “หนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่น” ดังนั้น คำว่า “สัญญาอื่น” ย่อมหมายถึงหนังสือสัญญาที่ทำกับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศซึ่งต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกับหนังสือสัญญาสันติภาพและหนังสือสัญญาสงบศึก จะเป็นหนังสือสัญญาภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งมิได้ ดังนั้น อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพจึงเป็นหนังสือสัญญาตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 224”

แม้ว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญข้างต้นจะเป็นคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความหมายของ “หนังสือสัญญา” หรือ “สัญญาอื่น” ตามมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ก็ตาม ถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในมาตรา 224 วรรคหนึ่ง เกี่ยวกับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศนั้นเป็นถ้อยคำเดียวกันกับบทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังนั้น ความหมายของ “หนังสือสัญญา” และ “สัญญาอื่น” ตามมาตรา 190 วรรคแรก จึงมีความหมายตามที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยที่ 11/2542 และคำวินิจฉัยที่ 33/2543 นั้นเอง

ดังนั้น จึงอาจสรุปในประเด็นของความหมายของ “หนังสือสัญญา” หรือ “สัญญาอื่น” ตามมาตรา 190 วรรคหนึ่ง ได้ว่าอย่างน้อยหมายถึงหนังสือสัญญาหรือสัญญาซึ่งทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างประเทศไทยกับประเทศอื่นๆ หรือกับองค์การระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเรียกชื่อหนังสือสัญญาหรือสัญญาเช่นนั้นอย่างไรก็ตามและเป็นหนังสือสัญญาหรือสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ มิใช่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่ง

5.6.4 หนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

มาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า

“หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาหรือ

มีผลกระทบต่อนความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางหรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวัน นับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว”

บทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคสอง ข้างต้น ได้ระบุประเภทของหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศซึ่งจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ไว้ห้าประเภทด้วยกันกล่าวคือ (1) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย (2) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ (3) หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา (4) หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อนความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางและ (5) หนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ

ในบรรดาหนังสือสัญญาทั้งห้าประเภทนี้ หนังสือสัญญาตาม (2) เป็นหนังสือสัญญาที่มีการแก้ไขถ้อยคำจากถ้อยคำที่เคยบัญญัติไว้ในมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เพื่อให้ชัดเจนขึ้นและหนังสือสัญญาตาม (4) และ (5) เป็นประเภทหนังสือสัญญาที่บัญญัติขึ้นใหม่ในมาตรา 190 วรรคสองนี้ โดยไม่เคยบัญญัติมาก่อนในมาตรา 224 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หนังสือสัญญาตาม (1) และ (3) เป็นหนังสือสัญญาประเภทเดียวกันกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 224 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ส่วน “หนังสือสัญญา” ที่ไม่ต้องด้วยกรณีใดกรณีหนึ่งในห้าประเภทข้างต้นนั้น มาตรา 190 วรรคสอง มิได้กำหนดว่าต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแต่ประการใด เช่น หนังสือสัญญาที่มีกฎหมายภายในรองรับอยู่แล้วและไม่ต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมใดๆ อีก จึงไม่จำเป็นต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสนธิสัญญาอีก ดังนั้น เพื่อความเข้าใจถึงประเภทต่างๆ ของหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา จึงเห็นควรอธิบายถึงหนังสือสัญญาประเภทต่างๆ ที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาเป็นรายประเภทดังนี้



ก. หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย

คำว่า “อาณาเขตไทย” ในที่นี้น่าจะเทียบได้กับคำภาษาอังกฤษว่า “Thai territory” ซึ่งหมายถึง อาณาเขตแห่งราชอาณาจักรไทย กล่าวคือ บริเวณที่ประเทศไทยสามารถใช้อำนาจอธิปไตย (sovereignty) ได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศอันได้แก่ บริเวณอาณาเขตพื้นดิน (land territory) น่านน้ำภายใน (internal waters) ทะเลอาณาเขต (territorial sea) ห้วงอากาศ (air space) เหนือทะเลอาณาเขต พื้นดินท้องทะเล (sea – bed) และดินใต้ผิวดิน (subsoil) ของทะเลอาณาเขตซึ่งมีความกว้าง 12 ไมล์ทะเล โดยวัดจากเส้นฐานที่เชื่อกว้างความกว้างของทะเลอาณาเขตตามที่กำหนดไว้ในประกาศกำหนดความกว้างของทะเลอาณาเขตของประเทศไทย²⁴ ซึ่งสอดคล้องกับข้อ 2 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982²⁵ ซึ่งบัญญัติว่า

“1. อำนาจอธิปไตยของรัฐชายฝั่งขยายต่อออกไปจากอาณาเขตพื้นดิน (land territory) และน่านน้ำภายใน (internal waters) ของรัฐจนถึงแนวทะเลประชิดชายฝั่งของตนซึ่งเรียกว่าทะเลอาณาเขต (territorial sea)

2. อำนาจอธิปไตยนี้ขยายไปถึงห้วงอากาศ (air space) เหนือทะเลอาณาเขต ตลอดจนพื้นดินท้องทะเล (sea – bed) และดินใต้ผิวดิน (subsoil) ของทะเลอาณาเขต”²⁶

ข้อ 3 ของอนุสัญญาเดียวกันบัญญัติว่า “รัฐทุกรัฐมีสิทธิที่จะกำหนดความกว้างของทะเลอาณาเขตของตนได้จนถึงขอบเขตหนึ่งซึ่งไม่เกิน 12 ไมล์ทะเลโดยวัดจากเส้นฐานที่กำหนดขึ้นตามอนุสัญญานี้”²⁷

²⁴ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 83 ตอนที่ 92 ฉบับพิเศษ หน้า 703 ลงวันที่ 18 ตุลาคม 2509

²⁵ 21 I.L.M. 126

²⁶ Article 2 Legal status of the territorial sea, of the air space over the territorial sea and of its bed and subsoil

1. The sovereignty of a coastal State extends, beyond its land territory and internal waters and in the case of an archipelagic State, its archipelagic waters, to an adjacent belt of sea, described as the territorial sea.

2. This sovereignty extends to the air space over the territorial sea as well as to its bed and subsoil.

²⁷ Article 3 Breadth of the territorial sea

Every State has the right to establish the breadth of its territorial sea up to a limit not exceeding 12 nautical miles, measured from baselines determined in accordance with this Convention.

ดังนั้น หากหนังสือสัญญาใดของประเทศไทยมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยไม่ว่าจะเป็นอาณาเขตที่เป็นพื้นดินหรือทะเลอาณาเขตก็ตามก็ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เช่น ในกรณีของสนธิสัญญาที่กำหนดเขตแดนหรือเขตทะเลอาณาเขตที่ประเทศไทยทำกับประเทศเพื่อนบ้าน เป็นต้น

เป็นที่น่าสังเกตว่า คำว่า “อาณาเขตไทย” ตามมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นี้ไม่น่าจะมีความหมายรวมถึงเขตต่อเนื่อง (contiguous zone)²⁸ เขตเศรษฐกิจจำเพาะ (exclusive economic zone)²⁹ หรือเขตไหล่ทวีป (continental shelf)³⁰ ของประเทศไทยด้วย ถึงแม้ว่าเขตเศรษฐกิจจำเพาะและเขตไหล่ทวีปดังกล่าวจะเป็นเขตที่ประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย (sovereign rights) เขตอำนาจ (jurisdiction) และสิทธิ (rights) บางประการ³¹ ก็ตาม แต่ก็ยังเป็นเขตที่ประเทศไทยไม่มีอำนาจอธิปไตย (sovereignty) เหมือนกับ “อาณาเขตไทย” ดังกล่าวข้างต้น

อย่างไรก็ดี เขตต่อเนื่อง เขตเศรษฐกิจจำเพาะซึ่งรวมถึงบริเวณที่เป็นห้วงน้ำ (water column) พื้นดินท้องทะเล (sea – bed) และดินใต้ผิวดิน (subsoil) ของเขตเศรษฐกิจจำเพาะด้วยและเขตไหล่ทวีปซึ่งหมายถึงส่วนที่เป็นพื้นดินท้องทะเล (sea – bed) และดินใต้ผิวดิน (subsoil) ของไหล่ทวีป ก็เป็นเขตทางทะเลที่เข้าข่าย “เขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ” ตามนัยแห่งมาตรา 190 วรรคสอง เช่นกันซึ่งผู้เขียนจะกล่าวต่อไป

²⁸ ประกาศเขตต่อเนื่องของราชอาณาจักรไทย ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 112 ตอนที่ 69 ง ลงวันที่ 29 สิงหาคม 2538.

²⁹ ประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะของราชอาณาจักรไทย ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 98 ตอนที่ 30 ฉบับพิเศษ หน้า 1 ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2524.

³⁰ ประกาศกำหนดเขตไหล่ทวีปของประเทศไทยด้านอ่าวไทย ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 90 ตอนที่ 60 ฉบับพิเศษ หน้า 1 ลงวันที่ 1 มิถุนายน 2516.

³¹ ประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะของราชอาณาจักรไทย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 25 และประกาศกำหนดเขตไหล่ทวีปของประเทศไทยด้านอ่าวไทย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26.



อนึ่ง หากพิจารณาด้อยคำที่ใช้ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ โดยเฉพาะตั้งแต่ฉบับ พุทธศักราช 2517 เป็นต้นมา จะเห็นว่ามีการใช้ด้อยคำว่า “หรือเขตอธิปไตยแห่งชาติ” ถัดจากคำว่า “อาณาเขตไทย” ซึ่งน่าจะชี้ให้เห็นว่าคำว่า “เขตอธิปไตยแห่งชาติ” เช่นว่า นั้นหมายถึง เขตเศรษฐกิจจำเพาะและไหล่ทวีปซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย (sovereign rights) นั้นเอง และมาตรา 224 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ใช้คำว่า “หรือเขตอำนาจแห่งรัฐ” แทนคำว่า “หรือเขตอธิปไตยแห่งชาติ” ต่อท้ายคำว่า “อาณาเขตไทย” ซึ่งทำให้มีความหมายกว้างกว่าคำว่า “เขตอธิปไตยแห่งชาติ” เพราะคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ย่อมมีความหมายรวมถึง “เขตอธิปไตยแห่งชาติ” ด้วย กล่าวคือ รวมถึงเขตเศรษฐกิจจำเพาะและไหล่ทวีปของประเทศไทย ซึ่งแตกต่างหากจากคำว่า “อาณาเขตไทย” นั้นเอง

ข. หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทย มีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมาย ระหว่างประเทศ

คำว่า “เขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจ ตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 วรรค สองนี้ นับว่าเป็นด้อยคำใหม่ที่ปรับเปลี่ยนมาจากคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ที่บัญญัติไว้ ในมาตรา 224 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับความหมายของด้อยคำดังกล่าว ซึ่งนับได้ว่าด้อยคำใหม่ที่บัญญัติ ไว้ในมาตรา 190 วรรคสองนี้ บรรลุดัตถุประสงค์ตามที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญต้องการกล่าวคือ ให้มีความหมายแคบกว่าคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 224 วรรค สอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

อนึ่ง พึงสังเกตว่า ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับก่อนๆ โดยเฉพาะ ตั้งแต่ฉบับ พุทธศักราช 2517 เป็นต้นมา เช่น มาตรา 162 ของรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 เปลี่ยนมาใช้คำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามมาตรา 224 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และปัจจุบัน เปลี่ยนมาเป็นคำว่า “เขตพื้นที่นอกอาณาเขตที่ประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือเขตอำนาจ ตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ” ตามมาตรา 190 วรรคสอง ของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

เหตุที่มีการใช้คำว่า “เขตอธิปไตยแห่งชาติ” ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับก่อนๆ ก็เนื่องมาจากการที่ประเทศไทยได้ประกาศกำหนดเขตไหล่ทวีปใน พ.ศ. 2516 และต่อมาก็ได้ประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะใน พ.ศ. 2524 ซึ่งทำให้ประเทศไทยสามารถใช้ “สิทธิอธิปไตย” (sovereign rights) เหนือทรัพยากรธรรมชาติทั้งที่มีชีวิต (living resources) และไม่มีชีวิต (nonliving resources) ในเขตดังกล่าวได้ อีกทั้งยังสามารถใช้ “เขตอำนาจ” (jurisdiction) เหนือกิจกรรมบางประเภทในเขตดังกล่าว เช่น (1) การสร้างและการใช้เกาะเทียม สิ่งติดตั้งและโครงสร้างต่างๆ (2) การวิจัยวิทยาศาสตร์ทางทะเล (3) การคุ้มครองและการรักษาสีงแวดล้อมทางทะเลรวมทั้งการใช้สิทธิ (rights) อื่นๆ ซึ่งรัฐชายฝั่งมีอยู่ตามกฎหมายระหว่างประเทศ³² เช่น การเดินเรือ³³ การใช้สิทธิไล่ตามติดพัน (right of hot pursuit)³⁴ และสิทธิอื่นๆ ตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 88 ถึง ข้อ 115 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 เช่น การปราบปรามการกระทำอันเป็นโจรสลัด (piracy)³⁵ เป็นต้น

เนื่องจากในเขตเศรษฐกิจจำเพาะและไหล่ทวีปของประเทศไทยนั้น ประเทศไทยนอกจากจะใช้ “สิทธิอธิปไตย” (sovereign rights) เหนือทรัพยากรธรรมชาติแล้ว ประเทศไทยยังมี “เขตอำนาจ” (jurisdiction) เหนือกิจกรรมต่างๆ และสิทธิ (rights) อื่นๆ บางประการดังกล่าวข้างต้นอีกด้วย ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงใช้คำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” แทนซึ่งนอกจากจะมีความหมายครอบคลุมถึงสิทธิอธิปไตย (sovereign rights) เขตอำนาจ (jurisdiction) และสิทธิ (rights) อื่นๆ ทั้งหมดที่ประเทศไทยพึงมีในเขตเศรษฐกิจจำเพาะและไหล่ทวีปแล้ว คำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ดังกล่าว ยังถูกตีความให้มีความหมายรวมถึงการใช้ “เขตอำนาจแห่งรัฐ” โดยอาศัยหลักอื่นๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย

การที่คำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามมาตรา 224 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ก่อให้เกิดปัญหาการตีความว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามมาตรา 224 วรรคสองนี้มีความหมายเพียงใดนั้น คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่าย

³² ประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะของราชอาณาจักรไทย, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 25.

³³ Article 58 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982

³⁴ Article 111 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982

³⁵ Article 100 - 107 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982



ที่มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาเห็นว่าคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามมาตรา 224 วรรคสองดังกล่าวควรจะตีความอย่างแคบให้หมายความถึงเฉพาะ “เขตอำนาจแห่งรัฐ” เหนือพื้นที่ทางทะเลเท่านั้น กล่าวคือเป็นเรื่องของหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงพื้นที่ทางทะเลที่ประเทศไทยมีเขตอำนาจเหนือซึ่ง ได้แก่ เขตเศรษฐกิจจำเพาะและไหล่ทวีปเท่านั้น ไม่รวมถึงเขตอำนาจในเรื่องอื่นๆ หรือเขตอำนาจตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งจะทำให้คำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” มีความหมายกว้างขวางจนเป็นอุปสรรคต่อการทำหนังสือสัญญาของคณะรัฐมนตรี เพราะจะทำให้มีหนังสือสัญญาจำนวนมากที่คณะรัฐมนตรีต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาเนื่องจากเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลง “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามมาตรา 224 วรรคสอง ในขณะที่ปรึกษาเองเห็นว่าคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 224 วรรคสองนั้นน่าจะตีความกว้างเนื่องจากคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” นั้นเองซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษว่า “jurisdiction of state” เป็นถ้อยคำที่เป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งในหมู่ของนักกฎหมายระหว่างประเทศว่ามิได้มีความหมายเฉพาะแต่เพียงเขตอำนาจของรัฐเหนือดินแดนและเขตต่างๆ ทางทะเลเท่านั้นแต่ยังหมายถึงเขตอำนาจโดยอาศัยหลักสัญชาติ (nationality principle) หลักป้องกัน (protection principle) หลักสากล (universality principle) หรือแม้กระทั่งหลักสนธิสัญญา (treaty principle) อีกด้วย³⁶ ซึ่งที่ปรึกษาได้เคยตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญว่าต้องการที่จะให้มีความหมายกว้างขวางเพียงใดกันแน่³⁷

จากปัญหาการตีความคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ดังกล่าวข้างต้น เมื่อมีการประกาศใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 วรรคสองจึงเปลี่ยนแปลงถ้อยคำเสียใหม่ให้ชัดเจนขึ้น จากคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ที่เคยบัญญัติไว้ในมาตรา 224 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นคำว่า “เขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ” แทนซึ่งทำให้ปัญหาการตีความดังกล่าวยุติลงเนื่องจากถ้อยคำที่ใช้ในมาตรา 190 วรรคสองนี้ระบุไว้ชัดเจนว่า หนังสือ

³⁶ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17 .

³⁷ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550) น. 150 – 151.

สัญญาที่จะต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาจะต้องเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งแสดงให้เห็นว่าเจตนารมณ์ของมาตรา 190 ต้องการให้มีความหมายแคบเฉพาะพื้นที่ทางทะเลเท่านั้น โดยคำว่า “เขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ” ได้แก่ เขตพื้นที่ดังต่อไปนี้

(i) เขตเศรษฐกิจจำเพาะ (exclusive economic zone)

ตามประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะของราชอาณาจักรไทย³⁸ เขตเศรษฐกิจจำเพาะของราชอาณาจักรไทย ได้แก่ บริเวณที่อยู่ถัดออกไปจากทะเลอาณาเขตของราชอาณาจักรไทย มีความกว้าง 200 ไมล์ทะเล วัดจากเส้นฐานที่ใช้วัดความกว้างของทะเลอาณาเขต

จะเห็นได้ว่าถ้อยคำที่ใช้ในประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะของราชอาณาจักรไทยระบุชัดเจนว่า เขตเศรษฐกิจจำเพาะของราชอาณาจักรไทยเป็นบริเวณที่อยู่ถัดจากทะเลอาณาเขต ซึ่งหมายถึงคำว่า “นอกอาณาเขต” ตามที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 190 วรรคสอง

ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของราชอาณาจักรไทยนี้ ประเทศไทยมี :

ประการแรก สิทธิอธิปไตยในอันที่จะสำรวจและแสวงประโยชน์ อนุรักษ์และจัดการเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติทั้งหลายทั้งที่มีชีวิตและไม่มีชีวิตบนพื้นดินท้องทะเลและใต้พื้นดินท้องทะเลและในห้วงน้ำเหนือขึ้นไป สิทธิอธิปไตยในส่วนที่เกี่ยวกับกิจกรรมอื่นๆ เพื่อการสำรวจและแสวงประโยชน์ทางเศรษฐกิจในเขตดังกล่าว อาทิ การผลิตพลังงานจากน้ำ กระแสน้ำ และกระแสลม³⁹

ประการที่สอง เขตอำนาจเกี่ยวกับ (1) การสร้างและการใช้เกาะเทียม สิ่งติดตั้งและโครงสร้างต่างๆ (2) การสำรวจเกี่ยวกับวิทยาศาสตร์ทางทะเล และ (3) การรักษาสภาวะแวดล้อมทางทะเล⁴⁰

ทั้งสิทธิอธิปไตยและเขตอำนาจของประเทศไทยในเขตเศรษฐกิจจำเพาะดังกล่าวเป็นสิทธิอธิปไตยและเขตอำนาจที่ประเทศไทยถือว่ามีอยู่ตาม “กฎหมายระหว่างประเทศ”

³⁸ ประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะของราชอาณาจักรไทย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 25.

³⁹ เพิ่งอ้าง.

⁴⁰ เพิ่งอ้าง.



มิใช่ตามหนังสือสัญญา ทั้งนี้ เพราะประเทศไทยยังมิได้เข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ซึ่งมีบทบัญญัติโดยเฉพาะว่าด้วยเขตเศรษฐกิจจำเพาะทั้งในประเด็นเรื่องสถานะทางกฎหมายของเขตเศรษฐกิจจำเพาะ ความกว้างของเขตเศรษฐกิจจำเพาะ สิทธิของรัฐชายฝั่งเหนือเขตเศรษฐกิจจำเพาะ สิทธิของรัฐอื่นๆ ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของรัฐชายฝั่งตลอดทั้งการกำหนดเขตเศรษฐกิจจำเพาะระหว่างรัฐที่มีชายฝั่งทะเลปะติดกันหรือตรงข้ามกัน เป็นต้น และถึงแม้ถ้อยคำที่ใช้ในประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะของราชอาณาจักรไทยจะล้ามาจากถ้อยคำที่ใช้ในข้อ 56 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ก็ตามแต่ประเทศไทยก็ถือว่า ทั้งความกว้างของเขตเศรษฐกิจจำเพาะและตลอดทั้งสิทธิอธิปไตยและเขตอำนาจของประเทศไทยในเขตเศรษฐกิจจำเพาะดังกล่าวเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปแล้ว

(ii) ไหลทวีป (continental shelf)

ตามประกาศกำหนดเขตไหล่ทวีปของประเทศไทยด้านอ่าวไทย⁴¹ ประเทศไทยได้กำหนดเขตไหล่ทวีปโดยยึดถือมูลฐานแห่งสิทธิตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับนับถือกันทั่วไปและตามอนุสัญญาว่าด้วยไหล่ทวีปซึ่งกระทำ ณ กรุงเจนีวา ลงวันที่ 29 เมษายน ค.ศ. 1958 และประเทศไทยได้ให้สัตยาบันไว้แล้วเมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม พ.ศ. 2511⁴²

ในเขตไหล่ทวีปดังกล่าวข้างต้นนี้ ประเทศไทยใช้สิทธิอธิปไตยในการสำรวจและแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในอ่าวไทย⁴³

อย่างไรก็ดี ในประกาศกำหนดเขตไหล่ทวีปของประเทศไทยด้านอ่าวไทยนี้มิได้ให้คำนิยามหรือความหมายของไหล่ทวีปไว้ ทั้งนี้เพราะประเทศไทยเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยไหล่ทวีป ค.ศ. 1958 แล้ว และประเทศไทยได้อนุวัติการอนุสัญญาดังกล่าวเรียบร้อยแล้ว ดังนั้น ความหมายของคำว่าไหล่ทวีปจึงเป็นไปตามที่ระบุไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยไหล่ทวีป ค.ศ. 1958 และกฎหมายอนุวัติการอนุสัญญาดังกล่าวซึ่งกระทำโดยการแปลบทบัญญัติของอนุสัญญาดังกล่าวเป็นภาษาไทยและผ่านกระบวนการนิติบัญญัติตาม

⁴¹ ประกาศกำหนดเขตไหล่ทวีปของประเทศไทยด้านอ่าวไทย, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 26.

⁴² เพิ่งอ้าง.

⁴³ เพิ่งอ้าง.

รัฐธรรมนูญที่บังคับอยู่ในขณะนั้นตามประกาศเรื่องให้ใช้อุสสัญญากรุงเจนีวาว่าด้วยกฎหมายทะเล⁴⁴ ในส่วนของคำแปลอนุสัญญาว่าด้วยไหล่ทวีป ข้อ 1 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ไหล่ทวีป” ว่าหมายถึง

ประการแรก พื้นดินท้องทะเลและดินใต้ผิวดินของบริเวณใต้ทะเลที่ประชิดกับชายฝั่งแต่อยู่ภายนอกบริเวณทะเลอาณาเขตจนถึงความลึก 200 เมตรหรือเกินขีดจำกัดนั้นไปจนถึงที่ซึ่งความลึกของน้ำหนื่อน้ำที่นั่นสามารถจะให้แสงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในบริเวณดังกล่าวนั้นได้

ประการที่สอง พื้นดินท้องทะเลและดินใต้ผิวดินของบริเวณใต้ทะเลเช่นเดียวกันที่ประชิดกับชายฝั่งของเกาะ

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า ในส่วนของ “ไหล่ทวีป” นี้ ประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยตามหนังสือสัญญา กล่าวคืออนุสัญญาว่าด้วยไหล่ทวีป ค.ศ. 1958 นั้นเอง

อย่างไรก็ดี การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลง “เขตพื้นที่นอกอาณาเขตที่ประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ” ย่อมไม่ขัดด้วยบทบัญญัติแห่งวรรคสองของมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เพราะมิใช่ “หนังสือสัญญา” ซึ่งต้องมีภาคีสองฝ่ายหรือกว่านั้นขึ้นไป ดังนั้น การประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทยหรือการกำหนดเขตไหล่ทวีปของประเทศไทยซึ่งเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของประเทศไทยจึงไม่จำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา แต่การทำหนังสือสัญญาเพื่อกำหนดเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือไหล่ทวีประหว่างประเทศไทยกับประเทศเพื่อนบ้านจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสอง

ค. หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา

หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาอาจจำแนกได้เป็น 3 กรณีดังนี้

(i) กรณีที่ต้องออกพระราชบัญญัติใหม่เพื่อบุญการหนังสือสัญญา

ในกรณีที่ต้องออกพระราชบัญญัติใหม่เพื่อบุญการหนังสือสัญญานั้น เป็น

⁴⁴ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 86 ตอนที่ 44 ลงวันที่ 20 พฤษภาคม 2512



กรณีที่ไม่มีการราชบัญญัติที่รองรับเนื้อหาสาระของหนังสือสัญญาอยู่แล้ว และจำเป็นที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้หนังสือสัญญาที่มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายของประเทศไทยตามขั้นตอนของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ มิได้หมายความว่าหนังสือสัญญาทุกฉบับจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการเสมอไป หนังสือสัญญาที่ไม่จำเป็นต้องออกพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการก็ดี เช่น หนังสือสัญญากำหนดเขตอาณาเขตของไทยหรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตไทย ถึงแม้จะต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ตาม หรือหนังสือสัญญาที่มีพระราชบัญญัติรองรับเนื้อหาสาระของหนังสือสัญญาอยู่แล้วก็ดี ก็ไม่มีความจำเป็นใดๆ ที่ต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาตามนัยของมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

หนังสือสัญญาที่ต้องออกพระราชบัญญัติใหม่เพื่ออนุวัติการหนังสือสัญญาดังกล่าวข้างต้น จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาในรูปแบบของการออกพระราชบัญญัติใหม่

(ii) กรณีที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อยกเลิกเพิกถอนหรือแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่แล้วและขัดแย้งกับหนังสือสัญญา

อีกกรณีหนึ่งที่จะต้องออกหนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาก็คือ กรณีของหนังสือสัญญาที่จะต้องมีการอนุวัติการโดยการออกพระราชบัญญัติโดยรัฐสภาอีกครั้งหนึ่งเพื่อยกเลิกเพิกถอนหรือแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติที่มีผลใช้บังคับอยู่แล้วและมีบทบัญญัติขัดแย้งกับเนื้อหาสาระของหนังสือสัญญาดังกล่าว เพราะหนังสือสัญญาเช่นว่านั้นมีผลที่จะต้องเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่โดยจะต้องตราเป็นพระราชบัญญัติใหม่เพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือแม้กระทั่งยกเลิกเพิกถอนพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่ก่อนหน้านั้นเพื่ออนุวัติการให้สอดคล้องกับหนังสือสัญญานั้น ในกรณีเช่นว่านี้ หนังสือสัญญาดังกล่าวจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา และความเห็นชอบเช่นว่านั้นจะต้องเป็นความเห็นชอบในรูปแบบของการออกพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกเพิกถอนพระราชบัญญัติที่บังคับใช้อยู่ก่อนหน้านั้นเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาเช่นว่านั้น

(iii) หนังสือสัญญาที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย
นอกจากกรณีดังกล่าวข้างต้นแล้ว หนังสือสัญญาใดซึ่งกระทบกระเทือนต่อสิทธิ

และเสรีภาพของชนชาวไทยตามที่รับรองไว้ในหมวด 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาในรูปของการออกพระราชบัญญัติอนุวัติการหนังสือสัญญาเช่นว่านั้นเช่นกัน⁴⁵ หากพิจารณาบทบัญญัติแห่งมาตราต่างๆ ในหมวด 3 ดังกล่าวแล้วจะเห็นว่ารัฐธรรมนูญมุ่งที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยในเรื่องต่างๆ โดยวางเป็นหลักทั่วไปในมาตรา 29 ว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ นั้นจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้” เช่น สิทธิในทรัพย์สินของบุคคล สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ความเป็นอยู่ส่วนตัว (privacy) เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการสื่อสารหรือเสรีภาพในการเดินทาง เป็นต้น ดังนั้น หนังสือสัญญาใดซึ่งกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยตามที่บัญญัติไว้ในหมวด 3 ซึ่งจะต้องมีการออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา หนังสือสัญญาเช่นว่านั้นก็ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาในรูปการออกพระราชบัญญัติอนุวัติการหนังสือเช่นว่านั้นด้วย

อนึ่ง หากหนังสือเช่นว่านั้นมีพระราชบัญญัติรองรับและใช้บังคับอยู่แล้วก็ไม่จำเป็นต้องมีการออกพระราชบัญญัติอนุวัติการหนังสือเช่นว่านั้นอีก⁴⁶

เป็นที่น่าสังเกตว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นี้มิได้บัญญัติถึงลำดับศักดิ์ (hierarchy) หรือค่าบังคับของหนังสือสัญญากับกฎหมายภายในอื่นๆ ของประเทศไทยเหมือนกับรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสหรือของเยอรมนี⁴⁷ แต่จากการพิจารณาบทบัญญัติแห่งมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้วจะเห็นว่า หากจะต้องมีการอนุวัติการหนังสือสัญญาใดก็ตาม การอนุวัติการเช่นว่านั้นจะอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติซึ่งออกโดยรัฐสภา ดังนั้น จะเห็นได้ว่า หนังสือสัญญาซึ่งมีผลบังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยนั้นมีค่าบังคับในลำดับเดียวกัน

⁴⁵ ดูรายละเอียดใน สมบูรณ์ เสี่ยมบุตร, กฎหมายสนธิสัญญาไทย, 31 **สารานุกรม**, 10 กุมภาพันธ์ 2524, หน้า 149 – 157; ดู นพนิติ สุริยะ, Lecture note **กฎหมายระหว่างประเทศ**, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ปัญญาชน, 2549), น. 120.

⁴⁶ นพนิติ สุริยะ, **เพิ่งอ้าง**, น. 121.

⁴⁷ ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, **อ้างแล้ว** **เชิงอรรถ**ที่ 33, น. 129 – 135.



กับพระราชบัญญัติ เพราะต้องตราเป็นพระราชบัญญัติโดยรัฐสภา ดังนั้น หนังสือสัญญาที่มีการอนุมัติการโดยการออกพระราชบัญญัติอาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกเพิกถอนพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่ก่อนหน้านั้นได้ และในทำนองเดียวกัน พระราชบัญญัติซึ่งอนุมัติการหนังสือสัญญาที่อาจถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือถูกยกเลิกเพิกถอนโดยพระราชบัญญัติซึ่งออกโดยรัฐสภาในภายหลังได้ตามหลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่าเช่นกัน

อย่างไรก็ดี หากการออกพระราชบัญญัติในภายหลังเป็นการเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกเพิกถอนพระราชบัญญัติซึ่งอนุมัติการหนังสือสัญญาและมีผลใช้บังคับอยู่ก่อนหน้านั้น ส่งผลให้ประเทศไทยฝ่าฝืนพันธกรณีตามหนังสือสัญญาซึ่งประเทศไทยมีต่อภาคีอื่นๆ แห่งหนังสือสัญญาไม่ว่าจะเป็นรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศก็ตาม ประเทศไทยย่อมมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศซึ่งเป็นภาคีแห่งหนังสือสัญญาเช่นนั้น⁴⁸

ง. หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง

หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางตามมาตรา 190 วรรคสองนี้ เป็นหนังสือสัญญาประเภทใหม่ที่จะต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาซึ่งไม่เคยปรากฏมาก่อนในรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ก่อนหน้ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มูลเหตุสำคัญที่ทำให้มีการเพิ่มเติมประเภทของหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางไว้ในมาตรา 190 วรรคสองมาจากสถานการณ์และวิธีการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารในช่วงที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีผลใช้บังคับอยู่โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่ฝ่ายบริหารในสมัยนั้นทำความตกลงเขตการค้าเสรี (Free Trade Area Agreements) ในระดับทวิภาคีกับหลายประเทศโดยไม่มีการนำเสนอความตกลงดังกล่าวต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบ ทำให้รัฐสภาในสมัยดังกล่าว ไม่สามารถพิจารณาความตกลงดังกล่าวได้ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อข้อบทของ ความตกลงดังกล่าวกำหนดให้ความตกลงดังกล่าวมีผลผูกพันรัฐที่เข้าทำความตกลงโดยการลงนาม (signature) เท่านั้น โดยไม่ต้องผ่านขั้นตอนของการให้สัตยาบันแต่ประการใด ทำให้ฝ่ายบริหารสามารถเจรจาความตกลง

และลงนามได้ทันที⁴⁸

อันที่จริงแล้ว ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ก็มีใช้ว่าฝ่ายรัฐสภาจะไม่มีกลไกที่จะยับยั้งการทำความตกลงเขตการค้าเสรีดังกล่าวเสียทีเดียว เพราะหากรัฐสภาเห็นว่าความตกลงเขตการค้าเสรีดังกล่าวต้องด้วยเงื่อนไขที่จะต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 224 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กล่าวคือเป็น “หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐหรือที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา” แล้ว ฝ่ายรัฐสภาสามารถเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ว่าความตกลงเขตการค้าเสรีเช่นว่านั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่ ทำนองเดียวกับแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543 เกี่ยวกับประเด็นที่ว่า การที่ประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 นั้น จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญอาศัยมาตรา 226 ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ ให้องค์กรนั้นหรือประธานรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย”

อย่างไรก็ดี กระบวนการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในประเด็นว่าหนังสือสัญญาใดมีปัญหาวาดังด้วยกรณีตามมาตรา 224 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หรือไม่นั้น อาจไม่ถนัดนักในทางปฏิบัติโดยเฉพาะอย่างยิ่งในสถานการณ์ที่ ฝ่ายบริหารในสมัยนั้นถูกกล่าวหาว่าครอบงำทั้งฝ่ายรัฐสภาและองค์กรอิสระซึ่งรวมถึงศาลรัฐธรรมนูญด้วย ทั้งนี้ยังไม่รวมถึงกระบวนการนำสืบพิสูจน์ในชั้นศาลรัฐธรรมนูญว่าหนังสือสัญญานั้นเป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่

ในส่วนของหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางตามมาตรา 190 วรรคสองนี้มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับลักษณะและขอบเขตของหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทาง

⁴⁸ เช่น Trade and Investment Framework Agreement between The United States of America and The Kingdom of Thailand, Article eight.

This Agreement is effective from the date of signature by both Parties and shall remain in effect unless terminated by written mutual consent of the Parties or by either Party upon six months written notice to the other Party.



เศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางว่ามีลักษณะอย่างไรและมีขอบเขตครอบคลุมเพียงใด และองค์กรใดจะเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยในกรณีเกิดความขัดแย้งระหว่างฝ่ายบริหารและรัฐสภาเกี่ยวกับลักษณะและขอบเขตของหนังสือสัญญาดังกล่าว

ในประเด็นแรกเกี่ยวกับลักษณะและขอบเขตของหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางนั้น มาตรา 190 วรรคห้า บัญญัติว่า

“ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง...”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งมาตรา 190 วรรคสองประกอบกับมาตรา 190 วรรคห้าแล้วจะเห็นได้ว่าในขณะนี้ยังไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับลักษณะและขอบเขตของหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง จนกว่าจะมีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางตามมาตรา 190 วรรคห้าเสียก่อน ดังนั้น หากฝ่ายบริหารต้องการทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศแต่ฝ่ายรัฐสภาเห็นว่าหนังสือสัญญาดังกล่าวน่าจะเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจหรือสังคมอย่างกว้างขวาง จะทำอย่างไร ประเด็นนี้จะนำไปสู่ประเด็นที่สองเกี่ยวกับองค์กรที่จะทำหน้าที่วินิจฉัยข้อขัดแย้งดังกล่าว หรือทำหน้าที่ตีความว่าหนังสือสัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางหรือไม่

ประเด็นที่สองที่จะต้องพิจารณาก็คือ ในกรณีที่เกิดความขัดแย้งหรือมีความเห็นความเข้าใจที่แตกต่างกันระหว่างคณะรัฐมนตรีกับรัฐสภาว่าหนังสือสัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางนั้น มาตรา 190 วรรคห้าบัญญัติว่า

“ในกรณีที่มีปัญหาตามวรรคสอง ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาดโดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 154 (1) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม”

จากบทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคห้าจะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติไว้ในหมวด 10 ว่าด้วยศาลในส่วนที่ 2 ว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (มาตรา 204 – มาตรา 217)

เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยประเด็นความขัดแย้งทางความเห็นระหว่างคณะรัฐมนตรีกับรัฐสภาว่าหนังสือสัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางหรือไม่ ทั้งนี้ โดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 154 (1) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม กล่าวคือ หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาเห็นว่า หนังสือสัญญาใดตามมาตรา 190 วรรคสองจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภาหรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณีแล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยและแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยอย่างไรแล้ว คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 216 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

อนึ่ง พึงสังเกตว่า การเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยดังกล่าวข้างต้นนี้และการใช้เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการรับเรื่องดังกล่าวจะเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 214 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือไม่ มาตรา 214 บัญญัติว่า

“ในกรณีที่มีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรีหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีใ้ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป ให้ประธานรัฐสภานายกรัฐมนตรี หรือองค์กรนั้นเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย”

จะเห็นได้ว่าเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 214 นี้ เป็นกรณีที่มีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีใ้ศาล การที่ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภาหรือประธานรัฐสภาเสนอหนังสือสัญญาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยนั้นน่าจะเป็นเรื่องของการตีความตัวเอกสารที่เป็นหนังสือสัญญาว่าจะต้องขอความเห็นชอบของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งไม่น่าจะเป็นเรื่องของความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรี เนื่องจากการให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบแก่หนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสองนั้น เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาอยู่แล้ว การเสนอหนังสือ



สัญญาดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งเป็นการขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัย ยืนยันว่าการใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐสภานั้นเป็นไปตามมาตรา 190 วรรคสองหรือไม่ เท่านั้น รัฐสภามีได้หยิบยกประเด็นว่าคณะรัฐมนตรีมีอำนาจทำหนังสือสัญญานั้นๆ หรือไม่ ดังนั้น เขตอำนาจศาลในการรับพิจารณาวินิจฉัยหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคห้า จึงเป็นเขตอำนาจตามที่มาตรา 190 วรรคห้าบัญญัติไว้ประกอบกับมาตรา 154 (1) นั่นเอง

อย่างไรก็ดี ถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในมาตรา 214 ข้างต้นคล้ายกับถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในมาตรา 266 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นมาตรา ที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้ในการอ้างอิงในการรับพิจารณาว่าอนุสัญญาว่าด้วยความ หลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 นั้นต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่ ตาม คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543

จ. หนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันทางการค้า การลงทุนหรืองบประมาณ ของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ

หนังสือสัญญาในกลุ่มนี้เป็นหนังสือสัญญากลุ่มใหม่ที่เพิ่งปรากฏเป็นครั้งแรก ในมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ด้วย เหตุผลเดียวกันกับกรณีของหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจหรือสังคมของ ประเทศอย่างกว้างขวาง ดังกล่าวแล้วในข้อ ง. ข้างต้น จะเห็นได้ว่า หนังสือสัญญาที่มีผล ผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญนี้ก็จัดอยู่ใน กลุ่มของหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศได้เช่นกันหากแต่หนังสือ สัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ นี้ มีลักษณะเฉพาะเจาะจงมากขึ้น กล่าวคือ เป็นหนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศ แต่ทั้งนี้เกณฑ์ในการพิจารณาว่าหนังสือสัญญา ใดเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศ อย่างมีนัยสำคัญตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 วรรคสอง นั้นอาจแตกต่างกันอยู่บ้าง กล่าวคือ ในกลุ่มของหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศ อย่างกว้างขวางนั้นใช้เกณฑ์ว่าจะต้องเป็นกรณี “อย่างกว้างขวาง” แต่ในกลุ่มของหนังสือ สัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญนี้

ใช้เกณฑ์ว่าจะต้องเป็นกรณี “อย่างมีนัยสำคัญ” จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาถึงความแตกต่างระหว่างเกณฑ์ทั้งสองว่ามีความเหมือนหรือความแตกต่างกันอย่างไร

ความแตกต่างเกี่ยวกับเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นน่าจะเป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณากันต่อไปตามบทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคห้า กล่าวคือเป็นเรื่องที่จะต้องมีการกำหนดขึ้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาทั้งที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางและหนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า หรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ โดยกฎหมายดังกล่าวจะต้องนำเกณฑ์ทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้นไปใช้ในการกำหนดขึ้นตอน และวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาทั้งสองกลุ่มดังกล่าวด้วย

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับลักษณะและขอบเขตของหนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญจะเป็นอย่างไรและจะมีองค์กรใดทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยในกรณีที่เกิดความขัดแย้งด้านความเห็นระหว่างคณะรัฐมนตรีกับรัฐสภาเกี่ยวกับว่าหนังสือสัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญนั้นจะเป็นเช่นเดียวกันกับที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วในส่วนของหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางตามข้อ ง. ข้างต้น

ข้อสังเกตในส่วนของการมีกฎหมายว่าด้วยขึ้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญตามมาตรา 190 วรรคห้า นั้น กฎหมายดังกล่าวจะจำกัดเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับขึ้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนเท่านั้นไม่รวมถึง “งบประมาณ” ด้วย เนื่องจากไม่มีการกล่าวถึง คำว่า “งบประมาณ” ไว้ในมาตรา 190 วรรคห้า

โดยสรุป หนังสือสัญญาที่ได้วิเคราะห์ไว้ในข้อ ก. ถึง ง. ข้างต้นนี้เป็นหนังสือสัญญาที่มาตรา 190 วรรคสองกำหนดว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ทั้งนี้ มาตรา 190 วรรคสองตอนท้ายบัญญัติว่า รัฐสภาจะต้องพิจารณาหนังสือสัญญาที่เสนอเพื่อขอความเห็นชอบให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว

การกำหนดกรอบเวลาให้รัฐสภาพิจารณาหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสอง ให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาหกสิบวันดังกล่าว มิได้เคยบัญญัติไว้ในมาตรา 224 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาก่อน ดังนั้น



การกำหนดกรอบเวลาหกสิบวันดังกล่าวไว้ในมาตรา 190 วรรคสองน่าจะมีเจตนารมณ์เพื่อควบคุมการทำงานของรัฐสภาว่าจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่รัฐสภาได้รับเรื่องดังกล่าว ทั้งนี้ไม่ว่ารัฐสภาจะให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบต่อการทำหนังสือสัญญาของคณะรัฐมนตรีก็ตาม อย่างไรก็ตาม หากรัฐสภาได้พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่รัฐสภาได้รับเรื่องดังกล่าว มาตรา 190 มิได้บัญญัติถึงผลของการที่รัฐสภาพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าวว่าจะเป็นอย่างใด ซึ่งจะตีความว่ามีผลเท่ากับเป็นการให้ความเห็นชอบโดยปริยายหรือไม่ให้ความเห็นชอบโดยปริยายต่อการทำหนังสือสัญญาของคณะรัฐมนตรีน่าจะไม่ต้อง เพราะการให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบต่อหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสองนี้น่าจะต้องกระทำโดยชัดแจ้ง

อนึ่ง ในการให้ความเห็นชอบต่อการทำหนังสือสัญญาดังกล่าวข้างต้นรัฐสภาไม่มีอำนาจที่จะก้าวล่วงไปพิจารณาว่า คณะรัฐมนตรีควรจะทำหนังสือสัญญากับประเทศใดหรือกับองค์การระหว่างประเทศใดหรือเนื้อหาสาระของหนังสือสัญญาควรจะเป็นอย่างไร เพราะอำนาจดังกล่าวเป็นของคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 190 วรรคแรก ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังกล่าวไว้ในข้อ 5.6.2 ข้างต้น

5.6.5 การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและการชี้แจงต่อรัฐสภา

มาตรา 190 วรรคสามบัญญัติว่า

“ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศตามวรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้น ในการนี้ให้คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบด้วย”

บทบัญญัติแห่งมาตรา 190 วรรคสามนี้ เป็นเงื่อนไขใหม่เพิ่มเติมจากเงื่อนไขทั่วไปที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 วรรคสอง กล่าวคือ เป็นเงื่อนไขบังคับก่อนที่คณะรัฐมนตรีจะต้องกระทำก่อนที่จะเสนอหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสองเพื่อขอความเห็นชอบของรัฐสภาโดยคณะรัฐมนตรีต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขในมาตรา 190 วรรคสามสองประการ กล่าวคือ (1) คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนและ (2) คณะรัฐมนตรีต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้น โดยคณะรัฐมนตรีต้องเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบด้วย

ประการแรกที่คณะรัฐมนตรีต้องทำก็คือการให้ข้อมูลแก่ประชาชนและการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน เท่าที่ผ่านมาข้อมูลเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญา มักจะไม่มีเปิดเผยและถูกรักษาเป็นความลับโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทำให้ประชาชนไม่ทราบว่ายานของรัฐบาลกำลังทำอะไรอยู่ และจะไปทำหนังสือสัญญาที่มีผลตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 วรรคสอง หรือไม่อย่างไรทำให้ประชาชนไม่สามารถมีส่วนร่วมเพื่อแสดงความคิดเห็นในกระบวนการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารเลย หากพิจารณาในแง่ของการมีส่วนร่วมของประชาชนแล้ว บทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคสามนี้น่าจะมีประโยชน์ทั้งต่อประชาชนที่จะมีส่วนร่วมในกระบวนการทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสอง และต่อหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องที่จะแสดงออกถึงความโปร่งใสและธรรมาภิบาลในการทำหนังสือสัญญาดังกล่าว ลำพังกระบวนการให้ข้อมูลอาจไม่มีปัญหามากนักในส่วน of หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง แต่ในส่วน of ประชาชนน่าจะมีความกังวลอยู่บ้างในเรื่องของข้อมูลของการทำหนังสือสัญญาว่าครบถ้วนหรือไม่ ถูกต้องหรือไม่ และให้ในเวลาที่เหมาะสมเพียงพอต่อการศึกษาพิจารณาของประชาชนเพื่อแสดงความคิดเห็นในขั้นตอนของการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ทั้งนี้ มาตรา 190 วรรคสามกำหนดให้คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลแก่ประชาชนมิใช่ว่าประชาชนจะต้องเริ่มขอข้อมูลก่อน ดังนั้น การให้ข้อมูลดังกล่าวควรมีลักษณะจากภาคีรัฐสู่ภาคประชาชน (top – down) เนื่องจากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องเป็นเจ้าของเรื่องและทราบข้อมูลต่างๆ ดีอยู่แล้ว

ในการให้ข้อมูลแก่ประชาชนดังกล่าวข้างต้น คณะรัฐมนตรีพึงให้ข้อมูลดังกล่าวภายในระยะเวลาที่ประชาชนจะมีเวลาเพียงพอที่จะศึกษาข้อมูลนั้นเพื่อใช้ในการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนซึ่งเป็นกระบวนการที่สำคัญในการมีส่วนร่วมของประชาชนในการทำหนังสือสัญญาของคณะรัฐมนตรี ดังนั้น กระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนน่าจะมีความชัดเจนเพียงพอที่จะประกันได้ว่า การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนนั้นบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการอย่างแท้จริง ดังนั้น การมีกฎหมายรองรับเกี่ยวกับกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนจึงเป็นที่สิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่ง มิใช่เพียงการรับฟังความคิดเห็นพอเป็นพิธีเหมือนที่ผ่านมา ซึ่งทำให้การมีส่วนร่วมของประชาชนไม่มีประโยชน์อันใด รังแต่เสียเวลาและงบประมาณไปเปล่า

ประการที่สอง คณะรัฐมนตรีจะต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้นด้วย โดยคณะรัฐมนตรีจะต้องเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบด้วย ประเด็นที่จะต้องพิจารณาก็คือการขอความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 190



วรรคสามนี้เป็นคนละกรณีกับการขอความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสอง เนื่องจากการขอความเห็นชอบตามมาตรา 190 วรรคสามเป็นการขอความเห็นชอบที่เกี่ยวกับ “กรอบการเจรจา” ในการทำหนังสือสัญญาที่คณะรัฐมนตรีเสนอต่อรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสามเท่านั้น ในขณะที่การขอความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสองเป็นการขอความเห็นชอบเกี่ยวกับตัว “หนังสือสัญญา” ทั้งฉบับซึ่งแสดงให้เห็นว่าการทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสองนั้น คณะรัฐมนตรีต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาถึงสองวาระ กล่าวคือ วาระแรกเป็นการขอความเห็นชอบเกี่ยวกับ “กรอบการเจรจา” ในการทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสาม และวาระที่สองเป็นการขอความเห็นชอบเกี่ยวกับตัว “หนังสือสัญญา” ทั้งฉบับโดยตรง ในกรณีของวาระแรกนั้น หากรัฐสภาไม่ให้ความเห็นชอบต่อ “กรอบการเจรจา” ที่คณะรัฐมนตรีเสนอ ผลจะเป็นอย่างไร ในกรณีเช่นว่านี้จะเห็นได้ว่าคณะรัฐมนตรีน่าจะไม่มีทางเลือกอื่นหากต้องการให้ “กรอบการเจรจา” ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภานอกจากแก้ไขปรับปรุง “กรอบการเจรจา” เช่นว่านั้นจนกว่าจะได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ส่วนในกรณีของวาระที่สองซึ่งเป็นการขอความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับตัว “หนังสือสัญญา” ทั้งฉบับ ดังนั้น หากรัฐสภาไม่ให้ความเห็นชอบจะส่งผลให้คณะรัฐมนตรีไม่สามารถให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามหนังสือสัญญา (consent to be bound by a treaty) ที่เสนอให้รัฐสภาพิจารณาตามมาตรา 190 วรรคสองได้ ซึ่งจะส่งผลในทางระหว่างประเทศที่ทำให้ประเทศไทยไม่สามารถเข้าเป็นภาคีแห่งหนังสือสัญญานั้นๆ ได้ แต่จะไม่ตัดสิทธิคณะรัฐมนตรีที่จะเสนอให้รัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบต่อหนังสือสัญญาเช่นว่านั้นอีกเพราะไม่มีบทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคสองที่ระบุไว้ว่าการไม่ให้ความเห็นชอบของรัฐสภาเป็นที่สุดและในความเป็นจริงแล้วการไม่ให้ความเห็นชอบของรัฐสภาอาจเป็นเพราะยังไม่สมควรแก่เวลาที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีหนังสือสัญญานั้นๆ หรือเพราะประเทศไทยยังไม่พร้อมในด้านต่างๆ รวมทั้งการยกวาง หรือการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติต่างๆ เพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญานั้นก็เป็นได้

อนึ่ง เป็นที่น่าสังเกตว่า การพิจารณา “กรอบการเจรจา” ในการทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสามนี้ มิได้มีการกำหนดกรอบเวลาให้รัฐสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จเหมือนกับกรอบเวลาที่กำหนดไว้ในมาตรา 190 วรรคสอง แต่ก็ไม่น่าจะต้องใช้เวลานานเพราะเป็นเพียงการพิจารณา “กรอบการเจรจา” เท่านั้น ไม่ใช้การพิจารณาตัว “หนังสือสัญญา” ที่จะต้องใช้ความรอบคอบในการพิจารณามากกว่า แต่การเสนอ

กรอบการเจรจาเพื่อขอความเห็นชอบของรัฐสภานี้อาจถูกมองว่าเป็นการเปิดเผยข้อมูล ที่ควรจะถูกเก็บไว้เพื่อประโยชน์ในการเจรจาต่อรองในกระบวนการทำหนังสือสัญญา มากกว่า อีกทั้งการเสนอกรอบเจรจาดังกล่าวจะใช้ได้ก็เฉพาะกับหนังสือสัญญาที่อยู่ใน ขั้นตอนของการเริ่มทำหรือขั้นตอนของการเจรจาเท่านั้น แต่ไม่สามารถใช้กับหนังสือ สัญญาที่ทำเสร็จสิ้นหรือผ่านขั้นตอนของการเจรจาแล้วรอเพียงแต่ขั้นตอนการลงนามหรือ แสดงเจตนาเพื่อผูกพันเท่านั้น

5.6.6 การให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาและการแก้ไขเยียวยา ผู้ได้รับผลกระทบจากหนังสือสัญญา

มาตรา 190 วรรคสี่บัญญัติว่า

“เมื่อลงนามในหนังสือสัญญาตามวรรคสองแล้ว ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น และในกรณีที่มีการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชน หรือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแก้ไขหรือ เยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็ว เหมาะสม และเป็นธรรม”

ข้อสังเกตประการแรกเกี่ยวกับบทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคสี่นี้ ก็คือมาตรา 190 วรรคสี่ มีข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่าการทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสอง จะต้องมีการลงนาม (signature) ก่อนการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันซึ่งตรงกับขั้นตอน การให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา (consent to be bound by a treaty) ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969⁴⁹ และตามอนุสัญญา กรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือ ระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986⁵⁰ แต่การให้ความยินยอมเพื่อผูกพัน ตามสนธิสัญญา (consent to be bound by a treaty) ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาทั้งสอง ฉบับรวมทั้งการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันตามมาตรา 190 วรรคสี่นี้ ไม่จำเป็นต้องมีการ ลงนาม (signature) ก่อนเสมอไป เพราะการลงนาม (signature) เพียงอย่างเดียว ก็สามารถมีผลเท่ากับเป็นการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาตามอนุสัญญา

⁴⁹ 1155 U.N.T.S 331

⁵⁰ 15 L.L.M 543



กรุงเวียนนาทั้งสองฉบับดังกล่าวข้างต้นได้อยู่แล้วหรือมีผลเท่ากับการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันตามมาตรา 190 วรรคสี่ได้เช่นกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อตกลงกันระหว่างรัฐที่เข้าทำสนธิสัญญาเป็นสำคัญว่าต้องการจะใช้วิธีการใดเพื่อให้ผลเป็นการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา เช่น การลงนาม (signature) การแลกเปลี่ยนตราสารอันก่อให้เกิดสนธิสัญญา (exchange of instruments constituting a treaty) การให้สัตยาบัน (ratification) การยอมรับ (acceptance) การให้ความเห็นชอบ (approval) การภาคยานุวัติ (accession) หรือวิธีการอื่นใดที่รัฐซึ่งเข้าร่วมในการทำสนธิสัญญาจะตกลงกัน⁵¹ ตัวอย่างที่ชัดเจนก็คือความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีที่ประเทศไทยทำกับบางประเทศนั้นมีผลผูกพันในลักษณะของการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาหรือเป็นการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันตามมาตรา 190 วรรคสี่ เมื่อมีการ “ลงนาม”⁵²

ดังนั้น หากรัฐที่เข้าทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสอง ตกลงกันกำหนดให้ “การลงนาม” เป็นการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาซึ่งมีผลเท่ากับการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันตามมาตรา 190 วรรคสี่ ก็จะทำให้เงื่อนไขของการลงนามก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 วรรคสี่ ใช้บังคับไม่ได้ อันที่จริงแล้ว หากมีการใช้ถ้อยคำที่เหมาะสมในมาตรา 190 วรรคสี่ ก็จะไม่ก่อให้เกิดปัญหาดังกล่าวข้างต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้อยคำในตอนต้นของมาตรา 190 วรรคสี่ที่ว่า “เมื่อลงนามในหนังสือสัญญาตามวรรคสองแล้ว” น่าจะตัดออกเสียได้เพราะไม่มีความจำเป็นใดๆ ที่จะต้องนำเงื่อนไขของการลงนามมาบัญญัติไว้ในมาตรา 190 วรรคสี่ เพราะช่วงเวลาระหว่าง “การลงนาม” กับ “การแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน” อาจยาวมากจนไม่แน่ใจว่าจะมีการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันหรือไม่ ตัวอย่างเช่น อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982⁵³ ซึ่งประเทศไทยได้ลงนามแล้ว แต่จนถึงขณะนี้

⁵¹ Article 11 of The Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969

Means of expressing consent to be bound by a treaty

The consent of a state to be bound by a treaty may be expressed by signature, exchange of instruments constituting a treaty, ratification, acceptance, approval or accession or by any other means if so agreed; ดู จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17, น. 116.

⁵² คุราลละเคียดใน Trade and Investment Framework Agreement between The United States of America and The Kingdom of Thailand, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 44.

⁵³ 21 I.L.M 126

ประเทศไทยก็ยังไม่มียกเว้นว่าจะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันเลยและถ้าคณะรัฐมนตรีจะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 คณะรัฐมนตรีจะต้องดำเนินการตามมาตรา 190 วรรคสี่ นี้เช่นกัน

หากตัดเงื่อนไขการลงนามหนังสือสัญญาในมาตรา 190 วรรคสี่ ออกด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นแล้ว เมื่อคณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น ก็อาจใช้วิธีการกำหนดระยะเวลาก่อนการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน เช่น “ไม่น้อยกว่าหกสิบวันก่อนการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันตามหนังสือสัญญาตามวรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น...” เป็นต้น เพราะเมื่อคณะรัฐมนตรีได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสอง แล้ว คณะรัฐมนตรีน่าจะทราบว่าจะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันตามหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสี่นี้เมื่อใด

การกำหนดระยะเวลาให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาดังกล่าวน่าจะทำให้เกิดความชัดเจนเพียงพอที่ประชาชนจะตรวจสอบรายละเอียดของหนังสือสัญญาว่าเป็นอย่างไรหลังจากผ่านขั้นตอนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนตามมาตรา 190 วรรคสาม และได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสอง แล้วอีกทั้งขั้นตอนตามมาตรา 190 วรรคสี่ นี้ เป็นเพียงเพื่อให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น ๆ เท่านั้น ไม่มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและขอความเห็นชอบของรัฐสภาอีก แต่การไม่กำหนดระยะเวลาก่อนการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันไว้เลยก็อาจจะทำให้เจตนารมณ์ของมาตรา 190 วรรคสี่นี้ ไม่เป็นผลเพราะวันที่ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสอง อาจเป็นวันก่อนที่คณะรัฐมนตรีจะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันตามหนังสือสัญญาเพียงไม่กี่วันก็ได้ ซึ่งจะทำให้การเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาไม่เป็นประโยชน์ต่อประชาชนที่จะทราบว่าหนังสือสัญญานั้นมีเนื้อหาสาระแตกต่างไปจากที่ได้รับฟังความคิดเห็นของประชาชนมากนักน้อยเพียงใดหรือหนังสือสัญญานั้นมีผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมหรือไม่ อย่างไร ประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมจะต้องปรับตัวอย่างไรหรือควรจะได้รับทราบแก้ไขหรือเยียวยาอย่างไร

ส่วนกรณีที่คณะรัฐมนตรีได้แสดงเจตนาให้มีผลผูกพันตามหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสอง แล้ว หากปรากฏว่าการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิด



เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบขนาดกลางและขนาดย่อมการที่บัญญัติให้คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็ว เหมาะสม และเป็นธรรมตามมาตรา 190 วรรคสี่นั้น เป็นเรื่องที่ดีและแสดงถึงความรับผิดชอบของคณะรัฐมนตรีที่ตัดสินใจแสดงเจตนาให้มี ผลผูกพันตามหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสอง ซึ่งหลักเกณฑ์และวิธีการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสอง จะต้องออกเป็นกฎหมายตามมาตรา 190 วรรคห้า โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสอง และประชาชนทั่วไป ทั้งนี้ การออกกฎหมายดังกล่าวจะต้องกระทำไปแล้วเสร็จภายในกรอบเวลาและเงื่อนไขที่ระบุไว้ในมาตรา 303 (3) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อีกด้วย

มาตรา 303 (3) บัญญัติว่า

“กฎหมายตามมาตรา 190 วรรคห้า โดยอย่างน้อยต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับขั้นตอนและวิธีการดำเนินการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีการตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างคณะรัฐมนตรีและรัฐสภา มีความโปร่งใส มีประสิทธิภาพและให้ประชาชนมีส่วนร่วมอย่างแท้จริง รวมทั้งรายละเอียดเกี่ยวกับการศึกษาวิจัยที่มีความเป็นอิสระซึ่งดำเนินการก่อนการเจรจาทำหนังสือสัญญา โดยไม่มีการขัดกันระหว่างประโยชน์ของรัฐกับผลประโยชน์ของผู้ศึกษาวิจัยไม่ว่าในระยะเวลาใดของการบังคับใช้หนังสือสัญญาภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่แถลงนโยบายต่อรัฐสภาตามมาตรา 176”

จนถึงเวลาที่ทำการศึกษาวิจัยฉบับนี้ (มิถุนายน 2552) ระยะเวลาหนึ่งปีตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 303 (3) ข้างต้นได้ล่วงเลยไปนานมากแล้ว แต่ก็ยังไม่มีการตรากฎหมายตามมาตรา 190 วรรคห้า ออกใช้บังคับแต่ประการใด และเมื่อพิจารณาจากเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา 303 (3) ข้างต้นแล้ว กฎหมายเช่นนั้นดูจะไม่มีทีท่าว่าจะออกใช้บังคับได้ในเร็ววัน

5.6.7 การออกกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาและการแก้ไขเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญา

มาตรา 190 วรรคห้าบัญญัติว่า

“ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้าน

การค้า หรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าว โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้รับประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป”

บทบัญญัติแห่งมาตรา 190 วรรคห้า ข้างต้นนี้ นับว่าเป็นเรื่องใหม่และแสดงให้เห็นถึงการพัฒนาที่ดีที่มาตรา 190 วรรคห้า บัญญัติให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางหรือมีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยา ผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป กฎหมายที่จะออกตามมาตรา 190 วรรคห้า นี้ นับว่ามีความสำคัญมากเพราะจะเป็นกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องใช้ในการตีความและวินิจฉัยชี้ขาดว่าอะไรคือหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางหรือมีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ

ข้อสังเกตสำหรับมาตรา 190 วรรคห้า นี้ ก็คือกฎหมายที่จะออกดังกล่าวจำกัดเฉพาะหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางหรือมีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญรวมทั้งการแก้ไขเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งโดยถ้อยคำที่ใช้ในมาตรา 190 วรรคห้า นี้ น่าจะหมายถึงผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางหรือที่มีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญเท่านั้นไม่รวมถึงหนังสือสัญญาอื่นๆ ตามมาตรา 190 วรรคสอง ที่มีได้กล่าวถึงไว้ในมาตรา 190 วรรคห้า และไม่รวมถึงหนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้าน “งบประมาณ” ด้วย เพราะไม่มีการกล่าวถึงหนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านงบประมาณไว้ในมาตรา 190 วรรคห้า แต่ประการใด

อนึ่ง การออกกฎหมายตามมาตรา 190 วรรคห้า นี้ คณะรัฐมนตรีจะต้องจัดทำให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่คณะรัฐมนตรีแถลงนโยบายต่อรัฐสภาตามมาตรา 176 และจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา 303 (3) ด้วย กล่าวคือ ต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับขั้นตอนและวิธีการดำเนินการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีการตรวจสอบ



ถ่วงดุลระหว่างคณะรัฐมนตรีและรัฐสภา มีความโปร่งใส มีประสิทธิภาพ และให้ประชาชนมีส่วนร่วมอย่างแท้จริง รวมทั้งรายละเอียดเกี่ยวกับการศึกษาวิจัยที่มีความเป็นอิสระ ซึ่งดำเนินการก่อนการเจรจาทำหนังสือสัญญาโดยไม่มีการขัดกันระหว่างประโยชน์ของรัฐกับผลประโยชน์ของผู้ศึกษาวิจัยไม่ว่าในช่วงเวลาใดของการบังคับใช้หนังสือสัญญา

ดังกล่าวแล้วข้างต้น จนถึงขณะนี้ (มิถุนายน 2552) ยังไม่มีการตรากฎหมายตามมาตรา 190 วรรคห้าแต่ประการใด ดังนั้นในกรณีที่ยังไม่มีกฎหมายดังกล่าวจึงเป็นหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 190 วรรคท้าย ที่จะวินิจฉัยว่า หนังสือสัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาเข้าข่ายมาตรา 190 วรรคสอง ประกอบมาตรา 190 วรรคห้า ซึ่งถือว่าเป็นหน้าที่สำคัญเพราะจะเป็นการวางบรรทัดฐานในการพิจารณาว่าหนังสือสัญญาใดเข้าข่ายมาตรา 190 วรรคสอง ประกอบมาตรา 190 วรรคห้า แต่ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6 – 7/2551 เกี่ยวกับหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง จะได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากนักวิชาการในแง่ของการตีความถ้อยคำดังกล่าวในด้านลบมากกว่าด้านบวก

5.6.8 เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสอง

มาตรา 190 วรรคท้าย บัญญัติว่า

“ในกรณีที่มีปัญหาตามวรรคสอง ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาดโดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 154 (1) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม”

การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาตามมาตรา 190 วรรคสอง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 วรรคท้าย ทำให้เกิดความชัดเจนในการวินิจฉัยชี้ขาดในกรณีที่มี ความคิดเห็นแตกต่างระหว่างคณะรัฐมนตรีกับรัฐสภาว่าหนังสือสัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสอง หรือไม่ โดยให้นำมาตรา 154 (1) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม ซึ่งจะทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีช่องทางที่เป็นรูปธรรมมากขึ้นในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาเพราะในช่วงที่ผ่านมาฝ่ายบริหารมักอ้างว่าหนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การ

ระหว่างประเทศนั้นไม่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาเพราะไม่ต้องด้วยเงื่อนไขที่จะต้องได้รับความเห็นชอบดังกล่าว

มาตรา 154 (1) ดังกล่าวข้างต้นอยู่ในส่วนที่ 8 ว่าด้วยการควบคุมการตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและเมื่อนำมาใช้บังคับโดยอนุโลมตามมาตรา 190 วรรคท้าย จะทำให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน ซึ่งมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาสามารถเสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภาหรือประธานรัฐสภาแล้วแต่กรณีเมื่อสมาชิกเหล่านั้นเห็นว่าปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดตามมาตรา 190 วรรคสอง จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่ โดยประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภาหรือประธานรัฐสภาแล้วแต่กรณีที่ได้ความเห็นดังกล่าวจะต้องส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยและแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

การใช้เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาตามมาตรา 190 วรรคสองนี้ ศาลรัฐธรรมนูญอาศัยอำนาจตามมาตรา 190 วรรคท้ายและมาตรา 154 (1) มิใช่อำนาจตามมาตรา 214 เพราะการวินิจฉัยปัญหาตามมาตรา 190 วรรคสอง ประกอบกับมาตรา 154 (1) เป็นเรื่องของการตีความหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสองว่าต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่ มิใช่เรื่องของความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 214 ในช่วงของการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ยังไม่มีบทบัญญัติทำนองเดียวกับมาตรา 190 วรรคท้าย ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญในช่วงนั้นได้อาศัยบทบัญญัติมาตรา 266 ซึ่งมีเนื้อหาทำนองเดียวกันกับมาตรา 214 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในการวินิจฉัยว่า อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 224 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หรือไม่ ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543

จากรายละเอียดข้างต้น จึงพอสรุปได้ว่ามาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กับ มาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ กล่าวคือ



ประการแรก ตัดคำว่า “เขตอำนาจรัฐ” ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 224 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ออกและใช้ถ้อยคำว่า “เขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ” ในมาตรา 190 วรรคสอง แทน

ประการที่สอง เพิ่มถ้อยคำว่า “หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ หรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางหรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ” ในมาตรา 190 วรรคสอง ซึ่งไม่เคยบัญญัติมาก่อนในมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

ประการที่สาม มีการกำหนดระยะเวลาให้รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้ความเห็นชอบ แก่หนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสอง ให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ ได้รับเรื่องดังกล่าว

ประการที่สี่ เพิ่มเงื่อนไขในวรรคสามของมาตรา 190 ว่าการทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศตามวรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้องให้ ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับ หนังสือสัญญานั้น และให้ คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอ ความเห็นชอบด้วย

ประการที่ห้า เพิ่มเงื่อนไขในวรรคสี่ของมาตรา 190 ว่าเมื่อลงนามในหนังสือ สัญญาตามวรรคสองแล้ว ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน คณะรัฐมนตรีต้องให้ ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น และในกรณีที่มีการปฏิบัติตาม หนังสือสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลาง และขนาดย่อม คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่าง รวดเร็วเหมาะสมและเป็นธรรม

ประการที่หก กำหนดให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัด ทำหนังสือสัญญาเฉพาะที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศ อย่างกว้างขวางหรือมีผลผูกพันด้านการค้าหรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการ แก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวโดยคำนึง ถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้รับประโยชน์กับผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตาม หนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป ทั้งนี้ กฎหมายเช่นว่านั้นจะต้องจัดทำให้ แล้วเสร็จภายในกรอบเวลา และเงื่อนไขตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 303 (3)

ประการที่เจ็ด มีการระบุให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาตามมาตรา 190 วรรคสองโดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 154 (1) มาใช้บังคับโดยอนุโลมในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาเห็นว่าปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดตามมาตรา 190 วรรคสอง จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่ ก็ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภาหรือประธานรัฐสภาแล้วแต่กรณีแล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นชอบดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยและแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

ดังนั้นโดยภาพรวมแล้ว การที่มาตรา 190 ข้างต้นมีเนื้อหาสาระแตกต่างไปจากมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อย่างมากจะส่งผลให้ฝ่ายบริหารทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศยากลำบากขึ้น ทั้งนี้เพราะนอกจากประเภทของหนังสือสัญญาที่จะต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 190 เพิ่มมากขึ้นจากเดิมที่เคยบัญญัติไว้ในมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กล่าวคือรวมถึงหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางหรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญแล้ว มาตรา 190 ยังเพิ่มขั้นตอนการทำหนังสือสัญญาก่อนขอความเห็นชอบของรัฐสภาว่า คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้นๆ พร้อมทั้งเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบเกี่ยวกับกรอบการเจรจาเช่นนั้นด้วย นอกจากนี้ มาตรา 190 ยังกำหนดให้คณะรัฐมนตรีมีความรับผิดชอบในกรณีที่ทำหนังสือสัญญาแล้วและการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม โดยคณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแก้ไขเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็ว เหมาะสมและเป็นธรรม



5.7 ข้อเสนอแนะในการแก้ไขมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

จากที่ได้วิเคราะห์แล้วข้างต้นว่าบทบัญญัติของมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ยังมีอีกหลายส่วนที่ยังไม่ชัดเจน ซ้ำซ้อนและไม่สอดคล้องกับวิธีการทำสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงเห็นได้ว่าการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 190 นี้ เป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ ประเด็นจึงอยู่ที่ว่าแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 190 อย่างไรจึงจะเหมาะสมที่สุด

คำตอบต่อประเด็นนี้อยู่ที่วัตถุประสงค์หรือปรัชญาเบื้องหลังของการใช้และการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญา หากจะพิจารณาจากตารางเปรียบเทียบหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติข้างต้นแล้วจะเห็นว่าแนวปฏิบัติของรัฐส่วนใหญ่ ไม่ว่าจะอยู่ในภูมิภาคใดของโลกและไม่ว่าจะเป็นประเทศที่พัฒนาแล้วหรือกำลังพัฒนาก็ตามต่างก็ยอมรับให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาอันเป็นการสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศตามที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 แต่ขณะเดียวกันแนวปฏิบัติของรัฐต่างๆ ก็ยอมรับว่าหนังสือสัญญาที่มีความสำคัญและกระทบต่อผลประโยชน์ของประเทศโดยรวมควรได้รับการตรวจสอบและเห็นชอบจากรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติด้วย แนวทางเช่นนี้นับเป็นแนวทางที่เหมาะสมและสอดคล้องกับหลักตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ (check and balance) ระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ โดยมีฝ่ายตุลาการทำหน้าที่ทบทวนในกรณีของความขัดแย้งระหว่างการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ

ดังนั้น ทิศทางที่น่าจะเป็นของมาตรา 190 ก็คือ การรักษาการหลักตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติไว้เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาซึ่งจะทำให้บทบัญญัติมาตรา 190 มีเสถียรภาพ กล่าวคือ เป็นที่ยอมรับได้ทุกยุคทุกสมัยแม้จะมีการล้มเลิกหรือเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญสักกี่ครั้งก็ตาม หลักการดังกล่าวนี้ยังคงเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับได้ตลอดไปแน่นอนว่าเหตุการณ์ทางการเมืองและกระบวนการยกร่างรัฐธรรมนูญแต่ละครั้งย่อมส่งผลกระทบต่อบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับอำนาจในการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารที่ส่งผลให้บทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาเปลี่ยนแปลงไปบ้าง แต่ต้องไม่ลืมว่าหลักการสำคัญที่จะทำให้การแบ่งแยกอำนาจ

หน้าที่ของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและแม้กระทั่งฝ่ายตุลาการคงอยู่ได้ก็คือ การกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ของแต่ละฝ่ายให้ชัดเจน ตลอดจนการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้ อำนาจหน้าที่ของแต่ละฝ่ายมิให้เกินเลยไปกว่าที่ควรจะเป็น

แม้ว่ามาตรา 190 จะบัญญัติอยู่บนหลักการว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ และการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้ อำนาจหน้าที่ดังกล่าว แต่บทบัญญัติของมาตรา 190 ในหลายส่วนทำให้หลักการดังกล่าวเสียไป กล่าวคือ หากยอมรับกันว่าหลักการแบ่งแยก อำนาจหน้าที่และหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้ อำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่าย นิติบัญญัติเป็นเป้าหมายและปรัชญาของมาตรา 190 ก็จะได้เห็นว่า มาตรา 190 ให้ น้ำหนักการ “ควบคุม” (control) ตรวจสอบการใช้ อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือ สัญญากับนานาชาติและกับองค์กรระหว่างประเทศมากกว่าการ “ถ่วงดุล” (balance) การใช้ อำนาจของฝ่ายบริหาร ซึ่งอาจก่อให้เกิดอุปสรรคในการใช้ อำนาจหน้าที่ของ ฝ่ายบริหารได้ ดังนั้น ก่อนที่จะพิจารณาถึงประเด็นต่างๆ ที่ควรมีการแก้ไขเกี่ยวกับ บทบัญญัติของมาตรา 190 จะต้องพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่าประเทศไทยต้องการ ให้ อำนาจฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญากับนานาชาติหรือองค์กรระหว่าง ประเทศเป็นอย่างไร หากประเทศไทยต้องการ “ควบคุมตรวจสอบ” การใช้ อำนาจหน้าที่ ของฝ่ายบริหารโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการหรือแม้กระทั่งภาคประชาชนแล้ว บทบัญญัติมาตรา 190 ในปัจจุบันจะสอดคล้องกับความต้องการดังกล่าว แต่เมื่อมีการ วิพากษ์วิจารณ์ถึงความไม่เหมาะสมของบทบัญญัติมาตรา 190 ย่อมแสดงให้เห็นว่า ประเทศไทยน่าจะไม่ต้องการให้ฝ่ายบริหารถูก “ควบคุมตรวจสอบ” จากฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการและภาคประชาชนจนถึงขนาดที่ฝ่ายบริหารไม่สามารถใช้ อำนาจหน้าที่ใน การทำหนังสือสัญญากับนานาชาติและกับองค์กรระหว่างประเทศได้อย่างมี ประสิทธิภาพ

จึงดูเหมือนว่าการผ่อนปรนการ “ควบคุมตรวจสอบ” ฝ่ายบริหารในการ ทำหนังสือสัญญาน่าจะเป็นทิศทางที่ทำให้กลับไปสู่สถานการณ์ปกติที่การทำหนังสือ สัญญายังคงเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร และการ “ตรวจสอบและถ่วงดุล” การใช้ อำนาจดังกล่าวที่เหมาะสมโดยฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการยังคงมีความสำคัญและ จำเป็นเพื่อมิให้เกิดกรณีของการใช้อำนาจในทางที่ผิด (abuse of power) โดยอาศัย แนวทางเช่นว่านี้ ที่ปรึกษาโครงการศึกษาวิจัยเห็นว่า มีประเด็นที่ควรแก้ไขเกี่ยวกับ บทบัญญัติของมาตรา 190 ดังต่อไปนี้



5.7.1 หนังสือสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภา

โดยหลักการแล้วหนังสือสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาควรบัญญัติให้ชัดเจนว่าเป็นเรื่องใดบ้าง ซึ่งบทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคสองก็สอดคล้องกับหลักการดังกล่าวเพียงบางส่วนเท่านั้น กล่าวคือ ในส่วนของหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ และหนังสือสัญญาที่ต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ทั้งสามกรณีดังกล่าวนี้มีความชัดเจนในตัวเองว่ากรณีใดบ้างที่หนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา แต่ในกรณีของหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางหรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ เป็นกรณีที่ขาดความชัดเจนแน่นอนเป็นอย่างมาก ลำพังประเด็นที่ว่าอะไรคือหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมหรือที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศก็มีปัญหาที่ต้องตีความอยู่แล้ว แต่ถ้อยคำที่ว่า “อย่างกว้างขวาง” ก็คือ “อย่างมีนัยสำคัญ” ก็คือ ยิ่งเพิ่มปัญหาในการตีความขึ้นไปอีก จนถึงขนาดที่ว่าหนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารจะทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศหากไม่ทุกประเภทก็เกือบทุกประเภทที่จะต้องขอความเห็นของรัฐสภาทั้งสิ้น

ดังนั้น ปัญหาของบทบัญญัติมาตรา 190 วรรคสอง ก็คือ การใช้ถ้อยคำของหนังสือสัญญาสองประเภทหลังดังกล่าวข้างต้น ซึ่งหากต้องการให้หนังสือสัญญาทั้งสองประเภทนี้ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาด้วยแล้ว ก็ควรใช้ถ้อยคำให้เกิดความชัดเจนมากกว่านี้ และไม่ควรใช้ถ้อยคำอันส่งผลให้ตีความได้อย่างกว้างขวางจนถึงขนาดทำให้อำนาจหน้าที่ในการทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศและกับองค์การระหว่างประเทศต้องเสียไป หรือถ้าหากต้องการให้หนังสือสัญญาทุกประเภทต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ก็ควรจะมีบัญญัติไว้เช่นนั้นเสียเลยก็จะชัดเจนกว่า

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นสืบเนื่องในส่วนของมาตรา 190 วรรคสอง เกี่ยวกับการพิจารณาในการพิจารณาให้ความเห็นชอบหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสอง โดยรัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่รับเรื่องดังกล่าว ความไม่ชัดเจนของเงื่อนไขดังกล่าวมีอยู่ว่าหากรัฐสภาไม่พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวัน

ดังกล่าว ผลจะเป็นอย่างไร อันที่จริงแล้ว การกำหนดเงื่อนไขเวลาให้รัฐสภาพิจารณาเป็นเรื่องที่ถูกต้องและควรทำเพื่อให้เกิดความแน่นอนชัดเจนถึงผลของการพิจารณา แต่ควรที่จะระบุถึงผลของการพิจารณาที่ไม่แล้วเสร็จภายในหกสิบวันให้ชัดเจนด้วยว่า หากพ้นกำหนดเวลาหกสิบวันจะถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบโดยปริยายหรือถือว่ารัฐสภาไม่ให้ความเห็นชอบโดยปริยาย

5.7.2 การให้ข้อมูลและการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน

ปัญหาของมาตรา 190 วรรคสาม มีสองกรณี กล่าวคือ ในกรณีแรก การบัญญัติให้คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศตามมาตรา 190 วรรคสอง เป็นการเปิดโอกาสให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการจัดทำหนังสือสัญญาโดยฝ่ายบริหาร ซึ่งน่าจะเป็นหลักการที่ดี แต่เนื่องจากการทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสองนั้นมีทั้งรัฐสภาและศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ตรวจสอบอยู่แล้ว นอกจากนี้ สมาชิกรัฐสภาส่วนใหญ่ก็มาจากการเลือกตั้งของประชาชน ซึ่งก็ถือว่าเป็นผู้แทนของประชาชนทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารให้เป็นไปตามมาตรา 190 วรรคสอง จึงไม่น่าจะมีความจำเป็นใดๆ อีกที่จะต้องให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการควบคุมตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคสองอีกซึ่งดูจะเป็นการซ้ำซ้อนมากเกินไปกับอำนาจของรัฐสภาและทำให้ถูกมองได้ว่า แม้รัฐสภาเองก็ยังต้องถูกตรวจสอบในการทำหน้าที่ตามมาตรา 190 วรรคสองอีกด้วย ผลก็คือ เป็นการควบคุมตรวจสอบที่ซ้ำซ้อนเกินความจำเป็นอันจะส่งผลให้การทำหนังสือสัญญาโดยฝ่ายบริหารยากลำบากและล่าช้าเกินไปอีก

ในกรณีที่สองนั้น ถ้อยคำที่บัญญัติในมาตรา 190 วรรคสามเองก็มีหลายส่วนที่ยังมีความไม่ชัดเจน เช่น อะไรคือระยะเวลา “ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญา” การ “ให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน” จะต้องทำอย่างไร จะให้ข้อมูลโดยวิธีใด จะต้องรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในลักษณะใด กว้างขวางเพียงใด และข้อมูลตลอดทั้งความคิดเห็นของประชาชนจะมีผลต่อการทำหนังสือสัญญามากน้อยเพียงใด การ “เสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบ” จะใช้ได้เฉพาะหนังสือสัญญาที่เริ่มทำขึ้นเท่านั้น หนังสือสัญญาที่ทำเสร็จเรียบร้อยแล้วเพียงแต่ประเทศไทยแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันเท่านั้นก็จะไม่เข้าข่ายของมาตรา 190 วรรคสามนี้



การเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาจะมีผลให้ประเทศไทยสูญเสียอำนาจต่อการในการทำหนังสือสัญญาในเวทีระหว่างประเทศหรือไม่ เพราะต้องเปิดเผยกรอบการเจรจาต่อรัฐสภา และท้ายที่สุด หากรัฐสภาไม่เห็นชอบด้วยกับกรอบการเจรจาที่คณะรัฐมนตรีเสนอ จะมีผลอย่างไร คณะรัฐมนตรีจะต้องเสนอกรอบการเจรจาใหม่จนกว่ารัฐสภาจะให้ความเห็นชอบหรือไม่ ประเด็นต่างๆ ข้างต้นนี้ ยังไม่มีคำตอบและแนวปฏิบัติที่ชัดเจน

ดังนั้น ควรจะพิจารณาว่าบทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคสาม ควรจะมีอยู่หรือไม่ หรือหากต้องการจะคงไว้ คงจะต้องบัญญัติให้รัดกุมและชัดเจนกว่านี้

5.7.3 การเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาและการแก้ไขสัญญาผู้ที่ได้รับผลกระทบ จากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญา

มาตรา 190 วรรคสี่ นับว่าเป็นเรื่องใหม่ที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนในรัฐธรรมนูญฉบับใดของประเทศไทยซึ่งน่าจะเป็นเรื่องที่ดีและควรคงไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ประเด็นปัญหาของมาตรา 190 วรรคสี่ มีได้อยู่ที่แนวคิดดังกล่าว หากแต่อยู่ที่ถ้อยคำข้างต้นของมาตรา 190 วรรคสี่เองที่บัญญัติว่า “เมื่อลงนามตามหนังสือสัญญาตามวรรคสองแล้ว ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน” ถ้อยคำดังกล่าวนี้ไม่สอดคล้องกับหลักการในการทำหนังสือสัญญาตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เนื่องจากการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันตามหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศนั้นมีหลายวิธีตามที่เสนอไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เช่น การลงนาม (signature) การแลกเปลี่ยนตราสารที่ก่อให้เกิดเป็นสนธิสัญญา (exchange of instrument constituting of a treaty) การให้สัตยาบัน (ratification) การยอมรับ (acceptance) การเห็นชอบ (approval) การภาคยานุวัติ (accession) หรือวิธีอื่นใดที่รัฐที่เข้าทำสนธิสัญญาตกลงกัน

จากวิธีการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันตามหนังสือสัญญาข้างต้นจะเห็นได้ว่าการลงนามในหนังสือสัญญาเองก็มิใช่เป็นการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันตามหนังสือสัญญาได้อยู่แล้ว การที่มาตรา 190 วรรคสี่ตอนต้นบัญญัติไว้เช่นนั้นย่อมแสดงว่าผู้กร่างรัฐธรรมนูญไม่เข้าใจกระบวนการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา (consent of state to be bound by a treaty) และเข้าใจเอาเองว่ากระบวนการทำหนังสือสัญญานั้นมีวิธีเดียว คือ จะต้องลงนามก่อนและแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันตามหนังสือสัญญานั้นภายหลัง ซึ่งเป็นความเข้าใจที่ไม่ถูกต้อง ดังนั้น บทบัญญัติในตอนต้นของ

มาตรา 190 วรรคสี่จึงไม่สอดคล้องกับวิธีการทำหนังสือสัญญาที่ถือปฏิบัติกันอยู่ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ดังนั้น เพื่อให้เป็นไปตามแนวปฏิบัติและหลักกฎหมายระหว่างประเทศในการทำหนังสือสัญญา บทบัญญัติที่อยู่ในเครื่องหมายคำพูดที่กล่าวถึงข้างต้นของมาตรา 190 ควรได้รับการแก้ไขเป็น “ภายใน...วันก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันตามหนังสือสัญญา” น่าจะเหมาะสมกว่าซึ่งจะเห็นได้ว่าข้อความที่แก้ไขนั้นจะกำหนดระยะเวลาไว้ เช่น หกสิบวันหรือเก้าสิบวันก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันตามหนังสือสัญญา โดยไม่คำนึงว่าการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันตามหนังสือสัญญานั้นจะกระทำโดยการลงนามหรือวิธีการใด ๆ ตามที่ถือปฏิบัติกันในทางระหว่างประเทศหรือตามที่รัฐที่เข้าทำหนังสือสัญญาตกลงกัน และการกำหนดช่วงระยะเวลาก่อนการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันก็เพื่อเป็นหลักประกันว่า ประชาชนมีเวลาพอสมควรที่จะเข้าถึงรายละเอียดหนังสือสัญญานั้นได้

5.7.4 อื่น ๆ

สำหรับมาตรา 190 วรรคห้า นั้น ขึ้นอยู่กับว่า จะปรับปรุงแก้ไขถ้อยคำในมาตรา 190 วรรคสอง ให้เฉพาะเจาะจงมากขึ้นหรือไม่ เพราะหากมีการแก้ไขถ้อยคำในมาตรา 190 วรรคสอง ให้เฉพาะเจาะจงมากขึ้นอาจไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางหรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนอย่างมีนัยสำคัญก็ได้

อย่างไรก็ดี ในส่วนของกฎหมายเกี่ยวกับการแก้ไขเยียวยาผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญายังคงมีความจำเป็นอยู่ เนื่องจากจะเป็นการสอดคล้องกับการคงบทบัญญัติของมาตรา 190 วรรคสี่ไว้



5.8 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551 (8 กรกฎาคม 2551)

5.8.1 ข้อเท็จจริง⁵⁴

สืบเนื่องจากการที่ประธานวุฒิสภาส่งความเห็นของสมาชิกวุฒิสภา รวม 77 คน และประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 151 คน เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคหก ประกอบ มาตรา 154 (1) เกี่ยวกับคำแถลงการณ์ร่วมไทย - กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “คำแถลงการณ์ร่วม” เป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 หรือไม่ รวม 2 คำร้อง ดังนี้

ก. คำร้องที่หนึ่ง ประธานวุฒิสภาส่งความเห็นของสมาชิกวุฒิสภา มีข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า

1) รัฐบาลได้มีมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ให้ความเห็นชอบการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลก ทั้งนี้โดยผลสืบเนื่องต่อมาวันที่ 18 มิถุนายน 2551 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ นายอนุสรณ์ คุ้มกัน ได้กระทำการแทนรัฐบาลลงนามในคำแถลงการณ์ร่วม ให้ความเห็นชอบการขึ้นทะเบียนเป็นมรดกโลกของรัฐบาลกัมพูชา ตลอดจนการรับรองและจำกัดสิทธิบางประการของประเทศไทยในแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว จนเป็นเหตุเกิดการประท้วงโต้แย้งคัดค้านการดำเนินการของรัฐบาล นำมาสู่ความขัดแย้งอย่างรุนแรงในสังคมและมีแนวโน้มจะขยายขอบเขตลุกลามไปอย่างกว้างขวางทั่วประเทศ ข้อเท็จจริงกรณีความขัดแย้งเรื่องเขตแดน และปราสาทพระวิหาร ระหว่างไทยและกัมพูชาที่มีมาตั้งแต่ก่อนปีพุทธศักราช 2505 นั้น เป็นข้อพิพาทในพื้นที่แนวสันปันน้ำบริเวณเทือกเขาพนมดงรักที่เป็นที่ตั้งปราสาทพระวิหาร และได้มีข้อพิพาทระหว่างประเทศเกี่ยวกับเขตแดนมาเป็นเวลานานตั้งแต่ปี พ.ศ. 2484 จนมีการนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ที่กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์ เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2502 และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีคำตัดสินเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน พ.ศ. 2505 รวม 2 ประเด็นสำคัญ ประกอบด้วย (1) ลงความเห็น “ปราสาทพระวิหาร” ตั้งอยู่ในอาณาเขตภายใต้อธิปไตยของกัมพูชาด้วยคะแนนเสียง 9 ต่อ 3 และ

⁵⁴ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125 ตอนที่ 108 ก หน้า 1 – 25 ลงวันที่ 10 ตุลาคม 2551

(2) ลงความเห็นเห็นว่า ประเทศไทยมีพันธะที่จะต้องถอนกำลัง ทหาร หรือตำรวจ ผู้เฝ้ารักษา หรือดูแลซึ่งประเทศไทยส่งไปประจำอยู่ที่ปราสาทพระวิหารหรือในบริเวณใกล้เคียง ด้วยคะแนนเสียง 9 ต่อ 3 ความขัดแย้งดังกล่าวยังคงดำรงอยู่จนถึงปัจจุบัน แม้ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยมีคำพิพากษาไปแล้วตั้งแต่ปีพุทธศักราช 2505 เป็นต้นมา เนื่องจากประเทศไทยได้มีการตั้งข้อสงวนและคัดค้านไม่เห็นชอบในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (นายณพดล ปัทมะ) ได้ลงนามในคำแถลงการณ์ร่วมใน ฐานะตัวแทนประเทศไทยเมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2551 คำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวมีปัญหาว่าได้ดำเนินการโดยชอบและเข้าข่ายตามมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญหรือไม่ และคำแถลงการณ์ร่วมที่นายณพดล ปัทมะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ได้ลงนามร่วมกับทางฝ่ายกัมพูชานั้นจะถือว่าเป็น “หนังสือสัญญา” ในความหมายของมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือไม่

2) บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 เป็นบทบัญญัติที่มีหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำสนธิสัญญาหรือหนังสือสัญญากับต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ บทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นการปรับปรุงหลักการจากของเดิมตามมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นบทบัญญัติกำหนดให้การทำสนธิสัญญา หรือหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศที่มีความสำคัญกระทบต่ออธิปไตยของชาติหรือดินแดน หรือต้องมีการตรากฎหมายเพื่ออนุวัติการต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ก่อน แต่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีข้อขัดข้องและปรากฏการใช้อำนาจฝ่ายบริหารที่ไม่ชอบด้วยหลักการตามรัฐธรรมนูญส่งผลกระทบต่อประชาชนอย่างกว้างขวางในการทำข้อตกลงการค้าเสรีและสนธิสัญญาต่างๆ จนต้องมีการเสนอให้มีการปรับปรุงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าว ซึ่งเมื่อมีการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มีการกำหนดหลักการที่สำคัญเพิ่มเติมดังต่อไปนี้

2.1) การทำสนธิสัญญาหรือหนังสือสัญญาอื่นระหว่างประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในฐานะที่ทรงเป็นประมุขแห่งรัฐ



2.2) สนธิสัญญาหรือหนังสือสัญญาที่คณะรัฐมนตรีต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาในกรอบการเจรจา และต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน และภายหลังการเจรจาหรือก่อนลงนามในหนังสือสัญญามี 5 ประเภทคือ

- (1) มีบทเปลี่ยนแปลงอำนาจอธิปไตยของรัฐ
- (2) มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่ อาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจ ตามหนังสือสัญญา หรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ
- (3) มีผลกระทบด้านความมั่นคงทางเศรษฐกิจ หรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง
- (4) มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ

(5) ต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา

2.3) ให้มีการตรากฎหมายกำหนดขั้นตอน และวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาตามข้อ 2.2 (3) (4) ให้แล้วเสร็จภายใน 1 ปี นับแต่วันที่คณะรัฐมนตรีแถลงนโยบายต่อรัฐสภา

2.4) กำหนดให้มีการเยียวยาประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางหรือขนาดย่อม ผู้ได้รับผลกระทบจากหนังสือสัญญา

2.5) กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดในกรณีเกิดปัญหาเกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาและการทำหนังสือสัญญาว่า ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่

3) ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยที่ 11/2542 ให้ความหมาย "หนังสือสัญญา" ตามมาตรา 224 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 สรุปได้ว่า คำว่า "หนังสือสัญญา" หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้ทำขึ้นเป็นหนังสือกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ โดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าความตกลงนั้นจะจัดขึ้นในรูปแบบใดและใช้ชื่ออย่างไร และมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า "สนธิสัญญา" ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญตีความคำว่า "หนังสือสัญญา" อีกครั้งในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543 ว่า "หนังสือสัญญา" แม้จะได้บัญญัติความหมายไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ก็อาจกล่าวได้ว่า หนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224

มีความหมายครอบคลุมถึงความตกลงทุกประเภทที่ประเทศไทยทำขึ้นกับนานาประเทศ หรือกับองค์การระหว่างประเทศ โดยมีความมุ่งหมาย เพื่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมาย ระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ หนังสือสัญญาดังกล่าวต้องมีลักษณะที่ทำขึ้น เป็นหนังสือและเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ จากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญประกอบอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1969 การจะพิจารณาว่าข้อตกลงหรือความตกลงระหว่างรัฐหนึ่งกับอีกรัฐหนึ่งมีสถานะเป็นสนธิสัญญาหรือหนังสือสัญญาหรือไม่หรือเป็นเพียงข้อตกลงระหว่างรัฐหนึ่งกับเอกชน หรือเป็นเพียงข้อตกลงเพื่อความเข้าใจซึ่งไม่มีผลบังคับใดๆ นั้น มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของการเป็นสนธิสัญญา โดยอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1969 ได้ให้คำนิยามของคำว่า “สนธิสัญญา” (Treaty) ไว้ในมาตรา 2 วรรค 1 a ว่า “สนธิสัญญา” หมายความว่า “ข้อตกลงระหว่างประเทศที่ได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างรัฐต่างๆ และอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะทำขึ้นเป็นฉบับเดียวหรือสองฉบับหรือหลายฉบับผนวกเข้าด้วยกันและไม่ว่าจะเรียกชื่อเช่นใด” จากความหมายของ “สนธิสัญญา” ดังกล่าวอาจแยกองค์ประกอบของ “สนธิสัญญา” ได้ 4 ประการ ดังนี้

(3.1) สนธิสัญญาเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศ หมายความว่า สนธิสัญญาเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศชนิดหนึ่ง สนธิสัญญาจึงเป็นการกระทำทางกฎหมายที่ทำขึ้น ตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป เพื่อก่อให้เกิดความผูกพันตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสนธิสัญญาระหว่างภาคีของอนุสัญญา

(3.2) ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร หมายความว่า สนธิสัญญาทุกฉบับจะต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ข้อตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นด้วยวาจา จึงไม่ใช่สนธิสัญญา

(3.3) ระหว่างรัฐต่างๆ หมายความว่า สนธิสัญญาทุกฉบับโดยหลักจะต้องเป็นข้อตกลงระหว่างรัฐเท่านั้น มิใช่ข้อตกลงที่รัฐทำกับปัจเจกบุคคล

(3.4) อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ หมายความว่า สนธิสัญญาที่ทำขึ้น ย่อมอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ มิใช่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่ง หรือหลายรัฐแต่ประการใด ฉะนั้นความสมบูรณ์ของสนธิสัญญา การมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญา ผลทางกฎหมายของสนธิสัญญา การสิ้นสุดของสนธิสัญญา ฯลฯ จึงต้องเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ



อนึ่ง แม้ประเทศไทยจะมีได้เป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าว แต่อนุสัญญาดังกล่าว มีผลเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งทำให้มีผลใช้บังคับกับประเทศที่มีได้เป็นภาคี สมาชิกไปด้วยโดยปริยาย

4) หากพิจารณาคำแถลงการณ์ร่วม ถือว่าเป็นหนังสือสัญญาหรือสนธิสัญญา หรือไม่นั้น หากพิจารณาเนื้อหาของคำแถลงการณ์ร่วมมีทั้งหมด 6 ข้อ โดยมีสาระสำคัญสรุปได้ว่า

(4.1) ราชอาณาจักรไทย สนับสนุนการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารในบัญชีมรดกโลก ซึ่งเสนอโดยรัฐบาลกัมพูชา ตามที่จะได้มีขึ้นในการประชุมสมัยที่ 32 ของคณะกรรมการมรดกโลก (ที่นครควิเบก ประเทศแคนาดา ในเดือนกรกฎาคม 2008) เขตรอบพื้นที่ของปราสาทพระวิหารปรากฏตามที่ระบุไว้ใน บริเวณ N.1 ในแผนที่ที่แนบท้ายที่จัดทำขึ้นโดยรัฐบาลกัมพูชาแผนที่ดังกล่าวให้รวมถึงพื้นที่กันชน (buffer zone) ในด้านทิศตะวันออกและด้านใต้ของปราสาทตามที่ระบุไว้ตามเครื่องหมาย N.2 ด้วย

(4.2) ในบรรยากาศแห่งความปรารถนาดีและประนีประนอมต่อกัน ราชอาณาจักรกัมพูชาขอรับให้ปราสาทพระวิหารถูกเสนอเพื่อขึ้นทะเบียนในบัญชีมรดกโลก โดยขั้นตอนนี้ยังไม่ให้รวมถึงพื้นที่กันชน (buffer zone) ตามพื้นที่ด้านเหนือและตะวันตกของปราสาท

(4.3) แผนที่แนบท้ายตามที่ระบุในย่อหน้าที่ 1 ข้างต้น ให้ใช้แทนแผนที่เดิมที่เกี่ยวข้องและรวมถึง “Schema Directeur pour la Zonage de Preah Vihear” และรวมถึงผังหรือแผนแบบอ้างอิงทั้งหมดที่ระบุถึงเขตพื้นที่สำคัญ (Core zone) และเขตอื่นๆ (zonage) เขตพื้นที่อื่นของปราสาทพระวิหารที่ปรากฏในคำร้องขอขึ้นทะเบียนของกัมพูชา

(4.4) ในระหว่างรอผลปฏิบัติงานของคณะกรรมการร่วม (JBC) เพื่อกำหนดอาณาเขตเกี่ยวกับพื้นที่รอบปราสาทด้านทิศเหนือและทิศตะวันตก รอบปราสาทพระวิหารซึ่งระบุโดยเครื่องหมาย N.3 ไว้ในแผนที่ที่กล่าวถึงในย่อหน้าที่ 1 ข้างต้น ให้มีการจัดเตรียมแผนการจัดการพื้นที่ดังกล่าว โดยวิธีการประสานกันระหว่างรัฐบาลกัมพูชาและรัฐบาลไทยอย่างสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศด้านการอนุรักษ์ เพื่อที่จะสร้างไว้ซึ่งคุณค่าที่โดดเด่นเป็นสากลของทรัพย์สินนี้ แผนการจัดการดังกล่าวจะถูกรวมเข้าไว้ในแผนจัดการสุดท้ายสำหรับองค์ปราสาทและพื้นที่รอบๆ ปราสาทนั้น ซึ่งจะต้องนำเสนอต่อศูนย์กลางมรดกโลกก่อนวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2010 เพื่อนำเข้าพิจารณาของคณะกรรมการมรดกโลกในการประชุมครั้งที่ 34 ในปี 2010

(4.5) การขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารในบัญชีมรดกโลก จะเป็นไปได้โดยไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของราชอาณาจักรกัมพูชาและราชอาณาจักรไทย ในการกำหนดเส้นเขตแดนของคณะกรรมการร่วมเพื่อกำหนดเขตแดน (JBC) ของทั้งสองประเทศ

(4.6) ราชอาณาจักรกัมพูชาและราชอาณาจักรไทย ขอแสดงความขอบคุณอย่างลึกซึ้งของผู้อำนวยการยูเนสโก นายโคอิชิโร มัตซุอูระ สำหรับความช่วยเหลือในการอำนวยความสะดวกแก่กระบวนการในการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารในบัญชีมรดกโลก

5) เนื้อหาของคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวเข้าลักษณะเป็น “หนังสือสัญญา” หรือมีลักษณะเป็น “สนธิสัญญา” ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1969 มีข้อพิจารณา ดังนี้

(5.1) สนธิสัญญาเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศ กรณีนี้เป็นข้อตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยกับราชอาณาจักรกัมพูชา เพื่อตกลงกันในเนื้อหาตามที่กล่าวแล้วในคำแถลงการณ์ร่วมตามความในข้อ 1 - ข้อ 6 โดยมีมุ่งหมายให้มีผลผูกพันต่อกัน

(5.2) ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร คำแถลงการณ์ร่วมได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการลงนามโดยผู้มีอำนาจทำหนังสือสัญญาของทั้งสองประเทศ ซึ่งโดยปกติแถลงการณ์ร่วมที่ไม่ประสงค์ให้มีผลทางกฎหมายไม่มีความจำเป็นต้องลงลายมือชื่อ

(5.3) เป็นข้อตกลงระหว่างรัฐต่างๆ ที่มุ่งให้เกิดผลทางกฎหมาย ในกรณีนี้เป็นข้อตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยกับราชอาณาจักรกัมพูชา โดยเฉพาะข้อความในข้อ 4 ที่กำหนดพันธกรณีให้ทั้งสองฝ่ายต้องจัดทำแผนการจัดการพื้นที่ร่วมกันตามมาตรฐานระหว่างประเทศด้านการอนุรักษ์โดยจะนำเสนอต่อคณะกรรมการมรดกโลกในการประชุมครั้งที่ 34 ในปี ค.ศ. 2010 ที่สำคัญที่สุด คือ ข้อ 5 ซึ่งเป็นการสงวนสิทธิของทั้งสองประเทศในการกำหนดเส้นเขตแดนของคณะกรรมการร่วม อันแสดงให้เห็นเจตนาชัดแจ้งว่าทั้งสองฝ่ายถือว่า แถลงการณ์ร่วมมีผลทางกฎหมายอย่างแน่นอน มิเช่นนั้นคู่กรณีคงไม่ตกลงร่วมกันเป็นลายลักษณ์อักษร โดยลงนามทั้งสองฝ่าย และต่างฝ่ายต่างสงวนสิทธิ

(5.4) อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ แถลงการณ์ร่วมดังกล่าวมิได้กำหนดให้อยู่ภายใต้กฎหมายภายในรัฐใดรัฐหนึ่ง ดังนั้นกรณีนี้จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวโดยสรุปคำแถลงการณ์ร่วม ถือได้ว่าเป็น “สนธิสัญญา” ตามนัยของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1969 ซึ่งเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลบังคับแม้กับประเทศไทยที่มีได้



เป็นภาคีด้วย หรือเป็น “หนังสือสัญญา” ตามมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ ตาม
แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้เคยวางแนวไว้

6) ข้อพิจารณาต่อไปมีว่า “หนังสือสัญญา” ดังกล่าวเข้าลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง
ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 วรรคสอง หรือไม่ กล่าวคือ “... มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขต
ไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตาม
หนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่าง
กว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมี
นัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จ
ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว” เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของความตกลง
ร่วมกันระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ
(นายณพดล ปัทมะ) ลงนามในนามรัฐบาลไทยดังกล่าวข้างต้นนั้นพบว่า คำแถลงการณ์
ความตกลงร่วม ส่งผลให้เป็นการยกเลิกข้อสงวนในการติดตามเอาปราสาทพระวิหาร
กลับคืนมา และมีผลเป็นการยอมรับว่าปราสาทพระวิหารเป็นของประเทศกัมพูชาด้วย
การยอมรับในแผนที่กำหนดแนวเขตที่จัดทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของกัมพูชาของ
ประเทศไทย ดังปรากฏข้อความในคำแถลงการณ์ร่วมว่า “...เขตรอบพื้นที่ของปราสาท
พระวิหารปรากฏตามที่ระบุไว้ ณ บริเวณ N.1 ในแผนที่ที่แนบท้ายที่จัดทำขึ้นโดยรัฐบาล
กัมพูชา แผนที่ดังกล่าวให้รวมถึงพื้นที่กันชน (buffer zone) ในด้านทิศตะวันออกและด้านใต้
ของปราสาท ตามที่ระบุไว้ตามเครื่องหมาย N.2 ด้วย...” ดังนั้นการลงนามในคำ
แถลงการณ์ร่วมจึงมีผลเป็นการสละสิทธิข้อสงวนการติดตามกลับคืนเป็นการยอมรับ
นับถืออธิปไตยของกัมพูชาอย่างสมบูรณ์ถาวร และยังมีผลเป็นการยอมรับการแสดงสิทธิ
อำนาจอธิปไตยของประเทศกัมพูชานอกเหนือขอบเขตปราสาทพระวิหารด้วย กรณีนี้จึง
ต้องถือว่า ข้อตกลงตามคำแถลงการณ์ร่วมมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยอย่าง
ชัดเจนเท่ากับ เป็นการยกเลิกมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม พ.ศ. 2505 ด้วย
การที่คณะรัฐมนตรีเห็นชอบร่างคำแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและกัมพูชา ฯ เมื่อวันที่ 17
มิถุนายน 2551 โดยมอบหมายให้ นายณพดล ปัทมะ ในฐานะรัฐมนตรีว่าการกระทรวง
การต่างประเทศเป็นผู้ลงนามในแถลงการณ์ร่วม ซึ่งนายณพดล ปัทมะ ในฐานะรัฐมนตรี
ว่าการกระทรวงการต่างประเทศได้ลงนามในแถลงการณ์ร่วม เมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2551
จึงมีผลเป็นการยกเลิกข้อสงวนในการติดตามเอาปราสาทพระวิหารกลับคืนมา และมีผล

เป็นการยอมรับว่าปราสาทพระวิหารเป็นของประเทศกัมพูชาอย่างสมบูรณ์ นอกจากนี้ การที่รัฐบาลไทยสนับสนุนให้ประเทศกัมพูชาเสนอขึ้นทะเบียนมรดกโลกเพียงประเทศเดียวอย่างที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศไปลงนามนั้น การขึ้นทะเบียนตัวเขาพระวิหารไม่ได้ขึ้นทะเบียนเฉพาะตัวปราสาทแต่จะต้องมีการประกาศเขตพื้นที่อนุรักษ์รอบตัวโบราณสถานซึ่งเป็นพื้นที่ในเขตไทย การจะอนุญาตให้ก่อสร้างหรือห้ามก่อสร้าง หรือการควบคุมใดๆ ก็เป็นอำนาจอธิปไตยของไทย หากยินยอมให้กัมพูชาดำเนินการฝ่ายเดียวก็เท่ากับว่าไทยทำ “ความตกลง” ยอมสูญเสียอำนาจอธิปไตยเหนือแผ่นดินไทยด้วย ดังนั้นแม้ว่าข้อตกลงดังกล่าวจะใช้คำว่า “คำแถลงการณ์ร่วม” เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” ก็ตาม ก็มีสถานะเป็น “หนังสือสัญญา” ตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ทุกประการ และเห็นได้ว่า คำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวจะทำให้เกิดผลกระทบต่ออาณาเขตของไทย โดยเฉพาะข้อ 3 ที่ให้ถือว่าแผนที่ตามข้อ 1 จะใช้แทนแผนที่ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งกรณียอมส่งผลกระทบต่ออาณาเขตของไทย กรณีเท่ากับเป็นการยอมรับสิทธิเหนือดินแดนของฝ่ายกัมพูชาตามแผนที่ที่ปรากฏในข้อ 1 อันเป็นหนังสือสัญญาที่เข้าลักษณะตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

นอกจากการถือว่าคำแถลงการณ์ดังกล่าวเป็นการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตประเทศไทยแล้วยังส่งผลกระทบต่อสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางตามนัยของมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญด้วยเหตุผล ดังต่อไปนี้

(6.1) เนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวมีผลกระทบต่ออาณาเขตของไทยดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น

(6.2) การดำเนินการดังกล่าวของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ดำเนินการโดยปราศจากความโปร่งใส ทั้งๆ ที่เป็นเรื่องผลประโยชน์โดยรวมของประเทศ แต่กลับดำเนินการในลักษณะที่ไม่เปิดเผยให้สาธารณชนได้ทราบรายละเอียดของข้อตกลง โดยเฉพาะแผนที่แนบท้าย ซึ่งเป็นสาระสำคัญของข้อตกลงดังกล่าว

(6.3) การดำเนินการดังกล่าวมิได้กระทำไปในลักษณะที่จักปกป้องผลประโยชน์ของประเทศ กล่าวคือ รัฐบาลมีทางเลือกหลายทางที่สามารถดำเนินการได้ในลักษณะที่เป็นการรักษาผลประโยชน์ของประเทศ เช่น การยื่นเรื่องเป็นเจ้าของมรดกร่วมกับทางฝ่ายกัมพูชา เป็นต้น



(6.4) โดยเหตุที่เป็นการค้าเนินการอย่างเร่งรีบ ไม่โปร่งใส ไม่รักษาผลประโยชน์ประเทศ ประกอบกับมีข้อกล่าวหาว่าการเร่งรีบดำเนินการดังกล่าวก็เพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ระหว่างอดีตผู้นำของฝ่ายไทยกับทางฝ่ายกัมพูชา

จากเหตุผลดังกล่าวจึงก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง ซึ่งอาจจะนำไปสู่ความขัดแย้งระหว่างไทยกับกัมพูชา หรือระหว่างประชาชนชาวไทยกับประชาชนชาวกัมพูชา โดยเฉพาะอย่างยิ่งประชาชนที่อาศัยในบริเวณดังกล่าว ในขณะนี้ปัญหาดังกล่าวได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมไทยอย่างกว้างขวาง ดังจะเห็นได้จากการแสดงการคัดค้านการดำเนินการดังกล่าวอย่างกว้างขวาง ทั้งในหมู่ประชาชนไทยและประชาชนกัมพูชา ตลอดจนสื่อมวลชนทั้งหลายของสองประเทศ อันเป็นผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคมภายในประเทศและระหว่างประเทศอย่างกว้างขวางที่เกิดขึ้นจริงแล้ว (Actual Impact) ไม่ใช่การคาดคะเนว่าอาจจะมีผลกระทบแต่อย่างใดหากปล่อยให้สภาพการณ์ดังกล่าวนี้ดำรงอยู่โดยผู้มีส่วนเกี่ยวข้องไม่ดำเนินการแก้ไขสถานการณ์ให้คลี่คลายในเร็ววัน ความขัดแย้งดังกล่าวอาจพัฒนาไปสู่ความรุนแรงมากขึ้นตามลำดับ จนกลายเป็นความขัดแย้งระหว่างรัฐต่อรัฐในที่สุด

กล่าวโดยสรุป คำแถลงการณ์ร่วม มีสถานะเป็น “สนธิสัญญา” หรือ “หนังสือสัญญา” ตามนัยของมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อันเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อสังคมอย่างกว้างขวาง ดังนั้นการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจะไปลงนามในหนังสือสัญญาดังกล่าวจึงต้องดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

7) เมื่อคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวข้างต้นเป็น “หนังสือสัญญา” ตามนัยของมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 การไปลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศหาได้ดำเนินการให้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 การดำเนินการของกระทรวงการต่างประเทศโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (นายณพดล ปัทมะ) และมติคณะรัฐมนตรีซึ่งนำโดยนายสมัคร สุนทรเวช นายกรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 จึงมีปัญหาว่า คำแถลงการณ์ร่วมระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชา เพื่อขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลเปลี่ยนแปลงอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐ หรือเปลี่ยนแปลง เขตพื้นที่

อาณาเขตประเทศไทย ตามมาตรา 190 วรรคสอง และไม่ได้ดำเนินการให้ชอบด้วย กระบวนการรัฐธรรมนูญซึ่งต้องนำเสนอต่อรัฐสภา ตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กล่าวคือ มิได้ขอความเห็นชอบจากรัฐสภา คณะรัฐมนตรีมิได้ให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และต้อง ชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญา การลงนามในคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

จึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดว่า คำแถลงการณ์ร่วมไทย - กัมพูชา ฉบับ ลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ตาม รัฐธรรมนูญมาตรา 190 หรือไม่

ข. คำร้องที่สอง ประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทน ราษฎรมีข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า

เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน พ.ศ. 2551 คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบกับการดำเนินการ ของนายพล บัททะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ และการดำเนินการของ กระทรวงการต่างประเทศเกี่ยวกับข้อตกลงต่างๆ ที่จะกำหนดไว้ในเอกสาร Joint Communiqué ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า คำแถลงการณ์ร่วม ต่อมาเมื่อวันที่ 18 มิถุนายน พ.ศ. 2551 นายพล บัททะ ในฐานะตัวแทนของราชอาณาจักรไทยได้ลงนามในเอกสารคำ แถลงการณ์ร่วมดังกล่าว โดยคณะรัฐมนตรียังมิได้ให้ข้อมูลและยังมิได้จัดให้มีการรับฟัง ความคิดเห็นของประชาชน รวมทั้งยังมิได้ชี้แจงและได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา เกี่ยวกับเอกสารคำแถลงการณ์ร่วม ก่อนการดำเนินการเพื่อจัดทำและลงนามในเอกสาร คำแถลงการณ์ร่วม นั้น จึงเป็นการขัดกับหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 190 ของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และเอกสารคำแถลงการณ์ร่วมมี ลักษณะเป็นหนังสือสัญญา ซึ่งคณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 เนื่องจาก

1) มีข้อตกลงยอมรับแผนที่จัดทำขึ้นโดยฝ่ายกัมพูชา ซึ่งเป็นแผนที่แบบ เดียวกันกับแผนที่ที่ถูกทำขึ้นโดยคณะเจ้าหน้าที่ฝรั่งเศสตั้งแต่ปี ค.ศ. 1912 ตาม สนธิสัญญาเกี่ยวกับเขตแดนฉบับ ค.ศ. 1904 และฉบับ ค.ศ. 1907 ที่กัมพูชาเคยใช้ ประกอบการฟ้องประเทศไทยในคดีปราสาทพระวิหารเมื่อ พ.ศ. 2502 และศาลโลกมี



คำพิพากษาเมื่อเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2505 ซึ่งประเทศไทยไม่เคยยอมรับเส้นเขตแดนตามแผนที่ดังกล่าว เนื่องจากมิได้กำหนดแนวเขตแดนตามแนวสันปันน้ำธรรมชาติที่ปรากฏในพื้นที่จริงอันเป็นข้อตกลงที่ต้องยึดตามสนธิสัญญาฯ ดังกล่าวแต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกลับเห็นด้วยกับแผนที่ของฝรั่งเศสที่กัมพูชานำเสนอในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับปราสาทพระวิหาร โดยไม่ดำเนินการพิสูจน์แนวสันปันน้ำธรรมชาติที่แท้จริงตามสนธิสัญญาและตามข้อโต้แย้งของไทย และยังนำหลักทฤษฎีกฎหมายที่ไม่เคยใช้ในการพิจารณาคดีระหว่างประเทศมาใช้เป็นหลักในการพิจารณาพิพากษาแทนสนธิสัญญาเกี่ยวกับเขตแดนฉบับ ค.ศ. 1904 และ ค.ศ. 1907 ข้างต้น ได้แก่ ทฤษฎีกฎหมายปิดปาก ทฤษฎีอายุความ และทฤษฎีการนิ่งถือเป็นการยอมรับ

ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีคำพิพากษาให้ไทยย้ายกำลังทหารที่ประจำอยู่ ณ ปราสาทพระวิหารออกจากบริเวณปราสาทพระวิหารเมื่อเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2505 แต่รัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยในขณะนั้นไม่เคยยอมรับคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศขณะเดียวกันยังได้แสดงออกถึงการไม่ยอมรับคำพิพากษาทั้งโดยการออกประกาศของรัฐบาลและโดยการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศมีหนังสือโต้แย้งคัดค้านและสงวนสิทธิของไทยยังศาลยุติธรรมระหว่างประเทศด้วย แต่เพื่อไม่ให้มีปัญหาเนื่องจากเห็นว่าไทยเป็นสมาชิกสหประชาชาติจึงจะยอมเคลื่อนย้ายกำลังทหารออกจากบริเวณปราสาทพระวิหาร แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกลับมิได้กำหนดแนวบริเวณปราสาทพระวิหารไว้ในคำพิพากษา ทำให้ไม่สามารถทราบแนวเขตที่จะต้องเคลื่อนย้ายกำลังทหารออกมาได้ กระทรวงมหาดไทยจึงมีหนังสือเสนอแนวทางให้คณะรัฐมนตรีพิจารณากำหนดแนวเขตบริเวณปราสาทพระวิหาร โดยใช้ถ้อยคำว่า “ที่ประชุมได้พิจารณาแล้วเห็นว่าการที่จะกำหนดบริเวณปราสาทพระวิหารเพื่อที่กัมพูชาจักได้มีอำนาจอธิปไตยตามคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้น อาจทำได้ 2 วิธี” แต่คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม พ.ศ. 2505 โดยใช้ถ้อยคำว่า “ลงมติว่าการกำหนดเขตปราสาทพระวิหารให้ใช้วิธีที่ 2” ทั้งนี้คณะรัฐมนตรีได้ตัดคำว่า “อธิปไตยออก” แสดงให้เห็นเจตนารมณ์อันชัดแจ้งว่า คณะรัฐมนตรีไม่ต้องการให้แนวเขตบริเวณปราสาทดังกล่าวเป็นเขตแดน ดังนั้น การกำหนดแนวเขตบริเวณปราสาทพระวิหารตามข้อเสนอของกระทรวงมหาดไทยจึงเป็นเพียงเพื่อให้ทราบแนวเขตที่จะต้องเคลื่อนย้ายกำลังทหารออกมาเท่านั้น ซึ่งก็คือบริเวณพื้นที่ N.1 ในแผนที่ ซึ่งนายพนดล ปัทมะอ้างว่า เป็นแผนผังทำเยกสารคำแถลงการณ์ร่วม มิใช่แผนที่ แต่ตามข้อความในเอกสารคำแถลงการณ์ร่วม

กลับใช้คำว่า MAP ซึ่งแปลว่าแผนที่ และระบุไว้ว่าเป็นแผนที่ที่ฝ่ายกัมพูชาเป็นผู้จัดทำขึ้นแบบท้ายเอกสารคำแถลงการณ์ร่วมแต่ฝ่ายเดียว และในความเป็นจริง ตามแผนที่ที่ประเทศไทยยึดถือตามที่ได้แย่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และสงวนสิทธิไว้ในพื้นที่ N.1 N.2 (บางส่วน) และ N.3 ในแผนที่แบบท้ายเอกสารคำแถลงการณ์ร่วม ก็ล้วนแล้วแต่อยู่ในแนวเขตของประเทศไทยตามแนวสันปันน้ำธรรมชาติจริงตามข้อตกลงในสนธิสัญญาเกี่ยวกับเขตแดนฉบับ ค.ศ. 1904 และ ค.ศ. 1907 และเป็นไปตามแนวเขตแดนในแผนที่ของไทยที่สร้างขึ้นเมื่อ ค.ศ.1932 ด้วย อย่างไรก็ตาม นายนพดล ปัทมะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในฐานะตัวแทนของราชอาณาจักรไทย กลับแสดงออกทั้งในการประชุมเจรจาตกลงกับ Mr. Sok An, Deputy Prime Minister, Minister in charge of the office of the Council of Ministers ในฐานะตัวแทนของราชอาณาจักรกัมพูชาเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนมรดกโลกปราสาทพระวิหาร ที่สำนักงานใหญ่องค์การ UNESCO ณ กรุงปารีส ต่อหน้า Mrs. Francoise Riviere ตำแหน่ง Assistant Director-General for Culture of UNESCO Ambassador Francesco Caruso Mr. Azedine Beschaouch Mrs. Paola Leoncini Bartoli และ Mr. Giovanni Boccardi และโดยข้อความในข้อตกลงในเอกสารคำแถลงการณ์ร่วม ว่าพื้นที่ N.1 เป็นดินแดนของกัมพูชาแต่ผู้เดียวซึ่งไม่เป็นความจริง

2) นายนพดล ปัทมะ อ้างว่า พื้นที่ N.1 ตามแผนที่เป็นดินแดนของกัมพูชาตามคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ แต่ข้อเท็จจริงไม่เป็นดังนั้น เนื่องจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิพากษาให้ปราสาทพระวิหารอยู่ในดินแดนภายใต้อธิปไตยของประเทศกัมพูชา ซึ่งมีความหมายถึงเฉพาะตัวปราสาทพระวิหารเท่านั้น ไม่รวมไปถึงดินแดนบริเวณปราสาทพระวิหาร ดังนั้นพื้นที่ N.1

ตามที่นายนพดล ปัทมะ อ้างถึงเป็นการดำเนินการเกินกว่าคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ อีกทั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้เป็นผู้กำหนดแนวเขตดังกล่าว หากแต่คณะรัฐมนตรีของไทยเป็นผู้กำหนดเป็นแนวเขตบริเวณปราสาทพระวิหารตามข้อเสนอของกระทรวงมหาดไทย เพื่อให้หน่วยงานราชการของไทยสามารถทราบแนวเขตบริเวณที่จะปฏิบัติงานให้ถูกต้องตามคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น อีกทั้งคณะรัฐมนตรีโดยลำพังก็ไม่มีอำนาจที่จะกำหนดแนวเขตแดนระหว่างประเทศได้ด้วย ข้อกล่าวอ้างของนายนพดล ปัทมะ ในข้อนี้จึงไม่ถูกต้อง



3) นายพนมดล ปัทมะ ได้กล่าวอ้างอีกว่ารัฐบาลไทยเมื่อ พ.ศ.2505 ได้มีมติยกพื้นที่บริเวณพื้นที่ N.1 ให้แก่ราชอาณาจักรกัมพูชาตามคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้ว พื้นที่ดังกล่าวจึงเป็นของราชอาณาจักรกัมพูชาแล้ว การกำหนดในเอกสารคำแถลงการณ์ร่วม และในแผนที่แนบท้ายเอกสารดังกล่าวในลักษณะว่าพื้นที่บริเวณพื้นที่ N.1 เป็นของราชอาณาจักรกัมพูชาจึงไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย เพราะรัฐบาลไทยเมื่อ พ.ศ. 2505 ได้มีมติยกพื้นที่บริเวณพื้นที่ N.1 ให้แก่กัมพูชาตามคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศดังกล่าวแล้วนั่นเอง ทั้งนี้ นายพนมดล ปัทมะ อ้างว่าที่ตนเชื่อเช่นนั้นเพราะในหนังสือข้อเสนอของกระทรวงมหาดไทยที่เสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณากำหนดแนวเขตบริเวณปราสาทพระวิหารนั้น กระทรวงมหาดไทยระบุว่าการกำหนดแนวเขตบริเวณปราสาทพระวิหารดังกล่าวก็เพื่อให้ทราบพื้นที่ที่จะให้กัมพูชามี “อำนาจอธิปไตย” เหนือพื้นที่นั้นตามคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงเท่ากับว่ารัฐบาลไทยเมื่อ พ.ศ. 2505 ได้มีมติยกพื้นที่บริเวณพื้นที่ N.1 ให้แก่กัมพูชาตามคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้วนั่นเอง ข้อกล่าวอ้างดังกล่าวของนายพนมดล ปัทมะ ก็ไม่ถูกต้อง เพราะรัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรีไม่มีอำนาจลงมติยกดินแดนหรือกำหนดอาณาเขตไทยให้แก่ประเทศใดได้โดยตัวเอง และคำว่า “อำนาจอธิปไตย” ก็มีได้หมายถึงดินแดนหรือพื้นดิน แต่หมายถึงอำนาจในการปกครองดูแลพื้นที่นั้นเท่านั้น ดังเช่นที่กำหนดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับ รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2505 ที่ให้อยู่ในปัจจุบันในมาตรา 3 วรรคหนึ่ง ว่า

“อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

การที่นายพนมดล ปัทมะ ยกคำว่า “อำนาจอธิปไตย” เป็นข้ออ้างว่ารัฐบาลไทยเมื่อ พ.ศ. 2505 ได้มีมติยกพื้นที่บริเวณพื้นที่ N.1 ให้แก่กัมพูชาตามคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้วจึงเป็นการไม่ถูกต้อง และเนื้อหาข้อตกลงในเอกสารคำแถลงการณ์ร่วม รวมทั้งการแสดงออกของนายพนมดล ปัทมะ จึงทำให้เป็นการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรืออาจมีผลให้ถูกยกขึ้นเป็นข้ออ้างที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยได้

4) นับแต่คณะรัฐมนตรีมีมติเกี่ยวกับการกำหนดเส้นแนวเขตบริเวณปราสาทพระวิหารเมื่อเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2505 ก็ไม่ปรากฏว่ามีคณะรัฐมนตรีในรัฐบาลใดของ

ประเทศไทยมีมติเกี่ยวกับพื้นที่ N.1 อีกเลย การที่นายพล บัททะ อ้างว่ารัฐบาลไทยได้ยกพื้นที่ N.1 ให้กัมพูชาแล้วจึงไม่ถูกต้อง ประกอบกับแผนที่ที่กัมพูชาและประเทศไทยใช้อ้างอิงมีมาตราส่วนที่แตกต่างกัน การตกลงยอมรับแผนที่ที่กัมพูชาเป็นผู้จัดทำขึ้นจึงอาจมีผลกระทบต่อแนวเขตแดนอื่น ๆ ของไทยที่ต่อเนื่องกับแนวเขตแดนในพื้นที่ N.1 ซึ่งอาจมีผลกระทบต่ออาณาเขตไทยได้ในอนาคต

5) นายพล บัททะ อ้างอีกว่าตามแผนที่ L 7017 ที่กรมแผนที่ทหาร และหน่วยราชการไทยใช้อยู่ในปัจจุบันปรากฏเส้นเขตแดนที่แสดงพื้นที่ N.1อยู่นอกเขตประเทศไทยแสดงว่าพื้นที่ N.1 มิใช่เป็นเขตแดนในอาณาเขตไทย แต่ในความเป็นจริงแผนที่ L 7017 มีข้อความระบุไว้ในตอนล่างว่า “แนวพรมแดนระหว่างประเทศในแผนที่ระวางนี้ต้องไม่ถือกำหนดเป็นทางการ” และใช้คำภาษาอังกฤษว่า “*Delineation of international boundaries must not be considered authoritative*” แสดงว่าเส้นเขตแดนในแผนที่ L 7017 ไม่สามารถนำมาใช้อ้างอิงแนวอาณาเขตไทยอย่างเป็นทางการได้ดังที่นายพล บัททะ กล่าวอ้าง และกรณีที่นายพล บัททะ อ้างว่าแผนที่แนบท้ายเอกสารคำแถลงการณ์ร่วมเป็นเพียงแผนผังมิใช่แผนที่ แต่ต้นฉบับภาษาอังกฤษของเอกสารคำแถลงการณ์ร่วม ใช้คำว่า “MAP” ซึ่งแปลว่า แผนที่ มิใช่แผนผังดังที่นายพล บัททะ กล่าวอ้าง

6) ข้อเท็จจริงยังปรากฏอีกว่า แม้จะไม่มีปัญหาเกี่ยวกับพื้นที่ N.1 แต่ยังมีข้อห่วงใยและความไม่ชัดเจนว่าแนวเขตที่กำหนดพื้นที่ N.1 ในแผนที่ที่นายพล บัททะ นำมาแสดงต่อสาธารณชนนั้นเป็นแนวเขตที่ถูกต้องตามแนวเขตเดิมที่คณะรัฐมนตรีกำหนดและได้วางแนวรั้วลวดหนามไว้เมื่อ พ.ศ. 2505 หรือไม่ และยังปรากฏข้อห่วงใยของหน่วยทหารในพื้นที่และหน่วยทหารที่ไปสำรวจแนวเขตตามแผนที่ที่นายพล บัททะ นำมาแสดงว่าอาจมีแนวเขตที่ไม่ถูกต้อง และประเทศไทยอาจเสี่ยงต่อการเสียดินแดนจากการขึ้นทะเบียนมรดกโลกปราสาทพระวิหารอีกด้วย และกรณีที่นายพล บัททะ อ้างว่าพื้นที่ N.3 ในแผนที่เป็นพื้นที่ทับซ้อนระหว่างไทยกับกัมพูชา แต่ปรากฏว่าเมื่อกระทรวงการต่างประเทศมีหนังสือคัดค้านการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารไปยังกัมพูชาเมื่อเดือนเมษายน พ.ศ. 2551 กัมพูชาได้มีหนังสือตอบกลับมาว่านายสมัคร สุนทรเวช นายกรัฐมนตรีของประเทศไทยได้ให้การสนับสนุนการดำเนินการดังกล่าวแล้ว และยืนยันว่าไม่มีพื้นที่ทับซ้อนกับประเทศไทยแต่อย่างใดแสดงว่า กัมพูชาไม่เคยยอมรับแนวเขตแดน



ใดๆ ที่ไทยอ้าง เพราะแนวเขตแดนที่ไทยใช้อ้างอิงนั้นไม่ตรงกับแผนที่ที่กัมพูชาใช้อันมาจากแนวเขตในแผนที่ที่ไทยไม่เคยยอมรับการที่นายพนด ปัทมะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ในฐานะตัวแทนของราชอาณาจักรไทยลงนามในเอกสารคำแถลงการณ์ร่วม กับตัวแทนกัมพูชาและยอมรับแผนที่ของกัมพูชาอาจเป็นเหตุที่ถูกนำมาใช้เป็นข้อต่อสู้กับประเทศไทยในอนาคต และอาจทำให้ประเทศไทยเสียดินแดนได้

7) ในเอกสารคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวยังมีข้อตกลงเกี่ยวกับการร่วมกันบริหารจัดการพื้นที่ N.3 ระหว่างไทยกับกัมพูชา หรือผู้ที่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาลของแต่ละประเทศซึ่งพื้นที่ดังกล่าวเป็นพื้นที่ในอาณาเขตไทย จึงเท่ากับเป็นข้อตกลงที่ให้กัมพูชามีอำนาจบริหารจัดการบนพื้นที่แผ่นดินไทย ภายใต้การขึ้นทะเบียนเป็นมรดกโลกแต่เพียงฝ่ายเดียวของกัมพูชา อันเป็นอำนาจปกครองของรัฐบาลไทยและเป็นอำนาจอธิปไตยของประเทศไทย นอกจากนั้น ไทยกับกัมพูชาได้จัดตั้งคณะกรรมการร่วมเพื่อพัฒนาพื้นที่บริเวณปราสาทพระวิหาร เมื่อ พ.ศ. 2546 ซึ่งอาจมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญอีกด้วย ที่สำคัญจะมีผลกระทบต่องค์คมของประเทศอย่างมาก ด้วยเหตุนี้ เนื้อความของเอกสารคำแถลงการณ์ร่วมฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน พ.ศ. 2551 ซึ่งลงนามโดยนายพนด ปัทมะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในฐานะตัวแทนของราชอาณาจักรไทย กับตัวแทนของราชอาณาจักรกัมพูชา จึงเป็นพันธกรณีข้อตกลงระหว่างตัวแทนของทั้งสองประเทศ เอกสารดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นหนังสือสัญญาตามความหมายของมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มิใช่เป็นเพียงแถลงการณ์ตามที่นายพนด ปัทมะ กล่าวอ้างอีกเช่นกัน

8) เอกสารคำแถลงการณ์ร่วม หากนำไปใช้บังคับระหว่างประเทศย่อมสามารถถูกยกข้ออ้างตามสนธิสัญญากรุงเวียนนา เกี่ยวกับความหมายของสัญญาหรือสนธิสัญญาขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ได้ว่าเอกสารคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวมีลักษณะเป็นหนังสือสัญญาหรือสนธิสัญญาตามความหมายของสนธิสัญญากรุงเวียนนาและจะมีผลผูกพันประเทศไทยตามกฎหมายระหว่างประเทศ มิใช่เป็นเพียงแค่แถลงการณ์ตามที่นายพนด ปัทมะ พยายามกล่าวอ้าง

จึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดว่า เอกสารคำแถลงการณ์ร่วม เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 หรือไม่ และการกระทำของคณะรัฐมนตรี และ

นายพนพล ปัทมะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศที่ได้ดำเนินการเกี่ยวกับ ข้อตกลงและเงื่อนไขในเอกสาร รวมทั้งการลงนามในเอกสารคำแถลงการณ์ร่วมของนาย พนพล ปัทมะ เป็นการกระทำที่ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 190

5.8.2 ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัย

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัย มีดังนี้

ก. ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องทั้งสองข้างต้นไว้วินิจฉัยชี้ขาดตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือไม่

ข. คำแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา หรือ Joint Communiqué ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 หรือไม่

ค. หากคำแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา หรือ Joint Communiqué ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 แล้ว คำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 วรรคสอง ซึ่งต้องได้รับความ เห็นชอบของรัฐสภา หรือไม่

5.8.3 คำวินิจฉัย

ก. ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องทั้งสองข้างต้นไว้วินิจฉัยชี้ขาดตาม มาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือไม่

รัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง บัญญัติว่า “หนังสือสัญญาใดมีบท เปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออก พระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทาง เศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศ อย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับความ เรื่องดังกล่าว” และวรรคหก บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีปัญหาตามวรรคสอง ให้เป็นอำนาจของ



ศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาด โดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 154(1) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม”

มาตรา 154 บัญญัติว่า “ร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 150 หรือร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาลงมติยืนยันตามมาตรา 151 ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง

(1) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภาหรือประธานรัฐสภาแล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า”

ศาลรัฐธรรมนูญตรวจคำร้องที่หนึ่งของประธานวุฒิสภาที่มีสมาชิกวุฒิสภา ร่วมกันเสนอความเห็นต่อประธานวุฒิสภา มีจำนวน 77 คน และคำร้องที่สองของประธานสภาผู้แทนราษฎรที่มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรร่วมกันเสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร มีจำนวน 151 คนแล้วเห็นว่า จำนวนสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ร่วมกันเสนอความเห็นในแต่ละคำร้องมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา จึงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคหก ประกอบมาตรา 154 (1) จึงมีคำสั่งให้รับคำร้องทั้งสองไว้วินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 25 และข้อ 27 และเนื่องจากคำร้องทั้งสองคำร้องดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีประเด็นในการพิจารณาวินิจฉัยอย่างเดียวกัน จึงให้รวมการพิจารณาเข้าด้วยกัน

1) เพื่อประโยชน์แห่งการพิจารณา ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับคำร้องทั้งสองมาชี้แจงและให้ถ้อยคำพร้อมเอกสารประกอบ ได้แก่ นายณพดล ปัทมะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ และนายกฤต ไกรจิตติ อธิบดีกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ

1.1) นายนพดล ปัทมะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ชี้แจงและให้
 ถ้อยคำต่อศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นเกี่ยวกับคำแถลงการณ์ร่วมไทย - กัมพูชา ฉบับ
 ลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นหนังสือที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ตาม
 รัฐธรรมนูญ มาตรา 190 หรือไม่ สรุปได้ว่า เมื่อ พ.ศ. 2505 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ
 พิพากษาว่า ปราสาทพระวิหารตั้งอยู่บนดินแดนที่อยู่ภายใต้อธิปไตยของกัมพูชา ด้วย
 เหตุนี้ คณะรัฐมนตรีในขณะนั้นจึงมีมติปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่าง
 ประเทศ โดยให้คืนปราสาทและดินแดนรอบปราสาท เมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม พ.ศ. 2505
 หลังจากนั้นในการจัดทำแผนที่ของกรมแผนที่ทหาร คือ แผนที่ L 7017 ได้ปรากฏแนว
 เส้นเขตแดนที่ได้ตัดที่ดินกับปราสาทไปให้ประเทศกัมพูชาแล้ว และแผนที่ดังกล่าวเป็น
 แนวทางในการบริหารราชการแผ่นดินและหน่วยงานทุกหน่วยงานต้องปฏิบัติตาม ต่อมา
 ในการประชุมคณะกรรมการมรดกโลกที่นิวซีแลนด์ปี พ.ศ. 2505 มีมติของคณะกรรมการ
 มรดกโลก สรุปได้ว่าประเทศกัมพูชาและประเทศไทยเห็นพ้องกันอย่างเต็มที่ว่าปราสาท
 พระวิหารอันศักดิ์สิทธิ์มีคุณค่าจะต้องได้รับการขึ้นทะเบียนเป็นมรดกโลกโดยเร็วที่สุด
 ดังนั้น ประเทศกัมพูชาและประเทศไทยตกลงกันว่ากัมพูชาจะเสนอขึ้นทะเบียนปราสาท
 พระวิหารเป็นมรดกโลกอย่างเป็นทางการในการประชุมคณะกรรมการมรดกโลก
 สมัยประชุมที่ 32 ปี พ.ศ. 2551 โดยการสนับสนุนอย่างแข็งขันจากไทย จึงเห็นได้ว่าการ
 สนับสนุนให้กัมพูชาขึ้นทะเบียนปราสาทไม่ได้เกิดขึ้นจากการกระทำของรัฐบาล ชุดนี้เป็น
 ครั้งแรก แต่เกิดขึ้นตั้งแต่รัฐบาลสมัยพลเอก สุรยุทธ์ จุลานนท์ เป็นนายกรัฐมนตรี ในการ
 จัดทำคำแถลงการณ์ร่วมไทย - กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 การเจรจาบรรลุผล
 ที่เกาะกงและที่ปารีส ประเทศกัมพูชายอมจดทะเบียนมรดกโลกเฉพาะที่เป็นตัวปราสาท
 โดยต้องไปจัดทำแผนที่ขึ้นใหม่ตามที่แนบท้ายคำแถลงการณ์ดังกล่าว หลังจากทำแผนที่
 ขึ้นแล้วเจ้าหน้าที่ของไทยได้ไปตรวจสอบปรากฏว่าไม่มีส่วนหนึ่งส่วนใดล้ำเข้ามาใน
 เขตแดนของประเทศไทย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจึงนำแถลงการณ์ร่วม
 และแผนที่เสนอให้สภาความมั่นคงแห่งชาติพิจารณาเห็นชอบ จึงนำเสนอคณะรัฐมนตรี
 พิจารณาเห็นชอบในวันที่ 17 มิถุนายน 2551 และ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการ
 ต่างประเทศไปลงนามในคำแถลงการณ์ร่วมในวันที่ 18 มิถุนายน 2551 หลังจากได้รับ
 มอบอำนาจจากคณะรัฐมนตรีแล้ว การจัดทำคำแถลงการณ์ร่วมไม่ได้มีเจตนาที่จะทำเป็น
 หนังสือสัญญาหรือสนธิสัญญาใดๆ เพียงต้องการสะท้อนเจตนารมณ์ทางการเมืองที่
 ทั้งสองฝ่ายได้แก้ไขปัญหาเกี่ยวกับเรื่องปราสาทพระวิหารร่วมกัน และไม่ได้มีผลเป็นการ



เปลี่ยนแปลงเขตแดนหรืออธิปไตยของประเทศไทย นอกจากนั้นพื้นที่ทับซ้อนก็ยังเป็นพื้นที่ทับซ้อนเหมือนเดิมไม่ได้มีการสละให้กับประเทศกัมพูชาแต่อย่างใด

1.2) นายกฤต ไกรจิตติ อธิบดีกรมสนธิสัญญาและกฎหมายชี้แจงและให้ถ้อยคำในประเด็นเกี่ยวกับคำแถลงการณ์ร่วมไทย - กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นหนังสือที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 หรือไม่สรุปได้ว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิพากษาว่า ปราสาทพระวิหารตั้งอยู่ในอาณาเขตภายใต้อธิปไตยของประเทศไทย คำว่า อาณาเขต นั้น หมายถึง Territory ซึ่งมีเส้นเขตแดนเป็นตัวกำหนด ส่วนคำว่า Sovereignty หมายถึงอธิปไตยเหนือดินแดน ซึ่งมีเส้นเขตแดนเป็นตัวกำหนด ดังนั้น ปราสาทพระวิหาร และดินแดนที่อยู่ใต้ปราสาทเป็นของประเทศไทย ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2505 แล้ว สำหรับคำแถลงการณ์ร่วมที่สนับสนุนการขึ้นทะเบียนมรดกโลก ไม่ถือว่าเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง แต่เป็นเพียงการแสดงเจตนารมณ์ทางการเมืองมิได้อยู่ในความหมายของสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา เพราะไม่ได้เป็นความตกลงระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลกัมพูชา หากแต่เป็นเรื่องที่ประเทศไทยแถลงว่าประเทศไทยสนับสนุนการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกตามพื้นที่ที่จำกัดเฉพาะตัวปราสาทซึ่งอยู่ในดินแดนกัมพูชาและข้อตกลงในคำแถลงการณ์ร่วมก็ได้เป็นการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ใดๆ ทั้งสิ้น

ข. คำแถลงการณ์ร่วมไทย - กัมพูชา หรือ Joint Communiqué ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า คำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศทุกประเภทที่จัดทำขึ้นระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศในรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษร และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะถูกบันทึกไว้ในเอกสารฉบับเดียวหรือหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกัน และไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร อันเป็นความหมายที่ตรงกับคำว่า “treaty” ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และตรงกับที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยให้ความหมายไว้แล้วในคำวินิจฉัยที่ 11/2542 และคำวินิจฉัยที่ 33/2543

คำแถลงการณ์ร่วมไทย - กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 ประกอบด้วยการกระทำระหว่างรัฐต่อรัฐ เป็นลายลักษณ์อักษร โดยผู้มีอำนาจทำหนังสือสัญญาของทั้งสองประเทศซึ่งปกติคำแถลงการณ์ร่วมที่ไม่ประสงค์จะให้ผลทางกฎหมายนั้นไม่มีความจำเป็นต้องลงนาม แต่ในคำแถลงการณ์ร่วมนี้ฝ่ายไทยมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนาม นอกจากนี้ คำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวยังมุ่งให้เกิดผลทางกฎหมาย โดยพิจารณาจากพันธกรณีที่ทั้งสองฝ่ายจะจัดทำแผนบริหารจัดการพื้นที่ร่วมกัน คำแถลงการณ์ร่วมนี้จึงเข้าองค์ประกอบของลักษณะความตกลงระหว่างประเทศ โดยทั้งสองฝ่ายต่างสงวนสิทธิซึ่งกันและกัน เมื่อคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวมิได้กำหนดให้อยู่ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่ง จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ

เมื่อคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวเป็นหนังสือบันทึกข้อตกลงอันเป็นผลมาจากการประชุม ร่วมกันระหว่างผู้ที่มีอำนาจทำความตกลงระหว่างประเทศผูกพันประเทศไทย และกัมพูชาได้ โดยได้ประชุมทำความตกลงกันในรูปแบบและลักษณะของการประชุม เพื่อทำความตกลงระหว่างประเทศ และผู้มีอำนาจทำการแทนประเทศทั้งสองก็ทำความตกลงกันได้ 6 ข้อ ดังที่บันทึกไว้ในคำแถลงการณ์ร่วมนั้นด้วยเหตุนี้ คำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวจึงเข้าลักษณะเป็น “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 แล้ว

ค. หากคำแถลงการณ์ร่วมไทย - กัมพูชา หรือ Joint Communiqué ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 แล้ว คำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 วรรคสอง ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา หรือไม่

หากคำแถลงการณ์ร่วมไทย - กัมพูชา หรือ Joint Communiqué ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 แล้ว คำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 วรรคสอง ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา หรือไม่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง บัญญัติว่า



“หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน หกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว” ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง ได้บัญญัติถึงหนังสือสัญญารวม 5 ประเภทที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาก่อนที่คณะรัฐมนตรีจะอนุมัติให้มีการลงนามในหนังสือสัญญานั้นให้มีผลผูกพันประเทศไทย คือ

- 1) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย
- 2) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ
- 3) หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญานั้น
- 4) หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศ อย่างกว้างขวาง
- 5) หนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญการที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง กำหนดประเภทของหนังสือสัญญาที่คณะรัฐมนตรีจะต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภานั้น ก็เนื่องจากหนังสือสัญญานั้นเป็นหนังสือสัญญาที่มีความสำคัญก่อนที่หนังสือสัญญานั้นจะมีผลผูกพันกับประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศที่เป็นคู่สัญญาสมควรได้รับการพิจารณาอย่างรอบคอบทั้งโดยคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารที่มีอำนาจหน้าที่ในการทำหนังสือสัญญา ดังกล่าว และโดยรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติและเป็นตัวแทนของประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาประเภทของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสองแล้ว เห็นว่า คำว่า “หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลง...” นั้น ใช้กับหนังสือสัญญารวม 2 ประเภท คือหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งแม้ว่าถ้อยคำที่ใช้กับหนังสือสัญญาทั้งสองประเภทนี้ จะบัญญัติว่า หากเป็นหนังสือสัญญาที่มีบท

เปลี่ยนแปลง อันดูเหมือนว่าจะต้องปรากฏชัดในข้อบทหนังสือสัญญาว่ามีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจจึงต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภา แต่หากแปลความเช่นนั้น ก็จะไม่เกิดผลตามความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญที่มุ่งจะตรวจสอบควบคุมการทำหนังสือสัญญาก่อนที่ฝ่ายบริหารจะไปลงนามให้มีผลผูกพันประเทศ ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาตามมาภายหลังได้ จึงต้องแปลความว่าหากหนังสือสัญญาใดที่คณะรัฐมนตรีจะไปดำเนินการทำกับประเทศอื่นหรือกับองค์การระหว่างประเทศมีลักษณะของหนังสือสัญญาที่อาจมีผลเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรืออาจมีผลเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศก็ต้องนำหนังสือสัญญานั้นขอความเห็นชอบของรัฐสภาก่อนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง และวรรคสาม

ส่วนหนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญานั้นมีความชัดเจนของถ้อยคำอยู่แล้ว แต่สำหรับหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง และหนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ นั้นเป็นเรื่องที่ผู้ทำหนังสือสัญญาจะต้องใคร่ครวญให้รอบคอบก่อนที่จะดำเนินการทำหนังสือสัญญาดังกล่าว โดยต้องพิจารณาว่าหากกระทำไปแล้วจะก่อให้เกิดผลกระทบหรือมีผลผูกพันตามประเภทของหนังสือสัญญาที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง บัญญัติไว้หรือไม่ แล้วตัดสินใจว่าจะต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาก่อนหรือไม่

ส่วนเรื่องอาณาเขตของประเทศนั้น ถือเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในบริเวณที่ยังมีข้อขัดแย้งกันอยู่ระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศ การดำเนินการและการพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องนี้จึงต้องกระทำอย่างรอบคอบ หากเป็นกรณีที่เกิดการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของประเทศแล้วย่อมจะต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง ด้วย

สำหรับคำแถลงการณ์ร่วมไทย - กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 นั้น แม้จะไม่ได้ปรากฏสาระสำคัญอย่างชัดเจนว่าเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่อันเป็นอาณาเขตของประเทศไทยก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาข้อบททั้งหมดในคำแถลงการณ์ร่วมประกอบกับแผนที่หรือแผนผังแนบท้ายซึ่งจัดทำขึ้นโดยประเทศกัมพูชา แต่เพียงฝ่ายเดียว อันประกอบเป็นส่วนหนึ่งของคำแถลงการณ์ร่วมแล้ว จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าแผนที่ดังกล่าวได้กล่าวอ้างถึงพื้นที่ N.1 N.2 และ N.3



โดยที่ไม่ได้มีการกำหนดเขตของพื้นที่ N.1 N.2 และ N.3 ให้ชัดเจนว่ามีบริเวณครอบคลุม ส่วนใดของประเทศใดเป็นจำนวนเท่าใด ซึ่งเป็นการสุ่มเสี่ยงต่อผลกระทบในเรื่อง อาณาเขตของประเทศไทยอันเป็นปัญหาที่ละเอียดอ่อนและอาจก่อให้เกิดข้อพิพาท ระหว่างประเทศต่อไปภายหน้าได้ ประกอบกับการที่ประเทศกัมพูชาขอขึ้นทะเบียน ปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกนั้น มีความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่เป็นประเด็น ได้เถียงกันในเรื่องของเส้นเขตแดนและขอบเขตที่ปราสาทตั้งอยู่ ทั้งเป็นประเด็นที่มีความเห็นแตกต่างกันทั้งทางด้านสังคมและการเมืองมาโดยตลอด การที่รัฐมนตรีว่าการ กระทรวงการต่างประเทศได้ดำเนินการเจรจากับประเทศกัมพูชาก่อนที่จะได้มีการลงนาม คำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว ฟังเล็งเห็นได้ว่า หากลงนามคำแถลงการณ์ร่วมไป ก็อาจก่อให้เกิดการแตกแยกกันทางด้านความคิดเห็นของคนในสังคมทั้งสองประเทศ อีกทั้งอาจ ก่อให้เกิดวิกฤติแก่ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชา อันมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคมอย่างกว้างขวาง คำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวจึงเป็นหนังสือ สัญญาที่อาจมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตประเทศไทย จึงเป็นหนังสือสัญญาที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง กำหนดให้ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยชี้ขาดว่า คำแถลงการณ์ ร่วมไทย - กัมพูชาหรือ Joint Communiqué ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นหนังสือ สัญญาที่อาจมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของประเทศ ทั้งยังมีผลกระทบต่อความมั่นคง ทางสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางอีกด้วย ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตาม รัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง

5.8.4 ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นไปตามบทบัญญัติของมาตรา 216 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่บัญญัติว่า

“คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ”

อันที่จริงแล้ว บทบัญญัติแห่งมาตรา 216 ข้างต้นเป็นเพียงผลประการหนึ่งของ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น กล่าวคือ เป็นเพียงการระบุถึงองค์กรที่ต้องผูกพัน ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น ผลประการอื่นๆ นอกจากองค์กรที่ต้องผูกพัน ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ระยะเวลาเริ่มต้นของการมีผลผูกพันและ

ขอบเขตของการมีผลผูกพัน⁵⁵ ซึ่งสองกรณีหลังนี้มีได้บัญญัติไว้ชัดเจนเหมือนกับกรณี
องค์กรที่จะต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 216 วรรคห้า ดังนั้น
เพื่อความเข้าใจอย่างรอบด้านเกี่ยวกับผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ จึงขอ
พิจารณาผลทั้งสามประการ ดังนี้

ก. ระยะเวลาเริ่มต้นของการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ในส่วนของระยะเวลาเริ่มต้นของการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ
มีประเด็นอยู่ว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลเมื่อใด จะมีผลตั้งแต่วันที่ศาลมี
คำวินิจฉัย หรือวันที่แจ้งคำวินิจฉัยให้คู่กรณีทราบหรือวันที่คู่กรณีได้รับทราบหรือถือว่า
ได้รับทราบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในราชกิจจานุเบกษา คำตอบต่อปัญหานี้ขึ้นอยู่กับ
ว่าเนื้อหาของสาระของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องใดและควรมีผลผูกพัน
บุคคลใดบ้าง ตัวอย่างเช่น หากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องของการวินิจฉัย
ว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า
กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายเช่นนั้นจะสิ้นผลบังคับเมื่อใด จะเห็นได้ว่า การ
สิ้นผลบังคับของกฎหมายที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมมีผลกระทบต่อการบังคับใช้
กฎหมาย เช่นว่านั้นเป็นการทั่วไป ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการสิ้น
ผลบังคับของกฎหมายนั้นก็จะต้องประกาศให้เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่ากฎหมายเช่นนั้น
นั้นไม่มีผลบังคับใช้ต่อไปแล้ว ดังนั้น การสิ้นผลบังคับของกฎหมายดังกล่าวน่าจะเป็น
วันถัดจากวันที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาตามนัย
ของมาตรา 216 วรรคสาม ที่บัญญัติว่า

*“คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและความเห็นในการวินิจฉัยของตุลาการ
ศาลรัฐธรรมนูญทุกคนให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา”*

ในกรณีดังกล่าวข้างต้น องค์กรต่างๆ ที่ต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยของศาล
รัฐธรรมนูญตามมาตรา 216 วรรคห้า ดังกล่าวข้างต้นก็น่าจะต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยของ
ศาลรัฐธรรมนูญนับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไปเช่นเดียวกัน

⁵⁵บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), น. 304 – 306 สำหรับผลของคำวินิจฉัยของรัฐธรรมนูญบางประเภท เช่น เยอรมนี ดูรายละเอียด
ใน บุญศรี วงศ์อุโฆษ, *ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ*, (รายงานการวิจัยเสนอต่อ
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2547) และดู บุญศรี วงศ์อุโฆษ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, พิมพ์ครั้งที่
ที่ 3 (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552)



เพราะเท่ากับว่าองค์กรต่างๆ ได้รับรู้โดยชอบด้วยกฎหมายแล้วว่ากฎหมายเช่นนั้นสิ้นผลบังคับลงเมื่อได้ประกาศคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งน่าจะสอดคล้องกับข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550⁵⁶ ข้อ 55 วรรคห้า ที่กำหนดว่า

“ในกรณีที่ศาลมีคำวินิจฉัยคำร้องตามข้อ 17 (11) ว่าไม่เป็นไปตามมาตรา 184 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ หรือข้อ 17 (13) (14) (18) หรือ (19) ว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจัดทำประกาศผลแห่งคำวินิจฉัยของศาลส่งไปประกาศในราชกิจจานุเบกษาโดยเร็ว”

อย่างไรก็ดี หากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลเฉพาะตัวบุคคลหรือเฉพาะพรรคการเมืองหรือแม้แต่เฉพาะองค์กร เมื่อเนื้อหาสาระของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องคุณสมบัติของบุคคลที่ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือเป็นเรื่องการดำเนินงานของพรรคการเมือง หรือเป็นเรื่องอำนาจหน้าที่ขององค์กร ซึ่งเป็นเรื่องเฉพาะตัวบุคคลหรือเฉพาะพรรคการเมืองหรือเฉพาะองค์กรแต่มิได้มีผลบังคับแก่บุคคลทั่วไป เหมือนกับกรณีดังกล่าวข้างต้นแล้ว คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องเฉพาะตัวหรือเฉพาะพรรคการเมืองหรือเฉพาะองค์กร ก็น่าจะมีผลเมื่อบุคคลหรือพรรคการเมืองหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องได้รับทราบหรือถือว่าได้รับทราบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ตามหลักทั่วไปของการพิจารณาความ เช่น จากการเข้าฟังการอ่านคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งน่าจะสอดคล้องกับข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 55 วรรคสอง วรรคสามและวรรคสี่ ที่กำหนดว่า

“คำวินิจฉัยของศาลให้มีผลในวันอ่าน

ในกรณีที่ศาลมีคำวินิจฉัยคำร้องที่มีคู่กรณี ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายแล้วแต่กรณีทราบนัดโดยชอบแล้วไม่มา ให้ศาลบันทึกไว้และให้ถือว่าคำวินิจฉัยนั้นได้อ่านโดยชอบแล้ว

ในกรณีที่ศาลมีคำวินิจฉัยคำร้องที่ไม่มีผู้ถูกร้อง ให้ศาลแจ้งคำวินิจฉัยของศาลแก่ผู้ร้องและให้ถือว่าวันที่ศาลลงมติซึ่งเป็นวันที่ปรากฏในคำวินิจฉัยเป็นวันอ่าน”

ดังนั้น ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาใดต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่

⁵⁶ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอนที่ 96 ก ลงวันที่ 21 ธันวาคม 2550

ของคณะรัฐมนตรีโดยตรง เพราะฉะนั้น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่าหนังสือสัญญาใด ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาจึงมีผลเมื่อคณะรัฐมนตรีทราบหรือถือว่าทราบ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ซึ่งหากพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งให้นำบทบัญญัติ มาตรา 154 (1) มาบังคับใช้กับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม และเมื่อ พิจารณาทบทบัญญัติในมาตรา 154 (1) แล้วจะเห็นได้ว่าความตอนท้ายของมาตรา 154 (1) บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยและ “แจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า” ดังนั้น คำวินิจฉัยของศาลเมื่อมีผลเมื่อนายกรัฐมนตรีทราบถึงคำวินิจฉัยของศาล รัฐธรรมนูญ และเมื่อนายกรัฐมนตรีทราบถึงคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็จะ ถือว่าคณะรัฐมนตรีทราบถึงคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเช่นกัน ซึ่งวันที่นายกรัฐมนตรี ทราบถึงคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก็เป็นไปตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วย วิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 55 วรรคสอง ประกอบวรรคสามหรือ วรรคสี่แล้วแต่กรณี

ข. ขอบเขตของการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ในส่วนของขอบเขตของการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้น มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าเนื้อหาของคำวินิจฉัยมีผลผูกพัน จะหมายความว่าถึง เนื้อหาของคำวินิจฉัยที่เป็นประเด็นหลักเท่านั้นหรือรวมถึงเนื้อหาทั้งหมดของคำวินิจฉัย ไม่ว่าจะเป็นประเด็นหลักหรือประเด็นย่อยก็ตาม⁵⁷

ประเด็นดังกล่าวข้างต้นนี้ยังไม่มีคำตอบที่ชัดเจน แต่อย่างไรก็ดี จะเห็นได้ว่าใน ส่วนที่เป็นประเด็นหลักของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นย่อมมีผลผูกพันองค์กรต่างๆ ตามมาตรา 216 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อยู่ แล้ว ส่วนประเด็นอื่นที่เป็นประเด็นรองหรือประเด็นสืบเนื่องข้างเคียง (ถ้ามี) หากเป็น ส่วนหนึ่งหรือมีความเกี่ยวข้องกับประเด็นหลัก ก็พึงมีผลผูกพันเช่นเดียวกับประเด็นหลัก เนื่องจากเป็นประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องหยิบยกขึ้นอธิบายในการให้เหตุผลในการ วินิจฉัยตามมาตรา 216 วรรคสี่ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ส่วนประเด็นที่ไม่เกี่ยวข้องก็ไม่มีเหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญจะหยิบยกขึ้นพิจารณาว่ากล่าว อยู่แล้ว ดังนั้น จึงน่าที่จะยอมรับเป็นหลักการได้ว่า เนื้อหาทั้งหมดของคำวินิจฉัยของศาล

⁵⁷ โปรดดูรายละเอียดใน บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 51, น. 305.



รัฐธรรมนูญย่อมมีผลผูกพันโดยไม่ต้องพิจารณาว่าเนื้อหาส่วนใดเป็นประเด็นหลักหรือเป็นประเด็นรองหรือประเด็นสืบเนื่องข้างเคียง เพราะหากแยกประเด็นหลักจากประเด็นรองหรือประเด็นสืบเนื่องข้างเคียง ก็อาจมีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปว่าอะไรคือประเด็นหลักหรือเป็นประเด็นรองหรือประเด็นสืบเนื่องข้างเคียง ทำให้เกิดความยุ่งยากซับซ้อนมากขึ้น อย่างไรก็ตาม การถือว่าเนื้อหาทั้งหมดของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันย่อมพิจารณาบนพื้นฐานที่ว่า ศาลจะไม่วินิจฉัยประเด็นที่ไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ขอให้ศาลวินิจฉัย

ในส่วนที่เกี่ยวกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542 เกี่ยวกับหนังสือแจ้งความจำนงค์ขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงิน คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543 เกี่ยวกับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551 เรื่องคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา ลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 นั้น จะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าอะไร คือ “หนังสือสัญญา” ตามมาตรา 224 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542 และยืนยันความหมายของ “หนังสือสัญญา” ตามมาตรา 224 วรรคสองอีกครั้งในคำวินิจฉัยของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543 โดยคำวินิจฉัยทั้งสองอาศัยเกณฑ์ตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยยอมรับและผูกพัน เนื่องจากประเทศไทยไม่เคยได้แจ้งจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าว และความหมายของ “หนังสือสัญญา” ก็ได้รับการยืนยันอีกครั้งหนึ่งในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551 ถึงแม้คำว่า “หนังสือสัญญา” ในคำวินิจฉัยดังกล่าวจะเป็น “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ตาม

จะเห็นได้ว่า ความหมายของ “หนังสือสัญญา” ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับเป็นประเด็นหลักของคำวินิจฉัย ส่วน “หนังสือสัญญา” มีความหมายอย่างเดียวกันกับคำว่า “สนธิสัญญา” ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เป็นประเด็นสืบเนื่องที่เกี่ยวข้องกัน ดังนั้น จึงถือว่าเกณฑ์ในการพิจารณาว่าอะไรคือ “หนังสือสัญญา” จะเดินไปตามความหมายที่ให้ไว้แก่คำว่า “สนธิสัญญา” ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ผูกพันประเทศไทย และก็ถือว่าเป็นประเด็นหลักและประเด็นที่สืบเนื่องที่จะต้องผูกพันองค์กรต่างๆ ตามมาตรา 216 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่ง

ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ค. องค์การที่จะต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับองค์การที่จะต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นได้บัญญัติไว้ชัดเจนในมาตรา 216 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งจะเห็นได้ว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมิได้ผูกพันเฉพาะรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและองค์กรอื่นๆ ของรัฐเท่านั้นแต่ยังผูกพัน “ศาล” ต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหารและรวมถึงศาลรัฐธรรมนูญด้วย ดังนั้นจึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าหากถือว่าคำวินิจฉัยทั้งหมดของศาลรัฐธรรมนูญผูกพันองค์กรต่างๆ รวมทั้งศาลรัฐธรรมนูญด้วย ศาลรัฐธรรมนูญจะกลับ แก่หรือเปลี่ยนแปลงผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เคยวินิจฉัยไปแล้วได้หรือไม่ อย่างไร⁵⁸ ประเด็นดังกล่าวนี้เป็นประเด็นที่น่าสนใจแต่ยังไม่มีความชัดเจน ซึ่งหากพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 216 วรรคห้าข้างต้น จะเห็นว่าไม่มีข้อยกเว้นของการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่ผูกพันตามคำวินิจฉัยของตนเองที่เคยวินิจฉัยไปแล้ว และบทบัญญัติในลักษณะนี้กำลังบอกศาลรัฐธรรมนูญว่า คำวินิจฉัยตลอดทั้งเหตุผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีความสำคัญเพียงใด แม้แต่ศาลรัฐธรรมนูญเองต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เคยวินิจฉัยไว้แล้ว ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องรอบคอบและระมัดระวังอย่างมากในการทำคำวินิจฉัย

ข้อพิจารณาต่อไปก็คือ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยแล้ว องค์กรอื่นๆ จะต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยเช่นนั้น ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับเนื้อหาสาระของคำวินิจฉัยเป็นสำคัญว่าเป็นกรณีเช่นใด เช่น หากเป็นคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ องค์กรซึ่งมีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายดังกล่าวก็ย่อมผูกพันที่จะไม่ใช้บังคับกฎหมายเช่นนั้น ไม่ว่าจะเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร หรือตุลาการก็ตาม ยกเว้นในกรณีของคดีที่เกี่ยวข้องกับการใช้บังคับกฎหมายดังกล่าวและศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วตามมาตรา 211 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่บัญญัติว่า

“คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ในคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว”

⁵⁸ เพิ่งอ้าง, น. 306.



ในกรณีนี้ที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญและสิ้นผลบังคับใช้ ก็เป็นเรื่องของฝ่ายนิติบัญญัติว่าจะตรากฎหมายใหม่ให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ อำนาจในการตรากฎหมายเป็นของฝ่ายนิติบัญญัติ คำวินิจฉัยของศาลไม่อาจก้าวล่วงอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติจนถึงขนาดมีผลบังคับให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือแม้กระทั่งฝ่ายบริหารเสนอกฎหมายใหม่ให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้ การเสนอและการตรากฎหมายยังคงเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติที่ศาลรัฐธรรมนูญจะก้าวล่วงไปบังคับมิได้

แต่หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าเฉพาะบทบัญญัติบางส่วนของกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่ใช่บทบัญญัติทั้งหมดขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในกรณีเช่นว่านี้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญน่าจะผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติให้ต้องแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญโดยเร็ว เนื่องจากไม่ใช่เรื่องอำนาจในการตรากฎหมายใหม่ แต่เป็นเรื่องของการบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่แล้ว แต่มีบทบัญญัติบางส่วนขัดต่อรัฐธรรมนูญ การบังคับใช้กฎหมายเช่นว่านั้นย่อมก่อให้เกิดปัญหาการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ จึงต้องดำเนินการแก้ไขบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญต่อไป

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า มาตรา 216 วรรคห้าของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ใช้คำว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด” คำว่า “เด็ดขาด” (decisive) ในที่นี้มีความหมายว่าอย่างไร จะมีความหมายเหมือนคำว่า “เป็นที่สุด” (final) หรือไม่ อย่างน้อยที่สุดคำว่า “เป็นเด็ดขาด” ย่อมหมายความว่า จะโต้แย้งในทางใดๆ มิได้ ซึ่งก็น่าจะมีนัยต่อไปว่า “เป็นที่สุด” นั้นเอง กล่าวคือ จะหยิบยกขึ้นมากล่าวกันอีกโดยองค์กรใดๆ มิได้ ตามหลัก *res judicata* นั้นเอง ซึ่งก็น่าจะสอดคล้องกับมาตรา 215 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่บัญญัติว่า

“ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าเรื่องใดหรือประเด็นใดที่ได้มีการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา เป็นเรื่องหรือประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยพิจารณาวินิจฉัยแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องหรือประเด็นดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้”

จากบทบัญญัติมาตรา 216 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะเห็นได้ว่า เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า หนังสือสัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาที่คณะรัฐมนตรีจะต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 190

วรรคสอง คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวย่อมผูกพันคณะรัฐมนตรีว่า หากคณะรัฐมนตรีจะแสดงเจตนาผูกพันตามหนังสือสัญญาที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภา ความผูกพันของคณะรัฐมนตรีตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก็คือ การขอความเห็นชอบของรัฐสภาก่อนที่คณะรัฐมนตรีจะแสดงเจตนาผูกพันตามหนังสือสัญญาดังกล่าวเท่านั้น แต่หากคณะรัฐมนตรีเห็นว่ายังไม่ควรแสดงเจตนาผูกพันตามหนังสือสัญญา ก็เป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีในเรื่องของการทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศตามมาตรา 190 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญคงมีอาจก้าวล่วงไปบังคับให้คณะรัฐมนตรีต้องรับขอความเห็นชอบของรัฐสภาในการแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามหนังสือสัญญานั้น การจะแสดงเจตนาผูกพันตามหนังสือสัญญาย่อมเป็นอำนาจโดยแท้ของคณะรัฐมนตรีตามนัยของมาตรา 190 วรรคแรก ประกอบกับมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

5.8.5 ข้อสังเกตเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551

ก. อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 190 วรรคสอง

จากบทบัญญัติมาตรา 190 วรรคท้าย ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับมาตรา 190 ดังกล่าว คือ อำนาจในการวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาใดต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่ โดยข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 หมวด 2 ข้อ 17(2) ได้กำหนดไว้สอดคล้องกับมาตรา 190 ว่า

“(12) คดีที่ขอให้วินิจฉัยชี้ขาดว่า หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศ อย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ”

ในการวินิจฉัยชี้ขาดตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และข้อ 17 (12) ของข้อกำหนดข้างต้น จะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญ



พิจารณาเบื้องต้นด้วยว่า ตราสารที่คณะรัฐมนตรีทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศนั้นเป็น “หนังสือสัญญา” หรือไม่ และหากตราสารเช่นนั้นเป็น “หนังสือสัญญา” ประเด็นต่อไปคือ “หนังสือสัญญา” นั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือไม่

(i) ตราสารใดเป็นหนังสือสัญญาหรือไม่

ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่ว่าคำวินิจฉัยที่ 11/2542 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543 และแม้กระทั่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551 ก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยในประเด็นเบื้องต้นนี้ทั้งสิ้น ซึ่งถึงแม้ประเด็นดังกล่าวจะมีใช่เป็นประเด็นหลักของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ก็ยังเป็นประเด็นที่สำคัญของคำวินิจฉัยที่มีผลผูกพันตามมาตรา 216 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เนื่องจากจะต้องใช้เป็นบรรทัดฐานสำหรับองค์กรต่างๆ ตามมาตรา 216 วรรคห้าด้วย ศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยทั้งสามดังกล่าวข้างต้นได้วินิจฉัยไปในแนวเดียวกันตามคำวินิจฉัยที่ 11/2542 ว่า “หนังสือสัญญา” คืออะไร โดยถือตามความหมายของ “สนธิสัญญา” ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งประเทศไทยแม้จะมีใช้ภาคีอนุสัญญาดังกล่าวแต่ประเทศไทยก็ยอมรับและผูกพันตามหลักเกณฑ์ในอนุสัญญาดังกล่าวในฐานะที่เป็น “จารีตประเพณีระหว่างประเทศ”

การใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าตราสารใดเป็น “หนังสือสัญญา” ตามความหมายของ “สนธิสัญญา” ตามนัยของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ตลอดทั้งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศและระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 น่าจะเป็นสิ่งที่ถูกต้องและสอดคล้องกับความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญา

(ii) หนังสือสัญญาจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่

ประเด็นที่สองนี้เป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยในเบื้องต้นแล้วว่าตราสารใดเป็นหนังสือสัญญาหรือไม่ จากนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยต่อไปว่า หนังสือสัญญาเช่นนั้นที่คณะรัฐมนตรีทำขึ้นกับนานาประเทศ หรือกับองค์การระหว่างประเทศ

จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่ ตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้น หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาเช่นนั้นไม่ต้องด้วยบทบัญญัติแห่งมาตรา 190 วรรคสอง คณะรัฐมนตรีก็ไม่ต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภา ตรงกันข้าม หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาเช่นนั้นต้องด้วยบทบัญญัติแห่งมาตรา 190 วรรคสอง คณะรัฐมนตรีจะต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาตามกระบวนการดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190

ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจที่จะก้าวล่วงไปวินิจฉัยว่า คณะรัฐมนตรีควรจะทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศหรือไม่ หรือเนื้อหาของสาระของหนังสือสัญญาควรจะเป็นอย่างไร เพราะกรณีดังกล่าวเป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญของคณะรัฐมนตรีหรือรัฐสภาในกรณีที่หนังสือสัญญาดังกล่าวต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภา

ข. การตีความคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 ว่าเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551 มีหลายส่วนหลายตอนที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการใช้และการตีความบทบัญญัติของมาตรา 190 วรรคสอง โดยศาลรัฐธรรมนูญนำเกณฑ์ของ “หนังสือสัญญา” ซึ่งเคยวางไว้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542 และ 33/2543 มาปรับใช้กับคำแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 อย่างเคร่งครัด โดยให้น้ำหนักอย่างมากต่อเงื่อนไขในมาตรา 190 วรรคสอง แต่ไม่ได้ให้น้ำหนักมากนักแก่บริบทของการทำคำแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา ดังกล่าวในทางระหว่างประเทศระหว่างประเทศไทยกับกัมพูชาซึ่งการละเลยไม่คำนึงถึงบริบทในทางระหว่างประเทศดังกล่าวย่อมส่งผลต่อการตีความของศาลรัฐธรรมนูญว่า คำแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชาดังกล่าวเป็น “หนังสือสัญญา” ตามนัยที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางเกณฑ์ไว้หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกณฑ์ของ “หนังสือสัญญา” ที่ว่า “ต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ”

การที่ “หนังสือสัญญา” จะต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศมิใช่ความหมายแต่เพียงว่า “หนังสือสัญญา” ตามนัยของมาตรา 190 จะต้องไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายภายในของ รัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้น การที่ “หนังสือสัญญา” จะต้องอยู่ในบังคับกฎหมายระหว่างประเทศย่อมหมายความว่า บรรดาสิทธิ (rights) และพันธกรณี



(obligations) ตาม “หนังสือสัญญา” ดังกล่าวมีผลผูกพันทางกฎหมาย (legal binding) และสามารถบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและพันธกรณีเช่นว่านั้นได้โดยกลไกของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น การอ้างข้อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและพันธกรณี ซึ่งก็คือ การอ้างสนธิสัญญาหรือหนังสือสัญญาที่กำหนดสิทธิและพันธกรณีไว้นั้นเอง หรือสามารถให้องค์กรทางตุลาการระหว่างประเทศวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและพันธกรณีเช่นว่านั้นได้ เช่น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ตามข้อ 38 ววรรค 1 (a) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และผลของคำวินิจฉัยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศย่อมผูกพันรัฐคู่พิพาทตามหลัก *res judicata* ดังบัญญัติไว้ในข้อ 59⁵⁹ ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งหากมิใช่ข้อพิพาททางกฎหมายแล้ว ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็จะไม่มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าว และในกรณีเช่นว่านั้น คู่พิพาทก็อาจใช้วิธีการระงับข้อพิพาทอื่นๆ ที่ไม่มีลักษณะทางตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ เช่น การเจรจา การไกล่เกลี่ย การประนีประนอม หรือวิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีอื่นใดตามที่รัฐคู่พิพาทอาจตกลงกันตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 2 ววรรค 3⁶⁰ และข้อ 33 ววรรค 1 ของกฎบัตรสหประชาชาติ⁶¹ ตัวอย่างของข้อพิพาทที่ไม่อาจระงับได้โดยวิธีระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะทางตุลาการดังกล่าว เช่น ข้อพิพาททางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม เป็นต้น

ดังนั้น หาก “ตราสารระหว่างประเทศ” (international instruments) ได้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศดังได้อธิบายไว้ข้างต้นแล้ว “ตราสารระหว่างประเทศ” นั้นก็มีใช้ “สนธิสัญญา” ตามที่ได้นิยามไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วย

⁵⁹ Article 59

The decision of the Court has no binding force except between the parties and in the respect of that particular case.

⁶⁰ Article 2

3. All Members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and, justice, are not endangered.

⁶¹ Article 33

1. The parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of a, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice.

กฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศและระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันเอง ค.ศ.1986 และจึงมีใช้ “หนังสือสัญญา” ตามนัยที่ศาลรัฐธรรมนูญได้อธิบายไว้ใน คำวินิจฉัยที่ 11/2542 33/2543 และ 6-7/2551 ตามลำดับ

การที่ “ตราสารระหว่างประเทศ” ไม่มีสถานะเป็น “สนธิสัญญา” หรือ “หนังสือสัญญา” ดังกล่าวข้างต้นก็มีได้หมายความว่า “ตราสารระหว่างประเทศ” เช่นว่านั้นไม่มีผลใดๆ เลยในทางระหว่างประเทศ “ตราสารระหว่างประเทศ” เช่นว่านั้นอาจอาจมีผลผูกพัน ในทางการเมืองระหว่างประเทศในลักษณะของ “ความผูกพันทางการเมือง” (political commitment) ซึ่งถึงแม้จะไม่สามารถบังคับกันได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยใช้อ องค์กที่มีลักษณะทางตุลาการ แต่ก็สามารถใช้วิธีการระงับข้อพิพาทอย่างอื่นที่ไม่มี ลักษณะทางตุลาการดังกล่าวข้างต้นได้ หรือหากรัฐคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งไม่ยอมใช้วิธีการ ระงับข้อพิพาทเช่นว่านั้น รัฐคู่พิพาทอีกรัฐหนึ่งอาจใช้ หลัก “ช่วยเหลือตนเอง” (self-help) ในลักษณะของการตอบโต้ (retaliation) ในทางระหว่างประเทศได้⁶²

ประเด็นจึงอยู่ที่ว่า จะทราบได้อย่างไรว่า “ตราสารระหว่างประเทศ”ใด “อยู่ใน บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ” หรือมีผลผูกพันทางกฎหมาย (legal binding) หรือ เป็นเพียง “ความผูกพันทางการเมือง” (political commitment)⁶³ การทำความเข้าใจใน

⁶² ดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2*, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550).

⁶³ See K.Widdows, What is an Agreement in International Law, *British Yearbook of International Law*, (1997), p. 137; M.Nash, International Law Acts not Constituting Agreement, 88 *American Journal of International Law* 515 (1994); Jerry Z. Li, “The Legal Status of Three Sino—US Joint Communiqués.” 5 *Chinese Journal of International Law* 617 (November 2006).

; สำหรับบทวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551 โปรดดูรายละเอียด ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช “ข้อสังเกตต่อคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีสถานะทางกฎหมายของคำแถลงการณ์ร่วมระหว่าง ประเทศไทยกับประเทศกัมพูชา” *วารสารนิติศาสตร์* 37, 3 (กันยายน 2551), น. 592 – 604. และ บทความที่เกี่ยวข้อง ดู ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับคดีปราสาท เชาพระวิหาร,” *จลนิตี* 5,5 (กันยายน – ตุลาคม 2551), น. 32 -34.; ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “ปัญหา สถานะทางกฎหมายของหนังสือแจ้งความจำนขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาล มีไปถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศตามมาตรา 224 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540,” *วารสารนิติศาสตร์* 32, 4 (ธันวาคม 2545), น.902 -912.



ประเด็นดังกล่าวนี้อาจต้องอาศัยการศึกษาถึงแนวปฏิบัติของรัฐต่างๆ ในทางระหว่างประเทศ ตลอดจนทั้งแนวคำวินิจฉัยของ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเกี่ยวกับ “ตราสารระหว่างประเทศ” ที่เรียกว่า “แถลงการณ์ร่วม” (joint communiqué) ซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะทำในลักษณะทวิภาคี(bilateral) อันจะเป็นการง่ายในการพิจารณาถึง “บริบท” ในทางระหว่างประเทศของการทำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาถึง “เจตนา” ของรัฐที่เข้าทำแถลงการณ์ร่วมว่าต้องการให้มีผลผูกพันทางกฎหมายหรือเป็นเพียงความผูกพันทางการเมืองเท่านั้น

การพิจารณาถึง “เจตนา” ของการเข้าทำแถลงการณ์ร่วมปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Aegean Sea Continental Shelf ระหว่างกรีซกับตุรกีในปี ค.ศ. 1978 โดยกรีซและตุรกีได้ทำแถลงการณ์ร่วม แต่ทั้งสองประเทศมีความเห็นที่แตกต่างกันเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว โดยตุรกีเห็นว่าแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวไม่มีสถานะเป็นสนธิสัญญาในขณะที่กรีซเห็นว่าแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวเป็นสนธิสัญญา ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวโดยพิจารณาถึงเกณฑ์สองประการเพื่อหา “เจตนา” ที่แท้จริงของทั้งสองประเทศในการทำแถลงการณ์ร่วม กล่าวคือ “ถ้อยคำ” (terms) ในแถลงการณ์ร่วมและ “บริบท” (context) ในขณะประเทศทั้งสองที่ทำแถลงการณ์ร่วมประกอบกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างๆ และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยว่า แถลงการณ์ร่วมดังกล่าวไม่มีสถานะเป็นสนธิสัญญาที่มีผลผูกพันทางกฎหมาย

การพิจารณาถึง “เจตนา” ของรัฐในการทำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวนี้ว่ามีน้ำหนักอย่างมากในการที่จะหยั่งรู้ถึงความต้องการที่แท้จริงของรัฐที่ทำแถลงการณ์ร่วมซึ่งน่าจะนำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาถึงคำแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 ได้เป็นอย่างดี เนื่องจากอำนาจหน้าที่ในการทำตราสารระหว่างประเทศและหนังสือสัญญาเป็นของฝ่ายบริหารโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ และฝ่ายตุลาการ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรภายในประเทศทางตุลาการควรที่จะพิจารณาถึงท่าทีและเจตนาของฝ่ายบริหารประกอบการทำคำวินิจฉัย ทั้งนี้ เพื่อให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสอดคล้องเป็นหนึ่งเดียวกับเจตนาของประเทศไทย ซึ่งแสดงออกโดยฝ่ายบริหารในทางระหว่างประเทศโดยตระหนักอยู่เสมอว่า การกระทำของฝ่ายบริหาร

ในทางระหว่างประเทศเป็นการกระทำในนามของประเทศไทยในฐานะที่เป็นรัฐ การกระทำของฝ่ายบริหารในทางระหว่างประเทศย่อมผูกพันประเทศไทยทั้งหมดในฐานะที่เป็นรัฐ มิใช่ผูกพันเฉพาะฝ่ายบริหารเท่านั้น ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการก็ต้องผูกพันต่อการกระทำของประเทศไทยในทางระหว่างประเทศด้วยในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐ การพิจารณาถึง “เจตนา” ดังกล่าวข้างต้น นอกจากจะพิจารณาจากถ้อยคำ (terms) และบริบท (context) ของแถลงการณ์ร่วมในขณะที่ทำแถลงการณ์ร่วมแล้ว การปฏิบัติต่อกันระหว่างรัฐภายหลังจากทำแถลงการณ์ร่วม (subsequent practice) ระหว่างรัฐที่ทำแถลงการณ์ร่วม ก็สามารถนำมาประกอบการพิจารณาเพื่อแสวงหา “เจตนา” ที่แท้จริงของรัฐที่เข้าทำแถลงการณ์ร่วมได้อีกด้วย⁶⁵ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของประเทศไทย คือ นายเตช บุนญาค ได้มีหนังสือลงวันที่ 25 สิงหาคม 2551 ไปถึงรองนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของกัมพูชา คือ นายฮอร์ นัมฮง ความส่วนหนึ่งว่า

“I have the honor to refer to the remark made by your Excellency during our working lunch at the First Thai – Cambodian Foreign Ministers Meeting in Siam Reap on 28 July 2008 that *the Joint Communiqué between Thailand and Cambodia dated 28 July 2008 is not considered by the Kingdom of Cambodia as a treaty* under international law.

I wish to take this opportunity to express my appreciation for your understanding that *performance of the terms of the said Joint Communiqué is not required...*”⁶⁶

ถ้อยคำที่ปรากฏในหนังสือข้างต้นชัดเจนว่าราชอาณาจักรกัมพูชาไม่ถือว่าแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 ไม่เป็น “สนธิสัญญา” ตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามแถลงการณ์เช่นนั้น

⁶⁵ โปรดดูรายละเอียดใน จุมพต สายสุนทร, “การตีความกฎหมายระหว่างประเทศ: สนธิสัญญา”, **การใช้การตีความกฎหมาย : 100 ปี ชาตกาลศาสตราจารย์จิตติ ตั้งศุภักดิ์**, (กรุงเทพ ฯ : กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ตั้งศุภักดิ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 365 – 406 .

⁶⁶ โปรดดูรายละเอียดใน หนังสือที่ 0803/636 ลงวันที่ 25 สิงหาคม 2551



หลังจากที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของประเทศไทยได้มีหนังสือแจ้งไปยังกัมพูชา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของกัมพูชานายฮอร์ นัมฮง ได้มีหนังสือลงวันที่ 1 กันยายน 2551 ตอบกลับมายังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของประเทศไทย ความตอนหนึ่งว่า

“In this regard, I would like to recall that during our working lunch in Siam Reap on 28 July 2008, talking about the said Joint Communiqué. I said that “It is not an international treaty”, thus its value is worth what it is.”⁶⁷

จึงเห็นได้ชัดเจนจากหนังสือโต้ตอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของไทยกับกัมพูชาว่า ทั้งประเทศไทยและประเทศกัมพูชาต่างก็เห็นพ้องต้องกันว่า แลงการณร่วมไทย-กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 มิใช่ “สนธิสัญญาระหว่างประเทศ” (international treaty) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ มิใช่ “หนังสือสัญญา” ตามนัยของมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั่นเอง เมื่อแลลงการณร่วมดังกล่าวไม่เป็น “หนังสือสัญญา” ตามนัยของมาตรา 190 แต่เป็นเพียง “ตราสารระหว่างประเทศ” ชนิดหนึ่งเท่านั้น จึงไม่ต้องด้วยเงื่อนไขของการเป็นหนังสือสัญญา มาตรา 190 ตั้งแต่ต้น โดยไม่ต้องพิจารณาว่า แลงการณร่วมไทย - กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 ดังกล่าวต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสองหรือไม่

ดังนั้น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551 เรื่องสถานะของแลลงการณร่วมไทย - กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 จึงขัดแย้งกับจุดยืนหรือท่าทีของประเทศไทยในทางระหว่างประเทศที่แสดงออกโดยฝ่ายบริหารซึ่งควรจะเป็นไปในทางเดียวกัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ประเทศไทยควรพูดเป็นเสียงเดียวกัน (speak with one voice) ในเวทีระหว่างประเทศ มิเช่นนั้นแล้วประเทศอื่นๆ อาจถือเอาประโยชน์จากความขัดแย้งระหว่างองค์กรภายในประเทศของประเทศไทยก็ได้ จะทำให้เกิดความยุ่งยากในการแก้ไขปัญหาระหว่างประเทศ เช่น หากกัมพูชายึดถือตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่า แลงการณร่วมไทย - กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็น “หนังสือสัญญา” ที่ประเทศไทยทำกับกัมพูชา ก็จะต้องให้ประเทศไทยต้องผูกพันตามแลลงการณร่วมดังกล่าว ทั้งๆ ที่ฝ่ายบริหารโดยกระทรวงการต่างประเทศในฐานะผู้กระทำการแทน

⁶⁷ โปรดดูรายละเอียดใน หนังสือของราชอาณาจักรกัมพูชาลงวันที่ 1 กันยายน 2551

(representative) ประเทศไทยไม่มี “เจตนา” ที่จะให้เป็นเช่นนั้น

ดังนั้น หากเป็นนโยบายและเจตนาของรัฐในทางระหว่างประเทศแล้ว องค์กรอื่นๆ นำที่จะต้องให้น้ำหนักและรับฟังนโยบายและเคาฟในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐเกี่ยวกับกิจการระหว่างประเทศทั้งปวงตามรัฐธรรมนูญเช่นกัน เพราะตามรัฐธรรมนูญแล้ว ฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการต่างก็ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์พระองค์เดียวกัน จึงมิได้เป็นอำนาจที่แยกกันอย่างเด็ดขาด

ค. การตีความบทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคสอง

ในการวินิจฉัยว่า แฉกการณัรร่วมไทย-กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็น “หนังสือสัญญา” ที่ต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า คำแฉกการณัรร่วมไทย-กัมพูชาดังกล่าว **“อาจมีผลเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรืออาจมีผลเปลี่ยนแปลงพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ ...”** โดยศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลที่ต้องแปลความเช่นนั้นเนื่องจากหากแปลความตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 วรรคสองว่า **“หนังสือสัญญาใดที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศ...”** แล้ว **“ก็จะไม่เกิดผลตามความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญที่มุ่งจะตรวจสอบควบคุมการทำหนังสือสัญญาก่อนที่ฝ่ายบริหารจะไปลงนามให้มีผลผูกพันประเทศ...”**

จะเห็นได้ว่าการแปลความบทบัญญัติมาตรา 190 วรรคสอง โดยเพิ่มคำว่า “อาจมีผล” เปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยแทนคำว่า “มีบท” น่าจะเป็นการแปลความที่เกินเลยจากตัวบทไปมาก ถ้าฟังแต่คำว่า “มีผล” ก็ดูจะเกินเลยจากบทบัญญัติของมาตรา 190 อยู่แล้ว และยังเพิ่มคำว่า “อาจ” เข้าไปอีกยังทำให้การแปลความของศาลยิ่งเกินเลยไปจากบทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคสองไปมากจนถูกมองว่าเป็นการก้าวล่วงอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาได้⁶⁸ และโดยที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมเป็นเด็ดขาดและมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลและองค์กรอื่นๆ ของรัฐตามมาตรา 216 วรรคห้า

⁶⁸ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, **อ้างแล้ว** เจริญธรรมที่ 59, น. 597.



ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องใช้ความระมัดระวังอย่างมากในการแปลความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในลักษณะที่เป็นการก้าวล่วงอำนาจของรัฐสภาหรือแม้แต่ก้าวล่วงอำนาจของคณะรัฐมนตรีได้ หากเหตุผลของการแปลความบทบัญญัติในมาตรา 190 วรรคสองมุ่งที่จะ “ตรวจสอบควบคุม” (checks and control) การทำ หนังสือสัญญาของคณะรัฐมนตรีมากกว่า “ตรวจสอบถ่วงดุล” (check and balance) อำนาจของคณะรัฐมนตรีในการทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาข้างต้นจะเห็นได้ว่าทั้งแนวปฏิบัติของประเทศต่างๆ ตามที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของประเทศนั้นๆ และหลักกฎหมายระหว่างประเทศตามที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐและกับองค์การระหว่างประเทศและระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 ต่างก็ยอมรับว่า ฝ่ายบริหารของประเทศต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นประมุขของรัฐ หัวหน้ารัฐบาล คณะรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศหรือบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจเต็ม มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญากับประเทศอื่นๆ หรือกับองค์การระหว่างประเทศ และยอมรับเป็นที่ยูติว่า เมื่อฝ่ายบริหารแสดงเจตนาให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามหนังสือสัญญาและหนังสือสัญญามีผลบังคับใช้แล้ว หนังสือสัญญาเช่นนั้นผูกพัน “รัฐ” ในฐานะที่ “รัฐ” เป็นภาคีของหนังสือสัญญาหาได้ผูกพันแต่เฉพาะฝ่ายบริหารแต่อย่างเดียวไม่ ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหารฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการของรัฐต่างก็ต้องผูกพันตามหนังสือสัญญาเช่นนั้นตามหลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (pacta sunt servanda) ที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาดังกล่าวทั้งสองข้างต้น ดังนั้น ในแง่กฎหมายภายในของรัฐโดยเฉพาะตามรัฐธรรมนูญของรัฐต่างๆ ฝ่ายบริหารจึงมีอำนาจในการทำหนังสือสัญญากับประเทศอื่นๆ หรือกับองค์การระหว่างประเทศ แต่ในแง่ของกฎหมายระหว่างประเทศ ฝ่ายบริหารทำหน้าที่เป็นผู้แทนของรัฐในการทำหนังสือสัญญาอันจะส่งผลผูกพัน “รัฐ” ทั้งหมด เช่น ผู้แทนของบริษัทที่มีอำนาจตามข้อบังคับของบริษัทที่จะทำสัญญากับบุคคลภายนอกในนามของบริษัท และเมื่อผู้แทนเช่นนั้นทำสัญญากับบุคคลภายนอกแล้ว สัญญานั้นย่อมมีผลผูกพันบริษัทในฐานะคู่สัญญาหาได้ผูกพันผู้แทนเป็นการส่วนตัวไม่

เมื่ออำนาจในการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารส่งผลผูกพัน “รัฐ” ทั้งหมด การทำหนังสือสัญญาโดยฝ่ายบริหารต้องทำด้วยความรอบครอบ เพราะเมื่อทำแล้วย่อมมีผลผูกพันรัฐโดยรัฐจะหยิบยกกฎหมายภายในเพื่อเป็นเหตุที่จะไม่ปฏิบัติตามหนังสือสัญญาเช่นนั้นไม่ได้ แม้กฎหมายภายในเช่นนั้นจะเป็นรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐก็ตาม ดังนั้น ประเทศต่างๆ จึงต้องมีกระบวนการหรือกลไกทางกฎหมายภายในของตนที่จะควบคุมตรวจสอบอำนาจในการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารเพื่อให้แน่ใจว่ากระบวนการตัดสินใจในการเข้าทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารเป็นไปด้วย



ความรอบครอบ และคำนึงถึงประโยชน์โดยรวมของรัฐเป็นสำคัญ กระบวนการหรือกลไกทางกฎหมายในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารของรัฐต่างๆ จะบัญญัติในรัฐธรรมนูญของประเทศนั้นๆ ซึ่งมีรายละเอียดแตกต่างกันออกไปสุดแต่แต่ความเหมาะสมตามสภาพทางการเมืองการปกครองของแต่ละประเทศ และรายละเอียดเหล่านี้ย่อมเปลี่ยนแปลงได้เมื่อสถานการณ์ทางการเมืองการปกครองหรือแม้กระทั่งปัจจัยทางเศรษฐกิจและสังคมเปลี่ยนแปลงไป

กระบวนการหรือกลไกทางกฎหมายประการหนึ่งที่ประเทศต่างๆ บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของตนเพื่อควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจในการทำหน้าที่หนังสือสัญญาของฝ่ายบริหาร ก็คือ การกำหนดให้ฝ่ายบริหารจะต้องขอความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติในกรณีที่ฝ่ายบริหารเข้าทำหนังสือสัญญาที่มีความสำคัญๆ กับต่างประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ อะไรคือหนังสือสัญญาที่มีความสำคัญที่ฝ่ายบริหารต้องขอความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติก่อนเข้าทำหนังสือสัญญาดังกล่าว เป็นเรื่องที่แต่ละประเทศจะพิจารณาตามความเหมาะสมโดยคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ เช่น การเมือง เศรษฐกิจ สังคม ความมั่นคง ซึ่งเป็นปัจจัยที่อาจเปลี่ยนแปลงตามสถานการณ์ อย่างไรก็ดี การมีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญานั้นควรใช้ภายในขอบเขตที่เหมาะสม กล่าวคือ (1) ยอมรับอำนาจของฝ่ายบริหารการทำหนังสือสัญญาในนามของรัฐกับต่างประเทศและกับองค์การระหว่างประเทศ และเข้าควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจเช่นนั้นของฝ่ายบริหารก็แต่เฉพาะในกรณีของหนังสือสัญญาที่มีความสำคัญ อันจะกระทบต่ออำนาจอธิปไตย ความมั่นคง เศรษฐกิจ สังคมหรือการเมืองของประเทศเท่านั้น อันเป็นการสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของรัฐต่างๆ ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหาร และ (2) หนังสือสัญญาที่มีความสำคัญ อันจะต้องขอความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องกำหนดไว้ให้ชัดเจนในรัฐธรรมนูญในลักษณะของข้อยกเว้นหรือเงื่อนไขพิเศษ เชกเช่นกรณีของการให้ความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมในการทำนิติกรรมบางประเภทของผู้เยาว์ตามกฎหมายภายในของรัฐนั่นเอง ทั้งนี้ สิทธิในการทำนิติกรรม ยังเป็นของผู้เยาว์เช่นเดิม โดยไม่ควรบัญญัติให้หนังสือสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติมีลักษณะที่จะตีความได้อย่างกว้างขวาง อันจะส่งผลให้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารถูกจำกัดจนกลายเป็นข้อยกเว้นในการใช้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารแทนที่จะเป็นหลักที่รัฐต่างๆ ถือปฏิบัติกันทั่วไป

เมื่อพิจารณาถึงมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ไม่แตกต่างในหลักการกับบทบัญญัติในทำนองเดียวกันในรัฐธรรมนูญของประเทศอื่นๆ กล่าวคือ ยังยอมรับว่าอำนาจในการทำหนังสือสัญญาเป็นของฝ่ายบริหารคือ คณะรัฐมนตรี แต่หนังสือสัญญาบางประเภทที่มีความสำคัญ คณะรัฐมนตรีจะต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาก่อนที่จะแสดงเจตนาผูกพัน เพียงแต่มาตรา 190 มีการเพิ่มเติมรายละเอียดต่างๆ มากขึ้นกว่าบทบัญญัติในทำนองเดียวกันในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ทำให้มองได้ว่าเป็นการรัดรอนอำนาจในการทำหนังสือสัญญาของคณะรัฐมนตรีลงไปอย่างมาก ดังได้วิเคราะห์ไว้แล้ว จนถึงขนาดที่คณะรัฐมนตรีอาจไม่ต้องการทำหนังสือสัญญาใดๆ ในช่วงนี้ ดังนั้น อาจเป็นสิ่งที่สมควรจะต้องทบทวนดูว่าบทบัญญัติของมาตรา 190 ได้ทำลายหลักการตรวจสอบถ่วงดุล (check and balance) ระหว่างคณะรัฐมนตรีกับรัฐสภาในเรื่องอำนาจในการทำหนังสือสัญญาของคณะรัฐมนตรีหรือไม่ ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับปรัชญาการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติว่าอยู่บนพื้นฐานของการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจที่เหมาะสมหรือไม่ หากปรัชญาของการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารกับ ฝ่ายนิติบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาควรอยู่บนพื้นฐานของหลักการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจที่เหมาะสมแล้ว ก็จะได้เห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 190 มิได้ตอบสนองปรัชญา เช่นว่านั้น หากแต่ที่เน้นการตรวจสอบควบคุม (check and control) การใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีในการทำหนังสือสัญญามากกว่าการตรวจสอบถ่วงดุล (check and balance) อำนาจของคณะรัฐมนตรีในการทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

จากบทสรุปข้างต้น จึงมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1. ควรพิจารณาทบทวนว่าจะแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อย่างไรให้สอดคล้องกับหลักการตรวจสอบถ่วงดุล (check and balance) ที่เหมาะสม โดยที่ฝ่ายบริหารยังคงมีอำนาจหน้าที่หลักในการทำหนังสือกับนานาประเทศและกับองค์การระหว่างประเทศ ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติยังคงมีส่วนร่วมในกระบวนการทำหนังสือสัญญาดังกล่าวเฉพาะในกรณีที่หนังสือสัญญาที่สำคัญๆ เท่านั้น เพื่อให้เป็นไปตามหลักการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจที่เหมาะสมโดยควรระบุไว้ให้ชัดเจนว่ามี กรณีใดบ้างดังที่ได้มีข้อเสนอแนะในการแก้ไขมาตรา 190 ไว้แล้วในข้อ 5.7



2. การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190 จะต้องกระทำบนพื้นฐานของความเข้าใจเกี่ยวกับกระบวนการทำหนังสือสัญญาและผลทางกฎหมายของหนังสือสัญญาต่อรัฐภาคีตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ตลอดทั้งผลของหนังสือสัญญาต่อกฎหมายภายในของรัฐภาคี เพราะการทำหนังสือสัญญานั้นเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของรัฐตามรัฐธรรมนูญและพันธกรณีของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190 โดยจะไม่คำนึงถึงขั้นตอนและ ผลทางกฎหมายของสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศมิได้

3. การใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยปัญหาตามมาตรา 190 วรคสองนั้น จะต้องคำนึงถึงผลที่จะเกิดขึ้นต่อหนังสือสัญญาในทางระหว่างประเทศด้วย เนื่องจาก องค์การของรัฐไม่ว่าฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายตุลาการก็ตาม ควรจะพูดเป็นเสียงเดียวกัน (speak with one voice) ในทางระหว่างประเทศ มิเช่นนั้นอาจถูกมองว่ามีความขัดแย้งแตกแยกระหว่างองค์การของรัฐด้วยกัน และนำไปสู่การกล่าวอ้างของรัฐอื่นที่ถือเอาประโยชน์แห่งความแตกแยกระหว่างองค์การของรัฐนั้นได้ เช่น กรณีที่ฝ่ายบริหารยืนยันว่าแถลงการณ์ร่วม (Joint Communiqué) ลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 ที่ประเทศไทยทำกับกัมพูชานั้นไม่ใช่หนังสือสัญญา โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของกัมพูชาก็ยืนยันเช่นกันว่า แถลงการณ์ร่วมดังกล่าวไม่ใช่หนังสือสัญญา แต่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าเป็นหนังสือสัญญาและต้องด้วยเงื่อนไขตามมาตรา 190 วรคสอง ที่จะต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภา

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

Vienna Convention on the Law of Treaties 1969

Done at Vienna on 23 May 1969. Entered into force on 27 January 1980.
United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331



Copyright © United Nations
2005

Vienna Convention on the Law of Treaties
Done at Vienna on 23 May 1969

The States Parties to the present Convention,

Considering the fundamental role of treaties in the history of international relations,

Recognizing the ever-increasing importance of treaties as a source of international law and as a means of developing peaceful cooperation among nations, whatever their constitutional and social systems,

Noting that the principles of free consent and of good faith and the *pacta sunt servanda* rule are universally recognized,

Affirming that disputes concerning treaties, like other international disputes, should be settled by peaceful means and in conformity with the principles of justice and international law,

Recalling the determination of the peoples of the United Nations to establish conditions under which justice and respect for the obligations arising from treaties can be maintained,

Having in mind the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations, such as the principles of the equal rights and self-determination of peoples, of the sovereign equality and independence of all States, of non-interference in the domestic affairs of States, of the prohibition of the threat or use of force and of universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all,

Believing that the codification and progressive development of the law of treaties achieved in the present Convention will promote the purposes of the United Nations set forth in the Charter, namely, the maintenance of international peace and security, the development of friendly relations and the achievement of cooperation among nations,

Affirming that the rules of customary international law will continue to govern questions not regulated by the provisions of the present Convention,

Have agreed as follows:

PART I.
INTRODUCTION

Article 1
Scope of the present Convention

The present Convention applies to treaties between States.

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 in two or more related instruments and whatever its particular designation;
- (b) “ratification”, “acceptance”, “approval” and “accession” mean in each case the international act so named whereby a State establishes on the international plane its consent to be bound by a treaty;
- (c) “full powers” means a document emanating from the competent authority of a State designating a person or persons to represent the State for negotiating, adopting or authenticating the text of a treaty, for expressing the consent of the State to be bound by a treaty, or for accomplishing any other act with respect to a treaty;
- (d) “reservation” means a unilateral statement, however phrased or named, made by a State, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, whereby it purports to exclude or to modify the legal effect of certain provisions of the treaty in their application to that State;
- (e) “negotiating State” means a State which took part in the drawing up and adoption of the text of the treaty;
- (f) “contracting State” means a State which has consented to be bound by the treaty, whether or not the treaty has entered into force;
- (g) “party” means a State which has consented to be bound by the treaty and for which the treaty is in force;
- (h) “third State” means a State not a party to the treaty;
- (i) “international organization” means an intergovernmental organization.

2. The provisions of paragraph 1 regarding the use of terms in the present Convention are without prejudice to the use of those terms or to the meanings which may be given to them in the internal law of any State.

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.

Article 4

Non-retroactivity of the present Convention

Without prejudice to the application of any rules set forth in the present Convention to which treaties would be subject under international law independently of the Convention, the Convention applies only to treaties which are concluded by States after the entry into force of the present Convention with regard to such States.

Article 5

*Treaties constituting international organizations and treaties
adopted within an international organization*

The present Convention applies to any treaty which is the constituent instrument of an international organization and to any treaty adopted within an international organization without prejudice to any relevant rules of the organization.

PART II.

CONCLUSION AND ENTRY INTO FORCE OF TREATIES

SECTION I. CONCLUSION OF TREATIES

Article 6

Capacity of States to conclude treaties

Every State possesses capacity to conclude treaties.

Article 7

Full powers

1. A person is considered as representing a State for the purpose of adopting or authenticating the text of a treaty or for the purpose of expressing the consent of the State to be bound by a treaty if:

- (a) he produces appropriate full powers; or
- (b) it appears from the practice of the States concerned or from other circumstances that their intention was to consider that person as representing the State for such purposes and to dispense with full powers.

2. In virtue of their functions and without having to produce full powers, the following are considered as representing their State:

- (a) Heads of State, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs, for the purpose of performing all acts relating to the conclusion of a treaty;
- (b) heads of diplomatic missions, for the purpose of adopting the text of a treaty between the accrediting State and the State to which they are accredited;
- (c) representatives accredited by States to an international conference or to an international organization or one of its organs, for the purpose of adopting the text of a treaty in that conference, organization or organ.

Article 8

*Subsequent confirmation of an act performed
without authorization*

An act relating to the conclusion of a treaty performed by a person who cannot be considered under article 7 as authorized to represent a State for that purpose is without legal effect unless afterwards confirmed by that State.

Article 9

Adoption of the text

1. The adoption of the text of a treaty takes place by the consent of all the States participating in its drawing up except as provided in paragraph 2.

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

Article 10

Authentication of the text

The text of a treaty is established as authentic and definitive:

- (a) by such procedure as may be provided for in the text or agreed upon by the States participating in its drawing up; or
- (b) failing such procedure, by the signature, signature ad referendum or initialling by the representatives of those States of the text of the treaty or of the Final Act of a conference incorporating the text.

Article 11

Means of expressing consent to be bound by a treaty

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

Article 12

Consent to be bound by a treaty expressed by signature

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

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

2. For the purposes of paragraph 1:

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

Article 13

Consent to be bound by a treaty expressed by an exchange of instruments constituting a treaty

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

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

Article 14

Consent to be bound by a treaty expressed by ratification, acceptance or approval

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

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

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

Article 15

Consent to be bound by a treaty expressed by accession

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

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

Article 16

Exchange or deposit of instruments of ratification, acceptance, approval or accession

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

- (a) their exchange between the contracting States;
- (b) their deposit with the depositary; or
- (c) their notification to the contracting States or to the depositary, if so agreed.

Article 17

Consent to be bound by part of a treaty and choice of differing provisions

1. Without prejudice to articles 19 to 23, the consent of a State to be bound by part of a treaty is effective only if the treaty so permits or the other contracting States so agree.

2. The consent of a State to be bound by a treaty which permits a choice between differing provisions is effective only if it is made clear to which of the provisions the consent relates.

Article 18

*Obligation not to defeat the object and purpose
of a treaty prior to its entry into force*

A State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when:

- (a) it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty; or
- (b) it has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed.

SECTION 2. RESERVATIONS

Article 19

Formulation of reservations

A State may, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, formulate a reservation unless:

- (a) the reservation is prohibited by the treaty;
- (b) the treaty provides that only specified reservations, which do not include the reservation in question, may be made; or
- (c) in cases not failing under subparagraphs (a) and (b), the reservation is incompatible with the object and purpose of the treaty.

Article 20

Acceptance of and objection to reservations

1. A reservation expressly authorized by a treaty does not require any subsequent acceptance by the other contracting States unless the treaty so provides.

2. When it appears from the limited number of the negotiating States and the object and purpose of a treaty that the application of the treaty in its entirety between all the parties is an essential condition of the consent of each one to be bound by the treaty, a reservation requires acceptance by all the parties.

3. When a treaty is a constituent instrument of an international organization and unless it otherwise provides, a reservation requires the acceptance of the competent organ of that organization.

4. In cases not falling under the preceding paragraphs and unless the treaty otherwise provides:

- (a) acceptance by another contracting State of a reservation constitutes the reserving State a party to the treaty in relation to that other State if or when the treaty is in force for those States;
- (b) an objection by another contracting State to a reservation does not preclude the entry into force of the treaty as between the objecting and reserving States unless a contrary intention is definitely expressed by the objecting State;
- (c) an act expressing a State's consent to be bound by the treaty and containing a reservation is effective as soon as at least one other contracting State has accepted the reservation.

5. For the purposes of paragraphs 2 and 4 and unless the treaty otherwise provides, a reservation is considered to have been accepted by a State if it shall have raised no objection to the reservation by the end of a period of twelve months after it was notified of the reservation or by the date on which it expressed its consent to be bound by the treaty, whichever is later.

Article 21

Legal effects of reservations and of objections to reservations

1. A reservation established with regard to another party in accordance with articles 19, 20 and 23:

- (a) modifies for the reserving State in its relations with that other party the provisions of the treaty to which the reservation relates to the extent of the reservation; and
- (b) modifies those provisions to the same extent for that other party in its relations with the reserving State.

2. The reservation does not modify the provisions of the treaty for the other parties to the treaty inter se.

3. When a State objecting to a reservation has not opposed the entry into force of the treaty between itself and the reserving State, the provisions to which the reservation relates do not apply as between the two States to the extent of the reservation.

Article 22

Withdrawal of reservations and of objections to reservations

1. Unless the treaty otherwise provides, a reservation may be withdrawn at any time and the consent of a State which has accepted the reservation is not required for its withdrawal.

2. Unless the treaty otherwise provides, an objection to a reservation may be withdrawn at any time.

3. Unless the treaty otherwise provides, or it is otherwise agreed:

- (a) the withdrawal of a reservation becomes operative in relation to another contracting State only when notice of it has been received by that State;
- (b) the withdrawal of an objection to a reservation becomes operative only when notice of it has been received by the State which formulated the reservation.

Article 23
Procedure regarding reservations

1. A reservation, an express acceptance of a reservation and an objection to a reservation must be formulated in writing and communicated to the contracting States and other States entitled to become parties to the treaty.

2. If formulated when signing the treaty subject to ratification, acceptance or approval, a reservation must be formally confirmed by the reserving State when expressing its consent to be bound by the treaty. In such a case the reservation shall be considered as having been made on the date of its confirmation.

3. An express acceptance of, or an objection to, a reservation made previously to confirmation of the reservation does not itself require confirmation.

4. The withdrawal of a reservation or of an objection to a reservation must be formulated in writing.

SECTION 3. ENTRY INTO FORCE AND PROVISIONAL,
APPLICATION OF TREATIES

Article 24
Entry into force

1. A treaty enters into force in such manner and upon such date as it may provide or as the negotiating States may agree.

2. Failing any such provision or agreement, a treaty enters into force as soon as consent to be bound by the treaty has been established for all the negotiating States.

3. When the consent of a State to be bound by a treaty is established on a date after the treaty has come into force, the treaty enters into force for that State on that date, unless the treaty otherwise provides.

4. The provisions of a treaty regulating the authentication of its text, the establishment of the consent of States to be bound by the treaty, the manner or date of its entry into force, reservations, the functions of the depositary and other matters arising necessarily before the entry into force of the treaty apply from the time of the adoption of its text.

Article 25
Provisional application

1. A treaty or a part of a treaty is applied provisionally pending its entry into force if:

- (a) the treaty itself so provides; or
- (b) the negotiating States have in some other manner so agreed.

2. Unless the treaty otherwise provides or the negotiating States have otherwise agreed, the provisional application of a treaty or a part of a treaty with respect to a State shall be terminated if that State notifies the other States between which the treaty is being applied provisionally of its intention not to become a party to the treaty.

PART III.
OBSERVANCE, APPLICATION AND
INTERPRETATION OF TREATIES
SECTION 1. OBSERVANCE OF TREATIES

Article 26
"Pacta sunt servanda"

Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

Article 27
Internal law and observance of treaties

A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to article 46.

SECTION 2. APPLICATION OF TREATIES

Article 28
Non-retroactivity of treaties

Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party.

Article 29
Territorial scope of treaties

Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory.

Article 30
Application of successive treaties relating to
the same subject matter

1. Subject to Article 103 of the Charter of the United Nations, the rights and obligations of States Parties to successive treaties relating to the same subject matter shall be determined in accordance with the following paragraphs.

2. When a treaty specifies that it is subject to, or that it is not to be considered as incompatible with, an earlier or later treaty, the provisions of that other treaty prevail.

3. When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under article 59, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty.

4. When the parties to the later treaty do not include all the parties to the earlier one:

- (a) as between States Parties to both treaties the same rule applies as in paragraph 3;
- (b) as between a State party to both treaties and a State party to only one of the treaties, the treaty to which both States are parties governs their mutual rights and obligations.

5. Paragraph 4 is without prejudice to article 41, or to any question of the termination or suspension of the operation of a treaty under article 60 or to any question of responsibility which may arise for a State from the conclusion or application of a treaty the provisions of which are incompatible with its obligations towards another State under another treaty.

SECTION 3. INTERPRETATION OF TREATIES

Article 31
General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

- (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;
- (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

- (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;
- (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;
- (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

Article 32
Supplementary means of interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

- (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or
- (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

Article 33
Interpretation of treaties authenticated in two or more languages

1. When a treaty has been authenticated in two or more languages, the text is equally authoritative in each language, unless the treaty provides or the parties agree that, in case of divergence, a particular text shall prevail.

2. A version of the treaty in a language other than one of those in which the text was authenticated shall be considered an authentic text only if the treaty so provides or the parties so agree.

3. The terms of the treaty are presumed to have the same meaning in each authentic text.

4. Except where a particular text prevails in accordance with paragraph 1, when a comparison of the authentic texts discloses a difference of meaning which the application of articles 31 and 32 does not remove, the meaning which best reconciles the texts, having regard to the object and purpose of the treaty, shall be adopted.

SECTION 4. TREATIES AND THIRD STATES
Article 34
General rule regarding third States

A treaty does not create either obligations or rights for a third State without its consent.

Article 35

Treaties providing for obligations for third States

An obligation arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to be the means of establishing the obligation and the third State expressly accepts that obligation in writing.

Article 36

Treaties providing for rights for third States

1. A right arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to accord that right either to the third State, or to a group of States to which it belongs, or to all States, and the third State assents thereto. Its assent shall be presumed so long as the contrary is not indicated, unless the treaty otherwise provides.

2. A State exercising a right in accordance with paragraph 1 shall comply with the conditions for its exercise provided for in the treaty or established in conformity with the treaty.

Article 37

*Revocation or modification of obligations or
rights of third States*

1. When an obligation has arisen for a third State in conformity with article 35, the obligation may be revoked or modified only with the consent of the parties to the treaty and of the third State, unless it is established that they had otherwise agreed.

2. When a right has arisen for a third State in conformity with article 36, the right may not be revoked or modified by the parties if it is established that the right was intended not to be revocable or subject to modification without the consent of the third State.

Article 38

*Rules in a treaty becoming binding on third States
through international custom*

Nothing in articles 34 to 37 precludes a rule set forth in a treaty from becoming binding upon a third State as a customary rule of international law, recognized as such.

PART IV.

AMENDMENT AND

MODIFICATION OF TREATIES

Article 39

General rule regarding the amendment of treaties

A treaty may be amended by agreement between the parties. The rules laid down in Part II apply to such an agreement except insofar as the treaty may otherwise provide.

Article 40
Amendment of multilateral treaties

1. Unless the treaty otherwise provides, the amendment of multilateral treaties shall be governed by the following paragraphs.

2. Any proposal to amend a multilateral treaty as between all the parties must be notified to all the contracting States, each one of which shall have the right to take part in:

- (a) the decision as to the action to be taken in regard to such proposal;
- (b) the negotiation and conclusion of any agreement for the amendment of the treaty.

3. Every State entitled to become a party to the treaty shall also be entitled to become a party to the treaty as amended.

4. The amending agreement does not bind any State already a party to the treaty which does not become a party to the amending agreement; article 30, paragraph 4 (b), applies in relation to such State.

5. Any State which becomes a party to the treaty after the entry into force of the amending agreement shall, failing an expression of a different intention by that State:

- (a) be considered as a party to the treaty as amended; and
- (b) be considered as a party to the unamended treaty in relation to any party to the treaty not bound by the amending agreement.

Article 41
*Agreements to modify multilateral treaties between
certain of the parties only*

1. Two or more of the parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to modify the treaty as between themselves alone if:

- (a) the possibility of such a modification is provided for by the treaty; or
- (b) the modification in question is not prohibited by the treaty and:
 - (i) does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations;
 - (ii) does not relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole.

2. Unless in a case falling under paragraph 1 (a) the treaty otherwise provides, the parties in question shall notify the other parties of their intention to conclude the agreement and of the modification to the treaty for which it provides.

PART V.
INVALIDITY, TERMINATION AND SUSPENSION OF THE OPERATION OF TREATIES
SECTION 1. GENERAL PROVISIONS

Article 42
Validity and continuance in force of treaties

1. The validity of a treaty or of the consent of a State to be bound by a treaty may be impeached only through the application of the present Convention.

2. The termination of a treaty, its denunciation or the withdrawal of a party, may take place only as a result of the application of the provisions of the treaty or of the present Convention. The same rule applies to suspension of the operation of a treaty.

Article 43
Obligations imposed by international law independently of a treaty

The invalidity, termination or denunciation of a treaty, the withdrawal of a party from it, or the suspension of its operation, as a result of the application of the present Convention or of the provisions of the treaty, shall not in any way impair the duty of any State to fulfil any obligation embodied in the treaty to which it would be subject under international law independently of the treaty.

Article 44
Separability of treaty provisions

1. A right of a party, provided for in a treaty or arising under article 56, to denounce, withdraw from or suspend the operation of the treaty may be exercised only with respect to the whole treaty unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree.

2. A ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty recognized in the present Convention may be invoked only with respect to the whole treaty except as provided in the following paragraphs or in article 60.

3. If the ground relates solely to particular clauses, it may be invoked only with respect to those clauses where:

- (a) the said clauses are separable from the remainder of the treaty with regard to their application;
- (b) it appears from the treaty or is otherwise established that acceptance of those clauses was not an essential basis of the consent of the other party or parties to be bound by the treaty as a whole; and
- (c) continued performance of the remainder of the treaty would not be unjust.

4. In cases falling under articles 49 and 50, the State entitled to invoke the fraud or corruption may do so with respect either to the whole treaty or, subject to paragraph 3, to the particular clauses alone.

5. In cases falling under articles 51, 52 and 53, no separation of the provisions of the treaty is permitted.

Article 45

*Loss of a right to invoke a ground for invalidating, terminating,
withdrawing from or suspending the operation of a treaty*

A State may no longer invoke a ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty under articles 46 to 50 or articles 60 and 62 if, after becoming aware of the facts:

- (a) it shall have expressly agreed that the treaty is valid or remains in force or continues in operation, as the case may be; or
- (b) it must by reason of its conduct be considered as having acquiesced in the validity of the treaty or in its maintenance in force or in operation, as the case may be.

SECTION 2. INVALIDITY OF TREATIES

Article 46

*Provisions of internal law regarding competence
to conclude treaties*

1. A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance.

2. A violation is manifest if it would be objectively evident to any State conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith.

Article 47

*Specific restrictions on authority to express
the consent of a State*

If the authority of a representative to express the consent of a State to be bound by a particular treaty has been made subject to a specific restriction, his omission to observe that restriction may not be invoked as invalidating the consent expressed by him unless the restriction was notified to the other negotiating States prior to his expressing such consent.

Article 48

Error

1. A State may invoke an error in a treaty as invalidating its consent to be bound by the treaty if the error relates to a fact or situation which was assumed by that State to exist at the time when the treaty was concluded and formed an essential basis of its consent to be bound by the treaty.

2. Paragraph 1 shall not apply if the State in question contributed by its own conduct to the error or if the circumstances were such as to put that State on notice of a possible error.

3. An error relating only to the wording of the text of a treaty does not affect its validity; article 79 then applies.

Article 49
Fraud

If a State has been induced to conclude a treaty by the fraudulent conduct of another negotiating State, the State may invoke the fraud as invalidating its consent to be bound by the treaty.

Article 50
Corruption of a representative of a State

If the expression of a State's consent to be bound by a treaty has been procured through the corruption of its representative directly or indirectly by another negotiating State, the State may invoke such corruption as invalidating its consent to be bound by the treaty.

Article 51
Coercion of a representative of a State

The expression of a State's consent to be bound by a treaty which has been procured by the coercion of its representative through acts or threats directed against him shall be without any legal effect.

Article 52
Coercion of a State by the threat or use of force

A treaty is void if its conclusion has been procured by the threat or use of force in violation of the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations.

Article 53
*Treaties conflicting with a peremptory norm of
general international law ("jus cogens")*

A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

SECTION 3. TERMINATION AND SUSPENSION
OF THE OPERATION OF TREATIES

Article 54

*Termination of or withdrawal from a treaty under
its provisions or by consent of the parties*

The termination of a treaty or the withdrawal of a party may take place:

- (a) in conformity with the provisions of the treaty; or
- (b) at any time by consent of all the parties after consultation with the other contracting States.

Article 55

*Reduction of the parties to a multilateral treaty below the
number necessary for its entry into force*

Unless the treaty otherwise provides, a multilateral treaty does not terminate by reason only of the fact that the number of the parties falls below the number necessary for its entry into force.

Article 56

*Denunciation of or withdrawal from a treaty containing no
provision regarding termination, denunciation or withdrawal*

1. A treaty which contains no provision regarding its termination and which does not provide for denunciation or withdrawal is not subject to denunciation or withdrawal unless:

- (a) it is established that the parties intended to admit the possibility of denunciation or withdrawal; or
- (b) a right of denunciation or withdrawal may be implied by the nature of the treaty.

2. A party shall give not less than twelve months' notice of its intention to denounce or withdraw from a treaty under paragraph 1.

Article 57

*Suspension of the operation of a treaty under its
provisions or by consent of the parties*

The operation of a treaty in regard to all the parties or to a particular party may be suspended:

- (a) in conformity with the provisions of the treaty; or
- (b) at any time by consent of all the parties after consultation with the other contracting States.

Article 58

*Suspension of the operation of a multilateral treaty by
agreement between certain of the parties only*

1. Two or more parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to suspend the operation of provisions of the treaty, temporarily and as between themselves alone, if:

- (a) the possibility of such a suspension is provided for by the treaty; or
- (b) the suspension in question is not prohibited by the treaty and:
 - (i) does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations;
 - (ii) is not incompatible with the object and purpose of the treaty.

2. Unless in a case falling under paragraph 1 (a) the treaty otherwise provides, the parties in question shall notify the other parties of their intention to conclude the agreement and of those provisions of the treaty the operation of which they intend to suspend.

Article 59

*Termination or suspension of the operation of a treaty
implied by conclusion of a later treaty*

1. A treaty shall be considered as terminated if all the parties to it conclude a later treaty relating to the same subject matter and:

- (a) it appears from the later treaty or is otherwise established that the parties intended that the matter should be governed by that treaty; or
- (b) the provisions of the later treaty are so far incompatible with those of the earlier one that the two treaties are not capable of being applied at the same time.

2. The earlier treaty shall be considered as only suspended in operation if it appears from the later treaty or is otherwise established that such was the intention of the parties.

Article 60

*Termination or suspension of the operation of a treaty
as a consequence of its breach*

1. A material breach of a bilateral treaty by one of the parties entitles the other to invoke the breach as a ground for terminating the treaty or suspending its operation in whole or in part.

2. A material breach of a multilateral treaty by one of the parties entitles:

- (a) the other parties by unanimous agreement to suspend the operation of the treaty in whole or in part or to terminate it either:

- (i) in the relations between themselves and the defaulting State; or
- (ii) as between all the parties;

(b) a party specially affected by the breach to invoke it as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part in the relations between itself and the defaulting State;

(c) any party other than the defaulting State to invoke the breach as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part with respect to itself if the treaty is of such a character that a material breach of its provisions by one party radically changes the position of every party with respect to the further performance of its obligations under the treaty.

3. A material breach of a treaty, for the purposes of this article, consists in:

- (a) a repudiation of the treaty not sanctioned by the present Convention; or
- (b) the violation of a provision essential to the accomplishment of the object or purpose of the treaty.

4. The foregoing paragraphs are without prejudice to any provision in the treaty applicable in the event of a breach.

5. Paragraphs 1 to 3 do not apply to provisions relating to the protection of the human person contained in treaties of a humanitarian character, in particular to provisions prohibiting any form of reprisals against persons protected by such treaties.

Article 61

Supervening impossibility of performance

1. A party may invoke the impossibility of performing a treaty as a ground for terminating or withdrawing from it if the impossibility results from the permanent disappearance or destruction of an object indispensable for the execution of the treaty. If the impossibility is temporary, it may be invoked only as a ground for suspending the operation of the treaty.

2. Impossibility of performance may not be invoked by a party as a ground for terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty if the impossibility is the result of a breach by that party either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any other party to the treaty.

Article 62

Fundamental change of circumstances

1. A fundamental change of circumstances which has occurred with regard to those existing at the time of the conclusion of a treaty, and which was not foreseen by the parties, may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from the treaty unless:

- (a) the existence of those circumstances constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty; and

(b) the effect of the change is radically to transform the extent of obligations still to be performed under the treaty.

2. A fundamental change of circumstances may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from a treaty:

- (a) if the treaty establishes a boundary; or
- (b) if the fundamental change is the result of a breach by the party invoking it either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any other party to the treaty.

3. If, under the foregoing paragraphs, a party may invoke a fundamental change of circumstances as a ground for terminating or withdrawing from a treaty it may also invoke the change as a ground for suspending the operation of the treaty.

Article 63

Severance of diplomatic or consular relations

The severance of diplomatic or consular relations between parties to a treaty does not affect the legal relations established between them by the treaty except insofar as the existence of diplomatic or consular relations is indispensable for the application of the treaty.

Article 64

Emergence of a new peremptory norm of general international law ("jus cogens")

If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.

SECTION 4. PROCEDURE

Article 65

Procedure to be followed with respect to invalidity, termination, withdrawal from or suspension of the operation of a treaty

1. A party which, under the provisions of the present Convention, invokes either a defect in its consent to be bound by a treaty or a ground for impeaching the validity of a treaty, terminating it, withdrawing from it or suspending its operation, must notify the other parties of its claim. The notification shall indicate the measure proposed to be taken with respect to the treaty and the reasons therefor.

2. If, after the expiry of a period which, except in cases of special urgency, shall not be less than three months after the receipt of the notification, no party has raised any objection, the party making the notification may carry out in the manner provided in article 67 the measure which it has proposed.

3.If, however, objection has been raised by any other party, the parties shall seek a solution through the means indicated in Article 33 of the Charter of the United Nations.

4.Nothing in the foregoing paragraphs shall affect the rights or obligations of the parties under any provisions in force binding the parties with regard to the settlement of disputes.

5.Without prejudice to article 45, the fact that a State has not previously made the notification prescribed in paragraph 1 shall not prevent it from making such notification in answer to another party claiming performance of the treaty or alleging its violation.

Article 66

Procedures for judicial settlement, arbitration and conciliation

If, under paragraph 3 of article 65, no solution has been reached within a period of 12 months following the date on which the objection was raised, the following procedures shall be followed:

(a) any one of the parties to a dispute concerning the application or the interpretation of article 53 or 64 may, by a written application, submit it to the International Court of Justice for a decision unless the parties by common consent agree to submit the dispute to arbitration;

(b) any one of the parties to a dispute concerning the application or the interpretation of any of the other articles in part V of the present Convention may set in motion the procedure specified in the Annex to the Convention by submitting a request to that effect to the Secretary-General of the United Nations.

Article 67

Instruments for declaring invalid, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty

1.The notification provided for under article 65, paragraph 1, must be made in writing.

2.Any act of declaring invalid, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty pursuant to the provisions of the treaty or of paragraphs 2 or 3 of article 65 shall be carried out through an instrument communicated to the other parties. If the instrument is not signed by the Head of State, Head of Government or Minister for Foreign Affairs, the representative of the State communicating it may be called upon to produce full powers.

Article 68

Revocation of notifications and instruments provided for in articles 65 and 67

A notification or instrument provided for in article 65 or 67 may be revoked at any time before it takes effect.

SECTION 5. CONSEQUENCES OF THE INVALIDITY, TERMINATION
OR SUSPENSION OF THE OPERATION OF A TREATY

Article 69

Consequences of the invalidity of a treaty

1. A treaty the invalidity of which is established under the present Convention is void. The provisions of a void treaty have no legal force.

2. If acts have nevertheless been performed in reliance on such a treaty:

- (a) each party may require any other party to establish as far as possible in their mutual relations the position that would have existed if the acts had not been performed;
- (b) acts performed in good faith before the invalidity was invoked are not rendered unlawful by reason only of the invalidity of the treaty.

3. In cases falling under article 49, 50, 51 or 52, paragraph 2 does not apply with respect to the party to which the fraud, the act of corruption or the coercion is imputable.

4. In the case of the invalidity of a particular State's consent to be bound by a multilateral treaty, the foregoing rules apply in the relations between that State and the parties to the treaty.

Article 70

Consequences of the termination of a treaty

1. Unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree, the termination of a treaty under its provisions or in accordance with the present Convention:

- (a) releases the parties from any obligation further to perform the treaty;
- (b) does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination.

2. If a State denounces or withdraws from a multilateral treaty, paragraph 1 applies in the relations between that State and each of the other parties to the treaty from the date when such denunciation or withdrawal takes effect.

Article 71

*Consequences of the invalidity of a treaty which conflicts
with a peremptory norm of general international law*

1. In the case of a treaty which is void under article 53 the parties shall:

- (a) eliminate as far as possible the consequences of any act performed in reliance on any provision which conflicts with the peremptory norm of general international law; and

(b) bring their mutual relations into conformity with the peremptory norm of general international law.

2. In the case of a treaty which becomes void and terminates under article 64, the termination of the treaty:

- (a) releases the parties from any obligation further to perform the treaty;
- (b) does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination, provided that those rights, obligations or situations may thereafter be maintained only to the extent that their maintenance is not in itself in conflict with the new peremptory norm of general international law.

Article 72

Consequences of the suspension of the operation of a treaty

1. Unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree, the suspension of the operation of a treaty under its provisions or in accordance with the present Convention:

- (a) releases the parties between which the operation of the treaty is suspended from the obligation to perform the treaty in their mutual relations during the period of the suspension;
- (b) does not otherwise affect the legal relations between the parties established by the treaty.

2. During the period of the suspension the parties shall refrain from acts tending to obstruct the resumption of the operation of the treaty.

PART VI.

MISCELLANEOUS PROVISIONS

Article 73

Cases of State succession, State responsibility and outbreak of hostilities

The provisions of the present Convention shall not prejudice any question that may arise in regard to a treaty from a succession of States or from the international responsibility of a State or from the outbreak of hostilities between States.

Article 74

Diplomatic and consular relations and the conclusion of treaties

The severance or absence of diplomatic or consular relations between two or more States does not prevent the conclusion of treaties between those States. The conclusion of a treaty does not in itself affect the situation in regard to diplomatic or consular relations.

Article 75
Case of an aggressor State

The provisions of the present Convention are without prejudice to any obligation in relation to a treaty which may arise for an aggressor State in consequence of measures taken in conformity with the Charter of the United Nations with reference to that State's aggression.

PART VII.
DEPOSITARIES, NOTIFICATIONS,
CORRECTIONS AND REGISTRATION

Article 76
Depositaries of treaties

1. The designation of the depositary of a treaty may be made by the negotiating States, either in the treaty itself or in some other manner. The depositary may be one or more States, an international organization or the chief administrative officer of the organization.

2. The functions of the depositary of a treaty are international in character and the depositary is under an obligation to act impartially in their performance. In particular, the fact that a treaty has not entered into force between certain of the parties or that a difference has appeared between a State and a depositary with regard to the performance of the latter's functions shall not affect that obligation.

Article 77
Functions of depositaries

1. The functions of a depositary, unless otherwise provided in the treaty or agreed by the contracting States, comprise in particular:

- (a) keeping custody of the original text of the treaty and of any full powers delivered to the depositary;
- (b) preparing certified copies of the original text and preparing any further text of the treaty in such additional languages as may be required by the treaty and transmitting them to the parties and to the States entitled to become parties to the treaty;
- (c) receiving any signatures to the treaty and receiving and keeping custody of any instruments, notifications and communications relating to it;
- (d) examining whether the signature or any instrument, notification or communication relating to the treaty is in due and proper form and, if need be, bringing the matter to the attention of the State in question;
- (e) informing the parties and the States entitled to become parties to the treaty of acts, notifications and communications relating to the treaty;

- (f) informing the States entitled to become parties to the treaty when the number of signatures or of instruments of ratification, acceptance, approval or accession required for the entry into force of the treaty has been received or deposited;
- (g) registering the treaty with the Secretariat of the United Nations;
- (h) performing the functions specified in other provisions of the present Convention.

2. In the event of any difference appearing between a State and the depositary as to the performance of the latter's functions, the depositary shall bring the question to the attention of the signatory States and the contracting States or, where appropriate, of the competent organ of the international organization concerned.

Article 78

Notifications and communications

Except as the treaty or the present Convention otherwise provide, any notification or communication to be made by any State under the present Convention shall:

- (a) if there is no depositary, be transmitted direct to the States for which it is intended, or if there is a depositary, to the latter;
- (b) be considered as having been made by the State in question only upon its receipt by the State to which it was transmitted or, as the case may be, upon its receipt by the depositary;
- (c) if transmitted to a depositary, be considered as received by the State for which it was intended only when the latter State has been informed by the depositary in accordance with article 77, paragraph 1 (e).

Article 79

Correction of errors in texts or in certified copies of treaties

1. Where, after the authentication of the text of a treaty, the signatory States and the contracting States are agreed that it contains an error, the error shall, unless they decide upon some other means of correction, be corrected:

- (a) by having the appropriate correction made in the text and causing the correction to be initialled by duly authorized representatives;
- (b) by executing or exchanging an instrument or instruments setting out the correction which it has been agreed to make; or
- (c) by executing a corrected text of the whole treaty by the same procedure as in the case of the original text.

2. Where the treaty is one for which there is a depositary, the latter shall notify the signatory States and the contracting States of the error and of the proposal to correct it and shall specify an appropriate time-limit within which objection to the proposed correction may be raised. If, on the expiry of the time-limit:

(a) no objection has been raised, the depositary shall make and initial the correction in the text and shall execute a *procès-verbal* of the rectification of the text and communicate a copy of it to the parties and to the States entitled to become parties to the treaty;

(b) an objection has been raised, the depositary shall communicate the objection to the signatory States and to the contracting States.

3. The rules in paragraphs 1 and 2 apply also where the text has been authenticated in two or more languages and it appears that there is a lack of concordance which the signatory States and the contracting States agree should be corrected.

4. The corrected text replaces the defective text *ab initio*, unless the signatory States and the contracting States otherwise decide.

5. The correction of the text of a treaty that has been registered shall be notified to the Secretariat of the United Nations.

6. Where an error is discovered in a certified copy of a treaty, the depositary shall execute a *procès-verbal* specifying the rectification and communicate a copy of it to the signatory States and to the contracting States.

Article 80

Registration and publication of treaties

1. Treaties shall, after their entry into force, be transmitted to the Secretariat of the United Nations for registration or filing and recording, as the case may be, and for publication.

2. The designation of a depositary shall constitute authorization for it to perform the acts specified in the preceding paragraph.

PART VIII.

FINAL PROVISIONS

Article 81

Signature

The present Convention shall be open for signature by all States Members of the United Nations or of any of the specialized agencies or of the International Atomic Energy Agency or parties to the Statute of the International Court of Justice, and by any other State invited by the General Assembly of the United Nations to become a party to the Convention, as follows: until 30 November 1969, at the

Federal Ministry for Foreign Affairs of the Republic of Austria, and subsequently, until 30 April 1970, at United Nations Headquarters, New York.

Article 82

Ratification

The present Convention is subject to ratification. The instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 83

Accession

The present Convention shall remain open for accession by any State belonging to any of the categories mentioned in article 81. The instruments of accession shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 84

Entry into force

1. The present Convention shall enter into force on the thirtieth day following the date of deposit of the thirty-fifth instrument of ratification or accession.

2. For each State ratifying or acceding to the Convention after the deposit of the thirty-fifth instrument of ratification or accession, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after deposit by such State of its instrument of ratification or accession.

Article 85

Authentic texts

The original of the present Convention, of which the Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic, shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

IN WITNESS WHEREOF the undersigned Plenipotentiaries, being duly authorized thereto by their respective Governments, have signed the present Convention.

DONE at Vienna this twenty-third day of May, one thousand nine hundred and sixty-nine.

ANNEX

1. A list of conciliators consisting of qualified jurists shall be drawn up and maintained by the Secretary-General of the United Nations. To this end, every State which is a Member of the United Nations or a party to the present Convention shall be invited to nominate two conciliators, and the names of the persons so nominated shall constitute the list. The term of a conciliator, including that of any conciliator nominated to fill a casual vacancy, shall be five years and may be renewed. A conciliator whose term expires shall continue to fulfil any function for which he shall have been chosen under the following paragraph.

2. When a request has been made to the Secretary-General under article 66, the Secretary-General shall bring the dispute before a conciliation commission constituted as follows:

The State or States constituting one of the parties to the dispute shall appoint:

- (a) one conciliator of the nationality of that State or of one of those States, who may or may not be chosen from the list referred to in paragraph 1; and
- (b) one conciliator not of the nationality of that State or of any of those States, who shall be chosen from the list.

The State or States constituting the other party to the dispute shall appoint two conciliators in the same way. The four conciliators chosen by the parties shall be appointed within sixty days following the date on which the Secretary-General receives the request.

The four conciliators shall, within sixty days following the date of the last of their own appointments, appoint a fifth conciliator chosen from the list, who shall be chairman.

If the appointment of the chairman or of any of the other conciliators has not been made within the period prescribed above for such appointment, it shall be made by the Secretary-General within sixty days following the expiry of that period. The appointment of the chairman may be made by the Secretary-General either from the list or from the membership of the International Law Commission. Any of the periods within which appointments must be made may be extended by agreement between the parties to the dispute.

Any vacancy shall be filled in the manner prescribed for the initial appointment.

3. The Conciliation Commission shall decide its own procedure. The Commission, with the consent of the parties to the dispute, may invite any party to the treaty to submit to it its views orally or in writing. Decisions and recommendations of the Commission shall be made by a majority vote of the five members.

4. The Commission may draw the attention of the parties to the dispute to any measures which might facilitate an amicable settlement.

5. The Commission shall hear the parties, examine the claims and objections, and make proposals to the parties with a view to reaching an amicable settlement of the dispute.

6. The Commission shall report within twelve months of its constitution. Its report shall be deposited with the Secretary-General and transmitted to the parties to the dispute. The report of the Commission, including any conclusions stated therein regarding the facts or questions of law, shall not be binding upon the parties and it shall have no other character than that of recommendations submitted for the consideration of the parties in order to facilitate an amicable settlement of the dispute.

7. The Secretary-General shall provide the Commission with such assistance and facilities as it may require. The expenses of the Commission shall be borne by the United Nations.

ภาคผนวก ข

**Vienna Convention on the Law of Treaties between
States and International Organizations or between
International Organizations**
1986

Done at Vienna on 21 March 1986. Not yet in force.

See *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations*, vol. II (United Nations publication, Sales No. E.94.V.5).



Copyright © United Nations

2005

**Vienna Convention on the Law of Treaties between
States and International Organizations or between
International Organizations
Done at Vienna on 21 March 1986**

The Parties to the present Convention,

Considering the fundamental role of treaties in the history of international relations,

Recognizing the consensual nature of treaties and their ever-increasing importance as a source of international law,

Noting that the principles of free consent and of good faith and the *pacta sunt servanda* rule are universally recognized,

Affirming the importance of enhancing the process of codification and progressive development of international law at a universal level,

Believing that the codification and progressive development of the rules relating to treaties between States and international organizations or between international organizations are means of enhancing legal order in international relations and of serving the purposes of the United Nations,

Having in mind the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations, such as the principles of the equal rights and self-determination of peoples, of the sovereign equality and independence of all States, of non-interference in the domestic affairs of States, of the prohibition of the threat or use of force and of universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all,

Bearing in mind the provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969,

Recognizing the relationship between the law of treaties between States and the law of treaties between States and international organizations or between international organizations,

Considering the importance of treaties between States and international organizations or between international organizations as a useful means of developing international relations and ensuring conditions for peaceful cooperation among nations, whatever their constitutional and social systems,

Having in mind the specific features of treaties to which international organizations are parties as subjects of international law distinct from States,

Noting that international organizations possess the capacity to conclude treaties, which is necessary for the exercise of their functions and the fulfilment of their purposes,

Recognizing that the practice of international organizations in concluding treaties with States or between themselves should be in accordance with their constituent instruments,

Affirming that nothing in the present Convention should be interpreted as affecting those relations between an international organization and its members which are regulated by the rules of the organization,

Affirming also that disputes concerning treaties, like other international disputes, should be settled, in conformity with the Charter of the United Nations, by peaceful means and in conformity with the principles of justice and international law,

Affirming also that the rules of customary international law will continue to govern questions not regulated by the provisions of the present Convention,

Have agreed as follows:

PART I INTRODUCTION

Article 1 *Scope of the present Convention*

The present Convention applies to:

- (a) treaties between one or more States and one or more international organizations, and
- (b) treaties between international organizations.

Article 2 *Use of terms*

1. For the purposes of the present Convention:

(a) “treaty” means an international agreement governed by international law and concluded in written form:

- (i) between one or more States and one or more international organizations; or
- (ii) between international organizations,

whether that agreement is embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation;

(b) “ratification” means the international act so named whereby a State establishes on the international plane its consent to be bound by a treaty;

(b bis) “act of formal confirmation” means an international act corresponding to that of ratification by a State, whereby an international organization establishes on the international plane its consent to be bound by a treaty;

- (b ter) “acceptance”, “approval” and “accession” mean in each case the international act so named whereby a State or an international organization establishes on the international plane its consent to be bound by a treaty;
- (c) “full powers” means a document emanating from the competent authority of a State or from the competent organ of an international organization designating a person or persons to represent the State or the organization for negotiating, adopting or authenticating the text of a treaty, for expressing the consent of the State or of the organization to be bound by a treaty, or for accomplishing any other act with respect to a treaty;
- (d) “reservation” means a unilateral statement, however phrased or named, made by a State or by an international organization when signing, ratifying, formally confirming, accepting, approving or acceding to a treaty, whereby it purports to exclude or to modify the legal effect of certain provisions of the treaty in their application to that State or to that organization;
- (e) “negotiating State” and “negotiating organization” mean respectively:
- (i) a State, or
 - (ii) an international organization,
- which took part in the drawing up and adoption of the text of the treaty;
- (f) “contracting State” and “contracting organization” mean respectively:
- (i) a State, or
 - (ii) an international organization,
- which has consented to be bound by the treaty, whether or not the treaty has entered into force;
- (g) “party” means a State or an international organization which has consented to be bound by the treaty and for which the treaty is in force;
- (h) “third State” and “third organization” mean respectively:
- (i) a State, or
 - (ii) an international organization,
- not a party to the treaty;
- (i) “international organization” means an intergovernmental organization;
- (j) “rules of the organization” means, in particular, the constituent instruments, decisions and resolutions adopted in accordance with them, and established practice of the organization.

2. The provisions of paragraph 1 regarding the use of terms in the present Convention are without prejudice to the use of those terms or to the meanings which may be given to them in the internal law of any State or in the rules of any international organization.

Article 3

International agreements not within the scope of the present Convention

The fact that the present Convention does not apply:

- (i) to international agreements to which one or more States, one or more international organizations and one or more subjects of international law other than States or organizations are parties;
- (ii) to international agreements to which one or more international organizations and one or more subjects of international law other than States or organizations are parties;
- (iii) to international agreements not in written form between one or more States and one or more international organizations, or between international organizations; or
- (iv) to international agreements between subjects of international law other than States or international organizations;

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 between States and international organizations or to the relations of organizations as between themselves, when those relations are governed by international agreements to which other subjects of international law are also parties.

Article 4

Non-retroactivity of the present Convention

Without prejudice to the application of any rules set forth in the present Convention to which treaties between one or more States and one or more international organizations or between international organizations would be subject under international law independently of the Convention, the Convention applies only to such treaties concluded after the entry into force of the present Convention with regard to those States and those organizations.

Article 5

*Treaties constituting international organizations and treaties
adopted within an international organization*

The present Convention applies to any treaty between one or more States and one or more international organizations which is the constituent instrument of an international organization and to any treaty adopted within an international organization, without prejudice to any relevant rules of the organization.

PART II.

CONCLUSION AND ENTRY INTO FORCE OF TREATIES

SECTION 1. CONCLUSION OF TREATIES

Article 6

Capacity of international organizations to conclude treaties

The capacity of an international organization to conclude treaties is governed by the rules of that organization.

Article 7

Full powers

1. A person is considered as representing a State for the purpose of adopting or authenticating the text of a treaty or for the purpose of expressing the consent of the State to be bound by a treaty if:

- (a) that person produces appropriate full powers; or
- (b) it appears from practice or from other circumstances that it was the intention of the States and international organizations concerned to consider that person as representing the State for such purposes without having to produce full powers.

2. In virtue of their functions and without having to produce full powers, the following are considered as representing their State:

- (a) Heads of State, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs, for the purpose of performing all acts relating to the conclusion of a treaty between one or more States and one or more international organizations;
- (b) representatives accredited by States to an international conference, for the purpose of adopting the text of a treaty between States and international organizations;
- (c) representatives accredited by States to an international organization or one of its organs, for the purpose of adopting the text of a treaty in that organization or organ;
- (d) heads of permanent missions to an international organization, for the purpose of adopting the text of a treaty between the accrediting States and that organization.

3. A person is considered as representing an international organization for the purpose of adopting or authenticating the text of a treaty, or expressing the consent of that organization to be bound by a treaty, if:

- (a) that person produces appropriate full powers; or
- (b) it appears from the circumstances that it was the intention of the States and international organizations concerned to consider that person as representing the organization for such purposes, in accordance with the rules of the organization, without having to produce full powers.

Article 8
Subsequent confirmation of an act performed
without authorization

An act relating to the conclusion of a treaty performed by a person who cannot be considered under article 7 as authorized to represent a State or an international organization for that purpose is without legal effect unless afterwards confirmed by that State or that organization.

Article 9
Adoption of the text

1. The adoption of the text of a treaty takes place by the consent of all the States and international organizations or, as the case may be, all the organizations participating in its drawing up except as provided in paragraph 2.

2. The adoption of the text of a treaty at an international conference takes place in accordance with the procedure agreed upon by the participants in that conference. If, however, no agreement is reached on any such procedure, the adoption of the text shall take place by the vote of two thirds of the participants present and voting unless by the same majority they shall decide to apply a different rule.

Article 10
Authentication of the text

1. The text of a treaty between one or more States and one or more international organizations is established as authentic and definitive:

- (a) by such procedure as may be provided for in the text or agreed upon by the States and organizations participating in its drawing up; or
- (b) failing such procedure, by the signature, signature *ad referendum* or initialling by the representatives of those States and those organizations of the text of the treaty or of the Final Act of a conference incorporating the text.

2. The text of a treaty between international organizations is established as authentic and definitive:

- (a) by such procedure as may be provided for in the text or agreed upon by the organizations participating in its drawing up; or
- (b) failing such procedure, by the signature, signature *ad referendum* or initialling by the representatives of those States and those organizations of the text of the treaty or of the Final Act of a conference incorporating the text.

Article 11

Means of expressing consent to be bound by a treaty

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

2. The consent of an international organization to be bound by a treaty may be expressed by signature, exchange of instruments constituting a treaty, act of formal confirmation, acceptance, approval or accession, or by any other means if so agreed.

Article 12

Consent to be bound by a treaty expressed by signature

1. The consent of a State or of an international organization to be bound by a treaty is expressed by the signature of the representative of that State or of that organization when:

- (a) the treaty provides that signature shall have that effect;
- (b) it is otherwise established that the negotiating States and negotiating organizations or, as the case may be, the negotiating organizations were agreed that signature should have that effect; or
- (c) the intention of the State or organization to give that effect to the signature appears from the full powers of its representative or was expressed during the negotiation.

2. For the purposes of paragraph 1:

- (a) the initialling of a text constitutes a signature of the treaty when it is established that the negotiating States and negotiating organizations or, as the case may be, the negotiating organizations so agreed;
- (b) the signature *ad referendum* of a treaty by the representative of a State or an international organization, if confirmed by his State or organization, constitutes a full signature of the treaty.

Article 13

*Consent to be bound by a treaty expressed by
an exchange of instruments constituting a treaty*

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

- (a) the instruments provide that their exchange shall have that effect; or
- (b) it is otherwise established that those States and those organizations or, as the case may be, those organizations were agreed that the exchange of instruments should have that effect.

Article 14

*Consent to be bound by a treaty expressed by ratification,
act of formal confirmation, acceptance or approval*

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

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

2. The consent of an international organization to be bound by a treaty is expressed by an act of formal confirmation when:

- (a) the treaty provides for such consent to be expressed by means of an act of formal confirmation;
- (b) it is otherwise established that the negotiating States and negotiating organizations or, as the case may be, the negotiating organizations were agreed that an act of formal confirmation should be required;
- (c) the representative of the organization has signed the treaty subject to an act of formal confirmation; or
- (d) the intention of the organization to sign the treaty subject to an act of formal confirmation appears from the full powers of its representative or was expressed during the negotiation.

3. The consent of a State or of an international organization to be bound by a treaty is expressed by acceptance or approval under conditions similar to those which apply to ratification or, as the case may be, to an act of formal confirmation.

Article 15

Consent to be bound by a treaty expressed by accession

The consent of a State or of an international organization to be bound by a treaty is expressed by accession when:

- (a) the treaty provides that such consent may be expressed by that State or that organization by means of accession;
- (b) it is otherwise established that the negotiating States and negotiating organizations or, as the case may be, the negotiating organizations were agreed that such consent may be expressed by that State or that organization by means of accession; or
- (c) all the parties have subsequently agreed that such consent may be expressed by that State or that organization by means of accession.

Article 16

Exchange or deposit of instruments of ratification, formal confirmation, acceptance, approval or accession

1. Unless the treaty otherwise provides, instruments of ratification, instruments relating to an act of formal confirmation or instruments of acceptance, approval or accession establish the consent of a State or of an international organization to be bound by a treaty between one or more States and one or more international organizations upon:

- (a) their exchange between the contracting States and contracting organizations;
- (b) their deposit with the depositary; or
- (c) their notification to the contracting States and to the contracting organizations or to the depositary, if so agreed.

2. Unless the treaty otherwise provides, instruments relating to an act of formal confirmation or instruments of acceptance, approval or accession establish the consent of an international organization to be bound by a treaty between international organizations upon:

- (a) their exchange between the contracting organizations;
- (b) their deposit with the depositary; or
- (c) their notification to the contracting organizations or to the depositary, if so agreed.

Article 17
Consent to be bound by part of a treaty and choice
of differing provisions

1. Without prejudice to articles 19 to 23, the consent of a State or of an international organization to be bound by part of a treaty is effective only if the treaty so permits, or if the contracting States and contracting organizations or, as the case may be, the contracting organizations so agree.

2. The consent of a State or of an international organization to be bound by a treaty which permits a choice between differing provisions is effective only if it is made clear to which of the provisions the consent relates.

Article 18
Obligation not to defeat the object and purpose of
a treaty prior to its entry into force

A State or an international organization is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when:

- (a) that State or that organization has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, act of formal confirmation, acceptance or approval, until that State or that organization shall have made its intention clear not to become a party to the treaty; or
- (b) that State or that organization has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed.

SECTION 2. RESERVATIONS

Article 19
Formulation of reservations

A State or an international organization may, when signing, ratifying, formally confirming, accepting, approving or acceding to a treaty, formulate a reservation unless:

- (a) the reservation is prohibited by the treaty;
- (b) the treaty provides that only specified reservations, which do not include the reservation in question, may be made; or
- (c) in cases not falling under subparagraphs (a) and (b), the reservation is incompatible with the object and purpose of the treaty.

Article 20

Acceptance of and objection to reservations

1. A reservation expressly authorized by a treaty does not require any subsequent acceptance by the contracting States and contracting organizations or, as the case may be, by the contracting organizations unless the treaty so provides.

2. When it appears from the limited number of the negotiating States and negotiating organizations or, as the case may be, of the negotiating organizations and the object and purpose of a treaty that the application of the treaty in its entirety between all the parties is an essential condition of the consent of each one to be bound by the treaty, a reservation requires acceptance by all the parties.

3. When a treaty is a constituent instrument of an international organization and unless it otherwise provides, a reservation requires the acceptance of the competent organ of that organization.

4. In cases not falling under the preceding paragraphs and unless the treaty otherwise provides:

(a) acceptance of a reservation by a contracting State or by a contracting organization constitutes the reserving State or international organization a party to the treaty in relation to the accepting State or organization if or when the treaty is in force for the reserving State or organization and for the accepting State or organization;

(b) an objection by a contracting State or by a contracting organization to a reservation does not preclude the entry into force of the treaty as between the objecting State or international organization and the reserving State or organization unless a contrary intention is definitely expressed by the objecting State or organization;

(c) an act expressing the consent of a State or of an international organization to be bound by the treaty and containing a reservation is effective as soon as at least one contracting State or one contracting organization has accepted the reservation.

5. For the purposes of paragraphs 2 and 4, and unless the treaty otherwise provides, a reservation is considered to have been accepted by a State or an international organization if it shall have raised no objection to the reservation by the end of a period of twelve months after it was notified of the reservation or by the date on which it expressed its consent to be bound by the treaty, whichever is later.

Article 21

Legal effects of reservations and of objections to reservations

1. A reservation established with regard to another party in accordance with articles 19, 20 and 23:

(a) modifies for the reserving State or international organization in its relations with that other party the provisions of the treaty to which the reservation relates to the extent of the reservation; and

(b) modifies those provisions to the same extent for that other party in its relations with the reserving State or international organization.

2. The reservation does not modify the provisions of the treaty for the other parties to the treaty inter se.

3. When a State or an international organization objecting to a reservation has not opposed the entry into force of the treaty between itself and the reserving State or organization, the provisions to which the reservation relates do not apply as between the reserving State or organization and the objecting State or organization to the extent of the reservation.

Article 22

Withdrawal of reservations and of objections to reservations

1. Unless the treaty otherwise provides, a reservation may be withdrawn at any time and the consent of a State or of an international organization which has accepted the reservation is not required for its withdrawal.

2. Unless the treaty otherwise provides, an objection to a reservation may be withdrawn at any time.

3. Unless the treaty otherwise provides, or it is otherwise agreed:

(a) the withdrawal of a reservation becomes operative in relation to a contracting State or a contracting organization only when notice of it has been received by that State or that organization;

(b) the withdrawal of an objection to a reservation becomes operative only when notice of it has been received by the State or international organization which formulated the reservation.

Article 23

Procedure regarding reservations

1. A reservation, an express acceptance of a reservation and an objection to a reservation must be formulated in writing and communicated to the contracting States and contracting organizations and other States and international organizations entitled to become parties to the treaty.

2. If formulated when signing the treaty subject to ratification, act of formal confirmation, acceptance or approval, a reservation must be formally confirmed by the reserving State or international organization when expressing its consent to be bound by the treaty. In such a case the reservation shall be considered as having been made on the date of its confirmation.

3. An express acceptance of, or an objection to, a reservation made previously to confirmation of the reservation does not itself require confirmation.

4. The withdrawal of a reservation or of an objection to a reservation must be formulated in writing.

SECTION 3. ENTRY INTO FORCE AND PROVISIONAL APPLICATION OF TREATIES

Article 24

Entry into force

1. A treaty enters into force in such manner and upon such date as it may provide or as the negotiating States and negotiating organizations or, as the case may be, the negotiating organizations may agree.

2. Failing any such provision or agreement, a treaty enters into force as soon as consent to be bound by the treaty has been established for all the negotiating States and negotiating organizations or, as the case may be, all the negotiating organizations.

3. When the consent of a State or of an international organization to be bound by a treaty is established on a date after the treaty has come into force, the treaty enters into force for that State or that organization on that date, unless the treaty otherwise provides.

4. The provisions of a treaty regulating the authentication of its text, the establishment of consent to be bound by the treaty, the manner or date of its entry into force, reservations, the functions of the depositary and other matters arising necessarily before the entry into force of the treaty apply from the time of the adoption of its text.

Article 25

Provisional application

1. A treaty or a part of a treaty is applied provisionally pending its entry into force if:

- (a) the treaty itself so provides; or
- (b) the negotiating States and negotiating organizations or, as the case may be, the negotiating organizations have in some other manner so agreed.

2. Unless the treaty otherwise provides or the negotiating States and negotiating organizations or, as the case may be, the negotiating organizations have otherwise agreed, the provisional application of a treaty or a part of a treaty with respect to a State or an international organization shall be terminated if that State or that organization notifies the States and organizations with regard to which the treaty is being applied provisionally of its intention not to become a party to the treaty.

PART III.
OBSERVANCE, APPLICATION AND
INTERPRETATION OF TREATIES
SECTION 1. OBSERVANCE OF TREATIES

Article 26
Pacta sunt servanda

Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

Article 27
Internal law of States, rules of international organizations
and observance of treaties

1. A State party to a treaty may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform the treaty.

2. An international organization party to a treaty may not invoke the rules of the organization as justification for its failure to perform the treaty.

3. The rules contained in the preceding paragraphs are without prejudice to article 46.

SECTION 2. APPLICATION OF TREATIES

Article 28
Non-retroactivity of treaties

Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party.

Article 29
Territorial scope of treaties

Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty between one or more States and one or more international organizations is binding upon each State party in respect of its entire territory.

Article 30
Application of successive treaties relating to
the same subject matter

1. The rights and obligations of States and international organizations parties to successive treaties relating to the same subject matter shall be determined in accordance with the following paragraphs.

2. When a treaty specifies that it is subject to, or that it is not to be considered as incompatible with, an earlier or later treaty, the provisions of that other treaty prevail.

3. When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under article 59, the earlier treaty applies to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty.

4. When the parties to the later treaty do not include all the parties to the earlier one:

- (a) as between two parties, each of which is a party to both treaties, the same rule applies as in paragraph 3;
- (b) as between a party to both treaties and a party to only one of the treaties, the treaty to which both are parties governs their mutual rights and obligations.

5. Paragraph 4 is without prejudice to article 41, or to any question of the termination or suspension of the operation of a treaty under article 60 or to any question of responsibility which may arise for a State or for an international organization from the conclusion or application of a treaty the provisions of which are incompatible with its obligations towards a State or an organization under another treaty.

6. The preceding paragraphs are without prejudice to the fact that, in the event of a conflict between obligations under the Charter of the United Nations and obligations under a treaty, the obligations under the Charter shall prevail.

SECTION 3. INTERPRETATION OF TREATIES

Article 31

General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

- (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;
- (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

- (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

Article 32
Supplementary means of interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

Article 33
*Interpretation of treaties authenticated in two
or more languages*

1. When a treaty has been authenticated in two or more languages, the text is equally authoritative in each language, unless the treaty provides or the parties agree that, in case of divergence, a particular text shall prevail.

2. A version of the treaty in a language other than one of those in which the text was authenticated shall be considered an authentic text only if the treaty so provides or the parties so agree.

3. The terms of a treaty are presumed to have the same meaning in each authentic text.

4. Except where a particular text prevails in accordance with paragraph 1, when a comparison of the authentic texts discloses a difference of meaning which the application of articles 31 and 32 does not remove, the meaning which best reconciles the texts, having regard to the object and purpose of the treaty, shall be adopted.

**SECTION 4. TREATIES AND THIRD STATES OR
THIRD ORGANIZATIONS**

Article 34
General rule regarding third States and third organizations

A treaty does not create either obligations or rights for a third State or a third organization without the consent of that State or that organization.

Article 35

*Treaties providing for obligations for third States
or third organizations*

An obligation arises for a third State or a third organization from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to be the means of establishing the obligation and the third State or the third organization expressly accepts that obligation in writing. Acceptance by the third organization of such an obligation shall be governed by the rules of that organization.

Article 36

*Treaties providing for rights for third States
or third organizations*

1. A right arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to accord that right either to the third State, or to a group of States to which it belongs, or to all States, and the third State assents thereto. Its assent shall be presumed so long as the contrary is not indicated, unless the treaty otherwise provides.

2. A right arises for a third organization from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to accord that right either to the third organization, or to a group of international organizations to which it belongs, or to all organizations, and the third organization assents thereto. Its assent shall be governed by the rules of the organization.

3. A State or an international organization exercising a right in accordance with paragraph 1 or 2 shall comply with the conditions for its exercise provided for in the treaty or established in conformity with the treaty.

Article 37

*Revocation or modification of obligations or rights
of third States or third organizations*

1. When an obligation has arisen for a third State or a third organization in conformity with article 35, the obligation may be revoked or modified only with the consent of the parties to the treaty and of the third State or the third organization, unless it is established that they had otherwise agreed.

2. When a right has arisen for a third State or a third organization in conformity with article 36, the right may not be revoked or modified by the parties if it is established that the right was intended not to be revocable or subject to modification without the consent of the third State or the third organization.

3. The consent of an international organization party to the treaty or of a third organization, as provided for in the foregoing paragraphs, shall be governed by the rules of that organization.

Article 38
Rules in a treaty becoming binding on third States or
third organizations through international custom

Nothing in articles 34 to 37 precludes a rule set forth in a treaty from becoming binding upon a third State or a third organization as a customary rule of international law, recognized as such.

PART IV.
AMENDMENT AND MODIFICATION OF TREATIES

Article 39
General rule regarding the amendment of treaties

1. A treaty may be amended by agreement between the parties. The rules laid down in Part II apply to such an agreement except insofar as the treaty may otherwise provide.

2. The consent of an international organization to an agreement provided for in paragraph 1 shall be governed by the rules of that organization.

Article 40
Amendment of multilateral treaties

1. Unless the treaty otherwise provides, the amendment of multilateral treaties shall be governed by the following paragraphs.

2. Any proposal to amend a multilateral treaty as between all the parties must be notified to all the contracting States and all the contracting organizations, each one of which shall have the right to take part in:

- (a) the decision as to the action to be taken in regard to such proposal;
- (b) the negotiation and conclusion of any agreement for the amendment of the treaty.

3. Every State or international organization entitled to become a party to the treaty shall also be entitled to become a party to the treaty as amended.

4. The amending agreement does not bind any State or international organization already a party to the treaty which does not become a party to the amending agreement; article 30, paragraph 4 (b), applies in relation to such State or organization.

5. Any State or international organization which becomes a party to the treaty after the entry into force of the amending agreement shall, failing an expression of a different intention by that State or that organization:

- (a) be considered as a party to the treaty as amended; and

- (b) be considered as a party to the unamended treaty in relation to any party to the treaty not bound by the amending agreement.

Article 41

Agreements to modify multilateral treaties between certain of the parties only

1. Two or more of the parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to modify the treaty as between themselves alone if:

- (a) the possibility of such a modification is provided for by the treaty; or
- (b) the modification in question is not prohibited by the treaty and:
 - (i) does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations;
 - (ii) does not relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole.

2. Unless in a case falling under paragraph 1 (a) the treaty otherwise provides, the parties in question shall notify the other parties of their intention to conclude the agreement and of the modification to the treaty for which it provides.

PART V.

**INVALIDITY, TERMINATION AND SUSPENSION
OF THE OPERATION OF TREATIES**

SECTION 1. GENERAL PROVISIONS

Article 42

Validity and continuance in force of treaties

1. The validity of a treaty or of the consent of a State or an international organization to be bound by a treaty may be impeached only through the application of the present Convention.

2. The termination of a treaty, its denunciation or the withdrawal of a party, may take place only as a result of the application of the provisions of the treaty or of the present Convention. The same rule applies to suspension of the operation of a treaty.

Article 43

*Obligations imposed by international law
independently of a treaty*

The invalidity, termination or denunciation of a treaty, the withdrawal of a party from it, or the suspension of its operation, as a result of the application of the present Convention or of the provisions of the treaty, shall not in any way impair the duty of any State or of any international organization to

fulfil any obligation embodied in the treaty to which that State or that organization would be subject under international law independently of the treaty.

Article 44
Separability of treaty provisions

1. A right of a party, provided for in a treaty or arising under article 56, to denounce, withdraw from or suspend the operation of the treaty may be exercised only with respect to the whole treaty unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree.

2. A ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty recognized in the present Convention may be invoked only with respect to the whole treaty except as provided in the following paragraphs or in article 60.

3. If the ground relates solely to particular clauses, it may be invoked only with respect to those clauses where:

- (a) the said clauses are separable from the remainder of the treaty with regard to their application;
- (b) it appears from the treaty or is otherwise established that acceptance of those clauses was not an essential basis of the consent of the other party or parties to be bound by the treaty as a whole; and
- (c) continued performance of the remainder of the treaty would not be unjust.

4. In cases falling under articles 49 and 50, the State or international organization entitled to invoke the fraud or corruption may do so with respect either to the whole treaty or, subject to paragraph 3, to the particular clauses alone.

5. In cases falling under articles 51, 52 and 53, no separation of the provisions of the treaty is permitted.

Article 45
*Loss of a right to invoke a ground for invalidating,
terminating, withdrawing from or suspending
the operation of a treaty*

1. A State may no longer invoke a ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty under articles 46 to 50 or articles 60 and 62 if, after becoming aware of the facts:

- (a) it shall have expressly agreed that the treaty is valid or remains in force or continues in operation, as the case may be; or
- (b) it must by reason of its conduct be considered as having acquiesced in the validity of the treaty or in its maintenance in force or in operation, as the case may be.

2. An international organization may no longer invoke a ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty under articles 46 to 50 or articles 60 and 62 if, after becoming aware of the facts:

- (a) it shall have expressly agreed that the treaty is valid or remains in force or continues in operation, as the case may be; or
- (b) it must by reason of the conduct of the competent organ be considered as having renounced the right to invoke that ground.

SECTION 2. INVALIDITY OF TREATIES

Article 46

Provisions of internal law of a State and rules of an international organization regarding competence to conclude treaties

1. A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance.

2. An international organization may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of the rules of the organization regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of fundamental importance.

3. A violation is manifest if it would be objectively evident to any State or any international organization conducting itself in the matter in accordance with the normal practice of States and, where appropriate, of international organizations and in good faith.

Article 47

Specific restrictions on authority to express the consent of a State or an international organization

If the authority of a representative to express the consent of a State or of an international organization to be bound by a particular treaty has been made subject to a specific restriction, his omission to observe that restriction may not be invoked as invalidating the consent expressed by him unless the restriction was notified to the negotiating States and negotiating organizations prior to his expressing such consent.

Article 48

Error

1. A State or an international organization may invoke an error in a treaty as invalidating its consent to be bound by the treaty if the error relates to a fact or situation which was assumed by that

State or that organization to exist at the time when the treaty was concluded and formed an essential basis of the consent of that State or that organization to be bound by the treaty.

2. Paragraph 1 shall not apply if the State or international organization in question contributed by its own conduct to the error or if the circumstances were such as to put that State or that organization on notice of a possible error.

3. An error relating only to the wording of the text of a treaty does not affect its validity; article 80 then applies.

Article 49
Fraud

A State or an international organization induced to conclude a treaty by the fraudulent conduct of a negotiating State or a negotiating organization may invoke the fraud as invalidating its consent to be bound by the treaty.

Article 50
Corruption of a representative of a State
or of an international organization

A State or an international organization the expression of whose consent to be bound by a treaty has been procured through the corruption of its representative directly or indirectly by a negotiating State or a negotiating organization may invoke such corruption as invalidating its consent to be bound by the treaty.

Article 51
Coercion of a representative of a State or
of an international organization

The expression by a State or an international organization of consent to be bound by a treaty which has been procured by the coercion of the representative of that State or that organization through acts or threats directed against him shall be without any legal effect.

Article 52
Coercion of a State or of an international organization
by the threat or use of force

A treaty is void if its conclusion has been procured by the threat or use of force in violation of the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations.

Article 53
Treaties conflicting with a peremptory norm of
general international law (jus cogens)

A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general

international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

SECTION 3. TERMINATION AND SUSPENSION OF THE OPERATION OF TREATIES

ARTICLE 54

*Termination of or withdrawal from a treaty under its provisions
or by consent of the parties*

The termination of a treaty or the withdrawal of a party may take place:

- (a) in conformity with the provisions of the treaty; or
- (b) at any time by consent of all the parties after consultation with the contracting States and contracting organizations.

Article 55

*Reduction of the parties to a multilateral treaty below
the number necessary for its entry into force*

Unless the treaty otherwise provides, a multilateral treaty does not terminate by reason only of the fact that the number of the parties falls below the number necessary for its entry into force.

Article 56

*Denunciation of or withdrawal from a treaty containing
no provision regarding termination,
denunciation or withdrawal*

1. A treaty which contains no provision regarding its termination and which does not provide for denunciation or withdrawal is not subject to denunciation or withdrawal unless:

- (a) it is established that the parties intended to admit the possibility of denunciation or withdrawal; or
- (b) a right of denunciation or withdrawal may be implied by the nature of the treaty.

2. A party shall give not less than twelve months' notice of its intention to denounce or withdraw from a treaty under paragraph 1.

Article 57

*Suspension of the operation of a treaty under its provisions
or by consent of the parties*

The operation of a treaty in regard to all the parties or to a particular party may be suspended:

- (a) in conformity with the provisions of the treaty; or

(b) at any time by consent of all the parties after consultation with the contracting States and contracting organizations.

Article 58

*Suspension of the operation of a multilateral treaty
by agreement between certain of the parties only*

1. Two or more parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to suspend the operation of provisions of the treaty, temporarily and as between themselves alone, if:

- (a) the possibility of such a suspension is provided for by the treaty; or
- (b) the suspension in question is not prohibited by the treaty and:
 - (i) does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations;
 - (ii) is not incompatible with the object and purpose of the treaty.

2. Unless in a case falling under paragraph 1 (a) the treaty otherwise provides, the parties in question shall notify the other parties of their intention to conclude the agreement and of those provisions of the treaty the operation of which they intend to suspend.

Article 59

*Termination or suspension of the operation of a treaty
implied by conclusion of a later treaty*

1. A treaty shall be considered as terminated if all the parties to it conclude a later treaty relating to the same subject matter and:

- (a) it appears from the later treaty or is otherwise established that the parties intended that the matter should be governed by that treaty; or
- (b) the provisions of the later treaty are so far incompatible with those of the earlier one that the two treaties are not capable of being applied at the same time.

2. The earlier treaty shall be considered as only suspended in operation if it appears from the later treaty or is otherwise established that such was the intention of the parties.

Article 60

*Termination or suspension of the operation of a treaty
as a consequence of its breach*

1. A material breach of a bilateral treaty by one of the parties entitles the other to invoke the breach as a ground for terminating the treaty or suspending its operation in whole or in part.

2. A material breach of a multilateral treaty by one of the parties entitles:

(a) the other parties by unanimous agreement to suspend the operation of the treaty in whole or in part or to terminate it either:

- (i) in the relations between themselves and the defaulting State or international organization;
or
- (ii) as between all the parties;

(b) a party specially affected by the breach to invoke it as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part in the relations between itself and the defaulting State or international organization;

(c) any party other than the defaulting State or international organization to invoke the breach as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part with respect to itself if the treaty is of such a character that a material breach of its provisions by one party radically changes the position of every party with respect to the further performance of its obligations under the treaty.

3. A material breach of a treaty, for the purposes of this article, consists in:

- (a) a repudiation of the treaty not sanctioned by the present Convention; or
- (b) the violation of a provision essential to the accomplishment of the object or purpose of the treaty.

4. The foregoing paragraphs are without prejudice to any provision in the treaty applicable in the event of a breach.

5. Paragraphs 1 to 3 do not apply to provisions relating to the protection of the human person contained in treaties of a humanitarian character, in particular to provisions prohibiting any form of reprisals against persons protected by such treaties.

Article 61

Supervening impossibility of performance

1. A party may invoke the impossibility of performing a treaty as a ground for terminating or withdrawing from it if the impossibility results from the permanent disappearance or destruction of an object indispensable for the execution of the treaty. If the impossibility is temporary, it may be invoked only as a ground for suspending the operation of the treaty.

2. Impossibility of performance may not be invoked by a party as a ground for terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty if the impossibility is the result of a breach by that party either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any other party to the treaty.

Article 62
Fundamental change of circumstances

1. A fundamental change of circumstances which has occurred with regard to those existing at the time of the conclusion of a treaty, and which was not foreseen by the parties, may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from the treaty unless:

- (a) the existence of those circumstances constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty; and
- (b) the effect of the change is radically to transform the extent of obligations still to be performed under the treaty.

2. A fundamental change of circumstances may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from a treaty between two or more States and one or more international organizations if the treaty establishes a boundary.

3. A fundamental change of circumstances may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from a treaty if the fundamental change is the result of a breach by the party invoking it either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any other party to the treaty.

4. If, under the foregoing paragraphs, a party may invoke a fundamental change of circumstances as a ground for terminating or withdrawing from a treaty it may also invoke the change as a ground for suspending the operation of the treaty.

Article 63
Severance of diplomatic or consular relations

The severance of diplomatic or consular relations between States Parties to a treaty between two or more States and one or more international organizations does not affect the legal relations established between those States by the treaty except insofar as the existence of diplomatic or consular relations is indispensable for the application of the treaty.

Article 64
Emergence of a new peremptory norm of general international law (jus cogens)

If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.

SECTION 4. PROCEDURE

Article 65

*Procedure to be followed with respect to invalidity, termination,
withdrawal from or suspension of the operation of a treaty*

1. A party which, under the provisions of the present Convention, invokes either a defect in its consent to be bound by a treaty or a ground for impeaching the validity of a treaty, terminating it, withdrawing from it or suspending its operation, must notify the other parties of its claim. The notification shall indicate the measure proposed to be taken with respect to the treaty and the reasons therefor.

2. If, after the expiry of a period which, except in cases of special urgency, shall not be less than three months after the receipt of the notification, no party has raised any objection, the party making the notification may carry out in the manner provided in article 67 the measure which it has proposed.

3. If, however, objection has been raised by any other party, the parties shall seek a solution through the means indicated in Article 33 of the Charter of the United Nations.

4. The notification or objection made by an international organization shall be governed by the rules of that organization.

5. Nothing in the foregoing paragraphs shall affect the rights or obligations of the parties under any provisions in force binding the parties with regard to the settlement of disputes.

6. Without prejudice to article 45, the fact that a State or an international organization has not previously made the notification prescribed in paragraph 1 shall not prevent it from making such notification in answer to another party claiming performance of the treaty or alleging its violation.

Article 66

Procedures for judicial settlement, arbitration and conciliation

1. If, under paragraph 3 of article 65, no solution has been reached within a period of twelve months following the date on which the objection was raised, the procedures specified in the following paragraphs shall be followed.

2. With respect to a dispute concerning the application or the interpretation of article 53 or 64:

(a) if a State is a party to the dispute with one or more States, it may, by a written application, submit the dispute to the International Court of Justice for a decision;

(b) if a State is a party to the dispute to which one or more international organizations are parties, the State may, through a Member State of the United Nations if necessary, request the General Assembly or the Security Council or, where appropriate, the competent organ of an international organization which is a party to the dispute and is authorized in accordance with Article 96 of the Charter of the United Nations, to request an advisory opinion of the International Court of Justice in accordance with Article 65 of the Statute of the Court;

(c) if the United Nations or an international organization that is authorized in accordance with Article 96 of the Charter of the United Nations is a party to the dispute, it may request an advisory opinion of the International Court of Justice in accordance with Article 65 of the Statute of the Court;

(d) if an international organization other than those referred to in subparagraph (c) is a party to the dispute, it may, through a Member State of the United Nations, follow the procedure specified in subparagraph (b);

(e) the advisory opinion given pursuant to subparagraph (b), (c) or (d) shall be accepted as decisive by all the parties to the dispute concerned;

(f) if the request under subparagraph (b), (c) or (d) for an advisory opinion of the Court is not granted, any one of the parties to the dispute may, by written notification to the other party or parties, submit it to arbitration in accordance with the provisions of the Annex to the present Convention.

3. The provisions of paragraph 2 apply unless all the parties to a dispute referred to in that paragraph by common consent agree to submit the dispute to an arbitration procedure, including the one specified in the Annex to the present Convention.

4. With respect to a dispute concerning the application or the interpretation of any of the articles in Part V, other than articles 53 and 64, of the present Convention, any one of the parties to the dispute may set in motion the conciliation procedure specified in the Annex to the Convention by submitting a request to that effect to the Secretary-General of the United Nations.

Article 67

Instruments for declaring invalid, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty

1. The notification provided for under article 65, paragraph 1, must be made in writing.

2. Any act declaring invalid, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty pursuant to the provisions of the treaty or of paragraphs 2 or 3 of article 65 shall be carried out through an instrument communicated to the other parties. If the instrument emanating from a State is not signed by the Head of State, Head of Government or Minister for Foreign Affairs, the representative of the State communicating it may be called upon to produce full powers. If the instrument emanates from an international organization, the representative of the organization communicating it may be called upon to produce full powers.

Article 68

Revocation of notifications and instruments provided for in articles 65 and 67

A notification or instrument provided for in articles 65 or 67 may be revoked at any time before it takes effect.

**SECTION 5. CONSEQUENCES OF THE INVALIDITY, TERMINATION OR SUSPENSION OF THE
OPERATION OF A TREATY**

Article 69

Consequences of the invalidity of a treaty

1. A treaty the invalidity of which is established under the present Convention is void. The provisions of a void treaty have no legal force.

2. If acts have nevertheless been performed in reliance on such a treaty:

- (a) each party may require any other party to establish as far as possible in their mutual relations the position that would have existed if the acts had not been performed;
- (b) acts performed in good faith before the invalidity was invoked are not rendered unlawful by reason only of the invalidity of the treaty.

3. In cases falling under articles 49, 50, 51 or 52, paragraph 2 does not apply with respect to the party to which the fraud, the act of corruption or the coercion is imputable.

4. In the case of the invalidity of the consent of a particular State or a particular international organization to be bound by a multilateral treaty, the foregoing rules apply in the relations between that State or that organization and the parties to the treaty.

Article 70

Consequences of the termination of a treaty

1. Unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree, the termination of a treaty under its provisions or in accordance with the present Convention:

- (a) releases the parties from any obligation further to perform the treaty;
- (b) does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination.

2. If a State or an international organization denounces or withdraws from a multilateral treaty, paragraph 1 applies in the relations between that State or that organization and each of the other parties to the treaty from the date when such denunciation or withdrawal takes effect.

Article 71

Consequences of the invalidity of a treaty which conflicts with a peremptory norm of general international law

1. In the case of a treaty which is void under article 53 the parties shall:

- (a) eliminate as far as possible the consequences of any act performed in reliance on any provision which conflicts with the peremptory norm of general international law; and
- (b) bring their mutual relations into conformity with the peremptory norm of general international law.

2. In the case of a treaty which becomes void and terminates under article 64, the termination of the treaty:

- (a) releases the parties from any obligation further to perform the treaty;
- (b) does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination; provided that those rights, obligations or situations may thereafter be maintained only to the extent that their maintenance is not in itself in conflict with the new peremptory norm of general international law.

Article 72

Consequences of the suspension of the operation of a treaty

1. Unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree, the suspension of the operation of a treaty under its provisions or in accordance with the present Convention:

- (a) releases the parties between which the operation of the treaty is suspended from the obligation to perform the treaty in their mutual relations during the period of the suspension;
- (b) does not otherwise affect the legal relations between the parties established by the treaty.

2. During the period of the suspension the parties shall refrain from acts tending to obstruct the resumption of the operation of the treaty.

PART VI.

MISCELLANEOUS PROVISIONS

Article 73

Relationship to the Vienna Convention on the Law of Treaties

As between States Parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, the relations of those States under a treaty between two or more States and one or more international organizations shall be governed by that Convention.

Article 74

Questions not prejudged by the present Convention

1. The provisions of the present Convention shall not prejudice any question that may arise in regard to a treaty between one or more States and one or more international organizations from a

succession of States or from the international responsibility of a State or from the outbreak of hostilities between States.

2. The provisions of the present Convention shall not prejudice any question that may arise in regard to a treaty from the international responsibility of an international organization, from the termination of the existence of the organization or from the termination of participation by a State in the membership of the organization.

3. The provisions of the present Convention shall not prejudice any question that may arise in regard to the establishment of obligations and rights for States members of an international organization under a treaty to which that organization is a party.

Article 75
Diplomatic and consular relations and
the conclusion of treaties

The severance or absence of diplomatic or consular relations between two or more States does not prevent the conclusion of treaties between two or more of those States and one or more international organizations. The conclusion of such a treaty does not in itself affect the situation in regard to diplomatic or consular relations.

Article 76
Case of an aggressor State

The provisions of the present Convention are without prejudice to any obligation in relation to a treaty between one or more States and one or more international organizations which may arise for an aggressor State in consequence of measures taken in conformity with the Charter of the United Nations with reference to that State's aggression.

PART VII.
DEPOSITARIES, NOTIFICATIONS, CORRECTONS
AND REGISTRATION

Article 77
Depositaries of treaties

1. The designation of the depositary of a treaty may be made by the negotiating States and negotiating organizations or, as the case may be, the negotiating organizations, either in the treaty itself or in some other manner. The depositary may be one or more States, an international organization or the chief administrative officer of the organization.

2. The functions of the depositary of a treaty are international in character and the depositary is under an obligation to act impartially in their performance. In particular, the fact that a treaty has not entered into force between certain of the parties or that a difference has appeared between a State or an international organization and a depositary with regard to the performance of the latter's functions shall not affect that obligation.

Article 78
Functions of depositaries

1. The functions of a depositary, unless otherwise provided in the treaty or agreed by the contracting States and contracting organizations or, as the case may be, by the contracting organizations, comprise in particular:

- (a) keeping custody of the original text of the treaty and of any full powers delivered to the depositary;
- (b) preparing certified copies of the original text and preparing any further text of the treaty in such additional languages as may be required by the treaty and transmitting them to the parties and to the States and international organizations entitled to become parties to the treaty;
- (c) receiving any signatures to the treaty and receiving and keeping custody of any instruments, notifications and communications relating to it;
- (d) examining whether the signature or any instrument, notification or communication relating to the treaty is in due and proper form and, if need be, bringing the matter to the attention of the State or international organization in question;
- (e) informing the parties and the States and international organizations entitled to become parties to the treaty of acts, notifications and communications relating to the treaty;
- (f) informing the States and international organizations entitled to become parties to the treaty when the number of signatures or of instruments of ratification, instruments relating to an act of formal confirmation, or of instruments of acceptance, approval or accession required for the entry into force of the treaty has been received or deposited;
- (g) registering the treaty with the Secretariat of the United Nations;
- (h) performing the functions specified in other provisions of the present Convention.

2. In the event of any difference appearing between a State or an international organization and the depositary as to the performance of the latter's functions, the depositary shall bring the question to the attention of:

- (a) the signatory States and organizations and the contracting States and contracting organizations; or
- (b) where appropriate, the competent organ of the international organization concerned.

Article 79
Notifications and communications

Except as the treaty or the present Convention otherwise provide, any notification or communication to be made by any State or any international organization under the present Convention shall:

- (a) if there is no depositary, be transmitted direct to the States and organizations for which it is intended, or if there is a depositary, to the latter;
- (b) be considered as having been made by the State or organization in question only upon its receipt by the State or organization to which it was transmitted or, as the case may be, upon its receipt by the depositary;
- (c) if transmitted to a depositary, be considered as received by the State or organization for which it was intended only when the latter State or organization has been informed by the depositary in accordance with article 78, paragraph 1 (e).

Article 80
Correction of errors in texts or in certified copies of treaties

1. Where, after the authentication of the text of a treaty, the signatory States and international organizations and the contracting States and contracting organizations are agreed that it contains an error, the error shall, unless those States and organizations decide upon some other means of correction, be corrected:

- (a) by having the appropriate correction made in the text and causing the correction to be initialled by duly authorized representatives;
- (b) by executing or exchanging an instrument or instruments setting out the correction which it has been agreed to make; or
- (c) by executing a corrected text of the whole treaty by the same procedure as in the case of the original text.

2. Where the treaty is one for which there is a depositary, the latter shall notify the signatory States and international organizations and the contracting States and contracting organizations of the error and of the proposal to correct it and shall specify an appropriate time limit within which objection to the proposed correction may be raised. If, on the expiry of the time limit:

- (a) no objection has been raised, the depositary shall make and initial the correction in the text and shall execute a *procès-verbal* of the rectification of the text and communicate a copy of it to the parties and to the States and organizations entitled to become parties to the treaty;
- (b) an objection has been raised, the depositary shall communicate the objection to the signatory States and organizations and to the contracting States and contracting organizations.

3. The rules in paragraphs 1 and 2 apply also where the text has been authenticated in two or more languages and it appears that there is a lack of concordance which the signatory States and international organizations and the contracting States and contracting organizations agree should be corrected.

4. The corrected text replaces the defective text *ab initio*, unless the signatory States and international organizations and the contracting States and contracting organizations otherwise decide.

5. The correction of the text of a treaty that has been registered shall be notified to the Secretariat of the United Nations.

6. Where an error is discovered in a certified copy of a treaty, the depositary shall execute a *procès-verbal* specifying the rectification and communicate a copy of it to the signatory States and international organizations and to the contracting States and contracting organizations.

Article 81

Registration and publication of treaties

1. Treaties shall, after their entry into force, be transmitted to the Secretariat of the United Nations for registration or filing and recording, as the case may be, and for publication.

2. The designation of a depositary shall constitute authorization for it to perform the acts specified in the preceding paragraph.

PART VIII.

FINAL PROVISIONS

Article 82

Signature

The present Convention shall be open for signature until 31 December 1986 at the Federal Ministry for Foreign Affairs of the Republic of Austria, and subsequently, until 30 June 1987, at United Nations Headquarters, New York by:

- (a) all States;
- (b) Namibia, represented by the United Nations Council for Namibia;
- (c) international organizations invited to participate in the United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations.

Article 83

Ratification or act of formal confirmation

The present Convention is subject to ratification by States and by Namibia, represented by the United Nations Council for Namibia, and to acts of formal confirmation by international organizations.

The instruments of ratification and those relating to acts of formal confirmation shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 84
Accession

1. The present Convention shall remain open for accession by any State, by Namibia, represented by the United Nations Council for Namibia, and by any international organization which has the capacity to conclude treaties.

2. An instrument of accession of an international organization shall contain a declaration that it has the capacity to conclude treaties.

3. The instruments of accession shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 85
Entry into force

1. The present Convention shall enter into force on the thirtieth day following the date of deposit of the thirty-fifth instrument of ratification or accession by States or by Namibia, represented by the United Nations Council for Namibia.

2. For each State or for Namibia, represented by the United Nations Council for Namibia, ratifying or acceding to the Convention after the condition specified in paragraph 1 has been fulfilled, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after deposit by such State or by Namibia of its instrument of ratification or accession.

3. For each international organization depositing an instrument relating to an act of formal confirmation or an instrument of accession, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after such deposit, or at the date the Convention enters into force pursuant to paragraph 1, whichever is later.

Article 86
Authentic texts

The original of the present Convention, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic, shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

IN WITNESS WHEREOF the undersigned Plenipotentiaries, being duly authorized by their respective Governments, and duly authorized representatives of the United Nations Council for Namibia and of international organizations have signed the present Convention.

DONE at Vienna, this twenty-first day of March one thousand nine hundred and eighty-six.

ANNEX

**ARBITRATION AND CONCILIATION PROCEDURES ESTABLISHED
IN APPLICATION OF ARTICLE 66**

**I. ESTABLISHMENT OF THE ARBITRAL TRIBUNAL
OR CONCILIATION COMMISSION**

1. A list consisting of qualified jurists, from which the parties to a dispute may choose the persons who are to constitute an arbitral tribunal or, as the case may be, a conciliation commission, shall be drawn up and maintained by the Secretary-General of the United Nations. To this end, every State which is a Member of the United Nations and every Party to the present Convention shall be invited to nominate two persons, and the names of the persons so nominated shall constitute the list, a copy of which shall be transmitted to the President of the International Court of Justice. The term of office of a person on the list, including that of any person nominated to fill a casual vacancy, shall be five years and may be renewed. A person whose term expires shall continue to fulfil any function for which he shall have been chosen under the following paragraphs.

2. When notification has been made under article 66, paragraph 2, subparagraph (f), or agreement on the procedure in the present Annex has been reached under paragraph 3, the dispute shall be brought before an arbitral tribunal. When a request has been made to the Secretary-General under article 66, paragraph 4, the Secretary-General shall bring the dispute before a conciliation commission. Both the arbitral tribunal and the conciliation commission shall be constituted as follows:

The States, international organizations or, as the case may be, the States and organizations which constitute one of the parties to the dispute shall appoint by common consent:

- (a) one arbitrator or, as the case may be, one conciliator, who may or may not be chosen from the list referred to in paragraph 1; and
- (b) one arbitrator or, as the case may be, one conciliator, who shall be chosen from among those included in the list and shall not be of the nationality of any of the States or nominated by any of the organizations which constitute that party to the dispute, provided that a dispute between two international organizations is not considered by nationals of one and the same State.

The States, international organizations or, as the case may be, the States and organizations which constitute the other party to the dispute shall appoint two arbitrators or, as the case may be, two conciliators, in the same way. The four persons chosen by the parties shall be appointed within sixty days following the date on which the other party to the dispute receives notification under article 66, paragraph 2, subparagraph (f), or on which the agreement on the procedure in the present Annex under paragraph 3 is reached, or on which the Secretary-General receives the request for conciliation.

The four persons so chosen shall, within sixty days following the date of the last of their own appointments, appoint from the list a fifth arbitrator or, as the case may be, conciliator, who shall be chairman.

If the appointment of the chairman, or any of the arbitrators or, as the case may be, conciliators, has not been made within the period prescribed above for such appointment, it shall be made by the Secretary-General of the United Nations within sixty days following the expiry of that period. The appointment of the chairman may be made by the Secretary-General either from the list or from the membership of the International Law Commission. Any of the periods within which appointments must be made may be extended by agreement between the parties to the dispute. If the United Nations is a party or is included in one of the parties to the dispute, the Secretary-General shall transmit the above-mentioned request to the President of the International Court of Justice, who shall perform the functions conferred upon the Secretary-General under this subparagraph.

Any vacancy shall be filled in the manner prescribed for the initial appointment.

The appointment of arbitrators or conciliators by an international organization provided for in paragraphs 1 and 2 shall be governed by the rules of that organization.

II. FUNCTIONING OF THE ARBITRAL TRIBUNAL

3. Unless the parties to the dispute otherwise agree, the Arbitral Tribunal shall decide its own procedure, assuring to each party to the dispute a full opportunity to be heard and to present its case.

4. The Arbitral Tribunal, with the consent of the parties to the dispute, may invite any interested State or international organization to submit to it its views orally or in writing.

5. Decisions of the Arbitral Tribunal shall be adopted by a majority vote of the members. In the event of an equality of votes, the vote of the Chairman shall be decisive.

6. When one of the parties to the dispute does not appear before the Tribunal or fails to defend its case, the other party may request the Tribunal to continue the proceedings and to make its award. Before making its award, the Tribunal must satisfy itself not only that it has jurisdiction over the dispute but also that the claim is well founded in fact and law.

7. The award of the Arbitral Tribunal shall be confined to the subject matter of the dispute and state the reasons on which it is based. Any member of the Tribunal may attach a separate or dissenting opinion to the award.

8. The award shall be final and without appeal. It shall be complied with by all parties to the dispute.

9. The Secretary-General shall provide the Tribunal with such assistance and facilities as it may require. The expenses of the Tribunal shall be borne by the United Nations.

III. FUNCTIONING OF THE CONCILIATION COMMISSION

10. The Conciliation Commission shall decide its own procedure. The Commission, with the consent of the parties to the dispute, may invite any party to the treaty to submit to it its views orally or

in writing. Decisions and recommendations of the Commission shall be made by a majority vote of the five members.

11. The Commission may draw the attention of the parties to the dispute to any measures which might facilitate an amicable settlement.

12. The Commission shall hear the parties, examine the claims and objections, and make proposals to the parties with a view to reaching an amicable settlement of the dispute.

13. The Commission shall report within twelve months of its constitution. Its report shall be deposited with the Secretary-General and transmitted to the parties to the dispute. The report of the Commission, including any conclusions stated therein regarding the facts or questions of law, shall not be binding upon the parties and it shall have no other character than that of recommendations submitted for the consideration of the parties in order to facilitate an amicable settlement of the dispute.

14. The Secretary-General shall provide the Commission with such assistance and facilities as it may require. The expenses of the Commission shall be borne by the United Nations.

ภาคผนวก ค

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ เกี่ยวกับหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

Albania

รัฐธรรมนูญประเทศแอลเบเนีย 22 พฤศจิกายน ค.ศ. 1998

(Constitution of the Republic of Albania)

Article 121

1. The ratification and denunciation of international agreement by the Republic of Albania is done by law if they have to do with:

a. territory, peace, alliance, political and military issues;
b. freedoms, human rights and obligation of citizens as are provide in the Constitution;

c. membership of the Republic of Albania in international organization;
d. the undertaking of financial obligations by the Republic of Albania;
e. the approval, amendment, supplementing or repeal of laws

2. The Assembly may, with a majority of all its members, ratify other international agreements that are not contemplated in paragraph 1 of this article.

3. The Prime Minister notified the Assembly whenever the Council of Ministers sign in international agreements that is not ratified by law.

4. The principles are procedures for ratification and denunciation of international agreement are provided by law.

Article 122

1. Any international agreement that has been ratified constitutes part of the internal judicial system after it is published in the official Journal of the Republic of Albania. It is implemented directly, except for cases when it is not self-executing and its implementation requires issuance of law. The amendment, supplementing and repeal of laws approved by the majority of all members of



the Assembly, for the effect of ratifying an international agreement, is done with the same majority.

2. An international agreement that has been ratified by law has superiority over laws of the country that are not compatible with it.

3. The norms issued by an international organization have superiority, in case of conflict over the laws of the country if the agreement ratified by the Republic of Albania for its participation in the organization expressly contemplates their direct applicability.

Australia

รัฐธรรมนูญประเทศออสเตรเลีย 9 กรกฎาคม ค.ศ. 1900 ปรับปรุงแก้ไข 29 กรกฎาคม ค.ศ. 1977 (Australian Constitution)

Section 51¹ (Legislative powers of the Parliament)

The Parliament shall, subject to this Constitution, have power to make laws for the peace, order, and good government of the Commonwealth with respect to:-

- (i.) Trade and commerce with other countries, and among the States:
- (ii.) Taxation; but so as not to discriminate between States or parts of States:
- (iii.) Bounties on the production or export of goods, but so that such bounties shall be uniform throughout the Commonwealth:
- (iv.) Borrowing money on the public credit of the Commonwealth:
- (v.) Postal, telegraphic, telephonic, and other like services:
- (vi.) The naval and military defence of the Commonwealth and of the several States, and the control of the forces to execute and maintain the laws of the Commonwealth.
- (vii.) Lighthouses, lightships, beacons and buoys:

¹ <http://www.australianpolitics.com/constitution/text/51.shtml>

(viii.) Astronomical and metereological observations:

(ix.) Quarantine:

(x.) Fisheries in Australian waters beyond territorial limits:

(xi.) Census and statistics:

(xii.) Currency, coinage, and legal tender:

(xiii.) Banking, other than State banking; also State banking extending beyond the limits of the State concerned, the incorporation of banks, and the issue of paper money:

(xiv.) Insurance, other than State insurance; also State insurance extending beyond the limits of the State concerned:

(xv.) Weights and measures:

(xvi.) Bills of exchanging and promissory notes:

(xvii.) Bankruptcy and insolvency:

(xviii.) Copyrights, patents of inventions and designs, and trade marks:

(xix.) Naturalization and aliens:

(xx.) Foreign corporations, and trading or financial corporations formed within the limits of the Commonwealth:

(xxi.) Marriage:

(xxii.) Divorce and matrimonial causes; and in relation thereto, parental rights, and the custody and guardianship of infants:

(xxiii.) Invalid and old-age pensions:

(xxiiiA.) The provision of maternity allowances, widows' pensions, child endowment, unemployment, pharmaceutical, sickness and hospital benefits, medical and dental services (but not so as to authorize any form of civil conscription), benefits to students and family allowances:

(xxiv.) The service and execution throughout the Commonwealth of the civil and criminal process and the judgments of the courts of the States:



(xxv.) The recognition throughout the Commonwealth of the laws, the public Acts and records, and the judicial proceedings of the States:

(xxvi.) The people of any race, for whom it is deemed necessary to make special laws:

(xxvii.) Immigration and emigration:

(xxviii.) The influx of criminals:

(xxix.) External Affairs² :

(xxx.) The relations of the Commonwealth with the islands of the Pacific:

(xxxi.) The acquisition of property on just terms from any State or person for any purpose in respect of which the Parliament has power to make laws:

(xxxii.) The control of railways with respect to transport for the naval and military purposes of the Commonwealth:

(xxxiii.) The acquisition, with the consent of a State, of any railways of the State on terms arranged between the Commonwealth and the State:

²Section 51(xxix) of the Australian Constitution is a subsection of Section 51 of the Australian Constitution that gives the Commonwealth Parliament of Australia the right to legislate with respect to “external affairs”.

In recent years, most attention has focused on the use of the power to pass legislation giving effect within Australia to its obligations under international treaties and conventions. In some cases, as with human rights or environmental protection, the activities regulated by treaty-implementing legislation have not been international in nature but rather located solely within Australia or even solely within a particular State.

In Australia, developments in international law have no direct effect for domestic purposes unless a deliberate law-making act by the proper law-making authority has “transformed” the international rule into a domestic rule. Nevertheless, international law is useful as an aid to interpretation where a statute has been enacted to give domestic effect to a treaty or convention. It has been taken into account in developing common law, and more controversially, the High Court of Australia has also had recourse to international norms in the scrutiny of federal administrative decision-making.

(xxxiv.) Railway construction and extension in any State with the consent of that State:

(xxxv.) Conciliation and arbitration for the prevention and settlement of industrial disputes extending beyond the limits of any one State:

(xxxvi.) Matters in respect of which this Constitution makes provision until the Parliament otherwise provides:

(xxxvii.) Matters referred to the Parliament of the Commonwealth by the Parliament or Parliaments of any State or States, but so that the law shall extend only to States by whose Parliaments the matter is referred, or which afterwards adopt the law:

(xxxviii.) The exercise within the Commonwealth, at the request or with the concurrence of the Parliaments of all the States directly concerned, of any power which can at the establishment of this Constitution be exercised only by the Parliament of the United Kingdom or by the Federal Council of Australasia:

(xxxix.) Matters incidental to the execution of any power vested by this Constitution in the Parliament or in either House thereof, or in the Government of the Commonwealth, or in the Federal Judicature, or in any department or officer of the Commonwealth.

Section 61³ (Executive power⁴)

The executive power of the Commonwealth is vested in the Queen and is exercisable by the Governor-General as the Queen's representative, and extends to the execution and maintenance of this Constitution, and of the laws of the Commonwealth.

³ <http://www.australianpolitics.com/constitution/text/61.shtml>

⁴ The power to enter into treaties is an executive power within Section 61 of the Australian Constitution and accordingly, is the formal responsibility of the Executive rather than the Parliament. Decisions about the negotiation of multilateral conventions, including determination of objectives, negotiating positions, the parameters within which the Australian delegation



can operate, and the final decision as to whether to sign and ratify are taken at Ministerial level, and in many cases, by Cabinet.

As well as providing certainty, Australia's constitutional system also ensures that checks and balances operate. This occurs through Parliament's role in examining all proposed treaty actions and in passing legislation to give effect to treaties and the judiciary's oversight of the system. This efficiency and certainty of process enables the Government to negotiate with its overseas counterparts with authority and credibility, and contributes to Australia becoming a source of influence in the treaty's negotiation.

Bilateral agreements that conform to a model text previously approved by Cabinet are normally not subsequently referred to Cabinet. These types of agreements include Investment Promotion and Protection Agreements, Mutual Assistance in Criminal Matters Treaties, Extradition Treaties and Aviation Agreements. They are, however, considered by Ministers prior to approval being given by Federal Executive Council for signature of the treaty.

The power to enter into treaties is an executive power within Section 61 of the Australian Constitution and accordingly, is the formal responsibility of the Executive rather than the Parliament. Decisions about the negotiation of multilateral conventions, including determination of objectives, negotiating positions, the parameters within which the Australian delegation can operate, and the final decision as to whether to sign and ratify are taken at Ministerial level, and in many cases, by Cabinet.

As well as providing certainty, Australia's constitutional system also ensures that checks and balances operate. This occurs through Parliament's role in examining all proposed treaty actions and in passing legislation to give effect to treaties and the judiciary's oversight of the system. This efficiency and certainty of process enables the Government to negotiate with its overseas counterparts with authority and credibility, and contributes to Australia becoming a source of influence in the treaty's negotiation.

Bilateral agreements that conform to a model text previously approved by Cabinet are normally not subsequently referred to Cabinet. These types of agreements include Investment Promotion and Protection Agreements, Mutual Assistance in Criminal Matters Treaties, Extradition Treaties and Aviation Agreements. They are, however, considered by Ministers prior to approval being given by Federal Executive Council for signature of the treaty.

See Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade, Treaties and Treaty Making, May 25, 2009 <http://www.dfat.gov.au/treaties/making/making2.html>

Austria

รัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรีย ค.ศ. 1945 (ปรับปรุงแก้ไข กรกฎาคม ค.ศ. 1983)⁵
(Austria Constitution)

Article 9 (International Law, Transfer of Powers)

1. The generally recognized rules of international law are regarded as integral parts of federal law.

2. Legislation or a treaty requiring sanction in accordance with Article 50 (1) can transfer specific federal competencies to intergovernmental organizations and their authorities and can within the framework of international law regulate the activity of foreign states' agents inside Austria as well as the activity of Austrian agents abroad.

Article 50 (Treaties)

1. Political treaties, and others in so far as their contents modify or complement existent laws, may only be concluded with the sanction of the House of Representatives.

2. At the time of giving its sanction to a treaty which falls under Paragraph (1), the House of Representatives can decide that the treaty in question shall be implemented by the issue of laws.

3. The provisions of Article 42 (1) to (4) and, should constitutional law be modified or complemented by the treaty, the provisions of Article 44 (1) apply analogously to resolutions of the House of Representatives in accordance with Paragraphs (1) and (2). In a vote of sanction adopted pursuant to Paragraph (1), such treaties or such provisions as are contained in treaties shall be explicitly specified as “constitutionally modifying”.

⁵ Austria Constitution, May, 25, 2009 http://www.servat.unibe.ch/icl/au00000_.html



Belgium

รัฐธรรมนูญของประเทศเบลเยียม 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1994

(Constitution of the Kingdom of Belgium)

Article 167 (Shared Responsibility)

Paragraph 1:

(1.1) The King manages international relations, without prejudice to the ability of Communities and Regions to engage in international co-operation, including the signature of treaties, for those matters within their responsibilities as established by the Constitution and in virtue thereof.

(1.2) The King commands the armed forces, and determines the state of war and the cessation of hostilities. He notifies the Houses as soon as State interests and security permit and he adds those messages deemed appropriate.

(1.3) Territorial transfers, exchanges, and additions may take place only by virtue of a law.

Paragraph 2 - The King concludes treaties, with the exception of those described in Paragraph (3). These treaties may take effect only following approval of the Houses.

Paragraph 3 - Those Community and Regional Governments described in Article conclude, in matters that concern them, treaties regarding matters that are in the scope of the responsibilities of their Councils. These treaties may take effect only following approval by the council

Paragraph 4 - A law adopted by majority vote as described in Article 4, last paragraph, specifies the terms for conclusion of treaties described in Paragraph (3), and for those treaties not exclusively concerned with issues within the competence of Regions or Communities or by virtue of the Constitution.

Paragraph 5:

(5.1) The King may denounce treaties concluded before 18 May 1993 and covering matters described in Paragraph (3) of common accord with those Community or Regional Governments concerned.

(5.2) The King denounces these treaties if the Community or Regional Governments concerned invite him to do so. A law adopted by majority vote as described in Article 4, last paragraph, establishes the procedure in the event of disagreement between the Community or Regional Governments concerned.

Article 168 (Parliament Information)

The Houses are informed from the beginning of negotiations concerning any revision of the treaties establishing the European Community in addition to treaties and acts which may have modified or completed the latter. They are aware of the planned treaty prior to signature.

Brazil

รัฐธรรมนูญของประเทศบราซิล 5 ตุลาคม ค.ศ. 1988 (ปรับปรุงแก้ไข ค.ศ. 1998)
(Constitution of the Federative Republic of Brazil)⁶

Article 50 (Calling Officers for explanations)

(0) The House of Representatives or the Federal Senate, as well as any of their Committees, may call upon a Minister of State to personally render information on a predetermined matter, and his absence without adequate justification shall constitute a criminal malversion.

(1) The Ministers of State may attend the Federal Senate, the House of Representatives, or any of their Committees, on their own initiative and by agreement with the respective Presiding Board, to report on a matter relevant to their Ministry.

(2) The Presiding Board of the House of Representatives and of the Federal Senate may forward written requests for information to the Ministers of State, and refusal or non compliance with such request within a period of thirty days, as well as the rendering of false information, shall constitute a criminal malversion.

⁶ http://www.servat.unibe.ch/icl/br00000_.html



Section II Duties of the President of the Republic

Article 84 (Function)

(0) It is incumbent exclusively upon the President of the Republic:

I. to appoint and dismiss the Ministers of State;

II. to exercise, with the assistance of the Ministers of State, the higher management of the federal administration;

III. to commence the legislative procedure, in the manner and in the events set forth in this Constitution;

IV. to sanction, enact, and cause the publication of laws, as well as to issue decrees and regulations for the true enforcement thereof;

V. to veto bills of law, wholly, or partially;

VI. to provide for the organization and operation of the federal administration, in accordance with the law;

VII. to maintain relations with foreign States and to accredit their diplomatic representatives;

VIII. to enter into international treaties, conventions and acts, and referendum of Congress;

IX. to decree a state of defense and state of siege;

X. to decree and enforce federal intervention;

XI. to send a government message and plan to Congress when the legislative term is opened, describing the country's situation and requesting the action he deems necessary;

XII. to grant pardons and reduce sentences, after hearing the entities instituted by law, if necessary;

XIII. to exercise supreme command over the Armed Forces, promote its generals, and to appoint them to the offices held exclusively by them;

XIV. to appoint, after approval by the Federal Senate, the Justices of the Federal Supreme Court and of the Superior Courts, the Governors of the Territories, the Attorney General of the Republic, the president and directors of

the Central Bank, and other civil servants, when required by law;

XV. to appoint, with due regard for the provisions of Article 73, the Justices of the Federal Audit Court;

XVI. to appoint judges in the events established herein and the Advocate General of the Republic;

XVII. to appoint members of the Council of the Republic pursuant to Article 89 VII;

XVIII. to call and preside over the Council of the Republic and the National Defense Council;

XIX. declare war, if authorized by Congress or upon its referendum, whenever this occurs between legislative terms and, under the same conditions, decree full or partial national mobilization;

XX. to make peace, if authorized by or upon the referendum of Congress;

XXI. to confer decorations and honorary distinctions;

XXII. to permit, in the events set forth in supplemental laws, that foreign forces enter the Brazilian territory, or temporarily remain therein;

XXIII. to submit to Congress the pluriannual plan, the budget, directives bill of law and the budget proposals set forth in this Constitution;

XXIV. to each year render accounts to Congress concerning the previous fiscal year, within sixty days of the opening of the legislative term;

XXV. to fill and extinguish federal government offices, in accordance with the law;

XXVI. to issue provisional measures, with the forces of law, according to Article 62;

XXVII. to perform other duties set forth in this Constitution.

(1) The President of the Republic may delegate the duties mentioned in Items VI, XII, and XXV, first part, to the Ministers of State, to the Attorney General of the Republic, who shall observe the limitations established in the respective delegations.



Bulgaria

รัฐธรรมนูญประเทศบัลแกเรีย 12 กรกฎาคม ค.ศ. 1991 (ปรับปรุงแก้ไข ค.ศ. 2003, ค.ศ. 2005, ค.ศ. 2006)

(Constitution of the Republic of Bulgaria)

Chapter one: Fundamental Principles

Article 5⁷ (Supreme Law)

(1) The Constitution is the supreme law, and no other law shall contravene it.

(2) The provisions of the Constitution shall apply directly.

(3) No one shall be convicted for action or inaction which at the time it was committed did not constitute a crime.

(4) Any international instruments which have been ratified by the constitutionally established procedure, promulgated, and come into force with respect to the Republic of Bulgaria, shall be considered part of the domestic legislation of the country. They shall supersede any domestic legislation stipulating otherwise.

(5) All legislative acts shall be promulgated and shall come into force three days after the date of their promulgation unless otherwise envisaged by the acts themselves.

Chapter Three : National Assembly⁸

Article 84

The National Assembly shall:

(1) pass, amend, and rescind the laws;

(2) pass the state budget bill and the budget report;

⁷ <http://www.online.bg/law/const/const1.htm>

⁸ <http://www.online.bg/law/const/const3.htm>

- (3) establish the taxes and their size;
- (4) schedule the elections for a President of the Republic;
- (5) resolve on the holding of a national referendum;
- (6) elect and dismiss the Prime Minister and, on his motion, the members of the Council of Ministers; effect changes in the government on a motion from the Prime Minister;
- (7) create, transform and close down ministries on a motion from the Prime Minister;
- (8) elect and dismiss the Governor of the Bulgarian National Bank and the heads of other institutions established by a law;
- (9) approve state-loan agreements;
- (10) resolve on the declaration of war and conclusion of peace;
- (11) approve any deployment and use of Bulgarian armed forces outside the country's borders, and the deployment of foreign troops on the territory of the country or their crossing of that territory.,
- (12) on a motion from the President or the Council of Ministers, introduce martial law or a state of emergency on all or part of the country's territory;
- (13) grant amnesty;
- (14) institute orders and medals;
- (15) establish the official holidays.

Article 85

1. The National Assembly shall ratify or denounce by a law all international instruments which:

- (1) are of a political or military nature;
- (2) concern the Republic of Bulgaria's participation in international organizations;
- (3) envisage corrections to the borders of the Republic of Bulgaria;
- (4) contain obligations for the treasury;



(5) envisage the state's participation in international arbitration or legal proceedings;

(6) concern fundamental human rights;

(7) affect the action of the law or require new legislation in order to be enforced;

(8) expressly require ratification.

2. Treaties ratified by the National Assembly may be amended or denounced only by their built-in procedure or in accordance with the universally acknowledged norms of international law.

3. The conclusion of an international treaty requiring an amendment to the Constitution shall be preceded by the passage of such an amendment.

Chapter Nine: Amendments to the Constitution. Adoption of a New Constitution

Article 158⁹

A Grand National Assembly shall:

(1) adopt a new Constitution;

(2) resolve on any changes in the territory of the Republic of Bulgaria and ratify any international instrument envisaging such a change;

(3) resolve on any changes in the form of state structure or form of government;

(4) resolve on any amendment to Article 5 paras 2 and 4 and Article 57 paras 1 and 3 of this Constitution;

(5) resolve on any amendment to Chapter Nine of the Constitution.

⁹ <http://www.online.bg/law/const/const9.htm>

Canada

รัฐธรรมนูญประเทศแคนาดา ค.ศ. 1867 (The Constitution Act 1867 (แก้ไขปรับปรุง ค.ศ. 1982)

(The Constitution Act 1982)

Section 132¹⁰ (Foreign Affairs)

The Parliament and Government of Canada shall have all Powers necessary or Proper for performing the Obligations of Canada or of any Province thereof, as Part of the British Empire, towards Foreign Countries, arising under Treaties between the Empire and such Foreign Countries.

China

รัฐธรรมนูญประเทศจีน 4 ธันวาคม ค.ศ. 1982 (ปรับปรุงแก้ไข 14 มีนาคม ค.ศ. 2004) (China Constitution)

Section II The President

Article 81¹¹ (Diplomatic Representation)

The President of the People's Republic of China, on behalf of the People's Republic of China, engages in activities involving State affairs and receives foreign diplomatic representatives and, in pursuance of decisions of the Standing Committee of the National People's Congress, appoints and recalls plenipotentiary representatives abroad, and ratifies and abrogates treaties and important agreements concluded with foreign states.

Croatia

รัฐธรรมนูญประเทศโครเอเชีย 22 ธันวาคม ค.ศ. 1990 (แก้ไขปรับปรุง 2 เมษายน ค.ศ. 2001)

(Croatia Constitution 1990 amendment 2001)

¹⁰ http://www.servat.unibe.ch/law/icl/ca00000_.html

¹¹ http://www.servat.unibe.ch/law/icl/ch00000_.html



Chapter VII International Relations

Part 1 International Agreements

Article 138 [Concurrent Power]

International agreements shall be concluded, in conformity with the Constitution, law and the rules of international law, depending on the nature and contents of the international agreement, within the authority of the Croatian Parliament, the President of the Republic and the Government of the Republic of Croatia.

Article 139 [Ratification, Qualified Ratification]

(1) International agreements which entail the passage of amendment of laws, international agreements of military and political nature, and international agreements which financially commit the Republic of Croatia shall be subject to ratification by the Croatian Parliament.

(2) International agreements which grant international organization or alliances powers derived from the Constitution of the Republic of Croatia, shall be subject to ratification by the Croatian Parliament by two-thirds majority vote of all representatives.

(3) The President of the Republic shall sign the documents of ratification, admittance, approval or acceptance of international agreements ratified by the Croatian Parliament in conformity with sections 1 and 2 of this Article.

(4) International agreements which are not subject of ratification by the Croatian Parliament are concluded by the President of the Republic at the proposal of the Government, or by the Government of the Republic of Croatia.

Czech Republic

รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเชค 16 ธันวาคม 1992

Constitution of the Czech Republic¹²

¹² http://www.servat.unibe.ch/icl/ez00000_.html

Article 49 [International Accords]

(1) International accords requiring consent from Parliament are passed by Parliament in the same way as draft laws.

(2) Accords on human rights and fundamental freedoms, political agreements, and economic agreements of a general nature, as well as agreements on the implementation of which a law must be passed, require consent from Parliament.

Denmark

รัฐธรรมนูญของประเทศเดนมาร์ก 5 มิถุนายน ค.ศ. 1953

(Constitution of the Kingdom of Denmark)

Section 19 Foreign Affairs

(1) The King shall act on behalf of the Realm in international affairs. Provided that without the consent of the Parliament the King shall not undertake any act whereby the territory of the Realm will be increased or decrease, nor shall he enter into any obligation which for fulfillment requires the concurrence of the Parliament, or which otherwise is of major importance; nor shall the King, except with the consent of the Parliament, terminate any international treaty entered into with the consent of the Parliament.

(2) Except for purposes of defence against an armed attack upon the Realm or Danish forces the King shall not use military force against any foreign state without the consent of the Parliament. Any measure which the King may take in pursuance of this provision shall immediately be submitted to the Parliament. If the Parliament is not in session it shall be convoked immediately.

(3) The Parliament shall appoint from among its Members a Foreign Affairs Committee, which the Government shall consult prior to the making of any decision of major importance to foreign policy. Rules applying to the Foreign Affairs Committee shall be laid down by Statute.



Estonia

รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเอสโตเนีย

(Constitution of the Republic of Estonia)¹³

Chapter IX (FOREIGN RELATIONS AND INTERNATIONAL TREATIES)

121. The Riigikogu shall ratify and denounce treaties of the Republic of Estonia:

- 1) which alter state boundaries;
- 2) the implementation of which requires the passage, amendment or repeal of Estonian laws;
- 3) by which the Republic of Estonia joins international organizations or unions;
- 4) by which the Republic of Estonia assumes military or proprietary obligations;
- 5) in which ratification is prescribed.

122. The land boundary of Estonia is determined by the Tartu Peace Treaty of 2 February 1920 and by other international boundary agreements. The sea and air boundaries of Estonia shall be determined on the basis of international conventions. The ratification/ of international treaties which alter the state boundaries of Estonia requires a two-thirds majority of the membership of the Riigikogu.

Finland

รัฐธรรมนูญของประเทศฟินแลนด์ 11 มิถุนายน ค.ศ. 1999

(The constitution of Finland)¹⁴

Section 94 Acceptance of international obligations and their denouncement

¹³ <http://www.president.ee/en/estonia/constitution.php?gid=81914>

¹⁴ http://www.servat.unibe.ch/icl/fi00000_.html

(1) The acceptance of the Parliament is required for such treaties and other international obligations that contain provisions of a legislative nature, are otherwise significant, or otherwise require approval by the Parliament under this Constitution. The acceptance of the Parliament is required also for the denouncement of such obligations.

(2) A decision concerning the acceptance of an international obligation or the denouncement of it is made by a majority of the votes cast. However, if the proposal concerns the Constitution or an alteration of the national borders, the decision shall be made by at least two thirds of the votes cast.

(3) An international obligation shall not endanger the democratic foundations of the Constitution.

France

รัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส 28 กันยายน ค.ศ. 1958 (ปรับปรุงแก้ไข 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2008)

(Constitution of the Republic of France)

TITLE II - The President of the Republic

Article 11¹⁵

The President of the Republic may, on a recommendation from the Government when Parliament is in session, or on a joint motion of the two Houses, published in the Journal officiel, submit to a referendum any Government Bill which deals with the organization of the public authorities, or with reforms relating to the economic, social or environmental policy of the Nation, and to the public services contributing thereto, or which provides for authorization to ratify a treaty which, although not contrary to the Constitution, would affect the

¹⁵ The versions in italics of articles 11, 34-1, 39, 44, 56, 61-1, 65, 69, 71-1 and 73 of the Constitution will come into effect in the manner determined by statutes and Institutional Acts necessary for their application by virtue of the article 46 of the Constitutional Law no. 2008-724 of July 23, 2008 See <http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp#WARNING>



functioning of the institutions.

Where the referendum is held on the recommendation of the Government, the latter shall make a statement before each House and the same shall be followed by a debate.

A referendum concerning a subject mentioned in the first paragraph may be held upon the initiative of one fifth of the members of Parliament, supported by one tenth of the voters enrolled on the electoral lists. This initiative shall take the form of a Private Members' Bill and may not be applied to the repeal of a legislative provision promulgated for less than one year.

The conditions by which it is introduced and those according to which the Constitutional Council monitors the respect of the provisions of the previous paragraph, are set down by an Institutional Act.

If the Private Members' Bill has not been considered by the two Houses within a period set by the Institutional Act, the President of the Republic may submit it to a referendum.

Where the Private Members' Bill is not passed by the French people, no new referendum proposal on the same subject may be submitted before the end of a period of two years following the date of the vote.

Where the outcome of the referendum is favourable to the Government Bill or to the Private Members' Bill, the President of the Republic shall promulgate the resulting statute within fifteen days following the proclamation of the results of the vote.

TITLE VI - On Treaties and International Agreements

Article 52

The President of the Republic shall negotiate and ratify treaties.

He shall be informed of any negotiations for the conclusion of an international agreement not subject to ratification.

Article 53

Peace Treaties, Trade agreements, treaties or agreements relating to international organization, those committing the finances of the State, those modifying provisions which are the preserve of statute law, those relating to the status of persons, and those involving the ceding, exchanging or acquiring of territory, may be ratified or approved only by an Act of Parliament.

They shall not take effect until such ratification or approval has been secured.

No ceding, exchanging or acquiring of territory shall be valid without the consent of the population concerned.

Article 53-1

The Republic may enter into agreements with European States which are bound by undertakings identical with its own in matters of asylum and the protection of human rights and fundamental freedoms, for the purpose of determining their respective jurisdiction as regards requests for asylum submitted to them.

However, even if the request does not fall within their jurisdiction under the terms of such agreements, the authorities of the Republic shall remain empowered to grant asylum to any Foreigner who is persecuted for his action in pursuit of freedom or who seeks the protection of France on other grounds.

Article 53-2

The Republic may recognize the jurisdiction of the International Criminal Court as provided for by the Treaty signed on 18 July 1998.

Article 54

If the Constitutional Council, on a referral from the President of the Republic, from the Prime Minister, from the President of one or the other Houses, or from sixty Members of the National Assembly or sixty Senators, has held that an international undertaking contains a clause contrary to the Constitution,



authorization to ratify or approve the international undertaking involved may be given only after amending the Constitution.

Article 55

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

Germany

กฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) ของประเทศเยอรมนี 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 (Basic Law of the Republic of Germany)¹⁶

Article 59 (Authority to represent the Federation in its international relations)

(1) The Federal President represents the Federation in its international relations. He concludes treaties with foreign states 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 law, of the bodies competent in any specific case for such Federal legislation. For administrative agreements the provisions concerning the Federal administration apply mutatis mutandis.

Greek Republic

รัฐธรรมนูญประเทศกรีซ 11 มิถุนายน 1975 (ปรับปรุงแก้ไข เมษายน 2001) (Constitution of Greece)¹⁷

Article 27

¹⁶ <http://www.constitution.org/cons/germany.txt>

¹⁷ <http://www.hri.org/docs/syntagma/artcl50.html#S31>

1. No change in the boundaries of the Country can be made without a statute passed by an absolute majority of the total number of Members of Parliament.

2. Foreign military forces are not acceptable on Greek territory, nor may they remain in or traverse it, except as provided by law passed by an absolute majority of the total number of Members of Parliament.

Article 28

1. The generally recognised rules of international law, as well as international conventions as of the time they are sanctioned by statute and become operative according to their respective conditions, shall be an integral part of domestic Greek law and shall prevail over any contrary provision of the law. The rules of international law and of international conventions shall be applicable to aliens only under the condition of reciprocity.

2. Authorities provided by the Constitution may by treaty or agreement be vested in agencies of international organizations, when this serves an important national interest and promotes cooperation with other States. A majority of three-fifths of the total number of Members of Parliament shall be necessary to vote the law sanctioning the treaty or agreement.

3. Greece shall freely proceed by law passed by an absolute majority of the total number of Members of Parliament to limit the exercise of national sovereignty, insofar as this is dictated by an important national interest, does not infringe upon the rights of man and the foundations of democratic government and is effected on the basis of the principles of equality and under the condition of reciprocity.

Hungary

รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฮังการี ค.ศ.1949

(The Constitution of the Republic of Hungary)¹⁸

¹⁸ <http://www.mkab.hu/en/enpage5.htm>



Article 19.

(1) The Parliament is the supreme body of State power and popular representation in the Republic of Hungary.

(2) Exercising its rights based on the sovereignty of the people, the Parliament shall ensure the constitutional order of society and define the organization, orientation and conditions of government.

(3) Within this sphere of authority, the Parliament shall –

- a) adopt the Constitution of the Republic of Hungary;
- b) pass legislation;
- c) define the country's social and economic policy;
- d) assess the balance of public finances, approve the State Budget and its implementation;
- e) decide on the Government's program;
- f) conclude international treaties of outstanding importance to the foreign relations of the Republic of Hungary;
- g) decide on the declaration of a state of war and on the conclusion of peace;
- h) declare a state of national crisis and establish the National Defense Council, in the case of war, or imminent danger of armed attack by a foreign power (danger of war);
- i) declare a state of emergency, in the case of armed actions aimed at overturning constitutional order or at the acquisition of exclusive control of public power, in the case of acts of violence committed by force of arms or by armed groups which gravely endanger lives and property on a mass scale, and in the event of natural or industrial disaster;
- j) with the exceptions laid down in the Constitution, rule on the use of the armed forces both abroad and within the country, the deployment of foreign armed forces in Hungary or in other countries from the territory of Hungary, the participation of the armed forces in peacekeeping missions, humanitarian

operations in foreign theaters, and the stationing of the armed forces abroad or of foreign armed forces in Hungary;

k) elect the President of the Republic, the Prime Minister, the members of the Constitutional Court, the Parliamentary Ombudsmen, the President and Vice-Presidents of the State Audit Office, the President of the Supreme Court and the General Prosecutor;

l) upon recommendation made by the Government, which shall first be submitted to the Constitutional Court for its review, dissolve representative bodies of local government whose actions have been found unconstitutional, decide on the territory of counties, their designation and seat, as well as the declaration of cities with county-level rights and the establishment of the Districts of the Capital;

m) exercise general amnesty.

(4) A majority of two-thirds of the votes of the Members of Parliament shall be required for the decisions specified in points g), h) and i) of Paragraph. 3.

(5) A majority of two-thirds of the votes of the Members of Parliament in attendance shall be required for the decision specified in point j) of Paragraph (3).

Iceland

รัฐธรรมนูญประเทศไอซ์แลนด์ 17 มิถุนายน ค.ศ. 1944 (ปรับปรุงแก้ไข พฤษภาคม ค.ศ. 1984, 31 พฤษภาคม ค.ศ. 1991, 28 มิถุนายน ค.ศ. 1999)

(Constitution of the Republic of Iceland)¹⁹

Article 21

The President of the Republic concludes treaties with other States.

¹⁹ <http://www.government.is/constitution/>



Unless approved by *Althingi*²⁰, he may not make such treaties if they entail renouncement of, or servitude on, territory or territorial waters, or if they require changes in the State system.

Indonesia

รัฐธรรมนูญของประเทศอินโดนีเซีย ค.ศ. 1945 (ปรับปรุงแก้ไข 17 สิงหาคม ค.ศ. 2002)

(Constitution of the Republic of Indonesia)²¹

Article 11

1. The President with the approval of the DPR²² may declare war, make peace and conclude treaties with other countries.

2. The President in making other international agreements that will produce an extensive and fundamental impact on the lives of the people which is linked to the state financial burden, and/or that will requires an amendment to or the enactment of a law, shall obtain the approval of the DPR.

3. Further provisions regarding international agreements shall be regulated by law.

²⁰ The *Alþingi*, Anglicized variously as *Althing* or *Althingi*, is the national parliament—literally, “(the) all-thing”—of Iceland. It was founded in 930 at Þingvellir, (the “assembly fields” or “Parliament Plains”), situated approximately 45 km east of what would later become the country’s capital, Reykjavík, and this event marked the beginning of the Icelandic Commonwealth. Even after Iceland’s union with Norway, the *Althing* still held its sessions at Þingvellir until 1799, when it was discontinued for some decades. It was restored in 1844 and moved to Reykjavík, where it has resided ever since. The present parliament building, the *Alþingishús*, was built in 1881, of hewn Icelandic stone. See <http://en.wikipedia.org/wiki/Althing>

²¹ <http://www.us-asean.org/Indonesia/constitution.htm>

²² The Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) means the People Representative Council that is the lower house of the legislature of Indonesia. See <http://encyclopedia.thefreedictionary.-com/Dewan+Perwakilan+Rakyat>

Iran

รัฐธรรมนูญของประเทศอิหร่าน 24 ตุลาคม ค.ศ. 1979 (ปรับปรุงแก้ไข 28 มิถุนายน ค.ศ.1989)

(Islamic Republic of Iran Constitution)²³

Article 125

The President or his legal representative has the authority to sign treaties, protocols, contracts, and agreements concluded by the Iranian government with other governments, as well as agreements pertaining to international organizations, after obtaining the approval of the Islamic Consultative Assembly.

Ireland

รัฐธรรมนูญของประเทศไอร์แลนด์ 1 มิถุนายน 1937

Constitutional of Ireland²⁴

Article 29

1. Ireland affirms its devotion to the ideal of peace and friendly co-operation amongst nations founded on international justice and morality.

2. Ireland affirms its adherence to the principle of the pacific settlement of international disputes by international arbitration or judicial determination.

3. Ireland accepts the generally recognised principles of international law as its rule of conduct in its relations with other States.

4. 1° The executive power of the State in or in connection with its external relations shall in accordance with Article 28 of this Constitution be exercised by or on the authority of the Government.

2° For the purpose of the exercise of any executive function of the State in or in connection with its external relations, the Government may to such extent and subject to such conditions, if any, as may be determined by law, avail

²³ www.iranonline.com/iran/iran-info/Government/constitution-1.html

²⁴ <http://www.constitution.ie/reports/ConstitutionofIreland.pdf>



of or adopt any organ, instrument, or method of procedure used or adopted for the like purpose by the members of any group or league of nations with which the State is or becomes associated for the purpose of international co-operation in matters of common concern.

3° The State may become a member of the European Coal and Steel Community (established by Treaty signed at Paris on the 18th day of April, 1951), the European Economic Community (established by Treaty signed at Rome on the 25th day of March, 1957) and the European Atomic Energy Community (established by Treaty signed at Rome on the 25th day of March, 1957). The State may ratify the Single European Act (signed on behalf of the Member States of the Communities at Luxembourg on the 17th day of February, 1986, and at the Hague on the 28th day of February, 1986).

4° The State may ratify the Treaty on European Union signed at Maastricht on the 7th day of February, 1992, and may become a member of that Union.

5° The State may ratify the Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related Acts signed at Amsterdam on the 2nd day of October, 1997.

6° The State may exercise the options or discretions provided by or under Articles 1.11, 2.5 and 2.15 of the Treaty referred to in subsection 5° of this section and the second and fourth Protocols set out in the said Treaty but any such exercise shall be subject to the prior approval of both Houses of the Oireachtas.

7° The State may ratify the Treaty of Nice amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related Acts signed at Nice on the 26th day of February, 2001.

8° The State may exercise the options or discretions provided by or under Articles 1.6, 1.9, 1.11, 1.12, 1.13 and 2.1 of the Treaty referred to in subsection 7° of this section but any such exercise shall be subject to the prior

approval of both Houses of the Oireachtas.

9° The State shall not adopt a decision taken by the European Council to establish a common defence pursuant to Article 1.2 of the Treaty referred to in subsection 7° of this section where that common defence would include the State.

10° No provision of this Constitution invalidates laws enacted, acts done or measures adopted by the State which are necessitated by the obligations of membership of the European Union or of the Communities, or prevents laws enacted, acts done or measures adopted by the European Union or by the Communities or by institutions thereof, or by bodies competent under the Treaties establishing the Communities, from having the force of law in the State.

11° The State may ratify the Agreement relating to Community Patents drawn up between the Member States of the Communities and done at Luxembourg on the 15th day of December, 1989.

5. 1° Every international agreement to which the State becomes a party shall be laid before Dáil Éireann.

2° The State shall not be bound by any international agreement involving a charge upon public funds unless the terms of the agreement shall have been approved by Dáil Éireann.

3° This section shall not apply to agreements or conventions of a technical and administrative character.

6. No international agreement shall be part of the domestic law of the State save as may be determined by the Oireachtas.

7. 1° The State may consent to be bound by the British-Irish Agreement done at Belfast on the 10th day of April, 1998, hereinafter called the Agreement.

2° Any institution established by or under the Agreement may exercise the powers and functions thereby conferred on it in respect of all or any part of the island of Ireland notwithstanding any other provision of this Constitution conferring a like power or function on any person or any organ of State



appointed under or created or established by or under this Constitution. Any power or function conferred on such an institution in relation to the settlement or resolution of disputes or controversies may be in addition to or in substitution for any like power or function conferred by this Constitution on any such person or organ of State as aforesaid.

8. The State may exercise extra-territorial jurisdiction in accordance with the generally recognised principles of international law.

9. The State may ratify the Rome Statute of the International Criminal Court done at Rome on the 17th day of July, 1998.

Italy

รัฐธรรมนูญประเทศอิตาลี 22 ธันวาคม ค.ศ. 1947 (ปรับปรุงแก้ไข 23 พฤษภาคม ค.ศ. 2003)

(Constitution of the Republic of Italy)²⁵

Article 10 International Law

(1) The legal system of Italy conforms to the generally recognized principles of international law

(2) Legal regulation of the status of foreigners conforms to international rules and treaties.

(3) Foreigners who are, in their own country, denied the actual exercise of those democratic freedoms guaranteed by the Italian constitution, are entitled to the right to asylum under those conditions provided by law.

(4) Foreigners may not be extradited for political offences.

Article 78 State of War

Chambers are competent to declare war and assign the necessary powers to government.

²⁵ http://www.servat.unibe.ch/icl/it00000_.html

Article 80 Ratification of Treaties

Chambers ratify by law international treaties which are of political nature, provide for arbitration or judicial regulation, imply modifications of the territory, impose financial burdens, or result in modifications of the laws.

Japan

รัฐธรรมนูญประเทศญี่ปุ่น 22 พฤศจิกายน ค.ศ. 1946
(Constitution of the Japan)²⁶

Article 60 [Budget]

(1) The budget must first be submitted to the House of Representatives.

(2) Upon consideration of the budget, when the House of Councilors 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 Councilors to take final action within thirty 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.

Article 61 [Approving Treaties]

Article 60 (2) applies also to the Diet approval required for the conclusion of treaties.

Article 73 [Function of Cabinet]

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.

²⁶ <http://www.constitution.org/cons/japan.txt>



4. Administer the civil service, in accordance with standards established by law.

5. Prepare the budget, and present it to the Diet.

6. Enact cabinet orders in order to execute the provisions of this Constitution and of the law. However, it cannot include penal provisions in such cabinet orders unless authorized by such law.

7. Decide on general amnesty, special amnesty, commutation of punishment, reprieve, and restoration of rights.

Article 98 [Unconstitutional Law]

(1) This Constitution shall be the supreme law of the nation and no law, ordinance, imperial rescript or other act of government, or part thereof, contrary to the provisions hereof, shall have legal force or validity.

(2) The treaties concluded by Japan and established laws of nations shall be faithfully observed.

Kuwait

รัฐธรรมนูญประเทศคูเวต 17 พฤศจิกายน ค.ศ. 1962

(Constitution of Kuwait)²⁷

Article 70 [Treaties]

(1) The Amir concludes treaties by decree and transmits them immediately to the National Assembly with the appropriate statement. A treaty has the force of law after it is signed, ratified, and published in the Official Gazette.

(2) However, treaties of peace and alliance; treaties concerning the territory of the State, its natural resources or sovereign rights, or public or private rights of citizens; treaties of commerce, navigation, and residence; and treaties entailing additional expenditure not provided for in the budget, or involving

²⁷ http://www.servat.unibe.ch/icl/ku00000_.html

amendment of the laws of Kuwait; shall come into force only when made by a law.

(3) In no case may treaties include secret provisions contradicting those declared.

Latvia

รัฐธรรมนูญประเทศลัตเวีย 15 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1922 (ปรับปรุงแก้ไข 2003)
(Latvia Constitution)²⁸

Article 68 [Ratification of International Agreements; European Union]

(1) All international agreements, which settle matters that may be decided by the legislative process, shall require ratification by the Parliament.

(2) Membership of Latvia in the European Union shall be decided by a national referendum, which is proposed by the Parliament.

(3) Substantial changes in the terms regarding the membership of Latvia in the European Union shall be decided by a national referendum if such referendum is requested by at least one-half of the members of the Parliament.

Laos

รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว 1 สิงหาคม 1998
(Constitution of The Lao People's Democratic Republic)²⁹

Article 40. The National Assembly has the following rights and duties:

1. To establish, endorse or amend the Constitution;
2. To consider, endorse, amend, or abrogate laws;
3. To determine, change, or abolish taxes and duties;
4. To consider and approve the strategic plans of socio-economic development and budget of the state;

²⁸ http://www.servat.unibe.ch/icl/lg00000_.html

²⁹ <http://www.laoembassy.com/news/constitution/body.htm>



5. To elect or remove the President of state and the Vice- President of state on the recommendation of the National Assembly Standing Committee;

6. To consider and approve the appointment or removal of the members of the government on the recommendation of the President of State;

7. To elect or remove the President of the People's Supreme Court and the Public Prosecutor-General on the recommendation of the National Assembly Standing Committee;

8. To decide on the establishment or dissolution of the ministries, ministry-equivalent organisations, provinces and municipalities and to determine the boundaries of provinces and municipalities on the recommendation of the Prime Minister;

9. To decide on granting general amnesties;

10. To decide on the ratification or abolition of treaties and agreements signed with foreign countries in accordance with international law and regulations;

11. To decide on matters of war or peace;

12. To supervise the observance of the Constitution and laws;

13. To exercise other rights and execute other duties as prescribed by law.

Article 53. The President of state has the following rights and duties

1. To promulgate the Constitution and laws already endorsed by the National Assembly;

2. To issue state decrees and state acts on the recommendation of the National Assembly Standing Committee;

3. To appoint or remove the Prime Minister and the members of the government with the approval or resolution of no confidence of the National Assembly;

4. To appoint, transfer or remove the governors of provinces and the mayors of municipalities on the recommendation of the Prime Minister;

5. To decide to promote or demote the ranks of the Generals in the national defence and security forces on the recommendation of the Prime Minister;

6. To be the Head of the people's armed forces;

7. To preside over a meeting of the government when necessary;

8. To decide on the conferment of the national gold medals, orders of Merit, medals of victory and highest honorific titles of the state;

9. To decide on granting pardons;

10. To decide on general or partial military conscription and to declare the state of emergency all over the country or in any particular locality;

11. To declare on the ratification or abolition of all treaties and agreements signed with foreign countries;

12. To appoint and recall plenipotentiary representatives of the Lao People's Democratic Republic to or from foreign countries, and accept the plenipotentiary representatives of foreign countries accredited to the Lao People's Democratic Republic;

13. To exercise other rights and execute other duties as stipulated in the laws.

Lebanon

รัฐธรรมนูญประเทศเลบานอน 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1926 (ปรับปรุงแก้ไข 21 สิงหาคม ค.ศ. 1990)

Constitution of Lebanon³⁰

Article 52 [Negotiation of International Treaties]

The President of the Republic negotiates international treaties in coordination with the Prime Minister. These treaties are not considered ratified except after agreement of the Council of Ministers. They are to be made known

³⁰ http://www.servat.unibe.ch/icl/le00000_.html



to the Chamber whenever the national interest and security of the state permit. However, treaties involving the finances of the state, commercial treaties, and in general treaties that cannot be renounced every year are not considered ratified until they have been approved by the Chamber.

Luxembourg

รัฐธรรมนูญของประเทศลักเซมเบิร์ก 17 ตุลาคม 1868

(Constitution of Luxembourg)³¹

Article 37 [Treaties]

(1) The Grand Duke concludes treaties. These do not come into effect until they have been sanctioned by law and published in the manner laid down for the publication of laws.

(2) The treaties referred to in Chapter III, Section 4, Article 49a, are sanctioned by a law voted under the conditions laid down in Article 114 (5).

(3) Secret treaties are abolished.

(4) The Grand Duke enacts the regulations and orders necessary for carrying the treaties into effect in accordance with the procedure governing measures for the execution of laws and with the effects attaching to such measures, without prejudice to matters reserved to the law by the Constitution.

(5) No cession, exchange, or adjunction of territory is effected except pursuant to a law.

(6) The Grand Duke commands the armed force; he declares war and the cessation of hostilities after having been authorized by a vote in the Chamber taken under the conditions laid down in Article 114 (5).

Article 114 [Constitutional Amendment]

(1) The legislature has the right to declare the need to amend any constitutional provision it specifies.

³¹ http://www.servat.unibe.ch/icl/lu00000_.html

(2) Following such declaration, the Chamber automatically dissolves.

(3) A new Chamber convenes in accordance with Article 74.

(4) This Chamber decides, by common consent with the Grand Duke, on the points to be amended.

(5) In such a case, the Chamber shall not proceed to the vote unless at least three-quarters of its members are present, and no amendment may be adopted unless it is backed by at least two-thirds of the votes.

Malaysia

รัฐธรรมนูญประเทศมาเลเซีย 27 สิงหาคม ค.ศ. 1957 (ปรับปรุงแก้ไข 16 กันยายน ค.ศ. 1963, 16 เมษายน ค.ศ. 1984)

(Constitution of the Federation of Malaysia)³²

Article number: 2

2. Parliament may by law -

(a) admit other States to the Federation;

(b) alter the boundaries of any State, but a law altering the boundaries of a State shall not be passed without the consent of that State (expressed by a law made by the Legislature of that State) and of the Conference of Rulers.

Mexico

รัฐธรรมนูญประเทศเม็กซิโก

(Constitution of Mexico)³³

Article 73. The Congress has the power:

I. To admit new States and Territories into the Federal Union;

II. To erect the Territories into States when they shall have a population of eighty thousand inhabitants and the resources necessary to provide for their political existence;

³² <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/malaysia.pdf>

³³ http://www.oas.org/juridico/Mla/en/mex/en_mex-int-text-const.pdf



III. To form new States within the boundaries of existing ones, for which purpose it shall be necessary:

1. That the section or sections seeking to be made a State shall have a population of at least one hundred and twenty thousand inhabitants.

2. That it be proven before Congress that they possess the resources necessary to provide for their political existence.

3. That the legislatures of the States involved be heard as to the feasibility or infeasibility of the formation of the new State, and they shall be required to render their report within six months from the date that the respective communication was submitted to them.

4. That the Executive of the Federation likewise be heard, who shall transmit his report within seven days from the date on which it was requested of him.

5. That the creation of the new State be adopted by a vote of two thirds of the deputies and senators present in their respective chambers.

6. That the resolution of the Congress be ratified by a majority of the legislatures of the States, with a copy of the record before them, provided that the legislatures of the States whose territory is involved have given their consent.

7. If the legislatures of the States whose territory is involved have not given their consent, the ratification mentioned in the foregoing section must be given by two thirds of the legislatures of the other States.

IV. To arrange permanently the boundaries of the States, settling any differences that may arise between them in regard to the demarcation of their respective territories, except when these differences may be of a contentious character.

V. To change the seat of the supreme powers of the Federation.

VI. To legislate on all matters concerning the Federal District and Territories, subject to the following bases:

1. The government of the Federal District shall be entrusted to the President of the Republic, who shall exercise it through the organ or organs

that are prescribed by law.

2. The government of the Territories shall be entrusted to governors who shall depend directly on the President of the Republic, who shall freely appoint and remove them.

The Territories shall be divided into Municipalities, which shall have a land area and number of inhabitants sufficient to be able maintain themselves on their own resources and contribute to their ordinary expenditures. Each Municipality in the Territories shall be entrusted to an ayuntamiento elected by direct popular vote.

3. The governors of the Territories shall communicate with the President of the Republic through such channels as are specified by law.

4. Appointments of the magistrates of the superior court of justice of the Federal District and of the Territories shall be made by the President of the Republic and submitted for the approval of the Chamber of Deputies, which shall grant or refuse such approval within a period of ten days, without extension. If the Chamber does not act within such time, the appointments shall be considered approved. Without the approval of the Chamber, the magistrates appointed by the President of the Republic cannot take possession. In the event that the Chamber of Deputies does not approve two successive appointments with respect to the same vacancy, the President of the Republic shall make a third appointment) which shall be effective at once, as provisional, and which shall be submitted to the approval of the Chamber at the following regular period of sessions. At this period of sessions, within the first ten days' the Chamber must approve or disapprove the appointment, and if it approved it, or makes no decision, the magistrate appointed provisionally shall continue to serve permanently. If the Chamber rejects the appointment, the provisional magistrate shall cease to function at once, and the President of the Republic shall submit a new appointment for the approval of the Chamber, under the terms indicated.



In cases of temporary inability of magistrates to act for more than three months, they shall be replaced by appointments which the President of the Republic shall submit to the approval of the Chamber of Deputies, and during its adjournment, to that of the Permanent Committee, in either instance by observing the provisions of the preceding clauses.

In cases of temporary inability which do not exceed three months, the Organic Law shall determine the manner of making the substitution. If a magistrate should cease to act because of death, resignation, or incapacity, the President of the Republic shall submit a new appointment for the approval of the Chamber of Deputies. If the Chamber is not in session, the Permanent Committee shall give provisional approval, until the Chamber meets and gives final approval.

The judges of first instance, and the minor and correctional judges of the Federal District and the Territories, shall be appointed by the supreme court of justice of the Federal District; they must have the qualifications which the law prescribes and shall be replaced during their temporary inability to act, in the manner provided by law.

The remuneration which magistrates and judges receive for their services cannot be decreased during their terms of office.

The magistrates and judges to whom this basis refers, shall continue in office for six years; but they may be removed from their positions when guilty of bad conduct, in accordance with the final part of Article 111 or after corresponding action for responsibility

5. The public ministry in the Federal District and in the Territories shall be in charge of an attorney general (Procurador General), who shall reside in Mexico City, and such number of agents as shall be determined by law; and he shall depend directly on the President of the Republic, who may freely appoint and remove him.

VII. To levy the necessary taxes to cover the Budget.

VIII. To fix the bases upon which the President of the Republic may borrow on the credit of the Nation; to approve such loans and to acknowledge and order payment of the national debt. No loan may be effected except for the construction of works which directly produce an increase in the public revenues unless for purposes of currency regulation, conversion operations or loans contracted during some emergency declared by the President of the Republic within the terms of Article 29.

IX. To prevent the establishment of restrictions on commerce from State to State.

X. To legislate throughout the Republic on hydrocarbons, mining, the motion picture industry, commerce, games of chance and lotteries, credit institutions, and electric power, to establish a single bank of issue under the provisions of Article 28 of the Constitution and to enact labor laws regulating Article 123 of this Constitution.

XI. To create and abolish public offices of the Federation and to fix, increase, or decrease their salaries.

XII. To declare war, in the light of information submitted by the Executive.

XIII. To enact laws pursuant to which captures on sea and land must be declared good or bad; and to enact maritime laws applicable in peace and war.

XIV. To raise and maintain the armed forces of the Union, to wit: army, navy and air force, and to regulate their organization and service.

XV. To prescribe regulations for the purpose of organizing, arming, and disciplining the national guard, reserving to the citizens who compose it the appointment of their respective commanders and officers, and to the States the power of training them in accordance with the discipline prescribed by such regulations.

XVI. To enact laws in regard to nationality, the legal status of foreigners, citizenship, naturalization, colonization, emigration and immigration, and the general health of the country.



1. The General Health Council shall depend directly upon the President of the Republic, without the intervention of any Secretariat of State, and its general provisions shall be compulsory throughout the country.

2. In case of serious epidemics or danger of invasion of the country by exotic diseases, the Department of Health shall be required to dictate immediately the necessary preventive measures, subject to subsequent approval by the President of the Republic.

3. The health authority shall be executive and its provisions shall be obeyed by the administrative authorities of the country.

4. The measures which the Council shall have put into effect in the campaign against alcoholism and the sale of substances which poison the individual and degenerate the race shall afterwards be examined by the Congress of the Union, in cases within its competency.

XVII. To enact laws concerning general means of communication, and in regard to posts and post offices; to enact laws on the use and utilization of waters under federal jurisdiction.

XVIII. To establish mints, fix the standards of coins and coinage, to determine the value of foreign currencies, and to adopt a general system of weights and measures.

XIX. To establish rules for the occupation and alienation of vacant lands and fix their price.

XX. To enact laws for the organization of the Mexican Diplomatic Corps and Consular Corps.

XXI. To define crimes and offenses against the Federation and to prescribe the punishments to be imposed for them.

XXII. To grant amnesties for crimes within the jurisdiction of the federal courts.

XXIII. To prescribe its own rules and adopt necessary measures to enforce the attendance of absent deputies and senators, and to correct the

offenses or omissions of those present.

XXIV. To enact the organic law governing the Auditor General's Office (Contaduría Mayor).

XXV. To establish, organize, end maintain throughout the Republic rural, elementary, superior, secondary, and professional schools, and schools for scientific research, of fine arts, and of technical training; practical schools of agriculture and mining, of arts and crafts, museums, libraries, observatories, and other institutions concerning the general culture of the inhabitants of the Nation, and to legislate on all matters relating to such institutions; to legislate on matters concerning archeological, artistic, and historic monuments, the conservation of which is of national interest; and also to enact laws designed to distribute feasibly between the Federation, the States, and Municipalities the exercise of the educative function and the appropriations corresponding to this public service, seeking to unify and coordinate education throughout the Republic. The diplomas issued by the aforementioned establishments shall be valid throughout the Republic.

XXVI. To grant leave of absence to the President of the Republic, and to constitute itself as an electoral college and designate the citizen who is to replace the President of the Republic, as either an interim or provisional substitute, under the terms of Articles 84 and 85 of this Constitution.

XXVII. To accept the resignation from office of the President of the Republic .

XXVIII. To examine the account which the executive branch must submit to it annually, which examination must include not only conformity of the items expended within the budget of expenditures, but also the correctness and justification of such items

XXIX. To levy taxes:

1. On foreign commerce.



2. On the utilization and exploitation of natural resources included in paragraphs 4 and 5 of Article 27.

3. On institutions of credit and insurance companies.

4. On public services under concession or operated directly by the Federation.

5. Special taxes on:

a. Electric power

b. Production and consumption of processed tobacco

c. Gasoline and other products derived from petroleum

d. Matches and “cerillos”

e. Maguey and its fermented products

f. Forestry exploitation

g. Production and consumption of beer

Federal entities shall share in the revenues from these special taxes in the proportion fixed by secondary federal law. The local legislatures shall fix the percentage corresponding to the Municipalities from revenues obtained from the tax on electric power.

XXX. To enact all laws that may be necessary to enforce the foregoing powers, and all others granted by this Constitution to the branches of the Union.

Netherlands

รัฐธรรมนูญของประเทศเนเธอร์แลนด์ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1989

(Constitution of the Netherlands)³⁴

Article 91

1. The Kingdom shall not be bound by treaties, nor shall such treaties be denounced without the prior approval of the States Generals. The cases in

³⁴ http://www.servat.unibe.ch/icl/nl00000_.html

which approval is not required shall be specified by Act of Parliament.

2. The manner in which approval shall be granted shall be laid down by Act of Parliament, which may provide for the possibility of tacit approval.

3. Any provisions of a treaty that conflict with the Constitution or which lead to conflicts with it may be approved by the Houses of the States General only if at least two-thirds of the votes cast are in favour.

Article 92

Legislative, executive and judicial powers may be conferred on international institutions by or pursuant to a treaty, subject, where necessary, to the provisions of Article 91 paragraph 3.

Philippines

รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ค.ศ. 1987

Constitution of the Republic of The Philippines

ARTICLE I

NATIONAL TERRITORY³⁵

The national territory comprises the Philippine archipelago, with all the islands and waters embraced therein, and all other territories over which the Philippines has sovereignty or jurisdiction, consisting of its terrestrial, fluvial and aerial domains, including its territorial sea, the seabed, the subsoil, the insular shelves, and other submarine areas. The waters around, between, and connecting the islands of the archipelago, regardless of their breadth and dimensions, form part of the internal waters of the Philippines.

³⁵ รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ค.ศ. 1987 มีได้บัญญัติอำนาจในการทำหนังสือสัญญาเอาไว้ แต่มีการนิยามคำว่า “ดินแดน” (territory) เอาไว้



Poland

รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐโปแลนด์ 2 เมษายน 1997

(Constitution of the Republic of Poland)³⁶

Article 116

(1) The House of Representatives (Sejm) shall declare, in the name of the Republic of Poland, a state of war and the conclusion of peace.

(2) The House of Representatives (Sejm) may adopt a resolution on a state of war only in the event of armed aggression against the territory of the Republic of Poland or when an obligation of common defence against aggression arises by virtue of international agreements. If the House of Representatives (Sejm) cannot assemble for a sitting, the President of the Republic may declare a state of war.

Article 117

The principles for deployment of the Armed Forces beyond the borders of the Republic of Poland shall be specified by a ratified international agreement or by statute. The principles for the presence of foreign troops on the territory of the Republic of Poland and the principles for their movement within that territory shall be specified by ratified agreements or statutes.

Article 146

(1) The Council of Ministers shall conduct the internal affairs and foreign policy of the Republic of Poland.

(2) The Council of Ministers shall conduct the affairs of State not reserved to other State organs or local self-government.

(3) The Council of Ministers shall manage the government administration.

(4) To the extent and in accordance with the principles specified by the Constitution and statutes, the Council of Ministers, in particular, shall:

³⁶ http://www.servat.unibe.ch/icl/pl00000_.html

- 1) ensure the implementation of statutes;
- 2) issue regulations;
- 3) coordinate and supervise the work of organs of State administration;
- 4) protect the interests of the State Treasury;
- 5) adopt a draft State Budget;
- 6) supervise the implementation of the State Budget and pass a resolution on the closing of the State's accounts and report on the implementation of the Budget;
- 7) ensure the internal security of the State and public order;
- 8) ensure the external security of the State;
- 9) exercise general control in the field of relations with other States and international organizations;
- 10) conclude international agreements requiring ratification as well as accept and renounce other international agreements;
- 11) exercise general control in the field of national defence and annually specify the number of citizens who are required to perform active military service;
- 12) determine the organization and the manner of its own work.

Chile

รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐชิลี 21 ตุลาคม ค.ศ.1980

(Constitution of the Republic of Chile)³⁷

Article 50. The exclusive powers of Congress are:

1. To approve or reject international treaties submitted by the President of the Republic prior to ratification thereof. The approval of a treaty shall be subject to the procedures prescribed by a law.

The measures which the President of the Republic adopts or the agreements concluded by him for the fulfilment of a treaty in force shall not require new approval by the Congress, except in cases which constitute a matter of law.

³⁷ <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Chile.pdf>



In the same agreement, whereby a treaty is approved, the Congress may authorize the President of the Republic to decree, while such treaty is in force, the provisions with force of law which he may deem necessary for the complete enforcement thereof and in such circumstances, provisions prescribed for in the second and following paragraphs of Article 61 shall apply; and

2. To make a pronouncement on the state of siege, in accordance with No 2 of Article 40 of this Constitution.

Colombia

รัฐธรรมนูญของประเทศโคลอมเบีย ค.ศ.1991

(Constitution of Colombia)³⁸

Article 101.

The borders of Colombia are those established in international treaties approved by the Congress, duly ratified by the President of the Republic, mid those defined by arbitration awards in which Colombia takes part.

The borders identified in the form provided for by this Constitution may he modified only by treaties approved by the Congress and duly ratified by the President of the Republic.

Besides the continental territory, the archipelago of San Andrés, Providencia. Santa Catalina, and Malpelo are part of Colombia, in addition to the islands, islets, keys, headlands, and sand banks that belong to it.

Also part of Colombia is the subsoil, the territorial sea, the contiguous zone, the continental shelf, the exclusive economic zone, the airspace, the segment of the geostationary orbit, the electromagnetic spectrum and the space in which it operates, in accordance with international law or the laws of Colombia in the absence of international regulations.

³⁸ http://confinder.richmond.edu/admin/docs/colombia_const2.pdf

Romania

รัฐธรรมนูญของประเทศโรมาเนีย ค.ศ.1991

(Constitution of Romania)³⁹

Article 11

(1) The Romanian State pledges to fulfill as such and in good faith its obligations as deriving from the treaties it is a party to.

(2) Treaties ratified by Parliament, according to the law, are part of national law.

(3) If a treaty Romania is to become a party to comprises provisions contrary to the Constitution, its ratification shall only take place after the revision of the Constitution.

Article 91 [Treaties, Diplomacy]

(1) The President shall, in the name of Romania, conclude international treaties negotiated by the Government, and then submit them to Parliament for ratification within 60 days.

(2) The President shall, on proposal by the Government, accredit and recall diplomatic envoys of Romania, and approve the setting up, closing down, or change in rank of diplomatic missions.

(3) Diplomatic envoys of other states shall be accredited to the President of Romania.

Russian Federation

รัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐรัสเซีย 12 ธันวาคม ค.ศ.1993

(Constitution of the Russian Federation)⁴⁰

Article 86

³⁹ http://www.servat.unibe.ch/icl/ro00000_.html

⁴⁰ <http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>



The President of the Russian Federation shall:

- a. govern the foreign policy of the Russian Federation;
- b. hold negotiations and sign international treaties and agreements of the Russian Federation;
- c. sign ratification instruments;
- d. received credentials and letters of recall of diplomatic representatives accredited to him.

Singapore

รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐสิงคโปร์ 16 สิงหาคม ค.ศ. 1963

(Constitution of the Republic of Singapore)⁴¹

Article 6

1) There shall be —

(a) no surrender or transfer, either wholly or in part, of the sovereignty of the Republic of Singapore as an independent nation, whether by way of merger or incorporation with any other sovereign state or with any Federation, Confederation, country or territory or in any other manner whatsoever; and

(b) no relinquishment of control over the Singapore Police Force or the Singapore Armed Forces, unless such surrender, transfer or relinquishment has been supported, at a national referendum, by not less than two-thirds of the total number of votes cast by the electors registered under the Parliamentary Elections Act (Cap. 218).

(2) For the purposes of this Article —

“Singapore Armed Forces” means the Singapore Armed Forces raised and maintained under the Singapore Armed Forces Act (Cap. 295), and includes any civil defence force formed under the Civil Defence Act (Cap. 42) and such other force as the President may, by notification in the Gazette, declare to be an armed force for the purposes of this Article;

⁴¹ http://www.servat.unibe.ch/icl/sn00000_.html

“Singapore Police Force” means the Singapore Police Force and the Special Constabulary established under the Police Force Act (Cap. 235) and any Auxiliary Police Force created in accordance with Part IX of that Act, and includes the Vigilante Corps established under the Vigilante Corps Act (Cap. 343) and such other force as the President may, by notification in the Gazette, declare to be a police force for the purposes of this Article.

Slovakia Republic

รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐสโลวาเกีย 1 กันยายน ค.ศ.1992

(Constitution of Slovakia Republic)⁴²

Article 86

The jurisdiction of the National Council of the Slovak Republic comprises, above all:

- a) deciding upon the Constitution and constitutional and other laws and controlling compliance with them,
- b) electing and recalling the president of the Slovak Republic by secret ballot,
- c) approving by means of a constitutional law a treaty on the Slovak Republic's entering into an alliance with other states and on its abrogation of such a treaty,
- d) deciding on proposals to call a referendum,
- e) voicing consent, prior to ratification, with the conclusion of international political treaties, international economic treaties of a general nature, as well as with international treaties whose execution requires the passing of a law,
- f) establishing ministries and other state administration bodies by means of law,

⁴² http://www.servat.unibe.ch/icl/lo00000_.html



g) discussing the policy statement of the Government of the Slovak Republic, controlling the Government's activity, and passing a vote of confidence in the Government or its members,

h) approving the state budget, checking on its fulfillment, and approving the state closing account,

i) discussing basic domestic, international, economic, social, and other political issues,

j) electing judges, the chairman and deputy chairman of the Supreme Court of the Slovak Republic, the chairman and deputy chairman of the Constitutional Court of the Slovak Republic, and the chairman and deputy chairman of the Supreme Control Office of the Slovak Republic,

k) deciding on the declaration of war if the Slovak Republic is attacked or as a result of commitments arising from international treaties on common defense against aggression,

l) expressing consent to sending armed forces outside the territory of the Slovak Republic.

Article 119

The Government as a body decides on

a) draft laws,

b) Government decrees,

c) the Government's program and its implementation,

d) principal measures concerning the implementation of the Slovak Republic's economic and social policy,

e) drafts of the state budget and the state closing account,

f) international treaties of the Slovak Republic,

g) principal questions of domestic and foreign policy,

h) submitting a draft law of the National Council of the Slovak Republic or some other important measure to the public for discussion,

- i) requesting the passing of a vote of confidence,
- j) awarding amnesty for misdemeanors,
- k) appointing and recalling state officials in cases specified by law,
- l) other matters specified by law.

Slovenia

รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐสโลวีเนีย 23 ธันวาคม ค.ศ.1991(ปรับปรุงแก้ไขล่าสุด 20 มิถุนายน ค.ศ.2006)

(The Constitution of the Republic of Slovenia)⁴³

Article 107 (Powers of the President of the Republic)

(1) The President of the Republic:

- calls elections to the National Assembly;
- promulgates laws;
- appoints state officials where provided by law;
- appoints and recalls ambassadors and envoys of the Republic, and accepts the letters of credence of foreign diplomatic representatives;
- issues instruments of ratification;
- decides on the granting of clemency;
- confers decorations and honorary titles;
- performs other duties determined by this Constitution.

(2) Where required by the National Assembly the President of the Republic must express his opinion on an individual issue.

Article 153 (Conformity of Legal Acts)

(1) Laws, regulations and other general legal acts must be in conformity with the Constitution.

(2) Laws must be in conformity with generally accepted principles of international law and with valid treaties ratified by the National Assembly,

⁴³ http://www.servat.unibe.ch/icl/lo00000_.html



whereas regulations and other general legal acts must also be in conformity with other ratified treaties.

(3) Regulations and other general legal acts must be in conformity with the Constitution and laws.

(4) Individual acts and actions of state authorities, local community authorities and bearers of public authority must be based on a law or regulation adopted pursuant to law.

South Africa

รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ค.ศ.1996

(Constitution of the Republic of South Africa)⁴⁴

Article 231 International agreements

1. The negotiating and signing of all international agreements is the responsibility of the national executive.

2. An international agreement binds the Republic only after it has been approved by resolution in both the National Assembly and the National Council of Provinces, unless it is an agreement referred to in subsection (3).

3. An international agreement of a technical, administrative or executive nature, or an agreement which does not require either ratification or accession, entered into by the national executive, binds the Republic without approval by the National Assembly and the National Council of Provinces, but must be tabled in the Assembly and the Council within a reasonable time.

4. Any international agreement becomes law in the Republic when it is enacted into law by national legislation; but a self-executing provision of an agreement that has been approved by Parliament is law in the Republic unless it is inconsistent with the Constitution or an Act of Parliament.

5. The Republic is bound by international agreements which were binding on the Republic when this Constitution took effect.

⁴⁴ <http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/index.htm>

Spain

รัฐธรรมนูญของประเทศสเปน 29 ธันวาคม ค.ศ.1978 (ปรับปรุงแก้ไข 27 สิงหาคม ค.ศ.1992)

(Constitution of Spain)⁴⁵

Article 94 [Prior Authorization]

(1) The giving of the consent of the State to obligate itself to something by means of treaties or agreements shall require prior authorization of the Parliament in the following cases:

- a) Treaties of a political nature;
- b) Treaties or agreements of a military nature;
- c) Treaties or agreements which affect the territorial integrity of the State or the fundamental rights and duties established in Title I;
- d) Treaties or agreements which imply important obligations for the public treasury;
- e) Treaties or agreements which involve modification or repeal of some law or require legislative measures for their execution.

(2) The House of Representatives and the Senate shall be immediately informed of the conclusion of the treaties or agreements.

Sweden

รัฐธรรมนูญของประเทศสวีเดน 1 มกราคม ค.ศ. 1975 (ปรับปรุงแก้ไขค.ศ.1998)
(The Constitution of Sweden)⁴⁶

Article 1

(1) All public power in Sweden proceeds from the people.

⁴⁵ http://www.servat.unibe.ch/icl/sp00000_.html

⁴⁶ http://www.servat.unibe.ch/icl/sw00000_.html



(2) Swedish democracy is founded on freedom of opinion and on universal and equal suffrage. It shall be realized through a representative and parliamentary polity and through local self-government.

(3) Public power shall be exercised under the law.

Article 2

(1) Public power shall be exercised with respect for the equal worth of all and for the freedom and dignity of the individual.

(2) The personal, economic and cultural welfare of the individual shall be fundamental aims of public activity. In particular, it shall be incumbent upon the public administration to secure the right to work, housing and education, and to promote social care and social security and a good living environment.

(3) The public administration shall promote the ideals of democracy as guidelines in all sectors of society. The public administration shall guarantee equal rights to men and women and protect the private and family lives of the individual.

(4) Opportunities should be promoted for ethnic, linguistic and religious minorities to preserve and develop a cultural and social life of their own.

Switzerland

รัฐธรรมนูญของสมาพันธรัฐสวิส 18 ธันวาคม ค.ศ.1998 (ปรับปรุงแก้ไขล่าสุด 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2004)

(Swiss Federal Constitution)⁴⁷

Article 166 Foreign Relations and International Treaties

(1) The Federal Parliament participates in shaping foreign policy, and supervises foreign relations.

⁴⁷ http://www.servat.unibe.ch/icl/sz00000_.html

(2) The Federal Parliament approves international treaties, provided the treaties for which conclusion, by law or international treaty, the Federal Government is responsible.

Turkey

รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐตุรกี ค.ศ.1982 (ปรับปรุงแก้ไขล่าสุด 10 พฤษภาคม ค.ศ. 2007)

(The Constitution of the Republic of Turkey)⁴⁸

Article 87 General Provisions

The functions and powers of the Turkish Grand National Assembly comprise the enactment, amendment, and repeal of laws; the supervision of the Council of Ministers and the Ministers; authorisation of the Council of Ministers to issue governmental decrees having the force of law on certain matters; debating and approval of the budget draft and the draft law of final accounts, making decisions on the printing of currency and the declaration of war; ratifying international agreements, making decisions with 3/5 of the Turkish Grand National Assembly on the proclamation of amnesties and pardons according to the Constitution; and exercising the powers and executing the functions envisaged in the other articles of the Constitution.

United State of America

รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา 17 กันยายน ค.ศ.1978

(The United States Constitution)⁴⁹

Article I - The Legislative Branch

Section 1 - The Legislature

⁴⁸ http://www.servat.unibe.ch/icl/tu00000_.html

⁴⁹ <http://www.usconstitution.net/const.html#Am20>



All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives

Section 8 - Powers of Congress

The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defense and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States;

To borrow money on the credit of the United States;

To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes;

To establish an uniform Rule of Naturalization, and uniform Laws on the subject of Bankruptcies throughout the United States;

To coin Money, regulate the Value thereof, and of foreign Coin, and fix the Standard of Weights and Measures;

To provide for the Punishment of counterfeiting the Securities and current Coin of the United States;

To establish Post Offices and Post Roads;

To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries;

To constitute Tribunals inferior to the supreme Court;

To define and punish Piracies and Felonies committed on the high Seas, and Offenses against the Law of Nations;

To declare War, grant Letters of Marque and Reprisal, and make Rules concerning Captures on Land and Water;

To raise and support Armies, but no Appropriation of Money to that Use shall be for a longer Term than two Years;

To provide and maintain a Navy;

To make Rules for the Government and Regulation of the land and naval Forces;

To provide for calling forth the Militia to execute the Laws of the Union, suppress Insurrections and repel Invasions;

To provide for organizing, arming, and disciplining the Militia, and for governing such Part of them as may be employed in the Service of the United States, reserving to the States respectively, the Appointment of the Officers, and the Authority of training the Militia according to the discipline prescribed by Congress;

To exercise exclusive Legislation in all Cases whatsoever, over such District (not exceeding ten Miles square) as may, by Cession of particular States, and the acceptance of Congress, become the Seat of the Government of the United States, and to exercise like Authority over all Places purchased by the Consent of the Legislature of the State in which the Same shall be, for the Erection of Forts, Magazines, Arsenals, dock-Yards, and other needful Buildings;
And

To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof.

Vietnam

รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ.1992 (ปรับปรุงแก้ไขล่าสุด 25 ธันวาคม ค.ศ. 2001)

Constitution of the Republic of Vietnam⁵⁰

Article 84

The National Assembly has the following duties and powers:

⁵⁰ [http://www.vietnamlaws.com/freelaws/Constitution92\(aa01\).pdf/](http://www.vietnamlaws.com/freelaws/Constitution92(aa01).pdf/)



1. To draw up and amend the Constitution; to make and amend laws; to decide on the program for the building of Vietnamese laws and decrees.

2. To exercise the right to supreme supervision over the observance of the Constitution, laws and resolutions of the National Assembly; to examine reports by the President, the Standing Committee of the National Assembly, the Government, the Supreme People's Court and the People's Inspectorate General on their respective activities.

3. To decide on the national socio-economic development plan.

4. To decide on national financial and monetary policies, to decide on estimates of the State budget and allocation of the Central budget, to ratify State budget finalisation reports; to determine, revise and repeal the various kinds of taxes.

5. To decide on State policies on ethnic minorities and on religions;

6. To determine the organisation and activities of the National Assembly; the President, the Government, the People's Court, the People's Inspectorate and local authorities;

7. To elect, suspend and revoke the President, the Vice-President, the Chairman and Vice-Chairmen and the members of the Standing Committee of the National Assembly, the Prime Minister of the Government; the Chief Justice of the Supreme People's Court, the Chief Prosecutor of the People's Inspectorate General; to ratify the appointment, suspension and revocation of Deputy-Prime Ministers, Ministers and other members of the Government upon the proposal of the Prime Minister; to ratify the list of members of the Defence and Security Council proposed by the President; and to take a vote of confidence in favour of officials elected or approved by the National Assembly.

8. To decide on the institution and dissolution of the Ministries and other Government bodies at the same level; creation, fusion, division of provinces and cities directly under the central authority and modification of their boundaries, institution and dissolution of special administrative economic units;

9. To abrogate texts adopted by the President the Standing Committee of the National Assembly, the Government, the Prime Minister of the Government, the Supreme People's Court and the People's Inspectorate General which are incompatible with the Constitution, the laws and resolutions of the National Assembly.

10. To grant general amnesties.

11. To determine ranks in the armed forces, diplomatic service and other State ranks; to determine medals, decorations and honorific State titles.

12. To decide on matters of war and peace, to determine the state of emergency and other special measures aimed at ensuring national defence and security.

13. To decide on fundamental foreign policies, to ratify or nullify international treaties signed directly by the President; to ratify or nullify the signature of or accession to international treaties upon the proposal of the President.

14. To decide on the holding of popular referendums.

Article 103

The President has the following duties and powers:

1. To promulgate the Constitution, law and ordinances.

2. To assume command of the People's armed forces and the position of Chairman of the Council for National Defence and Security.

3. To recommend to the National Assembly the election, removal or dismissal of the Vice President, the Prime Minister, Chief Justice of the Supreme People's Court, and Chief Prosecutor of the People's Inspectorate General.

4. To appoint, remove and dismiss Deputy Prime Ministers, Ministers and other members of the Government on the basis of resolutions of the National Assembly.

5. To proclaim decisions on declaration of the state of war, to sign decrees granting general amnesties on the basis of resolution of the National Assembly or of the Standing Committee of the National Assembly.



6. Following resolutions of the National Assembly's Standing Committee, to proclaim decisions on general or local mobilisation; to declare a state of emergency; in the case where the National Assembly's Standing Committee fails to convene, to proclaim a state of emergency in the whole country or in localities.

7. To recommend to the Standing Committee of the National Assembly to review ordinances within 10 days of their approval; if these ordinances or resolutions are still approved by the National Assembly's Standing Committee but the President does not concur, they can be submitted by the President to the National Assembly for decision at the earliest session.

8. To appoint, remove and dismiss the Deputy Chief Justice, Judges of the Supreme People's Court, the Deputy Chief Prosecutor and members of the People's Inspectorate General.

9. To decide on granting of senior officers' ranks and titles in the armed forces, ambassadorial titles and ranks, and State titles and ranks in other fields, and to decide on conferral of State awards, orders, medals and other honorific State titles.

10. To appoint or recall extraordinary and plenipotentiary diplomatic representatives of the Socialist Republic of Vietnam, to receive foreign extraordinary and plenipotentiary diplomatic representatives; to conduct on behalf of the State of the Socialist Republic of Vietnam negotiations and sign international treaties with foreign Heads of State; to submit international treaties directly signed to the National Assembly for ratification; and to decide on ratification of, or accession to international treaties, except where they must be submitted to the National Assembly for determination.

11. To decide on the granting, withdrawal or deprivation of Vietnamese citizenship.

12. To sign decrees granting special amnesties.

ภาคผนวก ง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 190

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญา หรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว

ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศตามวรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้น ในการนี้ ให้คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบด้วย

เมื่อลงนามในหนังสือสัญญาตามวรรคสองแล้ว ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันคณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น และในกรณีที่การปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชน หรือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็วเหมาะสม และเป็นธรรม

ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า หรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าว โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป

ในกรณีที่ปัญหาตามวรรคสอง ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาด โดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 154 (1) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม”



สรุปคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542

วันที่ 25 พฤษภาคม 2542

เรื่อง ประธานรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าหนังสือแจ้งความจำนงค์ขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาลมีไปถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศ เป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๒๔ วรรคสองหรือไม่

1. ความเป็นมาและข้อเท็จจริงโดยสรุป

ประธานรัฐสภายื่นคำร้อง สรุปได้ว่า พลเอก ชวลิต ยงใจยุทธ ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร และคณะสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 126 คน ได้เข้าชื่อร้องขอต่อประธานวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 304 เพื่อให้วุฒิสภามีมติตามมาตรา 307 ถอดถอน นายชวน หลีกภัย นายกรัฐมนตรี และนายธารินทร์ นิมมานเหมินทร์ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ออกจากตำแหน่งโดยกล่าวหาว่ามีพฤติการณ์ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคสอง เนื่องจากรัฐบาลได้มีหนังสือแจ้งความจำนงค์ถึงกองทุน ฯ โดยมีได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ประธานวุฒิสภาได้ส่งคำร้องขอถอดถอนดังกล่าวไปยังคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการซึ่งทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 321 เพื่อดำเนินการไต่สวนตามมาตรา 305 ซึ่งคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเห็นว่า มีประเด็นที่ต้องพิจารณาเบื้องต้นว่า หนังสือแจ้งความจำนงค์ที่รัฐบาลมีไปถึงกองทุน ฯ เป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคสอง หรือไม่ และโดยที่ประเด็นนี้มีความเห็นขัดแย้งระหว่างคณะรัฐมนตรี กับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร รวม 126 คน เป็นปัญหาข้อโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 266 ประธานรัฐสภาจึงได้ส่งคำร้องพร้อมความเห็นเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวมาเพื่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

2. ประเด็นวินิจฉัยเบื้องต้น

ประเด็นเบื้องต้นมีว่า ประธานรัฐสภามีอำนาจยื่นคำร้องและศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นแล้ว และประธานรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญ จึงเป็นการยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยได้

3. ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

หนังสือแจ้งความจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาลมิไปถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศ เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคสอง หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเห็นว่า หนังสือแจ้งความจำนงทุกฉบับดังกล่าวนั้น เป็นการชี้แจงนโยบายและการดำเนินงานของรัฐบาลเพื่อเป็นเหตุผลประกอบการขอใช้สิทธิถอนเงินจากกองทุนฯ มีลักษณะเป็นการดำเนินการฝ่ายเดียวของรัฐบาลไทยเพื่อขอใช้สิทธิของตนในฐานะที่เป็นรัฐสมาชิกในการขอใช้ทรัพยากรทั่วไปของกองทุนฯ ตาม “ข้อตกลงว่าด้วยกองทุนการเงินระหว่างประเทศ” ข้อ 5 มาตรา 3 (ปี) โดยฝ่ายรัฐบาลไทยมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังและผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทยลงนามในหนังสือแจ้งความจำนงเพียงฝ่ายเดียวแสดงแผนการที่รัฐบาลไทยจะปฏิบัติ หากปฏิบัติไม่ได้ก็จะไม่บังคับกันตามกฎหมาย และกองทุนฯ ไม่ได้มีหนังสือตอบรับสนองตามรูปแบบของความตกลงระหว่างประเทศ อีกทั้งกองทุนฯ ก็ไม่ถือว่าหนังสือแจ้งความจำนงเป็นหนังสือขอทำความตกลงที่ทั้งสองฝ่ายต้องการให้เกิดพันธะผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยกองทุนฯ ได้มีหนังสือ ลงวันที่ 16 กุมภาพันธ์ 2542 ถึงรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง (นายธารินทร์ นิมมานเหมินท์) แจ้งให้ทราบถึงมติของคณะกรรมการบริหารของกองทุนฯ มติที่ 6056-(79/38) ลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1979 (พ.ศ. 2522) ซึ่งมีมาประมาณ 20 ปีแล้วว่า “แผนการให้ความช่วยเหลือ (Stand-by Arrangement) ไม่ใช่ข้อตกลงระหว่างประเทศ ดังนั้นจะต้องหลีกเลี่ยงภาษาที่มีนัยที่จะทำให้เกิดความเข้าใจว่าเป็นการผูกพันทางสัญญาในแผนการให้ความช่วยเหลือและในหนังสือแจ้งความจำนง” จึงเป็นการแสดงว่า ทั้งรัฐบาลไทยและกองทุนฯ ต่างก็ไม่ถือว่าหนังสือแจ้งความจำนงเป็นสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศกับกองทุนฯ



นอกจากนี้ แม้ว่ารัฐบาลไทยได้กำหนดจะปฏิบัติการบางอย่างซึ่งเป็นเกณฑ์ปฏิบัติไว้ในหนังสือแจ้งความจำนง ดังเช่นในหนังสือแจ้งความจำนงฉบับที่ 5 ระบุให้การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายล้มละลายโดยจะดำเนินการให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบภายในวันที่ 31 ตุลาคม 2541 เป็นเกณฑ์ปฏิบัติก็ตาม แต่การที่รัฐบาลยังไม่สามารถดำเนินการตามเกณฑ์ปฏิบัติได้ กองทุนฯ ก็ได้ถือว่าเป็นการละเมิดพันธะที่มีต่อกองทุนฯ ในฐานะรัฐสมาชิก และไม่ส่งผลให้ได้รับโทษภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยกองทุนการเงินระหว่างประเทศ ดังนั้นหนังสือแจ้งความจำนงที่รัฐบาลมีไปถึงกองทุนฯ จึงมิใช่ “หนังสือสัญญา” ในความหมายของความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้ทำขึ้นเป็นหนังสือกับกองทุนฯ ซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศ เพราะขาดลักษณะของการเป็นความตกลงระหว่างประเทศ

4. ผลคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า หนังสือแจ้งความจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาลมีไปถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศไม่เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 จึงไม่เป็นกรณีที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามวรรคสองของมาตราดังกล่าว

หมายเหตุ ประกาศราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 116 ตอนที่ 63
วันที่ 19 กรกฎาคม 2542

สรุปคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543

วันที่ 5 ตุลาคม พ.ศ. 2543

เรื่อง อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคสอง หรือไม่

1. ความเป็นมาและข้อเท็จจริงโดยสรุป

ประเทศไทยได้ร่วมลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ เมื่อวันที่ 12 มิถุนายน 2535 ในคราวประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ณ กรุงริโอ เดอ จาเนโร ประเทศบราซิล โดยมีผู้แทนรัฐบาลของประเทศต่างๆ ร่วมลงนามทั้งหมด 157 ประเทศ แต่การลงนามดังกล่าวจะมีผลผูกพันต่อเมื่อประเทศไทย ได้ให้สัตยาบันแล้ว คณะรัฐมนตรีจึงได้มอบหมายให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องพิจารณา ก่อนการให้สัตยาบันอนุสัญญา ปรากฏว่าหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่างมีความเห็นแตกต่างกัน ว่า อนุสัญญา เป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคสองหรือไม่ โดยแต่ละฝ่ายมีความเห็น ดังนี้

ฝ่ายเสียงข้างมาก ได้แก่ กระทรวงการต่างประเทศ กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ กระทรวงพาณิชย์ และกระทรวงวิทยาศาสตร์ฯ เห็นว่า การให้สัตยาบันอนุสัญญา ไม่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา เนื่องจากไม่ใช่กรณีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคสอง คือ ไม่มีผลต่อการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ โดยความหมายของคำว่า เปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ หมายถึง การเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่ที่รัฐจะใช้อำนาจอธิปไตยตามความเห็นของกระทรวงการต่างประเทศ และไม่ต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามอนุสัญญา

ฝ่ายเสียงข้างน้อย ได้แก่ กระทรวงสาธารณสุข และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เห็นว่าเป็นกรณีที่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคสอง เนื่องจากมีผลต่อการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ โดยความหมายของคำว่า “เปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ” หมายถึงการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐตามความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เพื่อเป็นบรรทัดฐานในการถือปฏิบัติ คณะรัฐมนตรีจึงมีมติเมื่อวันที่ 27 ตุลาคม 2541 ให้กระทรวงการต่างประเทศ ร่วมกับสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ยก่างกำหนดประเด็นพร้อมความเห็นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ดังนี้



1. คำว่า “บทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคสอง มีความหมายอย่างไร

2. อนุสัญญา มาตรา 15 วรรคสอง จะทำให้เนื้อหาของกฎหมายไทยที่มีอยู่ แล้วต้องเปลี่ยนไป กล่าวคือ ในปัจจุบันกฎหมายต่างๆ ของไทยที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญา ได้กำหนดระบบอนุญาตไว้ ซึ่งหลักการของระบบอนุญาต คือ ผู้อนุญาตใช้ดุลพินิจตามที่ เห็นสมควรจะอนุญาตหรือไม่ก็ได้ แต่เมื่อใดที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีแล้ว การใช้บังคับ กฎหมายไทยจะต้องแปรเปลี่ยนไป โดยในการใช้ดุลพินิจพิจารณาจะต้องเป็นไปในทาง อนุญาตเสมอ หากกรณีดังกล่าวไม่เป็นปัญหาด้านสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ ตามผลบังคับของ อนุสัญญา ซึ่งการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของกฎหมายนั้นมีผลระดับเดียวกับการต้องมี กฎหมายบังคับเพื่อให้การเป็นไปตามอนุสัญญา ซึ่งการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของกฎหมาย นั้นมีผลระดับเดียวกับการต้องมีกฎหมายบังคับเพื่อให้การเป็นไปตามอนุสัญญา ดังนั้น ถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลง “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามมาตรา 224 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หรือไม่

2. ประเด็นวินิจฉัยเบื้องต้น

คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หมวด 7 มีอำนาจหน้าที่บริหารราชการ แผ่นดิน การทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศอยู่ในอำนาจ หน้าที่ของคณะรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 เมื่อประเทศไทยร่วมลงนามใน อนุสัญญา แล้ว แต่ยังไม่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญา เนื่องจากปัญหาว่าคณะรัฐมนตรี จะให้สัตยาบันโดยจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่ เป็นกรณีที่คณะ รัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 เมื่อคณะรัฐมนตรีเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อ ศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจพิจารณา วินิจฉัยเรื่องนี้ได้

3. ประเด็นที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

ประเด็นแรก ขอให้วินิจฉัยว่า “บทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจ แห่งรัฐ” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 มีความหมายว่าอย่างไรนั้น คำขอดังกล่าว มีลักษณะเป็นการขอให้แปลความหมายของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีลักษณะ เป็นการหรือ ศาลรัฐธรรมนูญ จึงไม่วินิจฉัย ประเด็นที่สอง อนุสัญญาว่าด้วยความ

หลากหลายทางชีวภาพเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า

1. รัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้การทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ซึ่งทรงกระทำทางคณะรัฐมนตรี โดยมีเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในวรรคสองว่า หนังสือสัญญา 3 ประเภท คือ หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ และหนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญานั้น ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา คำว่า “หนังสือสัญญา” แม้จะได้บัญญัติความหมายไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ก็อาจกล่าวได้ว่า หนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 มีความหมายครอบคลุมถึงความตกลงทุกประเภทที่ประเทศไทยทำขึ้นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ โดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ หนังสือสัญญาดังกล่าวต้องมีลักษณะที่ทำขึ้นเป็นหนังสือ และเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 224 กล่าวถึง หนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น ดังนั้น คำว่า “สัญญาอื่น” ย่อมหมายถึง หนังสือสัญญาที่ทำกับนานาประเทศ หรือกับองค์การระหว่างประเทศ ซึ่งต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับหนังสือสัญญาสันติภาพและหนังสือสัญญาสงบศึก จะเป็นหนังสือสัญญาภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งมิได้ ดังนั้น อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ จึงเป็นหนังสือสัญญาตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 224

2. อนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรคสอง กำหนดว่า “ภาคีคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะพยายามสร้างสภาพการณ์เอื้ออำนวยต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยภาคีคู่สัญญาอื่นๆ เพื่อการใช้ประโยชน์ที่ไม่มีผลกระทบสิ่งแวดล้อม และจะพยายามไม่กำหนดข้อจำกัดซึ่งขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ และเมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ในอนุสัญญาฯ มาตรา 1 กำหนดว่า เพื่ออนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ เพื่อการใช้ประโยชน์องค์ประกอบของความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน และเพื่อการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม หมายความว่า รัฐภาคีต้องเอื้ออำนวยให้รัฐภาคีอื่นเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของตนและพยายาม



ไม่กำหนดข้อจำกัดในการใช้ประโยชน์จากองค์ประกอบของความหลากหลายทางชีวภาพ และพยายามไม่กำหนดข้อจำกัดการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งสรุปได้ว่าต้องเอื้ออำนวยให้รัฐภาคีอื่นได้เข้าถึงและใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมของตนได้ด้วย เท่ากับเป็นการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐในการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมของตน ซึ่งเดิมมีอำนาจอธิปไตยอย่างสมบูรณ์

3. ขอบเขตของอนุสัญญา มาตรา 4 กำหนดว่า (1) ในกรณีองค์ประกอบของความหลากหลายทางชีวภาพ ให้อนุสัญญา ใช้บังคับภายในพื้นที่ที่อยู่ในเขตอำนาจของรัฐภาคี และ (2) ในกรณีกรรมวิธีและกิจกรรมซึ่งดำเนินการภายใต้อำนาจหรือการควบคุมของรัฐภาคี ไม่ว่าจะมีผลกระทบเกิดขึ้น ณ ที่ใด ให้อนุสัญญา ใช้บังคับทั้งภายในและนอกเขตอำนาจดังกล่าว ดังนั้น การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา จะมีผลกระทบต่อการใช้ประโยชน์และการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมระหว่างประเทศไทยกับรัฐภาคีอื่น เป็นการให้สิทธิและการถูกจำกัดสิทธิไปพร้อมๆ กัน ซึ่งจะต้องมีการออกกฎหมายหรือปรับปรุงกฎหมายภายในที่ใช้บังคับอยู่ ให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์หลักการและขอบเขตของอนุสัญญา เห็นได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐในการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม และเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ ซึ่งจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

4. ผลคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

วินิจฉัยว่า อนุสัญญาดังกล่าวด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคสอง

หมายเหตุ

ประกาศราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 118 ตอนที่ 68 ก
วันที่ 22 สิงหาคม 2544

(23)

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ



ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ ศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ 6-7/2551

เรื่องพิจารณาที่ 23/2551

เรื่องพิจารณาที่ 24/2551

วันที่ 8 กรกฎาคม พุทธศักราช 2551

เรื่อง ประธานวุฒิสภา และประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งความเห็นของสมาชิกวุฒิสภา และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับ คำแถลงการณ์ร่วม ไทย – กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็น หนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความ เห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 หรือไม่

ประธานวุฒิสภาส่งความเห็นของสมาชิกวุฒิสภา รวม 77 คน และประธาน สภาผู้แทนราษฎรส่งความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 151 คน เพื่อขอให้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาด ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคหก ประกอบมาตรา 154 (1) เกี่ยวกับคำแถลงการณ์ร่วม ไทย – กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 (ซึ่งต่อไป ในคำวินิจฉัยนี้จะเรียกว่า คำแถลงการณ์ร่วม) เป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความ เห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 หรือไม่ รวม 2 คำร้อง



- 2 -

ความเป็นมา

1. คำร้องที่หนึ่ง ประธานวุฒิสภาส่งความเห็นของสมาชิกวุฒิสภา มีข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า

1.1 รัฐบาลได้มีมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ให้ความเห็นชอบการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลก ทั้งนี้โดยผลสืบเนื่องต่อมาวันที่ 18 มิถุนายน 2551 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ นายนพดล ปัทมะ ได้กระทำการแทนรัฐบาลลงนามในคำแถลงการณ์ร่วม ให้ความเห็นชอบการขึ้นทะเบียนเป็นมรดกโลกของรัฐบาลกัมพูชา ตลอดจนการรับรองและจำกัดสิทธิบางประการของประเทศไทยในแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว จนเป็นเหตุเกิดการประท้วงได้แย่งคัดค้านการดำเนินการของรัฐบาล นำมาสู่ความขัดแย้งอย่างรุนแรงในสังคมและมีแนวโน้มจะขยายขอบเขตลุกลามไปอย่างกว้างขวางทั่วประเทศ ข้อเท็จจริงกรณีความขัดแย้งเรื่องเขตแดนและปราสาทพระวิหาร ระหว่างไทยและกัมพูชาที่มีมาตั้งแต่ก่อนปีพุทธศักราช 2505 นั้น เป็นข้อพิพาทในพื้นที่แนวสันปันน้ำบริเวณเทือกเขาพนมดงรักที่เป็นที่ตั้งปราสาทพระวิหาร และได้มีข้อพิพาทระหว่างประเทศเกี่ยวกับเขตแดนมาเป็นเวลานานตั้งแต่ปี พ.ศ. 2484 จนมีการนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ที่กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์ เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2502 และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ได้มีคำตัดสินเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน พ.ศ. 2505 รวม 2 ประเด็นสำคัญ ประกอบด้วย (1) ลงความเห็น “ปราสาทพระวิหาร” ตั้งอยู่ในอาณาเขตภายใต้อธิปไตยของกัมพูชาด้วยคะแนนเสียง 9 ต่อ 3 และ (2) ลงความเห็น ประเทศไทยมีพันธะที่จะต้องถอนกำลังทหาร หรือตำรวจผู้เฝ้ารักษาหรือดูแลซึ่งประเทศไทยส่งไปประจำอยู่ที่ปราสาทพระวิหาร หรือในบริเวณใกล้เคียง ด้วยคะแนนเสียง 9 ต่อ 3 ซึ่งประเทศไทยไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษา จึงไม่ยอมรับอำนาจอธิปไตยของกัมพูชาและยื่นประท้วงคัดค้านคำพิพากษาดังกล่าวและตั้งข้อสงวนไว้ โดยไทยถือว่าปราสาทพระวิหารยังอยู่ในอำนาจอธิปไตยของไทย และจะกลับไปครอบครองปราสาทพระวิหารอีกเมื่อคำพิพากษาได้รับการพิจารณา ทบทวนแก้ไขอีกครั้ง โดยหากพิจารณาในภาพรวมจะเห็นว่า ศาลเชื่อในหลักการว่าเส้นสันปันน้ำยังคงเป็นเส้นเขตแดนระหว่างไทยกับกัมพูชาในบริเวณเทือกเขาพนมดงรัก



- 3 -

เส้นสันปันน้ำที่เขาพระวิหารอยู่ที่ขอบหน้าผา ฉะนั้น ถ้าจะมีการสำรวจใหม่เส้นแบ่งเขตน่าจะเป็นเช่นเดิมโดยใช้สันปันน้ำเป็นหลัก ปราสาทพระวิหารอยู่ในเขตแดนไทย ความขัดแย้งดังกล่าวยังคงดำรงอยู่จนถึงปัจจุบัน แม้ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยมีคำพิพากษาไปแล้วตั้งแต่ ปีพุทธศักราช 2505 เป็นต้นมา เนื่องจากประเทศไทยได้มีการตั้งข้อสงวนและคัดค้านไม่เห็นชอบในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (นายนพดล ปัทมะ) ได้ลงนามในคำแถลงการณ์ร่วม ฐานะตัวแทนประเทศไทยเมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2551 คำแถลงการณ์ร่วม ดังกล่าวมีปัญหาว่าได้ดำเนินการโดยชอบและเข้าข่ายตามมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญหรือไม่ และคำแถลงการณ์ร่วมที่นายนพดล ปัทมะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศได้ลงนามร่วมกับทางฝ่ายกัมพูชานั้นจะถือว่าเป็น “หนังสือสัญญา” ในความหมายของมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือไม่

1.2 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 เป็นบทบัญญัติที่มีหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำสนธิสัญญาหรือหนังสือสัญญากับต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ บทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นการปรับปรุงหลักการจากของเดิมตามมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นบทบัญญัติกำหนดให้การที่ฝ่ายบริหารจะทำสนธิสัญญา หรือหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศที่มีความสำคัญกระทบต่ออธิปไตยของชาติหรือดินแดน หรือต้องมีการตรากฎหมายเพื่ออนุวัติการ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ก่อน แต่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีข้อขัดข้องและปรากฏการใช้อำนาจฝ่ายบริหารที่ไม่ชอบด้วยหลักการตามรัฐธรรมนูญส่งผลกระทบต่อประชาชนอย่างกว้างขวางในการทำข้อตกลงการค้าเสรีและสนธิสัญญาต่างๆ จนต้องมีการเสนอให้มีการปรับปรุงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าว ซึ่งเมื่อมีการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มีการกำหนดหลักการที่สำคัญเพิ่มเติมดังต่อไปนี้



- 4 -

1.2.1 การทำสนธิสัญญาหรือหนังสือสัญญาอื่นระหว่างประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในฐานะที่ทรงเป็นประมุขแห่งรัฐ

1.2.2 สนธิสัญญาหรือหนังสือสัญญาที่คณะรัฐมนตรีต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาในกรอบการเจรจา และต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน และภายหลังการเจรจาหรือก่อนลงนามในหนังสือสัญญามี 5 ประเภทคือ

(1) มีบทเปลี่ยนแปลงอำนาจอธิปไตยของรัฐ

(2) มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่ อาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญา หรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ

(3) มีผลกระทบด้านความมั่นคงทางเศรษฐกิจ หรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง

(4) มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ

(5) ต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา

1.2.3 ให้มีการตรากฎหมายกำหนดขั้นตอน และวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาตามข้อ 1.2.2 (3) (4) ให้แล้วเสร็จภายใน 1 ปี นับแต่วันที่คณะรัฐมนตรีแถลงนโยบายต่อรัฐสภา

1.2.4 กำหนดให้มีการเยียวยาประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางหรือขนาดย่อมผู้ได้รับผลกระทบจากหนังสือสัญญา

1.2.5 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดในกรณีเกิดปัญหาเกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาและการทำหนังสือสัญญาว่าต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่

1.3 ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยที่ 11/2542 ให้ความหมาย "หนังสือสัญญา" ตามมาตรา 224 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย



- 5 -

พุทธศักราช 2540 สรุปได้ว่า คำว่า “หนังสือสัญญา” หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศ ที่ประเทศไทยได้ทำขึ้นเป็นหนังสือกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ โดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าความตกลงนั้นจะจัดขึ้นในรูปแบบใดและใช้ชื่ออย่างไร และมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “สนธิสัญญา” ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญตีความคำว่า “หนังสือสัญญา” อีกครั้งในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543 ว่า “หนังสือสัญญา” แม้จะมีได้บัญญัติความหมายไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ก็อาจกล่าวได้ว่า หนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 มีความหมายครอบคลุมถึงความตกลงทุกประเภทที่ประเทศไทยทำขึ้นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ โดยมีความมุ่งหมาย เพื่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ หนังสือสัญญาดังกล่าวต้องมีลักษณะที่ทำขึ้นเป็นหนังสือ และเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ จากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญประกอบอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1963 การจะพิจารณาว่าข้อตกลงหรือความตกลงระหว่างรัฐหนึ่งกับอีกรัฐหนึ่งมีสถานะเป็นสนธิสัญญาหรือหนังสือสัญญาหรือไม่หรือเป็นเพียงข้อตกลงระหว่างรัฐหนึ่งกับเอกชน หรือเป็นเพียงข้อตกลงเพื่อความเข้าใจซึ่งไม่มีผลบังคับใดๆ นั้น มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของการเป็นสนธิสัญญา อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1969 ได้ให้คำนิยามของคำว่า “สนธิสัญญา” (Treaty) ไว้ในมาตรา 2 วรรค 1 a ว่า “สนธิสัญญา” หมายความว่า “ข้อตกลงระหว่างประเทศที่ได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างรัฐต่างๆ และอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะทำขึ้นเป็นฉบับเดียวหรือสองฉบับหรือหลายฉบับผนวกเข้าด้วยกันและไม่ว่าจะเรียกชื่อเช่นใด” จากความหมายของ “สนธิสัญญา” ดังกล่าวอาจแยกองค์ประกอบของ “สนธิสัญญา” ได้ 4 ประการ ดังนี้

(1) สนธิสัญญาเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศ หมายความว่า สนธิสัญญาเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศชนิดหนึ่ง สนธิสัญญาจึงเป็นการกระทำทางกฎหมายที่ทำขึ้นตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป เพื่อก่อให้เกิดความผูกพันตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสนธิสัญญาระหว่างภาคีของอนุสัญญา



- 6 -

(2) ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร หมายความว่า สนธิสัญญาทุกฉบับจะต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ข้อตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นด้วยวาจา จึงไม่ใช่สนธิสัญญา

(3) ระหว่างรัฐต่างๆ หมายความว่า สนธิสัญญาทุกฉบับโดยหลักจะต้องเป็นข้อตกลงระหว่างรัฐเท่านั้น มิใช่ข้อตกลงที่รัฐทำกับปัจเจกบุคคล

(4) อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ หมายความว่า สนธิสัญญาที่ทำขึ้นย่อมอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ มิใช่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่ง หรือหลายรัฐแต่ประการใด ฉะนั้นความสมบูรณ์ของสนธิสัญญา การมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญา ผลทางกฎหมายของสนธิสัญญา การสิ้นสุดของสนธิสัญญา ฯลฯ จึงต้องเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ

อนึ่ง แม้ประเทศไทยจะมีได้เป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าว แต่อนุสัญญาดังกล่าวมีผลเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งทำให้มีผลใช้บังคับกับประเทศที่มีได้เป็นภาคีสมาชิกไปด้วยโดยปริยาย

1.4 หากพิจารณาคำแถลงการณ์ร่วม ถือว่าเป็นหนังสือสัญญาหรือสนธิสัญญาหรือไม่ นั้น หากพิจารณาเนื้อหาของคำแถลงการณ์ร่วมมีทั้งหมด 6 ข้อ โดยมีสาระสำคัญ สรุปได้ว่า

(1) ราชอาณาจักรไทย สนับสนุนการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหาร ในบัญชีมรดกโลก ซึ่งเสนอโดยรัฐบาลกัมพูชา ตามที่จะได้มีขึ้นในการประชุมสมัยที่ 32 ของคณะกรรมการมรดกโลก (ที่นครควิเบก ประเทศแคนาดา ในเดือนกรกฎาคม 2008) เขตรอบพื้นที่ของปราสาทพระวิหาร ปรากฏตามที่ระบุไว้ใน บริเวณ N. 1 ในแผนที่ที่แนบท้ายที่จัดทำขึ้นโดยรัฐบาลกัมพูชา แผนที่ดังกล่าวให้รวมถึงพื้นที่กันชน (buffer zone) ในด้านทิศตะวันออกและด้านใต้ของปราสาทตามที่ระบุไว้ตามเครื่องหมาย N.2 ด้วย

(2) ในบรรยากาศแห่งความปรารถนาดีและประนีประนอมต่อกัน ราชอาณาจักรกัมพูชาขอรับให้ปราสาทพระวิหารถูกเสนอเพื่อขึ้นทะเบียนใน



- 7 -

บัญชีมรดกโลก โดยขั้นตอนนี้ยังไม่ให้รวมถึงพื้นที่กันชน (buffer zone) ตามพื้นที่ด้านเหนือและตะวันตกของปราสาท

(3) แผนที่แนบท้ายตามที่ระบุในย่อหน้าที่ 1 ข้างต้น ให้ใช้แทนแผนที่เดิมที่เกี่ยวข้องและรวมถึง "Schema Directeur pour la Zonage de Preah Vihear" และรวมถึงผังหรือแผนแบบอ้างอิงทั้งหมดที่ระบุถึงเขตพื้นที่สำคัญ (Core zone) และเขตอื่นๆ (zonage) เขตพื้นที่อื่นของปราสาทพระวิหารที่ปรากฏในคำร้องขอขึ้นทะเบียนของกัมพูชา

(4) ในระหว่างรอผลปฏิบัติงานของคณะกรรมการร่วม (JBC) เพื่อกำหนดอาณาเขตเกี่ยวกับพื้นที่รอบปราสาทด้านทิศเหนือและทิศตะวันตก รอบปราสาทพระวิหารซึ่งระบุโดยเครื่องหมาย N. 3 ไว้ในแผนที่ที่กล่าวถึงในย่อหน้าที่ 1 ข้างต้น ให้มีการจัดเตรียมแผนการจัดการพื้นที่ดังกล่าวโดยวิธีการประสานกันระหว่างรัฐบาลกัมพูชาและรัฐบาลไทยอย่างสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศ ด้านการอนุรักษ์ เพื่อที่จะสร้างไว้ซึ่งคุณค่าที่โดดเด่นเป็นสากลของทรัพย์สินนี้ แผนการจัดการดังกล่าวจะถูกรวมเข้าไว้ในแผนจัดการสุดท้ายสำหรับองค์ปราสาทและพื้นที่รอบๆ ปราสาทนั้น ซึ่งจะต้องนำเสนอต่อศูนย์กลางมรดกโลกก่อนวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2010 เพื่อนำเข้าพิจารณาของคณะกรรมการมรดกโลกในการประชุมครั้งที่ 34 ในปี 2010

(5) การขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารในบัญชีมรดกโลก จะเป็นไปโดยไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของราชอาณาจักรกัมพูชาและราชอาณาจักรไทย ในการกำหนดเส้นเขตแดนของคณะกรรมการร่วมเพื่อกำหนดเขตแดน (JBC) ของทั้งสองประเทศ

(6) ราชอาณาจักรกัมพูชาและราชอาณาจักรไทย ขอแสดงความขอบคุณอย่างลึกซึ้งของผู้อำนวยการยูเนสโก นายโคอิชิโร มัตซุซุระ สำหรับความช่วยเหลือในการอำนวยความสะดวกแก่กระบวนการในการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารในบัญชีมรดกโลก

1.5 เนื้อหาของคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวเข้าลักษณะเป็น "หนังสือสัญญา" หรือมีลักษณะเป็น "สนธิสัญญา" ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมาย



- 8 -

สนธิสัญญา ลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1969 มีข้อพิจารณา ดังนี้

(1) สนธิสัญญาเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศ กรณีนี้เป็นข้อตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยกับราชอาณาจักรกัมพูชา เพื่อตกลงกันในเนื้อหาตามที่กล่าวแล้วในคำแถลงการณ์ร่วมตามความในข้อ 1 – ข้อ 6 โดยมุ่งหมายให้มีผลผูกพันต่อกัน

(2) ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร คำแถลงการณ์ร่วมได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการลงนามโดยผู้มีอำนาจทำหนังสือสัญญาของทั้งสองประเทศ ซึ่งโดยปกติแถลงการณ์ร่วมที่ไม่ประสงค์ให้มีผลทางกฎหมายไม่มีความจำเป็นต้องลงลายมือชื่อ

(3) เป็นข้อตกลงระหว่างรัฐต่างๆ ที่มุ่งให้เกิดผลทางกฎหมาย ในกรณีนี้เป็นข้อตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยกับราชอาณาจักรกัมพูชา โดยเฉพาะข้อความในข้อ 4 ที่กำหนดพันธกรณีให้ทั้งสองฝ่ายต้องจัดทำแผนการจัดการพื้นที่ร่วมกัน ตามมาตรฐานระหว่างประเทศด้านการอนุรักษ์ โดยจะนำเสนอต่อคณะกรรมการมรดกโลกในการประชุมครั้งที่ 34 ในปี ค.ศ. 2010 ที่สำคัญที่สุด คือ ข้อ 5 ซึ่งเป็นการสงวนสิทธิของทั้งสองประเทศในการกำหนดเส้นเขตแดนของคณะกรรมการร่วม อันแสดงให้เห็นเจตนาชัดเจนว่าทั้งสองฝ่ายถือว่า แถลงการณ์ร่วมมีผลทางกฎหมายอย่างแน่นอน มิเช่นนั้นคู่กรณีคงไม่ตกลงร่วมกันเป็นลายลักษณ์อักษร โดยลงนามทั้งสองฝ่าย และต่างฝ่ายต่างสงวนสิทธิ

(4) อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ แถลงการณ์ร่วมดังกล่าวมิได้กำหนดให้อยู่ภายใต้กฎหมายภายในรัฐใดรัฐหนึ่ง ดังนั้นกรณีนี้จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ

กล่าวโดยสรุปคำแถลงการณ์ร่วม ถือได้ว่าเป็น “สนธิสัญญา” ตามนัยของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1969 ซึ่งเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลบังคับแม้กับประเทศไทยที่ได้เป็นภาคีด้วย หรือเป็น “หนังสือสัญญา” ตามมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้เคยวางแนวไว้



- 9 -

1.6 ข้อพิจารณาต่อไปมีว่า “หนังสือสัญญา” ดังกล่าวเข้าลักษณะ อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 วรรคสอง หรือไม่ กล่าวคือ “... มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือ สังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณ ของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้อง พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว” เมื่อพิจารณาจากเนื้อหา ของความตกลงร่วมกันระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวง การต่างประเทศ (นายณพดล ปัทมะ) ลงนามในนามรัฐบาลไทยดังกล่าวข้างต้นนั้นพบว่า คำแถลงการณ์ความตกลงร่วม ส่งผลให้เป็นการยกเลิกข้อสงวนในการติดตามเอาปราสาท พระวิหารกลับคืนมา และมีผลเป็นการยอมรับว่าปราสาทพระวิหารเป็นของประเทศไทย กัมพูชา ด้วย การยอมรับในแผนที่กำหนดแนวเขตที่จัดทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของ กัมพูชาของประเทศไทย ดังปรากฏข้อความในคำแถลงการณ์ร่วมว่า “..เขตรอบพื้นที่ของ ปราสาทพระวิหารปรากฏตามที่ระบุไว้ ณ บริเวณ N. 1 ในแผนที่ที่แนบท้ายที่จัดทำขึ้น โดยรัฐบาลกัมพูชา แผนที่ดังกล่าวให้รวมถึงพื้นที่กันชน (buffer zone) ในด้าน ทิศตะวันออกและด้านใต้ของปราสาท ตามที่ระบุไว้ตามเครื่องหมาย N. 2 ด้วย..” ทำให้ พื้นที่กันชน (buffer zone) ทางทิศตะวันออกและทิศใต้ของตัวปราสาทเป็นอำนาจอธิปไตย ของประเทศกัมพูชาอย่างสมบูรณ์ถาวร และยังมีผลเป็นการยอมรับการแสดงสิทธิอำนาจ อธิปไตยของประเทศกัมพูชา ซึ่งอยู่นอกเหนือคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่าง ประเทศ ดังนั้นการลงนามในคำแถลงการณ์ร่วม จึงมีผลเป็นการสละสิทธิข้อสงวนการ ติดตามกลับคืนเป็นการยอมรับนับถืออธิปไตยของกัมพูชาอย่างสมบูรณ์ถาวร และยังมี ผลเป็นการยอมรับการแสดงสิทธิอำนาจอธิปไตยของประเทศกัมพูชานอกเหนือขอบเขต ปราสาทพระวิหารด้วย กรณีนี้จึงต้องถือว่า ข้อตกลงตามคำแถลงการณ์ร่วมมีผลเป็น การเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยอย่างชัดเจน เท่ากับเป็นการยกเลิกมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม พ.ศ. 2505 ด้วย การที่คณะรัฐมนตรีเห็นชอบร่างคำแถลงการณ์ ร่วมรัฐบาลไทยและกัมพูชา เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 โดยมอบหมายให้



- 10 -

นายพนดล ปัทมะ ในฐานะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนามในแถลงการณ์ร่วม ซึ่งนายพนดล ปัทมะ ในฐานะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศได้ลงนามในแถลงการณ์ร่วม เมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2551 จึงมีผลเป็นการยกเลิกข้อสงวนในการติดตามเอาปราสาทพระวิหารกลับคืนมา และมีผลเป็นการยอมรับว่าปราสาทเขาพระวิหารเป็นของประเทศกัมพูชาอย่างสมบูรณ์ นอกจากนี้การที่รัฐบาลไทยสนับสนุนให้ประเทศกัมพูชาเสนอขึ้นทะเบียนมรดกโลกเพียงประเทศเดียวอย่างที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศไปลงนามนั้น การขึ้นทะเบียนตัวเขาพระวิหารไม่ได้ขึ้นทะเบียนเฉพาะตัวปราสาท แต่จะต้องมีการประกาศเขตพื้นที่อนุรักษ์รอบตัวโบราณสถานซึ่งเป็นพื้นที่ในเขตไทย การจะอนุญาตให้ก่อสร้าง หรือห้ามก่อสร้าง หรือการควบคุมใดๆ ก็เป็นอำนาจอธิปไตยของไทย หากยินยอมให้กัมพูชาดำเนินการฝ่ายเดียวก็เท่ากับว่าไทยทำ “ความตกลง” ยอมสูญเสียอำนาจอธิปไตยเหนือแผ่นดินไทยด้วย ดังนั้นแม้ว่าข้อตกลงดังกล่าวจะใช้คำว่า “คำแถลงการณ์ร่วม” เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” ก็ตาม ก็มีสถานะเป็น “หนังสือสัญญา” ตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ทุกประการ และเห็นได้ว่า คำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบต่ออาณาเขตของไทย โดยเฉพาะข้อ 3 ที่ให้ถือว่าแผนที่ตามข้อ 1 จะใช้แทนแผนที่ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งกรณีย่อมส่งผลกระทบต่ออาณาเขตของไทย กรณีเท่ากับเป็นการยอมรับสิทธิเหนือดินแดนของฝ่ายกัมพูชาตามที่แผนที่ที่ปรากฏในข้อ 1 อันเป็นหนังสือสัญญาที่เข้าลักษณะตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

นอกจากการถือว่าคำแถลงการณ์ดังกล่าวเป็นการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตประเทศไทยแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางตามเนื้อหาของมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผล ดังต่อไปนี้

(1) เนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวมีผลกระทบต่ออาณาเขตของไทยดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น

(2) การดำเนินการดังกล่าวของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศดำเนินการโดยปราศจากความโปร่งใส ทั้งๆ ที่เป็นเรื่องผลประโยชน์โดยรวมของประเทศ แต่กลับดำเนินการในลักษณะที่ไม่เปิดเผยให้สาธารณชนได้ทราบ



- 11 -

รายละเอียดของข้อตกลง โดยเฉพาะแผนที่แนบท้าย ซึ่งเป็นสาระสำคัญของข้อตกลงดังกล่าว

(3) การดำเนินการดังกล่าวมิได้กระทำไปในลักษณะที่จักปกป้องผลประโยชน์ของประเทศ กล่าวคือ รัฐบาลมีทางเลือกหลายทางที่สามารถดำเนินการได้ในลักษณะที่เป็นการรักษาผลประโยชน์ของประเทศ เช่น การยื่นเรื่องเป็นเจ้าของมรดกร่วมกับทางฝ่ายกัมพูชา เป็นต้น

(4) โดยเหตุที่เป็นการดำเนินการอย่างเร่งรีบ ไม่โปร่งใส ไม่รักษาผลประโยชน์ประเทศประกอบกับมีข้อกล่าวหาว่าการเร่งรีบดำเนินการดังกล่าวก็เพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ระหว่างอดีตผู้นำของฝ่ายไทยกับทางฝ่ายกัมพูชา

จากเหตุผลดังกล่าวจึงก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง ซึ่งอาจนำไปสู่ความขัดแย้งระหว่างไทยกับกัมพูชา หรือระหว่างประชาชนชาวไทยกับประชาชนชาวกัมพูชา โดยเฉพาะอย่างยิ่งประชาชนที่อาศัยในบริเวณดังกล่าว ในขณะนี้ปัญหาดังกล่าวได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมไทยอย่างกว้างขวาง ดังจะเห็นได้จากการแสดงการคัดค้านการดำเนินการดังกล่าวอย่างกว้างขวาง ทั้งในหมู่ประชาชนไทยและประชาชนกัมพูชา ตลอดจนสื่อมวลชนทั้งหลายของสองประเทศ อันเป็นผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคมภายในประเทศและระหว่างประเทศอย่างกว้างขวางที่เกิดขึ้นจริงแล้ว (Actual Impact) ไม่ใช่การคาดคะเนว่าอาจจะมีผลกระทบแต่อย่างใด หากปล่อยให้สภาพการณ์ดังกล่าวนี้ดำรงอยู่โดยผู้มีอำนาจเกี่ยวข้องไม่ดำเนินการแก้ไขสถานการณ์ให้คลี่คลายในเร็ววัน ความขัดแย้งดังกล่าวอาจพัฒนาไปสู่ความรุนแรงมากขึ้นตามลำดับ จนกลายเป็นความขัดแย้งระหว่างรัฐต่อรัฐในที่สุด

กล่าวโดยสรุป ค่าแถลงการณ์ร่วม มีสถานะเป็น “สนธิสัญญา” หรือ “หนังสือสัญญา” ตามนัยของมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อันเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อสังคมอย่างกว้างขวาง ดังนั้น การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจะไปลงนามในหนังสือสัญญาดังกล่าวจึงต้องดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550



- 12 -

1.7 เมื่อคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวข้างต้นเป็น “หนังสือสัญญา” ตามนัยของมาตรา ๑๙๐ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 การไปลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศหาได้ดำเนินการให้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 การดำเนินการของกระทรวงการต่างประเทศ โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (นายณพล ปัทมะ) และมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งนำโดยนายสมคร สุนทรวาท นายกรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 จึงมีปัญหาคำแถลงการณ์ร่วมระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชา เพื่อขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลก เป็นหนังสือสัญญาที่มีผลเปลี่ยนแปลงอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐ หรือเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่อาณาเขตประเทศไทย ตามมาตรา 190 วรรคสอง และไม่ได้ดำเนินการให้ชอบด้วยกระบวนการรัฐธรรมนูญซึ่งต้องนำเสนอต่อรัฐสภา ตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กล่าวคือ มิได้ขอความเห็นชอบจากรัฐสภา คณะรัฐมนตรี มิได้ให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานี้ การลงนามในคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

จึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดว่า คำแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 หรือไม่

2. คำร้องที่สอง ประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า

เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน พ.ศ. 2551 คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบกับการดำเนินการของนายณพล ปัทมะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ และการดำเนินการของกระทรวงการต่างประเทศเกี่ยวกับข้อตกลงต่างๆ ที่จะกำหนดไว้ในเอกสาร Joint Communiqué (ซึ่งต่อไปในคำวินิจฉัยนี้จะเรียกว่า คำแถลงการณ์ร่วม) ต่อมาเมื่อวันที่ 18 มิถุนายน พ.ศ. 2551 นายณพล ปัทมะ ในฐานะตัวแทนของราชอาณาจักรไทย ได้ลงนามในเอกสารคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว โดยคณะรัฐมนตรียังมิได้ให้ข้อมูล



- 13 -

และยังมิได้จัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน รวมทั้งยังมิได้ชี้แจงและได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาเกี่ยวกับเอกสารคำแถลงการณ์ร่วม ก่อนการดำเนินการเพื่อจัดทำและลงนามในเอกสารคำแถลงการณ์ร่วม นั้น จึงเป็นการขัดกับหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และเอกสารคำแถลงการณ์ร่วม มีลักษณะเป็นหนังสือสัญญา ซึ่งคณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 เนื่องจาก

2.1 มีข้อตกลงยอมรับแผนที่จัดทำขึ้นโดยฝ่ายกัมพูชา ซึ่งเป็นแผนที่แบบเดียวกันกับแผนที่ที่ถูกทำขึ้นโดยคณะเจ้าหน้าที่ฝรั่งเศสตั้งแต่ปี ค.ศ. 1912 ตามสนธิสัญญาเกี่ยวกับเขตแดนฉบับ ค.ศ. 1904 และฉบับ ค.ศ. 1907 ที่กัมพูชาเคยใช้ประกอบการฟ้องประเทศไทยในคดีปราสาทพระวิหารเมื่อ พ.ศ. 2502 และศาลโลกมีคำพิพากษาเมื่อเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2505 ซึ่งประเทศไทยไม่เคยยอมรับเส้นเขตแดนตามแผนที่ดังกล่าว เนื่องจากมิได้กำหนดแนวเขตแดนตามแนวสันปันน้ำธรรมชาติที่ปรากฏในพื้นที่จริงอันเป็นข้อตกลงที่ต้องยึดตามสนธิสัญญาฯ ดังกล่าว และแนวเขตแดนตามแผนที่ของกัมพูชายังมีความแตกต่างจากแนวเขตแดนตามแผนที่ของประเทศไทยที่จัดทำขึ้นตามแนวเส้นสันปันน้ำธรรมชาติที่ปรากฏในพื้นที่จริงเมื่อ ค.ศ. 1932 และเป็นไปตามข้อตกลงในสนธิสัญญาฯ ดังกล่าวอย่างถูกต้อง แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกลับเห็นด้วยกับแผนที่ของฝรั่งเศสที่กัมพูชานำเสนอในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับปราสาทพระวิหารโดยไม่ดำเนินการพิสูจน์แนวสันปันน้ำธรรมชาติที่แท้จริงตามสนธิสัญญาและตามข้อโต้แย้งของไทย และยังนำหลักทฤษฎีกฎหมายที่ไม่เคยใช้ในการพิจารณาคดีระหว่างประเทศมาใช้เป็นหลักในการพิจารณาพิพากษาแทนสนธิสัญญาเกี่ยวกับเขตแดนฉบับ ค.ศ. 1904 และ ค.ศ. 1907 ข้างต้น ได้แก่ ทฤษฎีกฎหมายปิดปาก ทฤษฎีอายุความ และทฤษฎีการนิ่งถือเป็นการยอมรับ

ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีคำพิพากษาให้ไทยย้ายกำลังทหารที่ประจำอยู่ ณ ปราสาทพระวิหารออกจากบริเวณปราสาทพระวิหารเมื่อเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2505 แต่รัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยในขณะนั้นไม่เคยยอมรับคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ขณะเดียวกันยังได้แสดงออกถึงการไม่ยอม



- 14 -

รับคำพิพากษาทั้งโดยการออกประกาศของรัฐบาลและโดยการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศมีหนังสือโต้แย้ง คัดค้านและสงวนสิทธิของไทยยังศาลยุติธรรมระหว่างประเทศด้วย แต่เพื่อไม่ให้มีปัญหาเนื่องจากเห็นว่าไทยเป็นสมาชิกสหประชาชาติจึงจะยอมเคลื่อนย้ายกำลังทหารออกจากบริเวณปราสาทพระวิหาร แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ กลับมิได้กำหนดแนวบริเวณปราสาทพระวิหารไว้ในคำพิพากษา ทำให้ไม่สามารถทราบแนวเขตที่จะต้องเคลื่อนย้ายกำลังทหารออกมาได้ กระทรวงมหาดไทยจึงมีหนังสือเสนอแนวทางให้คณะรัฐมนตรีพิจารณากำหนดแนวเขตบริเวณปราสาทพระวิหาร โดยใช้ถ้อยคำว่า “ที่ประชุมได้พิจารณาแล้วเห็นว่า การที่จะกำหนดบริเวณปราสาทพระวิหารเพื่อที่กัมพูชาจักได้มีอำนาจอธิปไตยตามคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้น อาจทำได้ 2 วิธี” แต่คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม พ.ศ. 2505 โดยใช้ถ้อยคำว่า “ลงมติว่าการกำหนดเขตปราสาทพระวิหารให้ใช้วิธีที่ 2” ทั้งนี้คณะรัฐมนตรีได้ตัดคำว่า “อธิปไตยออก” แสดงให้เห็นเจตนารมณ์อันชัดแจ้งว่า คณะรัฐมนตรีไม่ต้องการให้แนวเขตบริเวณปราสาทดังกล่าวเป็นเขตแดน ดังนั้น การกำหนดแนวเขตบริเวณปราสาทพระวิหารตามข้อเสนอของกระทรวงมหาดไทยจึงเป็นเพียงเพื่อให้ทราบแนวเขตที่จะเคลื่อนย้ายกำลังทหารออกมาเท่านั้น ซึ่งก็คือบริเวณพื้นที่ N. 1 ในแผนที่ ซึ่งนายพนดลฯ อ้างว่า เป็นแผนผังทำเยกสารค่าแกลงการณร่วม มิใช่แผนที่ แต่ตามข้อความในเอกสารค่าแกลงการณร่วม กลับใช้คำว่า MAP ซึ่งแปลว่าแผนที่ และระบุไว้ว่าเป็นแผนที่ที่ฝ่ายกัมพูชาเป็นผู้จัดทำขึ้นแนบทำเยกสารค่าแกลงการณร่วมแต่ฝ่ายเดียว และในความเป็นจริง ตามแผนที่ที่ประเทศไทยยึดถือตามที่ได้แย้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และสงวนสิทธิไว้ในพื้นที่ N. 1 N. 2 (บางส่วน) และ N. 3 ในแผนที่แนบทำเยกสารค่าแกลงการณร่วม ก็ล้วนแล้วแต่อยู่ในแนวเขตของประเทศไทยตามแนวสันปันน้ำธรรมชาติจริงตามข้อตกลงในสนธิสัญญาเกี่ยวกับเขตแดนฉบับ ค.ศ. 1904 และ ค.ศ. 1907 และเป็นไปตามแนวเขตแดนในแผนที่ของไทยที่ทำขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1932 ด้วย อย่างไรก็ตาม นายพนดล ปัทมะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในฐานะตัวแทนของราชอาณาจักรไทย กลับแสดงออกทั้งในการประชุมเจรจาตกลงกับ Mr. Sok An, Deputy Prime Minister, Minister in charge of the office of the Council of Ministers ในฐานะ



- 15 -

ตัวแทนของราชอาณาจักรกัมพูชาเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนมรดกโลกปราสาทพระวิหารที่สำนักงานใหญ่องค์การ UNESCO ณ กรุงปารีส ต่อหน้า Mrs. Francoise Riviere ตำแหน่ง Assistant Director-General for Culture of UNESCO Ambassador Francesco Caruso Mr. Azedine Beschaouch Mrs. Paola Leoncini Bartoli และ Mr. Giovanni Boccardi และโดยข้อความในข้อตกลงในเอกสารคำแถลงการณ์ร่วม ว่าพื้นที่ N. 1 เป็นดินแดนของกัมพูชาแต่ผู้เดียว ซึ่งไม่เป็นความจริง

2.2 นายนพดลฯ อ้างว่า พื้นที่ N. 1 ตามแผนที่เป็นดินแดนของกัมพูชาตามคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ แต่ข้อเท็จจริงไม่เป็นดังนั้น เนื่องจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิพากษาให้ปราสาทพระวิหารอยู่ในดินแดนภายใต้อธิปไตยของประเทศกัมพูชาซึ่งมีความหมายถึง เฉพาะตัวปราสาทพระวิหารเท่านั้น ไม่รวมไปถึงดินแดนบริเวณปราสาทพระวิหาร ดังนั้นพื้นที่ N. 1 ตามที่นายนพดลฯ อ้างถึงเป็นการดำเนินการเกินกว่าคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ อีกทั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้เป็นผู้กำหนดแนวเขตดังกล่าว หากแต่คณะรัฐมนตรีของไทยเป็นผู้กำหนดเป็นแนวเขตบริเวณปราสาทพระวิหารตามข้อเสนอของกระทรวงมหาดไทย เพื่อให้หน่วยงานราชการของไทยสามารถทราบแนวเขตบริเวณที่จะปฏิบัติงานให้ถูกต้องตามคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น อีกทั้งคณะรัฐมนตรีโดยลำพังก็ไม่มีอำนาจที่จะกำหนดแนวเขตแดนระหว่างประเทศได้ด้วย ข้อกล่าวอ้างของนายนพดลฯ ในข้อนี้จึงไม่ถูกต้อง

2.3 นายนพดลฯ ได้กล่าวอ้างอีกว่ารัฐบาลไทยเมื่อ พ.ศ. 2505 ได้มีมติยกพื้นที่บริเวณพื้นที่ N. 1 ให้แก่ราชอาณาจักรกัมพูชาตามคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้ว พื้นที่ดังกล่าวจึงเป็นของราชอาณาจักรกัมพูชาแล้ว การกำหนดในเอกสารคำแถลงการณ์ร่วม และในแผนที่แนบท้ายเอกสารดังกล่าวในลักษณะว่าพื้นที่บริเวณพื้นที่ N. 1 เป็นของราชอาณาจักรกัมพูชา จึงไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย เพราะรัฐบาลไทยเมื่อ พ.ศ. 2505 ได้มีมติยกพื้นที่บริเวณพื้นที่ N. 1 ให้แก่กัมพูชาตามคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศดังกล่าวแล้วนั่นเอง ทั้งนี้ นายนพดลฯ อ้างว่าที่ตนเชื่อเช่นนั้นเพราะในหนังสือข้อเสนอของกระทรวงมหาดไทยที่เสนอต่อ



- 16 -

คณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณากำหนดแนวเขตบริเวณปราสาทพระวิหารนั้นกระทรวงมหาดไทย ระบุว่า การกำหนดแนวเขตบริเวณปราสาทพระวิหารดังกล่าวก็เพื่อให้ทราบพื้นที่ที่จะให้ แก่พหุชา มี “อำนาจอธิปไตย” เหนือพื้นที่นั้นตามคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงเท่ากับว่ารัฐบาลไทยเมื่อ พ.ศ. 2505 ได้มีมติยกพื้นที่บริเวณพื้นที่ N. 1 ให้แก่ กัมพูชาตามคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้วนั่นเอง ข้อกล่าวอ้างดังกล่าว ของนายนพดลฯ ก็ไม่ถูกต้อง เพราะรัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรีไม่มีอำนาจลงมติยกดินแดน หรือกำหนดอาณาเขตไทยให้แก่ประเทศใดได้โดยตัวเอง และคำว่า “อำนาจอธิปไตย” ก็ มิได้หมายถึงดินแดนหรือพื้นดิน แต่หมายถึงอำนาจในการปกครองดูแลพื้นที่นั้นเท่านั้น ดังเช่นที่กำหนดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับ รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ให้อยู่ในปัจจุบันในมาตรา 3 วรรคหนึ่ง ว่า

“อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็น ประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญนี้”

การที่นายนพดลฯ ยกคำว่า “อำนาจอธิปไตย” เป็นข้ออ้างว่ารัฐบาล ไทยเมื่อ พ.ศ. 2505 ได้มีมติยกพื้นที่บริเวณพื้นที่ N. 1 ให้แก่กัมพูชาตามคำพิพากษา ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้วจึงเป็นการไม่ถูกต้อง และเนื้อหาข้อตกลงในเอกสารคำ แถลงการณ์ร่วม รวมทั้งการแสดงออกของนายนพดลฯ จึงทำให้เป็นการเปลี่ยนแปลง อาณาเขตไทยหรืออาจมีผลให้ถูกยกขึ้นเป็นข้ออ้างที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอาณาเขต ไทยได้

2.4 นับแต่คณะรัฐมนตรีมีมติเกี่ยวกับการกำหนดเส้นแนวเขตบริเวณ ปราสาทพระวิหารเมื่อเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2505 ก็ไม่ปรากฏว่ามีคณะรัฐมนตรีในรัฐสภา ไตของประเทศไทยมีมติเกี่ยวกับพื้นที่ N. 1 อีกเลย การที่นายนพดลฯ อ้างว่า รัฐบาลไทย ได้ยกพื้นที่ N. 1 ให้กัมพูชาแล้วจึงไม่ถูกต้อง ประกอบกับแผนที่ที่กัมพูชาและประเทศไทย ใช้อ้างอิงมีมาตราส่วนที่แตกต่างกัน การตกลงยอมรับแผนที่ที่กัมพูชาเป็นผู้จัดทำขึ้นจึง อาจมีผลกระทบต่อแนวเขตแดนอื่นๆ ของไทยที่ต่อเนื่องกับแนวเขตแดนในพื้นที่ N. 1 ซึ่ง อาจมีผลกระทบต่ออาณาเขตไทยได้ในอนาคต



- 17 -

2.5 นายนพดลฯ อ้างอีกว่าตามแผนที่ L 7017 ที่กรมแผนที่ทหาร และหน่วยราชการไทยใช้อยู่ในปัจจุบันปรากฏเส้นเขตแดนที่แสดงพื้นที่ N. 1 อยู่นอกเขตประเทศไทย แสดงว่าพื้นที่ N. 1 มิใช่เป็นเขตแดนในอาณาเขตไทย แต่ในความเป็นจริงแผนที่ L 7017 มีข้อความระบุไว้ในตอนล่างว่า “แนวพรมแดนระหว่างประเทศในแผนที่ระวางนี้ต้องไม่ถือกำหนดเป็นทางการ” และใช้คำภาษาอังกฤษว่า “Delineation of international boundaries must not be considered authoritative” แสดงว่าเส้นเขตแดนในแผนที่ L 7017 ไม่สามารถนำมาใช้อ้างอิงแนวอาณาเขตไทยอย่างเป็นทางการได้ดังที่นายนพดลฯ กล่าวอ้าง และกรณีที่นายนพดลฯ อ้างว่าแผนที่แนบท้ายเอกสารค่าแถลงการณ์ร่วม เป็นเพียงแผนผังมิใช่แผนที่ แต่ต้นฉบับภาษาอังกฤษของเอกสารค่าแถลงการณ์ร่วม ใช้คำว่า “MAP” ซึ่งแปลว่า แผนที่ มิใช่แผนผังดังที่นายนพดลฯ กล่าวอ้าง

2.6 ข้อเท็จจริงยังปรากฏอีกว่า แม้จะไม่มีปัญหาเกี่ยวกับพื้นที่ N. 1 แต่ยังมีข้อห่วงใยและความไม่ชัดเจนว่าแนวเขตที่กำหนดพื้นที่ N. 1 ในแผนที่ที่นายนพดลฯ นำมาแสดงต่อสาธารณชนนั้นเป็นแนวเขตที่ถูกต้องตามแนวเขตเดิมที่คณะรัฐมนตรีกำหนดและได้วางแนวรั้วลวดหนามไว้เมื่อ พ.ศ. 2505 หรือไม่ และยังปรากฏข้อห่วงใยของหน่วยทหารในพื้นที่และหน่วยทหารที่ไปสำรวจแนวเขตตามแผนที่ที่นายนพดลฯ นำมาแสดงว่าอาจมีแนวเขตที่ไม่ถูกต้อง และประเทศไทยอาจเสี่ยงต่อการเสียดินแดนจากการขึ้นทะเบียนมรดกโลกปราสาทพระวิหารอีกด้วย และกรณีที่นายนพดลฯ อ้างว่าพื้นที่ N. 3 ในแผนที่เป็นพื้นที่ทับซ้อนระหว่างไทยกับกัมพูชา แต่ปรากฏว่าเมื่อกระทรวงการต่างประเทศมีหนังสือคัดค้านการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารไปยังกัมพูชาเมื่อเดือนเมษายน พ.ศ. 2551 กัมพูชาได้มีหนังสือตอบกลับมานว่า นายสมัคร สุนทรเวช นายกรัฐมนตรีของประเทศไทยได้ให้การสนับสนุนการดำเนินการดังกล่าวแล้ว และยืนยันว่าไม่มีพื้นที่ทับซ้อนกับประเทศไทยแต่อย่างใด แสดงว่า กัมพูชาไม่เคยยอมรับแนวเขตแดนใดๆ ที่ไทยอ้าง เพราะแนวเขตแดนที่ไทยใช้อ้างอิงนั้นไม่ตรงกับแผนที่ที่กัมพูชาใช้นับมาจากแนวเขตในแผนที่ที่ไทยไม่เคยยอมรับ การที่นายนพดล บัณฑิต รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ในฐานะตัวแทนของราชอาณาจักรไทย



- 18 -

ลงนามในเอกสารคำแถลงการณ์ร่วม กับตัวแทนกัมพูชาและยอมรับแผนที่ของกัมพูชา อาจเป็นเหตุที่ถูกนำมาใช้เป็นข้อต่อสู้กับประเทศไทยในอนาคต และอาจทำให้ประเทศไทยเสียดินแดนได้

2.7 ในเอกสารคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวยังมีข้อตกลงเกี่ยวกับการร่วมกันบริหารจัดการพื้นที่ N. ๓ ระหว่างไทยกับกัมพูชา หรือผู้ที่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาลของแต่ละประเทศ ซึ่งพื้นที่ดังกล่าวเป็นพื้นที่ในอาณาเขตไทย จึงเท่ากับเป็นข้อตกลงที่ให้กัมพูชามีอำนาจบริหารจัดการบนพื้นที่แผ่นดินไทย ภายใต้การขึ้นทะเบียนเป็นมรดกโลก แต่เพียงฝ่ายเดียวของกัมพูชา อันเป็นอำนาจอปครองของรัฐบาลไทยและเป็นอำนาจอธิปไตยของประเทศไทย นอกจากนี้ ไทยกับกัมพูชาได้จัดตั้งคณะกรรมการร่วมเพื่อพัฒนาพื้นที่บริเวณปราสาทพระวิหาร เมื่อ พ.ศ. 2546 ซึ่งอาจมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญอีกด้วย ที่สำคัญจะมีผลกระทบต่อสังคมของประเทศอย่างมาก ด้วยเหตุนี้ เนื้อความของเอกสารคำแถลงการณ์ร่วมฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน พ.ศ. 2551 ซึ่งลงนามโดยนายหนตล บัทมะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ในฐานะตัวแทนของราชอาณาจักรไทย กับตัวแทนของราชอาณาจักรกัมพูชา จึงเป็นพันธกรณี ข้อตกลงระหว่างตัวแทนของทั้งสองประเทศ เอกสารดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นหนังสือสัญญาตามความหมายของมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มิใช่เป็นเพียงแถลงการณ์ตามที่นายหนตลฯ กล่าวอ้างอีกเช่นกัน

2.8 เอกสารคำแถลงการณ์ร่วม หากนำไปใช้บังคับระหว่างประเทศ ย่อมสามารถถูกยกข้ออ้างตามสนธิสัญญากรุงเวียนนา เกี่ยวกับความหมายของสัญญา หรือสนธิสัญญาขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ได้ว่า เอกสารคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวมีลักษณะเป็นหนังสือสัญญาหรือสนธิสัญญาตามความหมายของสนธิสัญญากรุงเวียนนาและจะมีผลผูกพันประเทศไทยตามกฎหมายระหว่างประเทศ มิใช่เป็นเพียงแค่แถลงการณ์ตามที่นายหนตลฯ พยายามกล่าวอ้าง

จึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดว่า เอกสารคำแถลงการณ์ร่วม เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 หรือไม่ และการกระทำของคณะรัฐมนตรี และ



- 19 -

นายพนด บัทมะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศที่ได้ดำเนินการเกี่ยวกับข้อตกลงและเงื่อนไขในเอกสาร รวมทั้งการลงนามในเอกสารคำแถลงการณ์ร่วมของนายพนด บัทมะ เป็นการกระทำที่ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 190

3. ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาเบื้องต้นมีว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องทั้งสองนี้ไว้วินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 หรือไม่

รัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง บัญญัติว่า “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศ อย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว” และ วรรคหก บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีปัญหาตามวรรคสอง ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาด โดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 154 (1) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม”

มาตรา 154 บัญญัติว่า “ร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 150 หรือร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาลงมติยืนยันตามมาตรา 151 ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง

(1) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้



- 20 -

ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า”

ศาลรัฐธรรมนูญตรวจคำร้องที่หนึ่งของประธานวุฒิสภาที่มีสมาชิกวุฒิสภาร่วมกันเสนอความเห็นต่อประธานวุฒิสภา มีจำนวน 77 คน และคำร้องที่สองของประธานสภาผู้แทนราษฎรที่มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรร่วมกันเสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร มีจำนวน 151 คน แล้ว เห็นว่า จำนวนสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ร่วมกันเสนอความเห็นในแต่ละคำร้องมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา จึงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคหก ประกอบมาตรา 154 (1) จึงมีคำสั่งให้รับคำร้องทั้งสองไว้วินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 25 และข้อ 27 และเนื่องจากคำร้องทั้งสองคำร้องดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีประเด็นในการพิจารณาวินิจฉัยอย่างเดียวกัน จึงให้รวมการพิจารณาเข้าด้วยกัน

4. เพื่อประโยชน์แห่งการพิจารณา ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับคำร้องทั้งสองมาชี้แจงและให้ถ้อยคำพร้อมเอกสารประกอบ ได้แก่ นายนพดล ปัทมะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ และนายกฤต ไกรจิตติ อธิบดีกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ

4.1 นายนพดล ปัทมะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ชี้แจงและให้ถ้อยคำต่อศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นเกี่ยวกับคำแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นหนังสือที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 หรือไม่ สรุปได้ว่า เมื่อ พ.ศ. 2505 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิพากษาว่า ปราสาทพระวิหารตั้งอยู่บนดินแดนที่อยู่ภายใต้อธิปไตยของกัมพูชา ด้วยเหตุนี้ คณะรัฐมนตรีในขณะนั้นจึงมีมติปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยให้คืนปราสาทและดินแดนรอบปราสาท เมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม 2505 หลังจากนั้นในการจัดทำแผนที่ของกรมแผนที่ทหาร คือ แผนที่ L 7017 ได้ปรากฏแนว



- 21 -

เส้นเขตแดนที่ได้ตัดที่ดินกับปราสาทไปให้ประเทศกัมพูชาแล้ว และแผนที่ดังกล่าวเป็นแนวทางในการบริหารราชการแผ่นดินและหน่วยงานทุกหน่วยงานต้องปฏิบัติตาม ต่อมาในการประชุมคณะกรรมการมรดกโลกที่นิวซีแลนด์ปี พ.ศ. 2550 มีมติของคณะกรรมการมรดกโลก สรุปได้ว่า ประเทศกัมพูชาและประเทศไทยเห็นพ้องกันอย่างเต็มที่ว่าปราสาทพระวิหารอันศักดิ์สิทธิ์มีคุณค่าจะต้องได้รับการขึ้นทะเบียนเป็นมรดกโลกโดยเร็วที่สุด ดังนั้น ประเทศกัมพูชาและประเทศไทยตกลงกันว่า กัมพูชาจะเสนอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกอย่างเป็นทางการในการประชุมคณะกรรมการมรดกโลกสมัยประชุมที่ 32 ปี พ.ศ. 2551 โดยการสนับสนุนอย่างแข็งขันจากไทย จึงเห็นได้ว่าการสนับสนุนให้กัมพูชาขึ้นทะเบียนปราสาทไม่ได้เกิดขึ้นจากการกระทำของรัฐบาลชุดนี้เป็นครั้งแรก แต่เกิดขึ้นตั้งแต่รัฐบาลสมัยพลเอก สุรยุทธ์ จุลานนท์ เป็นนายกรัฐมนตรี ในการจัดทำคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 การเจรจาบรรลุผลที่เกาะกง และที่ปารีส ประเทศกัมพูชายอมจดทะเบียนมรดกโลกเฉพาะที่เป็นตัวปราสาท โดยต้องไปจัดทำแผนที่ขึ้นใหม่ตามที่แนบท้ายคำแถลงการณ์ดังกล่าว หลังจากทำแผนที่ขึ้นแล้วเจ้าหน้าที่ของไทยได้ไปตรวจสอบปรากฏว่าไม่มีส่วนหนึ่งส่วนใดล้ำเข้ามาในเขตแดนของประเทศไทย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจึงนำแถลงการณ์ร่วมและแผนที่เสนอให้สภาความมั่นคงแห่งชาติพิจารณาเห็นชอบ จึงนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาเห็นชอบในวันที่ 17 มิถุนายน 2551 และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศไปลงนามในคำแถลงการณ์ร่วมในวันที่ 18 มิถุนายน 2551 หลังจากได้รับมอบอำนาจจากคณะรัฐมนตรีแล้ว

การจัดทำคำแถลงการณ์ร่วม ไม่ได้มีเจตนาที่จะทำเป็นหนังสือสัญญาหรือนิติสัญญาใดๆ เพียงต้องการสะท้อนเจตนารมณ์ทางการเมืองที่ทั้งสองฝ่ายได้แก้ไขปัญหากับเรื่องปราสาทพระวิหารร่วมกัน และไม่ได้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงเขตแดนหรืออธิปไตยของประเทศไทย นอกจากนั้นพื้นที่ทับซ้อนก็ยังเป็นพื้นที่ทับซ้อนเหมือนเดิม ไม่ได้มีการสละให้กับประเทศกัมพูชาแต่อย่างใด

4.2 นายกฤต ไกรจิตติ อธิบดีกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย ชี้แจงและให้ถ้อยคำในประเด็นเกี่ยวกับคำแถลงการณ์ร่วมไทย - กัมพูชา ฉบับลงวันที่



- 22 -

18 มิถุนายน 2551 เป็นหนังสือที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 หรือไม่ สรุปได้ว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิพากษาว่า ปราสาทพระวิหารตั้งอยู่ในอาณาเขตภายใต้อธิปไตยของประเทศกัมพูชา คำว่า อาณาเขต นั้น หมายถึง Territory ซึ่งมีเส้นเขตแดนเป็นตัวกำหนด ส่วนคำว่า Sovereignty หมายถึง อธิปไตยเหนือดินแดนซึ่งมีเส้นเขตแดนเป็นตัวกำหนด ดังนั้น ปราสาทพระวิหาร และดินแดนที่อยู่ใต้ปราสาทเป็นของประเทศกัมพูชา ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2505 แล้ว สำหรับ คำแถลงการณ์ร่วมที่สนับสนุนการขึ้นทะเบียนมรดกโลก ไม่ถือว่าเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง แต่เป็นเพียงการแสดงเจตนารมณ์ทางการเมืองมิได้อยู่ในความหมายของตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา เพราะไม่ได้เป็นความตกลงระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลกัมพูชา หากแต่เป็นเรื่องที่ประเทศไทยแถลงว่าประเทศไทยสนับสนุนการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกตามพื้นที่ที่จำกัด เฉพาะตัวปราสาทซึ่งอยู่ในดินแดนกัมพูชาและข้อตกลงในคำแถลงการณ์ร่วมก็มีได้ เป็นการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ได้ ทั้งสิ้น

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคำร้อง เอกสารประกอบคำร้อง คำชี้แจงของบุคคล และพยานหลักฐานอื่นที่เกี่ยวข้องแล้ว เห็นว่า คดีทั้งสองคดีนี้มีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้แล้ว จึงกำหนดประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยชี้ขาด ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง คำแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา หรือ Joint Communiqué ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 หรือไม่

ประเด็นที่สอง หากคำแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา หรือ Joint Communiqué ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 แล้ว คำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 วรรคสอง ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา หรือไม่



- 23 -

คำวินิจฉัย

ประเด็นที่หนึ่ง คำแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา หรือ Joint Communiqué ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 หรือไม่

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

คำแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 ประกอบด้วยการกระทำระหว่างรัฐต่อรัฐ เป็นลายลักษณ์อักษร โดยผู้มีอำนาจทำหนังสือสัญญาของทั้งสองประเทศ ซึ่งปกติคำแถลงการณ์ร่วมที่ไม่ประสงค์จะให้มีความผูกพันนั้นไม่มีความจำเป็นต้องลงนาม แต่ในคำแถลงการณ์ร่วมนี้ฝ่ายไทยมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนาม นอกจากนี้ คำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวยังมุ่งให้เกิดผลทางกฎหมาย โดยพิจารณาจากพันธกรณีที่ทั้งสองฝ่ายจะจัดทำแผนบริหารจัดการพื้นที่ร่วมกัน คำแถลงการณ์ร่วมนี้จึงเข้าองค์ประกอบของลักษณะความตกลงระหว่างประเทศ โดยทั้งสองฝ่ายต่างสงวนสิทธิซึ่งกันและกัน เมื่อคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวมิได้กำหนดให้อยู่ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่ง จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ

เมื่อคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวเป็นหนังสือบันทึกข้อตกลงอันเป็นผลมาจากการประชุมร่วมกันระหว่างผู้ที่มีอำนาจทำความตกลงระหว่างประเทศผูกพันประเทศไทยและกัมพูชาได้ โดยได้ประชุมทำความตกลงกันในรูปแบบและลักษณะของการประชุมเพื่อทำความตกลงระหว่างประเทศ และผู้มีอำนาจทำการแทนประเทศทั้งสอง



- 24 -

ก็ทำความเข้าใจกันได้ 6 ข้อ ดังที่บันทึกไว้ในคำแถลงการณ์ร่วมนั้น ด้วยเหตุนี้ คำแถลงการณ์ร่วมนี้นี้จึงเข้าลักษณะเป็น “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 แล้ว

ประเด็นที่สอง หากคำแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา หรือ Joint Communiqué ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 แล้ว คำแถลงการณ์ร่วมนี้นี้จึงเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 วรรคสอง ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง บัญญัติว่า “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว” ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง ได้บัญญัติถึงหนังสือสัญญารวม 5 ประเภทที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ก่อนที่คณะรัฐมนตรีจะอนุมัติให้มีการลงนามในหนังสือสัญญานั้น ให้มีผลผูกพันประเทศไทย คือ

- 1) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย
- 2) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ
- 3) หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญานั้น



- 25 -

4) หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง

5) หนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ

การที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง กำหนดประเภทของหนังสือสัญญาที่คณะรัฐมนตรีจะต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภา นั้น ก็เนื่องจากหนังสือสัญญานั้นเป็นหนังสือสัญญาที่มีความสำคัญ ก่อนที่หนังสือสัญญานั้นจะมีผลผูกพันกับประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศที่เป็นคู่สัญญาสมควรได้รับการพิจารณาอย่างรอบคอบทั้งโดยคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารที่มีอำนาจหน้าที่ในการทำหนังสือสัญญาดังกล่าวและโดยรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติและเป็นผู้แทนของประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาประเภทของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสองแล้ว เห็นว่า คำว่า “หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลง...” นั้น ใช้กับหนังสือสัญญา 2 ประเภท คือหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งแม้ว่าถ้อยคำที่ใช้กับหนังสือสัญญาทั้งสองประเภทนี้ จะบัญญัติว่าหากเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอันดูเหมือนว่าจะต้องปรากฏชัดในข้อบทหนังสือสัญญาว่ามีบทเปลี่ยนแปลง อาณาเขตไทยหรือพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจ จึงต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภา แต่หากแปลความเช่นนั้น ก็จะไม่เกิดผลตามความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญที่มุ่งจะตรวจสอบควบคุมการทำหนังสือสัญญาก่อนที่ฝ่ายบริหารจะไปลงนามให้มีผลผูกพันประเทศ ซึ่งจะเกิดปัญหาตามมาภายหลังได้ จึงต้องแปลความว่าหากหนังสือสัญญาใดที่คณะรัฐมนตรีจะไปดำเนินการทำกับประเทศอื่นหรือกับองค์การระหว่างประเทศ มีลักษณะของหนังสือสัญญาที่อาจมีผลเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรืออาจมีผลเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศก็ต้องนำหนังสือสัญญานั้นขอความเห็นชอบของรัฐสภาก่อนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง และวรรคสาม



- 26 -

ส่วนหนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญานั้น มีความชัดเจนของถ้อยคำอยู่แล้ว แต่สำหรับหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง และหนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ นั้น เป็นเรื่องที่ทำหนังสือสัญญาจะต้องใคร่ครวญให้รอบคอบก่อนที่จะดำเนินการทำหนังสือสัญญาดังกล่าว โดยต้องพิจารณาว่าหากกระทำไปแล้ว จะก่อให้เกิดผลกระทบหรือมีผลผูกพันตามประเภทของหนังสือสัญญาที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสองบัญญัติไว้หรือไม่ แล้วตัดสินใจว่าจะต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่

ส่วนเรื่องอาณาเขตของประเทศนั้น ถือเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในบริเวณที่ยังมีข้อขัดแย้งกันอยู่ระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศ การดำเนินการและการพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องนี้จึงต้องกระทำอย่างรอบคอบ หากเป็นกรณีที่อาจเกิดการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของประเทศแล้ว ย่อมจะต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง ด้วย

สำหรับคำแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 นั้น แม้จะไม่ได้ปรากฏสาระสำคัญอย่างชัดเจนว่าเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่อันเป็นอาณาเขตของประเทศไทยก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาข้อบททั้งหมดในคำแถลงการณ์ร่วมประกอบกับแผนที่หรือแผนผังแนบท้ายซึ่งจัดทำขึ้นโดยประเทศกัมพูชาแต่เพียงฝ่ายเดียว อันประกอบเป็นส่วนหนึ่งของ คำแถลงการณ์ร่วมแล้ว จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าแผนที่ดังกล่าวได้กล่าวอ้างถึงพื้นที่ N.1 N.2 และ N.3 โดยที่ไม่ได้มีการกำหนดเขตของพื้นที่ N.1 N.2 และ N.3 ให้ชัดเจนว่ามีบริเวณครอบคลุมส่วนใดของประเทศใดเป็นจำนวนเท่าใด ซึ่งเป็นการสุมเสี่ยงต่อผลกระทบในเรื่องอาณาเขตของประเทศไทยอันเป็นปัญหาที่ละเอียดอ่อนและอาจก่อให้เกิดข้อพิพาทระหว่างประเทศต่อไปภายหน้าได้ ประกอบกับการที่ประเทศกัมพูชาขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกนั้น มีความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่เป็นประเด็นโต้เถียงกันในเรื่องของเส้นเขตแดนและขอบเขตที่ปราสาทตั้งอยู่ ทั้งเป็นประเด็นที่มีความเห็นแตกต่างกันทั้ง



- 27 -

ทางด้านสังคมและการเมืองมาโดยตลอด การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศได้ดำเนินการเจรจากับประเทศกัมพูชาก่อนที่จะได้มีการลงนามคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว ยิ่งเห็นได้ว่า หากลงนามคำแถลงการณ์ร่วมไป ก็อาจก่อให้เกิดการแตกแยกกันทางด้านความคิดเห็นของคนในสังคมทั้งสองประเทศ อีกทั้งอาจก่อให้เกิดวิกฤติแก่ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชา อันมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคมอย่างกว้างขวาง คำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวจึงเป็นหนังสือสัญญาที่อาจมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตประเทศไทย จึงเป็นหนังสือสัญญาที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง กำหนดให้ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยชี้ขาดว่า คำแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา หรือ Joint Communiqué ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นหนังสือสัญญาที่อาจมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของประเทศ ทั้งยังมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางอีกด้วย ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง

นายชัช ชลวร	ประธานศาลรัฐธรรมนูญ
นายเจริญ ภัคดีธนากุล	ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
นายจตุร อินทจาร	ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
นายเฉลิมพล เอกอุรุ	ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
นายสุวัชร มาประณีต	ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
นายบุญส่ง กุลบุปผา	ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
นายวสันต์ สร้อยพิสุทธิ์	ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
นายสุพจน์ ไข่มุกด์	ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
นายอุดมศักดิ์ นิติมนตรี	ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

บรรณานุกรม

หนังสือภาษาไทย

จตุรนต์ ธีระวัฒน์. **กฎหมายระหว่างประเทศ**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

จุมพต สายสุนทร. **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1**. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

_____. **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

นพนินิ สุริยะ. **Lecture Note 1 กฎหมายระหว่างประเทศ**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2549.

บรรเจิด สิงคะเนติ. **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544.

ประสิทธิ์ เอกบุตร. **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544.

ปรีดี เกษมทรัพย์. **นิติปรัชญา**. พิมพ์ครั้งที่ 7. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

บทความ

จตุรนต์ ธีระวัฒน์. “กระบวนการทำสนธิสัญญาและการปรับใช้สนธิสัญญาในทางปฏิบัติของประเทศไทย.” **วารสารนิติศาสตร์** 26, 3 (กันยายน 2539) 608-630.

นิพนธ์ จิตะสมบัติ. “หนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา (ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปีพุทธศักราช 2540 มาตรา 224 วรรคสอง)” **ดุลพาน** 54, 2 (พฤษภาคม- สิงหาคม 2550) 102-129.

_____. “หนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา: ศึกษาเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ.” **ดุลพาน** 54, 2 (พฤษภาคม- สิงหาคม 2550) 83-101.

พนธิ สุริยะ. “สนธิสัญญาในรัฐธรรมนูญ.” **วารสารนิติศาสตร์** 22, 2 (มิถุนายน 2535) 173-192.

_____. “หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ ความหมายและทางปฏิบัติของ ประเทศไทย.” **วารสารนิติศาสตร์** 28, 2 (มิถุนายน 2541) 343-365.

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. “ปัญหาสถานะทางกฎหมายของหนังสือแจ้งความจำนงค์ขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาลมีไปถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศ ตามมาตรา 224 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540.” **วารสารนิติศาสตร์** 32, 4 (ธันวาคม 2545) 901-912.

_____. “สนธิสัญญาทวิภาคีก่อตั้งเขตการค้าเสรีไทยออสเตรเลียกับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ.” **จลนิต** 1, 4 (กันยายน-ตุลาคม 2547) 27-31.

_____. “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับคดีปราสาทพระวิหาร.” **จลนิต** 5, 5 (กันยายน-ตุลาคม 2551) 32-54.

_____. “ข้อสังเกตต่อคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีสถานะทางกฎหมายของคำแถลงการณ์ร่วมระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชา” **วารสารนิติศาสตร์** 37, 3 (กันยายน 2551) 592 – 604.

สมบุญ เสี่ยมบุตร. “กฎหมายสนธิสัญญาไทย”. **สราญรมย์** 31, 10 (กุมภาพันธ์ 2524), 149 – 157.

งานวิจัย

บุญศรี วงศ์ไพบ. **ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ**. รายงานการวิจัย เสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา , 2547 .

วิชณุ เครืองาม. **รายงานวิจัยเรื่อง การใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของไทย**, ทนวิจารย์ราชดาภิเชกสมโภช สาขาสังคมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2520.

วิทยานิพนธ์

ดวงเด่น นาคสีหราช. “อาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์กับการเข้าภาคยานุวัติของประเทศไทยตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

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

เอกสารอื่นๆ

คณะทำงานวิชาการสภาพที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ. **ประเทศไทยกับยุทธศาสตร์เขตการค้าเสรี**. โรงพิมพ์สกสค.: กรุงเทพมหานคร, มปป.

จุมพต สายสุนทร. “การทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550,” **รวมบทความงานวิชาการประจำปีครั้งที่ 3 พ.ศ.2550,2550**.

_____. “การตีความกฎหมายระหว่างประเทศ: สนธิสัญญา,” **การใช้การตีความกฎหมาย: 100 ปี ชาตกาลศาสตราจารย์จิตติ ตั้งศุภิทธิ**. กรุงเทพฯ : กองทุนศาสตราจารย์จิตติตั้งศุภิทธิ คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. **สนธิสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย**. เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการประจำปี ครั้งที่ 1 คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

Books

Akehurst, Michael Barton. **A Modern Introduction to International Law**. 5th Edition. London and Boston: Allen and Unwin, 1984.

Aust, Anthony. **Modern Treaty Law and Practice**. 2nd Edition. USA: Cambridge University Press, 2007.

Boyle, Alan and Chinkin, Christine. **The Making of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Brownlie, Ian. **Principle of Public International Law**. 3rd Edition. U.S.A.: Oxford University Press, 1979.

Cassese, Antonio. **International Law**. Great Britain: Oxford University Press, 2005.

Dixon, Martin. **Textbook on International Law**. 6th Edition. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Evans, Malcolm D. **International Law**. 2nd Edition. Oxford: Oxford University Press, 2006.

Finer et al. **Comparing Constitutions**. Oxford: Clarendon Press, 1995.

Guggenheim. **Traité de Droit International Public**, vol. I, 1953.

Hackworth. **Digest of International law**.

Haris, D.J. **Cases and Materials on International Law**. 4th Edition. London: Sweet & Maxwell, 1991.

Henkin et al. **International Law: Cases and Materials**. U.S.A.: West Publishing Company, 1980.

Hollis, Duncan B., Blakeslee, Merritt R., and Ederington, L. Benjamin. **National Treaty Law and Practice**. The Netherlands : Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

Holloway, Kaye. **Modern Trends in Treaty Law, Constitutional Law, Reservations and The Three Modes of Legislation**. London: Stevens, 1967.

Jellinek. **Die rechtliche Natur der Staatenverträge**. 1880.

Kelsen, H. **Principles of International Law**. 2nd Edition, 1966 Revised and Edited by Trucker, R.W.

Kline, Genocide Convention (Advisory Opinion) in **Encyclopedia of Public International Law 2: Decisions of International Courts and Tribunals and International Arbitrations**, The Netherlands: North-Holland Publishing Company, 1981: pp. 107-109.

Kunz. **Translations of the Grotius Society**. vol. 10, 1924.

McNair, Arnold D. **Law of Treaties**. Oxford: Oxford University Press, 1961.

O' Connell, D.P. **International Law**, vol. 1. 2nd Edition. London: Sweet & Maxwell, 1970.

Oda, Hiroshi. **Japanese Law**. Great Britain: Butterworths & Co. (Publishers), 1993.

R.N. Corley, P.G. Shedd and Holmes, E.M. **Principle of Business Law**. 3rd Edition, 1986.

Rosenne, Shabtai. **The Law of Treaties; A Guide to the Legislative History of the Vienna Convention**. Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 1970.

Rousseau. *Principes Généraux de Droit International Public*, vol. I.

Schwarzenberger. *International Law and Order*, 1971.

Shaw, Malcolm N. *International Law*. 6th Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

Sinclair, I.M. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, Eng and Dobbs Ferry, N.Y: Manchester University Press , 1973.

Starke, Joseph Gabriel. *Introduction to International Law*. 8th Edition. London ; Woburn, Mass. : Butterworths, 1977.

Suy and Schwarzenberger. *The Concept of *Jus Cogens* in International Law*. 1967.

Triska & Slusser. *The Theory, Law and Policy of Soviet Treaties*. 1962.

Triggs, Gillian D. *International Law: Contemporary Principles and Practices*. Australia: Lexis Nexis. 2006.

Tunkin. *Das Volkerrecht der Gegenwart*. 1963.

Virally. The Sources of International Law in Sorensen (ed.) in *Manual of Public International Law*. 1986.

Whiteman. *Digest of International Law*.

Articles

Agó. "Positive Law and International Law." 51 *American Journal of International Law* 691 (1957).

Aufricht. "Principle of Recognition by International Organizations." 43 *American Journal of International Law* 695 (1949).

Bishop. "Reservations to Treaties." *Red Cross* 146 (1975).

Bowett, D.W. "Reservations to Non- Restricted Multilateral Treaties." 67 **British Year Book of International Law** (1976-1977).

Brown. "Juridical Implications of the Anglo-Iranian Oil Company Case." **Washington University Law Quarterly** 384 (1952).

Charnovitz, Steve. "Editorial Comment: Using Framework Statutes to Facilitate U.S. Treaty Making." 98 **American Journal of International Law** 696 (October, 2004).

Chaumont. 129 **Rcueil des Cours de l' Académie de Droit International** 434 (1970).

Cheng. "The Anglo-Iranian Dispute." 5 **Yearbook of World Affairs** 387 (1951).

Cleveland, Sarah H. "Our International Constitution." 31 **Yale Journal of International Law** (Winter, 2006).

D' Amato. "Manifest Intent and the Generation by Treaty of Customary Rules of International Law." 64 **American Journal of International Law** 892 (1970).

Dolan. "The Member-Republics of the U.S.S.R. as subjects of the Law of Nations." 4 **International and Comparative Law Quarterly** 629 (1955).

Fenwick. "The Order of the International court of Justice in the Anglo-Iranian Oil Company Case." 45 **American Journal of International Law** 723 (1951).

Fitzmorice. 92 **Recueil des Cours de l' Académie de Droit International** 68 (1957).

_____. "Reservations to Multilateral Conventions." 2 **International & Comparative Law Quarterly** 1(1953).

- Frangkel. "The Anglo-Iranian Dispute, in International Judicial Process." 41 **Georgetown Law Journal** 459, (1953).
- Ginsburg, Tom, Chernykh, Svitlana, and Elkins, Zachary. "Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law." 1 **University of Illinois Law Review** 201 (2008).
- Guggenheim. "Note on "Verträge" In Strupp and Schlochauer." **Wörterbuch des Völkerrechts**. 531 (1962).
- Guzman, Andrew T. "The Design of International Agreements." 16 **European Journal of International Law** 579 (2005).
- Hathaway, Oona A. "Treaties' End: The Past, Present, and Future of International Lawmaking in the United States." 117 **Yale Law Journal** 1236 (May, 2008).
- Jacobs, Francis G. "Innovation and Continuity in the Law of Treaties." 33 **Modern Law Review** 53 (1970).
- Jiménez de Aréchaga. "International Law in the Past Third of a Century." 159 **Recueil des Cours l' Académie de Droit International, de la Haye** 35 (1978).
- Kaufmann. "Traité international et loi interne." **Der Staat in der Rechtsgemeinschaft der Völker**, vol. II, 1960.
- Kearny, Richard D. and Dalton, Robert E. "The Treaty on Treaties." 64 **American Journal of International Law** 495 (1970).
- Li, Jerry Z. "The Legal Status of Three Sino—US Joint Communiqués." 5 **Chinese Journal of International Law** 617 (November 2006)
- Mann. "Reflections on Commercial Law of Nations." **British Year Book of International Law** 20 (1957).

- Marek. "Contribution à l'étude du jus cogens en droit international" in **Hummage Paul Guggenheim** (1968).
- Munger, Frank. "Constitutional Reform, Legal Consciousness, and Citizen Participation in Thailand." 40 **Cornell International Law Journal** 455 (2007).
- Nahlik, S.E. The Grounds of Invalidity and Termination of Treaties, 65 **American Journal of International Law** 736, (1971).
- Nash, M. "International Law Acts not Constituting Agreement" , 88 **American Journal of International Law** 515 (1994).
- Nisot. "Le Concept le jus cogens par rapport au droit international." **Revue Belge de Droit International** 1(1968).
- O'Connell, D.P. "A Critique of the Iranian Oil Litigation." 4 **International & Comparative Law Quarterly** 207 (1955).
- Peters, Anne. "Pre-commitment Theory Applied to International Law: between Sovereignty and Triviality." 1 **University of Illinois Law Review** 239 (2008).
- Raustiala, Kal. "Form and Substance in International Agreements." 99 **American Journal of International Law** 81 (2005).
- Reiff, Henry. "The Enforcement of Multipartite Administrative Treaties in the United States," 34 **American Journal of International Law** 661 (1940).
- Rosenkranz. Nicholas Quinn, "Executing the Treaty Power." 118 **Harvard Law Review** 1867 (April, 2005).
- Rosenne, Shabtai. "Case Analysis: The Qatar/Bahrain Case: What is a Treaty? A Framework Agreement and the Seising of the Court." 8 **Leiden Journal of International Law** 161, (1995).

Scheuner. "Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of General International Law and Its Consequences." *Zeitschrift für ausländisches Recht und Völkerrecht* (1967).

Sinclair, I.M. "The Principles of Treaty Interpretation." 12 *International Comparative Law Quarterly* 508 (1963).

Verdross. "*Jus Dispositivum* and the *Jus Cogens* in International Law." 60 *American Journal of International Law* 55 (1966).

Virally. "Réflexions sur le *Jus Cogens*." *Annuaire Français de Droit International* (1966).

Visscher. "Positivism et Jus Cogens." 75 *Revue Général de Droit International Public* 5 (1971).

Waldock. "First Report on the Law of Treaties, Article 3 (3)." 2 *Yearbook of International Law Commission* 27(1962).

Waldock. "General Course on Public International Law." 2 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 1(1962).

Widdows, K. "What is an Agreement in International Law." *British Yearbook of International Law* (1997).

Yoo, John C. "Globalism and the Constitution: Treaties, Non-Self-Execution, and the Original Understanding." 99 *Columbia Law Review* 1955 (December 1999).

Other Materials

CONSOLIDATED VERSION OF THE TREATY ON EUROPEAN UNION, Retrieved August, 2009, from http://eurlex.europa.eu/en/treaties/dat/12002M/pdf/12002M_EN.pdf.

Members of European Union, Retrieved August , 2009, from http://europa.eu/abc/european_countries/index_en.htm.

<http://www.concourt.or.th/>

<http://www.australianpolitics.com/constitution/text/51.shtml>

[http://en.wikipedia.org/wiki/Section_51\(xxix\)_of_the_Australian_Constitution](http://en.wikipedia.org/wiki/Section_51(xxix)_of_the_Australian_Constitution)

<http://www.dfat.gov.au/treaties/making/making2.html>

http://www.servat.unibe.ch/icl/au00000_.html

http://www.servat.unibe.ch/icl/br00000_.html

<http://www.online.bg/law/const/const1.htm>

http://www.servat.unibe.ch/law/icl/ca00000_.html

http://www.servat.unibe.ch/law/icl/ch00000_.html

<http://www.president.ee/en/estonia/constitution.php?gid=81914>

http://www.servat.unibe.ch/icl/fi00000_.html

<http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp#WARNING>

<http://www.constitution.org/cons/germany.txt>

<http://www.hri.org/docs/syntagma/artcl50.html#S31>

<http://www.mkab.hu/en/enpage5.htm>

<http://www.government.is/constitution/>

<http://www.us-asean.org/Indonesia/constitution.htm>

www.iranonline.com/iran/iran-info/Government/constitution-1.html

<http://www.constitution.ie/reports/ConstitutionofIreland.pdf>

http://www.servat.unibe.ch/icl/it00000_.html

<http://www.constitution.org/cons/japan.txt>

http://www.servat.unibe.ch/icl/ku00000_.html

http://www.servat.unibe.ch/icl/lg00000_.html

<http://www.laoembassy.com/news/constitution/body.htm>

http://www.servat.unibe.ch/icl/le00000_.html

http://www.servat.unibe.ch/icl/lu00000_.html

http://www.servat.unibe.ch/icl/ez00000_.html

<http://confinder.richmond.edu/admin/docs/malaysia.pdf>

http://www.oas.org/juridico/Mla/en/mex/en_mex-int-text-const.pdf

http://www.servat.unibe.ch/icl/nl00000_.html

http://www.servat.unibe.ch/icl/pl00000_.html

<http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Chile.pdf>

http://confinder.richmond.edu/admin/docs/colombia_const2.pdf

http://www.servat.unibe.ch/icl/ro00000_.html

<http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>

http://www.servat.unibe.ch/icl/sn00000_.html

http://www.servat.unibe.ch/icl/lo00000_.html

http://www.servat.unibe.ch/icl/si00000_.html

<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/index.htm>

http://www.servat.unibe.ch/icl/sp00000_.html

http://www.servat.unibe.ch/icl/sw00000_.html

http://www.servat.unibe.ch/icl/sz00000_.html

http://www.servat.unibe.ch/icl/tu00000_.html

<http://www.usconstitution.net/const.html#Am20>

[http://www.vietnamlaws.com/freelaws/Constitution92\(aa01\).pdf/](http://www.vietnamlaws.com/freelaws/Constitution92(aa01).pdf/)

