

## ความเห็นในการวินิจฉัยคดีส่วนตน

ของ นายเจริญ ภัคดีธนากุล ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๓/๒๕๖๐

เรื่องพิจารณาที่ ๗/๒๕๖๐

วันที่ ๒๐ ธันวาคม พุทธศักราช ๒๕๖๐

## ประเด็นวินิจฉัย

ประเด็นที่หนึ่ง ร่างบันทึกความเข้าใจว่าด้วยการผ่านแดนสินค้าระหว่างกรมศุลกากรแห่งราชอาณาจักรไทย และกรมศุลกากรและสรรพสามิตแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๗๘ หรือไม่

ประเด็นที่สอง ร่างบันทึกความเข้าใจฯ ดังกล่าว เป็นหนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๗๘ วรรคสาม หรือไม่

ประเด็นที่สาม ร่างบันทึกความเข้าใจฯ ดังกล่าว เป็นหนังสือสัญญาที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวางตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๗๘ วรรคสอง หรือไม่

## ความเห็น

ประเด็นที่หนึ่ง ร่างบันทึกความเข้าใจว่าด้วยการผ่านแดนสินค้าระหว่างกรมศุลกากรแห่งราชอาณาจักรไทย และกรมศุลกากรและสรรพสามิตแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๗๘ หรือไม่

คำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๗๘ หมายถึง ความตกลงที่มีผลผูกพันกันระหว่างราชอาณาจักรไทยกับนานาประเทศ หรือกับองค์การระหว่างประเทศที่พระมหากษัตริย์ทรงไว้ ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญานั้นตามความในมาตรา ๑๗๘ วรรคหนึ่ง\* โดยทั่วไปมุ่งหมายถึง

\* มาตรา ๑๗๘ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

“สนธิสัญญา” ตามความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศตามที่ปรากฏในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. ๑๙๖๙ แต่ก็มีได้จำกัดเด็ดขาดว่าหมายถึง “สนธิสัญญา” ตามความหมายดังกล่าวเท่านั้น

โดยที่ร่างบันทึกความเข้าใจว่าด้วยการผ่านแดนสินค้าระหว่างกรมศุลกากรแห่งราชอาณาจักรไทยและกรมศุลกากรและสรรพสามิตแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา แม้จะระบุชื่อว่าเป็นการจัดทำขึ้นระหว่างหน่วยงานระดับกรมของทั้งสองประเทศ แต่เมื่อพิจารณาจากผู้มีอำนาจลงนามในร่างบันทึกความเข้าใจที่เป็นการลงนามในฐานะผู้แทนของรัฐบาล และกระทรวงการคลังได้ขอให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติให้อธิบดีกรมศุลกากรเป็นผู้ลงนามในร่างบันทึกความเข้าใจ โดยขอให้กระทรวงการต่างประเทศจัดทำหนังสือมอบอำนาจเต็ม (Full Powers) แสดงให้เห็นว่ามีความประสงค์จัดทำร่างบันทึกความเข้าใจ ในระดับรัฐบาล ดังนั้นร่างบันทึกความเข้าใจ ดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งจัดทำขึ้นระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชา โดยร่างบันทึกความเข้าใจ ดังกล่าวมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดให้ภาคีแต่ละฝ่ายจะต้องอำนวยความสะดวกในการขนส่งสินค้าผ่านแดนอันเป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ให้ภาคีแต่ละฝ่ายต้องปฏิบัติ แสดงถึงเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างกันภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ จึงเข้าลักษณะเป็น “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๗๘

ประเด็นที่สอง ร่างบันทึกความเข้าใจ ดังกล่าว เป็นหนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๗๘ วรรคสาม หรือไม่

คำว่า “หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๗๘ วรรคสาม มีความหมายกว้างกว่าหนังสือสัญญาก่อตั้ง “เขตการค้าเสรี” เพราะการค้าเสรีมิได้มีความหมายจำกัดอยู่ที่การเปิดตลาดการค้าเสรีให้แก่กันและกัน โดยยกเว้นหรือลดหย่อนภาษีอากร รวมทั้งการจัดอุปสรรคอื่น ๆ ให้แก่การนำเข้าหรือส่งออกสินค้าหรือบริการไปสู่ตลาดในประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกของเขตการค้าเสรีเท่านั้น หากแต่ยังมีความหมายรวมถึงการดำเนินการในด้านต่าง ๆ ทั้งที่เกี่ยวกับภาษีอากรและไม่เกี่ยวกับภาษีอากร เพื่อให้เกิดความสะดวก และประสิทธิภาพแก่การประกอบธุรกิจการค้าพาณิชย์และการลงทุนระหว่างประเทศในภาพรวมให้เป็นไปได้อย่างเสรีและเป็นธรรมมากที่สุด ประกอบกับร่างบันทึกความเข้าใจว่าด้วยการผ่านแดนสินค้าในคดีนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะสร้างเสริมและขยายความร่วมมือในทางเศรษฐกิจและการค้าระหว่างสองประเทศบนหลักการของความเท่าเทียมและผลประโยชน์ร่วมกัน เพื่อพัฒนาเศรษฐกิจของแต่ละประเทศ

โดยกำหนดให้ภาคีแต่ละฝ่ายจะต้องอำนวยความสะดวกในการขนส่งสินค้าผ่านแดน โดยไม่ทำให้เกิดความล่าช้า ในขั้นตอนการผ่านแดน ซึ่งการผ่านแดนสินค้าเป็นปัจจัยหนึ่งในการอำนวยความสะดวกด้านการขนส่งสินค้า ระหว่างประเทศตามข้อ ๕ ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT) และข้อ ๑๑ ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการอำนวยความสะดวกทางการค้า (TFA) ที่กำหนดให้ประเทศภาคีต้องให้อิสระ ในการผ่านแดนสินค้ากับประเทศอื่น ๆ อย่างเท่าเทียม รวบรวมที่ความเข้าใจฯ ดังกล่าวจึงเป็นหนังสือสัญญา ที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศที่ให้ความสะดวกด้านการขนส่งสินค้าระหว่างประเทศ และลดการกีดกันทางการค้ารูปแบบหนึ่ง

ถึงแม้ร่างบันทึกความเข้าใจว่าด้วยการผ่านแดนสินค้าในคดีนี้จะมีได้ก่อให้เกิดพันธกรณีในการยกเว้น หรือลดหย่อนภาษีอากรให้แก่กัน และมีได้เกี่ยวกับการนำเข้าหรือส่งออกสินค้าไปสู่ตลาดของกันและกัน คงมีสาระสำคัญเพียงการกำหนดพิธีการศุลกากรสำหรับการขนส่งสินค้าผ่านดินแดนของประเทศหนึ่งไปสู่ อีกประเทศหนึ่ง เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่กันและกันเท่านั้น แต่วัตถุประสงค์และสาระสำคัญของร่างบันทึก ความเข้าใจฯ ดังกล่าวก็เป็นไปเพื่อให้เกิดความสะดวก และประสิทธิภาพแก่การประกอบธุรกิจการค้าพาณิชย์ และการลงทุนในภาพรวมให้เป็นไปได้อย่างเสรีและเป็นธรรมมากขึ้น ดังนั้น จึงเข้าลักษณะเป็นหนังสือสัญญา เกี่ยวกับการค้าเสรีตามความในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๗๘ วรรคสาม แต่จะเป็นหนังสือสัญญาที่อาจมี ผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวางหรือไม่ ต้องพิจารณาสาระสำคัญและผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากหนังสือสัญญานี้ด้วย

ประเด็นที่สาม ร่างบันทึกความเข้าใจฯ ดังกล่าว เป็นหนังสือสัญญาที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคง ทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวางตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๗๘ วรรคสอง หรือไม่

ถึงแม้ถ้อยคำที่ใช้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๗๘ วรรคสาม จะระบุว่า “หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมี ผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้า หรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง ตามวรรคสอง ได้แก่ หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วม หรือการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือหนังสือสัญญาอื่น ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่งความหมายตามลายลักษณ์อักษรดังกล่าวอาจทำให้เข้าใจได้ว่าถ้าเป็นหนังสือสัญญา เกี่ยวกับการค้าเสรีตามวรรคสามแล้ว ย่อมต้องถือว่าเป็นหนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคง

ทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวางตามความในวรรคสองทันที โดยไม่ต้องคำนึงถึงข้อพิจารณาอื่นใดอีกเลย และถึงแม้คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญจะให้ความเห็นไปในแนวทางเดียวกันนี้ เพื่อแก้ไขปัญหาค่าเสียหายในการตีความคำว่า “หนังสือสัญญาอื่น” ก็ตาม แต่หลักการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญนั้น หากถือตามลายลักษณ์อักษรหรือถ้อยคำของบทบัญญัติแห่งกฎหมายสถานเดียวได้ไม่ จำเป็นจะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย และประโยชน์ส่วนรวมที่จะพึงบังเกิดแก่ประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวมด้วย ทั้งต้องไม่ยึดติดอยู่กับความคิดหรือความประสงค์ของผู้ร่างกฎหมายจนมองข้ามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่แยกได้ต่างหากจากความประสงค์ของผู้ร่างกฎหมายไปเสียทั้งหมด

การปรับปรุงมาตรา ๑๗๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มีที่มาจากปัญหาสำคัญที่เคยเกิดแก่ผู้เจรจาและจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างราชอาณาจักรไทยกับนานาประเทศ หรือกับองค์การระหว่างประเทศที่เคยประสบอยู่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ที่จะต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาและให้ประชาชนเข้ามีส่วนร่วมแสดงความคิดเห็นไปเกือบทุกกรณี เป็นอุปสรรคสำคัญในการดำเนินการด้านนี้แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย การใช้และการตีความมาตรา ๑๗๘ ปัจจุบันจึงจำเป็นต้องเป็นไปในทิศทางที่จะช่วยแก้ปัญหาที่เป็นมาในอดีตให้ได้มากที่สุด จึงจะบรรลุผลตามเจตนารมณ์ของมาตรา ๑๗๘ นี้ตามหลัก the Mischief Rule กล่าวคือ หากถือว่า หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรีที่มีความหมายกว้างมาก ๆ ตามมาตรา ๑๗๘ วรรคสาม เป็นหนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวางตามความในมาตรา ๑๗๘ วรรคสองไปเสียทุกกรณี โดยไม่ต้องพิจารณาถึงระดับความรุนแรงและกว้างขวางของผลกระทบแต่อย่างใดแล้ว หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรีทุกรูปแบบและทุกระดับก็ต้องนำเข้าขอรับความเห็นชอบของรัฐสภาไปทุกกรณี ซึ่งจะกลับเป็นภาระและอุปสรรคแก่การทำข้อตกลงระหว่างประเทศในเรื่องที่เกี่ยวกับการค้าเสรีมากเสียยิ่งกว่าที่เคยเป็นปัญหามาในอดีตเสียอีก ซึ่งหาใช่เจตนารมณ์ที่แท้จริงของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๗๘ นี้ไม่ ดังนั้น ถึงแม้ว่าร่างบันทึกความเข้าใจ ที่เป็นประเด็นให้ต้องวินิจฉัยในคดีนี้จะเป็นหนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๗๘ วรรคสาม ก็ตาม

แต่ก็ต้องพิจารณาอีกด้วยว่าเนื้อหาสาระของร่างบันทึกความเข้าใจฯ ดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวางหรือไม่ด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณา ร่างบันทึกความเข้าใจฯ นี้แล้ว ไม่ปรากฏว่ามีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับการกำหนดพิกัดอัตราภาษีศุลกากร ที่มีผลต่อราคาสินค้า หรือการจำกัดปริมาณการนำเข้าสินค้าที่จะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้า หรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวางอย่างไร ทั้งไม่ได้มีหลักเกณฑ์ในการผ่านแดนของสินค้าที่นอกเหนือเกินไปจากพันธกรณีที่ประเทศไทยและประเทศกัมพูชาเคยมีอยู่แล้วตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT) ข้อ ๕ แต่ประการใด ประกอบกับประเทศไทยก็มีพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๑๐๒ อนุวัติการพันธกรณีดังกล่าวไว้เรียบร้อยแล้ว ซึ่งหากภายหลังการลงนามในร่างบันทึกความเข้าใจฯ แล้ว กรมศุลกากรจะมีอำนาจในการออกระเบียบหรืออนุบัญญัติใด ๆ เพื่อกำหนดพิธีการศุลกากรให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งการกำหนดให้การผ่านแดนทางบก ซึ่งกระทำได้ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศตามกฎหมายศุลกากรดังกล่าว เมื่อประเทศไทยเป็นภาคีของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. ๑๙๙๔ อยู่แล้ว ร่างบันทึกความเข้าใจฯ ว่าด้วยการผ่านแดนสินค้า ในคดีนี้จึงไม่ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างใหญ่ทางสังคมหรือทางเศรษฐกิจ หรือส่งต่อการค้าการลงทุนในระดับชาติแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาสาระสำคัญและผลกระทบที่จะเกิดจากร่างบันทึกความเข้าใจฯ ว่าด้วยการผ่านแดนสินค้า เฉพาะรายที่เป็นประเด็นต้องวินิจฉัยในคดีนี้แล้ว ปรากฏว่าไม่ได้สร้างพันธกรณีให้ประเทศคู่ภาคีจะต้อง ยกเว้นหรือลดหย่อนภาษีอากรให้แก่กันและกันเลย ทั้งไม่ได้เพิ่มภาระหน้าที่ให้แก่ประเทศคู่ภาคีจะต้องแบกรับมากขึ้นเกินไปกว่าพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยมีอยู่ตามหลักเสรีภาพในการผ่านแดนสินค้าตามข้อ ๕ ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT) หรืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมายภายในของประเทศแต่ประการใด คงเพียงแต่ให้ความสะดวกแก่กันและกันในการขนส่งสินค้าผ่านดินแดนของกันได้สะดวกและเป็นระเบียบแบบแผนดีขึ้นเท่านั้น ผลกระทบในด้านลบ จึงแทบจะไม่มีเลย

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงเห็นว่า ร่างบันทึกความเข้าใจว่าด้วยการผ่านแดนสินค้าดังกล่าว ยังไม่เข้าลักษณะเป็นหนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้า หรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวางตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๗๘ วรรคสอง และไม่จำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

นายจรัญ ภัคดีธนากุล

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ