

วารสารกฤตยูกา

OCS e-JOURNAL

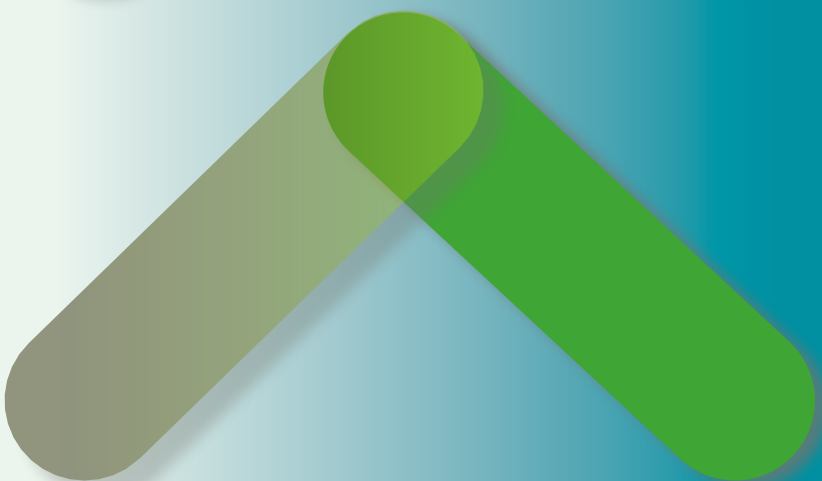
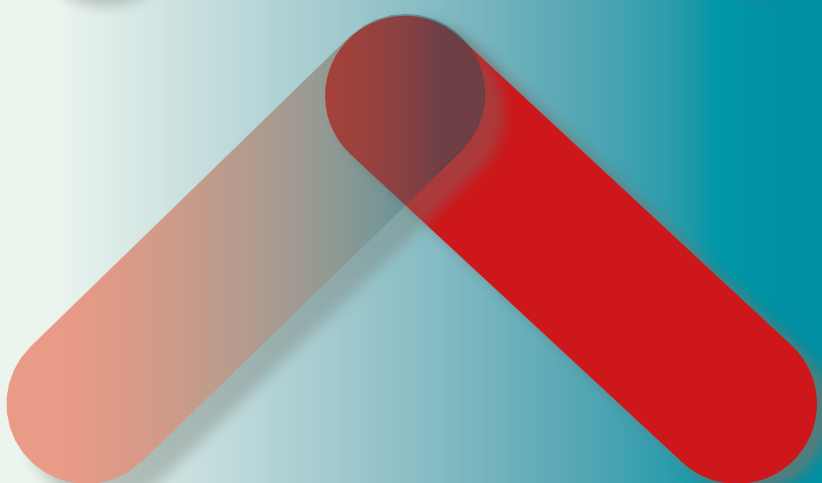
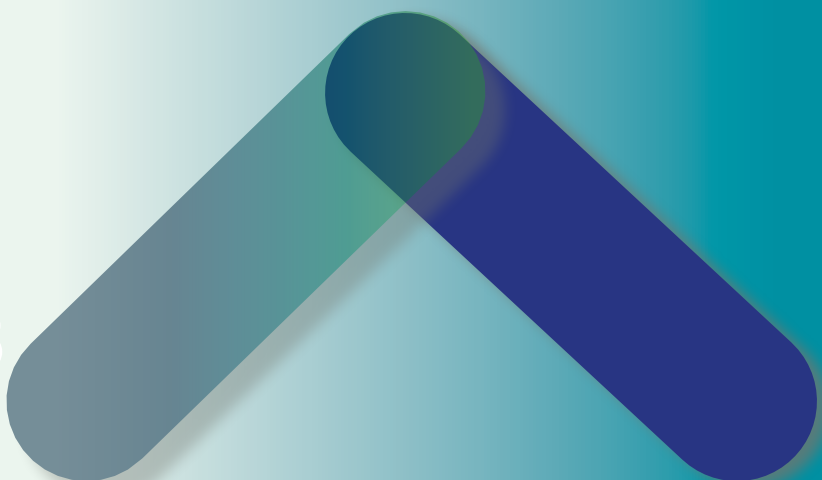
เล่ม ๓ ตอน ๔

สำนักงานคณะกรรมการกฤตยูกา

OCS e-Journal

October 2023

Volume 3 Part 4



Better Regulation for Better Life
พัฒนากฎหมายให้ดีเพื่อให้ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น

บทบรรณาธิการ

สวัสดีค่ะ ท่านผู้อ่าน วารสารกฤษฎีกา เล่ม ๓ ตอน ๔ ฉบับนี้ ออกมาในช่วงฝนตกตลอดเกือบทุกวัน แต่กองบรรณาธิการยังคงนำเสนอบทความทางวิชาการที่น่าสนใจให้กับผู้อ่านได้หยิบมาอ่านเพลิน ๆ ท่ามกลางบรรยากาศชุ่มฉ่ำ ระหว่างรอให้ฝนหยุดตก นะคะ

กองบรรณาธิการอยากเล่าถึงกิจกรรมเผยแพร่ความรู้ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในช่วงหนึ่งเดือนที่ผ่านมา ซึ่งได้จัดโครงการสัมมนาเชิงปฏิบัติการเพื่อเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการปรับเป็นพินัย เป็นจำนวน ๔ ครั้ง ด้วยกัน โดยมีกลุ่มเป้าหมายแตกต่างกันในแต่ละครั้ง ซึ่งประกอบด้วยผู้บริหารส่วนราชการ เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐทั้งราชการ ส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น รวมถึงหน่วยงานอื่นของรัฐ เพื่อสร้างความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการปรับเป็นพินัยให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ท่านผู้อ่านที่ยังไม่รู้จักกับกฎหมายฉบับนี้อาจจะแปลกใจว่ากฎหมายฉบับนี้มีความสำคัญอย่างไร แล้วหากท่านไม่ใช่เจ้าหน้าที่หน่วยงานของรัฐ ท่านผู้อ่านจะต้องเกี่ยวข้องกับกฎหมายฉบับนี้หรือไม่ อย่างไร ท่านสามารถหาคำตอบได้จาก Facebook สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยสามารถเปิดฟังการถ่ายทอดการสัมมนาย้อนหลังได้ทั้ง ๔ ครั้ง หรืออ่านบทความ เรื่อง **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการปรับเป็นพินัย** โดย นายคนันท์ ชัยชนะ ในวารสารกฤษฎีกา ฉบับนี้ บทความสั้น ๆ เพียงไม่กี่หน้า แต่ผู้เขียนได้สรุปเหตุผล ความเป็นมา หลักการสำคัญของกฎหมาย เพื่อให้ท่านผู้อ่านทำความเข้าใจได้อย่างรวดเร็ว รู้จักกับความผิดทางพินัย กระบวนการปรับทางพินัย ได้เป็นอย่างดี

ท่านผู้อ่านอาจเริ่มสนใจกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามากขึ้นจากกรณีร้านขายชาไทย และขนมปัง ซึ่งในวารสารเล่มนี้ จะพาท่านไปรู้จักกับสิทธิบัตรซึ่งเป็นทรัพย์สินทางปัญญาอีกประเภทหนึ่ง แต่จะกล่าวถึงการกำหนดเงื่อนไขใหม่ในการขอรับสิทธิบัตรตามร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ในบทความ เรื่อง **การเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นในการขอรับสิทธิบัตร** โดย นางสาวรัชนิกร ลาภวิชชา พรหมศักดิ์ ซึ่งได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบการกำหนดมาตรการบังคับของการฝ่าฝืนเงื่อนไขดังกล่าว พร้อมแสดงความคิดเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้

นอกจากนั้น ยังมีบทความเรื่อง **โอกาส ความเป็นไปได้ และความท้าทายทางกฎหมาย ในการใช้บังคับการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลภายใต้บริบทกฎหมายไทย** โดย นางสาวปาจริย์ จำเนียรกุล ซึ่งได้ศึกษาเปรียบเทียบเรื่องการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลของประเทศต่าง ๆ และกฎหมายที่กำหนดเขตพื้นที่การใช้ประโยชน์ทางทะเลในประเทศไทย และวิเคราะห์ถึงความทับซ้อนของการกำหนดพื้นที่และหน้าที่และอำนาจของหน่วยงานต่าง ๆ พร้อมทั้งเสนอแนะทางเลือกในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ส่วนบทความอีกเรื่องหนึ่ง กองบรรณาธิการขอพาท่านผู้อ่านติดตาม

ผู้เขียนบทความซึ่งไปอบรม ณ สถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (The Hague Academy of International Law) กรุงเฮก ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ มาเล่าถึงความรู้ที่ได้รับจากการฝึกอบรมในเรื่อง (๑) กฎเกณฑ์ที่ไม่มีลักษณะบังคับ (Soft law) และ (๒) สิทธิมนุษยชนในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศ ในบทความ เรื่อง **เกิดความรู้จากการอบรมหลักสูตรกฎหมายระหว่างประเทศ ภาคฤดูร้อน ประจำปี ค.ศ. ๒๐๒๓ ของสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ** โดย นางสาวมูทิตา สารพัฒน์ อันเป็นการเผยแพร่ความรู้จนเสมือนหนึ่งว่าผู้อ่านได้ไปอบรมด้วยตนเอง

สำหรับเรื่องน่ารู้ในเล่มนี้ ขอเสนอโครงงานดีเด่นของผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับปฏิบัติการ รุ่นที่ ๒๓ และหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับชำนาญการขึ้นไป รุ่นที่ ๓๓ ได้แก่ **โครงงานการประเมินผลสัมฤทธิ์ เรื่อง การประกอบกิจการให้เข้าแลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ โดย นายขนิทย์ เดชะเทศ และโครงงานการประเมินผลสัมฤทธิ์ เรื่อง มาตรการกำกับดูแลการจ้างงานของคนต่างด้าว ในกรณีผู้ที่จ้างคนต่างด้าวต้องแจ้งคนต่างด้าวออกจากงานภายใน ๑๕ วัน นับแต่คนต่างด้าวนั้นออกจากงาน ตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ โดย นายชัชวาล นพณัฐเสถียร**

**ขอให้ท่านผู้อ่านรักษาสุขภาพในช่วงหน้าฝน และพบกันใหม่
กับวารสารกฤษฎีกา เล่ม ๔ ตอน ๑ มกราคม ๒๕๖๗ นะคะ**

สารบัญ

บทความทางกฎหมาย

- 1 ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการปรับเป็นพินัย
โดย คณันท์ ชัยชนะ
- 13 การเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นใน
การขอรับสิทธิบัตร
โดย รัชนิกร ลาภวณิชชา พรหมศักดิ์
- 56 โอกาส ความเป็นไปได้ และความท้าทายทางกฎหมายในการใช้บังคับ
การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลภายใต้บริบทกฎหมายไทย
โดย ปาจริย์ จำเนียรกุล
- 83 เกร็ดความรู้จากการอบรมหลักสูตรกฎหมายระหว่างประเทศ ภาคฤดูร้อน
ประจำปี ค.ศ. ๒๐๒๓ ของสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ
โดย มุกิตา สารพัฒน์

เรื่องน่ารู้

- 100 โครงการดีเด่นของผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐ
ระดับปฏิบัติการ รุ่นที่ ๒๓
โครงการการประเมินผลสัมฤทธิ์ เรื่อง การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์
และวีดิทัศน์ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑
โดย ขโนทัย เดชะเทศ
- 107 โครงการดีเด่นของผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐ
ระดับชำนาญการขึ้นไป รุ่นที่ ๓๓
โครงการการประเมินผลสัมฤทธิ์ เรื่อง มาตรการกำกับดูแลการจ้างงานของคนต่างด้าว ในกรณีผู้ที่จ้าง
คนต่างด้าวต้องแจ้งคนต่างด้าวออกจากงานภายใน ๑๕ วัน นับแต่คนต่างด้าวนั้นออกจากงาน
ตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐
โดย ชัชวาล นพณัฐเสฏฐี

ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการปรับเป็นพินัย *

ศันต์ ชัยชนะ **

๑. ปรับเป็นพินัย คือ อะไร

“ปรับเป็นพินัย” (Pinai regulatory fine) คือมาตรการทางกฎหมายรูปแบบใหม่ ที่นำมาใช้กับการกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรงแทนการลงโทษอาญา มาตรการดังกล่าวมีลักษณะสำคัญที่แตกต่างจากโทษอาญา ดังนี้

- (๑) มีเพียงการปรับสถานเดียว ไม่มีการจำคุก ไม่มีการกักขังแทนค่าปรับ
- (๒) ไม่มีการบันทึกประวัติอาชญากรรม
- (๓) ใช้สำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรง
- (๔) เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจแสวงหาข้อเท็จจริงและสั่งปรับได้โดยไม่จำเป็นต้อง

ยื่นฟ้องศาล

การจะรู้ว่าความผิดใดเป็นความผิดอาญาหรือเป็นความผิดทางพินัยนั้น ต้องพิจารณาจากถ้อยคำในกฎหมาย โดยกฎหมายจะต้องระบุให้ชัดเจนว่า เมื่อมีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเกิดขึ้น ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษอาญา (โดยใช้ถ้อยคำว่า “ผู้ใด ... ต้องระวางโทษปรับ ... / โทษจำคุก...”) หรือต้องชำระค่าปรับเป็นพินัย (โดยใช้ถ้อยคำว่า “ผู้ใด ... มีความผิดทางพินัยต้องชำระค่าปรับเป็นพินัย...บาท”)^๑

เมื่อมีกฎหมายกำหนดให้ต้องชำระค่าปรับเป็นพินัยแล้ว การดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการปรับเป็นพินัย เช่น การพิจารณาความผิด การแสวงหาข้อเท็จจริง การกำหนดค่าปรับ การออกคำสั่งปรับ การฟ้องคดีต่อศาล ฯลฯ ก็จะเป็นไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ๒๕๖๕ ซึ่งเป็นกฎหมายกลางที่มีบทบัญญัติทั้งในเชิงสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติสำหรับดำเนินการปรับเป็นพินัย พระราชบัญญัตินี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ ๒๕ ตุลาคม ๒๕๖๕ และได้เริ่มใช้บังคับมาตั้งแต่วันที่ ๒๒ มิถุนายน ๒๕๖๖ เป็นต้นมา

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายแปลและให้ความเห็น กองกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (กันยายน ๒๕๖๖), Diplom-Jurist (Georg-August-Universität Göttingen), Erste juristische Staatsprüfung (Niedersachsen)

^๑ บันทึกคณะกรรมการว่าด้วยการปรับเป็นพินัย เรื่อง แนวทางการแก้ไขถ้อยคำของกฎหมายในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ๒๕๖๕ และแนวทางการพิจารณากรณีที่ไม่ต้องเปลี่ยนความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวเป็นความผิดทางพินัยตามมาตรา ๔๑ (เรื่องเสร็จที่ ๘๙๖/๒๕๖๖)

๒. ความเป็นมาของแนวคิดในการปรับเป็นพินัย

หากพิจารณาวิวัฒนาการของลักษณะความผิดตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน จะพบว่าในอดีตสมัยโบราณนั้น สิ่งที่เป็นความผิดทำให้บุคคลต้องได้รับโทษตามกฎหมายมักจะเป็นการกระทำที่มีความชั่วร้ายชัดแจ้งในตัว สร้างความเดือดร้อนเสียหายให้แก่ผู้อื่น ก่อความไม่สงบแก่สังคม หรือขัดต่อศีลธรรมอันดีงามอย่างเห็นได้ชัด เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ทำร้ายร่างกาย ลักขโมย ปล้นทรัพย์ ชิงทรัพย์ ฯลฯ แม้จะไม่มีกฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิด แต่วิญญูชนคนทั่วไปก็สามารถรู้ได้ว่า การกระทำเหล่านั้นเป็นสิ่งที่ไม่ดีและควรได้รับโทษ ความผิดลักษณะนี้ในภาษาละตินเรียกว่า *mala in se* หมายถึงการกระทำที่เป็นความผิดในตัว บุคคลที่กระทำความผิดลักษณะนี้ย่อมถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นคนไม่ดี สมควรได้รับโทษเพื่อให้เกิดความเช็ดหลาบและแก้ไขปรับปรุงนิสัย

ต่อมาในสังคมยุคใหม่ที่มีความซับซ้อนมากขึ้น ประชาชนมีปฏิสัมพันธ์ต่อกันมากขึ้น จำเป็นต้องมีการตรากฎหมายเพื่อกำหนดกฎกติกาในเรื่องต่าง ๆ ของชีวิตเพื่อให้ทุกคนใช้ชีวิตร่วมกันในสังคมได้อย่างปลอดภัยและสงบสุข มีทั้งการกำหนดข้อห้ามและข้อควรปฏิบัติต่าง ๆ เช่น กฎจราจร กฎหมายควบคุมการประกอบอาชีพบางประเภทที่จะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐเสียก่อน กฎหมายควบคุมกิจกรรมบางประเภทที่จะต้องได้รับอนุญาตหรือดำเนินกิจกรรมตามหลักเกณฑ์ที่รัฐกำหนด ฯลฯ ทำให้กฎหมายเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องและแทรกแซงในชีวิตประจำวันของประชาชนมากขึ้นเรื่อย ๆ การที่บุคคลในสังคมยุคใหม่จะกระทำความผิดกฎหมายจึงมีโอกาสดังเกิดขึ้นได้ง่ายมาก ทั้ง ๆ ที่ความผิดตามกฎหมายจำนวนมากไม่ใช่การกระทำที่มีความชั่วร้ายในตัวหรือผิดศีลธรรมจรรยา (*mala in se*) แต่เป็นเพียงการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามสิ่งที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น กล่าวคือ เป็นความผิดเพียงเพราะกฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิด (*mala prohibita*) บุคคลที่กระทำความผิดเหล่านี้ส่วนใหญ่ก็เป็นคนปกติทั่วไปในสังคมที่อาจมีพลังเหลือหรือมีความมั่งคั่งบ้าง แต่ไม่ถึงกับเป็นคนชั่วร้ายหรือเป็นอาชญากรที่สมควรจะได้รับโทษร้ายแรง

เมื่อพิจารณาความเปลี่ยนแปลงของลักษณะความผิดตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ตามที่ได้กล่าวข้างต้นแล้ว จะพบว่า ในขณะที่ความผิดตามกฎหมายแต่เดิมที่มีเฉพาะความผิดร้ายแรงนั้นได้เปลี่ยนมาครอบคลุมความผิดไม่ร้ายแรงด้วย แต่ในฝั่งของมาตรการลงโทษนั้น ที่ผ่านมาประเทศจำนวนมากยังคงมีเพียงมาตรการประเภทเดียวคือ โทษอาญา ซึ่งเป็นมาตรการรุนแรง มีการจำกัดเสรีภาพ มีลักษณะเป็นการตำหนิตัวตน และมีผลเป็นตราบาป ซึ่งออกแบบมาเพื่อใช้กับการกระทำความผิดในสมัยที่สังคมยังคงมีแต่ความผิดร้ายแรงเท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า โทษอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้นรุนแรงเกินไปหรือไม่ได้สัดส่วนกับความผิดที่ไม่ร้ายแรงนั่นเอง

ในช่วงหนึ่งร้อยปีที่ผ่านมา หลายประเทศจึงเริ่มมีแนวคิดที่จะแยกความผิดที่ไม่ร้ายแรงออกจากความผิดอาญาแบบดั้งเดิม (*criminal offence*) และกำหนดโทษหรือ

มาตรการประเภใหม่ที่มีผลกระทบและความรุนแรงน้อยกว่าโทษอาญา เพื่อให้ผู้กระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรงได้รับโทษที่เหมาะสมและสอดคล้องกับการกระทำของตน^๒

๓. ตัวอย่างมาตรการสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรงในต่างประเทศ

มาตรการทางกฎหมายสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรงในต่างประเทศมีชื่อเรียกแตกต่างกันไป เช่น administrative fine, administrative penalty, administrative monetary penalty, regulatory fine, civil penalty, civil money penalty, civil sanction สามารถแบ่งออกเป็น ๒ กลุ่ม ได้ดังนี้

กลุ่มที่หนึ่ง มีประเทศเยอรมนีเป็นต้นแบบ มีการตรากฎหมายกลางเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาทั้งในเชิงสารบัญญัติและวิธีบัญญัติ โดยปรับปรุงมาจากหลักกฎหมายอาญาให้สอดคล้องกับระดับของความผิดที่ไม่ร้ายแรง มีการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งปรับ หากผู้รับคำสั่งอุทธรณ์โต้แย้งก็กำหนดให้คดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมในฐานศาลที่เชี่ยวชาญหลักกฎหมายอาญาและเชี่ยวชาญในการไต่สวนพยานหลักฐานเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับการกระทำความผิด

กลุ่มที่สอง มีประเทศฝรั่งเศสเป็นต้นแบบ ไม่มีการตรากฎหมายกลางไว้เป็นการเฉพาะเนื่องจากเห็นว่าคำสั่งของเจ้าหน้าที่ที่กำหนดค่าปรับนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง จึงอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายปกครอง และอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

สำหรับประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์นั้นยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจนเพราะไม่มีการตรากฎหมายกลางมากำหนดหลักเกณฑ์กลางไว้ จึงเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะในเรื่องต่าง ๆ และมีการเรียกชื่อที่แตกต่างหลากหลาย

๔. มาตรการสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรงที่ผ่านมาในประเทศไทย

การปรับเป็นพินัยไม่ใช่ครั้งแรกของประเทศไทยในการคิดค้นมาตรการเพื่อนำมาใช้กับความผิดที่ไม่ร้ายแรง ที่ผ่านมาระบบกฎหมายไทยมีทั้งการเปรียบเทียบในคดีอาญาและโทษปรับทางปกครองซึ่งต่างก็เป็นมาตรการที่นำมาใช้กับความผิดที่ไม่ร้ายแรงโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผลกระทบต่อผู้กระทำความผิดนั้นสอดคล้องและเหมาะสมกับความ(ไม่)ร้ายแรงของความผิด

๔.๑ การเปรียบเทียบในคดีอาญา

การเปรียบเทียบในคดีอาญาเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจพนักงานสอบสวนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายอื่นในการเปรียบเทียบกำหนดค่าปรับสำหรับความผิดบางประเภทที่ผู้ร่างกฎหมายนั้น ๆ เห็นว่าเป็นความผิดที่ไม่ร้ายแรงหรือเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่สมควรต้องได้รับโทษถึงจำคุก และเมื่อผู้กระทำความผิดยินยอมชำระค่าปรับตาม

^๒ Wolfgang Mitsch, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl., Springer, 2005, § 4

คำเปรียบเทียบของพนักงานสอบสวนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว จะมีผลให้คดีอาญาเล็กน้อย^๓ และสิทธินำคดีอาญามาฟ้องย่อมระงับไป^๔ อย่างไรก็ตาม การเปรียบเทียบในทางปฏิบัติของหลายหน่วยงานยังขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการแสวงหาข้อเท็จจริงและการกำหนดค่าปรับ ทำให้การคุ้มครองสิทธิของผู้กระทำความผิดในชั้นการเปรียบเทียบนั้นยังไม่ชัดเจน นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้ต้องหาไม่ยอมรับผิด คดีก็จะเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามปกติ สามารถใช้อำนาจต่าง ๆ ได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และผู้กระทำความผิดก็จะตกเป็นผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาในที่สุด แม้จะเป็นความผิดที่ไม่ร้ายแรงก็ตาม

๔.๒ โทษปรับทางปกครอง

โทษปรับทางปกครองคือมาตรการทางกฎหมายที่นำมาใช้กับการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่ที่ถือเป็นการกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรงและ. ไม่สมควรได้รับโทษอาญา ประเทศไทยเริ่มมีการใช้มีโทษปรับทางปกครองครั้งแรกในปี ๒๕๔๕ ในมาตรา ๕๘ (๒) แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๕ ปัจจุบันมีกฎหมายที่กำหนดโทษปรับทางปกครองรวมทั้งสิ้นกว่า ๒๐ ฉบับ

กฎหมายที่กำหนดโทษปรับทางปกครองจะให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งลงโทษปรับทางปกครอง ซึ่งในประเทศไทยถือว่าคำสั่งลงโทษปรับทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง (“คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน”) และอยู่ในเขตอำนาจการตรวจสอบโดยศาลปกครอง

อย่างไรก็ดี ที่ผ่านมายังไม่มีการตรากฎหมายกลางที่กำหนดหลักกฎหมายสารบัญญัติและวิธีบัญญัติสำหรับการพิจารณาโทษปรับทางปกครอง ทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายและความไม่ชัดเจนในเรื่องต่าง ๆ เช่น ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเจตนา ประมาท พยายาม ตัวการและผู้สนับสนุน อายุความของโทษปรับทางปกครอง การใช้กฎหมายกรณีกรรมเดียวผิดหลายบท (ผิดกฎหมายหลายฉบับ) และกรณีกรรมเดียวผิดทั้งกฎหมายที่กำหนดโทษปรับทางปกครองและกฎหมายที่กำหนดโทษอาญา เป็นต้น

๕. กระบวนการจัดทำร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ.

โดยที่มาตรา ๗๗ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้รัฐพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะ “ความผิดร้ายแรง” หมายความว่า กรณีที่เป็น “ความผิดไม่ร้ายแรง” รัฐจะต้องกำหนดโทษหรือมาตรการประเภทอื่นที่ไม่ใช่โทษอาญา แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็ไม่ได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่า รัฐจะต้องใช้โทษหรือมาตรการประเภทใดสำหรับ “ความผิดไม่ร้ายแรง” กรณีจึงเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องกำหนดลักษณะของ

^๓ มาตรา ๓๗ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

^๔ มาตรา ๓๙ (๓) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

โทษหรือมาตรการอื่นมาใช้ในการกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรง โดยอาจแบ่งขั้นตอนการดำเนินการออกเป็น ๒ ขั้นตอน ได้ดังนี้

(๑) พิจารณาว่า ปัจจุบันการกระทำใดบ้างที่เข้าข่ายว่าเป็น “ความผิดไม่ร้ายแรง” แต่กฎหมายยังคงกำหนดให้ได้รับโทษอาญา ให้ปรับเปลี่ยนโทษสำหรับความผิดเหล่านั้นเป็นโทษหรือมาตรการอื่นที่ไม่ใช่โทษอาญา

(๒) ออกกฎหมายกลางเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาสำหรับ “ความผิดไม่ร้ายแรง” โดยเฉพาะ เพื่อรองรับการกำหนดโทษหรือมาตรการอื่นสำหรับความผิดไม่ร้ายแรง

คณะกรรมการพัฒนากฎหมายได้พิจารณาในเบื้องต้นแล้วเห็นว่า ในกรณีความผิดไม่ร้ายแรงสมควรให้ใช้โทษปรับทางปกครอง ซึ่งพบว่าได้เริ่มมีการใช้โทษปรับทางปกครองบ้างแล้วในกฎหมายบางฉบับ คณะกรรมการพัฒนากฎหมายจึงได้มอบหมายให้ “คณะอนุกรรมการดำเนินการศึกษาและปรับปรุงกฎหมายเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้ประโยชน์จากโทษอาญาตามกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย”^๕ ทำการทบทวนกฎหมายที่ปัจจุบันกำหนดโทษอาญาสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรง เพื่อปรับเปลี่ยนให้เป็นโทษทางปกครองหรือมาตรการอื่นที่ไม่ใช่โทษอาญา โดยให้จัดทำเป็นร่างกฎหมายมาเสนอคณะกรรมการพัฒนากฎหมายเพื่อพิจารณาต่อไป

นอกจากนี้ เนื่องจากในปัจจุบันประเทศไทยไม่มีกฎหมายกลางที่กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาลงโทษปรับทางปกครองทั้งในทางสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ เป็นเหตุให้การพิจารณาลงโทษปรับทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ ยังขาดความเป็นเอกภาพและมีหลายมาตรฐาน ด้วยเหตุนี้ในปี ๒๕๖๑ คณะกรรมการพัฒนากฎหมายจึงได้มีคำสั่งแต่งตั้ง “คณะอนุกรรมการศึกษาและยกร่างกฎหมายว่าด้วยการดำเนินการปรับและระงับคดีที่มีโทษปรับทางปกครองเป็นการเฉพาะ”^๖ (คณะอนุกรรมการฯ) มีหน้าที่ศึกษาและยกร่างกฎหมายว่าด้วยการดำเนินการปรับและบังคับคดีที่มีโทษปรับทางปกครองเป็นการเฉพาะ แล้วนำมาเสนอต่อคณะกรรมการพัฒนากฎหมายเพื่อพิจารณาต่อไป โดยคณะกรรมการพัฒนากฎหมายได้ให้แนวทางแก่คณะอนุกรรมการฯ ว่า ให้ศึกษาหลักการและแนวคิดของกฎหมายของต่างประเทศที่มีการแยกความผิดไม่ร้ายแรงออกจากความผิดอาญาและไม่นำโทษอาญามาใช้ในการกระทำความผิดดังกล่าว โดยเฉพาะกฎหมายของประเทศเยอรมนีซึ่งมีกฎหมายกลางที่ใช้ในการพิจารณาโทษสำหรับความผิดไม่ร้ายแรงเป็นการเฉพาะ เรียกว่า “กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ” (Gesetz

^๕ แต่งตั้งตามคำสั่งคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย ที่ ๒/๒๕๕๙ เรื่อง แต่งตั้งคณะอนุกรรมการดำเนินการศึกษาและปรับปรุงกฎหมายเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้ประโยชน์จากโทษอาญาตามกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

^๖ คำสั่งคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย ที่ ๒/๒๕๖๑ เรื่อง แต่งตั้งคณะอนุกรรมการศึกษาและยกร่างกฎหมายว่าด้วยการดำเนินการปรับและระงับคดีที่มีโทษปรับทางปกครองเป็นการเฉพาะ

über Ordnungswidrigkeiten / Act on Regulatory Offences) ซึ่งใช้บังคับมาตั้งแต่ ค.ศ. ๑๙๕๒ (พ.ศ. ๒๔๙๕) โดยมีแนวคิดและความเป็นมาใกล้เคียงกับสถานการณ์ของประเทศไทย กล่าวคือ มาจากความพยายามในการลดปริมาณความผิดอาญา (Entkriminalisierung) เพื่อให้โทษอาญามีไว้ใช้เฉพาะกับความผิดร้ายแรงเท่านั้น^๗

ในวันที่ ๒๕ พฤศจิกายน ๒๕๖๒ คณะอนุกรรมการฯ ได้เสนอผลงานต่อคณะกรรมการพัฒนากฎหมายเป็นร่างพระราชบัญญัติหนึ่งฉบับ คือ ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการฝ่าฝืนกฎหมายที่มีโทษปรับเป็นพินัย พ.ศ. (ต่อมาเปลี่ยนชื่อเป็น ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ.) มีสาระสำคัญเป็นการกำหนดมาตรการและหลักเกณฑ์การพิจารณาทั้งในเชิงสารบัญญัติและวิธีบัญญัติสำหรับการกระทำความผิดที่ไม่สมควรได้รับโทษอาญา (ความผิดที่ไม่ร้ายแรง) โดยคณะอนุกรรมการฯ ได้เสนอให้กำหนดเป็นมาตรการประเภทใหม่ขึ้นมา เรียกว่า “การปรับเป็นพินัย” แทนการเรียกว่า “โทษปรับทางปกครอง” ดังเช่นที่เคยปฏิบัติกันมา เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนกับ “ค่าปรับทางปกครอง” ซึ่งเป็นมาตรการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙^๘ ประกอบกับคณะอนุกรรมการฯ เห็นว่า มาตรการประเภทใหม่นี้สมควรกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมมากกว่าศาลปกครอง ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

(๑) การพิจารณากำหนดค่าปรับตามร่างพระราชบัญญัตินี้เป็นเรื่องของการแสวงหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นโดยสำเร็จแล้ว เพื่อนำมาพิจารณากำหนดโทษที่จะลง (ค่าปรับ) สำหรับการกระทำนั้น ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และศาลยุติธรรมก็มีความเชี่ยวชาญในการไต่สวนพยานหลักฐานเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับการกระทำความผิด ตลอดจนการกำหนดอัตราโทษให้เหมาะสมกับสภาพความผิด ในขณะที่การพิจารณาของศาลปกครองนั้นจะเน้นเรื่องการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเป็นหลัก โดยจะให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองอย่างกว้างขวางในการกำหนดค่าปรับแก่ผู้กระทำความผิด

(๒) ร่างพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้นำหลักกฎหมายสารบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม ซึ่งศาลยุติธรรมมีความเชี่ยวชาญในเรื่องดังกล่าวอยู่แล้ว

^๗ Erich Göhler, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 15. Aufl., Verlag C.H. Beck, 2009, Einleitung Rn. 1; Michael Lemke, Andreas Mosbacher, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 2. Aufl., C.F. Müller, 2005, Einleitung Rn. 3.

^๘ ปัจจุบันได้มีการเปลี่ยนชื่อ “ค่าปรับทางปกครอง” เป็น “ค่าปรับบังคับการ” โดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๖๒ เพื่อมิให้เข้าใจสับสนกับโทษปรับทางปกครองที่กำหนดอยู่ในกฎหมายต่าง ๆ

(๓) ในทางปฏิบัติอาจมีบางกรณีที่มีความทับซ้อนหรือเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกันระหว่างความผิดทางพินัยกับความผิดอาญา เช่น กรณีกรรมเดียวเป็นทั้งความผิดทางพินัยและความผิดอาญา

(๔) ในคดีปกครอง ประชาชนผู้รับคำสั่งจะมีการระงับหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการ เช่น ต้องยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ต้องยื่นฟ้องศาลปกครอง หากไม่ดำเนินการภายในระยะเวลาที่กำหนด คำสั่งทางปกครองก็จะเป็นที่สุด และเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจบังคับทางปกครองได้ในขณะที่กระบวนการฟ้องคดีตามร่างพระราชบัญญัตินี้ถูกออกแบบมาโดยเทียบเคียงกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยให้ฝ่ายรัฐเป็นผู้รับภาระหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการทั้งหมด เช่น ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่ยอมชำระค่าปรับ ก็จะเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการส่งสำเนาไปยังพนักงานอัยการ และพนักงานอัยการก็จะเป็นผู้ยื่นฟ้อง ทั้งนี้ เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนในฐานะที่เป็นผู้ถูกกล่าวหาซึ่งยังต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาศาล

ดังนั้น คณะอนุกรรมการฯ จึงได้เสนอให้เรียกชื่อมาตรการประเภทใหม่นี้ว่า “การปรับเป็นพินัย” เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนว่า มาตรการดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ หรือจะต้องนำไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองหรือไม่

คณะกรรมการพัฒนากฎหมายได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้วเสร็จเป็นร่างแรกในเดือนสิงหาคม ๒๕๖๓ และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ส่งหนังสือสอบถามความเห็นไปยังหน่วยงานต่าง ๆ ในเดือนเดียวกัน โดยร่างที่ส่งไปรับฟังความเห็นนั้นมีหลักการสำคัญประการหนึ่งคือ กำหนดให้เปลี่ยนบรรดาความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวตามกฎหมายทุกฉบับเป็นความผิดทางพินัย ซึ่งหน่วยงานทุกหน่วยงานเห็นด้วยในหลักการของการมีมาตรการทางกฎหมายประเภทใหม่เพื่อใช้กับความผิดที่ไม่ร้ายแรงแทนการใช้โทษอาญา โดยมีบางหน่วยงานที่ไม่เห็นด้วยกับการเปลี่ยนความผิดอาญาตามกฎหมายในความรับผิดชอบของตนไปเป็นความผิดทางพินัย โดยบางหน่วยงานมีความกังวลเรื่องประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมาย และบางหน่วยงานเห็นว่าความผิดตามกฎหมายในความรับผิดชอบของตนนั้นเป็นความผิดร้ายแรง

คณะกรรมการพัฒนากฎหมายปรับปรุงร่างตามความเห็นของหน่วยงานต่าง ๆ โดยเฉพาะในประเด็นการเปลี่ยนความผิดอาญาไปเป็นความผิดทางพินัยนั้น ได้มีการจัดทำบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ โดยกำหนดให้เปลี่ยนความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวเฉพาะตามกฎหมายในบัญชี ๑ เท่านั้น ส่วนกฎหมายที่ยังไม่สมควรเปลี่ยนเป็นความผิดทางพินัยหรือกฎหมายที่หน่วยงานผู้รับผิดชอบไม่เห็นด้วยให้เปลี่ยน ก็ถูกนำมากำหนดไว้ในบัญชี ๒ ท้ายพระราชบัญญัติเพื่อรองรับการเปลี่ยนเป็นความผิดทางพินัยในอนาคตให้สามารถกระทำได้ง่ายโดยการตราเป็นพระราชกฤษฎีกา^๙

^๙ มาตรา ๔๐ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ๒๕๖๕

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้จัดทำร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. แล้วเสร็จและส่งออกจากสำนักงานฯ ไปยังสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ ๒๘ ธันวาคม ๒๕๖๓ (เรื่องเสร็จที่ ๑๖๘๙/๒๕๖๓) คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๔ เห็นชอบในหลักการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ตามที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอ และให้เสนอต่อรัฐสภาพิจารณาต่อไปในฐานกฎหมายตามหมวด ๑๖ การปฏิรูปประเทศ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ได้รับการบรรจุเข้าสู่การพิจารณาของที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาในวันที่ ๘ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๕ โดยได้ผ่านการพิจารณาในวาระ ๓ เมื่อวันที่ ๒ สิงหาคม ๒๕๖๕ และได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ ๒๕ ตุลาคม ๒๕๖๕

๖. หลักการสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ๒๕๖๕

๖.๑ เป็นกฎหมายกลาง

พระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายกลางที่กำหนดหลักเกณฑ์ในทางสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติเพื่อใช้ในการพิจารณาและกำหนดค่าปรับสำหรับความผิดที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องชำระค่าปรับเป็นพินัย ซึ่งเป็นกฎหมายทำนองเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่เป็นกฎหมายกลางซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ในทางสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติเพื่อใช้ในการพิจารณาและกำหนดโทษอาญา โดยมาตรา ๕ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่าการปรับเป็นพินัยตามกฎหมายทั้งปวง ให้ดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ให้อีกว่าการปรับเป็นพินัยหรือคำสั่งปรับเป็นพินัยเป็นการกระทำทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้กฎหมายต่าง ๆ จะต้องระบุให้ชัดเจนว่าการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ จะมีผลทางกฎหมายเป็นประการใด จะต้องได้รับโทษอาญา หรือเป็นความผิดที่ต้องชำระค่าปรับเป็นพินัย

๖.๒ หลักกฎหมายสารบัญญัติในการพิจารณาความผิดทางพินัย

พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้นำบทบัญญัติในภาค ๑ บทบัญญัติทั่วไป ลักษณะ ๑ บทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดทั่วไป เฉพาะหมวด ๒ การใช้กฎหมายอาญา หมวด ๔ ความรับผิดในทางอาญา หมวด ๕ การพยายามกระทำความผิด และหมวด ๖ ตัวการและผู้สนับสนุน แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับแก่การปรับเป็นพินัยโดยอนุโลม (มาตรา ๘)

นอกจากนี้ พระราชบัญญัตียังได้กำหนดบทบัญญัติในบางเรื่องไว้เป็นการเฉพาะสำหรับความผิดทางพินัย เช่น บทบัญญัติสำหรับกรณีการกระทำความผิดเป็นความผิดทางพินัยตามกฎหมายหลายบท (มาตรา ๑๕) การกระทำความผิดเป็นทั้งความผิดทางพินัยและความผิดอาญา (มาตรา ๑๖) การกระทำความผิดทางพินัยอันเป็นความผิดหลายกรรมต่างกัน (มาตรา ๑๗) และกรณีการกระทำความผิดอันเป็นความผิดหลายกรรมต่างกัน โดยบางกรรมเป็นความผิดทางพินัยและบางกรรมเป็นความผิดอาญา (มาตรา ๑๘) ตลอดจนกำหนดอายุความสำหรับ

การออกคำสั่งปรับเป็นพินัยและการฟ้องคดีความผิดทางพินัยเป็นระยะเวลา ๒ ปี นับแต่วันกระทำความผิด (มาตรา ๑๒)

๖.๓ เกณฑ์การพิจารณากำหนดค่าปรับเป็นพินัย

พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์การกำหนดค่าปรับเป็นพินัย โดยจะต้องพิจารณาให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริง ดังต่อไปนี้ (มาตรา ๙)

(๑) ระดับความรุนแรงของผลกระทบที่เกิดขึ้นแก่ชุมชนหรือสังคมจากการกระทำความผิดทางพินัย และพฤติการณ์อื่นอันเกี่ยวกับสภาพความผิดทางพินัย

(๒) ความรู้ผิดชอบ อายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อม การกระทำความผิดซ้ำ และสิ่งอื่นทั้งปวงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดทางพินัย

(๓) ผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดทางพินัยหรือบุคคลอื่นได้รับจากการกระทำความผิดทางพินัย

(๔) สถานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดทางพินัย

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่อยู่ในฐานะที่จะชำระค่าปรับได้ พระราชบัญญัตินี้ได้ให้อำนาจศาลในการสั่งให้ผู้กระทำความผิดทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์ แทนการชำระค่าปรับได้ถ้าผู้นั้นยินยอม และในกรณีที่บุคคลใดได้กระทำความผิดเพราะเหตุแห่งความยากจนเหลือทนทานหรือเพราะความจำเป็นอย่างแสนสาหัสในการดำรงชีวิต ศาลจะกำหนดค่าปรับเป็นพินัยต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดหรือจะว่ากล่าวตักเตือนโดยไม่ปรับเป็นพินัยเลยก็ได้ (มาตรา ๑๐)

๖.๔ กระบวนการปรับเป็นพินัย

(๑) ในชั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ในกระบวนการปรับเป็นพินัย บุคคลสำคัญที่เป็นตัวหลักในการดำเนินการพิจารณาความผิดทางพินัย คือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ซึ่งได้แก่ พนักงานเจ้าหน้าที่ เจ้าพนักงาน นายทะเบียน หรือคณะบุคคล และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เรียกชื่ออย่างอื่น บรรดาที่กฎหมายกำหนดให้มีอำนาจปรับเป็นพินัย หรือที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดให้เป็นผู้มีอำนาจปรับเป็นพินัย (มาตรา ๓) ซึ่งโดยปกติแล้วก็คือเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานที่รับผิดชอบการบังคับใช้กฎหมายนั่นเอง

เจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่และอำนาจในกระบวนการพิจารณาความผิดทางพินัย ดังนี้

๑) แสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานอันเกี่ยวกับการกระทำความผิด (มาตรา ๑๙)

๒) ให้โอกาสผู้ถูกกล่าวหาได้ชี้แจงหรือแก้ข้อกล่าวหาตามสมควร (มาตรา ๑๙)

๓) เมื่อมีพยานหลักฐานเพียงพอว่ามีการกระทำความผิดทางพินัย ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีคำสั่งปรับเป็นพินัยโดยทำเป็นหนังสือและส่งคำสั่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียน

ตอบรับ โดยระบุข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด จำนวนเงินค่าปรับ ระยะเวลาที่ต้องชำระ และแจ้งให้ทราบถึงกระบวนการในขั้นตอนต่อไป (มาตรา ๒๐ และมาตรา ๒๑)

๔) เมื่อผู้กระทำความผิดชำระค่าปรับเป็นพินัยภายในระยะเวลาที่กำหนดแล้ว ให้ความผิดทางพินัยเป็นอันยุติ (มาตรา ๓๓ (๑))

๕) ในกรณีที่ไม่มีชำระค่าปรับเป็นพินัยภายในระยะเวลาที่กำหนด ไม่ว่าจะมีการแก้ข้อกล่าวหาหรือไม่ก็ตาม ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสรุปข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย พยานหลักฐาน และส่งสำนวนให้พนักงานอัยการเพื่อดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลต่อไป (มาตรา ๒๓)

ในการแสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิด เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจเท่าที่กฎหมายแต่ละฉบับกำหนดไว้เท่านั้น พระราชบัญญัตินี้มีได้ให้อำนาจเพิ่มเติมและมีได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจจับกุมหรือควบคุมตัวผู้กระทำความผิดได้แต่อย่างใด

(๒) ในชั้นพนักงานอัยการ

เมื่อพนักงานอัยการได้รับสำนวนคดีความผิดทางพินัยจากเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว หากพนักงานอัยการเห็นควรสั่งฟ้อง ให้ฟ้องคดีต่อศาลโดยไม่ต้องนำตัวผู้กระทำความผิดไปเพื่อยื่นฟ้องด้วย (มาตรา ๒๕ วรรคหนึ่ง)

ในกรณีที่พนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้อง ให้แจ้งไปยังหัวหน้าหน่วยงานของรัฐทราบพร้อมทั้งเหตุผล หากหัวหน้าหน่วยงานของรัฐไม่เห็นด้วยกับคำสั่งของพนักงานอัยการ ให้ทำความเข้าใจแย้งเสนอไปยังผู้ดำรงตำแหน่งเหนือพนักงานอัยการที่มีคำสั่งเพื่อวินิจฉัยชี้ขาด (มาตรา ๒๕ วรรคสอง)

พระราชบัญญัตินี้ไม่ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการฟ้องคดีเอง เนื่องจากต้องการให้พนักงานอัยการได้กลั่นกรองความสมบูรณ์ของพยานหลักฐาน ตลอดจนประเด็นข้อกฎหมายต่าง ๆ อีกชั้นหนึ่งเสียก่อน โดยเฉพาะในกรณีที่มีความคาบเกี่ยวกับความผิดอาญา เช่น กรณีการกระทำความผิดเป็นทั้งความผิดทางพินัยและความผิดทางอาญา เป็นต้น เว้นแต่กฎหมายเฉพาะซึ่งบัญญัติความผิดทางพินัยได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดำเนินการฟ้องคดีได้เอง

(๓) ในชั้นศาล

พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีความผิดทางพินัย โดยจะเป็นศาลแขวง ศาลจังหวัด ศาลอาญา หรือศาลชั้นอุทธรณ์ ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น (มาตรา ๒๘ วรรคหนึ่ง) นอกจากนี้ ได้กำหนดให้วิธีพิจารณาคดีเป็นไปตามข้อบังคับของประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ซึ่งต้องคำนึงถึงความสะดวก รวดเร็ว เป็นธรรม และไม่เป็นการแก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง

จนเกินสมควร (มาตรา ๒๘ วรรคสอง) ซึ่งข้อบังคับดังกล่าวได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว เมื่อวันที่ ๒๐ มิถุนายน ๒๕๖๖^{๑๐}

สำหรับการอุทธรณ์คำพิพากษานั้น พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้ผู้กระทำความผิดมีสิทธิอุทธรณ์คำพิพากษาได้เฉพาะปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น และคำพิพากษาของศาลชั้นอุทธรณ์ถือเป็นที่สุด (มาตรา ๓๒) ทั้งนี้ เพื่อลดขั้นตอนและความยุ่งยากในกระบวนการพิจารณาคดีความผิดทางพินัย เพื่อให้การพิจารณาสิ้นสุดได้รวดเร็วและไม่เป็นภาระงบประมาณของประเทศจนเกินสมควร เนื่องจากเป็นเพียงความผิดไม่ร้ายแรงและมีเพียงการปรับเป็นเงินเท่านั้น

เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ชำระค่าปรับเป็นพินัย หากผู้กระทำความผิดไม่ชำระค่าปรับภายในเวลาที่ศาลกำหนด ศาลมีอำนาจออกหมายบังคับคดีเพื่อยึดทรัพย์สินหรืออายัดสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินของผู้ต้องคำพิพากษาเพื่อใช้ค่าปรับ โดยจะไม่มีกักกันแทนค่าปรับดังเช่นในคดีอาญา (มาตรา ๓๑) ทั้งนี้ เพื่อสร้างความเป็นธรรมและขจัดความเหลื่อมล้ำทางสังคม

อนึ่ง ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา ไม่ว่ากระบวนการพิจารณาจะอยู่ในชั้นของพนักงานอัยการหรือในชั้นศาล หากผู้กระทำความผิดชำระค่าปรับเป็นพินัยครบตามจำนวนที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกำหนด คดีความผิดทางพินัยเป็นอันยุติ (มาตรา ๒๗)

๗. ผลกระทบต่อการร่างกฎหมาย

เมื่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ๒๕๖๕ มีผลใช้บังคับแล้ว กรณีที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายหรือร่างกฎหมายขึ้นในอนาคต หากกฎหมายนั้นต้องมีบทกำหนดโทษ ผู้ร่างกฎหมายฉบับนั้นจะต้องระบุให้ชัดเจนว่ามาตราใดใช้โทษอาญา มาตราใดใช้การปรับเป็นพินัย โดยต้องระบุว่าการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ จะต้องได้รับโทษอาญาหรือต้องชำระค่าปรับเป็นพินัย ตลอดจนสมควรกำหนดให้ชัดเจนด้วยว่าใครจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจปรับเป็นพินัย

อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ๒๕๖๕ ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าการกระทำใดสมควรกำหนดให้เป็นความผิดทางพินัยและการกระทำใดสมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา กรณีจึงเรื่องที่หน่วยงานผู้รับผิดชอบกฎหมายนั้นและผู้ร่างกฎหมายในการพิจารณาตามความเหมาะสมให้สอดคล้องกับบริบทของกฎหมายแต่ละฉบับ โดยพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒ และมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑๓ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๑ เรื่อง การกำหนดโทษทางอาญาในกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

^{๑๐} ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยวิธีพิจารณาความผิดทางพินัย พ.ศ. ๒๕๖๖

นอกจากนี้ ในการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายตามพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒ หน่วยงานผู้รับผิดชอบการประเมินผลสัมฤทธิ์ก็ควรที่จะทบทวนความจำเป็นและเหมาะสมของการกำหนดโทษอาญาในกฎหมายของตน พร้อมทั้งพิจารณาความเป็นไปได้ในการเปลี่ยนโทษอาญามาเป็นการปรับเป็นพินัยด้วย

๘. บทสรุป

พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ๒๕๖๕ เป็นกฎหมายที่ออกแบบมาเพื่อนำมาใช้กับความผิดที่ไม่ร้ายแรงเพื่อให้เหมาะสมกับลักษณะความผิด ลักษณะของผู้กระทำความผิด ลักษณะของโทษ และลักษณะของผู้ใช้กฎหมาย ซึ่งมีความแตกต่างจากกฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหลายประการ โดย “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” จะมีบทบาทสำคัญในกระบวนการปรับเป็นพินัยตามกฎหมายที่อยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยงานของตน มีผลเป็นการแบ่งเบาและช่วยผ่อนถ่ายภาระของพนักงานสอบสวน ทำให้พนักงานสอบสวนมีเวลาให้กับคดีที่ยุ่งยากซับซ้อนมากขึ้น ในขณะที่ประชาชนผู้ถูกกล่าวหาจะมีภาระน้อยลงเนื่องจากกระบวนการพิจารณาไม่ซับซ้อน ไม่ต้องประกันตัว ในบางกรณีจะไม่ต้องมาศาลก็ได้ และได้รับการปฏิบัติและโทษที่เหมาะสมและได้สัดส่วนกับระดับความผิดของตน โดยเป็นโทษที่ไม่มีผลกระทบต่อชีวิต หน้าที่การงาน และไม่ทำให้เสื่อมเสียประวัติหรือชื่อเสียง

การนำการปรับเป็นพินัยมาใช้แทนโทษอาญาจะทำให้รัฐสามารถประหยัดทรัพยากรได้เป็นอย่างมาก เนื่องจากการลดขั้นตอน ลดความยุ่งยากซับซ้อน และไม่ต้องใช้กระบวนการพิจารณาเต็มรูปแบบดังเช่นในคดีอาญา อันจะเป็นการแบ่งเบาภาระของบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ทำให้มีเวลาให้กับคดีที่ยุ่งยากซับซ้อนได้มากขึ้น

นอกจากนี้ เมื่อประเทศไทยมีกฎหมายกลางที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรงโดยเฉพาะ ก็จะทำให้การดำเนินการเกี่ยวกับความผิดที่ไม่ร้ายแรงที่กำหนดไว้ในกฎหมายต่าง ๆ เป็นไปอย่างมีเอกภาพและมีมาตรฐานเดียวกัน และจะเป็นการวางรากฐานทางกฎหมายเพื่อรองรับมาตรการสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรงที่เกิดขึ้นในอนาคต ตลอดจนรองรับการเปลี่ยนโทษอาญาสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรงมาเป็นโทษหรือมาตรการประเภทอื่น เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา ๗๗ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยต่อไป

การเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่น ในการขอรับสิทธิบัตร *

รัชนิกร ลาภวนิชชา พรหมศักดิ์ **

บทนำ

ในการเสนอร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้มีมติอนุมัติหลักการเมื่อวันที่ ๒๗ กันยายน ๒๕๖๕ โดยผ่านการรับฟังความคิดเห็นในขั้นต้นแล้ว และอยู่ระหว่างการตรวจพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา นั้น กรมทรัพย์สินทางปัญญาได้เสนอให้กำหนดเรื่องของการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นในร่างมาตรา ๑๗/๑ นับเป็นความตั้งใจอันดีของหน่วยงานเจ้าของเรื่องที่ต้องการให้ความคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรม และภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ถูกนำไปใช้ในกรรมวิธีการผลิตหรือสิ่งประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตร หากร่างมาตรานี้คงอยู่จนประกาศใช้เป็นกฎหมาย ย่อมเป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับแรกของไทยที่มีแนวคิดทันสมัยสอดคล้องกับแนวโน้มในทางระหว่างประเทศ ที่นานาประเทศพยายามบรรลุข้อตกลงร่วมกันในการให้ความคุ้มครองสิ่งที่กล่าวมา อย่างไรก็ตาม ร่างมาตรา ๑๗/๑ มิได้กำหนดผลของการฝ่าฝืนเอาไว้ จึงไม่ปรากฏว่าหากไม่ปฏิบัติตามจะนำไปสู่การคัดค้านหรือการเพิกถอนสิทธิบัตรหรือไม่ กรมทรัพย์สินทางปัญญาจะใช้ฐานข้อมูลใดในการอ้างอิงเพื่อการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรเพื่อจะทราบได้ว่าผลงานดังกล่าวใช้ทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศใด ใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นของพื้นที่ใด ใครเป็นเจ้าของ ประเด็นที่กล่าวมาล้วนเป็นเรื่องสำคัญที่ควรต้องกำหนดไว้หากต้องการให้บทบัญญัติดังกล่าวมีประสิทธิภาพบังคับและสามารถคุ้มครองชุมชนหรือเจ้าของทรัพยากรที่กล่าวมาได้ อนึ่ง บทความนี้จำกัดขอบเขตการศึกษาไว้เฉพาะเรื่องของการนำทรัพยากรพันธุกรรม (Genetic Resources: GR) ภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge: TK) และภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรม (Traditional Knowledge Associated with Genetic Resources: ATK) มาใช้กับสิ่งประดิษฐ์หรือกรรมวิธีการผลิตผลงานเท่านั้น โดยจะไม่กล่าวถึงการแสดงออกทางวัฒนธรรมดั้งเดิม

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ ฝ่ายกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและทรัพย์สินทางปัญญา กองกฎหมายการพาณิชย์และอุตสาหกรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ผู้ช่วยศาสตราจารย์, อาจารย์พิเศษคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ. (เกียรตินิยม) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท., Master 2 (Recherche) กฎหมายระหว่างประเทศ (Mention Assez-bien) Université Lille II, Docteur en droit (Université Lille II) กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

(Traditional Cultural Expressions: TCEs) ที่เป็นประเด็นในการประชุม คณะกรรมการร่วมระหว่างรัฐว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา ทรัพยากรพันธุกรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่น และการแสดงออกทางวัฒนธรรมดั้งเดิม (World Intellectual Property Organization Intergovernmental Committee: WIPO IGC) และบทความนี้ได้ศึกษาไปถึงเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดหรือระบุตัวเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งการระบุว่าใครคือเจ้าของทรัพยากรฯ หรือชุมชนท้องถิ่น (local communities) หมายถึงใคร จะรวมถึงชนพื้นเมือง (Indigenous People) ด้วยหรือไม่ นั่นล้วนแต่เป็นปัญหาที่ต้องศึกษาในเชิงลึกแยกต่างหากทั้งสิ้น

สำหรับกฎหมายต่างประเทศที่นำมาใช้เป็นตัวอย่งในการศึกษานั้น ได้แก่ กฎหมายอินเดีย สวิตเซอร์แลนด์ และฝรั่งเศส เนื่องจากเป็นประเทศที่กำหนดเรื่องการนำทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ โดยมีบทกำหนดโทษที่ชัดเจน มีกลไกเพื่อการอำนวยความสะดวกในการสืบค้น และมีระบบฐานข้อมูลอ้างอิงที่มีประสิทธิภาพ ที่สำคัญทั้งสามประเทศนี้เป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาฉบับหลัก ๆ เช่นเดียวกับประเทศไทย อินเดียมีความหลากหลายทางชีวภาพสูง มีทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับการปรุงยาเป็นจำนวนมาก สวิตเซอร์แลนด์เป็นประเทศนอกสหภาพยุโรปที่กำหนดบทบัญญัติเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน ส่วนฝรั่งเศสในฐานะรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปย่อมต้องปฏิบัติตาม EU Regulation ในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาหลายเรื่อง และทั้งสามประเทศมีกฎหมายภายในที่อนุวัติการอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity: CBD)^๑ แล้ว

บทความนี้ประสงค์ให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องและผู้ร่างกฎหมายตระหนักว่าการเขียนกฎหมายโดยมิได้กำหนดผลของการไม่ปฏิบัติตามเอาไว้ ไม่มีบทกำหนดโทษ ย่อมทำให้กฎหมายนั้นเป็นเพียงเสือกระดาษ ไม่อาจคุ้มครองประชาชนหรือชุมชนเจ้าของทรัพยากรผู้ได้รับผลกระทบได้ตามที่ตั้งใจไว้ โดยจะศึกษาตัวอย่างจากทั้งสามประเทศแล้วจึงนำร่างมาตรา ๑๗/๑ มาพิจารณาเปรียบเทียบให้เห็นถึงแนวคิด วิธีการเขียน และปัญหาการขาดสภาพบังคับต่อไป อนึ่ง ในส่วนของการอ้างอิงบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายต่างประเทศ ผู้เขียนจะนำบทบัญญัติที่อาจจะเข้าถึงได้ยากมาระบุไว้ในเชิงอรรถ ส่วนกฎหมายต่างประเทศที่สามารถเข้าถึงได้ง่ายจะเป็นเพียงการอ้างเลขมาตราพร้อมชื่อกฎหมายเท่านั้น เพื่อมิให้บทความนี้มีความยาวเกินไป

^๑ ศึกษารายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับอนุสัญญานี้ได้ที่ <https://www.cbd.int/>

ความตกลงระหว่างประเทศด้านทรัพย์สินทางปัญญา ทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับ ทรัพยากรพันธุกรรมที่ทั้งสี่ประเทศเป็นสมาชิก

ประเทศ	Patent Cooperation Treaty (PCT)	TRIPS Agreement (Amended 2005)	Paris Convention 1883	Budapest Treaty	CBD/Nagoya Protocol
ไทย	ให้สัตยาบัน ค.ศ. ๒๐๐๙ ^๒	ยอมรับการแก้ไข ค.ศ. ๒๐๑๖	ภาคยานุวัติ ค.ศ. ๒๐๐๘	-	ให้สัตยาบัน CBD ค.ศ. ๒๐๐๓
อินเดีย	ให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๙๙๘	ยอมรับการแก้ไข ค.ศ. ๒๐๐๗	ภาคยานุวัติ ค.ศ. ๑๙๙๘	ภาคยานุวัติ ค.ศ. ๒๐๐๑	ให้สัตยาบัน CBD ค.ศ. ๑๙๙๔ ให้สัตยาบัน Nagoya ค.ศ. ๒๐๑๒
สวิตเซอร์แลนด์	ให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๙๗๘	ยอมรับการแก้ไข ค.ศ. ๒๐๐๖	ให้สัตยาบันปี ค.ศ. ๑๘๘๔	ให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๙๘๑	ให้สัตยาบัน CBD ค.ศ. ๑๙๙๔ ให้สัตยาบัน Nagoya ค.ศ. ๒๐๑๔
ฝรั่งเศส	ให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๙๗๘	EU ยอมรับ การแก้ไข ค.ศ. ๒๐๐๗	ให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๘๘๔	ให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๙๘๐	ให้สัตยาบัน CBD ค.ศ. ๑๙๙๔ ให้สัตยาบัน Nagoya ค.ศ. ๒๐๑๖

จากตารางข้างต้นเห็นได้ว่าทั้งสี่ประเทศมีจุดร่วมคือ เป็นภาคีสมาชิกของความตกลงระหว่างประเทศฉบับสำคัญที่มีสาระสำคัญในการคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกด้านการจดสิทธิบัตรรวมถึงการคุ้มครองการนำทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ แต่ความแตกต่างที่สำคัญคือมีเพียงบางประเทศที่บัญญัติกฎหมายภายในรองรับในเรื่องการนำทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรมมาใช้ในงานที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งมีที่มาจาก CBD ส่วนการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้นั้น ยังไม่มีความตกลงระหว่างประเทศที่ชัดเจน จึงเป็นไปตามความประสงค์ของแต่ละประเทศที่จะตรากฎหมายภายในเพื่อให้เกิดการคุ้มครอง

บทความนี้จะเริ่มศึกษาการผลักดันให้เกิดการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นในบริบทระหว่างประเทศ (๑) ก่อนที่จะศึกษาต่อไปว่าเมื่อยังไม่อาจได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายระหว่างประเทศได้อย่างเพียงพอ แต่ละประเทศมีความพยายามอย่างไรในการแก้ปัญหาผ่านทางกฎหมายภายในของตนเอง (๒)

๑. การผลักดันในระดับระหว่างประเทศ

ไม่มีความตกลงระหว่างประเทศที่กำหนดเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน แม้จะมีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity: CBD) แต่อนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับนี้ก็ครอบคลุมเฉพาะเรื่องของการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม และภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรม แต่การนำภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge: TK)

^๒ อนุวัติการโดยกฎกระทรวงว่าด้วยการขอรับความคุ้มครองการประดิษฐ์ตามสนธิสัญญาความร่วมมือด้านสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๕๒

มาใช้กับสิทธิบัตรนั้น ปัจจุบันยังไม่มีข้อตกลงระหว่างประเทศกำหนดไว้ แม้จะมีการประชุม คณะกรรมการร่วมระหว่างรัฐว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา ทรัพยากรพันธุกรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่น และการแสดงออกทางวัฒนธรรมดั้งเดิม (World Intellectual Property Organization Intergovernmental Committee: WIPO IGC) ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อหารือและกำหนดแนวทางการดำเนินการร่วมมือในการ ส่งเสริมการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและเพื่อให้ได้ข้อสรุปร่างข้อบทที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน ทางปัญญาจำนวน ๓ ร่าง ได้แก่ ร่างข้อบทด้านทรัพยากรพันธุกรรม ร่างข้อบทด้านภูมิปัญญาท้องถิ่น และร่างข้อบทด้านการแสดงออกทางวัฒนธรรมดั้งเดิม เพื่อกำหนดเป็นกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป คณะกรรมการร่วมระหว่างรัฐ WIPO IGC แม้จะก่อตั้งมาตั้งแต่ปี ค.ศ. ๒๐๐๐ โดยจัดการประชุมมา อย่างยาวนานและมีความคืบหน้าพอสมควร แต่ก็ยังไม่มีท่าทีว่าจะสามารถบรรลุข้อตกลงร่วมกันได้ ในเร็ววัน เนื่องจากประเด็นเรื่องการคุ้มครองชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่นเป็นเรื่องละเอียดอ่อน บรรดา รัฐสมาชิกองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization: WIPO) มีความเห็นที่หลากหลายอย่างมาก ทำให้ที่ประชุมไม่อาจเร่งรัดเพื่อปิดการเจรจาได้

๑.๑ ข้อเสนอเพื่อนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมความตกลงระหว่างประเทศ

นอกเหนือไปจากการประชุม WIPO IGC ที่ผ่านมามากหลายประเทศที่ตระหนัก ถึงความสำคัญของการคุ้มครองการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นในงาน ที่ขอรับสิทธิบัตร อาทิ สวิสเซอร์แลนด์ บราซิล จีน ญี่ปุ่น รวมถึงไทย ได้เคยเสนอให้แก้ไขความตกลง ระหว่างประเทศพหุภาคีด้านทรัพย์สินทางปัญญาหลายฉบับ แม้ว่าจะยังไม่ประสบความสำเร็จ แต่ก็สามารถนำมาเป็นข้อมูลเพื่อใช้ในการศึกษาได้ โดยในการประชุม Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights เพื่อปรับปรุง Article 27.3(b) TRIPS Agreement ที่ประชุม มอบหมายให้ฝ่ายเลขานุการฯ จัดทำข้อมูลเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทริप्ส์และอนุสัญญา ว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพและการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและคติชาวบ้าน (folklore) เนื่องจากเกิดการอภิปรายในที่ประชุมว่า TRIPS Agreement ขัดหรือแย้งกับ CBD หรือไม่ อย่างไร จำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติม TRIPS หรือไม่ ในภาพรวมนั้นมีข้อสรุปว่าความตกลงระหว่างประเทศ ทั้งสองฉบับไม่ขัดแย้งกัน หากแต่มีความสัมพันธ์ในเชิงสนับสนุนซึ่งกันและกัน เช่น สามารถใช้การจด สิทธิบัตรเป็นเครื่องมือในการแบ่งปันผลประโยชน์สู่ชุมชนท้องถิ่นหรือเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมได้ ในการนี้ ฝ่ายเลขานุการฯ ได้จัดกลุ่มข้อเสนอไว้สามกลุ่มด้วยกัน ซึ่งทั้งสามกลุ่มล้วนเป็นการเสนอให้ ปรับปรุงความตกลงระหว่างประเทศที่ใช้บังคับอยู่แล้วให้เกิดความชัดเจนในประเด็นที่กล่าวมา^๓ สามารถ สรุปได้ดังนี้

^๓ World Trade Organization [WTO] Secretariat, Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, “Note by the Secretariat: The Relationship Between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity-Summary of Issues Raised and Points Made”, IP/C/W/368/Rev.1 (8 Feb. 2006) <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/ipcw368_e.doc> accessed 15th June 2023.

(๑) The TRIPS Disclosure Proposal^๔

เป็นที่ทราบกันดีว่าความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPS Agreement) คือความตกลงระหว่างประเทศด้านทรัพย์สินทางปัญญาที่กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำให้รัฐสมาชิก WTO ต้องปฏิบัติตามโดยนำไปกำหนดไว้ในกฎหมายภายใน ข้อบทที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ได้แก่ Article 29 เงื่อนไขของผู้ขอรับสิทธิบัตร ที่ปัจจุบันกำหนดไว้เพียงสองข้อว่า ๑) รัฐสมาชิกต้องกำหนดให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรต้องเปิดเผยการประดิษฐ์ในลักษณะที่ชัดเจนและสมบูรณ์เพียงพอที่จะทำให้บุคคลผู้มีความเชี่ยวชาญในสาขานั้นสามารถทำการประดิษฐ์สิ่งนั้นได้ และอาจจะกำหนดให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรแสดงวิธีการที่ดีที่สุดในการประดิษฐ์สิ่งนั้นในวันยื่นคำขอ (filing date) หรือในวันยื่นคำขอครั้งแรก (priority date of the application) และ ๒) รัฐสมาชิกอาจจะกำหนดให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการยื่นขอสิทธิบัตรในต่างประเทศตลอดจนการได้รับสิทธิบัตรแล้วในต่างประเทศก็ได้ ดังนั้น ลำพังอาศัยข้อบทนี้จึงยังไม่เพียงพอที่จะบังคับให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรจะต้องเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่นำมาใช้ได้

ในปี ค.ศ. ๒๐๐๖ บราซิลและอินเดียร่วมกันเสนอต่อที่ประชุม WTO ให้แก้ไขเพิ่มเติม TRIPS Agreement Article 27.3 (B)^๕ ในเรื่องทรัพยากรพันธุกรรม โดยมีแบ่งสาระสำคัญออกเป็นสองส่วน กล่าวคือ

๑) ขั้นตอนตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตร ในการรับจดสิทธิบัตรของรัฐสมาชิกแต่ละรัฐ หน่วยงานทรัพย์สินทางปัญญาจะออกสิทธิบัตรให้ได้ก็ต่อเมื่อคำขอรับสิทธิบัตรนั้นได้แสดงหลักฐานและข้อมูลต่อไปนี้ ๑.๑) แหล่งที่มาของสิ่งประดิษฐ์หรืองานที่จะขอรับสิทธิบัตร โดยต้องระบุประเทศที่เป็นแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและ/หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่นำมาใช้ในกรรมวิธีหรือนำมาใช้กับสิ่งประดิษฐ์ที่จะขอรับสิทธิบัตร ๑.๒) หลักฐานแสดงว่าได้รับความยินยอมจากหน่วยงานของประเทศที่เป็นแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและ/หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นดังกล่าว และ ๑.๓) หลักฐานแสดงว่าได้แบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมซึ่งเป็นไปตามที่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นกำหนด

^๔ World Trade Organization, “TRIPS: Reviews, Article 27.3(B) and Related Issues, Background and the current Situation” <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/art27_3b_background_e.htm> accessed 15th June 2023.

^๕ (Draft) Article 27 Patentable Subject Matter

“3. Members may also exclude from patentability:

(b) plants and animals other than micro-organisms, and essentially biological processes for the production of plants or animals other than non-biological and microbiological processes. However, Members shall provide for the protection of plant varieties either by patents or by an effective sui generis system or by any combination thereof. The provisions of this subparagraph shall be reviewed four years after the date of entry into force of the WTO Agreement”

๒) ขั้นตอนหลังการออกสิทธิบัตรแล้ว^๖ กรณีที่ได้มีการออกสิทธิบัตรให้โดยมีเจตนาฝ่าฝืนหน้าที่เปิดเผยข้อมูลตามที่กล่าวมาข้างต้น หรือไม่ได้แบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่ชุมชนท้องถิ่น ให้เพิกถอนสิทธิบัตรนั้นเสีย หรือมีทางเลือกให้โอนสิทธิบัตรนั้นทั้งหมดหรือบางส่วน หากสามารถแบ่งแยกได้ให้แก่ชุมชนท้องถิ่นหรือหน่วยงานของรัฐที่เป็นแหล่งที่มาของทรัพยากรดังกล่าว แทนการเพิกถอนสิทธิบัตรก็ได้ ทั้งนี้ รัฐสมาชิกสามารถกำหนดบทลงโทษทางอาญาหรือทางปกครองแก่การกระทำดังกล่าวได้ โดยจะต้องกำหนดการเยียวยาหรือค่าเสียหายให้แก่ชุมชนท้องถิ่นหรือประเทศที่เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ถูกละเมิดด้วย โดยหากบรรดารัฐสมาชิก WTO เห็นพ้องต้องกันกับข้อเสนอนี้ ก็จะนำไปกำหนดไว้เป็น Article 29bis ต่อไป ในขณะนั้นมีหลายประเทศที่ร่วมเสนอร่างข้อบ่งชี้ นอกจากบราซิลและอินเดียที่เป็นผู้นำ ได้แก่ จีน โคลัมเบีย คิวบา ปากีสถาน เปรู ไทย และแทนซาเนีย อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอดังกล่าวแม้เป็นที่สนใจของนานาประเทศ แต่ก็ยังไม่เพียงพอที่จะนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญของ TRIPS Agreement ได้

หากจะพิจารณาให้ลึกซึ้งยิ่งขึ้นด้วยการวิเคราะห์ถ้อยคำที่รัฐสมาชิกผู้เสนอร่างข้อบ่งชี้ใช้ เห็นได้ว่าในส่วนของการแบ่งปันผลประโยชน์ให้ชุมชนท้องถิ่นหรือรัฐที่เป็นแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ได้เลือกใช้คำว่า “fraudulent intention behind the failure to provide evidence of benefit-sharing” แสดงว่าต้องพิสูจน์หรือมีหลักฐานว่าผู้ขอรับสิทธิบัตรนั้นมีเจตนาฉ้อฉล คือ ตั้งใจที่จะไม่แบ่งปันผลประโยชน์ แม้ในร่างข้อบ่งชี้จะมีได้เขียนอย่างละเอียด แต่การเขียนในลักษณะเช่นนี้ย่อมถือโดยปริยายว่าเป็นการการพิสูจน์ของผู้คัดค้านซึ่งอาจจะเป็นชุมชนท้องถิ่นหรือหน่วยงานผู้มีอำนาจของประเทศแหล่งที่มาของทรัพยากรนั้นก็ได้

(๒) The PCT Disclosure Proposal

สนธิสัญญาความร่วมมือด้านสิทธิบัตร ค.ศ. ๑๙๗๐ (Patent Cooperation Treaty: PCT) เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่ไทยเข้าเป็นภาคีและให้สัตยาบันไปแล้วตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๕๒ โดยที่ผ่านมาได้มีการประกาศใช้กฎหมายอนุวัติการเป็นกฎหมายลำดับรอง คือ กฎกระทรวงว่าด้วยการขอรับความคุ้มครองการประดิษฐ์ตามสนธิสัญญาความร่วมมือด้านสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๕๒ มีวัตถุประสงค์ในการอำนวยความสะดวกให้กับขั้นตอนการจัดการเอกสารและการยื่นคำขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ระหว่างประเทศ รวมไปถึงการสืบค้นข้อมูลเบื้องต้นเพื่อการตรวจสอบการขอรับสิทธิบัตร แต่สนธิสัญญานี้มิได้รองรับการจดทะเบียนสิทธิบัตรระหว่างประเทศ หมายความว่าผู้ยื่นคำขอรับ

^๖ (Draft) Article 29bis “Where the failure to provide evidence of benefit-sharing is discovered after the grant of a patent, the legal effect could include:

- Revocation of the patent where it is determined that there is fraudulent intention behind the failure to provide evidence of benefit-sharing. In addition to, or as an alternative to revocation, criminal and/or administrative sanctions may also be imposed, in particular, to ensure adequate compensation where it is eventually determined that no benefits were shared or are intended to be shared;
- Full or partial transfer of the rights to the invention, also as an alternative to revocation, as a means of promoting fair and equitable benefit-sharing.”

สิทธิบัตรจะได้รับสิทธิบัตรจากประเทศปลายทางของคำขอนั้นหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับพิจารณาของหน่วยงานสิทธิบัตรของประเทศดังกล่าว ดังนั้น การขอจดสิทธิบัตรในประเทศหนึ่งได้ จึงไม่ได้หมายความว่า จะต้องได้รับสิทธิบัตรจากอีกประเทศเสมอไป

เมื่อผู้ยื่นคำขอได้ใช้ช่องทางผ่านรัฐสมาชิกของสนธิสัญญาในการยื่นคำขอระหว่างประเทศ (คำขอ PCT) ย่อมต้องอยู่ภายใต้กฎหมายภายในที่ได้บัญญัติการรายละเอียดของสนธิสัญญารวมถึง PCT Regulations ที่เทียบเคียงได้กับกฎหมายลำดับรองระหว่างประเทศ กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดในเรื่องการยื่นคำขอ PCT การตรวจสอบคำขอ รายละเอียดที่ต้องมีในคำขอ เมื่อพิจารณาจาก PCT Regulations พบว่ายังไม่มีข้อกำหนดให้ผู้ยื่นคำขอผ่านรัฐสมาชิกต้องเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่น ด้วยเหตุนี้ สวิตเซอร์แลนด์ในฐานะรัฐสมาชิก จึงได้เสนอให้เพิ่มเติม Rule 51bis.1(g)^๗ ใน PCT Regulations^๘ โดยมีสาระสำคัญคือ ให้รัฐสมาชิกสามารถกำหนดในกฎหมายสิทธิบัตรว่าคำขอ PCT ที่ยื่นผ่านสำนักงานสิทธิบัตรในประเทศของตนนั้น ต้องเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นในการขอรับสิทธิบัตร เมื่อพิจารณาถ้อยคำที่สวิตเซอร์แลนด์เสนอในร่างข้อบทใช้คำว่า “may” ทำให้เป็นเพียงทางเลือกของรัฐสมาชิกว่าจะแก้ไขกฎหมายภายในหรือไม่ก็ได้ หากรัฐสมาชิกนั้นไม่ประสงค์จะปฏิบัติในเรื่องนี้ ก็เป็นไปได้เช่นกัน ในทางตรงข้าม ถ้าสามารถทำให้ทุกรัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตามได้จะมีข้อดีคือ คำขอจดสิทธิบัตรที่ยื่นผ่านประเทศหนึ่ง (ผู้รับคำขอ) จะถูกตรวจสอบคำขอโดยรัฐต้นทางว่าเอกสารหลักฐานครบถ้วนหรือไม่ รวมถึงหลักฐานแสดงแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่น ที่นำมาใช้กับสิ่งประดิษฐ์นั้นด้วย ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากรัฐปลายทางของคำขอเป็นรัฐที่กฎหมายภายในกำหนดให้ต้องเปิดเผยที่มา ย่อมประหยัดเวลาผู้ยื่นคำขอและผู้ตรวจสอบของรัฐปลายทาง หากเอกสารไม่ครบตั้งแต่แรก ผู้ยื่นคำขอจะทราบก่อนและมีเวลาในการเตรียมเอกสารเพิ่มเติม เพราะไม่เช่นนั้น ในท้ายที่สุดคำขอ PCT นั้นก็จะถูกปฏิเสธโดยหน่วยงานของรัฐปลายทางอยู่ดี เพราะขาดหลักฐานสำคัญคือการเปิดเผยที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นนั่นเอง สืบเนื่องจากประเด็นที่กล่าวมา สวิตเซอร์แลนด์มีข้อเสนอที่เป็นรูปธรรมในเรื่องของการกำหนดระยะเวลาให้ผู้ยื่นคำขอ PCT ต้องส่งหลักฐานแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นต่อ

^๗ (Draft) Rule 51bis.1 “(g) The national law applicable by the designated Office may, in accordance with Article 27, require the applicant

(i) to declare the source of a specific genetic resource to which the inventor has had access, if an invention is directly based on such a resource; if such source is unknown, this shall be declared accordingly;

(ii) to declare the source of knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity, if the inventor knows that an invention is directly based on such knowledge, innovations and practices; if such source is unknown, this shall be declared accordingly.”

^๘ World Trade Organization [WTO] Secretariat, *supra* note 3, p. 7

หน่วยงานของประเทศต้นทางภายใน ๒ เดือน นับแต่ได้รับแจ้งว่าหลักฐานไม่ครบ หากไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด ทางหน่วยงานดังกล่าวมีสิทธิปฏิเสธคำขอ PCT นั้น^๙

สำหรับระดับของการนำทรัพยากรพันธุกรรมมาใช้ มีคำถามว่าใช้ในระดับใดจึงต้องเปิดเผยที่มานั้น ในข้อเสนอเดียวกันนี้ สวิตเซอร์แลนด์เสนอให้ใช้ถ้อยคำว่า “directly based on a specific genetic resource to which the inventor has had access.” ดังนั้น หน้าที่เปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อผู้ประดิษฐ์นำมาใช้โดยตรง ต้องมีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมทางกายภาพ ส่วนภูมิภาคอื่น ๆ ผู้เสนอแนวทางมีความเห็นว่า ผู้ประดิษฐ์งานดังกล่าวย่อมต้องรู้อยู่แล้วเช่นกันว่าการประดิษฐ์นั้นสำเร็จได้หรือเกิดขึ้นได้ด้วยการใช้องค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่นใด^{๑๐} ในประเด็นนี้ ผู้เขียนมีข้อโต้แย้งว่าภูมิภาคท้องถิ่นมักจะอยู่ในรูปแบบขององค์ความรู้ อาจเป็นไปได้หรือไม่ที่ผู้ประดิษฐ์คิดว่าตนเองเป็นคนแรกที่คิดวิธีการหรือเทคนิคการประดิษฐ์นั้นได้เอง ไม่ได้ลอกเลียนหรือนำองค์ความรู้ของใครมาใช้เพื่อประดิษฐ์งานของตน จึงไม่ได้แจ้งในคำขอแต่แรกว่ามีที่มาจากไหน หากมีผู้คัดค้านก็ต้องพิสูจน์กันต่อไปว่าตนสุจริต สวิตเซอร์แลนด์ได้เสนอเรื่องการจัดทำฐานข้อมูลออนไลน์ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหรือรับผิดชอบทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิภาคท้องถิ่นเอาไว้ด้วย โดยรัฐสมาชิกต้องจัดทำรายการข้อมูลให้ผู้ประดิษฐ์สามารถตรวจสอบได้ จะได้ทราบว่าหากจะนำมาใช้ต้องขออนุญาตหรือต้องแจ้งหน่วยงานใดของประเทศนั้น เพราะต้องได้รับเอกสารอนุญาตเพื่อนำมาใช้ยื่นประกอบกับคำขอ PCT ข้อดีของการกำหนดหน้าที่เปิดเผยแหล่งที่มาและการจัดทำฐานข้อมูลออนไลน์ก็คือจะทำให้การทำสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่ชุมชนท้องถิ่นหรือรัฐที่เป็นแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิภาคท้องถิ่นนั้นเป็นไปได้โดยสะดวก

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีความเห็นว่าแนวทางที่กล่าวมานี้เป็นเรื่องที่อาจจะเกิดขึ้นได้ยากเพราะร่างกฎระเบียบในลักษณะบังคับนี้อาจไม่ได้รับการสนับสนุนจากรัฐสมาชิก PCT เนื่องจากกฎหมายสิทธิบัตรของบรรดารัฐสมาชิกก็ยังมีได้บังคับให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรในประเทศตนต้องเปิดเผยที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิภาคท้องถิ่นเหมือนกันทุกรัฐ จึงยังไม่เห็นความจำเป็นที่ต้องแก้ไข PCT Regulations ในเรื่องนี้ ส่วนรัฐสมาชิกที่มีความก้าวหน้าในเรื่องการบังคับให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรเปิดเผยที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิภาคท้องถิ่นอยู่แล้ว ก็ต้องตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรที่ยื่นขอผ่านช่องทาง PCT โดยละเอียดอีกครั้ง และปฏิเสธการจดสิทธิบัตรให้หากไม่มีหลักฐานตามที่กล่าวมาข้างต้น

(๓) The Mandatory Disclosure Proposal^{๑๑}

เป็นข้อเสนอจากสหภาพยุโรปที่ได้เคยเสนอไว้ในการประชุม WIPO IGC^{๑๒} โดยต้องการกำหนดให้กฎหมายภายใน กฎหมายระดับภูมิภาค และกฎหมายระหว่างประเทศบังคับ

^๙ World Trade Organization [WTO] Secretariat, *supra* note 3, p. 31-32.

^{๑๐} Switzerland, IP/C/W/423, IP/C/W/400/Rev.1.

^{๑๑} World Trade Organization [WTO] Secretariat, *op.cit.*, *loc.cit.*

^{๑๒} EC, IP/C/M/48, para. 62, IP/C/M/47, para. 58.

ผู้ขอรับสิทธิบัตรในทุกประเทศให้เปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมที่นำมาใช้^{๓๓} โดยให้รัฐสมาชิกกำหนดโทษในกรณีที่ว่าฝ่าฝืนและสามารถใช้บทลงโทษตามกฎหมายอื่นนอกเหนือไปจากกฎหมายสิทธิบัตรได้ สำคัญคือต้องมีการกำหนดบทลงโทษในกฎหมาย ข้อเสนอของสหภาพยุโรปมีความน่าสนใจเนื่องจากระบุขั้นตอนชัดเจนว่า ๑) ต้องยื่นหลักฐานรับรองแหล่งที่มา (ระบุชื่อประเทศ) ของทรัพยากรพันธุกรรมที่นำมาใช้กับงานที่ขอรับสิทธิบัตร โดยสามารถยื่นหลักฐานเพิ่มเติมในระหว่างขั้นตอนการตรวจสอบคำขอได้ หากไม่ปฏิบัติตามภายในเวลาที่กำหนด ให้ถือว่าละทิ้งคำขอรับสิทธิบัตร ๒) หากเป็นกรณีที่ออกสิทธิบัตรไปแล้ว ต่อมาพบว่าผู้ทรงสิทธิบัตรมีเจตนาปกปิดไม่ส่งหลักฐานแจ้งแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม หรือเจตนาแจ้งข้อมูลอันเป็นเท็จต่อเจ้าหน้าที่ ให้ลงโทษผู้ทรงสิทธิบัตรนั้นตามกฎหมายอื่นได้ แต่เพื่อคงไว้ซึ่งความมั่นคงในนิติฐานะ (legal certainty) ของสิทธิบัตร จึงเห็นว่าการปกปิดข้อมูลหรือแจ้งข้อมูลเท็จนั้นไม่ควรส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสิทธิบัตร

สิ่งที่สหภาพยุโรปเสนอให้ต้องเปิดเผยแหล่งที่มา นั้นมิได้จำกัดเฉพาะทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นเท่านั้น แต่รวมถึงการใช้ “traditional knowledge associated with genetic resources” หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรมด้วย โดยเห็นว่าบางกรณีการนำทรัพยากรพันธุกรรมมาใช้ในการประดิษฐ์อาจต้องใช้เทคนิคหรือองค์ความรู้ของชุมชนนั้นในการใช้ เช่น การสกัดสารจากยางไม้เพื่อประดิษฐ์ลูกดอกอาบยาพิษหรือยาสลบ อนึ่ง ข้อเสนอของสหภาพยุโรปมีรายละเอียดแม้กระทั่งเรื่องภาระการพิสูจน์ โดยกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้กล่าวอ้างหรือผู้คัดค้านว่าผู้ขอรับสิทธิบัตรหรือผู้ทรงสิทธิบัตรมิได้เปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นแล้วแต่กรณี และเปิดโอกาสให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรหรือผู้ทรงสิทธิบัตรสามารถแสดงหลักฐานโต้แย้งได้นอกจากนี้ ยังเสนอให้มีฐานข้อมูลเช่นเดียวกับข้อเสนอของสวิสเซอร์แลนด์ โดยเสนอให้ใช้ฐานข้อมูลของ CBD เป็นหลัก ในเรื่องการสร้างฐานข้อมูลนี้จะกล่าวถึงอีกครั้งในส่วนต่อไปของบทความนี้ เพราะเป็นเรื่องสำคัญที่นำมาอภิปรายกันอีกครั้งในการประชุม WIPO IGC ครั้งล่าสุด (ครั้งที่ ๔๗ ค.ศ. ๒๐๒๓)

หลังจากศึกษาแนวทางทั้งสามแนวทางที่มีการนำเสนอในที่ประชุมในระดับระหว่างประเทศแล้ว ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าถ้อยคำที่ผู้เสนอร่างนำมาใช้เป็นเรื่องที่ต้องระมัดระวังหากนำมาเขียนเป็นภาษาไทย กล่าวคือ คำว่า source และ origin หากใช้คำว่า source ย่อมแปลได้ว่าแหล่งที่มา แต่ถ้าใช้คำว่า origin แปลว่าถิ่นกำเนิดย่อมต้องการสื่อถึงสถานที่แรกที่พบสิ่งนั้นหรือถิ่นดั้งเดิมที่เป็นต้นกำเนิดของสิ่งนั้น ความหมายย่อมลึกซึ้งกว่าแหล่งที่มา เพราะแหล่งที่มาอาจจะเพียงสถานที่หรือประเทศที่พบสิ่งนั้น เป็นได้โดยไม่ใช่อิทธิกำเนิดแรก แต่ที่พบทรัพยากรพันธุกรรมนั้นได้เนื่องจากได้รับมาจากถิ่นอื่นมาเลี้ยงหรือเพาะหรือขยายพันธุ์ในที่นั้น ในกรณีของภูมิปัญญาท้องถิ่นก็เช่นกัน ผู้ประดิษฐ์อาจรับเอาภูมิปัญญานั้นมาใช้โดยทราบว่ามีมาจากชุมชน ก. แต่ไม่ทราบว่าแท้จริงแล้วชุมชน ก. รับเอาภูมิปัญญาดังกล่าวมาจากชุมชน ข. ในอีกประเทศ หรือถึงจะทราบถิ่นกำเนิด แต่หากกฎหมายเขียนเพียงว่าให้เปิดเผย “แหล่งที่มา” ไม่ได้เขียนไปถึง “ถิ่นกำเนิด” เช่นนี้การแจ้งเพียงแหล่งที่มาที่ตนรับมาจริง ๆ ก็ถือว่าปฏิบัติตามหน้าที่เปิดเผยแหล่งที่มาแล้ว

^{๓๓} World Trade Organization [WTO] Secretariat, *supra* note 3, p. 33

ประเด็นการแบ่งปันผลประโยชน์ เป็นอีกเรื่องหนึ่งที่มีความสำคัญ ลำพังการกำหนดหน้าที่ในการเปิดเผยแหล่งที่มาอาจยังไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองและตอบแทนเจ้าของทรัพยากรตามเป้าหมายของ CBD ได้ มีการเสนอในเอกสารของ WTO ในเรื่องการอำนวยความสะดวกในการจัดทำสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์ โดยเห็นว่าควรกำหนดในสัญญาให้มีการระบุถึงการส่งมอบทรัพยากรพันธุกรรมและการส่งมอบข้อมูลในกรณีของภูมิปัญญาท้องถิ่น^{๑๔}

๑.๒ ความกระตือรือร้นของนานาชาติประเทศต่อการเปิดเผยแหล่งที่มา

องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ได้ดำเนินการรณรงค์เรื่องการเปิดเผยที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นแบบคู่ขนานไปกับการประชุม WIPO IGC ด้วยการจัดประชุมวิชาการร่วมกับ China National Intellectual Property Administration (CHIPA) เมื่อเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๖๕ โดยมีผู้แทนภาคีสมาชิกจากทุกกลุ่มประเทศเข้าร่วมหารือเพื่อแลกเปลี่ยนประสบการณ์เกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเครื่องมือในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรม (Traditional Knowledge Associated with Genetic Resources: ATK) โดยเฉพาะในประเด็นเกี่ยวกับการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและ ATK ในกระบวนการขอรับสิทธิบัตร ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญที่สุดในร่างข้อบท GRs ที่จะมีการนำเสนอต่อที่ประชุมทางการทูต (Diplomatic Conference on GRs and associated TK) ในปี พ.ศ. ๒๕๖๗ เพื่อให้ได้ข้อยุติ^{๑๕} ในขณะเดียวกันรัฐบาลจีนก็ให้ความสำคัญต่อประเด็นนี้เป็นอย่างมาก โดยได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายสิทธิบัตรและบัญญัติเรื่องการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมเอาไว้ในมาตรา ๕ วรรคสอง^{๑๖} และมาตรา ๒๖ วรรคห้า^{๑๗} หลังจากทีกฎหมายสิทธิบัตรฉบับใหม่มีผลใช้บังคับไปเมื่อวันที่ ๑ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๒๑^{๑๘} หน่วยงานทรัพย์สินทางปัญญาได้เริ่มดำเนินการแก้ไขกฎเกณฑ์การตรวจสอบสิทธิบัตร

^{๑๔} Ibid.

^{๑๕} WIPO, International Symposium on IP and TK/GRs, November 29 2022, <https://www.wipo.int/tk/en/news/igc/2022/news_0012.html> accessed 17th June 2023.

^{๑๖} Article 5 para.2 “No patent right shall be granted for any invention-creation where the acquisition or utilization of the genetic resources, on which the development of the invention-creation relies, violates the provisions of laws or administrative regulations.”

^{๑๗} Article 26 para.5 “Where an invention-creation is accomplished by relying on genetic resources, the applicant shall indicate, in the patent application documents, the direct and original source of the genetic resources. Where the applicant fails to indicate the original source, he or it shall state the reasons thereof.”

^{๑๘} Decision of the Standing Committee of the National People’s Congress on Amending the Patent Law of the People’s Republic of China, <<http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202109/63b3c7cb2djb342fdadacdc4a09ac8364.shtml>> accessed 20th June 2023.

หรือ Patent Examination Guidelines^{๑๙} เพื่อให้แนวทางในการตรวจสอบการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมที่ใช้ในการประดิษฐ์ที่นำมาขอรับสิทธิบัตรในจีนเป็นไปในทิศทางเดียวกัน

ด้วยเหตุที่การประชุมระดับระหว่างประเทศในเรื่องนี้ยังไม่มีที่ยุติ การที่ประเทศไทยต้องการตรากฎหมายสิทธิบัตรที่มีบทบัญญัติคุ้มครองการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ย่อมต้องตระหนักด้วยว่า ๑) มีเพียงบางประเทศที่เขียนกฎหมายรับรองเรื่องนี้ ไทยอาจให้ความคุ้มครองชุมชนท้องถิ่นและชนพื้นเมืองเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ แต่อาจไม่สามารถเรียกร้องให้ประเทศอื่น ๆ อีกจำนวนมากที่ยังไม่มีกฎหมายภายในในลักษณะเดียวกันสามารถปฏิบัติตามไทยในรูปแบบเดียวกันได้ ๒) ยังไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศที่ชัดเจนในเรื่องการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ จึงจำเป็นต้องศึกษากฎหมายต่างประเทศว่าได้กำหนดเรื่องเดียวกันนี้ไว้หรือไม่ มีสภาพบังคับอย่างไร ๓) ไทยจะให้ความคุ้มครองเฉพาะทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยเท่านั้นหรือไม่ หรือมีความประสงค์จะช่วยตรวจสอบการนำทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศหรือดินแดนอื่นมาใช้ในการขอรับสิทธิบัตรในประเทศไทยด้วย

๒. ความก้าวหน้าของกฎหมายภายใน

๒.๑ ประเทศที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายคุ้มครองการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่น

การคุ้มครองในที่นี้หมายถึงการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมและเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ผู้ขอรับสิทธิบัตรได้นำมาใช้ในการประดิษฐ์ของตน โดยกำหนดให้ต้องเปิดเผยแหล่งที่มาหรือเจ้าของทรัพยากรที่ผู้ขอรับสิทธิบัตรนำมาใช้ โดยบรรดาเจ้าของอาจอยู่ในรูปแบบของกลุ่มตัวแทนหรือชุมชนท้องถิ่นที่มีตัวแทน^{๒๐} เหตุที่ต้องระบุตัวเจ้าของให้ชัดเจนเพราะในบางประเทศมีการกำหนดการแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่เจ้าของ จึงมิใช่แค่เพียงการให้เครดิตหรืออ้างอิงแหล่งที่มาเหมือนกับการเขียนงานวิจัย หากไม่สามารถระบุตัวผู้เป็นเจ้าของได้ ย่อมต้องเขียนกฎหมายให้มีกลไกครอบคลุมถึงเรื่องนี้เพื่อแก้ปัญหาที่จะตามมาด้วย มิใช่หาตัวเจ้าของไม่ได้แล้วจึงละเลยไม่ระบุประเทศที่มีกฎหมายกำหนดในเรื่องนี้ไว้อย่างเป็นระบบ ได้แก่ อินเดีย สวิตเซอร์แลนด์ และฝรั่งเศส

ในทางทฤษฎี การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรพันธุกรรมในงานทรัพย์สินทางปัญญานั้น สามารถจำแนกได้สองรูปแบบ กล่าวคือ ๑) Positive protection คือ การรับรองสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศตน โดยเน้นการส่งเสริมให้ชุมชนผู้คิดค้นภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือเป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนั้นสามารถอ้างสิทธิและทำความเข้าใจ

^{๑๙} Jennifer Che, Yolanda Wang and Audrey Cheung, “Foreigners Beware: China Proposes Requiring IP Made Using Exported Chinese Genetic Resources to be Co-Owned by Chinese Collaborators” (March 22, 2023), <<https://chinapatentstrategy.com/foreigners-beware-china-proposes-requiring-ip-made-using-exported-chinese-genetic-resources-to-be-co-owned-by-chinese-collaborators/>> accessed 20th June 2023.

^{๒๐} ตัวอย่างเช่น The Indigenous Peoples of Africa Co-ordinating Committee (IPACC) เป็นองค์กรตัวแทนของกลุ่มชนเผ่าพื้นเมืองในทวีปแอฟริกา ๒๑ ประเทศ

ผู้ที่ประสงค์จะนำไปใช้ในงานทรัพย์สินทางปัญญาได้^{๒๑} ๒) Defensive protection คุ่มครองในลักษณะที่เน้นการหวงกัน การอ้างสิทธิเหนือสิ่งนั้น โดยให้เฉพาะชุมชนท้องถิ่นที่เป็นผู้คิดค้นและใช้ภูมิปัญญาดังกล่าวเท่านั้นที่จะอ้างสิทธิความเป็นเจ้าของได้^{๒๒} ประเทศที่ใช้วิธีการคุ้มครองแบบนี้มักจะจัดทำฐานข้อมูลรวบรวมภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือทรัพยากรพันธุกรรมของตนเอาไว้เพื่อให้ง่ายต่อการตรวจสอบ โดยสามารถใช้เป็นฐานในการปฏิเสธการออกสิทธิบัตรในเรื่องขาดความใหม่หรือเป็นงานที่ปรากฏอยู่แล้วได้

◇ อินเดีย

อินเดียเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาระหว่างประเทศและความตกลงระหว่างประเทศพื้นฐานเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา อาทิ TRIPS Agreement อนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม (Paris Convention for the Protection of Industrial Property: Paris Convention) PCT และ the Budapest Treaty on the International Recognition of the Deposit of Micro-organisms for the purposes of Patent Procedure ตลอดจนเป็นภาคี CBD และพิธีสารนาโงยาว่าด้วยการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและการแบ่งปันผลประโยชน์ (The Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing) ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการให้เรื่องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและการแบ่งปันผลประโยชน์ตามที่กำหนดไว้ใน CBD เป็นไปอย่างเท่าเทียมและยุติธรรม การที่อินเดียเป็นภาคีสมาชิกของความตกลงระหว่างประเทศที่สำคัญหลายฉบับย่อมส่งผลต่อการบัญญัติกฎหมายภายในกฎหมายอินเดียที่เกี่ยวข้องกับประเด็นตามหัวข้อของบทความนี้ ได้แก่ กฎหมายสิทธิบัตร (Patents Act 1970) และกฎหมายความหลากหลายทางชีวภาพ (Biodiversity Act 2002) นอกจากนี้ อินเดียยังมีฐานข้อมูล Traditional Knowledge Digital Library (TKDL) ที่ค่อนข้างสมบูรณ์ ทำให้การบังคับใช้กฎหมายสิทธิบัตรและกฎหมายว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพดังจะได้กล่าวต่อไป การที่อินเดียให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นทำให้อินเดียร่วมแสดงความคิดเห็นและมีมุมมองที่น่าสนใจในการประชุม WIPO IGC มาโดยตลอด

๑. โครงสร้างของรัฐธรรมนูญสิทธิบัตร ค.ศ. ๑๙๗๐

ก่อนที่จะศึกษาว่าการนำทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ในการขอรับสิทธิบัตรของประเทศอินเดียนั้นมีข้อจำกัดอย่างไรบ้าง จำเป็นต้องทำความเข้าใจที่มาของกฎหมายสิทธิบัตร ตลอดจนโครงสร้างของกฎหมายเสียก่อน เพื่อให้ทราบว่าผู้ร่างกฎหมายจัดวางโครงสร้างตลอดจนกำหนดกลไกในการบังคับใช้ไว้อย่างไร

ก่อนจะมาเป็นรัฐธรรมนูญสิทธิบัตร ค.ศ. ๑๙๗๐ (Patents Act 1970) ในปัจจุบันได้นั้น อินเดียเริ่มมีแนวคิดในการคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์โดยการให้จดสิทธิบัตรมาตั้งแต่ ค.ศ. ๑๘๕๖ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกระตุ้นและจูงใจให้นักประดิษฐ์สร้างสรรค์ผลงานเพื่อใช้ในทางอุตสาหกรรม

^{๒๑} Ahmad, Tabrez and Godhwani, Jaya, “Traditional Knowledge: A New Challenge in Patents” (January 8, 2012) <<https://ssrn.com/abstract=1981642> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1981642>> accessed 23th June 2023.

^{๒๒} Ibid.

ให้มากขึ้น และให้ยอมเปิดเผยความลับของงานดังกล่าวให้รัฐทราบเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่วงการที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อสิ้นสุดการคุ้มครอง สาธารณชนย่อมได้รับประโยชน์และนำไปใช้ได้โดยเสรี เหตุที่อินเดียเริ่มต้นได้เร็วกว่าประเทศอื่น ๆ ในภูมิภาคเอเชียเป็นเพราะได้รับอิทธิพลจากอังกฤษที่เป็นเจ้าอาณานิคม โดยอังกฤษมีพระราชบัญญัติสิทธิบัตรในช่วงปี ค.ศ. ๑๘๕๒^{๒๓} ในยุคเริ่มแรกอินเดียได้รวมกฎหมายสิทธิบัตรการประดิษฐ์เอาไว้ในฉบับเดียวกันกับกฎหมายการออกแบบ เรียกว่า Indian Patents and Designs Act 1911 และภายหลังที่อินเดียได้รับเอกราชจากอังกฤษ รัฐบาลจึงได้ปรับปรุงกฎหมายสิทธิบัตรในช่วงปี ค.ศ. ๑๙๕๐ เพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการในการพัฒนาประเทศอย่างแท้จริง โดยประกาศใช้รัฐบัญญัติสิทธิบัตร ค.ศ. ๑๙๗๐ ที่ถือได้ว่าเป็นกฎหมายสิทธิบัตรยุคใหม่หลังได้รับเอกราชของอินเดีย โดยแก้ไขเพิ่มเติมครั้งแรกในปี ค.ศ. ๑๙๙๙ ครั้งที่สองในปี ค.ศ. ๒๐๐๒ และครั้งที่สามในปี ค.ศ. ๒๐๐๕ นอกจากรัฐบัญญัติสิทธิบัตรแล้ว กฎหมายลำดับรองเป็นกลไกสำคัญที่ทำให้การบังคับใช้กฎหมายแม่บทเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ อินเดียมีกฎหมายลำดับรอง ได้แก่ Patents Rules^{๒๔} โดยฉบับล่าสุดคือ Patents Rules 2003 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อความทันสมัยมาโดยตลอดจนกระทั่งครั้งล่าสุดในปี ค.ศ. ๒๐๒๑

รัฐบัญญัติสิทธิบัตร ค.ศ. ๑๙๗๐ เริ่มจากการกำหนดสิ่งที่ไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ ขั้นตอนการขอรับสิทธิบัตร การประกาศโฆษณาและการตรวจสอบคำขอ (Section 15 กำหนดให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตรได้หากตรวจพบว่าคำขอนั้นไม่ตรงตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ต้องเขียนในคำขอ) การคัดค้านก่อนและหลังออกสิทธิบัตร บทสันนิษฐานเรื่องความใหม่ การรักษาความลับในการประดิษฐ์ การออกสิทธิบัตรและสิทธิที่ได้รับการคุ้มครอง อนุสิทธิบัตร การแก้ไขคำขอ การขอฟื้นฟูสิทธิ การขอเลิกและการเพิกถอนสิทธิบัตร อันเป็นโครงสร้างตามปกติของกฎหมายสิทธิบัตรของนานาประเทศ

โดยที่ทรัพยากรพันธุกรรม (genetic resources) เป็นคนละเรื่องกับภูมิปัญญาท้องถิ่น (traditional knowledge) มีเพียงจุดร่วมคือทั้งสองสิ่งนี้มีกลุ่มคนหรือชุมชนหรือรัฐใดรัฐหนึ่งอ้างความเป็นเจ้าของในลักษณะของ collective rights ดังนั้น ในการศึกษาวិธีการยกกร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสองสิ่งนี้จึงจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจเนื้อหาหรือสิ่งที่จะคุ้มครองโดยแยกจากกัน จะเห็นได้ว่ากฎหมายอินเดียแยกการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรพันธุกรรมอย่างชัดเจน และสิ่งนี้เองที่จะเป็นกุญแจสำคัญในการพิจารณาการร่างกฎหมายสิทธิบัตรของไทยว่าจะมีบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองทั้งสองสิ่งนี้หรือไม่ หากต้องการกำหนดไว้ ควรเขียนอย่างไร อย่างไรก็ดี อาจมีข้อโต้แย้งได้ว่าการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นมาประกอบกับการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อประดิษฐ์งานชิ้นหนึ่งขึ้น ที่เรียกว่า Traditional

^{๒๓} Office of the Controller General of Patents, Designs and Trade Marks, Department for Promotion of Industry and International Trade, “History of Indian Patent System”, <<https://ipindia.gov.in/history-of-indian-patent-system.htm>> accessed 23th June 2023

^{๒๔} The Patents Rules 2003, <https://ipindia.gov.in/writereaddata/Portal/Images/pdf/Indian_Patent_Rules_2003__1_.pdf> accessed 25th June 2023.

Knowledge associated with Genetic Resources ผู้เขียนมิได้ปฏิเสธความจริงในข้อนี้ เพียงแต่ในเบื้องต้นเห็นว่าควรต้องแยกพิจารณาทั้งสองสิ่งนี้ ส่วนจะก้าวหน้าไปถึงขั้นเขียนกฎหมายไทยให้รองรับภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรมด้วยหรือไม่นั้น ยังคงต้องศึกษาต่อไป

๒. ไม่สามารถออกสิทธิบัตรให้แก่การประดิษฐ์ที่นำภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้

อินเดียไม่อนุญาตให้นำภูมิปัญญาท้องถิ่นมาขอรับสิทธิบัตรเนื่องจากขาดคุณสมบัติเรื่องความใหม่ (novelty) เพราะภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นสิ่งที่มาช้านานแล้ว แม้ว่าอาจจะมีใช้เฉพาะท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่ง นักวิชาการบางท่านมีความเห็นว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นจัดเป็นสาธารณสมบัติย่อมไม่มีทางที่จะปล่อยให้เอกชนรายใดรายหนึ่งใช้สิทธิบัตรเป็นเครื่องมืออ้างความเป็นเจ้าของและหวงกั้นการเข้าถึง^{๒๕} แต่ที่ผ่านมามีความผิดพลาดในการออกสิทธิบัตรให้บ่อยครั้ง โดยเป็นการออกสิทธิบัตรให้แก่การประดิษฐ์ที่ได้นำภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ เพราะอินเดียเป็นประเทศที่มีภูมิปัญญาท้องถิ่นจำนวนมากการตรวจสอบจึงเป็นไปได้ยาก จึงเป็นเหตุผลหลักในการปรับปรุงกฎหมายสิทธิบัตรและระบบการตรวจสอบเพื่อให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างมีประสิทธิภาพ เป็นที่น่าสังเกตว่ารัฐบัญญัติสิทธิบัตร ค.ศ. ๑๙๗๐ มิได้กำหนดนิยามของ traditional knowledge เอาไว้ แม้แต่ใน Guideline for Processing Applications relating to Traditional Knowledge and Biological Material^{๒๖} ที่จัดทำโดยสำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาอินเดีย (The Indian Patent Office: IPO) เป็นแนวทางสำคัญในการตรวจสอบสิทธิบัตรว่ามีการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้หรือไม่ ก็มีได้ระบุว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นคืออะไร ในฐานะข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ของประเทศ คือ Traditional Knowledge Digital Library (TKDL)^{๒๗} ก็เป็นการรวบรวมข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นในทางการแพทย์ดั้งเดิมของอินเดีย โดยมีได้มีการกล่าวถึงนิยามของภูมิปัญญาท้องถิ่น สิ่งใดก็ตามที่รัฐเห็นว่าจัดเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นก็จะนำมารวมไว้ในระบบนี้ หากถามว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นในความหมายของกฎหมายสิทธิบัตรอินเดียมีว่าอย่างไรนั้น ย่อมต้องอ้างอิงจากนิยามของ WIPO ซึ่งได้ให้คำจำกัดความเอาไว้ว่าภูมิปัญญาท้องถิ่น คือ องค์ความรู้ ความรู้เกี่ยวกับวิธีการ ทักษะและทางปฏิบัติที่พัฒนาแล้ว มีความยั่งยืนและมีการสืบทอดจากรุ่นสู่รุ่นภายในชุมชน โดยมากแล้วจะเป็นส่วนหนึ่งของอัตลักษณ์ทางวัฒนธรรมหรืออัตลักษณ์ทางจิตวิญญาณ^{๒๘} อนึ่งภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นสามารถพบได้ในหลายบริบทไม่ว่าจะเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นในการเกษตร ในวิทยาศาสตร์ ในทางเทคนิค ในระบบนิเวศ ในทางการแพทย์ และภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีความเชื่อมโยง

^{๒๕} Ahmad, Tabrez and Godhwani, Jaya, “Traditional Knowledge: A New Challenge in Patents”, *supra* note 21, p. 10.

^{๒๖} Office of the Controller General of Patents, Designs and Trademarks, “Guideline for Processing Applications relating to Traditional Knowledge and Biological Material” <https://ipindia.gov.in/writereaddata/Portal/IPOGuidelinesManuals/1_39_1_5-tk-guidelines.pdf> accessed 23th June 2023.

^{๒๗} Council of Scientific and Industrial Research, “Traditional Knowledge Digital Library”, <<https://www.tkdil.res.in/tkdil/langdefault/common/Home.asp?GL=Eng>> accessed 30th June 2023

^{๒๘} WIPO, “Traditional Knowledge”, <<https://www.wipo.int/tk/en/tk/>> accessed 30th June 2023.

กับความหลากหลายทางชีวภาพ อย่างไรก็ตาม ฟังตระหนักว่าในปัจจุบันนิยามดังกล่าวยังมิได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการในระดับระหว่างประเทศ เนื่องจากที่ประชุม WIPO IGC ยังไม่บรรลุข้อตกลงใด ๆ ในร่างความตกลงระหว่างประเทศที่อยู่ระหว่างการเจรจา

ขอยกตัวอย่างภูมิปัญญาการแพทย์แผนโบราณหรือแผนดั้งเดิม^{๒๙} ที่เรียกว่า “อายุรเวท (Ayurveda)” เป็นการแพทย์ที่เก่าแก่ที่สุด และในกลุ่มการแพทย์ดั้งเดิมนั้นกลุ่มแพทย์อายุรเวทมีจำนวนมากที่สุด ผู้เขียนคงต้องกล่าวถึงรายละเอียดของอายุรเวทตามสมควร เพื่อให้เข้าใจว่าเหตุใดอินเดียจึงจัดให้อายุรเวทเป็นหนึ่งในภูมิปัญญาท้องถิ่นที่จะต้องคุ้มครอง การที่อินเดียสามารถกำหนดวัตถุประสงค์คุ้มครองผ่านนิยามและบ่งชี้ได้อย่างชัดเจนว่าสิ่งใดบ้างที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นของอินเดีย ย่อมทำให้การคุ้มครองเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และความชัดเจนนี้ย่อมส่งผลต่อเอกชนผู้จะขอรับสิทธิบัตร และเป็นสิ่งที่ไทยจะต้องเผชิญเมื่อต้องกำหนดว่าความรู้ในลักษณะใดที่จัดเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่น กล่าวได้ว่ากฎหมายอินเดียเป็นตัวอย่างที่ดีในแง่ของความมั่นคงทางกฎหมาย (legal certainty) อายุรเวทเน้นการบำบัดโดยวิถีธรรมชาติ การฝึกโยคะ การฝึกลมหายใจ เนื่องจากมีวิธีการบำบัดรักษาที่หลากหลาย อาทิ การขับพิษทางเหงื่อ การสวนล้างจมูก การสวนล้างทวาร การทำให้อาเจียน การขับเลือดพิษ จึงเป็นที่นิยมมากในอินเดีย^{๓๐} และด้วยเหตุที่อายุรเวทเป็นการบำบัดและรักษาอย่างเป็นระบบ มีทฤษฎีรองรับและสืบทอดมานานกว่า ๔,๐๐๐ ปี อินเดียจึงจำเป็นต้องคุ้มครองการนำภูมิปัญญาเก่าแก่ของชาติไปใช้ในงานที่จะขอรับสิทธิบัตรอย่างเข้มงวด เพราะเป็นการนำเอาสมบัติของชาติหรือของชุมชนท้องถิ่นไปใช้ผสมผสานในงานที่ขอรับสิทธิบัตรและอ้างสิทธิความเป็นเจ้าของโดยเอกชน หากรัฐปล่อยปละละเลย ผลคือเอกชนผู้ทรงสิทธิบัตรนั้นย่อมมีสิทธิหวงกัณภูมิปัญญาดังกล่าว สามารถใช้แสวงประโยชน์เชิงพาณิชย์หรืออุตสาหกรรมการผลิตยาที่มีผลกำไรมหาศาล แต่รัฐหรือชุมชนท้องถิ่นกลับไม่ได้ผลตอบแทนใดเลย

ตัวอย่างของสิ่งที่อินเดียถือว่าเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่น (ควรต้องเรียกว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรม) อีกตัวอย่างที่น่าสนใจ คือ สะเดาหรือ Neem (*Azadirachta indica*) โดยอินเดียอ้างสิทธิในพืชสะเดาและน้ำมันจากเมล็ดสะเดาว่าปรากฏในบันทึกยาแผนโบราณของ

^{๒๙} การแพทย์แผนโบราณของอินเดียนั้นสามารถจำแนกได้ถึง ๖ ระบบ ได้แก่ อายุรเวท (Ayurveda) โยคะและธรรมชาติบำบัด (Yoga and Naturopathy) ยูนาณี (Unani) สิทธา (Siddha) และโฮมีโอพาที (Homeopathy) ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของกรมอายุศ (AYUSH) กระทรวงสาธารณสุข โปรดดูเพิ่มเติม วิชัย โชควิวัฒน์, “ไปดูการแพทย์แผนเดิมที่อินเดีย”, (๒๕๕๔) ๑ วารสารการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก, ๑ – ๒.

^{๓๐} อายุรเวทมีที่มาจากศาสนาฮินดู ถือเป็นสาขาหนึ่งของพระเวทซึ่งมีมานานกว่า ๔,๐๐๐ ปี ให้ความสำคัญกับความสมดุลของร่างกายมนุษย์ เชื่อว่าทุกสิ่งในร่างกายสามารถเคลื่อนที่ได้ เรียกว่าพลังปราณ หรือพลังชีวิต การรักษาด้วยวิธีการทางอายุรเวทจะต้องจำแนกกลุ่มของโรคก่อน โดยมีการรักษา ๒ แนวทาง คือ รักษาทางกาย (mantra) และรักษาทางจิตใจ (yantra) มีการใช้สมุนไพรร่วมด้วยเพื่อรักษาโรคทางกาย โปรดดูเพิ่มเติม เฉลียว ปิยะชน, *อายุรเวท ศาสตร์แห่งชีวิต*, (พิมพ์ครั้งที่ ๒ สถาบันการแพทย์แผนไทย กระทรวงสาธารณสุข โรงพิมพ์องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึก ๒๕๓๗)

อินเดียมากกว่า ๒,๐๐๐ ปี^{๓๑} สามารถใช้เป็นส่วนผสมเพื่อรักษาเส้นผม หนังศีรษะ เหงือกและฟันได้ ดังนั้น ผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนผสมของสะเดาจึงไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรในอินเดียได้ เป็นเรื่องที่น่าสนใจ เพราะในปี ค.ศ. ๑๙๙๔ สำนักงานสิทธิบัตรยุโรป (European Patent Office: EPO) ได้ออกสิทธิบัตรสูตรยาต้านเชื้อราที่มีส่วนผสมของน้ำมันสะเดาให้แก่บริษัทผลิตยาอเมริกันและ US Department of Agriculture (USDA) เพื่อนำไปใช้ทางการเกษตร^{๓๒} และอินเดียยื่นคำร้องขอให้ EPO ตรวจสอบและเพิกถอนสิทธิบัตรดังกล่าว หลังจากต่อสู้ด้วยพยานหลักฐานเป็นเวลานาน ในปี ค.ศ. ๒๐๐๐ EPO ก็ยอมเพิกถอนสิทธิบัตรดังกล่าวไปในที่สุด^{๓๓}

เมื่อพิจารณากฎหมายสิทธิบัตรของอินเดียเห็นได้ว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นจัดเป็นสาธารณสมบัติ (public domain) อย่างหนึ่ง การนำภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ในการประดิษฐ์เพื่อขอรับสิทธิบัตรนั้นไม่อาจทำได้ตาม Section 2 (1)(i)^{๓๔} และเมื่อพิจารณาเกณฑ์อื่น ๆ ที่กฎหมายกำหนด พบว่าจะไม่ผ่านเกณฑ์ความใหม่ รวมถึงเกณฑ์ขั้นสูงของการประดิษฐ์ เพราะผู้ประดิษฐ์ใช้กรรมวิธีที่มีอยู่แล้วและรู้กันอยู่ทั่วไปมาประดิษฐ์สิ่งของดังกล่าว นอกจากนี้ใน Section 3 กำหนดสิ่งที่ไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้^{๓๕} อาทิ วิธีรักษาโรค กรรมวิธีเพาะปลูก พืช สัตว์ เมล็ดพันธุ์พืช ขั้นตอนการเพาะพันธุ์ การประดิษฐ์ที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่น

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างเข้มงวดตามแนวทางของอินเดีย ผู้เขียนมีความเห็นในอีกแง่มุมหนึ่งว่า การห้ามนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ในการขอรับสิทธิบัตรโดยให้เหตุผลว่าหากให้นำไปใช้ได้เอกชนที่เป็นผู้ทรงสิทธิบัตรย่อมสามารถผูกขาดภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นในระยะเวลาหนึ่งซึ่งยาวนานพอสมควรตามอายุสิทธิบัตร ดังนั้น จึงไม่ควรให้ใครคนใดคนหนึ่งผูกขาดการใช้ หมายความว่า การนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ในสิ่งประดิษฐ์หรือสูตรยาเพื่อแสวงประโยชน์

^{๓๑} Sonal Sodhani, Khurana and Khurana Advocates and IP Attorneys, India: Traditional Knowledge And Patents, 30 May 2019, <https://www.mondaq.com/india/patent/810280/traditional-knowledge-and-patents#_edn2> accessed 1st July 2023.

^{๓๒} Times of India, “India wins neem patent”, 1st April 2005, <http://timesofindia.indiatimes.com/articleshow/1067104.cms?utm_source=contentofinterest&utm_medium=text&utm_campaign=cppst> accessed 1st July 2023.

^{๓๓} Ahmad, Tabrez and Godhwani, Jaya, “Traditional Knowledge: A New Challenge in Patents”, *supra* note 21, p. 12-13. บทความนี้ได้ยกตัวอย่างกรณีศึกษาที่น่าสนใจอีกหลายกรณีที่รัฐบาลอินเดียต้องยื่นคัดค้านการออกสิทธิบัตรให้กับภูมิปัญญาท้องถิ่นของอินเดีย; โปรดดู Chakravarthi Raghavan, “Neem Patent revoked by European Patent Office”, <<https://twm.my/title/revoked.htm#:~:text=NEEM%20PATENT%20REVOKED%20BY%20EUROPEAN%20PATENT%20OFFICE&text=Geneva%2C%2011%20May%202000%20%2D%2D,the%20Indian%20medicinal%20tree%2C%20Neem.>> accessed 1st July 2023.

^{๓๔} โปรดดู Patents Act 1970 Section 2 Definitions and interpretation (i) “new invention”

^{๓๕} โปรดดู Patents Act 1970 Section 3 What are not inventions

(p) an invention which in effect, is traditional knowledge or which is an aggregation or duplication of known properties of traditionally known component or components.

ทางการค้าโดยไม่ขอรับสิทธิบัตรนั้นสามารถทำได้โดยเสรี ไม่จำเป็นต้องเปิดเผยแหล่งที่มา ไม่ต้องแบ่งปันผลประโยชน์ให้ชุมชนหรือประเทศใดเพราะเป็นสาธารณสมบัติทั้ง ๆ ที่ภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นมีที่มาจากถิ่นหรือประเทศหนึ่ง ๆ คำถามคือตกลงแล้วอินเดียมีแนวคิดที่ว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็น common heritage of mankind ใช่หรือไม่ การปฏิบัติต่อภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยคุ้มครองแบบเด็ดขาดเช่นที่อินเดียใช้อยู่จะเกิดประโยชน์กับชุมชนท้องถิ่นรวมถึงประเทศเจ้าของภูมิปัญญานั้นจริงหรือไม่ เนื่องจากคนที้นำไปใช้อาจเป็นคนต่างชาติ นำไปผลิตและจำหน่ายในประเทศอื่นก็ได้เช่นกัน จะเป็นการเหมาะสมกว่าหรือไม่ที่จะให้นำไปใช้ได้แต่คุ้มครองโดยกำหนดหน้าที่ให้ต้องเปิดเผยแหล่งที่มาและต้องได้รับอนุญาตจากชุมชนหรือประเทศดังกล่าวก่อนนำไปใช้ และต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ ในเรื่องนี้คงต้องขึ้นอยู่กับความประสงค์ที่จะให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของแต่ละประเทศว่าต้องการคุ้มครองเข้มงวดในระดับใด ผู้ร่างกฎหมายไทยย่อมต้องคำนึงถึงประเด็นนี้ด้วย

๓. การนำทรัพยากรพันธุกรรมมาใช้ต้องได้รับอนุญาต

เป็นความแตกต่างประการสำคัญเมื่อเทียบกับการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ โดยสิ่งประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรที่มีการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายอีกฉบับ ได้แก่ รัฐบัญญัติความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. ๒๐๐๒ (Biological Diversity Act 2002) โดยใน Section 6 (1)^{๓๖} กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าห้ามบุคคลใดยื่นจดทะเบียนทรัพย์สินทางปัญญาไม่ว่าประเภทใดก็ตาม ทั้งในและนอกประเทศอินเดีย สำหรับการประดิษฐ์ที่มีการใช้การวิจัยหรือข้อมูลเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศอินเดียโดยไม่ได้รับอนุญาตจากหน่วยงานผู้รับผิดชอบก่อนที่ยื่นขอจดทะเบียน กรณีการขอรับสิทธิบัตร ผู้ขอต้องได้รับอนุญาตจาก National Biodiversity Authority ก่อนที่สำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาจะมีคำสั่งรับจดทะเบียน โดยกำหนดให้ National Biodiversity Authority ต้องพิจารณาว่าจะอนุญาตหรือไม่อนุญาตภายใน ๙๐ วันนับจากวันได้รับคำร้องให้ตรวจสอบ ซึ่งในรัฐบัญญัติสิทธิบัตร ค.ศ. ๑๙๗๐ ก็ได้กำหนดให้สอดรับกันไว้ให้เป็นหน้าที่ของผู้ขอรับสิทธิบัตรที่จะต้องกรอกข้อมูลในหนังสือรับรองที่ปรากฏในเอกสารแนบท้าย Patent Rules 2003 เพื่อประกอบการยื่นคำขอรับสิทธิบัตร โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับการรับรองว่าสิ่งประดิษฐ์ที่นำมายื่นขอรับสิทธิบัตรนั้นได้เปิดเผยข้อมูลการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศอินเดีย และได้รับอนุญาตจากหน่วยงานผู้มีอำนาจแล้วโดยได้แนบเอกสารการอนุญาตดังกล่าวมาพร้อมกันหรือจะส่งเอกสารอนุญาตในภายหลัง ก่อนที่จะมีคำสั่งรับจดสิทธิบัตร (เอกสาร Form-1)

^{๓๖} โปรดดู Chapter II Regulation of Access to Biological Diversity

(1) No person shall apply for any intellectual property right, by whatever name called, in or outside India for any invention based on any research or information on a biological resource obtained from India without obtaining the previous approval of the National Biodiversity Authority before making such application (...)

๔. การตรวจสอบและคัดกรองการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรพันธุกรรมมาใช้

ส่วนงานที่รับผิดชอบตรวจสอบการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรพันธุกรรมมาใช้ ได้แก่ Receipt, EDP, Classification and Screening Section (RECS) เป็นส่วนงานที่อยู่ในสำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาของอินเดีย ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. ๒๐๐๙ เพื่อทำหน้าที่ในการตรวจสอบ คัดแยก และกลั่นกรองคำขอรับสิทธิบัตรทั้งหมดที่ยื่นต่อสำนักงานทรัพย์สินทางปัญญา นอกจากการตรวจสอบคำขอตามปกติแล้ว ยังมีการตรวจสอบว่างานที่นำมาขอรับสิทธิบัตรนั้นมีส่วนประกอบหรือการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมหรือใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นของอินเดียหรือไม่^{๓๓๗} เพราะที่ผ่านมาอินเดียประสบปัญหาการออกสิทธิบัตรให้ด้วยความผิดพลาดของเจ้าหน้าที่และนำไปสู่การเพิกถอนสิทธิบัตรที่มีการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นจำนวนมาก และยังเกิดความลักลั่นระหว่างผู้ตรวจสอบด้วยกัน^{๓๓๘} ทำให้เกิดแนวคิดในการก่อตั้งส่วนงานที่รับผิดชอบเรื่องนี้โดยตรงเอาไว้ในสำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อลดความผิดพลาดที่จะสร้างความเดือดร้อนให้แก่เอกชนผู้ขอรับสิทธิบัตร

๔.๑ มาตรการที่นำมาใช้ในกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย

อินเดียมีนโยบายป้องกันและปราบปรามผู้ละเมิดกฎหมายในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน เนื่องจากเห็นว่าการกระทำที่ถือเป็นโจรสลัดชีวภาพ (Bio-Piracy) และโจรสลัดภูมิปัญญาท้องถิ่น (TK-Piracy) นั้นเป็นสิ่งที่รัฐไม่อาจยอมรับได้ ความจริงจิงของรัฐบาลจึงสะท้อนออกมาในการร่างกฎหมาย ดังที่จะได้กล่าวต่อไป

๔.๑.๑ มาตรการตามกฎหมายสิทธิบัตร

การนำทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้โดยไม่เปิดเผยข้อมูลแหล่งที่มาอันอาจนำไปสู่การคัดค้านได้ โดยกฎหมายอินเดียเปิดให้คัดค้านได้สองช่วงเวลาก็คือ (๑) คัดค้านก่อนการรับจดทะเบียน และ (๒) คัดค้านหลังการออกสิทธิบัตร โดยสรุปได้ดังนี้

(๑) การคัดค้านก่อนการรับจดทะเบียน

Section 25 (1)^{๓๓๙} เมื่อประกาศโฆษณาคำขอรับสิทธิบัตรแล้ว ก่อนที่จะมีการออกสิทธิบัตรให้ บุคคลใดก็ได้สามารถยื่นคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตรนั้นเป็นหนังสือโดยอาศัยเหตุดังต่อไปนี้ ข้อ (f) เนื่องจากสิ่งประดิษฐ์หรือกรรมวิธีนั้นมีใช้การประดิษฐ์ในความหมายของกฎหมายนี้ หรือเป็นสิ่งที่ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ หรือ ข้อ (j) คำขอรับสิทธิบัตรนั้นมีได้เปิดเผยข้อมูลหรืออ้างแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและแหล่งภูมิศาสตร์ดั้งเดิมของทรัพยากรพันธุกรรมที่ใช้ในการประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรนั้นผิด หรือข้อ (k) สิ่งประดิษฐ์นั้น เมื่อพิจารณาจากข้อถือสิทธิและรายละเอียด

^{๓๓๗} Controller General of Patents, Designs & Trademarks, Circular No.13 of 2009, <https://ipindia.gov.in/writereaddata/Portal/IPOGuidelinesManuals/1_75_1_PatentOfficeProcedure_2009_Amended_2013.pdf> accessed 25th June 2023.

^{๓๓๘} Office of the Controller General of Patents, Designs and Trademarks, “Guideline for Processing Applications relating to Traditional Knowledge and Biological Material”, *supra* note 26, p. 1.

^{๓๓๙} โปรดดู Patents Act 1970 Section 25 Opposition to the patent (1)

ที่พรรณนาในคำขอพบว่าน่าจะใช้ภูมิปัญญาหรือองค์ความรู้ที่เป็นของท้องถิ่นหรือชุมชนพื้นเมืองของอินเดียหรือของประเทศอื่น ทรัพยากร ไม่ว่าองค์ความรู้นั้นจะอยู่ในรูปแบบของวาจาหรือรูปแบบอื่น (น่าจะหมายถึงองค์ความรู้ที่ถ่ายทอดผ่านวาจาโดยมิได้มีการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร) ทั้งนี้ เปิดโอกาสให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรสามารถยื่นหลักฐานเพิ่มเติมเพื่อประกอบการชี้แจงต่อหน่วยงานรับจดสิทธิบัตรได้

(๒) คัดค้านหลังการออกสิทธิบัตร

กำหนดขั้นตอนนี้ไว้ใน Section 25 (2)^{๔๐} ว่า ในเวลาใด ๆ หลังการออกสิทธิบัตรแล้ว แต่ก่อนที่จะพ้นระยะเวลา ๑ ปีนับจากวันประกาศโฆษณาคำสั่งรับจดสิทธิบัตร บุคคลผู้มีส่วนได้เสียสามารถยื่นคำคัดค้านต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยอาศัยเหตุดังต่อไปนี้ ข้อ (f) เนื่องจากสิ่งประดิษฐ์หรือกรรมวิธีนั้นมีใช้การประดิษฐ์ในความหมายของกฎหมายนี้ หรือเป็นสิ่งที่ไม่าจขอรับสิทธิบัตรได้ หรือ ข้อ (j) คำขอรับสิทธิบัตรนั้นมีได้เปิดเผยข้อมูล หรืออ้างแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและแหล่งภูมิศาสตร์ดั้งเดิมของทรัพยากรพันธุกรรมที่ใช้ในการประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรนั้นผิด หรือ ข้อ (k) สิ่งประดิษฐ์นั้น เมื่อพิจารณาจากข้อถือสิทธิและรายละเอียดที่พรรณนาในคำขอพบว่าน่าจะใช้ภูมิปัญญาหรือองค์ความรู้ที่เป็นของท้องถิ่นหรือชุมชนพื้นเมืองของอินเดียหรือของประเทศอื่น ทรัพยากร ไม่ว่าองค์ความรู้นั้นจะอยู่ในรูปแบบของวาจาหรือรูปแบบอื่น (น่าจะหมายถึงองค์ความรู้ที่ถ่ายทอดผ่านวาจาโดยมิได้มีการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร) ทั้งนี้ ในมาตราเดียวกันนี้ได้กำหนดขั้นตอนต่อไปด้วยว่าหากเป็นกรณีการคัดค้านตาม Section 25 (2) ให้เจ้าหน้าที่แจ้งไปยังผู้ทรงสิทธิบัตร เนื่องจากต้องเข้าสู่กระบวนการตรวจสอบของคณะกรรมการตรวจสอบการคัดค้าน (the Opposition Board) โดยใน Section 25 (4)^{๔๑} กำหนดว่าเมื่อรับฟังคำชี้แจงจากผู้ทรงสิทธิบัตรแล้ว เจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งดังนี้ ๑) สั่งให้ใช้สิทธิบัตรนั้นต่อไป คือสั่งยกคำคัดค้าน หรือ ๒) สั่งให้ผู้ทรงสิทธิบัตรแก้ไข เมื่อพิจารณาจาก Section 25 (6) ประกอบกัน จะหมายถึงสั่งให้แก้ไขข้อถือสิทธิบางข้อที่ตรงตามคำคัดค้านออก หรือ ๓) สั่งเพิกถอนสิทธิบัตรนั้น

๔.๑.๒ มาตราการตามกฎหมายว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่าการนำทรัพยากรพันธุกรรมมาใช้ในการประดิษฐ์ที่จะขอรับสิทธิบัตรนั้นมีขั้นตอนอย่างไร ผลที่จะเกิดขึ้นหากไม่ปฏิบัติตามถูกกำหนดไว้ในรัฐบัญญัติความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. ๒๐๐๒ โดยกำหนดโทษอาญาเอาไว้ใน Section 55 (1)^{๔๒} คือ โทษจำคุกชั้นสูง ๕ ปี หรือโทษปรับ ๑,๐๐๐,๐๐๐ รูปี (ประมาณ ๔๒๙,๙๕๘ บาท) หากความเสียหายที่เกิดจากการฝ่าฝืนนั้นคำนวณแล้วเกินกว่าค่าปรับ ๑,๐๐๐,๐๐๐ รูปี การกำหนดค่าปรับต้องได้สัดส่วนกับความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยสามารถแบ่งการกระทำที่ถือเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายที่จะต้องโทษตามที่กำหนดไว้ในมาตรานี้เอาไว้ ๓ กรณีด้วยกัน ได้แก่

^{๔๐} โปรดดู Patents Act 1970 Section 25 Opposition to the patent (2) (f) (j) (k) .

^{๔๑} โปรดดู Patents Act 1970 Section 25 (4)

^{๔๒} โปรดดู Biological Diversity Act 2002 Section 55 Penalties (1)

๑) กรณีของบุคคลใดที่ละเมิดหรือพยายามละเมิดบทบัญญัติ Section 3 คือ ได้มาซึ่งทรัพยากรชีวภาพที่เป็นของประเทศอินเดียหรือได้มาซึ่งองค์ความรู้ที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรชีวภาพ (knowledge associated) ไปใช้ในการวิจัยหรือใช้ในทางการค้า หรือใช้เพื่อสำรวจทางชีววิทยาและใช้ประโยชน์ทางชีววิทยา โดยมีได้รับอนุญาตจากสำนักงานความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติ (National Biodiversity Authority) อย่างถูกต้อง ซึ่งบุคคลที่ต้องขออนุญาตก่อนนำไปใช้ ได้แก่ คนต่างชาติ หรือพลเมืองของอินเดียแต่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศอินเดียตามที่กำหนดไว้ใน Income-tax Act 1961 หรือนิติบุคคลที่มีได้จดทะเบียนในอินเดียหรือจดทะเบียนตามกฎหมายอินเดียแต่ไม่มีคนชาติอินเดียเป็นผู้ถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนหรือมีอำนาจบริหารจัดการ

๒) ละเมิดบทบัญญัติ Section 4 คือ ส่งผ่านข้อมูลผลการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพที่เกิดขึ้นหรือที่ได้มาจากประเทศอินเดียเพื่อแลกเปลี่ยนกับเงินหรือผลประโยชน์อื่นใด โดยมีได้รับอนุญาตจากสำนักงานความหลากหลายทางชีวภาพก่อน

๓) ละเมิดบทบัญญัติ Section 6 คือ บุคคลใดนำสิ่งประดิษฐ์หรืองานอย่างใด ๆ ไปขอรับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา (intellectual property right) ไม่ว่าภายในอินเดียหรือต่างประเทศ โดยที่งานดังกล่าวมีส่วนประกอบหรือมีการใช้ข้อมูลหรือผลการวิจัยเกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพที่ได้จากประเทศอินเดีย ทั้งนี้ โดยมีได้รับอนุญาตจากสำนักงานความหลากหลายทางชีวภาพก่อนที่จะยื่นคำขอคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานั้นก่อนนำไปใช้

ฐานข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นของอินเดีย

เห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศอินเดียนั้นมีความเข้มงวด มีบทกำหนดโทษที่ค่อนข้างรุนแรง คงเป็นเพราะอินเดียให้ความสำคัญกับการปกป้องคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศ นอกจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีสภาพบังคับได้จริงแล้ว กลไกสำคัญที่ทำให้กรรมทรัพย์สินทางปัญญาของอินเดียสามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ คือ ระบบฐานข้อมูล หรือ Traditional Knowledge Digital Library^{๔๓} หรือ TKDL เป็นฐานข้อมูลที่สร้างโดยรัฐบาล อยู่ในความรับผิดชอบของคณะกรรมการวิจัยทางวิทยาศาสตร์และอุตสาหกรรม อินเดียให้ความสำคัญกับการจัดทำและปรับปรุงข้อมูลให้ทันสมัยอยู่เสมอเพราะในช่วงปี ค.ศ. ๒๐๐๕ สำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาตรวจพบว่าการนำภูมิปัญญาการแพทย์ดั้งเดิมของอินเดียไปขอรับสิทธิบัตรในหลายประเทศกว่า ๒,๐๐๐ สิทธิบัตร ทำให้จำเป็นต้องเผยแพร่ข้อมูลในหลายภาษา ได้แก่ อังกฤษ ฝรั่งเศส สเปน ญี่ปุ่น และเยอรมัน เพื่อที่จะให้หน่วยงานตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรของต่างประเทศสามารถตรวจสอบข้อมูลได้ว่าการนำทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นของอินเดียมาใช้หรือ

^{๔๓} Council of Scientific and Industrial Research, Traditional Knowledge Digital Library, <<https://www.tkdil.res.in/tkdil/langdefault/common/Home.asp?GL=Eng>> สามารถทดลองสืบค้นแบบพื้นฐานได้โดยการพิมพ์ชื่อพืชหรือชื่อภูมิปัญญาท้องถิ่นของอินเดียที่ทราบ จากนั้นจะปรากฏข้อมูลเป็นชื่อทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง หมายความว่า พืชหรือสารประกอบ สารสกัด หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นเป็นงานที่ปรากฏอยู่แล้ว (prior art) ย่อมไม่สามารถนำมาใช้ในการประดิษฐ์เพื่อขอรับสิทธิบัตรได้

ไม่เป็นการป้องกันการออกสิทธิบัตรโดยผิดพลาด โดยในกรณีของสิทธิบัตร TKDL เป็นระบบฐานข้อมูล ที่ผู้ตรวจสอบจะต้องนำมาใช้ทุกครั้งในการจำแนกคำขอรับสิทธิบัตรว่ามีส่วนประกอบของภูมิปัญญา ท้องถิ่นหรือทรัพยากรพันธุกรรมหรือไม่ โดยขั้นตอนการตรวจสอบจะเป็นไปตามที่กำหนดไว้ใน Guideline for Processing Applications relating to Traditional Knowledge and Biological Material^{๔๔} โดยในฐานข้อมูลจะแบ่งชั้นการสืบค้นเอาไว้ ๓ ระดับ ได้แก่ ระดับพื้นฐาน ระดับกลาง และ ระดับสูง เพื่อคุ้มครองข้อมูลสำคัญของชาติ โดยไม่ต้องกังวลว่าบรรดาเอกชนนักประดิษฐ์ชาวต่างชาติ จะสามารถเข้ามาสืบค้นและขโมยองค์ความรู้ที่อยู่ในฐานข้อมูลของอินเดียไปใช้เพื่อการประดิษฐ์หรือ การใช้สอยได้โดยง่าย (เป็นไปได้ว่าจะมีผู้ประกอบการทั่วไปที่ต้องการองค์ความรู้ไปใช้กับผลิตภัณฑ์ ของตน แต่ไม่ได้จะนำผลิตภัณฑ์นั้นมาขอรับสิทธิบัตรแต่อย่างใด) ด้วยระบบในลักษณะนี้ทำให้ การเข้าถึงข้อมูลชั้นสูงจะทำได้ก็ต่อเมื่อเป็นผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรของรัฐที่ได้รับอนุญาตให้เข้าถึง ข้อมูลเท่านั้น

ฐานข้อมูลทรัพยากรพันธุกรรมของอินเดีย

อินเดียมีระบบฐานข้อมูลทรัพยากรพันธุกรรมที่แบ่งเป็นกลุ่มทรัพยากรจัดทำโดย รัฐบาล แบ่งเป็นทรัพยากรพันธุกรรมแมลง^{๔๕} ซึ่งรวบรวมข้อมูลอย่างกว้างของสัตว์ จุลินทรีย์ แมลง ทรัพยากรพันธุกรรมพืช^{๔๖} ทรัพยากรพันธุกรรมสัตว์น้ำ^{๔๗} มีลักษณะเป็น Web Portal สืบค้นแบบ simple search หรือ advanced search ได้

◆ สวิตเซอร์แลนด์

กฎหมายสิทธิบัตรสวิสมีความน่าสนใจสำหรับการใช้ศึกษาเปรียบเทียบในประเด็น การนำทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ในการขอรับสิทธิบัตร เนื่องจากเป็นประเทศที่มี ทั้งทรัพยากรพันธุกรรมจำนวนมาก และเป็นประเทศเก่าแก่ที่มีการสืบทอดภูมิปัญญาท้องถิ่นจากรุ่นสู่รุ่น ที่สำคัญเป็นประเทศใจกลางทวีปยุโรปที่มีใช้รัฐสมาชิกสหภาพยุโรป จึงมีความเป็นอิสระในการกำหนด นิตินโยบายที่จะใช้กับสิทธิบัตร ในขณะเดียวกันสวิตเซอร์แลนด์ก็เป็นภาคีสมาชิกความตกลงระหว่าง ประเทศที่สำคัญในด้านทรัพย์สินทางปัญญาครบทุกฉบับ รวมถึงการให้สัตยาบัน CBD ในปี ค.ศ. ๑๙๙๔ และให้สัตยาบันต่อพิธีสารนาโงยาในปี ค.ศ. ๒๐๑๔ กฎหมายสิทธิบัตรสวิสจึงได้มาตรฐานตามที่ WTO

^{๔๔} Office of the Controller General of Patents, Designs and Trademarks, “Guideline for Processing Applications relating to Traditional Knowledge and Biological Material”, *supra* note 26.

^{๔๕} National Bureau of Agricultural Insect Resources, “Genetic Resources” <<https://www.nbair.res.in/genetic-resources>> accessed 25th June 2023.

^{๔๖} National Bureau of Plant Genetic Resources, “PGR Database”, <http://www.nbpgr.ernet.in/PGR_Databases.aspx> accessed 25th June 2023.

^{๔๗} Aquatic Genetic Resource Information System of India <<https://aqgrisi.nbfgr.res.in/#/>> accessed 25th June 2023.

กำหนด ประกอบกับเป็นประเทศที่ได้รับการรับรองว่ามีการพัฒนาของวิสาหกิจในอันดับต้น ๆ ของโลก^{๔๘} ดังนั้น การศึกษากฎหมายสิทธิบัตรสวิสจึงมีประโยชน์ต่อประเทศไทยในการตัดสินใจว่าจะจัดการกับคำขอรับสิทธิบัตรที่มีการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นด้วยวิธีการอย่างไร

๑. โครงสร้างของกฎหมายสิทธิบัตร

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ได้แก่ Loi fédérale sur les brevets d'invention^{๔๙} หรือ LBI ใช้บังคับมาตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๕๔ และแก้ไขเพิ่มเติมครั้งสำคัญในปี ค.ศ. ๒๐๑๙ เพื่อให้สอดคล้องกับความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นมาตรฐาน อาทิ เรื่องกระบวนการคัดค้าน ยกเลิก การตรวจสอบเนื้อหา (content) ของผลิตภัณฑ์หรือประโยชน์ (utility model) ที่เทียบเคียงได้กับอนุสิทธิบัตร (petty patent) เมื่อพิจารณาโครงสร้างของกฎหมายพบว่าไม่ได้มีนิยามศัพท์เอาไว้ โดยบททั่วไปของรัฐธรรมนูญสิทธิบัตรเริ่มจากการกำหนดเงื่อนไขของสิ่งที่จะนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ รวมถึงสิ่งที่ต้องห้ามขอรับสิทธิบัตร ขั้นตอนการขอรับสิทธิบัตร การพิจารณาความใหม่ การประกาศโฆษณา ผลของสิทธิบัตร วันยื่นคำขอครั้งแรก การขอแก้ไขสิทธิบัตร ความเป็นโมฆะของสิทธิบัตร การให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตร การเวนคืน/เพิกถอนสิทธิบัตร การโอนสิทธิบัตร การบังคับใช้สิทธิในกรณีต่าง ๆ คำขอและรายละเอียดที่ต้องระบุในคำขอรับสิทธิบัตร การต่ออายุและค่าธรรมเนียม จากนั้นเป็นส่วนของการยื่นคำขอสิทธิบัตรยุโรป (European Patent) ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิบัตรสวิสและสิทธิบัตรยุโรป คำขอ PCT แต่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทความนี้อันได้แก่เรื่องทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น เมื่อพิจารณาจากมาตราเฉพาะได้แก่ Article 49a ของ LBI ไม่ปรากฏว่านิยามศัพท์ที่จำเป็นไว้ คำถามที่เกิดขึ้นคือจะทราบได้อย่างไรว่าทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นในกฎหมายสิทธิบัตรสวิสหมายความว่าอย่างไร ในเรื่องนี้ ผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปในข้อ ๒

ความน่าสนใจประการหนึ่งของกฎหมายสวิสที่ผู้เขียนประสงค์จะกล่าวถึงคือการยื่นขอรับสิทธิบัตรของสวิสแบ่งได้สามช่องทาง กล่าวคือ ๑) European Application สามารถยื่นผ่าน EPO ได้ หรือ ๒) คำขอภายในประเทศ โดยยื่นต่อ l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI) คือ สำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาสวิสก็ได้ หรือ ๓) คำขอระหว่างประเทศ PCT หากยื่นผ่าน EPO ผู้รับบทบาทตรวจสอบคำขอเต็มรูปแบบ (completed examination) ที่รวมถึงความใหม่และขั้นการประดิษฐ์ ได้แก่ EPO และเมื่อ EPO ออกสิทธิบัตร European Patent ให้แล้ว การขอรับความคุ้มครองในสวิสก็จะมีขั้นตอนเพียงแค่อำนาจให้ IPI ตรวจสอบคุณสมบัติอื่น ๆ ได้แก่ ลักษณะทางเทคนิค ความชัดเจนของรายละเอียดที่ขอ โดยไม่ตรวจสอบความใหม่หรือขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นอีก ด้วยความสะดวกรวดเร็วเช่นนี้ทำให้นักประดิษฐ์นิยมยื่นคำขอรับสิทธิบัตรจาก EPO มากกว่ายื่นคำขอต่อ IPI ทำให้ปริมาณ

^{๔๘} Message relatif à la révision de la loi sur les brevets du 16 novembre 2022 <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/7/fr>> accessed 30th June 2023.

^{๔๙} เนื่องจากเว็บไซต์ของรัฐบาลระบุว่าสวิตเซอร์แลนด์ใช้ภาษาฝรั่งเศสเป็นภาษาราชการ และภาษาอังกฤษเป็นฉบับแปลอย่างไม่เป็นทางการ ผู้เขียนจึงสืบค้นกฎหมายสิทธิบัตรสวิสจากภาษาฝรั่งเศสเป็นหลัก เพื่อให้เข้าถึงถ้อยคำและความหมายที่แท้จริงของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องได้

สิทธิบัตรที่ออกโดย IPI เฉลี่ยแล้วมีเพียง ๗๕๐ สิทธิบัตรต่อปี ในขณะที่ EPO ออกสิทธิบัตรให้ถึงปีละ ๑๒,๐๐๐ สิทธิบัตร และสิทธิบัตรเหล่านี้ก็มีผลคุ้มครองในสวิสได้ตั้งขั้นตอนที่กล่าวมา ซึ่งสิ่งที่เกิดขึ้นนี้ส่งผลกระทบต่อธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมในสวิตเซอร์แลนด์เป็นอย่างมาก^{๕๐} และรัฐบาลกำลังหาทางแก้ไขปัญหานี้อยู่

๒. การนำทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้

๒.๑ หน้าที่ตามกฎหมายสิทธิบัตร เนื่องจากสวิตเซอร์แลนด์ยอมรับการนำทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ในการงานที่จะขอรับสิทธิบัตรซึ่งเป็นจุดที่แตกต่างจากอินเดีย ผู้เขียนจึงจะกล่าวถึงทั้งสองกรณีรวมไว้ในข้อเดียวกันนี้ สวิตเซอร์แลนด์ให้ความสำคัญกับเรื่องการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นมาตั้งแต่ปี ค.ศ. ๒๐๐๓ เห็นได้จากการที่สวิตเซอร์แลนด์ได้เริ่มเสนอแนวทางการคุ้มครองเรื่องนี้ต่อที่ประชุม WIPO IGC เป็นครั้งแรก^{๕๑} และเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติม PCT Rules ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จนกระทั่งสวิตเซอร์แลนด์ได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายสิทธิบัตรในเรื่องนี้ในปี ค.ศ. ๒๐๐๗ โดยกฎหมายสิทธิบัตรสวิสกำหนดหน้าที่ในการเปิดเผยหรือแจ้งแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่นำมาใช้ในการประดิษฐ์ที่จะขอรับสิทธิบัตรเอาไว้ใน Article 49a^{๕๒} กล่าวคือ ในกรณีของภูมิปัญญาของชนพื้นเมืองหรือท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งผู้ประดิษฐ์หรือผู้ยื่นคำขอได้เข้าถึง จะต้องแจ้งแหล่งที่มาของภูมิปัญญาหากสิ่งประดิษฐ์นั้นมีการใช้ความรู้ันโดยตรง

การนำทรัพยากรพันธุกรรมมาใช้ ได้บัญญัติไว้ใน Article 49a para. 1a. โดยกำหนดว่าการยื่นคำขอรับสิทธิบัตร ในคำขอดังกล่าวต้องระบุแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมที่ผู้ประดิษฐ์หรือผู้ยื่นคำขอได้เข้าถึง ซึ่งหน้าที่ต้องแจ้งนี้รวมถึงกรณีที่ได้นำทรัพยากรพันธุกรรมนั้นมาใช้

^{๕๐} Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle, Message relatif à la révision de la loi sur les brevets du 16 novembre 2022, le 5 janvier 2023, <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/7/fr>> accessed 1st July 2023.

^{๕๑} Propositions de la Suisse en ce qui concerne la déclaration de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevet, Cinquième session, Genève, 17-21 novembre 2003, <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/pct/fr/pct_r_wg_5/pct_r_wg_5_11.pdf> accessed 1st July 2023.

^{๕๒} Article 49a

« 1 La demande de brevet doit contenir des indications concernant la source:

a. de la ressource génétique à laquelle l'inventeur ou le requérant a eu accès, pour autant que l'invention porte directement sur cette ressource;

b. du savoir traditionnel des communautés indigènes ou locales relatif aux ressources génétiques auxquelles l'inventeur ou le requérant a eu accès, pour autant que l'invention porte directement sur ce savoir.

2 Si la source n'est connue ni de l'inventeur ni du requérant, ce dernier doit le confirmer par écrit ».

กับสิ่งประดิษฐ์นั้นโดยตรงด้วย^{๕๓} และการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรมมาใช้ บัญญัติไว้ใน Article 49a para. 1b ในทำนองเดียวกัน อนึ่ง คำที่ใช้ในกฎหมายสิทธิบัตรสวิสคือคำว่า la source des ressources génétique et des savoir traditionnels ซึ่งคำว่า la source แปลว่า “แหล่งที่มา” หากพิจารณาจากถ้อยคำดังกล่าว จะทำให้เข้าใจได้หรือไม่ว่าหน้าที่ในการแจ้งตามกฎหมายนี้เป็นเพียงการแจ้งที่มาเท่านั้น มิใช่ถิ่นกำเนิด (l'origine) อย่างไรก็ตาม คำตอบของข้อสงสัยนี้จะอยู่ในกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่จะได้กล่าวต่อไป

โดยบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันนี้ปรากฏอยู่ในส่วนที่เรียกว่า “เงื่อนไขด้านรูปแบบ” ใน Article 138b.^{๕๔} ซึ่งเป็นกรณีการยื่นคำขอระหว่างประเทศด้วย หมายความว่า การยื่นคำขอ PCT ผ่านรัฐสมาชิกอื่น (International Application) เพื่อขอรับสิทธิบัตรในสวิตเซอร์แลนด์นั้น ผู้ยื่นคำขอมีหน้าที่เปิดเผยแหล่งที่มาเช่นเดียวกันกับการยื่นคำขอต่อสำนักงานสิทธิบัตรสวิส เมื่อพิจารณาตามมาตรานี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดให้ผู้ยื่นคำขอต้องยื่นเอกสารตามที่กำหนดไว้ภายใน ๓๐ เดือนนับจากวันยื่นคำขอหรือวันขอถือสิทธิวันยื่นคำขอครั้งแรก (Priority Date) ซึ่งเป็นไปตามที่ PCT กำหนดใน Article 22 เท่ากับเป็นการให้โอกาสผู้ยื่นคำขอในการรวบรวมเอกสารได้ หากเปรียบเทียบกับกรณีของอินเดีย เห็นได้ว่ากฎหมายอินเดียมีความเคร่งครัดในเรื่องนี้มากกว่า เพราะตามกฎหมายความหลากหลายทางชีวภาพของอินเดียกำหนดไว้ว่าการนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ ต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐก่อนเสมอ ดังนั้น กรณีของอินเดียจะต้องมีเอกสารอนุญาตจากทางราชการก่อน จึงจะนำทรัพยากรพันธุกรรมมาใช้ทดลองเพื่อประดิษฐ์สิ่งประดิษฐ์หรือผลิตยา จากนั้นเมื่อจะขอรับสิทธิบัตร ผู้ยื่นคำขอย่อมต้องมีเอกสารอนุญาตนั้นอยู่แล้ว

ในการกำหนดหน้าที่การเปิดเผยที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นในการขอรับสิทธิบัตรนั้น มีการกำหนดรายละเอียดที่จำเป็นเพื่อรองรับการปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิบัตรเอาไว้ในกฎหมายอีกฉบับที่ตราโดยฝ่ายบริหาร (le Conseil fédéral suisse) เรียกว่า **Ordonnance relative aux brevets d'invention du 19 octobre 1977**^{๕๕} โดย Article 45a กำหนดรายละเอียดต่าง ๆ ที่ Article 49a ของกฎหมายสิทธิบัตรบัญญัติไว้ กล่าวคือ “ที่มา” (source) ที่กฎหมายกำหนดให้เปิดเผยในคำขอรับสิทธิบัตรนั้น หมายถึงสิ่งต่อไปนี้ ๑) ประเทศที่มีทรัพยากรพันธุกรรมตามนัยยะของ Article 2 และ 15 ของ CBD ๒) ระบบพหุภาคีตามนัยยะของ Article 10 para. 2 ของสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุพืชเพื่ออาหารและการเกษตร

^{๕๓} *Ibid.*

^{๕๔} Article 138 « Le requérant doit, à l'intention de l'IPI, dans un délai de 30 mois à compter de la date de dépôt ou de priorité:

a. indiquer par écrit le nom de l'inventeur;
b. livrer les indications relatives à la source (art. 49a) (...) »

^{๕๕} โปรดดู https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1977/2027_2027_2027/fr#fn-d6e2662

(Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture : TPGRFA)^{๕๖} ซึ่งสวิตเซอร์แลนด์เป็นรัฐสมาชิก ๓) ชุมชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่น (les communautés autochtones et locales) หมายถึงนัยยะตาม Article 8 (j) ของ CBD ๔) ประเทศถิ่นกำเนิดของทรัพยากรพันธุกรรม หมายถึงนัยยะตาม Article 2 ของ CBD ๕) “ที่มา” อาจหมายถึงสวนพฤกษศาสตร์หรือธนาคารพันธุกรรมได้เช่นกัน ๖) งานวรรณกรรมทางวิทยาศาสตร์ เมื่อพิจารณาจาก l’Ordonnance แล้วจึงสามารถสรุปได้ว่า “ที่มา” ที่ต้องแจ้งไว้ในคำขอรับสิทธิบัตรนั้นมีได้หลายอย่าง ขอเพียงระบุอย่างใดอย่างหนึ่งก็เพียงพอแล้ว อย่างไรก็ตาม ความยุ่งยากที่น่าจะต้องประสบก็คือการเขียนย้อนหรือเขียนอ้างถึงบรรดานิยามตามกฎหมายระหว่างประเทศที่สวิตเซอร์แลนด์เป็นสมาชิก หากผู้ขอรับสิทธิบัตรมีความเกี่ยวข้องกับความตกลงระหว่างประเทศที่กล่าวมา ก็อาจไม่ยุ่งยากมากนัก แต่ถ้าไม่ได้เป็นคนชาติของรัฐสมาชิกก็น่าจะต้องเผชิญกับความยุ่งยากอยู่บ้าง ซึ่งรายละเอียดเหล่านี้ส่งผลกระทบต่อผู้ขอรับสิทธิบัตรที่ยื่นคำขอระหว่างประเทศ (PCT) ที่ยื่นผ่าน IPI ของสวิสด้วยเช่นกัน

๒.๒ หน้าทีตามกฎหมายคุ้มครองธรรมชาติและภูมิทัศน์ (Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage) สืบเนื่องมาจากการที่สวิตเซอร์แลนด์เป็นสมาชิก CBD และต่อมาได้ให้สัตยาบันต่อพิธีสารนาโงยาในปี ค.ศ. ๒๐๑๔ ในรัฐธรรมนูญของสมาพันธรัฐจึงกำหนดหน้าที่ในการคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติรวมถึงการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมให้แก่ชุมชนท้องถิ่นเอาไว้ด้วย โดยในปี ค.ศ. ๒๐๑๓ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายแม่บทฉบับนี้ในหลายมาตรา โดยเฉพาะเรื่องการนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ โดยกำหนดหน้าที่ของผู้ใช้เอาไว้อย่างชัดเจน แม้มิได้ระบุเรื่องการนำไปใช้เพื่อขอรับสิทธิบัตร แต่เนื่องจากบทบัญญัติกำหนดเรื่องการนำไปใช้อย่างกว้างเอาไว้ จึงต้องรวมถึงการนำไปแสวงประโยชน์เชิงพาณิชย์ด้วย ในกฎหมายคุ้มครองธรรมชาติฯ มีหมวดที่ว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ กล่าวคือ **Article 23n** กำหนดว่า บุคคลใดที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมหรือได้รับประโยชน์โดยตรงจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม จะต้องตรวจสอบว่าได้เคารพและปฏิบัติตามเงื่อนไขต่อไปนี้ ได้แก่ ๑) การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และ ๒) ได้มีการทำข้อตกลงเพื่อการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ชอบธรรมและเท่าเทียมโดยมีเงื่อนไขต่าง ๆ อย่างครบถ้วน^{๕๗}

การนำภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรม (Traditional Knowledge associated with Genetic Resources) มาใช้ ใน **Article 23p** ของกฎหมายคุ้มครองธรรมชาติฯ กำหนดว่าให้นำบทบัญญัติใน Article 23n (ทรัพยากรพันธุกรรม) และ Article 23o (หน้าที่แจ้ง) มาใช้บังคับกับการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งเป็นของชุมชน

^{๕๖} เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศภายใต้องค์การอาหารและเกษตรแห่งสหประชาชาติ (FAO) โดยมีหลักการสำคัญคือ รัฐสมาชิกจะต้องให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช รับรองสิทธิในการร่วมแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช รับรองสิทธิในการร่วมตัดสินใจเรื่องการอนุรักษ์การใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชในระดับประเทศ

^{๕๗} Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage Article 23n

พื้นเมืองหรือชุมชนท้องถิ่นไปใช้ด้วยเช่นกัน トラบเท่าที่ภูมิปัญญาดังกล่าวยังไม่แพร่หลายต่อสาธารณชน^{๕๘} ทั้งนี้ Article 23o เป็นการกำหนดกรณีต่าง ๆ ที่ผู้เกี่ยวข้องมีหน้าที่ต้องแจ้งการนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ อันมีสาระสำคัญสรุปได้ดังนี้ ๑) ต้องแจ้งต่อหน่วยงานผู้รับผิดชอบถึงการนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ ก่อนที่จะได้รับอนุญาตให้นำเข้าสู่ตลาด หากสิ่งที่ทำนั้นไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาต จะต้องแจ้งการนำไปใช้ก่อนการจำหน่ายเชิงพาณิชย์ซึ่งผลิตภัณฑ์ที่มีการนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้เป็นส่วนประกอบ ๒) ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามหน้าที่อาจถูกส่งไปยังศูนย์ข้อมูลระหว่างประเทศตามข้อบท ๑๔ แห่งพิธีสารนาโงยา รวมถึงหน่วยงานที่เกี่ยวข้องของรัฐสมาชิกแห่งพิธีสารนี้ อนึ่ง ชื่อผู้แจ้ง ผลิตภัณฑ์ที่วางจำหน่าย ทรัพยากรพันธุกรรมที่ใช้ วันที่เข้าถึงทรัพยากรดังกล่าว และที่มาของทรัพยากรนี้ต้องเปิดเผยต่อสาธารณะ

๓. มาตรการที่นำมาใช้ในกรณีที่ปฏิบัติตามกฎหมาย

๓.๑ มาตรการลงโทษตามกฎหมายสิทธิบัตร เมื่อปี ค.ศ. ๒๐๐๗ ที่ได้มีการปรับปรุงกฎหมายสิทธิบัตรการประดิษฐ์ครั้งใหญ่ โดยเพิ่ม Article 49a ที่ได้กล่าวมาข้างต้นเอาไว้ ในครั้งนั้นผู้ร่างกฎหมายได้กำหนดมาตรการบังคับเอาไว้ใน Article 81a^{๕๙} โดยกำหนดเงื่อนไขอันเป็นองค์ประกอบภายในว่าผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามต้องมีเจตนาปกปิดหรือแจ้งแหล่งที่มาอันเป็นเท็จของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่นำมาใช้ในการประดิษฐ์ที่จะขอรับสิทธิบัตรตาม Article 49a จึงจะถูกลงโทษตามมาตรานี้ โดยกำหนดโทษปรับขั้นสูง ๑๐๐,๐๐๐ ฟรังก์สวิส (ประมาณ ๓,๙๖๒,๗๒๐ บาท) สำหรับผู้ฝ่าฝืน และอาจถูกฟ้องเป็นคดีต่อศาลได้ อย่างไรก็ดี กฎหมายสิทธิบัตรยังได้เหลือพื้นที่ให้แก่ผู้ขอรับสิทธิบัตรในกรณีที่ไม้อาจระบุหรือไม่ทราบที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นจริง ๆ โดย Article 49a วรรคสอง กำหนดว่าหากไม่อาจทราบที่มาได้ ผู้ขอรับสิทธิบัตรหรือผู้ประดิษฐ์จะต้องทำหนังสือยืนยัน เข้าใจได้ว่าต้องการให้แนบไปพร้อมกับคำขอรับสิทธิบัตรนั่นเอง

มีข้อสังเกตถึงความแตกต่างระหว่างกฎหมายสิทธิบัตรสวิสและอินเดียว่า กฎหมายสิทธิบัตรอินเดียตามที่ได้อ้างไว้ข้างต้นกำหนดให้สามารถนำการปกปิด ให้ข้อมูลอันเป็นเท็จหรือไม่เปิดเผยที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ในสิ่งประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรมาใช้เป็นเหตุแห่งการคัดค้านการออกสิทธิบัตรไปจนกระทั่งขอเพิกถอนสิทธิบัตรได้ แต่กฎหมายสวิสมิได้กำหนดให้เหตุนี้เป็นเหตุที่จะคัดค้านการออกสิทธิบัตรได้ ส่วนการเพิกถอนสิทธิบัตรโดย IPI นั้นมิได้บัญญัติไว้ชัดเจน แต่ก็เปิดช่องให้สามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลด้วยเหตุแห่งการไม่เปิดเผยที่มาหรือเจตนาให้ข้อมูลเท็จได้ จึงเป็นไปได้ว่าศาลจะพิจารณาพิพากษาให้เพิกถอนสิทธิบัตรในที่สุด โดยเหตุในการคัดค้านสิทธิบัตรตามกฎหมายสวิสนั้นถูกจำกัดไว้เพียงเรื่องของการฝ่าฝืน Article 1a Article 1b และ Article 2 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับบรรดาสิ่งหรือสิ่งประดิษฐ์ที่ต้องห้ามนำมาขอรับสิทธิบัตรนั่นเอง

^{๕๘} Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage Article 23p

^{๕๙} Article 81a

« 1 Celui qui fournit intentionnellement de faux renseignements visés à l'art. 49a est puni d'une amende de 100 000 francs au plus.

2 Le juge peut ordonner la publication du jugement ».

๓.๒ มาตรการลงโทษตามกฎหมายคุ้มครองธรรมชาติและภูมิทัศน์ เป็นมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ CBD โดยตรง เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรองรับการเข้าเป็นภาคี CBD และพิธีสารนาโงยา โดย Article 24a para.2^{๖๐} กำหนดบทลงโทษในกรณีที่บุคคลที่มีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลตามที่กำหนดไว้ใน Article 23o จงใจเพิกเฉยหรือจงใจให้ข้อมูลเท็จ โดยกฎหมายกำหนดค่าปรับไว้ที่จำนวน ๑๐๐,๐๐๐ ฟรังก์สวิส (ประมาณ ๓,๙๖๒,๗๒๐ บาท) แต่ถ้าได้กระทำความผิดโดยประมาท จะถูกปรับไม่เกิน ๔๐,๐๐๐ ฟรังก์สวิส

อนึ่ง หากลำดับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจะพบว่าการที่สวิตเซอร์แลนด์มีกฎหมายสิทธิบัตรที่คุ้มครองเรื่องนี้ตั้งแต่ปี ค.ศ. ๒๐๐๗ ทำให้สวิตเซอร์แลนด์เป็นหนึ่งในประเทศผู้นำในการเสนอให้กำหนดหน้าที่เปิดเผยที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นต่อที่ประชุม WIPO IGC อีกครั้งในปี ค.ศ. ๒๐๑๐^{๖๑} และจากนั้นได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายคุ้มครองธรรมชาติฯ ในปี ค.ศ. ๒๐๑๓ เพื่อรองรับการให้สัตยาบันต่อพิธีสารนาโงยาในปี ค.ศ. ๒๐๑๔

ฐานข้อมูลทรัพยากรพันธุกรรมของสวิตเซอร์แลนด์

สวิตเซอร์แลนด์มีฐานข้อมูลทรัพยากรพันธุกรรม คือ National information system for the Conservation and Sustainable Utilization of Plant Genetic Resources for Food and Agriculture (PGRFA-NIS) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของธนาคารเชื้อพันธุ์พืชสวิส โดยเปิดเผยข้อมูลให้ตรวจสอบได้ผ่านเว็บไซต์^{๖๒} ข้อมูลทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าวจะแสดงรายการพันธุ์พืชที่มีถิ่นกำเนิดหรือเพาะพันธุ์ได้ในสวิตเซอร์แลนด์ รวมถึงพันธุ์พืชที่ไม่ได้รับการคุ้มครองด้านทรัพย์สินทางปัญญา เรียกว่า Positive List^{๖๓} แม้ว่าสวิตเซอร์แลนด์จะไม่มีฐานข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นของตน แต่ที่ผ่านมารัฐบาลได้สนับสนุนการรวบรวมข้อมูลและการสร้างแพลตฟอร์มเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลภูมิปัญญาที่เป็นของชุมชนท้องถิ่นและชนพื้นเมืองภายใต้ WIPO IGC มาโดยตลอด^{๖๔}

^{๖๐} Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage Article 24a para.2

^{๖๑} WIPO, “Policies, Measures and Experiences regarding Intellectual Property and Genetic Resources: Submission by Switzerland”, Sixteenth Session, Geneva, May 3 – 7, 2010, document WIPO/GRTKF/IC/16/INF/14

^{๖๒} Swiss PGRFA Information System <<https://www.pgrel-sh.admin.ch/pgrel/#/>> accessed 10th July 2023.

^{๖๓} PGRFA National Genebank, “Positive list” <<https://www.pgrel.admin.ch/pgrel/#/culture/1/conservation/accession/detail/accessions>> accessed 10th July 2023.

^{๖๔} The Swiss Federal Institute of Intellectual Property (IPI), “Traditional knowledge and indigenous people” <<https://www.ige.ch/en/law-and-policy/international-ip-law/ip-organisations/wipo/biodiversity-and-sustainable-development/traditional-knowledge-and-indigenous-peoples>> accessed 11th July 2023.

◆ ฝรั่งเศส

ฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ผู้เขียนตั้งใจเลือกมาพิจารณาเพื่อเป็นตัวแทนของรัฐบาลสมาชิกสหภาพยุโรป จึงสามารถสะท้อนทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายสหภาพยุโรปในเรื่องการนำทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ในการที่ขอรับสิทธิบัตรได้เป็นอย่างดี กฎหมายที่เกี่ยวข้องมีหลายฉบับด้วยกัน กล่าวโดยสังเขปได้ว่าเริ่มจากการที่ฝรั่งเศสเป็นภาคี CBD ในปี ค.ศ. ๑๙๙๔ และลงนามรับรองพิธีสารนาโงยาเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๑๑ ต่อมาเมื่อมีกฎหมายอนุวัติการพิธีสารนาโงยาได้แก่ loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 โดยได้ให้สัตยาบันต่อพิธีสารนาโงยาเมื่อวันที่ ๓๑ สิงหาคม ๒๐๑๖ ส่วนสหภาพยุโรปลงนามรับรองเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๑๑ และภาคยานุวัติเมื่อวันที่ ๑๖ พฤษภาคม ๒๐๑๔ โดยมีกฎหมายของสหภาพที่ใช้บังคับกับเรื่องนี้ ได้แก่ Regulation (EU) No. 511/2014^{๖๕} และ Implementing Regulation (EU) 2015/1866 of 13 October 2015^{๖๖} ซึ่งกฎหมายสหภาพยุโรปทั้งสองฉบับนี้กำหนดหน้าที่ของผู้ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมในระดับสหภาพโดยมีผลใช้บังคับกับประเทศฝรั่งเศสโดยตรง

๑. โครงสร้างของกฎหมายสิทธิบัตรฝรั่งเศส

กฎหมายสิทธิบัตรของฝรั่งเศสอยู่ในรูปแบบของประมวลกฎหมายเรียกว่า ประมวลกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (Code de la propriété intellectuelle) ซึ่งแบ่งเป็นสองส่วน ได้แก่ ๑) ทรัพย์สินทางวรรณกรรมและศิลปกรรม ๒) ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม โดยกฎหมายสิทธิบัตรจะอยู่ในส่วนที่สอง ซึ่งส่วนนี้จะประกอบไปด้วยงานภาพและการออกแบบ การคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์และองค์ความรู้เทคนิค (เช่น เซมิคอนดักเตอร์ ความลับของกรรมวิธีการผลิต) เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการและเครื่องหมายอื่น ๆ ทั้งนี้ บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิบัตรการประดิษฐ์จะอยู่ใน Articles L611-1 ถึง L615-22

๒. การนำทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้

ฝรั่งเศสไม่ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้ในประมวลกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แต่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม (Articles L412-3 ถึง L412-20) ซึ่งเป็นหมวดที่เพิ่มเข้ามาภายหลังจากที่ฝรั่งเศสตัดสินใจให้สัตยาบันต่อพิธีสารนาโงยาในปี ค.ศ. ๒๐๑๖ โดย LOI n° 2016-1087 du 8 août 2016 เพื่อให้การปฏิบัติตามพันธกรณีใน CBD เป็นไปได้โดยสมบูรณ์

^{๖๕} Regulation (EU) No 511/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on compliance measures for users from the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization in the Union <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0511>> accessed 10th July 2023.

^{๖๖} Commission Implementing Regulation (EU) 2015/1866 of 13 October 2015 laying down detailed rules for the implementation of Regulation (EU) No 511/2014 of the European Parliament and of the Council as regards the register of collections, monitoring user compliance and best practices <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R1866>> accessed 10th July 2023.

ในประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อมจะมีหมวดนิยามศัพท์ที่เกี่ยวข้อง อาทิ การใช้ทรัพยากรพันธุกรรม^{๖๗} การใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรม^{๖๘} การแบ่งปันผลประโยชน์^{๖๙} ชุมชน^{๗๐} ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรม^{๗๑} เห็นได้ว่ากฎหมายฝรั่งเศสให้ความสำคัญต่อการกำหนดคำจำกัดความเพื่อให้สามารถปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยมีการแยกคำว่า “การใช้ทรัพยากรพันธุกรรม” ออกจากนิยามของ “ทรัพยากรพันธุกรรม” ทำให้ผู้อ่านกฎหมายและต้องอยู่ภายใต้กฎหมายนี้เข้าใจได้ชัดเจนว่าการใช้ หมายความว่าถึงกรณีใดบ้าง ยังมีนิยาม “ชุมชน” ที่เป็นคำสำคัญมากต่อกฎหมายนี้ เพราะการใช้จะได้รับอนุญาตก็ต่อเมื่อมีการขออนุญาต และทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นธรรมแก่ชุมชนที่เกี่ยวข้อง จึงต้องทราบให้ได้ก่อนว่า ชุมชนที่ว่าเป็นใคร โดยจะพบในมาตราที่จะกล่าวถึงต่อไปว่า แม้แต่ชุมชนที่เป็นเจ้าของทรัพยากร หรือภูมิปัญญา กฎหมายได้กำหนดชัดเจนว่าให้ใครเป็นตัวแทนชุมชน สิ่งที่คุณเขียนต้องการเน้นย้ำ ในส่วนนี้คือ วิธีการร่างกฎหมายที่ครอบคลุมส่วนที่จำเป็นต่อการนำไปบังคับกับประชาชน เพื่อลด ความขัดแย้ง ลดข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้น และมีสภาพบังคับที่แท้จริง

^{๖๗} การใช้ทรัพยากรพันธุกรรม หมายถึง กิจกรรมใด ๆ ในการค้นคว้าและพัฒนาเกี่ยวกับ องค์ประกอบพันธุกรรมหรือเคมีชีวภาพของสัตว์ พืช จุลินทรีย์หรือสารประกอบทางชีวภาพที่เกี่ยวกับพันธุกรรม โดยเฉพาะมีการใช้เทคโนโลยีชีวภาพ ตลอดจนการพัฒนาต่อยอดทรัพยากรพันธุกรรม การใช้ในเชิงพาณิชย์ จากนิยามนี้จะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดความหมายอย่างกว้างเพราะการนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้อาจ เชื่อมโยงได้กับกฎหมายหลายฉบับ มิใช่เฉพาะแต่การขอรับสิทธิบัตร ดังนั้น เมื่อนำทรัพยากรพันธุกรรมไปพัฒนา ต่อยอดแล้วเชื่อว่าจะสามารถนำไปขอรับสิทธิบัตรได้เสมอไป จึงต้องพิจารณาสิ่งที่สามารถนำไปจดสิทธิบัตร ตามกฎหมายสิทธิบัตรด้วย

^{๖๘} การใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรม หมายถึง การศึกษาและการพัฒนา ต่อยอด

^{๖๙} การแบ่งปันผลประโยชน์ หมายถึง การแบ่งปันอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมซึ่งผลประโยชน์ ที่ได้จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้อง ซึ่งพบว่าเป็นผลจากการค้นคว้าวิจัย รวมถึง ผลประโยชน์จากการใช้ประโยชน์เชิงพาณิชย์และมีได้ใช้ประโยชน์เชิงพาณิชย์ กับประเทศที่มีอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรดังกล่าวหรือชุมชนท้องถิ่นในกรณีของการใช้ภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม

^{๗๐} ชุมชน หมายถึง ทุกชุมชนที่ยังชีพหรือมีวิถีการดำเนินชีวิตแบบดั้งเดิมท่ามกลางธรรมชาติ โดยวิถีชีวิตนั้นเป็นไปเพื่อรักษาไว้ซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพ

^{๗๑} ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรม หมายถึง องค์ความรู้ นวัตกรรม และ ทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมหรือชีวภาพของทรัพยากรดังกล่าว ในเรื่องการนำไปใช้หรือ ลักษณะเฉพาะของสิ่งเหล่านี้ ที่ได้ยึดถือปฏิบัติมาอย่างช้านานและต่อเนื่องในชุมชนหนึ่งหรือหลายชุมชน (ชุมชน ตามนิยาม) รวมถึงการพัฒนาองค์ความรู้ดังกล่าวและทางปฏิบัติในกรณีที่สิ่งเหล่านี้เป็นผลมาจากชุมชน ที่กล่าวมา

๒.๑ กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรมในดินแดนของประเทศฝรั่งเศสและการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้งาน^{๗๒}

ไม่ใช้กับทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรมนอกประเทศฝรั่งเศส Article L412-5 แห่งประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม^{๗๓} กำหนดขอบเขตการใช้บังคับเอาไว้ โดยมีหลักคือให้ใช้บังคับกับการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำมาใช้งาน และการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรมโดยมีข้อยกเว้นที่น่าสนใจว่า การแจ้งแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรมนั้นจะไม่บังคับกับกรณีทรัพยากรดังกล่าวอยู่นอกประเทศฝรั่งเศส ไม่ได้อยู่ในเขตที่ฝรั่งเศสมีอำนาจอธิปไตย หมายความว่า ฝรั่งเศสมิได้บังคับให้ผู้ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมต้องแจ้งแหล่งที่มาของทรัพยากรที่ได้มาจากดินแดนอื่น และยังได้ยกเว้นกรณีที่น่ามาใช้เป็นตัวอย่างในการวิจัยและพัฒนาซึ่งกรณีนี้จะมีประกาศของกระทรวงที่รับผิดชอบด้านสิ่งแวดล้อม ด้านการเกษตร การวิจัย สุขภาพและกลาโหมกำหนดรายการเอาไว้ และไม่ใช้บังคับกับภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มาพร้อมกับทรัพยากรพันธุกรรมที่ไม่อาจระบุชุมชนที่เป็นเจ้าของได้ รวมถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เป็นที่รู้จักแพร่หลายแก่สาธารณชนอยู่ก่อนแล้ว การใช้ที่มีได้มุ่งประโยชน์เชิงพาณิชย์หรือใช้ส่วนตัว เป็นต้น

การนำไปใช้ที่ต้องแจ้งที่มา Article L412-7 กำหนดกรณีที่ต้องแจ้งแหล่งที่มาต่อหน่วยงานผู้รับผิดชอบ โดยผู้นำไปใช้มีหน้าที่ต้องแจ้ง ไม่ว่าจะนำไปสะสม หรือพัฒนาโดยมิได้มีวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์ก็ตาม หากทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าวอยู่ในพื้นที่ที่มีชุมชนตามที่กำหนดนิยามไว้ หน่วยงานผู้รับผิดชอบจะต้องทำตามขั้นตอนที่กำหนดในกฎหมายนี้เพื่อแจ้งให้ชุมชนทราบ ซึ่งชุมชนในที่นี้คือ la communauté d'habitants ที่ต้องย้อนกลับไปพิจารณานิยามที่หมายถึง ชุมชนที่ยังชีพหรือมีวิถีการดำเนินชีวิตแบบดั้งเดิมท่ามกลางธรรมชาติ โดยวิถีชีวิตนั้นเป็นไปเพื่อรักษาไว้ซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพ

กระบวนการในการอนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม สังเกตว่าคำที่ใช้ในกฎหมายคือ l'accès aux ressources génétiques แปลว่าการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม โดยกำหนดไว้ใน Article L412-8 กล่าวคือ การจะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมต้องได้รับอนุญาตก่อนเสมอ สังเกตได้ว่าคำที่ใช้จะต่างจากกรณีของภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งใช้คำว่า “การนำไปใช้” สำหรับกระบวนการในการอนุญาตมีหลักการสำคัญเป็นการกำหนดสิ่งที่ทั้งผู้ขออนุญาตและผู้อนุญาตต้องปฏิบัติ กล่าวคือ ๑) การเข้าถึงเพื่อนำไปใช้ประโยชน์เชิงพาณิชย์

^{๗๒} เนื่องจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อมและประมวลกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องแต่ละมาตรามีความยาวประมาณ ๗ ถึง ๘ บรรทัด ผู้เขียนจึงจะไม่คัดลอกเนื้อหาของมาตราดังกล่าวมาไว้ในเชิงอรรถแต่จะใช้การอ้างอิงเฉพาะเลขมาตราเพื่อประโยชน์ในการสืบค้นของผู้สนใจซึ่งสามารถสืบค้นได้ด้วยตนเอง

^{๗๓} Code de l'environnement <<https://www.legifrance.gouv.fr/>>

จะต้องมีการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ โดยต้องขออนุญาตภายในสองเดือนนับจากวันทำข้อตกลง ดังกล่าว ๒) การอนุญาตนั้นจะต้องระบุเงื่อนไขการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมตามที่ยื่นคำขอแจ้งไว้ว่าจะนำไปใช้ทำอะไร และต้องปรากฏข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่ผู้ขออนุญาตใช้และหน่วยงานผู้รับผิดชอบได้ทำความตกลงกันแล้วด้วย ๓) ผู้ยื่นคำขอจะต้องแจ้งให้ตัวแทนที่กำหนดไว้ใน Article L. 412-10 ทราบถึงข้อมูลและภูมิปัญญาที่ตนได้นำไปจากพื้นที่ที่มีชุมชน (la communauté d'habitants) ตามที่กำหนดไว้ในนิยามทราบด้วย อนึ่ง ตัวแทนตามที่กำหนดใน Article L. 412-10 นี้ มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนที่ตั้งขึ้นเพื่อการนี้โดยเฉพาะเพื่อให้เป็นผู้รับผิดชอบในการเจรจา และการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ในนามของชุมชนท้องถิ่น

เหตุแห่งการปฏิเสธคำขอใช้ทรัพยากรพันธุกรรม กำหนดไว้ใน Article L412-8 แห่งประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อมเช่นกัน กล่าวโดยสรุปได้ว่า โดยมากเหตุผลที่กฎหมายกำหนดให้สามารถยกขึ้นปฏิเสธการขออนุญาตใช้ทรัพยากรได้นั้นเป็นเรื่องการไม่ได้ทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ หรือหน่วยงานผู้รับผิดชอบตรวจสอบแล้วพบว่าผลประโยชน์ที่ฝ่ายผู้ยื่นคำขอใช้เสนอมาในข้อตกลงนั้น ไม่สอดคล้องกับสภาพการนำไปใช้หรือฐานะทางการเงินของตน ผู้เขียนมีความเห็นว่าจะน่าจะเป็นเพราะทำให้ชุมชนที่เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นเสียเปรียบ กฎหมายจึงต้องเข้าแทรกแซงรายละเอียดที่กำหนดในข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ รวมถึงกรณีที่หน่วยงานพิจารณาแล้ว เห็นว่าการขอใช้ทรัพยากรพันธุกรรมจะส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรงต่อสิ่งแวดล้อมหรือเป็นภัยต่อความหลากหลายทางชีวภาพของพื้นที่นั้น เช่นนี้หน่วยงานผู้รับผิดชอบมีอำนาจที่จะไม่อนุญาตได้

การแบ่งปันผลประโยชน์ที่ต้องกำหนดไว้ในข้อตกลง การแบ่งปันผลประโยชน์เป็นอีกเรื่องหนึ่งที่ประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อมได้กำหนดนิยามเอาไว้ เมื่อพิจารณาจากบทนิยามสามารถสรุปได้ว่าการแบ่งปันนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นเงินเท่านั้น แต่สามารถอยู่ในรูปแบบอื่นได้ด้วย ได้แก่ ๑) การเพิ่มคุณค่าหรือการรักษาไว้ซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพไม่ว่าในหรือนอกแหล่งกำเนิดเพื่อการใช้อย่างยั่งยืน ๒) การรักษาไว้ซึ่งภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรมโดยการสร้างฐานข้อมูลของภูมิปัญญาดังกล่าว โดยได้รับความยินยอม (หมายถึงการจัดทำฐานข้อมูลต้องได้รับความยินยอมจากชุมชนที่เกี่ยวข้อง) รวมไปถึงการอนุรักษ์องค์ความรู้ที่เคารพความหลากหลายทางชีวภาพ ๓) ในระดับท้องถิ่น การแบ่งปันอาจอยู่ในรูปของการสร้างอาชีพให้แก่ประชากรและการพัฒนาภาคส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนซึ่งทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง หรือเป็นการพัฒนาต่อยอดความหลากหลายทางชีวภาพให้แก่พื้นที่ที่เป็นแหล่งที่มาของทรัพยากรดังกล่าวก็ได้ ข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมตามกฎหมายนี้ ถือเป็นหัวใจสำคัญเพื่อการพิจารณาว่าจะอนุญาตให้นำทรัพยากรและภูมิปัญญาไปใช้หรือไม่ ที่กฎหมายฝรั่งเศสกำหนดเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจนและเป็นระบบเนื่องจากฝรั่งเศสต้องปฏิบัติตามพิธีสารนาโงยา ส่วนประเทศไทยนั้นในเมื่อยังไม่ได้มีแผนที่ชัดเจนในการให้สัตยาบันพิธีสารนี้ก็อาจไม่จำเป็นต้องกำหนดเรื่องข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ในกฎหมายสิทธิบัตรในขณะนี้ก็ได้ แต่หากถามว่ามีกฎหมายไทยที่กำหนดเรื่องนี้ไว้หรือไม่ คำตอบคือมีอยู่ในพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒

การคำนวณผลประโยชน์ที่เป็นเงินตามข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ Article L412-8 ยังได้บัญญัติการคำนวณผลประโยชน์ที่ต้องแบ่งปันไว้อีกด้วย กล่าวคือ การแบ่งปัน

ผลประโยชน์ที่เป็นเงินจะต้องคำนวณเป็นร้อยละต่อปีซึ่งจะไม่รวมภาษี โดยจะพิจารณาจากผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีที่คิดค้นได้ด้วยการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมที่นำมาขออนุญาต ทั้งนี้ ไม่ว่าจะขออนุญาตใช้ทรัพยากรพันธุกรรมจำนวนเท่าไร จำนวนผลประโยชน์ที่กำหนดในข้อตกลงจะไม่เกินร้อยละห้า โดยผลประโยชน์ที่เป็นเงินนี้จะอยู่ในความดูแลของสำนักงานความหลากหลายทางชีวภาพ (l'Office français de la biodiversité) และในกรณีที่ผู้ขออนุญาตใช้ทรัพยากรพันธุกรรมและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตนั้นไม่สามารถตกลงกันในเรื่องข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ได้ สำนักงานความหลากหลายทางชีวภาพจะเป็นผู้ดำเนินการกระบวนการประนีประนอมข้อพิพาท

กระบวนการอนุญาตให้นำภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรมมาใช้ เรื่องการนำภูมิปัญญา ไปใช้นั้นกำหนดไว้ใน Article L412-9 ถึง L412-14 ของประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อมในทำนองเดียวกันกับกรณีของการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น โดยเป็นการเน้นย้ำว่าต้องขอและได้รับอนุญาตก่อนนำไปใช้ สำหรับกระบวนการขออนุญาตเป็นการยื่นขอต่อหน่วยงานผู้รับผิดชอบ และต้องได้รับความยินยอมจากชุมชนท้องถิ่นที่เป็นเจ้าของด้วย นอกจากนี้ ยังมีเรื่องข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่ถือเป็นสาระสำคัญในการที่จะได้รับอนุญาตให้นำไปใช้ที่น่าสนใจคือกฎหมายได้กำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนที่เป็นตัวแทนชุมชน เอาไว้ค่อนข้างละเอียด (Article L412-11) อาทิ ต้องมีการระบุตัวชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับคำขอ และในกรณีจำเป็นจะต้องสามารถระบุโครงสร้างการเป็นตัวแทนหรือภูมิปัญญาหรือจารีตประเพณีที่อยู่ในคำขอนั้นได้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าเงื่อนไขนี้เป็นไปเพื่อยืนยันความเกี่ยวข้องของชุมชนนั้นกับภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรม และจะต้องระบุขั้นตอนในการมีส่วนร่วมของชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนนั้นยังต้องทำหน้าที่ประสานงานกับชุมชนท้องถิ่นในการกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ในการอนุญาตให้นำภูมิปัญญาท้องถิ่นฯ ไปใช้ ตลอดจนบันทึกความยินยอมของชุมชนท้องถิ่นในลักษณะของฉันทามติจากชุมชน เมื่อพิจารณาจากรายละเอียดตามที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าการที่กฎหมาย กำหนดให้นิติบุคคลดังกล่าวเป็นผู้แทนของชุมชนท้องถิ่นแต่ละชุมชนจึงมีความเป็นไปได้จริงในการปฏิบัติงาน

๒.๒ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาต

เนื่องจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการขออนุญาตเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นฯ ไปใช้ มีหลายหน่วยงาน อีกทั้งยังมีแนวปฏิบัติที่กฎหมายสหภาพยุโรปกำหนดไว้ โดยฝรั่งเศสต้องปฏิบัติตาม ดังนั้น Article 412-18 II แห่งประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อมจึงได้กำหนดกรณีที่ผู้ขอเข้าถึงหรือขอใช้จะต้องขออนุญาตตามที่ Regulation (EU) No. 511/2014^{๗๔}

^{๗๔} Article 4.3 For the purposes of paragraph 1, users shall seek, keep and transfer to subsequent users:

(a) the internationally-recognised certificate of compliance, as well as information on the content of the mutually agreed terms relevant for subsequent users; or

(b) where no internationally-recognised certificate of compliance is available, information and relevant documents on:

(iii) the source from which the genetic resources or traditional knowledge associated with genetic resources were directly obtained, as well as subsequent users of genetic resources or traditional knowledge associated with genetic resources;

(iv) the presence or absence of rights and obligations relating to access and benefit-sharing including rights and obligations regarding subsequent applications and commercialisation;

(v) access permits, where applicable;

(vi) mutually agreed terms, including benefit-sharing arrangements, where applicable

กำหนดไว้ โดยมีเงื่อนไขว่าต้องเป็นกรณีที่ ๑) ผู้ขออนุญาตได้รับทุนในการวิจัยที่ต้องนำทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ กำหนดให้ต้องระบุในสัญญาให้ทุนด้วยว่าหากผู้รับทุนวิจัยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่แจ้งแหล่งที่มาและทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ตามกระบวนการที่กำหนดใน Regulation ให้เรียบร้อย ผู้ทุนจะต้องใช้ทุนดังกล่าวคืนแก่หน่วยงานรัฐเจ้าของทุน โดยรัฐบาลได้อำนวยความสะดวกแก่ผู้รับทุนวิจัยในการแจ้งแหล่งที่มาเอาไว้ในแพลตฟอร์ม ESRI Projet APA ของกระทรวงการอุดมศึกษาและการวิจัย หรือจะแจ้งผ่านแพลตฟอร์ม DECLARE ของ European Commission ก็ได้ ๒) เมื่อมีการพัฒนาจนได้ผลิตภัณฑ์ใหม่โดยอาศัยทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรม และเมื่อการใช้ประโยชน์ดังกล่าวนำไปสู่การขอรับสิทธิบัตร ผู้ขอรับสิทธิบัตรต้องแจ้งแหล่งที่มาตลอดจนรายละเอียดข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่กำหนดไว้ใน règlement ต่อ L'Institut national de la propriété industrielle (INPI) หรือสำนักงานทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ซึ่งจะดำเนินการตรวจสอบสิทธิบัตรตามขั้นตอนที่กฎหมายสิทธิบัตรกำหนดต่อไป โดย INPI จะส่งผ่านข้อมูลการขออนุญาตใช้ทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าวในงานที่จะขอรับสิทธิบัตรไปยังหน่วยงานผู้รับผิดชอบในระดับสหภาพยุโรปเพื่อให้รัฐสมาชิกสหภาพยุโรปทราบการใช้ดังกล่าวในดินแดนของรัฐสมาชิกได้

กล่าวโดยสรุป กรณีที่ต้องการขอรับสิทธิบัตรในฝรั่งเศส ผู้ยื่นคำขอจะต้องทำหนังสือรับรองการนำทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรมมาใช้เพื่อให้สอดคล้องกับพิธีสารนาโงยา โดยเงื่อนไขต่าง ๆ เป็นไปตามที่กำหนดไว้ใน Implementing Regulation (EU) No. 2015/1866^{๗๕} และยื่นเอกสารต่อ INPI ถือเป็นการสำแดงต่อหน่วยงานผู้รับผิดชอบว่าผู้ขอรับสิทธิบัตรได้นำทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมมาใช้โดยรายการที่ต้องแสดงในหนังสือดังกล่าวมิได้จำกัดเพียงรายการผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนประกอบของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นเท่านั้น แต่ต้องพรรณนาถึงส่วนประกอบของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นๆ ที่นำมาใช้ในการประดิษฐ์ดังกล่าวอีกด้วย

๓. มาตรการที่นำมาใช้ในกรณีที่ฝ่าฝืนกฎหมาย

ประเทศฝรั่งเศสยังคงใช้โทษอาญาในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายสิ่งแวดล้อม เพราะเห็นว่าการฝ่าฝืนบางเรื่องที่ถูกกฎหมายกำหนดถือเป็นเรื่องร้ายแรง ไม่อาจลงโทษด้วยวิธีการปรับเพียงอย่างเดียวได้ มาตรการลงโทษทางอาญา (dispositions pénales) ที่กำหนดไว้ให้ศาลนำไปใช้ได้แก่

๓.๑ โทษปรับและโทษจำคุก ประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อมกำหนดโทษของการฝ่าฝืนหน้าที่แจ้งแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นๆ ที่นำไปใช้เอาไว้ใน Article 415-3-1 โดยเป็นกรณีที่ ๑) ไม่ยื่นเอกสารรายละเอียดตามที่กำหนดไว้ใน Article 4.3 ของ Regulation (EU) No. 511/2014 หรือ ๒) ไม่ค้นหา ไม่เก็บรักษา และไม่ส่งต่อข้อมูลการเข้าถึงและ

^{๗๕} *Supra* note 65.

การใช้ทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นฯ ให้ผู้ใช้รายต่อไปทราบ ทั้งสองกรณีนี้มีโทษจำคุก ๑ ปี และปรับ ๑๕๐,๐๐๐ ยูโร (ประมาณ ๕,๗๗๔,๘๗๐ บาท) โดยเป็นการกำหนดโทษทั้งจำและปรับ ไม่ได้ให้เลือก อย่างไรก็ตาม วรรคสองกำหนดว่าหากการกระทำตาม ๑) เป็นการกระทำเพื่อนำไปใช้ทางการค้า โทษปรับจะเพิ่มขึ้นเป็น ๑,๐๐๐,๐๐๐ ยูโร (ประมาณ ๓๘,๕๐๐,๐๐๐ บาท) และวรรคสามของ I กำหนดไว้ว่า ค่าปรับตามวรรคแรกและวรรคสองนั้นอาจเพิ่มเป็นสองเท่าของผลประโยชน์ที่ได้จากการกระทำความผิด กล่าวคือ ให้คำนวณค่าปรับโดยใช้ผลประโยชน์ที่ผู้ฝ่าฝืนกฎหมายได้รับเป็นฐาน นับเป็นบทลงโทษที่รุนแรงพอสมควร

๓.๒ ห้ามเข้าถึงและนำไปใช้ซึ่งทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรม บทลงโทษหนึ่งที่น่าสนใจได้แก่ Article 415-3-1 II กำหนดบทเพิ่มโทษจากโทษปรับและโทษจำคุก สำหรับกรณีการฝ่าฝืนหน้าที่แจ้งแหล่งที่มา กฎหมายกำหนดห้ามมิให้บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีความผิดตามวรรคแรกขออนุญาตเข้าถึงหรือนำทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นไปใช้เพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์ โดยกำหนดระยะเวลาที่ห้ามไว้ไม่เกิน ๕ ปี เห็นได้ว่าบทกำหนดโทษเช่นนี้น่าสนใจมากเนื่องจากการลงโทษที่ตรงจุด หากประเทศไทยต้องการกำหนดบทลงโทษที่มีประสิทธิภาพ ก็สมควรพิจารณาบทลงโทษนี้เป็นทางเลือก ผู้เขียนมีความเห็นว่าการห้ามเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นและห้ามนำไปใช้ย่อมเป็นการลงโทษที่ตัดหนทางของผู้วิจัยคิดค้นสิ่งประดิษฐ์ที่อาจจะจำเป็นต้องใช้ทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นเป็นส่วนประกอบในการประดิษฐ์ ซึ่งอาจจะอยู่ระหว่างการทดลอง เมื่อถูกลงโทษเช่นนี้ย่อมหมายความว่าโอกาสที่การทดลองจะประสบความสำเร็จย่อมเป็นไปได้ยาก เพราะอาจถูกลงโทษตั้งแต่ขั้นแรกที่ยังไม่ได้ยื่นขอรับสิทธิบัตรก็เป็นได้ หรือกรณีที่ประดิษฐ์สิ่งประดิษฐ์จนสำเร็จและนำมาขอรับสิทธิบัตร แม้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของฝรั่งเศสจะไม่กำหนดให้สามารถยกการไม่แจ้งแหล่งที่มาเป็นเหตุในการคัดค้านหรือเพิกถอนสิทธิบัตรได้ แต่การไม่อนุญาตให้เข้าถึงและไม่อนุญาตให้นำไปใช้ ย่อมทำให้ผู้ทรงสิทธิบัตรไม่สามารถผลิตผลิตภัณฑ์ที่ต้องใช้ทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องออกสู่ตลาดได้ ถือเป็นบทลงโทษที่รุนแรงอย่างหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ฟังทราบว่ากฎหมายฝรั่งเศสมีความเข้มงวดมากจึงมิได้ให้เลือกว่าจะลงโทษอย่างใดอย่างหนึ่งแต่เป็นการลงโทษทั้งจำคุก ปรับ และเพิ่มโทษในลักษณะของการห้ามเข้าถึง ห้ามนำไปใช้

ฐานข้อมูลทรัพยากรพันธุกรรมของฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสจัดทำฐานข้อมูลเพื่อประโยชน์ในการสืบค้นเช่นกัน โดยศูนย์ทรัพยากรชีวภาพ (Centre de Ressources Biologiques: CRB)^{๗๖} ได้เก็บรวบรวมข้อมูลทรัพยากรชีวภาพที่หลากหลาย โดยแบ่งเป็นเครือข่ายเพื่อเก็บรวบรวมข้อมูล ได้แก่ ทรัพยากรพันธุกรรมพืช ทรัพยากรพันธุกรรมสัตว์ และทรัพยากรชีวภาพของมนุษย์ (ตัวอย่างเลือด เนื้อเยื่อ เซลล์) นอกจากนี้ ยังมีฐานข้อมูลพันธุกรรมพืชที่เก็บรวบรวมพันธุ์พืชที่เพาะปลูกในฝรั่งเศส (Le Catalogue officiel des

^{๗๖} FLORILEGE <<http://florilege.arcad-project.org/fr/crb>>

espèces et variétés de plantes cultivées en France)^{๗๗} ที่รวบรวมโดย Groupe d'Etude et de contrôle des Variétés Et des Semences (Le GEVES) เป็นฐานข้อมูลอย่างเป็นทางการที่สามารถสืบค้นผ่านเว็บไซต์ อนึ่ง การที่ประเทศฝรั่งเศสมีฐานข้อมูลพันธุ์พืชค่อนข้างสมบูรณ์ส่วนหนึ่งเป็นเพราะฝรั่งเศสเป็นภาคี UPOV 1991^{๗๘}

หลังจากที่ได้ศึกษาทำความเข้าใจภูมิหลังของกฎหมายต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นอินเดีย สวิตเซอร์แลนด์หรือฝรั่งเศส จะเห็นได้ว่าทั้งสามประเทศให้ความสำคัญกับการคุ้มครองการนำทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ในการที่ขอรับสิทธิบัตร โดยมีจุดร่วมอย่างหนึ่งคือความมุ่งมั่นที่จะปกป้องคุ้มครองเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยอาจมีข้อแตกต่างอยู่บ้างตรงที่อินเดียมุ่งเน้นการคุ้มครองสิ่งที่เป็นของตน เพราะต้องเป็นสิ่งที่อยู่ในฐานข้อมูลดิจิทัลของอินเดียสามารถสืบค้นได้ รัฐจึงจะคุ้มครองได้เต็มที่ ในขณะที่สวิตเซอร์แลนด์ไม่ได้ระบุชัดเจนว่าทรัพยากรดังกล่าวที่จะต้องแจ้งการนำมาใช้นั้นจะต้องเป็นของสวิตเซอร์แลนด์เท่านั้น แต่ใช้ถ้อยคำกว้าง ๆ จึงหมายถึงต้องแจ้งในทุกกรณีที่มีการนำสิ่งเหล่านั้นมาใช้ในการที่ขอรับสิทธิบัตร โดยกำหนดข้อยกเว้นไว้ในกฎหมายด้วยว่าหากไม่ทราบจริง ๆ ว่าที่มาหรือเจ้าของคือใครก็เขียนหนังสือรับรองเป็นลายลักษณ์อักษรแนบมากับคำขอ ซึ่งเป็นเรื่องพื้นฐานที่เข้าใจได้เช่นกันว่าการนำสิ่งที่เป็นของคนอื่นมาใช้ในการของตนนั้นต้องอ้างอิงแหล่งที่มาเพื่อเป็นการให้เกียรติ ไม่ขโมยของคนอื่นมาใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต จึงไม่ต่างจากการเขียนบทความหรืองานวิจัยที่ต้องมีการอ้างอิงเช่นกัน ส่วนฝรั่งเศสกำหนดให้ต้องขออนุญาตเข้าถึงหรือนำไปใช้ โดยนำไปกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม และมีบทกำหนดโทษที่รุนแรงต่อผู้ไม่ปฏิบัติตาม แต่มีได้นำมากำหนดไว้ในประมวลกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ฝรั่งเศสมีได้จัดทำฐานข้อมูลเปิดกว้างแบบเดียวกับอินเดีย แต่มีฐานข้อมูลที่จัดทำเพื่อให้รองรับ CBD จึงสามารถตรวจสอบและคัดกรองคำขอรับสิทธิบัตรได้ และยังต้องปฏิบัติตามกฎหมายสหภาพยุโรปในเรื่องข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ด้วย

^{๗๗} Le GEVES, « Le Catalogue officiel des espèces et variétés de plantes cultivées en France » <<https://www.geves.fr/catalogue/>> accessed 13th July 2023.

^{๗๘} International Convention for the Protection of New Varieties of Plants 1991 โปรดดูข้อมูลเพิ่มเติม <<https://www.upov.int/portal/index.html>> ; รัชนิกร ลาภนิชชา พรหมศักดิ์, “ระบบการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ : มุมมองเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ”, วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ฉบับที่ ๓ (กันยายน ๒๕๖๑), หน้า ๖๘๓; รัชนิกร ลาภนิชชา พรหมศักดิ์, “มุมมองทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองพันธุ์พืช”, วารสารกฤษฎีกา OCS E-Journal สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เล่ม ๓ ตอน ๒ (เมษายน ๒๕๖๖) หน้า ๒๕ - ๕๗.

บทวิเคราะห์และข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนจะกล่าวถึงสภาพปัญหาของประเทศไทยตลอดจนโครงสร้างของกฎหมายสิทธิบัตรไทยและข้อเสนอที่ปรากฏในร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ ..) พ.ศ. และการสมัครเข้าเป็นภาคีความตกลงกรุงเฮกว่าด้วยการจดทะเบียนการออกแบบผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมระหว่างประเทศ ภายใต้กรรมสารกรุงเจนีวา ค.ศ. ๑๙๙๙ เอาไว้ในส่วนนี้ เพื่อให้สะดวกต่อการเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศที่ได้ศึกษาไปแล้วข้างต้น และจะได้ไม่ต้องกล่าวถึงปัญหาของประเทศไทยซ้ำหลายครั้งในเนื้อหาแต่ละส่วนของบทความ

ประเทศไทยเป็นภาคีของความตกลงระหว่างประเทศภายใต้ WTO ได้แก่ อนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม (Paris Convention) ไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อ ๒ สิงหาคม พ.ศ. ๒๕๕๑ และเป็นภาคีสันติสัญญาว่าด้วยความร่วมมือด้านสิทธิบัตร (Patent Cooperation Treaty: PCT) เมื่อวันที่ ๒๔ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๕๒ โดยสนธิสัญญา PCT มีสาระสำคัญเกี่ยวข้องกับการอำนวยความสะดวกในการยื่นคำขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ในประเทศอื่น ๆ มีกฎหมายอนุวัติการเป็นกฎหมายลำดับรอง ได้แก่ กฎกระทรวงว่าด้วยการขอรับความคุ้มครองการประดิษฐ์ตามสนธิสัญญาความร่วมมือด้านสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๕๒ และขณะนี้ไทยกำลังอยู่ระหว่างการปรับปรุงกฎหมายสิทธิบัตรเพื่อภาคยานุวัติ Hague Agreement (Geneva Act) ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่อำนวยความสะดวกในการยื่นคำขอรับสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ในรัฐภาคี

โครงสร้างของร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ ..) พ.ศ.

ร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตรฯ ที่กล่าวถึงในบทความนี้ คือร่างที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติอนุมัติหลักการเมื่อวันที่ ๒๗ กันยายน ๒๕๖๕ โดยผ่านการรับฟังความคิดเห็นในขั้นต้นแล้ว ขณะนี้อยู่ระหว่างการตรวจพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยมีโครงสร้างหลักไม่ต่างไปจากกฎหมายปัจจุบัน เพียงแต่เพิ่มส่วนของความตกลงกรุงเฮกเกี่ยวกับการจดทะเบียนออกแบบผลิตภัณฑ์ระหว่างประเทศ (The Hague Agreement Concerning the International Registration of Industrial Designs Geneva Act of July 2, 1999 (Geneva Act)) เพื่อให้รองรับการภาคยานุวัติความตกลงฉบับนี้ในอนาคต หากกล่าวถึงส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทความนี้ คือ การนำทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ จะเห็นได้ว่าในร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตรฯ มีเพียง ๑ มาตรา ได้แก่ ร่างมาตรา ๑๗/๑ แม้หน่วยงานเจ้าของเรื่องจะเสนอปรับปรุงถ้อยคำระหว่างการตรวจพิจารณาของสำนักงานฯ แต่ยังคงหลักการเดิมไว้ไม่ต่างจากร่างที่ผ่านการรับฟังความคิดเห็น ซึ่งร่างมาตรานี้มีหลักการว่าในการประดิษฐ์ตามคำขอรับสิทธิบัตรที่มีการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่น ผู้ขอรับสิทธิบัตรจะต้องระบุแหล่งที่มาและยื่นเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการขออนุญาตก่อนการเข้าถึงและข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ มาพร้อมกับคำขอรับสิทธิบัตร

“ร่างมาตรา ๑๗/๑ ในกรณีที่การประดิษฐ์ตามคำขอรับสิทธิบัตรมีการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาท้องถิ่น ให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรระบุแหล่งที่มาและยื่นเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการขออนุญาตก่อนการ เข้าถึงและข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ มาพร้อมกับคำขอรับสิทธิบัตร ดังนี้

(๑) การระบุแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาท้องถิ่น ให้ระบุประเทศที่ อนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาท้องถิ่น เว้นแต่ในกรณีที่แหล่งที่มาอยู่นอกอำนาจอธิปไตยและ สิทธิอธิปไตยของรัฐใด ๆ เช่น ในทะเลหลวง หรือเป็นข้อมูลสาธารณะที่เข้าถึงได้โดยอิสระ ให้ระบุข้อมูล ทางภูมิศาสตร์หรืออ้างอิงแหล่งที่มา แล้วแต่กรณี แทนการระบุประเทศที่อนุญาตให้เข้าถึง

(๒) การยื่นเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการขออนุญาตก่อนการเข้าถึงหรือการจัดทำข้อตกลง แบ่งปันผลประโยชน์ ให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของประเทศที่อนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้

“ทรัพยากรพันธุกรรม” หมายความว่า สารใด ๆ ซึ่งบรรจุหน่วยที่มีบทบาทหน้าที่ในการ สืบทอดพันธุกรรม หรืออนุพันธ์ ของพืช สัตว์ จุลินทรีย์ หรือแหล่งกำเนิดอื่น ๆ

“อนุพันธ์” หมายความว่า สารชีวเคมีที่ปรากฏขึ้นตามธรรมชาติ อันเป็นผลมาจากการ แสดงออกของพันธุกรรม หรือกระบวนการเมตาบอลิซึมของสิ่งมีชีวิต แม้ว่าจะไม่บรรจุหน่วยที่มีบทบาทหน้าที่ ในการสืบทอดพันธุกรรม

“ภูมิปัญญาท้องถิ่น” หมายความว่า พินความรู้ การแสดงออก การประเพณีปฏิบัติหรือทักษะ ที่เป็นของชุมชนใดชุมชนหนึ่งในท้องที่ใดท้องที่หนึ่ง ซึ่งบุคคล กลุ่มบุคคล หรือชุมชนยอมรับและรู้สึกเป็นเจ้าของร่วมกัน และมีการสืบทอดกันมาจากคนรุ่นหนึ่งไปยังคนอีกรุ่นหนึ่ง โดยอาจมีการปรับเปลี่ยนเพื่อตอบสนองต่อสภาพแวดล้อม ของตน

การระบุแหล่งที่มาและการยื่นเอกสารตามมาตรานี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ อธิบดีประกาศกำหนด”

วิเคราะห์ร่างมาตรา ๑๗/๑ ที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรี

(๑) คຸ້ມຄອງการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นการทั่วไป เนื่องจากร่างอนุมาตรา ๑ กำหนดว่า “การระบุแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญา ท้องถิ่น ให้ระบุประเทศที่อนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่น เว้นแต่ในกรณีที่ แหล่งที่มาอยู่นอกอำนาจอธิปไตยและสิทธิอธิปไตยของรัฐใด ๆ เช่น ในทะเลหลวง หรือเป็นข้อมูล สาธารณะที่เข้าถึงได้โดยอิสระ ให้ระบุข้อมูลทางภูมิศาสตร์หรืออ้างอิงแหล่งที่มา แล้วแต่กรณี แทนการ ระบุประเทศที่อนุญาตให้เข้าถึง” จึงต้องยอมรับว่ากรมทรัพย์สินทางปัญญามีนโยบายที่ชัดเจนแล้วว่า ๑) ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นสิ่งที่นำมาใช้และสามารถขอรับสิทธิบัตรในงานดังกล่าวได้ มิใช่สาธารณสมบัติ ดังเช่นแนวคิดของอินเดีย ๒) สิ่งที่ต้องเปิดเผยในการขอรับสิทธิบัตร คือ ชื่อประเทศที่อนุญาตให้เข้าถึง ทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่น จึงมิได้จำเพาะเจาะจงคุ้มครองเฉพาะทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยหรือที่พบในประเทศไทยเท่านั้น เมื่อเป็นเช่นนั้นย่อมต้องตอบคำถามให้ได้

ว่าผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรของไทยจะสามารถเข้าถึงข้อมูลเหล่านี้เพื่อนำมาใช้ในการตรวจสอบได้อย่างไร การพึ่งพาอาศัยฐานข้อมูลของกระทรวงอื่นมีความเป็นไปได้หรือไม่ ปัจจุบันมีระบบฐานข้อมูลของไทยที่มีทั้งทรัพยากรพันธุกรรมและข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นแล้วหรือไม่ ๓) หากกำหนดหน้าที่เปิดเผยที่มา ในกฎหมายสิทธิบัตร แต่ไม่สามารถตรวจสอบได้ เช่นนี้จะทราบได้อย่างไรว่าผู้ขอรับสิทธิบัตรมิได้แจ้ง ข้อมูลอันเป็นเท็จ หากตอบว่าบุคคลนั้นก็มีความผิดฐานแจ้งข้อความอันเป็นเท็จต่อเจ้าหน้าที่ ย่อมมี คำถามต่อไปว่าการกำหนดโทษในกฎหมายสิทธิบัตรไว้เป็นการเฉพาะ จะช่วยป้องปรามมิให้เกิด การกระทำความผิดตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีผลกระทบเชิงพาณิชย์ได้อย่างไร ท้ายที่สุด แล้วร่างมาตรา ๑๗/๑ นี้จะเป็นเพียงกฎหมายมาตราหนึ่งที่ไม่มียุทธศาสตร์อย่างแท้จริง เจ้าของทรัพยากร พันธุกรรมและชุมชนท้องถิ่นย่อมไม่ได้รับการคุ้มครอง ๔) การ “ให้ระบุประเทศที่อนุญาต” เป็น ข้อความสำคัญในร่างมาตรานี้เช่นกัน เพราะเป็นการยืนยันว่าทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญา ท้องถิ่นนั้นต้องมีหลักฐานว่าได้รับอนุญาตจากประเทศที่เป็นเจ้าของให้นำมาใช้ในการประดิษฐ์หรือ กรรมวิธีที่จะขอรับสิทธิบัตร มิใช่เพียงระบุประเทศที่เป็นแหล่งที่มา และมีใช้ระบุเพียงประเทศที่พบ ทรัพยากรดังกล่าว เพราะทรัพยากรหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่คล้ายกันอาจพบได้ในหลายประเทศที่อยู่ใน ภูมิภาคเดียวกันก็เป็นได้ และแน่นอนว่าคำถามเดิมจะย้อนกลับมาอีกครั้งว่าหากไม่มีหลักฐานว่าได้รับ อนุญาต กรมทรัพย์สินทางปัญญาจะปฏิเสธไม่รับจดสิทธิบัตรได้หรือไม่ หากออกสิทธิบัตรไปแล้ว สามารถร้องขอให้เพิกถอนสิทธิบัตรนั้นได้หรือไม่ ทั้งหมดนี้เป็นเรื่องที่ไม่ปรากฏในร่างมาตรา ๑๗ ที่กำหนดรายการที่ต้องระบุในคำขอรับสิทธิบัตร แต่ไม่ปรากฏว่าได้นำไปกำหนดไว้ในร่างมาตรา ที่เกี่ยวข้องกับการคัดค้านการออกสิทธิบัตร และไม่ปรากฏอยู่ในร่างมาตรา ๕๔ และร่างมาตรา ๕๕ ที่กำหนดเหตุในการขอเพิกถอนสิทธิบัตร และ ๕) ในคำขอ PCT จำเป็นต้องยื่นเอกสารหลักฐานแสดง การอนุญาตของประเทศที่มาจากทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้หรือไม่ หากไม่มี หลักฐานดังกล่าว กรมทรัพย์สินทางปัญญาจะปฏิเสธคำขอ PCT นั้นหรือไม่

(๒) กำหนดให้ต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ ร่างมาตรา ๑๗/๑ (๒) กำหนดว่า “การยื่นเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการขออนุญาตก่อนการเข้าถึงหรือการจัดทำข้อตกลงแบ่งปัน ผลประโยชน์ ให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของประเทศที่อนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม หรือ ภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น” เรื่องการกำหนดให้ทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์มีใช้เรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย เนื่องจากในมาตรา ๑๙ มาตรา ๔๘ และมาตรา ๕๒ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้กำหนดเรื่องนี้ไว้เช่นกัน แต่ร่างอนุมาตรา ๒ มีความน่าสนใจคือ เป็นการกำหนดเงื่อนไข ให้ต้องขออนุญาตก่อนเข้าถึงและต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์เรียบร้อยแล้ว โดยให้นำเอกสาร ทั้งสองนี้มายื่นพร้อมกับคำขอรับสิทธิบัตร ซึ่งเป็นสัญญาณที่ดีในการคุ้มครองชุมชนท้องถิ่นเจ้าของ ทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่น (ภายใต้เงื่อนไขว่าต้องกำหนดได้ชัดเจนว่าทรัพยากร พันธุกรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่น และชุมชนท้องถิ่นหมายความว่าอย่างไร) หากจะเขียนอนุมาตรานี้ ให้สมบูรณ์ ควรต้องกำหนดด้วยว่ากรณีของประเทศไทย จะให้ทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์กับใคร เพื่อให้ทราบว่าคู่สัญญาในข้อตกลงนี้คือใคร ความในมาตรานี้เป็นการเขียนรองรับพิสัยนาโงยาไว้แล้ว บางส่วน (ประเทศไทยเพียงแคลงนามในพิสัยนาโงยา เมื่อเดือนมกราคม พ.ศ. ๒๕๕๕ แต่ยังมีได้ ให้สัตยาบัน) แต่ที่น่าเสียดายก็คือแม้ไม่ปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ในมาตรานี้ก็ไม่มีผลอย่างใดต่อ ผู้ขอรับสิทธิบัตร เพราะไม่ได้กำหนดโทษหรือมาตรการการบังคับเอาไว้

(๓) ไม่กำหนดผลของการฝ่าฝืนและไม่มีบทกำหนดโทษ หากเปรียบเทียบกับกฎหมายอินเดีย ฝรั่งเศส และสวิตเซอร์แลนด์ ย่อมเป็นที่ประจักษ์ว่ากฎหมายของทั้งสามประเทศกำหนดหน้าที่ให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรหรือผู้ประดิษฐ์ต้องเปิดเผยที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่นำมาใช้ แต่หน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้เอกชนต้องปฏิบัติตามนั้นจะประสบผลได้ก็ต่อเมื่อมีการกำหนดผลของการไม่ปฏิบัติตามเอาไว้ ซึ่งเป็นสิ่งที่อินเดีย ฝรั่งเศสและสวิตเซอร์แลนด์ตระหนักเป็นอย่างดี กฎหมายอินเดียจึงได้กำหนดให้ผลของการฝ่าฝืนหน้าที่เปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมนำไปสู่การคัดค้านในสองช่วงเวลา กล่าวคือ การคัดค้านหลังการประกาศโฆษณาครั้งแรก และการคัดค้านระหว่างการประกาศโฆษณาว่าจะรับจดสิทธิบัตร ซึ่งเป็นการนำกลไกการคัดค้านตามปกติของกฎหมายสิทธิบัตรที่นานาประเทศใช้อยู่มาเป็นเครื่องมือบังคับให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรต้องปฏิบัติ และท้ายที่สุดสิทธิบัตรนั้นอาจถูกร้องขอให้เพิกถอนได้หากพิสูจน์ได้ว่าการปกปิดหรือบิดเบือนที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม ส่วนในเรื่องของการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ในการประดิษฐ์นั้น อินเดียมีนโยบายไม่ให้นำมาขอรับสิทธิบัตรได้ สิ่งที่ยินเดียนำมาใช้เพื่อรองรับนิตินโยบายนี้คือ การเปิดโอกาสให้คัดค้านและการร้องขอให้เพิกถอนสิทธิบัตรที่ออกให้โดยผิดพลาด ส่วนความผิดพลาดในการตรวจสอบอาจมีที่มาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ เอกชนก็ต้องฟ้องหน่วยงานตรวจสอบต่อไป หรือหากเกิดจากการปกปิดหรือบิดเบือนของผู้ขอรับสิทธิบัตร เช่นนี้กฎหมายได้กำหนดโทษที่นอกเหนือจากการเพิกถอนสิทธิบัตรเอาไว้ด้วยแล้ว

กรณีของสวิตเซอร์แลนด์ เปิดโอกาสให้นำทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ได้ทั้งคู่ และได้กำหนดโทษปรับขั้นสูงกรณีที่ไม่เปิดเผยที่มาของทรัพยากรดังกล่าวและอาจถูกฟ้องคดีต่อศาลได้ ในขณะที่กฎหมายฝรั่งเศสก็มีทั้งโทษจำคุก โทษปรับที่ค่อนข้างสูงขึ้นอยู่กับว่าการกระทำความผิดนั้นเป็นการนำไปใช้เพื่อการพาณิชย์หรือไม่ ซึ่งการนำมาขอรับสิทธิบัตรย่อมชัดเจนอยู่แล้วว่าต้องการนำไปแสวงประโยชน์เชิงพาณิชย์หรือทางอุตสาหกรรม และยังมีโทษห้ามเข้าถึงและห้ามนำทรัพยากรพันธุกรรมอย่างอื่นหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นบางอย่างไปใช้ ซึ่งจะมีผลกระทบต่อการนำสิทธิบัตรไปใช้เพื่อการค้าอย่างแน่นอน และหากไม่ต้องการเผชิญความเสี่ยงเช่นนี้บรรดานักประดิษฐ์หรือบริษัทผู้ผลิตทั้งหลายย่อมต้องระมัดระวังเรื่องการขออนุญาตเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นรวมถึงการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นธรรมกับชุมชน

สรุปได้ว่าบทกำหนดโทษของแต่ละประเทศล้วนเป็นไปเพื่อให้กฎหมายนั้นสามารถคุ้มครองเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือป้องปรามผู้ที่คิดจะกระทำความผิดได้เป็นอย่างดี

(๔) นิยามศัพท์ใหม่ การนิยามศัพท์ขึ้นใหม่มิได้เป็นปัญหาในตัวของมันเอง เพียงแต่มีบางคำที่ต้องใช้ความระมัดระวังในการให้คำจำกัดความ เช่น ภูมิปัญญาท้องถิ่น ในร่างมาตรา ๑๗/๑ ได้ให้คำอธิบายว่า หมายถึง “พื้นความรู้ การแสดงออก การประเพณีปฏิบัติหรือทักษะที่เป็นของชุมชนใดชุมชนหนึ่งในท้องที่ใดท้องที่หนึ่ง ซึ่งบุคคล กลุ่มบุคคล หรือชุมชนยอมรับและรู้สึกเป็นเจ้าของร่วมกัน และมีการสืบทอดกันมาจากคนรุ่นหนึ่งไปยังคนอีกรุ่นหนึ่งโดยอาจมีการปรับเปลี่ยนเพื่อตอบสนองต่อสภาพแวดล้อมของตน” จึงเป็นที่น่าสงสัยว่า การสืบทอดจากคนรุ่นหนึ่งไปยัง

คนอีกรุ่นหนึ่ง (from generation to generation) ต้องใช้ระยะเวลาที่ปี เช่น ๕๐ ปี หรือ ๗๐ ปี จึงจะถือได้ว่าเป็นการสืบทอดตามที่กล่าวมานี้ และมีวิธีการพิจารณาอย่างไร นิยามศัพท์ที่สำคัญที่ขาดหายไปจากร่างมาตรา ๑๗/๑ คือ “ชุมชน” หากเปรียบเทียบกับกฎหมายฝรั่งเศสที่กล่าวไว้ในส่วนต้น การกำหนดให้ชัดเจนว่าชุมชนหมายความว่าอย่างไรเป็นสิ่งจำเป็น เพราะร่างมาตรา ๑๗/๑ กำหนดให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ด้วย อนึ่ง การที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายอนุวัติการ CBD โดยตรง หากจะกำหนดคำศัพท์เหล่านี้เอาไว้ในกฎหมายสิทธิบัตร ย่อมต้องใช้ความระมัดระวังในการอ้างอิงด้วยว่าเป็นนิยามที่กำหนดขึ้นเอง หรือนำมาจากความตกลงระหว่างประเทศฉบับใดที่ไทยเป็นภาคี

(๕) ระบบฐานข้อมูลทรัพยากรพันธุกรรมและฐานข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่น

การจัดทำฐานข้อมูลเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่งที่จะทำให้การสืบค้นโดยเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานผู้รับจดสิทธิบัตรสามารถนำมาใช้ประกอบการพิจารณาว่าจะรับหรือปฏิเสธการออกสิทธิบัตรให้ ในการประชุม WIPO IGC ครั้งที่ ๔๗ ปี ค.ศ. ๒๐๒๓ ญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกา และเกาหลีใต้ได้ร่วมกันเสนอให้รัฐสมาชิกต่างจัดทำฐานข้อมูลของประเทศตน โดยรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรมประเภทที่ไม่เป็นความลับของประเทศตนและนำมาจัดเก็บในฐานข้อมูลและเชื่อมฐานข้อมูลของประเทศตนเข้ากับ WIPO Portal ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของสำนักกระหว่างประเทศ (International Bureau) ของ WIPO ที่สำคัญรัฐสมาชิกต้องหารือกับชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่นที่เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าวให้ชัดเจนก่อนที่จะนำมาบรรจุไว้ในฐานข้อมูล^{๗๙} อย่างไรก็ดี ข้อเสนอที่ยังไม่เป็นที่ยุติว่าข้อมูลที่จะจัดเก็บในฐานข้อมูลของรัฐสมาชิกควรมีลักษณะอย่างไร จะมีเพียงรายชื่อทรัพยากรหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยไม่ต้องมีรายละเอียดอื่นหรือไม่ หากมีเพียงข้อมูลพื้นฐานก็ควรเปิดโอกาสให้ผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรของรัฐสมาชิกสามารถขอรายละเอียดเพิ่มเติมจากรัฐที่เป็นเจ้าของได้เมื่อจำเป็นต้องใช้ในการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรและตรวจสอบการประดิษฐ์ โดยเกาหลีใต้เสนอว่าควรใช้วิธีการค้นหาแบบพื้นฐานคือสืบค้นจากข้อความ (one-click database search) เพราะจะทำให้ระบบเกิดความผิดพลาดทางเทคนิคน้อยที่สุด และได้มีการยกตัวอย่างระบบฐานข้อมูล TKDL ของอินเดีย ที่ผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรของหน่วยงานจากหลาย ๆ ประเทศได้นำมาใช้สืบค้นเพื่อการทำงานด้วย ดังที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้นของบทความว่าอินเดียจัดระดับการเข้าถึงข้อมูลในฐานข้อมูลเอาไว้ไม่ได้หมายความว่าคนทั่วไปจะสามารถสืบค้นเพื่อสำรวจ (survey) ข้อมูลทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นของอินเดียมาใช้หาประโยชน์ได้โดยง่าย สำหรับความกังวลในเรื่องที่ว่าเมื่อมีฐานข้อมูลแล้วนักประดิษฐ์ชาวต่างชาติจะสามารถสืบค้นเพื่อนำเอาทรัพยากรของประเทศไทยไปใช้นั้น ย่อมต้องพิจารณาว่าการที่รัฐบาลไทยปิดกั้นการมีอยู่ของทรัพยากรและภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้เป็นความลับ จะเกิดประโยชน์มากกว่าการจัดทำฐานข้อมูลหรือไม่ นั้นหมายความว่าไทยไม่อ้างสิทธิเหนือทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยให้ชัดเจน และหากมีผู้นำสิ่งดังกล่าวไปใช้ในการประดิษฐ์ในต่างประเทศ เช่นนี้ไทยย่อมไม่อาจปกป้องหรือหวงกันทรัพยากรหรือภูมิปัญญานั้นได้เลย

^{๗๙} WIPO IGC 47th Session Geneva, June 5 to 9 2023, “Joint Recommendation on the Use of Databases for the Defensive Protection of Genetic Resources and Traditional Knowledge Associated with Genetic Resources”, WIPO/GRTKF/IC/47/17

เช่นกัน อย่างไรก็ตาม บางประเทศดังเช่นอิหร่านยังคงไม่เห็นด้วยกับข้อเสนอในการจัดทำฐานข้อมูลเนื่องจากกังวลเรื่องความมั่นคงไซเบอร์เพราะการกำหนดให้รัฐสมาชิกต้องเชื่อมฐานข้อมูลของตนเข้ากับฐานข้อมูลของ WIPO หมายความว่าจำเป็นต้องมีการจ้างบริษัทเอกชนเพื่อจัดการและดูแลฐานข้อมูลซึ่งเอกชนเหล่านี้สามารถเข้าถึงข้อมูลได้

ประเทศไทยมีฐานข้อมูลที่หลากหลาย จัดทำโดยหลายหน่วยงาน อาทิ ฐานข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นขององค์การบริหารส่วนตำบล^{๔๐} ที่เน้นการจัดเก็บข้อมูลเบื้องต้นของแต่ละตำบล ฐานข้อมูลธนาคารเชื้อพันธุ์พืชของกรมวิชาการเกษตร^{๔๑} เป็นแหล่งข้อมูลด้านพันธุกรรมพืชโดยจัดเก็บข้อมูลลักษณะประจำพันธุ์ ฐานทรัพยากรท้องถิ่นของโครงการอนุรักษ์พันธุกรรมพืชอันเนื่องมาจากพระราชดำริ สมเด็จพระเทพรัตนราชสุดาฯ สยามบรมราชกุมารี (อพ.สธ.) ที่รวบรวมทรัพยากรกายภาพ ทรัพยากรชีวภาพและทรัพยากรวัฒนธรรมและภูมิปัญญา เมื่อสืบค้นผ่านเว็บไซต์ของแต่ละองค์กรที่กล่าวมาจะพบว่าข้อมูลยังกระจัดกระจาย บางจังหวัดก็มีทั้งข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นและแสดงออกทางวัฒนธรรมอยู่รวมกัน บางจังหวัดก็จัดเก็บและเผยแพร่ในรูปแบบ pdf. มิใช่ฐานข้อมูลสืบค้น บางเว็บไซต์มีเฉพาะภาษาไทยซึ่งอาจเกิดปัญหาโต้แย้งกรณีที่ต้องใช้ข้อมูลเพื่อต่อสู้กับผู้ขอรับสิทธิบัตรชาวต่างชาติ และไม่อาจทราบได้ว่าในการสืบค้นมีระดับการเข้าถึงข้อมูลดังเช่นฐานข้อมูล TKDL ของอินเดียหรือไม่ ความละเอียดของข้อมูลที่จัดเก็บอยู่ในระดับใด การที่ประเทศไทยยังไม่ได้รวบรวมข้อมูลและจัดเก็บอย่างเป็นระบบ กำหนดระดับการเข้าถึงข้อมูล และยังไม่ปรากฏชัดเจนว่าผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรจะสามารถใช้ข้อมูลจากฐานข้อมูลใดได้บ้าง อาจจะเป็นจุดอ่อนของไทยในการป้องกันตนเองจากการถูกขโมยทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ในการประดิษฐ์เพื่อขอรับสิทธิบัตรในต่างประเทศได้ หากประเทศไทยประสงค์จะใช้ฐานข้อมูลย่อย เช่น ฐานข้อมูลทรัพยากรพันธุกรรมพืช ฐานข้อมูลพันธุ์ข้าว ฐานข้อมูลทรัพยากรพันธุกรรมสัตว์ ฐานข้อมูลสัตว์น้ำ ก็เป็นเรื่องที่สามารถทำได้ เพียงแต่ต้องมั่นใจว่าข้อมูลที่รวบรวมโดยองค์กรที่หลากหลายนั้นมีความสมบูรณ์น่าเชื่อถือและสามารถใช้อ้างอิงในการตรวจสอบสิทธิบัตรได้

^{๔๐} ตัวอย่าง ฐานข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่น อบต. จอมประทัด <http://www.jompratud.go.th/site/index.php?option=com_content&view=article&id=226&Itemid=120>; ฐานข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่น อบต. โนนทอง <<https://www.nonthonglocal.go.th/index.php/basic-data/local-wisdom-database>>; ฐานข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่น อบต. บางชัย <<https://www.bangsailocal.go.th/post/000000593-a3a59030bd397f0631cb-7c725e35101f.pdf>>; ฐานข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่น อบต. ดอนมัน <<https://www.donmun.go.th/fileupload/5065073869.pdf>> สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๒ กรกฎาคม ๒๕๖๖

^{๔๑} ธนาคารเชื้อพันธุ์พืช <https://www.doa.go.th/genebankthailand/?page_id=208&lang=th> สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๒ กรกฎาคม ๒๕๖๖ เมื่อเข้าเว็บไซต์จะเป็นการอธิบายว่ามีระบบที่สนับสนุนภารกิจของธนาคารเชื้อพันธุ์พืชที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์เชื้อพันธุกรรมพืชและการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ แต่ไม่ปรากฏว่าจะเข้าถึงฐานข้อมูลดังกล่าวได้อย่างไร

บทสรุป

หลายประเทศมีแนวคิดในการคุ้มครองเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรม โดยการกำหนดเรื่องนี้ไว้ในกฎหมายสิทธิบัตรและกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายสิ่งแวดล้อม กฎหมายคุ้มครองธรรมชาติและภูมิทัศน์ หรือกฎหมายคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพ เพียงแต่การกำหนดเรื่องที่ทำให้ปฏิบัติได้ในกฎหมายโดยมิได้กำหนดผลที่จะเกิดขึ้นหากฝ่าฝืน ตลอดจนไม่มีบทลงโทษ ย่อมทำให้บทบัญญัติมาตรานั้นไม่ประสบความสำเร็จในการให้ความคุ้มครองและป้องปรามอย่างแท้จริง เห็นได้จากบรรดาประเทศที่ผู้เขียนได้ยกมาเป็นตัวอย่างในการศึกษาที่ล้วนแต่มีความตั้งใจอย่างจริงจังในการคุ้มครองเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยสะท้อนผ่านมาตรการทางกฎหมายที่บังคับอย่างเข้มงวดและมีบทลงโทษที่รุนแรง หากประเทศไทยต้องการแสดงให้เห็นว่ามีความจริงจังที่จะต่อต้านการนำทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชนไปใช้โดยไม่อ้างอิงแหล่งที่มา สิ่งทีพึงกระทำก็คือกำหนดบทลงโทษเอาไว้ในกฎหมาย โดยมีทางเลือกว่าจะกำหนดไว้ในกฎหมายสิทธิบัตรและกฎหมายอนุวัติการ CBD ดังเช่นประเทศอินเดียและสวิตเซอร์แลนด์ หรือกำหนดไว้เฉพาะในกฎหมายสิ่งแวดล้อมเพื่ออนุวัติการ CBD ดังเช่นกรณีของประเทศฝรั่งเศสก็ได้เช่นกันเพราะได้ออกแบบให้เป็นกฎหมายกลางที่สามารถนำไปใช้ได้กับกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด หากเลือกแบบฝรั่งเศสย่อมหมายความว่าหน่วยงานผู้เสนอร่างกฎหมายอนุวัติการ CBD จะต้องทำงานร่วมกับกรมทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อให้ได้ข้อยุติว่าจะเขียนกฎหมายเชื่อมโยงกันอย่างไรเพื่อการบังคับใช้ที่มีประสิทธิภาพ

ส่วนปัญหาว่าจะคุ้มครองเฉพาะทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เป็นของประเทศไทยหรือจะคุ้มครองไปถึงทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่พบในต่างประเทศด้วย เป็นเรื่องที่ควรพิจารณาอย่างรอบคอบก่อนตัดสินใจ เพราะจะมีผลถึงการตรวจสอบสิทธิบัตร ผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรของไทยต้องสามารถเข้าถึงข้อมูลทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นของต่างประเทศได้ หากกำหนดเรื่องการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นเอาไว้ การจดสิทธิบัตรในไทยย่อมต้องเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว แต่การจดสิทธิบัตรในประเทศอื่นอาจไม่จำเป็นต้องเปิดเผยข้อมูล และแน่นอนว่าการจะคุ้มครองได้อย่างมีประสิทธิภาพย่อมต้องมีฐานข้อมูลให้ตรวจสอบได้ว่าสิ่งใดเป็นของไทยหรือของใคร ส่วนประเด็นที่ว่าจะมีกฎหมายบังคับใช้ไปก่อนหรือควรจะมีฐานข้อมูลให้เรียบร้อยก่อนนั้น เป็นเรื่องที่มีได้เกิดขึ้นครั้งแรก เพราะกฎหมายอื่นอีกหลายฉบับก็จำเป็นต้องกำหนดให้มีฐานข้อมูลเพื่อให้เจ้าหน้าที่สามารถใช้ในการปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายเช่นกัน ซึ่งการกำหนดระยะเวลาให้มาตรา ๑๗/๑ มีผลใช้บังคับหลังจากที่มีฐานข้อมูลพร้อมเพื่อให้หน่วยงานมีเวลาเตรียมการอาจเป็นทางเลือกที่เป็นไปได้ แต่ต้องคำนึงด้วยว่าหากกรมทรัพย์สินทางปัญญาไม่มีฐานข้อมูลของตนเองแต่ต้องอาศัยข้อมูลจากหน่วยงานอื่น ย่อมต้องเร่งรัดให้หน่วยงานดังกล่าวจัดทำฐานข้อมูลให้สามารถใช้งานได้เป็นอย่างดี มีข้อมูลให้ผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรจำเป็นต้องใช้อย่างเพียงพอ และกรมฯ ต้องตอบคำถามด้วยว่าในร่างมาตราอื่นที่กำหนดให้ outsource เอกชนหรือองค์กรอื่นมาช่วยตรวจสอบสิทธิบัตร (substantive examination) นั้น

ต้องการให้ตรวจเรื่องการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นด้วยหรือไม่ หากต้องการเช่นนั้น การเข้าถึงข้อมูลและชั้นความลับของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยเอกชนนั้นจะต้องอยู่ในระดับเดียวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ท้ายที่สุดนี้ ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะตระหนักถึงผลที่จะตามมาจากการบัญญัติหน้าที่เปิดเผยที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้ในกฎหมายสิทธิบัตรโดยไม่กำหนดบทลงโทษ

โอกาส ความเป็นไปได้ และความท้าทายทางกฎหมาย ในการใช้บังคับ การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลภายใต้บริบทกฎหมายไทย *

ปจรรย์ จำเนียรกุล **

๑. บทนำ

จากปัญหาความต้องการสินค้าและการใช้บริการทางทะเล เช่น อาหาร พลังงาน ที่เพิ่มมากขึ้นจนทำให้เกิดขีดความสามารถของทะเลที่จะตอบสนองความต้องการทั้งหมดพร้อมกัน อีกทั้งในหลายกรณีผู้ใช้สามารถเข้าถึงทรัพยากรทางทะเลและพื้นที่ในมหาสมุทรได้ฟรี ซึ่งนำไปสู่การใช้งานที่มากเกินไป ความขัดแย้ง และเกิดความเสื่อมโทรมของทรัพยากรทางทะเลในท้ายที่สุด^๑ การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล (Marine Spatial Planning (MSP)) จึงเข้ามามีบทบาทในการวางแผนเชิงยุทธศาสตร์ทางทะเล ผสมผสานกับเครื่องมือในการบริหารจัดการอื่น ๆ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้จัดการความขัดแย้งในการใช้ประโยชน์จากพื้นที่ทางทะเล ไม่ว่าจะเป็นความขัดแย้งระหว่างการใช้ประโยชน์ของมนุษย์ (user-user conflicts) หรือความขัดแย้งระหว่างการใช้ประโยชน์ของมนุษย์และสิ่งแวดล้อมทางทะเล (user-environment conflicts) ซึ่งส่วนใหญ่ มักกำหนดพื้นที่ทางทะเลสำหรับกิจกรรมต่าง ๆ ของมนุษย์แต่ละภาคส่วนโดยไม่พิจารณาผลกระทบต่อกิจกรรมอื่น ๆ ของมนุษย์หรือต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเล^๒ การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลจึงเป็นการเสนอแนวทางการจัดสรรกิจกรรมการใช้ประโยชน์ของมนุษย์ให้เหมาะสมกับพื้นที่ทางทะเล ผ่านการวางแผน ระเบียบ หรือข้อบังคับในการใช้ประโยชน์พื้นที่ทางทะเล เพื่อให้หน่วยงานที่มีหน้าที่และอำนาจนำไปดำเนินการและใช้บังคับกฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับดังกล่าว นอกจากนี้ การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลยังมีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนการดำเนินงานอย่างบูรณาการและการมีส่วนร่วมไม่ว่าจะเป็นระดับท้องถิ่น ระดับจังหวัด และระดับชาติ รวมทั้งระดับภูมิภาคด้วย ซึ่งหลักการสำคัญของการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลคือการคำนึงถึงความสอดคล้องระหว่างกิจกรรมกับพื้นที่ ควบคู่ไปกับการสงวนรักษาความหลากหลายทางชีวภาพและความสมบูรณ์ของระบบนิเวศทางทะเล^๓

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายข้อมูลกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, (กันยายน ๒๕๖๖) น.ม. สาขากฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

^๑ Charles N Ehler, “Two decades of progress in Marine Spatial Planning” (2021) 132 Marine Policy 1, 1.

^๒ วรัชยา สุวรรณนตร, “มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยในการวางแผนการใช้ประโยชน์ทะเลเชิงพื้นที่” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๕๕๗) ๒๕-๒๖.

^๓ กรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง, คู่มือการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล Guidelines of Marine Spatial Planning ๒๕๖๒ ๒๙-๓๒ <<https://dmcrth.dmcg.go.th/attachment/dw/download.php?WP=rUqjMT02qmlZG22DM7y04TyerPMjZT0jqmMZZ21CM500hJatrTDo7o3Q>> สืบค้นเมื่อ ๑๒ มิถุนายน ๒๕๖๖.

เมื่อวันที่ ๒๕ กันยายน ๒๕๕๘ ในการประชุมสมัชชาสหประชาชาติสมัยสามัญ ครั้งที่ ๗๐ ประเทศไทยและประเทศสมาชิกสหประชาชาติจำนวนรวม ๑๙๓ ประเทศ ได้ร่วมกันรับรองวาระการพัฒนายั่งยืน ค.ศ. ๒๐๓๐ (2030 Agenda for Sustainable Development) ให้เป็นกรอบการพัฒนาของโลกเพื่อร่วมกันบรรลุการพัฒนาทางสังคม เศรษฐกิจ และสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืน โดยไม่ทิ้งใครไว้ข้างหลัง และกำหนดเป้าหมายเกี่ยวกับการพัฒนายั่งยืน (Sustainable Development Goals–SDGs) เป็นแนวทางให้แต่ละประเทศดำเนินการร่วมกัน^๔ โดยได้กำหนดเป้าหมายการอนุรักษ์ทรัพยากรทางทะเลในเป้าหมายที่ ๑๔ การอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากมหาสมุทร ทะเล และทรัพยากรทางทะเลอย่างยั่งยืนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน (Conserve and sustainably use the oceans, seas and marine resources for sustainable development) รวมถึงการกำหนดเป้าประสงค์ที่ ๑๔.๕ ซึ่งระบุให้รัฐอนุรักษ์พื้นที่ชายฝั่งและพื้นที่ทางทะเล (coastal and marine areas) บนพื้นฐานของข้อมูลวิทยาศาสตร์ที่ดีที่สุดที่มีอยู่ โดยมีวัตถุประสงค์หลักของมาตรการอนุรักษ์ในการสร้างพื้นที่ทางทะเลและพื้นที่พื้ทรัพยากรขึ้นมาใหม่ ผ่านการใช้มาตรการการอนุรักษ์ในเชิงพื้นที่ (area-based conservation measures) และเครื่องมือในการบริหารจัดการอื่น ๆ ที่สามารถช่วยให้เป้าประสงค์ที่ ๑๔.๕ บรรลุผลได้ เช่น การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล (marine spatial planning) การบริหารจัดการพื้นที่ชายฝั่งแบบบูรณาการ (integrated coastal zone management) หรือการจัดตั้งพื้นที่คุ้มครองทางทะเล (marine protected area)^๕

โดยที่ประเทศไทยมีลักษณะเป็นรัฐชายฝั่งซึ่งตั้งอยู่บนคาบสมุทรอินโดจีน มีแหล่งทรัพยากรทางธรรมชาติทางทะเลทั้งที่มีชีวิตและไม่มีชีวิตที่อุดมสมบูรณ์แห่งหนึ่ง และด้วยความอุดมสมบูรณ์นี้เองทำให้การดำเนินการในหลายกิจกรรมส่งผลกระทบต่อขีดจำกัดของทรัพยากรธรรมชาติที่จะสามารถรองรับได้ ไม่ว่าจะเป็นผลกระทบจากการทำประมงที่จำนวนเรือประมงมีมากกว่าจำนวนทรัพยากร หรือปริมาณของนักท่องเที่ยวที่มีมากเกินไปจนเกินความสามารถของพื้นที่ ปัจจัยเหล่านี้ทำให้แหล่งทรัพยากรที่สำคัญเกิดการเสื่อมโทรมไปตามกาลเวลา แม้ในหลายภาคส่วนจะมีความพยายามในการฟื้นฟูทรัพยากรธรรมชาติแต่ก็เป็นมาตรการทางกฎหมายของแต่ละกระทรวงที่แก้ปัญหาการใช้พื้นที่ทางทะเลในความรับผิดชอบของตน โดยในส่วนของ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ได้มีมาตรการในการปิดสถานที่ท่องเที่ยวทางทะเลที่สำคัญ เช่น การปิดเกาะซึ่งเป็นสถานที่ท่องเที่ยว ซึ่งจะเห็นได้จากการ

^๔ สำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, รายงานความก้าวหน้าเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนของประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๕๙ – ๒๕๖๓ (บริษัท ซีดี มีเดีย ไกด์ จำกัด ๒๕๖๔) ๙.

^๕ กฤษฎากร ว่องวุฒิกุล และประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “การปรับปรุงกฎหมายไทยให้สอดคล้องกับข้อ ๑๔ แห่งเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การสหประชาชาติ (SDG ๑๔) ว่าด้วยเรื่องการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากมหาสมุทรและทรัพยากรทางทะเลอย่างยั่งยืน” (๒๕๖๕) ๓ วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๖๔๘, ๖๖๐.

ออกประกาศกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช เรื่อง ปิดเกาะยุงเพื่ออนุรักษ์ปะการัง และทรัพยากรทางทะเล โดยกำหนดให้เป็นเขตหวงห้ามไม่อนุญาตให้ประกอบกิจกรรมท่องเที่ยวทุกรูปแบบ มาตรการในการปิดเกาะเพื่อฟื้นฟูทรัพยากรธรรมชาตินี้ย่อมส่งผลดีต่อการอนุรักษ์ธรรมชาติซึ่งมีส่วนช่วยให้ธรรมชาติสามารถฟื้นตัวตัวเองได้ แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้เช่นกันว่าต้องแลกมาด้วยการสูญเสียมูลค่าทางเศรษฐกิจจากการท่องเที่ยวเป็นจำนวนมหาศาล หรือการออกมาตรการในการแก้ไขปัญหาการทำประมงผิดกฎหมายจากการทำประมงเกินขีดจำกัดของทรัพยากรสัตว์น้ำในทะเล การขาดการรายงาน และไร้การควบคุม ซึ่งส่งผลกระทบต่อความยั่งยืนของทรัพยากรและอาชีพการประมง (Un-responsible Fishing and IUU)^๖ ผ่านการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการประมงของกระทรวงเกษตรและสหกรณ์

การแก้ไขปัญหาการใช้พื้นที่ทางทะเลเหล่านี้เป็นวิธีการใช้กฎหมายในความรับผิดชอบของแต่ละหน่วยงานโดยไม่ได้มีการพิจารณากำหนดขอบเขตของการใช้พื้นที่ทางทะเลร่วมกัน ซึ่งเมื่อความต้องการการใช้ประโยชน์จากพื้นที่ทางทะเลเพิ่มขึ้นการจะใช้รูปแบบการบริหารจัดการพื้นที่ทางทะเลที่มีอยู่เดิมย่อมไม่เพียงพอต่อการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งในการประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลจึงเป็นกระบวนการที่ช่วยสนับสนุนการกำหนดขอบเขตการใช้พื้นที่ทางทะเลสำหรับกิจกรรมที่แตกต่างกัน โดยไม่ลดทอนความสามารถของทะเลในการให้บริการทางระบบนิเวศ ผ่านการกำหนดกรอบแผนงานที่แสดงการจัดสรรพื้นที่ของกิจกรรมในทะเล เพื่อให้การเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมสามารถรวมเป้าหมายเข้าไว้ด้วยกันได้ และทำให้การจัดความสัมพันธ์ระหว่างการใช้พื้นที่ทางทะเลกับสิ่งแวดล้อมพัฒนาไปอย่างสมดุล

๒. กระบวนการและขั้นตอนการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล

Intergovernmental Oceanographic Commission (IOC) ได้กำหนดแนวทางการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล การวางแผนเชิงพื้นที่ ในแต่ละขั้นตอน ดังต่อไปนี้^๗

๒.๑ การระบุความจำเป็นและการกำหนดองค์กรผู้ดำเนินการ (Identifying need and establishing authority)

การระบุเหตุผลที่ต้องใช้การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล โดยระบุประเด็นปัญหาความขัดแย้งของการใช้ประโยชน์หรือการใช้ประโยชน์ที่มีผลกระทบต่อระบบนิเวศจากนั้นเป็นการพิจารณาประเภทของอำนาจที่ประสงค์จะใช้ในการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล

^๖ วิชาญ ศิริชัยเอกวัฒน์, “ข้อเท็จจริง ปัญหา อุปสรรค และแนวทางแก้ไขปัญหาของการประมงทะเลของไทยทั้งระบบ” (THAIPUBLICA) <<https://thaipublica.org/>> สืบค้นเมื่อ ๕ มกราคม ๒๕๖๓.

^๗ Intergovernmental Oceanographic Commission, “Marine Spatial Planning A Step-by-Step Approach toward Ecosystem-based Management” (UNESDOC) <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000186559>> accessed 12th June 2023

โดยการออกกฎหมายฉบับใหม่หรือการพิจารณาปรับปรุงหรือแก้ไขกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน และเนื่องจากอำนาจในการดำเนินการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลเป็นกรอบการดำเนินงานหรือเป็นแนวทางการดำเนินงานที่หน่วยงานที่มีหน้าที่หรือความรับผิดชอบสามารถนำไปปรับใช้กรณีจึงอาจดำเนินการโดยหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นใหม่เพื่อดำเนินการตามแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลโดยเฉพาะ หรือการบูรณาการหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบให้สามารถทำงานร่วมกันได้^๘

๒.๒ การจัดหางบประมาณสนับสนุนการดำเนินการ (Obtaining financial support)

การจัดทำแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลจำเป็นต้องได้รับการสนับสนุนด้านงบประมาณ ในการแสวงหาการสนับสนุนทางการเงินจึงต้องมีการดำเนินการตามภารกิจโดยการกำหนดกลไกทางเลือกในการจัดหาเงินทุน และการกำหนดความเป็นไปได้ของกลไกการจัดหาเงินทุน ไม่ว่าจะเป็นด้านการเงิน ด้านกฎหมาย ด้านการบริหารจัดการ ด้านสังคม ด้านการเมือง และด้านสิ่งแวดล้อม^๙

๒.๓ การจัดระเบียบกระบวนการผ่านการวางแผนล่วงหน้า (Organizing the process through pre-planning)

ขั้นตอนนี้เป็นการดำเนินการภายใต้ “แนวปฏิบัติที่มีวัตถุประสงค์เป็นที่ตั้ง” โดยมีการกำหนดเป้าหมาย วัตถุประสงค์ และตัวชี้วัดในการบรรลุเป้าหมายผ่านการจัดตั้งคณะทำงานวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล การกำหนดแผนการทำงาน การกำหนดขอบเขตพื้นที่และกรอบเวลาสำหรับการวางแผน การกำหนดหลักการในการดำเนินงาน เช่น หลักป้องกันไว้ก่อน (Precautionary principle) หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (Polluter-pays principle) และการกำหนดเป้าหมายทั่วไปและวัตถุประสงค์ที่ชัดเจน รวมถึงการประเมินความเสี่ยงและพัฒนาแผนป้องกันและแก้ไขปัญหา^{๑๐}

๒.๔ การจัดการการมีส่วนร่วมของผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย (Organizing stakeholder participation)

ผู้มีส่วนได้เสียต้องเป็นกลุ่มบุคคลหรือองค์กรที่ได้รับหรือจะได้รับผลกระทบจากมาตรการการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล รวมถึงมีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียกับมาตรการหรือกิจกรรมการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลในลักษณะต่าง ๆ โดยอาจพิจารณาจากผู้ที่ได้รับหรืออาจจะได้รับผลกระทบจากการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล ผู้ที่ต้องพึ่งพาทรัพยากรที่อยู่ภายใต้พื้นที่บริหารจัดการ ผู้ที่ประกอบกิจกรรมที่มีผลกระทบต่อพื้นที่หรือทรัพยากรของพื้นที่บริหารจัดการ หรือผู้ที่มีหน้าที่ความรับผิดชอบโดยตรงต่อพื้นที่และทรัพยากรในพื้นที่ ส่วนการจะกำหนดให้ผู้มีส่วนได้เสียเข้ามามีส่วนร่วมเมื่อใดนั้น โดยหลักการแล้วควรกำหนดให้เข้ามามีส่วนร่วมตั้งแต่เริ่มต้นไปจนจบกระบวนการ แต่เนื่องจากผู้มีส่วนได้เสียแต่ละรายต่างมีประโยชน์และสิทธิแตกต่างกันไป จึงอาจพิจารณาให้เข้ามามีส่วนร่วมได้ในขั้นตอนการวางแผนที่แตกต่างกัน^{๑๑}

^๘ กรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง, *อ่าวแล้ว เชิงธรรมชาติ* ๓, น. ๓๖-๓๗.

^๙ เพ็งอ้วน, น. ๓๘-๔๑.

^{๑๐} เพ็งอ้วน, น. ๔๒-๔๗.

^{๑๑} เพ็งอ้วน, น. ๔๘-๕๑.

๒.๕ การประมวลและวิเคราะห์สถานการณ์ในปัจจุบัน (Defining and analyzing existing conditions)

การดำเนินการตามขั้นตอนนี้จำเป็นต้องมีฐานข้อมูลที่ครอบคลุมทุกด้าน และเป็นปัจจุบัน เพื่อนำมาใช้เป็นข้อมูลพื้นฐานสำหรับการจัดทำแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล โดยมีภารกิจที่ต้องดำเนินการในการรวบรวมข้อมูลและแผนที่ด้านนิเวศวิทยา ด้านสิ่งแวดล้อม และด้านสมุทรศาสตร์ การรวบรวมและจัดทำผังข้อมูลเกี่ยวกับกิจกรรมของมนุษย์ ตลอดจนการระบุความขัดแย้งและความสอดคล้องในปัจจุบัน^{๑๒}

๒.๖ การประมวลและวิเคราะห์สถานการณ์ในอนาคต (Defining and analyzing future conditions)

การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยสร้างภาพในอนาคตที่พึงประสงค์และเอื้อประโยชน์ต่อการตัดสินใจ การวางแผนจึงไม่ควรจำกัดอยู่เพียงการวิเคราะห์สภาพปัจจุบันและรักษาให้อยู่ในสภาพนั้น แต่ควรแสดงให้เห็นสภาพที่อาจเกิดขึ้นจริงในภายภาคหน้าด้วย โดยการกำหนดและวิเคราะห์สถานการณ์ในอนาคตควรพิจารณาดำเนินการเกี่ยวกับการแสดงแนวโน้มการใช้ประโยชน์ของมนุษย์ในปัจจุบัน การคาดคะเนความต้องการใช้ประโยชน์ด้านพื้นที่ในอนาคต การระบุทางเลือกที่เป็นไปได้ในอนาคตสำหรับพื้นที่ และการเลือกภาพอนาคตการใช้ประโยชน์เชิงพื้นที่ที่พึงประสงค์^{๑๓}

๒.๗ การจัดเตรียมและการอนุมัติแผนการจัดการเชิงพื้นที่ (Preparing and approving the spatial management plan)

การวางแผนตามขั้นตอนนี้เป็นการพัฒนาแผนบริหารจัดการเชิงพื้นที่ทางทะเลเพื่อกำหนดมาตรการบริหารจัดการให้เหมาะสมกับพื้นที่ ซึ่งสามารถใช้เป็นนโยบายในการดำเนินงานของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบ กรณีจึงควรเป็นวิสัยทัศน์ร่วมกันระหว่างองค์กรด้านการพัฒนาเศรษฐกิจ การขนส่งทางทะเล การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม พลังงาน การประมง และการท่องเที่ยว โดยการจัดเตรียมและการอนุมัติแผนการบริหารจัดการเชิงพื้นที่ทางทะเลจะรวมถึงภารกิจในการระบุมาตรการทางเลือกในการบริหารจัดการ สิ่งกระตุ้น และการจัดการองค์กร การกำหนดเกณฑ์การตัดสินใจในการเลือกมาตรการบริหารจัดการพื้นที่ทางทะเล การกำหนดเขตพื้นที่ การประเมินแผนบริหารจัดการเชิงพื้นที่ ซึ่งโดยส่วนใหญ่มักใช้การประเมินกลยุทธ์ทางสิ่งแวดล้อม (Strategic Environmental Assessment – SEA) และการให้ความเห็นชอบแผนบริหารจัดการเชิงพื้นที่^{๑๔}

^{๑๒} เพ็งอ้าง, น. ๕๒-๕๖.

^{๑๓} เพ็งอ้าง, น. ๕๙-๖๑.

^{๑๔} เพ็งอ้าง, น. ๖๒-๖๖.

๒.๘ การปฏิบัติงานและบังคับใช้แผนการจัดการเชิงพื้นที่ (Implementing and enforcing the spatial management plan)

มีการกำหนดขั้นตอนการดำเนินงานที่จำเป็นต่อการปฏิบัติและการบังคับใช้แผนบริหารจัดการเชิงพื้นที่ไว้อย่างชัดเจน โดยหน่วยงานราชการที่กำหนดให้มีภารกิจหรือหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นใหม่จะเริ่มดำเนินการบริหารจัดการตามที่ระบุในแผนซึ่งผ่านความเห็นชอบแล้ว ส่วนการบังคับใช้แผนจะเป็นการดำเนินการเพื่อบังคับใช้ให้เป็นไปตามที่แผนกำหนดไว้และการดำเนินการตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง^{๑๕}

๒.๙ การติดตามและประเมินผลการดำเนินการ (Monitoring and evaluating performance)

มีการกำหนดระบบตรวจสอบที่ออกแบบเพื่อวัดตัวชี้วัดของการดำเนินการบริหารจัดการเชิงพื้นที่ทางทะเล โดยการพัฒนาโครงการติดตามการดำเนินงานต้องกำหนดวัตถุประสงค์ให้ชัดเจนและยืนยันวัตถุประสงค์นั้น ในการประเมินข้อมูลจากการติดตามตรวจสอบการดำเนินงาน ควรทำเป็นระยะตลอดอายุงานของโครงการ ซึ่งการประเมินผลนับเป็นส่วนหนึ่งของการบริหารจัดการที่จะกระทำต่อเมื่อวัตถุประสงค์ของโครงการถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจน และได้ระบุตัวชี้วัดที่ใช้ประเมินความคืบหน้าไว้ในช่วงวางแผนแล้ว สำหรับการรายงานผลการดำเนินการควรมีการรายงานให้ผู้มีอำนาจตัดสินใจ ผู้มีส่วนได้เสีย และประชาชนทั่วไปได้รับทราบผลการดำเนินการของแผนบริหารจัดการเชิงพื้นที่ทางทะเลด้วย^{๑๖}

๒.๑๐ การปรับปรุงกระบวนการจัดการเชิงพื้นที่ (Adapting the marine spatial management process)

จัดทำข้อเสนอแนะในการปรับเป้าหมายการบริหารจัดการ วัตถุประสงค์ ผลลัพธ์ และกลยุทธ์สำหรับการวางแผนรอบต่อไป โดยการทบทวนว่ากระบวนการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลที่ผ่านมาประสบผลสำเร็จอย่างไรบ้าง และได้เรียนรู้จากความสำเร็จหรือความล้มเหลวอย่างไร รวมถึงมีบริบทใดที่เปลี่ยนแปลงตั้งแต่เริ่มโครงการ ไม่ว่าจะเป็นบริบทด้านสิ่งแวดล้อม การปกครอง เทคโนโลยี หรือเศรษฐกิจ ซึ่งคำตอบที่ได้รับสามารถนำไปใช้ปรับปรุงแผนและการบริหารจัดการในครั้งถัดไป^{๑๗}

^{๑๕} เฟิงอ้าง, น. ๖๗-๖๘.

^{๑๖} Charles N Ehler, *supra* note 1, pp. 69-71

^{๑๗} *Ibid* , pp. 72-73.

๓. การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลในต่างประเทศ

ช่วงเวลาหลายปีที่ผ่านมาการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลได้รับความสำคัญในหลายประเทศทั่วโลกโดยเฉพาะในสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นผู้นำระดับโลกในด้านการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล โดยกว่า ๔๕% ของการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลทั้งหมดมาจากสหภาพยุโรป^{๑๘} ซึ่งเยอรมนีและเนเธอร์แลนด์เป็นสมาชิกของสหภาพยุโรปที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นประเทศแนวหน้าของการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลในสหภาพยุโรป รวมถึงสหราชอาณาจักรที่แม้จะออกจากการเป็นสมาชิกสหภาพยุโรปแล้ว แต่ก็ยังเป็นประเทศผู้นำลำดับต้น ๆ ของยุโรปที่มีการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลอย่างเป็นระบบเช่นเดียวกัน การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลนับเป็นกระบวนการสำคัญเพื่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนของพื้นที่ทางทะเล การเลือกศึกษารูปแบบการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลจากเยอรมนี เนเธอร์แลนด์ และสหราชอาณาจักรซึ่งเป็นประเทศที่มีการดำเนินการอย่างเป็นระบบและมีรูปแบบการใช้กลไกทางกฎหมายที่แตกต่างกันจะทำให้มีแนวทางในการนำมาปรับใช้กับการดำเนินการของประเทศไทยได้เป็นอย่างดี

๓.๑ การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลในสหภาพยุโรป

เมื่อ ๒๓ กรกฎาคม ๒๐๑๔ คณะกรรมาธิการยุโรปได้เสนอ Directive 2014/89/EU (establishing a framework for maritime spatial planning (MSP)) โดยมีผลเป็นการส่งเสริมการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลแบบองค์รวมของกิจกรรมและผลประโยชน์ที่ต่างกันในพื้นที่และช่วงเวลาเดียวกัน ซึ่งมีขอบเขตที่กว้างกว่าการโซนนิ่งกิจกรรมแบบดั้งเดิม นอกจากนี้ Directive 2014/89/EU (MSP) ยังไม่ได้เป็นการสร้างพันธกรณีใหม่ในกฎหมายของสหภาพยุโรปที่มีอยู่ในเรื่องพลังงาน การขนส่ง การประมง และสิ่งแวดล้อม รวมถึงวิธีการที่รัฐสมาชิกใช้กับพันธกรณีที่เกี่ยวข้อง แต่เป็นการกำหนดกระบวนการจัดทำแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลตลอดจนการมีส่วนร่วมช่วยการปฏิบัติตามกฎหมายที่มีอยู่^{๑๙} อย่างไรก็ตาม ในการดำเนินการตามกรอบการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล Directive 2014/89/EU (MSP) ยังต้องอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์ของกรอบกลยุทธ์ทางทะเลของสหภาพยุโรป Directive 2008/56/EC (Marine Strategy Framework Directive (MSFD)) ซึ่งเป็นกรอบการดำเนินการหลักด้านสิ่งแวดล้อมทางทะเลของสหภาพยุโรปอีกด้วย^{๒๐}

^{๑๘} Bernhard Friess and Marie Grémaud-Colombier, “Policy outlook: Recent evolutions of maritime spatial planning in the European Union” (2021) 132 Marine Policy 1, 5.

^{๑๙} Antonia Zervaki, “Legalization of Maritime Spatial Planning in the European Union and Its Implications for Maritime Governance” (2016) 30 Ocean Yearbook 32-52.

^{๒๐} Markus Salomon and John Schumacher, “Maritime spatial planning : Germany as a forerunner in ecosystem-based management?” (2022) 37 Planning Practice & Research 739, 739-740.

(๑) กรอบการดำเนินการตาม Directive 2014/89/EU (establishing a framework for maritime spatial planning (MSP))

Directive 2014/89/EU (MSP)^{๒๑} ได้สร้างกรอบสำหรับการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลที่มุ่งส่งเสริมการเติบโตของเศรษฐกิจทางทะเลอย่างยั่งยืน การพัฒนาพื้นที่ทางทะเลอย่างยั่งยืน และการใช้ประโยชน์ทรัพยากรทางทะเลอย่างยั่งยืน^{๒๒} โดยมีขอบเขตในการใช้บังคับกับทะเลของรัฐสมาชิกที่ไม่กระทบต่อกฎหมายอื่นของสหภาพยุโรป ซึ่งจะต้องไม่ใช้บังคับกับน่านน้ำภายในหรือส่วนของน่านน้ำภายในหรือส่วนของน่านน้ำภายในที่อยู่ภายใต้การวางแผนเมือง (town and country planning) ของรัฐสมาชิก และไม่ใช้บังคับกับกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์ทางการทหารหรือความมั่นคงแห่งชาติ รวมถึงไม่ยุ่งเกี่ยวกับความสามารถของรัฐสมาชิกในการออกแบบและกำหนดภายในน่านน้ำของตน โดยเนื้อหาและความครอบคลุมของการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลของรัฐสมาชิกจะต้องไม่ใช้บังคับกับการวางแผนเมือง (town and country planning) ตลอดจนจะต้องไม่กระทบต่อสิทธิอธิปไตยและเขตอำนาจของรัฐสมาชิกเหนือทะเลซึ่งได้รับจากกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะอย่างยิ่งตามที่กำหนดใน UNCLOS และการบังคับใช้ Directive จะต้องไม่มีผลต่อการกำหนดเขตทางทะเลของรัฐสมาชิกตามบทบัญญัติของ UNCLOS ที่เกี่ยวข้อง^{๒๓}

๑. กระบวนการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล

ในการปฏิบัติตามการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล (MSP) กำหนดให้แต่ละรัฐสมาชิกจะต้องก่อตั้งและปฏิบัติตามการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล โดยแผนที่เกิดขึ้นจะต้องทำและพัฒนาในระดับรัฐบาลหรือสถาบันที่กำหนดโดยรัฐสมาชิก แต่อย่างไรก็ดี Directive จะไม่ยุ่งเกี่ยวกับความสามารถของรัฐสมาชิกในการออกแบบและกำหนดรูปแบบรวมถึงเนื้อหาของแผนดังกล่าว การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลจะต้องเอื้อต่อวัตถุประสงค์และข้อกำหนดที่กำหนดใน Directive และเมื่อทำการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลรัฐสมาชิกจะต้องคำนึงถึงบริเวณทางทะเล กิจกรรมและการใช้ประโยชน์ที่เกี่ยวข้องทั้งในปัจจุบันและอนาคต รวมถึงผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติโดยต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างพื้นดินและทะเลด้วย ตลอดจนรัฐสมาชิกอาจนำการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลไปรวมหรือกำหนดขึ้นบนฐานของนโยบายภายในที่มีอยู่ ข้อกำหนด หรือกลไกก่อนที่ Directive ฉบับนี้มีผลใช้บังคับ ซึ่งต้องสอดคล้องกับข้อกำหนดตาม Directive^{๒๔}

^{๒๑} Directive 2014/89/EU of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 establishing a framework for maritime spatial planning

^{๒๒} Directive 2014/89/EU Article 1.

^{๒๓} Directive 2014/89/EU Article 2.

^{๒๔} Directive 2014/89/EU Article 4.

ในการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลของรัฐสมาชิกจะต้องเฝ้าต่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนของภาคพลังงานในทะเล การขนส่งทางทะเล การประมง การเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ และการอนุรักษ์ การคุ้มครอง และการปรับปรุงสิ่งแวดล้อม รวมถึงการฟื้นตัวของผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ อีกทั้งรัฐสมาชิกยังอาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์อื่น เช่น การส่งเสริมการท่องเที่ยวอย่างยั่งยืน หรือการสกัดวัสดุ (แร่) อย่างยั่งยืน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี Directive ฉบับนี้ไม่มีผลกระทบกับความสามารถของรัฐสมาชิกในการกำหนดวัตถุประสงค์ต่าง ๆ ที่แสดงออกมาหรือนำหนักที่ให้กับวัตถุประสงค์ในการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลของตน^{๒๕}

รัฐสมาชิกต้องจัดทำการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลซึ่งกำหนดพื้นที่และช่วงเวลาของกิจกรรมและการใช้ประโยชน์ที่มีอยู่ในปัจจุบันและอนาคตภายในทะเลของตน โดยการดำเนินการดังกล่าวรัฐสมาชิกจะต้องพิจารณาความสัมพันธ์ของกิจกรรมและการใช้ประโยชน์ที่เกี่ยวข้องที่ไม่กระทบต่อความสามารถของรัฐสมาชิก ซึ่งกิจกรรมการใช้ประโยชน์และผลประโยชน์ที่เป็นไปได้อาจรวมถึง พื้นที่เพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ พื้นที่ทำการประมง สิ่งติดตั้งและโครงสร้างพื้นฐานสำหรับการสำรวจ การแสวงประโยชน์ การสกัดน้ำมัน ก๊าซ หรือทรัพยากรพลังงานอื่น แร่ และหินแร่สำหรับการผลิตพลังงานหมุนเวียน เส้นทางขนส่งและเส้นทางการจราจรทางทะเล พื้นที่ฝึกทางการทหาร พื้นที่สงวนและคุ้มครองธรรมชาติและสิ่งมีชีวิต พื้นที่สำหรับสกัดหรือแยกแร่ การวิจัยทางวิทยาศาสตร์ เส้นทางวางท่อและสายเคเบิลใต้น้ำ การท่องเที่ยว และมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ^{๒๖}

รัฐสมาชิกจะต้องส่งสำเนาของการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล รวมถึงคำอธิบายที่มีอยู่ซึ่งเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตาม Directive ฉบับนี้ และข้อมูลที่อัปเดตในภายหลังทั้งหมดไปยังคณะกรรมการการยุโรปและรัฐสมาชิกอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องภายในสามเดือนนับแต่การจัดพิมพ์ ซึ่งคณะกรรมการการยุโรปจะต้องจัดส่งรายงานความก้าวหน้าในการปฏิบัติตาม Directive ไปยังรัฐสภายุโรปและคณะมนตรียุโรปอย่างช้าที่สุดภายในหนึ่งปีหลังจากวันสุดท้ายของการจัดทำวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลและทุกสี่ปีหลังจากนั้น^{๒๗}

๒. การกำหนดองค์กรผู้มีความอำนาจ

รัฐสมาชิกจะต้องมอบหมายองค์กรที่มีความอำนาจสำหรับการปฏิบัติตาม Directive^{๒๘} โดยแต่ละรัฐสมาชิกจะต้องจัดส่งรายชื่อองค์กรที่มีความอำนาจพร้อมด้วยรายการและข้อมูลตามที่กำหนดในภาคผนวกให้แก่คณะกรรมการการยุโรป ซึ่งรัฐสมาชิกจะต้องแจ้งเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงข้อมูลภายในหกเดือนนับแต่การเปลี่ยนแปลงนั้นมีผลใช้บังคับ ในการตรวจสอบดูแลและการรายงาน^{๒๙}

^{๒๕} Directive 2014/89/EU Article 5.

^{๒๖} Directive 2014/89/EU Article 8.

^{๒๗} Directive 2014/89/EU Article 25.

^{๒๘} Directive 2014/89/EU Article 13.

^{๒๙} Directive 2014/89/EU Article 14.

๓. การรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของผู้ที่เกี่ยวข้อง

ในการมีส่วนร่วมของสาธารณะ^{๓๐} รัฐสมาชิกจะต้องก่อตั้งวิธีการโดยการแจ้งทุกฝ่ายที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง และการปรึกษาหารือผู้มีส่วนได้เสีย ผู้มีอำนาจ (องค์กร) และสาธารณะ ในขั้นตอนของการพัฒนาการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลตามบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในกฎหมายของสหภาพยุโรป โดยรัฐสมาชิกจะต้องประกันว่าผู้มีส่วนได้เสีย ผู้มีอำนาจ (องค์กร) และสาธารณะสามารถเข้าถึงแผนซึ่งได้ดำเนินการจัดทำเสร็จแล้ว นอกจากนี้ รัฐสมาชิกจะต้องจัดการการใช้ประโยชน์ข้อมูลที่ได้มาอย่างดีที่สุดและตัดสินใจว่าจะจัดการแบ่งปันข้อมูลข่าวสารที่จำเป็นสำหรับการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลอย่างไร โดยข้อมูลข่าวสารดังกล่าวนั้นอาจรวมถึงข้อมูลทางสิ่งแวดล้อม สังคม และเศรษฐกิจที่ได้รับรวบรวมไว้ตามกฎหมายของสหภาพยุโรป ซึ่งเกี่ยวข้องกับกิจกรรมตามที่อ้างถึงในมาตรา ๘ และข้อมูลกายภาพทางทะเล รวมถึงรัฐสมาชิกจะต้องใช้ประโยชน์จากเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่เกี่ยวข้อง ทั้งที่หาได้แล้วตาม Integrated Maritime Policy (IMP) และภายใต้นโยบายของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ^{๓๑}

สำหรับการกำหนดเรื่องความร่วมมือระหว่างรัฐสมาชิก^{๓๒} โดยที่กระบวนการดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของการจัดทำแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลและการจัดการ เขตทางทะเลของรัฐสมาชิกจะต้องสอดคล้องกับความมุ่งหมายของการประกันว่าการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลจะเชื่อมโยงกับเขตทางทะเลที่เกี่ยวข้อง ซึ่งความร่วมมือดังกล่าวจะต้องพิจารณาลักษณะที่ข้ามชาติหรือข้ามพรมแดนเป็นสำคัญ โดยความร่วมมือจะต้องพยายามดำเนินการผ่านทางโครงสร้างความร่วมมือทางสถาบันในภูมิภาคที่มีอยู่ เช่น อนุสัญญาทางทะเลในภูมิภาค และ/หรือเครือข่ายหรือโครงสร้างขององค์กรที่มีอำนาจของรัฐสมาชิก และ/หรือวิธีการอื่น ๆ ที่เป็นไปตามข้อกำหนด ในส่วนความร่วมมือกับประเทศที่สาม^{๓๓} รัฐสมาชิกจะต้องพยายามเท่าที่เป็นไปได้ในการร่วมมือกับประเทศที่สาม ในการกระทำเกี่ยวกับการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลในบริเวณทางทะเลที่เกี่ยวข้อง และตามกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงอนุสัญญาต่าง ๆ เช่น การใช้เวทีระหว่างประเทศที่มีอยู่หรือความร่วมมือในภูมิภาค

^{๓๐} Directive 2014/89/EU Article 9.

^{๓๑} Directive 2014/89/EU Article 10.

^{๓๒} Directive 2014/89/EU Article 11.

^{๓๓} Directive 2014/89/EU Article 12.

(๒) กรอบการดำเนินการตาม Directive 2008/56/EC (Marine Strategy Framework Directive (MSFD))

Directive 2008/56/EC^{๓๔} เป็นการกำหนดแนวทางในการจัดการกิจกรรมของมนุษย์ที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเลภายใต้กรอบของกฎหมาย โดยบูรณาการแนวคิดของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมให้เข้ากับการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน รวมถึงการกำหนดภูมิภาคทางทะเลของยุโรปและอนุภูมิภาคตามเกณฑ์ทางภูมิศาสตร์และสิ่งแวดล้อม โดยมีภูมิภาคทางทะเลของยุโรปที่อยู่ภายใต้กรอบการดำเนินการ ได้แก่ ทะเลบอลติก มหาสมุทรแอตแลนติก ตะวันออกเฉียงเหนือ ทะเลเมดิเตอร์เรเนียน และทะเลดำ ซึ่งอยู่ภายในขอบเขตทางภูมิศาสตร์ของอนุสัญญาทะเลภูมิภาคที่มีอยู่ในปัจจุบัน^{๓๕} และได้กำหนดกรอบการทำงานให้รัฐสมาชิกใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ด้านการปกป้องและรักษาสีงแวดล้อมทางทะเล รวมถึงการป้องกันและลดปัจจัยการนำมลพิษเข้าสู่สิ่งแวดล้อมทางทะเล เพื่อเป็นการยุติมลพิษที่จะส่งผลกระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพ ระบบนิเวศทางทะเล หรือสุขภาพของมนุษย์^{๓๖} มีขอบเขตใช้บังคับกับน่านน้ำซึ่งรัฐสมาชิกมีและ/หรือใช้สิทธิตาม UNCLOS และน่านน้ำที่กำหนดโดย Directive 2000/60/EU^{๓๗}

ในการพัฒนายุทธศาสตร์ทางทะเลในภูมิภาคหรืออนุภูมิภาคของรัฐสมาชิกต้องเป็นไปตามแผนปฏิบัติการซึ่งกำหนดเกี่ยวกับการเตรียมการและโครงการของมาตรการ ซึ่งรัฐสมาชิกที่มีภูมิภาคหรืออนุภูมิภาคทางทะเลร่วมกันจะต้องประสานความร่วมมือเพื่อให้แน่ใจว่ามีมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์^{๓๘} และเพื่อให้บรรลุความร่วมมือระดับภูมิภาคดังกล่าวรัฐสมาชิกจะใช้โครงสร้างความร่วมมือที่มีอยู่ ซึ่งรวมถึงการดำเนินการภายใต้อนุสัญญาภูมิภาคทางทะเล (Regional Sea Conventions) ที่ครอบคลุมถึงภูมิภาคและอนุภูมิภาคทางทะเลด้วย^{๓๙} ในด้านการกำหนดหน่วยงานผู้รับผิดชอบ รัฐสมาชิกจะจัดทำรายชื่อนหน่วยงานที่ระบุให้เป็นผู้รับผิดชอบพร้อมด้วยรายการข้อมูลที่กำหนดเพื่อจัดส่งให้กับคณะกรรมการ^{๔๐}

^{๓๔} Directive 2008/56/EC of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 establishing a framework for community action in the field of marine environmental policy (Marine Strategy Framework Directive)

^{๓๕} European Commission, “The Marine Strategy Framework Directive” (European Commission) <https://ec.europa.eu/environment/marine/eu-coast-and-marine-policy/marine-strategy-framework-directive/index_en.htm> accessed 8th January 2023.

^{๓๖} Directive 2008/56/EC Article 1.

^{๓๗} Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy

^{๓๘} Directive 2008/56/EC Article 5.

^{๓๙} Directive 2008/56/EC Article 6.

^{๔๐} Directive 2008/56/EC Article 7.

๓.๒ การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลในเยอรมนี

(๑) กฎหมายที่เกี่ยวกับการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลของเยอรมนี

พระราชบัญญัติการวางแผนระดับภูมิภาคของสหพันธรัฐ (Federal Regional Planning Act (“Raumordnungsgesetz” / ROG)) นับเป็นกฎหมายหลักของเยอรมนีที่ใช้สำหรับการวางแผนเชิงพื้นที่ โดยในปี พ.ศ. ๒๕๔๗ ได้มีการแก้ไขให้มีผลครอบคลุมไปถึงพื้นที่ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะตามแนวทางของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล (UNCLOS) จากนั้นในปี พ.ศ. ๒๕๖๐ จึงได้มีการปรับปรุงเนื้อหาของกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการที่กำหนดใน Directive 2014/89/EU (MSP) พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวอยู่ภายใต้แนวคิดในการพัฒนาภูมิภาคอย่างยั่งยืน ซึ่งจะทำให้ความต้องการทางสังคมและเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นในพื้นที่สอดคล้องกับหน้าที่ทางระบบนิเวศ มีผลใช้บังคับกับอาณาเขตทั้งหมดของเยอรมนี^{๔๑} โดยกฎหมายกำหนดให้ต้องจัดทำแผนเชิงพื้นที่สำหรับพื้นที่ของรัฐ (แผนเชิงพื้นที่ทั่วทั้งรัฐ) และแผนเชิงพื้นที่สำหรับพื้นที่ย่อยของรัฐ (แผนระดับภูมิภาค)^{๔๒} นอกจากพระราชบัญญัติการวางแผนระดับภูมิภาคของสหพันธรัฐ (ROG) ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการวางแผนการใช้พื้นที่ทางทะเลแล้ว ยังมีกฎหมายฉบับอื่นที่เกี่ยวข้องกับการใช้พื้นที่ทางทะเล^{๔๓} ดังต่อไปนี้

๑. พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางทะเลแห่งสหพันธรัฐ (Federal Maritime Responsibilities Act (SeeAufG)) และพระราชบัญญัติสิ่งอำนวยความสะดวกทางทะเล (Marine Facilities Act (SeeAnlG))

๒. พระราชบัญญัติเหมืองแร่แห่งสหพันธรัฐ (Federal Mining Act (BBergG)) พระราชบัญญัติแหล่งพลังงานหมุนเวียน (Renewable Energy Sources Act or RES (EEG)) และพระราชบัญญัติพลังงานลมนอกชายฝั่ง (Offshore Wind Energy Act (Windenergie-auf-See-Gesetz – WindSeeG))

๓. พระราชบัญญัติอุตสาหกรรมพลังงาน (Energy Industry Act (EnWG)) และพระราชบัญญัติเร่งขยายสายส่งไฟฟ้า (Grid Expansion Acceleration Act (NABEG))

๔. พระราชบัญญัติการสงวนรักษาสภาพธรรมชาติแห่งสหพันธรัฐ (Federal Nature Conservation Act (BNatSchG))

๕. พระราชบัญญัติน้ำแห่งสหพันธรัฐ (Federal Water Act (WHG))

๖. พระราชบัญญัติว่าด้วยการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม (Act on the Assessment of Environmental Impacts (UVPG))

^{๔๑} European Maritime Spatial Planning Platform, “Maritime Spatial Planning Country Information Germany” (European Maritime Spatial Planning Platform) <<https://maritime-spatial-planning.ec.europa.eu/countries/germany>> accessed 16th January 2023.

^{๔๒} Federal Regional Planning Act (“Raumordnungsgesetz” / ROG) Section 13.

^{๔๓} European Maritime Spatial Planning Platform, *supra* note 41 , p. 43.

(๒) กระบวนการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล

๑. การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล

พื้นที่ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของเยอรมนีบริเวณทางตอนใต้ของทะเลเหนือและทางเข้าสู่ทะเลบอลติกนับเป็นพื้นที่ที่มีการจราจรทางทะเลหนาแน่นที่สุดในโลกแห่งหนึ่ง อีกทั้งเยอรมนีเองยังมีแผนที่จะขยายการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานนอกชายฝั่งอีกเป็นจำนวนมากในเขตทะเลเหนือซึ่งส่งผลให้มีการใช้ประโยชน์จากพื้นที่ทางทะเลเพิ่มมากขึ้น แต่ในขณะเดียวกันบริเวณพื้นที่ในทะเลเหนือและทะเลบอลติกยังเป็นแหล่งที่อยู่อาศัยของสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนม ปลา และนกสายพันธุ์สำคัญ ตลอดจนสิ่งมีชีวิตบนบกจำนวนมากที่ต้องได้รับการปกป้องและคุ้มครอง^{๔๔} เยอรมนีจึงได้เริ่มขั้นตอนการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลสำหรับเขตเศรษฐกิจจำเพาะในทะเลเหนือและทะเลบอลติกครั้งแรกในปี ๒๕๔๘ และได้รับการรับรองในเดือนกันยายน ๒๕๕๒ สำหรับทะเลเหนือ และในเดือนธันวาคม ๒๕๖๒ สำหรับทะเลบอลติก ซึ่งต่อมาแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลดังกล่าวได้รับการแก้ไขโดยการรวมแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลสำหรับเขตเศรษฐกิจจำเพาะในทะเลเหนือและทะเลบอลติกเข้าไว้ด้วยกันและมีผลใช้บังคับในเดือนกันยายน ๒๕๖๔^{๔๕} โดยข้อบังคับว่าด้วยการวางแผนเชิงพื้นที่ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของเยอรมันในทะเลเหนือและทะเลบอลติก (Ordinance on Spatial Planning in the German Exclusive Economic Zone in the North Sea and the Baltic Sea (AWZROV)) ได้กำหนดกรอบการดำเนินการให้สอดคล้องกับกรอบการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล (Directive 2014/89/EU) และกรอบกลยุทธ์ทางทะเล (Directive 2008/56/EC) รวมถึงอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล (UNCLOS) ตลอดจนอนุสัญญาเพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลของมหาสมุทรแอตแลนติกตะวันออกเฉียงเหนือ (Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic (OSPAR)) และอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและการใช้ทางน้ำข้ามพรมแดนและทะเลสาบระหว่างประเทศ (Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes (Helsinki Convention)) อย่างไรก็ตาม การใช้พื้นที่ทางทะเลในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ (EEZ) ในทะเลเหนือและทะเลบอลติก ก็มีข้อจำกัดที่ไม่สามารถควบคุมกิจกรรมได้ทั้งหมด เช่น ด้านการประมง และด้านการขนส่ง ซึ่งกิจกรรมดังกล่าวจะอยู่ภายใต้การควบคุมโดยกฎระเบียบของยุโรปและนานาชาติ^{๔๖}

^{๔๔} Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie, “Maritime spatial planning” (Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie) < https://www.bsh.de/EN/TOPICS/Offshore/Maritime_spatial_planning/maritime_spatial_planning_node.html > accessed 8th January 2023.

^{๔๕} VISION & STRATEGIES AROUND THE BALTIC SEA, “MSP COUNTRY FICHES” (VISION & STRATEGIES AROUND THE BALTIC SEA) <https://vasab-org.translate.goog/documents/msp-and-iczm/msp-country-fiches/?_x_tr_sl=auto&_x_tr_tl=th&_x_tr_hl=en-US&_x_tr_pto=wapp> accessed 8th January 2023.

^{๔๖} Markus Salomon and Jochn Schumacher, *supra* note 20

ข้อบังคับว่าด้วยการวางแผนเชิงพื้นที่ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของเยอรมนีในทะเลเหนือและทะเลบอลติก ได้กำหนดภาคผนวกสำหรับกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการวางแผนเชิงพื้นที่สำหรับเขตเศรษฐกิจจำเพาะในเขตทะเลเหนือและทะเลบอลติก (Annex to the Spatial Planning Ordinance for the German exclusive economic zone in the North Sea and in the Baltic Sea)^{๔๗} โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการใช้และการอนุรักษ์ทะเลในความหลากหลายทั้งหมด และได้แบ่งการใช้ประโยชน์พื้นที่ทางทะเลออกเป็นทางเรือ การประมงและการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ การสกัดวัตถุดิบ การใช้พลังงานลม การเดินสายเคเบิลใต้น้ำ การใช้ประโยชน์ทางวิทยาศาสตร์ การคุ้มครองและปรับปรุงสภาพแวดล้อมทางทะเลและความมั่นคงและการป้องกันประเทศ ซึ่งในแต่ละพื้นที่จะมีการจัดลำดับความสำคัญและพื้นที่สำรองสำหรับกิจกรรมที่กำหนด เช่น พื้นที่สำคัญสำหรับการขนส่งทางเรือ (Priority areas shipping) พื้นที่สำคัญชั่วคราวสำหรับการขนส่งทางเรือ (Temporary priority area shipping) พื้นที่สงวนชั่วคราวสำหรับการขนส่งทางเรือ (Temporary reservation areas shipping) พื้นที่สำคัญสำหรับพลังงานลม (Priority areas for wind energy) หรือพื้นที่สงวนสำหรับพลังงานลม (Reservation areas for wind energy)

๒. การกำหนดองค์กรผู้ดำเนินการ

เนื่องจากเยอรมนีเป็นประเทศที่มีการปกครองแบบสหพันธรัฐ ซึ่งในแต่ละมลรัฐจะมีรัฐสภาและรัฐบาลของตนเอง การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลจึงแบ่งออกเป็นเขตเศรษฐกิจจำเพาะ และน่านน้ำภายในและทะเลอาณาเขต สำหรับเขตเศรษฐกิจจำเพาะจะอยู่ภายใต้การดำเนินการของสหพันธรัฐ ซึ่งมี Federal Maritime and Hydrographic Agency (BSH) เป็นหน่วยงานผู้รับผิดชอบโดยเป็นการดำเนินการในนามของ Federal Ministry of the Interior, Building and Community (BMI)^{๔๘}

๓. การรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของผู้ที่เกี่ยวข้อง

พระราชบัญญัติการวางแผนระดับภูมิภาคของสหพันธรัฐ (ROG) กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในการจัดทำแผนเชิงพื้นที่ไว้โดยประชาชนทั่วไป และหน่วยงานของรัฐที่มีส่วนได้เสียจะได้รับแจ้งเกี่ยวกับการจัดทำแผนเชิงพื้นที่ ซึ่งประชาชนและหน่วยงานที่ได้รับผลกระทบจะต้องได้รับโอกาสเป็นลำดับแรกในการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับร่างแผนเชิงพื้นที่ หากต่อมาร่างแผนมีการเปลี่ยนแปลงภายหลังจากที่ได้ดำเนินการเปิดรับฟังความคิดเห็นเรียบร้อยแล้วในลักษณะที่กระทบต่อผลประโยชน์หรือกระทบต่อขอบเขตเพิ่มมากขึ้น ส่วนที่เพิ่มขึ้นใหม่นั้นจะต้องเปิดให้มีการรับฟังความคิดเห็นอีกครั้งหนึ่ง และในการนำแผนเชิงพื้นที่ไปปฏิบัติหากแผนนั้นอาจมีผลกระทบต่อพื้นที่ของมลรัฐข้างเคียงให้หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายเป็นหน่วยงานซึ่งรับผิดชอบในมลรัฐนั้น ๆ หรือหากไม่ได้มีการมอบหมายกำหนดให้หน่วยงานที่มีอำนาจสูงสุดเป็นผู้รับผิดชอบ โดยต้องแจ้งการวางแผนเชิงพื้นที่และจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนและหน่วยงานของรัฐที่ได้รับผลกระทบในมลรัฐข้างเคียงดังกล่าว^{๔๙}

^{๔๗} Annex to the Spatial Planning Ordinance for the German exclusive economic zone in the North Sea and in the Baltic Sea Section 1.

^{๔๘} European Maritime Spatial Planning Platform, *supra* note 41.

^{๔๙} Federal Regional Planning Act (“Raumordnungsgesetz”/ ROG) Section 9.

๓.๓ การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลในเนเธอร์แลนด์

(๑) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลของเนเธอร์แลนด์

การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลในเนเธอร์แลนด์ได้รับการพัฒนาภายใต้ องค์การที่ปรึกษาร่วมระหว่างกระทรวงแห่งทะเลเหนือ (Inter-ministerial consultation body for the North sea) โดยการจัดการเชิงพื้นที่ทางทะเลมาจากพระราชบัญญัติการจัดการเชิงพื้นที่ บทที่ ๕ ปี ค.ศ. ๑๙๖๕ ซึ่งรวมถึงเขตเศรษฐกิจจำเพาะเพิ่มเติมในปี ค.ศ. ๒๐๐๘ แม้พระราชบัญญัตินี้จะไม่ได้มีขึ้นเพื่อรองรับการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลโดยเฉพาะ แต่บางส่วนของข้อกำหนดสามารถตีความได้ถึงการจัดการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล และเมื่อนำไป ประกอบกับพระราชบัญญัติน้ำ ค.ศ. ๒๐๐๙ (Water Act 2009) กระทรวงต่าง ๆ จะมีอำนาจ ในการกำหนดการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล^{๕๐}

เนเธอร์แลนด์อาศัยอำนาจตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติน้ำ ค.ศ. ๒๐๐๙ (Water Act 2009) เพื่อกำหนดให้มีการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล โดยรัฐมนตรี กระทรวงโครงสร้างพื้นฐานและการจัดการน้ำ (Ministry of Infrastructure and Water Management) เป็นผู้จัดทำแผนน้ำแห่งชาติ (National Water Plan: NWP)^{๕๑} ซึ่งการจัดทำ จะต้องรวมนโยบายทะเลเหนือเข้าไว้ในแผนด้วย^{๕๒} รวมถึงต้องเป็นไปตามกรอบวิสัยทัศน์ที่กำหนด ไว้ในพระราชบัญญัติการวางแผนเชิงพื้นที่ (Spatial Planning Act)^{๕๓} แผนน้ำแห่งชาติดังกล่าว จะมีการปรับปรุงทุก ๖ ปี และมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการคุ้มครองและพัฒนาระบบนิเวศซึ่งอยู่ ภายใต้กฎเกณฑ์ของความตกลงระหว่างประเทศ อย่างไรก็ดี โดยที่การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล ต้องปฏิบัติการภายใต้กรอบการดำเนินงานของสหภาพยุโรป คณะรัฐมนตรีจึงให้ความสำคัญในการ วางแผนเชิงพื้นที่ของทะเลเหนือโดยพิจารณาการดำเนินงานตามเป้าหมายในการแสวงหา ประโยชน์จากแหล่งปิโตรเลียมจากพื้นที่ในทะเลเหนือ การกักเก็บก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ ในพื้นดินใต้ทะเล การวางแผนการขนส่งในทะเลเพื่อรองรับการขนส่งทางทะเลที่รวดเร็วและมี ประสิทธิภาพมากขึ้น ตลอดจนการจัดสรรพื้นที่ในการสร้างแหล่งพลังงานทดแทน^{๕๔}

^{๕๐} ภาควิชาวิทยาศาสตร์ทางทะเล คณะประมง มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, “รายงานฉบับ สมบูรณ์ การศึกษารวบรวมข้อมูล ประเด็นปัญหา ความจำเป็นและขอบเขตอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานเพื่อ ประกอบการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล (MSP)” (รายงานฉบับสมบูรณ์เสนอต่อกองอนุรักษ์ทรัพยากรทาง ทะเล กรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง ๒๕๖๔) ๗.

^{๕๑} Water Act 2009 Section 4.1.

^{๕๒} Water Act 2009 Section 4.1 (3) b.

^{๕๓} Spatial Planning Act Section 2.3 (2).

^{๕๔} ภาควิชาวิทยาศาสตร์ทางทะเล คณะประมง มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๕๐, น. ๑๖๕-๑๖๖.

(๒) กระบวนการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล

๑. การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล

แผนน้ำแห่งชาติได้กำหนดกรอบนโยบายสำหรับการใช้พื้นที่ของทะเลเหนือในอาณาเขตทางทะเลของเนเธอร์แลนด์ในการรักษาชายฝั่งและพื้นที่ทางทะเลของโครงการ The Coastal and Wadden Region ซึ่งเป็นความร่วมมือระหว่างหน่วยงานส่วนกลางและหน่วยงานท้องถิ่นของเนเธอร์แลนด์ การอนุรักษ์และปกป้องระบบนิเวศทางทะเลในทะเลเหนือ การรักษาระดับมุดมืองที่ไม่มีสิ่งกีดขวางตลอดจน ๑๒ ไมล์ทะเลจากชายฝั่ง และการสร้างพื้นที่ที่สามารถวางท่อเพื่อขนย้ายสารที่เป็นอันตราย รวมถึงรักษาและปกป้องแหล่งโบราณคดีที่อยู่ใต้น้ำ^{๕๕} โดยได้กำหนดกรอบทางเลือกนโยบายสำหรับพื้นที่ทะเลเหนือในส่วนที่เกี่ยวข้องกับระบบนิเวศทางทะเล พลังงานหมุนเวียน แร่ธาตุ การสกัดน้ำมันและก๊าซ การกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ สายเคเบิลและท่อส่ง การส่งสินค้า การป้องกัน การตกปลา เพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ และการเลี้ยงปลา รวมถึงมรดกวัฒนธรรมใต้น้ำ การท่องเที่ยวและการนันทนาการ ปฏิสัมพันธ์ระหว่างนกกับทะเล และความร่วมมือระหว่างประเทศ

๒. การกำหนดองค์กรผู้ดำเนินการ

การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลในเนเธอร์แลนด์เป็นการพัฒนาโดยอาศัยความร่วมมือของหน่วยงานให้คำปรึกษาระหว่างรัฐบาลสำหรับทะเลเหนือ (Inter-ministerial consultation body for the North Sea) ซึ่งประกอบไปด้วยตัวแทนจากกระทรวงต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ กระทรวงการเศรษฐกิจและภูมิอากาศ (Ministry of Economic Affairs and Climate) กระทรวงเกษตรกรรม ธรรมชาติ และคุณภาพอาหาร (Ministry of Agriculture, Nature and Food Quality) กระทรวงกิจการภายใน (Ministry of Internal Affairs) กระทรวงกลาโหม (Ministry of Defence) กระทรวงศึกษาธิการ วัฒนธรรม และวิทยาศาสตร์ (Ministry of Education, Culture and Science) และกระทรวงการคลัง (Ministry for Finance) ซึ่งกระทรวงที่เข้ามาเป็นตัวแทนต่างมีหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในการดำเนินงานตามภารกิจของตน โดยปัจจุบันกระทรวงโครงสร้างพื้นฐานและการจัดการน้ำ (Ministry of Infrastructure and Water Management)^{๕๖} เป็นหน่วยงานของรัฐที่เข้ามามีบทบาทในการประสานงานด้านนโยบายและการจัดการ รวมถึงการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล^{๕๗}

^{๕๕} เฟิงอ้าง.

^{๕๖} เฟิงอ้าง, น. ๑๖๔.

^{๕๗} European Maritime Spatial Planning Platform, “Maritime Spatial Planning Country Information Netherlands” (European Maritime Spatial Planning Platform) <<https://maritime-spatial-planning.ec.europa.eu/countries/netherlands>> accessed 24th June 2023.

๓. การรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของผู้ที่เกี่ยวข้อง

พระราชบัญญัติน้ำ ค.ศ. ๒๐๐๙ (Water Act 2009) กำหนดให้มีการจัดทำกฎหมายที่มีสาระสำคัญเป็นการกำหนดรูปแบบและเนื้อหาของแผนน้ำแห่งชาติ ซึ่งในกฎดังกล่าวอย่างน้อยต้องกำหนดให้การจัดทำร่างแผนต้องมีการปรึกษาหารือร่วมกับผู้แทนฝ่ายบริหารของทุกจังหวัด คณะกรรมการน้ำ รวมถึงสภาเทศบาล การปรึกษาหารือของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐอื่น ๆ ในเขตลุ่มแม่น้ำระหว่างประเทศ โดยหากเป็นการกำหนดเกี่ยวกับนโยบายทะเลเหนือต้องมีการปรึกษาหารือกับเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐอื่น และการให้คำปรึกษาแก่ผู้อยู่อาศัยและผู้สนใจทั่วไป^{๕๘}

๓.๔ การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลในสหราชอาณาจักร

(๑) กฎหมายที่เกี่ยวกับการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลของสหราชอาณาจักร

สหราชอาณาจักรได้ตราพระราชบัญญัติการเข้าถึงทะเลและชายฝั่ง ค.ศ. ๒๐๐๙ (Marine and Coastal Access Act 2009) เพื่อกำหนดให้มีการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล รวมถึงการกำหนดบทบัญญัติที่เปลี่ยนแปลงระบบการออกใบอนุญาตในการดำเนินกิจกรรมทางทะเล การกำหนดวิธีการจัดการประมงทะเลในระดับชาติและระดับท้องถิ่น การอนุญาตให้มีการกำหนดเขตเศรษฐกิจจำเพาะสำหรับสหราชอาณาจักร ตลอดจนการแก้ไขระบบการจัดการปลาน้ำจืดและปลาอพยพ และการเข้าถึงชายฝั่งอังกฤษและเวลส์เพื่อการพักผ่อนหย่อนใจ นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวยังรวมถึงการกำหนดเขตอนุรักษ์ทางทะเลแบบใหม่ทั่วน้ำน่านน้ำส่วนใหญ่ของสหราชอาณาจักร^{๕๙}

(๒) กระบวนการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล

๑. การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล

แผนทางทะเล (marine planning) ได้แบ่งพื้นที่ภูมิภาคที่มีการวางแผนทางทะเล ออกเป็นภูมิภาคฝั่งอังกฤษ ภูมิภาคนอกชายฝั่งของอังกฤษ ภูมิภาคชายฝั่งของสกอตแลนด์ ภูมิภาคนอกชายฝั่งของสกอตแลนด์ ภูมิภาคฝั่งเวลส์ ภูมิภาคนอกชายฝั่งของเวลส์ ภูมิภาคชายฝั่งไอร์แลนด์เหนือ และภูมิภาคนอกชายฝั่งของไอร์แลนด์เหนือ^{๖๐} โดยแผนทางทะเลต้องระบุนโยบายของผู้มีอำนาจที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาอย่างยั่งยืนของพื้นที่ พื้นที่ทางทะเลที่กำหนดให้เป็นแผนทางทะเล และต้องสอดคล้องกับคำแถลงนโยบายทางทะเล (marine policy

^{๕๘} Water Act Section 4.3.

^{๕๙} UNEP-LEAP, “Marine and Coastal Access Act 2009” (UNEP-LEAP) <https://leap-unep-org.translate.google/countries/gb/national-legislation/marine-and-coastal-access-act-2009-cap-๒๓?_x_tr_sl=auto&_x_tr_tl=th&_x_tr_hl=en-US&_x_tr_pto=wapp> accessed 14th June 2023.

^{๖๐} Marine and Coastal Access Act 2009 Section 49.

statement) ซึ่งควบคุมการวางแผนทางทะเลสำหรับพื้นที่ทางทะเล หากนโยบายที่ระบุไว้ในแผนทางทะเลขัดหรือแย้งกับข้อความหรือข้อมูลอื่น ๆ ในแผน ความขัดแย้งนั้นต้องได้รับการแก้ไขโดยใช้นโยบายสนับสนุน โดยแผนทางทะเลจะมีผลใช้บังคับเมื่อได้รับการเผยแพร่โดยหน่วยงานที่รับผิดชอบ^{๖๑} การเพิกถอนแผนทางทะเลจะดำเนินการเมื่อใดก็ได้แต่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด โดยแผนทางทะเลอาจถูกเพิกถอนได้จากหน่วยงานที่รับผิดชอบหรือคณะรัฐมนตรีโดยหากเป็นการเพิกถอนจากคณะรัฐมนตรีต้องแจ้งมติให้หน่วยงานที่รับผิดชอบทราบเพื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาต่อไป^{๖๒} นอกจากนี้ ยังกำหนดหน้าที่ในการจัดเก็บเรื่องที่คาดว่าจะส่งผลกระทบต่อการใช้พื้นที่^{๖๓} การมอบหมายหน้าที่เกี่ยวกับแผนงานทางทะเลโดยหน้าที่ที่มอบอำนาจได้ต้องเป็นหน้าที่ที่กำหนดตามแผนทางทะเลและหน้าที่การติดตามและรายงานเกี่ยวกับการดำเนินงาน^{๖๔} ตลอดจนการกำหนดอำนาจตัดสินใจกรณีได้รับผลกระทบจากเอกสารนโยบายทางทะเลโดยหน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการอนุญาตหรือตัดสินใจบังคับใช้ตามแนวทางของนโยบายทางทะเลที่เหมาะสม หากหน่วยงานของรัฐตัดสินใจอนุญาตหรือบังคับใช้เป็นอย่างอื่นต้องระบุเหตุผล^{๖๕}

๒. การกำหนดองค์กรผู้ดำเนินการ

องค์การบริหารจัดการทางทะเล (Marine Management Organization (MMO)) เป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการเข้าถึงทะเลและชายฝั่ง ค.ศ. ๒๐๐๙ เพื่อทำหน้าที่ให้เป็นไปตามที่ได้กำหนดไว้ในแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล ซึ่งพระราชบัญญัติการเข้าถึงทะเลและชายฝั่ง ค.ศ. ๒๐๐๙ ได้กำหนดให้โอนอำนาจการออกใบอนุญาตที่เกี่ยวข้องกับเรือประมงและการทำประมงตามพระราชบัญญัติการทำประมงในทะเล (การอนุรักษ์) ค.ศ. ๑๙๖๗ (Sea Fish (Conservation) Act 1967) ซึ่งเดิมเป็นอำนาจของรัฐมนตรีที่ได้รับมอบหมาย มาเป็นอำนาจขององค์การบริหารจัดการทางทะเล (MMO) รวมถึงอำนาจที่เกี่ยวข้องกับการผลิตหรือประกอบกิจการพลังงานตามพระราชบัญญัติพลังงานไฟฟ้า ค.ศ. ๑๙๘๙ (Electricity Act 1989) และพระราชบัญญัติพลังงาน ค.ศ. ๒๐๐๔ (Energy Act 2004) ที่จะต้องใช้ประโยชน์พื้นที่ทางทะเลและชายฝั่งบางส่วน ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดพื้นที่ห้ามผ่าน หน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการเดินเรือในพื้นที่ผลิตพลังงาน หรือการก่อสร้างแหล่งกำเนิดพลังงานไฟฟ้า การดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้กล่าวถึงโอนหน้าที่และอำนาจจากรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องมาให้องค์การบริหารจัดการทางทะเล (MMO) เป็นผู้พิจารณาแทนเช่นเดียวกัน^{๖๖}

^{๖๑} Marine and Coastal Access Act 2009 Section 51.

^{๖๒} Marine and Coastal Access Act 2009 Section 53.

^{๖๓} Marine and Coastal Access Act 2009 Section 54.

^{๖๔} Marine and Coastal Access Act 2009 Section 55.

^{๖๕} Marine and Coastal Access Act 2009 Section 58.

^{๖๖} ภาควิชาวิทยาศาสตร์ทางทะเล คณะประมง มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, อ้วนแล้วเชิงอรรถที่ ๕๐, น. ๑๖๘.

๓. การรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของผู้ที่เกี่ยวข้อง

หน่วยงานที่เกี่ยวข้องต้องจัดทำและเผยแพร่คำชี้แจงนโยบายการมีส่วนร่วมของประชาชน (Statement of public participation (SPP) ที่จัดทำโดยหน่วยงานผู้มีอำนาจสำหรับการมีส่วนร่วมของผู้มีส่วนได้เสียในการจัดเตรียมเอกสารที่เกี่ยวข้อง รวมถึงการจัดทำและเผยแพร่ร่างเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการรับฟังความคิดเห็น (the “consultation draft”)^{๖๗}

๔. กฎหมายที่กำหนดเขตพื้นที่การใช้ประโยชน์ทางทะเลในประเทศไทย

๔.๑ เขตพื้นที่แสวงหาทรัพยากรธรรมชาติทางทะเล

(๑) เขตพื้นที่ทำการประมง การทำประมงนับเป็นอาชีพหลักของประชากรที่มีเขตพื้นที่อาศัยอยู่ในเขตจังหวัดชายฝั่งทะเล แต่ที่ผ่านมาเนื่องจากปัญหาการทำประมงเกินขีดจำกัดของทรัพยากรทางทะเล การขาดการรายงาน และไร้การควบคุม จึงได้มีการตราพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. ๒๕๕๘ ขึ้น เพื่อการจัดระเบียบการประมงในประเทศไทยและในน่านน้ำทั่วไป นอกจากนี้ ยังมีพระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิการประมงในเขตการประมงไทย พุทธศักราช ๒๕๔๒ ที่กำหนดเขตการประมงไทยให้มีขอบเขตการบังคับใช้ในเขตน่านน้ำไทยหรือน่านน้ำอื่นใดซึ่งประเทศไทยใช้อยู่ หรือมีสิทธิที่จะใช้ต่อไปในการจับสัตว์น้ำ โดยมีกรมประมง กระทรวงเกษตรและสหกรณ์เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบดำเนินการ

(๒) เขตพื้นที่ทำเหมืองในทะเล การใช้พื้นที่ทางทะเลเพื่อดำเนินการเกี่ยวกับการแสวงหาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรทางทะเล ยังมีในส่วนของการทำเหมืองประเภทที่ ๓ การทำเหมืองในทะเล ซึ่งกำหนดขอบเขตของการบริหารจัดการแร่ตามพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. ๒๕๖๐ ทัวราชอาณาจักรและเขตไหล่ทวีป โดยมีกรมอุตสาหกรรมพื้นฐานและการเหมืองแร่ กระทรวงอุตสาหกรรมเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบดำเนินการ

(๓) เขตพื้นที่ประกอบกิจการปิโตรเลียม กรณีของปิโตรเลียมเป็นการกำหนดเขตพื้นที่ทางทะเลตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. ๒๕๑๔ ซึ่งกฎหมายกำหนดเขตราชอาณาจักรให้หมายความรวมถึงเขตไหล่ทวีปที่เป็นสิทธิของประเทศไทยตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ยอมรับนับถือกันโดยทั่วไปและตามสัญญาต่างประเทศด้วย เพื่อประกอบกิจการปิโตรเลียมอันมีลักษณะเป็นการสำรวจ ผลิต เก็บรักษา ขนส่ง ขาย หรือจำหน่ายปิโตรเลียม โดยมีกรมเชื้อเพลิงธรรมชาติ กระทรวงพลังงานเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบดำเนินการ

(๔) เขตพื้นที่ด้านการพาณิชย์นาวี การดำเนินกิจกรรมด้านพาณิชย์นาวีแบ่งออกได้เป็นหลายประเภทด้วยกันทั้งในด้านการขนส่งทางทะเล การประกันภัยทางทะเล การเดินเรือ กิจการอยู่เรือ และกิจการท่าเรือ โดยกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการใช้พื้นที่ทางทะเลจะปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พุทธศักราช ๒๕๔๖ ซึ่งเป็นกฎหมาย

^{๖๗} Marine and Coastal Access Act 2009 Schedule 5.

ที่บัญญัติขึ้นเพื่อให้มีการจัดการจราจรทางน้ำอย่างเป็นระบบ สำหรับกรณีของพระราชบัญญัติเรือไทย พุทธศักราช ๒๔๘๑ ที่แม้จะเป็นการกำหนดเกี่ยวกับการจดทะเบียนเรือ แต่ก็มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดการกรณีที่อาจส่งผลกระทบต่อทรัพยากรทางทะเลอยู่เช่นเดียวกัน เช่น การห้ามมิให้ผู้ควบคุมเรือหรือเจ้าของเรือปล่อยทิ้งหรือทำให้สารที่เป็นอันตรายพ่นจากเรือลงสู่ทะเลเกินกว่ามาตรฐานที่กำหนด โดยมีกรมเจ้าท่า กระทรวงคมนาคม เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบดำเนินการ

๔.๒ เขตพื้นที่ทางสิ่งแวดล้อม

(๑) เขตอุทยานแห่งชาติ พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๖๒ ให้อำนาจในการกำหนดให้เขตพื้นที่ใดเป็นเขตอุทยานแห่งชาติ โดยการตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ซึ่งในปัจจุบันมีพื้นที่ซึ่งได้รับการประกาศให้เป็นอุทยานแห่งชาติทางทะเลจำนวน ๒๒ แห่ง แบ่งเป็นอุทยานแห่งชาติทางทะเลฝั่งอ่าวไทยจำนวน ๖ แห่ง และฝั่งทะเลอันดามันจำนวน ๑๖ แห่ง โดยมีกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบดำเนินการ

(๒) เขตป่าสงวนแห่งชาติ ป่าสงวนแห่งชาติตามพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๗ ซึ่งประเทศไทยมีป่าสงวนแห่งชาติในเขตทะเลและชายฝั่ง จำนวน ๕๔๕ แห่ง โดยมีกรมป่าไม้ กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบดำเนินการ

(๓) เขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อม เขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นเขตที่กำหนดขึ้นตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๓๕ โดยมีสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบดำเนินการ

(๔) เขตพื้นที่คุ้มครองทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง ในการวางระบบการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งกำหนดให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง พ.ศ. ๒๕๕๘ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้มีคณะกรรมการนโยบายและแผนการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งแห่งชาติ เพื่อเสนอแนะและแผนการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งแห่งชาติต่อคณะรัฐมนตรี รวมถึงการให้ความเห็น ข้อเสนอแนะ และคำปรึกษา ติดตามและประเมินผลการปฏิบัติงานของหน่วยงานของรัฐ เพื่อให้ดำเนินการสอดคล้องกับนโยบายและแผน โดยมีกรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบดำเนินการ

(๕) เขตพื้นที่สงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า เนื่องจากพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. ๒๕๖๒ ได้กำหนดนิยามคำว่า “สัตว์ป่า” ให้ความหมายรวมถึงสัตว์ทุกชนิด กรณีจึงรวมไปถึงสัตว์ทะเลที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวด้วย โดยมีกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบดำเนินการ

(๖) เขตพื้นที่คุ้มครองโบราณสถาน โบราณวัตถุ และศิลปวัตถุ การคุ้มครองดูแลรักษา การบูรณะ และการซ่อมแซมโบราณสถาน โบราณวัตถุ และศิลปวัตถุ

เป็นกิจกรรมหนึ่งที่มีความจำเป็นต้องใช้เขตพื้นที่ทางทะเลเช่นเดียวกับกิจกรรมอื่น เนื่องจากในพื้นที่ทางทะเลนั้นอาจค้นพบแหล่งโบราณสถานหรือโบราณวัตถุได้ ซึ่งในการกำหนดเขตพื้นที่ทางทะเลสำหรับกรณีดังกล่าวในปัจจุบันพบเพียงประกาศกระทรวงศึกษาธิการ เรื่อง กำหนดบริเวณท้องทะเลห้ามงมหาโบราณวัตถุหรือศิลปวัตถุ ลงวันที่ ๘ พฤศจิกายน ๒๕๑๗ ที่กำหนดให้พื้นที่ท้องทะเลอ่าวไทยตามที่ประกาศกำหนดเป็นบริเวณพบซากเรือและวัตถุโบราณวัตถุที่ต้องห้ามงมหาค้นหาโบราณวัตถุหรือศิลปวัตถุ ประกอบกับพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๔ ซึ่งกำหนดให้โบราณวัตถุหรือศิลปวัตถุที่ซ่อนหรือฝังหรือทอดทิ้งไว้ในราชอาณาจักรหรือในบริเวณเขตเศรษฐกิจจำเพาะ ซึ่งไม่มีผู้ใดสามารถอ้างว่าเป็นเจ้าของได้ ไม่ว่าที่ซ่อนหรือฝังหรือทอดทิ้งจะอยู่ในกรรมสิทธิ์หรือความครอบครองของบุคคลใดหรือไม่ให้ตกเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน ผู้เก็บได้ต้องส่งมอบแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ โดยมีกรมศิลปากร กระทรวงวัฒนธรรม เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบดำเนินการ

๔.๓ เขตพื้นที่การท่องเที่ยวและนันทนาการทางทะเล เป็นไปตามพระราชบัญญัตินโยบายการท่องเที่ยวแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๑ ซึ่งกำหนดขึ้นเพื่อจัดระบบนโยบายและการบริหารจัดการการท่องเที่ยวของประเทศซึ่งกระจัดกระจายอยู่ตามหน่วยงานของรัฐ ให้มีกลไกที่สอดคล้องและเชื่อมโยงกันในทุกระดับ โดยมีสำนักงานปลัดกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา ทำหน้าที่เป็นสำนักงานเลขานุการของคณะกรรมการนโยบายการท่องเที่ยวแห่งชาติ และพระราชบัญญัติการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๖๒ ที่กำหนดให้จัดตั้งการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทยเพื่อเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่และอำนาจในการส่งเสริมและดำเนินกิจการเกี่ยวกับการท่องเที่ยว อนึ่ง ในการจัดการใช้ประโยชน์พื้นที่ทางทะเลเพื่อการท่องเที่ยวและนันทนาการทางทะเล ยังใช้กลไกตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ เช่น กฎหมายว่าด้วยอุทยานแห่งชาติ กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง กฎหมายว่าด้วยการสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า เพื่อควบคุมดูแลการใช้พื้นที่ทางทะเลให้มีประสิทธิภาพด้วย

๔.๔ เขตพื้นที่ในราชการทหาร เขตพื้นที่ทางทหารบางพื้นที่อาจมีความจำเป็นต้องใช้ประโยชน์จากพื้นที่ทางทะเลจึงได้มีการกำหนดเขตปลอดภัยในราชการทหารขึ้น ซึ่งเขตปลอดภัยดังกล่าวเมื่อได้มีการกำหนดโดยพระราชกฤษฎีกาและกระทรวงกลาโหมได้จัดให้มีเครื่องหมายแสดงเขตไว้โดยชัดเจนแล้ว จะห้ามไม่ให้ดำเนินการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนด โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติว่าด้วยเขตต์ปลอดภัยในราชการทหาร พุทธศักราช ๒๔๗๘ และมีกรมส่งกำลังบำรุงทหารเรือ กระทรวงกลาโหม เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบดำเนินการ

๔.๕ เขตพื้นที่รักษาสถาปัตยกรรมของชาติทางทะเล พระราชบัญญัติการรักษาผลประโยชน์ของชาติทางทะเล พ.ศ. ๒๕๖๒ กำหนดให้มีคณะกรรมการนโยบายการรักษาผลประโยชน์ของชาติทางทะเลมีหน้าที่และอำนาจในการกำหนดนโยบาย ยุทธศาสตร์ แผนความมั่นคงแห่งชาติทางทะเล และมาตรการในการรักษาสถาปัตยกรรมของชาติทางทะเลให้สอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาล นโยบายและแผนระดับชาติว่าด้วยความมั่นคงแห่งชาติ แผนพัฒนาเศรษฐกิจ

และสังคมแห่งชาติ และยุทธศาสตร์ชาติ รวมถึงการให้คำแนะนำ ปรีกษา และสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ในการบริหารจัดการการรักษาสภาพประโยชน์ของชาติทางทะเล นอกจากนี้ ยังได้กำหนดระดับภารกิจการรักษาสภาพประโยชน์ของชาติทางทะเลออกเป็นสามระดับ โดยระดับที่หนึ่ง เป็นการรักษาสภาพประโยชน์ของชาติทางทะเลโดยทั่วไป ให้เป็นไปตามหน้าที่และอำนาจของหน่วยงานของรัฐตามขอบเขตของกฎหมายที่ให้หน้าที่และอำนาจแก่หน่วยงานของรัฐนั้น ระดับที่สอง กรณีที่การรักษาสภาพประโยชน์ของชาติทางทะเลโดยทั่วไป เกินขีดความสามารถของหน่วยงานของรัฐ ไม่มีหน่วยงานของรัฐได้รับผิดชอบ หรือมีความจำเป็นต้องมีการบูรณาการในการปฏิบัติงาน รวมทั้งเพื่อเพิ่มขีดความสามารถของหน่วยงานของรัฐเข้าด้วยกันในการป้องกัน ปรามปราม หรือ แก้ไขปัญหาเหตุการณ์ หรือการกระทำผิดกฎหมายที่อาจส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของชาติทางทะเลหรือกิจกรรมทางทะเล และระดับที่สาม กรณีภาวะไม่ปกติอันเนื่องมาจากสถานการณ์ใด ๆ ที่กระทบหรืออาจส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของชาติทางทะเลหรือกิจกรรมทางทะเลอย่าง กว้างขวางหรือรุนแรง กรณีที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามกฎหมายว่าด้วยการบริหาร ราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือกรณีที่มีความจำเป็นที่ต้องประกาศภาวะไม่ปกติ โดยมี ศูนย์อำนวยการรักษาสภาพประโยชน์ของชาติทางทะเล เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบดำเนินการ

๕. บทวิเคราะห์สภาพปัญหา

ในการกำกับดูแลการใช้พื้นที่ทางทะเลมีกฎหมายเพื่อควบคุมการดำเนินการที่เกี่ยวข้องหลายฉบับแยกออกไปในแต่ละด้าน การมีกฎหมายหลายฉบับซึ่งมีขอบเขตการใช้บังคับ บริเวณเขตพื้นที่ทางทะเลย่อมส่งผลให้การดำเนินกิจกรรมในพื้นที่ทางทะเลเกิดปัญหาการทับซ้อนกันของพื้นที่ และการทับซ้อนในเชิงหน้าที่และอำนาจระหว่างหน่วยงาน ดังตัวอย่างกรณีของชาวประมงนำเรือประมงพื้นบ้านและพาณิชย์จอดปิดพื้นที่บริเวณปากอ่าวคลองปากบารา ต.ปากน้ำ อ.ละงู จ.สตูล เพื่อเรียกร้องให้รัฐบาลแก้ปัญหาการทำประมงที่มีพื้นที่ทับซ้อนกับพื้นที่อุทยานแห่งชาติ^{๖๘} หรือกรณีของการติดตั้งรั้วไม้ดักตะกอนทราย (Sand Fence) บริเวณชายฝั่ง ตำบลรูปเขาช้าง อำเภอมืองสงขลา ซึ่งมีประเด็นว่ากรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งจะต้องขออนุญาตกรมเจ้าท่าเพื่อขออนุญาตปลูกสร้างสิ่งล่วงล้ำลำน้ำตามพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช ๒๔๕๖ หรือไม่^{๖๙} และจากสภาพปัญหาที่แต่ละกิจกรรมต่างมีกฎหมายเฉพาะและหน่วยงานของรัฐที่กำกับดูแลแตกต่างกันไป หากเกิดความซ้ำซ้อนหรือขัดแย้งกัน

^{๖๘} Nation Online, “วุ่นทั้งเกาะหลีเป๊ะนักท่องเที่ยวตกค้างเหตุเรือประมงจอดประท้วงปิดท่าเรือปากบารา” (Nation Online, ๑ มีนาคม ๒๕๖๖) <<https://www.nationtv.tv/news/region/๓๗๘๙๐๕๔๔๕>> สืบค้นเมื่อ ๘ มีนาคม ๒๕๖๖.

^{๖๙} ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ ๑๒๖๑/๒๕๖๕ เรื่อง การขออนุญาตปลูกสร้างสิ่งล่วงล้ำลำน้ำ กรณีโครงการติดตั้งรั้วดักตะกอนทรายและรั้วไม้ไผ่ชะลอคลื่น เพื่อแก้ไขปัญหาการกัดเซาะชายฝั่ง

ในการใช้ประโยชน์จากพื้นที่ทางทะเลตามกรอบอำนาจของตนจะต้องดำเนินการอย่างไรและจะมีหน่วยงานใดจะเป็นผู้ให้ความเห็นเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น โดยหากเป็นการปรึกษาหารือในประเด็นปัญหาข้อกฎหมายย่อมสามารถหารือประเด็นปัญหาต่อคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตามหน้าที่และอำนาจที่กำหนดในพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒ แต่หากเป็นความขัดแย้งระหว่างการใช้ประโยชน์ของแต่ละกิจกรรมที่ไม่ใช่ประเด็นข้อกฎหมายจะใช้กลไกตามกฎหมายใดในการบริหารจัดการ ซึ่งการจัดตั้งคณะทำงานวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลโดยพิจารณาจากผู้ที่มีทักษะที่จำเป็นต่อการดำเนินการ เช่น ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายเชิงพื้นที่ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เป็นขั้นตอนการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลที่สำคัญตามแนวทางการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล การวางแผนเชิงพื้นที่ของ Intergovernmental Oceanographic Commission (IOC) นอกจากนี้ บทบัญญัติของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันยังไม่ได้กำหนดให้มีการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลไว้อย่างชัดเจน แม้พระราชบัญญัติส่งเสริมการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง พ.ศ. ๒๕๕๘ จะกำหนดให้คณะกรรมการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งแห่งชาติมีหน้าที่และอำนาจในการเสนอนโยบายและแผนการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งต่อคณะรัฐมนตรีก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็เป็นการตีความอย่างกว้างเพื่อให้มีฐานอำนาจทางกฎหมายในการกำหนดให้มีการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล อีกทั้งการใช้ประโยชน์พื้นที่ทางทะเลมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ การจะกำหนดให้หน่วยงานอื่นซึ่งไม่ได้อยู่ภายใต้กำกับของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมต้องปฏิบัติตามแผนการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งอาจไม่ได้ผลในทางปฏิบัติเท่าที่ควร สำหรับพระราชบัญญัติการรักษาผลประโยชน์ของชาติทางทะเล พ.ศ. ๒๕๖๒ ซึ่งมีหลักการสำคัญเป็นการปกป้องผลประโยชน์อันพึงได้รับจากกิจกรรมทางทะเล โดยเป็นการดำเนินการกำกับและดูแลรักษาผลประโยชน์จากทะเล กรณีจึงอาจพิจารณาได้ว่าสามารถนำบทบัญญัติมาปรับใช้สำหรับการกำหนดให้มีการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลได้ แต่เนื่องจากภารกิจที่ผ่านมาหน่วยงานที่รักษาการตามกฎหมายมุ่งเน้นไปที่การรักษาความมั่นคงเป็นหลัก หากจะใช้กลไกตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว จึงอาจต้องพิจารณาความสอดคล้องของบทบัญญัติที่มีอยู่กับแนวทางการกำหนดให้มีแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลด้วย

การจัดการการใช้ประโยชน์จากทะเลของประเทศไทยในปัจจุบันเป็นแบบแยกส่วน ไม่ได้มีการจัดการร่วมกันอย่างเป็นองค์รวม การศึกษาแนวทางการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลของต่างประเทศ เพื่อพิจารณารูปแบบและนำแต่ละแนวทางมาปรับใช้กับมาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน จากนั้นจึงทำการเปรียบเทียบข้อดีข้อเสียของการดำเนินการแต่ละแนวทาง จึงเป็นข้อมูลสำคัญที่สามารถนำไปใช้ประกอบการพิจารณากำหนดให้มีการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลอย่างเป็นระบบ การจะเลือกใช้แนวทางใดมาเพื่อกำหนดให้มีการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลของประเทศไทยจึงจำเป็นต้องพิจารณาข้อดีและข้อเสียในแต่ละด้านอย่างรอบคอบ เพื่อให้สอดคล้องกับแนวทางการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลในระดับสากล โดยการมีมาตรการที่เหมาะสมต่อรูปแบบการใช้พื้นที่ทางทะเลย่อมส่งผลดีต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเลของประเทศไทยให้เกิดการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน

๖. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลนับเป็นกระบวนการสำคัญในการช่วยอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติทางทะเล ซึ่งปัจจุบันการกำหนดให้มีเขตพื้นที่อนุรักษ์และคุ้มครองทางทะเล แต่เพียงอย่างเดียวอาจไม่เพียงพอสำหรับการดำเนินการทั้งระบบ การพัฒนาให้มีกระบวนการสำหรับใช้ในการวางกรอบแผนงานการจัดสรรพื้นที่ของกิจกรรมในทะเล จึงเป็นเรื่องที่ควรสนับสนุนให้มีการออกมาตรการมาใช้บังคับอย่างเร่งด่วน เพื่อให้ทันต่อสถานการณ์การเปลี่ยนแปลงของระบบนิเวศทางทะเล

พื้นที่ทางทะเลของประเทศไทยเป็นแหล่งทรัพยากรทางธรรมชาติทางทะเลทั้งที่มีชีวิตและไม่มีชีวิตที่อุดมสมบูรณ์แห่งหนึ่ง ทำให้การใช้ประโยชน์จากทะเลมีความหลากหลาย และถูกใช้จนเกินขีดความสามารถของทะเลที่จะรองรับได้ ประกอบกับการขาดการจัดสรรพื้นที่ให้แต่ละกิจกรรมสามารถดำเนินการไปด้วยกันอย่างเป็นระบบย่อมส่งผลกระทบต่อระบบนิเวศทางทะเลอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ การมีกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อกำหนดให้มีการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลจึงเป็นโอกาสที่ดีในการสร้างสมดุลระหว่างการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมและการใช้ประโยชน์ทางทะเล แต่หากไม่มีกฎหมายหรือมีแต่ไม่เหมาะสมก็จะเสียโอกาสที่จะสร้างสมดุลของสิ่งแวดล้อมนั้นไป การกำหนดให้มีมาตรการทางกฎหมายในการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลจึงเป็นโอกาสที่ดีที่จะมีกระบวนการในการดูแลรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลควบคู่ไปกับการใช้ประโยชน์ในทางเศรษฐกิจและสังคม

ประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้พื้นที่ทางทะเลหลายฉบับจึงมีความเป็นไปได้ที่จะหยิบยกร่างกฎหมายใดมาปรับใช้เพื่อให้มีการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล ในการดำเนินการจึงจำเป็นต้องศึกษาแนวทางของต่างประเทศเพื่อค้นหารูปแบบที่เหมาะสมกับประเทศไทย ซึ่งจากการศึกษารูปแบบการกำหนดให้มีแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลของยุโรปซึ่งเป็นกลุ่มประเทศผู้นำที่มีการกำหนดให้มีการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลอย่างเป็นระบบพบว่าในแต่ละประเทศที่ทำการศึกษามีการใช้รูปแบบที่แตกต่างกันไป โดยเยอรมนีเป็นประเทศที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายซึ่งมีผลใช้บังคับในปัจจุบันเพื่อให้สอดคล้องกับกรอบการดำเนินการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลของสหภาพยุโรป สำหรับสหราชอาณาจักรได้ตรากฎหมายเฉพาะและจัดตั้งองค์กรขึ้นใหม่เพื่อทำหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและได้ถ่ายโอนอำนาจในการออกใบอนุญาตบางประเภทให้อยู่ในหน้าที่และอำนาจของหน่วยงานที่ตั้งขึ้นใหม่ดังกล่าว ในส่วนของเนเธอร์แลนด์แม้จะไม่ได้มีการตรากฎหมายหรือแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย แต่สามารถใช้มาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่ในการกำหนดแผนที่ใช้ในการจัดการพื้นที่ทางทะเล โดยหน่วยงานผู้รับผิดชอบในเยอรมนีและเนเธอร์แลนด์จะไม่มีมีการเปลี่ยนแปลงหน่วยงานหรือองค์กรที่รับหน้าที่ภายหลังการดำเนินการตามแผนการจัดการเชิงพื้นที่ทางทะเล แต่ในสหราชอาณาจักรการปฏิบัติตามแผนการจัดการเชิงพื้นที่ทางทะเลบางส่วนจะดำเนินการโดยองค์กรที่จัดตั้งใหม่และบางส่วนผ่านทาง

หน่วยงานผู้รับผิดชอบเดิม^{๗๐} เมื่อนำแนวทางการดำเนินการของแต่ละประเทศมาเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่ของประเทศไทยแล้วพบว่า สามารถนำมาปรับใช้กับการดำเนินการได้ทั้งหมด โดยแนวทางการใช้มาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่เดิมในการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลตามรูปแบบของเนเธอร์แลนด์ อาจใช้มาตรการตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง พ.ศ. ๒๕๕๘ ส่วนการเสนอแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบันตามรูปแบบของเยอรมนี กรณีอาจใช้มาตรการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการรักษาผลประโยชน์ของชาติทางทะเล พ.ศ. ๒๕๖๒ สำหรับแนวทางการตรากฎหมายใหม่ตามรูปแบบของสหราชอาณาจักร เมื่อพิจารณาความเป็นไปได้ของรูปแบบการดำเนินการในประเทศไทยแล้ว รัฐอาจเสนอให้มีร่างพระราชบัญญัติคณะกรรมการการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล พ.ศ. เพื่อกำหนดมาตรการในการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลเป็นการเฉพาะ

การวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลโดยการใช้มาตรการที่มีอยู่ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง พ.ศ. ๒๕๕๘ สามารถดำเนินการได้โดยไม่ต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมาย เนื่องจากได้มีการกำหนดให้มีการจัดทำนโยบายและแผนการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งแห่งชาติ ซึ่งสามารถอาศัยอำนาจดังกล่าวเพื่อกำหนดให้มีการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลได้ แต่การใช้แนวทางนี้อาจเกิดปัญหาเกี่ยวกับสภาพบังคับใช้เนื่องจากการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายฉบับ ซึ่งแต่ละหน่วยงานต่างก็มีกรอบการดำเนินการตามกฎหมายของตน การจะกำหนดให้กฎหมายที่เป็นกฎหมายเฉพาะของกระทรวงใดกระทรวงหนึ่งมีอำนาจในการบริหารจัดการเขตพื้นที่ตามกฎหมายฉบับอื่นจึงเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าจะมีผลใช้บังคับในทางปฏิบัติได้หรือไม่ อีกทั้งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวยังไม่สามารถวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลในเขตเศรษฐกิจจำเพาะได้เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดเขตอำนาจไว้ ทำให้ขอบเขตพื้นที่ใช้บังคับของกฎหมายเป็นไปตามหลักการทั่วไปที่รัฐชายฝั่งย่อมมีอำนาจอธิปไตยเหนือทะเลอาณาเขตของตน

กรณีจึงอาจพิจารณาการใช้มาตรการตามพระราชบัญญัติการรักษาผลประโยชน์ของชาติทางทะเล พ.ศ. ๒๕๖๒ ซึ่งได้กำหนดขอบเขตของกฎหมายทั้ง “เขตทางทะเล”^{๗๑} ที่สอดคล้องกับหลักการตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. ๑๙๘๒

^{๗๐} ภาควิชาวิทยาศาสตร์ทางทะเล คณะประมง มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๕๐, น. ๘.

^{๗๑} “เขตทางทะเล” หมายความว่า ชายฝั่งทะเลและพื้นที่ทางทะเลที่ประเทศไทยมีอำนาจอธิปไตยหรือสิทธิอธิปไตย หรือมีสิทธิหรือเสรีภาพในการใช้หรือจะใช้ หรือมีหน้าที่รับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือตามสนธิสัญญาหรือด้วยประการใด ๆ ได้แก่ น่านน้ำภายใน ทะเลอาณาเขตต่อเนื่อง เขตเศรษฐกิจจำเพาะ ไหล่ทวีป และทะเลหลวง และให้หมายความรวมถึงเกาะเทียมสิ่งติดตั้ง และสิ่งปลูกสร้างในทะเล รวมทั้งห้วงอากาศเหนือทะเล พื้นดินท้องทะเลใต้พื้นดินท้องทะเลและพื้นที่ทางทะเลอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

และกำหนด “กิจกรรมทางทะเล”^{๗๒} ที่ครอบคลุมกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์พื้นที่ทางทะเล ประกอบกับกฎหมายได้กำหนดให้มีคณะกรรมการนโยบายรักษาผลประโยชน์ของชาติทางทะเล มีหน้าที่และอำนาจในการกำหนดนโยบาย ยุทธศาสตร์ แผนความมั่นคงแห่งชาติทางทะเล และมาตรการในการรักษาผลประโยชน์ของชาติทางทะเลให้สอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาล ซึ่งมีนายกรัฐมนตรีเป็นประธานกรรมการ อีกทั้งยังมีศูนย์อำนวยการรักษาผลประโยชน์ของชาติทางทะเลเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบเฉพาะการปฏิบัติตามกฎหมาย การดำเนินการหากจะอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ในการกำหนดให้มีการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลย่อมมีความเหมาะสม แต่โดยที่แผนความมั่นคงแห่งชาติอาจยังไม่ครอบคลุมไปถึงเรื่องการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลตามแนวทางของ Intergovernmental Oceanographic Commission (IOC) กรณีจึงอาจแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยแยกเรื่องการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลกำหนดให้เป็นอีกหน้าที่และอำนาจหนึ่งของคณะกรรมการเพื่อให้เกิดความชัดเจนและสามารถกำหนดขั้นตอนการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลได้โดยละเอียด

สำหรับแนวทางการตรากฎหมายใหม่โดยการกำหนดให้มีร่างพระราชบัญญัติคณะกรรมการการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล พ.ศ. ก็นับว่าเป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่มีความเหมาะสมเพราะสามารถนำปัญหาทั้งหมดมาแก้ไขได้ในการออกกฎหมายฉบับเดียว แต่การเลือกใช้แนวทางนี้จำเป็นต้องพิจารณาเหตุผลและความจำเป็นประกอบด้วย เนื่องจากมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประกอบกับมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒ กำหนดให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเท่าที่จำเป็น อีกทั้งในการจัดทำร่างกฎหมายรัฐต้องตรวจสอบความจำเป็น จัดให้มีการรับฟังความคิดเห็น และวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย ส่งผลให้กระบวนการในการร่างกฎหมายใหม่เพื่อให้มีการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลย่อมใช้ระยะเวลายาวนานกว่าการเลือกใช้แนวทางดำเนินการทั้งสองรูปแบบที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

เมื่อได้พิจารณาข้อดีและข้อเสียของแนวทางการดำเนินการทั้งหมดแล้วเห็นว่าการดำเนินการตามแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบันมีความสอดคล้องกับบริบทของประเทศไทยมากที่สุด ซึ่งพระราชบัญญัติการรักษาผลประโยชน์ของชาติทางทะเล พ.ศ. ๒๕๖๒ มีบทบัญญัติทางกฎหมายที่ครอบคลุมและรองรับการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลอย่างค่อนข้างรอบด้าน แม้จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายซึ่งมีขั้นตอนในการเสนอร่างกฎหมาย รวมถึงการตรวจสอบความจำเป็น จัดให้มีการรับฟังความคิดเห็น และวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายเช่นเดียวกับแนวทางการตรากฎหมายใหม่ แต่การแก้ไข

^{๗๒} “กิจกรรมทางทะเล” หมายความว่า การดำเนินการเพื่อใช้ประโยชน์ในเขตทางทะเลในรูปแบบต่าง ๆ เช่น การพาณิชย์นาวี การประมง การท่องเที่ยว การแสวงประโยชน์จากทรัพยากรที่ไม่มีชีวิต การวางสายเคเบิลหรือท่อใต้ทะเล การอนุรักษ์และการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมทางทะเล และชายฝั่ง การป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย หรือการสำรวจและวิจัยวิทยาศาสตร์ทางทะเล

เพิ่มเติมกฎหมายในบางประเด็นย่อมใช้ระยะเวลาการดำเนินการที่สั้นกว่าการร่างกฎหมายใหม่ จึงเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการรักษาผลประโยชน์ของชาติทางทะเล พ.ศ. ๒๕๖๒ นับเป็นทางเลือกที่เหมาะสมกับการกำหนดให้มีการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลของประเทศไทย

การนำแนวทางของต่างประเทศซึ่งมีข้อดีและข้อเสียที่แตกต่างกันออกไปมาปรับใช้ กับมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทย ข้อมูลที่ได้จากการรวบรวม วิเคราะห์ และเปรียบเทียบ ข้อดีและข้อเสียของแต่ละแนวทาง จึงเป็นข้อมูลสำคัญที่สามารถนำไปใช้ประกอบการพิจารณา กำหนดให้มีมาตรการทางกฎหมายเพื่อให้มีการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลอย่างเป็นระบบ การค้นหา รูปแบบการดำเนินการที่แตกต่างกันจะช่วยให้ภาครัฐสามารถหิบบยมาตรการที่เหมาะสมมาใช้ในการดำเนินการให้มีการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเล และจากการที่ประเทศไทยมีกฎหมายที่กำหนด เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากทะเลหลากหลายฉบับจึงเป็นความท้าทายอย่างหนึ่งของภาครัฐ ในการเลือกใช้รูปแบบการดำเนินการของต่างประเทศที่เหมาะสมกับบริบททางกฎหมายที่มีอยู่ ของประเทศไทย โดยการกำหนดให้มีการวางแผนเชิงพื้นที่ทางทะเลจะทำให้ประเทศไทยมีมาตรการ ที่ทันต่อการเปลี่ยนแปลงทางสิ่งแวดล้อม และการมีกระบวนการที่ชัดเจนจะทำให้ภาครัฐสามารถ นำไปปฏิบัติได้อย่างเป็นรูปธรรม อันจะเกิดประโยชน์สูงสุดต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเล

เกร็ดความรู้จากการอบรมหลักสูตรกฎหมายระหว่างประเทศ ภาคฤดูร้อน ประจำปี ค.ศ. ๒๐๒๓ ของสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ *

มัทิตา สารพัฒน์ **

ในช่วงต้นเดือนกรกฎาคมที่ผ่านมา ผู้เขียนได้มีโอกาสไปเข้ารับการอบรมหลักสูตรกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองของสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (The Hague Academy of International Law) ซึ่งจัดขึ้นระหว่างวันที่ ๑๐ - ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๖๖ ณ Peace Palace กรุงเฮก ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ โดยในปีนี้เป็นปีที่ครบรอบ ๑๐๐ ปี ของสถาบันฯ การนำเสนอเนื้อหาในหลักสูตรจึงเน้นการสื่อให้เห็นว่า สถาบันฯ มีบทบาทในเรื่องใดบ้าง โดยในปีนี้มีผู้ได้รับการคัดเลือกให้เข้าร่วมฝึกอบรมจำนวน ๓๕๐ คน จากกว่า ๘๒ ประเทศ จึงนับเป็นโอกาสที่ดีและน่าจดจำครั้งหนึ่งที่ผู้เขียนได้มีโอกาสแลกเปลี่ยนเรียนรู้จากเพื่อนร่วมชั้นเรียนที่มาจากหลากหลายประเทศ ได้เข้าเยี่ยมชมสถานที่ของประเทศไทยและประเทศไทย รวมถึงตลอดจนได้ใช้เวลาในการสำรวจดูอาคารบ้านเมืองและสถานที่ท่องเที่ยวภายในกรุงเฮกและเมืองข้างเคียง ผู้เขียนพบว่าในช่วงฤดูร้อนนี้อากาศดีสดชื่น อุณหภูมิประมาณ ๑๙ องศาเซลเซียส ทำให้ดอกไม้ดอกดอกสะพรั่งทั้งเมืองสลับกับต้นไม้ใหญ่ที่ยืนตระหง่านอยู่ทั่วตัวเมือง เมื่อกล่าวถึงบรรยากาศด้านอื่นไปแล้ว เพื่อเป็นประโยชน์ต่อการจัดทำร่างกฎหมายและการตีความกฎหมาย ผู้เขียนได้สรุปเนื้อหาสาระจากผู้เชี่ยวชาญสองท่านที่ได้ถ่ายทอดความรู้และประสบการณ์ที่เห็นว่าเป็นเรื่องที่น่าสนใจและเป็นเรื่องใหม่ที่ผู้เขียนไม่เคยทราบมาก่อน คือ (๑) กฎเกณฑ์ที่ไม่มีลักษณะบังคับ (Soft law) และ (๒) สิทธิมนุษยชนในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศ

๑. กฎเกณฑ์ที่ไม่มีลักษณะบังคับ

ศาสตราจารย์ ดร. Ellen Hey^๑ ได้นำเสนอให้เห็นถึงพัฒนาการและบทบาทของ Soft law^๒ ในแต่ละเรื่องซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างกันไปและในปัจจุบันอาจแบ่งออกได้เป็น

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการ ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ กฎหมายการศึกษาขั้นพื้นฐานและการศึกษากองกฎหมายการศึกษาและวัฒนธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (สิงหาคม ๒๕๖๖)

^๑ ศาสตราจารย์ประจำมหาวิทยาลัย Erasmus University Rotterdam

^๒ แตกต่างไปจากกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับในทางกฎหมาย (Hard law) ที่มีบ่อเกิดจากธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of the international court of justice) ในข้อ ๓๘ (๑) ที่หมายถึงสนธิสัญญาระหว่างประเทศ (Treaties) จารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary international law) และหลักกฎหมายทั่วไป (General principles of law) รวมทั้งที่เกิดจากบ่อเกิดเสริม (Subsidiary source) เช่น คำพิพากษา (Case law) และทฤษฎีของผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายระหว่างประเทศ (Publications by most learned authors)

๓ ลักษณะ โดยที่ Soft law อาจเป็นเพียงข้อมูลที่ไม่ได้อยู่ในกรอบโครงสร้างของกฎหมาย หรือเป็นผลผลิตที่เกิดขึ้นจากการตัดสินใจใด แล้วต่อมาถูกนำมาใช้เป็นวัตถุดิบที่ใช้ในการจัดทำกฎหมายหรือเป็นผลผลิตจากกระบวนการตัดสินใจในกรอบโครงสร้างทางกฎหมายเสียเอง ซึ่งสรุปสาระสำคัญพร้อมตัวอย่างของ Soft law แต่ละลักษณะได้ดังนี้

๑.๑ Soft law ที่ไม่ได้อยู่ในโครงสร้างของกฎหมาย (legal infrastructure) และถือเป็นข้อมูล (input) ที่อาจถูกนำมาใช้ในการจัดทำกฎหมาย ได้แก่

(๑) ข้อมูลเพื่อการสร้างเสถียรภาพของเส้นฐานและเขตทางทะเล

(๑.๑) ปฏิญญาปาเลา ปี ค.ศ. ๒๐๑๕ เรื่อง “มหาสมุทร : ชีวิตและอนาคต” (Palau Declaration on ‘The Ocean : Life and Future’) เป็นการประกาศโดยรัฐชายฝั่งหมู่เกาะแปซิฟิก โดยเฉพาะปาเลาและประเทศอื่น ๆ ในภูมิภาค เพื่อขอความร่วมมือจากพันธมิตร ภาคประชาสังคม และภาคเอกชน ในเรื่องดังต่อไปนี้

๑) ให้ความร่วมมือกับสมาชิกของรัฐชายฝั่งและ Fish Fisheries Agency ประเมินผลและลงมือปฏิบัติตามแนวทางที่เหมาะสมในการจัดการปัญหาการทำประมงผิดกฎหมาย (IUU) และการสูญเสียรายได้จากการประมง เช่น การแบ่งปันข้อมูล การทำประมง การมอบอำนาจในระหว่างกันของเจ้าหน้าที่ควบคุมการทำประมงจากแต่ละหน่วยงาน

๒) กำหนดเส้นฐานและเขตทางทะเลที่ชัดเจนที่จะไม่เปลี่ยนแปลงจากกรณีมีการเปลี่ยนแปลงทางสภาพภูมิอากาศและการเพิ่มขึ้นของระดับน้ำทะเล

๓) รับรองว่ามีการประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมที่มีประสิทธิภาพสำหรับการดำเนินการเกี่ยวกับการสกัดสิ่งต่าง ๆ เช่น แร่ธาตุในมหาสมุทรแปซิฟิก และในกรณีมีความจำเป็น ให้นำเอาหลักการป้องกันไว้ล่วงหน้ามาใช้บังคับด้วย อีกทั้งเรียกร้องให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องรับผิดชอบฟื้นฟูมหาสมุทรและแหล่งทรัพยากรในมหาสมุทรด้วย

๔) เรียกร้องให้ประชาคมโลกให้การสนับสนุนความพยายามในการดำเนินงานของกลุ่มรัฐชายฝั่งที่มุ่งรักษาไว้ซึ่งทรัพยากรในมหาสมุทร และหาแนวทางการร่วมรับผิดชอบค่าใช้จ่ายและแบ่งเบาภาระของรัฐชายฝั่ง

(๑.๒) คำประกาศของประเทศหมู่เกาะแปซิฟิกเกี่ยวกับการสร้างเสถียรภาพของเส้นฐานและอาณาเขตทางทะเล (Declaration On Preserving Maritime Zones In The Face of Climate Change-Related Sea-Level Rise) มีสาระสำคัญเกี่ยวกับการยืนยันการรักษาเส้นฐานและขอบเขตรอบนอกของเขตทางทะเลตามที่ได้จัดตั้งขึ้นและแจ้งให้เลขาธิการสหประชาชาติทราบตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล (United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)) แม้ว่าภายหลังจะมีการเพิ่มขึ้นของระดับน้ำทะเลที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ และมีการทบทวน หรือปรับปรุงแผนภูมิหรือรายการพิกัดทางภูมิศาสตร์เขตทางทะเลก็ตาม เนื่องจากในชั้นของการเจรจากร่างอนุสัญญา UNCLOS ผู้กร่างอนุสัญญาเห็นว่าการกำหนดเขตทางทะเล แนวชายฝั่งและลักษณะการเดินเรือโดยทั่วไปถือว่ามีเสถียร

อีกทั้งรัฐชายฝั่งหมู่เกาะแปซิฟิกมีส่วนร่วมในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกเพียงเล็กน้อย แต่กลับต้องแบกรับความเสี่ยงของภัยคุกคามการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและการเพิ่มขึ้นของระดับน้ำทะเลที่เป็นอันตรายต่อการดำรงชีวิตและความเป็นอยู่ที่ดีของพลเมือง

หลักการในเรื่องนี้ได้รับการกล่าวถึงและเน้นย้ำความสำคัญของเรื่องในการประชุมสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Association (ILA)) โดยมีมติ (Resolution 5/2018) สนับสนุนความเห็นของรัฐชายฝั่งและให้เลขาธิการสมาคมฯ นำเสนอเรื่องต่อไปยังเลขาธิการสหประชาชาติ นอกจากนี้ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission (ILC)) ซึ่งมีบทบาทสำคัญในการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศ ก็ได้นำเอาประเด็นนี้มาพิจารณาผลกระทบทางกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวข้องกับการเพิ่มขึ้นของระดับน้ำทะเล นอกเหนือไปจากประเด็นด้านการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ผลกระทบ หรือความรับผิดชอบต่าง ๆ เพื่อมุ่งหาแนวทางในการตอบโต้ต่อเรื่องนี้และช่วยรัฐต่าง ๆ ในการพัฒนาแนวทางแก้ไขปัญหาต่อการเพิ่มขึ้นของระดับน้ำทะเลได้จริงและมีประสิทธิภาพ โดยที่จะไม่เสนอให้แก้ไขอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล จากลักษณะของ Soft law ที่กล่าวมานี้ จะมีความเกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายปิดปากและการยอมรับต่อรัฐชายฝั่งและรัฐต่าง ๆ ซึ่งเป็นหลักการที่อยู่ในโครงสร้างพื้นฐานทางกฎหมายนั่นเอง (These doctrines are part of legal infrastructure) อย่างไรก็ตาม ในส่วนนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice (ICJ)) และศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ (ITLOS) ยังไม่ได้ให้ความเห็น (Advisory Opinions) ต่อประเด็นนี้ ซึ่งหากศาลได้ให้ความเห็นแล้ว อาจทำให้ชวนคิดว่าจะทำให้เกิดการพัฒนาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศพัฒนาขึ้นได้หรือไม่

(๒) ข้อความรับผิดชอบของรัฐและการเปลี่ยนแปลงทางสภาพภูมิอากาศ (Articles on State Responsibility and Climate Change) ที่เสนอโดยคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ มีสาระสำคัญกล่าวถึงหน้าที่ผูกพันของกลุ่มของรัฐ ประชาคมระหว่างประเทศ หรือกฎเกณฑ์แบบแผนอันเป็นที่ยอมรับนับถือ (“Peremptory norm” หรือ “Jus cogens”) แต่ไม่ได้มีการลงคะแนนเสียง จึงยังไม่มีมติชัดเจนว่าจะเป็น Hard law หรือไม่ อย่างไรก็ตาม ส่วนใหญ่ข้อความรับผิดชอบของรัฐจะถือว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งในส่วนนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ ยังไม่ได้ให้ความเห็น ทำให้เกิดการคาดเดาว่าหากศาลได้ให้ความเห็นแล้ว ข้อความรับผิดชอบของรัฐประเภทนี้จะถูกนำมาใช้เป็นข้อโต้แย้งในศาลต่อไป

(๓) คำนินยามศัพท์การทำลายสิ่งแวดล้อมระดับล้างผลาญ (Ecocide) ซึ่งหมายถึง การทำลายสิ่งแวดล้อมที่ไม่ได้เกิดในช่วงความขัดแย้งทางอาวุธ (armed conflict) จึงไม่อยู่ในบังคับของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (Rome Statute of

International Criminal Court) ที่ถูกเสนอโดยกลุ่มผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายอิสระ (Stop Ecocide Foundation) เพื่อเพิ่มเป็นคดีใหม่ในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ดังนี้^๓

“ข้อ ๘ ตริ การทำลายสิ่งแวดล้อมระดับล้างผลาญ

๑. เพื่อวัตถุประสงค์ของธรรมนูญนี้ “Ecocide” หมายถึง การกระทำที่ผิดกฎหมายหรือการทำลายล้างโดยรู้ว่าการกระทำนั้นจะทำให้เกิดความเสียหายอย่างรุนแรงและในวงกว้างหรือในระยะยาวต่อสิ่งแวดล้อม

๒. เพื่อวัตถุประสงค์ของวรรคหนึ่ง

ก. “การทำลายล้าง” หมายถึง การเล่นเล่ห์ไม่ตระหนักถึงความเสียหายเกินสมควรอย่างมากเมื่อเทียบกับประโยชน์ทางสังคมและเศรษฐกิจที่คาดหวังไว้

ข. “รุนแรง” หมายถึง ความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงที่ไม่พึงประสงค์อย่างร้ายแรง การหยุดชะงัก หรือเป็นอันตรายต่อองค์ประกอบใดของสิ่งแวดล้อมรวมถึงผลกระทบร้ายแรงต่อชีวิตมนุษย์หรือทรัพยากรทางธรรมชาติ วัฒนธรรม หรือเศรษฐกิจ

ค. “ในวงกว้าง” หมายถึง ความเสียหายซึ่งขยายออกไปนอกขอบเขตของพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่กำหนด ข้ามเขตแดนของรัฐ หรือสร้างความเดือดร้อนต่อระบบนิเวศหรือสิ่งมีชีวิตหรือมนุษย์จำนวนมาก

^๓ Article 8 ter Ecocide

1. For the purpose of this Statute,

“ecocide” means unlawful or wanton acts committed with knowledge that there is a substantial likelihood of severe and either widespread or long-term damage to the environment being caused by those acts.

2. For the purpose of paragraph 1:

a. “Wanton” means with reckless disregard for damage which would be clearly excessive in relation to the social and economic benefits anticipated;

b. “Severe” means damage which involves very serious adverse changes, disruption or harm to any element of the environment, including grave impacts on human life or natural, cultural or economic resources;

c. “Widespread” means damage which extends beyond a limited geographic area, crosses state boundaries, or is suffered by an entire ecosystem or species or a large number of human beings;

d. “Long-term” means damage which is irreversible or which cannot be redressed through natural recovery within a reasonable period of time;

e. “Environment” means the earth, its biosphere, cryosphere, lithosphere, hydrosphere and atmosphere, as well as outer space.

ง. “ระยะยาว” หมายถึง ความเสียหายที่แก้ไขไม่ได้หรือไม่สามารถแก้ไขได้โดยการฟื้นฟูตามธรรมชาติภายในระยะเวลาอันสมควร

จ “สิ่งแวดล้อม” หมายถึง โลก ชีวมณฑล ไครโอสเฟียร์ ธรณีภาค ไฮโดรสเฟียร์ และบรรยากาศ รวมทั้งอวกาศ”

ซึ่งเป็นประเด็นที่อาจทำให้ภาคธุรกิจต้องมีความรับผิดชอบต่อสังคมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศด้วย อย่างไรก็ดี ยังไม่แน่ชัดว่า ในท้ายที่สุดจะมีการกำหนดนิยามศัพท์ในเรื่องนี้หรือไม่ แต่พบว่า Committee on Legal Affairs ของรัฐสภายุโรปได้เสนอให้มีการกำหนดนิยามศัพท์ในเรื่องนี้ไว้ใน Draft European Parliament Legislative Resolution on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law and replacing Directive 2008/99/EC โดยในการพิจารณาวาระแรก รัฐสภายุโรป (European Parliament) ได้นำเอานิยามศัพท์ของ Ecocide ที่คล้ายคลึงกับที่มีการเสนอโดยกลุ่มผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายอิสระมากำหนดไว้ด้วยเช่นกัน

๑.๒ Soft law ที่เป็นผลผลิต (output) จากกระบวนการตัดสินใจระหว่างประเทศ หรือระหว่างหลายประเทศ (Developing legal infrastructure by institutionalized and incremental decision - making processes) และเป็นวัตถุดิบ (input) ที่ถูกนำไปใช้ในการตัดสินใจอื่นที่เป็นส่วนหนึ่งของการจัดทำกฎหมาย (other institutionalized and incremental decision - making processes)

(๑) มติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ ES-11/1 เมื่อวันที่ ๒ มีนาคม ๒๕๖๕ เกี่ยวกับการรุกรานยูเครน มีลักษณะเป็นข้อมติการรวมตัวเพื่อสันติภาพ (Uniting for peace) ที่ริเริ่มขึ้นใน ปี ค.ศ. ๑๙๕๐ ในสถานการณ์ความไม่สงบของคาบสมุทรเกาหลีและการหยุดชะงักการปฏิบัติหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติจากความคิดเห็นที่ไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน (lack of unanimity) ทำให้สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติต้องออกข้อแนะนำ (UNGA Resolution 377/V, 3 Nov. 1950) เพื่อนำมาใช้อนุญาตให้มีการปฏิบัติการเพื่อรักษาสันติภาพ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติและคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่พัฒนามากขึ้นจากสงครามในยูเครน ในบริบทของกฎหมาย มติดังกล่าวเป็นการก่อให้เกิดสิทธิแก่สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในการออกข้อแนะนำต่าง ๆ รวมไปถึงข้อแนะนำเพื่ออนุญาตการปฏิบัติการเพื่อรักษาสันติภาพได้ อย่างไรก็ดี รัฐภาคีก็ไม่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามข้อแนะนำ นอกจากนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้นำเอาข้อมูลข้างต้นมาใช้ในการวินิจฉัยว่าค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการปฏิบัติการโดยกองกำลังฉุกเฉินของสหประชาชาติถือเป็นค่าใช้จ่ายขององค์การสหประชาชาติตามข้อ ๑๗ วรรคสองหรือไม่ด้วย (Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)) โดยศาลเห็นว่าค่าใช้จ่ายจากการปฏิบัติการที่ได้รับการอนุญาตเป็นค่าใช้จ่ายขององค์การที่สามารถเรียกให้รัฐภาคีร่วมกันรับผิดชอบได้

(๒) มติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ ๑๕๑๔ (XV) เมื่อวันที่ ๑๔ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๖๐ ให้รัฐภาคีตระหนักถึงความสำคัญของการตัดสินใจด้วยตนเอง (self-determination) และให้ปลดปล่อยอาณานิคมของประเทศตนให้มีอิสระและเท่าเทียม ได้ถูกนำมาใช้ในการพิจารณาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพื่อพิจารณาว่า กระบวนการปลดปล่อยอาณานิคมของมอริเชียสเสร็จสมบูรณ์อย่างถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ (Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965) และมีคำวินิจฉัยว่ากระบวนการปลดปล่อยอาณานิคมของมอริเชียสไม่เสร็จสิ้นตามกฎหมายหลังจากได้รับอิสระในปี ค.ศ. ๑๙๖๘ เนื่องจากสหรัฐอเมริกาได้แยกหมู่เกาะชาโกสออกจากมอริเชียสเพื่อไปตั้งฐานทัพและต่อมากลายเป็นอาณานิคมใหม่และอยู่ภายใต้การบริหารของสหราชอาณาจักร โดยไม่เป็นไปตามเจตจำนงที่แท้จริงของผู้คนที่เกี่ยวข้อง ศาลฯ จึงระบุว่าการบริหารหมู่เกาะชาโกสอย่างต่อเนื่อง (an administrative system) ของสหราชอาณาจักรถือเป็นการกระทำที่มีขอบ และสหราชอาณาจักรมีหน้าที่ต้องยุติการบริหารโดยเร็วที่สุด รวมทั้งเน้นย้ำว่าประเทศสมาชิกทั้งหมดต้องร่วมมือกับสหประชาชาติเพื่อทำให้การปลดปล่อยอาณานิคมของมอริเชียสเสร็จสมบูรณ์

(๓) หลักการชี้แนะแห่งสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน (United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs)) เป็นการกำหนดหน้าที่ให้แก่รัฐเจ้าบ้าน (host State) และรัฐต้นทาง (home State) ต้องรับผิดชอบในการกำกับดูแลผู้ประกอบการกิจการ ซึ่งรวมถึงผู้ประกอบการธุรกิจข้ามชาติด้วยอันเป็นการขยายความรับผิดชอบของรัฐต้นทาง (extraterritorial responsibilities of home States) ในขณะเดียวกันก็เพิ่มความรับผิดชอบให้แก่ผู้ประกอบการด้วย หลักการนี้ถูกกำหนดขึ้นโดยผู้เกี่ยวข้องภายใต้การนำของ John Ruggie ผู้แทนพิเศษของเลขาธิการสหประชาชาติในปี ค.ศ. ๒๐๐๑ แม้ว่าบางส่วนของหลักการจะมีข้อขัดแย้งกันระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนาก็ตาม แต่หลักการนี้ก็ได้รับการรับรองโดยคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ โดยองค์การสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนได้นำเอาหลักการในเรื่องการขยายความรับผิดชอบของรัฐต้นทางมาใช้พิจารณา กำหนดความเห็นทั่วไป (General Comments) ในเรื่องการใช้ที่ดิน (CESCR GC 26) และในขณะเดียวกันสหภาพยุโรปนำมาใช้กำหนดการให้สิทธิในการเข้าถึงตลาดด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม หลักการนี้ไม่อาจไปกวนการใช้บังคับข้อกำหนดเรื่องการรักษาเสถียรภาพและข้ออนุญาโตตุลาการต่อกิจการข้ามชาติที่อนุสัญญาการลงทุนกำหนดไว้ได้ ซึ่งเรื่องผลการใช้บังคับนี้เป็นประเด็นที่ยังคงถกเถียงในชั้นการจัดทำสนธิสัญญาว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนว่าหากสนธิสัญญาแล้วเสร็จผลการใช้บังคับจะกระทบต่อสนธิสัญญาการลงทุนอย่างไร จะเห็นได้ว่าหลักการชี้แนะแห่งสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนเป็นส่วนหนึ่งของแบบแผนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายแต่เป็นการให้สิทธิ ไม่ใช่การกำหนดหน้าที่ให้แก่รัฐ โดยได้มีการนำเอาหลักการมาใช้เป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาในการจัดทำสนธิสัญญาอีกทอดหนึ่ง

(๔) รายงานทบทวนสถานการณ์สิทธิมนุษยชนและการปฏิบัติเพื่อให้บรรลุตามเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน ถือเป็น Soft law ที่จัดทำโดยรัฐทุก ๆ ๔ ปีครั้ง ซึ่งในปี ค.ศ. ๒๐๐๖ สมัชชาสหประชาชาติมีมติให้ตั้งคณะมนตรีสิทธิมนุษยชน (HRC) และกำหนดให้ต้องมีการรายงานทบทวนสถานการณ์สิทธิมนุษยชนขึ้น ต่อมาในการประชุมสมัชชาสหประชาชาติ ได้มีมติกำหนดเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนในปี ค.ศ. ๒๐๑๕ และได้ส่งเสริมให้รัฐภาคีรายงานการปฏิบัติตามเป้าหมายดังกล่าวไว้ในรายงานทบทวนฯ ด้วย ซึ่งการรวมทั้งสองเรื่องไว้ในรายงานฉบับเดียวกันถือเป็นก้าวที่ดีเนื่องจากเป็นจุดเปลี่ยนผ่านที่ทำให้เห็นว่ารายงานนี้ไม่ใช่แค่เพียงรายงานด้านสิทธิมนุษยชนเท่านั้น แต่ยังมีสาระสำคัญครอบคลุมการทบทวนในเรื่องการเมืองและรัฐ รวมทั้งให้ความสำคัญน้อยลงกับการตรวจสอบโดยผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายตามที่อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนกำหนด จะเห็นได้ว่า ในปัจจุบันหน้าที่ในการรายงานผลทางสิทธิมนุษยชนกลายมาเป็นแบบแผนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายที่เกิดขึ้นในกระบวนการตัดสินใจขององค์กรที่ค่อย ๆ เพิ่มขึ้นตามลำดับ

๑.๓ Soft law ที่เป็นผลผลิต (output) ของกระบวนการตัดสินใจที่เป็นกฎเกณฑ์ในการกำกับการดำเนินกิจกรรมของคน (Developing regulation)

(๑) การจัดหาวัคซีนโควิด-19

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) ซึ่งเป็น Hard law ได้กำหนดให้ประเทศผู้ผลิตวัคซีนต้องปฏิบัติตามข้อจำกัดในการส่งออกและข้อจำกัดทางการค้าเกี่ยวกับวัคซีน การวินิจฉัย และการรักษา ทำให้ไม่สามารถกระจายวัคซีนไปให้ประเทศต่าง ๆ ได้อย่างเท่าเทียม องค์การอนามัยโลกจึงร่วมกับพันธมิตรหลายภาคส่วนในการดำเนินการริเริ่มโครงการโคแวกซ์ (COVAX) ที่ถือเป็น Soft law ที่กำหนดแนวปฏิบัติที่ดีเพื่อใช้ขับเคลื่อนการจัดหาวัคซีนโควิด-19 การวินิจฉัย และการรักษาให้ทุกประเทศโดยเฉพาะกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา แต่อย่างไรก็ดี ประเทศที่พัฒนาแล้วก็ยังคงติดต่อขอซื้อวัคซีนจากผู้ผลิตเองโดยตรงเนื่องจากไม่มี Hard law ห้ามไว้ ต่อมาในเดือนตุลาคม ค.ศ. ๒๐๒๐ ประเทศอินเดียและประเทศแอฟริกาใต้ได้ยื่นคำร้องขอยกเว้นข้อจำกัดของความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาในเรื่องวัคซีน การวินิจฉัย และการรักษา ซึ่งในเดือนมิถุนายน ๒๐๒๒ ได้รับข้อยกเว้นเฉพาะวัคซีน และกำลังพิจารณาในส่วนอื่นต่อไป จะเห็นได้ว่า แม้ว่าการกำหนด Soft law จะมุ่งหมายที่จะควบคุมการดำเนินกิจกรรมของมนุษย์ในการจัดสรรวัคซีน แต่ก็ไม่อาจใช้บังคับเหนือกว่า Hard law ที่เกี่ยวข้องอื่นได้ ในทำนองเดียวกับหลักการชี้แนะแห่งสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนที่ไม่อาจใช้บังคับเหนือสนธิสัญญาการลงทุนได้

(๒) กฎเกณฑ์ของธนาคารโลกเพื่อโครงการเฉพาะด้าน

ธนาคารโลกได้ออกกฎเกณฑ์ที่เป็น Soft law สำหรับการให้สินเชื่อประเทศที่กู้ยืมเงินไปเพื่อดำเนินโครงการพัฒนาที่ยั่งยืน เช่น การสร้างโครงสร้างพื้นฐาน การบำบัดน้ำเสีย หรือการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพ เช่น

(๒.๑) นโยบายการปกป้องสิ่งแวดล้อมและสังคม (Environmental and Social Policies) ประกอบด้วยนโยบายการดำเนินงาน ๑๑ นโยบาย ที่เกี่ยวกับนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมและสังคม เช่น เกี่ยวกับชนพื้นเมือง โดยเชื่อมโยงกับระเบียบปฏิบัติของธนาคาร

(๒.๒) กลไกสร้างความโปร่งใสของธนาคารโลกประกอบด้วยกลไกการตรวจสอบการปฏิบัติตามกฎระเบียบ (The World Bank Accountability Mechanism) โดย WB Inspection Panel (WPIP) และกลไกการไกล่เกลี่ยโดยสมัครใจระหว่างผู้ร้องเรียนและรัฐผู้กู้ (Dispute Resolution Service)

(๒.๓) การทบทวนการดำเนินงานของธนาคารโดยเทียบกับนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมและสังคมของธนาคารเอง ไม่ใช่กฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไป จะเห็นได้ว่า กฎเกณฑ์ข้างต้นถือได้ว่าเป็นระบบที่สมบูรณ์ โดยมีทั้งกฎระเบียบและกลไกการร้องทุกข์ และใช้คำสัญญาที่จะให้เงินกู้เป็นตัวขับเคลื่อนการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ อันมีลักษณะเป็นแบบแผนทางกฎหมายในบริบทของธนาคารโลก

(๓) กฎเกณฑ์ Soft law ที่ได้รับการยอมรับในองค์การระหว่างประเทศหรือในสนธิสัญญา พบได้บ่อยในเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ กำหนดขึ้นเพื่อให้รัฐถือปฏิบัติ เช่น การทำประมง การคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพ การใช้ประโยชน์ที่ดิน การลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ซึ่งภายหลังอาจพัฒนาไปเป็นกฎหมายภายในได้หรือกลายมาเป็นส่วนหนึ่งของสนธิสัญญา ตัวอย่างเช่น บทนิยามคำว่า “การทำประมงที่ผิดกฎหมาย ขาดการรายงาน หรือไร้การควบคุม (Illegal, Unreported or Unregulated (IUU))” เกิดขึ้นจากการพิจารณาประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการทำประมงผิดกฎหมายของ FAO โดยมีมติยอมรับแผนปฏิบัติการโดยความสมัครใจเพื่อป้องกัน ต่อต้าน และจัดการทำประมงผิดกฎหมาย รวมทั้งการขาดการรายงาน และต่อมาได้มีการจัดทำข้อตกลงว่าด้วยมาตรการรัฐท่าเรือ (Agreement on Port State Measures (PSMA)) ที่มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันปราบปราม และกำจัด IUU

(๔) กฎเกณฑ์ Soft law ที่ได้รับการยอมรับจากองค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมายในการกำกับดูแล ตัวอย่างเช่น มาตรฐานความปลอดภัยของเรือของกลุ่มเจ้าของเรือ (Societies of shipowners) ที่มีอำนาจในการกำกับดูแลตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความปลอดภัยแห่งชีวิตในทะเล (International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS)) และมาตรฐานทางการเงินและการป้องกันการสนับสนุนทางการเงินแก่ผู้ก่อการร้ายของคณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนินมาตรการทางการเงินเกี่ยวกับการฟอกเงิน (Financial Action Task Force (FATF)) ที่มีอำนาจตามมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ (UNSC Res 2462 (2019)) ซึ่ง Soft law ในลักษณะนี้กลายเป็น Hard law และสามารถบังคับใช้ได้เนื่องจากเป็นผลลัพธ์ที่ได้จากกระบวนการตัดสินใจที่มีผลทางกฎหมาย

๒. สิทธิมนุษยชนในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศ

ศาสตราจารย์ Linos - Alexander Sicilianos^๔ ให้ความเห็นว่า หากพิจารณาในรายละเอียดของกฎหมายระหว่างประเทศ จะพบว่า กฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดสาระสำคัญเฉพาะเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐเท่านั้น แต่ยังมีสาระสำคัญที่ครอบคลุมถึงปัจเจกบุคคลด้วย ซึ่งปรากฏหลักฐานยืนยันโดยเริ่มต้นจากการจัดตั้งสันนิบาตชาติเพื่อเป็นกลไกในการคุ้มครองชนกลุ่มน้อย ตลอดจนการจัดทำสนธิสัญญาต่าง ๆ เพื่อปกป้องชนกลุ่มน้อย การจัดตั้งศาลอนุญาโตตุลาการแบบผสมซึ่งให้บุคคลเข้าร่วมได้ ตลอดจนการจัดตั้งองค์กรแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) ซึ่งตั้งอยู่ที่กรุงเจนีวาและมีการจัดทำตราสารระหว่างประเทศเกี่ยวกับกฎหมายแรงงาน สิทธิในการทำงาน สิทธิของแรงงานกว่า ๒๐๐ ฉบับ และในขณะเดียวกันการเรียนการสอนกฎหมายระหว่างประเทศก็กล่าวถึงการยอมรับบทบาทของปัจเจกบุคคลในระดับสากล อีกทั้งหลักการของกฎบัตรสหประชาชาติยังเน้นย้ำความสำคัญทั้งในด้านสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศและบุคคล ตลอดจนการเคลื่อนไหวทางสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองยังนำไปสู่การประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights (UDHR)) ในปี ค.ศ. ๑๙๔๘ และอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) ในปี ค.ศ. ๑๙๕๐ และอนุสัญญาอื่น ๆ ที่ต่างก็เกี่ยวข้องกับสิทธิของปัจเจกชน ได้แก่ สิทธิสตรี สิทธิเด็ก สิทธิของคนพิการ สิทธิของผู้ย้ายถิ่น อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของผู้ลี้ภัย อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของผู้ไร้สัญชาติต่อบุคคล เป็นต้น ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า อนุสัญญาสากลและอนุสัญญาต่าง ๆ ในระดับภูมิภาคจำนวนมากถือเป็นอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน

ในระบบสิทธิมนุษยชนระหว่างชาวอเมริกัน อนุสัญญาอเมริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชน 1969 (American Convention on Human Rights 1969) กำหนดให้มีกลไกติดตามตรวจสอบสิทธิมนุษยชนที่ไม่ใช่เพียงแค่การยอมรับสิทธิที่เป็นสาระสำคัญในระดับสากลเหมือนปฏิญญาสากลฯ เท่านั้น แต่ยังกำหนดกลไกทางตุลาการหรือกึ่งตุลาการจำนวนหนึ่ง ได้แก่ ศาลสิทธิมนุษยชน ศาลยุโรป ศาลระหว่างอเมริกัน และศาลสิทธิมนุษยชนและประชาชน โดยสิทธิมนุษยชนมีลักษณะเฉพาะของการปกป้องประชาชนของรัฐซึ่งถือเป็นแง่มุมหนึ่งของการปกป้องผลประโยชน์ของรัฐนั่นเอง และการปกป้องประชาชนของรัฐไม่ถือเป็นสัญญาต่างตอบแทน (not synallagmatic in nature) หรือการพึ่งพาอาศัยกันระหว่างรัฐ (not subject to reciprocity) แต่เป็นการกำหนดพันธกรณีที่มีเป้าหมายชัดเจนและได้รับการรับรองว่าจะมีการปฏิบัติตามโดยทุกรัฐ ซึ่งไม่คำนึงถึงว่ารัฐอื่นปฏิบัติในเรื่องเดียวกันอย่างไร แม้สิทธิมนุษยชนจะมีลักษณะพิเศษแต่ก็มีความเสี่ยงหากตีความแยกส่วนออกจากกฎหมายระหว่างประเทศอันจะทำให้

^๔ ศาสตราจารย์จากมหาวิทยาลัย University of Athens และอดีตประธานศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป

เกิดช่องว่างในการตีความได้ จึงมีการตราสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศขึ้น และให้นำเอาหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้อุดช่องว่างการตีความสนธิสัญญาประเภทนี้ด้วย ดังจะเห็นได้จากคำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Court of Human Rights) ซึ่งเน้นย้ำว่าการตีความสิทธิมนุษยชนตามแบบแผนของยุโรป ไม่สามารถนำไปใช้หรือตีความให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายได้

หากมองในแง่ของพัฒนาการกฎหมายระหว่างประเทศ จะพบว่า สิทธิมนุษยชนมีบทบาทในหลายด้าน ดังต่อไปนี้

(๑) แทรกซึมอยู่ในส่วนต่าง ๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบระหว่างประเทศ กฎหมายทางการกงสุลหรือการทูต

(๒) ผลักดันให้เกิดกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งขบวนการสิทธิมนุษยชนมีส่วนเร่งการตกผลึกของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ

(๓) ทำให้เกิดการรวมคุณค่าใหม่และสร้างผลกระทบต่อระบบความมั่นคงโดยรวมของสหประชาชาติ

สำหรับการตีความสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนจะต้องนำเอาหลักการตีความตามข้อ ๓๑ แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)) มาใช้ในการตีความ ซึ่งอาจเป็นการตีความได้ทั้งเพื่อการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนหรือเพื่อจำกัดสิทธิมนุษยชน โดยมีรายละเอียดสรุปได้ดังนี้

๒.๑ การส่งเสริมสิทธิมนุษยชน

(๑) การนำเอาหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศต่าง ๆ ทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่ใช่ลายลักษณ์อักษรมาใช้ตีความสนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ทำให้การตีความก้าวหน้าไปมาก หรือที่เรียกว่า “วิธีการผสมข้ามต้น (cross - fertilization technique)” ตัวอย่างในคดีคัมมูร์ (Chowdury a.o.v Greece, 2017) ซึ่งเกี่ยวข้องกับการค้ามนุษย์ซึ่งเป็นรูปแบบใหม่ของการนำคนลงเป็นทาส แม้พบว่าข้อ ๔ แห่งอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ที่กำหนดการห้ามเป็นทาสและแรงงานบังคับ โดยไม่ได้กล่าวถึงการค้ามนุษย์ก็ตาม แต่ศาลก็ไม่ได้ยกคำฟ้องด้วยเหตุนี้ เนื่องจากเป็นเหตุเล็กน้อย ศาลกลับตีความว่า การค้ามนุษย์แม้ไม่ได้ห้ามไว้อย่างชัดเจนในอนุสัญญา แต่ก็ไม่น่าอนุญาตให้กระทำได้ โดยนำเอาสาระสำคัญอื่นที่เกี่ยวข้องมาพิจารณา ได้แก่ อนุสัญญาคณะมนตรียุโรปว่าด้วยการต่อต้านการค้ามนุษย์ ค.ศ. ๒๐๐๕ ซึ่งกล่าวอ้างถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรปที่ห้ามการค้ามนุษย์โดยชัดแจ้ง เพื่อให้เห็นว่าการค้ามนุษย์เป็นรูปแบบใหม่ของการยอมจำนนและการนำคนลงเป็นทาส และเป็นผลให้ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จึงทำให้สามารถให้การป้องกัน การคว่ำบาตร การช่วยเหลือเหยื่อ และช่วยเหลือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อได้ ดังนั้น ศาลได้ยืนยันว่าสามารถนำเอาหลักการสำคัญในอนุสัญญาฉบับอื่นเข้ามาใช้ตีความในอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอีกฉบับหนึ่งได้ และในส่วนสนธิสัญญาอื่น ๆ แม้มีสาระสำคัญที่ไม่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนก็อาจถูกนำมาใช้ในการตีความข้อสงวนต่าง ๆ ได้เช่นกัน

เช่น ข้อ ๒๗ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ที่กำหนดให้ไม่อาจอ้างกฎหมายภายในขึ้นเพื่อไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาได้ ซึ่งรวมไปถึงการนำเอาหลักการในจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ และคำแนะนำหรือข้อมติขององค์การระหว่างประเทศมาใช้ตีความด้วย

นอกจากนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา (IACHR) ได้ให้คำแนะนำในเรื่องสิ่งแวดลอมกับสิทธิมนุษยชน โดยอ้างอิงถึงกฎหมายสิ่งแวดลอม หลักการป้องกันล่วงหน้า หน้าที่ในการร่วมมือในการปฏิบัติตามปฏิญญาสตอกโฮล์มและปฏิญญาเรโอ รวมไปถึงคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เพื่อตีความอย่างกว้าง ๆ เกี่ยวกับสิทธิในการมีชีวิต (the right to life) และสิทธิในการมีชีวิตที่สมบูรณ์ (the right to personal integrity) ซึ่งเห็นได้ชัดเจนว่า กฎหมายสิ่งแวดลอมแทรกซึมเข้าไปในสิทธิมนุษยชนด้วยเช่นกัน สำหรับในเรื่องการเปลี่ยนแปลงทางสภาพภูมิอากาศกับสิทธิมนุษยชน ขณะนี้อยู่ระหว่างเสนอข้อมูลให้ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกาพิจารณาในเรื่องนี้ว่าศาลจะมีความเห็นต่อเรื่องนี้อย่างไร

(๒) การตีความขยายอาณาเขตการใช้บังคับสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชน

โดยพื้นฐานแล้ว การบังคับใช้สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนจะกระทำได้แต่ภายในเขตอำนาจ (jurisdiction) เท่านั้น แต่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดหลักในการขยายขอบเขตของการใช้บังคับสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนเหนือบุคคล (ratione personae) และเหนือดินแดน (ratione loci) โดยขอบเขตของการบังคับใช้สนธิสัญญาเหนือบุคคล จะเห็นได้จากหลักการในข้อ ๑^๕ ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป ซึ่งกำหนดให้ รัฐภาคีต้องรักษาความปลอดภัยให้ทุกคนที่อยู่ในเขตอำนาจของตน และบุคคลภายในเขตอำนาจต้องมีสิทธิและเสรีภาพที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ รวมทั้งกำหนดหลักการลักษณะเดียวกันไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกา กฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The African Charter on Human and People's Rights) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)) ด้วย จะเห็นได้ว่า โดยหลักแล้วหลักการของสิทธิมนุษยชนมีผลบังคับใช้กับทุกคนไม่ว่าสัญชาติใด และไม่เพียงแต่พลเมืองเท่านั้น แต่ยังรวมถึงผู้ที่ไม่มีสัญชาติ บุคคลไร้สัญชาติ ผู้ลี้ภัย และคนต่างด้าวด้วย ซึ่งเป็นไปตามหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติที่ถือเป็นหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาด (Jus cogens) และเป็นพันธกรณีที่มีผลผูกพันเป็นการทั่วไป (erga omnes obligations) ที่รัฐต้องถือปฏิบัติ การจะตีความให้แตกต่างไปจากหลักการนี้ต้องตีความโดยเคร่งครัดเท่านั้น

สำหรับขอบเขตการบังคับใช้สนธิสัญญาเหนือดินแดน โดยหลักสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนมีผลบังคับใช้ในอาณาเขตของรัฐ ซึ่งหมายถึงพื้นที่บนบก พื้นที่ดิน รวมถึง

^๕ ARTICLE 1

Obligation to respect Human Rights

The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.

พื้นที่ทะเลและอากาศ ซึ่งอยู่ในขอบเขตของรัฐด้วย เว้นแต่พื้นที่ที่ถูกยึดครองโดยมหาอำนาจจากต่างประเทศ ก็อาจไม่สามารถใช้สนธิสัญญาเช่นว่านี้ได้ อย่างไรก็ตาม ในส่วนของการบังคับใช้สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนนอกอาณาเขต รัฐสามารถทำได้ในกรณีที่รัฐมีอำนาจควบคุมเด็ดขาดเหนือพื้นที่นั้น ตัวอย่างเช่น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนตีความว่าข้อ ๒ (๑) แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง สามารถใช้บังคับข้อสัญญา (covenant) แก่บุคคลทั้งที่อยู่ในเขตอำนาจของรัฐหรืออยู่ภายใต้อำนาจของรัฐภาคี (in the territory [of the Contracting States] or subject to their jurisdiction) แต่เกณฑ์ของพื้นที่ที่อยู่ภายใต้อำนาจของรัฐนั้นคือ ต้องพิจารณาลักษณะการควบคุมแบบเด็ดขาด (effective control) เป็นสำคัญ ซึ่งไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติการโดยกองกำลังติดอาวุธที่ปฏิบัติการนอกอาณาเขตของประเทศที่จะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ยืนยันการตีความเรื่องการบังคับใช้สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนฉบับอื่น ๆ ว่าสามารถใช้บังคับนอกเขตอำนาจได้ในลักษณะเดียวกับที่กล่าวไปแล้วเช่นกัน อีกทั้งศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกาได้นำเอาเกณฑ์การควบคุมแบบเด็ดขาดมาใช้ในประเด็นเกี่ยวกับปัญหาสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดนที่ยืนยันว่ารัฐมีหน้าที่ที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการดำเนินกิจกรรมในเขตอำนาจหรือในเขตควบคุมของตนสร้างความเสียหายแก่สิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น

(๓) ความรับผิดชอบของรัฐที่กระทบต่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

ในปี ค.ศ. ๒๐๐๑ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้จัดทำข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐ (Article on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA)) กำหนดความรับผิดชอบของรัฐ (State responsibility) ขึ้น โดยมีสาระสำคัญในส่วนความรับผิดชอบของรัฐต่อการกระทำขององค์กรภายในของรัฐเอง ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจด้านบริหาร นิติบัญญัติ หรือตุลาการ รวมทั้งการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐอื่น โดยที่การกระทำนี้หมายความว่ารวมถึงการงดเว้นหน้าที่ที่ต้องทำ (positive obligation) เช่น หน้าที่ในการสอบสวนกรณีที่มีการกล่าวหาว่าเกิดการทรมานเพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิในการมีชีวิต (right to life) ซึ่งในส่วนการใช้อำนาจบริหารนั้น ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปยืนยันแนวทางวินิจฉัยในคดี Wille v. Liechtenstein, 1999 ว่า ตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ภายในองค์กรไม่ใช่สาระสำคัญที่จะจำกัดความรับผิดชอบของรัฐได้ อีกทั้งในคดี Ireland v. United Kingdom, 1978 ศาลยืนยันว่าเจ้าหน้าที่ระดับผู้บริหารย่อมต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในกำกับของตนด้วย และจะอ้างว่าไม่รู้ว่ามี การกระทำของเจ้าหน้าที่ระดับล่างเกิดขึ้นไม่ได้ สำหรับการใช้อำนาจนิติบัญญัติ ศาลยืนยันในคดี Vallianatos v. Greece, 2013 ว่ารัฐจะต้องรับผิดชอบหากกฎหมายภายในขัดต่อตราสารระหว่างประเทศ โดยกฎหมายภายในนี้รวมถึงรัฐธรรมนูญด้วยตามแนวคำวินิจฉัยในคดี Anchugov and Gladkov v. Russia, 2013 ด้านอำนาจตุลาการ ความรับผิดชอบของรัฐจะขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ที่ศาลว่าได้ทำหน้าที่ในการตรวจสอบโดยถูกต้องแล้วหรือไม่ นอกจากนี้ รัฐยังอาจมีความรับผิดชอบจากการกระทำขององค์กรที่รัฐอนุมัติการดำเนินการด้วย เช่น กองกำลังว่าจ้างเอกชน องค์กรที่ดูแลนักโทษ บริษัทไฟฟ้าแห่งชาติ องค์กรที่ปกป้องข้อมูล

ส่วนตัวหรือข้อมูลส่วนบุคคลและองค์กรที่ตรวจสอบสื่อภาพและเสียงที่ถือเป็นองค์กระอิสระของรัฐ รวมทั้งรัฐอาจต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ได้รับคำสั่งหรืออยู่ภายใต้คำสั่งหรือควบคุมของรัฐ เช่น การกระทำผิดกฎหมายของหน่วยเสริมกำลังทหาร ตลอดจนการกระทำของบุคคลที่รัฐยอมรับเอาเป็นการกระทำของตนเอง เช่น ในคดี the Tehran Hostages ซึ่งครอบคลุมไปถึงการกระทำของบุคคลหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำเกินอำนาจ (ultra vires) ด้วย เช่น ในคดีตำรวจฝรั่งเศสที่ยิงเด็กอายุ ๑๗ ปี โดยไม่ได้รับคำสั่งให้ทำ กล่าวโดยสรุปคือ รัฐต้องรับผิดชอบองค์กระหรือบุคคลที่กล่าวไปข้างต้นละเมิดไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีเชิงลบที่ห้ามมิให้ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติตามพันธกรณีเชิงบวกที่ต้องป้องกันและตอบโต้การละเมิดที่เกิดขึ้น ซึ่งเห็นได้ชัดเจนจากแนวทางของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแห่งแอฟริกาที่เห็นว่ารัฐบาลไนจีเรียมีความรับผิดชอบเห็นชอบให้บริษัทน้ำมันดำเนินการที่กระทบต่อความเป็นอยู่ของชาว Ogonis และศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกาที่เน้นย้ำว่าการกระทำของบุคคลที่เป็น การละเมิดสิทธิมนุษยชนอาจทำให้รัฐมีความรับผิดชอบหากรัฐเพิกเฉยไม่ดำเนินการเพื่อป้องกันการละเมิดหรือตอบโต้การละเมิดเช่นนั้นนั่นเอง

ในส่วนความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นในทางระหว่างประเทศจะเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในข้อ ๒๘ ถึงข้อ ๓๙ ที่ครอบคลุมการยุติของการกระทำที่ผิดกฎหมายหากยังมีการกระทำนั้นอยู่ จัดทำข้อเสนอเกี่ยวกับการรับรองหรือการรับประกันว่าจะไม่กระทำผิดซ้ำและการไม่กระทำซ้ำ ให้การเยียวยาอย่างเต็มที่สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นซึ่งรวมถึงความบกพร่องทางวัตถุและทางจิตใจ ทำให้คืนสภาพเดิม ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการไม่สามารถทำให้กลับคืนสภาพเดิมได้หรือการขาดกำไร หรือการทำให้พึงพอใจ

(๔) ข้อจำกัดการเสี่ยงไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีทางสิทธิมนุษยชน อาจกระทำได้ในขณะเกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน เช่น การขัดกันทางอาวุธ หรือเหตุการณ์ฉุกเฉินที่คุกคามประเทศอื่น ซึ่งมีการกำหนดเรื่องนี้ไว้ในสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชน ได้แก่ ข้อ ๔ (๑) แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กำหนดให้รัฐภาคีใช้มาตรการที่ต่างไปจากหน้าที่ตามข้อสัญญาได้ หากมาตรการนั้นไม่ขัดกับหลักการกำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยข้อ ๒๗ แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกา และข้อ ๑๕ แห่งกฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป กำหนดข้อความในลักษณะเดียวกัน

โดยที่หลักการกำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐไม่อาจกล่าวอ้างเพื่อเสี่ยงการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีได้ ได้แก่

(๔.๑) การกระทำที่ขัดต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ หรือกฎเกณฑ์แบบแผนอันเป็นที่ยอมรับนับถือ หรือเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนอันถือเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

(๔.๒) การกระทำที่เกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การเนรเทศหรือการบังคับย้ายประชากร การจับเป็นตัวประกัน การลงโทษหมู่ การลักพาตัว การลิดรอนเสรีภาพโดยพลการ การชวนเชื่อให้เกิดการทำสงคราม การเรียกร้องให้เกลียดชังเชื้อชาติหรือศาสนา การลิดรอนเสรีภาพของมนุษย์ในการได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม

(๔.๓) การไม่ถือปฏิบัติสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี เช่น สิทธิในการได้รับการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพ สิทธิได้รับการพิจารณาคดีด้วยความเป็นธรรมซึ่งครอบคลุมข้อสันนิษฐานความบริสุทธิ์

จึงอาจกล่าวได้ว่า รัฐต้องตระหนักถึงหลักการที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศก่อนกล่าวอ้างเพื่อเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีทางด้านสิทธิมนุษยชนในกรณีเกิดสถานการณ์ฉุกเฉินขึ้นด้วย โดยที่คณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติให้ความเห็นไว้ว่าสามารถใช้ทั้งหลักสิทธิมนุษยชนและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในระหว่างเกิดสถานการณ์ฉุกเฉินขึ้นได้ เนื่องจากทั้งสองอย่างเป็นส่วนที่เสริมกัน ไม่จำเป็นต้องเลือกใช้อย่างใดอย่างหนึ่ง

๒.๒ การจำกัดสิทธิมนุษยชน

ความคั่งกันจากเขตอำนาจศาลเป็นอุปสรรคในด้านขั้นตอน (procedural impediment) แก่ศาลภายในที่จะพิจารณาคดีรัฐต่างประเทศหรือบุคคลที่ได้รับความคั่งกันดังกล่าว เช่น ไม่สามารถดำเนินการทางกฎหมายกับรัฐต่างประเทศต่อศาลเนเธอร์แลนด์ รัฐกรีกไม่สามารถตัดสินรัฐต่างประเทศหรือใครก็ตามที่ได้รับความคุ้มครอง เจ้าหน้าที่รัฐของรัฐต่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ เป็นต้น รวมทั้งยังไปจำกัดสิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรมของผู้เสียหายที่ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนด้วย โดยมีรายละเอียดของความคั่งกันทางการศาลแบ่งได้ดังต่อไปนี้

(๑) ความคั่งกันจากเขตอำนาจศาลของรัฐ

กฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นแหล่งที่มาหลักของความคั่งกันจากเขตอำนาจศาลของรัฐ ได้แก่ บทนำของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคั่งกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจ ค.ศ. 2004 (UN Convention on Jurisdictional Immunities 2004) กล่าวถึง ความคั่งกันทางการศาลของรัฐและทรัพย์สินของรัฐเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ยอมรับกันทั่วไป จึงไม่ใช่เป็นเพียงสิทธิพิเศษที่ได้รับหรือเป็นการให้สิทธิแก่รัฐต่างประเทศ และศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ยืนยันเหตุผลในเรื่องนี้ในคดี Jones v. United Kingdom, 2014 และคดี J.C. and others v. Belgium, 2021 ว่า ความคั่งกันของรัฐเป็นแนวคิดในกฎหมายระหว่างประเทศที่พัฒนามาจากหลักความเสมอภาคของรัฐ (par in parem non habet imperium) ทำให้รัฐหนึ่งไม่สามารถตกอยู่ในเขตอำนาจของอีกรัฐหนึ่งได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่รัฐไม่ได้กระทำการในฐานะรัฐ (jure imperii) แต่เป็นการกระทำทั่วไป (jure gestionis) เหมือนบุคคลธรรมดา กรณีนี้จะไม่ได้รับความคั่งกันตามที่กล่าวไป เช่น การทำธุรกรรมทางการค้า การจ้างงาน การใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่รัฐมีกรรมสิทธิ์ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินทั่วไป ทรัพย์สินทางปัญญาหรือทรัพย์สินในภาคอุตสาหกรรม ทั้งนี้ ตามที่กำหนดไว้ในข้อ ๑๐ - ข้อ ๑๗ ของอนุสัญญาฯ ซึ่งจุดแบ่งแยกกว่าการกระทำใดเป็นการกระทำของรัฐหรือไม่ จะต้องดูว่าอำนาจที่ใช้คืออำนาจอธิปไตยหรือเป็นเพียงการปฏิบัติหน้าที่ด้านเทคนิคหรือการบริหารเท่านั้น

อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีที่มีการกระทำละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงที่เป็นกฎเกณฑ์แบบแผนอันเป็นที่ยอมรับนับถือ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปมีความเห็นในคดีการสังหารหมู่โดยนาซีเยอรมนีของทั้งหมู่บ้าน ผู้ชาย ผู้หญิง และเด็ก โดยวิธีการตอบโต้ Al-Adsani v. UK, GC, 2001 ว่า แม้ว่าจะเป็นการใช้อำนาจอธิปไตย แต่การกระทำนี้เป็นการละเมิดบรรทัดฐานอย่างร้ายแรงและเป็นสิ่งที่ห้ามกระทำที่ขัดกับกฎเกณฑ์แบบแผนอันเป็นที่ยอมรับนับถือที่อยู่เหนือความคุ้มกันทางการศาล โดยเป็นไปตามหลักการจัดลำดับชั้น (normative hierarchy theory) จึงมีการนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดพิเศษภายใต้มาตรา ๑๑ ของรัฐธรรมนูญ ในขณะที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้ความเห็นโต้แย้งในประเด็นนี้ว่า แท้ที่จริงแล้วจะไม่เกิดการขัดกันของแบบแผนทั้งสองได้ เนื่องจากการตรวจสอบเรื่องความคุ้มกันจะเกิดขึ้นก่อนการตรวจสอบในทางเนื้อหาของเรื่อง จึงจะไม่ทราบได้ว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงที่จะนำไปเป็นข้อยกเว้นความคุ้มกันหรือไม่ นอกจากนี้ ความคุ้มกันทางการศาลของรัฐทำให้ไม่มีการชดเชยค่าเสียหายทางแพ่งในคดีระหว่างประเทศอันเป็นการลิดรอนสิทธิของผู้เสียหายในการได้รับการเยียวยา

(๒) ความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องพิจารณาองค์ประกอบสองอย่าง คือ หลักการเป็นผู้แทนรัฐและการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐ ซึ่งหากพิจารณาสาระสำคัญในบทนำของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ค.ศ. ๑๙๖๑ (1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations) จะไม่ได้กำหนดให้ความคุ้มกันนี้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดแต่เป็นไปเพื่อสร้างความมั่นใจว่าการปฏิบัติหน้าที่ในทางการทูตในฐานะเป็นผู้แทนของรัฐจะเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ยืนยันหลักการนี้ไว้ในคดี DR Congo v. Belgium, 2002 และเป็นการให้หลักประกันทางเสรีภาพแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในระหว่างอยู่ต่างประเทศ เพื่อรักษาความสัมพันธ์ในระหว่างประเทศ โดยนำเอาหลักความคุ้มกันเดียวกันนี้มาใช้กับหัวหน้าของรัฐและหัวหน้าของรัฐบาลด้วย ซึ่งเรียกรวมกันว่า “Triad” และถือว่าความคุ้มกันต่อบุคคลที่ดำรงตำแหน่งในทั้งสามตำแหน่งนี้เป็นกฎเกณฑ์แบบแผนอันเป็นที่ยอมรับนับถือในระหว่างประเทศด้วย ในส่วนของรายละเอียดความคุ้มกันสำหรับ Triad จะครอบคลุมไปถึงการกระทำส่วนตัว (personal immunity) ที่ให้คุ้มครองทางการศาลกับเหตุการณ์ที่แม้จะเกิดขึ้นก่อนเข้าดำรงตำแหน่งนี้ด้วยก็ตาม โดยความคุ้มกันต่อส่วนตัวนี้จะมียุติตลอดในระหว่างดำรงตำแหน่ง แต่หลังจากพ้นจากตำแหน่งจะคงเหลือความคุ้มกันเฉพาะความคุ้มกันในการปฏิบัติหน้าที่ (functional immunity) เท่านั้น ซึ่งในประเด็นนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ยืนยันว่า ผู้แทนอื่นหรือเจ้าหน้าที่ระดับสูงอื่นที่ไม่ได้เป็นผู้แทนรัฐ ไม่อาจได้รับความคุ้มกันต่อการกระทำส่วนตัวได้ในลักษณะเดียวกัน โดยจะได้รับความคุ้มกันในการปฏิบัติหน้าที่เท่านั้น เช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่กงสุลที่ได้รับความคุ้มกันเฉพาะในการปฏิบัติหน้าที่ ดังนั้น การพิจารณาความคุ้มกันต่อส่วนตัว จึงต้องพิจารณาเหตุผล ผู้ได้รับประโยชน์ สาระสำคัญความคุ้มกัน และระยะเวลาการให้ความคุ้มกันประกอบกัน

อย่างไรก็ดี หลังสงครามโลกครั้งที่ ๒ มีประเด็นในคดีว่า ความคุ้มกันต่อส่วนตัวจะใช้ได้หรือไม่หากมีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการยกเว้นโทษและการสร้างความสงบสุขและเสถียรภาพในระหว่างรัฐ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยืนยันหลักการของ Mutual assistance case (2008) ที่ว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศได้รับความคุ้มกันเต็มจากเขตอำนาจศาลอาญาและไม่อาจฝ่าฝืนหลักการนี้ได้เพื่อให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ เช่นเดียวกับหัวหน้าของรัฐหรือหัวหน้าของรัฐบาลที่ยังคงปฏิบัติหน้าที่อยู่ไม่อาจต้องรับผิดชอบไม่ว่าการกระทำนั้นจะร้ายแรงเพียงใดก็ตาม ในส่วนความคุ้มกันในการปฏิบัติหน้าที่นั้น มีประเด็นว่า อดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศหรืออดีตนักการทูตจะอ้างความคุ้มกันทางการทูตในคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศได้หรือไม่ ในประเด็นนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีคำวินิจฉัยว่า คดีอาชญากรรมระหว่างประเทศไม่อาจเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย เช่น การทรมาน การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งศาลภายในของหลายประเทศก็ใช้แนวทางเดียวกัน จึงกล่าวได้โดยสรุปว่า ความคุ้มกันในการปฏิบัติหน้าที่ไม่อาจนำมาใช้ในคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศได้ แต่อาจอ้างความคุ้มกันต่อส่วนตัวได้สำหรับบุคคลที่ดำรงตำแหน่งในกลุ่ม Triad

(๓) ความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลขององค์การระหว่างประเทศ

โดยหลักการแล้วองค์การระหว่างประเทศจะไม่อยู่ภายใต้กรอบสิทธิมนุษยชน ไม่ว่าสิทธิมนุษยชนภายในหรือระหว่างประเทศ และการบังคับให้ต้องรับผิดชอบเป็นไปได้อย่างไร ทำให้ความคุ้มกันทางการศาลขององค์การระหว่างประเทศเป็นไปในทางที่จำกัดสิทธิมนุษยชนอย่างมาก โดยเฉพาะการเข้าถึงความยุติธรรม จึงทำให้เกิดประเด็นว่าทำอย่างไรจะกำหนดความรับผิดชอบองค์การระหว่างประเทศให้กับบางองค์กรที่มีการควบคุมการปฏิบัติการทางทหารอยู่ด้วย ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวินิจฉัยในคดี Waite and Kennedy v. Germany (1999) ว่าการกำหนดความคุ้มกันให้แก่องค์การระหว่างประเทศเป็นแก่นสำคัญที่จะทำให้มั่นใจได้ว่าองค์การจะสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยอิสระปราศจากการแทรกแซงโดยฝ่ายเดียวจากรัฐ ซึ่งอาจมีการเสนอคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ในการพิจารณาความได้สัดส่วนของความคุ้มกันที่ให้องค์การเหล่านี้ได้เช่นกัน และมีการนำมาใช้ในการพิจารณาคดีแรงงานของ NATO คดี Chapman v. UK (2013) และของ European Patent Office คดี Klausecker v. Germany (2015) ด้วย โดยแตกต่างจากศาลภายในที่ไม่อาจใช้หลักพิจารณาความได้สัดส่วนนี้ได้ และศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปชี้ให้เห็นว่าความคุ้มกันขององค์การระหว่างประเทศครอบคลุมไปถึงการกระทำในทางส่วนตัว ซึ่งแตกต่างจากความคุ้มกันทางการศาลของรัฐ ดังนั้น ความคุ้มกันขององค์การระหว่างประเทศจึงเป็นเรื่องเด็ดขาดหากต้องการระงับข้อพิพาทจะต้องใช้กลไกระงับข้อพิพาทรูปแบบอื่น นอกจากนี้ ในการปฏิบัติการกิจของสหประชาชาติในการรักษาความสงบ คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติก็ไม่อาจตกอยู่ภายใต้บังคับศาลภายในประเทศใดเช่นกัน เช่นในคดี Stichting Mothers of Srebrenica v. Netherlands (2013) ไม่ว่าระดับการฝ่าฝืนจะร้ายแรงเพียงใด ซึ่งสหประชาชาติไม่ได้กำหนดวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกไว้ และศาลยุติธรรมระหว่าง

ประเทศได้ยืนยันในคำแนะนำว่าความคุ้มกันครอบคลุมถึงกระบวนการจัดทำกฎหมายของ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศด้วย แม้ว่าสหประชาชาติจะไม่ได้กำหนดกลไกใดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของทบวงการชำนาญพิเศษแห่งสหประชาชาติไว้ก็ตาม แต่ความคุ้มกันที่ว่าก็เป็นความคุ้มกันแบบเด็ดขาด โดยมีเฉพาะเลขาธิการสหประชาชาติเท่านั้นที่จะเป็นผู้ขอสละความคุ้มกันดังกล่าวได้ กรณีนี้จึงทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยาและอาจต้องมีการฟ้องร้องความรับผิดชอบต่อศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศให้รัฐภาคีร่วมรับผิดชอบความเสียหาย ในคดี Stichting Mothers of Srebrenica สำหรับหน้าที่ในการปฏิบัติให้เป็นไปตามตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน โดยทั่วไปก็จะกล่าวถึงรัฐเท่านั้น มีเพียงบางกรณีที่กล่าวถึงองค์กรอื่น เช่น สหภาพยุโรปในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ

สรุป

เมื่อได้พิจารณาสาระสำคัญเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ที่ไม่มีลักษณะบังคับ หรือ Soft law ตามที่ได้สรุปไปข้างต้นจะเห็นได้ว่า Soft law มีบทบาทสำคัญในหลายเรื่องโดยเฉพาะในด้านการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและด้านความปลอดภัยของมนุษย์ในหลายแง่มุม โดยถูกนำมาเป็นส่วนเสริมให้แก่ Hard law ให้สามารถบังคับใช้ได้อย่างสมบูรณ์ขึ้น อย่างไรก็ตาม ก็ไม่อาจนำมาใช้ตีความเกินไปจากหรือยกเว้นข้อกำหนดที่ Hard law กำหนดในเรื่องใดไว้ได้ นอกจากนี้ Soft law ยังอาจถูกนำมาเป็นวัตถุดิบหรือข้อมูลในการจัดทำ Hard law เพื่อกำหนดบทบังคับให้ผู้เกี่ยวข้องต้องถือปฏิบัติตามได้ด้วยเช่นกัน ในส่วนของสิทธิมนุษยชนในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น พบว่า สิทธิมนุษยชนแทรกซึมอยู่ทั่วไปไม่เพียงแต่กฎหมายระดับประเทศแต่รวมไปถึงกฎหมายระหว่างประเทศ โดยกฎหมายระหว่างประเทศไม่เพียงแต่จะกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐเท่านั้น แต่ในอีกแง่มุมหนึ่งมีการกล่าวถึงการให้ความคุ้มครองปัจเจกบุคคลที่เป็นหนึ่งในความรับผิดชอบสำคัญของรัฐอันอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ดังนั้น ในการตีความเพื่อบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศย่อมสามารถส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนได้ทั้งทางบวก คือ ให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และทางลบ คือ เป็นการจำกัดสิทธิมนุษยชน ผู้ตีความจึงต้องคำนึงถึงความเหมาะสมของการใช้และการตีความกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อสร้างสมดุลของการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและการให้การคุ้มครองด้านสิทธิมนุษยชนในอีกทางหนึ่งเป็นสำคัญ

โครงการดีเด่นของผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับปฏิบัติการ รุ่นที่ ๒๓
โครงการการประเมินผลสัมฤทธิ์

เรื่อง การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์

ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ *

ฉโนทัย เดชะเทศ **

ผู้จัดทำโครงการปฏิบัติราชการที่กรมส่งเสริมวัฒนธรรม โดยกรมส่งเสริมวัฒนธรรม มีภารกิจเกี่ยวกับการส่งเสริมและบำรุงรักษาวัฒนธรรมไทย รวมทั้งดำเนินการเกี่ยวกับการประสานงานแลกเปลี่ยนวัฒนธรรม มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์และวีดิทัศน์ในการส่งเสริมและกำกับดูแลงานภาพยนตร์และวีดิทัศน์ งานทะเบียนและอนุญาตเกี่ยวกับภาพยนตร์และวีดิทัศน์ ซึ่งผู้จัดทำโครงการมีหน้าที่รับผิดชอบในการให้คำปรึกษา แนะนำ ตอบข้อหารือ และวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ รวมถึงกฎหมายอื่น ๆ ที่อยู่ในความดูแลของกรมส่งเสริมวัฒนธรรม ซึ่งจากการที่ผู้จัดทำโครงการได้ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับกฎหมายฉบับดังกล่าว ประกอบกับความรู้ที่ได้รับจากการเข้าร่วมอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับปฏิบัติการ รุ่นที่ ๒๓ เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์มาตรา ๗๗^๑ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเห็นว่าพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๓๘ วรรคหนึ่ง^๒ และมาตรา ๕๔ วรรคหนึ่ง^๓ ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์ เป็นบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ และเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือประกอบอาชีพของประชาชน จึงจำเป็นต้องพิจารณาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายดังกล่าว เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป และสอดคล้องกับวิถีชีวิตของประชาชนในปัจจุบัน

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการ ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นิติกรปฏิบัติการ กรมส่งเสริมวัฒนธรรม เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับปฏิบัติการ รุ่นที่ ๒๓ (กันยายน ๒๕๖๖)

^๑ มาตรา ๗๗ รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ฯลฯ

ฯลฯ

^๒ มาตรา ๓๘ ห้ามผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน

ฯลฯ

ฯลฯ

^๓ มาตรา ๕๔ ห้ามผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายวีดิทัศน์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน

ฯลฯ

ฯลฯ

๑. ความเป็นมาและสภาพปัญหา

(๑) กฎหมายนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขปัญหาใด

กฎหมายควบคุมภาพยนตร์ฉบับแรกของประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พุทธศักราช ๒๔๗๓ ซึ่งต่อมาหลังจากที่ได้มีการนำภาพยนตร์จากต่างประเทศเข้ามาฉายภายในประเทศไทยก็ทำให้ภาพยนตร์ได้รับความสนใจจากประชาชนมากยิ่งขึ้น มีการสร้างภาพยนตร์โดยคนไทยเพิ่มขึ้น ซึ่งธุรกิจเกี่ยวกับภาพยนตร์ในขณะนั้นเป็นไปอย่างเสรี ขาดการกำหนดกรอบกฎเกณฑ์ในการควบคุมดูแลจากรัฐ จึงก่อให้เกิดปัญหาหลายประการ เมื่อเวลาผ่านไปกิจการภาพยนตร์ทั้งหลาย ทั้งการนำเข้าจากต่างประเทศและการสร้างภาพยนตร์ภายในประเทศไทยมีความเจริญก้าวหน้าและได้รับความนิยมจากประชาชนอย่างแพร่หลายมากยิ่งขึ้น ทำให้รัฐเล็งเห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายควบคุมการดำเนินกิจการเกี่ยวกับเทปและวัสดุโทรทัศน์มากยิ่งขึ้น จึงมีการตราพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๓๐ ขึ้น เนื่องจากได้เกิดธุรกิจใหม่ในการให้บริการเช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายเทปและวัสดุโทรทัศน์ อีกทั้งยังมีการจัดฉายหรือให้บริการเกี่ยวกับเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ขึ้นอย่างแพร่หลายทั้งในกรุงเทพมหานครและต่างจังหวัด ซึ่งเทปและวัสดุโทรทัศน์เหล่านั้นไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ เนื่องจากไม่ใช่ภาพยนตร์ตามความหมายของพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พุทธศักราช ๒๔๗๓ จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้น เพื่อควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ ไม่ให้ก่อผลเสียแก่เยาวชนและศีลธรรมอันดีของประชาชน และกระทบกระเทือนถึงความมั่นคงของรัฐ

ต่อมาได้มีการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ จึงถูกตราขึ้นโดยมีเจตนารมณ์ในการขยายการควบคุมกิจการเกี่ยวกับภาพยนตร์และวีดิทัศน์ เพื่อให้กฎหมายมีความทันสมัยและสอดคล้องกับบริบทของสังคมที่มีการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงไปทางด้านเทคโนโลยีอย่างรวดเร็ว และเพื่อเป็นการส่งเสริมการประกอบอุตสาหกรรมภาพยนตร์และวีดิทัศน์ในประเทศให้เติบโตไปพร้อม ๆ กับความเจริญก้าวหน้าในด้านอื่น ๆ

(๒) มาตรการสำคัญที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย/กฎ

พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมบุคคลที่จะประกอบอาชีพเกี่ยวกับภาพยนตร์และวีดิทัศน์ ทั้งการประกอบกิจการโรงภาพยนตร์ การประกอบกิจการร้านวีดิทัศน์ และการประกอบกิจการร้านให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์ โดยการทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน จะต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนก่อน อันเป็นการใช้ระบบอนุญาต ซึ่งหากฝ่าฝืนประกอบกิจการดังกล่าวโดยไม่ได้รับอนุญาตมีโทษทางอาญา โดยมีระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท ทั้งนี้ ใบอนุญาตประกอบกิจการตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ สามารถแบ่งออกได้เป็น ๔ ประเภท ได้แก่

๑) ใบอนุญาตประกอบกิจการโรงภาพยนตร์ ตามมาตรา ๓๗ วรรคหนึ่ง^๔ ได้แก่ โรงภาพยนตร์หรือหนังตามศูนย์การค้าต่าง ๆ เช่น โรงภาพยนตร์เมเจอร์ซีนีเพล็กซ์ โรงภาพยนตร์เอสเอฟซีเนมา เป็นต้น และรวมถึงโรงหนังกลางแจ้งที่ฉายหนังเร่และหนังกลางแปลงด้วย

๒) ใบอนุญาตประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ ตามมาตรา ๓๘ วรรคหนึ่ง^๕ ได้แก่ ร้านจำหน่ายแผ่นวีซีดีและแผ่นดีวีดีภาพยนตร์ ทั้งประเภทที่เป็นร้าน บุท แผงลอย ฯลฯ เช่น ร้านแมงป่อง (mangpong) ร้านบูมเมอแรง (Boomerang) เป็นต้น ซึ่งรวมไปถึงร้านและศูนย์บริการให้เช่าแผ่นวีซีดีและแผ่นดีวีดีภาพยนตร์ด้วย เช่น ร้านซีทากุยา (TSUTAYA) ร้านพอยंट (Pointo) ร้านวิดีโออีซี่ (VIDEO EZY) ร้านแมงป่อง (mangpong) ร้านโฮมวิดีโอ (HOME VDO) เป็นต้น

ผู้ที่ประกอบกิจการโรงภาพยนตร์ ตาม ๑) หรือประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ ตาม ๒) โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท ตามมาตรา ๗๙^๖ แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑

๓) ใบอนุญาตประกอบกิจการร้านวีดิทัศน์ ตามมาตรา ๕๓ วรรคหนึ่ง^๗ ได้แก่ ร้านเกม ร้านคาราโอเกะ

๔) ใบอนุญาตประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายวีดิทัศน์ ตามมาตรา ๕๔ วรรคหนึ่ง^๘ ได้แก่ ร้านจำหน่ายและร้านให้เช่าแผ่นวีซีดีและแผ่นดีวีดีเกม และคาราโอเกะ ทั้งประเภทที่เป็นร้าน ศูนย์บริการ บุท แผงลอย ฯลฯ

ผู้ที่ประกอบกิจการร้านวีดิทัศน์ ตาม ๓) และประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายวีดิทัศน์ ตาม ๔) โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงห้าแสนบาท ตามมาตรา ๘๒^๙ แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑

^๔ มาตรา ๓๗ ห้ามผู้ใดประกอบกิจการโรงภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน

ฯลฯ

ฯลฯ

^๕ โปรดดูเชิงอรรถที่ ๒, ข้างต้น

^๖ มาตรา ๗๙ ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา ๓๗ วรรคหนึ่ง มาตรา ๓๘ วรรคหนึ่ง หรือประกอบกิจการดังกล่าวในระหว่างถูกพักใช้หรือถูกเพิกถอนใบอนุญาต ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่

^๗ มาตรา ๕๓ ห้ามผู้ใดจัดตั้งหรือประกอบกิจการร้านวีดิทัศน์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน

ฯลฯ

ฯลฯ

^๘ โปรดดูเชิงอรรถที่ ๓, ข้างต้น

^๙ มาตรา ๘๒ ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา ๕๓ วรรคหนึ่ง มาตรา ๕๔ วรรคหนึ่ง หรือประกอบกิจการดังกล่าวในระหว่างถูกพักใช้หรือถูกเพิกถอนใบอนุญาต ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงห้าแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่

(๓) สภาพปัญหาที่เกิดขึ้น

เนื่องจากพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ มิได้บัญญัตินิยามความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” เอาไว้ จึงทำให้เกิดปัญหาในการตีความและบังคับใช้กฎหมาย ตัวอย่างเช่น กรณีนายสุรตน์ มณีนพรัตน์สุดา ซึ่งมีอาชีพเป็นพนักงานเก็บขยะ ได้ถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจจับกุมในความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ โดยนายสุรตน์ มณีนพรัตน์สุดา ได้นำแผ่นวีซีดีภาพยนตร์และวีดิทัศน์ที่ได้มาจากการเก็บขยะแล้วนำมาคัดแยก ไปวางจำหน่ายในลักษณะของแผงลอยแบบกะดินตามตลาดนัด ในราคาแผ่นละ ๒๐ บาท โดยนายสุรตน์ มณีนพรัตน์สุดา ให้การยอมรับว่าตนเองขายแผ่นวีซีดีจริง แต่ตนเองไม่ใช่ผู้ประกอบการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์ ในลักษณะที่เป็นผู้ประกอบการรายใหญ่ แต่เป็นเพียงลูกจ้างชั่วคราว ตำแหน่งพนักงานเก็บขยะสังกัดสำนักงานเขตสะพานสูง กรุงเทพมหานคร เมื่อเก็บขยะแล้วจะทำการคัดแยกขยะเพื่อนำไปขายหารายได้เสริม โดยเป็นการขายปนกับของเก่าอื่น ๆ เช่น หม้อหุงข้าว รองเท้า ซึ่งในคดีดังกล่าวนี้ศาลชั้นต้นพิพากษานายสุรตน์ มณีนพรัตน์สุดา กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๓๘ วรรคหนึ่ง^{๑๐} และมาตรา ๗๙^{๑๑} จึงลงโทษปรับ ๒๐๐,๑๐๐ บาท แต่คำรับสารภาพในชั้นสอบสวนเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาคดี จึงลดโทษให้ ๑ ใน ๓ คงปรับจำนวน ๑๓๓,๔๐๐ บาท หากไม่ชำระให้กักขังแทนค่าปรับไม่เกิน ๑ ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๙^{๑๒} และมาตรา ๓๐^{๑๓} ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาพิพากษา

^{๑๐} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๒, ข้างต้น

^{๑๑} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๖, ข้างต้น

^{๑๒} มาตรา ๒๙ ผู้ใดต้องโทษปรับและไม่ชำระค่าปรับภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลพิพากษา ผู้นั้นจะต้องถูกยึดทรัพย์สินหรืออายัดสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินเพื่อใช้ค่าปรับหรือมิฉะนั้นจะต้องถูกกักขังแทนค่าปรับ แต่ถ้าศาลเห็นเหตุอันควรสงสัยว่าผู้นั้นจะหลีกเลี่ยงไม่ชำระค่าปรับ ศาลจะสั่งเรียกประกันหรือจะสั่งให้กักขังผู้นั้นแทนค่าปรับไปพลางก่อนก็ได้

ความในวรรคสองของมาตรา ๒๔ มิให้นำมาใช้บังคับแก่การกักขังแทนค่าปรับ

^{๑๓} มาตรา ๓๐ ในการกักขังแทนค่าปรับ ให้ถืออัตราห้าร้อยบาทต่อหนึ่งวัน และไม่ว่าในกรณีความผิดกระทงเดียวหรือหลายกระทง ห้ามกักขังเกินกำหนดหนึ่งปี เว้นแต่ในกรณีที่ศาลพิพากษาให้ปรับตั้งแต่สองแสนบาทขึ้นไป ศาลจะสั่งให้กักขังแทนค่าปรับเป็นระยะเวลาเกินกว่าหนึ่งปีแต่ไม่เกินสองปีก็ได้

ในการคำนวณระยะเวลานั้น ให้นับวันเริ่มกักขังแทนค่าปรับรวมเข้าด้วยและให้นับเป็นหนึ่งวันเต็มโดยไม่ต้องคำนึงถึงจำนวนชั่วโมง

ในกรณีที่ผู้ต้องโทษปรับถูกคุมขังก่อนศาลพิพากษา ให้หักจำนวนวันที่ถูกคุมขังนั้นออกจากจำนวนเงินค่าปรับ โดยถืออัตราห้าร้อยบาทต่อหนึ่งวัน เว้นแต่ผู้นั้นต้องคำพิพากษาให้ลงโทษทั้งจำคุกและปรับ ในกรณีเช่นว่านี้ ถ้าจะต้องหักจำนวนวันที่ถูกคุมขังออกจากเวลาจำคุกตามมาตรา ๒๒ ก็ให้หักออกเสียก่อนเหลือเท่าใดจึงให้หักออกจากเงินค่าปรับ

เมื่อผู้ต้องโทษปรับถูกกักขังแทนค่าปรับครบกำหนดแล้ว ให้ปล่อยตัวในวันถัดจากวันที่ครบกำหนด ถ้านำเงินค่าปรับมาชำระครบแล้ว ให้ปล่อยตัวไปทันที

ยืนตามศาลชั้นต้น ซึ่งปรากฏว่าจำเลยเป็นผู้มีรายได้น้อย ไม่มีเงินเพียงพอที่จะนำมาชำระค่าปรับ จึงต้องถูกกักขังแทนการชำระค่าปรับ แต่เนื่องจากคดีดังกล่าวเป็นคดีที่ได้รับความสนใจ เป็นอย่างมากจากประชาชนในสังคมจึงมีผู้เห็นใจและให้ความช่วยเหลือชำระค่าปรับแทน โดยกรณีดังกล่าวไม่ใช่กรณีเดียวที่เกิดขึ้น หากแต่ยังมีอีกหลายกรณีที่คนมีฐานะยากจนได้เก็บ แผ่นซีดีภาพยนตร์และวีดิทัศน์เก่าที่ผู้อื่นไม่ต้องการแล้วไปวางขายร้านแบกะดินตามตลาดนัด แล้วถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจจับกุมดำเนินคดี และศาลได้มีคำพิพากษาให้ปรับเป็นเงินหลักแสนบาท เช่นเดียวกัน ทั้งกรณีนางนันทนา น้อยบุญมา ที่ได้นำของเก่าในบ้านของตนเอง ซึ่งรวมถึงแผ่นวีซีดี ภาพยนตร์และวีดิทัศน์เก่าของตนเองจำนวน ๑๐ แผ่น ไปวางจำหน่ายด้วย โดยศาลพิพากษาให้ ปรับเงิน ๒๐๐,๐๐๐ บาท แต่จำเลยสารภาพจึงลดโทษให้กึ่งหนึ่ง เหลือปรับ ๑๐๐,๐๐๐ บาท และ คดีอื่น ๆ อีกหลายคดี ซึ่งล้วนสะท้อนให้เห็นถึงปัญหาการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เป็นไปตาม เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของกฎหมาย เนื่องจากเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งเป็นผู้บังคับใช้ กฎหมายไม่ได้จับกุมแต่เพียงผู้ประกอบการรายใหญ่เท่านั้น แต่ยังจับกุมและดำเนินคดีกับ ประชาชนทั่วไปที่ขายแผ่นซีดีภาพยนตร์และวีดิทัศน์เพียงเพื่อต้องการหารายได้เลี้ยงชีพให้เพียงพอ ในแต่ละวันด้วย ซึ่งเป็นการตีความและบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของ พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ ที่มีการกำหนดบทลงโทษไว้ค่อนข้างรุนแรง เนื่องจากในช่วงเวลาดังกล่าวสำนักงานผู้แทนการค้าสหรัฐฯ (USTR) ได้ประกาศขึ้นบัญชีดำ ประเทศไทย โดยจัดให้ประเทศไทยอยู่ในบัญชีประเทศจับตามองเป็นพิเศษ (PWL) เนื่องจากเห็นว่า ประเทศไทยเป็นแหล่งผลิตสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ และการออกกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สิน ทางปัญญาของประเทศไทยยังไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร ทั้งในเรื่องของการเอาผิดเจ้าของ พื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ กฎหมายป้องกันการแอบถ่าย ในโรงภาพยนตร์ ด้วยเหตุผลดังกล่าวพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ จึงกำหนดโทษที่ค่อนข้างรุนแรง โดยมีโทษอาญา ปรับตั้งแต่ ๒๐๐,๐๐๐ ถึง ๑,๐๐๐,๐๐๐ บาท และปรับเพิ่มอีกไม่เกินวันละ ๑๐,๐๐๐ บาท ตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่ โดยมุ่งหวังที่จะป้องกัน และปราบปรามผู้ประกอบการให้เข้า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์รายใหญ่ ที่มีลักษณะมุ่งเน้นหาผลกำไรจากการประกอบธุรกิจดังกล่าว

๒. วิเคราะห์แนวทางในการแก้ไขปัญหา

เนื่องจากศาลต้องพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดให้เป็นไปอัตราโทษ ที่กฎหมายบัญญัติไว้ ไม่สามารถที่จะใช้ดุลพินิจในการพิจารณาสั่งลงโทษผู้กระทำความผิดต่ำกว่า หรือสูงกว่าอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ได้ ดังนั้น การที่พระราชบัญญัติภาพยนตร์และ วีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ มีได้บัญญัตินิยามความหมายของคำว่า “ผู้ประกอบการ” เอาไว้อย่างชัดเจน ทำให้เกิดความรับผิดชอบแก่บุคคลทั่วไปที่มีผู้ประกอบการ ในการที่จะต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับ ผู้ประกอบการ และทำให้เกิดปัญหาในการตีความว่าการที่จะถือว่าบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็น ผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับภาพยนตร์และวีดิทัศน์นั้น จะต้องมียอดประกอบหรือลักษณะอย่างใดบ้าง

ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงเห็นควรกำหนดนิยามคำว่า “ประกอบกิจการ” เพิ่มเติมไว้ในมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ อนึ่ง ถึงแม้ว่าความผิดอาญาซึ่งมีโทษปรับสถานเดียวตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ จะเปลี่ยนเป็นความผิดทางพินัย ในวันที่ ๒๕ ตุลาคม ๒๕๖๖ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๓๙^{๑๔} แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ๒๕๖๕ แต่อัตราโทษปรับที่เท่ากันระหว่างบุคคลทั่วไปและผู้ประกอบกิจการย่อมทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการบังคับใช้กฎหมาย

๓. ข้อเสนอแนะ

จากปัญหาการตีความและบังคับใช้กฎหมายที่เกิดขึ้น จึงเห็นควรให้มีการเพิ่มเติมนิยามคำว่า “ประกอบกิจการ” ไว้ในมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ โดยแยกประเภทผู้ประกอบการรายย่อย เช่น ร้านแผงลอย ร้านแบกะดิน และบุคคลที่ขายเป็นครั้งคราว ออกจากผู้ประกอบการที่มีลักษณะเป็นการประกอบธุรกิจซึ่งมุ่งเน้นผลกำไรเป็นหลัก เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปสามารถนำแผ่นซีดีภาพยนตร์และวีดิทัศน์ที่ตนเองไม่ต้องการแล้ว มาแลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายให้กับบุคคลอื่นที่ยังต้องการใช้หรือเก็บเป็นของสะสมได้ ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และเป็นการลดอุปสรรคในการดำรงชีวิตและการประกอบอาชีพของประชาชน โดยเห็นควรกำหนดนิยาม “ประกอบกิจการ” หมายความว่า การทำธุรกิจหรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นกิจวัตรเพื่อให้ได้รับประโยชน์ตอบแทน แต่ไม่รวมถึงบุคคลที่ทำการแลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายเป็นครั้งคราว

และเห็นควรแก้ไขบทกำหนดโทษ โดยกำหนดค่าปรับขั้นต่ำให้ลดลง กล่าวคือ มาตรา ๗๙^{๑๕} แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ จากเดิม มีระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่ แก้ไขเป็น “ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่” และแก้ไขมาตรา ๘๒^{๑๖} แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ จากเดิม มีระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงห้าแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่ แก้ไขเป็น “ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สี่หมื่นบาทถึงห้าแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่” เพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษได้อย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดแต่ละราย ซึ่งจะทำให้เกิดความยืดหยุ่นและเป็นธรรมในการใช้กฎหมายมากยิ่งขึ้น

^{๑๔} มาตรา ๓๙ เมื่อพ้นกำหนดสามร้อยหกสิบห้าวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ให้เปลี่ยนความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวตามกฎหมายในบัญชี ๑ ห้ายพระราชบัญญัตินี้ เป็นความผิดทางพินัยตามพระราชบัญญัตินี้ และให้ถือว่าอัตราโทษปรับอาญาที่บัญญัติไว้ในกฎหมายดังกล่าว เป็นอัตราค่าปรับเป็นพินัยตามพระราชบัญญัตินี้

^{๑๕} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๖, ข้างต้น

^{๑๖} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๙, ข้างต้น

๔. บทสรุป

การจัดทำโครงการนี้ทำให้ผู้จัดทำได้รับความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการดำเนินการตามมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายมากยิ่งขึ้น และทำให้ได้ทราบถึงสภาพปัญหาเกี่ยวกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์ ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ ซึ่งไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ของสังคมและเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป โดยผู้จัดทำโครงการสามารถนำความรู้และทักษะที่ได้รับไปพัฒนาพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ และกฎหมายอื่นที่อยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยงานของผู้จัดทำโครงการได้เป็นอย่างดี

โครงการดีเด่นของผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐ
ระดับชำนาญการขึ้นไป รุ่นที่ ๓๓
โครงการการประเมินผลสัมฤทธิ์
เรื่อง มาตรการกำกับดูแลการจ้างงานของคนต่างด้าว
ในกรณีผู้ที่จ้างคนต่างด้าวต้องแจ้งคนต่างด้าวออกจากงานภายใน ๑๕ วัน
นับแต่คนต่างด้าวนั้นออกจากงาน ตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการ
การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ *

ชัชวาล นพณัฐเสถียร **

การอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับชำนาญการขึ้นไป รุ่นที่ ๓๓ ทำให้ผู้เข้าอบรมได้รับความรู้ตามมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒ โดยกฎหมายทั้ง ๒ ฉบับข้างต้น กำหนดให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงพอที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถ เข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง โดยก่อนการตรากฎหมาย ทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น จากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการ วิเคราะห์นั้นต่อประชาชน นำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมาย ทุกขั้นตอน และเมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย ทุกรอบระยะเวลาที่กำหนดโดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป อีกทั้งรัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่จำเป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการ ตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิด ร้ายแรง

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และบรรณาธิการ ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมการจัดหางาน เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมาย ภาครัฐระดับชำนาญการขึ้นไป รุ่นที่ ๓๓ (กันยายน ๒๕๖๖)

ผู้เข้าอบรมสังกัด กรมการจัดหางาน กระทรวงแรงงาน โดยกรมการจัดหางาน มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการจัดหางานและคุ้มครองคนหางาน กฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง พร้อมทั้งมีการกิจเกี่ยวกับการส่งเสริมการมีงานทำและคุ้มครองคนหางาน การศึกษา วิเคราะห์สภาวะตลาดแรงงาน และแนวโน้มตลาดแรงงาน เป็นศูนย์กลางข้อมูลตลาดแรงงาน รวมทั้งพัฒนาและส่งเสริมระบบการบริหารด้านการส่งเสริมการมีงานทำเพื่อให้ประชากรมีงานทำที่เหมาะสมกับความรู้ความสามารถและความถนัด และไม่ถูกหลอกลวง ตลอดจนได้รับสิทธิประโยชน์ที่เหมาะสมและเป็นธรรม^๑ อีกทั้งจัดระบบการทำงานของคนต่างด้าวเพื่อดูแล ตรวจสอบ และควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศให้เป็นไปตามกฎหมายและเกิดประโยชน์แก่ประเทศไทยมากที่สุด รวมถึงการควบคุมแรงงานต่างด้าวหลบหนีเข้าเมือง ซึ่งได้รับการผ่อนผันให้ประกอบอาชีพเป็นการชั่วคราว โดยผู้เข้าอบรมมีหน้าที่รับผิดชอบดำเนินการเกี่ยวกับการศึกษาและวิเคราะห์เพื่อแก้ไขเพิ่มเติม ปรับปรุง และพัฒนากฎหมาย กฎระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่ง และดำเนินการยกร่างกฎหมาย กฎระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่งที่อยู่ในความรับผิดชอบของกรม การให้ความเห็น ให้คำปรึกษา เสนอแนะ และสนับสนุนทางวิชาการเกี่ยวกับงานกฎหมายที่อยู่ในความรับผิดชอบของกรม ในฐานะผู้ปฏิบัติงานเกี่ยวกับการพิจารณาให้ความเห็นทางกฎหมายตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ และพบปัญหาที่เกิดขึ้นในหลายกรณี โดยผู้เข้าอบรมจะขอเสนอประเด็นปัญหามาตรการกำกับดูแลการจ้างงานของคนต่างด้าว ในกรณีที่ผู้จ้างคนต่างด้าวต้องแจ้งคนต่างด้าวออกจากงานภายใน ๑๕ วัน นับแต่คนต่างด้าวนั้นออกจากงาน ตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐^๒ มาใช้เป็นประเด็นศึกษา เนื่องจากผู้เข้าอบรมพบว่า มาตรการดังกล่าวไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ และเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพซึ่งเป็นภาระแก่ประชาชน อีกทั้งการมีมาตรการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวโดยการแจ้งออกจากงานดังกล่าวข้างต้น หากประชาชนไม่ดำเนินการจะทำให้ประชาชนต้องรับโทษทางอาญาโดยไม่จำเป็น ดังนั้นจึงเห็นควรศึกษาผลสัมฤทธิ์และความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในกรณีที่ผู้จ้างคนต่างด้าวต้องแจ้งคนต่างด้าวออกจากงานภายใน ๑๕ วัน นับแต่คนต่างด้าวนั้นออกจากงาน ตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐

^๑ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมการจัดหางาน กระทรวงแรงงาน พ.ศ. ๒๕๕๙. (๒๕๕๙, ๒๒ กรกฎาคม). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม ๑๓๓ (ตอนที่ ๖๑ ก), หน้า ๙.

^๒ มาตรา ๑๓ ผู้ใดจ้างคนต่างด้าวทำงาน ต้องแจ้งให้นายทะเบียนทราบชื่อและสัญชาติของคนต่างด้าวและลักษณะงานที่ทำภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่จ้างและเมื่อคนต่างด้าวนั้นออกจากงาน ให้แจ้งนายทะเบียนทราบภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่คนต่างด้าวออกจากงาน พร้อมทั้งระบุเหตุแห่งการออกจากงานของคนต่างด้าวนั้นด้วย

ความในวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวประเภทที่อธิบดีประกาศกำหนด

เพื่อให้กฎหมายเกิดผลสัมฤทธิ์ เป็นการลดภาระแก่ประชาชน และจัดให้มีกฎหมายเพียงพอที่จำเป็นต่อไป

๑. ความเป็นมาและสภาพปัญหา

(๑) กฎหมายนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขปัญหาใด

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๑ และพระราชกำหนดการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศ พ.ศ. ๒๕๕๙ มีบทบัญญัติที่ไม่ครอบคลุมการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวทั้งระบบ ทำให้ไม่สามารถแก้ไขปัญหาแรงงานต่างด้าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งหากไม่มีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวอย่างเร่งด่วน จะมีผลกระทบต่อความมั่นคงด้านแรงงาน เศรษฐกิจ และสังคมของประเทศ ดังนั้น เพื่อให้สามารถทำการจัดระเบียบ การป้องกัน การคุ้มครอง การเยียวยา และการใช้บังคับกฎหมาย รวมทั้งการส่งเสริมความร่วมมือกับภาคส่วนที่เกี่ยวข้องในการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวได้ทั้งระบบ อันจะเป็นการสร้างความมั่นคงทางด้านแรงงาน เศรษฐกิจ และสังคมของประเทศ ซึ่งเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ เพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ จึงได้มีการตราพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ขึ้นใช้บังคับ อย่างไรก็ตาม พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ดังกล่าวกำหนดให้ผู้รับอนุญาตให้นำคนต่างด้าวมาทำงาน นายจ้าง และคนต่างด้าว มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายหลายประการ โดยมีขั้นตอนที่ยุ่งยากและใช้ระบบอนุญาตเกินความจำเป็นไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อีกทั้งยังกำหนดความผิดและบทกำหนดโทษในอัตรารุนแรงเช่นเดียวกับการกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์ ทำให้เกิดความตื่นตระหนกและส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ จึงควรมีการพิจารณาว่าสมควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกำหนดดังกล่าวโดยให้มีการใช้ระบบอนุญาตเพียงพอที่จำเป็นหรือไม่ และกำหนดกระบวนการในการควบคุมและตรวจสอบการนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงาน การทำงานของคนต่างด้าว การรับคนต่างด้าวเข้าทำงาน ให้ง่ายและสะดวกยิ่งขึ้น เพื่อส่งเสริมความร่วมมือกับภาคส่วนที่เกี่ยวข้องในการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวได้ทั้งระบบ รวมทั้งปรับปรุงอัตราโทษให้มีความเหมาะสมด้วยหรือไม่

(๒) มาตรการสำคัญที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย/กฎ

พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ มีมาตรการสำคัญอยู่หลายประการที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย โดยผู้เข้าอบรมได้ศึกษามาตรการกำกับดูแลการจ้างงานของคนต่างด้าว เฉพาะกรณีผู้ที่จ้างคนต่างด้าวทำงานต้องแจ้งคนต่างด้าวออกจากงานภายใน ๑๕ วัน นับแต่วันที่คนต่างด้าวออกจากงานตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ทั้งนี้ การแจ้งคนต่างด้าวออกจากงานตามพระราชกำหนดดังกล่าว มี ๒ กรณี คือ

๑) กรณีทั่วไป

๑.๑) การจ้างของผู้จ้างคนต่างด้าวทำงาน ตามมาตรา ๑๓ วรรคหนึ่ง

๑.๒) การจ้างของคนต่างด้าว ตามมาตรา ๖๔/๒^๓

๒) กรณีการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศตามบันทึกความตกลงหรือบันทึกความเข้าใจที่รัฐบาลไทยทำไว้กับรัฐบาลต่างประเทศ

๒.๑) นายจ้างนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานกับตนในประเทศด้วยตนเอง ตามมาตรา ๔๖ วรรคสาม^๔

๒.๒) นายจ้างนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานกับตนในประเทศผ่านผู้รับอนุญาตให้นำคนต่างด้าวมาทำงาน ตามมาตรา ๕๐ วรรคหนึ่ง^๕

โดยมาตรการกำกับดูแลการจ้างงานของคนต่างด้าว เฉพาะกรณีทั่วไป กำหนดหน้าที่ในการจ้างเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ในมาตรา ๑๓ วรรคหนึ่งและมาตรา ๖๔/๒ ดังนี้

มาตรา ๑๓ วรรคหนึ่งเป็นการกำหนดหน้าที่ของนายจ้างในการจ้างการทำงานของคนต่างด้าวต่อนายทะเบียนในสองกรณี คือ กรณีแรกเมื่อคนต่างด้าวเข้ามาทำงานกับนายจ้าง นายจ้างต้องแจ้งต่อนายทะเบียนทราบภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่จ้าง และกรณีที่สองเมื่อคนต่างด้าวนั้นออกจากงาน ให้นายจ้างแจ้งให้นายทะเบียนทราบภายใน

^๓ มาตรา ๖๔/๒ ผู้รับอนุญาตให้ทำงานมีหน้าที่ต้องแจ้งให้นายทะเบียนทราบถึงผู้เป็นนายจ้าง สถานที่ทำงานของนายจ้าง และลักษณะงานหลักที่ทำ ทั้งนี้ ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่เข้าทำงาน และต้องแจ้งทุกครั้งที่เปลี่ยนนายจ้าง

^๔ มาตรา ๔๖

ฯลฯ

ฯลฯ

ก่อนคนต่างด้าวเข้าทำงานกับนายจ้าง ให้นายจ้างจัดทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือ โดยมีรายการอย่างน้อยตามที่อธิบดีกำหนด และเก็บสัญญาจ้างงานไว้ ณ ที่ทำการของนายจ้างเพื่อให้ นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่สามารถตรวจสอบได้ และสำเนาสัญญาจ้างดังกล่าวเพื่อให้ลูกจ้าง เก็บรักษาไว้ ทั้งนี้ เมื่อคนต่างด้าวออกจากงานไม่ว่าด้วยเหตุใด ให้นายจ้างแจ้งให้นายทะเบียนทราบ ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ออกจากงาน พร้อมทั้งระบุเหตุแห่งการออกจากงานของคนต่างด้าวนั้นด้วย

ฯลฯ

ฯลฯ

^๕ มาตรา ๕๐ เมื่อผู้รับอนุญาตให้นำคนต่างด้าวมาทำงานได้นำคนต่างด้าวมาส่งมอบให้นายจ้างตามมาตรา ๔๓ แล้ว ในกรณีที่มีเหตุดังต่อไปนี้ ให้นายจ้างแจ้งให้ผู้รับอนุญาตให้นำคนต่างด้าวมาทำงาน และนายทะเบียนทราบภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่เหตุดังกล่าว แล้วแต่กรณี

(๑) นายจ้างไม่รับคนต่างด้าวนั้นเข้าทำงาน

(๒) คนต่างด้าวไม่ยินยอมทำงานกับนายจ้าง

(๓) คนต่างด้าวออกจากงานไม่ว่าด้วยเหตุใด

ฯลฯ

ฯลฯ

สิบห้าวันนับแต่วันที่คนต่างด้าวออกจากงานด้วย ซึ่งหากนายจ้างฝ่าฝืนไม่ดำเนินการแจ้งต่อนายทะเบียนต้องระวางโทษตามมาตรา ๑๐๓^๖

มาตรา ๖๔/๒ เป็นการกำหนดหน้าที่ของคนต่างด้าวในการแจ้งรายละเอียดการทำงานต่อนายทะเบียนทราบถึงผู้เป็นนายจ้าง สถานที่ทำงานของนายจ้าง และลักษณะงานหลักที่ทำ โดยต้องดำเนินการแจ้งต่อนายทะเบียนภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่เข้าทำงาน และต้องแจ้งทุกครั้งที่เปลี่ยนนายจ้าง

ซึ่งภาครัฐได้มีการตราระเบียบกรมการจัดหางานว่าด้วยการแจ้งและการรับแจ้งการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๔^๗ ขึ้นใช้เป็นแนวปฏิบัติ และเพื่อเป็นกลไกในการดำเนินการแจ้งและการรับแจ้งการทำงานของคนต่างด้าว โดยมีกระบวนการ ดังนี้

(๑) การแจ้งคนต่างด้าวเข้าทำงาน กำหนดวิธีการเกี่ยวกับการแจ้งและการรับแจ้งการทำงานฯ เช่น กำหนดแบบแจ้งการจ้างคนต่างด้าวทำงาน (แบบ บต.๕๒) กำหนดสถานที่รับแจ้งเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าว โดยกำหนดให้แจ้ง ณ ที่ตั้งของสถานที่ทำงานของคนต่างด้าว ได้แก่ ในเขตกรุงเทพมหานคร ให้แจ้ง ณ สำนักงานแรงงานต่างด้าว สำนักงานจัดหางาน กรุงเทพมหานครพื้นที่ หรือศูนย์บริการวีซ่าและใบอนุญาตทำงาน สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน และในจังหวัดอื่น ให้แจ้ง ณ สถานที่ ดังนี้ (ก) สำนักงานจัดหางานจังหวัด (ข) ศูนย์บริการแรงงานเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก รวมถึงสถานที่อื่นตามที่อธิบดีกรมการจัดหางานประกาศกำหนด ทั้งนี้ กำหนดให้การแจ้งดังกล่าวอาจแจ้งผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ตามที่กรมการจัดหางานกำหนดก็ได้

(๒) การแจ้งคนต่างด้าวออกจากงานต่อนายทะเบียน ตามแบบแจ้งคนต่างด้าวออกจากงาน (แบบ บต.๕๓) ตามมาตรา ๑๓ วรรคหนึ่ง

(๓) การแจ้งเข้าทำงานของคนต่างด้าว ซึ่งคนต่างด้าวต้องแจ้งให้นายทะเบียนทราบถึงผู้เป็นนายจ้าง สถานที่ทำงานของนายจ้าง และลักษณะงานหลักที่ทำภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่เข้าทำงานและต้องแจ้งทุกครั้งที่เปลี่ยนนายจ้าง ตามแบบแจ้งเข้าทำงานของคนต่างด้าว (แบบ บต.๕๕)

(๓) สภาพปัญหาที่เกิดขึ้น

ปัจจุบันภาครัฐได้นำมาตรการกำกับดูแลการจ้างงานของคนต่างด้าวเฉพาะในกรณีผู้ที่จ้างคนต่างด้าวทำงานต้องแจ้งคนต่างด้าวออกจากงานภายใน ๑๕ วัน นับแต่วันที่คนต่างด้าวนั้นออกจากงานตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ประกอบกับระเบียบกรมการจัดหางานว่าด้วยการแจ้ง

^๖ มาตรา ๑๐๓ แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๑

ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๑๓ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

^๗ ระเบียบกรมการจัดหางานว่าด้วยการแจ้งและการรับแจ้งการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๔. (๒๕๖๔, ๘ กันยายน). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม ๑๓๘ (ตอนพิเศษ ๒๒๙ ง), หน้า ๑.

และการรับแจ้งการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๔ มาบังคับใช้เป็นการทั่วไปแล้ว โดยสถานการณ์แรงงานต่างด้าวในประเทศไทย ณ เดือน ธันวาคม ๒๕๖๕^๔ คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตทำงานทั่วราชอาณาจักร มีจำนวนทั้งสิ้น ๒,๙๙๔,๔๕๓ คน ซึ่งนายจ้างที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามมาตรการกำกับดูแลการจ้างงานของคนต่างด้าวเฉพาะในกรณีผู้ที่จ้างคนต่างด้าวทำงานต้องแจ้งคนต่างด้าวออกจากงานนั้น มีจำนวนแรงงานที่ต้องดำเนินการตามมาตรการข้างต้นรวมจำนวนประมาณ ๒ ล้านคน โดยมาตรการดังกล่าวทำให้ผู้ที่จ้างคนต่างด้าวทำงานต้องกระทำความผิดตามบทบัญญัติกฎหมายแม้จะไม่มีเจตนากระทำความผิดดังกล่าว กล่าวคือ มาตรการที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้ผู้จ้างหรือนายจ้างต้องแจ้งการจ้างงานหรือการแจ้งออกจากงานภายใน ๑๕ วัน นับแต่การจ้างงานหรือการออกจากงานแล้วแต่กรณีนั้น เป็นการสร้างภาระเพิ่มขึ้น เกิดการกระทำความผิดฐานนายจ้างไม่แจ้งเข้าทำงานและแจ้งออกจากงานของคนต่างด้าวต่อนายทะเบียนจำนวนมาก โดยเฉพาะกรณีแรงงานต่างด้าวกรณีทั่วไป เช่น กรณีการแจ้งเข้าทำงานนายจ้างเข้าใจว่าได้ดำเนินการจ้างคนต่างด้าวเข้ามาทำงาน โดยแจ้งข้อมูลจนสามารถออกใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวให้ทำงานกับตนได้เรียบร้อยแล้ว จึงเกิดความเข้าใจผิดว่าไม่จำเป็นต้องแจ้งการเข้าทำงานอีก และกรณีการไม่แจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวเนื่องมาจากหลายสาเหตุ ได้แก่ คนต่างด้าวหลบหนีไปโดยไม่แจ้งนายจ้างให้ทราบหรือขอเดินทางกลับประเทศไปโดยแจ้งกับนายจ้างว่ากลับไปเยี่ยมครอบครัวและไม่ยอมกลับมาทำงาน แต่ที่แท้จริงแล้วคนต่างด้าวไปทำงานกับนายจ้างรายอื่นแทนและนายจ้างไม่ทราบว่าคนต่างด้าวนั้นออกจากงานแล้ว ทำให้นายจ้างไม่สามารถนับกำหนดระยะเวลา ๑๕ วันได้ นายจ้างจึงไม่ได้ดำเนินการแจ้งต่อนายทะเบียนภายในกำหนดเวลาดังกล่าว หรือกรณีอายุใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวสิ้นสุดลงและคนต่างด้าวนั้นไม่ดำเนินการขอต่ออายุใบอนุญาตทำงานหรือคนต่างด้าวถูกผลักดันกลับออกไปนอกราชอาณาจักรโดยภาครัฐ ซึ่งการออกจากงานในกรณีใบอนุญาตหมดอายุหรือกรณีใบอนุญาตทำงานสิ้นสุดลงเพราะเหตุคนต่างด้าวถูกผลักดันออกไปนอกราชอาณาจักรนั้นภาครัฐเป็นผู้ทราบข้อมูลอยู่แล้ว นายจ้างจึงเข้าใจว่าไม่ต้องไปแจ้งการออกจากงานอีก จึงเป็นเหตุให้มีการกระทำความผิดฐานไม่แจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวตามมาตรา ๑๓ เพิ่มขึ้นจำนวนมาก

กรมการจัดหางานได้ทราบถึงปัญหาที่เกิดจากการกระทำความผิดฐานนายจ้างไม่แจ้งเข้าทำงาน จึงได้ดำเนินการแก้ไขปัญหการกระทำความผิดฐานไม่แจ้งการทำงานของคนต่างด้าวตามมาตรา ๑๓ เพื่อไม่ให้มาตรการดังกล่าวเป็นภาระกับประชาชนเกินความจำเป็น โดยออกประกาศกรมการจัดหางานกำหนดประเภทของคนต่างด้าวซึ่งผู้จ้างคนต่างด้าวทำงานได้รับยกเว้นไม่ต้องแจ้งการจ้างคนต่างด้าว ลงวันที่ ๑ กรกฎาคม

^๔ กรมการจัดหางาน. (๒๕๖๖, มกราคม). สถิติจำนวนแรงงานต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตทำงานคงเหลือทั่วราชอาณาจักร ประจำเดือน ธันวาคม ๒๕๖๕. กรุงเทพฯ: กรมการจัดหางาน สำนักบริหารแรงงานต่างด้าว.

พ.ศ.๒๕๖๕^๙ เพื่อเป็นการลดภาระให้แก่ประชาชนและให้มีกฎหมายเท่าที่จำเป็น แต่ในส่วนปัญหาการกระทำความผิดฐานนายจ้างไม่จ้างคนต่างด้าวออกจากงานนั้น พบว่ามีผลการดำเนินคดีฐานไม่จ้างการทำงาน - ออกจากงานของคนต่างด้าวตามมาตรา ๑๓ จำนวน ๒,๐๗๓ คดี (ต.ค. ๖๓ - มิ.ย. ๖๖) และกรมการจัดหางานพบว่ามีผู้กระทำความผิดในฐานดังกล่าวเป็นจำนวนมาก จึงได้กำหนดแนวทางการดำเนินคดีนายจ้างที่กระทำความผิดกฎหมายว่าด้วยการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว โดยเร่งรัดการดำเนินการกรณีนายจ้าง/สถานประกอบการที่ไม่ได้ดำเนินการจ้างคนต่างด้าวออกจากงานภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้หน่วยงานเร่งดำเนินการตามกรณีดังกล่าว

มาตรการกำกับดูแลการทำงานของคนต่างด้าวในกรณีผู้จ้างคนต่างด้าวต้องจ้างคนต่างด้าวออกจากงานดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เนื่องจากแม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้นายจ้างต้องจ้างการออกจากงานของคนต่างด้าว แต่ในทางปฏิบัติเกิดกรณีที่นายจ้างไม่ได้จ้างเรื่องดังกล่าวขึ้นจำนวนมาก ทำให้ข้อมูลการจ้างออกจากงานดังกล่าวไม่ครบถ้วน นอกจากนี้ ถึงแม้ว่านายจ้างไม่ได้จ้างออกจากงานก็ตาม ภาครัฐก็มีมาตรการอื่นที่ทำให้ทราบข้อมูลการทำงานของคนต่างด้าวหรือสถานที่อยู่ในการทำงานของคนต่างด้าวได้จากมาตรการต่าง ๆ เช่น การจ้างเข้าทำงานทุกครั้งเมื่อมีการรับคนต่างด้าวเข้ามาทำงานใหม่ตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชกฤษฎีกาการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ หรือการที่คนต่างด้าวต้องจ้างเข้าที่พักอาศัยของแรงงานต่างด้าวตามมาตรา ๓๘^{๑๐} แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๕๒๒ หรือการที่คนต่างด้าวต้องรายงานตัวจ้างที่พักอาศัยต่อพนักงานสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองทุก ๙๐ วัน ตาม

^๙ ประกาศกรมการจัดหางาน เรื่อง กำหนดประเภทของคนต่างด้าวซึ่งผู้จ้างคนต่างด้าวทำงานได้รับยกเว้นไม่ต้องจ้างคนต่างด้าว. (๒๕๖๕, ๑ กรกฎาคม). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม ๑๓๙ (ตอนพิเศษ ๑๕๖ ง), หน้า ๒๕.

^{๑๐} มาตรา ๓๘ เจ้าบ้าน เจ้าของหรือผู้ครอบครองเคหสถาน หรือผู้จัดการโรงแรมซึ่งรับคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเข้าพักอาศัย จะต้องจ้างต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ ที่ทำการตรวจคนเข้าเมืองซึ่งตั้งอยู่ในท้องที่ที่บ้าน เคหสถาน หรือโรงแรมนั้นตั้งอยู่ภายในยี่สิบสี่ชั่วโมงนับแต่เวลาที่คนต่างด้าวเข้าพักอาศัย ถ้าท้องที่ใดไม่มีที่ทำการตรวจคนเข้าเมืองตั้งอยู่ให้แจ้งต่อเจ้าพนักงานตำรวจ ณ สถานีตำรวจท้องที่นั้น

ในกรณีที่บ้าน เคหสถาน หรือโรงแรมที่คนต่างด้าวเข้าพักอาศัยตามวรรคหนึ่งตั้งอยู่ในเขตท้องที่กรุงเทพมหานคร ให้จ้างต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ กองตรวจคนเข้าเมือง

การจ้างตามวรรคหนึ่งและวรรคสองให้เป็นไปตามระเบียบที่อธิบดีกำหนด

มาตรา ๓๗ (๕)^{๑๑} แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๕๒๒ และหากยังมีมาตรการกำกับดูแลการทำงานของคนที่ต่างด้าวในกรณีผู้ที่จ้างคนต่างด้าวต้องแจ้งคนต่างด้าวออกจากงานนั้นจะเป็นภาระให้แก่ประชาชนในการต้องปฏิบัติตามและเพิ่มค่าใช้จ่ายในการต้องเดินทางไปหน่วยงานราชการหรือต้องเสียเวลาในการแจ้งออกทางอิเล็กทรอนิกส์อีกด้วย และมาตรการดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลที่ไม่ได้คาดคิดอีกด้วย

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่ามาตรการกำกับดูแลการจ้างงานของคนต่างด้าวในกรณีผู้ที่จ้างคนต่างด้าวต้องแจ้งคนต่างด้าวออกจากงานภายใน ๑๕ วัน นับแต่คนต่างด้าวนั้นออกจากงาน ตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ไม่มีความเหมาะสม ไม่มีความคุ้มค่าหรือได้สัดส่วนเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่ได้รับกับภาระของประชาชนและทรัพยากรที่ใช้ในการบังคับการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

๒. วิเคราะห์แนวทางในการแก้ไขปัญหา

เมื่อพิจารณาปัญหาในการบังคับใช้มาตรการกำกับดูแลการจ้างงานของคนต่างด้าว ในกรณีผู้ที่จ้างคนต่างด้าวต้องแจ้งคนต่างด้าวออกจากงานภายใน ๑๕ วัน นับแต่คนต่างด้าวนั้นออกจากงาน ตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ดังกล่าว พบว่ามีการกระทำผิดฐานนายจ้างไม่ได้แจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวตามมาตรา ๑๓ หลายสาเหตุ ได้แก่ คนต่างด้าวลบหนีไปโดยไม่แจ้งให้นายจ้างทราบ หรือขอเดินทางกลับประเทศไปโดยแจ้งกับนายจ้างว่ากลับไปเยี่ยมครอบครัวและไม่ยอมกลับมาทำงาน แต่ที่แท้จริงแล้วคนต่างด้าวไปทำงานกับนายจ้างรายอื่น และนายจ้างไม่ทราบว่าคนต่างด้าวนั้นออกจากงานแล้ว ทำให้นายจ้างไม่สามารถนับกำหนดระยะเวลา ๑๕ วันได้ นายจ้างจึงไม่ได้ดำเนินการแจ้งต่อนายทะเบียนภายในกำหนดเวลาดังกล่าว หรือกรณีลูกจ้างอายุใบอนุญาตทำงานสิ้นสุดลงและคนต่างด้าวนั้นไม่ต่ออายุใบอนุญาตทำงานหรือคนต่างด้าวถูกผลักดันกลับออกไปนอกราชอาณาจักรโดยภาครัฐ ซึ่งการออกจากงานในกรณีใบอนุญาตทำงานหมดอายุหรือกรณีใบอนุญาตทำงานสิ้นสุดลงเพราะเหตุคนต่างด้าวถูกผลักดันออกไปนอกราชอาณาจักรนั้นภาครัฐเป็นผู้ทราบข้อมูลอยู่แล้ว นายจ้างจึงเข้าใจว่าไม่ต้องไปแจ้งการออกจากงานอีก จึงเป็นเหตุให้มีการกระทำความผิดฐานไม่แจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าว ตามมาตรา ๑๓ เพิ่มขึ้นจำนวนมากเป็นเหตุให้นายจ้างต้องฝ่าฝืนกฎหมายแม้ไม่มีเจตนากระทำความผิด

^{๑๑} มาตรา ๓๗ คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวต้องปฏิบัติตามดังต่อไปนี้

๑.๑

๑.๒

(๕) ถ้าอยู่ในราชอาณาจักรเกินเก้าสิบวัน คนต่างด้าวผู้นั้นต้องมีหนังสือแจ้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ ณ กองตรวจคนเข้าเมืองทราบถึงที่พักอาศัยของตนโดยมีชักช้าเมื่อครบระยะเก้าสิบวัน และต่อไปให้กระทำเช่นเดียวกันทุกระยะเก้าสิบวัน ถ้าท้องที่ใดมีที่ทำการตรวจคนเข้าเมืองตั้งอยู่ จะแจ้งต่อนักงานเจ้าหน้าที่ ณ ที่ทำการตรวจคนเข้าเมืองแห่งนั้นก็ได้

๑.๓

๑.๔

ผู้เข้าอบรมพิจารณาแล้วเห็นว่ามีความเหมาะสมในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ เช่น (๑) การยกเลิกมาตรการกำกับดูแลการจ้างงานของคนต่างด้าว ในกรณีผู้ที่จ้างคนต่างด้าว ต้องแจ้งคนต่างด้าวออกจากงานภายใน ๑๕ วัน นับแต่คนต่างด้าวนั้นออกจากงาน ตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ เนื่องจากมาตรการดังกล่าวไม่มีความจำเป็น สร้างภาระในการบังคับใช้จนเกินกว่าประโยชน์ที่ได้รับ และซ้ำซ้อนกับมาตรการกำกับดูแลการจ้างงานของคนต่างด้าวในกรณีผู้ที่จ้างคนต่างด้าว ทำงานต้องแจ้งให้นายทะเบียนทราบชื่อและสัญชาติของคนต่างด้าวและลักษณะงานที่ให้ทำ ภายใน ๑๕ วันนับแต่วันที่จ้าง เพราะมาตรการทั้งสองดังกล่าวข้างต้นมีวัตถุประสงค์ทำให้ทราบถึงข้อมูลและสถานการณ์การทำงานของคนต่างด้าวที่จ้าง ดังนั้น ควรที่จะคงเหลือ มาตรการกำกับดูแลการจ้างงานของคนต่างด้าวในกรณีผู้ที่จ้างคนต่างด้าวทำงานต้องแจ้งให้นายทะเบียนทราบภายใน ๑๕ วันนับแต่วันที่จ้าง เพียงมาตรการเดียว หรือ (๒) การแก้ไข มาตรการดังกล่าวให้เป็นภาระแก่ประชาชนเท่าที่จำเป็น หากภาครัฐเห็นว่ายังมีความจำเป็น ในการทราบข้อมูลเหตุแห่งการออกจากงานของคนต่างด้าว โดยการแก้ไขมาตรา ๑๓ แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ให้มีการ ยกเว้นการแจ้งออกเฉพาะในกรณีใบอนุญาตทำงานหมดอายุ หรือภาครัฐเป็นผู้ทำให้ใบอนุญาตทำงาน สิ้นผล

๓. ข้อเสนอแนะ

ผู้เข้าอบรมพิจารณาสภาพปัญหาเกี่ยวกับมาตรการกำกับดูแลการจ้างงานของคนต่างด้าว ในกรณีผู้ที่จ้างคนต่างด้าวต้องแจ้งคนต่างด้าวออกจากงานภายใน ๑๕ วัน นับแต่คนต่างด้าวนั้นออกจากงานตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ เห็นควรเสนอแนวทางในการแก้ไขมาตรการกำกับดูแลการจ้างงานของคนต่างด้าว ได้แก่

๑) กรณีภาครัฐเห็นว่ามาตรการดังกล่าวเป็นภาระแก่ประชาชนและไม่มี ความจำเป็น ให้แก้ไขมาตรา ๑๓ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ โดยการยกเลิกเฉพาะในส่วนผู้ที่จ้างคนต่างด้าวต้องแจ้งคนต่างด้าว ออกจากงานภายใน ๑๕ วัน นับแต่คนต่างด้าวนั้นออกจากงาน โดยแก้ไขเพิ่มเติมจาก “ผู้ใด จ้างคนต่างด้าวทำงาน ต้องแจ้งให้นายทะเบียนทราบชื่อและสัญชาติของคนต่างด้าวและ ลักษณะงานที่ให้ทำภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่จ้างและเมื่อคนต่างด้าวนั้นออกจากงานให้แจ้ง นายทะเบียนทราบภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่คนต่างด้าวออกจากงาน พร้อมทั้งระบุเหตุ แห่งการออกจากงานของคนต่างด้าวนั้นด้วย” เป็น “ผู้ใดจ้างคนต่างด้าวทำงาน ต้องแจ้งให้ นายทะเบียนทราบชื่อและสัญชาติของคนต่างด้าวและลักษณะงานที่ให้ทำภายในสิบห้าวัน นับแต่วันที่จ้าง”

๒) กรณีภาครัฐเห็นว่ามาตรการยังมีความจำเป็นในการทราบข้อมูลเหตุแห่งการออกจากงานของคนต่างด้าว นั้น ภาครัฐก็ต้องกำหนดมาตรการแจ้งออกดังกล่าวให้เหมาะสมกับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น และให้เป็นภาระแก่ประชาชนเท่าที่จำเป็น ให้แก้ไขมาตรา ๑๓ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ และที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยการแก้ไขเพิ่มเติมจาก “ผู้ใดจ้างคนต่างด้าวทำงาน ต้องแจ้งให้นายทะเบียนทราบชื่อและสัญชาติของคนต่างด้าวและลักษณะงานที่ทำภายในสิบห้าวัน นับแต่วันที่จ้างและเมื่อคนต่างด้าวที่จ้างออกจากงานให้นายทะเบียนทราบภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่คนต่างด้าวออกจากงาน พร้อมทั้งระบุเหตุแห่งการออกจากงานของคนต่างด้าว นั้นด้วย” เป็น “ผู้ใดจ้างคนต่างด้าวทำงาน ต้องแจ้งให้นายทะเบียนทราบชื่อและสัญชาติของคนต่างด้าวและลักษณะงานที่ทำภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่จ้าง และเมื่อคนต่างด้าวที่จ้างออกจากงานให้นายทะเบียนทราบภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่คนต่างด้าวออกจากงาน พร้อมทั้งระบุเหตุแห่งการออกจากงานของคนต่างด้าว นั้นด้วย ยกเว้นเหตุแห่งการออกจากงานของคนต่างด้าว เกิดจากใบอนุญาตทำงานหมดอายุ หรือภาครัฐเป็นผู้ทำให้ใบอนุญาตทำงานสิ้นสุด นายจ้างไม่ต้องแจ้งออกจากงานให้นายทะเบียนทราบ”

ทั้งนี้ เพื่อให้มีกฎหมายเท่าที่จำเป็นและไม่เป็นภาระแก่ประชาชน เป็นไปตามมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒

๔. บทสรุป

๔.๑ ผู้เข้าอบรมได้ศึกษาและได้ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการประเมินผลสัมฤทธิ์มากยิ่งขึ้นตามพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒

๔.๒ ผู้เข้าอบรมได้ใช้โครงงานนี้เป็นแนวทางเริ่มต้นในการแก้ไขมาตรการกำกับดูแลการจ้างงานของคนต่างด้าว ในกรณีผู้ที่จ้างคนต่างด้าวต้องแจ้งคนต่างด้าวออกจากงานภายใน ๑๕ วัน นับแต่คนต่างด้าวที่จ้างออกจากงานตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ เพื่อให้มีกฎหมายเท่าที่จำเป็นและไม่เป็นภาระแก่ประชาชนตาม ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ที่ปรึกษา

นายปกรณ์ นิลประพันธ์

บรรณาธิการ

นางสมาพร นิลประพันธ์

กองบรรณาธิการ

นางสาววราลีย อ่อนนุ่น

นางสาวกัลยา เกียรติถาวรชัย

นางสาวดณีนิจ แซ่เฮง

นางสาวธมนต์กัญญา พรหมนดี

นางสาวเสาวนีย์ จันทิขวลิต

นางสุปราณี เพ็งหนู

นายกรณ์ อรรถเนติศาสตร์

นางสาวรัชนิกร ลาภวณิชชา

นางสาวพรรณพร สุนธิไชย

ผู้จัดการ

นางสาววราลีย อ่อนนุ่น

แรัญญิก

นางสาวศิริพรรณ พวงทอง

OCS

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

Better Regulation for Better Life
พัฒนากฎหมายให้ดีเพื่อให้ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น

สถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชน
Advanced Legal Training Institute