

คำวินิจฉัยของ นายสุจินดา ยงสุนทร ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ที่ ๓๓/๒๕๕๓

วันที่ ๕ ตุลาคม ๒๕๕๓

เรื่อง คณะรัฐมนตรีอาศัยความในมาตรา ๒๖๖ ของรัฐธรรมนูญ ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา
วินิจฉัยว่า อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลง
เขตอำนาจแห่งรัฐซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๒๔
วรรคสอง หรือไม่

ความเป็นมาและข้อเท็จจริง

ในการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ที่มีขึ้นระหว่างวันที่ ๕ - ๑๔ มิถุนายน พ.ศ. ๒๕๓๕ ณ นครริโอ เดอ จาเนโร ประเทศบราซิล คณะผู้แทนไทยได้ร่วมลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งได้เปิดให้รัฐต่างๆ เข้าร่วมลงนามตั้งแต่วันที่ ๕ มิถุนายน พ.ศ. ๒๕๓๕ (ค.ศ. ๑๙๙๒) อนุสัญญานี้มีวัตถุประสงค์เพื่ออนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ โดยก่อให้เกิดความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อยับยั้งการทำลายชนิดพันธุ์ของชีวภาพ ถิ่นที่อยู่อาศัย และระบบนิเวศทั้งหลายอันเป็นสิ่งที่จำเป็นต่อการพัฒนาที่ยั่งยืน และเพื่อให้อนุสัญญานี้มีผลใช้บังคับกับประเทศไทยได้อย่างสมบูรณ์ ประเทศไทยจำเป็นต้องให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาดังกล่าวเสียก่อน

เกี่ยวกับเรื่องนี้ นายกรัฐมนตรีได้มีหนังสือลงวันที่ ๒๕ มิถุนายน ๒๕๔๒ กราบเรียนประธานศาลรัฐธรรมนูญ ความว่า “ในคราวประชุมคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๗ ตุลาคม ๒๕๔๑ คณะรัฐมนตรีได้พิจารณาเห็นว่า โดยที่เรื่องการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องยังมีความเห็นไม่สอดคล้องกันในปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการตีความคำว่า “บทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๒๔ วรรคสอง โดยหน่วยงานของรัฐหลายหน่วย อาทิเช่น สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กระทรวงสาธารณสุข หรือแม้แต่คณะกรรมการต่างประเทศ สภาผู้แทนราษฎร เห็นว่า คำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามมาตรา ๒๒๔ วรรคสอง หมายถึง การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐไม่ว่าในรูปแบบใด ดังนั้น การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวจึงเป็นกรณีตามมาตรา ๒๒๔ วรรคสอง แล้ว ในขณะที่บางหน่วยงาน เช่น กระทรวงการต่างประเทศ เห็นว่า คำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” มีความหมายเพียงเขตพื้นที่ที่รัฐจะใช้อำนาจอธิปไตยเท่านั้น ซึ่งการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารสามารถทำได้เอง...

ดังนั้น เพื่อเป็นบรรทัดฐานในการถือปฏิบัติ และโดยที่เรื่องนี้เป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีว่าสามารถทำได้เองหรือไม่ เพียงใด และเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นแล้วจริง มิใช่เพียงกรณีสมมติ คณะรัฐมนตรีในฐานะองค์กรตามรัฐธรรมนูญ จึงอาศัยความในมาตรา ๒๖๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มีมติส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ดังนี้

๑. คำว่า “บทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๒๔ วรรคสอง มีความหมายว่าอย่างไร

๒. มาตรา ๑๕ วรรคสอง ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ จะทำให้เนื้อหาของกฎหมายไทยที่มีอยู่แล้วต้องเปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ ในปัจจุบันกฎหมายต่างๆ ของไทยที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญานี้ได้กำหนดระบบอนุญาตไว้ ซึ่งหลักการของระบบอนุญาต คือ ผู้อนุญาตมีอำนาจใช้ดุลพินิจตามที่เห็นสมควรจะอนุญาตหรือไม่ก็ได้ แต่เมื่อใดที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีแล้วการใช้บังคับกฎหมายไทยจะต้องแปรเปลี่ยนไป โดยในการใช้ดุลพินิจพิจารณาจะต้องเป็นไปในทางอนุญาตเสมอ หากกรณีดังกล่าวไม่เป็นปัญหาด้านสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ ตามผลบังคับของอนุสัญญาดังกล่าว ซึ่งการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของกฎหมายนั้นมีผลระดับเดียวกับการต้องมีกฎหมายบังคับเพื่อให้การเป็นไปตามอนุสัญญา ฯ ดังนี้จะถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลง “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามมาตรา ๒๒๔ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่

โดยที่เรื่องนี้ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องยังมีความเห็นไม่สอดคล้องกันในประเด็นที่ว่า อนุสัญญานี้จะมีผลกระทบต่อ การเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจรัฐหรือไม่ หากมีผลต่อการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจรัฐ ก็จำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามนัยมาตรา ๒๒๔ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีก็ได้เชิญผู้แทนหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมาร่วมหารือ เพื่อให้ได้ข้อยุติในเรื่องนี้แต่ก็ไม่อาจหาข้อยุติที่เป็นเอกฉันท์ได้ อีกทั้งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งเป็นฝ่ายรับปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมายแก่ฝ่ายรัฐบาลก็ไม่อาจวินิจฉัยปัญหาอันเกิดจากการตีความรัฐธรรมนูญให้เป็นที่ยุติแก่ทุกฝ่ายได้

แม้ว่าคณะรัฐมนตรีจะได้มีมติให้ส่งอนุสัญญาในเรื่องนี้ให้รัฐสภาพิจารณาแล้ว แต่ในทางปฏิบัติก็ยังมีได้มีการดำเนินการในเรื่องนี้ เนื่องจากยังมีปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการตีความคำว่า “บทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๒๔ วรรคสอง หากจะดำเนินการเสนออนุสัญญาในเรื่องนี้ไปยังรัฐสภาก่อนแล้ว จึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยในภายหลังก็อาจเกิดผลกระทบต่อการบริหารราชการแผ่นดินและความเชื่อถือในรัฐบาลอย่างใหญ่หลวงและอาจเกิดความเสียหายต่อประเทศชาติในด้านอื่นๆ ได้ นอกจากนั้น

หากมิได้มีคำวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานไว้ก่อนก็จะเป็นปัญหาข้อกฎหมาย ซึ่งจะทำให้วินิจฉัยได้ไม่ทันทั่วถึง จึงจำเป็นต้องมีคำวินิจฉัยดังกล่าว

“ดังนั้น เพื่อความกระจ่างแจ้งชัดเจนและขจัดปัญหาข้อขัดข้องอันมีอยู่ในวงงานของคณะรัฐมนตรี ในปัจจุบัน คณะรัฐมนตรีจึงมีมติให้ส่งเรื่องนี้ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเพื่อเป็นบรรทัดฐานสืบไป”

ศาลรัฐธรรมนูญได้ขอให้กระทรวงการต่างประเทศและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาชี้แจง ต่อศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งกระทรวงการต่างประเทศได้ส่งผู้แทนมาชี้แจงด้วยวาจาต่อศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ ๒๖ กันยายน ๒๕๕๓ ว่า “อนุสัญญา ฯ ดังกล่าวไม่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือ เขตอำนาจของรัฐ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามอนุสัญญา ฯ อันจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา และส่วนราชการต่างๆ ที่รักษาการตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ก็ยืนยันว่ากฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันเพียงพอต่อการคุ้มครองและอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพตามพันธกรณี ของอนุสัญญา ฯ ได้แก่ พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช ๒๔๘๔ แก้ไขเพิ่มเติมถึง พ.ศ. ๒๕๓๒ พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. ๒๔๕๐ พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๔ พระราชบัญญัติ ป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๗ พระราชบัญญัติกักพืช พ.ศ. ๒๕๐๗ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราช บัญญัติกักพืช (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๗ พระราชบัญญัติบำรุงพันธุ์สัตว์ พ.ศ. ๒๕๐๕ พระราชบัญญัติ พันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๑๘ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติพันธุ์พืช (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕ พระราชบัญญัติการส่งออกปศุสัตว์และนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. ๒๕๒๒ พระราชบัญญัติพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี พ.ศ. ๒๕๓๔ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครอง สัตว์ป่า พ.ศ. ๒๕๓๕ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๓๕ และพระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ. ๒๕๓๕”

ส่วนผู้แทนของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ชี้แจงว่า “กฎหมายต่างๆ ของไทยที่ เกี่ยวข้องกับอนุสัญญา ฯ ใช้ระบบอนุญาติ ซึ่งตามหลักการของระบบนี้ ผู้อนุญาตมีอำนาจใช้ดุลพินิจ ตามที่เห็นสมควร โดยจะอนุญาติหรือไม่ก็ได้ แต่เมื่อประเทศไทยให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา ฯ แล้ว การใช้บังคับกฎหมายไทยจะต้องแปรเปลี่ยนไป โดยในการใช้ดุลพินิจจะต้องเป็นไปในทางอนุญาติเสมอ หากการอนุญาตินั้นไม่ก่อให้เกิดปัญหาด้านสิ่งแวดล้อม หากจำเป็นก็ต้องมีหรือแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ การเป็นไปตามอนุสัญญา ฯ”

ต่อมากระทรวงการต่างประเทศได้มีหนังสือด่วนที่สุด ที่ กต ๐๖๐๕/๒๕๕๓ ลงวันที่ ๑๒ ตุลาคม ๒๕๕๓ ส่งคำแปลข้อ ๑๕ ของอนุสัญญาฯ ดังกล่าวเป็นภาษาไทย (แปลโดยกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ) มายังศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อใช้ประกอบการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้

“ข้อ ๑๕ การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

๑. โดยเป็นที่ยอมรับว่ารัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตน อำนาจที่จะกำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเป็นของรัฐบาลและอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายของรัฐนั้น

๒. ภาคีสัญญาแต่ละฝ่ายจะพยายามสร้างสภาพการณ์เอื้ออำนวยต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยภาคีสัญญาอื่นๆ เพื่อการใช้ประโยชน์ที่ไม่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และจะพยายามไม่กำหนดข้อจำกัดซึ่งขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานี้

๓. เพื่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานี้ ทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งจัดให้โดยภาคีสัญญาตามนี้แห่งข้อนี้ และข้อ ๑๖ และ ๑๕ หมายถึงเฉพาะทรัพยากรซึ่งจัดให้โดยภาคีสัญญาที่เป็นประเทศต้นกำเนิดของทรัพยากรนั้น หรือโดยภาคีสัญญาซึ่งได้มาซึ่งทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญานี้

๔. การเข้าถึง ในกรณีที่ได้รับอนุญาต ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ตกลงร่วมกัน และอยู่ภายใต้บทบัญญัติของข้อนี้

๕. การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมต้องขึ้นอยู่กับ การให้ความยินยอมของภาคีสัญญาผู้ให้ทรัพยากรเช่นว่า อันเป็นความยินยอมล่วงหน้าบนพื้นฐานความตระหนักในข้อมูลที่เกี่ยวข้อง เว้นแต่ภาคีสัญญานั้นจะกำหนดเป็นอย่างอื่น

๖. ภาคีสัญญาแต่ละฝ่ายจะพยายามพัฒนาและดำเนินการค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์ด้วยทรัพยากรพันธุกรรมที่ภาคีสัญญาอื่นๆ จัดให้ โดยมีการเข้าร่วมอย่างเต็มที่ของภาคีสัญญาอื่นๆ นั้น และในกรณีที่เป็นไปได้ในดินแดนของภาคีสัญญาอื่นๆ นั้น

๗. ภาคีสัญญาแต่ละฝ่ายจะดำเนินมาตรการทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางนโยบายเท่าที่เหมาะสม และเป็นไปตามข้อ ๑๖ และ ๑๕ และในกรณีที่เป็นไป โดยผ่านกลไกทางการเงิน ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยข้อ ๒๐ และ ๒๑ เพื่อวัตถุประสงค์ที่จะแบ่งปันผลจากการค้นคว้าและพัฒนา รวมทั้งผลประโยชน์อันเกิดจากการใช้ประโยชน์เชิงพาณิชย์และอื่นๆ ของทรัพยากรพันธุกรรม กับภาคีสัญญาซึ่งจัดให้ซึ่งทรัพยากรนั้น โดยแบ่งปันอย่างยุติธรรมและเป็นธรรม การแบ่งปันเช่นว่าจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ตกลงร่วมกัน”

การรับเรื่องไว้พิจารณาวินิจฉัย

คณะรัฐมนตรีได้เสนอเรื่องพร้อมความเห็นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖ ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ ให้องค์กรนั้นหรือประธานรัฐสภา เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย” จึงมีประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญจำต้องพิจารณาวินิจฉัยในเบื้องต้นว่า คำร้องของคณะรัฐมนตรีเป็นไปตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตราดังกล่าว หรือไม่ พิจารณาดังนี้แล้วเห็นว่า

๑. คณะรัฐมนตรีมีฐานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญขององค์กรหนึ่ง เพราะเป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญ จัดตั้งขึ้นตามมาตรา ๒๐๑ และมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินตามที่บัญญัติไว้ในหมวด ๓ ของรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะรัฐมนตรี ดังนั้น คณะรัฐมนตรีจึงเป็นองค์กรหนึ่งที่มีสิทธิเสนอเรื่องต่อ ศาลรัฐธรรมนูญได้ตามมาตรา ๒๖๖ ของรัฐธรรมนูญ

๒. เงื่อนไขประการที่สองที่ทำให้องค์กรตามรัฐธรรมนูญสามารถอาศัยความตามมาตรา ๒๖๖ ของรัฐธรรมนูญได้ก็คือ กรณีจะต้องมีปัญหาที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรนั้น สำหรับกรณีนี้ คณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่ซึ่งรวมตลอดถึงการทำหน้าที่สื่อสัญญากับนานาประเทศและกับองค์การ ระหว่างประเทศด้วย เพราะตามมาตรา ๒๒๔ ของรัฐธรรมนูญ พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราช อำนาจในการทำหนังสือสัญญาดังกล่าว และทรงใช้อำนาจนั้นทางคณะรัฐมนตรีตามมาตรา ๓ ของ รัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ ปัญหาเกี่ยวกับการทำหน้าที่สื่อสัญญาต่างๆ ตามมาตรา ๒๒๔ ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งย่อมรวมถึงการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. ๑๙๙๒ ด้วย จึงเป็นปัญหาที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีโดยตรง

๓. เงื่อนไขประการสุดท้ายก็คือ กรณีจะต้องมีปัญหาที่ได้เกิดขึ้นจริงแล้ว มิใช่เป็นแต่เพียง ปัญหาสมมติที่ตั้งขึ้นมาเพื่อขอความเห็นหรือคำปรึกษาของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีใช่เป็นองค์กรสำหรับ ให้ความเห็นหรือคำปรึกษา เมื่อพิจารณาถึงข้อเท็จจริงและความเป็นมาของคำร้องในกรณีนี้แล้วจะเห็นได้ว่า ในกรณีที่เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพโดยการให้สัตยาบันนั้น คณะรัฐมนตรี กำลังประสบปัญหาความขัดแย้งกันอย่างหนักระหว่างกระทรวงและหน่วยราชการต่างๆ ที่อยู่ภายใต้ บังคับบัญชาของคณะรัฐมนตรี กล่าวคือ กระทรวงการต่างประเทศและกระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และสิ่งแวดล้อมฝ่ายหนึ่ง กับสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและกระทรวงสาธารณสุขอีกฝ่ายหนึ่ง ในประเด็นที่ว่า คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่ต้องเสนออนุสัญญาดังกล่าวเพื่อขอความเห็นชอบของรัฐสภา ตามมาตรา ๒๒๔ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ ก่อนที่คณะรัฐมนตรีจะดำเนินการให้สัตยาบันหรือไม่ ซึ่งประเด็นข้อกฎหมายนี้ทำให้เกิดปัญหาหรือข้อสงสัยแก่คณะรัฐมนตรีในการปฏิบัติหน้าที่ให้สอดคล้องกับ

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จึงถือได้ว่าคณะรัฐมนตรีมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของตนที่จะขอให้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยให้ได้ตามมาตรา ๒๖๖ ของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เทียบเคียงได้กับ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ ๑๕/๒๕๕๑ เรื่อง คณะกรรมการการเลือกตั้งขอคำวินิจฉัยในการ เสียสิทธิของบุคคลซึ่งไม่ไปเลือกตั้ง ลงวันที่ ๑๕ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๕๑ และคำวินิจฉัย ที่ ๑๑/๒๕๕๒ เรื่อง ประธานรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า หนังสือแจ้งความจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาลมีไปถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศเป็นหนังสือสัญญาที่ จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๒๔ วรรคสอง หรือไม่ ลงวันที่ ๒๕ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๕๒

ประเด็นตามคำร้องที่คณะรัฐมนตรีเสนอให้พิจารณาวินิจฉัยมีอยู่ ๒ ประเด็นด้วยกันดังนี้ คือ

๑) คำว่า “บทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๒๔ วรรคสอง มีความหมายอย่างไร

๒) “มาตรา ๑๕ วรรคสอง ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพจะทำให้ เนื้อหาของกฎหมายที่มีอยู่แล้วต้องเปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ ในปัจจุบันกฎหมายต่างๆ ของไทย ที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญานี้ได้กำหนดระบบอนุญาติไว้ ซึ่งหลักการของระบบอนุญาติคือ ผู้อนุญาต มีอำนาจใช้ดุลพินิจตามที่เห็นสมควรจะอนุญาตหรือไม่ก็ได้ แต่เมื่อใดที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีแล้ว การใช้กฎหมายไทยจะต้องแปรเปลี่ยนไป โดยในการใช้ดุลพินิจพิจารณาจะต้องเป็นไปในทางอนุญาติ เสมอ.... ทั้งนี้ ตามผลบังคับของอนุสัญญาดังกล่าว ซึ่งการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของกฎหมายนั้นมีผล ระดับเดียวกับการต้องมีกฎหมายบังคับเพื่อให้การเป็นไปตามอนุสัญญา..... ดังนี้ จะถือว่าเป็นการ เปลี่ยนแปลง “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามมาตรา ๒๒๔ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือไม่”

สำหรับประเด็นแรก พิจารณาแล้วเห็นว่า เป็นการตั้งประเด็นขึ้นมาแบบลอยๆ เสมือนเพื่อให้ ศาลรัฐธรรมนูญให้ความเห็นหรือตีความด้วยบทของรัฐธรรมนูญเป็นการทั่วไปเพียงอย่างเดียว โดยไม่มี จุดเชื่อมโยงกับปัญหาที่เกิดขึ้นจริง ในหลักการ ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจหน้าที่ให้คำปรึกษา ทางกฎหมายแก่องค์กรตามรัฐธรรมนูญตามมาตรา ๒๖๖ ซึ่งบัญญัติให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะ พิจารณาวินิจฉัย มิใช่พิจารณาให้คำปรึกษาหรือความเห็น ดังนั้น ประเด็นแรกที่กำหนดไว้ในลักษณะ ดังกล่าวจึงไม่อยู่ในข่ายที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องให้คำตอบตามมาตรา ๒๖๖ ของรัฐธรรมนูญและ เห็นสมควรรวมเข้าไว้กับประเด็นที่สองอันเป็นประเด็นหลัก ซึ่งพิเคราะห์แล้วเห็นว่า กรณีเป็นปัญหา ที่ได้เกิดขึ้นจริงตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า ประเด็นที่สองนี้

เป็นประเด็นที่กำหนดขึ้นในลักษณะอ้อมค้อมโดยไม่จำเป็น เพราะปัญหาที่แท้จริงที่คณะรัฐมนตรีต้องการทราบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้คณะรัฐมนตรีสามารถปฏิบัติให้ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญได้ก็คือว่า อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพนั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาก่อนที่จะให้สัตยาบันหรือไม่เท่านั้น หากใช่ประเด็นทางด้านวิชาการแท้ๆ เกี่ยวกับเรื่อง “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ไม่ แต่หน่วยราชการที่ได้รับมอบหมายจากคณะรัฐมนตรีให้กำหนดประเด็นเพื่อเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญ นั้น กลับไม่ได้ตั้งประเด็นมาในลักษณะตรงไปตรงมาดังเช่นที่ควร

คำวินิจฉัย

ประเด็นที่คณะรัฐมนตรีกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยและที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยตามมาตรา ๒๖๖ ของรัฐธรรมนูญ มีอยู่ว่า มาตรา ๑๕ วรรคสอง แห่งอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. ๑๙๘๒ จะถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลง “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๒๔ วรรคสอง หรือไม่

พิเคราะห์แล้วเห็นว่า มาตรา ๒๒๔ ของรัฐธรรมนูญ ได้บัญญัติเป็นหลักการสำคัญขั้นมูลฐานไว้ว่า การทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร คือ คณะรัฐมนตรีแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรนิติบัญญัติไม่มีอำนาจหน้าที่หรือบทบาทในเรื่องดังกล่าว แต่วรรคสองของมาตราเดียวกันนี้ได้กำหนดข้อยกเว้นจากหลักการนี้ไว้ด้วยเฉพาะใน ๓ กรณีเท่านั้นที่รัฐสภาจะเข้ามามีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการทำหนังสือสัญญา ซึ่งจะเป็นอำนาจหน้าที่จำกัดแต่เพียงการพิจารณาให้หรือไม่ให้ความเห็นชอบต่อหนังสือสัญญาที่คณะรัฐมนตรีประสงค์จะทำขึ้น ข้อยกเว้นดังกล่าวคือ กรณีที่หนังสือสัญญาใด (๑) มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือ (๒) มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ หรือ (๓) จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา

ดูเหมือนจะเป็นความเข้าใจของคณะรัฐมนตรีและเป็นที่ยอมรับของหน่วยราชการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องว่าอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพไม่เป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย และไม่เป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อบังคับการตามสัญญาคงเหลือแต่เพียงข้อสงสัยว่าอนุสัญญานี้มีบทเปลี่ยนแปลง “เขตอำนาจแห่งรัฐ” อันจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา หรือไม่เท่านั้น

ด้วยเหตุนี้ และโดยเฉพาะคณะรัฐมนตรีเองมิได้หยิบยกประเด็นอื่นขึ้นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ข้าพเจ้าจึงจะจำกัดขอบเขตคำวินิจฉัยส่วนตนนี้ให้คลุมถึงเฉพาะประเด็นที่คณะรัฐมนตรีเสนอมาโดยตรงเท่านั้น ซึ่งไม่รวมถึงประเด็นที่ว่า อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพนี้เป็นหนังสือสัญญาที่ “ต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา” หรือไม่

สำหรับประเด็นที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัยนั้น พิจารณาแล้วเห็นว่า เป็นประเด็น ๒ ชั้น ที่เกี่ยวเนื่องกับการตีความรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. ๑๙๙๒ จึงเห็นสมควรแบ่งแยกการวินิจฉัยออกเป็น ๒ ขั้นตอน ดังนี้

ในขั้นตอนแรก ประเด็นมีอยู่ว่า อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ หากถือว่าเป็นการบังคับให้ภาคีสัญญาแต่ละฝ่ายต้องอนุญาตการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมแล้ว จะเป็นหนังสือสัญญาที่ “มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ” หรือไม่ ซึ่งประเด็นนี้ย่อมต้องขึ้นอยู่กับการตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๒๔ วรรคสอง

ในขั้นตอนที่สอง ประเด็นมีอยู่ว่า พันธกรณีที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๕ วรรคสอง ของอนุสัญญาที่กล่าวว่ามีลักษณะ เนื้อหาสาระ และสภาพบังคับที่แท้จริงเป็นอย่างไร ซึ่งเป็นเรื่องของการตีความหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยเฉพาะ มิใช่การตีความรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ในขั้นตอนแรกนั้น กระทรวงการต่างประเทศ (และฝ่ายที่สนับสนุน เช่น กระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อม และกระทรวงเกษตรและสหกรณ์) ชี้แจงว่า คำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” เป็นคำที่มีความหมายเฉพาะเป็นพิเศษ ซึ่งปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๓๔ หมายถึง เขตหรือพื้นที่ในทะเล ซึ่งอยู่นอกอาณาเขตหรือดินแดนของราชอาณาจักรไทย โดยเป็นเขตหรือพื้นที่ที่ประเทศไทยมีเพียงสิทธิอธิปไตย และมีอำนาจบางประการและอย่างจำกัดเท่าที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองไว้ในเรื่องเกี่ยวกับการสำรวจและแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ การสร้างเกาะเทียม การวิจัยทางทะเลและการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม เขตอำนาจแห่งรัฐดังกล่าวหมายถึง เขตเศรษฐกิจจำเพาะ และเขตไหล่ทวีป ฉะนั้นคำว่า “เปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ” จึงหมายถึง การเปลี่ยนแปลงขอบเขตของพื้นที่ในทะเล เช่น ให้อกว้างหรือแคบกว่าขอบเขตของพื้นที่ในทะเลที่ประเทศไทยเคยประกาศหรือกำหนดไว้แต่เดิมนั้น ซึ่งทั้งนี้ไม่สอดคล้องกับกรณีของมาตรา ๑๕ วรรคสอง

ทางสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (และฝ่ายที่เห็นด้วย เช่น กระทรวงสาธารณสุข และคณะกรรมการการต่างประเทศของสภาผู้แทนราษฎร) ได้โต้แย้งว่า กระทรวงการต่างประเทศ อาจมีประสบการณ์ในการใช้ถ้อยคำของมาตรา ๒๒๔ ของรัฐธรรมนูญมาอย่างหนึ่ง จึงอาจเข้าใจความหมายของ “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ในแง่ของพื้นที่ที่ประเทศไทยไม่มีอำนาจอธิปไตย เท่านั้น แต่แท้จริงกฎหมายทุกฉบับมีเจตนารมณ์ของตนเองตามหลักกฎหมายที่ใช้บังคับในเรื่องนั้นๆ มิใช่จะผูกมัดแต่กับเจตนารมณ์ของผู้มีส่วนให้ความเห็นในการร่างเสมอไป โดยหลักอยู่ที่ว่าอำนาจนิติบัญญัติมีความสำคัญต่อเอกราชของประเทศ การลบล้าง เปลี่ยนแปลงหรือจำกัดอำนาจนี้ย่อมเป็นสิ่งสำคัญที่ฝ่ายบริหารในการปกครองระบบรัฐสภาจะดำเนินการไปเพียงลำพังไม่ได้ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็น

เกี่ยวกับการเอื้ออำนาจการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา ๑๕ วรรคสอง ของอนุสัญญาอีกด้วยว่า “หลักการของระบบการอนุญาตคือ ผู้อนุญาตมีอำนาจใช้ดุลพินิจตามที่สมควรจะอนุญาตหรือไม่ก็ได้ แต่เมื่อใดที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีแล้ว เนื้อหาของกฎหมายไทยจะต้องแปรเปลี่ยนไปโดยในการใช้ดุลพินิจพิจารณาจะต้องเป็นไปในทางอนุญาตเสมอตามผลบังคับของอนุสัญญา..... ดังนั้นการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญานี้จึงมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของกฎหมายไทย โดยเป็นการเปลี่ยนแปลงการกระทำของรัฐในทางนิติบัญญัติอันมีผลระดับเกี่ยวกับการต้องมีกฎหมายบังคับเพื่อให้การเป็นไปตามอนุสัญญาซึ่งตามมาตรา ๒๒๔ ของรัฐธรรมนูญปัจจุบันถือได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐในทางนิติบัญญัติ จึงต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา”

พิเคราะห์แล้วเห็นว่า คำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” หรือ “อำนาจแห่งรัฐ” มิใช่เป็นคำศัพท์ที่ใช้กันโดยทั่วไปหรือมีนิยามศัพท์ไว้ในกฎหมายไทย แต่เป็นคำศัพท์และแนวความคิดที่ยืมมาจากระบบกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะ จึงมิใช่เป็นเรื่องบังเอิญที่ถ้อยคำนี้ปรากฏอยู่เฉพาะในมาตรา ๒๒๔ ของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยการทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศเพียงแห่งเดียวเท่านั้น ดังนั้นความหมายและเนื้อหาสาระของคำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” จะสามารถเข้าใจได้อย่างถูกต้องก็แต่เฉพาะในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศ ตามระบบกฎหมายนี้ “อำนาจแห่งรัฐ” ก็คือ อำนาจสิทธิ หรือเสรีภาพเฉพาะเรื่องของรัฐ เป็นเพียงส่วนประกอบของอำนาจอธิปไตย (ไม่ใช่สิทธิอธิปไตย) แห่งรัฐซึ่งเป็นอำนาจอสูงสุดและเด็ดขาดที่รัฐแต่ละรัฐพึงมีอยู่ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น “อำนาจแห่งรัฐ” จึงมีเนื้อหาสาระและขอบเขตที่จำกัดและแคบกว่าอำนาจอธิปไตย

แนวความคิดที่ให้รวมเรื่อง “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศปรากฏเป็นครั้งแรกในคราวร่างรัฐธรรมนูญปี พ.ศ. ๒๕๑๓ ซึ่งมาตรา ๑๕๕ ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ใช้คำว่า “เขตอธิปไตยแห่งชาติ” และต่อมาในการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. ๒๕๓๔ ได้มีการแก้ไขคำดังกล่าวเป็น “เขตอำนาจแห่งรัฐ” แทน ทั้งนี้เป็นที่เข้าใจและยอมรับกันในวงการที่เกี่ยวข้องว่า ความหมายดั้งเดิมที่ผู้ยกร่างรัฐธรรมนูญตั้งใจไว้ในทั้งสองกรณีก็คือ พื้นที่หรืออาณาบริเวณที่รัฐมีอำนาจอยู่ในลักษณะที่จำกัดเฉพาะเรื่องตามกฎหมายระหว่างประเทศ มิใช่เป็นอำนาจอสูงสุดและเด็ดขาด ดังเช่นอำนาจอธิปไตยที่รัฐแต่ละรัฐพึงมีอยู่เหนือพื้นที่หรืออาณาบริเวณที่เป็นดินแดนของตน พื้นที่หรืออาณาบริเวณที่รัฐมีอำนาจน้อยกว่าอำนาจอธิปไตยเหล่านี้ ได้แก่ เขตหรืออาณาบริเวณในทะเลที่เรียกว่า “เขตต่อเนื่อง” “เขตไหล่ทวีป” และ “เขตเศรษฐกิจจำเพาะ” ซึ่งรัฐชายฝั่งมีเพียงอำนาจ สิทธิและเสรีภาพบางประการ ตามที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองไว้เท่านั้น แต่อำนาจ สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวเมื่อรวมกันแล้ว ก็ยังไม่เป็นถึงอำนาจอ

อธิปไตยโดยบริบูรณ์ ดังเช่นที่รัฐมีอยู่เหนือผืนแผ่นดิน และเนื้อที่ทางทะเลที่เรียกว่า “น่านน้ำภายใน” และ “ทะเลอาณาเขต” ซึ่งพื้นที่ทางทะเลทั้งสองนี้ กฎหมายระหว่างประเทศจัดให้รวมอยู่ใน “อาณาเขต” หรือดินแดนของรัฐด้วย แต่เมื่อต่อเลยออกไปจากทะเลอาณาเขตจึงจะเป็น “เขตต่อเนื่อง” “เขตไหล่ทวีป” และ “เขตเศรษฐกิจจำเพาะ” ซึ่งในบริเวณทั้งสามนี้ รัฐไม่มีอำนาจอธิปไตยโดยบริบูรณ์ คงมีแต่เพียงอำนาจ สิทธิ และเสรีภาพบางประการเท่านั้น จึงไม่รวมอยู่ในความหมายของคำว่า “อาณาเขตไทย” การที่ได้มีการเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้รวมถึง “เขตอธิปไตยแห่งชาติ” (ในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. ๒๕๑๗) หรือ “เขตอำนาจแห่งรัฐ” (ในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. ๒๕๓๕ และฉบับปัจจุบัน) ก็ด้วยความมุ่งหมายที่จะให้รัฐสภามีอำนาจในการให้หรือไม่ให้ความเห็นชอบต่อหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเส้นแบ่งเขตต่อเนื่อง เส้นแบ่งเขตไหล่ทวีป และเส้นแบ่งเขตเศรษฐกิจจำเพาะ หรือเส้นแบ่งเขตบริเวณอื่นใดอีกที่กฎหมายระหว่างประเทศอาจจะยอมรับรองต่อไปในอนาคต ซึ่งอำนาจเช่นว่านี้ รัฐสภาไม่เคยมีมาก่อนตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อนปี พ.ศ. ๒๕๑๗ เพราะในสมัยก่อนนั้น กฎหมายระหว่างประเทศยังไม่ได้พัฒนาไปถึงขั้นที่ยอมรับรองเขตทางทะเลต่างๆ นอกเหนือไปจาก “น่านน้ำภายใน” และ “ทะเลอาณาเขต” ซึ่งบริเวณทั้งสองนี้รวมอยู่ใน “อาณาเขตไทย” ด้วย ตามที่กล่าวมาแล้ว ส่วน “เขตต่อเนื่อง” “เขตไหล่ทวีป” และ “เขตเศรษฐกิจจำเพาะ” นั้น เป็นหลักการใหม่ที่กฎหมายระหว่างประเทศเพิ่งยอมรับรอง เมื่อประเทศไทยรับเอารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ (เริ่มตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๑๗) จึงได้มีการเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่ว่าด้วยการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศด้วย เพื่อให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศในยุคใหม่ เหตุผลหลักก็คือ เขตทางทะเลใหม่ๆ เหล่านี้มีความสำคัญอย่างยิ่งยวดในด้านเศรษฐกิจและเลยไปถึงด้านความมั่นคงปลอดภัยของประเทศทีเดียว ดังนั้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงเล็งเห็นว่า การเปลี่ยนแปลงขอบเขตหรือเส้นแบ่งพื้นที่ดังกล่าวก็สมควรได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาในทำนองเดียวกันกับการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของประเทศไทย โดยเฉพาะอาจจะต้องขอความร่วมมือของรัฐสภาต่อไปในการตรากฎหมายให้มีผลบังคับครอบคลุมถึงเขตทางทะเลดังกล่าวด้วย

ด้วยเหตุผลตามที่กล่าว จึงเห็นว่าคำชี้แจงเรื่อง “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ของกระทรวงการต่างประเทศ เป็นคำชี้แจงที่ฟังขึ้น และสอดคล้องกับประวัติและความเป็นมาของถ้อยคำนี้ และในเมื่ออนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการแบ่งเขตหรือการเปลี่ยนแปลงเส้นแบ่งเขตทางทะเลแต่ประการใด จึงมีอาจถือได้ว่า อนุสัญญานี้มีบทเปลี่ยนแปลง “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามมาตรา ๒๒๕ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ อย่างน้อยก็โดยเจตนารมณ์และความตั้งใจเดิมของรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีข้อโต้แย้งสำคัญบางประการที่เห็นสมควรพิจารณา วินิจฉัยเสียด้วย ประการแรก หน่วยงานนี้กล่าวอ้างว่า “กระทรวงการต่างประเทศอาจมีประสบการณ์ ในการใช้ถ้อยคำของมาตรา ๒๒๔ ของรัฐธรรมนูญมาอย่างหนึ่ง แต่แท้จริงกฎหมายทุกฉบับมี เจตนารมณ์ของตัวเองตามหลักกฎหมายที่ใช้บังคับในเรื่องนั้นๆ มิใช่จะผูกมัดแต่กับเจตนารมณ์ของ ผู้มีส่วนให้ความเห็นในการร่างเสมอไป” ถึงแม้ข้ออ้างนี้จะไม่สอดคล้องกับเกร็ดทางประวัติศาสตร์ ที่ว่าผู้ที่เสนอถ้อยคำที่เป็นปัญหานี้ก็คือ ข้าราชการกระทรวงการต่างประเทศผู้อาวุโสท่านหนึ่งที่มีประสบการณ์ อย่างกว้างขวางมาแล้วในการเจรจาทำหนังสือสัญญากับต่างประเทศ ข้าพเจ้าเองก็เห็นด้วยว่า ในหลักการแล้วการตีความตัวบทกฎหมายจะต้องขึ้นอยู่กับถ้อยคำที่ใช้เป็นเกณฑ์ ไม่จำเป็นต้องผูกมัด อยู่กับความตั้งใจหรือเจตนารมณ์ของผู้ที่ได้ร่างกฎหมายนั้นเสมอไป กล่าวอีกนัยหนึ่งความหมายของ ถ้อยคำที่ใช้ในตัวบทกฎหมายอาจได้รับการพัฒนาไปได้ตามกาลเวลา และความเปลี่ยนแปลงของ สถานการณ์ ดังนั้น คำว่า “เขตอำนาจแห่งรัฐ” จึงอาจได้พัฒนาไปจนมีความหมายกว้างเกินกว่า ผู้ที่ร่างบทบัญญัตินี้ตั้งใจไว้ในตอนเริ่มแรก แต่คำถามที่ต้องถามต่อไปมียุ่ว่ามีหลักฐานประการใด หรือไม่ ที่แสดงว่าความหมายของถ้อยคำนี้ได้ถูกขยายให้กว้างขึ้นแล้วจริง จะด้วยการตีความที่ดีหรือ โดยแนวปฏิบัติของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องก็ดี จากการตรวจสอบเอกสารหลักฐานและแนวปฏิบัติที่ผ่านมา ของกระทรวงการต่างประเทศซึ่งเป็นหน่วยงานหลักมีหน้าที่รับผิดชอบในเรื่องการทำหนังสือสัญญา ระหว่างประเทศทั้งปวงแล้วไม่พบ และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเองก็ไม่สามารถแสดงว่ามีกรณี ตัวอย่างหรือแบบอย่างของหนังสือสัญญาใดที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา เพราะเหตุที่มีบทเปลี่ยนแปลง “เขตอำนาจแห่งรัฐ” นอกเหนือไปจากหนังสือสัญญาที่ว่าด้วยการแบ่งเขตทางทะเล ฉะนั้น ข้อโต้แย้ง ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในประเด็นนี้ จึงเป็นข้อโต้แย้งที่เลื่อนลอยไม่มีหลักฐานและ ข้อเท็จจริงมาสนับสนุน และย่อมฟังไม่ขึ้น

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกากล่าวอ้างต่อไปว่า “เมื่อใดที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฯ แล้ว เนื้อหาของบทกฎหมายไทยจะต้องแปรเปลี่ยนไป... ดังนั้น การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญานี้จึงมีผล เป็นการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของกฎหมาย โดยเป็นการเปลี่ยนแปลงการกระทำของรัฐในทางนิติบัญญัติ อันมีผลระดับเดียวกับการต้องมีกฎหมายบังคับเพื่อให้การเป็นไปตามอนุสัญญา ซึ่งตามมาตรา ๒๒๔ ของรัฐธรรมนูญ ถือได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลง “เขตอำนาจแห่งรัฐ” ในทางนิติบัญญัติ” พิจารณาแล้ว เห็นว่า ข้ออ้างนี้ได้แสดงให้เห็นที่ประจักษ์ถึงความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยความ สัมพันธระหว่างกฎหมายภายในของรัฐและกฎหมายระหว่างประเทศ ประการแรก ประเทศไทยเป็น ประเทศหนึ่งที่ใช้ระบบทวินิยมซึ่งหมายความว่า หนังสือสัญญาระหว่างประเทศไม่อาจมีผลบังคับใช้

ภายในประเทศได้จนกว่าจะได้มีการออกพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการเสียก่อน และตราบไคที่ยังไม่มีกฎหมายภายในรองรับหนังสือสัญญาใด ครานั้นศาลไทยก็จะต้องนำกฎหมายไทยที่มีอยู่มาใช้บังคับแก่คดี แม้จะเป็นการขัดหรือแย้งกับหนังสือสัญญานั้นก็ตาม โดยศาลไทยไม่มีอำนาจใช้บทบัญญัติในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศแทน จึงไม่มีทางใด ๆ เลยที่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะสามารถเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของกฎหมายไทยได้ในตัวเองโดยไม่ต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายไทยก่อน

ประการที่สอง ถ้าข้ออ้างของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหมายความว่า การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา ฯ เป็นการสร้างพันธกรณีให้ประเทศไทยต้องเปลี่ยนแปลง “เนื้อหาของกฎหมายไทย” ที่มีอยู่ กรณีก็จะเป็นว่าอนุสัญญา ฯ ดังกล่าว “ต้องตราพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา” นั่นเอง ดังนั้น อนุสัญญา ฯ ก็จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาด้วยเหตุที่ต้องตราพระราชบัญญัติอนุวัติการ มิใช่เป็นเพราะเหตุที่อนุสัญญามีผล “เปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ” ความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เห็นว่า “การเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของกฎหมายไทย... มีผลระดับเดียวกับการต้องมีกฎหมายบังคับเพื่อให้การเป็นไปตามอนุสัญญา...จึงต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา” นั้นเป็นความเห็นที่เนื่องมาจากความสับสนในทางความคิดระหว่างการขอความเห็นชอบของรัฐสภาประการหนึ่ง กับการตราพระราชบัญญัติอนุวัติการอีกประการหนึ่ง เพราะความเห็นนั้นจะหมายความว่า หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐจำเป็นต้องได้รับแต่เพียงความเห็นชอบของรัฐสภาเท่านั้น โดยไม่จำเป็นต้องตรากฎหมายอนุวัติการอีก ซึ่งเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ด้วยเหตุผลที่ได้กล่าวมาแล้ว หรือถ้าหมายความว่า จะต้องออกพระราชบัญญัติอนุวัติการอีกด้วยแล้ว กรณีก็ไม่จำเป็นต้องอ้างการ “เปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ” มาเป็นเหตุที่ต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภา เพราะกรณีเช่นนี้ย่อมเป็นประเภทเดียวกันกับหนังสือสัญญาที่ “ต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา” และจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาเพราะเหตุนี้อยู่แล้ว

ประการที่สาม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้โต้แย้งว่า “โดยหลักอยู่ที่ว่า อำนาจนิตินบัญญัติมีความสำคัญต่อเอกราชของประเทศ การลบล้าง เปลี่ยนแปลง หรือจำกัดอำนาจนี้อย่อมเป็นสิ่งสำคัญที่ฝ่ายบริหารในการปกครองระบบรัฐสภาจะดำเนินการไปเพียงลำพังมิได้” พร้อมทั้งได้อ้างอิงถึงแนวปฏิบัติและรัฐธรรมนูญของอารยประเทศบางประเทศมาสนับสนุนข้อโต้แย้งดังกล่าว พิเคราะห์แล้วเห็นว่า โดยลักษณะทางธรรมชาติและแก่นสารที่แท้จริงแล้ว หนังสือสัญญาระหว่างประเทศทุกฉบับย่อมมีผลอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ที่จะ “ลบล้าง เปลี่ยนแปลง หรือจำกัดอำนาจนิตินบัญญัติ” ของภาคีสัญญาในระดับหนึ่ง ไม่มากก็น้อย กล่าวอีกนัยหนึ่ง ถ้าตีความคำว่า “เปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ” ในลักษณะที่กว้างถึงเพียงนั้น ก็จะไม่หนังสือสัญญาใดที่ไม่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐในทางใด

ทางหนึ่งเลย เพราะตราบดที่หนังสือสัญญาใดมีผลใช้บังคับอยู่ ตราบนั้นฝ่ายนิติบัญญัติย่อมไม่มีอำนาจในการออกพระราชบัญญัติใดๆ ที่จะผลเป็นการขัดหรือแย้งต่อหนังสือสัญญานั้นได้ ตัวอย่าง เช่น หนังสือสัญญาที่ในปัจจุบันรัฐนิยมทำกันมากและใช้แบบที่ง่ายที่สุด ในรูปของ “หนังสือแลกเปลี่ยน” ระหว่างกัน คือ เรื่องการยกเว้นการตรวจลงตราการเข้าเมืองของคนชาติของภาคีสัญญา ซึ่งประเทศไทยได้ทำไว้หลายฉบับแล้ว ในเมื่อหนังสือสัญญาดังกล่าวอนุญาตให้คนชาติของภาคีสัญญาเข้ามาในดินแดนไทยได้โดยไม่ต้องตรวจลงตราในหนังสือเดินทาง รัฐสภาที่ไม่มีอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายไปในทางยกเลิก หรือเพิกถอนการยกเว้นการตรวจลงตราได้ แต่หนังสือสัญญาประเภทนี้ก็ไม่เคยถือกันว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาทั้งๆ ที่ในกรณีเช่นนี้อำนาจนิติบัญญัติได้ถูก “ลบล้างเปลี่ยนแปลง หรือจำกัด” ไปแล้วตามคำนิยามของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเอง ด้วยเหตุที่กล่าวอ้างความคำว่า “เปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ” ในลักษณะที่กว้างดังเช่นที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเข้าใจแล้ว หนังสือสัญญาระหว่างประเทศทุกฉบับ ก็น่าจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติด้วย และหากเป็นเช่นนั้นแล้ว กรณีก็จะมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ (อันเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมที่ละเมิดรัฐธรรมนูญมาตรา ๓๑๓) โดยการจัดแบ่งแยกอำนาจหน้าที่กันใหม่ด้วยการให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามามีส่วนร่วมและแบ่งอำนาจกับฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทุกฉบับ ทั้งนี้ จะเป็นการขัดแย้งกับหลักสากล ซึ่งเป็นหลักการเดียวกันของมาตรา ๒๒๕ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่กำหนดให้ฝ่ายบริหารเท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยจะต้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามามีบทบาทในการพิจารณาให้หรือไม่ให้ความเห็นชอบก็แต่เฉพาะในกรณีที่ฝ่ายบริหารจำเป็นต้องได้รับความร่วมมือหรือความยินยอมของฝ่ายนิติบัญญัติต่อไปในการตรากฎหมายเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามสัญญาเท่านั้น สำหรับรัฐธรรมนูญต่างประเทศที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกายกขึ้นอ้างเพื่อสนับสนุนความเห็นของตนเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐนั้น พิจารณาแล้วเห็นว่า ล้วนแต่เป็นกรณีที่หนังสือสัญญาที่เกี่ยวข้องมีบทเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายใน หรือต้องมีกฎหมายอนุวัติการทั้งสิ้น หากได้เป็นตัวอย่างของหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐไม่จึงไม่สอดคล้องกับข้อโต้แย้งของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ที่กล่าวมาข้างต้นสรุปได้ว่า อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพไม่มี “บทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๒๕ วรรคสอง แต่เพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์และวินิจฉัยต่อไป เราจะยอมรับหรือสมมติว่าความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาถูกต้อง กล่าวคือ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ แม้จะไม่เกี่ยวกับการแบ่งเขตทางทะเล แต่ก็ต้อง

ถือว่ามีผล “เปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ” เช่นเดียวกัน แม้ในสมมติฐานเช่นว่านี้ ก็ยังคงมีประเด็นสำคัญเกี่ยวกับการตีความอนุสัญญา ฯ มาตรา ๑๕ วรรคสอง ที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัยอีกต่อไปว่า พันธกรณีที่กำหนดไว้ในมาตราดังกล่าวนั้น มีลักษณะ เนื้อหาสาระ และสภาพบังคับที่แท้จริงเป็นอย่างไร บทบัญญัตินี้กำหนดว่า “ภาคีคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะพยายามสร้างสภาพการณ์เอื้ออำนวยต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยภาคีคู่สัญญาอื่น ๆ..... และจะพยายามไม่กำหนดข้อจำกัดซึ่งขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานี้”

ข้อโต้แย้งทั้งหมดของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ว่าอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพมีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐนั้น อาศัยอยู่บนการตีความมาตรา ๑๕ วรรคสอง ของอนุสัญญา ฯ ในลักษณะที่ว่าจะทำให้การใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าสมควรจะอนุญาตการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมหรือไม่นั้น ต้องเป็นไปทางอนุญาติเสมอ พิจารณาดูแล้วเห็นว่า มาตรา ๑๕ วรรคสอง ไม่มีความหมายหรือเนื้อหาสาระตามที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเข้าใจแต่ประการใด ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

๑. การตีความ หรือการแสวงหาความหมายที่แท้จริงของบทบัญญัติใดบทบัญญัติหนึ่งในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ มีอาจจำกัดแต่เพียงการพิจารณาวิเคราะห์บทบัญญัตินั้นโดยลำพัง แต่จำเป็นต้องพิจารณาและคำนึงถึงบริบทหรือตัวบทของหนังสือสัญญาตลอดทั้งฉบับด้วย เพื่อให้เข้าใจหรือรู้ถึงความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์แห่งหนังสือสัญญานั้น เมื่อพิจารณาความในมาตรา ๑๕ วรรคสอง ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ประกอบมาตราอื่น ๆ รวมตลอดถึงคำปรารภของอนุสัญญาแล้วเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดให้เป็นพันธกรณีของรัฐภาคีคู่สัญญาใดที่จะอนุญาตหรือจะพยายามอนุญาตการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของตนโดยรัฐภาคีอื่น คงเป็นแต่เพียงพันธกรณีที่พยายาม สร้างสภาพการณ์เอื้ออำนวยต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเท่านั้น ดังจะเห็นได้จากตัวบทภาษาอังกฤษและภาษาฝรั่งเศสของอนุสัญญา ฯ (ตัวบทภาษาอังกฤษบัญญัติว่า “Each Contracting Party shall endeavour to create conditions to facilitate access to genetic resources...” ตัวบทภาษาฝรั่งเศสบัญญัติว่า “Chaque Partie contractante s’efforce de créer les conditions propres à faciliter l’accès aux ressources génétiques...”)

๒. การ “สร้างสภาพการณ์เอื้ออำนวยต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม” มิได้หมายความถึงการพิจารณาอนุญาตการเข้าถึงทรัพยากรนั้น แต่เป็นเรื่องของการจัดการ ก่อให้เกิด หรือกำหนดให้มีกระบวนการและขั้นตอนในการยื่นคำขออนุญาต และองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาคำขอนั้น ส่วนการพิจารณาว่าจะอนุญาตหรือไม่อนุญาตตามคำขอนั้น เป็นเรื่องคนละเรื่องกันกับการ

จัดตั้งระบบดังที่กล่าว สำหรับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการพิจารณาคำขอการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้น มีกำหนดไว้อย่างชัดเจนแล้วในบทบัญญัติอื่น คือ วรรคหนึ่ง วรรคสี่ และวรรคห้าของมาตรา ๑๕ ประกอบมาตรา ๓ ของอนุสัญญา ฯ ดังนี้

มาตรา ๑๕ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “โดยเป็นที่ยอมรับว่ารัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตน อำนาจที่จะกำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเป็นของรัฐบาลและอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายของรัฐนั้น” (ตัวบทภาษาอังกฤษของอนุสัญญา ฯ บัญญัติไว้ดังนี้ “Recognizing the sovereign rights of States over their natural resources, the authority to determine access to genetic resources rests with the national governments and is subject to national legislation...” และตัวบทภาษาฝรั่งเศสบัญญัติว่า “Etant donné que les Etats ont droit de souveraineté sur leurs ressources naturelles, le pouvoir de déterminer l'accès aux ressources génétiques appartient aux gouvernements et est régi par la législation nationale...”)

มาตรา ๓ บัญญัติว่า “ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐย่อมมีสิทธิอธิปไตยในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรของตนให้เป็นไปตามนโยบายสิ่งแวดล้อมของตนเอง...” (ตัวบทภาษาอังกฤษบัญญัติว่า “States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies...” และตัวบทภาษาฝรั่งเศสบัญญัติว่า “Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, le Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement ...”)

๓. จะเห็นได้ว่ามาตรา ๑๕ วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา ๓ ที่อ้างถึงข้างต้นนี้ได้วางหลักการที่สำคัญยิ่งเกี่ยวกับอำนาจในการอนุญาตการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมว่า อำนาจนั้นเป็นของรัฐแต่ละรัฐ และอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายของรัฐนั้น หลักการนี้ย่อมาหมายความว่า รัฐภาคีแต่ละรัฐมีอำนาจใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าจะอนุญาตหรือไม่อนุญาตการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของตนก็ได้ ตามที่ตนพิจารณาเห็นสมควรในกรอบของนโยบายสิ่งแวดล้อมที่ตนเองเป็นผู้กำหนดและภายใต้บังคับแห่งกฎหมายของตนเอง เมื่อเป็นเช่นนี้ อำนาจที่จะกำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจึงมิใช่เป็นอำนาจที่จะต้องเข้าไปในทางอนุญาตเสมออย่างที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเข้าใจ นอกจากนั้นแล้ว

มาตรา ๑๕ วรรคสี่ และวรรคห้า ยังได้ระบุถึงเงื่อนไขบางประการอันเป็นการยืนยันและสนับสนุนหลักการที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่งด้วย ดังนี้

วรรคสี่ บัญญัติว่า “การเข้าถึง ในกรณีที่ได้รับอนุญาต ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ตกลงร่วมกัน และอยู่ภายใต้บทบัญญัติของมาตรานี้” (ด้วยภาษาอังกฤษบัญญัติว่า “Access, where granted, shall be on mutually agreed terms and subject to the provisions of this Article...” และด้วยภาษาฝรั่งเศสบัญญัติว่า “L’accès, lorsqu’il est accordé, est régi par des conditions convenues d’un commun accord et est soumis aux dispositions du présent article...”) พิจารณาแล้วเห็นว่า ประการแรก วลีที่ว่า “ในกรณีที่ได้รับอนุญาต” ย่อมเป็นการยืนยันโดยปริยายว่าการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเป็นเรื่องที่จะอนุญาตหรือไม่อนุญาตก็ได้ และไม่มีข้อผูกพันตามอนุสัญญา ฯ ให้รัฐภาคีต้องอนุญาต ประการที่สอง “การเข้าถึง” ยังต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่ตกลงร่วมกันระหว่างรัฐผู้ขออนุญาตกับรัฐผู้ถูกขอ ไม่ใช่เป็นเรื่องที่รัฐผู้ขอฝ่ายเดียวจะสามารถเรียกร้องได้ว่าเป็นสิทธิของตนโดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ และหากไม่สามารถตกลงกันได้ ก็ย่อมไม่มีทางที่รัฐภาคีใดจะสามารถเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของรัฐภาคีอื่นได้

ส่วนวรรคห้า บัญญัติว่า “การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมต้องขึ้นอยู่กับ การให้ความยินยอมของภาคีคู่สัญญาผู้ให้... อันเป็นความยินยอมบนพื้นฐานความตระหนักในข้อมูลที่เกี่ยวข้อง...” (ด้วยภาษาอังกฤษบัญญัติว่า “Access to genetic resources shall be subject to prior informed consent of the Contracting Party providing such resources...” และด้วยภาษาฝรั่งเศสบัญญัติว่า “L’accès aux ressources génétiques est soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause de la Partie contractante qui fournit lesdites ressources...”) ทั้งนี้ หมายความว่า ความยินยอม หรือการอนุญาตที่ให้ จำต้องเป็นความยินยอม หรือการอนุญาตที่ให้ด้วย ความรู้เท่าถึงการณ์ ไม่ใช่ให้ด้วยความเข้าใจผิดหรือหลงผิด หรือเพราะขาดความรู้และประสบการณ์ หรือเพราะถูกหลอกลวง เป็นต้น ดังนั้น ถ้าการอนุญาตการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในกรณีใดเกิดมีข้อบกพร่องดังเช่นที่กล่าวแล้ว การอนุญาตนั้นย่อมถูกเพิกถอน หรือยกเลิกได้ โดยจะไม่ถือว่ารัฐภาคีผู้ถอนหรือยกเลิกการอนุญาตได้กระทำการอันเป็นการละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญาแต่อย่างไร

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น จึงเห็นว่าสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเข้าใจความหมายของมาตรา ๑๕ วรรคสอง ของอนุสัญญา ฯ ไปในทางที่ผิดโดยสิ้นเชิง แต่เพื่อประโยชน์แห่งการวินิจฉัยประเด็นตามคำร้อง ก็สมควรที่จะตั้งสมมติฐานไว้ว่า มาตรา ๑๕ วรรคสองนี้ เป็นเรื่องการอนุญาต

การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจริง ดังเช่นที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเข้าใจ ในกรณีที่สมมติขึ้นนี้ ก็จำเป็นต้องพิจารณาวินิจฉัยต่อไปถึงลักษณะ เนื้อหาสาระและสภาพบังคับของพันธกรณีที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติที่กล่าว ดังต่อไปนี้

ประการแรก มาตรา ๑๕ วรรคสอง บัญญัติให้ภาคีสัญญาเพียงแต่ “จะพยายาม” (ด้วยภาษาอังกฤษบัญญัติว่า “Each Contracting Party shall endeavour to create conditions to facilitate access to genetic resources...” ด้วยภาษาฝรั่งเศสบัญญัติว่า “Chaque Partie contractante s’efforce de créer les conditions propres à faciliter l’accès aux ressources génétiques...”) ซึ่งในวิธีการร่างหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่างๆ เป็นที่ยอมรับและเข้าใจกันดีว่า ถ้อยคำเช่นว่านี้มีวัตถุประสงค์ที่จะแบ่งเบาพันธกรณีที่กำหนดไว้ ให้เจือจางลงกว่าในกรณีที่บัญญัติให้ภาคีสัญญา “จะ” โดยไม่มีคำว่า “พยายาม” ควบอยู่ด้วย ทั้งนี้ หมายความว่า ในกรณีใดก็ตามหรือจะด้วยเหตุผลประการใดก็ตาม ที่ภาคีสัญญาพิจารณาแล้วเห็นสมควรไม่อนุญาต หรือไม่สามารให้อนุญาตได้ เพราะเหตุขัดข้องทางข้อกฎหมายหรือทางนโยบายระดับชาติของประเทศ การปฏิเสธไม่อนุญาตการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในกรณีเช่นนี้ ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการละเมิดพันธกรณีดังกล่าว

ประการที่สอง กรณีอาจเทียบเคียงได้กับความแตกต่างในกฎหมายอาญา ระหว่าง “การกระทำความผิด” กับ “การพยายามกระทำความผิด” เพราะฉะนั้น คำว่า “จะพยายาม” ที่ใช้ในมาตรา ๑๕ วรรคสอง ของอนุสัญญา ฯ จึงเป็นคำที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในฐานะที่เป็นตัวจำกัดพันธกรณีให้เบาบางลง อนึ่ง เป็นที่น่าสังเกตว่าถ้อยคำนี้ปรากฏเฉพาะในมาตรา ๑๕ วรรคสอง วรรคหก และมาตรา ๘ (๖) ของอนุสัญญาทั้งฉบับที่มีบทบัญญัติรวมทั้งสิ้นถึง ๕๒ มาตรา ทั้งนี้ แสดงว่าพันธกรณีตามมาตราดังกล่าวเป็นพันธกรณีที่รัฐส่วนใหญ่จะยอมรับหรือปฏิบัติตามได้ยาก หากไม่มีคำว่า “จะพยายาม” มาผ่อนปรน ดังนั้น การตีความมาตรา ๑๕ วรรคสอง ในลักษณะเสมือนว่าไม่มีคำว่า “จะพยายาม” ควบอยู่ด้วยนั้น จึงไม่ถูกต้อง และคงเป็นผลสืบเนื่องมาจากความไม่เข้าใจเกี่ยวกับวิธีการร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในกรอบของสหประชาชาติที่มุ่งหมายให้สมาชิกทุกรัฐ หรือสมาชิกส่วนใหญ่ เข้าร่วมเป็นภาคีด้วย จุดมุ่งหมายนี้จะบรรลุถึงได้ ก็ต่อเมื่อสามารถทำให้รัฐต่างๆ ซึ่งมีระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจ ทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแตกต่างกันมาก เห็นว่าพันธกรณีที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานั้น มีลักษณะแต่พอประมาณ ไม่เข้มงวดจนถึงระดับที่จะมีผลกระทบกระเทือนผลประโยชน์แห่งชาติได้ และยังมีคามยืดหยุ่นพอสมควร อีกทั้งยังจะไม่ทำให้รัฐที่ด้อยพัฒนาในทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ต้องตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบรัฐอื่นที่ก้าวหน้ากว่า จึงจำเป็นต้องใช้คำว่า “จะพยายาม” เพื่อจำกัดหรือลดความเข้มข้นของพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามเมื่อเข้าเป็นภาคีแล้ว ดังนี้ ถ้าวรรณภาคีสัญญาใดได้ใช้

ความพยายามโดยสุจริตใจแล้ว แต่ยังไม่สามารถอนุญาตได้ ก็ต้องถือว่ารัฐนั้นได้ปฏิบัติตามพันธกรณี ตามมาตรา ๑๕ วรรคสอง โดยครบถ้วนแล้ว

จากที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นนี้ จึงอาจสรุปได้ว่า

๑. อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ไม่เป็นหนังสือสัญญาประเภทที่มีบท “เปลี่ยนแปลงเนื้อหาของกฎหมายไทย” หรือ “เปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามที่สำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกากล่าวอ้าง

๒. มาตรา ๑๕ วรรคสอง ของอนุสัญญานี้บัญญัติเป็นพันธกรณีไว้แต่เพียงว่า ภาคีคู่สัญญา จะพยายามสร้างสภาพการณ์เอื้ออำนวยต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม เท่านั้น หาได้กำหนดให้ภาคี คู่สัญญาจำต้องอนุญาตการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเข้าใจไม่

๓. มาตรา ๑๕ วรรคหนึ่ง วรรคสี่ และวรรคห้า ประกอบมาตรา ๓ ของอนุสัญญาฯ ต่างหากที่เป็นบทบัญญัติที่กำหนดเรื่องการอนุญาตการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม โดยบัญญัติไว้อย่าง ชัดแจ้งว่าเรื่องดังกล่าวขึ้นอยู่กับดุลพินิจและนโยบายของรัฐภาคีแต่ละรัฐ ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายที่ รัฐนั้นเองบัญญัติไว้

อาศัยเหตุและผลตามที่กล่าว จึงวินิจฉัยว่า มาตรา ๑๕ วรรคสอง ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. ๑๙๙๒ มิได้กำหนดพันธกรณีไว้ในลักษณะที่จะถือได้ว่าเป็นการ “เปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ” ตามมาตรา ๒๒๔ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

นายสุจินดา ยงสุนทร

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ