

การใช้บังคับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992

ในบทนี้จะศึกษาขอบเขตพื้นที่การใช้บังคับสนธิสัญญาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไปก่อน โดยพิจารณาจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศเรื่องขอบเขตพื้นที่การใช้บังคับสนธิสัญญา และหลักการการใช้บังคับสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เพื่อทำความเข้าใจหลักการพื้นฐานการใช้บังคับของสนธิสัญญา หลังจากนั้น จะศึกษาถึงความเป็นมาและหลักการของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 ซึ่งจะขออธิบายตามลำดับ ดังต่อไปนี้

1. ขอบเขตพื้นที่การใช้บังคับสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ

การที่รัฐตั้งแต่สองรัฐขึ้นไปตกลงทำสนธิสัญญาร่วมกันนั้น มีประเด็นต้องพิจารณาว่าหากรัฐคู่สัญญามีได้กำหนดขอบเขตพื้นที่การใช้บังคับสนธิสัญญาไว้ในสนธิสัญญา กล่าวคือ ข้อบทในสนธิสัญญามีได้บัญญัติว่าสนธิสัญญาฉบับนั้นจะมีผลใช้บังคับตลอดทั้งดินแดนของรัฐคู่สัญญาหรือไม่ กฎหมายระหว่างประเทศได้วางหลักการใช้บังคับสนธิสัญญาไว้อย่างไร และหากคู่สัญญาประสงค์จะกำหนดให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับในขอบเขตพื้นที่น้อยกว่าดินแดนของรัฐหรือมากกว่าดินแดนของรัฐจะทำได้หรือไม่ กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดแนวปฏิบัติ หรือหลักเกณฑ์ในเรื่องพื้นที่การใช้บังคับสนธิสัญญาไว้อย่างไร โดยจะอธิบายตามลำดับ ดังต่อไปนี้

1.1 ขอบเขตพื้นที่การใช้บังคับสนธิสัญญาตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

จารีตประเพณีระหว่างประเทศ ถือเป็นบ่อเกิดประการหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ¹ เป็นแบบแผนทางปฏิบัติของรัฐ (state practice) ซึ่งปรากฏหลักฐานจากแนวปฏิบัติของรัฐ

¹ The Statute of the International Court of Justice, Article 38 (1)

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

เช่น ในเอกสารราชการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ รายงานการประชุมในที่ประชุมระหว่างประเทศ สนธิสัญญาของผู้นำประเทศ และกฎหมายภายในของรัฐ เป็นต้น² แนวทางปฏิบัติของรัฐดังกล่าวจะต้องเป็นแนวทางที่รัฐส่วนใหญ่ยึดถือกันทั่วไป (general practice) ซึ่งมีได้เกิดจากการใช้กำลังบังคับ (non use of force) และมิได้ถูกแทรกแซงโดยรัฐอื่น (non intervention)³ ทางปฏิบัติดังกล่าวต้องเป็นไปอย่างสอดคล้องกันโดยรัฐส่วนใหญ่ มีการปฏิบัติอย่างต่อเนื่องสม่ำเสมอ และยาวนาน มีความสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นตัวอย่างที่หยิบยกขึ้นอ้างว่าเป็นทางปฏิบัติโดยทั่วไปของรัฐต่างๆ⁴ ทั้งนี้ แบบแผนทางปฏิบัติของรัฐดังกล่าวต้องเกิดจากความรู้สึกที่รัฐจำเป็นต้องปฏิบัติ (opinio iuris sive necessitatis) หากไม่ปฏิบัติจะรู้สึกว่าเป็นความผิด⁵ แบบแผนทางปฏิบัติดังกล่าวจึงมีค่าบังคับภายในตัวเอง ซึ่งรัฐยึดถือแนวทางปฏิบัติดังกล่าวในฐานะกฎหมาย (accepted as a law)

เรื่องขอบเขตพื้นที่การใช้อำนาจบังคับสนธิสัญญาตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น พิจารณาจากดินแดนที่รัฐมีอำนาจอธิปไตย ซึ่งถือว่ารัฐมีอำนาจสูงสุดเด็ดขาดเหนือดินแดนนั้น (erga omnes)⁶ กล่าวคือ เมื่อรัฐตกลงเข้าทำสนธิสัญญาขอบเขตพื้นที่การใช้อำนาจบังคับสนธิสัญญา

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

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

(c) the general principles of law recognized by the civilized nations; ..."

² Akehurst, Michael, A modern introduction to international law, 5th ed.

(Great Britain: The Chaucer Press, 1984), p. 25-31.

³ Wolfke, Karol, Custom in present international law, 2nd ed. (the Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1993), p. 20-21. ; Fisheries Jurisdiction cases (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), Merits, ICJ Reports 1974, p. 97-98.

⁴ Villiger, Mark E., Customary International Law and Treaties, (the Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985), p. 3.

⁵ Akehurst, Michael, *Supra note 2*, p. 26.

⁶ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 : รัฐ, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547), น. 32.

โดยปกติแล้วต้องครอบคลุมดินแดนทั้งหมดของรัฐ อย่างไรก็ตาม หากสนธิสัญญามีได้กำหนดขอบเขตพื้นที่การใช้บังคับสนธิสัญญาไว้และภาคีมีดินแดนอาณานิคม (colony) จะใช้หลักความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศที่รัฐมีเหนือดินแดนอาณานิคมของตน (international responsibility) ซึ่งประเทศอังกฤษได้ยึดถือหลักดังกล่าวในการใช้บังคับสนธิสัญญา⁷

1.2 ขอบเขตพื้นที่การใช้บังคับสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969) เป็นกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสนธิสัญญาที่ใช้บังคับแก่สนธิสัญญาซึ่งทำขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐ ซึ่งเริ่มยกร่างโดยคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ตั้งแต่ ค.ศ. 1949 ซึ่งยกร่างเสร็จสมบูรณ์และเปิดให้รัฐลงนามและให้สัตยาบันใน ค.ศ. 1969 โดยในวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1980 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มีผลใช้บังคับ⁸

ถึงแม้ว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 จะมีได้ประมวลหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law) และหลักกฎหมายทั่วไป (general principles of law) เกี่ยวกับสนธิสัญญาไว้ทั้งหมด แต่เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เป็นอนุสัญญาที่ได้ประมวลหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญเกี่ยวกับสนธิสัญญาไว้ไม่ว่าจะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไปหรือแม้กระทั่งหลักเกณฑ์ใหม่ๆ ถือเป็นการพัฒนาที่ก้าวหน้าของกฎหมาย (progressive development of the law) ที่เกี่ยวกับสนธิสัญญา⁹ และในกรณีของสนธิสัญญาซึ่งมิได้อยู่ภายใต้

⁷ Sinclair, I.M., The Vienna Convention on the Law of Treaties, 1978. p. 56.

⁸ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 101.

⁹ Elias, T.O., "Perspective of the New Trends in Contemporary International Law," International Law in Transition, (the Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1992), p. 166.

บังคับของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 นั้น ก็ยังคงให้เป็นไปตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังที่กล่าวไว้ในอารัมภบทแห่งอนุสัญญาดังกล่าว¹⁰

1.2.1 การใช้บังคับภายในดินแดนของรัฐ

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 บัญญัติว่า หากมิได้แสดงเจตนาให้ปรากฏในสนธิสัญญาหรือไม่มีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้สนธิสัญญามีผลผูกพันภาคีตลอดทั้งดินแดนของภาคี¹¹ ดังนั้น โดยทั่วไปแล้วสนธิสัญญาย่อมมีผลใช้บังคับแก่ภาคีภายในดินแดนทั้งหมดของภาคีซึ่งรวมถึงดินแดนของรัฐ ในส่วนที่เป็นทะเลอาณาเขต (territorial sea) และห้วงอากาศ (air space) เหนือทะเลอาณาเขต ตลอดทั้งพื้นดินท้องทะเล (sea-bed) กับดินใต้ผิวดิน (subsoil) ของทะเลอาณาเขตเช่นว่านั้นด้วย ซึ่งเป็นเขตที่รัฐทุกรัฐมีอำนาจอธิปไตย (sovereignty) รวมถึงดินแดนที่เป็นอาณานิคม (colonies) ด้วย¹² เว้นแต่ ภาคีจะแสดงเจตนาเป็นอย่างอื่น หรือสนธิสัญญากำหนดไว้เป็นอย่างอื่น หรือให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับถึงเขตทางทะเลอื่นๆ ของรัฐ เช่น เขตเศรษฐกิจจำเพาะ และไหล่ทวีป เป็นต้น¹³

1.2.2 ข้อยกเว้นขอบเขตการใช้บังคับภายในดินแดนของรัฐ

โดยปกติแล้วหากสนธิสัญญามีได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นหรือภาคีมิได้แสดงเจตนาไว้เป็นอย่างอื่น สนธิสัญญาย่อมมีผลใช้บังคับตลอดทั้งดินแดนของรัฐ ในทางตรงกันข้ามหากสนธิสัญญากำหนดไว้เป็นอย่างอื่นหรือภาคีได้แสดงเจตนาไว้อย่างชัดแจ้งให้สนธิสัญญามีขอบเขตพื้นที่การใช้บังคับต่างจากหลักทั่วไป ซึ่งเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี คือ สนธิสัญญาอาจมีขอบเขตพื้นที่การใช้บังคับในขอบเขตพื้นที่น้อยกว่าดินแดนของรัฐ หรือสนธิสัญญาอาจมีขอบเขตพื้นที่การใช้บังคับมากกว่าดินแดนของรัฐ มีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

¹⁰ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 8*, น. 101.

¹¹ Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Article 29 TERRITORIAL SCOPE OF TREATIES

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

¹² Malanczuk, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th revised edition, (London:Routledge, 2000), p. 137.

¹³ จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2548), น. 141-142.

(ก) การใช้บังคับสนธิสัญญาในขอบเขตพื้นที่น้อยกว่าดินแดนของรัฐ

การที่สนธิสัญญามีขอบเขตพื้นที่การใช้บังคับน้อยกว่าดินแดนของรัฐสามารถจำแนกได้เป็น 3 กรณี ดังต่อไปนี้¹⁴

1) กรณีที่สนธิสัญญากำหนดขอบเขตพื้นที่การใช้บังคับไว้อย่างชัดเจนในสนธิสัญญา หรือโดยการแสดงเจตนาของภาคีสถิติสัญญาให้มีขอบเขตการใช้บังคับน้อยกว่าดินแดนของภาคี เช่น อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการจำแนกสิทธิบัตรการประดิษฐ์ระหว่างประเทศ (European Convention on the International Classification of Patents for Invention) ซึ่งสหราชอาณาจักร (United Kingdom) กำหนดเป็นเงื่อนไขการลงนามว่าให้อนุสัญญามีผลใช้บังคับเฉพาะบริเวณ Great Britain และไอซ์แลนด์เหนือ (รวมถึง Isle of man) แต่ไม่รวมถึงดินแดนอื่นหรือดินแดนที่รัฐบาลอังกฤษมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ

2) กรณีที่สนธิสัญญาไม่ได้กำหนดขอบเขตพื้นที่การใช้บังคับไว้ แต่เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาและพันธกรณีของสนธิสัญญาแล้ว ไม่สามารถใช้บังคับตลอดทั้งดินแดนของรัฐได้ เช่น สหราชอาณาจักรลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิทางการเมืองของสตรี (Convention on Political Rights of Women) โดยสภาพแล้ว ย่อมไม่มีผลใช้บังคับถึงดินแดนอาณานิคมของประเทศอังกฤษ บางดินแดนเนื่องจากยังไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาดังกล่าวได้ หรือ สนธิสัญญาจัดตั้งองค์กรสวนภูมิภาค ซึ่งโดยสภาพแล้วย่อมสันนิษฐานได้ว่าใช้บังคับเฉพาะดินแดนที่อยู่ในภูมิภาคนั้น ดังมีตัวอย่าง กรณีที่สหราชอาณาจักรให้สัตยาบันข้อตกลงว่าด้วยหนังสือเดินทางร่วมของเด็กหนุ่มสาวระหว่างประเทศสมาชิกสภายุโรป (The Agreement on Travel by Young Persons on Collective Passports between Member Countries of the Council of Europe) ข้อตกลงดังกล่าวมีผลใช้เฉพาะดินแดนของสหราชอาณาจักรที่อยู่ในยุโรป เท่านั้นไม่รวมถึงอาณานิคมโพ้นทะเล เป็นต้น

3) กรณีคู่สัญญามีสถานะเป็นดินแดนส่วนหนึ่งของรัฐ เช่น กรณีสหภาพโซเวียตเมื่อ ค.ศ. 1944 มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญรัสเซียให้มลรัฐยูเครน มลรัฐบายโรวส์เซียมีความสามารถจัดทำสนธิสัญญาได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องผ่านรัฐบาลกลางของสหพันธรัฐ และสามารถเข้าเป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติพร้อมกับสหภาพโซเวียตได้ หรือในกรณีของรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเยอรมัน

¹⁴ Sinclair, I.M., *supra note 7*, p. 59-62. และดู ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 6*, น.51-60.

ที่ยอมให้มลรัฐ Lander สามารถทำสนธิสัญญากับรัฐอื่นภายใต้เงื่อนไขต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐบาลก่อน

กล่าวโดยสรุป การใช้บังคับสนธิสัญญาจะใช้บังคับน้อยกว่าดินแดนทั้งหมดของรัฐ ถือเป็นข้อยกเว้นของการใช้บังคับสนธิสัญญา ซึ่งกรณีดังกล่าวรัฐต้องแสดงเจตนาไว้อย่างชัดเจนในสนธิสัญญา หรือโดยเนื้อหาและวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาประสงค์ให้มีผลใช้บังคับในบริเวณใดเป็นการเฉพาะโดยคู่สัญญาทุกฝ่ายทราบวัตถุประสงค์ดังกล่าว หรือเป็นกรณีที่คู่สัญญามีสถานะเป็นดินแดนส่วนหนึ่งของรัฐ

(ข) การใช้บังคับสนธิสัญญาในขอบเขตพื้นที่มากกว่าดินแดนของรัฐ

ปัจจุบันการใช้บังคับสนธิสัญญาบางกรณีอาจมีผลใช้บังคับในขอบเขตพื้นที่กว้างกว่าดินแดนของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องเกี่ยวกับทะเลซึ่งมีขอบเขตกว้างกว่าบริเวณที่อยู่ในดินแดนของรัฐ เช่น เรื่องการควบคุมไม่ให้กอมลภาวะบริเวณทะเลหลวงซึ่งถือเป็นบริเวณที่รัฐทุกรัฐไม่มีสิทธิอธิปไตยเหนือบริเวณดังกล่าว หากไม่มีกฎเกณฑ์ใช้บังคับเพื่อควบคุม ดูแล รักษา คุ้มครอง และเยียวยาจากการเกิดมลภาวะบริเวณดังกล่าวย่อมทำให้เกิดปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรงได้ หรือในเรื่องที่เกี่ยวกับการวางกฎเกณฑ์การใช้ประโยชน์หรือการวิจัยในบริเวณทะเลหลวง เป็นต้น ทั้งนี้ มีสนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับในบริเวณดังกล่าว เช่น อนุสัญญากรุงบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามพรมแดนและการกำจัดของเสียอันตราย ค.ศ. 1989 กำหนดให้การเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายผ่านบริเวณที่ไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจแห่งชาติของรัฐใดๆ อยู่ภายใต้บังคับแห่งอนุสัญญานี้ด้วยเช่นกัน¹⁵ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 กำหนดสถานะของทะเลหลวง สิทธิและหน้าที่ของรัฐในทะเลหลวง¹⁶ หรืออนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 ได้กำหนดขอบเขตการใช้บังคับ

¹⁵Basel Convention on the Control of Transboundary Movement of Hazardous Wastes, Article 2 paragraph 3.

"Transboundary movement" means any movement of hazardous wastes or other wastes from an area under the national jurisdiction of one State to or through an area under the national jurisdiction of another State to or through an area not under the national jurisdiction of any State, provided at least two States are involved in movement;

¹⁶ United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, Part VII (Article 86-Article 120).

อนุสัญญาฯ กรณีกระบวนการและกิจกรรมเกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพที่เกิดผลกระทบกับความหลากหลายทางชีวภาพในบริเวณที่อยู่ถัดจากเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐ¹⁷ เป็นต้น

ดังนั้น ปัจจุบันการใช้บังคับสนธิสัญญาอาจมีขอบเขตพื้นที่การใช้บังคับกว้างกว่าเขตอำนาจของรัฐ อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากแนวคิดการกำหนดหลักเกณฑ์การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและการควบคุมการใช้ทรัพยากรทั้งที่มีชีวิตและไม่มีชีวิตในเขตทะเลหลวง

การที่อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 กำหนดให้มีขอบเขตการใช้บังคับ (jurisdictional scope) ทั้งภายในบริเวณที่อยู่ในเขตอำนาจแห่งรัฐ และบริเวณที่อยู่ถัดออกไป คือ บริเวณทะเลหลวง (high seas) และบริเวณพื้นที่ (the Area) ในกรณีที่กระบวนการและกิจกรรมที่เกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพที่มีผลกระทบต่อบริเวณดังกล่าว ขอบเขตพื้นที่การใช้บังคับตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพจึงถือเป็นข้อยกเว้นขอบเขตการใช้บังคับสนธิสัญญาภายในดินแดนของรัฐ (territorial scope) ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ในกรณีที่สนธิสัญญากำหนดไว้เป็นอย่างอื่น¹⁸

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 มีสาระสำคัญเกี่ยวกับการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืน โดยกำหนดขอบเขตการใช้บังคับอนุสัญญาให้ครอบคลุมถึงบริเวณที่รัฐมีสิทธิอธิปไตย และบริเวณที่ถัดจากบริเวณดังกล่าว นอกจากนี้การที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าประเทศไทยจะมีพันธกรณีเช่นใด ซึ่งต้องศึกษาความเป็นมา และหลักการของอนุสัญญา ตลอดจนขอบเขตพื้นที่การใช้บังคับอนุสัญญา เพื่อให้สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีได้อย่างถูกต้อง และได้รับประโยชน์จากการใช้สิทธิในฐานะภาคีอนุสัญญาอย่างบริบูรณ์ต่อไป

2. ความเป็นมาของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเกิดจากการตระหนักถึงการอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพ อันเนื่องมาจากการใช้ทรัพยากรชีวภาพเกินขนาด และการก่อกมลภาวะต่อ

¹⁷ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 มาตรา 4.

¹⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Article 29

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

สิ่งแวดล้อมเป็นผลให้ทรัพยากรชีวภาพลดลงอย่างมากในช่วง 30 ปีที่ผ่านมา เป็นผลให้หลายประเทศทั่วโลกเริ่มตระหนักถึงการอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพอย่างจริงจัง โดยเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2531 โครงการสิ่งแวดล้อมแห่งสหประชาชาติ ได้แต่งตั้งคณะทำงานเฉพาะกิจเกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพ (Ad Hoc Working Group of Experts on Biological Diversity) โดยมอบหมายให้พิจารณาปัญหาในระดับโลกที่เกี่ยวกับการสูญเสียความหลากหลายทางชีวภาพ ต่อมาในเดือน พฤษภาคม พ.ศ. 2532 โครงการสิ่งแวดล้อมแห่งสหประชาชาติได้แต่งตั้งคณะทำงานขึ้นอีกชุดหนึ่ง คือคณะทำงานเฉพาะกิจว่าด้วยผู้เชี่ยวชาญทางวิชาการและกฎหมาย (Ad Hoc Working Group of Technical and Legal Experts) เพื่อจัดทำเครื่องมือระดับชาติที่มีผลผูกพันตามกฎหมายการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพ ที่ประชุมโดยคณะทำงานได้ประชุม 3 ครั้ง จนกระทั่งในเดือนกุมภาพันธ์ ปี พ.ศ. 2534 คณะทำงานดังกล่าวได้ถูกปรับเปลี่ยนไปเป็นคณะกรรมการเจรจาระหว่างรัฐบาลว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Intergovernmental Negotiating Committee on the Convention on Biological Diversity-INC-CBD) คณะกรรมการชุดใหม่นี้ได้ประชุมกัน 7 ครั้ง เพื่อยกร่างอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพฯ ให้ทันกับการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (United Nations Conference on Environment and Development-UNCED) ที่จะมีขึ้นในวันที่ 3-14 มิถุนายน พ.ศ. 2535¹⁹

เมื่อวันที่ 5 มิถุนายน พ.ศ. 2535 ที่ประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (UNCED) ซึ่งมีผู้แทนจาก 178 ประเทศ เข้าร่วมประชุม ที่ประชุมได้ลงนามรับรองอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพฯ ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน การประชุมครั้งนี้มีรัฐที่ได้ลงนามรับรองอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพฯ จำนวน 157 ประเทศ จากนั้นอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพฯ ได้เปิดให้ลงนามจนถึงวันที่ 4 มิถุนายน พ.ศ. 2536 ซึ่งมีรัฐต่างๆ ลงนามเพิ่มขึ้นเป็น 167 ประเทศ รวมถึง สหภาพยุโรปด้วย²⁰

¹⁹ สำนักงานนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อม กระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และสิ่งแวดล้อม, อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ:คิดในระดับโลก และทำในระดับประเทศ, (กรุงเทพฯ, 2539), น. 3.

²⁰ เฟิงอ้าง, น. 7.

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 (Convention on Biological Diversity, 1992) มีผลบังคับ เมื่อวันที่ 29 ธันวาคม พ.ศ. 2536 โดยถึงปี พ.ศ. 2548 มีประเทศที่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญานับนี้ จำนวน 188 ประเทศ²¹ โดยประเทศไทยได้ลงนามอนุสัญญาดังกล่าว เมื่อวันที่ 12 มิถุนายน พ.ศ. 2535 ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 31 ตุลาคม พ.ศ. 2546 โดยจะมีผล 90 วันนับแต่วันที่ยื่นสัตยาบันสาร มีผลทำให้ประเทศไทยเป็นภาคีลำดับที่ 188 เมื่อวันที่ 29 มกราคม พ.ศ. 2547 ประเทศไทยจึงมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับข้อบทในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

3. ความหมายและประเภทของความหลากหลายทางชีวภาพตาม อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 ได้กำหนดความหมายของคำว่า "ความหลากหลายทางชีวภาพ" ไว้เป็นการเฉพาะ โดยสามารถจำแนกประเภทของความหลากหลายทางชีวภาพจากความหมายและข้อบท (articles) ซึ่งมีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

3.1 ความหมายของทรัพยากรชีวภาพ

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 ได้กำหนดความหมายของทรัพยากรชีวภาพไว้ในมาตรา 2 โดยให้หมายความรวมถึงสารพันธุกรรม และทรัพยากรพันธุกรรม ดังนี้

"ทรัพยากรชีวภาพ หมายรวมถึง ทรัพยากรพันธุกรรม สิ่งมีชีวิต หรือส่วนใดๆ ของสิ่งมีชีวิต ประชากร หรือองค์ประกอบที่เกี่ยวกับสิ่งมีชีวิตของระบบนิเวศ ซึ่งมีประโยชน์หรือคุณค่าตามความเป็นจริงและตามศักยภาพต่อมนุษยชาติ"²²

"สารพันธุกรรม หมายความว่า สารใดๆ ของพืช สัตว์ จุลินทรีย์ หรือแหล่งกำเนิดอื่นๆ ซึ่งบรรจุน่วยที่มีบทบาทหน้าที่ในการสืบทอดพันธุกรรม"²³

²¹ <<http://www.biodiv.org/world/parties.asp>>

²² อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 มาตรา 2 วรรคสาม.

²³ เฟิงอั้ง, มาตรา 2 วรรคเก้า.

"ทรัพยากรพันธุกรรม หมายความว่า สรรพพันธุกรรมซึ่งมีคุณค่าตามความเป็นจริง และตามศักยภาพ"²⁴

จากข้อบทของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพข้างต้น ทรัพยากรชีวภาพ มิได้หมายถึงทรัพยากรทุกชนิดหากแต่หมายถึงส่วนของสิ่งมีชีวิตที่สามารถถ่ายทอดพันธุกรรมได้และมีคุณค่าตามความเป็นจริงและตามศักยภาพ กล่าวคือ สรรพพันธุกรรมนั้นจะต้องมีคุณค่าต่อการใช้ประโยชน์ของมนุษย์ได้จริงหรือเป็นสรรพพันธุกรรมที่ยังไม่มีใครค้นพบหรือยังไม่มีใครรู้จัก ขอแต่เป็นสรรพพันธุกรรมที่ทราบว่ามีอยู่ก็เพียงพอ แม้ว่าจะยังไม่มีปรากฏชัดเจนก็ตาม²⁵

นอกจากนี้ คุณชวลิต สุธตระกูล ได้สรุปความหมายของทรัพยากรพันธุกรรมว่า สิ่งมีชีวิตที่มีสรรพพันธุกรรมประกอบอยู่ด้วยแล้ว ทรัพยากรพันธุกรรมนั้น ไม่ว่าจะเป็นพืช สัตว์ และจุลชีพ หรือแม้กระทั่งทรัพยากรมนุษย์ย่อมเป็นทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพด้วย²⁶

อย่างไรก็ตามในประเด็นเรื่องความหมายของทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าว ในการประชุมภาคีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ครั้งที่ 2 เมื่อวันที่ 6-17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2538 ณ กรุงจาการ์ตา ประเทศอินโดนีเซีย ที่ประชุมได้มีมติที่ II/11 ว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมของมนุษย์ โดยกำหนดว่าทรัพยากรพันธุกรรมของมนุษย์ไม่ถือเป็นทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

ดังนั้น ทรัพยากรชีวภาพ จึงหมายความว่าถึง ทรัพยากรธรรมชาติทุกชนิดรวมทั้งส่วนใดของสิ่งมีชีวิตที่ประกอบด้วยสรรพพันธุกรรมซึ่งมีคุณค่าต่อการใช้ประโยชน์ของมนุษย์ได้จริง แต่มิได้หมายรวมถึงมนุษย์

²⁴ เฟิงฮ้าง, มาตรา 2 วรรคสิบ.

²⁵ Lyle Glowka, Froncoise Burhenne-Guilinin and Hugh Syngé, A Guide to Convention on Biological Diversity, 2nd printing (UK:IUCN Publication Services Unit, 1996), p.21-22.

²⁶ ชวลิต สุธตระกูล, "การอนุวัติการอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ : การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศไทย," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), น.27.

3.2 ประเภทและลักษณะของทรัพยากรชีวภาพ

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ได้กำหนดประเภทและลักษณะของทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้รับความคุ้มครองไว้แล้ว ในมาตรา 15 วรรคสาม บัญญัติว่า

"ตามเจตนารมณ์ของอนุสัญญา ทรัพยากรซึ่งถูกจัดหาให้โดยภาคี ดังได้กล่าวถึงในมาตรานี้และมาตรา 16 และ 19 เป็นเฉพาะทรัพยากรที่ถูกจัดหาให้โดยภาคี ซึ่งเป็นประเทศถิ่นกำเนิดทรัพยากรนั้น หรือโดยภาคีซึ่งได้รับทรัพยากรนั้นถูกต้องโดยสอดคล้องกับอนุสัญญาฯ นี้"

ดังนั้น ทรัพยากรชีวภาพ จึงสามารถจำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ (1) ทรัพยากรชีวภาพที่ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ และ (2) ทรัพยากรชีวภาพที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งมีข้อพิจารณา ดังต่อไปนี้

(1) ทรัพยากรชีวภาพที่ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992

เมื่อพิจารณามาตรา 15 วรรคสาม แห่งอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ สามารถจำแนกทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาฯ ได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. ทรัพยากรพันธุกรรมที่ถูกจัดหาโดยประเทศเจ้าของแหล่งกำเนิดของทรัพยากรนั้น
2. ทรัพยากรพันธุกรรมที่ประเทศผู้จัดหาให้ในฐานะประเทศภาคีที่ได้รับทรัพยากรพันธุกรรมนั้นมาโดยถูกต้องตามอนุสัญญาฯ นี้

สำหรับ "ประเทศแหล่งกำเนิดทรัพยากรพันธุกรรม" หมายความว่า ประเทศซึ่งเป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมเหล่านั้น ในสภาพตามถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ²⁷

ส่วน "ประเทศภาคีซึ่งได้รับทรัพยากรพันธุกรรมมาโดยถูกต้องตามอนุสัญญาฯ นี้" หมายความว่า ทรัพยากรที่ได้มาจากประเทศผู้จัดส่งทรัพยากรนั้นโดยการเก็บรวบรวมจากแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ (In-situ) ซึ่งรวมทั้งประชากรของชนิดพันธุ์ดั้งเดิมและชนิดพันธุ์เพาะเลี้ยง หรืออาจจะได้จากแหล่งที่อยู่อาศัยนอกสภาพธรรมชาติ (Ex-situ) ซึ่งอาจจะมีแหล่งกำเนิดหรือไม่มีแหล่งกำเนิดก็ได้²⁸

²⁷ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 มาตรา 2 วรรคสี่.

²⁸ เพิ่งอ้าง, มาตรา 2 วรรคห้า.

(2) ทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992

กรณีทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 15 วรรคสาม หากเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่มีลักษณะดังต่อไปนี้²⁹

1) เป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่ประเทศภาคีได้รับมาโดยผิดกฎหมายของประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดทรัพย์สินทางปัญญา ในภายหลังจากที่อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มีผลใช้บังคับแล้ว เช่น การได้มาโดยไม่ได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากประเทศแหล่งกำเนิดทรัพย์สินทางปัญญา

2) ทรัพย์สินทางปัญญาที่ประเทศภาคีได้รับมาจากประเทศอื่นโดยสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพแต่ได้มาในระยะเวลาที่ก่อนที่อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพจะมีผลใช้บังคับ เนื่องจากอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ว่าสนธิสัญญาไม่มีผลย้อนหลัง เว้นแต่จะได้มีการแสดงเจตนาไว้อย่างชัดแจ้ง ดังนั้น ทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 15 วรรคสาม จึงไม่ครอบคลุมถึงทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับมาก่อนวันที่อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มีผลใช้บังคับ ส่งผลให้ทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านั้นไม่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 19

นอกจากนี้ทรัพย์สินทางปัญญาบางประเภท อาจมิได้อยู่ในขอบเขตความหมายตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ได้แก่ ทรัพย์สินทางปัญญานอกถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ (ex-situ) เช่น พันธุ์ข้าวของประเทศไทยที่นำไปฝากไว้ที่สถาบันวิจัยข้าวระหว่างประเทศ (International Rice Research Institute : IRRI) หรือ ทรัพย์สินทางปัญญามนุษย์³⁰ เป็นต้น

4. หลักการของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อให้มีการอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพ การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืน และการแลกเปลี่ยน

²⁹ Lyle Glowka, Francois-Burhenne and Huah Syge, *supra* note 25, p.79.

³⁰ หลักการดังกล่าวเกิดจากมติของที่ประชุมภาคีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพฯ ครั้งที่ 2 เมื่อวันที่ 6-17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2538 ณ กรุงจาการ์ตา ประเทศอินโดนีเซีย

ผลประโยชน์อย่างเป็นธรรม รวมถึงการเอื้ออำนวยให้มีการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ และการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องอย่างเหมาะสม โดยได้วางหลักการสำคัญต่างๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ดังต่อไปนี้

4.1 การรับรองสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรชีวภาพ

การรับรองอำนาจอธิปไตยของรัฐ (national sovereignty) เหนือแหล่งทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่ภายในรัฐได้รับการรับรองในข้อตกลงระหว่างประเทศ ปฏิญญาระหว่างประเทศ และข้อมติต่างๆ เช่น อนุสัญญาขององค์การเพื่อการศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองวัฒนธรรมของโลกและมรดกทางธรรมชาติ (the UNESCO Convention for the Protection of the World Culture and Natural Heritage) ขณะที่พันธกรณีของภาคี เพื่อร่วมดำเนินการคุ้มครองส่วนประกอบของวัฒนธรรมและมรดกทางชาติต้องเคารพต่ออำนาจอธิปไตย ซึ่งวัฒนธรรมหรือมรดกทางชาตินั้นอยู่ในดินแดนของตน ปฏิญญาแห่งกรุงสต็อกโฮล์มในหลักการข้อที่ 21 และปฏิญญากรุงริโอในหลักการข้อที่ 2 ได้รับการรับรองอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่ภายในดินแดนของตน ซึ่งในอารัมภบทของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพได้รับการรับรองสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตนไว้เช่นเดียวกันและได้กำหนดไว้ในมาตรา 15 วรรคหนึ่ง ดังต่อไปนี้

“โดยตระหนักถึงสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตน อำนาจในการพิจารณากำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมขึ้นอยู่กับรัฐบาลแห่งชาติและอยู่ภายใต้กฎระเบียบของชาตินั้นๆ”³¹

คำว่า “สิทธิอธิปไตย” ตามความในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพนี้อาจมีความหมายรวมทั้ง “สิทธิอธิปไตย” (sovereign right) และ “อำนาจอธิปไตย” (sovereignty) รวมอยู่ด้วยกัน ด้วยเหตุผลว่า หากจะใช้คำว่า “อำนาจอธิปไตย” แทนคำว่า “สิทธิอธิปไตย” อาจเกิดปัญหาว่าจะไม่ครอบคลุมถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ แต่ถ้าใช้คำว่า

³¹ Convention on Biological Diversity, Article 15 paragraph 1 “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.”

“สิทธิอธิปไตยในเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐ” ย่อมมีความหมายถึง อำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติในดินแดนของตน ดังนั้น การใช้คำว่า “สิทธิอธิปไตย” จึงเป็นการให้ความหมายที่กว้างกว่านั่นเอง³²

อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ยอมรับแนวความคิดเรื่องความห่วงใยร่วมกันของมนุษยชาติ (Common Concern of Humankind)³³ ซึ่งเป็นแนวคิดที่ยอมรับว่าทรัพยากรธรรมชาติมีความสำคัญต่อการดำรงอยู่ของโลกและสิ่งมีชีวิตทั้งหลายและการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติไม่ใช่หน้าที่ของรัฐใดรัฐหนึ่ง แต่เป็นสิ่งที่จะต้องเกิดจากความร่วมมือกันในทางระหว่างประเทศ³⁴ ดังนั้น แม้ว่ารัฐจะมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพในดินแดนของตน แต่มิได้เป็นสิทธิที่เด็ดขาด กล่าวคือ เมื่อรัฐเจ้าของทรัพยากรชีวภาพเป็นภาคีอนุสัญญาฉบับนี้แล้ว การใช้สิทธิอธิปไตยของรัฐเจ้าของดินแดนเรื่องการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมของตนจะต้องไม่เป็นการปิดกั้นการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพของตนเพื่อประโยชน์ในการพัฒนาและอนุรักษ์ด้วยเช่นกัน

นอกจากนี้ การที่อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพกำหนดให้รัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพเท่านั้น แต่หากมีการนำเอาทรัพยากรชีวภาพไปดัดแปลงหรือพัฒนาจนกลายเป็นผลิตภัณฑ์ใหม่ หรือเทคโนโลยีใหม่ สิ่งที่ได้จะไม่ตกอยู่ภายใต้สิทธิอธิปไตยของรัฐ หากแต่อาจถูกถือครองเป็นสิทธิของปัจเจกชนได้ เช่น เป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของนักวิจัย เป็นต้น³⁵

³² ชนภัทร วินยวัฒน์, คำอธิบายเบื้องต้นอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ 2535, (กรุงเทพฯ:สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, 2538), น. 23-24.

³³ อารัมภบทแห่งอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 ได้ยืนยันว่าการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ เป็นความห่วงใยสนใจร่วมกันของมวลมนุษยชาติ

³⁴ Lyle Glowka, *supra* note 25, p.10. อ้างถึงใน สุทธิศักดิ์ ตือระ, “การแบ่งปันผลประโยชน์ตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ:วิเคราะห์แนวปฏิบัติของไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น. 34.

³⁵ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, สุรวิช วรรณไกรโรจน์, เจษฎ์ โทณะวณิก และบัณฑิต เศรษฐศิริโรจน์, รายงานผลการวิจัยกฎหมายด้านทรัพยากรชีวภาพของประเทศไทย, (เสนอต่อ

4.2 การอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพ

การอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพถือเป็นวัตถุประสงค์สำคัญประการหนึ่งของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพโดยกำหนดไว้ในอารัมภบทและในมาตรา 1 ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพที่กำหนดพันธกรณีให้ภาคีต้องอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพและใช้ประโยชน์จากแหล่งทรัพยากรชีวภาพเหล่านั้นอย่างยั่งยืน ภายในบริเวณที่ตนมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพของตน โดยจำแนกประเภทของการอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพเป็น 2 ประการ คือ 1) การอนุรักษ์ในแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ และ 2) การอนุรักษ์นอกแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

(1) การอนุรักษ์ในแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ให้ความหมายคำว่า “การอนุรักษ์ในสภาพธรรมชาติ” หมายความว่า การอนุรักษ์ระบบนิเวศและแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ และดำรงรักษารวมทั้งฟื้นฟูสภาพประชากรของชนิดพันธุ์ในสภาพแวดล้อมตามธรรมชาตินั้นๆ ในกรณีที่เป็นชนิดพันธุ์เพาะเลี้ยงหรือเพาะปลูก หมายถึง สภาพแวดล้อมซึ่งชนิดพันธุ์นั้นได้รับการพัฒนาให้มีคุณลักษณะแตกต่างไปจากเดิม³⁶

นอกจากนี้ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 2 วรรคสิบสอง ให้ความหมายของคำว่า “สภาพแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ” หมายความว่า “สภาพซึ่งมีทรัพยากรพันธุกรรมอาศัยอยู่ในระบบนิเวศและแหล่งที่อยู่อาศัยธรรมชาติ และในกรณีของชนิดพันธุ์เพาะเลี้ยงหรือชนิดพันธุ์เพาะปลูก หมายถึง สภาพแวดล้อมที่ชนิดพันธุ์นั้นได้รับการพัฒนาให้มีคุณสมบัติแตกต่างไปจากเดิม”

จากความหมายของสภาพแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ สามารถจำแนกแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติได้เป็น 2 กรณี คือ

- 1) สภาพแวดล้อมที่แหล่งทรัพยากรพันธุกรรมในระบบนิเวศตั้งอยู่

สถาบันทรัพยากรธรรมชาติและมีความหลากหลายทางชีวภาพ และศูนย์ความหลากหลายทางชีวภาพ, กรกฎาคม 2545), น.13.

³⁶ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 มาตรา 2 วรรคสิบสาม.

2) สภาพแวดล้อมที่เลี้ยงหรือเพาะปลูกชนิดพันธุ์ใหม่จนมีลักษณะหรือคุณสมบัติแตกต่างจากเดิม

สภาพแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ จึงหมายความรวมถึงแหล่งที่อยู่ทั้งของทรัพยากรพันธุกรรมป่าและทรัพยากรพันธุกรรมเพาะเลี้ยงหรือเพาะปลูก แหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติของทรัพยากรพันธุกรรมป่า คือ สภาพแวดล้อมตามธรรมชาติที่ปรากฏทรัพยากรพันธุกรรมบริเวณนั้น เช่น ระบบนิเวศต่างๆ ในขณะที่แหล่งที่อยู่ตามธรรมชาติของทรัพยากรพันธุกรรมเพาะเลี้ยงหรือเพาะปลูก คือ สภาพแวดล้อมซึ่งทรัพยากรนั้นได้รับการพัฒนาขึ้นให้แตกต่างจากทรัพยากรพันธุกรรมดั้งเดิม³⁷

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพกำหนดมาตรการต่างๆ ในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติในแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติไว้ ดังนี้³⁸

1) กำหนดพื้นที่คุ้มครอง³⁹ (protected areas) หรือ พื้นที่ใช้มาตรการพิเศษ (areas where special measures need to be taken) ขึ้นในพื้นที่ที่จำต้องคุ้มครองและสงวนรักษาความหลากหลายทางชีวภาพ

2) พัฒนาแนวทางการบริหารจัดการพื้นที่คุ้มครอง หรือมาตรการพิเศษในการคุ้มครองและสงวนรักษาความหลากหลายทางชีวภาพในกรณีจำเป็น

3) กำหนดกฎเกณฑ์การอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพที่สำคัญทั้งในและนอกพื้นที่คุ้มครอง เพื่อเป็นหลักประกันในการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน

4) สนับสนุนการปกป้องระบบนิเวศ แหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ และรักษาการดำรงอยู่ของปริมาณประชากรของชนิดพันธุ์ในสภาพแวดล้อมธรรมชาติ

5) สนับสนุนการพัฒนาที่เหมาะสมกับสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาอย่างยั่งยืนในพื้นที่ติดต่อกับพื้นที่คุ้มครอง เพื่อเป็นการคุ้มครองในพื้นที่นั้นต่อไป

³⁷ ชนภัทร วินยวัฒน์, อ่างแล้ว เจริญรทที่ 32, น.15-16.

³⁸ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 มาตรา 8.

³⁹ การอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพโดยการกำหนดพื้นที่คุ้มครอง หมายความว่า การกำหนดพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ขึ้นมาโดยเฉพาะเพื่อวางระเบียบและจัดการบริหาร โดยมีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อการอนุรักษ์ความหลากหลายของทรัพยากรชีวภาพ

6) พื้นฟูและรักษาเยี่ยวยาในบริเวณระบบนิเวศเสื่อมโทรมและส่งเสริมการฟื้นฟูชนิดพันธุ์ที่ใกล้จะสูญพันธุ์ โดยการพัฒนาและอนุรักษ์การตามแผนการหรือข้อตกลงการบริหารจัดการทรัพยากรชีวภาพอื่นๆ

7) กำหนดกฎเกณฑ์หรือดำเนินการให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์การบริหารจัดการหรือควบคุมความเสี่ยงจากการใช้ส่วนประกอบของสิ่งมีชีวิตที่ได้รับการตัดแต่งพันธุกรรมจากเทคโนโลยีทางชีวภาพที่อาจกระทบต่อสภาพแวดล้อมทางธรรมชาติ และการใช้ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน ทั้งนี้ รวมถึงความเสี่ยงที่มีต่อสุขภาพของมนุษย์ด้วย

8) ป้องกันการนำเข้าชนิดพันธุ์ต่างถิ่นที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อระบบนิเวศ แหล่งที่อยู่อาศัย หรือชนิดพันธุ์ต่างๆ

9) ให้ความพยายามที่จะกำหนดเงื่อนไขที่จำเป็นสำหรับประสานระหว่งการใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพในปัจจุบัน กับการใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน

10) ให้ความเคารพ สงวนรักษา และธำรงไว้ซึ่งภูมิปัญญา ประดิษฐ์กรรม และวิถีปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่นซึ่งมีธรรมเนียมการดำรงชีวิตของตนเองอันเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนจากความหลากหลายของทรัพยากรชีวภาพ และส่งเสริมภูมิปัญญาและธรรมเนียมปฏิบัติดังกล่าวให้แพร่หลาย ส่งเสริมให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมจากการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาหรือประดิษฐ์กรรมของท้องถิ่นดังกล่าว

11) พัฒนาหรือธำรงไว้ซึ่งกฎหมายที่จำเป็น หรือข้อกำหนด ระเบียบบังคับอื่นๆ เพื่อป้องกันชนิดพันธุ์ และประชากรชนิดพันธุ์ที่ถูกคุกคาม

12) กรณีที่เห็นว่าอาจเกิดผลกระทบอย่างสำคัญกับความหลากหลายทางชีวภาพจากการสำรวจและตรวจสอบส่วนประกอบความหลากหลายทางชีวภาพตามมาตรา 7 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ให้มีการกำหนดระเบียบ หรือการจัดการกระบวนการและกิจกรรมประเภทต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกันเรื่องดังกล่าว และ

13) ให้ความร่วมมือทางการเงินและความสนับสนุนอื่นใดสำหรับการอนุรักษ์ความหลากหลายของทรัพยากรชีวภาพในแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติตามข้อ 1) ถึง 12) โดยเฉพาะอย่างยิ่งแก่ประเทศกำลังพัฒนา

การอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพในแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติเป็นสิ่งจำเป็นลำดับต้นที่ภาคีต้องดำเนินการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืนในสภาพแวดล้อมตามธรรมชาติ อย่างไรก็ตาม ภาคีต้องกำหนดลำดับความจำเป็นในการอนุรักษ์

โดยเริ่มจากสำรวจทรัพยากรชีวภาพที่ถูกคุกคาม หรืออยู่ในสภาพใกล้สูญพันธุ์เพื่อกำหนดเป็นพื้นที่คุ้มครองโดยใช้มาตรการที่มีประสิทธิภาพในการฟื้นฟูชนิดพันธุ์ให้อยู่ในปริมาณที่สมดุล จากนั้นจึงให้การสนับสนุนเพื่อรักษาระบบนิเวศของแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ รักษาการดำรงอยู่ของปริมาณทรัพยากรชนิดพันธุ์ รวมถึง การสงวนรักษาและธำรงไว้ซึ่งภูมิปัญญา ประดิษฐ์กรรมและวิถีปฏิบัติของชุมชนพื้นเมือง

(2) การอนุรักษ์นอกแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 2 วรรคแปด ให้ความหมายคำว่า "การอนุรักษ์นอกแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ" หมายความว่า การอนุรักษ์ส่วนประกอบความหลากหลายทางชีวภาพนอกแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ

การอนุรักษ์นอกแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ มีความหมายชัดเจนในตัวเองว่า หมายถึง การอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพในสถานที่อื่นที่มีไซในที่อยู่อาศัยเดิมหรือในแปลงเพาะเลี้ยง ลักษณะของการอนุรักษ์นอกแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติในส่วนประกอบของความหลากหลายทางชีวภาพสามารถกระทำได้หลายวิธีด้วยกัน เช่น⁴⁰

1) ในรูปของธนาคารสายพันธุ์ เช่น ธนาคารเมล็ดพันธุ์ (seed bank) ธนาคารในแปลง (field bank) ธนาคารเชื้อพันธุ์ตัวผู้ (sperm bank) และธนาคารเชื้อพันธุ์ตัวเมีย (oval bank) เป็นต้น

2) การเลี้ยงเนื้อเยื่อในหลอดทดลอง (in-vitro plant tissue) และการเลี้ยงสายพันธุ์จุลินทรีย์ (microbial culture collection)

3) การผสมเทียม (captive breeding of animals) และการขยายสายพันธุ์เทียมของพืช (artificial propagation of plants)

4) การเก็บรวบรวมสิ่งมีชีวิตไว้ในสถานที่ต่างๆ เช่น สวนสัตว์ พิพิธภัณฑ์ทะเล สวนพฤกษศาสตร์ เพื่อทำการวิจัยและให้การศึกษาแก่ประชาชน

นอกจากนี้ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพกำหนดมาตรการต่างๆ ในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาตินอกแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติไว้ โดยกำหนดเป็นเงื่อนไขเบื้องต้นว่าการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาตินอกแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาตินั้น จะต้องดำเนินไปในลักษณะที่สอดคล้องและเป็นมาตรการเสริมการอนุรักษ์ในแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ ดังนั้น ประเทศภาคีจึงต้องพิจารณาให้ความสำคัญกับการอนุรักษ์ในแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ

⁴⁰ ชนภัทร วินยวัฒน์, อ้างแล้ว เจริญรทที่ 32, น.63.

เสียก่อน จึงจะนำมาตรการอนุรักษ์นอกแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติมาใช้เป็นมาตรการเสริม⁴¹ โดยกำหนดหน้าที่ของประเทศภาคีในการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพนอกแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติไว้ ดังนี้⁴²

1) ให้ประเทศภาคียอมนำมาตรการสำหรับอนุรักษ์องค์ประกอบของความหลากหลายทางชีวภาพนอกถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติมาใช้ โดยเฉพาะประเทศซึ่งเป็นถิ่นกำเนิดขององค์ประกอบนั้น

2) จัดตั้งและรักษาสิ่งเอื้ออำนวยในการอนุรักษ์และการวิจัยนอกถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติเกี่ยวกับพืช สัตว์ และจุลินทรีย์ โดยเฉพาะในประเทศซึ่งเป็นถิ่นกำเนิดทรัพยากรพันธุกรรม

3) ยอมรับมาตรการสำหรับบำรุงและฟื้นฟูชนิดพันธุ์ที่ใกล้จะสูญพันธุ์และมาตรการสำหรับนำกลับเข้าสู่ถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติเดิมของชนิดพันธุ์นั้นๆ มาใช้ภายใต้สภาพที่เหมาะสม

4) จัดระเบียบและจัดการเกี่ยวกับการรวบรวมทรัพยากรชีวภาพจากถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ เพื่อจุดมุ่งหมายในการอนุรักษ์นอกถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ โดยไม่คุกคามระบบนิเวศ และเพื่อจุดมุ่งหมายในการอนุรักษ์ประชากรของชนิดพันธุ์ในถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ ยกเว้นในกรณีที่มีความต้องการมาตรการอนุรักษ์นอกถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติแบบชั่วคราวเป็นพิเศษ

5) ให้ความร่วมมือในการจัดเงินและความสนับสนุนอื่นใดสำหรับการอนุรักษ์ความหลากหลายของทรัพยากรชีวภาพนอกแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติตามข้อ 1) - 4) จัดตั้งและรักษาไว้ซึ่งการอนุรักษ์นอกแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติแก่ประเทศกำลังพัฒนา

จากข้อบทที่กำหนดมาตรการอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าการอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพนอกแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติมีลักษณะเป็นมาตรการเสริมจากการอนุรักษ์ภายในแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ ในลักษณะเป็นการเก็บตัวอย่างเชื้อพันธุ์ หรือส่วนประกอบความหลากหลายทางชีวภาพ โดยเฉพาะที่ใกล้สูญพันธุ์เพื่อเป็นสถานที่ดูแลรักษา ฟื้นฟูก่อนนำมาไว้ในแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติต่อไป

⁴¹ เฟิงอ้าง, น.63.

⁴² อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 มาตรา 9.

4.3 การส่งเสริมการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

อารัมภบทของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 ได้รับรองธรรมเนียมประเพณี วิถีชีวิตเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติของชุมชนท้องถิ่น และความปรารถนาให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่น ประดิษฐ์กรรม และวิถีปฏิบัติเกี่ยวกับการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพและการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนของส่วนประกอบความหลากหลายทางชีวภาพ นอกจากนี้ มาตรา 8 (เจ) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกให้ความเคารพ ส่งเสริม อนุรักษ์ และรักษาไว้ซึ่งความรู้ วัฒนธรรม และธรรมเนียมปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่น โดยเฉพาะความรู้และภูมิปัญญาเกี่ยวกับการอนุรักษ์ และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนของความหลากหลายทางชีวภาพ⁴³

การรับรองสิทธิของชุมชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่นเกิดจากแนวคิดที่ว่ามนุษย์มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพมีความสัมพันธ์กับทรัพยากรชีวภาพมายาวนานและมนุษย์มีความรู้ที่จะนำทรัพยากรชีวภาพเหล่านั้นมาใช้ให้เกิดประโยชน์ได้ รวมถึงการสงวนรักษาไว้ซึ่งยีน ดังนั้น จึงต้องยอมรับภูมิปัญญาหรือประดิษฐ์กรรมอันเนื่องเนื่องกับการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนของชุมชนท้องถิ่น ทั้งยังควรสนับสนุนให้มีการพัฒนาและนำเอาความรู้เหล่านี้ออกไปใช้อย่างแพร่หลายด้วย⁴⁴

ที่ประชุมภาคีได้มีข้อมติที่ III/14 ว่าด้วยการอนุวัติการตามมาตรา 8 (เจ) ได้เน้นย้ำถึงความจำเป็นที่ภาคีต้องจัดให้มีผู้แทนของชาวพื้นเมืองหรือชุมชนท้องถิ่นและรับรองสิทธิของชาวพื้นเมืองหรือชุมชนท้องถิ่นภายใต้กฎหมายของตนที่จะควบคุมการเข้าถึงความรู้ ประดิษฐ์กรรม และวิถีปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนของความหลากหลายทางชีวภาพในชุมชนท้องถิ่น⁴⁵

⁴³ เฟ็งฮ้าง, มาตรา 8 (เจ).

⁴⁴ Simone Bilderbeek, Biodiversity and International Law (the Netherlands:IOS Press, 1992), p. 39-41.

⁴⁵ Decisions adopted by the third meeting of the Conference of the Parties Buenos Aires, Argentina, 4-15 November 1996.

มีข้อพิจารณาว่า คำว่า "ชุมชนพื้นเมือง" หมายถึง กลุ่มคนที่มีภูมิสำเนาอยู่ในท้องถิ่นนั้นเท่านั้น ไม่ได้หมายความถึง คนที่ทิ้งถิ่นฐานเดิมเข้าไปตั้งถิ่นฐานในเมือง⁴⁶ ดังนั้น ธรรมเนียมปฏิบัติของผู้คนในชุมชนเมืองที่โยกย้ายถิ่นฐานมาจากชุมชนท้องถิ่นจึงไม่ถือว่าเป็นชุมชนพื้นเมืองที่อยู่ใต้พันธกรณีนี้

นอกจากนี้ การส่งเสริมและอนุรักษ์ภูมิปัญญาท้องถิ่นในเรื่องเกี่ยวกับการสงวนรักษาและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพตามมาตรา 8 (เจ) จะต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับมาตราอื่น เช่น มาตรา 17 วรรคสอง เรื่องการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร ผลการวิจัย รวมถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นด้วย และมาตรา 18 วรรคสี่ เรื่องความร่วมมือในการพัฒนาและการใช้เทคโนโลยีพื้นเมืองหรือท้องถิ่น แต่การดำเนินการเผยแพร่ความรู้จะต้องได้รับการตรวจสอบและให้ความเห็นชอบจากผู้ทรงสิทธิในความรู้ดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการวิจัย⁴⁷

4.4 การส่งเสริมการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพ

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 กำหนดให้ภาคีจักต้องพยายามเอื้ออำนวยให้รัฐอื่นเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของตน⁴⁸ กล่าวคือ รัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมควรจะใช้สิทธิอธิปไตยของตนโดยการกำหนดหลักเกณฑ์การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อเอื้ออำนวยแก่การเข้าถึงของภาคีอื่น และในการกำหนดข้อจำกัดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้น จะต้องไม่เป็นการขัดหรือแย้งกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 15 วรรคสอง ใช้ถ้อยคำว่า "จักต้องพยายาม" (shall endeavour) แสดงให้เห็นว่าพันธกรณีดังกล่าวไม่ใช่บทบังคับแต่อย่างใด รัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้มีดุลยพินิจที่จะอนุญาตหรือไม่อนุญาต

⁴⁶ ชนภัทร วินยวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 32, น.59.

⁴⁷ เฟิงฮ้าง, น.59-60.

⁴⁸ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 มาตรา 15 วรรคสอง.

ให้รัฐสมาชิกอื่นเข้าถึงหรือไม่ก็ได้ แต่ต้องมีเหตุผลสนับสนุนอันไม่ขัดแย้งกับหลักการของอนุสัญญาฉบับนี้⁴⁹

การเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพต้องไม่ทำลายสิ่งแวดล้อม กล่าวคือ รัฐเจ้าของทรัพยากรชีวภาพต้องกำหนดรูปแบบของการเข้าถึงที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมของตนด้วย

การที่อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพกำหนดให้ภาคีจักต้องพยายามเอื้ออำนวยให้รัฐสมาชิกอื่นเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพของตนนั้น การเข้าถึงและใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนจากทรัพยากรชีวภาพโดยการเข้าถึงนั้น จะต้องเป็นไปภายใต้หลักการ 3 ประการ คือ 1. การตกลงร่วมกัน (mutually agreed terms) 2. การแจ้งให้ทราบล่วงหน้าก่อนเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ (prior informed consent) และ 3. การแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรม (benefit sharing) ตามลำดับ

1. การตกลงร่วมกัน (mutually agreed terms) จากข้อบทของอนุสัญญาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าอนุสัญญาฉบับนี้รับรองสิทธิอธิปไตยของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมที่สามารถต่อรองกับประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของตนได้โดยต้องมีการเจรจาตกลงร่วมกันก่อนการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวต้องมีทั้งเงื่อนไขในการอนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ การกำหนดรูปแบบการสำรวจความหลากหลายทางชีวภาพและรูปแบบผลตอบแทนจากการใช้ทรัพยากรชีวภาพนั้นๆ ด้วย⁵⁰

2. การแจ้งให้ทราบล่วงหน้าก่อนเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ (prior informed consent) อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพกำหนดให้การเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพจะต้องอยู่ภายใต้ข้อตกลงให้ความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าของภาคีผู้ประสงค์จะเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพนั้น นอกเสียจากภาคีเจ้าของทรัพยากรชีวภาพจะพิจารณาเป็นประการอื่น⁵¹

หลักการให้ความเห็นชอบที่ได้แจ้งล่วงหน้า หรือที่เรียกว่า prior informed consent – PIC ดังกล่าวนี้ได้มาจาก อนุสัญญากรุงบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสีย

⁴⁹ สุทธิศักดิ์ ตือระ, อ่างแล้ว เจริญรทที่ 34, น. 36-37.

⁵⁰ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 มาตรา 15 วรรคสี่.

⁵¹ เฟิงอ้าง, มาตรา 15 วรรคห้า.

อันตรายข้ามพรมแดนและการกำจัดของเสียอันตราย ค.ศ. 1989 ซึ่งมุ่งคุ้มครองภาคีไม่ให้มีการนำเข้าวัตถุอันตราย อันจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสภาพแวดล้อมในภาคี⁵²

การกำหนดหลักเรื่องการให้ความเห็นชอบล่วงหน้าของภาคี ควรต้องพิจารณาสิ่งสำคัญ ดังต่อไปนี้⁵³

- (1) กำหนดรูปแบบขั้นตอนการขอความเห็นชอบล่วงหน้า
- (2) จัดตั้งองค์กรภายในประเทศเพื่อดูแลการให้ความเห็นชอบล่วงหน้า
- (3) จัดตั้งฐานข้อมูลระหว่างประเทศเรื่องรูปแบบการให้ความเห็นชอบล่วงหน้า
- (4) กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของข้อมูลประกอบการให้ความเห็นชอบล่วงหน้า และ
- (5) จัดตั้งองค์กรตรวจสอบและบังคับการให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์

อย่างไรก็ตามประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมอาจละสิทธิเรื่องการให้ความเห็นชอบล่วงหน้าก็ได้ ซึ่งอาจกำหนดไว้ในข้อตกลงรวมกันในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรคสี่ ข้างต้นด้วย

3. การแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรม (benefit sharing) อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ กำหนดให้รัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีสิทธิได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์จากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม โดยกำหนดว่าประเทศภาคีแต่ละประเทศจะต้องดำเนินมาตรการทางกฎหมาย ทางการบริหารหรือนโยบายที่เหมาะสมตามพันธกรณีในอนุสัญญาฉบับนี้ โดยมีเจตนารมณ์เพื่อแบ่งปันผลจากการวิจัยและการพัฒนาที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และผลประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้ประโยชน์ทางพาณิชย์และทางอื่นในทรัพยากรพันธุกรรมให้แก่ประเทศภาคีที่ได้ให้ทรัพยากรพันธุกรรมนั้น การแบ่งปันดังกล่าวจักต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขข้อตกลงร่วมกัน⁵⁴

⁵² ชนภัทร วินยวัฒน์, "ข้อพิจารณาของไทยในด้านพันธุกรรมพืช สำหรับการเข้าร่วมอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), น.76.

⁵³ UNEP, Conference of The Parties to The Convention on Biological Diversity, Second meeting, Jakarta, 6-17 November 1995, "ACCESS TO GENETIC RESOURCES AND BENEFIT-SHARING: LEGISLATION, ADMINISTRATIVE AND POLICY INFORMATION" Report by the Secretariat, p.10-11.

⁵⁴ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 มาตรา 15 วรรคเจ็ด.

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพกำหนดให้สิทธิประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในการกำหนดเงื่อนไขเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์นี้ก่อนที่ประเทศภาคีอื่นจะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของตน กรณีเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าเงื่อนไขเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์ควรจะต้องพิจารณาควบคู่กับมาตรา 15 วรรคสอง กล่าวคือ การแบ่งปันผลประโยชน์ควรจะต้องเป็นเงื่อนไขหนึ่งในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้กรอบวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาดังกล่าวนี้ คือ จะต้องไม่เคร่งครัด หรือมีลักษณะเป็นการปิดกั้นการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศภาคีอื่น แต่จะต้องอยู่บนพื้นฐานของความเป็นธรรมและเท่าเทียม

4.5 การส่งเสริมการเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยี

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 กำหนดให้ภาคีตระหนักถึงเทคโนโลยีชีวภาพ ทั้งการเข้าถึงและถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างภาคีเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานี้ เทคโนโลยีที่เอื้ออำนวยแก่การเข้าถึงเพื่อถ่ายทอดไปยังภาคีอื่นนั้นจะต้องเกี่ยวข้องกับ การอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน หรือเทคโนโลยีที่ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมที่ไม่ต้นเหตุให้เกิดความเสียหายอย่างสำคัญต่อสิ่งแวดล้อม⁵⁵ นอกจากนี้ได้กำหนดให้ภาคีต้องดำเนินการตามกฎหมายด้านการบริหารหรือนโยบายเท่าที่เหมาะสม ด้วยความมุ่งหมายว่าภาคีต่างๆ โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาที่จัดหาทรัพยากรชีวภาพจะได้รับการจัดให้เข้าถึงและรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีซึ่งใช้ประโยชน์ทรัพยากรเหล่านั้น ภายใต้เงื่อนไขของการตกลงร่วมกันที่ผ่อนปรนต่อประเทศกำลังพัฒนา เทคโนโลยีในที่นี้หมายรวมถึงเทคโนโลยีที่ได้รับการคุ้มครองโดยสิทธิบัตรและสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ⁵⁶

การกำหนดพันธกรณีเช่นนี้ แสดงให้เห็นว่าการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีของประเทศเจ้าของทรัพยากรชีวภาพตามมาตรานี้ จะเกิดขึ้นต่อเมื่อประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรชีวภาพประสงค์จะเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพตามมาตรา 15 วรรคสอง หากผู้เข้าถึงทรัพยากรชีวภาพไม่ยินยอมตกลงถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพ ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็มีสิทธิจะไม่ให้

⁵⁵ เฟิงฮ้าง, มาตรา 16 วรรคหนึ่ง.

⁵⁶ เฟิงฮ้าง, มาตรา 16 วรรคสาม.

ประเทศภาคีนั้นเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ ดังนั้น ประเทศเจ้าของทรัพยากรชีวภาพจึงมีอำนาจควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพของภาคีอื่น⁵⁷

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพกำหนดให้มีการถ่ายทอดและให้เข้าถึงเทคโนโลยีซึ่งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรและทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ การถ่ายทอดเทคโนโลยีดังกล่าวจึงต้องอยู่ภายใต้การคุ้มครองทางทรัพย์สินทางปัญญาด้วย การกำหนดให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีต้องอยู่ภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศ เจ้าของทรัพยากรชีวภาพและประเทศที่ประสงค์จะเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ ซึ่งอาจต้องกำหนดเรื่องค่าตอบแทนการถ่ายทอดเทคโนโลยีด้วย ทั้งนี้ ประเทศภาคีเจ้าของทรัพยากรชีวภาพที่เป็นประเทศกำลังพัฒนาอาจได้รับความช่วยเหลือทางการเงิน ตามมาตรา 19 และมาตรา 20 เพื่อเป็นค่าตอบแทนการรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองทางทรัพย์สินทางปัญญา

4.6 กลไกการตรวจสอบและควบคุมเทคโนโลยีชีวภาพ

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 ให้ภาคีกำหนดมาตรการในการจัดระเบียบและควบคุมความเสี่ยงที่เกิดจากการใช้และการปล่อยให้สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมออกสู่สภาวะแวดล้อม โดยจำแนกวินิจฉัยภัยกระบวนการและประเภทของกิจกรรมซึ่งมีหรือมีแนวโน้มว่าจะมีผลกระทบเสียหายอย่างสำคัญต่อการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน หรือการจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในโครงการที่มีแนวโน้มจะมีผลเสียหายต่อความหลากหลายทางชีวภาพ⁵⁸

นอกจากนี้ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพกำหนดความร่วมมือกันระหว่างภาคีในการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารและการปรึกษาหารือเกี่ยวกับกิจกรรมภายใต้เขตอำนาจหรือการควบคุม ซึ่งมีแนวโน้มที่จะมีผลเสียหายอย่างสำคัญต่อความหลากหลายทางชีวภาพของรัฐอื่น หรือในพื้นที่นอกเหนือเขตอำนาจแห่งชาติตน และกรณีที่มีเหตุฉุกเฉินหรือมีอันตรายหรือความเสียหายร้ายแรงที่เกิดขึ้นภายในเขตอำนาจหรือการควบคุมของรัฐนั้น แต่อาจส่งผลต่อความหลากหลายทางชีวภาพในพื้นที่ภายใต้เขตอำนาจรัฐอื่น หรือในพื้นที่นอกเหนือเขต

⁵⁷ สุทธิศักดิ์ ดือระ, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 34, น. 39-40.

⁵⁸ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 มาตรา 17 และ มาตรา 19.

อำนาจแห่งชาตินั้นๆ ให้รัฐดังกล่าวแจ้งต่อรัฐที่มีแนวโน้มจะได้รับผลของอันตรายหรือความเสียหายนั้นโดยทันที⁵⁹

อนุสัญญาฉบับนี้ กำหนดให้ต้องมีพิธีสารเรื่องการตกลงให้ความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าในเรื่องเกี่ยวกับการถ่ายทออย่างปลอดภัย การดูแล และการใช้ประโยชน์สิ่งมีชีวิตที่ได้รับการเปลี่ยนแปลงอันเป็นผลมาจากเทคโนโลยีชีวภาพอันอาจมีผลเสียหายต่อการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน⁶⁰

5. การให้บังคับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 ถือเป็นอนุสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมด้วยประการหนึ่ง จึงมีข้อพิจารณาถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมซึ่งมีสถานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่รัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติ โดยหลักการพื้นฐาน (basic principles) ของกฎหมายสิ่งแวดล้อมที่ประเทศพัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนาต่างยอมรับมาบัญญัติไว้ในตราสารเหล่านี้ ได้แก่ Stockholm Declaration on the Human Environment 1972, Rio Declaration 1992 และ Agenda เป็นต้น ซึ่งเปรียบเสมือนแผนแม่บทสำหรับการพัฒนาที่ยั่งยืนซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในที่ประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (United Nations Conference on Environment and Development-UNCED) ซึ่งหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการคุ้มครอง

⁵⁹ เพิ่งอ้าง, มาตรา 14.

⁶⁰ ขณะนี้ได้มีพิธีสารคาร์ตาเฮน่าว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity) ซึ่งที่ประชุมภาคีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพลงมติรับร่างพิธีสารฯ เมื่อวันที่ 29 มกราคม 2543 มีผลใช้บังคับวันที่ 11 กันยายน 2546 เป็นเวลา 90 วัน หลังจากประเทศที่ 50 ได้ยื่นสัตยาบันสาร โดยมีประเทศที่ให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติ เป็นภาคีพิธีสารดังกล่าวแล้วจำนวน 127 ประเทศ พิธีสารฯ กล่าวถึง การขนย้าย ดูแล และใช้ประโยชน์อย่างปลอดภัยของสิ่งมีชีวิตที่ได้รับการดัดแปลงพันธุกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพ โดยคำนึงถึงสุขภาพของมนุษย์ และเน้นเป็นพิเศษในประเด็นการเคลื่อนย้ายสิ่งมีชีวิตดังกล่าวข้ามแดน

สิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศบางส่วนได้นำมาบัญญัติไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 ไว้เช่นเดียวกัน อันได้แก่

หลักเพื่อนบ้านที่ดี (Good Neighborliness)

หลักการนี้เป็นหลักการพื้นฐานที่รัฐทุกรัฐยอมรับดังจะเห็นได้จากการที่ได้มีการนำหลักการนี้ไปบัญญัติไว้ในมาตรา 74 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งรัฐส่วนใหญ่เป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติได้ยอมรับดังกล่าวเป็นแนวปฏิบัติของตน นอกจากนี้ยังปรากฏใน ปฏิญญากรุงสต็อกโฮล์ม ค.ศ. 1972 ข้อ 21 และในอารัมภบทแห่งอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 ซึ่งกล่าวว่า เพื่อส่งเสริมความให้เกิดความแน่นแฟ้นในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่างๆ ที่จะอนุรักษ์และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนจากความหลากหลายทางชีวภาพ และมาตรา 3 ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ กำหนดหลักการของอนุสัญญานี้ ว่าการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพหรือการกระทำกิจกรรมใดๆ ภายในเขตอำนาจและการควบคุมของตนจะต้องไม่เป็นสาเหตุให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น หลักการนี้เปรียบเสมือนการประกาศว่าตนยอมรับและเคารพต่อสิทธิของรัฐอื่น เป็นหลักการที่มีความหมายกว้างเนื่องจากมิได้กำหนดว่ารัฐจะต้องปฏิบัติอย่างไร แต่เป็นที่รับรู้กันทั่วไปตามสิ่งที่พึงปฏิบัติระหว่างรัฐในการเคารพสิทธิซึ่งกันและกัน การไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่นไม่ว่าจะเป็นการรบกวนจากกลิ่น ก๊าซ ฝุ่น ควัน หรือการแผ่รังสี รวมถึงการกระทำให้ดินและน้ำเปลี่ยนแปลงสภาพไปจนเป็นอันตรายต่อสุขภาพของมนุษย์ ทรัพยากรมีชีวิตและระบบนิเวศวิทยา⁶¹

หลักการให้ด้วยความระมัดระวัง (Precautionary Principle)

หลักการนี้เป็นการเตรียมการป้องกันล่วงหน้ามิให้ทรัพยากรธรรมชาติและทรัพยากรชีวภาพต้องสูญเสียไปในขณะที่มนุษย์ยังไม่มีความรู้และความเข้าใจเพียงพอเกี่ยวกับการใช้และการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรนั้น⁶² หลักการนี้ปรากฏอยู่ในตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น ข้อที่ 15 และข้อ 6 วรรคสาม แห่งปฏิญญากรุงริโอ อนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดพันธุ์สัตว์และพืชป่าที่ใกล้จะสูญพันธุ์ ค.ศ. 1973 ข้อ 61 แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 รวมถึง มาตรา 14 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทาง

⁶¹ Michael Bowman and Catherine Redgwell, International Law and the Conservation of Biological Diversity, (Kluwer law, 1996), p. 41-42.

⁶² Patricia W. Birnie and Alan E. Boyle, International law and The Environment, (Oxford:Clarendon Press, 1992), p. 95-98.

ชีวภาพกำหนดให้มีการจัดทำรายงานผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (Environmental Impact Assessment-EIA) ก่อนที่จะตัดสินใจดำเนินกิจกรรมหรือโครงการที่อาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างสำคัญ ต่อสิ่งแวดล้อมและความหลากหลายทางชีวภาพ เพื่อตรวจสอบ วิเคราะห์ และประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและความหลากหลายทางชีวภาพ และทางเลือกที่จะลดหรือหลีกเลี่ยงการทำกิจกรรมนั้น

หลักการป้องกันล่วงหน้า (Preventive Principle)

หลักการนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันความเสียหายและความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายที่สามารถรู้ได้ และพิสูจน์ได้ด้วยเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ เนื่องจากความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะความเสียหายที่เกิดแก่สิ่งแวดล้อมนั้น ไม่มีวิธีการใดๆ ที่จะทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิมได้⁶³ หลักการนี้ปรากฏใน ปฏิญญารุงริโอ 1992 ข้อ 2 โดยมีสาระสำคัญว่า "รัฐมีสิทธิอธิปไตยที่จะแสวงประโยชน์ในทรัพยากรของตนตามนโยบายพัฒนาเศรษฐกิจและสิ่งแวดล้อม และมีความรับผิดชอบต่อกิจกรรมที่เกิดขึ้นในเขตอำนาจหรือการควบคุมที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของประเทศอื่นๆ หรือบริเวณที่อยู่นอกเหนือเขตอำนาจเหนือบุคคล"⁶⁴ และมาตรา 7 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 กำหนดให้ระบุกระบวนการ และ จำแนกประเภทของกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพ บทบัญญัติดังกล่าวจึงถือเป็นมาตรการที่นำเอาหลักป้องกันล่วงหน้ามาใช้ เพื่อคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพ

หลักการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน (sustainable use)

หลักการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อมิให้มีการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพเกินสมควร โดยมุ่งประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพเฉพาะที่มีอยู่ในปัจจุบัน โดยไม่คำนึงว่าในอนาคตทรัพยากรชีวภาพจะเสื่อมสภาพหรือหมดสิ้นไป หลักการนี้ปรากฏใน World Charter of

⁶³ *Ibid.* p. 89-90.

⁶⁴ Principle 2 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 and developmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.

Nature 1982⁶⁵ และใน Chapter 17⁶⁶ ของ Agenda 21 เรื่องการใช้ประโยชน์จากแหล่งทรัพยากรมีชีวิตในทะเล มีการขอให้รัฐต่างๆ นำเอาหลักการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนไปใช้ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 นำหลักการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนและการอนุรักษ์ไปใช้กับการจัดการทรัพยากรมีชีวิตในทะเล และหลักการดังกล่าวเป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางในการประชุม UNCED ในปี 1992 เพื่อนำมาใช้จัดการกับแหล่งทรัพยากรมีชีวิตทุกชนิด และถือเป็นหลักการสำคัญในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 โดยมาตรา 2 ให้ความหมายของคำว่า "การใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน" หมายความว่า การใช้องค์ประกอบความหลากหลายทางชีวภาพในวิถีทางและด้วยอัตราที่ไม่นำไปสู่การลดลงของความหลากหลายทางชีวภาพในระยะยาว ทั้งนี้ โดยธำรงรักษาศักยภาพความหลากหลายทางชีวภาพ

⁶⁵ 1. General Principles

"Nature shall be respected and its essential processes shall not be impaired.

The genetic viability on the earth shall not be compromised; the population levels of all life forms, wild and domesticated, must be at least sufficient for their survival, and to this end necessary habitats shall be safeguarded.

All areas of the earth, both land and sea, shall be subject to these principles of conservation; special protection shall be given to unique areas, to representative samples of all the different types of ecosystems and to the habitats of rare or endangered species.

Ecosystems and organisms, as well as the land, marine and atmospheric resources that are utilized by man, shall be managed to achieve and maintain optimum sustainable productivity, but not in such a way as to endanger the integrity of those other ecosystems or species with which they coexist.

Nature shall be secured against degradation caused by warfare or other hostile activities."

⁶⁶ Chapter 17 Protection of the oceans, all kinds of seas, including enclosed and semi-enclosed seas, and coastal areas and the protection, rational use and development of their living resources.

เพื่อสนองความต้องการและความปรารถนาของคนรุ่นปัจจุบันและในอนาคต และมาตรา 6 ได้กำหนดพันธกรณีให้ภาคีจะต้องจัดทำแผนการระดับชาติ เพื่อการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน ดังนั้น รัฐจึงมีหน้าที่ที่จะสงวนรักษาความหลากหลายทางชีวภาพเพื่อที่จะแน่ใจว่าทรัพยากรชีวภาพต่างๆ จะไม่เสื่อมสลายไปในระยะยาว

หลักการดังกล่าวถือเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศที่รัฐต่างๆ มีหน้าที่ต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว

ประเด็นต่อไปที่จะพิจารณา คือ เรื่องการใช้บังคับสนธิสัญญา โดยปกติแล้วจะใช้บังคับกับพื้นที่ทั้งหมดของดินแดนที่รัฐมีอำนาจอธิปไตย เว้นแต่ ภาคีสถิติสัญญาจะแสดงเจตนาเป็นอย่างอื่นในสนธิสัญญาหรือสนธิสัญญาจะกำหนดเป็นอย่างอื่น กล่าวคือ มีผลใช้บังคับนอกเหนือจากดินแดนที่รัฐมีอำนาจอธิปไตย คือ บริเวณทะเลหลวง (high seas) และบริเวณพื้นที่ (the Area) ซึ่ง ตามมาตรา 4 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 บัญญัติว่า

“ภายใต้สิทธิของรัฐอื่นๆ และยกเว้นกรณีอื่นที่ระบุไว้อย่างชัดเจนในอนุสัญญานี้ บัญญัติของอนุสัญญามีผลให้แต่ละภาคีนำไปใช้ในขอบเขต ดังต่อไปนี้

เอ) ภายในพื้นที่ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐ ในกรณีขององค์ประกอบความหลากหลายทางชีวภาพ

บี) ภายในพื้นที่ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐ หรือในพื้นที่ที่อยู่ถัดจากเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐในกรณีกระบวนการและกิจกรรม ซึ่งได้ดำเนินการภายในเขตอำนาจของรัฐ หรือการควบคุมของตน ทั้งนี้โดยไม่คำนึงว่าจะเกิดผลที่ใด”

จากข้อบทข้างต้นอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 มีขอบเขตพื้นที่การใช้บังคับถึงส่วนประกอบความหลากหลายทางชีวภาพในบริเวณที่รัฐมีสิทธิอธิปไตย คือ บริเวณเขตเศรษฐกิจจำเพาะ (exclusive economic zone) และบริเวณไหล่ทวีป (continental zone) และมีขอบเขตพื้นที่การใช้บังคับอนุสัญญาในกรณีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการหรือกิจกรรมที่กระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพในบริเวณอยู่ในเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐ และบริเวณที่อยู่ถัดจากบริเวณที่อยู่ในเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ บริเวณที่อยู่นอกเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐนั่นเอง

นอกจากนี้อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพยังมีขอบเขตพื้นที่การใช้บังคับเหนือบริเวณที่อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ กล่าวคือ บริเวณที่อยู่ภายนอกเขตอำนาจของรัฐ แต่รัฐมีอำนาจควบคุมเหนือพื้นที่ดังกล่าว (under control of state) เช่น รัฐย่อมมีอำนาจควบคุม

เหนือสิ่งก่อสร้างหรือแท่นขุดเจาะน้ำมันที่ของตนที่อยู่บริเวณทะเลหลวง หรือกรณีพื้นที่พัฒนาร่วม (joint development area) ในบริเวณพื้นที่ที่ใกล้ทวีปทับซ้อนกันระหว่างรัฐตั้งแต่สองรัฐขึ้นไป เป็นต้น

ดังนั้น การใช้บังคับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพจึงถือเป็น ข้อยกเว้นของหลักการใช้บังคับสนธิสัญญาในพื้นที่ทั้งหมดของดินแดนที่รัฐมีอำนาจอธิปไตย ตาม ข้อ 29 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เนื่องจากใช้บังคับถึงบริเวณที่อยู่ ภายนอกเขตอำนาจแห่งชาติของภาคีแห่งอนุสัญญาฯ

การที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 เป็นผลให้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในอนุสัญญาดังกล่าวทั้งในด้านเนื้อหาของ อนุสัญญาฯ และในด้านขอบเขตพื้นที่การใช้บังคับอนุสัญญาฯ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเน้น การศึกษาขอบเขตพื้นที่การใช้บังคับอนุสัญญาควบคู่กับเนื้อหาของอนุสัญญาฯ เพื่อประกอบ การศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายภายในของประเทศไทยที่เกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรชีวภาพ ว่าจะมีขอบเขตพื้นที่การใช้บังคับกฎหมายของไทยสอดคล้องกับพื้นที่การใช้บังคับอนุสัญญา หรือไม่ เพียงใด ซึ่งจะได้กล่าวถึงในบทต่อไป