



www.krisdika.go.th



กฤษฎีกา

ปีที่ ๔ ฉบับที่ ๔ เดือนเมษายน - พฤษภาคม ๒๕๕๖



- **การให้บริการเทคโนโลยี 4G ในประเทศไทย**
- **ข้อโต้แย้งทางวิชาการว่าด้วยการสร้างการระงับพินทางการเงินของ Government of the day**
- **การร่างกฎหมาย**



นายธรรมนิตย์ สุมันตกุล รองเลขาธิการคณะกรรมการการกฤษฎีกา เป็นประธานในพิธีเปิดโครงการสัมมนาเชิงปฏิบัติการ เรื่อง “การเสริมสร้างและพัฒนาขีดสมรรถนะภายในองค์กรแบบบูรณาการ ของสำนักงานคณะกรรมการการกฤษฎีกา ปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๖” การสัมมนาฯ ในครั้งนี้จัดขึ้น ระหว่างวันที่ ๘ - ๑๐ มีนาคม ๒๕๕๖ ณ โรงแรมรอยองรีสอร์ท อำเภอเมือง จังหวัดระยอง โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อเสริมสร้างและพัฒนาขีดสมรรถนะภายในองค์การด้านบุคลากร ด้านสารสนเทศ และด้านวัฒนธรรมองค์การให้มีความพร้อมต่อการเปลี่ยนแปลงและมีความสามารถในการปรับตัวได้อย่างเหมาะสมต่อสถานการณ์ต่าง ๆ มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับขั้นตอนและวิธีการปฏิบัติราชการตามคำรับรองการปฏิบัติราชการ ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๖ โดยจะได้มีส่วนร่วมในการผลักดันการปฏิบัติงาน ให้บรรลุผลตามคำรับรองการปฏิบัติราชการได้อย่างครบถ้วน สมบูรณ์และมีประสิทธิภาพ



นายปกรณ์ นิลประพันธ์ กรรมการร่างกฎหมายประจำ สำนักงานคณะกรรมการการกฤษฎีกา รับมอบโล่เกียรติคุณ รางวัลบทความด้านกฎหมายดีเด่น เรื่อง “การตรวจกฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะ” จาก ศ. ดร.อักษราทร จุฬารัตน อดีตประธานศาลปกครองสูงสุด เนื่องในวันสัญญา ธรรมศักดิ์ ๕ เมษายน ๒๕๕๖ จัดโดยสถาบันสัญญา ธรรมศักดิ์ เพื่อประชาธิปไตย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อวันที่ ๔ เมษายน ๒๕๕๖ ณ ห้องประชุมคึกฤทธิ์ ปราโมช มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ทำพระจันทร์ และในช่วงบ่ายได้อภิปรายนำเสนอบทความด้านกฎหมายดีเด่นที่ได้รับรางวัล



สวัสดีปีใหม่ไทยท่านผู้อ่านกฎหมายสารทุกท่าน เดือนเมษายนเป็นช่วงฤดูกาลแห่งความร้อน ที่หลายท่านไม่อยากพบเจอ และดูเหมือนว่าความร้อนจะเพิ่มมากขึ้นทุก ๆ ปี นอกจากอากาศจะร้อนแล้วยังมีประเด็นร้อนที่เป็นข่าวทั้งในสื่อมวลชนทุกแขนงและสื่อ Social network นั่นก็คือ การออกพระราชบัญญัติกู้เงินจำนวนสองล้านล้านบาทของรัฐบาล กฎหมายฉบับนี้จึงขอนำเสนอมุมมองของนักกฎหมายในทางวิชาการ ซึ่งจะเล่าถึงที่มาของหลักการจัดทำงบประมาณประจำปี ข้อดีข้อเสียของการทำโครงการที่ผูกพันงบประมาณระยะยาว เพื่อเป็นข้อคิดที่จะนำไปใช้เป็นแนวทางการดำเนินงานที่เกิดประโยชน์แก่ประเทศชาติมากที่สุด เขียนโดยกรรมการร่างกฎหมายประจำ (นายปรกรณ์ นิลประพันธ์) ที่ได้กรุณามอบบทความดี ๆ ให้กฎหมายสารมาอย่างต่อเนื่อง และเมื่อต้นเดือนเมษายนที่ผ่านมาท่านยังได้รับรางวัลบทความดีเด่นด้านกฎหมาย เรื่อง การตรวจกฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะ จากสถาบันสัญญา ธรรมศักดิ์ กฎหมายสารแสดงความยินดีกับท่านไว้ ณ โอกาสนี้ด้วย

จากเรื่องร้อน ๆ มาเรื่อง IT กันบ้าง ฉบับนี้จะพาท่านผู้อ่านก้าวข้ามจาก 3G ไปรู้จัก 4G ว่าดีกว่า 3G อย่างไร และประเทศไทยจะมีโอกาสได้ใช้ 4G หรือไม่ เชิญติดตามได้ และที่พิเศษจริง ๆ สำหรับกฎหมายสารฉบับนี้ก็คือ สก๊อปพิเศษ ซึ่งได้นำบทความเรื่อง “การร่างกฎหมาย” เขียนโดยท่านเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา (นายอัษฎพร จารุจินดา) จากหนังสือ “หกรอบมองคล้วฒนาย มีชัย ฤชุพันธุ์” โดยเนื้อหาบอกเล่าถึงความหมายของกฎหมาย คุณสมบัติพื้นฐานที่นักร่างกฎหมายจำเป็นต้องมี และขั้นตอนการร่างกฎหมาย ซึ่งกฎหมายสารเห็นว่าจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่ผู้ร่างกฎหมายในการปฏิบัติงาน และผู้ใช้กฎหมายในการนำกฎหมายนั้น ๆ ไปใช้ได้ถูกต้อง บทความอีกเรื่องที่ไม่ควรพลาดคือ “การเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ที่พัฒนามาจากภูมิปัญญาท้องถิ่น” ซึ่งเป็นบทความที่ค่อนข้างยาวแต่เต็มไปด้วยสาระที่น่าสนใจและเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่านเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะในปัจจุบันที่มีการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปพัฒนาต่อยอดเป็นธุรกิจทั้งขนาดเล็กและขนาดใหญ่ โดยบทความนี้จะศึกษาและวิเคราะห์ให้เห็นถึงการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นที่นำมาใช้ในการประดิษฐ์ กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย โดยเฉพาะกฎหมายสิทธิบัตรว่าจะเกิดประโยชน์แก่ใคร อย่างไรบ้าง ซึ่งในปัจจุบันชุมชนผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาอาจไม่ได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์จากการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นไปประกอบธุรกิจเลย โดยการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น จะเป็นการป้องกันมิให้มีการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้โดยไม่ได้ขออนุญาตด้วย พบกับสาระดี ๆ จากกฎหมายสารใหม่ในฉบับหน้า

บรรณาธิการ

คณะผู้จัดทำ

ที่ปรึกษา

นายอัษฎพร จารุจินดา

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

นายชูเกียรติ รัตนชัยชาญ นายธรรมนิตย์ สุ่มันตกุล

นายนิพนธ์ ชะกิมิ นายคิสิทธิ์ โทตระกิตย์

รองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

และกรรมการร่างกฎหมายประจำทุกท่าน

บรรณาธิการ

นางสิรินันท์ ปานเสมศรี

กองบรรณาธิการ

นางกรรณกนก ช่างกลึงเหมาะ นายนพดล เกร็ฤกษ์

นายเชวง ไทยยิ่ง นางณัฐนันท์ อัศวเลิศศักดิ์

นางพงษ์สวาท ภายอรุณสุทธิ นางสาววันดี สุชาติกุลวิทย์

ผู้ช่วยบรรณาธิการ

นางสาวพรเพ็ญ คำหนูวัฒน์ นางสาวรัชนี สังข์ทองงาม

นางเกลินี แสงสุวรรณ นางชุตินา ใหญ่น้อย

จัดทำโดย

ส่วนช่วยอำนวยการและประชาสัมพันธ์ สำนักอำนวยการ
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

เลขที่ ๑ ถนนพระอาทิตย์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ ๑๐๒๐๐

โทรศัพท์ ๐-๒๒๒๒-๐๒๐๖-๙ ต่อ ๑๒๐๕, ๑๖๔๐

โทรสาร ๐-๒๒๒๐-๗๖๓๙

www.krisdika.go.th, www.lawreform.go.th

สารบัญ

๒ เทคโนโลยีสารสนเทศ

การให้บริการเทคโนโลยี 4G ในประเทศไทย

๔ Brainstorm Session

ข้อโต้แย้งทางวิชาการว่าด้วยการสร้างภาระผูกพันทางการเงิน
ของ Government of the day

๖ ความเห็นทางกฎหมาย

- ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่น่าสนใจ
- ความเห็นทางกฎหมายที่น่าสนใจ

๑๑ สก๊อปพิเศษ

การร่างกฎหมาย

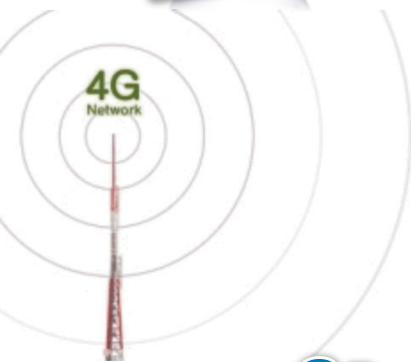
๑๖ เรื่องน่ารู้

การเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ที่พัฒนามาจากภูมิปัญญา
ท้องถิ่น

๒๕๘ เลาะรั้ว

คำรับรองการปฏิบัติราชการของสำนักงาน ประจำปีงบประมาณ
พ.ศ. ๒๕๕๖

บทความ ข้อความ หรือความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏในกฎหมายสาร เป็นความคิดเห็น
ส่วนตัวของผู้เขียน ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและกองบรรณาธิการ
ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย



การให้บริการเทคโนโลยี ในประเทศไทย



ทลายท่านคงจะทราบแล้วว่าประเทศไทยมีเทคโนโลยี 3G ใช้แล้วโดยสามารถใช้บริการได้ทุกภูมิภาคทั่วประเทศ แต่ก็ยังคงมีบางพื้นที่ที่ไม่สามารถใช้บริการได้ และเมื่อไม่นานมานี้มีบริษัทที่ทำกิจการเกี่ยวกับโทรคมนาคม แห่งหนึ่งประกาศเตรียมเปิดให้บริการเทคโนโลยี 4G บนคลื่นความถี่ 2100 MHz ในช่วงเดือนเมษายน 2556

เทคโนโลยี 4G เป็นอย่างไรมีความเร็วกว่าเทคโนโลยี 3G มากน้อยเพียงใด

เทคโนโลยี LTE หรือ Long Term Evolution เป็นชื่อเรียกที่รู้จักกันว่า 4G เป็นเทคโนโลยีอนาคตที่ต่อยอดจาก 3G ซึ่งมีคุณสมบัติที่สามารถตอบสนองการใช้งาน Broadband ไร้สายความเร็วสูง โดยทำความเร็วตั้งแต่ 100 Mbps – 1024 Mbps (1Gbps) เร็วกว่า 3G ที่ใช้ในปัจจุบันถึง 7 เท่า

เทคโนโลยี 4G สามารถประชุมทางไกลคุยแบบโต้ตอบได้ทันที ในขณะที่ 3G จะมีความล่าช้า นอกจากนี้ 4G ยังให้ภาพคมชัดมากกว่า ด้วยความเร็วของ 4G ที่เร็วกว่าแรงกว่า 3G นี้ การให้บริการ 4G ผ่าน Wifi Adaptor จะทำให้เพิ่มโอกาสในการเข้าถึง Internet ได้อย่างง่ายดาย และรวดเร็วมากยิ่งขึ้น เพียงมี Aircard 4G และ Wifi

Adaptor เมื่อเชื่อมต่อแล้วสามารถแชร์สัญญาณ 4G เพื่อให้ใช้พร้อมกันกับอุปกรณ์ที่รองรับสัญญาณ Wifi ได้อย่างสะดวกสบายมากยิ่งขึ้นเหมือนกับถนนที่มีขนาดใหญ่ขึ้น ก็สามารถที่จะรองรับรถได้มากขึ้น และวิ่งได้เร็วขึ้นด้วย

นอกจากนี้ เทคโนโลยี 4G ยังสามารถส่งไฟล์วิดีโอ ความละเอียดสูง, การถ่ายทอดสดแบบ Live Broadcast แบบ Realtime บริการ Cloud service สนับสนุนการเรียนผ่านทาง E-learning การรักษาโรคทางไกล (Telemedicine) และรวมไปถึงการชมภาพยนตร์ความละเอียดสูงบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตซึ่งเหมาะสำหรับการทำธุรกิจด้านมัลติมีเดีย และวิดีโอออนไลน์ในอนาคต

ทำไมต้องคลื่น 2100 MHz

จากการที่ สหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ (International Telecommunication Union ชื่อย่อว่า ITU) ได้กำหนดให้คลื่น 2100 MHz เป็นคลื่นสากลที่ใช้ตรงกันทุกประเทศ ทำให้โทรศัพท์ทั้งหมดที่ผลิตออกมาจะรองรับคลื่น 2100 MHz และรับคลื่นอื่นๆ ต่างกันไป ในช่วงหลายปีที่ผ่านมาเราจะพบความลำบากที่ต้องเลือกโทรศัพท์อย่างระมัดระวังว่าจะรองรับคลื่นที่ผู้ให้บริการใช้อยู่หรือไม่ เมื่อมีผู้ให้บริการรายหลักให้บริการบนคลื่น 2100 MHz

การเลือกผู้ให้บริการก็จะง่ายขึ้น

เหตุผลสำคัญอีกอย่างหนึ่งของการเลือกใช้คลื่น 2100 MHz คือ ประเทศไทยมีคลื่นส่วนนี้ว่างอยู่ถึง 45 MHz (เป็นช่วงความถี่ 2100 – 2145 มีความกว้าง 45 MHz) การปล่อยให้คลื่นเหล่านี้ว่างเอาไว้จะกลายเป็นคลื่นที่ไม่เกิดประโยชน์อะไร และเป็นความสูญเสียทรัพยากรที่นำมาใช้งานได้

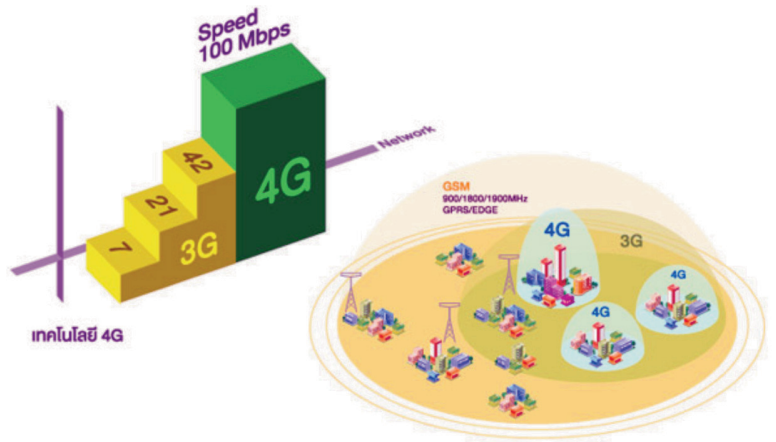
เมื่อเปรียบเทียบกับ การให้บริการ 3G ในประเทศไทยซึ่งใช้คลื่นความถี่ที่แตกต่างกันไปในแต่ละบริษัทดังนี้

- AIS ให้บริการ 3G บนคลื่น 900 MHz ด้วยคลื่นกว้าง 5 MHz
- DTAC ให้บริการ 3G บนคลื่น 850 MHz ด้วยคลื่นกว้าง 10 MHz
- Truemove H ให้บริการ 3G บนคลื่น 850 MHz ด้วยคลื่นกว้าง 15 MHz
- TOT3G ให้บริการ 3G บนคลื่น 2100 MHz ด้วยคลื่นกว้าง 15 MHz

จะเห็นได้ว่าช่วงคลื่นที่กว้าง 45 MHz ของคลื่น 2100 MHz ยังสามารถจัดสรรไปใช้ประโยชน์ได้อีกมากมาย

ปัญหาการใช้งานทุกวันนี้เกิดจากปริมาณคลื่นไม่สมดุลส่วนกัน เช่น AIS มีผู้ใช้งานมากถึง 35 ล้านราย ขณะที่ TOT นั้นมีผู้ใช้ไม่ถึงสามแสนราย ทำให้ผู้ใช้จำนวนมากกระจุกอยู่ในคลื่นแคบ ๆ ที่รองรับผู้ใช้ได้น้อย (AIS ช่วงคลื่นกว้าง 5 MHz ส่วน TOT3G ช่วงคลื่นกว้าง 15 MHz)

เทคโนโลยี 4G ที่ได้รับความนิยมในทุกวันนี้คือเทคโนโลยี LTE และนิยมใช้บนคลื่น 1800 MHz หรือ 2600 MHz ประเทศที่ใช้คลื่นย่าน 2100 MHz ติดตั้ง 4G คือ ประเทศญี่ปุ่น



ประเทศไทยเคยมีการทดสอบเทคโนโลยี 4G หรือไ้

ประเทศไทยเคยมีการทดสอบเทคโนโลยี 4G บนคลื่น 2300 MHz และ 1800 MHz การทดสอบได้เสร็จสิ้นไปแล้วเมื่อต้นเดือนมีนาคม และกลางเดือนพฤษภาคม 2555 โดยความร่วมมือระหว่างหน่วยงานของรัฐและเอกชน โดยคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กสทช. เป็นผู้อนุญาตให้ทดสอบ 4G เชิงเทคนิคชั่วคราว และห้ามแสวงหากำไรเชิงพาณิชย์ ซึ่งการทดสอบ 4G นี้เปิดโอกาสให้ประชาชนทั่วไป ตลอดจนนักเรียนนักศึกษาได้ร่วมทดสอบ 4G ด้วย ผลจากการทดสอบในช่วงที่ผ่านมาถือว่าเป็นที่น่าพอใจและได้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์เพื่อเตรียมการเปิดประมูลของ กสทช. เป็นอย่างยิ่ง

นอกจากนี้คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม (กทค.) ภายใต้โครงสร้างของ กสทช. ยังมีแนวคิดที่จะเปิดประมูลคลื่นความถี่ย่าน 2.3 กิกะเฮิรตซ์ เพื่อให้บริการเทคโนโลยี 4G LTE ภายในปี 2557 อีกด้วย

ที่มา: <http://www.it24hrs.com/2012/4g-technical-trial-thailand/>
<http://www.thaiandroidphone.com/thread-41286-1-1.html>
<http://www.stackfiffo.com/3g-คลื่น-2100-mhz-ของ-dtac-เรื่อย-ๆ-สบาย/>
<http://pexim.com/2012/05/16/ปัญหาเรื่องคลื่น-3g-อันแสบ/>
<http://www.icez.net/blog/74155/บทสรุป-3g-4g-ประเทศไทยวันนี้>
<http://www.icez.net/blog/1778/why-deploy-3g-now-instead-of-4g>
<http://www.tabletd.com/news/2905/PR-AIS-อัปเดตความคืบหน้าผลการทดสอบ-4G-ในไทย>
<http://thumbsup.in.th/2012/10/nbt-auction-3g-2100/>
<http://www.techxcite.com/topic/12262.html>
<http://www.blognone.com/node/36609>





ข้อโต้แย้งทางวิชาการว่าด้วยการสร้าง การผูกพันทางการเงินของ Government of the day

ล เรื่องที่เป็นประเด็นถกเถียงกันมากในสังคมขณะนี้ นอกจากกรณีไทยพีบีเอส และการทวงคืน ปตท. แล้ว คงหนีไม่พ้นเรื่องที่ว่ารัฐบาลจะเสนอร่างพระราชบัญญัติ กู้เงินจำนวนสองล้านล้านบาทเพื่อพัฒนาระบบโครงสร้างพื้นฐานของประเทศเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา ซึ่งตามข่าวเห็นว่าจะต้องใช้เวลาราวห้าสัปดาห์จึงจะหมด ทั้งนี้ ประเด็นที่ถกเถียงกันมากกลับกลายเป็นเรื่องความเปิดเผยโปร่งใสในการดำเนินการ รวมทั้งปัญหาการทุจริตซึ่งหลายฝ่าย “คาดว่า” จะต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอน

อย่างไรก็ดี ในฐานะนักกฎหมายผู้เขียนกลับเห็นว่า ประเด็นดังกล่าวเป็นประเด็นรองและเป็นเรื่องที่จะเกิดขึ้นหลังจากที่มีการตรากฎหมายดังกล่าวขึ้นแล้ว แต่ประเด็นหลักที่เป็นปัญหาข้อกฎหมายล้วนๆ ในการตรากฎหมายดังกล่าวกลับไม่มีการถกเถียงกันเลย ทั้งที่สังคมไทยเป็นสังคมที่อุดมไปด้วยนักกฎหมาย เท่าที่พอมีความรู้ทางกฎหมายอยู่บ้าง ผู้เขียนพบว่าในทางตำรานั้นเขามีข้อโต้แย้งกันมานานแล้วว่าสมควรหรือไม่ที่ Government of the day จะดำเนินการในลักษณะที่เป็นการสร้างภาระผูกพันทางการเงินจำนวนมหาศาลและระยะยาวทั้งไว้ให้แก่ Future government และลูกหลานที่เขาเถียงกันนั้น ฝ่ายหนึ่งเห็นว่ามันไม่สมควรทำ และทำไม่ได้เพราะเป็นการมัดมือชก Future government เนื่องจากภาระหนี้ที่เกิดขึ้น

ซึ่งจะทำให้ Future government ไม่สามารถทำอะไรได้เลย นอกจากการ “ทำตาม” ในสิ่งที่ Government ในอดีตได้กำหนดไว้ เพราะภาระผูกพันทางการเงินระยะยาว เช่นนั้นทำให้ Government ต่อๆ ไปไม่สามารถระดมเงินเพื่อดำเนินโครงการใหม่ๆ ได้อีกเนื่องจากเต็มวงเงินแล้ว แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าทำได้เพราะภาระผูกพันที่สร้างขึ้นเป็นการทำเพื่อประโยชน์สาธารณะในภาพรวม ทุกคนในสังคมได้ประโยชน์ร่วมกันในระยะยาว ถ้าทำไม่ได้แล้วเราจะพัฒนาประเทศกันอย่างไร

ปัญหาโลกแตกที่ว่านี้สืบเนื่องมาจากหลักการพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ว่า No taxation without representations ตามที่กำหนดไว้ใน Magna Carta มาตั้งแต่ปี 1215 หลักการดังกล่าวเกิดขึ้นในสมัยที่กษัตริย์ในระบบ Feudal ซึ่งเป็น The First Feudal Lord เรียกเก็บภาษีอากรจากขุนนางที่ขุนนางไปใช้จ่ายอย่างฟุ่มเฟือยและไม่มีเหตุผล ทั้งเป็นค่าใช้จ่ายในราชสำนักและในการทำสงคราม จนทำให้ขุนนางรู้สึกว่าเป็นธรรมและบังคับให้ King John ต้องยอมรับหลักการดังกล่าว มิฉะนั้นเหล่าขุนนางทั้งหลายจะไม่เปิดประตูเมืองให้ King John และกองทัพที่บอบช้ำกลับเข้าไปในเมืองหลังจากแพ้สงครามเจ็ดปีกับฝรั่งเศส หลักการเรียกเก็บภาษีที่ขุนนางกำหนดเป็นปฐมว่าต้องเป็นการเก็บปีต่อปีเท่านั้น และ

* กรรมการร่างกฎหมายประจำ (นักกฎหมายกฤษฎีกาทรงคุณวุฒิ) สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา © ๒๕๕๖




นี่เองได้เป็นที่มาของหลักที่ว่างบประมาณต้องกระทำแบบปีต่อปี หรือหลักหนึ่งปีของงบประมาณ ซึ่งยังคงใช้สืบต่อกันเรื่อยมาจนปัจจุบันจนกลายเป็นสิ่งที่น่ารังเกียจกฎหมายนิยมเรียกกันว่า “แบบ” หรือสิ่งที่ทำต่อ ๆ กันมา โดยไม่รู้เหตุผลที่แท้จริงของเรื่อง

ต่อมาสังคมพัฒนาขึ้นเรื่อยๆ การจัดทำงบประมาณแบบปีต่อปีเริ่มมีปัญหาในตัวเอง เหตุผลก็เพราะการจัดทำบริการสาธารณะต่างๆ นั้นต้องใช้เงินลงทุนสูงขึ้นเรื่อยๆ การจัดทำในลักษณะปีต่อปีจึงไม่สามารถวางแผนการพัฒนาในระยะยาวได้หรือหากมีการเปลี่ยนแปลง Government ในระหว่างทางและต้นเป็น Government ที่มีนโยบายตรงกันข้ามเสียอีก ก็จะทำให้การจัดทำบริการสาธารณะอันจำเป็นนั้นต้องสะดุดหยุดลงหรือสะดุดหยุดอยู่ หรือไม่ก็ต้องเลิกไปเลย แล้วแต่กรณี จึงมีแนวคิดใหม่ที่จะจัดทำงบประมาณแบบ Programming Budget หรือการทำโครงการที่ผูกพันงบประมาณระยะยาว ๓ ปี บ้าง ๕ ปีบ้าง เช่นที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน คือ คิดโครงการยาวแต่ของบทำเป็นรายปี แม้การทำงบประมาณแบบ Programming Budget จะมีเหตุผลสนับสนุนดังว่า แต่ในทางตำราก็ยังคงถกเถียงกันมาโดยตลอดว่าการที่ Government of the day ทำสิ่งที่ผูกพัน Future Government นั้น เป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมต่อ Future Government ซึ่งทางตำราเองก็ยังไม่ค่อยมีข้อยูติมาจนถึงปัจจุบัน

สำหรับ Parliament เองก็มีข้อโต้แย้งเช่นเดียวกับการที่ Government ว่า Parliament ชุดปัจจุบันสามารถตรากฎหมายที่เป็นการสร้างภาระผูกพันทางการเงินยาวนานเกินหนึ่งปีได้หรือไม่ ฝ่ายที่หนึ่งเห็นว่า ตามหลัก Supremacy of the Parliament และตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) นั้น Parliament เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย เมื่อเป็นเช่นนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายใดๆ ขึ้นก็ได้ แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการคิดเช่นนั้นออกจะคิดสั้นไปหน่อย ฝ่ายนี้เห็นว่า Parliament ไม่มีอำนาจขนาดนั้นหรอก โดยยกประเพณีปฏิบัติขึ้นเป็นข้ออ้างว่าตามกฎหมายงบประมาณ ยังต้องทำเป็นงบประมาณรายจ่ายประจำปีเท่านั้น เมื่อเป็นเช่นนั้น Parliament จึงไม่อาจตรากฎหมายที่สร้างภาระผูกพัน

ทางการเงินที่ยาวนานกว่านั้นได้ นอกจากนี้ การตรากฎหมายที่สร้างภาระผูกพันงบประมาณยาวกว่าหนึ่งปี เช่น ห้าปี สิบบปี เป็นต้น นั้นยังไม่เป็นธรรมต่อ Parliament ชุดต่อๆ ไปเพราะจะไม่สามารถควบคุมการบริหารงบประมาณของ Government ชุดต่อๆ ไปได้

นอกจากนี้ ถ้าหากเหตุการณ์ในอนาคตมิได้เป็นไปตามที่ Parliament of the day คาดการณ์ไว้ Parliament ชุดนั้นจะมีความรับผิดชอบต่อความบกพร่องเช่นนี้อย่างไร และหากเห็นว่าทำได้ จะเกิดอะไรขึ้นหากว่า Parliament of the day ได้ตรากฎหมายที่สร้างภาระผูกพันขึ้นในอนาคตขึ้นแล้ว และ Government of the day ซึ่งเป็นผู้ปฏิบัติการตามกฎหมายก็ได้ดำเนินการตามกฎหมายนั้น เป็นระยะเวลาหนึ่งและก่อให้เกิดภาระผูกพันตามกฎหมายนั้นขึ้นแล้วส่วนหนึ่ง แต่ต่อมา Future Parliament ได้อาศัยอำนาจตามหลัก Supremacy of Parliament และหลักการแบ่งแยกอำนาจ (เช่นเดียวกับที่ฝ่ายแรกกล่าวอ้าง) ได้ตรากฎหมายขึ้นฉบับหนึ่งเพื่อ “ยกเลิกกฎหมายที่สร้างภาระผูกพันนั้น” หรือแก้ไขกฎหมายดังกล่าวให้ต่างไปจากเดิม เพราะ Parliament ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยสามารถที่จะตรากฎหมายใหม่เพื่อยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเก่าได้เสมอ ซึ่งหาก Future Parliament เลือกดำเนินการเช่นนี้ ปัญหาทางกฎหมายก็จะตามมาอีกมากมายยกกองในอนาคต และคงต้องคิดหาทางออกเพื่อไว้สำหรับเรื่องเหล่านี้ด้วย

ดังนั้น ประเด็นปัญหาในทางวิชาการกฎหมายเกี่ยวกับการสร้างภาระผูกพันทางการเงินระยะยาวคงมีเพียงเท่านี้ นักวิชาการนิติศาสตร์สากลหาได้มุ่งไปถึงการทุจริตหรือความโปร่งใสในการดำเนินการไม่ เพราะเป็นเรื่องทางบริหารที่เกิดขึ้นหลังจากที่มีการตรากฎหมายก่อภาระผูกพันระยะยาวขึ้นแล้ว ผู้เขียนมิได้แสดงทรรศนะว่า เอนเอียงไปข้างใด เพียงแต่ได้เสนอข้อคิดทางวิชาการของนักกฎหมายกลางแก่กลางใหม่คนหนึ่งเพื่อประโยชน์ในการถกเถียงทางวิชาการเพื่อให้ได้ข้อยุติที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทยอันเป็นที่รักของเราเท่านั้น .. 

ที่มา : จาก Brainstorm Session www.lawreform.go.th



ความเค็นทางกฏหมาย ของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่นำสบใจ

การนำเงินกองทุนประกันสังคมไปใช้จ่ายเพื่อแก้ ปัญหาเกี่ยวกับการให้บริการทางการแพทย์

ในการให้บริการทางการแพทย์แก่ผู้ประกันตน สำนักงานประกันสังคมจะมีการทำข้อตกลงกับสถานพยาบาลเพื่อให้บริการแก่ผู้ประกันตน หากสถานพยาบาลได้ให้บริการทางการแพทย์แก่ผู้ประกันตนที่ไม่มีสิทธิได้รับบริการทางการแพทย์เนื่องจากฐานข้อมูลในระบบของสำนักงานประกันสังคมระบุว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีสิทธิได้รับบริการทางการแพทย์อันเป็นความผิดพลาดที่เกิดจากการที่นายจ้างไม่ได้แจ้งเปลี่ยนแปลงข้อเท็จจริงของผู้ประกันตนภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด และเกิดจากการที่สำนักงานประกันสังคมได้ออกบัตรรับรองสิทธิล่วงหน้าให้แก่ผู้ประกันตนที่ยังส่งเงินสมทบไม่ครบสามเดือน กรณีดังกล่าวนี้ สำนักงานประกันสังคมมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าบริการทางการแพทย์ตามสัญญาที่ได้ตกลงไว้กับสถานพยาบาลหรือไม่อย่างไร

เมื่อสถานพยาบาลได้ตรวจสอบข้อมูลของผู้ประกันตนจากฐานข้อมูลในระบบของสำนักงานประกันสังคมพบว่าเป็นผู้มีสิทธิได้รับบริการทางการแพทย์จึงให้บริการทางการแพทย์ไปในฐานะคู่สัญญาของสำนักงานประกันสังคมที่มีหน้าที่ให้บริการแก่ผู้ประกันตน แม้จะเป็นการให้บริการทางการแพทย์แก่ผู้ที่ไม่มีความรับผิดชอบของสำนักงานประกันสังคมที่ไม่เป็นปัจจุบัน ดังนั้นเมื่อสถานพยาบาลได้ปฏิบัติตามสัญญาแล้ว สำนักงานประกันสังคมจึงมีหน้าที่ที่จะต้องจ่ายค่าบริการทางการแพทย์ให้แก่สถานพยาบาลตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้ และเมื่อ



ค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นการจ่ายเพื่อเป็นประโยชน์ทดแทนในกรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยให้แก่ผู้ประกันตนตามความผูกพันในสัญญาที่มีต่อสถานพยาบาล สำนักงานประกันสังคมจึงสามารถนำเงินกองทุนประกันสังคมมาจ่ายเพื่อการดังกล่าวได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา ๒๑ ประกอบกับมาตรา ๒๔ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคมฯ อย่างไรก็ตาม สำนักงานประกันสังคมมีหน้าที่ต้องดำเนินการตามกฎหมายกับผู้ที่เป็นสาเหตุให้สำนักงานประกันสังคมต้องจ่ายประโยชน์ทดแทนในกรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยให้แก่ผู้ประกันตนที่ไม่มีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนดังกล่าวเพื่อนำเงินที่ได้จ่ายไปแล้วมาคืนให้แก่กองทุนประกันสังคมต่อไป

(**เรื่องเลริจที่ ๓๓/๒๕๕๖** บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การนำเงินกองทุนประกันสังคมไปใช้จ่ายเพื่อแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการให้บริการทางการแพทย์, คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๙))

ขอบเขตอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์ตาม มาตรา ๙๖ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๕๒

คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ไต่สวนและมีมติว่าผู้บริหารและพนักงานของ บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) (บมจ. ทีโอที) กระทำความผิดวินัยร้ายแรง บมจ. ทีโอที จึงมีคำสั่งลงโทษไล่ออกผู้ถูกกล่าวหาตามฐานความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติ ต่อมาผู้ถูกกล่าวหาได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งลงโทษดังกล่าว โดยมีการอ้างถึงคำพิพากษาของศาลอาญาในคดีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ยื่นฟ้องผู้ถูกกล่าวหา ซึ่งคดีดังกล่าวศาลมีคำพิพากษายกฟ้องเนื่องจากผู้ฟ้องไม่ได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดจึงไม่มีอำนาจฟ้องคดี ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง ในการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัยนั้น บมจ. ทีโอที จะพิจารณาข้อเท็จจริงและฐานความผิดแตกต่างไปจากมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้หรือไม่ และหากพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้อุทธรณ์ไม่มีความผิดตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้มูล บมจ. ทีโอที จะสามารถยกโทษทางวินัยที่ได้มีคำสั่งลงโทษไปแล้วได้หรือไม่

มาตรา ๙๖ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๕๒ บัญญัติให้สิทธิผู้ถูกกล่าวหาที่ถูกลงโทษในการอุทธรณ์ดุลพินิจในการกำหนดโทษของผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอน ซึ่งในเรื่องดังกล่าวนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยที่ ๒/๒๕๕๖ ว่าในกรณีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ไต่สวนและวินิจฉัยแล้วเป็นอันยุติ องค์กรที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ไม่อาจก้าวล่วงไปพิจารณาในข้อเท็จจริงและฐานความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้มูลไว้ได้ คงทำได้เพียงพิจารณาอุทธรณ์การใช้ดุลพินิจในการสั่งลงโทษเท่านั้น ด้วยเหตุดังกล่าว บมจ. ทีโอที จึงไม่อาจพิจารณาในข้อเท็จจริงหรือเปลี่ยนแปลงฐานความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ไต่สวนและมีมติแล้วได้ และเนื่องจากมาตรา ๙๖ กำหนดให้ผู้ถูกกล่าวหาอุทธรณ์ได้เฉพาะการกำหนดโทษเท่านั้น กรณีจึงไม่มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าผู้ถูกกล่าวหาที่ถูกลงโทษได้กระทำความผิดหรือไม่ คงมี



ประเด็นแต่เพียงว่าการลงโทษนั้นเหมาะสมกับความผิดที่ได้กระทำหรือไม่เท่านั้น ดังนั้น ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จึงไม่อาจยกโทษทางวินัยที่ได้มีคำสั่งลงโทษไปแล้วได้ อย่างไรก็ตาม หากความปรากฏว่าสำนวนการสอบสวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีความผิดพลาดจนเห็นได้ชัดและผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาได้ลงโทษไปตามความผิดพลาดนั้น ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ก็อาจขอให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณาทบทวนก่อนวินิจฉัยอุทธรณ์ได้

ประเด็นที่สอง จากข้อเท็จจริงที่ศาลอาญาได้มีคำพิพากษายกฟ้อง แต่มิได้พิพากษาหรือยกฟ้องในประเด็นแห่งคดี นั้น จะถือว่าผู้ถูกกล่าวหาพ้นจากข้อกล่าวหาทางวินัยได้หรือไม่

การดำเนินการทางวินัยและทางอาญาของคณะกรรมการ ป.ป.ช. นั้น เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติขั้นตอนการดำเนินการไว้ต่างหากจากกัน เมื่อข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ปรากฏว่าศาลอาญาได้ยกฟ้องในประเด็นเกี่ยวกับอำนาจฟ้องคดี โดยไม่ได้มีการพิจารณาในเนื้อหาสาระของคดีด้วย จึงไม่มีผลทำให้ผู้ถูกกล่าวหาพ้นจากความผิดทางวินัยแต่อย่างใด

(เรื่องเสร็จที่ ๑๕๒๑/๒๕๕๕ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ขอบเขตอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์ตามมาตรา ๙๖ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๕๒, คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑) ..



ความเห็นทางกฎหมายที่น่าสนใจ

**เรื่อง การตราพระราชกฤษฎีกากำหนดยกเว้น
ไม่นำบทบัญญัติมาตรา ๑๓ และมาตรา ๑๖ แห่ง
พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง
พ.ศ. ๒๕๓๙ มาใช้บังคับกับธนาคารแห่งประเทศไทย
ในการดำเนินงานตามกฎหมายบางฉบับ**

กฤษฎีกาสารฉบับนี้ สำนักกฎหมายปกครองขอเสนอความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งมีประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับการตราพระราชกฤษฎีกาโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เพื่อกำหนดยกเว้นมิให้นำบทบัญญัติบางมาตราแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวมาใช้บังคับแก่ธนาคารแห่งประเทศไทยในการดำเนินงานตามกฎหมายที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของธนาคารแห่งประเทศไทย โดยมีข้อเท็จจริงสรุปได้ว่าพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๔๕ และพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. ๒๕๕๑ ได้กำหนดให้ธนาคารแห่งประเทศไทย (ธปท.) มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลและตรวจสอบสถาบันการเงินและผู้ประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาตภายใต้กฎหมายที่ ธปท. กำกับดูแล ซึ่งการดำเนินงานตามอำนาจหน้าที่ในบางเรื่องนั้น กรรมการ พนักงาน และลูกจ้างของ ธปท. มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐ และอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ แต่โดยที่ในการดำรงชีวิตตามปกติทั่วไป บุคคลดังกล่าวมีความจำเป็นต้องใช้บริการหรือทำธุรกรรมกับสถาบัน

การเงินหรือผู้ประกอบการอื่น ซึ่งจะทำให้มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่หรือลูกหนี้ของสถาบันการเงิน และต้องห้ามมิให้ทำการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา ๑๓ (๕) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ นอกจากนี้ หากบุคคลดังกล่าวถือหุ้นในสถาบันการเงินในอัตราไม่เกินกว่าที่กฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงินกำหนด ก็อาจถือว่ามิได้เสียกับสถาบันการเงินและเป็นเหตุอื่นซึ่งมีสภาพร้ายแรง ที่ทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง ดังนั้น หากจะต้องนำบทบัญญัติมาตรา ๑๓ และมาตรา ๑๖ ดังกล่าวซึ่งห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ที่มีส่วนได้เสียทำการพิจารณาทางปกครองมาใช้บังคับ ก็อาจส่งผลให้เจ้าหน้าที่ของ ธปท. ไม่สามารถปฏิบัติงานในตำแหน่งหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

เพื่อแก้ไขปัญหาข้อขัดข้องในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของ ธปท. โดยเฉพาะกรรมการในคณะกรรมการนโยบายสถาบันการเงิน (กนส.) ธปท. จึงได้ออกข้อบังคับ ธปท. ว่าด้วยการป้องกันการมีส่วนได้เสียในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของกรรมการใน กนส. พ.ศ. ๒๕๕๔ ตามแนวทางที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นไว้ในเรื่องเสร็จที่ ๔๙๑/๒๕๕๓ และเรื่องเสร็จที่ ๖๓๓/๒๕๕๔ ตามลำดับ ให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมและมาตรฐานในการปฏิบัติราชการตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ กล่าวคือ ได้กำหนดบทเฉพาะสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการที่มีลักษณะเป็นการออกคำสั่งทางปกครองไว้ ซึ่งนอกจาก

กรรมการจะต้องไม่มีส่วนได้เสียตามที่กำหนดไว้เป็นกรณี
ทั่วไปแล้ว กรรมการจะต้องไม่มีหุ้นหรือไม่มีฐานะเป็น
เจ้าหนี้หรือลูกหนี้ในสถาบันการเงินที่เป็นประเด็นในการ
พิจารณานั้นๆ ด้วย อย่างไรก็ตาม ธปท. มีความเห็นว่า
หลักเกณฑ์ดังกล่าวยังคงมีความเข้มงวดและอาจเป็น
ปัญหาอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่ของ กนส. ได้ ดังนั้น
เพื่อให้การปฏิบัติงานของ กนส. รวมทั้งเจ้าหน้าที่อื่นของ
ธปท. เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและไม่มีปัญหาอุปสรรค
ที่อาจเกิดขึ้นจากการมีส่วนได้เสียในเรื่องที่พิจารณา ธปท.
จึงขอหารือว่า

๑. หากเสนอให้มีการตราพระราชกฤษฎีกาตาม
ความในมาตรา ๔ วรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ
ราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เพื่อกำหนดยกเว้นมิให้
นำบทบัญญัติมาตรา ๑๓ และมาตรา ๑๖ แห่งพระราช
บัญญัติดังกล่าวมาใช้บังคับแก่ ธปท. ในการดำเนินงาน
ตามกฎหมายที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ ธปท.
จะสามารถกระทำได้หรือไม่

๒. หากไม่สามารถตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อ
กำหนดยกเว้นมิให้นำบทบัญญัติมาตราใดมาตราหนึ่ง
ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาใช้
บังคับแก่ ธปท. ได้ จะสามารถตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อ
ยกเว้นมิให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ
ราชการทางปกครองฯ มาใช้บังคับแก่การดำเนินกิจการ
เฉพาะบางกิจการของ ธปท. ซึ่งมีความจำเป็นได้หรือไม่

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง
พิจารณาแล้วมีความเห็นในแต่ละประเด็นดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง เห็นว่า โดยหลักแล้วการตรา
พระราชกฤษฎีกายกเว้นให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติ
วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาใช้บังคับ
แก่การดำเนินกิจการใดหรือกับหน่วยงานใดตามมาตรา ๔
วรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว จะต้องเป็นการ
ยกเว้นให้นำพระราชบัญญัติทั้งฉบับมาใช้บังคับเช่นเดียว
กับกรณีที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่งของมาตราดังกล่าว
โดยไม่อาจกำหนดยกเว้นให้นำบทบัญญัติเฉพาะบาง
มาตรามาใช้บังคับได้ ดังนั้น การตราพระราชกฤษฎีกา
กำหนดยกเว้นให้นำบทบัญญัติมาตรา ๑๓ และมาตรา ๑๖

แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาใช้
บังคับแก่ ธปท. ในการดำเนินงานตามกฎหมายบางฉบับ
จึงไม่อาจกระทำได้

ประเด็นที่สอง เห็นว่า การตราพระราชกฤษฎีกา
ยกเว้นให้นำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ
มาใช้บังคับแก่การดำเนินกิจการในบางเรื่องของ ธปท.
มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การพิจารณาทางปกครองของ
เจ้าหน้าที่ ธปท. ไม่อยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา ๑๓
และมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง
ปกครองฯ กรณีจึงต้องพิจารณาถึงเหตุผลและความจำเป็น
ในการตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว ซึ่งเห็นว่า เหตุที่ ธปท.
เสนอให้มีการตราพระราชกฤษฎีกายกเว้นให้นำพระราช
บัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาใช้บังคับแก่การ
ดำเนินกิจการในบางเรื่องของ ธปท. นั้น เนื่องจาก ธปท.
มีข้อสงสัยเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ซึ่งมี
อำนาจพิจารณาทางปกครองและออกคำสั่งทางปกครอง
แก่สถาบันการเงิน โดยแยกเป็นสองกรณี ได้แก่ กรณีที่
เจ้าหน้าที่เป็นผู้ฝากเงินหรือเป็นผู้ขอสินเชื่อกับสถาบัน
การเงิน ทำให้มีฐานะเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ของคู่กรณี
และเป็นเหตุต้องห้ามมิให้ทำการพิจารณาทางปกครอง
ตามมาตรา ๑๓ (๕) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ
ทางปกครองฯ และกรณีที่เจ้าหน้าที่ ธปท. ถือหุ้นในสถาบัน
การเงิน แม้จะถือหุ้นไม่เกินอัตราที่กฎหมายว่าด้วยธุรกิจ
สถาบันการเงินกำหนด ก็อาจถือว่ามิได้เสียกับ
สถาบันการเงิน และเป็นเหตุอื่นซึ่งมีสภาพร้ายแรงที่ทำให้
การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางตามมาตรา ๑๖
แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จึงมี
ปัญหาต้องพิจารณาว่าทั้งสองกรณีดังกล่าวถือเป็นการ
มีส่วนได้เสียตามที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้
หรือไม่ อย่างไร ซึ่งคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทาง
ปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า

**กรณีเจ้าหน้าที่เป็นผู้ฝากเงินหรือเป็นผู้ขอ
สินเชื่อกับทางสถาบันการเงิน** มาตรา ๑๓ (๕) แห่ง
พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ที่บัญญัติ
ให้เจ้าหน้าที่ที่เป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ของคู่กรณีจะทำการ
พิจารณาทางปกครองไม่ได้นั้น มุ่งหมายที่จะใช้บังคับ

กับกรณีบุคคลธรรมดาที่มีมูลหนี้ระหว่างกันเป็นสำคัญ เพราะบุคคลที่เกี่ยวข้องย่อมมีประโยชน์ที่จะเรียกร้อง หรือต้องให้แก่กันอยู่ และไม่ประสงค์จะกระทำการใดให้อีกฝ่ายหนึ่งชุ่นเคืองใจ หรือจำเป็นต้องกระทำการให้อีกฝ่ายพึงพอใจเพื่อให้ตนได้รับประโยชน์จากมูลหนี้ อันอาจมีผลทำให้การพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ไม่เป็นกลางได้ สำหรับกรณีเจ้าหน้าที่เป็นผู้ฝากเงินหรือเป็นผู้ขอสินเชื่อ กับสถาบันการเงินถือเป็นเรื่องการดำรงชีวิตตามปกติ เช่นเดียวกับประชาชนทั่วไปที่จำเป็นต้องฝากเงินหรือขอสินเชื่อกับสถาบันการเงิน ซึ่งสถาบันการเงินมีหน้าที่ให้บริการรับฝากเงินหรือให้สินเชื่ออันเป็นการประกอบธุรกิจเป็นทางค้าปกติอยู่แล้ว กรณีจึงไม่เข้าลักษณะการเป็นเจ้าหน้าที่หรือลูกหนี้ของคู่กรณีอันจะทำให้เจ้าหน้าที่มีเหตุต้องห้ามทำการพิจารณาทางปกครอง และไม่มี ความจำเป็น ต้องตราพระราชกฤษฎีกายกเว้นไม่นำพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาใช้บังคับกับการ ดำเนินงานตามกฎหมายของ ธปท. แต่อย่างไรก็ดี อย่างไรก็ดี ในกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นผู้ฝากเงินหรือเป็นผู้ขอสินเชื่อ กับสถาบันการเงินโดยได้รับประโยชน์ใดๆ เป็นพิเศษ แตกต่างไปจากกรณีลูกค้าปกติทั่วไป เช่น เป็นผู้ฝากเงิน และได้รับดอกเบี้ยในอัตราพิเศษ หรือได้รับอนุมัติสินเชื่อ โดยไม่ต้องเสียดอกเบี้ย อาจถือว่ามูลหนี้ที่มีระหว่างกัน เป็นมูลเหตุจูงใจให้เจ้าหน้าที่พิจารณาอย่างไม่เป็นกลางได้ อันถือเป็นเหตุต้องห้ามมิให้ทำการพิจารณาทางปกครอง ตามนัยมาตรา ๑๓ (๕) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครองฯ ซึ่งในกรณีนี้เจ้าหน้าที่ย่อมต้อง ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๔ และมาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อไป

กรณีเจ้าหน้าที่ถือหุ้นในสถาบันการเงิน

เห็นว่า โดยทั่วไปหากการถือหุ้นเป็นมูลเหตุจูงใจให้ เจ้าหน้าที่พิจารณาในทางที่เอื้อประโยชน์ต่อสถาบันการเงิน ที่ตนถือหุ้นอยู่ ก็อาจถือเป็นเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรง อันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางตาม มาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครองฯ ได้ แต่โดยที่มาตรา ๑๖ บัญญัติถึงเหตุอื่นซึ่งมี

สภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครอง ไม่เป็นกลาง แต่มีได้บัญญัติถึงรายละเอียดเกี่ยวกับการมี ส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ว่าการถือหุ้นในจำนวนและ ลักษณะใด ที่จะถือเป็นเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรง ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาถึงการมีส่วนได้เสียของ เจ้าหน้าที่คณะกรรมการ ธปท. อาจอาศัยอำนาจตาม มาตรา ๒๕ (๔) แห่งพระราชบัญญัติธนาคารแห่ง ประเทศไทย พ.ศ. ๒๔๘๕ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราช บัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๕๑ ออกข้อบังคับว่าด้วยการป้องกันการมีส่วนได้เสียและ จรรยาบรรณในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของ กรรมการในคณะกรรมการตามมาตรา ๑๗ ผู้ว่าการ พนักงาน และลูกจ้างของ ธปท. เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ เกี่ยวกับการถือหุ้นในสถาบันการเงินของเจ้าหน้าที่ดังกล่าว เป็นต้นว่า กำหนดสัดส่วนการถือหุ้นในสถาบันการเงิน ให้เหมาะสมกับขนาดทุนของสถาบันการเงินแต่ละแห่งว่า ไม่ควรมีหุ้นเกินจำนวนเท่าใด จึงจะถือว่าไม่มีส่วนได้เสีย ซึ่งหากคณะกรรมการ ธปท. ได้ออกข้อบังคับเช่นว่านี้แล้ว ย่อมเป็นกฎหมายลำดับรองที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ การมีส่วนได้เสียในกรณีเจ้าหน้าที่ถือหุ้นในสถาบันการเงิน ไว้เป็นการเฉพาะ หากกรรมการ ผู้ว่าการ พนักงาน และ ลูกจ้างของ ธปท. ถือหุ้นในสถาบันการเงินตามหลักเกณฑ์ ที่ข้อบังคับกำหนดให้กระทำได้โดยไม่ถือว่ามีส่วนได้เสีย กรณีย่อมไม่ถือเป็นเหตุอื่นซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้ การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง ตามมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นต้องตราพระราชกฤษฎีกายกเว้นไม่นำ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาใช้บังคับ กับการดำเนินงานตามกฎหมายของ ธปท.

(บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง เรื่อง การตราพระราชกฤษฎีกากำหนดยกเว้น ไม่นำบทบัญญัติมาตรา ๑๓ และมาตรา ๑๖ แห่งพระราช บัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาใช้ บังคับกับธนาคารแห่งประเทศไทยในการดำเนินงาน ตามกฎหมายบางฉบับ (เรื่องเสร็จที่ ๑๒๘๐/๒๕๕๕)) ...



การร่างกฎหมาย

บ ทความนี้เรียบเรียงจากหนังสือ “หกรอบมงคล วัฒนาย มิชัย ฤชุพันธุ์” (๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๓) เขียนโดยท่านเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา (นายอชีพ จารจินตา) เมื่อครั้งยังดำรงตำแหน่งรองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งกฤษฎีกาสารเห็นว่าเป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่นักกฎหมายทั้งผู้ร่างกฎหมายและผู้ใช้กฎหมาย เพื่อให้เข้าใจถึงที่มา ขั้นตอน และวิธีการร่างกฎหมาย อันจะเป็นประโยชน์ในการใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ความหมายของกฎหมาย

โดยทั่วไปนั้น ถือกันว่า หมายถึง ข้อบังคับหรือกฎเกณฑ์ในรูปแบบต่างๆ ที่มีวัตถุประสงค์จะกำหนดแนวทางปฏิบัติหรือจัดระเบียบของมนุษย์ในสังคม โดยมีสภาพบังคับให้ผู้ที่เกี่ยวข้องต้องยอมรับปฏิบัติตามทางหนึ่งทางใด ดังนั้น กฎหมายจึงสามารถก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงแก่สังคมไปตามความมุ่งหมายของกฎหมายและในขณะเดียวกันการเปลี่ยนแปลงในสังคมก็มีผลกระทบต่อ การเปลี่ยนแปลงกฎหมายเช่นกัน กฎหมายจึงเป็นสิ่งที่ผูกพันอยู่กับสังคมและวิทยาการอย่างไม่อาจแยกออกจากกันได้

จากการที่ในยุคสมัยใหม่มีการพัฒนาศาสตร์สาขาต่างๆ แตกต่างจากเดิมไปเป็นอันมาก กฎหมายจึงจำเป็นต้องพัฒนาควบคู่กับการพัฒนาด้านอื่นให้ได้อย่างเหมาะสม ซึ่งเป็นภาระของนักร่างกฎหมายที่จะต้องสร้างสรรค์บทกฎหมายเพื่อรองรับสิ่งต่างๆ ที่เกิดขึ้นในสังคม

การร่างกฎหมายนั้น มิใช่เป็นเรื่องการใช้ภาษาไทยให้ชัดเจนตรงกับนโยบายหรือความมุ่งหมายในการให้มีกฎหมายนั้นขึ้นเท่านั้น ซึ่งความเข้าใจเช่นนั้นอาจเกิดขึ้นเพราะมองกฎหมายเมื่อเป็นผลผลิตสมบูรณ์แล้ว แท้ที่จริงการร่างกฎหมายแต่ละฉบับกว่าจะผ่านขั้นตอนจนใช้บังคับได้นั้นจะต้องผ่านกระบวนการของความคิดเป็นอันมาก การใช้ถ้อยคำเป็นเรื่องสุดท้ายของการร่างกฎหมาย แต่ขั้นตอนสำคัญที่สุด คือ การสร้างกลไกของกฎหมายที่จะทำให้นโยบายต่างๆ บังเกิดผล ซึ่งเป็นเรื่องสำคัญที่สุดของการร่างกฎหมาย

อาจารย์มิชัย ฤชุพันธุ์* ซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้เชี่ยวชาญในด้านการร่างกฎหมาย และดำรงตำแหน่งสำคัญทั้งทางด้านบริหารและด้านนิติบัญญัติได้เคยให้ความเห็นในฐานะเป็นนักร่างกฎหมายไว้ว่า คนที่จะเป็นนักร่างกฎหมายจะต้องมีความรู้อย่างน้อย ๗ เรื่อง คือ

- (๑) ต้องรู้หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง และหลักนิติธรรม
- (๒) ต้องรู้โครงสร้างการบริหารราชการแผ่นดิน
- (๓) ต้องรู้เรื่องประเพณี วัฒนธรรม และวิถีชีวิตของประเทศไทย
- (๔) ต้องรู้หลักแห่งการร่างกฎหมาย
- (๕) ต้องรู้และเข้าใจการใช้ภาษาไทย และภาษากฎหมาย
- (๖) ต้องมีการค้นคว้าข้อมูลเกี่ยวกับวิทยาการสมัยใหม่

* เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

๑ มิชัย ฤชุพันธุ์ “ทำอย่างไรจึงจะเป็นนักร่างกฎหมายที่ดี” กฤษฎีกาสาร, ๖ (สิงหาคม-กันยายน ๒๕๕๒) หน้า ๗-๑๐

(๗) ต้องรู้หลักจิตวิทยาหรือการเจรจาต่อรอง แม้ว่าจะได้เตรียมตัวเป็นนักร่างกฎหมายแล้ว ในการปฏิบัติหน้าที่ร่างกฎหมายจะมีรายละเอียดต่างๆ อีกเป็นอันมากในการที่จะจัดทำร่างกฎหมายให้สำเร็จ โดยถูกต้องครบถ้วน และมีผลใช้บังคับได้ตามความประสงค์ อย่างไรก็ตาม หากจะสรุปในภาพรวมของ แนวทางการปฏิบัติงานเกี่ยวกับการร่างกฎหมาย จะประกอบด้วยขั้นตอนต่างๆ ดังนี้

ขั้นตอนที่ ๑ การทำความเข้าใจ

การทำความเข้าใจในหลักการหรือนโยบาย

เป็นการศึกษาถึงปัญหาหรือข้อบกพร่องที่ประสงค์จะให้แก้ไข โดยทำความเข้าใจความต้องการของผู้กำหนดนโยบาย เพื่อหาวัตถุประสงค์ของร่างกฎหมายที่จะจัดทำ เพื่อรวบรวมเป็นข้อมูลเบื้องต้นในการเตรียมวางโครงสร้างของกฎหมายให้ตรงกับเจตนารมณ์ที่แท้จริง ซึ่งในการดำเนินการอาจต้องมีการติดต่อกับผู้กำหนดนโยบายหรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง เพื่อทราบความมุ่งหมายที่แท้จริงหรืออุปสรรคต่างๆ ที่ต้องการแก้ไข

แนวทางที่จะทำให้การดำเนินการในขั้นตอนนี้ บรรลุผลตามที่ต้องการประกอบด้วย

๑. ต้องทราบความเป็นมาของเรื่องหรือนโยบาย อย่างชัดเจนเพียงพอที่ผู้ร่างกฎหมายจะมองเห็นภาพโดยรวมของสภาพปัญหาทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย

๒. ผู้กำหนดนโยบายต้องสามารถแจ้งวัตถุประสงค์หลักในการมีกฎหมายให้ชัดเจน โดยผู้ร่างกฎหมายจะต้องเข้าใจโดยปราศจากข้อสงสัยในวัตถุประสงค์นั้น

๓. วิธีการที่จะนำไปสู่วัตถุประสงค์หลักต้องมีการกำหนดชัดเจน

เมื่อได้รวบรวมข้อมูลตามที่มีการทำความเข้าใจ เสร็จเรียบร้อยแล้ว จึงจะพิจารณาในขั้นตอนต่อไปว่าจะดำเนินการร่างกฎหมายนี้ในลักษณะใด ในขั้นตอนทำความเข้าใจนี้ ในปัจจุบันได้มีหลักการตรวจสอบความจำเป็นในการเสนอกฎหมาย ซึ่ง **อาจารย์มีชัย ฤชุพันธุ์** เป็นผู้มีส่วนสำคัญอย่างยิ่ง ในการกำหนดรายละเอียดต่างๆ เพื่อให้มีการวิเคราะห์ความจำเป็น และทบทวนหลักการต่างๆ ให้เข้าใจก่อนแต่เสียก่อนที่จะมีการตรากฎหมายขึ้น หลักเกณฑ์การตรวจสอบ

ความจำเป็นในการเสนอกฎหมายที่ **อาจารย์มีชัย ฤชุพันธุ์** จัดทำขึ้นและคณะรัฐมนตรีมีมติให้ทุกส่วนราชการนำไปเป็นแนวทางปฏิบัติ จึงเป็นเครื่องมือช่วยในการทำความเข้าใจให้ได้ข้อยุติ เพื่อความสะดวกในการยกร่างกฎหมายต่อไป

ขั้นตอนที่ ๒ การวิเคราะห์กลไกของกฎหมาย

เป็นการนำเรื่องนโยบายที่ได้ทำความเข้าใจ เป็นอย่างดีในขั้นตอนที่ ๑ แล้วมาศึกษาวิเคราะห์ว่า ถ้าจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์นั้นจะต้องมีการกำหนดกลไกของกฎหมายไว้อย่างไรบ้าง ซึ่งโดยปกติควรจัดทำหัวข้อต่างๆ ที่เห็นว่าต้องมีขึ้นในกฎหมายที่จะทำการร่าง เพื่อตรวจสอบความครบถ้วนของกลไกกฎหมาย โดยมีการวิเคราะห์แต่ละหัวข้อว่า มีปัญหาข้อกฎหมายหรือข้อขัดข้องในการใช้กฎหมายอย่างไร เครื่องมือในการช่วยกำหนดกลไกของกฎหมายอาจมีได้หลายประการ ดังนี้

๑. เข้าใจในระบบกฎหมายของไทยที่ใช้บังคับในปัจจุบันและในอดีต

การทำความเข้าใจกับระบบกฎหมายที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ผู้ร่างกฎหมายจะต้องศึกษาให้เข้าใจอย่างถ่องแท้ถึงที่มาแห่งอำนาจที่จะให้มีการตรากฎหมายนั้น ซึ่งได้แก่ รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจการออกกฎหมายนั้นไว้ อย่างไรบ้างหรือไม่ มีเงื่อนไขอย่างใดที่จะต้องปฏิบัติ และแนวทางของร่างกฎหมายใหม่จะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่เป็นการออกกฎหมายลำดับรองต้องพิจารณาถึงบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองเหล่านั้นว่ามีเพียงใด เงื่อนไขในการออกมีอย่างไร และเรื่องที่จะจัดทำเป็นร่างกฎหมายลำดับรองนั้น อยู่ในกรอบของบทบัญญัตินั้นหรืออยู่ในเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติดังกล่าวหรือไม่ นอกจากนั้น ยังจะต้องพิจารณาไปกับกฎหมายอื่น ๆ ที่อาจมีส่วนเกี่ยวข้องว่าในเรื่องนั้นมีกฎหมายอื่นกำหนดไว้แล้วหรือไม่ และหากจะต้องร่างกฎหมายขึ้นมาโดยเฉพาะอีกจะต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย

๒. เข้าใจระบบการบริหารงาน

ทำความเข้าใจกับระบบการบริหารงาน

ประสิทธิภาพของกฎหมายที่จะต้องมีผลใช้บังคับได้
สมตามเจตนารมณ์นั้น มิใช่ขึ้นอยู่กับบทลงโทษเพียง
ประการเดียว หากแต่ขึ้นอยู่กับการจัดองค์กรหรือการวาง
กลไกการบริหารกิจการต่างๆ ที่กฎหมายนั้นกำหนดขึ้นไว้
ผู้ร่างกฎหมายจะต้องรู้ว่า งานลักษณะใด
ควรทำโดยกรรมการ งานลักษณะใดควรทำโดย
นักรการเมืองระดับรัฐมนตรี งานลักษณะใดควรทำโดย
ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ เพราะฉะนั้น กรณีนี้จึงเป็นการ
วิเคราะห์งานกับการจัดองค์กรและวางระบบถ่วงดุลใช้อำนาจ
ในแต่ละระดับ เพื่อให้เกิดกลไกในการควบคุม
หรือผลักดัน ให้กฎหมายบังเกิดผลได้

๓. เข้าใจเกี่ยวกับเรื่องทางเทคนิคในเรื่อง ที่จะตรากฎหมาย

ทำความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องทางเทคนิคในเรื่อง
ที่จะตรากฎหมาย กฎหมายหลาย ๆ ฉบับ เป็นกฎหมาย
ทางเทคนิคโดยเฉพาะ ซึ่งผู้ร่างกฎหมายจำเป็นต้องศึกษา
ทำความเข้าใจถึงสภาพของเรื่องเทคนิคเหล่านี้ เพื่อที่
จะร่างกฎหมายให้สอดคล้องและปฏิบัติได้ โดยไม่ทำให้เกิด
ข้อขัดข้องในการดำเนินกิจการนั้น เช่น การตรา
กฎหมายตลาดหลักทรัพย์ จำเป็นต้องรู้ถึงวิธีการ
ดำเนินงานที่เกี่ยวข้องกับตลาดหลักทรัพย์ เป็นต้น

๔. เข้าใจสภาพปัญหากฎหมายที่เกี่ยวข้อง กับเรื่องนั้น

ต้องทราบถึงสภาพปัญหากฎหมายที่เกี่ยวข้อง
กับเรื่องนั้น นักร่างกฎหมายจำเป็นต้องศึกษาให้ทราบถึง
แนวตีความ หรือสภาพปัญหาข้อกฎหมายที่เคยเกิดขึ้นแล้ว
ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับร่างกฎหมายที่จะจัดทำขึ้น เพื่อ
หลีกเลี่ยงมิได้เกิดปัญหาซ้ำขึ้นอีก หรือเพื่ออุดช่องว่าง
ของกฎหมาย ซึ่งจะทำการบังคับใช้กฎหมายนั้นเป็นไป
โดยราบรื่น

๕. ต้องสามารถเปรียบเทียบกฎหมายต่าง ประเทศ

การเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศในเรื่อง
ทำนองเดียวกันจะทำให้สามารถเข้าใจแนวความคิด และ
สภาพปัญหา ตลอดจนวิธีการแก้ไขปัญหานั้น ซึ่งจะช่วยให้
การคิดกลไกของร่างกฎหมายมีความรวดเร็วขึ้น และมี
เหตุผลที่ใช้ประกอบการยกอ้าง แต่มีข้อควรระวังว่า
กฎหมายต่างประเทศเกิดขึ้นจากสภาพปัญหาของสังคม

และทัศนคติของคนในสังคมนั้น ซึ่งอาจแตกต่างจาก
ประเทศไทย จึงไม่ควรลอกบทกฎหมายต่างประเทศแต่
นำมาเป็นแนวความคิดในการวางกลไกของร่างกฎหมาย

๖. ต้องระมัดระวังผลกระทบที่เกิดขึ้นจาก กลไกกฎหมายนั้น

การตรากฎหมายขึ้นนั้นมิมีวัตถุประสงค์หลัก
เพื่อประโยชน์ของบุคคลในสังคม ฉะนั้น จำเป็นต้อง
ระมัดระวังมิให้กฎหมายที่จะตราขึ้นมีผลกระทบสิทธิ
และเสรีภาพของบุคคลหรือชุมชน จนเกินกว่าเหตุหรือไม่
อาจเยียวยาได้ ต้องหลีกเลี่ยงการใช้กฎหมายย้อนหลัง
ต้องไม่เกิดข้อจำกัดในการดำเนินชีวิตหรือประกอบอาชีพ
เกินควร และต้องไม่กระทบต่อหน้าที่ของหน่วยงานอื่น
ของรัฐ จนเกิดความสับสนในการบริหารราชการ

เมื่อได้ทำความเข้าใจในเรื่องต่างๆ ของกลไก
กฎหมายที่ควรจะมีแล้ว ก่อนลงมือยกร่างกฎหมาย
ควรจะต้องกำหนดหัวข้อต่างๆ ที่ควรจะมีในกฎหมายนั้น
เพื่อทำการตรวจสอบว่า กลไกของกฎหมายมีความ
ครบถ้วนสมบูรณ์แล้วหรือไม่

ขั้นตอนที่ ๓ การเขียนกฎหมาย

การเขียนกฎหมาย คือ การใช้ถ้อยคำภาษาเพื่อนำ
กลไกของกฎหมายมาให้เกิดผลเป็นตัวหนังสือที่จะนำไป
ใช้บังคับให้เป็นผลขึ้นได้ และโดยที่หลักในการตีความ
กฎหมายนั้น ถ้ากฎหมายบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร
ให้เข้าใจความว่าอย่างไร ก็จะต้องตีความตามถ้อยคำที่
ปรากฏนั้น (เว้นแต่บทบัญญัติในสวนอื่นสามารถนำมา
พิจารณาประกอบให้เห็นเจตนารมณ์ที่แท้จริง ซึ่งแตกต่าง
จากความหมายของตัวอักษรได้) ฉะนั้น การใช้ถ้อยคำ
ภาษาในกฎหมาย จึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ ซึ่งต้องใช้
การกลั่นกรองและความรอบคอบเป็นอย่างยิ่ง เพื่อให้
ถ้อยคำของกฎหมายสามารถตีความต่อไปได้ ตรงตาม
เจตนารมณ์ในเรื่องนั้น ๆ

การใช้ถ้อยคำหรือข้อความในร่างกฎหมายนั้น
เป็นสิ่งที่ยากที่จะกำหนดเป็นกฎเกณฑ์ตายตัว ซึ่งต่างจาก
สูตรทางคณิตศาสตร์หรือวิทยาศาสตร์ที่เป็นเรื่องแน่นอน
มีการพิสูจน์แล้วว่าไม่อาจเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่น
แต่การใช้ถ้อยคำหรือข้อความในร่างกฎหมายนั้น คือ
การสื่อความหมายระหว่างผู้ร่างกฎหมายกับผู้อ่าน

กฎหมายหรือผู้ใช้กฎหมายให้มีความเข้าใจตรงกัน แต่ผู้อ่านกฎหมายและผู้ใช้กฎหมายมีเป็นจำนวนมาก และอาจมีความคิดอ่านหรือความเข้าใจที่แตกต่างกัน จึงต้องเป็นเรื่องที่ผู้ร่างกฎหมายต้องวิเคราะห์หว่า การเขียนถ้อยคำหรือข้อความอย่างไร จึงจะชัดเจนเพียงพอที่จะสื่อความหมายให้แก่บุคคลส่วนใหญ่ได้

อย่างไรก็ตาม จากการรวบรวมความคิดเห็นของผู้เชี่ยวชาญด้านการร่างกฎหมายคำแนะนำในทางตำรา และประสบการณ์ในการร่างกฎหมาย อาจจะมีแนวทางเป็นข้อแนะนำในการยกร่างกฎหมายบางกรณีได้ ดังนี้

๑. รูปประโยคกฎหมาย

ในการใช้ภาษาทั่วไปของบทความ เอกสารทางวิชาการอื่น หรือแม้แต่การเขียนนวนิยาย ข้อความในวรรคหนึ่ง อาจประกอบด้วยหลายประโยคต่อเนื่องกันไป โดยถือเป็นความเดียวกันทั้งวรรค ซึ่งลักษณะเป็นร้อยแก้ว แต่ในการใช้ภาษากฎหมาย ประโยคหนึ่งของภาษากฎหมายคือความในวรรคหนึ่ง ซึ่งหมายความว่า โดยปกติข้อความที่กล่าวในแต่ละวรรคของแต่ละมาตราจะมีข้อความเพียงหนึ่งประโยค ไม่ว่าจะมีความสั้นหรือข้อความยาว แต่จะมีเนื้อหาเป็นเรื่องเดียว หากมีเนื้อหาอื่นที่เป็นบทขยายความต่อไปหรือเป็นข้อยกเว้น ซึ่งเป็นอีกประโยคหนึ่งก็จะแยกไปบัญญัติเป็นอีกวรรคหนึ่ง และถ้ามีใช่เป็นข้อความขยายความเรื่องเดียวกันก็จะแยกเป็นอีกมาตราหนึ่ง ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในส่วนที่เป็นหลักเกณฑ์และส่วนที่เป็นข้อยกเว้นหรือขยายความ

๒. ข้อความในกฎหมาย

โดยที่กฎหมาย คือ การกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อใช้บังคับกับผู้ที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายนั้น ข้อความในกฎหมายจึงมีลักษณะเป็นบทบังคับ มิใช่การเขียนร้อยแก้วหรือร้อยกรองเป็นบทความ ซึ่งจะทำให้ผู้ถูกใช้บังคับกฎหมายไม่ทราบชัดเจนว่ากฎหมายมุ่งประสงค์อย่างไร หรือจะต้องปฏิบัติตามอย่างไร ในทางตำราต่างประเทศ (Legislative Drafting ของ Thornton) ได้เสนอแนะแนวทางการเขียนข้อความในกฎหมายว่าจะต้องประกอบด้วยข้อความดังต่อไปนี้ (๑) กรณีหรือเหตุการณ์ (case) (๒) เงื่อนไข (condition) (๓) บุคคลผู้มีหน้าที่ตามกฎหมาย (Legal subject) และ (๔) การกระทำตาม

กฎหมาย (Legal action) ซึ่งเป็นหลักที่ใช้ในกฎหมายไทยเช่นกัน

๓. การใช้ถ้อยคำที่ชัดเจน

การใช้ถ้อยคำที่ชัดเจนในกฎหมายเป็นสิ่งสำคัญในการร่างกฎหมายที่ผู้ร่างกฎหมายจะต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างยิ่งในการจะใช้ถ้อยคำใดคำหนึ่ง เพราะถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายนั้นเป็นการแสดงถึงเจตนารมณ์ที่ผู้ร่างกฎหมายต้องการจะสื่อถึงผู้อ่านกฎหมาย ผู้ใช้กฎหมายและผู้อยู่ในบังคับของกฎหมาย ทราบว่า เนื้อหาสาระที่กำหนดไว้ในแต่ละมาตรานั้น ต้องการให้หมายความอย่างไร มีขอบเขตการใช้เพียงใด เพื่อให้มีการนำกฎหมายไปใช้โดยถูกต้องตามเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายในเรื่องนั้น ปัญหาที่เกิดขึ้นสำหรับนักร่างกฎหมาย คือ ทำอย่างไรจึงจะรู้ว่าถ้อยคำที่เขียนในร่างกฎหมายจะมีความชัดเจนเพียงพอที่บุคคล ๓ ฝ่าย จะเข้าใจตรงกัน คือ (๑) เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ที่จะต้องนำกฎหมายไปบังคับใช้ (๒) ประชาชนผู้ที่จะต้องมีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมายนั้น (๓) ศาลหรือองค์กรที่มีหน้าที่วินิจฉัยข้อกฎหมายที่จะวินิจฉัยได้โดยถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งกรณีนี้เป็นเรื่องยากของนักร่างกฎหมายและจำเป็นต้องใช้ประสบการณ์จากการอ่านกฎหมายจำนวนมาก เพื่อทราบแนวทางการเขียนกฎหมายและลักษณะการใช้ถ้อยคำในกฎหมาย รู้แนวตีความ โดยเฉพาะการวินิจฉัยในเรื่องที่เกี่ยวกับความไม่ชัดเจนของตัวบทกฎหมาย และต้องฝึกฝนในการยกร่างกฎหมายในหลายลักษณะ ให้เกิดความเคยชินในการใช้ถ้อยคำกฎหมายที่จะไม่มีปัญหาเมื่อมีการนำไปบังคับใช้ เพราะเป็นการใช้ถ้อยคำที่ทุกคนที่เกี่ยวข้องเข้าใจตรงกัน ทั้งนี้ เพราะการใช้ถ้อยคำที่ชัดเจนในทางกฎหมายไม่มีหลักเกณฑ์กำหนดไว้โดยเฉพาะว่ากรณีนั้นๆ ต้องเขียนข้อความอย่างไร เว้นแต่ถ้อยคำที่ใช้ติดต่อกันมานานจนถือเป็นแบบกฎหมาย เช่น บทบัญญัติที่เกี่ยวกับคณะกรรมการเป็นต้น

นอกจากนี้ การใช้ถ้อยคำในร่างกฎหมายที่ชัดเจนนั้น หมายถึงการใช้ถ้อยคำดังต่อไปนี้ด้วย

(๑) ถ้อยคำที่ใช้ในแต่ละข้อความของบทบัญญัติต้องสื่อความหมายที่ชัดเจนเข้าใจได้ง่าย

(๒) การเขียนข้อความในแต่ละบทบัญญัติต้องมี

กลไกของกฎหมาย หรือกำหนดสิ่งที่ต้องปฏิบัติที่ชัดเจนว่าผู้ใช้กฎหมายจะปฏิบัติอย่างไรจึงจะถูกต้อง มีใช้บัญญัติไว้คลุมเครือจนไม่แน่ใจว่าจะต้องปฏิบัติอย่างไร

๔. ข้อความในกฎหมายมีเฉพาะเท่าที่จำเป็นเพื่อให้เกิดผลบังคับ

การเขียนข้อความในร่างกฎหมายที่เป็นพระราชบัญญัตินั้น ควรกำหนดเฉพาะเรื่องที่ต้องการให้ผลบังคับตามกฎหมายที่เป็นการกระทบสิทธิของประชาชนที่เป็นกรับรองหรือไม่รับรองผลตามกฎหมาย ที่เป็นการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ปฏิบัติ ที่เป็นการจัดตั้งหรือดำเนินการขององค์กร หรือที่เป็นการก่อตั้งสิทธิต่าง ๆ ส่วนรายละเอียดวิธีปฏิบัติที่อาจเปลี่ยนแปลงได้ ควรนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายลำดับรอง

๕. การใช้ถ้อยคำในร่างกฎหมายที่เป็นถ้อยคำอย่างเดียวกันในกฎหมายอื่น

การใช้ถ้อยคำในกฎหมายต้องเป็นถ้อยคำที่จะสามารถสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้ถูกบังคับตามกฎหมายที่จะปฏิบัติให้ถูกต้องได้ ด้วยเหตุนี้ การใช้ถ้อยคำที่มีมาในอดีต (precedents) ซึ่งถือเป็นแบบกฎหมายแล้วจึงมีความสำคัญ เพราะจะเป็นไปตามหลักการตีความที่ว่า ข้อความในกฎหมายที่มีการใช้เป็นอย่างเดียวกันต้องเข้าใจว่ามีความหมายอย่างเดียวกัน แต่ถ้าข้อความในกฎหมายมีการใช้แตกต่างกันย่อมแสดงว่า ผู้ร่างกฎหมายมีความประสงค์ให้มีความหมายแตกต่างกัน

๖. การใช้ถ้อยคำที่อ้างถึงบทบัญญัติอื่น

โดยที่ในการใช้ข้อความหรือถ้อยคำในร่างกฎหมายไม่ควรใช้ข้อความหรือถ้อยคำที่ฟุ่มเฟือยดังนั้น ในการเขียนกฎหมายถ้าจำเป็นต้องเขียนข้อความเช่นเดียวกัน หรืออ้างอิงถึงข้อความอื่นในบทบัญญัติอื่นก็ไม่จำเป็นต้องเขียนข้อความหรือถ้อยคำซ้ำ แต่ควรใช้ข้อความทางกฎหมายแทนที่ เช่น คำว่า “โดยอนุโลม” ซึ่งหมายถึง การนำข้อความในบทบัญญัติอื่นที่อ้างถึงมาใช้กับเรื่องใหม่ที่กล่าวถึง โดยมีการปฏิบัติในนัยอย่างเดียวกันกรณีเช่นนี้ อาจนำข้อความเดิมมาใช้ได้ทั้งหมดหรืออาจนำมาใช้เพียงบางเรื่องเพื่อให้สอดคล้องกับเรื่องใหม่ตามความจำเป็นก็ได้ สุดแต่ลักษณะของเรื่องที่บัญญัติไว้ หรือคำว่า “ภายใต้บังคับมาตรา..” ซึ่งหมายถึง การใช้บังคับ

เรื่องใหม่ที่กำหนดในบทบัญญัตินั้น จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตราที่ระบุไว้ด้วย

๗. การใช้ถ้อยคำเดียวกันในร่างกฎหมายทั้งฉบับ

ข้อความหรือถ้อยคำที่มีการใช้กล่าวถึงเรื่องใดในกฎหมายเดียวกันต้องใช้ข้อความหรือถ้อยคำเดียวกันทั้งฉบับ หรือต้องบัญญัติให้มีความสอดคล้องกันเพื่อมิให้เกิดความสับสนและเข้าใจผิดในการใช้กฎหมาย

ขั้นตอนที่ ๔ การตรวจสอบ

ในการร่างกฎหมายนั้น ผู้ร่างกฎหมายจะต้องระมัดระวังทั้งในการกำหนดกลไกของกฎหมาย รูปแบบกฎหมาย และถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมาย ซึ่งหลายครั้งอาจมีการผิดพลาดเพราะเหตุที่ต้องมีข้อพิจารณาหลายเรื่อง โดยหลักทั่วไปของการร่างกฎหมาย ซึ่งอาจารย์มีชัย ฤชุพันธุ์ ได้เคยสอนการปฏิบัติงานให้แก่ข้าราชการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาไว้ว่า เมื่อร่างกฎหมายเสร็จ ให้ทิ้งกฎหมายนั้นไว้ระยะหนึ่ง แล้วจึงกลับมาตรวจสอบกฎหมายอีกครั้งหนึ่งจะพบเห็นข้อบกพร่อง ซึ่งควรแก้ไขให้สมบูรณ์อยู่เสมอ

ในการตรวจสอบนั้น นอกจากจะตรวจสอบในเนื้อหาสาระของร่างกฎหมายว่ามีความครบถ้วนและต่อเนื่องที่จะนำไปปฏิบัติได้หรือไม่แล้ว ควรตรวจในเรื่องดังต่อไปนี้ด้วย

๑. การใช้ถ้อยคำและวรรคตอน
๒. ผลกระทบกับกฎหมายอื่นที่อาจออกมภายหลังการร่างกฎหมายนั้น
๓. การอ้างอิงตัวบทกฎหมาย
๔. การใช้คำนิยามหรือคำที่มีความหมายเฉพาะ
๕. บทกำหนดโทษสอดคล้องกับเนื้อหา
๖. การแบ่งหมวดหมู่
๗. การใช้ตัวเลข

เมื่อตรวจสอบจนมั่นใจว่าไม่ผิดพลาดแล้ว จึงจะเสนอร่างกฎหมายต่อไปได้ .. 





นายเอกรินทร์ วิริโย*

การเปิดเผยรายละเอียด การประดิษฐ์ที่พัฒนา มาจากภูมิปัญญาท้องถิ่น

๑. บทนำ

ในทุกวันนี้ มีการแข่งขันทางด้านอุตสาหกรรมเป็นอย่างมาก และเป็นช่วงเวลาของการแสวงหาวัตถุดิบต่าง ๆ เพื่อนำมาใช้ในภาคอุตสาหกรรม ไม่เว้นแต่วัตถุดิบทางปัญญาที่ไม่สามารถจับต้องได้ของชุมชนท้องถิ่นหรือชุมชนพื้นเมืองอันมีมูลค่าอย่างมหาศาล หรือที่เรียกว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” (traditional knowledge) โดยที่ผ่านมามีการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นนี้มาเป็นฐานความรู้หรือตัวนำในการประดิษฐ์คิดค้นต่างๆ และนำการประดิษฐ์ที่ได้มาจากการอาศัยภูมิปัญญาท้องถิ่นมาขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตร ทั้งที่เป็นการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นล้วนๆ ไปใช้ เช่น บริษัทยารักษาโรคจะนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปเป็นตัวนำ ในการพัฒนาผลิตภัณฑ์ (leads in product development)^๑ หรือเป็นการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมและทรัพยากรชีวภาพไปใช้ เช่น การผลิตยารักษาโรค^๒ แต่การนำภูมิปัญญาท้องถิ่นดังกล่าวไปใช้ในการประดิษฐ์เพื่อขอรับสิทธิบัตรกลับไม่มีการเปิดเผยรายละเอียด

* นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติการ ฝ่ายพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
^๑ Farnsworth N., Screening plants for new medicines, in Wilson, EO (ed) Biodiversity, National Academy Press, Washington DC, 1988, page 83-97
^๒ “...the development of biotechnologies is very complicated and thus, the burden of proof prior art concerning the patent of new varieties of plants and traditional knowledge-based medicines and products is also extremely difficult to verify”, Panumas Kudngaogarm, The Concepts and Principles Related to Traditional Knowledge Protection, วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมาธิราช, ปีที่ ๒๓, ฉบับที่ ๒, ๒๕๕๔, หน้า ๙๒-๙๓



เกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ไม่ว่าจะเป็นแหล่งที่มา การเข้าถึงภูมิปัญญา หรือการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ คาดว่าจะได้รับจากสิทธิบัตรให้กับชุมชนผู้เป็นเจ้าของ ภูมิปัญญาท้องถิ่น ดังนั้น จึงได้มีการผลักดันในเวที ระหว่างประเทศต่างๆ โดยเฉพาะในเวทีขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization) และองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization) เพื่อกำหนดให้มีการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ในการประดิษฐ์ ที่จะขอรับสิทธิบัตรด้วย (disclosure requirement) ซึ่ง โดยหลักการของกฎหมายสิทธิบัตรทั้งในระดับของ ความตกลงระหว่างประเทศและในระดับของกฎหมาย ภายในของแต่ละประเทศ ก็กำหนดเรื่องการเปิดเผย รายละเอียดเกี่ยวกับการประดิษฐ์ที่จะขอรับความ ค้ำคุ้มครองสิทธิบัตรอยู่แล้ว แต่การเปิดเผยดังกล่าวยังไม่ครอบคลุมถึงรายละเอียดเกี่ยวกับการนำภูมิปัญญา ท้องถิ่นมาใช้ โดยในเรื่องนี้ เป็นประเด็นน่าสนใจเป็น อย่างมาก ประกอบกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเปิดเผย ตามกฎหมายสิทธิบัตรที่มีอยู่แล้ว ก็ยังเป็นที่ยกเถียงว่า ควรจะเปิดเผยแค่ไหนเพียงใด ซึ่งในบทความฉบับนี้ จะศึกษาและวิเคราะห์ถึงการเปิดเผยรายละเอียด เกี่ยวกับการประดิษฐ์ในกฎหมายสิทธิบัตร รวมถึงการ เปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นที่นำมาใช้ ในการประดิษฐ์ ตลอดจนความตกลงระหว่างประเทศ ในเรื่องดังกล่าว นอกจากนี้ จะศึกษากฎหมายของ ต่างประเทศเพื่อนำมาวิเคราะห์กับกฎหมายของ ประเทศไทย และนำมาใช้เป็นแนวทางในการพัฒนา กฎหมายของประเทศไทยต่อไป

๒. การเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์กับอริบ สิทธิบัตร

๒.๑ วัตถุประสงค์ของการเปิดเผยรายละเอียด

การประดิษฐ์ การเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ เป็นข้อพิจารณาสำคัญในการได้รับสิทธิบัตรของผู้ยื่น คำขอกฎหมายสิทธิบัตร^๓ ซึ่งโดยหลักของการคุ้มครอง สิทธิบัตรแล้ว ผู้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรจะต้องเปิดเผย รายละเอียดการประดิษฐ์ที่จะขอรับความคุ้มครองโดย จะต้องเป็นการเปิดเผยที่สมบูรณ์และชัดเจน จนทำให้ ผู้ที่มีความเชี่ยวชาญในวิทยาการแขนงนั้นสามารถ ที่จะทำ และปฏิบัติตามรายละเอียดการประดิษฐ์นั้น ต่อไปได้ ซึ่งถือว่าเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งในการขอรับ สิทธิบัตร โดยเงื่อนไขเกี่ยวกับการเปิดเผยรายละเอียด การประดิษฐ์นี้เป็นเครื่องมือที่จะก่อให้เกิดความก้าวหน้า ทางวิทยาการ และสร้างความเติบโตให้กับภาคอุตสาหกรรม โดยการให้สิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายแก่ผู้ประดิษฐ์คิดค้น แต่ในขณะเดียวกัน การคุ้มครองสิทธิบัตรก็มีลักษณะ เป็นการแลกเปลี่ยนกัน (quid pro quo) ระหว่างผู้ ประดิษฐ์กับสาธารณชน^๔ โดยจะต้องมีการเปิดเผย รายละเอียดการประดิษฐ์ เพื่อประโยชน์ต่อสาธารณชน กับการที่รัฐให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรนี้ ในทำนอง เดียวกัน การเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ก็เป็นการ แลกเปลี่ยนกับการที่ผู้ประดิษฐ์จะได้รับอำนาจผูกขาด สิทธิบัตร (exchange for a monopoly) เมื่อการ ประดิษฐ์นั้นได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตรแล้ว^๕ อย่างไร ก็ตาม ผู้ประดิษฐ์โดยส่วนใหญ่มักจะไม่ต้องการเปิดเผย รายละเอียดการประดิษฐ์ของตนให้สาธารณชนทราบ

^๓ Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Glossary of Key Terms related to Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Expression prepared by the Secretariat Twenty-Third Session, Geneva, February 4 to 8, 2013 (WIPO/GRTKF/IC/23/ INF/8), page 11

^๔ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า, สำนักพิมพ์นิติธรรม : กรุงเทพฯ, ๒๕๔๔, หน้า ๒๓๑

^๕ Bingbin Lu, Best Mode Disclosure for Patent Applications: An International and Comparative Perspective, Journal of Intellectual Property Rights, Vol.16, 2011, page 409



แต่เพื่อวัตถุประสงค์ตามที่กล่าวมาข้างต้น กฎหมายของแต่ละประเทศจึงกำหนดให้การเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์เป็นเงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตรด้วย

๒.๒ ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า ข้อ ๒๙^๖ ของความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPS) (ความตกลงทริปส์) ได้กำหนดให้การเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์เป็นเงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตรว่าจะต้องเปิดเผยรายละเอียดในลักษณะที่ชัดเจนและสมบูรณ์เพียงพอที่จะทำให้ผู้ที่มีความชำนาญในวิทยาการแขนงนั้นสามารถนำเอาการประดิษฐ์ไปใช้งานได้ หรือที่เรียกว่า “enablement disclosure” นอกจากนี้ ข้อ ๒๙ ยังได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดให้ผู้ยื่นคำขอเปิดเผยวิธีการในการประดิษฐ์ที่ดีที่สุด หรือที่เรียกว่า “best mode disclosure”

๒.๓ การเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นที่นำมาใช้ในการประดิษฐ์

(๑) ความเป็นมา

ในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมา กลุ่มบุคคลที่อาศัยรวมตัวกันเป็นชุมชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่นในแต่ละพื้นที่ทั่วโลกได้พัฒนาและสั่งสมองค์ความรู้มากมายหลายสาขาเพื่อใช้ในการดำเนินชีวิตและการประกอบกิจกรรมของคนในชุมชน เช่น การรักษาโรค การประกอบอาชีพสุขภาพ หรือการรักษาสิ่งแวดล้อม^๗ โดยเป็นที่รู้จักกันทั่วไปว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” (traditional knowledge) หรือ “องค์ความรู้ดั้งเดิม” ซึ่งภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือองค์ความรู้ดั้งเดิมนี้เป็นวัตถุดิบทางปัญญาที่มีความสำคัญในการผลิตและการอุตสาหกรรมของประเทศ โดยเฉพาะภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวกับการรักษาโรค ซึ่งประเทศพัฒนาแล้วได้เข้ามาแสวงหาภูมิปัญญาดังกล่าวในชุมชนที่เป็นแหล่งกำเนิด จนก่อให้เกิดปัญหาการลักลอบนำเอาภูมิปัญญาดังกล่าวไปใช้โดยที่ชุมชนไม่รับรู้และไม่ได้รับผลตอบแทนใดๆ และนำภูมิปัญญาดังกล่าวไปใช้ในการประดิษฐ์ที่ขอรับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา รวมทั้งสิทธิบัตร^๘ ในการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ในการประดิษฐ์นี้มีหลายรูปแบบได้แก่^๙

(๑.๑) การนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้เป็นตัวชี้แนวทางในการทาวิจัยที่นำมาสู่การประดิษฐ์ เช่น ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ชี้ว่าพืชบางชนิดสามารถนำมา

^๖ Article 29

1. Members shall require that an applicant for a patent shall disclose the invention in a manner sufficiently clear and complete for the invention to be carried out by a person skilled in the art and may require the applicant to indicate the best mode for carrying out the invention known to the inventor at the filing date or, where priority is claimed, at the priority date of the application.

2. Members may require an applicant for a patent to provide information concerning the applicant’s corresponding foreign applications and grants.

^๗ เอกรินทร์ วิริโย, มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิม, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม ๒๘ ตอน ๓, ๒๕๕๔, หน้า ๕๔

^๘ ธนัชพร กังสังข์, การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้กรอบความตกลงระหว่างประเทศ, วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช, ปีที่ ๒๔ ฉบับที่ ๒, ๒๕๕๕, หน้า ๓๒

^๙ World Intellectual Property Organization, WIPO Technical Study on Patent Disclosure Requirements related to Genetic Resources and Traditional Knowledge, the seventh meeting of the Conference of Parties to the Convention on Biological Diversity, Malaysia, February 9 to 20, 2004, page 37



ใช้เพื่อให้เครื่องดื่มมีรสชาติที่ดีก็จะทำให้นักวิจัยค้นคว้าคุณสมบัติทางการแพทย์ของพืชดังกล่าวต่อไป

(๑.๒) การนำภูมิปัญญาท้องถิ่นมาเป็นตัวชี้ถึงการประดิษฐ์โดยตรง เช่น ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อว่าพืชมีคุณสมบัติในการรักษาโรค ก็จะทำให้นักวิจัยศึกษาคุณสมบัติทางการแพทย์อื่นๆ ในพืชชนิดนั้น

(๑.๓) การนำภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นตัวช่วยในการออกแบบคิดเกี่ยวกับการประดิษฐ์โดยตรง เช่น ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อว่าสารสกัดจากพืชสามารถนำมารักษาโรคติดเชื้อที่ผิวหนังได้ก็จะทำให้นักวิจัยได้ข้อสรุปว่าพืชชนิดดังกล่าวมีสารแอนตีไบโอติกส์ (antibiotics)

(๑.๔) การนำภูมิปัญญาท้องถิ่นมาเป็นองค์ประกอบของความคิดในการประดิษฐ์ เช่น เจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจจะเล่าให้นักวิจัยฟังเกี่ยวกับคุณสมบัติทางการแพทย์ของพืชที่ไม่เคยมีการเปิดเผยมาก่อน และนักวิจัยก็นำภูมิปัญญาดังกล่าวไปต่อยอดในการประดิษฐ์

(๒) เหตุผลของการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่น

การกำหนดให้เปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นมาจากแนวคิดที่ว่านักวิจัยและบริษัทจากประเทศที่พัฒนาแล้วได้ใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นจากประเทศกำลังพัฒนาโดยไม่ได้ขออนุญาตหรือมีการ

ตกลงใดๆ กับชุมชนผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาดังกล่าว (without authorization) ในการนำมาพัฒนาเทคโนโลยีหรือการประดิษฐ์ใหม่ๆ โดยเฉพาะสิทธิบัตร^{๑๐} นอกจากนั้น นักวิจัยและบริษัทดังกล่าวยังได้ใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมภูมิปัญญาเกี่ยวกับคุณสมบัติเฉพาะของทรัพยากรพันธุกรรม ตลอดจนภูมิปัญญาเกี่ยวกับการค้นหาทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าว แต่เมื่อมีการนำไปใช้กับการประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตร ก็ไม่ได้เปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับการนำภูมิปัญญาดังกล่าวมาใช้แต่อย่างใด^{๑๑} ซึ่งแนวคิดในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นนี้เกิดจากการยอมรับว่า รัฐมีอำนาจอธิปไตย (sovereignty) ในทรัพยากรที่มีอยู่ในดินแดนของตนเองไม่ว่าจะเป็นทรัพยากรที่เป็นทรัพยากรธรรมชาติ เช่น ทรัพยากรพันธุกรรม หรือทรัพยากรด้านองค์ความรู้ เช่น ภูมิปัญญาท้องถิ่น เว้นแต่จะเป็นมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ (common heritage) ซึ่งไม่มีใครเป็นเจ้าของและรัฐทุกรัฐมีหน้าที่ต้องดูแลรักษา^{๑๒}

(๓) รายละเอียดของการเปิดเผย

ในการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นที่นำมาใช้ในการประดิษฐ์เป็นมาตรการที่ทำให้เกิดความโปร่งใส^{๑๓} นอกจากนั้นจะเป็นการบันทึกว่าการประดิษฐ์ดังกล่าวมีการพัฒนาจากภูมิปัญญาท้องถิ่น^{๑๔} อันจะเป็นการป้องกันมิให้มี

^{๑๐} Graham Dutfield, Thinking Aloud on Disclosure of Origin, Quaker United Nations Office, 2005

^{๑๑} Nuno Pires de Carvalho, Requiring Disclosure of the Origin of Genetic Resources and Prior Informed Consent in Patent Applications Without Infringing the TRIPS Agreement: The Problem and the Solution, Washington University Journal of Law and Policy, Vol.2, 2000, page 375

^{๑๒} Birnie P. and Boyle A., International Law and the Environment (second edition), Oxford University Press, Oxford, 2003, page 143

^{๑๓} Thomas Henninger, Disclosure Requirements in Patent Law and Related Measures: A Comparative overview of existing national and regional legislation on IP and Biodiversity, ICTSD, Switzerland, 2009, page 3

^{๑๔} Nuno Pires de Carvalho, From the Shaman's Hut to the Patent Office: In Search of a TRIPS-Consistent Requirement to Disclose the Origin of Genetic Resources and Prior Informed Consent, Washington University Journal of Law and Policy, Vol.17, 2005, page 119



การนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้โดยไม่ได้ออกอนุญาตด้วยเหตุนี้ ประเทศกำลังพัฒนาซึ่งเป็นแหล่งกำเนิดของภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงได้สนับสนุนให้มีการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นที่นำมาใช้ในการประดิษฐ์โดยมีการเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมความตกลงระหว่างประเทศและกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้อง อันจะเป็นการแก้ไขปัญหาคาชโมยภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้^{๑๔} ซึ่งในการแก้ไขเพิ่มเติมความตกลงระหว่างประเทศและกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องนี้จะเป็นการกำหนดเรื่องการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่น (disclosure requirement) ว่าผู้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรจะต้องเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นที่นำมาใช้ในการประดิษฐ์ในการยื่นขอรับสิทธิบัตรด้วย^{๑๖} โดยการเปิดเผยรายละเอียดดังกล่าวจะเป็นการเปิดเผย ๓ รายการ คือ^{๑๗}

(๒.๑) แหล่งที่มาของภูมิปัญญาท้องถิ่น

(๒.๒) หลักฐานเกี่ยวกับการขออนุญาตเพื่อเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่น

(๒.๓) หลักฐานการแบ่งปันผลประโยชน์

นอกเหนือจากการเปิดเผยแหล่งที่มาของภูมิปัญญาท้องถิ่นแล้ว การให้แสดงหลักฐาน

เกี่ยวกับการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ให้กับชุมชนผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นดังกล่าวก็เป็นเรื่องที่มีความสำคัญ^{๑๘} เนื่องจากหากเปิดเผยเฉพาะแหล่งที่มาของภูมิปัญญาท้องถิ่นเพียงอย่างเดียวจะไม่มีประโยชน์ต่อชุมชนอย่างเต็มที่ แต่จะต้องมีการแบ่งปันผลประโยชน์จากการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นดังกล่าวมาใช้ให้กับชุมชนด้วย ดังนั้น ในการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่น จึงควรกำหนดให้มีการเปิดเผยหลักฐานเกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์ด้วย นอกจากนี้ ในการกำหนดเรื่องการเปิดเผยรายละเอียดนี้ ยังได้มีการเสนอให้เปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับตัวภูมิปัญญาท้องถิ่นที่นำมาใช้ในการพัฒนาการประดิษฐ์ด้วย^{๑๙} อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ ประกอบกับการเปิดเผย ๓ รายการที่กล่าวมาข้างต้น ก็จะต้องเปิดเผยตัวภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยปริยายด้วย

ในทางกลับกัน การเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นก็มีการคัดค้านด้วยเหตุผลหลายประการ โดยในระหว่างประเทศนั้น ได้มีการมองในอีกมุมหนึ่งว่าการกำหนดให้เปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่สอดคล้องกับข้อ ๒๗.๑ ของความตกลงทริปส์ที่กำหนดไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติ

^{๑๔} Burton Ong, Harnessing the Biological Bounty of Nature: Mapping the Wilderness of Legal, Socio-Cultural, Geo-Political, and Environmental Issues in Burton Ong (ed), Intellectual Property and Biological Resources, 2004, page 11

^{๑๖} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๓ ข้างต้น, page 1

^{๑๗} Jonathan Carr, Agreements that divide: TRIPS vs. CBD and proposal for mandatory disclosure of source and origin of genetic resources in patent applications, Journal of Transnational Law and Policy, Vol.18, 2008, page 140

^{๑๘} Jacques de Werra, Fighting Against Biopiracy: Does the Obligation to Disclose in Patent Applications Truly Help?, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol.42, 2009, page 158

^{๑๙} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๘ ข้างต้น, page 178

^{๒๐} Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Glossary of Key Terms related to Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Expression prepared by the Secretariat, Twenty-Third Session, Geneva, February 4 to 8, 2013 (WIPO/GRTKF/IC/23/INF/8), page 11

(non discrimination) ระหว่างสาขาการประดิษฐ์ เนื่องจากการประดิษฐ์อื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นก็ต้องเปิดเผยรายละเอียดแหล่งที่มาของวัตถุดิบที่นำมาใช้ในการประดิษฐ์ ขณะที่การประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น กลับต้องเปิดเผยรายละเอียดแหล่งที่มา จึงทำให้เป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างการประดิษฐ์ดังกล่าว^{๒๑} อีกทั้งการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่น ก็อาจมีปัญหว่าหากการประดิษฐ์ใดเกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นที่นำมาจากประเทศที่ไม่มีกฎหมายกำหนดเรื่องการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ไว้ก็จะทำให้ไม่มีหลักฐานที่นำมาแสดงเพื่อเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาดังกล่าวในการขอรับสิทธิบัตรตามกฎหมายของประเทศหนึ่งได้กำหนดเรื่องการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้^{๒๒}

นอกจากนั้น โดยหลักกฎหมายสิทธิบัตรตามที่กล่าวมาข้างต้น การเปิดเผยรายละเอียด มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ที่มีความชำนาญในวิทยาการแขนงเดียวกันสามารถทำและปฏิบัติตามการประดิษฐ์นั้นได้ แต่การเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ไม่ว่าจะแหล่งที่มา หรือหลักฐานการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์อยู่นอกเหนือวัตถุประสงค์ดังกล่าว^{๒๓} โดยเฉพาะหลักฐานการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ไม่ได้เป็นข้อมูลที่จะอำนวยความสะดวกให้ผู้ที่มีความชำนาญในวิทยาการแขนงเดียวกันสามารถทำและปฏิบัติตามการประดิษฐ์นั้น

๓. การเสนอแก้ไขเพิ่มเติมความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิบัตร

ในการกำหนดเรื่องการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นได้มีการเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ความตกลงทริปส์^{๒๔} และขณะเดียวกันในเวทีขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ก็มีการเจรจาร่างบัพัญญัตติว่าด้วยการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีข้อกำหนดเรื่องการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นด้วย

๓.๑ การเสนอแก้ไขเพิ่มเติมความตกลงทริปส์

ความตกลงทริปส์เกิดจากการผลักดันของประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปในการที่จะส่งออกมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิบัตรและทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ ในประเทศของตนออกไปยังประเทศต่างๆ ทั่วโลก^{๒๕} โดยความตกลงทริปส์และอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity) (อนุสัญญา CBD) นี้ มีความขัดแย้งกันในเรื่องการนำทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ในการประดิษฐ์ โดยความตกลงทริปส์ไม่ได้กำหนดให้มีการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ได้มาจากประเทศกำลังพัฒนาเพื่อนำมาใช้ในการประดิษฐ์ อันเป็นมุมมองของประเทศที่มีการพัฒนาทางด้านอุตสาหกรรมแล้วและมีเทคโนโลยีขั้นสูง ส่วนอนุสัญญา CBD เป็นมุมมองของประเทศกำลังพัฒนาที่มีความอุดมสมบูรณ์ในทรัพยากรชีวภาพ

^{๒๑} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๓ ข้างต้น, page 11

^{๒๒} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๓ ข้างต้น, page 11

^{๒๓} Queens Marry Intellectual Property Research Institute, Report on Disclosure of Origin in Patent Application, prepared for the European Commission, DG-Trade, October, 2004, page 80

^{๒๔} โปรดดู Girsberger Martin, Transparency measures under patent law regarding genetic resources and traditional knowledge, The Journal of World Intellectual Property, Vol.7 No.4, 2004

^{๒๕} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๒๓ ข้างต้น, page 14



และภูมิปัญญาท้องถิ่น^{๒๖} นอกจากนั้น ความตกลงทริปส์ ไม่ได้ให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น และได้เปิดโอกาสให้มีการนำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นไปพัฒนาปรับปรุงหรือนำไปใช้โดยไม่เคารพต่อชุมชนผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาดังกล่าว จึงทำให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่ได้รับการรับรองโดยความตกลงทริปส์นี้^{๒๗} อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้ได้เคยมีการเสนอให้มีการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทั้งสองฉบับโดยให้แก้ไขเพิ่มเติมความตกลงทริปส์เพื่อกำหนดให้มีการเปิดเผยเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นที่นำมาใช้^{๒๘} และการเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวได้รับการสนับสนุนจากหลายประเทศเช่นกัน^{๒๙}

สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นในความตกลงทริปส์ จะเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติต่างๆ ดังนี้

(๑.๑) ข้อ ๒๗.๑ กำหนดเงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตรว่า สิ่งประดิษฐ์ที่จะขอรับสิทธิบัตรได้นั้นจะต้องมีความใหม่ (new) มีขั้นตอนการประดิษฐ์สูงขึ้น (inventive step) และสามารถนำไปใช้ประโยชน์ในทางอุตสาหกรรมได้ (capable of industrial application) แต่ไม่ได้รวมถึงการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ในการประดิษฐ์ ซึ่งการเปิดเผยรายละเอียดดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นเงื่อนไขที่อยู่นอกเหนือขอบเขตของข้อ ๒๗.๑^{๓๐} ดังนั้น จึงได้มีการเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมข้อ ๒๗.๑ โดยกำหนดให้การประดิษฐ์ที่มีความเกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม

ไม่สามารถขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรได้ หากไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดตามกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่น

(๑.๒) ข้อ ๒๙ กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์แต่จะเป็นการเปิดเผยว่าการประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรนั้นทำงานอย่างไร เพื่อให้ผู้ที่มีความชำนาญในวิทยาการแขนงเดียวกันนั้นสามารถนำรายละเอียดดังกล่าวไปทำการประดิษฐ์ต่อไปได้ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการเปิดเผยแหล่งที่มาของภูมิปัญญาท้องถิ่นจะเป็นข้อมูลสำคัญที่จะทำให้ทราบถึงที่มาของวัตถุดิบที่นำมาใช้ในการประดิษฐ์ ซึ่งวัตถุดิบแต่ละแห่งก็มีความแตกต่างกัน อันจะเป็นประโยชน์สำหรับการนำข้อมูลดังกล่าวไปใช้ในการประดิษฐ์ต่อไปก็ตาม แต่การเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นนี้ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งที่จะแสดงว่าการประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรนั้นทำงานอย่างไรจึงอยู่นอกเหนือขอบเขตของข้อ ๒๙^{๓๑} ดังนั้น จึงได้มีการเสนอให้เพิ่มข้อ ๒๙ bis โดยกำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดให้ผู้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นที่นำมาใช้กับการประดิษฐ์โดยการเปิดเผยแหล่งที่มา และหลักฐานเกี่ยวกับการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์^{๓๒}

๓.๒ ร่างบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรม (genetic

^{๒๖} Charles R. McManis, Intellectual Property, Genetic Resources and Traditional Knowledge Protection: Thinking Globally, Acting Locally, Cardozo Journal of International and Comparative Law, Vol.11, 2003, page 548.

^{๒๗} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๔ ข้างต้น, หน้า ๒๓๑

^{๒๘} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๗ ข้างต้น, page 137

^{๒๙} Lawrence A. Kogan, Brazil's IP Oppotunism Threatens U.S. Private Property Rights, University of Miami International AM Law Review, Vol.38, page 71-72

^{๓๐} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๑ ข้างต้น, page 379

^{๓๑} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๑ ข้างต้น, page 380

^{๓๒} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๘ ข้างต้น, page 147

resources) ภูมิปัญญาท้องถิ่น (traditional knowledge) และการแสดงออกทางวัฒนธรรม (folklore) โดยได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการระหว่างรัฐด้านทรัพย์สินทางปัญญา ทรัพยากรพันธุกรรมภูมิปัญญาท้องถิ่น และการแสดงออกทางวัฒนธรรมเพื่อพิจารณาเรื่องดังกล่าว และขณะนี้ได้มีการร่างบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น (WIPO Provision of Protection of Traditional Knowledge) ขึ้นมา และกำลังอยู่ระหว่างการเจรจา โดยในร่างบทบัญญัตินี้ได้กำหนดให้มีการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นด้วย หากการประติษฐานที่นำมาขอรับความคุ้มครองนั้น เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยจะต้องเปิดเผยแหล่งที่มา และหลักฐานการขออนุญาตการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ และการเปิดเผยรายละเอียดดังกล่าวเป็นเงื่อนไขในการอนุมัติสิทธิบัตร^{๓๓} นอกจากนี้ ในร่างบทบัญญัติดังกล่าว ก็ได้กำหนดให้มีการเปิดเผยรายละเอียดในลักษณะเชิงบังคับ (mandatory

disclosure) ด้วย^{๓๔} อย่างไรก็ตาม ขณะนี้ ร่างบทบัญญัติดังกล่าวยังอยู่ระหว่างการเจรจาและยังไม่เป็นที่ยุติ

๔. กฎหมายต่างประเทศ

จากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศที่กำหนดเรื่องการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่น พบว่ามีการกำหนดเรื่องดังกล่าวไว้ใน ๒ ลักษณะ คือ

๔.๑ การกำหนดให้มีการเปิดเผยรายละเอียดโดยไม่มีผลเป็นการบังคับ การกำหนดให้มีการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยไม่มีผลเป็นการบังคับ คือ เป็นเพียงการกระตุ้นให้มีการเปิดเผยรายละเอียดดังกล่าว แต่หากไม่มีการเปิดเผยก็จะมีผลใดๆ กับคำขอรับสิทธิบัตร เช่น

(๑) **ประเทศโรมาเนีย** กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศโรมาเนีย (Patent Law No. 64/1991) มีข้อบังคับ (Implementing Regulation of Patent Law No. 64/1991) ที่กำหนดเรื่องการเปิดเผยรายละเอียด

^{๓๓} The protection of traditional knowledge should aim to:

Recognize value

Preclude the grant of improper IP rights to unauthorized parties

(xiv) curtail the grant or exercise of improper intellectual property rights over traditional knowledge and associated genetic resources, by requiring [the creation of digital libraries of publicly known traditional knowledge and associated genetic resources], [in particular, as a condition for the granting of patent rights, that patent applicants for inventions involving traditional knowledge and associated genetic resources disclose the source and country of origin of those resources, as well as evidence of prior informed consent and benefit sharing conditions have been complied with in the country of origin]; Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, The Protection of Traditional Knowledge: Draft Articles prepared by the Secretariat, Twenty-First Session, Geneva, April 16 to 20, 2012 (WIPO/GRTKF/IC/21/4)

^{๓๔} Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, The Protection of Traditional Knowledge: Draft Articles, prepared by the Secretariat, Twenty-Fourth Session, Geneva, April 22 to 26, 2013, page 5 (WIPO/GRTKF/IC/24/4)



ไว้ในข้อ 16 c^๔ ว่า กรณีที่ความใหม่ของการประดิษฐ์เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่น ผู้ประดิษฐ์ต้องระบุถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นและแหล่งของภูมิปัญญาดังกล่าวในรายละเอียดการประดิษฐ์ด้วย หากผู้ประดิษฐ์ทราบข้อมูลดังกล่าว อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในกฎหมายสิทธิบัตร ก็ไม่ได้กำหนดถึงกรณีที่ผู้ประดิษฐ์ไม่เปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นและแหล่งที่มาของภูมิปัญญาดังกล่าวไว้

(๒) **ประเทศสวิตเซอร์แลนด์** กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ (Patent Law 1954) ได้กำหนดให้มีการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้ในข้อ 49a ว่า ในกรณีที่การประดิษฐ์มีพื้นฐานอยู่บนทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยตรงผู้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรจะต้องให้ข้อมูลที่ระบุถึงแหล่งที่มาของ

๑) ทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งผู้ประดิษฐ์หรือผู้ยื่นคำขอได้เข้าถึง

๒) ภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชนดั้งเดิมหรือชุมชนพื้นเมืองที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งผู้ประดิษฐ์หรือผู้ยื่นคำขอได้เข้าถึง

ทั้งนี้ หากผู้ประดิษฐ์หรือผู้ยื่นคำขอไม่ทราบแหล่งที่มา ผู้ยื่นคำขอก็จะต้องยืนยันสิ่งนี้เป็นลายลักษณ์อักษร^๖

๔.๒ การกำหนดให้มีการเปิดเผยรายละเอียดโดยมีผลต่อการขอรับสิทธิบัตร การกำหนดให้มีการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยมีผลต่อการขอรับสิทธิบัตรเป็นการกำหนดเชิงบังคับ (mandatory disclosure) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นการกำหนดเรื่องการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้เป็นเงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตรซึ่งหากไม่มีการเปิดเผย ก็จะส่งผลกระทบต่อคำขอรับสิทธิบัตร เช่น คำขอจะถูกปฏิเสธ หรือกรณีที่มีการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแล้ว ก็จะทำให้สิทธิบัตรดังกล่าวเป็นโมฆะและไม่มีผลใช้บังคับ ซึ่งข้อดีของการกำหนดให้มีการเปิดเผยในลักษณะเชิงบังคับนี้ ก็จะทำให้ผู้ยื่นคำขอต้องปฏิบัติตาม

(๑) **ประเทศบราซิล** กฎหมายคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพของประเทศบราซิล (Provisional Measure No.2.186-16) กำหนดให้การเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญา

^๔ Article 16 (1) The description of the invention according to Article 14 paragraph (๑) letter c) of the Law shall contain the following:

c) presentation of the prior art considered by the applicant to be useful for understanding, performing the documentary search and examining the claimed invention, with the indication of the documents which substantiate it; at least one solution considered to be the closest to the claimed invention shall be presented; where the prior art also contains traditional knowledge, this and its source, if known, shall explicitly be indicated in the description;

^๖ Article 49a For invention based on genetic resources or traditional knowledge, the patent application must contain information concerning the source:

a) of the genetic resource to which the inventor or the applicant had access, when the invention is based directly on that resource

b) of the traditional knowledge of indigenous or local communities related to the genetic resources to which the inventor or applicant had access, when the invention is based directly on that knowledge.

If the sources is not known to either the inventor or the applicant, the applicant must confirm this in writing.

ท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมนั้น เป็นเงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตร โดยข้อ ๓๑^{๓๗} กำหนดว่า ในการอนุมัติสิทธิในทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม สำหรับการประดิษฐ์หรือกระบวนการการประดิษฐ์ที่ใช้ตัวอย่างองค์ประกอบของทรัพยากรพันธุกรรม ผู้ยื่นคำขอรับความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมนี้ จะต้องระบุแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าว

(๒) ประเทศเปรู กฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาของชุมชนดั้งเดิมที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพของประเทศเปรู (Law No.27811, Law introducing a Protection Regime for the Collective Knowledge of Indigenous Peoples derived from Biological Resources) กำหนดว่า ในกรณีที่มีการขอรับสิทธิบัตรสำหรับผลิตภัณฑ์หรือกระบวนการที่ผลิตหรือพัฒนามาจากพื้นฐานของภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชน ผู้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรนั้นจะต้องส่งสำเนาสัญญาอนุญาตให้ใช้ภูมิปัญญาดังกล่าวโดยเป็นข้อกำหนดที่จะต้องยื่นก่อนที่จะมีการอนุมัติสิทธิในสิทธิบัตร นอกจากนี้ หากไม่ปฏิบัติตาม ก็จะมีผลเป็นการปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตรหรือให้เป็นโมฆะ

๔.๓. เชื้อไขว้ด้วยการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่น จากการศึกษาแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมความตกลงทริปส์ และการยกร่างบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น จะเห็นได้ว่า แนวทางในการกำหนดให้มีการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นจะกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตรหรือมีลักษณะเป็นเชิงบังคับ (mandatory disclosure) ซึ่งก็จะสอดคล้องกับกฎหมายของประเทศบราซิลและเปรู โดยแนวคิดในการกำหนดให้เป็นเงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตรนี้ได้รับการสนับสนุนจากประเทศกำลังพัฒนา แต่ก็ได้รับการคัดค้านจากประเทศที่พัฒนาแล้ว^{๓๘} โดยมีนักวิชาการมองว่า การกำหนดให้เปิดเผยรายละเอียดดังกล่าวไม่ควรจะกำหนดเงื่อนไขว่า หากไม่เปิดเผยจะมีผลต่อการอนุมัติสิทธิบัตร เนื่องจากจะขัดแย้งกับความตกลงทริปส์^{๓๙} นอกจากนี้ ในกรณีพิพาท “Canadian Bolar case” องค์การการค้าโลกได้วินิจฉัยว่า ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดเงื่อนไขการคุ้มครองในทรัพย์สินทางปัญญาให้แตกต่างจากความตกลงทริปส์ได้ เฉพาะกรณีที่ความแตกต่างดังกล่าวมีข้อจำกัด ชัดเจน และไม่สร้างความเสียหายแก่ผู้ทรงสิทธิ^{๔๐}

^{๓๗} Article ๓๑ The grant of industrial property rights by the competent bodies for a process or product obtained using samples of components of the genetic heritage is contingent on the observance of this Provisional Measure, the applicant being obliged to specify the origin of the genetic material and the associated traditional knowledge, as the case may be.

^{๓๘} Complementary Provision. Second – Where a patent is applied for in respect of goods or processes or developed on the basis of collective knowledge, the applicant shall be obliged to submit a copy of the license contract as a prior requirement for the grant of the rights concerned. Failure to comply with this obligation shall be a cause of refusal or invalidation, as the case may be, of the patent concerned.

^{๓๙} Report adopted by Standing Committee on the Law of Patents, Third Session, Geneva, September 6 to 14, 1999 SCP/3/11

^{๔๐} Carvalho N.P. Requiring disclosure of the origin of genetic resources and prior informed consent in patent applications without infringing the TRIPS Agreement: the problem and the solution, Washington University Journal of Law and Policy, Vol.2, 2000, page 371.

^{๔๑} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๒๓ ข้างต้น, page 58



ในทางกลับกัน หากไม่กำหนดไว้เป็นเงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตรอย่างเช่น กฎหมายของประเทศโรมาเนียและสวิตเซอร์แลนด์ ก็เป็นการยากที่จะทำให้ผู้ยื่นคำขอปฏิบัติตาม นอกจากนี้ ในประเด็นว่า การกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตรไม่สอดคล้องกับความตกลงทริปส์นั้น ในเรื่องนี้ก็ได้มีการเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมความตกลงทริปส์แล้ว ประกอบกับตามแนวทางการร่างบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ก็ได้เลือกที่จะกำหนดในลักษณะเชิงบังคับเพื่อกำหนดเป็นเงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตร มิฉะนั้นหากไม่กำหนดไว้เป็นเงื่อนไข ก็จะไม่มีผลใดๆ ทั้งสิ้น หากผู้ยื่นคำขอไม่ปฏิบัติตาม ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับแนวทางการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมความตกลงทริปส์ และการร่างบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นว่า การเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นควรจะเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งในการขอรับสิทธิบัตร อันเป็นวิธีการที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการป้องกันการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้โดยที่ชุมชนไม่รับทราบ และอาจไม่มีการขออนุญาตเพื่อเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์

๕. กฎหมายไทย

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๗^{๔๖} ได้กำหนดให้การขอรับ

สิทธิบัตรต้องมีรายละเอียดการประดิษฐ์ที่มีข้อความสมบูรณ์ รัดกุม และชัดเจน อันจะทำให้ผู้มีความชำนาญในระดับสามัญในศิลปะหรือวิทยาการที่เกี่ยวข้องสามารถทำและปฏิบัติตามการประดิษฐ์นั้นได้ และต้องระบุวิธีการในการประดิษฐ์ที่ดีที่สุดที่ผู้ประดิษฐ์พึงจะทราบ นอกจากนั้น ในกฎกระทรวง ฉบับที่ ๒๑ (พ.ศ. ๒๕๔๒) ข้อ ๓ กำหนดให้รายละเอียดการประดิษฐ์ต้องระบุชื่อที่แสดงถึงการประดิษฐ์ตามที่ปรากฏในคำขอรับสิทธิบัตร และต้อง

- (๑) อธิบายลักษณะและความมุ่งหมายของการประดิษฐ์
- (๒) ระบุสาขาวิทยาการที่เกี่ยวข้องกับการประดิษฐ์
- (๓) ชี้แจงภูมิหลังของศิลปะหรือวิทยาการที่เกี่ยวข้อง อันจะทำให้เข้าใจการประดิษฐ์นั้นดีขึ้นและเป็นประโยชน์ในการตรวจสอบ ทั้งนี้ ให้ระบุเอกสารที่เกี่ยวข้องด้วย (ถ้ามี)
- (๔) เปิดเผยการประดิษฐ์โดยสมบูรณ์ รัดกุม และชัดเจน อันจะทำให้ผู้มีความชำนาญในระดับสามัญในศิลปะหรือวิทยาการที่เกี่ยวข้องกับการประดิษฐ์สามารถทำและปฏิบัติตามการประดิษฐ์นั้นได้
- (๕) อธิบายรูปเขียนแต่ละรูปโดยย่อ
- (๖) ระบุวิธีการในการประดิษฐ์ที่ดีที่สุดที่ผู้ประดิษฐ์ทราบ ทั้งนี้ ให้ยกตัวอย่างและอ้างถึงภูมิหลังของศิลปะหรือวิทยาการที่เกี่ยวข้องหรือเขียนด้วยถ้าจำเป็น

^{๔๖} มาตรา ๑๗ การขอรับสิทธิบัตรให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยกฎกระทรวง คำขอรับสิทธิบัตรให้มีรายการดังต่อไปนี้


- (๑) ชื่อที่แสดงถึงการประดิษฐ์
 - (๒) ลักษณะและความมุ่งหมายของการประดิษฐ์
 - (๓) รายละเอียดการประดิษฐ์ที่มีข้อความสมบูรณ์ รัดกุม และชัดเจน อันจะทำให้ผู้มีความชำนาญในระดับสามัญในศิลปะหรือวิทยาการที่เกี่ยวข้องสามารถทำและปฏิบัติตามการประดิษฐ์นั้นได้ และต้องระบุวิธีการในการประดิษฐ์ที่ดีที่สุดที่ผู้ประดิษฐ์จะพึงทราบได้
 - (๔) ชื่อถือสิทธิโดยชัดเจน
 - (๕) รายการอื่นตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง
- ในกรณีที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีแห่งความตกลงหรือความร่วมมือระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิบัตรหากคำขอรับสิทธิบัตรเป็นไปตามที่กำหนดในความตกลงหรือความร่วมมือระหว่างประเทศดังกล่าว ให้ถือว่าคำขอดังกล่าวเป็นคำขอรับสิทธิบัตรตามพระราชบัญญัตินี้

(๗) แสดงให้เห็นว่าการประดิษฐ์นั้นสามารถนำไปใช้ประโยชน์ในการผลิตทางอุตสาหกรรม หัตถกรรม เกษตรกรรม หรือพาณิชย์กรรมได้ หากไม่สามารถเข้าใจได้จากลักษณะของการประดิษฐ์

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา ๑๗ (๓) จะเห็นได้ว่า ได้กำหนดให้มีการเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ไว้ แต่ไม่มีการกำหนดให้เปิดเผยเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นดังที่ปรากฏในกฎหมายของต่างประเทศ นอกจากนี้ ในกฎกระทรวง ฉบับที่ ๒๑ (พ.ศ. ๒๕๔๒) แม้จะกำหนดให้มีการชี้แจงภูมิหลังของศิลปะหรือวิทยาการที่เกี่ยวข้องกับการประดิษฐ์ก็ตาม แต่ก็ยังไม่มีความชัดเจนว่าจะมีความครอบคลุมถึงกรณีของการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ในการประดิษฐ์ด้วยหรือไม่ แต่ถึงกระนั้น กรณีที่มีการตีความว่าการชี้แจงภูมิหลังของศิลปะหรือวิทยาการที่เกี่ยวข้องนี้มีความครอบคลุมถึงกรณีการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ในการประดิษฐ์ด้วย ก็ไม่มีผลเป็นการบังคับให้ผู้ยื่นคำขอต้องเปิดเผยรายละเอียดดังกล่าว เนื่องจากข้อกำหนดเรื่องนี้เป็นกรณีที่ผู้ยื่นคำขอมีรายละเอียดดังกล่าวเท่านั้น โดยใช้ถ้อยคำว่า “(ถ้ามี)”

๖. บทสรุป

การกำหนดให้การเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นเงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตร

โดยจะมีผลต่อการขอรับสิทธิบัตร หากไม่ปฏิบัติตามนั้น เป็นแนวทางที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันการขโมยภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ในการประดิษฐ์ อย่างไรก็ตาม เมื่อความตกลงระหว่างประเทศยังไม่ได้กำหนดเรื่องนี้ไว้ อย่างชัดเจน ก็อาจจะทำให้การเปิดเผยรายละเอียดดังกล่าวขาดความแน่นอน ดังนั้น หากจะมีการกำหนดเรื่องการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่น ก็จะต้องมีความชัดเจนในความตกลงระหว่างประเทศ อันเป็นบรรทัดฐานสำหรับกฎหมายภายในของแต่ละประเทศต่อไป^{๓๓} แต่ถึงกระนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมความตกลงระหว่างประเทศ โดยเฉพาะความตกลงทริปส์อาจเป็นเรื่องที่ต้องใช้เวลาในการเจรจา เนื่องจากจะต้องใช้เสียง ๒ ใน ๓ ของจำนวนประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก และมีความกดดันทางการเมืองจากประเทศมหาอำนาจที่ไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว^{๓๔} และก็มีการค้าค้านเช่นกัน^{๓๕} ในทำนองเดียวกับร่างบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ต้องใช้เวลาในการเจรจาด้วย ทั้งนี้ การแสดงจุดยืนของประเทศกำลังพัฒนาในเวทีระหว่างประเทศก็เป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างมากเพื่อเป็นการรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศ โดยในเรื่องของการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นนี้ ควรกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตรและมีผลต่อการขอรับสิทธิบัตรหากไม่มีการปฏิบัติตาม .. 

^{๓๓} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๓ ข้างต้น, page 4

^{๓๔} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๓ ข้างต้น, page 153

^{๓๕} Martin A. Girsberger, Transparency Measures Under Patent Law Regarding Genetic Resources and Traditional Knowledge: Disclosure of Sources and Evidence of Prior Informed Consent and Benefit-Sharing, Journal of World Intellectual Property, 2004, page 476-477

คำรับรองการปฏิบัติราชการของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๖

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้จัดทำคำรับรองการปฏิบัติราชการ ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๖ เพื่อใช้เป็นกรอบและแนวทางในการปฏิบัติราชการ โดยมีตัวชี้วัดแยกตามมติดังต่อไปนี้

มิตินี้ ๑ มิติภายนอก

ตัวชี้วัดที่ ๑ นโยบายสำคัญเร่งด่วนของรัฐบาลและภารกิจหลัก

๑.๑ ร้อยละเฉลี่ยถ่วงน้ำหนักในการบรรลุต่อนโยบายสำคัญเร่งด่วนของรัฐบาล และภารกิจหลักของกรมหรือเทียบเท่าและตัวชี้วัดของกระทรวงที่มีเป้าหมายร่วมกัน (Joint KPI) (ถ้ามี)

๑.๑.๑ ค่าเฉลี่ยถ่วงน้ำหนักของระดับคะแนนในการตรวจพิจารณากฎหมายโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาแล้วเสร็จตามที่นายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีมอบหมาย

๑.๑.๑.๑ กฎหมายแบบ/๑.๑.๑.๒ กฎหมายเทคนิค

- พระราชบัญญัติ - พระราชกฤษฎีกา - กฎกระทรวง/ต่ำกว่า

๑.๑.๒ ค่าเฉลี่ยถ่วงน้ำหนักของระดับคะแนนในการตรวจพิจารณากฎหมายโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาแล้วเสร็จตามที่นายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีมอบหมาย

๑.๑.๒.๑ กฎหมายแบบ/๑.๑.๒.๒ กฎหมายเทคนิค

- พระราชบัญญัติ - พระราชกฤษฎีกา - กฎกระทรวง/ต่ำกว่า

๑.๑.๓ ระดับความสำเร็จของคะแนนเฉลี่ยของการให้ความเห็นทางกฎหมาย โดยคณะกรรมการกฤษฎีกา

๑.๑.๔ ระดับความสำเร็จของการจัดทำเจตนารมณ์กฎหมาย

๑.๑.๕ ร้อยละของผลงานวิจัยหรือองค์ความรู้ที่จัดทำแล้วเสร็จและนำไปใช้ประโยชน์อย่างเป็นรูปธรรม

- งานวิจัย - องค์ความรู้

๑.๑.๖ ร้อยละของนักกฎหมายภาครัฐในระบบพัฒนานักกฎหมายภาครัฐ ที่ผ่านการประเมินตามเกณฑ์

ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกากำหนด

๑.๒ ระดับความสำเร็จของการเตรียมความพร้อมในการเข้าสู่ประชาคมอาเซียน (ASEAN Readiness)

๑.๒.๑ ระดับความสำเร็จของการจัดทำระบบฐานข้อมูล ศูนย์ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอาเซียน

ตัวชี้วัดที่ ๒ ร้อยละของระดับความเชื่อมั่นของคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับคุณภาพให้บริการของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

มิตินี้ ๒ มิติภายใน

ตัวชี้วัดที่ ๓ ระดับความสำเร็จของการจัดทำต้นทุนต่อหน่วยผลผลิต

ตัวชี้วัดที่ ๔ ร้อยละความสำเร็จของการเบิกจ่ายเงินงบประมาณ

๔.๑ ร้อยละความสำเร็จของการเบิกจ่ายเงินงบประมาณรายจ่ายลงทุน

๔.๒ ร้อยละความสำเร็จของการเบิกจ่ายเงินงบประมาณรายจ่ายภาพรวม ๖ เดือนแรก

๔.๓ ร้อยละความสำเร็จของการเบิกจ่ายเงินงบประมาณรายจ่ายภาพรวม ๑๒ เดือน

๔.๔ ร้อยละความสำเร็จของการเบิกจ่ายเงินงบประมาณตามแผน

ตัวชี้วัดที่ ๕ ระดับความสำเร็จของปริมาณผลผลิตที่ทำได้จริงเปรียบเทียบกับเป้าหมายผลผลิตตามเอกสารงบประมาณรายจ่าย

ตัวชี้วัดที่ ๖ ระดับความสำเร็จของการดำเนินการตามมาตรการประหยัดพลังงานของส่วนราชการ

ตัวชี้วัดที่ ๗ ระดับความสำเร็จของการปรับปรุงกระบวนการ

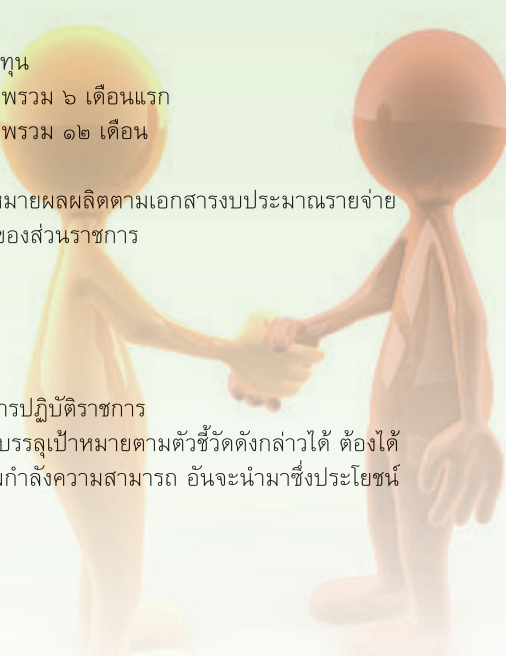
ตัวชี้วัดที่ ๘ ระดับความสำเร็จของการพัฒนาสมรรถนะของบุคลากร

ตัวชี้วัดที่ ๙ ระดับความสำเร็จของการพัฒนาปรับปรุงสารสนเทศ

ตัวชี้วัดที่ ๑๐ ระดับความสำเร็จของการพัฒนาปรับปรุงวัฒนธรรมองค์การ

ตัวชี้วัดที่ ๑๑ ระดับความสำเร็จของการดำเนินการโครงการสร้างความปลอดภัยในการปฏิบัติราชการ

การที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะประสบผลสำเร็จในการปฏิบัติราชการให้บรรลุเป้าหมายตามตัวชี้วัดดังกล่าวได้ ต้องได้รับความร่วมมือจากข้าราชการ และเจ้าหน้าที่ทุกคนในการปฏิบัติหน้าที่ตามภารกิจอย่างเต็มกำลังความสามารถ อันจะนำมาซึ่งประโยชน์สูงสุดของประเทศชาติและประชาชน ...





นางสิรินันท์ ปานเสมอศรี ผู้ช่วยเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นประธานในพิธีเปิดการฝึกอบรม เรื่อง “เสริมสร้างความรู้ในการปฏิบัติราชการ” ตามโครงการเสริมสร้างและสนับสนุนการพัฒนาองค์กร เมื่อวันที่ ๑๓ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๖ ณ ห้องประชุมปรีดี พนมยงค์ โดยมีวิทยากรจากกรมบัญชีกลางบรรยายให้ความรู้ เรื่อง “การบริหารจัดการงบประมาณเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพ” และเรื่อง “สิทธิประโยชน์ของข้าราชการและเจ้าหน้าที่ของรัฐ” การฝึกอบรม ในครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมและพัฒนากระบวนการทำงานทั้งระบบ โดยการส่งเสริมและพัฒนาให้มีความรู้ความเข้าใจในด้านการบริหารจัดการงบประมาณรายจ่าย ซึ่งจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการใช้จ่ายภาครัฐ อีกทั้งเกิดความรู้ความเข้าใจในสิทธิประโยชน์ของข้าราชการและเจ้าหน้าที่อื่นจะเป็นการสร้างขวัญและกำลังใจในการปฏิบัติงานต่อไป



เมื่อวันอังคารที่ ๕ มีนาคม ๒๕๕๖ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจัดกิจกรรมเสริมสร้างความเข้มแข็งด้านคุณธรรม และจริยธรรมในองค์กร ตามโครงการเสริมสร้างและสนับสนุนการพัฒนาองค์กร โดยมีการศึกษาดูงานหน่วยงานต้นแบบภาครัฐ ณ โครงการสวนพระองค์ สวนจิตรลดา และหน่วยงานภาคเอกชน ณ บริษัทบ้านปู จำกัด (มหาชน) โดยกิจกรรมครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมจิตสำนึกให้ตระหนักถึงหลักคุณธรรมจริยธรรมในการปฏิบัติงาน และรู้จักน้อมนำหลักปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียงมาปรับใช้ในการดำรงชีวิตส่วนตัว และชีวิตการทำงานเพื่อป้องกันเหตุที่จะเกิดการทุจริต

เมื่อรวมตัวเป็นประชาคมอาเซียน แล้วจะทำให้มีการเคลื่อนย้ายแรงงาน ได้อย่างอิสระจริงหรือ



ไม่จริง เนื่องจากในกรอบอาเซียนจะมีการเจรจาการเคลื่อนย้ายแรงงานประเภทวิชาชีพ (แพทย์ ทันตแพทย์ พยาบาล วิศวกร สถาปนิก บัญชี นักสำรวจ และการบริการท่องเที่ยว) และบุคลากรระดับสูง (เช่น ผู้บริหาร ผู้ชำนาญการ หรือผู้เชี่ยวชาญ) ในลักษณะชั่วคราวที่เกี่ยวข้องกับภาคบริการและการลงทุนเท่านั้น ไม่ใช่การให้คนงานต่างด้าวเข้ามาหางานทำ ขอสัญชาติหรือถิ่นที่อยู่ และไม่ใช่การอพยพแรงงานแบบถาวรในกิจการที่ต้องใช้แรงงานจำนวนมาก เช่น การเกษตร หรือประมง ทั้งนี้ การเคลื่อนย้ายแรงงานประเภทวิชาชีพและบุคลากรระดับสูงดังกล่าว ยังคงต้องเป็นไปตามกฎระเบียบภายในของแต่ละประเทศ และไม่ห้ามหากประเทศใดจะมีการกำหนดมาตรการที่จำเป็นสำหรับกำกับดูแลการเข้าเมืองของบุคคลเหล่านี้

กลุ่มวิชาชีพของไทยที่อาเซียนได้มีการจัดทำข้อตกลงร่วมจะมีโอกาสมากขึ้นในการเข้าไปทำงานในประเทศสมาชิกอาเซียนอื่นที่ขาดแคลนแรงงานประเภทนั้น เช่น บรูไนฯ ขาดแรงงานวิชาชีพประเภท แพทย์ พยาบาล นักบัญชี และ IT อินโดนีเซียขาดแรงงานวิชาชีพประเภท แพทย์ ทันตแพทย์ และนักบัญชี ส่วนกัมพูชาขาดแรงงานวิชาชีพประเภท วิศวกร ช่างสำรวจ และ IT เป็นต้น

ค่าจ้างแรงงาน ๓๐๐ บาท มีพลชนั้ร่อกับการเคลื่อนย้ายแรงงานในอาเซียน

ค่าจ้างแรงงาน ๓๐๐ บาท เป็นค่าจ้างขั้นต่ำสำหรับแรงงานที่จัดอยู่ในกลุ่มแรงงานไร้ฝีมือซึ่งอาจเป็นปัจจัยหลักที่ทำให้แรงงานไร้ฝีมือในอาเซียนเข้ามาทำงานในประเทศไทยมากขึ้นทดแทนการขาดแคลนแรงงานไร้ฝีมือของไทย แต่การเปิดเสรีด้านการเคลื่อนย้ายวิชาชีพในกรอบอาเซียนไม่ได้รวมถึงแรงงานไร้ฝีมือซึ่งโดยข้อเท็จจริงแล้ว การเคลื่อนย้ายแรงงานมีผลมาจากอุปสงค์และอุปทานของการจ้างงานในแต่ละประเทศที่มีความแตกต่างกัน และเหตุผลด้านอื่นๆ ประกอบ เช่น คุณภาพชีวิต ภาษา และวัฒนธรรมที่ใกล้เคียงกัน การเจรจาเปิดเสรีด้านการเคลื่อนย้ายวิชาชีพในกรอบอาเซียนจึงเป็นเพียงการลดอุปสรรคให้กับกลุ่มบุคลากร และวิชาชีพชั้นสูงที่มีศักยภาพ และมีคุณสมบัติครบถ้วนที่จะสามารถเคลื่อนย้ายไปทำงานในประเทศสมาชิกอาเซียนอื่นๆ เท่านั้น



ที่มา : เรื่งนารู้จากอาเซียน โดยกรมอาเซียน กระทรวงการต่างประเทศ