

บทนำ

ในโลกยุคปัจจุบันที่วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีเจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว แต่ในขณะเดียวกันกระแสในเรื่องการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืนก็ทวีมากขึ้นตามลำดับ เนื่องจากผู้คนจำนวนมากตระหนักถึงความสำคัญและเล็งเห็นถึงประโยชน์มากมายของความหลากหลายทางชีวภาพ จึงต้องการทั้งอนุรักษ์และในอีกด้านหนึ่งก็ต้องการนำทรัพยากรเหล่านั้นมาใช้ให้เกิดประโยชน์มากที่สุด

ด้วยเหตุที่ความหลากหลายของทรัพยากรชีวภาพมักกระจุกตัวอยู่ในประเทศกำลังพัฒนาเป็นส่วนใหญ่ แต่ประเทศกำลังพัฒนาเหล่านั้นกลับขาดแคลนเงินทุนและไม่มีศักยภาพทางเทคโนโลยีมากพอที่จะนำเอาทรัพยากรเหล่านั้นมาค้นคว้าวิจัยให้เกิดประโยชน์อย่างเต็มที่ ในขณะที่กลุ่มประเทศอุตสาหกรรมซึ่งก็คือประเทศพัฒนาแล้วนั้น มีเงินทุนและความเจริญทางเทคโนโลยีสูงก็จริงแต่กลับมีความหลากหลายทางชีวภาพต่ำ หรือไม่เช่นนั้นทรัพยากรที่มีอยู่ก็ถูกนำมาค้นคว้าวิจัยจนหมดสิ้นแล้ว จึงมีความต้องการที่จะเข้าไปนำเอาทรัพยากรชีวภาพของประเทศกำลังพัฒนาไปวิจัยเพื่อให้เกิดเป็นสิ่งประดิษฐ์ใหม่ๆหรือให้เกิดเป็นตัวยารักษาโรคใหม่ๆขึ้นมา

ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ การเข้ามานำทรัพยากรชีวภาพไปใช้จนได้เป็นผลิตภัณฑ์ออกมาแล้ว ก็จะไปจดสิทธิบัตร โดยมีนักวิจัยหรือบริษัทผู้ผลิตจากประเทศพัฒนาแล้วเป็นเจ้าของ โดยไม่มีการให้ผลตอบแทนแก่ชุมชนท้องถิ่นหรือประเทศซึ่งเป็นแหล่งที่มาของทรัพยากรแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้น การเข้ามามีงานวิจัยนั้น มักต้องอาศัย “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” (Traditional Knowledge:TK) ซึ่งเป็นความรู้ของชุมชนเกี่ยวกับการอนุรักษ์ พัฒนาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพซึ่งได้สะสมถ่ายทอดมาเป็นเวลานาน เช่นอาศัยความรู้ของชาวบ้านเกี่ยวกับสรรพคุณของพืชต่างๆซึ่งเป็นที่รู้กันดีในท้องถิ่น เช่น ชุมชนท้องถิ่นในประเทศอินเดียสืบทอดความรู้กันมาเป็นเวลานานว่าสะเดามีคุณสมบัติกำจัดเชื้อราและป้องกันแมลงซึ่งถือเป็นความรู้สาธารณะที่ชาวอินเดียรู้จักและใช้มานานกว่าศตวรรษก็ถูกนำไปจดสิทธิบัตรในสรรพคุณป้องกันเชื้อราเป็นต้น อันเป็นการกระทำที่เรียกว่าเป็น”โจรสลัดทางชีวภาพ”

ทั้งนี้ความตกลงระหว่างประเทศสองฉบับที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางชีวภาพ คือ อนุสัญญาความด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity:CBD) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspect of Intellectual Property Rights:TRIPS) ด้วยเหตุที่

ความตกลงระหว่างประเทศทั้งสองมีหลักการและวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน คือ อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพมีวัตถุประสงค์ที่จะส่งเสริมอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ การใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนจากทรัพยากรชีวภาพ โดยเปิดโอกาสให้ประเทศที่พัฒนาแล้วเข้าถึงทรัพยากรของประเทศกำลังพัฒนา ภายใต้ข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นธรรม และในขณะเดียวกันก็ให้ประเทศกำลังพัฒนามีโอกาสเข้าถึงเทคโนโลยีของประเทศพัฒนาแล้วในลักษณะต่างตอบแทน จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นข้อตกลงที่ชัดเจนว่าให้ความคุ้มครองแก่ทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศกำลังพัฒนา

ในขณะที่ความตกลงทริปส์เป็นความตกลงขององค์การการค้าโลก (WTO) ซึ่งมีวัตถุประสงค์คือสร้างมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ส่งเสริมให้เกิดการคิดค้นสิ่งประดิษฐ์ใหม่ๆ เพื่อส่งเสริมเศรษฐกิจและการค้า

ด้วยความแตกต่างกันนี้เองจึงเกิดปัญหาใจสลดทางชีวภาพเมื่อมีการนำความตกลงทริปส์มาใช้ในการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น

1.ความสำคัญของปัญหา

อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ เกิดจากความพยายามร่วมกันของนานาประเทศในอันที่จะกำหนดกรอบและนโยบายเกี่ยวกับการจัดการความหลากหลายทางชีวภาพ มีภาคี 182 ประเทศ ในจำนวนนี้เป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว 25 ประเทศ ประเทศกำลังพัฒนา 157 ประเทศ รวมทั้งประเทศไทยด้วย ซึ่งในส่วนของประเทศไทยนั้นได้ให้สัตยาบันแล้วเมื่อวันที่ 31 ตุลาคม 2003

ส่วนความตกลงทริปส์เป็นความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่สมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) ต้องผูกพันอย่างไม่มีเงื่อนไข นั่นคือรวมถึงประเทศไทยด้วย

ด้วยเหตุผลดังกล่าวทำให้มีประเทศจำนวนมากที่เป็นภาคีของทั้งอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพและความตกลงทริปส์ เกิดความไม่แน่ใจในแนวปฏิบัติของประเทศของตน ในกรณีของการให้ความคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นว่าควรเป็นไปในทิศทางใดและจะขัดต่อความตกลงอันหนึ่งอันใดหรือไม่และวิธีการใดจึงจะเป็นการออกกฎหมายให้คุ้มครองทรัพยากรชีวภาพได้มากที่สุด

ประเทศไทยเองก็เป็นสมาชิกของทั้งอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพและความตกลงทริปส์ อีกทั้งยังเป็นประเทศกำลังพัฒนาที่มีความหลากหลายทางชีวภาพสูงมาก ประเทศหนึ่งที่ได้รับผลกระทบจากความไม่สอดคล้องกันของสองความตกลงดังกล่าว การศึกษาถึงปัญหาและแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นย่อมจะส่งผลดีต่อประเทศไทยต่อไป

2 ข้อสมมุติฐานของวิทยานิพนธ์

ทรัพยากรชีวภาพเป็นทรัพยากรที่มีความสำคัญต่อมนุษย์ทุกคนบนโลก หากเกิดการสูญสลายหรือลดปริมาณความหลากหลายลงย่อมกระทบต่อการดำรงชีวิตของสิ่งมีชีวิตต่างๆในโลกนี้รวมถึงมนุษย์ด้วย

เนื่องจากในปัจจุบันมีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพเพื่อนำมาใช้เป็นวัตถุดิบในเทคโนโลยีชีวภาพเป็นจำนวนมาก ซึ่งส่วนใหญ่แล้วกระทำโดยประเทศอุตสาหกรรม เช่น สหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น ได้เข้ามาหาประโยชน์จากประเทศกำลังพัฒนาซึ่งเป็นเจ้าของทรัพยากรชีวภาพเหล่านั้น โดยการนำทรัพยากรชีวภาพกลับไปศึกษาวิจัยเพื่อพัฒนาเป็นยา หรือเครื่องสำอางค์และนำไปจดสิทธิบัตรเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองด้านทรัพย์สินทางปัญญา ในขณะที่ประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมกลับไม่ได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากทรัพยากรชีวภาพนั้นอย่างเป็นธรรม

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงตั้งสมมุติฐานว่า ระบบทรัพย์สินทางปัญญาของความตกลงทริปส์ จะสามารถนำมาใช้เพื่อคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพ โดยไม่ทำลายวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพได้หรือไม่

3.ขอบเขต

ศึกษาอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพและความตกลงทริปส์เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพ โดยเฉพาะในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญา

นอกจากนี้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะได้กล่าวถึงปัญหาโจรสลัดทางชีวภาพอันเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นกับประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งคำว่า “โจรสลัดทางชีวภาพ” (Biopiracy) เป็นคำที่นายแพต มูนนี่ (Pat Mooney) ผู้อำนวยการของ RAFI –Rural Advancement Fund International ใช้เพื่อได้คำ

กล่าวหาของประเทศอุตสาหกรรมที่มีสหรัฐเป็นผู้นำ ที่กล่าวหาประเทศกำลังพัฒนาว่าเป็น “โจรสลัดทรัพย์สินทางปัญญา” (Intellectual Piracy) โดยเห็นว่าประเทศกำลังพัฒนาได้โจรกรรมทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศอุตสาหกรรม เช่น อุตสาหกรรมยา เครื่องหมายการค้าและซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์โดยขณะนี้โต้แย้งว่าแท้จริงประเทศอุตสาหกรรมนั่นเองที่ทำตัวเป็นโจรสลัดที่ได้ฉกชิงทรัพยากรชีวภาพไปจากประเทศกำลังพัฒนาเพื่อนำไปใช้ในอุตสาหกรรมเกษตร ยา และเทคโนโลยีชีวภาพสาขาอื่นๆ โดยไม่มีการจ่ายค่าตอบแทน

4.วัตถุประสงค์

วัตถุประสงค์ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คือต้องการศึกษาปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้ความตกลง ทริปส์และอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพในการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพ โดยเฉพาะในประเด็นการคุ้มครองโดยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

5.วิธีการศึกษา

1. ศึกษาโดยใช้วิธีการวิจัยเอกสารที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพ และภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยเน้นศึกษาการให้ความคุ้มครองที่แตกต่างกันระหว่างอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพและความตกลงทริปส์

2. ทำการศึกษาปัญหาที่เกิดขึ้นกับประเทศกำลังพัฒนาจากความไม่สอดคล้องกันดังกล่าว

6.ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เข้าใจถึงความเกี่ยวข้องกันระหว่างอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพและความตกลงทริปส์

2. รู้และเข้าใจถึงปัญหาที่เกิดขึ้นกับประเทศกำลังพัฒนาอันเนื่องมาจากการใช้อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพและความตกลงทริปส์ในการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพ

3.เพื่อทราบแนวทางในการนำความตกลงทั้งสองมาใช้ในการคุ้มครองผลประโยชน์
ของประเทศกำลังพัฒนา

บทที่ 1

ความหมาย สถานภาพทางกฎหมายและแนวคิดในการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพ

1.ความหมายและสถานภาพทางกฎหมายของทรัพยากรชีวภาพ

1.1 ความหมายของทรัพยากรชีวภาพ

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 ได้นิยามความหมายของ "ทรัพยากรชีวภาพ" ว่าหมายถึงความรวมทั้งทรัพยากรพันธุกรรม,สิ่งมีชีวิตใดๆหรือส่วนใดๆของสิ่งมีชีวิต,ประชากร,หรือองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิตของระบบนิเวศ ซึ่งมีประโยชน์หรือคุณค่าตามความเป็นจริงและตามศักยภาพต่อมนุษยชาติ¹

ทรัพยากรชีวภาพ (biological resources) ประกอบไปด้วยทรัพยากรพันธุกรรมและสารพันธุกรรม ทรัพยากรพันธุกรรม (genetic resources) มีความหมายครอบคลุมถึงสารพันธุกรรมทุกชนิดที่มีคุณค่าตามความเป็นจริงและตามศักยภาพ

สารพันธุกรรม (germplasm) นั้น หมายถึง สารใดๆของพืช สัตว์ และจุลินทรีย์ซึ่งบรรจุหน่วยพันธุกรรมที่มีบทบาทหน้าที่ในการสืบทอดพันธุกรรมนั้นๆ สารที่บรรจุหน่วยพันธุกรรมของสิ่งมีชีวิตเรียกว่า "deoxyribonucleic acid" หรือ ดีเอ็นเอ (DNA) ซึ่งทำหน้าที่การแสดงออกซึ่งลักษณะต่างๆของสิ่งมีชีวิต เช่นสีของดอกไม้ ความสูง และความต้านทานโรคของพืช และความสามารถในการสร้างโปรตีน ไขมัน แป้ง และน้ำตาลเป็นต้น²

¹ Artical 2 For the purposes of this Convention:

“ Biological resources” includes genetic resources, organisms or parts thereof, populations,or any other biotic component of ecosystems with actual or potential use or value for humanity.

² สุทัศน์ ศรีวัฒนพงศ์, ศูนย์ความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติ, เอกสารประกอบการประชุมสัมมนาเรื่อง, “การดำเนินการของประเทศไทยกับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ”, จัดโดยคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมสภาผู้แทนราษฎร,(วันที่ 15-16 มิถุนายน 2541),น. 2

โดยสรุปแล้วทรัพยากรชีวภาพจึงหมายถึง ทรัพยากรที่อยู่ในรูปแบบของสิ่งมีชีวิตทุกชนิดที่อยู่รวมกันในระบบนิเวศน์ ไม่ว่าจะเป็นพืช สัตว์ จุลินทรีย์ หรือสิ่งมีชีวิตรูปแบบอื่นๆ โดยคนหรือชุมชนก็ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของทรัพยากรชีวภาพด้วย นอกจากนี้การดำเนินชีวิตของชุมชนภายใต้ระบบนิเวศน์หนึ่งล้วนต้องอาศัยผูกพันกับการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพอย่างแยกไม่ออก

ความรู้ของชุมชนเกี่ยวกับการอนุรักษ์ พัฒนาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพได้ทำให้เกิด “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” ขึ้นไปพร้อมๆ กันด้วย

“ภูมิปัญญาท้องถิ่น(Traditional Knowledge)”³ หมายความว่า องค์ความรู้ที่กลุ่มคนที่อาศัยรวมกันเป็นชุมชนได้สั่งสมความรู้ที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตมาตลอดเป็นระยะเวลานาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งความรู้ที่เกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพเพื่อการผลิตอาหารและยารักษาโรค ความรู้ในลักษณะเช่นนี้ได้มีการถ่ายทอดกันมาเป็นระยะเวลาหลายชั่วคนและมีการแลกเปลี่ยนความรู้จากชุมชนหนึ่งไปยังอีกชุมชนหนึ่งอยู่เสมอ โดยไม่มีการหวงกันความรู้นั้นไว้เพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

ภูมิปัญญาท้องถิ่นจะมีความสำคัญอย่างแนบแน่นกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช (plant genetic resources) เพราะความรู้ที่มีอยู่เหนือการเพาะปลูก บำรุงรักษา หรือใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมถือเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างหนึ่ง และมีเมื่อมีการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นทางใดทางหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นเพื่อผลิตอาหารหรือยารักษาโรคก็จำเป็นต้องอาศัยทรัพยากรพันธุกรรมพืชในฐานะที่เป็นวัตถุดิบนั่นเอง จึงเห็นได้ว่าการดำรงชีวิตของผู้คนในชุมชนจึงต้องอาศัยทั้งภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรพันธุกรรมพืช

การที่ชุมชนท้องถิ่นก่อให้เกิดความรู้เฉพาะด้านซึ่งถูกนำมาใช้นั้น ไม่ว่าจะเป็นช่วงเวลาสั้นหรือยาวโดยเป็นการถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่งหรือจากคนกลุ่มหนึ่งไปสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง ภูมิปัญญาท้องถิ่นเหล่านี้ ยกตัวอย่างเช่น ความรู้ การประดิษฐ์ และวิถีปฏิบัติของคนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่น ภูมิปัญญาท้องถิ่นถูกพิจารณาว่ารวมถึง

- พืชและสัตว์และผลิตผลจากพืชและสัตว์
- แร่ธาตุและดินและผลิตผลจากแร่ธาตุและดิน

³ นันทน อินนท. “ความตกลงว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมทางปัญญาและผลกระทบต่อภูมิปัญญาท้องถิ่น”, Six Anniversary Special Issue, วารสารกฎหมายทรัพยากรพันธุกรรมทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ, หน้า 145 (2003).

- การรวมกันของอินทรีย์สารและอนินทรีย์สาร
- กระบวนการและเทคโนโลยี
- วิธีทางที่ส่งเสริมสุขภาพและความเป็นอยู่ของบุคคล
- วิธีทางที่ส่งเสริมสุขภาพและความเป็นอยู่ของส่วนรวม
- การแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรม⁴

ภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยปกติแล้วคือความรู้ของของส่วนรวม บางครั้งเนื่องจากความคล้ายคลึงกันในการพัฒนาหรือเนื่องจากการแลกเปลี่ยนความรู้ ชุมชนที่มีความคล้ายคลึงกันทางด้านระบบนิเวศ วัฒนธรรมและประสบปัญหาอย่างเดียวกันสามารถมีภูมิปัญญาท้องถิ่นที่คล้ายกันซึ่งในทางกลับกันอาจจะแสดงออกมาในยุคสมัยเดียวกันหรือไม่ก็ได้ สำหรับคนพื้นเมืองหรือชุมชนท้องถิ่นที่ไม่ได้จดบันทึกเอาไว้ ประเพณีและภูมิปัญญาท้องถิ่นจะอยู่ในรูปแบบของเพลงขนบธรรมเนียมและความเชื่อของชาวบ้าน ภาษิต วัฒนธรรมที่มีคุณค่า ความเชื่อ พิธีต่างๆ กฎหมายประชาคม ภาษาท้องถิ่น ตำราการประกอบอาหาร และการเพาะปลูกรวมถึงการพัฒนาพันธุ์พืชและพันธุ์สัตว์ ดังนั้นจึงเป็นการยากเป็นอย่างมากที่จะตัดสินให้แน่ชัดว่าว่าชุมชนใดที่จะเป็นเจ้าของความรู้ดังกล่าว⁵

ความสำคัญของทรัพยากรชีวภาพมีความสำคัญทั้งในเชิงชีวภาพและในเชิงเศรษฐกิจ ความสำคัญในเชิงชีวภาพเห็นได้จาก การที่การดำรงชีวิตของผู้คนในชุมชนต้องอาศัยทั้งภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรพันธุกรรมพืช ขณะเดียวกันภูมิปัญญาท้องถิ่นเองก็มีความสำคัญอย่างแนบแน่นกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช (plant genetic resources) เพราะความรู้ที่มีอยู่เหนือการเพาะปลูก บำรุงรักษา หรือใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมถือเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างหนึ่ง และมีเมื่อมีการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นทางใดทางหนึ่ง ไม่ว่าจะเพื่อผลิตอาหารหรือยารักษาโรคก็จำเป็นต้องอาศัยทรัพยากรพันธุกรรมพืชในฐานที่เป็นวัตถุดิบนั่นเอง

ความอุดมสมบูรณ์ไปด้วยพันธุ์พืชและพันธุ์สัตว์ต่างๆซึ่งนำมาซึ่งสิ่งที่เราเรียกกันว่า “ความหลากหลายทางชีวภาพ” นั้นมักจะพบอยู่ในประเทศกำลังพัฒนาเป็นส่วนใหญ่ เห็นได้จากประเทศไทย ซึ่งเป็นหนึ่งในประเทศกำลังพัฒนาที่มีความหลากหลายทางชีวภาพสูง มีทรัพยากรพันธุกรรมอุดมสมบูรณ์จะจัดกระจายอยู่ตามถิ่นอาศัยต่างๆทั้งทางบกและทางน้ำ กล่าวกันว่าพืช

⁴ Bernard O'Connor, “Protecting Traditional Knowledge, An Overview of a Developing Area of Intellectual Property Law”, *The Journal of World Intellectual Property*, Vol 6 No.5 (September 2005), p 678.

⁵ *Ibid.* p.678

พรรณไม้ต่างๆที่ทำการศึกษาล้วนมีอยู่ประมาณ 20,000 ชนิด จากจำนวนทั้งหมดที่มีการประเมินไว้ 40,000 ชนิดถึง 80,000 ชนิด นอกจากทรัพยากรพันธุกรรมพืช ประเทศไทยมีสัตว์เลื้อยคลานด้วยนมประมาณ 285 ชนิด นก 932 ชนิด ปลามากกว่า 2,000 ชนิด สัตว์เลื้อยคลาน 313 ชนิดและสัตว์ครึ่งบกครึ่งน้ำประมาณ 106 ชนิด ส่วนจุลินทรีย์นั้นยังไม่มี การประเมินที่แน่นอนแต่คาดว่าจะมีอยู่เป็นจำนวนมากเช่นเดียวกัน⁶

ทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นเหล่านี้มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการดำรงชีวิตของผู้คนในชุมชน มีการประมาณการว่า ประชากรโลกจำนวนไม่น้อยกว่าสองในสามจะไม่สามารถดำรงชีวิตได้โดยปราศจากอาหารที่ได้มาจากการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่น⁷ จากการศึกษาขององค์การอนามัยโลกพบว่า ประชากรร้อยละ 80 ที่อาศัยอยู่ในประเทศกำลังพัฒนายังคงต้องพึ่งพาการรักษาโดยวิธีการแพทย์แบบเดิม⁸ ทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงมีความสำคัญต่อการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและต่อเศรษฐกิจของโลก

นอกจากนี้ ทรัพยากรพันธุกรรมยังมีผลโดยตรงต่อความอยู่รอดของชนิดพันธุ์สิ่งมีชีวิตและต่อการรักษาสมดุลของระบบนิเวศน์ โดยอาศัยองค์ประกอบความหลากหลายของพืช สัตว์และ จุลินทรีย์ ที่มีบทบาทพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน ตัวอย่างเช่น การที่เกิดปัญหาแมลงระบาดทำลายพืชผลทางการเกษตร ก็เนื่องจากปริมาณของนกตามธรรมชาติลดน้อยลง หรือกรณีที่ทำลายผลผลิตทางการเกษตรก็เนื่องจากมีอยู่ตามธรรมชาติมีจำนวนลดลง เป็นต้น

ทรัพยากรพันธุกรรมและความหลากหลายทางพันธุกรรมมีคุณค่าต่อการรักษาความสมดุลของสิ่งมีชีวิตและในการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม สิ่งมีชีวิตไม่ว่าจะเป็นพืช สัตว์ และจุลินทรีย์ย่อมมีคุณค่า ซึ่งคุณค่าที่กล่าวมานี้ไม่อาจประเมินเป็นตัวเลขได้ เนื่องจากเป็นคุณค่าในทางอ้อม⁹

⁶ ที่มา: กรมวิชาการเกษตร กระทรวงเกษตรและสหกรณ์,พ.ศ. 2541

⁷ นันทน อินนันท,อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 3,น. 145 ,see also Rural Advancement Foundation,Conserving Knowledge Two Systems of Innovation:An Independent Study by Advancement Foundation International,United Nations Development Programme,New York,1994

⁸ WHO/IUCN/WWF,Guideline for the Conservation of Medicinal Plants,(Gland,Switzerland,1993),p.87.

⁹ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, “กฎหมายลักษณะเฉพาะเพื่อการบริหารจัดการทรัพยากรชีวภาพและส่งเสริมภูมิปัญญาท้องถิ่น”,*บทบัญญัติ*,เล่มที่ 56 ตอน 3,(2543).น.28.

ส่วนภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น จะเห็นได้ว่าการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติของ
ผู้คนในชุมชนนั้นจะเป็นไปในเชิงอนุรักษ์และคำนึงถึงความสมดุลของระบบนิเวศอยู่เสมอ ภูมิ
ปัญญาท้องถิ่นจึงไม่เพียงแต่มีส่วนสำคัญที่ช่วยให้การใช้ทรัพยากรชีวภาพเป็นไปอย่างยั่งยืน
หากแต่ยังส่งเสริมให้เกิดความหลากหลายทางชีวภาพอีกด้วย

ส่วนความสำคัญเชิงเศรษฐกิจของทรัพยากรพันธุกรรมก็คือ บรรดาพืชและสัตว์ที่
เพาะเลี้ยงอยู่ในปัจจุบัน ล้วนกำเนิดจากป่าทั้งสิ้น มนุษย์รู้จักที่จะนำเอาทรัพยากรพันธุกรรมมาใช้
ประโยชน์ในการผลิตอาหาร ยารักษาโรค เครื่องนุ่งห่ม และใช้ก่อสร้างที่อยู่อาศัย แม้ว่าในปัจจุบัน
การเกษตรได้เจริญก้าวหน้าไปมาก แต่มนุษย์ก็ยังจำเป็นต้องพึ่งพาพันธุ์พืชป่าและพันธุ์สัตว์ป่า
เนื่องจากพันธุ์พืชป่าและพันธุ์สัตว์ป่ามีลักษณะที่ทนทานต่อสภาพแวดล้อมแปรปรวน เช่น ข้าว
พันธุ์ปามักมีความทนทานต่อความแห้งแล้งและมีความต้านทานโรคสูง นอกจากนี้ พืชสมุนไพร
สัตว์ และจุลินทรีย์บางชนิดมีสารซึ่งสามารถสกัดนำไปใช้ผลิตยารักษาโรคได้

นักวิทยาศาสตร์ได้ใช้กรรมวิธีทางเทคโนโลยีชีวภาพ (biotechnology) ซึ่งเป็นความรู้
เกี่ยวข้องกับการใช้สิ่งมีชีวิตหรือกระบวนการทางชีวภาพในการเกษตรและอุตสาหกรรมมาใช้ในการ
การคิดค้นผลิตภัณฑ์ ยา วัคซีน และพัฒนาการกรรมวิธีทางอายุรกรรม เกษตรกรรม และ
อุตสาหกรรมอาหาร

ในการพัฒนาเทคโนโลยีชีวภาพเพื่อประโยชน์ในทางอุตสาหกรรมนั้น จำเป็นต้อง
อาศัยวัตถุดิบทางชีวภาพและทรัพยากรพันธุกรรม อันได้แก่ สารพันธุกรรมพืช สัตว์ จุลชีพ หรือ
มนุษย์เพื่อใช้เป็นฐานของการวิจัยและพัฒนา ทรัพยากรพันธุกรรมส่วนใหญ่จะมีอยู่ทั่วไปในป่าเขตร้อน
ซึ่งเป็นดินแดนของประเทศกำลังพัฒนา คำนวณว่าประเทศกำลังพัฒนาเป็นแหล่งรวมของ
ทรัพยากรพันธุกรรมกว่าร้อยละ 90 ของทรัพยากรพันธุกรรมที่มีอยู่ในโลก

นอกจากทรัพยากรชีวภาพ ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ประโยชน์กันอยู่ในชุมชนพื้นเมือง
ของประเทศต่างๆก็อาจถูกนำมาดัดแปลงใช้ประโยชน์ทางอุตสาหกรรมได้เช่นเดียวกัน¹⁰

มีผลิตภัณฑ์จำนวนมากที่พัฒนามาจากความรู้พื้นบ้านออกจำหน่ายในตลาดโลกในปี
ค.ศ. 1999 มูลค่าการจำหน่ายพืชสมุนไพรรวมทั้งผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องก็มีจำนวนสูงถึง 43 ล้าน
ดอลลาร์สหรัฐ และมีแนวโน้มที่จะสูงขึ้นเรื่อยๆ¹¹ ในประเทศมาเลเซียอัตราการบริโภคผลิตภัณฑ์ยา

¹⁰ เฟื่องอ้าง, น.29

¹¹ นันทน อินนันท, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 147, see also WHO, Report of the
Inter-Regional Workshop on Intellectual Property Rights in the Context of
Traditional Medicine, WHO/EDM/TRM/2001.1, p.5.

พื้นบ้านมีสูงกว่าผลิตภัณฑ์ยาแผนปัจจุบันถึงสองเท่า ผลิตภัณฑ์ยาพื้นบ้านจึงมิได้มีความสำคัญต่อการดำรงชีวิตของประชากรผู้ยากไร้ในประเทศกำลังพัฒนาเท่านั้น หากแต่ยังมีความสำคัญต่อชีวิตของประชาชนในประเทศที่พัฒนาแล้วไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน

ชุมชนและชาวพื้นเมืองในประเทศกำลังพัฒนาได้พัฒนาความรู้ในด้านต่างๆขึ้นเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่น ตัวอย่างเช่น ข้อมูลความรู้ทางการแพทย์ วิธีการคัดเลือกสมุนไพร กรรมวิธีการปรับปรุงพันธุ์พืชพื้นเมือง ความรู้ในด้านต่างๆเกี่ยวกับพืชและสัตว์ป่า ฯลฯ ซึ่งมีวิธีการสืบทอดความรู้ด้วยการบอกเล่า การร่วมปฏิบัติ หรือจากตำราและคัมภีร์พื้นบ้าน¹²

คุณสมบัติของพืชชนิดต่างๆในการใช้เป็นตัวยาคือสิ่งที่รู้กันเป็นอย่างดีในบรรดาชนพื้นเมืองและแพทย์แผนโบราณของประเทศกำลังพัฒนา บริษัทอุตสาหกรรมยาได้ใช้วิธีการต่างๆเพื่อนำความรู้พื้นบ้านเหล่านั้นมาพัฒนาผลิตภัณฑ์ยาสมัยใหม่ เช่น ด้วยการเสาะแสวงหาความรู้ที่บันทึกไว้ในตำรายาโบราณ ศึกษาจากวิถีปฏิบัติของแพทย์พื้นเมืองในประเทศกำลังพัฒนา ด้วยวิธีการนี้ นักวิจัยและบริษัทสามารถลดต้นทุนและระยะเวลาในการทำวิจัยและพัฒนาลงได้มาก โดยความสนใจของบริษัทอุตสาหกรรมในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นได้เพิ่มสูงขึ้นในปัจจุบัน อันเนื่องมาจากการคิดค้นเทคโนโลยีสมัยใหม่ เช่น พันธุวิศวกรรม

นอกจากนี้ สถิติได้แสดงให้เห็นว่าตัวยาคือ (active compounds) กว่า 120 ชนิด ที่ใช้เป็นวัตถุดิบทางยาของยาแผนปัจจุบัน ได้มาจากการสกัดจากพืชธรรมชาติ จากการประมาณการพบว่า มูลค่าในท้องตลาดของผลิตภัณฑ์ยาที่ได้จากการสกัดพืชนั้นมีอยู่ประมาณ 43,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และพันธุ์พืชที่ปรับปรุงขึ้นโดยใช้พันธุ์พืชพื้นเมืองเป็นฐานก็มีมูลค่ามหาศาลเช่นเดียวกัน โดยมีมูลค่าเป็นจำนวนเงินกว่า 15,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ¹³

1.2 สถานภาพทางกฎหมายของทรัพยากรชีวภาพ

(1) สถานภาพทางกฎหมายของทรัพยากรชีวภาพ

ทรัพยากรพันธุกรรมอาจจำแนกได้เป็นสองลักษณะ

1. ลักษณะที่แสดงออกหรือฟีโนไทป์ (phenotypes) หมายถึง “ลักษณะที่แสดงออกถึงสิ่งมีชีวิต

¹² จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 9, น.29

¹³ เฟื่องอ่าง, น.30.

ไม่ว่าจะเป็นรูปร่าง สรีระ พฤติกรรม และความสัมพันธ์ทางนิเวศวิทยาซึ่งเป็นผลมาจากจีโนไทป์และสิ่งแวดล้อม¹⁴

2. สภาพของยีนหรือจีโนไทป์ (genotypes) หมายถึง “สภาพของยีนหรือชุดของยีนทั้งหมดที่ถูกถ่ายทอดโดยสิ่งมีชีวิต”¹⁵

ความแตกต่างที่สำคัญระหว่างฟีโนไทป์กับจีโนไทป์ก็คือ ฟีโนไทป์จะมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอตลอดช่วงชีวิตของสิ่งมีชีวิตนั้น ซึ่งการที่สิ่งมีชีวิตจะเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางใดขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมเป็นสำคัญ ส่วนจีโนไทป์เป็นลักษณะที่แน่นอนคงที่ของสิ่งมีชีวิตซึ่งมีความคงตัวตลอดไป และไม่เกิดการเปลี่ยนแปลงตามผลกระทบของสิ่งแวดล้อม¹⁶

สำหรับทรัพยากรพันธุกรรมที่เป็นฟีโนไทป์ บุคคลอาจอ้างสิทธิตามกฎหมายเหนือพืชหรือสัตว์นั้นได้ แต่สถานภาพของทรัพยากรพันธุกรรมในส่วนที่เป็นจีโนไทป์ยังคงเป็นสิ่งที่ไม่มีความแน่นอนอยู่ในปัจจุบัน¹⁷

พืชและสัตว์ที่เป็นฟีโนไทป์อาจถูกถือครองได้ตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน ซึ่งอาจเป็นการถือครองโดยกรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง หรือสิทธิอื่นๆ ซึ่งสถานภาพของฟีโนไทป์ในฐานะที่เป็นทรัพย์สินนั้น เป็นสิ่งที่กฎหมายของทุกประเทศได้ให้การยอมรับอยู่แล้ว¹⁸

จีโนไทป์ของพืชหรือสัตว์ก็อาจเป็นสิทธิเด็ดขาดของปัจเจกชนได้เช่นกัน โดยอาจมีฐานะเป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เช่น สิทธิบัตร (patents) หรือสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์ (plant breeder's rights) ซึ่งการที่จีโนไทป์จะเป็นทรัพย์สินทางปัญญาหรือไม่ขึ้นอยู่กับกฎหมายแต่ละประเทศว่าได้ให้การรับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในพืชหรือสัตว์หรือไม่ ในปัจจุบันกฎหมายของประเทศต่างๆในเรื่องนี้ยังคงแตกต่างกันอยู่มาก โดยมีประเทศที่พัฒนาแล้วบางประเทศเท่านั้นที่รับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเหนือสิ่งมีชีวิต ซึ่งจะได้อ้างถึงโดยละเอียดต่อไป

¹⁴ ชยาพร วัฒนาศิริ, “พื้นฐานทางพันธุศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการปรับปรุงพันธุ์พืช” เอกสารการสอนชุดการปรับปรุงพันธุ์พืชและการขยายพันธุ์พืช สาขาวิชาส่งเสริมการเกษตรและสหกรณ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, พ.ศ. 2539, น. 78.

¹⁵ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9.น.31.

¹⁶ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9.น.31.

¹⁷ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9.น.32.

¹⁸ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9.น.32.

(2) สถานภาพทางกฎหมายของภูมิปัญญาท้องถิ่น

ข้อมูลความรู้ อาจได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์ และกฎหมายความลับทางการค้า หากความรู้นั้นมีลักษณะต้องด้วยหลักเกณฑ์ของกฎหมาย โดยทั่วไปกฎหมายจะให้การคุ้มครองภายในช่วงระยะเวลาอันจำกัด เมื่อพ้นกำหนดเวลาดังกล่าว ข้อมูลความรู้ก็จะกลายเป็นความรู้สาธารณะ (public domain)¹⁹

ซึ่งแนวความคิดเรื่อง “ความรู้ที่เป็นสาธารณสมบัติ” ได้ถูกนำมาใช้เพื่อปกป้องประโยชน์ของสังคมทั้งนี้เพราะการทำวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีนั้นจำเป็นต้องอาศัยความรู้ที่มีอยู่เดิม หากไม่มีแนวความคิดเรื่องความรู้ที่เป็นสาธารณสมบัติ การวิจัยและการพัฒนาทั้งหมดก็คือการลอกเลียน หรือมีลักษณะที่เป็นโจรสลัดทางปัญญานั้นเอง²⁰

แต่ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและกระตุ้นให้มีการคิดค้นความรู้ใหม่ๆ จึงมีข้อยกเว้นของหลัก “ความรู้สาธารณะขึ้น” โดยกำหนดให้ความรู้บางอย่างไม่กลายเป็นความรู้สาธารณะ เพื่อกระตุ้นให้มีการคิดค้นความรู้และวิธีการใหม่ๆ เพิ่มขึ้นโดยได้รับการคุ้มครอง แต่ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีนั้นไม่สามารถเกิดจากความรู้ของคนๆ เดียวได้ ต้องอาศัยความรู้ที่มีมาแต่เดิมซึ่งอาจเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านของชุมชนพื้นเมือง กลุ่มใดกลุ่มหนึ่งก็ได้ แต่ความรู้ที่มีการนำมาพัฒนาต่อยอดกลับได้รับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ส่วนภูมิปัญญาท้องถิ่นกลับถูกจัดว่าเป็น “ความรู้สาธารณะ” เนื่องจากไม่เข้าตามหลักเกณฑ์กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่กำหนดว่าต้องเป็นการประดิษฐ์ใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และอาจนำไปประยุกต์ใช้ทางอุตสาหกรรมได้ ทำให้ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรหรือกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่น

¹⁹ จักรกฤษณ์ วรรณพจน์, เพิ่งอ้าง, น.33

²⁰ จักรกฤษณ์ วรรณพจน์, อ้างแล้ว, *เชิงอรรถที่ 9*, น.34, see also Penrose, E.T., *The Economics of the International Patent System*, John Hopkins Press, (Baltimore, 1951), p.25.

2. แนวคิดในการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพ

2.1 การคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพในฐานะทรัพย์สินเอกชน (Private Property)

(1) หลักการคุ้มครองทรัพย์สินเอกชน(Private Property)

ระบบทรัพย์สินเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นมาช้านานควบคู่กับอารยธรรมของมนุษย์ และในอดีตที่ผ่านมาได้มีการแบ่งประเภทของทรัพย์สินไว้หลายประเภท เช่น อริสโตเติล (Aristotle, 384-322 B.C) ได้แบ่ง ทรัพย์สินออกเป็น 2 ประเภท คือ ทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อตอบสนองของความจำเป็นพื้นฐานของมนุษย์ (Oikonomike) อีกประเภทหนึ่งเป็นทรัพย์สินที่ใช้สอยเพื่อประโยชน์สุขของตนเอง (Kapiloke) อริสโตเติลไม่เห็นด้วยกับการสะสมเงินทองโดยไม่มีขีดจำกัด²¹ และเห็นว่า ความพยายามแสวงหาความมั่นคงในทรัพย์สินให้แก่ตนเองเป็นสาเหตุหนึ่งที่จะทำให้สังคมถูกบ่อนเซาะและถูกทำลายลงในที่สุด²²

สำหรับกฎหมายโรมันได้แบ่งแยกทรัพย์สินออกเป็นหลายประเภท และแตกต่างจากการแบ่งในปัจจุบัน กฎหมายโรมันแบ่งทรัพย์สินออกเป็น 2 ประเภท คือ ทรัพย์สินที่เอกชนถือกรรมสิทธิ์ได้ (*res in nostro patrimonio*) และทรัพย์สินที่เอกชนถือกรรมสิทธิ์ไม่ได้ (*res extra nostrum patrimonio*) ซึ่งทรัพย์สินประเภทที่เอกชนถือกรรมสิทธิ์ไม่ได้ยังแบ่งออกเป็นอีก 4 ประเภทย่อย คือ ทรัพย์สินส่วนรวม มนุษย์ทุกคนมีสิทธิใช้ประโยชน์ เช่น อากาศ แม่น้ำ ทะเล ฝั่งทะเล เป็นต้น ถัดมาเป็นทรัพย์สินสาธารณะ (*res publica* หรือ Public Property) ทรัพย์สินประเภทนี้ไม่ได้เป็นของมนุษย์โดยส่วนรวม แต่เป็นของเฉพาะคนในรัฐที่มีสิทธิใช้ประโยชน์ร่วมกัน เช่น ท่าเรือ ถนนหลวง ต่อมาเป็นทรัพย์สินองค์กร (*res universitatis* หรือ Property of a Corporate Entity) ทรัพย์สินนี้จะเป็นคนกลุ่มเล็กๆ ทรัพย์สินนี้จะไม่เป็นของบุคคลใดคนหนึ่ง ผู้ที่เป็นสมาชิกของกลุ่มคนดังกล่าวมีสิทธิใช้ประโยชน์จากทรัพย์สิน เช่น โรงละคร หรือ สนามกีฬา เป็นต้น ประเภทสุดท้ายคือ ทรัพย์สินเทวสิทธิ์ (*res divini juris* หรือ Property Govern by Divine Law) ทรัพย์สินเทวสิทธิ์ยังแยกออกเป็น 3 ประเภทย่อย คือ ทรัพย์สินศักดิ์สิทธิ์ (*res sacrae*) เช่น ไต้บูชา และวิหาร เป็นต้น ศาสนทรัพย์สิน (*res religiosae*) เช่น ที่ฝังศพ และทรัพย์สินอันล่วงละเมิดมิได้ (*res sanctae*) เช่น ประตุมือง กำแพงเมือง

²¹ Ulrich Duchrow., Franz J. Hinkelammert, *Property for people, Not for Profit*, (London : Zed Books, 2004), p. 9

²² สมชาย รัตนเชื้อสกุล, “ระบบทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช”. (วิทยานิพนธ์ดุสิตวิทยุบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550) น. 71.

เป็นต้น²³ ทรัพย์อีกประเภทหนึ่งตามกฎหมายโรมัน คือ ทรัพย์ไม่มีเจ้าของ (*res illius*) เช่น ของป่า (*ferae naturae*) สัตว์ป่า นก ปลา หรือเพชรพลอย แร่มีค่าที่ยังอยู่ตามธรรมชาติ แต่หากเอกชนใด เข้าครอบครองทรัพย์ประเภทนี้เอกชนรายนั้นก็เป็นเจ้าของทรัพย์ประเภทนี้ได้

การแบ่งทรัพย์ประเภทที่สำคัญอีกรูปแบบหนึ่งของกฎหมายโรมัน คือ การแบ่งเป็น ทรัพย์มีรูปร่าง (*corporals*) และทรัพย์ไม่มีรูปร่าง (*incorporales*)

ไกอุส (Gaius) นักกฎหมายโรมันอธิบายว่า ทรัพย์มีรูปร่างหมายถึงทรัพย์ที่จับต้องได้ เช่น ที่ดิน ทาส เสื้อผ้า ทอง เงิน และของอื่นอีกมากมาย ส่วนทรัพย์ไม่มีรูปร่างหมายถึงทรัพย์ที่จับต้องไม่ได้ดังที่มีปรากฏในกฎหมายเท่านั้น เช่น มรดก สิทธิเก็บกิน หนี้²⁴

ตามกฎหมายโรมันทรัพย์ไม่มีรูปร่างจะมีเฉพาะสิ่งที่เป็นสิทธิที่ตีราคาหรือประเมินค่าเป็นเงินได้ซึ่งทำให้มนุษย์ถือเอาได้²⁵ นักนิติศาสตร์โรมันจะไม่รวมสิ่งที่เป็นเพียงทฤษฎีบริสุทธิ์เป็น ทรัพย์ไม่มีรูปร่าง เนื่องจากจะให้ความสนใจกับการแยกแยะทรัพย์สินที่มีประโยชน์ในทางปฏิบัติ เท่านั้น²⁶ การแบ่งแยกทรัพย์มีรูปร่างและไม่มีรูปร่างตามกฎหมายโรมันเชื่อว่าได้รับอิทธิพลมาจาก ชิเซโรที่แบ่งทรัพย์ออกเป็นสิ่งที่เห็นและจับต้องได้ (*quae cerni tangive possunt*) และสิ่งที่ไม่อาจ จับต้องหรือพรรณาแต่เล็งเห็นโดยจิตใจหรือเข้าใจได้ (*quae tane demonstrative non possunt, cerni tamen atque intellegi possunt*)²⁷ แต่นับว่านักนิติศาสตร์ชาวโรมันมี ความก้าวหน้าที่ยอมรับ “สิทธิ” เป็นทรัพย์สิน หนี้ันเกิดจากสัญญาหรือละเมิดเป็นสินทรัพย์ทาง เศรษฐกิจ (Economic Assets) ถ้าไม่มีการชำระหนี้ อาจต้องจ่ายค่าเสียหาย หรือค่าสินไหม ทดแทน (Damages)²⁸

แม้กฎหมายโรมันจะถือว่าสิทธิเป็นทรัพย์ไม่มีรูปร่างเป็นทรัพย์ (*res*) แต่สิทธินี้ต้องผูก ติดกับวัตถุที่จับต้องได้ เช่น ภาระจำยอม (*servitudes praediorum rusticorum*) และสิทธิจำนอง (*hypotheca*) เป็นเครื่องอุปกรรมจะซื้อขายกันได้ต่อเมื่อติดไปกับทรัพย์ประธาน ดังนั้นการซื้อขาย ภาระจำยอมต้องซื้อไปพร้อมสามยทรัพย์ (*reaedlum dominans*) และสิทธิจำนองต้องซื้อขายกับ

²³ ประชุม โฉมฉาย, วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือน ตุลา, 2548), น.42

²⁴ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 22, น.73.

²⁵ ประชุม โฉมฉาย, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 23, น.204-205.

²⁶ เพ่งอ้าง, น.205.

²⁷ เพ่งอ้าง, น.206.

²⁸ เพ่งอ้าง, น.206.

หนี้ซึ่งใช้จำนองเป็นประกันอยู่ ส่วนสิทธิเก็บกิน (*usufructus*) สิทธิในการปลูกสร้างอาคารบนที่ดินของผู้อื่น (*superficies*) สิทธิในการใช้ที่ดิน (*emphyteusis*) ซึ่งอาจซื้อขายกันได้ตามกฎหมายโรมัน ก็เป็นสิทธิประเภทที่ต้องมีวัตถุประสงค์มีรูปร่างมารองรับทำนองเดียวกัน²⁹

เทคโนโลยีชีวภาพมีลักษณะส่วนใหญ่เป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง ไม่อาจครอบครองหวงกันได้ เช่นเดียวกับทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (*incorporales*) ของกฎหมายโรมัน แต่นวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพจะเกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิต และมีความสำคัญทำนองเดียวกับอากาศ แม่น้ำ หรือทะเลที่กฎหมายโรมันกำหนดให้เป็นทรัพย์สินที่เอกชนเป็นเจ้าของไม่ได้ ความรู้และเทคโนโลยีชีวภาพยังมีลักษณะเป็นสินค้าสาธารณะ (*public good*) ซึ่งจะมีประโยชน์สูงสุดหากให้สังคมเข้าถึงสินค้านั้นมากที่สุด ในยุคกรีก และโรมันไม่เคยถือว่าความรู้เป็นทรัพย์สิน แม้จะนำความรู้ของอื่นไปใช้ก็ไม่ถือเป็นการขโมย ไม่มีความผิดฐานขโมยทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง แต่ถือเป็นการขโมยศักดิ์ศรี และความมีชื่อเสียงของผู้สร้างสรรค์ และเป็นความเสียหายของผู้คัดลอกหรือขโมยผลงานเอง³⁰ ดังนั้นเทคโนโลยีชีวภาพอาจจัดเป็นทรัพย์สินที่มีความสำคัญต่อชีวิต และเป็นทรัพย์สินสาธารณะตามกฎหมายโรมัน ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่กฎหมายโรมันไม่อนุญาตให้เอกชนเป็นเจ้าของ

(ก) หลักผู้ครอบครองคนแรก (The First Occupancy Doctrine)

หลักผู้ครอบครองคนแรกเป็นหนึ่งในหลักทรัพย์สินส่วนบุคคลที่นักกฎหมายโรมันให้การยอมรับ โดยยืนยันว่า ผู้เข้าครอบครองคนแรกเป็นผู้ได้มาซึ่งสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของ หากสิ่งใดไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของ ก็ไม่เหตุที่จะปฏิเสธการได้มาของสิ่งนั้นโดยผู้หนึ่งผู้ใด แต่การเป็นผู้ครอบครองเป็นคนแรกแต่เพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะได้มาซึ่งสิทธิในทรัพย์สิน เงื่อนไขเบื้องต้นคือ สิ่งที่จะได้มานั้นจะต้องอยู่ในกลุ่มของสิ่งที่สามารถครอบได้และต้องไม่มีผู้อื่นครอบครองอยู่ก่อนแล้ว หากเข้าเงื่อนไขทั้งสองข้อแล้ว จะถือได้ว่าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของ

แต่เหตุใดผู้ครอบครองคนแรกถึงเป็นผู้ได้สิทธิในทรัพย์สินนั้นไป มีข้อที่ต้องพิจารณาว่าเป็นเพราะธรรมชาติของหลักการได้มา ธรรมชาติของสิ่งที่ได้มา หรือกฎเกณฑ์อย่างอื่น นอกจากนี้หลักผู้ครอบครองคนแรกยังเป็นที่ถกเถียงว่าเหมาะสมที่จะนำมาใช้เพื่อให้สิทธิในทรัพย์สินแก่นวัตกรรมหรือการค้นพบเทคโนโลยีชีวภาพหรือไม่ มีสิ่งที่ต้องพิจารณาคือเทคโนโลยีชีวภาพเข้าเงื่อนไขข้อแรก *private property* คือเป็นสิ่งที่อยู่ในกลุ่มของสิ่งที่สามารถเป็น

²⁹ สมชาย รัตนชื้อสกุล, *อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 22.น.74*

³⁰ Edward C.Walterscheid, "The Early Revolution of the United States patent Law : Antecedents (Part 1) ," 76 *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, 697 (1994) ,p.702 และ Footnote 23.อ้างใน สมชาย รัตนชื้อสกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22, น.74.*

เจ้าของได้หรือไม่ เนื่องจากนวัตกรรมหรือการค้นพบเทคโนโลยีชีวภาพเหมือนกับความรู้, ความชำนาญ กระบวนการ ซึ่งอยู่ในสิ่งของสิ่งที่ไม่สามารถครอบครองได้ เหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากในยุคโบราณ ความรู้เหล่านี้มีค่าต่อองค์ประกอบของสังคมมนุษย์ เศรษฐกิจและการเมือง นักกฎหมายโรมันจึงเลือกที่จะยกเว้นความรู้ นวัตกรรม ความชำนาญและความรู้พื้นฐานเหล่านี้ไม่ให้ได้รับการคุ้มครองทางทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นนวัตกรรมที่มีความสำคัญมากเพียงใดก็ตาม

ปัญหาที่เกิดขึ้นกับหลักการเรื่อง first occupancy ของกฎหมายโรมันได้มีการเปลี่ยนแปลงวิธีคิดไปจากเดิมโดย Judeo-Christian ทฤษฎีของ Christian ในหลักเรื่องทรัพย์สินเป็นผลมาจากพัฒนาการของยุโรปในช่วงระหว่างและหลังยุคกลาง ที่ถือได้ว่าอยู่ในยุคมืดและความไม่รู้แจ้ง ศาสนาได้เข้ามามีบทบาทในหลักเรื่องทรัพย์สินให้เป็นไปตามที่ตนเองต้องการ โดยเชื่อว่าการครอบครองทรัพย์สินเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวรวมถึงสิทธิในการปฏิเสธไม่ให้ผู้อื่นเข้าถึงนั้นไม่สอดคล้องกับคำสอนของ the Holy Scriptures 95³¹ ต่อมาความขัดแย้งนี้ได้รับการแก้ไขโดย Pope John XII ได้สืบค้นหลักทรัพย์สินจาก Divine law และได้แย้งว่า สิ่งที่พระเจ้ามอบให้มนุษย์รวมถึงการอนุญาตให้เข้าครอบครองที่เป็นของส่วนรวมในฐานะที่เป็นทรัพย์สินส่วนบุคคลได้โดยการยกระดับสถานะของทรัพย์สินให้อยู่ใน Divine law ทำให้ความขัดแย้งกันระหว่างทรัพย์สินส่วนบุคคลและศาสนาคริสต์หมดไป³²

(ข) ทฤษฎีแรงงานของจอห์น ลอค (John Locke's Labor Theory of Property)

หนึ่งในทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นที่ถกเถียงกันมากที่สุด ได้แก่ทฤษฎีแรงงาน (labor theory of property) ของ จอห์น ลอค เขาเห็นว่าการเห็นแก่ประโยชน์ของตนเอง (Self-interest) เป็นกฎธรรมชาติของมนุษย์ การแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองเป็นแรงดึงดูดให้มนุษย์เข้ามาอยู่ร่วมกัน การที่แต่ละคนพยายามแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวจะทำให้สังคมและปัจเจกชนได้รับผลดี ซึ่งเป็นการอธิบายโดยอิงกฎแรงดึงดูดของระบบสุริยะของนิวตัน (Issac Newton)³³ ทฤษฎีของลอคเริ่มจากอธิบายว่า พระเจ้ามอบโลกนี้ให้เป็นสมบัติร่วมกันของมนุษย์ แรงงานของมนุษย์

³¹ Boudewijn Bouckaert, What is Property, 13 HARV. (J. L. & PUB. POL'Y , 1990), p.786.

³² Kojo Yelpaala, "Owning the Secret of Life : Biotechnology and Property Rights," McGeorge Law Review ,(111 2000),p.130

³³ Crawford Brough Macpherson, Property : Mainstream and Critical Position, (Toronto, Canada : University of Toronto Press, 1987) ,p.13.

แต่ละคนเป็นของคนๆนั้น เมื่อใดที่มนุษย์ผสมผสานแรงงานของตนลงในสิ่งที่พระเจ้ามอบให้เป็นสมบัติร่วมกัน เท่ากับเขาได้สร้างทรัพย์สินของตนเอง

การนำทฤษฎีแรงงานมาใช้คุ้มครองนวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพอย่างเหมาะสม มีประเด็นที่ต้องพิจารณาประการแรกคือ ความสมบูรณ์ของทฤษฎีแรงงานในฐานะเป็นทฤษฎีทั่วไปของทฤษฎีทรัพย์สิน ประการที่สองคือทฤษฎีแรงงานที่เหมาะสมจะใช้กับทรัพย์สินมีรูปร่างมีความเหมาะสมที่จะนำมาใช้กับความคิดสร้างสรรค์หรือผลผลิตที่มาจากความคิดสร้างสรรค์หรือไม่ และประการสุดท้าย หากทฤษฎีแรงงานเหมาะสมกับการนำมาใช้กับความคิดสร้างสรรค์ทั่วไปแล้ว จะเหมาะสมสำหรับการนำมาใช้กับนวัตกรรมเทคโนโลยีชีวภาพหรือไม่

ในงานเขียนที่มีชื่อเสียงของลอคคือ “Two Treatises of Government”³⁴ ลอคได้อธิบายถึงการดำรงอยู่ของทรัพย์สินส่วนบุคคลว่า “พระเจ้าได้มอบโลกให้แก่มนุษย์เป็นของส่วนรวมและยังให้ใช้อย่างมีประโยชน์และมีความสะดวกสูงสุดสำหรับความเป็นอยู่ของมนุษย์ และไม่มีใครที่จะมีสิทธิในการครอบครองแต่ เพียงผู้เดียวเหนือผู้อื่น แต่ก็สามารถใช้ให้เป็นประโยชน์แก่คนหนึ่งคนใดได้”³⁵

คำกล่าวของลอคเป็นการสนับสนุนมุมมองของเขาเกี่ยวกับการที่พระเจ้ามอบโลกให้เป็นของส่วนรวมของคนทั่วไป เมื่อย้อนกลับไปจะพบว่า Pop John XII กล่าวว่า พระเจ้าพิจารณาการได้มาซึ่งทรัพย์สินของมนุษย์จากการอนุญาตของพระองค์ หนึ่งศตวรรษต่อมา Grotius ตั้งเงื่อนไขของการได้มาซึ่งทรัพย์สินส่วนบุคคลว่าอยู่ที่สังคมได้แสดงออกหรืออนุมานได้ว่าให้ความยินยอม³⁶ เมื่อการได้มาซึ่งสิทธิในทรัพย์สินต้องได้รับความยินยอมจากผู้อื่น ลอคจึงหาทางที่จะให้หลักทรัพย์สินส่วนบุคคลเป็นอิสระจากการต้องได้รับความยินยอม โดยแท้จริงแล้วเขากล่าวว่า ผลผลิตจากแรงงานเป็นทรัพย์สินของผู้ใช้แรงงานนั้นโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้อื่นไม่เช่นนั้นแล้ว ทั้งที่มีความอุดมสมบูรณ์อยู่ในธรรมชาติที่เป็นของส่วนรวมของมนุษย์ มนุษย์คงจะต้องอดตายหากไม่ได้รับความยินยอม³⁷

³⁴ John Locke, “Two Treatises of Government, Second Treaties” (Peter Laslett ed., Cambridge Univ.Press,1988)

³⁵ *Ibid*,p.25.

³⁶ Hugo Grotius, *War and Peace*, Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy, p.58 (Morris R. COHEN & FELIX S. COHEN 1951)

³⁷ *supra* note 33,p.26.

ลอคมองมนุษย์ในฐานะที่อยู่เหนือกว่าในการครอบครองทรัพยากรชีวภาพของโลกซึ่งเป็นสิ่งที่พระเจ้ามอบให้เป็นทรัพย์สินของมนุษย์และยังกล่าวอีกว่าการไม่เพาะปลูก ไม่เข้าเป็นเจ้าของที่ดินและไม่พัฒนาที่ดินนั้นเป็นการเสียเปล่า ลอคเชื่อว่า แรงงานของมนุษย์เป็นสิ่งที่สร้างคุณค่าอย่างแท้จริงให้กับธรรมชาติ และกล่าวว่าแรงงานสร้างคุณค่าให้แก่ที่ดินถึงร้อยละ 99.9 หากธรรมชาติไม่ได้รับการเปลี่ยนแปลงโดยมนุษย์ เปลี่ยนไปจากรูปแบบเดิมและทำให้เป็นทรัพย์สินของเอกชนแล้ว มันก็ไม่มีคุณค่าต่อเราและไม่ได้ให้ประโยชน์แก่เรา³⁸ อย่างไรก็ตามลอคเห็นว่าการที่มนุษย์ไม่อาจนำสิ่งที่พระเจ้ามอบให้ไปใช้เองทั้งหมด แต่ต้องเหลือให้เพียงพอต่อการใช้ของผู้คนอื่นด้วย

ทั้งนี้ทฤษฎีของลอคก็มีข้อโต้แย้งว่าจะใช้เกณฑ์ใดในการกำหนดว่าจะต้องผสมผสานแรงงานลงไปมาน้อยเพียงใดจึงจะก่อให้เกิดสิทธิในทรัพย์สินขึ้น และหากแรงงานเป็นเงื่อนไขในการได้สิทธิในทรัพย์สินเหตุใดในปัจจุบันเจ้าของแรงงานไม่ได้เป็นผู้กำหนดมูลค่าของทรัพย์สินที่ดินสร้างขึ้นแต่กลับตกอยู่กับกลไกตลาด เป็นต้น

แม้จะมีข้อโต้แย้งแต่ทฤษฎีของลอคก็ได้รับความนิยมและแพร่หลายไปทั่วโลก และถูกนำมาตีความเพื่อสร้างความชอบธรรมให้แก่ทรัพย์สินทางปัญญา โดยเทียบเคียงการใช้สติปัญญาของนวัตกรรมกับการใช้แรงงานตามทฤษฎีของลอค โดยตรรกเช่นนี้นวัตกรรมจึงตกเป็นทรัพย์สินของนวัตกรรม³⁹

อย่างไรก็ดีมีผู้เห็นว่าการนำแนวคิดทรัพย์สินมีรูปร่างมาใช้กับ ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง โดยถือว่าสองสิ่งเป็นคู่ที่ตรงข้ามนั้นเป็นความเข้าใจผิด เพราะทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (Incorporeal things) เป็นสิทธิ (Rights) ไม่อาจนำไปเทียบเคียงกับทรัพย์สินมีรูปร่าง (Corporeal Things)⁴⁰

ผู้เขียนเห็นว่าการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพภายใต้ระบบทรัพย์สินเอกชน มีความไม่เหมาะสมหลายประการดังนี้

³⁸ Ned Hettinger , “Who Owns Nature ? A Debate”

,www.bioethics.iastate.edu/forum/Hettinger.html. 1 Sep 07

³⁹ David Hurlbut, “Fixing the Biodiversity Convention : Toward a Special Protocol for Related Intellectual Property,” 37 *Natural Resources Journal*, (1994) ,pp.383-385.

⁴⁰ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 22*, see also Salmond, Jurisprudence. อ้างใน G.B.J Hughes, *Jurisprudence*, (London : Butterworth & co.,1955), p.380.

1. ภายใต้ระบบทรัพย์สินเอกชน จำเป็นจะต้องมีการระบุประธานแห่งสิทธิ (Rights'Holder) เนื่องจากเกษตรกรมีส่วนในการพัฒนาปรับปรุงพันธุ์และอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพ มาเป็นเวลานาน เพียงแต่การกระทำดังกล่าวไม่มีรูปแบบที่เป็นทางการและไม่สามารถนำแจกได้ว่าเกษตรกรผู้ใดเป็นผู้สร้างสรรค์ในสวนใด เมื่อไม่อาจระบุประธานแห่งสิทธิ(Rights'Holder) ได้ การสร้างสรรค์อย่างไม่เป็นทางการของเกษตรกรจึงไม่ได้รับความคุ้มครอง

2. ตามหลักกฎหมาย The First Occupancy Doctrine ของโรมัน ผู้ซึ่งเข้าครอบครอง ยึดถือทรัพย์สินไม่มีเจ้าของ (*res nullius*) ก่อน อ้างสิทธิเป็นเจ้าของได้นั้น เท่ากับไม่ให้เกิดการรับรู้ บทบาทของเกษตรกร ในอดีตที่มีส่วนสำคัญต่อการอนุรักษ์และใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นในการปรับปรุง พันธุ์พืชจนมาเป็นวัตถุดิบของเทคโนโลยีชีวภาพในปัจจุบัน และเป็นการส่งเสริมให้มีการนำเอา ทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้อย่างเสรี

(2) การขยายตัวของแนวคิดคุ้มครองทรัพย์สินมีรูปร่าง (tangible) สู่ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (Intangible)

(ก) ลักษณะ และธรรมชาติ(Nature) ของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง⁴¹

1. การไม่สามารถครอบครองหวงกัน

ทรัพย์สินที่มีรูปร่างย่อมเป็นวัตถุแห่งการครอบครองของผู้เป็นเจ้าของย่อมมีสิทธิใช้ ประโยชน์ใดๆในทรัพย์สินนั้นได้ ในกรณีทรัพย์สินไม่มีรูปร่างการครอบครองคือสิทธิหวงห้ามผู้อื่นไม่ให้ใช้ ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้น การครอบครองเป็นเจ้าของทรัพย์สินใดจะกีดกันผู้อื่นเหนือทรัพย์สินนั้น แต่กรณี ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เช่นความรู้ต่างๆ เมื่อเผยแพร่หรือถ่ายทอดแก่ผู้อื่นแล้ว ผู้อื่นนำความรู้นั้นไปใช้ได้ โดยเจ้าของไม่อาจหวงกันความรู้ได้อีกต่อไป ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างไม่ชอบเขตที่แน่ชัด และปรากฏทับ ซ้อนในทรัพย์สินมีรูปร่างได้อย่างไม่จำกัดจำนวน เช่น ผู้ประพันธ์หนังสือมีลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นทรัพย์สินไม่มี รูปร่างเหนือหนังสือทุกเล่มที่มีการพิมพ์เผยแพร่ ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจยึดถือ ครอบครอง หรือหวงกันได้ (non exclusive nature) ไม่อาจเป็นวัตถุแห่งการส่งมอบด้วยตัวเอง ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจึงมีสภาพกึ่งครอบครอง (Quasi-possessed) หรือกึ่งโอน (Quasi-transferred) ด้วยการยินยอม (Acquiescence)หรือโดยการใช้ (Use)⁴²

⁴¹ สมชาย รัตนเชื้อสกุล,อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 22,น.81.

⁴² Joshua Getzler, A History of Water Rights at Roman Law, (Oxford : Oxford University Press,2004),p.81 อ้างในสมชาย รัตนเชื้อสกุล,อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 22,น.81.

2. การไม่สูญเสียไปจากการใช้

ความรู้ทางเทคโนโลยีชีวภาพมีลักษณะเป็นสินค้าสาธารณะ (Public Good) ที่ไม่อาจสูญเสียไปเพราะการใช้ ทรัพย์สินในลักษณะนี้จะก่อประโยชน์มากที่สุดเมื่อมีผู้ใช้มากที่สุด การใช้ความรู้แม้จะมีได้รับอนุญาตจากเจ้าของ ก็ไม่ทำให้ความรู้ของเจ้าของลดลง เปรียบจากการต่อเทียนจากเปลวเทียนเล่มหนึ่ง แม้เทียนเล่มที่สองจะติดไฟขึ้น แต่แสงจากเปลวเทียนเล่มแรกก็ไม่ลดลง การอ้างว่าความรู้ของตนถูกขโมยไปหมายความว่าบางอย่างถูกแย่งไป แต่ในความเป็นจริงเจ้าของยังมีความรู้อยู่เท่าเดิม และแม้จะกีดกันผู้อื่นไม่ให้ใช้ความรู้นั้นในความเป็นจริงเจ้าของก็มิได้มีความรู้เพิ่มขึ้นแต่อย่างใด⁴³

(ข) การรับรองทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างในฐานะเป็นทรัพย์สิน

กล่าวถึงประเด็นส่วนประกอบมีรูปร่างของทรัพยากรพันธุกรรม รวมถึงการรับรองทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่ในสภาพธรรมชาติและที่พัฒนามาจากทรัพยากรธรรมชาติที่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิต ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนที่พบในธรรมชาติ ซึ่งหมายความถึงกระบวนการทางชีวภาพทั้งหมด และวัตถุดิบทางชีวภาพที่มีอยู่ตามธรรมชาติหรือที่สามารถแยกออกมาได้ รวมถึงกลุ่มยีนในเซลล์ของสิ่งมีชีวิต (genome) หรือ germe plasm ของสิ่งมีชีวิตใดๆ แล้ว ปัญหาในประเด็นเรื่องทรัพย์สินทางชีวภาพ (bioproperty) เหล่านี้คือการไม่มีคำนิยามที่แน่นอนระหว่างทรัพย์สินที่มีรูปร่างและทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างของยีนและโมเลกุลของทรัพยากรชีวภาพ

ในทางปฏิบัติ ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง ได้รับการกล่าวถึงในความตกลงระหว่างประเทศ เช่น The FAO International Treaty on Genetic Resources for Food and Agriculture , The Bonn Guidelines ซึ่งในความตกลงระหว่างประเทศเหล่านี้ได้ห้ามมิให้มีสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเหนือทรัพยากรพันธุกรรมที่พบในธรรมชาติ

อย่างไรก็ดีความรู้และนวัตกรรมอันเป็นทรัพย์สินที่ไม่สามารถจับต้องได้เหล่านี้ ได้รับการยอมรับจากประเทศสมาชิกของความตกลงทริปส์และ The Andean Community⁴⁴ ความตกลง

⁴³ Edit Tilton Penrose, The Economics of The International Patent System, (Baltimore : The Johns Hopkins Press, 1951) p.23 อ้างในสมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22, น.82.

⁴⁴ The Andean Community Decision 486 , Article 14 “The member Countries shall grant patents for inventions, whether goods or processes, in all areas of technology, that are new, involve an inventive step, and are industrially applicable.”

เหล่านี้อนุญาตให้มีการจดสิทธิบัตรนวัตกรรมไม่ว่าจะเป็นสิทธิบัตรสำหรับตัวสินค้าหรือกระบวนการผลิตและเทคโนโลยีทุกประเภทรวมถึงเทคโนโลยีชีวภาพที่เป็นสิ่งใหม่ มีชั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้

อย่างไรก็ดี หากปราศจากโครงสร้างพื้นฐานที่ดี ความรู้และทักษะของประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นแหล่งที่มาของเทคโนโลยีชีวภาพ จะไม่ได้รับการคุ้มครองจากนวัตกรรม ทำให้ไม่เป็นไปตามความตกลงทริปส์ที่มีวัตถุประสงค์“ ..ส่งเสริมนวัตกรรมทางเทคโนโลยี และต่อการถ่ายทอดและการเผยแพร่ขยายเทคโนโลยีต่อประโยชน์ร่วมกันของผู้ผลิต และผู้ใช้ความรู้ทางเทคโนโลยีและในลักษณะอำนวยความสะดวกต่อการแสวงหาสิทธิทางสังคมและเศรษฐกิจ และต่อความสมดุลของสิทธิและพันธกรณีด้วย”⁴⁵ จึงอาจกล่าวได้ว่าการไม่ให้ความคุ้มครองความรู้และทักษะต่างๆของประเทศกำลังพัฒนาซึ่งเป็นแหล่งที่มาของเทคโนโลยีชีวภาพนั้น เป็นการไม่ปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์

ดังนั้น แท้จริงแล้วการให้ความคุ้มครองความคิดสร้างสรรค์แต่เพียงอย่างเดียว อาจไม่สำคัญเท่ากับการเห็นคุณค่าของทั้งการเข้าถึงและการถ่ายโอนเทคโนโลยีจากประเทศพัฒนาไปสู่ประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งเป็นผู้จัดหาทรัพยากรพันธุกรรม อันเป็นองค์ประกอบสำคัญในการบรรลุตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา CBD

⁴⁵ TRIPs Agreement, Article 7.

2.2 การคุ้มครองตามหลักมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ (Common Heritage of Mankind)

(1) พัฒนาการของหลักมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ (Common Heritage of Mankind)⁴⁶

ตามกฎหมายระหว่างประเทศ หลักการ “มรดกร่วมกันของมนุษยชาติ”(Common Heritage of Mankind) เป็นแนวความคิดที่เป็นข้อยกเว้นของอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐ(state sovereignty) สิ่งที่ถูกถือว่าเป็นมรดกร่วมกันของมนุษยชาติไม่อาจตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐหรือเป็นของบุคคล หากแต่เป็นทรัพย์สินสาธารณะเพื่อประโยชน์ของคนทุกคนในโลก

ทรัพยากรธรรมชาติและพันธุกรรมพืช ในอดีตที่ผ่านมาเป็นสิ่งที่เคลื่อนย้ายแลกเปลี่ยนกันโดยอิสระ และการเข้าถึงทรัพยากรดังกล่าวไม่มีข้อจำกัดมากนัก แต่การก่อตัวขึ้นของระบบทรัพย์สินทางปัญญาทำให้พันธุ์พืชสมัยใหม่ที่ได้รับการปรับปรุงพันธุ์ได้รับความคุ้มครองในฐานะทรัพย์สินเอกชน (Private Property) และไม่อาจเข้าถึงโดยเสรีเช่นในอดีต แต่พันธุ์พืชที่อยู่ตามธรรมชาติในประเทศกำลังพัฒนายังคงเป็นสิ่งที่เข้าถึงได้โดยอิสระต่อไป ประเทศกำลังพัฒนาจึงเสนอให้นำหลักมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ (CHM) มาใช้กับทรัพยากรพันธุกรรมพืชโดยมุ่งหวังให้หลักนี้ครอบคลุมพันธุกรรมพืชทุกประเภทเพื่อให้พันธุกรรมพืชที่ปรับปรุงแล้วของประเทศอุตสาหกรรมอยู่ภายใต้หลัก มรดกร่วมกันของมนุษยชาติและเข้าถึงได้โดยอิสระดังเดิมเช่นเดียวกับพันธุกรรมพืชของประเทศกำลังพัฒนา⁴⁷

⁴⁶ หลักมรดกร่วมกันในการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมเริ่มปรากฏในความตกลงระหว่างประเทศครั้งแรกในปี ค.ศ. 1980 อย่างไรก็ตามก่อนหน้านี้มีการเรียกร้องให้มีการใช้หลักมรดกร่วมกันของมนุษยชาติภายใต้กรอบขององค์การสหประชาชาติในปี ค.ศ. 1960 ในการอภิปรายเกี่ยวกับกฎหมายอวกาศ หลักมรดกร่วมกันถูกใช้ครั้งแรกโดยผู้แทนของประเทศอาร์เจนติน่า ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1967 ต่อมาไม่นานผู้แทนของประเทศมัลดีฟส์ใช้หลักมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ โดยถือว่าสิทธิพื้นดินใต้ท้องทะเลเป็นมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ หลักมรดกร่วมกันถูกใช้อย่างเป็นทางการครั้งแรกใน Moon Agreement ในปี ค.ศ. 1979 และต่อมาในกฎหมายทะเล ในปี ค.ศ. 1982. โปรดดู Major Robert A. Ramey. “Army Conflict on the Final Frontier”, *Law of War Space*, 48 Air Force Law Review 1, (2000), at Footnote 428.

⁴⁷ สมชาย รัตนชีโสสกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 22, น.186

“Common Heritage of Mankind” ซึ่งมีความหมายว่า ทรัพยากรธรรมชาติและพันธุกรรมพืช เป็นของขวัญจากธรรมชาติที่ทุกคนสามารถนำไปใช้ได้⁴⁸ โดยหลักที่เกิดขึ้นควบคู่กับหลักมรดกร่วมกันของมนุษยชาติคือหลักการใช้ประโยชน์ได้อย่างเสรี (Free Availability) ซึ่งหมายความว่า การเข้าถึงและการแลกเปลี่ยนทรัพยากรธรรมชาติได้อย่างไม่จำกัดระหว่างเขตแดนของประเทศต่างๆ แต่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดเพื่อความปลอดภัยด้านสุขอนามัย หรือ การกักไว้เพื่อป้องกันเชื้อโรค⁴⁹

การที่จะกำหนดว่าสิ่งใดเป็นมรดกร่วมกันของมนุษยชาติย่อมเป็นไปตามเหตุผลสองประการ กล่าวคือ⁵⁰

1. สิ่งนั้นเป็นสิ่งที่มีความสำคัญต่อผลประโยชน์ร่วมกันของมนุษย์ จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมและอนุรักษ์ไว้เพื่อผลประโยชน์อันร่วมกัน ตัวอย่างเช่น สิ่งแวดล้อมและทรัพยากรชีวภาพวัฒนธรรม เนื่องจากหากมีการทำลายหรือทำให้สิ่งดังกล่าวเปลี่ยนสภาพไปจากสภาพที่เป็นอยู่ก็จะก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ลบต่อมนุษย์และสิ่งมีชีวิตทั้งมวล

2. โดยสภาพของสิ่งนั้นไม่ได้เป็นของรัฐหนึ่งรัฐใดโดยเฉพาะ การมีไว้และการใช้ประโยชน์จากสิ่งดังกล่าวจึงควรจะเป็นไปเพื่อมนุษยชาติทั้งหมด ตัวอย่างในกรณีนี้ก็เช่น อวกาศและทรัพยากรธรรมชาติในทะเลหลวง เพื่อประกันสิทธิของบุคคลทุกคนในอันที่จะเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากสิ่งดังกล่าว

ส่วนทรัพยากรพันธุกรรมพืช (หมายถึงส่วนที่เป็นจีโนไทป์) ควรจะถูกถือว่าเป็นมรดกร่วมกันของมนุษยชาติในประเภทที่สองหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ยังมีความขัดแย้งกันอยู่ระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนา โดยประเทศที่พัฒนาแล้วต่างเห็นพ้องต้องกันว่าทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่มีอยู่ตามธรรมชาติน่าจะถูกจัดเป็นมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ แต่สำหรับพันธุ์พืชปรับปรุงโดยอาศัยเทคโนโลยีสมัยใหม่ควรจะถูกแยกออกไป โดยถือว่าเป็นทรัพย์สิน

⁴⁸ Zakir Thomas, “Common Heritage to Common Concern”, *The Journal of World Intellectual Property*, (September 2005), Vol 6 No.5.p.246.

⁴⁹ Jessica Scott Jerome, *Intellectual Property Rights and Indigenous Peoples : A History of the Topic as an Object of Study*; available at : regionalworld.uchicago.edu/IntellpropJerome.pdf (accessed 28 April 2005)

⁵⁰ จักรกฤษณ์ ครอบงำ, *สิทธิบัตร แนวความคิดและบทวิเคราะห์* พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2544), น. 167.

ส่วนบุคคลของนักปรับปรุงพันธุ์⁵¹ เนื่องจากเห็นว่าคุณประโยชน์ของทรัพยากรเหล่านี้จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อผ่านกระบวนการศึกษาวิจัยเพื่อกำหนดคุณลักษณะและทราบถึงข้อมูลของทรัพยากรดังกล่าวเสียก่อน

ภายใต้หลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) ทรัพยากรพันธุกรรมพืชทั้งสองประเภทล้วนแต่เป็นทรัพย์สินร่วมกันของมนุษยชาติ (Common Goods of Mankind) หรือร่วมกันทั้งโลก (Global Commons)⁵² และไม่จำกัดเฉพาะมนุษย์ในปัจจุบันเท่านั้น แต่รวมถึงมนุษย์ในอนาคตด้วย⁵³ ไม่มีรัฐใดรัฐหนึ่งอ้างสิทธิเพื่อเป็นเจ้าของทรัพยากรแต่ผู้เดียว แต่ทุกรัฐต้องร่วมกันจัดการและรับผิดชอบ รวมทั้งจะได้ส่วนแบ่งผลประโยชน์ การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรจะต้องใช้เพื่อการสันติ แต่ละรัฐมีอำนาจบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่ภายในดินแดนของตน แต่จะไม่มีสิทธิโดยเด็ดขาดเหนือทรัพยากรพันธุกรรม⁵⁴

กฎหมายระหว่างประเทศที่ให้การรับรองทรัพยากรชีวภาพว่าเป็นมรดกร่วมกันของมนุษยชาติได้แก่ “ข้อถือปฏิบัติระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืช” (International Undertaking on Plant Genetic Resources : IUPGR) จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1983 โดยองค์การอาหารและเกษตรแห่งสหประชาชาติ (UN Food and Agriculture Organization : FAO) ตามมติของที่ประชุมใหญ่ของ FAO ที่ 8/83⁵⁵ มีสถานะเป็นข้อถือปฏิบัติระหว่างประเทศที่ไม่ได้มีผลผูกพัน

⁵¹ เฟื่องอ้าง, น.167.

⁵² Milan Bulajic, Principles of International Development Law, 2nd edition, (Dordrech, Netherland : Martinus Nijhoff Publishers, 1986), p.330 อ้างใน, จักรกฤษณ์ ครอบพงษ์สิทธิบัตรแนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : ห.จ.ก พี.เจ.เพลทโปรเซสเซอร์, 2544), น.171-172.

⁵³ ปรีดิเทพ บุณนาค, “มรดกร่วมกันของมนุษยชาติ : หลักการและข้อจำกัดในทางปฏิบัติ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น.12.

⁵⁴ Melissa L. Sturges, “Who Should Hold Property Rights to the Human Genome? An Application of the Common Heritage of Mankind,” 13 American University International Law Review, (1997), p.246 อ้างใน สมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22, น.187.

⁵⁵ จักรกฤษณ์ ครอบพงษ์, สุรวิษ วรรณไกรโรจน์, เจษฎ์ โทณะวณิก และบัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์, “ร่างรายงานผลการวิจัยเกี่ยวกับกฎหมายด้านทรัพยากรชีวภาพของประเทศไทย 2545”, <[http:// www.biothai.net/download/?url=&dliid=69](http://www.biothai.net/download/?url=&dliid=69)> 1 พฤศจิกายน 2549 น.1

ทางกฎหมาย จัดทำขึ้นโดยวัตถุประสงค์เพื่อให้มีการใช้ประโยชน์ สงวน ประเมินค่า และการดำรงไว้ซึ่งทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่มีประโยชน์ต่อเศรษฐกิจสังคมโดยเฉพาะด้านการเกษตร เพื่อการปรับปรุงพันธุ์พืชและการศึกษาทางวิทยาศาสตร์ หลักการสำคัญที่กำหนดไว้คือ ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็น “มรดกร่วมกันของมนุษยชาติ” ที่บุคคลใดจะหวงกันเป็นเจ้าของไม่ได้⁵⁶ โดยทรัพยากรพันธุกรรมพืชนี้มีความหมายรวมถึง พืชป่า พืชดั้งเดิม พืชที่มีอยู่ตามธรรมชาติ และพืชที่เกิดจากการพัฒนาปรับปรุงพันธุ์โดยอาศัยเทคโนโลยีสมัยใหม่ด้วย⁵⁷ อย่างไรก็ตามการอนุญาตให้เข้าถึงพันธุกรรมพืชนี้ได้จำกัดเฉพาะวัตถุประสงค์ 3 ด้าน คือ เพื่อการศึกษาทางวิทยาศาสตร์ การปรับปรุงพันธุ์พืช หรือเพื่อการอนุรักษ์พันธุกรรมพืช และต้องอยู่บนพื้นฐานหลักการจัดการ “จัดทำข้อกำหนดที่เห็นชอบร่วมกัน”(mutually agreed terms)⁵⁸

มีข้อสังเกตว่า ประเทศพัฒนาแล้วจำนวน 8 ประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา แคนาดา ฝรั่งเศส เยอรมัน สหราชอาณาจักร ญี่ปุ่น นิวซีแลนด์ และสวิตเซอร์แลนด์ ปฏิเสธลงนามเข้าร่วมใน IUPGR ฉบับปี ค.ศ 1983 เพราะต้องการให้พันธุ์พืชที่ปรับปรุงใหม่มีฐานะเป็นทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ได้มีสถานะเป็น “มรดกร่วมกันของมนุษยชาติ” ⁵⁹

(2) การคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพภายใต้หลักการมีส่วนร่วมได้เสียร่วมกันของมนุษยชาติ (Common Concern of mankind)

การขาดการยอมรับในหลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) ข้างต้นจึงทำให้การใช้หลักมรดกร่วมกันฯ ทรัพยากรพันธุกรรมเสื่อมความนิยมลงไป⁶⁰ ข้อขัดข้องดังกล่าวนำไปสู่การแก้ไข IUPGR ในปี 1989 ในเชิงประนีประนอมมีจุดประสงค์เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ที่ได้จากเทคโนโลยีชีวภาพ กับพันธุ์พืชเกษตรกร และพันธุ์พืชป่า และระหว่างประเทศพัฒนาแล้ว

⁵⁶ IUPGR 1983,Art.1

⁵⁷ Ibid,Art.2

⁵⁸ Ibid,Art.5

⁵⁹ FAO,“ Report on Progress in the Revision of the IUPGR”,(Rome,1999),p.2.

⁶⁰ ความสำเร็จของ IUPGR ต้องอาศัยความร่วมมือของประเทศสมาชิก โดยเฉพาะจากภาคธุรกิจเอกชน แต่หลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) จะกระทบต่อสิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช (Plant Breeders’Rights) จึงเป็นเรื่องยากที่ภาคเอกชนจะยอมสละสิทธิดังกล่าว โปรดดู Calestous Juma, The Gene Hunters : Biotechnology and the Scramble for Seeds, (New Jersey : Princeton university press,1989),p.174 อ้างใน สมชาย รัตนเชื้อสกุล,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22.น.188.

และประเทศกำลังพัฒนา โดยในภาคผนวก 1 ให้การรับรอง “สิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช” และ “สิทธิเกษตรกร”⁶¹ โดยถือว่าสิทธิดังกล่าวไม่ขัดแย้งกับหลักการของ IUPGR ซึ่งทำให้ประเทศกำลังพัฒนามีโอกาสเข้าถึงพันธุ์พืชที่ประเทศพัฒนาแล้วปรับปรุงขึ้นได้อย่างเสรี ภาคผนวก 2⁶² ให้การรับรองสิทธิเกษตรกร โดยตระหนักถึงความอุดหนุนของเกษตรกรที่มีมานานหลายพันปีในการอนุรักษ์ เลี้ยงดูและปรับปรุงทรัพยากรพันธุกรรม และเรียกร้องให้มีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่เกษตรกรด้วย อย่างไรก็ตามเป็นที่ทราบกันว่าพืชและทรัพยากรพันธุกรรมที่ไม่ได้รับการสำรวจที่เพียงพอจะเป็นอันตรายและอาจได้รับความเสียหายได้ นอกจากนี้แท้จริงแล้วสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช (PBRs) จำกัดสิทธิของเกษตรกรในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืช ซึ่งขัดกับหลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) ที่เป็นหลักการสำคัญของ IUPGR และแม้จะมีการแก้ไขในเชิงประนีประนอมดังกล่าว ประเทศอุตสาหกรรมก็ยังไม่ยอมรับ IUPGR ทำให้ประเทศกำลังพัฒนาเห็นว่าจำเป็นต้องผลักดันให้แก้ไข IUPGR อีกครั้งหนึ่ง โดยการแก้ไขครั้งนี้แม้จะยังระบุให้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชยังคงอยู่ภายใต้หลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) แต่ก็ให้อยู่ภายใต้หลักสิทธิอธิปไตยของรัฐ⁶³

ปัญหาในการใช้หลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) ใน IUPGR ทำให้ต่อมาเมื่อมีการยกร่าง CBD ได้เปลี่ยนมาใช้ถ้อยคำว่า “การมีส่วนได้เสียร่วมกันของมนุษยชาติ” (Common Concern of Mankind) เพื่อเลี่ยงคำว่า “มรดกร่วมกันของมนุษยชาติ” ที่เคยใช้อยู่เดิมและมีปัญหาในทางปฏิบัติ ทั้งนี้เพื่อแสดงให้เห็นถึงสิทธิและหน้าที่ที่ชัดเจนมากกว่าการให้ใช้โดยเสรี⁶⁴ ทั้งนี้ถือได้ว่า CBD เป็นความตกลงระหว่างประเทศแรกที่มีผลบังคับใช้ ที่ให้การรับรองหลักสิทธิอธิปไตยของรัฐ

⁶¹ Resolution 4/89 of the 25th Session of the FAO Conference, Rome, 1989.

⁶² Resolution 5/89 of the 25th Session of the FAO Conference, Rome, 1989.

⁶³ Resolution 3/91 of the 26th Session of the FAO Conference, Rome, 1991.

⁶⁴ Klaus Bosselmann, “Plant and Politics ; The International Legal Regime Concerning Biotechnology and Biodiversity,” 7 Colorado Journal of International Environmental Law and policy, 111 (1996), p.121 อ้างใน สมชาย รัตนชื้อสกุล, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 22*, น.189.

ที่มีอยู่เหนือทรัพยากรพันธุกรรมของตน⁶⁵ จากนั้น FAO จึงได้แก้ไข IUPGR เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการของ CBD โดยจัดทำเป็น ITPGR และให้มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 29 มิถุนายน ค.ศ 2004

การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวเป็นการเปลี่ยนแปลงในทางเพิ่มการคุ้มครองแก่ประเทศกำลังพัฒนา และเป็นผลดีต่อประเทศกำลังพัฒนาดังนี้⁶⁶

1. ทำให้ทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศกำลังพัฒนามีสถานะเท่าเทียมกับทรัพยากรพันธุกรรมที่ผ่านกระบวนการปรับปรุงพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีสมัยใหม่ของประเทศอุตสาหกรรม ซึ่งได้รับความคุ้มครองด้วยระบบทรัพย์สินทางปัญญา

2. การเปลี่ยนแปลงสถานะของทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศกำลังพัฒนา จะยุ่งยากน้อยกว่าการยกเลิกสถานะสินค้าของทรัพยากรพันธุกรรมสมัยใหม่ (Decommoditization)

3. การเปลี่ยนแปลงสถานะของทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศกำลังพัฒนาจะทำให้เกิดการยอมรับสถานะสิทธิในทรัพย์สิน (Proprietary Rights) เหนือทรัพยากรพันธุกรรมของตน และนำไปสู่การยอมรับมาตรการแบ่งปันผลประโยชน์ และถ่วงดุลอำนาจให้เกิดความเท่าเทียมกัน ในระหว่างประเทศอุตสาหกรรมและประเทศกำลังพัฒนา

4. การกำหนดให้ทรัพยากรพันธุกรรมอยู่ภายใต้สิทธิอธิปไตยของรัฐจะช่วยกระตุ้นให้รัฐส่งเสริมมาตรการการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าว

กล่าวโดยสรุป แม้ปัจจุบันรัฐภาคีจะมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่ในดินแดนของตนก็ตาม แต่ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นทรัพยากรที่มีความสำคัญต่อมนุษยชาติ ดังนั้นรัฐภาคีจึงจะบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมพืชในดินแดนของตนเพียงเพื่อประโยชน์ของตนเองเท่านั้นไม่ได้ แต่ต้องบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมพืชภายใต้หลักการมีส่วนร่วมได้เสียร่วมกันเพื่อประโยชน์แก่ประชาคมโลกร่วมด้วย⁶⁷

⁶⁵ Zakir Thomas, "Common Heritage to Common Concern Preserving a Heritage and Sharing Knowledge " *The Journal of World Intellectual Property*, vol .8 No.3,(May 2005).p.248.

⁶⁶ Jame O. Odek, "Biopiracy : Creating Property Rights in Plant Genetic Resources," 2 *Journal of Intellectual Property Law* , 141 (Fall 1994),p.161.อ้างใน สมชาย รัตนเชื้อสกุล,อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 22,น.190.

⁶⁷ สมชาย รัตนเชื้อสกุล,อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 22,น.190.

2.3 การคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพในฐานะที่เป็นทรัพยากรชีวภาพภายใต้หลักสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพ (Sovereign Rights)

การที่ทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศกำลังพัฒนาไม่ได้รับการรับรองให้มีสถานภาพเป็นทรัพย์สินได้เปิดโอกาสให้นักวิจัยและวิสาหกิจซึ่งทำธุรกิจเกี่ยวกับอาหาร ยา และการปรับปรุงพันธุ์จกฉวยเอาทรัพยากรของประเทศกำลังพัฒนาไปใช้ประโยชน์ และอ้างสิทธิทางกฎหมายภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรหรือกฎหมายสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช โดยไม่ให้การรับรองสิทธิของประเทศกำลังพัฒนา เกษตรกรและชุมชนในประเทศเหล่านี้ ที่ได้ครอบครอง พัฒนา หรืออนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมนั้น⁶⁸

ในช่วงทศวรรษที่ 70 บรรดาประเทศกำลังพัฒนาได้ร่วมกันประท้วงถึงความไม่เป็นธรรมดังกล่าว และเรียกร้องให้มีการรับรองสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรชีวภาพที่มีอยู่ภายในเขตดินแดน

สิทธิอธิปไตย (Sovereign Rights) ถูกนำมาใช้ครั้งแรกในอนุสัญญาว่าด้วยไหล่ทวีป (Convention on the Continental Shelf 1958) และต่อมาในอนุสัญญาของสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล (United Nation Convention on the Law of the Sea 1982) ในภาค 5 ว่าด้วยเรื่องเศรษฐกิจจำเพาะ (Exclusive Economic Zone – EEZ) คือบริเวณที่อยู่เกินออกไปจากทะเลอาณาเขต ซึ่งจะไม่ขยายออกไปเกิน 200 ไมล์ทะเลนับจากเส้นฐาน ซึ่งในเขต EEZ นี้ รัฐชายฝั่งมีสิทธิที่จะหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิในฐานะเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติ ไม่ใช่สิทธิในฐานะเจ้าของดินแดนนั้น ดังนั้นดินแดนในบริเวณเขตเศรษฐกิจจำเพาะย่อมไม่อยู่ในอาณาเขตของรัฐ แต่รัฐก็ยังมีสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติที่สามารถหวงกันหรือออกข้อกำหนดใดๆ อันเป็นการคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติของตนในบริเวณนั้นได้ สิทธิและอำนาจของรัฐชายฝั่งที่กล่าวถึงนี้ครอบคลุมตั้งแต่ การศึกษาใช้ประโยชน์จากทรัพยากรที่ว่ำนั้น รวมถึงอำนาจในการออกกฎเกณฑ์นโยบายหรือกฎหมายใดๆ ขึ้นมาเพื่อกำกับดูแลใช้ประโยชน์ทรัพยากรดังกล่าว จุดศูนย์กลางของสิทธิอธิปไตยในบริบทของอนุสัญญาข้างต้นนี้ มีขึ้นเพื่อรองรับสิทธิและอำนาจเหนือฐานทรัพยากรแก่รัฐชายฝั่ง อันถือเป็นการสร้างความผูกพันทางกฎหมายและหน้าที่แก่รัฐอื่นที่ต้องให้การเคารพสิทธิและอำนาจดังกล่าวนี้ ส่งผลให้หลักการเรื่อง “สิทธิอธิปไตย” (Sovereign Rights) กลายเป็นหลักปฏิบัติของกฎหมายระหว่างประเทศ อันเป็นที่

⁶⁸ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 26, น.170.

ยอมรับกันในเวลาต่อมา⁶⁹ โดยกฎหมายระหว่างประเทศที่นำเอาหลักสิทธิอธิปไตยของรัฐมาใช้ได้แก่

1. อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (CBD)

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 3 ระบุว่ารัฐมีสิทธิอธิปไตยที่จะใช้ทรัพยากรของตนตามนโยบายสิ่งแวดล้อมของตนเอง ทั้งนี้โดยสอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ⁷⁰

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ได้รับการลงนามรับรอง โดยที่ประชุมแห่งสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (United Nations Conference on Environment and Development) เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2535 ณ กรุงริโอ เดอ จาเนโร ประเทศบราซิล และเมื่อประเทศต่างๆ ให้สัตยาบันรับรองเป็นจำนวน 30 ประเทศ ความตกลงระหว่างประเทศนี้จึงได้มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 29 ธันวาคม 2536

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ได้รับรองความสำคัญของความหลากหลายทางชีวภาพในสิ่งมีชีวิตทุกประเภท รวมทั้งได้รับรองความสำคัญของการอนุรักษ์และการใช้อย่างยั่งยืนซึ่งทรัพยากรพันธุกรรม อนุสัญญาได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกทั้งที่เป็นประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนากำหนดแนวทางในการอนุรักษ์และการจัดการทรัพยากรชีวภาพในเขตดินแดนของตน⁷¹ และเพื่อที่จะให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ดังกล่าว อนุสัญญาได้รับรองสิทธิอธิปไตยของรัฐไว้ดังต่อไปนี้

ข้อ 3 ระบุว่า “ โดยสอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐมีสิทธิอธิปไตยที่จะใช้ทรัพยากรของตนได้ตามนโยบายสิ่งแวดล้อมของตน และมีความรับผิดชอบในอันที่จะให้หลักประกันว่า กิจกรรมต่างๆ ที่อยู่ภายในเขตอำนาจแห่งรัฐหรือภายใต้ความควบคุมของรัฐ จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นหรือแก่พื้นที่ที่อยู่นอกเหนือเขตอำนาจแห่งชาติ”⁷²

⁶⁹ เจริญ คัมภีรภาพ, “อำนาจอธิปไตยและสิทธิอธิปไตยเหนือฐานทรัพยากรพันธุกรรมพืช”, <http://www.biothai.net/autopage1/show_page.php?t=17&s_id=6&d_id=6>, 12 พ.ย.

⁷⁰ CBD, Article 3

⁷¹ CBD, Art. 1, and 5-11

⁷² *Ibid*, Art 3

นอกจากนี้บัญญัติไว้ใน ข้อ 15.1 ว่า “ โดยรับรองสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตน อำนาจในการกำหนด การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมขึ้นอยู่กับรัฐบาลแห่งชาติ และอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎระเบียบของชาติ”⁷³

มีข้อสังเกตว่า อนุสัญญาฯ มิได้กำหนดให้รัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือ “ความหลากหลายทางชีวภาพ” (biological diversity) หรือ “ทรัพยากรชีวภาพ” (biological resources) หากแต่กำหนดให้มีสิทธิเหนือ “ทรัพยากรธรรมชาติ” (natural resources) ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวที่ใช้ในข้อ 15.1 ไม่ได้อธิบายความหมายไว้ในอนุสัญญาฯ และมีได้กำหนดเป็นคำนิยามไว้แต่ประการใด การใช้ถ้อยคำดังกล่าวจึงอาจก่อให้เกิดความสับสนสามประการดังนี้⁷⁴

1. การที่ข้อ 15.1 กำหนดให้รัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือ “ทรัพยากรธรรมชาติ” นั้นย่อมหมายความว่า อนุสัญญาฯ ได้จำแนกทรัพยากรทรัพยากรชีวภาพและทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้มีการรวบรวมไปแล้วออกจากทรัพยากรที่มีอยู่ตามธรรมชาติ โดยได้กำหนดให้รัฐภาคีมีอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพที่มีสภาพตามถิ่นที่อยู่ตามธรรมชาติเท่านั้น ส่วนทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้มีการรวบรวมก่อนอนุสัญญาฯ อันได้แก่ ทรัพยากรที่ถูกรวบรวมไปก่อนวันที่ 29 ธันวาคม 2536 ซึ่งเป็นวันที่อนุสัญญาฯ มีผลใช้บังคับจะไม่อยู่ภายใต้สิทธิอธิปไตยแห่งรัฐ ย่อมมีผลเท่ากับว่าอนุสัญญาฯ กำหนดให้รัฐมีสิทธิเหนือทรัพยากรธรรมชาติซึ่งยังไม่ทราบถึงคุณประโยชน์และคุณค่าในเชิงพาณิชย์ ส่วนสิ่งที่ได้มีการศึกษาหาผลประโยชน์แล้ว รัฐไม่มีสิทธิตามกฎหมายที่จะอ้างสิทธิเรียกร้องให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ ทั้งๆ ที่ในความเป็นจริงสิ่งดังกล่าวนั้น อาจถูกรวบรวมไปจากรัฐนั้นก็ตาม

2. คำว่า “ทรัพยากรธรรมชาติ” มีความหมายที่ครอบคลุมเฉพาะสิ่งมีชีวิตและสารพันธุกรรมที่มีอยู่ในธรรมชาติ แต่ข้อความดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงข้อมูล ความรู้และกรรมวิธีต่างๆ เช่น กรรมวิธีถนอมอาหาร กรรมวิธีปรับปรุงพันธุ์ วิธีการบำบัดรักษาทางการแพทย์ ฯลฯ ซึ่งเท่ากับว่าอนุสัญญาฯ ไม่ได้กำหนดให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นและความรู้พื้นบ้านในลักษณะต่างๆ เป็นสิ่งที่อยู่ภายใต้สิทธิอธิปไตยแห่งรัฐ

3. ทรัพยากรชีวภาพที่ได้ถูกนำไปดัดแปลงหรือพัฒนา ไม่ว่าโดยการใช้เทคโนโลยีสมัยใหม่หรือกรรมวิธีพื้นบ้าน ตามข้อ 15.1 ของอนุสัญญาฯ หากแต่เป็นสิทธิของปัจเจกชน ซึ่งการเข้าถึงทรัพยากรดังกล่าว ขึ้นอยู่กับความยินยอมของผู้เป็นเจ้าของที่รัฐไม่อาจเข้าไปแทรกแซง

⁷³ Ibid, Art 15.1

⁷⁴ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 50, น. 179.

กฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันได้กำหนดให้รัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพ ซึ่ง ถือเป็นการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดดั้งเดิมในเรื่องสถานภาพทางกฎหมายของทรัพยากรชีวภาพ จากเดิมที่ถือกันว่าทรัพยากรชีวภาพและทรัพยากรพันธุกรรมเป็นมรดกทั่วไปของมนุษยชาติ ในปัจจุบันได้เปลี่ยนมาเป็นที่อยู่ภายใต้สิทธิอธิปไตยของรัฐ

มีข้อสังเกตว่าแม้ CBD จะใช้หลักสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรพันธุกรรม แต่ร่องรอยของหลักมรดกร่วมกันก็ยังคงอยู่ โดย CBD ถือว่าปัญหาของทรัพยากรพันธุกรรมเป็นความห่วงใยร่วมกันของมนุษยชาติ (Common Concern of Mankind) ดังที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อที่แล้ว

ภายใต้หลักสิทธิอธิปไตยของรัฐประกอบกับหลักความห่วงใยร่วมกันของมนุษยชาติ ทำให้รัฐมีอำนาจบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่ภายใต้ดินแดนของรัฐนั้นได้ เช่น สามารถวางกฎเกณฑ์ในการเข้าถึง การใช้ประโยชน์ และการแบ่งปันผลประโยชน์ แต่การบริหารจัดการต้องคำนึงถึงสิทธิของประเทศอื่นในการเข้าถึง และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมด้วยและการบริหารจัดการต้องคำนึงถึงหน้าที่ร่วมกันในการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อประโยชน์ของคนในอนาคตร่วมกัน ดังนั้นรัฐจะไม่มีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมโดยไม่มีขอบเขตจำกัด แต่ต้องใช้อำนาจอธิปไตยอย่างรับผิดชอบเพื่อเป็นหลักประกันว่า กิจกรรมในความควบคุมของรัฐจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐนั้น หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ดินแดนของรัฐอื่น และเป็นหน้าที่ของทุกรัฐที่จะต้องร่วมมือแก้ไขปัญหามาของประชาคมระหว่างประเทศ⁷⁵

2. ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืช (International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture : ITPGR)

ในปี ค.ศ 1993 คณะกรรมาธิการว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้มีมติให้มีการแก้ไข “ข้อถือปฏิบัติระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืช” (International Undertaking on Plant Genetic Resources : IUPGR) ประเด็นในการแก้ไขคือ ที่ประชุมใหญ่ของเอฟเอโอได้มีมติให้การรับรองอำนาจอธิปไตยของรัฐ (sovereignty of the state) เหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชของตน มติดังกล่าวได้เพิ่มอยู่ในภาคผนวก 3 ของ IUPGR⁷⁶ เป็นความตกลงระหว่างประเทศฉบับแรกที่ได้ให้การรับรองอำนาจอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืช ต่อมาในปี 1993 คณะกรรมาธิการว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้มีมติให้มีการปรับปรุง IUPGR ให้สอดคล้องกับ

⁷⁵ สมชาย รัตนชื้อสกุล, “รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ การเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืช : ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายสำหรับประเทศไทย” www.measwatch.org/autopage/download.php?id=46, น. 15

⁷⁶ *supra* note 56, Annex III

หลักอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพซึ่งนับเป็นจุดเริ่มต้นของกระบวนการเจรจาปรับปรุง IUPGR⁷⁷

ภายหลังจากที่มีการเจรจาถึง 7 ปี ในการประชุมสมัชชาเอฟเอโอ สมัยที่ 31 ณ ประเทศอิตาลี ในปี ค.ศ. 2001 ที่ประชุมได้มีมติเอกฉันท์ให้การรับรอง “สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร” (International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture : ITPGR) โดยมีผู้แทนจากประเทศสมาชิกจำนวน 116 ประเทศ (รวมทั้งประเทศไทย) ให้การรับรอง ยกเว้นประเทศสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น ซึ่งงดออกเสียง⁷⁸

โดยสาระสำคัญของ ITPGR ในหลักการเรื่องสิทธิเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืช ได้ให้การรับรอง “สิทธิอธิปไตยของรัฐ” (sovereign rights) เหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงไปจากหลักการเดิมที่ได้กำหนดไว้ใน IUPGR ว่า ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็น “มรดกร่วมกันของมนุษยชาติ” ที่บุคคลใดจะหวงกันเป็นเจ้าของไม่ได้

ITPGR กำหนดขอบเขตความสัมพันธ์เกี่ยวกับสิทธิอธิปไตยเหนือพันธุกรรมพืชไว้เพื่อเป็นเงื่อนไขการกำหนดพื้นที่ทางนโยบายใน 3 เรื่อง

1. รับรองการใช้สิทธิอธิปไตยเหนือพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและเกษตร ที่รัฐอาจได้รับประโยชน์ร่วมกันจากการสร้างระบบพหุภาคี (multilateral system) เพื่ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึงต่อการเลือกสรรที่ได้จากการเจรจาต่อรองในการใช้พันธุกรรมพืช และเพื่อความยุติธรรมและการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้⁷⁹

2. กำหนดเงื่อนไขความสัมพันธ์ระหว่างรัฐภาคี ภายใต้ระบบพหุภาคีในการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์โดยต้องให้การรับรองสิทธิอธิปไตยเหนือพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร รวมถึงอำนาจในการกำหนดรายละเอียดในการเข้าถึงที่ขึ้นอยู่กับรัฐบาลของประเทศต่างๆ และอยู่ภายใต้กฎหมายภายในประเทศ⁸⁰

3. กำหนดเงื่อนไขการใช้สิทธิอธิปไตยของรัฐภาคี โดยตกลงในการจัดตั้งระบบพหุภาคีที่มีประสิทธิภาพ ประสิทธิผล และมีความโปร่งใส เพื่ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึงพันธุกรรม

⁷⁷ อ้างแล้ว,เชิงอรรถที่ 55,น.3.

⁷⁸ เพิ่งอ้าง,น.3.

⁷⁹ ITPGR 2001,Preamble

⁸⁰ ITPGR 2001,Art 10.1

พืชเพื่ออาหารและการเกษตร และในการแบ่งปันในทางที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ซึ่งผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรเหล่านี้ บนพื้นฐานของการบังคับใช้ร่วมกัน⁸¹

(1) การคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพภายใต้หลักอำนาจอธิปไตยถาวรของรัฐเหนือ

ทรัพยากรธรรมชาติ (Permanent Sovereignty over Natural Resource)

หลักอำนาจอธิปไตยถาวรเป็นหลักการซึ่งเป็นรากฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน เริ่มปรากฏครั้งแรกในปี ค.ศ. 1950 ซึ่งเป็นช่วงเวลาของการให้เอกราช ในฐานะที่เป็นพื้นฐานของหลักการกำหนดเอง (the right to self-determination) และเป็นองค์ประกอบสำคัญของอำนาจอธิปไตยของรัฐ (state sovereignty) เนื่องจากประเทศกำลังพัฒนาต้องการที่จะหลีกเลี่ยงการจัดการที่ขาดประสิทธิภาพอันเกิดจากความไม่ระมัดระวังและความสละเพร่าของประเทศเจ้าอาณานิคมในช่วงระหว่างการตกเป็นอาณานิคม⁸² ที่นำทรัพยากรไปใช้โดยเจ้าของประเทศไม่ได้รับผลประโยชน์อย่างเหมาะสม โดยหลักการดังกล่าวเบื้องต้นมุ่งไปที่ทรัพยากรประเภทน้ำมัน แร่ธาตุ

หลักอำนาจอธิปไตยถาวรปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศครั้งแรกในมติที่ 626 (VII) ลงวันที่ 21 ธันวาคม 1952 ให้รัฐต่างๆทำการสนับสนุนแนวความคิดเรื่องกำหนดอนาคตทางเศรษฐกิจของตนเอง และในปี ค.ศ. 1954 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ร้องขอให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนทำการพิจารณาเกี่ยวกับหลักการอำนาจอธิปไตยถาวรของประชาชนเหนือทรัพยากรและสมบัติของตน โดยคำนึงถึงสิทธิและหน้าที่ของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศและคำนึงถึงความร่วมมือกันทางระหว่างประเทศเพื่อการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจของประเทศกำลังพัฒนา

วันที่ 12 ธันวาคม ปี พ.ศ. 1958 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติที่ 1314 ว่าสิทธิของประชาชนแต่ละชาติในการกำหนดตนเองนั้นมีความหมายรวมถึงอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรของรัฐด้วยและตามมติดังกล่าวก็ได้มีการตั้งคณะกรรมการอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติขึ้น เพื่อดำเนินการร่วมกันกับสมัชชาสังคมและเศรษฐกิจของสหประชาชาติ

⁸¹ ITPGR 2001, Art 10.2

⁸² Kamal Hossain, Introduction to Permanent Sovereignty over Natural Resources in International Law at ix, (Kamal Hossain & Subrata Roy Chowdhury eds., 1984)

อย่างไรก็ตามมติที่มีความสำคัญมากที่สุดที่แสดงให้เห็นถึงหลักสิทธิอธิปไตยถาวรคือ มติที่ 1803 (XVII) ในวันที่ 14 ธันวาคม ปี ค.ศ. 1962 ซึ่งกล่าวไว้ในข้อแรกว่า “รัฐทั้งหลายทั้งปวงมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตน โดยจะต้องใช้สิทธิเพื่อประโยชน์ของการพัฒนาประเทศด้วยพัฒนาและความกินดีอยู่ดีของประชาชนในรัฐ”

ต่อมาแนวความคิดอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาตินี้ก็ถูกนำมากำหนดไว้เป็นหลักการอย่างชัดเจนในกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ทางเศรษฐกิจของรัฐ ค.ศ.1974 ทั้งนี้ได้มีการกำหนดหลักการอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติไว้ในกฎบัตรดังนี้คือ⁸³

บทที่ 1 ซึ่งกำหนดถึงองค์ประกอบความสัมพันธ์ของเศรษฐกิจระหว่างประเทศ โดยกำหนดว่าเศรษฐกิจ สังคม และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่างๆจะต้องถูกควบคุมโดยหลักการดังต่อไปนี้คือ หลักอำนาจอธิปไตยที่เท่าเทียมกันของรัฐต่างๆ หลักการไม่ก้าวร้าวซึ่งกันและกัน และหลักการสนับสนุนความยุติธรรมทางสังคมระหว่างประเทศ

บทที่ 2 ได้กำหนดถึงสิทธิและหน้าที่ของรัฐในทางเศรษฐกิจ โดยมาตรา 1 กำหนดว่า “รัฐทุกรัฐมีอำนาจอธิปไตยและสิทธิที่จะเลือกระบบเศรษฐกิจของตน เช่นเดียวกันกับในทางการเมือง สังคมและวัฒนธรรม โดยเป็นไปตามเจตจำนงของประชาชนโดยปราศจากแรงผลักดันข่มขู่จากภายนอกในทุกๆทาง” และมาตรา 2 กำหนดว่า “รัฐทุกรัฐจะต้องใช้อำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ ทรัพยากรสินและกิจกรรมทางเศรษฐกิจ”

หลักอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรของรัฐนี้ ได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 15 วรรคแรกของอนุสัญญาฯ ความว่า “โดยตระหนักถึงสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตน อำนาจในการพิจารณากำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมขึ้นอยู่กับรัฐบาลแห่งชาติ และอยู่ภายใต้กฎระเบียบของชาตินั้นๆ”

มีข้อสังเกตว่า ทรัพยากรธรรมชาติทุกชนิดอยู่ภายใต้หลักอำนาจอธิปไตยถาวรของรัฐฯ ทรัพยากรชีวภาพจึงอยู่ภายใต้หลักอำนาจอธิปไตยของรัฐอยู่แล้ว เหตุใดอนุสัญญา CBD และ ITPGR จึงใช้คำว่า “สิทธิอธิปไตย” แทนที่จะใช้คำว่า “อำนาจอธิปไตย”⁸⁴

เหตุที่ CBD ใช้คำว่า “สิทธิอธิปไตย” น่าจะมีสาเหตุมาจากต้องการให้สิทธิในการจัดการทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่ในบริเวณเขตเศรษฐกิจจำเพาะด้วย ซึ่งในบริเวณนี้รัฐมีเพียงสิทธิ

⁸³ สุทธิศักดิ์ คือระ, “การแบ่งปันผลประโยชน์ตามอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ: วิเคราะห์แนวปฏิบัติของประเทศไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.2545), น.33

⁸⁴ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 75.น.15.

อธิปไตยเท่านั้น ทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐยังคงอยู่ภายใต้หลักอำนาจอธิปไตยถาวรของรัฐนั้น⁸⁵

คำอธิบายเช่นนี้สอดคล้องกับถ้อยคำในส่วนอารัมภบท CBD ฉบับภาษาฝรั่งเศสที่ใช้คำที่หมายถึงอำนาจอธิปไตย (droit souverains) แต่ในมาตรา 15 ใช้คำที่มีความหมายถึงสิทธิอธิปไตย (droit de souverainete) และในเอกสารของ FAO เองก็กล่าวถึงสิทธิอธิปไตยของรัฐ (Sovereign Rights) เห็นทรัพยากรพันธุกรรมพืชโดยอ้างมติที่ 1803 ของสมัชชาที่ประชุมใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติ ซึ่งเป็นมติที่รับรองหลักอำนาจอธิปไตยถาวรของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ (Permanent Sovereignty of State over Natural Resources)⁸⁶

(2) บุคคลที่อาจอ้างสิทธิในทรัพยากรชีวภาพภายใต้หลักอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ (Permanent Sovereignty over Natural Resource)

มีประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาว่า ตามหลักอำนาจอธิปไตยถาวรนี้รัฐหรือประชาชนจะเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตยถาวรฯ หรือทั้งรัฐและประชาชนเป็นผู้มีอำนาจตามหลักอธิปไตยถาวรฯ ร่วมกัน

กรณีดังกล่าวแบ่งความเห็นออกเป็นสองฝ่ายคือฝ่ายที่เห็นว่ารัฐเป็นผู้มีอำนาจตามหลักอธิปไตยถาวรฯ แต่เพียงฝ่ายเดียวและฝ่ายที่เห็นว่าทั้งรัฐและประชาชนเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตยถาวรฯ ร่วมกัน

ฝ่ายที่เห็นว่ารัฐเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตยถาวรฯ แต่เพียงฝ่ายเดียวให้เหตุผลว่า เนื่องจากหลักสิทธิอธิปไตยถาวรฯ เริ่มมาจากความสัมพันธ์ระหว่างความร่วมมือกันของหลายประเทศในการสกัดทรัพยากรและรัฐที่เป็นเจ้าบ้าน สิทธิของรัฐในการที่จะออกกฎหมายควบคุมสิ่งที่เป็นของส่วนรวมภายในพื้นที่ของทรัพยากรธรรมชาติและกิจกรรมทางเศรษฐกิจของชาติกลายเป็นโครงสร้างอย่างแรกของหลักสิทธิอธิปไตยถาวรฯ⁸⁷

กฎหมายระหว่างประเทศที่แสดงให้เห็นว่ารัฐเท่านั้นที่ผู้มีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรได้แก่

1. มติของสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติได้รับรองอำนาจอธิปไตยอันถาวร (permanent sovereignty) ของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติที่พบในดินแดนของตน โดยมีมติของ

⁸⁵ เพิ่งอ้าง, น.15.

⁸⁶ เพิ่งอ้าง, น.15.

⁸⁷ Ndiva Kofele-Kale, "Patrimonicide : The International Economic Crime of Indigenous Spoliation", 28 Vand.J.Transnat'L 48,116 (1995)

สมัชชาใหญ่ที่ 3021 ในการประชุมเมื่อปี ค.ศ 1974 ที่รับรอง “ระเบียบเศรษฐกิจระหว่างประเทศใหม่” (The New International Economic Order) ได้ประกาศว่า

“ ระเบียบเศรษฐกิจระหว่างประเทศใหม่จะจัดตั้งขึ้นได้ก็โดยการรับรองอำนาจอธิปไตยอันถาวรของทุกประเทศเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตน รวมทั้งเหนือกิจกรรมทางเศรษฐกิจทั้งหมด และเพื่อที่จะปกป้องทรัพยากรเหล่านี้ แต่ละประเทศมีสิทธิที่จะทำการปกป้องทรัพยากรธรรมชาติ และควบคุมการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรของตน”⁸⁸

นอกจากนี้ในข้อ 2(1) ของกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ทางเศรษฐกิจของรัฐ (Charter of Economic Rights and Duties of States) ซึ่งได้รับการรับรองโดยมติของสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติที่ 3281 ได้บัญญัติว่า

“รัฐมีสิทธิในอันที่จะใช้อำนาจอธิปไตยอันถาวรในการครอบครอง ใช้สอย และจัดการทรัพยากรธรรมชาติและกิจกรรมทางเศรษฐกิจในดินแดนของตน”⁸⁹

การที่มติของสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติได้รับรองอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐว่ามีอยู่เหนือทรัพยากรธรรมชาติในดินแดนของตน จึงมีผลเท่ากับว่าทรัพยากรธรรมชาติเป็นทรัพย์สินสมบัติแห่งรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ ทรัพยากรธรรมชาติในที่นี้มีความหมายรวมถึงสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติภายในเขตดินแดนแห่งรัฐทั้งหมด ซึ่งรวมถึงทรัพยากรพันธุกรรมด้วย⁹⁰

2. อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 3 กล่าวว่า “รัฐมี, โดยสอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ, สิทธิอธิปไตยที่จะใช้ทรัพยากรของตนตามนโยบายสิ่งแวดล้อมของตนเอง,....”

มาตรา 15 ความว่า “โดยตระหนักถึงสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตน อำนาจในการพิจารณากำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมขึ้นอยู่กับรัฐบาลแห่งชาติและอยู่ภายใต้ระเบียบของชาตินั้น”

3. อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล มาตรา 56 ,93 “บัญญัติว่า ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ รัฐชายฝั่งมีสิทธิอธิปไตยในการสำรวจและหาประโยชน์ สงวนรักษา และจัดการทรัพยากรธรรมชาติ”

⁸⁸ General Assembly Resolution 3201,6 Special Session, UN GAOR, Supp.No.1,3 UN Doc.9559,1974,para.4

⁸⁹ General Assembly Resolution 3281,29 UN, GAOR Supp.No.31 50 Un Doc.A/9631,1974

⁹⁰ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 50, น.172.

4. Energy Charter Treaty มาตรา 18.1 กล่าวว่า “รัฐสมาชิกให้การรับรองอำนาจอธิปไตยและสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรพลังงาน พวกเขายืนยันว่าสิ่งนี้จะต้องใช้ให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ”⁹¹

ในคดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (I.C.J.) ที่มีการอ้างถึงหลักอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ ได้แก่คดีอิสติมอร์ ซึ่งเป็นการพิพาทกันระหว่างโปรตุเกสและออสเตรเลีย⁹² เนื่องจากออสเตรเลียและอินโดนีเซียได้เจรจากันจัดทำข้อตกลงเขตความร่วมมือ (zone of cooperation) ในเขตช่องว่างของติมอร์ (Timor Gap) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของไหล่ทวีปใกล้กับติมอร์ตะวันออก⁹³ ซึ่งติมอร์ตะวันออกถูกรวมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของประเทศอินโดนีเซีย ขณะที่ในอดีตเคยเป็นอาณานิคมของประเทศโปรตุเกสมาก่อน โปรตุเกสจึงอ้างว่าออสเตรเลียไม่มีสิทธิเข้าทำสนธิสัญญาที่ได้แย้งสิทธิในทรัพยากรของติมอร์ตะวันออก⁹⁴ โดยเฉพาะอย่างยิ่งโปรตุเกสอ้างว่าออสเตรเลียละเมิดหน้าที่ในการเคารพต่อสิทธิในการกำหนดอนาคตตนเอง (Self-determination) และ อำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติของติมอร์ตะวันออก⁹⁵

ท้ายที่สุดแล้ว เสียงข้างมากยอมรับข้อโต้แย้งของออสเตรเลียที่ว่า มติของโปรตุเกสที่ขอให้ศาลพิจารณาประเด็นที่ความชอบธรรมของสถานะของอินโดนีเซียในติมอร์ตะวันออก, ความชอบด้วยกฎหมายของข้อตกลงระหว่างออสเตรเลียและอินโดนีเซียและสิทธิของอินโดนีเซียภายใต้ข้อตกลง ดังนั้นในเมื่ออินโดนีเซียซึ่งเป็นคู่กรณีที่สำคัญในคดีไม่เคยให้การยอมรับอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงไม่มีอำนาจในการพิจารณาคดีนี้

อย่างไรก็ดีได้มีความเห็นของฝ่ายข้างน้อยว่า เสียงข้างมากตัดสินโดยไม่คำนึงถึงเนื้อหาของหลักอำนาจอธิปไตยถาวรฯ โดยเห็นว่าควรนำหลักอำนาจอธิปไตยถาวรฯมาใช้ในการฐานะเป็นสิทธิที่มีความสำคัญสำหรับกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน ในลักษณะที่ชี้ชัดได้เป็นการทั่วไป (erga omnes)⁹⁶ โดยผู้พิพากษา Skubiszewski ได้ให้ความเห็นว่า “รัฐสมาชิกของสหประชาชาติทุกๆรัฐให้ความเคารพสิทธิอธิปไตยถาวรฯของรัฐอื่นๆ”⁹⁷

⁹¹ Energy Charter Treaty 1994, Article 18.1.

⁹² East Timor (Port.V.Austl.), 1995 I.C.J.90(June 30) .

⁹³ *Ibid*, at 98.

⁹⁴ *Ibid*, at 94-97.

⁹⁵ *Ibid*, at 98.

⁹⁶ *Ibid*, at 142,221

⁹⁷ East Timor (Port.V.Austl.), 1995 I.C.J.90(June 30)

นอกจากนี้ในคดี *Liamco Mahmassani* อนุญาโตตุลาการในคดีกล่าวว่า “มติ 1803 แม้จะไม่ใช่กฎหมายที่เป็นเอกฉันท์ แต่ก็ยังเป็นหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าเป็นแนวทางปัจจุบันของหลักการครอบครองในมุมมองทางระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิอธิปไตยถาวรของรัฐเหนือทรัพยากรชีวภาพของตน”⁹⁸ Jame Crawford ให้ความเห็นว่า แม้ขณะนี้จะไม่มีความกำกวมระหว่างสิทธิของประชาชนหรือสิทธิของรัฐ แต่คาดว่าสิทธิอธิปไตยถาวรของรัฐนั้น เป็นสิทธิของรัฐมากกว่าของประชาชน”⁹⁹ จากความคิดเห็นของนักกฎหมายเหล่านี้แสดงให้เห็นว่า แม้จะยังมีความไม่แน่ใจในเรื่องนี้ แต่ก็โน้มเอียงไปในแนวทางที่ว่ารัฐเท่านั้นที่เป็นผู้มีสิทธิตามหลักอธิปไตยถาวร

การที่รัฐเป็นผู้มีสิทธิในสิทธิอธิปไตยถาวร หมายถึงรัฐเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวและรัฐบาลในฐานะตัวแทนของรัฐเท่านั้นที่เป็นผู้มีสิทธิในทรัพยากร ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อประชาชนได้หากนโยบายการใช้ทรัพยากรธรรมชาติของรัฐบาลไม่เป็นไปตามความต้องการของประชาชน นอกจากนี้ผลประโยชน์ที่ได้จากทรัพยากรธรรมชาติอาจตกเป็นของบุคคลเพียงบางกลุ่ม อันจะก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันภายในประเทศได้

นอกจากนี้หากกำหนดให้ทรัพยากรชีวภาพเป็นของรัฐก็หมายความว่า สิ่งนั้นเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน ซึ่งรัฐมีหน้าที่ในการดูแลจัดการ ซึ่งกรณีเช่นนี้ การบริหารจัดการทรัพยากรชีวภาพจะถูกควบคุมโดยอำนาจรัฐภายใต้กลไกอื่นซึ่งซ้ำของระบบราชการ¹⁰⁰

อีกแนวทางหนึ่งมองว่าสิทธิอธิปไตยถาวรเป็นของประชาชนและรัฐร่วมกัน โดยเห็นว่ามติ 1803 กล่าวว่า “สิทธิอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติเป็นสิทธิของรัฐและประชาชน” การให้ประชาชนมีสิทธิอธิปไตยถาวรร่วมกับรัฐนี้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชนมีอิทธิพลอย่างมากต่อการพัฒนาของกฎหมายระหว่างประเทศ *The African Charter on Human and Peoples’ Rights* เป็นสนธิสัญญาที่ให้การรับรองสิทธิของประชาชนว่ามีความสำคัญมากที่สุด

⁹⁸ Emeka Duruigbo, “Permanent Sovereignty and Peoples’ Ownership of Natural Resources in International Law”, *George Washington International Law Review*, (2006) see also *Libyan American Oil Co. (LIAMCO) v. Libya*, reprinted in 20 I.L.M 1, 53(1981)

⁹⁹ *Ibid*, footnote 60.

¹⁰⁰ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 9*, น.60.

กล่าวว่า สิทธิในการสำรวจและจัดการทรัพยากรธรรมชาติเป็นของทั้งรัฐและประชาชน¹⁰¹ และมีความเห็นเห็นว่า “มาตรา 21 ประกาศว่าประชาชนทุกคนมีเสรีในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติของตน”¹⁰² ในขณะเดียวกันสิทธินี้ยังมอบให้แก่ African States ด้วย ตามมาตรา 21 (4)¹⁰³ “จึงสันนิษฐานจากข้อความทั้งสองมาตรานี้ว่าทั้งรัฐและประชาชนเป็นผู้มีสิทธิอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติร่วมกัน ซึ่งตรงข้ามกับหลักที่ให้รัฐมีสิทธิแต่ผู้เดียว นอกจากนี้ยังเห็นว่า “รัฐเป็นสื่อกลางในการจัดการกับผลประโยชน์ภายนอกในนามของประชาชนในวิถีทางที่ประชาชนไม่สามารถทำเพื่อตนเองได้”¹⁰⁴ อย่างไรก็ตามการรวมเอาสิทธิของรัฐและประชาชนเข้าไว้ด้วยกันก็อาจเป็นผลเสียเนื่องจากผลประโยชน์ของรัฐและประชาชนแตกต่างกัน โดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนาการจะให้รัฐเป็นตัวแทนของประชาชนในการดูแลผลประโยชน์ได้อย่างเพียงพอเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้ยากในประเทศกำลังพัฒนา

ในขณะเดียวกันมีความเห็นเห็นว่าไม่มีความแตกต่างกันระหว่างสิทธิของรัฐและสิทธิของประชาชนดังนั้นจะเรียกชื่ออย่างไรหรือเปลี่ยนจากสิทธิของฝ่ายหนึ่งเป็นของอีกฝ่ายหนึ่งก็ไม่ได้ต่างกัน¹⁰⁵ professor oji Umozurike อดีตประธานของ African Commission on Human and People’ Rights กล่าวว่า Charter ให้การรับรองสิทธิของประชาชนในการปฏิบัติตามแนวทางเศรษฐกิจและการพัฒนาทางสังคมของตน ขณะเดียวกันก็ให้อำนาจแก่รัฐในการจัดการควบคุม

¹⁰¹ Richard N.Kiwanuka, The Meaning of “People” in the African Charter on Human and Peoples’ Rights, 82 Am J.Int’l L 80, 95 (1988)

¹⁰² African Charter on Human and People’ Rights 1981, Article 21(1) “ All people shall freely dispose of their wealth and natural resources. This rights shall be exercised in the exclusive interest of the people. In no case shall a people be deprived of it.”

¹⁰³ African Charter on Human and People’ Rights 1981, Article 21(4) “ States parties to the present Charter shall individually and collectively exercise the right to free disposal of their wealth and natural resources with a view to strengthening African unity and solidarity.”

¹⁰⁴ *supra* note 101, pp.95-96

¹⁰⁵ Greta Gainer, “Nationalization : The Dichotomy Between Western and Third World Perspectives in international Law”, 26 How.L.J. 1560 (1983)

ทรัพยากรธรรมชาติเพื่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวและความสามัคคีของแอฟริกา¹⁰⁶ อย่างไรก็ตาม การใช้ข้อความเช่นนี้ก็ก่อให้เกิดความยุ่งยากตรงที่ทำให้สิทธิของประชาชนอาจถูกแย่งชิงไปโดยรัฐบาล ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดขึ้นบ่อยในประเทศกำลังพัฒนา¹⁰⁷

นอกจากนี้มติ 1803 และกฎหมายฉบับอื่นที่ตามมาภายหลังก็สอดคล้องกันและแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าอำนาจถาวรเหนือทรัพยากรชีวภาพเป็นของประชาชนและคนพื้นเมืองของประเทศนั้นไม่ใช่ของรัฐหรือของรัฐบาล ตัวอย่างเช่น The Human Rights Covenants มาตรา 1(2) กล่าวว่า “ประชาชนทุกคนภายใต้ขอบเขตของตน มีอิสระในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติของตน โดยไม่กระทบกับพันธกรณีของความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศอื่นๆ บนพื้นฐานของผลประโยชน์ร่วมกันและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และไม่มีกรณีใดที่ประชาชนจะถูกยึดไปซึ่งสิ่งที่ใช้สำหรับดำรงชีพ” ข้อความดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าประชาชนมีสิทธิในทรัพยากรชีวภาพของตนอย่างสมบูรณ์

นักวิชาการตีความ The Human Rights Covenants มาตรา 1(2) ว่าเป็นการมอบทรัพยากรชีวภาพให้แก่ประชาชนไม่ใช่รัฐบาล ศาสตราจารย์ Antonio Cassese กล่าวว่ามาตรา 1(2) ไม่เพียงแต่ยืนยันถึงสิทธิของรัฐทุกรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ แต่ยังเป็นที่ยืนยันว่าสิทธิเหนือทรัพยากรธรรมชาตินั้นเป็นของประชาชน¹⁰⁸ Makau Wa Mutua อดีตผู้อำนวยการโครงการ Harvard’s Human Rights เห็นว่ามาตรา 1 ของ The Human Rights Covenants นี้ให้สิทธิแก่ประชาชน และแยกต่างหากจากมุมมองของประเทศตะวันตกที่ว่าสิทธิมนุษยชนยึดติดกับปัจเจกชนเท่านั้น¹⁰⁹ อย่างไรก็ตามก็มีผู้เห็นแย้งว่า ถึงแม้ว่าสิทธิในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิทธิในการตัดสินใจในทางการเมืองภายใน, เศรษฐกิจ และโครงสร้างทางสังคมถูกจัดว่าเป็นสิทธิของประชาชน ดังที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 1 ย่อหน้า 2 ของ The Human Rights Covenants ก็ตาม หลักการอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติและหลักการห้ามแทรกแซง ซึ่งทำหน้าที่

¹⁰⁶ U.O. Umozurike, the African Charter on Human and peoples’ Rights, 77 Am. J. Int’l L. 902,906 (1983)

¹⁰⁷ *supra* note 90,p.97.

¹⁰⁸ Antonio Cassese, “The Self-Determination of Peoples, in The International Bill of Human Rights : The Covenant on Civil and Political Rights 92”, 103 (Louis Henkin ed., 1981) (emphasis in original)

¹⁰⁹ Makau wa Mutua, “The Banjul Charter and the African Cultural Fingerprint : an Evaluation of the Language of Duties”, 35 Va.J.Int’L.339(1995)

ร่วมกันในฐานะเป็นสิทธิในการมีอิสระที่จะตัดสินใจทางการเมืองภายใน ไม่สามารถทำให้ประชาชนอ้างสิทธิจากรัฐ แต่รัฐสามารถอ้างสิทธิในฐานะที่กระทำแทนประชาชนต่อรัฐอื่นได้¹¹⁰

มาตรา 21 ของ The African Charter on Human and Peoples' Rights ก่อให้เกิดข้อถกเถียงกันว่าสิทธิเป็นของรัฐเช่นเดียวกับของประชาชนและอาจขยายการตีความไปจนถึงว่าเป็นการมอบสิทธิโดยตรงให้ประชาชนโดยไม่ต้องแบ่งปันแก่รัฐได้หรือไม่ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแสดงให้เห็นว่า The African Commission on Human and Peoples' Rights ยอมรับหลักนี้โดยเปิดให้มีการตีความแบบกว้าง

ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาดังกล่าวอาจแก้ไขได้โดยย้อนกลับไปดูประวัติศาสตร์ที่มาของหลักอำนาจอธิปไตยถาวร ซึ่งถือว่าประชาชนเป็นศูนย์กลางของหลักอำนาจอธิปไตยถาวร หลักอำนาจอธิปไตยถาวรเริ่มต้นมาจากสิทธิของประชาชนเนื่องจากหลักนี้ถูกมองว่าเป็น “สิ่งที่เหมาะสมกับความต้องการของมนุษย์อันเป็นผลมาจากการปกครองและกฎหมายที่ได้รับมาจากการเป็นเอกราช (decolonization) และสิทธิในการกำหนดเอง (self-determination)”¹¹¹ นอกจากนี้วัตถุประสงค์หนึ่งของการเกิดขึ้นของหลักอำนาจอธิปไตยถาวรคือป้องกันไม่ให้เกิดการจัดการสัมปทานให้แก่รัฐอื่นเพื่อความอยู่รอดของประเทศ ในช่วงปี ค.ศ.1950 ซึ่งเป็นช่วงต้นของการเกิดหลักอำนาจอธิปไตยถาวรผู้แทนของประเทศซาอุดีอาระเบียได้เน้นย้ำว่าคำว่า “means of subsistence” ในร่างนี้ก็เพื่อป้องกันสถานการณ์ที่เกิดขึ้นบ่อยในช่วงศตวรรษที่ 19 เมื่อเงินของรัฐบาลหมดลงก็จะเกิดการยินยอมให้รัฐอื่นเข้ามาทำสัมปทานในประเทศได้อันจะทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่สิทธิและผลประโยชน์ของประชาชน ดังนั้นการตีความใดที่จะนำไปสู่การอนุญาตให้ผู้นำของประเทศปล้นทรัพยากรของประเทศไปโดยปราศจากผลตอบแทนจึงเป็นการทำลายวัตถุประสงค์ดั้งเดิมของหลักอำนาจอธิปไตยถาวร¹¹²

¹¹⁰ Philipp Kuning, “The Role of “Peoples’ Rights” in the African Charter of Human and Peoples’ Rights”, in *New Perspectives and Conceptions of International Law : An Afro-European Dialogue* 162, 1665 (K. Ginther & W. Benedek eds., 1983).

¹¹¹ Rudolf Dolzer, “Permanent Sovereignty over Natural Resources and Economic Decolonization” 7 *Hum. Rts. L.J.* 217, 221 (1986)

¹¹² Emeka Duruigbo, *supra* note 93.

นอกจากนี้ยังมีผู้ให้ความเห็นว่ารัฐเป็นเพียงตัวกลางเพื่อให้ผลประโยชน์ของประชาชนที่มีภายนอกประเทศ สามารถอ้างต่อชุมชนระหว่างประเทศได้¹¹³ ศาสตราจารย์ O'fuatey Kodjoe วิเคราะห์มาตรา 1 (2) ของ The Human Rights Covenants ว่าได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าประชาชนเป็นผู้รับประโยชน์จากสิทธิในอำนาจอธิปไตยหรือทรัพยากรธรรมชาติ ไม่ใช่รัฐ¹¹⁴ ดังนั้นท้ายที่สุดแล้วดูเหมือนว่าแนวโน้มในปัจจุบันจะชี้ให้เห็นว่าสิทธิในอำนาจอธิปไตยถาวรจะถูกมอบให้แก่ประชาชน ซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์เดิมของหลักอำนาจอธิปไตยถาวร รัฐจึงควรจะเป็นเครื่องมือในการรักษาผลประโยชน์ของประชาชนไม่ใช่แย่งชิงผลประโยชน์ของประชาชน

ท้ายที่สุดแล้ว เมื่อทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนั้นไม่ได้เป็นทรัพยากรพันธุกรรมของรัฐบาลทั้งหมด เนื่องจากมีทรัพยากรพันธุกรรมบางชนิดและในบางพื้นที่เป็นของเอกชนและชุมชนท้องถิ่น รัฐบาลของรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม จึงไม่สามารถออกกฎระเบียบบังคับให้เอกชนหรือชุมชนท้องถิ่นยินยอมให้ภาคีอื่นเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม เพราะเป็นการขัดสิทธิในทางแพ่งของบุคคลตามกฎหมายภายในและตามรัฐธรรมนูญของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนั้น ดังนั้นการที่ทรัพยากรพันธุกรรมในรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม อยู่ในการครอบครองของเอกชนและชุมชนท้องถิ่น ทำให้การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในความเป็นจริง ไม่ได้จำกัดอยู่เพียงระดับรัฐกับรัฐเท่าซึ่งมีฐานะเป็นบุคคลในทางระหว่างประเทศเท่านั้น แต่ยังมีการเข้าถึงในระดับรัฐกับเอกชนและเอกชนกับเอกชนด้วย¹¹⁵ การให้เอกชนและชุมชนท้องถิ่นเข้ามามีอำนาจในการบริหารจัดการและควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม จึงนับได้ว่าเป็นทางออกที่ดีสำหรับรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมโดยไม่ขัดต่อสิทธิในทางแพ่งของเอกชนและชุมชนท้องถิ่นที่เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

การกำหนดให้ชุมชนท้องถิ่นมีสิทธิเหนือทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นมีความเหมาะสมหลายประการดังนี้¹¹⁶

ประการแรก ภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรชีวภาพในประเทศกำลังพัฒนามักได้รับการอนุรักษ์และพัฒนาโดยชุมชนเกษตรกรรม ชุมชนท้องถิ่นได้ใช้เวลาหลายชั่วอายุคนดูแลรักษา

¹¹³ Philip Alston, "The Shortcomings of a "Garfield the Cat" Approach to the Rights to Development", 15 Cal.W.Int'l L.J. 510,512(1985).

¹¹⁴ W.O'fuatey-Kodjoe, Self-Determination, in United Nations Legal Order 349,364 (Oscar Schachter & Christopher C.Joyner eds.,1995).

¹¹⁵ สุทธิศักดิ์ ดือระ,อ้างแล้ว,เชิงอรรถที่ 83, น.35.

¹¹⁶ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์,อ้างแล้ว,เชิงอรรถที่ 9,น.60-61.

ทรัพยากรชีวภาพและความรู้ต่างๆ ไม่ให้สูญหายไป รวมทั้งได้ทำการพัฒนาปรับปรุงจนสิ่งดังกล่าวมีคุณค่าต่อผู้คนในชุมชนและต่อประชาคมโลก ด้วยเหตุนี้รัฐจึงมีหน้าที่ในทางศีลธรรมที่ต้องให้การรับรองว่าชุมชนมีสิทธิเหนือสิ่งดังกล่าว เช่นเดียวกับการรับรองสิทธิของนักประดิษฐ์และผู้สร้างสรรค์ผลิตผลทางปัญญาทั่วไป

ประการที่สอง โดยธรรมเนียมปฏิบัติ ทรัพยากรพันธุกรรมและความรู้พื้นบ้านจะไม่ถูกถือว่าเป็นสมบัติของบุคคล สมาชิกในชุมชนเกษตรกรรมของประเทศกำลังพัฒนามักจะถือว่า พันธุ์พืชเมือง สมุนไพร ตำรับยา กรรมวิธีการปรุงยา เพลง ตำนาน ฯลฯ เป็นมรดกของชุมชนที่บุคคลใดไม่อาจอ้างสิทธิเป็นเจ้าของได้

ประการที่สาม หากมีการฉกฉวยเอาทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ ชุมชนท้องถิ่นจะเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบมากที่สุด การเปิดโอกาสให้ชุมชนซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงมีสิทธิทางกฎหมายนั้น จะช่วยสร้างความตื่นตัวและความหวงแหนในมรดกของชุมชน และทำให้การปกป้องเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งกว่าระบบศูนย์ของรัฐ

ประการที่สี่ การให้สิทธิแก่ชุมชนจะทำให้การจัดการทรัพยากรดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม เช่นเดียวกับแนวทางการอนุรักษ์ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม (cultural property) ทั้งนี้เพราะโดยวิถีชีวิตและแนวปฏิบัติของชุมชน ทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่ได้ถูกพัฒนาและอนุรักษ์ไว้เพื่อประโยชน์ในทางพาณิชย์ หากแต่เพื่อการใช้ประโยชน์ร่วมกันของสมาชิกทุกคน การใช้และการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นจะต้องกระทำเพื่อประโยชน์ร่วมกันของสมาชิกในชุมชน สมาชิกคนหนึ่งคนใดของชุมชนไม่อาจใช้สิทธิแทนชุมชน หากการกระทำดังกล่าวเป็นการขัดกับผลประโยชน์ร่วมกันนั้น ภายใต้ระบบนี้ชุมชนจะเป็นผู้ทรงสิทธิทางกฎหมาย ส่วนสมาชิกของชุมชนมีฐานะเป็นเพียงผู้รับประโยชน์เท่านั้น