

บทที่ 2

หลักการและกฎเกณฑ์ในการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพของอนุสัญญาว่าด้วยความ
หลากหลายทางชีวภาพและความตกลงทริปส์

1. หลักการทั่วไปของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

(Convention on Biological Diversity : CBD)

ความหลากหลายทางชีวภาพ หมายถึง นานาชีวิต นานาพันธุ์ที่อยู่ในนิเวศหรือแหล่งที่
อยู่อาศัยที่แตกต่างกันหลากหลายทั่วโลก ทุกชีวิตมนุษย์ได้พึ่งพาความหลากหลายทางชีวภาพ โดย
ผ่านกระบวนการนับไม่ถ้วน ความหลากหลายทางชีวภาพเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับเกษตรกร ยารักษา
โรค การประมง และการรักษาสมดุลของระบบนิเวศ¹

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นความตกลงระหว่างประเทศด้าน
สิ่งแวดล้อมที่ถือกำเนิดจากความพยายามของประชาคมโลกที่ต้องการให้มีความร่วมมือระหว่าง
ประเทศ ระหว่างหน่วยงาน ทั้งภาครัฐและเอกชนและระหว่างประชาชนทั่วโลก ในการอนุรักษ์
ความหลากหลายทางชีวภาพและใช้ประโยชน์ระบบนิเวศ ชนิดพันธุ์ และพันธุกรรมอย่างยั่งยืน มี
ผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 29 ธันวาคม 1993 โดยประเทศไทยได้ให้สัตยาบันเมื่อเดือนตุลาคม ปี 2003

เนื้อหาของอนุสัญญามีลักษณะเป็นกรอบนโยบายที่กว้าง ซึ่งในการดำเนินงานแต่ละ
ประเทศจะต้องจัดทำนโยบาย มาตรการ และแผนการดำเนินงานขึ้นเอง

หลักการสำคัญของอนุสัญญาได้แก่

1 หลักการเข้าถึงพันธุกรรม

อนุสัญญาได้กำหนดสิทธิและพันธกรณีของรัฐในการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมและการ
ใช้ประโยชน์จากสิ่งมีชีวิตเนื่องจากทรัพยากรนั้น โดยรัฐภาคีมีสิทธิกำหนดเกณฑ์ในการเข้าถึง

¹ นันทน อินทนนท์, “ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาและ
ผลกระทบต่อภูมิปัญญาท้องถิ่น”,วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่าง
ประเทศ, Sixth Anniversary Special Issue (2003).น. 6.

ทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งต้องไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานี้และมีความสมดุลระหว่างสิทธิของรัฐในการเข้าถึงกับหน้าที่ของรัฐในการกำหนดข้อตกลงที่เอื้อแก่การเข้าถึงพันธุกรรมโดยประเทศภาคีอื่น รวมถึงกำหนดผลประโยชน์ที่จะได้รับการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าวด้วย ซึ่งผลประโยชน์นั้นรวมถึงการให้ความช่วยเหลือในการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ในเรื่องของการวิจัยสารพันธุกรรม การแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับจากการวิจัยและพัฒนาอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม²

อนุสัญญาฯ ยังคงยืนยันใน หลักสิทธิอธิปไตยของรัฐ(sov​er​eign right)³ เหนือทรัพยากรชีวภาพในดินแดนของตน สามารถกำหนดระเบียบข้อบังคับในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม โดยต้องเป็นข้อตกลงที่อำนวยความสะดวกต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศนั้นๆ ซึ่งการขออนุญาตเข้าถึงดังกล่าวต้องเป็นการขออนุญาตใช้ทรัพยากรนั้นอย่างเหมาะสมกับสิ่งแวดล้อมด้วย ภาคีมีอำนาจอธิปไตยที่จะใช้ทรัพยากรของตน ตามนโยบายสิ่งแวดล้อมของแต่ละประเทศ และตามความรับผิดชอบของประเทศ โดยไม่ทำความเสียหายแก่สิ่งแวดล้อมของประเทศอื่น

2 หลักการเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยี

การเข้าถึงและถ่ายทอดเทคโนโลยี เป็นส่วนหนึ่งของการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรความหลากหลายทางชีวภาพเช่นเดียวกับการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม โดยแต่ละประเทศต้องจัดหาหรืออำนวยความสะดวกเข้าถึงเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ การใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน โดยเทคโนโลยีเหล่านี้จะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม

การเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่ประเทศกำลังพัฒนาจะต้องดำเนินการไปภายใต้ความชอบธรรมและเงื่อนไขที่เป็นการอนุเคราะห์ยิ่ง รวมถึงเงื่อนไขภายใต้การผ่อนปรนหรือให้สิทธิพิเศษซึ่งได้มีการตกลงกันไว้⁴ โดยไม่ได้บังคับว่าทุกประเทศต้องถ่ายทอดเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพเสมอไปหากแต่พิจารณาตามความเหมาะสมเป็นกรณีๆไป

²Convention on Biological Diversity, Art 15

³ คำว่า(sov​er​eign right) ในอนุสัญญานี้หมายความรวมทั้งสิทธิอธิปไตย(sov​er​eign right) และอำนาจอธิปไตย(sovereignty) อ้างใน สุทธิศักดิ์ ดือระ. “การแบ่งปันผลประโยชน์ตามอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ: วิเคราะห์แนวปฏิบัติของประเทศไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น.30.

⁴ *supra* note 2, Art 16.

3 หลักการอนุรักษ์ในถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ

อนุสัญญาฉบับนี้ระบุให้ประเทศสมาชิกยอมรับภูมิปัญญา ประดิษฐ์กรรมและการถือปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่นซึ่งปรากฏในการดำเนินชีวิตที่สืบทอดตามประเพณี ซึ่งเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการให้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน⁵

หลักการทั่วไปของอนุสัญญา คือ

1.1 อนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ

อนุสัญญากล่าวถึงการอนุรักษ์ในถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ (*in-situ*) และการอนุรักษ์นอกถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ (*ex-situ*) แต่เน้นที่มาตรการอนุรักษ์ในถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ นั่นคือภายในระบบนิเวศและแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ หรือในกรณีที่เป็นพืชปลูกหรือสัตว์เลี้ยง หมายถึงในสภาพแวดล้อมที่ปลูกหรือเลี้ยงดูมา โดยอนุสัญญาวางกรอบงานอย่างกว้างสำหรับการอนุรักษ์ในถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ และกระบวนการวางแผนระดับชาติด้านความหลากหลายทางชีวภาพไว้ในมาตรา 8

เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพของอนุสัญญา อนุสัญญาได้กำหนดให้แต่ละภาคี⁶

(1) ดำเนินการให้มากที่สุดเท่าที่เป็นไปได้และเท่าที่เหมาะสม เพื่ออนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพในถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ (*in-situ*) อันได้แก่ การจัดตั้งระบบพื้นที่คุ้มครองหรือพื้นที่ซึ่งต้องการมาตรการพิเศษ เพื่อสงวนรักษาความหลากหลายทางชีวภาพและกำหนดมาตรการเฉพาะเรื่องอื่นมากกว่าสิบบมาตรการ

(2) อนุรักษ์นอกถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ (*ex-situ*) โดยวางมาตรการบำรุงและฟื้นฟูชนิดพันธุ์ที่ใกล้จะสูญพันธุ์ และนำกลับเข้าสู่ถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติเดิม

อนุสัญญาแสดงให้เห็นว่า การอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพนั้นควรจะดำเนินการในสภาพธรรมชาติ(*in-situ*) เป็นมาตรการหลักและนำมาตราการอนุรักษ์นอกสภาพธรรมชาติ (*ex-situ*)

⁵ *supra* note 2, Art 8(j)

⁶ สำนักงานนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อม, ประเทศไทยกับการดำเนินงานตามพันธกรณีของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ, กระทรวงวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีสิ่งแวดล้อม, (กรุงเทพมหานคร:2545), น.8.

มาเป็นมาตรการเสริม แต่ทั้งนี้อนุสัญญาไม่เห็นด้วยกับการที่จะดำเนินมาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งแต่เพียงลำพัง⁷

1.2 ใช้ประโยชน์องค์ประกอบของความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน

การใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน หมายถึง “การใช้ประโยชน์องค์ประกอบของความหลากหลายทางชีวภาพในหนทางและในอัตราที่ไม่นำไปสู่การลดลงของความหลากหลายทางชีวภาพในระยะยาว ดังนั้นธำรงรักษาศักยภาพของความหลากหลายทางชีวภาพให้สนองต่อความต้องการและความมุ่งมาดปรารถนาของชุมชนปัจจุบันและรุ่นอนาคต⁸

บางครั้งคำว่า “การอนุรักษ์” มักจะสอดคล้องอยู่กับคำว่า “การใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน” ในเนื้อหาของอนุสัญญา สองคำนี้ปรากฏอยู่เคียงข้างกัน เห็นได้จากมาตรการเพื่อส่งเสริมการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืนที่กำหนดไว้ในอนุญัตติตัวอย่างเช่น มาตรการแรงจูงใจที่เหมาะสมทางเศรษฐกิจและสังคม⁹ การให้การศึกษา¹⁰ การวิจัยและการฝึกอบรม¹¹

เพื่อให้มีการใช้ประโยชน์องค์ประกอบของความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน อนุสัญญาได้กำหนดให้แต่ละภาคี¹²

- (1) ต้องผสมผสานการอนุรักษ์กับการใช้ประโยชน์ทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืน ให้เข้ากับนโยบายและแผนของชาติ
- (2) หลีกเลี่ยงหรือลดผลกระทบเสียหายต่อความหลากหลายทางชีวภาพลงให้เหลือน้อยที่สุด

⁷ ฌักทรี วินยวัฒน์, คำอธิบายเบื้องต้นอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อม 2535).น.5.

⁸ *supra* note 2, Art 16

⁹ *Ibid*, Art 11.

¹⁰ *Ibid*, Art 13.

¹¹ *Ibid*, Art 12.

¹² สำนักงานนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อม, หนึ่งทศวรรษ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ เล่ม 1 ความเป็นมาและเนื้อหาของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ, (กรุงเทพมหานคร : กระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อม).น.26.

(3) คัดกรองและส่งเสริมการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพตามธรรมเนียม
นิยมโดยสอดคล้องกับการถือปฏิบัติทางวัฒนธรรมตามชนบประเพณี

(4) สนับสนุนชุมชนท้องถิ่นในการจัดทำและปฏิบัติตามมาตรการแก้ไขฟื้นฟูในพื้นที่
เสื่อมโทรม และ

(5) ต้องส่งเสริมความร่วมมือระหว่างหน่วยงานรัฐและภาคเอกชนในการพัฒนา
วิธีการใช้ประโยชน์ทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืน

1.3 แบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมอย่างเท่าเทียมและยุติธรรม

อนุสัญญาได้กำหนดมาตรการที่ส่งเสริมการเข้าถึงผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้
ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรม, การเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้อง และการเข้าถึง
ทรัพยากรทางการเงินที่เพิ่มขึ้น เนื่องจากความหลากหลายทางชีวภาพของโลกมีมากในเขตร้อน
และอนุสัญญาต้องการให้โอกาสแก่ภาคีประเทศกำลังพัฒนาในเขตนี้อันและเขตใกล้เคียงในการที่
จะได้รับผลประโยชน์ทางการเงินและวิชาการจากทรัพยากรชีวภาพของตน ในขณะที่โลกเองก็ได้
ผลประโยชน์โดยรวมจากการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพด้วย

เพื่อแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมอย่างยุติธรรมและเท่า
เทียม อนุสัญญาได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า “อำนาจในการพิจารณา กำหนดการเข้าถึงทรัพยากร
พันธุกรรมขึ้นอยู่กับรัฐบาลแห่งชาติ” และยังกำหนดให้ภาคี¹³

(1) พยายามสร้างเงื่อนไข เพื่ออำนวยความสะดวกการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม หากเป็นการ
ใช้ประโยชน์อย่างเหมาะสมต่อสิ่งแวดล้อม นอกจากนั้น

(2) วางกลไกในการต่อรองผลประโยชน์บนเงื่อนไขการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ให้และผู้
ขอใช้พันธุกรรม

(3) ให้ประเทศซึ่งเป็นผู้ให้ทรัพยากรพันธุกรรมได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีซึ่งใช้
ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นจากประเทศผู้รับ ทั้งนี้บนพื้นฐานแห่งความยุติธรรมและความเสมอภาค

กล่าวโดยสรุป อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพมีวัตถุประสงค์ที่จะ
ส่งเสริมการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ การใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนจากทรัพยากร
ชีวภาพ โดยเปิดโอกาสให้ประเทศที่พัฒนาแล้วเข้าถึงทรัพยากรของประเทศกำลังพัฒนาภายใต้
ข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นธรรม และในขณะเดียวกันก็ให้ประเทศกำลังพัฒนามีโอกาส

¹³ สำนักงานนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อม, อ้างแล้ว เจริญพรที่ 6, น.8.

เข้าถึงเทคโนโลยีของประเทศที่พัฒนาแล้วในลักษณะต่างตอบแทนจึงอาจถือได้ว่าเป็นอนุสัญญาที่ให้ความคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างแท้จริง

2. กฎเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

2.1 กฎเกณฑ์ในการอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพ

(1) การอนุรักษ์ในถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ(*in-situ conservation*)

การอนุรักษ์แหล่งที่อยู่อาศัยตามสภาพธรรมชาติ¹⁴ ประกอบด้วย

1. การอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมในระบบนิเวศและในแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ
2. การอนุรักษ์ในถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติของทรัพยากรพันธุกรรมนั้น
3. การธำรงรักษาและฟื้นคืนจำนวนชนิดพันธุ์ที่สามารถอยู่รอดได้ตามธรรมชาติ

แวดล้อม

สำหรับพื้นที่ในการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพื้นเมืองหรือเพาะเลี้ยงที่อนุสัญญาฯ กำหนดไว้ในส่วนท้ายเท่านั้น หมายถึงบริเวณที่มนุษย์ได้สร้างสรรค์ระบบเกษตรกรรม โดยการพัฒนาสายพันธุ์ทั้งพืชและสัตว์กันขึ้นมาโดยทำให้มีลักษณะที่โดดเด่นต่างไปจากสายพันธุ์เดิม ดังนั้น เราจึงสามารถแยกสาระสำคัญของมาตรการการอนุรักษ์ในสภาพแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติออกได้เป็น¹⁵

¹⁴ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 2 วรรคสิบสาม บัญญัติว่า “การอนุรักษ์ในถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ” หมายถึง การอนุรักษ์ระบบนิเวศและแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติและการธำรงรักษาและการฟื้นคืนสภาพของประชากรของชนิดพันธุ์ซึ่งสามารถอยู่รอดได้ในสภาพแวดล้อมตามธรรมชาติ และสำหรับกรณีที่เป็นชนิดพันธุ์ที่เลี้ยงหรือปลูก หมายถึงในสภาพแวดล้อมซึ่งชนิดพันธุ์เหล่านั้นได้ถูกพัฒนาจนมีลักษณะ/คุณสมบัติแตกต่างไปจากเดิม

¹⁵ ชนภัทร วินยวัฒน์, “ข้อพิจารณาของไทยในด้านทรัพยากรพันธุกรรมพืช สำหรับการเข้าร่วมอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,2537), น.94.

1. การคุ้มครองแหล่งที่อยู่อาศัย¹⁶ (habitat protection)

ในพันธกรณีส่วนนี้ อนุสัญญาฯ มุ่งเน้นให้แต่ละรัฐภาคีหามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองพื้นที่บางประการที่เป็นแหล่งที่อยู่อาศัยของชนิดพันธุ์ในรูปของพื้นที่คุ้มครองและพื้นที่อื่นที่มุ่งคุ้มครองระบบนิเวศ โดยการดำเนินงานดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่มีรัฐภาคีมีอิสระในการปฏิบัติ แต่ทั้งนี้ อนุสัญญาฯ เพียงแค่มุ่งหวังว่ารัฐภาคีจะสามารถคุ้มครองแหล่งที่อยู่อาศัยของชนิดพันธุ์ต่างๆ ได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่านั้น พันธกรณีในส่วนนี้นับว่าเป็นผลดีต่อประเทศไทยในฐานะประเทศผู้ครอบครองทรัพยากรพันธุกรรมหลายชนิด เพราะจะสามารถทำให้แหล่งที่อยู่อาศัยของชนิดพันธุ์ลักษณะต่างๆ สามารถดำรงอยู่ต่อไป แม้ว่าจะทำให้ต้องมีภาระในการสำรวจและประเมินศักยภาพของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการได้รับการคุ้มครองแหล่งที่อยู่อาศัยที่มีอยู่และอาจจะต้องบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมในกรณีนี้ก็ตาม

2. การคุ้มครองชนิดพันธุ์¹⁷ (species protection)

ในกรณีของการคุ้มครองชนิดพันธุ์ก็เป็นประการเดียวกันกับการคุ้มครองแหล่งที่อยู่อาศัย คืออนุสัญญาฯ กำหนดเพียงแนวทางในการดำเนินการแก่รัฐภาคีแต่ละประเทศให้นำไปปฏิบัติด้วยตนเอง โดยแยกเป็นในกรณีของพันธุ์พื้นเมือง (endemic species) อนุสัญญาฯ คุ้มครองชนิดพันธุ์ที่มีอยู่เดิมมิให้ต้องถูกคุกคามลงต่อไปอีก รวมถึงฟื้นฟูชนิดพันธุ์ที่กำลังถูกคุกคามและ/หรือถูกคุกคามไปแล้วให้กลับคืนสู่สภาพเดิมให้ได้มากที่สุด และในกรณีของชนิดพันธุ์ต่างประเทศ (exotic species) นั้น อนุสัญญาฯ เสนอแนะให้รัฐภาคีหามาตรการป้องกันชนิดพันธุ์ระหว่างระบบนิเวศและแหล่งที่อยู่อาศัยของตนมิให้ต้องถูกคุกคามจากชนิดพันธุ์ต่างประเทศอื่นเนื่องมาจากมาตรการนำเข้าซึ่งชนิดพันธุ์นั้นๆ

3. มาตรการอื่นในการอนุรักษ์ในสภาพแหล่งที่อยู่อาศัยตามสภาพธรรมชาติ

นอกเหนือจากการคุ้มครองแหล่งที่อยู่อาศัยและชนิดพันธุ์ตามที่ได้กำหนดไว้ในเรื่องการอนุรักษ์ในแหล่งที่อยู่อาศัยตามสภาพธรรมชาติแล้ว อนุสัญญาฯ ยังได้เสนอแนะมาตรการเสริมอื่นๆ เพื่อให้การอนุรักษ์เป็นไปอย่างสัมฤทธิ์ผลมากยิ่งขึ้น¹⁸ อันประกอบด้วย

1. การให้ความสำคัญแก่ภูมิปัญญาชาวบ้านในฐานะที่เป็นส่วนสำคัญในการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมด้วยวิธีการดั้งเดิม โดยสิ่งสำคัญคือ นอกจากจะเผยแพร่ความรู้ในภูมิปัญญาชาวบ้านในเรื่องทรัพยากรพันธุกรรมที่มีอยู่เดิมแล้ว ยังจะต้องแบ่งปันผลประโยชน์จาก

¹⁶ เฟิงอ๋าง, น.110.

¹⁷ เฟิงอ๋าง, น.110 – 111.

¹⁸ เฟิงอ๋าง, น.110 – 111.

การใช้ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นให้แก่ชุมชนท้องถิ่นที่ทรงความรู้ดังกล่าวอีกด้วยถ้าปรากฏว่าการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นได้อาศัยภูมิปัญญาเช่นนั้น¹⁹

2. กิจกรรมที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมนั้น อนุสัญญาฯ กำหนดให้รัฐภาคีดำเนินการควบคุมกิจกรรมดังกล่าว ซึ่งในกรณีนี้สามารถกระทำได้โดยใช้กระบวนการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (environmental impact assessment) ควบคู่กันไป ซึ่งในเรื่องนี้น่าจะเป็นผลดีต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐภาคีที่มีความสามารถและศักยภาพมากเพียงพอ เพราะนอกจากจะเป็นประโยชน์สำหรับการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมแล้ว ยังมีส่วนช่วยในการกำหนดแนวทางในการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมให้เกิดประโยชน์อย่างยั่งยืนอีกด้วย²⁰

3. อนุสัญญาฯ ยังได้เสนอแนะให้มีการร่วมมือกันระหว่างรัฐภาคีเพื่อให้การอนุรักษ์พันธุกรรมในทุกกรณีเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ได้ตั้งไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของประเทศกำลังพัฒนาที่ยังต้องการความช่วยเหลือในรูปแบบต่าง ทั้งการเงิน การค้นคว้าวิจัย การฝึกอบรม เครื่องมือเครื่องใช้ ตลอดจนห้องปฏิบัติการทางวิทยาศาสตร์ แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีที่รัฐภาคีไม่สามารถหารัฐภาคีอื่นที่จะเป็นผู้ให้ความช่วยเหลือได้ รัฐภาคีนั้นอาจจะร้องขอความช่วยเหลือจากองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญาฯ ก็ได้²¹

พันธกรณีในการอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพในแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาตินั้น ถือว่าเป็นประเด็นหลักในการอนุรักษ์ตามอนุสัญญาฯ ซึ่งได้กำหนดให้มีการจัดตั้งระบบพื้นที่คุ้มครอง (protected areas) ซึ่งต้องดำเนินการด้วยมาตรการพิเศษ ควบคุมดูแล (ของเอกชน) หรือจัดการ (ของรัฐ) ทรัพยากรชีวภาพที่มีความสำคัญในการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่การอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน²² การอนุรักษ์ระบบนิเวศ ชนิดพันธุ์ป่าและความหลากหลายทางพันธุกรรม ทั้งยังครอบคลุมถึงสายพันธุ์ต่างๆ ที่มนุษย์สร้างขึ้นทั้งพืชและสัตว์ที่อยู่ตามธรรมชาติ ซึ่งอาจจะดำเนินการได้ทั้งในและนอกพื้นที่อนุรักษ์ธรรมชาติ

¹⁹ รุ่งฤดี อารยะสันติภาพ, "พันธกรณีของรัฐภาคีตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 : ศึกษากรณีของการเข้าเป็นภาคีของประเทศไทย". (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 52.

²⁰ เพิ่งอ้าง, น. 53.

²¹ เพิ่งอ้าง, น. 53.

²² ในการนี้หมายความว่า แหล่งปริมาณสำรองของสัตว์น้ำ ป่าธรรมชาติดั้งเดิม ดิน ฯลฯ ต้องได้รับการดูแลเพื่อเป็นหลักประกันแก่การอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ

(2) การอนุรักษ์นอกถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ(ex-situ conservation)

การอนุรักษ์นอกแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ²³ หมายถึงการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพในสถานที่อื่นที่มีใช้กระทำลงไปแปลงเพาะเลี้ยง หรือในสภาพที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติเดิม ซึ่งการอนุรักษ์ดังกล่าวก่อให้เกิดการวิจัยในเรื่องส่วนประกอบของความหลากหลายทางชีวภาพทั้งในระดับชาติและระหว่างประเทศ และเป็นการเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจให้ออกไปสู่สาธารณะมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งชนิดพันธุ์ที่แปลกซึ่งไม่เคยพบเห็นมาก่อน²⁴

การอนุรักษ์นอกถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติในส่วนประกอบของความหลากหลายทางชีวภาพสามารถทำได้หลายวิธีด้วยกัน²⁵ เช่น

1. ในรูปของธนาคารยีน เช่น ธนาคารเมล็ด ธนาคารแปลง ธนาคารอสุจิ และธนาคารไข่ เป็นต้น
2. การเก็บเนื้อเยื่อพืชในหลอดแก้ว (in-vitro plant tissue) และการเลี้ยงสายพันธุ์จุลินทรีย์ (microbial culture collection)
3. การผสมพันธุ์เทียม (captive breeding of animals) และการขยายพันธุ์เทียมของพืช (artificial propagation of plants)
4. การเก็บรวบรวมสิ่งมีชีวิตไว้ในสถานที่ต่างๆ เช่น สวนสัตว์ พิพิธภัณฑ์สัตว์ทะเล สวนพฤกษศาสตร์ เพื่อทำการวิจัยและให้การศึกษาแก่สาธารณชน

มาตรการอนุรักษ์นอกถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาตินั้นสามารถนำมาใช้ได้กับทั้งพืชและสัตว์ ซึ่งในปัจจุบันได้มีการนำวิธีการอนุรักษ์ดังกล่าวเข้ามาใช้แล้วในภาคเกษตรกรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับพืชที่สำคัญหลายประเภทในรูปแบบของ seed bank, field bank และ in-vitro storage อย่างไรก็ดี สิ่งมีชีวิตที่อนุสัญญาฉบับนี้มุ่งให้การคุ้มครองและประสงค์ที่จะให้มีการนำมามาตรการอนุรักษ์นอกสภาพธรรมชาติมาใช้ประกอบด้วย²⁶

1. พืช หรือ สัตว์ป่า
2. สิ่งมีชีวิตขนาดเล็ก

²³ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ.1992 มาตรา 2 วรรคเก้า บัญญัติว่า “การอนุรักษ์องค์ประกอบของความหลากหลายทางชีวภาพภายนอกถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติของสิ่งมีชีวิตนั้นๆ”

²⁴ รุ่งฤดี อารยะสันติภาพ,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19 .น.54.

²⁵ ชนภัทร วินยวัฒน์,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7 ,น.63.

²⁶ เพิ่งอ้าง,น.64.

3.พืชสมุนไพร

4.พืชที่มีความสำคัญในระดับท้องถิ่นและภูมิภาค

5.พืชไม่ประดับ

มาตรการอนุรักษ์นอกสภาพธรรมชาติยังมีความประสงค์ที่จะให้ประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดส่วนประกอบของความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งหากได้ดำเนินการอนุรักษ์นอกสภาพธรรมชาติในประเทศซึ่งเป็นเจ้าของทรัพยากรชีวภาพเหล่านี้ จะทำให้การอนุรักษ์ดังกล่าวมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เพราะการอนุรักษ์จะสามารถกระทำได้ในสภาพที่ใกล้เคียงกับสภาวะแวดล้อมธรรมชาติมากที่สุด แต่ทั้งนี้ การอนุรักษ์นอกสภาพธรรมชาติในประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้น จะขึ้นอยู่กับประสิทธิภาพในสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ เช่นเครื่องมือห้องปฏิบัติการ รวมถึงไปถึงบุคลากรที่มีความรู้ ความสามารถและทรัพยากรทางการเงิน²⁷

การดำเนินการเพื่ออนุรักษ์นอกสภาพธรรมชาตินั้นมีหลายขั้นตอนด้วยกัน ประกอบด้วย

1.การแจกแจงชนิดพันธุ์ และทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งต้องการการอนุรักษ์นอกสภาพธรรมชาติ

2.การประเมินความสามารถในปัจจุบันเพื่อที่จะอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพนอกสภาพ ธรรมชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความสามารถในการเงินและบุคคลากรที่มีประสิทธิภาพ

3.การประเมินประสิทธิภาพของมาตรการการอนุรักษ์นอกสภาพธรรมชาติที่มีอยู่ เพื่อที่จะกำหนดกฎระเบียบหรือจัดการเก็บรวบรวมทรัพยากรชีวภาพจากแหล่งที่อยู่ตามสภาพธรรมชาตินั้น

4.การจำแนกแจกแจงพื้นที่ที่สามารถร่วมมือกับประเทศต่างๆ ในการอนุรักษ์นอกสภาพธรรมชาติได้

การดำเนินการอนุรักษ์นอกแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาตินั้น จะต้องดำเนินไปในลักษณะที่สอดคล้องและเป็นมาตรการเสริมการอนุรักษ์ในแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ กล่าวคือ รัฐบาลจะต้องพิจารณาให้มีความสำคัญกับการอนุรักษ์ในแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติเสียก่อน จึงนำมาตรการการอนุรักษ์นอกแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติเข้ามาใช้เป็นมาตรการเสริม ฉะนั้น หากมีข้อตกลงในการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพใดกำหนดการอนุรักษ์นอกแหล่งที่อยู่

²⁷ เฟิงอ๋าง, น.64-65.

อาศัยตามธรรมชาติไว้เป็นประเด็นหลัก ข้อตกลงดังกล่าวถือว่าไม่เป็นไปตามกลไกของอนุสัญญาฉบับนั้น²⁸

2.2 กฎเกณฑ์การเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ

(1) หลักสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพ

อนุสัญญาบัญญัติเรื่องสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติไว้ในมาตรา 15 วรรค 1 ดังนี้

“โดยตระหนักถึงสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตน อำนาจในการพิจารณากำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมขึ้นอยู่กับรัฐบาลแห่งชาติและอยู่ภายใต้กฎระเบียบของชาตินั้นๆ”

สำหรับในเรื่องนี้ อาจกล่าวได้ว่า คำว่า “สิทธิอธิปไตย” (sovereign right) ในอนุสัญญานี้มีทั้งความหมายที่เป็น “สิทธิอธิปไตย” และ “อำนาจอธิปไตย” อยู่รวมกัน²⁹

นอกจากนี้ถ้อยคำตามตัวบทในมาตรา 4 ของอนุสัญญาได้บัญญัติว่า “ดินแดนที่อยู่ในข้อกำหนดของเขตอำนาจรัฐ” ซึ่งปัจจุบันตามกฎหมายระหว่างประเทศยอมรับว่าดินแดนเช่นว่านั้นมีอยู่ 2 ที่ด้วยกัน³⁰ คือ

1. ดินแดนที่อยู่ภายในเขตอำนาจรัฐอย่างสมบูรณ์ ทั้งที่โดยอำนาจยึดหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน (territorial sovereignty) โดยรัฐสามารถดำเนินกิจกรรมทุกประเภทในดินแดนของตนได้

2. ดินแดนที่อยู่ภายใต้เขตเศรษฐกิจจำเพาะ โดยยึดหลักสิทธิอธิปไตย (sovereign right) ที่เป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมและแสวงหาผลประโยชน์ทรัพยากรธรรมชาติในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ

ดังนั้นเพื่อให้ครอบคลุมทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ อนุสัญญาฯ จึงใช้คำว่า “สิทธิอธิปไตย” เพื่อให้มีความหมายกว้างกว่า

สำหรับหลักอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ (Permanent Sovereignty Over Natural Resources) ซึ่งพัฒนามาจากหลักการกำหนดตนเอง (Self-

²⁸ รุ่งฤดี อารยะสันติภาพ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20.น.55.

²⁹ ชนภัทร วินยวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น.26.

³⁰ เพิ่งอ้าง, น.11.

determination)³¹ ได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 15 วรรคแรกความว่า “โดยตระหนักถึงสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตน อำนาจในการพิจารณากำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมขึ้นอยู่กับรัฐบาลแห่งชาติ และอยู่ภายใต้กฎระเบียบของชาตินั้นๆ” ถือได้ว่าเป็นการรับรองยืนยันหลักอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติในดินแดนของประเทศผู้ให้เข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ โดยรัฐผู้ให้เข้าถึงทรัพยากรชีวภาพสามารถกำหนดกฎระเบียบและเงื่อนไขในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ แต่ทั้งนี้ต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ กล่าวคือ ต้องเป็นข้อตกลงที่เอื้ออำนวยต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมแก่ประเทศคู่ภาคีอื่นในประเทศผู้ให้เข้าถึงทรัพยากรชีวภาพนั้นๆ ข้อตกลงที่ว่านี้จะรวมถึงในเรื่องความต้องการหรือข้อแตกต่างในการกำหนดมาตรฐานของการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งจะนำมาใช้กับคู่ภาคีที่มาจากประเทศที่มีระดับต่างกัน หมายความว่าต้องมีหลักเกณฑ์ที่เท่าเทียมกันกับทุกรัฐที่ต้องการเข้าถึง ไม่มีการเลือกปฏิบัติ

นอกจากนี้ยังได้กำหนดให้รัฐผู้ประสงค์เข้าถึงต้องแจ้งก่อนเข้าและต้องขออนุญาตเข้าถึงโดยเป็นการขออนุญาตใช้ทรัพยากรนั้นอย่างเหมาะสมกับสภาพสิ่งแวดล้อมด้วยและต้องได้รับความยินยอมจากรัฐผู้ให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่ท้าวล่วงหน้า เพื่อป้องกันความเสียหายของรัฐที่เป็นเจ้าของทรัพยากร อันเกิดจากการเข้าไปสำรวจทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศอื่น ในการให้ความยินยอมของรัฐผู้ให้นี้ สามารถกระทำได้โดยการเจรจาตามข้อตกลง ตรงนี้เองก่อให้เกิดสิทธิแก่ประเทศภาคีในฐานะที่เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีอำนาจในการเจรจาต่อรองกับคู่ภาคีได้ โดยสามารถบังคับให้คู่ภาคีเปิดเผยหรือให้ความกระจ่างชัดถึงวิธีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ทั้งนี้การให้ความยินยอมล่วงหน้าจะต้องขึ้นอยู่กับข้อมูลของประเทศคู่ภาคีที่จะต้องเปิดเผยให้ประเทศผู้ให้ทรัพยากรเชื่อมั่นและทราบในกระบวนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของตน³²

อย่างไรก็ดีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติในดินแดนของประเทศผู้ให้เข้าถึงทรัพยากรไม่ได้เป็นสิทธิเด็ดขาด กล่าวคือรัฐเจ้าของดินแดนสามารถออกกฎหมายมาคุ้มครองผลประโยชน์ของตนได้ แต่กฎเกณฑ์ข้อตกลงดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการปิดกั้นภาคีอื่นด้วยเช่นกัน

³¹ ดูหัวข้อ 2.3(1)

³² สุทธิศักดิ์ ดือระ, “การแบ่งปันผลประโยชน์ตามอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ: วิเคราะห์แนวปฏิบัติของประเทศไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น.33-34.

(2) การใช้อำนาจแก้ไขแก้ไข

มาตรา 15 วรรค 2 ของอนุสัญญาฯ บัญญัติว่า “แต่ละภาคีจักต้องพยายามสร้างเงื่อนไขเพื่อให้อำนาจแก้ไขแก้ไขในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อการใช้ประโยชน์อย่างเหมาะสมต่อสิ่งแวดล้อม และไม่ใช้ข้อกำหนดที่ขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ”

ตามมาตรา 15 วรรค 2 มีพันธกรณีที่สำคัญ 2 ประการคือ

ประการแรก เป็นการกำหนดให้รัฐภาคีสร้างเงื่อนไขที่ให้อำนาจให้ภาคีอื่นๆ เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ โดยการขออนุญาตเข้าถึงนั้นต้องเป็นไปเพื่อการขออนุญาตใช้ประโยชน์ทรัพยากรนั้นอย่างเหมาะสมต่อสิ่งแวดล้อมด้วย

ประการที่สอง การใช้สิทธิอธิปไตยของรัฐในการกำหนดข้อจำกัดในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้น ต้องไม่เป็นการขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ ซึ่งจะรวมถึงข้อตกลงในเรื่องความต้องการหรือข้อแตกต่างในการกำหนดมาตรฐานของการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งจะนำมาใช้กับภาคีที่มาจากประเทศที่มีระดับต่างกัน

รัฐภาคีจึงมีหน้าที่ที่จะต้องพยายามสร้างเงื่อนไขที่ให้อำนาจให้ภาคีอื่นๆ ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม และจะต้องไม่ใช่ข้อกำหนดที่ขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ คือจะต้องไม่มีข้อกำหนดที่ขัดขวางการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ก่อให้เกิดการใช้ประโยชน์องค์ประกอบความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน นอกจากนี้ยังต้องไม่ใช่ข้อจำกัดที่ขัดขวางการแบ่งปันผลประโยชน์ในทรัพยากรพันธุกรรมอย่างเท่าเทียมและยุติธรรมต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

อย่างไรก็ตามเนื่องจากอนุสัญญาฯ ใช้คำว่า “จักต้องพยายาม (shall endeavor)” ซึ่งแสดงให้เห็นว่าพันธกรณีของประเทศภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 2 นี้ ไม่ใช่การบังคับแต่อย่างใด หากแต่เป็นการแนะนำว่าควรดำเนินการ ซึ่งรัฐมีสิทธิที่จะไม่ดำเนินการก็ได้ ดังนั้นการใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจึงเป็นการใช้สิทธิอย่างมีเงื่อนไข ประกอบกับในมาตรา 15 วรรค 1 กำหนดให้อำนาจในการพิจารณากำหนดการเข้าถึงทรัพยากรขึ้นอยู่กับรัฐบาลแห่งชาติและอยู่ภายใต้การระเบียบของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ดังนั้นจึงแสดงให้เห็นว่าแม้ประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจะมีสิทธิเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 2 ก็ตาม แต่การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้นก็ต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม³³ นอกจากนี้ยังต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขตามมาตรา 15 วรรค 5 ที่กำหนด

³³ เพิ่งอ้าง, น.36-37.

ว่า “ในกรณีที่ได้รับอนุญาต การเข้าถึงจักต้องอยู่ภายใต้การตกลงร่วมกัน” ดังนั้นการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้นก็ต้องได้รับอนุญาตจากประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก่อน

นอกจากสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขข้างต้นแล้วยังต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตลักษณะของทรัพยากรพันธุกรรมและการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ตามอนุสัญญาด้วย³⁴

ประการแรก ในมาตรา 15 วรรค 2 กำหนดให้การเข้าถึงจะต้องเป็นการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในลักษณะที่เป็นไปโดยเหมาะสมต่อสิ่งแวดล้อมเท่านั้น ดังนั้นหากมีการเข้าถึงทรัพยากรใดที่เป็นการทำลายสิ่งแวดล้อม ประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมก็จะไม่ได้รับการอนุญาตตามมาตรานี้

ประการที่สอง พิจารณาเรื่องความหมายของทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญา กำหนดว่า ทรัพยากรพันธุกรรมหมายถึง สารพันธุกรรมที่มีคุณค่าตามความเป็นจริงและศักยภาพแล้ว จะเห็นได้ว่าอนุสัญญาใช้ลักษณะของทรัพยากรพันธุกรรมเป็นตัวตั้ง ฉะนั้นสิ่งมีชีวิตใดที่มีสารพันธุกรรมประกอบอยู่ด้วยแล้ว ทรัพยากรพันธุกรรมนั้น ไม่ว่าจะเป็นพืช สัตว์ และจุลินทรีย์ หรือแม้กระทั่งทรัพยากรมนุษย์ย่อมเป็นทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาด้วย แม้ว่าจะเคยมีมติที่ประชุมภาคีอนุสัญญาว่าทรัพยากรพันธุกรรมมนุษย์ไม่ถือว่าเป็นทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญานับนี้ก็ตาม

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้จะต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ดังนั้นลักษณะทรัพยากรพันธุกรรมที่ประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม จะใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้จึงเป็นไปตามข้อกำหนดของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

ประการที่สาม อนุสัญญาไม่ได้กำหนดลักษณะความหมายของการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเอาไว้ แต่เนื่องจากอำนาจในการพิจารณากำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญา มาตรา 15 วรรค 1 เป็นของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ดังนั้นความหมายของการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจึงเป็นไปตามข้อกำหนดของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

ประการที่ดี รัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมอาจไม่อนุญาตให้มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในพื้นที่หวงห้ามหรืออนุรักษ์ของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนั้น เนื่องจากพื้นที่

³⁴ เพิ่งอ้าง.น.37.

หวงห้าม แม้แต่คนชาติของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมเองก็ยังไม่มียสิทธิ ดังนั้นประเทศภาคีย่อมไม่มีสิทธิจะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในพื้นที่ดังกล่าวด้วย

จากที่กล่าวมาข้างต้นแสดงให้เห็นว่าการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนอกจากจะต้องได้ปฏิบัติตามกฎระเบียบของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมแล้วยังต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตลักษณะของทรัพยากรพันธุกรรมและการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาด้วย

(3) การทำความตกลงร่วมกัน

ทรัพยากรพันธุกรรมอยู่ภายใต้หลักสิทธิอธิปไตยของรัฐ การสำรวจหรือเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจึงต้องได้รับอนุญาตจากประเทศที่เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนั้น กล่าวคือ ต้องมีข้อตกลงร่วมกันระหว่างประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมและผู้ขอเข้าถึง³⁵ หากประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมไม่อนุญาตให้เข้าถึง ประเทศอื่นย่อมไม่มีสิทธิเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้นได้ ดังนั้นหลักการตกลงร่วมกันจึงช่วยยืนยันหลักสิทธิอธิปไตยของรัฐที่มีอยู่เหนือทรัพยากรพันธุกรรมในดินแดนของตน แต่ทั้งนี้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมย่อมไม่อาจไม่อนุญาตให้เข้าถึงโดยปราศเหตุผลสมควร เนื่องจากอนุสัญญา³⁶ กำหนดให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีหน้าที่สร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยต่อภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจากบทบัญญัติในมาตรา 15 วรรค 4 ของอนุสัญญาดังกล่าวมีประเด็นที่ต้องพิจารณาดังนี้

ประเด็นแรก ภาคีที่ประสงค์จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศใดจะต้องได้รับอนุญาตจากประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมเสียก่อน หากไม่ได้รับอนุญาตให้ให้มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมแล้ว ภาคีอื่นย่อมไม่มีสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม อย่างไรก็ตามการไม่อนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้อาจก่อให้เกิดข้อโต้แย้งได้เนื่องจากเป็นการขัดสิทธิของประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 2 ที่กำหนดพันธกรณีของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในการสร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยแก่ภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

ซึ่งในประเด็นนี้จะเห็นได้ว่า มาตรา 15 วรรค 2 เพียงแต่กำหนดให้ประเทศภาคีพยายามสร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยแก่ภาคีอื่น ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเท่านั้น ดังนั้นหากประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมกำหนดเงื่อนไขในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

³⁵ CBD, Article 15.4 “Access, where granted, shall be on mutually agreed terms and subject to the provisions of this Article.”

³⁶ CBD, Article 15.2

ของภาคีอื่นแล้ว ย่อมถือว่าได้ปฏิบัติตามพันธกรณีตามมาตรา 15 วรรค 2 แล้ว ส่วนการใช้สิทธิตามมาตรา 15 วรรค 4 ของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้ เป็นการใช้สิทธิอธิปไตยตามอนุสัญญารับรองไว้ ดังนั้นประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีสิทธิที่จะอนุญาตหรือไม่ก็ได้ หากไม่อนุญาตประเทศผู้เข้าถึงก็ไม่สามารถเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้³⁷

ประเด็นที่สอง อนุสัญญาตามมาตรา 15 วรรค 4 กำหนดให้การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจะต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดของมาตรา 15 ซึ่งแสดงให้เห็นถึงสิทธิอธิปไตยของประเทศเจ้าของทรัพยากรตามที่อนุสัญญากำหนดรับรองไว้ ดังนั้นแม้รัฐภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจะได้รับอนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ก็ตาม แต่สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้ ก็จะต้องเป็นไปตามข้อตกลงร่วมกันกับประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมด้วย

(4) การให้ความเห็นชอบที่ได้แจ้งล่วงหน้า

การให้ความเห็นชอบที่ได้แจ้งล่วงหน้าถือเป็นมาตรการหลักในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม โดยก่อนจะมีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ผู้ขอเข้าถึงต้องแจ้งให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมทราบล่วงหน้าก่อน³⁸

จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงสิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในการให้ความเห็นชอบซึ่งได้รับแจ้งล่วงหน้า โดยสร้างเงื่อนไขในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้น หรือที่เรียกว่า prior informed consent – PIC ซึ่งมุ่งคุ้มครองประเทศภาคีไม่ให้มีการนำเข้าวัตถุดิบอันตราย อันจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสภาพแวดล้อมในประเทศภาคี³⁹ การใช้สิทธิในการให้ความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าตามมาตรา 15 วรรค 4 นี้จึงเกิดขึ้นภายหลังสิทธิการอนุญาตให้มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 5 หลักการดังกล่าวเกิดขึ้นเพื่อป้องกันความเสียหายแก่รัฐที่เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม อันเกิดจากการเข้าไปสำรวจทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศอื่น โดยการเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้ามีลักษณะที่สำคัญ 3 ประการด้วยกันคือ⁴⁰

- 1) การให้ความเห็นชอบของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม
- 2) การให้ความเห็นชอบของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้ขึ้นอยู่กับการให้ข้อมูลของประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

³⁷ สุทธิศักดิ์ ดือระ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 32, น.39-40.

³⁸ CBD, Article 15.5

³⁹ ชนภัทร วินยวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 7, น.76.

⁴⁰ ชนภัทร วินยวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 15, น.28-29.

3) การให้ความเห็นชอบนี้จะต้องให้ก่อนที่จะมีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งแสดงให้เห็นได้ว่าความตกลงร่วมกันสองฝ่ายตามมาตรา 15 วรรค 4 นั้นจะมาก่อนการได้รับความเห็นชอบตามมาตรา 5 แต่การตกลงร่วมกันตามมาตรา 4 จะบรรลุผลได้ก็โดยเงื่อนไขการได้รับความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าตามมาตรา 5 นี้

การกำหนดในการขอความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 5 นี้ควรจะมีการกำหนดให้ครอบคลุมในเรื่องต่อไปนี้คือ⁴¹

1) ข้อมูลที่ต้องการเพื่อใช้ในการพิจารณาตัดสินใจให้ความเห็นชอบ รวมถึงข้อมูลการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ข้อจำกัดในการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม

2) การกำหนดให้ส่งหลักฐานตามที่ต้องการ

3) การมีข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมในอนาคต เช่น การกำหนดให้มีรายงานการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นอย่างต่อเนื่อง

อย่างไรก็ตามเนื่องจากอนุสัญญาฯ กำหนดวิธีการใช้สิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมไว้ในตอนท้ายของมาตรา 15 วรรค 5 ว่า “...นอกเสียจากในกรณีที่ภาคนั้นพิจารณาเป็นอย่างอื่น”

การกำหนดเช่นนี้แสดงให้เห็นว่าหากประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมไม่ประสงค์ที่จะใช้หรือละสิทธินี้ก็สมารถที่จะทำได้ ซึ่งหากมีการละสิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมแล้วก็จะทำให้ประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้รับการอนุญาตให้มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมสามารถใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้ได้โดยไม่มีเงื่อนไขคือไม่ต้องแจ้งล่วงหน้าแก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้อีกต่อไป นอกจากนี้การพิจารณาเป็นประการอื่น ตามมาตรา 15 วรรค 5 ตอนท้ายนี้ก็สามารถทำได้โดยกำหนดไว้ในข้อตกลงร่วมกันในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 4 ข้างต้นด้วย⁴²

2.3 กฎเกณฑ์การแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากทรัพยากรชีวภาพ

(1) เงื่อนไขการแบ่งปันผลประโยชน์

อนุสัญญาฯ กำหนดการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม โดยมีหลักเกณฑ์สำคัญที่ทำให้เกิดหน้าที่ต้องแบ่งปันผลประโยชน์คือ เมื่อมีการใช้ประโยชน์ในเชิง

⁴¹ สุทธิศักดิ์ ดือระ, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 32, น.42.

⁴² เพิ่งอ่าง, น.42.

พาณิชย์(Commercialization) จากทรัพยากรพันธุกรรม โดยกำหนดสิทธิอธิปไตยของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์จากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไว้ในมาตรา 15 วรรค 6 และวรรค 7 ดังนี้

มาตรา 15 วรรค 6 กำหนดว่า “แต่ละภาคีจักต้องพยายามที่จะจัดทำและดำเนินการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งใช้ทรัพยากรพันธุกรรมที่ภาคีอื่นๆ จัดหาให้ โดยการมีส่วนร่วมอย่างเต็มที่หากเป็นไปได้ให้ดำเนินการวิจัยในภาคีนั้นๆ”

มาตรา 15 วรรค 7 กำหนดว่า “ประเทศภาคีแต่ละประเทศจักต้องดำเนินมาตรการทางกฎหมาย ทางการบริหารหรือนโยบายที่เหมาะสม และสอดคล้องกับมาตรา 16 และ 19 และในกรณีจำเป็นจะต้องดำเนินการโดยผ่านกลไกทางการเงินซึ่งกำหนดขึ้นตามมาตรา 20 และ 21 โดยมีเจตนารมณ์เพื่อแบ่งปันผลประโยชน์จากการวิจัยและการพัฒนาที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และผลประโยชน์ได้รับจากการใช้ประโยชน์ทางพาณิชย์และทางอื่นในทรัพยากรพันธุกรรมให้แก่ประเทศภาคีที่ได้ให้ทรัพยากรพันธุกรรมนั้น การแบ่งปันดังกล่าวจักต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขข้อตกลงร่วมกัน”

(2) รูปแบบของผลประโยชน์

จากมาตรา 15 วรรค 6 และวรรค 7 ข้างต้นนี้ แสดงให้เห็นได้ว่าประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีสิทธิที่จะได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจากประเทศภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมใน 5 รูปแบบ ⁴³ด้วยกัน คือ

(ก) การได้รับการจัดให้มีส่วนร่วมอย่างเต็มที่ในการดำเนินการและวิจัยวิทยาศาสตร์ที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจัดหาให้และหากเป็นไปได้ก็มีสิทธิที่จะกำหนดให้มีการดำเนินการวิจัยในภาคีนั้น

มาตรา 16 วรรค 6 กำหนดให้ประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจักต้องพยายามอย่างที่สุดในการจัดให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีส่วนร่วมในการดำเนินการวิจัยวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมที่จัดหาให้ อนุสัญญาฯ ไม่ได้ให้ความหมายหรือจำกัดขอบเขตของการให้ความร่วมมือเอาไว้ ดังนั้นจึงหมายถึงการให้ความร่วมมือในการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ ทุกขั้นตอนของการวิจัยวิทยาศาสตร์ และทุกจุดประสงค์ของการวิจัยไม่ว่าจะเป็นการ

⁴³ ขวลิต สุยตระกูล, “การอนุวัติการอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ : การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), น.66.

วิจัยเพื่อการศึกษา การพาณิชย์ และจุดประสงค์อื่นๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับการจัดหาทรัพยากร พันธุกรรมให้แก่ประเทศที่เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม⁴⁴

(ข) การได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นยุติธรรมและเท่าเทียม ซึ่งผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ทางการค้าและทางอื่นๆ

สิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์นี้ กำหนดไว้ในมาตรา 15 วรรค 7 ดังนี้ “แต่ละภาคีจะต้องดำเนินมาตรการทางกฎหมาย ทางการบริหารหรือนโยบายที่เหมาะสม..ด้วยเจตนารมณ์เพื่อแบ่งปันในวิถีทางที่ยุติธรรมและเท่าเทียมซึ่งผลของการวิจัยและพัฒนา และซึ่งผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรม ทางการพาณิชย์และอื่นๆกับภาคีที่ได้ให้ทรัพยากรนั้น การแบ่งปันนั้นๆจักต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ได้รับการตกลงร่วมกัน”

จากบทบัญญัตินี้เป็นการกำหนดพันธกรณีของประเทศภาคีให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมทางการพาณิชย์และอื่นๆของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ให้เป็นไปอย่างยุติธรรมและเท่าเทียมกัน ทั้งนี้หากประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไม่ปฏิบัติตามมาตรานี้ โดยอ้างสิทธิการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 2 นั้น ประเทศผู้เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมสามารถอ้างสิทธิอธิปไตยในการกำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ ประกอบกับมาตรา 15 วรรค 7 ตอนท้ายกำหนดให้ “การแบ่งปันนั้นๆจักต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการตกลงร่วมกัน” ดังนั้นประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมสามารถใช้ข้อตกลงร่วมกันในการกำหนดให้ประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมดำเนินมาตรการทางกฎหมาย ทางการบริหารและนโยบายในการแบ่งปันซึ่งผลประโยชน์จากการใช้ประโยชน์ในทางการพาณิชย์หรืออื่นๆให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก่อนที่มีการอนุญาตให้มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของภาคีนั้นๆได้⁴⁵

(ค) การได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพ

สิทธิในการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพนี้กำหนดไว้ในมาตรา 15 วรรค 7 ประกอบกับมาตรา 16 วรรค 3 โดยมาตรา 16 วรรค 3 กำหนดว่า “แต่ละภาคีจักต้องดำเนินมาตรการทางกฎหมายด้านการบริการหรือนโยบายเท่าที่เหมาะสม ด้วยความมุ่งหมายว่าภาคี โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาที่จัดทำให้ทรัพยากรพันธุกรรมจะได้รับการจัดให้เข้าถึงและรับการ

⁴⁴ สุทธิศักดิ์ ดือระ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 32 ,น.43-44.

⁴⁵ สุทธิศักดิ์ ดือระ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 32,น.46.

ถ่ายทอดเทคโนโลยีซึ่งใช้ประโยชน์ทรัพยากรเหล่านั้น ภายใต้เงื่อนไขที่ได้รับการตกลงร่วมกันทั้งนี้ หมายความว่ารวมถึงเทคโนโลยีซึ่งถูกคุ้มครองโดยสิทธิบัตรและสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ”

จากบทบัญญัติข้างต้นเป็นการกำหนดพันธกรณีของประเทศภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากร พันธุกรรมในการที่จะต้องดำเนินมาตรการทางกฎหมาย ทางการบริหารและนโยบาย เพื่อที่จะให้มีการแบ่งปันผลการวิจัยและการพัฒนาที่ได้จากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมแก่ภาคีเจ้าของ ทรัพยากรพันธุกรรมอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกันโดยสอดคล้องกับมาตรา 16 วรรค 3 ซึ่งได้แก่ การดำเนินการตามกฎหมายด้านการบริหารหรือนโยบายในการจัดการให้ประเทศเจ้าของ ทรัพยากรพันธุกรรมได้เข้าถึงและรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีซึ่งใช้ประโยชน์ทรัพยากรเหล่านั้น⁴⁶

(ง) การได้รับการจัดให้มีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพในขบวนการวิจัยของประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

สิทธิอธิปไตยของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรานี้ได้รับการกำหนด รับรองไว้ในมาตรา 15 วรรค 7 ประกอบกับ มาตรา 19 วรรค 1 โดยมาตรา 19 วรรค 1 บัญญัติว่า

“แต่ละภาคีจักต้องดำเนินการมาตรการทางกฎหมาย การบริหารหรือนโยบายเท่าที่ เหมาะสมในอันที่จะทำให้ภาคีเข้ามีส่วนร่วมอย่างประสิทธิผลในกิจกรรมการวิจัยทาง เทคโนโลยีชีวภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งได้รับจัดหาทรัพยากรพันธุกรรม สำหรับการวิจัยนั้นและหากเป็นไปได้ให้ทำการวิจัยในภาคนั้นๆ”

มาตรา 15 วรรค 7 เป็นการกำหนดถึงพันธกรณีหรือหน้าที่ของประเทศผู้เข้าถึง ทรัพยากรพันธุกรรมในการที่จะต้องดำเนินมาตรการทางกฎหมาย ทางการบริหาร และนโยบาย เพื่อที่จะให้มีการแบ่งปันซึ่งผลจากการวิจัยและการพัฒนาที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่ได้จากการใช้ ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมแก่ภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมโดยสอดคล้องกับมาตรา 19 วรรค 1 อันได้แก่การดำเนินการตามกฎหมายด้านการบริหารหรือนโยบายในการจัดให้ประเทศ เจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมเข้ามีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพในกิจกรรมวิจัยทางเทคโนโลยีชีวภาพ ในกรณีนี้จะแตกต่างกับมาตรา 15 วรรค 6 ตรงที่ว่า มาตรา 19 วรรค 1 จะกล่าวถึงเรื่องการวิจัยใน เรื่องเทคโนโลยีชีวภาพซึ่งมีความหมายที่แคบกว่า

(จ) การได้รับการจัดให้เป็นประเทศภาคีที่สามารถเข้าถึงในลำดับแรกซึ่งผลลัพธ์ และผลประโยชน์จากเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม

มาตรา 19 วรรค 2 บัญญัติว่า “แต่ละภาคีจักต้องดำเนินการที่เป็นไปได้ในทาง ปฏิบัติทั้งปวง เพื่อส่งเสริมและกระตุ้นให้ภาคีโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนาได้เข้าถึง

⁴⁶ เพิ่งอ้าง, น.50.

ตามลำดับก่อนหลังซึ่งผลลัพธ์และผลประโยชน์ที่ได้จากเทคโนโลยีชีวภาพซึ่งใช้ทรัพยากรพันธุกรรมที่ประเทศเหล่านี้จัดหามาให้ ทั้งนี้บนพื้นฐานแห่งความยุติธรรมและความเสมอภาค การเข้าถึงนั้นๆ จำต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขข้อตกลงร่วมกัน”

จากบทบัญญัติข้างต้นแสดงให้เห็นว่ามาตรา 15 วรรค 7 นี้เป็นการกำหนดถึงพันธกรณีหรือหน้าที่ของประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในการที่จะต้องดำเนินมาตรการทางกฎหมาย การบริหาร และนโยบาย เพื่อที่จะให้มีการแบ่งปันซึ่งผลจากการวิจัยและการพัฒนาที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่ได้จากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมแก่ภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม โดยสอดคล้องกับมาตรา 19 วรรค 2 ซึ่งได้แก่การดำเนินมาตรการที่เป็นไปในทางปฏิบัติทั้งปวง เพื่อส่งเสริมและกระตุ้นให้ภาคีโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนาได้เข้าถึงตามลำดับก่อนหลังซึ่งผลลัพธ์และผลประโยชน์ที่ได้จากเทคโนโลยีชีวภาพซึ่งใช้ทรัพยากรพันธุกรรมให้แก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

พิจารณามาตรา 19 วรรค 2 แล้วจะเห็นได้ว่าอนุสัญญาไม่ได้กำหนดขอบเขตของผลลัพธ์และผลประโยชน์จากเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมเอาไว้ ดังนั้นประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะต้องกำหนดขอบเขตขึ้นเอง ซึ่งในการกำหนดนี้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะต้องกำหนดอย่างกว้าง โดยกำหนดให้หมายถึงผลทุกอย่างไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ส่วนผลประโยชน์จากเทคโนโลยีชีวภาพนั้นหมายถึงผลประโยชน์ทุกชนิดที่เกิดจากการนำเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมในทุกขั้นตอนนั้นไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าทางการศึกษาและการพาณิชย์⁴⁷ เช่น ค่าสิทธิ จนถึงการค้าถ่ายทอดเทคโนโลยีที่มีการพัฒนาขึ้นจากทรัพยากรพันธุกรรม นอกจากนี้เพื่อให้ได้รับประโยชน์อย่างเต็มที่ตามมาตรา 19 วรรค 2 ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะต้องกำหนดให้ประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจัดให้ตนเป็นประเทศแรกที่มีสิทธิในการเข้าถึงและได้รับผลประโยชน์จากเทคโนโลยีชีวภาพด้วย

⁴⁷ เพิ่งอ้าง, น.58.

3. หลักการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลงทริปส์

3.1 ความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทริปส์และความตกลงที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาอื่น

(1) ความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทริปส์และอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน

อนุสัญญากรุงเบอร์ลินถือกำเนิดขึ้นในปี ค.ศ. 1886 และได้รับการแก้ไขในปี ค.ศ. 1896 ที่กรุงปารีส, ปี ค.ศ. 1908 ที่กรุงเบอร์ลิน และเสร็จสมบูรณ์เป็นอนุสัญญากรุงเบอร์ลินในปี ค.ศ. 1914 ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน เมื่อปี พ.ศ. 2474 อนุสัญญากรุงเบอร์ลินมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ประเทศสมาชิกให้การคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ภายใต้หลักการที่เป็นหนึ่งเดียวกัน โดยให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้แก่ วรรณกรรม และศิลปกรรม รวมทั้งงานในแผนกวรรณคดี วิทยาศาสตร์ และแผนกศิลปะ ไม่ว่าจะเป็นแสดงออกมาในรูปแบบใด เช่น หนังสือ คำปาฐกถา ภาพยนต์ แผนที่ งานสถาปัตยกรรม เป็นต้น

หลักการพื้นฐานของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินมี 3 ประการได้แก่

1. หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment) คือ งานของผู้สร้างสรรค์ที่เป็นคนชาติของประเทศภาคีตามอนุสัญญานี้ หรืองานที่มีการนำออกแสดงเป็นครั้งแรกในประเทศภาคี อนุสัญญานี้ จะได้รับการคุ้มครองในประเทศภาคีอื่นๆด้วย

2. หลักการคุ้มครองโดยอัตโนมัติ (automatic protection) งานที่สร้างสรรค์ขึ้นจะได้รับการคุ้มครองโดยทันที โดยไม่ต้องจดทะเบียน

3. หลักความเป็นอิสระของการคุ้มครอง (independence of protection) การคุ้มครองตามอนุสัญญานี้ไม่กระทบต่อการคุ้มครองอื่นใดที่ประเทศแห่งถิ่นกำเนิดของงาน (country of origin) ได้ให้การคุ้มครองไว้แล้ว

ความตกลงทริปส์มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักการสำคัญของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินอยู่สองประการด้วยกัน กล่าวคือ⁴⁸

1. การรับรองหลักการทั่วไปของอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน⁴⁹

บทบัญญัติในข้อ 20 ของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินได้ให้อำนาจประเทศสมาชิกในอันที่จะเข้าร่วมในความตกลงระหว่างประเทศอื่นได้ ภายใต้เงื่อนไขว่าความตกลงระหว่างประเทศที่เข้า

⁴⁸ จักรกฤษณ์ ควรพจน์. กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า (กรุงเทพมหานคร : ห.จ.ก.พีเจเพลทโปรเซสเซอร์, 2541), น. 77.

⁴⁹ เพิ่งอ้าง, น. 77.

ร่วมนั้นต้องให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์ในระดับที่สูงกว่าอนุสัญญากรุงเบอร์น หรือต้องไม่เป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อหลักการของอนุสัญญากรุงเบอร์น⁵⁰

ความตกลงทริปส์ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง ซึ่งได้จัดทำขึ้นภายหลังถือได้ว่าเป็นความตกลงพิเศษ (special agreement) ตามนัยแห่งข้อ 20 ดังกล่าว ดังนั้นประเทศที่เป็นภาคีของอนุสัญญากรุงเบอร์นจึงสามารถเข้าร่วมในความตกลงทริปส์ได้ ไม่ถือเป็นการฝ่าฝืนต่อพันธกรณีตามอนุสัญญากรุงเบอร์น

นอกจากนี้ความตกลงทริปส์ข้อ 9(1) ได้บัญญัติว่า “สมาชิกจะปฏิบัติตามข้อ 1 ถึง 21 ของอนุสัญญากรุงเบอร์น (ค.ศ. 1971) และผนวกแนบท้าย อย่างไรก็ตามสมาชิกจะไม่มีสิทธิหรือข้อผูกพันภายใต้ความตกลงนี้ ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิที่ให้อยู่ได้ข้อ 6 ทวิ ของอนุสัญญานั้น หรือเกี่ยวกับสิทธิต่างๆที่เกิดจากอนุสัญญานั้น”⁵¹

การกำหนดเช่นนี้ แสดงให้เห็นถึงเจตนาของประเทศที่พัฒนาแล้ว ในอันที่จะกำหนดให้มีการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในระดับสูง โดยใช้หลักการคุ้มครองซึ่งได้กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเบอร์นฉบับ Paris Act 1971 เป็นเกณฑ์ ทำให้ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกที่ไม่ได้ให้การรับรองอนุสัญญากรุงเบอร์นจะต้องผูกพันโดยหลักการของอนุสัญญาดังกล่าวโดยปริยาย มีผลให้ประเทศที่พัฒนาแล้วสามารถสร้างกฎเกณฑ์การคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศเพิ่มเติมจากหลักที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเบอร์นได้โดยไม่ต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของอนุสัญญาดังกล่าว หลักการที่กำหนดไว้ในข้อ 9 (1) ของความตกลงทริปส์นี้เรียกกันทั่วไปว่า “เบอร์นผนวก” หรือ “Berne-Plus”

2.การไม่รับรองสิทธิทางศีลธรรมในอนุสัญญากรุงเบอร์น⁵²

ข้อ 9 (1) ของความตกลงทริปส์กำหนดให้รัฐภาคีขององค์การการค้าโลกปฏิบัติตามหลักการในข้อ 1 ถึง 21 ของอนุสัญญากรุงเบอร์น ฉบับ Paris Act 1971 รวมทั้งบทบัญญัติใน

⁵⁰ ข้อ 20 ของอนุสัญญากรุงเบอร์นบัญญัติว่า

“ The governments of the countries of the Union reserve the right to enter into special agreements among themselves, in so far as such agreements grant to authors more extensive rights than those granted by the Convention, or contain other provision not contrary to this Convention...”

⁵¹ TRIPs Agreement, Art.9 (1)

⁵² จักรกฤษณ์ ควรพจน์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 48, น.79.

ภาคผนวกของอนุสัญญาดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ในตอนท้ายของข้อ 9(1) ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ประการหนึ่ง ดังนี้

“..อย่างไรก็ตาม บรรดาสมาชิกจะไม่มีสิทธิหรือข้อผูกพันภายใต้ความตกลงนี้ ในส่วนที่เกี่ยวกับบรรดาสิทธิที่ให้ภายใต้ข้อ 6 ทวิ ของอนุสัญญานั้น หรือเกี่ยวกับสิทธิต่างๆที่เกิดขึ้นจากนั้น”⁵³

สิทธิทางศีลธรรมถือเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้สร้างสรรค์หรือผู้สืบทอดสิทธิของผู้สร้างสรรค์เท่านั้น สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่แตกต่างหากจากสิทธิทางเศรษฐกิจ สิทธิทางศีลธรรมได้รับการรับรองโดยข้อ 6 ทวิ ของอนุสัญญากรุงเบอร์น โดยอนุสัญญากรุงเบอร์นกำหนดให้ผู้สร้างสรรค์มีสิทธิทางศีลธรรมสองประการได้แก่

(ก) สิทธิที่จะให้มีการอ้างอิงชื่อของตนในฐานะเป็นผู้สร้างสรรค์นั้น (rights of paternity)⁵⁴

(ข) สิทธิที่จะป้องกันมิให้มีการบิดเบือนหรือกระทำการอย่างใดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียงของผู้สร้างสรรค์ (rights of respect)⁵⁵

สิทธิทั้งสองประการนั้นจะเป็นสิทธิของผู้สร้างสรรค์หรือผู้สืบทอดสิทธิของผู้สร้างสรรค์ตลอดไป ถึงแม้ว่าผู้สร้างสรรค์จะได้โอนงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนให้แก่บุคคลภายนอกไปแล้วก็ตาม การที่ความตกลงทริปส์ระบุเพียงแต่สิทธิในข้อ 6 ทวิ ของอนุสัญญากรุงเบอร์นเท่านั้น โดยมีได้กำหนดว่าสิทธิทางศีลธรรมที่รัฐภาคีไม่จำเป็นต้องให้การรับรองนั้นหมายถึงสิทธิทางศีลธรรมประเภทใด กรณีจึงน่าจะต้องตีความว่าหมายถึงสิทธิทางศีลธรรมทั้งสองประเภท นอกจากนี้การที่ความตกลงทริปส์กำหนดในข้อ 9 (1) ตอนท้ายว่า ประเทศสมาชิกไม่จำเป็นต้องรับรองสิทธิในข้อ 6 ทวิ กรณีน่าจะหมายความว่า การรับรองสิทธิทางศีลธรรมที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติข้ออื่นๆด้วย ซึ่งหมายความว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ขององค์การการค้าโลกในเรื่อง “Fair use”⁵⁶ ก็ไม่จำเป็นต้อง

⁵³ TRIPs Agreement, Art.9 (1)

⁵⁴ Berne Convention, Art.6 bis

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ “Fair use” หรือ “Fair dealing” คือกรณีที่บุคคลทั่วไปสามารถนำเอางานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการเรียนการสอนได้ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของงานเสียก่อน (Berne Convention, Art. 10(3)) แต่ทั้งนี้ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่ว่า ผู้ที่นำเอางานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้จะต้องให้ความเคารพต่อสิทธิทางศีลธรรมของผู้สร้างสรรค์ อันเป็นสิทธิทางศีลธรรมประเภท “rights of paternity”

ปฏิบัติการในข้อ 10 (3) ของอนุสัญญากรุงเบอร์น กล่าวคือ ผู้ที่นำเอางานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้ในการเรียนการสอนไม่จำเป็นต้องอ้างอิงชื่อผู้สร้างสรรค์งานนั้นแต่อย่างใด

(2) ความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทริปส์และอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม

อนุสัญญากรุงปารีส เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่กล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิบัตรที่เก่าแก่ที่สุดก่อตั้งมานานกว่า 100 ปี ซึ่งเกิดจากการที่บรรดาประเทศผู้นำทางอุตสาหกรรมที่มีระบบการคุ้มครองสิทธิบัตรภายในของตนเข้มแข็งแล้วต้องการที่จะขยายอำนาจผูกขาดตามสิทธิบัตร (monopoly) ของตนออกไปในระดับระหว่างประเทศ เนื่องจากจากระบบการคุ้มครองสิทธิบัตรนั้นมีใช้จารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้นบรรดาผู้นำประเทศที่พัฒนาแล้วจึงต้องจัดทำข้อตกลงระหว่างประเทศขึ้นมา โดยในระยะแรกก็ได้จัดทำเป็นสนธิสัญญาทวิภาคี เพื่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างกันในการยอมรับนับถือในการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแล้วก็ขยายวงกว้างออกไปจนมีสมาชิกมากขึ้น และได้จัดทำอนุสัญญากรุงปารีสเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมขึ้น บริหารงานโดยสหภาพระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (International Union for the Protection of Industrial Property) ในวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1883 ที่กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครอง เครื่องหมายการค้า (marks) สิทธิบัตร (patent) อนุสิทธิบัตร (utility model) และการออกแบบทางอุตสาหกรรม (industrial design) ฯลฯ ระหว่างประเทศในภาคี⁵⁷

อนุสัญญากรุงปารีสฯ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเป็นระยะ รวมจนถึงปัจจุบันมีการเปลี่ยนแปลงรวม 6 ครั้ง 7 ฉบับ มีดังนี้ ที่กรุงบรัสเซลส์ ค.ศ. 1900 ที่กรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1911 ที่กรุงเฮก ค.ศ. 1925 ที่กรุงลอนดอน ค.ศ. 1934 กรุงลิสบอน ค.ศ. 1958 และที่กรุงสต็อกโฮล์ม ค.ศ. 1967 และปี ค.ศ. 1979 ซึ่งการแก้ไขที่กรุงสต็อกโฮล์มนั้นเป็นการแก้ไขโดยการจำแนกคำขอเพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์ในฐานะที่เป็นพื้นฐานของการขอถือสิทธิในการยื่นคำขอรับสิทธิบัตรครั้งแรกในต่างประเทศ อีกทั้งยังเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ในการจัดการให้มีความทันสมัยมากขึ้น⁵⁸

⁵⁷ รัชพงษ์ ทองดีแท้, “การคุ้มครองสิทธิบัตรตามสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือทางด้านสิทธิบัตรขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก” (สารนิพนธ์ มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.62.

⁵⁸ สำนักงานสิทธิบัตรแห่งประเทศไทย, อนุสัญญา สนธิสัญญา และความตกลงระหว่างประเทศ, ศูนย์ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมแห่งภาคพื้นเอเชีย-แปซิฟิก, น.2, อ้างใน รัชพงษ์ ทองดีแท้, เพิ่งอ้าง, น.62.

ในปัจจุบัน อนุสัญญากรุงปารีสฯ มีรัฐเข้าร่วมเป็นภาคีทั้งหมด 168 ประเทศ โดยประเทศไทยยังไม่ได้เข้าเป็นภาคี

ส่วนประเด็นที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทริปส์และอนุสัญญากรุงปารีสฯ มี 2 ประเด็นได้แก่

1. หลักการให้สิทธิที่จะขอรับความคุ้มครองก่อน (Right of Priority)

“หลักการให้สิทธิที่จะขอรับความคุ้มครองก่อน” เป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งของอนุสัญญากรุงปารีส⁵⁹ ภายใต้หลักนี้เจ้าของทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมที่ได้ขอรับความคุ้มครองไว้ในประเทศภาคีหนึ่งแล้วสามารถที่จะมาขอความคุ้มครองในประเทศภาคีอื่นๆ ได้อีก โดยจะต้องขอรับความคุ้มครองภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยอนุสัญญากรุงปารีสฯ กำหนดให้การยื่นขอต้องกระทำภายใน 12 เดือนนับจากวันที่มีการยื่นคำขอครั้งแรกสำหรับกรณีที่เป็นการคุ้มครองสิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตร (utility model) และภายใน 6 เดือน สำหรับการขอรับความคุ้มครองในการออกแบบทางอุตสาหกรรมและเครื่องหมายการค้า⁶⁰

2. คุณสมบัติของบุคคลที่มีสิทธิขอรับความคุ้มครอง⁶¹

อีกประเด็นที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทริปส์กับอนุสัญญากรุงปารีสคือ ประเด็นเรื่อง คุณสมบัติของบุคคลที่มีสิทธิขอรับความคุ้มครอง แม้ว่าความตกลงทริปส์มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้ แต่บทบัญญัติข้อ 2 (1) รัฐภาคีของความตกลงทริปส์จะต้องปฏิบัติตามหลักการเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิขอความคุ้มครองตามที่กำหนดไว้ในข้อ 2 (2) ของอนุสัญญากรุงปารีส กล่าวคือ รัฐภาคีของความตกลงทริปส์ไม้อาจกำหนดเงื่อนไขบังคับให้ผู้ประสงค์จะขอรับความคุ้มครองเข้ามาตั้งภูมิลำเนาหรือเข้ามาประกอบกิจการในประเทศ ในกรณีที่บุคคลผู้ขอรับสิทธินั้นเป็นคนชาติของรัฐภาคีความตกลงทริปส์⁶² ตัวอย่างเช่น กฎหมายไทยจะกำหนดเงื่อนไขว่า ผู้มีสิทธิขอรับสิทธิบัตรหรือมีสิทธิจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ต้องเป็นผู้มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรหรือเป็นผู้ที่ประกอบกิจการอยู่ในประเทศไทยไม่ได้

นอกจากนี้ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ขอรับความคุ้มครองที่กำหนดไว้ในข้อ 3 ของอนุสัญญากรุงปารีส ต้องนำมาใช้กับความตกลงทริปส์ด้วย กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ขอรับความคุ้มครองมิได้มีสัญชาติของประเทศภาคีขององค์การการค้าโลก หากแต่เป็นผู้มีภูมิลำเนาหรือได้เข้า

⁵⁹ Paris Convention, Art.4.

⁶⁰ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 48, น.40-42.

⁶¹ เฟิงอ้าง, น.41.

⁶² TRIPs Agreement, Art. 2 (1) ; Paris Convention, Art.2 (2)

มาประกอบกิจการในประเทศใดประเทศหนึ่งซึ่งเป็นภาคีขององค์การการค้าโลก บุคคลนั้นจะได้รับประโยชน์จาก “หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ” โดยจะต้องได้รับการปฏิบัติเป็นอย่างเดียวกันกับคนชาติของรัฐภาคีแห่งองค์การการค้าโลกทุกประการ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงปารีส ซึ่งถูกกำหนดให้มาใช้กับความตกลงทริปส์โดยบทบัญญัติข้อ 2(1)⁶³ ตัวอย่างเช่น A เป็นคนชาติอิหร่าน ประเทศอิหร่านมิได้เป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก หากแต่ A ได้เข้าไปประกอบการหรือมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศสหรัฐฯ ซึ่งเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก ดังนี้ A มีสิทธิที่จะขอรับสิทธิบัตรในประเทศไทยได้ และประเทศไทยต้องการให้การปฏิบัติต่อ A เช่นเดียวกับที่ให้การปฏิบัติต่อคนไทยทุกประการ

(3) ความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทริปส์และสนธิสัญญาความร่วมมือทางด้านสิทธิบัตร (Patent Co- operation Treaty (PCT))

สนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือด้านสิทธิบัตร เป็นความตกลงระหว่างประเทศแบบพหุภาคีที่ได้รับการลงนามเมื่อปี ค.ศ. 1970 ที่กรุงวอชิงตัน ประเทศสหรัฐอเมริกาและมีผลบังคับใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1978 เรื่อยมา จนถึงปี ค.ศ. 1993 สนธิสัญญานี้มีประเทศต่างๆ เข้าร่วมเป็นภาคีทั้งสิ้นจำนวน 59 ประเทศ แต่สำหรับประเทศไทยในปัจจุบัน ยังไม่ได้เข้าร่วมในสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือสิทธิบัตรนี้แต่อย่างใด⁶⁴

สนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือด้านสิทธิบัตรได้จัดตั้งระบบการรับคำขอรับสิทธิบัตรร่วมกัน ซึ่งการจัดตั้งระบบดังกล่าวจะมีประโยชน์สองประการคือ⁶⁵

ประการแรก เป็นการช่วยเหลือรัฐภาคีในส่วนที่เกี่ยวกับการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตร โดยสำนักงานกลางที่ได้รับมอบหมายจะทำหน้าที่ให้บริการทางด้านการค้นหาคำขอรับสิทธิบัตรอยู่แล้ว เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาถึงความใหม่และขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นของการประดิษฐ์ นอกจากนี้ จะมีการตรวจสอบความถูกต้องของคำขอรับสิทธิบัตรโดยสำนักงานกลาง ซึ่งจะช่วยอำนวยความสะดวกให้แก่รัฐภาคี และช่วยลดค่าใช้จ่ายและทำให้ประหยัดเวลาในการตรวจสอบคำขอรับ

ประการที่สอง เป็นการให้ความสะดวกแก่ผู้ประดิษฐ์ที่ประสงค์จะขอรับสิทธิบัตรในหลายๆประเทศ โดยเปิดโอกาสให้ผู้ประดิษฐ์สามารถยื่นคำขอต่อสำนักงานสิทธิบัตรเพียงแห่ง

⁶³ TRIPs Agreement, *Ibid* ; Paris Convention, Art.3

⁶⁴ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, สิทธิบัตร แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2541) , น.248.

⁶⁵ เฟิงอ๋าง, น. 248-249.

เดียว ซึ่งจะช่วยลดค่าใช้จ่ายในการขอรับสิทธิบัตรในหลายๆประเทศลง และผู้ประดิษฐ์ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบคำขอซ้ำซ้อนกันโดยไม่จำเป็น ภายใต้สนธิสัญญานี้ ผู้ประดิษฐ์จะเสียค่าธรรมเนียมในการตรวจสอบเพียงครั้งเดียว แทนที่จะต้องเสียค่าธรรมเนียมในทุกประเทศที่ตนต้องการจะขอรับสิทธิบัตร

ส่วนประเด็นที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทริปส์และสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือด้านสิทธิบัตรนั้น กล่าวได้ว่า สนธิสัญญาความร่วมมือด้านสิทธิบัตรมีเนื้อหาเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์ ในขณะที่ขั้นตอนการขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรโดยเฉพาะ ส่วนความตกลงทริปส์จะมีเนื้อหาเกี่ยวกับมาตรฐานขั้นต่ำในการให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์ทั้งขณะขั้นตอนขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรและภายหลังจากที่ได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตรแล้ว ดังนั้นหลักเกณฑ์ในขั้นตอนการขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรของสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือด้านสิทธิบัตรจึงมีความละเอียดกว่าความตกลงทริปส์⁶⁶

หลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกันระหว่างความตกลงทริปส์และสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือด้านสิทธิบัตร มีดังนี้

1. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้ขอรับสิทธิบัตร (Condition on Applicant)⁶⁷

ตามความตกลงทริปส์มาตรา 29 กำหนดให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรจะต้องเปิดเผย (disclose) เกี่ยวกับสิ่งประดิษฐ์ในลักษณะที่ชัดเจนและสมบูรณ์เพียงพอ (a manner sufficiently clear and complete) ที่จะทำให้นักคนที่มีความเชี่ยวชาญทางเทคนิค (a person skilled in the art) สามารถดำเนินการประดิษฐ์ได้ และอาจกำหนดให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรแสดงวิธีการประดิษฐ์ที่ดีที่สุด (the best mode) ในการประดิษฐ์ที่ผู้ประดิษฐ์ทราบในวันยื่นขอ หรือในวันก่อนการยื่นขอ ในกรณีที่มีการอ้างสิทธิก่อน (priority date) รวมถึงต้องเปิดเผยถึงการขอและการได้รับสิทธิบัตรในเรื่องเดียวกันในต่างประเทศด้วย ซึ่งหลักการนี้คล้ายกับวิธีการเขียนรายละเอียดการประดิษฐ์ที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือด้านสิทธิบัตร

2. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิ่งที่จะนำมาขอรับสิทธิบัตร (Patent Subject Matter)

ความตกลงทริปส์มาตรา 27 (1) ได้กำหนดไว้ว่าสิ่งที่จะนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ คือ การประดิษฐ์ (invention) ในกรรมวิธี (processes) หรือผลิตภัณฑ์ (product) ในทุกสาขาเทคโนโลยี ซึ่งการประดิษฐ์นั้นจะต้องมีความใหม่ (new) , มีขั้นตอนการประดิษฐ์สูงขึ้นหรือไม่ ประจักษ์ (involve an inventive step or obvious) และสามารถนำมาประยุกต์ใช้ในทาง

⁶⁶ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 57, น.72.

⁶⁷ เพิ่งอ่าง, น.73.

อุตสาหกรรมได้หรือใช้ประโยชน์ได้ (capable of industrial application or useful) ซึ่งการให้สิทธิบัตรตลอดจนสิทธิต่างๆจะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติ ในเรื่องสถานที่ประดิษฐ์, สาขาเทคโนโลยี และผลิตภัณฑ์ที่ถูกนำเข้าหรือผลิตในประเทศนั้น ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกับสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือด้านสิทธิบัตร

3.2 หลักการคุ้มครองขั้นต่ำภายใต้ความตกลงทริปส์

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade – Related Aspect of Intellectual Property Rights) หรือTRIPS เกิดขึ้นจากประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งนำโดยสหรัฐอเมริกาได้นำประเด็นเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าเข้าสู่การเจรจาของ GATT ต่อมาเมื่อมีการจัดตั้งองค์การการค้าโลก (WTO) ขึ้น ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า Agreement on Trade – Related Aspect of Intellectual Property Rights : TRIPS ได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของความตกลงการค้าพหุภาคีภายใต้องค์การการค้าโลก และมีผลบังคับต่อสมาชิกขององค์การการค้าโลกที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีด้วย⁶⁸ โดยร่างความตกลงทริปส์ได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของกรมสารสุดท้ายของเจรจารอบอุรุกวัยที่ประเทศสมาชิกได้มีการลงนามร่วมกัน ณ กรุงมาราเกช ในวันที่ 15 เมษายน ค.ศ. 1994 และเกิดพันธกรณีตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา

วัตถุประสงค์สำคัญของความตกลงทริปส์ คือ เพื่อส่งเสริมให้มีการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพแต่ในขณะเดียวกันก็ต้องไม่ให้นำมาตรการในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นอุปสรรคต่อการค้าเสรีระหว่างประเทศ⁶⁹

ความตกลงทริปส์ ไม่เพียงแต่นำเอาหลักการสำคัญที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาฉบับต่างๆไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญากรุงปารีส อนุสัญญากรุงเบอร์น ฯลฯ มาบัญญัติเรียบเรียงไว้อย่างเป็น

⁶⁸ ขวัญเรือน เพบขุนทด, “ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น.8-9.

⁶⁹ นันทน อินนันท. “ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาและผลกระทบต่อภูมิปัญญาท้องถิ่น”. วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ, (2003) Six Anniversary Special Issue : หน้า 163 อ้างจาก Blakeney, M, W Trade Related Aspected of Intellectual Property Rights: A Concise to the TRIPS Agreement”, (Sweet & Maxwell, London), at 9.

ระบบ แต่ได้รับเอาหลักการพื้นฐานของความตกลงเกตต์ไม่ว่าจะเป็นหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับ การอนุเคราะห์ยิ่ง

(Most-Favoured-Nation Treatment Principle) หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment Principle) และหลักต่างตอบแทน (Reciprocity Principle) มาบัญญัติไว้เป็นหลักการ พื้นฐานของความตกลงทริปส์ ที่ประเทศสมาชิกต้องถือปฏิบัติด้วย⁷⁰

ความตกลงทริปส์เป็นการรวบรวมเครื่องมือในทางระหว่างประเทศที่ช่วยให้เกิดสิทธิ ในทรัพย์สินทางปัญญา ได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ (minimum standards) ในเรื่อง

1. ลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง (Copyright and Related Rights)
2. เครื่องหมายการค้า(Trademarks)
3. สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Indications)
4. การออกแบบอุตสาหกรรม (Industrial Designs)
5. สิทธิบัตร (Patent)
6. การออกแบบวงจรรวม (Layout – Designs (Topographies) of Integrated Circuits)
7. การคุ้มครองข้อมูลที่ไม่เปิดเผย (Protection of Undisclosed Information)⁷¹

ความตกลงทริปส์ได้กำหนดหลักเกณฑ์และมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองทรัพย์สิน ทางปัญญาของประเทศสมาชิก กล่าวคือ สมาชิกใดจะให้การคุ้มครองต่ำกว่าระดับที่บัญญัติไว้ใน ความตกลงทริปส์ไม่ได้ แต่อาจคุ้มครองในระดับที่สูงกว่าได้ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า การคุ้มครองที่สูง กว่านั้นจะต้องไม่ขัดแย้งกับหลักการและบทบัญญัติของความตกลงทริปส์⁷²

หลักการคุ้มครองขั้นต่ำภายใต้ความตกลงทริปส์ที่จะกล่าวถึงในที่นี้ มีดังต่อไปนี้

(1) หลักการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับงานอันมีลิขสิทธิ์ที่กำหนดไว้ในความตกลงทริปส์ที่สำคัญมี ดังต่อไปนี้

⁷⁰ นันทน อินทนนท์, อ่างแล้ว เจริญพรที่ 1, น.164.

⁷¹ Carlos M Correa, Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries The TRIPS Agreement and Policy Options, second printing. (Malaysia: Zed Book Ltd., 2000) p 2.

⁷² TRIPs Agreement, Art 1.1

1.การไม่คุ้มครองตัวความคิด⁷³

หลักการพื้นฐานของกฎหมายลิขสิทธิ์คือ กฎหมายให้ความคุ้มครองแก่การแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea) โดยไม่คุ้มครองตัวความคิด (idea) โดยตรง ความตกลงทริปส์ บัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวไว้ในข้อ 9 (2) ดังนี้

“ การคุ้มครองลิขสิทธิ์จะคลุมถึงการแสดงออก แต่ไม่รวมถึงความคิด กรรมวิธี วิธีปฏิบัติ หรือแนวความคิดทางคณิตศาสตร์”

ภายใต้ข้อ 9 (2) การคุ้มครองลิขสิทธิ์จะมีอยู่เหนือการแสดงออกซึ่งความคิด โดยไม่รวมถึงตัวความคิด นอกจากนี้ กรรมวิธี วิธีในการปฏิบัติงาน หรือแนวความคิดทางคณิตศาสตร์ ก็ไม่ถือว่าเป็นการแสดงออกซึ่งความคิด หากแต่เป็นตัวความคิดที่ไม่ได้รับการคุ้มครอง

2.การคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์

ความตกลงทริปส์ได้กำหนดให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยบัญญัติไว้ในข้อ 10 (1) ว่า

“โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ว่าจะเป็นภาษาต้นกำเนิดหรือภาษาวัตถุ จะได้รับความคุ้มครองในฐานะงานวรรณกรรม ภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์น (ค.ศ. 1971)”

ทั้งนี้ความตกลงทริปส์ไม่ได้ให้คำจำกัดความของโปรแกรมคอมพิวเตอร์เอาไว้ และกฎหมายของประเทศต่างๆก็หลีกเลี่ยงที่จะกำหนดนิยามของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เพราะนิยามที่ให้ไว้อาจล้าสมัยในเวลาอันสั้น เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วของเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ โดยปล่อยให้เป็นการะของศาลในอันที่จะตีความกำหนดความหมายของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นที่เข้าใจว่า ศาลจะสามารถกำหนดความหมายที่มีความยืดหยุ่นสอดคล้องกับพัฒนาการของเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ได้ดีกว่าคำนิยามที่ให้ไว้ในตัวบทกฎหมาย⁷⁴

ส่วนในเรื่องของลักษณะการให้ความคุ้มครอง โดยบทบัญญัติมาตรา 10 (1) ของความตกลงทริปส์ ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกไม่อาจให้การคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในฐานะที่เป็นงานอย่างอื่น หากจะต้องให้ความคุ้มครองในฐานะเป็นงานวรรณกรรมตามกฎหมายลิขสิทธิ์เท่านั้น ดังนั้น ประเทศสมาชิกใดจะคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในฐานะที่เป็นงานอื่น เช่น งานศิลปประยุกต์ไม่ได้⁷⁵

⁷³ จักรกฤษณ์ วรรณพจน์,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 48,น.87.

⁷⁴ เฟิงอ้าง,น.92 .

⁷⁵ เฟิงอ้าง,น.100-101.

3.อายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์

ความตกลงทริปส์กำหนดอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ไว้ในลักษณะทั่วไป โดยข้อ 12 กำหนดให้อายุการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ มีกำหนดเวลาไม่น้อยกว่า 50 ปี นับแต่วันสิ้นสุดปีปฏิทินของซึ่งได้มีการเผยแพร่งานโดยได้รับอนุญาต หรือในกรณีที่มิได้มีการเผยแพร่งานโดยได้รับอนุญาต ให้มีอายุการคุ้มครอง 50 ปี นับจากวันสิ้นสุดปีปฏิทินของปีที่ได้มีการสร้างสรรค์งานนั้น อายุการคุ้มครองที่กำหนดไว้นี้จะใช้กับงานอันมีลิขสิทธิ์ทุกประเภทยกเว้นงานภาพถ่ายและงานศิลปะยุคสมัย⁷⁶

(2) หลักการคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า

ความตกลงทริปส์กำหนดหลักการเกี่ยวกับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ไว้ในข้อ 15 อาจจำแนกได้เป็น 5 ประการดังต่อไปนี้

1. เครื่องหมายการค้าที่ได้รับความคุ้มครอง

ความตกลงทริปส์ได้กำหนดให้สัญลักษณ์ต่างๆ ตลอดจนการรวมกันของสัญลักษณ์เป็นเครื่องหมายการค้า โดยได้ให้ตัวอย่างของสิ่งที่จะนำมาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้ด้วย ได้แก่ คำ ชื่อบุคคล ตัวอักษร ตัวเลข ส่วนประกอบของภาพ การรวมกันของสีต่างๆ และสิ่งต่างๆ ที่กล่าวมานี้อย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่างรวมกัน อย่างไรก็ดี สิ่งอื่นที่แม้จะไม่ได้ระบุไว้ในข้อ 15 (1) ก็อาจจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ หากมีลักษณะที่สามารถจำแนกสินค้าหรือบริการของกิจการหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของกิจการอื่น⁷⁷

2. การไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

ความตกลงทริปส์ให้อำนาจอรัฐภาคีในการปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ในกรณีใดกรณีหนึ่งดังนี้ กรณีแรก อาจปฏิเสธจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าโดยอาศัยเหตุผลอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงปารีส และกรณีที่สอง อาจปฏิเสธการจดทะเบียนโดยอาศัยเหตุผลอื่น โดยเหตุผลนั้นต้องไม่ขัดต่อหลักการของอนุสัญญากรุงปารีส เช่น ไม่ให้ความคุ้มครองเนื่องจากสิ่งที่จะจดทะเบียนไม่มีลักษณะที่เป็นเครื่องหมายการค้า หรือเป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะที่บ่งเฉพาะ⁷⁸

⁷⁶ TRIPs Agreement, Art 1

⁷⁷ TRIPs Agreement, Art 15 (1)

⁷⁸ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 48, น.270.

3. การกำหนดให้การใช้เครื่องหมายการค้าเป็นเงื่อนไขในการจดทะเบียน

ข้อ 15 (3) ของความตกลงทริปส์ยินยอมให้ประเทศสมาชิกกำหนดเอาการใช้เครื่องหมายการค้าเป็นเงื่อนไขการจดทะเบียนได้ แต่อาจเกิดปัญหากรณีเจ้าของเครื่องหมายการค้ายังไม่พร้อมที่จะประกอบกิจการในขณะนั้น ความตกลงทริปส์จึงได้ผ่อนปรนเงื่อนไขเกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายการค้า โดยยินยอมให้มีการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่มีการใช้ โดยมีข้อแม้ว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าต้องนำเอาเครื่องหมายการค้านั้นไปใช้ในภายหลัง โดยห้ามไม่ให้ประเทศสมาชิกปฏิเสธการจดทะเบียนโดยอ้างเหตุผลว่า ยังไม่มีการใช้เครื่องหมายการค้าในขณะที่ยื่นขอจดทะเบียน หรือภายในกำหนด 3 ปี นับจากวันยื่นขอจดทะเบียน นั่นคือผู้ขอจดทะเบียนต้องนำเครื่องหมายการค้าของตนไปใช้งานภายใน 3 ปี มิฉะนั้นเครื่องหมายการค้านั้นอาจไม่ได้รับการจดทะเบียน

4. การไม่รับจดทะเบียนเนื่องจากลักษณะของสินค้าหรือบริการ

ความตกลงทริปส์ ข้อ 15(4) มิให้ถือเอาลักษณะของสินค้าหรือบริการเป็นสาระสำคัญของการรับจดทะเบียน ดังนั้นไม่ว่าสินค้านั้นจะมีคุณภาพดีหรือไม่ดีอย่างไร ผู้เป็นเจ้าของก็สามารถจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้

5. การประกาศจากจดทะเบียน การคัดค้าน และการยกเลิกการจดทะเบียน

ความตกลงทริปส์ข้อ 15(5) กำหนดให้มีการตีพิมพ์เผยแพร่เครื่องหมายการค้าทั้งก่อนและหลังการจดทะเบียน เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลที่เกี่ยวข้องสามารถทำการคัดค้านการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ ในตอนท้ายของข้อ 15 (5) ความตกลงทริปส์ยังได้รับรองสิทธิของสาธารณชนในอันที่จะคัดค้านและร้องขอให้มีการเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้ด้วย ซึ่งการเปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปทำการคัดค้านและร้องขอให้เพิกถอนการจดทะเบียนได้เช่นนี้จะเป็นผลดีต่อการตรวจสอบคำขอจดทะเบียน ให้เป็นไปโดยรัดกุมมากยิ่งขึ้น⁷⁹

(3) หลักการคุ้มครองตามกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

“สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์” หมายถึง สิ่งบ่งชี้ที่แสดงสินค้าตามที่มีกำเนิดในดินแดนของสมาชิกหนึ่งหรือภูมิภาค หรือท้องถิ่นใดในดินแดนนั้น ซึ่งคุณภาพ ชื่อเสียง หรือลักษณะอื่นที่มีอยู่ของสินค้านั้นมีส่วนที่สำคัญมาจากแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้านั้น

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ทำหน้าที่บ่งชี้ว่าสินค้านั้นมีแหล่งกำเนิดจากที่ใด มีคุณภาพหรือลักษณะเฉพาะอย่างไร ความตกลงทริปส์ กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องไม่ใช้วิธีการใดๆ ในการนำเสนอ หรือบ่งชี้ว่าสินค้าใดสินค้านั้นมีกำเนิดจากแหล่งกำเนิดหนึ่งนอกเหนือจาก

⁷⁹ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 48, น.275.

แหล่งกำเนิดที่แท้จริงในลักษณะที่จะทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดในแหล่งกำเนิดทาง
ภูมิศาสตร์ของสินค้านั้น⁸⁰

ชื่อทางภูมิศาสตร์แบ่งได้เป็น ชื่อทางภูมิศาสตร์โดยตรง (Direct Indication of Source) และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยอ้อม (Indirect Indication of Source) ชื่อทางภูมิศาสตร์โดยตรง เช่น สก๊อตติสกี ชาการ์ฮาวานา ร่มบ่อสร้าง ไช้เค็มไชยา จะชี้ชัดถึงแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้าได้อย่างชัดเจน ชื่อเหล่านี้ช่วยไม่ให้เกิดการหลงผิดในแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้า ส่วนสินค้าที่ใช้ชื่อที่มีได้บ่งถึงสถานที่ทางภูมิศาสตร์โดยตรง แต่ก็ใช้ชื่อดังกล่าวมาเป็นเวลานาน จนทำให้ผู้บริโภคทราบว่าสินค้าที่ใช้ชื่อดังกล่าวมีแหล่งผลิตที่ใด เช่นทุเรียนหมอนทอง ข้าวหอมมะลิของไทย หรือข้าวบาสมาดิของอินเดีย เป็นต้น ชื่อเหล่านี้ถือบ่งชี้ถึงสถานที่ทางภูมิศาสตร์โดยอ้อม

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยอ้อมจะได้รับความคุ้มครองซึ่งจะได้รับความคุ้มครองในฐานะเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์หรือไม่ ต้องพิจารณาถึงสัญลักษณ์ที่แสดงว่าได้อ้างถึงประเทศ ภูมิภาค หรือท้องถิ่นแห่งใดแห่งหนึ่งหรือไม่ และต้องพิจารณาว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างคุณภาพ ชื่อเสียง หรือลักษณะของแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้านั้นหรือไม่⁸¹

หลักการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ภายใต้ความตกลงทริปส์กำหนดไว้ในข้อ 22 ซึ่งอาจแยกพิจารณาเป็นหัวข้อได้ดังนี้

1. การห้ามใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ก่อให้เกิดการสับสนหลงผิดหรือที่เป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม

ข้อ 22 (2) ได้กำหนดบังคับให้ประเทศสมาชิกใช้วิธีการทางกฎหมายในลักษณะใดๆ เพื่อป้องกันการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มีขอบ วิธีการทางกฎหมายที่ว่านี้อาจเป็นบทบัญญัติในกฎหมายเครื่องหมายการค้า กฎหมายแพ่ง หรือกฎหมายอาญาก็ได้

ประเทศสมาชิกจะต้องให้บุคคลที่มีส่วนได้เสียมีโอกาสห้ามการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม กรณีถือเป็นการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้น ข้อ 22 (2) (บี) ให้พิจารณาตามหลักเกณฑ์ในข้อ 10 bis ของอนุสัญญากรุงปารีส ฉบับปี ค.ศ.1967

ข้อ 10 bis (3) ของอนุสัญญากรุงปารีสได้กำหนดการกระทำที่เข้าข่ายเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม กรณีใดถือว่าเป็นการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไว้ 3 กรณีด้วยกัน ดังนี้

⁸⁰ TRIPs Agreement, Art 22.2 (a)

⁸¹ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 48, น.318.

1. การกระทำที่ทำให้สาธารณชน เกิดความสับสนเกี่ยวกับคู่แข่งทางการค้า ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องการดำเนินกิจการ หรือที่เกี่ยวกับสินค้าหรือกิจกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดในทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรม⁸²

2. การกล่าวอ้างในทางการค้าโดยมิชอบ ซึ่งมีลักษณะเป็นการทำลายความน่าเชื่อถือของคู่แข่งกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการดำเนินกิจการ หรือที่เกี่ยวกับสินค้าหรือกิจกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดในทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรม⁸³

3. การระบุหรือกล่าวอ้างในทางการค้า อันทำให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อสาธารณชน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับลักษณะของสินค้า กระบวนการผลิต และคุณลักษณะความเหมาะสมต่อวัตถุประสงค์ หรือปริมาณของสินค้า⁸⁴

บทบัญญัติในข้อ 22 (2) (บี) ของความตกลงทริปส์ ที่ให้นำหลักการเกี่ยวกับการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมภายใต้อนุสัญญากรุงปารีสมาใช้ มีผลทำให้การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีขอบเขตที่กว้างขวางมาก เพราะมีผลทำให้การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่แท้จริงโดยไม่มีการหลอกลวงสาธารณชนในเรื่องแหล่งกำเนิดของสินค้าเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายด้วย ตัวอย่างเช่น การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ถูกต้องกับสินค้าที่มีคุณภาพต่ำกว่ามาตรฐาน อาจเป็นสิ่งที่กระทำมิได้ภายใต้ความตกลงทริปส์ แม้ว่าสินค้านั้นจะผลิตในพื้นที่ตามสิ่งบ่งชี้นั้นก็ตาม เพราะการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดการสับสนหลงผิดต่อสาธารณชนในเรื่องที่เกี่ยวกับลักษณะคุณลักษณะของสินค้า ความเหมาะสม ฯลฯ อันถือว่าเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมตามข้อ 10 bis (3) (3)⁸⁵

2.การห้ามจดทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นเครื่องหมายการค้าที่ก่อให้เกิดการสับสนหลงผิด⁸⁶

ภายใต้บทบัญญัติข้อ 22 (3) ประเทศสมาชิกจะต้องไม่รับจดทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นเครื่องหมายการค้า หรือไม่รับรองจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่มีสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ประกอบอยู่ด้วย และหากประเทศใดได้ทำการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะดังกล่าวไปแล้ว ก็จะต้องเพิกถอนการจดทะเบียนนั้นเสีย แต่กรณีจะใช้บทบัญญัตินี้ต้อง

⁸² Paris Convention, Art.10 bis (3) (1)

⁸³ *Ibid*, Art.10 bis (3) (2)

⁸⁴ *Ibid*, Art.10 bis (3) (3)

⁸⁵ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 48 ,น.325.

⁸⁶ เพิ่งอ้าง.

ปรากฏว่า ได้มีการนำสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์หรือเครื่องหมายการค้านั้นไปใช้ในลักษณะที่ทำให้ประชาชนสับสนหลงผิดเกี่ยวกับสถานที่ที่เป็นแหล่งกำเนิดอันแท้จริงของสินค้า ซึ่งอาจเกิดจากการที่สินค้าภายใต้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์หรือเครื่องหมายการค้านั้นมิได้มีแหล่งกำเนิดในดินแดนหรือในพื้นที่ที่ระบุโดยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ดังกล่าว

3. การห้ามใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่แม้จะมีข้อความเป็นความจริง หากแต่ทำให้ประชาชนเกิดความเข้าใจผิดในแหล่งกำเนิดของสินค้า⁸⁷

ข้อ 22 (4) ของความตกลงทริปส์ห้ามการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่แม้จะได้ระบุพื้นที่หรือภูมิภาคที่เป็นแหล่งกำเนิดอันแท้จริงของสินค้า หากแต่การใช้อาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดว่าสินค้านั้นมีแหล่งกำเนิดในอีกพื้นที่หนึ่ง ทั้งนี้เนื่องจากในความเป็นจริงมีดินแดนภูมิภาคหรือเมืองในหลายๆ พื้นที่ทั่วโลก ที่มีชื่อเรียกเป็นอย่างเดียวกัน ซึ่งคงเป็นผลมาจากการอพยพจากประเทศหนึ่งไปอยู่ในอีกประเทศหนึ่ง ในกรณีเช่นนี้ ผู้ที่อพยพไปตั้งถิ่นฐานใหม่มักจะเรียกดินแดน ภูมิภาค หรือเมือง ที่เข้าไปอยู่ใหม่นั้นตามชื่อถิ่นฐานเดิมของตน ตัวอย่างเช่น คำว่า “เคมบริดจ์” (Cambridge) ได้ถูกใช้เป็นชื่อเมืองในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา หรือเมืองเพิร์ธ (Perth) ก็มีอยู่ทั้งในสกอตแลนด์และในประเทศออสเตรเลีย เป็นต้น

นอกจากนี้ความตกลงทริปส์ยังได้กำหนดการคุ้มครองผลิตภัณฑ์ประเภทไวน์และสุราไว้ต่างหากในข้อ 23 ซึ่งเป็นการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์แบบเข้มงวด (Enhanced Protection) คือ ได้เพิ่มกฎเกณฑ์จากการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์แบบทั่วไป ให้รวมถึง การห้ามมิให้มีการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในคำแปล หรือมีสิ่งแสดงประกอบ เช่น ชนิด ประเภท แบบ และการเลียนแบบ เป็นต้น

(4) หลักการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร

ภายใต้มาตรา 27 ของความตกลงทริปส์ สิ่งประดิษฐ์ที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้มีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1. ต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ หมายความว่า การประดิษฐ์ที่จะได้รับความคุ้มครองต้องเป็นสิ่งใหม่ที่ยังไม่เคยมีปรากฏมาก่อนหรือยังไม่มีผู้หนึ่งผู้ใดคิดค้นได้มาก่อน การพิจารณาว่าอะไรเป็นสิ่งใหม่นั้น กฎหมายใช้หลักเกณฑ์ว่า การประดิษฐ์ที่นำมาขอรับสิทธิบัตรจะต้องไม่เป็นส่วนหนึ่งของงานที่ปรากฏอยู่แล้ว (State of the Art) ถ้าหากการประดิษฐ์นั้นเป็นส่วนหนึ่งของงานที่ปรากฏเผยแพร่ต่อสาธารณชนอยู่แล้วในวันที่มีการยื่นขอสิทธิบัตร ก็ถือว่าการ

⁸⁷ เพิ่งอ้าง, น.327-328.

ประดิษฐ์นั้นขาดความใหม่⁸⁸ ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงว่าการเปิดเผยนั้นได้กระทำด้วยวาจา ด้วยลายลักษณ์อักษร หรือด้วยวิธีการอย่างใด

2. มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น โดยมีหลักการว่า การประดิษฐ์ที่มีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายต้องเป็นการประดิษฐ์ที่มีส่วนประกอบหรือมีลักษณะทางเทคนิคที่ก้าวหน้า แตกต่างไปจากเทคโนโลยีที่มีอยู่ โดยจะต้องมีการทดสอบว่า การประดิษฐ์นั้นเป็นสิ่งที่ง่ายเกินไปหรือเป็นสิ่งที่ขัดแย้งสำหรับบุคคลที่มีความรู้เชี่ยวชาญในวิทยาการแขนงเดียวกันนั้นหรือไม่ (test of non-obviousness)⁸⁹

3. สามารถนำไปประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ หมายความว่า การประดิษฐ์ที่จะได้รับสิทธิบัตรต้องเป็นสิ่งที่สามารถจะนำไปใช้ประโยชน์ในการผลิตทางอุตสาหกรรมได้ การที่กฎหมายสิทธิบัตรมีเจตนารมณ์สำคัญในอันที่จะส่งเสริมการยกระดับการคุ้มครองตามกฎหมายจึงต้องเป็นสิ่งที่มีความประโยชน์ และสามารถนำไปประยุกต์ใช้ทางอุตสาหกรรมได้ ไม่ได้เป็นแต่เพียงกฎเกณฑ์ แนวคิด หรือทฤษฎีเท่านั้น⁹⁰

ในส่วนสิ่งที่ไม่ได้รับความคุ้มครองจำแนกออกได้ 3 ประเภทคือ

1. การประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพ

ภายใต้บทบัญญัติข้อ 27 .3 (b) ของความตกลงทริปส์การประดิษฐ์ที่อาจได้รับการยกเว้นจากการคุ้มครองมี 3 ประเภทคือ

1. พืช (plants)
2. สัตว์ (animals) และ
3. กระบวนการทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชหรือสัตว์

(essentially biological processes for the production of plants or animals)

ส่วนการประดิษฐ์ที่ประเทศสมาชิกต้องให้การคุ้มครองมีอยู่ด้วยกันสองประเภทได้แก่ จุลชีพ (microorganisms) และกรรมวิธีซึ่งไม่ใช่กรรมวิธีทางชีววิทยา (non-biological processes) และกรรมวิธีทางจุลชีววิทยา (microbiological processes)

⁸⁸ Paterson, G., The European Patent System : The Law and Practice of the European Patent Convention , (London : Sweet & Maxwell , 1992), p.375. อ้างใน จักรกฤษณ์ วรรณพจน์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 48, น.224.

⁸⁹ จักรกฤษณ์ วรรณพจน์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 48, น.226.

⁹⁰ เพิ่งอ้าง.

การที่ความตกลงทริปส์ไม่อนุญาตให้รัฐภาคียกเว้น “จุลชีพ” จากความคุ้มครองสิทธิบัตร แสดงให้เห็นว่า ความตกลงระหว่างประเทศได้รับรองความแตกต่างทางชีวภาพของ “พืช” “สัตว์” และ “จุลชีพ” โดยรัฐภาคีจะต้องเปิดโอกาสให้มีการคุ้มครองการประดิษฐ์ที่เป็นจุลชีพไม่ว่าจะเป็นการประดิษฐ์ที่เป็นจุลชีพโดยตรง หรือการประดิษฐ์ที่ไม่ได้เป็นจุลชีพโดยตรงแต่เกี่ยวข้องกับจุลชีพ เช่น ยาปฏิชีวนะ ยีสต์ น้ำผสมสายชู เบียร์ ฯลฯ ซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากการใช้จุลชีพในการประดิษฐ์

“กรรมวิธีทางจุลชีววิทยา” ได้แก่ “กรรมวิธีการผลิตสิ่งหนึ่งสิ่งใดโดยใช้จุลชีพในการผลิต และรวมทั้งกรรมวิธีอย่างใด ๆ ที่ใช้เพื่อการผลิตจุลชีพ”⁹¹

“กรรมวิธีซึ่งไม่ใช่กรรมวิธีทางชีววิทยา” นั้นต้องพิจารณาจากกรรมวิธีทางชีววิทยาก่อน คำว่า “กรรมวิธีทางชีววิทยา” ได้แก่ “กรรมวิธีที่เป็นไปตามธรรมชาติ ปราศจากการควบคุมของมนุษย์”⁹² ดังนั้นหากมีการแทรกแซงของมนุษย์กรรมวิธีดังกล่าวไม่ใช่กรรมวิธีทางชีววิทยาแต่เป็น “กรรมวิธีซึ่งไม่ใช่กรรมวิธีทางชีววิทยา” ซึ่งอาจขอรับสิทธิบัตรได้

ส่วนการที่กรรมวิธีตามคำขอรับสิทธิบัตรจะมีลักษณะเป็น “กรรมวิธีทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชหรือสัตว์” หรือไม่นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับสาระสำคัญของการประดิษฐ์เป็นสำคัญ โดยจะต้องดูว่ามีการแทรกแซงของมนุษย์ในกรรมวิธีดังกล่าวหรือไม่ และการแทรกแซงของมนุษย์มีอิทธิพลต่อผลสุดท้ายของการประดิษฐ์หรือไม่ การที่การประดิษฐ์ใดจะได้รับความคุ้มครองต้องปรากฏว่า การแทรกแซงของมนุษย์มีความสำคัญต่อความสำเร็จของการประดิษฐ์นั้น⁹³

2. กรรมวิธีทางการแพทย์

ความตกลงทริปส์ มาตรา 27 (3) (เอ) บัญญัติว่า

“ 3. สมาชิกอาจไม่ให้สิทธิบัตรในสิ่งต่อไปนี้ได้เช่นเดียวกัน

(เอ) วิธีการวินิจฉัย อายุรกรรม และศัลยกรรมสำหรับการรักษามนุษย์หรือสัตว์”

บทบัญญัตินี้ให้อำนาจอรัฐภาคีที่จะไม่ให้ความคุ้มครองแก่ วิธีการวินิจฉัย อายุรกรรม และศัลยกรรมสำหรับการรักษามนุษย์หรือสัตว์ โดยไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่ากรรมวิธีทางการแพทย์เหล่านี้เป็นสิ่งที่ไม่อาจได้รับสิทธิเพราะเหตุใด โดยเพียงแต่กำหนดให้อำนาจอรัฐภาคีในอันที่

⁹¹ EPO Guidelines, C-IV,3.5.

⁹² จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 48, น.159.

⁹³ เพิ่งอ้าง, น.161.

จะไม่ให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ดังกล่าว ซึ่งการไม่ให้ความคุ้มครองจะเป็นด้วยเหตุผลใดนั้น คงให้อยู่ในดุลพินิจของประเทศสมาชิก⁹⁴

3. การประดิษฐ์ที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมในแง่ลบ

ข้อ 27 (2) ให้อำนาจรัฐภาคีในอันที่จะไม่ให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์ที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมด้วยเหตุผลอย่างหนึ่งอย่างใดดังนี้

1. เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้งานในการประดิษฐ์นั้น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
2. เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้งานในการประดิษฐ์นั้น คุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช
3. เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้งานในการประดิษฐ์นั้น เพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อม

แต่อย่างไรก็ตาม การที่ประเทศสมาชิกจะไม่คุ้มครองสิทธิบัตรด้วยเหตุผลดังกล่าว ก็ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า การไม่ให้สิทธิบัตรไม่ได้เป็นเพราะกฎหมายของประเทศได้ห้ามการใช้ประโยชน์ในการประดิษฐ์นั้น

การที่ความตกลงทริปส์ยินยอมให้ประเทศสมาชิกไม่ให้การคุ้มครองแก่การประดิษฐ์โดยเหตุผลอย่างหนึ่งอย่างใดข้างต้นก็เนื่องมาจากว่า กฎหมายไม่ควรส่งเสริมให้มีการคิดค้นการประดิษฐ์ที่อาจก่อให้เกิดความไม่สงบในสังคม หรือการประดิษฐ์ที่เป็นปฏิปักษ์ต่อศีลธรรมอันดีงานของประชาชน หรือการประดิษฐ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อม⁹⁵

⁹⁴ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542 มาตรา 9 (4)

บัญญัติให้ “วิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคมนุษย์ หรือสัตว์” เป็นการประดิษฐ์ที่ไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย”

⁹⁵ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 48 ,น.202.

4. กฎเกณฑ์ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลงทริปส์

4.1 การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยระบบกฎหมายสิทธิบัตร (patent)

(1) ความเป็นมาของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยกฎหมายสิทธิบัตร

(ก) หลักผลิตผลของธรรมชาติกับการพิจารณาเนื้อหาของสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตร

คำว่า “ผลิตผลของธรรมชาติ” หมายถึง สิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ ซึ่งอาจเป็นสิ่งที่มนุษย์รู้จัก และใช้ประโยชน์ หรืออาจยังไม่เป็นที่รู้จักของมนุษย์ก็ได้ ศาลได้ใช้หลักผลิตผลของธรรมชาติกับสิทธิบัตรตั้งแต่ปี ค.ศ. 1889⁹⁶ ในคดีที่เกี่ยวข้องกับเส้นใยของพีชสน (Southern Pine) ที่ทำให้อ่อนนุ่มและรีดเป็นเส้นเล็กๆเพื่อใช้ทอผ้า โดยให้เหตุผลปฏิเสธการคุ้มครองว่า เส้นใยที่นำมาขอคุ้มครองไม่มีลักษณะหรือคุณสมบัติที่แตกต่างไปจากเส้นใยพีชชนิดอื่น เส้นใยพีชในกรณีนี้จึงไม่ใช่สิ่งใหม่แต่เป็นสิ่งที่อยู่คู่กับเผ่าพันธุ์มนุษย์ (the fiber was not novel, but was instead “a well known material, the knowledge of which is almost co-extensive with the human family”) เส้นใยนี้แม้จะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากกรรมวิธีใหม่ ก็ไม่ต่างจากข้าวสาลีที่เก็บเกี่ยวด้วยวิธีการที่ต่างกัน แต่ข้าวสาลีไม่ว่าจะได้มาจากวิธีใดก็ยังคงเป็นผลิตผลธรรมชาติ และแม้จะพิจารณาด้านคุณค่าของเส้นใยชนิดนี้ และพบว่า是一件ที่มีคุณค่ามากมายเพียงใดก็ตาม เส้นใยนี้ก็ยังคงเป็นผลิตผลของธรรมชาติไม่อาจได้รับการคุ้มครอง คงคุ้มครองได้เฉพาะกรรมวิธีในการผลิตเส้นใยนี้เท่านั้น⁹⁷

กรณีของแร่ธาตุที่สกัดออกจากสภาพธรรมชาติ หรือทำให้บริสุทธิ์ก็เป็นสิ่งที่ศาลเห็นว่าเป็นผลิตผลของธรรมชาติไม่อาจได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกัน ในคดีละเมิดสิทธิบัตรเกี่ยวกับกังสแตนที่ใช้ทำไส้หลอดไฟฟ้า (tungsten wire) ศาลกล่าวว่าประเด็นที่ต้องพิจารณาในคดีนี้คือ กังสแตนที่เป็นกรณีพิพาทใดคดีนี้เป็นสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติหรือเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นใหม่ หากเป็นกรณีหลังจะได้รับความคุ้มครอง แต่หากเป็นผลิตผลของธรรมชาติและไม่ได้รับความคุ้มครอง โดยไม่ต้องคำนึงว่าเป็นสิ่งที่ค้นพบใหม่เป็นครั้งแรก หรือเป็นสิ่งที่ผ่านกระบวนการทำให้บริสุทธิ์แล้ว⁹⁸

⁹⁶ Ex parte Latimer. 1889 Comm'r Dec.123 (1889).

⁹⁷ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, “ระบบทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.228-229

⁹⁸ เพิ่งอ้าง, น.229.

ศาลได้วินิจฉัยว่า นายคูลิดจ์ (College) ซึ่งเป็นผู้คิดค้นทั้งสแตนบริสุทท์และไดโอสติทให้กับบริษัทเจนเนอรัลอิเล็กทริก เป็นผู้นำทั้งสแตนจากธรรมชาติมาผ่านกระบวนการทำให้บริสุทธิ์ซึ่งมีคุณสมบัติที่อ่อนนุ่มและมีความเหนียวเมื่อดึงยืดออก ซึ่งต่างจากทั้งสแตนในสภาพออกไซด์ไม่บริสุทธิ์ (Impure Oxide) ตามธรรมชาติ แต่สิ่งที่นายคูลิดจ์ค้นพบคือคุณสมบัติของทั้งสแตน และเป็นที่ประจักษ์ว่านายคูลิดจ์ไม่ได้สร้างทั้งสแตนบริสุทธิ์ หรือสร้างคุณสมบัติของทั้งสแตนบริสุทธิ์ สิ่งเหล่านี้เกิดขึ้นโดยธรรมชาติ จึงไม่ได้รับความคุ้มครอง⁹⁹

สาระสำคัญของหลักผลิตผลจากธรรมชาติจากคำพิพากษาในคดีทั้งสแตนบริสุทท์สรุปได้ดังนี้¹⁰⁰

1. ผลิตภัณฑ์ที่มีลักษณะทางกายภาพเหมือนกับสิ่งเดียวกันที่มีอยู่ในธรรมชาติไม่อาจขอสิทธิบัตรได้
2. การไม่ให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรอาจอ้างเหตุผลว่าสิ่งนั้นขาดเงื่อนไขความใหม่ก็ได้
3. แม้ผลิตภัณฑ์ดังกล่าวจะเกิดจากกรรมวิธีใหม่ หรือค้นพบด้วยวิธีการที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนก็ไม่ทำให้ผลิตภัณฑ์นั้นเป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรได้
4. ประโยชน์ที่เกิดจากผลิตภัณฑ์ หรือคุณค่าของผลิตภัณฑ์ไม่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาว่าผลิตภัณฑ์นั้นเป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรได้หรือไม่

กรณีของการค้นพบว่าการทำปฏิกิริยาของเปลือกส้มกับน้ำประสานทอง (borax) จำนวนเล็กน้อยจะทำให้ส้มมีความทนทานต่อเชื้อรา(blue mold decay) ในเบื้องต้นศาลแขวงและศาลอุทธรณ์กล่าวว่า การกล่าวอ้างนี้ชอบด้วยกฎหมาย ต่อมาศาลสูงสหรัฐได้กลับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ว่า ผลผลิตดังกล่าวไม่สามารถจดสิทธิบัตรได้เนื่องจาก การเพิ่มน้ำประสานทอง (borax) เข้าไปในเปลือกของผลไม้ตามธรรมชาติ ไม่ได้ทำให้เกิดเป็นผลผลิตจากวัตถุดิบหลักที่นำมาใช้ ทำให้ได้มาซึ่งได้มาซึ่งรูปแบบใหม่หรือรูปแบบที่แตกต่าง นอกจากนี้ยังไม่มี ความแตกต่างในด้านคุณภาพหรือคุณสมบัติ การเพิ่มสารเข้าไปเพียงเพื่อปกป้องความเสื่อมตามธรรมชาติ โดย

⁹⁹ เพิ่งอ้าง

¹⁰⁰ John M. Conley, Roberte Makowski, "Back to the Future : Rethinking the Product of Nature Doctrine as a barrier to Biotechnology Patents (Part I), " 85 Journal of the Patent and Trademark Office Society, 301 (April 2003),p.322.,อ้างใน สมชาย รัตนเชื้อสกุล, เพิ่งอ้าง.

การยับยั้งการพัฒนาของสปอร์ที่มาจากภายนอกเปลือก ไม่ได้ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงใดๆในชื่อ, ภาพลักษณ์ หรือลักษณะทั่วไปของผลไม้¹⁰¹

คดีที่เกี่ยวข้องกับสารประกอบที่สกัดจากมนุษย์และสัตว์ ศาลอุทธรณ์สหรัฐฯ ได้ตัดสินว่า สารประกอบ “Prostaglandin” (PGE2 and PGE3) ที่สังเคราะห์มาจากร่างกายของมนุษย์และสัตว์ เป็นการประดิษฐ์ และเป็นสิ่งที่มีคุณลักษณะใหม่ (novelty) เนื่องจากสารเคมีดังกล่าวมิได้ปรากฏอยู่ในธรรมชาติในรูปของสารบริสุทธิ์ ศาลในคดีดังกล่าวได้พิพากษาลงคำวินิจฉัยของคณะกรรมการอุทธรณ์ของสำนักงานสิทธิบัตรที่วินิจฉัยว่า สารประกอบที่มีการขอรับสิทธิบัตรขาดความใหม่ เนื่องจากเป็นสิ่งที่มียู่แล้วตามธรรมชาติ¹⁰²

ซึ่งหลังจากคดีนี้แล้วก็มีคดีที่เกี่ยวข้องกับสารที่สกัดจากพืชตัดสินในลักษณะเดียวกัน คือ คดีที่ได้มีการยื่นขอสิทธิบัตรในส่วนผสมในรสชาติของสตอเบอรี่โดยผู้ประดิษฐ์ได้แก่ Kratz และ Strasburger ค้นพบว่าสารประกอบที่ชื่อ 2-methyl-2 pentanoic acid เป็นสารประกอบที่ให้รส สตอเบอรี่ เมื่อสกัดออกมาได้อย่างบริสุทธิ์และใส่เข้าไปที่ผลไม้สดในปริมาณเล็กน้อย สารประกอบนี้จะให้รสสตอเบอรี่สำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ ปฏิเสธคำขอ เนื่องจากส่วนผสมดังกล่าวเป็นส่วนประกอบตามธรรมชาติของสตอเบอรี่ ศาลกลับคำตัดสินให้จดสิทธิบัตรได้โดยอ้างถึงคดี In re Bergstrom (427 F.2d 1394, 166 USPQ 256 (CCPA 1970))¹⁰³

นอกจากสารสกัดจากธรรมชาติแล้วยัง ยังมีคดีที่เป็นการสกัดยีนมาใช้ คือผู้ประดิษฐ์ในคดีนี้ได้ทำการสกัดยีน ชนิดหนึ่งจากไก่ ซึ่งยีนนี้ทำหน้าที่ควบคุมขนาดของไข่ โดยทำให้ไก่มีขนาดแคระแกรน การค้นพบนี้สามารถนำไปใช้ประโยชน์ในการผลิตไก่แคระ ซึ่งเมื่อนำไปผสมพันธุ์กับไก่ปกติทั่วไปแล้วจะทำให้ได้ลูกไก่ที่มีเนื้อแน่นเหมาะแก่การเพาะเลี้ยงเป็นไก่เนื้อต่อไป ผู้ประดิษฐ์ได้ขอรับสิทธิบัตรในกรรมวิธีการผลิตไก่โดยใช้ไก่ที่แคระแกรนเป็นพ่อพันธุ์ และในผลิตภัณฑ์ที่ได้มาจากการใช้กรรมวิธีดังกล่าว อันได้แก่ ไก่ที่เกิดขึ้นจากการผสมพันธุ์ของไก่ที่แคระแกรนนั้น คณะกรรมการอุทธรณ์ของสำนักงานสิทธิบัตรวินิจฉัยว่า กรรมวิธีที่ขอรับสิทธิบัตรนี้ไม่ใช่การประดิษฐ์ เนื่องจากมิได้เป็นกรรมวิธีทางเทคนิค ด้วยเหตุนี้ ไก่ที่เกิดจากการใช้กรรมวิธีดังกล่าวก็ไม่ได้เป็นการประดิษฐ์เช่นเดียวกัน หากแต่เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ¹⁰⁴

¹⁰¹ America Fruit Growers, Inc. v. Brogdex, 283 U.S. 1 (1931)

¹⁰² In re Bergstrom (427 F.2d 1394, 166 USPQ 256 (CCPA 1970))

¹⁰³ In re Kratz, 592 F.2d 1169, 1174 (C.C.P.A. 1979)

¹⁰⁴ In re Merat, 519 F.2d 1390 (CCPA 1975)

ในช่วงระยะเวลาในประเทศส่วนใหญ่จะถือว่าสิ่งมีชีวิต (life-form) ทรัพยากรชีวภาพ (Biological resources) และความรู้ในการใช้ทรัพยากรชีวภาพเหล่านั้น เป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรไม่ได้ สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าของสหรัฐและศาลสูงสหรัฐก็สนับสนุนแนวความคิดดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดี จากคำพิพากษาในคดีต่างๆ เหล่านี้ มีข้อสังเกตว่า ศาลใช้หลักผลิตผลของธรรมชาติในการวินิจฉัยสาระสำคัญของสิ่งที่นำมาขอรับสิทธิบัตร (Patentability Subject Matter) โดยไม่ได้นำประเด็นเงื่อนไขความใหม่ (New) หรือประโยชน์ (Utility) ของสิ่งประดิษฐ์นั้นมาพิจารณาร่วมด้วยแต่อย่างใด

หลักผลิตผลจากธรรมชาติได้รับการผ่อนคลายลงในคดี Merck & Co. V. Olin Mathieson Chemical Corp.¹⁰⁵ ซึ่งศาลได้ให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่วิตามินบี 12 ซึ่งสกัดจากตับของสัตว์ คดีนี้ศาลได้วางแนวทางการใช้หลักผลิตผลของธรรมชาติ ในกรณีของการสกัดสารสกัดจากธรรมชาติ และการทำให้บริสุทธิ์ (Purification) ซึ่งเป็นรูปแบบของนวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพ

ก่อนหน้าการค้นพบของบริษัทเมอร์ก มีสารชนิดหนึ่ง ซึ่งรู้จักกันว่าเป็นสารป้องกันโรคโลหิตจางชนิดหนึ่ง (Pernicious Anemia) ที่ได้จากตับวัว และจากจุลินทรีย์บางชนิด บริษัทเมอร์กค้นพบว่าถ้านำแบคทีเรียชนิดหนึ่ง (Streptomyces Griseus) ไปหมักในอาหารเหลว (Broth) จะได้สารชนิดหนึ่งที่ออกฤทธิ์ทำนองเดียวกับสารที่ใช้ป้องกันโรคโลหิตจางดังกล่าวข้างต้น บริษัทเมอร์กได้วิจัยต่อและจัดให้สารที่ค้นพบใหม่นี้เป็นวิตามินชนิดละลายน้ำ (Water-solution vitamin) และให้ชื่อสารนี้ว่า “วิตามินบี 12”¹⁰⁶

จำเลยในคดีนี้ต่อสู้ว่า กฎหมายไม่ให้สิทธิบัตรแก่สิ่งที่มีอยู่ก่อนแล้ว แม้ว่าสิ่งนั้นจะได้มาจากวัตถุดิบชนิดใหม่ หรือกรรมวิธีใหม่ก็ตาม และการทำให้สารชนิดใดชนิดหนึ่งมีความบริสุทธิ์ (Purification) ไม่ถือว่ามีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น เพราะเพียงแต่ทำให้สารนั้นมีความบริสุทธิ์แตกต่างกันเท่านั้น ไม่ได้ทำให้สารนั้นมีความใหม่แต่อย่างใด (Differ in degree not to kind) แต่ศาลไม่เห็นด้วย โดยให้เหตุผลว่า ก่อนหน้าการค้นพบของบริษัทเมอร์กไม่ปรากฏว่ามีวิตามินชนิดนี้หรือผลิตภัณฑ์อื่นที่จะเทียบเคียงกับวิตามินนี้มาก่อน รวมทั้งมาปรากฏว่ามีบุคคลอื่นสกัดสารชนิดนี้ได้ ศาลจึงเห็นว่าวิตามินบี 12 มิใช่เป็นเพียงผลิตภัณฑ์ชนิดใหม่เท่านั้นแต่กรรมวิธีในการผลิตสาร

¹⁰⁵ 116 U.S.P.Q. 484 (4th Cir.1958).

¹⁰⁶ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 97, น.231-232.

นี่ก็เป็นกรรมวิธีใหม่อีกด้วย โดยสามารถใช้แทนตัววัวในการผลิตได้ สารนี้จึงไม่เหมือนกับสารชนิดเดิมที่มีอยู่แล้ว¹⁰⁷

คำพิพากษานี้มีข้อสังเกตว่า แม้ศาลจะยอมรับหลักผลิตผลจากธรรมชาติดังเช่นคดีที่กล่าวไปก่อนหน้านี้ แต่ข้อแตกต่างของคดีนี้กับคดีอื่นที่ศาลปฏิเสธการคุ้มครองคือ บริษัทเมอร์กไม่ได้ขอถือสิทธิในสารบริสุทธิ์โดยตรง แต่ขอถือสิทธิในสารที่ออกฤทธิ์น้อยกว่า (Lower Level of Activity) สารบริสุทธิ์ กล่าวคือ มีการปรับเปลี่ยนเล็กน้อยเพื่อให้สารดังกล่าวออกฤทธิ์น้อยลง ซึ่งต่างคดีทั้งสแตนท์ที่ขอถือสิทธิในทั้งสแตนท์บริสุทธิ์ที่มีคุณสมบัติตามธรรมชาติโดยตรง¹⁰⁸

มีผู้ให้ความเห็นว่า หลักผลิตผลของธรรมชาติ เป็นหลักที่ใช้พิจารณาสาระัตถะของสิ่งก็นำมาขอคุ้มครองว่าเป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรได้หรือไม่ (Patentability Subject Matter) หากเป็นผลิตผลของธรรมชาติแล้วถือว่าไม่ใช่สิ่งใหม่ และจะหลุดพ้นจากขอบเขตการคุ้มครองของกฎหมายสิทธิบัตร โดยไม่ต้องพิจารณาว่าสิ่งนั้นมีความใหม่ (Novelty) หรือเป็นสิ่งมีประโยชน์ (Utility) หรือไม่¹⁰⁹ แต่หากฟังได้ว่าเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่มีสาระัตถะที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแล้วจึงจะไปพิจารณาเงื่อนไขการคุ้มครองตามที่กฎหมายกำหนดต่อไป คือ ความใหม่ (Novelty) ขั้นตอนประดิษฐ์สูงขึ้น (Inventive Step) และการประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม (Industrial Application)¹¹⁰

แนวทางที่ต้องพิจารณาสาระัตถะของสิ่งที่ขอคุ้มครอง (Subject Matter) ก่อนเป็นเบื้องต้นสอดคล้องกับมาตรา 101 ของกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกาที่กล่าวว่า “ให้คุ้มครองสิทธิบัตรแก่ผู้ประดิษฐ์และผู้ค้นพบสิ่งใหม่ (New) กรรมวิธีที่มีประโยชน์ (Useful Process) เครื่องจักรกล (Machine) กระบวนการผลิต (Manufacture) หรือการประกอบเข้าด้วยกันของสิ่งสำคัญ (Composition of Matter) เส้นใยพืชหรือทั้งสแตนท์ล้วนแล้วแต่เป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่แล้วในธรรมชาติจึงไม่อาจเป็นสิ่งใหม่ตามที่กฎหมายกำหนดได้ แต่คำวินิจฉัยในคดีวิตามินบี 12 กลับถือว่าเงื่อนไขสาระัตถะของสิ่งที่นำมาคุ้มครอง (Patentability Subject Matter) กลายเป็นหลักย่อยภายใต้เงื่อนไขการคุ้มครอง ตามมาตรา 102 ที่กำหนดเงื่อนไขความใหม่ (Novelty) ขั้นตอนประดิษฐ์สูงขึ้น (Inventive Step) และการประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม (Industrial Application) และทำให้การพิจารณา “ความใหม่” (New) ของสาระัตถะในสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตร

¹⁰⁷ เฟิงอ้วง, น.232.

¹⁰⁸ เฟิงอ้วง

¹⁰⁹ Re Bergy, 596 F.2d 952 (C.C.P.A. 1970).

¹¹⁰ สมชาย รัตนชื้อสกุล, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 97, น.233.

(Subject Matter) ตามมาตรา 101 ไม่ต่างจากการพิจารณาเงื่อนไข “ความใหม่” (Novelty) ตามมาตรา 102¹¹¹

การพิจารณาในส่วนสาระสำคัญของสิ่งที่ขอคุ้มครอง กับเงื่อนไขการคุ้มครองเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาแยกจากกัน การนำมาพิจารณาปะปนกันจึงเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง มิฉะนั้นแล้วถ้าสิ่งที่นำมาขอคุ้มครองผ่านเกณฑ์พิจารณาตามมาตรา 102 หมายความว่า สิ่งนั้นจะมีสาระสำคัญเป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรได้ทันที (Patentability Subject Matter) ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นก็ไม่จำเป็นต้องบัญญัติมาตรา 101 ไว้อีกซึ่งไม่น่าจะเป็นเช่นนั้น¹¹²

คำวินิจฉัยของศาลฎีกาสหรัฐในคดี Chakrabarty ถือเป็นบรรทัดฐานของการคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพและยังเป็นคดีที่มีความสำคัญ (Landmark Case) ต่อแนวความคิดการให้สิทธิบัตรสิ่งมีชีวิต นับเป็นคดีแรกที่ศาลฎีกาสหรัฐได้ตัดสินว่าสิ่งมีชีวิตที่เป็นผลงานการพัฒนาของมนุษย์ซึ่งมิได้เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ เป็นการประดิษฐ์ที่อาจนำมาขอรับสิทธิบัตรได้

ในคดีนี้ Chakrabarty ได้ใช้กรรมวิธีทางพันธุวิศวกรรม (Genetic Engineering) ตัดต่อยีนของแบคทีเรีย (Pseudomonas Aeruginosa) ทำให้แบคทีเรียชนิดนี้มีคุณสมบัติย่อยสลายน้ำมันดิบได้ คุณสมบัติพิเศษนี้สามารถนำไปใช้ในการกำจัดกากปนเปื้อนของน้ำมันดิบ และเป็นคุณสมบัติพิเศษที่ไม่ปรากฏในแบคทีเรียที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สำนักงานสิทธิบัตรปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตรในแบคทีเรียชนิดใหม่นี้โดยให้เหตุผล 2 ประการ คือ

1. แบคทีเรียนี้เป็นสิ่งมีชีวิตตามธรรมชาติ (“Product of Nature”) และ
2. เป็นสิ่งที่ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ตามมาตรา 101 ของกฎหมายสิทธิบัตร¹¹³

ทั้งนี้โดยอ้างความเห็นของรัฐสภาตามกฎหมาย Plant Patent Act ,1930 Plant Variety Protection Act,1970 ที่ว่า “รัฐสภาไม่มีความประสงค์จะให้ความคุ้มครองแก่การสร้างหรือประดิษฐ์ (manufacture) หรือ องค์ประกอบ (Composition of Matter) ในสิ่งมีชีวิต” อย่างไรก็ตาม

¹¹¹ *supra* note 101

¹¹² สมชาย รัตนเชื้อสกุล,อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 97,น.233.

¹¹³ (35 USC s.101) provides as follows :

Whoever invents or discovers any new and useful process,machine,manufacture,or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefor, subject to the conditions and requirements of this title.

ตามสำนักงานสิทธิบัตรยอมให้สิทธิบัตรในกระบวนการตัดต่อยีนของแบคทีเรีย รวมทั้งสื่อกลาง (Inoculum) ที่ใช้ทำให้แบคทีเรียลอยตัวอยู่บนน้ำมันได้¹¹⁴

ศาลฎีกาได้ตัดสินว่า “การประดิษฐ์ดังกล่าวเป็นการประดิษฐ์ที่อาจนำมาขอรับสิทธิบัตรได้” โดยศาลฎีกาให้เหตุผลว่า “กฎหมายสิทธิบัตรไม่ได้แยกความแตกต่างระหว่างการประดิษฐ์ที่ไม่มีชีวิตกับการประดิษฐ์ที่มีชีวิต กฎหมายเพียงแต่กำหนดว่าสิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายต้องเป็นผลงานของมนุษย์ และมีได้เป็นเพียงสิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ กฎหมายสิทธิบัตรสหรัฐมิได้ปฏิเสธการคุ้มครองแก่สิ่งหนึ่งสิ่งใดเพียงเพราะว่าสิ่งนั้นเป็นสิ่งมีชีวิต “และสำนักงานสิทธิบัตรก็เคยให้สิทธิบัตรในยีสต์แก่หลุยส์ ปาสเตอร์มาก่อนแล้ว ศาลยังได้อ้างความเห็นของกรมการรัฐสภาว่า “รัฐสภามีความประสงค์ให้กฎหมายสิทธิบัตรครอบคลุมถึงสิ่งประดิษฐ์ทุกอย่างภายใต้ดวงอาทิตย์ที่มนุษย์ประดิษฐ์ขึ้น” (include anything under the sun that is made by man) อีกทั้งบทบัญญัติมาตรา 101 นั้นเองมีความหมายกว้าง สามารถตีความให้ครอบคลุมสิ่งประดิษฐ์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งไม่อาจคาดเห็นได้ในขณะร่างกฎหมาย และศาลเห็นว่าแบคทีเรียชนิดใหม่ของ Chakrabarty นี้มีคุณลักษณะที่ต่างจากที่พบในธรรมชาติ (different characteristics from any found in nature) และเป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้น ไม่ใช่สิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ จึงเป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรได้ แม้ว่า Chakrabarty จะกล่าวยอมรับว่า “เขาเพียงแค่สลับเปลี่ยนตำแหน่งยีนในแบคทีเรียที่มีอยู่แล้ว”ก็ตาม

แต่แม้ศาลฎีกาสหรัฐจะมีมติเสียงข้างมาก (5 ต่อ 4) ให้สิทธิบัตรแก่สิ่งประดิษฐ์ของ Chakrabarty แต่ในคำพิพากษานั้นเอง ได้แสดงออกให้เห็นว่าศาลก็กังวลต่อผลกระทบที่จะตามมาจากคำพิพากษา แต่ได้ผลกระทบนั้นให้กับรัฐสภาออกกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาก็อาจเกิดขึ้น โดยกล่าวว่า “เป็นหน้าที่ของรัฐสภาที่จะต้องจำกัดขอบเขตของสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรได้ ไม่ใช่หน้าที่ของศาล”

ทั้งนี้ ผู้พิพากษา Brennan ซึ่งเป็นฝ่ายข้างน้อยให้ความเห็นว่า “แนวความคิดที่ผ่านมาเกี่ยวกับสิ่งประดิษฐ์ทางด้านเกษตรกรรมที่ขอรับสิทธิบัตรได้นั้น เป็นที่ยอมรับกันว่าไม่ได้รวมถึงสิ่งประดิษฐ์ที่มีชีวิต” และเป็นความเข้าใจที่ผิดพลาดที่ “ขยายขอบเขตความคุ้มครองของสิทธิบัตรให้เกินเลยไปกว่าที่รัฐสภากำหนดไว้ คำพิพากษาของศาลในคดีนี้ได้ขยายขอบเขตของระบบ

¹¹⁴ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, “โจรสลัดชีวภาพ (bio-piracy) : ที่มา-ปัญหา และแนวทางสำหรับประเทศไทยตามกรอบความตกลงทริปส์”วารสารนิติศาสตร์ 33.1(มี.ค 2546).น.102.

สิทธิบัตรให้ครอบคลุมถึงสิ่งมีชีวิตทั้งที่ผู้ร่างกฎหมายนี้มีความเชื่อว่ามีมาตรา 101 ไม่ครอบคลุมถึงสิ่งมีชีวิต”¹¹⁵

(ข) หลักผลิตผลของธรรมชาติในยุคเทคโนโลยีชีวภาพ

คำพิพากษาในคดี Chakrabarty แสดงให้เห็นการเปลี่ยนแปลงแนวคิดทางกฎหมายสิทธิบัตร จากเดิมที่ศาลตีความกฎหมายอย่างจำกัดในการคุ้มครองสิทธิบัตร หรือทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ¹¹⁶ เปลี่ยนเป็นการตีความหมายอย่างกว้างขวาง เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ดังนี้

1. แนวคิดให้สัตว์ที่ไม่รวมถึงมนุษย์ ที่มีได้เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ เป็นสิ่งที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้

คดี Ex parte Allen, 2 USPQ (BNA) 1425 (PTQ Bd. App. & Int. 1987) เกี่ยวข้องกับคำขอรับสิทธิบัตรกรรมวิธีการผลิตหอยมุกที่มีโครโมโซมในเซลล์ไซเมติกจำนวนสามชุด ซึ่งมากกว่าหอยมุกทั่วไปที่มีโครโมโซมเพียงสองชุด (polyploid oysters) เป็นการขอรับสิทธิบัตรทั้งในตัวหอยมุกเองและกรรมวิธีการในการผลิตหอยมุกด้วย โดยประโยชน์ของหอยมุกชนิดนี้คือ สามารถที่จะเลี้ยงดูและเติบโตได้เร็วกว่าหอยมุกทั่วไป

ในเบื้องต้น เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาคำขอได้มีความเห็นรับคำขอในส่วนกรรมวิธีการผลิต แต่ไม่รับคำขอในตัวหอยมุกดังกล่าว ด้วยเหตุผล 2 ประการ

1. เนื่องจากหอยมุกเป็นสิ่งมีชีวิตจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของสิ่งที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ในมาตรา 101 ของกฎหมายสิทธิบัตร (35 USC s.101) ซึ่งบัญญัติว่า

“กรรมวิธีใดๆที่ใหม่และมีประโยชน์ เครื่องจักรกล การผลิต หรือการประกอบเข้าด้วยกันของสิ่งต่างๆ..รวมทั้งการปรับปรุงให้ดีขึ้นซึ่งที่กล่าวมานั้น”

2. กระบวนการในการผลิตหอยมุกจะต้องเป็นที่ประจักษ์ชัดสำหรับความสามารถของบุคคลธรรมดาในงานประเภ่นั้น

ต่อมาเมื่อคดีได้ขึ้นมาสู่การพิจารณาของคณะกรรมการอุทธรณ์ คณะกรรมการอุทธรณ์ได้มีคำวินิจฉัยยกกลับคำตัดสินและให้ออกสิทธิบัตรให้แก่การประดิษฐ์ดังกล่าว โดยอ้างอิงจากคำพิพากษาศาลฎีกาในคดี Chakrabarty ดังนี้

¹¹⁵ เพิ่งอ้าง, น.5.

¹¹⁶ โปรดดู Graham V. John Deere Co., 383 U.S. 1, 18 (1996) ; Jungersen V. Ostby & Barton Co., 335 U.S. 560, 572 (1949).

“ประเด็นเรื่องนี้เมื่ออยู่ว่า การประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรเป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรได้ตาม มาตรา 101 หรือไม่ กล่าวคือ เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากการคิดค้นและพัฒนาของมนุษย์ หากสิ่งดังกล่าว เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ สิ่งนั้นก็ไม่ใช่สิ่งที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ตามมาตรา 101 ซึ่งในกรณีนี้หอย มุกเป็นผลผลิตที่เกิดขึ้นจากกรรมวิธีทางเทคนิคที่พัฒนาและควบคุมโดยนักประดิษฐ์ จึงมีลักษณะ เป็นการผลิต ตามบทบัญญัติมาตรา 101 ของกฎหมายสิทธิบัตร”¹¹⁷

คำวินิจฉัยดังกล่าวแสดงให้เห็นชัดเจนถึงเจตนาที่จะปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ได้ตัดสินไว้ในคดี Chakrabarty สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าสหรัฐฯ ได้พิจารณาสิ่งที่ไม่ได้เกิดขึ้นตามธรรมชาติ สิ่งที่ไม่ใช่เซลล์ของมนุษย์หรือสิ่งมีชีวิตรวมถึงสัตว์ ว่าเป็น สิ่งที่สามารถนำมาจดสิทธิบัตรได้ ภายใต้ขอบเขตของ มาตรา 101 การอ้างสิทธิที่เกี่ยวข้องโดยตรง หรืออยู่ภายใต้ขอบเขตของความเป็นมนุษย์จะเป็นสิ่งที่ไม่สามารถจดสิทธิบัตรได้ภายใต้ มาตรา 101¹¹⁸

หลังจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการอุทธรณ์ในคดีนี้ ในปี ค.ศ 1987 สำนักงาน สิทธิบัตรสหรัฐฯ ได้ประกาศใช้กฎเกณฑ์การตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรในการประดิษฐ์เกี่ยวกับ สัตว์ โดยมีสาระสำคัญดังนี้

“สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าพิจารณาเห็นว่าสิ่งมีชีวิตหลายเซลล์ เช่น สัตว์ที่ไม่รวมถึงมนุษย์ มิได้เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ เป็นสิ่งที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ตามบทบัญญัติ มาตรา 101 แห่งกฎหมายสิทธิบัตร แต่คำขอรับสิทธิบัตรที่เกี่ยวกับหรือที่รวมถึงมนุษย์ จะไม่ได้รับการพิจารณาว่าเป็นการประดิษฐ์ที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ตามบทบัญญัติมาตรา 101 แห่งกฎหมาย สิทธิบัตร ทั้งนี้เพราะการให้สิทธิเด็ดขาดในทางทรัพย์สินเหนือมนุษย์เป็นสิ่งต้องห้ามตาม รัฐธรรมนูญ”

2. แนวคิดในการอนุญาตให้สิทธิบัตรสิ่งประดิษฐ์เพื่อคุ้มครองพืช ถ้าสามารถผ่าน เกณฑ์ที่กำหนดไว้ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร

คดี Ex parte Hibbard ,227 USPQ 443 (1985) ในขณะที่คำตัดสินในคดี Chakrabarty ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ประดิษฐ์จุลชีพ คำตัดสินในคดี Ex parte Hibbard ก็ ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ที่ต้องการจดสิทธิบัตรพืช โดยในคดีนี้ The Board of Patent Appeal and

¹¹⁷ Ex parte Allen, 2 U.S.P.Q. (BNA) at 1427

¹¹⁸ Edmund J. Sease, “ From Microbes, to Corn Seeds, to Oysters, to Mice :

Patentability of New Life Forms” 38 Drake Law Review, 551, 554

1989, www.westlaw.com, 10/12/2006, p.7

interferences ได้วางกฎว่าข้าวโพดซึ่งมีกรดอะมิโนสูงกว่าปกติเป็นสิ่งที่สามารถจดสิทธิบัตรได้ ก่อนหน้านี้ ผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรได้ปฏิเสธคำขอโดยให้เหตุผลว่า การคุ้มครองสิทธิบัตรสิ่งประดิษฐ์ ไม่มีอยู่ภายใต้ 35 U.S.C 101 เนื่องจากยังคงมี Plant Patent Act และ Plant Variety Protection Act ¹¹⁹ คณะกรรมการอุทธรณ์กลับคำตัดสินนี้โดยให้เหตุผลว่า “ การมีอยู่ของกฎหมายเพื่อการคุ้มครองหนึ่ง ไม่ได้ระงับการคุ้มครองที่อยู่ในรูปแบบอื่นไปด้วย” ผลจากคดีนี้ สำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐได้อนุญาตให้สิทธิบัตรสิ่งประดิษฐ์เพื่อคุ้มครองพืช ถ้าสามารถผ่านเกณฑ์เรื่องความใหม่, มีประโยชน์และไม่เป็นที่ประจักษ์โดยง่าย ตัวอย่างเช่น สิทธิบัตรสหรัฐ หมายเลข 4,406,089 มอบให้แก่ บริษัท ไฟโอเนีย ไฮบริด อินเตอร์เนชันแนล จำกัด สำหรับการดัดแปลงพันธุกรรมเมล็ดข้าวสาลี

พิจารณาเปรียบเทียบแนวทางในการตัดสินคดีขอรับสิทธิบัตรในทรัพยากรชีวภาพในสหรัฐอเมริกา ช่วงก่อนและหลังจากมีคำพิพากษาฎีกาในคดี Chakrabaty จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกันอย่างมาก โดยก่อนหน้าคดี Chakrabaty สำนักงานสิทธิบัตรและศาลสหรัฐมักจะใช้หลัก “ผลผลิตของธรรมชาติ”(product of nature) โดยถือว่าสิ่งที่เกิดขึ้นเองและมีอยู่ตามธรรมชาติ มิใช่การประดิษฐ์ที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ แต่ภายหลังจากมีคำพิพากษาในคดี Chakrabaty แล้ว แนวคำตัดสินของสำนักงานสิทธิบัตรและศาลสหรัฐได้เปลี่ยนไปโดยอนุญาตให้มีการขอรับสิทธิบัตรในการประดิษฐ์ที่เป็นสิ่งมีชีวิตได้ โดยวางหลักว่า “กฎหมายสิทธิบัตรไม่ได้แยกความแตกต่างระหว่างการประดิษฐ์ที่ไม่มีชีวิตกับการประดิษฐ์ที่มีชีวิต กฎหมายเพียงแต่กำหนดว่าสิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายต้องเป็นผลงานของมนุษย์ และมีได้เป็นเพียงสิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ กฎหมายสิทธิบัตรสหรัฐมิได้ปฏิเสธการคุ้มครองแก่สิ่งหนึ่งสิ่งใดเพียงเพราะว่าสิ่งนั้นเป็นสิ่งมีชีวิต” คำตัดสินดังกล่าวได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในแนวความคิดของการคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพในประเทศต่างๆ ถือเป็นบรรทัดฐานของการคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพที่มีอิทธิพลไม่เฉพาะแต่คำพิพากษาคือมาในสหรัฐเท่านั้น หากแต่ยังถูกนำมาใช้เป็นแนวทางในการตัดสินคดีของศาลในประเทศอื่นๆ ด้วย

(2) หลักการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพโดยกฎหมายสิทธิบัตร

มาตรา 27 ของความตกลงทริปส์ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกคุ้มครองการประดิษฐ์ทั้งที่เป็นผลิตภัณฑ์และกรรมวิธีในทุกสาขาเทคโนโลยี ภายใต้เงื่อนไขว่าการประดิษฐ์นั้นเป็นสิ่งใหม่เกี่ยวข้องกับการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ ทั้งนี้การนำ

¹¹⁹ *Ibid*, p.7.

หลักเกณฑ์ในการได้มาซึ่งสิทธิบัตรมาใช้ในการพิจารณาให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางภูมิ
ข้อสังเกตดังนี้

(ก) เงื่อนไขเรื่องความใหม่ (Novelty)

เงื่อนไขการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ตามความตกลงทริปส์ หมายความว่า การประดิษฐ์ที่จะ
ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจะต้องเป็นสิ่งที่ใหม่ ที่ยังไม่มีใครเคยมีปรากฏมาก่อน หรือยังไม่มีใครเคยมีผู้
หนึ่งผู้ใดคิดค้นได้มาก่อน การพิจารณาว่าอะไรเป็นสิ่งที่ใหม่นั้น กฎหมายใช้หลักเกณฑ์ว่า การ
ประดิษฐ์ที่นำมาขอรับสิทธิบัตรจะต้องไม่เป็นส่วนหนึ่งของงานที่ปรากฏอยู่แล้ว (State of the Art)
ถ้าหากการประดิษฐ์นั้นเป็นส่วนหนึ่งของงานที่ปรากฏเผยแพร่ต่อสาธารณชนอยู่แล้วในวันที่มีการ
ยื่นคำขอสิทธิบัตรก็ถือว่าการประดิษฐ์นั้นขาดความใหม่¹²⁰ ทั้งนี้โดยไม่คำนึงว่า การเปิดเผยนั้นได้
กระทำด้วยวาจา ด้วยลายลักษณ์อักษร หรือด้วยวิธีการอื่นใด¹²¹

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศต่างๆได้กำหนดระดับของความใหม่ไว้แตกต่างกัน
ขึ้นอยู่กับนโยบายในการพัฒนาเศรษฐกิจและนโยบายทางอุตสาหกรรมของแต่ละประเทศ ซึ่งอาจ
จำแนกแนวทางในการพิจารณาความใหม่ของนานาประเทศออกได้เป็นสามแนวทางด้วยกัน
แนวทางแรกคือ การพิจารณาความใหม่ในระดับภายในประเทศ (National Novelty) คือจะ
พิจารณาถึงการเผยแพร่ของการประดิษฐ์จะถูกจำกัดอยู่เพียงภายในประเทศที่มีการขอรับ
สิทธิบัตรเท่านั้น แนวทางที่สอง คือ การพิจารณาความใหม่ในระดับโลก (Worldwide Novelty) จะ
กว้างกว่ามาก เพราะจะคำนึงถึงการเผยแพร่ของการประดิษฐ์ที่มีอยู่ทุกที่ทั้งในและนอก
ราชอาณาจักร หากการประดิษฐ์นั้นได้ถูกเผยแพร่ต่อสาธารณะชนไม่ว่า ณ ที่ใดในโลก ก็ต้องถือว่า
การประดิษฐ์นั้นขาดความใหม่ ส่วนแนวทางสุดท้าย คือ แบบผสม (Hybrid Approach) จะ
พิจารณาการเผยแพร่ของการประดิษฐ์ประเภทลายลักษณ์อักษรที่ปรากฏอยู่ทั้งภายในและ
ต่างประเทศ แต่จำกัดขอบเขตของการพิจารณาการเผยแพร่ของการประดิษฐ์ประเภทการใช้งาน
(Prior Use) เฉพาะแต่สิ่งที่ปรากฏอยู่ในประเทศที่มีการขอรับสิทธิบัตรเท่านั้น เพราะเชื่อกันว่า
การสืบค้น Prior Use ที่ปรากฏอยู่ในต่างประเทศเป็นสิ่งที่กระทำไดยาก¹²²

¹²⁰ Paterson, G., The European Patent System : The Law and Practice of the European Patent Convention , (London : Sweet & Maxwell , 1992), p.375. อ้างใน จักรกฤษณ์
ควรพจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 48, น.224.

¹²¹ Black, T., Intellectual Property in industry, (London and Edinburgh ,
1989), Butterworth, p.7. อ้างใน จักรกฤษณ์ ควรพจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 48, น.224.

¹²² จักรกฤษณ์ ควรพจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 48, น.225.

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศในทวีปยุโรปใช้แนวทางการพิจารณาความใหม่ในระดับโลกในขณะที่กฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐพิจารณาความใหม่ของการประดิษฐ์โดยใช้หลักการแบบผสม

การที่ระบบกฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐใช้หลักการแบบผสม ทำให้ระบบกฎหมายของสหรัฐแตกต่างกับระบบสิทธิบัตรของประเทศอื่นในเรื่องความใหม่อย่างสมบูรณ์ (absolute novelty) โดยกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศในทวีปยุโรปมีเงื่อนไขว่า การประดิษฐ์จะต้องมีความใหม่อย่างสมบูรณ์ ซึ่งหมายถึงการประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้จะต้องไม่เคยเปิดเผยรายละเอียดมาก่อนไม่ว่าจะเปิดเผยโดยวิธีใด ก่อนวันยื่นคำขอรับสิทธิบัตร

วิธีการเปิดเผยข้อมูล ไม่จำกัดว่าจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่รวมถึงการเปิดเผยโดยการเขียน โดยวาจา หรือโดยวิธีการอื่น ๆ ซึ่งทำให้ความรู้ที่นั้นเผยแพร่ไป และจะเปรียบเทียบการประดิษฐ์กับงานที่ปรากฏอยู่แล้ว (Prior Use หรือ State of Art หรือ Prior Art) หากการประดิษฐ์เหมือนกับงานที่ปรากฏอยู่แล้วจะถือว่าการประดิษฐ์นี้ไม่มีความใหม่ คำว่า “งานที่ปรากฏอยู่แล้ว” มีคำนิยามอยู่ในกฎหมายสิทธิบัตรของหลายประเทศ¹²³

กฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐไม่ได้กำหนดในเรื่อง “absolute novelty” สำหรับการได้มาซึ่งสิทธิบัตร แต่กลับอนุญาตให้มีการจดสิทธิบัตรสิ่งประดิษฐ์ที่เป็นที่รู้จักหรือใช้อยู่ในต่างประเทศได้ ตราบใดที่สิ่งประดิษฐ์ดังกล่าวไม่ได้มีการจดสิทธิบัตรหรือพิมพ์บรรยายลักษณะของสิ่งประดิษฐ์ไม่ว่าในสหรัฐหรือประเทศอื่น จุดมุ่งหมายของข้อกำหนดนี้ก็เพื่อที่จะสนับสนุนความสำคัญของเทคโนโลยีในสหรัฐ อย่างไรก็ตาม การขาดหายไปของข้อกำหนดเรื่อง “absolute novelty” ทำให้เกิดความเสียหายแก่ชนพื้นเมืองในประเทศกำลังพัฒนาเนื่องจาก ภูมิปัญญาท้องถิ่นของชนพื้นเมืองเหล่านั้นถูกถ่ายทอดกันปากต่อปาก จึงต่างกับการเผยแพร่เป็นลายลักษณ์อักษร ส่งผลให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ถ่ายทอดกันปากต่อปากแต่ไม่ได้เผยแพร่เป็นลายลักษณ์อักษรอยู่ในประเทศอื่นที่ไม่ใช่ประเทศสหรัฐ ยังสามารถนำมาจดสิทธิบัตรในประเทศสหรัฐได้ ข้อกำหนดดังกล่าวส่งผลให้เกิดการโต้เถียงกันระหว่างนักวิจัยว่าระบบสิทธิบัตรของสหรัฐแท้จริงแล้ว ให้การปกป้องสิทธิตามกฎหมายของผู้ถือสิทธิบัตรหรือเพียงแต่อนุญาตให้มีสิทธิพิเศษในการแสวงหากำไรจากภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศอื่น

(ข) มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น (Inventive step)

ขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้นเป็นเงื่อนไขของการขอรับสิทธิบัตร โดยมีหลักการว่าการประดิษฐ์ที่มีสิทธิได้รับการคุ้มครอง ต้องเป็นการประดิษฐ์ที่มีส่วนประกอบหรือมีลักษณะที่ก้าวหน้า

¹²³ เช่น พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 6, 35 U.S.C 102

แตกต่างไปจากเทคโนโลยีที่มีอยู่ โดยจะต้องมีการทดสอบว่า การประดิษฐ์นั้นเป็นสิ่งที่ง่ายเกินไป หรือเป็นสิ่งที่ขัดแย้งสำหรับบุคคลที่มีความรู้เชี่ยวชาญในวิทยาการแขนงเดียวกันนั้นหรือไม่ (test of non-obviousness)¹²⁴

ในการพิจารณาขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น กฎหมายสิทธิบัตรกำหนดให้ใช้หลักการทดสอบว่า การประดิษฐ์ที่นำมาขอรับสิทธิบัตรเป็นสิ่งที่บุคคลผู้มีความรู้เชี่ยวชาญเฉพาะใน วิทยาการแขนงนั้น (a person skilled in the art) สามารถที่จะคาดเห็นได้หรือไม่ หรือสามารถที่จะ ทำการพัฒนาและคิดค้นประดิษฐ์อย่างเดียวกันได้หรือไม่ ถ้าผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวสามารถคาดเห็น หรือทำการคิดค้นประดิษฐ์เช่นนั้นได้ ก็ต้องถือว่าการประดิษฐ์ดังกล่าวเป็นสิ่งที่ขัดแย้งและง่าย เกินไป ไม่สมควรที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย¹²⁵

ซึ่งประเด็นการพิจารณา “ขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น” กฎหมายสิทธิบัตรของนานา ประเทศยังคงมีความแตกต่างกัน เช่น กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศเยอรมันกำหนดเงื่อนไขว่า ขั้น การประดิษฐ์ที่สูงขึ้นหมายถึงการมีลักษณะทางเทคนิคที่ดีกว่าหรือก้าวหน้ากว่า (advance in the art) การประดิษฐ์ที่มีอยู่ กล่าวคือ การประดิษฐ์ที่มีการขอรับสิทธิบัตรต้องเสนอแนวทางใหม่ที่ สามารถใช้แก้ไขปัญหาทางเทคนิคได้ดีกว่าการประดิษฐ์อื่นใดที่มีอยู่ในขณะนั้น¹²⁶ ส่วนกฎหมาย ของหลายประเทศกลับไม่ได้มีการกำหนดเงื่อนไขดังกล่าว โดยถือว่าการประดิษฐ์จะมีขั้นการ ประดิษฐ์ที่สูงขึ้นเมื่อมีสิ่งหนึ่งสิ่งใดที่แตกต่างหรือได้รับการปรับปรุงขึ้นจากเทคโนโลยีอื่นๆ ที่มีอยู่ บ้างก็เป็นการเพียงพอ แม้ว่าข้อแตกต่างหรือสิ่งที่ได้รับการปรับปรุงนั้นจะไม่มีคุณสมบัติที่ดีกว่า หรือไม่สามารถให้ผลที่ดีเยี่ยมกว่าสิ่งที่มีอยู่แล้วก็ตาม

¹²⁴ Philips, J. and A.Firth, *Introduction to Intellectual Property Law*, (London : Butterworths, 1990), p.45. อ้างใน จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 48*, น.226.

¹²⁵ *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 109*, น.451-452.

¹²⁶ Ullrich, H., “Standards of Patentability for European Inventions : Should an Inventive Step Advance in the Art ?”, IIC Studies Vol.1, VCH, (Weinheim, 1997), pp.12-35 อ้างใน จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 48*, น.227.

ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 103 ของพระราชบัญญัติสิทธิบัตรสหรัฐฯ¹²⁷ กำหนดว่า สิ่งประดิษฐ์หรือการค้นพบนั้น จะต้องไม่เป็นสิ่งที่ประจักษ์ได้โดยง่าย จึงจะได้รับสิทธิบัตร คล้ายคลึงกับข้อกำหนดเรื่องความรู้ที่ปรากฏอยู่ (prior art)¹²⁸ การสืบหาข้อเท็จจริงว่า สิ่งประดิษฐ์เป็นที่ประจักษ์หรือไม่นั้น ไม่รวมถึงความรู้ที่ปรากฏอยู่ (prior art) หรือความรู้ที่ถูกใช้อยู่ภายนอกประเทศสหรัฐฯ ดังนั้น ชนพื้นเมืองจึงไม่ถูกจัดว่าเป็นบุคคลที่มีความชำนาญในระดับสามัญในศิลปวิทยาการสำหรับงานประเภะนั้น ตามที่ระบุไว้ใน มาตรา103 ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นข้อกำหนดที่ไม่เป็นธรรมมากที่สุดแก่ชนพื้นเมือง¹²⁹

ความสำคัญของเรื่องนี้คือ เกณฑ์การพิจารณาความใหม่ ของการประดิษฐ์ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรสหรัฐฯ ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า การเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์โดยการใช้ (prior use) ซึ่งได้กระทำในต่างประเทศ จะไม่มีผลกระทบต่อความใหม่ของการประดิษฐ์นั้น ในสหรัฐฯ อันเป็นแนวทางการพิจารณาแบบผสม (hybrid approach) ดังที่ได้กล่าวในตอนต้น ผล

¹²⁷ 35 U.S.C 103 Condition for Patentability ;

Non-obvious subject matter

A patent may not be obtained though the invention is not indentically disclosed or described as set forth in section 102 of this title, if the differences between the subject matter sought to be patented and the prior art are such that the subject matter as a whole would have been obvious at the time the invention was made to a person having ordinary skill in the art to which said subject matter pertains. Patentability shall not be negated by the manner in which the invention was made.

¹²⁸ “Prior art” is defined as “ the body of existing patents or patent applications or any other publication throughout the world, relevant to an application or a patent.” Canadian Intellectual Property Office, Patents Glossary, at http://strategis.gc.ca/sc_mrksv/cipo/patents/pat_gd_gloss-e.html(last visited Feb.24,2005)

¹²⁹ Leanne M. Fecteau, “Note The Ayhuasca Patent Revolution : Questions about Current U.S. patent Policy”,B.C Third World L.J.69,73-77 (2001) ; see 35 U.S.C 102 (a) ,

ก็คือ หลักกฎหมายดังกล่าวได้เปิดโอกาสให้มีการขกขยนำเอาความรู้ ภูมิปัญญา และเทคโนโลยี
พื้นบ้านที่มีอยู่ในต่างประเทศ ไปใช้ประโยชน์และขอรับสิทธิบัตรในสหรัฐฯ¹³⁰

วิธีการที่ขกขยกำหนดเรื่อง งานที่ไม่เป็นที่ประจักษ์ได้โดยง่ายนี้ ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ
ต่อชนพื้นเมืองของประเทศโลกที่สามเห็นได้จากการจดสิทธิบัตรพืชชนิดหนึ่งชื่อ Endod Berry ซึ่ง
ชาวเอธิโอเปียได้ใช้พืชชนิดนี้เป็นสมุนไพรทำความสะอาดและ fish intoxicant มาเป็นเวลากว่าศตวรรษ
แล้ว¹³¹ นอกจากนี้ชนพื้นเมืองอื่นในเขตร้อนยังได้ใช้ประโยชน์จาก Endod Berry ในทางการแพทย์
เพื่อรักษา schistosomiasis ซึ่งเป็นโรคพยาธิที่มีความร้ายแรงซึ่งมากับทากที่อาศัยอยู่ในน้ำ¹³²

การที่การจดสิทธิบัตร Endod Berry ดังตัวอย่างข้างต้น สามารถทำได้โดยไม่ขัดกับ
ขกขยกำหนดเรื่อง งานที่ไม่เป็นที่ประจักษ์ได้โดยง่าย แม้ว่า Endod Berry จะได้ถูกใช้โดยชนพื้นเมือง
ชาวเอธิโอเปียมากกว่า 100 ปีแล้วก็ตาม ทำให้เห็นได้ชัดเจนถึงความไม่เป็นธรรมของ ขกขยกำหนด
เรื่องงานที่ไม่เป็นที่ประจักษ์ได้โดยง่าย

(ค) สามารถนำไปประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ (Industrial Application)

ความสามารถที่จะประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ หมายความว่า การประดิษฐ์ที่
จะได้รับสิทธิบัตรต้องเป็นสิ่งที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ในการผลิตทางอุตสาหกรรมได้ ด้วยเหตุที่
กฎหมายสิทธิบัตรมีเจตนารมณ์สำคัญในอันที่จะส่งเสริมการยกระดับและพัฒนากระบวนการทาง
อุตสาหกรรม การประดิษฐ์ที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายจึงต้องเป็นสิ่งที่มีความประโยชน์ และ
สามารถนำไปประยุกต์ใช้งานทางอุตสาหกรรมได้

โดยเงื่อนไขข้อนี้ การประดิษฐ์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจะต้องเป็นการ
ประดิษฐ์ที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้ในทางปฏิบัติ โดยไม่ได้เป็นเพียงแต่แนวคิด กฎเกณฑ์ หรือ
ทฤษฎีเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ถ้าการประดิษฐ์นั้นเป็นสิ่งที่เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ บุคคลหนึ่ง
บุคคลใดจะต้องสามารถทำการผลิตผลิตภัณฑ์นั้นขึ้นมาได้ หรือถ้าการประดิษฐ์นั้นเป็นสิ่งที่
เกี่ยวกับกรรมวิธี ก็จะต้องมีบุคคลที่สามารถนำเอาวิธีการกรรมวิธีนั้นไปทำการผลิตผลิตภัณฑ์อย่าง

¹³⁰ โปรดดู Kadidal S. "Subject-matter Imperialism? : Biodiversity, Foreign Prior Art and the Neem Patent Controversy", IDEA – The Journal of Law and Technology, Vol.37 No.2, pp. 371-403.อ้างใน จักรกฤษณ์ ครอบพจน์,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 49,น.227.

¹³¹ Naomi Roht-Arriaza, "Of Seeds and Shamans : The Appropriation of the Scientific and Technical knowledge of Indigenous and Local Communities", 17 Mich.J.Int'L,923 (1996)

¹³² Ibid.

หนึ่งอย่างใดขึ้นมาได้เช่นเดียวกัน หรือสามารถนำเอากรรมวิธีนั้นไปใช้ประโยชน์ที่ให้ผลเป็นรูปธรรมได้¹³³

ข้อกำหนดเรื่องสามารถนำไปประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตรของสหรัฐใช้คำว่า “Utility” กำหนดไว้ในมาตรา 101 ของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร ซึ่งวางอยู่บนรากฐานของรัฐธรรมนูญมาตรา 1 section 8 ตามอำนาจแห่งรัฐธรรมนูญ คองเกรสมีอำนาจในการสนับสนุนกระบวนการทางวิทยาศาสตร์¹³⁴ โดยอาศัยอำนาจตาม section 8 คองเกรสกำหนดให้สิ่งประดิษฐ์จะต้องมีประโยชน์(Utility) ซึ่งข้อกำหนดนี้ถือว่าเป็นข้อกำหนดที่ง่ายที่สุดที่จะต้องปฏิบัติตาม โดยผู้ยื่นขอสิทธิบัตรต้องแสดงให้เห็นเพียงว่าสิ่งประดิษฐ์หรือการค้นพบนั้นมี “conceivable use” บางส่วน โดยทั่วไปสิ่งประดิษฐ์ที่ถือว่าเป็นสิ่งผิดกฎหมายหรือผิดศีลธรรมจะถูกปฏิเสธไม่ให้ได้รับสิทธิบัตรโดยอ้างหลักฐานว่าสิ่งนั้นเป็นสิ่งที่ไม่มีประโยชน์ (Non -Utility)¹³⁵

ตามกฎหมายสิทธิบัตรการประดิษฐ์นอกจากจะต้องมีประโยชน์แล้ว จะต้องบรรยายวิธีการใช้ประโยชน์อย่างละเอียดในคำขอรับสิทธิบัตร หลักเกณฑ์ข้อนี้สหรัฐไม่เข้มงวดเท่าสิทธิบัตรในยุโรป ซึ่งกำหนดให้การประดิษฐ์ต้องประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมและเกษตรได้

การประดิษฐ์ทางเทคโนโลยีชีวภาพมีความคาบเกี่ยวระหว่างลักษณะการประดิษฐ์ที่ให้ความรู้ทางวิทยาศาสตร์ซึ่งใช้ได้เฉพาะในห้องปฏิบัติการ กับการใช้ประโยชน์ในทางอุตสาหกรรม การกำหนดหลักเกณฑ์เช่นนี้ทำให้การขอรับความคุ้มครองทางเทคโนโลยีชีวภาพทำได้ยาก เนื่องจากเทคโนโลยีชีวภาพบางประเภทยังไม่มีอุตสาหกรรมรองรับ การนำไปใช้ประโยชน์บางกรณีวิสัยทัศน์ในทางอุตสาหกรรมยังก้าวไปไม่ถึงเทคโนโลยีนั้นๆ ซึ่งไม่ได้ทำให้สามารถสรุปได้ว่าเทคโนโลยีที่คิดค้นได้จะเป็นการประดิษฐ์ที่ไม่มีประโยชน์ ในอดีตสำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐเคยปฏิเสธการให้สิทธิบัตรแก่กรรมวิธีการผลิต Monoclonal Antibody มาแล้ว ซึ่งภายหลังพบว่าเป็นการประดิษฐ์ที่ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้¹³⁶

¹³³ Edmund J. Sease, *supra* note 113, p. 50

¹³⁴ U.S Constitution, Art I, § 8, cl 8 ; 35 U.S.C. § 101.

¹³⁵ Lenne M. Fecteau, “The Ayahuasca patent revocation : Raising question about current U.S patent policy”, www.bc.edu/lbc_org/avp/law/wsch/journals/bctwj/21_1/03_txt.htm. pp.76-77

¹³⁶ พินัดดา รัฐปัติย์, “การคุ้มครองการประดิษฐ์ทางเทคโนโลยีชีวภาพภายใต้ระบบสิทธิบัตร”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), น.184.

(ง) การเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์

ข้อ 29 ของความตกลงทริปส์ซึ่งถูกบัญญัติภายใต้หัวข้อ “เงื่อนไขสำหรับผู้ขอรับสิทธิบัตร” (Conditions on Patent Applications) ได้กำหนดเงื่อนไขของการขอรับสิทธิบัตรเพิ่มขึ้นอีกประการหนึ่ง โดยกำหนดให้ผู้ยื่นคำขอทำการเปิดเผยข้อมูลรายละเอียดการประดิษฐ์ โดยจะต้องแนบแบบรายละเอียดการประดิษฐ์ (specification) ไปพร้อมกับเอกสารคำขอรับสิทธิบัตรด้วย แบบรายละเอียดประกอบไปด้วย คำอธิบายเกี่ยวกับโครงสร้างลักษณะของการประดิษฐ์ ซึ่งต้องบรรยายเป็นลายลักษณ์อักษร โดยอาจมีรูปภาพประกอบด้วยก็ได้¹³⁷

การเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ต้องทำให้สมบูรณ์เพียงพอในอันที่จะทำให้ผู้มีความรู้ความชำนาญในศิลปวิทยาการสาขานั้นสามารถเข้าใจและปฏิบัติตามได้ ทำให้การประดิษฐ์ทางเทคโนโลยีชีวภาพที่นำมาจากทรัพยากรชีวภาพมีลักษณะพิเศษคือเกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิต จึงทำให้อธิบายรายละเอียดการประดิษฐ์ได้ยาก

ในกรณีที่ผลิตภัณฑ์จากการประดิษฐ์เป็นชีววัตถุ เช่น เอมไซม์ หรือสารประกอบทางเคมีอื่นๆ จะอธิบายรายละเอียดโดยระบุคุณสมบัติ โครงสร้างทางเคมีต่างๆ ได้ ผลิตภัณฑ์ที่เป็นโปรตีนสามารถอธิบายโดยระบุดำดับ (sequence) ของโปรตีนได้เช่นกัน แต่การประดิษฐ์ประเภทอื่นเช่นจุลินทรีย์หรือการประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับกรรมวิธีการประดิษฐ์ (process) โดยเฉพาะกรรมวิธีที่ได้ผลการผลิตที่สำเร็จตามต้องการเป็นอัตราส่วน ความน่าจะเป็น หรือเป็นการสุ่ม (random) จะอธิบายรายละเอียดการประดิษฐ์ได้ยาก นอกจากนี้การประดิษฐ์ในสาขานี้เกี่ยวข้องกับโดยตรงกับสิ่งมีชีวิต การบรรยายรายละเอียดการประดิษฐ์อย่างสมบูรณ์และชัดเจนจนถึงขนาดที่บุคคลผู้มีความรู้เชี่ยวชาญสามารถที่จะทำและปฏิบัติตามสิ่งที่ได้บรรยายไว้นั้นเป็นสิ่งที่กระทำได้ยากในทางปฏิบัติ เงื่อนไขดังกล่าวจึงถือว่าเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

4.2 การคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพโดยระบบกฎหมายเฉพาะ (*sui generis*)

(1) การคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพตามข้อ 27.3 (b) ของความตกลงทริปส์

ความตกลงทริปส์ ที่มีความเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพมากที่สุด คือเรื่องสิทธิบัตร (patent) ตามข้อ 27 โดยข้อ 27 ได้กำหนดเกี่ยวกับสิ่งที่อาจขอรับสิทธิบัตรภายใต้เงื่อนไข 3 ประการคือ ต้องเป็นผลิตภัณฑ์ใหม่ มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถนำไปใช้ในทางอุตสาหกรรมการค้าได้ นั้นหมายถึงการให้สิทธิผูกขาดการครอบครองแก่เจ้าของสิทธิบัตรที่

¹³⁷ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 48, น.230.

คิดค้นพันธุ์พืชใหม่หรือผลิตภัณฑ์ใหม่ ไปทำการจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่ ผลิตภัณฑ์ใหม่ หรือความรู้ใหม่นั้นเป็นเวลาถึง 20 ปี อย่างไรก็ตามข้อ 27 ไม่ให้การคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้าน เนื่องจากไม่มีกรรมวิธีในการผลิตที่สูงกว่าเดิมข้อ 27 ความตกลงทริปส์มีใจความดังนี้

ข้อ 27

1. ภายใต้บังคับบทบัญญัติวรรคสองและสาม ให้มีสิทธิบัตรสำหรับการประดิษฐ์ใดๆ ไม่ว่าจะเป็นผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีในทุกสาขาเทคโนโลยี โดยมีเงื่อนไขว่าการประดิษฐ์นั้นมีความใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น และสามารถนำไปประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ ภายใต้บังคับแห่งข้อ 65 วรรคสี่ ข้อ 70 วรรคแปด และข้อ 27 วรรคสาม การให้มีสิทธิบัตรตลอดจนสิทธิในสิทธิบัตรนั้นจะต้องให้โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติในเรื่องสถานที่ที่ทำการคิดค้นการประดิษฐ์ สาขาของเทคโนโลยี และไม่ว่าผลิตภัณฑ์นั้นจะถูกนำเข้าหรือผลิตขึ้นภายในประเทศ

2. บรรดาสมาชิกอาจไม่ให้สิทธิบัตรในการประดิษฐ์เพื่อป้องกันมิให้มีการแสวงประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ภายในดินแดนของตน อันเป็นความจำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมทั้งการคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช หรือเพื่อ หลีกเลี่ยงความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อม โดยมีเงื่อนไขว่าการไม่ให้สิทธิบัตรดังกล่าวไม่ได้กำหนดขึ้นเพียงเพราะกฎหมายของตนห้ามการใช้ประโยชน์ไว้

3. สมาชิกอาจไม่ให้สิทธิบัตรในสิ่งต่อไปนี้ได้เช่นเดียวกัน

(เอ) วิธีการวินิจฉัย อายุรกรรม และศัลยกรรมสำหรับการรักษามนุษย์หรือสัตว์

(บี) พืชและสัตว์นอกเหนือจากจุลชีพ และกรรมวิธีทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชหรือสัตว์ นอกเหนือจากกรรมวิธีซึ่งไม่ใช้กรรมวิธีทางชีววิทยาและจุลชีววิทยา อย่างไรก็ตามสมาชิกจะกำหนดให้มีการคุ้มครองพันธุ์พืชไม่ว่าโดยสิทธิบัตร หรือโดยระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ หรือโดยใช้วิธีการคุ้มครองดังกล่าวร่วมกัน บทบัญญัติในวรรคนี้จะได้รับการพิจารณาทบทวนในเวลา 4 ปี หลังจากที่มีความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกมีผลใช้บังคับ”

(ก) หลักการให้ความคุ้มครองตามข้อ 27.3 (b)

ตามบทบัญญัตินี้ ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่การประดิษฐ์ในทุกสาขาเทคโนโลยี โดยมีข้อยกเว้นว่าประเทศสมาชิกอาจไม่คุ้มครองพืชและสัตว์ ภายใต้ระบบสิทธิบัตร แต่จะต้องให้ความคุ้มครองแก่พันธุ์พืชไม่ว่าโดยกฎหมายสิทธิบัตร หรือระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพหรือโดยวิธีการดังกล่าวร่วมกัน

แม้ว่าความตกลงทริปส์จะอนุญาตให้ประเทศสมาชิกเลือกที่จะใช้ระบบสิทธิบัตร (patent system) หรือระบบกฎหมายเฉพาะ (*sui generis system*) ที่บัญญัติไว้ในข้อ 27.3 (b) ว่า

ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่การประดิษฐ์ในทุกสาขาเทคโนโลยี โดยมีข้อยกเว้นว่าประเทศสมาชิกอาจไม่คุ้มครองพืชและสัตว์ภายใต้ระบบสิทธิบัตร แต่จะต้องให้ความคุ้มครองแก่พันธุ์พืชไม่ว่าโดยกฎหมายสิทธิบัตร หรือระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพหรือโดยวิธีการดังกล่าวรวมกัน แต่ยังมีประเด็นถกเถียงเกิดขึ้นว่า มาตรฐานของระบบกฎหมายเฉพาะของแต่ละประเทศอาจมีมาตรฐานไม่เท่าเทียมกัน ดังนั้นประเทศพัฒนาแล้วจึงพยายามแก้ปัญหานี้ด้วยการผลักดันให้ประเทศสมาชิกคุ้มครองพันธุ์พืชตามมาตรฐานของอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ (The International Union for the Protection of New Varieties of Plants : UPOV) ซึ่งถึงแม้ว่า ยูพอพจะได้แก้ไขปรับปรุงมาหลายฉบับจนฉบับล่าสุดคือ UPOV 1991 แต่ก็ยังไม่เป็นที่ยอมรับของประเทศกำลังพัฒนา ในการนำมาใช้เป็นมาตรฐานในการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ โดยประเทศกำลังพัฒนามีข้อกังวลภายใต้ยูพอพ 1991 ที่ระบุไว้ว่า ผู้ปรับปรุงพันธุ์พืชที่ได้รับการจดสิทธิบัตรสามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้ในกรณีที่มีการนำเมล็ดพันธุ์ไปใช้ประโยชน์ นั้นย่อมหมายถึง เกษตรกรไม่สามารถเก็บรักษา แลกเปลี่ยน หรือขายเมล็ดพันธุ์ที่ได้จากการเก็บเกี่ยว หรือก็คือเกษตรกรไม่สามารถเก็บรักษาหรือแลกเปลี่ยนเมล็ดพันธุ์ที่ได้จากการเก็บเกี่ยวได้ ถ้าไม่มีการจ่ายค่าธรรมเนียมให้กับเจ้าของสิทธิในเมล็ดพันธุ์นั้นเสียก่อน

หากพิจารณาตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ตามข้อ 27.3 (b) ของความตกลงทริพส์ แม้การให้ความคุ้มครองพืชและสัตว์ซึ่งเป็นหนึ่งในทรัพยากรชีวภาพ จะเป็นการส่งเสริมให้มีการประดิษฐ์คิดค้นพันธุ์พืชที่มีประโยชน์ต่อภาคเกษตรและอุตสาหกรรม แต่การให้ความคุ้มครองเช่นนี้ก็อาจเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาทางเศรษฐกิจของประเทศกำลังพัฒนา เพราะประเทศเหล่านี้ล้วนแต่ต้องพึ่งพาผลผลิตทางการเกษตรเพื่อสร้างรายได้ให้แก่ประเทศ แต่มีเงินทุนและพัฒนาก้าวทางเทคโนโลยีที่ต่ำกว่าประเทศที่พัฒนาแล้ว การให้สิทธิผูกขาดโดยให้การคุ้มครองพืชและสัตว์ผ่านระบบสิทธิบัตรหรือระบบกฎหมายอื่นจึงเป็นการเอื้อประโยชน์ให้ประเทศที่พัฒนาแล้วที่มีเงินทุนและเทคโนโลยีที่มากกว่าเข้ามาจดสิทธิบัตรพืชและสัตว์ของประเทศกำลังพัฒนาเหล่านี้ได้หากไม่มีการควบคุมที่เหมาะสมวิถีชีวิตของเกษตรกร และชุมชนท้องถิ่นก็ต้องเปลี่ยนแปลงไป

เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เนื่องมาจาก การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้ความตกลงทริพส์ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ที่มุ่งจะให้ความคุ้มครองแก่ปัจเจกชนในงานสร้างสรรค์หรือการประดิษฐ์ใหม่และมีคุณค่าในทางอุตสาหกรรมเท่านั้น ความตกลงทริพส์ไม่ได้กล่าวถึงการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นแม้แต่

น้อย ในทางตรงกันข้าม กลับเชื้อประโยชน์ให้มีการแสวงหาประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยมิชอบด้วยการเปิดโอกาสให้มีการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นในประเทศกำลังพัฒนาไปจดทะเบียนได้¹³⁸

ภายใต้ความตกลงทริปส์ไม่มีบทบัญญัติใดที่จะเป็นหลักประกันว่าการนำเอาทรัพยากรพันธุกรรมพืชจากประเทศกำลังพัฒนามาศึกษาวิจัยเพื่อขอรับสิทธิบัตรต่อไปนั้นต้องได้รับความยินยอมจากประเทศหรือชุมชนที่เป็นเจ้าของหรือผู้ดูแลรักษาทรัพยากรพันธุกรรมนั้นก่อนหรือจะต้องแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่ประเทศเหล่านั้นแต่อย่างใด การที่ความตกลงทริปส์ไม่มีบทบัญญัติเช่นนี้ จึงดูเหมือนว่าหลักการในความตกลงทริปส์จะขัดแย้งกับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ¹³⁹

ความตกลงทริปส์ทำให้เกิดการปฏิรูปกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศกำลังพัฒนา และทำให้ประเทศกำลังพัฒนาไม่สามารถแสวงหาประโยชน์จากการพัฒนาทางเกษตรกรรมของตน โดยการอนุญาตให้ประเทศที่พัฒนาแล้วกระทำการที่เป็นโจรสลัดทางชีวภาพ¹⁴⁰ อันจะได้กล่าวถึงในบทต่อไป ดังนั้นจึงแสดงให้เห็นว่าความตกลงทริปส์เป็นมาตรการที่ปูทางให้เอกชนผู้เป็นเจ้าของผลิตภัณฑ์ที่พัฒนามาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชนในประเทศกำลังพัฒนา การยินยอมให้มีการจดสิทธิบัตรพืชมีผลกระทบอย่างมากต่อประเทศกำลังพัฒนา ในขณะที่พืชในประเทศของตนยังคงไม่สามารถจดสิทธิบัตรได้ แต่หากนักวิทยาศาสตร์จากประเทศตะวันตกทำการสกัดสารสกัดจากพืช โดยวิธีการที่ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ตามธรรมชาติ สิ่งนั้นก็สามารถจดสิทธิบัตรได้ ด้วยวิธีการนี้จะสามารถจดสิทธิบัตรได้ไม่เฉพาะแต่การดัดแปลงทรัพยากรพันธุกรรม (genetically modified organisms) เท่านั้น แต่ยังรวมถึงกระบวนการและสิ่งประดิษฐ์ที่ได้จากทรัพยากรชีวภาพด้วย¹⁴¹ ผู้ที่ต้องการได้สิทธิบัตรจากสิ่งประดิษฐ์ที่ได้รับจากภูมิปัญญาท้องถิ่นเพียงแต่กล่าวอ้างว่าการระบุแหล่งที่มาของความรู้ดังกล่าวไม่สามารถทำได้ ก็จะได้รับอนุญาตให้จดสิทธิบัตรโดยไม่ต้องให้ความนับถือ แก่ชนพื้นเมืองที่เป็นผู้พัฒนาสิ่งประดิษฐ์ สิ่งนี้เป็นการเปิดโอกาสให้มีการกระทำอันเป็นโจรสลัดทางชีวภาพ ยิ่งไปกว่านั้น ความเสียหายนี้ยัง

¹³⁸ นันทน อินทนนท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.167.

¹³⁹ นันทน อินทนนท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.167.

¹⁴⁰ Vandana Shiva, "Intellectual Property Protection in the North/South Divide", in *Intellectual Property in the Digital Age : Challenges for Asia* 133, (Christoph Health & Anselm Kamperman Sanders eds., 2001)

¹⁴¹ *Ibid*, p.121.

ทำให้เกิดเสียหายร้ายแรงโดยการทำให้เกิดการจดสิทธิบัตรเมล็ดพันธุ์ซึ่งทำให้เกษตรกรไม่สามารถนำเมล็ดพันธุ์จากการเพาะปลูกของตนกลับมาเพาะปลูกซ้ำได้อีก เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิบัตร

(ข) แนวทางในการแก้ไขข้อ 27.3 (b)

ความตกลงทริปส์ กำหนดให้มีการทบทวนหลังจากมีผลบังคับใช้ 4 ปี แต่ขอบเขตของการทบทวนไม่ได้มีการกำหนดไว้แน่ชัด และจนถึงขณะนี้การทบทวนก็ยังไม่ประสบความสำเร็จ อย่างไรก็ตาม ความเป็นไปได้ของการทบทวนแก้ไขความตกลงทริปส์อาจมีดังนี้

1. ไม่ให้มีการจดสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต

1.1 การกั้นสิ่งมีชีวิตออกจากการจดสิทธิบัตรของความตกลงทริปส์ อย่างสิ้นเชิง โดยข้อความในข้อ 27.3 (b) ที่ว่า “อาจไม่ให้สิทธิบัตร” (may exclude) นั้น แปลความหมายได้ว่า ประเทศสมาชิกอาจจะอนุญาตให้มีการจดสิทธิบัตรใน พืชและสัตว์นอกเหนือจากจุลชีพ และกรรมวิธีทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชหรือสัตว์ก็ได้ เนื่องจากมีการระบุอยู่ในหลักการของกฎหมายสิทธิบัตรว่าสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติและเพียงแต่มีผู้ค้นพบนั้น ไม่สามารถจดสิทธิบัตรได้¹⁴² เมื่อยึดตามหลักการนี้ พืช, สัตว์, ยีน, เซลล์, สิ่งมีชีวิตทางชีววิทยาอื่นที่พบในธรรมชาติ ควรถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่สามารถจดสิทธิบัตรได้

ดังนั้นข้อ 27.3 (b) ควรแก้ไขใหม่เพื่อห้ามไม่ให้มีการจดสิทธิบัตรในพืชและสัตว์ รวมถึงส่วนหนึ่งส่วนใดของพืชและสัตว์ และกระบวนการที่ผลิตหรือที่เกี่ยวข้องกับพืชและสัตว์ หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของพืชและสัตว์ โดยการห้ามจดสิทธิบัตรนี้ต้องรวมถึงยีน gene sequence เซลล์ เมล็ดพืช และอื่นๆ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของพืชหรือสัตว์ จึงควรแก้ไขข้อความในข้อ 27.3(b) ดังนี้¹⁴³

“ Countries must exclude from patentability plants, animals, microorganisms and parts thereof, and any processes making use thereof, or relating thereto.”

1.2 ไม่ให้มีการจดสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตแต่ต้องมีการคุ้มครองตามกฎหมายลักษณะเฉพาะ¹⁴⁴

¹⁴² The Third World Network, Article 27.3(b) of the TRIPS Agreement : Review options for the South, <http://www.twinside.org.sg/title/oh1-cn.htm>

¹⁴³ The Third World Network, *Ibid.*

¹⁴⁴ *Ibid.*

การเปลี่ยนแปลงนี้จะทำให้สมาชิกไตร่ตรองอย่างรอบคอบ ในการจัดให้มีการคุ้มครองพันธุ์พืชโดยกฎหมายลักษณะเฉพาะ โดยอาจแก้ไขดังต่อไปนี้

“Countries must exclude from patentability plants, animals, microorganisms and parts thereof, and any processes making use thereof, or relating thereto. However, countries may provide for the protection of plant varieties by a sui generis system.”

การแก้ไขตามข้อ 1.1 และ 1.2 ดังกล่าวเป็นการเปลี่ยนแปลงข้อ 27.3(b) โดยสิ้นเชิง และจะต้องต่อสู้กับกลุ่มการค้าเทคโนโลยีชีวภาพและเมล็ดพืชที่จะวิ่งเต้นให้มีการจดสิทธิบัตรทรัพยากรชีวภาพได้อย่างสมบูรณ์ ดังนั้นอย่างน้อยที่สุดจึงต้องอาศัยการรวมกลุ่มกันอย่างเข้มแข็งของประเทศกำลังพัฒนาในองค์การการค้าโลก เนื่องจากการเจรจาอาจเปิดกว้าง อันจะเป็นการเปิดโอกาสให้กลุ่มประเทศพัฒนาแล้วเข้าควบคุมการใช้ถ้อยคำในบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งหากเป็นเช่นนั้น สมมุติฐานที่เลวร้ายที่สุดอาจจะเป็นว่ามีการตัดข้อยกเว้นที่ห้ามจดสิทธิบัตรทรัพยากรชีวภาพ หรือ คงเนื้อหาไว้ตามเดิม ก็อาจเกิดขึ้นได้

พิจารณาแล้วเห็นว่าทางเลือกข้อ 1.2 น่าจะเป็นประโยชน์แก่ประเทศกำลังพัฒนา มากกว่า เนื่องจากบังคับให้ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองโดยกฎหมายลักษณะเฉพาะ ซึ่งจะช่วยคุ้มครองผลประโยชน์ของประเทศกำลังพัฒนาได้ดีกว่าการไม่ให้ความคุ้มครองโดยกฎหมายชนิดใดเลยตามข้อ 1.1

2. ให้อำนาจในการตัดสินใจแก่ประเทศสมาชิกว่าจะอนุญาตให้มีการจดสิทธิบัตรหรือไม่¹⁴⁵

ทางเลือกนี้เป็นการให้อำนาจแก่ประเทศสมาชิกที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับการจดสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิต ว่าจะอนุญาตให้มีการจดสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิตหรือไม่ โดยอาจแก้ไขได้ดังนี้

“Countries may exclude from patentability plants, animals, microorganisms and parts thereof, and any processes making use thereof, or relating thereto.”

ผลของการแก้ไขจะทำให้ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก ยังคงไว้ซึ่งสิทธิที่จะไม่อนุญาตให้มีการจดสิทธิบัตรพืชและสัตว์ โดยไม่จำเป็นต้องมีเงื่อนไขว่าจะต้องให้ความคุ้มครอง จุลชีพ จุลชีววิทยา และ กรรมวิธีที่ไม่ใช่กรรมวิธีทางชีววิทยา รวมถึงพันธุ์พืชด้วย ทางเลือกนี้ไม่ใช่จะไม่อนุญาตไม่ให้มีการจดสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิต แต่ให้ประเทศสมาชิกมีอธิปไตยเหนือกฎหมายสิทธิบัตรและทรัพยากรชีวภาพ สิ่งที่น่าสนใจของทางเลือกนี้คือ มีความสอดคล้องกับการออกกฎหมายภายในของประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศที่เลือกที่จะไม่อนุญาตให้มีการจดสิทธิบัตร

¹⁴⁵ *Ibid.*

สิ่งมีชีวิต อย่างไรก็ตามการไม่มีข้อกำหนดให้ต้องมีการให้ความคุ้มครองจุลชีพ จุลชีววิทยา และกรรมวิธีซึ่งไม่ใช่กรรมวิธีทางชีววิทยา รวมถึงพันธุ์พืชนั้น มีประเด็นต้องพิจารณาว่าจะมีผลดีและผลเสียกับประเทศกำลังพัฒนาเหล่านั้นมากน้อยเพียงใด

3. ขยายขอบเขตสิทธิบัตรให้รวมถึงสิ่งมีชีวิต

คือการแก้ไขโดยยกเว้นข้อ 27.3 (b) ทั้งหมด สหรัฐอเมริกาและประเทศในสหภาพยุโรป (ยกเว้นเดนมาร์ก และเนเธอร์แลนด์) เป็นผู้ผลักดันการใช้กฎหมายสิทธิบัตรครอบคลุมถึงสิ่งมีชีวิตที่จะทำให้ประเทศอุตสาหกรรมและบริษัทข้ามชาติผูกขาดพันธุ์พืช พันธุ์สัตว์ โดยเกษตรกรจะต้องซื้อเมล็ดพันธุ์จากบริษัทที่ถือสิทธิบัตรในทุกครั้งที่ทำการเพาะปลูก สิทธิบัตรในพันธุ์พืชและสัตว์ให้บริษัทกำหนดแม้กระทั่งการแปรรูป และการจัดจำหน่ายผลผลิตที่ได้จากการปลูกพืชพันธุ์นั้น รวมทั้งสามารถกีดกันมิให้ผู้ใดนำพันธุ์พืชไปใช้ไม่ว่าจะเป็นการปรับปรุงพันธุ์ใหม่หรือการวิจัยใดๆจากพันธุ์พืชนั้น¹⁴⁶ และหากนำเอาทรัพยากรที่ได้จากประเทศกำลังพัฒนา หรือยีนหรือเชื้อที่มีคุณสมบัติต่างๆจากพันธุกรรมพื้นบ้านไปเปลี่ยนแปลงเพียงเล็กน้อยก็สามารถนำไปจดสิทธิบัตรได้

ซึ่งการให้สิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตทำให้บริษัทข้ามชาติและสถาบันต่างๆในประเทศอุตสาหกรรมสามารถถือสิทธิในเนื้อเยื่อและยีนของประชาชน และชนพื้นเมืองในประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน สิทธิชุมชน และละเมิดอธิปไตยของประเทศโลกที่สาม¹⁴⁷ ดังนั้นทางเลือกนี้จึงทำให้ประเทศกำลังพัฒนาต้องเสียผลประโยชน์ และในทางกลับกันก็เป็นการเอื้อประโยชน์ให้ประเทศพัฒนาแล้วสามารถแสวงหาประโยชน์จากประเทศกำลังพัฒนาได้มากขึ้น

4. บังคับให้ประเทศภาคีต้องออกกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชตามรูปแบบของสหภาพเพื่อคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่หรือยูพอฟ (UPOV)

เป็นที่ทราบที่อยู่แล้วว่า ความตกลงทริปส์ ไม่ได้นิยามความหมายของคำว่า กฎหมายลักษณะเฉพาะ (*sui generis*) เอาไว้แน่ชัดว่าหมายกฎหมายฉบับใดเป็นการแน่นอน เนื่องจากประเทศอุตสาหกรรมไม่สามารถกดดันให้ประเทศกำลังพัฒนารับระบบกฎหมายสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตได้ จึงเสนอให้มีการคุ้มครองพันธุ์พืชตามรูปแบบของยูพอฟแทน ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อประเทศกำลังพัฒนาเช่นกัน เนื่องจากระบบกฎหมายนี้ให้สิทธินักปรับปรุงพันธุ์ใกล้เคียงกันมากกับกฎหมายสิทธิบัตร (แต่จำกัดเฉพาะเรื่องพันธุ์พืชเท่านั้น ไม่รวมไปถึงเนื้อเยื่อ หรือยีน ไม่รวม

¹⁴⁶ วิฑูรย์ เลี่ยนจำรูญ, “การทบทวนความตกลงทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs) ในองค์การการค้าโลก” <http://www.biothai.net/download/?url=&dldid=36>

¹⁴⁷ เพิ่งอ้าง

พันธุกรรมอื่นๆ เช่น สัตว์ หรือ จุลินทรีย์) ผลกระทบที่เกิดขึ้นในกรณีนี้ที่ภาคีในองค์การการค้าโลก ยอมรับแนวทางนี้คือ¹⁴⁸

- ทำให้เกิดการผูกขาดพันธุ์พืชสัตว์และละเมิดสิทธิเกษตรกรในการเก็บพันธุ์ไว้ทำพันธุ์ ต่อ อย่างไรก็ตามยังให้สิทธินักปรับปรุงพันธุ์ที่จะนำพันธุ์ที่จดทะเบียนคุ้มครองไปผสมพันธุ์ต่อได้
- กฎหมายตามรูปแบบนี้จะให้การคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่เท่านั้น ไม่คุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองของเกษตรกรและชุมชนท้องถิ่นในประเทศโลกที่สาม
- ร่างพระบัญญัติพันธุ์พืชของไทยซึ่งให้การคุ้มครองพันธุ์พืชท้องถิ่นจะต้องถูกส่งกลับมาแก้ไขใหม่เนื่องจากขัดกับความตกลงทริปส์

พิจารณาแล้วเห็นว่า การแก้ไขความตกลงทริปส์ ให้ประเทศกำลังพัฒนาต้องให้ความคุ้มครองตามยูพอฟ จะทำให้ประเทศกำลังพัฒนาเสียเปรียบ เนื่องจากยูพอฟมีความเข้มงวด ใกล้เคียงกฎหมายสิทธิบัตรนั่นเอง อีกทั้งหากความตกลงทริปส์ ต้องการให้ประเทศสมาชิกให้ความคุ้มครองตามยูพอฟแล้ว ก็คงจะกำหนดลงไปให้แน่ชัดว่าแล้วว่า กฎหมายลักษณะเฉพาะคือ ยูพอฟ แต่เมื่อไม่ได้ระบุไว้จึงควรถือว่ากฎหมายลักษณะเฉพาะที่ระบุอยู่ในข้อ 27.3 (b) นั้น หมายถึงกฎหมายลักษณะเฉพาะที่ประเทศต่างๆจะบัญญัติออกมาเพื่อคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพของตนได้อย่างดีที่สุด

5. คงเนื้อหามาตรา 27.3 (b) ไว้ตามเดิม

การคงเนื้อหาไว้ตามเดิมให้ความยืดหยุ่น ในการเลือกที่จะให้ความคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพในแบบที่เหมาะสมกับประเทศของตนมากที่สุด ทำให้ประเทศไทยและประเทศกำลังพัฒนาสามารถพัฒนากฎหมายที่ให้การคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองและคุ้มครองสิทธิเกษตรกรไว้ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความหมายที่แท้จริงของบทบัญญัติส่วนใหญ่ได้รับความเห็นชอบหรือดีความจาก International Jurisprudence เรียบร้อยแล้ว¹⁴⁹ นอกจากนี้การคงบทบัญญัติไว้ตามเดิยังช่วยลดความเสี่ยงที่จะเกิดผลกระทบในแง่ลบอีกด้วย อย่างไรก็ตามประเทศต่างๆก็จะมีแบบแผนทางกฎหมายในลักษณะต่างๆที่ไม่เหมือนกัน และ อาจทำให้หลักการการคุ้มครองสิทธิเกษตรกรมีผลเฉพาะภายในประเทศเท่านั้น แต่ไม่มีผลในระดับระหว่างประเทศ

¹⁴⁸ เพ็ญอ้าง

¹⁴⁹ Patrick Mulvany, "TRIPs, Biodiversity and Commonwealth Countries :

capacity building priorities for the 1999 review of TRIPs Article 27.3 (b) A discussion paper". www.ukabc.org/TRIPs/cs_exsum.htm#e

6. ผนวกหลักการสิทธิเกษตรกรและสิทธิชุมชนท้องถิ่น

ผนวกหลักการสิทธิเกษตรกรและสิทธิชุมชนท้องถิ่นซึ่งกล่าวถึงในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของความตกลงทริปส์ ขณะนี้ประเทศในเอเชียใต้ แอฟริกา แคริบเบียน และแปซิฟิก มีท่าทีสนับสนุนแนวทางดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อเสนอของกลุ่มประเทศในแอฟริกาที่ต้องการทบทวนเรื่องทริปส์ให้มีเนื้อหาที่สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพที่เกี่ยวกับสิทธิชุมชนท้องถิ่น (มาตรา 8 (j)) การผนวกหลักการดังกล่าวไว้ในทริปส์จะมีผลคือ¹⁵⁰

- ทำให้หลักการรับรองสิทธิชุมชนท้องถิ่น การคุ้มครองพันธุ์กรรม และภูมิปัญญาท้องถิ่นมีผลในทางกฎหมาย

- การให้การคุ้มครองพันธุ์พืช และภูมิปัญญาท้องถิ่น จะเป็นหลักการสากลที่ต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายของประเทศภาคีทำให้ประเทศอุตสาหกรรมต้องรับรองสิทธิดังกล่าวในกฎหมายภายในเช่นเดียวกับที่ประเทศกำลังพัฒนาต้องออกกฎหมายรับรองทรัพย์สินทางปัญญาด้านอุตสาหกรรม

(2) ลักษณะของระบบกฎหมายเฉพาะในระดับระหว่างประเทศ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะระบบกฎหมายสิทธิบัตรที่ใช้กันอยู่ในประเทศตะวันตกไม่มีความเหมาะสมที่จะใช้คุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศกำลังพัฒนา ประเทศกำลังพัฒนาจึงไม่ควรบัญญัติกฎหมายตามแบบของประเทศที่พัฒนาแล้ว หากแต่ควรกำหนดกฎหมายลักษณะเฉพาะ (*sui generis*) ที่มีเป้าหมายเพื่อการปกป้องและอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นสำคัญ

sui generis เป็นภาษาละตินแปลว่า “มีลักษณะเฉพาะตัว” (of its own kind or class)¹⁵¹ แต่ความตกลงทริปส์ไม่ได้ให้ความหมายว่าระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ (an effective *sui generis* system) หมายถึงระบบกฎหมายแบบใด และอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ

Dan Leskien และ Michael Flitner เสนอว่า ระบบกฎหมายเฉพาะที่สอดคล้องกับความตกลงทริปส์อย่างน้อยต้องให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment) และหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (most-favoured

¹⁵⁰ วิฑูรย์ เลี่ยนจำรูญ, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 146

¹⁵¹ Black, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 5th ed. (St. Paul Minn :

Weat Publishing Co., 1979), p.1286.

nation) สิทธิตามระบบดังกล่าวต้องครอบคลุมพันธุ์พืชทุกชนิด มีมาตรการบังคับกรณีที่มีการละเมิดสิทธิ และต้องมีใช้เพียงการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า หรือชื่อทางการค้า หรือสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ หรือการคุ้มครองการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเท่านั้น¹⁵²

Bhagirath Lal Das เสนอว่าระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ น่าจะหมายถึงระบบกฎหมายที่ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดรายละเอียด และสาระสำคัญให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละประเทศ และยังได้เสนอความเห็นต่อไปอีกว่า เกณฑ์ที่จะใช้ในการพิจารณาว่าระบบกฎหมายดังกล่าวมีประสิทธิภาพหรือไม่ ควรเป็นเกณฑ์ที่แต่ละประเทศสามารถกำหนดขึ้นเองได้ ไม่ควรใช้เกณฑ์ที่กำหนดขึ้นโดยข้อตกลงระหว่างประเทศ¹⁵³

พิจารณาแล้วเห็นว่าระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพควรเป็นระบบที่มีความสอดคล้องกับระบบเศรษฐกิจและสังคมของประเทศนั้นๆ ผู้ทรงสิทธิต้องสามารถปกป้องสิทธิของตนที่เกี่ยวข้องกับพันธุ์พืชได้ นอกจากนี้กฎหมายต้องกำหนดของหลักเกณฑ์ของพันธุ์พืชที่จะได้รับความคุ้มครอง รวมถึงกำหนดขอบเขตของสิทธิ อายุของสิทธิ หน้าที่ของผู้ทรงสิทธิ และข้อยกเว้นของสิทธิอย่างชัดเจน

(ก) สิ่งที่ได้รับ ความคุ้มครอง

ลักษณะของขอบเขตของสิ่ง ที่ให้ความคุ้มครองที่กำหนดไว้ในกฎหมายลักษณะเฉพาะของประเทศต่างๆ มีลักษณะที่คล้ายคลึงกันคือ กำหนดให้ความคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นหลัก เช่น African Model Legislation ให้ความคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพรวมถึงสิ่งที่ได้มาจากทรัพยากรชีวภาพและความรู้และเทคโนโลยีของชุมชนท้องถิ่น¹⁵⁴ Provision Measure N.1286-16 of August 23,2001 ของประเทศบราซิล กำหนดขอบเขตของสิ่ง ที่ให้ความคุ้มครองได้แก่ “ ภูมิปัญญาท้องถิ่นของชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม¹⁵⁵ Biological Diversity Act of 2002 ของประเทศอินเดีย ให้ความคุ้มครองความรู้ของคนพื้นเมืองที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางชีวภาพ¹⁵⁶ เป็นต้น

¹⁵² Leskien, D and Flitner, M. “Signposts to sui generis Rights”.

www.grain.org/publications/signposts.html (visited April 2007)

¹⁵³ Bhagirath Lal Das, *WTO : The Doha Agenda*, (London : Zed Book Ltd.,2003), p.93

¹⁵⁴ African Model Legislation Art.2 (1) (i – iii)

¹⁵⁵ Provision Measure N.1286-16 of August 23,2001, Art.7(II)

¹⁵⁶ Biological Diversity Act of 2002, Art.36 (5)

นอกจากนี้ยังมีกฎหมายลักษณะเฉพาะของบางประเทศที่กำหนดขอบเขตของสิ่งที่ให้ความคุ้มครองมีลักษณะอย่างเฉพาะเจาะจง เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ให้การคุ้มครอง “ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเกี่ยวกับตำรายาแผนไทยและ

ตำราการแพทย์แผนไทย”¹⁵⁷ Regulations on the Protection of Varieties of Medicine ของประเทศจีน ให้ความคุ้มครองจำกัดเฉพาะยาที่ผลิตในประเทศจีนและไม่ได้รับการคุ้มครองโดยสิทธิบัตร นอกจากนี้ยังต้องเป็นยาในหมวดที่ทางการให้การรับรองด้วย

ทั้งนี้ข้อสังเกตว่ากฎหมายลักษณะเฉพาะของประเทศต่างๆที่กล่าวมาไม่ได้กล่าวถึงการคุ้มครองพันธุกรรมมนุษย์ ยกเว้นกฎหมายลักษณะเฉพาะของประเทศฟิลิปปินส์ ที่ระบุขอบเขตของสิ่งที่ให้การคุ้มครองพันธุกรรมมนุษย์ไว้ด้วย ดังนี้ “สิ่งที่ได้รับความคุ้มครองที่ Indigenous Cultural Communities and Indigenous Peoples มีสิทธิในการควบคุม, พัฒนา และคุ้มครอง รวมถึง วิทยาศาสตร์, เทคโนโลยี และวัฒนธรรมการแสดง รวมถึงทรัพยากรพันธุกรรมของมนุษย์ และทรัพยากรพันธุกรรมอื่น, เมล็ดพันธุ์ รวมถึงสิ่งที่ได้จากทรัพยากรเหล่านี้, ยาพื้นบ้านและการรักษา, พืชสำคัญที่ใช้เป็นยา, สัตว์, แร่ธาตุ, ระบบความรู้ของชนพื้นเมืองและการปฏิบัติฯ...”¹⁵⁸

อาจกล่าวได้ว่าขอบเขตของสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองที่ระบุอยู่ในกฎหมายเฉพาะของประเทศต่างๆอาจแบ่งได้ 3 ประเภทดังต่อไปนี้¹⁵⁹

1. แบ่งตามความแตกต่างของสิ่งที่ได้รับความคุ้มครอง เช่นพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ให้การคุ้มครอง “ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเกี่ยวกับตำรายาแผนไทยและตำราการแพทย์แผนไทย”¹⁶⁰ , Portugal’ Decree-Law No.118 ให้ความคุ้มครอง “เกษตรกรรมพื้นบ้าน” (traditional agriculture)¹⁶¹ เป็นต้น

¹⁵⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 มาตรา 14 บัญญัติว่า “สิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ไทยที่จะได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ สิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเกี่ยวกับตำรายาแผนไทยและตำราการแพทย์แผนไทย”

¹⁵⁸ Indigenous Peoples Rights Act of 1997 (IPRA), Section 34

¹⁵⁹ WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4, pp.3-4

¹⁶⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 มาตรา 14 บัญญัติว่า “สิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ไทยที่จะได้รับการคุ้มครองตาม

2. การเชื่อมโยงของภูมิปัญญาท้องถิ่นกับสิ่งที่ไม่สามารถจับต้องได้ เช่น ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม¹⁶² ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินใดๆของทรัพยากรชีวภาพ¹⁶³ ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับระบบที่เกิดความสัมพันธ์ระหว่างสิ่งมีชีวิตและสิ่งแวดล้อม

3. ให้ความคุ้มครองกับผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ต้องใช้ความรู้เฉพาะทาง ยกตัวอย่างเช่น ชนพื้นเมือง (indigenous peoples)¹⁶⁴ The Indian Art and Crafts Act (1990) in the united States of America ให้ความคุ้มครองเฉพาะ สมาชิกของชนเผ่าอินเดียแดง (member of “Indian tribes”) หรือ Indian organizations หรือ African Model Legislation¹⁶⁵ ให้ความคุ้มครองแก่ชุมชนที่ทำการเพาะปลูก (framing communities) เป็นต้น

(ข) เงื่อนไขการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ

เงื่อนไขการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นของ African Model Legislation ให้นิยามว่า การเข้าถึงหมายถึง “ การได้มาซึ่งทรัพยากรชีวภาพ สิ่งทีพัฒนามาจากทรัพยากรชีวภาพ ความรู้ของชุมชน นวัตกรรม, เทคโนโลยี หรือการปฏิบัติ ที่ได้รับอนุญาตจาก National Competent Authority (NCA)”¹⁶⁶ การยื่นคำขอต่อ NCA เพื่อเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและความรู้ หรือเทคโนโลยีของชุมชนท้องถิ่น จะต้องยื่นคำขอเพื่อแสดงถึงความจำเป็นและได้รับความยินยอมล่วงหน้าเป็นหนังสือโดยคำขออนุญาตเข้าถึงที่ยื่นต่อ NCA จะต้องอธิบายถึง นวัตกรรม, การปฏิบัติ, ความรู้หรือเทคโนโลยี ที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพและข้อเสนอถึงกลไก

พระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้แก่ สิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเกี่ยวกับตำรายาแผนไทยและตำราการแพทย์แผนไทย”

¹⁶¹ Portugal' Decree-Law No.118, of April 20,2002

¹⁶² Brazil's Provisional Measure N.2186-16 of August 23,2001

¹⁶³ Peru'Law N.27,811 of 2002

¹⁶⁴ *Ibid*

¹⁶⁵ African Model Legislation for the Protection of the Rights of Local Communities, Farmers, and Breeders, and for the Regulation of Access to Biological Resources (2000) (African Model Legislation) แม้จะลงมติยอมรับโดยองค์กรของภูมิภาค คือ The African Union (เดิมเรียกว่า The Organization of African Unity) แต่ก็เป็นกฎหมายแม่แบบสำหรับการออกกฎหมายภายในประเทศในภูมิภาคนั้น

¹⁶⁶ African Model Legislation, Art 1

องการแบ่งปันผลประโยชน์¹⁶⁷ อย่างไรก็ตามชุมชนท้องถิ่นมีสิทธิที่จะปฏิเสธการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ นวัตกรรม, การปฏิบัติ ความรู้และเทคโนโลยีหากการเข้าถึงนั้นจะทำลายความสมบูรณ์ทางธรรมชาติหรือมรดกทางวัฒนธรรมของพวกเขา¹⁶⁸

บางประเทศแบ่งประเภทของการให้ความคุ้มครองตามวัตถุประสงค์ของการเข้าถึง โดยแบ่งเป็นประเภทแรก การเข้าถึงเพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรืออุตสาหกรรมจะต้องมีการลงนามในข้อตกลงที่มีเงื่อนไขในการจัดให้มีผลตอบแทนสำหรับการเข้าถึงและให้แน่ใจว่ามีการรับประกันในเรื่องแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้มาจากสิ่งเหล่านี้อย่างเท่าเทียมกัน¹⁶⁹ ประเภทที่สองเป็นหลักทั่วไปในการเข้าถึงสำหรับผู้ที่ต้องการเข้าถึงทรัพยากรธรรมชาติเพื่อวัตถุประสงค์ทางวิทยาศาสตร์, การค้าและอุตสาหกรรม จะต้องยื่นคำขอความยินยอมล่วงหน้า (prior informed consent) จากตัวแทนขององค์กรของคนพื้นเมืองที่ครอบครองความรู้ (collective knowledge)¹⁷⁰

ส่วนข้อยกเว้นที่ไม่ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพดังที่กล่าวมามักจะยกเว้นในกรณีที่มีการเข้าถึงดังกล่าวเป็นประโยชน์แก่ชนพื้นเมืองหรือไม่ส่งผลกระทบต่อทรัพยากรชีวภาพ เช่น Biological Diversity Act of 2002 ของประเทศอินเดียกำหนดให้บทบัญญัติที่กำหนดเงื่อนไขการได้มาซึ่งความรู้ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีชีวภาพที่ต้องผ่านการตรวจสอบจาก National Biodiversity Authority (NBA) นั้น จะไม่นำมาใช้กับ โครงการวิจัยร่วมกันที่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาลกลางและมีความเหมือนหรือคล้ายกันกับนโยบายของรัฐบาลกลาง¹⁷¹ นอกจากนี้มาตรา 7 ที่กำหนดห้ามไม่ให้ประชาชนของประเทศอินเดียหรือบริษัทหรือองค์กรที่จดทะเบียนในประเทศอินเดียนำทรัพยากรชีวภาพไปใช้ในทางอุตสาหกรรม หรือสำรวจทางชีวภาพ และ ใช้ประโยชน์ทางชีวภาพ เพื่อประโยชน์ทางการค้า เว้นแต่จะได้รับความยินยอมล่วงหน้าจาก State Biodiversity Board อย่างไรก็ตามบทบัญญัตินี้ยกเว้นไม่ใช้กับ คนท้องถิ่น (local people) และชุมชนในพื้นที่ (communities of the area) รวมถึงผู้ทำการเพาะปลูก (growers) กสิกร (cultivators of biodiversity) และ Vaidis และ Kakims และผู้ที่ได้ฝึกฝนการรักษาแบบพื้นบ้าน นอกจากนี้แล้ว African Model Legislation ยกเว้นข้อกำหนดในเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพไม่ส่งผลต่อการเข้าถึง การใช้ และการแลกเปลี่ยนความรู้และเทคโนโลยีโดยและระหว่าง

¹⁶⁷ African Model Legislation, Art 4 (1) (xi) and 4 (1) (x)

¹⁶⁸ African Model Legislation, Art 19

¹⁶⁹ Peru' Law N.27,811 of 2002, Art 7

¹⁷⁰ Ibid, Art 6

¹⁷¹ Biological Diversity Act 2002, Art.5(1) and 5 (3)

ชุมชนท้องถิ่น¹⁷² ซึ่งหลักการนี้สอดคล้องกับแนวทางของสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร (International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture) ของ FAO

(ค) กฎเกณฑ์เฉพาะในการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพ

สิ่งที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลักษณะเฉพาะจะต้องเกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพและถือครองโดยคนท้องถิ่น¹⁷³ การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นมีเงื่อนไขว่าต้องเกี่ยวข้องกับมรดกทางทรัพยากรพันธุกรรม (genetic heritage) เป็นของคนพื้นเมืองหรือชุมชนท้องถิ่น และมีคุณค่าที่แท้จริงหรือมีคุณค่าที่มีศักยภาพ¹⁷⁴

กฎหมายของประเทศเปรู กำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะสำหรับภูมิปัญญาท้องถิ่นที่จะได้รับความคุ้มครองว่าต้องเป็นความรู้ที่มีการพัฒนาและเก็บรวบรวมเป็นกลุ่ม (collective nature)¹⁷⁵, มีความเกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพ (related to biological diversity)¹⁷⁶, ได้รับการพัฒนาโดยคนพื้นเมือง (developed by indigenous peoples)¹⁷⁷ และไม่เป็นสมบัติสาธารณะ (not in the public domain)

กฎหมายเฉพาะของบางประเทศอาจแบ่งระดับการคุ้มครองแตกต่างกัน เช่นของประเทศโปรตุเกสแบ่งการคุ้มครองออกเป็น 2 ระดับคือ

1. ภูมิปัญญาท้องถิ่นทุกชนิดกำหนดไว้ในข้อ 3 (1) จะได้รับความคุ้มครองจากการทำซ้ำ การนำไปใช้ในทางการค้า หรือ ทางอุตสาหกรรม หากภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นมีการระบุอธิบาย และจดทะเบียนไว้ใน The Register of plant genetic resources (RRGV) และการระบุรายละเอียดจะต้องใช้ถ้อยคำที่ทำให้บุคคลที่สามารถทำซ้ำหรือใช้ประโยชน์ภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นได้และได้ผลแบบเดียวกันกับที่เจ้าของความรู้ได้รับ¹⁷⁸

2. หากภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ก่อนหน้าการยื่นขอจดทะเบียน ไม่เคยมีการใช้ในกิจกรรมทางอุตสาหกรรมหรือไม่เป็นที่รู้จักของสาธารณะมาก่อน ผู้เป็นเจ้าของดั้งเดิมมีสิทธิที่จะ

¹⁷² African Model Legislation, Art .2(2) (ii)

¹⁷³ Biological Diversity Act 2002, Art.36 (5)

¹⁷⁴ Brazil's Provisional Measure N.2186-16 of August 23,2001, Art 7.II and 8

¹⁷⁵ Peru' Law N.27,811 of 2002 , Art.2 (b)

¹⁷⁶ *Ibid*, Art 2 (e)

¹⁷⁷ *Ibid*, Art 2 (a)

¹⁷⁸ Portugal' Decree-Law No.118, of April 20,2002,Art 3 (2)

ปฏิเสธการทำซ้ำไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม การเลียนแบบ และ/หรือการใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตของบุคคลที่สามเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า สามารถกำหนด ถ้าย้อน สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นรวมถึงยกเว้นไม่ให้มีการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ หากภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นอาจถูกรวมคลุมโดยการจดทะเบียนทรัพย์สินในทางอุตสาหกรรม¹⁷⁹

สำหรับพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 แม้จะไม่ได้มีบทบัญญัติในระบุนั้นเป็นการเฉพาะเจาะจงถึง กฎเกณฑ์เฉพาะของการได้รับความคุ้มครอง แต่จากนิยามของคำว่า “การแพทย์แผนไทย” หมายความว่า “กระบวนการทางการแพทย์เกี่ยวกับการตรวจ วินิจฉัย บำบัด รักษา หรือป้องกันโรค หรือการส่งเสริมและฟื้นฟูสุขภาพของมนุษย์หรือสัตว์ การผดุงครรภ์ การนวดไทย และให้หมายความรวมถึงการเตรียมการผลิตยาแผนไทย และการประดิษฐ์อุปกรณ์และเครื่องมือทางการแพทย์ ทั้งนี้โดยอาศัยความรู้หรือตำราที่ได้ถ่ายทอดและพัฒนาสืบต่อกันมา” แสดงให้เห็นว่า การแพทย์แผนไทยที่จะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติฉบับนี้จะต้องเป็น สิ่งที่อาศัยความรู้หรือตำราที่ได้ถ่ายทอดและพัฒนาสืบต่อกันมาจากรุ่นหนึ่งไปยังอีกรุ่นหนึ่งเท่านั้น

(ง) สิทธิของผู้ถือครองทรัพยากรชีวภาพ

สิทธิของผู้ถือครองทรัพยากรชีวภาพ มักจะกำหนดไว้ให้เป็นของคนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่น เช่น Brazil's Provisional Measure N.2186-16 of August 23, 2001 กำหนดให้ชุมชนที่เป็นผู้สร้าง พัฒนาหรือสงวนรักษามรดกทางพันธุกรรม (genetic heritage) หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง (associated traditional knowledge) จะได้รับการรับรองสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่กล่าวถึงในสิ่งตีพิมพ์ทุกชนิด รวมถึงการใช้, การสำรวจ และการเปิดเผย นอกจากนี้ยังมีสิทธิป้องกันไม่ให้ผู้ที่มิได้รับอนุญาตนำทรัพยากรชีวภาพหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นไปใช้หรือทดสอบ หรือนำไปวิจัย เผยแพร่ หรือเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือหาประโยชน์ในทางการค้าจากทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ชุมชนท้องถิ่นเป็นเจ้าของ¹⁸⁰

ทั้งนี้มีข้อจำกัดว่า การคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นจะต้องไม่กระทบหรือทำให้เสียหายต่อสิทธิในการได้มาซึ่งทรัพย์สินทางปัญญา¹⁸¹ และขัดขวางการสงวน

¹⁷⁹ *Ibid*, Art 3 (4)

¹⁸⁰ Brazil's Provisional Measure N.2186-16 of August 23, 2001, Art .9

¹⁸¹ *Ibid*, Art. 8 (IV)

รักษา การใช้ และการพัฒนาทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น¹⁸² นอกจากนี้การใช้เป็นประเพณีวิสัย (customary use) ของชุมชนถูกสงวนไว้ในทุกกรณี¹⁸³

ทั้งนี้การให้คำนิยามคำว่า ชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่นในกฎหมายลักษณะเฉพาะของแต่ละประเทศ(indigenous peoples and communities) มีความแตกต่างกันออกไป หากเป็นกฎหมายลักษณะเฉพาะที่ให้ความคุ้มครองเป็นการทั่วไปก็จะนิยามไว้อย่างกว้างๆ เช่น Law N.27,811 of 2002 ของประเทศเปรู กำหนดว่าชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่น หมายถึง บุคคลที่มีสิทธิและอำนาจในการจัดการควบคุม collective Knowledge ของพวกเขาให้ได้รับการรับรอง อย่างไรก็ตามกฎหมายลักษณะเฉพาะของบางประเทศให้ความคุ้มครองกลุ่มคนบางกลุ่มเท่านั้น เช่น Regulations on the Protection of Varieties of Medicine ของประเทศจีนให้สิทธิแก่บริษัทผู้ผลิตยาเท่านั้น¹⁸⁴

ในส่วนขอบเขตของสิทธิที่ผู้ถือครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น มักจะระบุให้เป็นหน้าที่ของชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่นหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องเป็นผู้กำหนด เช่น กฎหมายลักษณะเฉพาะของประเทศคอซอวอ กำหนดขอบเขตของกฎหมายลักษณะเฉพาะในสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของชุมชนว่า จะพิจารณาโดยผ่านกระบวนการเป็นผู้มีส่วนร่วมกับชนพื้นเมืองและชุมชนเกษตรกรรมขนาดเล็ก ซึ่งจะกำหนดโดย National Commission for the Management of Biodiversity¹⁸⁵ เช่นเดียวกับ Biological Diversity Act of 2002 ของประเทศอินเดียก็กำหนด ไว้ให้การคุ้มครองและปกป้องความรู้ของคนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพให้เป็นไปตามคำแนะนำของ National Biodiversity Authority อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า สิทธิดังกล่าวก็มีอย่างจำกัดได้เช่นกันเช่น Regulations on the Protection of Varieties of Medicine ของประเทศจีน กฎหมายให้ความคุ้มครองเฉพาะผลิตภัณฑ์ที่ผลิตมาจากสิ่งที่ได้รับการคุ้มครอง และการผลิตนั้นไม่ได้รับอนุญาตจาก Health Department ของรัฐบาลท้องถิ่น

(จ) มาตรการแทรกแซงและการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย

มาตรการในการลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะเฉพาะกำหนด มักจะกำหนดไว้หลายระดับ ตามความร้ายแรงของความผิด ทั้งนี้มักมีการกำหนดองค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาในเรื่องนี้เป็นการเฉพาะ เช่น African Model Legislation กำหนดให้รัฐเป็นผู้

¹⁸² *Ibid*, Art. 8 (III)

¹⁸³ *Ibid*, Art. 4

¹⁸⁴ *supra* note 159, Annex p.16

¹⁸⁵ Biodiversity Law No.7788, Art 83

แต่ตั้งองค์การเฉพาะที่มีหน้าที่ในการควบคุมให้เป็นไปตามบทบัญญัติของ Model Law¹⁸⁶ โดยมาตรการในการลงโทษอาจรวมถึง (i) การเตือนเป็นลายลักษณ์อักษร, (ii) ปรับ, (iii) ยกเลิก/เพิกถอนการอนุญาตให้เข้าถึงโดยอัตโนมัติ, (iv) ยึดตัวอย่างที่เก็บมาได้คืน หรือ (v) ห้ามไม่ให้เข้าถึงความรู้ชุมชนและทรัพยากรชีวภาพอย่างถาวร¹⁸⁷ the National Competent Authority จะรายงานการกระทำเป็นการละเมิดนั้นให้เลขาธิการขององค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องทราบ นอกจากนี้หากการกระทำที่เป็นความผิดได้กระทำภายนอกเขตอำนาจของกลุ่มประเทศแอฟริกา ก็ยังสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้โดยอาศัยความร่วมมือกันของรัฐบาลที่ผู้กระทำความผิดอยู่ภายใต้เขตอำนาจ¹⁸⁸

Brazil's Provisional Measure N.2186 -16 of August 23, 2001 ของประเทศบราซิล ก็กำหนดมาตรการลงโทษไว้คล้ายคลึงกับของ African Model Legislation คือ การกระทำใดๆที่ขัดกับ Provision Measure จะถูกพิจารณาว่าเป็นความผิดทางปกครอง (administrative offense)¹⁸⁹ และจะถูกลงโทษเช่น ถูกเตือน, ปรับ, ยึดผลิตภัณฑ์ที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับมรดกทางพันธุกรรม (genetic heritage) หรือ ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง (associated traditional knowledge), ยึดผลิตภัณฑ์ที่ได้มาจาก มรดกทางพันธุกรรม (genetic heritage) หรือ ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง (associated traditional knowledge) หรือ ระงับการขายผลิตภัณฑ์ที่ได้มาจากมรดกทางพันธุกรรม (genetic heritage) หรือ ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง (associated traditional knowledge)¹⁹⁰ เป็นต้น

กฎหมายลักษณะเฉพาะของประเทศอินเดียถือได้ว่าเป็นประเทศเดียวที่มีมาตรการลงโทษจำคุก โดย Biological Diversity Act of 2002 กำหนดว่าใครก็ตามที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติที่กำหนดไว้

ในข้อ 3¹⁹¹, ข้อ 4¹⁹² และข้อ 6¹⁹³ จะถูกลงโทษโดยการจำคุกเป็นระยะเวลาไม่เกิน 5 ปี หรือถูกปรับไม่เกิน 10 lakh rupees กรณีที่ 2 ผู้ใดฝ่าฝืนบทบัญญัติในข้อ 7¹⁹⁴ หรือ มาตรา 24

¹⁸⁶ African Model Legislation, Art .67.2

¹⁸⁷ *Ibid*

¹⁸⁸ *Ibid*, (4)

¹⁸⁹ Brazil's Provisional Measure N.2186-16 of August 23, 2001, Art .30

¹⁹⁰ *Ibid* , art.30 § 1

¹⁹¹ 3.(1) No person referred to in sub-section (2) shall, without previous

approval of the National Biodiversity Authority, obtain any biological occurring in India or

knowledge associated thereto for research or for commercial utilization or for bio-survey and bio-utilization.

(2) The persons who shall be required to take the approval of the National Biodiversity Authority under sub-section (1) are the following, namely :-

- (a) a person who is not a citizen of India
- (b) a citizen of India ; who is non-resident as defined in clause (30) of section 243 of 1961 of the Income-tax Act, 1961;
- (c) a body corporate, association or organization –
 - (i) not incorporated or registered in India ; or
 - (ii) incorporated or registered in India under any law for the time being in force which has any non-Indian participation in its share capital or management.

¹⁹² 4. No person shall, without the previous approval of the National Biodiversity Authority, transfer the results of any research relating to any biological resources occurring in, or obtained from, India for monetary consideration or otherwise to any person who is not a citizen of India who is non-resident as defined in clause (30) of the Income-tax Act, 1961 or a body corporate or organization which is not registered or incorporated in India or which has any non-Indian participation in its share capital or management.

Explanation – For the purposes of this section, “transfer” does not include publication of research papers or dissemination of knowledge in any seminar or workshop, if such publication is as per the guidelines issued by the Central Government.

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

Provided that if a person applies for a patent, permission of the National Biodiversity Authority may be obtained after the acceptance of the patent but before the sealing of the patent by the patent authority concerned:

(2)¹⁹⁵ จะถูกลงโทษโดยการจำคุกเป็นระยะเวลาไม่เกิน 3 ปีหรือถูกปรับไม่เกิน 15 lakh rupees หรือทั้งจำคุกและปรับ¹⁹⁶

Provided further that the National Biodiversity shall dispose of the application for permission made to it within a period of ninety days from the date of receipt thereof.

(2) The National Biodiversity Authority may, while granting the approval under this section, impose benefit sharing fee or royalty or both or impose conditions including the sharing of financial benefits arising out of the commercial utilization of such rights.

(3) The provisions of this section shall not apply to any person making an application for any right under any law relating to protection of plant varieties enacted by Parliament.

(4) Where any right is granted under law referred to in sub-section (3), the concerned authority granting such right shall endorse a copy of such document granting the right to the National Biodiversity Authority.

¹⁹⁴ 7. No person, who is a citizen of India or a body corporate, association or organization which is registered in India, shall obtain any biological resource for commercial utilization, or bio-survey and bio-utilization for commercial utilization except after giving prior intimation to the State Biodiversity Board concerned:

Provided that the provisions of this section shall not apply to the local people and communities of the area, including growers and cultivators of biodiversity, and *vaid*s and *hakims*, who have been practicing indigenous medicine.

¹⁹⁵ 24 (2) On receipt of an intimation under sub-section (1), the State Biodiversity Board may, in consultation with the local bodies concerned and after making such enquiries as it may deem fit, by order, prohibit or restrict any such activity if it is of opinion that

such activity is detrimental or contrary to the objectives of conservation and sustainable use of biodiversity or equitable sharing of benefits arising out of such activity:

นอกจากกฎหมายเฉพาะเหล่านี้แล้ว หลายประเทศได้ใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น เช่น ออสเตรเลีย, แคนาดา, โคลัมเบีย, คาซัคสถาน, นิวซีแลนด์, รัสเซีย, เวเนซุเอลา และเวียดนาม¹⁹⁷

พิจารณาแล้วเห็นว่า กฎหมายเฉพาะแสดงให้เห็นถึงการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพในรูปแบบต่างๆ กันภายใต้กรอบของการอนุรักษ์ภูมิปัญญาท้องถิ่น ในขณะที่บางฉบับมีความสมบูรณ์ครอบคลุมทั้งภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เป็นรูปธรรมและนามธรรม เช่น กฎหมายของประเทศปานามา ให้ความสำคัญคุ้มครองการแสดงออกทางวัฒนธรรมด้วย แต่โดยส่วนมากจะจำกัดการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและทรัพยากรพันธุกรรม และจะต้องมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการนำทรัพยากรไปใช้ประโยชน์ โดยส่วนใหญ่แล้วกฎหมายเฉพาะเหล่านี้จะเกี่ยวข้องกับการปกป้องคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นจากการนำไปใช้อย่างไม่เหมาะสม และย่ำถึงการเข้าควบคุม แต่ทั้งนี้ก็มีข้อสังเกตว่าไม่มีบทบัญญัติใดพูดถึงการเผยแพร่วัฒนธรรมและการส่งเสริมภูมิปัญญาท้องถิ่น¹⁹⁸ ในบางกรณีสิทธิที่ได้รับจะเพิ่มขึ้นหากมีการจดทะเบียน เช่น กฎหมายเฉพาะของประเทศเปรู โบรตุเกส และกัวเตมาลา¹⁹⁹ ในขณะที่ประเทศอื่นๆ สิทธิจะเป็นของบุคคลโดยถาวร เช่นกฎหมายของประเทศบังคลาเทศ และการจดทะเบียนขึ้นอยู่กับความสมัครใจ ในบางกรณีภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ถูกจัดเป็น

¹⁹⁶ 55. (1) Whoever contravenes or attempts to contravene or abets the contravention of the provisions of section 3 or section 4 or section 6 shall be punishable with imprisonment for a term which may extend to five years, or with fine which may extend to ten lakh rupees and where the damage caused exceeds ten lakh rupees such fine may commensurate with the damage caused, or with both.

(2) Whoever contravenes or attempts to contravene or abets the contravention of the provisions of section 7 or any order made under sub-section (2) of section 24 shall be punishable with imprisonment for a term which may extend to three years, or with fine which may extend to five lakh rupees, or with both.

¹⁹⁷ WIPO Doc.WIPO/GRTKF/IC/3/7,p.4

¹⁹⁸ ดูตัวอย่างได้จาก The Philippines's Indigenous Peoples' Rights Act 1997 และ India's Biological Diversity Act 2002

¹⁹⁹ ภายใต้ Portugal's Decree-Lei No.199/2002 (มาตรา 3.2 (b)) การจดทะเบียนต้องจัดให้มีการอธิบายภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยละเอียดซึ่งจะทำให้บุคคลที่สามารถทำซ้ำหรือใช้ประโยชน์ภูมิปัญญาท้องถิ่นและได้ผลลัพธ์เช่นเดียวกันกับผู้เป็นเจ้าของ (มาตรา 3.2 (b))

ความรู้สาธารณะ (public domain) ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างออกไป หรือ ไม่ได้รับความคุ้มครอง เช่น กฎหมายของประเทศเปรู

อย่างไรก็ดีกฎหมายเฉพาะเหล่านี้ไม่ได้มีความแตกต่างกันในเรื่องการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิหรือกลไกในการเยียวยาความเสียหายกรณีมีการฝ่าฝืนสิทธิดังกล่าว การบังคับให้เป็นไปตามสิทธิที่มีภายในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศเป็นส่วนสำคัญของระบบกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งกฎหมายภายในของหลายประเทศไม่ให้ความสนใจ การบังคับใช้ขึ้นอยู่กับว่าใครเป็นผู้ได้รับประโยชน์และสิทธิจะตกเป็นของผู้ใด ดังนั้นจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องให้คำจำกัดความคำว่า “ผู้ที่เป็นเจ้าของสิทธิ” รวมถึงคำจำกัดความของคำว่า “คนพื้นเมือง” และ “ชุมชนท้องถิ่น” รวมถึง “สิทธิ” ที่มอบให้ด้วย หากชุมชนเหล่านี้อาศัยอยู่ในพื้นที่ที่มีความเฉพาะเจาะจง ก็จะง่ายต่อการระบุตัวผู้ได้รับประโยชน์ มากกว่ากรณีที่มีการกระจายตัวกันออกไปในต่างพื้นที่หรือประเทศต่างๆ กฎหมายเฉพาะจำเป็นต้องระบุว่าชุมชนต้องทำอย่างไรจึงจะสามารถได้มาซึ่งสิทธิของตน และจะมีมาตรการอย่างไรที่จะบังคับตามสิทธิของตน การบังคับให้เป็นไปตามสิทธิดังกล่าวอาจขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายหรือกฎหมายประเพณีของชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่น

กฎหมายของประเทศเหล่านี้ยังไม่มีแตกต่างของข้อกำหนดในเรื่องความสะดวกในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อการค้ากับการเข้าถึงเพื่อวัตถุประสงค์ทางวิทยาศาสตร์ สำหรับการค้นคว้าวิจัยและพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่นในอนาคต ในกรณีนี้การป้องกันการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยไม่ได้รับอนุญาตเพื่อนำไปใช้เชิงพาณิชย์ อาจเป็นการขัดขวางการเข้าถึงเพื่อใช้ในการค้นคว้าวิจัยทางวิทยาศาสตร์ด้วย แท้จริงแล้ววัตถุประสงค์ของการระบุให้ต้องได้รับอนุญาตก่อนจะเข้าใช้ ทรัพยากร ควรจะมีเพื่อป้องกันการเข้าสำรวจอย่างไม่เหมาะสม แต่อำนวยความสะดวกในการเข้าทำการค้นคว้าวิจัย นอกจากนี้ยังมีผู้ถือผลประโยชน์ร่วมอยู่หลายประเภทด้วยกันที่จะต้องเป็นผู้ให้ความยินยอม ดังนั้นเพื่อให้ผู้ถือผลประโยชน์ร่วมได้รับผลตอบแทนจากระบบและไม่เป็นการขัดขวางการเข้าถึงของผู้ที่ได้รับอนุญาตโดยถูกต้อง การดำเนินการจำเป็นจะต้องมีความชัดเจนและมีความยุ่งยากน้อยลง

นอกจากนี้การเน้นย้ำในเรื่องการคุ้มครองมากเกินไป ในทางกลับกันก็เป็นการละเลยต่อการสงวนรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นและความหลากหลายทางชีวภาพ จึงควรเอาใจใส่การเพาะปลูกแบบดั้งเดิมโดยกระตุ้นให้ชุมชนท้องถิ่นเพาะปลูกพันธุ์พืชที่ได้มีการเพาะปลูกสืบต่อกันมามากกว่าเปลี่ยนไปเพาะปลูกพืชพันธุ์ที่ให้ผลตอบแทนสูง ในขณะเดียวกันก็ต้องให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิในที่ดินและที่อยู่อาศัยไม่ให้ถูกละเมิดด้วย การแก้ปัญหามิควรทำโดยใช้ระบบที่

เหมาะสมซึ่งควรจะช่วยกำจัดความยากจน ส่งเสริมรักษาความหลากหลายทางชีวภาพและให้
ผลตอบแทนแก่ชุมชนสำหรับความรู้ การเพาะปลูก และการสร้างสรรค์สิ่งใหม่ของคนพื้นเมือง