

บทที่ 3

ความสัมพันธ์ในเรื่องการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพระหว่างอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ และความตกลงทริปส์

1. มุมมองทั่วไปเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพและความตกลงทริปส์

ความตกลงทริปส์และอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นความตกลงระหว่างประเทศสองฉบับที่พยายามจะให้นิยามของการคุ้มครองทางกฎหมายในทรัพย์สินทางปัญญาขั้นต่ำ สำหรับทุกประเทศที่ได้ลงนามในความตกลง ทั้งสองมีความเกี่ยวข้องกันในฐานะเป็นความตกลงมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและการคุ้มครองคนพื้นเมืองและภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างมีประสิทธิภาพ

อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับการให้ความคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นในประเทศกำลังพัฒนา เนื่องจาก ได้รับรองความสำคัญของความหลากหลายทางชีวภาพในสิ่งมีชีวิตทุกประเภท รวมทั้งได้รับรองความสำคัญของการอนุรักษ์และ พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนากำหนดแนวทางในการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรชีวภาพในเขตดินแดนของตน¹และเพื่อจะให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ดังกล่าว อนุสัญญาได้กำหนดหลักการที่สำคัญประการหนึ่งว่า รัฐต่างๆมีสิทธิอธิปไตยที่จะควบคุมการเข้าถึงและการใช้ประโยชน์ทรัพยากรธรรมชาติของตน²รวมทั้งกำหนดให้ประเทศสมาชิกให้การรับรองและส่งเสริมความรู้พื้นบ้านและภูมิปัญญาท้องถิ่น³

แม้ว่าเจตนารมณ์สำคัญของอนุสัญญานี้จะเป็นไปเพื่ออนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ แต่เนื่องจากบรรดาบริษัทอุตสาหกรรมที่ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมได้เรียกร้องให้มีโอกาสเข้าถึงทรัพยากรเหล่านั้น อนุสัญญาฯ จึงได้ส่งเสริมให้มีการใช้ประโยชน์จาก

¹ CBD, Art 1 and 5-11

² *Ibid*, Art 3 and 15.1

³ *Ibid*, Art 8(j)

องค์ประกอบของความหลากหลายทางชีวภาพ โดยการใช้อนุสัญญานั้นต้องเป็นไปอย่างยั่งยืน⁴

แต่ก็จะเป็นการไม่เป็นธรรมหากประเทศอุตสาหกรรมสามารถนำทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศกำลังพัฒนาไปใช้ประโยชน์โดยไม่เปิดโอกาสให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรซึ่งส่วนใหญ่คือประเทศกำลังพัฒนามีส่วนร่วมในผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้นั้นด้วย อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพจึงได้กำหนดหลักการอีกประการหนึ่งว่า ต้องมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมในระหว่างคู่กรณีอย่างยุติธรรมและเท่าเทียมกัน⁵

ในขณะที่ความตกลงทริปส์เป็นความตกลงด้านทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า ด้วยเหตุที่ต้องการให้เกิดความเจริญก้าวหน้าทางด้านอุตสาหกรรม จึงเน้นให้ความสำคัญแก่การให้สิทธิแก่เอกชนในการครอบครองสิทธิบัตรจากสิ่งประดิษฐ์หรือเทคโนโลยีที่ผู้คิดค้นมาได้

ข้อแตกต่างในเรื่องหลักการและพันธกรณีของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพและความตกลงทริปส์อาจจำแนกได้ดังต่อไปนี้

(1) อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพระบุให้รัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพของตน (อาร์มบท, มาตรา 15.1) ในขณะที่ความตกลงทริปส์ ระบุว่า ทรัพยากรชีวภาพควรอยู่ใต้อำนาจของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาส่วนบุคคล การบังคับใช้สิทธิตามผลประโยชน์ของรัฐควรใช้อย่างจำกัด (ข้อ 27, ข้อ 31) การที่รัฐมีสิทธิอธิปไตยทำให้มีสิทธิที่จะห้ามมิให้มีสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเหนือสิ่งมีชีวิต (ทรัพยากรชีวภาพ) ความตกลงทริปส์ระบุให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเหนือจุลชีพ กรรมวิธีซึ่งไม่ใช่กรรมวิธีทางชีววิทยา และกรรมวิธีทางจุลชีววิทยา เช่นเดียวกับการระบุให้มีการจดสิทธิบัตรหรือกฎหมายเฉพาะเพื่อคุ้มครองพันธุ์พืชได้

(2) อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพระบุให้การใช้หรือการหาประโยชน์จากนวัตกรรม, ความรู้ และทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการใช้ทรัพยากรชีวภาพ จะต้องมีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเท่าเทียมกัน (อาร์มบท, มาตรา 18.4, มาตรา 8.เจ) ส่วนความตกลงทริปส์ระบุว่ารัฐจะต้องจัดให้มีสิทธิบัตรสำหรับเทคโนโลยีในทุกรูปแบบ ดังนั้น สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงต้องให้ความคุ้มครองกับการหาประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพด้วย แต่กลับไม่มีกลไกในการแบ่งปันผลประโยชน์ระหว่างผู้ถือสิทธิบัตรในประเทศหนึ่งกับผู้ให้วัตถุดิบในอีกประเทศหนึ่งซึ่งเป็น

⁴ Ibid, Art1,3 and 15

⁵ Ibid, Art1 and 15

แหล่งกำเนิดเทคโนโลยี นั่นคืออนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพให้พื้นฐานทางกฎหมายแก่ประเทศกำลังพัฒนาในเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์ แต่ความตกลงทริปส์ไม่ได้ให้อำนาจทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าวแต่อย่างใด

(3) อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพกำหนดให้การเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพจะต้องได้รับความยินยอมจากประเทศที่เป็นเจ้าของแหล่งที่มา นอกจากนี้ยังกำหนดให้ต้องได้รับความเห็นชอบและการเข้าไปมีส่วนร่วมของชุมชนท้องถิ่น ในขณะที่ความตกลงทริปส์ไม่มีบทกำหนดให้ต้องมีการได้รับความยินยอมล่วงหน้าสำหรับการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพซึ่งภายหลังต่อมาได้รับการคุ้มครองโดยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ความแตกต่างคือ ขณะนี้อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพกำหนดให้รัฐมีอำนาจทางกฎหมายในการที่จะทำให้เกิดการกระทำอันเป็นโจรสลัดทางชีวภาพลดลง โดยกำหนดให้ต้องมีการให้ความยินยอมล่วงหน้า ในขณะที่ความตกลงทริปส์ไม่ได้ระบุว่าต้องให้หลักการได้รับความยินยอมล่วงหน้า จึงอาจถือได้ว่าเป็นการสนับสนุนการกระทำอันเป็นโจรสลัดทางชีวภาพ

(4) อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพกำหนดว่ารัฐควรส่งเสริม การอนุรักษ์และการใช้ทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืนในฐานะเป็น common concern of mankind นำมาใช้สำหรับสิทธิทุกชนิดที่มีเหนือทรัพยากรชีวภาพ สำหรับความตกลงทริปส์การคุ้มครองสิทธิประโยชน์และโภชนาการ และประโยชน์สาธารณะโดยทั่วไปจะอยู่ภายใต้การครอบงำของผลประโยชน์ของเอกชน (private interest) ของผู้ถือครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ดังที่ได้สะท้อนให้เห็นในบทบัญญัติของความตกลงทริปส์ พิจารณาแล้วเห็นว่า อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพวางประโยชน์สาธารณะและ common good ไว้เหนือทรัพย์สินของเอกชน ในขณะที่ความตกลงทริปส์ยินยอมให้สิทธิของเอกชนมีฐานะเท่าเทียมกัน

อย่างไรก็ดีนอกจากความแตกต่างกันที่ได้กล่าวไว้แล้วนั้น ความตกลงทั้งสองก็ยังแสดงให้เห็นถึงความเกี่ยวข้องกันอย่างชัดเจนคือ CBD กล่าวถึงในมาตรา 16 วรรค 1 ถึงการต้องจัดให้มีอย่าง “เพียงพอและมีประสิทธิภาพ” ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้กรอบของ CBD ซึ่งประเทศสมาชิกถือว่าการเชื่อมโยงกับความตกลงทริปส์ที่ใช้ข้อความแบบเดียวกัน นอกจากนี้ยังกำหนดให้ประเทศสมาชิกให้มุ่งค้นหาความร่วมมือในประเด็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา มีการกล่าวถึงชัดเจนถึงบทบาทของนวัตกรรมด้านเทคโนโลยีชีวภาพในการขับเคลื่อนการ

ถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างประเทศ ภายใต้บทบัญญัติที่การให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเพียงพอตามมาตรา 17 ของ CBD⁶

1.1 ความคิดเห็นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ และความตกลงทริปส์

ในประเด็นที่ว่าความตกลงทั้งสองขัดแย้งกันหรือไม่ ประเทศต่างๆยังเห็นต่างกันดังนี้

(1) ความตกลงทั้งสองไม่มีความขัดแย้งกันและสามารถนำมาใช้ในทางสนับสนุนซึ่งกันและกัน

ความตกลงทั้งสองไม่มีความขัดแย้งกันเนื่องจากความตกลงทริปส์และอนุสัญญามีความแตกต่างกัน วัตถุประสงค์และความมุ่งหมายไม่มีความขัดแย้งกัน นอกเหนือสิ่งนี้ให้ความคุ้มครองก็มีความแตกต่างกันและควรนำมาใช้ในทางที่สนับสนุนซึ่งกันและกันในระดับประเทศ⁷ และการนำหลักการจตสิทธิบัตรมาใช้ จะทำให้แน่ใจว่าการอนุญาตให้มีการจตสิทธิบัตรในนวัตกรรมที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมจะไม่ขัดขวางการปฏิบัติบทบัญญัติของอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรพันธุกรรม การได้รับความยินยอมล่วงหน้า (prior informed consent) และการแบ่งปันผลประโยชน์ (benefit sharing)⁸ นอกจากนี้ประเทศสหรัฐอเมริกายังให้ความเห็นว่าไม่มีตัวอย่างที่แสดงให้เห็นอย่างเด่นชัดว่าความตกลงทั้งสองมีความขัดแย้งกัน⁹

⁶ Timo Goeschl, Rupert Gatti, Ben Groom, Timothy Swanson, “ Incentivizing Ecological Destruction ? The Global Joint Regulation Of The Conservation and Use of Genetic Resources”, *Indiana Law Review* ,(2005), www.westlaw.com,p.4.

⁷ IP/C/W/368,p.4 see also, Australia, IP/C/W/310, IP/C/W/47,para.55, IP/C/W/46, para 62, IP/C/M40, paras.100-101, IP/C/M/38, para.236, IP/C/M/36/Add.1, para.222; Canada, IP/C/M/47, para.66. IP/C/M40,para.115 ; Japan, IP/C/W/236,IP/C/M/47, para.69; Korea,IP/C/M/46,paras 52-53; United States , IP/C/W/434, IP/C/W/257

⁸ United States , IP/C/W/209, IP/C/W/162,IP/C/M/46, para.24, IP/C/M/25,para.71.

⁹ United States , IP/C/W/209, IP/C/W/162,IP/C/M/29,para.181

จากมุมมองนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่าไม่มีความจำเป็นที่จะแก้ไขความตกลงทริปส์ให้สอดคล้องกับการปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาฯ และการปฏิบัติตามพันธกรณีของแต่ละอนุสัญญาควรเป็นไปตามกรอบการทำงานที่แตกต่างหากจากกัน¹⁰ ที่จริงแล้วการปฏิบัติตามความตกลงทริปส์เป็นมาตรการที่ช่วยสนับสนุนในการปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาฯ อย่างมีประสิทธิภาพที่สุดด้วย ยกตัวอย่างเช่น สิทธิบัตรสามารถใช้เป็นเครื่องมือในการแบ่งปันผลประโยชน์ และสงวนรักษาความหลากหลายทางชีวภาพบนพื้นฐานของความสมัครใจของคู่สัญญา

(2) ความตกลงทั้งสองไม่มีความขัดแย้งกันแต่ให้มีการศึกษาเพิ่มเติมในสิ่งที่สนับสนุนระบบสิทธิบัตร

ความตกลงทั้งสองไม่มีความขัดแย้งกัน และเห็นว่าควรมีการศึกษาเพิ่มเติม เพื่อช่วยในการหาคำตอบว่าการกระทำระหว่างประเทศใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับระบบสิทธิบัตรจะสามารถช่วยคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพได้หรือไม่ โดยให้เหตุผลว่า ไม่มีความขัดแย้งกันของความตกลงทั้งสองที่แสดงให้เห็นว่ามีปัญหาร้ายแรงในระบบสิทธิบัตรในปัจจุบัน¹¹ นอกจากนี้ระบบของแต่ละประเทศในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและการแบ่งปันผลประโยชน์เพียงอย่างเดียวคงไม่เพียงพอที่จะจัดการกับปัญหาการทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้โดยไม่เหมาะสม จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการวิเคราะห์และแลกเปลี่ยนประสบการณ์ของประเทศต่างๆ เพื่อให้ประเทศสมาชิกสามารถเข้าใจหลักการของทฤษฎีและการนำกฎหมายบางชนิดมาใช้ ก่อนที่จะมีการตัดสินใจในระดับประเทศ เพื่อให้แน่ใจว่าความตกลงทั้งสองสนับสนุนซึ่งกันและกัน¹²

ทางเลือกอีกทางหนึ่งที่อาจนำมาใช้เพื่อแก้ปัญหา นอกเหนือไปจากระบบทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อช่วยให้ระบบกฎหมายและระบบการปกครองมีความเข้มแข็งขึ้นคือ การแก้ไขความตกลงทริปส์เล็กน้อย อันได้แก่ การแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างสำนักงานสิทธิบัตร หรือกลไกที่ปรับปรุงการเปิดเผยข้อมูล เช่น การสร้างระบบฐานข้อมูล (databases)¹³

¹⁰ Australia , IP/C/W/310, IP/P/C/W46,para.62; Japan IP/C/W/236; Korea, IP/P/C/W/28, para.164; Singapore, JOB(00)/7853, IP/C/M/49,para.147

¹¹ Australia, IP/C/M/46,para.84 and 86, IP/C/M/46, para. 65; Canada, IP/C/M/47, para,para.66, IP/C/M/46,para. 55; New Zealand, IP/C/M/47, para.54.

¹² Australia, IP/C/M/46,para.65 ; Canada, IP/C/M/47, para.66 ; New Zealand, IP/C/M/46, para.61.

¹³ Australia, IP/C/M/40, para.101; Canada, IP/C/M/40, para.115.

ทั้งนี้การป้องกันโจรสลัดทางชีวภาพและการนำทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้อย่างไม่เหมาะสมและการสนับสนุนการรักษาสมดุลในระบบสิทธิบัตรที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ถือสิทธิบัตรและผลประโยชน์ของสาธารณะเป็นสิ่งที่ควรได้รับการรับรองเช่นเดียวกัน¹⁴

(3) ความตกลงทั้งสองไม่มีความขัดแย้งกันแต่ให้มีการศึกษาเพิ่มเติมในสิ่งที่สนับสนุนวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

แนวคิดนี้มีความเห็นว่า ในขณะที่ไม่มีความขัดแย้งเป็นปกติวิสัยระหว่างความตกลงทั้งสอง แต่ก็ควรมีการปรับปรุงระบบสิทธิบัตรเพื่อให้แน่ใจว่า การนำระบบสิทธิบัตรมาใช้จะสนับสนุนความตกลงทั้งสองและหลีกเลี่ยงการเกิดข้อขัดแย้งในการนำความตกลงทั้งสองมาใช้ในทางปฏิบัติ¹⁵ นอกจากนี้ยังแนะนำว่าควรให้การยื่นขอสิทธิบัตร ต้องมีการเปิดเผยแหล่งที่มาและ/หรือประเทศที่เป็นแหล่งที่มาของทรัพยากรชีวภาพหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ในนวัตกรรมนั้นๆ ข้อที่ควรพิจารณามี 3 ประการ

1. การแก้ไขความตกลงทรัพย์สินควรสอดคล้องกับข้อกำหนดของอนุสัญญาฯ การยื่นขอจดสิทธิบัตรควรมีข้อกำหนดให้มีการเปิดเผยแหล่งที่มาและประเทศที่เป็นแหล่งที่มาของทรัพยากรชีวภาพหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ในนวัตกรรมนั้นๆ เพื่อเป็นการแสดงให้เห็นว่าผู้ขอสิทธิบัตรได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากองค์กรของประเทศที่เป็นแหล่งที่มาและมีการจัดการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเท่าเทียม หรือตนได้ปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศนั้นๆ แล้ว¹⁶

2. ควรแก้ไขสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือสิทธิบัตร (PCT) ของ WIPO เพื่อให้ประเทศต่างๆ สามารถกำหนดให้ผู้ขอสิทธิบัตรเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่น หากนวัตกรรมนั้นมีรากฐานโดยตรงมาจากทรัพยากรและความรู้เหล่านี้ ข้อเสนอที่ยังอนุญาตให้ผู้ขอสิทธิบัตรสามารถปฏิบัติตามข้อกำหนดนี้เมื่อยื่นขอสิทธิบัตรในระดับระหว่างประเทศ หรือในภายหลังเมื่ออยู่ในขั้นตอนยื่นขอสิทธิบัตรระหว่างประเทศ การเปิดเผยแหล่งที่มา

¹⁴ Canada, IP/C/M/48, para.69.

¹⁵ IP/C/W/368,p.4 see also Andean Community, IP/C/M/37/Add.1, para. 321; Brazil, IP/C/W/228; China, IP/C/M/47, para.57; Colombia, IP/C/M/46, para.57; Ecuador, IP/C/M/47, para.49; Egypt, IP/C/W/37Add.1,paras 203-204;India, IP/C/W198; Indonesia, IP/C/M/47, para.51; Kenya, IP/C/M/47, para. 68, Pakistan, IP/C/M/36/Add.1, para.211; Peru, IP/C/W/M/48, paras.92-93; Philippines,IP/C/M/47, paras.79-80; Thailand, IP/C/M/48, para.61; Turkey, IP/C/M/47, para 63; Venezuela, IP/C/M0, para.102

¹⁶ African Group, IP/C/W/404,IP/C/W206,IP/C/W/163,IP/C/M/40, paras.76-79.

รวมถึงการเผยแพร่สู่สาธารณะในคำขอจดสิทธิบัตรระหว่างประเทศ เพื่อช่วยให้เป็นที่รับรู้ของสาธารณะในระยะเวลาที่เร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้¹⁷

3. การแต่งตั้งผู้ควบคุมการเปิดเผยแหล่งที่มาควรเป็นผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมสำหรับการยื่นขอสิทธิบัตรทุกชนิดทั้งในระดับประเทศ ระดับภูมิภาค และในระดับระหว่างประเทศ โดยมีบทลงโทษที่แตกต่างหากจากระบบสิทธิบัตร¹⁸

(4) ความตกลงทั้งสองขัดแย้งกันและควรแก้ไขความตกลงทริปส์เพื่อแก้ไขความขัดแย้งดังกล่าว

ประเทศส่วนใหญ่มีความเห็นชี้ไปในทิศทางที่ว่า ความตกลงทั้งสองมีความขัดแย้งกันอันเนื่องมาจาก

1. ความตกลงทริปส์กำหนดให้ทรัพยากรพันธุกรรมบางชนิดสามารถจดสิทธิบัตรได้ หรือได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายลักษณะเฉพาะเพื่อคุ้มครองพันธุ์พืช และไม่ได้มีการป้องกันไม่ให้มีการจดสิทธิบัตรทรัพยากรพันธุกรรมอื่นๆ ปล่อยให้ทรัพยากรพันธุกรรมเหล่านั้นเป็นตกเป็นของเอกชน ซึ่งเป็นการไม่สอดคล้องกับสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรพันธุกรรมที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา¹⁹

2. ความตกลงทริปส์จัดให้มีการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมโดยการจดสิทธิบัตรหรือโดยทรัพย์สินทางปัญญาอื่น โดยไม่ได้คำนึงถึงบทบัญญัติของอนุสัญญาในเรื่องการได้รับความยินยอมล่วงหน้าและการแบ่งปันผลประโยชน์

ผู้ที่เห็นด้วยกับความคิดนี้จึงเห็นว่า ควรมีการแก้ไขความตกลงทริปส์เพื่อบังคับให้ประเทศสมาชิกกำหนดไม่ให้มีการจดสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิตรวมถึงส่วนใดส่วนหนึ่งของสิ่งมีชีวิต หรือหากไม่สามารถทำได้อย่างน้อยที่สุดก็กำหนดให้นวัตกรรมใดๆ ที่มีพื้นฐานมาจากวัฒนธรรมหรือความรู้ของคนพื้นเมืองและเป็นส่วนสำคัญในการได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์ (products) และกระบวนการ (processes) นั้นๆ ควรได้รับการยกเว้นจากการจดสิทธิบัตร และควรมีการแก้ไขความตกลงทริปส์เพื่อไม่ให้อนุญาตให้มีการจดสิทธิบัตรที่ขัดแย้งกับอนุสัญญามาตรา 15 ในเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

¹⁷ Switzerland, IP/C/W/433, IP/C/W/423, IP/C/W/400/Rev.1

¹⁸ EC, IP/C/W/383, IP/C/M/49, paras.123-124, IP/C/M/46, paras.43-49; Norway, IP/C/W/293.

¹⁹ African Group, IP/C/W/404, IP/C/W/206 ; Kenya, IP/C/M/47 para.68.

1.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพและความตกลงทริปส์

หากพิจารณาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศคือตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มาตรา 30(2) ที่บัญญัติในเรื่องการบังคับใช้สนธิสัญญาหลายฉบับที่ต่อเนื่องกันและเกี่ยวข้องกับเรื่องเดียวกันว่า “(2) ในกรณีที่สนธิสัญญาฉบับหนึ่งบัญญัติว่าสนธิสัญญาฉบับดังกล่าวอยู่ในบังคับหรือไม่ถือว่าขัดกับสนธิสัญญาฉบับก่อนหรือฉบับหลัง ก็ให้ใช้บทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาฉบับที่อ้างถึงนั้นบังคับ” ซึ่งอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพก็ได้บัญญัติในเรื่องนี้ไว้ในมาตรา 22(1) มีว่า “บทบัญญัติของอนุสัญญาฉบับนี้ จักไม่มีผลต่อสิทธิและข้อผูกพันของภาคีใด อันเกิดจากความตกลงระหว่างประเทศใดๆ ที่มีอยู่แล้ว ยกเว้นในกรณีที่การใช้สิทธิและข้อผูกพันเหล่านั้นเป็นผลให้เกิดความเสียหายร้ายแรงหรือการคุกคามต่อความหลากหลายทางชีวภาพ” ได้บ่งชี้ว่าอนุสัญญาฉบับนี้เป็นรองความตกลงระหว่างประเทศฉบับอื่นๆ อย่างไรก็ตามได้สร้างเงื่อนไขเพื่อทำให้เกิดดุลยภาพด้วยการระบุไว้ว่าอนุสัญญาฉบับนี้จะอยู่เหนือกว่า “เมื่อการใช้สิทธิและหน้าที่(ที่มีต่อความตกลงระหว่างประเทศฉบับอื่น)จะก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงหรือคุกคามต่อความหลากหลายทางชีวภาพ”

ดังนั้นด้วยเหตุที่ความตกลงทริปส์เป็นกฎหมายเฉพาะด้านจึงต้องมาก่อนกฎหมายทั่วไปและกฎหมายใหม่จะมาก่อนกฎหมายเก่า ความตกลงทริปส์จึงอยู่เหนืออนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ²⁰ ตราบเท่าที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงหรือการคุกคามต่อความหลากหลายทางชีวภาพ

ทั้งนี้แล้วการจะเป็นไปตามหลักอนุสัญญากรุงเวียนนาดังกล่าวต้องเป็นกรณีที่สนธิสัญญาทั้งสองเกี่ยวข้องกับเรื่องอย่างเดียวกันด้วย ซึ่งมีผู้ให้ความเห็นว่าอนุสัญญาทั้งสองเกี่ยวข้องกับเรื่องเดียวกันหรือเปล่านั้นยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ และเห็นว่าจะมีความชัดเจนขึ้นหากมีการนำเรื่องดังกล่าวขึ้นสู่การพิจารณาของศาล²¹

²⁰ Johan Ragnar, "Biopiracy, the CBD and TRIPS – The Prevention of Biopiracy", (master thesis Faculty of Law University of Lund, Spring 2004)

²¹ *Ibid*, p.23.

2. ฝ่ายประเทศกำลังพัฒนา

2.1 ข้ออ้างของฝ่ายประเทศกำลังพัฒนา

ประเทศกำลังพัฒนามองว่าอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพและความตกลงทริปส์มีความแตกต่างกันในประเด็นต่อไปนี้

(1) ประเด็นการอ้างสิทธิของทรัพย์สินทางปัญญากับอธิปไตยของรัฐ (National sovereignty vs. right of IPR holder)

ความตกลงทริปส์เป็นความตกลงทางการค้าซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าที่คำนึงถึงประโยชน์ส่วนบุคคลเป็นสำคัญ ในอีกด้านหนึ่งการจัดตั้งอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพได้รับแรงกระตุ้นจากการแพร่กระจายไปทั่วโลกอย่างรวดเร็วเกี่ยวกับการสูญเสียความหลากหลายทางชีวภาพ การตระหนักถึงความสำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่นและสิทธิของชุมชนท้องถิ่นที่ได้พัฒนาและเป็นผู้ถือครองความรู้และต้องการควบคุมดูแลการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์อันเกิดจากการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนของทรัพยากรชีวภาพ²²

ด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้สิ่งที่ความตกลงทั้งสองต้องการจะคุ้มครองและการนำความตกลงทั้งสองมาปฏิบัติจึงแตกต่างกันไปด้วย

อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพมีหลักอธิปไตยของรัฐเป็นพื้นฐาน ประเทศต่างมีสิทธิที่จะควบคุมการเข้าถึงแหล่งทรัพยากรชีวภาพและความรู้ของประเทศอื่นๆ และมีสิทธิตัดสินใจในเรื่องการจัดการแบ่งปันผลประโยชน์ ส่วนความตกลงทริปส์อนุญาตให้บุคคลหรือสถาบันมีสิทธิบัตรเหนือแหล่งทรัพยากรทางชีวภาพของประเทศหรือความรู้ที่เกี่ยวข้องกับแหล่งดังกล่าวได้ ไม่ว่าภายในหรือนอกประเทศต้นกำเนิดอันเป็นแหล่งที่มาของความรู้²³

มีการถกเถียงกันว่าหลักการของความตกลงทริปส์ในเรื่องสิ่งนี้อาจนำมาจดสิทธิบัตรนั้นละเมิดสิทธิอธิปไตยของรัฐที่ได้รับมาภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ กล่าวคือตามมาตรา 27.3 (b) ของความตกลงทริปส์ประเทศสมาชิกอาจไม่ให้สิทธิบัตรแก่พืชและสัตว์ที่มีใช้จุลชีพ กรรมวิธีทางจุลชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชและสัตว์ ที่มีใช้กรรมวิธีทาง

²² The Third World Network “TWN Statement to the 2nd meeting of the panel of Experts on Access and Benefit

Sharing”, <http://WWW.twinside.org.sg/title/benefit.htm>, 19-22 March 2001, p. 1.

²³ *Ibid*, p. 2.

ชีววิทยาและจุลชีววิทยา อย่างไรก็ตามต้องให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชไม่ว่าโดยกฎหมายสิทธิบัตรหรือโดยกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ(*effective sui generis*) หรือโดยกฎหมายทั้งสองระบบ

การใช้ถ้อยคำเช่นนี้ถือว่าเป็นการกระทำที่รอบคอบมาก เพราะประเทศสมาชิกจะตัดสินใจที่จะไม่จัดให้มีการยกเว้นดังกล่าวเนื่องจากเกรงว่าจะขัดกับบทบัญญัติในวรรคท้าย ซึ่งจะส่งผลทำให้ภูมิปัญญาท้องถิ่น ประเพณีพื้นบ้านและระบบความรู้ของชุมชนพื้นเมืองที่กล่าวถึงในมาตรา 8 (j) ของอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพก็จะถูกนำไปจดสิทธิบัตรในที่สุด

ความตกลงทริปส์ช่วยทำให้เงื่อนไขสำหรับการนำความรู้ของผู้คนไปใช้หรือถือการสิทธิเหนือสิ่งมีชีวิต หรือกระบวนการในการนำความหลากหลายทางชีวภาพไปใช้ประโยชน์ง่ายขึ้น นอกจากนี้อำนาจอธิปไตยของประเทศกำลังพัฒนาเหนือแหล่งทรัพยากรชีวภาพของพวกเขา และเหนือสิทธิในการแสวงหาประโยชน์หรือใช้ทรัพยากรของพวกเขาจะถูกทำลาย ขาดอำนาจในการตัดสินใจเรื่องการจัดการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ก็ถูกทำให้เสียผลประโยชน์ไปด้วย

(2) ประเด็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาส่งผลกระทบต่อสิทธิชุมชน (Community rights vs private, individual rights)

ในส่วนคำปรารภของความตกลงทริปส์ ระบุว่า “สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิส่วนบุคคล” สิทธิบัตรให้สิทธิเฉพาะตัวแก่ผู้เป็นเจ้าของสิทธิบัตรที่จะป้องกันบุคคลที่สามจากการทำ การใช้ การเสนอขาย การขายหรือการนำสิ่งประดิษฐ์ที่ได้รับสิทธิบัตรไปใช้และป้องกันบุคคลที่สามจากกระบวนการที่ได้จดสิทธิบัตร(และจากการใช้การขาย การนำเข้าสิ่งประดิษฐ์ซึ่งได้มาจากกระบวนการที่ได้จดสิทธิบัตรดังกล่าว) ผู้เป็นเจ้าของเท่านั้นให้มีสิทธิที่จะทำ ขาย ใช้สิ่งประดิษฐ์หรือใช้กระบวนการ(หรือขายสิ่งประดิษฐ์จากกระบวนการเช่นว่านั้น) บทบัญญัติเช่นนี้ทำให้เป็นการผิดกฎหมายสำหรับบุคคลอื่นที่จะทำเช่นว่านั้น ยกเว้นกับผู้ที่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของซึ่งโดยปกติจะได้รับเป็นใบอนุญาตเท่านั้นหรือโดยการจ่ายค่าการใช้สิทธิ²⁴

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีผลกระทบต่อ การแลกเปลี่ยนโดยอิสระซึ่งความรู้ในสิ่งประดิษฐ์และความรู้การใช้สิ่งประดิษฐ์ของชุมชนท้องถิ่น ระบบเฉพาะตัวและสิทธิส่วนบุคคลนี้เป็นสิ่งซึ่งต่างไปจากประเพณีของสังคมและระบบเศรษฐกิจซึ่งชุมชนท้องถิ่นได้ใช้และพัฒนาทะนุบำรุงความหลากหลายทางชีวภาพ ตัวอย่างเช่นเมล็ดพันธุ์และความรู้ในเรื่องความหลากหลายทางพันธุ์พืชและพืชที่ใช้เป็นยานั้น โดยปกติจะและเปลี่ยนกันอย่างอิสระในชุมชน ความรู้ไม่ได้จำกัดหรือสงวนไว้เฉพาะบุคคลใดบุคคลหนึ่งแต่แบ่งปันและถือครองโดยส่วนรวม

²⁴ *Ibid.*p.2.

ส่งผ่านและถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่งไปสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง เช่นเดียวกับจากสถานที่หนึ่งไปสู่อีกสถานที่หนึ่ง

อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพมีเป้าหมายที่จะปกป้องสิทธิของชุมชนท้องถิ่นซึ่งแสดงให้เห็นอยู่ในบทบัญญัติของอนุสัญญาหลายมาตราด้วยกันหลาย บทบัญญัติที่สำคัญอยู่ในมาตรา 8 (j) ซึ่งให้ความเคารพ ส่งเสริมรักษาและดำรงไว้ซึ่งความรู้ ประดิษฐ์กรรมและการปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่นซึ่งปรากฏในการดำเนินชีวิตที่สืบทอดมาตามประเพณี ซึ่งเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน²⁵

ลักษณะที่เป็นธรรมชาติของภูมิปัญญาท้องถิ่นและการให้ความช่วยเหลือสิทธิของชุมชนท้องถิ่นไม่ได้ถูกกล่าวถึงในความตกลงทริปส์ ในทางตรงกันข้าม ระบบสิทธิบัตรที่รับรองโดยทริปส์สนับสนุนสิทธิส่วนบุคคลและสถาบัน ให้พวกเขาสามารถได้รับ “สิทธิ” รวมถึงสิทธิเหนือสิ่งประดิษฐ์และความรู้ซึ่งสิ่งนี้นำมาพัฒนาดังกล่าวนั้นโดยหลักแล้วได้มาจากชุมชนท้องถิ่น

ความตกลงทริปส์และการออกกฎหมายสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับวัตถุชีวภาพในบางประเทศทำให้เกิดการนำความรู้และทรัพยากรธรรมชาติของคนท้องถิ่นไปใช้ในทางที่ผิด และจำนวนของคดีโจรสลัดทางชีวภาพได้เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว การนำไปใช้ในทางที่ผิดนี้ขัดแย้งกับบทบัญญัติของอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพที่บังคับให้ประเทศสมาชิกยอมรับสิทธิของชุมชนท้องถิ่นและการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเท่าเทียมกัน แท้ที่จริงแล้ว หนึ่งในวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพก็เพื่อที่จะต่อต้านการนำไปใช้ในทางที่ผิดหรือ “โจรสลัดทางชีวภาพ” ขณะที่สิ่งที่ก่อตั้งความตกลงทริปส์ได้ทำให้เกิดการนำไปใช้อย่างไม่ถูกต้องเช่นว่าในทางปฏิบัติ

(3) ประเด็นความตกลงทริปส์ไม่ให้การรับรองหลักการเห็นชอบที่ได้แจ้งล่วงหน้าของรัฐและชุมชน (prior informed consent of states and communities vs. unilateral patents)

มาตรา 15 วรรค 5 ของอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพกล่าวว่า “การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจักต้องอยู่ภายใต้การเห็นชอบที่ได้แจ้งล่วงหน้าของภาคีซึ่งให้ทรัพยากรนั้น นอกเสียจากในกรณีที่ภาคีนั้นพิจารณาเป็นประการอื่น” ดังนั้นจึงมีเจตนารมณ์ที่จะให้ผู้เก็บรวบรวมทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพเหล่านั้นจะต้องจัดให้มีข้อมูลอย่างเพียงพอเกี่ยวกับงานของตนและความต้องการที่จะนำไปใช้ และต้องได้ซึ่งความยินยอมก่อนที่จะเริ่มทำงาน ในร่างกฎหมายของหลายประเทศ เช่น The OAU Model

²⁵ *supra* note 1, Art 8(j).

Legislation on Access to Biological Resources and Protection of Community Rights โดยต้องได้รับความเห็นชอบที่ได้แจ้งล่วงหน้าของรัฐเช่นเดียวกับชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง สิ่งนี้แสดงเป็นนัยได้ว่าความยินยอมอาจถูกปฏิเสธได้ และการได้รับความเห็นชอบดังกล่าวอยู่บนเงื่อนไขของความเห็นชอบร่วมกันทั้งสองฝ่ายสำหรับการแบ่งปันผลประโยชน์ระหว่างผู้เก็บรวบรวม รัฐ และชุมชน การเห็นชอบที่ได้แจ้งล่วงหน้าเป็นเหมือนมาตรการในการป้องกันการนำทรัพยากรและภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้อย่างไม่เหมาะสม และทำให้การแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเท่าเทียมกันเป็นไปได้ง่ายขึ้น

ในความตกลงทริปส์ ไม่มีบทบัญญัติที่ระบุว่าสิทธิบัตรหรือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอื่นเหนือทรัพยากรชีวภาพจะต้องได้รับการเห็นชอบที่ได้แจ้งล่วงหน้า ไม่มีการรับรองในความตกลงทริปส์ถึงสิทธิของประเทศที่เป็นแหล่งที่มาของทรัพยากรหรือภูมิปัญญาท้องถิ่น ดังนั้นการยื่นขอจดสิทธิบัตรเหนือทรัพยากรชีวภาพหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่สำนักงานสิทธิบัตรจึงสามารถทำในประเทศใดๆก็ได้ที่ให้การรับรองสิทธิบัตรเช่นว่า และสำนักงานสิทธิบัตรสามารถตรวจสอบคำขอเช่นว่า โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการตรวจสอบว่าได้รับความเห็นชอบจากประเทศที่เป็นแหล่งที่มา ดังนั้นในขณะที่อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพได้จัดตั้งระบบความเห็นชอบที่ต้องแจ้งล่วงหน้าเพื่อต่อการนำไปใช้อย่างไม่เหมาะสมและโจรสลัดทางชีวภาพ ในอีกด้านหนึ่งความตกลงทริปส์ทำให้การนำไปใช้อย่างไม่เหมาะสมเป็นไปได้โดยง่าย โดยการไม่ตระหนักถึงความจำเป็นในเรื่องดังกล่าว ดังนั้นจึงเลยในการจัดให้มีวิธีการสำหรับความเห็นชอบที่ต้องแจ้งล่วงหน้า

(4) ประเด็นความตกลงทริปส์ขัดขวางการแบ่งปันผลประโยชน์ผ่านการถ่ายทอดเทคโนโลยี (benefit sharing arrangements)

มุมมองสำคัญของอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ คือการรับรองสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น ดังนั้นจึงให้รัฐมีสิทธิในการออกกฎหมายในเรื่องการเข้าถึงทรัพยากร ซึ่งทำให้รัฐมีสิทธิในการจัดการเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์กรณีที่มีการอนุญาตให้มีการเข้าถึงจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ได้รับการตกลงร่วมกันทั้งสองฝ่าย²⁶ จะต้องได้รับความเห็นชอบที่ได้แจ้งล่วงหน้า²⁷ ประเทศที่เป็นฝ่ายจัดหาทรัพยากรให้จะต้องมีส่วนร่วมอย่างเต็มที่ในการวิจัยทางวิทยาศาสตร์²⁸ และสิ่งที่สำคัญที่สุดแต่ละประเทศจะต้องใช้การออก

²⁶ *supra* note 1, Art 15.4.

²⁷ *supra* note 1, Art 15.5.

²⁸ *supra* note 1, Art 15.6.

กฎหมาย มาตรการทางปกครอง หรือนโยบายเพื่อให้เกิด “การแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเท่าเทียม และเป็นธรรมในผลลัพธ์ที่ได้จากการวิจัยและพัฒนา และผลประโยชน์ที่ได้จากการค้า และการนำทรัพยากรพันธุกรรมไปทำประโยชน์อย่างอื่น กับประเทศที่ได้จัดให้มีทรัพยากรดังกล่าว การแบ่งปันผลประโยชน์จะขึ้นอยู่กับความตกลงร่วมกันทั้งสองฝ่าย²⁹

ภายใต้ความตกลงทริปส์ ไม่มีบทบัญญัติสำหรับผู้ถือสิทธิบัตรที่จดสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นในการแบ่งปันผลประโยชน์กับรัฐหรือชุมชนในประเทศที่เป็นแหล่งที่มา แท้จริงแล้วมีจำนวนน้อยมากที่ประเทศที่เป็นแหล่งที่มาจะสามารถบังคับให้เกิดสิทธิในการแบ่งปันผลประโยชน์ของตนตามที่ระบุไว้ในอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ กรณีที่บุคคลหรือบริษัทได้รับสิทธิบัตรในประเทศอื่น ที่มีที่มาจากมาจากทรัพยากรชีวภาพหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศที่เป็นแหล่งที่มานั้น ถึงแม้ว่าอาจดำเนินการฟ้องร้องทางกฎหมายอาจมีขึ้นได้ก็ตาม แต่คดีดังกล่าวก็ต้องใช้เงินจำนวนมาก ถึงแม้ว่ารัฐมีสิทธิตามกฎหมายที่จะคัดค้านสิทธิบัตรในอีกประเทศหนึ่งได้ ก็อาจจะไม่สามารถคัดค้านสิทธิบัตรทุกอันที่เชื่อว่าเป็นการกระทำที่เป็นโจรสลัดทางชีวภาพ นอกจากนี้ยังไม่สามารถรับประกันได้ว่าการดำเนินการดังกล่าวจะประสบความสำเร็จ ดังนั้นถ้ากฎหมายสิทธิบัตร หน่วยงานที่ทำหน้าที่อนุมัติ หรือศาลของประเทศดังกล่าว มีแนวโน้มที่จะพิจารณาอนุญาตให้มีการจดสิทธิบัตร สำหรับประเทศที่เป็นแหล่งที่มาแล้ว มีจำนวนน้อยที่จะทำให้เกิดการจดสิทธิบัตรเช่นว่า เพื่อให้แน่ใจว่าการกระทำอันเป็นโจรสลัดทางชีวภาพจะไม่เกิดขึ้น หรือถ้าเกิดขึ้นแล้วก็สามารถเยียวยาได้

อาจกล่าวได้ว่าความเชื่อมโยงที่ชัดเจนมากที่สุดที่มีระหว่างอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพและทรัพย์สินทางปัญญาได้แก่เนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี มาตรา 16 อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ เรื่องการเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยีระบุให้สมาชิกของอนุสัญญาจัดให้มีและ/หรือเอื้ออำนวยการเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยีแก่ประเทศอื่นภายใต้เงื่อนไขที่ยุติธรรมและเป็นที่ยอมรับที่สุด เทคโนโลยีเดียวที่ถูกอ้างถึงในที่นี้ได้แก่ เทคโนโลยีชีวภาพ ถึงแม้ว่ามาตรา 16 จะกล่าวถึงเทคโนโลยีทั่วไป “ที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน หรือเทคโนโลยีที่ใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมและไม่เป็นต้นเหตุให้เกิดความเสียหายอย่างสำคัญต่อสิ่งแวดล้อม”

การเข้าถึงเทคโนโลยีเช่นว่าจะต้อง “ถูกจัดให้อยู่ภายใต้เงื่อนไข ซึ่งเป็นที่ยอมรับและสอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาอย่างพอเพียงและอย่างมีประสิทธิภาพ

²⁹ *supra* note 19, p.3.

อย่างไรก็ตาม มาตรา 16 วรรค 5 ระบุให้ประเทศสมาชิกให้ความร่วมมือเพื่อให้แน่ใจว่า สิทธิบัตร หรือทรัพย์สินทางปัญญาอื่นได้รับการสนับสนุนและไม่ขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา³⁰ ดังนั้นสิทธิในสิทธิบัตรจึงไม่สามารถที่จะใช้สิทธิ ที่จะเป็นการละเมิดบทบัญญัติในระดับประเทศ สำหรับการปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของ CBD ได้ คำกล่าวนี้สะท้อนให้เห็นถึงความไม่ลงรอยกัน อย่างลึกซึ้งในการเจรจาต่อรองในเนื้อหาของอนุสัญญาฯ ระหว่างรัฐที่เห็นว่าสิทธิในทรัพย์สินทาง ปัญญาขัดต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ และประเทศที่เห็นว่าไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์ของ อนุสัญญาฯ จึงมีปัญหาว่า การให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเข้มงวดจะเป็น การยับยั้งหรือสนับสนุนการถ่ายโอนเทคโนโลยีเหล่านี้

ความสัมพันธ์ระหว่างระดับของการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและปริมาณ การแลกเปลี่ยนหมุนเวียนเทคโนโลยีภายในมีความสลับซับซ้อน หนึ่งในข้อถกเถียงกล่าวว่า การ สร้างความเข้มแข็งของการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิ่งที่ต้องทำก่อนที่จะมีการ ถ่ายทอดเทคโนโลยีใหม่ในทางระหว่างประเทศ หรืออย่างน้อยต้องมีการการคุ้มครองเทคโนโลยีที่ ถูกลอกเลียนแบบได้ง่าย บริษัทต่างประเทศจะไม่เต็มใจที่จะถ่ายโอนเทคโนโลยีที่อาจจะทำให้ต้อง สูญเงินหลายล้านดอลลาร์ เพื่อพัฒนาประเทศที่ซึ่งบริษัทภายในประเทศนั้นสามารถรับเอา เทคโนโลยีของตนไปโดยเสรีเพื่อผลิตสินค้ามาแข่งกับบริษัทของตน ข้อโต้แย้งจึงมีว่าวิธีการเดียวที่ บริษัทจะเต็มใจที่จะถ่ายโอนเทคโนโลยีคือ หากการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีความ เข้มแข็งมากพอที่บริษัทจะสามารถเรียกเก็บค่าใบอนุญาตอันแสดงให้เห็นถึงค่าใช้จ่ายที่ได้ใช้ไปในการ ปรับปรุงเทคโนโลยี อีกทางเลือกคือบริษัทอาจเข้าดำเนินการจัดการผ่าน FDI หรือ Joint ventures ที่ซึ่งบริษัทสามารถคงไว้ซึ่งความสามารถในการควบคุมทรัพย์สินทางปัญญาของตนได้ มากกว่า

ในขณะเดียวกัน มีข้อถกเถียงที่ว่า ผลกระทบของการให้ความคุ้มครองสิทธิใน ทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเข้มข้นมากจะขัดขวางการถ่ายทอดเทคโนโลยี เนื่องจากการ เป็นการแข่งขันในตลาดเสรี โดยสิทธิบัตรจะจำกัดจำนวนของบุคคลที่สามารถผลิต ใช้ ขาย หรือนำเข้า ผลิตภัณฑ์และกระบวนการที่ได้รับการคุ้มครอง สิ่งเหล่านี้ทำให้ผู้เป็นเจ้าของสามารถขาย

³⁰ มาตรา 16 วรรค 5 ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพกล่าวว่า “ภาคี, โดยตระหนักว่าสิทธิบัตรและสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ อาจมีอิทธิพลต่อการดำเนินการ ตามอนุสัญญานี้, จึงต้องให้ความร่วมมือในการนี้ภายใต้กฎระเบียบแห่งชาติและกฎหมาย ระหว่างประเทศ เพื่อที่จะเป็นหลักประกันว่าสิทธิเหล่านั้นๆ ได้รับการสนับสนุนและไม่ขัดแย้งต่อ วัตถุประสงค์ของอนุสัญญา”

เทคโนโลยีดังกล่าวในราคาสูงได้อยู่ ผู้ถือสิทธิบัตรซึ่งเป็นของต่างชาติสามารถใช้สิทธิในทางกฎหมายไม่ว่าจะโดยการกีดขวางการเข้าถึงเทคโนโลยีของตนหรือการเก็บค่าธรรมเนียมในราคาแพงเกินกว่าที่บริษัทในประเทศจะจ่ายได้ สิ่งเหล่านี้เป็นการขัดขวางไม่ให้เกิดการถ่ายโอนเทคโนโลยี และทำให้ความไม่เสมอภาคระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนามีเพิ่มมากขึ้น มีการกล่าวหาหนทางที่รัฐบาลของประเทศกำลังพัฒนาอาจทำเพื่อช่วยบริษัทภายในประเทศคือการทำให้สิทธิบัตรอ่อนลง เช่นการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ (compulsory licensing)³¹

ผลกระทบของการถ่ายโอนเทคโนโลยีที่มีต่อประเทศกำลังพัฒนานั้น มีประจักษ์พยานที่แสดงให้เห็นว่าผลกระทบนี้ขึ้นอยู่กับระดับการพัฒนาของประเทศนั้นๆ หากเป็นประเทศที่มีระดับการพัฒนาน้อยจะได้รับประโยชน์จากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความเข้มงวดน้อยตามไปด้วย ผลกระทบนี้ยังขึ้นอยู่กับท่าทีและความสามารถในการซื้บซับเทคโนโลยีของแต่ละบริษัทด้วย นอกจากนี้ยังขึ้นอยู่กับสาขาเทคโนโลยีเฉพาะด้านที่มีความเกี่ยวข้องอีกด้วย ในขณะที่สิทธิบัตรมีความสำคัญเป็นอย่างมากในเทคโนโลยีชีวภาพ แต่จะไม่เกิดประโยชน์อันใดเลย เนื่องจากเทคโนโลยีมากมายที่เกี่ยวข้องกับการสงวนรักษาและการใช้อย่างยั่งยืนซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพได้ถูกจัดเป็นความรู้สาธารณะเรียบร้อยแล้ว ไม่ว่าจะเป็นเพราะสิทธิบัตรหมดอายุหรือเพราะสิ่งดังกล่าวไม่เคยได้รับความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเลยก็ตาม

ความขัดแย้งที่มีอยู่เหนือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและการถ่ายทอดเทคโนโลยี มักจะมองข้ามข้อเท็จจริงที่ว่า ภาคเอกชนมีส่วนสำคัญในการถ่ายทอดเทคโนโลยี เนื่องจากภาคเอกชนไม่เพียงแต่เป็นผู้ถือสิทธิบัตรส่วนมากทั่วโลกแต่ยังเป็นดำเนินการให้เป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพอีกด้วย ดังนั้นในขณะที่รัฐบาลกระทำตนในฐานะเป็นผู้สนับสนุน ตัวอย่างเช่น ช่วยเหลือโดยจัดให้มีกองทุนช่วยเหลือด้านการเงินและด้านเทคนิคที่เหมาะสมเพื่อให้ประเทศกำลังพัฒนาอยู่ในสถานะที่สามารถรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีและสามารถนำมาใช้ได้อย่างดีที่สุดสำหรับประเทศของตน ในขณะเดียวกันผู้จัดหาเทคโนโลยีเกือบทั้งหมดจะเป็นบริษัทเอกชน เนื่องจากประเทศที่พัฒนาแล้วจำนวนน้อยมากที่คำนึงถึงเรื่องนี้ การถ่ายทอดเทคโนโลยีตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพจึงนำมาปฏิบัติอย่างไม่เพียงพอ

³¹ Compulsory licensing is the compulsory transfer of patent rights at a price set by the government.

2.2 ข้อเสนอของฝ่ายประเทศกำลังพัฒนา

กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาซึ่งประกอบไปด้วย บราซิล จีน คิวบา โดมินิกัน เอกวาดอร์ อินเดีย ปากีสถาน เปรู ไทย เวเนซุเอลา แซมเบีย และซิมบับเว ได้ทำเรื่องยื่นเสนอต่อคณะมนตรีของความตกลงทริปส์ในเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่าง ความตกลงทริปส์และอนุสัญญาว่าความหลากหลายทางชีวภาพและการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น เมื่อเดือนมิถุนายน ปี 2003 โดยอาศัยตามข้อบังคับในย่อหน้า 12 และ 19 ของปฏิญญาโดฮา เพื่อให้สมาชิกองค์การการค้าโลกสามารถปฏิบัติตามข้อบังคับของทั้งความตกลงทริปส์และอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพได้ โดยได้แสดงความเห็นต่อเรื่องดังกล่าวว่า ควรจะมีการปรับแก้ความตกลงทริปส์เพื่อกำหนดให้ประเทศสมาชิกระบุเงื่อนไขว่าผู้ยื่นขอสิทธิบัตรสำหรับวัตถุชีวภาพ(biological materials) หรือความรู้พื้นบ้านจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขในการดำเนินงานดังต่อไปนี้

(i) เปิดเผยแหล่งและประเทศต้นกำเนิดของทรัพยากรชีวภาพ รวมทั้งความรู้พื้นบ้านที่นำมาใช้ในการประดิษฐ์

(ii) แสดงหลักฐานว่าได้รับความยินยอมจากเจ้าหน้าที่รับผิดชอบของประเทศ

(iii) แสดงหลักฐานการแบ่งปันประโยชน์อย่างยุติธรรมภายใต้ระบบของประเทศที่เกี่ยวข้อง³²

ข้อเสนอดังกล่าวนี้นี้แสดงให้เห็นว่ากลุ่มประเทศกำลังพัฒนาเหล่านี้เห็นว่า ควรเติมเงื่อนไขเข้าไปในความตกลงทริปส์ซึ่งเงื่อนไขนี้จะบังคับให้ผู้ยื่นขอสิทธิบัตรในสิ่งประดิษฐ์อย่างหนึ่งอย่างใดที่ได้จากทรัพยากรชีวภาพและความรู้พื้นบ้าน ต้องเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรและความรู้เหล่านั้น พร้อมกับแสดงหลักฐานว่าผู้ยื่นขอสิทธิบัตรได้รับความยินยอมล่วงหน้าแล้ว(Prior Informed Consent :PIC) รวมทั้งผู้ยื่นขอจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศนั้นๆในเรื่องของการแบ่งปันผลประโยชน์อีกทั้งเห็นว่าเงื่อนไขของข้อบังคับเหล่านี้ในข้อตกลงทริปส์จะเป็นปัจจัยหลักที่จะรับประกันว่าความตกลงทริปส์และอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพสามารถนำมาใช้ให้สอดคล้องกัน³³

³² Communication from Bolivia, Brazil, Cuba, Dominican

Republic, Ecuador, India, Peru, Thailand, Venezuela, “The Relationship Between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity and The Protection of Traditional Knowledge”, IP/C/W/403, <http://doconline.wto.org/gen>, 24 June 2003

³³ Ibid.

การกำหนดให้ต้องเปิดเผยประเทศต้นกำเนิดและหลักฐานการได้รับความยินยอม (PIC) รวมทั้งการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างยุติธรรมในการยื่นขอสิทธิบัตรจะมีบทบาทสำคัญในการป้องกันโจรสลัดทางชีวภาพและการลักลอบนำทรัพยากรชีวภาพไปใช้

ทั้งนี้อาจสรุปข้อเสนอของประเทศกำลังพัฒนาเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ดังนี้

(1) ข้อเสนอแนะประเด็นทรัพย์สินทางปัญญา

กลุ่มประเทศกำลังพัฒนามีข้อเสนอแนะในประเด็นทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นว่าไม่ควรให้ความคุ้มครองพืชและสัตว์ด้วยระบบสิทธิบัตร ส่วนการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ ควรให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชตามระบบกฎหมายลักษณะเฉพาะที่ไม่จำเป็นต้องเป็นไปตามอนุสัญญายูพอฟ ค.ศ. 1991 และระยะเวลาในการคุ้มครองควรสั้นกว่า ระยะเวลาที่กำหนดไว้ในกฎหมายสิทธิบัตร และไม่จำเป็นต้องเป็นไปตามอนุสัญญายูพอฟ ค.ศ. 1991 (ระบบกฎหมายสิทธิบัตรตามหลักเกณฑ์ในอนุสัญญายูพอฟ ค.ศ. 1991 กำหนดไว้ไม่น้อยกว่า 20 ปี) นอกจากนี้ยังเห็นควรให้ความคุ้มครองสิทธิของเกษตรกรโดย ให้เกษตรกรมีสิทธิในการเก็บรักษา แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายเมล็ดพันธุ์ได้

(2) เรื่องการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม

เพื่อป้องกันมิให้มีการลักลอบนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้โดยหลีกเลี่ยงไม่ทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ ประเทศกำลังพัฒนาได้เสนอให้การขอรับสิทธิบัตรหรือสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์ต้องแสดงหลักฐานเกี่ยวกับแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมที่นำมาใช้กับนวัตกรรมของตน หากสิ่งที่ยอมรับสิทธิบัตรหรือสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์นั้นมีรากฐานจากทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่น รวมทั้งต้องเปิดเผยหลักฐานการได้รับความยินยอมจากผู้เกี่ยวข้องในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม และหลักฐานข้อตกลงการแบ่งปันผลประโยชน์³⁴

การเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมมีวัตถุประสงค์เพื่อให้รู้ว่า ทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมนั้นมีที่มาอยู่ที่ใด เพื่อจะได้ตรวจสอบได้ว่าได้มีการขออนุญาตในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม หรือได้ทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์กับเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนั้นแล้วหรือไม่ การกำหนดให้ต้องเปิดเผยแหล่งที่มา

³⁴ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, “การเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม พืช : ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายสำหรับประเทศไทย”

ของทรัพยากรพันธุกรรมในคำขอรับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาช่วยป้องกันปัญหา “โจรสลัดชีวภาพ” (Defensive Protection)³⁵

การบังคับให้เปิดเผยข้อมูลนี้บัญญัติอยู่ในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาภายในประเทศของบางประเทศแล้ว เช่น The Andean Communities โดย มติที่ 486 ของ The Andean Communities มาตรา 26 กำหนดว่าคำขอสิทธิบัตรที่ยื่นต่อเจ้าหน้าที่ต้องระบุ (h) สำเนาข้อตกลงการเข้าถึง หากสิ่งประดิษฐ์ หรือกรรมวิธีที่ขอรับสิทธิบัตรนั้นได้มาหรือพัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรม (i) เอกสารรับการได้รับอนุญาตให้ใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นในกรณีสิ่งประดิษฐ์ หรือกรรมวิธีที่ขอรับสิทธิบัตรได้มาหรือพัฒนามาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศสมาชิก³⁶

กฎหมายสิทธิบัตร ค.ศ. 1970 ซึ่งแก้ไขในปี ค.ศ. 2002 ของประเทศอินเดีย มาตรา 10 กำหนดให้ผู้ขอสิทธิบัตรต้องเปิดเผยแหล่งที่มาทางภูมิศาสตร์ของวัสดุทางชีวภาพ และในมาตรา 25 ยังอนุญาตให้มีการคัดค้านสิทธิบัตรได้ในกรณีการบรรยายรายละเอียดการประดิษฐ์นั้นมิได้เปิดเผยที่มา หรือแหล่งที่มาทางภูมิศาสตร์ของวัสดุทางชีวภาพ³⁷

ประเทศอินเดีย บราซิล เปรู และประเทศกำลังพัฒนาอีกหลายประเทศเสนอว่า ควรกำหนดเป็นหน้าที่ชัดเจนที่ผู้ขอทรัพย์สินทางปัญญาต้องเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม และภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง และแบ่งปันผลประโยชน์ (mandatory patent disclosure obligation) หากมีการฝ่าฝืน ประเทศผู้ให้ความคุ้มครองมีสิทธิเพิกถอนการคุ้มครองนั้นได้ หน้าที่ดังกล่าวสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรม CBD และทำให้มาตรการควบคุมการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของ CBD เป็นจริงในทางปฏิบัติ³⁸

การเปิดเผยแหล่งกำเนิดและความรู้พื้นบ้านที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งหลักฐานการได้รับความยินยอมล่วงหน้าและการแบ่งปันผลประโยชน์ จะเป็นประโยชน์ต่อประเทศกำลังพัฒนาดังนี้

(1) ตัดลดจำนวนสิทธิบัตรที่ไม่สมควรและเพิ่มขีดความสามารถของประเทศต่างๆ ในการตามหาสิทธิบัตรที่ไม่สมควรในกรณีที่ยื่นออกไปแล้ว เพื่อจะดำเนินการเพิกถอนต่อไป

³⁵ เฟิงอ๋าง.

³⁶ เฟิงอ๋าง, น.63.

³⁷ เฟิงอ๋าง, น.63.

³⁸ Grain, “Biotech firm Alliance to Fight odd Possible TRIPs Amendment.”

www.grain.org/bio/ipr (visited January 9, 2006) และโปรดดู WTO Ministerial Declaration (WT/MIN(05)/w/3/Rev.2). อ๋างโน, สมชาย รัตนชื้อสกุล, อ๋างแล้ว เจริญรฤทธิ 34,

(2) ช่วยให้สำนักงานสิทธิบัตรสามารถตรวจสอบขั้นตอนการประดิษฐ์ (inventive step) ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น

(3) ทำให้ภาคธุรกิจเอกชน นักวิจัย ชุมชนท้องถิ่น ตลอดจนภาครัฐกำหนดนโยบายในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมได้ชัดเจนยิ่งขึ้น จากความแน่นอนของกระบวนการเข้าถึง และการได้รับผลประโยชน์ ซึ่งจะทำให้การวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีชีวภาพในประเทศกำลังพัฒนามีเพิ่มมากขึ้น³⁹

(4) จะช่วยเสริมการเจรจาเพื่อทำข้อตกลงในการถ่ายโอนวัสดุชีวภาพ หรือการถ่ายทอดเทคโนโลยี หรือภูมิปัญญาท้องถิ่น⁴⁰

(5) ปัจจุบันมีหลายประเทศที่เพิ่มเติมกฎหมายภายในของตนให้ต้องเปิดเผยแหล่งที่มา เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีตาม CBD การแก้ไขเพิ่มเติมความตกลงทริปส์ เพื่อให้สอดคล้องกับ CBD จะทำให้กฎหมายภายในของประเทศดังกล่าวมีความมั่นคงมากขึ้น⁴¹

(6) การเพิ่มเงื่อนไขการเปิดเผยแหล่งที่มาในความตกลงทริปส์ ซึ่งมีมาตรการของความยินยอมล่วงหน้า (prior informed consent) และการแบ่งปันผลประโยชน์ของ CBD⁴²

นอกจากนี้การดำเนินการเช่นนี้จะเพิ่มความน่าเชื่อถือในระบบสิทธิบัตรและยังช่วยให้บรรลุวัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์ โดยจะป้องกันมิให้นำกฎหมายสิทธิบัตรไปใช้ในทางที่ผิด และด้วยเหตุนี้จึงเท่ากับเป็นการป้องกันการลักลอบใช้ความรู้และทรัพยากรชีวภาพไปด้วย

ในวันที่ 5 กรกฎาคม ปี ค.ศ. 2006 ได้มีการยื่นข้อเสนอจากกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาให้เพิ่มเติมข้อความเรื่องการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรชีวภาพและ/หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องที่ใช้ในนวัตกรรมสำหรับทรัพย์สินทางปัญญาใดที่นำทรัพยากรชีวภาพและ/หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้⁴³

³⁹ ความเห็นของประเทศบราซิล (IP/C/M/228).

⁴⁰ ความเห็นของประเทศอินเดีย (IP/C/W/195).

⁴¹ ความเห็นของประเทศอินเดีย (IP/C/W/29, para. 165. IP/C/W/198, IP/C/W195).

⁴² ความเห็นของประเทศบราซิล (IP/C/M/228) , ความเห็นของประเทศอินเดีย (IP/C/W/29, para160, ความเห็นของประเทศมอริเชียสในฐานะตัวแทนกลุ่มประเทศอัฟริกัน (IP/C/W/206) , ความเห็นของประเทศนอร์เวย์ (IP/C/W/35 para.237, IP/C/W/283).

⁴³ ความเห็นของประเทศบราซิล, จีน, โคลัมเบีย, คิวบา, อินเดีย, ปากีสถาน, เปรู, ไทย และแทนซาเนีย(IP/C/W/474)

โดยให้เพิ่มเติมเป็นข้อ 29 bis ของความตกลงทริปส์มีใจความว่า “หากสิ่งประดิษฐ์ที่นำมาจดสิทธิบัตร นำมาจากหรือพัฒนามาจากทรัพยากรชีวภาพและ/หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง สมาชิกจะกำหนดให้การยื่นขอจดสิทธิบัตรจะต้องเปิดเผยประเทศที่เป็นผู้จัดหาทรัพยากรชีวภาพและ/หรือภูมิปัญญาท้องถิ่น และได้มาจากผู้ใดในประเทศ นอกจากนี้ประเทศสมาชิกยังต้องให้ผู้ยื่นขอสิทธิบัตรให้ข้อมูลรวมถึงหลักฐานว่าได้ปฏิบัติตามกฎหมายที่ประเทศที่เป็นผู้จัดทำกำหนดไว้ในเรื่องการให้ความยินยอมที่ได้แจ้งล่วงหน้าสำหรับการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเท่าเทียมที่ได้มาจากการค้าหรือการใช้ประโยชน์ทรัพยากรและ/หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องนั้น

(3) เรื่องการได้รับความยินยอมล่วงหน้า (Prior Informed Consent)

การได้รับความยินยอมล่วงหน้าถือเป็นมาตรการหลักในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม โดยก่อนจะมีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ผู้ขอเข้าถึงต้องแจ้งให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมทราบล่วงหน้าก่อน⁴⁴ เพื่อให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมพิจารณาข้อมูลต่างๆ ที่ผู้ขอเข้าถึงยื่นเพื่อประกอบการพิจารณา หากเห็นไม่สมควรประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมอาจไม่อนุญาตให้มีการเข้าถึงได้

โดยการแสดงหลักฐานการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชและภูมิปัญญาท้องถิ่น ผู้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรหรือสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์ต้องแสดงหลักฐานว่า การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชและภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากหน่วยงานของรัฐหรือของชุมชนก่อน(Prior Informed Consent)

การต้องได้รับความยินยอมล่วงหน้าก่อนเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ทำให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีอำนาจในการต่อรองเพื่อกำหนดเงื่อนไขในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ โดยเฉพาะการต่อรองการแบ่งปันผลประโยชน์ ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป⁴⁵

การที่หลักการให้ความยินยอมล่วงหน้า จะมีผลใช้บังคับในทางปฏิบัติ หลักการดังกล่าวจะต้องถูกผนวกเข้าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ เสียก่อน ซึ่งไม่เพียงแต่ในกฎหมายภายในของประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดภูมิปัญญาท้องถิ่นเท่านั้น แต่รวมถึงประเทศอื่นๆ เช่น ประเทศที่มีการใช้ภูมิปัญญาเพื่อการวิจัย หรือประเทศที่มีการขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ที่พัฒนามาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นด้วย ซึ่งแนวทางนี้จะเป็นไปได้ก็ต่อเมื่อมีการจัดทำมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศเสียก่อน ดังเช่นด้วยการแก้ไขมาตรา 29 ของความตกลงทริปส์

⁴⁴ CBD. Article 15.5

⁴⁵ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ่างแล้ว เชิงอรุณที่ 34, น.30.

กำหนดให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรต้องแสดงหลักฐานการให้ความยินยอมของเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่น ที่เกี่ยวข้องกับการประดิษฐ์ที่มีการขอรับสิทธิบัตรนั้น เป็นต้น⁴⁶

เรื่องการให้ความยินยอมล่วงหน้าและการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นธรรมโดยยอมรับสิทธิอธิปไตยของประเทศที่มีต่อทรัพยากรชีวภาพนั้นกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาให้เหตุผลว่า สอดคล้องกับความตกลงทริปส์มาตรา 7 ที่กล่าวว่า “การปกป้องคุ้มครองและการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ควรจะมีส่วนช่วยส่งเสริมนวัตกรรมทางเทคโนโลยี โดยให้เกิดผลร่วมกันแก่ทั้งผู้ผลิตและผู้ใช้ความรู้เทคโนโลยี และโดยวิธีที่จะช่วยก่อให้เกิดผลดีทางเศรษฐกิจและสังคม รวมทั้งต้องเป็นวิธีที่จะสร้างดุลยภาพระหว่างสิทธิและหน้าที่ความรับผิดชอบ”

ส่วนกรณีที่มีการโต้แย้งว่าการกำหนดมาตรฐานให้มีการเปิดเผยแหล่งกำเนิดของทรัพยากรและความรู้และหลักฐานของการได้รับความยินยอมและการแบ่งปันผลประโยชน์เป็นการปรับเปลี่ยนเพิ่มเติมซึ่งไม่สอดคล้องกับความตกลงทริปส์และจะเป็นการละเมิดหลักการในการให้ความเสมอภาค(non-discrimination) แก่เทคโนโลยีทุกแขนงนั้น กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาเห็นว่า ความลำเอียง (discrimination) จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมาตรฐานของการออกสิทธิบัตรความแปลกใหม่(novelty) ความคิดในทางประดิษฐ์ (inventiveness) และประโยชน์(usefulness) ถูกนำมาใช้ในลักษณะเลือกปฏิบัติ ซึ่งก็ไม่ได้นำมาใช้กับทุกแขนงอย่างเท่าเทียมกัน ดังนั้นการกำหนดมาตรฐาน(norms)ที่ต่างออกไปสำหรับสิ่งประดิษฐ์ที่มาจากทรัพยากรชีวภาพและความรู้พื้นบ้าน จะไม่เป็นการเลือกปฏิบัติสำหรับเทคโนโลยีแขนงต่างๆ⁴⁷

กรณีที่มีผู้เสนอว่าควรมีกฎหมายแยกต่างหากเพื่อควบคุมโจรสลัดทางชีวภาพ พร้อมทั้งให้ระบบการให้ความยินยอมล่วงหน้าและระบบการเปิดเผยข้อมูลดำเนินไปโดยใช้การทำสัญญาเป็นเครื่องกำกับดูแลนั้น กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาเห็นว่าอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกออกกฎหมายภายในประเทศเพื่ออำนวยความสะดวกในเรื่องการให้ความยินยอม และการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นธรรม ก่อนที่จะมีการใช้ทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นซึ่งเป็นที่ยอมรับแล้วว่ากลไกเหล่านี้สามารถและสมควรนำมาใช้ ซึ่งก็มีหลายประเทศได้ออกกฎหมายเพื่อนำมาใช้กับระบบ “การเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ (Access and benefit sharing :ABS)” อย่างไรก็ตามก็ยังไม่เพียงพอที่จะหยุดยั้งโจรสลัดทางชีวภาพและไม่สามารถบรรลุมิติวัตถุประสงค์หลักของการเปิดเผยข้อมูล ซึ่งก็คือการยับยั้งผลตอบแทน

⁴⁶ จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ, “ความตกลงพหุภาคีขององค์การการค้าโลก กับผลกระทบต่อฐานทรัพยากร”สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย.(กรกฎาคม,2548).น.28-29.

⁴⁷ IP/C/W/403,supra note 32.

ที่จะได้รับจากสิทธิบัตรเนื่องจากความรู้หรือข้อมูลที่ได้ไปลักลอบนำมาจากประเทศอื่น ในทำนองเดียวกันก็ไม่สามารถอาศัยสัญญาเป็นเครื่องช่วยได้อย่างเพียงพอเนื่องจากการทำสัญญาเป็นเรื่องของความเต็มใจของคู่สัญญา สัญญาจะขาดประสิทธิภาพหากผู้ลงนามมีอำนาจการต่อรองแตกต่างกันมาก เช่นในกรณีที่เกี่ยวข้องกับชุมชน ชาวบ้าน และผลประโยชน์ทางการค้าเป็นต้น⁴⁸

กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาไม่สนับสนุนการใช้ระบบสิทธิบัตรเพื่อแก้ปัญหาเนื่องจากระบบภายในประเทศไม่เพียงพอที่จะปกป้องและสงวนภูมิปัญญาท้องถิ่น ตัวอย่างเช่น การที่สำนักงานสิทธิบัตรในประเทศหนึ่งสามารถป้องกันโจรสลัดทางชีวภาพและจัดตั้งกลไกเรื่องการให้ความยินยอมล่วงหน้าได้สำเร็จได้หมายความว่าความยื่นขอสิทธิบัตรในประเทศอื่นๆจะต้องดำเนินไปด้วยกรรมวิธีเดียวกัน โดยเห็นว่ากฎหมายสิทธิบัตรไม่สมควรนำมาใช้แทนที่ในกรณีที่กฎหมายภายในประเทศไม่มีประสิทธิภาพและไม่เสนอให้ใช้กฎหมายสิทธิบัตรอำนวยความสะดวกในการแบ่งปันผลประโยชน์กับประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดทรัพยากรชีวภาพและความรู้ สิ่งแสวงหาคือกลไกที่เรียบง่ายที่ช่วยให้กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศต่างๆทั่วโลกสามารถพิจารณาตัดสินเรื่องการเป็นผู้ประดิษฐ์และผลงานที่เกิดขึ้นก่อนแล้วได้อย่างมีประสิทธิภาพ

(4) เรื่องการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์

ประเทศกำลังพัฒนามองว่าหลักการสำคัญที่เกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพในปัจจุบันนี้เปลี่ยนแปลงจากการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพโดยเสรี (free access) มาสู่ระบบการเข้าถึงที่ต้องมีการแบ่งปัน (shared access) บนพื้นฐานเอื้ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึง

ข้อเสนอของประเทศกำลังพัฒนาเหล่านี้คือ ผู้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรหรือสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์ต้องแสดงหลักฐานว่าการแบ่งปันผลประโยชน์ ระหว่างผู้ยื่นคำขอรับกับชุมชนที่อนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชหรือภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งถูกนำมาใช้ในการประดิษฐ์สิ่งประดิษฐ์หรือปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่

ลักษณะของระเบียบข้อบังคับที่เกี่ยวกับการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ของประเทศเหล่านี้ จะมีขอบเขตครอบคลุมกิจกรรมการเข้าถึงซึ่งประกอบด้วย ทรัพยากรชีวภาพ อนุพันธ์ของทรัพยากรชีวภาพ ภูมิปัญญา นวัตกรรม เทคโนโลยี หรือวิถีปฏิบัติของชุมชน กำหนดความหมายของทรัพยากรชีวภาพไว้กว้างมาก และครอบคลุมถึงทรัพยากรพันธุกรรมด้วย⁴⁹ แต่จะยกเว้นสิ่งมีชีวิตที่มาจากต่างถิ่นหรือต่างประเทศ สารพันธุกรรมมนุษย์ และทรัพยากรชีวภาพของ

⁴⁸ IP/C/W/403, *supra* note 32.

⁴⁹ กฎหมายต้นแบบขององค์การสหภาพแอฟริกา (OAU)

ชนพื้นเมืองที่ได้ขึ้นบัญชีไว้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร (ITPGR)⁵⁰

ผู้ต้องการเข้าถึงต้องยื่นขออนุญาต และการเข้าถึงจะได้รับอนุญาตบนพื้นฐานของข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างหน่วยงานที่ได้รับมอบอำนาจและชุมชน / กลุ่มชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง โดยข้อตกลงจะประกอบไปด้วยการแบ่งปันผลประโยชน์บางส่วนจากการเข้าถึงทรัพยากร และการช่วยเหลือทางเศรษฐกิจเพื่อเป็นแรงผลักดันให้รัฐและชุมชน/กลุ่มชุมชนท้องถิ่นให้ความสนใจกับการอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพ และดำรงรักษานวัตกรรม วิธีปฏิบัติ ภูมิปัญญา หรือเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้อง การแบ่งปันผลประโยชน์จะต้องมีการจ่ายค่าธรรมเนียมก่อนมีการอนุญาตให้เก็บทรัพยากร และกำหนดให้แบ่งปันรายได้จากทรัพยากรชีวภาพ หรือภูมิปัญญาความรู้ให้แก่หน่วยงานของรัฐและชุมชนที่เกี่ยวข้อง ค่าธรรมเนียมทั้งหมดคิดจากเงื่อนไขหรือปัจจัยต่างๆ เช่น การเก็บรวบรวมที่มีจุดประสงค์เพื่อการค้า⁵¹

เนื่องจากประเทศกำลังพัฒนาเหล่านี้ตระหนักดีว่าการออกกฎหมายภายในเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นแต่เพียงอย่างเดียวไม่อาจจะบรรลุวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพได้ เช่น การมีกฎหมายภายในเพียงอย่างเดียวไม่สามารถป้องกันมิให้บรรษัทข้ามชาตินำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปจดทะเบียนสิทธิบัตรในต่างประเทศ หรือในอันที่จะบังคับให้บรรษัทเหล่านั้นแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นให้กับชุมชนที่เป็นแหล่งที่มาของทรัพยากร จึงเสนอให้นำหลักการสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพมาบัญญัติไว้ในความตกลงทริปส์ด้วย โดยขอให้มีการเปิดเผยแหล่งกำเนิดของทรัพยากรชีวภาพหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องในคำขอรับสิทธิบัตรและให้แสดงหลักฐานว่าการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพได้รับความยินยอมจากองค์กรที่มีหน้าที่รับผิดชอบในประเทศนั้นแล้วตลอดจนหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการแบ่งปันผลประโยชน์ ภายใต้หลักการที่กำหนดไว้ในประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดของทรัพยากรนั้น⁵²

⁵⁰ พระราชบัญญัติการจัดการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2547 หมวดที่ 6 ของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้

⁵¹ เฟิงอ้าว, มาตรา 12

⁵² นันทน อินนันท, “ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาและผลกระทบต่อภูมิปัญญาท้องถิ่น”, วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ, (2003) Six Anniversary Special Issue : หน้า 169, see also WTO, The Relationship between the TRIPS

บทสรุป การแก้ไขปรับปรุงความตกลงทริปส์ให้ครอบคลุมไปถึงการเปิดเผยแหล่งพันธุกรรมและความรู้ที่เกี่ยวข้องและการแสดงหลักฐานการได้รับความยินยอมล่วงหน้ารวมทั้งการแบ่งปันผลประโยชน์เป็นเรื่องที่จำเป็นอย่างยิ่งในการที่จะนำความตกลงทริปส์และอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพมาใช้ให้ส่งเสริมเกื้อกูลกัน เจื่อนไขนี้จะช่วยประกันความโปร่งใสในส่วนที่เกี่ยวข้องกับแหล่งกำเนิดของวัตถุดิบชีวภาพที่นำมาใช้ในการยื่นขอสิทธิบัตร เช่นเดียวกับจะช่วยให้กฎเกณฑ์ของอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพในเรื่องการให้ความยินยอมล่วงหน้าและการแบ่งปันผลประโยชน์สามารถดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ⁵³

ดังนั้นจึงเสนอว่าควรมีการปรับแก้ความตกลงทริปส์ให้มากพอที่จะนำไปสู่การปฏิบัติตามความตกลงทริปส์และอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพในลักษณะที่เกื้อหนุนสอดคล้องซึ่งกันและกัน

3. ฝ่ายประเทศพัฒนาแล้ว

3.1 ข้ออ้างของฝ่ายประเทศพัฒนาแล้ว

(1) ประเด็นหลักการป้องกันล่วงหน้า (Precautionary Principle) ตามอารัมภบทของ CBD⁵⁴

CBD อารัมภบท วรรคที่ 8 กล่าวว่า “ ในกรณีที่มีการคุกคามจนเกิดการลดลงอย่างมีนัยสำคัญหรือการสูญเสียความหลากหลายทางชีวภาพ ไม่ควรใช้การขาดหลักฐานที่สมบูรณ์ทางวิทยาศาสตร์ เป็นเหตุในการขัดผ่อนการดำเนินมาตรการเพื่อหลีกเลี่ยงหรือลดทางคุกคามนั้น”

การกล่าวเช่นนี้เป็นการยืนยัน “หลักป้องกันล่วงหน้า” (Precautionary Principle) ซึ่งภายใต้หลักนี้ต้องจัดให้มีมาตรการการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมขึ้น เมื่อเกิดการคุกคามอย่างร้ายแรง หลักการป้องกันล่วงหน้าขัดกับหลักของพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ (rule of scientific evidence) และแท้ที่จริงแล้ว หลักการป้องกันล่วงหน้าขัดกับอารัมภบทของอนุสัญญา CBD

Agreement and the Convention on Biological Diversity and the Protection of Traditional Knowledge, IP/C/W/356

⁵³ IP/C/W/403, *supra* note 32

⁵⁴ Nuno Pires de Carvalho, “ The TRIPS Regime of Patent Rights”, second edition, *Kluwer Law International*, (2005), pp.230-231

ปัญหาของหลักป้องกันล่วงหน้าในองค์การการค้าโลกคือ ข้อตกลงการค้าโลกว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (SPS Agreement) มาตรา 2 (2) กำหนดให้ต้องมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สำหรับการรักษาไว้ซึ่งมาตรการในทางสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช หลักการป้องกันล่วงหน้าได้รับการยอมรับโดย SPS Agreement อย่างมีข้อจำกัดดังที่กล่าวไว้ในมาตรา 5.7 ว่า “ในกรณีที่หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ไม่เพียงพอ สมาชิกอาจรับเอามาตรการในทางสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชแบบชั่วคราว บนพื้นฐานของข้อมูลที่เกี่ยวข้องโดยตรงที่มีอยู่ รวมถึงที่ได้มาจากองค์กรระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง เช่นเดียวกับที่ได้จากมาตรการทางสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชที่สมาชิกอื่นนำมาใช้ ในสถานการณ์เช่นนี้ สมาชิกจะพยายามหาทางให้ได้มาซึ่งข้อมูลเพิ่มเติมที่จำเป็นสำหรับการประเมินความเสี่ยงและตรวจสอบมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชอย่างสอดคล้องกับระยะเวลาที่สมเหตุสมผล”⁵⁵

จากบทบัญญัติดังกล่าวเนื่องจากการขาดหายไปซึ่งพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ มาตรการที่จำกัดในทางการค้าอาจนำมาปรับใช้ได้เฉพาะข้อกำหนดชั่วคราว จึงอาจสรุปได้ว่าหลักการป้องกันล่วงหน้าได้รับการยอมรับในองค์การการค้าโลกในเนื้อหาที่แคบมากและไม่ว่าอย่างไรก็ตามข้อถกเถียงนี้ส่งผลกระทบต่อมาตรา 27.2 ของความตกลงทริปส์⁵⁶ โดยทางอ้อมเท่านั้นและเฉพาะในขอบเขตที่ว่าประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกอาจจำเป็นต้องใช้เพื่อพิสูจน์ว่าการปกป้องการหาประโยชน์จากการค้ามีเหตุผลอันสมควร ดังนั้นจึงไม่ยุติธรรมที่จะจำกัดการนำนวัตกรรมตามมาตรา 27.2 ไปใช้เพื่อการค้าแต่ข้อเท็จจริงที่จะต้องพิสูจน์คือ การยกเว้นการจดสิทธิบัตรมีความจำเป็นเพื่อปฏิบัติตามข้อจำกัดเช่นนั้น ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการจดสิทธิบัตร

⁵⁵ SPS Agreement Article 2 (2) “ In case where relevant scientific evidence is insufficient, a Member may provisionally adopt sanitary or phytosanitary measures on the basis of available pertinent information, including that from the relevant international organizations as well as from sanitary or phytosanitary measures applied by other Member. In such circumstances, Member shall seek to obtain the additional information necessary for a more objective assessment of risk and review the sanitary or phytosanitary accordingly within a reasonable period of time.”

⁵⁶ มาตรา 27.2 ของความตกลงทริปส์กำหนดว่า “ ประเทศสมาชิกอาจไม่ให้สิทธิบัตรในสิ่งประดิษฐ์ที่เมื่อมีการนำไปใช้อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนรวมทั้งการประดิษฐ์ที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์หรือพืช หรือที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อม”

ดังนั้นหลักป้องกันล่วงหน้าจึงไม่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการปฏิบัติตามมาตรา 27.2 และดังนั้นจึงไม่มีความขัดแย้งกันระหว่างมาตรา 27.2 และ CBD

(2) ประเด็นการอนุรักษ์ในถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ ตามมาตรา 8 (j) ของ CBD

มาตรา 8 (j) ของ CBD กล่าวว่า “ ภายใต้กฎข้อบังคับแห่งชาติ, ให้ความเคารพ, ส่งเสริมและดำรงไว้ซึ่งความรู้ ประดิษฐ์กรรมและการถือปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่นซึ่งปรากฏในการดำเนินชีวิตที่สืบทอดมาตามประเพณี ซึ่งเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืนและส่งเสริมการประยุกต์ใช้อย่างกว้างขวางมากขึ้น ด้วยมีความเห็นชอบและการเข้าร่วมของผู้ทรงความรู้, เจ้าของประดิษฐ์กรรมและผู้ถือปฏิบัติอื่นๆ และสนับสนุนการแบ่งปันอย่างเท่าเทียมซึ่งผลประโยชน์อันเกิดจากการใช้ประโยชน์ความรู้, ประดิษฐ์กรรมและการถือปฏิบัติอื่นๆ”

มาตรา 8 (j) กำหนดให้มีการให้ความเคารพ ส่งเสริมและดำรงไว้ซึ่งภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพในระดับประเทศ ซึ่งถือว่าประเทศสมาชิกแต่ละประเทศเป็นผู้ลงความเห็นว่าจะให้ความคุ้มครองเช่นนั้นมีความเป็นไปได้และเหมาะสมหรือไม่ มาตรา 8 (j) ไม่ได้เรียกร้องให้มีการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยการสร้างสิทธิหรือความเป็นเจ้าของโดยเฉพาะเจาะจง แท้จริงแล้ว ถ้อยคำของมาตรา 8 (j) มีความเป็นกลางเท่าที่ระบบของการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายจะกล่าวถึง ประเทศพัฒนาแล้วเห็นว่าความตกลงทริปส์ไม่ได้ขัดขวางประเทศสมาชิกที่จะจัดให้มีระบบการคุ้มครองเช่นนั้น แท้จริงแล้วความตกลงทริปส์มีกลไกที่สามารถใช้เพื่อคุ้มครององค์ประกอบบางประการของภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพแล้ว⁵⁷

ยกตัวอย่างเช่น สามารถใช้สิทธิบัตรเพื่อคุ้มครองประดิษฐ์กรรมที่มาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นได้⁵⁸ ดังที่เคยมีการให้สิทธิบัตรแก่สิ่งประดิษฐ์ที่สร้างมาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศคาซัคสถาน สหพันธรัฐรัสเซีย และประเทศเวียดนามมาแล้ว ดังนั้นความคิดที่ว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่สามารถได้รับความคุ้มครองโดยสิทธิบัตร เนื่องจากธรรมชาติของกระบวนการพัฒนาจากฐานหนึ่งไปสู่อีกฐานหนึ่งและธรรมชาติของการเพาะปลูกเอง ก็ไม่เป็นความจริง มิฉะนั้นแล้วชุมชนพื้นบ้านและประเทศกำลังพัฒนาก็ไม่จำเป็นต้องกังวลเกี่ยวกับโจรสลัดทางชีวภาพ⁵⁹

⁵⁷ Nuno Pires de Carvalho, *supra* note 54, p.232.

⁵⁸ WIPO document, WIPO/GRTKF/IC/5/7, of March 11, 2003.

⁵⁹ Nuno Pires de Carvalho, *supra* note 54, p.233.

ภูมิปัญญาท้องถิ่นได้รับการยอมรับว่าเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับการค้า ดังนั้นจึงมีความเหมาะสมที่จะได้รับการคุ้มครองโดยสิทธิบัตรตามความตกลงทริปส์ ดังที่ได้กล่าวไว้ การไม่ได้รับการคุ้มครองโดยทรัพย์สินทางปัญญาในต่างประเทศทำให้เกิดการหาประโยชน์อย่างไม่เป็นธรรมกับผู้ผลิตท้องถิ่น อีกเหตุผลหนึ่งคือ ผู้เป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะเสียเปรียบเมื่อต้องเผชิญหน้ากับผู้ลอกเลียนแบบที่เป็นคนต่างชาติ ดังนั้นการขาดหายไปซึ่งการคุ้มครองในทรัพย์สินทางปัญญาที่เพิ่มจำนวนขึ้นเรื่อยๆ นั้น จะกลายเป็นอุปสรรคทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษี (non-tariff barriers to trade) ในที่สุด

ที่ประชุมคณะมนตรีของ WTO ที่โดฮาให้เห็นด้วยกับการรับรองความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทริปส์และ CBD และการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและคหิชาบ้าน อย่างไรก็ดี การเจรจาเรื่องนี้ใน TRIPS Council ไม่ได้ก้าวหน้าไปไกล เนื่องจากหากจะกล่าวโดยตรงแล้ว TRIPS Council ไม่ใช่ที่ที่เหมาะสมสำหรับอภิปรายการพัฒนากฎหมายใหม่เพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและคหิชาบ้าน กระบวนการเช่นนี้ควรทำในขอบเขตของ WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Generic Resources, Traditional Knowledge and Folklore และเมื่อ WIPO ได้มีแนวทางแก้ปัญหาที่เป็นเอกฉันท์แล้วเท่านั้น สมาชิกของ WTO จึงจะมองเห็นความเป็นไปได้ในการเจรจาเรื่องสัมปทานและการแลกเปลี่ยนเพื่อสร้างมาตรฐานในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับการค้าและการแสดงออกซึ่งคหิชาบ้าน⁶⁰

(3) ประเด็นการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ตามมาตรา 15 ของ CBD

มาตรา 15 วรรค 7 ของ CBD กล่าวว่า “แต่ละภาคีจักต้องดำเนินมาตรการทางกฎหมาย, การบริหาร หรือนโยบาย, เท่าที่เหมาะสม, และโดยสอดคล้องกับมาตรา 16 และ 19 และ, ในกรณีที่เป็น, โดยผ่านกลไกทางการเงิน ซึ่งกำหนดโดยมาตรา 20 และ 21 ทั้งนี้ด้วยเจตนารมณ์เพื่อแบ่งปันในวิถีทางที่ยุติธรรมและเท่าเทียม ซึ่งผลของการวิจัยและการพัฒนา และซึ่งผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมทางการพาณิชย์และอื่นๆกับภาคีที่ได้ให้ทรัพยากรนั้น การแบ่งปันนั้นๆจักต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ได้รับการตกลงร่วมกัน”

มาตรา 15 วรรค 7 นี้มีประเด็นที่ต้องพิจารณา 3 ประเด็นด้วยกัน

1. ประเด็นการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่มีอยู่ในธรรมชาติ⁶¹

การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่มีอยู่ธรรมชาติ ไม่ได้ปรับปรุงโดยการแทรกแซงโดยตรงของมนุษย์ แนวคิดนี้ทำให้เกิดความขัดแย้งกับบทบัญญัติของความตกลงทริปส์ที่ยังหาข้อ

⁶⁰ Nuno Pires de Carvalho, *supra* note 54, p.234.

⁶¹ Nuno Pires de Carvalho, *supra* note 54, p.234.

ยุติไม่ได้ มาตรา 15 วรรค 7 ของ CBD เป็นการแสดงออกว่าได้ให้การรับรองว่ารัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพของตน ในขณะที่ความตกลงทริปส์รับรองว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นของสิทธิของเอกชน (private right) ดังนั้น จึงเกิดความขัดแย้งขึ้นตามมา ซึ่งประเทศพัฒนาแล้วไม่เห็นด้วยกับความคิดเช่นนี้เนื่องจาก เนื่องจากเหตุผลสองประการด้วยกันคือ

ประการแรก ความตกลงทริปส์ไม่ได้เกี่ยวข้องกับทรัพยากรที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ แต่จัดการกับทรัพยากรที่ได้ปรับปรุง (modified) และ ทำให้ทรัพยากรสามารถเจริญเติบโตได้ในพื้นที่ที่นำมาปลูก (domesticated) เท่านั้น ทรัพยากรเหล่านี้คือสิ่งที่ตกอยู่ภายใต้สิทธิส่วนบุคคล นอกจากนี้ หากจะกล่าวโดยตรงแล้ว ความตกลงทริปส์ไม่ได้จัดการเกี่ยวกับทรัพยากร แต่จัดการเกี่ยวกับความคิดสร้างสรรค์เฉพาะทางและนวัตกรรมที่เกี่ยวข้องกัน

ประการที่สอง รัฐได้มีและจะยังคงมีอยู่ต่อไปซึ่งอำนาจในการจำกัดคนต่างชาติและรัฐต่างชาติในการเข้าถึงบางพื้นที่ของประเทศหรือทรัพยากรบางอย่างเพื่อความมั่นคงหรือเพื่อผลประโยชน์ของประเทศ ประเทศพัฒนาแล้วเห็นว่าความตกลงทริปส์ไม่ได้เปลี่ยนแปลงหลักการนี้ CBD กล่าวถึงการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับจากทรัพยากรพันธุกรรมเหล่านี้ ในบางกรณีผลประโยชน์มาจากการขายทรัพยากรเหล่านั้นโดยตรง หากไม่สามารถสังเคราะห์ทรัพยากรเหล่านั้นมาใช้ได้ วัตถุประสงค์จากธรรมชาติก็เป็นสิ่งจำเป็นในการผลิตผลิตภัณฑ์ แต่โดยส่วนมากแล้ว สิ่งสำคัญของทรัพยากรมักจะอยู่ที่ข้อมูลที่อยู่ในทรัพยากรเหล่านั้น ซึ่งก็คือพันธุกรรม, ชีววิทยา และสารเคมีที่บริสุทธิ์ของทรัพยากรเหล่านั้น ดังนั้นการเข้าถึงทรัพยากรบางชนิดจึงทำเพียงครั้งเดียว โดยนักสำรวจทางชีววิทยาเก็บตัวอย่างทรัพยากรเพียงเล็กน้อยและข้อมูลที่มีอยู่ในทรัพยากรเหล่านี้จะถูกสกัดในภายหลัง และผลิตใหม่โดยการสังเคราะห์ในห้องแล็บ จุดมุ่งหมายของประเทศสมาชิกของ CBD คือทำการจัดสรรข้อมูลที่มีอยู่ตามธรรมชาติของทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งประเทศพัฒนาแล้วเห็นว่าสิ่งนี้ไม่ใช่สาระสำคัญของทรัพย์สินทางปัญญา แต่การใช้ข้อมูลทางพันธุกรรมอาจนำไปสู่การพัฒนาทรัพย์สินทางปัญญาใหม่ๆได้

2. ประเด็นทรัพยากรที่ได้รับการปรับปรุงโดยการแทรกแซงของมนุษย์⁶²

ประเทศที่พัฒนาแล้วเห็นว่า ไม่ใช่ทรัพยากรชีวภาพทุกชนิดที่มีความจำเป็นในธรรมชาติของรัฐ ตามวัตถุประสงค์ของ CBD ทรัพยากรพันธุกรรมอาจสร้างให้เกิดผลิตภัณฑ์ที่มาจากความสมัครใจหรือเกิดจากความไม่สมัครใจก็ได้ ในเรื่องนี้มีประเด็นที่ต้องพิจารณา 2 ประการ

ประการแรก ทรัพยากรที่ผ่านการปรับปรุงเหล่านี้เข้าเงื่อนไขการได้รับความคุ้มครองในทรัพย์สินอุตสาหกรรมภายใต้ระบบสิทธิบัตรหรือระบบกฎหมายเฉพาะ การเข้าถึงทรัพยากร

⁶² Nuno Pires de Carvalho, *supra* note 54, p.234.

พันธุกรรมที่ถูกจดสิทธิบัตรหรือการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมกลายมาเป็นสาระสำคัญของทรัพย์สินทางปัญญา และต้องไม่ลืมว่าประเด็นทรัพยากรที่ได้รับการปรับปรุงโดยการแทรกแซงของมนุษย์นี้มีผลกระทบต่อมาตรา 15 ของ CBD น้อยมาก มาตรา 15 วรรค 1 ของ CBD อยู่บนพื้นฐานของ “สิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตน” (sovereign rights over their natural resources) ซึ่งหมายความว่า โดยหลักแล้วมาตรา 15 ให้ความสำคัญกับทรัพยากรพันธุกรรมที่ยังคงอยู่ในธรรมชาติของรัฐ หรือหากได้รับการดัดแปลงก็ยังคงเก็บไว้ในสภาพแวดล้อมธรรมชาติในวัฏกรรมที่ได้รับการจดสิทธิบัตรและพันธุ์พืชที่ได้จดทะเบียนแล้วไม่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรที่มีอยู่ตามธรรมชาติของรัฐ และโดยทั่วไปแล้วได้แยกออกจากสภาพแวดล้อมตามธรรมชาติ กฎหมายสิทธิบัตรและกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชจึงมีผลกระทบน้อยมากต่อการปฏิบัติตาม CBD และแม้ว่าผลกระทบยังคงมีอยู่ การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้รับการคุ้มครองทางทรัพย์สินอุตสาหกรรมก็เป็นเรื่องของ licensing agreement และไม่เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตย

ประการที่สอง เกี่ยวข้องกับ landraces⁶³ ซึ่งหมายถึงพืชที่ได้ผ่านการดัดแปลงโดยการแทรกแซงของธรรมชาติ แต่ไม่มีคุณสมบัติในเรื่องความมีเสถียรภาพ (stability) และความสม่ำเสมอ (uniformity) ที่จะได้รับการคุ้มครองภายใต้อนุสัญญายูพอพ เช่นเดียวกับที่ระบบกฎหมายลักษณะเฉพาะกำหนดให้ต้องมี landraces เป็นผลมาจากการกระทำของมนุษย์ในการคัดเลือกและเพาะปลูก ซึ่งเป็นองค์ประกอบของภูมิปัญญาท้องถิ่น ระบบพหุภาคีใหม่ของ FAO ในเรื่องการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับพันธุกรรมพืชสำหรับอาหารและการเกษตรได้นำมาใช้กับ landraces รวมถึงพันธุ์สัตว์ด้วย สิ่งสำคัญที่ควรต้องคำนึงถึงคือสิ่งนี้อยู่นอกเหนือจากของทรัพย์สินทางปัญญา เพราะฉะนั้นจึงไม่มีความสัมพันธ์กันระหว่างความตกลงทริปส์และมาตรา 15 ของ CBD ในประเด็น landraces

⁶³ Landrace refers to domesticated animals or plants adapted to the natural and cultural environment in which they live (or originated) and, in some cases, work; they often develop naturally with minimal assistance or guidance from humans (or from humans using traditional rather than modern breeding methods), hence differ somewhat from what is commonly termed a breed, and usually possess more diverse phenotypes and genotypes. They often form the basis of more highly-bred formalised breeds. Sometimes a formalised breed retains the "landrace" name, despite no longer being a true landrace. <http://en.wikipedia.org/wiki/Landrace>

3.ประเด็นการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้โดยนักสำรวจทางชีววิทยา

เมื่อนักสำรวจทางชีววิทยาได้รับและนำภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ในการระบุถึงคุณประโยชน์ของทรัพยากรพันธุกรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่นชนิดเดียวกันอาจนำมาใช้เป็นส่วนหนึ่งของงานวิจัยและพัฒนาผลิตภัณฑ์ใหม่ๆ ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ส่วนประกอบหลายอย่างของภูมิปัญญาท้องถิ่น อาจได้รับการคุ้มครองภายใต้กลไกทางทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ ดังนั้นความตกลงทริปส์จึงไม่มีความสัมพันธ์กับมาตรา 8 (j) และมาตรา 15.7 ของ CBD ในแบบเดียวกับที่ CBD มีความสัมพันธ์กับเทคโนโลยีด้านอื่นๆ แต่ลักษณะแบบองค์รวมของภูมิปัญญาท้องถิ่นทำให้มันอยู่นอกขอบเขตของความตกลงทริปส์ หรือความตกลงอื่นที่เกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ความจริงที่ว่าความตกลงทริปส์ส่งเสริมให้เกิดความสับสนในการทำให้สิ่งประดิษฐ์เป็นสิทธิส่วนบุคคล ไม่ได้ส่งเสริมให้ผู้ประดิษฐ์กระทำตนเป็น “biosquatting” ซึ่งคำว่า “squatting” หมายถึงการเข้าครอบครองที่ดินรวมถึงสิ่งปลูกสร้างที่เป็นของบุคคลอื่นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และปราศจากกรรมสิทธิ์หรือไม่ได้จ่ายค่าเช่า⁶⁴ คำว่า “biosquatting” จึงหมายถึงการเข้าครอบครองหรือใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁶⁵ ซึ่งเหมาะสมกว่าคำว่า “Biopiracy” หรือ “โจรสลัดทางชีวภาพ” ความตกลงทริปส์ และกฎหมายสิทธิบัตรโดยภาพรวมเกี่ยวข้องกับความเหมาะสมของนวัตกรรมไม่ได้เกี่ยวข้องกับการนำความรู้ไปใช้เพื่อประโยชน์ของตนอย่างไม่เหมาะสม ที่ซึ่งชุมชนท้องถิ่นรู้ว่าทรัพย์สินซึ่งไม่สามารถจับต้องได้ของตน (แม้ว่าจะได้รับความคุ้มครองอย่างเป็นทางการแล้วก็ตาม) ถูกนำไปใช้อย่างไม่เหมาะสมโดยนักสำรวจทางชีววิทยา บริษัท และสถาบันวิจัย ชุมชนเหล่านั้นอาจอาศัยกฎหมายหลักทั่วไป เช่น เรื่อง ลามิควรได้ (unjust enrichment) และทฤษฎี unclean hands doctrines เพื่อหาทางให้ได้รับการบรรเทาทางกฎหมาย หรืออาจอ้างความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ที่ได้มาจากวิจัยและพัฒนา

⁶⁴ P.H Collin, Dictionary of Law , second edition, Peter collin Publishing,(2003) p.228

⁶⁵ The term “biosquatting” is better suited than “biopiracy” to indicate the misappropriation of “intangible components of genetic sources and/or of traditional knowledge that could be in the public domain as well as the unauthorized claiming of traditional knowledge that is in control of Indigenous people and local communities.” N.Pires de Carvalho, From the Shaman’s Hut to the Patent Office: In Search of a TRIPS-Consistent Requirement to Disclose the Origin of Genetic Resources and Prior Informed Consent, 17 WASH. U.J.L. & POL’Y 111, 116 n.11 (2005)

(R&D) อันมีพื้นฐานมาจากการนำทรัพยากรไปใช้อย่างไม่เหมาะสม พวกเขายังสามารถแสวงหาสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาส่วนบุคคลที่ได้รับมาอย่างไม่เหมาะสมโดยนักสำรวจทางชีววิทยาที่ไร้จรรยาบรรณ โดยการใช้เครื่องมือทางกฎหมายสิทธิบัตรที่มีอยู่ต่อการกระทำที่ผิดนั้น อย่างไรก็ตามในประเด็นนี้เองได้มีการเรียกร้องให้ร่วมมือกันสร้างกฎหมายเฉพาะสำหรับคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น แต่ทั้งนี้ต้องปราศจากอคติกับสิ่งซึ่งส่งเสริมการใช้กลไกทางทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ด้วย

(4) ประเด็นหลักการเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยี ตามมาตรา 16 ของ CBD⁶⁶

มาตรา 16 ของ CBD ให้การรับรองข้อเท็จจริงพื้นฐานที่ว่า CBD ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องช่วยประเทศกำลังพัฒนา ในทางตรงกันข้าม CBD ทำให้เกิดภาระหนักแก่ประเทศกำลังพัฒนา สำหรับการสอดแทรกความรับผิดชอบให้แก่ประเทศเหล่านั้นในการอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพของตนและการใช้ทรัพยากรชีวภาพของตนโดยให้ความช่วยเหลือด้านการจัดการ การปฏิบัติตามความรับผิดชอบที่กำหนดไว้ดังกล่าวมีความสลับซับซ้อนเป็นอย่างมากอีกทั้งยังต้องใช้เทคโนโลยีที่มีราคาแพง ซึ่งประเทศกำลังพัฒนาเหล่านั้นไม่สามารถจัดหาได้ ดังนั้น ประเทศกำลังพัฒนาจึงอยากที่จะรับเอาเทคโนโลยีที่อยู่ในความครอบครองบริษัทเอกชนที่ตั้งอยู่ในประเทศของตนมาเป็นสมบัติของรัฐ ความตกลงทริปส์ให้ความคุ้มครองสิทธิของเอกชน (private rights) โดยการแทรกแซงการริบทรัพย์ รวมถึงการต่อต้านมาตรการบังคับใช้สิทธิ (compulsory licenses) ที่ไม่มีเหตุอันควร มาตรา 16 วรรค 2 ของ CBD กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าการเข้าถึงการถ่ายทอดเทคโนโลยีซึ่งมีความจำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา “ จำต้องถูกจัดให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขซึ่งเป็นที่ยอมรับและสอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาอย่างพอเพียงและอย่างมีประสิทธิภาพ ” และ “ โดยสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ ” ตามมาตรา 16 วรรค 3 ซึ่งเห็นได้ชัดว่ารวมถึงความอนุสัญญากรุงปารีสและความตกลงทริปส์

การที่มาตรา 16 ของ CBD กล่าวว่า จะจัดให้มีและ/หรือเอื้ออำนวย“ ภายใต้เงื่อนไขที่เป็นธรรมและเป็นที่ยอมรับที่สุด ” นั้นหมายความว่า ภายใต้อนุสัญญา CBD การถ่ายโอนโดยทั่วไปแล้วจะต้องจัดให้ให้มีภายใต้เงื่อนไขที่เป็นที่ยอมรับในตลาดต่างประเทศ (international market) โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติและ/หรือการแบ่งปันส่วนทางการตลาดจึงจะแสดงถึง “ ความยุติธรรมและเป็นที่ยอมรับที่สุด ” (fair and most favorable terms) หากเงื่อนไขแตกต่างไปจากเงื่อนไขที่เป็นที่ยอมรับทั่วไปในตลาดต่างประเทศ (international market) จะได้รับการยอมรับต่อเมื่อมีความตกลงร่วมกันเท่านั้น ดังนั้นมาตรการบังคับใช้สิทธิจึงไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของเงื่อนไขแบบผ่อนปรนหรือแบบพิเศษ ผู้เป็นเจ้าของสิทธิบัตรจะได้รับความคุ้มครองภายใต้

⁶⁶ Nuno Pires de Carvalho, *supra* note 54, p.238.

เงื่อนไขระหว่างประเทศเพื่อให้มีผลบังคับใช้แม้กับประเทศที่มีได้ทำความตกลงร่วมกันเมื่อใดก็ตามที่มีการอนุญาตให้มีมาตรการบังคับใช้สิทธิโดยไม่คำนึงถึงพื้นฐานที่ว่า “ผู้ทรงสิทธิจะได้รับค่าตอบแทนที่เพียงพอตามสภาพการณ์ของแต่ละกรณี โดยคำนึงถึงคุณค่าทางเศรษฐกิจของการอนุญาต” (TRIPs, Article 31 (h)) กรณีเดียวที่จะสามารถยอมรับได้คือเพื่อแก้ไขความเสียหายจากการปฏิบัติที่ได้รับการวินิจฉัยโดยผ่านกระบวนการทางศาลและทางฝ่ายบริหารแล้วว่าเป็นปฏิกิริยาต่อการแข่งขัน (TRIPs, Article 31 (c)) ในกรณีเช่นนั้นความจำเป็นในการแก้ไขการกระทำที่เป็นปฏิกิริยาต่อการแข่งขันควรคำนึงถึงการตัดสินใจในเรื่องการให้ค่าตอบแทน

มาตรา 16 วรรค 3 ของ CBD กำหนดให้สมาชิกจะต้อง “ดำเนินมาตรการทางกฎหมาย ด้านการบริหาร หรือนโยบาย เท่าที่เหมาะสม ด้วยความมุ่งหมายว่าภาคีโดยเฉพาะ โดยเฉพาะซึ่งเป็นประเทศกำลังพัฒนา ที่จัดหาให้ทรัพยากรพันธุกรรมได้รับการจัดให้ขึ้นและรับการจัดให้เข้าถึงและรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีซึ่งใช้ประโยชน์ทรัพยากรเหล่านั้น ในประเทศกำลังพัฒนา เทคโนโลยีส่วนใหญ่จะตกอยู่ในมือของบริษัทเอกชน ดังนั้นมาตรการทั้งหลายที่ถูกจัดให้มีขึ้นเพื่อปฏิบัติตามมาตรา 16 วรรค 3 ของ CBD จะต้องอยู่ภายใต้การเจรจาต่อรองระหว่างรัฐบาลของประเทศที่พัฒนาแล้วและบริษัทเอกชนและจะต้องให้การรับรองและให้ความเคารพต่อสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคลอย่างเต็มที่ด้วย การปฏิบัติตามที่มาตรา 16 วรรค 3 กำหนดไว้จึงต้องได้รับการรับรองจากผู้เสียภาษี อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญว่าด้วยเรื่องของการที่รัฐบาลของประเทศของตนให้ความช่วยเหลือแก่ประเทศอื่น นอกจากนี้มาตรา 16 วรรค 3 ของ CBD ยังคล้ายคลึงกับข้อ 66 วรรค 2 ของความตกลงทริปส์⁶⁷ ยกเว้นความตกลงทริปส์นำมาปรับใช้กับประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกที่เป็นประเทศด้อยพัฒนาเท่านั้น ในขณะที่ CBD อาจนำมาปรับใช้ได้กับทุกประเทศรวมถึงประเทศที่พัฒนาแล้ว

(5) ประเด็นหลักความร่วมมือทางวิชาการและวิทยาศาสตร์ ตามมาตรา 18 ของ CBD⁶⁸

มาตรา 18 ของ CBD เกี่ยวข้องกับความร่วมมือทางวิชาการและวิทยาศาสตร์ในสาขาการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืนรวมถึงการพัฒนาและการใช้

⁶⁷ TRIPs Agreement, Article 66.2 “Developed country Member shall provide incentives to enterprises and institutions in their territories for the purpose of promoting and encouraging technology transfer to least-developed country Members in order to enable to create a sound and viable technological base.”

⁶⁸ Nuno Pires de Carvalho, *supra* note 54, p.240.

เทคโนโลยีพื้นบ้านและเทคโนโลยีที่สืบทอดมาตามประเพณี เนื่องจากการร่วมมือทางวิชาการและวิทยาศาสตร์ขึ้นอยู่กับการบริหารและจัดการกิจการร่วมค้าและพันธมิตรอื่นๆระหว่างสถาบันวิทยาศาสตร์และบริษัทเอกชนทั้งในประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งจำเป็นต้องได้มาซึ่งหนังสืออนุญาตให้ใช้สิทธิ กลไกเช่นนี้อาจเกิดขึ้นได้ในสภาพแวดล้อมที่มีความเชื่อใจกันเท่านั้น และความเชื่อใจจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อผู้ทรงสิทธิมั่นใจว่าสิทธิของตนจะได้รับความคุ้มครองและจัดให้มีกลไกการบังคับใช้ที่มีประสิทธิภาพ ในแง่นี้ การปฏิบัติตามความตกลงทริปส์เป็นเรื่องที่ยากลำบากสำหรับสมาชิกที่มีเป้าหมายที่จะประสบความสำเร็จในการใช้ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน นอกจากนี้ข้อ 30 ของความตกลงทริปส์ ที่มีเงื่อนไขว่าบรรดาสมาชิกอาจกำหนดให้มีข้อยกเว้นที่มีข้อจำกัดต่อสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่เกิดจากสิทธิบัตรได้ ภายใต้เงื่อนไขว่าต้องไม่ขัดแย้งอย่างไม่มีเหตุผลต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของสิทธิบัตร และไม่เป็นที่เสื่อมเสียโดยไม่มีเหตุผลต่อผลประโยชน์อันชอบธรรมของเจ้าของสิทธิบัตร โดยคำนึงถึงสิทธิอันชอบธรรมของบุคคลที่สามนั้น อาจส่งผลกระทบบางประการต่อการปฏิบัติตามมาตรา 18 ของ CBD เนื่องจากทำให้เกิดช่องทางที่นักวิทยาศาสตร์และนักวิชาการจะนำสิทธิบัตรมาค้นคว้าวิจัยโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิบัตร

บทสรุปของความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทริปส์และ CBD นั้นประเทศที่พัฒนาแล้วเห็นว่า อารัมภบทของ CBD กล่าวว่า “รัฐปรารถนาที่จะเสริมสร้างและทำให้การดำเนินงานระหว่างประเทศในการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพและการใช้ประโยชน์องค์ประกอบทางชีวภาพอย่างยั่งยืน สมบูรณ์ขึ้น และตกลงใจที่จะอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน เพื่อผลประโยชน์ของชนรุ่นปัจจุบันและอนาคต” ส่วนวัตถุประสงค์ของ CBD กล่าวไว้ในมาตรา 1 ได้แก่ “การอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ, การใช้ประโยชน์องค์ประกอบของความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน และการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมอย่างยุติธรรมและเท่าเทียม วัตถุประสงค์ทั้งสามประการ หมายถึง โดย การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมอย่างเหมาะสมและโดยการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องอย่างเหมาะสม โดยคำนึงถึงสิทธิทั้งหมดเหนือทรัพยากรและเทคโนโลยี และโดยการสนับสนุนทุนอย่างเหมาะสม”⁶⁹

อารัมภบทของความตกลงทริปส์กล่าวว่าประเทศสมาชิกปรารถนาที่จะลดการบิดเบือนและอุปสรรคที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศและเพื่อสร้างความสัมพันธ์ในทางสนับสนุนซึ่งกันและกันระหว่างองค์การการค้าโลก (WTO) และองค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลก (WIPO)

⁶⁹ CBD, Art.1.

เช่นเดียวกันกับองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องอื่นๆ วัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์ที่กล่าวไว้ในข้อ 7 มีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองและการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ในทางที่เกื้อหนุนต่อการส่งเสริมนวัตกรรมทางเทคโนโลยี และต่อการถ่ายทอด และการแพร่ขยายเทคโนโลยีต่อประโยชน์ร่วมกันของผู้ผลิต และผู้ใช้ความรู้ทางเทคโนโลยีและในลักษณะอำนวยความสะดวกต่อการสวัสดิการทางสังคมและทางเศรษฐกิจ และต่อความสมดุลของสิทธิและพันธะกรณีด้วย

เมื่อพิจารณาในทางกฎหมายแล้วจะพบว่า วัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์และอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ แยกต่างหากจากกันและไม่ได้ขัดแย้งกัน เนื่องจากมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันและไม่ได้จัดการในเรื่องเดียวกัน ไม่มีบทบัญญัติในในความตกลงทั้งสองที่ขัดขวางประเทศสมาชิกในการปฏิบัติตามพันธะกรณีของอีกความตกลงหนึ่ง ยกตัวอย่างเช่น อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพไม่ได้ห้ามการจดสิทธิบัตรสิ่งประดิษฐ์ที่ใช้วัตถุดิบทางพันธุกรรม ในขณะที่ความตกลงทริปส์ไม่ได้ขัดขวางประเทศผู้ลงนามใน CBD ในการใช้สิทธิในการจัดการการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม การกำหนดให้ต้องมีการแจ้งล่วงหน้า หรือการแบ่งปันผลประโยชน์

โดยสรุปแล้วประเทศที่พัฒนาแล้วเห็นว่าไม่มีความขัดแย้งระหว่างบทบัญญัติของความตกลงทริปส์และ CBD แท้จริงแล้ว หากนำความตกลงทริปส์มาใช้อย่างถูกต้องสามารถสนับสนุนวัตถุประสงค์ของ CBD ได้ ในด้านการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อสนับสนุนสิ่งประดิษฐ์ทางเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องสำหรับการอนุรักษ์และการใช้ทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืน นอกจากนี้รัฐบาลอาจป้องกันการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ทำลายวัตถุประสงค์ของการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพได้ ในอีกด้านหนึ่ง เป็นความจริงที่ว่าลักษณะบางประการของ CBD ไม่ชัดเจนเหมือนความตกลงทริปส์ ยกตัวอย่างเช่นเรื่องการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงที่ว่าความตกลงทั้งสองมีความแตกต่างกันไม่ได้หมายความว่ามีความขัดแย้งกัน และความตกลงทริปส์ไม่ได้ขัดขวางการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

จนถึงขณะนี้ยังไม่มีตัวอย่างที่เป็นรูปธรรมว่ามีกฎหมายภายในประเทศที่ออกมาเพื่อปฏิบัติตามความตกลงทริปส์แล้วละเมิด CBD ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่ประเทศสมาชิกกังวลเกี่ยวกับการอนุญาตให้จดสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์หรือสิทธิบัตรกระบวนการผลิตที่อาจเป็นผลร้ายต่อสิ่งแวดล้อมและทำลายความหลากหลายทางชีวภาพ ความตกลงทริปส์อนุญาตให้มียกเว้นการจดสิทธิบัตรสิ่งประดิษฐ์นั้นๆ ได้หากเข้าเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในข้อ 27.2 ของความตกลงทริปส์ นอกจากนี้ หากประเทศสมาชิกต้องการให้เกิดความสะดวแกภาคอุตสาหกรรมของตนในการเข้าถึงเทคโนโลยีที่รักษาความหลากหลายทางชีวภาพก็อาจทำได้โดยใช้มาตรการทางภาษีหรืออัตรา

รดอกเบี้ยเงินกู้พิเศษจากกองทุนของรัฐเพื่อช่วยเหลือบริษัทภายในประเทศที่ต้องการเข้าร่วมกับบริษัทต่างชาติ ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 8 ของความตกลงทริปส์⁷⁰ ตราบใดที่การเข้าร่วมเป็นพันธมิตรในด้านเทคโนโลยียังมีความสำคัญ ก็เป็นเรื่องที่ปฏิเสธไม่ได้ว่าการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีความจำเป็นเพื่อทำให้เกิดความไว้วางใจในการถ่ายโอนความรู้ที่มีประสิทธิภาพ

ในอีกด้านหนึ่ง ข้อเท็จจริงที่ว่าความตกลงทริปส์กำหนดให้มีนวัตกรรมบางอย่างที่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิต เช่น พันธุกรรมพืช จะต้องได้รับความคุ้มครอง ไม่ได้ทำให้เกิดความเสียหายต่อการปฏิบัติตาม CBD เนื่องจากเทคนิคในการสร้างสรรค์นวัตกรรมนั้นไม่ได้ส่งผลกระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพ นอกจากนี้การคุ้มครองนวัตกรรมที่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิตจะเป็นเงื่อนไขที่สำคัญสำหรับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางชีวภาพ เนื่องจากความรู้เช่นนั้นสอดคล้องกับพื้นฐานการนำสิ่งมีชีวิต ได้แก่ สัตว์ พืช และจุลินทรีย์มาใช้ให้เกิดประโยชน์ หรืออีกด้านหนึ่งก็คือ การปฏิเสธการให้การคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์ทางเทคโนโลยีชีวภาพอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่การปฏิบัติตามมาตรา 8 (j) ของ CBD อย่างพอเพียง

ในทางตรงกันข้าม มีความเป็นไปได้ที่จะมีออกกฎหมายภายในประเทศเพื่อปฏิบัติตาม CBD ในขณะเดียวกันก็ไม่สามารถทำงานร่วมกับความตกลงทริปส์ได้ทั้งหมด ยกตัวอย่างเช่น การออกกฎหมายภายในประเทศที่กำหนดให้สิทธิบัตรที่ไม่เปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมจะถูกปฏิเสธหรือถูกเพิกถอนหากได้รับอนุญาตไปแล้ว อาจขัดแย้งกับความตกลงทริปส์ หรืออีกตัวอย่างหนึ่งได้แก่บทบัญญัติที่กำหนดให้เครื่องหมายการค้าที่แสดงถึงผลิตภัณฑ์ที่ไม่เปิดเผยแหล่งที่มาจะถูกห้ามไม่ให้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเนื่องจากถือว่าเป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งในกรณีนี้เป็นการละเมิดข้อ 15.4 ของความตกลงทริปส์ที่กำหนดว่า “ลักษณะของสินค้าหรือบริการที่จะใช้เครื่องหมายการค้า จะไม่เป็นอุปสรรคในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไม่ว่าในกรณีใด” อย่างไรก็ตามประเทศไทยสมาชิกของ CBD สามารถปฏิบัติตาม

⁷⁰ ข้อ 8 (1) ของความตกลงทริปส์ กล่าวว่า “ในการออกหรือแก้ไขกฎหมายและระเบียบข้อบังคับของตน บรรดาสมาชิกอาจใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองสาธารณสุขและโภชนาการ และเพื่อส่งเสริมประโยชน์สาธารณะในภาคต่างๆที่มีความสำคัญอย่างมากต่อการพัฒนาด้านเศรษฐกิจสังคมและเทคโนโลยีของตน โดยมีเงื่อนไขว่า มาตรการดังกล่าวสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งความตกลงนี้” กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ กระทรวงพาณิชย์, คำแปลกรรมสารสุดท้าย รวบรวมผลการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย, ตุลาคม 2537.

พันธกรณีโดยไม่ละเมิดความตกลงทริปส์ และแท้จริงแล้วก็ควรจะเป็นเช่นนั้นด้วย ตามที่ผู้แทนของประเทศสหรัฐกล่าวไว้ใน TRIPS Council ว่า “ เป็นหลักของกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศที่เป็นสมาชิกของความตกลงทวิภาคีและความตกลงพหุภาคีหลายฉบับที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีให้สอดคล้องกับสิทธิและหน้าที่ที่มีในแต่ละความตกลง”⁷¹ ยกตัวอย่างเช่น มีความเป็นไปได้ที่สร้างกลไกเพื่อติดตามความเป็นไปได้ในการประยุกต์ภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ในการค้า เช่นเดียวกับการหาประโยชน์ทางการค้าจากภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยไม่ต้องกำหนดให้มีการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและไม่ต้องกำหนดให้ต้องได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นเงื่อนไขของการได้รับสิทธิบัตร⁷²

ข้อสังเกตสุดท้ายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทริปส์และCBD คือ หากมีความขัดแย้งกันจริงระหว่างความตกลงทั้งสอง ตามที่มีผู้เข้าใจผิดอยู่บ่อยครั้งนั้น เหตุใด CBD ควรอยู่เหนือกว่าแทนที่จะเป็นความตกลงทริปส์ ผู้แทนสหรัฐได้ให้ข้อสังเกตที่น่าสนใจว่า “ เราตระหนักในคำแนะนำที่ว่า การเปลี่ยนแปลงความตกลงทริปส์เป็นสิ่งที่มีความจำเป็นต้องทำ ”⁷³ แท้จริงแล้วการให้ความคุ้มครองผู้แต่งและนวัตกรรมถึงผู้ผสมพันธุ์ควรได้รับการรับรองในฐานะเป็นพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนตามที่กล่าวไว้ใน Universal Declaration of Human Rights มาตรา 27.2 ว่า “ ทุกคนมีสิทธิที่จะปกป้องผลประโยชน์ทางด้าน จริยธรรมและทางวัตถุที่เป็นผลผลิตจากวิทยาศาสตร์ วรรณคดี ศิลปะที่เขาเหล่านั้นเป็นผู้แต่งขึ้น”

จึงอาจกล่าวได้ว่าจากมุมมองในทางปรัชญาและจริยธรรมดังกล่าว ประเทศพัฒนาแล้วเห็นว่าการคุ้มครองสิทธิของนวัตกรรมและผู้แต่งอย่างน้อยที่สุดก็มีความสำคัญเท่ากับการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพ

⁷¹ Review of the Provision of Article 27.3 (b) – Further View of the United States, WTO document IP/C/W209, of October 31,2000,at 5

⁷² Information Provided by WTO Member states Concerning Special Provisions To Ensure the Recording of Some Contributions to Inventions, WIPO document WIPO/IP/GR/00/3/Rev.1, of April 14,2000.

⁷³ Nuno Pires de Carvalho, *supra* note 54, p.241.

3.2 ข้อเสนอของฝ่ายประเทศพัฒนาแล้ว

ประเทศพัฒนามีข้อเสนอในเรื่องการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น ดังนี้

(1) ข้อเสนอแนะประเด็นทรัพย์สินทางปัญญา

ในประเด็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในพืชและสัตว์ประเทศพัฒนาเห็นว่าควรกำหนดให้มีการคุ้มครองพืชและสัตว์ตามระบบสิทธิบัตร ส่วนการคุ้มครองพันธุ์พืชควรกำหนดให้มีการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ตามหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาอุพูพ ค.ศ. 1991 ส่วนระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองต้องไม่น้อยกว่า 20 ปี ตามระบบสิทธิบัตร หรือตามหลักเกณฑ์ในอนุสัญญาอุพูพ ค.ศ. 1991 ส่วนเรื่องสิทธิเกษตรกร ไม่กำหนดสิทธิของเกษตรกรตามระบบสิทธิบัตร ส่วนการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ สิทธิเกษตรกรให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในอนุสัญญาอุพูพ ค.ศ. 1991

โดยสรุปแล้วสหรัฐเห็นว่า ระบบสิทธิบัตรได้เป็นและจะยังคงเป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพสูงในการพัฒนาเศรษฐกิจและเทคโนโลยี องค์การการค้าโลกควรระมัดระวังไม่ให้เกิดการทำลายดุลยภาพอันละเอียดอ่อนของระบบสิทธิบัตรโดยเฉพาะเมื่อยังไม่มีค่านิยมที่แน่นอนว่าการปรับเปลี่ยนที่เสนอมานั้น จะสามารถทำให้ได้ผลตามวัตถุประสงค์จริงหรือไม่ และไม่เห็นด้วยที่จะสันนิษฐานว่ากฎเกณฑ์การเปิดเผยแหล่งที่มาในสิทธิบัตรเป็นการบรรลุวัตถุประสงค์เรื่องการเข้าถึงทรัพยากรและการแบ่งปันผลประโยชน์

นอกจากสหรัฐแล้วประชาคมยุโรป(The European Communities:EC)ก็ได้แสดงความเห็นในประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทั้งสองว่า ในมุมมองทางกฎหมายแล้วไม่มีความขัดแย้งกันแต่มีผลกระทบระหว่างกันทางปฏิบัติที่ต้องคำนึงถึง และเห็นพ้องเช่นเดียวกันว่าความตกลงทั้งสองควรจะดำเนินไปในทิศทางที่ค้ำจุนซึ่งกันและกัน⁷⁴

ในเรื่องการเปิดเผยแหล่งที่มา EC เห็นว่าควรให้มีการตรวจสอบและอภิปรายกันถึงความเป็นไปได้ที่จะจัดให้มีในระดับสากลสำหรับคำร้องขอสิทธิบัตรว่าต้องเปิดเผยถึงที่มาของพันธุกรรมที่พวกเขาได้รับอนุญาตให้เข้าไปใช้ประโยชน์ เพราะเห็นข้อดีที่จะทำให้ความโปร่งใสและประเทศที่มีอำนาจเหนือทรัพยากรจะได้ติดตามการใช้สิทธิบัตรที่เชื่อมโยงกับการใช้

⁷⁴ The European Communities, "Review on Article 27.3 (B) of the TRIPS Agreement, and The Relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity (CBD) and The Protection of Traditional Knowledge and Folklore", IP/C/W/383, <http://docsonline.wto.org/gen>, 17 October 2002

ทรัพยากรเหล่านี้ได้ โดยข้อมูลที่จะเปิดเผยนี้ควรจำกัดอยู่ที่เฉพาะต้นกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของที่มาของพันธุกรรม หรือการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นในการประดิษฐ์ แต่ทั้งนี้การให้เปิดเผยแหล่งที่มาดังกล่าวไม่ควรเพิ่มเข้าไปในหลักของการขอรับสิทธิบัตรแต่ควรกำหนดเป็นกฎหมายขึ้นมาต่างหาก⁷⁵

ส่วน Commission on Intellectual and Industrial Property เห็นว่า ความตกลงทริปส์ไม่เพียงแต่จะไม่ขัดกับ CBD เท่านั้นแต่การสนับสนุนการปกป้องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาความจริงแล้วเป็นการสนับสนุนวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ การปกป้องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยตัวของมันเองแล้วไม่ได้มีขึ้นเพื่อสงวนรักษาความหลากหลายทางชีวภาพ แต่จะช่วยกระตุ้นให้เกิดการใช้วัตถุดิบทางชีวภาพอย่างยั่งยืน ในลักษณะเดียวกับที่การปกป้องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาสนับสนุนการใช้สิ่งประดิษฐ์ใหม่ๆ เหนือสิ่งอื่นใดยังสนับสนุนการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเท่าเทียมกัน⁷⁶

โดยสรุปแล้วแนวทางในการแก้ปัญหาของทั้งสองฝ่ายนั้นมีความคล้ายคลึงกันในหลักการคือเห็นตรงกันในเรื่องการให้ความยินยอมล่วงหน้า (Prior Informed Consent) และการแบ่งปันผลประโยชน์ (benefit-sharing) และป้องกันมิให้มีการออกสิทธิบัตรผิด (preventing erroneously granted patents) ส่วนที่ต่างกันคือเรื่องการเปิดเผยแหล่งที่มาที่ฝ่ายประเทศกำลังพัฒนาเห็นว่าควรมีการเปิดเผยแต่ฝ่ายประเทศพัฒนาแล้วเห็นว่าไม่มีสิ่งใดที่รับรองว่าการเปิดเผยแหล่งที่มาจะช่วยแก้ปัญหาเหล่านี้ได้

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Commission on Intellectual and Industrial Property, “TRIPS and the Biodiversity Convention : What conflict?”,
http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/statements/1999/trips_and_bio_convention.asp, 10 กุมภาพันธ์ 2005

(2) การเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม

สหรัฐให้ความเห็นว่าสมาชิกส่วนใหญ่มีจุดประสงค์หลักๆร่วมกันคือ⁷⁷

1. ต้องมีการให้ความยินยอมล่วงหน้า(Prior Informed Consent) ก่อนที่จะมีการเข้าไปใช้ทรัพยากรพันธุกรรม

2. ให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับจากภูมิปัญญาท้องถิ่นและแหล่งทรัพยากรพันธุกรรมอย่างเป็นทางการ(benefit-sharing)

3. ป้องกันมิให้มีการออกสิทธิบัตรผิด(preventing erroneously granted patents)

ซึ่งสหรัฐสนับสนุนวัตถุประสงค์ดังกล่าวและสหรัฐเชื่อว่าวิธีการที่จะช่วยให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ดีที่สุดคือ การใช้มาตรการระดับชาติที่บัญญัติขึ้นโดยเฉพาะ(tailored, national solutions) เพื่อแก้ปัญหาในทางปฏิบัติ(practical concerns) และเพื่อสนองความต้องการที่แท้จริง(actual needs)

ประเทศที่พัฒนาแล้วเห็นว่าการนำกฎเกณฑ์การเปิดเผยสิทธิบัตรมาใช้จะไม่ช่วยให้บรรลุจุดมุ่งหมายเหล่านี้ได้และอาจส่งผลในทางลบได้ และไม่ช่วยรับประกันว่าได้มีการให้ความยินยอมล่วงหน้าแล้ว ข้อตกลงให้ความยินยอมซึ่งอยู่ในรูปของสัญญาสองฝ่ายจะเป็นตัวระบุว่าได้มีการให้ความยินยอมแล้วอย่างถูกต้อง การเปิดเผยสิทธิบัตรไม่ใช่สิ่งที่บ่งบอกว่าได้มีการให้ความยินยอมแล้ว ดังนั้นสิ่งสำคัญคือเงื่อนไขข้อบังคับที่จัดทำขึ้นเป็นสัญญาผูกพันที่จะกำหนดสิทธิและข้อผูกพัน(obligations) ของคู่สัญญาก่อนที่จะมีการเข้าไปใช้ทรัพยากร⁷⁸

กฎการเปิดเผยไม่สามารถรับประกันได้ว่าจะมีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างยุติธรรมเนื่องจากโดยตัวของมันเองแล้ว กฎนี้ไม่สามารถถ่ายโอนผลประโยชน์ได้เพราะเป็นเพียงข้อกำหนดให้มีการจัดส่งข้อมูลเท่านั้น(information) แต่ไม่มีกลไกที่จะจัดสรรผลประโยชน์ระหว่างทั้งสองฝ่าย หากประเทศต้นกำเนิดของภูมิปัญญาหรือแหล่งทรัพยากรพันธุกรรม (genetic resources) ไม่มีการกำหนดโครงสร้างพื้นฐานสำหรับการนำภูมิปัญญาหรือทรัพยากรมาใช้

⁷⁷ Communication from the United States,"Article 27.3(B) ,Relationship between the TRIPS Agreement and the CBD,and the Protection of Traditional Knowledge and Folklore",IP/C/W/434, <<http://doconline.wto.org/gen>> ,26 November 2004

⁷⁸ Ibid.

เจ้าของภูมิปัญญาหรือทรัพยากรก็จะไม่ได้รับค่าตอบแทน แม้ว่าจะมีการระบุไว้ในสิทธิบัตรถึง วัตถุประสงค์ที่นำมาใช้ก็ตาม ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องจัดทำกลไกในการถ่ายโอนผลประโยชน์⁷⁹

นอกจากนี้หากมีการให้สิทธิบัตรแล้วและต่อมาถูกยกเลิกหรือในกรณีที่มีการจัด ตีพิมพ์คำร้องเป็นเอกสารแล้วแต่ไม่สามารถออกสิทธิบัตรได้ สิ่งประดิษฐ์นั้นได้ถูกเปิดเผยต่อหน้า สาธารณะชนแล้วทำให้มีโอกาสเป็นไปได้สูงที่จะมีบุคคลที่สาม(third parties) นำ สิ่งประดิษฐ์หรือภูมิปัญญานั้นไปใช้ในเชิงพาณิชย์โดยไม่ต้องแบ่งปันผลประโยชน์ หรือหากมี บุคคลที่สามยื่นฟ้องว่ามีการเปิดเผยข้อมูลที่ไม่ถูกต้องทำให้ต้องมีการยกเลิกสิทธิบัตรนั้นๆ กรณีนี้ เท่ากับเป็นการทำลายข้อตกลงการแบ่งปันผลประโยชน์ที่กำหนดไว้แต่แรก⁸⁰

กฎการเปิดเผยข้อมูลจะทำให้เกิดความไม่แน่นอนในระบบสิทธิบัตร โดยเฉพาะใน กรณีที่บทลงโทษครอบคลุมไปถึงการถอดถอนสิทธิบัตรโดยเปิดโอกาสให้มีการฟ้องร้องทาง กฎหมาย จะมีผลทางลบต่อการสร้างแรงจูงใจเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจซึ่งเป็นส่วนสำคัญของสิทธิบัตร

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาทั้งหมดสหรัฐจึงมาเชื่อว่า การเปิดเผยข้อมูลในการยื่นขอ สิทธิบัตรเป็นทางแก้ปัญหาที่ถูกต้องแต่ถึงกระนั้นก็ตาม แต่ต้องการให้ประเทศต่างๆพัฒนาระบบ กฎหมายของประเทศนอกระบบสิทธิบัตรซึ่งสามารถควบคุมจัดระบบที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ได้ โดยตรงและมีประสิทธิภาพก่อน

นอกจากนี้สหรัฐอเมริกา ไม่เห็นด้วยกับการกำหนดให้การเปิดเผยแหล่งที่มาเป็น หน้าที่ หรือเป็นเงื่อนไขในการขอรับทรัพย์สินทางปัญญา โดยเห็นว่าจะเป็นการเพิ่มเงื่อนไขการ ขอรับทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งได้กำหนดชัดเจนแล้วในความตกลงทริปส์ เท่ากับขัดกับความตก ลงทริปส์⁸¹

องค์กรอุตสาหกรรมเทคโนโลยีชีวภาพ (Biotechnology Industry Organization) ได้ ส่งจดหมายถึงผู้แทนการค้าสหรัฐ (The Honorable Robert Portman) ลงวันที่ 6 ธันวาคม ค.ศ. 2005 คัดค้านข้อเสนอของประเทศกำลังพัฒนาที่ให้การเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม และภูมิปัญญาเป็นเงื่อนไขในการขอสิทธิบัตร โดยให้เหตุผล 8 ประการดังนี้⁸²

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34, น.63.

⁸² www.bio.org/ip/letters/20051206.pdf (visited February 20, 2006). อ้างใน

1. ข้อเสนอไม่มีความชอบธรรมตาม CBD เนื่องจากข้อเสนอจะครอบคลุมพันธุกรรมทุกชนิด ทั้งที่ CBD ไม่ใช้บังคับกับพันธุกรรมจากมนุษย์ หรือพันธุกรรมที่ได้มาก่อน CBD มีผลบังคับ ข้อเสนอยังไม่ค้ำประกันว่าได้รับทรัพยากรพันธุกรรมจากแหล่งกำเนิดหรือไม่

2. ข้อเสนอไม่ได้คำนึงถึงสภาพความเป็นจริงของทรัพยากรพันธุกรรม ที่อาจพบได้ในหลายแหล่งหรือในหลายประเทศ และในความเป็นจริงการวิจัยทางเทคโนโลยีชีวภาพใช้พันธุกรรมที่อยู่ในความครอบครองของเอกชน ซึ่งส่วนใหญ่เก็บรวบรวมไว้ก่อน CBD มีผลบังคับ

3. การเปิดเผยแหล่งที่มาไม่ได้เป็นเครื่องมือที่ช่วยประเทศกำลังพัฒนาในการตรวจตราการสำรวจทางชีวภาพแต่อย่างใด เนื่องจากการเปิดเผยแหล่งที่มาตามข้อเสนอจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการยื่นขอสิทธิบัตร ซึ่งในทางปฏิบัติจะใช้เวลานานภายหลังจากสำรวจ การตรวจตราการสำรวจทางชีวภาพจึงควรใช้มาตรการอื่นที่มุ่งการสำรวจโดยตรง การเปิดเผยแหล่งที่มาจึงไม่เหมาะที่จะใช้เป็นเครื่องมือที่ใช้เพื่อการตรวจตราการสำรวจทางชีวภาพแต่อย่างใด

4. การเปิดเผยแหล่งที่มาจะสร้างความสับสนต่อเป้าหมายการส่งเสริมการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งจะนำมาซึ่งการแบ่งปันผลประโยชน์ของ CBD เนื่องจากสิทธิบัตรอาจถูกคัดค้านได้ง่ายจากการเปิดเผยแหล่งที่มาที่ผิดพลาด ทำให้ความสนใจสำรวจเพื่อใช้ทรัพยากรพันธุกรรมน้อยลง และกระทบต่อการแบ่งปันผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นน้อยลงเช่นเดียวกัน

5. ข้ออ้างว่าเพื่อป้องกันปัญหาโจรสลัดทางชีวภาพไม่มีหลักฐานเพียงพอ เนื่องจากในหลายกรณีผู้ยื่นขอสิทธิบัตรมักเป็นคนสัญชาติของประเทศที่เป็นแหล่งพันธุกรรมเอง หรือเป็นผู้ให้ข้อมูลต่างๆที่นำมาใช้ในการประดิษฐ์ ดังนั้นจึงควรใช้กฎหมายภายในเพื่อแก้ไขปัญหานี้จะเหมาะสมกว่า

6. องค์การการค้าโลก (WTO) และความตกลงทริปส์ ไม่ใช่เวทีที่เหมาะสมต่อการแก้ปัญหาโจรสลัดชีวภาพ แต่การพิจารณาปัญหานี้ควรดำเนินการภายใต้องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) และ CBD

7. ข้อเสนอจะเป็นผลเสียต่อผู้ที่เชื่อมั่นว่าระบบสิทธิบัตรจะปกป้องนวัตกรรม รวมทั้งผู้เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม และท้ายที่สุดจะสร้างความสับสนต่อเป้าหมายที่แท้จริง เพราะอาจทำให้นักวิทยาศาสตร์หันไปวิจัยในด้านอื่นที่ไม่ต้องใช้ทรัพยากรพันธุกรรมเป็นวัตถุดิบ ความร่วมมือเพื่อผลประโยชน์ร่วมกันระหว่างผู้ให้ และผู้ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมย่อมได้รับความกระทบกระเทือน ความไม่แน่นอนของสิทธิบัตรจะผลักดันให้นักลงทุนเลี่ยงไปลงทุนในด้านอื่นที่มีความเสี่ยงน้อยกว่า

8. มาตรการอื่นๆ เช่น มาตรการทางสัญญาจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมมากกว่า เพราะเป็นข้อตกลงที่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของผู้ให้และผู้ใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งจะทำให้เกิดข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

บริษัทด้านเทคโนโลยีชีวภาพในประเทศสหรัฐอเมริกาได้จัดตั้ง American BioIndustry Alliance เพื่อโน้มน้าวไม่ให้มีการเพิ่มเติมเงื่อนไขดังกล่าวในความตกลงทริปส์ และให้เหตุผลชักจูงว่าการกระทำดังกล่าวอาจกระทบต่อบริษัทด้านเทคโนโลยีชีวภาพในประเทศอินเดีย และจะเกิดความไม่แน่นอนทางธุรกิจ ทำให้ภาคธุรกิจต้องเกิดความแน่วแน่ก่อนว่า ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นนำมาใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ได้จริง ซึ่งจะกระทบต่อประโยชน์ของประเทศกำลังพัฒนาที่จะต้องรอสวนแบ่งผลประโยชน์เมื่อผลิตภัณฑ์วางตลาดได้จริง และการเปิดเผยแหล่งที่มาในบางกรณีก็ทำได้ยาก เช่น พันธุกรรมที่ได้มาจากธนาคารพันธุกรรม เป็นต้น อีกทั้งพันธุกรรมเดียวกันอาจมีที่มาจากหลายแหล่งซึ่งจะทำให้เกิดข้อพิพาทระหว่างประเทศแหล่งพันธุกรรมนั้นได้ และ WTO ไม่มีผู้เชี่ยวชาญที่จะพิจารณาในประเด็นนี้ และเสนอให้นำประเด็นนี้ไปพิจารณาภายใต้กรอบของอนุสัญญา CBD⁸³

มีข้อสังเกตว่าแม้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีบทบาทไม่ได้เป็นภาคี CBD และ CBD ไม่มีกลไกระงับข้อพิพาทเหมือนความตกลงทริปส์ การบังคับใช้มาตรการเปิดเผยแหล่งที่มาภายใต้กรอบของ CBD จึงอาจไม่มีประสิทธิภาพเทียบเท่ากับการบังคับตามสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้กรอบของความตกลงทริปส์⁸⁴

(3) การแบ่งปันผลประโยชน์ผ่านการถ่ายทอดเทคโนโลยี

ความตกลงทริปส์เป็นมาตรการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่มีผลบังคับให้ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้ การนำระบบทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual property rights : IPRs) มาใช้นั้นมีแนวคิดที่ว่า ระบบสิทธิบัตร (patent system) จะช่วยส่งเสริมให้มีการประดิษฐ์คิดค้นนวัตกรรมใหม่ๆ ขึ้นมา โดยเฉพาะประเทศที่พัฒนาแล้วเชื่อมั่นว่า การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะทำให้มีการลงทุนโดยตรงของต่างชาติ (Foreign Direct Investment : FDI) และการถ่ายทอดเทคโนโลยีไปสู่ประเทศกำลังพัฒนาเพิ่มมากขึ้นแต่ประเทศกำลังพัฒนากลับมีแนวคิด

⁸³ GRAIN."Biotech Firm Form Alliance to Fight Off Possible TRIPs Amendment." www.grain.org/bio-ipr (visited January 9, 2006) และโปรดดู WTO Ministerial Declaration (WT/MIN (05)/w/3/Rev.2).อ้างใน สมชาย รัตนเชื้อสกุล,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34,น.

64.

⁸⁴ สมชาย รัตนเชื้อสกุล,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34,น.63.

ในทางกลับกัน โดยมองว่าการลงนามในความตกลงทริปส์อาจเป็นข้อจำกัดที่ทำให้ไม่สามารถรับการถ่ายทอดเทคโนโลยี ซึ่งขัดกับบทบัญญัติในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ที่มีเป้าหมายให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีไปสู่ประเทศกำลังพัฒนา แต่อย่างไรก็ดี บทบัญญัติของความตกลงทริปส์ข้อ 7 ที่ได้กล่าวไว้ว่า “การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาก็เพื่อส่งเสริมให้การคิดค้นเทคโนโลยีใหม่ และการถ่ายทอด/เผยแพร่เทคโนโลยีดังกล่าว เพื่อให้เกิดประโยชน์ร่วมกันทั้งผู้ผลิตและผู้ใช้เทคโนโลยี” ดังนั้นการถ่ายทอดเทคโนโลยีจึงเป็นเป้าหมายหนึ่งของความตกลงทริปส์เช่นกัน⁸⁵

ในส่วนประเด็นเรื่องมาตรา 16.5 ของ CBD ที่ประเทศกำลังพัฒนามองว่าความตกลงทริปส์และ CBD มีความขัดแย้งกันและไม่สามารถใช้สิทธิที่มีตามสิทธิบัตรได้ หากจะเป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายภายในประเทศที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของ CBD นั้น ประเทศพัฒนามองว่า การที่ CBD กล่าวอ้างถึงความเป็นไปได้ที่จะเกิดความขัดแย้งไม่ได้หมายความว่าความขัดแย้งนั้นจะต้องมีอยู่จริง นอกจากนี้ CBD เองก็ให้การรับรองไว้ในมาตรา 16.2 ถึงความจำเป็นที่จะต้องมีการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างพอเพียงและมีประสิทธิภาพ⁸⁶ ดังนั้นจึงแสดงให้เห็นว่าความตกลงทั้งสองไม่มีความขัดแย้งกัน⁸⁷ นอกจากนี้ มาตรา 22.1 ของ CBD ยังกล่าวอีกว่า “บทบัญญัติของอนุสัญญานี้ จักต้องไม่มีผลต่อสิทธิและข้อผูกพันของภาคีใดอันเกิดจากความตกลงระหว่างประเทศใดๆ ที่มีอยู่แล้ว ยกเว้นในกรณี

⁸⁵ อัจฉรา ชไตน์มันเลอว์, เรวดี จรุงรัตนพงษ์, ปณิดา กัลปพฤกษ์, “รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการจัดทำยุทธศาสตร์และแนวทางในการเตรียมความพร้อมของภาคอุตสาหกรรมไทยอันเนื่องมาจากการเจรจา WTO รอบใหม่ที่กรุงโดฮา”, สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, พฤศจิกายน 2547

⁸⁶ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 16.2 กล่าวว่า “ การเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่อ้างถึงในข้อ 1 ข้างต้นให้แก่ประเทศกำลังพัฒนาจะต้องถูกจัดให้และเอื้ออำนวยภายใต้เงื่อนไขที่ยุติธรรมและเป็นที่ยอมรับที่สุด หมายรวมถึงภายใต้เงื่อนไขแบบผ่อนปรนหรือแบบสิทธิพิเศษ, ในกรณีที่ได้ตกลงร่วมกัน, และในกรณีที่จำเป็น, โดยสอดคล้องกับกลไกทางการเงิน ซึ่งกำหนดโดยมาตรา 20 และ 21 สำหรับกรณีที่เทคโนโลยีอยู่ภายใต้การคุ้มครองของสิทธิบัตรและทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ การเข้าถึงและการถ่ายโอนนั้นจักต้องถูกจัดให้อยู่ภายใต้เงื่อนไข ซึ่งเป็นที่ยอมรับและสอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาอย่างพอเพียงและอย่างมีประสิทธิภาพ การประยุกต์ใช้ย่อนี้จักต้องสอดคล้องกับวรรค 3, 4 และ 5 ข้างล่างนี้”

⁸⁷ ความเห็นของประเทศสหรัฐอเมริกา (IP/C/M/29, para.193).

การใช้สิทธิและข้อผูกพันเหล่านั้น เป็นผลให้เกิดความเสียหายร้ายแรงหรือการคุกคามต่อความหลากหลายทางชีวภาพ”⁸⁸ แท้จริงแล้ว แทนที่จะขัดแย้งกัน ความตกลงทริปส์กลับสนับสนุนมาตรการที่จะนำมาใช้ในปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของ CBD ให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

(4) การใช้ระบบฐานข้อมูล (data bases) ในการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น

เพื่อแก้ปัญหาการฉกฉวยเอาทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น ประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดอาจทำการรวบรวมข้อมูล ความรู้ นวัตกรรม และวิธีปฏิบัติ โดยมีรายละเอียดและสาระสำคัญของทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีอยู่ในประเทศ ให้สามารถค้นหาได้จากอินเทอร์เน็ต ก็จะเป็นแนวทางในการแก้ปัญหาที่ดี เนื่องจากจะเป็นการสร้างแหล่งที่มาของข้อมูลสำหรับผู้ขออนุญาตสามารถใช้ในการหาความรู้, นวัตกรรม และวิธีปฏิบัติที่อาจเกี่ยวข้องกับงานของตน และจะเป็นการชี้ให้ถึงจุดที่มีความเชื่อมโยงกัน ทำให้ผู้ขอสิทธิบัตรมีคุณสมบัติครบตามที่กำหนดไว้สำหรับการขอสิทธิบัตร ฯลฯ ซึ่งจะเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 8 (j) ของ CBD ในเรื่องการส่งเสริมการประยุกต์ใช้อย่างกว้างขวางมากขึ้น ซึ่งความรู้ นวัตกรรมและการถือปฏิบัตินั้น และการสนับสนุนการแบ่งปันอย่างเท่าเทียมซึ่งผลประโยชน์อันเกิดจากการใช้ประโยชน์ความรู้, ประดิษฐ์กรรมและการถือปฏิบัติ⁸⁹

โดยการออกกฎหมายหรือกฎระเบียบในระดับประเทศหรือระดับท้องถิ่นที่เหมาะสม จะก่อให้เกิดพื้นฐานทางกฎหมายสำหรับการจัดการในการทำข้อตกลงระหว่างผู้ที่ต้องการพัฒนาความรู้, นวัตกรรม และวิธีปฏิบัติ ให้กลายมาเป็นผลิตภัณฑ์เพื่อการค้า และผู้ที่จัดหาความรู้, นวัตกรรม และวิธีปฏิบัติเหล่านั้นให้⁹⁰

ฐานข้อมูลจะมีประโยชน์ในการใช้เป็นหลักฐานของการเป็น “งานที่ปรากฏอยู่แล้ว” (Prior art) เพื่อใช้คัดค้านการขอรับสิทธิบัตรในทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือหากมีการออกสิทธิบัตรในทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นดังกล่าว ฐานข้อมูลนี้ก็อาจจะใช้เป็นหลักฐานเพื่อการฟ้องร้องเพิกถอนสิทธิบัตรนั้นได้⁹¹

⁸⁸ ความเห็นของประเทศสหรัฐอเมริกา (IP/C/W/434, IP/C/W/257, IP/C/M/30, para. 154).

⁸⁹ ความเห็นของประเทศสหรัฐอเมริกา (IP/C/W/257)

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ, *อ้างแล้ว* เจริญรศกที่ 46 , น.29.

(5) การคุ้มครองโดยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ นอกเหนือจากกฎหมายสิทธิบัตร

มาตรา 8 (j) ของอนุสัญญา CBD เกี่ยวข้องกับความรู้ นวัตกรรม และการถือปฏิบัติของชุมชนพื้นเมือง มาตรา 8 (j) มีวัตถุประสงค์ 3 ประการ ประการแรก ประเทศสมาชิกจะ “ให้ความเคารพ, สงวนรักษาและดำรงไว้ซึ่งความรู้ ประดิษฐ์กรรมและการถือปฏิบัติของชุมชนพื้นเมือง และท้องถิ่นซึ่งปรากฏในการดำเนินชีวิตที่สืบทอดมาตามประเพณี ซึ่งเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน” ประการที่สอง ประเทศสมาชิกจะ “ส่งเสริมการประยุกต์ใช้อย่างกว้างขวางมากขึ้น ซึ่งความรู้ นวัตกรรมและการถือปฏิบัตินั้น” ประการที่สามประเทศสมาชิกจะ “สนับสนุนการแบ่งปันอย่างเท่าเทียมซึ่งผลประโยชน์อันเกิดจากการใช้ประโยชน์ความรู้, ประดิษฐ์กรรมและการถือปฏิบัตินั้น”

เนื่องจากมาตรา 8 ใช้คำว่า “แต่ละภาคีจักต้องดำเนินการดังต่อไปนี้ให้มากที่สุดเท่าที่เป็นไปได้และเท่าที่เหมาะสม” (Each Contracting Party shall, as far as possible and appropriate) ซึ่งคำว่า “ควรจะ” (shall) ประกอบกับคำว่า “เท่าที่จะสามารถทำได้และเหมาะสม” (as far as possible and as appropriate) และตอนต้นของมาตรา 8 (j) ใช้คำว่า “ ภายใต้กฎข้อบังคับแห่งชาติ” (Subject to its national legislation) จึงหมายความว่ามาตรา 8 (j) ไม่ได้หมายความว่าความรู้ทั้งหมด นวัตกรรม และการถือปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่นซึ่งปรากฏในการดำเนินชีวิตที่สืบทอดมาตามประเพณี เนื่องจากมาตรา 8 (j) หมายถึงความรู้ทั้งหมด นวัตกรรม และการถือปฏิบัติ “ที่เกี่ยวข้องกับการสงวนรักษาและการใช้อย่างยั่งยืนซึ่งทรัพยากรชีวภาพเท่านั้น” และไม่มีมาตราใดในความตกลงทริปส์ที่ห้ามประเทศสมาชิกลำนำตรานี้ไปปรับใช้กับความรู้ นวัตกรรม และการถือปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่นอื่น หากการใช้ความรู้ นวัตกรรม และการถือปฏิบัติต้องการได้รับการนับถือ สงวนรักษาและคงไว้ และการใช้ที่นอกเหนือไปจากที่กำหนดในมาตรานี้ต้องการได้รับการสนับสนุนเช่นเดียวกัน ก็จำเป็นต้องระบุเอาไว้ด้วย การค้นหาข้อมูลเกี่ยวกับความรู้ นวัตกรรม และการถือปฏิบัติจำเป็นที่จะต้องได้รับความเห็นชอบและความช่วยเหลือจากชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่นที่ครอบครองความรู้ นวัตกรรม และการถือปฏิบัตินั้น นอกจากนี้ประเทศพัฒนามองว่าเป็นโอกาสของชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่นที่จะแจ้งว่า พวกเขาไม่ต้องการให้ความรู้ นวัตกรรม และการถือปฏิบัติ ถูกเปิดเผยหรือแลกเปลี่ยนกับชุมชนที่ใหญ่ขึ้นไป จึงมีความเหมาะสมที่จะให้การให้ข้อมูลเช่นนั้นเป็นความลับทางการค้าเพื่อจะคงไว้ซึ่งการจำกัดการแลกเปลี่ยนความรู้ นวัตกรรม และการถือปฏิบัติ⁹²

⁹² IP/C/W/257, *supra* note 89.

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า ประเทศที่พัฒนาแล้วไม่ได้กล่าวถึงในประเด็นที่ว่า เงื่อนไขสำคัญของความลับทางการค้า คือ ข้อมูลนั้นต้องยังคงเป็นความลับ ข้อมูลนั้นต้องมีคุณค่าในเชิงพาณิชย์ และเจ้าของความลับได้จัดให้มีมาตรการรักษาความลับนั้นไว้ ข้อมูลที่สิ้นสภาพความลับ จะไม่ได้รับความคุ้มครองในฐานะเป็นความลับทางการค้าอีกต่อไป ซึ่งเมื่อคำนึงถึงวัฒนธรรมและประเพณีของภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีการถ่ายทอดกันมาเป็นเวลาหลายชั่วอายุคนและมีการแลกเปลี่ยนความรู้จากชุมชนหนึ่งไปยังอีกชุมชนหนึ่งอยู่เสมอโดยไม่โดยไม่ได้มีการหวงกันความรู้นั้นไว้เพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ จะทำให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นส่วนใหญ่ขาดองค์ประกอบของการเป็นความลับหรือไม่