

ปัญหาการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพโดยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

1.สภาพปัญหาทางกฎหมาย

1.1 ปัญหาที่เกิดขึ้นกับประเทศกำลังพัฒนาอันเนื่องมาจากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

(1) ปัญหาข้อจำกัดแนวคิดภายใต้ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

(ก) หลักทรัพย์สินส่วนบุคคลของความตกลงทริปส์

หลักสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคล (private property right regime) ที่ความตกลงทริปส์สร้างขึ้นอาจทำลายการปฏิบัติตามหลักแบ่งปันผลประโยชน์ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพที่กำหนดให้ผู้ให้ทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ต้องได้รับความเห็นชอบล่วงหน้า (Prior Informed Consent) จากผู้ถือครองความรู้และทรัพยากร แต่ความตกลงทริปส์ไม่ได้กำหนดให้มีข้อกำหนดในเรื่องการได้รับความเห็นชอบล่วงหน้า ดังนั้นจึงขัดแย้งกับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพในแง่ การปราศจากพันธกรณีในการที่จะต้องได้รับความเห็นชอบล่วงหน้าในความตกลงทริปส์ และความคงอยู่ของหลักสิทธิส่วนบุคคลของประเทศต่างๆ โดยเฉพาะประเทศอุตสาหกรรมในการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมในกระบวนการประดิษฐ์สิ่งใหม่ ทำให้ผู้เป็นเจ้าของสิ่งประดิษฐ์ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องที่แบ่งปันผลประโยชน์ให้กับประเทศที่เป็นแหล่งที่มา ซึ่งโดยทั่วไปแล้วคือประเทศกำลังพัฒนา อันเนื่องมาจากว่าตนมีสิทธิในสิ่งประดิษฐ์นั้นแต่เพียงผู้เดียวอยู่แล้ว นอกจากนี้ประเทศกำลังพัฒนายังปล่อยให้การเจรจาต่อรองในเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์และการได้รับความเห็นชอบล่วงหน้าเป็นอิสระของคู่สัญญา (ระหว่างเอกชนและรัฐที่เป็นผู้จัดหา) ไม่มีการร่วมกันกำหนดมาตรฐานที่ชัดเจน ค่าตอบแทนที่ได้จึงมักไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะกับประเทศที่ด้อยพัฒนา ด้วยเหตุนี้ความตกลงทริปส์จึงไม่ได้สนับสนุนการปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

และด้วยเหตุนี้เอง จึงมีข้อโต้แย้งว่า สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นอุปสรรคต่อการที่ประเทศต่างๆ จะปฏิบัติตามบทบัญญัติของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพในส่วน

ที่เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยของรัฐที่มีอยู่เหนือทรัพยากรชีวภาพและสิทธิของชุมชนท้องถิ่น

นอกจากนี้ระบบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (IPRs) ที่สร้างขึ้นโดยความตกลงทริปส์ อาจกระทบต่อทรัพยากรพันธุกรรมที่อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพให้ความสำคัญคุ้มครอง ในบทนำของความตกลงทริปส์ นิยามความหมายของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (IPRs) ว่าเป็นสิทธิของเอกชน (private rights) โดยสิทธิดังกล่าวถูกควบคุมโดยบทบัญญัติทั่วไป ขององค์การการค้าโลกในเรื่องหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment)¹ การปฏิบัติตาม ข้อ 27.3 (b) ของความตกลงทริปส์ทำให้หลักสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคลของเอกชนขยายออกไป ทั่วโลก ซึ่งขอบเขตที่ครอบคลุมไปทั่วโลกของสิทธินี้อาจทำลายอำนาจอธิปไตยของรัฐ ซึ่งมี เป้าหมายให้ตระหนักถึงสิทธิของชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่นที่อนุสัญญาว่าด้วยความ หลากหลายทางชีวภาพให้การรับรอง² ถึงแม้ว่าอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพจะ ให้การรับรอง “สิทธิอธิปไตยของเหนือทรัพยากรชีวภาพของรัฐ” และความสามารถของรัฐในการที่ จะตัดสินใจเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม แต่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้กล่าวถึงประเด็นว่าใคร จะเป็นผู้เป็นเจ้าของทรัพยากรเหล่านี้ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเกี่ยวข้องกับ “การอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพในสภาพธรรมชาติ” (in-situ conservation) ทำให้เกิดช่องว่างใน กรณีสที่ทรัพยากรชีวภาพนั้นถูกเก็บรักษาอยู่ในธนาคารพันธุ์พืช (gene banks) ซึ่งเป็นการอนุรักษ์ ในสภาพนอกธรรมชาติ (ex-situ conservation) ว่าจะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ ดังนั้น จึงเกิด การกระทำอันเป็นโจรสลัดชีวภาพจากช่องว่างนี้ได้

(ข) ประเด็นเรื่องเงื่อนไขของการขอรับสิทธิบัตร

หลักเกณฑ์ในการขอรับสิทธิบัตรข้อแรกคือ ต้องเป็นสิ่งประดิษฐ์ใหม่ แต่ลักษณะของ ทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น เช่นองค์ความรู้ที่ภูมิปัญญาท้องถิ่นมักเกิดจากการค้นพบ หรือเป็นความรู้ที่การถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่ง จึงขาดลักษณะของการเป็นการ ประดิษฐ์ขึ้นใหม่

นอกจากนี้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามีเจตนารมณ์ที่จะส่งเสริมการแข่งขันทาง การค้าและยกระดับการพัฒนาทางอุตสาหกรรม ความรู้ที่จะได้รับความคุ้มครองจึงต้องมีลักษณะ ที่สามารถประยุกต์ใช้ทางอุตสาหกรรมได้ แต่ภูมิปัญญาท้องถิ่นมิได้ให้ความสำคัญกับการผลิต

¹ หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment) ห้ามประเทศสมาชิกกระทำการ เลือกปฏิบัติหรือปฏิบัติที่แตกต่างต่อสินค้า บริการ และบุคคล เมื่อเปรียบเทียบกับปฏิบัติที่ได้ กระทำต่อสินค้า บริการ และบุคคลที่เป็นของชาติของตนเอง

² Convention on Biological Diversity Article 3

ทางอุตสาหกรรม หากแต่เกี่ยวข้องกับการคงไว้ซึ่งศิลปวัฒนธรรมและจารีตประเพณีท้องถิ่นจึงขาดคุณสมบัติที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายดังกล่าว³

(ค) ประเด็นเรื่องการขาดคุณสมบัติของงานอันมีลิขสิทธิ์

งานอันมีลิขสิทธิ์เป็นสิ่งที่ต้องเกิดจากความคิดริเริ่มของผู้สร้างสรรค์ (originality) อันหมายถึงเป็นงานที่เกิดจากสติปัญญาของผู้สร้างสรรค์งานเอง ในกรณีของภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นข้อมูลความรู้ที่ถูกบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งการบันทึกข้อมูลนั้นอาจเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ก็จริง แต่หากเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีการสืบทอดความรู้กันมาอย่างยาวนาน ก็จะขาดคุณสมบัติไม่ต้องด้วยเงื่อนไขของลิขสิทธิ์ในเรื่องนี้

(ง) ประเด็นเรื่องการเป็นผู้ประดิษฐ์ร่วมของเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่น

ภายใต้ระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ภูมิปัญญาท้องถิ่นมีสถานภาพเป็นความรู้สาธารณะ ซึ่งบุคคลใดจะหวงกันโดยอ้างอำตยสิทธิทางกฎหมายไม่ได้ ดังนั้นเมื่อผู้ประดิษฐ์ได้พัฒนาเทคโนโลยีการประดิษฐ์สมัยใหม่โดยอาศัยภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นฐาน กรณีควรถือว่าเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นมีส่วนในการพัฒนาเทคโนโลยีนั้นด้วยเช่นกัน⁴

อย่างไรก็ดีเมื่อพิจารณาหลักการของกฎหมายสิทธิบัตรแล้ว เจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่มีโอกาสที่จะเรียกร้องสิทธิดังกล่าวได้ ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายสิทธิบัตรกำหนดว่าความเป็นนักประดิษฐ์ร่วมจะเกิดขึ้นก็เฉพาะในกรณีที่นักประดิษฐ์ได้ร่วมกันสร้างสรรค์ความคิดที่เป็นสาระสำคัญของการประดิษฐ์ร่วมกัน ซึ่งถึงแม้ว่าไม่จำเป็นที่ผู้ประดิษฐ์ร่วมทั้งหมดร่วมมือกันในการคิดค้นการประดิษฐ์ในขณะเดียวกัน แต่ก็ต้องมีส่วนร่วมสร้างสรรค์ความคิดในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ⁵

ศาลสหรัฐฯเคยตัดสินในคดี Consolidated Aluminum Corp.v Foseco Int'l Ltd. (10 USPQ 2d 1143) ว่า การที่บุคคลใดคิดค้นประโยชน์ของการประดิษฐ์ได้เป็นคนแรกมิได้

³ จักรกฤษณ์ ครอบงำ, “กฎหมายลักษณะเฉพาะเพื่อการบริหารจัดการทรัพยากรชีวภาพและ ส่งเสริมคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น”, บทบัญญัติ (กันยายน 2543) : น. 50

⁴ Blakeney, M. “Bioprospecting and the Protection of Traditional Medical Knowledge of Indigenous Peoples: An Australian Perspective”, [1997] 6 EIPR 298-303. อ้างใน จักรกฤษณ์ ครอบงำ, สิทธิบัตร แนวความคิดและบทวิเคราะห์ พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2544), น. 166.

⁵ จักรกฤษณ์ ครอบงำ, สิทธิบัตร แนวความคิดและบทวิเคราะห์ พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2544), น. 166.

หมายความว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ประดิษฐ์โดยนัยของกฎหมาย ผู้ประดิษฐ์ตามกฎหมายสิทธิบัตรได้แก่บุคคลที่มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาหรือที่ได้คิดค้นกรรมวิธีซึ่งนำไปสู่ผลในขั้นตอนสุดท้ายของการประดิษฐ์⁶

ตามหลักการของศาลสหรัฐในคดีนี้ เจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ถูกใช้เป็นฐานของเทคโนโลยีการประดิษฐ์สมัยใหม่ จะไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้ประดิษฐ์หรือมีส่วนร่วมในฐานะที่เป็นผู้ประดิษฐ์ร่วม เนื่องจากเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับกรรมวิธีซึ่งนำไปสู่ผลในขั้นตอนสุดท้ายของการประดิษฐ์ ซึ่งแท้ที่จริงแล้วหากผลสุดท้ายของการประดิษฐ์ไม่ได้มีสาระสำคัญที่แตกต่างไปจากความรู้พื้นบ้าน ผู้ที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาดังกล่าวก็อาจอ้างความเป็นผู้ประดิษฐ์ร่วมตามกฎหมายสิทธิบัตรได้⁷

(2) ปัญหาการคุ้มครองพืชด้วยระบบสิทธิบัตร⁸

ตามหลักในทางความตกลงทริพส์ประเทศสมาชิกมีสิทธิไม่ออกสิทธิบัตรให้กับพืช แต่กรณีพันธุ์พืช ประเทศสมาชิกต้องคุ้มครองด้วยสิทธิบัตรหรือกฎหมายเฉพาะ (*sui generis*) ก็ได้ ซึ่งถ้อยคำที่ว่าประเทศสมาชิก “อาจ” (may) ไม่ให้สิทธิบัตรแก่พืชทำให้เกิดความไม่ชัดเจนว่าประเทศสมาชิกอาจให้สิทธิบัตรแก่พืชก็ได้ หลักการไม่ให้สิทธิบัตรแก่พืชจึงยังไม่ชัดเจนนัก

พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542 มาตรา 9 (1) ระบุไม่ให้สิทธิบัตรแก่ “พืชหรือสารสกัดจากพืช” แต่ไม่ได้ระบุถึง “ส่วนใดส่วนหนึ่งของพืช” ซึ่งต่างจากกรณี “จุลชีพ” ที่ระบุชัดเจนถึง “ส่วนหนึ่งส่วนใดของจุลชีพ” ด้วย แม้จะมีถ้อยคำต่อมาว่า “สารสกัดจากพืช” ก็อาจยังไม่ชัดเจนว่า “สารสกัดจากพืช” เป็นอย่างเดียวกันกับ “ส่วนใดส่วนหนึ่งของพืชหรือไม่” หากเหมือนกันเหตุใดกรณี “จุลชีพ” จึงบัญญัติว่า “ส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพ” ไม่บัญญัติว่า “จุลชีพหรือสารสกัดจากจุลชีพ”

การที่ถ้อยคำในความตกลงทริพส์ รวมทั้งในกฎหมายสิทธิบัตรของไทยไม่ชัดเจน อาจเป็นช่องทางให้ส่วนใดส่วนหนึ่งของพืชได้รับความคุ้มครองตามสิทธิบัตร ซึ่งทางแก้ อาจทำได้โดย

⁶ เฟิงอ้าง.

⁷ เฟิงอ้าง.

⁸ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, “ผลกระทบของความตกลงระหว่างประเทศ เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาต่อฐานทรัพยากรพันธุกรรมพืชของประเทศไทย” ใน “สู่การปฏิรูปฐานทรัพยากร”, จัดพิมพ์โดยโครงการยุทธศาสตร์นโยบายฐานทรัพยากร คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ 2546, น.25.

แก้ไขถ้อยคำทั้งในความตกลงทริปส์ และในพระราชบัญญัติสิทธิบัตรของไทยให้ชัดเจนว่า “พืช ส่วนใดส่วนหนึ่งของพืช หรือสารสกัดจากพืช” ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้จะทำให้กฎหมายชัดเจนขึ้น

(3) ปัญหาการคุ้มครองจุลชีพด้วยระบบสิทธิบัตร

ความตกลงทริปส์ไม่ได้ให้นิยามของคำว่า “จุลชีพ” (microorganisms) ไว้ แต่เสนอให้ ให้ความหมายอย่างกว้างว่าหมายถึง “สิ่งมีชีวิตใดๆ ที่มองด้วยตาเปล่าไม่เห็น” จะทำให้ เทคโนโลยีชีวภาพในปัจจุบัน ซึ่งเป็นการวิจัยในระดับพันธุกรรมของพืช จะกลายเป็นสิ่งมีชีวิตที่ มองเห็นด้วยตาเปล่าไม่เห็น และจะได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นจุลชีพทั้งหมด⁹

ซึ่งแท้ที่จริงแล้วคำว่า “จุลชีพ” ควรมีความหมายที่เฉพาะเจาะจงและมีขอบเขตที่ ชัดเจน ซึ่งมีผู้ให้ความหมายว่าหมายถึง “สิ่งมีชีวิตในกลุ่มแบคทีเรีย เชื้อรา สาหร่าย โปรโตซัว และ ไวรัส”¹⁰

พ.ร.บ. สิทธิบัตรพ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542 มาตรา 9 (1) ของไทยได้ห้าม ขอรับสิทธิบัตรใน “จุลชีพ” และส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพ แต่มิได้ให้นิยามว่า “จุล ชีพ” มีความหมายและขอบเขตเพียงใด ซึ่งความหมายตามที่ปรากฏในพจนานุกรมมีว่า “สิ่งมีชีวิต ขนาดเล็กมาก มองด้วยตาเปล่าไม่เห็นต้องดูด้วยกล้องจุลทรรศน์ ส่วนมากมีเซลล์เดียว” และได้อ้าง ภาษาอังกฤษตรงกับคำว่า “microbe, microorganism”¹¹ ความหมายดังกล่าวเป็นความหมาย ทั่วไปและมีขอบเขตกว้าง และเป็นแนวเดียวกับความหมายอย่างกว้างตามข้อเสนอของประเทศ สหรัฐ ดังนั้นจึงอาจใช้เป็นช่องทางคุ้มครองสิทธิบัตรในพืชในฐานะเป็น “จุลชีพ” ก็ได้

⁹ สำนักงานสิทธิบัตรของอังกฤษเห็นว่า Cell lines เป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรได้ในฐานะ เป็น “จุลชีพ” โปรดดู U.K Patent Office Manual of Patent Practice Section 1.40.

¹⁰ Coombs, J. Macmillan Dictionary of Biotechnology. (London : The Macmillan Press, 1986), p.198 อ้างใน สมชาย รัตนเชื้อสกุล, “ผลกระทบของความตกลงระหว่าง ประเทศ เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาต่อฐานทรัพยากรพันธุกรรมพืชของประเทศไทย” ใน “สู่การ ปฏิรูปฐานทรัพยากร”, โครงการยุทธศาสตร์นโยบายฐานทรัพยากร คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน แห่งชาติ 2546, น.26.

¹¹ ราชบัณฑิตสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542, (กรุงเทพมหานคร : นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่น)

(4) การคุ้มครองสารที่แยก หรือสกัดจากพืช หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของพืชด้วยระบบ สิทธิบัตร¹²

พระราชบัญญัติสิทธิบัตรของไทย มาตรา 5(1) กำหนดเงื่อนไขประการหนึ่งในการ ขอบสิทธิบัตรว่า ต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ (invention) ไม่ใช่การค้นพบ (discovery) ดังนั้นสิ่ง ที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติจึงไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ เช่น จุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ (มาตรา 9(1)) ดังนั้นจุลชีพที่ถูกสร้างขึ้นด้วยกรรมวิธีทางเทคนิคให้ต่างจากจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ ไม่ว่าจะ แตกต่างในลักษณะหรือคุณสมบัติ ย่อมไม่ใช่จุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ และขอรับสิทธิบัตรตาม กฎหมายไทยได้

การแยกความแตกต่างว่าสิ่งใดเป็นสิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ โดยเฉพาะการ ประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพเป็นเรื่องยากเพราะต้องใช้หรือเกี่ยวข้องกับสิ่งที่มีอยู่แล้วตาม ธรรมชาติ เช่น การนำพันธุกรรมมาดัดแปลงตัดต่อใหม่ หรือการแยก หรือสกัดสารที่มีอยู่ตาม ธรรมชาติให้เป็นสารบริสุทธิ์

ในประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับว่าการนำสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติมาแยกหรือสกัดจน ได้สารบริสุทธิ์ หรือทำให้ได้คุณสมบัติใหม่ๆเป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรได้ เช่นการให้สิทธิบัตรใน แบคทีเรียที่มีคุณสมบัติในการย่อยสลายน้ำมัน ทั้งที่เป็นเพียงการนำแบคทีเรียที่มีอยู่แล้วตาม ธรรมชาติมาสลับตำแหน่งยีนเท่านั้น และแนวปฏิบัติของสำนักสิทธิบัตรยุโรปก็ยอมรับว่า สารสกัด จากสิ่งมีชีวิตตามธรรมชาติด้วยกรรมวิธีทางวิทยาศาสตร์ เช่น พันธุกรรม ดีเอ็นเอ เป็นการประดิษฐ์ มิใช่การค้นพบ จึงเป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรได้

การแยก หรือสกัดสารบริสุทธิ์ออกจากสิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ เช่น การแยก โปรตีน ดีเอ็นเอ พันธุกรรม แม้จะเป็นสิ่งที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน แต่ก็ยังเป็นสิ่งที่มีอยู่ก่อนแล้วทำนอง เดียวกับการสกัดแร่ทองคำออกจากสายแร่ ซึ่งมีใช่การประดิษฐ์ทองคำ คงเป็นได้แต่การค้นพบ เท่านั้น แม้จะมีใครสกัดแร่ธาตุใหม่ๆออกจากสภาพธรรมชาติได้ ผู้สกัดก็เป็นเพียงผู้ค้นพบแร่ธาตุที่ มีอยู่แล้วเท่านั้น จะขอรับสิทธิบัตรในแร่ธาตุที่ค้นพบใหม่ไม่ได้ ดังนั้นการสกัดโปรตีน ดีเอ็นเอ หรือ พันธุกรรมจากสิ่งมีชีวิตก็เป็นการทำให้สิ่งที่มีอยู่แล้วซึ่งยังไม่เป็นที่รู้จักของมนุษย์ให้กลายเป็นที่ รู้จักเท่านั้น ไม่ได้เป็นการประดิษฐ์สิ่งใดขึ้นใหม่ หากมีกรณีที่จะขอรับสิทธิบัตรได้ก็อาจเป็นเพียง สิทธิบัตรในกรรมวิธีที่ใช้ในการสกัดสารเหล่านั้นเท่านั้น

¹² ฝ่ายข้อมูลไบโอไทย, “คู่มือโจรสลัดชีวภาพ”,

อย่างไรก็ตามแนวปฏิบัติดังกล่าวเป็นแนวปฏิบัติเฉพาะของประเทศสหรัฐ และสำนักงานสิทธิบัตรยุโรปเท่านั้น แนวปฏิบัติดังกล่าวไม่ปรากฏในความตกลงทริปส์ รัฐภาคีจึงไม่มีพันธกรณีให้ต้องยึดถือตามแนวปฏิบัติดังกล่าว ประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศ เช่น อาร์เจนตินา บราซิล ต่างห้ามการขอรับสิทธิบัตรจากสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติ รวมทั้งสารที่แยกหรือสกัดจากสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติ¹³

1.2 ตัวอย่างปัญหาโจรสลัดทางชีวภาพที่เกิดขึ้นกับประเทศกำลังพัฒนา

(1) ความหมาย ความสำคัญและที่มาของปัญหาโจรสลัดทางชีวภาพ

(ก) ความหมายของ “โจรสลัดทางชีวภาพ”

“โจรสลัดทางชีวภาพ” (Biopiracy) คือการที่ประเทศที่พัฒนาแล้วนำเอาความรู้ที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชนในประเทศกำลังพัฒนาไปขอรับความคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธิบัตร ทั้งที่ความรู้เช่นนี้เป็นสิ่งที่ปรากฏแพร่หลายอยู่แล้ว การจดทะเบียนสิทธิบัตรในลักษณะเช่นนี้จึงเป็นการให้สิทธิเด็ดขาดเหนือความรู้ที่เป็นผลผลิตมาจากภูมิปัญญาของผู้คนหลายยุคหลายสมัย

มีผู้ให้ความหมายคำว่า “โจรสลัดทางชีวภาพ” ไว้ดังต่อไปนี้

โจรสลัดชีวภาพ หมายความว่า “บุคคลหรือองค์กรที่เข้ามาแสวงหาผลประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยมิได้ขอรับอนุญาตและหรือมิได้แบ่งปันผลประโยชน์ต่อผู้เป็นเจ้าของอย่างเป็นธรรม ทั้งนี้โดยผู้เข้ามาแสวงหาประโยชน์ดังกล่าวมักจะเป็นบรรษัทขนาดใหญ่หรือหน่วยงานต่างๆจากประเทศอุตสาหกรรม โดยที่ทรัพยากรชีวภาพที่ได้รับไปนั้นมักจะมีแนวโน้มว่าจะถูกนำไปจดสิทธิบัตรโดยเจ้าของทรัพยากรและความรู้ดั้งเดิมจะถูกกีดกันมิให้ได้ใช้ประโยชน์จากการพัฒนานั้นด้วย¹⁴

RAFI (Rural Advancement Foundation International องค์กรอิสระของประเทศแคนาดาให้คำนิยามว่าหมายถึง ผู้ซึ่งใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อให้ตนได้สิทธิขาด เป็นเจ้าของ การใช้ประโยชน์ และควบคุมทรัพยากรชีวภาพและความรู้จากท้องถิ่นเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว และการใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเพื่ออ้างความเป็นเจ้าของ และควบคุม

¹³ Correa, Carlos M. Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries. (Penang, Malaysia : Third World Network 2000)p.186

¹⁴ ผู้จัดการรายวัน. “โจรสลัดชีวภาพ” <<http://www.seub.ksc.net/Library/mg-200842-5.htm>>. (20 สิงหาคม 2542)

ทรัพยากรชีวภาพและความรู้ ทั้งนี้โดยไม่คำนึงถึงการตอบแทนและการให้ความคุ้มครองต่อผู้ซึ่งสร้างนวัตกรรมนอกระบบ¹⁵

ดร.วันทนา ศิวะ (Dr.Vandana Shiva) นักวิทยาศาสตร์สาขาฟิสิกส์ นักนิเวศวิทยา นักเขียนของประเทศอินเดียซึ่งเป็นผู้ตั้งกลุ่ม “นอรัญญะ”ซึ่งเป็นการเคลื่อนไหวเกี่ยวกับการอนุรักษ์ ความหลากหลายทางชีวภาพและสิทธิของชาวนาและเกษตรกร ได้ให้ความหมายไว้ว่า

“Biopiracy refers to the use of intellectual property systems to legitimize the exclusive ownership and control over biological resources and biological products and processes that have been used over centuries in non-industrialized cultures.”¹⁶

(ข) ความสำคัญและที่มาของปัญหาโจรสลัดทางชีวภาพ

ทรัพยากรชีวภาพ(Biological Resource) เป็นวัตถุดิบที่สำคัญในการวิจัย มักตั้งอยู่ในป่าเขตร้อน ซึ่งมักจะเป็นพื้นที่ในประเทศกำลังพัฒนา ประเทศไทยก็จัดว่าเป็นประเทศที่มีความสมบูรณ์ทางทรัพยากรชีวภาพและมีความหลากหลายทางชีวภาพ(Biological Diversity) สูงมาก ประเทศหนึ่งเช่นเดียวกันซึ่งประเทศกำลังพัฒนาเหล่านี้ถูกประเทศพัฒนาแล้วซึ่งมีเทคโนโลยีในการค้นคว้าวิจัยสูงกว่าเข้ามาแสวงหาทรัพยากรและนำกลับไปค้นคว้าวิจัยโดยไม่ได้รับอนุญาต ไม่ได้จ่ายค่าตอบแทนหรือแบ่งรายได้ให้ประเทศเจ้าของทรัพยากร จากนั้นทรัพยากรที่ผ่านการค้นคว้าวิจัยหรือปรับปรุงแล้วจะถือว่าเป็นเทคโนโลยีใหม่ เป็นสิ่งประดิษฐ์ใหม่ และถือเป็นผลจากสติปัญญาส่วนตัวของผู้วิจัยและได้รับความคุ้มครองด้วยระบบกฎหมายสิทธิบัตรอันเป็นไปตามความตกลงทริปส์มาตรา 27 และก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้คนในประเทศกำลังพัฒนา เช่น กรณีเกษตรกรอินเดียได้ใช้เมล็ดต้นสะเดา (Neem) เป็นยาฆ่าแมลงมากกว่า 2,000 ปีและถือเป็นความรู้สาธารณะ(Public Domain) แต่สำนักงานสิทธิบัตรของสหรัฐได้ให้สิทธิบัตรในสารฆ่าแมลงที่สกัดจากต้นสะเดา หรือกรณีQuinoa ซึ่งเป็นพืชที่ให้โปรตีนสูง และมีการเพาะปลูกและปรับปรุงพันธุ์มาตั้งแต่ยุคชนเผ่าอินคา ในค.ศ. 1994 สหรัฐให้สิทธิบัตรแก่พืชนี้ทำให้ประเทศโบลิเวียต้องหยุดส่งออกพืชชนิดนี้และสูญเสียตลาดในสหรัฐและยุโรปซึ่งมีมูลค่าสูงกว่า 1 ล้านเหรียญสหรัฐต่อปี เพราะจะละเมิดสิทธิบัตรของสหรัฐ¹⁷

¹⁵ ฝ่ายข้อมูลไบโอไทย,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12

¹⁶ Vandana Shiva, Protect or Plunder? Understanding Intellectual Property rights, (Bangkok : White Lotus Co.Ltd, 2001),p.49.

¹⁷ ฝ่ายข้อมูลไบโอไทย,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3.

ดร.วันทนา ศิวะ (Dr.Vandana Shiva) ได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้ว่าสิทธิบัตรเป็นรูปแบบใหม่ของลัทธิอาณานิคมโดยกล่าวว่า “ในไม่ช้านี้เราต้องเรียกวัฏจักรของโจรสลัดโดยผ่านสิทธิบัตรต่างๆนี้ว่า การทำให้เป็นอาณานิคมครั้งใหม่(recolonialization) ในฐานะที่เป็นอาณานิคมอย่างใหม่ ซึ่งมีความแตกต่างไปจากอดีตเพียงแค่ว่า อาณานิคมสมัยก่อนเป็นการเข้ามาครอบงำดินแดนที่ไม่ใช่ของคนผิวขาว แต่อาณานิคมอย่างใหม่เป็นการเข้ามาครอบครองสิ่งที่มีชีวิตของดินแดนนั้น(ที่ไม่ใช่ของคนผิวขาว)”¹⁸

คดีที่ถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของคำว่า “โจรสลัดชีวภาพ” เกิดขึ้นที่ประเทศบราซิลในปี ค.ศ.1876 ชาวอังกฤษชื่อนาย Henry Alexander Wickham ได้ขโมยเมล็ดพันธุ์ต้นยางและนำไปปลูกในพื้นที่เพาะปลูกที่ Ceylon ประเทศมาเลเซีย และในไม่ก็ทศวรรษต่อมาภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ก็ได้กลายเป็นได้กลายเป็นภูมิภาคหลักที่ส่งออกไปขายยังต่างประเทศ ทำลายกระบวนการปลูกต้นยางอันเป็นพื้นฐานของระบบเศรษฐกิจของอเมริกา

แต่คดีที่มีความสำคัญในเรื่องโจรสลัดชีวภาพคือคดีที่รัฐ Acre ของอินเดียแดงได้ฟ้องร้องนาย Ruediger von Heininghaus ชาวบราซิลที่เกิดในออสเตรีย ใช้มูลนิธินี้ไม่หวังผลกำไรชื่อ Living Jungle เพื่อหลอกล่อให้ได้มาซึ่งความรู้ในการปลูกพืชและการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นและขายความรู้เกี่ยวกับพืชที่ใช้เป็นยาของชาว Kaxinawa ให้แก่ห้องทดลองของเยอรมัน¹⁹ โดยชาวอินเดียแดงได้ช่วยทำบัญชีรายชื่อให้กว่า 300 สายพันธุ์และช่วยค้นคว้าสายพันธุ์ใหม่ๆ Living Jungle ได้เริ่มต้นพัฒนาพืชที่มีความเป็นไปได้ที่จะส่งออกขายต่างประเทศได้เพื่อให้บริษัทยาของต่างชาตินำไปพัฒนาได้ เจ้าหน้าที่รัฐบาลกล่าวอีกว่า ขณะที่ได้รับผลประโยชน์มหาศาลสำหรับการพัฒนาพันธุ์พืชใหม่ๆ แต่ชาวอินเดียแดงได้รับผลตอบแทนเป็นยาแอสไพรินจำนวนเล็กน้อยเท่านั้น

ต่อมาในปีค.ศ. 1995 ผู้เข้าร่วมประชุมแลกเปลี่ยนความคิดเห็นในระดับภูมิภาคเรื่องความรู้ของคนพื้นเมืองและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่จัดขึ้นที่ Suva เมืองหลวงของ Fiji ในปี ค.ศ.1995 ได้มีแถลงการณ์รับรองว่า “ ลัทธิล่าอาณานิคมมีอยู่ตลอดไปโดยอาศัยระบบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา วิทยาศาสตร์ และเทคโนโลยีสมัยใหม่ในการควบคุมและสำรวจดินแดนอาณานิคม และทรัพยากรของคนพื้นเมือง” และได้วิจารณ์อย่างรุนแรงถึง “พวกที่ใช้ความ

¹⁸ “An interview with Dr.Shiva”.In Motion Magazine 14 August 1998.<<http://www.inmotionmagazine.com/shiva.html>>, 21 มีนาคม 2005

¹⁹ Alessandrs Dalevi,Green Piracy, “www.brazil-brasil.com/cvrjul97.htm,p.3

หลากหลายทางชีวภาพของคนพื้นเมืองเพื่อทำการค้าและเพื่อวัตถุประสงค์อื่นโดยปราศจากความรับรู้และความยินยอมของพวกเขา” และในตอนท้ายของแถลงการณ์ฉบับนี้ได้กล่าวถึงการแสวงหาวิธีการที่จะสนับสนุนแผนปฏิบัติการดังต่อไปนี้

ริเริ่มให้เกิดการสร้างสนธิสัญญาที่ประกาศให้ภูมิภาคแปซิฟิกเป็นเขตปลอดการจกดสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิต

ต้องการให้หยุดการสำรวจทางชีวภาพไว้ชั่วคราวในแปซิฟิกและกระตุ้นให้คนพื้นเมืองไม่ร่วมมือในการกิจกรรมสำรวจทางชีวภาพจนกว่าจะมีกลไกการคุ้มครองที่เหมาะสม ให้คำมั่นสัญญาที่จะทำให้สาธารณะรับรู้ถึงความอันตรายของการเข้ายึดครองความรู้และทรัพยากรของคนพื้นเมือง

ตระหนักถึงความจำเป็นที่เร่งด่วนในการระบุถึงขอบเขตของการเข้ายึดครองซึ่งเกิดขึ้นแล้วและกำลังจะเกิดขึ้น

กระตุ้นให้ Pacific Government ที่ไม่ได้ลงนามใน GATT ปฏิเสธที่จะลงนามและกระตุ้นให้รัฐบาลของประเทศที่ได้ลงนามไปแล้วให้ความคุ้มครองโดยต่อต้านบทบัญญัติที่ทำให้ง่ายต่อการเข้ายึดครองความรู้และทรัพยากรของคนพื้นเมืองและการจกดสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิต

กระตุ้นให้ South Pacific Forum เปลี่ยนแปลงกฎระเบียบของการดำเนินงานให้สามารถแต่งตั้งคนพื้นเมืองและ NGOs เป็นผู้สังเกตการณ์ในการประชุมอย่างเป็นทางการที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

ทำให้เครือข่ายคนพื้นเมืองมีความเข้มแข็ง กระตุ้นให้ UNDP และภูมิภาคบริจาคเพื่อให้คงไว้ซึ่งการสนับสนุนการปรึกษาหารือในเรื่องความรู้ของคนพื้นเมืองและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

ทำให้เกิดความเข้มแข็งของคนพื้นเมืองในการในการรักษาขนบธรรมเนียมประเพณีและสนับสนุนการเริ่มต้นของคนพื้นเมืองในการบันทึกความรู้ของตนในรูปแบบที่ถาวรสอดคล้องกระบวนการเข้าถึงตามประเพณี

สนับสนุนให้มหาวิทยาลัย, โบสถ์, รัฐบาล, NGOs และสถาบันอื่นๆ ให้พิจารณากฎระเบียบของตนในการเข้ายึดครองความรู้และทรัพยากรของคนพื้นเมือง และช่วยเหลือให้พวกเขาได้สิทธิที่ชอบธรรมในความเป็นเจ้าของกลับคืนมา

เรียกร้องให้รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องรับผิดชอบต่อการทำลายทรัพยากรชีวภาพของภูมิภาคแปซิฟิกเพื่อหยุดยั้งวิถีปฏิบัติที่เป็นการทำลายและขูดรีดชุมชนที่ได้รับผลกระทบและฟื้นฟูสิ่งแวดล้อมที่ได้รับผลกระทบ

ต่อมาในวันที่ 2 ตุลาคม ปี ค.ศ. 1997 ชาวอินเดียกว่า 500,000 คนได้ทำการชุมนุม ณ เมืองบังกาลอร์ทางตะวันตกเฉียงใต้ของประเทศไทยเนื่องจากรู้สึกถึงการคุกคามอนาคตของพวกเขาโดยการจดสิทธิบัตรเมล็ดพืชและวัตถุทางชีวภาพอื่น เกษตรกรจำนวนมากเหล่านี้ต้องการทำให้โลกรู้ว่าคนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่นของประเทศโลกที่สามได้ตระหนักถึงรูปแบบใหม่ของการล่าอาณานิคมที่ประเทศร่ำรวยทั้งหลายกำลังกระทำอยู่²⁰ จากเหตุการณ์ครั้งนี้เองทำให้คำว่า “โจรสลัดทางชีวภาพ” มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

การล่าอาณานิคมแบบใหม่แตกต่างจากการล่าอาณานิคมในอดีต เนื่องจากมีเล่ห์เหลี่ยมมากกว่า มองเห็นได้ยากกว่า ดังนั้นจึงมีอันตรายมากกว่า ประเทศที่ร่ำรวยและบริษัทของประเทศเหล่านี้ได้นำเอาทรัพยากรธรรมชาติ แร่ธาตุ ดินไม้และดินของประเทศโลกที่สามเหล่านี้ไปเกือบทั้งหมดและตอนนี้ต้องการเอาความอุดมสมบูรณ์ทางความหลากหลายทางชีวภาพ เมล็ดพันธุ์และทรัพยากรพันธุกรรมไปจากประเทศเหล่านี้ด้วย โดยการให้คำนิยามคำว่า “ความรู้” ที่เป็นประโยชน์แก่ตน และถือว่าความรู้ของเกษตรกรและชุมชนท้องถิ่นในการเพาะปลูกเพื่อใช้บริโภคและการอยู่อย่างกลมกลืนกับธรรมชาติและผู้อื่นไม่ถือว่าเป็น “ความรู้” เนื่องจากสิ่งที่พัฒนาโดยธรรมชาติ ดังนั้นจึงไม่มีใครรับผิดชอบต่อสิ่งนี้และไม่มีใครควรได้รับสิ่งตอบแทนสำหรับการนี้

ในทางตรงกันข้ามหากบริษัทของประเทศที่ร่ำรวยได้ประดิษฐ์บางอย่างในห้องทดลอง สิ่งนี้ถือว่าการสร้าง “ความรู้ใหม่” ที่บริษัทจะได้รับรางวัลตอบแทนเป็นสิทธิบัตร เมื่อได้รับสิทธิบัตรแล้วไม่มีใครสามารถนำผลิตภัณฑ์ของบริษัทไปใช้ได้หากไม่ได้จ่ายค่าตอบแทนให้แก่บริษัทซึ่งราคาที่จ่ายมักเป็นราคาสูงเนื่องจากการผูกขาดโดยบริษัทที่ได้รับการคุ้มครองโดยสิทธิบัตร

สิ่งนี้เป็นการใช้มาตรฐานที่แตกต่างกันในเรื่องความหมายของ “ความรู้” และบุคคลที่สมควรได้รับค่าตอบแทน เห็นได้ชัดเจนในคดีที่เกิดขึ้นกับเกษตรกรและทรัพยากรพันธุกรรม เมื่อเกษตรกรของประเทศโลกที่สามได้ค่อยๆ พัฒนาวิธีการผลิตอาหารซึ่งประกอบไปด้วยเมล็ดพืชมากมายหลายชนิดซึ่งมีความซับซ้อนและใช้กระบวนการทางวิทยาศาสตร์มาเป็นเวลาหลายพันปี สิ่งเหล่านี้ไม่ถือว่าการพัฒนาเกษตรกรรมโดยวิทยาศาสตร์ ในทางตรงกันข้ามถูกมองว่าเป็นสิ่งที่มีมาแต่ดึกดำบรรพ์

ประเทศโลกที่สามเหล่านี้มองว่าบริษัทจากประเทศที่ร่ำรวยเหล่านี้ ไม่ได้ “ประดิษฐ์” เมล็ดพืชใหม่ แต่ได้ขโมยมันไปจากเกษตรกรของประเทศโลกที่สาม พวกเขาไม่ได้สร้างทรัพย์สิน

²⁰ Doris Estelle Long and Anthony D'Amato, “ A coursebook in International Intellectual Property”, (West Group, ST.PUAL, MINN,2000),p.1052.

ทางปัญญาขึ้นใหม่ แต่ได้กระทำสิ่งที่เรียกว่าเป็น “โจรสลัดทางทรัพย์สินทางปัญญา” การให้ความคุ้มครองทางสิทธิบัตรไม่ใช่เพื่อความชอบธรรมต่อสิ่งที่พวกเขาประดิษฐ์ แต่เพื่อการคุ้มครองพวกเขาทางกฎหมายจากสิ่งที่ทางศีลธรรมแล้วไม่สามารถปกป้องตัวเองได้ และสิ่งนี้ถือว่าเป็นการขโมยเมล็ดพืชไปจากเกษตรกร

สำหรับประเทศไทยก็ประสบปัญหาโจรสลัดทางชีวภาพเช่นเดียวกันจากกรณีตัวอย่างเช่น กรณีการจดสิทธิบัตรกวาวเครือ (Pueraria Mirifica) เป็นสิทธิบัตรสหรัฐโดยบริษัทโคซี่ (Kose Corporation) ได้รับอนุมัติเมื่อวันที่ 5 มีนาคม 2545 มีข้อถือสิทธิครอบคลุมกว้างขวางถึง 20 รายการที่สำคัญคืออ้างคุณสมบัติของสารสกัดจากกวาวเครือเพื่อบำรุงผิวพรรณ ชะลอความแก่ และสิทธิบัตรสหรัฐที่ถือสิทธิบัตรโดยบริษัทเกาหลี่ ชื่อ Cheil Jedang Corporation ได้รับอนุมัติเมื่อ 6 มกราคม 2547 อ้างคุณสมบัติสารสกัดที่ช่วยขยายเต้านมและทำให้เต่งตึง บริษัทนี้ยังจดสิทธิบัตรภายใต้ระบบความร่วมมือสิทธิบัตรระหว่างประเทศ (PCT) ด้วยทำให้สามารถจดสิทธิได้ในเกือบร้อยประเทศสมาชิกทั่วโลก²¹

การจดสิทธิบัตรของบริษัททั้งสองเป็นการละเมิดสิทธิของประเทศไทยเหนือทรัพยากรชีวภาพตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ เป็นการละเมิดกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชพ.ศ. 2542 ซึ่งถือว่ากวาวเครือเป็นพันธุ์พืชป่า และอาจเป็นได้ว่าสิทธิบัตรและข้อถือสิทธินั้นขาดองค์ประกอบในเรื่องความใหม่ตามกฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายสหรัฐและประเทศอื่นๆ²²

(2) กรณียุโรปจดสิทธิบัตรขมิ้นชันของประเทศอินเดีย

ขมิ้นชันเป็นพืชดั้งเดิมของทวีปเอเชีย และในอินเดียแพทย์พื้นบ้านได้ใช้ขมิ้นชันเพื่อเป็นยาสมานแผลมากกว่าศตวรรษ ในปี พ.ศ. 2543 สำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐได้ออกสิทธิบัตรสำหรับการใช้ขมิ้นชันในการสมานแผลให้นักวิจัยจากมหาวิทยาลัยมิสซิสซิปปี (University of

²¹ ผู้จัดการออนไลน์, “ทางออกสิทธิบัตรกวาวเครือ”,

<<http://www.manager.co.th/Home/ViewNews.aspx?NewsID=9470000084289>> ,

(18 พฤศจิกายน 2547).

²² วิฑูรย์ เลี่ยนจำรูญ และ บัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์, “ประเมินผลงานรัฐบาลทักษิณ : ว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ”,

<http://www.biothai.net/autopage1/show_page.php?t=16&s_id=2&d_id=2> , (4

มกราคม 2000).

Mississippi)²³ รัฐบาลอินเดียได้ฟ้องร้องขอเพิกถอนสิทธิบัตรดังกล่าว โดยอ้างตำรายาพื้นบ้านชนิดหนึ่ง ซึ่งมีการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรว่า มีการใช้ขมิ้นชันเป็นยาสมานแผลมานานในประเทศอินเดีย ศาลสหรัฐมีคำสั่งเพิกถอนสิทธิบัตรดังกล่าว บริษัทดังกล่าวจึงไม่ได้รับสิทธิบัตร ซึ่งแม้รัฐบาลอินเดียจะประสบความสำเร็จในการฟ้องร้องเพิกถอนสิทธิบัตรขมิ้นชัน แต่ก็ต้องใช้เวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีไปเป็นจำนวนมาก อีกทั้งการตรวจสอบสิทธิบัตรที่ออกในต่างประเทศก็มีความยากลำบากเป็นอย่างยิ่ง

(3) กรณีญี่ปุ่นจดสิทธิบัตรเปล้าน้อยของประเทศไทย

กรณีเปล้าน้อย (*Croton Sublyratus*) ซึ่งถือกันว่าเป็นกรณีตัวอย่างคลาสสิกที่มักเป็นตัวอย่างแรกๆ เพื่ออธิบายถึงกรณีโจรสลัดชีวภาพในประเทศไทย

เปล้าน้อย เป็นสมุนไพรพื้นบ้านของไทย มีลักษณะเป็นไม้พุ่มไม่สูงมากนัก พบขึ้นกระจายทั่วไป มีสรรพคุณโดยใช้ใบในการบำรุงธาตุ ใช้ดอกแก้พยาธิ ลูกดองสุรากินขับโลหิตระดูในเรือนไฟ เปลือกและกระพี้ช่วยย่อยอาหาร แก้เลือดร้อน แก่นใช้ขับเลือดหนองให้ตก และขับไล่เดือน รากขับผายลม²⁴

เชื่อกันว่าเหตุที่ประเทศญี่ปุ่นให้ความสนใจเปล้าน้อย เริ่มมาจากสมัยสงครามโลกครั้งที่สอง ทหารญี่ปุ่นที่อยู่ในประเทศไทย แถบจังหวัดประจวบคีรีขันธ์ เกิดการปวดท้องอันเป็นอาการจากโรคกระเพาะ ชาวบ้านในถิ่นนั้นได้นำยาจากยาจากสมุนไพรชนิดหนึ่งมาให้กินและอาการก็ทุเลาลงอย่างรวดเร็ว จากคำบอกเล่าปากต่อปากภายในกองทัพญี่ปุ่นเกี่ยวกับสมุนไพรตัวนี้เริ่มแพร่กระจายเป็นวงกว้าง จนเมื่อเสร็จสงครามโลกมาได้ระยะหนึ่ง ญี่ปุ่นก็หันมาให้ความสนใจสมุนไพรตัวนี้อย่างจริงจังในระดับการวิจัยและผลิต และสมุนไพรตัวนี้ก็คือ “เปล้าน้อย” นั่นเอง²⁵

ในขณะที่บางคนเชื่อว่า ในระหว่างปี พ.ศ. 2513-2517 เปล้าน้อยมีรายชื่ออยู่ในรายการความร่วมมือศึกษาวิจัยในโครงการช่วยเหลือของญี่ปุ่นให้แก่กรมวิทยาศาสตร์การแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข ซึ่งอาจเป็นไปได้ว่าภาคเอกชนของญี่ปุ่นได้รับข้อมูลเกี่ยวกับประโยชน์ของ

²³ จักรกฤษณ์ วรรณ, “ภัยคุกคามต่อภูมิปัญญาท้องถิ่น”,

http://www.meanswatch.org/autopage/show_page.php?t=7&s_id=9&d_id=17

²⁴ บทเรียนซ้ำซาก “ต่างชาติ” ลอบจดสิทธิบัตร, กรุงเทพธุรกิจ, (13 พฤศจิกายน 2547)

²⁵ “เปล้าน้อย” ที่คนไทยรอคอยมาว่า 20 ปี, ผู้จัดการออนไลน์, (13 ตุลาคม 2548), <http://www.manager.co.th>

เปล้าน้อยตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา ทำให้บริษัท ชังเกียว จำกัด ของประเทศญี่ปุ่น เห็นศักยภาพ และสกัดเปล้าน้อยเป็นยา²⁶

อย่างไรก็ตาม ในงานเขียนของ นายชนะ พรหมเดช เรื่องเปล้าน้อย กลับให้ข้อมูลว่า ความสนใจในเรื่องเปล้าน้อยนั้นเริ่มต้นจากฝ่ายญี่ปุ่นเองโดยเริ่มจากการที่นักวิจัยญี่ปุ่นประจำ บริษัท ชังเกียว จำกัด ได้สังเคราะห์สารเคมีชนิดหนึ่ง ($C_{20}H_{34}O_2$) ขึ้นในปี 2508 ซึ่งมีคุณสมบัติในการรักษาโรคกระเพาะ แต่ปรากฏว่าสารดังกล่าวมีผลข้างเคียงเกินกว่าที่จะใช้ผลิตยา

ต่อมานายอนันต์ เหล่าพานิชย์ ตัวแทนจำหน่ายผลิตภัณฑ์ของบริษัท ชังเกียวในประเทศไทยได้แนะนำให้สกัดตัวยาดังกล่าวจากสมุนไพรไทย และได้จัดส่งสมุนไพรแห้งชนิดต่างๆ ไปให้ที่ญี่ปุ่น เพื่อดูว่าจะมีตัวยาดังกล่าวอยู่ในพืชชนิดใด จนค้นว่าในตัวอย่างที่ 684 มีสารดังกล่าว เมื่อตรวจโดยใช้วิธี thin chromatography ตัวอย่างที่ 684 คือสมุนไพรของไทยที่เรียกว่า เปล้าน้อย สารสกัดดังกล่าวมีชื่อย่อว่า CS 684 ซึ่งมีฤทธิ์ในการรักษาแผลในกระเพาะอาหารและลำไส้ และในปี พ.ศ. 2526 ญี่ปุ่นได้นำสารดังกล่าวไปจดทะเบียนกับองค์การอนามัยโลก (The World Health Organization (WTO)) ภายใต้ชื่อ “เปลาโนทอล (Plauntol)”²⁷ ซึ่งบริษัท ชังเกียว จำกัด ได้รับอนุญาตจากองค์การบริหารยาของประเทศญี่ปุ่นให้ผลิตยาจากเปล้าน้อยนี้ออกจำหน่าย โดยใช้ชื่อทางการค้าว่า “เคลเน็กซ์” (Kelnac)

ในปีเดียวกันนี้เองบริษัทชังเกียวได้ร่วมมือกับนายอนันต์ เหล่าพานิชย์ จัดตั้งบริษัท ไทยชังเกียว จำกัด ขึ้นในปี พ.ศ. 2529 เพื่อดำเนินการผลิตสารสกัดจากเปล้าน้อยเพื่อส่งออกให้แก่ บริษัท ชังเกียว จำกัด ที่ประเทศญี่ปุ่น การผลิตของบริษัท ไทยชังเกียว จำกัด เริ่มจากการปลูกต้นเปล้าน้อยในที่ดินของบริษัทฯ เก็บใบสดมาตากและอบแห้ง แล้วสกัดตัวยาดจากใบแห้งโดยใช้สารทำละลาย โดยคาดว่าจะผลิตได้ประมาณ 1,700 ตันต่อปี จากพื้นที่ปลูกประมาณ 7,000 ไร่ โดยบริษัทแม้จะนำสารสกัดที่ได้ไปผลิตเป็นยาเคลเน็กซ์ โดยตลาดของยาเคลเน็กซ์ อยู่ที่ประเทศญี่ปุ่น ในประเทศไทยมียาชนิดนี้ขายผ่านทางบริษัทของนายอนันต์ เหล่าพานิชย์ เท่านั้น เนื่องจากบริษัทไม่มีนโยบายที่จะขายยานี้ในประเทศไทย จากรายงานของโครงการสมุนไพรเพื่อการพึ่งตนเอง เมื่อปี พ.ศ. 2528 ราคาของยาเคลเน็กซ์ขายในราคาเม็ดละ 30 บาท

การจดสิทธิบัตรเปล้าน้อยของญี่ปุ่นได้จดทั้งสิทธิบัตรกรรมวิธีการผลิตและสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ ซึ่งทำให้นักวิจัยของไทยไม่สามารถพัฒนากรรมวิธีการผลิตและผลิตภัณฑ์ที่จดสิทธิบัตรเอาไว้ดังกล่าวได้

²⁶ วิฑูรย์ เลี่ยนจำรูญ และบัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์, *อ้างแล้ว* เจริญรณที่ 22

²⁷ เพิ่งอ้าง, น 2.

งานศึกษาของเลอสรและคณะเรื่อง “รายงานโครงการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องในการจัดการความหลากหลายทางชีวภาพที่ยั่งยืน : การเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการแบ่งปันผลประโยชน์” ในบทที่สี่เรื่อง “เป็ลล้น้อย กรณีศึกษาเรื่องการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพ” กล่าวว่า “เมื่อพิจารณาในเชิงเศรษฐศาสตร์เป็นหลักพบว่า ในด้านธุรกิจการผลิตเป็ลล้น้อยเป็นการลงทุนที่ให้ผลตอบแทนสูง และเมื่อพิจารณาในเชิงเศรษฐศาสตร์เห็นได้ว่า มูลค่าเพิ่มต่อไร้จากกิจการดังกล่าวสูงกว่าการใช้พื้นที่ที่เคยเป็นอยู่คือการปลูกสับปะรดหรือปลูกอ้อยโรงงาน ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าการพัฒนาเป็ลล้น้อยที่เป็นมานี้ เป็นประโยชน์ต่อประเทศไทยในเชิงเศรษฐศาสตร์ แต่ไม่มีการแบ่งปันผลประโยชน์กลับมายังชุมชน”²⁸

อย่างไรก็ดีรายงานฉบับนี้แสดงให้เห็นถึงรายละเอียดผลประโยชน์ที่ประเทศไทยได้รับจากการพัฒนาเป็ลล้น้อยโดยบริษัท ไทยซังเกียวก จำกัด ว่ามีมูลค่าปีละ 160 ล้านบาท ซึ่งเพิ่มจากการใช้พื้นที่ผลิตสับปะรดประมาณ 64 ล้านบาท โดยที่เป็นค่าตอบแทนแรงงาน ค่าเสื่อมสภาพและกำไรและภาษี นอกจากนี้ยังได้รับผลประโยชน์ทางอ้อม คือ (1) รายได้ของผู้ที่ทำงานกับบริษัท (2) กำไรของบริษัท ซึ่งส่วนหนึ่งได้อินท่ายให้แกรัฐในรูปของภาษีเงินได้นิติบุคคล ส่วนที่เหลือก็แบ่งเป็นของผู้ถือหุ้น ซึ่งเป็นฝ่ายไทย 51% (3) เงินตราต่างประเทศที่ได้จากการส่งออกสารสกัดจากเป็ลล้น้อย

งานชิ้นนี้ยังอ้างอีกว่า การที่บริษัทซังเกียวกได้รับสิทธิบัตรในกรรมวิธี 1 กรรมวิธีในการสกัดตัวยาเปลาโนทอลไม่เป็นอุปสรรคต่อการใช้เป็ลล้น้อยเป็นสมุนไพรพื้นบ้าน นอกจากนี้ยังกระตุ้นให้มีการศึกษาวิจัยที่เกี่ยวข้องกับเป็ลล้น้อยต่อไป เช่น การวิจัยเรื่อง กรรมวิธีสกัดและแยกสารเปลาโนทอลให้บริสุทธิ์ ซึ่งดำเนินการโดยรองศาสตราจารย์นลิน นิลอุบลและคณะ จากสถาบันเทคโนโลยีชีวภาพและวิศวกรรมพันธุศาสตร์ โดยที่ดำเนินการในช่วง พ.ศ. 2521-2532 และได้รับรางวัลจากสภาวิจัยแห่งชาติในปี พ.ศ. 2537 ปัจจุบันกระบวนการนี้ได้รับสิทธิบัตรที่ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา

อย่างไรก็ดีงานศึกษาชิ้นนี้สังเกตเห็นผลเสียประการสำคัญคือ การที่เทคโนโลยีส่วนหนึ่งพัฒนาขึ้นเพื่อการผลิตในประเทศไทย เช่นการคัดเลือกพันธุ์ที่มีสารตัวยาสูง ไปจนถึงการสกัดสารตัวยาขั้นต้นนั้น หากนักวิจัยของไทยได้มีโอกาสอยู่ร่วมในโครงการดังกล่าวก็อาจมีการถ่ายทอดเทคโนโลยีให้นักวิจัยเหล่านั้นบ้าง ในส่วนที่ไม่ใช่หัวใจของการผลิตสารเปลาโนทอล แต่ในความเป็นจริงมีนักวิจัยไทยทำงานให้บริษัทจำนวนไม่มาก และไม่มีการถ่ายทอดออกมานอกบริษัท

²⁸ ฝ่ายข้อมูลไบโอไทย, “เป็ลล้น้อยไทยในมือญี่ปุ่น”,

และหากพิจารณาว่าขั้นตอนต่อไปของยานี้กระทำที่ประเทศญี่ปุ่น ก็ยังไม่มีโอกาสในเรื่องการถ่ายทอดเทคโนโลยี

โดยสรุปแล้ว การวิจัยที่เกี่ยวข้องกับเป็ลล่าน้อยยังสามารถดำเนินการต่อไปได้โดยอิสระจากเจ้าของสิทธิบัตร แต่หากจะมีการนำกระบวนการเหล่านี้ไปผลิตสารเปลาโนทอลจำหน่ายในประเทศญี่ปุ่นหรือประเทศอื่นที่บริษัท ชังเกียว ได้ขอรับสิทธิบัตรไว้ในสารเปลาโนทอลไว้ จะต้องมีการข้อตกลงด้านทรัพย์สินทางปัญญากับบริษัท ชังเกียว ยกเว้นการจำหน่ายในประเทศซึ่งไม่ให้ความสำคัญคุ้มครองสารเปลาโนทอล เช่นประเทศไทย

งานศึกษาชิ้นนี้มีผู้แสดงความเห็นว่าเป็นทัศนคติของนักวิชาการเศรษฐศาสตร์ที่มองว่าการลงทุนจากต่างประเทศและความร่วมมือในการวิจัยกับต่างประเทศนำมาซึ่งผลประโยชน์ต่อประเทศมากกว่าผลในแง่ลบอันเป็นการใช้แง่มุมทางเศรษฐศาสตร์ในแง่มุมแคบๆและแสดงให้เห็นถึงความวิธีการมองที่โน้มเอียงดังต่อไปนี้²⁹

1. งานศึกษานี้ใช้ข้อมูลของที่เป็นงานเขียนของนายชนะ พรหมเดช ซึ่งเขียนขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2538 เป็นหลักโดยมิได้ตรวจสอบกับข้อมูลอื่นๆอันเป็นการเชื่อข้อมูลที่ได้มาจากฝ่ายญี่ปุ่นเป็นหลัก เนื่องจากผู้เล่าเรื่องคนดังกล่าวเป็นผู้มีส่วนได้เสียกับบริษัทชังเกียว ในฐานะที่มสำรวจเรื่องเป็ลล่าน้อยในช่วงเวลาดังกล่าว

2. งานศึกษานี้ได้ใช้ข้อมูลการวิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่างการปลูกเป็ลล่าน้อยกับการปลูกพืชเช่น สับปะรด และอ้อยโรงงาน และมองสิ่งที่สังคมไทยได้รับจากรายได้การทำงาน ผู้ถือหุ้นฝ่ายไทย การเสียภาษี และเฉพาะเงินตราจากการส่งออกเป็นหลัก โดยไม่ได้มองว่าแท้จริงแล้วประเทศไทยอาจมีรายได้มากกว่ากรณีตั้งบริษัท ไทยชังเกียว จำกัดหากเราสามารถพัฒนayaแผนปัจจุบันจากเป็ลล่าน้อยได้เอง โดยไม่ต้องพึ่งพาเทคโนโลยีจากบริษัทชังเกียวจากประเทศญี่ปุ่นเป็นต้น

จนกระทั่งผ่านมาเป็นระยะเวลาานาน ในปี พ.ศ. 2548 ได้มีการลงนามร่วมกันระหว่างจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กับองค์การเภสัชกรรม ในบันทึกข้อตกลงความร่วมมือโครงการ “ผลิตยารักษาโรคกระเพาะเป็ลล่านทอลจากไบเป็ลล่าน้อย” โดยเริ่มศึกษาด้วยาเป็ลล่านทอลจากไบเป็ลล่าน้อยมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2527 อันเป็นช่วงระยะเวลาเดียวกับที่ญี่ปุ่นจดสิทธิบัตรเปลาโนทอลนั่นเอง รศ.ดร. อมร เพชรสม ผู้อำนวยการสถาบันเทคโนโลยีชีวภาพและวิศวกรรมพันธุศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กล่าวว่า โรคกระเพาะเป็นโรคที่คนไทยเป็นกันมาก และทุกวันนี้ประเทศไทยต้องนำเข้ายารักษาอาการโรคกระเพาะมากถึงปีละเกือบหนึ่งพันล้านบาท ดังนั้นหากสามารถวิจัยและประสานงานกับหน่วยงานการผลิตให้ออกมาเป็นยาแก้โรคกระเพาะอีกตัวหนึ่ง น่าจะเป็น

²⁹ เพิ่งอ้าง.

ทางเลือกของผู้ป่วยและช่วยลดการนำเข้ายาจากต่างประเทศได้ ผู้ป่วยจะไม่ต้องจ่ายแพงซื้อยาต่างประเทศ คือจากเดิมที่เคยซื้อ 60 บาท จะจ่ายเพียง 10 บาทเท่านั้น³⁰

(4) กรณีการจดสิทธิบัตรกวาวเครือ

กรณีการจดสิทธิบัตรสารสกัดจากเปล้าน้อยนั้น จะเห็นได้ว่าในขณะนั้นยังไม่มีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ หรือกฎหมายระหว่างประเทศอื่นที่อาจนำมาปรับใช้ได้ จึงถือเป็นบทเรียนสำคัญของประเทศไทย แต่ผ่านมา 2 ทศวรรษแล้วก็เกิดกรณีซ้ำรอยขึ้นอีกกับสมุนไพรของไทย คือกวาวเครือ อันเป็นการจดสิทธิบัตรที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมของไทย ใช้ภูมิปัญญาของไทยภายใต้ความร่วมมือของนักวิชาการไทยเอง

“กวาวเครือ” มีชื่อเรียกเป็นภาษาอังกฤษว่า “ Pueraria mirifica” มีชื่อเรียกตามท้องถิ่นต่างๆ เช่น เครือเขาปู่ ตาลาน เครือ จานเครือ ตานจอมทอง ทองเครือ โพตะกู โปมือ เถาฮ่อม เบ้งเก เป็นต้น เป็นพืชสมุนไพรที่รู้จักและมีการใช้กันมานานแล้วในฐานะของสมุนไพรอายุวัฒนะ ในตำรับยาแผนโบราณทำให้ผิวพรรณนุ่มนวลและเต่งตึง

ในตำรายา หัวกวาวเครือของหลวงอนุสารสุนทร กรมการพิเศษเชียงใหม่ ระบุสรรพคุณของกวาวเครือไว้ว่า ช่วยให้ผู้ที่รับประทานนอนหลับดี รับประทานอาหารได้ โรคภัยไข้เจ็บจะลดน้อยลง และมีกำลังแข็งแรงดี แต่ในปัจจุบันได้มีการนำกวาวเครือมาใช้ โดยมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างไปจากในคือนิยมใช้กวาวเครืออันเนื่องมาจากสรรพคุณที่ช่วยกระชับ เต่งตึง ขยาย ทั้งในเรื่องหน้าอกของเพศหญิง และอวัยวะของเพศชาย³¹

ด้วยเหตุที่สรรพคุณดังกล่าวเริ่มเป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลาย แม้กระทั่งต่างชาติเองก็ให้ความสนใจ มีการค้นคว้าวิจัยถึงสรรพคุณของกวาวเครือกันอย่างกว้างขวาง นักวิจัยส่วนหนึ่งออกมายืนยันว่า การกินกวาวเครือทำให้น้ำนมมีขนาดใหญ่ และยังเป็นยาเสริมสมรรถภาพทางเพศ จนกระทั่งถูกจดสิทธิบัตรโดยบริษัทของต่างประเทศดังนี้

1. สิทธิบัตรสหรัฐอเมริกาหมายเลข 6,352,685 มีบริษัทโคซี่ (Kose Corporation) บริษัทเครื่องสำอางของประเทศญี่ปุ่นซึ่งตั้งอยู่ที่เมืองโตเกียว และบริษัทชิราอิ (Shiratori Pharmaceutical Co.,Ltd) ซึ่งตั้งอยู่ที่เมืองชิบะ (Chiba) เป็นผู้ถือครอง (assignee) โดยได้มีการยื่นขอสิทธิบัตรเมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2543 และได้รับอนุมัติเมื่อวันที่ 5 มีนาคม 2545 ทั้งนี้โดยมีข้อถือสิทธิครอบคลุมกว้างขวางถึง 20 รายการ เช่นสารป้องกันการก่อตัวของเมลานิน (Melanine

³⁰ อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 28.

³¹ ศศิมา ดำรงสุกิจ, “กวาวเครือสมุนไพรควบคุมชนิดแรก”, เดลินิวส์. (27 ก.พ.2549)

Formation Inhibition) เพื่อช่วยให้ผิวขาวขึ้น สารทำให้ผิวพรรณเต่งตึง ชะลอความแก่ ป้องกันแสง
อุลตราไวโอเลต วิตามินเอ วิตามินซี เป็นต้น

2. สิทธิบัตรสหรัฐอเมริกาหมายเลข 6,673,377 ถือสิทธิโดยบริษัทเกาหลีชื่อ Cheil Jedang Corporation โดยยื่นขอจดสิทธิบัตรเมื่อวันที่ 6 กรกฎาคม 2534 และได้รับสิทธิบัตรเมื่อวันที่ 6 มกราคม 2547 และได้รับการตีพิมพ์เมื่อวันที่ 8 มีนาคม 2544

3. เมื่อวันที่ 8 กันยายน 2548 มีการยื่นคำขอรับสิทธิบัตรการสกัดกาวเครือขาวเรื่อง Pueraria candollei var.mirifica A Shaw.& Suvat Extract (สารสกัดจากกาวเครือขาว) โดยนักประดิษฐ์ Damelio Frank S.SR ซีอีโอของบริษัท Bio-Botanica Inc. และ Mirhom Youssef พนักงานบริษัท ถือสิทธิโดย Bio-Botanica Inc.ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีข้อถือสิทธิ 19 ข้อ ซึ่งเน้นการสกัดสารจากหัวกาวเครือขาว เพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องสำอางกระชับผิว ซึ่งขณะนี้บริษัท Bio-Botanica Inc.ได้ผลิตสารสกัดกาวเครือขาว ภายใต้ชื่อทางการค้า “Puresterol” และมีการนำเข้ามาทำในตลาดประเทศไทยแล้ว ทำให้ผู้ประกอบการผลิตภัณฑ์สมุนไพรไทยได้รับผลกระทบทางการค้า เนื่องจากค่านิยมผู้บริโภคที่มักให้คุณค่ากับของที่นำเข้าจากต่างประเทศมากกว่าที่ผลิตขึ้นภายในประเทศ³²

4. เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2548 มีการยื่นคำขอรับสิทธิบัตรการนำกาวเครือขาวมาใช้เรื่อง breast enhancement system (ระบบเพิ่มขนาดเต้านม) ซึ่งถือสิทธิโดย Savvier Inc. ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีข้อถือสิทธิ 37 ข้อ ซึ่งเน้นการใช้อุปกรณ์นวดเต้านมควบคู่กับการใช้กาวเครือขาว โดยอาศัยความรู้จากภูมิปัญญาไทย และองค์ความรู้ใหม่จากนักวิจัยของไทย³³

การจดสิทธิบัตรดังกล่าวข้างต้น ส่งผลกระทบต่อการศึกษาวิจัยพัฒนากาวเครือของ
ไทยแน่นอนเพราะในขณะเดียวกันนี้มีหลายหน่วยงานของไทยกำลังทำการศึกษาวจัยกาวเครือ
และการใช้กาวเครือยังเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศไทยที่มีมานานแล้ว นอกจากนี้ยังเป็
การละเมิดทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของประเทศไทยเอง รวมทั้งยังอาจเป็น
การขาดคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์ของสิ่งประดิษฐ์ที่สามารถนำมาจดสิทธิบัตรได้อีกด้วยดังต่อไปนี้

(ก) การละเมิดสิทธิของประเทศไทยตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

สิทธิบัตรของญี่ปุ่นมีนักวิจัยหรือนักประดิษฐ์ (inventor) ผู้หนึ่งซึ่งอยู่ในทีมได้รับ
สิทธิบัตรเข้ามาวิจัยกาวเครือในประเทศไทย อีกทั้งยังมีนักวิจัยไทยนำกาวเครือของไทยไปวิจัยที่

³² “วอนรัฐปกป้องสิทธิบัตรกาวเครือจากมะกัน”, ผู้จัดการออนไลน์, (10 ก.พ 2549)

³³ เพิ่งอ้าง.

ญี่ปุ่น ส่วนสิทธิบัตรของเกาหลีนั้นยังมีความชัดเจนเพราะนักประดิษฐ์นั้นเป็นนักวิจัยไทยเอง เป็นการละเมิดต่ออนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ที่ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่ารัฐมีอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพของตนเอง และละเมิดสนธิสัญญาพันธกรรมพืชว่าด้วยอาหารและการเกษตร ซึ่งถือเป็นข้อตกลงที่มีผลผูกพันตามกฎหมายที่ทั้งเกาหลีและญี่ปุ่นต่างก็เป็นภาคีที่ตนเองได้ให้สัตยาบันไว้

(ข) การละเมิดพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน 2542 ในมาตรา 52 ระบุว่า “ผู้ใดเก็บ จัดหา หรือรวบรวมพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป พันธุ์พืชป่า หรือ ส่วนหนึ่งส่วนใดของพันธุ์พืชดังกล่าวเพื่อการปรับปรุงหรือศึกษาทดลองหรือวิจัยเพื่อประโยชน์ ในทางการค้า จะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ และทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ โดยให้นำเงินรายได้ตามข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ส่งเข้ากองทุนคุ้มครองพันธุ์พืช ทั้งนี้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง” ซึ่งในกรณีนี้ไม่มีการแจ้งให้รัฐบาลไทยทราบ และไม่มีการเจรจาเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์แต่อย่างใด

จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวออกมาใช้บังคับในระหว่างที่มีการวิจัยของ นักวิจัยที่เกี่ยวข้องกับกวาวเครือ หากพิจารณาในรายละเอียดการจดสิทธิบัตรของเกาหลี ยื่นเสนอ สิทธิบัตรสหรัฐเมื่อวันที่ 6 กรกฎาคม 2544 และยื่นเสนอต่อ Patent Corporation Committee เมื่อ 28 กรกฎาคม 2543 ส่วนกรณีของญี่ปุ่นมีการยื่นเสนอขอรับสิทธิบัตรสหรัฐ เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2543³⁴

ดังนั้น ทั้งสองกรณีจึงต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชซึ่งถือว่ากวาวเครือ เป็นพันธุ์พืชป่า หรืออาจถือได้ว่าเป็นพันธุ์พืชทั่วไปก็ได้และการนำเอากวาวเครือของไทยออกไปใช้ เป็นวัตถุดิบ นอกจากการซื้อขายโดยปกติแล้ว ควรต้องพิจารณาประเด็นแบ่งปันผลประโยชน์ มาร่วมพิจารณาอีกประเด็นหนึ่งด้วย มิฉะนั้นอาจ “ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ตามความมาตรา 66 ของพระราชบัญญัตินี้³⁵

³⁴ คณะกรรมาธิการต่างประเทศ วุฒิสภา, “รายงานประชาชน 2543-2549”, http://www.senate.go.th/foreign/report-foreign_affairs.pdf, น.72

³⁵ เพิ่งอ้าง.

(ค) การละเมิดต่อ พ.ร.บ.คุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์ไทย พ.ศ. 2542

การจดสิทธิบัตรดังกล่าวอาจเป็นการละเมิดต่อ พ.ร.บ.คุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์ไทย พ.ศ. 2542 ด้วยเพราะคุณสมบัติในการดูแลผิวพรรณนั้นเป็นความรู้ที่แพร่หลายในหมู่หมอยาพื้นบ้านของไทยมาช้านาน เช่นเดียวกับคุณสมบัติอื่นๆ เช่น เป็นยาบำรุงเลือดลมและกระตุ้นเลือดลมและประจำเดือนให้มาตามปกติ เป็นยาอายุวัฒนะ ป้องกันผมหงอก แก้โรคตาฝ้าฟาง และต่อกระຈก รวมทั้งกระตุ้นการเพิ่มขนาดของทรวงอก เป็นต้น

(ง) สิทธิบัตรที่จดอาจขาดคุณสมบัติความใหม่ตามกฎหมายสหรัฐ

สิทธิบัตรของบริษัทเกาหลีและญี่ปุ่นที่ได้รับจากสหรัฐอเมริกานั้นอาจขาดองค์ประกอบเรื่องความใหม่ การจดสิทธิบัตรภายใต้กฎหมายสหรัฐนั้นต้องมีองค์ประกอบเรื่องความใหม่ สามารถประยุกต์ใช้ได้ทางอุตสาหกรรม และต้องมีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น

การจดสิทธิบัตรกวาวเครือดังกล่าวอาจขาดความใหม่ทั้งนี้ เนื่องจากคุณสมบัติของสารสกัดจากกวาวเครือ เช่นการชะลอความแก่ การเพิ่มขนาดของเต้านม เป็นที่รู้จักกันทั่วไปในหมู่หมอยาและคนทั่วไป รวมทั้งได้รับการบันทึกไว้ในตำรายาเก่าแก่ของไทยด้วย หากพิสูจน์ได้ว่าสิทธิบัตรดังกล่าวขาดองค์ประกอบการขอรับสิทธิบัตร ประเทศไทยก็สามารถเรียกร้องให้มีการเพิกถอนสิทธิบัตรดังกล่าวได้

อย่างไรก็ดีเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว นายคณิศร นาวานุเคราะห์ อธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาในขณะนั้นให้ความเห็นว่า³⁶ กรณีที่บริษัทเครื่องสำอางค์ญี่ปุ่นจดสิทธิบัตรเครื่องสำอางที่มีส่วนผสมจากกวาวเครือทั้งในสหรัฐและญี่ปุ่นนั้น บริษัทดังกล่าวสามารถทำได้ เพราะกวาวเครือหรือสารสกัดจากกวาวเครือเป็นสิ่งที่อยู่มีธรรมชาติ ไม่ได้เป็นสิ่งที่ประดิษฐ์ คิดค้นขึ้นมาใหม่ และไม่มีใครเป็นเจ้าของ จึงไม่ถือว่าเป็นการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาของไทย เพราะตามกฎหมายสิทธิบัตรจะให้ความคุ้มครองแต่สิ่งประดิษฐ์ที่คิดค้นขึ้นใหม่ ที่ยังไม่มีใครเป็นเจ้าของ และไม่ใช่อะไรที่มีอยู่ตามธรรมชาติ ทั้งนี้รัฐบาลไทยไม่ได้เป็นเจ้าของกวาวเครือ ดังนั้นผู้ที่พอจะร้องขอให้บริษัทดังกล่าวเพิกถอนสิทธิบัตรได้ต้องเป็นเอกชนไทยที่ผลิตเครื่องสำอางค์ชนิดเดียวกัน โดยมีกวาวเครือเป็นส่วนประกอบ และต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าคิดค้นขึ้นก่อนบริษัทญี่ปุ่น

นอกจากนี้ยังกล่าวอีกว่า การจดสิทธิบัตรนี้จะไม่มีความกระทบต่อการคิดค้นวิจัยของไทย เพราะบุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นไทยหรือต่างประเทศก็สามารถจดสิทธิบัตรการพัฒนาการใช้ประโยชน์จากกวาวเครือได้เช่นกัน เพียงแต่ต้องไม่มีลักษณะเดียวกันกับสิทธิบัตรนี้เท่านั้น ที่ผ่านมามีต่างประเทศได้จดสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ที่ทำจากกวาวเครือมาแล้วกว่า 10 ปี เช่น อังกฤษ

³⁶ BIO THAI PRESS RELEASE ,12 พฤศจิกายน 2547, www.biothai.net

สิทธิบัตรเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ที่ทำจากกวาวเครือแดงมาตั้งแต่ปี ค.ศ.1935 และจดสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ที่ทำจากกวาวเครือขาวมาตั้งแต่ปี ค.ศ.1957³⁷

ในปี พ.ศ 2549 ได้มีประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่องสมุนไพรควบคุม พ.ศ.2549 ออกตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาตอนที่ 123 ตอนพิเศษ 18 ง เมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2549 และมีผลใช้บังคับในวันที่ 2 สิงหาคม พ.ศ. 2549 โดยประกาศให้กวาวเครือเป็นสมุนไพรควบคุม โดยคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย มีมติว่ากวาวเครือเป็นสมุนไพรที่มีค่าต่อการศึกษาหรือวิจัย มีความสำคัญทางเศรษฐกิจ และอาจสูญพันธุ์ได้ จึงต้องมีการคุ้มครองและส่งเสริมการใช้อย่างยั่งยืน โดยให้ความคุ้มครองกวาวเครือทั้ง 3 ชนิดที่พบในประเทศไทยได้แก่ กวาวเครือขาว กวาวเครือแดง และกวาวเครือดำ

ประกาศฉบับดังกล่าวมีหลักการสำคัญ 3 ประการคือ 1.คุ้มครองกวาวเครือมิให้สูญพันธุ์ 2.กรณีนำไปศึกษาวิจัยให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์แก่ชุมชน 3.ส่งเสริมให้มีการปลูกและการพัฒนา ทั้งนี้โดยมาตรการหลัก คือ

1) ให้มีการรายงานกรณีมีไว้ในครอบครอง ใช้ประโยชน์ ดูแล เก็บรักษาหรือขนย้ายในปริมาณเกินกว่าที่กำหนด

2) ส่งเสริมการปลูกโดยกำหนดให้กวาวเครือที่ได้จากการปลูกสามารถมีไว้ในครอบครองใช้ประโยชน์ ดูแล เก็บรักษา หรือขนย้ายที่มีได้โดยไม่ต้องรายงานไว้ในปริมาณสูงกว่ากรณีกวาวเครือจากธรรมชาติมาก

3) กรณีใช้กวาวเครือจากธรรมชาติเพื่อการวิจัยและส่งออกต้องปลูกทดแทนในที่เดิม

4) กรณีใช้กวาวเครือจากธรรมชาติเพื่อการวิจัยจะต้องมีข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่ชุมชนที่เป็นถิ่นกำเนิดกวาวเครือ

การออกประกาศฉบับนี้เป็นการออกตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 มาตรา 44 และ 45 ให้มีการประกาศกำหนดชนิดและชื่อของสมุนไพรที่มีค่าตอบแทนหรือวิจัยหรือมีความสำคัญทางเศรษฐกิจ หรืออาจสูญ

³⁷ “แค่ “หน้าแดง” ไม่พอ มี “นมแดง” สธ.ดันครีมตัวใหม่”

พันธุ์ให้เป็นสมุนไพรควบคุม³⁸ โดยคำแนะนำของคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย มีอำนาจประกาศเพื่อกำหนดประเภท ลักษณะ ชนิดและชื่อของสมุนไพรที่มีค่าต่อการศึกษาวิจัย หรือมีความสำคัญทางเศรษฐกิจ หรืออาจจะสูญพันธุ์ให้เป็นสมุนไพรควบคุม ประกาศดังกล่าวทำให้คาดได้ว่าในอนาคต แนวโน้มการประกาศควบคุมสมุนไพรจะเริ่มมีเพิ่มมากขึ้นตามความเหมาะสมต่อไป อันจะเป็นผลดีแก่การคุ้มครองสมุนไพรของไทย

ต่อมาเมื่อวันที่ 8 มีนาคม 2549 ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ มีคำพิพากษาอุทธรณ์ในคดีที่ รศ.ดร.วิชัย เชิดชูศาสตร์ อาจารย์ประจำภาควิชาชีววิทยา คณะวิทยาศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และบริษัท ล็อกซ์เลย์ เทรดิง จำกัด เป็นโจทก์ยื่นฟ้อง บริษัท สมิท เนเชอรัล จำกัด ซึ่งมีผู้ถือหุ้นใหญ่เป็นชาวอเมริกัน ในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ ผลิตภัณฑ์ที่ทำมาจากกวาวเครือ สืบเนื่องจากบริษัทสมิทฯได้นำบทความค้นคว้า วิจัยเกี่ยวกับเรื่องสรรพคุณของ กวาวเครือ ผลงานของ รศ.ดร.วิชัย เชิดชูศาสตร์ ซึ่งได้จดทะเบียนไว้แล้วกับกรมทะเบียนการค้า ไปทดลองและผลิตสินค้าประเภทเครื่องสำอางค์ แล้วนำไปจดทะเบียนการค้าที่สหรัฐอเมริกา จนสามารถทำรายได้หลายพันล้านบาท ส่งผลกระทบกับเครื่องสำอางยี่ห้อจอยซ์ ซึ่งผลิตโดยบริษัท ล็อกซ์เลย์ฯ ซึ่งได้รับมอบลิขสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวในการนำผลงานค้นคว้าวิจัยดังกล่าวไปทดลองและพัฒนาผลิตสินค้าออกมาจำหน่าย³⁹

ต่อมา บริษัทล็อกซ์เลย์ฯ และรศ.ดร.วิชัย เชิดชูศาสตร์ ได้ยื่นฟ้องต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญา โดยศาลชั้นต้นได้มีคำพิพากษาให้ลงโทษปรับจำเลย 4 ราย ซึ่งเป็นผู้บริหารดังกล่าว เป็นเงินสี่แสนแปดหมื่นบาท และจำคุกคนละ 1 ปี แต่ให้รอลงอาญาไว้ 2 ปี ในส่วนของค่าปรับให้แบ่งให้แก่ฝ่ายโจทก์ครึ่งหนึ่ง ต่อมาบริษัทสมิทฯ ได้ยื่นอุทธรณ์และศาลมีคำพิพากษาในวันนี้ โดยศาลได้พิเคราะห์ คำให้การและพยานหลักฐานแล้วมีความเห็นพิพากษายืนตามศาลชั้นต้น ซึ่งถือเป็นที่สุด⁴⁰

กรณีเป็ล้าน้อยและกวาวเครือแสดงให้เห็นว่า ประเทศไทยยังมีวิธีแก้ปัญหาที่ปลายเหตุอยู่คือเมื่อเกิดกรณีต่างชาติจดสิทธิบัตรทรัพยากรชีวภาพของไทยก็จะมีกรออกกฎหมายมาคุ้มครองเป็นกรณีๆไป ซึ่งอาจไม่สามารถเยียวยาความเสียหายอย่างแท้จริงที่เกิดขึ้นได้

³⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542

มาตรา 44

³⁹ “อจ.จุฬาชนะคดีสิทธิบัตรกวาวเครือ”, เดลินิวส์, (9 มีนาคม 2549)

⁴⁰ เพิ่งอ้าง.

(5) กรณีการจดสิทธิบัตรข้าวหอมมะลิ

(ก) กรณีการจดสิทธิบัตรข้าวจัสมาน

เมื่อประมาณปี พ.ศ. 2541 บริษัทไรซ์เทคของสหรัฐอเมริกาได้นำเอาข้าวพันธุ์อื่น เช่น ข้าวพันธุ์ที่ปรับปรุงมาจากข้าวพันธุ์ “เดลล่า” ซึ่งหอมคล้ายข้าวโพดคั่ว มาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าและขายในชื่อ “จัสมาน” (Jasmati) เพื่อใช้กับสินค้าข้าวที่บริษัทนำออกจำหน่าย โดยอธิบายกับผู้บริโภคว่าเป็นข้าวหอมมะลิอเมริกันที่ปลูกในอเมริกา ซึ่งการกระทำเช่นนี้ทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนหลงผิดได้ว่าข้าวที่จำหน่ายภายใต้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวเป็นลูกผสมระหว่างข้าวหอมมะลิ (Jasmine Rice) กับข้าวบาสมาน (Basmati Rice) ของอินเดีย ซึ่งเป็นพันธุ์ข้าวสองสายพันธุ์ที่มีคุณลักษณะและคุณภาพที่ดีของโลก

กรณีนี้มิได้เป็นการแย่งชิงพันธุกรรมพืช หากแต่เป็นการแอบอ้างอาศัยผลประโยชน์จากชื่อเสียงของพันธุ์ข้าวของประเทศเขตร้อน⁴¹ ประชาชนในประเทศไทยได้เรียกร้องให้รัฐบาลสหรัฐอเมริการับผิดชอบในกรณีดังกล่าว แต่รัฐบาลสหรัฐกลับเพิกเฉยโดยอ้างว่าหากต้องการให้ไรซ์เทคยกเลิกเครื่องหมายการค้า “จัสมาน” รัฐบาลไทยหรือองค์กรภายในประเทศไทยที่เสียผลประโยชน์ต้องฟ้องร้องเอาเอง ส่วนกรณีการแอบอ้างว่า “จัสมาน” เป็นข้าวหอมมะลินั้น เป็นสิทธิที่ไรซ์เทคสามารถทำได้เพราะรัฐบาลสหรัฐถือว่า “ข้าวหอมมะลิ” หรือ “จัสมินไรซ์” นั้นเป็นชื่อทั่วไป (generic name)

รัฐบาลอินเดียได้ดำเนินการฟ้องร้องเพิกถอนเครื่องหมายการค้าดังกล่าวและประสบความสำเร็จในหลายประเทศ รวมทั้งในประเทศกรีซและอังกฤษ ในส่วนของประเทศไทย คณะรัฐมนตรีได้มีมติในเดือนมกราคม 2543 มอบหมายให้กระทรวงพาณิชย์ยื่นร้องทุกข์กับคณะกรรมการการค้ากลางของสหรัฐ ตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (Federal Trade Commission Act) เนื่องจากการกระทำของบริษัทดังกล่าวได้สร้างความสับสนแก่ผู้บริโภคและเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมกับผู้ส่งออกข้าวของไทย⁴² และถึงแม้ว่าขณะนี้ยังไม่มี การจดสิทธิบัตร “จัสมินไรซ์” ของไทยอย่างเช่นกรณีข้าวบาสมานของอินเดีย แต่การขายข้าวที่มีชื่อการค้าว่า “จัสมาน” ของไรซ์เทคก็ถือว่าการคุกคามทางการค้าและภูมิปัญญาไทยอย่างมาก เพราะหากมีการนำข้าวหอมมะลิไปจดสิทธิบัตรจะมีผลกระทบกับประเทศไทยเป็นอย่างมากเนื่องจากไทยส่งออกข้าวหอมมะลิสู่ตลาดโลกถึงกว่าปีละ 1 ล้านตัน

⁴¹ จักรกฤษณ์ วรรณ, “สงครามแย่งชิงพันธุกรรม : บทเรียนจากกรณีข้าวหอมมะลิ”,

http://www.biothai.net/autopage1/show_page.php?t=14&s_id=3&d_id=3

⁴² เพิ่งอ้าง.

ในการจัดการประชุมร่วมกันระหว่างชาวนาทุ่งกุลาร้องไห้กับกลุ่มไบโอไทยในช่วงปี พ.ศ. 2542 ชุมชนชาวนาที่ปลูกข้าวหอมมะลิได้สรุปผลกระทบในกรณีนี้ว่ามีอยู่ 4 ประการสำคัญ คือ⁴³

1. การใช้ชื่อ “จัสมิน” เป็นการจงใจใช้ชื่อให้ผู้บริโภคเข้าใจว่าข้าวพันธุ์นี้เป็นข้าวหอมมะลิหรือ “จัสมิน” ผู้บริโภคจำนวนหนึ่งจะซื้อข้าวชนิดนี้โดยเข้าใจว่าเป็นข้าวหอมมะลิ
2. การแอบอ้างว่าข้าวจัสมินเป็นข้าวหอมมะลิอเมริกัน เป็นการแอบอ้างใช้ชื่อและคุณสมบัติของข้าวหอมมะลิไปใช้ทางการค้าของบริษัทไรซ์เทค เป็นการปล้นภูมิปัญญาของชาวนาไทยเพื่อประโยชน์ทางการค้า และทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดว่าข้าวพันธุ์ดังกล่าวคือข้าวหอมมะลิของไทย
3. ผู้บริโภคที่ไม่พอใจในรสชาติและคุณสมบัติของข้าวจัสมิน อาจเข้าใจว่าข้าวหอมมะลิก็มีคุณสมบัติเช่นเดียวกัน และจะมีผลต่ออนาคตของข้าวหอมมะลิของไทยในระยะยาว
4. บรรษัทข้ามชาติจะใช้วิธีการนี้ในการค่อยๆ เข้ามาครอบงำตลาดข้าวหอมมะลิ โดยในที่สุดเมื่อมีการพัฒนาข้าวหอมมะลิจากประเทศไทยได้สำเร็จ บรรดาบรรษัทข้ามชาติเหล่านี้ก็จะยึดครองตลาดและผู้บริโภคข้าวหอมมะลิของไทยโดยการจดสิทธิบัตรข้าวหอมมะลิ

ในด้านกฎหมาย ดร.จักรกฤษณ์ ควรพจน์ ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายกล่าวถึงแนวทางการต่อสู้ของประเทศไทยในกรณีข้าวจัสมินว่า สามารถต่อสู้ได้ในเรื่องการใช้เครื่องหมายการค้าโดยไม่ชอบใน 2 ประเด็นคือ⁴⁴

1. ไม่ชอบต่อแหล่งที่มาของชื่อ คือถือได้ว่าการใช้ชื่อจัสมินไม่ชอบต่อชาวนาและผู้ส่งออก เพราะไปพ้องกับจัสมินไรซ์ ซึ่งทั่วโลกรู้ดีว่าเป็นข้าวหอมมะลิของไทย
2. ไม่ชอบต่อประชาชนผู้ซื้อสินค้า เพราะประชาชนอาจจะซื้อสินค้านี้เพราะความเข้าใจผิด คิดว่าเป็นข้าวหอมมะลิของไทย ทั้งๆ ที่จริงๆ แล้วไม่มีอะไรที่เกี่ยวข้องกัน โดยในระดับนานาชาติมีกฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Indicators) ที่ให้ความคุ้มครองกับผู้ผลิตเรื่องแหล่งกำเนิด ไม่ให้ใครนำชื่อทางภูมิศาสตร์ที่เป็นแหล่งกำเนิดของสินค้าไปใช้ โดยในสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม หรือ unfair competition ซึ่งห้ามมิให้เอาวัดเอาเปรียบประชาชนในทางการค้า ซึ่งรวมถึงการหลอกลวงเรื่อง

⁴³ ฝ่ายข้อมูลไบโอไทย, “ข้าวหอมมะลิในอุ้งมือบริษัทอเมริกัน”,

http://www.biothai.net/autopage1/print.php?t=14&s_id=7&d=7&page=1

⁴⁴ เดือนเพ็ญ ลิ้มศรีตระกูล, “ข้าวหอมมะลิไทย ภัยคุกคามทางภูมิปัญญาและพันธุ์กรรม”, http://www.biothai.net/autopage1/print.php?t=14&s_id=4&page=1

แหล่งกำเนิดของสินค้าด้วย ดังนั้นสิ่งที่ประเทศไทยสามารถทำได้คือประท้วง คัดค้าน อ้างว่าการใช้ชื่อจัสมาตีไม่เป็นธรรมต่อชาวนาและผู้ส่งออกไทยโดยพิสูจน์ให้ได้ว่าประเทศไทยส่งออกข้าวโดยใช้คำนี้ และคำว่าจัสมินไรซ์มีที่มาหรืออ้างอิงถึงข้าวหอมมะลิของประเทศไทย ซึ่งเป็นที่รู้จักของคนทั่วโลก

(ข) กรณีข้าวขาวดอกมะลิ 105

พันธุ์ข้าวขาวดอกมะลิ 105 ของไทยหรือที่รู้จักกันนามข้าวหอมมะลิ (Jasmine Rice หรือ Thai Jasmine Rice) เป็นพันธุ์ข้าวพื้นเมืองที่ได้จากการรวบรวมพันธุ์มาจากจังหวัดฉะเชิงเทราในปี พ.ศ. 2488 มีการประกวดพันธุ์ข้าวรับรองและ เริ่มแนะนำส่งเสริมให้เกษตรกรปลูกตั้งแต่ปี พ.ศ. 2502 ต่อมาในปี พ.ศ. 2504 ได้ส่งพันธุ์ไปอนุรักษไว้ที่สถาบันวิจัยข้าวนานาชาติ (International Rice Research Institute : IRRI) ประเทศฟิลิปปินส์ เพื่อใช้ประโยชน์ร่วมกันในการพัฒนาข้าวให้ได้ผลผลิตสูงและคุณภาพดี

เมื่อปี พ.ศ. 2541 สหรัฐอเมริกาทำโครงการปรับปรุงข้าวหอมมะลิไทยให้ปลูกได้ในสหรัฐอเมริกา เป็นโครงการที่ดำเนินการโดยกระทรวงเกษตรของสหรัฐอเมริกา ใช้ชื่อโครงการว่า “Stepwise Program for Improvement of Jasmine Rice for the United States” เพื่อพัฒนาข้าวหอมมะลิให้ปลูกในสหรัฐและแข่งขันได้กับข้าวหอมมะลิของประเทศไทย โดยมี ดร.เจ.นีล รุทเกอร์ (Dr.J.Neil Rutger) จากศูนย์วิจัยข้าวแห่งชาติเดลมาร์เปอร์ (Dale Bumpers) ผู้อำนวยการโครงการ โดยมีสถาบันวิจัยอีก 2 แห่ง เข้าร่วมโครงการ ได้แก่ ศูนย์วิจัยและการศึกษาเอฟเวอร์เกต มหาวิทยาลัยฟลอริดา ซึ่งมี ดร.คริส เดเรน เป็นผู้ดำเนินงาน และศูนย์วิจัยและส่งเสริมพันธุ์ข้าว มหาวิทยาลัยอาร์คันซอส์ ที่มี ดร.เจมส์ กิบบอนส์ เป็นผู้ดำเนินงาน วิธีการปรับปรุงพันธุ์ข้าวของโครงการนี้คือ

- นำข้าวขาวดอกมะลิ 105 มาฉายรังสีเพื่อให้เกิดการกลายพันธุ์ เป็นพันธุ์ข้าวหอมมะลิที่มีคุณสมบัติตามที่ต้องการ คือ เป็นพันธุ์ข้าวไม่ไวแสง และมีต้นเตี้ย อันจะสามารถปลูกได้ในสภาพอากาศของประเทศสหรัฐ โดยยังคงคุณสมบัติความหอมและความนุ่มไว้เช่นเดิม

- นำข้าวขาวดอกมะลิ 105 มาผสมกับข้าวพันธุ์จัสมิน 85 เพื่อให้ได้ข้าวพันธุ์ผสมที่มีลักษณะตามต้องการ โดยข้าวพันธุ์จัสมิน 88 นั้น เป็นพันธุ์ข้าวที่เกิดจากการผสมระหว่างพันธุ์ IR262 กับพันธุ์ข้าวขาวดอกมะลิ 105

ลูกผสมที่ได้นับพันๆได้ส่งตอกกลับไปยังมหาวิทยาลัยแห่งอาร์คันซอส์เพื่อปลูกทดสอบและคัดเลือกต่อ โดยมีดร.เจมส์ กิบบอนส์ (Dr.James Gibbons) ซึ่งเป็นนักปรับปรุงพันธุ์ข้าวของ Arkansas Rice Research and Extension Center เป็นผู้รับผิดชอบโดยร่วมกับนักวิจัยคนอื่น

พัฒนาข้าวหอมมะลิที่ทำอยู่ให้ได้มีคุณสมบัติเฉพาะตัวของข้าวหอมมะลิ เช่น กลิ่นหอม สีขาว อ่อนนุ่ม และเมล็ดยาว ซึ่งในขณะนี้การดำเนินโครงการยังไม่ประสบความสำเร็จ แต่ก็ได้สร้างความวิตกกังวลว่าหากมีการพัฒนาข้าวพันธุ์ใหม่ได้สำเร็จจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อตลาดข้าวของไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากมีการนำเอาพันธุ์ข้าวหอมมะลิปรับปรุงไปขอรับสิทธิบัตรหรือจดทะเบียนตามกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช อาจก่อให้เกิดผลกระทบดังนี้

1. ผลกระทบจากข้าวหอมมะลิปรับปรุงพันธุ์⁴⁵

หากการวิจัยนี้นำไปสู่การผลิตพันธุ์ข้าวหอมมะลิที่สามารถปลูกได้ดีในประเทศสหรัฐอเมริกา ข้าวพันธุ์ใหม่ที่ได้จะกลายเป็นคู่แข่งสำคัญของข้าวไทยทั้งในตลาดสหรัฐและประเทศอื่น

2. ผลกระทบจากการขอรับสิทธิบัตรข้าวหอมมะลิปรับปรุงพันธุ์⁴⁶

ตามกฎหมายสหรัฐ ผลงานปรับปรุงพันธุ์พืชจะได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แม้ว่าพันธุ์ข้าวนั้นจะปรับปรุงมาจากพันธุ์พืชที่ได้ไปโดยละเมิดกฎหมายไทยก็ตาม ทั้งนี้เนื่องจากสหรัฐไม่มีกฎหมายรับรองสิทธิในพันธุ์พืชทั่วไป ดังเช่นพันธุ์ข้าวขาวดอกมะลิ 105 แต่จะให้การคุ้มครองสิทธิในผลงานการปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่เท่านั้น

เมื่อมีการขอรับสิทธิบัตรในทรัพย์สินทางปัญญาไม่ว่าจะเป็นสิทธิบัตรหรือสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช พันธุ์ข้าวหอมมะลิปรับปรุงพันธุ์นอกจากจะกลายเป็นทรัพย์สินส่วนบุคคลของนักวิจัยหรือสถาบันวิจัย ซึ่งนอกจากจะทำให้ผู้ทรงสิทธิสามารถผูกขาดการปลูก การจำหน่าย การนำเข้าและส่งออกผลผลิตของข้าวพันธุ์ดังกล่าวแล้ว ผู้ทรงสิทธิยังอาจฟ้องร้องผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายข้าวหอมมะลิไทยในสหรัฐว่าละเมิดสิทธิตามสิทธิบัตร ซึ่งถึงแม้ว่าผู้นำเข้าข้าวหอมมะลิไทยจะสามารถพิสูจน์ถึงความแตกต่างของข้าวทั้งสองพันธุ์ได้ก็ตาม แต่การพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังกล่าวต้องกระทำในศาลเท่านั้น ซึ่งถึงแม้ว่าผลของการดำเนินคดีจะออกมาเป็นเช่นไรก็ตาม ก็ส่งผลต่อตลาดและชื่อเสียงของข้าวไทยเป็นอย่างมาก

3. ผลกระทบจากการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

ในการจำหน่ายพันธุ์ข้าวปรับปรุง หากผู้ประกอบการธุรกิจจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าโดยใช้ถ้อยคำที่มีข้อความแสดงถึงข้าวหอมมะลิ เช่น “ US Jasmine Rice” หรือคำอื่นที่มีความหมายในทำนองเดียวกัน อันจะทำให้ผู้บริโภคเข้าใจว่า ข้าวที่จำหน่ายนั้นคือข้าวหอมมะลิ และเมื่อไม่ปรากฏว่าผู้ส่งออกข้าวไทยหรือรัฐบาลไทยได้เคยขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

⁴⁵จักรกฤษณ์ ควรพจน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 41

⁴⁶ เฟิงอ๋าง.

“Thai Jasmine Rice” หรือชื่ออื่นในทำนองคล้ายกัน ก็จะมีผลกระทบต่อชื่อเสียงและความสามารถในการแข่งขันของข้าวไทย และยังอาจตัดสิทธิที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับข้าวไทยที่จะใช้คำว่า “Jasmine Rice” อีกด้วย⁴⁷

แนวทางในการแก้ไขปัญหาในระยะเร่งด่วน อาจให้กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ทำเรื่องคัดค้านโครงการวิจัยปรับปรุงพันธุ์ข้าวหอมมะลิต่อกระทรวงเกษตรแห่งสหรัฐอเมริกา เนื่องจากการนำพันธุ์ข้าวขาวดอกมะลิ 105 ของไทยไปใช้ในโครงการดังกล่าว เป็นไปอย่างไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือระเบียบขั้นตอนการปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นการนำพันธุ์ข้าวไปจากประเทศไทยหรือนำไปจากสถาบันวิจัยข้าวนานาชาติ ประเทศฟิลิปปินส์ (IRRI)⁴⁸

ส่วนแนวทางแก้ปัญหาในระยะยาวควรปรับปรุงแก้ไขหรือตรากฎหมายสำหรับการดูแล ใฝ่ระวัง คัดกรองและจัดการทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น เช่น พระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ....ซึ่งเป็นกฎหมายที่รับรองสิทธิชุมชนท้องถิ่นในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ รวมถึงการใช้กฎหมายที่มีอยู่แล้วเช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, พระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นระบบ เป็นต้น

นอกจากนี้ ประเทศไทยควรดำเนินการนำกรณีข้าวหอมมะลิเข้ามาเป็นประเด็นในการแลกเปลี่ยนในเวทีเจรจาระหว่างประเทศ เพื่อกดดันให้สหรัฐอเมริกาเคารพต่อภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรชีวภาพของประเทศอื่น และในการเจรจาทั้งแบบพหุภาคีและแบบทวิภาคีควรมีการระดมความคิดเห็นของหน่วยงานต่างๆ และประชาชนให้เข้าไปมีส่วนร่วมด้วย

2.มาตรการทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพ

2.1 มาตรการทางกฎหมายในการแบ่งปันผลประโยชน์

(1) เงื่อนไขการแบ่งปันผลประโยชน์

เนื่องจากการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมจากการถูกลบเลือนนำไปใช้ประโยชน์เป็นสิ่งที่กระทำได้ยากเพราะประโยชน์ของทรัพยากรพันธุกรรมไม่ได้อยู่ที่ปริมาณของทรัพยากรแต่อยู่ที่

⁴⁷ เพิ่งอ้าง.

⁴⁸ คณะอนุกรรมการตรวจสอบการจรรยาบรรณพันธุ์ข้าวหอมมะลิไทย, “แนวทางการจัดการปัญหาการแย่งชิงพันธุ์ข้าวหอมมะลิและทรัพยากรชีวภาพของไทย”, http://www.biothai.net/autopage1/print.php?t=14&s_id=9&page=1

คุณค่าความสำคัญของข้อมูลทางพันธุกรรม ดังนั้นมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพจึงควรอยู่ในรูปแบบของการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการนำทรัพยากรชีวภาพนั้นๆ ไปใช้

รูปแบบการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมอาจแบ่งได้ดังนี้⁴⁹

(1) การเข้าถึงโดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า เช่น การสำรวจทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อการวิจัยทางวิชาการโดยสถาบันการศึกษา หรือหน่วยงานรัฐบาล

(2) การเข้าถึงโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า การเข้าถึงในกรณีนี้อาจแยกเป็นการเข้าถึงภูมิปัญญาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม เช่น การสำรวจภูมิปัญญาเกี่ยวกับชนิดหรือวิธีการปลูก การเก็บรักษา และการใช้พืชสมุนไพร หรืออาจเป็นการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยตรง เช่น การสำรวจทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อหาสารที่ออกฤทธิ์ทางยาในพืชสมุนไพร เป็นต้น

หลักเกณฑ์สำคัญที่ทำให้เกิดหน้าที่ต้องแบ่งปันผลประโยชน์ตาม CBD และ ITPGR คือ เมื่อมีการใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ (Commercialization) จากทรัพยากรพันธุกรรม ใดๆ ก็ดี ITPGR ยกเว้นไม่ต้องมีการแบ่งปันผลประโยชน์ หากไม่มีข้อจำกัดที่บุคคลอื่นจะใช้ประโยชน์จากผลิตภัณฑ์ที่สร้างขึ้นจากทรัพยากรพันธุกรรมนั้นในการค้นคว้าวิจัยต่อไป โดยสนธิสัญญาเรียกร้องให้ผู้ที่ใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เป็นผู้ชำระส่วนแบ่งผลประโยชน์แทน⁵⁰ การใช้ที่จะเป็นไปตามข้อยกเว้นนี้อาจมีได้ในกรณีผู้หาประโยชน์เชิงพาณิชย์ยอมให้บุคคลอื่นนำผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ในการค้นคว้าวิจัยโดยไม่มีข้อจำกัดใดๆ

กรณีจะเข้าข้อยกเว้นได้ต้องไม่มีข้อจำกัดใดๆ เลย กรณีข้อยกเว้นการวิจัย (Research Exemption) ในกฎหมายสิทธิบัตร หรือสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชนั้น ยังมีข้อจำกัดบางประการจึงยังไม่เข้าข้อยกเว้นและผู้หาประโยชน์เชิงพาณิชย์ยังมีหน้าที่แบ่งปันผลประโยชน์ตามสนธิสัญญา⁵¹

มีข้อสังเกตว่า สนธิสัญญานี้ใช้บังคับกับเฉพาะทรัพยากรพันธุกรรมเพื่ออาหารและการเกษตรที่ระบุในบัญชีทำสนธิสัญญาเท่านั้น ดังนั้นการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมนอกเหนือจากบัญชีทำสนธิสัญญา แม้จะเป็นการใช้ในเชิงพาณิชย์ก็ไม่อยู่ในบังคับให้ต้องแบ่งปันผลประโยชน์

⁴⁹ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, “การเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืช : ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายสำหรับประเทศไทย”. http://www.measwatch.org/autopage/show_page.php?t=16&s_id=1&d_id=1, น.28

⁵⁰ ITPGR มาตรา 13.2 (d) (iii).

⁵¹ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ้างแล้ว เจริญพรที่ 49, น.33.

(2) รูปแบบของผลประโยชน์

รูปแบบของผลประโยชน์ อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ ผลประโยชน์ทางการเงิน และผลประโยชน์ที่ไม่ใช่ผลประโยชน์ทางการเงิน

(ก) ผลประโยชน์ทางการเงิน (Monetary Benefits)

ผลประโยชน์ทางการเงินที่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมอาจนำมาใช้ในการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์กับผู้ให้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม อาจมีรูปแบบแตกต่างกันหลายรูปแบบได้แก่⁵²

1. ค่าธรรมเนียมการสำรวจหรือรวบรวมทรัพยากรพันธุกรรม (Exploration and Extraction Fee Schemes)

ในกรณีนี้ผู้ที่ประสงค์จะเข้าสำรวจทรัพยากรพันธุกรรมจะต้องชำระค่าธรรมเนียมจำนวนหนึ่งให้แก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม วิธีนี้มีข้อดีที่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะได้รับเงินตอบแทนทันทีจำนวนหนึ่ง (Up-front) โดยไม่ต้องรอให้นำทรัพยากรไปใช้จนเกิดประโยชน์เสียก่อน ซึ่งจะเป็นการกระตุ้นให้นักสำรวจเร่งนำทรัพยากรพันธุกรรมไปพัฒนาเนื่องจากเกิดค่าใช้จ่ายขึ้นแล้ว

ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นคือการเก็บค่าธรรมเนียมล่วงหน้าอาจกระทบต่อศักยภาพของนักสำรวจรายเล็กที่ไม่มีเงินทุนเพียงพอ การจ่ายค่าธรรมเนียมล่วงหน้ายังไม่มีค่านั่นนอนว่าทรัพยากรพันธุกรรมจะพัฒนาเป็นผลิตภัณฑ์ที่ได้รับการยอมรับจากตลาดหรือไม่ ถือเป็นความเสี่ยงที่ตกอยู่กับนักสำรวจเพียงฝ่ายเดียว (Lottery element) ทำให้นักสำรวจอาจตัดสินใจไม่สำรวจ ทำให้ไม่เกิดการแข่งขันในการสำรวจ และในทางกลับกัน หากในภายหลังปรากฏว่าทรัพยากรพันธุกรรมถูกพัฒนาเป็นสินค้าที่ได้รับความนิยมค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บไปย่อมเป็นจำนวนน้อยมากเมื่อเทียบกับผลกำไรที่ได้รับ

2. ค่าตอบแทนเป็นช่วงลักษณะเช่นเดียวกับค่าเช่า (Rent Schemes)

วิธีนี้นักสำรวจจะทยอยจ่ายเงินตอบแทนแก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม จึงไม่เป็นภาระแก่นักสำรวจมากนัก ค่าตอบแทนในแต่ละงวดอาจตกลงล่วงหน้าเป็นจำนวนแน่นอนก็ได้หรืออาจตกลงให้เปลี่ยนแปลงโดยพิจารณาเปรียบเทียบกับราคาของผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรม

⁵² เนื้อหาในส่วนนี้สรุปจาก สมชาย รัตนชีโสกุล, เพิ่งอ้าง, น.33.

การกำหนดค่าตอบแทนเป็นจำนวนแน่นอนตายตัว จะช่วยลดความยุ่งยากในการบริหารจัดการ แต่การกำหนดจำนวนที่ตายตัวดังกล่าวอาจไม่สะท้อนมูลค่าที่แท้จริงของทรัพยากรพันธุกรรม

การกำหนดค่าตอบแทนเป็นช่วงๆจะลดผลกระทบต่อนักลงทุนที่มีเงินทุนน้อย แต่อาจทำให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมสูญเสียต้นทุนทางโอกาส (Opportunity Cost) เนื่องจากบางครั้งต้องใช้เวลานานกว่าทรัพยากรพันธุกรรมจะพัฒนาจนเป็นผลิตภัณฑ์ออกสู่ตลาดได้

3.การแบ่งกำไร (Profit Sharing Schemes)

วิธีนี้เป็นวิธีที่ใช้กันทั่วไปในภาคธุรกิจ โดยประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะตกลงกับนักสำรวจล่วงหน้า กำหนดสัดส่วนที่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะได้รับจากผลกำไรที่นักสำรวจได้รับจากผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรม (Fix share of the profit gained)

จุดเด่นของวิธีนี้คือ การที่ทั้งสองฝ่ายต่างจะได้รับผลกำไรที่เกิดจากทรัพยากรพันธุกรรม ทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมุ่งดำเนินการเพื่อให้เกิดผลกำไรสูงสุด

แต่ข้อด้อยคือ หากทรัพยากรพันธุกรรมนั้นไม่อาจพัฒนาเป็นผลิตภัณฑ์ หรือไม่ได้รับการตอบรับจากตลาด ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็จะไม่ได้รับส่วนแบ่งกำไร นอกจากนี้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมยังต้องตรวจสอบการบริหารจัดการให้มีประสิทธิภาพที่ดี เพราะจะมีผลกำไรที่เกิดขึ้น ซึ่งเป็นการเพิ่มภาระให้แก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

4.การเรียกเก็บภาษี (Tax Schemes)

วิธีนี้อาจกำหนดให้เรียกเก็บภาษีรายได้ (Income Tax) จากผลิตภัณฑ์ที่พัฒนามาจากทรัพยากรพันธุกรรมเป็นกรณีพิเศษ โดยอาจกำหนดอัตราภาษีแตกต่างกันตามความเหมาะสมของลักษณะและผลประกอบการของนักสำรวจก็ได้ ปัญหาของการใช้วิธีนี้คือ กรณีภาษีรายได้คำนวณจากฐานกำไรสุทธิที่เกิดจากการประกอบการ การตรวจสอบเพื่อให้ทราบถึงต้นทุนที่แท้จริง เพื่อจะได้คำนวณให้ถูกต้องอาจเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก

5.การเก็บค่าสิทธิ (Royalty Schemes)

การเรียกเก็บค่าสิทธิเป็นวิธีการหนึ่งที่ใช้กันทั่วไปในภาคธุรกิจ จะใช้วิธีกำหนดอัตราเป็นสัดส่วนแน่นอนของรายได้ เช่น กำหนดให้นักสำรวจจ่ายค่าสิทธิอัตราร้อยละ 3 ของยอดรายได้จากผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรม

ข้อดีของวิธีนี้คือ ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะได้รับรายได้ที่แน่นอนและสม่ำเสมอ ส่วนข้อเสียคือ ในกรณีที่ราคาผลิตภัณฑ์ตกต่ำ ทำให้กำไรของนักสำรวจลดลง แต่นักสำรวจยังคงต้องชำระค่าสิทธิจากฐานรายได้ อาจทำให้นักสำรวจรู้สึกเสียเปรียบ

นอกจากนี้แล้วยังมีผลประโยชน์ทางการเงินอื่นๆอีก เช่น การจ่ายค่าธรรมเนียมพิเศษแก่กองทุน ซึ่งสนับสนุนการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน, ค่าตอบแทนหรือค่าจ้าง และการให้สิทธิพิเศษตามที่ได้ตกลงร่วมกัน, การสนับสนุนเพื่อการค้นคว้าวิจัย, การลงทุนร่วม และการเป็นผู้มีส่วนร่วมเหนือทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้อง

(ข) ผลประโยชน์อื่นที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงิน

ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ให้ความสำคัญกับผลประโยชน์ที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงินมากกว่าผลประโยชน์ทางการเงิน โดยเฉพาะผลประโยชน์ในการเข้าถึงเมล็ดพันธุ์หรือพันธุ์พืช การเข้าถึงเทคโนโลยีสมัยใหม่ รวมทั้งสิทธิในการเข้าร่วมการกำหนดนโยบายทางด้านการเกษตรที่จะมีผลกระทบต่อเกษตรกร⁵³

CBD ให้สิทธิแก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมได้รับผลประโยชน์ที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงินในหลายกรณี โดยส่วนใหญ่จะเป็นผลประโยชน์ทางด้านการวิจัย และการถ่ายทอดเทคโนโลยี ซึ่งรูปแบบของผลประโยชน์ที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงินนั้นอาจมีดังต่อไปนี้

1. การมีส่วนร่วมในการวิจัย

รูปแบบผลประโยชน์ในลักษณะนี้จะเป็นประโยชน์ในการเพิ่มศักยภาพด้านการค้นคว้าวิจัยในประเทศที่เป็นผู้จัดหาทรัพยากรพันธุกรรม ข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ในหลายกรณี ตลอดจนกฎหมายภายในของบางประเทศกำหนดให้การวิจัยภายในประเทศเป็นเงื่อนไขในการยินยอมให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของตน⁵⁴

ยกตัวอย่างเช่น การประสานความร่วมมือ และการให้ความช่วยเหลือในการพัฒนาและค้นคว้าวิจัยทางวิชาการ โดยเฉพาะทางด้านเทคโนโลยีชีวภาพแก่ประเทศผู้จัดหาทรัพยากรพันธุกรรม การมีส่วนร่วมในการพัฒนาผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมนั้นๆ รวมถึงการประสานความร่วมมือ และการให้ความช่วยเหลือด้านการให้การศึกษาและการฝึกอบรม

⁵³ Anderson, Regine. "Result from an International Stakeholder Survey on Farmers' Rights." The Farmer' Rights Project, background Study 2, (Lysaker, Norway : The Fridtjof Nansen Institute, 2005), p.vii-viii. อ้างใน สมชาย รัตนเชื้อสกุล,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 49

⁵⁴ สมชาย รัตนเชื้อสกุล,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 49,น.38.

2.การรับการถ่ายทอดเทคโนโลยี

การกำหนดให้ผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมต้องถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่หน่วยงานหรือองค์กรภายในประเทศของผู้ให้อนุญาตเป็นรูปแบบผลประโยชน์ที่ใช้กันแพร่หลายมากที่สุดรูปแบบหนึ่ง⁵⁵ โดยอาจเป็นการเผยแพร่ความรู้และการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องและเหมาะสมให้แก่ผู้ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมตามเงื่อนไขที่ได้รับการตกลงร่วมกัน โดยเฉพาะความรู้ที่เกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม รวมทั้งเทคโนโลยีชีวภาพ ซึ่งเป็นการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืน

3.การเข้าถึงข้อมูลการวิจัยและผลประโยชน์

ข้อตกลงส่วนใหญ่จะกำหนดให้ประเทศผู้เข้าถึงผลลัพธ์ของการวิจัย โดยอาจกำหนดให้ต้องแจ้ง รายงาน หรือตีพิมพ์ผลงาน รวมทั้งการได้รับตัวอย่างของผลการวิจัย ในข้อตกลงบางรายให้สิทธิแก่ประเทศผู้อนุญาตให้เข้าถึงควบคุมผลการวิจัย⁵⁶ นอกจากนี้ยังรวมถึงการเข้าถึงข่าวสารข้อมูลทางวิชาการเกี่ยวกับการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน รวมทั้งการศึกษา สืบค้นและจัดทำบัญชีรายชื่อของทรัพยากรชีวภาพ และการศึกษาทางอนุกรมวิธาน

พิจารณาแล้วเห็นว่าผลประโยชน์ที่เป็นเงินจะมีความชัดเจนและแน่นอนกว่าผลประโยชน์อื่นที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงิน แต่อาจเป็นการบิดเบือนคุณค่าที่แท้จริงของทรัพยากรพันธุกรรม ทำให้ผลตอบแทนที่ได้รับไม่เป็นประโยชน์แก่ประเทศผู้อนุญาตให้เข้าถึงอย่างแท้จริง ผู้เขียนเห็นว่าควรจะเลือกผลตอบแทนชนิดใดควรพิจารณาจากศักยภาพในการเจรจาต่อรองและการบริหารจัดการของแต่ละประเทศ ว่าผลประโยชน์แบบใดจะเหมาะสมกับประเทศของตนมากที่สุด ทั้งนี้ผลประโยชน์ที่ได้รับหากมีการจัดตั้งกองทุนรวมและนำผลประโยชน์เข้ากองทุนเพื่อเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมและเกษตรกรที่ทำหน้าที่ดูแลทรัพยากรพันธุกรรมนั้น น่าจะเป็นประโยชน์แก่เกษตรกรมากที่สุด และเป็นการป้องกันไม่ให้ผลประโยชน์ตกเป็นของคนบางกลุ่มบางพวกเท่านั้น

⁵⁵ เฟิงอ๋าง.

⁵⁶ เฟิงอ๋าง.

2.2 มาตรการทางกฎหมายในการเปิดเผยแหล่งที่มาทรัพยากรพันธุกรรม (Disclosure of Origin)

(1) แนวทางและประโยชน์ของการเปิดเผยแหล่งที่มา

การเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมมีวัตถุประสงค์เพื่อให้รู้ว่า ทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมที่ใช้ในการประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรนั้นมีต้นตอ ที่มา หรือแหล่งกำเนิดอยู่ที่ใด เพื่อจะได้ตรวจสอบว่าได้มีการขออนุญาตในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมหรือได้ทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์กับเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนั้นแล้วหรือไม่ การกำหนดให้ต้องเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมในคำขอรับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะช่วยป้องกันปัญหา “โจรสลัดทางชีวภาพ” ได้ในระดับหนึ่งอีกด้วย⁵⁷

ประเทศกำลังพัฒนาให้เหตุผลว่า การเปิดเผยแหล่งที่มาและข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์จะเป็นประโยชน์ต่อประเทศกำลังพัฒนา กล่าวคือ

1. ทำให้ภาคธุรกิจเอกชน นักวิจัย ชุมชนท้องถิ่น ตลอดจนภาครัฐกำหนดนโยบายในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมได้ชัดเจนยิ่งขึ้น จากความแน่นอนของกระบวนการเข้าถึงและการได้รับผลประโยชน์ ซึ่งจะทำให้การวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีชีวภาพในประเทศกำลังพัฒนามีเพิ่มมากขึ้น⁵⁸

2. จะช่วยเสริมกระบวนการเจรจาเพื่อทำข้อตกลงในการถ่ายโอนวัสดุชีวภาพ หรือการถ่ายทอดเทคโนโลยี หรือภูมิปัญญาท้องถิ่น⁵⁹

3. ปัจจุบันมีหลายประเทศที่เพิ่มเติมกฎหมายภายในของตนให้ต้องเปิดเผยแหล่งที่มา เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีตาม CBD การแก้ไขความตกลงทริปส์เพื่อให้สอดคล้องกับ CBD จะทำให้กฎหมายภายในของประเทศดังกล่าวมีความมั่นคงมากขึ้น⁶⁰

4. การเพิ่มเงื่อนไขการเปิดเผยแหล่งที่มาในความตกลงทริปส์ ซึ่งมีมาตรการบังคับโดยผ่านทางกลไกรับข้อพิพาท (Dispute Settlement) จะช่วยให้มีการปฏิบัติตามมาตรการขอความยินยอมล่วงหน้า (PIC) และการแบ่งปันผลประโยชน์ของ CBD⁶¹

⁵⁷ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, “ระบบทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช”, (วิทยานิพนธ์ดุสิตุฎบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.380.

⁵⁸ ความเห็นของประเทศบราซิล (IP/C/M/228).

⁵⁹ ความเห็นของประเทศอินเดีย (IP/C/W/195).

⁶⁰ ความเห็นของประเทศอินเดีย (IP/C/W/29, para.165, IP/C/W198, IP/C/W/195).

ประเทศอินเดีย บราซิล เปรู และประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศ เสนอว่าควรกำหนดให้การเปิดเผยหลักฐานการได้รับความยินยอมและเปิดเผยแหล่งที่มาเป็นหน้าที่ (Mandatory) ที่ผู้ยื่นขอคุ้มครองต้องระบุในคำขอ ไม่ควรเป็นเพียงแนวปฏิบัติ (Optional practices) เท่านั้น โดยเห็นว่าควรกำหนดเป็นหน้าที่ชัดเจนที่ผู้ขอทรัพย์สินทางปัญญาต้องเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม และภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง และแบ่งปันผลประโยชน์ (Mandatory patent disclosure obligation) หากฝ่าฝืนประเทศผู้ให้ความคุ้มครองมีสิทธิเพิกถอนการคุ้มครองนั้นได้ ทั้งนี้เนื่องจากการกำหนดให้เป็นหน้าที่จะสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมตาม CBD และทำให้มาตรการควบคุมการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของ CBD เป็นจริงในทางปฏิบัติ⁶²

การเปิดเผยแหล่งที่มาในการขอสิทธิบัตรจึงเป็นกลไกสำคัญในการพัฒนาและคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศกำลังพัฒนา แต่ทั้งนี้การเปิดเผยแหล่งที่มายังมีข้อจำกัดดังนี้

(2) ข้อจำกัดของการเปิดเผยแหล่งที่มา

(ก) ทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่ไม่รู้แหล่งที่มา, มีอยู่หลายแหล่ง หรือมีอยู่ในธนาคารพันธุกรรม (Gene Bank)⁶³

ดังได้กล่าวแล้วว่ามาตรการเปิดเผยแหล่งที่มาจะช่วยให้ประเทศที่เป็นแหล่งต้นกำเนิดของทรัพยากรพันธุกรรมควบคุมการเข้าถึง และตรวจสอบการแบ่งปันผลประโยชน์ได้อย่างมีประสิทธิภาพเพิ่มขึ้น แต่โดยธรรมชาติของทรัพยากรพันธุกรรมชนิดหนึ่งๆนั้น อาจพบได้ในหลายพื้นที่ ในหลายประเทศ และในอดีตทรัพยากรพันธุกรรมเหล่านี้อาจเคลื่อนย้ายไปยังที่ต่างๆจนไม่

⁶¹ ความเห็นของประเทศบราซิล (IP/C/W/228); ความเห็นของประเทศอินเดีย (IP/C/W/29, Para.160), ความเห็นของประเทศมอริเชียสในฐานะตัวแทนกลุ่มประเทศอัฟริกัน (IP/C/W/206), ความเห็นของประเทศนอร์เวย์ (IP/C/W/35 Para.237, IP/C/W/283).

⁶² กฎหมายภายในของบางประเทศกำหนดให้ต้องเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมเช่น กฎหมายสิทธิบัตร ค.ศ. 1970 ของประเทศอินเดีย ซึ่งแก้ไขในปี ค.ศ. 2002 มาตรา 10 กำหนดให้ผู้ขอสิทธิบัตรต้องเปิดเผยแหล่งที่มาทางภูมิศาสตร์ของวัสดุทางชีวภาพ และในมาตรา 25 ยังอนุญาตให้มีการคัดค้านสิทธิบัตรได้ในกรณีการบรรยายรายละเอียดการประดิษฐ์นั้นมิได้เปิดเผยที่มา หรือแหล่งที่มาทางภูมิศาสตร์ของวัสดุทางชีวภาพที่ใช้ในการประดิษฐ์ อ้างใน สมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 57, น.380.

⁶³ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 57, น.384.

อาจจะระบุได้แน่ชัดว่าประเทศใดเป็นแหล่งกำเนิดของทรัพยากรพันธุกรรมนั้น นอกจากนี้ในอดีตที่ผ่านมายังมีการเก็บรวบรวมทรัพยากรพันธุกรรมจากสถานที่ต่างๆ โดยเฉพาะในประเทศที่กำลังพัฒนาไปเก็บรักษาไว้ที่ธนาคารพันธุกรรม (Gene Bank) จึงอาจมีปัญหาคือไม่อาจจะระบุแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมได้อย่างชัดเจน

ด้วยเหตุที่ทุกประเทศในโลกนี้ต่างต้องพึ่งพาทรัพยากรพันธุกรรมจากประเทศอื่น แม้จะเป็นประเทศที่มีความหลากหลายทางพันธุกรรมก็ตาม พืชหลากหลายชนิดที่มีอยู่ในประเทศไทยในปัจจุบันก็มีถิ่นกำเนิดจากดินแดนอื่น เช่น พริกมีต้นกำเนิดจากทวีปอเมริกา⁶⁴ มะละกอกจากแถบเทือกเขาแอนดิส⁶⁵ หรือกระถินจากประเทศเม็กซิโก⁶⁶ เป็นต้น ดังนั้นสภาพการณ์ที่ทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศหนึ่งจะไปปรากฏในอีกประเทศหนึ่ง และทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศอื่นจะมาปรากฏในประเทศของตนเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้กับทุกๆประเทศ และการจะย้อนกลับไประบุแหล่งกำเนิดที่แท้จริงนั้นเป็นสิ่งที่ไม้อาจทำได้ ดังนั้นหากในกรณีที่สามารระบุแหล่งกำเนิด (Disclosure of Origin) ของทรัพยากรพันธุกรรมนั้นได้ ก็ควรระบุแหล่งกำเนิดดังกล่าว แต่หากไม่สามารถระบุได้ หรือเป็นทรัพยากรพันธุกรรมที่มีอยู่ในหลายแหล่ง หรือนำมาจากธนาคารพันธุกรรม (Gene Bank) ก็อาจกำหนดให้ระบุเพียงแหล่ง (Disclosure of Source) ที่นำทรัพยากรพันธุกรรมมาใช้ประโยชน์ก็น่าจะเป็นการเพียงพอ

(ข) ภาระของผู้ต้องเปิดเผยแหล่งที่มาทรัพยากรพันธุกรรมพืช⁶⁷

ข้อกังวลอีกประการหนึ่งของการเปิดเผยแหล่งที่มาฯ คือ ความยุ่งยากในการเปิดเผยแหล่งที่มาฯ ข้อกังวลนี้เกิดจากความวิตกว่าจะไม่สามารถระบุแหล่งกำเนิดที่แท้จริงของทรัพยากรพันธุกรรมได้ และจะเป็นเหตุกระทบต่อความสมบูรณ์ของสิทธิบัตร

ข้อกังวลดังกล่าวจะหมดไปหากกำหนดเพียงให้ต้องเปิดเผยแหล่งกำเนิดของทรัพยากรพันธุกรรมในกรณีที่รู้แหล่งกำเนิดดังกล่าว แต่หากไม่รู้ว่าเป็นทรัพยากรพันธุกรรมนั้นมีแหล่งกำเนิดจากที่ใด เช่น นำมาจากประเทศใดประเทศหนึ่ง หรือจากธนาคารพันธุกรรม เป็นต้น กรณีนี้ผู้ยื่นคำขอสิทธิบัตรต้องรู้แหล่งที่มาทรัพยากรพันธุกรรมมาใช้ (Disclosure of Source) จึงอยู่ในวิสัยที่จะเปิดเผยได้

⁶⁴ สุรีย์ ภูมิภมร, พรรณพืชในประวัติศาสตร์ไทย, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท พิมพ์ดี จำกัด, 2548), น.4.

⁶⁵ เพิ่งอ้าง, น.26.

⁶⁶ เพิ่งอ้าง, น.170.

⁶⁷ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 57, น.385.

3.ระบบกฎหมายของประเทศไทยในการให้ความคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพ

3.1 การอนุวัติการตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

ประเทศไทยได้ยื่นสัตยาบันสาร (instrument of ratification) เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ต่อผู้แทนเลขาธิการสหประชาชาติ ณ สำนักงานสหประชาชาติ นครนิวยอร์ก เมื่อวันที่ 31 ตุลาคม 2546 ซึ่งส่งผลให้ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีเป็นลำดับที่ 188 โดยมีผล 90 วัน นับแต่วันยื่นสัตยาบันสารในวันที่ 29 มกราคม 2547

อนุสัญญาได้กำหนดพันธกรณีต่างๆไว้ในลักษณะกรอบนโยบายสำหรับประเทศสมาชิกจะได้ใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติตามภายใต้เงื่อนไขที่ว่า トラบเท่าที่เป็นไปได้และเท่าที่เหมาะสม (as far as possible and as appropriate) ดังนั้นพันธกรณีแต่ละเรื่องจึงเป็นการกำหนดเนื้อหาอย่างกว้างที่ต้องการให้มีการตกลงกันในรายละเอียดระหว่างประเทศสมาชิกต่อไปในภายหลัง⁶⁸

ทรัพยากรความหลากหลายทางชีวภาพในมิติทางกฎหมาย มีองค์ประกอบที่จะต้องพิจารณาอยู่ 2 ส่วนใหญ่ๆ คือในส่วนของทรัพยากรธรรมชาติ และส่วนของความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งหมายถึงความหลากหลายทางด้านชนิดพันธุ์ของสิ่งมีชีวิต ความหลากหลายทางพันธุกรรมและความหลากหลายทางระบบนิเวศแล้ว น่าจะหมายถึงกฎหมายที่ว่าด้วยทรัพยากรธรรมชาติซึ่งเกี่ยวกับความหลากหลายของชนิดพันธุ์ ความหลากหลายทางพันธุกรรมและความหลากหลายทางนิเวศ⁶⁹

ในส่วนประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่บังคับใช้กับทรัพยากรความหลากหลายทางชีวภาพทั้งในส่วนของทรัพยากรธรรมชาติและส่วนของความหลากหลายทางชีวภาพโดยตรง แต่มีกฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางชีวภาพในลักษณะที่เป็นส่วนหนึ่งของความหลากหลายทั้งสามประการดังนี้

⁶⁸ รุ่งฤดี อารยะสันติภาพ, “พันธกรณีของรัฐภาคีตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 : ศึกษากรณีของการเข้าเป็นภาคีของประเทศไทย” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.46.

⁶⁹ เพิ่งอ้าง, น.117.

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

ปัจจุบันประเทศไทยกำหนดการคุ้มครองในลักษณะการอนุรักษ์แหล่งที่อยู่อาศัยตามสภาพธรรมชาติไว้ 2 ลักษณะใหญ่ๆ คือ

(1) การคุ้มครองแหล่งที่อยู่อาศัย (habitat)

(2) การคุ้มครองชนิดพันธุ์ (species) และสายพันธุ์ (varieties)

กฎหมายของประเทศไทยเกี่ยวกับการอนุรักษ์ในแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติมีดังต่อไปนี้

(ก) พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 7) พุทธศักราช 2532

วัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้เพื่อคุ้มครอง บำรุงรักษาและป้องกันทรัพยากรป่าไม้และของป่าที่มีอยู่ไม่ให้เกิดการทำลายด้วยเหตุอันไม่สมควร จึงมีมาตรการต่างๆ เพื่อควบคุมกิจกรรมที่เกี่ยวกับป่าไม้ขึ้น ได้แก่ การทำไม้และการเก็บหาของป่า การตราประทับไม้ การเคลื่อนทำไม้และของป่า การควบคุม การแปรรูปไม้และการแผ้วถางป่า

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองแหล่งที่อยู่อาศัย คือบทบัญญัติที่ควบคุมการแผ้วถางป่า⁷⁰ ที่ต้องการคุ้มครองรักษาสภาพของป่าไม้ไว้ไม่ให้เกิดการทำลายโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองชนิดพันธุ์และสายพันธุ์นั้น ตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้มุ่งคุ้มครองชนิดของพันธุ์ไม้ที่มีอยู่ในป่า⁷¹ และชนิดพันธุ์ของพืชอื่นที่มีใช้ไม้ในความหมายของพระราชบัญญัติป่าไม้⁷² ดังนั้นไม่ว่าไม้หรือของป่าที่อยู่ในบริเวณป่าย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัตินี้ทั้งสิ้น

(ข) พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507⁷³

วัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้ คือการกำหนดเขตป่าสงวนเพื่ออนุรักษ์พื้นที่ป่าไม้ให้ได้มากที่สุด⁷⁴ ดังนั้นในพระราชบัญญัตินี้ส่วนใหญ่เป็นการพูดถึงการอนุรักษ์ทรัพยากรในสภาพธรรมชาติ⁷⁵

⁷⁰ พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2532 มาตรา 54

⁷¹ เพิ่งอ้าง, มาตรา 54

⁷² เพิ่งอ้าง, มาตรา 27

⁷³ พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507

⁷⁴ เพิ่งอ้าง, มาตรา 6 วรรค 2

⁷⁵ รุ่งฤดี อารยะสันติภาพ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 68, น. 121.

(ค) พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504

วัตถุประสงค์หลักคือ เพื่อกู้มครองรักษาทรัพยากรธรรมชาติที่มีอยู่ เช่น พันธุ์ไม้และของป่า สัตว์ป่า ตลอดจนทิวทัศน์ ป่าและภูเขาให้คงอยู่ในสภาพธรรมชาติเดิมมิให้ถูกทำลาย หรือเปลี่ยนแปลงไป เพื่ออำนวยประโยชน์ทั้งทางตรงและทางอ้อมต่อประชาชน⁷⁶

(ง) พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ.2490 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2528

พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้คณะกรรมการจังหวัดมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดให้มีพื้นที่อนุรักษ์ในรูปของเขตรักษาพืชพันธุ์⁷⁷ ซึ่งส่งผลให้เป็นการอนุรักษ์ชนิดพันธุ์และสภาพธรรมชาติ และช่วยอนุรักษ์พื้นที่ที่สำคัญในด้านอื่นที่อยู่ใกล้เคียงพื้นที่รักษาพืชพันธุ์ดังกล่าวด้วย การกำหนดพื้นที่ดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการคุ้มครองแหล่งที่อยู่อาศัยที่มุ่งคุ้มครองระบบนิเวศทางน้ำเป็นสำคัญ⁷⁸

ในส่วนของการคุ้มครองชนิดพันธุ์และสายพันธุ์พระราชบัญญัติฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์ที่จะอนุรักษ์ชนิดทรัพยากรประมงเป็นสำคัญโดยให้อำนาจรัฐมนตรีและผู้ว่าราชการจังหวัดกำหนดวิธีการทำประมงและกำหนดชนิดพันธุ์ที่ต้องทำการคุ้มครอง จึงเป็นกฎหมายที่เปิดโอกาสให้รัฐมนตรีและผู้ว่าราชการจังหวัดสามารถใช้ดุลพินิจ เมื่อเห็นว่าการทำประมงตามปกติที่มีอยู่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบนิเวศโดยรวม โดยกำหนดวิธีการในการทำประมง ลักษณะของสัตว์น้ำที่อนุญาตให้ทำการประมงได้ ที่สำคัญคืออำนาจในการประกาศชนิดพันธุ์ที่ห้ามทำการประมงอย่างเด็ดขาดในกรณีที่เหมาะสม

(จ) พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีการกำหนด “เขตอนุรักษ์”⁷⁹ และ “พื้นที่คุ้มครองสมุนไพร”⁸⁰ ซึ่งผู้ใดจะกระทำการใด เช่น ยึด หรือครอบครอง หรือปลูกสิ่งก่อสร้าง หรือตัดโค่น หรือเผ่าถาง เผา

⁷⁶ พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 มาตรา 6

⁷⁷ พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2528
มาตรา 7

⁷⁸ รุ่งฤดี อารยะสันติภาพ, อ่างแล้ว เขิงอรรถที่ 68, น.123.

⁷⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542
มาตรา 3วรรค 8

⁸⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542
มาตรา 63

หรือทำลายความหลากหลายทางชีวภาพ เป็นต้น จะกระทำมิได้ เว้นแต่การดำเนินการนั้นๆจะเป็นไปเพื่อการบริหารพื้นที่คุ้มครองสมุนไพร หรือใช้ประโยชน์จากสมุนไพร โดยได้รับอนุญาตจากผู้อนุญาต

(2) การอนุรักษ์นอกแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ (ex-situ conservation)⁸¹

การอนุรักษ์นอกแหล่งที่อยู่อาศัยตามสภาพธรรมชาติในปัจจุบัน ยังไม่มีกฎหมายฉบับใดของไทยที่บัญญัติครอบคลุมและรองรับสถานภาพตามกฎหมายของทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าว มีเพียงกฎระเบียบภายในของหน่วยงานแต่ละแห่งที่กำหนดวิธีการและขั้นตอนในการเก็บตัวอย่างชนิดพันธุ์เหล่านั้น ส่วนการนำเข้าเอาชนิดพันธุ์หรือสารพันธุกรรมดังกล่าวมาใช้ประโยชน์เพื่อการวิจัยนั้นก็ทำได้โดยการอนุญาตไปยังหน่วยงานนั้นโดยตรง ดังนั้น ประเทศจึงควรออกกฎหมายให้ครอบคลุมเกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพนอกที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติให้ครอบคลุมทั้ง 3 ประการ คือ ความหลากหลายทางพันธุกรรม ความหลากหลายของชนิดพันธุ์ และความหลากหลายทางระบบนิเวศด้วย มิเช่นนั้น หากรัฐภาคีใดเข้ามาในประเทศไทยแล้วนำความหลากหลายทางชีวภาพไปใช้ประโยชน์ได้ ก็จะทำให้ประเทศไทยเสียเปรียบ

(3) มาตรการทั่วไปเพื่อการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน

กฎหมายของประเทศไทยเกี่ยวกับ มาตรการทั่วไปเพื่อการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนมีดังต่อไปนี้

(ก) พระราชบัญญัติการส่งออกป็นอกและนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ.

2522

พระราชบัญญัติการส่งออกป็นอกและนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. 2522 โดยพระราชกฤษฎีกาควบคุมการส่งออกป็นอกราชอาณาจักรซึ่งสินค้าบางอย่าง (ฉบับที่ 39) พ.ศ. 2518 และประกาศกระทรวงพาณิชย์เรื่องการส่งออกสินค้าไปนอกราชอาณาจักร 11 ฉบับ ตั้งแต่ปี พ.ศ.2517 เป็นต้นมา ได้กำหนดรายชื่อสัตว์ป่า ซากสัตว์ป่า ปลาทะเลสวยงาม 400 ชนิด สัตว์น้ำอื่นๆ 258 รายการ เป็นสินค้าที่ต้องขออนุญาตนำออกนอกประเทศไทย โดยมีหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขการขออนุญาตตามกำหนดในกฎกระทรวง กฎหมายฉบับนี้จึงถืออำนาจให้สามารถดำเนินการตามอนุสัญญาฯ ในพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพเพื่อการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน⁸²

⁸¹ รุ่งฤดี อารยะสันติภาพ, อ่างแล้ว เจริญรอกที่ 68, น.132.

⁸² เพิ่งอ้าง.

(ข) พระราชบัญญัติป่าสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้มีการควบคุม การขาย การนำเข้า การส่งออก การส่งเสริมการขยายพันธุ์สัตว์ป่าบางชนิด โดยมีวัตถุประสงค์ช่วยเพิ่มจำนวนสัตว์ป่า จึงถือว่าได้ช่วยให้สัตว์ป่าไม่สูญพันธุ์ ก่อให้เกิดประโยชน์กับระบบนิเวศเพื่อจะได้ใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนต่อไป

(4) หลักเกณฑ์ในการเข้าถึงทรัพยากรทางพันธุกรรม

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศไทยโดยส่วนใหญ่ มักระบุให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้ดุลพินิจอนุญาตให้มีการเข้าถึงทรัพยากรเหล่านั้นและนำไปใช้ประโยชน์ได้ตามความเหมาะสมดังนี้

(ก) พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2532

ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้การจะทำไม้ก็ดี การเก็บของป่าของหวงห้ามก็ดี จะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่และต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในกฎกระทรวงหรือในใบอนุญาต⁸³ พระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยตรง แต่มีวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์ป่าไม้โดยเฉพาะอย่างยิ่งชนิดพันธุ์ไม้และของป่า และไม่ได้ห้ามการเข้าถึงโดยสิ้นเชิงแต่อาจเข้าถึงได้หากได้รับสัมปทานหรือได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่

(ข) พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2528

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีวัตถุประสงค์คล้ายคลึงกับพระราชบัญญัติป่าไม้ คืออนุรักษ์ป่า⁸⁴ ไม้⁸⁵ ของป่าและทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่ในป่า เช่น สัตว์เลี้ยง⁸⁶ ของป่า⁸⁷ เป็นต้น แตกต่างกันตรงพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติจะจำกัดเฉพาะในเขตป่าสงวนแห่งชาติเท่านั้น⁸⁸ ในขณะที่พระราชบัญญัติป่าไม้คุ้มครองการทำไม้ในพื้นที่อื่นที่มีเขตป่าสงวนแห่งชาติ พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงเป็นการเอื้อต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามพันธกรณีของอนุสัญญาเช่นกัน

⁸³ พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2532 มาตรา 11

⁸⁴ พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2528 มาตรา 4

⁸⁵ เฟื้องอ่าง, มาตรา 4 วรรคสาม.

⁸⁶ เฟื้องอ่าง, มาตรา 4 วรรคห้า.

⁸⁷ เฟื้องอ่าง, มาตรา 4 วรรคสี่.

⁸⁸ เฟื้องอ่าง, มาตรา 4 วรรคสอง.

(5) กฎระเบียบในการเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยี

อนุสัญญาฯเสนอแนะให้รัฐภาคีมีกฎหมายที่เอื้ออำนวยประโยชน์ต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยี โดยจะต้องเป็นกฎหมายที่เป็นมาตรการสร้างแรงจูงใจให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีในระหว่างรัฐภาคีด้วยกัน สำหรับประเทศไทยกฎหมายที่มีลักษณะจูงใจในการถ่ายทอดเทคโนโลยีประกอบด้วย⁸⁹

(ก) พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้มีการลงทุนเพื่อสนองความต้องการในการพัฒนาประเทศให้อำนวยประโยชน์ในการสร้างฐานการเพิ่มรายได้และกระจายรายได้แก่ประชาชน โดยการสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้ลงทุนในกิจการที่รัฐให้ความสำคัญ ยกตัวอย่างเช่น การอนุญาตให้มีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน การอนุญาตให้คนต่างด้าวและคู่สมรสอยู่ในราชอาณาจักรได้เกินกว่าที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เป็นต้น ส่วนสิทธิประโยชน์ทั่วไปที่กิจการจะได้รับ ได้แก่ การได้รับการยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลและอากรขาเข้าสำหรับเครื่องจักรบางประเภทในระยะเวลาที่กำหนด หรือการยกเว้นภาษีอากรขาออกในบางกรณี

พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้รับการแก้ไขอีกครั้ง เมื่อพ.ศ. 2534 เนื่องจากประมวลรายการได้ยกเลิกความในส่วนภาษีการค้าและให้นำภาษีมูลค่าเพิ่มมาใช้บังคับแทน ดังนั้น ความในประมวลรายการจึงยกเลิกความในพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ในส่วนสิทธิประโยชน์ที่ได้รับในกรณีของภาษีการค้าทั้งหมด

(ข) พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติฉบับนี้เอื้ออำนวยให้มีการคุ้มครองเทคโนโลยีเพราะส่งเสริมให้มีการค้นคว้า วิจัย และประดิษฐ์ผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีขึ้นใหม่ และการออกแบบผลิตภัณฑ์ใหม่ ๆ ที่เป็นประโยชน์และเป็นการก้าวหน้าทางเทคนิคในการเกษตรกรรม อุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมในประเทศและเพื่อให้ผู้ประดิษฐ์ออกแบบผลิตภัณฑ์ได้รับการคุ้มครองการประดิษฐ์ หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์โดยมิได้ค่าตอบแทน ดังนั้น จึงเป็นหลักประกันว่าในการถ่ายทอดเทคโนโลยีตามพันธกรณีของอนุสัญญาฯจะไม่มีภาระละเมิดสิทธิที่ได้รับการคุ้มครอง

⁸⁹ รุ่งฤดี อารยะสันติภาพ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 68, น.139.

(6) ประเด็นเกี่ยวกับการควบคุมดูแลเทคโนโลยีชีวภาพและการแบ่งปันผลประโยชน์

(ก) พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้ชุมชนที่เป็นแหล่งกำเนิดพันธุ์พืชลักษณะต่างๆเป็นผู้ถือสิทธิแต่เพียงผู้เดียว⁹⁰ ในการกำหนดรายได้ของรัฐจากพันธุ์พืชลักษณะต่างๆรวมทั้งกิจกรรมที่เกี่ยวข้องทั้งหลาย

(ข) พระราชบัญญัติพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี พ.ศ. 2534

พระราชบัญญัติฉบับนี้ต้องการให้อำนาจให้มีการดำเนินกิจการ ที่เป็นการเพิ่มพูนความรู้และความสามารถทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี เพื่อยกระดับความสามารถทางการผลิตและการบริการตลอดจนระดับฐานะทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ โดยรวมถึงการพัฒนาขีดความสามารถในการรับและถ่ายทอดเทคโนโลยีทั้งภายในประเทศและจากต่างประเทศเพื่อการพัฒนาประเทศในทุกด้าน⁹¹

โดยสรุปแล้ว ประเทศไทยแม้จะไม่มีกฎหมายที่กล่าวถึงการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยตรง แต่ก็มีกฎหมายที่ให้อำนาจต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาอยู่หลายฉบับด้วยกัน ทั้งนี้กฎหมายที่เห็นว่าควรมีเพิ่มเติมเพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีของอนุสัญญาได้แก่พระราชบัญญัติป่าชุมชน ซึ่งเป็นกฎหมายที่รับรองสิทธิชุมชนท้องถิ่นในการจัดการกับทรัพยากรชีวภาพ และพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น เพื่อให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากภูมิปัญญาท้องถิ่น อันเป็นไปตามหลักการของอนุสัญญา และรัฐธรรมนูญของไทยเองด้วย

3.2 การอนุวัติการของประเทศไทยตามกรอบความตกลงทริปส์

(1) วัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์

ความตกลงทริปส์มิได้มีเจตนาเพียงคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น เพราะแม้ความตกลงทริปส์จะระบุว่าวัตถุประสงค์ของความตกลงนี้เพื่อต้องการลดการบิดเบือนและอุปสรรคที่มีต่อ

⁹⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 มาตรา 45

⁹¹ พระราชบัญญัติพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี พ.ศ. 2534 มาตรา 3

การค้าระหว่างประเทศ⁹² (To reduce distortions and impediments to international trade) และ
ยังยอมรับว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิของเอกชน⁹³ (private right) แต่ความตกลง
ทริปส์ก็ยอมรับถึงความสำคัญ ต่อจุดประสงค์ด้านนโยบายสาธารณะของระบบแห่งชาติต่างๆ
ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา รวมทั้งจุดประสงค์ด้านการพัฒนา และเทคโนโลยีด้วย
เช่นกัน⁹⁴ (The underlying public policy objectives of national systems for the protection of
intellectual property, including developmental and technological objectives) และตามข้อ
7 (วัตถุประสงค์)⁹⁵ ยังแสดงให้เห็นว่าการถ่ายทอด การเผยแพร่เทคโนโลยีเป็นเป้าหมายสุดท้าย
ของความตกลงทริปส์ มิใช่เพียงการส่งเสริมนวัตกรรมทางเทคโนโลยีเท่านั้น ตามข้อ 7 นี้ได้ให้สิทธิ
แก่ประเทศสมาชิกที่จะถ่วงดุลระหว่างการให้ความคุ้มครองกับประโยชน์ที่เกิดขึ้นทั้งด้านสังคมและ
เศรษฐกิจตามกรอบที่ความตกลงทริปส์กำหนด

⁹² ในส่วนอารัมภบทของความตกลงทริปส์ กล่าวว่า “บรรดาสมาชิกปรารถนาที่จะลด
การบิดเบือน และอุปสรรคที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศ และคำนึงถึงความจำเป็นที่จะส่งเสริมให้
มีการคุ้มครองที่มีประสิทธิภาพ และเพียงพอสำหรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และทำให้มั่นใจว่า
มาตรการและวิธีดำเนินการที่ใช้บังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะไม่กลายเป็นอุปสรรคต่อ
การค้าอันชอบธรรม” กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ กระทรวงพาณิชย์, คำแปลกรมสารสุตทำยรวม
รวมผลการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย, (กรุงเทพ: กระทรวงพาณิชย์, 2537) น. 595

⁹³ ในส่วนอารัมภบทของความตกลงทริปส์ กล่าวว่า “ยอมรับว่าสิทธิในทรัพย์สินทาง
ปัญญาเป็นสิทธิของบุคคล” กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ กระทรวงพาณิชย์, *เพ็ญอ้วง*, น.560

⁹⁴ ในส่วนอารัมภบทของความตกลงทริปส์ กล่าวว่า “ยอมรับการให้ความสำคัญต่อ
จุดประสงค์ด้านนโยบายสาธารณะของระบบแห่งชาติต่างๆในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา
รวมทั้งจุดประสงค์ด้านการพัฒนา และเทคโนโลยี” กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ กระทรวงพาณิชย์
, *เพ็ญอ้วง*, หน้าเดิม

⁹⁵ ความตกลงทริปส์ข้อ 7 กล่าวว่า “การคุ้มครองและการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทาง
ปัญญา ควรจะเกื้อหนุนต่อการส่งเสริมนวัตกรรมทางเทคโนโลยี และต่อการถ่ายทอด และการแพร่
ขยายเทคโนโลยีต่อประโยชน์ร่วมกันของผู้ผลิต และผู้ใช้ความรู้ทางเทคโนโลยี และในลักษณะ
อำนวยความสะดวกทางการทางสังคม และทางเศรษฐกิจ และต่อความสมดุลย์ของของสิทธิและ
พันธกรณีด้วย” กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ กระทรวงพาณิชย์, *เพ็ญอ้วง*, น.565

ดังนั้น ประเทศไทยอาจไม่ให้ความสำคัญคุ้มครองแก่งสิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับสิ่งมีชีวิต หากเห็นว่าการให้ความสำคัญคุ้มครองจะขัดกับนโยบายสาธารณะของตน ซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์⁹⁶

(2) ขอบเขตของการให้ความสำคัญคุ้มครอง⁹⁷

ความตกลงทริปส์ข้อ 8.1⁹⁸ อนุญาตให้ประเทศสมาชิก หรือแก้ไขกฎหมายภายในของตนเพื่อคุ้มครองสาธารณะสุข และโภชนาการ และเพื่อส่งเสริมประโยชน์สาธารณะในภาคต่างๆ ที่สำคัญต่อการพัฒนาด้านเศรษฐกิจสังคม และเทคโนโลยีของตน แสดงให้เห็นว่าความตกลงทริปส์เปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิคนำประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) มาเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาออก หรือแก้ไขกฎหมายภายในของตนได้ และประเทศสมาชิกมีสิทธิตามข้อ 8.2⁹⁹ ที่จะใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อป้องกันการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยมิชอบโดยผู้ทรงสิทธิ หรือการใช้แนวทางปฏิบัติซึ่งจำกัดการค้าโดยไม่มีเหตุผล หรือเป็นผลเสียหายต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างประเทศ

ดังนั้นประเทศไทยอาจไม่ให้ความสำคัญคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับสิ่งมีชีวิตได้ หากเห็นว่าขัดต่อประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ของตน¹⁰⁰

⁹⁶ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, “โจรสลัดชีวภาพ (Bio-piracy) : ที่มา-ปัญหา และแนวทางสำหรับประเทศไทยตามกรอบความตกลงทริปส์”, วารสารนิติศาสตร์ .(มี.ค 46), น.119.

⁹⁷ เพิ่งอ้าง, น.120.

⁹⁸ ความตกลงทริปส์ข้อ 8.1 กล่าวว่า “ในการออกหรือแก้ไขกฎหมายและระเบียบข้อบังคับของตน บรรดาสมาชิกอาจใช้มาตรการที่จำเป็น เพื่อคุ้มครองสาธารณะสุขและโภชนาการ และเพื่อส่งเสริมประโยชน์สาธารณะในภาคต่างๆที่มีความสำคัญอย่างมากต่อการพัฒนาด้านเศรษฐกิจสังคม และเทคโนโลยีของตน โดยมีเงื่อนไขว่า มาตรการดังกล่าวสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งความตกลงนี้” กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ กระทรวงพาณิชย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 35, น.565.

⁹⁹ ความตกลงทริปส์ข้อ 8.2 กล่าวว่า “ภายใต้การมีเงื่อนไขว่ามาตรการของบรรดาสมาชิกสอดคล้องกับบทบัญญัติของความตกลงนี้ บรรดาสมาชิกอาจมีความจำเป็นในการใช้มาตรการที่เหมาะสม เพื่อป้องกันการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยมิชอบโดยผู้ทรงสิทธิ หรือการใช้แนวทางปฏิบัติซึ่งจำกัดการค้าโดยไม่มีเหตุผล หรือเป็นผลเสียหายต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างประเทศ” กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ กระทรวงพาณิชย์, เพิ่งอ้าง, น.566.

¹⁰⁰ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 96, น.120.

(3) หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

ความตกลงทริปส์ข้อ 27.2¹⁰¹ อนุญาตให้ประเทศสมาชิกไม่ให้สิทธิบัตรแก่สิ่งประดิษฐ์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองชีวิต หรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช หรือหลีกเลี่ยงความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อม แต่ความตกลงทริปส์ไม่ได้ให้นิยาม “ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” เท่ากับเปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิก กำหนดนิยามดังกล่าวให้สอดคล้องกับจารีตประเพณี หรือวัฒนธรรมท้องถิ่นของตนได้ ซึ่งขอบเขตที่ปรากฏอาจแตกต่างกันในแต่ละประเทศได้¹⁰²

ดังนั้นประเทศสมาชิกจึงปฏิเสธไม่ให้สิทธิบัตรแก่สิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับสิ่งมีชีวิตได้ หากเห็นว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในประเทศของตน โดยอาจกำหนดให้รวมถึงสิ่งมีชีวิตที่มีอยู่ตามธรรมชาติ ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน วัสดุทางชีวภาพที่พบในธรรมชาติแม้ว่าจะได้สกัดให้เป็นสารบริสุทธิ์แล้วหรือไม่ก็ตาม ซึ่งจะครอบคลุมถึงมนุษย์ หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของมนุษย์¹⁰³

¹⁰¹ ความตกลงทริปส์ข้อ 27.2 กล่าวว่า “บรรดาสมาชิกอาจไม่ให้สิทธิบัตรในสิ่งประดิษฐ์เพื่อป้องกันมิให้การแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ภายในดินแดนของตน อันเป็นความจำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมทั้งการคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช หรือเพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อม โดยมีเงื่อนไขว่าการไม่ให้สิทธิบัตรดังกล่าวไม่ได้กำหนดขึ้นเพียงเพราะกฎหมายของตนห้ามการแสวงหาประโยชน์ไว้” กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ กระทรวงพาณิชย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 91, น.580.

¹⁰² สมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 96, น.121.

¹⁰³ Directive 98/44 on Legal Protection of Biotechnological Invention, 1988 Art.5.1 อ้างใน สมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 95 , น.121 ห้ามขอรับสิทธิบัตรในร่างกายมนุษย์ การค้นพบส่วนสำคัญส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายมนุษย์ ลำดับยีน แต่ใน Article 5.2 ส่วนสำคัญที่แยกออกจากร่างกายมนุษย์ หรือถูกผลิตขึ้นโดยวิธีการที่ใช้กรรมวิธีทางเทคนิค รวมทั้งลำดับยีน หรือส่วนหนึ่งของลำดับยีน เป็นสิ่งประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้ แม้ว่าโครงสร้างของสิ่งประดิษฐ์นั้นจะเหมือนกับสิ่งที่ปรากฏอยู่ตามธรรมชาติ

(4) หลักเกณฑ์มาตรการบังคับใช้สิทธิตามสิทธิบัตร

ความตกลงทริปส์ข้อ 31(b) รับรองสิทธิของประเทศสมาชิก ที่จะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิในสถานการณ์ฉุกเฉินของประเทศ หรือกรณีอื่นที่มีความฉุกเฉินเป็นอย่างมาก หรือในกรณีที่ไม่ได้ใช้เพื่อการค้า (This requirement may be waived by a Member in the case of a national emergency or other circumstances of extreme urgency or in cases of public non-commercial use.) ซึ่งมาตรการลักษณะนี้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายสิทธิบัตรของทุกประเทศ

ประเทศไทยกำหนดไว้ใน พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542 มาตรา 51ว่า เพื่อประโยชน์ในการประกอบกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคหรือการอันจำเป็นในการป้องกันประเทศ หรือการสงวนรักษาหรือการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อมหรือป้องกันหรือบรรเทาการขาดแคลนอาหาร ยาหรือสิ่งสาธารณูปโภค หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น กระทรวง ทบวง กรม อาจใช้สิทธิตามสิทธิบัตรอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา 36 โดยให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ทรงสิทธิบัตร และจะต้องแจ้งให้ผู้ทรงสิทธิบัตรทราบเป็นหนังสือโดยไม่ชักช้า”และในมาตรา 52 กำหนดให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรได้ในภาวะสงครามหรือในภาวะฉุกเฉิน โดยเสียค่าตอบแทนที่เป็นธรรมแก่ผู้ทรงสิทธิบัตรต้องแจ้งให้ผู้ทรงสิทธิบัตรทราบเป็นหนังสือโดยไม่ชักช้าเช่นกัน

(5) สิ่งประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตร

ความตกลงทริปส์ข้อ 27.1 กล่าวว่า ประเทศสมาชิกต้องให้สิทธิบัตรสำหรับสิ่งประดิษฐ์ (Invention) แต่ความตกลงทริปส์ไม่ได้ให้ความหมายของคำว่า “การประดิษฐ์” ประเทศกำลังพัฒนาจึงมีสิทธิกำหนดขอบเขตของคำนี้กว้างหรือแคบก็ได้ การตีความอย่างแคบโดยถือว่าสิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับข้อมูลพันธุกรรม เซล หรือสายพันธุกรรม ไม่ใช่การประดิษฐ์¹⁰⁴ แต่ถือเป็นเพียงการค้นพบ (discovery) จะช่วยจำกัดขอบเขตการประดิษฐ์ในสิ่งเกี่ยวกับสิ่งมีชีวิตที่ขอรับสิทธิบัตร¹⁰⁵

แม้ว่าความตกลงทริปส์ข้อ 27.3 (b) จะกำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองแก่ “จุลชีพ” (microorganisms) แต่เมื่อยังไม่มีนิยามที่ชัดเจนแน่นอนเนื่องจากทางด้าน

¹⁰⁴ พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542 มาตรา 3 บัญญัติว่า “การประดิษฐ์” หมายความว่า การคิดค้น หรือคิดทำขึ้น อันเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีใดชิ้นใหม่ หรือการกระทำใดๆ ที่ทำให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธี”

¹⁰⁵ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 96, น.122.

วิทยาศาสตร์ยังไม่มีข้อยุติในการกำหนด หรือแบ่งจุลชีพที่ชัดเจน¹⁰⁶ ประเทศสมาชิกจึงอาจไม่ยอมรับคำนิยามที่มีขอบเขตกว้างที่เสนอโดยประเทศสหรัฐ แต่ใช้คำนิยามที่มีขอบเขตชัดเจนและแน่นอนกว่า

โดยในส่วนของ การให้ความคุ้มครองพืชและสัตว์ ความตกลงทริปส์ข้อ 27.2 กล่าวถึงข้อยกเว้นที่จะไม่ให้สิทธิบัตรแก่สิ่งประดิษฐ์ที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบกับความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีงาม หรือก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ และพืช หรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม

นอกจากนี้ ในข้อ 27.3 (b) ได้ให้สิทธิแก่ประเทศสมาชิกที่จะไม่ให้เกิดการคุ้มครองสิทธิบัตรต่อพืชและสัตว์ที่นอกเหนือจากจุลชีพและกรรมวิธีทางวิทยาศาสตร์ที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชและสัตว์ ตามข้อกำหนดในมาตรานี้ ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกจำนวนมากซึ่งรวมทั้งประเทศไทย จึงมีข้อยกเว้นในกฎหมายสิทธิบัตร ไม่ให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรต่อพืชและสัตว์

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 9 กำหนดว่า

“ การประดิษฐ์ต่อไปนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ

(1) จุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช

(2) กฎเกณฑ์และทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์และคณิตศาสตร์

(3) ระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์

(4) วิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคมนุษย์ หรือสัตว์

(5) การประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี อนามัยหรือสวัสดิภาพของประชาชน”

เมื่อพิจารณาจากความตกลงทริปส์แล้วพบว่า ประเทศไทยได้ปฏิบัติตามแนวทางของความตกลงทริปส์โดยการยกเว้นไม่ให้สิทธิบัตรแก่สิ่งประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี อนามัยหรือสวัสดิภาพของประชาชน และยกเว้นจุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืชจากการจดสิทธิบัตร

¹⁰⁶ Michael Blakeney, “Legal Aspect of Biotechnology”, Paper presented at International Conference on BIOLAW 2002, (3-5 September 2002), Bangkok, Thailand, pp.15-16, อ้างใน สมชาย รัตนชื้อสกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 96 , น.122.

ในส่วนของการคุ้มครองพันธุ์พืช ตามข้อ 27.3 (b) ของความตกลงทริปส์ ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองพันธุ์พืช แต่ไม่ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชภายใต้ระบบสิทธิบัตรเท่านั้น แต่เปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกสามารถเลือกที่จะให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชภายใต้ระบบกฎหมายใดก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นระบบสิทธิบัตรหรือระบบกฎหมายเฉพาะ หรือทั้งสองระบบนี้ร่วมกัน หลักเกณฑ์สำคัญประการเดียวของความตกลงทริปส์ที่กำหนดไว้ใน การคุ้มครองพันธุ์พืชตามระบบกฎหมายเฉพาะ คือ ต้องเป็น “ระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ” (effective sui generic system) เท่านั้น¹⁰⁷

ทั้งนี้ในความตกลงทริปส์ไม่ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “ระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ” ไว้ และไม่ได้กล่าวด้วยว่า ระบบกฎหมายเฉพาะนั้นคืออนุสัญญาพอฟ ทั้งนี้ อนุสัญญาพอฟมีผลใช้บังคับมาเป็นเวลานานก่อนที่ความตกลงทริปส์จะมีผลใช้บังคับ ดังนั้นประเทศสมาชิกจึงมีอิสระที่จะเลือกให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชภายใต้ระบบกฎหมายเฉพาะที่สอดคล้องและเหมาะสมกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศและระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจของประเทศตนเอง โดยไม่ต้องปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาพอฟ

ดังนั้นในการอนุวัติการตามความตกลงทริปส์ ประเทศไทยจึงให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชด้วยระบบกฎหมายเฉพาะ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 โดยไม่ได้ยึดถือแนวทางในการคุ้มครองพันธุ์พืชตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาพอฟ

(6) เงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตร

ความตกลงทริปส์ข้อ 27.1 กำหนดเงื่อนไขสิ่งประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรว่า ต้องมีความใหม่ (New) เกี่ยวข้องกับขั้นการประดิษฐ์ (Inventive step) และสามารถนำไปประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ (Capable of Industrial Application)

พ.ร.บ.สิทธิบัตรของไทย พ.ศ.2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542 กำหนดไว้มาตรา 5 ว่า การประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้ต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

1. เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่
2. เป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น และ
3. เป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม

¹⁰⁷ บัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์, วิฑูรย์ เลี่ยนจำรูญ, “วิเคราะห์ข้อเรียกร้องของสหรัฐในการเจรจา FTA เรื่องการคุ้มครองสิทธิบัตรพืชและสัตว์”, <http://thaingo.org/cgi-bin/content/content1/show.pl?0303>

เงื่อนไขการขอรับสิทธิบัตรของไทยจึงสอดคล้องกับเงื่อนไขการขอรับสิทธิบัตรของ
ความตกลงทริปส์แล้ว

3.3 แนวโน้มในการปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทยเพื่อคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพในประเทศไทย

(1) พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542

(ก) การคุ้มครองพืช

พระราชบัญญัติสิทธิบัตรของไทยไม่ให้สิทธิบัตรแก่พืช¹⁰⁸ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 (1) ทั้งนี้รวมถึงพันธุ์กรรมพืชด้วยเนื่องจากถึงแม้มิได้กล่าวถึงพันธุ์กรรมพืชหรือพันธุ์พืชโดยตรง แต่พืชเป็นวัตถุที่มีรูปร่างเป็นสิ่งที่จับต้องได้ (Tangible) และเป็นวัตถุแห่งการครอบครองหวงกันนั้นก็ประกอบขึ้นจากพันธุ์กรรมจำนวนมากที่แสดงลักษณะภายในนอกออกมา (Phenotype) จากผลของการกำหนดลักษณะโดยรหัสพันธุ์กรรม (Genotype) นั่นเอง ทั้งสองสิ่งจึงมีความสัมพันธ์กันจึงไม่อาจแยกพิจารณาพันธุ์กรรมพืชออกจากพืช ทั้งสองประการจึงต้องถือเป็นสิ่งสิ่งที่เป็นหนึ่งเดียวกันด้วยเหตุนี้พันธุ์กรรมพืชจึงเป็นส่วนหนึ่งของพืช อีกนัยหนึ่งก็คือพืชนั่นเอง ซึ่งกฎหมายสิทธิบัตรไม่คุ้มครอง¹⁰⁹

แม้ พ.ร.บ.สิทธิบัตรจะไม่ให้สิทธิบัตรแก่ “พืชหรือสารสกัดจากพืช” แต่มิได้ระบุถึง “ส่วนหนึ่งส่วนใดของพืช” ซึ่งต่างจากกรณี “จุลชีพ” ที่ระบุชัดเจนถึง “ส่วนหนึ่งส่วนใดของจุลชีพ” ด้วย แม้จะมีถ้อยคำต่อมาว่า “สารสกัดจากพืช” ก็อาจยังไม่ชัดเจนว่า “สารสกัดจากพืช” เป็นอย่างเดียวกันกับ “ส่วนหนึ่งส่วนใดของพืช” หรือไม่ หากเหมือนกันเหตุใดกรณี “จุลชีพ” จึงบัญญัติว่า “ส่วนหนึ่งส่วนใดของจุลชีพ” ไม่บัญญัติว่า “จุลชีพหรือสารสกัดจากจุลชีพ”¹¹⁰

การที่ถ้อยคำใน พ.ร.บ.สิทธิบัตรของไทยไม่ชัดเจน อาจเป็นช่องทางให้ส่วนหนึ่งส่วนใดของพืชได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตร ดังนั้นการแก้ไขถ้อยคำในพ.ร.บ.สิทธิบัตรของไทยให้ชัดเจนว่า “พืช ส่วนใดส่วนหนึ่งของพืช หรือสารสกัดจากพืช” ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้จะทำให้กฎหมายชัดเจนขึ้น¹¹¹

¹⁰⁸ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542 มาตรา 9(1)

¹⁰⁹ สมชาย รัตนเชื้อสกุล,อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 57*,น.452.

¹¹⁰ สมชาย รัตนเชื้อสกุล,อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 8*,น.25.

¹¹¹ เพิ่งอ้าง.

(ข) การคุ้มครองจุลชีพ

พ.ร.บ สิทธิบัตรของไทยได้ห้ามขอรับสิทธิบัตรใน “จุลชีพ” และ “ส่วนประกอบส่วนหนึ่ง ส่วนใดของจุลชีพ”¹¹² แต่มิได้ให้นิยามว่า “จุลชีพ” มีความหมายและขอบเขตเพียงใด ซึ่งความหมายตามที่ปรากฏในพจนานุกรมมีว่า “สิ่งมีชีวิตขนาดเล็กมาก มองด้วยตาเปล่าไม่เห็นต้องดูด้วยกล้องจุลทรรศน์ ส่วนมากมีเซลล์เดียว” และได้อ้างศัพท์ภาษาอังกฤษว่าตรงกับ “microbe, micro-organism”¹¹³ ความหมายดังกล่าวเป็นความหมายทั่วไปและมีขอบเขตกว้าง และเป็นแนวเดียวกับความหมายอย่างกว้างตามข้อเสนอของประเทศสหรัฐ ดังนั้นจึงอาจใช้เป็นช่องทางคุ้มครองสิทธิบัตรพืชในฐานะเป็นจุลชีพได้ ซึ่งการปล่อยให้มีความหมายของ “จุลชีพ” ไม่ชัดเจนเช่นนี้จะก่อให้เกิดผลเสียต่อประเทศไทยมากกว่าผลดี คือหากมีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล เช่น เจ้าหน้าที่ไม่ให้สิทธิบัตรแก่พันธุ์กรรมพืชในฐานะเป็นจุลชีพ ซึ่งศาลอาจใช้ความหมายตามพจนานุกรมที่ให้หมายถึงสิ่งที่มีมองด้วยตาเปล่าไม่เห็นและถือเป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรได้ก็ได้¹¹⁴

แนวทางในการแก้ไขอาจทำได้โดยกำหนดแนวทางในการตีความ “จุลชีพ” ให้ชัดเจน เช่น ให้หมายถึง “สัตว์ที่ไม่มีอวัยวะ หรือสิ่งมีชีวิตที่ไม่พัฒนาเป็นเนื้อเยื่อ หรืออวัยวะ ได้แก่ แบคทีเรีย รา โปรโตซัว สาหร่าย และไลเคน” การกำหนดความหมายเช่นนี้จะมีขอบเขตที่ชัดเจนและไม่ใช้การมองด้วยตาเปล่ามาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา “จุลชีพ”¹¹⁵

(ค) การคุ้มครองสารที่แยก หรือสกัดจากพืช หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของพืช

พ.ร.บ สิทธิบัตรของไทยไม่ให้การคุ้มครองสารสกัดจากสัตว์หรือพืช¹¹⁶ แต่กรณีสารสกัดบริสุทธิ์จากพืช ซึ่งต้องผ่านกระบวนการ หรือกรรมวิธีทางเทคนิคขั้นสูงนั้นจะสามารถจดสิทธิบัตรได้หรือไม่ เนื่องจากเป็นกรณีที่แตกต่างกันออกไป ต้องใช้ความรู้ความสามารถสูงในการสกัดสารดังกล่าว และในสภาพธรรมชาติจะไม่ปรากฏสารในสภาพที่บริสุทธิ์ดังเช่นสารที่สกัดได้ จึงเห็นว่าสารสกัดบริสุทธิ์เป็นวัตถุแห่งการคุ้มครองสิทธิบัตรได้

ในประเทศสหรัฐอเมริกาเคยยอมรับว่าการนำสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติมาแยก หรือสกัดจนได้สารบริสุทธิ์ หรือทำให้ได้คุณสมบัติใหม่ๆ เป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรได้ เช่น การให้สิทธิบัตรในแบคทีเรียที่

¹¹² พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542 มาตรา 9 (1)

¹¹³ Coombs, J. Macmillan Dictionary of Biotechnology. (London: The Macmillan Press, 1986), p.198

¹¹⁴ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 57, น.457-458.

¹¹⁵ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 57, น.458.

¹¹⁶ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542 มาตรา 9 (1)

มีคุณสมบัติในการย่อยสลายน้ำมัน ทั้งที่เป็นเพียงการนำแบคทีเรียที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติมา
 สลับตำแหน่งยีนเท่านั้น¹¹⁷ และแนวปฏิบัติของสำนักงานสิทธิบัตรยุโรปก็ยอมรับว่าสารสกัดจาก
 สิ่งมีชีวิตตามธรรมชาติด้วยกรรมวิธีทางวิทยาศาสตร์ เช่น พันธุกรรม ดีเอ็นเอ เป็นการประดิษฐ์มิใช่
 การค้นพบจึงเป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรได้¹¹⁸

กรณีนี้หากพิจารณาในบริบทของกฎหมายสิทธิบัตรที่วัตถุประสงค์แห่งการคุ้มครองจะต้องเป็น
 การประดิษฐ์ (Invention) แต่สารสกัดบริสุทธิ์มิใช่สิ่งที่มนุษย์ประดิษฐ์ขึ้น แต่เป็นสิ่งที่มีอยู่แล้วตาม
 ธรรมชาติ จึงไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ (Product of Nature) ทำนองเดียวกับการสกัดแร่ธาตุที่มีอยู่
 ตามธรรมชาติให้บริสุทธิ์ เช่น การสกัดแร่ทองคำ แร่สังกะสี เป็นต้น¹¹⁹ การตีความคุ้มครองสาร
 สกัดบริสุทธิ์ในฐานะสิ่งประดิษฐ์ กลับจะยิ่งก่อให้เกิดผลประหลาด (Absurd) กับกฎหมาย
 สิทธิบัตร และนำมาซึ่งผลกระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพซึ่งเป็นสิ่งซึ่งไม่พึงประสงค์ต่อ
 การคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชของประเทศกำลังพัฒนา¹²⁰ ดังนั้นการแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตร
 ของไทยโดยการระบุสิ่งที่ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ให้รวมถึง “สารสกัดบริสุทธิ์” น่าจะทำให้เกิด
 ความชัดเจนและเป็นประโยชน์แก่ประเทศไทยมากขึ้น

กฎหมายสิทธิบัตรของไทยทรัพยากรชีวภาพที่สามารถยื่นขอจดสิทธิบัตร ตาม
 กฎหมายสิทธิบัตรของไทยได้ คือ จุลชีพ หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของจุลชีพที่ไม่มีอยู่ตามธรรมชาติ
 เท่านั้น สำหรับพืชและสัตว์ไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรคุ้มครองได้

(ง) การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

สิ่งที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้ พ.ร.บ.สิทธิบัตรคือ “การประดิษฐ์” ซึ่งหมายถึง การ
 คิดค้นทำขึ้นหรือคิดทำขึ้น อันเป็นผลให้ได้ซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใดชิ้นใหม่ หรือการกระทำใดๆ
 ที่ทำให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธี โดยที่ “กรรมวิธี” นั้นหมายถึง วิธีการ กระบวนการ หรือ
 กรรมวิธีในการผลิต หรือการเก็บรักษาให้คงสภาพหรือให้มีคุณภาพดีขึ้นหรือการปรับปรุงสภาพให้ดีขึ้น
 ซึ่งผลิตภัณฑ์ และรวมถึงการใช้กรรมวิธีนั้นๆด้วย¹²¹

¹¹⁷ รายละเอียดเพิ่มเติมใน บทที่ 2 หัวข้อ 4.1 (1)

¹¹⁸ สมชาย รัตนเชื้อสกุล,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8,น.25, อ้างจาก Guidelines, C: VI 2.3, Revision of February 2001.

¹¹⁹ รายละเอียดเพิ่มเติมใน บทที่ 2 หัวข้อ 4.1 (1)

¹²⁰ สมชาย รัตนเชื้อสกุล,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 57,น.456.

¹²¹ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542 มาตรา 3

พ.ร.บ.สิทธิบัตร อาจนำมาใช้ในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ 2 กรณี คือ¹²²

1. นำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นมาปรับปรุง เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมเทคโนโลยีเข้าไป หรือใช้ตำรายาแผนไทยเป็นตัวตั้งต้นแล้วเพิ่มเติมสูตรเคมีใดๆ เข้าไปก็จะทำให้ได้การประดิษฐ์อื่นๆ ขึ้นมา

2. การประดิษฐ์โดยตัวมันเอง ซึ่งอาจเกิดได้ในภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ยังไม่แพร่หลาย ทำให้ไม่เป็นที่รู้จัก อาจถูกนำมาจดสิทธิบัตรได้ หรือหากนำไปใช้ในต่างประเทศก็อาจถูกจดสิทธิบัตร หากภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยนั้นยังไม่เป็นที่แพร่หลายในประเทศที่ถูกนำไปยื่นจดสิทธิบัตร

ทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่สามารถนำมาจดสิทธิบัตรได้จะต้องเข้าหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้คือ

1. การประดิษฐ์ขึ้นใหม่ นั่นคือ ต้องไม่ใช่งานที่ปรากฏอยู่แล้ว
2. การประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น นั่นคือ เป็นการประดิษฐ์ที่ไม่เป็นที่ประจักษ์โดยง่ายแก่บุคคลที่มีความชำนาญในระดับสามัญสำหรับงานประเภทนั้น และ
3. การประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ นั่นคือ เป็นการประดิษฐ์ที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ในการผลิตทางอุตสาหกรรม รวมทั้งหัตถกรรม เกษตรกรรม และพาณิชย์กรรม

นอกจากนี้ยังจะต้องไม่เป็นสิ่งต้องห้ามนำมาขึ้นขอจดสิทธิบัตรตาม พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 9 กำหนดว่า

“ การประดิษฐ์ต่อไปนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ

(1) จุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช

(2) ระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์

(3) กฎเกณฑ์และทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์และคณิตศาสตร์

(4) วิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคมนุษย์ หรือสัตว์

¹²² บัณฑิต เศรษฐศิริโรจน์, เจษฎา โทณะวณิก, “รายงานฉบับสมบูรณ์ เรื่อง กฎหมายกฏระเบียบที่เกี่ยวข้องต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น “.

(5) การประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี อนามัยหรือสวัสดิภาพของประชาชน”

ระบบกฎหมายสิทธิบัตรได้ถูกสร้างขึ้นมากเพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์ที่มีคุณค่าต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและอุตสาหกรรม โดยการประดิษฐ์นั้นจะต้องเข้าใจที่กฎหมายกำหนดไว้คือต้องเป็นการประดิษฐ์ใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ การประดิษฐ์ที่จะได้รับความคุ้มครองเช่นนี้จะรวมถึงทั้งผลิตภัณฑ์และกรรมวิธี ดังนั้นในทางทฤษฎีบุคคลในชุมชนที่คิดค้นการประดิษฐ์ที่เข้าใจดังกล่าวนั้นย่อมสามารถยื่นคำขอรับสิทธิบัตรเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น หากบุคคลใดพัฒนาผลิตภัณฑ์ยาจากพืชสมุนไพร ซึ่งมีคุณสมบัติในการบำบัดรักษาโรคใดโรคหนึ่งหรือหลายโรค บุคคลนั้นก็ย่อมสามารถที่จะยื่นคำขอรับสิทธิบัตรได้¹²³

อย่างไรก็ดีแม้ภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร แต่การได้รับความคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพก็เป็นไปได้ยากเนื่องจากเงื่อนไขต่างๆที่กำหนดไว้ในกฎหมายมีความเข้มงวดไม่เหมาะสมกับลักษณะของภูมิปัญญาท้องถิ่น เช่น องค์ความรู้ที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นมักเกิดขึ้นจากการค้นพบ หรือเป็นความรู้ที่มีการถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่ง จึงขาดลักษณะของการเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ นอกจากนี้ความรู้ที่จะได้รับความคุ้มครองต้องมีลักษณะที่สามารถประยุกต์ใช้ทางอุตสาหกรรมได้ ภูมิปัญญาท้องถิ่นมิได้ให้ความสำคัญกับการผลิตทางอุตสาหกรรม หากแต่เกี่ยวข้องกับการคงไว้ซึ่งศิลปวัฒนธรรมและจารีตประเพณีท้องถิ่นจึงอาจขาดคุณสมบัติที่จะได้รับความคุ้มครอง

จึงอาจถือได้ว่าพระราชบัญญัติสิทธิบัตร ได้ให้ความคุ้มครองแก่ทรัพยากรชีวภาพ คือ จุลชีพ พืชและสัตว์ตามสมควรแต่ในส่วนของภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นเป็นสิ่งที่สืบทอดกันมาหลายชั่วอายุคนนั้น อาจไม่ได้รับความคุ้มครอง โดยหากเป็นถ่ายทอดความรู้ของคนพื้นเมืองด้วยวิธีปากต่อปาก ก็อาจขาดคุณสมบัติในเรื่องของความใหม่ หรือหากไม่สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ ก็อาจไม่ได้รับการคุ้มครองหรือหากแม้เข้าใจที่จะได้รับความคุ้มครองตามระบบสิทธิบัตร ก็มีข้อจำกัดเรื่องอายุการคุ้มครองเพียง 20 ปีนับแต่วันยื่นจดสิทธิบัตร จึงไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีการสืบทอดกันมาต่อเนื่องเป็นเวลานาน

¹²³ นันทน อินนันท, “ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาและผลกระทบต่อภูมิปัญญาท้องถิ่น”,วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ (2003) Six Anniversary Special Issue : หน้า 160.

ประเด็นที่ควรมีการแก้ไขในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นพระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ การแก้ไขให้กำหนดเงื่อนไขให้ต้องแสดงที่มาของสิ่งประดิษฐ์ที่ใช้ทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นพื้นฐานในการประดิษฐ์ด้วยและหากจะมีการยกร่างกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของไทยขึ้นมาใหม่ ควรมีแนวทางอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ซึ่งการกำหนดขึ้นทะเบียนคุ้มครองต้องมีหลักการเพื่อการอนุรักษ์ ส่งเสริมและแก้ไขปัญหา พร้อมทั้งต้องมีหลักการแบ่งปันผลประโยชน์ด้วย¹²⁴

ทั้งนี้ยังต้องติดตามต่อไปว่าการทำข้อตกลงเสรีทางการค้าระหว่างไทยกับประเทศอื่นๆ (FTA : Free Trade Area) จะมีข้อตกลงอันก่อให้เกิดเป็นการเปลี่ยนแปลงพ.ร.บ. สิทธิบัตรฉบับนี้ให้มีการจดสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิตได้หรือไม่ ซึ่งเป็นสิ่งที่ต้องเฝ้าระวัง หากเป็นเช่นนั้น พ.ร.บ. สิทธิบัตร จะไม่สามารถให้คุ้มครองทรัพยากรชีวภาพได้อีกต่อไป

(2) กฎหมายลักษณะเฉพาะอื่นๆ

(ก) พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ถูกร่างขึ้นโดยการถ่วงดุลระหว่างการให้การคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ของนักปรับปรุงพันธุ์และบริษัทผลิตเมล็ดพันธุ์และการเคารพถึงสิทธิและผลประโยชน์ที่เกษตรกรควรจะได้รับ เป็นการผสมผสานระหว่างหลักการให้การคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ตามแบบอนุสัญญาอุพูพ 1978 กับหลักการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเท่าเทียมที่ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ 1992

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้มีการปรับปรุงพันธุ์และพัฒนาพันธุ์พืช เพื่อให้มีพันธุ์พืชใหม่เพิ่มเติมจากที่มีอยู่เดิม โดยการส่งเสริมและสร้างแรงจูงใจด้วยการให้สิทธิและความคุ้มครองตามกฎหมาย และเป็นการอนุรักษ์และพัฒนาการใช้ประโยชน์พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่า เพื่อให้ชุมชนมีส่วนร่วมในการดูแล บำรุงรักษาและใช้ประโยชน์พันธุ์พืชอย่างยั่งยืน

สิ่งมีชีวิตที่อยู่ในขอบเขตของพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช คือ พืช เห็ด และสาหร่าย แต่ไม่รวมจุลินทรีย์อื่น ๆ พันธุ์พืชที่ได้รับการคุ้มครองและสิทธิในพันธุ์พืช แบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ

¹²⁴ สรุปผลการประชุมของสำนักงานประสานงานการเจรจาการค้าระหว่างประเทศ ประจำเดือนธันวาคม 2548, www.thaiechamber.com, p.115.

1. พันธุ์พืชใหม่

พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชกำหนดหลักเกณฑ์ของพันธุ์พืชใหม่ที่สามารถนำมาจดทะเบียนได้ไว้ในมาตรา 12 คือเป็นพันธุ์พืชที่ไม่มีการนำส่วนขยายพันธุ์มาใช้ประโยชน์ไม่ว่าจะเป็นการขายหรือจำหน่ายด้วยประการใด ทั้งในหรือนอกราชอาณาจักรโดยนักปรับปรุงพันธุ์ หรือด้วยความยินยอมของนักปรับปรุงพันธุ์เกินกว่าหนึ่งปีก่อนวันยื่นขอจดทะเบียน และมีความแตกต่างจากพันธุ์พืชอื่นที่ปรากฏอยู่ในวันยื่นขอจดทะเบียนโดยความแตกต่างนั้นเกี่ยวข้องกับลักษณะที่เป็นประโยชน์ต่อการเพาะปลูก การบริโภค เกษษกรรม การผลิต หรือการแปรรูป

โดยผู้ที่นำพันธุ์พืชนั้นไปขึ้นทะเบียนจะมีสิทธิในตัวพันธุ์พืชใหม่ในเรื่องของการผลิต ขาย นำเข้า ส่งออก หรือกระทำการอย่างอื่น แต่จะต้องชำระค่าธรรมเนียมรายปีให้กับกองทุนคุ้มครองพันธุ์พืชตามอัตราที่กฎระเบียบกำหนด

2. พันธุ์พืชพื้นเมืองที่ได้รับความคุ้มครองแบ่งออกเป็น สามประเภทคือ

1. พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น หมายถึงพันธุ์พืชที่มีอยู่เฉพาะในชุมชนใดชุมชนหนึ่งภายในประเทศ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชฯ กำหนดให้สิทธิแก่ชุมชนที่มีพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น เป็นผู้ที่มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการที่จะปรับปรุงพันธุ์พืช ศึกษา ค้นคว้า ทดลอง หรือวิจัยผลิต ขาย ส่งออกนอกราชอาณาจักร หรือจำหน่ายส่วนขยายพันธุ์ของพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น¹²⁵

ผู้ใดเก็บ จัดหา หรือรวบรวมพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของพันธุ์พืชดังกล่าวเพื่อการปรับปรุงพันธุ์เพื่อประโยชน์ในทางการค้า จะต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นนั้น

ในการอนุญาตให้ผู้ใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง และการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กลุ่มเกษตรกรหรือสหกรณ์ที่ได้รับหนังสือสำคัญแสดงการจดทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นเป็นผู้ทำนิติกรรมแทนชุมชน ทั้งนี้ จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการก่อน¹²⁶

2. พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป หมายถึงพันธุ์พืชที่กำเนิดหรือมีอยู่ภายในประเทศ ซึ่งได้มีการใช้ประโยชน์อย่างแพร่หลาย ผลประโยชน์ใดๆที่เกิดขึ้นจากการใช้พันธุ์พืชนี้ในการปรับปรุงพันธุ์หรือวิจัยเพื่อการพาณิชย์ จะต้องแบ่งปันประโยชน์เข้าสู่กองทุนพันธุ์พืช

¹²⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 มาตรา 47

¹²⁶ เพิ่งอ้าง, มาตรา 48

3. พันธุ์พืชป่า หมายความว่าพันธุ์พืชที่มีหรือเคยมีอยู่ในประเทศตามสภาพธรรมชาติ และยังมีได้มีการนำมาใช้เพาะปลูกอย่างแพร่หลาย การนำพันธุ์พืชนี้ใช้ประโยชน์ให้เป็นไปแบบเดียวกับพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป

การคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปและพันธุ์พืชป่ากรณีเพื่อประโยชน์ในทางการค้ามีเงื่อนไขมากกว่ากรณีมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า คือ จะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ และทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์เพื่อนำรายได้เข้ากองทุนคุ้มครองพันธุ์พืชด้วย

จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชนี้ ให้ความสำคัญคุ้มครองดูแลทั้งในแง่การเข้าถึงการใช้ประโยชน์ และการแบ่งปันผลประโยชน์ มีการกำกับดูแลการเข้าถึงพันธุ์พืช รวมทั้งแก้ไขปัญหาเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้พันธุ์พืชอย่างไม่เป็นธรรมด้วย

อย่างไรก็ดีแนวโน้มของพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชนี้ หากพืชที่ปรับปรุงขึ้นใหม่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด(ตามมาตรา 11 และ 12) และเป็นพันธุ์พืชที่ได้มีการประกาศให้เป็นพันธุ์พืชใหม่ที่จะได้รับการคุ้มครอง (ตามมาตรา 14 ใน พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช 2542 รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการคุ้มครองพันธุ์พืช จะดำเนินการประกาศกำหนดเป็นคราวๆ ไปว่า พืชชนิดใดที่จะใดเป็นพันธุ์พืชใหม่ที่จะได้รับการคุ้มครอง) นักปรับปรุงพันธุ์พืชก็สามารถจดทะเบียนคุ้มครองพันธุ์พืชนั้นในฐานะ “พันธุ์พืชใหม่” ได้

จนถึงปัจจุบัน ได้มีประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ กำหนดชนิดพืชเป็นพันธุ์พืชใหม่ที่จะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 แล้วรวมจำนวน 26 รายการ ได้แก่ ข้าว, อ้อย, มะม่วง, กัลยไม้สกุลหวาย, หญ้าแฝก, ป๊ายเซียน, หยก, มะเขือเทศ, พริกเผ็ดและพริกยักษ์ หรือพริกหวาน, แตงกวาและแตงร้าน, แตงโม, มะระ, ผักบุ้งจีน, ผักคะน้า, ผักกาดกวางตุ้ง, ถั่วฝักยาว, ข้าวโพด, ถั่วเหลือง, ถั่วเขียว, ส้มโอ, ทูเรียน, ลิ้นจี่, ลำไย, มะละกอ, มันสำปะหลัง และ ไม้ดอกสกุลขมิ้น

ซึ่งหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณากำหนดชนิดพืชเป็นพันธุ์พืชใหม่ที่จะได้รับความคุ้มครอง เช่น เป็นพันธุ์พืชที่นักปรับปรุงพันธุ์พืชของไทยมีศักยภาพในการปรับปรุงพันธุ์ เป็นพันธุ์พืชที่มีพันธุ์พืชพื้นเมืองเป็นทางเลือกให้แก่เกษตรกร เป็นต้น มิเช่นนั้นแล้วอาจเกิดปัญหาการผูกขาดพันธุ์พืชที่ได้รับการคุ้มครองเป็นพันธุ์พืชใหม่ตามกฎหมาย โดยการประกาศเรื่องพันธุ์พืชใหม่ที่จะได้รับความคุ้มครองเพิ่มขึ้นจากเดิม ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อเกษตรกรที่ปลูกพืชนั้นๆ ได้

ทั้งนี้ข้อสังเกตว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 มาตรา 52 ซึ่งระบุไว้ว่า ผู้ใดเก็บ จัดหา หรือรวบรวมพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป พันธุ์พืชป่า หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของพันธุ์พืชดังกล่าว เพื่อการปรับปรุงพันธุ์ ศึกษา ทดลอง หรือวิจัยเพื่อประโยชน์ในทางการค้า จะต้องได้รับ

อนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ และทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ โดยให้นำเงินรายได้ตามข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ส่งเข้ากองทุนคุ้มครองพันธุ์พืช ทั้งนี้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งจนถึงขณะนี้ (14 ธันวาคม 2550) ความคืบหน้าในการ ออกกฎกระทรวง กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขการขออนุญาตเก็บ จัดหา หรือรวบรวม พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปหรือพันธุ์พืชป่า เพื่อการปรับปรุงพันธุ์ ศึกษา ทดลองหรือวิจัยเพื่อประโยชน์ ในทางการค้า และการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ ยังอยู่ระหว่างการพิจารณาของ คณะกรรมการกฤษฎีกา¹²⁷ เหตุผลที่ล่าช้าอาจเป็นเพราะต้องพิจารณาอย่างละเอียด เนื่องจากเป็นเรื่องที่กระทบต่อแพทย์แผนไทย กระทรวงสาธารณสุข และกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่าและพันธุ์ พืช กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมด้วยแต่ความล่าช้าในการออกกฎกระทรวง ดังกล่าวทำให้พันธุ์พืชพื้นเมืองของประเทศไทยไม่ได้รับความคุ้มครองตามเจตนารมณ์ของการออก พระราชบัญญัตินี้ ทำให้ไม่สามารถปกป้องทรัพยากรจากการเข้ามาแสวงหาประโยชน์ของต่างชาติ ผู้เขียนเห็นว่าการเร่งออกกฎกระทรวงตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 52 เป็นเรื่องที่ต้องทำอย่างเร่งด่วน เพื่อป้องกันการเข้ามาหาผลประโยชน์ของต่างชาติโดยไม่แบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่ประเทศไทย ทั้งนี้ การที่จะออกกฎกระทรวงในเรื่องดังกล่าวได้นั้น จะต้องไม่ขัดแย้งกับกฎหมายเดิมที่มีอยู่ โดยเฉพาะในเรื่องของสิทธิประโยชน์ และหน่วยงานที่จะเข้ามาดูแล จำเป็นจะต้องมีการเจรจาหา ข้อยุติ ให้กฎหมายที่มีอยู่และกฎกระทรวงที่จะออกมาสอดคล้องไปในทิศทางเดียวกัน

(ข) พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริม ภูมิปัญญา การแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 เกิด จากการผลักดันของภาคประชาชน โดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองภูมิปัญญา การพัฒนา สืบทอด ดูแลตำรับยา ตำราการแพทย์แผนไทย และสมุนไพร อย่างไรก็ดีกฎหมายฉบับนี้ได้มอบอำนาจให้ รัฐมีอำนาจเป็นผู้พิจารณากำหนดประเภทของภูมิปัญญา โดยชาวบ้านซึ่งเป็นเจ้าของภูมิปัญญา ดังกล่าวไม่ได้เข้าไปมีส่วนร่วม บุคคลมีสิทธิผูกขาดความเป็นเจ้าของภูมิปัญญาเป็นเวลายาวนาน หมอพื้นบ้านขาดการมีส่วนร่วมในการใช้ประโยชน์จากตำรับ ตำรา เป็นผลให้การพัฒนาภูมิ ปัญญาเป็นไปอย่างล่าช้า อีกทั้งมอบอำนาจให้รัฐดูแลสมุนไพรในพื้นที่อนุรักษ์ และนอกเขต อนุรักษ์ ซึ่งเป็นการปิดโอกาสชุมชนไม่ให้เข้าไปมีส่วนร่วมในการจัดการแต่เปิดช่องให้บุคคลเอกชน ใช้ประโยชน์นอกเขตอนุรักษ์ได้

¹²⁷ “หาข้อยุติ 3 หน่วยงานเสนอกรม.อนุมัติคุ้มครองพืชพื้นเมือง-พืชป่าเพื่อการค้า”, เดลินิวส์, (14 ธันวาคม 2550)

พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เป็นพระราชบัญญัติที่มีลักษณะแตกต่างจากพระราชบัญญัติอื่นๆ อยู่หลายประการ เนื่องจากเป็นพระราชบัญญัติฉบับแรก ที่มีบทบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยที่มีอยู่เดิม และภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยที่มีคิดค้นขึ้นใหม่ รวมทั้งการคุ้มครองสมุนไพรในพื้นที่เขตอนุรักษ์, นอกพื้นที่เขตอนุรักษ์ ขอบข่ายการดำเนินงาน และพันธกิจของสถาบันการแพทย์แผนไทย จึงมีจำนวนมาก¹²⁸

พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยแบ่งออกเป็น 3 ประเภทได้แก่¹²⁹

- (1) ตำรับยาแผนไทยของชาติหรือตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ
- (2) ตำรับยาแผนไทยทั่วไปหรือตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไป
- (3) ตำรับยาแผนไทยส่วนบุคคลหรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคล

รัฐมนตรียว่าการกระทรวงสาธารณสุข มีอำนาจประกาศกำหนดตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยที่มีประโยชน์หรือมีคุณค่าในทางการแพทย์หรือการสาธารณสุขเป็นพิเศษ ให้เป็นตำรับยาแผนไทยของชาติหรือตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ¹³⁰ ซึ่งสิทธิที่มีอยู่เหนือตำรับยาแผนไทยของชาติหรือตำราการแพทย์แผนไทยของชาติเป็นของรัฐ ส่วนตำรับยาแผนไทยส่วนบุคคลหรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลผู้เป็นเจ้าของสามารถใช้ได้โดยเสรี และบุคคลที่สามสามารถนำไปใช้ได้หากได้รับอนุญาต สำหรับตำรับยาแผนไทยทั่วไปหรือตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไปประชาชนทั่วไปสามารถนำไปใช้ได้โดยเสรี

ทั้งนี้แนวทางในการปรับปรุงพระราชบัญญัติฉบับนี้อาจมีดังต่อไปนี้

¹²⁸ ข่าวสารการแพทย์แผนไทย ปีที่ 4 ฉบับที่ 1 เดือนต.ค. 2542 - ม.ค. 2543 หน้า 9

¹²⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริม ภูมิปัญญา การแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542
มาตรา 16

¹³⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริม ภูมิปัญญา การแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542
มาตรา 17

1. ขยายขอบเขตของคำว่า “การแพทย์แผนไทย”¹³¹ ให้กว้างขึ้น เพื่อสามารถให้ความคุ้มครองได้ครอบคลุมได้มากขึ้น เช่น ให้ขยายความหมายให้ครอบคลุมในเรื่องวิธีการทางสุขภาพด้วย¹³²

2. พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 มาตรา 44 และมาตรา 45 กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขโดยคำแนะนำของคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย มีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษากำหนดประเภท ลักษณะ ชนิดและชื่อของสมุนไพรที่มีค่าต่อการศึกษาหรือวิจัย หรือมีความสำคัญทาง เศรษฐกิจ หรืออาจจะ สูญพันธุ์ ให้เป็นสมุนไพรควบคุม รวมทั้งมีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขต่าง ๆ เกี่ยวกับสมุนไพรควบคุม จนถึงขณะนี้ มีประกาศกระทรวงสาธารณสุขจนถึงขณะนี้ มีประกาศกระทรวงสาธารณสุขออกมาเพียงเรื่องเดียวคือเรื่องสมุนไพรควบคุม (กวาวเครือ) ในปีพ.ศ. 2549 โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขได้ลงนามประกาศดังกล่าว เมื่อวันที่ 11 มกราคม พ.ศ. 2549 และได้ประกาศใน ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนพิเศษ 18ง เมื่อวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2549 ซึ่งจะมีผลบังคับใช้เมื่อพ้นกำหนด 180 วันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป กล่าวคือ ตั้งแต่วันที่ 2 สิงหาคม 2549 ประกาศดังกล่าวมีหลักการ 3 ประการ คือ 1) คุ้มครองกวาวเครือมิให้สูญพันธุ์ 2) กรณีนำไปศึกษาวิจัยให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์แก่ชุมชน 3) ส่งเสริมให้มีการปลูกและการพัฒนา ทั้งนี้โดยมาตรการหลัก คือ 1) ให้มีการรายงานกรณีมีไว้ในครอบครอง ใช้ประโยชน์ ดูแล เก็บรักษาหรือขนย้าย ในปริมาณเกินกว่าที่กำหนด 2) ส่งเสริมการปลูกโดยกำหนดให้กวาวเครือที่ได้จากการปลูกสามารถมีไว้ในครอบครองใช้ประโยชน์ ดูแล เก็บรักษา หรือขนย้ายที่มีได้โดยไม่ต้องรายงานไว้ใน ปริมาณสูงกว่ากรณีกวาวเครือจากธรรมชาติมาก 3) กรณีใช้กวาวเครือจากธรรมชาติเพื่อการวิจัยและส่งออกต้อง

¹³¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริม ภูมิปัญญา การแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 มาตรา 3 “การแพทย์แผนไทย” หมายความว่า กระบวนการทางการแพทย์เกี่ยวกับการตรวจ วินิจฉัย บำบัด รักษา หรือป้องกันโรค หรือการส่งเสริมและฟื้นฟูสุขภาพของมนุษย์หรือสัตว์ การ ผดุงครรภ์ การนวดไทย และ ให้หมายความรวมถึงการเตรียมการผลิตยาแผนไทย และการ ประดิษฐ์อุปกรณ์และเครื่องมือทางการแพทย์ ทั้งนี้โดยอาศัยความรู้หรือตำราที่ได้ถ่ายทอดและ พัฒนาสืบต่อกันมา

¹³² สรุปผลการประชุมของสำนักงานประสานงานการเจรจาการค้าระหว่างประเทศ ประจำเดือนธันวาคม 2548, www.thaiechamber.com, p.115.

ปลูกทดแทนในที่เดิม 4) กรณีใช้กวาวเครือจากธรรมชาติเพื่อการวิจัยจะต้องมีข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่ชุมชนที่เป็นถิ่นกำเนิดกวาวเครือ

ดังนั้นการเร่งออกประกาศในราชกิจจานุเบกษาตามที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ให้อำนาจไว้เป็นสิ่งที่จะต้องเร่งด่วนเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากยังมีสมุนไพรของไทยที่มีคุณค่าต่อการศึกษาวิจัยเป็นจำนวนมากที่ควรได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับกวาวเครือ เช่น เปล้าน้อย ขมิ้นชัน เป็นต้น

(ค) ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น พ.ศ.....

ในปัจจุบันแม้ว่าจะมีกฎหมายหลายฉบับที่ดูแลในเรื่องภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศไทยอยู่แล้ว เช่น เรื่องของพันธุ์พืชมี พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 โดยมีกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เป็นผู้ดูแล ส่วนการแพทย์แผนไทยมีพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 โดยมีกระทรวงสาธารณสุขเป็นผู้ดูแล แต่มีลักษณะต่างคนต่างเป็นผู้ดูแล ยังไม่มีกฎหมายและหน่วยงานใดเป็นผู้ดูแลโดยเฉพาะเจาะจง จึงมีความพยายามที่จะยกร่าง พระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นขึ้น โดยมีกรมทรัพย์สินทางปัญญาร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องแก่ กระทรวงต่างประเทศ กระทรวงวัฒนธรรม กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ กระทรวงสาธารณสุข กรมศิลปากร และกระทรวงธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นผู้ยกร่างกฎหมายดังกล่าว

พระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาไทยมีสาระสำคัญคือการอนุรักษ์ทรัพย์สินทางปัญญาให้ยั่งยืน การป้องกันให้ต่างชาตินำภูมิปัญญาไทยไปใช้ และการแบ่งปันผลประโยชน์หากมีการนำทรัพย์สินทางปัญญาของไทยไปใช้ประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาต

เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้ยังไม่มีผลใช้บังคับจึงมีประเด็นที่ควรพิจารณาดังต่อไปนี้

1. ผู้มีสิทธิได้รับความคุ้มครองควรเป็นของชุมชนหรือของชาติ เนื่องจากตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 66 กำหนดให้ “บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุง รักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน”

ดังนั้นจึงควรให้ตกเป็นสมบัติของชาติโดยไม่ตัดสิทธิของชุมชนท้องถิ่นที่ได้รับสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เพราะหากเป็นของชุมชนจะเกิดปัญหาในการตีความ ซึ่งบทนิยามของคำว่า “ชุมชน” ในแต่ละหน่วยงานกำหนดไว้แตกต่างกัน และยังคงเป็นปัญหาในทางปฏิบัติอยู่ เช่น

พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 หรือพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 เป็นต้น¹³³

2.ควรมีการจัดตั้งกองทุนคุ้มครององค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่น ทรัพยากรชีวภาพ และการแสดงออกซึ่งศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้าน เพื่อแบ่งปันผลประโยชน์กลับสู่ชุมชน¹³⁴

3.การเข้าถึงและการใช้องค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่น ทรัพยากรชีวภาพ และการแสดงออกซึ่งศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้านจะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ เพื่อให้ทราบถึงบุคคลที่จะนำองค์ความรู้ไปใช้ว่านำไปใช้ประโยชน์อะไร หรือนำไปใช้ในทางเสื่อมเสียหรือไม่ นอกจากนี้หากมีการนำไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ควรมีการจ่ายค่าตอบแทนด้วย

อย่างไรก็ดี การออกกฎหมายภายในประเทศของประเทศไทยตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ย่อมไม่สามารถรับมือกับปัญหาโจรสลัดทางชีวภาพได้โดยลำพังแต่ประเทศเดียว แต่จำเป็นต้องผลักดันแนวทางการรับมือหรือทางป้องกันและแก้ไขเรื่องนี้ให้เป็นความร่วมมือระดับระหว่างประเทศ โดยเฉพาะกับกลุ่มประเทศโลกที่สามด้วยกันเอง เนื่องจากเป็นแหล่งที่อุดมสมบูรณ์และหลากหลายไปด้วยทรัพยากรชีวภาพ และภูมิปัญญา จึงจำเป็นต้องร่วมมือกันปกป้องทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญา และป้องกันการเอารัดเอาเปรียบของประเทศที่มีความก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยี

(ง) ร่างพระราชบัญญัติป่าชุมชน...(ฉบับประชาชน)

ร่างพระราชบัญญัติป่าชุมชนเป็นร่างกฎหมายที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการดูแลจัดการป่าเขตร้อนของประเทศไทย มีวัตถุประสงค์เพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิชุมชนท้องถิ่นในการมีส่วนร่วมกับรัฐเพื่อการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากป่าและทรัพยากรธรรมชาติอย่างสมดุลและยั่งยืน อันเป็นเจตนารมณ์ตามมาตรา 46 แห่งรัฐธรรมนูญ และยังสอดคล้องกับหลักการกระจายอำนาจไปสู่ท้องถิ่นอีกประการหนึ่ง¹³⁵

¹³³ ตารางสรุปประเด็นที่จะนำมาयर่างพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น พ.ศ....(จากผลประชุม Focus Group เมื่อวันที่ 2 และวันศุกร์ที่ 26 พฤษภาคม 2549), www.ipthailand.org, visited on 17 October 2007

¹³⁴ เพิ่งอ้าง.

¹³⁵ แถลงการณ์คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เรื่อง พ.ร.บ ป่าชุมชน พ.ศ...., http://www.nhrc.or.th/news.php?news_id=284&lang=EN

ร่างพระราชบัญญัติป่าชุมชนฉบับประชาชนได้ถูกยกร่างจัดทำขึ้นโดยอาศัยข้อมูลจากงานศึกษาวิจัย ที่ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงศักยภาพของชุมชนท้องถิ่นเป็นจำนวนมากในทุกภูมิภาคของประเทศใน ด้านการอนุรักษ์ฟื้นฟูป่า และพิสูจน์ให้เห็นถึงความจำเป็นที่ต้องให้ชุมชนท้องถิ่นซึ่งมีวิถีชีวิตและวัฒนธรรมผูกพันพึ่งพาอาศัยป่า ได้มีบทบาทมีส่วนร่วมในการดูแลจัดการป่าและทรัพยากรชีวภาพ อันจะเป็นประโยชน์ต่อการป้องกันปัญหาการฉกฉวยเอาทรัพยากรชีวภาพในป่าไปใช้ประโยชน์เชิงพาณิชย์อย่างไม่เป็นธรรม ดังเช่นปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีเรื่องเบิ้ลนอย เรื่องกวาวเครือ เป็นต้น¹³⁶

นอกจากนี้อาจกล่าวได้ว่าร่างพระราชบัญญัติป่าชุมชนเป็นกฎหมายฉบับประวัติศาสตร์ที่ เกิดขึ้นจากการมีส่วนร่วมจากภาคประชาชนอย่างกว้างขวางมากที่สุดฉบับหนึ่ง มีการยกร่างจัดทำกันมากกว่า 12 ปี เป็นกฎหมายฉบับแรกที่ประชาชนได้ใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 170 โดยประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งทั้งสิ้น 52,968 รายชื่อ ยื่นเสนอร่างพระราชบัญญัติป่าชุมชนฉบับประชาชนต่อประธานรัฐสภาในวันที่ 1 มีนาคม 2543 และได้ผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรในวันที่ 7 พฤศจิกายน 2544¹³⁷

ร่างกฎหมายฉบับนี้มีหลักการของกฎหมายที่สำคัญ 3 ประการคือ

1. คุ้มครองระบบนิเวศและความสำคัญความหลากหลายทางชีวภาพในเขตป่า

หลักการของร่างกฎหมายป่าชุมชนให้ความสำคัญกับการรักษาระบบนิเวศ และความหลากหลายทางชีวภาพ โดยห้ามการใช้ประโยชน์จากป่าชุมชนในลักษณะที่ทำลายระบบนิเวศ และความหลากหลายทางชีวภาพ¹³⁸

2. คุ้มครองสิทธิชุมชนในการจัดการป่าโดยมีชุมชนเป็นศูนย์กลาง

สิทธิชุมชนในการจัดการป่า ซึ่งเป็นระบบทรัพย์สินร่วมกันของชุมชน (Communal Property System) หมายถึง สิทธิร่วมกันเหนือทรัพย์สินของชุมชน สมาชิกของชุมชนแต่ละคนมีสิทธิใช้ประโยชน์จากป่าตามสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights) แต่สิทธิชุมชนจะให้ความสำคัญกับการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรป่าไม้เพื่อชุมชนมากกว่าประโยชน์ของสมาชิกชุมชนคนใดคนหนึ่ง

¹³⁶ เฟิงอ้าง.

¹³⁷ เฟิงอ้าง.

¹³⁸ ร่างกฎหมายป่าชุมชนฉบับประชาชน มาตรา 29

3. คุ้มครองสิทธิของชุมชนในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรในเขตป่า

ภายใต้หลักการให้ชุมชนอยู่ร่วมกับป่าได้ เชื่อว่าวิถีชีวิตและจารีตประเพณีของชุมชนในการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนจากป่านั้น เป็นวิธีช่วยอนุรักษ์ป่าให้คงอยู่ ดังนั้นกฎหมายป่าชุมชนจึงคุ้มครองสิทธิของชุมชน และถือเป็นสิทธิร่วมกันของสมาชิกชุมชนในการยึดถือปฏิบัติตามความเชื่อ จารีตประเพณี วัฒนธรรม หรือวิถีชีวิตที่สืบเนื่องกันต่อมา ทั้งที่ตราและไม่ได้ตราเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการดูแลจัดการ ใช้ประโยชน์ และอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติในป่าชุมชน และสิทธิชุมชนดังกล่าวเป็นสิทธิที่มีได้เป็นของรัฐ หรือของปัจเจกบุคคลใด¹³⁹ โดยสมาชิกในชุมชนมีหน้าที่ดูแลรักษาป่าเพื่อการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน¹⁴⁰

หากกฎหมายฉบับนี้ผ่านการพิจารณาและประกาศใช้เป็นกฎหมาย จะเป็นการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดการบริหารจัดการป่าจากเดิมที่จำกัดอยู่กับหน่วยงานของรัฐนั้น มาเป็นการยินยอมให้ชุมชนมีส่วนร่วมมากขึ้น อย่างไรก็ตามในขณะนี้มีการแก้ไขสาระสำคัญของร่างกฎหมายป่าชุมชนทำให้เกิดข้อโต้แย้งจากภาคประชาชนที่เสนอกฎหมาย สาระสำคัญของการแก้ไขที่เป็นประเด็นโต้แย้งได้แก่ การห้ามจัดตั้งป่าชุมชนในเขตพื้นที่อนุรักษ์ รวมทั้งการห้ามใช้ประโยชน์จากไม้ที่มีอยู่ตามธรรมชาติในเขตพื้นที่อนุรักษ์ ซึ่งภาคประชาสังคมเห็นว่า การแก้ไขดังกล่าวได้ทำลายหลักการของกฎหมายป่าชุมชนที่ต้องการให้ชุมชนอยู่ร่วมกับป่า และให้มีสิทธิใช้ประโยชน์จากป่าชุมชนที่ชุมชนนั้นเป็นผู้ดูแล และจากอดีตที่ผ่านมาชุมชนหลายแห่งที่อาศัยอยู่ในเขตพื้นที่อนุรักษ์การไม่ยอมให้จัดตั้งป่าชุมชนในพื้นที่ดังกล่าวจะสร้างความขัดแย้งระหว่างประชาชนและเจ้าหน้าที่ของรัฐ¹⁴¹ โดยภาคประชาสังคมเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติป่าชุมชนฉบับที่มีเนื้อหาสาระสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง และจะเป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมให้ชุมชนท้องถิ่นได้มีส่วนร่วมกับภาครัฐในการอนุรักษ์และดูแลจัดการป่าเขตร้อน คือ ร่างพระราชบัญญัติป่าชุมชนฉบับที่ได้ผ่านความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรไปเมื่อวันที่ 7 พฤศจิกายน 2544¹⁴²

ร่างกฎหมายป่าชุมชนฉบับนี้เป็นจุดเริ่มต้นของการยอมรับสิทธิชุมชนในประเทศไทย ซึ่งเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ในขณะนั้นรวมถึง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ฉบับปัจจุบันได้ให้การยอมรับไว้ การเร่งให้ร่างกฎหมายฉบับนี้

¹³⁹ ร่างกฎหมายป่าชุมชนฉบับประชาชน มาตรา 4

¹⁴⁰ ร่างกฎหมายป่าชุมชนฉบับประชาชน มาตรา 36

¹⁴¹ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 57, น.429.

¹⁴² *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 135

ประกาศใช้ได้ในวันจะเป็นประโยชน์ต่อชุมชนในท้องถิ่นนั้นๆ และเป็นประโยชน์ต่อการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพต่อไป

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาพบว่า ระบบทรัพย์สินทางปัญญาของความตกลงทริปส์เป็นระบบที่อยู่ภายใต้แนวคิดคุ้มครองทรัพย์สินของเอกชน (Private Property) กำเนิดขึ้นเพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์ประเภทเครื่องมือ เครื่องจักรกล ซึ่งเป็นสิ่งไม่มีชีวิต แต่ทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นมีลักษณะที่แตกต่าง การนำระบบทรัพย์สินทางปัญญามาใช้ในการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงมีความไม่เหมาะสมหลายประการ เช่น การที่ภูมิปัญญาท้องถิ่นมีลักษณะถ่ายทอดกันปากต่อปาก ทำให้มีลักษณะเป็น “งานที่ปรากฏอยู่แล้ว” ซึ่งถือว่าขาดความใหม่ หรือเทคโนโลยีชีวภาพบางประเภทยังไม่มีอุตสาหกรรมรองรับ ก็จะถูกถือว่าเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่ไม่สามารถนำไปประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ ทำให้ไม่เข้าเงื่อนไขของสิ่งที่จะได้รับสิทธิบัตร นอกจากนี้การเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ของสิ่งประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพเป็นที่ทำได้ยากในทางปฏิบัติ ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาทั้งหมด ทำให้ทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่ได้รับความคุ้มครองที่เหมาะสม

แม้จะแก้ไขโดยเพิ่มเติมเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์และการได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากผู้เป็นเจ้าของทรัพยากร แต่ก็ยังไม่มีประสิทธิภาพที่ดีพอเท่ากับการคุ้มครองโดยกฎหมายลักษณะเฉพาะ (*sui generis*)

อย่างไรก็ดี แนวทางการแก้ไขความตกลงทริปส์ข้อ 27.3 (b) ไม่ให้มีการจดสิทธิบัตรอย่างสิ้นเชิง ไม่น่าจะช่วยคุ้มครองผลประโยชน์ของประเทศกำลังพัฒนาได้ แต่ควรเปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกสามารถเลือกคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพโดยกฎหมายลักษณะเฉพาะ (*sui generis*) จะเป็นประโยชน์ต่อประเทศกำลังพัฒนาสูงสุด เนื่องจากแต่ละประเทศสามารถออกกฎหมายที่มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศของตนได้ เช่น การกำหนดทรัพยากรชีวภาพที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครอง ระดับของการให้ความคุ้มครอง รวมถึงมาตรการแทรกแซงและบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายให้มีความเข้มงวดในระดับที่เหมาะสม

ในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทริปส์และ CBD นั้นไม่มีบทบัญญัติใดในความตกลงทริปส์ที่ขัดแย้งกับอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพโดยตรงอีกทั้งไม่ได้ห้ามประเทศสมาชิกในการปฏิบัติตาม CBD อีกด้วย ความตกลงทั้งสองจึงไม่มีความขัดแย้งกันในเนื้อหาแต่ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นมาจากนโยบาย การนำไปปฏิบัติ และการตีความความตกลงทั้ง

สองมากกว่าว่าจะนำความตกลงทั้งสองมาปฏิบัติอย่างไร และการจะแก้ปัญหาดังกล่าวได้ขึ้นอยู่กับผู้ออกนโยบาย (policy – makers)

ยกตัวอย่างเช่น การตีความคำว่า “กฎหมายเฉพาะ” (*sui generis*) ตามข้อ 27.3 (b) ของความตกลงทริปส์ที่ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกต้องจัดให้มีระบบกฎหมายสิทธิบัตรเพื่อคุ้มครองพันธุ์พืชหรือระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพอย่างหนึ่งอย่างใดหรือทั้งสองอย่างรวมกันนั้น ฝ่ายประเทศพัฒนาแล้วเห็นว่าคำว่ากฎหมายเฉพาะนี้หมายถึงอนุสัญญาอุปถัมภ์ตนเองเนื่องจากเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชแบบเดียวที่มีอยู่ในปัจจุบันเท่านั้น ซึ่งการตีความดังกล่าวไม่ได้รับการยอมรับจากกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาเพราะเห็นว่าอนุสัญญาดังกล่าวมีความเข้มงวดเกินไปและเห็นว่าเงื่อนไขข้อ 27.3 (b) กำหนดไว้ไม่มีบทบังคับให้ประเทศสมาชิกออกกฎหมายเฉพาะตามแนวทางของยูพอฟ ประเทศสมาชิกย่อมมีอิสระที่จะสร้างระบบกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชให้สอดคล้องกับระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจและเทคโนโลยีของตนได้ เป็นต้น

ดังนั้นเห็นว่าไม่ว่าจะเป็นฝ่ายที่เห็นว่าควรมีการแก้ไขความตกลงทริปส์และฝ่ายที่เห็นว่าไม่ต้องแก้ไขนั้นต่างก็เห็นพ้องต้องกันอย่างหนึ่งว่าความตกลงทั้งสองควรจะใช้ในทางที่สนับสนุนซึ่งกันและกันและไม่ทำลายวัตถุประสงค์ของกันและกัน และไม่มีฝ่ายใดกล่าวอย่างชัดเจนว่าความตกลงทั้งสองขัดแย้งกันจึงเห็นว่าความตกลงทั้งสองขัดแย้งกันในทางผลประโยชน์และนโยบายและการตีความที่ต่างกันมากกว่าที่จะขัดแย้งกันในตัวบทกฎหมายโดยตรง

ส่วนปัญหาโจรสลัดทางชีวภาพเป็นการกล่าวหาประเทศประเทศที่เข้ามาดักตวงผลประโยชน์ของประเทศกำลังพัฒนาโดยไม่ได้รับอนุญาต ปราศจากความชอบธรรม และไม่มีการแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่ประเทศที่เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยอ้างหลักมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ (Common Heritage of Mankind) ในขณะที่ มาตรา 15 ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเอง ก็ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกเชื้ออำนาจในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ประเทศที่พัฒนาแล้วจึงอาศัยช่องว่างนี้ในการเข้ามาแสวงหาประโยชน์แต่แท้ที่จริงแล้ว การเข้าทรัพยากรดังกล่าวยังมีเงื่อนไขต่อไปว่าจะต้องมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เท่าเทียมและยุติธรรม นอกจากนี้การเข้าถึงยังต้องได้นับความยินยอมล่วงหน้า (Prior Inform Consent) จากประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

สำหรับประเด็นการแก้ปัญหาลโจรสลัดทางชีวภาพที่เกิดขึ้นนั้นเห็นว่าเพื่อประโยชน์สูงสุดแก่ประเทศกำลังพัฒนาควรใช้แนวทางแก้ไขปัญหาดังต่อไปนี้

1.สร้างระบบกฎหมายเฉพาะเพื่อคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นให้สอดคล้องกับระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจและเทคโนโลยีของแต่ละประเทศ

2.นอกจากการออกกฎหมายภายในแล้วควรเสนอให้มีการนำหลักการสำคัญของอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพไปใส่ไว้ในความตกลงทริปส์ด้วย เนื่องจากสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศพัฒนาแล้วที่มีคดีโจรสลัดทางชีวภาพมากที่สุดนั้นไม่ให้อุตสาหกรรมเกษตรกรรมความหลากหลายทางชีวภาพแต่เป็นสมาชิกของความตกลงทริปส์นั่นเอง โดยควรกำหนดให้มีการเปิดเผยแหล่งที่มาแต่ควรหาระบบที่มีความปลอดภัยเพียงพอที่จะรับประกันว่าจะไม่มีการนำเอาทรัพยากรเหล่านั้นไปใช้อย่างไม่ถูกต้อง

3.ความตกลงทริปส์ในหลายประเด็นไม่ได้กำหนดนิยาม หรือความหมายที่ชัดเจนเอาไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อ 27.3 (b) ที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพ ที่กำหนดให้มีการทบทวนหลักเกณฑ์ข้อนี้เมื่อใช้ไปแล้ว 4 ปี ซึ่งจนถึงปัจจุบันการทบทวนก็ยังไม่ประสบความสำเร็จ จึงยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนและชัดเจน เมื่อหลักการดังกล่าวยังอยู่ระหว่างการพัฒนา ประเด็นที่เป็นปัญหาต่อประเทศกำลังพัฒนาจึงอาจแก้ไขได้ โดยความร่วมมือกันของประเทศกำลังพัฒนางานหลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกับแนวคิด หรือปรัชญาในการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพของตนที่จะไม่ขัดต่อความตกลงทริปส์

สำหรับประเทศไทยได้มีการออกกฎหมายลักษณะเฉพาะ (*sui generis*) เพื่อคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นตามที่มีความตกลงทริปส์ได้เปิดช่องไว้ แต่ก็ยังใช้บังคับไม่ได้เนื่องจากยังไม่มีกรอบกฎกระทรวงตามมา เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 เป็นต้น แนวทางในการแก้ปัญหาจึงควรเร่งออกกฎกระทรวงเพื่อให้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวสามารถให้ความคุ้มครองแก่ทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นได้สูงสุด

ท้ายที่สุดนี้ ทุกฝ่ายควรตระหนักว่าทรัพยากรชีวภาพมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อทุกประเทศและสามารถนำมาใช้ให้เกิดประโยชน์แก่ทุกฝ่ายโดยความร่วมมือกันของทั้งประเทศที่มีความหลากหลายทางชีวภาพและประเทศที่มีความเจริญทางเทคโนโลยี โดยคิดหาทางนำอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพและความตกลงทริปส์มาใช้ให้สนับสนุนซึ่งกันและกันมากที่สุด