

การคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน

ทัศนะและบริบทของการคุ้มครองสิทธิบัตรในปัจจุบันแตกต่างจากอดีต โดยเฉพาะแนวคิดคุ้มครองสิทธิบัตรในฐานะ “ทรัพย์สินเอกชน” (Private Property) ภายใต้บริบทของการค้าเสรีในปัจจุบันนับเป็นสิ่งที่แปลกแยก และไม่เคยปรากฏมาก่อนในอดีต

ระบบทรัพย์สินมีความสำคัญในประวัติศาสตร์ของมนุษย์¹ “ทรัพย์สิน” (Property) มีความสำคัญในเชิงเป็นทั้ง “สถาบัน” (Institution) และแนวคิด (Concept) ความหมาย “ทรัพย์สิน” เปลี่ยนแปลงไปมาหลายครั้งจากปฏิสัมพันธ์ทั้งในเชิงสถาบันและแนวคิด กล่าวได้ว่า “ทรัพย์สิน” เป็นเพียงสิทธิ (Right) มิใช่สิ่งของ (Thing) และระบบทรัพย์สินนั้นมิได้จำกัดอยู่เพียงทรัพย์สินเอกชน (Private Property) แต่ยังมีทรัพย์สินประเภทอื่นอีก เช่น ทรัพย์สินของรัฐ (State Property) และทรัพย์สินส่วนรวม (Common Property) เป็นต้น รัฐเป็นผู้ก่อตั้งสิทธิในทรัพย์สินเอกชน และปัจเจกชนมีสิทธินั้น (The state creates the rights, the individuals have the rights) รัฐยังเป็นผู้กำหนดขอบเขต ที่เอกชนจะใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินส่วนรวม เพื่อป้องกันมิให้เอกชนบางคนถูกกีดกันจากการใช้ทรัพย์สินส่วนรวมนั้น ปัจจุบันผู้คนบางส่วนสำคัญผิดว่า “ทรัพย์สิน” หมายถึง “สิ่งของ” (Thing) ทั้งที่สิ่งที่ก่อให้เกิด “ทรัพย์สิน” คือสิทธิ (Rights) ที่กฎหมายกำหนดขึ้น เป็นสิทธิในการบังคับกีดกันผู้อื่นมิให้เข้ามายุ่งเกี่ยวกับทรัพย์สินใดชิ้นหนึ่ง สิทธิของเอกชนจะจำกัดอยู่กับการได้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นในบางลักษณะและไม่มีสิทธิเด็ดขาดเหนือทรัพย์สินนั้น จึงไม่อาจใช้ หรือทำลายทรัพย์สินนั้นโดยเสรี และเอกชนแต่ละรายอาจมีสิทธิที่แตกต่างกันเหนือทรัพย์สินเดียวกันได้

การเปลี่ยนแนวคิดทรัพย์สินให้หมายถึงสิ่งของ (Things) เป็นผลจากอิทธิพลของระบบเศรษฐกิจแบบตลาดทุนนิยมที่เปลี่ยนสิทธิของปัจเจกชนที่มีอยู่อย่างจำกัดเหนือทรัพย์สินให้กลายเป็นสิทธิที่ไม่จำกัด เช่น กรณีที่ดินซึ่งเอกชนมีสิทธิใช้ประโยชน์ได้กลายเป็นสินค้าทุนที่นำออกขายได้เช่นเดียวกับสินค้า สิทธิในทรัพย์สินที่เดิมไม่อาจนำมาขายได้กลับถูกทำให้ขายได้ ขอบเขตของ

¹ ระบบทรัพย์สินมีประวัติย้อนหลังไปถึงยุคบาร์บารี (Barbarian) ซึ่งเริ่มตั้งแต่มนุษย์รู้จักทำเครื่องภาชนะ โปรดดู Robert E. Lowie, “Incorporeal Property in Primitive Society,” 37 *Yale Law Journal*, 551 (March 1928), p.551.

สิทธิในทรัพย์สินกับตัวทรัพย์สินจึงเคลื่อนกลิ้งกันไป จึงง่ายที่จะสำคัญผิดว่าที่ดินนั่นเองเป็นทรัพย์สิน ไม่ใช่สิทธิ (the land itself is a property)

แม้ระบบทรัพย์สินจะมีได้จำกัดอยู่เฉพาะทรัพย์สินเอกชน โดยยังมีระบบทรัพย์สินส่วนรวมคู่ขนาน (Dual System) กันไป แต่ทรัพย์สินเอกชนเป็นประเด็นหลักเนื่องจากเกี่ยวข้องกับศีลธรรมของมนุษย์ ทำให้การถกเถียงเกี่ยวกับทรัพย์สินส่วนรวมลดความสำคัญลงไปที่สุดในที่สุด ปรัชญาการณนี้เกิดขึ้นในสังคมไทยเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากการที่สิทธิร่วมกันของชุมชน (Community Rights) เนือทรัพย์สินสาธารณะชาติถูกกลืนหายไปโดยหลักกรรมสิทธิ์ของรัฐและกรรมสิทธิ์ของเอกชน

ในศตวรรษที่ 20 ทศนะต่อทรัพย์สินเปลี่ยนแปลงมาให้ความสำคัญกับการก่อประโยชน์จากทรัพย์สิน (Rights to Revenue) มากกว่าสิทธิในตัวทรัพย์สิน การเปลี่ยนแปลงนี้เกิดจากแนวคิดของภาคธุรกิจเอกชนที่ให้ความสำคัญกับความคาดหวังในรายได้ที่จะเกิดจากทรัพย์สิน (Expectation on Revenue) โดยถือว่า “คุณค่าของทรัพย์สินอยู่ที่ความสามารถในการก่อให้เกิดรายได้” (Its value as a property is its ability to produce a revenue- the rights to an income) การแพร่หลายของแนวคิดนี้ภายใต้ระบบเศรษฐกิจเสรีได้ผลักดันให้มนุษย์ใช้ศักยภาพของตนแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอย่างไร้ขีดจำกัด และนำมาซึ่งปัญหาต่างๆ ในสังคม เช่น ความแตกต่างด้านชนชั้น ความมั่งคั่งและความยากจน ความอดอยาก โรคระบาด ระบบนิเวศที่เสื่อมโทรม มลพิษทางน้ำ อากาศ ฯลฯ²

การสะสมความมั่งคั่งในระบบเศรษฐกิจแบบตลาดมีส่วนสำคัญต่อการขยายการคุ้มครองทรัพย์สินในสิ่งที่มีรูปร่างไปสู่ “ความรู้” ในฐานะทรัพย์สินทางปัญญา “ความรู้” ซึ่งเป็นสมบัติสาธารณะ (Public Domain) กลายเป็นสิ่งของที่เอกชนหวงกันไว้ และถูกระบบทรัพย์สินทางปัญญาทำให้กลายเป็นสิ่งขาดแคลนเทียม (Artificial Scarcity) และมีราคาแพงขึ้น³ และ ระบบทรัพย์สินทางปัญญาในศตวรรษที่ 20 นั้นไม่ได้จำกัดตัวเองในบริบทการคุ้มครองการประดิษฐ์ เครื่องมือ เครื่องจักร หรือสิ่งไม่มีชีวิตอีกต่อไปเท่านั้น แต่ก้าวข้ามสู่พรมแดนของสิ่งมีชีวิตด้วยผลของความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีชีวภาพ โดยมีมูลค่าทางเศรษฐกิจมหาศาลของนวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพ (Biotechnology Invention) เป็นแรงขับเคลื่อนหลัก

² Crawford Brough Macpherson, Property: Mainstream and Critical Position, (Toronto, Canada: University of Toronto Press, 1978), pp.1-13.

³ Carlos M. Correa, “Sovereign and Property Rights over Plant Genetic Resources,” Background Study Paper No.2, Commission on Plant Genetic Resources. First Extraordinary Session, Rome, 7-11 November 1994, p.15.

วัตถุแห่งการคุ้มครองในนวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพแบ่งได้เป็น 3 ประการ คือ

1. สิ่งที่เป็นผลิตภัณฑ์ที่มีรูปร่างจับต้องได้ (Tangible) เช่น ยา พืช ผลผลิตจากพืช เป็นต้น จึงเป็นวัตถุแห่งการครอบครองได้ทำนองเดียวกับทรัพย์สินมีรูปร่างอื่น
2. สิ่งที่เป็นวัตถุดิบในเทคโนโลยีชีวภาพ เช่น ยีน หรือโปรตีนชนิดต่างๆ ภายในเซลล์ ซึ่งรวมถึงรหัสพันธุกรรม ตลอดจนความรู้ต่างๆ ที่เกี่ยวกับพันธุกรรม เป็นต้น สิ่งเหล่านี้มองด้วยตาเปล่าไม่เห็น แต่แสดงคุณสมบัติทางกายภาพให้ปรากฏได้ทำนองเดียวกับทรัพย์สินมีรูปร่าง และครอบครองหวงกันได้ จึงมีธรรมชาติ (Nature) เป็นทั้งสิ่งมีรูปร่าง (Tangible) และไม่มีรูปร่าง (Intangible) และ
3. การประดิษฐ์ (Invention) การค้นพบ (Discovery) หรือกระบวนการ หรือกรรมวิธีทางเทคโนโลยีชีวภาพ เช่น เทคนิคพันธุวิศวกรรม (Genetic Engineering) เป็นต้น สิ่งเหล่านี้เป็นความรู้ วิทยาการ เทคโนโลยีเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง แต่เป็นเครื่องมือควบคุมหวงกันผลิตภัณฑ์ทางเทคโนโลยีชีวภาพที่เป็นสิ่งมีรูปร่างได้

การพิจารณาสถานะ “ทรัพย์สิน” ของวัตถุในเทคโนโลยีชีวภาพเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาอย่างรอบคอบ การครอบครอง (Possess) หรือการควบคุม (Control) เป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาสถานะ “ทรัพย์สิน” ในสิ่งใดสิ่งหนึ่ง แต่มีใช้ปัจจัยชี้ขาด “ความเป็นเจ้าของ” (Ownership) สิ่งนั้น เช่น กรณีผู้ลักทรัพย์แม้จะครอบครองทรัพย์แต่ก็มิได้เป็นเจ้าของทรัพย์ “ความเป็นเจ้าของ” จะต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างผู้ครอบครองกับสิ่งที่ครอบครองที่กำหนดโดยกฎหมาย จึงเป็นนโยบายทางกฎหมาย มิใช่เรื่องความสามารถในการครอบครองสิ่งใดสิ่งหนึ่ง⁴

นับแต่อดีตทรัพย์สินเอกชนจะเป็นสิ่งชอบธรรมก็ต่อเมื่อเป็นสิ่งที่รับใช้ความผาสุกของคนทั้งปวง⁵ ระบบ “ทรัพย์สิน” ก่อกำเนิดขึ้นและดำรงอยู่ในโลกนี้เพื่อประโยชน์ของมวลมนุษยชาติ มากกว่าที่จะมีขึ้นเพียงเพื่อผลกำไรในทางเศรษฐกิจเท่านั้น (Property for people, not for profit)

⁴ Kojo Yelapaala, “Owning the Secret of Life: Biotechnology and Property Rights,” 32 *McGeorge Law Review*, 111 (2000), pp.127-128.

⁵ พริตจ็อฟ คาปรั้า, จุดเปลี่ยนแห่งศตวรรษ, แปลโดย พระประชา ปสนนธมโม, พระไพศาล วิสาโล, สันติสุขโสภณศิริ, รสนา โตสิตระกูล, พิมพ์ครั้งที่ 4, 3 เล่ม (กรุงเทพมหานคร: เม็ดทราย พรินติ้ง, 2543), เล่ม 2, น.165.

ในบทนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงแนวคิดและทฤษฎีการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชในฐานะทรัพย์สินเอกชน ซึ่งจะเริ่มต้นจากทฤษฎีทรัพย์สินเอกชน จากนั้นจะศึกษาการเคลื่อนตัวของแนวคิดทรัพย์สินในฐานะวัตถุมีรูปร่าง (Tangible) มาสู่สิ่งที่ไม่มรูปร่าง (Intangible) ซึ่งได้แก่การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และรูปแบบการคุ้มครองภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้คุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชในฐานะทรัพย์สินเอกชน โดยจะแยกเป็นระบบสิทธิบัตร (Patent System) ระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช (Plant Breeders' Rights System) และระบบกฎหมายเฉพาะ (*sui generis* System)

1. บ่อเกิดทางกฎหมายในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ในฐานะทรัพย์สินเอกชน (Private Property Rights)

1.1 หลักการคุ้มครองทรัพย์สินเอกชน (Private Property)

ระบบทรัพย์สินเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นมาช้านานควบคู่กับการก่อตัวของอารยธรรมของมนุษย์ อริสโตเติล (Aristotle, 384-322 B.C.) ได้แบ่งทรัพย์สินออกเป็น 2 ประเภท คือ ทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อตอบสนองความจำเป็นพื้นฐานของมนุษย์ (*oikonomiké*) อีกประเภทหนึ่งเป็นทรัพย์สินที่ใช้สอยเพื่อประโยชน์สุขของตนเอง (*kapiliké*) อริสโตเติลไม่เห็นด้วยกับการสะสมเงินทองโดยไม่มีขีดจำกัด⁶ และเห็นว่า ความพยายามแสวงหาความมั่งคั่งในทรัพย์สินให้แก่ตนเองเป็นสาเหตุหนึ่งที่จะทำให้สังคมถูกบ่อนเซาะและถูกทำลายลงในท้ายที่สุด

ในกฎหมายโรมันทรัพย์สิน (*res*) หมายถึงสิ่งที่มีค่าทางเศรษฐกิจ โดยสามารถกำหนดค่าเป็นหน่วยของเงินตราได้⁷ อย่างไรก็ตามคำว่า *res* มีความหมายกว้างกว่าคำว่า “ทรัพย์สิน” (Property) ที่ใช้กันแพร่หลายในปัจจุบัน โดยใช้รวมถึงสิ่งที่ไม่อาจยึดถือเป็นเจ้าของได้

⁶ Ulrich Duchrow., Franz J. Hinkelammert, Property for People, Not for Profit, (London: Zed Books, 2004), p.9.

⁷ J.A.C. Thomas, Textbook of Roman Law, (Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1976), p.125 และ ประชุม โฉมฉาย, วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2548), น.42.

ด้วย⁸ กฎหมายโรมันได้แบ่งแยกทรัพย์สินออกเป็นหลายประเภท และแตกต่างจากการแบ่งในปัจจุบัน กฎหมายโรมันแบ่งทรัพย์สินออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ คือ ทรัพย์สินที่เอกชนถือกรรมสิทธิ์ได้ (*res in noster patrimonio*) และทรัพย์สินที่เอกชนถือกรรมสิทธิ์ไม่ได้ (*res extra nostrum patrimonio*) ซึ่งทรัพย์สินประเภทที่เอกชนถือกรรมสิทธิ์ไม่ได้ยังแบ่งออกเป็นอีก 4 ประเภทย่อย คือ ทรัพย์สินส่วนรวม (*res communes* หรือ Common Property) ทรัพย์สินประเภทนี้เป็นของส่วนรวม มนุษย์ทุกคนมีสิทธิใช้ประโยชน์ เช่น อากาศ แม่น้ำ ทะเล ฝั่งทะเล เป็นต้น ถัดมาเป็นทรัพย์สินสาธารณะ (*res publica* หรือ Public Property) ทรัพย์สินประเภทนี้ไม่ได้เป็นของมนุษย์โดยส่วนรวม แต่เป็นของเฉพาะคนในรัฐที่มีสิทธิใช้ประโยชน์ร่วมกัน เช่น ท่าเรือ ถนนหลวง ต่อมาเป็นทรัพย์สินองค์กร (*res universitatis* หรือ Property of a Corporate Entity) ทรัพย์สินนี้เป็นของกลุ่มคนเล็กๆ ทรัพย์สินนี้จะไม่เป็นของบุคคลคนใดคนหนึ่ง ผู้ที่เป็นของสมาชิกของกลุ่มคนดังกล่าวมีสิทธิใช้ประโยชน์จากทรัพย์สิน เช่น โรงละคร หรือ สนามกีฬา เป็นต้น ประเภทสุดท้ายคือ ทรัพย์สินเทวสิทธิ์ (*res divini juris* หรือ Property Govern by Divine Law) ทรัพย์สินเทวสิทธิ์ยังแยกออกเป็น 3 ประเภทย่อย คือ ทรัพย์สินศักดิ์สิทธิ์ (*res sacrae*) เช่น โถะบูชา และวิหาร เป็นต้น ศาสนทรัพย์สิน (*res religiosae*) เช่น ที่ฝังศพ และทรัพย์สินอันล่วงละเมิดมิได้ (*res sanctae*) เช่น ประตูเมือง กำแพงเมือง เป็นต้น⁹ ทรัพย์สินอีกประเภทหนึ่งตามกฎหมายโรมัน คือ ทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของ (*res nullius*) เช่น ของป่า (*ferae naturae*) สัตว์ป่า นก ปลา หรือ เพชรพลอย แร่มีค่าที่ยังอยู่ตามธรรมชาติ แต่หากเอกชนใดเข้าครอบครองทรัพย์สินประเภทนี้เอกชนรายนั้นก็เป็นเจ้าของทรัพย์สินประเภทนี้ได้

หากพิจารณาการแบ่งประเภททรัพย์สินที่เอกชนไม่อาจเป็นเจ้าของได้ข้างต้น อาจเห็นว่าแบ่งอย่างสับสน เพราะในประเภทเดียวกันมีทั้งทรัพย์สินที่มีรูปร่าง และไม่มีรูปร่าง แต่นักกฎหมายโรมันเป็นนักปฏิบัติจึงแบ่งประเภทโดยเน้นประโยชน์ในเชิงปฏิบัติมากกว่าที่จะพิจารณาเนื้อหาและ

⁸ William L. Burdick. The Principle of Roman Law and their Relation to Modern Law. (Rochester, New York: The Lawyers Co-operative Publishing Co., 1938), p.299.

⁹ Kojo Yelapaala, *supra* note 4, pp.132-133; การแบ่งประเภททรัพย์สินตามกฎหมายโรมันของไยอุส (Gaius) และจัดติเนียนยังมีความแตกต่างกันในรายละเอียดบางประการ ผู้สนใจโปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน ประชุม โฉมฉาย, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 7*; ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2541).

ลักษณะของทรัพย์สินแต่ละประเภท แต่อาจแบ่งกลุ่มทรัพย์สินตามวัตถุประสงค์ของทรัพย์สินนั้นๆ ได้เป็น 3 กลุ่ม ดังนี้¹⁰

1. ทรัพย์สินที่เป็นสิ่งสำคัญต่อชีวิต หรือการดำรงชีวิต เช่น ทะเล แม่น้ำ อากาศ ทรัพย์สินกลุ่มนี้ไม่อาจให้บุคคลใด แม้แต่รัฐถือครองเป็นเจ้าของได้ การกำหนดไม่ให้ใครครอบครองมิใช่เพราะทรัพย์สินเหล่านี้ไม่อาจมีใครถือครองได้ แต่เป็นเพราะว่าเป็นทรัพย์สินที่สำคัญต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์

2. ทรัพย์สินที่เป็นทรัพย์สินสาธารณะ (Public Good) คือ ทรัพย์สินชนิดที่ทุกๆ คนสามารถใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยไม่สูญสิ้นไปเพราะการใช้ เช่น ท่าเรือ ถนนหลวง โรงละคร สนามกีฬา เป็นต้น แสงแดด อากาศถือเป็นทรัพย์สินสาธารณะเช่นกัน แต่การกำหนดให้เอกชนไม่อาจเป็นเจ้าของสิ่งเหล่านี้ได้ไม่ใช่เพราะไม่อาจหวงกันครอบครองได้ แต่เป็นเพราะลักษณะ และการคงอยู่ของสิ่งเหล่านี้มีความสำคัญต่อมนุษย์เกินกว่าที่จะให้ตกเป็นของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง

3. ทรัพย์สินที่มีความศักดิ์สิทธิ์ ทรัพย์สินประเภทนี้อื่นที่จริงเป็นทรัพย์สินที่เอกชนเป็นเจ้าของได้ แต่เป็นทรัพย์สินที่ได้สละ หรือถวายเพื่อศาสนา กฎหมายจึงกำหนดให้เอกชนไม่อาจถือครองเป็นเจ้าของทรัพย์สินประเภทนี้

การแบ่งประเภททรัพย์สินที่สำคัญอีกรูปแบบหนึ่งของกฎหมายโรมัน คือ การแบ่งเป็นทรัพย์สินมีรูปร่าง (*corporales*) และทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (*incorporales*)

ไคอุส (Gaius) นักกฎหมายโรมันอธิบายว่า ทรัพย์สินมีรูปร่างหมายถึงทรัพย์สินที่จับต้องได้ เช่น ที่ดิน ทาส เสื้อผ้า ทอง เงิน และของอื่นอีกมากมาย ส่วนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างหมายถึงทรัพย์สินซึ่งจับต้องไม่ได้ดังที่มีปรากฏในกฎหมายเท่านั้น เช่น มรดก สิทธิเก็บกิน หนี้

ตามกฎหมายโรมันทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจะมีเฉพาะสิ่งที่เป็นสิทธิที่ตีราคาหรือประเมินค่าเป็นเงินได้ ซึ่งทำให้มนุษย์ถือเอาได้¹¹ นักนิติศาสตร์โรมันจะไม่รวมสิ่งที่เป็นเพียงทฤษฎีบริสุทธิ์เป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เนื่องจากจะให้ความสนใจกับการแยกแยะทรัพย์สินที่มีประโยชน์ในทางปฏิบัติเท่านั้น¹² การแบ่งแยกทรัพย์สินมีรูปร่างและไม่มีรูปร่างตามกฎหมายโรมันเชื่อว่าได้รับอิทธิพลมาจากซีเซโรที่แบ่งทรัพย์สินออกเป็นสิ่งที่เห็นและจับต้องได้ (*quae cerni tangive possunt*) และสิ่งที่ไม่อาจจับต้องหรือพรรณนาแต่เล็งเห็นโดยจิตใจหรือเข้าใจได้ (*quae tane demonstrative non possunt*,

¹⁰ Kojo Yelapaala, *supra* note 4, pp.133-134.

¹¹ ประชุม โฉมฉาย, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 7, น.204-205.

¹² เพิ่งอ้าง, น.205.

cerni tamen animo atque intellegi possunt)¹³ แต่นับว่านิติศาสตร์โรมันมีความก้าวหน้าที่ยอมรับ “สิทธิ” เป็นทรัพย์สิน นี่อันเกิดจากสัญญาหรือละเมิดเป็นสินทรัพย์ทางเศรษฐกิจ (Economic Assets) ถ้าไม่มีการชำระหนี้จะต้องจ่ายค่าเสียหาย หรือค่าสินไหมทดแทน (Damages)¹⁴

กฎหมายโรมันถือว่าสิทธิซึ่งไม่มีรูปร่างเป็นทรัพย์สิน (*res*) แต่สิทธินี้ต้องผูกติดกับวัตถุที่จับต้องได้ เช่น การจำยอม (*servitudes praediorum rusticorum*) และสิทธิจำนอง (*hypotheca*) เป็นเครื่องอุปกรณ์จะซื้อขายกันได้ต่อเมื่อติดไปกับทรัพย์สินประเภทนั้น ดังนั้นการซื้อขายการจำยอมต้องซื้อไปพร้อมสามมัตถ์ทรัพย์สิน (*reaedlum dominans*) และสิทธิจำนองต้องซื้อขายกับหนี้ซึ่งใช้จำนองเป็นประกันอยู่ ส่วนสิทธิเก็บกิน (*usufructus*) สิทธิในการปลูกสร้างอาคารบนที่ดินของผู้อื่น (*superficies*) สิทธิในการใช้ที่ดิน (*emphyteusis*) ซึ่งอาจซื้อขายกันได้ตามกฎหมายโรมัน¹⁵ ก็เป็นสิทธิประเภทที่ต้องมีวัตถุมีรูปร่างมารองรับทำนองเดียวกัน

นวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพมีลักษณะส่วนใหญ่เป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง ไม่อาจครอบครองหวงกันได้เช่นเดียวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (*incorporales*) ของกฎหมายโรมัน แต่นวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพจะเกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิต และมีความสำคัญทำนองเดียวกับอากาศ แม่น้ำ หรือทะเลที่กฎหมายโรมันกำหนดให้เป็นทรัพย์สินที่เอกชนเป็นเจ้าของไม่ได้ ความรู้ และกรรมวิธีทางเทคโนโลยีชีวภาพยังมีลักษณะเป็นสินค้าสาธารณะ (Public good) ซึ่งจะมีประโยชน์สูงสุดหากให้สังคมเข้าถึงสินค้านั้นมากที่สุด ในยุคกรีก และโรมันไม่เคยถือว่าความรู้เป็นทรัพย์สิน แม้จะนำความรู้ของผู้อื่นไปใช้ก็ไม่ถือเป็นการขโมย ไม่มีความผิดฐานขโมยทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง แต่ถือเป็นการขโมยศักดิ์ศรี และความมีชื่อเสียงของผู้สร้างสรรค์ และเป็นความเสื่อมเสียของผู้คัดลอกหรือขโมยผลงานเอง¹⁶

¹³ เฟิ่งอ๋าง, น.206.

¹⁴ เฟิ่งอ๋าง, น.207.

¹⁵ William L. Burdick, *supra note* 8, p.310 และประชุม โฉมฉาย, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 9, น.228.

¹⁶ Edward C. Walterscheid, “The Early Revolution of the United States Patent Law: Antecedents (Part 1),” 76 *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, 697 (1994), p.702 และ Footnote 23.

ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงลักษณะ ธรรมชาติ (Nature) และความสำคัญของนวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพแล้ว อาจจัดเป็นทรัพย์สินที่มีความสำคัญต่อชีวิต และเป็นทรัพย์สินสาธารณะตามกฎหมายโรมัน ซึ่งเป็นทรัพย์สินประเภทที่กฎหมายโรมันไม่อนุญาตให้เอกชนเป็นเจ้าของ

1.2 การตีความทฤษฎีทรัพย์สินของจอห์น ลอค (John Locke) เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

อารยธรรมในยุคกลางจะมีทัศนคติต่อมนุษย์ ชุมชน และธรรมชาติในลักษณะของหน่วยชีวิตที่สัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (As a whole) การศึกษาวิทยาศาสตร์ในยุคนั้นจะเน้นทำความเข้าใจธรรมชาติบนพื้นฐานของเหตุผลและความศรัทธาต่อพระเจ้า และจิตวิญญาณของมนุษย์ พระเจ้าประทานความรู้และวิทยาการต่างๆ แก่มนุษย์ เพื่อความศิวิไลซ์ของมนุษยชาติจึงไม่มีใครอ้างสิทธิเป็นเจ้าของความรู้ แต่ภายหลังการค้นพบในสาขาฟิสิกส์ และดาราศาสตร์ของนักวิทยาศาสตร์คนสำคัญ เช่น นิโคลัส คอปเปอร์นิคัส (Nicolaus Copernicus-1473-1546) กาลิเลโอ กาลิเลอี (Galileo Galilei-1564-1642) และไอแซค นิวตัน (Issac Newton-1642-1727) ทำให้ทัศนคติเชิงคุณค่าของธรรมชาติที่มีต่อมนุษย์เปลี่ยนแปลงไป มนุษย์มิได้ศึกษาวิทยาศาสตร์เพราะศรัทธาในพระเจ้าอีกต่อไป แต่ศึกษาเพื่อใช้เป็นเครื่องมือควบคุมธรรมชาติเอาชนะธรรมชาติ เป็นนายของธรรมชาติ และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

แนวคิดของเรเน่ เดส์คาร์ทส์ (René Descartes, 1596-1650) มีบทบาทอย่างสำคัญต่อการเปลี่ยนแปลงทัศนคติดังกล่าวจนกลายมาเป็นพื้นฐานปรัชญาตะวันตกในปัจจุบัน วิธีศึกษาของเดส์คาร์ทส์ที่เรียกกันว่า “ทัศนะแบบแยกส่วน” (Reductionism) จะใช้การลดทอนสิ่งที่ศึกษาจนเป็นสิ่งย่อยเล็กที่สุด เมื่อนำวิธีนี้มาใช้กับสิ่งมีชีวิตทำให้มนุษย์มองสิ่งมีชีวิตเป็นเสมือนกลไก การเคลื่อนไหวของสิ่งมีชีวิตเกิดจากปฏิกิริยาทางเคมีในร่างกาย ความบกพร่องของร่างกายเกิดจากกลไกบางอย่างทำงานไม่สมบูรณ์ มนุษย์ที่เจ็บป่วยเปรียบเหมือนนาฬิกาที่สร้างขึ้นอย่างบกพร่องและเปรียบมนุษย์ที่มีสุขภาพแข็งแรงเหมือนนาฬิกาที่สร้างขึ้นอย่างไร้ที่ติ

ภายใต้ทัศนะแบบแยกส่วนธรรมชาติจะถูกแยกพิจารณาเป็นส่วนๆ ดันไม่เป็นต้นๆ สัตว์ป่าเป็นตัวๆ ดิน แร่ธาตุ อากาศ หรือน้ำถูกแยกขาดออกจากกันเพื่อความสะดวกในการศึกษาความสัมพันธ์ของสรรพสิ่งในธรรมชาติถูกละเลย มนุษย์ในฐานะผู้ศึกษาจึงเป็นสิ่งมีชีวิตที่สำคัญที่สุด และอยู่เหนือสิ่งอื่นๆ รวมทั้งโลก และธรรมชาติ มนุษย์จึงเป็นใหญ่และเป็นศูนย์กลางของสรรพสิ่ง (Anthropocentric) มนุษย์มิใช่องค์ประกอบหนึ่งของธรรมชาติอีกต่อไป แต่กลับแยกขาด อยู่เหนือ และเป็นนายของธรรมชาติ (Master of the Nature)

สัญลักษณ์ความมีตัวตนของมนุษย์ คือ การมีทรัพย์สิน ซึ่งถือเป็นการแสดงความยอมรับในคุณค่าของมนุษย์ จอร์จ เฟดเดอร์ริค เฮเกิล (G.W.F. Hegel-1770-1831) อธิบายแนวคิดทรัพย์สินเอกชนว่า เป็นสิ่งที่แสดงออกซึ่งบุคลิกภาพ และเจตจำนงเสรีของมนุษย์ (Free Mind) การยอมรับทรัพย์สินเท่ากับการยอมรับความมีตัวตนของมนุษย์ ทรัพย์สินเอกชนเป็นสิ่งที่แสดงอัตลักษณ์ของบุคคล (One-self Identity) จากการที่บุคคลอื่นต้องเคารพสิทธิในทรัพย์สินของตน ทรัพย์สินเป็นสิ่งที่แสดงออกของจิต สังคมจึงมีหน้าที่จัดให้ปัจเจกชนได้แสดงออกในลักษณะดังกล่าว และมีหน้าที่ปกป้องคุ้มครองทรัพย์สินเอกชน และขัดขวางการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้น โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของ หรือดำเนินการให้มีการชดเชยอย่างเป็นธรรมแก่เจ้าของทรัพย์สิน ในทัศนะของเฮเกิล ทรัพย์สินทางปัญญาก็ถือเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่ง โดยถือเป็นเรื่องของจิตซึ่งเป็นสิ่งที่อยู่ภายใน แต่แสดงลักษณะเฉพาะออกมาได้โดยผ่านวัตถุ หรือสิ่งที่จับต้องได้ และสิ่งนี้เป็นสิ่งที่โอนให้แก่บุคคลอื่นได้¹⁷ ทัศนะดังกล่าวอาจแปลกแยกต่อผู้คนที่มีความคิดแบบตะวันออกที่เข้าใจว่า อัตลักษณ์ของมนุษย์ขึ้นอยู่กับสัมพันธภาพที่มนุษย์นั้นมีต่อสังคม (according to the individual's relationship with and contribution to society)¹⁸ เป็นหน้าที่ที่มนุษย์มีต่อสังคมหรือชุมชน ไม่ใช่อยู่ที่การมีทรัพย์สิน

อย่างไรก็ดีแนวคิดทรัพย์สินเอกชนภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบตลาด (Market Economy) ของตะวันตกได้แพร่ขยายไปทั่วโลก เกิดการแข่งขันเพื่อสะสมความมั่งคั่ง และวิทยาศาสตร์กลายเป็นช่องทางให้มนุษย์นำทรัพยากรธรรมชาติมาใช้เพื่อสนองความต้องการที่ไร้ขีดจำกัด ป่าไม้ถูกทำลาย สัตว์ป่าหลายชนิดสูญพันธุ์ ทรัพยากรธรรมชาติบางชนิดหมดสิ้นไป ถือเป็นการใช้โดยไม่คำนึงถึงสิทธิของมนุษย์ในรุ่นต่อไปที่มีสิทธิใช้ทรัพยากรธรรมชาตินั้นเช่นเดียวกับมนุษย์ในยุคปัจจุบัน¹⁹

¹⁷ Justin Huges, "The Philosophy of Intellectual Property," 77 The Georgetown Law Journal. 287 (1988), p.337.

¹⁸ David Hurlbut, "Fixing the Biodiversity Convention: Toward a Special Protocol for Related Intellectual Property," 37 Natural Resources Journal, (1994), pp.383-385.

¹⁹ Vandana Shiva, Tomorrow's Biodiversity, (New York: Thames & Hudson Inc., 2000), p.131.

เมื่อกล่าวเฉพาะเทคโนโลยีชีวภาพ ผู้เขียนเห็นว่ากระบวนการค้นแบบแยกส่วนทำให้มนุษย์มีโลกทัศน์ต่อพันธุกรรมว่าเป็นเพียงองค์ประกอบทางเคมี ไม่ได้มองพันธุกรรมในฐานะองค์รวมของสิ่งมีชีวิต เมื่อเทคโนโลยีแยกศึกษาพันธุกรรมออกเป็นส่วนๆ ความรู้เกี่ยวกับพันธุกรรมจึงเป็นสิ่งที่เอกชนยึดถือครอบครองได้เช่นเดียวกับทรัพย์สินอื่น และนำมาซึ่งการคุ้มครองนวัตกรรมทางเทคโนโลยีด้วยทรัพย์สินทางปัญญาในท้ายที่สุด

ฝ่ายสนับสนุนทรัพย์สินทางปัญญาได้อาศัยการตีความทฤษฎีทรัพย์สินของจอห์น ลอค (John Locke, 1632-1704)²⁰ นักปรัชญา และนักรัฐศาสตร์ชาวอังกฤษเพื่ออธิบายความชอบธรรมของระบบทรัพย์สินทางปัญญา

ลอคเห็นว่าการเห็นแก่ประโยชน์ของตนเอง (Self-interest) เป็นกฎธรรมชาติของมนุษย์ การแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองเป็นแรงดึงดูดให้มนุษย์เข้ามารวมกัน การที่แต่ละคนพยายามแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวจะทำให้สังคมและปัจเจกชนได้รับผลดี ซึ่งเป็นการอธิบายโดยอิงกฎแรงดึงดูดของระบบสุริยะของนิวตัน (Issac Newton)²¹ ทฤษฎีของลอคเริ่มจากอธิบายว่า พระเจ้ามอบโลกนี้ให้เป็นสมบัติร่วมกันของมนุษย์ แรงงานของมนุษย์แต่ละคนเป็นของคนๆ นั้น เมื่อใดที่มนุษย์ผสมผสานแรงงานของตนลงในสิ่งที่พระเจ้ามอบให้เป็นสมบัติร่วมกัน (โลก) เท่ากับเขาได้สร้างทรัพย์สินของตนเองขึ้น อย่างไรก็ตามลอคเห็นว่า มนุษย์ไม่อาจนำสิ่งที่พระเจ้ามอบให้ไปใช้เองทั้งหมด แต่ต้องเหลือให้เพียงพอต่อการใช้ของผู้คนอื่นด้วย

คำอธิบายของลอคนำไปสู่คำถามที่ว่า “หากพระเจ้ามอบโลกให้เป็นสมบัติแก่มนุษย์ทุกคน มนุษย์แต่ละคนจะยึดถือทรัพย์สินเป็นของตัวเองได้อย่างไร”²² การนำไปเป็นสมบัติส่วนตัวต้องได้รับความยินยอมจากผู้อื่นที่มีสิทธิในสิ่งนั้นเช่นกันหรือไม่ และถ้าใช่จะมีวิธีการใดในการขอความยินยอมจากผู้อื่น

²⁰ ทฤษฎีทรัพย์สินของลอคปรากฏในหนังสือชื่อ “The Two Treaties of Government (1690)” เล่มที่ 2 บทที่ 5 ลอคแต่งหนังสือเล่มนี้ขึ้นเพื่อโต้แย้งทฤษฎีที่สนับสนุนระบอบกษัตริย์ของ Robert Filmer ในหนังสือชื่อ Patriarcha: or the Natural Power of the King (1680) ที่อธิบายว่ากษัตริย์มีอำนาจเด็ดขาดเพราะสืบเชื้อสายมาจากอาดัม (Adam) มนุษย์คนแรกของโลก ลอคจึงเสนอทฤษฎีที่สองขึ้นเพื่อคัดค้านทฤษฎีดังกล่าว โปรดดู Peter Drahos, A Philosophy of Intellectual Property, (Andershot: Dartmouth Publishing Co.,Ltd., 1996), p.42.

²¹ Crawford Brough Macpherson, *supra* note 2, p.13.

²² Peter Drahos, *supra* note 20, p.42.

การใช้แรงงานเป็นเงื่อนไขของการสร้างทรัพย์สินยังมีปัญหาว่า จะใช้เกณฑ์ใดเป็นเครื่องกำหนดว่าต้องผสมผสานแรงงานลงไปมากน้อยเพียงใดจึงจะก่อให้เกิดสิทธิในทรัพย์สินขึ้น เช่น นาย ก. เทน้ำเชื่อมลงไปในทะเล จะอ้างได้หรือไม่ว่าทะเลเป็นทรัพย์สินของ นาย ก. และการที่ผสมผสานแรงงานลงไปในวัตถุที่พระเจ้าประทานให้แก่มนุษย์ร่วมกัน ทำไมแรงงานจึงไม่เคลื่อนกลับไปกับวัตถุดิบ และตกเป็นของส่วนรวม

หากแรงงานเป็นเงื่อนไขในการได้สิทธิในทรัพย์สิน แต่เหตุใดในปัจจุบันเจ้าของแรงงานไม่ได้เป็นผู้กำหนดมูลค่าของทรัพย์สินที่ตนสร้างขึ้น แต่กลับขึ้นอยู่กับกลไกตลาด และกรณีลูกจ้างแรงงานแม้จะสร้างสิ่งใดขึ้นสิ่งนั้นก็ตกเป็นของนายจ้างไม่ได้ตกแก่ลูกจ้างแต่อย่างใด²³

แม้จะมีข้อโต้แย้งทางทฤษฎีแต่ทฤษฎีของลอคก็ได้รับความนิยมและแพร่หลายไปทั่วโลก และถูกนำมาตีความเพื่อสร้างความชอบธรรมแก่ทรัพย์สินทางปัญญา โดยเทียบเคียงการใช้สติปัญญาของนวัตกรรมกับการใช้แรงงานตามทฤษฎีของลอค โดยตรรกเช่นนี้นวัตกรรมจึงตกเป็นทรัพย์สินของนวัตกรรม²⁴ แต่มีผู้เห็นว่าการนำแนวคิดทรัพย์สินมีรูปร่างมาใช้กับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง โดยถือว่าทั้งสองสิ่งเป็นคู่ที่ตรงข้ามนั้นเป็นความเข้าใจผิด เพราะทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (Incorporeal things) เป็นสิทธิ (Rights) ไม่อาจนำไปเทียบเคียงกับทรัพย์สินมีรูปร่าง (Corporeal Things)²⁵

²³ ผู้สนใจงานเขียนที่ตีความทฤษฎีของลอค โปรดดู Richard Arhcraft, John Locke: Critical Assessments, (London: New York, 1991) ใน Volume 3 จะเป็นส่วนที่วิเคราะห์ในประเด็นทรัพย์สิน และ Crawford Brough Macpherson, The Political Theory of Possessive Individualism, (Oxford: Oxford University Press, 1962), pp.251-262; James Tully, "The Framework of Natural Rights in Lock's Analysis of Property: A Context Reconstruction," In Anthony Parel, et al. (Edited) Theories of Property: Aristotle to the Present, (Waterloo, Ontario, Canada: Wilfrid Laurier University Press, 1979), pp.115-140; H.G. Hammond, Personal Property: Commentary and Materials, (Oxford: Oxford University Press, 1992), pp.45-51 ซึ่งได้ตั้งคำถามเกี่ยวกับการเข้าครอบครอง (Occupation) อันเป็นเงื่อนไขของการเป็นเจ้าของทรัพย์สินตามทฤษฎีของลอค.

²⁴ David Hurlbut, *supra* note 18, pp.383-384.

²⁵ Salmond, Jurisprudence. อ้างใน G.B.J. Hughes, Jurisprudence, (London: Butterworth & Co., 1955), p.380.

การคุ้มครองนวัตกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชภายใต้ทรัพย์สินทางปัญญา ตามทฤษฎีของลอคมีปมปัญหาสำคัญทำนองเดียวกัน คือ จะใช้เหตุผลใดในการอ้างสิทธิเหนือ ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่อนำมาเป็นวัตถุดิบในเทคโนโลยีชีวภาพ หลักการที่ฝ่ายสนับสนุน ทรัพย์สินทางปัญญาอธิบาย คือ ทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่มีอยู่มากมาย รวมทั้งภูมิปัญญาทั้งหลาย ที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชดังกล่าวเป็นสมบัติสาธารณะ (Public Domain) เป็นทรัพย์สินที่ไม่มี เจ้าของ (*res nullius*) ตามกฎหมายโรมัน ซึ่งผู้เข้าครอบครองยึดถือก่อนอ้างสิทธิเป็นเจ้าของได้²⁶ หลักการนี้ยังสอดคล้องกับการใช้หลักมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ (CHM) กับทรัพยากรพันธุกรรมพืช ตามข้อตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป คำอธิบายข้างต้นเท่ากับไม่ได้รับรู้บทบาทของ เกษตรกรในอดีตที่มีส่วนอย่างสำคัญต่อการอนุรักษ์และพัฒนาพันธุ์พืชจนมาเป็นวัตถุดิบใน เทคโนโลยีชีวภาพในปัจจุบัน และเป็นช่องทางให้นำทรัพยากรพันธุกรรมพืช ตลอดจนภูมิปัญญา ท้องถิ่นของเกษตรกรไปใช้ได้โดยเสรี

นอกจากเหตุผลให้นำทรัพยากรพันธุกรรมพืชมาใช้ได้โดยเสรีแล้ว ยังมีเหตุผลความ จำเป็นในการระบุประธานแห่งสิทธิ (Rights' Holder) ภายใต้ระบบทรัพย์สินเอกชน เนื่องจากหาก ยอมรับว่าเกษตรกรมีส่วนต่อการอนุรักษ์พัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืช เกษตรกรย่อมอ้างสิทธิ ได้รับความคุ้มครองเช่นกัน แต่การสร้างสรรคของเกษตรกรไม่มีรูปแบบที่เป็นทางการ (Informal Invention) เป็นสิ่งที่เกษตรกรในอดีตร่วมกันสร้างสรรค์ ส่งเสริม และส่งผ่านกันมาหลายชั่วคน ไม่ อาจแยกแยะว่าเกษตรกรรายใดเป็นผู้สร้างสรรค์ในส่วนใด และเป็นคลังความรู้เพื่อประโยชน์ร่วมกัน ของมนุษย์ทั้งมวล เมื่อไม่อาจระบุประธานแห่งสิทธิ (Rights' Holder) การสร้างสรรค์อย่างไม่เป็น ทางการของเกษตรกรจึงถูกปฏิเสธการคุ้มครอง

นอกจากจะปฏิเสธบทบาทของเกษตรกรแล้ว ประเทศอุตสาหกรรมยังอธิบายว่า ทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศกำลังพัฒนานั้นไม่เป็นที่รู้จักว่ามีประโยชน์อย่างไร จนกว่าจะผ่าน กระบวนการทางเทคโนโลยีสมัยใหม่เสียก่อน เทคโนโลยีของประเทศอุตสาหกรรมจึงเป็นกุญแจไข คุณค่าของทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศกำลังพัฒนาให้เกิดประโยชน์ขึ้น

คำอธิบายข้างต้นมีข้อที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นเหมือน ทรัพยากรอื่นๆ ที่พระเจ้ามอบแก่มนุษย์ หรือเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของ (*res nullius*) ตามกฎหมาย โรมันจริงหรือไม่ และทรัพยากรพันธุกรรมพืชในประเทศกำลังพัฒนาไม่มีประโยชน์จนกว่าจะผ่าน การวิจัยค้นคว้าด้วยเทคโนโลยีสมัยใหม่จริงหรือไม่

²⁶ William L. Burdick, *supra* note 8, p.308.

ผู้เขียนเห็นว่า เหตุที่ยังไม่ได้นำทรัพยากรพันธุกรรมมาใช้ประโยชน์ไม่ได้หมายความว่าทรัพยากรพันธุกรรมนั้นไม่มีคุณค่าจนถึงกับให้ประเทศอุตสาหกรรมนำไปใช้ได้โดยเสรี การพิจารณาคูณค่าของสิ่งใดสิ่งหนึ่งในช่วงเวลาหนึ่งแล้วชี้ขาดว่าสิ่งนั้นไม่มีคุณค่าไม่ใช่สิ่งที่ถูกต้อง เพราะสิ่งนั้นอาจปรากฏค่าขึ้นภายหลัง²⁷ การที่มนุษย์ไม่รู้จักรูณค่าของสิ่งใดไม่หมายความว่าสิ่งนั้นไม่มีคุณค่าเสมอไป แต่อาจเป็นเพราะมนุษย์ไม่มีความสามารถที่จะค้นหารูณค่าของสิ่งนั้น และอย่างน้อยสิ่งนั้นก็มียูณค่าในฐานะที่มีอยู่เพื่อประโยชน์ของคนในรุ่นต่อไป

การอ้างว่าทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นเหมือนทรัพยากรอื่นที่พระเจ้ามอบให้เป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน เพราะทรัพยากรพันธุกรรมพืชในปัจจุบันเป็นผลจากการทุ่มเททุนทรัพย์และพัฒนาจากเกษตรกรหลายชั่วอายุคน²⁸ นอร์แมน ซิมมอน (Norman Simmon) นักปรับปรุงพันธุ์พืชที่มีชื่อเสียงคนหนึ่งกล่าวว่า “ผลของการพัฒนาพันธุ์พืชของเกษตรกรที่ผ่านมามียูณค่าสูงส่งกว่าผลงานการปรับปรุงพันธุ์พืชด้วยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ที่ผ่านมาอย่างมากมาย”²⁹ หากวิเคราะห์ตามทฤษฎีของลอคเกษตรกรเหล่านี้ก็มีสิทธิในทรัพย์สินเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชเช่นเดียวกับที่ประเทศอุตสาหกรรมอ้างสิทธิในทรัพย์สินเหนือพันธุ์พืชที่ผ่านการปรับปรุงพันธุ์แล้วเช่นกัน

แต่แม้จะมีข้อโต้แย้งในเชิงแนวคิด และเหตุผลแต่ประเทศอุตสาหกรรมซึ่งได้รับประโยชน์จากการคุ้มครองก็ดำเนินนโยบายให้ประชาคมระหว่างประเทศยอมรับในระบบทรัพย์สินทางปัญญา โดยหยิบยกเหตุผล และประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นในมน้าวประเทศกำลังพัฒนาให้ยอมรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

²⁷ James O. Odek, “Bio-Piracy: Creating Proprietary Rights in Plant Genetic Resources,” 2 Journal of International Property Law, 141 (1994), p.153-154.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Jack R. Kloppenburg, First the Seeds: The Political Economy of Plant Biotechnology, (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), p.185.

2. การขยายตัวของแนวคิดคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สิน (Tangible)

สู่การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Intangible)

2.1 ลักษณะ และธรรมชาติ (Nature) ของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

(1) การไม่สามารถครอบครองหวงกัน

ทรัพย์สินที่มีรูปร่างย่อมเป็นวัตถุแห่งการครอบครองของผู้เป็นเจ้าของฯ ย่อมมีสิทธิใช้ประโยชน์ใดๆ ในทรัพย์สินนั้นก็ได้ ในกรณีทรัพย์สินไม่มีรูปร่างการครอบครองคือสิทธิหวงห้ามผู้อื่นไม่ให้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้น³⁰ Blackstone เห็นว่าสิทธินี้ไม่เพียงเป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute) แต่ใช้ยืนยันคนได้ทั่วโลก³¹ ผู้พิพากษาโฮล์ม (Justice Holmes) กล่าวว่า อำนาจในการกีดกันผู้อื่นถือเป็นลักษณะทางกฎหมายของทรัพย์สิน³² การครอบครองเป็นเจ้าของทรัพย์สินใดจะกีดกันผู้อื่นเหนือทรัพย์สินนั้น แต่กรณีทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เช่น ความรู้ต่างๆ เมื่อเผยแพร่ หรือถ่ายทอดแก่ผู้อื่นแล้ว ผู้อื่นนำความรู้นั้นไปใช้ได้โดยเจ้าของไม่อาจหวงกันความรู้ได้อีกต่อไป ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างไม่มีขอบเขตที่แน่ชัด และปรากฏทับซ้อนในทรัพย์สินมีรูปร่างได้อย่างไม่จำกัดจำนวน เช่น ผู้ประพันธ์หนังสือมีลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเหนือหนังสือทุกเล่มที่มีการพิมพ์เผยแพร่ ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจยึดถือครอบครอง หรือหวงกันได้ (Non Exclusive Nature) ไม่อาจเป็นวัตถุแห่งการส่งมอบด้วยตัวเอง ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจึงมีสภาพกึ่งครอบครอง (Quasi-possessed) หรือกึ่งโอน (Quasi-transferred) ด้วยการยินยอม (Acquiescence) หรือโอนโดยการใช้ (Use)³³

³⁰ Lawrence C. Becker, Property Rights: Philosophic Foundation, (London: Routledge & Kegan Paul, 1977), p.19.

³¹ William Blackstone, Commentaries on the Law of England, อ้างใน Kojo Yelapaala, *supra note 4*, p.126; อย่างไรก็ตามก็ดีตามกฎหมายโรมัน สิทธิในการทำลายทรัพย์สิน (*jus abutendi*) ไม่ได้หมายถึงการทำลายทรัพย์สินได้ตามอำเภอใจของผู้เป็นเจ้าของ แต่การทำลายทรัพย์สินจะทำได้ตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น โปรดดู *Ibid*, p.130.

³² ความเห็นแย้งของผู้พิพากษาโฮล์มในคดี *International News Service v. Associated Press*. 248 U.S. 215,246 (1918).

³³ Joshua Getzler, A History of Water Rights at Roman Law, (Oxford: Oxford University Press, 2004), p.81.

(2) การไม่สูญสิ้นไปจากการใช้

ความรู้ทางเทคโนโลยีชีวภาพมีลักษณะเป็นสินค้าสาธารณะ (Public Good) ที่ไม่อาจสูญสิ้นไปเพราะการใช้ ทรัพย์สินในลักษณะนี้จะก่อประโยชน์มากที่สุดเมื่อมีผู้ใช้มากที่สุด การใช้ความรู้แม้จะมีได้รับอนุญาตจากเจ้าของก็ไม่ทำให้ความรู้ของเจ้าของลดลง เปรียบดังการต่อเทียนจากเปลวเทียนเล่มหนึ่ง แม้เทียนเล่มที่สองจะติดไฟขึ้น แต่แสงจากเปลวเทียนเล่มแรกก็ไม่ลดลง การอ้างว่าความรู้ของตนถูกขโมยไปหมายความว่าบางอย่างถูกแย่งไป แต่ในความเป็นจริงเจ้าของยังมีความรู้อยู่เท่าเดิม และแม้จะกีดกันผู้อื่นไม่ให้ใช้ความรู้นั้นในความเป็นจริงเจ้าของก็มิได้มีความรู้เพิ่มขึ้นแต่อย่างใด³⁴

ความรู้ที่สร้างสรรค์ขึ้นใหม่นั้นยังเกิดจากการใช้ความรู้ที่ประมวลจากวิทยาการในสาขาต่างๆ ที่มีอยู่แล้ว กล่าวได้ว่าไม่มีการสร้างสรรค์ใดที่ปราศจากการใช้ความรู้เดิมเป็นฐาน เปรียบดังผู้ที่ยืนอยู่บนไหล่ของยักษ์ (ความรู้เดิม) ย่อมมองเห็นได้ไกลกว่าผู้อื่น (Standing on the shoulder of giant) นวัตกรรมจึงเป็นผลผลิตจากกระบวนการทางสังคม (Social Processes)³⁵ หากนวัตกรรมอ้างสิทธิเป็นเจ้าของเหนือความรู้แต่ผู้เดียวก็ควรมีสิทธิเฉพาะในส่วนที่ตนคิดค้นขึ้นเองเท่านั้น ไม่รวมความรู้พื้นฐานต่างๆ ที่มีอยู่ก่อนแล้ว³⁶ การหวงกั้นความรู้ภายใต้แนวคิดทรัพย์สินเอกชนท้ายที่สุดกลับจะเป็นผลเสียต่อความมั่นคง และการเพิ่มพูนคลังความรู้ของมนุษยชาติ

2.2 หลักการคุ้มครองทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างในฐานะทรัพย์สินทางปัญญา

ภาคธุรกิจเทคโนโลยีชีวภาพในประเทศอุตสาหกรรมสนับสนุนให้คุ้มครองนวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อปกป้องผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของตนเอง จากการศึกษาพบว่าสิทธิบัตรกว่าร้อยละ 90 ที่ออกให้โดยประเทศกำลังพัฒนาอยู่ในความครอบครองของบริษัทเอกชนต่างชาติ และร้อยละ 95 ของสิทธิบัตรดังกล่าวมิได้นำมาใช้ในประเทศที่ให้สิทธิบัตร³⁷ แม้ในประเทศอุตสาหกรรมเองก็พบการกระจุกตัวของการถือครองสิทธิบัตรเช่นกัน

³⁴ Edith Tilton Penrose, The Economics of The International Patent System, (Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1951), p.23.

³⁵ Peter Drahos, Intellectual Property, Edited. (Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1999), p.520.

³⁶ Edith Tilton Penrose, *supra* note 34, pp.23-24.

³⁷ Shoi Matsui, "The Transfer of Technology to Developing Countries:

ในช่วงระยะเวลา 20 ปีที่ผ่านมาสิทธิบัตรกว่าร้อยละ 95 ในประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่ในความครองของผู้ทรงสิทธิเพียง 10 ประเทศเท่านั้น³⁸

จากการศึกษาการยื่นคำขอรับสิทธิบัตรในประเทศไทยก็ปรากฏผลในทำนองเดียวกัน คือ ผู้ขอรับสิทธิบัตรส่วนใหญ่เป็นคนต่างชาติ มีคนไทยยื่นขอสิทธิบัตรเพียงร้อยละ 1.31 และคำขอของคนต่างชาติร้อยละ 98.08 เป็นคำขอที่ได้ยื่นไว้ก่อนแล้วในต่างประเทศ³⁹ แสดงให้เห็นว่าประโยชน์ส่วนใหญ่จะตกได้แก่ประเทศอุตสาหกรรม

หลักการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้อธิบายกันอย่างแพร่หลายนั้นแบ่งได้เป็น 3 หลัก คือ หลักสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law Theory) หลักเพื่อประโยชน์ของนวัตกรรม (Inventor Theory) และหลักเพื่อประโยชน์ของสังคม (Social Theory) ในปัจจุบันหลักดังกล่าวถูกโต้แย้งและบางหลักเสื่อมความนิยมไป ผู้เขียนขอวิเคราะห์หลักการทั้งสามดังนี้

(1) การคุ้มครองตามหลักสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law Theory)

หลักสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติเป็นหลักที่แพร่หลายมากในอดีต หลักนี้เทียบเคียงจากทฤษฎีของลอค โดยอ้างว่าเป็นสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Law) ที่นวัตกรรมซึ่งพุ่มเทศิปัญญาสร้างสรรค์นวัตกรรมควรเป็นเจ้าของนวัตกรรมนั้น ปัญหาที่ต้องพิจารณามีว่า สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของนวัตกรรมเหมือนนวัตกรรมที่ตนสร้างสรรค์ขึ้นนั้นเป็นสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติจริงหรือไม่

ผู้เขียนพบว่ามีเหตุผลหลายประการที่แสดงว่า การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไม่ใช่ การคุ้มครองตามหลักสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติ ดังนี้

1. หากทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติซึ่งเป็นสิทธิในตัวเองโดยแท้ (Inherent Rights) กฎหมายควรคุ้มครองตลอดไป ไม่ควรมีอายุคุ้มครอง
2. หากทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิตามธรรมชาติ นวัตกรรมทุกคนที่สร้างสรรค์งานด้วยตนเองควรได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ควรเลือกคุ้มครองเฉพาะผู้ที่ยื่นขอคุ้มครอง

Some Proposals to Solve Current Problems,” 59 Journal of Patent & Trademark Office Society, 612 (1977), p. 614.

³⁸ Patricia Lucia Cantuária Marin, Providing Protection for Plant Genetic Resources, (The Hague, The Netherland: Kluwer Law International, 2002), p.116.

³⁹ จิราพร ลิ้มปานานนท์. “ข้อตกลงการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญากับผลกระทบต่อระบบยาและระบบสุขภาพของประเทศไทย.” ใน กรรณิการ์ กิตติเวชกุล. (บรรณาธิการ), ข้อตกลงเขตการค้าเสรีผลกระทบต่อประเทศไทย, (เล่ม 2), (กรุงเทพมหานคร: พิมพ์ดีการพิมพ์, 2547), น.208.

ก่อนเท่านั้น (Winner-take-all) และปฏิเสธสิทธิของนวัตกรรมรายหลังโดยสิ้นเชิง แม้จะได้คิดค้นเป็นอิสระจากนวัตกรรมรายแรกก็ตาม

3. หากทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติ สิทธิดังกล่าวย่อมเกิดขึ้นเป็นอิสระจากกฎหมาย แต่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญากำหนดเงื่อนไขคุ้มครองโดยต้องยื่นความจำนงขอรับความคุ้มครอง การคุ้มครองจึงเกิดจากการรับรองของรัฐตามกฎหมาย จึงผูกติดและมีได้เป็นอิสระจากกฎหมาย

4. หากทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติ การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาควรมีผลทั่วไปโดยไม่มีข้อจำกัดด้านดินแดน แต่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีผลเฉพาะในดินแดนของรัฐที่ให้ความคุ้มครองเท่านั้น

5. หากทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติ การสร้างสรรค์ในงานทุกประเภทย่อมต้องได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน แต่ระบบกฎหมายสิทธิบัตรกลับยกเว้นไม่คุ้มครองการสร้างสรรค์ในงานบางประเภท เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่คุ้มครองสิทธิบัตรแก่การสร้างสรรค์ในการประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับพลังงานปรมาณู (Atomic Energy) ⁴⁰ และด้านอวกาศ (Space/ Aeronautic Field) ⁴¹

นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงรวมทั้งชาโมเอล ปูเฟนดอร์ฟ (Samuel Pufendorf-1632-1694) เห็นว่าการเกิดสิทธิในทรัพย์สินนั้นมิได้เป็นเรื่องสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติ แต่เป็นเรื่องของข้อตกลงของคนในสังคมที่ตกลงโดยชัดแจ้ง และโดยปริยาย ทฤษฎีของลอคเป็นเพียงกระบวนการเริ่มต้นของการได้มา หรือก่อให้เกิดสิทธิในทรัพย์สินเท่านั้น แต่สิทธิตามธรรมชาติของนวัตกรรมจะสิ้นสุดลงทันทีที่มีการเปิดเผยนวัตกรรมนั้นต่อสาธารณะ แต่สิทธิจะยังมีต่อไปก็โดยผลของกฎหมายเท่านั้น เช่น สิทธิของนักประพันธ์ หรือนวัตกรรมมีต่อไปตามกฎหมายลิขสิทธิ์ หรือกฎหมายสิทธิบัตรแล้วแต่กรณี ทฤษฎีของลอคยังยอมรับว่า มนุษย์ได้สละสิทธิตามธรรมชาติเพื่อแลกกับสิทธิพลเมือง (Civil Rights) เพื่อชีวิตที่ดีของมนุษย์ เสรีภาพ และทรัพย์สินของตน ⁴² ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิที่ต่างจากสิทธิอื่นที่เป็นสิทธิในตัวเองโดยแท้ (Inherent Rights) เช่น

⁴⁰ The Atomic Energy Act (1988) 42 U.S.C. Subsection 2181 (a).

⁴¹ The National Aeronautics and Space Act (1958) 42 U.S.C. 2457.

⁴² Adam Mossoff, "Rethinking the Development of Patents: An Intellectual History, 1550-1800," 52 *Hastings Law Journal*, 1255 (August, 2001), pp.1298-1299.

สิทธิในเสรีภาพ สิทธิในร่างกาย สิทธิมนุษยชน เป็นต้น⁴³ จึงไม่ใช่สิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights) แต่เป็นสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมาย สังคมจึงมีอำนาจวางข้อจำกัด หรือเงื่อนไขการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นได้

ความเชื่อว่านวัตกรรมมีสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติอาจเกิดจากความสับสนระหว่างสิทธิในเชิงเศรษฐกิจ (Pecuniary Rights) และสิทธิของนวัตกรรมที่จะได้รับความเคารพจากการเป็นผู้สร้างสรรค์ สิทธิในประการหลังเกิดขึ้นเสมอไม่ว่านวัตกรรมนั้นจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหรือไม่ สิทธินี้เทียบเคียงได้กับธรรมสิทธิ (Moral Rights) ของระบบลิขสิทธิ์ที่บทประพันธ์ของนักประพันธ์จะไม่ถูกดัดแปลงแก้ไขโดยไม่เคารพต่อสิทธิของนักประพันธ์ ส่วนสิทธิในเชิงเศรษฐกิจจะได้รับตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น⁴⁴

โทมัส เจฟเฟอร์สัน (Thomas Jefferson, 1743-1826) ประธานาธิบดีคนที่สามของประเทศสหรัฐอเมริกา และเป็นผู้มีบทบาทอย่างสำคัญต่อกฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกาได้กล่าวว่า “การให้สิทธิผูกขาดเหนือสิ่งประดิษฐ์เป็นสิทธิพิเศษ (Privilege) ไม่ใช่สิทธิธรรมชาติ”⁴⁵ และ “นวัตกรรมมีสิทธิได้รางวัลตอบแทนตามที่สังคมเห็นสมควร”⁴⁶ รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้กำหนดว่าทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิในทรัพย์สิน อีกทั้งมิได้ก่อตั้ง (Create) หรือรับรอง (Insure) สิทธิในทรัพย์สินเหนือนวัตกรรม หรืองานประพันธ์ทั้งตามกฎหมายธรรมชาติหรือคอมมอนลอว์⁴⁷

⁴³ โปรดดูเพิ่มเติมใน Peter Drahos, “Intellectual Property and Human Right,” 3 Intellectual Property Quarterly, 349 (1999), pp.365-367; Tom G. Palmer, “Are Patent and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects,” 13 Harvard Journal of Law and Public Policy, 817 (1990).

⁴⁴ Ulf Anderfelf, International Patent-Legislation and Developing Countries, (The Hague: Martinus Nijhoff, 1971), p.19.

⁴⁵ Samuel A. Oddi, “TRIPs-Natural Rights and a Polite Form of Economic Imperialism,” 29 Vanderbilt Journal of Transnational Law, 415 (1996), Footnote 16.

⁴⁶ Michael D. Davis, “The Patenting of Product of Nature,” 21 Rutgers Computer & Technology Law Journal, 293 (1995), p.300.

⁴⁷ Edward C. Walterscheid, The Nature of the Intellectual Property Clause: A Study in Historical Perspective, (New York: William S. Hein & Co., Inc. 2002), p.226; โทมัส เจฟเฟอร์สันได้เขียนจดหมายถึงไอแซค แมคเฟอร์สัน (Issac McPherson) แสดงความ

ในประเทศอังกฤษก็ถือว่าสิทธิบัตรเป็นเพียงสิทธิพิเศษ (Privilege) ที่กษัตริย์มอบให้เท่านั้น ไม่ใช่สิทธิในทรัพย์สิน ผู้ที่เห็นว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติถือเป็นความเข้าใจที่ผิด

คิดเห็นในประเด็นนี้อย่างชัดเจน และผู้เขียนเห็นว่ามีเนื้อหาที่เป็นประโยชน์จึงนำมาลงไว้ด้วย ดังนี้

“It has been pretended by some, (and in England especially,) that inventors have a natural and exclusive right to their inventions, and not merely for their own lives, but the inheritable to their heirs. But while it is a moot question whether the origin of any kind of property is derived from nature at all, it would be singular to admit a natural and even a hereditary right to inventors..... Stable ownership [of property] is the gift of social law, and given late in the progress of society. It would be curious, then, if an idea, the fugitive fermentation of an individual brain, could, of natural right, be claimed in exclusive and stable property. If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who received an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me. That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiar and benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space, without lessening their density in any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement or exclusive appropriation. Inventions then cannot, in nature, be a subject of property. Society may give an exclusive right to the profits arising from them, as an encouragement to men to pursue ideas which may produce utility, but this may or may not be done, according to the will and convenience of the society, without claim or complaint from anybody” อ้างใน Edward C. Walterscheid, “Inherent or Created Rights: Early Views on the Intellectual Property,” 13 Hamline Law Review, 81 (1995), pp. 101-102.

(Misconception) ⁴⁸ ศาลอังกฤษวินิจฉัยในคดีหนึ่งอย่างชัดเจนในประเด็นนี้ว่า “ไม่ว่านวัตกรรมจะใช้แรงงานและสติปัญญาไปมากเท่าใดก็ไม่ก่อตั้งสิทธิในทรัพย์สินในนวัตกรรมนั้น และเมื่อได้เผยแพร่ นวัตกรรมของตนแล้วก็จะไม่มีสิทธิกีดกันผู้อื่นอีกต่อไป” ⁴⁹

อีดิธ เพนโรส (Edith Penrose) ผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิบัตรก็มีความเห็นในทำนองเดียวกันว่ากฎหมายสิทธิบัตรไม่ได้มีพื้นฐานจากหลักกฎหมายธรรมชาติโดยได้กล่าวว่า กฎหมายสิทธิบัตรระหว่างประเทศวางอยู่บนนโยบายทางสังคมที่เปรียบเทียบระหว่างต้นทุนทางสังคมกับผลประโยชน์ที่สังคมจะได้รับ ⁵⁰ ความเห็นดังกล่าวสอดคล้องกับรายงานของ UN ⁵¹

ข้อโต้แย้งต่างๆ ข้างต้นทำให้ปัจจุบันหลักสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติไม่ได้รับความนิยมอีกต่อไป ฝ่ายสนับสนุนทรัพย์สินทางปัญญาเปลี่ยนไปใช้หลักอื่นในการอธิบายความชอบธรรมของทรัพย์สินทางปัญญา หลักที่แพร่หลายในปัจจุบันได้แก่ หลักเพื่อประโยชน์ของนวัตกรรม (Inventor theory) และหลักเพื่อประโยชน์ของสังคม (Social Theory)

(2) การคุ้มครองตามหลักเพื่อประโยชน์ต่อนวัตกรรม (Inventor Theory)

การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามหลักเพื่อประโยชน์ต่อนวัตกรรมนั้นอธิบายว่าการคุ้มครองเป็นวิธีตอบแทนนวัตกรรมที่ต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการสร้างสรรค์นวัตกรรม นวัตกรรมมีความเสี่ยงจากความล้มเหลวของการคิดค้น และมีความเสี่ยงที่งานของตนจะไม่ได้รับความนิยมจากผู้บริโภค และหากได้รับความนิยมโดยไม่มีกฎหมายคุ้มครอง ผู้อื่นก็ลอกเลียนงานนั้นได้โดยง่าย นวัตกรรมที่ไม่ได้ผลประโยชน์ตอบแทนเพียงพอจะท้อแท้ ขาดแรงกระตุ้นในการสร้างสรรค์งานใหม่ๆ

ภาคอุตสาหกรรมยามีบทบาทสำคัญในการผลักดันการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยอ้างว่าการคิดค้นยาแต่ละชนิดมีกระบวนการซับซ้อนยุ่งยาก ต้องใช้เงิน บุคลากร และเวลามาก และไม่อาจรับประกันผลได้ว่าจะค้นพบยาชนิดใหม่หรือไม่ การสำรวจทรัพยากรชีวภาพ (Bio-prospecting) เพื่อหาพืชสมุนไพรที่มีคุณสมบัติทางยาเป็นไปด้วยความยากลำบาก ใช้เวลา

⁴⁸ Adam Mossoff, *supra* note 42. p.1257.

⁴⁹ Millar v. Taylor, 4 Burr. 2303, 2387, 98 Eng.Rep.201 (K.B.1769).

⁵⁰ Edith Tilton Penrose, *supra* note 34, p.89

⁵¹ United Nations, “The Role of Patents in the Transfer of Technology to Developing Countries,” Report of the Secretary-General, United Nations (New York; Martinus Nijhoff, 1964), p.9.

และเงินทุนสูงเช่นกัน จึงเป็นความชอบธรรมที่จะต้องคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อตอบแทน และจูงใจให้ภาคอุตสาหกรรมมาลงทุนค้นคว้าวิจัยยาใหม่ๆ ต่อไป

ภาคอุตสาหกรรมปรับปรุงพันธุ์พืชเป็นธุรกิจที่ผลักดันระบบทรัพย์สินทางปัญญา เช่นกัน โดยอธิบายเหตุผลการสนับสนุนว่า การปรับปรุงพันธุ์พืชในปัจจุบันต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูง มีราคาแพง หากไม่คุ้มครองผลประโยชน์ของนักปรับปรุงพันธุ์พืชจะทำให้ภาคเกษตรกรรมขาด แคลนพันธุ์พืชใหม่ๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อภาคเกษตรกรรม

ปัญหาที่ต้องพิจารณามีว่า การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เป็นไปเพื่อตอบแทน นวัตกรรมจริงหรือไม่ และหากต้องการตอบแทนนวัตกรรมมีรูปแบบอื่นนอกจากทรัพย์สินทางปัญญา หรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่า ข้ออ้างการคุ้มครองเพื่อตอบแทนการสร้างสรรคยังมีความไม่ สมเหตุสมผล เพราะหากกล่าวอ้างดังกล่าวดังแสดงว่า หากไม่มีการคุ้มครองแล้วย่อมจะไม่มี การสร้างสรรค แต่เป็นที่ประจักษ์ชัดว่า นวัตกรรมไม่ได้สร้างสรรคเพียงเพราะต้องการการตอบแทนทาง เศรษฐกิจเท่านั้น แต่การสร้างสรรคนวัตกรรมจะเกิดขึ้นเสมอตลอดเวลาไม่ว่าสังคมจะมีระบบตอบ แทนอย่างไรหรือไม่ ความจำเป็นจะเป็นแรงผลักดันให้เกิดการคิดค้นสร้างสรรคนวัตกรรม “ความ จำเป็นจึงเป็นบ่อเกิดแห่งแรงบันดาลใจให้เกิดนวัตกรรม” (Necessity is the mother of invention) นวัตกรรมล้ำค่าในอดีตก็เกิดขึ้นโดยไม่มีระบบตอบแทน ดังเช่น โพลซุนอฟ (Polzunov) นักประดิษฐ์ ชาวรัสเซียสร้างเครื่องจักรไอน้ำก่อนเจมส์ วัตต์ (Jame Watt) แม้ในประเทศรัสเซียจะไม่มีระบบ ตอบแทนทางเศรษฐกิจก็ตาม⁵²

นอกจากนี้หากพิจารณาจากการที่กฎหมายจะคุ้มครองเฉพาะนวัตกรรมที่ยื่นขอ คุ้มครองก่อนเท่านั้น ไม่ได้คุ้มครองนวัตกรรมทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน นวัตกรรมที่คิดค้นสิ่งใหม่ๆ โดย อิสระก็ต้องทุ่มเทเช่นเดียวกันจึงควรได้รับการตอบแทนเหมือนกันกลับไม่ได้รับการคุ้มครอง การ เลือกคุ้มครองเฉพาะผู้ที่ยื่นขอคุ้มครองก่อนทำให้คำอธิบายว่ากฎหมายคุ้มครองเพื่อตอบแทนนวัตกรรม ขาดน้ำหนักไป

นอกจากนี้วิธีการตอบแทนอาจทำในรูปแบบอื่นที่มีใช้การให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ก็ได้ การอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชจนเป็นพันธุ์พืชที่มีประโยชน์และหลากหลายใน ปัจจุบันก็เกิดขึ้นโดยเกษตรกรในอดีตไม่ได้ต้องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ระบบทรัพย์สิน ทางปัญญายังคุ้มครองโดยไม่คำนึงถึงระดับการสร้างสรรคที่แตกต่างกันของนวัตกรรมแต่ละราย

⁵² Ikechi Mgbеoji, Global Biopiracy, (Ithaca, New York; Cornell University Press, 2006), p.20.

โดยคุ้มครองเท่าเทียมเหมือนกันทั้งหมด ทั้งที่การวิจัยต่อยอดจากความรู้เดิมเพียงเล็กน้อย หรือเป็นนวัตกรรมที่ต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอนจากความจำเป็นไม่ว่าจะมีระบบตอบแทนหรือไม่ก็ตาม ไม่ควรได้รับการตอบแทนที่เท่าเทียมกัน การตอบแทนด้วยการยกย่องสรรเสริญ ประกาศเกียรติคุณ ให้รางวัลร่วมกับผลประโยชน์เพื่อชดเชยค่าใช้จ่ายและเวลาที่เสียไป โดยคำนึงถึงความยากง่าย และความสำคัญของนวัตกรรมนอกจากเป็นการตอบแทนนวัตกรรมอย่างแท้จริงแล้ว สังคมยังได้ประโยชน์จากการใช้นวัตกรรม และไม่ได้รับผลกระทบจากสิทธิผูกขาดอีกด้วย

(3) การคุ้มครองตามหลักเพื่อประโยชน์ของสังคม (Social Theory)

เมื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามหลักสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) และหลักการตอบแทนนวัตกรรมถูกโต้แย้งมากขึ้นและได้รับความนิยมน้อยลง อีกทั้งนักเศรษฐศาสตร์ได้ชี้ให้เห็นถึงผลเสียของการผูกขาดที่เกิดจากสิทธิบัตร ประกอบกับในห้วงเวลาเดียวกันแนวคิดสิทธิและหน้าที่ของพลเมืองที่มีต่อรัฐแพร่หลายมากขึ้น มีความเห็นว่าการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะเป็นประโยชน์ต่อสังคม กล่าวคือ

1. การคุ้มครองจะทำให้นวัตกรรมเปิดเผยสิ่งประดิษฐ์ของตนสู่สังคม มิฉะนั้นนวัตกรรมจะเก็บงำการประดิษฐ์ไว้ไม่เปิดเผยต่อสังคมฯ ย่อมไม่ได้ใช้ประโยชน์จากนวัตกรรม จึงเป็นพันธะที่สังคมต้องคุ้มครองเพื่อแลกเปลี่ยนกับการเปิดเผยการประดิษฐ์ (Contract Theory)
2. การคุ้มครองเป็นเครื่องมือกระตุ้นให้นวัตกรรมเร่งผลิตผลงานมากขึ้น สังคมย่อมได้รับประโยชน์จากการได้ใช้นวัตกรรมเพิ่มขึ้น ความรู้ต่างๆ พัฒนามากขึ้น
3. การคุ้มครองจะเป็นประโยชน์ต่อประเทศกำลังพัฒนา เนื่องจากจะจูงใจให้มีการลงทุนจากต่างประเทศ (FDI) ทำให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยี ช่วยยกระดับอุตสาหกรรมของประเทศกำลังพัฒนาให้สูงขึ้น สร้างงานเพิ่มขึ้น และยกระดับแรงงานให้เป็นแรงงานมีฝีมือ และประเทศกำลังพัฒนาอาจเรียกเก็บค่าสิทธิจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นแหล่งรายได้ในกรณีที่รัฐเป็นเจ้าของนวัตกรรม⁵³

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปมีว่า การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นประโยชน์ต่อสังคมจริงหรือไม่ ซึ่งมีข้อที่ต้องพิจารณา ดังนี้

1. จะใช้เกณฑ์ใด หรือมีข้อพิสูจน์ใดที่ชี้ชัดว่าการคุ้มครองจะเป็นเครื่องมือจูงใจและกระตุ้นให้เกิดการสร้างสรรคที่ดีที่สุด

⁵³ Rebecca S. Eisenberg, "A Technology Policy Perspective on the NIH Gene Patenting Controversy," 55 *University of Pittsburgh Law Review*, 633 (1994), pp. 648-651.

จากการศึกษาในประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่าระบบทรัพย์สินทางปัญญามีส่วนต่อการสร้างสรรค์นวัตกรรมน้อยมาก⁵⁴ นวัตกรรมหลายชนิดเกิดขึ้นจากความสนใจของ นวัตกรรมโดยแท้ (Intrinsic Interest) แม้จะไม่มี การคุ้มครองก็ตาม ดังนั้นถึงจะไม่คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา สังคมก็ไม่ได้เสียประโยชน์ และในความเป็นจริงแม้ไม่คุ้มครองนวัตกรรมก็ต้องเปิดเผยนวัตกรรมต่อสังคมอยู่แล้ว เพราะในทางปฏิบัติ นวัตกรรมไม่อาจเก็บความลับในสิ่งประดิษฐ์ได้นาน โดยเฉพาะจากกระบวนการวิศวกรรมย้อนกลับ (Reverse Engineering) การรีผลิตสินค้าเพื่อเป็นผู้นำในตลาด กลับจะสร้างมูลค่าทางเศรษฐกิจได้มากกว่า (First Taker) ซึ่งหากว่านวัตกรรมคิดว่าปกป้องนวัตกรรมของตนเองได้จริงก็ไม่ได้มีความจำเป็นต้องขอรับความคุ้มครอง ดังนั้นการคุ้มครองจึงไม่ใช่การตอบแทนการเปิดเผยนวัตกรรมต่อสังคม แต่กลับเป็นเครื่องปิดกั้นความรู้ที่จำเป็นในการพัฒนา นวัตกรรมต่อไป จึงเป็นการจำกัดการสร้างสรรค์มากกว่าที่จะส่งเสริมการสร้างสรรค์

จากการศึกษายังพบว่าการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีผลจำกัดการค้นคว้าวิจัย เนื่องจากนักวิจัยเกรงว่าอาจไปละเมิดสิทธิบัตรของนวัตกรรมอื่น เช่น การคุ้มครองสิทธิบัตรยีนในประเทศสหรัฐอเมริกากระทบต่อการแลกเปลี่ยนข้อมูลวิจัยในหมู่นักวิทยาศาสตร์⁵⁵ ซึ่งขัดแย้งกับ จารีต และวัฒนธรรมของนักวิทยาศาสตร์ (Scientific Culture)⁵⁶ ทำให้การวิจัยมีต้นทุนสูงขึ้น

⁵⁴ Ha Joon Chang, Intellectual Property Rights and Economic Development-Historical Lessons and Emerging Issues, (Penang, Malaysia: Third World Network, 2001), pp.16-17.

⁵⁵ Peter Drahos, et al. Global Intellectual Property Rights, (New York: Palgrave Macmillan, 2002), p.72.

⁵⁶ วัฒนธรรมทางวิทยาศาสตร์ (Scientific Culture) มีลักษณะ 4 ประการ คือ

1. เป็นสากล (Universalism) หมายถึง ต้องไม่ยึดติดกับตัวเองในฐานะนักวิจัย ค้นคว้า เพื่อให้การวิจัยมีความเป็นกลางมากที่สุด
2. เป็นไปเพื่อส่วนรวม (Communism) หมายถึง การวิจัยต้องทำไปเพื่อประโยชน์ของทุกคน ต้องเปิดกว้างให้ทุกคนได้เข้าถึงข้อมูล และจะไม่เก็บไว้เป็นสมบัติของตนเองแต่ผู้เดียว
3. เป็นไปเพื่อค้นหาความถูกต้องแท้จริง (Disinterestedness) หมายถึง การวิจัยต้องเป็นไปเพื่อค้นหาความจริง มากกว่าเพื่อประโยชน์ หรือความสนใจส่วนตัว
4. ต้องตรวจสอบให้สิ้นสงสัย (Organized Skepticism) หมายถึง ก่อนเปิดเผยผลงานการค้นคว้า ความรู้นั้นต้องผ่านการพิสูจน์จนได้ผลที่แน่นอน การวิจัยใดที่ยังมีข้อสงสัย ต้องถือว่าเป็นการวิจัยที่ยังไม่ถูกต้องจนกว่าจะพิสูจน์ได้ก่อน

กระทบต่อการพัฒนาวิธีการรักษาโรคและการลดต้นทุนในการรักษาโรค⁵⁷ หากเทียบกับกรณีโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เปิดให้นักโปรแกรมอื่นๆ เข้าถึงก๊อปปี้โปรแกรม (Source Code) โดยเสรี โปรแกรมจะถูกพัฒนาอย่างรวดเร็วจากนักโปรแกรมอิสระ นับเป็นตัวอย่างที่ดีของการเปิดเผยสิ่งที่ตนเองคิดค้นให้เป็นสมบัติสาธารณะ (Public Domain)⁵⁸ ในความเป็นจริงนั้นการลอกเลียน (Imitation) ถือเป็นส่วนสำคัญของการประดิษฐ์⁵⁹ และในอดีตประเทศอุตสาหกรรมส่วนใหญ่ก็ใช้การลอกเลียนเพื่อพัฒนาอุตสาหกรรมของตนเองมาก่อน การหวงห้าม หรือจำกัดสิทธิของผู้อื่นจึงกลับเป็นการสร้างข้อจำกัดในการแข่งขัน (Barrier to Entry) ซึ่งเป็นสิ่งไม่พึงประสงค์ในระบบเศรษฐกิจแบบตลาด และไม่มีส่วนต่อการเพิ่มการวิจัยแต่อย่างใด⁶⁰

2. ความรู้ที่นวัตกรรมเปิดเผยต่อสังคม และสังคมหวังจะใช้ประโยชน์จากความรู้ดังกล่าว นั้น แต่ด้วยระยะเวลาคุ้มครองที่ยาวนาน เช่น กรณีสิทธิบัตรสังคมต้องรอถึง 20 ปี ซึ่งเมื่อถึงเวลาดังกล่าวความรู้นั้นอาจล้าสมัยเท่ากับสังคมไม่ได้ประโยชน์จากการคุ้มครอง⁶¹ นอกจากนี้ผู้ทรงสิทธิบัตรมักจะได้เปรียบจากพื้นฐานงานเดิมทำให้สร้างสรรค์งานต่อยอดได้เร็วกว่านวัตกรรมอื่น จึงไม่จูงใจให้นักนวัตกรรมอื่นวิจัยต่อยอดในงานที่ผู้อื่นมีสิทธิบัตร เนื่องจากเกรงว่าจะไม่อาจแข่งขันได้ และอาจคาบเกี่ยวกับงานที่มีสิทธิบัตรจนละเมิดสิทธิบัตรของผู้อื่นก็ได้

3. ประสิทธิภาพของเจ้าหน้าที่ตรวจคำขอสิทธิบัตรอาจทำให้การตรวจสอบการเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ไม่ละเอียดพอ ทำให้นักนวัตกรรมไม่ได้เปิดเผยวิธีการที่ดีที่สุดในการ

โปรดดู Robert P. Merges, "Property Rights Theory and the Commons: The Case of Scientific Research," In Ellen Frankel Paul, et al. Science Innovation, Philosophy, and Public Policy, Edited. (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), p.148.

⁵⁷ John S. Leibovitz, "Inventing a Nonexclusive Patent System," 11 Yale Law Journal, 22 (2002), p.27.

⁵⁸ UNDP., Human Development Report 1999, (New York: Oxford University Press, 1999), pp.72-73.

⁵⁹ Bonita Boats, Inc. v. Thunder Crafts Boats, Inc., 489 U.S. 141,146 (1989).

⁶⁰ Ruthv L. Gana, "Has Creativity Died in the Third World? Some Implications of the Internationalization of Intellectual Property," 24 Denver Journal of International and Policy, 109(1995), Footnote 72.

⁶¹ Ulf Anderfelf, *supra* note 44, p.37.

ประดิษฐ์ (Best Mode Requirement) ทำให้สังคมไม่ได้ประโยชน์จากการเปิดเผยอย่างแท้จริง ปัญหานี้เป็นข้อจำกัดสำคัญของบุคลากรในประเทศกำลังพัฒนา

4. ประเทศกำลังพัฒนาบางประเทศขาดแคลนโครงสร้างพื้นฐาน เช่น ขาดเครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการวิจัย บุคลากรไม่มีความรู้ในเทคโนโลยีดีพอ ทำให้ไม่อาจนำรายละเอียดการประดิษฐ์ที่เปิดเผยไปใช้ประโยชน์ได้อย่างแท้จริง ประโยชน์ที่เห็นชัดเจนที่สุดของการคุ้มครอง คือ การเป็นผู้บริโภคสินค้าที่มีสิทธิบัตร ซึ่งผู้ได้รับประโยชน์ที่แท้จริงคือผู้ผลิต หรือประเทศอุตสาหกรรมที่ส่งสินค้ามาจำหน่ายในประเทศกำลังพัฒนา

5. ประเทศกำลังพัฒนาจะเป็นจุดสนใจต่อการลงทุนจากต่างประเทศหรือไม่ ไม่ได้ขึ้นอยู่กับการมีกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาหรือไม่ แต่ขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการ เช่น โครงสร้างพื้นฐาน ขนาดของตลาด วัฒนธรรมการบริโภค ระบบภาษี ระบบกฎหมาย นโยบายของรัฐบาล การเคลื่อนย้ายแรงงานฝีมือ การควบคุมการทำงานของคนต่างด้าว การปริวรรตเงินตรา เป็นต้น การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเพียงปัจจัยหนึ่งเท่านั้น ข้อมูลเชิงประจักษ์จากการศึกษาของ UN. พบว่าการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไม่มีส่วนต่อการดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ การลงทุนในอุตสาหกรรมยาในประเทศอาร์เจนตินา บราซิล และตุรกีกลับเพิ่มมากขึ้น แม้ในช่วงเวลานั้นประเทศเหล่านี้จะไม่มีกฎหมายสิทธิบัตร⁶² ผลศึกษาของ U.N. Transnational Corporations and Management Division ก็ได้ข้อสรุปทำนองเดียวกันว่า ประเทศที่มีระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาดำ เช่น ประเทศจีน หรือไต้หวันนั้นกลับเป็นประเทศที่นักลงทุนจากประเทศสหรัฐอเมริกาสนใจเข้าไปลงทุนมากที่สุด⁶³

6. ในการรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีนั้น ประเทศกำลังพัฒนาผู้รับการถ่ายทอดควรมีสิทธิเลือกเทคโนโลยีที่เหมาะสมกับประเทศของตนเอง เนื่องจากเทคโนโลยีของประเทศหนึ่งอาจไม่เหมาะสมกับอีกประเทศหนึ่ง เช่น เป็นเทคโนโลยีเก่าล้าสมัย ก่อให้เกิดผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อม เป็นเทคโนโลยีที่ประเทศเจ้าของเทคโนโลยีนั้นเองก็เลิกใช้หรือห้ามใช้แล้ว หรือเป็นเทคโนโลยีที่สร้างผลกระทบต่อวิถีชีวิต จารีตประเพณี และวัฒนธรรม เป็นต้น ปัจจุบันเทคโนโลยีเกษตรสมัยใหม่ (Modern Agriculture) ที่เน้นใช้พันธุ์พืชที่ปรับปรุงพันธุ์ด้วยเทคนิคตัดแต่งพันธุกรรม (Genetic Engineering) สร้างผลกระทบต่อวิถีชีวิตและการทำเกษตรแบบยั่งยืน เกิดระบบเกษตรเชิงเดี่ยว

⁶² United Nations, Intellectual Property Rights and Foreign Direct Investment, (New York: United Nations 1993), pp.33-34.

⁶³ United Nations Doc. ST/CTS/SER.A/24.

(Monoculture) ลดความหลากหลายของทรัพยากรพันธุกรรม เร่งให้เกิดการผูกฉวยทรัพยากรพันธุกรรมพืชในประเทศกำลังพัฒนาในลักษณะที่เรียกว่า “โจรสลัดชีวภาพ” (Biopiracy)

7. ประเทศผู้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีมักขาดอำนาจต่อรองกับประเทศเจ้าของเทคโนโลยี⁶⁴ และขนาดตลาดในประเทศกำลังพัฒนาเล็กเกินไป หรือเป็นประเทศที่ขาดแคลนระบบสาธารณูปโภคพื้นฐาน เช่น การขาดแคลนนักวิทยาศาสตร์ ขาดแคลนห้องปฏิบัติการ เป็นต้น เป็นปัจจัยสำคัญอีกประการที่ทำให้การถ่ายทอดเทคโนโลยีไม่ประสบความสำเร็จ

8. ปัจจุบันเงื่อนไขการใช้สิทธิบัตรในประเทศที่ให้ความคุ้มครอง (Working requirement) เพื่อให้เกิดการสร้างงานถูกละทิ้งไป และยอมให้อิทธิพลการนำเข้าจากต่างประเทศเป็นการใช้สิทธิบัตรนั้นในประเทศแล้ว ทำให้ไม่เกิดการสร้างงานและพัฒนาในระดับฝีมือแรงงานในประเทศกำลังพัฒนาที่ให้ความคุ้มครองอย่างแท้จริง

รายงานของคณะกรรมการว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา (Commission on Intellectual Property Rights) ของประเทศอังกฤษก็ได้ชี้ให้เห็นถึงประโยชน์ที่ไม่ชัดเจนของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ดังนี้⁶⁵

1. ระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีส่วนต่อการเพิ่มปริมาณการค้าของประเทศกำลังพัฒนาบ้าง โดยเฉพาะในอุตสาหกรรมชนิดที่มีความอ่อนไหวสูงต่อระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา แต่ก็ไม่ปรากฏหลักฐานยืนยันที่ชัดเจนนัก

2. การเคลื่อนย้ายการลงทุนจากต่างประเทศอาจเพิ่มศักยภาพในการผลิตให้ประเทศกำลังพัฒนา แต่อาจกระทบต่ออุตสาหกรรมอื่นของประเทศกำลังพัฒนาที่ต้องอาศัยการลอกเลียนแบบ และประเทศกำลังพัฒนาที่มีสิ่งอำนวยความสะดวกพื้นฐานทางด้านเทคโนโลยีต่ำจะได้รับผลกระทบจากสินค้านำเข้าที่มีราคาสูงขึ้น

3. ไม่ปรากฏหลักฐานว่าระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีผลต่อการตัดสินใจเคลื่อนย้ายการลงทุนจากต่างประเทศมายังประเทศกำลังพัฒนา

⁶⁴ David M. Haug, “The International Transfer of Technology: Lessons that East Europe can Learn from the Failed Third World Experience,” 5 Harvard Journal of Law & Technology, 209 (Spring 1992), pp.222-227.

⁶⁵ Commission on Intellectual Property Rights, “Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy,” Report of the Commission on Intellectual Property Rights, London, September 2002, p.24.

4. สำหรับประเทศกำลังพัฒนาที่มีระดับเทคโนโลยีสูง ทรัพย์สินทางปัญญาจะมีนัยสำคัญต่อการเข้าถึงเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองโดยทรัพย์สินทางปัญญาจากการลงทุนจากต่างประเทศ หรือจากการได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในเทคโนโลยีนั้น

5. การบริหารจัดการเพื่อให้ภาคส่วนต่างๆ ได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเท่าเทียมกันอาจทำได้ยาก ในกรณีที่อุตสาหกรรมหนึ่งได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญา ในขณะที่เดียวกันกลับเพิ่มต้นทุนให้กับอีกอุตสาหกรรมหนึ่ง หรือเพิ่มต้นทุนแก่ผู้บริโภค

6. หลักฐานที่ปรากฏส่วนใหญ่แสดงว่า ทรัพย์สินทางปัญญาจะมีบทบาทเกี่ยวกับการค้าและการลงทุนในประเทศกำลังพัฒนาที่มีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี (Technologically Advance) แต่จะเพิ่มต้นทุนให้กับประเทศกำลังพัฒนาอื่นๆ ทั้งในระยะสั้นและระยะกลาง

ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศอุตสาหกรรมและประเทศกำลังพัฒนามีความแตกต่างทางสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรม ความเชื่อ ฯลฯ การบังคับให้ประเทศกำลังพัฒนาคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในมาตรฐานเดียวกับประเทศอุตสาหกรรมน่าจะก่อผลเสียแก่ประเทศกำลังพัฒนา (One-size-fit-all Problems) และประเทศกำลังพัฒนาควรมีอิสระในการเลือกนโยบายที่เหมาะสมต่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของตนเอง และการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในนวัตกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชจะกระทบต่อเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม จารีตประเพณีของประเทศกำลังพัฒนาหลายประการ ดังนี้

1. ทำให้เกิดการผูกขาดพืช และพันธุ์พืชที่อยู่ภายใต้สิทธิบัตร โดยเฉพาะกรณีสิทธิบัตรในพันธุกรรม ซึ่งปรากฏอยู่ในทุกเซลล์ของพืช ทำให้ผู้ทรงสิทธิอ้างสิทธิเหนือพันธุ์พืชนั้นได้ทั้งหมด ทั้งที่มีสิทธิบัตรเฉพาะในพันธุกรรมเท่านั้น สิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรจึงไม่ได้จำกัดเฉพาะพันธุกรรมตั้งต้นที่ขอคุ้มครอง ปัจจุบันภาคธุรกิจการเกษตรใช้สิทธิบัตรเพื่อสร้างอำนาจผูกขาดในพืชที่มีความสำคัญต่อการยังชีพหลายชนิด เช่น ข้าว ข้าวสาลี ข้าวโพด มันฝรั่ง ถั่วเหลือง ฝ้าย ฯลฯ เป็นต้น นอกจากจะใช้สิทธิบัตรเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองผลประโยชน์แล้ว ภาคธุรกิจการเกษตรยังใช้เทคโนโลยีในการคุ้มครองผลประโยชน์ของตนเองอีกด้วย เช่น การใช้พืชพันธุ์ผสม (Hybrid Variety) หรือการใช้เทคโนโลยียีนหมัน (Terminator Gene) รวมทั้งการใช้เงื่อนไขสัญญาเป็นข้อผูกมัดจำกัดสิทธิของเกษตรกรผู้ซื้อเมล็ดพันธุ์ หรือพันธุ์พืชอีกด้วย ทำให้เกษตรกรทั้งในประเทศอุตสาหกรรม และในประเทศกำลังพัฒนาอาจถูกฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทรงสิทธิบัตรจากการนำเมล็ดพันธุ์ หรือพันธุ์พืชที่ได้รับสิทธิบัตรไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต โดยเฉพาะจากการเก็บเมล็ดพันธุ์ไว้ใช้ต่อไป หรือจากการแลกเปลี่ยนเมล็ดพันธุ์กับเกษตรกรรายอื่น จากการศึกษาของ UNCTAD พบว่าสิทธิของเกษตรกรในการใช้เมล็ดพันธุ์ถูกจำกัดจากสัญญาหลังการขาย (Post-

sale Contract Restriction) ทำให้เกษตรกรซึ่งเดิมเป็นเจ้าของเมล็ดพันธุ์ต้องกลายเป็นผู้รับอนุญาตให้ใช้เมล็ดพันธุ์ (from seed owners to mere licensees) ที่มีสิทธิบัตรจากบริษัทจำหน่ายเมล็ดพันธุ์⁶⁶

2. ทำให้รูปแบบการทำเกษตรกรรมเปลี่ยนแปลงไป การทำเกษตรแผนใหม่จะเน้นใช้พันธุ์พืชสมัยใหม่ที่ให้ผลผลิตสูง (High Yield) เพื่อตอบสนองต่อการเกษตรเพื่อส่งออก ทำให้ต้องใช้พื้นที่ปริมาณมาก ๆ เพื่อการเพาะปลูกพืชเพียงชนิดเดียว ต้องใช้เครื่องจักรกลการเกษตร ต้องใช้สารเคมีเพื่อการบำรุงพืช หรือต่อต้านโรค หรือแมลงศัตรูพืช เกษตรกรต้องใช้เงินทุนมากขึ้น และเพาะปลูกเพื่อผลประโยชน์ในเชิงธุรกิจ ซึ่งเกษตรกรรายย่อยไม่อาจลงทุนได้ พื้นที่เกษตรกรรมจึงถูกเปลี่ยนมือให้แก่บริษัทธุรกิจด้านการเกษตร เกษตรกรกลายเป็นผู้เช่า หรือถูกจ้างภายใต้ระบบสัญญาที่เรียกว่า “สัญญาทำฟาร์มเกษตร” (Contract Farming) การเปลี่ยนแปลงนี้กระทบต่อวิถีชีวิต และจารีตประเพณีของชุมชนดั้งเดิม

3. ทำให้ระบบนิเวศ และความหลากหลายทางชีวภาพเกิดการเปลี่ยนแปลง การใช้พื้นที่จำนวนมาก ๆ เพื่อปลูกพืชเพียงชนิดเดียวที่เรียกว่าการปลูกพืชเชิงเดี่ยว จะกระทบต่อความสมดุลของสิ่งมีชีวิตชนิดต่าง ๆ ในระบบนิเวศนั้น ความหลากหลายของสิ่งมีชีวิตในระบบนิเวศลดลง การปลูกพืชเชิงเดี่ยวจะมีโอกาสเกิดโรคระบาดได้ง่าย และกระทบต่อความมั่นคงทางอาหารของโลก (Global Food Security)⁶⁷ เช่น กรณีโรคระบาดในมันสำปะหลังไอร์แลนด์ (Irish Potato Crop) ในทศวรรษ 1840 เนื่องจากพันธุ์มันสำปะหลังที่เกษตรกรใช้นั้นพัฒนาจากมันสำปะหลังสายพันธุ์ลัมเปอร์ (Lumper) เพียงสายพันธุ์เดียว มันสำปะหลังสายพันธุ์นี้ไม่สามารถต้านทานเชื้อรา (Parasitic Fungus) ที่เป็นสาเหตุของโรคขอบใบแห้ง (Potato Blight) ดังนั้นเมื่อเกิดโรคระบาด มัน

⁶⁶ UNCTAD, “Tracking the Trend towards Market Concentration: The Case of the Agricultural Input Industry,” 20 April 2006. (UNCTAD/DITC/COM/2005/16).

⁶⁷ การประชุมสุดยอดว่าด้วยอาหารของโลก (World Food Summit, 1996) ได้อธิบายว่า ความมั่นคงทางอาหาร (Food Security) จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมนุษย์ทุกคนเข้าถึงอาหารที่ปลอดภัย และมีคุณค่าทางโภชนาการในปริมาณที่เพียงพอต่อความต้องการบริโภคในแต่ละวัน เพื่อให้มีชีวิตที่แข็งแรงและสุขภาพดี ความมั่นคงทางอาหารจึงหมายถึงการรับประกันว่าจะมีอาหารอย่างเพียงพอและสม่ำเสมอสำหรับผู้ที่ต้องการ โปรดดู www.fao.org/spfs/objectives_en.stm (visited July, 2005) และผู้ที่สนใจประเด็นผลกระทบของทรัพย์สินทางปัญญาต่อความมั่นคงทางอาหาร โปรดดูเพิ่มเติมใน Philippe Cullet, “Intellectual Property Rights and Food Security in the South,” 7 *The Journal of World Intellectual Property*, 261 (2004).

สำปะหลังทั้งหมดจึงติดโรคอย่างรวดเร็วและเสียหายแทบทั้งหมด ประชากรไอรชกว่า 12.5% เสียชีวิตเพราะการขาดอาหาร และอีก 19% อพยพทิ้งถิ่นฐาน และในอีก 80 ปีต่อมาจึงค้นพบสายพันธุ์มันสำปะหลังของเม็กซิโกที่มีคุณสมบัติต้านทานโรคชนิดนี้ได้⁶⁸

4. การปรับปรุงพันธุ์พืชด้วยเทคนิคการตัดแต่งพันธุกรรม (Genetic Engineering) อาจปนเปื้อน และทำอันตรายต่อพืช หรือสิ่งมีชีวิตอื่น อาจผสมจนทำให้พืชตามธรรมชาติกลายเป็นพันธุ์ หรือสูญเสียพันธุ์ พืชตัดแต่งพันธุกรรมส่วนใหญ่จะมีคุณสมบัติพิเศษ เช่น ทนต่อแมลงศัตรูพืช หรือสภาพแวดล้อม จึงอาจแพร่กระจายจนไม่อาจควบคุมและกลายเป็นวัชพืช (Weed) รวมทั้งยีนต้านทานยาปฏิชีวนะที่ใช้ในการตัดต่อพันธุกรรม⁶⁹ อาจถ่ายทอดสู่แบคทีเรีย หรือสิ่งมีชีวิตชนิดอื่นได้

3. แม่แบบกฎหมายในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเหนือทรัพย์สินพันธุกรรมพืชภายใต้แนวคิดกฎหมายเอกชน

ประเทศสมาชิก WTO ต้องให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามมาตรฐานที่กำหนดใน TRIPS ซึ่งเป็นข้อตกลงด้านทรัพย์สินทางปัญญาที่มีบทบาทมากในปัจจุบัน แต่เนื่องจาก TRIPS คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะของทรัพย์สินเอกชน (Private Property) และ

⁶⁸ Eric Christensen, "Genetic Ark: A Proposal to Preserve Genetic Diversity for Future Generations," 40 *Stanford Law Review*, 279 (November 1987), Footnote 36.

⁶⁹ ในกระบวนการตัดต่อพันธุกรรมนอกจากยีนเป้าหมายที่มีคุณสมบัติที่ต้องการแล้ว ยังต้องใช้ยีนอีก 2 ประเภท คือ ยีนสนับสนุน (Promoter Gene) ทำหน้าที่กระตุ้นให้ยีนเป้าหมายทำหน้าที่ ส่วนมากใช้ยีนจากไวรัสที่เป็นสาเหตุของโรคใบด่างในดอกกะหล่ำ (Cauliflower Mosaic Virus หรือ CaMV) อีกประเภทหนึ่งคือยีนเครื่องหมาย (Marker Gene) ทำหน้าที่ในการคัดเลือกว่าพืชที่ผ่านกระบวนการตัดแต่งพันธุกรรมแล้วสามารถถ่ายทอดลักษณะจากยีนเป้าหมายตามที่ต้องการได้หรือไม่ ส่วนใหญ่มักใช้ยีนซึ่งมีคุณสมบัติต้านทานยาปฏิชีวนะ และต้านทานสารปราบวัชพืช โดยจะฉีดสารเคมีปราบวัชพืช หากพืชใดทนทานต่อสารดังกล่าวได้แสดงว่าการตัดต่อพันธุกรรมประสบผลสำเร็จ โปรดดู นิรมล ยวนบุญย์, (แปลและเรียบเรียง) ข้าวจีเอ็มโอ: เพื่อไทยหรือเพื่อใคร?, (กรุงเทพมหานคร: พิมพ์ดีการพิมพ์, 2543), น. 43-44.

ปัจจุบันข้อโต้แย้งเกี่ยวกับระบบทรัพย์สินทางปัญญามีมากยิ่งขึ้นเมื่อขยายความคุ้มครองไปยังสิ่งมีชีวิตโดยเฉพาะพืช และพันธุ์พืช

ปัจจุบันรูปแบบการคุ้มครองนวัตกรรมเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชในระบบทรัพย์สินทางปัญญาแบ่งเป็น 3 รูปแบบ คือ ระบบสิทธิบัตร (Patent System) และระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช (Plant Breeders' Rights System) การคุ้มครองใน 2 รูปแบบนี้มักจะได้รับการสนับสนุนจากประเทศอุตสาหกรรม ส่วนรูปแบบที่สาม คือ ระบบกฎหมายเฉพาะ (*sui generis* System) ที่เสนอโดยประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่เพื่อเป็นรูปแบบทางเลือก การคุ้มครองในระบบกฎหมายเฉพาะจะมีสาระัตถะ และวางอยู่บนพื้นฐานทัศนะที่ต่างจาก 2 ระบบแรก

3.1 ระบบสิทธิบัตร (Patent System)

ระบบสิทธิบัตรนับเป็นระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่เก่าแก่ระบบหนึ่งในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เดิมรัฐใช้สิทธิบัตรเป็นเครื่องมือทางนโยบายเศรษฐกิจ เพื่อส่งเสริมให้เกิดอุตสาหกรรม หรือการจ้างงานภายในประเทศ⁷⁰ ในอดีตประเทศเจ้าอาณานิคมใช้สิทธิบัตรเป็นเครื่องมือตักตวงผลประโยชน์และทรัพยากรจากประเทศในอาณานิคม โดยสิทธิบัตรที่ออกในประเทศเจ้าอาณานิคมจะมีผลในประเทศในอาณานิคมด้วย⁷¹ ทำให้ระบบสิทธิบัตรแพร่กระจายไปยังประเทศอาณานิคม⁷² ในยุคการค้าเสรีนั้นการผูกขาดโดยสิทธิบัตรถูกต่อต้านมากโดยเฉพาะจากนักเศรษฐศาสตร์⁷³ ประกอบกับในกลางศตวรรษที่ 19 แนวคิดปัจเจกชนนิยมได้รับความนิยมน้อยลงและหันมาให้ความสำคัญกับสังคมเพิ่มขึ้น ทัศนะต่อสิทธิบัตรจึงเปลี่ยนไปโดยถือว่าสิทธิบัตรมีขึ้นเพื่อประโยชน์ของสังคมและผู้ทรงสิทธิบัตรมีหน้าที่ต่อสังคม⁷⁴ เกิดการประนีประนอมระหว่างฝ่ายสนับสนุนและคัดค้านสิทธิบัตร โดยนำมาตรการบังคับใช้สิทธิ (Compulsory Licensing) มาควบคุมสิทธิผูกขาดของผู้ทรงสิทธิบัตร⁷⁵ แต่คุณค่าของสิทธิบัตรยังคงถูกตั้งข้อ

⁷⁰ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, สิทธิบัตร แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: ห.จ.ก. พี.เจ.เพลทโปรเซสเซอร์, พ.ศ.2544), น. 17-18.

⁷¹ เพิ่งอ้าง, น. 20.

⁷² David Hurlbut, *supra* note 18, p.384.

⁷³ Ulf Anderfelf, *supra* note 44, p.22.

⁷⁴ *Ibid*, p.20.

⁷⁵ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 70, น. 19-20.

สงสัย ในรายงานของฟริทซ์ แม็คลัฟท์ (Fritz Machlup) นักเศรษฐศาสตร์ที่มีชื่อเสียงระบุว่า “ในทางเศรษฐศาสตร์ไม่อาจชี้ชัดได้ว่าประเทศที่มีระบบสิทธิบัตรควรยกเลิกระบบสิทธิบัตร แต่ก็ไม่มีเหตุผลที่ชี้ชัดว่าประเทศที่ยังไม่มีระบบสิทธิบัตรจำเป็นต้องมีระบบนี้”⁷⁶ แม็คลัฟท์ (Machlup) ยังเห็นว่า “ภายใต้ข้อจำกัดของความรู้ในปัจจุบันที่ยังไม่อาจประเมินต้นทุนทางสังคม (Social Cost) หรือประโยชน์แท้จริงที่เกิดจากระบบสิทธิบัตรออกมาเป็นตัวเลขได้ การยืนยันว่าระบบสิทธิบัตรเป็นสิ่งมีประโยชน์ หรือเป็นผลเสียต่อสังคม ล้วนแล้วแต่เป็นการกล่าวอ้างที่ไม่มีข้อมูลรองรับ และผู้อ้างมักไม่ได้พิจารณาปัจจัยต่างๆ อย่างรอบด้าน”⁷⁷

ระบบสิทธิบัตรที่ใช้คุ้มครองนวัตกรรมที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้นอาจแยกออกเป็น 4 รูปแบบ คือ ระบบสิทธิบัตรพืช (Plant Patent) ระบบสิทธิบัตรพันธุ์พืช (Plant Variety Patent) ซึ่งมีใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกา ระบบสิทธิบัตรทั่วไป (Utility Patent) และระบบสิทธิบัตรยีนและลำดับยีน (Patent on Genes and Genes Sequence) ซึ่งมีใช้ในหลายประเทศทั้งสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และญี่ปุ่น รูปแบบการคุ้มครองดังกล่าวมานี้แม้จะเรียกชื่อต่างกัน และมีรายละเอียดที่แตกต่างกันอยู่บ้าง แต่ก็มีหลักการพื้นฐานที่สำคัญไม่แตกต่างกัน

(1) หลักการและโครงสร้างกฎหมาย (General Principle and Structure)

(ก) การคุ้มครองภายใต้แนวคิดทรัพย์สินเอกชน: ระบบสิทธิเชิงเดี่ยว

สิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรจะแยกออกเป็น 2 ประเภท คือ สิทธิบัตรการประดิษฐ์ ซึ่งผู้เขียนหมายรวมถึงการออกแบบผลิตภัณฑ์ด้วย และสิทธิบัตรในกรรมวิธี สิทธิของนวัตกรรมจะถือเป็นสิทธิในทรัพย์สินเอกชน (Private Property Rights) กฎหมายสิทธิบัตรจะคุ้มครองการประดิษฐ์ หรือการคิดค้นขึ้นใหม่ของนวัตกรรม และจะไม่คุ้มครองการค้นพบ (Discovery) การประดิษฐ์ที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขอีก 3 ประการ คือ ต้องมีความใหม่ (Novelty) มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (Inventive Steps) และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ (Industrial Application) แต่แม้เป็นการประดิษฐ์ที่เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมาย แต่กฎหมายก็อาจยกเว้นไม่คุ้มครองการประดิษฐ์บางชนิด หรือบางประเภทได้

⁷⁶ Samuel A. Oddi, “The International Patent System and Third World Development: Reality or Myth?,” *Duke Law Journal*, 831 (November 1987), p.831; Ulf Anderfelf, *supra* note 42, p.64, Footnote 111.

⁷⁷ Assafa Endeshaw, “Harmonization of Intellectual Property Laws in Asean- Issues and Prospects,” 2 *The Journal of World Intellectual Property*, 3 (1999), p.5 Footnote 7 และโปรดดูพัฒนาการเชิงประวัติศาสตร์ของระบบกฎหมายสิทธิบัตรเพิ่มเติมในบทนำ.

ผู้ประสงค์จะได้รับความคุ้มครองมีหน้าที่ต้องยื่นขอคุ้มครองต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และเมื่อได้รับความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิบัตรจะมีสิทธิจำเพาะแต่ผู้เดียว (Exclusive Rights) ในการแสวงหาประโยชน์จากนวัตกรรมของตน แต่กฎหมายอาจจำกัดสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรได้ในบางกรณี จะเห็นได้ว่ากฎหมายสิทธิบัตรจะเน้นที่ผู้ทรงสิทธิที่ยื่นขอคุ้มครอง และการประดิษฐ์ที่เป็นไปตามเงื่อนไขคุ้มครองที่กฎหมายกำหนด สิทธิที่ได้รับความคุ้มครองก็เป็นสิทธิในทางเศรษฐกิจ การคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรจึงเป็นการคุ้มครองสิทธิในลักษณะทรัพย์สินเอกชน นอกจากนี้กฎหมายจะไม่คุ้มครองการประดิษฐ์ที่ไม่อาจจะระบุผู้สร้างสรรค์ได้ (Informal Invention) เท่ากับปฏิเสธรระบบทรัพย์สินที่ชุมชนถือร่วมกัน (Collective Rights) หรือสิทธิชุมชน (Community Rights) ที่มีอยู่เหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืช ซึ่งเป็นระบบทรัพย์สินที่มีอยู่ในประเทศกำลังพัฒนาหรือชุมชนในสังคมเกษตรกรรม แนวคิดของกฎหมายสิทธิบัตรจึงให้ความสำคัญกับสิทธิเชิงเดี่ยวมากกว่าสิทธิเชิงซ้อน

การคุ้มครองพืชภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรที่มีใช้กันอยู่นั้นมี 2 รูปแบบ คือ การใช้กฎหมายสิทธิบัตรพืช (Plant Patent) โดยตรงและกฎหมายสิทธิบัตรทั่วไป (Utility Patent) ประเทศสหรัฐอเมริกา นับเป็นต้นแบบในการคุ้มครองพืชด้วยสิทธิบัตร ตามกฎหมายสิทธิบัตรพืช (Plant Patent Act) และกฎหมายสิทธิบัตรทั่วไป (Utility Patent Act) ในปัจจุบันมีประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย และญี่ปุ่นที่คุ้มครองพืชด้วยกฎหมายสิทธิบัตรทั่วไป ซึ่งผู้เขียนขอกล่าวถึงรายละเอียดกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนี้

พืชซึ่งเป็นวัตถุแห่งการคุ้มครองตามกฎหมายทั้งสองฉบับจะได้รับความคุ้มครองในฐานะสิทธิในทรัพย์สินเอกชน (Private Property Rights) กฎหมายทั้งสองฉบับมีส่วนที่ทับซ้อนกันอยู่ กล่าวคือ กฎหมายสิทธิบัตรพืช (Plant Patent Act, 1930) จะคุ้มครองเฉพาะพืชที่ขยายพันธุ์แบบไม่ใช้เพศ (Asexually Reproduced Plants) หมายถึงพืชที่ขยายพันธุ์โดยไม่ใช้เมล็ด เช่น ขยายพันธุ์ด้วยการทาบกิ่ง หรือตอนกิ่ง เป็นต้น ส่วนกฎหมายสิทธิบัตรทั่วไปจะคุ้มครองการประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับพืชโดยทั่วไป ดังนั้นพืชทุกชนิดที่เป็นพันธุ์ใหม่และแตกต่างจากพืชที่มีอยู่ไม่ว่าจะเกิดขึ้นจากการค้นพบ (Discovery) หรือปรับปรุงพันธุ์สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ และพืชที่ขยายพันธุ์ด้วยเมล็ด แต่หากสามารถขยายพันธุ์โดยไม่ใช้เพศได้ด้วยก็สามารถขอสิทธิบัตรพืชได้เช่นกัน⁷⁸ แต่ไม่รวมพืชที่ขยายพันธุ์โดยใช้หัว หรือหน่อใต้ดิน (Tuber propagated plant) เช่น Irish

⁷⁸ Manual of Patenting Examination Procedure ข้อ 1601 (2000).

Potatoes หรือ Jerusalem Artichokes⁷⁹ เนื่องจากพืชในกลุ่มนี้ส่วนที่ใช้ขยายพันธุ์กับส่วนที่ใช้เป็นอาหารเป็นส่วนเดียวกันจึงอาจกระทบต่อการใช้ส่วนขยายพันธุ์เพื่อเป็นอาหารบริโภค⁸⁰ พืชที่จะได้รับความคุ้มครองต้องแตกต่าง (Distinct) จากพันธุ์พืชที่มีอยู่แล้วในด้านใดก็ได้ เช่น การทนต่อโรค สีของดอกหรือใบ กลิ่น ฯลฯ เป็นต้น และความแตกต่างนี้ไม่จำเป็นต้องดีกว่าหรือเหนือกว่าพันธุ์พืชเดิม⁸¹

กฎหมายสิทธิบัตรพืชจะคุ้มครองพันธุ์พืชโดยรวมทั้งหมด ไม่อาจแยกคุ้มครองเป็นส่วนๆ และจำกัดข้อถือสิทธิ (Claim) เพียงข้อเดียว ซึ่งต่างจากกฎหมายสิทธิบัตรทั่วไปที่แยกข้อถือสิทธิออกเป็นส่วนๆ ได้ เช่น ดีเอ็นเอ ยีน เซลล์ เนื้อเยื่อ หรือจะขอถือสิทธิพืชทั้งต้นก็ได้ การแยกข้อถือสิทธิเป็นส่วนๆ จะเป็นประโยชน์ต่อผู้ทรงสิทธิบัตรมากกว่า เพราะแยกให้ใช้สิทธิตามข้อถือสิทธิในแต่ละข้อได้⁸² การคุ้มครองพันธุ์พืชโดยรวมทำให้การจำหน่ายดอก หรือผลเป็นส่วนๆ ของพืช การนำพืชคุ้มครองไปขยายพันธุ์แบบใช้เพศ เช่น นำผลไปขยายพันธุ์⁸³ รวมทั้งการปรับปรุงพันธุ์พืชโดยอิสระของผู้อื่น (Independent Creation) ไม่เป็นการละเมิดสิทธิบัตร⁸⁴ ทำให้สิทธิบัตรพืชได้รับความคุ้มครองน้อยกว่าสิทธิบัตรทั่วไป (Utility Patent)⁸⁵

⁷⁹ Theodore A. Feitshans, "A Review of U.S. Intellectual Property Law Applicable to Invention in Biotechnology: U.S. Intellectual Property Law Continues to Demonstrate its Adaptability to New Technology," 6 Drake Journal of Agriculture Law, 7 (2001), p.19.

⁸⁰ Charles Rories C.P., "Does The U.S.P.T.O. have Authority to Grant Patents for Novel Varieties of Sexually Propagated Plants?," Journal of the Patent and Trademark Office Society, 83 (2001) 737, p.740.

⁸¹ S.Rep.No.315, 71st Cong., 2d Sess. (1930) อ้างใน Nicholas J. Seay, "Protecting the Seeds of Innovation: Patenting Plants," 16 AIPLA Quarterly Journal, 418 (1989), p.421; *Imazio Nursery v Dania Greenhouses* (1995, CA FC) 69 F3d 1560, 36 USPQ2d 1673, 135 ALR Fed 747.

⁸² Jack R. Kloppenburg, *supra* note 29, pp.263-264.

⁸³ Nicholas J. Seay, *supra* note 81, p.434.

⁸⁴ *Imazio Nursery v Dania Greenhouses* (1995, CA FC) 69 F3d 1560, 36 USPQ2d 1673, 135 ALR Fed 747.

⁸⁵ Theodore A. Feitshans, *supra* note 79, p.24.

ส่วนการคุ้มครองพืชภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรทั่วไป (Utility Patent Act) เริ่มขึ้นจากคำพิพากษาของศาลสูงในคดี *Diamond v. Chakrabarty*⁸⁶ ที่ตีความอย่างกว้างต่อสิ่งที่เป็นวัตถุแห่งการคุ้มครองสิทธิบัตรได้ ทำให้กฎหมายสิทธิบัตรเปิดกว้างต่อการคุ้มครองสิ่งมีชีวิตทุกชนิดรวมทั้งพืช คำวินิจฉัยของคณะกรรมการอุทธรณ์ (Board of Appeal and Interferences) ในคดี *Ex parte Hibberd* ได้ยืนยันชัดเจนว่า เมล็ดพันธุ์พืช (Seeds) พืช (Plants) และเนื้อเยื่อ (Tissue Cultures) เป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตร (ตามกฎหมายสิทธิบัตรทั่วไป) ได้⁸⁷ ทำให้พืชเป็นสิ่งที่ขอรับความคุ้มครองได้ทั้งตามกฎหมายสิทธิบัตรพืช และกฎหมายสิทธิบัตรทั่วไป การคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรทั่วไปได้รับความนิยมมากกว่า เพราะขอบเขตความคุ้มครองที่กว้างกว่าและเข้มงวดกว่า โดยการคุ้มครองครอบคลุมถึงการเลียนแบบพันธุ์พืชคุ้มครอง และการปรับปรุงพันธุ์พืชโดยอิสระ (Independent Creation) ของนักปรับปรุงพันธุ์พืชอื่นอีกด้วย แต่การคุ้มครองด้วยสิทธิบัตรทั่วไปจะมีค่าใช้จ่ายสูงกว่า และการพิสูจน์ตามเงื่อนไขสิทธิบัตรยุ่งยากและใช้เวลานานกว่า⁸⁸

(ข) การคุ้มครองการประดิษฐ์ (Invention) ของมนุษย์

โดยทั่วไปสิทธิบัตรจะคุ้มครอง “การประดิษฐ์” (Invention) ส่วนพลังธรรมชาติ (Power of Nature) เช่น ความร้อน แสงแดด สิ่งมีชีวิต ล้วนมีอยู่แล้วตามธรรมชาติ มนุษย์ไม่ได้สร้างหรือทำขึ้นจึงอยู่นอกการคุ้มครองสิทธิบัตร⁸⁹ การที่มนุษย์รู้จักสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติจึงเป็นเพียงการค้นพบ (Discover) การคุ้มครองการค้นพบกลับจะยิ่งสร้างผลกระทบในด้านต่างๆ มากมาย ซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียดต่อไปในบทที่ 4

⁸⁶ 447 U.S. 303, 206 U.S.P.T.O. 193 (1980).

⁸⁷ 227 U.S.P.Q. 443 (P.T.O. Bd. App. & Inter. 1985).

⁸⁸ Peter J. Goss, “Guiding the Hand that Feeds: Toward Socially Optimal Appropriability in Agriculture Biotechnology Innovation,” 84 *California Law Review*, 1395 (1996), pp. 1405-1406.

⁸⁹ *Le Roy v. Thatham*, 1852 อ้างใน Patricia Lucia Cantuária Marin, *Providing Protection for Plant Genetic Resources*, (The Hague, The Netherlands: Kluwer Law International, 2002), p.6.

อย่างไรก็ดีกฎหมายสิทธิบัตรพืชคุ้มครองการค้นพบ (Discovery) พันธุ์พืชใหม่ที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนด้วย⁹⁰ การคุ้มครองการค้นพบพันธุ์พืชใหม่ในประเทศสหรัฐอเมริกาเพราะต้องการยกระดับการปรับปรุงพันธุ์พืชในประเทศให้ดียิ่งขึ้น⁹¹ แต่พันธุ์พืชใหม่ที่ค้นพบนี้จะต้องไม่เป็นพันธุ์พืชป่าที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติโดยแท้ (completely wild plant or one growing in wild, uncultivated circumstances)⁹² และเป็นการค้นพบลักษณะพิเศษของพืชที่ต่างจากพืชอื่น⁹³

(2) ลักษณะ และวิธีการคุ้มครอง

สิทธิบัตรเป็นระบบที่เน้นสิทธิในทรัพย์สินเอกชน การคุ้มครองจึงเน้นผู้ทรงสิทธิบัตรในฐานะปัจเจกชน (Individual) ลักษณะทั่วไปของการคุ้มครองสิทธิบัตร ได้แก่

(ก) การให้สิทธิจำเพาะแต่ผู้เดียว (Exclusive Rights) แก่นวัตกรรม (Inventor)

สิทธิบัตรจะคุ้มครองสิทธิทางเศรษฐกิจของผู้ทรงสิทธิ โดยจะให้สิทธิจำเพาะแต่ผู้เดียว (Exclusive Rights) แก่ผู้ทรงสิทธิบัตรในการใช้ประโยชน์จากนวัตกรรมของตน และห้ามบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ทรงสิทธิ หรือผู้ได้รับความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิเข้าแทรกแซง ยุ่งเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์จากนวัตกรรม กฎหมายสิทธิบัตรพืชที่แก้ไขในปี ค.ศ.1952 ให้สิทธิผู้ทรงสิทธิบัตรในการกีดกันผู้อื่น (Right to Exclude)⁹⁴ ในการผลิต ใช้ ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย หรือนำเข้าพืชคุ้มครองในประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ทรงสิทธิอาจใช้สิทธิด้วยตนเอง หรือจะโอนสิทธิให้แก่บุคคลอื่น

⁹⁰ Plant Patent Act, 1930 Article 161 "Whoever invents or discovers and asexually reproduces any distinct and new variety of plant, including cultivated sports, mutants, hybrids, and newly found seedings, other than a propagated plant or a plant found in an uncultivated state, may obtain a patent thereof, subject to the conditions and requirements of this title".

⁹¹ Cary Fowler, "The Plant Patent Act of 1930: A Sociological History of its Creation," 82 *Journal of Patent and Trademark Office Society*, 621 (September 2000), p.641.

⁹² Plant Patent Act, 1930 § 161; Cary Fowler, *supra* note 91, p.641; Ex parte Foster (1951, Bd App) 90 USPQ 16.

⁹³ Yoder Bros., Inc. v California-Florida Plant Corp. (1976, CA5 Fla) 537 F2d 1347, 193 USPQ 264.

⁹⁴ 35 U.S.C.A. § 163 (1988); Crown Die & Tool Co. v Nye Tool & Machine Works (1923) 261 US 24, 67 L Ed 516, 43 S Ct 254.

ใช้สิทธิแทนโดยแลกเปลี่ยนกับผลประโยชน์อื่นก็ได้ จะเห็นได้ว่ารูปแบบการคุ้มครองสิทธิของระบบสิทธิบัตรจะให้ความสำคัญกับการคุ้มครองผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของผู้ทรงสิทธิเป็นหลักจึงเป็นระบบคุ้มครองที่อยู่ภายใต้แนวคิดคุ้มครองทรัพย์สินเอกชน (Private Property) การคุ้มครองภายใต้ทัศนะที่ให้ความสำคัญกับทรัพย์สินเอกชนเท่ากับเปิดช่องให้ประเทศอุตสาหกรรมใช้ประโยชน์จากระบบสิทธิบัตรในการรุกคืบเพื่อเปลี่ยนสถานะของทรัพยากรพันธุกรรมพืชให้เป็นทรัพย์สินเอกชนภายใต้ทัศนะทรัพย์สินเอกชนระบบสิทธิในรูปแบบเชิงซ้อน เช่น สิทธิของชุมชนที่มีเหนือทรัพยากรในชุมชนจะถูกปฏิเสธ ทำให้สิทธิของชุมชนไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกับสิทธิของเอกชนรูปแบบเช่นนี้เป็นปัจจัยหนึ่งของการล่มสลาย หรือเสื่อมถอยของระบบกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิเชิงซ้อนของชุมชน ซึ่งเป็นระบบที่ดำรงอยู่และแพร่หลายในประเทศกำลังพัฒนามาอย่างยาวนาน ส่งผลกระทบต่อวัฒนธรรม ความเชื่อ จารีตประเพณี ตลอดจนวิถีการดำรงชีวิต

(ข) การกระทำที่กระทบสิทธิต้องได้รับความยินยอมและชดเชยผลประโยชน์แก่นักนวัตกรรม (Inventor)

ภายใต้หลักคุ้มครองทรัพย์สินเอกชน สิทธิในสิทธิบัตรย่อมได้รับการคุ้มครองจากการกระทำที่จะกระทบต่อสิทธิดังกล่าว ผู้ทรงสิทธิมีสิทธิดำเนินคดีเพื่อป้องกัน ระวัง หรือบรรเทาความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดสิทธิได้ รวมถึงสิทธิเรียกค่าเสียหายจากการละเมิด⁹⁵ และแม้กรณีข้อจำกัดสิทธิบางประการตามที่กฎหมายกำหนดดังกล่าวข้างต้น กฎหมายก็กำหนดมาตรการเยียวยาความเสียหายแก่ผู้ทรงสิทธิไว้ด้วย เช่น กรณีมีผู้ขอใช้สิทธิตามสิทธิบัตรโดยอ้างว่าไม่มีการผลิตผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตร หรือไม่มีผลิตภัณฑ์จำหน่ายในท้องตลาดนั้น ผู้ขอใช้สิทธิจะต้องเสนอคำตอบแทนที่เพียงพอตามพฤติการณ์ ทำนองเดียวกับกรณีผู้ทรงสิทธิบัตรรายหนึ่งจะขอใช้สิทธิตามสิทธิบัตรอื่นเนื่องจากการใช้สิทธิบัตรของตนเองจะละเมิดสิทธิบัตรของผู้อื่นก็ควรต้องเสนอคำตอบแทนแก่ผู้ทรงสิทธิบัตรเช่นกัน และแม้แต่กรณีรัฐเป็นผู้บังคับใช้สิทธิตามสิทธิบัตร กฎหมายก็ยังกำหนดให้รัฐต้องจ่ายคำตอบแทนที่เป็นธรรมแก่ผู้ทรงสิทธิบัตร หลักการนี้ปรากฏใน TRIPS ในมาตรา 31 ในส่วนที่ว่าด้วยการใช้การประดิษฐ์โดยปราศจากความยินยอมของผู้ทรงสิทธิ (Other use without authorization of the right holder) ด้วยเช่นกัน ลักษณะเช่นนี้ทำให้เห็นว่าระบบทรัพย์สินทางปัญญาจะให้ความสำคัญกับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของผู้ทรงสิทธิ ซึ่งจะสอดคล้อง

⁹⁵ Yoder Bros., Inc. v California-Florida Plant Corp. (1976, CA5 Fla) 537 F2d 1347, 193 USPQ 264; Armstrong Nurseries, Inc. v Smith (1958, DC Tex) 170 F Supp 519, 120 USPQ 220.

กับหลักการคุ้มครองด้วยการให้สิทธิจำเพาะ (Exclusive Rights) แก่ผู้ทรงสิทธิดังกล่าวมาแล้วข้างต้น

จากลักษณะและรูปแบบการคุ้มครองของระบบสิทธิบัตรข้างต้น มีข้อควรสังเกตว่า ภายใต้ระบบสิทธิบัตร สิทธิของสังคมในการใช้ประโยชน์จากนวัตกรรมเป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น แต่สิทธิของผู้ทรงสิทธิจะเป็นหลักทั่วไปที่กฎหมายต้องให้ความคุ้มครอง การคุ้มครองในลักษณะเช่นนี้อาจมีเหตุผลบ้างในกรณีเป็นการประดิษฐ์ในเครื่องจักร เครื่องกลที่ไม่มีชีวิต แต่กรณีการประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับพันธุกรรมพืชนั้น ระบบสิทธิบัตรไม่ได้คำนึงถึงบทบาท และความสำคัญของเกษตรกรในประเทศกำลังพัฒนาที่มีส่วนอย่างสำคัญต่อการอนุรักษ์ และพัฒนาพันธุกรรมจนเป็นวัตถุดิบที่นวัตกรรมนำมาใช้ในการสร้างสรรค์ผลงานที่ได้รับสิทธิบัตร ในทางตรงข้ามระบบสิทธิบัตรกลับเป็นระบบที่เปิดช่องให้เกิดการฉกฉวยทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศกำลังพัฒนาเพื่อนำไปใช้ประโยชน์และส่งกลับมาในรูปของผลิตภัณฑ์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรเพื่อจำหน่ายในประเทศกำลังพัฒนา

ระบบสิทธิบัตรจึงถูกตั้งคำถามว่า ในขณะที่ประเทศอุตสาหกรรมเรียกร้องให้ประเทศอื่นๆ โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาให้ความเคารพต่อความคิดสร้างสรรค์ และเข้มงวดในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศอุตสาหกรรม แต่ประเทศอุตสาหกรรมนอกจากจะไม่เคยให้ความเคารพต่อภูมิปัญญาของเกษตรกรในประเทศกำลังพัฒนาแล้ว ยังฉกฉวยทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศกำลังพัฒนาไปเป็นของตนเอง “โจรสลัดชีวภาพ” (Biopiracy) จึงเป็นวาทกรรมที่ประเทศกำลังพัฒนาประดิษฐ์ขึ้นเพื่อตอบโต้ประเทศอุตสาหกรรมที่มักกล่าวหาว่าประเทศกำลังพัฒนาออกเลียนผลิตภัณฑ์ที่ได้รับทรัพย์สินทางปัญญา (Pirate-goods) ของประเทศอุตสาหกรรม ทศนะของประเทศอุตสาหกรรมต่อการลอกเลียนผลิตภัณฑ์ที่มีทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นการมองปัญหาจากมุมของประเทศอุตสาหกรรมเพียงด้านเดียว และจำกัดอยู่เฉพาะปัญหาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจเท่านั้น และละเลยที่จะก้าวข้ามปัญหาการฉกฉวยทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศกำลังพัฒนา

ประเทศกำลังพัฒนาแม้จะเป็นประเทศเล็กแต่ก็มีสถานะทัดเทียมกับประเทศอุตสาหกรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งระบบทรัพย์สินทางปัญญาไม่ใช่ระบบที่ได้รับการยอมรับเป็นสากล (Universal Norm) แต่ละประเทศจึงมีสิทธิปกป้องหวงกันทรัพยากรของตนเอง รวมทั้งกำหนดมาตรฐานและหลักเกณฑ์การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อให้เหมาะสมกับประเทศของตนเองได้

3.2 กฎหมายคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช (Plant Breeder's Rights-PBRs)

กฎหมายคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชเกิดขึ้นเนื่องจากเห็นว่า ระบบสิทธิบัตรไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้คุ้มครองการปรับปรุงพันธุ์พืช ระบบนี้จึงเป็นระบบคุ้มครองคู่ขนาน (Parallel System) กับระบบสิทธิบัตร และในเบื้องต้นระดับการคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชมีไม่สูงมากนักเมื่อเทียบกับสิทธิบัตร แต่เมื่อนักปรับปรุงพันธุ์พืชหันมาปรับปรุงพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีชีวภาพ แทนการปรับปรุงพันธุ์แบบดั้งเดิม (Conventional Breeding) เพิ่มมากขึ้นทำให้เกิดการเรียกร้องให้ขยายความคุ้มครองสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชให้ทัดเทียมกับสิทธิบัตร กฎหมายคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายมากที่สุดในประชาคมระหว่างประเทศในปัจจุบัน ได้แก่ ระบบคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ (Convention on Protection of New Plant Variety) ของ UPOV หรือเรียกกันทั่วไปว่า UPOV Convention ประเทศต่างๆ หลายประเทศได้นำหลักการของ UPOV ไปใช้ในกฎหมายภายในของตน⁹⁶ หลักการทั่วไปของกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช มีดังนี้

(1) หลักการและโครงสร้างกฎหมาย (General Principle and Structure)

การคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช หรือการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่เป็นการคุ้มครองความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ในการปรับปรุงพันธุ์พืช จึงเป็นการคุ้มครองภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาแบบหนึ่ง ปัจจุบันการคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชใกล้เคียงกับการคุ้มครองสิทธิบัตรจนกล่าวกันว่าเป็นการคุ้มครองในระบบเสมือนสิทธิบัตร (Patent-like Protection)

(ก) การคุ้มครองภายใต้แนวคิดทรัพย์สินเอกชน: สิทธิเชิงเดี่ยว

วัตถุประสงค์ของการคุ้มครองตามกฎหมายนี้ คือ พันธุ์พืชใหม่ที่ผ่านการปรับปรุงพันธุ์ หรือการค้นพบ (Discovery) พันธุ์พืชคุ้มครองถือเป็นสินค้า (Commodity) เป็นทรัพย์สินของนักปรับปรุงพันธุ์ที่สามารถหวงกันเพื่อตนเองได้ นักปรับปรุงพันธุ์พืชที่ประสงค์จะขอคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่จะต้องยื่นคำขอคุ้มครองต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง ผู้ทรงสิทธิเหนือพันธุ์พืชใหม่จะเป็นคนๆ เดียว หรือกลุ่มบุคคลที่มีส่วนในพันธุ์พืชใหม่ร่วมกันก็ได้ แม้พันธุ์พืชใหม่ที่เกิดจากการปรับปรุงพันธุ์พืชโดยวิธีการดั้งเดิม (Conventional Breeding) ของเกษตรกรจะได้รับการคุ้มครองเช่นกัน แต่พันธุ์พืชเกษตรกร (Farmers' Variety) ที่เป็นผลผลิตจากกระบวนการสังคม (Social Processes) เกิดจากการร่วมมือพัฒนาพันธุ์พืชของเกษตรกรหลายชั่วอายุคน และไม่อาจจะระบุเจาะจงได้ว่า

⁹⁶ โปรดดูพัฒนาการเชิงประวัติศาสตร์ของระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชเพิ่มเติมในบทนำ.

เกษตรกรรายใดเป็นผู้คิดค้นปรับปรุงพันธุ์พืชหนึ่งๆ ขึ้น พันธุ์พืชในลักษณะดังกล่าวจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองในฐานะพันธุ์พืชใหม่ แต่พันธุ์พืชนี้จะกลายเป็นวัตถุดิบสำคัญในการปรับปรุงพันธุ์พืชต่อไป และภายใต้เงื่อนไขคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ การปรับปรุงพันธุ์พืชให้แตกต่างไปจากเดิมเพียงเล็กน้อย (Cosmetic Variety) ก็จะได้รับ ความคุ้มครอง ระบบคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช หรือ คุ้มครองพันธุ์พืชใหม่จึงปฏิเสธระบบทรัพย์สินตามแนวคิดสิทธิเชิงซ้อน

ระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชพัฒนา และก่อรูปขึ้นภายใต้แนวคิดของประเทศอุตสาหกรรมในทวีปยุโรป ระบบนี้จึงอยู่ภายใต้ทัศนคติการคุ้มครองทรัพย์สินเอกชน (Private Property) เช่นเดียวกับระบบสิทธิบัตร แม้ในระบะแรกจะระดับการคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชจะไม่เข้มงวดมากนัก โดยให้สิทธิแก่นักปรับปรุงพันธุ์พืชเฉพาะในส่วนขยายพันธุ์ และกำหนดข้อยกเว้นเกี่ยวกับการใช้พันธุ์พืชคุ้มครองในการปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ต่อไป แต่การแก้ไขในเวลาต่อมาทำให้ข้อแตกต่างของการคุ้มครองในระบบสิทธิบัตรและระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชลดลงจนใกล้เคียงกัน ปัจจุบันระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชจึงก่อให้เกิดผลกระทบต่อทรัพยากรพันธุกรรมพืชของประเทศกำลังพัฒนาได้ทำนองเดียวกับระบบสิทธิบัตร ดังที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วข้างต้น

(ข) คุ้มครองการค้นพบ (Discovery) และการปรับปรุงพันธุ์พืช (Plant Breeding)

ในขณะที่กฎหมายสิทธิบัตรจะคุ้มครองการประดิษฐ์ แต่พืชเป็นสิ่งมีชีวิตที่มีอยู่ตามธรรมชาติ และมนุษย์ไม่อาจประดิษฐ์พืชขึ้นเองได้ คงทำได้เพียงปรับปรุงให้ต่างไปจากเดิมเท่านั้น แต่เพื่อส่งเสริมภาคเกษตรกรรมให้มีพันธุ์พืชใหม่ๆ ด้วยการสนับสนุนการปรับปรุงพันธุ์พืช พันธุ์พืชใหม่ ที่ผ่านการปรับปรุงพันธุ์ ทั้งโดยการใช้เทคโนโลยีสมัยใหม่ เช่น เทคโนโลยีผสม (Hybrid Technology) เทคโนโลยีพันธุวิศวกรรม (Genetic Engineering) หรือใช้เทคนิคดั้งเดิม (Conventional Breeding) เช่น การผสมเกสร ก็ได้รับการคุ้มครองทำนองเดียวกัน นอกจากนี้พันธุ์พืชใหม่ที่เกิดจากการค้นพบ (Discovery) และนำมาพัฒนา (Develop) ก็ได้รับความคุ้มครองเช่นกัน ทั้งนี้พันธุ์พืชใหม่ที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องมีลักษณะ 4 ประการ คือ ต้องเป็นพันธุ์พืชใหม่ (New) มีความแตกต่างจากพันธุ์พืชอื่น (Distinct) มีความสม่ำเสมอของลักษณะประจำพันธุ์ (Uniformity) และมีความคงตัวของลักษณะประจำพันธุ์ (Stable)

พันธุ์พืชใหม่ที่จะได้รับการคุ้มครองตาม UPOV ก็ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าวเช่นกัน เงื่อนไขนี้ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย และหลายประเทศทั้งที่เป็น และไม่ได้เป็นสมาชิกของ UPOV ต่างใช้หลักดังกล่าวเป็นเกณฑ์ในการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ แม้กระทั่งกฎหมายคุ้มครอง

พันธุ์พืชของประเทศสหรัฐอเมริกา (Plant Variety Protection Act, 1970) ก็ยังใช้ UPOV เป็นต้นแบบ⁹⁷

การคุ้มครองการค้นพบ หรือการปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ของระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชโดยไม่ได้กำหนดให้พันธุ์พืชใหม่ต้องมีคุณสมบัติที่ดีกว่าพันธุ์พืชเดิม ทำให้ระบบนี้ได้รับการคัดค้านเนื่องจากการปรับปรุงพันธุ์พืชให้แตกต่างจากพันธุ์พืชเดิมเพียงเล็กน้อย (Cosmetic Variety) ก็ได้รับความคุ้มครองในฐานะพันธุ์พืชใหม่เช่นเดียวกัน ทำให้ปัจจัยด้านตลาดเป็นแรงผลักดันสำคัญในการกำหนดทิศทางการปรับปรุงพันธุ์พืชส่วนใหญ่ ทำให้แนวคิดในการคุ้มครองการปรับปรุงพันธุ์พืชเพื่อให้ได้พันธุ์พืชใหม่ๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อความมั่นคงทางอาหารของมนุษย์ (Food Security) เพื่อประโยชน์ทางด้านเกษตรกรรมถูกบิดเบือนไป

พันธุ์พืชใหม่ที่ถูกลดคุณค่าด้วยผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของภาคธุรกิจปรับปรุงพันธุ์พืชในประเทศอุตสาหกรรม ผสมกับพลังของตลาดเสรีทำให้พันธุ์พืชใหม่เข้าแทนที่พันธุ์พืชดั้งเดิมของเกษตรกร (Farmers' Variety/ Landrace Variety) และเป็นช่องทางเปิดตลาดแก่ ผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับพันธุ์พืชใหม่ดังกล่าวด้วย เช่น ปุ๋ย หรือสารเคมีต้านทานศัตรูพืช ดังนั้นประเทศกำลังพัฒนาที่เปิดรับการเกษตรแผนใหม่จึงควรมีมาตรการป้องกันปัญหาความหลากหลายทางพันธุกรรมลดลงจากการแทนที่ด้วยพันธุ์พืชใหม่ ปัญหาระบบนิเวศที่เกิดจากความเสื่อมโทรมของระบบนิเวศเนื่องจากการสูญเสียความหลากหลายทางชีวภาพ การใช้ปุ๋ย หรือสารเคมีทางการเกษตร มิฉะนั้นแล้วประเทศกำลังพัฒนาจะต้องเผชิญกับสภาวะการเสื่อมสลายของระบบนิเวศและสิ่งแวดล้อมซึ่งเป็นปัญหาที่ไม่อาจเยียวยาให้กลับคืนดังเดิมได้ (Irreversible Problem)

(2) ลักษณะและวิธีการคุ้มครอง

(ก) การให้สิทธิจำเพาะแต่ผู้เดียว (Exclusive Rights) แก่นักปรับปรุงพันธุ์พืช (Breeders) เหนือส่วนขยายพันธุ์

เดิมสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชที่ได้รับการคุ้มครองนั้นจะมีสิทธิเหนือส่วนขยายพันธุ์ของพืชคุ้มครองเท่านั้น ไม่มีสิทธิเหนือผลผลิตทางการเกษตรที่เกิดจากพันธุ์พืชที่ได้รับการคุ้มครอง แต่สิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชใน UPOV, 1991 ได้ขยายให้รวมถึง สิทธิเหนือพืชที่ปรับปรุงขึ้นโดยมีลักษณะสำคัญของพันธุ์พืชคุ้มครองปรากฏอยู่ (Essentially Derived Variety) พันธุ์พืชที่ไม่อาจแยกความแตกต่างจากพันธุ์พืชคุ้มครองได้อย่างชัดเจน (not clearly distinguishable) และการผลิตพันธุ์พืชใหม่ที่ต้องใช้พันธุ์พืชคุ้มครอง (repeat use of protected

⁹⁷ H.R. Rep. No.2927, 103d Cong., 1st Sess.6377 (1994).

varieties)⁹⁸ และยังมีสิทธิเหนือผลผลิตที่ได้จากการใช้พันธุ์พืชที่ได้รับการคุ้มครองโดยไม่ได้รับอนุญาต⁹⁹ รวมทั้งสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ที่ทำจากผลผลิตที่ได้จากการใช้พันธุ์พืชที่ได้รับการคุ้มครองโดยไม่ได้รับอนุญาต¹⁰⁰ อีกด้วย อย่างไรก็ตามกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของ UPOV หลายประเทศไม่ได้คุ้มครองอย่างกว้างดังเช่น UPOV และจำกัดการคุ้มครองเฉพาะส่วนที่ใช้ในการขยายพันธุ์เท่านั้น

อย่างไรก็ดีเนื่องจากพันธุ์พืชมีความสำคัญต่อมนุษยชาติมาอย่างยาวนาน กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชจึงมีบทกำหนดข้อยกเว้น หรือข้อจำกัดสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช แต่ข้อยกเว้น หรือข้อจำกัดอาจมีรายละเอียด หรือระดับที่ต่างกันไปบ้างในแต่ละประเทศ ข้อยกเว้นและข้อจำกัดสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชที่สำคัญได้แก่ ข้อยกเว้นการใช้เมล็ดพันธุ์ของเกษตรกร (Farmer's Exemption) และข้อยกเว้นการปรับปรุงพันธุ์พืช (Breeder's Exemption)

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า สิทธิของเกษตรกรในการใช้เมล็ดพันธุ์ ตลอดจนสิทธิในการใช้พันธุ์พืชคุ้มครองในการปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ดังกล่าว เมื่อพิจารณาประกอบกับที่กฎหมายกำหนดให้การใช้สิทธิของเกษตรกร และนักปรับปรุงพันธุ์พืชต้องคำนึงถึงประโยชน์ของนักปรับปรุงพันธุ์พืชที่ได้รับความคุ้มครอง ดังจะได้กล่าวต่อไป รวมทั้งการแก้ไขในทางจำกัดสิทธิ หรือเพิ่มเติมเงื่อนไขในการใช้สิทธิ ทำให้ใช้สิทธิได้ยุ่งยากมากขึ้น ทำให้เห็นได้ว่าสิทธิทั้งสองประการดังกล่าวมีสถานะเป็นเพียงข้อยกเว้นของหลักทั่วไปที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช¹⁰¹ เมื่อนำระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชมาใช้ในประเทศกำลังพัฒนา ปัญหาจึงเกิดขึ้นในทางตรงกันเดียวกับการใช้ระบบสิทธิบัตรเหนือนวัตกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช ดังได้วิเคราะห์มาก่อนหน้านี้แล้ว

(ข) การกระทำที่กระทบสิทธิต้องได้รับความยินยอมและชดเชยผลประโยชน์แก่นักปรับปรุงพันธุ์พืช (Breeder's)

ไม่ว่ากฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศที่เป็น หรือไม่ได้เป็นสมาชิก UPOV ก็ตามต่างก็คุ้มครองพันธุ์พืชในฐานะทรัพย์สินของนักปรับปรุงพันธุ์พืช เป็นการคุ้มครองการแสวงหาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจภายใต้ระบบเศรษฐกิจเสรีที่เน้นคุ้มครองทรัพย์สินเอกชน แม้กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชจะมีข้อยกเว้น หรือข้อจำกัดการคุ้มครองในบางกรณีก็ตาม แต่ในการกำหนด

⁹⁸ UPOV 1991, Article 14(5).

⁹⁹ UPOV 1991, Article 14(2).

¹⁰⁰ UPOV 1991, Article 14(3).

¹⁰¹ โปรดดูรายละเอียดข้อยกเว้นสองประการนี้ในบทที่ 4.

ข้อยกเว้น หรือข้อจำกัดดังกล่าวกฎหมายก็จะคำนึงถึงผลกระทบที่มีต่อนักปรับปรุงพันธุ์พืช เช่น การอนุญาตให้เกษตรกรเก็บเมล็ดพันธุ์คุ้มครองไว้ใช้เพาะปลูกในฤดูกาลถัดไป ก็อาจจำกัดปริมาณที่เก็บไว้ใช้ได้ หรือจำกัดวัตถุประสงค์ในการใช้ เช่น ห้ามเกษตรกรนำเมล็ดพันธุ์ดังกล่าวไปจำหน่าย เป็นต้น หรือข้อยกเว้นการปรับปรุงพันธุ์พืชก็อาจต้องขออนุญาตต่อนักปรับปรุงพันธุ์พืชในกรณีต้องใช้พันธุ์พืชคุ้มครองเพื่อผลิตพันธุ์พืชใหม่ เป็นต้น

รูปแบบการคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชจึงเป็นระบบที่จำกัดสิทธิของเกษตรกร เปลี่ยนแปลงรูปแบบการเกษตรทำให้เกิดปัญหาความหลากหลายของชนิดพันธุ์ที่เกษตรกรใช้ในการเพาะปลูก ส่งผลกระทบต่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชในประเทศกำลังพัฒนา ดังนั้นการนำระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชมาใช้ในประเทศกำลังพัฒนาที่มีความหลากหลายทางชีวภาพสูงจึงต้องพิจารณาอย่างรอบคอบและวางมาตรการในการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมในขณะเดียวกันด้วย

ประเด็นที่ควรกล่าวต่อไป คือ แม้ว่าระบบสิทธิบัตรและระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชจะเป็นรูปแบบการคุ้มครองของระบบทรัพย์สินทางปัญญา และปัจจุบันสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชจะใกล้เคียงกับสิทธิบัตรก็ตาม แต่เนื้อหาและหลักการของระบบทั้งสองก็ยังคงมีความแตกต่างกัน ผู้เขียนจึงเห็นควรเปรียบเทียบให้เห็นข้อแตกต่างของระบบสิทธิบัตร และระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช ดังนี้

1. สิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชจะครอบคลุมการปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ รวมทั้งการค้นพบพันธุ์พืชใหม่ (Discovered) ต่างจากสิทธิบัตรที่ต้องเป็นการประดิษฐ์ (Invented) จะขอสิทธิบัตรเหนือการค้นพบไม่ได้ จึงถือเป็นหลักว่ากฎธรรมชาติเป็นสิ่งที่ค้นพบได้แต่ขอรับสิทธิบัตรไม่ได้ แต่ถ้านำกฎธรรมชาตินั้นมาใช้ประโยชน์ สิ่งประดิษฐ์นั้นขอรับสิทธิบัตรได้

2. สิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชและสิทธิบัตรต่างก็เป็นสิทธิในการกีดกันผู้อื่น แต่สิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชจะครอบคลุมการใช้ประโยชน์ เนื้อหาส่วนที่ใช้ในการขยายพันธุ์ของพันธุ์พืชนั้นเท่านั้น (Propagating material of the protected varieties) ไม่ครอบคลุมส่วนอื่น ๆ ที่มีใช้ส่วนที่ใช้ในการขยายพันธุ์ ซึ่งต่างจากสิทธิบัตรที่การคุ้มครองจะมีอยู่เหนือการใช้ประโยชน์จากสิ่งประดิษฐ์ที่ได้รับการคุ้มครองทั้งหมด

3. การเปิดเผยรายละเอียดในระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชนั้นนั้น ต้องแสดงให้เห็นว่าพันธุ์พืชคุ้มครองมีลักษณะใดที่ต่างจากพันธุ์พืชที่รู้จักกันอยู่แล้ว ในระบบนี้การใช้วิธีฝากตัวอย่างพันธุ์พืชใหม่เพื่อประกอบการเปิดเผยรายละเอียดของพันธุ์พืชใหม่เป็นสิ่งที่ทำได้ แต่สำหรับกรณีสิทธิบัตร ผู้ขอต้องเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ในลักษณะที่ผู้เชี่ยวชาญในศิลปะแขนงนั้น

สามารถประดิษฐ์สิ่งประดิษฐ์นั้นได้ อย่างไรก็ตามปัจจุบันสิ่งประดิษฐ์ด้านเทคโนโลยีชีวภาพก็ประสบความยุ่งยากในการเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์เช่นกัน จึงได้นำระบบฝากตัวอย่างมาใช้กับสิทธิบัตรเช่นกัน โดยเฉพาะสิทธิบัตรเหนือสิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับพันธุกรรม

4. แม้ระบบสิทธิบัตรปรับปรุงพันธุ์พืชกำหนดให้พันธุ์พืชใหม่ต้องมีเงื่อนไขความใหม่ (New) แต่คำว่า “ใหม่” (New) ในระบบสิทธิบัตรปรับปรุงพันธุ์พืชมีความหมายกว้างกว่าคำว่า “ใหม่” (Novelty) ในระบบสิทธิบัตร โดยหมายถึงพันธุ์พืชที่ไม่เคยถูกนำออกแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์มาก่อน แม้จะเป็นพันธุ์พืชที่ปรากฏอยู่ก่อนแล้ว แต่หากไม่เคยถูกนำออกแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ก็ยังคงได้รับความคุ้มครองในฐานะเป็นพันธุ์พืชใหม่ได้¹⁰²

5. ภายใต้ระบบสิทธิบัตรปรับปรุงพันธุ์พืชจะยกเว้นให้กับกรณีการใช้พันธุ์พืชคุ้มครองเพื่อตนเองโดยมิได้แสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ และการใช้พันธุ์พืชใหม่เพื่อการวิจัยค้นคว้าหรือปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ต่อไป แต่ในระบบสิทธิบัตรจะไม่มีข้อยกเว้นหรือจำกัดสิทธิในลักษณะดังกล่าว จะมีแต่เพียงมาตรการบังคับใช้สิทธิ (Compulsory Licensing) เท่านั้น

3.3 กฎหมายเฉพาะ (*sui generis*) เพื่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช

กฎหมายคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชภายใต้ระบบกฎหมายเฉพาะนั้น กล่าวได้ว่าเป็นระบบที่เกิดขึ้นเพื่อถ่วงดุลการคุ้มครองในระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่ประเทศกำลังพัฒนาเห็นว่าเป็นรูปแบบการคุ้มครองที่เอาเปรียบประเทศกำลังพัฒนาในลักษณะที่เรียกว่า “โจรสลัดชีวภาพ” (Bio-piracy)¹⁰³ กฎหมายเฉพาะจะมีหลักการและโครงสร้างกฎหมายที่แตกต่างจากการคุ้มครองในระบบทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งนี้เนื่องจากเป็นระบบที่วางอยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่ต่างจากระบบทรัพย์สินทางปัญญา หลักการทั่วไปของกฎหมายในระบบเฉพาะมีดังนี้

(1) หลักการและโครงสร้างกฎหมาย

(ก) การคุ้มครองภายใต้แนวคิดแบบองค์รวม (Holistic): ระบบสิทธิเชิงซ้อน

กฎหมายคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชในระบบกฎหมายเฉพาะนั้นจะมีทิศต่อพันธุกรรมพืชในฐานะองค์ประกอบของระบบนิเวศ เป็นการพิจารณาในเชิงความสัมพันธ์กับสิ่งมีชีวิตชนิดอื่นๆ ตลอดจนสิ่งไม่มีชีวิตที่อยู่ในระบบนิเวศ ความสัมพันธ์จึงมีมิติที่หลากหลายเหนือ

¹⁰² Commission on Intellectual Property Rights, *supra* notes 65, p.61.

¹⁰³ โปรดดูรายละเอียดของประเด็นนี้ต่อไปในบทที่ 3.

ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเดียวกัน กฎหมายในระบบนี้จะไม่จำกัดเฉพาะการคุ้มครองในมิติของทรัพย์สินเอกชนเท่านั้น แต่ยอมรับว่าชุมชนมีสิทธิเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้เช่นเดียวกัน ซึ่งเรียกว่าเป็นทัศนะแบบองค์รวม (Holistic) ทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดหนึ่งๆ จึงอาจตกอยู่ภายใต้สิทธิของปัจเจกบุคคลทำนองเดียวกับทรัพย์สินเอกชน และในขณะเดียวกันก็ตกอยู่ภายใต้การควบคุมจัดการของชุมชน เป็นรูปแบบกฎหมายที่ยอมรับสิทธิในทรัพย์สินมากกว่าหนึ่งรูปแบบ คือ ทั้งในแบบสิทธิในทรัพย์สินเอกชน และในแบบสิทธิในทรัพย์สินของส่วนรวม (Collective Rights) ซึ่งเป็นแนวคิดในระบบสิทธิเชิงซ้อน ภายใต้ทัศนะเช่นนี้การบริหารจัดการจะมีได้คำนึงถึงความสำคัญของระบบทรัพย์สินเอกชนเป็นหลัก แต่จะพิจารณาการคุ้มครองในภาพรวมทั้งหมด สิทธิของปัจเจกบุคคล (Individual Rights) เหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชจึงถูกจำกัดด้วยสิทธิของส่วนรวม

(ข) คุ้มครองการสร้างสรรค์แบบไม่เป็นทางการ (Informal Invention)

การคำนึงถึงสิทธิร่วมกันของชุมชนในระบบกฎหมายมีทัศนะแบบองค์รวม (Holistic) ทำให้ระบบกฎหมายนี้ไม่ต้องถูกผูกติดอยู่กับเฉพาะการสร้างสรรค์ที่เป็นทางการของระบบทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น แต่เปิดกว้างให้คุ้มครองการสร้างสรรค์ในแบบอื่นที่ไม่เป็นทางการ (Informal Invention) ซึ่งเป็นรูปแบบที่ถูกปฏิเสธจากระบบทรัพย์สินทางปัญญาได้ด้วย ทำให้ผลิตผลสติปัญญาของสมาชิกในชุมชนซึ่งไม่อาจจะระบุตัวผู้สร้างสรรค์ชัดเจนได้รับการคุ้มครอง

การคุ้มครองสิทธิชุมชนด้วยการยอมรับการสร้างสรรค์ที่ไม่เป็นทางการทำให้ความวิริยะอุตสาหะของเกษตรกร หรือสมาชิกชุมชนในอดีตมีสถานะเป็นที่รับรู้ทางกฎหมาย ชุมชนจะมีฐานะเป็น “ผู้ทรงสิทธิ” (Rights Holder) หรือ “ประธานแห่งสิทธิ” (Subject of Rights) ตามกฎหมาย จึงเป็นการรับรู้บทบาทของเกษตรกรในการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชทั้งในอดีต ปัจจุบัน และในอนาคต สอดคล้องกับหลักการของ CBD และ ITPGR¹⁰⁴

(2) ลักษณะและวิธีการคุ้มครอง

(ก) การให้สิทธิจำเพาะแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Rights) แก่นักประดิษฐ์ (Inventor)

ดังได้กล่าวแล้วว่า กฎหมายในระบบเฉพาะจะคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล (Individual Rights) และชุมชน (Community Rights) เหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชในขณะเดียวกัน ดังนั้นการคุ้มครองในส่วนสิทธิของปัจเจกบุคคลจะมีลักษณะทำนองเดียวกับสิทธิในทรัพย์สินเอกชน (Private Property) อย่างไรก็ตามก็ดีเอกชนจะไม่ได้มีสิทธิเด็ดขาดเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชทำนองเดียวกับสิทธิเหนือทรัพย์สินของตนเองโดยแท้ดังที่ปรากฏในระบบทรัพย์สิน

¹⁰⁴ โปรดดู CBD, Preamble, Para. 12, 13 และ ITPGR, Preamble, Para.7

เอกชน กล่าวคือ สิทธิของเอกชนเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชจะถูกจำกัดโดยสิทธิของชุมชนที่มีเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชเช่นกัน การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชจะต้องไม่กระทบต่อการใช้ของสมาชิกอื่นในชุมชนตามกฎหมายที่ยอมรับร่วมกันของชุมชน

การที่ชุมชนมีสิทธิเหนือทรัพยากรในชุมชน และเป็นสิทธิที่มีสถานะเหนือกว่าสิทธิเอกชนนั้น สิทธิในการถือครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชของชุมชนในกรณีนี้จะมีได้มีเจตนาหวงกันทรัพยากรพันธุกรรมพืชในทำนองเดียวกับการหวงกันเป็น “เจ้าของ” (Ownership) ในระบบทรัพย์สินเอกชน แต่ชุมชนจะถือครองทรัพยากรนั้นโดยผ่านสมาชิกของชุมชนในลักษณะการเป็นผู้รักษาปกป้องทรัพยากรพันธุกรรมพืชไว้ เพื่อส่งต่อทรัพยากรนั้นไปยังลูกหลานในรุ่นถัดไป

การบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมพืชในรูปแบบนี้จึงสอดคล้องกับแนวคิดกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแบบเชิงซ้อน กล่าวคือ อาจมีผู้มีสิทธิหลายรายใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพร้อมๆ กันในขณะเดียวกันได้ รูปแบบเช่นนี้จึงมีความเป็นไปได้ต่อเมื่อระบบสิทธิเชิงซ้อนได้รับการยอมรับ ประเด็นนี้ทำให้ระบบกฎหมายเฉพาะมีความแตกต่างจากระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่เน้นระบบสิทธิเชิงเดี่ยว กล่าวคือ จะมีบุคคลเพียงรายเดียว (อาจเป็นเอกชน หรือรัฐก็ได้) ที่มีสิทธิเหนือทรัพยากรหนึ่งๆ ซึ่งเป็นการเน้นสิทธิของปัจเจกบุคคล (Individual Rights)

รูปแบบของระบบสิทธิเชิงซ้อนเป็นสิ่งที่ดำรงและแพร่หลายทั่วไปในประเทศกำลังพัฒนา แต่รูปแบบนี้ถูกกลืนหายไปเมื่อระบบทรัพย์สินตามแนวคิดกระแสหลักแพร่หลายมากขึ้น โดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนาที่ต้องการยกระดับตนเองให้ทัดเทียมประเทศอุตสาหกรรมและนำระบบทรัพย์สินตามทัศนะของตะวันตกมาใช้ในระบบกฎหมายภายใน ผู้เขียนเห็นว่าประเทศกำลังพัฒนาควรตระหนักถึงความแปลกแยกของระบบทรัพย์สินตะวันตกที่มีต่อระบบทรัพย์สินเดิม โดยเฉพาะการนำระบบทรัพย์สินมาใช้กับทรัพยากรพันธุกรรมพืช ซึ่งไม่เคยถือว่าเป็นทรัพย์สินที่จะมีบุคคลใดบุคคลหนึ่งหวงกันในลักษณะเจ้าของกรรมสิทธิ์โดยเด็ดขาดได้

(ข) การรับรอง “สิทธิเกษตรกร” (Farmers' Rights)¹⁰⁵

การคุ้มครองสิทธิของชุมชนเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้น จะอยู่ในรูปแบบของการคุ้มครองสิทธิของเกษตรกรเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืช วิธีชีวิต ประเพณีของเกษตรกรนั้นจะผูกติดกับการใช้พันธุ์พืชเพื่อการดำรงชีวิต มีการเพาะปลูก และคัดเลือกเมล็ดพันธุ์จากพืชต้นที่มีคุณลักษณะดีเพื่อเก็บไว้เป็นพ่อแม่พันธุ์ต่อไป จารีตประเพณีของเกษตรกรจะมีการแลกเปลี่ยนเมล็ดพันธุ์กัน แต่จะมีได้มีเพียงการแลกเปลี่ยนเมล็ดพันธุ์เท่านั้น เนื่องจากเกษตรกรจะถ่ายทอดประสบการณ์ ภูมิปัญญา และความรู้ที่เกี่ยวกับเมล็ดพันธุ์พืชให้ไปด้วย ภูมิปัญญาเหล่านี้จะถูก

¹⁰⁵ โปรดดูรายละเอียดต่อไปในบทที่ 3.

สังคมและต่อยอดเพิ่มพูนขึ้นเป็นคลังความรู้ของมนุษยชาติ และเป็นมรดกตกทอดสืบต่อไปยังเกษตรกรรุ่นต่อไป

การคุ้มครอง “สิทธิเกษตรกร” มิใช่จำกัดอยู่แต่เพียงการคุ้มครองสิทธิของเกษตรกรในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชเท่านั้น แต่จะต้องคุ้มครองกระบวนการผลิตตลอดจนวิถีชีวิต จารีตประเพณีของเกษตรกรในสังคมเกษตรกรรมให้คงอยู่ต่อไป เพื่อให้เกษตรกรสามารถดำรงการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้ต่อไป ประเด็นนี้จะต่างจากระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชที่คุ้มครองสิทธิพิเศษของเกษตรกร (Farmers' Privilege) ที่เกี่ยวกับการใช้เมล็ดพันธุ์ของเกษตรกรเท่านั้น (Farm-save-seed) นอกจากการคุ้มครองเหนือรูปแบบการดำรงชีวิตแบบเดิมแล้ว ในอีกด้านหนึ่งการคุ้มครองสิทธิเกษตรกรจะต้องครอบคลุมการป้องกันสิ่งอื่นที่กระทบต่อชนบทธรรมนิยม ประเพณี และวัฒนธรรมของเกษตรกร เช่น การแพร่กระจายของพันธุ์พืชสมัยใหม่ที่กระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพ การเกษตรแผนใหม่ที่เน้นเกษตรตลาดเพื่อการค้า การส่งออกภายใต้ระบบเศรษฐกิจเสรี

เมื่อเปรียบเทียบหลักการ และโครงสร้างของกฎหมายในระบบทรัพย์สินทางปัญญาและระบบกฎหมายเฉพาะแล้วจะพบว่า กฎหมายในระบบทรัพย์สินทางปัญญาทั้งสิทธิบัตรและสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชมีความคล้ายคลึงกันเนื่องจากก่อร่างบนโลกทัศน์ที่เน้นการคุ้มครองทรัพย์สินเอกชน (Private Property) ให้ความสำคัญกับระบบกรรมสิทธิ์แบบเชิงเดี่ยว ระบบนี้จะไม่คำนึงถึงความสำคัญของเกษตรกรในมิติเชิงความสัมพันธ์กับทรัพยากรพันธุกรรมพืช ซึ่งต่างจากระบบกฎหมายเฉพาะ ระบบทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นระบบที่มีแนวคิดที่แปลกแยกจากวัฒนธรรมและความเชื่อของเกษตรกรในประเทศกำลังพัฒนา การบังคับให้ประเทศกำลังพัฒนาต้องยอมรับระบบทรัพย์สินทางปัญญาตามแนวคิดของประเทศอุตสาหกรรม ย่อมสร้างผลกระทบต่อวัฒนธรรม ความเชื่อ จารีตประเพณี และวิถีชีวิตของเกษตรกรที่เชื่อมโยงสัมพันธ์กับพันธุกรรมพืช และกระทบต่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชของประเทศกำลังพัฒนาที่ดำเนินการโดยผ่านชุมชนเกษตรกรมาเป็นเวลาช้านาน

อย่างไรก็ดีแม้ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน สิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกบุคคล (Individual Rights) จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจากรัฐ แต่ก็มีได้หมายความว่าสิทธิของเอกชนเหนือทรัพย์สินจะมีได้โดยไม่มีขอบเขตจำกัด เพราะในขณะเดียวกันรัฐก็มีหน้าที่ดูแลรักษาประโยชน์ของส่วนรวม (Public Interest) ที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช ซึ่งเป็นประโยชน์ของสังคมร่วมกันด้วยเช่นกัน การถ่วงดุลการคุ้มครองประโยชน์ของเอกชนและประโยชน์ของส่วนรวมจึงส่งผลต่อนโยบายและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของแต่ละประเทศที่จะกำหนดตามความ

เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของตน โดยอาศัยกลไกและมาตรการภายใต้
หลักกฎหมายมหาชนซึ่งมีแนวคิด และหลักการที่แตกต่างจากหลักกฎหมายเอกชน ซึ่งผู้เขียนจะได้
กล่าวในบทต่อไป.

