

### การคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชภายใต้กฎหมายมหาชน

กฎหมายสิทธิบัตรนับแต่อดีตถือเป็นกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลจากนโยบายของรัฐเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะจากแนวนโยบายทางเศรษฐกิจของรัฐ กฎหมายสิทธิบัตรของเมืองเวนิช (Venetian patent law) ซึ่งถือกันว่าเป็นกฎหมายสิทธิบัตรฉบับแรกของโลก<sup>1</sup> ก็ถือกำเนิดขึ้นภายใต้เหตุผลทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ ต้องการคุ้มครองความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะของช่างฝีมือเป่าแก้ว ซึ่งถือเป็นสิ่งที่มีคุณค่าแยกจากผลงานของช่างฝีมือดังกล่าว

ในตอนต้น (Preamble) ของกฎหมายสิทธิบัตรของเวนิชระบุนโยบายของรัฐในการตรากฎหมายดังกล่าวว่า “เพื่อส่งเสริมการสร้างสรรค์สิ่งประดิษฐ์ โดยดำเนินการให้ผู้ละเมิดที่ลอกเลียนการประดิษฐ์นั้นไม่มีสิทธิได้รับผลประโยชน์ใดๆ จากการลอกเลียนการสร้างสรรค์ของผู้อื่น ซึ่งถือเป็นการแย่งชิงชื่อเสียงของผู้สร้างสรรค์” (encouraging invention by making it unprofitable for infringers to copy the invention and take away the inventor's honor away)

การอพยพเคลื่อนย้ายช่างฝีมือของเวนิชไปยังดินแดนของประเทศต่างๆ ได้นำเอาหลักการ และแนวปฏิบัติของการคุ้มครองความรู้เหล่านี้ไปด้วย ประเทศในยุโรป อาทิ ประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส เนเธอร์แลนด์ หรืออังกฤษก็รับเอาจารีตสิทธิบัตรไปใช้ในกฎหมายภายในของตนเองเช่นกัน โดยเกิดแนวคิดว่าการคุ้มครองสิทธิบัตรแก่ผู้ที่เผยแพร่ความรู้ใหม่ หรือนำอุตสาหกรรมชนิดใหม่เข้ามาในดินแดนของประเทศนั้นจะนำมาซึ่งความเจริญก้าวหน้าในด้านอุตสาหกรรมในประเทศของตน

---

<sup>1</sup> การให้ความคุ้มครองในรูปแบบของสิทธิบัตรเกิดขึ้นที่ใดเป็นแห่งแรกในโลกยังเป็นประเด็นที่ถกเถียงกันอยู่ มีผู้เห็นว่าการคุ้มครองในรูปแบบนี้เกิดขึ้นตั้งแต่ 600 ปีก่อนคริสตกาล ในสาธารณรัฐไซบารี (Republic of Sibari) ตอนใต้ของประเทศอิตาลีในปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม เนื่องจากไม่สามารถสืบค้นรายละเอียดของข้อเท็จจริงดังกล่าวได้แน่ชัด ต่างจากกฎหมายสิทธิบัตรของสาธารณรัฐเวนิช (Republic of Venice) ในปี ค.ศ. 1474 จึงยอมรับกันทั่วไปว่ากฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายสิทธิบัตรฉบับแรกของโลก โปรดดู Thomas M. Meshbesher, “The Role of History in Comparative Patent Law,” 78 *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, 594 (1996), Footnote 3.

ก่อนหน้าการคุ้มครองสิทธิบัตร การให้สิ่งจูงใจในกรณีเปิดเผยความรู้ใหม่ หรือ อุตสาหกรรมใหม่รัฐส่วนใหญ่ดำเนินการอยู่แล้วโดยใช้วิธีให้สิทธิประโยชน์ทางการเงิน (Financial Incentives) ให้สิทธิประโยชน์ด้านภาษี (Favorable Tax Treatment) การให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ (Sovereign Protection) หรือการให้สิทธิจำเพาะในการประกอบการค้า หรืออุตสาหกรรมนั้นใน ราชอาณาจักร (Right to practice the new trade or industry) <sup>2</sup>

ความก้าวหน้าทางอุตสาหกรรมด้วยการชักนำอุตสาหกรรม หรือเครื่องจักรใหม่ๆ เข้ามาจะช่วยเพิ่มการผลิต และทำให้ส่งสินค้าออกได้มากขึ้น กฎหมายสิทธิบัตรเป็นกฎหมายชนิด หนึ่งที่รัฐต่างๆ เห็นว่าจะทำให้เป้าหมายทางเศรษฐกิจดังกล่าวบรรลุความสำเร็จได้

ความก้าวหน้าของวิทยาการ และเครื่องจักรใหม่ เช่น การประดิษฐ์เครื่องปั่นฝ้าย (Spinning Machine) ของริชาร์ด อาร์คไรท์ (Richard Arkwright) หรือการประดิษฐ์เครื่องจักรไอน้ำ ของเจมส์ วัตต์ (James Watt) เป็นสิ่งแสดงให้เห็นถึงประโยชน์ที่เกิดจากนโยบายของรัฐในการ คุ้มครองการประดิษฐ์ และการสร้างสรรค์ได้เป็นอย่างดี โดยในระยะแรกการคุ้มครองจะเป็นเพียง การที่รัฐให้สิทธิพิเศษ (Privileges) แก่นักประดิษฐ์ (Inventors) ผู้สร้างสรรค์ (Innovators) และผู้นำเข้า การสร้างสรรค์ (Importers of Inventions)

แนวคิดและหลักการคุ้มครองสิทธิบัตรถูกพัฒนามาโดยตลอดภายใต้ต้นนโยบายของรัฐ และผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ แต่ก็ไม่ได้ถือว่าสิทธิในสิทธิบัตรเป็นสิทธิในทรัพย์สิน แต่แนวคิดของ การปฏิบัติในประเทศฝรั่งเศสทำให้กฎหมายสิทธิบัตรฝรั่งเศส ฉบับปี ค.ศ. 1791 กำหนดว่า สิทธิบัตรเป็นสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติ (Natural law) และเป็นสิทธิของมนุษย์ (Rights-of-man) แต่แนวคิดดังกล่าวไม่ได้รับการยอมรับจากประเทศอื่น และแม้กระทั่งในประเทศฝรั่งเศสเองก็ เปลี่ยนแปลงแนวคิดดังกล่าวในอีก 4 ปีให้หลัง อย่างไรก็ตามกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศฝรั่งเศส ดังกล่าวถือเป็นความพยายามครั้งแรกในยุโรปที่ก่อตั้งสิทธิของเอกชนเพื่อเป็นสิทธิประโยชน์ <sup>3</sup>

ส่วนกฎหมายสิทธิบัตรในประเทศอังกฤษนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายกฎหมาย (ช่วงปี ค.ศ. 1550-1852) และเจ้าหน้าที่ในสำนักงานสิทธิบัตร (ช่วงปี ค.ศ. 1852 เป็นต้นไป) นับว่ามีบทบาท อย่างสำคัญต่อการกำหนดแนวทาง และวิธีปฏิบัติในการขอรับสิทธิบัตร ศาลอังกฤษเพิ่งเริ่มเข้ามา มีบทบาทตั้งแต่ปี ค.ศ. 1932 ตั้งแต่ก่อตั้งคณะกรรมการอุทธรณ์สิทธิบัตร (Patent Appeal

<sup>2</sup> 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), pp.705-707, 711-715.

<sup>3</sup> Thomas M. Meshbesh, *supra* note 1, p.607.

Tribunal) ซึ่งทำให้แนวปฏิบัติที่เจ้าหน้าที่กำหนดไว้มีความชัดเจนมากขึ้น โดยเฉพาะในคดี *Liardet v. Johnson* ที่ลอร์ดแมนสฟิลด์ (Lord Mansfield) ไขว่คว้าหลักการสำคัญเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะของการคุ้มครองสิทธิบัตรในประเทศอังกฤษ<sup>4</sup> คดีนี้ได้แสดงให้เห็นบทบาทสำคัญของศาลที่มีต่อหลักกฎหมายสิทธิบัตรในประเทศอังกฤษ เนื่องจากคดีนี้เป็นคดีสำคัญ (Landmark case) ผู้เขียนจึงขอกล่าวรายละเอียดของคดีนี้ ดังนี้

โจทก์ (*Liardet*) ฟ้องว่าจำเลย (*Johnson*) ละเมิดสิทธิบัตรของโจทก์ด้วยการผลิตและใช้การประดิษฐ์ซีเมนต์ของโจทก์ จำเลยต่อสู้ว่า ซีเมนต์ที่ได้รับสิทธิบัตรนั้นไม่ใช่สิ่งใหม่ แต่เหมือนกับสารที่มีอยู่ก่อนแล้ว ลอร์ดแมนสฟิลด์ได้สรุปประเด็นแก่คณะลูกขุนว่า ในการชี้ขาดคณะลูกขุนต้องพิจารณา 3 ประเด็น คือ

1. จำเลยได้ใช้การประดิษฐ์ที่โจทก์อ้างว่าเป็นการประดิษฐ์ของโจทก์หรือไม่
2. หากข้อเท็จจริงฟังได้ว่าจำเลยใช้การประดิษฐ์ดังกล่าวจริง ต้องพิจารณาต่อว่าการประดิษฐ์นั้นเป็นสิ่งใหม่ หรือเป็นสิ่งที่มีอยู่ก่อนแล้วตามความหมายของกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา (*The Statute of Monopolies*) และ
3. รายละเอียดการประดิษฐ์ที่โจทก์ยื่นประกอบการขอสิทธิบัตรนั้นทำให้ผู้อื่นทำตามการประดิษฐ์นั้นได้หรือไม่ กล่าวคือ รายละเอียดการประดิษฐ์ของโจทก์จะต้องเพียงพอที่จะทำให้ผู้อื่นทำตามการประดิษฐ์นั้นได้เมื่ออายุการคุ้มครองสิทธิบัตรสิ้นสุดลง เนื่องจากโจทก์จะได้รับประโยชน์ในระหว่างอายุคุ้มครอง ส่วนสาธารณะชนจะได้รับประโยชน์ภายหลังอายุสิทธิบัตรสิ้นสุดลงแล้ว ดังนั้นหากรายละเอียดดังกล่าวไม่เพียงพอที่จะทำตามการประดิษฐ์นั้นได้ สิทธิบัตรของโจทก์ก็ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่มีผลบังคับ

ข้อสรุปต่อคณะลูกขุนของลอร์ดแมนสฟิลด์ดังกล่าว นับเป็นครั้งแรกที่ศาลอังกฤษได้วางหลักเกี่ยวกับการเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ที่ถึงขนาดทำให้ผู้อื่นทำซ้ำการประดิษฐ์นั้นได้ ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่ใช้แพร่หลายในกฎหมายสิทธิบัตรยุคปัจจุบัน และข้อสรุปดังกล่าวได้เปิดพรมแดนแก่แนวคิดที่สังคมจะต้องได้รับประโยชน์ตอบแทนจากการคุ้มครองสิทธิบัตร ด้วยการเปิดเผยรายละเอียดของการประดิษฐ์ และในช่วงปลายศตวรรษที่ 17 แนวคำพิพากษาของศาลจะกำหนดให้ผู้ทรงสิทธิบัตรมีหน้าที่ต้องฝึกฝนผู้อื่นให้ทำซ้ำการประดิษฐ์นั้นด้วย

<sup>4</sup> [1778] 1 W.P.C. 53 และโปรดดูรายละเอียดของคดีนี้ใน Edward C. Walterscheid, "The Early Revolution of The United States Patent Law: Antecedents (Part 3)," 77 *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, 771 (1995), pp.793-797.

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับอิทธิพลจากแนวคิดให้การคุ้มครองสิทธิบัตรเพื่อความก้าวหน้าของประเทศ ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาที่กำหนด “ให้อำนาจแก่รัฐสภาในการส่งเสริมความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ และศิลปวิทยาการโดยการให้ความคุ้มครองแก่นักประพันธ์ หรือนักประดิษฐ์ให้มีสิทธิจำเพาะในระยะเวลาที่จำกัดเหนืองานประพันธ์ หรือการค้นพบ”<sup>5</sup> รัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าวซึ่งเรียกอีกอย่างหนึ่งได้ว่า “บทว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา” (Intellectual Property Clause) ได้แสดงให้เห็นหลักการเบื้องหลังการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกา

เมื่อพิจารณาเนื้อหาของกฎหมายสิทธิบัตรฉบับปี ค.ศ. 1790 ซึ่งถือเป็นกฎหมายสิทธิบัตรฉบับแรกของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ระบุหลักการที่สำคัญที่สะท้อนแนวคิดประโยชน์สาธารณะของการคุ้มครองสิทธิบัตร กล่าวคือ ในมาตรา 2 กำหนดให้ผู้ขอสิทธิบัตรจะต้องระบุรายละเอียดการประดิษฐ์เป็นลายลักษณ์อักษร รายละเอียดดังกล่าวไม่เพียงต้องแสดงให้เห็นความแตกต่างกับงานที่ปรากฏ หรือมีใช้กันอยู่แล้วเท่านั้น แต่ต้องละเอียดเพียงพอที่จะให้บุคคลอื่นทำซ้ำการประดิษฐ์นั้นได้เมื่ออายุการคุ้มครองสิทธิบัตรสิ้นสุดลง และในมาตรา 3 กำหนดให้รัฐต้องเผยแพร่รายละเอียดการประดิษฐ์ โดยจะต้องให้สำเนารายละเอียดการประดิษฐ์นั้นแก่บุคคลที่ร้องขอ

ในปัจจุบันแทบทุกประเทศจะมีกฎหมายสิทธิบัตรที่คุ้มครองการประดิษฐ์ และส่งเสริมการพัฒนาด้านอุตสาหกรรมของประเทศ ซึ่งถือเป็นหน้าที่ของรัฐ นโยบายของรัฐเกี่ยวกับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจมีส่วนอย่างสำคัญต่อทิศทางของกฎหมายสิทธิบัตรของแต่ละประเทศ โดยเฉพาะการขยายขอบเขตการคุ้มครองมาสู่นวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิต โดยเฉพาะทรัพยากรพันธุกรรมพืช

การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรในลักษณะทรัพย์สินเอกชน (Private property rights) ได้รับการกล่าวอ้างว่าจะเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดในการกระตุ้นและส่งเสริมให้เกิดการสร้างสรรค่นวัตกรรม อย่างไรก็ตามการขยายขอบเขตของสิทธิบัตรไปยังสิ่งมีชีวิต โดยเฉพาะทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้สร้างผลกระทบในวงกว้างแก่ผู้เกี่ยวข้องในภาคเกษตรกรรม โดยเฉพาะเกษตรกรที่ยากจนในประเทศกำลังพัฒนา

<sup>5</sup> U.S. Constitutional, Article 1, § 8, Cl.8 “To promote the Progress of Science and useful Art, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries”.

ศาสตราจารย์วัลตัน แฮมิลตัน (Professor Walton Hamilton) จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเยลได้เสนอรายงานฉบับหนึ่งในปี ค.ศ. 1941 ระบุว่า ในปัจจุบันกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกาได้เบี่ยงเบนไปจากพันธกิจเดิมที่กำหนดในรัฐธรรมนูญเป็นอย่างมาก ทั้งนี้เพื่อสนองตอบต่อการเติบโตของภาคอุตสาหกรรม ซึ่งสร้างผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก ศาสตราจารย์วัลตันได้เรียกร้องให้รัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดนโยบายสิทธิบัตรอย่างมีสติ และรอบคอบ (Conscious Policy) โดยคำนึงถึงผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงของหลักกฎหมายดังกล่าว<sup>6</sup>

ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายสิทธิบัตรคุ้มครองการสร้างสรรคของปัจเจกบุคคล ในลักษณะของ ทรัพย์สินของเอกชน ปัจเจกชนจะเป็นผู้ได้รับประโยชน์โดยตรงจากการคุ้มครอง แต่ขณะเดียวกันภาครัฐสามารถใช้กฎหมายดังกล่าวเป็นกลไกเพื่อตอบสนองต่อนโยบายของรัฐในการพัฒนาความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และศิลปวิทยาการ และนำมาซึ่งการพัฒนาอุตสาหกรรมได้ ดังนั้นการคุ้มครองสิทธิบัตรในฐานะทรัพย์สินของเอกชนจึงต้องตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของหลักประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) โดยเฉพาะอย่างยิ่งภาครัฐต้องพิจารณาอย่างรอบคอบต่อการคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตที่มีผลกระทบในวงกว้าง ทั้งนี้เพื่อถ่วงดุลระหว่างการคุ้มครองประโยชน์ของเอกชนกับประโยชน์ของสังคมโดยรวมซึ่งเป็นหน้าที่สำคัญของรัฐ

## 1. แนวคิดทางกฎหมายมหาชนในการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช

### 1.1 การคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชในฐานะสิทธิในทรัพย์สินเอกชนตามแนวคิดของรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตย

หน้าที่ของรัฐสมัยใหม่ (Modern State) ซึ่งเริ่มขึ้นตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 เป็นต้นมานั้น ได้ขยายตัวขึ้นเป็นอย่างมาก หน้าที่ของรัฐไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะการรักษาความสงบ หรือการอำนวยความสะดวก ยุติธรรมเท่านั้น แต่รัฐจะมีหน้าที่เป็นรัฐบริหาร และรัฐบริการแก่ประชาชน เช่น การจัดการคมนาคม การศึกษา การสาธารณสุข การส่งเสริมการอุตสาหกรรม พาณิชยกรรมอีกด้วย<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Kojo Yelapaala, "Owning the Secret of Life: Biotechnology and Property Rights," 32 *McGeorge Law Review*, 111 (2000), pp. 186-187.

<sup>7</sup> สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2536), น.44.

ภายใต้รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตย ซึ่งรวมทั้งรัฐธรรมนูญของประเทศไทยด้วยล้วนได้รับอิทธิพลจากลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) <sup>8</sup> ซึ่งให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิของเอกชน สิทธิของเอกชนที่รัฐในระบอบประชาธิปไตยพึงให้ความสำคัญ ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิและเสรีภาพในทางความคิดและการแสดงความคิดเห็น สิทธิและเสรีภาพในทางสังคมและเศรษฐกิจ ฯลฯ เป็นต้น และสิทธิสำคัญประการหนึ่งของประชาชนภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตย คือ สิทธิในทรัพย์สิน

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ค.ศ.1789 ของประเทศฝรั่งเศส กำหนดว่า “มนุษย์เกิดมามีเสรีภาพและมีสิทธิต่างๆ เท่าเทียมกัน” <sup>9</sup> “ความมุ่งหมายของสังคมการเมืองทั้งปวงได้แก่การปกป้องรักษาไว้ซึ่งสิทธิตามธรรมชาติอันมีอาจทำลายได้ของมนุษย์ สิทธิเหล่านี้ได้แก่ เสรีภาพ ทรัพย์สิน ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและร่างกาย และการต่อต้านการกดขี่ข่มเหง” <sup>10</sup>

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินได้รับการกำหนดอย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยว่า “สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” <sup>11</sup> กล่าวเฉพาะกรณีทรัพย์สินทางปัญญาในกรณีของพันธุกรรมพืช ในกรณีของพันธุกรรมพืชในลักษณะที่แสดงออกภายนอก (Phenotype) ที่อยู่ในความครอบครองของเอกชน เช่น พืช หรือ พันธุกรรมที่เก็บรักษาไว้ ย่อมถือเป็นทรัพย์สินที่ผู้เป็นเจ้าของมีสิทธิใช้สอย จำหน่ายและได้รับดอกผลจากทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย <sup>12</sup>

ในส่วนทรัพย์สินทางพันธุกรรมพืชในลักษณะของรหัสพันธุกรรม หรือความรู้ที่เกี่ยวกับพันธุกรรมนั้น ประเทศไทยได้ให้ความสำคัญคุ้มครองแก่เอกชนในรูปแบบของทรัพย์สินทางปัญญา โดยเอกชนอาจขอรับความคุ้มครองได้ในหลายลักษณะ เช่น ความลับทางการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เป็นต้น อย่างไรก็ตามกฎหมายสิทธิบัตรของไทยระบุไม่ให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิบัตรแก่พืช สารสกัดจาก

<sup>8</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท โรงพิมพ์เด็อนตุลา จำกัด, 2543), น.13.

<sup>9</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ค.ศ.1789, ข้อ 1.

<sup>10</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ค.ศ.1789, ข้อ 2.

<sup>11</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540, มาตรา 48.

<sup>12</sup> ป.พ.พ. มาตรา 1336.

พืช และจุลินทรีย์หรือส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลินทรีย์ที่มีอยู่ตามธรรมชาติ<sup>13</sup> การจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนดังกล่าวก็โดยอาศัยอำนาจตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนั่นเอง<sup>14</sup>

## 1.2 การคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชภายใต้หลักสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน

ทรัพยากรธรรมชาติทุกชนิดจะอยู่ภายใต้อธิปไตยของรัฐที่จะบริหารจัดการ ยกเว้นส่วนที่อยู่ในความครอบครองในลักษณะทรัพย์สินของเอกชน ซึ่งอาจเป็นการครอบครองโดยเอกชนหรือหน่วยงานของรัฐก็ได้ ทรัพยากรธรรมชาติในส่วนอื่นนอกเหนือจากนี้จะตกอยู่ภายใต้หลักสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน และรัฐจะบริหารจัดการเพื่อสาธารณะประโยชน์ของแผ่นดิน เช่น การควบคุมการใช้ประโยชน์จากป่าไม้ แหล่งน้ำ ดินเพื่อการอนุรักษ์ธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

- (1) ความสัมพันธ์ของหลักสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน (res publicae), หลักทรัพย์สินไม่มีเจ้าของ (res nullius) และหลักทรัพย์สินของมนุษยชาติ (res communes) ตามกฎหมายโรมันกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช

ตามแนวคิดการจัดประเภททรัพย์สินของกฎหมายโรมันนั้น อาจจัดให้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชอยู่ในประเภททรัพย์สินสาธารณะ (res publica/ Public Property) เนื่องจากลักษณะและการคงอยู่ของทรัพย์สินประเภทนี้มีความสำคัญต่อมนุษย์เกินกว่าจะยอมให้ตกเป็นของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง และด้วยเหตุผลดังกล่าวกฎหมายโรมันจึงไม่จัดให้ทรัพย์สินที่มีความสำคัญเช่นนี้เป็นทรัพย์สินไม่มีเจ้าของ (res nullius) เนื่องจากทรัพย์สินประเภทนี้หากมีเอกชนใดครอบครองยึดถือก็อ้างสิทธิเป็นเจ้าของได้ และการจัดให้เป็นทรัพย์สินสาธารณะจะต่างจากทรัพย์สินส่วนรวม (res communes) เนื่องจากทรัพย์สินประเภทนี้จะเป็นทรัพย์สินของคนทั้งหมด ไม่จำกัดเฉพาะคนโรมันเท่านั้น เช่น อากาศ แม่น้ำ เป็นต้น<sup>15</sup>

ดังนั้นตามแนวคิดกฎหมายทรัพย์สินของโรมันเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชแล้ว หากจัดให้เป็นทรัพย์สินส่วนรวม (res communes) ซึ่งเทียบได้กับทรัพย์สินที่เป็นสมบัติของคนทั้งโลก ทำนองเดียวกับหลักมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ (CHM) ที่ไม่มีใครอ้างสิทธิเป็นเจ้าของแต่ผู้เดียวได้ โดยทุกคนมีสิทธินำไปใช้ประโยชน์ แต่หากจัดให้เป็นทรัพย์สินสาธารณะ (res publica) จะเทียบได้กับทรัพย์สินที่เป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน กล่าวคือเป็นทรัพย์สินที่เป็นของรัฐใด

<sup>13</sup> พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 9(1).

<sup>14</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540, มาตรา 48.

<sup>15</sup> โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมในบทที่ 1.

รัฐหนึ่งในการบริหารจัดการ อย่างไรก็ตามการแบ่งประเภททรัพย์สินตามกฎหมายโรมันมีความแตกต่างจากในปัจจุบัน

(2) การควบคุมการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชในฐานะสาธารณะสมบัติของแผ่นดินโดยรัฐ

ในประเทศไทยทรัพยากรพันธุกรรมพืชอาจจัดเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน ตามป.พ.พ. มาตรา 1304 ประเภททรัพย์สินของรัฐที่มีอยู่เพื่อให้ประชาชนใช้ร่วมกัน<sup>16</sup> ทั้งนี้อาจแบ่งลักษณะที่ประชาชนใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้ใน 2 รูปแบบ คือ

1. การใช้โดยตรง เช่น การนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ในการปรับปรุงพันธุ์พืช การวิจัย ค้นคว้าที่เกี่ยวกับหาสารออกฤทธิ์จากพืชสมุนไพร หรือการสกัดสารบริสุทธิ์จากพืช เป็นต้น

2. การใช้ประโยชน์โดยอ้อม เช่น การที่รัฐอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชให้คงความหลากหลายไว้ ทำให้ระบบนิเวศดีขึ้นย่อมเป็นประโยชน์แก่ประชาชนโดยทั่วไป และถือว่าประชาชนได้ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าวเช่นกัน

ปัญหาที่ควรพิจารณา คือ ทรัพยากรพันธุกรรมพืชในลักษณะที่แสดงออกภายนอกของพืช (Phenotype) เช่น ต้นไม้ในป่าจะเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินหรือไม่

ประเด็นนี้คณะกรรมการกฤษฎีกาเคยมีความเห็นว่า ไม้ในป่าเป็นทรัพย์สินไม่มีเจ้าของ ไม่ใช่สาธารณะสมบัติของแผ่นดิน และไม่ดังกล่าวไม่ตกเป็นส่วนควบของที่ดิน เนื่องจากเห็นว่าส่วนควบนั้นหมายถึงส่วนควบของทรัพย์สินมีเจ้าของเท่านั้น<sup>17</sup> ผู้เขียนเห็นว่าความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเทียบเคียงได้กับ “ทรัพย์สินไม่มีเจ้าของ” (*res nullius*) ตามกฎหมายโรมัน ซึ่งทรัพย์สินประเภทนี้หากมีผู้ใดเข้าครอบครองย่อมเป็นเจ้าของได้

<sup>16</sup> นอกจากทรัพย์สินที่ประชาชนใช้ร่วมกันแล้ว ตามป.พ.พ. มาตรา 1304 ยังอาจแบ่งสาธารณะสมบัติของแผ่นดินออกได้อีก 2 ประเภท คือ ทรัพย์สินของรัฐที่มีอยู่เพื่อบริการสาธารณะ เช่น ตึกกรม ป้อม ค่าย อาคารสถานที่ของทางราชการ และที่ดินรกร้างว่างเปล่า; ผู้สนใจรายละเอียดของหลักสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน, โปรดดูเพิ่มเติมใน สุนทรียา เหมือนพะวงศ์, “การใช้และการคุ้มครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536).

<sup>17</sup> บันทึกความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง หาหรือปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการปลูกป่า (ไม้ที่ปลูกขึ้นเป็นส่วนควบกับที่ดินที่ปลูกนั้นหรือไม่ และอยู่ในบังคับกฎหมายว่าด้วยการปลูกป่าและกฎหมายว่าด้วยการปลูกป่าสงวนหรือไม่) พ.ศ.2524, อ้างใน เพ็งอ้วน, น.48.

อย่างไรก็ดี ประเด็นนี้ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ว่า ไม้หวงห้ามเป็นส่วนควบกับป่า แม้จะถูกลอบตัดโดยไม่ได้รับอนุญาตจนกลายเป็นสังหาริมทรัพย์แล้วก็ยังคงเป็นส่วนหนึ่งของสาธารณสมบัติของแผ่นดินเช่นเดิม<sup>18</sup> ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของศาลฎีกาดังกล่าว โดยมีความเห็นเพิ่มเติมว่า ที่ดินที่รกร้างว่างเปล่านั้นรัฐเป็นเจ้าของที่ดินเสมอ ดังนั้นต้นไม้ในป่าย่อมเป็นส่วนควบกับที่ดิน(ที่รัฐเป็นเจ้าของ) จึงเป็นส่วนควบและตกเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินด้วยเช่นกัน เอกชนจะเข้ายึดถือเอา หรือใช้ประโยชน์จากป่าไม้ได้ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เช่น ต้องขออนุญาต ต้องเสียค่าภาคหลวง เป็นต้น หลักกฎหมายเช่นนี้ยังสอดคล้องกับหลักอำนาจอธิปไตยถาวรของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ (Permanent sovereignty of state over natural resources) และหลักสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรพันธุกรรม ตาม CBD/ITPGR และทำให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมสามารถอ้างสิทธิเพื่อควบคุมการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้ หากเป็นการเข้าถึงโดยการลักลอบ หรือเข้าถึงโดยไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด พันธุกรรมพืชที่นำออกไปยังคงสถานะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินดังเดิม

แนวคิดที่รัฐเป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาตินี้ ผู้เขียนเห็นว่าพัฒนามาจากแนวคิดในอดีตเกี่ยวกับสิทธิในการเป็นเจ้าของที่ดินของกษัตริย์ และเพื่อให้เห็นภาพพัฒนาการของแนวคิดการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติในฐานะสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ผู้เขียนขอกล่าวถึงพัฒนาการดังกล่าว ข้อที่น่าสังเกตคือ พัฒนาการดังกล่าวได้แสดงถึงการมีส่วนร่วมของชุมชนต่อทรัพยากรธรรมชาติเป็นสิ่งที่ดำรงอยู่มาแต่ครั้งอดีต ดังนี้

กษัตริย์ตั้งแต่สมัยอยุธยาจะอยู่ในฐานะสมมุติเทพและเป็นเจ้าของที่ดินทั้งหมด<sup>19</sup> รูปแบบการปกครองจะเป็นแบบรัฐอาณาจักร<sup>20</sup> เปิดโอกาสให้เมืองต่างๆ รวมทั้งประเทศราชมีอิสระในการปกครองตนเองระดับหนึ่ง และจัดสรรที่ดินผ่านระบบศักดินา แต่รัฐรับรองสิทธิของ

<sup>18</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1827/2493 (เนติ.) น.1776.

<sup>19</sup> ในสมัยสุโขทัยไม่ปรากฏข้อมูลเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดิน แม้ในศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงก็ระบุข้อมูลเกี่ยวกับหนองน้ำสาธารณะเท่านั้นที่ให้อธิว่าเป็นของทุกคน โปรดดูหลวงสุทิวาหนฤพิณ, คำบรรยายประวัติศาสตร์ชั้นปริญญาโท, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), น.146; กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ ในสมัยอยุธยา กำหนดว่า “ที่ในแคว้นแคว้นกรุงเทพมหานครศรีอยุธยา เป็นที่แห่งพระเจ้าอยู่หัว หากให้ราษฎรทั้งหลายผู้เป็นข้าแผ่นดินอยู่ จะได้เป็นที่ราษฎรหาได้”.

<sup>20</sup> การปกครองในรูปแบบรัฐอาณาจักรแบ่งการปกครองเป็น 3 ส่วน คือ 1. ศูนย์กลางอำนาจรัฐ หรือเมืองหลวง 2. เมืองหน้าด่าน หรือเมืองลูกหลวง และ 3. เมืองประเทศราช.

ราษฎรในการจับจองที่ดินรกร้างว่างเปล่าโดยต้องแบ่งผลประโยชน์แก่รัฐในรูปของภาษีอากร ทั้งนี้ ราษฎรมีเพียงสิทธิทำกินในที่ดินเท่านั้นไม่ได้เป็นเจ้าของ

การกำหนดให้กษัตริย์เป็นเจ้าของที่ดินทั้งหมดนั้นมีที่มาจากเหตุผลทางการเมือง เนื่องจากในยุคสมัยนั้นถือว่ากษัตริย์มีอำนาจสูงสุดในทุกด้าน การกำหนดกฎหมายในลักษณะนี้จึงเป็นไปเพื่อแสดงอำนาจทางปกครองของกษัตริย์ที่มีอยู่เหนือพื้นดินอย่างเด็ดขาด อันมีผลให้กษัตริย์สามารถใช้อำนาจบังคับแก่ผู้ครอบครองที่ดินได้โดยชอบธรรม<sup>21</sup> แต่กฎหมายก็เปิดช่องให้เอกชนมีสิทธิใช้ประโยชน์จากที่ดินได้หากได้รับอนุญาต<sup>22</sup>

เมื่อระบบเศรษฐกิจแบบตลาดขยายตัวในประเทศไทย ระบบกรรมสิทธิ์ที่ดินภายใต้ระบบศักดินาไม่อาจรองรับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวได้ เนื่องจากระบบเศรษฐกิจตลาดทำให้เกิดกลุ่มทางสังคมใหม่ๆ ที่ไม่มีสถานะในระบบศักดินา และกีดกอร์นระบบศักดินาให้อ่อนแอลง ประกอบกับแนวคิดรัฐชาติ หรือรัฐสมัยใหม่ (Modern State) ก่อตัวขึ้นจึงต้องกำหนดอาณาเขตดินแดนที่แน่นอนเพื่อกำหนดอำนาจรัฐ รวมทั้งเพื่่ออ้างสิทธิในการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติในเขตแดนนั้น โดยเฉพาะทรัพยากรธรรมชาติประเภทป่า<sup>23</sup> แต่ในทางปฏิบัติกรรมสิทธิ์ของรัฐไม่ตัดสิทธิในการเข้าถึงหรือใช้ประโยชน์จากป่าไม้ของชุมชนโดยสิ้นเชิง

หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ระบบกรรมสิทธิ์ของรัฐขยายตัวมากขึ้น เกิดการจำกัดกิจกรรมการใช้ประโยชน์จากป่าจากเดิมที่เน้นควบคุมชนิดของไม้ที่ใช้ประโยชน์ และผลผลิตไม้จากป่ามาเป็นการกีดกันชุมชนท้องถิ่นในการใช้ประโยชน์จากป่า โดยออกกฎหมายเกี่ยวกับป่าสงวนแห่งชาติซึ่งเป็นกฎหมายฉบับแรกที่ทำให้ความสนใจ “ป่า”<sup>24</sup> ในฐานะที่เป็นพื้นที่จากเดิมที่สนใจ

<sup>21</sup> ร. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, 2 เล่ม, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์, 2521), เล่ม 2, น. 307-324.

<sup>22</sup> สุนทรียา เหมือนพะวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น.13.

<sup>23</sup> เดิมผลประโยชน์จากทรัพยากรประเภทป่าจะตกอยู่กับเจ้าเมืองหน้าด่าน หรือผู้ครองประเทศราชต่างๆ เช่น ชาติตะวันตกที่ต้องการตัดไม้ในป่าภาคเหนือต้องทำข้อตกลงกับเจ้าผู้ครองนครทำให้ผลประโยชน์ไม่ตกกับรัฐบาลกลางจึงมีการเปลี่ยนแปลงการจัดการป่าไม้เป็นการรวมศูนย์ที่รัฐบาลกลาง.

<sup>24</sup> ความหมายของ “ป่า” เปลี่ยนแปลงตลอดเวลาเป็นผลจากอิทธิพลทางการเมือง ผลประโยชน์ และอำนาจที่มีต่อป่าธรรมชาติ คำว่า “Forest” มีรากศัพท์จากภาษาละติน “foris” หมายถึง “ภายนอก” คำกริยาในภาษาละติน “forestaré” หมายถึง “การกันออกไป การวางเส้นแบ่ง และการขีดกั้น” ในอังกฤษเคยถูกใช้ในความหมายว่า “ที่ที่เก็บรักษาควาง” และมีกฎหมาย

เฉพาะต้นไม้<sup>25</sup> การขยายอำนาจรัฐมีลักษณะเป็นการอ้างและโอนอำนาจเหนือทรัพยากรเป็นของรัฐโดยเด็ดขาด แยกคนออกจากป่า<sup>26</sup> ขยายการให้ความสำคัญจากไม้สักไปสู่ไม้ชนิดอื่นๆ และขยายต่อไปยังพื้นที่ป่าเพื่อหวังพื้นที่เพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจและการอนุรักษ์ ใช้ระบบโฉนดที่ดินตามประเทศตะวันตกเป็นระบบหลักในการตรวจสอบสิทธิ รวมศูนย์อำนาจการบริหารทั้งหมดไว้กับรัฐ โดยได้ออกกฎหมายเพื่อบริหารจัดการป่าตามประเภทของพื้นที่ทางนิเวศวิทยา เช่น ป่า

---

คุ้มครองกวากำกับอยู่ นับแต่ศตวรรษที่ 11 ความหมายของป่าเปลี่ยนจากพื้นที่ที่ถูกคุ้มครองโดยกฎหมายเฉพาะเป็น “พื้นที่ที่ปกคลุมด้วยต้นไม้” โปรตุเกส ปีนแก้ว เหลืองอร่ามศรี, “ความจริงวัฒนธรรมและความเชื่อ: การเมืองและการผลิตความรู้ป่าไม้ในไทย,” ใน ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร, ความรู้กับการเมืองเรื่องทรัพยากร, (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร, 2548), น.16 เจริญพรที่ 8.

<sup>25</sup> เดิมจะให้ความสำคัญกับเฉพาะมูลค่าของเนื้อไม้ พยายามเปลี่ยนแปลงระบบนิเวศป่าตามธรรมชาติให้เป็นพื้นที่ของต้นไม้ที่มีค่าไม่กี่ชนิด ที่มีอายุเท่าๆ กัน เติบโตอย่างสม่ำเสมอ และให้เนื้อไม้เพื่อป้อนอุตสาหกรรมป่าไม้ วิธีการในการจัดการป่าจะเน้นการสร้างมาตรวัดและการคำนวณ โดยทำให้ป่ามีความหลากหลายน้อยที่สุด หมายความว่า ไม้ที่ไม่มีค่าและระบบกระบวนการผลิตเนื้อไม้ควรตัดออก ใช้วิธีการคำนวณทางคณิตศาสตร์เพื่อประมาณการเนื้อไม้ในป่าและผลผลิตที่จะขายได้ และวางแผนแปลงในการตัดไม้ที่ทำให้เวียนตัดไม้ในแต่ละปีได้อย่างต่อเนื่อง ป่าจะมีลักษณะใกล้เคียงกับสวนป่าทำให้ควบคุมได้ง่ายขึ้น เป็นการลดทอนความซับซ้อนของป่าให้กลายเป็นสินค้าที่มีประโยชน์เพียงอย่างเดียวคือ เนื้อไม้ ต่อมาเมื่อการใช้ประโยชน์จากป่าขยายตัวจากประโยชน์ทางเศรษฐกิจไปสู่ประโยชน์ทางวัฒนธรรมและสุนทรียศาสตร์ ป่าอนุรักษ์และการอนุรักษ์ป่าเพื่อสุนทรียศาสตร์และระบบนิเวศจึงเกิดขึ้น โดยพัฒนาแยกป่าบางประเภทออกจากป่าเพื่อการผลิตเนื้อไม้ และสร้างหน้าที่ใหม่ๆ ให้แก่ป่า เช่น ป่าอุทยานแห่งชาติ เพื่อการท่องเที่ยว เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า เพื่อเป็นที่อยู่ของสัตว์ป่า ป่าลุ่มน้ำชั้นเอเพื่อเป็นแหล่งต้นน้ำอย่างไรก็ตามกระบวนการจัดการป่ายังคงรวมศูนย์อยู่ที่รัฐส่วนกลาง และไม่มีป่าประเภทใดถูกจัดเพื่อตอบสนองต่อชุมชนท้องถิ่น โปรตุเกส รวยละเอียดใน เฟื่องอ้าง, น.8-42.

<sup>26</sup> การอ้างสิทธิครอบครองดินแดนเหนือพื้นที่ป่าไม้เป็นกลไกสำคัญในการเข้าครอบครองทรัพยากรป่า และให้รัฐผูกขาดการใช้ประโยชน์ด้วยความชอบธรรม ทำให้ป่าเป็นสินค้าของชาติ อำนาจทางการเมืองจะเป็นผู้กำหนดว่าพื้นที่ใดเป็นป่า ผู้ใดมีสิทธิเข้าถึงป่าไม้ หรือเงื่อนไขในการเข้าถึง กระบวนการนี้ทำให้วิถีชีวิตของชุมชนท้องถิ่นไม่ว่าจะเป็นเกษตรกรรมพื้นบ้านแบบไร่มุมนเวียน การใช้ไม้ และการเก็บหาของป่ากลายเป็นความผิดตามกฎหมาย.

อนุรักษ์ต้นน้ำ อุทยานแห่งชาติ เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า เขตห้ามล่าสัตว์ ป่าเศรษฐกิจ ฯลฯ รัฐยังได้อำนาจสิทธิเหนือทรัพยากรประเภทอื่นด้วย เช่น ทรัพยากรประมงและชายฝั่ง โดยรัฐจัดให้เป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินทำให้รัฐมีสิทธิในการบริหารจัดการทั้งหมด ในปัจจุบันกล่าวได้ว่าทรัพยากรพันธุกรรมพืชอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐเป็นส่วนใหญ่ โดยผ่านการอ้างสิทธิเหนือพื้นที่ในฐานะเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน และดังที่ได้ให้ข้อสังเกตในเบื้องต้นว่า ระบบกรรมสิทธิ์ในที่ดินของประเทศไทยนั้นมีเอกลักษณ์เฉพาะตัวที่ไม่ตัดสิทธิเอกชนในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่ในป่า เป็นการยอมรับการอยู่ร่วมกันระหว่างชุมชนและป่า ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นลักษณะเด่นของสังคมไทยนับแต่อดีต

## 2. การคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชภายใต้หลักประโยชน์สาธารณะ (Public interest)

คำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” นั้น ศาสตราจารย์วรพจน์ วิศรุตพิชญ์อธิบายว่า สิ่งที่เรียกกันว่าประโยชน์ส่วนรวม (General interest) หรือประโยชน์มหาชน (Public interest) นั้น แท้จริงแล้วก็คือความต้องการอันร่วมกันของราชนั้นเอง เช่น ราษฎรต้องการความมั่นคงปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ต้องการกินดีอยู่ดีทั้งทางกายภาพ และจิตใจ ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตทรัพย์สินดังกล่าวจะมีได้ต่อเมื่อประเทศมีความมั่นคงปลอดภัยจากการรุกรานของต่างชาติ มีความสงบเรียบร้อยภายใน มีความมั่นคงทางเศรษฐกิจ ดังนั้นความมั่นคงของรัฐ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจจึงนับเป็นประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์มหาชน แต่ประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์มหาชนนี้ไม่ใช่ผลรวมของความต้องการของราษฎรแต่ละคน<sup>27</sup>

ประโยชน์สาธารณะจะเป็นประโยชน์ทั่วไปของสังคม มิได้เจาะจงแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ เป็นการมองสังคมในภาพรวม (As a whole) ลักษณะของประโยชน์สาธารณะจึงเป็นเรื่องของความต้อการ (Need) ของคน เป็นสิ่งที่ต้องตอบสนองต่อความจำเป็นส่วนรวมของประชาชน และเป็นสิ่งที่เป็นพลวัต (Dynamic) จะไม่หยุดนิ่งคงที่ตายตัว แต่จะเปลี่ยนแปลงสัมพัทธ์ (Relative) ไปตามปัจจัยแวดล้อมต่างๆ เช่น สถานที่ เวลาและเนื้อหา<sup>28</sup>

<sup>27</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), น. 19-20.

<sup>28</sup> ัญญลักษณ์ เกตุศร, “สาธารณประโยชน์ในกฎหมายปกครอง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น.32-39.

ลักษณะของประโยชน์สาธารณะ (Public interest) ตามกฎหมายมหาชนมีลักษณะดังนี้<sup>29</sup>

1. ประโยชน์สาธารณะ คือการตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ที่ไม่ใช่ผู้ดำเนินการนั้นๆ เอง
2. ผู้ที่จะบอกว่าอะไรคือประโยชน์สาธารณะ โดยหลักก็คือรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนปวงชนกับศาล
3. เมื่อเป็นประโยชน์สาธารณะแล้วฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องตอบสนองจะเลือกใช้ดุลพินิจว่าจะทำหรือไม่ทำไม่ได้

4. ขอบเขตของประโยชน์สาธารณะขึ้นอยู่กับรัฐสภาจะกำหนดในกฎหมายต่างๆ

ภายใต้รูปแบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานั้น ผู้ทรงสิทธิจะได้รับสิทธิจำเพาะ (Exclusive Rights) ในลักษณะสิทธิในทรัพย์สินเอกชน (Private Property Rights) ทำให้ผู้ทรงสิทธิมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้ หรือแสวงหาประโยชน์เหนือนวัตกรรมดังกล่าว และกีดกันผู้อื่นมิให้ใช้ประโยชน์จากนวัตกรรมนั้นเว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิก่อน สิทธิในทรัพย์สินถือเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน สิทธิดังกล่าวได้รับการยอมรับให้เป็นสิทธิมนุษยชนสำคัญประการหนึ่ง ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาตรา 17(1) ระบุว่า “มนุษย์ทุกคนมีสิทธิเป็นเจ้าของ หรือร่วมเป็นเจ้าของในทรัพย์สิน” (Everyone has the rights to own property alone as well as in associated with others) กฎบัตรว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรปก็ระบุรับรองสิทธิในทรัพย์สิน และระบุชัดเจนว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาต้องได้รับการคุ้มครอง<sup>30</sup>

เมื่อความต้องการได้รับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนเป็นความต้องการของคนส่วนใหญ่ การคุ้มครองทรัพย์สินเอกชน รวมทั้งการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปมีว่า สิทธิของเกษตรกรในการใช้ประโยชน์จากเมล็ดพันธุ์ พันธุ์พืช หรือพันธุกรรมพืชเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่

ในกรณีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเหนือนวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช ซึ่งเริ่มแพร่หลายในประเทศอุตสาหกรรมที่มีความก้าวหน้าในเทคโนโลยีสาขานี้ในปัจจุบันนี้ ได้ก่อให้เกิดคำถามหลายประการ โดยเฉพาะเมื่อถือว่าพันธุกรรมพืชเป็นสิ่งจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์ และสรรพสิ่งในโลกนี้ การหวงกันภายใต้ระบบ

<sup>29</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน 3 เล่ม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), เล่ม 3, น.334.

<sup>30</sup> Charter of Fundamental Rights of the European Union, Article 17(1), (2).

ทรัพย์สินทางปัญญาในฐานะทรัพย์สินเอกชน จึงกระทบต่อการใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืชของบุคคลอื่นในฐานะเอกชนด้วยกัน กระทั่งต่อวิถีการใช้เมล็ดพันธุ์ของเกษตรกรที่มีมาอย่างยาวนาน จนอาจกล่าวได้ว่าเป็นจารีตประเพณีของเกษตรกร การจำกัดสิทธิจากผลการคุ้มครองสิทธิบัตรยังกระทบต่อระบบนิเวศ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งเป็นผลกระทบต่อสังคมโดยรวมอีกด้วย<sup>31</sup>

นอกจากนี้แม้จะถือว่าสิทธิในทรัพย์สินเป็นสิทธิมนุษยชนประการหนึ่ง แต่ปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนก็รับรองสิทธิในการใช้ประโยชน์จากงานทางวิทยาศาสตร์ งานวรรณกรรม หรือศิลปกรรมที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งได้สร้างสรรค์ขึ้นเช่นเดียวกัน<sup>32</sup>

ข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิในทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมก็กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องคุ้มครองสิทธิในทางศิลปกรรม และสิทธิในการใช้ประโยชน์ของบุคคลใดๆ จากการที่บุคคลนั้นได้สร้างสรรค์งานทางวิทยาศาสตร์ งานวรรณกรรม หรืองานศิลปกรรม<sup>33</sup>

ดังนั้น เมื่อเกษตรกรส่วนใหญ่ในประเทศกำลังพัฒนาที่มีส่วนในการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมย่อมอ้างสิทธิเหนือทรัพยากรพันธุกรรมที่ตนเองมีส่วนอนุรักษ์และพัฒนาดังกล่าวในฐานะเป็นงานที่สร้างสรรค์ขึ้นด้วยได้เช่นเดียวกัน และเมื่อสิทธิของเกษตรกรดังกล่าวเป็นประโยชน์แก่คนหมู่มาก จึงถือเป็นประโยชน์สาธารณะที่รัฐมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองโดยไม่อาจใช้ดุลพินิจเลือกจะคุ้มครองหรือไม่คุ้มครอง

ด้วยผลกระทบที่เกิดจากการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าว รัฐจึงจำเป็นต้องจำกัดสิทธิของปัจเจกชนในบางกรณีเพื่อถ่วงดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยในการแทรกแซงของรัฐจะต้องอยู่ภายใต้กรอบของหลักกฎหมายมหาชนซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

<sup>31</sup> โปรดดูรายละเอียดผลกระทบจากการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเหนือนวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้ในบทที่ 1.

<sup>32</sup> Universal Declaration of Human Rights, Article 27(2).

<sup>33</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Article 15(1).

## 2.1 การจำกัดสิทธิเอกชนในทรัพย์สินทางปัญญาเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชตามกฎหมายมหาชน: หลักจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

คำว่า “สิทธิ” ตามความหมายทั่วไป หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย<sup>34</sup> แต่สิทธิตามรัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชนนั้น หมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้รับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใด ไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องไม่ให้บุคคลใด หรือองค์กรของรัฐแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้น<sup>35</sup>

ส่วนคำว่า “เสรีภาพ” นั้นหมายถึงสภาพการณ์ที่บุคคลที่มีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน เสรีภาพจึงต่างจากสิทธิที่ว่า สิทธิเป็นอำนาจที่บุคคลมีเพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการ หรือละเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่ง แต่ในขณะที่เสรีภาพเป็นอำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยปราศจากการแทรกแซงครอบงำจากบุคคลอื่น<sup>36</sup>

สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นเกราะป้องกันของปัจเจกบุคคลต่อการกระทำของรัฐ รวมทั้งเป็นเครื่องเรียกร้องให้รัฐกระทำการต่างๆ ต่อปัจเจกบุคคล เช่น การเรียกร้องให้รัฐปฏิบัติต่อบุคคลอย่างเสมอภาค ไม่เลือกปฏิบัติ การเรียกร้องให้รัฐคุ้มครองให้พ้นจากการแทรกแซงของบุคคลอื่น เป็นต้น

ตามหลักกฎหมายมหาชนนั้น การจำกัดสิทธิเสรีภาพของเอกชนอาจทำได้ใน 3 กรณี คือ<sup>37</sup>

1. เพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่น กล่าวคือ มนุษย์ทุกคนมีสิทธิเสรีภาพเท่าเทียมกัน แต่การที่กฎหมายคุ้มครองสิทธิเสรีภาพมิได้หมายความว่าบุคคลนั้นจะใช้สิทธิเสรีภาพก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่บุคคลอื่นได้ เพราะบุคคลอื่นก็มีสิทธิเสรีภาพเท่าเทียมกัน ในขณะที่

<sup>34</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2538), น.21.

<sup>35</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2543), น.47.

<sup>36</sup> เพิ่งอ้าง, น.47-48.

<sup>37</sup> เพิ่งอ้าง, น.147-160.

กฎหมายคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลหนึ่งย่อมต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นด้วยเช่นกัน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กฎหมายคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นๆ ด้วย ดังนั้นการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลหนึ่งจึงต้องอยู่ในกรอบที่ไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอีกคนหนึ่ง ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 กำหนดว่า การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา หรือการสื่อความหมายด้วยวิธีอื่นจะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ... เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่น..<sup>38</sup> หรือที่กำหนดว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับทราบข้อมูลข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น เว้นแต่การเปิดเผยนั้นจะกระทบต่อ.. ส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น..<sup>39</sup>

2. เพื่อการดำรงอยู่และเพื่อความสามารถในการทำภาระหน้าที่ของรัฐ กล่าวคือ การดำรงอยู่ของรัฐจะทำให้รัฐสามารถทำหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ดังนั้นรัฐจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อดำรงความเป็นรัฐอยู่ต่อไป เช่น การที่รัฐตรากฎหมายกำหนดให้ประชาชนของตนต้องเข้ารับราชการทหาร เป็นต้น และในการปฏิบัติภารกิจของรัฐนั้น รัฐก็อาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ เช่น การกำหนดให้ประชาชนต้องเสียภาษีให้แก่รัฐ เพื่อรัฐจะได้นำเงินภาษีนั้นไปใช้ในการกิจการต่างๆ ของรัฐได้ เป็นต้น

3. เพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน กล่าวคือ ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนแต่ละรายนั้นในบางครั้งความต้องการของเอกชนดังกล่าวอาจขัดแย้งกับประโยชน์ของส่วนรวม ในกรณีนี้รัฐจะมีอำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะซึ่งเป็นประโยชน์ของคนในสังคมโดยทั่วไป การจำกัดสิทธิเสรีภาพของเอกชนในกรณีของความสงบเรียบร้อยของประชาชนก็เช่นเดียวกัน เนื่องจากความสงบเรียบร้อยของสังคมนั้นเป็นสิ่งที่พึงประสงค์ของคนส่วนรวม ซึ่งโดยหลักแล้วผลประโยชน์ของส่วนรวมย่อมมาก่อนผลประโยชน์ส่วนบุคคลเสมอ การจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงเป็นเรื่องที่มีความชอบธรรมอย่างยิ่ง<sup>40</sup>

<sup>38</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, มาตรา 39.

<sup>39</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, มาตรา 58.

<sup>40</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เจริญพรที่ 35, น.159.

ในการจำกัดสิทธิของเอกชนในทรัพย์สินทางปัญญาเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้น ผู้เขียนเห็นว่าต้องพิจารณาใน 2 มิติ ตามลักษณะ และธรรมชาติ (Nature) ของพันธุกรรม กล่าวคือ พันธุกรรมในความหมายลักษณะที่แสดงออกภายนอก (Phenotype) และในความหมายข้อมูล หรือรหัสพันธุกรรมที่กำหนดลักษณะที่แสดงออกภายนอกของพืช (Genotype)

ในลักษณะแรก พันธุกรรมพืชจะปรากฏในพืชที่เป็นวัตถุจับต้องได้ และมีสถานะเป็นทรัพย์สินที่หวงกันครอบครองไว้ได้ เช่น การหวงกันพืชสมุนไพรที่ปลูกไว้เอง เป็นต้น ในลักษณะนี้ พืชจะตกอยู่ภายใต้หลักกฎหมายเรื่องกรรมสิทธิ์ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายเอกชน หลักนี้เป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นหลักที่เจ้าของทรัพย์สินใช้อ้างกับคนอื่น ๆ ได้ทั้งหมด ผู้เป็นเจ้าของย่อมมีสิทธิใช้สอย ติดตาม เอาคืน หวงกันทรัพย์สินนั้นอย่างไรก็ได้

อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายความว่าผู้เป็นเจ้าของจะมีสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นโดยไม่มีข้อจำกัด หรือรัฐไม่มีอำนาจในการแทรกแซงหลักกรรมสิทธิ์ เนื่องจากกรรมสิทธิ์จะต้องได้รับการรับรองโดยกฎหมาย ดังนั้นรัฐจึงอาจมีอำนาจจำกัดขอบเขตของหลักกรรมสิทธิ์ได้โดยกฎหมาย เช่น การที่รัฐออกกฎหมายห้ามเอกชนตัดไม้บางชนิดที่ปลูกอยู่ในที่ดินของตนเอง หรือต้องให้ขออนุญาตต่อทางราชการก่อน เป็นต้น

การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมในลักษณะนี้ไม่เป็นปัญหามากนัก เนื่องจากการใช้ประโยชน์จะต้องเข้าถึงตัวทรัพยากร และประโยชน์จากการใช้จะขึ้นอยู่กับปริมาณที่ใช้ เช่น การใช้ไม้เพื่อสร้างบ้าน เมื่อคนหนึ่งตัดไม้นำไปใช้แล้ว ไม้ก็หมดไป โดยสภาพคนอื่นจะไม่สามารถใช้ไม้นั้นได้อีก การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชในความหมายนี้จึงขึ้นอยู่กับปริมาณของทรัพยากร

ในลักษณะที่สองนั้น พันธุกรรมจะมีลักษณะเป็นข้อมูลความรู้ที่มีลักษณะและธรรมชาติเป็นสิ่งที่ไม่อาจหวงกันได้ เช่น นักวิจัยแยกสกัดข้อมูลพันธุกรรมที่ทำให้ข้าวพันธุ์หอมมะลิมีกลิ่นหอม ผู้ที่เข้าถึงข้อมูลนี้ย่อมนำไปใช้ประโยชน์ได้โดยไม่ต้องย้อนกลับมาที่พันธุกรรมที่สกัดได้ในตอนแรก เพราะพันธุกรรมดังกล่าวจะมีอยู่ในต้นข้าวหอมมะลิทุกต้น ประโยชน์ของการใช้จะไม่ได้ขึ้นอยู่กับปริมาณ แต่ขึ้นอยู่กับคุณค่าของข้อมูลนั้น การคุ้มครองพันธุกรรมในลักษณะนี้จะคุ้มครองด้วยระบบทรัพย์สินทางปัญญา ดังนั้นรัฐจึงอาจจำกัดสิทธิเอกชนภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้

ปัญหาที่ต้องพิจารณาคือ การจำกัดสิทธิเอกชน รัฐจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ใดหรือไม่ ตามหลักกฎหมายมหาชน การที่รัฐจะจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนได้จะต้องเป็นไปตามหลักที่เรียกว่า “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” หมายความว่ารัฐจะจำกัดสิทธิ

ของเอกชนได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจรัฐไว้ และรัฐได้ใช้อำนาจนั้นภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนด กฎหมายจึงเป็นทั้งแหล่งที่มา (Source) และข้อจำกัด (Limitation) ของอำนาจรัฐที่จะจำกัดสิทธิของเอกชน<sup>41</sup>

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 รับรองว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้<sup>42</sup> และยังได้รับรองสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนไว้ว่า “สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ<sup>43</sup> ซึ่งเป็นการนำหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายไปบัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ

จากหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ทำให้ในกรณีที่รัฐต้องการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของเอกชน รัฐจะต้องดำเนินการภายใต้ขอบเขต และหลักการดังนี้

(1) การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนถือเป็นหลักทั่วไปที่รัฐมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองตามที่กฎหมายกำหนด ทำให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน มาตรการของฝ่ายปกครองจะขัดกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือบทบัญญัติของกฎหมายต่างๆ ไม่ได้ ซึ่งรวมถึงการออกกฎหมายลำดับรอง หรือการดำเนินการทางปกครองต้องไม่ขัดต่อหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หลักการนี้สอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ที่กล่าวว่า “ในการใช้สิทธิและเสรีภาพของตน แต่ละคนจะถูกจำกัดก็แต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นด้วยความมุ่งหมายเฉพาะเพื่อประกันให้มีการยอมรับและเคารพสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น และเพื่อตอบสนองความเรียกร้องต้องการอันชอบธรรมของศีลธรรมอันดี ความสงบเรียบร้อย และความผาสุกของทุกคนในสังคมประชาธิปไตย”<sup>44</sup>

<sup>41</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27*, น.25.

<sup>42</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540, มาตรา 29.

<sup>43</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540, มาตรา 48.

<sup>44</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948, มาตรา 29.2.

การที่อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพตกอยู่ภายในกรอบของกฎหมายนั้น หมายถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา หรือพระราชกำหนดก็ได้ แต่ต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นด้วยความยินยอมของผู้แทนปวงชน ซึ่งอาจมาจากการเลือกตั้งทางตรง หรือทางอ้อมของประชาชนก็ได้ นอกจากนี้ยังต้องอยู่ภายใต้หลักรัฐธรรมนูญที่มีได้บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย ได้แก่ หลักแห่งความเสมอภาค (Principle of equality before the law) และ หลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of proportionality) ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

การใช้อำนาจของรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนอกจากจะต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายแล้ว รัฐยังต้องไม่กระทำการขัดต่อกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะที่ยาวยปกครองใช้อำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพ เช่น กรณีสำนักงานปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม (ส.ป.ก.) ไม่อาจออกกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์การตกทอดทางมรดก ซึ่งสิทธิในที่ดินที่ได้รับโดยการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ในลักษณะที่มีการจัดลำดับผู้มีสิทธิรับมรดกไว้เป็นลำดับชั้นแน่นอน และหากมีทายาทหลายคน จะกำหนดให้ตกทอดแก่ทายาทโดยธรรมบางคน โดยตัดสิทธิทายาทโดยธรรมคนอื่น ๆ เพื่อมิให้ที่ดินถูกแบ่งแยกเป็นแปลงเล็ก ๆ ซึ่งแตกต่างจากหลักการรับมรดกของทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้กฎกระทรวงดังกล่าวจะมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ทายาทโดยธรรมผู้จะรับมรดกในที่ดินนั้นเป็นเกษตรกรซึ่งประสงค์จะทำประโยชน์ในที่ดินดังกล่าวสืบเนื่องต่อไป อันเป็นหลักการสำคัญที่จะทำให้ระบบการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมบรรลุเป้าหมายที่แท้จริงได้ก็ตาม ทั้งนี้เพราะสิทธิในการรับมรดกของทายาทโดยธรรมมีปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว<sup>45</sup> การจะยกเว้นสิทธิตามกฎหมายดังกล่าวต้องทำโดยตราเป็นพระราชบัญญัติขึ้นโดยเฉพาะสำหรับกรณีนั้นๆ แต่ตาม พ.ร.บ.การปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 ไม่มีบทบัญญัติที่แสดงว่า สิทธิในการรับมรดกจากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมจะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ หรือเงื่อนไขพิเศษเป็นกรณีเฉพาะ ดังนั้นสำนักงานปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมจึงไม่อาจออกกฎกระทรวงในลักษณะที่ขัดแย้งกับสิทธิในการรับมรดกที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้<sup>46</sup>

<sup>45</sup> ป.พ.พ. มาตรา 1629.

<sup>46</sup> บันทึกความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมายคณะที่ 6) เรื่องร่างกฎกระทรวง ฉบับที่.... พ.ศ.... ออกตามความในพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ.2518 (กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการตกทอดทางมรดกและการโอนสิทธิในที่ดินที่บุคคลได้รับโดยการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ตามมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ.2518.

การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามข้อตกลงระหว่างประเทศที่ระบุใน TRIPS นั้น แม้จะกำหนดให้ต้องคุ้มครองสิทธิบัตรโดยไม่เลือกปฏิบัติในเทคโนโลยี แต่ TRIPS ก็กำหนดข้อยกเว้น หรือข้อจำกัดในการคุ้มครองไว้ด้วยเช่นกัน ในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช TRIPS กำหนดว่าประเทศสมาชิกจะไม่ให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่พืช (Plant) กระบวนการทางชีววิทยาในการผลิตพืช (Essential biological process for the production of plants) ก็ได้<sup>47</sup> และการคุ้มครองสิทธิบัตรในประเทศไทยก็ไม่รวมถึงจุลชีพ และส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์ หรือพืช<sup>48</sup>

ดังนั้นการไม่ให้ความคุ้มครองตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งถือเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในทรัพย์สินของเอกชนจึงเป็นสิ่งที่ทำได้ เพราะถือว่าได้ดำเนินการตามกรอบที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตามการจำกัดสิทธิเสรีภาพของเอกชน ซึ่งเป็นการกระทำทางปกครองจะต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายมหาชนที่เรียกว่า “หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” ซึ่งมีหลักที่ต้องพิจารณา ดังนี้

#### (ก) หลักแห่งความเสมอภาค

หลักนี้หมายความว่า สิทธิของประชาชนที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน ภายใต้หลักนี้องค์กรต่างๆ ของรัฐ ซึ่งรวมทั้งฝ่ายปกครองด้วยจะต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันก็ดี การปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ดี ย่อมขัดต่อหลักแห่งความเสมอภาค<sup>49</sup>

ปัญหาที่ต้องพิจารณาก็คือ การที่รัฐคุ้มครองนวัตกรรมที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชด้วยทรัพย์สินทางปัญญา โดยถือว่านักประดิษฐ์ (Inventor) ในขณะเดียวกันรัฐกลับไม่ได้คุ้มครองเกษตรกรที่มีส่วนในการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชให้มีสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะเป็นสิ่งที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ รัฐคุ้มครองเฉพาะการสร้างสรรคที่เป็นทางการ (Formal Invention) ของนักประดิษฐ์ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แต่รัฐไม่คุ้มครองการสร้างสรรคที่ไม่เป็นทางการ (Informal Invention) ของเกษตรกร

<sup>47</sup> TRIPS, Article 27.1.

<sup>48</sup> พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 9(1).

<sup>49</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 27, น.34-35.

หากพิจารณากระบวนการปรับปรุงพันธุ์พืชของนักปรับปรุงพันธุ์พืชไม่ว่าจะใช้วิธีการดั้งเดิม เช่น การผสมเกสร หรือวิธีการสมัยใหม่ เช่น การตัดต่อพันธุกรรม ล้วนแล้วแต่ได้รับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทั้งสิ้น ทั้งในรูปแบบของสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช และสิทธิบัตร และในบางกรณีอาจได้รับความคุ้มครองทั้งสองรูปแบบก็ได้ ผลงานที่เป็นเหตุให้ได้รับการคุ้มครองคือการเปลี่ยนแปลงพันธุ์พืชในระดับพันธุกรรม ผู้เขียนขอให้เปรียบเทียบกับกระบวนการปรับปรุงพันธุ์พืชของเกษตรกร ซึ่งทำด้วยวิธีผสมข้ามพันธุ์ เก็บเมล็ด นำไปปลูก และคัดเลือกต้นที่มีลักษณะตามที่ต้องการนำไปเป็นพ่อแม่พันธุ์ในการขยายเพื่อใช้ในการเพาะปลูกต่อไป กระบวนการดังกล่าวเป็นการเปลี่ยนแปลงในระดับพันธุกรรมพืชเช่นกัน ข้อแตกต่างคือ กระบวนการของเกษตรกรจะเป็นกระบวนการทางสังคม (Social Processes) ที่เกิดจากความร่วมมือกันของชุมชนเกษตรกร ผ่านกระบวนการแลกเปลี่ยนเมล็ดพันธุ์ และความรู้ที่เกี่ยวข้องกับพันธุ์พืชดังกล่าว ภายใต้กระบวนการดังกล่าวจึงยากที่จะระบุว่าเกษตรกรรายใดเป็นผู้คิดค้นในส่วนใด ข้อแตกต่างอีกประการหนึ่ง คือ เกษตรกรพัฒนาและปรับปรุงพันธุ์โดยไม่ได้มุ่งหวังที่จะครอบครองพันธุ์พืชเป็นทรัพย์สินส่วนตัว

แม้จะมีข้อแตกต่างกันระหว่างการพัฒนาและปรับปรุงพันธุ์พืชในทั้งสองกรณี แต่ก็มีลักษณะร่วมประการหนึ่ง คือ การปรับเปลี่ยนพันธุกรรมของพืช ดังนั้นเมื่อรัฐคุ้มครองการสร้างสรรคในรูปแบบแรกด้วยระบบทรัพย์สินทางปัญญา รัฐก็ควรคุ้มครองการสร้างสรรคในรูปแบบหลังตามหลักแห่งความเสมอภาค ส่วนรูปแบบของการคุ้มครองอาจกำหนดให้แตกต่างออกไปโดยไม่ใช้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาก็ได้ เนื่องจากรูปแบบ วิธีการ ลักษณะ ตลอดจนแนวคิดในการปรับปรุงพันธุ์พืชในรูปแบบหลังนี้แตกต่างจากรูปแบบแรก ซึ่งจะเป็นไปตามหลักปฏิบัติต่างกันต่อสิ่งที่ต่างกัน

#### (๓) หลักแห่งความได้สัดส่วน

หลักนี้หมายความว่า การกระทำของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของเอกชนจะต้องเป็นไปอย่างพอเหมาะพอประมาณ (Moderation) หลักนี้แม้ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ถือเป็นหลักทั่วไปและมีค่าบังคับเสมอกับหลักที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญ หลักนี้ประกอบด้วยหลักย่อย 3 หลัก ดังนี้

1. หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability) หลักนี้หมายความว่า ในกรณีที่มีหลายมาตรการที่รัฐจะนำมาใช้กับเอกชนได้ รัฐต้องใช้พิจารณาเลือกมาตรการที่จะทำให้ความมุ่งหมายของกฎหมายสำเร็จลุล่วงไปเท่านั้น หากไปเลือกใช้มาตรการที่ไม่อาจทำให้ความมุ่งหมายของกฎหมายเป็นจริงขึ้นได้เลย การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย หลักนี้เรียกร้องให้พิจารณาความสัมพันธ์เชิงเหตุ (Cause) และผล (Effect) เช่น การที่หน่วยงานทางราชการห้ามนำ

เนื้อสุกรข้ามเขต โดยอ้างว่าเพื่อป้องกันมิให้ราคาเนื้อสุกรในท้องที่ที่ควบคุมมีราคาสูงขึ้น ตามประกาศของคณะกรรมการจังหวัดป้องกันการค้ากำไรเกินควรนั้น เป็นสิ่งที่ไม่อาจเป็นจริงได้ เนื่องจากการปล่อยให้ราคาเนื้อสุกรเข้าไปในท้องที่ควบคุมกลับจะทำให้ปริมาณเนื้อสุกรมีเพิ่มขึ้น และราคาเนื้อสุกรต่ำลง การห้ามจึงไม่ใช่การป้องกันการค้ากำไรเกินควร แต่กลับทำให้เกิดการค้ากำไรเกินควรมากยิ่งขึ้น<sup>50</sup>

2. หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) หลักนี้หมายความว่า ในหลายมาตรการที่รัฐจะเลือกใช้นั้น รัฐจะต้องเลือกใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของเอกชนน้อยที่สุด ตามหลักที่ว่า “ในระหว่างสิ่งทีเลวร้ายสองสิ่งที่จะต้องเลือก บุคคลควรเลือกสิ่งทีเลวร้ายน้อยกว่า” ดังนั้นการเลือกใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบร้ายแรงเกินจำเป็นจึงเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>51</sup> เช่น การที่ทางราชการได้ก่อสร้างสะพานชั่วคราวและมีบันไดทางขึ้นลงสะพานปิดบังหน้าตึกของโจทก์เพื่อบูรณะซ่อมแซมสะพานเดิมที่ก่อสร้างและเปิดใช้มานาน มีความชำรุดทรุดโทรม วิธีซ่อมแซมแบบพิเศษนี้จะไม่เกิดผลกระทบด้านการจราจรมากนัก แม้จะปิดบังหน้าตึกแถวของโจทก์และทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายบ้าง แต่การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่มีกฎหมายรองรับ จึงมิใช่การจงใจ หรือประมาทเลินเล่อทำต่อโจทก์เพื่อให้โจทก์ได้รับความเสียหาย จึงไม่เป็นละเมิด<sup>52</sup>

การเลือกใช้วิธีการเท่าที่จำเป็นยังถือเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศอีกด้วย ดังที่ปรากฏหลักกฎหมายดังกล่าวในการพิจารณาข้อพิพาททางการค้าภายใต้ GATT ระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและเม็กซิโกเกี่ยวกับปัญหาปลาทูน่า (Tuna- Dolphin 1 Case) ที่คณะผู้พิจารณาวินิจฉัยว่า การที่ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้มาตรการห้ามนำเข้าปลาทูน่าจากประเทศเม็กซิโก เนื่องจากเห็นว่าวิธีการและรูปแบบการจับปลาทูน่าเป็นอันตรายต่อปลาโลมานั้นไม่ใช่ “มาตรการที่จำเป็น” (Necessary measures) ภายใต้ขอบเขตของ GATT มาตรา 20(b) เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้แสดงให้เห็นว่า ได้ใช้มาตรการอื่นที่มีผลจำกัดทางการค้าน้อยกว่าแล้วก่อนใช้มาตรการห้ามนำเข้าดังกล่าว โดยคณะผู้พิจารณาเห็นว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาอาจใช้ความร่วมมือระหว่างประเทศในการปกป้องโลมาก็ได้แต่ก็มิได้ใช้<sup>53</sup> หรือในกรณีข้อพิพาททาง

<sup>50</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1110/2512 (เนติ.) น.1503.

<sup>51</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 27, น.40-41.

<sup>52</sup> คำพิพากษาฎีกา 910-920/2510 (เนติ.) น. 1538.

<sup>53</sup> GATT, United States – Restrictions on Imports of Tuna, GATT Doc.D29/R (1991); พรพนทิพย์ วัฒนกิจการ, “องค์การการค้าโลกกับสิ่งแวดล้อม: เน้นการกีดกัน

การค้าเกี่ยวกับบุหรี่ระหว่างประเทศไทยและสหรัฐอเมริกา ซึ่งคณะผู้พิจารณาเห็นว่ามาตรการห้ามนำเข้าบุหรี่ของประเทศไทยนั้นไม่ใช่มาตรการที่จำเป็น เนื่องจากประเทศไทยยังสามารถใช้มาตรการอื่นที่ขัดต่อ GATT น้อยกว่า เช่น การพิมพ์คำเตือนสุขภาพบนซองบุหรี่ การเปิดเผยส่วนผสมของบุหรี่ การห้ามสูบบุหรี่ในสถานที่บางแห่ง การออกกฎหมายห้ามโฆษณาบุหรี่ หรือการกำหนดราคา เป็นต้น<sup>54</sup>

มีปัญหาคือต้องพิจารณาว่า หากรัฐจะไม่ให้สิทธิบัตรแก่พืช หรือพันธุ์กรรมพืช หรือเลือกไม่คุ้มครองนวัตกรรมที่เกี่ยวข้องกับพันธุ์กรรมพืชภายใต้ระบบสิทธิบัตร แต่คุ้มครองภายใต้ระบบกฎหมายเฉพาะจะถือเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาว่าวิธีการใดวิธีการหนึ่งจะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาผลที่เกิดจากการคุ้มครองเปรียบเทียบกับผลที่เกิดจากการไม่คุ้มครอง หรือที่คุ้มครองด้วยวิธีการอื่น ซึ่งเมื่อพิจารณาผลกระทบจากการคุ้มครองสิทธิบัตรในพืช หรือพันธุ์กรรมพืชแล้วจะพบว่าก่อให้เกิดผลกระทบหลายประการ เช่น เกิดการผูกขาดพันธุ์พืชจากอำนาจผูกขาดที่เกิดจากการคุ้มครองสิทธิบัตร ทำให้รูปแบบการทำเกษตรกรรมเปลี่ยนแปลงไปเป็นการทำเกษตรแบบเชิงเดี่ยว (Monoculture) ต้องใช้ที่ดินขนาดใหญ่ เกษตรกรต้องพึ่งพาเครื่องจักร ปุ๋ย และสารเคมีในการทำเกษตรกรรม การเกษตรแบบเชิงเดี่ยวจะเปลี่ยนแปลงระบบนิเวศ และความหลากหลายทางชีวภาพของพื้นที่นั้นๆ เป็นต้น<sup>55</sup>

ผู้เขียนเห็นว่าการเลือกไม่คุ้มครองสิทธิบัตรในพันธุ์กรรมพืช แต่เลือกคุ้มครองภายใต้ระบบกฎหมายเฉพาะ ซึ่งแม้จะเป็นการคุ้มครองความคิดสร้างสรรค์ทำนองเดียวกับระบบทรัพย์สินทางปัญญาก็ตาม แต่ระบบกฎหมายเฉพาะจะคำนึงถึงผู้ที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชในมิติที่หลากหลาย และครบถ้วนรอบด้านกว่า อีกทั้งยังมีกลไกและมาตรการปกป้องผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นดังกล่าวดีกว่าอีกด้วย ดังนั้นเมื่อคำนึงถึงผลกระทบที่จะเกิดจากการคุ้มครองสิทธิบัตรแล้ว การที่รัฐจะจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยการไม่คุ้มครองสิทธิบัตรแต่คุ้มครองด้วยระบบกฎหมายเฉพาะจึงเป็นการใช้วิธีการที่ไม่เกินกว่าขอบเขตแห่งความจำเป็นแต่อย่างใด

---

ทางการค้าระหว่างประเทศในประเด็นสิ่งแวดล้อม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น.43-46.

<sup>54</sup> GATT, Thailand-Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes, Report of the Panel. (DS10/R-37S/200).

<sup>55</sup> โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมประเด็นผลกระทบจากการคุ้มครองทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาในบทที่ 1.

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปมีว่า ในปัจจุบันมีข้อเรียกร้องให้ผู้ขอคุ้มครองสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับพันธุกรรมพืชต้องเปิดเผยข้อมูลแหล่งที่มาของพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับพันธุกรรมดังกล่าว (Disclosure of Origin) ซึ่งเป็นมาตรการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights) ที่กำหนดใน CBD/ITPGR เพื่อป้องกันปัญหาที่เรียกว่า “โจรสลัดชีวภาพ” (Bio-piracy) แต่ประเทศอุตสาหกรรมไม่เห็นด้วย และเสนอให้ป้องกันปัญหาดังกล่าวภายใต้หลักกฎหมายสัญญาแทน ปัญหาที่ควรพิจารณา คือ มาตรการเปิดเผยแหล่งที่มา นี้อธิปไตยเป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่

ข้อเรียกร้องดังกล่าวเกิดขึ้นจากปัญหาที่ประเทศกำลังพัฒนาถูกประเทศอุตสาหกรรมเอาเปรียบจากการนำทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศกำลังพัฒนาไปใช้ประโยชน์ โดยประเทศกำลังพัฒนาไม่ได้รับประโยชน์ใดๆ ตอบแทนเลย ทั้งที่ประเทศกำลังพัฒนามีสหิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรในประเทศของตน และการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะสิทธิบัตรเหนือพันธุกรรมพืชได้สร้างผลกระทบอย่างมากต่อเกษตรกรในประเทศกำลังพัฒนา ทำให้เกิดการเรียกร้องให้ต้องเปิดเผยข้อมูลแหล่งที่มาดังกล่าว เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิของเกษตรกรที่กำหนดใน CBD/ITPGR และเมื่อเปรียบเทียบมาตรการเปิดเผยแหล่งที่มา กับมาตรการตามกฎหมายสัญญา กล่าวคือ ให้ผู้ให้ (Provider) และผู้ใช้ (User) พันธุกรรมทำสัญญาตกลงกัน ในรายละเอียดเกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์ รวมทั้งเรื่องการขอรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ผู้เขียนเห็นว่า การบังคับตามสัญญาจะเป็นอุปสรรคสำคัญที่ทำให้สิทธิของเกษตรกรไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างแท้จริง เนื่องจากกฎหมายสัญญาจะใช้บังคับเฉพาะกับผู้เป็นคู่สัญญาเท่านั้น แต่ผู้ใช้ประโยชน์จากพันธุกรรมมักจะเป็นบริษัทข้ามชาติขนาดใหญ่ ที่ไม่มีภูมิลำเนาในประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นผู้ให้พันธุกรรม และเมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ตาม TRIPS ก็ไม่ปรากฏว่าการเพิ่มมาตรการดังกล่าวขัดกับ TRIPS แต่ประการใด<sup>56</sup> ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า การเลือกมาตรการให้เปิดเผยข้อมูลแหล่งที่มา ในคำขอรับสิทธิบัตรเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของเอกชนน้อยกว่า จึงเป็นมาตรการที่จำเป็นตามหลักแห่งความจำเป็นขั้นต้น

3. หลักแห่งความได้สัดส่วนตามความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) หลักนี้หมายความว่า ในการดำเนินการของรัฐ ฝ่ายปกครองจะต้องชั่งน้ำหนักผลดีและผลเสียของแต่ละมาตรการ หากเห็นว่ามาตรการดังกล่าวจะให้ผลดีน้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่เอกชน หรือสังคม ก็ไม่ควรใช้มาตรการดังกล่าว ถึงแม้ว่ามาตรการนั้นจะเหมาะสมและจำเป็นแก่การดำเนินการให้ความประสงค์ของกฎหมาย

<sup>56</sup> โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมประเด็นนี้ในบทที่ 4.

สำเร็จลุล่วงไปได้ก็ตาม<sup>57</sup> เช่น การที่รัฐจะเวนคืนที่ดินเพื่อตัดถนนเพิ่ม ถือเป็นประโยชน์สาธารณะ และการเวนคืนเป็นมาตรการที่จำเป็น แต่หากรัฐเลือกเวนคืนที่ดินที่ทำให้ประชาชนเดือดร้อนเป็นจำนวนมาก อีกทั้งค่าชดเชยในการเวนคืนก็สูง ทั้งที่สามารถเลือกเวนคืนในทางที่ทำให้ประชาชนเดือดร้อนน้อยกว่า และมีค่าใช้จ่ายน้อยกว่าได้ ถือว่าเป็นการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือการที่หน่วยงานราชการปรับปรุงถนนเพื่อความสะดวกปลอดภัยในการจราจร และเพื่อป้องกันน้ำท่วม มิได้มีเจตนาล้นเกล้าผู้ใด และไม่อาจหลีกเลี่ยงการยกระดับถนนให้ต่ำกว่าที่สร้างได้ โจทก์ก็ทราบก่อนซื้อที่ดินแล้วว่าจำเลยกำลังจะก่อสร้างปรับปรุงยกระดับถนนพิพาท โจทก์จึงคาดหมายได้ว่าที่ดินและบ้านที่โจทก์กำลังจะซื้อนั้นถูกถนนพิพาทบังทางลมและแสงสว่าง เมื่อเปรียบเทียบประโยชน์ที่ประชาชนทั่วไปจำนวนมากได้รับกับการที่โจทก์ต้องขาดความสะดวกสบายไปบ้างแล้ว ความเดือดร้อนของโจทก์ไม่เกินกว่าที่ควรคิดหรือคาดหมายได้ และมีเหตุผลสมควร โจทก์จึงต้องยอมรับเอาดังเช่นบุคคลอื่นที่อยู่ร่วมกับโจทก์ในสังคมยอมรับ<sup>58</sup>

กรณีมาตรการกำหนดให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรจะต้องเปิดเผยข้อมูลแหล่งที่มาฯ ดังตัวอย่างข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า การเพิ่มภาระแก่ผู้ยื่นคำขอต้องเปิดเผยข้อมูลแหล่งที่มาฯ ไม่ได้เป็นการเพิ่มภาระอย่างมากมาเกินจำเป็น เนื่องจากผู้ยื่นคำขอต้องแสดงเอกสารหลักฐานในหลายส่วนอยู่แล้ว แต่มาตรการดังกล่าวกลับจะทำให้เกษตรกรได้รับความคุ้มครองอย่างแท้จริง ประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ที่สังคมได้รับในกรณีนี้จึงมีมากกว่าผลกระทบที่ตกแก่ผู้ยื่นคำขอ และสอดคล้องกับหลักแห่งความได้สัดส่วนตามความหมายอย่างแคบ

## (2) การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไป

กฎหมายที่ให้อำนาจแก่รัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของเอกชนนั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งเป็นไปตามหลัก “กฎหมายต้องเหมือนกันสำหรับทุกคน” หมายความว่า กฎหมายต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง<sup>59</sup> อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายความว่าต้องบังคับใช้กฎหมายเดียวกันกับทุกคนโดยเด็ดขาด หลักนี้หมายความว่าบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน และบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญจะต้อง

<sup>57</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 27, น.42-43.

<sup>58</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4634/2536 (เนติ.) น. 2663.

<sup>59</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 27, น.51-52.

ได้รับการปฏิบัติแตกต่างกันออกไป แต่กฎหมายที่แตกต่างกันสำหรับบุคคลที่มีสถานะต่างกันนี้ จะต้องไม่แตกต่างกันจนขัดต่อเหตุผลที่วิญญูชน (Reasonable Man) จะพึงรับฟังได้<sup>60</sup>

ลักษณะของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปนั้น ต้องมีลักษณะดังนี้

1. ลักษณะทั่วไปในมิติของเวลา หมายความว่า เมื่อประกาศใช้กฎหมายแล้ว กฎหมายนั้นจะมีผลบังคับใช้ตลอดไปตราบเท่าที่กฎหมายที่ออกภายหลังมิได้มีผลยกเลิกกฎหมายดังกล่าว

2. ลักษณะทั่วไปในมิติบุคคลที่เกี่ยวข้องและเนื้อหาของกฎหมาย หมายความว่า กฎหมายนั้นจะต้องมีลักษณะ และความมุ่งหมายในการบังคับใช้กฎหมายเป็นการทั่วไป มิได้เจาะจงใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ อย่างไรก็ตามก็ควรตรวจสอบกฎหมายเพื่อกลุ่มบุคคล กลุ่มใดกลุ่มหนึ่งที่มีลักษณะพิเศษได้ เช่น กฎหมายสำหรับคนชรา ผู้ใช้แรงงาน เด็ก เป็นต้น กรณีนี้ แม้จะเป็นกฎหมายเฉพาะสำหรับกลุ่มคนบางกลุ่ม แต่เนื้อหาของกฎหมายจะกำหนดองค์ประกอบที่มีลักษณะทั่วไปและเป็นนามธรรม เช่น การกำหนดอายุของผู้ที่จะได้รับการสงเคราะห์ในฐานะผู้สูงอายุ จะเป็นเพียงกำหนดองค์ประกอบทั่วไป และบุคคลใดๆ ก็ตามที่มีองค์ประกอบครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดก็จะได้รับผลตามกฎหมายนั้น

สำหรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในนวัตกรรมที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้น มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า การคุ้มครองภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาจะให้ความสำคัญกับการคุ้มครองทรัพย์สินเอกชน (Private property) แต่การคุ้มครองภายใต้ระบบกฎหมายเฉพาะ (*sui generis system*) ที่มีการเสนอเป็นทางเลือกในการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้น แม้จะเป็นการคุ้มครองความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ทำนองเดียวกับระบบทรัพย์สินทางปัญญา แต่ระบบกฎหมายเฉพาะไม่ได้เน้นการคุ้มครองในลักษณะทรัพย์สินเอกชน ดังนั้นสิทธิของผู้ทรงสิทธิในการคุ้มครองทั้งสองระบบจึงมีความแตกต่างกัน ทั้งที่เป็นการคุ้มครองความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์เหมือนกัน ปัญหาจึงมีว่า ข้อเสนอให้คุ้มครองนวัตกรรมที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชด้วยระบบที่แตกต่างกันนี้จะขัดกับหลักกฎหมายที่ต้องมีผลเป็นการทั่วไปหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีนี้มีประเด็นที่ต้องพิจารณา 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก วัตถุประสงค์ของการคุ้มครองสิทธิบัตร กรณีทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้นถือเป็นสิ่งมีชีวิต และขยายพันธุ์ได้ด้วยตัวเองตามกระบวนการตามธรรมชาติ ซึ่งจะแตกต่างจากการคุ้มครองสิทธิบัตรในการประดิษฐ์เครื่องจักร หรือเครื่องมือต่างๆ ที่เป็นสิ่งไม่มีชีวิต การคุ้มครองสิทธิบัตรในพันธุกรรมยังส่งผลให้ผู้ทรงสิทธิมีสิทธิเหนือทุกส่วนของพืช ตัวอย่างเช่น การได้รับ

<sup>60</sup> เฟิงอ๋าง, น.52.

สิทธิบัตรในพันธุกรรมที่ติดต่อกันในเมล็ดพันธุ์พืช สิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรจะไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะ พันธุกรรมที่อยู่ในเมล็ดพันธุ์นั้นเท่านั้น เนื่องจากเมื่อนำเมล็ดพันธุ์พืชดังกล่าวไปเพาะปลูก และ เจริญเติบโตเป็นต้นพืช พันธุกรรมที่ได้รับสิทธิบัตรจะปรากฏอยู่ในเซลล์ของพืชทุกๆ เซลล์ ซึ่งรวมถึง ผลผลิต หรือดอกผลของพืชนั้น ปรากฏการณ์นี้เป็นผลจากระบวนการเจริญเติบโตตามธรรมชาติ แต่ผู้ทรงสิทธิบัตรในพันธุกรรมอาจอ้างสิทธิเหนือพืชนั้นทั้งหมดโดยอ้างสิทธิตามสิทธิบัตรก็ได้

กรณีจะต่างออกไปหากเป็นสิทธิบัตรในการประดิษฐ์เครื่องจักร เนื่องจากสิทธิของผู้ ทรงสิทธิบัตรจะมีอยู่เฉพาะเหนือเครื่องจักรนั้นเท่านั้น เมื่อนำเครื่องจักรไปผลิตเป็นสินค้า ผู้ทรง สิทธิบัตรจะไม่มีสิทธิเหนือสินค้าที่ผลิตโดยเครื่องจักรนั้นแต่อย่างใด<sup>61</sup>

ประการที่สอง การคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธิบัตร หรือระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์ พืชเป็นรูปแบบการคุ้มครองภายใต้แนวคิดคุ้มครองทรัพย์สินเอกชน ที่ให้ความสำคัญกับมนุษย์เป็น สำคัญ (Anthropocentric) นวัตกรรม หรือนักปรับปรุงพันธุ์พืชเรียกร้องการคุ้มครองเพื่อตอบแทนการ สร้างสรรค์ และเพื่อชดเชยค่าใช้จ่ายที่นวัตกรรม และนักปรับปรุงพันธุ์พืชได้เสียไป รูปแบบการ สร้างสรรค์ หรือปรับปรุงพันธุ์พืชจะเป็นเรื่องของนวัตกรรม หรือนักปรับปรุงพันธุ์พืชแต่ละราย แม้ อาจจะมีการร่วมมือกันในการสร้างสรรค์ หรือปรับปรุงพันธุ์พืชแต่ภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญา ก็จะต้องระบุตัวผู้สร้างสรรค์ หรือปรับปรุงพันธุ์พืชที่ชัดเจนได้ มิเช่นนั้นแล้วการคุ้มครองจะ ไม่สามารถดำเนินการได้ เพราะไม่อาจจะระบุตัวประธานแห่งสิทธิได้ (Subject of Rights)

แต่กรณีการปรับปรุงพันธุ์พืชของเกษตรกรจะเป็นการปรับปรุงเพื่อพัฒนาพันธุ์พืชให้ เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมของการเพาะปลูก รูปแบบการปรับปรุงพันธุ์พืชจะเป็นกระบวนการทาง สังคม (Social Processes) ที่เกษตรกรในชุมชนร่วมมือกัน โดยผ่านกระบวนการแลกเปลี่ยนเมล็ด พันธุ์ และความรู้เกี่ยวกับพันธุ์พืชนั้น เกษตรกรจะไม่มีเจตนาหวงกันพันธุ์พืชไว้ในลักษณะของ ทรัพย์สินส่วนตัว แต่จะถือว่าเมล็ดพันธุ์พืชเป็นทรัพย์สินของส่วนรวมที่เป็นสิ่งควรแบ่งปันกัน ดังนั้นจึงไม่อาจจะระบุตัวประธานแห่งสิทธิได้ชัดเจน

จากลักษณะที่ลักษณะและธรรมชาติ (Nature) ของวัตถุแห่งการคุ้มครอง ตลอดจน ความมุ่งหมายของการขอรับการคุ้มครองแตกต่างกัน ผู้เขียนเห็นว่า ความแตกต่างดังกล่าวเป็นการ แตกต่างในสาระสำคัญ โดยเฉพาะทรัพยากรพันธุกรรมที่จะเป็นวัตถุแห่งการคุ้มครองนั้นเป็น สิ่งมีชีวิตที่แตกต่างจากเครื่องจักร เครื่องมือต่างๆ ดังนั้นหากจะไม่ให้ความคุ้มครองแก่พันธุกรรม พืช หรือจะใช้วิธีการคุ้มครองที่แตกต่างไป หรือใช้ระบบกฎหมายเฉพาะในการคุ้มครองการ

<sup>61</sup> โปรดดูรายละเอียดเปรียบเทียบลักษณะ และธรรมชาติของทรัพย์สินมีรูปร่างและ ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในบทที่ 1.

สร้างสรรค์ที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช จึงเป็นการใช้กฎหมายที่ต่างกัน หรือปฏิบัติต่อสิ่งที่แตกต่างกันตามลักษณะเฉพาะ และธรรมชาติของวัตถุแห่งการคุ้มครอง จึงไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติตามหลักแห่งความเสมอภาค

นอกจากนี้ผู้เขียนยังเห็นว่า หลักการคุ้มครองสิ่งที่แตกต่างกันด้วยวิธีการที่ต่างกันนั้นเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับทั่วไป การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้ TRIPS ก็ยังแยกรูปแบบการคุ้มครองออกเป็นหลายประเภท เช่น เครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ หรือแผนภูมิวงจรรวม และแม้กระทั่งจะไม่คุ้มครองสิทธิบัตรแก่พืชก็ยังคงเป็นสิ่งที่ TRIPS ยินยอมให้ประเทศสมาชิกทำได้ ทั้งนี้ก็เนื่องจากเห็นว่าวัตถุแห่งการคุ้มครองมีความแตกต่างกันนั่นเอง

### (3) การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องไม่กระทบสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพ

หลักของกฎหมายมหาชนในข้อนี้หมายความว่า แม้จะกล่าวแล้วว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพของเอกชนนั้น รัฐจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายอนุญาตให้ทำได้ และรัฐได้กระทำไปภายในกรอบแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจนั้น อย่างไรก็ตามการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวจะต้องไม่จำกัดจนถึงขั้นที่กล่าวว่าเป็นการตัด หรือเพิกถอนสิทธิเสรีภาพในเรื่องนั้นไปเสียทั้งหมด ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพแก่เอกชนนั้น แม้รัฐจะมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขให้ราษฎรต้องปฏิบัติก่อน แต่หากกำหนดเงื่อนไขจนถึงระดับที่ไม่อาจมีราษฎรคนใดปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นได้เลยก็ถือเป็นการที่รัฐจำกัดสิทธิเสรีภาพจนล้ำเข้าไปในแก่น (Core) หรือสสารัตถะ (Essence) ของสิทธิเสรีภาพนั้น ดังนั้นแม้กฎหมายนั้นจะเรียกว่าเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพ แต่โดยเนื้อหาของกฎหมายกลับเป็นการตัดหรือเพิกถอนสิทธิเสรีภาพของราษฎร ซึ่งถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของราษฎรจึงเป็นสิ่งที่กระทำมิได้<sup>62</sup>

ในกรณีที่รัฐเลือกจะไม่คุ้มครองสิทธิบัตรแก่พืช หรือเลือกที่จะคุ้มครองภายใต้ระบบกฎหมายเฉพาะนั้น มีปัญหาว่าจะเป็นการตัดสิทธิเสรีภาพของเอกชนหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่า แม้รัฐจะไม่คุ้มครองสิทธิบัตรพืชก็ตาม แต่การปรับปรุงพันธุ์พืชก็ยังคงได้รับการคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธิบัตรปรับปรุงพันธุ์พืช หรือระบบกฎหมายเฉพาะ ดังนั้นสิทธิของเอกชนเหนือการสร้างสรรค์งานที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชจึงยังคงได้รับการรับรองคุ้มครองไม่ถือเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพจนล้ำเข้าไปถึงแก่น หรือสสารัตถะของสิทธิเสรีภาพของราษฎรแต่อย่างใด

<sup>62</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 27, น.62.

หากจะอ้างว่าเอกชนหมดสิทธิที่จะได้รับสิทธิบัตร จึงเป็นการตัดหรือเพิกถอนสิทธิเสรีภาพของเอกชนที่อาจมีเหนือพันธุกรรมพืชนั้น ผู้เขียนเห็นว่า เอกชนยังมีสิทธิเหนือพันธุกรรมพืชในลักษณะที่แสดงออกภายนอก (Phenotype) ได้ตามหลักทรัพย์สินตามปกติ แต่ในกรณีพันธุกรรมพืชในลักษณะของรหัสข้อมูลทางพันธุกรรมนั้น เป็นสิ่งที่มีอยู่ก่อนแล้วตามธรรมชาติ การไม่คุ้มครองเอกชนทุกคนก็ไม่ได้เสียสิทธิในการใช้ประโยชน์จากพันธุกรรมนั้นแต่อย่างใด การคุ้มครองต่างหากที่จะตัด หรือเพิกถอนสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นในการใช้ประโยชน์จากพันธุกรรมพืช

นอกจากนี้ผู้เขียนยังเห็นว่า ทรัพยากรพันธุกรรมพืชในปัจจุบันเป็นผลงานสร้างสรรค์ของเกษตรกรในอดีต เกษตรกรจึงมีสิทธิได้รับประโยชน์จากงานสร้างสรรค์ของตนตามปฏิกิริยาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาตรา 27(2) ดังนั้นในทางกลับกัน การไม่คุ้มครองสิทธิบัตรพืชกลับเป็นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของเกษตรกร

#### (4) การจำกัดสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายประเพณี

กฎหมายประเพณี (Customary Law) ได้แก่ แนวปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ซึ่งได้รับการประพฤติปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอและติดต่อกันมาช้านาน ตกทอดจากคนรุ่นหนึ่งมาสู่คนอีกรุ่นหนึ่งจนกลายเป็นอุปนิสัยร่วมกันในสังคม (Social Collective Habits) และสาธารณชนรู้สึกร่วมกันว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจำต้องปฏิบัติตาม (*opino juris*) กฎหมายประเพณีเป็นบ่อเกิดของกฎหมายภายในด้วยไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเอกชนภายใน หรือกฎหมายมหาชนภายใน แต่กฎหมายมหาชนภายในจะนำกฎหมายประเพณีมาใช้ในฐานะเป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครอง จะไม่ใช้ในฐานะเป็นแหล่งที่มาของอำนาจของฝ่ายปกครอง<sup>63</sup>

ดังได้กล่าวแล้วว่าการคุ้มครองสิทธิบัตรในพันธุกรรมพืชนั้นจะกระทบสิทธิของเกษตรกรในการใช้ประโยชน์จากพืช และผลิตผลจากพืช ซึ่งเป็นวิถีปฏิบัติ และจารีตประเพณีที่เกษตรกรปฏิบัติติดต่อกันมาอย่างยาวนาน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าแนวปฏิบัติดังกล่าวเป็นกฎหมายประเพณี ดังนั้นในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา รัฐจึงต้องคำนึงถึงกฎหมายประเพณีดังกล่าว ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า รัฐสามารถอ้างกฎหมายประเพณีในการใช้พันธุกรรมพืชของเกษตรกรเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา กล่าวคือ รัฐจะต้องคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิตามกฎหมายประเพณี

<sup>63</sup> เฟิงอ้าง, น.45.

## 2.2 รูปแบบการจำกัดสิทธิเอกชนในทรัพย์สินทางปัญญาเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชตามนโยบายแห่งรัฐ

ดังได้กล่าวแล้วว่า รัฐมีอำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ภายใต้กรอบของกฎหมาย แต่ในกรณีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในนวัตกรรมที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้น เนื่องจากพืช พันธุ์พืช หรือพันธุกรรมพืชเป็นสิ่งมีชีวิต และมีความสำคัญต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์ พืชและพันธุ์พืชยังมีบทบาทสำคัญในภาคเศรษฐกิจของประเทศกำลังพัฒนา ดังนั้นรัฐจึงอาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของเอกชนในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชภายใต้นโยบายของรัฐ ดังนี้

### (1) การรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนหมายความว่าอย่างไร ไม่มีกฎหมายให้ความหมายไว้ แต่อาจหมายถึง การกระทำใดซึ่งมีผลกระทบกระเทือนถึงความมั่นคงของรัฐ เศรษฐกิจของประเทศ ความสงบสุขในสังคม หรือความมั่นคงของสถาบันครอบครัว ย่อมเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงเป็นประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติและสังคม<sup>64</sup> และเป็นรัฐประศาสนบายที่รัฐจะต้องขัดขวางการกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบดังกล่าว

ส่วนศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น หมายถึง ธรรมเนียมประเพณีของสังคม ซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัย และตามสถานที่ การพิจารณาศีลธรรมอันดีจึงต้องพิจารณาทั้งยุคสมัย และท้องถิ่นประกอบกัน และได้ขึ้นอยู่กับความรู้สึกส่วนบุคคลของผู้พิพากษา แต่ศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยโดยคำนึงถึงความรู้สึกของคนส่วนใหญ่ในสังคมนั้น<sup>65</sup> และยังไม่ขึ้นอยู่กับผู้ใช้กฎหมาย หรือทัศนคติที่เห็นสอดคล้องกันของประชาคมโลก หรือทัศนคติภายใต้กรอบแนวคิดแบบตะวันตก หากแต่ขึ้นอยู่กับความสำนึกในศีลธรรมของประชาคมนั้น ๆ<sup>66</sup> ตัวอย่างการเปลี่ยนแปลงของศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น การฮั้วประมูลแข่งขันเดิมเคยถือเป็นพาณิชย์นโยบายไม่ขัดต่อศีลธรรม<sup>67</sup> แต่ต่อมากลับเห็นว่าการกระทำดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี<sup>68</sup>

<sup>64</sup> อุกฤษ มงคลนาวิน, “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน,” 32 บทบัญญัติ, ตอน 1, (2518): 14.

<sup>65</sup> เพ็ญอ้าง, น.25.

<sup>66</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 35, น.162-163.

<sup>67</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 297/2501 (เนติ.) น. 270.

ศีลธรรมอันดีของประชาชนมิได้เป็นข้อจำกัดโดยตรงของรัฐธรรมนูญต่อการใช้สิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลเท่านั้น แต่ยังเป็นข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยอ้อมที่มีต่อฝ่ายนิติบัญญัติที่อาจกำหนดห้ามการกระทำใดที่มีลักษณะขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนได้<sup>69</sup>

โดยทั่วไปแล้วความหมายของศีลธรรมอันดีของประชาชนใกล้เคียงกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย เช่น ความตกลงที่ทำให้มนุษย์เสื่อมเสียศักดิ์ศรี นอกจากจะขัดกับความสงบเรียบร้อยแล้ว ยังขัดต่อศีลธรรมอันดีอีกด้วย ถ้อยคำทั้งสองมีความสอดคล้องกันและในทางทฤษฎีไม่มีความแตกต่างกันมากนัก เพราะการยึดถือปฏิบัติตามศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมสอดคล้องกับประโยชน์ทั่วไปของประเทศชาติและสังคม<sup>70</sup> ทำให้แยกสองสิ่งนี้ออกจากกันได้ยาก และปกติสองสิ่งนี้มักจะกล่าวรวมกันไป<sup>71</sup>

ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนถือเป็นประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) และอยู่เหนือสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนที่เป็นเพียงประโยชน์ของปัจเจกบุคคลเท่านั้น ดังนั้นจึงเป็นที่ยอมรับว่าในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานั้นหากกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น การคุ้มครองไปจำกัดสิทธิของเกษตรกรอย่างรุนแรงหรือมีผลเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายในเรื่องดอกผลธรรมชาติ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 148 รัฐก็อาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของเอกชนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาได้ในระดับหนึ่ง

TRIPS ก็ได้เปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกไม่ให้สิทธิบัตรแก่สิ่งประดิษฐ์ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองชีวิต หรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช หรือหลีกเลี่ยงความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อม<sup>72</sup> และ TRIPS ไม่ได้ให้นิยาม “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” จึงสอดคล้องกับลักษณะของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีที่ไม่มีความหมายขอบเขตที่แน่นอนตายตัวและไม่มีความเป็นสากล

<sup>68</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2022/2519 (เนติ.) น.1053.

<sup>69</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 35, น.162.

<sup>70</sup> อุกฤษ มงคลนาวิน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 63, น.25.

<sup>71</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์, 2524), น.38-39; โปรดดูหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 34, 36, 37 39, 45 เป็นต้น.

<sup>72</sup> TRIPS, Article 27.2.

ดังนั้นประเทศสมาชิกจึงมีสิทธิกำหนดนิยามดังกล่าวให้สอดคล้องกับจารีตประเพณี หรือวัฒนธรรมของตนได้ การกำหนดความหมายที่แตกต่างกันนี้เป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับจากนักปราชญ์ ชาววินี (Savigny) เจ้าสำนักประวัติศาสตร์ (Historical School) กล่าวว่า การกำหนดระบบกฎหมายที่แตกต่างกันกับประเทศอื่นมิใช่สิ่งที่กระทำมิได้ กฎหมายของแต่ละประเทศเป็นรูปที่แสดงออกของ “จิตวิญญาณของประชาชาติ” (Volksgeist) ซึ่งเกิดขึ้นและเป็นไปตามประวัติศาสตร์ของประเทศนั้น กฎหมายของแต่ละประเทศจึงไม่จำเป็นต้องเหมือนกัน<sup>73</sup>

ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า ประเทศสมาชิก WTO จึงอาจปฏิเสธไม่ให้สิทธิบัตรแก่สิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับพันธุกรรมพืช หากเห็นว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในประเทศของตน ทั้งนี้อาจจะกำหนดว่า การให้สิทธิบัตรแก่สิ่งมีชีวิตทุกชนิดที่มีอยู่ตามธรรมชาติ ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน วัสดุทางชีวภาพที่พบในธรรมชาติแม้ว่าจะได้สกัดให้เป็นสารบริสุทธิ์แล้วหรือไม่ก็ตามเป็นสิ่งที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ได้ การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในนวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพในทวีปยุโรปก็กำหนดไม่ให้ความคุ้มครองแก่ร่างกายมนุษย์ การค้นพบส่วนสำคัญส่วนหนึ่งของร่างกายมนุษย์ ลำดับยีนหรือบางส่วนของลำดับยีน<sup>74</sup> แต่ให้ความคุ้มครองแก่ส่วนสำคัญที่แยกออกจากร่างกายมนุษย์ หรือถูกผลิตขึ้นโดยวิธีการที่ใช้กรรมวิธีทางเทคนิค รวมทั้งลำดับยีนหรือส่วนหนึ่งของลำดับยีน แม้ว่าโครงสร้างของสิ่งประดิษฐ์นั้นจะเหมือนกับสิ่งที่ปรากฏอยู่ตามธรรมชาติ<sup>75</sup>

## (2) การอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ และระบบนิเวศ

ในปัจจุบันประชาคมโลกต่างตระหนักร่วมกันถึงปัญหาความเสื่อมโทรมของระบบนิเวศ การลดลงของความหลากหลายทางชีวภาพที่เพิ่มระดับความรุนแรงมากขึ้นทุกขณะ ประชาคมโลกได้เร่งหามาตรการยับยั้งมิให้ปัญหารุนแรงเพิ่มมากขึ้น ขณะเดียวกันก็พยายามฟื้นฟูสภาพแวดล้อมที่เสื่อมโทรมไป เพื่อให้กลับคืนมาดังเดิมหรือใกล้เคียงกับที่เป็นอยู่เดิม

<sup>73</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2539), น.216-217.

<sup>74</sup> Directive 98/44 on Legal Protection of Biotechnological Invention, 1988 Art. 5.1.

<sup>75</sup> Directive 98/44 on Legal Protection of Biotechnological Invention, 1988 Art. 5.2.

การขยายตัวทางเศรษฐกิจ การค้าเสรี ตลอดจนแบบแผนเกษตรกรรมสมัยใหม่ (Modern Agriculture) ที่เน้นรูปแบบเกษตรเชิงเดี่ยว (Monoculture) เป็นสาเหตุสำคัญประการหนึ่งที่ก่อให้เกิดปัญหาการเสื่อมโทรมของระบบนิเวศ และการลดลงของความหลากหลายทางชีวภาพ เมื่อประกอบกับปัญหาที่เกิดจากกระบวนการทางอุตสาหกรรม เช่น ปัญหาการรั่วไหลของน้ำมันดิบที่ทำลายสิ่งมีชีวิตตลอดจนทรัพยากรในทะเล การทิ้งสารเคมี หรือสารโลหะหนัก เช่น สารตะกั่วลงในแม่น้ำ ลำคลอง หรือแหล่งน้ำธรรมชาติ การปล่อยก๊าซจากกระบวนการผลิตทางอุตสาหกรรม หรือจากรถยนต์ ทำให้เกิดมลพิษทางอากาศ เกิดสภาวะโลกร้อนที่เรียกว่า “สภาวะเรือนกระจก” (Greenhouse Effect) กรณีดังกล่าวเป็นเพียงส่วนเล็กน้อยเพียงเล็กน้อยของปัญหาที่เกิดขึ้น หากในระยะยาว ปัญหาเหล่านี้ยังคงมิได้รับการแก้ไข ย่อมส่งผลกระทบต่อสิ่งมีชีวิตทั้งหลายที่อาศัยบนโลกนี้ มนุษย์ พืช หรือสัตว์ที่ไม่สามารถปรับตัว หรือทนต่อสภาพแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลง หรือเป็นพิษได้ย่อมเสี่ยงต่อการสูญพันธุ์ ความหลากหลายทางชีวภาพลดลง และทำให้วงจรชีวิตในโลกที่สิ่งมีชีวิตทั้งหลายต่างต้องพึ่งพาและมีส่วนสัมพันธ์กันได้รับความกระทบกระเทือน

ลักษณะสำคัญของปัญหาระบบนิเวศ และความหลากหลายทางชีวภาพ คือ ผลกระทบที่เกิดขึ้นจะไม่จำกัดขอบเขตอยู่ในอาณาเขตของรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้น กิจกรรมในรัฐหนึ่งอาจส่งผลกระทบต่อระบบนิเวศในอีกรัฐหนึ่งก็ได้ การแก้ปัญหาดังกล่าวจึงเป็นหน้าที่ของทุกประเทศต้องร่วมมือกัน โดยไม่อาจปล่อยเป็นภาระแก่ประเทศใดประเทศหนึ่งดำเนินการไปโดยลำพัง

ในปัจจุบันมีข้อตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับที่เกิดขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหานี้ของระบบนิเวศ สิ่งแวดล้อม<sup>76</sup> กล่าวเฉพาะกรณีของทรัพยากรพันธุกรรม ข้อตกลงระหว่างประเทศที่สำคัญ

---

<sup>76</sup> ข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับระบบนิเวศ และสิ่งแวดล้อมอาจแบ่งออกได้เป็น 6 กลุ่ม ดังนี้

1. กลุ่มที่เกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพ และสัตว์ป่า (Biodiversity and wildlife) ได้แก่ International Convention for the Regular of Whaling, 1946, Ramsar Convention on Wetlands of International Importance, 1971, Convention on International Trade in Endangered Species (CITES), 1973, Bonn Convention on the Conservation of Migratory Species, 1979, UN Convention on Biological Diversity, 1992, Cartagena Protocol on Biosafety, 2000, International Tropical Timber Agreement, 1994

2. กลุ่มที่เกี่ยวกับการปกป้องบรรยากาศ (Atmosphere) ได้แก่ UN Economic Commission for Europe (UNECE) Convention on Long-Range Transboundary Air

ได้แก่ CBD, ITPGR ข้อตกลงเหล่านี้เกิดขึ้นเพื่อควบคุมการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม ความหลากหลายทางชีวภาพ หรือจำกัดกิจกรรมของมนุษย์ที่กระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ ระบบ นิเวศ สิ่งแวดล้อม หรือความหลากหลายทางชีวภาพ และเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า การพัฒนา เศรษฐกิจต่อไปในอนาคตจะต้องอยู่บนหลักการที่เรียกว่า “การพัฒนาอย่างยั่งยืน” (Sustainable Development) <sup>77</sup> ข้อตกลงมารีราเกรซที่ก่อตั้ง WTO ยังได้กล่าวว่า การพัฒนาเศรษฐกิจต้องควบคู่ ไปกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ <sup>78</sup> หลักการนี้ได้รับการเน้นย้ำอีกครั้งในปฏิญญาโดฮา <sup>79</sup>

CBD กำหนดว่าความหลากหลายทางชีวภาพเป็นปัญหาที่อยู่ภายใต้หลักการมีส่วนร่วม ได้เสียร่วมกัน (Common concern of mankind) การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ ความ

---

Pollution, 1979, Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, 1985, UN Framework Convention on Climate Change, 1992, Kyoto Protocol, 1997

3. กลุ่มที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมทางทะเล (Marine environment) ได้แก่ London Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and other Matter, 1972, Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 1973, Marpol Protocol, 1978, UN Convention on the Law of the Sea, 1982, Agreement on Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks, 1995

4. กลุ่มที่เกี่ยวกับการใช้สารเคมี (Use of chemical) ได้แก่ Rotterdam Convention on the Prior Informed Consent Procedures for Certain Hazardous Chemicals and Pesticides in International Trade, 1998, Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants, 2001

5. กลุ่มที่เกี่ยวกับขยะ (Waste) ได้แก่ Basel Convention on the Control of Transboundary Movement of Hazardous Waste and their Disposal, 1989

6. กลุ่มอื่นๆ ได้แก่ Espoo Convention on Environmental Impact Assessment, 1991, UN Convention to Combat Desertification, 1992, Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, 1998.

<sup>77</sup> โปรดดูรายละเอียดของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในบทที่ 3.

<sup>78</sup> Marakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Preamble.

<sup>79</sup> Doha Ministerial Declaration, Para. 6.

หลากหลายทางชีวภาพจึงเป็นนโยบายที่ทุกประเทศต้องร่วมกันดำเนินการ แต่การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในพันธุกรรมพืชอาจก่อให้เกิดปัญหาความสมดุลของระบบนิเวศสูญเสียไปจากเกษตรกรรมสมัยใหม่ที่เน้นเกษตรแบบเชิงเดี่ยว ทำลายพันธุ์พืชดั้งเดิมของเกษตรกร (Landrace) ทำให้ความหลากหลายของพันธุ์พืชลดลง และการใช้พันธุ์พืชที่มีฐานความหลากหลายทางพันธุกรรมต่ำทำให้พืชเกิดโรคระบาดได้ง่าย กระทบต่อความมั่นคงทางอาหารของโลก (Global food security)

แม้ TRIPS จะกำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา แต่ TRIPS ยังระบุด้วยว่า การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาต้องช่วยส่งเสริมความเป็นอยู่ที่ดีทางสังคม และทางเศรษฐกิจอีกด้วย (Social and Economic Welfare)<sup>80</sup> TRIPS ยังมีหลักว่าในการคุ้มครองประเทศสมาชิกอาจกำหนดมาตรการที่จำเป็นเพื่อการป้องกันปัญหาสาธารณสุข และโภชนาการ และส่งเสริมประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ในด้านต่างๆ ที่มีความสำคัญต่อการพัฒนาทางเศรษฐกิจสังคม โดยมาตรการดังกล่าวต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติของ TRIPS<sup>81</sup>

เมื่อพิจารณาเหตุผลดังกล่าวข้างต้นประกอบกันแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ ความหลากหลายทางชีวภาพเป็นหน้าที่ของทุกประเทศ และในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตาม TRIPS นั้นก็คำนึงถึงปัจจัยอื่นที่มีความสำคัญด้วยเช่นกัน TRIPS เองยังอนุญาตให้ประเทศสมาชิกไม่ให้สิทธิบัตรแก่พืชก็ได้ การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้การคำนึงถึงการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ และความหลากหลายทางชีวภาพจึงเป็นสิ่งที่ทำได้ไม่ขัดกับ TRIPS ดังนั้นประเทศสมาชิกจึงมีสิทธิจำกัดสิทธิเสรีภาพของเอกชนโดยอาศัยนโยบายของรัฐในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ และความหลากหลายทางชีวภาพได้

### (3) การอำนวยความสะดวกแก่ผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย

ดังได้กล่าวแล้วว่า การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการคุ้มครองในลักษณะทรัพย์สินเอกชน (Private property) ผู้ทรงสิทธิจะได้รับสิทธิจำเพาะ (Exclusive rights) ในการแสวงหาประโยชน์จากการสร้างสรรค์นั้นแต่เพียงผู้เดียว ดังนั้นสิทธิบัตรในพันธุกรรมพืชจะทำให้ผู้ทรงสิทธิบัตรมีสิทธิเหนือพืชที่มีพันธุกรรมพืชคุ้มครอง และอาจอ้างสิทธิครอบครองพันธุ์พืชนั้นทั้งสายพันธุ์ก็ได้ ซึ่งรวมถึงทุกๆ ส่วนของพืช และผลผลิตของพืชนั้นด้วย ลักษณะเช่นนี้จะกีดกันผู้อื่นโดยเฉพาะเกษตรกรจากการใช้พันธุ์พืช เมล็ดพันธุ์ หรือผลผลิตของพืชนั้น

<sup>80</sup> TRIPS, Article 7.

<sup>81</sup> TRIPS, Article 8.

การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาให้เหตุผลว่า ผลงานสร้างสรรค์นั้นเป็นสิ่งที่เกิดจากสติปัญญาของนวัตกรรม ดังนั้นจึงเป็นสิ่งถูกต้องที่ควรให้ตกเป็นของนวัตกรรม ซึ่งผู้เขียนได้วิเคราะห์ปัญหานี้แล้วในบทที่ 1 แต่ปัญหาที่ควรพิจารณาต่อไป คือ การคุ้มครองนวัตกรรมภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญานั้นได้คำนึงถึงความเป็นธรรมของผู้ที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้นอย่างครบถ้วนและรอบด้านแล้วหรือไม่

ผู้เขียนได้กล่าวแล้วว่า พันธุกรรมพืชที่มีอยู่ในปัจจุบัน และถูกนำไปใช้ในการสร้างสรรค์งานในเทคโนโลยีชีวภาพนั้นเป็นผลงานจากสติปัญญาและความคิดสร้างสรรค์ของเกษตรกรในอดีตที่ช่วยกันสร้างสรรค์ สังคม และส่งผ่านมาจนถึงปัจจุบัน แต่ผลงานดังกล่าวเกิดจากการสร้างสรรค์ในรูปแบบที่ไม่เป็นทางการ (Informal Invention) ซึ่งแตกต่างจากกระบวนการสร้างสรรค์สมัยใหม่ภายใต้วิธีการทางวิทยาศาสตร์ ที่เรียกว่าการสร้างสรรค์ที่เป็นทางการ (Formal Invention) แต่การคุ้มครองการสร้างสรรค์ที่เป็นทางการด้วยระบบทรัพย์สินทางปัญญา ทำให้การใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืชของเกษตรกรทับซ้อนกับสิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และระบบทรัพย์สินทางปัญญาได้เลือกที่จะเพิกถอนสิทธิของเกษตรกรดังกล่าวไป โดยในระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชถือว่าสิทธิของเกษตรกรดังกล่าวเป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น ลักษณะเช่นนี้เร่งให้เกิดการฉกฉวยทรัพยากรพันธุกรรมพืชในประเทศกำลังพัฒนาไปใช้ประโยชน์ในลักษณะที่เรียกว่า “โจรสลัดชีวภาพ” (Bio-piracy)<sup>82</sup> รูปแบบการคุ้มครองดังกล่าวจึงยังไม่ได้ให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชอย่างครบถ้วน

แต่โดยที่ประชาคมโลกเห็นความสำคัญและบทบาทของเกษตรกรในการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืช และความหลากหลายทางชีวภาพ CBD, ITPGR จึงได้กำหนดว่า การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่อนำไปใช้ประโยชน์นั้น จะต้องได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากผู้ที่เกี่ยวข้อง (PIC) รวมทั้งต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นด้วย (Benefit-sharing) หลักการของ CBD, ITPGR ดังกล่าวเป็นการให้ความเป็นธรรมแก่เกษตรกร เท่ากับยอมรับรองการสร้างสรรค์ที่ไม่เป็นทางการของเกษตรกร ประเทศกำลังพัฒนาจึงเรียกร้องให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาใน TRIPS ต้องคำนึงถึงหลักการของ CBD, ITPGR โดยเรียกร้องให้ผู้ขอรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องเปิดเผยข้อมูลแหล่งที่มาหรือถิ่นกำเนิดของพันธุกรรมที่นำมาใช้นั้น (Disclosure of Origin/Source) รวมถึงเปิดเผยข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ และหลักฐานที่แสดงว่าการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเป็นไปตามกฎหมายภายใน หลักการของ CBD, ITPGR ดังกล่าวทำให้เกิดคำถามว่าหลักการของ CBD, ITPGR ขัดกับ

<sup>82</sup> โปรดดูรายละเอียดในประเด็นนี้เพิ่มเติมในบทที่ 3.

หลักการของ TRIPS หรือไม่ และจำเป็นต้องแก้ไขให้มีความสอดคล้องกันในระหว่างข้อตกลงทั้ง 3 ฉบับหรือไม่<sup>83</sup>

ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า รัฐอาจมีนโยบายจำกัดสิทธิเสรีภาพของเอกชนในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยเพิ่มเติมเงื่อนไขในการคุ้มครองเพื่อสร้างความเป็นธรรมแก่เกษตรกร เช่น การกำหนดเงื่อนไขการได้รับความยินยอมล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม และการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ เป็นต้น วิธีการเหล่านี้ถือว่าเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย กล่าวคือ นวัตกรรมก็ยังคงได้รับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ในขณะเดียวกันเกษตรกรที่มีส่วนในการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมก็มีสิทธิได้รับผลประโยชน์ตอบแทนเช่นกัน

### 3. การให้หลักประกันทางกฎหมายมหาชนในการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช

ความต้องการที่จะได้รับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในทรัพย์สินของปัจเจกบุคคลนั้น หากมองที่เอกชนแต่ละรายดูเหมือนจะเป็นความต้องการส่วนบุคคล แต่ประชาชนทุกคนในสังคมต่างก็ต้องการให้รัฐคุ้มครองสิทธิดังกล่าวให้ จึงเป็นความต้องการที่ตรงกันของประชาชนแต่ละคน ดังนั้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในทรัพย์สินจึงถือเป็นประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ดังนั้นการดำเนินงานของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐแม้จะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะอื่น ก็ต้องไม่ทำลายสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเป็นประโยชน์สาธารณะอย่างหนึ่งเช่นเดียวกัน<sup>84</sup> กฎหมายมหาชนจึงมีหลักตรวจสอบการกระทำของรัฐ เพื่อเป็นหลักประกันมิให้การกระทำของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะได้รับการคุ้มครองในทรัพยากรพันธุกรรมพืช

#### 3.1 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำฝ่ายปกครองที่กระทบสิทธิเอกชนเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชโดยองค์กรตุลาการ

ระบบควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำฝ่ายปกครองอาจแยกออกได้เป็น 2 ระบบใหญ่ๆ คือ ระบบควบคุมโดยองค์กรภายในของฝ่ายปกครองเอง และระบบ

<sup>83</sup> โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมในประเด็นนี้ในบทนำ.

<sup>84</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29, น.347.

ควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ได้แก่ การควบคุมโดยรัฐสภา และโดยองค์กรตุลาการหรือศาล<sup>85</sup> แต่ระบบควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาลเป็นระบบที่ให้หลักประกันแก่เอกชนได้ดีกว่าระบบอื่นๆ เนื่องจากศาลเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลขององค์กรการเมือง และฝ่ายปกครอง ในระบบการพิจารณาคดีของศาลๆ จะปฏิเสธไม่พิพากษาคดีไม่ได้ จึงเป็นหลักประกันว่าความเดือดร้อนของเอกชนจะได้รับการพิจารณาเสมอ และวิธีพิจารณาของศาลยังทำโดยเปิดเผย และศาลต้องให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาของตนเสมอ จึงเป็นหลักประกันว่าศาลจะไม่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ<sup>86</sup>

ภายใต้หลักการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการหรือศาลดังกล่าว ทำให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยฝ่ายปกครองที่กระทบต่อสิทธิของเอกชนของผู้ยื่นขอ หรือการให้ความคุ้มครองที่กระทบต่อสิทธิของผู้มีส่วนได้เสียอื่นย่อมอยู่ภายใต้หลักการตรวจสอบดังกล่าว

องค์กรตุลาการที่จะเป็นผู้ควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นในแต่ละประเทศอาจมีความแตกต่างกัน เช่น ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา อินเดีย ญี่ปุ่น ฯลฯ มอบให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้รับผิดชอบ ในประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน กรีซ เบลเยียม ฯลฯ ให้ศาลปกครองเป็นผู้ทำหน้าที่นี้โดยเฉพาะ<sup>87</sup>

ในประเทศไทยเดิมการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้อำนาจของศาลยุติธรรม แต่ปัจจุบันอยู่ภายใต้ศาลปกครอง อย่างไรก็ตามในกรณีการกระทำทางปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานั้น จะอยู่ภายใต้ศาลยุติธรรมที่เป็นศาลชำนาญพิเศษ คือ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ เนื่องจากเห็นว่าคดีประเภทนี้ต้องอาศัยศาลชำนาญพิเศษที่มีความเชี่ยวชาญโดยเฉพาะทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อเท็จจริง ดังนั้นแม้จะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่ก็ถือเป็นข้อยกเว้นหลักการเกี่ยวกับคดีปกครองทั่วไป<sup>88</sup>

#### (1) การกระทำที่กระทบสิทธิผู้ขอคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

ภายใต้กระบวนการพิจารณาคำขอสิทธิบัตรนั้น เจ้าหน้าที่ผู้ตรวจคำขออาจมีคำสั่งหรือความเห็นให้ผู้ยื่นคำขอดำเนินการก่อนมีคำสั่งต่อไปได้ ซึ่งเป็นไปตามขอบเขตของกฎหมายภายในของกฎหมายสิทธิบัตรแต่ละประเทศ ทั้งนี้ TRIPS ก็กำหนดเพียงกรอบกว้างๆ ว่า ต้องจัดให้

<sup>85</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 27, น.65-67.

<sup>86</sup> เพิ่งอ้าง, น.69-71.

<sup>87</sup> เพิ่งอ้าง, น.70-71.

<sup>88</sup> คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 9/2546.

มีกระบวนการพิจารณา หรือรูปแบบที่เหมาะสมและสอดคล้องกับ TRIPS<sup>89</sup> กระบวนการพิจารณาต้องกระทำภายในเวลาอันสมควร<sup>90</sup> กระบวนการเกี่ยวกับการได้มา การคงไว้ หรือการเพิกถอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยฝ่ายบริหารจะต้องมีกระบวนการคัดค้าน เพิกถอน หรือยกเลิกตามหลักทั่วไปที่ใช้กับการบังคับใช้สิทธิในมาตรา 41.2, 41.3<sup>91</sup> และคำสั่ง คำวินิจฉัยดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจการทบทวนโดยองค์กรตุลาการ หรือองค์กรกึ่งตุลาการ<sup>92</sup>

หลักการดังกล่าวเป็นหลักทั่วไปที่ปรากฏในกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทย เช่นกัน ดังเช่น กรณีอธิบดีสั่งให้รับจดทะเบียนและออกสิทธิบัตรให้แก่ผู้ขอ หรือมีคำสั่งยกคำขอรับสิทธิบัตร หรือวินิจฉัยว่าผู้คัดค้านมีสิทธิขอรับสิทธิบัตร ผู้มีส่วนได้เสียต้องโต้แย้งคำสั่งของอธิบดีโดยอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการสิทธิบัตร ถ้าไม่อุทธรณ์ภายในกำหนดจะถือว่าคำสั่งของอธิบดีถึงที่สุด<sup>93</sup> และเมื่อคณะกรรมการสิทธิบัตรมีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยประการใดแล้ว หากคู่กรณีไม่เห็นด้วยก็มีสิทธินำคดีไปสู่ศาลภายในเวลาที่กำหนด มิฉะนั้นถือว่าคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิบัตรเป็นที่สุด<sup>94</sup> หรือกรณีอธิบดีกำหนดค่าตอบแทน เงื่อนไขในการใช้สิทธิตามสิทธิบัตร และข้อจำกัดสิทธิ<sup>95</sup> เป็นต้น

ดังนั้นในประเทศไทย หากผู้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรได้รับผลกระทบกระเทือนจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ย่อมมีสิทธิอุทธรณ์คัดค้านการกระทำดังกล่าวได้ และองค์กรตุลาการจะเป็นองค์กรสุดท้ายในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ทั้งนี้องค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่ดังกล่าวจะเป็นศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษดังเหตุผลที่กล่าวมาแล้ว

<sup>89</sup> TRIPS, Article 62.1.

<sup>90</sup> TRIPS, Article 62.2.

<sup>91</sup> TRIPS, Article 62.4.

<sup>92</sup> TRIPS, Article 62.5.

<sup>93</sup> พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 72 วรรค 1.

<sup>94</sup> พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 74 วรรค 1.

<sup>95</sup> พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 50, 51, 52.

(2) การกระทำที่กระทบสิทธิผู้มีส่วนได้เสียอื่นจากการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยได้กำหนดให้สิทธิแก่ผู้มีส่วนได้เสียที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งให้ออกสิทธิบัตรมีสิทธิอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการสิทธิบัตร<sup>96</sup> และเมื่อคณะกรรมการสิทธิบัตรวินิจฉัยแล้ว ผู้มีส่วนได้เสียไม่เห็นด้วยก็ยังมีสิทธิอุทธรณ์ไปยังศาลได้<sup>97</sup> และศาลอาจเพิกถอนสิทธิบัตรได้หากฟังได้ว่าสิทธิบัตรนั้นไม่สมบูรณ์<sup>98</sup>

คำพิพากษาศาลฎีกาหลายฉบับที่แสดงให้เห็นบทบาทขององค์กรศาลในการคุ้มครองสิทธิของผู้มีส่วนได้เสียที่ได้รับผลกระทบจากการคุ้มครองสิทธิบัตร เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7377/2538 ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า โจทก์เป็นผู้ประกอบธุรกิจรับออกแบบ รับทำ ติดตั้งประตูเหล็ก ม้วน ประตูเหล็กเลื่อน เป็นต้น จำเลยยื่นขอสิทธิบัตรใบม่านเหล็กบังตาชนิดติดกับประตูเหล็กแบบ ยึดและพับได้ ทางราชการได้ออกสิทธิบัตรการประดิษฐ์เลขที่ 261 แก่จำเลย โจทก์ในฐานะผู้มีส่วนได้เสียจึงได้ยื่นฟ้องจำเลยต่อศาลขอให้เพิกถอนสิทธิบัตรดังกล่าว อ้างว่าสิทธิบัตรการประดิษฐ์ของจำเลยไม่สมบูรณ์ ไม่ใช่การประดิษฐ์ขึ้นใหม่ ไม่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น เนื่องจากสิทธิบัตรการประดิษฐ์ของจำเลยเหมือนกันในสาระสำคัญกับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ที่มีผู้ขอและได้รับการจดทะเบียนสิทธิบัตรการประดิษฐ์แล้วในประเทศอังกฤษเมื่อวันที่ 17 มีนาคม 2497 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่ใบม่านประตูเหล็กยึดที่มีลักษณะส่วนใหญ่เป็นอย่างเดียวกับม่านเหล็กบังตาที่มีอยู่แล้ว โดยมีข้อแตกต่างกันเพียงในรายละเอียดปลีกย่อยเพียงเล็กน้อย และไม่ปรากฏว่าใช้งานได้ดีกว่า การประดิษฐ์ที่มีอยู่แล้ว ไม่ใช่การประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น<sup>99</sup> หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5939/2538 กรณีโจทก์ฟ้องเพิกถอนสิทธิบัตรแบบผลิตภัณฑ์โครงสำหรับยึดหลอดนีออนของจำเลย ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับที่โจทก์ผลิตจำหน่ายมาก่อน<sup>100</sup> เป็นต้น

<sup>96</sup> พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 72.

<sup>97</sup> พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 74.

<sup>98</sup> พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 54, 64.

<sup>99</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7377/2538 (สงเสริมฯ) น. 294.

<sup>100</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5939/2538 (สงเสริมฯ) น.164.

กรณีศึกษาการใช้สิทธิของผู้ได้รับผลกระทบจากการคุ้มครองสิทธิบัตรที่สำคัญเรื่องหนึ่งในประเทศไทย คือ กรณีการฟ้องเพิกถอนสิทธิบัตรยาดีดีไอ<sup>101</sup> ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางได้วางหลักสำคัญในการคุ้มครองประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียจากการคุ้มครองสิทธิบัตรในการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับการเพิกถอนสิทธิบัตรดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนขอกล่าวถึงข้อเท็จจริงของคดีนี้ ดังนี้

บริษัทบริสทอลไมเยอร์ฯ ยื่นขอรับสิทธิบัตรโดยใช้ชื่อการประดิษฐ์ว่า “สูตรผสมซึ่งให้ทางปากที่ดีขึ้นของไดออกซีฟิโวนินิวคลีโอไซด์” เรียกโดยย่อว่า “สิทธิบัตรยาดีดีไอ” กรมทรัพย์สินทางปัญญาได้ประกาศโฆษณาเมื่อ 15 ธันวาคม 2536 ว่า คำขอสิทธิบัตรยาดีดีไอครอบคลุมสูตรเม็ดยาดีดีไอ ซึ่งใช้ insoluble antacid โดยมีหน่วยขนาดให้ยาอยู่ในช่วง “จากประมาณ 5 ถึง 100 มิลลิกรัมต่อหน่วยขนาดให้ยา” แต่ในภายหลังเมื่อออกสิทธิบัตรกลับปรากฏช่วงขนาดให้ยาดังกล่าวหายไปจากข้อถือสิทธิ ทำให้ข้อถือสิทธิกว้างกว่าที่ได้เคยลงโฆษณาไว้ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบริษัทบริสทอลไมเยอร์ฯ ได้ยื่นแก้ไขสิทธิบัตรโดยตัดข้อความหน่วยขนาดให้ยาดังกล่าวออกไป

มูลนิธิเข้าถึงเอดส์กับพวกได้ยื่นฟ้องบริษัทบริสทอลไมเยอร์ฯ ให้เพิ่มข้อความที่ถูกตัดออกไปกลับเข้าไปในข้อถือสิทธิ ศาลได้กำหนดประเด็นข้อพิพาทในคดีนี้ 4 ประเด็น ดังนี้

1. โจทก์ทั้งสามเป็นผู้ถูกโต้แย้งสิทธิ หรือเป็นผู้เสียหายอันมีส่วนได้เสียตามกฎหมายซึ่งจะมีสิทธิฟ้องคดีนี้หรือไม่
2. โจทก์ทั้งสามมีสิทธิขอให้บังคับจำเลยไปจดทะเบียนแก้ไขข้อถือสิทธิบัตรการประดิษฐ์ของจำเลย และให้จำเลยจ่ายค่าโฆษณาข้อถือสิทธิของจำเลยให้ครบถ้วนในหนังสือพิมพ์หรือไม่

<sup>101</sup> ยาดีดีไอเป็นยาด้านไวรัสเอดส์ ชื่อทางเคมีว่า dideoxy inosine ชื่อสามัญว่า Didanosine ใช้ร่วมกับ AZT หรือยาด้านฯ ชนิดอื่น ยานี้เป็นผลงานการคิดค้นของสถาบันสุขภาพแห่งชาติสหรัฐอเมริกา และได้ให้สิทธิในการผลิตยาแก่บริษัท บริสทอลไมเยอร์ฯ สควิบ์ จำกัด ซึ่งได้ปรับปรุงสูตรยาใหม่โดยผสมยาลดกรดเพื่อให้ดีดีไอไม่ถูกทำลายโดยน้ำย่อยในกระเพาะ บริษัทบริสทอลฯ ได้ขอจดสิทธิบัตรยาสูตรใหม่ในประเทศสหรัฐอเมริกา ในชั้นแรกถูกปฏิเสธคำขอเนื่องจากไม่มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น อย่างไรก็ดีได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมผลการทดลองจนได้รับสิทธิบัตรในประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ 9 มีนาคม พ.ศ.2542 หลังจากได้รับสิทธิบัตรในประเทศไทยแล้ว 1 ปี โปรดดู มูลนิธิสาธารณสุขกับการพัฒนา (มสพ.), ทางเดินของคนตัวเล็กๆ ที่จะสู้กับเรื่องใหญ่: บทเรียนการเพิกถอนสิทธิบัตรยาดีดีไอ, (กรุงเทพมหานคร: โอเอ็นจีการพิมพ์, 2547), น.

3. การที่จำเลย และ/หรือจำเลยร่วมแก้ไขเพิ่มเติมข้อความในสิทธิบัตรการประดิษฐ์ของจำเลยนั้น เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมข้อความอันเป็นสาระสำคัญหรือไม่ และการแก้ไขนั้นเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

4. สิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรในการประดิษฐ์ที่ได้รับสิทธิบัตรมีขอบเขตดังระบุในข้อถือสิทธิเท่านั้น หรือจะต้องพิจารณารายละเอียดการประดิษฐ์เป็นขอบเขตของข้อถือสิทธิด้วย

ประเด็นสำคัญในคดีนี้ประการแรก คือ ความหมายของผู้มีส่วนได้เสียตามกฎหมายสิทธิบัตรหมายถึงผู้ใด ซึ่งประเด็นข้อกฎหมายนี้จะนำไปสู่ปัญหาสิทธิในการบังคับให้แก้ไขข้อถือสิทธิในสิทธิบัตรต่อไป

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยไม่ได้ให้นิยามคำนี้ไว้ แต่โดยปกติจะหมายถึงพนักงานอัยการ หรือคู่แข่งทางการค้าของผู้ทรงสิทธิบัตร หรือผู้ผลิตสินค้าที่มีลักษณะอย่างเดียวกันกับผู้ทรงสิทธิบัตร<sup>102</sup> แต่ศาลในคดีนี้ได้วินิจฉัยในประเด็นผู้มีส่วนได้เสียว่า<sup>103</sup>

“ผู้มีส่วนได้เสีย หรือผู้ได้รับความเสียหายจากการออกสิทธิบัตรยาจึงมิใช่จะมีเพียงผู้ผลิต หรือผู้จำหน่ายผลิตภัณฑ์ยาชนิดเดียวกับที่ได้รับความคุ้มครองตามสิทธิบัตรเท่านั้น ผู้ป่วยหรือผู้มีความจำเป็นต้องได้รับยาเป็นผู้มีส่วนได้เสียกับการออกสิทธิบัตรยานั้นด้วย แม้ว่าโจทก์ที่ 2 และที่ 3 จะไม่เคยมีนิติสัมพันธ์กับจำเลย และไม่ใช่อุตสาหกรรม หรือคู่แข่งทางการค้ากับจำเลย แต่โจทก์ที่ 2 และที่ 3 เป็นผู้ป่วยด้วยโรคที่มีความจำเป็นต้องได้รับยาชนิดเดียวกับที่จำเลยได้รับสิทธิบัตร สำหรับโจทก์ที่ 1 นั้นแม้มิใช่ผู้ป่วยที่ต้องได้รับยาบำบัดรักษา แต่โจทก์ที่ 1 เป็นมูลนิธิซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมสวัสดิภาพทางกายและใจของผู้ที่มีเชื้อเอชไอวีได้รับการยอมรับและเคารพสิทธิอันพึงมีพึงได้ รวมทั้งดำเนินการและร่วมมือกับองค์กรเพื่อสาธารณประโยชน์อื่นๆ การดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งยารักษาโรคเอชไอวีและช่วยเหลือสนับสนุนผู้ที่มีเชื้อเอชไอวี ซึ่งด้อยโอกาสในสังคมให้สามารถใช้สิทธิตามกฎหมาย ตลอดจนดำเนินการแทนผู้ที่ไม่สามารถเปิดเผยตนเองต่อสังคมได้ จึงเป็นส่วนหนึ่งของวัตถุประสงค์ของโจทก์ที่ 1 เมื่อ

<sup>102</sup> ยรรยง พวงราช, คำอธิบายกฎหมายสิทธิบัตร, พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพมหานคร: บริษัทโรงพิมพ์เดียนตุลา จำกัด, 2543), น.106.

<sup>103</sup> คำพิพากษาศาลทวิชั้นทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง, คดีแดงที่ ทป.93/2545 ระหว่าง มูลนิธิเข้าถึงเอดส์ กับพวกโจทก์ บริษัท บริสตอลไมเยอร์ส สควิบ์ จำกัด กับพวกจำเลย.

โจทก์ที่ 1 ในฐานะองค์กรพัฒนาเอกชนมีหน้าที่ดำเนินการเพื่อให้ผู้ที่มีเชื้อเอชไอวีมีโอกาสในการเข้าถึงยา โจทก์ที่ 1 จึงเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่จะกล่าวอ้างถึงการได้รับสิทธิบัตรโดยไม่ชอบของจำเลย โจทก์ทั้งสามจึงเป็นผู้ถูกโต้แย้งสิทธิหรือผู้เสียหาย อันมีส่วนได้เสียซึ่งมีสิทธิฟ้องคดีนี้”

ประเด็นสำคัญประการต่อมา คือ การตัดข้อความช่วงขนาดการใช้ยาถือเป็นสาระสำคัญหรือไม่ ประเด็นนี้ศาลกล่าวว่า<sup>104</sup>

“รายละเอียดของการประดิษฐ์และข้อถือสิทธิถือเป็นสาระสำคัญของการประดิษฐ์ การตัดข้อความในข้อถือสิทธิจึงเป็นการเพิ่มเติมสาระสำคัญของการประดิษฐ์ ซึ่งต้องห้ามตามกฎหมาย และโจทก์ทั้งสามมีสิทธิขอให้บังคับจำเลยไปจดทะเบียนแก้ไขข้อถือสิทธิในสิทธิบัตรของจำเลย ซึ่งจำเลยร่วมต้องผูกพันตามคำพิพากษา ถึงแม้พระราชบัญญัติสิทธิบัตรในส่วนที่ 6 จะบัญญัติไว้เฉพาะการคืนสิทธิบัตร การเลิกข้อถือสิทธิ และเพิกถอนข้อถือสิทธิไว้แต่ก็ไม่ได้บัญญัติห้ามมิให้แก้ไข”

อย่างไรก็ตามภายหลังจากศาลพิพากษาให้บริษัท บริสคอลไมเยอร์ฯ แพ็คดี มูลนิธิเพื่อผู้บริโภค และผู้ติดเชื้อเอชไอวี 3 รายได้ยื่นฟ้องเพิกถอนสิทธิบัตรยาดีดีไอเป็นอีกคดีหนึ่ง โดยอ้างว่ายาดีดีไอไม่ใช่สิ่งที่สามารถได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร เป็นสิ่งประดิษฐ์ที่ไม่มีความใหม่ ไม่มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และไม่ได้เปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ที่มีข้อความสมบูรณ์รัดกุมและชัดเจนอันจะทำให้ผู้ชำนาญการในระดับสามัญในศิลปะและวิทยาการที่เกี่ยวข้องสามารถทำการและปฏิบัติตามการประดิษฐ์นั้นได้ และต้องระบุวิธีการในการประดิษฐ์ที่ดีที่สุดที่ผู้ประดิษฐ์พึงจะทราบได้ แต่ต่อมาบริษัทบริสคอลไมเยอร์ฯ ได้ทำสัญญาประนีประนอมยอมความกับโจทก์โดยยอมขอคืนสิทธิบัตรยาดีดีไอในที่สุด ทำให้ศาลไม่ได้วินิจฉัยในเนื้อหาของข้อพิพาทในคดีนี้

ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยให้ความคุ้มครองแก่ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาพอสมควร อย่างไรก็ตามมีข้อที่ควรพิจารณาในประเด็นการใช้สิทธิตามกฎหมายของผู้ที่ได้รับผลกระทบดังกล่าว ดังนี้

<sup>104</sup> คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง, คดีแดงที่ ทป.93/2545 ระหว่าง มูลนิธิเข้าถึงเอดส์ กับพวกโจทก์ บริษัท บริสคอลไมเยอร์ฯ สควิบป์ จำกัด กับพวกจำเลย.

1. การพิจารณาคำขอสิทธิบัตร ผู้เขียนเห็นว่า การให้ผู้ได้รับผลกระทบใช้สิทธิตามกฎหมายด้วยการฟ้องร้องดังเช่นกรณีสิทธิบัตรยาดังกล่าวข้างต้นนั้น เป็นการแก้ไขปัญหที่ปลายเหตุ เนื่องจากหากหน่วยงานราชการที่มีหน้าที่พิจารณาคำขอสิทธิบัตรได้พิจารณาคำขอโดยคำนึงถึงส่วนได้เสียของสาธารณชนอย่างเพียงพอ เช่น การไม่อนุญาตให้ตัดข้อความเกี่ยวกับช่วงขนาดการใช้ยา เพื่อจำกัดขอบเขตของสิทธิบัตรให้แคบที่สุด ก็จะลดปัญหาข้อโต้แย้งลงได้ ปัญหาในลักษณะนี้ยังอาจเกิดขึ้นได้ง่ายจากประสิทธิภาพในการตรวจสอบคำขอสิทธิบัตรที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช เนื่องจากการตรวจสอบว่าสิ่งที้นำมาขอรับสิทธิบัตรเป็นการประดิษฐ์หรือไม่ เป็นสิ่งใหม่ หรือมีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้นหรือไม่เป็นสิ่งที่ทำได้ยาก อุปสรรคในข้อนี้ทำให้การประดิษฐ์ในหลายกรณีได้รับความคุ้มครอง แต่ถูกเพิกถอนในภายหลัง เช่น กรณีสิทธิบัตรเกี่ยวกับต้นสะเดา (Neem Tree) เป็นต้น

2. การโต้แย้งว่าคำขอสิทธิบัตร หรือสิทธิบัตรที่ออกให้แล้วไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องใช้ผู้เชี่ยวชาญทางด้านเทคนิคที่เกี่ยวข้องกับการประดิษฐ์ในสาขานั้นๆ รวมทั้งผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมาย อีกทั้งการดำเนินการคัดค้านในชั้นพิจารณาคำขอสิทธิบัตร หรือในชั้นศาลจะต้องมีค่าใช้จ่าย และใช้เวลานานพอสมควรจึงเป็นภาระแก่ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการคุ้มครอง ความยุ่งยาก และความซับซ้อนของคดีเพิกถอนสิทธิบัตรยาดีดีไอในประเทศไทยเป็นตัวอย่างในกรณีนี้ได้เป็นอย่างดี ดังนั้นหากปัญหาเกิดขึ้นกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชซึ่งเกษตรกรที่ได้รับผลกระทบจะต้องดำเนินการฟ้องเพิกถอนสิทธิบัตรดังกล่าว ย่อมเป็นภาระที่ยุ่งยากเกินกว่าที่เกษตรกรจะดำเนินการได้ด้วยลำพังตนเอง และเป็นเหตุให้สิทธิบัตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายยังคงมีผลบังคับต่อไป

### 3.2 การให้สิทธิประชาชนถ่วงดุลการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืช

ดังได้กล่าวข้างต้นแล้วว่า การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชในด้านหนึ่งถือเป็นประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) จากการพัฒนาความรู้ วิทยาการ ตลอดจนการพัฒนาอุตสาหกรรม แต่ในอีกด้านหนึ่งการคุ้มครองดังกล่าวอาจกระทบต่อสิทธิของเกษตรกรในการใช้ประโยชน์จากเมล็ดพันธุ์ และพันธุ์พืช และอาจกระทบต่อระบบนิเวศ สิ่งแวดล้อม หรือความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งเป็นประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) อีกประการหนึ่งเช่นกัน ดังนั้นในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญารัฐจึงต้องดำเนินการโดยถ่วงดุลระหว่างประโยชน์ทั้งสองประการ

หากพิจารณาปัญหาความเสื่อมโทรมของระบบนิเวศ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพในมิติระหว่างประเทศแล้ว ปัญหาดังกล่าวถือเป็นปัญหาร่วมกันของประชาคมโลก มิใช่ปัญหาของประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น และหากพิจารณาในมิติภายในประเทศ ปัญหาดังกล่าวก็กระทบต่อประชากรทุกคนในประเทศ จึงเป็นปัญหาของประชาชนทุกคนในประเทศนั้น ไม่ใช่จะให้ตกเป็นภาระของฝ่ายปกครองแต่ฝ่ายเดียว การมีส่วนร่วมของภาคประชาสังคมในการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชด้วยการเสนอกฎหมายเพื่อการนี้ จึงเป็นช่องทางหนึ่งของหลักกฎหมายมหาชนที่เปิดโอกาสให้ภาคประชาสังคมมีส่วนร่วมต่อการแก้ไขปัญหาความเสื่อมโทรมของระบบนิเวศ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ

แม้ภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตย การเสนอกฎหมายจะเป็นหน้าที่หลักของคณะรัฐมนตรี และรัฐสภา ประชาชนจะไม่ได้เป็นผู้เสนอกฎหมายโดยตรง ซึ่งเป็นไปตามหลักการใช้อำนาจอธิปไตยโดยทางผู้แทน แต่ภายใต้หลักการที่ว่าอำนาจอสูงสุดเป็นของประชาชน การเสนอกฎหมายโดยประชาชนจึงเป็นกลไกสำคัญหนึ่งของระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยทางตรง ที่ให้สิทธิประชาชนร่วมกันเข้าชื่อเสนอร่างกฎหมายได้ (Initial Process) เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ รัฐธรรมนูญของบางมลรัฐในประเทศเยอรมัน และสหรัฐอเมริกา เป็นต้น<sup>105</sup>

(1) การให้สิทธิประชาชนมีส่วนร่วมเสนอกฎหมายเพื่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช

การให้สิทธิประชาชนริเริ่มเสนอร่างกฎหมาย (Initial process) เป็นรูปแบบหนึ่งของการใช้สิทธิประชาธิปไตยทางตรงระดับชาติ<sup>106</sup> รัฐธรรมนูญของประเทศไทยได้รับรองสิทธิของประชาชนที่มีสิทธิเลือกตั้งสามารถเสนอร่างกฎหมายให้รัฐสภาพิจารณาได้<sup>107</sup>

ผู้เขียนเห็นว่า ตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญประชาชนมีสิทธิเสนอกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้ 2 กรณี คือ

<sup>105</sup> วนิดา แสงสารพันธ์, “การเข้าชื่อเสนอกฎหมายโดยประชาชน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น.16.

<sup>106</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, “ประชาชนกับการใช้สิทธิเข้าชื่อเสนอกฎหมายและข้อบัญญัติท้องถิ่น,” (ตอนที่ 2), [www.publiclaw.net](http://www.publiclaw.net) (Visited December 2006).

<sup>107</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540, มาตรา 170.

1. ร่างกฎหมายที่เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อม บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของไทยรับรองสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยในการร่วมกับรัฐและชุมชนบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ความหลากหลายทางชีวภาพ และสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน<sup>108</sup> ดังนั้นประชาชนที่มีสิทธิเลือกตั้งจึงอาจร่วมกันเข้าชื่อเพื่อเสนอกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืช ซึ่งถือเป็นทรัพยากรธรรมชาติ และเป็น การอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพได้ กฎหมายในลักษณะดังกล่าวยังช่วยคุ้มครอง ส่งเสริม และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมเพื่อให้ประชาชนดำรงชีพอยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่ไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพหรือคุณภาพชีวิตของตน

2. ร่างกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สิน บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของไทยรับรองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล และการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด<sup>109</sup> ทรัพย์สินทางปัญญาถือเป็นสิทธิในทรัพย์สินประเภทหนึ่ง การจำกัดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงต้องทำโดยอำนาจแห่งกฎหมาย ดังนั้นประชาชนจึงมีสิทธิร่วมกันเข้าชื่อเสนอกฎหมายที่จำกัดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในนวัตกรรมที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้

บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขของการเสนอกฎหมาย โดยผู้มีสิทธิเข้าชื่อเสนอร่างกฎหมายดังกล่าวต้องเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้ง และมีจำนวนรวมกันไม่น้อยกว่า 50,000 คน<sup>110</sup> โดยต้องยื่นเรื่องเสนอต่อประธานรัฐสภา พร้อมร่างพระราชบัญญัติที่เสนอให้รัฐสภาพิจารณา<sup>111</sup> นับแต่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ประชาชนได้ใช้สิทธิเสนอร่างกฎหมายเพื่อพิจารณารวม 6 ฉบับ มีอยู่หนึ่งฉบับที่ประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้ว และมีเพียงฉบับเดียวที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืช และขณะนี้อยู่ในระหว่างการพิจารณาตราเป็นกฎหมาย ส่วนร่างกฎหมายฉบับอื่นๆ ล้วนแล้วแต่ตกไปเนื่องจากผู้เสนอไม่ครบจำนวนตามกฎหมายบ้าง หรือมีการถอนเรื่องออกไปบ้าง<sup>112</sup>

<sup>108</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540, มาตรา 46, 56.

<sup>109</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540, มาตรา 48.

<sup>110</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540, มาตรา 170.

<sup>111</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย พ.ศ.2542, มาตรา 7, 8.

<sup>112</sup> ร่างกฎหมายที่ประชาชนเข้าชื่อเสนอ มีทั้งสิ้น 6 ฉบับ ดังนี้

1. ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งสถาบันคุ้มครองสุขภาพ ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อมในสถานบริการ พ.ศ... ปัจจุบันร่างกฎหมายนี้ถูกถอนเรื่องออกไป

(2) การให้สิทธิชุมชนมีส่วนร่วมในการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืช

เกษตรกร หรือชุมชนพื้นเมืองในประเทศกำลังพัฒนานั้นนับว่ามีบทบาทในการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชมาอย่างช้านาน รูปแบบการอนุรักษ์ และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชจะมีรูปแบบเฉพาะ กล่าวคือเป็นการสร้างสรรค์อย่างไม่เป็นทางการ (Informal Invention) ซึ่งต่างจากรูปแบบการสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบัน ที่ต้องเป็นการสร้างสรรค์อย่างเป็นทางการเท่านั้น (Formal Invention)

การยอมรับเกษตรกร หรือชนพื้นเมืองในฐานะผู้สร้างสรรค์อย่างไม่เป็นทางการ (Informal Inventor) เริ่มเป็นรูปธรรมเมื่อ ILO มีมติรับรอง The Convention Concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Population in Independent Countries, 1957 ซึ่งมีเป้าหมายคุ้มครองวัฒนธรรม จารีต ภูมิปัญญาจากผลกระทบของความรู้สมัยใหม่ ในอนุสัญญาดังกล่าว มาตรา 23, 27 ได้กล่าวยอมรับเทคโนโลยีพื้นบ้าน (Traditional Technologies) ของชนพื้นเมืองว่าเป็นสิ่งสำคัญต่อการพัฒนา และการพึ่งพาตนเองทางเศรษฐกิจของชนพื้นเมือง และเป็นสิ่งที่ควรธำรงไว้ต่อไป

แนวคิดดังกล่าวปรากฏในข้อตกลงระหว่างประเทศต่อมาอีกหลายฉบับ อาทิ IUPGR และ Global Plan of Action for the Conservation and Sustainable Utilization of Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, 1996 ของ FAO, Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit Exploitation and other Prejudicial Actions ของ UNESCO และ WIPO, The Convention to Combat Desertation เป็นต้น

---

2. ร่างพระราชบัญญัติสภาเกษตรกรแห่งชาติ พ.ศ.... ปัจจุบันร่างกฎหมายนี้ถูกถอนเรื่องออกไป

3. ร่างพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ... ปัจจุบันอยู่ในชั้นพิจารณาของรัฐสภา

4. ร่างพระราชบัญญัติกองทุนหมู่บ้านแห่งชาติ พ.ศ... ปัจจุบันร่างกฎหมายนี้ถูกถอนเรื่องออกไป

5. ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ... ปัจจุบันได้ประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้วเมื่อ พ.ศ.2545.

6. ร่างพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.... ปัจจุบันได้ผ่านการพิจารณาจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติแล้ว เมื่อวันที่ 4 มกราคม 2550.

WIPO ก็อยู่ระหว่างพิจารณารูปแบบ และแนวทางในการคุ้มครองนวัตกรรมที่เกิดจากการสร้างสรรค์ที่ไม่เป็นทางการ (Informal Inventor) เพื่อกำหนดลักษณะของผู้รับประโยชน์อื่นๆ นอกเหนือจากรูปแบบที่มีอยู่ในระบบทรัพย์สินทางปัญญาปัจจุบัน เนื่องจากเห็นว่า ระบบทรัพย์สินทางปัญญาไม่ควรจำกัดเฉพาะผู้ได้รับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจเท่านั้น แต่ควรคำนึงถึงประโยชน์ในมิติของสิทธิมนุษยชนด้วย ประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศเสนอให้ใช้โอกาสที่ต้องพิจารณาแก้ไข TRIPS มาตรา 27.3b เพื่อให้การคุ้มครองมีมิติที่หลากหลายขึ้น เช่น ประเทศเคนยา เสนอว่า กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศสมาชิกควรจะมีบทบัญญัติที่คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ด้วย<sup>113</sup> เป็นต้น

การคุ้มครองการสร้างสรรค์อย่างไม่เป็นทางการนั้นจะสอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิของเกษตรกรซึ่งได้รับการยอมรับเพิ่มมากขึ้นในประชาคมระหว่างประเทศ CBD/ITPGR ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมที่มีบทบาทมากที่สุดในปัจจุบันก็มีบทบัญญัติที่รับรองสิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights) ไว้อย่างชัดเจน<sup>114</sup>

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ซึ่งได้บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลและชุมชนในการมีส่วนร่วมกับรัฐเพื่อบำรุงรักษา ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพนั้น นับว่าเป็นบทบัญญัติที่มีความก้าวหน้า และสอดคล้องกับคติความเชื่อ วิถีชีวิต ตลอดจนจารีตประเพณีของสังคมไทยที่ถือว่ามนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของธรรมชาติ ซึ่งเป็นทัศนะแบบองค์รวม (Holistic) แนวคิดเช่นนี้มีอยู่คู่กับสังคมไทยมาเป็นเวลาช้านาน และยังปรากฏในสังคมชนบทแม้กระทั่งในปัจจุบัน ดังปรากฏในงานวิจัยหลายฉบับ<sup>115</sup>

<sup>113</sup> Communication from Kenya on Behalf of the African Group (WT/GC/W/302).

<sup>114</sup> CBD, Preamble Para.12, ITPGR, Preamble 7, 8, Article 9.

<sup>115</sup> โปรดดูงานวิจัยในโครงการสิทธิชุมชนท้องถิ่นจากจารีตประเพณีสู่สถานการณ์ปัจจุบัน: การศึกษาเพื่อแสวงหาแนวทางนโยบายสิทธิชุมชนท้องถิ่นในประเทศไทย สนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย ซึ่งได้แบ่งการวิจัยเป็นหลายโครงการย่อยได้แก่ สิทธิชุมชนท้องถิ่น: กรณีศึกษาปัญหาสิทธิชุมชนท้องถิ่นชาวเขา โดย รัตนาพร เศรษฐกุล และคณะ; สิทธิชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมของล้านนา: ศึกษากรณีชุมชนลัวะ ยวน ลื้อ ปกาเกอญอ (กระเหรี่ยง) ในเขตจังหวัดน่าน แพร่ และเชียงใหม่ โดย อรุณรัตน์ วิเชียรเขียว และคณะ; สิทธิชุมชนบ้านครัว โดย ชลธิชา สัตยารัตนา และคณะ; สิทธิชุมชนท้องถิ่น: กรณีศึกษาปัญหาสิทธิชุมชนท้องถิ่นอีสาน โดย ดนุพล ไชยสินธุ์ และคณะ; สิทธิชุมชนภาคใต้ โดย เลิศชาย ศิริชัย และคณะ; สิทธิชุมชนมอญ:

ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดให้ชุมชนมีบทบาทในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ จะสอดคล้องกับวิถีปฏิบัติของชุมชนเกษตรกร และไม่ก่อให้เกิดปัญหาผูกขาดทำนองเดียวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เนื่องจากชุมชนเกษตรกรจะไม่ถือว่าทรัพยากรเป็นทรัพย์สินส่วนตัวที่จะหวงกันไว้แต่ผู้เดียว สมาชิกทุกคนในชุมชนมีสิทธิใช้ภายใต้กฎเกณฑ์ของชุมชน<sup>116</sup> อย่างไรก็ตาม การกำหนดขอบเขตของชุมชนที่มีสิทธินั้นอาจทำได้ยาก เนื่องจากอาจมีชุมชนใกล้เคียงหลายแห่งที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับทรัพยากร หรือภูมิปัญญานั้นๆ นอกจากนี้สมาชิกในชุมชนยังอาจมีการเคลื่อนย้ายเข้าออกก็ได้ และชุมชนที่มีสมาชิกจำนวนมากๆ อาจมีปัญหาจิตสำนึกในการอนุรักษ์ทรัพยากร และภูมิปัญญาที่แตกต่างกันในระหว่างสมาชิกของชุมชน

กล่าวโดยสรุปจากการศึกษาหลักกฎหมายมหาชนข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายมหาชนมีหน้าที่สร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะที่รัฐ หรือหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่รับผิดชอบกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลให้ได้สัดส่วนที่เหมาะสม<sup>117</sup> นอกจากนี้รัฐจะต้องรักษาสมดุลระหว่างการคุ้มครองประโยชน์ของภาคส่วนต่างๆ ในสังคมอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกันด้วย โดยเฉพาะการที่รัฐให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในนวัตกรรมที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชซึ่งไปจำกัดสิทธิของผู้อื่น

ในกรณีสิทธิบัตรในเครื่องจักร เครื่องมือ การกีดกันผู้อื่นจากการใช้เครื่องจักร เครื่องมือดังกล่าวเว้นแต่จะได้ตอบแทนผลประโยชน์แก่ผู้คิดค้น แม้จะสร้างผลกระทบต่อผู้อื่นบ้าง แต่ก็อาจไม่รุนแรงมากนักเมื่อเทียบกับกรณีสิทธิบัตรในพันธุ์พืช ซึ่งเป็นสิ่งมีชีวิตและขยายพันธุ์ได้เองตามธรรมชาติ สิทธิบัตรจึงอาจขยายครอบคลุมไปถึงทุกส่วนของพืช และผลิตผลที่ได้จากพืชนั้น ทั้งที่ นวัตกรรมไม่อาจอ้างได้ว่าตนเป็นผู้คิดค้นทำขึ้นเองทั้งหมด ซึ่งจะต่างจากกรณีเครื่องจักรที่นวัตกรรมต้องสร้าง หรือทำขึ้นใหม่ทุกเครื่องไป แม้จะอ้างว่านวัตกรรมเป็นผู้ติดต่อพันธุกรรมนั้นในเมล็ดพืช และพืชตลอดจนผลิตผลก็เกิดจากเมล็ดพืชนั้น แต่คำอธิบายดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าก็ยังไม่สามารถตอบคำถามที่ว่านวัตกรรมได้ทำขึ้น หรือสร้างพืช หรือผลิตผลจากพืชนั้นอย่างไร เพราะกระบวนการที่เมล็ดพืชเจริญเติบโตเป็นต้น และให้ผลผลิตล้วนเป็นผลงานของธรรมชาติทั้งสิ้น (Work of Nature) และข้ออ้างดังกล่าวยังเป็นการให้เหตุผลแบบแยกส่วน (Reductionist) คือกล่าว

---

กรณีการสร้างท่อก๊าซที่มีผลกระทบต่อชุมชนมอญพื้นเมืองและชุมชนมอญอพยพอำเภอสังขละบุรี จังหวัดกาญจนบุรี โดย ประภัสสร เสริฐปัญญา และคณะ; สิทธิชุมชนวิถีเอเชีย: การศึกษาเปรียบเทียบ โดย ชลธิรา สัตยาวัฒนา และคณะ.

<sup>116</sup> โปรดดูรายละเอียดสิทธิชุมชนในประเทศไทยในบทที่ 6.

<sup>117</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29, น.356.

เฉพาะส่วนที่นวัตกรรมติดต่อพันธุกรรมใหม่ แต่ตั้งใจที่จะละเลยไม่กล่าวถึงพันธุกรรมที่นำมาติดต่อ และพันธุกรรมของพืชที่ถูกติดต่อแล้วแต่เป็นสิ่งที่มียูก่อนแล้วทั้งสิ้น และเกษตรกรในอดีต จนถึงปัจจุบันมีส่วนอย่างสำคัญต่อการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมจนกลายมาเป็นฐาน ในการสร้างสรรค์ของนวัตกรรม สังคมเกษตรกรได้ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชมาโดยเสรี ตามวิถีปฏิบัติ และจารีตประเพณี ที่อยู่ภายใต้หลักการช่วยเหลือแบ่งปัน การใช้ประโยชน์ของ เกษตรกรดังกล่าวเป็นสิทธิเสรีภาพที่ถือเป็นประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ที่รัฐพึงให้ความสำคัญ คำนึงถึงเช่นเดียวกัน และเมื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาดึงเป็นสิทธิของเอกชน (Private Rights) และผลประโยชน์หลักจะตกได้แก่ปัจเจกบุคคลแม้การคุ้มครองจะเป็นประโยชน์สาธารณะ บ้าง แต่ก็ถือเป็นประโยชน์ลำดับรอง แต่การคุ้มครองสิทธิของเกษตรกรซึ่งเป็นสิทธิของคนหมู่มาก มีวัตถุประสงค์โดยตรงและเป็นวัตถุประสงค์หลักในการตอบสนองความต้องการของประโยชน์ สาธารณะ จึงควรมีสักดิ์และสิทธิ์ที่เหนือกว่าสิทธิของเอกชน

ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเหนือนวัตกรรมที่เกี่ยวข้อง กับพันธุกรรมพืชนั้น รัฐต้องคำนึง และถ่วงดุลระหว่างสิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และ สิทธิของเกษตรกรและผู้เกี่ยวข้องที่จะได้รับผลกระทบจากการคุ้มครองในรูปแบบทรัพย์สินทาง ปัญญา อย่างไรก็ตามปัจจุบันแนวคิดคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแพร่หลายทั่วไป และปรากฏ ข้อตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญา ทำให้การตรากฎหมาย หรือการกำหนดนโยบายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาของแต่ละประเทศจำต้องคำนึงถึงพันธกรณี ตามข้อตกลงระหว่างประเทศ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ข้อตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับที่มีผลต่อ นโยบายการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และสะท้อนออกในรูปแบบ และมาตรการตามกฎหมาย ภายในของแต่ละประเทศ.