

การคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

ทรัพยากรพันธุกรรมพืชมีความสำคัญเฉพาะกับปัจเจกบุคคลในฐานะทรัพย์สินที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจเท่านั้น แต่ประชาคมระหว่างประเทศต่างก็ยอมรับในความสำคัญของทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่มีต่อการดำรงอยู่ของมนุษยชาติ ในปัจจุบันทรัพยากรพันธุกรรมพืชอาจแบ่งเป็น 2 กลุ่มตามแหล่งที่ตั้ง คือ

1. ทรัพยากรพันธุกรรมที่อนุรักษ์ในสภาพธรรมชาติ (in-situ conservation) และ
2. ทรัพยากรพันธุกรรมที่อนุรักษ์นอกสภาพธรรมชาติ (ex-situ conservation) ที่มักเรียกกันว่า “ธนาคารพันธุกรรม หรือธนาคารเชื้อพันธุ์” (Gene bank)

ทรัพยากรพันธุกรรมทั้งสองแหล่งต่างมีความสัมพันธ์ในลักษณะการเกื้อหนุนต่อกัน¹ กล่าวคือ ในสภาพธรรมชาติพันธุกรรมจะวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงไป (Maintaining crop evolution) เกิดการแลกเปลี่ยนพันธุกรรมระหว่างพันธุ์พืชป่า และพันธุ์พืชเกษตรกร และเป็นเสมือนห้องปฏิบัติการตามธรรมชาติที่จะทดสอบคุณสมบัติต่าง ๆ ของพันธุกรรม เกษตรกรจะมีบทบาทสำคัญในกระบวนการดังกล่าว จึงทำให้เกิดการยอมรับบทบาท และรักษาวิถีชีวิตของเกษตรกร

¹ เดิมการอนุรักษ์ในสภาพธรรมชาติ (in-situ Conservation) ไม่ได้รับความนิยมเนื่องจากความเข้าใจผิดบางประการ กล่าวคือ

1. การอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมในสภาพธรรมชาติเป็นสิ่งแปลกแยก และเป็นผลเสียต่อระบบเกษตรกรรมสมัยใหม่ที่เห็นว่าเกษตรกรต้องเสียสละทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อให้ได้มาซึ่งเทคโนโลยีสมัยใหม่ที่จะทำให้ได้รับผลผลิตสูงขึ้น
2. การอนุรักษ์นอกสภาพธรรมชาติเพียงพอต่อการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมแล้ว ไม่ต้องให้ความสำคัญกับการอนุรักษ์ในสภาพธรรมชาติมากนัก และการอนุรักษ์ในสภาพธรรมชาติขัดแย้งกับการอนุรักษ์นอกสภาพธรรมชาติ

โปรดดู Stephen B. Brush, “Providing Farmers’ Rights Through in situ Conservation of Crop Genetic Resources,” Background Study Paper No.3, Commission on Plant Genetic Resources, First Extraordinary Session Rome, 7-11 November 1994. p.6.

(Conservation practices of farmers) ² และนักปรับปรุงพันธุ์พืชนิยมใช้พันธุ์กรรมที่อยู่ในสภาพธรรมชาติในการปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ ส่วนการอนุรักษ์ในธนาคารพันธุ์กรรมนั้นจะช่วยรักษาพันธุ์กรรมไว้และในกรณีพันธุ์กรรมในสภาพธรรมชาติเกิดความเสียหาย เช่น เกิดโรคระบาด หรือภัยพิบัติทางธรรมชาติก็อาจนำพันธุ์กรรมที่เก็บไว้ในธนาคารพันธุ์กรรมออกมาใช้ประโยชน์ได้ อย่างไรก็ตาม การอนุรักษ์ในธนาคารพันธุ์กรรมจะมีข้อจำกัดเมื่อเปรียบเทียบกับ การอนุรักษ์ในสภาพธรรมชาติ เนื่องจากจะเก็บในปริมาณไม่มากนัก และเก็บได้น้อยชนิด ซึ่งเป็นผลจากข้อจำกัดด้านงบประมาณ และพันธุ์กรรมที่เก็บไว้จะคงที่ไม่เปลี่ยนแปลง (Static) เสมือนหนึ่งแช่แข็งพันธุ์กรรมนั้นไว้

² *Ibid*, p.6-8; ปัจจุบันการอนุรักษ์ในสภาพธรรมชาติขาดประสิทธิภาพ เนื่องจากสาเหตุหลายประการ กล่าวคือ

1. พื้นที่ที่มีความหลากหลายถูกแบ่งซอยเป็นพื้นที่เล็กๆ ทำให้ลดความหลากหลายทางชีวภาพ
2. รูปแบบเกษตรแผนใหม่ที่เน้นปลูกพืชที่ให้ผลผลิตสูง ใช้พื้นที่ขนาดใหญ่ปลูกพืชชนิดเดียวกัน (Mono-crop)
3. เกษตรแบบดั้งเดิมที่ปลูกพืชพร้อมกันหลายชนิดลดลง พันธุ์พืชดั้งเดิมของเกษตรกรหายไป กระทบต่อความหลากหลายทางพันธุ์กรรม
4. พื้นที่ที่มีความหลากหลายทางชีวภาพบางแห่งไม่ได้ถูกกำหนดให้เป็นพื้นที่อนุรักษ์ เช่น พื้นที่ “Pleistocene refugia” ในป่าเมซอน
5. ต้นทุนและค่าใช้จ่ายในการอนุรักษ์สูงทำให้ประเทศกำลังพัฒนาต้องคำนึงถึงค่าเสียโอกาส (Opportunity Cost) จากการอนุรักษ์พื้นที่ไว้ บางประเทศจึงเน้นการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศมากกว่าการอนุรักษ์
6. การอนุรักษ์ในธนาคารพันธุ์กรรมมีอุปสรรคจากการขาดแคลนงบประมาณ กระทบต่อประสิทธิภาพในการเก็บรวบรวมพันธุ์กรรมพืช เครื่องมืออุปกรณ์ชำรุดเสียหายทำให้พันธุ์กรรมพืชบางส่วนได้รับความเสียหาย

โปรดดู Eric Christensen, “Genetic Ark: A Proposal to Preserve Genetic Diversity for Future Generation,” 40 *Stanford Law Review*, 279 (November 1997), pp.291-293.

นอกจากประชาคมระหว่างประเทศจะกังวลกับปัญหาการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมแล้ว อำนาจอธิปไตยของรัฐก็เป็นปัญหาอีกประการหนึ่ง เนื่องจากประชาคมระหว่างประเทศยอมรับว่าทรัพยากรพันธุกรรมอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐ (Sovereignty) เช่นเดียวกับทรัพยากรธรรมชาติอื่น ตามหลักอธิปไตยถาวรของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ (Permanent Sovereignty of State over Natural Resources) หลักการดังกล่าวปรากฏชัดเจนใน CBD และ ITPGR ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม

แต่แม้หลักกฎหมายระหว่างประเทศจะยอมรับในหลักอธิปไตยของรัฐ แต่การบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมในเขตอำนาจรัฐก็ยังมีปัญหาและอุปสรรคบางประการ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าปัญหาดังกล่าวเกิดจากสาเหตุ 3 ประการ ดังนี้

1. ธรรมชาติ (Nature) ของพันธุกรรมพืชจะแสดงออกใน 2 ลักษณะ คือลักษณะที่แสดงออกภายนอกของพืช (Phenotype) เป็นสิ่งที่มีรูปร่าง (Tangible) เช่น ไม้ แร่ธาตุ ฯลฯ เป็นต้น อีกลักษณะหนึ่งเป็นข้อมูลพันธุกรรมที่อยู่ในเซลล์ของพืช (Genotype) เป็นสิ่งไม่มีรูปร่าง (Intangible) ลักษณะที่แตกต่างทั้งสองประการทำให้การบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศมีความซับซ้อนยิ่งขึ้น กล่าวคือ รัฐสามารถใช้อำนาจอธิปไตยควบคุมทรัพยากรพันธุกรรมในลักษณะ Phenotype ได้ เช่น ห้ามนำเข้าชนิดใดชนิดหนึ่งออกนอกประเทศได้ แต่ทรัพยากรพันธุกรรมในลักษณะ Genotype จะเป็นข้อมูลทางพันธุกรรม เป็นสิ่งที่ไม่รูปร่าง (Intangible) และไม่อาจหวงกันได้ เช่น นักวิจัยผู้หนึ่งค้นพบโครงสร้างพันธุกรรมที่ทำให้ข้าวหอมมะลิมีกลิ่นหอม หากข้อมูลดังกล่าวเผยแพร่ออกไปบุคคลอื่นย่อมใช้ประโยชน์จากข้อมูลนี้ได้ โดยไม่จำเป็นต้องนำข้าวหอมมะลิไปวิจัยอีก ดังนั้นการใช้อำนาจอธิปไตยควบคุมหวงกันการใช้ประโยชน์จากข้อมูลในส่วนนี้จึงเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก

2. ในอดีตทรัพยากรพันธุกรรมพืช โดยเฉพาะพันธุ์พืชมีการเคลื่อนย้ายแลกเปลี่ยนกันโดยอิสระมาเป็นเวลานาน เนื่องจากเห็นว่าพันธุ์พืชต่างๆ เป็นสิ่งจำเป็นในดำรงชีวิตของมนุษยชาติ โดยเฉพาะเกษตรกรที่ยากจนในประเทศกำลังพัฒนา การแลกเปลี่ยนพันธุ์พืชทำให้เกิดความหลากหลายทางพันธุกรรม กล่าวกันว่าทุกประเทศในโลกแม้จะเป็นประเทศที่มีความหลากหลายทางชีวภาพสูงก็ยังคงพึ่งพาทรัพยากรพันธุกรรมจากแหล่งอื่นๆ ความสำคัญของทรัพยากรพันธุกรรมพืชมักกล่าวทำให้ IUPGR ของ FAO ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร ซึ่งต่อมาเปลี่ยนแปลงเป็น ITPGR ก็เคยถือว่าทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ (CHM) ลักษณะเช่นนี้ทำให้การควบคุมหรือจำกัดการเคลื่อนย้ายแลกเปลี่ยนทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นสิ่งที่ขัดกับแนวปฏิบัติที่ผ่านมา

และแม้ปัจจุบันจะไม่ถือว่าทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ (CHM) แต่ CBD/ITPGR ก็ยังคงกำหนดเป็นหลักการทั่วไปให้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเคลื่อนย้ายแลกเปลี่ยนกันได้ต่อไป เพียงแต่ให้อยู่ภายใต้หลักสิทธิอธิปไตยของรัฐนั้น (Sovereign Rights)

3. การแลกเปลี่ยนพันธุกรรมพืชในอดีตดังกล่าวมาทำให้สถานะทางกฎหมายของทรัพยากรพันธุกรรมพืชตามกฎหมายระหว่างประเทศขาดความชัดเจน ไม่อาจจะพูดได้ว่าพันธุ์พืชหนึ่งๆ นั้นมีต้นกำเนิดจากรัฐใด รัฐใดเป็นเจ้าของที่แท้จริง และพันธุ์พืชบางชนิดมีอยู่ในรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ ปัญหาซับซ้อนมากยิ่งขึ้นเมื่อพิจารณาถึงพันธุกรรมพืชที่เก็บในธนาคารพันธุกรรมที่ตั้งอยู่ในประเทศต่างๆ ทั่วโลก เนื่องจากพันธุกรรมที่เก็บในธนาคารเหล่านี้บ้างก็เกิดจากการเก็บรวบรวมของธนาคารพันธุกรรมเอง บ้างก็ได้จากการบริจาคของรัฐต่างๆ³ และธนาคารเหล่านี้จะยอมให้นักวิจัย หรือนักปรับปรุงพันธุ์พืชนำพันธุกรรมไปใช้ค่อนข้างเสรี จนถึงกับมีผู้ให้ความเห็นว่าการประเทศอุตสาหกรรมใช้ธนาคารพันธุกรรมเป็นช่องทางในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศกำลังพัฒนาเพื่อนำไปวิจัยค้นคว้าและจดสิทธิบัตรในผลงานจากการค้นคว้างดังกล่าว⁴ ปัญหาของธนาคารพันธุกรรมยังเกิดจากความไม่ชัดเจนในสถานะทางกฎหมายของธนาคารเองด้วย บางแห่งก่อตั้งขึ้นโดยองค์ระหว่างประเทศ บางแห่งรัฐเป็นผู้ก่อตั้ง หรือบางแห่งบริหารจัดการโดยองค์ระหว่างประเทศ เป็นต้น ปัญหาเหล่านี้ทำให้สถานะทางกฎหมายของทรัพยากรพันธุกรรมมีความสับสน

ความสับสนของสถานะทางกฎหมายของทรัพยากรพันธุกรรม ผสมกับความต้องการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจสูง ทำให้เกิดความพยายามอ้างสิทธิควบคุมและใช้ประโยชน์ในทรัพยากรพันธุกรรม ประเทศกำลังพัฒนาซึ่งมีทรัพยากรพันธุกรรมเป็นจำนวนมากอ้างอำนาจอธิปไตยเพื่อควบคุมทรัพยากรพันธุกรรมในดินแดนของตน ในขณะที่ประเทศอุตสาหกรรมซึ่งมีทรัพยากรพันธุกรรมที่น้อยกว่าต้องการให้การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมเปิดกว้างให้มากที่สุด

³ มีผู้กล่าวว่า พันธุกรรมที่เก็บในธนาคารพันธุกรรมภายใต้การดูแลของ IARC กว่าร้อยละเจ็ดสิบห้ามาจากประเทศกำลังพัฒนา โปรดดู Martin A. Girsberger, *Biodiversity and the Concept of Farmers' Rights in International Law*, (Berne: Peter Lang, 1999), p.71.

⁴ Ikechi Mgbеoji, *Global Biopiracy*, (Ithaca, New York: Cornell University Press, 2006), p.112.

ในเบื้องต้นผู้เขียนเห็นควรวิเคราะห์สถานะทางกฎหมายของทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งเป็นเครื่องบ่งชี้ถึงผู้มีสิทธิเหนือทรัพยากรพันธุกรรมนั้น และจะนำไปสู่คำตอบเกี่ยวกับการควบคุมการเข้าถึง (Access) และการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม (Benefit sharing) ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของ CBD/ITPGR

ปัจจุบันข้อตกลงระหว่างประเทศสำคัญที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชโดยตรงมี 2 ฉบับ คือ CBD และ ITPGR ข้อตกลงทั้งสองซึ่งส่งผลต่อสถานะทางกฎหมายของทรัพยากรพันธุกรรมพืช ดังนี้

1. ทรัพยากรพันธุกรรมพืชภายใต้หลักอธิปไตยของรัฐ (Sovereignty)

1.1 การคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชในดินแดนของรัฐภายใต้หลักอำนาจอธิปไตย

ทรัพยากรธรรมชาติทุกชนิดรวมทั้งต้นไม้ หรือพืชในดินแดนของรัฐจะอยู่ภายใต้อธิปไตยของรัฐนั้น ตามหลักอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ (Permanent Sovereignty over Natural Resource) ซึ่งหมายความว่า รัฐมีอิสระในการใช้ หรือสำรวจทรัพยากรธรรมชาติในดินแดนของตนตามวิธีการที่ตนเห็นสมควร หลักอธิปไตยถาวรนี้มีวัตถุประสงค์เป็นหลักประกันแก่ประชากรในดินแดนอาณานิคมที่จะได้รับผลประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในดินแดนของตน และเป็นเกราะป้องกันแก่ประเทศเอกราชใหม่จากการอ้างสิทธิ หรือเรียกร้องประโยชน์ที่กระทบต่ออำนาจอธิปไตยของประเทศนั้นจากประเทศอื่น หรือบริษัทข้ามชาติ⁵ ประเทศอาณานิคมเป็นผู้เสนอหลักนี้เพื่ออ้างสิทธิเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตน ซึ่งถูกประเทศเจ้าอาณานิคมนำไปใช้โดยประเทศเจ้าของทรัพยากรไม่ได้รับผลประโยชน์อย่างเหมาะสม⁶ หลักการนี้ต่อมาได้รับการรับรองโดยมติของสมัชชาที่ประชุมของ UN มติครั้งสำคัญ คือมติที่ 1803 ในปี ค.ศ.1962⁷ แม้จะเป็นเพียง

⁵ Kamal Hossain, Subrata Roy Chowdhury, Permanent Sovereignty over Natural Resources in International Law, ed. (London: Frances Pinter Publishers, 1984), p.35; Kamal Hossain, Legal Aspects of the New International Economic Order, ed. (London: Frances Pinter (Publishers), 1980), p.2; Parinya Deepadung, "International Law and Management of Tropical Rain Forests (Part 1)," 46 บทบัญญัติ, (กันยายน 2533):117.

⁶ Kamal Hossain, Subrata Roy Chowdhury, *supra* note 5, p.91.

⁷ Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources-GA.

มติของสมัชชาที่ประชุมใหญ่ของ UN แต่ปัจจุบันยอมรับกันว่ามติดังกล่าวมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁸

แต่แม้ว่ารัฐจะมีอธิปไตย แต่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศรัฐจะไม่มีอำนาจเด็ดขาด (Absolute power) เพราะรัฐต้องเคารพอธิปไตยของรัฐอื่นที่ถือว่ามีฐานะเท่าเทียมกัน⁹ อำนาจรัฐจึงไม่ใช่การมีเสรีโดยไม่มีขอบเขตจำกัด แต่รัฐต้องไม่กระทำการที่กระทบต่อรัฐอื่น ซึ่งเป็นไปตามหลักเพื่อนบ้านที่ดี (Good Neighborliness) ของกฎหมายโรมัน¹⁰

หลักอธิปไตยถาวร เกิดขึ้นโดยมุ่งการคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติที่สำคัญของประเทศอาณานิคม เช่น ป่าไม้ แร่ธาตุ น้ำมันดิบ เป็นต้น และเป็นหลักที่เกี่ยวข้องกับสิทธิทางเศรษฐกิจเหนือทรัพยากรของตนจึงเรียกหลักนี้อีกชื่อหนึ่งว่า “หลักอธิปไตยทางเศรษฐกิจ” (Economic Sovereignty)¹¹ จากพัฒนาการของหลักนี้ผู้เขียนเห็นว่าในเบื้องต้นหลักนี้จะไม่ครอบคลุมทรัพยากรพันธุกรรมในลักษณะ Genotype ซึ่งเป็นสิ่งไม่มีรูปร่างและยังไม่ใช่รู้จักกันในอดีต แต่จะมีเหนือทรัพยากรธรรมชาติที่มีรูปร่าง อย่างไรก็ตามอธิปไตยของรัฐที่มีอยู่เหนือต้นไม้หรือพืชในฐานะ Phenotype ทำให้อำนาจอธิปไตยครอบคลุมไปถึงข้อมูลพันธุกรรม (Genotype) ที่อยู่ในเซลล์ของต้นไม้ หรือพืชนั้นด้วย¹² แต่ดังได้กล่าวแล้วว่าการควบคุมการลักลอบนำทรัพยากรพันธุกรรมพืชในลักษณะ Genotype ไปใช้ทำได้ยาก หรืออาจทำไม่ได้เลย ในอดีตที่ผ่านมาแม้การควบคุมการเคลื่อนย้ายพันธุ์พืชในลักษณะ Phenotype ก็ไม่ประสบความสำเร็จ เช่น การลักลอบนำต้นพริกไทย และซินนามอนจากดินแดนในอาณานิคมของประเทศเนเธอร์แลนด์ไปยังประเทศ

Resolution 1803 XVII.

⁸ Franz Xaver Perrez, “The Relationship between “Permanent Sovereignty” and the Obligation not to Cause Transboundary Environmental Damage,” 26 *Environmental Law*, 1187 (1996), p.1194.

⁹ Catherine J. Iorns, “Indigenous Peoples and Self Determination: Challenging State Sovereignty,” 24 *Case Western Reserve Journal of International Law*, 199 (1992), p.237.

¹⁰ Franz Xaver Perrez, *supra* note 8, p.1208.

¹¹ *Ibid*, p.1205.

¹² จักรกฤษณ์ ควรพจน์, “การคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น,” ใน นันทน อินทนนท์, บรรณาธิการ, *ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์*, 2 เล่ม, (กรุงเทพมหานคร: ห.จ.ก.จิรัชการพิมพ์, 2547), เล่ม 2, น.657.

ฝรั่งเศสในศตวรรษที่ 18 หรือการลักลอบนำต้นยางพาราจากประเทศบราซิลไปปลูกในประเทศมาเลเซีย และสิงคโปร์ในขณะเป็นดินแดนอาณานิคมของประเทศอังกฤษ ซึ่งทั้งสองกรณีประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมไม่อาจดำเนินการใดๆ ได้¹³ และปัจจุบันพันธุกรรมพืชที่สำคัญหลายชนิดถูกเก็บรวบรวมไว้ในธนาคารพันธุกรรมก่อนหน้านี้แล้ว และธนาคารพันธุกรรมส่วนใหญ่ยอมให้นักปรับปรุงพันธุ์พืชขอรับพันธุกรรมไปใช้ในการปรับปรุงพันธุ์ได้โดยง่าย ทำให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมไม่อาจควบคุมการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรได้อย่างเต็มที่

การก่อกำเนิดขึ้นของหลักอธิปไตยถาวร¹⁴ ได้ช่วยเสริมสถานะของประเทศกำลังพัฒนาให้มีความทัดเทียมกับประเทศอื่น ซึ่งสอดคล้องกับกฎบัตรของสหประชาชาติ (United Nations Charter) ข้อ 2 ที่ให้ทุกประเทศมีความเท่าเทียมกัน และมติของสมัชชาที่ประชุมใหญ่ของ UN ที่รับรอง “ระเบียบเศรษฐกิจระหว่างประเทศใหม่” (The New International Economic Order) ที่ระบุว่า “ระเบียบฯ นี้จัดทำขึ้นได้ก็โดยการรับรองอำนาจอธิปไตยอันถาวรของทุกประเทศเหนือทรัพยากรของตน.. และเพื่อปกป้องทรัพยากรเหล่านี้แต่ละประเทศมีสิทธิปกป้อง และควบคุมการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรของตน” ซึ่งเป็นการกำหนดให้ทรัพยากรธรรมชาติเป็นสมบัติของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁴

CBD/ITPGR ต่างก็ระบุให้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชอยู่ภายใต้หลักสิทธิอธิปไตยของรัฐ (Sovereign rights)¹⁵ เหตุที่ใช้คำว่า “สิทธิอธิปไตย” (Sovereign Rights) แทนที่จะใช้คำว่า อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) มีสาเหตุมาจากความต้องการให้สิทธิจัดการทรัพยากรพันธุกรรมของรัฐครอบคลุมถึงบริเวณเขตเศรษฐกิจจำเพาะด้วย ซึ่งในบริเวณนี้รัฐมีเพียงสิทธิอธิปไตยเท่านั้น อีกทั้งถ้อยคำ CBD ฉบับภาษาฝรั่งเศสใช้คำที่หมายถึงอำนาจอธิปไตย (droits souverains) ใน

¹³ Klaus Bosselmann, “Plant and Politics: The International Legal Regime Concerning Biotechnology and Biodiversity,” 7 Colorado Journal of International Environmental Law and Policy, 111 (1996), p.121.

¹⁴ Milan Bulajic, Principles of International Development Law, 2nd edition, (Dordrecht, Netherland: Martinus Nijhoff Publishers, 1986), pp.106-107; จักรกฤษณ์ วรรณพจน์, สิทธิบัตรแนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: ห.จ.ก. พี.เจ. เพลทโปรเซสเซอร์, พ.ศ.2544), น.171-172.

¹⁵ CBD, Article 15.1, ITPGR, Preamble, Para.1.

ส่วนอารัมภบทวรรคสี่¹⁶ และใช้คำว่าสิทธิอธิปไตย (droit de souveraineté) ในมาตรา 15 วรรคแรก¹⁷ จึงแสดงให้เห็นว่า CBD ยังยืนยันหลักอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรพันธุกรรม¹⁸ ซึ่งคำอธิบายดังกล่าวสอดคล้องกับความเห็นของ FAO¹⁹

ปัญหาที่ควรพิจารณาต่อไป คือ การบังคับใช้หลักสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชมีปัญหามากในทางปฏิบัติ และใช้บังคับใช้ได้จริงหรือไม่ เนื่องจากทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดหนึ่งๆ มักมีอยู่ในดินแดนของรัฐอื่นด้วย อีกทั้งการลักลอบเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้นทำได้โดยง่าย เพราะการลักลอบนำออกไปเพียงเล็กน้อยก็สามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้แล้ว²⁰

ปัญหานี้เป็นผลจากแนวปฏิบัติในอดีตที่ทรัพยากรพันธุกรรมพืชมีการเคลื่อนย้ายกันค่อนข้างเสรี ประชาคมระหว่างประเทศได้เล็งเห็นปัญหาข้อขัดแย้งที่เกิดจากการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐที่เป็นที่ตั้งของทรัพยากรพันธุกรรม และความต้องการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมนั้น ข้อตกลงระหว่างประเทศสำคัญที่จัดทำขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้แก่ CBD

¹⁶ CBD, Préambule, Para. 4 Réaffirmant que les Etats ont des droits souverains sur leurs ressources biologiques (เน้นตัวหนาโดยผู้เขียน).

¹⁷ CBD, Article 15.1 Etant donné que les Etats ont droit de souveraineté sur leurs ressources naturelles, le pouvoir de déterminer l'accès aux ressources génétiques appartient aux gouvernements et est régi par la législation nationale (เน้นตัวหนาโดยผู้เขียน).

¹⁸ Patricia Lucia Cantuária Marin, Providing Protection for Plant Genetic Resources, (The Hague, The Netherlands: Kluwer Law International, 2002), p. 106; ชนภัทร วินยวัฒน์, คำอธิบายเบื้องต้นอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไพบูลย์การพิมพ์, 2539), น.24.

¹⁹ โปรดดู Commission on Plant Genetic Resources, "Revision of the International Undertaking: Analysis of some Technical, Economic and Legal Aspect for Consideration in Stage II," First Extraordinary Session, Rome, 7-11 November 1994, p.39.

²⁰ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น.675.

CBD เป็นข้อตกลงที่มีเนื้อหาครอบคลุมทรัพยากรพันธุกรรมทุกชนิด (Umbrella Treaty) ²¹ ที่อยู่ในดินแดนของรัฐที่อยู่ในสภาพธรรมชาติ (*in-situ*) ²² แต่ไม่รวมถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่เก็บอยู่ในธนาคารพันธุกรรม (*ex-situ*) ที่ได้รวบรวมไว้ก่อน CBD มีผลบังคับ แม้ต่อมา FAO จะได้จัดทำ ITPGR ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมอีกฉบับหนึ่ง แต่ขอบเขตของ CBD จะต่างจาก ITPGR ซึ่งมีขอบเขตที่เฉพาะเจาะจงกว่า คือ บังคับใช้กับทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและเกษตร และเฉพาะพืชที่ระบุในภาคผนวกเท่านั้น ²³ แต่มีข้อสังเกตว่า ข้อตกลงทั้งสองฉบับจะไม่มีผลบังคับต่อทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่ในความครอบครองของเอกชน โดยใน ITPGR เพียงแต่มีข้อบทที่กำหนดให้รัฐภาคีเรียกร้องให้องค์กรเอกชนปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของ ITPGR ด้วยความสมัครใจเท่านั้น ²⁴

CBD กำหนดให้รัฐภาคีส่งเสริมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในดินแดนของรัฐ โดยรัฐมีอธิปไตยที่จะกำหนดเงื่อนไขการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ แต่ต้องเป็นเงื่อนไขที่เอื้อต่อรัฐภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม และไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์ของ CBD ²⁵ ในทำนองเดียวกัน

²¹ ก่อนหน้า CBD มีข้อตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม แต่ข้อตกลงแต่ละฉบับเป็นข้อตกลงในระดับภูมิภาค หรืออนุภูมิภาค และมีหลักเกณฑ์และมาตรฐานที่แตกต่างกันไปในแต่ละภูมิภาค เกิดความซ้ำซ้อน และการรวมข้อตกลงที่มีอยู่เข้าด้วยกันเป็นสิ่งที่ทำไม่ได้ ดังนั้น UNEP จึงตั้งคณะทำงานเพื่อยกร่าง CBD เพื่อให้เป็นข้อตกลงหลัก โปรดดู ปฏิเวทย์ ยาวงษ์, “การคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพและระบบนิเวศทางทะเลภายใต้กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น.25-32.

²² CBD, Article 2, 15.3.

²³ ITPGR, Article 3, 11.1; พืชที่อยู่ในบังคับของ ITPGR ได้แก่ พืชอาหาร 35 รายการ และพืชอาหารสัตว์ (Forage) อีก 29 รายการ พืชสำคัญ ๆ ที่อยู่ภายใต้ระบบดังกล่าวได้แก่ ข้าว (Rice) ข้าวโพด (Maize) ข้าวสาลี (Wheat) มันสำปะหลัง (Cassava) มันฝรั่ง (Potatoes) และกล้วย (Bananas) มีข้อสังเกตว่าพืชสำคัญหลายชนิดไม่อยู่ในภาคผนวก เช่น ถั่วลิสง (Peanuts) ถั่วเหลือง (Soybeans) มะเขือเทศ (Tomatoes) พริกไทย (Peppers) หัวหอม (Onions) อ้อย (Sugar cane) ข้าวฟ่าง (Minor Millets) กระเทียม (Garlic) ปาล์ม (Oil Palm) เป็นต้น โปรดดู “Food or Famine - Three words will determine our future,” www.ukabc.org (visited March 2003).

²⁴ ITPGR, Article 11.2.

²⁵ CBD, Article 15.2.

ITPGR ก็กำหนดให้รัฐภาคีต้องอำนวยความสะดวกในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชด้วยเช่นกัน²⁶ ทั้งนี้เพื่อส่งเสริมให้มีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชเหมือนเช่นในอดีต และไม่ต้องทำให้รัฐภาคีสรางอุปสรรคต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม อย่างไรก็ตามเงื่อนไขในการเข้าถึง รวมทั้งระดับในการอำนวยความสะดวกจะเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐ CBD จะไม่เน้นความเป็นเจ้าของทรัพยากรของรัฐ แต่มุ่งเน้นความสัมพันธ์ในการร่วมมือจัดการทรัพยากรชีวภาพกับรัฐภาคีอื่น²⁷ ทำให้รัฐภาคีต้องจำกัดอธิปไตยของตนเองในการบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมพืชตามแนวทางที่ CBD กำหนด

ภายใต้หลักการของ CBD/ITPGR จะกระทบต่ออำนาจรัฐในการบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่ในดินแดนของตน ซึ่งอาจแยกพิจารณา ดังนี้

(1) การคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชในฐานะทรัพย์สินเอกชน

ดังได้กล่าวแล้วว่า CBD/ITPGR ไม่มีผลบังคับกับเอกชนในรัฐภาคี ดังนั้นทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่ในความครอบครองของเอกชนในลักษณะทรัพย์สินจะไม่ถูกกระทบกระเทือนจากข้อตกลงทั้งสองฉบับ

แต่หลักเกณฑ์ของ CBD/ITPGR จะกระทบต่อสิทธิของเอกชนที่จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชจากเดิมที่เคยเข้าถึงได้ง่าย เป็นต้องทำตามหลักเกณฑ์ที่ CBD/ITPGR กำหนดโดยผ่านกฎหมายภายใน ผู้ขอเข้าถึงต้องได้รับความยินยอมล่วงหน้า²⁸ และต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit-sharing Agreement)²⁹ จากการนำทรัพยากรพันธุกรรมพืชไปใช้ ข้อตกลงระหว่างรัฐผู้ให้เข้าถึงและผู้ขอเข้าถึงต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ตกลงร่วมกัน (Mutually Agreed Term)³⁰

CBD ไม่ได้ห้ามการนำทรัพยากรพันธุกรรมพืชไปขอรับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยชัดแจ้ง แต่ ITPGR ห้ามขอรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา หรือสิทธิใดๆ ที่มีผลกีดกันการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืช ไม่ว่าจะเป็นการขอรับสิทธิเหนือพันธุกรรม หรือส่วนใดส่วนหนึ่งของพันธุกรรมนั้นก็ตาม (their genetic parts or components) ยกเว้นพันธุกรรมพืชที่มีได้อยู่ใน

²⁶ ITPGR, Article 12.1.

²⁷ Jame O. Odek, "Biopiracy: Creating Proprietary Rights in Plant Genetic Resources," 2 *Journal of Intellectual Property Law*, 141 (Fall 1994), p.161.

²⁸ CBD, Article 15.5.

²⁹ CBD, Article 15.7.

³⁰ CBD, Article 15.4.

สภาพเดียวกับที่ได้รับไป (in the form received) ³¹ อย่างไรก็ตามข้อห้ามนี้ยังมีข้อโต้แย้งว่า หมายความว่าอย่างไร การตัดแต่งพันธุกรรม หรือการสกัดสารบริสุทธิ์จะถือว่ายังอยู่ในสภาพเดียวกับที่ได้รับมาหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าขึ้นอยู่กับกรณีความ “หลักการประดิษฐ์” และ “หลักผลผลิตของธรรมชาติ” (Product of Nature) ซึ่งจะได้วิเคราะห์โดยละเอียดต่อไปในบทที่ 4

ประเด็นสำคัญอีกประการหนึ่ง คือ หลักเกณฑ์ของ CBD/ITPGR จะมีผลต่อการบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่ในธนาคารพันธุกรรม (Gene Bank) อย่างไร

CBD กำหนดให้ทรัพยากรพันธุกรรมในธนาคารพันธุกรรม ทั้งที่มีถิ่นกำเนิดในรัฐนั้นเอง และที่ได้รับจากรัฐอื่นโดยถูกต้องตามหลักเกณฑ์ของ CBD อยู่ภายใต้อธิปไตยของรัฐที่เป็นที่ตั้งธนาคารพันธุกรรมและเป็นสิทธิของรัฐนั้น ³² แต่จะมีสถานะเป็นทรัพย์สินหรือไม่นั้น CBD ไม่ได้ระบุไว้แต่ให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐนั้น อย่างไรก็ตาม CBD จะไม่มีผลเปลี่ยนแปลงสถานะของทรัพยากรพันธุกรรมที่เก็บรักษาในธนาคารพันธุกรรมก่อน CBD มีผลใช้บังคับ ทั้งนี้ตามหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

ปัญหาที่ควรพิจารณาต่อไป คือ อำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรพันธุกรรมในธนาคารพันธุกรรมที่เป็นสถาบันระหว่างประเทศ หรือบริหารงานโดยองค์กรระหว่างประเทศจะได้รับผลกระทบจากข้อตกลงระหว่างประเทศอย่างไร

ธนาคารพันธุกรรมในโลกนี้ส่วนใหญ่จะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ CGIAR ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลดความอดอยากและยากจน เพิ่มคุณค่าทางโภชนาการ สุขภาพ การปกป้องสิ่งแวดล้อม ³³ ทรัพยากรพันธุกรรมพืชกว่า 6 ล้านตัวอย่างที่อยู่ในธนาคารพันธุกรรมนั้นกว่า 6 แสนตัวอย่างอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ CGIAR ³⁴ งานวิจัยของ CGIAR จะเผยแพร่ทั่วไป

³¹ ITPGR, Article 12.3d.

³² Carlos M. Correa, “Sovereign and Property Rights over Plant Genetic Resources,” Background Study Paper No.2, FAO, Commission on Plant Genetic Resources, First Extraordinary Session, Rome, 7-11 November 1994, p. 9.

³³ Graham Dutfield, Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity: Seeds and Plant Varieties, (London: Earthscan Publications Ltd., 2000), p.105; ผู้สนใจรายละเอียดความเป็นมาของ CGIAR โปรดดู Peter Drahos, Ruth Mayne, Global Intellectual Property Rights, Knowledge, Access and Development, ed. (New York: Palgrave Macmillan, 2002), pp.108-122.

³⁴ FAO, The State of the World's Plant Genetic Resources for Food and

ข้อตกลงที่ CGIAR ทำไว้กับ FAO ระบุห้ามนักวิจัยขอรับทรัพย์สินทางปัญญาในทรัพยากรพันธุกรรม หรือข้อมูลที่เกี่ยวข้อง (Germplasm or related information) ที่ได้ไปจาก CGIAR

แม้ CGIAR จะได้รับการสนับสนุนการดำเนินงานจากประเทศต่าง ๆ และเป็นหน่วยงานที่มีวัตถุประสงค์ในระดับระหว่างประเทศ แต่ก็ไม่มีสถานะเป็นองค์กรระหว่างประเทศในความจริง เพราะมิได้ตั้งขึ้นตามกฎหมายระหว่างประเทศ และรัฐต่างๆ หรือองค์กรระหว่างประเทศต่างๆ ก็ได้กำกับการดำเนินงานของ CGIAR³⁵ ธนาคารพันธุกรรมภายใต้การดูแลของ CGIAR แต่ละแห่งมีรูปแบบและโครงสร้างองค์กรที่ต่างกัน บางแห่งดำเนินการในลักษณะสัญญาเหมือนเอกชน บางแห่งดำเนินการในลักษณะองค์กรระหว่างประเทศ

จากรายงานผลการศึกษาของ FAO สรุปถึงสถานะของธนาคารพันธุกรรมที่อยู่ภายใต้การดูแลของ CGIAR ว่า มีสถานะพิเศษโดยมีสถานะอยู่ตรงกลางระหว่างกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ ธนาคารพันธุกรรมเหล่านี้ไม่ได้ก่อตั้งขึ้นโดยสนธิสัญญาระหว่างประเทศ หรือโดยบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ (International Legal Person) และกิจกรรมการดำเนินงานของธนาคารพันธุกรรมก็ไม่ได้อยู่ภายใต้การกำกับของรัฐ หรือบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวแต่อย่างใด และแม้ว่าธนาคารพันธุกรรมมักจะดำเนินงานตามกฎหมายภายในของประเทศที่เป็นที่ตั้งก็ตาม แต่นโยบายของธนาคารมักจะมาจากตัวแทนในระดับประเทศ และระดับระหว่างประเทศที่อยู่ในรูปของคณะกรรมการ (Board of Trustee) รายงานดังกล่าวยังสรุปอีกว่า ธนาคารพันธุกรรมจะไม่ได้ถูกควบคุมโดยรัฐใดรัฐหนึ่ง หรือหน่วยงานภายในของรัฐใดรัฐหนึ่ง หรือโดยภาคเอกชนใดๆ สถานะของธนาคารพันธุกรรมดังกล่าวโดยแท้แล้วเป็นสถานะพิเศษโดยเฉพาะ (Their status is, in fact, *sui generis*...) ³⁶

ความตกลงในการก่อตั้งธนาคารพันธุกรรมบางแห่งให้สิทธิรัฐที่เป็นที่ตั้งของธนาคารพันธุกรรมมีสิทธิเหนือพันธุกรรมที่เก็บรักษาไว้หากธนาคารพันธุกรรมนั้นไม่อาจดำเนินการต่อไปได้จากการสำรวจของ IBPGR พบว่าธนาคารพันธุกรรมส่วนใหญ่เก็บพันธุกรรมไว้เสมือนหนึ่งเป็น

Agriculture, (Rome: FAO, 1998), p. 83-84.

³⁵ James O. Odek, *supra* note 27, p.166.

³⁶ David S. Tilford, "Saving the Blueprints: The International Legal Regime for Plant Resources," 30 Case Western Reserve Journal of International Law, 373 (Spring-Summer 1998), pp.423-424.

สินทรัพย์ (asset) ของตนเอง ดังนั้นกรณีที่ธนาคารพันธุกรรมต้องปิดดำเนินการ ประเทศที่เป็นที่ตั้งของธนาคารนั้นย่อมมีสิทธิเหนือทรัพยากรพันธุกรรมที่เก็บในธนาคารดังกล่าว³⁷

FAO ก็ได้จัดตั้ง IARC เป็นศูนย์วิจัยที่มีสถานะเป็นองค์ระหว่างรัฐบาล (Inter-governmental Authority)³⁸ มีหน้าที่กำหนดนโยบายการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมในเครือข่ายระหว่างประเทศ (International Network) และเก็บทรัพยากรพันธุกรรมพืชเช่นกัน ประมาณกันว่าธนาคารพันธุกรรมที่อยู่ภายใต้การดูแลของ IARC เก็บตัวอย่างพันธุกรรมไว้น้อยกว่าหนึ่งในสามของตัวอย่างพันธุกรรมที่เก็บอยู่ในธนาคารพันธุกรรมทั้งหมด³⁹ ศูนย์วิจัยของ IARC ส่วนใหญ่จะตั้งอยู่ในประเทศที่เป็นแหล่งต้นกำเนิดของทรัพยากรพันธุกรรมนั้น อย่างไรก็ตามก็ดีสถานะทางกฎหมายของทรัพยากรพันธุกรรมที่เก็บในศูนย์ฯ ก็ไม่มีความชัดเจนเช่นกัน แต่ CGRFA ของ FAO ได้ทำข้อตกลงกับศูนย์ฯ ให้ทรัพยากรพันธุกรรมที่เก็บไว้ถือเป็นส่วนหนึ่งของเครือข่ายระหว่างประเทศ (International Network) ทั้งนี้เพื่อมิให้การแลกเปลี่ยนพันธุกรรมได้รับผลกระทบกระเทือนจากความไม่แน่นอนของสถานะทางกฎหมาย และนโยบายทางการเมือง ภายใต้ข้อตกลงนี้ถือว่าศูนย์ฯ ต่างๆ เก็บรักษาทรัพยากรพันธุกรรมไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกันของประชาคมระหว่างประเทศ (International Community) และศูนย์ฯ จะไม่อ้างสิทธิในความเป็นเจ้าของ (Ownership) หรืออ้างสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเหนือทรัพยากรพันธุกรรม หรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมเหล่านี้ และศูนย์ฯ ต่างๆ ต้องรายงานผลการดำเนินงานให้ CGRFA ทราบ ข้อตกลงนี้ถือเป็นข้อตกลงชั่วคราวจนกว่าจะได้ข้อยุติตาม ITPGR

กล่าวโดยสรุปได้ว่า สถานะของทรัพยากรพันธุกรรมพืชในธนาคารพันธุกรรมที่เป็นสถาบันวิจัยระหว่างประเทศยังไม่มี ความชัดเจน แต่สถาบันวิจัยเหล่านี้มักถือได้ว่าได้ครอบครองทรัพยากรพันธุกรรมในลักษณะของผู้ดูแล (Custodian) หรือเป็นผู้รับฝาก (Depository)⁴⁰ ส่วนธนาคารพันธุกรรมที่อยู่ภายใต้การดูแลของ CGIAR ถือเสมือนเป็นผู้ดูแล (Trustee) มิได้ครอบครองในลักษณะเจ้าของกรรมสิทธิ์ทรัพย์สิน ธนาคารพันธุกรรมจะไม่อ้างสิทธิความเป็นเจ้าของตามกฎหมาย หรือขอรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในพันธุกรรมพืชที่เก็บรวบรวมไว้ รวมทั้งข้อมูลที่เกี่ยวข้อง และผู้ที่นำทรัพยากรพันธุกรรมพืชไปใช้ประโยชน์จะต้องปฏิบัติตาม

³⁷ James O. Odek, *supra* note 27, p. 165.

³⁸ ดูรายชื่อศูนย์ของ IARC ได้ที่ www.grain.org/publications/it-asia-feb2002.en-html.

³⁹ Ikechi Mgbеoji, *supra* note 4, p.112.

⁴⁰ Carlos M. Correa, *supra* note 32, p. 9.

หลักการนี้ด้วยเช่นเดียวกัน (held in trust for the world community) และทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้มาภายหลัง CBD มีผลบังคับก็ให้เป็นไปตามที่ CBD กำหนด

อย่างไรก็ดี ITPGR กำหนดให้ทรัพยากรพันธุกรรมในธนาคารพันธุกรรมที่อยู่ในความดูแลของ CGIAR และได้รับมาหลัง ITPGR มีผลบังคับต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของ ITPGR ด้วย⁴¹ ส่วนการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่นอกภาคผนวกของ ITPGR และธนาคารพันธุกรรมได้มาก่อน ITPGR มีผลบังคับให้ใช้สัญญาถ่ายโอนวัสดุชีวภาพ (MTA) ที่ CGIAR ได้ทำข้อตกลงไว้กับ FAO⁴² ส่วนที่ได้รับมาหลัง ITPGR มีผลบังคับให้จัดการตามข้อตกลงที่ได้ทำกับรัฐที่มอบพันธุกรรมพืชดังกล่าวให้⁴³ ผู้เขียนเห็นว่าหลักเกณฑ์ในส่วนนี้ของ ITPGR จะช่วยเสริม CBD และครอบคลุมกรณีที่ CBD มิได้กล่าวถึงทรัพยากรพันธุกรรมในส่วนนี้ไว้ อย่างไรก็ดี ITPGR จะช่วยเสริม CBD ได้บางส่วนเท่านั้น เพราะจำกัดเฉพาะพันธุกรรมพืชที่ระบุทำยสนธิสัญญา

ประเด็นที่ควรกล่าวต่อไป คือ ในข้อตกลงระหว่าง CGIAR กับ FAO ที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่ในความดูแลของ CGIAR นั้นประกอบด้วยหลักการสำคัญที่น่าสนใจ 3 ประการ หลักการดังกล่าวแสดงออกชัดเจนถึงนโยบายการบริหารจัดการการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม รวมทั้งการขอรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา หลักการสำคัญของข้อตกลงระหว่าง CGIAR และ FAO มีดังนี้

1. CGIAR จะครอบครองทรัพยากรพันธุกรรมในฐานะเป็นผู้ดูแล (Trustee) เพื่อประโยชน์ของชุมชนระหว่างประเทศ (International Community) โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนา (Third World)
2. CGIAR ตลอดจนผู้ที่ขอรับทรัพยากรพันธุกรรมไปจาก CGIAR จะไม่ขอรับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเหนือพันธุกรรม หรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับพันธุกรรมที่ได้รับไปจาก CGIAR

⁴¹ ITPGR, Article 15.1(a), (b).

⁴² จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ, “รายงานผลการวิจัยกฎหมายด้านทรัพยากรชีวภาพในประเทศไทย,” เสนอต่อสถาบันทรัพยากรธรรมชาติและหลากหลายทางชีวภาพ และศูนย์ความหลากหลายทางชีวภาพ, กรกฎาคม 2545, น.45.

⁴³ ITPGR, Article 15.3.

3. CGIAR รับจะจัดเตรียมตัวอย่างพันธุ์กรรม หรือข้อมูลจำเป็นที่เกี่ยวข้องเพื่อการนำตัวอย่างพันธุ์กรรมนั้นไปใช้ในการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ การปรับปรุงพันธุ์พืช และการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุ์กรรม

ผู้เขียนมีความเห็นว่า CGIAR มีบทบาทสำคัญต่อการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุ์พืชในแบบนอกสภาพธรรมชาติ (Ex-situ Conservation) และนโยบายที่ไม่ขอคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าวข้างต้น นับว่ามีส่วนลดผลกระทบที่จะเกิดจากการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาได้ในระดับหนึ่ง อย่างไรก็ตามหลักการดังกล่าวข้างต้นมีข้อควรพิจารณาเพิ่มเติม ดังนี้

1. นโยบายของ CGIAR ที่เปิดกว้างให้นำตัวอย่างพันธุ์กรรมไปใช้เพื่อการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ เพื่อการปรับปรุงพันธุ์พืช หรือเพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุ์กรรมนั้นอาจเป็นช่องทางให้ประเทศอุตสาหกรรมเข้าถึงทรัพยากรพันธุ์กรรมของประเทศกำลังพัฒนาตามที่มีผู้แสดงความกังวลได้

2. ภาระของ CGIAR ที่ต้องจัดเตรียม “ข้อมูลที่เกี่ยวข้อง” (Related Information) กับตัวอย่างพันธุ์กรรมนั้นอาจถูกตีความว่าหมายรวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับพันธุ์กรรมนั้น ลักษณะเช่นนี้อาจทำให้ประเทศกำลังพัฒนาเกิดความวิตกกังวลว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นของตนอาจถูกฉกฉวยไปในลักษณะโจรสลัดชีวภาพก็ได้

3. แม้ว่าหลักการของ CGIAR จะไม่ให้มีการขอรับความคุ้มครองในทรัพย์สินทางปัญญา แต่หากมีการสร้างสรรค์ผลิตภัณฑ์ใหม่ๆ จากพันธุ์กรรมดังกล่าว และผลิตภัณฑ์นั้นอยู่ในข่ายที่จะขอรับทรัพย์สินทางปัญญาได้ ปัญหาที่ต้องพิจารณา คือ ณ จุดใด หรือกรณีใดที่จะถือว่าพันธุ์กรรมได้ถูกเปลี่ยนแปลงจนแตกต่างจากพันธุ์กรรมที่ได้รับมาจนถึงขนาดที่นำไปขอรับทรัพย์สินทางปัญญาได้

ผู้เขียนเห็นว่า การที่ CGIAR เปิดกว้างให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุ์กรรมเพื่อการค้นคว้าวิจัย การปรับปรุงพันธุ์พืช หรือการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชเป็นหลักการที่ดีและควรสนับสนุน แต่ข้อวิตกกังวลต่อบทบาทของ CGIAR ในการปกป้องผลประโยชน์ของประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นเจ้าของ หรือผู้บริจาคทรัพยากรพันธุ์กรรมเป็นสิ่งที่ CGIAR ควรให้ความสนใจ การลดทอนปัญหาความไม่ไว้วางใจโดยนโยบายไม่นำทรัพยากรพันธุ์กรรม หรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องซึ่งผู้เขียนเห็นว่ารวมถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นด้วยไปขอรับทรัพย์สินทางปัญญาเป็นวิธีหนึ่ง แต่การสนับสนุนให้ประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นเจ้าของ หรือผู้บริจาคทรัพยากรพันธุ์กรรมได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์จากการนำทรัพยากรพันธุ์กรรมนั้นไปใช้ จะเป็นอีกวิธีหนึ่งที่ทำให้ข้อวิตกกังวลดังกล่าว

ลดลง การกำหนดนโยบายการแบ่งปันผลประโยชน์ภายใต้หลักการของ CBD จะทำให้บทบาทของ CGIAR ได้รับการยอมรับจากประเทศกำลังพัฒนามากยิ่งขึ้น

ข้อตกลงในการใช้ MTA ระหว่าง CGIAR และ FAO ในปี ค.ศ.1994 นับว่ามีความสำคัญมากเพราะช่วยยุติปัญหาการถกเถียงเกี่ยวกับสถานะของธนาคารพันธุกรรมต่างๆ ซึ่งมีผลไปถึงพันธุกรรมจำนวนมากที่เก็บในธนาคารดังกล่าว โดยทำให้ตัวอย่างพันธุกรรมเหล่านี้อยู่ภายใต้กรอบของ IUPGR ซึ่งในภายหลังจะเปลี่ยนมาเป็นอยู่ภายใต้กรอบของ CBD

ในปัจจุบัน MTA มักใช้ในการโอนวัสดุทางชีวภาพที่มีแนวโน้มสร้างผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ แต่ก็ใช้เกี่ยวกับการโอนวัสดุทางชีวภาพเพื่อการศึกษาเช่นกัน รูปแบบของ MTA อาจมีหลายรูปแบบ เช่น เป็นเอกสารที่แนบไปพร้อมกับวัสดุทางชีวภาพ หรืออาจเป็นสัญญาเติมรูปแบบที่คู่สัญญาต้องลงนามก่อนจัดส่งวัสดุทางชีวภาพก็ได้ ข้อตกลง หรือเงื่อนไขใน MTA นั้นอาจใช้เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทำนองเดียวกับสิทธิบัตร หรือสูงกว่าสิทธิบัตรก็ได้ เช่น การกำหนดให้คู่สัญญาต้องจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนในระยะเวลาที่นานกว่าอายุคุ้มครองสิทธิบัตร เป็นต้น⁴⁴

การใช้สัญญาถ่ายโอนวัสดุชีวภาพ ถือเป็นการใช้หลักกฎหมายสัญญาในการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการขอรับตัวอย่างพันธุกรรมที่เก็บในธนาคารพันธุกรรมไปใช้ประโยชน์ โดยถือเป็นเรื่องที่คุณกรณีจะเจรจาตกลงและยอมรับเงื่อนไขในสัญญาดังกล่าวร่วมกัน ซึ่งเป็นไปตามหลักการเห็นชอบร่วมกัน (Mutually Agreed Terms) ของ CBD⁴⁵

แม้หลักการเห็นชอบร่วมกันจะเป็นหลักการที่กำหนดใน CBD แต่ผู้เขียนเห็นว่าหน่วยงาน หรือองค์กรที่มีศักยภาพในการเจรจาต่อรองเท่านั้นจึงจะได้ประโยชน์จากหลักการนี้ แต่หากเป็นเกษตรกร หรือแม้กระทั่งหน่วยงานในประเทศกำลังพัฒนาบางประเทศที่อาจขาดบุคลากร หรือความเชี่ยวชาญอาจทำให้เสียเปรียบในการทำข้อตกลงในรูปแบบของสัญญาได้

(2) การคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชภายใต้หลักสถานะสมบัติของแผ่นดิน

CBD/ITPGR เป็นข้อตกลงที่มีแนวคิดแบบองค์รวม (Holistic) และมีแนวคิดต่อระบบทรัพย์สินในแบบสิทธิเชิงซ้อน มิได้ยึดติดเฉพาะรูปแบบทรัพย์สินที่เป็นของเอกชน และทรัพย์สินที่เป็นของรัฐเท่านั้น แต่ถือว่าทรัพยากรพันธุกรรมไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินเอกชน หรือของรัฐ

⁴⁴ โปรดดู John H. Barton, Wolfgang E. Seibeck, "Material Transfer Agreements for the International Agricultural Research Centers?," Paper Presented for the International Plant Genetic Resources Institute (IPGRI), March 11, 1994.

⁴⁵ โปรดดูรายละเอียดสัญญา และเงื่อนไขในสัญญาถ่ายโอนวัสดุชีวภาพเพิ่มเติมในบทที่ 5.

อาจมีสิทธิชุมชนทับซ้อนอยู่ด้วยได้ ข้อตกลงทั้งสองฉบับรับรู้บทบาทและความสำคัญของจารีตประเพณี และนวัตกรรมของเกษตรกร และชนพื้นเมืองที่มีต่อการอนุรักษ์ และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนในความหลากหลายทางชีวภาพ⁴⁶

หลักการนี้ทำให้สิทธิของชุมชน หรือชนพื้นเมืองได้รับการรับรู้อย่างเป็นรูปธรรมโดยผ่านกระบวนการขอความยินยอมในการเข้าถึง และการได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์จากการนำทรัพยากรพันธุกรรมพืชไปใช้⁴⁷ หลักการของ CBD/ITPGR ดังกล่าวจะกระทบต่ออำนาจในการบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมในฐานะสาธารณะสมบัติของแผ่นดินของรัฐที่มีแนวคิดต่อทรัพยากรพันธุกรรมในลักษณะของสิทธิเชิงเดี่ยว คือ รับรู้เฉพาะสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน และสิทธิของรัฐเหนือสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน โดยต้องแก้ไขกฎหมายภายในเพื่อรองรับสิทธิของชุมชนตามแนวทางของ CBD/ITPGR

อย่างไรก็ดีผู้เขียนเห็นว่า ถ้อยคำที่ใช้ใน CBD นั้นไม่มีความหนักแน่นเพียงพอ เปิดช่องให้การปฏิบัติตามหน้าที่ที่ CBD กำหนดเป็นดุลพินิจของรัฐภาคี หรือเปิดช่องให้ตีความได้ เช่น ใช้คำว่า “ตามที่เป็นไปได้และเหมาะสม” (as far as possible and as appropriate)⁴⁸ “ให้พยายาม” (shall endeavour)⁴⁹ “เท่าเทียมและเป็นธรรม” (fair and equitable)⁵⁰ เป็นต้น อีกทั้งมอบบทบาทสำคัญแก่รัฐในการบริหารจัดการ เกษตรกร หรือชุมชนจึงอาจไม่มีส่วนร่วมในกระบวนการตามที่ CBD กำหนดอย่างแท้จริง แต่ผู้เขียนเห็นว่าการใช้ถ้อยคำที่อาจดูไม่หนักแน่นพออาจเพื่อลดข้อโต้แย้งและเพื่อเพิ่มโอกาสการได้รับความเห็นชอบจากประเทศสมาชิก นอกจากนี้ ในประเด็นการมีส่วนร่วมของชุมชนนั้น การมอบบทบาทแก่รัฐน่าจะเป็นประโยชน์มากกว่าเนื่องจากมีบุคลากร และความพร้อมมากกว่า อีกทั้งในกระบวนการจัดการรัฐก็อาจกำหนดให้เกษตรกร หรือชุมชนเข้าร่วมได้อยู่แล้ว การปล่อยให้เกษตรกร หรือชนพื้นเมืองเจรจาต่อรองผลประโยชน์ และตรวจสอบการเข้าถึงด้วยตนเองอาจเป็นเรื่องยุ่งยาก และเป็นภาระในการบริหารจัดการมากกว่า

⁴⁶ CBD, Preamble, Para.12.

⁴⁷ CBD, Article 15.7; ITPGR, Preamble, Para.7, 8.

⁴⁸ CBD, Article 5, 6(b), 7, 8, 9.

⁴⁹ CBD, Article 15.2.

⁵⁰ CBD, Article 15.7.

ข้อตกลงระหว่างประเทศอีกฉบับหนึ่งที่ส่งผลกระทบต่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมของรัฐ คือ TRIPS ข้อตกลงฉบับนี้แม้จะไม่ได้กล่าวถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชโดยตรง แต่ก็เป็นข้อตกลงที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และถูกนำมาใช้คุ้มครองนวัตกรรมเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช ข้อตกลงฉบับนี้ถูกผนวกเข้ากับความตกลงมาราเกชก่อตั้งองค์การการค้าโลก (The Marakresh Agreement Establishing the World Trade Organization) ในปี ค.ศ. 1995 ตามภาคผนวก 1C และมีผลผูกพันประเทศสมาชิก WTO

เนื่องจาก TRIPS เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช ผลกระทบดังกล่าวเกิดจากการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะการคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต ผู้เขียนจึงขอกล่าวถึงความจำเป็นของข้อตกลงฉบับนี้โดยสังเขปดังนี้

ก่อนหน้าการเจรจารอบอุรุกวัยนั้น การเจรจาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการค้าในส่วนใหญ่มุ่งเน้นเจรจาการค้าที่เกี่ยวกับสินค้าอุตสาหกรรม สาเหตุสำคัญที่ทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาผลักดันให้นำเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาเข้าเจรจาใน WTO คือ ความต้องการตอบโต้ประเทศกำลังพัฒนา หรือกลุ่มจี 77 (G77) ที่เสนอให้แก้ไขระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ระหว่างประเทศที่อยู่ภายใต้การดูแลของ WIPO โดยเฉพาะในประเด็นการถ่ายทอดเทคโนโลยี ซึ่งนำไปสู่ปัญหาข้อโต้แย้งในเรื่องการบังคับใช้สิทธิ (Compulsory Licensing) สาเหตุอีกประการหนึ่งคือ ความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบการของประเทศสหรัฐอเมริกาลดลง เนื่องจากปัญหาการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศกำลังพัฒนา และประเทศสหรัฐอเมริกาว่าการใช้วิธีตอบโต้ทางการค้าเป็นเครื่องมือสำคัญในการบังคับให้ประเทศคู่ค้าให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแก่ผู้ประกอบการของประเทศสหรัฐอเมริกา⁵¹

แม้ TRIPS จะไม่ได้กล่าวถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชโดยตรง แต่ก็ได้กำหนดให้รัฐภาคี ต้องคุ้มครองนวัตกรรมในทุกสาขาเทคโนโลยี⁵² จึงครอบคลุมเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชด้วย แต่รัฐภาคีอาจจะไม่คุ้มครองสิทธิบัตรพืช สัตว์ และกรรมวิธีทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืช หรือสัตว์ (Essential biological processes for the production of plants and animals) ก็ได้ แต่ต้องคุ้มครองจุลชีพ (Microorganisms) กรรมวิธีทาง

⁵¹ Ha-Joon Chang, Intellectual Property Rights and Economic Development – Historical Lesson and Emerging Issue, (Penang, Malaysia: Third World Network, 2001), p.24.

⁵² TRIPS, Article 27.1.

จุลชีววิทยา (Microbiological Processes) และคุ้มครองพันธุ์พืช (Plant Variety) ด้วยสิทธิบัตร หรือระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ (Effective *sui generis* System) หรือทั้งสองระบบ ร่วมกันก็ได้⁵³

TRIPS ถือว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิของเอกชน (Private Rights) และเป็นระบบคุ้มครองตามทัศนะแบบแยกส่วน (Reductionism) ที่ให้ความสำคัญกับมนุษย์ (Anthropocentric) ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ การคุ้มครองพืช พันธุ์พืช หรือพันธุ์กรรมพืช ภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาตามกรอบของ TRIPS ส่งผลกระทบต่อทรัพยากรพันธุ์กรรมพืช ของรัฐภาคีโดยเฉพาะที่เป็นประเทศกำลังพัฒนาอย่างไร

ผู้เขียนเห็นว่าระบบทรัพย์สินทางปัญญาตามกรอบของ TRIPS อาจกระทบต่อ ทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชของประเทศกำลังพัฒนา ดังนี้

1. การเกษตรแผนใหม่จะเน้นใช้พันธุ์พืชสมัยใหม่ (Modern Variety) ที่อยู่ภายใต้ การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อให้ได้ผลผลิตสูงตอบสนองต่อการเกษตรเพื่อการค้า หรือการ ส่งออก รูปแบบเกษตรแผนใหม่ต้องใช้พื้นที่มากในการปลูกพืชเชิงเดี่ยว (Mono-crop) วิถีชีวิตของ เกษตรกรเปลี่ยนแปลงไป การทำเกษตรเพื่อยังชีพในรูปแบบเดิมไม่อาจต้านทานกระแสเกษตรเชิง พาณิชัยได้ เกษตรกรรายย่อยไม่อาจแบกรับต้นทุนที่เพิ่มขึ้นจากค่าเมล็ดพันธุ์ สารเคมี ยาฆ่าแมลง รวมทั้งเครื่องจักรกลทางการเกษตร ทำให้ต้องสูญเสียที่ดินของตนและกลายเป็นลูกจ้างทาง การเกษตรในลักษณะที่เรียกว่า “สัญญาฟาร์มเกษตร” (Contract Farming) บทบาทของเกษตรกร ในการอนุรักษ์ และพัฒนาพันธุ์กรรมพืชจากการทำเกษตรในรูปแบบเดิมลดน้อยลง หรือสูญหายไป กระบวนการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชในสภาพธรรมชาติ (*in-situ* conservation) ทำให้ ความหลากหลายของทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชลดลง

2. การปลูกพืชชนิดเดียวกันในพื้นที่ใหญ่ๆ กระทบต่อความสมดุลในระบบนิเวศ ที่ เกิดจากการมีสิ่งมีชีวิต หรือพืชหลายๆ ชนิดอยู่อาศัยร่วมกันแบบพึ่งพากัน และระบบนิเวศจะมี กลไกในการควบคุมปริมาณของสิ่งมีชีวิตแต่ละชนิดในระบบนิเวศนั้น การเปลี่ยนแปลงการใช้พื้นที่ เพื่อการเกษตรดังกล่าวจึงทำลายความสมดุลของระบบนิเวศ ความหลากหลายของสิ่งมีชีวิตใน ระบบนิเวศนั้นลดลง พันธุ์พืชของเกษตรกร (Farmers' Variety) ลดลง⁵⁴ จากข้อมูลที่รัฐภาคีของ

⁵³ TRIPS, Article 27.3(b); ข้อยกเว้นการคุ้มครองดังกล่าวมีที่มาจากอนุสัญญา สิทธิบัตรยุโรป (European Patent Convention) มาตรา 53(b).

⁵⁴ Stephen B. Brush, *supra* note 1, pp.7-8.

FAO รายงานต่อ FAO ระบุว่า การแทนที่พันธุ์พืชพื้นเมืองด้วยพันธุ์พืชที่ทันสมัย (Improved Varieties) เป็นสาเหตุหลักที่ทำให้เกิดการสูญเสียความหลากหลายทางพันธุกรรม⁵⁵

3. ระบบทรัพย์สินทางปัญญาจะไม่คำนึงถึงผลกระทบในด้านอื่น นอกจากเน้นประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจ ทำให้ความหลากหลายของทรัพยากรพันธุกรรมลดน้อยลง การใช้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อการพัฒนาอุตสาหกรรม กลับกลายเป็นการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรพันธุกรรมแบบไม่ยั่งยืน (Non-sustainable Use) ไม่สอดคล้องกับทัศนะในปัจจุบันของประชาคมระหว่างประเทศที่เน้นการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development) เนื่องจากตระหนักถึงผลกระทบที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างขาดความระมัดระวังทำให้ทรัพยากรสูญสิ้นไปอย่างรวดเร็ว และกระทบต่อการใช้ทรัพยากรธรรมชาติของมนุษย์ในอนาคต

ดังนั้นหากเปรียบเทียบระหว่างผลกระทบของ CBD/ITPGR กับ TRIPS ที่มีต่อนโยบายการบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมพืชภายใต้หลักสาระณะสมบัติของแผ่นดินแล้ว จะพบว่าหลักการของ CBD/ITPGR จะให้ความสำคัญกับการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน (Sustainable Development) มากกว่า TRIPS ที่ให้ความสำคัญเพียงประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจของปัจเจกบุคคลเท่านั้น ดังนั้นระดับของผลกระทบจึงขึ้นอยู่กับว่าประเทศนั้นๆ ยึดมั่นในระบบทรัพย์สินเอกชน (Private Property) ที่อยู่ภายใต้ทัศนะเชิงเดียวมากน้อยเพียงใด

1.2 การบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมพืชในดินแดนของรัฐตามหลักการมีส่วนร่วมได้เสียร่วมกันของมนุษยชาติ (Common Concern of Mankind) ตาม CBD/ITPGR

หลักการมีส่วนร่วมได้เสียร่วมกันของมนุษยชาติปรากฏอยู่ใน CBD/ITPGR⁵⁶ ปัญหาที่ควรพิจารณาในประการแรก คือ เดิมทรัพยากรพันธุกรรมจะอยู่ภายใต้หลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) ดังที่ปรากฏใน IUPGR ของ FAO แต่มาในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงมาให้อยู่ภายใต้หลักสิทธิอธิปไตยของรัฐ และผสมเข้ากับหลักการมีส่วนร่วมได้เสียร่วมกัน หลักนี้มีความเป็นมาอย่างไร และมีส่วนสัมพันธ์กับหลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) หรือไม่อย่างไร

⁵⁵ R. Olembo, "The Potential Effectiveness of a New Biodiversity Convention." In Simone Bilderbeek, Edited. Biodiversity and International Law, (Netherland: IOS Press, 1992), p.9.

⁵⁶ CBD, Preamble, Para.3, ITPGR, Preamble, Para. 3. โดย ITPGR ใช้ถ้อยคำว่า "common concern of all countries".

ผู้เขียนเห็นว่าหลักการมีส่วนร่วมได้เสียร่วมกันเกิดจากการผสมผสานระหว่างหลักมรดก
ร่วมกันของมนุษยชาติ (CHM) ⁵⁷ และหลักอธิปไตยถาวร (Permanent Sovereignty of States
over Natural Resources) กล่าวคือ แม้จะถือว่ารัฐมีอธิปไตยเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชใน
ดินแดนของตน แต่ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นสิ่งสำคัญต่อการดำรงอยู่ของสิ่งมีชีวิตต่างๆ ในโลกนี้
การอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชจึงเป็นหน้าที่ของรัฐทุกรัฐต้องร่วมมือกัน ⁵⁸ รัฐจึงไม่มีเสรีภาพ
อย่างเต็มที่ในการใช้ หรือสำรวจทรัพยากรของตนโดยไม่มีขอบเขตจำกัด แต่รัฐต้องใช้อำนาจ
อธิปไตยอย่างรับผิดชอบเพื่อเป็นหลักประกันว่ากิจกรรมในความรับผิดชอบ หรือในความควบคุม
ของรัฐจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐ หรือของพื้นที่นอกเหนือเขตอำนาจของ
รัฐ ⁵⁹ และเป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องร่วมมือกันแก้ไขปัญหาของชุมชนระหว่างประเทศ ⁶⁰ หลักการมี
ส่วนได้เสียร่วมกันเป็นหลักการในแบบองค์รวม (Holistic) ที่มีทัศนคติต่อสิ่งมีชีวิตและธรรมชาติในมิติ
ของความสัมพันธ์ต่อกัน รายละเอียดของหลักการมีส่วนร่วมได้เสียร่วมกัน มีดังนี้

(1) การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชภายใต้หลักการมีส่วนร่วมได้เสีย
ร่วมกันของมนุษยชาติ (Common Concern of Mankind)

ดังได้กล่าวแล้วว่าหลักการมีส่วนร่วมได้เสียร่วมกันฯ มีรากฐานมาจากหลักมรดก
ร่วมกันฯ (CHM) และผู้เขียนเห็นว่าหลักนี้เป็นเสมือนเงาสะท้อนของหลักมรดกร่วมกันฯ (CHM)
เนื่องจากมีปรัชญาพื้นฐานเดียวกัน เพียงแต่ถูกเปลี่ยนถ้อยคำไปเพื่อเลี่ยงปัญหาข้อกฎหมายบาง
ประการ ดังจะได้กล่าวต่อไป ดังนั้นการทำความเข้าใจหลักการมีส่วนร่วมได้เสียร่วมกันฯ ผู้เขียนเห็นว่า
จะต้องทำความเข้าใจหลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) และพัฒนาการของหลักดังกล่าว ดังนี้

⁵⁷ คำว่า “Common Heritage of Mankind” นอกจากจะมีผู้ให้ความหมายว่า
“มรดกร่วมกันของมนุษยชาติ” แล้ว ยังมีผู้ให้ความหมายอื่นอีกว่าหมายถึง “ทรัพยากรสมบัติร่วมกัน
ของมนุษยชาติ” ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง, (กรุงเทพมหานคร:
มิตรนราการพิมพ์, 2534). น.18; “สมบัติร่วมกันของมนุษยชาติ” จุมพต สายสุนทร, คำอธิบาย
กฎหมายทะเลว่าด้วยอาณาเขตทางทะเล, (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2536), น.129; “มรดก
ร่วมกันที่ตกทอดมายังมนุษยชาติ” วิสูตร ตูยานนท์, “กฎหมายอวกาศกับโลกที่สาม.” 16
นิติศาสตร์, (ธันวาคม 2529):9.

⁵⁸ Lyle Glowka, et al. A Guide to Convention on Biological Diversity, (UK:
IUCN Publication Service Unit, 1996), p.10.

⁵⁹ CBD, Article 3.

⁶⁰ Patricia Lucia Cantuária Marin, *supra note 18*, p.95.

เดิมในอดีตพันธุ์พืชถือเป็นสิ่งที่เคลื่อนย้ายแลกเปลี่ยนกันโดยอิสระ และการเข้าถึงพันธุ์พืชดังกล่าวไม่มีข้อจำกัดมากนัก แต่การก่อตัวของระบบทรัพย์สินทางปัญญาทำให้พันธุ์พืชสมัยใหม่ที่ได้รับการปรับปรุงพันธุ์ได้รับความคุ้มครองในฐานะทรัพย์สินเอกชน (Private Property) และไม่อาจเข้าถึงได้โดยเสรีดังเช่นในอดีต แต่พันธุ์พืชที่อยู่ตามธรรมชาติในประเทศกำลังพัฒนายังคงเป็นสิ่งที่เข้าถึงได้โดยอิสระต่อไป ประเทศกำลังพัฒนาจึงเสนอให้นำหลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) มาใช้กับทรัพยากรพันธุกรรมพืชโดยมุ่งหวังให้หลักนี้ครอบคลุมพันธุกรรมพืชทุกประเภทเพื่อให้พันธุกรรมพืชที่ปรับปรุงพันธุ์แล้วของประเทศอุตสาหกรรมอยู่ภายใต้หลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) และเข้าถึงได้โดยอิสระดังเดิมเช่นเดียวกับพันธุกรรมพืชของประเทศกำลังพัฒนา

ผู้เขียนเห็นว่า การนำหลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) มาใช้กับทรัพยากรพันธุกรรมพืชจะช่วยเลี่ยงปัญหาการกำหนดผู้ทรงสิทธิเหนือทรัพยากรพันธุกรรม โดยเฉพาะกรณีประเทศต่างๆ นำทรัพยากรพันธุกรรมชนิดเดียวกันไปวิจัยปรับปรุง จึงยุ่งยากที่จะแบ่งแยกสิทธิเหนือทรัพยากรพันธุกรรมแก่ประเทศต่างๆ เหล่านี้ได้ หลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) มิได้ถือว่าทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของ (res nullius) ตามกฎหมายโรมัน แต่เป็นหลักที่แสดงว่ามีบุคคลหลายคนมีสิทธิใช้สิ่งนั้นได้ สิทธิในลักษณะเช่นนี้จะเปิดช่องให้มนุษย์อ้างเพื่อใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชตอบสนองความต้องการของตนได้⁶¹

IUPGR ของ FAO⁶² เป็นแนวปฏิบัติระหว่างประเทศที่ระบุให้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชอยู่ภายใต้หลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) อย่างไรก็ตาม IUPGR เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่เป็นเพียง “แนวปฏิบัติ” เท่านั้นไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย สาเหตุที่เลี่ยงไม่จัดทำเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศเต็มรูปแบบ แต่เลี่ยงมาเป็น “แนวปฏิบัติ” (Undertaking) ก็เพื่อให้มีความหมายเป็นกลางๆ ไม่สร้างข้อผูกมัดทางกฎหมายแก่ประเทศสมาชิก IUPGR⁶³ และเพื่อให้เกิดการถ่วงดุลในระหว่างการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากพันธุกรรมพืช⁶⁴ IUPGR มาตรา 2 นิยาม “ทรัพยากร

⁶¹ Philippe Cullet, “Property Rights Regime our Biological Resources,” www.ielrc.org (visited May 2003).

⁶² Eric Christensen, *supra* note 2, Footnote 115.

⁶³ ผู้สนใจความเป็นมาของ IUPGR โปรดดู Klaus Bosselmann, *supra* note 13.

⁶⁴ Commission on Plant Genetic Resources, “Revision of the International Undertaking: Mandate, Context, Background and Proposed Process,” First Extraordinary Session, Rome, 7-11 November 1994, p.5.

พันธุกรรมพืช” (Plant Genetic Resources) ไว้วางใจให้ครอบคลุมทั้งพันธุกรรมที่เกิดตามธรรมชาติ และพันธุกรรมที่ผ่านการปรับปรุงพันธุ์ด้วย

ภายใต้หลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) ทรัพยากรพันธุกรรมพืชทั้งสองประเภทล้วนแล้วแต่เป็นทรัพย์สินร่วมกันของมนุษยชาติ (Common Goods of Mankind) หรือร่วมกันทั้งโลก (Global Commons)⁶⁵ และไม่จำกัดเฉพาะมนุษย์ในปัจจุบันเท่านั้น แต่รวมถึงมนุษย์ในอนาคตด้วย⁶⁶ ไม่มีรัฐใดรัฐหนึ่งอ้างสิทธิเพื่อเป็นเจ้าของทรัพยากรแต่ผู้เดียว แต่ทุกรัฐต้องร่วมกันจัดการและรับผิดชอบ รวมทั้งจะได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์ การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรจะต้องใช้เพื่อการสันติ แต่ละรัฐมีอำนาจบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่ภายในดินแดนของตน แต่จะไม่มีสิทธิโดยเด็ดขาดเหนือทรัพยากรพันธุกรรม⁶⁷ สิ่งที่จะถูกกำหนดให้อยู่ภายใต้หลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) ต้องเป็นสิ่งที่เป็ประโยชน์ต่อมนุษย์ร่วมกัน และโดยสภาพสิ่งนั้นไม่ได้เป็นของรัฐใดรัฐหนึ่งโดยเฉพาะ⁶⁸ หลักนี้จึงมีพื้นฐานจากปัจจัยด้านสันติภาพที่ไม่ต้องการให้เกิดการแย่งชิงทรัพยากรธรรมชาติ และปัจจัยด้านเศรษฐกิจเพื่อเกลี่ยผลประโยชน์ให้แก่ประเทศกำลังพัฒนา⁶⁹

หลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) เดิมมุ่งใช้กับทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่นอกดินแดนของรัฐ เช่น ในทะเลหลวง หรือห้วงอวกาศ ไม่ใช้กับทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่ในเขตแดนของรัฐ⁷⁰ เนื่องจากมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดระเบียบการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ มิให้ประเทศที่มีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีดักตวงผลประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติแต่เพียงฝ่ายเดียว และทำให้ประเทศที่ด้อยทางเทคโนโลยีเสียเปรียบ ซึ่งหากปล่อยให้เป็นอย่างนี้ต่อไป ทรัพยากรธรรมชาติอาจหมดสิ้นไป โดยประเทศอุตสาหกรรมเท่านั้นที่จะเป็นผู้ได้รับประโยชน์แต่ฝ่ายเดียว

⁶⁵ Milan Bulajic, *supra* note 14, p.330.

⁶⁶ ปรีดิเทพ บุณนาค, “มรดกร่วมกันของมนุษยชาติ: หลักการและข้อจำกัดในทางปฏิบัติ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น.12.

⁶⁷ Melissa L. Sturges, “Who Should Hold Property Rights to the Human Genome? An Application of the Common Heritage of Humankind,” 13 *American University International Law Review*, (1997), p.246.

⁶⁸ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 12, น. 650-651.

⁶⁹ ปรีดิเทพ บุณนาค, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 66, น.2.

⁷⁰ Jame O. Odek, *supra* note 27, p.168.

คำว่า “มรดก” อาจทำให้เข้าใจผิดว่ามนุษย์ในปัจจุบันเท่านั้นที่มีสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติ แต่หลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) วางหลักให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติโดยคำนึงถึงมนุษย์ในรุ่นต่อไปด้วย โดยไม่ถือว่าการใช้ทรัพยากรธรรมชาติเป็นการใช้สิ่งที่เป็นตกทอดมาจากบรรพบุรุษ ในรุ่นก่อน แต่ถือเป็นการยืมทรัพยากรธรรมชาติของลูกหลานในอนาคต ดังนั้นมนุษย์ในปัจจุบันจึงมีหน้าที่ปกป้องรักษาทรัพยากรธรรมชาติไว้เพื่อประโยชน์ของมวลมนุษยชาติ⁷¹

ประเทศอุตสาหกรรมไม่เห็นด้วยกับการนำหลักมรดกร่วมกันฯ มาใช้กับพันธุกรรมที่ได้รับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา สมาคมการค้าเมล็ดพันธุ์แห่งสหรัฐอเมริกา (The American Seed Trade Association) แสดงความเห็นว่ แนวคิดของ IUPGR ที่ใช้หลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) กับพันธุ์พืชสมัยใหม่ (Modern Variety) นั้น “เป็นการทำลายหัวใจของการค้าเสรีและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา” รัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ปฏิเสธที่จะลงนามรับรอง IUPGR รวมทั้งปฏิเสธไม่เข้าร่วมกับ Commission on Plant Genetic Resources และปฏิเสธที่จะให้การสนับสนุนด้านการเงินอีกด้วย⁷²

การขาดการยอมรับในหลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) ข้างต้นจึงทำให้การใช้หลักมรดกร่วมกันฯ กับทรัพยากรพันธุกรรมเสื่อมความนิยมลงไป⁷³ และเห็นว่าหลักนี้ไม่เหมาะสมจะนำมาใช้กับทรัพยากรพันธุกรรมพืช เนื่องจากพันธุกรรมพืชเป็นสิ่งที่สร้างประโยชน์ในทางเศรษฐกิจได้จริงในปัจจุบัน ซึ่งต่างจากแร่ธาตุในทะเลที่ยังไม่อาจสร้างผลประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจได้และไม่แน่ว่าจะต้องใช้เวลาอีกนานเพียงใด ทรัพยากรพันธุกรรมยังอยู่ภายใต้อธิปไตยของรัฐไม่เหมือนแร่ธาตุในทะเลหลวงซึ่งไม่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐใด และในทางปฏิบัติไม่อาจห้าม หรือระงับการใช้

⁷¹ Milan Bulajic, *supra* note 14, p.356; ผู้สนใจรายละเอียดของหลักมรดกร่วมกันฯ โปรดดูเพิ่มเติมใน Sabrina Safrin, “Hyperownership in a Time of Biotechnological Promise: The International Conflict to Control the Building Block of Life,” 98 *American Journal of International Law*, 641 (October 2004).

⁷² Ikechi Mgbefji, *supra* note 4, p.111.

⁷³ ความสำเร็จของ IUPGR ต้องอาศัยความร่วมมือของประเทศสมาชิก โดยเฉพาะจากภาคธุรกิจเอกชน แต่หลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) จะกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช (Plant Breeders' Rights) จึงเป็นเรื่องยากที่ภาคเอกชนจะยอมเสียผลประโยชน์ดังกล่าว โปรดดู Calestous Juma, *The Gene Hunters: Biotechnology and the Scramble for Seeds*, (New Jersey: Princeton University Press. 1989), p.174.

ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชไว้ก่อนเป็นการชั่วคราวได้ ซึ่งจะต่างจากแร่ธาตุในทะเลหลวงที่อาจจะรับการใช้ประโยชน์ไว้ชั่วคราวระหว่างรอหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศได้⁷⁴

ข้อขัดข้องของการใช้หลักมรดกร่วมกันฯ ต่อทรัพยากรพันธุกรรมพืชดังกล่าวนำไปสู่การแก้ไข IUPGR ในเชิงประนีประนอม โดยถือว่าสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช (PBRs) ไม่ได้ขัดแย้งกับหลักการของ IUPGR⁷⁵ และถือว่าการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยเสรี มิได้หมายความว่า เป็นการเข้าถึงโดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน⁷⁶ รวมทั้ง IUPGR ยังได้รับรองสิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights)⁷⁷ โดยยอมรับบทบาท และความสำคัญของเกษตรกรในการอนุรักษ์ และพัฒนาพันธุกรรมพืชทั้งในอดีต ปัจจุบันและอนาคต

อย่างไรก็ดีผู้เขียนเห็นว่าการแก้ไขดังกล่าวเป็นเพียงการแก้ไขในเชิงถ้อยคำเท่านั้น ผู้เขียนเห็นว่า ในความเป็นจริงสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช (PBRs) จำกัดสิทธิของเกษตรกรในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืช ซึ่งขัดกับหลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) ที่เป็นหลักการสำคัญของ IUPGR แต่แม้จะมีการแก้ไขในเชิงประนีประนอมดังกล่าว ประเทศอุตสาหกรรมก็ยังไม่ยอมรับ IUPGR ทำให้ประเทศกำลังพัฒนาเห็นว่าจำเป็นต้องผลักดันให้แก้ไข IUPGR อีกครั้งหนึ่ง โดยการแก้ไขครั้งนี้แม้จะยังระบุให้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชยังคงอยู่ภายใต้หลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) แต่ก็ให้อยู่ภายใต้หลักสิทธิอธิปไตยของรัฐ⁷⁸

ปัญหาในการใช้หลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) ใน IUPGR ทำให้ต่อมาเมื่อมีการยกร่าง CBD ได้เปลี่ยนมาใช้ถ้อยคำว่า “การมีส่วนได้เสียร่วมกันของมนุษยชาติ” (Common Concern of Mankind) เพื่อเลี่ยงคำว่า “มรดกร่วมกันของมนุษยชาติ” ที่เคยใช้อยู่เดิมและมีปัญหาในทางปฏิบัติ ทั้งนี้เพื่อแสดงให้เห็นถึงสิทธิและหน้าที่ที่ชัดเจนมากกว่าการให้ใช้โดยเสรี⁷⁹ จากนั้น FAO จึงได้แก้ไข IUPGR เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการของ CBD โดยจัดทำเป็น ITPGR และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 29 มิถุนายน ค.ศ.2004

⁷⁴ Eric Christensen, *supra* note 2, Footnote 113.

⁷⁵ หมายถึงสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชตาม UPOV, 1978 แต่ UPOV, 1991 ได้เพิ่มเติมสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช และลดทอนสิทธิของเกษตรกรลง.

⁷⁶ IUPGR Resolution 4/89.

⁷⁷ IUPGR Resolution 5/89.

⁷⁸ IUPGR Resolution 3/91.

⁷⁹ Klaus Bosselmann, *supra* note 13, p.137.

ประเด็นที่ควรพิจารณาต่อมา คือ การเปลี่ยนแปลงจากหลักมรดกร่วมกันฯ (CHM) มาสู่หลักการมีส่วนร่วมได้เสียร่วมกันฯ ภายใต้อธิปไตยของรัฐมีข้อดีและข้อด้อยอย่างไร

ผู้เขียนเห็นว่า การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวเป็นการเปลี่ยนแปลงในทางเพิ่มการคุ้มครองแก่ประเทศกำลังพัฒนา และเป็นผลดีต่อประเทศกำลังพัฒนา ดังนี้⁸⁰

1. ทำให้ทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศกำลังพัฒนามีสถานะเท่าเทียมกับทรัพยากรพันธุกรรมที่ผ่านกระบวนการปรับปรุงพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีสมัยใหม่ของประเทศอุตสาหกรรม ซึ่งได้รับความคุ้มครองด้วยระบบทรัพย์สินทางปัญญา

2. การเปลี่ยนแปลงสถานะของทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศกำลังพัฒนา จะยุ่งยากน้อยกว่าการยกเลิกสถานะสินค้าของทรัพยากรพันธุกรรมสมัยใหม่ (Decommoditization)

3. การเปลี่ยนแปลงสถานะของทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศกำลังพัฒนาจะทำให้เกิดการยอมรับสถานะสิทธิในทรัพย์สิน (Proprietary Rights)เหนือทรัพยากรพันธุกรรมของตน และนำไปสู่การยอมรับมาตรการแบ่งปันผลประโยชน์ และถ่วงดุลอำนาจให้เกิดความเท่าเทียมกัน ในระหว่างประเทศอุตสาหกรรม และประเทศกำลังพัฒนา

4. การกำหนดให้ทรัพยากรพันธุกรรมอยู่ภายใต้สิทธิอธิปไตยของรัฐจะช่วยกระตุ้นให้รัฐส่งเสริมมาตรการการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าว

ดังนั้นกล่าวโดยสรุป แม้ปัจจุบันรัฐภาคีจะมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่ในดินแดนของตนก็ตาม แต่ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นทรัพยากรที่มีความสำคัญต่อมนุษยชาติ ดังนั้นรัฐภาคีจึงจะบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมพืชในดินแดนของตนเพียงเพื่อประโยชน์ของตนเองเท่านั้นไม่ได้ แต่ต้องบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมพืชภายใต้หลักการมีส่วนร่วมได้เสียร่วมกันเพื่อประโยชน์แก่ประชาคมโลกโดยรวมด้วย

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ ภายใต้พันธกรณีใน CBD ซึ่งใช้หลักการมีส่วนร่วมได้เสียร่วมกันฯ นั้น หลักการสำคัญที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งรัฐภาคีต้องปฏิบัติตามมีอย่างไร

ผู้เขียนเห็นว่า CBD ได้กำหนดหลักการสำคัญ 3 ประการที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรม ดังนี้

⁸⁰ Jame O. Odek, *supra* note 27, pp.171-172.

1. การส่งเสริมการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น (Recognition of traditional and indigenous knowledge)

CBD กำหนดให้รัฐภาคีต้องเคารพ ส่งเสริม อนุรักษ์และรักษาภูมิปัญญา นวัตกรรม ตลอดจนจารีตประเพณีของชนพื้นเมืองหรือชุมชนท้องถิ่น โดยเฉพาะภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพ⁸¹ หลักการนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการแสดงออกถึงการยอมรับบทบาท และความสำคัญของเกษตรกร หรือชุมชนพื้นเมืองที่มีต่อการอนุรักษ์ และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมมาอย่างยาวนาน และเป็นกลไกสำคัญอย่างหนึ่งต่อการคงอยู่ของทรัพยากรพันธุกรรมต่อไปในอนาคต หน้าที่ในส่วนนี้เปิดช่องให้ทุกภาคส่วนในสังคมมีส่วนร่วมในการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมตามหลักการมีส่วนร่วมได้เสียร่วมกันฯ (Common Concern of Mankind)

อย่างไรก็ดีผู้เขียนเห็นว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นแม้จะเป็นผลงานจากความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ แต่ไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญา เนื่องจากเป็นสิ่งที่เปิดเผยทั่วไป และไม่อาจระบุตัวผู้สร้างสรรค์ตามหลักเกณฑ์ของระบบทรัพย์สินทางปัญญา และ CBD ก็ไม่ได้กำหนดรายละเอียดของมาตรการในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นแต่อย่างใดจึงอาจเป็นปัญหาในทางปฏิบัติ โดยปัจจุบัน IGC ซึ่งเป็นองค์กรภายใต้ WIPO ได้หยิบยกประเด็นนี้ขึ้นพิจารณา และได้เสนอผลการศึกษารื้อฟื้นต่อที่ประชุมภาคีของ CBD⁸² การจัดทำข้อตกลงเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงยังอยู่ระหว่างดำเนินการยังไม่แล้วเสร็จ นอกจากนี้ UNESCO ยังได้ร่วมกับ WIPO จัดทำกฎหมายแม่แบบสำหรับกฎหมายภายในว่าด้วยการคุ้มครองการแสดงออกซึ่งศิลปะพื้นบ้านจากการใช้ประโยชน์โดยมิชอบ หรือการกระทำอื่นที่ไม่เป็นธรรม (Model Provisions for National Laws on the Protection of Expression of Folklore Against Illicit Exploitation and other Prejudice Actions) แต่กฎหมายแม่แบบนี้ไม่มีสภาพบังคับอย่างกฎหมาย⁸³ อีกทั้งมีขอบเขตเฉพาะศิลปะพื้นบ้านไม่ครอบคลุมภูมิปัญญาท้องถิ่นทั้งหมด ทำให้กฎหมายแม่แบบยังไม่ได้รับการยอมรับเท่าที่ควร และไม่ปรากฏว่ามีประเทศใดนำหลักการของกฎหมายแม่แบบไปใช้อย่างจริงจัง อย่างไรก็ตาม UNESCO ได้นำหลักการของกฎหมายแม่แบบไปกำหนดในข้อเสนอเพื่อ

⁸¹ CBD, Article 8(j).

⁸² โปรดดู UNEP/CBD/COP7/INF/17.

⁸³ Paul Kuruk, "Protecting of Folklore under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions between Individual and Community Rights in Africa and United States," 48 *American University Law Review*, 769 (1999), p.814.

ปกป้องวัฒนธรรมท้องถิ่น และศิลปะพื้นบ้าน (Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore)⁸⁴ ปัญหาการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงเป็นประเด็นที่จะต้องดำเนินการต่อไปเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของ CBD

2. ส่งเสริมการเข้าถึงและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมในแบบที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม (Facilitating access to genetic resources for environmentally sound use)⁸⁵

CBD กำหนดให้รัฐภาคีต้องเอื้ออำนวยต่อการเข้าถึง⁸⁶ และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนในทรัพยากรชีวภาพ ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขการได้รับความยินยอมล่วงหน้า (PIC)⁸⁷ และการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (Equitable Benefit Sharing) การที่รัฐภาคีมีหน้าที่อำนวยความสะดวกแก่รัฐภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมทำให้รัฐภาคีไม่อาจกำหนดเงื่อนไข หรือข้อจำกัดในลักษณะที่ขัดกับหลักการของ CBD ดังได้กล่าวมาแล้ว ประเด็นที่ควรพิจารณา คือ CBD ไม่ได้กำหนดรายละเอียดของการอำนวยความสะดวก ดังนั้นระดับของการอำนวยความสะดวกดังกล่าวจึงขึ้นอยู่กับนโยบาย และกฎหมายภายในของรัฐภาคี

การเน้นการใช้ประโยชน์ในรูปแบบที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมแสดงให้เห็นถึงเป้าหมายของ CBD ที่ต้องการให้ทุกภาคส่วนให้ความสำคัญกับการใช้ประโยชน์ที่ไม่สร้างผลกระทบต่อระบบนิเวศ ซึ่งจะย้อนกลับมาเป็นปัญหาร่วมกันของมนุษยชาติ

CBD ไม่ได้กำหนดกระบวนการเพื่อขอความยินยอมล่วงหน้าในการเข้าถึง ทำให้รัฐภาคีมีสิทธิกำหนดมาตรการที่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของตนเองได้ ส่วนการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์นั้น CBD ให้เป็นเรื่องของคู่กรณีที่จะตกลงกันเองภายใต้หลักความตกลงร่วมกัน (Mutually Agreed Term)⁸⁸

ผู้เขียนเห็นว่า การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตาม CBD เป็นเรื่องทวิภาคี (Bilateral) ที่ผู้ขอเข้าถึงและผู้ให้ทรัพยากรพันธุกรรมจะต้องเจรจาตกลงกันเอง ซึ่งจะต่างจากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชมตาม ITPGR ที่เป็นระบบพหุภาคี (Multilateral) ที่ผู้ขอเข้าถึงต้องทำ

⁸⁴ UNESCO, Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore, adopted by the General Conference at its twenty-fifth session; Paris, November 15, 1989.

⁸⁵ CBD, Article 15.2; โปรดดูรายละเอียดการเข้าถึงเพิ่มเติมในบทที่ 5.

⁸⁶ CBD, Article 12.1; ITPGR, Article 12.3(f).

⁸⁷ CBD, Article 15.5.

⁸⁸ CBD, Article 15.4.

ข้อตกลงกับองค์กรบริหาร (Governing Body) ตามที่กำหนดใน ITPGR การกำหนดให้การเข้าถึงต้องเป็นไปตามหลักความตกลงร่วมกัน จึงเป็นช่องทางให้รัฐภาคีมีสิทธิปฏิเสธการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในดินแดนของตนได้ หากเป็นการปฏิเสธโดยมีเหตุผลสมควร และสอดคล้องกับหลักการของ CBD เช่น เหตุผลด้านสิ่งแวดล้อม หรือด้านความมั่นคงทางอาหาร ฯลฯ ลักษณะดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าเป็นการยืนยันอธิปไตยของรัฐที่มีอยู่เหนือทรัพยากรพันธุกรรมในดินแดนของตน

CBD/ITPGR ใช้ “การใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์” (Commercialization) เป็นเงื่อนไขของการแบ่งปันผลประโยชน์ โดยผลประโยชน์นั้นอาจเป็นได้ทั้งผลประโยชน์ที่เป็นเงิน (Monetary Benefit) และผลประโยชน์ที่มีใช้ผลประโยชน์ที่เป็นเงิน (Non-monetary Benefit) เช่น การถ่ายทอดเทคโนโลยี การเพิ่มศักยภาพบุคลากร เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ITPGR ยกเว้นไม่ต้องแบ่งปันผลประโยชน์ในกรณีไม่มีข้อจำกัดที่บุคคลอื่นจะใช้ประโยชน์จากผลิตภัณฑ์ที่สร้างขึ้นเพื่อการค้นคว้าวิจัยต่อไป โดย ITPGR กำหนดให้ผู้ใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เป็นผู้ชำระส่วนแบ่งผลประโยชน์แทน⁸⁹

ปัญหาที่ควรพิจารณา คือ การใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ที่เป็นเงื่อนไขของการแบ่งปันผลประโยชน์ มีความหมายและขอบเขตอย่างไร

ผู้เขียนเห็นว่า ควรกำหนดนิยาม และขอบเขตการใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ให้ชัดเจน มิฉะนั้นแล้วอาจมีปัญหาเกี่ยวกับการจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนโดยอ้างว่ายังไม่มีการใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ อย่างไรก็ตามการกำหนดนิยาม และขอบเขตที่แน่ชัดอาจไม่สามารถทำได้ง่ายนัก เนื่องจากรูปแบบการใช้ประโยชน์จะเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพของเทคโนโลยี ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดนิยามให้กว้างให้สามารถครอบคลุมถึงการได้รับผลประโยชน์ตอบแทนไม่ว่าในรูปแบบใดๆ และไม่ว่าจะขอรับสิทธิบัตรหรือไม่ก็ตาม และไม่ว่างานวิจัยที่นำไปใช้นั้นจะประสบความสำเร็จสมบูรณ์แล้วหรือไม่ก็ตาม ก็ให้ถือเป็นการใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ การกำหนดให้กว้างครอบคลุมเช่นนี้จะทำให้การหลีกเลี่ยงการชำระผลประโยชน์ตอบแทนทำได้ยาก

นอกจากนี้ยังควรกำหนดให้เงื่อนไขการชำระผลประโยชน์ตอบแทนตกทอดผูกพันผู้รับช่วง หรือนำผลงานวิจัยนั้นไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ด้วย ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาผู้ขอเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมวิจัยค้นคว้าโดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการพาณิชย์ แต่อาจมอบผลการวิจัยนั้นแก่ผู้อื่นเพื่อนำไปใช้อีกทอดหนึ่ง

⁸⁹ ITPGR, Article 13.2(d)(iii); โปรดดูรายละเอียดการแบ่งปันผลประโยชน์เพิ่มเติมในบทที่ 5.

3. ส่งเสริมการเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยี (Access to and transfer of technology) ในการใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีชีวภาพแก่ประเทศกำลังพัฒนา⁹⁰

CBD ต้องการให้รัฐภาคีร่วมมือในการถ่ายทอดเทคโนโลยีแก่กัน โดยเฉพาะเทคโนโลยีที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีชีวภาพ หรือเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนจากทรัพยากรชีวภาพ

ปัญหาที่ควรพิจารณา คือ หน้าที่ในการถ่ายทอดเทคโนโลยีนี้เป็นหน้าที่ 2 ด้าน คือ CBD ไม่ได้กำหนดว่าเทคโนโลยีที่ถ่ายทอดนี้ต้องเป็นเทคโนโลยีสมัยใหม่เท่านั้น ดังนั้นเทคโนโลยีของประเทศกำลังพัฒนาที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ หรือใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนในทรัพยากรชีวภาพก็อยู่ในข่ายต้องถ่ายทอดแก่ประเทศอุตสาหกรรมที่ต้องการเข้าถึงเทคโนโลยีเหล่านี้ด้วยเช่นกัน มิได้จำกัดเฉพาะเทคโนโลยีสมัยใหม่ของประเทศอุตสาหกรรมเท่านั้น

ผู้เขียนเห็นว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมเป็นหัวใจสำคัญของการสำรวจทรัพยากรพันธุกรรม (Bioprospecting) เนื่องจากจะช่วยลดขั้นตอน และระยะเวลาอย่างมีนัยสำคัญต่อการวิจัยค้นคว้าทางเทคโนโลยีชีวภาพ การที่ CBD กำหนดหน้าที่ถ่ายทอดเทคโนโลยีโดยไม่แบ่งแยกว่าเป็นประเทศอุตสาหกรรม หรือประเทศกำลังพัฒนา รวมทั้งเน้นเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนแสดงให้เห็นวัตถุประสงค์ของการให้รัฐภาคีมีส่วนร่วมในการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์สำคัญของ CBD

อย่างไรก็ดีผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การเปิดกว้างให้ประเทศอุตสาหกรรมเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศกำลังพัฒนานี้ CBD ไม่ได้กล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิเหนือภูมิปัญญาดังกล่าวอย่างชัดเจน ซึ่งต่างจากการเข้าถึงเทคโนโลยีของประเทศอุตสาหกรรม ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป ดังนั้นประเทศกำลังพัฒนาจึงควรกำหนดมาตรการเพื่อปกป้องมิให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นของตนเองถูกฉกฉวยไปโดยประเทศอุตสาหกรรม และอ้างสิทธิเป็นเจ้าของภูมิปัญญานั้น เช่น การผลักดันให้ต้องเปิดเผยข้อมูลแหล่งที่มาของพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับพันธุกรรมที่ใช้ในการประดิษฐ์เป็นต้น⁹¹

⁹⁰ CBD, Article 16.

⁹¹ โปรดดูรายละเอียดการเปิดเผยข้อมูลแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมในการขอรับทรัพย์สินทางปัญญาในบทที่ 5.

ในส่วนการถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่ประเทศกำลังพัฒนานั้น CBD กำหนดว่าต้องดำเนินการภายใต้เงื่อนไขที่เอื้อต่อประเทศกำลังพัฒนาเป็นพิเศษ โดยคำนึงถึงระบบกลไกทางการเงินที่กำหนดใน CBD และเป็นเงื่อนไขที่ตกลงเห็นชอบร่วมกัน⁹² อย่างไรก็ตามการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเหนือเทคโนโลยีดังกล่าวด้วย⁹³ เงื่อนไขในข้อนี้ผู้เขียนเห็นว่าอาจทำให้เป้าหมายการถ่ายทอดเทคโนโลยีของ CBD ไม่บรรลุผลสำเร็จ เนื่องจากเทคโนโลยีสมัยใหม่ของประเทศอุตสาหกรรมส่วนใหญ่จะเป็นของภาคเอกชน และอยู่ภายใต้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาดังนั้นรัฐภาคีย่อมไม่อาจบังคับให้ภาคเอกชนถ่ายทอดเทคโนโลยีดังกล่าวได้ ในทางกลับกันเทคโนโลยีที่เกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพในประเทศกำลังพัฒนาเป็นภูมิปัญญาที่เปิดเผยทั่วไป และเข้าถึงได้โดยง่าย และไม่ได้รับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทำให้ภาคธุรกิจเทคโนโลยีชีวภาพสามารถเข้าถึงภูมิปัญญาดังกล่าวได้โดยง่าย และปราศจากการคุ้มครอง เมื่อประกอบกับ CBD กำหนดเพียงให้รัฐภาคีสันับสนุน (Facilitate) การถ่ายทอดเทคโนโลยีเท่านั้นไม่ได้กำหนดเป็นหน้าที่โดยตรง ทำให้การถ่ายทอดเทคโนโลยีของประเทศอุตสาหกรรมมายังประเทศกำลังพัฒนาไม่อาจเกิดขึ้นได้จริง แต่ทั้งนี้ประเทศกำลังพัฒนาอาจใช้การปฏิเสธการให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเป็นเงื่อนไขให้ต้องถ่ายทอดเทคโนโลยีที่ตนต้องการได้

การดำเนินการตามพันธกรณีดังกล่าวมาแล้วของรัฐภาคี จะต้องควบคู่ไปกับการคำนึงถึงหลักการสำคัญที่สุดของ CBD คือ การอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพ โดยเฉพาะการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมในสภาพธรรมชาติ (*in-situ* conservation) และการอนุรักษ์นอกสภาพธรรมชาติ (*ex-situ* conservation) ซึ่งเป็นมาตรการเสริมการอนุรักษ์ในสภาพธรรมชาติ

(2) การสร้างความเป็นธรรมและเท่าเทียมแก่ฝ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช

CBD/ITPGR มิได้รับรองเฉพาะสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรพันธุกรรมเท่านั้น ข้อตกลงทั้งสองฉบับต่างได้รับรอง รับรู้บทบาท ความสำคัญของเกษตรกร ชนพื้นเมือง รวมทั้งสตรีที่มีต่อการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมทั้งในอดีต ปัจจุบัน และอนาคต⁹⁴ โดยเฉพาะการระบุถึง “สิทธิเกษตรกร” (Farmers’ Rights) ใน ITPGR บทบัญญัติหลายส่วนใน CBD/ITPGR ได้สะท้อนออกในรูปของการตอบแทนแก่บุคคลเหล่านี้ เช่น ให้ได้รับสิทธิในการได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์

⁹² CBD, Article 16.2.

⁹³ CBD, Article 16.3, 16.4, 16.5.

⁹⁴ CBD, Preamble, Para. 12, 13; ITPGR, Preamble, Para.7.

จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม สิทธิของเกษตรกรในการใช้ประโยชน์จากเมล็ดพันธุ์ (Farm-save-seed) สิทธิในการมีส่วนร่วมตัดสินใจเกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์ เป็นต้น บทบัญญัติเหล่านี้จะเน้นการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรม และเท่าเทียม (Fair and Equitable) ⁹⁵ เท่ากับ ยกระดับการคุ้มครองสิทธิของฝ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมให้มีสถานะทัดเทียมกับ สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยการรับรู้บทบาทการสร้างสรรคที่ไม่เป็นทางการ (Informal invention) ของเกษตรกร

การแบ่งปันผลประโยชน์ตามระบบพหุภาคีใน ITPGR เน้นให้ผลประโยชน์ทางการเงินตกได้แก่เกษตรกรในทุกประเทศ (Farmers in all countries) โดยเฉพาะเกษตรกรในประเทศกำลังพัฒนา และประเทศที่อยู่ในช่วงการปรับตัวทางเศรษฐกิจ (Countries with economic in transition) ซึ่งเป็นผู้อนุรักษ์ และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนในทรัพยากรพันธุกรรม ⁹⁶

ผู้เขียนเห็นว่า หลักการของ CBD/ITPGR จะสร้างความเป็นธรรมและเท่าเทียมแก่ฝ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมจะทำให้เกิดความสำนึกร่วมกันในส่วนได้เสียที่ฝ่ายต่างๆ มีอยู่เหนือทรัพยากรพันธุกรรม นำมาซึ่งความร่วมมือในการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมต่อไป ประเทศกำลังพัฒนาจึงควรยึดถือหลักการของ CBD/ITPGR เพื่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชของตน

2. ทรัพยากรพันธุกรรมพืชภายใต้หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development)

เมื่อปี ค.ศ.1983 WCED ได้เผยแพร่รายงานฉบับหนึ่งชื่อ Our Common World หรือที่รู้จักกันทั่วไปว่า “รายงานบรันท์แลนด์” (Brundtland Report) รายงานฉบับนี้ทำให้ประชาคมโลกตระหนักถึงปัญหา และข้อบกพร่องของการพัฒนาทางเศรษฐกิจอย่างปราศจากการควบคุม และได้ทำลายสภาพแวดล้อมให้เสื่อมโทรมลงอย่างรวดเร็ว รายงานนี้ได้รับการยอมรับไปทั่วโลก ⁹⁷ และนำมาซึ่งยุทธศาสตร์ในการนำการพัฒนาอย่างยั่งยืนไปสู่การปฏิบัติ โดย ในการประชุม WSSD

⁹⁵ CBD, Article 15.7; ITPGR, Preamble, Para.8, 14, Article 13.

⁹⁶ ITPGR, Article 13.3.

⁹⁷ สาเหตุที่ทำให้รายงานฉบับนี้ได้รับการตอบรับอย่างกว้างขวาง เนื่องจากเผยแพร่ในช่วงที่เกิดวิกฤตด้านสิ่งแวดล้อมหลายกรณี เช่น การรั่วไหลของกัมมันตภาพรังสีที่เมืองเชอร์โนบิล ปัญหารั่วรั่วของชั้นบรรยากาศโลก โปรดดู ไชยรัตน์ เจริญสินโอฬาร, วาทกรรมการพัฒนา, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิภาษา, 2549), น.277.

ที่กรุงริโอ เดอจาเนโร ประเทศบราซิลในระหว่างวันที่ 3-14 มิถุนายน ค.ศ. 1992 นอกจากที่ประชุมจะมีมติรับรอง CBD แล้วที่ประชุมยังได้มีมติรับรองปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (The Rio Declaration on Environment and Development) และแผนปฏิบัติการที่ 21 (Agenda 21) ที่ถือเป็นแนวทางสำคัญในการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมภายใต้หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development)

หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนนี้ได้รับการเน้นย้ำอีกครั้งในการประชุมระดับรัฐมนตรีของ WTO ครั้งที่ 4 ณ เมืองโดฮา ประเทศกาตาร์ ค.ศ. 2001 โดยย่อหน้า 6 ของปฏิญญาโดฮา (Doha Declaration) กล่าวว่า⁹⁸

“ประเทศภาคี เน้นย้ำให้การสนับสนุนวัตถุประสงค์ของการพัฒนาอย่างยั่งยืนที่ระบุไว้ในอารัมภบทของความตกลงมารราเกซ และเชื่อว่า วัตถุประสงค์ของการสนับสนุนระบบการค้าพหุภาคีแบบเปิดกว้างและไม่เลือกปฏิบัติ และการดำเนินการให้การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและส่งเสริมการพัฒนาอย่างยั่งยืนนั้นสามารถและต้องทำควบคู่กันไป ประเทศภาคี รับทราบความพยายามโดยความสมัครใจของบางประเทศภาคี ในการดำเนินการประเมินผลกระทบของนโยบายการค้าต่อสิ่งแวดล้อม และตระหนักว่าภายใต้กฎระเบียบขององค์การการค้าโลก ประเทศภาคีใดก็ตามจะต้องไม่ถูกห้ามใช้มาตรการเพื่อคุ้มครองชีวิต หรือสุขภาพของคน สัตว์หรือพืช หรือเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับที่ประเทศภาคีนั้น พิจารณาแล้วเห็นว่าเหมาะสม ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขที่ว่ามาตรการดังกล่าว จะต้องไม่ใช่ในทางที่ก่อให้เกิดความลำเอียง บิดเบือน หรือเป็นข้ออ้างในการกีดกันทางการค้า และต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติในความตกลงต่าง ๆ ขององค์การการค้าโลก ประเทศภาคีสันนิษฐานความพยายามที่จะส่งเสริมความร่วมมือระหว่างองค์การการค้าโลก และองค์การระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อม และด้านการพัฒนาที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะที่จะนำไปสู่การประชุมระดับผู้นำในเรื่องการพัฒนาอย่างยั่งยืน ซึ่งกำหนดจัดขึ้นที่เมืองโยฮันเนสเบิร์ก ประเทศอัฟริกาใต้ในเดือนกันยายน ค.ศ. 2002”

⁹⁸ www.dtn.moc.go.th (visited November 2005).

ผู้เขียนเห็นว่า การที่หลักการพัฒนายั่งยืนได้รับการยอมรับมากขึ้นในปัจจุบัน เป็นเพราะว่าประชาคมระหว่างประเทศได้เล็งเห็นอันตรายที่เกิดจากความเสื่อมโทรมของระบบนิเวศ สิ่งแวดล้อม และทรัพยากรธรรมชาติที่เป็นผลจากการพัฒนาเศรษฐกิจภายใต้ระบบตลาดเสรีในอดีตที่ผ่านมา และทำให้รูปแบบการพัฒนาเศรษฐกิจในอดีตถูกตั้งคำถามว่ามีความเหมาะสมหรือไม่เพียงพอ ผู้เขียนจึงขอลำถึงแนวคิดและหลักการของหลักการพัฒนายั่งยืน ดังนี้

2.1 แนวคิดและหลักการพัฒนายั่งยืนในประชาคมระหว่างประเทศ

การพัฒนายั่งยืนเป็นหลักการที่ผกผันกันระหว่างแนวคิดด้านเศรษฐกิจและแนวคิดด้านสิ่งแวดล้อม เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นจากการพัฒนาในอดีตที่เน้นแต่เพียงความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ และต้องการให้ประเทศกลายเป็นประเทศอุตสาหกรรม (Industrialization) ทำให้ทรัพยากรธรรมชาติถูกนำมาใช้อย่างฟุ่มเฟือย ก่อให้เกิดปัญหาสิ่งแวดล้อมต่อโลก เนื่องจากโลกเป็นระบบปิด เมื่อนำทรัพยากรธรรมชาติมาใช้มากขึ้น ทำให้ทรัพยากรธรรมชาติลดลง ขณะเดียวกันกิจกรรมจากกระบวนการผลิต และการบริโภคล้วนสร้างมลภาวะ และของเสียต่างๆ ล้วนทับถมบนโลก แนวคิดการพัฒนายั่งยืนจึงได้นำประเด็นด้านสิ่งแวดล้อมมาพิจารณาควบคู่ไปกับการพัฒนา

รายงานบรันท์แลนด์ (Brundtland Report) ให้นิยาม “การพัฒนายั่งยืน” ว่า หมายถึง “การพัฒนาที่สนองต่อความต้องการของคนในปัจจุบัน โดยไม่ปิดกั้นโอกาสของคนในอนาคตในการสนองต่อความต้องการของเขา” (Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs)⁹⁹ เมื่อพิจารณาโดยผ่านบริบทของสิ่งแวดล้อมแล้ว การพัฒนายั่งยืน คือ นโยบายที่สนองต่อความต้องการของคนในปัจจุบันโดยไม่ทำลายทรัพยากรธรรมชาติซึ่งจะเป็นที่ต้องการในอนาคต¹⁰⁰

⁹⁹ World Commission on Environment and Development, Our Common Future, (New York: Oxford University Press, 1987), p.43; David Hunter, et al. Concept and Principles of International Environment Law: An Introduction, (Geneva, Switzerland: UNEP, 1924), p.6.

¹⁰⁰ Walter H. Corson, Edited. The Global Ecology Handbook, (Boston:

อย่างไรก็ตามมีผู้ให้ความเห็นว่า ความหมายดังกล่าวยังคงคลุมเครือเนื่องจากแสดงถึงการยอมรับการพัฒนาทั้งที่ยังไม่ได้วิเคราะห์ปัญหาที่เกิดจาก “การพัฒนา” เลย¹⁰¹ ถ้อยคำของหลักการพัฒนาย่างยั่งยืนที่ว่า “ความต้องการของคนในปัจจุบัน” (needs of the present) ยังมีปัญหาให้ต้องตีความว่า หมายถึงความต้องการของผู้ใด เป็นความต้องการของประเทศอุตสาหกรรม หรือประเทศกำลังพัฒนา หลักการดังกล่าวยังไม่ได้แสดงถึงวิธีการใช้ทรัพยากรธรรมชาติที่มีอยู่อย่างจำกัด (ของคนในปัจจุบัน) โดยไม่มีผลเป็นการปิดกั้นความต้องการของคนในอนาคตได้อย่างเป็นรูปธรรมได้อย่างไร และการไม่ปิดกั้นความต้องการของคนในอนาคตจะหมายถึงการปิดกั้นความต้องการของคนในปัจจุบันหรือไม่

หลักการนี้ยังเน้นการพัฒนาทางเศรษฐกิจโดยมุ่งหวังที่จะบริหารจัดการสิ่งแวดล้อมเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาแก่มนุษย์ทั้งในปัจจุบันและในอนาคตดังเช่นที่เกิดขึ้นแล้วในอดีต จึงยังเป็นหลักการที่ให้ความสำคัญของมนุษย์เหนือสิ่งแวดล้อม และให้มนุษย์เป็นศูนย์กลาง (Anthropocentric) ทรัพยากรธรรมชาติจะยังเป็นเพียงวัตถุที่มนุษย์จะบริหารจัดการเพื่อเป้าหมายการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ หลักการพัฒนาย่างยั่งยืนเช่นนี้จะช่วยให้ระบบทุนนิยมยังคงดำรงอยู่ได้ต่อไปในระบบทุนนิยมที่คำนึงถึงสิ่งแวดล้อม (Green Capitalist) โดยประเทศผู้นำด้านเศรษฐกิจจะยังคงรักษาบทบาทการเป็นผู้นำของตนโดยเปลี่ยนจากการเป็นผู้นำทางเศรษฐกิจมาเป็นผู้นำในการปกป้องโลก และสิ่งแวดล้อมโดยผ่านหลักการพัฒนาย่างยั่งยืน¹⁰²

ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากทรัพยากรธรรมชาติมีอยู่อย่างจำกัด หากคนในปัจจุบันไม่ลดความต้องการของตนเองลง แต่ยังคงใช้ทรัพยากรธรรมชาติเช่นเดิม ย่อมไม่มีทางที่จะไม่กระทบต่อการใช้ทรัพยากรธรรมชาติของคนในอนาคต แม้หลักการพัฒนาย่างยั่งยืนจะยังคงคลุมเครือและมีประเด็นที่ต้องขยายความต่อไปอีก และมีผู้เห็นว่าการพัฒนาย่างยั่งยืนคงเป็นไปได้เพียงวาทกรรมที่

Beacon Press, 1990), p.54.

¹⁰¹ ไชยรัตน์ เจริญสินโอฬาร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 97*, น.278.

¹⁰² เพิ่งอ้าว, น.284; ผู้สนใจการวิเคราะห์หลักการพัฒนาย่างยั่งยืนในแนวพุทธโปรดดู พระธรรมปิฎก (ป.อ.ปยุตโต), *การพัฒนาที่ยั่งยืน*, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร: ห.จ.ก.สามลดา, 2549), น.165 ซึ่งให้ความเห็นว่า หลักการพัฒนาย่างยั่งยืนจะประสบความสำเร็จ ต้องหันมาเน้นการพัฒนามนุษย์ให้ปรับความต้องการ (Demand) กับทรัพยากร (Resources) ให้พอเหมาะสมสอดคล้องกัน.

ไม่สามารถแก้ไขปัญหาล้างแฉดล้ดมได้¹⁰³ แต่ผู้เขียนเห็นว่า หลักการพัฒนาย่งย่นเป็นความพยายามครั้งล้ดคัญของประชาคมโลกต่อการแก้ไขปัญหาล้างแฉดล้ดมที่เกิดจากการพัฒนาอุตสาหกรรม และมีใช่เป็นเพียงวาทกรรม รูปธรรมของการพัฒนาย่งย่นเป็นล้ดงที่รับรู้ได้จากแผนปฏิบัติการที่ 21 ซึ่งได้ขยายรายละเอียดของกลไกต่าง ๆ ที่ทำให้หลักการพัฒนาย่งย่นบรรลุวัตถุประสงค์ในการรักษาล้างแฉดล้ดม ผู้เขียนจึงขอล้างถึงรายละเอียดของหลักการพัฒนาย่งย่น ดังนี้

2.2 หลักการพัฒนาย่งย่นตามแผนปฏิบัติการที่ 21 (Agenda 21)

แผนปฏิบัติการที่ 21¹⁰⁴ เป็นยุทธศาสตร์เพื่อการอนุรักษ์ และใช้ประโยชน์อย่งย่นจากความหลากหลายทางชีวภาพ เพื่อรองรับหลักการของ CBD โดยถือว่าแผนปฏิบัติการที่ 21 แม้จะไม่มีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศแต่ก็เป็นแนวปฏิบัติที่ประเทศต่าง ๆ ควรรับไปดำเนินการ (Soft Law) ประเทศไทยได้ร่วมลงนามรับรองแผนปฏิบัติการที่ 21 นี้พร้อมกับประเทศอื่น ๆ อีก 179 ประเทศ แผนปฏิบัติการที่ 21 ได้ระบุกรณีทีรัฐภาคีต้องดำเนินการเกี่ยวกับการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมในส่วนที่ 2 ว่าด้วยการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากร (Conservation and Management of Resources) ซึ่งมีสาระล้ดคัญ 4 ประการ ดังนี้

(1) การอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ และการใช้ประโยชน์อย่งย่นจากทรัพยากรชีวภาพ

แผนปฏิบัติการที่ 21 (Agenda 21) ได้ระบุให้รัฐภาคีต้องดำเนินการโดยเร่งด่วนทีจะอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรม และระบบนิเวศ โดยเสนอให้รัฐภาคีประเมินสถานะความหลากหลายทางชีวภาพภายในรัฐ ศึกษาความล้ดคัญของความหลากหลายทางชีวภาพทีมีต่อระบบนิเวศทั้งในด้านเศรษฐกิจและล้ดงแวดล้อม จัดทำกลยุทธ์ในการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์อย่งย่น ส่งเสริมการเกษตรแบบดั้งเดิมซึ่งสามารถเพิ่มความหลากหลายทางชีวภาพ โดยให้ชุมชน และสตรีเข้ามามี

¹⁰³ ไชยรัตน์ เจริญสินโฬาร, *อ้างล้ดว้ เชงอรรถที่ 97*, น.276-291; ผู้สนใจการวิเคราะห์ และให้ความเห็นเกี่ยวกับแผนปฏิบัติการที่ 21 โดยละเอียดโปรดดู Theodora Carroll-Foster, (Edited). *Agenda 21: Abstracts, Reviews, and Commentaries*, (Ottawa: ON, IDRC, 1993).

¹⁰⁴ Report of the United Nations Conference on Environment and Development. U.N. Doc. A/CONF/151/26. (Vol.2). 1992 (Agenda 21).

ส่วนร่วมในการอนุรักษ์และจัดการระบบนิเวศ ให้การคุ้มครองถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ (Natural Habitats) และฟื้นฟูระบบนิเวศที่ได้รับความเสียหาย ดำเนินการเพิ่มจำนวนประชากรของพืชที่ถูกคุกคามหรือใกล้สูญพันธุ์ ดำเนินการอนุรักษ์ชนิดพันธุ์พืชดั้งเดิม (Primitive Cultivated Species) และชนิดพันธุ์พืชป่าในพื้นที่ที่เป็นแหล่งกำเนิด (Country of Origin) ของชนิดพันธุ์พืช รวมทั้งสำรวจและจัดทำทะเบียนทรัพยากรพันธุกรรม กำหนดกิจกรรมที่มีผลกระทบอย่างรุนแรงต่อความหลากหลายทางชีวภาพ และกำหนดมาตรการเพื่อบรรเทาผลกระทบดังกล่าว การทำกิจกรรมใดๆ ในพื้นที่ที่มีความอ่อนไหวทางระบบนิเวศสูงต้องกำหนดให้ประเมินผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อม (EIA) และควรเปิดโอกาสให้สาธารณชนได้มีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจด้วย และควรดำเนินการให้ทุกภาคส่วนทั้งภาครัฐ และเอกชนตระหนักในนโยบายการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมอย่างยั่งยืน รวมทั้งควรจัดให้มีสิ่งจูงใจด้านเศรษฐกิจ หรือด้านสังคม (Economic and Social Incentives) เพื่อกระตุ้นให้เกิดการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรม และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน¹⁰⁵

ผู้เขียนเห็นว่าหลักการในข้อนี้สะท้อนให้เห็นถึงความเร่งด่วนของปัญหาความเสื่อมโทรมของสภาพแวดล้อม ระบบนิเวศ และความหลากหลายทางชีวภาพ โดยเฉพาะการเน้นความสำคัญของการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมในสภาพธรรมชาติ (*In-situ* Conservation) หลักการในข้อนี้ยังนำระบบการประเมินผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อม (EIA) มาใช้กับโครงการต่างๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และประการสำคัญยังให้ความสำคัญกับการมีส่วนร่วมของทุกภาคส่วนในสังคม โดยการเปิดโอกาสให้สาธารณชนมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจของภาครัฐ ทำให้ชุมชนสามารถผลักดันนโยบายที่เหมาะสมและสอดคล้องกับชุมชนได้ การเปิดพื้นที่ให้กับชุมชนยังสอดคล้องกับแนวคิดของระบบกฎหมายเฉพาะตามข้อเสนอของกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา ที่ให้สิทธิแก่ชุมชนในการบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมในพื้นที่ชุมชนของตนเอง

(2) การแบ่งปันผลประโยชน์ระหว่างผู้ให้ (Provider) และผู้ใช้ (User) ทรัพยากรชีวภาพ

แผนปฏิบัติการที่ 21 (Agenda 21) ระบุให้รัฐจัดทำกลไกการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมในระหว่างผู้ให้และผู้ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งมีขั้นตอนที่รับประกันสิทธิของชนท้องถิ่นทั้งในลักษณะปัจเจกบุคคล หรือชุมชนที่จะได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือกรรมวิธีดั้งเดิมของชนพื้นเมือง รัฐภาคีควรกำหนดมาตรการเพื่อรับประกันว่ารัฐที่เป็นผู้ให้ทรัพยากร

¹⁰⁵ Daniel Sitarz, *Agenda 21: The Earth Summit Strategy to Save our Planet*, ed. (Boulder, Colorado: EarthPress, 1994), pp.115-118.

พันธุกรรมได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมในเชิงพาณิชย์ และควรประเมินมูลค่าทางเศรษฐกิจของทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อการคุ้มครองและใช้ประโยชน์อย่างคุ้มค่า¹⁰⁶

ผู้เขียนเห็นว่า หลักการในข้อนี้มีความสำคัญ เพราะการแบ่งปันผลประโยชน์แก่เกษตรกร หรือชุมชนที่เป็นผู้อนุรักษ์พัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมนั้น นอกจากจะทำให้เกษตรกร และชุมชนได้รับผลประโยชน์จากความวิริยะอุตสาหะของตนเองแล้ว ในเชิงสัญลักษณ์ยังเป็นการแสดงออกถึงการยอมรับความมีตัวตนของชุมชน ยอมรับระบบสิทธิเชิงซ้อน และยอมรับการสร้างสรรคอย่างไม่เป็นทางการ (Informal Invention) ของเกษตรกรอีกด้วย ลักษณะเช่นนี้จะทำให้เกษตรกร หรือชุมชนดำรงวิถีชีวิตในแบบดั้งเดิมของตนเองได้ต่อไป การได้รับผลประโยชน์ตอบแทน จะเป็นแรงสนับสนุนให้เกษตรกรและชุมชนอนุรักษ์ และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชในท้องถิ่นของตนต่อไป

(3) การรับรองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนจากทรัพยากรชีวภาพ

แผนปฏิบัติการที่ 21 (Agenda 21) ระบุให้รัฐภาคีส่งเสริมการทำเกษตรกรรมในแบบดั้งเดิม ซึ่งเป็นวิธีที่สามารถเพิ่มความหลากหลายทางชีวภาพได้ และให้ชุมชนได้มีส่วนร่วมในการอนุรักษ์และจัดการระบบนิเวศ รวมทั้งให้ได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม และยังกำหนดให้เร่งจัดทำทะเบียนภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยเร่งด่วน รวมทั้งคุ้มครอง และส่งเสริมการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่น ตลอดจนวิถีปฏิบัติของชุมชนท้องถิ่นที่มีส่วนในการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ รัฐภาคีควรร่วมมือกับชนท้องถิ่นสำรวจสภาพของความหลากหลายทางชีวภาพ และทรัพยากรพันธุกรรม¹⁰⁷

ผู้เขียนเห็นว่า หลักการในข้อนี้เป็นการยอมรับว่า รูปแบบวิถีชีวิตของเกษตรกรในแบบดั้งเดิมเป็นกลไกสำคัญในการอนุรักษ์ และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืช การแลกเปลี่ยนความรู้ พันธุ์พืช และเมล็ดพันธุ์เป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพในการดำรงความหลากหลายของพันธุกรรมพืช เพราะเกษตรกรจะคัดเลือกพันธุ์พืชที่เหมาะสมกับสภาพของพื้นที่เพาะปลูก ภูมิอากาศ ทำให้พันธุ์พืชเกิดการปรับตัวให้เหมาะสมกับสภาพแวดล้อม ความหลากหลายของพันธุ์พืชดังกล่าวนี้เองที่เป็นคลังแห่งพันธุกรรมและเป็นวัตถุดิบที่ใช้ในการปรับปรุงพันธุ์พืช หรือใช้ในเทคโนโลยีชีวภาพ ดังนั้นการธำรงรูปแบบวิถีชีวิตในแบบดั้งเดิมไว้จึงเป็นสิ่งที่ขาดเสียมิได้

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*, pp.115-116.

ประเด็นสำคัญอีกประการหนึ่งของหลักการข้อนี้ คือ การปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นปัจจัย หรือเงื่อนไขสำคัญต่อทรัพยากรพันธุกรรมพืช หากพิจารณาอย่างผิวเผิน แล้วภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจถือเป็นความรู้ที่แยกจากพันธุกรรมพืช หรือเมล็ดพันธุ์ แต่ในความเป็นจริงผู้เขียนเห็นว่า ภูมิปัญญาดังกล่าวผูกติดกับพันธุ์พืชและเมล็ดพันธุ์ของเกษตรกรอย่างแยกจากกันไม่ได้ เปรียบดังสองด้านของเหรียญเดียวกัน เพราะภูมิปัญญาดังกล่าวจะสั่งสมจากกระบวนการเกษตรกรรมของเกษตรกร ซึ่งครอบคลุมตั้งแต่การคัดเลือกเมล็ดพันธุ์ การเลือกพื้นที่เพาะปลูก การเตรียมดิน การเพาะปลูก การบำรุงรักษา การเก็บเกี่ยว การคัดเลือกเมล็ดพันธุ์เพื่อใช้ปลูกต่อไป ตลอดจนลักษณะและวิธีการใช้ประโยชน์ในรูปแบบต่างๆ ความรู้หรือภูมิปัญญาของเกษตรกรเหล่านี้จะเพิ่มพูนมากขึ้นเรื่อยตามการเปลี่ยนแปลงของพันธุ์พืช ความรู้หรือภูมิปัญญาของเกษตรกรจึงเป็นสิ่งที่ไม่หยุดนิ่งและมีความเป็นพลวัต (Dynamic) ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า การที่จะรักษากระบวนการดังกล่าวให้คงอยู่ต่อไปได้จึงต้องรักษารูปแบบวิธีการดำรงชีวิตของเกษตรกรในแบบดั้งเดิมให้คงอยู่ต่อไป

(4) การใช้และการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพเพื่อการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนจากทรัพยากรชีวภาพ

แผนปฏิบัติการที่ 21 (Agenda 21) ได้ระบุให้พัฒนาการใช้เทคโนโลยีชีวภาพในลักษณะยั่งยืน รวมทั้งถ่ายทอดเทคโนโลยีดังกล่าวแก่ประเทศกำลังพัฒนา โดยเทคโนโลยีเหล่านี้ควรเป็นเทคโนโลยีที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (Green Technology) จัดตั้งโครงการเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน รวมทั้งการจัดตั้งธนาคารพันธุกรรม หรือห้องปฏิบัติการในประเทศกำลังพัฒนาเพื่อเพิ่มพูนศักยภาพของประเทศกำลังพัฒนา เทคโนโลยีชีวภาพควรเป็นเทคโนโลยีที่ช่วยเพิ่มผลผลิต หรือเพิ่มคุณค่าทางโภชนาการ และควรใช้ควบคู่ไปกับเทคนิคการปรับปรุงพันธุ์พืชแบบดั้งเดิม เทคโนโลยีชีวภาพควรช่วยลดการใช้สารเคมีทางการเกษตร หรือปุ๋ยเคมี และการใช้เทคโนโลยีชีวภาพในด้านการเกษตรควรเป็นการใช้โดยตระหนักถึงการรักษาสีงแวดล้อม¹⁰⁸

ผู้เขียนเห็นว่า หลักการในข้อนี้เป็นหลักการที่ต้องการปกป้องเกษตรกรไม่ให้ได้รับผลกระทบจากวิทยาศาสตร์สมัยใหม่ และระบบเศรษฐกิจแบบตลาดเสรีซึ่งเป็นสภาพการณ์ที่เกษตรกรยากที่จะหลีกเลี่ยงได้ การกำหนดให้ประเทศที่มีความก้าวหน้าต้องถ่ายทอดเทคโนโลยีแก่ประเทศกำลังพัฒนาผู้เขียนเห็นว่า นอกจากจะมีเป้าประสงค์เป็นการยกระดับเทคโนโลยีของประเทศกำลังพัฒนาแล้ว ยังจะช่วยให้ประเทศกำลังพัฒนาได้เรียนรู้ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจาก

¹⁰⁸ *Ibid*, pp.115-118, 119-121.

เทคโนโลยีอื่นๆ และได้เตรียมพร้อมในการป้องกันผลกระทบดังกล่าวไปพร้อมกันด้วย หลักการในข้อนี้จะช่วยเพิ่มศักยภาพของประเทศกำลังพัฒนาในด้านการเกษตรโดยผ่านเทคโนโลยีสมัยใหม่ ซึ่งความรู้จากเทคโนโลยีสมัยใหม่อาจมีส่วนช่วยเหลือเกษตรกรให้รักษารูปแบบเกษตรกรรมแบบดั้งเดิมไว้ต่อไป โดยเฉพาะการช่วยลดปัญหาการใช้สารเคมีทางการเกษตร การใช้ปุ๋ยเคมีซึ่งสร้างผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

นอกจากหลักการที่เป็นสาระสำคัญดังกล่าวข้างต้นแล้ว แผนปฏิบัติการที่ 21 ยังกล่าวถึงมาตรการที่เกี่ยวข้องกับบทบาทของชนพื้นเมือง และเกษตรกรโดยตรงอีกด้วย ดังนี้

1. แผนปฏิบัติการที่ 21 ได้กล่าวยอมรับบทบาทความสำคัญของชนพื้นเมืองในการสร้างสรรค์ความรู้ทางวิทยาศาสตร์แบบพื้นบ้าน ซึ่งเป็นความรู้ในแบบองค์รวม (Holistic) รวมทั้งรับรู้สิทธิในที่ดินของชนพื้นเมืองที่ไม่ควรได้รับผลกระทบจากกิจกรรมที่เป็นผลเสียต่อสิ่งแวดล้อมหรือกิจกรรมที่ไม่เหมาะสมต่อวัฒนธรรมของชนพื้นเมือง แผนปฏิบัติการที่ 21 ได้กำหนดให้รัฐภาคีควรกำหนดสิทธิและหน้าที่ของชนพื้นเมืองให้ชัดเจนในกฎหมาย ควรมีนโยบายปกป้องคุ้มครองภูมิปัญญาของชนพื้นเมือง (Protect Indigenous Intellectual) วัฒนธรรม และสิทธิในการรักษาจารีตปฏิบัติ และระบบจัดการทรัพยากรของชนพื้นเมือง โครงการใดๆ ที่กระทบต่อชนพื้นเมืองจะต้องตระหนักถึงคุณค่า และความเชื่อของชนพื้นเมือง โดยควรเปิดโอกาสให้ชนพื้นเมืองมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ และควรผสมผสานวิถีปฏิบัติดั้งเดิมของชนพื้นเมืองเข้ากับการบริหารจัดการ หรือการอนุรักษ์ทรัพยากร¹⁰⁹

2. ในส่วนของเกษตรกรนั้น แผนปฏิบัติการที่ 21 ได้ยอมรับบทบาทและความสำคัญของเกษตรกรในการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมในลักษณะของผู้ที่ปกป้อง (Stewards) ทรัพยากรของโลก ซึ่งส่งผลต่อการเพิ่มผลผลิตทางการเกษตร แผนปฏิบัติการที่ 21 ได้กำหนดให้รัฐภาคีควรให้สิทธิแก่องค์กรตัวแทนของเกษตรกรมีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายด้านการเกษตร และให้การสนับสนุนแก่การรวมตัวเพื่อก่อตั้งองค์กรดังกล่าว หน่วยงานด้านการวิจัยของภาครัฐ หรือขององค์กรระหว่างประเทศควรร่วมมือกับองค์กรเกษตรกรในการพัฒนาเทคนิคด้านการเกษตรที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม ควรจัดทำทะเบียนภูมิปัญญาของเกษตรกรเพื่อมิให้ภูมิปัญญาดังกล่าวสูญหายไป ควรส่งเสริมให้มีการแลกเปลี่ยนความรู้เกี่ยวกับการอนุรักษ์ทรัพยากร การลดปริมาณการใช้สารเคมี ตลอดจนการหมุนเวียนใช้วัสดุเหลือทิ้ง รัฐภาคีควรมีกลไกทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิในที่ดินของเกษตรกร¹¹⁰

¹⁰⁹ *Ibid*, pp.268-270.

¹¹⁰ *Ibid*, pp.273-274.

ผู้เขียนเห็นว่า หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนนั้น แม้จะยังอาจมีข้อโต้แย้งในเชิงแนวคิด และอาจมีผู้เห็นว่าไม่สามารถนำไปปฏิบัติให้เป็นผลได้จริง แต่ผู้เขียนเห็นว่าแผนปฏิบัติการที่ 21 (Agenda 21) เป็นรูปธรรมที่ชัดเจนประการหนึ่งของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน หากแต่ละประเทศ นำหลักการดังกล่าวไปปฏิบัติอย่างจริงจัง ผู้เขียนเชื่อว่าจะทำให้ปัญหาความเสื่อมโทรมของระบบนิเวศ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพลดระดับความรุนแรงลง และมนุษยชาติในรุ่นต่อไปก็ยังคงมีทรัพยากรไว้ใช้ประโยชน์ได้ต่อไป อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่า แผนปฏิบัติการที่ 21 วางอยู่บนพื้นฐานแนวคิดในทัศนะแบบองค์รวม (Holistic) ซึ่งแตกต่างจากทัศนะแบบที่ให้ความสำคัญกับมนุษย์ (Anthropocentric) ที่เป็นทัศนะกระแสหลักในปัจจุบัน ดังนั้นความสำเร็จตามแผนปฏิบัติการที่ 21 นั้นส่วนหนึ่งจะขึ้นอยู่กับรูปแบบของระบบความคิดของประเทศนั้นๆ หากเป็นประเทศที่ยึดถือทัศนะในแบบองค์รวม (Holistic) ระบบกฎหมายก็สามารถปรับให้สอดคล้องกับหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนตามแผนปฏิบัติการที่ 21 ได้เป็นอย่างดี แต่หากเป็นประเทศที่ยึดถือทัศนะในแบบให้ความสำคัญกับมนุษย์ (Anthropocentric) ก็อาจมีความยุ่งยากโดยเฉพาะการต้องยอมรับสิทธิของชุมชนเหนือทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งเป็นสิทธิในรูปแบบเชิงซ้อน

3. ข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช

ทัศนะที่แตกต่างกันระหว่างทัศนะแบบแยกส่วน (Reductionism) ที่ให้ความสำคัญกับมนุษย์ โดยให้มนุษย์เป็นศูนย์กลางของทุกสิ่ง (Anthropocentric) ให้ความสำคัญกับทรัพย์สินเอกชน (Private Property) ในฐานะเป็นเครื่องแสดงอัตลักษณ์ หรือความมีตัวตนของมนุษย์ กับทัศนะแบบองค์รวม (Holistic) ที่มองสรรพสิ่งในโลกในมิติของความสัมพันธ์ต่อกัน มนุษย์เป็นเพียงสิ่งมีชีวิตชนิดหนึ่งที่อยู่ในโลกนี้ร่วมกับสิ่งอื่นๆ ทัศนะทั้งสองได้สะท้อนออกในรูปของข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่มีแนวคิด และหลักการที่ต่างกันไปด้วย ซึ่งอาจแยกเป็นข้อตกลงที่มีทัศนะต่อทรัพยากรพันธุกรรมในมิติทางเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นข้อตกลงที่ให้ความสำคัญกับการค้า และข้อตกลงที่มีทัศนะต่อทรัพยากรพันธุกรรมในมิติของการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม ซึ่งเป็นข้อตกลงที่ให้ความสำคัญกับสิ่งแวดล้อม

3.1 ข้อตกลงที่ให้ความสำคัญกับการค้า (Trade-based Agreement): TRIPS/UPOV

ข้อตกลงระหว่างประเทศที่ให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชในมิติทางเศรษฐกิจที่สำคัญและมีบทบาทมากที่สุดในปัจจุบัน คือ TRIPS/UPOV ข้อตกลงทั้งสอง

ฉบับนี้คุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเหนือนวัตกรรมที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม โดยถือเป็นสิทธิของเอกชน (Private Rights) ¹¹¹

(1) การคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต: TRIPS

สาเหตุที่จัดให้ TRIPS เป็นข้อตกลงที่ให้ความสำคัญกับการค้ามากกว่าการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม เนื่องจาก TRIPS เป็นข้อตกลงที่มุ่งลดการบิดเบือน และอุปสรรคที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศ และมุ่งวางมาตรฐานการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อไม่ให้กลายเป็นอุปสรรคต่อการค้าอันชอบธรรม ¹¹²

แม้ TRIPS ซึ่งเป็นข้อตกลงที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะไม่ได้กล่าวถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชโดยตรง แต่การกำหนดให้ต้องคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในทุกสาขาเทคโนโลยี ¹¹³ ทำให้สิ่งมีชีวิตต่างๆ รวมทั้งพืช พันธุ์พืช พันธุกรรมพืช ฯลฯ กลายเป็นวัตถุแห่งการคุ้มครอง และมีสภาพเป็นสินค้า (Commodity) กระบวนการที่แปลงสิ่งมีชีวิตเหล่านี้ให้กลายเป็นสินค้าภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาไม่ว่าจะเป็นกระบวนการด้านกฎหมาย สังคม หรือเศรษฐกิจล้วนถูกพัฒนาจากแรงผลักดันจากการต้องการคุ้มครองผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่เกิดจากนวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพ

ก่อนหน้านี้ TRIPS การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะอยู่ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น อนุสัญญาปารีส (Paris Convention for the Protection of Industrial Property) อนุสัญญาเบิร์น (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) อนุสัญญากรุงโรม (Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organization) เป็นต้น โดยมี WIPO ซึ่งเป็นหน่วยงานของ UN. เป็นผู้ดูแล ¹¹⁴ ภาคอุตสาหกรรมยาของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ผลักดันรัฐบาลให้นำประเด็นทรัพย์สินทางปัญญาเข้าเจรจาใน GATT เนื่องจากเห็นว่าระบบทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้ WIPO

¹¹¹ TRIPS, Preamble, Para. 4 “Recognizing that intellectual property rights are private rights”.

¹¹² TRIPS, Preamble, Para. 1.

¹¹³ TRIPS, Article 27.1.

¹¹⁴ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า, (กรุงเทพมหานคร: ห.จ.ก.พี.เจเพลท โปรเซสเซอร์, 2544), น.26.

ยังมีข้อบกพร่องที่ไม่มีกลไกระงับข้อพิพาท¹¹⁵ กรอบของ TRIPS เกิดขึ้นจากความคิดริเริ่มของ 3 องค์กรหลัก ได้แก่ The Intellectual Committee (IPC) ซึ่งเป็นการรวมกลุ่มของบริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกา (Bristol Myers, DuPont, General Electric, General Motors, Hewlett Packard, IBM, Johnson & Johnson, Merck, Monsanto, Pfizer, Rockwell และ Warner) สมาพันธ์องค์กรทางธุรกิจของประเทศญี่ปุ่น (Keidanren) และ Union of Industrial and Employees Confederations (UNICE) ซึ่งเป็นหน่วยงานประชาสัมพันธ์ของผู้ประกอบธุรกิจ และอุตสาหกรรมในยุโรป

ภาคธุรกิจอุตสาหกรรมต้องการผลักดันการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจากผลประโยชน์มหาศาลของนวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช ในภาคอุตสาหกรรมยา ร้อยละ 80 ของประชากรในโลกใช้ยาสมุนไพร หรือใช้ส่วนหนึ่งส่วนใดของพืชในการรักษาโรค และกว่าสองในสามของพืชในโลกนี้พบว่ามีคุณสมบัติทางยา ยาหรือสารประกอบในยาแผนปัจจุบันของประเทศตะวันตกไม่น้อยกว่า 7,000 ชนิดได้มาจากพืช¹¹⁶ และสามในสี่ของพืชที่นำไปเป็นส่วนประกอบของยาแผนปัจจุบันนั้นเริ่มต้นจากการอ้างอิงสรรพคุณที่ใช้ในยาพื้นบ้าน ความรู้พื้นบ้านเกี่ยวกับยาสมุนไพรช่วยเพิ่มศักยภาพนักวิจัยในการค้นหา แยกแยะพืชที่มีคุณสมบัติทางยาได้กว่า 400 เพอร์เซ็นต์¹¹⁷ พืชสมุนไพรของไทยหลายชนิด เช่น ขิง ขมิ้น ข่า ตะไคร้ ถูกนำไปวิจัย และผลิตออกจำหน่ายภายใต้การคุ้มครองสิทธิบัตร เช่น สิทธิบัตรสารสกัดปลาโนทอลในเปล้าน้อย เป็นต้น

ภาคธุรกิจการเกษตรก็ได้รับประโยชน์จากเทคโนโลยีชีวภาพเช่นกัน โดยเฉพาะพืชตัดแต่งพันธุกรรม ปัจจุบันพื้นที่เพาะปลูกพืชตัดแต่งพันธุกรรม (Transgenic Crops) ได้ขยายจาก 2.8 ล้านเฮกเตอร์ในปี ค.ศ.1996 เป็น 67.7 ล้านเฮกเตอร์ในปี ค.ศ.2003 โดยพื้นที่เพาะปลูกจะอยู่ในสหรัฐอเมริกา 42.8 เพอร์เซ็นต์ อาร์เจนตินา 13.9 เพอร์เซ็นต์ แคนาดา 4.4 เพอร์เซ็นต์ บราซิล 3 เพอร์เซ็นต์ จีน 2.8 เพอร์เซ็นต์ แอฟริกาใต้ 0.4 เพอร์เซ็นต์ และอื่นๆ อีก 0.3 เพอร์เซ็นต์ พืชที่ปลูกได้แก่ ถั่วเหลือง 41.4 เพอร์เซ็นต์ ข้าวโพด 15.5 เพอร์เซ็นต์ ฝ้าย 7.2 เพอร์เซ็นต์ คาโนลา 3.6

¹¹⁵ Alan S. Gutterman, "The North-South Debate Regarding the Protection of Intellectual Property Rights," 28 *Wake Forest Law Review*, 89 (1993), pp.108-109.

¹¹⁶ The Crusible II Group, *People, plants, and Patents*, (Ottawa: The International Development Research Center, 1994), p.3.

¹¹⁷ Gurdial Singh Nijar, *In Defence of Local Community Knowledge and Biodiversity*, (Penang, Malaysia: TWN, 1996), p.4.

เปอร์เซ็นต์ และอื่น ๆ 0.2 เปอร์เซ็นต์¹¹⁸

รายได้ของภาคอุตสาหกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพในประเทศสหรัฐอเมริกาเพิ่มขึ้นมากกว่า 2 เท่านับแต่ปี ค.ศ.1993 โดยในปี ค.ศ. 2000 มีรายได้มากกว่า 20,000 ล้านดอลลาร์ และสร้างงานแก่ประชากรกว่า 150,800 คน¹¹⁹ คุณค่าทางเศรษฐกิจอย่างมหาศาลของนวัตกรรมเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชนี้เองที่ทำให้สิ่งมีชีวิตกลายเป็นสินค้าภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญา

การให้ความสำคัญกับการค้าทำให้ระบบสิทธิบัตรถูกใช้เป็นข้ออ้างเพื่อขยายตลาดการค้าของประเทศอุตสาหกรรม โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาได้ใช้การให้สิทธิพิเศษทางศุลกากร (GSP) ตามกฎหมาย Trade and Tariff Act, 1984 มาตรา 502 (c)(4) แก่ประเทศคู่เจรจา ที่ให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพ แต่ในทางกลับกันก็ใช้มาตรการตอบโต้กับประเทศที่ไม่ตอบสนองต่อข้อเรียกร้องของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยอาศัยมาตรการตามมาตรา 301 พิเศษ (Special 301) ของกฎหมาย Omnibus Trade and Competitiveness Act, 1988 ประเทศไทยก็เคยถูกประเทศสหรัฐอเมริกาตอบโต้ด้วยวิธีการตามมาตรานี้ โดยถูกจัดให้เป็นประเทศที่จะถูกตอบโต้เป็นลำดับแรก (Priority Foreign Country) ร่วมกับประเทศไต้หวัน และอินเดีย และประเทศไทยต้องถูกกดดันให้แก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรโดยขยายความคุ้มครองไปยังการประดิษฐ์บางประเภทที่กฎหมายเดิมไม่ได้ให้ความคุ้มครอง ได้แก่ ผลิตภัณฑ์ยา อาหาร เทคโนโลยีชีวภาพ เป็นต้น¹²⁰ ในปัจจุบันประเทศไทยยังคงเป็นประเทศที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเฝ้าระวังในปัญหาการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และประกาศผลการทบทวนสถานะประเทศคู่ค้าตามมาตรา 301 พิเศษ ประจำปี พ.ศ. 2549 ประเทศสหรัฐอเมริกา ยังคงจัดให้ประเทศไทยอยู่ในกลุ่มประเทศที่ต้องถูกจับตามอง (Watched List)¹²¹

¹¹⁸ FAO, *The State of Food and Agriculture*, (Rome, Italy: FAO, 2004), p.37.

¹¹⁹ Karen M. Hauda, "Patenting Biotechnology in the U.S.," Paper presented at International Conference on BIOLAW 2002, (3-5 September, 2002), Bangkok, Thailand, p. 107.

¹²⁰ ผู้สนใจกรณีประเทศสหรัฐอเมริกากดดันประเทศไทยให้แก้ไขกฎหมายสิทธิบัตร โปรดดู Stefan Kirchanski, "Protection of U.S. patent Rights in Developing Countries: U.S. Efforts to Enforce Pharmaceutical Patents in Thailand," 16 *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, 569 (1994).

¹²¹ มติชน, (2 พฤษภาคม 2549): น.17.

แม้กระบวนการที่เปลี่ยนพืช หรือพันธุ์พืชให้เป็นสินค้าจะถูกโต้แย้งในเชิงแนวคิด และปรัชญาโดยเฉพาะจากประเทศกำลังพัฒนา แต่กระบวนการดังกล่าวก็แพร่หลายไปทั่วโลก ภายใต้แรงจูงใจของระบบเศรษฐกิจเสรีที่มีประเทศอุตสาหกรรมเป็นผู้ขึ้นนำ

ข้อโต้แย้งสำคัญประเด็นหนึ่งในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเหนือสิ่งมีชีวิต คือ ความเป็นธรรมของระบบทรัพย์สินทางปัญญา ที่เลือกคุ้มครองแต่เฉพาะทรัพยากรพันธุกรรมพืช ที่ผ่านกระบวนการทางเทคโนโลยีสมัยใหม่ ส่วนทรัพยากรธรรมชาติในประเทศกำลังพัฒนาเป็น สมบัติสาธารณะ (Public Domain) ที่ทุกคนมีสิทธินำไปใช้ได้โดยเสรี ไม่ต้องเสียค่าตอบแทน ระบบนี้จึงกลายเป็นเครื่องมือในการฉกฉวยผลประโยชน์ของประเทศกำลังพัฒนาที่เรียกว่า “โจรสลัดชีวภาพ” (Bio-piracy)

“โจรสลัดชีวภาพ” หมายถึง การนำทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้อง ไปใช้ประโยชน์โดยอ้างสิทธิเป็นของตนเองแต่ผู้เดียว และไม่ได้ให้ผลประโยชน์ตอบแทนแก่ชุมชน หรือ เจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญานั้น

คำกล่าวของนายมหาเธร์ โมฮัมหมัด นายกรัฐมนตรีของประเทศมาเลเซีย ซึ่งกล่าว ในที่ประชุมสุดยอดว่าด้วยโลก (Earth Summit) เมื่อปี ค.ศ. 1992 แสดงให้เห็นนัยข้อขัดแย้งของ แนวคิดระบบทรัพย์สินทางปัญญาเหนือทรัพยากรพันธุกรรมได้เป็นอย่างดี คำกล่าวดังกล่าวมีใจความสำคัญตอนหนึ่งว่า

“...ประเทศร่ำรวยบอกเรา (ประเทศกำลังพัฒนา-ผู้เขียน) ว่าทรัพยากรพันธุกรรมที่ประเทศยากจนเก็บรักษา และอนุรักษ์ไว้นั้นเป็นสิ่งที่ไม่มีค่าใดๆ จนกว่านักวิทยาศาสตร์ของประเทศที่ร่ำรวยจะได้เผยคุณค่าต่างๆ ที่มีอยู่ภายในทรัพยากรพันธุกรรมนั้นเสียก่อน การเรียกร้องให้ประเทศร่ำรวยต้องจ่ายค่าตอบแทนแก่ประเทศยากจนสำหรับทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่เกินเหตุและเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ เราเคยถูกเอาเปรียบและขูดรีดผลประโยชน์เมื่อครั้งที่เราตกเป็นอาณานิคม มาบัดนี้แม้เราจะเป็นประเทศอิสระแต่เราก็ถูกเอาเปรียบขูดรีดดังเดิม..”¹²²

¹²² “The rich argue that diversity of genes stored and safeguarded by the poor are of no value until the rich through their superior intelligence, release the potential within... Any suggestion that the rich compensate the poor adequately is regarded as outrageous. As colonies, we were exploited. Now, as independent nations, we are to be equally exploited”. Mahathir Mohamad, Prime minister of Malaysia, Earth Summit, 1992.

Commission on Intellectual Property Rights ของอังกฤษกล่าวว่า “โจรสลัดชีวภาพ” (Bio-piracy) ได้แก่พฤติกรรมที่มีลักษณะต่อไปนี้¹²³

1. การให้สิทธิบัตรที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไข กล่าวคือ การให้สิทธิบัตรในสิ่งประดิษฐ์ที่ขาดความใหม่ หรือไม่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้นเมื่อพิจารณาเทียบเคียงกับภูมิปัญญาที่แพร่หลาย และเป็นสมบัติสาธารณะ เพราะผู้พิจารณาคำขอสิทธิบัตรละเลยที่จะตรวจสอบความรู้ดังกล่าว ซึ่งอาจเกิดจากผู้ตรวจสอบไม่ได้ค้นหาความรู้นั้น หรืออาจเพราะความรู้นั้นไม่ได้ถูกบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร

2. แม้จะให้สิทธิบัตรที่เป็นไปตามเงื่อนไข แต่หากเป็นการประดิษฐ์ที่มีมาตรฐานต่ำ กล่าวคือ เป็นการประดิษฐ์ที่ใกล้เคียงกับการค้นพบ รวมทั้งการให้สิทธิบัตรโดยปฏิเสธที่จะพิจารณาความรู้ที่ปรากฏอยู่ก่อน (Prior Art) ที่มีได้อยู่ในรูปของลายลักษณ์อักษร ดังเช่นกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น หรือเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่สร้างขึ้นโดยมิได้รับความยินยอมล่วงหน้า (Prior Informed Consent) จากชุมชนที่เป็นแหล่งของทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาดังกล่าว หรือไม่ได้แบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการนำทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ตามหลักการของ CBD

รากฐานของปัญหาโจรสลัดชีวภาพ (Bio-piracy) เกิดจากทัศนคติต่อทรัพยากรพันธุกรรมพืชในมิติของทรัพย์สิน ประเทศอุตสาหกรรมมีทัศนคติว่าทรัพยากรพันธุกรรมเป็นวัตถุดิบหรือสินค้าทางเทคโนโลยีชีวภาพ แต่ประเทศกำลังพัฒนามิได้ถือว่าทรัพยากรพันธุกรรมเป็นเพียงัญญาหารเพื่อการดำรงชีวิต หรือเป็นเสมือนทรัพย์สินอย่างหนึ่งเท่านั้น แต่ความหลากหลายของทรัพยากรดังกล่าวเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากการสั่งสมของบรรพบุรุษของตน เป็นสิ่งที่แทรกซึมและเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรม เช่น การแลกเปลี่ยนเมล็ดพันธุ์ในหมู่เกษตรกรเป็นรากฐานของการรักษาความหลากหลายทางชีวภาพ และความมั่นคงด้านอาหาร การแลกเปลี่ยนนี้จะอยู่บนฐานแห่งความร่วมมือและพึ่งพาอาศัยกัน และมีขอบเขตกว้างกว่าการแลกเปลี่ยนปกติ เพราะเป็นทั้งการแลกเปลี่ยนความคิด และความรู้ วัฒนธรรมและมรดก เป็นการสั่งสมวิถีและความรู้ในการจัดการเมล็ดพันธุ์¹²⁴ โดยเฉพาะข้าวถือเป็นเมล็ดพันธุ์ที่มีส่วนสำคัญในพิธีกรรมทาง

¹²³ Commission on Intellectual Property Rights, “Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy,” Report of the Commission on Intellectual Property Rights, September 2002, p.74.

¹²⁴ วันทนา ศิวะ, ปล้นผลิตผล ปฏิบัติการจีเอ็มโอเบียดเบียนอาหารโลก, แปลโดย ไพโรจน์ ภูมิประดิษฐ์, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท เฟื่องฟ้าพรินติ้ง จำกัด 2544), น. 4.

ศาสนา วรรณกรรมท้องถิ่น และการละเล่นต่าง ๆ ¹²⁵ และเป็นศูนย์กลางของผู้คนในชุมชน ¹²⁶ เป็นวิถีแห่งการดำรงชีวิต เป็นเครื่องมือในการผลิต ¹²⁷ ประชากรที่ยากจนในประเทศกำลังพัฒนา ต้องพึ่งพาผลิตผลทางชีวภาพ (Biological Products) เพื่อใช้เป็นอาหาร เชื้อเพลิง เครื่องนุ่งห่ม หรือยารักษาโรค และต้องการให้การเก็บรักษาเมล็ดพันธุ์ ตลอดจนความรู้ทางเกษตรกรรมท้องถิ่น ยังคงอยู่ต่อไป ¹²⁸ สิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับเมล็ดพันธุ์จึงไม่สอดคล้องกับแนวคิดของประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งมีวัฒนธรรมที่ถือว่าเมล็ดพันธุ์เป็นสิ่งที่พระเจ้าประทานให้แก่มนุษย์ทุกคน ไม่มีใครสามารถกล่าวอ้างความเป็นเจ้าของ และห้ามผู้อื่นใช้เมล็ดพันธุ์นั้นได้ รวมทั้งไม่อาจ

¹²⁵ ตัวอย่าง ในบทสวดขวัญข้าวของเกษตรกรรมภาคตะวันออกเฉียงเหนือของไทยบทหนึ่งระบุชื่อพันธุ์ข้าวมากกว่าสิบชนิด ดังนี้ “ศรี ศรี มือนี่แม่นดี วันเศรษฐกิจมุตโชค สิทธิโยคพร้อมลักษณะ สัสสาปลูกข้าวกล่ำดำ เหล่านั่นแม่นข้าวจัน ฮวงชนั่นแม่นข้าวหมากกอก ดำขอกนั่นแม่นข้าวหมากเชื้อ เม็ดเจียนั่นแม่นข้าวปองแอ้ว ฮวงแผ่นั่นแม่นข้าวแขวงเม็ด เกล็ดปุ่นั่นแม่นข้าวปลาหลด เม็ดอากนั่นแม่นข้าวหมากโพธิ์ เม็ดโน่นนั่นแม่นข้าวซี่ข้างข้าวซัง แลข้าวกาแสน เม็ดแง่นั่นแม่นข้าวจ้าว แก่ฟ้านั่นแม่นข้าวหอมดอ สุกพอนั่นแม่นข้าวแม่ฮ้าง หอมอ้อยหอมั่นนั่นแม่นข้าวจอมนาง แลข้าวนางนวล ดำกลางนั่นแม่นข้าวกำ เม็ดอ่ำทำแม่นข้าวอีกา ฟ่อนายังจงทำนาปลูก แผ่พร้อมนั่นแม่นข้าวลิ้มแกง ฝนตกฮิมยังป่งแกกอแผ่ พร้อมนั่นแม่นข้าวขาวหลวง เป็นฮวงนั่นแม่นข้าวพั้ว ลำคั่วนั่นแม่นข้าวกาเชิญ ให้เดินกันหาเหม็ดลูท่งบ่งกล้า ให้เดินหน้ากันมา ให้เมล็ดให้เหม็ดให้ก้านฯ” ซึ่งจะเห็นได้ว่าการเรียกชื่อพันธุ์ข้าวจะสัมพันธ์กับวิถีชีวิตประจำวัน และบอกลักษณะเด่นของรสชาติ หรือลักษณะทางกายภาพของพันธุ์ข้าว นั้น ๆ โปรดดู คณะทำงานพันธุ์กรรมข้าวพื้นบ้านอีสาน เครือข่ายเกษตรกรรมทางเลือก ภาคอีสาน, เมล็ดพันธุ์สัญญา: กรณีศึกษาเมล็ดข้าวพื้นบ้านท่ามกลางกระแสโลกาภิวัตน์, (มหาสารคาม: โครงการนำร่องเพื่อพัฒนาเกษตรกรรมยั่งยืนของเกษตรกรรายย่อยภาคอีสาน, 2544), น.25.

¹²⁶ เอกวิทย์ ณ ถลาง, ภูมิปัญญาชาวบ้าน กับกระบวนการเรียนรู้และการปรับตัวของชาวบ้านไทย ภาพรวมภูมิปัญญาไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด 2544), น. 72.

¹²⁷ Vandana Shiva, Tomorrow's Biodiversity, (New York: Thames & Hudson Inc., 2001), p.19.

¹²⁸ Rosemary J. Coombe, “The Recognition of Indigenous Peoples and Community Tradition Knowledge in International Law,” 14 Saint Thomas Law Review, 275 (Winter, 2001), p.278.

อ้างว่าเป็นผู้ประดิษฐ์ในกระบวนการขยายพันธุ์ของพืช¹²⁹ ความรู้ที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบันนั้น ในทัศนะของประเทศกำลังพัฒนาถือเป็นสิ่งที่ต้องแบ่งปัน เพื่อส่งเสริมความอยู่ดีกินดีของชุมชน¹³⁰ และเป็นสมบัติร่วมกันของชุมชน¹³¹ การที่ประเทศพัฒนาใช้ความก้าวหน้าทาง พันธุวิศวกรรม (Genetic Engineering) กับสิ่งมีชีวิต และขอรับสิทธิบัตรเพื่อกีดกันผู้อื่น ถือเป็นการรุกราน หรือแสวงหาอาณานิคมทำนองเดียวกับการใช้เรือปืน (Gun Boat) แสวงหาอาณานิคมในอดีต เพราะด้วยเทคโนโลยีชีวภาพทำให้สามารถควบคุมสิ่งมีชีวิตได้¹³² ถือว่ารูปแบบสิ่งมีชีวิต (Life Form) เป็นเพียงเครื่องจักร สิทธิในการสืบพันธุ์ของพืช หรือสัตว์ที่มีสิทธิบัตรจะถูกปิดกั้น¹³³ และเป็นสิ่งคุกคามต่อการดำรงชีวิตของประชากรในประเทศกำลังพัฒนา¹³⁴ ทั้งหมดมา

¹²⁹ Robert J. Gutowski, "The Marriage of Intellectual Property and International Trade in the TRIPS Agreement: Strange Bedfellows or A Match Made in Heaven?," 47 Buffalo Law Review, 713 (Winter 1999), p.748.

¹³⁰ Yvonne Cripps, "Patenting Resources: Biotechnology and the Concept of Sustainable Development," 9 Indiana Journal of Global Legal Studies, 119 (2001), p. 130.

¹³¹ Melissa L. Sturges, "Who Should Hold Property Rights to the Human Genome? An Application of the Common Heritage of Humankind," 13 American University International Law Review, 219 (1997), p. 242; William P. Alford, "Don't Stop Thinking About...Yesterday: Why There was No Indigenous Counterpart to Intellectual Property Law in Imperial China," 7 Journal of Chinese Law, 3 (Spring 1993), pp.29-31 กล่าวว่แนวคิด และวัฒนธรรมของจีนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญานั้น ไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินที่มนุษย์สร้างขึ้น ทุกอย่างถูกสร้างโดยธรรมชาติ การลอกเลียนสิ่งที่บรรพบุรุษทำไว้ถือเป็นเพียงการลอกเลียนธรรมชาติ แม้กระทั่งปราชญ์ขงจื้อ (Confucius, 551-479 B.C.) เองยังกล่าวยอมรับว่า "สิ่งที่ข้าพเจ้าสอนสั่งพวกท่าน เป็นเพียงถ่ายทอดคำสอนของบรรพบุรุษ ข้าพเจ้ามิได้ปั้นแต่งสิ่งใดขึ้นใหม่เพื่อให้เป็นของตนเอง" (I have transmitted what was taught to me without making up anything of my own).

¹³² Vandana Shiva, *supra note* 127, p. 45.

¹³³ *Ibid*, p. 23.

¹³⁴ The Crucible II Group, People, Plants and Patents, (Ottawa: The International Development Research Centre, 1994), p.21.

จากพื้นฐานความคิดที่ว่า “ชีวิตเป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้นได้ มนุษย์จึงครอบครองสิ่งที่สร้างขึ้นอย่างเป็นเจ้าของได้”¹³⁵

กระบวนการที่ก่อ หรือมีส่วนก่อให้เกิดปัญหาโจรสลัดชีวภาพนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเกิดจากปัจจัย 3 ประการ ดังนี้

1. การเลือกปฏิบัติต่อองค์ความรู้ของเกษตรกรในประเทศกำลังพัฒนา โดยการไม่ยอมรับการสร้างสรรค์อย่างไม่เป็นทางการ (Informal Invention) แต่กลับรับรองและคุ้มครองเฉพาะความรู้ที่เป็นแบบแผนทางวิทยาศาสตร์เท่านั้น ทำให้ความรู้ หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศกำลังพัฒนาถูกฉกฉวยนำไปใช้ประโยชน์โดยปราศจากการรับรู้ในความเป็นเจ้าของแต่อย่างใด

2. บทบาทของสถาบันระหว่างประเทศ ซึ่งก่อตัวขึ้นภายใต้แนวคิดคุ้มครองทรัพย์สินเอกชน (Private Property) ให้ความสำคัญกับการค้าเสรี ทำให้รูปแบบการถือครองทรัพย์สินในแบบเชิงซ้อน เช่น สิทธิชุมชนถูกเบียดขับออกจากการรับรู้ในเวทีระหว่างประเทศ ในขณะเดียวกัน ธนาคารพันธุกรรม (Gene Bank) ส่วนใหญ่ก่อตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เก็บรวบรวมตัวอย่างทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศกำลังพัฒนา เพื่อเป็นวัตถุดิบในการวิจัย หรือปรับปรุงพันธุ์โดยนักวิทยาศาสตร์จากประเทศอุตสาหกรรม ทำให้ประเทศกำลังพัฒนาควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของตนได้ยาก จึงเปิดช่องให้ประเทศอุตสาหกรรมนำทรัพยากรพันธุกรรมพืชของประเทศกำลังพัฒนาไปใช้ได้โดยไม่ต้องจ่ายค่าตอบแทนแต่อย่างใด

3. มาตรการทางกฎหมายโดยเฉพาะสิทธิบัตร และสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชเน้นคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้แนวคิดคุ้มครองทรัพย์สินเอกชน (Private Property) และพยายามขยายขอบเขตการคุ้มครองให้กว้างมากที่สุด รวมทั้งสิ่งมีชีวิตต่างๆ เช่น พืช ทรัพยากรพันธุกรรมพืช ทำให้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชของประเทศกำลังพัฒนาตกอยู่ภายใต้ทรัพย์สินทางปัญญาของนวัตกรรมในประเทศอุตสาหกรรม

กล่าวโดยสรุป ทัศนะต่อทรัพยากรพันธุกรรมที่แตกต่างกันนี้เกิดจากแนวคิดสิทธิในทรัพย์สิน (Proprietary Rights) เหนือทรัพยากรพันธุกรรมที่ต่างกัน ดังนี้¹³⁶

1. รูปแบบความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินของประเทศกำลังพัฒนานั้น ไม่ถือว่าเป็นเรื่องของปัจเจกบุคคล แต่เป็นเรื่องของชุมชน หรือสังคม แม้จะมีบุคคลบางกลุ่มบางพวกมีสิทธิพิเศษในความรู้บางประเภท เช่น เพลงสวด ทำเดิน หรือสูตรยารักษาโรค และจะอนุญาต หรือ

¹³⁵ Vandana Shiva, *supra* note 127, p. 24.

¹³⁶ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมในบทที่ 1.

ถ่ายทอดให้เฉพาะผู้ที่มีคุณสมบัติพิเศษเท่านั้นได้ใช้ หรือรับรู้ก็ตาม แต่การครอบครองความรู้ที่มีคุณค่าเหล่านี้ มิใช่การครอบครองในลักษณะการเป็นเจ้าของ (Owner) ดังเช่นแนวคิดของประเทศพัฒนา แต่เป็นการครอบครองไว้ในลักษณะของผู้พิทักษ์ (Stewardship) ที่มีหน้าที่คอยปกป้องความรู้นั้นให้ส่งผ่านไปยังคนรุ่นต่อไป

2. วัตถุประสงค์ของการให้ความคุ้มครองความรู้เหล่านี้ ในประเทศกำลังพัฒนา เป็นการคุ้มครองเพื่อประโยชน์ของชุมชน และสังคม ซึ่งต่างจากประเทศพัฒนาที่เน้นประโยชน์ของปัจเจกบุคคลเป็นหลัก

3. บ่อเกิดหรือแหล่งที่มาของความรู้ นั้น ในประเทศกำลังพัฒนาถือว่าความรู้เหล่านี้ เป็นสิ่งที่พระเจ้า หรือสิ่งศักดิ์สิทธิ์ประทานแก่มนุษย์ ซึ่งต่างจากประเทศพัฒนาที่ถือว่าเป็นสิ่งที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ หรือแรงงานของมนุษย์

4. คุณค่าที่ได้รับจากความรู้ นั้น ประเทศกำลังพัฒนาถือว่าเป็นของสมาชิกในชุมชนนั้นทุกคน มิใช่ตกได้แก่ใครคนใดคนหนึ่งดังเช่นในประเทศพัฒนา

5. ในประเทศกำลังพัฒนาไม่ได้มุ่งเน้นที่ปัจเจกบุคคล การพิจารณา หรือการวางหลักเกณฑ์เพื่อจัดการกับสิ่งใดสิ่งหนึ่งจึงมิได้มุ่งที่คนใดคนหนึ่ง แต่มุ่งไปยังหน่วยของสังคมที่ใหญ่กว่าปัจเจกบุคคล เช่น ชุมชน หรือสังคม เป็นต้น

ผู้เขียนเห็นว่า TRIPS เป็นระบบที่เป็นผลเสียต่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชของประเทศกำลังพัฒนา และควรพิจารณาปรับแก้ TRIPS ให้สอดคล้องกับ CBD/ITPGR เพื่อประโยชน์ของมวลมนุษยชาติ

(2) การคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช: UPOV

UPOV เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศฉบับเดียวในปัจจุบันที่คุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช¹³⁷ UPOV มีวัตถุประสงค์คุ้มครองความสำเร็จของนักปรับปรุงพันธุ์พืชในการปรับปรุงพันธุ์พืช ด้วยการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อจูงใจให้เกิดการปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ๆ เพิ่มขึ้น และเพื่อชดเชยค่าใช้จ่าย ค่าเสียเวลาของนักปรับปรุงพันธุ์พืช ซึ่งในการปรับปรุงพันธุ์พืชบางชนิดอาจต้องใช้เวลา 10-20 ปี¹³⁸ ต้องรอผลในพืชหลายรุ่นถัดไป และไม่อาจคาดหมาย

¹³⁷ Patricia Lucia Cantuária Marin, *supra* note 18, p.30; อย่างไรก็ตามในยุโรปมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองนวัตกรรมที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชหลายฉบับ โปรดดูเปรียบเทียบระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับพืชในยุโรป ในภาคผนวก ข.

¹³⁸ UPOV, "The Need for Legal Protection for New Plant Varieties," www.upov.org (Visited November 2002).

ผลที่จะเกิดขึ้นได้ หากไม่มีการคุ้มครองผลงานของนักปรับปรุงพันธุ์พืชจากบุคคลอื่นลักลอบนำไปใช้ในเชิงพาณิชย์¹³⁹ UPOV จึงถูกจัดเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่ให้ความสำคัญกับการค้าทำนองเดียวกับ TRIPS

แต่เดิม UPOV คุ้มครองสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชเฉพาะส่วนของพืชที่ใช้ในการขยายพันธุ์เท่านั้น ไม่รวมผลผลิตของพันธุ์พืชคุ้มครอง และการใช้พันธุ์พืชคุ้มครองในรูปแบบอื่นที่มีใช้การขยายพันธุ์ เช่น การจำหน่ายผล ดอก ใบ ราก หรือน้ำมันที่สกัดจากพันธุ์พืชคุ้มครอง และกำหนดข้อยกเว้นสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชที่เรียกว่า ข้อยกเว้นนักวิจัย (Research Exemption หรือ Breeder Exemption) ซึ่งอนุญาตให้ใช้พันธุ์พืชคุ้มครองเพื่อการปรับปรุงพันธุ์พืชต่อไปได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากนักปรับปรุงพันธุ์พืช ข้อยกเว้นนี้เป็นไปตามแนวปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับกันทั่วไปในการปรับปรุงพันธุ์พืช นักปรับปรุงพันธุ์พืชอื่นจึงนำพันธุ์พืชคุ้มครองมาใช้ในการปรับปรุงพันธุ์ต่อไปได้โดยไม่ถือว่าละเมิดสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชรายแรก และการที่สิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชครอบคลุมเฉพาะพันธุ์พืช มิได้รวมถึงกรรมวิธีในการปรับปรุงพันธุ์ (Breeding Method) หรือองค์ประกอบของพืช (Crop's Ingredients) หรือลักษณะเฉพาะของสายพันธุ์ (Particular Traits) เช่น ส่วนที่ทำให้พืชทนทานต่อโรค เป็นต้น ทำให้นักปรับปรุงพันธุ์พืชอื่นสามารถใช้เทคนิค หรือความรู้ในส่วนนี้ได้โดยไม่เป็นละเมิดสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชรายแรก ข้อยกเว้นเช่นนี้เป็นปัจจัยสำคัญที่ผลักดันให้มีการแก้ไข UPOV ในเวลาต่อมา

มีข้อสังเกตว่า UPOV ฉบับก่อนปี ค.ศ.1991 ไม่ได้กล่าวถึงสิทธิพิเศษของเกษตรกร (Farmers' Privilege) เนื่องจากคุ้มครองเฉพาะส่วนที่ใช้ขยายพันธุ์เท่านั้น เกษตรกรจึงมีสิทธิใช้ผลผลิตที่เกิดจากพันธุ์พืชคุ้มครองได้ ภายใต้ UPOV 1991 ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขล่าสุด สิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชได้ขยายขอบเขตกว้างขึ้นจนเทียบเท่าการคุ้มครองในระบบสิทธิบัตร (Patent-like Protection) หลักการสำคัญที่เพิ่มขึ้นใน UPOV 1991 ที่แสดงให้เห็นเป้าหมายที่ชัดเจนของการคุ้มครองผลประโยชน์ในเชิงการค้าของระบบ UPOV มีดังนี้

1. ขยายการคุ้มครองไปยังพืชทุกชนิดโดยไม่ต้องประกาศเป็นพันธุ์พืชคุ้มครองก่อน¹⁴⁰ จากเดิมที่จะคุ้มครองเฉพาะพันธุ์พืชบางชนิดที่รัฐภาคีประกาศเป็นพันธุ์พืชคุ้มครองก่อน ทำให้ขอบเขตการคุ้มครองเพิ่มมากขึ้น

¹³⁹ UPOV Publication No.437 (E).

¹⁴⁰ UPOV 1991, Article 3(1), (i).

2. ประเทศสมาชิกจะเลือกคุ้มครองด้วยระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช หรือระบบสิทธิบัตรก็ได้ ¹⁴¹ เพื่อเปิดทางให้รัฐภาคีคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ด้วยระบบสิทธิบัตร ซึ่งต่างจากเดิมที่เห็นว่าระบบสิทธิบัตรไม่เหมาะกับการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่

3. ขยายความคุ้มครองไปถึงพันธุ์พืชอื่นที่ปรับปรุงขึ้นโดยยังคงมีลักษณะสำคัญของพันธุ์พืชคุ้มครองปรากฏอยู่ (Essentially Derived Variety) พันธุ์พืชที่ไม่อาจแยกความแตกต่างจากพันธุ์พืชคุ้มครองได้อย่างชัดเจน (not clearly distinguishable) และการผลิตพันธุ์พืชที่ต้องใช้พันธุ์พืชคุ้มครอง (repeat use of protected varieties) ¹⁴² นักปรับปรุงพันธุ์พืชจึงมีสิทธิไม่เฉพาะพันธุ์พืชคุ้มครองเท่านั้นแต่ขยายไปถึงพันธุ์พืชที่ปรับปรุงจากพันธุ์พืชคุ้มครองอีกด้วย ดังนั้นแม้นักปรับปรุงพันธุ์พืชรายหลังจะมีสิทธิได้รับความคุ้มครองในพันธุ์พืชใหม่ด้วยเช่นกัน แต่การใช้ประโยชน์ในพันธุ์พืชคุ้มครองของตน (ซึ่งปรับปรุงจากพันธุ์พืชคุ้มครองของผู้อื่น) จะต้องได้รับความยินยอมจากนักปรับปรุงพันธุ์พืชรายแรก ทำให้ขอบเขตสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชขยายออกไป ไม่จำกัดเฉพาะพันธุ์พืชคุ้มครองที่ปรับปรุงขึ้นเท่านั้น

4. ให้สิทธิจำเพาะแต่ผู้เดียว (Exclusive Rights) แก่นักปรับปรุงพันธุ์พืชในการผลิต ขยายพันธุ์ จำหน่าย นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้เพื่อการดังกล่าวข้างต้นซึ่งส่วนขยายพันธุ์ของพืช ¹⁴³ เท่ากับนักปรับปรุงพันธุ์พืชได้รับความคุ้มครองการใช้ประโยชน์ในทางการค้าทั้งหมดเหนือส่วนขยายพันธุ์ของพันธุ์พืชคุ้มครอง แต่ประเทศสมาชิกอาจขยายสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชไปยังการกระทำอื่นนอกจากที่ UPOV กำหนดไว้ก็ได้ ¹⁴⁴

5. สิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชครอบคลุมไปถึงผลผลิตที่ได้จากการใช้พันธุ์พืชที่ได้รับการคุ้มครองโดยไม่ได้รับอนุญาต ¹⁴⁵ รวมทั้งสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ที่ทำจากผลผลิตที่ได้จากการใช้พันธุ์พืชที่ได้รับการคุ้มครองโดยไม่ได้รับอนุญาต ¹⁴⁶ เท่ากับขอบเขตการคุ้มครองไม่ได้จำกัดเฉพาะพันธุ์พืชคุ้มครอง การขยายขอบเขตในข้อนี้มีผลกระทบอย่างรุนแรงต่อการใช้ประโยชน์จากเมล็ดพันธุ์ และผลิตผลของพันธุ์พืชตามจารีตประเพณีของเกษตรกร

¹⁴¹ UPOV 1991, Article 2(1).

¹⁴² UPOV 1991, Article 14(5).

¹⁴³ UPOV 1991, Article 14(1)(a).

¹⁴⁴ UPOV 1991, Article 14(4).

¹⁴⁵ UPOV 1991, Article 14(2).

¹⁴⁶ UPOV 1991, Article 14(3).

6. ขยายอายุการคุ้มครองให้ยาวขึ้น โดยคุ้มครองไม่ต่ำกว่า 20 ปี และกรณีไม้ยืนต้น (Tree) และองุ่น (Vines) ต้องคุ้มครองไม่ต่ำกว่า 25 ปี ¹⁴⁷ เมื่อเทียบกับ UPOV 1978 ที่ให้คุ้มครองไม่ต่ำกว่า 18 ปีสำหรับองุ่น ไม้ยืนต้น ไม้ดอก และไม้ผล และไม่ต่ำกว่า 15 ปีสำหรับพืชอื่น ¹⁴⁸ ทำให้อำนาจผูกขาดเหนือพันธุ์พืชใหม่ขยายออกไปเทียบเท่าอายุการคุ้มครองของระบบสิทธิบัตร

7. ห้ามจำกัดสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช ยกเว้นกรณีเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ¹⁴⁹ ซึ่งเป็นการจำกัดอำนาจรัฐในการอ้างเหตุอื่นๆ เพื่อจำกัดสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช

8. อนุญาตให้คุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ด้วยระบบสิทธิบัตรในขณะเดียวกันได้ (Double Protection) ¹⁵⁰ ฝ่ายสนับสนุนการคุ้มครองซ้ำซ้อนนี้ให้ความเห็นว่า “พันธุ์พืชที่มีลักษณะที่แสดงออกภายนอก (Phenotype) ที่แตกต่างจากพันธุ์พืชอื่นมีสิทธิได้รับความคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธิบัตรปรับปรุงพันธุ์พืช และในขณะเดียวกันพันธุ์พืชนั้นอาจมีการตัดแต่งพันธุกรรมซึ่งอยู่ในการประดิษฐ์ตามกฎหมายสิทธิบัตรด้วยก็ได้” ¹⁵¹ อำนาจผูกขาดของนักปรับปรุงพันธุ์พืชจึงมีได้ทั้งตามระบบสิทธิบัตรปรับปรุงพันธุ์พืช และระบบสิทธิบัตร และภายใต้การปรับปรุงพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีชีวภาพจะเป็นการง่ายที่พันธุ์พืชใหม่ชนิดหนึ่งๆ จะได้รับการคุ้มครองทั้งสองระบบพร้อมกัน เช่น การขอคุ้มครองในฐานะพันธุ์พืชใหม่ และขอคุ้มครองพันธุกรรมที่ตัดแต่งในพันธุ์พืชใหม่นั้นด้วยสิทธิบัตร เป็นต้น

เพื่อลดข้อโต้แย้งของการขยายการคุ้มครอง UPOV 1991 ระบุว่าสิทธิบัตรปรับปรุงพันธุ์พืชจะไม่ครอบคลุมกรณีการปรับปรุงพันธุ์ที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า (Non-commercial Purpose) การปรับปรุงพันธุ์เพื่อการทดลอง (Experimental Purpose) และการใช้พันธุ์พืชคุ้มครอง

¹⁴⁷ UPOV 1991, Article 9(2).

¹⁴⁸ UPOV 1978, Article 8.

¹⁴⁹ UPOV 1991, Article 17(1).

¹⁵⁰ เดิมใน UPOV 1978 จะห้ามการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ซ้ำซ้อนด้วยระบบสิทธิบัตรปรับปรุงพันธุ์พืช และสิทธิบัตรพร้อมกัน (Double Protection) โดยยกเว้นให้เฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีกฎหมายสิทธิบัตรพืช (Plant Patent Act, 1930) แต่ใน UPOV 1991 ได้ยกเลิกเนื้อหาข้อห้ามในส่วนนี้ออกไป.

¹⁵¹ Stephen R. Crespi, “Patents and Plant Variety Rights: Is there an Interface Problem?,” 23(2) *International Review of Industrial Property & Copyright Law*, 168 (1992), p.183.

เพื่อปรับปรุงพันธุ์พืชอื่น เว้นแต่กรณีพันธุ์พืชที่ปรับปรุงขึ้นใหม่นั้นยังคงมีลักษณะสำคัญของพันธุ์พืชคุ้มครองปรากฏอยู่ (Essential Derived Varieties) ¹⁵² UPOV 1991 ยังระบุให้เป็นดุลพินิจของรัฐบาลที่จะคุ้มครองสิทธิพิเศษของเกษตรกร (Farmers' Privilege) ในการเก็บส่วนขยายพันธุ์ เช่น เมล็ดพันธุ์พืชคุ้มครองไว้ใช้เพาะปลูกในฤดูกาลถัดไปหรือไม่ก็ได้ (Optional Exemption) แต่ในกรณีที่คุ้มครองสิทธิพิเศษของเกษตรกร (Farmers' Privilege) ดังกล่าวรัฐบาลอาจจำกัดปริมาณของส่วนขยายพันธุ์ที่เกษตรกรจะเก็บไว้ใช้ได้ หรือจะกำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของนักปรับปรุงพันธุ์พืชก็ได้ ¹⁵³

แม้ UPOV 1991 จะมีข้อยกเว้น หรือข้อจำกัดสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช แต่จะเห็นว่าข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดดังกล่าวให้ความสำคัญกับผลประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจของนักปรับปรุงพันธุ์พืชเป็นด้านหลัก และผลประโยชน์ของเกษตรกรเป็นด้านรอง โดยเฉพาะการคุ้มครองสิทธิพิเศษของเกษตรกร (Farmers' Privilege) ที่ให้ขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐบาลที่จะคุ้มครองสิทธินี้หรือไม่ก็ได้ ซึ่งต่างจากการคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชที่ถือเป็นพันธะที่รัฐบาลต้องให้ความสำคัญคุ้มครอง และหากจะจำกัดสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช เช่น ยอมให้เกษตรกรเก็บส่วนขยายพันธุ์ไว้ใช้ (Farm-save-seed) จะต้องจ่ายค่าชดเชยที่เป็นธรรมแก่นักปรับปรุงพันธุ์พืชด้วย ¹⁵⁴ การแก้ไข UPOV ให้ใกล้เคียงกับการคุ้มครอง สิทธิบัตรตาม TRIPS ยิ่งทำให้ UPOV เป็นข้อตกลงที่ให้ความสำคัญกับการค้าเด่นชัดยิ่งขึ้น

ผู้เขียนเห็นว่า ระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชของ UPOV ไม่เหมาะสมกับประเทศกำลังพัฒนา ดังเหตุผลที่มีผู้รวบรวมไว้หลายประการ ดังนี้ ¹⁵⁵

1. UPOV ไม่ได้รับรองสิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights) โดยไม่ได้รับรองสิทธิของเกษตรกรที่จะเก็บเมล็ดพันธุ์ไว้ใช้ต่อไป รวมทั้งไม่ได้รับรองสิทธิของชุมชนเหนือความหลากหลายทางชีวภาพ และการสร้างสรรค์นวัตกรรมของชุมชนที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช ลักษณะเช่นนี้จะทำให้รูปแบบวิถีการดำรงชีวิตของเกษตรกรในแบบดั้งเดิมสูญสลายไป

¹⁵² UPOV 1991, Article 15(1).

¹⁵³ UPOV 1991, Article 15(2).

¹⁵⁴ UPOV 1991, Article 17(2).

¹⁵⁵ GRAIN, "Ten Reason not to Joint UPOV," Global Trade and Biodiversity in Conflict, Issue No.2 (May 1998), p.10.

2. UPOV ไม่มีมาตรการบังคับให้ประเทศพัฒนาถ่ายทอดเทคโนโลยีให้ประเทศกำลังพัฒนา คงกล่าวถึงแต่สิทธิในการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ของบริษัทผู้ผลิตเมล็ดพันธุ์ ทำให้ในท้ายที่สุดบริษัทเหล่านี้ครอบงำอุตสาหกรรมปรับปรุงพันธุ์พืชของประเทศกำลังพัฒนาทั้งหมด ซึ่งจะทำให้ระบบเกษตรกรรมของประเทศกำลังพัฒนาต้องพึ่งพาประเทศอุตสาหกรรมทั้งในด้านเมล็ดพันธุ์พันธุ์พืช เครื่องจักรกลทางการเกษตร สารเคมี ปุ๋ย ฯลฯ สภาพการณ์เช่นนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นการตกอยู่ภายใต้อาณานิคมดังเช่นในอดีตนั่นเอง ต่างกันเพียงเดิมประเทศเจ้าอาณานิคมจะใช้วิธียึดดินแดน แต่อาณานิคมในรูปแบบใหม่จะเป็นการครอบงำเกษตรกรโดยภาคเอกชนในประเทศอุตสาหกรรม ด้วยรูปแบบที่เป็นผู้กำหนดชนิด และประเภทของพืชที่จะเพาะปลูก กำหนดสิ่งที่ต้องใช้ในการเพาะปลูก และสุดท้ายกำหนดว่า จะต้องจำหน่ายผลิตผลที่ใด และในราคาเท่าใด การครอบงำภาคเกษตรกรรมจึงไม่จำเป็นต้องครอบครองดินแดนอีกต่อไป (Why own land when you can own farmers)

3. UPOV ไม่มีระบบแบ่งปันผลประโยชน์ดังเช่นที่ปรากฏใน CBD ทำให้ความวิริยะอุตสาหะของเกษตรกรในการอนุรักษ์และพัฒนาไม่ได้รับการตอบแทน และเมื่อประกอบกับการไม่ยอมรับรูปแบบการสร้างสรรคอย่างไม่เป็นทางการ (Informal Invention) ทำให้ทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศกำลังพัฒนาถูกฉกฉวยไปใช้ประโยชน์ในลักษณะโจรสลัดชีวภาพ

4. UPOV จะทำให้ความหลากหลายทางชีวภาพลดลง และเกษตรกรในประเทศกำลังพัฒนาต้องใช้สารเคมี หรือเทคโนโลยีพันธุวิศวกรรมเพื่อชดเชยข้อด้อยบางประการของพันธุ์พืช ซึ่งเป็นภาระที่หนักสำหรับเกษตรกรในประเทศกำลังพัฒนา การเพาะปลูกพันธุ์พืชที่เหมือนกัน (Uniformity) ยังง่ายต่อการเกิดโรคระบาดและนำความสูญเสียมาสู่เกษตรกร และเป็นอันตรายต่อความมั่นคงทางอาหาร

5. การทำให้พันธุ์กรรมพืชเป็นทรัพย์สินของเอกชนจะส่งผลลบต่อการค้นคว้าวิจัย และการคุ้มครองพันธุ์พืชที่ยังคงมีลักษณะสำคัญของพันธุ์พืชคุ้มครอง (Essential Derived Variety) จะทำให้นักวิจัยรายอื่นๆ ไม่สนใจที่จะวิจัยพันธุ์พืชคุ้มครองอีกต่อไปเนื่องจากเกรงว่าจะละเมิดสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชเดิม

6. UPOV ทำให้พันธุ์กรรมพืชซึ่งเป็นสิ่งที่อยู่ภายใต้สิทธิอธิปไตยของรัฐ หรืออำนาจอธิปไตยของชุมชนตกเป็นของปัจเจกบุคคล (Individual) ซึ่งจะกระทบต่อหลักการของ CBD/ITPGR ที่ให้สิทธิแก่ชุมชน และเกษตรกรในการควบคุมการเข้าถึง (Access) ทรัพยากรพันธุกรรม

7. การเข้าร่วม UPOV เท่ากับยอมรับระบบที่สนับสนุนสิทธิของภาคอุตสาหกรรมปรับปรุงพันธุ์พืชเหนือกว่าสิทธิของเกษตรกร หรือชุมชน อีกทั้ง UPOV มีแนวโน้มที่จะเพิ่มระดับการคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชให้เข้มงวดมากขึ้น และลดระดับสิทธิของเกษตรกร หรือประโยชน์ของส่วนรวมลง จึงสร้างความไม่เป็นธรรมและความไม่เท่าเทียมระหว่างการสร้างสรรคอย่างเป็นทางการ (Formal Invention) ของนักปรับปรุงพันธุ์พืชกับการสร้างสรรคอย่างไม่เป็นทางการ (Informal Invention) ของเกษตรกร

8. ระบบ UPOV ขัดแย้งกับ CBD โดยในขณะนี้ CBD กำลังพิจารณาว่าระบบทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งรวมทั้งระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชจะขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของ CBD หรือไม่เพียงใด ดังนั้นการเข้าเป็นภาคีของ UPOV จะทำให้การดำเนินการตามหลักการของ CBD เกิดปัญหาและอุปสรรคในอนาคต

9. ในขณะนี้ยังอยู่ในช่วงเวลาที่สมาชิกของ WTO จะเจรจาเพื่อแก้ไข TRIPS มาตรา 27.3(b) ในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองพันธุ์พืช ดังนั้นจึงมีโอกาสดังกล่าวในการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาตามข้อเสนอของประเทศกำลังพัฒนาได้ ดังนั้นการเข้าเป็นภาคีของ UPOV จึงอาจทำให้ประเทศสมาชิกเสียประโยชน์ก็ได้

10. ผลประโยชน์จากระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชจะตกได้แก่บริษัทในประเทศอุตสาหกรรมเป็นส่วนใหญ่ เนื่องจากเมล็ดพันธุ์ และพันธุ์พืชใหม่นั้นมักจะมาพร้อมกับเครื่องจักรกลการเกษตร ปุ๋ย หรือสารเคมีที่ต้องใช้ร่วมกับพันธุ์พืชใหม่ ทำให้ผลประโยชน์ที่ได้รับมิได้จำกัดอยู่เพียงเมล็ดพันธุ์เท่านั้น

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่าระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชของ UPOV มุ่งคุ้มครองสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชเป็นด้านหลัก ซึ่งผลประโยชน์ส่วนใหญ่จะตกได้กับ บริษัทเอกชนขนาดใหญ่ในประเทศอุตสาหกรรม ระบบนี้จึงไม่มีบทบาทคุ้มครองเกษตรกรโดยเฉพาะเกษตรกรในประเทศกำลังพัฒนาอย่างเพียงพอ ระบบนี้ยังส่งเสริมระบบเกษตรกรรมเชิงเดี่ยว (Mono-crop) จึงง่ายต่อการเกิดโรคระบาดซึ่งจะทำลายพืชทั้งหมดดังที่เคยเกิดมาในอดีต เท่ากับระบบนี้ไม่ได้ให้ความสำคัญกับความมั่นคงทางอาหาร (Food Security) แต่ให้ความสำคัญกับการปรับปรุงพันธุ์ด้วยเทคนิควิทยาศาสตร์สมัยใหม่ เน้นให้สิทธิแก่นักปรับปรุงพันธุ์พืชในฐานะปัจเจกบุคคล โดยไม่คำนึงถึงสิทธิร่วมกันของเกษตรกร (Farmers' collective rights) ในการพัฒนาพันธุ์พืช ระบบนี้จึงไม่อาจคุ้มครองการปรับปรุงพันธุ์พืชในระบบดั้งเดิมได้ และยังสร้างภาระเพิ่มขึ้นแก่เกษตรกรยากจนในประเทศกำลังพัฒนาจากเมล็ดพันธุ์ราคาแพง การใช้สารเคมี หรือปุ๋ยที่ต้องใช้ร่วมกับพันธุ์พืชใหม่อีกด้วย ระบบ UPOV จึงไม่เหมาะต่อการใช้คุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช

3.2 ข้อตกลงที่ให้ความสำคัญกับสิ่งแวดล้อม (Eco-based Agreement): CBD/ITPGR

จากการที่ประชาคมโลกหันมาสนใจกับปัญหาสิ่งแวดล้อมที่ทวีความรุนแรงขึ้นจากการพัฒนาที่มุ่งเน้นแต่เพียงความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ นำมาซึ่งแนวคิดการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development) ซึ่งผลักดันให้เกิดข้อตกลงทั้งในระดับระหว่างประเทศ ระดับภูมิภาค ภายใต้แนวคิดดังกล่าว หลักการนี้ยังแพร่กระจายไปในกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ทั่วโลกที่ตอบรับหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน ข้อตกลงระหว่างประเทศสำคัญที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชภายใต้แนวคิดการพัฒนาอย่างยั่งยืน ได้แก่ CBD/ITPGR ซึ่งเป็นข้อตกลงที่ให้ความสำคัญกับการรักษาระบบนิเวศ และสิ่งแวดล้อม โดยเน้นการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ และระบบนิเวศ และเน้นการคุ้มครองสิทธิเกษตรกร ซึ่งถือเป็นกลไกหนึ่งของกระบวนการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ แม้ข้อตกลงทั้งสองจะกล่าวยอมรับคุณค่าในเชิงเศรษฐกิจของทรัพยากรพันธุกรรมพืช¹⁵⁶ แต่หากพิจารณาจากวัตถุประสงค์หลักที่ให้ความสำคัญกับการอนุรักษ์จึงถือได้ว่า CBD/ITPGR เป็นข้อตกลงที่ให้ความสำคัญกับการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมมากกว่าด้านการค้า และเหมาะสมต่อการใช้คุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชมากกว่า TRIPS/UPOV ดังปรากฏรายละเอียดสาระสำคัญของ CBD/ITPGR ดังนี้

(1) การอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ และระบบนิเวศ

วัตถุประสงค์หลักของ CBD/ITPGR คือการคุ้มครองความหลากหลายของทรัพยากรพันธุกรรมพืช เพื่อคงความหลากหลายทางชีวภาพ และระบบนิเวศ¹⁵⁷ มาตรการในการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมของข้อตกลงทั้งสองฉบับมีดังนี้

CBD ได้กล่าวถึงการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมทั้งที่อยู่ในสภาพธรรมชาติ (*in-situ* conservation) และที่อยู่นอกสภาพธรรมชาติ (*ex-situ* conservation)

¹⁵⁶ CBD, Preamble, Para. 1 “The Contracting Parties, conscious of the intrinsic value of biological diversity and of the.... economic..... values of biological diversity and its components”; ITPGR, Preamble, Para. 12 “Aware that questions regarding the management of plant genetic resources for food and agriculture are at the meeting point between agriculture, the environment and commerce, and convinced that there should be synergy among these sectors”,

¹⁵⁷ CBD, Preamble, Article 1; ITPGR, Preamble, Article 1.

มาตรการในการอนุรักษ์ในสภาพธรรมชาติ (*in-situ* conservation)¹⁵⁸ ใน CBD แยกเป็นมาตรการคุ้มครองแหล่งที่อยู่อาศัย (Habitat Protection) ของชนิดพันธุ์ต่างๆ ของสิ่งมีชีวิต ด้วยการสร้างระบบพื้นที่คุ้มครอง หรือพื้นที่ที่ใช้มาตรการพิเศษในการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ สนับสนุนการพัฒนาพื้นที่ที่อยู่ติดต่อกับพื้นที่คุ้มครองให้มีการพัฒนาอย่างเหมาะสมกับสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาอย่างยั่งยืน เป็นต้น และมาตรการคุ้มครองชนิดพันธุ์ (Species Protection) ด้วยการควบคุมการปลดปล่อยสิ่งมีชีวิตต่างพันธุ์กรรมจากเทคโนโลยีชีวภาพในระบบนิเวศ ป้องกันและควบคุมการนำเข้าชนิดพันธุ์ต่างถิ่น (Alien Species) ในระบบนิเวศ การฟื้นฟูชนิดพันธุ์ที่ถูกคุกคามจนใกล้สูญพันธุ์ เป็นต้น

มาตรการในการอนุรักษ์นอกสภาพธรรมชาติ (*ex-situ* conservation)¹⁵⁹ CBD กำหนดให้ทำได้ในหลายรูปแบบ เช่น การอนุรักษ์ในธนาคารพันธุกรรม (Gene Banks) ในหลอดทดลอง (*in-vitro* storage) หรือการอนุรักษ์ในสถานที่ต่างๆ เช่น สวนพฤกษศาสตร์ เป็นต้น CBD กำหนดให้การอนุรักษ์ในรูปแบบเหล่านี้ต้องสอดคล้อง และเป็นมาตรการเสริมการอนุรักษ์ในสภาพธรรมชาติ (Complimenting *in-situ* Measures) โดยรัฐภาคีต้องจัดให้มีระบบการอนุรักษ์นอกสภาพธรรมชาติโดยเฉพาะในประเทศที่เป็นศูนย์กลางของความหลากหลายทางชีวภาพ (Country of Origin)

ในส่วนของ ITPGR เป็นข้อตกลงระหว่างประกาศที่พัฒนาขึ้นในแนวทางเดียวกับ CBD แต่จำกัดเฉพาะทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและเกษตรที่ระบุในภาคผนวกเท่านั้น

ITPGR กล่าวถึงการอนุรักษ์ในสภาพธรรมชาติ (*in-situ* conservation)¹⁶⁰ โดยกำหนดให้รัฐให้ความร่วมมือกับรัฐภาคีอื่น และส่งเสริมการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนในทรัพยากรพันธุกรรมพืช สำรวจและจัดทำทะเบียนทรัพยากรพันธุกรรมพืช และประเมินสิ่งคุกคามต่อทรัพยากรเหล่านั้น ส่งเสริมการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมในแปลงปลูกของเกษตรกรหรือในชุมชนท้องถิ่น ส่งเสริมการอนุรักษ์พันธุ์พืชป่า หรือพันธุ์พืชป่าที่เกษตรกรนำมาเพาะปลูก (Wild Crop Relative)

¹⁵⁸ CBD, Article 8; และดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน ชนภัทร วินยวัฒน์, “ข้อพิจารณาของไทยในด้านทรัพยากรพันธุกรรมพืชสำหรับการเข้าร่วมอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), น. 96-106.

¹⁵⁹ CBD, Article 9; ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน ชนภัทร วินยวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 18, น.62-69.

¹⁶⁰ ITPGR, Article 5(a), (b), (c), (d).

ITPGR ยังกล่าวถึงการอนุรักษ์นอกสภาพธรรมชาติ โดยส่งเสริมการรวบรวมทรัพยากรพันธุกรรม และข้อมูลของทรัพยากรพันธุกรรมที่มีศักยภาพในการใช้ประโยชน์ และที่ตกอยู่ในสภาพถูกคุกคาม จัดวางมาตรการเพื่อรักษาระดับการผันแปรทางพันธุกรรม การหลอมรวม (integrity) ของพันธุกรรมที่เก็บรักษาไว้¹⁶¹

(2) การคุ้มครองสิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights)¹⁶²

นอกเหนือจากมาตรการอนุรักษ์ทรัพยากรทั้งในสภาพธรรมชาติ (*in-situ* conservation) และนอกสภาพธรรมชาติ (*ex-situ* conservation) ดังกล่าวมาแล้ว CBD/ITPGR ยังมีมาตรการคุ้มครองสิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights)¹⁶³ ซึ่งรวมถึงชนพื้นเมือง (Indigenous People) ที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมอีกด้วย

ปัญหาที่ควรพิจารณาในเบื้องต้น คือ เกษตรกรมีความสำคัญต่อการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ หรือระบบนิเวศอย่างไร และเหตุใดต้องคุ้มครองสิทธิเกษตรกร

แม้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ แต่เกษตรกรในอดีตมีส่วนอย่างสำคัญในการคัดเลือก ปรับปรุงพันธุ์ และอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชให้คงอยู่จนถึงปัจจุบัน วิถีชีวิตของเกษตรกรในประเทศกำลังพัฒนาจะสัมพันธ์อย่างลึกซึ้งต่อพันธุ์พืช เกษตรกรได้อาศัยและใช้ประโยชน์จากความหลากหลายของพันธุ์พืช โดยได้สร้างสรรค์ และส่งสมเก็บรวบรวมความรู้ต่าง ๆ เกี่ยวกับพันธุ์พืชนั้น เช่น วิธีการเพาะปลูก การเก็บเกี่ยว การดูแลรักษา ตลอดจนวิธีการอนุรักษ์ และคัดเลือกเมล็ดพันธุ์ และส่งผ่านความรู้นั้นต่อไปยังเกษตรกรรุ่นถัดไป กระบวนการปลูกข้าวในประเทศไทยเป็นตัวอย่างบทบาทของเกษตรกรในการอนุรักษ์และพัฒนาพันธุ์ข้าวได้เป็นอย่างดี ในอดีตเกษตรกรของไทยจะปลูกข้าวพันธุ์ที่แตกต่างกันหลายพันธุ์ตามความเหมาะสมกับสภาพพื้นที่ สภาพน้ำ ดินฟ้าอากาศ ผลผลิตที่ได้นำไปใช้ประโยชน์ในรูปแบบที่ต่างกัน เช่น ข้าวบางพันธุ์เหมาะสำหรับหุง หรือนึ่งกิน บางพันธุ์เหมาะสำหรับทำเป็นแป้ง หรือทำขนม ข้าวแต่ละพันธุ์จะมีระยะเวลาเก็บเกี่ยวแตกต่างกัน ข้าวเบาจะมีอายุเก็บเกี่ยวสั้น ข้าวกลางจะมีอายุเก็บเกี่ยวถัดจากข้าวเบา และข้าวหนักจะมีอายุเก็บเกี่ยวนานที่สุด ทำให้เกษตรกรไม่ต้องใช้กำลังคนมากในการเก็บเกี่ยว คือเริ่มต้นจากการเก็บเกี่ยวข้าวเบาก่อน จากนั้นข้าวกลางก็แก่พร้อมเก็บเกี่ยว เมื่อเก็บเกี่ยวข้าวกลางเสร็จ ข้าวหนักก็แก่พอให้เก็บเกี่ยวได้ รูปแบบการเพาะปลูกข้าวเช่นนี้ทำให้วิถีชีวิตของเกษตรกรไทยมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกัน สามารถเกื้อกูลแรงงานเก็บเกี่ยวแก่

¹⁶¹ ITPGR, Article 5(e), (f).

¹⁶² โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมในบทที่ 5.

¹⁶³ CBD, Preamble, Article 8(j); ITPGR, Preamble, Article 9.

กันได้ ประเพณีการลงแขกก็เป็นผลจากวิถีชีวิตดังกล่าว วิถีชีวิตเช่นนี้ทำให้เกษตรกรจะคัดเลือกเมล็ดพันธุ์ที่ดี เหมาะสมกับสภาพภูมิประเทศ และระบบนิเวศในแต่ละพื้นที่ ทำให้เกษตรกรมีพันธุ์ข้าวที่หลากหลายเพื่อใช้เพาะปลูก

แต่การทำเกษตรในรูปแบบดั้งเดิมได้สูญหายไปจากการเน้นทำเกษตรแผนใหม่ที่เน้นเกษตรเพื่อการส่งออก ต้องใช้พื้นที่เพาะปลูกมาก ใช้พันธุ์พืชใหม่ๆ เฉพาะที่เน้นให้ผลผลิตสูง ซึ่งต้องใช้ควบคู่กับสารเคมี หรือปุ๋ยเคมี รวมทั้งเครื่องจักรกลทางการเกษตร

CBD/ITPGR เล็งเห็นความสำคัญของบทบาทเกษตรกรต่อการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรม จึงมีมาตรการคุ้มครองสิทธิของเกษตรกรในการดำรงวิถีชีวิต และจารีตประเพณีดั้งเดิมของตนที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์ และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมต่อไป รวมทั้งส่งเสริมให้มีการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนในทรัพยากรพันธุกรรม และสนับสนุนให้เกษตรกร หรือชนพื้นเมืองได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมจากการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งจะแตกต่างจาก TRIPS/UPOV ที่เน้นคุ้มครองทรัพย์สินของปัจเจกชนเป็นหลัก TRIPS/UPOV จึงมีประสิทธิภาพด้อยกว่าหากจะนำมาใช้คุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช

ผู้เขียนเห็นว่า แม้ประชาคมโลกจะเห็นความรุนแรงของปัญหาสิ่งแวดล้อม และผลักดันให้ CBD/ITPGR มีบทบาทมากยิ่งขึ้นในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว แต่การเจรจาเพื่อจัดทำกฎเกณฑ์ หรือมาตรฐาน และรายละเอียดต่างๆ ตามแนวทางของ CBD/ITPGR ยังไม่แล้วเสร็จ อุปสรรคสำคัญยังอยู่ที่ความคิดเห็นที่ยังไม่ลงรอยกันระหว่างประเทศอุตสาหกรรมที่ให้ความสำคัญกับประเด็นด้านการค้ามากกว่าสิ่งแวดล้อม ทำให้ไม่อาจหาข้อยุติในหลายๆ ปัญหา โดยเฉพาะปัญหาการทับซ้อนกันระหว่างการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับการคุ้มครองสิทธิเกษตรกรเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืช อันมีที่มาจากความแตกต่างของแนวคิดแบบแยกส่วน (Reductionism) และแบบองค์รวม (Holistic) และทำให้มาตรการทางกฎหมายภายใต้แนวคิดทั้งสองมีความแตกต่างกันไปด้วย ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงรายละเอียดของมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชในบทต่อไป.