

มาตรการทางกฎหมายในระบบกฎหมายคู่ขนาน (Dualism) เพื่อถ่วงดุลการคุ้มครอง
ทรัพย์สินทางปัญญา: ระบบกฎหมายเฉพาะ (*sui generis system*)

แม้กระแสด้านการผลักดันระบบทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศอุตสาหกรรมจะรุนแรงเพียงใดก็ตาม แต่ประชาคมระหว่างประเทศก็เริ่มเล็งเห็นปัญหาของการขยายตัวของระบบทรัพย์สินทางปัญญาสู่การคุ้มครองสิ่งมีชีวิต และผลกระทบของระบบทรัพย์สินทางปัญญาต่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชของประเทศกำลังพัฒนาฯ ส่วนใหญ่ซึ่งมีเกษตรกรรมเป็นภาคเศรษฐกิจที่สำคัญได้รวมตัวกันผลักดันแนวทางอื่นในการคุ้มครองนวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช เพื่อเป็นรูปแบบทางเลือก หรือเป็นระบบกฎหมายคู่ขนาน (Dual System) กับระบบทรัพย์สินทางปัญญาปัจจุบันที่เรียกว่า “ระบบกฎหมายเฉพาะ” (*sui generis system*)

หลักการสำคัญของระบบเฉพาะ คือ ระบบคุ้มครองที่อยู่ภายใต้ทัศนะแบบองค์รวม (Holistic) เป็นระบบที่มีทัศนะต่อทรัพยากรพันธุกรรมพืชในฐานะเป็นองค์ประกอบหนึ่งของระบบนิเวศ และมีความสัมพันธ์กับสรรพสิ่งในโลกนี้รวมทั้งมนุษย์ ดังนั้นการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชจึงมิได้เน้น หรือให้ความสำคัญในฐานะเป็นทรัพย์สินของเอกชนที่ยึดถือหวงกันได้เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยอมรับว่าชุมชน หรือสังคมก็มีสิทธิในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรดังกล่าวได้เช่นกัน ระบบกฎหมายเฉพาะจึงยอมรับระบบสิทธิเชิงซ้อนของเอกชน และชุมชนที่มีอยู่เหนือทรัพยากรเดียวกัน การยอมรับในสิทธิของชุมชนยังนำไปสู่การยอมรับการสร้างสรรคอย่างไม่เป็นทางการของเกษตรกร (Informal Inventor) และการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมตามหลักการของ CBD/ITPGR ที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่แพร่หลายและได้รับการยอมรับมากขึ้นในปัจจุบัน

ด้วยแนวคิดพื้นฐานของระบบกฎหมายเฉพาะที่ต่างจากระบบทรัพย์สินทางปัญญา นำมาซึ่งมาตรการทางกฎหมายที่แตกต่างจากระบบทรัพย์สินทางปัญญาหลายประการ ดังนี้

1. มาตรการทางกฎหมายในระบบกฎหมายเฉพาะเพื่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช

ประเด็นแรกที่ควรพิจารณา คือ ระบบกฎหมายเฉพาะ (*sui generis* system) มีความหมายและขอบเขตเพียงใด

sui generis เป็นภาษาละตินแปลว่า “มีลักษณะเฉพาะตัว” (of its own kind or class)¹ แต่ TRIPS มิได้ให้ความหมายว่าระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ (an effective *sui generis* system) หมายถึงระบบกฎหมายแบบใด และอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นระบบกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ

Dan Leskien และ Michael Flitner เสนอว่า ระบบกฎหมายเฉพาะที่สอดคล้องกับ TRIPS อย่างน้อยต้องให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) และหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-favoured Nation) สิทธิตามระบบดังกล่าวต้องครอบคลุมพันธุ์พืชทุกชนิด มีมาตรการบังคับกรณีที่มีการละเมิดสิทธิ และต้องมีใช้เพียงการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า หรือชื่อทางการค้า หรือสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ หรือคุ้มครองการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเท่านั้น²

Bhagirath Lal Das เสนอว่าระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ น่าจะหมายถึงระบบกฎหมายที่ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดรายละเอียด และสาระสำคัญให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละประเทศ และยังได้เสนอความเห็นต่อไปอีกว่า เกณฑ์ที่จะใช้ในการพิจารณาว่าระบบกฎหมายดังกล่าวมีประสิทธิภาพหรือไม่ ควรเป็นเกณฑ์ที่แต่ละประเทศสามารถกำหนดขึ้นเองได้ ไม่ควรใช้เกณฑ์ที่กำหนดขึ้นโดยข้อตกลงระหว่างประเทศ³

¹ Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, 5th ed. (St. Paul Minn: West Publishing Co., 1979), p.1286.

² D. Leskien, M. Flitner, “Signposts to *sui generis* Rights,” www.grain.org/publications/signposts.html (Visited October 2003).

³ Bhagirath Lal Das, *WTO: The Doha Agenda*, (London: Zed Books Ltd., 2003), p.93.

ผู้เขียนเห็นว่า ระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพอย่างน้อยต้องเป็นระบบที่ผู้ทรงสิทธิ (ซึ่งอาจเป็นบุคคล กลุ่มบุคคล หรือชุมชน) สามารถใช้สิทธิ หรือปกป้องสิทธิของตนที่เกี่ยวข้องกับพันธุ์พืชได้ กฎหมายต้องกำหนดหลักเกณฑ์ของพันธุ์พืชที่จะได้รับความคุ้มครอง⁴ ต้องกำหนดขอบเขตของสิทธิ อายุของสิทธิ หน้าที่ของผู้ทรงสิทธิ ตลอดจนข้อยกเว้นของสิทธิอย่างชัดเจน

ส่วนหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) และหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-favoured Nation) นั้น มีผู้เห็นว่าประเทศสมาชิกไม่จำเป็นต้องนำหลักดังกล่าวมาใช้ก็ได้ เพราะกฎหมายเฉพาะในการคุ้มครองพันธุ์พืชมิใช่ทรัพย์สินทางปัญญานิตที่กำหนดใน TRIPS ดังเช่นกรณีอนุสิทธิบัตร หรือสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชก็ไม่ต้องอยู่ภายใต้หลักพื้นฐานของ TRIPS⁵ และแม้กระทั่งกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองฐานข้อมูล (EU Directive on Legal Protection of Databases) ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่งก็ได้มีได้นำหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) มาใช้แต่อย่างใด⁶

รูปแบบของกฎหมายเฉพาะที่ประเทศสมาชิกลำนำมาใช้ หรือเสนอต่อประเทศสมาชิกเพื่อให้เป็นแม่แบบของกฎหมายเฉพาะตามกรอบ TRIPS นั้น กล่าวได้ว่ามีความหลากหลาย แต่ก็ก็มีลักษณะร่วมกันหลายประการ โดยเฉพาะการคุ้มครองสิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights) และภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge) การกำหนดกลไกควบคุมการเข้าถึง และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม การนำหลักการได้รับความยินยอมล่วงหน้า (Prior Inform Consent) มาใช้ร่วมกับการแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit Sharing) เป็นต้น เพียงแต่การให้ความสำคัญกับแต่ละประเด็นอาจมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง

⁴ เช่นกรณีสิทธิบัตรกำหนดเงื่อนไขการคุ้มครองว่า ต้องเป็นสิ่งประดิษฐ์ใหม่ (Novelty) มีขั้นตอนประดิษฐ์สูงขึ้น (Involve an Inventive Step) และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ (Capable of Industrial Application) หรือกรณีสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชตามที่กำหนดใน UPOV ได้กำหนดเงื่อนไขการคุ้มครองว่าต้องเป็นพันธุ์พืชใหม่ (New) มีความแตกต่าง (Distinct) มีความสม่ำเสมอ (Uniform) และมีความคงตัว (Stable).

⁵ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: ห.จ.ก.พีเจเพลทโปรดักส์เซอร์, 2544), น.193.

⁶ เพิ่งอ้าง, น.194.

ระบบกฎหมายเฉพาะจะมีมาตรการสำคัญที่ถือเป็นมาตรการหลักทั้งสิ้น 3 ประการ คือ การคุ้มครองสิทธิเกษตรกร การควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม และการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1.1 การคุ้มครองสิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights)

สิทธิเกษตรกรได้รับการกล่าวถึงเป็นครั้งแรกในการประชุมของ Commission on Plant Genetic Resources ของ FAO เมื่อปี ค.ศ. 1985 จากนั้นแนวคิดนี้ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายจากประชาคมระหว่างประเทศ และปรากฏในมติ นโยบาย และข้อตกลงระหว่างประเทศ หลายฉบับ⁷ ประเทศกำลังพัฒนาได้เสนอประเด็นสิทธิเกษตรกรเพื่อถ่วงดุลกับระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช ซึ่งปฏิเสธไม่ยอมให้พันธุกรรมพืชที่ผ่านการปรับปรุงด้วยเทคโนโลยีสมัยใหม่อยู่ภายใต้หลักมรดกร่วมกันของมนุษยชาติตาม IUPGR⁸ ผู้แทนของประเทศโลกที่สามแสดงทัศนะในที่ประชุมของ FAO ว่า “หากประเทศอุตสาหกรรมเรียกร้องให้ยอมรับสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช ประเทศอุตสาหกรรมก็ต้องเตรียมยอมรับสิทธิเกษตรกรเช่นเดียวกัน”⁹

ในการประชุมระหว่างประเทศเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่เมือง Leipzig ประเทศเยอรมัน ในปี ค.ศ. 1996 สิทธิเกษตรกรเป็นประเด็นสำคัญประเด็นหนึ่งของการประชุมองค์กรพัฒนาเอกชน (NGOs) ได้ผลักดันให้สิทธิเกษตรกรเป็นสิทธิในทางเศรษฐกิจสังคม (Socio-economic Rights) ซึ่งมีขอบเขตครอบคลุมถึงสิทธิในที่ดิน (Rights to Land) สิทธิในการได้รับประโยชน์จากการวิจัยทางการเกษตร (Rights to Appropriate Agriculture Research) สิทธิใน

⁷ The Crucible Group, People, Plants, and Patent, (Ottawa: International Development Research Centre, 1994), p.33.

⁸ Commission on Plant Genetic Resources, “Issues for Consideration in Stage II: Access to Plant Genetic Resources, and Farmers’ Rights,” First Extraordinary Session, Rome, 7-11 November 1994, p.13 และ Footnote 13 (CPGR-Ex1/94/5).

⁹ Svanhild-Isabelle Bjørnstad, “Breakthrough for the South? An Analysis of the Recognition of Farmers’ Rights in the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture,” Fridtjof Nansen Institute (FIN), 2004, p.42; Graham Dutfield, “TRIPs-Related Aspects of Traditional Knowledge,” 33 Case Western Reserve Journal of International Law, 233 (2001), pp.265-266.

การมีชีวิตความเป็นอยู่ที่ดี (Rights to Decent Livelihood) และสิทธิในการปกป้องภูมิปัญญาของตนเอง (Rights to Protect their Knowledge System) ที่ประชุมยังได้รับรองแผนปฏิบัติการโลก (Global Plan of Action) ซึ่งเป็นความสำเร็จที่สำคัญประการหนึ่งของการประชุมนี้ แผนปฏิบัติการโลกได้เน้นการอนุรักษ์ การใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน และการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม แผนปฏิบัติการโลกได้ให้ความสำคัญกับการอนุรักษ์ในสภาพธรรมชาติ (*in-situ* conservation) และสิทธิเกษตรกร (Farmer's Rights) โดยถือเป็นเป้าหมายในระยะยาว (Long Term Objectives) ของการอนุรักษ์ในสภาพธรรมชาติ¹⁰

กลุ่มประเทศ JUSCANZ ซึ่งประกอบด้วยประเทศญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา และนิวซีแลนด์ปฏิเสธไม่ยอมรับสิทธิเกษตรกร และเห็นว่าสิทธิเกษตรกรตามข้อเสนอของกลุ่มประเทศกำลังพัฒนามีใช้สิทธิ (Rights) แต่เป็นเพียงแนวคิด (Concept) เท่านั้น¹¹ สาเหตุที่กลุ่มประเทศ JUSCANZ ไม่เห็นด้วยกับสิทธิเกษตรกรอาจเกิดจากความกังวลว่าสิทธิเกษตรกรจะกระทบต่อผลประโยชน์จากเทคโนโลยีชีวภาพ และการส่งออกผลิตภัณฑ์เทคโนโลยีชีวภาพ ประเทศในกลุ่มนี้ยังเพาะปลูกพืชตัดแต่งพันธุกรรมเป็นจำนวนมาก นอกจากนี้ประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา และออสเตรเลียยังเป็นสมาชิกของ Miami Group ที่คัดค้านการจำกัดการค้าสินค้าตัดแต่งพันธุกรรมในระหว่างการเจรจาเพื่อจัดทำพิธีสารเพื่อความปลอดภัยทางชีวภาพ (Bio-safety Protocol) ด้วยเกรงว่าหลักเตือนภัยล่วงหน้า (Precautionary Principle) จะถูกนำมาใช้ในพิธีสารดังกล่าว ซึ่งจะกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศ และประเทศเหล่านี้เกรงว่า CBD ได้รับรองสิทธิของชนพื้นเมืองท้องถิ่น (Indigenous People) หากสิทธินี้ได้รับการรับรองใน FAO อีกจะเป็นภาระ

¹⁰ Global Plan of Action, Para. 32 "Long-term objectives: To better understand and improve the effectiveness of existing on-farm conservation, management, improvement, and use of plant genetic resources for food and agriculture. To achieve a better balance between ex situ and in situ conservation. To realize Farmers' Rights as defined in FAO Resolution 5/98 at the international, regional, and national levels. To promote the equitable sharing of benefits from plant genetic resources for food and agriculture as called for in the Convention on Biological Diversity. To foster the future emergence of public or private seed companies and co-operative enterprises as an outgrowth of successful on-farm selection and breeding. To encourage traditional seed exchange and supply system.

¹¹ Svanhild-Isabelle Bjørnstad, *supra* note 9, p.61.

และอาจสร้างความยุ่งยากในการบังคับใช้สิทธิดังกล่าว โดยเฉพาะในประเทศออสเตรเลีย และสหรัฐอเมริกาที่มีความอ่อนไหวในประเด็นชนพื้นเมืองท้องถิ่นมาก¹² ประเทศแคนาดาแสดงความเห็นว่า เกษตรกรในประเทศของตนมีสิทธิเพราะมีสถานะเป็นประชากรของประเทศแคนาดา มิใช่มีสิทธิเพราะเป็นเกษตรกร ประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่าควรให้เป็นภาระของรัฐบาลของแต่ละประเทศที่จะพิจารณาดำเนินการตามที่เหมาะสมเพื่อให้เกษตรกรสามารถอนุรักษ์ และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนในทรัพยากรพันธุกรรม¹³

แต่ประเทศกำลังพัฒนาโต้แย้งว่า สิทธิเกษตรกรมิใช่เป็นเพียงแนวคิด แต่เป็นสิทธิที่ปรากฏและใช้อยู่จริงในหลายประเทศทั่วโลก และประเทศอินเดียเป็นประเทศแรกที่น่าหลักสิทธิเกษตรกรไปบัญญัติในกฎหมายภายในของตน (The Protection of Plant Varieties and Farmers' Rights Act, 2001)¹⁴

การคุ้มครองสิทธิเกษตรกรภายใต้ทัศนะแบบองค์รวม (Holistic) นั้นกล่าวได้ว่ามีวัตถุประสงค์ 3 ประการ คือ

1. เพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืช

แม้การอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้นอาจทำได้ด้วยการเก็บรักษาในธนาคารพันธุกรรม (Gene Bank) ซึ่งเป็นการอนุรักษ์ในรูปแบบนอกสภาพธรรมชาติ (Ex-situ) แต่การอนุรักษ์ในรูปแบบนี้พันธุกรรมจะอยู่ในสภาพถูกแช่แข็ง ไม่มีการเปลี่ยนแปลง หรือปรับตัวให้เข้ากับสภาพแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไป (Static) ซึ่งต่างจากรูปแบบการอนุรักษ์ในสภาพธรรมชาติ (In-situ) ที่เมล็ดพันธุ์จะเจริญเติบโตและปรับตัวภายใต้สภาพแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้เกิดความหลากหลายของทรัพยากรพันธุกรรม และวิถีชีวิต จารีตประเพณีของเกษตรกรมีส่วนอย่างสำคัญต่อการอนุรักษ์ และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมในรูปแบบนี้ ดังนั้นการคุ้มครองให้เกษตรกรยังคงดำรงวิถีชีวิต จารีตประเพณี และรูปแบบการทำเกษตรแบบเดิมไว้ได้ย่อมเป็นกำลังสำคัญในการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชไว้ต่อไป

2. เพื่อถ่วงดุลกับระบบทรัพย์สินทางปัญญา

ระบบทรัพย์สินทางปัญญาจะให้ความสำคัญกับระบบทรัพย์สินเอกชน ซึ่งเป็นระบบสิทธิเชิงเดี่ยวไม่ยอมรับระบบสิทธิเชิงซ้อน ทำให้เกษตรกร หรือชุมชนมีข้อจำกัดในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมตามวิถีและจารีตปฏิบัติดั้งเดิมของตนเอง ทรัพยากรพันธุกรรม

¹² *Ibid*, pp.85-87.

¹³ *Ibid*, pp.62, 69.

¹⁴ *Ibid*, p.63.

พืชที่เกษตรกรได้ร่วมกันอนุรักษ์และพัฒนาไว้ติดต่อกันมาหลายชั่วอายุคน ถูกทำให้กลายเป็นทรัพย์สิน และเป็นสินค้าเพื่อการซื้อขายภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบตลาด แต่การคุ้มครองสิทธิเกษตรกรจะช่วยถ่วงดุลให้เกษตรกร หรือชุมชนยังคงมีสิทธิในการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้ต่อไป นอกจากนี้การคุ้มครองสิทธิเกษตรกรด้วยการยอมรับการสร้างสรรคอย่างไม่เป็นทางการ (Informal Invention) ยังขัดแย้งการคุ้มครองในระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่เลือกคุ้มครองเฉพาะการสร้างสรรคที่เป็นทางการเท่านั้น (Formal Invention)

3. เพื่อความเป็นธรรม

ในอดีตประเทศอุตสาหกรรมนำทรัพยากรพันธุกรรมจากประเทศกำลังพัฒนาไปพัฒนาต่อยอดอีกเพียงเล็กน้อย โดยอาศัยความรู้พื้นฐานจากภูมิปัญญาท้องถิ่น จากนั้นนำไปขอรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในทรัพยากรพันธุกรรมนั้น โดยประเทศกำลังพัฒนาไม่ได้รับสิ่งใดๆ ตอบแทนเลย หากสภาพการณ์ยังคงเป็นเช่นนี้ต่อไป ประเทศกำลังพัฒนาก็จะขาดแรงจูงใจในการอนุรักษ์ และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมของตน ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ตามความเป็นธรรมที่ประเทศอุตสาหกรรมจะต้องแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมที่ประเทศกำลังพัฒนาเป็นผู้อนุรักษ์และพัฒนา แนวคิดสิทธิเกษตรกรใช้ระบบตอบแทน (Reward System) เพื่อส่งเสริมและสนับสนุนเกษตรกรในการคงบทบาทการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชต่อไป¹⁵ ซึ่งรวมถึงตอบแทนการสร้างสรรคความรู้ หรือภูมิปัญญาต่างๆ ที่เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากพืช การเตรียม หรือขั้นตอนในการเก็บรักษาพันธุ์ที่มีประโยชน์ สูตรหรือส่วนผสมในการใช้พืชเพื่อวัตถุประสงค์ต่างๆ วิธีการเพาะปลูก หลักเกณฑ์ หรือรูปแบบวิธีการในการคัดเลือกพันธุ์ และวิธีการอนุรักษ์สภาพแวดล้อม¹⁶ นอกจากความเป็นธรรมในแง่ผลประโยชน์แล้ว หากพิจารณาในแง่สิทธิ การคุ้มครองสิทธิเกษตรกรยังสร้างระบบคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรคที่ไม่เป็นทางการ (Informal Inventor) เทียบเคียงได้กับระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่คุ้มครองผู้สร้างสรรคที่เป็นทางการ (Formal Inventor)

¹⁵ Commission on Plant Genetic Resources, *supra* note 8, p.13.

¹⁶ Commission on Plant Genetic Resources, "Analysis of Some Technical, Economic and Legal Aspects for Consideration in Stage II," First Extraordinary Session, Rome, 7-11 November 1994, p.44 (CPGR-Ex1/94/5 Supp. September 1994).

(1) ลักษณะและขอบเขตของสิทธิเกษตรกร

สิทธิเกษตรกรเป็นประเด็นที่ประชาคมระหว่างประเทศเพิ่งหยิบยกขึ้นพิจารณาอย่างจริงจังเมื่อไม่นานมานี้ ประเทศต่างๆ ได้เสนอลักษณะและขอบเขตของสิทธิเกษตรกรตามทัศนะและประสบการณ์ของแต่ละประเทศ ทำให้ในปัจจุบันยังไม่อาจหาข้อยุติที่แน่ชัดของสิทธิเกษตรกรได้ เมื่อประกอบกับการไม่เห็นด้วยกับประเด็นนี้ของประเทศอุตสาหกรรมสำคัญบางประเทศ ทำให้สิทธิเกษตรกรจะยังเป็นประเด็นถกเถียงที่ต้องใช้เวลาอีกระยะหนึ่งเพื่อหาข้อยุติต่อไป

อย่างไรก็ดีผู้เขียนเห็นว่าลักษณะและขอบเขตของสิทธิเกษตรกรอาจแบ่งออกเป็น 3 ลักษณะใหญ่ๆ ดังนี้

(ก) การยอมรับเกษตรกรในฐานะนวัตกรรมที่ไม่เป็นทางการ (Informal Inventor)

ในอดีตกบฏ และความสำคัญของเกษตรกร หรือชุมชนพื้นเมืองในการอนุรักษ์พัฒนาทรัพยากรพันธุกรรม และภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องไม่ได้รับการยอมรับภายใต้บริบทของระบบทรัพย์สินทางปัญญา และถือว่าทรัพยากรและภูมิปัญญาดังกล่าวเป็นสมบัติสาธารณะ (Public Domain) ดังนั้นในการคุ้มครองสิทธิเกษตรกรจะต้องยอมรับบทบาทของเกษตรกรในการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรม รวมทั้งภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมนั้น

แม้รูปแบบการอนุรักษ์ พัฒนาปรับปรุงพันธุ์จะเป็นวิธีการดั้งเดิม (Traditional Breeders) ต่างจากวิธีการของนักปรับปรุงพันธุ์สมัยใหม่ที่ใช้กรรมวิธีที่เป็นระบบระเบียบกว่า แต่การคงความหลากหลายของทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้นจากอดีตจนถึงปัจจุบัน เป็นข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนในประสิทธิภาพของระบบดั้งเดิม ซึ่งไม่แตกต่างจากการปรับปรุงพันธุ์พืชด้วยกรรมวิธีสมัยใหม่ในปัจจุบัน จึงเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าเกษตรกรเป็นผู้สร้างสรรค์อย่างไม่เป็นทางการ (Informal Inventor) การรับรองสิทธิของเกษตรกรจึงเป็นการสร้างความเท่าเทียมและเป็นธรรมต่อเกษตรกร และได้รับการยอมรับมากขึ้นในประชาคมระหว่างประเทศ

การยอมรับชนพื้นเมืองในฐานะผู้สร้างสรรค์อย่างไม่เป็นทางการ (Informal Inventor) กล่าวได้ว่าเริ่มต้นเป็นรูปธรรมเมื่อ ILO มีมติรับรองอนุสัญญาลำดับที่ 107 เกี่ยวกับประชากรพื้นเมืองและชนเผ่า ค.ศ.1957 (Convention Concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Population in Independent Countries) ซึ่งมีเป้าหมายคุ้มครองวัฒนธรรม จารีต ภูมิปัญญาไม่ให้ได้รับผลกระทบจากความรู้สมัยใหม่ อนุสัญญานี้ได้รับการแก้ไขโดยอนุสัญญาลำดับที่ 169 ในปีค.ศ. 1989 (Convention (No.169) Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries) โดยได้

กล่าวยอมรับเทคโนโลยีพื้นบ้าน (Traditional Technologies) ของชนพื้นเมืองว่าเป็นสิ่งสำคัญต่อการพัฒนา และการพึ่งพาตนเองทางเศรษฐกิจของชนพื้นเมือง และเป็นสิ่งที่ควรดำรงไว้ต่อไป¹⁷

OAU ได้ยกร่างกฎหมายแม่แบบว่าด้วยสิทธิชุมชนในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ (The African Model Law for the Protection of the Rights of Local Communities, Farmers and Breeders, and for the Protection of Access to Biological Resources - ต่อไปเรียกกฎหมายแม่แบบหรือ African Model Law) โดยได้กล่าวในส่วนอารัมภบทของกฎหมายแม่แบบว่า “ชุมชนท้องถิ่นมีสิทธิเหนือทรัพยากรชีวภาพ ภูมิปัญญา ความรู้ และเทคโนโลยีของตน ซึ่งมีธรรมชาติเป็นสิทธิที่ถือครองร่วมกัน และเป็นสิทธิที่มีอยู่เหนือสิทธิส่วนบุคคล”

กฎหมายแม่แบบยังกำหนดให้ชุมชนเกษตรกรเป็นผู้สร้าง ผู้ใช้ และผู้พิทักษ์แต่ผู้เดียวและโดยชอบด้วยกฎหมายเหนือทรัพยากรชีวภาพ ภูมิปัญญาท้องถิ่น นวัตกรรม และวิถีปฏิบัติของตน¹⁸ และมีสิทธิได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์ ในอัตราร้อยละห้าสิบของผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรชีวภาพ หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นในเชิงพาณิชย์¹⁹ จะเห็นว่า กฎหมายแม่แบบได้สะท้อนถึงสิทธิชุมชนท้องถิ่นที่มีอยู่เหนือทรัพยากรชีวภาพ และเป็นสิทธิที่เหนือกว่าสิทธิของปัจเจกบุคคล โดยกำหนดให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรชีวภาพ เพื่อเพิ่มความหลากหลายทางชีวภาพ สนับสนุนการดำรงชีวิต และระบบสุขภาพอนามัยของประชาชนในทวีปแอฟริกา หลักการของกฎหมายแม่แบบนี้ถือว่าสอดคล้องกับหลักการของ CBD เป็นอย่างมาก

ประเทศอินเดียเป็นอีกประเทศหนึ่งที่ยอมรับหลักการสร้างสรรค์อย่างไม่เป็นทางการของเกษตรกร โดยได้บัญญัติรับรองในกฎหมายภายในของตน คือ กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช และสิทธิเกษตรกร ค.ศ.2001 โดยกำหนดให้เกษตรกรที่ปรับปรุง หรือพัฒนาพันธุ์พืชมีสิทธิได้รับความคุ้มครองทำนองเดียวกับนักปรับปรุงพันธุ์พืช²⁰ ผู้ที่มีส่วนในการอนุรักษ์พันธุ์พืชดั้งเดิม (Land races) หรือพันธุ์พืชที่เกี่ยวข้องกับพันธุ์พืชป่า (Wild Relatives) ที่เป็นพืชเศรษฐกิจมีสิทธิได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากกองทุนพันธุกรรมแห่งชาติ (National Gene Fund)²¹ ลักษณะเด่นอีก

¹⁷ Convention No.169 Article 23, 27.

¹⁸ African Model Law, Article 5(2).

¹⁹ African Model Law, Article 5(6).

²⁰ The Protection of Plant Varieties and Farmers' Rights Act, 2001, Section 39 (1)(i).

²¹ The Protection of Plant Varieties and Farmers' Rights Act, 2001, Section 39 (1)(iii).

ประการหนึ่งของกฎหมายของประเทศอินเดีย คือ การยินยอมให้บุคคล คณะบุคคล หรือองค์กรเป็นตัวแทนของชุมชนในการให้หน่วยงานของรัฐรับรองสิทธิของสมาชิกในชุมชนที่มีส่วนร่วมในการพัฒนาพันธุ์พืช²²

สิทธิเกษตรกรได้รับการรับรองอย่างชัดเจนใน CBD²³ และ ITPGR โดย ITPGR²⁴ ได้กล่าวถึงสิทธิเกษตรกรว่า ภาคีสมาชิกยอมรับว่าชุมชนท้องถิ่น ชุมชนพื้นเมือง และเกษตรกรในทุกภูมิภาค โดยเฉพาะที่อยู่ในแหล่งกำเนิด หรือศูนย์กลางของความหลากหลายทางชีวภาพมีส่วนช่วยเหลืออย่างสำคัญต่อการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืช ซึ่งเป็นพื้นฐานของการผลิตอาหารและการเกษตรทั่วโลก และยอมรับว่าบทบาทดังกล่าวจะดำเนินต่อไปในอนาคต และในการรับรองสิทธิเกษตรกรเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและเกษตรนั้นจะขึ้นอยู่กับรัฐบาลของแต่ละประเทศ โดยจะต้องกำหนดมาตรการเพื่อปกป้องและส่งเสริมสิทธิเกษตรกร ทั้งนี้ตามที่เห็นสมควรและขึ้นอยู่กับกฎหมายของประเทศนั้นๆ มาตรการดังกล่าวรวมถึงการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและเกษตรด้วย

ผู้เขียนเห็นว่า การรับรองการสร้างสรรค์อย่างไม่เป็นทางการ (Informal Invention) ของเกษตรกรนี้จะเท่ากับได้คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่บรรพบุรุษของเกษตรกรได้สร้างสรรค์ ส่งเสริม และส่งผ่านมายังเกษตรกรปัจจุบัน ซึ่งครอบคลุมถึงภูมิปัญญา และความรู้ทั้งหลายเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช เช่น การคัดเลือกสายพันธุ์พืช การเตรียมดินในการเพาะปลูก วิธีการเพาะปลูก การบำรุงรักษา การเก็บเกี่ยว การคัดเลือกเมล็ดเพื่อใช้เป็นพ่อแม่พันธุ์ การผสมพันธุ์ เป็นต้น

ประเด็นที่ควรพิจารณาต่อไป คือ การคุ้มครองเกษตรกรในฐานะผู้สร้างสรรค์อย่างไม่เป็นทางการ (Informal Inventor) จะมีผลต่อการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชอย่างไร

หากพิจารณาจากรูปแบบวิถีการดำรงชีวิตของเกษตรกรแล้วจะพบว่าวิถีชีวิตของเกษตรกรมีความสัมพันธ์กับพันธุ์พืชเป็นอย่างมาก พืชนอกจากจะเป็นปัจจัยสำคัญในการดำรงชีวิตในด้านต่างๆ แล้ว พืชยังเกี่ยวข้องกับวัฒนธรรม ประเพณี ความเชื่อ เมล็ดพันธุ์พืชถือเป็นสัญลักษณ์ของการเริ่มต้นแห่งชีวิต เมล็ดพันธุ์พืชจึงสอดแทรกอยู่ในพิธีกรรมทางศาสนาของ

²² The Protection of Plant Varieties and Farmers' Rights Act, 2001, Section 41 (1).

²³ CBD Preamble, Article 8(j).

²⁴ ITPGR Preamble, Article 9.

เกษตรกรในประเทศกำลังพัฒนามาโดยตลอดเพื่อเป็นตัวแทนของความอุดมสมบูรณ์ของสรรพชีวิตที่ดำรงอยู่โดยต้องพึ่งพาอาศัยพืช

ความสัมพันธ์ระหว่างเมล็ดพันธุ์พืชกับวิถีชีวิตของเกษตรกรดังกล่าว ทำให้เกษตรกรให้ความเคารพต่อเมล็ดพันธุ์ในฐานะเป็นตัวแทนของชีวิต เกษตรกรจึงอนุรักษ์และพัฒนาพันธุ์พืชทั้งในฐานะเป็นแหล่งอาหาร และเป็นสัญลักษณ์แห่งชีวิต การที่ระบบกฎหมายเฉพาะยังคงรักษารูปแบบวิถีชีวิตแบบดั้งเดิมของเกษตรกรต่อไป ส่งผลให้กระบวนการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชยังดำรงอยู่ต่อไปเช่นกัน เมื่อประกอบกับรูปแบบการใช้ประโยชน์จากเมล็ดพันธุ์และพันธุ์พืชตามวิถีชีวิตของเกษตรกร ที่ช่วยเหลือพึ่งพากันและกัน มีการแลกเปลี่ยนเมล็ดพันธุ์ตลอดจนความรู้เกี่ยวกับพันธุ์พืชดังกล่าวทั้งในระหว่างสมาชิกในชุมชน และต่างชุมชน ทำให้พันธุ์พืชเกิดความหลากหลายจากการปรับตัวให้เข้ากับสภาพแวดล้อมและระบบนิเวศที่แตกต่างกันออกไป การยอมรับบทบาทของเกษตรกรในการสร้างสรรค์ความหลากหลายของพันธุ์พืชดังกล่าวจึงเป็นสิ่งชอบธรรมเพราะเป็นการแสดงออกถึงความเคารพต่อสติปัญญาและความคิดสร้างสรรค์ของเกษตรกรที่มีต่อทรัพยากรพันธุกรรมพืช

(ข) การให้สิทธิเกษตรกรควบคุมการเข้าถึง และได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช

การที่สิทธิของเกษตรกรเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชจะได้รับการปกป้อง ระบบกฎหมายเฉพาะจะต้องมีมาตรการ หรือกลไกควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม เพื่อป้องกันมิให้มีการลักลอบนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้โดยปราศจากการรับรู้ของเกษตรกร หลักการควบคุมการเข้าถึงนี้ปรากฏทั้งใน CBD²⁵ และ ITPGR²⁶ ที่ประชุมสมาชิก CBD ได้แต่งตั้งคณะทำงานเฉพาะกิจขึ้นคณะหนึ่งเพื่อให้ยกร่างแนวปฏิบัติในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม และการแบ่งปันผลประโยชน์ โดยเฉพาะในประเด็นเงื่อนไขที่ต้องได้รับความยินยอมล่วงหน้า และเงื่อนไขที่ต้องเห็นชอบร่วมกัน บทบาท ความรับผิดชอบ ตลอดจนการมีส่วนร่วมของผู้มีส่วนได้เสียทั้งหลาย เงื่อนไขที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์ในสภาพธรรมชาติ และนอกสภาพธรรมชาติ และการใช้อย่างยั่งยืน กลไกในการแบ่งปันผลประโยชน์ วิธีการที่ทำให้ภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือนวัตกรรมของชุมชนท้องถิ่นได้รับการเคารพ และอนุรักษ์ไว้

²⁵ CBD, Article 15.

²⁶ ITPGR, Article 12.

แนวปฏิบัติที่คณะทำงาน ยกร่างขึ้นได้รับการยอมรับจากภาคีสมาชิกเมื่อครั้งการประชุมที่กรุงบอนน์ ประเทศเยอรมันในปี ค.ศ.2001 และเรียกแนวปฏิบัตินี้ว่า “แนวปฏิบัติกรุงบอนน์ว่าด้วยการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม และการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมจากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรม” (Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization) หรือเรียกย่อว่า “แนวปฏิบัติกรุงบอนน์” (Bonn Guidelines)

ภายใต้หลักการในข้อนี้ สิทธิที่เกษตรกรจะได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชนี้ มิได้จำกัดเฉพาะผลประโยชน์ที่เป็นเงินเท่านั้น (Monetary Benefit) แต่ยังรวมถึงผลประโยชน์อื่นที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงิน (Non-monetary Benefit) อีกด้วย ดังนั้น เกษตรกรจึงมีสิทธิเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีและข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม เพื่อให้เกษตรกรสามารถนำไปใช้ตามที่เห็นว่าเหมาะสมกับรูปแบบการทำเกษตรของเกษตรกรเอง ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงรายละเอียดของการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ต่อไป

ผู้เขียนเห็นว่า สิทธิในการควบคุมการเข้าถึง และการแบ่งปันผลประโยชน์นี้ จะนำไปสู่การคุ้มครองสิทธิต่อเนื่องอื่นๆ เช่น สิทธิในการจำหน่ายผลผลิตโดยไม่ถูกกระทบจากระบบตลาดเสรี สิทธิในการมีส่วนร่วมกำหนดนโยบายด้านการเกษตร ซึ่งมีผลกระทบต่อเกษตรกร และสิทธิได้รับแจ้งเตือนถึงอันตราย หรือผลกระทบที่อาจเกิดแก่เกษตรกร หรือวิถีชีวิตของเกษตรกรอีกด้วย

การให้เกษตรกรมีสิทธิในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืช และได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้น ผู้เขียนเห็นว่าจะมีส่วนในการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช ดังนี้

1. การให้สิทธิในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นการแสดงออกถึงความเคารพต่อสิทธิของเกษตรกรที่มีเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืช เท่ากับเป็นการยอมรับว่าเกษตรกรมีส่วนในการอนุรักษ์ และพัฒนาทรัพยากรดังกล่าว ทำให้กระบวนการในการอนุรักษ์ พัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชโดยชุมชนเกษตรกรยังคงดำเนินต่อไป เมื่อกระบวนการดังกล่าวยังดำรงอยู่ได้ความหลากหลายของทรัพยากรพันธุกรรมพืชก็ยังคงได้รับการอนุรักษ์และพัฒนาต่อไป

2. การให้สิทธิเกษตรกรได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์จะทำให้เกษตรกรได้รับตอบแทนจากการทุ่มเทอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืช แม้โดยหลักแล้วเกษตรกรจะได้ทำลงเพื่อหวังผลประโยชน์ตอบแทนก็ตาม แต่ภายใต้เทคโนโลยีสมัยใหม่ที่นำทรัพยากรพันธุกรรมพืชของ

เกษตรกรไปใช้และสร้างผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจอย่างมหาศาล การตอบแทนแก่เกษตรกรจึงเป็นสิ่งชอบธรรม และเป็นการแสดงออกในเชิงสัญลักษณ์ของการยอมรับบทบาท และความสำคัญ ของกระบวนการของเกษตรกร ทำให้เกษตรกรมีความภาคภูมิใจในผลงานการสร้างสรรค์พันธุ์พืช ต่างๆ ซึ่งจะย้อนกลับมาผลักดันให้เกษตรกรเร่งอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชต่อไป

(ค) การให้สิทธิเกษตรกรคงรูปแบบวิถีเกษตรกรรมแบบดั้งเดิม

รูปแบบของเกษตรกรรมแผนใหม่ที่เน้นพันธุ์พืชชนิดเดียวที่ให้ผลผลิตสูง เพื่อเป้าหมายการส่งออก ซึ่งต้องใช้ควบคู่กับการใช้ปุ๋ยเคมี สารเคมีกำจัดศัตรูพืช เครื่องจักรทาง การเกษตร และใช้พื้นที่เพาะปลูกขนาดใหญ่ ได้ทำลายความหลากหลายของพันธุ์พืชที่เกษตรกรได้ สืบส่งมา รวมทั้งเปลี่ยนแปลงวิถีชีวิตของเกษตรกร ประเพณีการลงแขกซึ่งเน้นการช่วยเหลือพึ่งพา กันและกันโดยอาศัยพันธุ์พืชที่หลากหลายสูญหายไปเพราะระยะเวลาที่ผลผลิตพร้อมเก็บเกี่ยว เป็นเวลาเดียวกัน ทำให้ต้องใช้เครื่องจักรเก็บเกี่ยวแทน ซึ่งตรงข้ามกับรูปแบบ และจารีตประเพณี ของเกษตรกรตามวิถีเกษตรกรรมแบบดั้งเดิม ที่อนุรักษ์ และพัฒนาพันธุ์พืชโดยเน้นความสอดคล้อง กับสภาพแวดล้อมและระบบนิเวศ การแลกเปลี่ยนเมล็ดพันธุ์ และความรู้เกี่ยวกับการเพาะปลูก การคัดแยก การบำรุงรักษา การเก็บเกี่ยว ล้วนแล้วแต่นำมาซึ่งความหลากหลายของพันธุ์พืช ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การที่จะให้เกษตรกรยังคงทำหน้าที่อนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชต่อไป อย่างมีประสิทธิภาพดังเช่นในอดีต ระบบกฎหมายเฉพาะจึงต้องให้เกษตรกรยังคงดำรงรูปแบบวิถี เกษตรกรรมแบบดั้งเดิมของตนไว้ต่อไป ซึ่งจะรวมถึงสิทธิของเกษตรกรในการใช้เมล็ดพันธุ์ดั้งเดิม โดยเกษตรกรมีสิทธิที่จะปฏิเสธการใช้พันธุ์พืชสมัยใหม่ รวมทั้งมีสิทธิในการใช้พื้นที่เพื่อทำ เกษตรกรรมในรูปแบบดั้งเดิม

จากลักษณะของสิทธิเกษตรกรทั้งสามประการข้างต้น ผู้เขียนพบว่ามี ความแตกต่าง จากสิทธิของนวัตกรรม และนักปรับปรุงพันธุ์พืชภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญา ดังนี้

1. สิทธิเกษตรกรจะยอมรับ และให้ความสำคัญของชุมชน หมู่คณะมากกว่าจะเน้นปัจเจกบุคคล (Individual) ดังเช่นสิทธิของนวัตกรรม และสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชในระบบทรัพย์สินทางปัญญา โดยให้ความสำคัญกับกระบวนการทางสังคม (Social Processes) ที่สมาชิกในสังคม หรือชุมชนได้ช่วยเหลือเกื้อกูลต่อกัน เพื่อให้สังคมหรือชุมชนดำรงอยู่ได้โดยสอดคล้องกับระบบนิเวศและสิ่งแวดล้อมในชุมชนนั้น

2. ภายใต้กระบวนการทางสังคมผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นมิได้แยกแยะอย่างเด็ดขาดว่าเป็นผลที่เกิดจากปัจเจกบุคคลใดโดยตรง แต่ถือเป็นสิ่งที่เกิดจากสมาชิกในชุมชนร่วมกัน แม้ในแต่ละขั้นตอนจะมีปัจเจกบุคคลเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้อง ปัจเจกบุคคลนั้นก็มิได้มีทัศนคติต่อผลลัพธ์ที่เกิดขึ้น

ว่าเป็นทรัพย์สินส่วนตัว (Private Property) ที่จะหวงกัน แต่จะถือว่าเป็นผลลัพท์ที่เกิดจากหน้าที่ที่สมาชิกในชุมชนต้องทำเพื่อตอบสนองต่อธรรมชาติ ซึ่งจะย้อนกลับมาเป็นประโยชน์ต่อชุมชนที่ปัจเจกบุคคลนั้นเป็นสมาชิกอยู่นั่นเอง ซึ่งต่างจากสิทธิของนวัตกร และสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชในระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่เน้นและให้ความสำคัญกับปัจเจกบุคคล และทรัพย์สินเอกชนทำให้นวัตกร หรือนักปรับปรุงพันธุ์พืชเกิดความคิดหวงกันสิ่งประดิษฐ์ หรือพันธุ์พืชใหม่เป็นของตนเอง เพื่อใช้สร้างผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจต่อไป

3. สิทธิเกษตรกรจะมีทัศนะว่าเกษตรกรในฐานะที่เป็นสมาชิกของชุมชนเป็นองค์ประกอบหนึ่งในธรรมชาติเท่าเทียมกับสิ่งมีชีวิต และไม่มีชีวิตอื่นๆ เช่น สัตว์ป่า พืช ต้นไม้ ดิน น้ำ หรือก้อนหิน เป็นต้น การดำรงชีวิต ตลอดจนกิจกรรมต่างๆ ของเกษตรกรจึงต้องระมัดระวังไม่ให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งมีชีวิตและไม่มีชีวิตที่อยู่ในธรรมชาติเดียวกัน เพราะการเกิดผลกระทบต่อสิ่งใดสิ่งหนึ่งในระบบธรรมชาติเดียวกันย่อมส่งผลย้อนกลับมาสู่มนุษย์ได้ด้วยเช่นกัน วิธีชีวิตและกิจกรรมของเกษตรกรจึงเกิดขึ้นภายใต้การเคารพต่อธรรมชาติ และสิ่งอื่นๆ ที่มีอยู่ในธรรมชาติ ซึ่งต่างจากทัศนะของนวัตกร หรือนักปรับปรุงพันธุ์พืชภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่ให้ความสำคัญกับมนุษย์ (Anthropocentric) อยู่เหนือธรรมชาติ และพยายามหาทางเอาชนะธรรมชาติ เพื่อนำธรรมชาติมาเป็นประโยชน์กับมนุษย์ให้มากที่สุด

(2) เปรียบเทียบสิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights) กับสิทธิพิเศษของเกษตรกร (Farmers' Privilege) ในระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช

สิทธิเกษตรกรจะคุ้มครองการสร้างสรรคทางปัญญาในรูปแบบการสร้างสรรคอย่างไม่เป็นทางการของเกษตรกรทำนองเดียวกับการคุ้มครองการสร้างสรรคของนวัตกรในระบบสิทธิทรัพย์สินทางปัญญา ดังนั้นก่อนที่จะพิจารณาเปรียบเทียบกับสิทธิพิเศษของเกษตรกร (Farmers' Privilege) จึงควรพิจารณาก่อนว่าสิทธิเกษตรกรเหมือนกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่า แม้สิทธิเกษตรกรและสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาต่างก็คุ้มครองความคิดสร้างสรรค์ที่เกิดจากสติปัญญาของมนุษย์เช่นเดียวกัน แต่สิทธิเกษตรกรก็มีความแตกต่างจากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ดังนี้

1. แม้การคุ้มครองสิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights) จะเป็นการคุ้มครองความคิดสร้างสรรค์ของเกษตรกรคล้ายคลึงกับการคุ้มครองความคิดสร้างสรรค์ภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญา แต่สิทธิเกษตรกรไม่ได้อ้างสิทธิผูกขาดเหนือทรัพยากรพันธุกรรมในมิติของทรัพย์สินเอกชน (Private Property) ตามแนวคิดของตะวันตก ซึ่งให้ความสำคัญกับมนุษย์เหนือสิ่งอื่นในธรรมชาติ ตามแนวคิดให้มนุษย์เป็นศูนย์กลาง (Anthropocentric) แต่สิทธิเกษตรกรจะเป็นสิทธิร่วมกัน

(Collective Rights) ของชุมชนมิใช่สิทธิของปัจเจกบุคคล และเป็นสิทธิที่สอดคล้องกับสิทธิชุมชน (Community Rights) สิทธิเกษตรกรจึงครอบคลุมมิติด้านเวลาทั้งอดีต ปัจจุบัน และอนาคต²⁷ สิทธิเกษตรกรจะไม่เป็นเครื่องมือเพื่ออ้างสิทธิครอบครอง หรือผูกขาดทรัพยากรธรรมชาติ แต่การคุ้มครองสิทธิเกษตรกรจะเป็นกลไกที่แสดงถึงการยอมรับบทบาท และความสำคัญของเกษตรกรในการอนุรักษ์ และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรม และเป็นเครื่องมือให้เกษตรกรสามารถอ้างความหลากหลายของทรัพยากรชีวภาพไว้ได้ต่อไป

2. วัตถุประสงค์ของการคุ้มครองของสิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights) จะคุ้มครองกระบวนการปรับปรุงพันธุ์ของเกษตรกรที่ขาดความเป็นระบบระเบียบ (Unsystematic Breeding) โดยจะให้ความสำคัญกับการอนุรักษ์พันธุ์พืชของเกษตรกรและเน้นการรักษาวัฒนธรรมเกษตรกรรมดั้งเดิมไว้มากกว่าการเน้นที่ปริมาณผลผลิต²⁸ และให้ความสำคัญกับการร่วมมือกันของสมาชิกในชุมชนมากกว่าปัจเจกบุคคล ซึ่งต่างจากสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชที่เน้นคุ้มครองกรรมวิธีปรับปรุงพันธุ์ที่เป็นระบบระเบียบ (Systematic Breeding) ให้ความสำคัญกับการปรับปรุงพันธุ์ที่ทำให้ได้ผลผลิตมาก หรือมีคุณภาพดีขึ้น และเน้นประโยชน์ที่จะตกได้แก่นักปรับปรุงพันธุ์พืชในฐานะปัจเจกบุคคล

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ สิทธิสำคัญประการหนึ่งของสิทธิเกษตรกร คือ สิทธิเก็บเมล็ดพันธุ์จากแปลงปลูกของตนเองไว้ใช้ต่อไป (Farm-save-seed) ซึ่ง “สิทธิพิเศษของเกษตรกร” (Farmers' Privilege) ของระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชของ UPOV ก็กำหนดสิทธินี้ไว้ด้วยเช่นกัน ปัญหาที่ต้องพิจารณาคือ สิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights) ในการเก็บเมล็ดพันธุ์ในระบบกฎหมายเฉพาะคล้ายคลึง หรือแตกต่างจากสิทธิพิเศษของเกษตรกร (Farmers' Privilege) ในการเก็บเมล็ดพันธุ์ของระบบ UPOV อย่างไร

ผู้เขียนเห็นว่าในประเด็นนี้สิทธิเกษตรกรต่างจากสิทธิพิเศษของเกษตรกร ทั้งด้านแนวคิดพื้นฐาน และขอบเขต ดังนี้

1. สิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights) จะมีได้จำกัดอยู่เฉพาะสิทธิในการเก็บเมล็ดพันธุ์จากแปลงปลูกของตนเองไว้ในฤดูเพาะปลูกถัดไป (Farm-save-seed) ตามที่กำหนดในสิทธิพิเศษของเกษตรกร (Farmers' Privilege) ซึ่งเป็นการมองแต่เพียงมิติผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของนักปรับปรุงพันธุ์เท่านั้น แต่สิทธิเกษตรกรจะมุ่งที่การรักษาวิถีชีวิต ตลอดจนจารีตประเพณี

²⁷ Graham Dutfield, *Intellectual Property Rights, Trade and Biotechnology*, (London: Earthscan Publication Ltd., 2000), pp.102-103.

²⁸ Svanhild-Isabelle Bjørnstad, *supra note 9*, p.44.

ของเกษตรกร โดยให้สิทธิเกษตรกรจำหน่าย แลกเปลี่ยนเมล็ดพันธุ์กับเกษตรกรอื่นตามประเพณี หรือวิถีชีวิตของเกษตรกร การให้สิทธิเช่นนี้เท่ากับการยอมรับบทบาทและความสำคัญของเกษตรกรในการพัฒนา และอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมนั่นเอง แสดงให้เห็นว่าการคุ้มครองสิทธิเกษตรกรในการใช้ประโยชน์จากเมล็ดพันธุ์จะพิจารณาในมิติทางสังคมที่มีความหลากหลายกว่า จะมีได้พิจารณาแต่เพียงผลกระทบต่อผลประโยชน์ของนักปรับปรุงพันธุ์พืช ซึ่งเป็นมิติทางเศรษฐกิจเพียงมิติเดียว

2. ในระบบกฎหมายเฉพาะ สิทธิเกษตรกรในการใช้ประโยชน์จากเมล็ดพันธุ์ที่ได้จากการเพาะปลูกของเกษตรกรเอง ถือเป็นสิทธิหลักที่สำคัญของวิถีชีวิตเกษตรกร เป็นสิทธิที่เกษตรกรพึงต้องมีอยู่โดยแท้ (Inherent Right) เนื่องจากเป็นประโยชน์มิใช่แต่เพียงต่อเกษตรกรเองเท่านั้น แต่ยังมีผลถึงระบบนิเวศ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ สิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights) จึงมิใช่เป็นสิทธิที่เป็นเพียงข้อยกเว้น ดังเช่นที่สิทธิพิเศษของเกษตรกร (Farmers' Privilege) เป็นเพียงข้อยกเว้นของสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช และการใช้สิทธิพิเศษของเกษตรกร (Farmers' Privilege) ยังต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดบางประการอีกด้วย เช่น การจำกัดปริมาณที่จะเก็บไว้ใช้ การกำหนดให้ต้องใช้ด้วยตนเอง การกำหนดห้ามจำหน่ายแก่ผู้อื่นนำไปเพาะปลูกเพื่อเก็บเมล็ดพันธุ์ มีข้อสังเกตว่ากฎหมายของประเทศอินเดียแม้จะรับรองสิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights) แต่ก็ห้ามเกษตรกรจำหน่ายเมล็ดพันธุ์โดยบรรจุในหีบห่อที่ระบุว่าเป็นเมล็ดพันธุ์คุ้มครอง (Branded Seed)²⁹ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นความพยายามถ่วงดุลสิทธิของฝ่ายต่าง ๆ

แม้ว่าการคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชจะแตกต่างจากการคุ้มครองสิทธิเกษตรกรในระบบกฎหมายเฉพาะ แต่ผู้เขียนเห็นว่า เกษตรกร และนักปรับปรุงพันธุ์พืชต่างก็มีส่วนร่วมในกระบวนการพัฒนาและปรับปรุงพันธุ์พืช แม้แนวคิดพื้นฐานของสิทธิทั้งสองประการจะแตกต่างกัน แต่ในบางด้านก็อาจเสริมซึ่งกันและกันได้ เช่น การแลกเปลี่ยนองค์ความรู้ในการปรับปรุงพันธุ์พืชระหว่างเกษตรกรและนักปรับปรุงพันธุ์พืช เป็นต้น และสิทธิทั้งสองประการอาจดำรงอยู่ร่วมกันได้ เช่น ให้เกษตรกรยังคงมีสิทธิเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่เป็นวัตถุดิบที่นักปรับปรุงพันธุ์พืชนำมาใช้ในการปรับปรุงพันธุ์ ส่วนนักปรับปรุงพันธุ์พืชจะได้รับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเหนือพันธุ์พืชที่ปรับปรุง³⁰ การนำพันธุ์พืชของเกษตรกรไปใช้ในการปรับปรุงพันธุ์จะต้องได้รับความยินยอมและแบ่งปันผลประโยชน์แก่เกษตรกร หรือชุมชน พันธุ์พืชใหม่ที่จะได้รับความ

²⁹ The Protection of Plant Varieties and Farmer's Rights, 2001, Section 39(1)(iv).

³⁰ Svanhild-Isabelle Bjørnstad, *supra* note 9, p.44.

คุ้มครองจะต้องไม่เป็นอันตรายต่อระบบนิเวศ และสิ่งแวดล้อม เช่น ไม่เป็นพันธุ์พืชที่ปรับปรุงพันธุ์ด้วยการตัดแต่งพันธุกรรม หรือใช้เทคโนโลยียีนหมุน (GUTRs) เป็นต้น และการใช้สิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชจะต้องไม่กระทบต่อการใช้พันธุ์พืชของเกษตรกร และการใช้สิทธิเกษตรกรจะต้องไม่ลบล้างผลประโยชน์ของนักปรับปรุงพันธุ์พืช ผู้เขียนเห็นด้วยในหลักการว่าการคุ้มครองสิทธิทั้งสองประเภทพร้อมกันมีความเป็นไปได้ และเป็นระบบสิทธิเชิงซ้อนนั่นเอง แต่อาจมีความยุ่งยากกรณีการใช้สิทธิที่ทับซ้อนกัน แต่ผู้เขียนเห็นว่า หากจัดลำดับชั้นของสิทธิให้ชัดเจนก็จะลดปัญหาดังกล่าวลงได้ ตัวอย่างที่น่าสนใจในกรณีนี้ได้แก่ กฎหมายของประเทศอินเดียกำหนดให้การรับจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่ที่ปรับปรุงขึ้นโดยใช้พันธุ์พืชของเกษตรกร (Farmers' Varieties) เป็นพันธุ์พืชดั้งเดิม และพันธุ์พืชที่ปรับปรุงขึ้นใหม่ยังคงลักษณะสำคัญของพันธุ์พืชดั้งเดิมอยู่ (EDVs) จะต้องได้รับความยินยอมจากเกษตรกรก่อน³¹ หรือกรณีก่อนการรับจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่ ชุมชนท้องถิ่นอาจยื่นคำร้องต่อหน่วยงานของรัฐเพื่อให้กำหนดส่วนแบ่งผลประโยชน์แก่ชุมชน จากการที่ชุมชน หรือสมาชิกในชุมชนมีส่วนช่วยในการอนุรักษ์และพัฒนาพันธุกรรมพืชที่นำมาใช้ในการปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ก็ได้³² ลักษณะเช่นนี้แสดงออกถึงการยอมรับสิทธิของชุมชนเหนือทรัพยากรพันธุกรรม กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการยอมรับบทบาทการสร้างสรรค์อย่างไม่เป็นทางการ (Informal Invention) ของเกษตรกร ผู้เขียนเห็นว่าสิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights) เป็นสิทธิที่ต้องได้รับการยอมรับและคุ้มครองเพื่อความเป็นธรรมและเท่าเทียม อันจะช่วยสร้างแรงจูงใจแก่เกษตรกรในการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชต่อไป สิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights) เป็นสิทธิในตัวเองโดยแท้ (Inherent Rights per se) ของเกษตรกรทำนองเดียวกับสิทธิในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ มิใช่สิทธิที่ก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมายดังเช่นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

1.2 การควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืช

ก่อนจะกล่าวถึงการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้น ผู้เขียนเห็นควรที่จะพิจารณารูปแบบของการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชก่อน รูปแบบการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้นอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

³¹ The Protection of Plant Varieties and Farmers' Rights Act, 2001, Section 43.

³² The Protection of Plant Varieties and Farmers' Rights Act, 2001, Section 41.

1. การเข้าถึงโดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า (Access for Non-commercial Purpose) ได้แก่ การสำรวจทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อการวิจัยทางวิชาการโดยสถาบันการศึกษา หรือหน่วยงานรัฐบาล การเข้าถึงในกรณีนี้ยังอาจแบ่งเป็นการสำรวจโดยมิได้นำทรัพยากรพันธุกรรมออกมา เช่น การสำรวจเพียงเพื่อกำหนดชนิดพันธุกรรม หรือการวิเคราะห์ความสัมพันธ์ของพันธุกรรมที่อยู่ภายใต้สิ่งแวดล้อมหนึ่งๆ หรืออาจเป็นการสำรวจที่ต้องนำทรัพยากรพันธุกรรมออกมาก็ได้ เช่น การสำรวจเพื่อรวบรวมและจัดทำทะเบียนเกี่ยวกับพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้อง การรวบรวมในลักษณะนี้แม้จะนำไปใช้ประโยชน์ในทางการค้าได้ภายหลัง แต่วัตถุประสงค์เบื้องต้นของการรวบรวมนดังกล่าวไม่ได้มีวัตถุประสงค์ทางการค้า

2. การเข้าถึงโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า (Access for Commercial Purpose) การเข้าถึงในกรณีนี้อาจแยกเป็นการเข้าถึงภูมิปัญญาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม เช่น การสำรวจภูมิปัญญาเกี่ยวกับชนิด หรือวิธีการปลูก การเก็บ การรักษา และการใช้พืชสมุนไพร หรืออาจเป็นการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยตรง เช่น การสำรวจทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อหาสารที่ออกฤทธิ์ทางยาในพืชสมุนไพร เป็นต้น โดยวัตถุประสงค์ของการเข้าถึงเพื่อนำทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องไปแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ โดยอาจเป็นการนำทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาไปใช้ประโยชน์โดยตรง หรืออาจใช้เป็นวัตถุดิบ หรือความรู้เบื้องต้นในการพัฒนาต่อยอดต่อไปก็ได้

การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเป็นปัจจัยแรกที่จะทำให้ให้นักสำรวจสามารถนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ประโยชน์ CBD ไม่ได้ให้ความหมายของคำว่า “การเข้าถึง” ไว้ แต่ผู้เขียนเห็นว่า “การเข้าถึง” หมายถึง “การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม แหล่งของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม โดยเป็นการเข้าถึงเพื่อศึกษา สำรวจ เก็บตัวอย่าง หรือจัดทำทะเบียนทรัพยากรพันธุกรรม และรวมถึงการเข้าถึงข้อมูลทางพันธุกรรมที่มีผู้ศึกษารวบรวมไว้ด้วย”

ประเด็นที่ต้องพิจารณาเป็นประการแรก คือ เพราะเหตุใดจึงต้องควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืช

ผู้เขียนเห็นว่า การควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชมีเหตุผลดังนี้

1. การควบคุมการเข้าถึงในฐานะเป็นการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติ โดยที่รัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่ในดินแดนของตน การควบคุมการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจึงเป็นการใช้อำนาจอรัฐเพื่อบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ

CBD ก็กำหนดให้การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศภาคี และอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศภาคีนั้นๆ³³ ผู้ประสงค์จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจึงต้องให้ความเคารพต่อสิทธิอธิปไตยของรัฐผู้เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม แต่ประเทศภาคีจะต้องอำนวยความสะดวกแก่ประเทศภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม และจะต้องไม่กำหนดเงื่อนไขหรือข้อจำกัดที่ขัดต่อวัตถุประสงค์ของ CBD³⁴ การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและเกษตรตาม ITPGR ก็กำหนดให้ประเทศภาคีต้องอำนวยความสะดวกในการเข้าถึงเช่นกัน³⁵ ผู้เข้าถึงต้องปฏิบัติตามความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องของแต่ละประเทศ³⁶ ประเทศกำลังพัฒนาจึงสามารถใช้มาตรการควบคุมการเข้าถึงเพื่อคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชในประเทศของตนได้

2. การควบคุมการเข้าถึงในฐานะสัญลักษณ์แห่งการยอมรับสิทธิเกษตรกร แม้ CBD/ITPGR จะกำหนดให้รัฐเป็นผู้มีอำนาจในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชก็ตาม แต่กลไกควบคุมการเข้าถึงประการหนึ่ง คือ การได้รับความยินยอม (PIC) จากเกษตรกร หรือชุมชนที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมนั้น ซึ่งเป็นการแสดงออกถึงการยอมรับบทบาท และความสำคัญของเกษตรกรที่มีส่วนในการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืช ประเทศกำลังพัฒนาจึงสามารถใช้มาตรการนี้เพื่อให้มีการบังคับใช้สิทธิเกษตรกรอย่างจริงจัง

3. การควบคุมการเข้าถึงในฐานะเป็นกลไกของการแบ่งปันผลประโยชน์ ภายใต้หลักการของระบบกฎหมายเฉพาะ (*sui generis system*) การแบ่งปันผลประโยชน์เป็นหลักการสำคัญประการหนึ่ง การกำหนดเงื่อนไขเพื่อควบคุมการเข้าถึงจะเป็นมาตรการที่ทำให้หลักการแบ่งปันผลประโยชน์มีประสิทธิภาพ เมื่อผลประโยชน์ตกกลับไปยังเกษตรกร หรือชุมชนเกษตรกร ย่อมส่งเสริมสนับสนุนให้การอนุรักษ์ และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชโดยชุมชนดำรงอยู่ต่อไป

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ มาตรการทางกฎหมายภายใต้หลักการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้นมีกี่ประเภท มีรายละเอียดอย่างไรและจะมีผลต่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชอย่างไร

³³ CBD. Article 15.1.

³⁴ CBD. Article 15.2.

³⁵ ITPGR. Article 12.1.

³⁶ ITPGR. Article 12.3(f).

การควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมมีมาตรการสำคัญ 2 ประการ คือ การได้รับความยินยอมจากประเทศที่เป็นแหล่งทรัพยากรพันธุกรรมก่อนการเข้าถึง (PIC) และในการขออนุญาตเข้าถึงนั้นจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่ตกลงร่วมกัน (Mutually Agreed Terms) ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

(1) การให้ความยินยอมล่วงหน้า (Prior Inform Consent)

การได้รับความยินยอมล่วงหน้าถือเป็นมาตรการหลักในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม โดยก่อนจะมีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ผู้ขอเข้าถึงต้องแจ้งให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมทราบล่วงหน้าก่อน³⁷ เพื่อให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมพิจารณาข้อมูลต่างๆ ที่ผู้ขอเข้าถึงยื่นเพื่อประกอบการพิจารณา³⁸ หากไม่เห็นสมควรประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมอาจไม่อนุญาตให้มีการเข้าถึงได้ และทำให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีอำนาจในการต่อรองเพื่อกำหนดเงื่อนไขในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ โดยเฉพาะการต่อรองการแบ่งปันผลประโยชน์ ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

การพิจารณาให้ความยินยอมในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้น ผู้เขียนเห็นว่า มีประเด็นต้องพิจารณาดังต่อไปนี้

1. ข้อพิจารณาในการอนุญาต การพิจารณาเพื่ออนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้น ผู้เขียนเห็นว่าประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ควรต้องพิจารณาอย่างรอบคอบในประเด็นที่เกี่ยวกับรูปแบบ และวัตถุประสงค์ในการเข้าถึง ลักษณะการใช้ประโยชน์³⁹ การขอ

³⁷ CBD, Article 15.5.

³⁸ หลักการยินยอมล่วงหน้านี้เป็นหลักการเดียวกับที่กำหนดในอนุสัญญาบาเซล (Convention on the Control of Transboundary Movement of Hazardous Waste and their Disposal) Article 6.3 “The State of export shall not allow the generator or exporter to commence the transboundary movements until it has received written confirmation that (a) notifier has received the written consent of the State of import...”.

³⁹ CBD, Article 15.2 กำหนดให้การเข้าถึงต้องเป็นไปเพื่อการใช้ประโยชน์อย่างเหมาะสมต่อสิ่งแวดล้อม; ITPGR Article 12.3(a) กำหนดให้ต้องเป็นการเข้าถึงเพื่อการวิจัยปรับปรุงพันธุ์พืช หรือเพื่อการฝึกอบรม (Training) เกี่ยวกับอาหารและเกษตรกรรมเท่านั้น ไม่รวมถึงการเข้าถึงเพื่อนำไปใช้เป็นเคมีภัณฑ์ เกษษภัณฑ์ หรือการใช้เพื่อการอื่นที่มีใช้อุตสาหกรรมอาหารหรืออาหารสัตว์ (Non-food/feed industrial uses).

คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา⁴⁰ ผลกระทบต่อสภาพแวดล้อม และการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม จำนวน และรูปแบบของส่วนแบ่งผลประโยชน์ รวมทั้งวิธีการชำระส่วนแบ่งผลประโยชน์ดังกล่าว

ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีสิทธิกำหนดหลักเกณฑ์ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของตนภายใต้หลักสิทธิอธิปไตยของรัฐ และในการพิจารณาอนุญาตประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีสิทธิปฏิเสธไม่อนุญาตให้เข้าถึง หากพิจารณาแล้วเห็นว่าก่อให้เกิดประโยชน์ต่อประเทศเพียงเล็กน้อย หรือเป็นการใช้ประโยชน์โดยไม่เหมาะสม หรือกระทบต่อสิ่งแวดล้อม

ผู้เขียนพบว่า ข้อตกลงในระดับภูมิภาคหลายฉบับ เช่น Andean Pact Decision 391 on the Common Regime on Access to Genetic Resources (ต่อไปเรียก Andean Pact Decision 391), The Draft Central American Agreement on Access to Genetic Resources and Bio-Chemicals and related Traditional Knowledge (ต่อไปเรียก Draft Central American Agreement), The Draft ASEAN Framework Agreement on Access to Biological and Genetic Resources (ต่อไปเรียก Draft ASEAN Agreement) หรือ African Model Law ต่างก็ใช้การได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากหน่วยงานภายในประเทศเป็นเงื่อนไขในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม โดยกำหนดให้ระบุรายละเอียดของผู้ขอเข้าถึง ข้อมูลเกี่ยวกับความร่วมมือกับหน่วยงานหรือบุคคลท้องถิ่นในประเทศที่จะขอเข้าถึง พื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่เป็นแหล่งที่ตั้งของทรัพยากรพันธุกรรม ข้อตกลงบางฉบับได้กำหนดกระบวนการ หรือขั้นตอนที่ชนพื้นเมือง หรือชุมชนท้องถิ่นเข้ามีส่วนเกี่ยวข้องในการให้ความยินยอมล่วงหน้าด้วย⁴¹ มีข้อสังเกตว่าใน Draft Central

⁴⁰ CBD ไม่ได้กล่าวถึงประเด็นการขอรับทรัพย์สินทางปัญญาในทรัพยากรพันธุกรรมที่ขออนุญาตเข้าถึง แต่ในสัญญาตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ ประเทศผู้อนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมอาจเจรจาในประเด็นการขอคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเหนือนวัตกรรมที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นก็ได้ ส่วนใน ITPGR Article 12.3(d) ห้ามผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนำขอรับสิทธิทรัพย์สินทางปัญญา หรืออ้างสิทธิใดๆเหนือส่วนที่เป็นพันธุกรรม (genetic parts) หรือองค์ประกอบของพันธุกรรม (their components) ในสภาพเดียวกับที่ได้รับมา (in the form received).

⁴¹ โปรดดู Draft ASEAN Agreement, Article 10; Draft Central American Agreement, Article 13 และ African Model Law, Article 5.

American Agreement, Article 21 กำหนดให้หน่วยงานภายในประเทศมีหน้าที่ออกหนังสือรับรองถิ่นกำเนิด (Certificate of Origin) เพื่อรับรองความถูกต้องของการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมด้วย

การให้ชุมชนพื้นเมืองมีส่วนร่วมในการให้ความยินยอมนั้นผู้เขียนเห็นว่าทำให้ชุมชนพื้นเมืองที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมนั้นมีส่วนร่วมในกระบวนการที่บุคคลภายนอกจะนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ประโยชน์ การยอมให้ชุมชนมีส่วนร่วมเป็นวิธีหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงการยอมรับสิทธิชุมชนที่มีอยู่เหนือทรัพยากรพันธุกรรม วิธีนี้ผู้เขียนเห็นว่าจะช่วยทำให้ชุมชนคงบทบาทในการอนุรักษ์ และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชต่อไป

2. หน่วยงานผู้ให้คำอนุญาต การกำหนดเงื่อนไขให้ต้องขออนุญาตก่อนนั้นอาจมีปัญหาว่า หน่วยงานใดควรเป็นผู้รับคำร้องขออนุญาต หน่วยงานใดควรเป็นผู้พิจารณา ชุมชนท้องถิ่นที่เป็นแหล่งทรัพยากรพันธุกรรมที่ต้องการเข้าไปสำรวจควรมีส่วนร่วมในการพิจารณาอย่างไร

ผู้เขียนพบว่า รายละเอียดของการได้รับความยินยอมที่ใช้ในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง ประเทศในกลุ่ม Andean Pact กำหนดให้การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมต้องได้รับอนุญาต และทำสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์กับรัฐบาลกลางเท่านั้น โดยไม่ต้องเสนอรายละเอียดต่อชนพื้นเมือง หรือผู้มีส่วนได้เสีย แต่ในการทำสัญญาต้องทำสัญญากับเจ้าของ หรือหน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้ครอบครองพื้นที่ที่จะเข้าสำรวจ แต่ทั้งนี้สัญญาดังกล่าวต้องไม่ขัดกับข้อตกลงที่ทำไว้กับรัฐบาลกลาง ⁴²

ประเทศอินเดียกำหนดให้ต้องขออนุญาตและทำสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์กับคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะ โดยไม่ต้องขออนุญาตหรือทำสัญญากับเอกชน หรือชุมชนที่เกี่ยวข้อง แต่ก่อนอนุญาตหรือตกลงเงื่อนไขคณะกรรมการจะปรึกษากับชนพื้นเมืองที่เกี่ยวข้องเอง ⁴³ แต่ในประเทศฟิลิปปินส์กำหนดให้ต้องได้รับความยินยอมล่วงหน้าตามจารีตประเพณีของชุมชนที่เกี่ยวข้อง ⁴⁴

⁴² กลุ่มประเทศ Andean Pact ประกอบด้วยประเทศโบลิเวีย โคลัมเบีย เอกวาดอร์ เปรู และเวเนซุเอลา Andean Pact, Common System on Access to Genetic Resources, Decision 391 (July 2, 1996), www.comunidadandina.org/ingles/treaties/dec/d391e.htm (visited June 2005).

⁴³ Biological Diversity Act, 2002 Section 21(1).

⁴⁴ Executive Order 247, Section 2 "... prospecting of biological and genetic resources shall be allowed within the ancestral lands and domains of indigenous

ปัญหาที่ต้องพิจารณา คือ การให้หน่วยงานของรัฐ หรือชุมชนเป็นผู้พิจารณาการเข้าถึง ตลอดจนเป็นคู่สัญญาในข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์นั้น มีข้อดีข้อเสียอย่างไร

การให้หน่วยงานของรัฐเป็นผู้พิจารณาอนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม และ เป็นคู่สัญญาในข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ ผู้เขียนเห็นว่า มีข้อดีคือ เกิดความสะดวกรวดเร็วในการขออนุญาต เพราะไม่ต้องขออนุญาตจากหน่วยงานหลายฝ่าย และในการเจรจาต่อรองส่วนแบ่งผลประโยชน์นั้นรัฐจะมีอำนาจต่อรองมากกว่า และมีประสิทธิภาพกว่า แต่ข้อเสีย คือ หากหน่วยงานของรัฐใช้อำนาจในทางปฏิเสธรการเข้าถึงมากเกินไปจะทำให้เกิดปัญหาการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมน้อยเกินไป (Anti-common)⁴⁵ และการพิจารณาของหน่วยงานของรัฐอาจขัดกับเจตนารมณ์ และผลประโยชน์ของชุมชนท้องถิ่นซึ่งครอบครองพื้นที่ที่มีทรัพยากรพันธุกรรมนั้น

ในทางตรงกันข้ามการกำหนดให้ผู้ขอเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมต้องขออนุญาตจากหลายหน่วยงาน เช่น ต้องขออนุญาตทั้งจากระดับรัฐบาลกลาง และระดับท้องถิ่นโดยต้องให้ชุมชนพื้นเมืองที่เกี่ยวข้องให้ความยินยอมด้วย ก็อาจมีอุปสรรคในกรณีมีหลายหน่วยงานมากเกินไป หรือมีชุมชนท้องถิ่นจำนวนมากที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญา และทำให้ขาดเอกภาพในการพิจารณา

cultural communities only with the prior informed consent of such communities, obtained in accordance with the customary laws of the concerned community"

⁴⁵ การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรน้อยเกินไป (Tragedy of Anti-common) เป็นด้านตรงข้ามกับกรณีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรมากเกินไป (Tragedy of Common) กล่าวคือ กรณีหน่วยงาน หรือองค์กรที่มีอำนาจชี้ขาดในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ใช้สิทธิในทางไม่อนุญาตให้เข้าถึงเป็นส่วนใหญ่ ทำให้เกิดการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมน้อยเกินไป (Tragedy of anti-common) อีกกรณีหนึ่งเป็นกรณีที่ทุกคนสามารถเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้อย่างง่ายดาย ทำให้เกิดการใช้ทรัพยากรมากเกินไป และทำให้ทรัพยากรหมดไป (Tragedy of common) ผู้สนใจรายละเอียดปัญหาการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรน้ำ ในฐานะทรัพยากรธรรมชาติที่เป็นสมบัติสาธารณะ และผลกระทบจากแนวคิดที่ถือว่าน้ำเป็นทรัพย์สินเอกชน ใน วันทนา ศิวะ, สงครามน้ำ. แปลโดย ศิริลักษณ์ มานะวงศ์เจริญ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สวนเงินมีนา, 2546), น.29-48.

กรณีศึกษาที่น่าสนใจ ได้แก่ กรณีการขออนุญาตสำรวจทรัพยากรพันธุกรรมในเมือง Chiapas ประเทศเม็กซิโก ในปี ค.ศ.2001 เพื่อสำรวจพืช และราขนาดเล็ก (Microfungi) ที่มีอยู่ในพื้นที่ของชนเผ่ามายา โครงการนี้เริ่มต้นในปี ค.ศ. 1998 โดยได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากรัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกา ตามกฎหมายของประเทศเม็กซิโกนั้น รัฐบาลของประเทศเม็กซิโกจะออกใบอนุญาตสำรวจให้ได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอม และได้ทำสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์กับเจ้าของ หรือผู้ถือครองที่ดินที่เป็นแหล่งของทรัพยากรพันธุกรรมนั้นก่อน ทีมสำรวจได้เผยแพร่รายละเอียดของโครงการให้กับชนพื้นเมืองทั้งหมดด้วยการจัดประชุม จัดทำละคร ประชาสัมพันธ์ทางวิทยุในภาษาพื้นเมือง ภายในระยะเวลาหนึ่งปีครึ่ง ชุมชนพื้นเมือง 46 จาก 47 แห่งเห็นด้วยกับโครงการ แต่ในที่สุดโครงการนี้ต้องล้มเลิกไปเนื่องจากได้รับการคัดค้านจากสมาพันธ์แพทย์พื้นเมือง (Confederation of Local Healers' Organizations) กรณีนี้แสดงให้เห็นถึงขั้นตอน และความยุ่งยากในการขอความยินยอมจากผู้เกี่ยวข้อง และยังแสดงให้เห็นถึงบทบาทและอิทธิพลภายนอกที่มีเหนือความเห็นชอบของชนพื้นเมืองที่เกี่ยวข้อง⁴⁶

ผู้เขียนเห็นว่า การมีหน่วยงานเพียงหน่วยงานเดียวเป็นผู้รับคำขอและพิจารณาอนุญาต รวมทั้งทำสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์ โดยในการพิจารณาหน่วยงานต้องให้ชุมชนท้องถิ่นและผู้มีส่วนได้เสียเข้าร่วมในการพิจารณา โดยอาจจัดให้มีหน่วยงานระดับท้องถิ่นเป็นผู้จัดประชุมร่วมกันระหว่างชนท้องถิ่นหรือผู้เกี่ยวข้องเพื่อหาข้อยุติ โดยหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ให้คำปรึกษาและแนะนำ โดยเฉพาะในการต่อรองส่วนแบ่งผลประโยชน์ และการกำหนดเงื่อนไขในสัญญา วิธีการเช่นนี้จะทำให้เกิดประสิทธิภาพในการบริหารจัดการ เนื่องจากหน่วยงานรับคำขอมมีหน่วยงานเดียว และได้รับการพิจารณาจากชุมชนท้องถิ่น และผู้มีส่วนได้เสียในคราวเดียว การให้ชุมชนที่เกี่ยวข้องมีส่วนร่วมจะทำให้การพิจารณาข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ไม่มีลักษณะเป็นราชการมากเกินไป และจะเป็นประโยชน์ต่อนโยบายการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชของประเทศกำลังพัฒนา

ปัญหาที่ควรพิจารณาต่อไป คือ ทรัพยากรพันธุกรรมชนิดหนึ่งๆ นั้นอาจปรากฏอยู่ในหลายประเทศ แม้แต่แต่ละประเทศจะใช้อำนาจอธิปไตยของตนเองกำหนดหลักเกณฑ์ในการเข้าถึงได้ตามที่เหมาะสม แต่หากขั้นตอนดังกล่าวยุ่งยากมากเกินไป ผู้ขอเข้าถึงอาจเปลี่ยนไปขอเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเดียวกันที่มีอยู่ในประเทศอื่นก็ได้

⁴⁶ Safrin Sabrina, "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), pp.655-656.

ผู้เขียนเห็นว่าเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาดังกล่าว ประเทศต่างๆ ที่มีทรัพยากรพันธุกรรมคล้ายคลึงกันควรร่วมมือในการวางกฎเกณฑ์การเข้าถึงให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน หรือใกล้เคียงกัน ซึ่งจะทำให้ไม่มีความแตกต่างมากนักในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม และจะช่วยลดปัญหาการขัดแย้งในระหว่างประเทศต่างๆ อีกด้วย การร่วมมือในระดับภูมิภาคเพื่อการบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมพืชจึงได้รับความนิยม และมีการจัดทำข้อตกลงในระดับภูมิภาคเพื่อการนี้ขึ้น หลายฉบับ เช่น Andean Pact Decision 391, Draft Central American Agreement, Draft ASEAN Agreement หรือ African Model Law ดังได้กล่าวแล้วข้างต้น อย่างไรก็ตามแม้ข้อตกลงส่วนใหญ่จะเป็นเพียงร่างข้อตกลงที่ยังไม่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย ยกเว้น Andean Pact decision 391 แต่กรณีของ African Model Law ถือเป็นกฎหมายต้นแบบสำคัญที่หลายประเทศในทวีปแอฟริกานำไปใช้ในการยกร่างกฎหมายภายในของตน โดยเฉพาะประเด็นเกี่ยวกับสิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights) สิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช (Plant Breeders' Rights) และสิทธิชุมชน (Community Rights)⁴⁷

ในขณะที่ระบบให้ความยินยอมเพื่อควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจะเป็นเครื่องมือของประเทศกำลังพัฒนาดังได้กล่าวมาแล้ว แต่ขณะเดียวกันระบบดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ ผู้เขียนเห็นว่าผลกระทบที่อาจจะเกิดแก่ผู้ต้องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมมีดังนี้

1. การเพิ่มขึ้นตอน และระยะเวลาในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืช

การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชในอดีตสามารถทำได้อย่างเสรี หรือค่อนข้างเสรี โดยแทบจะไม่มีข้อจำกัดทางด้านกฎหมายเลย ดังนั้นหากต้องได้รับความยินยอมจากหน่วยงานราชการ หรือองค์กรที่เกี่ยวข้องก่อน ข้อที่ต้องพิจารณา คือ หน่วยงานที่จะเป็นผู้พิจารณาอนุญาต หรือให้ความยินยอม คือหน่วยงานใด และมีขั้นตอนการพิจารณาอย่างไร ใช้เวลาในการพิจารณานานเพียงใด

⁴⁷ ผู้สนใจรายละเอียดการเปรียบเทียบข้อตกลงระดับภูมิภาคทั้ง 4 ฉบับข้างต้นในประเด็นการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ โปรดดูเพิ่มเติมใน สมชาย รัตนเชื้อสกุล, “การเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ในทรัพยากรพันธุกรรมพืช,” งานวิจัยโครงการ “หน่วยจัดการความรู้ด้านการค้าและสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์สากล,” เสนอต่อสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, (สิงหาคม 2549).

ในกรณีที่หน่วยงานให้คำอนุญาตไม่ได้มีเพียงหน่วยงานเดียว เช่น นอกจากจะต้องขออนุญาตจากหน่วยงานกลางของทางราชการแล้ว ยังต้องขออนุญาตจากหน่วยงานท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องทั้งหมดอีกด้วย กระบวนการเช่นนี้จะทำให้การขออนุญาตมีความละเอียดและสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น เนื่องจากอาจมีปัญหาขัดกันระหว่างความเห็นของหน่วยงานที่ให้คำอนุญาตในแต่ละระดับชั้น หรือแม้แต่ความคิดเห็นที่แตกต่างในระหว่างชุมชนต่างๆ ที่ต้องให้ความยินยอม กรณีศึกษาการขอความยินยอมในประเทศเม็กซิโก เพื่อสำรวจพืชและราในพื้นที่ของชนเผ่ามายา ดังได้กล่าวมาแล้ว เป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงความซับซ้อนของการขอความยินยอม ทั้งที่ผู้ขออนุญาตได้ใช้วิธีการต่างๆ ที่หลากหลายเพื่อให้ชนพื้นเมืองที่เกี่ยวข้องเข้าใจวัตถุประสงค์ของโครงการ แม้โครงการจะได้รับความยินยอมจากชุมชนพื้นเมืองเกือบทั้งหมด แต่มีผู้คัดค้านเพียงรายเดียวโครงการนี้ก็ไม่ได้รับอนุญาตในท้ายที่สุด

ดังนั้นขั้นตอนต่างๆ ดังกล่าวจึงทำให้ต้องใช้ระยะเวลาเพิ่มมากขึ้น และในเชิงพาณิชย์แล้วระยะเวลาที่เสียไปเป็นสิ่งที่ต้องนำมาใช้ประกอบการคำนวณต้นทุนด้วย ระยะเวลาที่เนิ่นนานออกไปย่อมทำให้ต้นทุนของผู้ประกอบการเพิ่มมากขึ้น นอกจากนี้ยังมีปัจจัยความไม่แน่นอนว่าในท้ายที่สุดแล้วจะได้รับความยินยอมหรือไม่ ซึ่งถือเป็นความเสี่ยงอย่างหนึ่งของผู้ประกอบการ

ความสลับซับซ้อนของกระบวนการขอความยินยอมที่มากเกินไปจะเป็นอุปสรรคต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ทำให้ผู้ขออนุญาตเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ที่ขาดศักยภาพ และปัจจัยด้านบุคลากร หรือเงินทุนในการดำเนินการตามกระบวนการขอความยินยอมถูกกีดกันจากการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม โดยเฉพาะผู้เขียนเกรงว่าผู้ขอเข้าถึงที่เป็นผู้ประกอบการขนาดเล็กและขนาดกลางของประเทศไทยเองจะได้รับผลกระทบจากมาตรการและกลไกควบคุมดังกล่าว นอกจากนี้การที่มาตรการควบคุมที่เป็นอุปสรรคเกินไปจะไม่จูงใจให้ปฏิบัติตามกฎหมาย แต่จะทำให้เกิดการเลี่ยงกฎหมายด้วยการลักลอบเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม เท่ากับเพิ่มต้นทุนในการบังคับใช้กฎหมายแก่ภาครัฐจากการตรวจสอบ ควบคุมการลักลอบเข้าถึง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการตรวจตราเพื่อป้องกันดังกล่าวเป็นสิ่งที่ทำได้ค่อนข้างยาก

2. การเพิ่มต้นทุน และค่าใช้จ่าย

การที่ผู้ขอเข้าถึงต้องขออนุญาตจากหน่วยงาน หรือชุมชนที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งระยะเวลาที่ล่าช้าออกไปทำให้ผู้ขอเข้าถึงมีค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นจากกระบวนการดังกล่าว โดยเฉพาะกรณีหน่วยงาน หรือชุมชนที่เกี่ยวข้องที่ต้องขอความยินยอมมีหลายแห่ง ค่าใช้จ่ายในการ

ดำเนินการดังกล่าวเป็นต้นทุนทางการค้าที่เกิดขึ้น แม้ว่าในท้ายที่สุดผู้ประกอบการจะรวมค่าใช้จ่ายดังกล่าวในราคาจำหน่ายผลิตภัณฑ์ แต่จากการศึกษาพบว่า การพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมจนได้เป็นผลิตภัณฑ์นั้นต้องใช้เวลาและไม่มีแน่นอนว่าในท้ายที่สุดแล้วจะได้ผลิตภัณฑ์ขึ้นจริงหรือไม่ ดังเช่น กรณีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศคออสตาริกา ที่จนกระทั่งปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่ามีผลิตภัณฑ์ที่เกิดขึ้นจากทรัพยากรพันธุกรรมแต่อย่างใด ความไม่แน่นอนดังกล่าวเป็นความเสี่ยงที่อาจกระทบต่อการตัดสินใจของผู้ประกอบการว่าจะดำเนินการเพื่อขอเข้าถึงและค้นคว้าวิจัยทรัพยากรพันธุกรรมนั้นต่อไปหรือไม่

ในประเด็นการแบ่งปันผลประโยชน์ก็เป็นการเพิ่มต้นทุนในการใช้ประโยชน์ในเชิงการค้าเช่นเดียวกัน แต่ระดับของผลกระทบจะขึ้นอยู่กับประเภทของผลประโยชน์ และรูปแบบการจ่ายผลประโยชน์ที่ตกลงร่วมกัน เช่น การกำหนดค่าธรรมเนียมสำรวจไว้สูงอาจไม่จูงใจให้มีการสำรวจ และผู้สนใจอาจเลี้ยวไปใช้ทรัพยากรพันธุกรรมจากแหล่งอื่นแทน เป็นต้น

ผู้เขียนยังเห็นว่าต้นทุนและค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นจะกระทบต่อผู้ประกอบการรายย่อยที่ไม่มีเงินทุนมากนัก เช่น ผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ที่ใช้สมุนไพรในประเทศไทย และจะกลายเป็นการกีดกันผู้ประกอบการเหล่านี้ให้ออกจากตลาดไป ตลาดก็จะตกอยู่กับผู้ประกอบการที่มีเงินทุนสูง และเกิดปัญหาการผูกขาดตามมาในท้ายที่สุด

3. ความเสี่ยงในการไม่ได้รับอนุญาต

ในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้น เกษตรกร หรือชุมชนที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าวควรมีสิทธิในการให้ความเห็นชอบ หรือไม่เห็นชอบในการเข้าถึงดังกล่าว แต่กรณีที่มีชุมชนเหล่านี้เป็นจำนวนมาก การทำความเข้าใจกับชุมชนต่างๆ อาจเป็นสิ่งที่ยุ่งยาก เช่น กรณีชุมชนที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมมีความแตกต่างทางวัฒนธรรม ความเชื่อ หรือภาษา เป็นต้น การทำความเข้าใจเพื่อให้ทุกชุมชนมีความเห็นพ้องต้องกันในการอนุญาตให้เข้าถึงอาจมีปัญหาและอุปสรรค และทำให้ในท้ายที่สุดไม่อาจมีการเข้าถึงได้เพราะผลของเสียงส่วนน้อย แม้ว่าเสียงส่วนใหญ่จะเห็นชอบด้วยก็ตาม ลักษณะเช่นนี้จึงเป็นการเพิ่มความเสี่ยงในทางธุรกิจในขั้นขออนุญาต เพิ่มเติมจากความเสี่ยงในการพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่เป็นความเสี่ยงเดิมที่มีอยู่ก่อนแล้ว

ผู้เขียนเห็นว่า การให้ความยินยอมในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมควรผ่านการพิจารณาจากหน่วยงาน หรือชุมชนที่เกี่ยวข้องอย่างครบถ้วน แต่อาจมีการปรับกระบวนการให้กระชับ และมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยการให้ระบบคณะกรรมการที่มีตัวแทนของชุมชนที่เกี่ยวข้องเป็นผู้พิจารณา และเป็นระบบคณะกรรมการ 2 ชั้น โดยให้คณะกรรมการในระดับท้องถิ่นพิจารณา

คำขออนุญาตในเบื้องต้นก่อนว่าเห็นควรให้มีการเข้าถึงหรือไม่ หากคณะกรรมการระดับท้องถิ่นเห็นควรไม่อนุญาตจึงให้ผู้ขอเข้าถึงอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการระดับชาติอีกชั้นหนึ่ง

การจำกัดให้ขออนุญาตจากคณะกรรมการระดับท้องถิ่น เพื่อให้ผู้เกี่ยวข้องมีส่วนอย่างแท้จริงในการพิจารณาคำขอ และจะสร้างความชัดเจนแก่ผู้ขอเข้าถึงว่า ผู้ที่จะให้ความยินยอมประกอบด้วยบุคคลใด หรือชุมชนใดบ้าง การสร้างกระบวนการพิจารณาที่ชัดเจน โปร่งใสจะช่วยลดความเสี่ยงในสายตาของภาคเอกชน

ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นดังได้กล่าวมาแล้วนี้ อาจกระทบต่อผู้ที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม ดังนี้

1. นักสำรวจและนักวิจัยทรัพยากรพันธุกรรมพืช (Researcher)

นักสำรวจ และนักวิจัยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นคนกลุ่มแรกๆ ที่จะได้รับผลกระทบจากมาตรการควบคุมการเข้าถึง เนื่องจากเป็นต้นน้ำของการนำทรัพยากรพันธุกรรมพืชไปใช้ประโยชน์ หากมาตรการ หรือกลไกการควบคุมและแบ่งปันผลประโยชน์มีความละเอียดซับซ้อน หรือมีความยุ่งยากมาก จะเป็นอุปสรรคต่อนักสำรวจ และนักวิจัยในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืช ผลกระทบจากปัญหานี้ยังอาจแตกต่างกันระหว่างนักสำรวจวิจัยอิสระหรือที่อยู่ภายใต้วิสาหกิจเอกชน หรือเป็นผู้ประกอบการขนาดเล็กหรือขนาดกลาง กล่าวคือ หากเป็นนักสำรวจนักวิจัยที่อยู่ภายใต้วิสาหกิจเอกชน ภาระต้นทุนและค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นย่อมตกอยู่กับวิสาหกิจนั้น แต่กรณีเป็นนักวิจัยอิสระ หรือผู้ประกอบการขนาดเล็กและขนาดกลาง ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นย่อมเป็นอุปสรรคต่อการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม

หากพิจารณาจากด้านของทรัพยากรพันธุกรรมพืช การกำหนดเงื่อนไขควบคุมการเข้าถึงไว้อย่างเข้มงวด อาจทำให้ผู้ขอเข้าถึงเลียงไปใช้ทรัพยากรพันธุกรรมประเภทเดียวกันจากแหล่งอื่น เช่น จากประเทศใกล้เคียง หรือจากธนาคารพันธุกรรม ทำให้ทรัพยากรพันธุกรรมภายในประเทศไม่ถูกใช้ประโยชน์อย่างเต็มที่ และประเทศจะสูญเสียผลประโยชน์ที่จะได้รับจากข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์

อย่างไรก็ดีการกำหนดมาตรการควบคุมการเข้าถึงแม้จะทำให้มีขั้นตอนเพิ่มขึ้น แต่ผู้เขียนเห็นว่าจะทำให้การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชมีความเป็นระเบียบ และอยู่ภายใต้การดูแลของรัฐได้ดีขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ในอดีตไม่มีหลักเกณฑ์ควบคุมการเข้าถึงทำให้เป็นโอกาสให้บริษัทวิจัยจากต่างประเทศใช้เป็นช่องทางเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชของไทย โดยปราศจากการควบคุม หรือรับรู้จากหน่วยงานภาครัฐ ดังเช่น กรณีกวาวเครือ และปล้นน้อยของประเทศไทย ซึ่งกว่าประเทศไทยจะรู้ว่ามีการนำทรัพยากรพันธุกรรมพืชของไทยไปใช้ประโยชน์ ก็เมื่อมีการจด

สิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้นในต่างประเทศแล้ว และการกำหนดให้ต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐก่อนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ยังสอดคล้องกับหลักอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชอีกด้วย

ผู้เขียนเห็นว่าผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการขออนุญาตอาจบรรเทาลงได้ หากกำหนดมาตรการ หรือกลไกอย่างเหมาะสม เช่น รัฐอาจกำหนดมาตรการที่ต่างกันระหว่างการเข้าถึงที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า และที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าเพื่อไม่ให้กระทบต่อการค้นคว้าวิจัยทางวิชาการ แต่ก็ควรคำนึงถึงการหลีกเลี่ยงโดยแจ้งว่าเป็นการเข้าถึงโดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า แต่ต่อมาได้นำผลการวิจัยไปใช้ในเชิงพาณิชย์ โดยอาจเป็นการใช้เอง หรือมอบให้บุคคลอื่นนำไปใช้อีกทอดหนึ่ง รวมทั้งกรณีการเผยแพร่ผลงานวิจัยต่อสาธารณะ และมีบุคคลอื่นนำผลวิจัยดังกล่าวไปใช้ในเชิงพาณิชย์

ในส่วนของ การเข้าถึงโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้านั้น รัฐอาจกำหนดมาตรการพิเศษสำหรับนักวิจัยอิสระ หรือเป็นผู้ประกอบการขนาดเล็กและขนาดกลาง เป็นต้น

2. ผู้จำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่ได้จากทรัพยากรพันธุกรรมพืช (Distributor)

ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดมาตรการ หรือกลไกควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมอย่างไม่เหมาะสมจะเพิ่มต้นทุนแก่ผู้ประกอบการ ทำให้ผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรมที่จะนำไปจำหน่ายในเชิงพาณิชย์มีราคาสูง และอาจไม่สามารถแข่งขันกับผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรมในแหล่งอื่นที่มีต้นทุนในการเข้าถึงต่ำกว่า เช่น ผลิตภัณฑ์ที่นำเข้าจากต่างประเทศ และในทำนองเดียวกัน หากผู้ประกอบการไทยที่มีต้นทุนในการเข้าถึงสูงกว่า เมื่อจะส่งสินค้าออกไปจำหน่ายยังต่างประเทศก็ไม่สามารถแข่งขันกับผลิตภัณฑ์ที่มีต้นทุนต่ำกว่าได้

3. ผู้ใช้ผลิตภัณฑ์ (End user)

การที่ต้นทุนของผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรมพืชสูงขึ้นทำให้ราคาจำหน่ายผลิตภัณฑ์สูงขึ้นไปด้วย ซึ่งไม่เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค และการที่นักวิจัยอิสระ หรือผู้ประกอบการขนาดเล็กและขนาดกลางถูกกีดกันออกจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช เนื่องจากไม่อาจแบกรับต้นทุนและค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นได้ ย่อมทำให้ตลาดเกิดการผูกขาด และเป็นผลเสียต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวม

การที่ทรัพยากรพันธุกรรมภายในประเทศไม่ถูกนำไปพัฒนา ทำให้เกิดการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมอย่างไม่เต็มที่ และขาดประสิทธิภาพ และขาดโอกาสที่จะพัฒนาจนได้ผลิตภัณฑ์ใหม่ๆ ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค

(2) การตกลงร่วมกัน (Mutually Agreed Terms)

ทรัพยากรพันธุกรรมอยู่ภายใต้หลักสิทธิอธิปไตยของรัฐ การสำรวจหรือเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจึงต้องได้รับอนุญาตจากประเทศที่เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนั้น กล่าวคือ ต้องมีข้อตกลงร่วมกันระหว่างประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมและผู้ขอเข้าถึง⁴⁸ หากประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมไม่อนุญาตให้เข้าถึง ประเทศอื่นย่อมไม่มีสิทธิเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้นได้ ดังนั้นหลักการตกลงร่วมกันจึงช่วยยืนยันหลักสิทธิอธิปไตยของรัฐที่มีอยู่เหนือทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่ในดินแดนของตน แต่ทั้งนี้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมย่อมไม่อาจไม่อนุญาตให้เข้าถึงโดยปราศจากเหตุผลสมควร เนื่องจากทั้ง CBD⁴⁹ และ ITPGR⁵⁰ ต่างก็กำหนดให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีหน้าที่สร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยต่อภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

หลักการตกลงร่วมกันนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นประโยชน์ต่อประเทศกำลังพัฒนา เพราะช่วยเพิ่มอำนาจในการต่อรองของฝ่ายผู้อนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม โดยเฉพาะกรณีให้ชุมชนท้องถิ่นเป็นผู้ให้ความยินยอมการเข้าถึง เพราะหากชุมชนท้องถิ่นนั้นไม่ยินยอมย่อมไม่อาจมีการเข้าถึงได้ อย่างไรก็ตามหลักการนี้ได้ให้อิสระแก่ฝ่ายผู้อนุญาตให้เข้าถึง กรณีชุมชนท้องถิ่นเป็นผู้ให้ความยินยอมและทำสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์ ชุมชนอาจขาดความชำนาญในการเจรจาต่อรอง รัฐจึงควรสนับสนุนในการเจรจาต่อรองดังกล่าว เช่น การมีผู้เชี่ยวชาญเข้าร่วมในการเจรจาต่อรอง หรืออาจมีโครงการพัฒนาศักยภาพการเจรจาต่อรองให้กับสมาชิกในชุมชนพื้นเมือง เป็นต้น นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่ายังต้องคำนึงถึงความเห็นที่แตกต่างของชุมชนต่างๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม และอาจเป็นอุปสรรคต่อการได้รับความยินยอมร่วมกัน ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า แม้จะต้องถือเป็นสาระสำคัญว่าชุมชนที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมต้องได้รับโอกาสมีส่วนร่วมเสนอและพิจารณาเงื่อนไขข้อตกลงในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม แต่ชุมชนที่เกี่ยวข้องอาจมีความคิดเห็นที่แตกต่างกัน หรือมีศักยภาพในการเสนอข้อคิดเห็นที่แตกต่างกัน ดังนั้นเพื่อมิให้เป็นอุปสรรคต่อการหาความยินยอมร่วมกัน ผู้เขียนเห็นว่าควรใช้รูปแบบให้มีองค์กรหนึ่งองค์กรใดให้เป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจโดยตรง และจัดกระบวนการรับฟังความคิดเห็นจากชุมชน

⁴⁸ CBD, Article 15.4 “Access, where granted, shall be on mutually agreed terms and subject to the provisions of this Article.

⁴⁹ CBD, Article 15.2.

⁵⁰ ITPGR, Article 12.1.

หรือบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องอย่างทั่วถึงจะเป็นกลไกที่มีประสิทธิภาพ และเหมาะสมกับประเทศกำลังพัฒนามากที่สุด

1.3 การแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit-sharing) จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช

ดังได้กล่าวแล้วว่าประโยชน์ของทรัพยากรพันธุกรรมพืชมีได้อยู่ที่ปริมาณของทรัพยากร แต่ขึ้นอยู่กับคุณค่าความสำคัญของข้อมูลทางพันธุกรรม การหวงกันไม่ให้นำข้อมูลทางพันธุกรรมไปใช้เป็นสิ่งที่ทำได้ยาก ดังนั้นการคุ้มครองประโยชน์ของเกษตรกรจึงอยู่ในรูปแบบการชดเชยผลประโยชน์จากการใช้ข้อมูลทางพันธุกรรม

การแบ่งปันผลประโยชน์โดยเฉพาะผลประโยชน์ที่เป็นเงินนั้น แม้จะเป็นผลประโยชน์ที่เห็นชัดเจน แต่ก็มีข้อน่าคิดว่า การนำสิทธิเกษตรกรไปผูกติดกับการแบ่งปันผลประโยชน์เป็นการบิดเบือนหลักการของสิทธิเกษตรกรหรือไม่ เนื่องจากเกษตรกรมิได้อนุรักษ์ หรือพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชโดยมุ่งหวังประโยชน์ตอบแทนในเชิงทรัพย์สิน และยังเมื่อใช้ผลประโยชน์ทางการเงินก็น่าจะยังทำให้หลักการสิทธิเกษตรกรเปลี่ยนแปลงไป

ผู้เขียนเห็นว่า ทศนะดังกล่าวเป็นทศนะที่พึงรับฟัง อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่ารูปแบบของผลประโยชน์นั้นอาจเป็นได้ทั้งผลประโยชน์ทางการเงิน (Monetary Benefit) และผลประโยชน์อื่นที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงิน (Non-monetary Benefit) ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป การให้เกษตรกร หรือผู้มีส่วนได้เสียมีส่วนร่วมในกระบวนการกำหนดประเภทและรูปแบบของผลประโยชน์ที่เหมาะสม ทั้งในระยะสั้นและระยะยาวน่าจะช่วยให้เกษตรกรได้รับการปกป้อง และส่งเสริมกระบวนการอนุรักษ์ และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมต่อไปได้ดีกว่า อีกทั้งการแบ่งปันผลประโยชน์ใน ITPGR ผลประโยชน์จะถูกนำเข้ากองทุน (Trust Fund) เพื่อประโยชน์ของส่วนรวม และประโยชน์จะตกแก่เกษตรกรที่ปกป้องทรัพยากรพันธุกรรม มิใช่จะให้ตกได้แก่เกษตรกรบางกลุ่ม บางพวก หรือบางชุมชน หรือบางประเทศเท่านั้น ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่า การใช้วิธีการแบ่งปันผลประโยชน์ไม่จำเป็นจะเป็นการบิดเบือนหลักการของสิทธิเกษตรกร ปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นน่าจะมาจากการบริหารจัดการมากกว่า

ตัวอย่างของการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ยังไม่ปรากฏเป็นที่แพร่หลายมากนัก ซึ่งอาจมีสาเหตุมาจากความไม่พร้อมของคู่กรณีในการทำข้อตกลง หรืออาจเป็นเพราะไม่ต้องการเปิดเผยรายละเอียดของข้อตกลง อย่างไรก็ตาม INBio ของประเทศคอสตาริกานับได้ว่าเป็น

หน่วยงานที่มีประสบการณ์ในการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์หลายฉบับ INBio ได้วางหลักการของข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่น่าสนใจ ดังนี้⁵¹

1. ชำระค่าตอบแทนเป็นเงินสด หรือชำระโดยการถ่ายทอดเทคโนโลยี เช่น เครื่องมือ การฝึกอบรม เทคโนโลยี หรือความรู้วิชาการ (Know-how) ต่างๆ
 2. ชำระเงิน 10% ของงบลงทุนในโครงการนั้นๆ และชำระ 50% ของรายได้ในเชิงพาณิชย์ที่เกิดจากผลิตภัณฑ์นั้น
 3. เจือปนไขความร่วมมือโดยถ่ายทอดกรรมวิธีในการสำรวจ เพื่อสร้างงานภายในประเทศคอสตาริกา
 4. เจือปนไขการจำกัดระยะเวลาที่ให้สิทธิพิเศษ (Exclusivity)
 5. เจือปนไขข้อตกลงเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในตัวอย่างพันธุกรรม หรือสิทธิในสิทธิบัตร
 6. เจือปนไขการใช้วิธีสังเคราะห์ทางเคมี หรือกึ่งสังเคราะห์ทางเคมีเพื่อลดการใช้ตัวอย่างวัสดุชีวภาพจากสภาพธรรมชาติ และ
 7. มาตรการทางกฎหมายที่คุ้มครองคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย
- ผู้เขียนเห็นว่า รูปแบบของ INBio เป็นแนวทางที่น่าสนใจ และประเทศอื่นๆ อาจนำไปใช้เป็นแนวทางในการจัดทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ของตนเองได้ อย่างไรก็ตาม การทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ควรคำนึงถึงสภาพเศรษฐกิจ สังคมที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศ และต้องคำนึงถึงความต้องการที่หลากหลายของผู้มีส่วนได้เสียต่างๆ (Stakeholders) ที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมนั้น ดังนั้นการใช้มาตรการแบ่งปันผลประโยชน์เพื่อสนับสนุนนโยบายคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรม ผู้เขียนเห็นว่ามีความประเด็นที่ต้องพิจารณา ดังนี้

(1) การเลือก และการกำหนดผลประโยชน์ในข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์

ปัญหาประการแรกที่ต้องพิจารณา คือ รูปแบบของผลประโยชน์มีกี่ประเภท และรูปแบบของผลประโยชน์ที่เหมาะสมควรมีลักษณะอย่างไร

⁵¹ Government of Costa Rica, "Benefit Sharing: Experience of Costa Rica," Paper prepared for the Second Regional Workshop of the UNCTAD "Project on Strengthening Research and Policy Making Capacity on Trade and Environment in the Developing Countries," La Habana, Cuba, May 31-June 3, 2000, p.3.

โดยทั่วไปแล้วผลประโยชน์อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ ผลประโยชน์ทางการเงิน (Monetary Benefit) และผลประโยชน์อื่นที่ไม่ใช่ผลประโยชน์ทางการเงิน (Non-monetary Benefit)

(ก) ผลประโยชน์ทางการเงิน (Monetary Benefit)

ภายใต้กรอบคิดการตอบแทนผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจในวงการจัดธุรกิจการค้านั้น การให้ผลประโยชน์ตอบแทนเพื่อแลกเปลี่ยนกับผลประโยชน์อีกอย่างหนึ่งนั้นมิได้หลายรูปแบบ และไม่อาจกำหนดเป็นสูตรตายตัว ปัจจัยที่ทำให้ผู้กรณีเลือกรูปแบบของผลประโยชน์แบบใดแบบหนึ่งนั้นขึ้นอยู่กับหลายปัจจัยร่วมกัน เช่น อำนาจต่อรองของผู้กรณี รูปแบบและจำนวนของผลประโยชน์ ระยะเวลาในการชำระผลประโยชน์ ประโยชน์ที่จะได้รับจากการทำข้อตกลง เป็นต้น และบางครั้งอาจใช้รูปแบบผลประโยชน์หลายรูปแบบร่วมกันก็ได้ ในการกำหนดผลประโยชน์ ภายใต้สัญญาแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมนั้น รูปแบบที่อาจนำมาใช้ได้จึงมีความหลากหลายเช่นเดียวกัน ขึ้นอยู่กับปัจจัยต่างๆ ดังได้กล่าวข้างต้น

ผู้เขียนเห็นว่า รูปแบบการให้ผลประโยชน์ในทางธุรกิจที่นิยมใช้กันทั่วไป และอาจนำมาปรับใช้กับสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมมีดังนี้

1. ค่าธรรมเนียมการสำรวจหรือรวบรวมทรัพยากรพันธุกรรม (Exploration and Extraction Fee Schemes) ในกรณีนี้ผู้ที่ประสงค์จะเข้าสำรวจทรัพยากรพันธุกรรมจะต้องชำระค่าธรรมเนียมจำนวนหนึ่งให้แก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม วิธีนี้มีข้อดีที่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะได้รับเงินตอบแทนทันทีจำนวนหนึ่ง (Up-front) โดยไม่ต้องรอให้นำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้จนเกิดประโยชน์เสียก่อน การที่นักสำรวจต้องเสียเงินค่าธรรมเนียมก่อน ยังจะเป็นแรงกระตุ้นให้นักสำรวจเร่งนำทรัพยากรพันธุกรรมไปพัฒนาเนื่องจากเกิดค่าใช้จ่ายขึ้นแล้ว

ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นกับวิธีเก็บค่าธรรมเนียมในกรณีนี้ คือ การเก็บค่าธรรมเนียมล่วงหน้าอาจกระทบต่อศักยภาพของนักสำรวจรายเล็กๆ ที่ไม่มีเงินทุนเพียงพอ การจ่ายค่าธรรมเนียมไปก่อนล่วงหน้าโดยยังไม่มีค้ำประกันว่าทรัพยากรพันธุกรรมนั้นจะพัฒนาเป็นผลิตภัณฑ์ที่ได้รับการยอมรับจากตลาดหรือไม่ ถือเป็นความเสี่ยงที่ตกอยู่กับนักสำรวจเพียงฝ่ายเดียว (Lottery Element) ทำให้นักสำรวจบางส่วนตัดสินใจไม่สำรวจ ทำให้ไม่เกิดการแข่งขันในการสำรวจ และในทางกลับกัน หากในภายหลังปรากฏว่าทรัพยากรพันธุกรรมถูกพัฒนาเป็นสินค้าที่ได้รับความนิยม ค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บไปย่อมเป็นจำนวนที่น้อยมากเมื่อเทียบกับรายได้ที่นักสำรวจได้รับ นักสำรวจที่ได้จ่ายค่าธรรมเนียมไปแล้ว ย่อมมีสิทธิใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมที่ตนสำรวจและพัฒนาได้ตลอดไป โดยไม่มีเวลาจำกัด

การกำหนดค่าธรรมเนียมที่จะเรียกเก็บอาจขาดหลักเกณฑ์ที่แน่ชัด เนื่องจากการเก็บค่าธรรมเนียมในการสำรวจทรัพยากรพันธุกรรมเป็นสิ่งใหม่ จึงมีเกณฑ์ให้อ้างอิงเทียบเคียงน้อยมาก ทำให้ขาดการเปรียบเทียบกับการเก็บค่าธรรมเนียมในกรณีอื่น และทำให้เรียกเก็บในอัตราที่น้อยเกินไป หรือสูงเกินไปก็ได้ อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่า ผู้ขออนุญาตเข้าถึงจะเป็นผู้ชั่งน้ำหนักส่วนได้ส่วนเสีย และตัดสินใจว่าจะยอมรับเงื่อนไขแบ่งปันผลประโยชน์ที่กำหนดหรือไม่ หากเงื่อนไขดังกล่าวสูงเกินไป และไม่คุ้มค่ากับการลงทุนในทางธุรกิจ ผู้ขออนุญาตเข้าถึงก็จะไม่ทำข้อตกลงดังกล่าว

สัดส่วนของปริมาณทรัพยากรพันธุกรรมที่จะอนุญาตให้สำรวจหรือเก็บรวบรวมเทียบกับค่าธรรมเนียมควรจะเป็นเท่าไรเป็นปัญหาสำคัญของวิธีนี้เช่นกัน การกำหนดเนื้อที่ และระยะเวลาที่อนุญาตให้เข้าทำการสำรวจอาจจำกัดการสำรวจมากเกินไป เนื่องจากพื้นที่ และเวลาที่จำกัดจะทำให้นักสำรวจมุ่งเน้นแต่เฉพาะพืชบางชนิดเท่านั้น ทำให้ไม่มีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมอย่างเต็มที่

2. การเก็บค่าตอบแทนเป็นงวด (Rent Schemes) วิธีนี้นักสำรวจจะทยอยจ่ายเงินตอบแทนแก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม จึงไม่เป็นภาระแก่นักสำรวจมากนัก ค่าตอบแทนในแต่ละงวดอาจตกลงล่วงหน้าเป็นจำนวนที่แน่นอนก็ได้ หรืออาจตกลงให้เปลี่ยนแปลงโดยพิจารณาเปรียบเทียบกับราคาของผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรม หรือจะใช้ดัชนีบ่งชี้อื่นเป็นมาตรฐานในการกำหนดค่าตอบแทนก็ได้

การกำหนดค่าตอบแทนเป็นจำนวนแน่นอนตายตัว จะลดความยุ่งยากในการบริหารจัดการ แต่จำนวนดังกล่าวอาจไม่สะท้อนมูลค่าที่แท้จริงของทรัพยากรพันธุกรรม ส่วนการตกลงให้เปลี่ยนแปลงค่าตอบแทนได้ตามการเปลี่ยนแปลงมูลค่าของผลิตภัณฑ์จะเพิ่มภาระ และค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบมูลค่าของผลิตภัณฑ์

ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดให้จ่ายค่าตอบแทนเป็นงวดนี้จะลดผลกระทบต่อนักสำรวจที่มีเงินทุนน้อย และผลกระทบจะยิ่งน้อยลงหากกำหนดให้จ่ายค่าตอบแทนเมื่อผลิตภัณฑ์ออกสู่ตลาดแล้ว แต่วิธีนี้อาจจะทำให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมสูญเสียต้นทุนทางโอกาส (Opportunity Cost) เนื่องจากบางครั้งต้องใช้เวลาอันยาวนานกว่าทรัพยากรพันธุกรรมจะพัฒนาจนเป็นผลิตภัณฑ์ออกสู่ตลาดได้ อย่างไรก็ตามวิธีนี้น่าจะเป็นประโยชน์ต่อการสนับสนุนธุรกิจขนาดกลาง และขนาดย่อมของประเทศกำลังพัฒนาให้มีศักยภาพในการสำรวจเพื่อใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม

3. การแบ่งกำไร (Profit Sharing Schemes) วิธีนี้เป็นวิธีที่ใช้กันทั่วไปในภาคธุรกิจ โดยประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะตกลงกับนักสำรวจล่วงหน้ากำหนดสัดส่วนที่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะได้รับจากผลกำไรที่นักสำรวจได้รับจากผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรม (Fixed share of the profit gained)

จุดเด่นของวิธีนี้คือ การที่ทั้งสองฝ่ายต่างจะได้รับผลกำไรที่จะเกิดจากทรัพยากรพันธุกรรม ทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมุ่งดำเนินการเพื่อให้เกิดผลกำไรสูงสุด วิธีนี้ยังเป็นการกระจายความเสี่ยง หรือต้นทุนที่เกิดขึ้นไม่ให้เกิดอยู่กับนักสำรวจเพียงฝ่ายเดียว

แต่ข้อด้อยของวิธีนี้คือ หากทรัพยากรพันธุกรรมนั้นไม่อาจพัฒนาเป็นผลิตภัณฑ์หรือไม่ได้รับการตอบรับจากตลาด ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็จะไม่ได้รับส่วนแบ่งกำไร นอกจากนี้ประสิทธิภาพของการบริหารจัดการของนักสำรวจยังมีผลต่อกำไรที่เกิดขึ้น เนื่องจากหากบริหารจัดการขาดประสิทธิภาพ ย่อมทำให้ต้นทุนสูงและกำไรลดลง ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจึงต้องมีการตรวจสอบผลการดำเนินงานของนักสำรวจว่าได้รับผลกำไรหรือไม่ มากน้อยเพียงใด ซึ่งเป็นการเพิ่มภาระให้แก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

4. การเรียกเก็บภาษี (Tax Schemes) การเรียกเก็บภาษีจากนักสำรวจเป็นอีกวิธีหนึ่งที่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม อาจนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์การแบ่งปันผลประโยชน์

โดยปกติผู้ที่มีรายได้จากการประกอบธุรกิจย่อมต้องเสียภาษี ในกรณีของทรัพยากรพันธุกรรมรัฐอาจกำหนดให้เก็บภาษีรายได้ (Income Tax) จากผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรมเป็นกรณีพิเศษ โดยอาจกำหนดอัตราภาษีที่แตกต่างกันตามความเหมาะสมของลักษณะและผลประกอบการของนักสำรวจก็ได้

นอกจากกรณีภาษีรายได้แล้วยังอาจกำหนดให้เรียกเก็บภาษีพิเศษ เช่น เรียกเก็บจากฐานของจำนวนผลิตภัณฑ์ที่ผลิตออกจำหน่าย หรือตามสัดส่วนของรายได้ที่เกิดจากการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรม

ปัญหาของการใช้วิธีนี้คือ กรณีภาษีรายได้คำนวณจากฐานกำไรสุทธิที่เกิดจากการประกอบการ การตรวจสอบเพื่อให้ทราบถึงต้นทุนที่แท้จริง เพื่อจะได้จำนวนกำไรที่ถูกต้องอาจเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก

5. การเก็บค่าสิทธิ (Royalty Schemes) การเรียกเก็บค่าสิทธิเป็นวิธีการหนึ่งที่ใช้ทั่วไปในภาคธุรกิจเช่นกัน การเรียกเก็บค่าสิทธิจะใช้วิธีกำหนดอัตราเป็นสัดส่วนแน่นอนของรายได้ เช่น กำหนดให้นักสำรวจจ่ายค่าสิทธิอัตราร้อยละ 3 ของยอดขายได้จากผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรม เป็นต้น

ข้อดีของวิธีนี้คือ ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะได้รับรายได้ที่แน่นอน และสม่ำเสมอ ส่วนข้อเสีย คือ ในกรณีที่ราคาคาผลิตภัณฑ์ตกต่ำ ทำให้กำไรของนักสำรวจลดลง แต่นักสำรวจยังคงต้องชำระค่าสิทธิจากฐานรายได้ อาจทำให้นักสำรวจรู้สึกเสียเปรียบ การเรียกเก็บค่าสิทธิจากฐานรายได้ยังอาจทำให้นักสำรวจไม่พยายามเพิ่มรายได้จากผลิตภัณฑ์เพื่อลดจำนวนค่าสิทธิที่ต้องชำระ ซึ่งจะทำให้รายได้ค่าสิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมลดจำนวนลง

กรณีศึกษาการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่มีชื่อเสียง และมักเป็นที่กล่าวถึงกัน คือ กรณีสัญญาระหว่าง INBio ของประเทศคอสตาริกา กับบริษัทเมอร์ค (Merck) ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

INBio ได้ทำสัญญายอมให้บริษัทเมอร์คเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศคอสตาริกาได้เป็นเวลา 2 ปี INBio จะได้รับค่าตอบแทนเป็นเงิน 1.135 ล้านดอลลาร์สหรัฐ โดย INBio จะได้รับส่วนแบ่งจากค่าตอบแทนส่วนนี้จำนวน 10% บริษัทเมอร์คยังตกลงจะจ่ายค่าสิทธิ (Royalty) ในอัตรา 50% ของผลประโยชน์ที่เกิดจากตัวอย่างทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้รับ และนำไปวิจัยจนได้เป็นตัวยา บริษัทเมอร์คมีสิทธิขอสิทธิบัตรในนวัตกรรมที่เกิดขึ้น และ INBio มีสิทธิมอบตัวอย่างพันธุกรรมแก่บุคคลอื่นได้โดยไม่กระทบต่อสิทธิของบริษัทเมอร์ค

มีข้อสังเกตว่า INBio ไม่ได้รับสิทธิมีส่วนร่วมในการวิจัยที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม ตาม CBD มาตรา 16.6 เนื่องจากข้อตกลงได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายไว้ชัดเจนแล้ว อย่างไรก็ตามนับแต่ได้ทำข้อตกลงในปี ค.ศ.1992 INBio ได้ส่งตัวอย่างพันธุกรรมนับพันตัวอย่างแก่บริษัทเมอร์ค แต่จนถึงปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่าพันธุกรรมดังกล่าวได้รับการพัฒนาจนเป็นผลิตภัณฑ์ และได้รับการจดสิทธิบัตรแต่อย่างใด

ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาสำคัญของการกำหนดรูปแบบ และวิธีการของการแบ่งปันผลประโยชน์นั้นมีความซับซ้อน เนื่องจากขณะทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ อาจยังไม่ปรากฏชัดว่าทรัพยากรพันธุกรรมนั้นจะนำไปวิจัยพัฒนาจนได้ผลประโยชน์ในทางการค้าได้จริง จึงไม่สามารถกำหนดส่วนแบ่งผลประโยชน์ได้ชัดเจน หากใช้วิธีกำหนดเป็นสัดส่วนจากรายได้ที่เกิดขึ้นก็ต้องคำนึงถึงการตรวจสอบรายได้ที่แท้จริง เพื่อชำระส่วนแบ่งผลประโยชน์ ซึ่งอาจมีความยุ่งยากเกินกว่าประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ทรัพยากรพันธุกรรมหลายชนิดจะหาได้จากหลายประเทศ ดังนั้นการกำหนดส่วนแบ่งผลประโยชน์ไว้สูงเกินไปจะทำให้มีการเลียงไปขออนุญาตเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจากแหล่งอื่น หรือประเทศอื่นก็ได้

ผู้เขียนเห็นว่าประเทศกำลังพัฒนาควรผสมผสานวิธีเรียกเก็บส่วนแบ่งผลประโยชน์หลายๆ วิธี เช่น อาจกำหนดให้นักสำรวจต้องชำระค่าธรรมเนียมในการเข้าสำรวจก่อนจำนวนหนึ่ง และต้องชำระค่าธรรมเนียมเป็นช่วงๆ ตลอดระยะเวลาที่ทำการสำรวจ รวมทั้งค่าธรรมเนียมในระหว่างการพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรม อัตราค่าธรรมเนียมดังกล่าวไม่ควรสูงมากนัก แต่การที่นักสำรวจต้องชำระค่าธรรมเนียมตลอดเวลาจะช่วยเร่งรัดให้นักสำรวจเร่งทำการสำรวจและพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมให้เป็นผลิตภัณฑ์ออกจำหน่ายในท้องตลาด

เมื่อผลิตภัณฑ์ออกจำหน่ายแล้ว ควรกำหนดให้เรียกเก็บค่าสิทธิในอัตราต่ำจากฐานรายได้ของนักสำรวจ โดยอาจกำหนดเป็นอัตราส่วนถดถอยกับรายได้ของนักสำรวจ เช่น หากรายได้เพิ่มขึ้นถึงระดับหนึ่งอัตราค่าสิทธิจะลดลง เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อให้นักสำรวจไม่เกิดความรู้สึกว่าถูกเอาเปรียบจากการชำระค่าสิทธิ และเร่งพัฒนาคุณภาพของผลิตภัณฑ์ให้เป็นที่ยอมรับของตลาดมากยิ่งขึ้น

ในการเจรจาต่อรองผลประโยชน์นั้น ผู้เขียนเห็นว่า ควรให้หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินการจะเป็นประโยชน์มากกว่าที่จะปล่อยให้การเจรจาดำเนินการโดยชนพื้นเมือง หรือเกษตรกรที่ขาดทักษะ และอำนาจในการเจรจาต่อรอง แต่ทั้งนี้การเจรจาจะต้องดำเนินการด้วยความโปร่งใส และให้ชนพื้นเมือง หรือเกษตรกรมีส่วนในการรับรู้ หรือกำหนดทิศทาง หรือนโยบายในการเจรจา

ปัญหาของการแบ่งปันผลประโยชน์อีกประการหนึ่ง คือ CBD กำหนดให้ต้องแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกัน (Fair and Equitable) ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนว่าการแบ่งปันอย่างไรจึงจะเป็นธรรม และเป็นธรรมต่อฝ่ายใด และอย่างไรจึงจะถือว่าเท่าเทียมกัน

ผู้เขียนเห็นว่า ในการตกลงแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ควรจะต้องคำนึงถึงปัจจัยดังต่อไปนี้

1. ผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม
2. ผลประโยชน์ของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมที่เกิดจากการยินยอมให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมกับผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมด้วยตนเอง
3. การสนับสนุน การให้ความช่วยเหลือ หรือผลประโยชน์ตอบแทนในรูปแบบต่างๆ จากผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม
4. การเปรียบเทียบกับข้อกำหนดผลประโยชน์ของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศต่างๆ

ผู้เขียนพบว่าการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ในต่างประเทศ แม้ส่วนใหญ่จะกำหนดให้จ่ายผลประโยชน์ทางการเงิน แต่ก็มีใช้ผลประโยชน์หลัก ข้อตกลงส่วนใหญ่จะเน้นผลประโยชน์ที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงินมากกว่า

อย่างไรก็ดี ในกรณีการกำหนดผลประโยชน์ทางการเงินในประเทศไทยนั้น ผู้เขียนเห็นด้วยว่าไม่ควรให้ความสำคัญกับผลประโยชน์ทางการเงินมากนัก เนื่องจากการคำนวณ หรือคาดการณ์ว่าพันธุกรรมจะสร้างผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจมากเพียงใดนั้นเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก หรืออาจทำไม่ได้ และการวิจัยค้นคว้าพันธุกรรมจนได้เป็นผลิตภัณฑ์นั้นอาจใช้เวลานานนับสิบปี ดังเช่นกรณีข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ของ INBio และ Merck ที่จนถึงปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่าเกิดผลิตภัณฑ์จากพันธุกรรมที่ได้รับไป

แต่การเรียกผลประโยชน์ทางการเงินผู้เขียนเห็นว่ายังเป็นสิ่งจำเป็น เพราะสามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้ในทันที แต่ควรเรียกในปริมาณที่ไม่สูงมากนัก โดยอาจเรียกในรูปของค่าธรรมเนียมแรกเข้า (Up-front Fee) จากนั้นอาจเรียกค่าธรรมเนียมการสำรวจ หรือค่าธรรมเนียมการวิจัยเป็นช่วงๆ ตลอดระยะเวลาที่สำรวจ หรือวิจัยก็ได้ และเมื่อพัฒนาขั้นสุดท้ายจนได้เป็นผลิตภัณฑ์ก็อาจให้จ่ายเป็นค่าสิทธิเป็นอัตราร้อยละของรายได้ที่เกิดขึ้นก็ได้

ปัญหายากประการหนึ่งของการกำหนดค่าสิทธิ คือ ความเหมาะสมของอัตราค่าสิทธิที่กำหนดให้จ่าย ปัญหานี้เป็นประเด็นถกเถียงกันในการยกร่างสัญญามาตรฐานว่าด้วยการถ่ายโอนวัสดุชีวภาพ (SMTA) ด้วยเช่นกัน ซึ่งในที่สุดที่ประชุมขององค์กรบริหาร (GB) ของ ITPGR ได้แยกการจ่ายค่าสิทธิออกเป็น 2 รูปแบบและให้ผู้รับทรัพยากรพันธุกรรมเป็นผู้เลือกที่จะชำระค่าสิทธิในแบบใด ดังนี้

1. แบบแรกใช้ในกรณีนำทรัพยากรพันธุกรรมจากระบบพหุภาคีของ ITPGR ไปใช้จนเกิดเป็นผลิตภัณฑ์ (Product) และผลิตภัณฑ์นั้นอยู่ภายใต้ทรัพย์สินทางปัญญา เช่น การปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมจากระบบพหุภาคีของ ITPGR กรณีนี้ผู้รับทรัพยากรพันธุกรรมต้องชำระค่าสิทธิในอัตราร้อยละ 1.1

2. อีกแบบหนึ่งจะให้ชำระค่าสิทธิในทุกกรณีที่เป็นผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับพันธุ์พืชที่อยู่ในบัญชีรายชื่อท้าย ITPGR โดยไม่ต้องคำนึงว่าผลิตภัณฑ์นั้นได้ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมจากระบบพหุภาคีของ ITPGR หรือไม่ แต่กรณีนี้จะจ่ายค่าสิทธิต่ำกว่าเพียงอัตราร้อยละ 0.5 เท่านั้น

องค์กรบริหาร (GB) ของ ITPGR เห็นว่าการชำระค่าสิทธิในรูปแบบที่สองจะทำให้กองทุนได้รับเงินเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมาก เพราะใช้บังคับได้กับผลิตภัณฑ์ต่างๆ ที่มีอยู่ในตลาดแล้ว ในขณะนี้ แต่กรณีแรกอาจต้องใช้เวลา 7-15 ปีกว่าที่ผลิตภัณฑ์จะออกสู่ตลาด⁵²

(ข) ผลประโยชน์อื่นที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงิน (Non-monetary benefit)

ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ให้ความสำคัญกับผลประโยชน์ที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงินมากกว่าผลประโยชน์ทางการเงิน โดยเฉพาะผลประโยชน์ในการเข้าถึงเมล็ดพันธุ์ หรือ พันธุ์พืช การเข้าถึงเทคโนโลยีทางการเกษตรสมัยใหม่ รวมทั้งสิทธิในการเข้าร่วมการกำหนดนโยบายทางด้านการเกษตรที่จะมีผลกระทบต่อเกษตรกร⁵³ อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าผลประโยชน์ที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงินนี้อาจมีได้หลากหลายรูปแบบ⁵⁴

CBD ได้ระบุผลประโยชน์อื่นที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงินไว้ 4 ประเภท คือ

1. การมีส่วนร่วมในการดำเนินการและวิจัยทางวิทยาศาสตร์ที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจัดหาให้ และหากเป็นไปได้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีสิทธิกำหนดให้ทำการวิจัยภายในประเทศภาคนั้น⁵⁵

รูปแบบผลประโยชน์ในลักษณะนี้ ผู้เขียนเห็นว่าจะจะเป็นประโยชน์ในการเพิ่มศักยภาพด้านการค้นคว้าวิจัยในประเทศที่เป็นผู้จัดหาทรัพยากรพันธุกรรม จากการศึกษาผู้เขียนพบว่าข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ในหลายกรณี ตลอดจนกฎหมายภายในของบางประเทศ กำหนดให้การวิจัยภายในประเทศเป็นเงื่อนไขในการยินยอมให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของตน

ตัวอย่างที่น่าสนใจได้แก่ สัญญาแบ่งปันผลประโยชน์ระหว่าง INBio ของประเทศ คอสตาริกาและบริษัทเมอร์ค (Merck) กำหนดให้การแยกตัวอย่างเบื้องต้น (Initial Extract) จะต้องดำเนินการโดย INBio จากนั้นจึงจะส่งต่อไปให้บริษัทเมอร์คดำเนินการต่อไป⁵⁶

⁵² Earth Negotiation Bulletin, Vol.9 No.369, 19 June 2006, p.12.

⁵³ Regine Anderson, "Result from an International Stakeholder Survey on Farmers' Rights," The Farmers' Rights Project, Background Study 2, (Lysaker, Norway: The Fridtjof Nansen Institute, 2005), p.vii-viii.

⁵⁴ โปรดดูรูปแบบผลประโยชน์ที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงินในภาคผนวก 3.

⁵⁵ CBD, Article 15.6, 19.1.

⁵⁶ School of International and Public Affairs, Columbia University. "Access to Genetic Resources: An Evaluation of the Development and Implementation of Recent

สัญญาระหว่าง National Cancer Institute (NCI) ของประเทศสหรัฐอเมริกา และ Universidade Paulista (UNIP) ของประเทศบราซิลกำหนดให้การเก็บรวบรวมตัวอย่างพันธุกรรม ต้องดำเนินการโดยบุคคล หรือองค์กรภายในประเทศบราซิล โดยจะมีการคัดแยก (Screening) ตัวอย่างก่อนจากนั้นจะสกัดแยกสารประกอบ (Fractionation of compound) ส่งต่อแก่ NCI⁵⁷

ข้อเสนอของ BioAndes ที่เสนอต่อรัฐบาลโคลัมเบียเพื่อขออนุญาตเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม ระบุว่า BioAndes จะทำวิจัยร่วมกันกับ Cenicafe ซึ่งเป็นหน่วยงานสาขาด้านวิทยาศาสตร์ของสหพันธ์ผู้ปลูกกาแฟแห่งชาติของประเทศโคลัมเบีย (National Coffee Growers Federation) ข้อเสนอจะระบุว่า BioAndes จะว่าจ้างผู้เชี่ยวชาญทางด้านชีววิทยา เคมี และพฤกษศาสตร์ไม่น้อยกว่า 18 คนในการสำรวจและวิจัย และจะมีการฝากตัวอย่างไว้กับธนาคารพันธุกรรม (National Inventory) ในประเทศโคลัมเบียด้วย⁵⁸ มีข้อสังเกตว่าการวิจัยร่วมกันระหว่าง BioAndes และ Cenicafe นั้นจำกัดเฉพาะการวิจัยเกี่ยวกับแมลงที่เป็นศัตรูของพืชกาแฟเท่านั้น (Coffee pest) แต่ในท้ายที่สุดรัฐบาลโคลัมเบียปฏิเสธคำขอของ BioAndes โดยให้เหตุผลว่าข้อเสนอของ BioAndes ยังไม่ได้สนับสนุนสถาบันภายในประเทศของโคลัมเบียอย่างเพียงพอ จึงยังไม่เป็นการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and equitable sharing of benefits)⁵⁹ เหตุผลนี้ผู้เขียนเห็นว่าอิงกับหลักการใน Andean Pact Decision 391 ซึ่งประเทศโคลัมเบียเป็นสมาชิก

ในกฎหมาย Executive Order 247 (E.O.247) ของประเทศฟิลิปปินส์ก็กำหนดให้การใช้บุคลากรภายใน หรือต้องวิจัยภายในประเทศเป็นเงื่อนไขของการอนุญาตให้เข้าสำรวจทรัพยากรพันธุกรรมเช่นกัน นักวิทยาศาสตร์ของฟิลิปปินส์ต้องมีส่วนในการวิจัย หรือเก็บรวบรวมตัวอย่าง และต้องพยายามใช้บริการของมหาวิทยาลัย หรือสถาบันภายในประเทศฟิลิปปินส์⁶⁰ เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศอินเดียที่ National Biodiversity Authority มีอำนาจกำหนดให้

Regulation and Access Agreement,” Environmental Policy Studies Working Paper #4, 1999, p.19.

⁵⁷ *Ibid*, p.31.

⁵⁸ *Ibid*, p.42.

⁵⁹ *Ibid*, p.36.

⁶⁰ สุทธิศักดิ์ ดีอะระ, “การแบ่งปันผลประโยชน์ตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ: วิเคราะห์แนวปฏิบัติของประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น.80.

การวิจัยต้องทำในท้องถิ่น หรือกำหนดให้นักวิทยาศาสตร์อินเดีย หรือชุมชนมีส่วนร่วมในการวิจัยค้นคว้าก็ได้⁶¹

2. การได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีซึ่งใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมที่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจัดหาให้ภายใต้ความตกลงร่วมกัน⁶²

การกำหนดให้ผู้ขออนุญาตเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมต้องถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่หน่วยงาน หรือองค์กรภายในประเทศของผู้ให้อนุญาตเป็นรูปแบบผลประโยชน์ที่ใช้กันอย่างแพร่หลายมากที่สุดรูปแบบหนึ่ง

ในสัญญาระหว่าง National Cancer Institute (NCI) ของประเทศสหรัฐอเมริกา และ Universidade Paulista (UNIP) ของประเทศบราซิลกำหนดให้ NCI ต้องฝึกอบรมบุคลากร รวมทั้งช่วยเหลือการตรวจวิเคราะห์ฤทธิ์ทางชีวภาพ (Bioassay) และให้มีการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงาน (Publication) ตามที่จะตกลงกับหน่วยงานของประเทศบราซิล⁶³

ในข้อเสนอของ BioAndes ที่เสนอต่อประเทศโคลัมเบียก็กำหนดให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีในการคัดแยก (Screening Technology) รวมทั้งการแบ่งปันข้อมูลจากผลการวิจัยแก่นักวิทยาศาสตร์ของประเทศโคลัมเบียด้วยเช่นกัน⁶⁴

ข้อตกลงระหว่าง National Cancer Institute (NCI) ของประเทศสหรัฐอเมริกากับ University of Yaounde' Center for Health Sciences ของประเทศแคเมอรูนกำหนดให้ NCI ต้องสนับสนุนด้านเครื่องมือ และอุปกรณ์ รวมทั้งเทคโนโลยี และผลการวิจัย นอกจากนี้ยังกำหนดให้ฝึกอบรมเทคนิคด้านการอนุบาลและเพาะพันธุ์พืชแก่ชุมชนท้องถิ่นอีกด้วย⁶⁵

กฎหมาย Executive Order 247 (E.O.247) ของประเทศฟิลิปปินส์กำหนดให้สัญญาเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อการวิจัยทางวิชาการ (Academic Research Agreements-ARAs) ต้องระบุการให้ผลประโยชน์ที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงิน เช่น การฝึกอบรม การ

⁶¹ The Biological Diversity Act, 2002 Section 21.

⁶² CBD, Article 15.7.

⁶³ School of International and Public Affairs, Columbia University, *supra* note 56, p.31.

⁶⁴ *Ibid*, p.37.

⁶⁵ *Ibid*, pp.45-46, 49; อย่างไรก็ตามก็ตีปรากฏในภายหลังว่า ข้อตกลงนี้ไม่ได้รับการยอมรับจากรัฐบาลแคเมอรูน โดยให้เหตุผลว่า University of Yaounde' Center ไม่มีอำนาจที่จะทำข้อตกลงนี้แทนรัฐบาลแคเมอรูน.

แลกเปลี่ยนข้อมูลโดยผ่านการประชุมสัมมนา การตีพิมพ์เผยแพร่ผลงาน หรือการรวบรวมตัวอย่าง⁶⁶

3. การมีส่วนร่วมในการวิจัยทางเทคโนโลยีชีวภาพเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมที่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจัดหาให้ และหากเป็นไปได้อาจกำหนดให้ทำการวิจัยในประเทศภาคีนั้น⁶⁷

การกำหนดให้ผู้ขอเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมต้องวิจัยทรัพยากรพันธุกรรมนั้นในประเทศผู้ให้เป็นเงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งของการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ เพราะเป็นการเพิ่มศักยภาพด้านเทคโนโลยีชีวภาพ อันจะเป็นพื้นฐานของการพึ่งพาตนเองทางเทคโนโลยีในอนาคต และข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ส่วนใหญ่จะระบุเงื่อนไขไว้ ทั้งนี้อาจเป็นการวิจัยในระดับต้นในประเทศ และส่งไปทำการวิจัยในขั้นสูงในต่างประเทศก็ได้ ดังเช่น กรณีข้อตกลงของ INBio ข้อเสนอของ BioAndes ที่เสนอต่อรัฐบาลโคลัมเบีย หรือ Executive Order 247 (E.O.247) ของประเทศฟิลิปปินส์ ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

4. สิทธิในการเข้าถึงผลลัพธ์และผลประโยชน์จากเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมที่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจัดหาให้⁶⁸

ข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ส่วนใหญ่จะกำหนดให้ประเทศผู้อนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมสามารถเข้าถึงผลลัพธ์ของการวิจัย โดยอาจกำหนดให้ต้องแจ้ง รายงาน หรือตีพิมพ์ผลงาน รวมทั้งการได้รับตัวอย่างของผลการวิจัย ในข้อตกลงบางรายให้สิทธิแก่ประเทศผู้อนุญาตให้เข้าถึงควบคุมผลการวิจัย

สัญญาระหว่าง National Cancer Institute (NCI) ของประเทศสหรัฐอเมริกา กับ Universidade Paulista (UNIP) ของประเทศบราซิลนอกจากจะกำหนดให้การรวบรวมตัวอย่างต้องทำโดยหน่วยงานภายในประเทศบราซิลแล้ว ยังกำหนดว่าหากหน่วยงานดังกล่าวสกัดสารประกอบจากตัวอย่างดังกล่าวได้ ก็ให้หน่วยงานดังกล่าวได้สิทธิเป็นเจ้าของในสารประกอบนั้นแต่ผู้เดียว (sole ownership) และอาจเจรจาเพื่อโอนสิทธินั้นแก่ผู้สนใจอื่นด้วยก็ได้ ในสัญญายังกำหนดให้ NCI ส่งผลการคัดแยกขั้นสูงในทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้รับไป (NCI-based advanced

⁶⁶ *Ibid*, p.59.

⁶⁷ CBD, Article 19.1.

⁶⁸ CBD, Article 19.2.

screens) แก่ประเทศบราซิลภายในเวลา 90 วัน และกรณี NCI จะโอนสิทธิในผลการวิจัยแก่บุคคลภายนอกจะต้องได้รับความยินยอมจากประเทศบราซิลก่อน⁶⁹

ในข้อเสนอของ BioAndes ที่เสนอต่อรัฐบาลโคลัมเบียระบุว่า BioAndes จะส่งมอบข้อมูล และผลการวิจัยแก่รัฐบาลโคลัมเบีย รวมทั้งจะต้องฝากตัวอย่าง (Specimens) พืชสมุนไพรไว้กับฐานข้อมูลแห่งชาติของรัฐบาลโคลัมเบีย (National Inventory of Columbia) ด้วย⁷⁰

ผู้เขียนเห็นว่า รูปแบบของผลประโยชน์ที่ประเทศกำลังพัฒนาจะนำมากำหนดในสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์นั้นอาจกำหนดรูปแบบตายตัวได้ยาก เนื่องจากรูปแบบผลประโยชน์มีหลากหลายรูปแบบมาก และรูปแบบหนึ่งอาจเหมาะกับประเทศหนึ่งแต่ไม่เหมาะกับอีกประเทศหนึ่งก็ได้ และผลประโยชน์แบบหนึ่งๆ อาจเหมาะสมในช่วงเวลาหนึ่งก็ได้เช่นกัน ดังนั้นการพิจารณาว่าจะเลือกใช้รูปแบบผลประโยชน์แบบใดจึงต้องพิจารณาอย่างรอบคอบ และจำเป็นต้องใช้ผู้เชี่ยวชาญ และมีทักษะในการเจรจาต่อรอง จึงจะได้สัญญาที่เป็นประโยชน์ต่อประเทศกำลังพัฒนามากที่สุด

ปัญหาประการต่อไปที่ควรพิจารณา คือ ผู้มีสิทธิได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์ได้แก่บุคคลใดบ้าง

เนื่องจากการอนุรักษ์ พัฒนาทรัพยากรพันธุกรรม ตลอดจนภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องเกิดจากกระบวนการภายใต้สังคมแบบเกษตรกรรม ภายใต้วิถีแห่งชุมชน กระบวนการดังกล่าวจะมีพลวัตร (Dynamic) และดำเนินการร่วมกันจากสมาชิกภายในครอบครัว ภายในชุมชน รวมทั้งชุมชนเกษตรกรใกล้เคียง การคัดเลือก การผสมพันธุ์ การเพาะปลูก การเก็บเกี่ยว ตลอดจนการรักษาเมล็ดพันธุ์ล้วนสัมพันธ์กับความรู้หรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องอย่างแยกไม่ได้ ความรู้เหล่านี้จะได้รับการพัฒนาต่อยอดจากเกษตรกรรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่ง ดังนั้นทรัพยากรพันธุกรรม ตลอดจนภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องในปัจจุบันจึงเป็นผลมาจากความคิดสร้างสรรค์ การสั่งสม และการส่งผ่านต่อกันมาจากเกษตรกรในอดีตจนถึงปัจจุบัน การกำหนดให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นผู้ได้รับผลประโยชน์แต่ผู้เดียวจึงไม่ถูกต้อง และในทางปฏิบัติทำได้ยาก หรืออาจทำไม่ได้เลย

ประเด็นผู้มีสิทธิได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์นั้น ระบบการแบ่งปันผลประโยชน์ใน ITPGR แตกต่างจากระบบแบ่งปันผลประโยชน์ใน CBD ข้อแตกต่างประการสำคัญคือ การแบ่งปันผลประโยชน์ใน ITPGR เป็นระบบพหุภาคี (Multilateral System) มิใช่ระบบทวิภาคีดังเช่นของ

⁶⁹ School of International and Public Affairs, Columbia University, *supra* note 56, p.31.

⁷⁰ *Ibid*, p.42.

CBD ที่ระบุไว้กว้างๆ ให้เป็นเรื่องของกฎหมายภายในที่จะกำหนดผู้ได้รับผลประโยชน์ ส่วนใน ITPGR ระบุให้ผลประโยชน์ทางการเงินตกได้แก่กองทุน (Trust Fund) และคณะกรรมการบริหาร (Governing Body) ซึ่งจัดตั้งขึ้นตาม ITPGR จะเป็นผู้บริหารจัดการกองทุนดังกล่าว โดยจะจัดสรรเงินให้แก่เกษตรกรในทุกประเทศ โดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นผู้อนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นไว้ และจากการศึกษากฎหมายภายในของบางประเทศนั้น ส่วนใหญ่จะกำหนดให้ต้องแบ่งปันผลประโยชน์อย่างชัดเจน เช่น ประเทศฟิลิปปินส์กำหนดให้ต้องแบ่งปันผลประโยชน์แก่รัฐบาลและชุมชนท้องถิ่นด้วย⁷¹ ประเทศบราซิลกำหนดให้ต้องจ่ายเงินส่วนแบ่งผลประโยชน์เข้ากองทุนพิเศษเพื่อการอนุรักษ์และวิจัย⁷² ประเทศอินเดียกำหนดให้ต้องจ่ายเงินส่วนแบ่งผลประโยชน์แก่ National Biodiversity Fund⁷³ ประเทศไทยกำหนดให้ต้องจ่ายส่วนแบ่งผลประโยชน์เข้ากองทุนคุ้มครองพันธุ์พืช⁷⁴ เป็นต้น

ผู้เขียนเห็นว่า สิทธิเหนือทรัพยากรพันธุกรรม และภูมิปัญญาเป็นของชุมชน (Community) เป็นสิทธิร่วมกันของสมาชิกในชุมชนนั้นๆ (Collective Rights) ผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาจึงควรตกได้แก่ชุมชนเป็นหลัก โดยหัวหน้าหรือผู้นำชุมชน ซึ่งมักเป็นที่เคารพของสมาชิกในชุมชนควรเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์โดยอาจจัดแบ่งและใช้เพื่อประโยชน์ของชุมชนโดยรวม หรืออาจแบ่งให้แก่เกษตรกรบางรายที่มีบทบาทอย่างมีนัยสำคัญต่อการพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญานั้นก็ได้

แต่ทั้งนี้ในการบริหารจัดการเพื่อให้มีประสิทธิภาพสูงสุด รัฐควรเป็นแกนหลักในการทำสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์ จากนั้นจึงค่อยแบ่งปันผลประโยชน์ต่อไปให้ชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง โดยผ่านไปทางหัวหน้า หรือผู้นำชุมชน แต่ทั้งนี้ควรกำหนดรายละเอียดของการแบ่งปันผลประโยชน์ที่จะตกได้แก่ชุมชนไว้ให้ชัดเจนตั้งแต่ขั้นจัดทำสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์

อย่างไรก็ตาม ความหมายของ “ผู้มีส่วนได้เสีย” (Stakeholders) ในการเข้าถึง และแบ่งปันผลประโยชน์นั้นยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่ ซึ่งผู้เขียนขอกล่าวถึงประเด็นนี้ ดังนี้

ผู้เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้น หากพิจารณาอย่างแคบอาจหมายถึงเฉพาะผู้จัดหา (Provider) และผู้ใช้ (User) แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากลักษณะของทรัพยากรพันธุกรรมที่มีความสัมพันธ์ต่อสิ่งมีชีวิตทุกชนิด ทำให้อาจ

⁷¹ Executive Order 247.

⁷² Brazil's Bill on Access to Genetic Resources, 1997.

⁷³ The Biological Diversity Act, 2002 Section 21(3).

⁷⁴ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 52.

มีบุคคลอื่นที่ส่วนเกี่ยวข้อง หรือเป็นผู้มีส่วนได้เสีย (Stakeholders) ในการเข้าถึง ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม อย่างไรก็ตามในบางกรณี “ผู้มีส่วนได้เสีย” อาจไม่สามารถกำหนดเป็นรูปธรรมได้ชัดเจน เช่น เป็นชุมชนเกษตรกร หรือกลุ่มเกษตรกร เป็นต้น และในกรณีที่เป็นการกลุ่มบุคคล หรือชุมชนยังอาจมีปัญหาในการกำหนดว่าผู้ใดจะเป็นตัวแทนของกลุ่มบุคคล หรือชุมชนนั้น ความไม่ชัดเจนดังกล่าวอาจเป็นปัญหาต่อการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ทั้งในแง่กระบวนการขออนุญาตเข้าถึง และกระบวนการจัดสรรแบ่งปันผลประโยชน์

CBD ได้มีมติที่ VII/19 B เรียกร้องให้ประเทศภาคี องค์การที่เกี่ยวข้อง ชนพื้นเมือง ตลอดจนชุมชนท้องถิ่นส่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับความหมายและขอบเขตของถ้อยคำต่างๆ รวมทั้ง “ผู้มีส่วนได้เสีย” (Stakeholder) ซึ่งหลายประเทศได้เสนอความหมายและขอบเขตต่อ CBD ข้อเสนอที่น่าสนใจมีดังนี้⁷⁵

ประเทศสาธารณรัฐเชค (Czech Republic) เสนอว่า “ผู้มีส่วนได้เสีย” (Stakeholder) หมายถึง “ผู้ที่เกี่ยวข้องหรือสนใจ (subject involved and/or interested) ใน การศึกษาวิจัย การอนุรักษ์ และการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรพันธุกรรม”

ประเทศมาดากัสกา (Madagascar) เสนอว่า “ผู้มีส่วนได้เสีย” (Stakeholder) หมายถึง “คู่สัญญาในสัญญา”

ประเทศอังกฤษ เสนอว่า “ผู้มีส่วนได้เสีย” (Stakeholder) หมายถึง “บุคคลธรรมดา หรือองค์กร หรือกลุ่มบุคคลที่รวมตัวกันอย่างเป็นทางการและไม่เป็นทางการที่ได้รับผลกระทบจาก หรือมีความสนใจในกิจกรรมที่เกี่ยวกับการได้มา การใช้ หรือการจัดหาทรัพยากรพันธุกรรม ผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับการอนุรักษ์ หรือการให้อนุญาตในการเก็บตัวอย่าง หรือการให้ความยินยอมล่วงหน้าในการเข้าถึงอาจหมายถึงหน่วยงานทางราชการที่เกี่ยวข้อง หน่วยงานท้องถิ่น หรือเอกชน เช่น เจ้าของที่ดิน ชนพื้นเมือง ชุมชนท้องถิ่น เกษตรกร หรือองค์กรเอกชน ผู้มีส่วนได้เสียเหล่านี้มักถูกระบุในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์”

จะเห็นได้ว่าความเห็นเกี่ยวกับขอบเขต และความหมายของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์มีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ แต่ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดให้ “ผู้มีส่วนได้เสีย” (Stakeholder) มีขอบเขตที่กว้าง ดังเช่นข้อเสนอประเทศคอซอวอ

⁷⁵ โปรดดู Executive Secretary, “Further Consideration of Outstanding Issues Related to Access and Benefit-Sharing: Use of Terms, Definitions and/or Glossary, as appropriate,” Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-Sharing, 3rd Meeting Bangkok, 14-18 February 2005. (UNEP/CBD/WG-ABS/3/4).

และประเทศอังกฤษจะทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องในทุกภาคส่วน รวมทั้งผู้ที่อาจได้รับผลกระทบจากการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมได้รับการรับรู้ถึงสถานะ ความมีตัวตน ซึ่งจะนำไปสู่การปกป้อง ค้ำครองสิทธิ และการแบ่งปันผลประโยชน์ต่อไป

ผู้เขียนเห็นสมควรกล่าวถึงกรณีศึกษาการให้ความหมาย “ผู้มีส่วนได้เสีย” (Stakeholders) ในข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ของบางประเทศ ดังนี้

1. ประเทศคอสตาริกา (Costa Rica)

ในสัญญาระหว่าง INBio และ Merck ได้รับรู้ถึงกระทรวงสิ่งแวดล้อมและพลังงาน (Ministry of Environment and Energy-MINAE) ทั้งที่ MINAE ไม่ได้เป็นคู่สัญญา แต่การที่ MINAE เข้ามาเกี่ยวข้องในสัญญาดังกล่าวเนื่องจาก INBio ได้ทำสัญญากับ MINAE เพื่อร่วมมือจัดทำฐานข้อมูลความหลากหลายทางชีวภาพของชาติ (Cooperation Agreement, 7 October 1994) ตามสัญญาความร่วมมือดังกล่าวอนุญาตให้ INBio สืบค้นพันธุกรรมเพื่อแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ได้ และกำหนดว่างบประมาณในการสำรวจไม่น้อยกว่าร้อยละ 10 จะต้องนำไปใช้สนับสนุนการจัดการคุ้มครองพื้นที่อนุรักษ์ (Clause 11) และผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจที่ INBio ได้รับร้อยละ 50 ต้องมอบแก่ MINAE (Clause 12)

ดังนั้นเมื่อ INBio ทำสัญญากับ Merck ในสัญญาจึงระบุให้รายได้ค่าสิทธิไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ที่ INBio ได้รับจะต้องมอบแก่ MINAE ในกรณีนี้จึงถือว่า MINAE เป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาระหว่าง INBio และ Merck

กรณีทรัพยากรพันธุกรรมอยู่ในพื้นที่ของเอกชน ก็ถือว่าเอกชนเจ้าของพื้นที่มีฐานะเป็นผู้ครอบครองทรัพยากรพันธุกรรม ตามกฎหมาย (Law 7788) และเป็นผู้มีส่วนได้เสียด้วยเช่นกัน

นอกจากนี้ตาม Law 7313 of 7 December 1992⁷⁶ ประชาชนคอสตาริกายังมีสิทธิใช้ประโยชน์จากผลิตภัณฑ์ หรือผลิตภัณฑ์ต่อเนื่อง (Products or byproducts) จากพันธุกรรม ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย ดังนั้นเมื่อตีความอย่างกว้างแล้วประชาชนคอสตาริกาทุกคนถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียในทรัพยากรพันธุกรรมด้วยเช่นกัน

⁷⁶ School of International and Public Affairs, Columbia University, *supra* note 56, p.19.

2. ประเทศบราซิล (Brazil)

การสำรวจทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศบราซิล ตามข้อตกลงระหว่าง National Cancer Institute (NCI) และ Universidade Paulista (UNIP) นอกจากจะถือว่าคู่สัญญาโดยตรงเป็นผู้มีส่วนได้เสียแล้ว ในกรณีนี้ยังถือว่ารัฐบาลสหรัฐอเมริกาเป็นผู้มีส่วนได้เสียด้วยโดย NCI เป็นตัวแทนของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา

กรณีทรัพยากรพันธุกรรมอยู่ในพื้นที่ของเอกชนๆ ที่เป็นเจ้าของพื้นที่ที่มีทรัพยากรพันธุกรรมก็เป็นผู้มีส่วนได้เสียเช่นกัน (อย่างไรก็ตามพื้นที่ที่จะขอเข้าสำรวจในกรณีนี้จำกัดเฉพาะพื้นที่สาธารณะเท่านั้น) และกรณีการสำรวจในพื้นที่อนุรักษ์ของรัฐเซาเปาโล ถือว่าฝ่ายบริหารของเซาเปาโล (The São Paulo State Government) ก็เป็นผู้มีส่วนได้เสีย

นอกจากนี้ในเขตพื้นที่อนุรักษ์ของรัฐเซาเปาโลเป็นที่อยู่ของชุมชนท้องถิ่น (Traditional Communities and Indigenous populations) ตามกฎหมายถือว่าชุมชนเหล่านี้เป็นผู้ครอบครองทรัพยากรพันธุกรรมตามจารีตประเพณีจึงถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียเช่นกัน แม้ในข้อตกลงระหว่าง NCI กับ UNIP จะไม่ได้ระบุถึงชุมชนเหล่านี้ก็ตาม โดยกฎหมายท้องถิ่นของรัฐเซาเปาโลกำหนดให้ฝ่ายบริหารของรัฐเซาเปาโลมีสิทธิขอให้ผู้ขอเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมแสดงหลักฐานการได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากชุมชนเหล่านี้ก่อนที่ฝ่ายบริหารจะพิจารณาอนุญาตให้เข้าสำรวจทรัพยากรพันธุกรรมในพื้นที่ดังกล่าวได้ กฎหมายฉบับนี้ยังระบุอีกว่าทรัพยากรพันธุกรรมท้องถิ่น หรือผลิตภัณฑ์ที่ได้จากทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าวเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ

3. ประเทศโคลัมเบีย (Columbia)

ประเทศโคลัมเบียเป็นสมาชิก Andean Pact จึงต้องปฏิบัติตามมติที่ 391 ที่กำหนดให้รัฐ และผู้ยื่นคำขออนุญาตเป็นผู้มีส่วนได้เสีย และรวมถึงบุคคลอื่นๆ ตามที่กำหนดในบทนิยามในมติที่ 391 อีกด้วย

ในประเทศโคลัมเบีย Ministry of Environment (MNA) เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบในการพิจารณาอนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม แต่ประชาชนทั่วไปอาจเข้ามีส่วนร่วมในการพิจารณาได้ตามหลักการมีส่วนร่วมในการอนุญาตให้สิทธิ (Principle of participation consigned) ตามที่กำหนดไว้ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย (Constitution, 1991 และ Law 99 of 1993) และกรณีคำขออนุญาตของ BioAndes นั้นองค์กรภาคประชาชน (Grupo Semillas) ก็ได้เสนอความเห็นคัดค้านต่อ MNA เช่นกัน ⁷⁷ แสดงให้เห็นว่าผู้มีส่วนได้เสียในประเทศโคลัมเบียมี

⁷⁷ *Ibid*, pp.39-40.

ขอบเขตที่กว้างพอสมควร และทำให้ภาคประชาชน ชุมชนพื้นเมืองสามารถมีส่วนร่วมเกี่ยวข้องในการพิจารณาคำขออนุญาตได้

4. ประเทศแคเมอรูน (Cameroon)

ในข้อตกลงระหว่าง National Cancer Institute (NCI) และ Missouri Botanical Garden (MBG) ของประเทศสหรัฐอเมริกา กับ University of Yaounde's Center for Health Sciences ของประเทศแคเมอรูน ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักที่การปลูกต้น *Ancistrocladus Korupensis* เพื่อเก็บใบซึ่งเชื่อว่ามีสารที่ออกฤทธิ์ฆ่าเชื้อไวรัส HIV ได้ ในการปลูกจะใช้พื้นที่ในจังหวัด Kurup ทางตะวันตกเฉียงใต้ของประเทศแคเมอรูน ซึ่งครอบคลุมประชาชนในหมู่บ้านกว่า 100 แห่ง

ในการทำข้อตกลงนี้รัฐบาลแคเมอรูนได้มอบหมายให้หน่วยงานของรัฐบาล ได้แก่ Ministry of Environment and Forestry, Ministry of Scientific and Technical Research, Commission for the Exploitation and Conservation of *A.korupensis*, Purdue University เป็นผู้ช่วยเหลือการดำเนินการของ NCI, MBG และ University of Yaounde ดังนั้นหน่วยงานของรัฐบาลดังกล่าวจึงถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียเช่นกัน

นอกจากนี้เนื่องจากการเก็บ *A.korupensis* จะดำเนินการในเขตของ The Korup National Park ด้วยดังนั้น The Korup National Park รวมทั้งชุมชนในเขตอุทยานก็ถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียเช่นกัน ⁷⁸

5. ประเทศฟีจี (Fiji)

ในสัญญาสำรวจทรัพยากรชีวภาพระหว่าง The Strathclyde Institute of Drug Research (SIDR) ของ University of Strathclyde ในประเทศสกอตแลนด์ กับ University of the South Pacific (USP) ของประเทศฟีจี แม้จะระบุผู้มีส่วนได้เสียเฉพาะ SIDR และ USP แต่ในสัญญาได้กล่าวถึงรัฐบาลฟีจี และเอกชนผู้เป็นเจ้าของพื้นที่ที่จะเข้าสำรวจทรัพยากรพันธุกรรม

โดยในสัญญากำหนดให้ USP ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐบาลฟีจี และได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากเอกชนผู้เป็นเจ้าของทรัพยากรในการสกัดตัวอย่างสารทางชีวภาพและส่งให้แก่ SIDR นอกจากนี้สัญญาดังกล่าวยังเน้นการส่งเสริมการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพด้วย ดังนั้นจึงถือว่าประชาชนฟีจีทุกคนมีส่วนได้เสียในกรณีนี้ด้วย

มีข้อสังเกตที่น่าสนใจว่า USP ได้ทำสัญญาย่อยอีกฉบับหนึ่งกับชนพื้นเมือง *tikina* ในเขตพื้นที่ Verata (USP- Verata Contract) เพื่อกำหนดการแบ่งปันผลประโยชน์ในระดับชุมชน รวมทั้งระบุจำนวนตัวอย่าง (500 ตัวอย่าง) ที่จะเก็บจากพื้นที่สำรวจในเขตจับปลา และในป่าของ

⁷⁸ *Ibid*, pp.45-47.

ชนพื้นเมือง *tikina*⁷⁹ นอกจากนี้ผลประโยชน์ด้านเทคโนโลยีที่ตกได้แก่ USP จะเพิ่มศักยภาพของมหาวิทยาลัยในการคัดแยก และสกัดยาจากธรรมชาติ ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อประเทศต่างๆ 12 ประเทศในภูมิภาคนี้⁸⁰

จากกรณีศึกษาการตีความขอบเขตผู้มีส่วนได้เสียในข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ ผู้เขียนเห็นว่าในการกำหนดขอบเขตและความหมาย “ผู้มีส่วนได้เสีย” (Stakeholders) ในการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ ควรคำนึงถึงหลักการ 6 ประการ ดังต่อไปนี้

1. การกำหนดผู้มีส่วนได้เสียในกระบวนการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ควรดำเนินการด้วยความละเอียด รอบคอบ และระมัดระวังโดยไม่ควรจำกัดเฉพาะผู้ที่มีประโยชน์ในสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์เท่านั้น แต่ควรรวมถึงบุคคล หรือกลุ่มบุคคลที่อาจได้รับผลกระทบจากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งควรคำนึงถึงบุคคล หรือกลุ่มบุคคลด้อยโอกาส หรือไม่มีศักยภาพในการเข้าร่วมในกระบวนการ และในการกำหนดผู้มีส่วนได้เสียควรเริ่มต้นจากบุคคล หรือองค์กรตามกฎหมายที่เป็นตัวแทนของกลุ่ม หรือชุมชนที่เกี่ยวข้อง

2. หน่วยงาน หรือองค์กรของภาครัฐที่รับผิดชอบเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมถือเป็นผู้เกี่ยวข้อง เช่น กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม กรมป่าไม้ กรมประมง กระทรวงเกษตร กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี กระทรวงสาธารณสุข ซึ่งรวมทั้งหน่วยงานของรัฐในภูมิภาค หรือในท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง เช่น หน่วยงานอุทยานแห่งชาติที่สามารถกำกับกับการสำรวจและเก็บตัวอย่างทรัพยากรพันธุกรรมในระดับภาคสนาม กรมศุลกากรในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการส่งออกทรัพยากรพันธุกรรม เป็นต้น

3. ผู้ใช้ทรัพยากรพันธุกรรม (End-users) ที่เป็นคนธรรมดา หรือองค์กร สถาบัน ทั้งในและนอกประเทศถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียเช่นกัน โดยเฉพาะผู้ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมภายในประเทศเช่น ผู้นำพืชสมุนไพรมาแปรรูปเป็นผลิตภัณฑ์ต่างๆ เป็นต้น หน่วยงาน มหาวิทยาลัย สถาบันการศึกษา ศูนย์เก็บรักษาพันธุกรรม หรือองค์กรต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง หรือเป็นตัวกลางในการเก็บตัวอย่าง วิจัย หรือบริหารจัดการตัวอย่างทรัพยากรพันธุกรรมก็ถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียเช่นกัน

4. กรณีชุมชนพื้นเมือง หรือชุมชนท้องถิ่นนั้นเนื่องจากมีความหลากหลายมาก ดังนั้นการกำหนดหรือแต่งตั้งผู้ที่จะเป็นตัวแทนของชุมชนดังกล่าวจึงต้องพิจารณาอย่างรอบคอบ และควรให้แต่ละชุมชนที่มีแนวคิด สภาพสังคมเศรษฐกิจที่แตกต่างกันมีตัวแทนของตนเองแยกกัน

⁷⁹ *Ibid*, pp.51-52.

⁸⁰ *Ibid*, p.54.

5. องค์การเอกชน (NGOs) หรือสถาบันวิจัยที่มีกิจกรรมเกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพจะสามารถให้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านได้เป็นอย่างดี และยังมีศักยภาพในการช่วยเหลือด้านเทคนิคแก่ตัวแทนชนพื้นเมือง หรือชุมชนท้องถิ่นได้อีกด้วย

6. สิทธิในการปฏิเสธไม่อนุญาตให้เข้าถึงของชนพื้นเมือง หรือชุมชนท้องถิ่นที่อาศัยในพื้นที่ที่มีทรัพยากรพันธุกรรมควรได้รับการรับรอง

(2) เงื่อนไขในสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์

การใช้สัญญาเป็นรูปแบบที่ได้รับความนิยมมากที่สุดในการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์⁸¹ ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ CBD/ITPGR กำหนดให้ใช้ “การใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์” (Commercialization) เป็นเครื่องกำหนดให้เกิดหน้าที่ต้องแบ่งปันผลประโยชน์

ปัญหาที่ต้องพิจารณา คือ การขออนุญาตเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในเบื้องต้นอาจไม่มีวัตถุประสงค์ใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ แต่อาจเปลี่ยนมามีวัตถุประสงค์ใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในภายหลัง หรือมีบุคคลอื่นนำผลงานวิจัยไปใช้ในเชิงพาณิชย์โดยผู้วิจัยไม่มีส่วนเกี่ยวข้องก็ได้ ปัญหานี้ผู้เขียนเห็นว่า หากผู้ขออนุญาตเข้าถึงมีวัตถุประสงค์ชัดเจนตั้งแต่ต้นว่าจะใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ย่อมกำหนดหน้าที่ให้ต้องแบ่งปันผลประโยชน์ในการอนุญาตได้ ส่วนกรณีไม่ได้มีวัตถุประสงค์ดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าอาจกำหนดเป็นเงื่อนไขเมื่อมีการนำไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในภายหลังก็ได้ ซึ่งควรกำหนดให้ครอบคลุมถึงกรณียินยอมให้บุคคลอื่นนำไปใช้ในเชิงพาณิชย์ด้วย อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่า การลักลอบนำผลงานวิจัยไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์โดยผู้วิจัยไม่มีส่วนรู้เห็นก็อาจเป็นไปได้และทำให้การเรียกเก็บส่วนแบ่งผลประโยชน์ทำได้ยาก แต่กรณีผู้นำไปใช้นั้นขอรับทรัพย์สินทางปัญญา ก็อาจใช้มาตรการให้เปิดเผยข้อมูลแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องก็จะช่วยเสริมกระบวนการแบ่งปันผลประโยชน์ได้

ประเด็นที่ควรพิจารณาต่อไป คือ ITPGR กำหนดข้อยกเว้นว่า หากบุคคลอื่นใช้ผลิตภัณฑ์ที่สร้างขึ้นจากทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่ในบังคับของ ITPGR โดยเจ้าของผลิตภัณฑ์ไม่ได้วางข้อจำกัดใดๆ ในการที่บุคคลอื่นจะใช้ประโยชน์เพื่อการค้นคว้าวิจัยต่อไป ITPGR ระบุว่ากรณีนี้ไม่ต้องแบ่งปันผลประโยชน์ โดย ITPGR กำหนดให้ผู้นำไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เป็นผู้ชำระผลประโยชน์แทน⁸²

⁸¹ UNEP/CBD/COP/5/8, Para.53.

⁸² ITPGR, Article 13.2.

ปัญหาที่ต้องพิจารณา คือ ข้อยกเว้นในการวิจัย (Research Exemption/Breeder Exemption) ในระบบสิทธิบัตร หรือสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชจะถือว่าเป็นไปตามข้อยกเว้นของ ITPGR นี้และไม่ต้องชำระส่วนแบ่งผลประโยชน์ตอบแทนหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่า การได้รับสิทธิไม่ต้องชำระผลประโยชน์ตอบแทนในกรณีนี้จะต้องเป็นการยินยอมให้ผู้อื่นใช้โดยไม่มีข้อจำกัดใดๆ เท่านั้น ข้อยกเว้นการวิจัยของระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชยังมีข้อจำกัดบางประการ เช่น การปรับปรุงพันธุ์โดยใช้พันธุ์พืชคุ้มครองเป็นพันธุ์ตั้งต้นและพันธุ์พืชใหม่ที่ได้ยังคงมีลักษณะสำคัญของพันธุ์พืชตั้งต้นอยู่ (EDVs)⁸³ จึงไม่ถือว่าเป็นกรณี “ไม่มีข้อจำกัดใดๆ” ดังนั้นข้อยกเว้นดังกล่าวจึงไม่เข้าข้อยกเว้นที่ไม่ต้องชำระส่วนแบ่งผลประโยชน์ตาม ITPGR

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ITPGR ใช้บังคับกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและเกษตรที่ระบุในบัญชีท้ายสนธิสัญญาเท่านั้น ดังนั้นการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมนอกเหนือจากที่ระบุในบัญชีท้ายสนธิสัญญา แม้จะเป็นการใช้ในเชิงพาณิชย์ก็ไม่อยู่ในบังคับให้ต้องแบ่งปันผลประโยชน์

ประเด็นต่อไปที่ต้องพิจารณา คือ รูปแบบของสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์ควรจะเป็นรูปแบบใด

ดังได้กล่าวแล้วว่า การใช้เงื่อนไขของสัญญาเป็นรูปแบบในการควบคุมการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ได้รับความนิยมมากที่สุด แต่รูปแบบของสัญญาไม่ได้ใช้เฉพาะการถ่ายโอนทรัพยากรพันธุกรรมระหว่างผู้ใช้ และผู้จัดหาทรัพยากรพันธุกรรมเท่านั้น รูปแบบของสัญญายังได้รับความนิยมในการถ่ายโอนทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อวัตถุประสงค์อื่นอีกด้วย เช่น การมอบทรัพยากรพันธุกรรมให้แก่ธนาคารพันธุกรรม (Gene-Bank) การถ่ายโอนทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อการวิจัย พัฒนา หรือเพื่อใช้ในเชิงพาณิชย์ เป็นต้น

สัญญาเหล่านี้มักจะจัดทำในหลายรูปแบบทั้งที่เป็นรูปแบบของสัญญาตามปกติหรือไม่ก็ได้ และมักเรียกข้อตกลงในการถ่ายโอนทรัพยากรพันธุกรรม และการแบ่งปันผลประโยชน์นี้ว่า “สัญญาถ่ายโอนวัสดุพันธุกรรม” (Material Transfer Agreement – MTA)

ผู้เกี่ยวข้องต่างๆ ทั้งภาครัฐและภาคเอกชนได้พยายามกำหนดรูปแบบของ MTA เพื่อให้มีมาตรฐานเดียวกัน หรือใกล้เคียงกันเพื่อให้การบริหารจัดการเป็นไปได้ง่ายขึ้น เช่น Uniform Biological Material Transfer Agreements ที่จัดทำโดย National Institute of Health (NIH) ของสหรัฐอเมริกา, Draft Biodiversity Prospecting Contract ซึ่งพัฒนาจากสัญญาระหว่าง Merck &

⁸³ โปรดดูเพิ่มเติมในบทที่ 4.

Co., และ INBio, Letter-of-Collection Agreement ซึ่งจัดทำโดย National Cancer Institute, สัญญามาตรฐานที่ Consultative Group on International Agriculture Research (CGIAR) ทำความตกลงกับ FAO หรือ Model Material Acquisition Agreement และ Model Material Supply Agreement ที่สวนพฤกษศาสตร์ (Botanic Gardens) ได้จัดทำขึ้นตาม Common Policy Guidelines for Participating Botanic Gardens on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing เป็นต้น

African Model Law ของ OAU ได้กำหนดเงื่อนไขที่ควรบรรจุในการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเงื่อนไขดังกล่าวมีความเหมาะสมต่อการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ของประเทศกำลังพัฒนา และสอดคล้องกับหลักการของ CBD เงื่อนไขดังกล่าวมีดังต่อไปนี้

1. กำหนดเงื่อนไขให้การวิจัยและพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชดำเนินการภายในประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นผู้จัดหาทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าว⁸⁴
2. การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชต้องได้รับความยินยอมล่วงหน้า (PIC) ทั้งจากหน่วยงานของรัฐ และชนพื้นเมือง หรือชุมชนท้องถิ่น⁸⁵
3. เงื่อนไขสำคัญอื่นที่ต้องตกลงกันให้ได้ข้อยุติก่อนการทำสัญญา⁸⁶ ซึ่งอาจรวมถึงเงื่อนไขให้ต้องอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ⁸⁷
4. คำรับรองที่จะมอบข้อมูลจากการวิจัย หรือมอบสำเนาตัวอย่างพันธุกรรม (Duplicate specimens)⁸⁸

⁸⁴ African Model Law, Article 4.1 สอดคล้องกับหลักการของ CBD, Article 15.6 ที่ต้องการให้ทำการวิจัยทรัพยากรพันธุกรรมภายในดินแดนของประเทศภาคีผู้จัดหาทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าวหากเป็นไปได้.

⁸⁵ African Model Law, Article 4.2 สอดคล้องกับหลักการได้รับความยินยอมล่วงหน้า และหลักการแบ่งปันผลประโยชน์ใน CBD, Article 15.6 และ 8(j).

⁸⁶ African Model Law, Article 4.3 สอดคล้องกับหลักการการตกลงร่วมกัน (Mutually agreed terms) ใน CBD, Article 15.4.

⁸⁷ African Model Law, Article 4.3(a), (g), (h) และ Article 4.9 สอดคล้องกับหลักการใน CBD, Article 6, 7, 8(c), (d), (j), (k) และ (l), 9(c), (d), 10(a), (b).

⁸⁸ African Model Law, Article 4.3(b), (c), (g) สอดคล้องกับหลักการใน CBD, Article 15.7, 17.2.

5. ข้อตกลงรับรองที่จะไม่โอน หรือมอบทรัพยากรพันธุกรรม ความรู้ กรรมวิธี หรือนวัตกรรมที่เกี่ยวข้องให้แก่บุคคลที่สามโดยไม่ได้รับอนุญาต⁸⁹

6. ข้อตกลงรับรองที่จะไม่ขอรับสิทธิบัตร⁹⁰

7. ข้อตกลงจ่ายค่าแรงเพื่อตอบแทนการค้นพบคุณสมบัติพิเศษของทรัพยากรพันธุกรรมพืช ภูมิปัญญาของเกษตรกร หรือภูมิปัญญาท้องถิ่น รวมทั้งตอบแทนค่าใช้จ่ายต่างๆ ในหน่วยงานของรัฐต้องเสียไปเพื่อให้มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม⁹¹

8. ข้อตกลงรับรองว่าจะปฏิบัติตามเงื่อนไขต่างๆ ที่ได้ตกลงร่วมกัน รวมทั้งการกำหนดเงื่อนไขให้ต้องค้ำประกัน เนื่องจากผู้ทำข้อตกลงเข้าถึงอาจเดินทางออกนอกประเทศไม่ได้ อยู่ในประเทศที่ให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม⁹²

ข้อตกลงในระดับภูมิภาคหลายฉบับจะกำหนดรายการสำคัญที่ต้องระบุในข้อตกลง แบ่งปันผลประโยชน์ไว้อย่างชัดเจน เช่น กำหนดให้ต้องทำสัญญาระหว่างหน่วยงานที่รับผิดชอบ และผู้ขออนุญาตเข้าถึง⁹³ และต้องทำสัญญาระหว่างผู้ขอเข้าถึงกับผู้จัดหาพันธุกรรม (Provider of the Genetic Resources)⁹⁴ กำหนดให้ชนพื้นเมืองมีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการเจรจาเพื่อทำ

⁸⁹ African Model Law, Article 4.3(d) สอดคล้องกับหลักการใน CBD, Article 15.5.

⁹⁰ African Model Law, Article 4.3(e) เงื่อนไขข้อนี้แม้จะไม่ปรากฏโดยชัดแจ้งใน CBD แต่หลักการไม่ให้สิทธิบัตรในทรัพยากรชีวภาพเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับทั่วไปในประเทศกำลังพัฒนา และ CBD, Article 16.2 ก็กล่าวถึงทรัพย์สินทางปัญญาโดยทั่วไปเท่านั้น ไม่ได้ระบุชัดเจนว่าจะต้องให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในทรัพยากรชีวภาพ จึงเป็นประเด็นที่เปิดกว้างแก่ประเทศสมาชิก เมื่อประกอบกับประเด็นนี้ก่อให้เกิดข้อถกเถียงระหว่างประเทศกำลังพัฒนาและประเทศอุตสาหกรรม และอาจมีการแก้ไขข้อตกลงทริปส์ มาตรา 27.3b ต่อไปในอนาคต ดังนั้นจึงเป็นสิ่งที่สมควรที่อย่างน้อยจะห้ามไม่ให้ขอรับสิทธิบัตร.

⁹¹ African Model Law, Article 4.3(f) เงื่อนไขข้อนี้อยู่บนหลักการตอบแทนแรงงาน หรือค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่เสียไปเพื่อให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม.

⁹² African Model Law, Article 4.4, 4.5, 4.6, 4.7, 4.8 สอดคล้องกับหลักการใน CBD, Article 15.4 และ มติที่ VII/19 ของ COP7.

⁹³ Andean Pact Decision 391, Chapter 3.

⁹⁴ Andean Pact Decision 391, Article 41.

ข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์⁹⁵ ให้ระบุเงื่อนไขของการโอนทรัพยากรพันธุกรรมแก่บุคคลที่สามไว้ในสัญญา⁹⁶ ให้นำข้อมูลเกี่ยวกับสัญญาเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ไปจดทะเบียนต่อหน่วยงานที่รับผิดชอบ⁹⁷ เป็นต้น

แนวปฏิบัติกรุงบอนน์ (Bonn Guidelines) ได้กำหนดรายการที่คู่สัญญาพึงต้องเจรจาตกลงร่วมกันในการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ไว้ ดังนี้⁹⁸

1. ชนิดและจำนวนของพันธุกรรมที่ขอเข้าถึงและนำไปใช้ประโยชน์ รวมทั้งอาณาเขตพื้นที่ที่เข้าถึง และดำเนินกิจกรรมตามสัญญา
2. ข้อจำกัดใดๆ ที่เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากพันธุกรรม
3. การเพิ่มพูนศักยภาพ (Capacity-building) ในด้านต่างๆ
4. เงื่อนไขที่ทำให้อาจเจรจาเพื่อเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญาที่ได้ทำไปแล้ว
5. เงื่อนไขต่างๆ ที่ใช้กับกรณีที่มีการโอนพันธุกรรมให้แก่บุคคลอื่นต่อไป เช่น การกำหนดให้บุคคลอื่นต้องทำสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์ในลักษณะเดียวกัน เป็นต้น
6. เงื่อนไขเกี่ยวกับการยอมรับ และอนุรักษ์ความรู้ นวัตกรรม หรือจารีตประเพณีของชนพื้นเมือง หรือชุมชนท้องถิ่น รวมทั้งการคุ้มครองและส่งเสริมการใช้ประโยชน์จากพันธุกรรมตามจารีตประเพณี
7. เงื่อนไขเกี่ยวกับการรักษาความลับ
8. เงื่อนไขเกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ในเชิงพาณิชย์ รวมทั้งการใช้ผลิตภัณฑ์ (Product) หรือผลิตผลของพันธุกรรม (Derivatives)

ประเทศบราซิลเป็นประเทศที่มีความหลากหลายของทรัพยากรพันธุกรรมเช่นกัน ในกฎหมายว่าด้วยการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม (Access to Genetic Resources, Bill of Law No.306/95) มาตรา 22 ได้กล่าวถึงเงื่อนไข 14 ประการที่ต้องระบุในสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์ ดังนี้

⁹⁵ African Model Law, Article 7; Draft ASEAN Agreement, Article 11.

⁹⁶ Andean Pact Decision 391, Article 17; Draft Central American Agreement, Article 19; African Model Law, Article 8.

⁹⁷ Andean Pact Decision 391, Article 21.

⁹⁸ Bonn Guidelines, Para. 44.

1. วัตถุประสงค์หลักของสัญญา
 2. กำหนดความเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิเชิงพาณิชย์เหนือผลิตภัณฑ์ (Product) ที่ได้จากทรัพยากรพันธุกรรมตามสัญญา และเงื่อนไขในการใช้สิทธิดังกล่าว
 3. การโอนสิทธิในการได้รับอนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไม่อาจโอนให้แก่บุคคลอื่นได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากหน่วยงานของรัฐ และในกรณีทรัพยากรพันธุกรรมที่มีชุมชนท้องถิ่นเกี่ยวข้องด้วย การโอนสิทธิต้องได้รับความยินยอมจากชุมชนท้องถิ่นนั้นด้วยเช่นกัน
 4. ผู้ขออนุญาตต้องแจ้งรายละเอียดของการวิจัย การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม และผลิตภัณฑ์ที่ได้จากทรัพยากรพันธุกรรมนั้น
 5. ผู้ขออนุญาตต้องส่งรายงานที่เกี่ยวข้องกับการวิจัย หรือการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมแก่หน่วยงานของรัฐ
 6. ผู้ขออนุญาตต้องรายงานให้ทราบถึงผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีที่ได้มาจากทรัพยากรพันธุกรรม และในกรณีผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีที่ได้มาแตกต่างจากที่ได้รายงานไว้ ผู้ขออนุญาตต้องรายงานให้ทราบด้วยเช่นกัน
 7. ผู้ขออนุญาตต้องรับรองว่าจะส่งรายงานผลการดำเนินงานของผู้ขออนุญาตให้แก่รัฐเป็นประจำ
 8. การขนส่ง หรือส่งผ่านทรัพยากรพันธุกรรมไปยังพื้นที่อื่นนอกเหนือจากพื้นที่ที่ได้รับอนุญาตจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐก่อน
 9. ผู้ขออนุญาตต้องเก็บตัวอย่างทรัพยากรพันธุกรรม ผลิตภัณฑ์ หรือวัสดุที่เกี่ยวข้องไว้กับสถาบันหรือองค์กรที่รัฐกำหนด และห้ามมิให้นำตัวอย่างที่มีอยู่เพียงตัวอย่างเดียว (Single sample) ของทรัพยากรพันธุกรรมออกนอกประเทศ
 10. กำหนดเงื่อนไขรักษาความลับ
 11. การใช้สิทธิของผู้ขออนุญาตเข้าถึงต้องไม่ขัดกับกฎหมายป้องกันการผูกขาด
 12. ผู้ขออนุญาตต้องวางเงินประกัน หรือหลักประกันความเสียหายจากการผิดสัญญา
 13. ผู้ขออนุญาตต้องชดเชยค่าเสียหายหากทำให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม
 14. ผู้ขออนุญาตต้องปฏิบัติตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง
- อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าแต่ละประเทศมีความแตกต่างทางด้านเศรษฐกิจ สังคม รวมทั้งระบบกฎหมาย ดังนั้นจึงไม่มีสูตรสำเร็จของเงื่อนไขที่จะนำมาใช้ การจะนำเงื่อนไขใดมาใช้จึงอาจต้องปรับแต่งรายละเอียดบางอย่างเพื่อให้เหมาะสมกับแต่ละประเทศ

ปัญหาอีกประการหนึ่ง ซึ่งเป็นปัญหายากหลังจากทำสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์แล้ว คือ การตรวจสอบติดตามว่าคู่สัญญาได้ปฏิบัติตามข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์อย่างถูกต้อง ครบถ้วนจริงหรือไม่

การตรวจสอบในกรณีของข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมจะยุ่งยากมากกว่าสัญญาอื่นทั่วไป เนื่องจากในการค้นคว้าวิจัยเพื่อนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ประโยชน์ในเชิงการค้าได้จริงนั้น อาจต้องใช้เวลาและในท้ายที่สุดอาจไม่สามารถนำไปใช้ในเชิงการค้าได้ ดังเช่นกรณีสัญญาของ INBio ที่จนกระทั่งปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่ามีทรัพยากรพันธุกรรมใดที่นำไปสู่การใช้ประโยชน์ในเชิงการค้าได้จริง กระบวนการติดตามคู่สัญญาจึงต้องดำเนินการอย่างต่อเนื่อง ลักษณะเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าจะเป็นอุปสรรคสำคัญหากให้ชนพื้นเมือง หรือเกษตรกรเป็นคู่สัญญาในข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์โดยตรง เพราะจะขาดศักยภาพในการติดตามตรวจสอบโดยสิ้นเชิง การกำหนดเงื่อนไขให้ต้องทำการวิจัยภายในประเทศของผู้ให้ทรัพยากรพันธุกรรม กำหนดให้ต้องใช้นักวิจัยท้องถิ่น การกำหนดให้แจ้ง หรือเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมในการขอรับทรัพย์สินทางปัญญาก็อาจเป็นเครื่องมือในการติดตามการปฏิบัติตามข้อตกลงได้วิธีหนึ่งเช่นกัน อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่า ความสุจริตของคู่สัญญาเป็นปัจจัยสำคัญที่จะทำให้ข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์บรรลุวัตถุประสงค์

(3) การจัดทำระบบสากลเพื่อการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ (International Regime on Access and Benefit-sharing)

จากบทบาทและความสำคัญของ CBD ทำให้ประชาคมระหว่างประเทศส่วนใหญ่พยายามผลักดันให้จัดทำระบบสากล เพื่อการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ตามแนวทางของ CBD โดยเห็นว่าการกำหนดให้ผู้ขอรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาต้องเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการประดิษฐ์นั้นๆ (Disclosure Requirement) เป็นประเด็นสำคัญที่มีผลต่อประสิทธิภาพของการแบ่งปันผลประโยชน์ ประเทศกำลังพัฒนาได้พยายามผลักดันประเด็นนี้ตั้งแต่ครั้งการประชุม WTO ณ กรุงโดฮา ประเทศกาตาร์

CBD ได้เผยแพร่ และชักนำองค์กรอื่นๆ อาทิ WTO, Standing Committee on Patents และ Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (IGC) ของ WIPO และ PCT Reform Working Group ของ WIPO ฯลฯ ให้ความสำคัญการแบ่งปันผลประโยชน์โดยใช้เงื่อนไขการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม

ในระหว่างการประชุมของ WIPO, SCP เกี่ยวกับ PLT เมื่อเดือนกันยายน 1999 ผู้แทนรัฐบาลโคลัมเบียได้เสนอให้เพิ่มมาตรการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมใน PLT ด้วย⁹⁹ แต่ถูกประเทศอุตสาหกรรมหลายชาติคัดค้านจนข้อเสนอให้เพิ่มมาตรการดังกล่าวต้องตกไป ทำให้ PLT ซึ่งมีผลบังคับใช้แล้วเมื่อวันที่ 28 เมษายน ค.ศ.2005 ไม่มีบทมาตรากเกี่ยวกับการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมแต่อย่างใด¹⁰⁰

ผู้แทนของประเทศโดมินิกันในฐานะตัวแทนของกลุ่มประเทศในทวีปอเมริกาใต้ได้เสนอให้เพิ่มหลักการบางประการเพื่อคุ้มครองสิทธิของประเทศกำลังพัฒนาในการประชุมเจรจาจัดทำ SPLT เมื่อปี ค.ศ. 2002 เนื้อหาของข้อเสนอดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความต้องการให้ SPLT มีความสอดคล้องกับมาตรการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมในกฎหมายสิทธิบัตรประเทศสมาชิกหลายประเทศแสดงความกังวลว่าข้อเสนอดังกล่าวจะเป็นอุปสรรคต่อการจัดทำกฎหมายสิทธิบัตรของแต่ละประเทศให้มีความสอดคล้องกัน และหลายประเทศยังแสดงความไม่แน่ใจว่ามาตรการแบ่งปันผลประโยชน์จะได้รับความเห็นชอบจากประเทศสมาชิกทั้งหมด อย่างไรก็ตามขณะนี้การจัดทำ SPLT ยังอยู่ระหว่างการดำเนินการ¹⁰¹

ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ได้เสนอมาตรการเปิดเผยข้อมูลแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมต่อคณะทำงานปรับปรุง PCT ในเดือนพฤษภาคม ค.ศ.2003 แต่ข้อเสนอดังกล่าวไม่เป็นที่ยอมรับมากนัก โดยเฉพาะได้รับการคัดค้านจากประเทศสหรัฐอเมริกา และญี่ปุ่น นอกจากนี้ประเทศกำลังพัฒนาก็เห็นว่าข้อเสนอของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ยังไม่ดีพอ เนื่องจากไม่ได้บังคับให้การเปิดเผยข้อมูลเป็นเงื่อนไขของการขอสิทธิบัตร¹⁰²

แม้ประเทศส่วนใหญ่จะเห็นด้วยกับหลักการควบคุมการเข้าถึง และการแบ่งปันผลประโยชน์ แต่ก็ยังคงมีข้อวิตกกังวล และข้อโต้แย้งหลายประเด็น และเป็นสาเหตุให้เมื่อสิ้นสุดการประชุมภาคีสมาชิก CBD (COP 8) ที่ประเทศบราซิล ประเทศสมาชิกก็ยังไม่อาจหาข้อยุติในประเด็นการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ได้

⁹⁹ WIPO Document, SCP/3/10.

¹⁰⁰ Dominic Keating, "Access to Genetic Resources and Equitable Benefit Sharing Through a New Disclosure Requirement in the Patent System: An Issue in Search of a Forum," 87 *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, 525 (July 2005), pp.534-535.

¹⁰¹ *Ibid*, pp. 536-537.

¹⁰² *Ibid*, pp. 540-541.

ประเด็นที่มีการหยิบยกขึ้นโต้แย้งในการประชุม COP8 โดยสรุปมีดังนี้

1. CBD ได้รับรองสถานะของธนาคารพันธุกรรมซึ่งเก็บรักษาทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้มาก่อน CBD มีผลบังคับ ทำให้ธนาคารพันธุกรรมเหล่านี้มีสถานะเท่าเทียมกับประเทศผู้มอบทรัพยากรพันธุกรรม และกรณีมีผู้นำทรัพยากรพันธุกรรมจากธนาคารพันธุกรรมดังกล่าวไปใช้ก็ไม่ต้องแบ่งปันผลประโยชน์แก่ประเทศที่มอบพันธุกรรมให้แก่ธนาคารพันธุกรรม ทำให้ประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นผู้มอบทรัพยากรพันธุกรรมให้แก่ธนาคารพันธุกรรมไม่ได้รับประโยชน์แต่ประการใด

ผู้เขียนเห็นว่า ข้ออ้างนี้ไม่มีน้ำหนักมากนัก เนื่องจากแม้สถานะของทรัพยากรพันธุกรรมในธนาคารพันธุกรรม (Gene Bank) จะไม่แน่นอนอันเป็นผลมาจากสถานะของธนาคารพันธุกรรมเอง แต่ปัจจุบันธนาคารพันธุกรรมส่วนใหญ่จะปฏิบัติตามแนวทางที่ CBD/ITPGR กำหนด และยังใช้สัญญาถ่ายโอนพันธุกรรมตามรูปแบบที่ตกลงกับ FAO และธนาคารพันธุกรรมส่วนใหญ่จะถือว่าอยู่ในฐานะเป็นผู้ดูแล (Trustee) ทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อประโยชน์ของประชาคมระหว่างประเทศ และมีข้อห้ามมิให้ผู้ขอรับทรัพยากรพันธุกรรมไปจากธนาคารขอรับทรัพย์สินทางปัญญาเหนือพันธุกรรมดังกล่าว¹⁰³

2. การกำหนดให้การเปิดเผยแหล่งที่มาเป็นเงื่อนไขของการขอสิทธิบัตร จะเกิดผลเสียต่อระบบสิทธิบัตร และเสนอว่าการแบ่งปันผลประโยชน์ควรจะดำเนินการภายใต้รูปแบบของสัญญา (Contract-based Approach) ตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ไม่ควรอยู่ในระบบสิทธิบัตร¹⁰⁴ หรือแก้ไขหลักเกณฑ์ของ TRIPS

ผู้เขียนเห็นว่า ข้อเสนอที่ต้องการเบี่ยงเบนประเด็นการแบ่งปันผลประโยชน์ให้เป็นปัญหาในระดับภายในประเทศ แต่หากพิจารณาการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศกำลังพัฒนาแล้วจะพบว่าผู้ใช้ประโยชน์มักจะเป็นบริษัทข้ามชาติ หรือนักวิจัยจากประเทศอุตสาหกรรมแทบทั้งสิ้น ดังนั้นการเน้นนำให้การแบ่งปันผลประโยชน์อยู่ภายใต้หลักกฎหมายสัญญาตามกฎหมายภายในจะเกิดปัญหาในการบังคับ เช่น บริษัทข้ามชาติที่ผิดสัญญาไม่มีสถานที่ตั้งในประเทศทำให้ไม่อาจฟ้องร้องได้ หรือไม่มีทรัพย์สินที่จะยึดหากบริษัทข้ามชาติแพคดี แม้อาจจะดำเนินคดีกับบริษัทที่อยู่ต่างประเทศได้ แต่ก็ต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า ประเด็นการแบ่งปันผลประโยชน์ควรเป็นประเด็นระหว่างประเทศ เพื่อให้เกิด

¹⁰³ โปรดดูเพิ่มเติมในบทที่ 3.

¹⁰⁴ WTO, "Article 27.3(b), Relationship between the TRIPS Agreement and the CBD, and the Protection of Traditional Knowledge and Folklore." Communication from the United States, 26 November 2004, Para. 6 (IP/C/W/434).

สภาพบังคับ ทำนองเดียวกับที่ประเทศอุตสาหกรรมผลักดันให้ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ ทั้งที่โดยหลักแล้วทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเรื่องภายในของแต่ละประเทศเท่านั้น (Local Matter) ประเทศกำลังพัฒนาบางประเทศ เช่น ประเทศอินเดียก็ไม่เห็นด้วยกับข้อเสนอนี้ของประเทศสหรัฐอเมริกาและเห็นว่าการแบ่งปันผลประโยชน์ควรเป็นเงื่อนไขในระดับระหว่างประเทศ¹⁰⁵

3. เงื่อนไขการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมมิได้เป็นเครื่องรับประกันว่าจะมีการแบ่งปันผลประโยชน์ เงื่อนไขนี้เพียงแต่ช่วยให้มีการเปิดเผยข้อมูลเท่านั้น และโดยแท้แล้วเงื่อนไขนี้ได้ทำให้เกิดการแบ่งปันผลประโยชน์โดยตรง แต่การแบ่งปันผลประโยชน์จะเกิดขึ้นจริงต่อเมื่อประเทศนั้นๆ มีความพร้อมด้านกลไก (Mechanism) ในการแบ่งปันผลประโยชน์¹⁰⁶

ผู้เขียนเห็นว่า ข้ออ้างดังกล่าวถูกต้องในส่วนที่กล่าวว่าการเปิดเผยแหล่งที่มาไม่ได้ทำให้เกิดการแบ่งปันผลประโยชน์โดยตรง แต่การเปิดเผยแหล่งที่มาจะช่วยให้การบังคับการแบ่งปันผลประโยชน์มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เพราะการเปิดเผยจะทำให้ตรวจสอบความใหม่ (Novelty) ของการประดิษฐ์ได้ง่ายขึ้น และยังตรวจสอบย้อนกลับไปยังแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมได้ง่าย ทำให้ตรวจสอบได้ว่านวัตกรรมได้ลักลอบนำทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ในลักษณะโจรสลัดชีวภาพหรือไม่ มาตรการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องจึงถือเป็นมาตรการที่สำคัญและจำเป็นต่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชของประเทศกำลังพัฒนา และเพื่อให้มาตรการดังกล่าวมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง ต้องกำหนดให้มาตรการนี้เป็นมาตรการบังคับ (Mandatory Requirement) มิใช่เป็นเพียงมาตรการภาคสมัครใจเท่านั้น (Voluntary Requirement)

4. การกำหนดให้การเปิดเผยแหล่งที่มาเป็นเงื่อนไขการขอสิทธิบัตรจะกระทบต่อการพิจารณาให้ (Grant) สิทธิบัตร และกระทบต่อคุณค่าหรือประโยชน์ของนวัตกรรม กล่าวคือ ในกรณีรายละเอียดการประดิษฐ์ถูกเปิดเผยต่อสาธารณชนแล้ว ต่อมาสิทธิบัตร หรือคำขอสิทธิบัตรนั้นถูกเพิกถอนเนื่องจากคำขอสิทธิบัตรไม่ได้เปิดเผยข้อมูลแหล่งที่มา หรือเปิดเผยเป็นเท็จในกรณีนี้ ผู้ที่รู้รายละเอียดการประดิษฐ์สามารถนำการประดิษฐ์นั้นไปใช้ได้โดยไม่ต้องเปิดเผยข้อมูลแหล่งที่มา หรือในกรณีนวัตกรรมเลือกใช้การประดิษฐ์ของตนโดยไม่ขอรับสิทธิบัตร นวัตกรรมรายนี้ก็ไม่

¹⁰⁵ Bridges Trade BioRes, Vol.5 No.19, (October 28, 2005).

¹⁰⁶ WTO, *supra* note 104, Para. 9.

ต้องเปิดเผยข้อมูลแหล่งที่มาเช่นกัน¹⁰⁷ นอกจากนี้การต้องเพิกถอนสิทธิบัตรในภายหลังเนื่องจากไม่เปิดเผยข้อมูล อาจกระทบต่อข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้ตกลงไปก่อนหน้านี้แล้ว¹⁰⁸

ข้ออ้างนี้ผู้เขียนเห็นว่า มาตรการเพิกถอนสิทธิบัตรเป็นบทบังคับ (Sanction) สำหรับผู้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตร หรือผู้ทรงสิทธิบัตรที่ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ซึ่งจะมีผลเช่นเดียวกับกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขอื่นที่กฎหมายกำหนด เช่น ไม่ยอมเสียค่าธรรมเนียม ไม่ยอมผลิตผลิตภัณฑ์นั้นในประเทศที่ให้สิทธิบัตร เป็นต้น การประดิดรัฐนั้นย่อมตกเป็นสมบัติสาธารณะที่ทุกคนรวมทั้งเกษตรกรมีสิทธิใช้การประดิดรัฐนั้นได้ จึงไม่ใช่ข้อที่จะใช้อ้างเพื่อไม่ต้องเปิดเผยข้อมูลแหล่งที่มา กรณีที่นวัตกรรมจะทำการประดิดรัฐนอกกรอบสิทธิบัตร ผู้เขียนเห็นว่าสภาพการณ์เช่นนี้จะเกิดขึ้นน้อยมาก เพราะการใช้ประโยชน์ในลักษณะปกปิดย่อมได้รับผลประโยชน์ตอบแทนน้อย และผลกระทบในกรณีเช่นนี้ก็จะมีไม่มากนัก ผู้เขียนเห็นว่าประเทศกำลังพัฒนาไม่จำเป็นต้องกังวลต่อปัญหานี้สัก ส่วนกรณีการเพิกถอนจะกระทบต่อข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ก็น่าจะมีผลกระทบมากนักเพราะการประดิดรัฐนั้นได้ตกเป็นสมบัติสาธารณะ (Public Domain) แล้ว

5. การแบ่งปันผลประโยชน์โดยใช้เงื่อนไขการเปิดเผยแหล่งที่มาเป็นหลักการใหม่ที่ต้องใช้เวลาในการพิจารณาผลกระทบที่จะเกิดขึ้นตามมาอีกระยะหนึ่ง การรีบร้อนกำหนดให้เป็นเงื่อนไขที่มีผลผูกมัดทางกฎหมายอาจทำให้เงื่อนไขดังกล่าวขาดประสิทธิภาพ ดังเช่นที่เคยเกิดขึ้นกับกรณีของสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับแผนภูมิวงจรรวม (Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuit)¹⁰⁹

ผู้เขียนเห็นว่า ปัจจุบันปัญหาการชักชวนทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยกำลังพัฒนาเกิดขึ้นอย่างแพร่หลายทั่วโลก และรุนแรงมากขึ้นจึงเป็นปัญหาเร่งด่วนที่ต้องดำเนินการ เนื่องจากความล่าช้าอาจกระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพ และกระทบต่อกระบวนการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพย์สินทางปัญญาของชุมชนเกษตรกร ปัญหานี้เป็นปัญหาสำคัญยิ่งกว่าความยุ่งยากเพียงเล็กน้อยที่อาจเกิดขึ้นกับการจัดเตรียมคำขอสิทธิบัตร

ปัจจุบันการดำเนินการเพื่อจัดทำระบบสากลเพื่อการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ยังมีความล่าช้า เนื่องจากติดขัดความคิดเห็นที่แตกต่างกันดังกล่าว ซึ่งอาจแยกสถานะและจุดยืนของฝ่ายต่างๆ ต่อประเด็นดังกล่าวได้ดังนี้

¹⁰⁷ *Ibid*, Para. 11.

¹⁰⁸ *Ibid*, Para. 10.

¹⁰⁹ Dominic Keating, *supra* note 100, p.546.

1. ฝ่ายประเทศอุตสาหกรรม

ภาคอุตสาหกรรม (Industry Sector) ในประเทศอุตสาหกรรมไม่สนับสนุนการจัดทำข้อตกลงระหว่างประเทศใดๆ ที่จะมีผลผูกมัดทางกฎหมาย และในทางตรงข้ามภาคอุตสาหกรรมจะส่งเสริมให้เพิ่มระดับการคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตให้สูงขึ้น¹¹⁰ ภาคอุตสาหกรรมยอมรับว่าการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ในระดับประเทศ (National Regimes) จะเป็นประโยชน์ต่อระบบที่จะคุ้มครองสิทธิของชุมชนพื้นเมือง แต่ระบบดังกล่าวจะต้องไม่มีผลกระทบ หรือเปลี่ยนแปลงระบบที่มีอยู่แล้วในปัจจุบัน¹¹¹

ส่วนภาครัฐในประเทศอุตสาหกรรมส่วนใหญ่ยอมรับหลักการ และแนวคิดการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย แต่เป็นระบบที่เปิดโอกาสให้แต่ละประเทศดำเนินการโดยสมัครใจ (Voluntary and non-binding) ดังเช่น Bonn Guidelines on Access and Benefit-Sharing

2. ฝ่ายประเทศกำลังพัฒนา

ภาคประชาสังคม และองค์กรภาคเอกชน (Civil Society Groups) ในประเทศกำลังพัฒนา และบางส่วนของภาคอุตสาหกรรมแสดงความกังวลต่อปัญหาที่ประเทศอุตสาหกรรมนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ประโยชน์โดยไม่ยอมแบ่งปันผลประโยชน์ หรือที่รู้จักกันทั่วไปว่า “โจรสลัดชีวภาพ” (Biopiracy) การจดสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต (Patent on life form) รวมทั้งกังวลว่าแนวทางการแบ่งปันผลประโยชน์จะเป็นแนวทางที่ถูกต้องหรือไม่ในการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ การพัฒนาที่ยั่งยืน และความเป็นธรรม¹¹²

¹¹⁰ โปรดดู International Chamber of Commerce, Commission on Biosociety and Commission on Intellectual Property, “Discussion Paper- Access and Benefit-Sharing for Genetic Resources, October 2004 In www.iccwbo.org/home/statement_rules/statements/2004/212-12E.pdf (Visited June 2005).

¹¹¹ โปรดดู International Chamber of Commerce, “Global Roadmap for Modern Biotechnology.” July 2001 In www.iccwbo.org/biosociety/mainpages/programme/roadmap/asp#iii5p2 (Visited April 2004).

¹¹² โปรดดู ETC Group, “From Global Enclosure to Self Enclosure: Ten Years After- A Critique of the CBD and the ‘Bonn Guidelines’ on Access and Benefit Sharing,” (11 February, 2004) www.etcgroup.org/article.asp?newsid=432 (Visited June 2004).

ในการประชุมภาคี CBD (COP7) ที่ประเทศมาเลเซีย องค์การภาคเอกชน (NGOs) ได้เสนอว่า ระบบแบ่งปันผลประโยชน์ควรคำนึงถึงหลักการดังต่อไปนี้¹¹³

1. หลักสิทธิร่วมกันที่ไม่อาจแบ่งแยกได้ของชนพื้นเมือง เกษตรกร หรือชุมชนท้องถิ่น ที่มีอยู่เหนือที่ดิน ทรัพยากรธรรมชาติ (รวมถึงทรัพยากรพันธุกรรม) และภูมิปัญญาท้องถิ่น
2. การได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากชนพื้นเมือง ชุมชนท้องถิ่น หรือประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดของทรัพยากรพันธุกรรม โดยในคำขอรับความยินยอมต้องระบุชื่อผู้ใช้ วัตถุประสงค์ อย่างชัดเจน และสิทธิในการปฏิเสธการเข้าถึงควรต้องได้รับการยืนยัน
3. ไม่ควรมีการจดสิทธิบัตรในทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาท้องถิ่น และ CBD ควรยับยั้งการจดสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต

ส่วนภาครัฐในประเทศกำลังพัฒนาโดยเฉพาะในกลุ่มที่มีความหลากหลายทางชีวภาพสูง (Like-Minded Megadiverse Countries) ต้องการให้ระบบแบ่งปันผลประโยชน์มีความเข้มงวด เพื่อให้ประเทศเหล่านี้สามารถนำไปใช้เพื่อแบ่งปันผลประโยชน์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเรียกร้องให้ปรับระบบสิทธิบัตรเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการของ CBD

ผู้เขียนเห็นว่าประเทศอุตสาหกรรมส่วนใหญ่ยังกังวลต่อผลกระทบจากมาตรการควบคุมการเข้าถึง และแบ่งปันผลประโยชน์ที่มีต่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และข้อถกเถียงในประเด็นนี้จะต้องใช้เวลาอีกพอสมควรเพื่อหาความสมดุลในระหว่างการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ทำให้การจัดทำระบบสากลเพื่อการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ต้องล่าช้าออกไป อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าประสบการณ์ในการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ของประเทศที่มีความหลากหลายของทรัพยากรพันธุกรรมจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการจัดทำระบบสากล และปัจจุบันปัญหาการลักลอบนำทรัพยากรพันธุกรรมพืชของประเทศกำลังพัฒนาไปใช้ประโยชน์เกิดขึ้นอย่างกว้างขวาง ดังนั้นแม้การจัดทำมาตรฐานสากลในการควบคุม และแบ่งปันผลประโยชน์จะมีปัญหาและอุปสรรคจากความเห็นคัดค้านของประเทศอุตสาหกรรม แต่ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาจากความล่าช้าจะตกแก่ประเทศกำลังพัฒนา ดังนั้นจำเป็นที่ประเทศกำลังพัฒนาจะต้องเร่งรัดให้มีการควบคุมการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ตามกฎหมายภายในโดยเร่งด่วน ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าแนวปฏิบัติกรุงบอนน์น่าจะเป็นแนวทางที่เหมาะสมในการใช้เป็นแนวทางควบคุมการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ตามกฎหมายภายในของประเทศกำลังพัฒนา

¹¹³ โปรดดู ECO 10(9), 19 February 2004, www.itdg.org/docs/advocacy/eco_cop7-9.pdf (Visited June 2004).

2. มาตรการทางกฎหมายเพื่อเสริมการคุ้มครองสิทธิเกษตรกร: การเปิดเผยข้อมูลแหล่งที่มา ทรัพยากรพันธุกรรม (Disclosure of Origin)

การเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมมีวัตถุประสงค์เพื่อให้รู้ว่า ทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมที่ใช้ในการประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรนั้นมีต้นตอ ที่มา หรือแหล่งกำเนิดอยู่ที่ใด เพื่อจะได้ตรวจสอบได้ว่าได้มีการขออนุญาตในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม หรือได้ทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์กับเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนั้นแล้วหรือไม่ การกำหนดให้ต้องเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมในคำขอรับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะช่วยป้องกันปัญหาที่เรียกว่า “โจรสลัดชีวภาพ” ได้ในระดับหนึ่งอีกด้วย (Defensive protection)

อย่างไรก็ตามก็มีผู้เห็นว่า การบังคับเป็นเงื่อนไขให้ต้องเปิดเผยแหล่งที่มา ในการจดสิทธิบัตร โดยให้ผู้ขอสิทธิบัตรต้องแสดงหลักฐานแหล่งที่มา (Certificate of Origin) ของพันธุกรรมที่นำมาใช้ในการประดิษฐ์ หากไม่ปฏิบัติตามจะยกคำขอนั้นเป็นหลักการที่ขัดกับ TRIPS¹¹⁴ แต่แม้จะยังมีข้อโต้แย้งอยู่แต่บางประเทศก็ประกาศใช้บังคับมาตรการเหล่านี้ไปโดยไม่รอให้ได้ข้อยุติเสียก่อน ดังเช่น The Andean Community's Common Intellectual Property Regime (Decision 486) Article 26(h), (i) เป็นต้น

มีปัญหาคือต้องพิจารณาตามข้อเสนอของหลายประเทศว่า ควรกำหนดให้การเปิดเผยหลักฐานการได้รับความยินยอม และเปิดเผยแหล่งที่มาเป็นหน้าที่ (Mandatory) ที่ผู้ยื่นขอคุ้มครองต้องระบุในคำขอ หรือจะกำหนดให้เป็นเพียงแนวปฏิบัติ (Optional practices) เท่านั้น ปัญหานี้ยัง ถกเถียงอยู่ในปัจจุบัน และมีความเห็นแยกเป็นสองฝ่าย

ฝ่ายแรก ประเทศอินเดีย บราซิล เปรู และประเทศกำลังพัฒนาอีกหลายประเทศเสนอว่า ควรกำหนดเป็นหน้าที่ชัดเจนที่ผู้ขอทรัพย์สินทางปัญญาต้องเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม และภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง และแบ่งปันผลประโยชน์ (Mandatory patent disclosure obligation) หากฝ่าฝืนประเทศผู้ให้ความคุ้มครองมีสิทธิเพิกถอนการคุ้มครองนั้นได้ ทั้งนี้เนื่องจากการกำหนดให้เป็นหน้าที่จะสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรม

¹¹⁴ Graham Dutfield, “Sharing the Benefits of Biodiversity: Is there a Role for the Patent System?,” 5 *Journal of World Intellectual Property*, 899 (November 2002), pp.921-922.

ตาม CBD และทำให้มาตรการควบคุมการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของ CBD เป็นจริงในทางปฏิบัติ ¹¹⁵

ประเทศกำลังพัฒนาให้เหตุผลว่า การให้เปิดเผยแหล่งที่มา และข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์จะเป็นประโยชน์ต่อประเทศกำลังพัฒนา กล่าวคือ

1. ทำให้ภาคธุรกิจเอกชน นักวิจัย ชุมชนท้องถิ่น ตลอดจนภาครัฐกำหนดนโยบายในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมได้ชัดเจนยิ่งขึ้น จากความแน่นอนของกระบวนการเข้าถึงและการได้รับผลประโยชน์ ซึ่งจะทำให้การวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีชีวภาพในประเทศกำลังพัฒนามีเพิ่มมากขึ้น ¹¹⁶

2. จะช่วยเสริมกระบวนการเจรจาเพื่อทำข้อตกลงในการถ่ายโอนวัสดุชีวภาพ หรือการถ่ายทอดเทคโนโลยี หรือภูมิปัญญาท้องถิ่น ¹¹⁷

¹¹⁵ กฎหมายภายในของบางประเทศกำหนดให้ต้องเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม เช่น กฎหมายสิทธิบัตร ค.ศ. 1970 ของประเทศอินเดีย ซึ่งแก้ไขในปี ค.ศ. 2002 มาตรา 10 กำหนดให้ผู้ขอสิทธิบัตรต้องเปิดเผยแหล่งที่มาทางภูมิศาสตร์ของวัสดุทางชีวภาพ และในมาตรา 25 ยังอนุญาตให้มีการคัดค้านสิทธิบัตรได้ในกรณีการบรรยายรายละเอียดการประดิษฐ์นั้นมิได้เปิดเผยที่มา หรือแหล่งที่มาทางภูมิศาสตร์ของวัสดุทางชีวภาพที่ใช้ในการประดิษฐ์; มติที่ 486 ของ Andean Communities มาตรา 26 กำหนดว่าคำขอสิทธิบัตรที่ยื่นต่อเจ้าพนักงานต้องระบุ (h) สำเนาข้อตกลงการเข้าถึง หากสิ่งประดิษฐ์ หรือกรรมวิธีที่ขอรับสิทธิบัตรนั้นได้มา หรือพัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรม (i) เอกสารรับรองการได้รับอนุญาตให้ใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นในกรณีสิ่งประดิษฐ์ หรือกรรมวิธีที่ขอรับสิทธิบัตรได้มา หรือพัฒนาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศสมาชิก; กฎหมายความหลากหลายทางชีวภาพของประเทศคอสตาริกา (Biodiversity Law 7788) มาตรา 80 กำหนดว่าก่อนการให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในนวัตกรรมที่เกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพ เจ้าพนักงานจะต้องหารือกับ Technical Office of the Commission ที่รับผิดชอบการบริหารจัดการความหลากหลายทางชีวภาพก่อน และจะต้องแสดงหนังสือรับรองแหล่งกำเนิดที่ออกให้โดย Technical Office of the Commission รวมทั้งต้องแสดงหนังสือการได้รับความยินยอมล่วงหน้า (Prior Informed Consent) และ Technical Office of the Commission อาจสั่งห้ามรับจดทะเบียนสิทธิบัตรก็ได้.

¹¹⁶ ความเห็นของประเทศบราซิล (IP/C/M/228).

¹¹⁷ ความเห็นของประเทศอินเดีย (IP/C/W/195).

3. ปัจจุบันมีหลายประเทศที่เพิ่มเติมกฎหมายภายในของตนให้ต้องเปิดเผยแหล่งที่มา เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีตาม CBD การแก้ไข TRIPS เพื่อให้สอดคล้องกับ CBD จะทำให้กฎหมายภายในของประเทศดังกล่าวมีความมั่นคงมากขึ้น¹¹⁸

4. การเพิ่มเงื่อนไขการเปิดเผยแหล่งที่มา ใน TRIPS ซึ่งมีมาตรการบังคับโดยผ่านทางกลไกระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement) จะช่วยให้มีการปฏิบัติตามมาตรการขอความยินยอมล่วงหน้า (PIC) และการแบ่งปันผลประโยชน์ของ CBD¹¹⁹

ประเทศกำลังพัฒนายังได้แย้งข้อเสนอของประเทศอุตสาหกรรมที่ให้เงื่อนไขการเปิดเผยแหล่งที่มา เป็นไปตามข้อตกลงระหว่างผู้ขอเข้าถึง และผู้อนุญาตให้เข้าถึง โดยให้ความเห็นโต้แย้งว่า การให้เป็นไปตามข้อตกลงของคู่สัญญา จะไม่อาจใช้ได้กับกรณีการแอบลักลอบเข้าถึงโดยไม่ผ่านกระบวนการตามกฎหมายภายใน อีกทั้งเมื่อทรัพยากรพันธุกรรมนั้นหลุดรอดออกไปยังต่างประเทศ ประเทศที่เป็นแหล่งทรัพยากรพันธุกรรมจะไม่สามารถดำเนินการใดๆ ตามกฎหมายภายในได้เลย ประเทศกำลังพัฒนายังให้ความเห็นอีกว่า หากถือว่ากรณีทรัพยากรพันธุกรรมใช้ข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาก็เป็นการเพียงพอแล้ว กรณีทรัพยากรพันธุกรรมทางปัญญาก็น่าจะใช้หลักการเดียวกันนี้ได้ แต่ประเทศอุตสาหกรรมกลับผลักดันให้คุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมในระดับ ระหว่างประเทศ¹²⁰

ในการประชุม WTO ที่เมืองฮ่องกง ประเทศจีน ระหว่างวันที่ 13-18 ธันวาคม พ.ศ. 2548 ประเทศอินเดียได้เสนอให้ WTO เร่งรัดพิจารณาปัญหาความสับสนระหว่าง TRIPS และ CBD อย่างจริงจัง ซึ่งประเด็นดังกล่าวจะครอบคลุมกรณีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม และขอให้เร่งประเทศสมาชิกดำเนินการเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge) และทรัพยากรพันธุกรรม (Genetic Material)¹²¹

¹¹⁸ ความเห็นของประเทศอินเดีย (IP/C/W/29, Para. 165, IP/C/W/198, IP/C/W/195).

¹¹⁹ ความเห็นของประเทศบราซิล (IP/C/W/228); ความเห็นของประเทศอินเดีย (IP/C/W/29, Para. 160), ความเห็นของประเทศมอริเชียสในฐานะตัวแทนกลุ่มประเทศอัฟริกัน (IP/C/W/206), ความเห็นของประเทศนอร์เวย์ (IP/C/W/35 Para. 237, IP/C/W/283).

¹²⁰ ความเห็นของประเทศบราซิล (IP/C/M/32, Para. 128).

¹²¹ GRAIN, "Biotech Firm Form Alliance to Fight Off Possible TRIPS Amendment," www.grain.org/bio-ipr (visited January 2006) และโปรดดู WTO Ministerial Declaration, (WT/MIN(05)/W/3/Rev.2).

ฝ่ายที่สอง ประเทศอุตสาหกรรมสำคัญ โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาไม่เห็นด้วยกับการกำหนดให้การเปิดเผยแหล่งที่มาเป็นหน้าที่ หรือเป็นเงื่อนไขในการขอรับทรัพย์สินทางปัญญา โดยเห็นว่าจะเป็นการเพิ่มเงื่อนไขการขอรับทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งได้กำหนดชัดเจนแล้วใน TRIPS การกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมจึงเท่ากับขัดกับ TRIPS

องค์กรอุตสาหกรรมเทคโนโลยีชีวภาพ (Biotechnology Industry Organization) ของประเทศสหรัฐอเมริกามีจดหมายลงวันที่ 6 ธันวาคม ค.ศ. 2005 ถึงนายโรเบิร์ต พอร์ตแมน (The Honorable Robert Portman) ผู้แทนการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา แสดงเหตุผลคัดค้านข้อเสนอของประเทศกำลังพัฒนาที่ให้การเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาเป็นเงื่อนไขในการขอสิทธิบัตร 8 ประการ ดังนี้¹²²

1. ข้อเสนอไม่มีความชอบธรรมตาม CBD เนื่องจากข้อเสนอจะครอบคลุมพันธุกรรมทุกชนิด ทั้งที่ CBD ไม่ใช้บังคับกับพันธุกรรมจากมนุษย์ หรือพันธุกรรมที่ได้มาก่อน CBD มีผลบังคับ ข้อเสนอยังไม่คำนึงว่าได้รับทรัพยากรพันธุกรรมจากแหล่งกำเนิดหรือไม่
2. ข้อเสนอไม่ได้คำนึงถึงสภาพความเป็นจริงของทรัพยากรพันธุกรรม ที่อาจพบได้ในหลายแหล่ง หรือในหลายประเทศ และในความเป็นจริงการวิจัยทางเทคโนโลยีชีวภาพใช้พันธุกรรมที่อยู่ในความครอบครองของเอกชน ซึ่งส่วนใหญ่เก็บรวบรวมไว้ก่อน CBD มีผลบังคับ
3. การเปิดเผยแหล่งที่มาไม่ได้เป็นเครื่องมือที่ช่วยประเทศกำลังพัฒนาในการตรวจตราการสำรวจทางชีวภาพแต่อย่างใด เนื่องจากการเปิดเผยแหล่งที่มาตามข้อเสนอจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการยื่นขอสิทธิบัตร ซึ่งในทางปฏิบัติจะใช้เวลานานภายหลังการสำรวจ การตรวจตราการสำรวจทางชีวภาพจึงควรใช้มาตรการอื่นที่มุ่งการสำรวจโดยตรง การเปิดเผยแหล่งที่มาจึงไม่เหมาะที่จะเป็นเครื่องมือที่ใช้เพื่อการตรวจตราการสำรวจทางชีวภาพแต่อย่างใด
4. การเปิดเผยแหล่งที่มาจะสร้างความสับสนต่อเป้าหมายการส่งเสริมการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งจะนำมาซึ่งการแบ่งปันผลประโยชน์ของ CBD เนื่องจากสิทธิบัตรอาจถูกคัดค้านได้ง่ายจากการเปิดเผยแหล่งที่มาที่ผิดพลาด ทำให้ความสนใจสำรวจเพื่อใช้ทรัพยากรพันธุกรรมน้อยลง และกระทบต่อการแบ่งปันผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นน้อยลงเช่นเดียวกัน
5. ข้ออ้างว่าเพื่อป้องกันปัญหาโจรสลัดชีวภาพไม่มีหลักฐานเพียงพอ เนื่องจากในหลายกรณีผู้ยื่นขอสิทธิบัตรมักเป็นคนสัญชาติของประเทศที่เป็นแหล่งพันธุกรรมเอง หรือเป็นผู้ให้ข้อมูลต่างๆ ที่นำมาใช้ในการประดิษฐ์ ดังนั้นจึงควรใช้กฎหมายภายในเพื่อแก้ไขปัญหานี้จะเหมาะสมกว่า

¹²²

www.bio.org/ip/letters/20051206.pdf (Visited February 2006).

6. WTO และ TRIPS ไม่ใช่เวทีที่เหมาะสมต่อการแก้ปัญหาโจรสลัดชีวภาพ แต่การพิจารณาปัญหานี้ควรดำเนินการภายใต้ WIPO และ CBD

7. ข้อเสนอจะเป็นผลเสียต่อผู้ที่เชื่อมั่นว่าระบบสิทธิบัตรจะปกป้องนวัตกรรม รวมทั้งผู้เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม และในท้ายที่สุดจะสร้างความสับสนต่อเป้าหมายที่แท้จริง เพราะอาจทำให้นักวิทยาศาสตร์หันไปวิจัยในด้านอื่นที่ไม่ต้องใช้ทรัพยากรพันธุกรรมเป็นวัตถุดิบ ความร่วมมือเพื่อผลประโยชน์ร่วมกันระหว่างผู้ให้ และผู้ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมย่อมได้รับความกระทบกระเทือน และความไม่แน่นอนของสิทธิบัตรจะผลักดันให้นักลงทุนเลี่ยงไปลงทุนในด้านอื่นที่มีความเสี่ยงน้อยกว่า

8. มาตรการอื่นๆ เช่น มาตรการทางสัญญาจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมมากกว่า เพราะเป็นข้อตกลงที่เป็นไปตามเจตนาของผู้ให้ และผู้ใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งจะก่อให้เกิดข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

บริษัทด้านเทคโนโลยีชีวภาพในประเทศสหรัฐอเมริกา ยังได้จัดตั้งพันธมิตร (American BioIndustry Alliance) เพื่อโน้มน้าวไม่ให้มีการเพิ่มเติมเงื่อนไขดังกล่าวใน TRIPS และให้เหตุผลว่าการกระทำดังกล่าวอาจกระทบต่อบริษัทด้านเทคโนโลยีในประเทศอินเดียเอง และจะเกิดความไม่แน่นอนทางธุรกิจ ทำให้ภาคธุรกิจต้องเกิดความไม่ชัดเจนก่อนว่า ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นนำมาใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ได้จริง ซึ่งจะกระทบต่อประโยชน์ของประเทศกำลังพัฒนาที่จะต้องรอสวนแบ่งผลประโยชน์เมื่อผลิตภัณฑ์วางตลาดได้จริง และการเปิดเผยแหล่งที่มาฯ ในบางกรณีก็ทำได้ยาก เช่น พันธุกรรมที่ได้มาจากธนาคารพันธุกรรม เป็นต้น อีกทั้งพันธุกรรมเดียวกันอาจมีที่มาจากหลายแหล่งซึ่งจะทำให้เกิดข้อพิพาทระหว่างประเทศแหล่งพันธุกรรมนั้นได้ และ WTO ไม่มีผู้เชี่ยวชาญที่จะพิจารณาในประเด็นนี้ และเสนอให้นำประเด็นนี้ไปพิจารณาภายใต้กรอบของ CBD ¹²³

ผู้เขียนเห็นว่า การเปิดเผยข้อมูลแหล่งที่มาฯ ในการขอสิทธิบัตรเป็นกลไกสำคัญของประเทศกำลังพัฒนาในการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชของตน ดังนั้นจึงควรพิจารณาข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายในการกำหนดเงื่อนไขการเปิดเผยแหล่งที่มาฯ ดังนี้

¹²³ GRAIN, *supra* note 121; มีข้อสังเกตว่าประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้เป็นภาคี CBD และ CBD ไม่มีกลไกระงับข้อพิพาทเหมือน TRIPS.

2.1 ข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายในการเปิดเผยแหล่งที่มาทรัพยากรพันธุกรรมพืช

ก่อนจะพิจารณาปัญหาทางกฎหมายของมาตรการเปิดเผยแหล่งที่มาฯ ว่าจะขัดแย้งกับ TRIPS หรือไม่ ผู้เขียนเห็นสมควรกล่าวถึงประเด็นที่มีผู้หยิบยกขึ้นอ้างว่าจะเป็นปัญหาและอุปสรรคของการเปิดเผยแหล่งที่มาฯ ก่อน ดังนี้

(1) ทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่ไม่รู้แหล่งที่มา, มีอยู่ในหลายแหล่ง หรือมีอยู่ในธนาคารพันธุกรรม (Gene Bank)

ดังได้กล่าวแล้วว่ามาตรการเปิดเผยแหล่งที่มาฯ จะช่วยให้ประเทศที่เป็นแหล่งต้นกำเนิดของทรัพยากรพันธุกรรมควบคุมการเข้าถึง และตรวจสอบการแบ่งปันผลประโยชน์ได้อย่างมีประสิทธิภาพเพิ่มขึ้น แต่โดยธรรมชาติของทรัพยากรพันธุกรรมชนิดหนึ่งๆ นั้น อาจพบได้ในหลายพื้นที่ ในหลายประเทศ และในอดีตทรัพยากรพันธุกรรมเหล่านี้ อาจเคลื่อนย้ายไปยังที่ต่างๆ จนไม่อาจจะระบุได้แน่ชัดว่าประเทศใดเป็นแหล่งกำเนิดของทรัพยากรพันธุกรรมนั้น นอกจากนี้ในอดีตที่ผ่านมา ยังมีการเก็บรวบรวมทรัพยากรพันธุกรรมจากสถานที่ต่างๆ โดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนาไปเก็บรักษาไว้ในธนาคารพันธุกรรม (Gene Bank) จึงอาจมีปัญหาก็ไม่อาจจะระบุแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมได้อย่างชัดเจน

ผู้เขียนเห็นว่า ทุกประเทศในโลกนี้ต่างต้องพึ่งพาทรัพยากรพันธุกรรมจากประเทศอื่น แม้จะเป็นประเทศที่มีความหลากหลายทางพันธุกรรมก็ตาม พืชหลากหลายชนิดที่มีอยู่ในประเทศไทยในปัจจุบันก็มีถิ่นกำเนิดจากดินแดนอื่น เช่น พริกมีต้นกำเนิดจากทวีปอเมริกา¹²⁴ มะละกอกจากแถบเทือกเขาแอนดิส¹²⁵ หรือกระถินจากประเทศเม็กซิโก¹²⁶ เป็นต้น ดังนั้นสภาพการณ์ที่ทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศหนึ่งจะไปปรากฏในอีกประเทศหนึ่ง และทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศอื่นจะมาปรากฏในประเทศของตนเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้กับทุกๆ ประเทศ และการจะย้อนกลับไปยังระบุแหล่งกำเนิดที่แท้จริงนั้นเป็นสิ่งที่ไม่อาจทำได้ ดังนั้นหากในกรณีที่สามารถระบุแหล่งกำเนิด (Disclosure of Origin) ของทรัพยากรพันธุกรรมนั้นได้ ก็ควรระบุแหล่งกำเนิดดังกล่าว แต่หากไม่สามารถระบุได้ หรือเป็นทรัพยากรพันธุกรรมที่มีอยู่ในหลายแหล่ง หรือนำมาจากธนาคารพันธุกรรม

¹²⁴ สุวิทย์ ภูมิภมร, พรรณพืชในประวัติศาสตร์ไทย, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท พิมพ์ดี จำกัด, 2548), น.4.

¹²⁵ เพิ่งอ้าง, น.26.

¹²⁶ เพิ่งอ้าง, น.170.

(Gene Bank) ก็อาจกำหนดให้ระบุเพียงแหล่ง (Disclosure of Source) ที่นำทรัพยากรพันธุกรรมมาใช้ประโยชน์ก็น่าจะเป็นการเพียงพอ

(2) ภาระของผู้ต้องเปิดเผยแหล่งที่มาทรัพยากรพันธุกรรมพืช

ข้อกังวลอีกประการหนึ่งของฝ่ายที่คัดค้านมาตรการเปิดเผยแหล่งที่มาฯ คือ ความยุ่งยากในการเปิดเผยแหล่งที่มาฯ ผู้เขียนเห็นว่า ข้อกังวลนี้เกิดจากความวิตกว่าจะไม่สามารถระบุแหล่งกำเนิดที่แท้จริงของทรัพยากรพันธุกรรมได้ และจะเป็นเหตุกระทบต่อความสมบูรณ์ของสิทธิบัตร

ผู้เขียนเห็นว่า ข้อกังวลดังกล่าวจะหมดไปหากกำหนดเพียงให้ต้องเปิดเผยแหล่งกำเนิดของทรัพยากรพันธุกรรมในกรณีที่อยู่แหล่งกำเนิดดังกล่าว แต่หากไม่รู้ว่าทรัพยากรพันธุกรรมนั้นมีแหล่งกำเนิดจากที่ใด เช่น นำมาจากประเทศใดประเทศหนึ่ง หรือจากธนาคารพันธุกรรม เป็นต้น กรณีนี้ผู้ยื่นคำขอสิทธิบัตรต้องรู้แหล่งที่มาทรัพยากรพันธุกรรมมาใช้ (Disclosure of Source) จึงอยู่ในวิสัยที่จะเปิดเผยได้

2.2 การเปิดเผยแหล่งที่มาทรัพยากรพันธุกรรมในคำขอสิทธิบัตรกับหลักการของ TRIPS

ประเด็นที่ฝ่ายคัดค้านโดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาขึ้นโต้แย้งเงื่อนไขการเปิดเผยแหล่งที่มาฯ ในคำขอสิทธิบัตร คือ การเพิ่มเติมภาระหน้าที่ดังกล่าวถือเป็นการเพิ่มเติมเงื่อนไขให้ต่างไปจากที่กำหนดใน TRIPS ที่กำหนดเงื่อนไขของการได้รับสิทธิบัตรไว้เพียงว่า ต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ (Novelty) มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (Inventive Step) และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม (Industrial Application) เท่านั้นการเพิ่มเติมเงื่อนไขใดๆ ให้ต่างไปจากนี้ถือว่าขัดกับ TRIPS

ข้อคัดค้านอีกประการหนึ่ง คือ การกำหนดเงื่อนไขให้เปิดเผยแหล่งที่มาเฉพาะกับการประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีถือเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discriminatory Nature) ซึ่งต้องห้ามตาม TRIPS มาตรา 27.1 พันธกรณีตาม CBD ก็ไม่ถือว่าเป็นข้อยกเว้นของมาตรา 27.1 และนอกจากนี้ประเทศภาคี TRIPS บางส่วนไม่ได้เป็นภาคี CBD จึงไม่ควรนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้กับประเทศภาคี TRIPS ดังนั้นการกำหนดให้การเปิดเผยดังกล่าวเป็นเงื่อนไขในการขอสิทธิบัตรจึงเป็นสิ่งที่ขัดกับหลักการของ TRIPS (TRIPS-inconsistent)¹²⁷

¹²⁷ โปรดดูความเห็นของประเทศสหรัฐอเมริกาใน WIPO

Doc.

WIPO/GRTKF/IC/3/17 of June 21, 2002; และดูรายละเอียดข้อโต้แย้งการกำหนดให้การเปิดเผย

ในการพิจารณาว่าเงื่อนไขการเปิดเผยแหล่งที่มาฯ จะขัดกับ TRIPS หรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าต้องพิจารณาเป็นลำดับดังนี้

(1) การเปิดเผย ขัดกับเงื่อนไขการคุ้มครองสิทธิบัตรของ TRIPS

ในการยื่นขอสิทธิบัตรนั้น ผู้ยื่นคำขอต้องแสดงข้อเท็จจริงในคำขอเพื่อประกอบการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ ข้อเท็จจริงที่ต้องแสดงนั้นแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ ข้อมูลที่เป็นเงื่อนไขของการคุ้มครอง (Patentability requirements) และข้อมูลตามแบบพิธีทั่วไป (Formality requirements)

(ก) การเปิดเผยข้อมูลตามเนื้อหา: ข้อมูลเงื่อนไขการคุ้มครอง (Patentability Requirements)

ข้อมูลที่เป็นเงื่อนไขของการคุ้มครอง (Patentability Requirement) หมายถึง ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสิ่งประดิษฐ์ หรือกรรมวิธีที่ขอรับสิทธิบัตรที่แสดงว่าสิ่งประดิษฐ์ หรือกรรมวิธีนั้น เป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรได้ ประกอบด้วยข้อเท็จจริงต่างๆ ที่แสดงถึงความใหม่ (Novelty) ขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น (Inventive Step) และความสามารถในการประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม (Industrial Application) โดยส่วนใหญ่ของข้อเท็จจริงในกลุ่มนี้จะอยู่ในเอกสารส่วนที่เปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ ข้อเท็จจริงในส่วนนี้จะส่งผลโดยตรงต่อการพิจารณาให้สิทธิบัตรหรือไม่ จึงเป็นข้อเท็จจริงส่วนที่เป็นเนื้อหาของการประดิษฐ์ ที่ผู้ขอทุกรายจะต้องเปิดเผยอย่างครบถ้วน มิฉะนั้นแล้วคำขอรับสิทธิบัตรย่อมถูกปฏิเสธได้

(ข) การเปิดเผยข้อมูลตามแบบพิธี: ข้อมูลทั่วไป (Formality Requirements)

ข้อเท็จจริงในส่วนนี้เป็นข้อเท็จจริงอื่นที่ประกอบการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ เป็นข้อเท็จจริงที่ต้องแสดงตามรูปแบบพิธีของการพิจารณาคำขอ (Formalities Requirement) เช่น ข้อเท็จจริงว่ายื่นคำขอในฐานะเป็นนวัตกรรม หรือมิได้เป็นแต่มีสิทธิเหนือการประดิษฐ์นั้น เช่น เป็นนายจ้าง หรือเป็นสิทธิตามสัญญา หรือเป็นผู้มีสิทธิรับมรดกของนวัตกรรม ต้องแสดงหลักฐานเกี่ยวกับสัญชาติตลอดจนภูมิลำเนาของผู้ยื่นขอ ต้องแสดงหลักฐานกรณีได้เปิดเผยการประดิษฐ์นั้นมาก่อน

เป็นเงื่อนไขในการขอสิทธิบัตรใน Numo Pires de Carvalho, "From the Shaman's Hut to the Patent Office: In Search of a TRIPS-Consistent Requirement to Disclose the Origin of Genetic Resources and Prior Informed Consent," 17 Washington University Journal of Law and Policy, 111 (2005) ซึ่งเห็นว่าการกำหนดให้ต้องเปิดเผยแหล่งที่มาฯ เป็นเงื่อนไขในการขอสิทธิบัตรไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศโดยเฉพาะกับ TRIPS.

แล้วในงานแสดงสินค้า หรือการยื่นขอสิทธิบัตรมาแล้วในประเทศอื่น หรือผู้ยื่นคำขอจะต้องแสดงหลักฐานการชำระค่าธรรมเนียม เป็นต้น

ในกฎหมายสิทธิบัตรของบางประเทศการใช้วัตถุของผู้อื่นมาใช้ในการประดิษฐ์ จะมีผลกระทบต่อสิทธิเหนือสิ่งประดิษฐ์นั้น¹²⁸ ดังนั้นกฎหมายสิทธิบัตรของแต่ละประเทศจึงอาจกำหนดให้ต้องแสดงหลักฐานว่าได้ใช้วัตถุจากที่ใดก็ได้

ข้อเท็จจริงเหล่านี้ไม่กระทบต่อการพิจารณาว่าการประดิษฐ์ หรือกรรมวิธีตามคำขอ เป็นไปตามเงื่อนไขการให้สิทธิบัตรหรือไม่ (Patentability Requirement) แต่ก็เป็นข้อเท็จจริงที่ผู้ยื่นคำขอต้องปฏิบัติตามแบบพิธี (Formalities Requirement) ที่กฎหมายภายในของแต่ละประเทศกำหนดซึ่งอาจแตกต่างกันในแต่ละประเทศได้

ในกรณีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องนั้น ต้องพิจารณาเป็น 2 กรณีดังนี้

1. หากข้อเท็จจริงเกี่ยวกับแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องเป็นประเด็นสำคัญต่อการพิจารณาว่าการประดิษฐ์นั้นเป็นไปตามเงื่อนไขสิทธิบัตรหรือไม่ เช่น การเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมทำให้ผู้ตรวจสอบคำขอรู้ได้ว่าสิ่งประดิษฐ์ที่ยื่นขอมีความใหม่หรือไม่ หรือกรณีนำทรัพยากรพันธุกรรมมาพัฒนาหรือปรับปรุง ผู้ตรวจสอบคำขอก็สามารถตรวจสอบเปรียบเทียบกับทรัพยากรพันธุกรรมเดิมได้ว่ามีชั้นการประดิษฐ์สูงขึ้นหรือไม่

¹²⁸ กฎหมายภายในบางประเทศ กรณีลูกจ้างประดิษฐ์สิ่งประดิษฐ์ขึ้นโดยใช้วัตถุหรือข้อมูลของนายจ้าง ๆ จะมีสิทธิเหนือสิ่งประดิษฐ์นั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกา นายจ้างมีสิทธิใช้สิ่งประดิษฐ์นั้นโดยไม่ต้องจ่ายค่าตอบแทน (Royalty-free-rights) โปรดดู Mark B. Baker, "Restructuring the judicial Evaluation of Employed Inventors' Rights," 35 Saint Louis University Law Journal, 399 (Winter 1991), pp.404-405; ในประเทศบราซิล นายจ้างจะเป็นเจ้าของเหนือสิ่งประดิษฐ์นั้นครั้งหนึ่งร่วมกับลูกจ้าง (Co-owner) โปรดดู Brazilian Law No.9279 of May 14, 1996, Art.91; ในประเทศไทย ลูกจ้างที่ประดิษฐ์สิ่งใดสิ่งหนึ่งโดยใช้วิธีการ สติ หรือ รายงานซึ่งลูกจ้างสามารถใช้ หรือล่วงรู้ได้ เพราะการเป็นลูกจ้างตามสัญญานั้น แม้สัญญาจ้างจะไม่เกี่ยวข้องกับการประดิษฐ์ก็ตาม นายจ้างจะเป็นเจ้าของการประดิษฐ์นั้น โปรดดู พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 11.

ในกรณีสิทธิบัตรในกรรมวิธีก็เช่นเดียวกัน การเปิดเผยแหล่งที่มาของภูมิปัญญาจะทำให้ผู้ตรวจสอบชี้ชัดได้ว่าเป็นกรรมวิธีใหม่ หรือเป็นกรรมวิธีที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้นจริงหรือไม่

กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า แหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม และภูมิปัญญาจำเป็นต่อการพิจารณาว่าการประดิษฐ์หรือกรรมวิธีเป็นไปตามเงื่อนไขสิทธิบัตรหรือไม่ (Patentability Requirement) จึงเป็นข้อเท็จจริงที่กฎหมายภายในของประเทศสมาชิก TRIPS สามารถกำหนดเป็นเงื่อนไขในการออกสิทธิบัตรได้ และไม่ขัดกับ TRIPS แต่กลับสอดคล้องกับหลักการการออกสิทธิบัตรโดยตรง

2. กรณีแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นเงื่อนไขการออกสิทธิบัตร (Patentability Requirement) ก็อาจเป็นการกำหนดให้แสดงข้อเท็จจริงตามแบบพิธี (Formalities Requirement) เพื่อประกอบการพิจารณาของผู้ตรวจคำขอ เช่น เพื่อพิจารณาว่าผู้ยื่นขอได้ใช้วัตถุติดจากผู้ใด หรือแหล่งใดในการประดิษฐ์ เพื่อพิจารณาว่ามีผู้อื่นที่มีสิทธิในสิ่งประดิษฐ์นั้นร่วมด้วยหรือไม่ หรือพิจารณาว่าผู้ยื่นคำขอได้ให้คำตอบแทนแก่เจ้าของวัตถุติดแล้วหรือไม่ เป็นต้น

ข้อเท็จจริงในส่วนนี้ไม่กระทบต่อการพิจารณาว่าสิ่งประดิษฐ์นั้นเป็นไปตามเงื่อนไขการออกสิทธิบัตรหรือไม่ (Patentability Requirement) แต่จะมีผลต่อการพิจารณาของผู้ตรวจคำขอในกรณีผู้ยื่นคำขอไม่ปฏิบัติตามแบบพิธี (Formalities Requirement) และทำให้ผู้ตรวจคำขอปฏิเสธไม่ให้สิทธิบัตรได้เช่นกัน

TRIPS ยอมให้ประเทศสมาชิกมีอิสระในการกำหนดวิธีการที่เหมาะสมในการปฏิบัติตามข้อตกลงตามกฎหมายภายใน¹²⁹ และมีสิทธิกำหนดกระบวนการ หรือระเบียบวิธีที่มีเหตุผลเป็นเงื่อนไขการได้มาซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้¹³⁰

ผู้เขียนจึงเห็นว่าภาคีแต่ละประเทศมีสิทธิจะกำหนดรูปแบบพิธีการของการพิจารณาคำขอสิทธิบัตรที่แตกต่างกันได้ ดังนั้นการกำหนดว่าผู้ยื่นคำขอต้องแสดงข้อเท็จจริงใดบ้างเพื่อประกอบการพิจารณาของผู้ตรวจคำขอสิทธิบัตรย่อมไม่ขัดต่อ TRIPS แต่กลับยังจะสอดคล้องกับ TRIPS ที่ให้ประเทศสมาชิกมีสิทธิกำหนดเงื่อนไขการได้มาซึ่งทรัพย์สินทางปัญญาได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า การกำหนดให้ผู้ยื่นคำขอสิทธิบัตรต้องเปิดเผยข้อมูลแหล่งที่มาฯ ไม่ขัดกับ TRIPS

¹²⁹ TRIPS, มาตรา 1.1.

¹³⁰ TRIPS, มาตรา 62.1.

(2) การเปิดเผย ขัดกับหลักห้ามเลือกปฏิบัติในสาขาเทคโนโลยีของ TRIPS

สำหรับประเด็นข้อโต้แย้งว่าเงื่อนไขการเปิดเผยแหล่งที่มา ขัดกับหลักห้ามเลือกปฏิบัติในสาขาเทคโนโลยีนั้น ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นที่ต้องพิจารณา ดังนี้

(ก) หลักคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามความแตกต่างของเนื้อหา และธรรมชาติ (Nature) ของเทคโนโลยี

การกำหนดเงื่อนไขต่อการประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีใด ควรต้องพิจารณาเนื้อหา และธรรมชาติ (Nature) ของการประดิษฐ์ในสาขานั้น การประดิษฐ์ที่มีเนื้อหาหรือธรรมชาติที่ต่างกันย่อมไม่อาจใช้เงื่อนไขเดียวกันได้ การประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพเกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิต จึงต่างจากการประดิษฐ์ในสาขาอื่น เช่น การประดิษฐ์เครื่องจักร เป็นต้น การกำหนดเงื่อนไขอย่างเดียวกันกับการประดิษฐ์ที่ต่างกันผู้เขียนเห็นว่ากลับจะเป็นการเลือกปฏิบัติมากกว่า เงื่อนไขที่ต่างกันจึงเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีที่ต่างกัน และเป็นแนวปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับกันทั่วไป เช่น กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยกำหนดให้ต้องแสดงผลแสดงแบบผลิตภัณฑ์ในกรณีของสิทธิการออกแบบผลิตภัณฑ์เท่านั้น แต่ข้อกำหนดนี้ไม่ปรากฏในรายการที่ต้องระบุในคำขอกรณีสิทธิบัตรการประดิษฐ์¹³¹

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใน TRIPS แบ่งออกเป็น 7 ประเภท ได้แก่ ลิขสิทธิ์ และสิทธิที่เกี่ยวข้อง, เครื่องหมายการค้า, สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์, การออกแบบอุตสาหกรรม, สิทธิบัตร, การออกแบบวงจรรวม, ความลับทางการค้า ในแต่ละประเภทยังแยกย่อยในสิทธิแต่ละประเภทอีกด้วย เช่น กรณีลิขสิทธิ์ได้แยกเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ การคุ้มครองนักแสดง ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง และองค์กรแพร่ภาพแพร่เสียง สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ยังแยกการคุ้มครองสินค้าไวน์ และสุราเป็นพิเศษ และในบางกรณี TRIPS ยังกำหนดภาระของผู้ยื่นคำขอที่แตกต่างกัน เช่น กรณีสิ่งประดิษฐ์เดียวกันที่ยื่นขอสิทธิบัตรไว้แล้วในต่างประเทศ เจ้าหน้าที่ผู้ตรวจคำขอสิทธิบัตรอาจขอให้ผู้ยื่นคำขอในกรณีนี้แสดงข้อมูลดังกล่าวได้ ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดเงื่อนไขที่แตกต่างกันสำหรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ต่างประเภทกันเป็นแนวปฏิบัติที่แพร่หลายใน TRIPS และไม่ขัดกับหลักการของ TRIPS

(ข) การเปิดเผย กับความสอดคล้องกับหลักคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามความแตกต่างของเนื้อหา และธรรมชาติ (Nature) ของเทคโนโลยี

ผู้เขียนเห็นว่าทรัพย์สินทางปัญญาในแต่ละประเภทจะมีเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันเพราะเนื้อหา และธรรมชาติ (Nature) ของสิทธิในแต่ละประเภทแตกต่างกัน TRIPS

¹³¹ พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 59.

ยอมรับในความแตกต่างเช่นนี้ จึงเปิดกว้างให้ประเทศภาคีกำหนดเงื่อนไข หรือกระบวนการการได้มาซึ่งสิทธิตามแนวปฏิบัติตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศได้ แม้กระทั่งการเปิดเผยข้อมูลต่างๆ เกี่ยวกับการประดิษฐ์ หรือกรรมวิธีที่นำมาขอรับสิทธิบัตร เช่น กรณีการเปิดเผยเกี่ยวกับการประดิษฐ์ TRIPS กำหนดเพียงให้ต้องเปิดเผยในลักษณะที่ชัดเจนและสมบูรณ์เพียงพอที่จะทำให้บุคคลที่มีความเชี่ยวชาญสามารถดำเนินการประดิษฐ์ได้ และอาจกำหนดให้แสดงวิธีที่ดีที่สุดในการประดิษฐ์ที่ผู้ประดิษฐ์ทราบในวันที่ยื่นคำขอ โดยไม่ได้กำหนดว่าต้องเป็นการเปิดเผยในลักษณะใด ขึ้นอยู่กับนโยบายสิทธิบัตรของแต่ละประเทศ

การเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับพืชก็ยอมรับกันว่าไม่อาจทำได้เหมือนกรณีการประดิษฐ์อื่น กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 112 ไม่ได้กำหนดให้การเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์กรณีพืชต้องเปิดเผยอย่างละเอียดและชัดเจน (full, clear, concise) ดังเช่นกรณีการบรรยายรายละเอียดการประดิษฐ์กรณีสิทธิบัตรสิ่งประดิษฐ์ แต่ให้เปิดเผยให้สมบูรณ์เพียงพอเท่าที่ทำได้ (is as complete as is reasonable possible) และอาจใช้วิธีฝากตัวอย่างแทนการบรรยายรายละเอียดการประดิษฐ์ กฎหมายสิทธิบัตรเทคโนโลยีชีวภาพของสหภาพยุโรป (European Directive on the Legal Protection of Biotechnology Inventions 98/44) มาตรา 13 ก็ยอมรับให้การฝากตัวอย่างตาม Budapest Treaty on the International Recognition of the Deposit of Microorganisms for the Purposes of Patent Procedure, 1977 เป็นการเปิดเผยรายละเอียดที่ถูกต้องตามกฎหมายสิทธิบัตรแล้ว¹³² แสดงให้เห็นว่าการกำหนดแนวปฏิบัติที่ต่างกันสำหรับการประดิษฐ์ที่ต่างกันเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับในประชาคมระหว่างประเทศ และไม่ขัดกับหลักการของ TRIPS

ดังนั้นการประเทศสมาชิกจะกำหนดให้การประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพต้องมีภาระเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้อง จึงสอดคล้องกับลักษณะ และธรรมชาติ (Nature) ของการประดิษฐ์ในสาขานี้ และไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด

¹³² Numo Pires de Carvalho, "The Budapest Treaty and its Application to Human Stem Lines; the WIPO Approach on Ethical Issue, in the European Group on Ethics in Science and New Technologies to the European Commission, Opinion on the Ethical Aspect of Patenting Invention Involving Human Stem Cells, Opinion No. 16, 99 (November 20, 2001)," http://europa.eu.int/comm/european_group_ethics/docs/avis16_en_complete.pdf (Visited March 2004).

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่า ทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องมีความสำคัญต่อการประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพโดยใช้เป็นพื้นฐานในการวิจัยต่อยอด สิ่งประดิษฐ์หลายชนิดมีความใกล้เคียงกับสิ่งที่ชุมชนพื้นเมืองใช้กันอย่างแพร่หลาย การกำหนดให้เปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องจะทำให้เจ้าหน้าที่ที่ตรวจคำขอรู้ถึงสถานะของ “ความรู้ที่มีอยู่ก่อน” (Prior Art) ทำให้ตรวจสอบได้ว่าสิ่งประดิษฐ์นั้นมีความใหม่ (Novelty) หรือไม่ การเปิดเผยยังทำให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบได้ว่าสิ่งประดิษฐ์นั้นมีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น (Inventive Step) ได้หรือไม่อีกด้วย

TRIPS กำหนดให้การขอรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาต้องปฏิบัติตามกระบวนการหรือวิธีการที่มีเหตุผล (Reasonable procedures and formalities) และสอดคล้องกับเงื่อนไขในของ TRIPS การกำหนดให้เปิดเผยดังกล่าวข้างต้นซึ่งเป็นกระบวนการที่จะทำให้การตรวจสอบคำขอสิทธิบัตรเป็นไปอย่างถูกต้อง ป้องกันมิให้มีการให้สิทธิบัตรโดยไม่ชอบ (Bad Patent) จึงถือว่าเป็นกระบวนการที่มีเหตุผลและสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ ตามมาตรา 62.1 และมาตรา 7 ของ TRIPS นั้นเอง

มาตรการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวยังช่วยป้องกันปัญหา “โจรสลัดชีวภาพ” (Bio-piracy) และทำให้การแบ่งปันผลประโยชน์มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ช่วยป้องกันการให้สิทธิบัตรโดยไม่ชอบ (Bad Patent) ทำให้ประเทศกำลังพัฒนาสามารถติดตาม และได้แย้งสิทธิบัตรที่ไม่ชอบดังกล่าวได้ง่ายและรวดเร็วขึ้น ทำให้การเพิกถอนสิทธิบัตรที่ออกโดยไม่ชอบมีประสิทธิภาพมากขึ้น และยังทำให้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศเป็นไปในทิศทางเดียวกัน และสอดคล้องกับหลักการของ CBD มาตรา 15 อีกด้วย¹³³

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายของระบบกฎหมายเฉพาะจะพบว่า เนื่องจากระบบนี้เป็นระบบที่มีทัศนะแบบองค์รวม (Holistic) มิได้ให้ความสำคัญกับมนุษย์ (Anthropocentric) หรือทรัพย์สินเอกชน (Private Property) เท่านั้น แต่ยอมรับระบบสิทธิเชิงซ้อน โดยเฉพาะสิทธิของชุมชนเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืช ทัศนะเช่นนี้ทำให้นำมาซึ่งมาตรการคุ้มครองสิทธิเกษตรกร เพื่อให้เกษตรกรยังดำรงวิถีชีวิตในแบบดั้งเดิมต่อไปได้ ซึ่งส่งผลให้กระบวนการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่กระทำผ่านกระบวนการทางสังคม (Social Processes) ดำเนินการต่อไปได้ ซึ่งต่างจากระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่เน้นสิทธิของปัจเจกบุคคล

¹³³ Surinder Kaur Verma, “Protecting Traditional Knowledge: Is a *Sui Generis* System an Answer?,” 7 *The Journal of World Intellectual Property*, 765 (2004), p.782.

(Individual Rights) และทรัพย์สินเอกชน (Private Property) ทำให้การคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลกระทบต่อวิถีชีวิตของเกษตรกร และชุมชนส่งผลให้กระบวนการทางสังคมในการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชเกิดปัญหาและอุปสรรค ระบบนิเวศและสิ่งแวดล้อมเสื่อมโทรม และความหลากหลายทางชีวภาพลดลง ประเทศอุตสาหกรรมยังสามารถใช้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาโดยผ่าน WTO และ TRIPS เพื่อแทรกแซงนโยบายด้านทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศกำลังพัฒนา ทำให้เกิดข้อจำกัดในการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช ระบบทรัพย์สินทางปัญญาอาจเหมาะสมกับการคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์ที่ไม่มีชีวิต แต่ไม่เหมาะที่จะนำมาใช้กับสิ่งมีชีวิต เช่น พืชพันธุ์พืช หรือพันธุกรรมพืช การคุ้มครองนวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวข้องกับพันธุกรรมพืชจึงควรดำเนินการผ่านระบบกฎหมายที่ออกแบบเพื่อการนี้โดยเฉพาะ เพื่อมิให้เกิดผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของทรัพยากรพันธุกรรมพืช

ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่รวมทั้งประเทศไทยต่างเป็นสมาชิก WTO จึงต้องคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดใน TRIPS แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องหาทางคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่มีอยู่อย่างหลากหลาย และเป็นเป้าหมายในการนำไปใช้ประโยชน์โดยประเทศอุตสาหกรรม ประเทศกำลังพัฒนาบางประเทศได้ตรากฎหมายขึ้นเพื่อการนี้เป็นการเฉพาะ การทับซ้อนของระบบกฎหมายทั้งสองจึงสร้างปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย และกระทบต่อนโยบายการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชในประเทศกำลังพัฒนาได้ ประเทศไทยก็เป็นประเทศหนึ่งที่ประสบกับปัญหาและอุปสรรคดังกล่าว.