

ปัญหาและข้อจำกัดทางกฎหมายในการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชในประเทศไทย

ประเทศไทยมีกฎหมายสิทธิบัตรเพื่อคุ้มครองนวัตกรรมตั้งแต่ปี พ.ศ. 2522 ก่อนหน้านั้นถือว่าสิทธิของผู้สร้างสรรค์ผลงานประดิษฐ์ไม่ได้รับการคุ้มครอง¹ แต่ความต้องการพัฒนาประเทศให้ทัดเทียมกับประเทศอุตสาหกรรมอื่น ทำให้เกิดความต้องการเทคโนโลยีใหม่ๆ เพิ่มขึ้นด้วยความหวังว่าเมื่อมีเทคโนโลยีที่ทันสมัยจะทำให้ภาคอุตสาหกรรมของประเทศก้าวหน้ามากยิ่งขึ้น ระบบสิทธิบัตรจึงถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งในการจูงใจให้เกิดการคิดค้นสร้างสรรค์นวัตกรรมใหม่ๆ ดึงดูดให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่ทันสมัยจากต่างประเทศ และให้มีการลงทุนจากต่างประเทศเพิ่มมากขึ้น อย่างไรก็ตามจากข้อมูลเชิงประจักษ์ของประเทศไทย ผลที่ได้อาจไม่เป็นไปตามที่คาดหวังไว้สัก เนื่องจากสิทธิบัตรถูกใช้เป็นเครื่องมือในการปกป้องผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของประเทศอุตสาหกรรม เกิดการกระจุกตัวค่อนข้างสูงของผู้ทรงสิทธิบัตรโดยเฉพาะผู้ทรงสิทธิบัตรจากประเทศอุตสาหกรรม ผู้ยื่นขอสิทธิบัตรที่เป็นคนไทยมีอัตราต่ำมากเมื่อเปรียบเทียบกับชาติอื่น² ภาคอุตสาหกรรมของประเทศไทยส่วนใหญ่มีความกังวลกับการลงทุนในการวิจัยพัฒนาทางเทคโนโลยี และไม่มั่นใจในความสำเร็จ จึงเลือกพึ่งพาเทคโนโลยีจากผู้ร่วมทุนต่างชาติแทน โดยไม่สนใจพัฒนาเทคโนโลยีของตนเอง³

¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 837/2507 (เนติ.) น.1443 วินิจฉัยว่า วิธีการประดิษฐ์ หรือ “สิทธิเพτεนต์” ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายไทยก่อดั้งคุ้มครอง จึงไม่ได้ชื่อว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายไม่อาจก่อให้เกิดมูลละเมิดที่จะเรียกร้องทางศาลได้.

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

³ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, สิทธิบัตร: แนวคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: ห.จ.ก.บี.เจ.เพลสโปรดักส์เซอร์, 2544), น.389.

ในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้น ประเทศไทยจัดเป็นประเทศที่มีความหลากหลายทางชีวภาพสูงมากประเทศหนึ่ง และประเทศไทยมีกฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ ปัญหาที่ต้องพิจารณาคือ เหตุใดกฎหมายของประเทศไทยจึงยังไม่สามารถปกป้องคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติของประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอ

ปัญหานี้ผู้เขียนเห็นว่า ในอดีตการคุ้มครองจะมีได้มุ่งไปที่ทรัพยากรพันธุกรรมพืชโดยตรง เนื่องจากพันธุกรรมยังไม่ใช่ที่รู้จักกันในอดีต แต่จะมุ่งไปที่การคุ้มครองพื้นที่ ป่าไม้ หรือพันธุ์พืช กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือเน้นคุ้มครองคุณสมบัติที่แสดงออกภายนอกของพันธุกรรมพืช (Phenotype) ประเทศไทยจึงมีกฎหมายหลายฉบับที่เน้นควบคุมการใช้ประโยชน์จากพื้นที่ป่า ป่าไม้ หรือของป่า และพันธุ์พืช ตลอดจนการอนุรักษ์พื้นที่ป่า และป่าไม้

กฎหมายเหล่านี้กล่าวได้ว่าเป็นกฎหมายในทัศนะแบบแยกส่วน (Reductionism) กล่าวคือกฎหมายจะมีเนื้อหาที่เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติเป็นส่วนๆ เป็นเรื่องๆ ไป กฎหมายจะมีได้มอง ทรัพยากรธรรมชาติในแบบองค์รวม (Holistic) มาตรการในกฎหมายบางฉบับมีผลต่อการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืช และความหลากหลายทางชีวภาพในทางอ้อม แต่การบังคับใช้กฎหมายในบางฉบับบางกรณีก็มีผลกระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพ และระบบนิเวศเช่นเดียวกัน ซึ่งอาจแยกกฎหมายดังกล่าวออกเป็น 3 กลุ่ม ดังนี้

1. กฎหมายที่เน้นการใช้ประโยชน์ หรือการคุ้มครองโดยไม่คำนึงถึงการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพโดยตรง

(ก) พ.ร.บ.สำหรับกำจัดผักตบชวา พ.ศ.2456 กฎหมายฉบับนี้เน้นป้องกันการแพร่กระจายของผักตบชวา และมีมาตรการให้ฟื้นฟูแหล่งน้ำ ซึ่งเป็นการอนุรักษ์ระบบนิเวศของพื้นที่ดังกล่าว จึงเป็นการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรม และความหลากหลายทางชีวภาพในพื้นที่ดังกล่าวในทางอ้อม อย่างไรก็ตามเนื่องจากกฎหมายฉบับนี้ออกมานานแล้ว และมีกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรน้ำ ทำให้ไม่มีการบังคับใช้กฎหมายนี้อย่างจริงจังนัก

(ข) พ.ร.บ.การสวนครัว และการเลี้ยงสัตว์เพื่อประโยชน์แห่งครัวเรือน พ.ศ.2482 กฎหมายฉบับนี้เน้นให้ประชาชนทำสวนครัว และเลี้ยงสัตว์บนที่ดินที่ตนอาศัยตามชนิดที่กรมการอำเภอในเขตนั้นกำหนดไว้ และยังส่งเสริมให้ขยายพันธุ์และใช้ประโยชน์ซึ่งสัตว์ สวนผัก และพืชผลบางชนิดสำหรับใช้ในครัวเรือน กฎหมายนี้จึงเน้นที่การใช้ประโยชน์ แต่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรม และความหลากหลายทางชีวภาพ

(ค) พ.ร.บ.บำรุงพืช พ.ศ.2483 กฎหมายฉบับนี้เน้นการจัดพื้นที่เพื่อผลิตพืชชนิดหนึ่งๆ เพื่อความเหมาะสมเท่านั้น โดยไม่ได้กำหนดหลักการในด้านอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรม

หรือความหลากหลายทางชีวภาพโดยตรง แต่การจัดพื้นที่เพื่อให้เพาะปลูกพืชชนิดใดชนิดหนึ่งก็อาจมีผลเป็นการอนุรักษ์พันธุ์พืชชนิดนั้นๆ ได้ในทางอ้อม แต่การจัดพื้นที่เพื่อปลูกพืชแต่เพียงชนิดใดชนิดหนึ่งอาจกระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพในพื้นที่นั้น อย่างไรก็ตามกฎหมายนี้ไม่มีการบังคับอย่างจริงจังมากนัก

(ง) พ.ร.บ. ป่าไม้ พ.ศ.2484 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2532 กฎหมายฉบับนี้เน้นควบคุมบริหารจัดการไม้ที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจ โดยกำหนดให้การทำไม้และหาของป่าต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานราชการ ห้ามกิจกรรมที่ทำให้พื้นที่และทรัพยากรธรรมชาติเสื่อมโทรม กฎหมายนี้จะไม่ได้ให้ความสำคัญกับป่าในมิติความหลากหลายทางชีวภาพโดยตรง แต่ให้ความสำคัญกับสิทธิในที่ดินที่เป็นที่ตั้งของพื้นที่ป่า แต่การไม่ทำให้พื้นที่ป่า หรือทรัพยากรธรรมชาติเสื่อมโทรมก็เป็นการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่ในพื้นที่ดังกล่าวได้ในทางอ้อมเช่นกัน กฎหมายฉบับนี้อยู่ภายใต้แนวคิดที่ให้รัฐเป็นเจ้าของป่า ผู้ขออนุญาตทำไม้หวงห้ามต้องจ่ายค่าภาคหลวงให้แก่รัฐเท่านั้น เกษตรกร หรือชุมชนที่มีส่วนอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมในพื้นที่ดังกล่าวจึงไม่ได้รับประโยชน์แต่ประการใด

(จ) พ.ร.บ. กักพืช พ.ศ.2507 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2542 กฎหมายฉบับนี้เน้นควบคุมการเคลื่อนย้ายศัตรูพืช หรือพาหะของศัตรูพืชทั้งภายใน และระหว่างประเทศเพื่อป้องกันการระบาดของศัตรูพืช การคุ้มครองพืชไม่ให้ถูกทำลายจากศัตรูพืช ถือเป็นมาตรการทางอ้อมที่ช่วยอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้ แต่กฎหมายก็มิได้มีเป้าหมายคุ้มครองความหลากหลายของทรัพยากรชีวภาพโดยตรง

อย่างไรก็ดี กรมวิชาการเกษตร กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ใช้กฎหมายนี้ในการควบคุมพืชที่ดัดแปลงพันธุกรรม โดยประกาศให้พืชดัดแปลงพันธุกรรมเป็นพืชต้องห้าม⁴ ทำให้ลดผลกระทบต่อระบบนิเวศ ความหลากหลายของพันธุ์พืชที่อาจเกิดจากพืชดัดแปลงพันธุกรรม

2. กฎหมายที่ไม่ได้ให้ความสำคัญกับชุมชน หรือสิทธิชุมชน

(ก) พ.ร.บ. อุทยานแห่งชาติ พ.ศ.2504 กฎหมายฉบับนี้จะเกี่ยวข้องกับระบบนิเวศในเขตป่า รวมทั้งชนิดพันธุ์พืช พันธุ์สัตว์ในป่า การคุ้มครองระบบนิเวศในเขตอุทยานจะช่วยรักษาสภาพแวดล้อมมิให้ถูกทำลาย จึงเป็นการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพในทางอ้อม กฎหมายจะห้ามการทำกิจกรรมต่างๆ ในเขตอุทยานที่เป็นอันตราย หรือกระทบกับระบบนิเวศ แต่

⁴ ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง กำหนดพืช ศัตรูพืช หรือพาหะจากแหล่งที่กำหนดเป็นสิ่งต้องห้าม ข้อยกเว้นและเงื่อนไขตาม พ.ร.บ. กักพืช พ.ศ.2507.

เป็นที่น่าเสียดายว่ากฎหมายฉบับนี้ไม่เน้นมิติของชุมชนที่สัมพันธ์กับป่า ซึ่งเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ

(ข) พ.ร.บ.ป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ.2507 กฎหมายฉบับนี้จะเน้นคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติทุกชนิดในเขตพื้นที่ที่ถูกประกาศเป็นป่าสงวน กฎหมายมีมาตรการห้ามกระทำการใดๆ ที่เป็นอันตรายหรือทำให้เกิดความเสื่อมโทรม แต่กฎหมายฉบับนี้ก็มิได้เน้นมิติของชุมชนที่สัมพันธ์กับป่าเช่นเดียวกับ พ.ร.บ.อุทยานแห่งชาติดังได้กล่าวมาแล้ว

3. กฎหมายที่เน้นให้ความสำคัญกับการค้า

(ก) พ.ร.บ.พันธุ์พืช พ.ศ.2518 แก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ.2535 กฎหมายฉบับนี้เกี่ยวข้องกับ การขยายพันธุ์พืชด้วยวิธีการที่มีใช้วิธีการขยายพันธุ์ตามธรรมชาติ (การขยายพันธุ์เทียม) สำหรับพืชที่ได้รับความคุ้มครองตาม CITES กล่าวคือ การขยายพันธุ์พืชเหล่านี้เพื่อการค้าต้องยื่นขออนุญาตเพาะเลี้ยงต่อกรมวิชาการเกษตร

อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับนี้มุ่งเน้นการควบคุมการค้าเมล็ดพันธุ์ หรือพันธุ์พืชเป็นสำคัญ แม้เหตุผลท้าย พ.ร.บ.พันธุ์พืช (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2538 จะกล่าวถึงการส่งเสริมให้มีการคิดค้นและปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ๆ แต่ก็ไม่มีวัตถุประสงค์คุ้มครองสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชโดยตรง และเน้นควบคุมมาตรฐานของเมล็ดพันธุ์พืชที่ใช้ในการเพาะปลูกของเกษตรกร ไม่ให้เป็นเมล็ดพันธุ์ปลอมปน หรือเป็นเมล็ดพันธุ์พืชที่ด้อยคุณภาพ เพื่อให้เกษตรกรไทยได้ใช้พืชพันธุ์ที่ดีให้ผลผลิตสูง

การควบคุมมาตรฐานเมล็ดพันธุ์ดังกล่าวเท่ากับเป็นการคัดเลือกเมล็ดพันธุ์ที่ดี จึงเป็นการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชทางอ้อม แต่การควบคุมโดยเน้นส่งเสริมให้เกษตรกรใช้แต่พันธุ์พืชที่ดีให้ผลผลิตสูงอาจกระทบต่อความคงอยู่ หรือความหลากหลายของพันธุ์พืชพื้นเมือง หรือพันธุ์พืชท้องถิ่น เนื่องจากรูปแบบการเพาะปลูกพันธุ์พืชใหม่อาจต้องใช้พื้นที่มาก ต้องใช้สารเคมี หรือยาฆ่าศัตรูพืชที่กระทบต่อสิ่งแวดล้อม

(ข) พ.ร.บ.ยาสูบ พ.ศ.2509 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2534 กฎหมายฉบับนี้เน้นควบคุมการนำเข้า ส่งออกเมล็ดพันธุ์ยาสูบ และการเพาะปลูกยาสูบ กฎหมายนี้จำกัดเฉพาะพันธุ์พืชยาสูบที่กำหนดเท่านั้น ไม่รวมถึงพันธุ์ยาสูบพื้นเมือง และให้ความสำคัญกับยาสูบในฐานะของผลิตภัณฑ์ โดยมีได้มีวัตถุประสงค์ด้านการอนุรักษ์ความหลากหลายของพันธุ์ยาสูบแต่อย่างใด

(ค) พ.ร.บ.ควบคุมยาง พ.ศ.2542 กฎหมายฉบับนี้เน้นควบคุมการเพาะปลูก การขยายพันธุ์ยาง และการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับยาง โดยกำหนดให้ต้องแจ้งจำนวนเนื้อที่ที่ใช้ปลูกยาง พันธุ์ยางที่ปลูก และการขยายพันธุ์ยางเพื่อการค้าต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานราชการ และต้องขยายพันธุ์จากยางพันธุ์ดีเท่านั้น เมื่อประกอบกับนโยบายของรัฐที่ต้องการส่งเสริมการปลูก

ยางพันธุ์ดีที่ให้น้ำยางมาก และเป็นน้ำยางที่มีคุณภาพ ทำให้เกษตรกรสวนยางเปลี่ยนจากการปลูกยางพันธุ์พืชเมืองมาเป็นยางพันธุ์ดีที่ทางราชการให้การส่งเสริม กฎหมายฉบับนี้และนโยบายของรัฐดังกล่าวจึงมีผลจำกัดความหลากหลายของพันธุ์ยางในประเทศไทย

ปัจจุบันประเทศไทยได้เล็งเห็นความสำคัญของทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพิ่มมากขึ้น ประกอบกับพันธุกรรมพืช ตลอดจนภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศไทยถูกประเทศอุตสาหกรรมนำไปวิจัยต่อยอด และคิดค้นเป็นผลิตภัณฑ์ใหม่ๆ และส่งกลับมาขายในประเทศไทยภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญา ภาคส่วนต่างๆ ในประเทศไทยเล็งเห็นถึงปัญหาการเอารัดเอาเปรียบของประเทศอุตสาหกรรมที่เกิดจากความไม่เท่าเทียมกันภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญา และเรียกร้องให้ทางราชการหามาตรการปกป้องทรัพยากรพันธุกรรมพืช และภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทย

ปัญหาเช่นนี้มีได้เกิดขึ้นเฉพาะในประเทศไทย แต่เป็นปัญหาร่วมของหลายประเทศในโลก ซึ่งส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลังพัฒนาทั้งในทวีปเอเชีย อเมริกาใต้ และแอฟริกาที่มีความอุดมสมบูรณ์ของทรัพยากรชีวภาพ⁵ ทำให้เกิดกระแสเรียกร้องให้ประเทศอุตสาหกรรมต้องคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรม และภูมิปัญญาท้องถิ่น และกลายเป็นแนวคิดกระแสหลักของประชาคมระหว่างประเทศในปัจจุบัน นโยบายหรือข้อตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับถูกจัดทำขึ้นและสะท้อนให้เห็นแนวทางดังกล่าว เช่น CBD, ITPGR, หรือพิธีสารตาเฮน่าว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพ (Cartagena Protocol on Biosafety) เป็นต้น ปัจจุบันประเทศไทยเป็นภาคี CBD และยังอยู่ระหว่างดำเนินการเข้าเป็นภาคี ITPGR

กฎหมายสำคัญในประเทศไทยเกี่ยวกับนวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพ และการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้น ได้แก่ พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522 และ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2545 ในบทนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงปัญหา ข้อจำกัด และอุปสรรคของการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชภายใต้กฎหมายทั้ง 2 ฉบับนี้

⁵ โปรดดูเพิ่มเติมในบทที่ 1.

1. ปัญหาและข้อจำกัดของแนวคิดกฎหมายภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทย

1.1 การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้แนวคิดสิทธิเชิงเดี่ยว: ทรัพย์สินเอกชน

เมื่อระบบเศรษฐกิจแบบตลาดขยายตัวมากขึ้น รูปแบบเกษตรกรรมสมัยใหม่ที่เน้นการส่งออกทำให้เอกชนเกิดความต้องการที่ดินเพิ่มขึ้น ทศนคติของคนไทยเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ที่ดินเริ่มเปลี่ยนแปลงไป เกิดความต้องการเอกสารที่ดิน เช่น โฉนดตามแบบระบบตะวันตกมากขึ้น เพราะเห็นว่าที่ดินมีคุณค่าทางเศรษฐกิจในตัวเอง อีกทั้งกรรมสิทธิ์ในที่ดินส่วนบุคคลยังเป็นรากฐานของระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมที่ถือว่าที่ดินเป็นทุน ทำให้ที่ดินถูกผลักเข้าสู่ระบบตลาดในฐานะสินค้าประเภทหนึ่ง และเห็นควรปล่อยให้เป็นไปตามกลไกตลาดเสรีที่เชื่อว่าจะทำให้การจัดสรรที่ดินเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด

การเปลี่ยนแปลงทัศนคติเกี่ยวกับที่ดินในฐานะเป็นทุนทางเศรษฐกิจดังกล่าวส่งผลให้เกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดินที่เพิ่มขึ้นจากความต้องการกรรมสิทธิ์ในที่ดิน และเป็นปัจจัยสำคัญที่ผลักดันให้รัฐต้องสถาปนาระบบกรรมสิทธิ์ที่ดินที่เป็นแบบแผนยิ่งขึ้น ซึ่งสอดคล้องกับนโยบายของรัฐที่ต้องการควบคุมพื้นที่ดังได้กล่าวมาแล้ว⁶

รัฐยังส่งเสริมการเกษตรเชิงพาณิชย์อย่างเป็นระบบโดยอาศัยแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติตั้งแต่ฉบับแรกเป็นต้นมา เร่งพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานเพื่อสอดคล้องกับการเกษตรเชิงพาณิชย์ เร่งการออกเอกสารสิทธิในที่ดินให้กับเอกชน ลักษณะเช่นนี้ทำให้ทรัพยากรธรรมชาติบางส่วนตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชน

ผู้เขียนยังเห็นว่า พลังของระบบเศรษฐกิจแบบเสรี เพื่อปรับเปลี่ยนทรัพยากรให้เป็นทรัพย์สินเอกชนยังผ่านมาทางสถาบันการเงินระหว่างประเทศ จากนโยบายการให้ความช่วยเหลือทางการเงิน โดยเฉพาะในช่วงที่ประเทศไทยประสบวิกฤตเศรษฐกิจในช่วง พ.ศ. 2540 องค์การการเงินระหว่างประเทศ (IMF) ธนาคารโลก (World Bank) ธนาคารพัฒนาเอเชีย (ADB) ต่างเร่งให้ประเทศไทยปรับโครงสร้างเกี่ยวกับทรัพยากรทั้งระบบ ทั้งที่ดิน ป่าไม้ แร่ธาตุ หรือแม้กระทั่งน้ำให้สอดคล้องกับโครงสร้างระบบเศรษฐกิจแบบเสรี

⁶ โปรดดูเพิ่มเติมในบทที่ 4.

(1) กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้แนวคิดทรัพย์สินเอกชน

การคุ้มครองผลงานที่เกิดจากการสร้างสรรค์ทางปัญญาในประเทศไทยกล่าวได้ว่า เริ่มต้นจากการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ตามประกาศพระหอสุมุดิษฐวณ ร.ศ.111 ซึ่งประกาศใช้ในปี พ.ศ.2435 การคุ้มครองการประดิษฐ์ในแบบสิทธิบัตรเพิ่งเริ่มต้นเมื่อปี พ.ศ. 2522 แต่แนวคิด คุ้มครองสิทธิบัตรเกิดขึ้นก่อนหน้านั้นแล้ว โดยมีการร่างกฎหมายสิทธิบัตรเป็นภาษาอังกฤษชื่อ ว่า “Law on Patents” ฉบับลงวันที่ 7 กรกฎาคม 2456⁷ และรัฐบาลได้เสนอร่างกฎหมายสิทธิบัตร ต่อสภานิติบัญญัติเป็นครั้งแรกในปี พ.ศ.2508 แต่ร่างกฎหมายดังกล่าวไม่ผ่านความเห็นชอบจาก สภา เนื่องจากเกรงว่าจะก่อให้เกิดการผูกขาดทางการค้าและทำให้ผู้บริโภคได้รับความเดือดร้อน และประเทศไทยยังขาดบุคลากรทำหน้าที่ตรวจสอบคำขอ และขาดแคลนเครื่องมือที่จำเป็นต่อการ ตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตร กฎหมายสิทธิบัตรของไทยไม่ได้เกิดจากการเรียกร้องของลัทธิจักรวรรดินิยม เนื่องจากประเทศไทยไม่เคยตกเป็นอาณานิคมของประเทศตะวันตก แต่เกิดจากการเรียกร้องและ ความต้องการของภาคอุตสาหกรรมในประเทศ และนโยบายของรัฐที่ต้องการพัฒนา ด้าน อุตสาหกรรมและการค้าระหว่างประเทศ⁸

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยได้รับการแก้ไข 2 ครั้ง คือ ในปี พ.ศ. 2535 การ แก้ไขที่สำคัญในครั้ง นี้ คือ การขยายขอบเขตสิ่ง ที่ได้รับความคุ้มครองให้รวมถึงผลิตภัณฑ์ยา อาหาร และเครื่องจักรกลทางการเกษตร ซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นการแก้ไขตามข้อเรียกร้องและแรงกดดัน ของประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากเกรงจะถูกตอบโต้ทางการค้าจากประเทศสหรัฐอเมริกา การ แก้ไขอีกครั้งหนึ่งเกิดขึ้นในปี พ.ศ.2542 ซึ่งการแก้ไขที่สำคัญในครั้ง นี้ คือ การยกเลิกมาตรการสำหรับ สิทธิบัตรยา เพื่อให้สอดคล้องกับ TRIPS และการนำระบบอนุสิทธิบัตร (Petty Patent) มาใช้⁹

ประเด็นที่ต้องพิจารณาเป็นประการแรก คือ กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทย นั้นเป็นกฎหมายภายใต้ทัศนะคุ้มครองทรัพย์สินเอกชนหรือไม่

หากพิจารณาเนื้อหาของกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทย จะพบว่ากฎหมาย สิทธิบัตรมุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของนวัตกรรมในการประดิษฐ์ หรือการออกแบบ ผลิตภัณฑ์มิให้ผู้อื่นลอกเลียนโดยไม่ให้ค่าตอบแทน¹⁰ กฎหมายจะให้สิทธิจำเพาะ (Exclusive

⁷ ยรรยง พวงราช, คำอธิบายกฎหมายสิทธิบัตร, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2543), น. 19.

⁸ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น.21.

⁹ ยรรยง พวงราช, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น. 19.

¹⁰ โปรดดูหมายเหตุท้าย พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522.

Rights) แก่ผู้ทรงสิทธิบัตรในการผลิต ใช้ ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย หรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งผลิตภัณฑ์นั้นแต่เพียงผู้เดียว¹¹ โดยจะได้รับความคุ้มครองเป็นเวลา 20 ปี¹² ผู้ทรงสิทธิบัตรมีสิทธิร้องขอให้ศาลสั่งห้ามบุคคลหนึ่งบุคคลใดให้ระงับ หรือละเว้นการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรได้¹³ และศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดสิทธิบัตรชดเชยค่าเสียหายในจำนวนตามที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตร¹⁴ รวมทั้งอาจสั่งให้ทำลายสินค้าที่ละเมิดสิทธิบัตรด้วยก็ได้¹⁵

กฎหมายจะให้ความสำคัญกับปัจเจกบุคคลที่เป็นผู้สร้างสรรค์การประดิษฐ์ และไต่ถามขอรับสิทธิบัตร กรณีที่มีผู้คัดค้านการประดิษฐ์อย่างเดียวกันหลายคน ผู้ที่ไต่ถามขอคุ้มครองก่อนจะเป็นผู้มีสิทธิได้รับสิทธิบัตร (Winner-takes-all)¹⁶

จากเหตุผลในการตรากฎหมายนี้ที่แสดงอย่างชัดเจนถึงการคุ้มครองสิทธิของเอกชน สาระสำคัญของกฎหมายก็เป็นทำนองเดียวกับกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศตะวันตก อีกทั้งการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับ TRIPS ซึ่งคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในฐานะสิทธิของเอกชน¹⁷ รวมทั้งเมื่อพิจารณาลักษณะ และรูปแบบการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายสิทธิบัตรข้างต้นที่ให้ความสำคัญกับสิทธิของปัจเจกบุคคลแล้ว แสดงให้เห็นว่า กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยคุ้มครองสิทธิบัตรในลักษณะสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน (Private Property Rights)

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทย¹⁸ เฉพาะในส่วนคุ้มครองสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชเหนือพันธุ์พืชใหม่เป็นกฎหมายที่คุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชในฐานะทรัพย์สินเอกชนหรือไม่

¹¹ พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 36.

¹² พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 35.

¹³ พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 77 ทวิ.

¹⁴ พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 77 ตริ.

¹⁵ พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 77 เบญจ.

¹⁶ พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 16.

¹⁷ TRIPS, Preamble Para.4 “Recognizing that intellectual property rights are private rights”.

¹⁸ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542.

กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทยเป็นกฎหมายที่มีเอกลักษณ์ที่ต่างจากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่น เนื่องจากมีเนื้อหาส่วนหนึ่งที่แสดงออกถึงการรับรู้สิทธิของชุมชนเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชด้วย ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวประเด็นนี้ต่อไป ประเทศไทยได้เริ่มต้นยกร่างกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชในปี พ.ศ. 2540 เพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีที่กำหนดใน TRIPS และมีผลประกาศใช้เป็นกฎหมายในปี พ.ศ. 2542 แต่เนื้อหาในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชนั้น ได้ยกร่างขึ้นโดยใช้ UPOV, 1978 เป็นแม่แบบในการยกร่าง¹⁹

เนื้อหาสาระในส่วนการคุ้มครองการปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่นั้น กฎหมายจะคุ้มครองสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชที่ปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่²⁰ โดยนักปรับปรุงพันธุ์พืชจะมีสิทธิจำเพาะ (Exclusive Rights) ในการผลิต ขาย หรือจำหน่ายด้วยประการใด นำเข้ามาในราชอาณาจักร ส่งออกนอกราชอาณาจักร หรือมีไว้เพื่อกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังกล่าวซึ่งส่วนขยายพันธุ์ของพันธุ์พืชใหม่แต่ผู้เดียว²¹ โดยกฎหมายจะคุ้มครองสิทธิดังกล่าวเป็นเวลา 12-27 ปี²² ผู้ที่ฝ่าฝืนละเมิดสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชต้องชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้ทรงสิทธิตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียผลประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของผู้ทรงสิทธิด้วย²³ และศาลอาจสั่งริบรดาพันธุ์พืช หรือสิ่งที่อยู่ในความครอบครองของผู้ละเมิดสิทธิ²⁴

การคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชตามกฎหมายนี้จะให้ความสำคัญกับปัจเจกบุคคล (Individual) ทำนองเดียวกับกฎหมายสิทธิบัตร โดยจะคุ้มครองเฉพาะนักปรับปรุงพันธุ์พืชยื่นคำขอรับการคุ้มครอง และกรณีนักปรับปรุงพันธุ์พืชหลายรายต่างทำการปรับปรุงพันธุ์พืช หรือพัฒนาพันธุ์พืชที่เป็นพันธุ์พืชเดียวกันโดยมิได้ร่วมกัน ให้ผู้ซึ่งยื่นคำขอจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่ไว้ก่อนเป็นผู้มีสิทธิดีกว่า (Winner-takes-all)²⁵

¹⁹ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น.135.

²⁰ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 12, 14.

²¹ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 33.

²² พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 31.

²³ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 61.

²⁴ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 62.

²⁵ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 18.

จากรูปแบบและลักษณะการคุ้มครองจะเห็นได้ว่า กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชในส่วนคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ให้ความสำคัญกับผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของนักปรับปรุงพันธุ์พืชที่เป็นปัจเจกบุคคล ดังนั้นกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทยจึงเป็นกฎหมายที่คุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชในลักษณะสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน (Private Property Rights) อย่างไรก็ตามสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชตามกฎหมายนี้จะอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นและข้อจำกัดหลายประการ ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป ทำให้นักปรับปรุงพันธุ์พืชมีสิทธิผูกขาดน้อยกว่ากรณีสิทธิบัตร²⁶

ผู้เขียนเห็นว่า การที่ระบบกฎหมายสิทธิบัตร และกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทยเฉพาะในส่วนคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่เป็นกฎหมายภายใต้ทัศนะให้ความสำคัญกับมนุษย์ (Anthropocentric) เน้นคุ้มครองทรัพย์สินของเอกชน (Private Property) จะสร้างผลกระทบอย่างรุนแรงต่อประเทศไทยเนื่องจากภาคเกษตรกรรมเป็นหัวใจสำคัญของประเทศไทย และเกษตรกรส่วนใหญ่ในประเทศไทยมีฐานะยากจน การถูกกีดกันจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชจากระบบทรัพย์สินทางปัญญาย่อมสร้างผลกระทบอย่างรุนแรงกว่าเกษตรกรในประเทศอุตสาหกรรม

กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาตามรูปแบบตะวันตกที่แพร่หลายในปัจจุบัน เป็นกฎหมายภายใต้ทัศนะคุ้มครองทรัพย์สินเอกชน (Private property) ทำให้วัตถุแห่งการคุ้มครองกลายเป็นสินค้า (Commodification) สร้างข้อจำกัดแก่บุคคลอื่นๆ ในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม วิธีชีวิต จารีตประเพณีของเกษตรกร หรือชุมชนพื้นเมืองที่พึ่งพาทรัพยากรพันธุกรรมได้รับการกระทบกระเทือน ผลกระทบโดยทางอ้อมของการทำให้เป็นสินค้าคือ ความหลากหลายของทรัพยากรชีวภาพลดลง ระบบนิเวศเปลี่ยนแปลงไป ในส่วนของกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยแม้จะระบุชัดเจนไม่คุ้มครองสิทธิบัตรแก่พืช ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง แต่ประเทศไทยก็ควรพึงระมัดระวังอิทธิพลของประเทศอุตสาหกรรมที่เรียกร้องให้ขยายขอบเขตการคุ้มครองสิทธิบัตรออกไป เช่น การเรียกร้องให้ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี UPOV, 1991 ซึ่งจะทำให้ประเทศไทยต้องคุ้มครองพันธุ์พืชในระดับสูงเทียบเท่าระบบสิทธิบัตร การแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรให้คุ้มครองสิ่งมีชีวิต การละสิทธิข้อยกเว้นการคุ้มครองตามที่กำหนดใน TRIPS มาตรา 27.3(b) หรือการตีความ “จุลชีพ” อย่างกว้างเพื่อให้ครอบคลุมพันธุกรรมของสิ่งมีชีวิต

ในส่วนของกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชที่เกี่ยวกับพันธุ์พืชใหม่นั้นแม้จะเป็นกฎหมายภายใต้ทัศนะคุ้มครองทรัพย์สินเอกชน (Private Property) เช่นเดียวกัน แต่ดังได้กล่าวแล้วว่ากฎหมายฉบับนี้ใช้ UPOV, 1978 เป็นแนวทาง และผู้ร่างได้เพิ่มเติมและปรับเปลี่ยนหลักการบางประการทำให้ระดับการคุ้มครองไม่สูงมากนัก อีกทั้งยังมีข้อจำกัด และเงื่อนไขการจำกัดสิทธิ

²⁶ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น.135.

ปรับปรุงพันธุ์พืชเพื่อคุ้มครองสิทธิเกษตรกร เช่น เกษตรกรสามารถใช้ส่วนขยายพันธุ์ที่ได้จากแปลงปลูกของตนเอง (Farm-save-seed) ได้ในระดับหนึ่ง มีข้อยกเว้นนักวิจัย หรือนักปรับปรุงพันธุ์พืช (Research/Breeder Exemption) และมีมาตรการตรวจสอบผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมก่อนการจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่ที่ได้จากการตัดแต่งพันธุกรรม

การที่ระบบกฎหมายสิทธิบัตร และกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชเฉพาะในส่วนคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่เป็นกฎหมายภายใต้ทัศนะคุ้มครองทรัพย์สินเอกชน (Private Property) ผู้เขียนเห็นว่า ได้สร้างความสับสน ปัญหาและอุปสรรคต่อการบังคับใช้กฎหมายในประเทศไทยเป็นอย่างมาก เนื่องจากกฎหมายทั้งสองอยู่ภายใต้โลกทัศน์แบบตะวันตกที่เป็นสิ่งแปลกแยกเมื่อเปรียบเทียบกับโลกทัศน์ที่แพร่หลายในสังคมตะวันออก การบริหารจัดการกฎหมายทั้งสองให้อยู่ในลักษณะสมดุล กล่าวคือ คุ้มครองทรัพย์สินเอกชน และขณะเดียวกันก็ปกป้องทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศจึงเป็นภาระที่หนักหน่วงของรัฐ

(2) การบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมพืชภายใต้หลัก “สาธารณะสมบัติของแผ่นดิน” และหลัก “ทรัพย์สินเอกชน”

ปัญหาที่ควรพิจารณาเป็นประการแรก คือ ภายใต้กฎหมายที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบันประเทศไทยบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมพืชในฐานะสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน และในฐานะทรัพย์สินเอกชนอย่างไรเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) และประโยชน์ของเอกชน

ในประเทศไทย ทรัพยากรพันธุกรรมพืชในฐานะเป็นทรัพยากรธรรมชาติประเภทหนึ่งนั้นถือเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินที่รัฐเป็นผู้บริหารจัดการ เอกชนคนใดต้องการครอบครองหรือใช้ประโยชน์จากสาธารณะสมบัติของแผ่นดินจะต้องทำตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เช่น ต้องเสียค่าสัมปทาน หรือค่าภาคหลวง เป็นต้น แต่รัฐก็ไม่ได้ยึดถือครอบครองทรัพยากรธรรมชาติในลักษณะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ทำนองเดียวกับหลักการกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายเอกชน แม้จะมีกฎหมายบางฉบับที่กำหนดให้รัฐเป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติ เช่น พ.ร.บ.การทำเหมืองแร่ ร.ศ. 120 กำหนดว่า “แร่เป็นของพระมหากษัตริย์” พ.ร.บ.ปิโตรเลียม พ.ศ.2514 มาตรา 23 กำหนดว่า “ปิโตรเลียมเป็นของรัฐ” แต่แท้จริงแล้วสิทธิของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติเป็นสิทธิในการพิทักษ์ปกป้องสาธารณะสมบัติของแผ่นดินให้คงอยู่เพื่อประโยชน์ของสังคม รัฐจึงถือครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดินดังกล่าวไว้แทนประชาชนเพื่อประโยชน์ที่ทุกคนจะใช้สอยร่วมกัน ซึ่งรวมถึงรัฐมีอำนาจในการบริหารจัดการเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดในทางเศรษฐกิจได้ด้วย²⁷

²⁷ โปรดดูเพิ่มเติมในบทที่ 2.

การที่รัฐจะบริหารจัดการสาธารณะสมบัติของแผ่นดินให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจสูงสุดนั้นจึงอาจให้เอกชนคนใดคนหนึ่งมีสิทธิเข้าใช้ประโยชน์จากสาธารณะสมบัตินั้นเป็นการเฉพาะรายก็ได้ ดังนั้นในกรณีนี้สิทธิของเอกชนจะทับซ้อนอยู่กับสิทธิของรัฐ แต่การอนุญาตให้เอกชนใช้ประโยชน์เป็นการเฉพาะรายนั้นจะต้องไม่ขัดแย้งกับสาธารณะประโยชน์

หากพิจารณาในแง่ความสะดวกของการบริหารจัดการ การที่รัฐเป็นผู้บริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมในฐานะสาธารณะสมบัติของแผ่นดินจะทำให้การจัดการมีความชัดเจน และคล่องตัวจากการรวมศูนย์ (Centralized System) เช่น ในกรณีการขออนุญาตเข้าถึง และการเจรจาทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ในทรัพยากรพันธุกรรมพืชก็สามารถติดต่อกับหน่วยงานราชการเพียงหน่วยเดียว ภาครัฐยังมีความพร้อมในด้านบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถในการเจรจาต่อรองผลประโยชน์ได้ดีกว่าเกษตรกร หรือชุมชนพื้นเมืองท้องถิ่นอีกด้วย ทำให้ลดขั้นตอนและความยุ่งยากในกรณีมีผู้เกี่ยวข้องที่ต้องให้ความยินยอมหลายฝ่าย ดังปัญหาและอุปสรรคที่เกิดขึ้นในการขอความยินยอมเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในเมืองเชียปาส (Chiapas) ประเทศเม็กซิโก²⁸

แต่มีข้อควรคำนึงว่า หากกลไกของทางราชการขาดประสิทธิภาพ หรือล่าช้าจะทำให้เกิดปัญหาต่อการบริหารจัดการได้ เช่น กรณีภาครัฐยังไม่อาจออกกฎกระทรวงที่กำหนดรูปแบบเงื่อนไขของข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ตาม พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 แม้ระยะเวลาจะล่วงเลยมาเป็นเวลาหลายปีนับแต่กฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับแล้วก็ตาม ทำให้จนกระทั่งปัจจุบันยังไม่อาจทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้

ปัญหาอีกประการหนึ่งของการให้ระบบจัดการรวมศูนย์อยู่กับหน่วยงานภาครัฐ คือ การขาดการมีส่วนร่วมของประชาชน เกษตรกร หรือชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมที่ขอเข้าถึง หรือพื้นที่ที่ขอเข้าสำรวจ ทำให้อาจไม่ได้รับความร่วมมือจากเกษตรกร หรือชุมชนในการสำรวจ

ผู้เขียนเห็นว่าการขาดการมีส่วนร่วมของชุมชนอาจทำให้การสำรวจและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมขัดแย้งกับความเชื่อ หรือจารีตประเพณีของท้องถิ่นนั้นก็ได้ หรืออาจทำให้ชุมชนนั้นลดความสนใจในการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมต่อไป เนื่องจากรู้สึกว่ามันเองไม่ได้มีส่วนร่วมในการบริหารจัดการ การไม่ให้ชุมชนมีส่วนร่วมในกรณีนี้ผู้เขียนยังเห็นว่าขัดแย้งกับหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ ตามที่กำหนดใน

²⁸ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 5; Sabrina Safrin, "Hyperownership in a Time of Biotechnological Promise: The International Conflict to Control the Building Block of Life," 98 *American Journal of International Law*, 641 (October 2004).

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอีกด้วย²⁹ การให้ประชาชนมีส่วนร่วมในด้านสิ่งแวดล้อมยังสอดคล้องกับหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนในด้านสิ่งแวดล้อมของกลุ่มประเทศอาเซียน (Guiding Principles on Public Involvement in Environmental Aspects in the ASEM Countries) ซึ่งได้ให้ความหมายของการมีส่วนร่วมว่า หมายถึง “สิทธิในทางกฎหมาย (Legal Rights) และโอกาสในทางปฏิบัติ (Practical Opportunities) ที่มีผลต่อการตัดสินใจของรัฐ”³⁰

การให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหาสิ่งแวดล้อมยังได้รับการสนับสนุนและยืนยันอย่างชัดเจนในปฏิญญาริโอ (Rio Declaration) ที่กล่าวว่า “ประเด็นสิ่งแวดล้อมจะจัดการได้ดีที่สุดก็ด้วยการมีส่วนร่วมของประชาชนที่เกี่ยวข้องทุกกลุ่ม และทุกระดับ ประชาชนทุกคนในประเทศควรได้รับ และเข้าถึงข้อมูลอย่างครบถ้วน รวมทั้งข้อมูลกิจกรรมและสิ่งต่างๆ ที่เป็นอันตรายต่อชุมชนของบุคคลเหล่านั้น รัฐควรเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ โดยส่งเสริมสนับสนุน และอำนวยความสะดวกเพื่อสร้างจิตสำนึกและทำให้เกิดการมีส่วนร่วมอย่างแท้จริง รัฐยังควรส่งเสริมให้ประชาชนเข้าถึงกระบวนการเรียกร้องค่าเสียหายโดยฝ่ายปกครอง และศาล”³¹

ส่วนการให้เอกชนเพียงรายเดียวเป็นผู้บริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมในฐานะทรัพย์สินเอกชนนั้น จะมีความคล่องตัวมากกว่าระบบราชการ เนื่องจากมีสิทธิขาดในการตัดสินใจดำเนินการตามที่ตนเห็นสมควร แต่ก็อาจมีปัญหาหากเอกชนนั้นคำนึงถึงแต่เฉพาะผลประโยชน์ส่วนตัวเป็นสำคัญ ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมอย่างไม่เห็นคุณค่า หรืออาจใช้อย่างขาดความระมัดระวัง จนอาจเกิดผลกระทบต่อความหลากหลายของพันธุกรรม หรือระบบนิเวศ การมอบสิทธิแก่เอกชนยังอาจเกิดปัญหาผูกขาดเหนือทรัพยากรพันธุกรรมนั้น และอาจนำไปสู่ปัญหาการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมน้อยเกินไป (Anti-common)

ผู้เขียนเห็นว่า ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่มีความสำคัญต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์ โดยเฉพาะเกษตรกรต้องพึ่งพาความหลากหลายของทรัพยากรพันธุกรรมพืชและถือว่าพันธุ์พืช ตลอดจนเมล็ดพันธุ์เป็นส่วนหนึ่งของวิถีชีวิต และจารีตประเพณีของเกษตรกร เกษตรกรมีความเกี่ยวข้องผูกพันกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชมาอย่างยาวนานนับแต่อดีต ดังนั้น

²⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 46, 56, 58, 59, 69, 79, 290.

³⁰ คณิงนิจ บัวศรีเอี่ยม และคณะ, รายงานวิจัย เรื่อง “แนวทางการเสริมสร้างประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540: ปัญหา อุปสรรค และแนวทางแก้ไข,” (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ธรรมดาเพรส จำกัด, 2545), น.43.

³¹ Rio Declaration on Environment and Development, Para. 10.

ผู้เขียนจึงเห็นว่ามีความไม่ชอบธรรมหากจะกีดกันเกษตรกร หรือชุมชนออกจากกระบวนการในการบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมพืช

ในอดีตที่ผ่านมาประเทศไทยปล่อยให้มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้ค่อนข้างเสรี โดยปราศจากการควบคุมที่ชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาการฉกฉวยทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่สำคัญของประเทศไทยไปใช้ประโยชน์โดยไม่ได้ขออนุญาตจากหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้อง และไม่ได้ให้ประโยชน์ใดๆ ตอบแทนแก่ประเทศไทยเลย การเพิ่มความเข้มงวด โดยการกำหนดให้ต้องขอความยินยอม และทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ก่อนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ผู้เขียนเห็นว่าแม้จะสร้างภาระแก่ผู้ขอเข้าถึงมากขึ้นเมื่อเปรียบเทียบกับ การเข้าถึงในอดีตที่ผ่านมา แต่การกำหนดดังกล่าวเป็นไปตามหลักอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ (Sovereignty of State over Natural Resources) และสอดคล้องกับหลักการใน CBD/ITPGR รวมทั้งยังสร้างความเป็นธรรม และเท่าเทียมแก่เกษตรกร หรือชุมชนท้องถิ่นที่มีส่วนในการอนุรักษ์ และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าว และเป็นช่องทางให้เกษตรกร หรือชุมชนมีส่วนร่วมตามรัฐธรรมนูญอีกด้วย

ในส่วนของ การคุ้มครองสิทธิเอกชนเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยผ่านกฎหมายหลัก 2 ฉบับ คือ พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ.2522 และ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 นั้น รัฐได้คำนึงถึงการถ่วงดุลระหว่างประโยชน์ของเอกชน และประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) โดยกฎหมายทั้งสองฉบับมีมาตรการควบคุมผลกระทบ ด้วยมาตรการดังต่อไปนี้

(ก) มาตรการจำกัดสิทธิของเอกชน

ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทย ไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรในพืช และสารสกัดจากพืชได้³² เนื่องจากถือว่าเป็นผลิตภัณฑ์ของธรรมชาติ (Product of Nature) การไม่ให้ความคุ้มครองยังเป็นประโยชน์ต่อสังคมโดยรวม เนื่องจากจะลดผลกระทบจากสิทธิผูกขาดเหนือพันธุ์พืชที่จะมีต่อเกษตรกรไทย อย่างไรก็ตามก็ตีกฎหมายได้ให้ความคุ้มครอง “จุลชีพ” (Microorganism) หรือ ส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่ไม่มีอยู่ตามธรรมชาติ³³ และในปัจจุบันความหมายของ “จุลชีพ” ยังไม่แน่ชัดทำให้มีความพยายามขยายความให้รวมถึงพันธุกรรมของพืช หรือสารที่สกัดออกจากพืช ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นจะทำให้ข้อจำกัดประเภทของสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามที่กฎหมายกำหนดไว้จะสิ้นผลไป แต่ผู้เขียนได้กล่าวถึงประเด็นนี้แล้วว่า การตีความ “จุลชีพ” ควรให้ความหมายแคบ

³² พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 9.

³³ พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 9.

เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายสิทธิบัตรที่ไม่ต้องการคุ้มครองพืช หรือสารสกัดจากพืช³⁴

การจำกัดประเภทของสิ่งที่ยอมรับสิทธิบัตรตามกฎหมายไทยเป็นสิ่งที่สามารถทำได้ เนื่องจากเป็นไปตามที่ TRIPS กำหนดไว้³⁵ และยังสอดคล้องกับหลักกฎหมายมหาชนที่ให้อำนาจรัฐจำกัดสิทธิเอกชนได้เพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื่องจากการให้สิทธิผูกขาดแก่เอกชนรายใดรายหนึ่งเหนือพันธุ์พืช ย่อมกระทบต่อการดำรงชีวิตของเกษตรกรซึ่งเป็นประชากรส่วนใหญ่ของประเทศ และขัดต่อวิถีชีวิตและจารีตประเพณีของสังคมไทย ที่มีสัมพันธภาพ และดำรงอยู่บนพื้นฐานการพึ่งพาเกื้อกูลช่วยเหลือกันและกันกับธรรมชาติแวดล้อม

การไม่ให้สิทธิบัตรแก่พืชยังช่วยอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ และระบบนิเวศ เนื่องจากระบบทรัพย์สินทางปัญญาทำให้พันธุ์พืชกลายเป็นสินค้า (Commodification) วิถีชีวิตของเกษตรกร และชุมชนเปลี่ยนแปลงหันไปเน้นระบบเศรษฐกิจแบบตลาดทุนนิยม การที่วิถีชีวิตเกษตรกรดั้งเดิมไม่อาจดำรงอยู่ได้ต่อไป กระทบต่อการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่มีชุมชนเกษตรกรเป็นจักรกลสำคัญ ระบบนิเวศและความหลากหลายของทรัพยากรพันธุกรรมพืชจึงลดลง หรือสูญหายไป

การไม่ให้สิทธิบัตรยังเป็นการอำนวยความสะดวกแก่ผู้มีส่วนได้เสีย (Stakeholders) ทุกฝ่าย เนื่องจากระบบทรัพย์สินทางปัญญาจะเน้นให้ความสำคัญกับปัจเจกบุคคล (Individual) เน้นระบบกรรมสิทธิ์แบบเชิงเดี่ยว ระบบกรรมสิทธิ์แบบเชิงซ้อนที่เป็นแก่นแกนของระบบสิทธิชุมชนสูญหายและไม่ได้รับการยอมรับจากระบบกฎหมายสมัยใหม่ การไม่ให้สิทธิบัตรจึงยังช่วยคงสิทธิของผู้มีส่วนได้เสียในทรัพยากรพันธุกรรมพืช โดยเฉพาะเกษตรกรให้คงอยู่ต่อไป³⁶

ส่วนในกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทยนั้น แม้จะให้ความคุ้มครองแก่พันธุ์พืชใหม่โดยให้สิทธิจำเพาะ (Exclusive rights) แก่ นักปรับปรุงพันธุ์พืชแต่ผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากพันธุ์พืชคุ้มครองก็ตาม แต่กฎหมายไม่ได้คุ้มครองแก่พันธุ์พืชทุกชนิด

³⁴ โปรดดูรายละเอียดประเด็น “จุลชีพ” และข้อเสนอตีความ “จุลชีพ” ในบทที่ 4.

³⁵ TRIPS, Article 27.3(b).

³⁶ โปรดดูรายละเอียดข้อยกเว้นและการจำกัดสิทธิเอกชนตามนโยบายแห่งรัฐในบทที่ 2.

โดยจะคุ้มครองจำกัดเฉพาะพันธุ์พืชที่ประกาศให้เป็นพันธุ์พืชคุ้มครองเท่านั้น³⁷ และการนำพันธุ์พืชที่มีอยู่ในประเทศไทยมาใช้ในการปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ จะถือเป็นการใช้พันธุ์พืชป่า พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป หรือพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นแล้วแต่กรณี และต้องขอความยินยอม ตลอดจนทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์กับรัฐในกรณีเป็นการใช้พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป หรือพันธุ์พืชป่า หรือทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์กับชุมชนท้องถิ่นในกรณีเป็นการใช้พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น³⁸

ผู้เขียนเห็นว่าการจำกัดสิทธิดังกล่าวแม้จะเป็นการจำกัดเสรีภาพของประชาชนไทย แต่ก็ใช่ว่าจะเป็นอำนาจรัฐที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตย เป็นมาตรการจำกัดสิทธิที่คำนึงถึงความเสมอภาคระหว่างนวัตกรรม และนักปรับปรุงพันธุ์พืชเอกชน และภาคเกษตรกร และเป็นไปตามหลักแห่งความได้สัดส่วน เนื่องจากการจำกัดตามความจำเป็น และมีความเหมาะสม การจำกัดสิทธิมีผลเป็นการทั่วไป และไม่ได้กระทบสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพของประชาชนเนื่องจากไม่คุ้มครองเพียงการประดิษฐ์ในบางประเภทเท่านั้น³⁹

ในกรณีการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่มีประเด็นต้องพิจารณาว่า การที่กฎหมายไทยคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่เฉพาะพันธุ์พืชบางชนิดนั้นจะขัดกับ TRIPS หรือไม่

TRIPS กำหนดเพียงให้คุ้มครองพันธุ์พืชด้วยระบบสิทธิบัตร ระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ (Effective sui generis system) หรือทั้งสองระบบร่วมกัน⁴⁰ แต่ไม่ได้ให้ความหมายว่าระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพนั้นมีความหมายและขอบเขตอย่างไร ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวแล้วว่า ประเทศสมาชิก WTO มีสิทธิกำหนดระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่แตกต่างจากระบบทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบันเพื่อใช้คุ้มครองพันธุ์พืชให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของตนเองได้⁴¹

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ ระบบคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ของ UPOV ที่ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอุตสาหกรรมอื่นอีกหลายประเทศเสนอให้เป็นรูปแบบมาตรฐานของระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพตามความหมายของ TRIPS ผู้เขียนเห็นว่า ระบบของ UPOV อาจใช้เป็นแบบอย่างของการกำหนดหลักเกณฑ์การคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ได้ กฎหมายคุ้มครองพันธุ์

³⁷ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 14.

³⁸ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 19(5), 47, 48, 52.

³⁹ โปรดดูรายละเอียดหลักจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในบทที่ 2.

⁴⁰ TRIPS, Article 27.3(b).

⁴¹ โปรดดูความหมายและขอบเขตของระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพในบทที่ 5.

พืชในส่วนคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ของประเทศไทยก็ยกเว้นตามแนวทาง UPOV 1978 แต่ TRIPS ไม่ได้บังคับให้ต้องถือเอา UPOV เป็นระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพแต่อย่างใด และประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศเห็นว่า UPOV ไม่เหมาะสมต่อการคุ้มครองพันธุ์พืชในประเทศกำลังพัฒนา⁴² ผู้เขียนจึงเห็นว่าการกำหนดระบบกฎหมายเฉพาะเพื่อการคุ้มครองพันธุ์พืชที่แม้จะแตกต่างจากระบบทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบัน หรือระบบ UPOV เป็นสิ่งที่ทำได้ไม่ขัดกับ TRIPS แต่ประการใด และการกำหนดให้คุ้มครองพันธุ์พืชเพียงบางชนิดก็เป็นวิธีที่ใช้อยู่ใน UPOV ดังจะเห็นได้จากใน UPOV 1978 กำหนดให้คุ้มครองพันธุ์พืชเริ่มต้นจาก 5 ชนิด และเพิ่มเป็นไม่น้อยกว่า 24 ชนิดภายในเวลา 8 ปี⁴³ ส่วน UPOV 1991 แม้จะให้คุ้มครองพันธุ์พืชทุกชนิดแต่ก็ให้สิทธิประเทศภาคี UPOV ฉบับก่อนปี ค.ศ.1991 ขยายความคุ้มครองไปยังพันธุ์พืชทุกชนิดภายในเวลา 5 ปี⁴⁴ ส่วนภาคีใหม่นั้นให้คุ้มครองพันธุ์พืชเริ่มต้นเพียง 15 ชนิด และคุ้มครองพันธุ์พืชทุกชนิดภายในเวลา 10 ปี⁴⁵ อย่างไรก็ตามประเทศไทยไม่จำเป็นต้องยึดตามแนวทางของ UPOV เนื่องจากไม่ถือเป็นระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพดังได้กล่าวมาแล้ว

ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นที่ควรคำนึงเกี่ยวกับ UPOV คือ แม้ปัจจุบันจะไม่ถือว่า UPOV เป็นระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพก็ตาม แต่บทบาทและความสำคัญของ UPOV จะเพิ่มขึ้นมากในอนาคตอันใกล้ เนื่องจากจำนวนสมาชิกของ UPOV เพิ่มขึ้น โดยเฉพาะมีประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศเข้าเป็นภาคี เช่น ประเทศเวียดนามได้เข้าเป็นสมาชิกล่าสุดในลำดับที่ 63⁴⁶ ดังนั้นต่อไปในอนาคตหากประเทศไทยต้องเข้าเป็นภาคี UPOV ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม ประเทศไทยจะต้องแก้ไขกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของ UPOV การจำกัดสิทธิเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public interest) ตามนโยบายแห่งรัฐที่เกี่ยวกับพันธุ์พืชที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันย่อมกระทบกระเทือน

⁴² โปรดดูเหตุผลที่ไม่ควรเข้าเป็นภาคี UPOV ในบทที่ 3.

⁴³ UPOV 1978, Article 4(3)(a), (b)(iii).

⁴⁴ UPOV 1991, Article 3(1)(ii).

⁴⁵ UPOV 1991, Article 3(2)(i), (ii).

⁴⁶ UPOV, Press Release No.70 (November 24, 2006).

(ข) การยกเว้นสิทธิของเอกชน

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยได้กำหนดข้อยกเว้นสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรไว้ 7 กรณี คือ

1. กรณีการใช้เพื่อประโยชน์ในการศึกษา ค้นคว้า ทดลอง หรือวิจัย (Research exemption)
2. การใช้โดยสุจริตของผู้ก่อนวันขอรับสิทธิบัตร (Prior use)
3. การเตรียมยาเฉพาะรายตามใบสั่งแพทย์ และการกระทำต่อผลิตภัณฑ์ดังกล่าว
4. การกระทำเกี่ยวกับการขอขึ้นทะเบียนยา การใช้อุปกรณ์หรือเครื่องจักรเกี่ยวกับเรือที่เข้ามาในประเทศเป็นการชั่วคราว หรือโดยอุบัติเหตุ
6. การใช้อุปกรณ์เกี่ยวกับการสร้าง การทำงาน หรืออุปกรณ์อื่นของอากาศยาน หรือยานพาหนะที่เข้ามาในประเทศเป็นการชั่วคราว หรือโดยอุบัติเหตุ
7. การกระทำต่อผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรที่ผู้ทรงสิทธิบัตรได้อนุญาต หรือยินยอมให้ผลิตหรือขายแล้ว⁴⁷

แต่ข้อยกเว้นเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชมี 3 กรณี ดังนี้

1. กรณีการใช้เพื่อประโยชน์ในการศึกษา ค้นคว้า ทดลอง หรือวิจัย (Research Exemption) ข้อยกเว้นในกรณีนี้กฎหมายกำหนดว่าจะต้องไม่ขัดต่อการใช้ประโยชน์ตามปกติของผู้ทรงสิทธิบัตร และไม่ทำให้เสื่อมเสียต่อประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ทรงสิทธิบัตรเกินสมควร ผู้เขียนเห็นว่าข้อยกเว้นนี้สอดคล้องกับหลักการของสิทธิบัตรที่มุ่งส่งเสริมการค้นคว้าวิจัย ดังนั้นโดยหลักทั่วไปการคุ้มครองสิทธิบัตรจะต้องไม่กระทบต่อการค้นคว้าวิจัย และหลักการนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นหลักการที่มีความสำคัญเหนือกว่าประโยชน์ทางเศรษฐกิจของผู้ทรงสิทธิบัตร ที่ถือเป็นเพียงผลประโยชน์ได้จากการคุ้มครองเท่านั้น

การใช้สิทธิในการค้นคว้าวิจัยนั้นโดยสภาพย่อมไม่มีโอกาสกระทบต่อการใช้ประโยชน์ตามปกติของผู้ทรงสิทธิบัตรอยู่แล้ว ปัญหาจึงมีเพียงว่าอย่างไรคือ การไม่ทำให้เสื่อมเสียต่อประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ทรงสิทธิบัตรเกินสมควร

ผู้เขียนเห็นว่า การค้นคว้าวิจัยจนได้งานใหม่ที่มีประสิทธิภาพดีกว่างานเดิม ย่อมกระทบต่อประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ทรงสิทธิบัตรอย่างหลีกเลี่ยงมิได้เมื่อมีการนำผลการวิจัยนั้นไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ต่อไป เช่น ผลิตภัณฑ์ใหม่ได้รับความนิยมมากกว่า และทำให้ผลิตภัณฑ์ของผู้ทรงสิทธิบัตรขายไม่ได้อีกต่อไป ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า ต้องเปรียบเทียบระหว่าง

⁴⁷ พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 36 (1)-(7).

สิทธิของเอกชน (ผู้ทรงสิทธิบัตร) กับประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ที่จะพึงได้รับจากงานวิจัยค้นคว้า แม้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะเป็นสิทธิในทรัพย์สิน แต่ก็ยังเป็นเพียงสิทธิที่กฎหมายก่อตั้งขึ้น และต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย ผู้เขียนจึงเห็นว่าประโยชน์สาธารณะย่อมมีอยู่เหนือและใช้ได้ดีกว่าประโยชน์ของเอกชน และผู้สร้างสรรค์เดิมก็ได้รับประโยชน์จากการคุ้มครองของกฎหมายไปแล้ว ผู้สร้างสรรค์รายใหม่ก็มีสิทธิได้รับความคุ้มครองในทำนองเดียวกัน คำวินิจฉัยของศาลไทยก็สอดคล้องกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะที่เหนือกว่าประโยชน์ของเอกชน เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาว่า การที่เอกชนจำต้องยอมรับความไม่สะดวกจากการที่ทางราชการต้องก่อสร้างสะพานปิดบังหน้าต่างแถวของเอกชน เป็นต้น⁴⁸ ดังนั้นการที่ผู้บริโภคจะได้รับประโยชน์จากผลิตภัณฑ์ใหม่ที่เกิดจากการค้นคว้าวิจัยย่อมเป็นประโยชน์แก่คนหมู่มาก ผู้ทรงสิทธิบัตรจึงไม่อาจกีดกันประโยชน์สาธารณะดังกล่าวได้

2. การใช้โดยสุจริตของผู้อื่นก่อนวันขอรับสิทธิบัตร (Prior Use) ภายใต้หลักนี้ผู้ที่ใช้การประดิษฐ์ในลักษณะส่วนตัว (Private Use) อยู่ก่อนการออกสิทธิบัตร จะยังคงมีสิทธิใช้การประดิษฐ์นั้นต่อไปโดยไม่ถูกกระทบกระเทือนจากสิทธิบัตรที่ออกมาในภายหลัง แต่ทั้งนี้ต้องได้ใช้การประดิษฐ์นั้นโดยสุจริตก่อนวันยื่นขอสิทธิบัตรในประเทศไทย⁴⁹

ผู้เขียนเห็นว่า สิทธิเหนือความคิดสร้างสรรค์ของผู้ทรงสิทธิบัตรเท่าเทียมกับสิทธิของผู้อื่นที่ใช้การประดิษฐ์นั้นอยู่ก่อนแล้ว ดังนั้นโดยหลักแล้วการคุ้มครองสิทธิบัตรจึงต้องไม่กระทบต่อการใช้ประโยชน์ของผู้อื่นตามสิทธิที่มีอยู่แล้วอย่างเท่าเทียมกัน การคุ้มครองสิทธิของผู้ที่ใช้อยู่ก่อนยังเป็นการคุ้มครองสิทธิเอกชนตามหลักกฎหมายมหาชนที่ต้องอำนวยความสะดวกต่อผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย⁵⁰ อย่างไรก็ตามผู้ให้ความเห็นว่า หลักนี้ยังไม่ชัดเจนว่าจะขยายไปคุ้มครองผู้ใช้อยู่ก่อนนอกประเทศไทยหรือไม่⁵¹

ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายสิทธิบัตรเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับเฉพาะในดินแดนของรัฐที่ให้ความคุ้มครองเท่านั้น ดังนั้นหากเป็นการกล่าวอ้างการใช้ก่อนในต่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่าไม่สามารถอ้างประโยชน์จากช้อยกเว้นนี้ได้

⁴⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1110/2512 (เนติ.) น.1503; และโปรดดูรายละเอียดการจำกัดสิทธิเอกชนในทรัพย์สินทางปัญญาเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชตามหลักกฎหมายมหาชนในบทที่ 2.

⁴⁹ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น.311.

⁵⁰ โปรดดูหลักการอำนวยความสะดวกแก่ผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายในบทที่ 2.

⁵¹ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น.311.

3. การกระทำต่อผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรที่ผู้ทรงสิทธิบัตรได้อนุญาต หรือยินยอมให้ผลิตหรือขายแล้ว ข้อยกเว้นนี้เป็นไปตามหลักการสิ้นสิทธิในสิทธิบัตร (Exhaustion of Rights) ข้อยกเว้นนี้มีความสำคัญต่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชไม่ได้รับผลกระทบจากระบบทรัพย์สินทางปัญญา เนื่องจากกรณีพันธุกรรมพืชที่มีสิทธิบัตรนั้นจะปรากฏในทุกส่วนของพืชรวมทั้งในผลผลิต ดอกผลของพืชด้วย การใช้ประโยชน์จากพืชที่เติบโตขึ้น รวมทั้งดอกผลของพืชดังกล่าวจึงอาจถูกกล่าวอ้างว่าละเมิดสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตร หลักการสิ้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงให้ถือว่าสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรสิ้นสุดลงทันทีที่มีการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตร หลักนี้แยกการบังคับใช้ออกเป็น 3 ระดับ คือ ระดับในประเทศ ระดับภูมิภาค และระดับระหว่างประเทศ ซึ่งหลักการสิ้นสิทธิในระดับระหว่างประเทศจะจำกัดสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรมากที่สุด⁵²

ปัญหาที่ต้องพิจารณา คือ ประเทศไทยใช้หลักการสิ้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในแนวทางใด

ปัญหานี้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางเคยวินิจฉัยว่า จำเลยนำเข้าสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้าของโจทก์ที่ 1 ซึ่งเป็นสินค้าแท้ที่โจทก์จำหน่ายแก่ลูกค้าที่ประเทศสิงคโปร์เข้ามาจำหน่ายในประเทศไทย เป็นการนำเข้าซ้อนกับโจทก์ ไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าของโจทก์ เนื่องจากสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่มีอยู่เหนือผลิตภัณฑ์ใด ย่อมระงับสิ้นไปเมื่อผู้ทรงสิทธิได้นำผลิตภัณฑ์ที่มีอยู่ภายใต้การคุ้มครองสิทธินั้นออกจำหน่าย โดยเมื่อเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้จำหน่ายสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้าของตนไปแล้ว ย่อมไม่มีสิทธิที่จะบังคับใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าต่อผู้ซื้อสินค้าดังกล่าวได้อีกได้ เพราะสินค้านั้นปลอดจากสิทธิผูกขาดใดๆ ตามหลักระงับสิ้นไปของสิทธิในเครื่องหมายการค้า นั้น ผู้ซื้อจึงมีสิทธินำสินค้านั้นออกวางจำหน่ายแข่งขันกับสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าด้วย ซึ่งเป็นธรรมเนื่องจากเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้รับสิทธิประโยชน์จากการจำหน่ายสินค้านั้นไปแล้ว⁵³

แม้คดีดังกล่าวจะเป็นประเด็นเครื่องหมายการค้า แต่ผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีของสิทธิบัตรได้เช่นกัน จึงอาจกล่าวได้ว่าศาลไทยยึดหลักการสิ้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาระดับระหว่างประเทศ ดังนั้นการจำหน่ายผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับพืชที่มีสิทธิบัตรแล้วย่อมทำให้สิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรสิ้นสุดลงทันที และผู้ซื้อย่อมมีสิทธิใช้สอยสิ่งนั้นได้ต่อไป รวมทั้งเป็น

⁵² โปรดดูรายละเอียดหลักการสิ้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในบทที่ 4.

⁵³ คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง คดีหมายเลขแดงที่ ทป.16/2542.

เจ้าของดอกผลที่เกิดขึ้นด้วย แนวทางตีความเช่นนี้ยังสอดคล้องกับหลักกฎหมายแพ่งในเรื่องดอกผล ตาม ป.พ.พ. มาตรา 148 อีกด้วย

1.2 การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้แนวคิดสิทธิเชิงซ้อน: สิทธิชุมชน

แม้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจะมีบทบาทต่อสังคมไทย แต่ในอีกด้านหนึ่ง แนวคิดด้านสิทธิชุมชนซึ่งเป็นแนวคิดแบบองค์รวม (Holistic) ภายใต้โลกทัศน์ตะวันออกก็ยังคงฝังรากลึกในสังคมไทย ข้อกังวลจากการขยายตัวของระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่แพร่หลายในปัจจุบันมาสู่สิ่งมีชีวิตเป็นสิ่งกระตุ้นให้ระบบสิทธิชุมชนได้รับการหยิบยกขึ้นกล่าวถึงมากขึ้น เพราะเห็นว่าระบบสิทธิชุมชนเป็นระบบที่เหมาะสมต่อสังคมเกษตรกรรมมากกว่าระบบทรัพย์สินทางปัญญา

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ สิทธิชุมชนมีลักษณะ สถานะทางกฎหมาย และบทบาทอย่างไรในสังคมไทย

แม้แนวคิดสิทธิชุมชนจะเกิดมานานนับแต่อดีต แต่กฎหมายภายใต้โลกทัศน์แบบตะวันตกที่ให้ความสำคัญกับระบบสิทธิในทรัพย์สิน 2 ประเภทเท่านั้น คือ ระบบทรัพย์สินของเอกชน และระบบทรัพย์สินของรัฐ ทำให้สิทธิชุมชนเหนือทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งทับซ้อนอยู่บนทรัพย์สินที่อาจเป็นของรัฐ หรือของเอกชน ที่เรียกว่าเป็น “ระบบสิทธิเชิงซ้อน” กลายเป็นสิทธิชายขอบที่ระบบกฎหมายไทยลืมนำไป ทำให้ไม่อาจกำหนดขอบเขตของคำว่า “สิทธิชุมชน” ภายใต้บริบทของกฎหมายปัจจุบันได้

ได้มีผู้ให้ความหมาย “สิทธิชุมชน” ไว้ว่าหมายถึง “สิทธิของกลุ่มบุคคลที่ได้ตั้งถิ่นฐานและสืบทอดวิธีการผลิต และระบบนิเวศ วัฒนธรรมของตนมาร่วมกันโดยต่อเนื่อง”⁵⁴ และในกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชซึ่งอนุญาตให้ชุมชนขึ้นทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นนั้นได้ให้ลักษณะของชุมชนไว้ว่า “บุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วที่ตั้งถิ่นฐานและสืบทอดวัฒนธรรมร่วมกันมาโดยต่อเนื่อง ซึ่งได้ร่วมกันอนุรักษ์ หรือพัฒนาพันธุ์พืชที่เข้าลักษณะตามที่กำหนดไว้ตามมาตรา 43 อาจขอขึ้นทะเบียนเป็นชุมชนตามพระราชบัญญัตินี้...”⁵⁵

จากนิยามข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า องค์ประกอบทางกฎหมายของกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทยนั้น ชุมชนที่จะใช้สิทธิชุมชนได้ต้องมีองค์ประกอบ 3 ประการ ดังนี้

⁵⁴ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, “รูปแบบของกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชสำหรับประเทศกำลังพัฒนา,” *นิติศาสตร์*, เล่มที่ 1, ปีที่ 28, (มีนาคม 2541):36.

⁵⁵ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 44.

1. เป็นการรวมกลุ่มของบุคคลที่ตั้งถิ่นฐานในท้องที่ใดท้องที่หนึ่ง ข้อสังเกตที่น่าสนใจคือ กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าบุคคลดังกล่าวต้องมีสัญชาติไทย ดังนั้นชนกลุ่มน้อย หรือชนพื้นเมืองที่อาจไม่มีสัญชาติไทยก็อาจรวมกลุ่มเป็นชุมชนตามกฎหมายนี้ได้

ผู้เขียนเห็นด้วยกับการไม่ระบุสัญชาติของบุคคลที่จะรวมตัวกันเป็นชุมชน เนื่องจากการคุ้มครองสิทธิของชุมชนก็เนื่องจากเห็นความสำคัญของกลุ่มบุคคลดังกล่าวในการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืช ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นคนสัญชาติไทยเท่านั้น แม้จะดูเหมือนว่ากฎหมายจะให้สิทธิแก่คนสัญชาติใดก็ได้ แต่หากพิจารณาเงื่อนไขข้อต่อไปที่ต้องมีการตั้งถิ่นฐานและสืบทอดวัฒนธรรมร่วมกันมาโดยต่อเนื่อง แสดงว่าต้องเป็นชุมชนที่ตั้งอยู่ในดินแดนของประเทศไทยมานานแล้ว ดังนั้นจึงไม่ต้องกังวลว่าคนต่างชาติจะใช้สิทธินี้ในการขอรับความคุ้มครองเหนือพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นของประเทศไทย

2. มีการตั้งถิ่นฐานและสืบทอดวัฒนธรรมร่วมกันมาโดยต่อเนื่อง องค์ประกอบข้อนี้แสดงให้เห็นมิติความสัมพันธ์ 2 ระดับ คือ ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลต่อบุคคลในชุมชนเดียวกัน และความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในชุมชนกับพื้นที่ที่ชุมชนนั้นตั้งอยู่

องค์ประกอบข้อนี้จะสอดคล้องกับรูปแบบการอนุรักษ์พัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่เป็นกระบวนการทางสังคม (Social Processes) ที่ทำลงในพื้นที่ที่เป็นทรัพยากรธรรมชาติของชุมชน กระบวนการดังกล่าวมิได้เกิดจากปัจเจกบุคคลแต่เป็นการร่วมมือกันของสมาชิกในชุมชนเพื่อประโยชน์ร่วมกันของชุมชนโดยมิได้เน้นที่ความสำคัญ หรือประโยชน์ของปัจเจกบุคคลเป็นหลักแต่อย่างใด

3. ได้ร่วมกันอนุรักษ์และพัฒนาพันธุ์พืช องค์ประกอบข้อนี้เท่ากับเป็นการยอมรับบทบาทของชุมชนในการอนุรักษ์และพัฒนาพันธุ์พืช ประการสำคัญเป็นการยอมรับบทบาทการสร้างสรรคอย่างไม่เป็นทางการ (Informal Invention) ของเกษตรกร หรือสมาชิกในชุมชน และทำให้ชุมชนได้รับความคุ้มครองอย่างเป็นธรรมและทัดเทียมกับนักปรับปรุงพันธุ์พืชภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญา

ลักษณะของระบบสิทธิชุมชนที่ผู้เขียนเห็นว่ามีความสำคัญ คือ ระบบจัดการทรัพยากรตามจารีตท้องถิ่นเป็นระบบกรรมสิทธิ์ที่รับรองโดยความสัมพันธ์ภายในชุมชนมากกว่าการใช้ระบบเอกสารสิทธิ เน้นการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรมากกว่าสิทธิถือครอง แม้ผู้ใดจะได้สิทธิในการใช้ประโยชน์แต่ก็ต้องคำนึงถึงชุมชน สิทธิดังกล่าวจึงไม่เหมือนกับสิทธิจำเพาะ (Exclusive Right) เหนือทรัพย์สินตามแนวคิดตะวันตกที่เน้นการสะสมความมั่งคั่งโดยผ่านระบบ

ทรัพย์สินของเอกชน⁵⁶ ทรัพยากรบางส่วนจะเป็นทรัพย์สินร่วมกันของชุมชนภายใต้ระบบทรัพย์สินร่วมของชุมชนฯ จะเป็นทั้งผู้ใช้และผู้จัดการ และมีลักษณะเป็นสถาบันทางสังคมที่ก่อตั้งขึ้นบนระเบียบ กฎเกณฑ์ซึ่งยอมรับและปฏิบัติสืบเนื่องต่อกันมา และจะมีลักษณะเป็นสิทธิเชิงซ้อน กล่าวคือ ในทรัพยากรหนึ่งๆ จะมีสิทธิที่ทับซ้อนกันอยู่ เช่น ที่นาผืนหนึ่งจะมีปัจเจกชนเป็นเจ้าของ แต่ชุมชนมีสิทธิในการใช้ที่ดิน เจ้าของนาเป็นเจ้าของต้นข้าวที่ปลูก แต่สัตว์ในท้องนาที่เกิดตามธรรมชาติ เช่น กุ้ง หอย ปู สมาชิกในชุมชนสามารถเข้าไปจับได้ เป็นต้น

ระบบทรัพย์สินร่วมกันของชุมชนจึงเป็นระบบเชิงซ้อน แม้จะจำแนกระบบกรรมสิทธิ์เป็นประเภทๆ ได้ แต่ไม่อาจแยกระบบกรรมสิทธิ์ออกจากกันได้ในความเป็นจริงโดยทุกระบบจะคงอยู่พร้อมกันบนทรัพยากรเดียวกันและมีความผสมผสานกัน ซึ่งเป็นผลมาจากจารีตและวัฒนธรรมเหนือทรัพยากรที่สั่งสมมาอย่างยาวนาน

การนำระบบสิทธิเชิงเดี่ยวที่แยกแยะกรรมสิทธิ์แต่ละประเภทออกจากกันอย่างชัดเจน ทั้งที่ไม่อาจทำได้ในสภาพความเป็นจริงก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนในการใช้และจัดการทรัพยากรธรรมชาติ ก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างเอกชนกับชุมชน ทำให้ระบบจัดการทรัพย์สินร่วมกันของชุมชนเสื่อมลง การแยกสิทธิถือครองออกจากการใช้ประโยชน์ทำให้เกิดการเก็งกำไรในราคาที่ดินโดยไม่คำนึงถึงประโยชน์ของการผลิตจากที่ดินนั้นอย่างแท้จริง รัฐสมัยใหม่ได้มองข้ามระบบกรรมสิทธิ์ร่วมกันของชุมชน และถือว่าทรัพยากรในส่วนนี้เป็นของ “รัฐ” ในฐานะสาธารณะสมบัติของแผ่นดินและเป็นผู้ควบคุมแต่เพียงผู้เดียวโดยเด็ดขาด

ภายใต้ระบบสิทธิแบบเชิงเดี่ยว การลดทอนความซับซ้อนของป่าธรรมชาติภายใต้วิชาการป่าไม้ของตะวันตก เพื่อให้การบริหารจัดการง่ายและเป็นประโยชน์ทางเศรษฐกิจมากที่สุด ทำให้ระบบอื่นที่ทับซ้อนอยู่กับป่า เช่น สิทธิของชุมชน การใช้ประโยชน์และการจัดการป่าของชุมชนถูกตัดออกไป ทำให้เกิดนโยบายแยกคนออกจากป่า และอ้างว่าวิธีการบริหารจัดการป่าสมัยใหม่มีความเป็นวิทยาศาสตร์มากกว่า และเหมาะสมกว่าการใช้ความเชื่อที่สืบทอดทางวัฒนธรรม ซึ่งมีพื้นฐานมาจากศาสนาพุทธที่ให้ความสำคัญกับป่าไม้มาก ทำให้สังคมไทยมีความรู้สึกรักและหวงแหนป่า ตรงข้ามกับแนวคิดตะวันตกที่มองมนุษย์แยกจากธรรมชาติและต้องการควบคุมจัดการธรรมชาติ เพื่อบั่นแต่งธรรมชาติอันจะนำมาสนองตอบความต้องการของ

⁵⁶ ตามแนวคิดของศาสนาพุทธจะเน้นการพัฒนาสติปัญญาของมนุษย์ให้รู้เท่าทันความจริงตามธรรมชาติ และถือว่าเมื่อมนุษย์มีสติและปัญญาอย่างดีแล้ว ความต้องการสะสมทรัพย์สินส่วนบุคคลจะหมดไปเอง เพราะไม่ใช่แก่นสารของชีวิต ปัญหาเรื่องกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจึงมิใช่ประเด็นสำคัญในศาสนาพุทธ.

มนุษย์⁵⁷ แต่ในสภาพความเป็นจริงกลับปรากฏว่าการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติ ตลอดจนพื้นที่ป่าในประเทศไทยตามแนวคิดตะวันตกกลับทำให้ทรัพยากรธรรมชาติ และพื้นที่ป่าลดลง และเสื่อมสภาพอย่างรวดเร็ว สภาพการณ์เช่นนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อทรัพยากรพันธุกรรมพืชในประเทศไทยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

(1) สถานะทางกฎหมายของสิทธิชุมชนเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชตามกฎหมายไทย

แม้สิทธิชุมชนเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นและดำรงอยู่ในสังคมไทยมาอย่างช้านาน แต่สถานะทางกฎหมายของสิทธิชุมชนกลับยังมีความคลุมเครือ ไม่แน่นอน ปัญหาที่ต้องพิจารณา คือ สิทธิชุมชนเป็นสิทธิที่ต้องก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมาย หรือเป็นสิทธิที่มีอยู่เองโดยสภาพจากการรวมกลุ่มกันเป็นชุมชน

ในสังคมไทยชุมชนท้องถิ่นมีส่วนเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติเป็นอย่างมาก แนวคิดที่ชุมชนมีบทบาทและหน้าที่ในการดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติปรากฏในทุกภาคของประเทศไทย และยังปรากฏอยู่ในปัจจุบันโดยเฉพาะในชุมชนชนบท ชุมชนมีบทบาทในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติทุกประเภท ซึ่งผู้เขียนขอกล่าวถึงการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติที่สำคัญภายใต้ระบบสิทธิชุมชนในประเทศไทย ดังนี้

1. ในสังคมล้านนาในภาคเหนือของประเทศไทยนั้น ถือว่าป่าเป็นสมบัติร่วม หรือเรียกว่า “ป่าหน้าหมู่บ้าน” ของชุมชนที่ทุกคนมีสิทธิเป็นเจ้าของป่าและใช้ทรัพยากรจากป่าร่วมกัน คำว่า “ป่า” ในความหมายของชาวบ้านไม่ได้หมายถึงแต่ที่ดินและต้นไม้ แต่รวมถึงวัฒนธรรมความเชื่อของชาวบ้านต่อสิ่งที่ชาวบ้านได้รับจากป่าและธรรมชาติ ชาวบ้านเชื่อว่าป่า และทรัพยากรในป่ามีสิ่งเหนือธรรมชาติคุ้มครองอยู่ และมีพิธีไหว้ผี หรือ “อารักษ์” ที่รักษาทรัพยากรธรรมชาติในป่าเป็นประจำทุกปี แต่การจัดการป่าตามจารีตดั้งเดิมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างสิ้นเชิงเมื่อรัฐนำระบบจัดการป่าแบบรวมศูนย์มาใช้ รัฐเป็นผู้มีอำนาจจัดการป่าแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือในการรับรองสิทธิ และยกเลิกสิทธิจารีตดั้งเดิมของชุมชนไป ไม่สนใจภูมิปัญญาดั้งเดิม

⁵⁷ พระธรรมปิฎก (ป.อ.ปยุตโต), คนไทยกับป่า, (กรุงเทพมหานคร: องค์การคำคุณุสภา, 2543), น.24-34, 45-46.

ของชาวบ้าน ทำให้ป่าที่เคยเป็นสมบัติส่วนรวมของชุมชนกลายเป็นป่าของรัฐ⁵⁸ จึงเกิดปัญหา
ระหว่างรัฐกับชาวบ้านตลอดมา

หากพิจารณาอย่างถ่องแท้แล้ว จะพบว่านอกจากชุมชนจะใช้จารีตดั้งเดิมเป็น
กฎเกณฑ์ในการบริหารจัดการป่าไม้แล้ว ชุมชนในล้านนายังใช้กุศโลบายให้ป่า และต้นไม้มีสิ่ง
ศักดิ์สิทธิ์สถิตอยู่คอยปกปักรักษา เพื่อให้ชาวบ้านเกรงกลัวไม่กล้าตัดไม้โดยเฉพาะไม้ขนาดใหญ่
และยังกำหนดข้อห้ามอีกหลายประการที่สอนว่าจะป็นสาเหตุทำให้ครอบครัว หรือชุมชน
ประสบกับความเสื่อม ทำให้ชาวบ้านเกรงกลัว จึงยังคงรักษาป่าไม้ไว้ได้ แต่รัฐกลับเชื่อว่ากฎหมาย
จะรักษาป่าไว้ได้ แต่การทำสัมปทานป่าไม้ในป่าภาคเหนือในอดีตก็ทำให้ป่าไม้จำนวนมากหมด
สิ้นไป ในปัจจุบันชาวบ้านตระหนักถึงความเสื่อมโทรมของป่า และได้ช่วยกันฟื้นฟูและอนุรักษ์ป่า
ของชุมชน หรือที่เรียกว่า “ป่าหน้าหมู่บ้าน” ด้วยการปลูกป่าเพิ่มขึ้น และได้ใช้กุศโลบาย เช่น การบวช
ต้นไม้เพื่อป้องกันมิให้มีการตัดไม้

2. ชุมชนชาวเขาในเขตภาคเหนือของประเทศไทยมักจะมีบริเวณที่เป็นป่าชุมชนที่ทุก
คนมาใช้ประโยชน์ได้ เขตป่าชุมชนจะเป็นแนวป้องกันไฟป่า ให้ความร่มรื่นแก่ชุมชนหมู่บ้าน เป็นที่
อยู่อาศัยของสัตว์เลื้อยที่ชาวบ้านปล่อยให้หากินเอง เป็นแหล่งเก็บหาของป่าที่จำเป็นต้องใช้ใน
ครัวเรือน จะไม่มีการทำไร่ หรือตัดฟันต้นไม้ในบริเวณที่เป็นสาธารณะของชุมชนที่ทุกคนมีสิทธิใช้
ประโยชน์และต้องดูแลรักษา⁵⁹

การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศไทยส่งผลกระทบต่อชุมชน
ชาวเขา เกิดการใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างขนานใหญ่ เพื่อรองรับการขยายตัวของ
ภาคอุตสาหกรรม รัฐสนับสนุนให้ชาวเขาทำเกษตรเพื่อการค้า ทำให้ต้องการพื้นที่ดินเพิ่มขึ้น ซึ่ง
เป็นสิ่งที่หายากในเขตพื้นที่สูง เกิดการบุกรุกพื้นที่ป่าเพิ่มขึ้น การเกษตรเพื่อการค้ายังทำให้ต้องใช้
สารเคมีและน้ำเพิ่มขึ้น ที่ดินมีราคาสูงขึ้น เกิดการขายที่ดินและอพยพเข้ามาทำงานในเมือง
ขณะเดียวกันสังคมเมืองได้ขยายไปประชิดสังคมชาวเขาทำให้เกิดข้อพิพาทระหว่างกันได้ง่าย
เช่น เกิดการเข้าใจว่าการเปลี่ยนแปลงพื้นที่ต้นน้ำของชาวเขาเป็นสาเหตุให้เกิดปัญหาความแห้ง

⁵⁸ อรุณรัตน์ วิเชียรเขียว และคณะ, สิทธิชุมชนท้องถิ่นพื้นเมืองดั้งเดิม: ล้านนา
กรณีศึกษาชุมชนลัวะ ยวน ลื้อ ปกาเกอญอ(กระเหรี่ยง) ในจังหวัดน่าน เชียงราย และเชียงใหม่,
(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2546), น.38-39.

⁵⁹ สิวิกา จรัสแสงเพชร, “สาระทางการศึกษาในพิธีกรรมของชาวไทยภูเขาเผ่าเมี่ยน
(เย้า) บ้านปากกลาง อำเภอปัว จังหวัดน่าน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะศึกษาศาสตร์
มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2535), น. 32.

แล้ง หรือน้ำท่วมในเขตพื้นที่ราบ ทำให้รัฐและชุมชนเมืองหาทางจัดการควบคุมชาวเขา โดยมิได้ย้อนกลับมาพิจารณาการเติบโตของสังคมเมืองและสิทธิชุมชนของชาวเขาที่อาศัยอยู่ในพื้นที่นั้นมาก่อน⁶⁰ ความสำคัญของที่ดินยังทำให้สังคมชาวเขาเกิดการกีดกันการใช้ที่ดินจากเดิมที่เคยแบ่งปันกันใช้ที่ดิน ระบบเครือญาติอ่อนแอลงเนื่องจากอาชีพเกษตรลดความสำคัญลง ทำให้ไม่มีการแลกเปลี่ยนแรงงานหรือการขอแรงในหมู่เครือญาติและเพื่อนบ้าน กลายเป็นต่างคนต่างทำมาหากิน⁶¹

การเปลี่ยนแปลงมาปลูกพืชเพื่อการพาณิชย์ของชาวเขาตามนโยบายของภาครัฐ ทำให้ชาวเขาก้าวเข้าสู่ระบบทุนนิยม ชาวเขาเริ่มเรียนรู้ระบบการกักตุนเงินในรูปของเมล็ดพืช ปุ๋ยและสิ่งของอื่น เน้นการผลิตให้ได้กำไรสูงสุด นำไปสู่การแข่งขันมากกว่าการช่วยเหลือซึ่งกันและกัน⁶²

ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาของชาวเขาเกิดจากภาครัฐไม่ได้ให้ความสำคัญกับสิทธิชุมชนของชาวเขา โดยเฉพาะสิทธิจัดการทรัพยากรธรรมชาติ เช่น ที่ดินทำกิน นโยบายการปรับเปลี่ยนวิถีชีวิตของชาวเขาเพื่อเหตุผลทางการเมือง หรือความมั่นคง การขาดความรู้เชิงประวัติศาสตร์ของสังคมหลากหลายชาติพันธุ์ที่อยู่ร่วมกันในสังคม การขาดความเข้าใจในวิถีการดำรงชีวิตของคนบนพื้นที่สูง ทัศนคติทางชาติพันธุ์ รวมทั้งการใช้อำนาจทางกฎหมายในการครอบครองป่าของรัฐทำให้สิทธิชุมชนของชาวเขาได้รับความกระทบกระเทือนและส่งผลกระทบต่อการพึ่งตนเองของชาวเขา

3. ในสังคมของภาคใต้ ชุมชนในป่ากรุงชิง จังหวัดนครศรีธรรมราชนับแต่อดีตถือว่าป่าและทรัพยากรธรรมชาติในป่าเป็นสมบัติสาธารณะ และมีใช้เป็นเพียงสมบัติของคนกรุงชิงเท่านั้น แต่ชุมชนอื่นรายรอบล้วนมีสิทธิใช้ประโยชน์จากป่ากรุงชิง และทรัพยากรธรรมชาติในป่ากรุงชิงได้เช่นกัน ในการเก็บพืชผักผลไม้ในเขตป่าจะมีกลไกของสังคมควบคุม คือ ให้เก็บได้แต่ผลหรือฝัก ห้ามตัดโค่น หรือรานกิ่ง เนื่องจากมีความเชื่อว่า “โค่นตัดรานกิ่งก็เหมือนโค่นตัดรานชีวิต” เพราะไม้ป่าเหล่านี้มีผลให้เก็บกินได้ตลอดไป⁶³ การใช้สอยทรัพยากรธรรมชาติจะต้องเคารพในกฎเกณฑ์ที่ชุมชนกำหนดและถือปฏิบัติสืบต่อกันมา กฎเกณฑ์ดังกล่าวจะเป็นบรรทัดฐานในการใช้

⁶⁰ รัตนาพร เศรษฐกุล และคณะ, สิทธิชุมชนท้องถิ่นชาวเขาในภาคเหนือของประเทศไทย: อดีตและปัจจุบัน กรณีศึกษาและปัญหา, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2546), น.209.

⁶¹ เพิ่งอ้าง, น.236.

⁶² เพิ่งอ้าง, น.226.

⁶³ ชลธิรา สัตยาวัฒนา และคณะ, สิทธิชุมชนท้องถิ่นภาคใต้, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2546), น.200-201.

ประโยชน์ร่วมกัน แบ่งสรรกันอย่างเหมาะสม ป้องกันการเอาเปรียบซึ่งจะนำไปสู่ข้อพิพาทระหว่างกัน

ชุมชนได้สั่งสมภูมิปัญญาในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ โดยคำนึงถึงการกระทำที่จะก่อให้เกิดการทำลายทรัพยากรธรรมชาติ ชุมชนจะมีข้อห้ามเกี่ยวกับเครื่องมือเพื่อควบคุมการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ และใช้กลไกบอกว่าหากฝ่าฝืนไม่เชื่อฟังจะเกิดโทษภัยหรือความอัปมงคล เช่น การห้ามโค่นไม้ต้องห้าม การทำให้ลำธารหรือแหล่งน้ำสกปรก การห้ามจับหรือล่าสัตว์บางชนิดที่กำลังตั้งท้อง เป็นต้น

ในภาคใต้ยังมีทรัพยากรธรรมชาติที่สำคัญอีกประเภทหนึ่ง คือ ทรัพยากรทางทะเล ชุมชนที่ดำรงชีพด้วยการทำประมงก็มีภูมิปัญญาของชุมชนในการอนุรักษ์ทรัพยากรทางทะเล เช่นเดียวกัน ผู้เขียนขอกล่าวถึงสิทธิชุมชนในทรัพยากรทางทะเล ดังนี้

ชาวเลในภาคใต้ของประเทศไทยจะถือว่าทะเลเป็นสมบัติส่วนรวม⁶⁴ คนในแต่ละชุมชนจะรู้ว่าพื้นที่ทะเลหน้าหมู่บ้านของตนเองอยู่บริเวณใดและส่วนใหญ่จะทำประมงในบริเวณทะเลหน้าหมู่บ้านของตนเอง แต่เขตดังกล่าวไม่ใช่เขตหวงห้ามของหมู่บ้านใดหมู่บ้านหนึ่งในการทำประมง แต่เป็นการกำหนดอย่างกว้างๆ เพื่อให้รู้ว่ากำลังจับปลาอยู่ในเขตหมู่บ้านของตนเอง หรือชุมชนอื่น เป็นการตระหนักด้วยความเคารพว่ากำลังจับปลาอยู่ในเขตของชุมชนอื่น และคนในชุมชนอื่นก็มีสิทธิมาจับปลาในเขตชุมชนของตนเองเช่นกัน ทำให้คนในแต่ละชุมชนมีความผูกพันใกล้ชิดกัน และอยู่แบบพึ่งพาอาศัยกัน⁶⁵

การวางอวนในทะเลจะทำให้ผู้วางมีสิทธิเหนือพื้นที่ที่วางอวนนั้นชั่วคราว ผู้อื่นจะเข้าไปแย่งชิงไม่ได้ แต่เมื่อเลิกวางอวนสิทธินั้นก็หมดไป พื้นที่บริเวณนั้นจะกลับมาเป็นสิทธิของชุมชนอีกและใครจะวางอวนต่อไปก็ได้ แต่สิทธิของผู้วางอวนนอกจากจะเป็นสิทธิชั่วคราวแล้วสิทธิยังจำกัดอีกด้วย เพราะคนอื่นยังมีสิทธิวางอวนในบริเวณใกล้เคียงได้แม้จะวางขวางแนวอวนของผู้ที่วางอยู่ก่อนก็ตาม สิทธิของผู้วางอวนก่อนจะไม่รอนสิทธิของผู้อื่น แม้อวนของผู้อื่นอาจจะลอยมาพันกับอวนของผู้ที่วางอยู่ก่อนเพราะกระแสน้ำก็ไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิกัน แต่ถือเป็นสิ่งปกติที่วันหนึ่งอวนของผู้ที่วางก่อนอาจลอยไปพันกับอวนของผู้อื่นก็ได้ สิทธิในรูปแบบเช่นนี้จึงเป็นสิทธิในการใช้ทะเลร่วมกันของชาวประมงพื้นบ้าน⁶⁶

⁶⁴ เฟิงอ้าง, น.51.

⁶⁵ เฟิงอ้าง, น.52-53.

⁶⁶ เฟิงอ้าง, น.53-54.

ในปัจจุบันชาวบ้านเลี้ยงปลาในกระชังที่อยู่ในทะเล โดยคนในชุมชนมีสิทธิจับจองที่ในทะเลเพื่อสร้างกระชังเลี้ยงปลาได้ ทำให้พื้นที่ในทะเลมีลักษณะเหมือนเป็นสมบัติส่วนบุคคล แต่ ต่างจากสิทธิในทรัพย์สินเอกชนโดยทั่วไป เนื่องจากเป็นการรับรองสิทธิโดยชุมชน ไม่ได้ทำเป็นรูปแบบเป็นทางการเหมือนกรณีรัฐรับรองสิทธิในทรัพย์สินเอกชนประเภทอื่น และสิทธินี้แม้จะค่อนข้างถาวร คือ ตกทอดไปยังลูกหลานได้แต่หากเลิกใช้ประโยชน์เมื่อใดพื้นที่ดังกล่าวก็จะตกกลับเป็นสิทธิของชุมชนอีกครั้งหนึ่ง และบุคคลอื่นก็เข้าจับจองใช้ประโยชน์ต่อไปได้ ผู้ที่ครอบครองพื้นที่จะโอนสิทธิ ขายแก่บุคคลอื่นไม่ได้ รวมทั้งไม่อาจยกให้ผู้อื่นโดยพลการโดยปราศจากการรับรู้ของชุมชนไม่ได้ การจับจองพื้นที่ต้องไม่มากเกินไป และต้องไม่สร้างความเดือดร้อนแก่ผู้อื่น เช่น ไม่วางกระชังขวางทางเดินเรือเข้าออกของสมาชิกอื่นในชุมชน⁶⁷

สิทธิชุมชนในทะเลถือว่าทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกันในการใช้ประโยชน์จากทะเล ไม่มีใครมีสิทธิจับจองเป็นเขตของตนแต่ผู้เดียว จะจับจองได้เพียงชั่วคราวเมื่อเลิกใช้ต้องคืนแก่ชุมชน การใช้ทะเลต้องอยู่ภายใต้กติกาของส่วนรวม ขณะเดียวกันชุมชนจะยอมรับสิทธิในทะเลของชุมชนอื่นเช่นกัน เป็นการยอมรับสิทธิของชุมชนอื่นเพื่อสร้างความสัมพันธ์ระหว่างชุมชน การทำมาหากินต้องไม่ทำลายทะเล เพราะทะเลไม่ใช่ของส่วนตัวที่ใครจะทำอะไรก็ได้ และไม่ใช่ว่าที่ไม่มีเจ้าของที่ใครจะทำอะไรก็ได้เช่นกัน แต่เป็นของชุมชน ประมงพื้นบ้านจะไม่ใช้เครื่องมือจับปลาที่ทำลายแหล่งที่อยู่อาศัยของสัตว์น้ำ หรือกวาดจับสัตว์น้ำมาให้มากที่สุดโดยไม่แยกแยะประเภท เนื่องจากถือว่าการทำเช่นนี้จะทำลายพันธุ์สัตว์น้ำ ชาวประมงพื้นบ้านจะเคารพวงจรชีวิตของสัตว์น้ำที่ต่างพึ่งพากันและกัน โดยจะปล่อยให้งวงจรชีวิตเช่นนั้นดำรงอยู่ต่อไป และถือว่าทะเลเป็นอาหารหม้อใหญ่ของตน จึงต้องรักษาอาหารหม้อนี้ไว้ คือต้องทำให้ทะเลมีความอุดมสมบูรณ์ต่อไป⁶⁸

การทำประมงพื้นบ้านยังมีมิติของการพึ่งพาช่วยเหลือกันและกัน เนื่องจากไม่สามารถออกทะเลเพื่อจับปลาเพียงคนเดียวได้ ทำให้เรือประมงลำหนึ่งๆ อาจมีคนจากหลายครอบครัวออกเรือร่วมกัน และหากมีปลาชุมในพื้นที่ย่อยๆ ของชุมชนมากเป็นพิเศษก็จะบอกกล่าวแก่ชาวประมงในชุมชนอื่นข้างเคียง มิได้ปกปิดไว้เพื่อประโยชน์ของตนเท่านั้น แต่ถือว่าปลาจะเคลื่อนย้ายตลอด วันนี้ชุมชุมในพื้นที่ของชุมชนหนึ่ง แต่วันนี้อาจชุมชุมในอีกชุมชนหนึ่ง การสงเคราะห์จะช่วยให้ทุกชุมชนได้ประโยชน์ร่วมกัน⁶⁹ จะเห็นว่าความหมายทรัพยากรธรรมชาติตามความเข้าใจของชาวบ้านในชุมชนนั้นจะต่างจากบริบทของทรัพยากรธรรมชาติที่คนทั่วไปเข้าใจกัน

⁶⁷ เฟิงอ๋าง, น.54-55.

⁶⁸ เฟิงอ๋าง, น.62.

⁶⁹ เฟิงอ๋าง, น.63, 70.

ชาวบ้านในชุมชนจะไม่ได้มองที่ประโยชน์ที่ตนได้รับ ไม่ได้มองป่าที่ต้นไม้ ไม่ได้มองทะเลที่สัตว์ทะเล แต่มองในเชิงคุณค่าที่ตนต้องให้ความเคารพ⁷⁰

การขยายตัวของอำนาจรัฐภายใต้แนวคิดรัฐชาติ (Nation State) หรือรัฐสมัยใหม่ (Modern State) ที่ถือเอาอำนาจการจัดการเหนือทรัพยากรธรรมชาติเป็นปัจจัยหนึ่งของการแสดงออกเชิงสัญลักษณ์ของอำนาจรัฐ ประกอบกับโลกทัศน์แบบตะวันตกที่เน้นสิทธิในระบบเชิงเดี่ยว ให้ความสำคัญกับระบบทรัพย์สินเอกชน ทำให้สิทธิชุมชนเหนือป่าไม้ของชุมชนในภาคใต้ ถูกกระทบเช่นเดียวกับที่เกิดขึ้นในภาคอื่นๆ ของประเทศไทย ในส่วนของทรัพยากรทางทะเล การที่รัฐสนับสนุนการทำประมงในเชิงพาณิชย์ เน้นการจับสัตว์น้ำที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจสูง ได้ทำลายระบบสิทธิชุมชนที่เกี่ยวกับทะเลของประมงพื้นบ้านทั้งหมด ประมงเชิงพาณิชย์ที่ใช้เครื่องจักร และเครื่องมือจับปลาขนาดใหญ่ได้กวาดจับปลาให้หมดไปอย่างรวดเร็ว กระทบต่อปริมาณปลาที่ประมงพื้นบ้านจับเพื่อดำรงชีวิต ประมงพาณิชย์ยังเข้ามาจับปลาในพื้นที่ของประมงพื้นบ้าน ทำให้ทรัพยากรทางทะเลเสื่อมโทรมลงอย่างรุนแรง

ระบบจัดการทรัพยากรธรรมชาติของรัฐทำให้เกิดการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอย่างไม่มีขีดจำกัดจนเกินขีดความสามารถของธรรมชาติที่จะฟื้นตัวเองได้ จึงเป็นการใช้ในลักษณะทำลาย แม้รัฐจะประกาศเขตหวงห้ามในบางพื้นที่ แต่ในความเป็นจริงภาครัฐไม่อาจดูแลให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายได้ เนื่องจากพื้นที่กว้างใหญ่เกินกว่าการดูแลอย่างทั่วถึงของเจ้าหน้าที่ ทำให้เกิดการลักลอบ และทำลายทรัพยากรธรรมชาติในท้ายที่สุด นโยบายของรัฐยังแยกชาวบ้านออกจากทรัพยากรธรรมชาติ เปิดโอกาสให้กลุ่มทุนเข้ามาแสวงหาผลประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติอย่างเต็มที่ ปัจจัยการยังชีพของชาวบ้านถูกตัดขาด ชาวบ้านบางส่วนต้องหันไปร่วมมือกับกลุ่มทุนเพื่อความอยู่รอดของครอบครัว เมื่อชุมชนไม่อาจจัดการทรัพยากรธรรมชาติให้เป็นฐานเลี้ยงชีวิตของคนในชุมชนได้อย่างเพียงพอ ระบบชุมชนก็อ่อนแอ ระบบความคิด ความเชื่อ วัฒนธรรมที่สืบทอดกันมาก็ถูกฝ่าฝืนทำลายเพื่อการอยู่รอด⁷¹

จากตัวอย่างของการจัดการทรัพยากรธรรมชาติภายใต้ระบบสิทธิชุมชนที่ปรากฏในสังคมไทยนั้น อาจสรุปลักษณะสำคัญของสิทธิชุมชนในสังคมไทยมีดังนี้

⁷⁰ เฟิงอ๋าง, น.271.

⁷¹ เฟิงอ๋าง, น.326-328.

1. เป็นระบบที่ให้ความสำคัญกับธรรมชาติ โดยถือว่าทรัพยากรธรรมชาติเป็นสมบัติของส่วนรวม ไม่ใช่สมบัติของใครคนใดคนหนึ่ง ทุกคนจึงมีสิทธิเท่าเทียมกันในการใช้ทรัพยากร เช่น การถือว่ป่า หรือทะเลเป็นสมบัติร่วมกันของทุกคน เป็นต้น

2. สิทธิของบุคคลดังกล่าวข้างต้นเป็นสิทธิในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากร ไม่ใช่สิทธิครอบครอง และเมื่อเลิกใช้สิทธินั้นก็สิ้นสุดลงและตกกลับไปเป็นสิทธิของชุมชนอีกครั้งหนึ่ง และบุคคลอื่นมีสิทธิจะเข้ามาใช้ประโยชน์ได้ เช่น สิทธิในการสร้างกระชังเลี้ยงปลาในทะเล เป็นต้น

3. สิทธิของบุคคลในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรจะต้องไม่ใช่ประโยชน์อย่างเกินเลย จะจับจอง หรือกักตุนไว้มากเกินความจำเป็นในการใช้ประโยชน์ไม่ได้ และต้องช่วยกันบำรุงรักษาทรัพยากรโดยไม่ใช้ในลักษณะทำลายจนธรรมชาติฟื้นฟูไม่ทัน เช่น การเลือกใช้เครื่องมือจับปลาที่ไม่ทำลายพันธุ์สัตว์น้ำ การงดเว้นไม่จับสัตว์น้ำเพื่อให้คงวงจรชีวิตต่อไป

4. การใช้สิทธิของบุคคลจะต้องไม่กระทบ หรือสร้างความเดือดร้อน หรือจำกัดสิทธิในการใช้ทรัพยากรของสมาชิกอื่นในชุมชน เช่น การวางอวนจะไม่ตัดสิทธิของผู้อื่นที่จะวางอวนแม้ว่าจะขวางหน้าอวนของตนเอง เป็นต้น

ผู้เขียนเห็นว่า การเกิดขึ้น การดำรงอยู่ และความสำเร็จของสิทธิชุมชนจะขึ้นอยู่กับเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

1. ฐานทรัพยากร ชุมชนจะดำรงอยู่ได้ชุมชนจะต้องมีทรัพยากรธรรมชาติเป็นปัจจัยในการดำรงชีวิต ดังนั้นชุมชนต้องมีสิทธิเข้าถึงทรัพยากรธรรมชาติ การแยกประชาชนออกจากป่า ด้วยการประกาศเป็นป่าสงวน หรือการที่รัฐกำหนดกฎเกณฑ์ในการทำประมง หรือการเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกจับจองที่ดินริมทะเลเพื่อธุรกิจการท่องเที่ยว เป็นการตัดชุมชนออกจากทรัพยากรธรรมชาติ ความสัมพันธ์เชื่อมโยงของสมาชิกภายในชุมชนอ่อนแอลง และกระจัดกระจายในที่สุด

2. อำนาจในการจัดการ ชุมชนจะต้องมีอำนาจในการจัดการการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติ อำนาจนี้จะต่างจากอำนาจจัดการตามกฎหมาย แต่จะเป็นอำนาจที่เกิดจากความเชื่อในระบบคุณค่าของทรัพยากรธรรมชาติ ที่แสดงออกในรูปของข้อห้าม ข้อควรปฏิบัติ พิธีกรรม ขนบธรรมเนียม รูปแบบเหล่านี้จะไม่ได้เป็นการลอกเลียนจากแหล่งใดแหล่งหนึ่งเหมือนการบัญญัติกฎหมาย แต่จะเกิดจากการค่อยๆ รับเข้ามาและปรับเปลี่ยนให้เหมาะสมกับสภาพของชุมชน

3. การเชื่อมโยงเป็นเครือข่ายชุมชน การดำรงชีวิตภายในระบบสิทธิชุมชนนั้นจะไม่ใช่เป็นเพียงการดำรงอยู่แบบพึ่งพาอาศัยกันภายในชุมชนเท่านั้น แต่จะยังเชื่อมโยงไปยังชุมชน

ใกล้เคียงอีกด้วย เช่น การบอกกล่าวแก่ชุมชนอื่นเมื่อมีปละทุกชุมชนเป็นพิเศษในพื้นที่ชุมชนของตนเอง เป็นต้น วิธีชีวิตแบบนี้จะเชื่อมโยงชุมชนใกล้เคียงให้กลายเป็นชุมชนขนาดใหญ่ขึ้น และเกิดการผสมผสาน ถ่ายทอด แลกเปลี่ยนประสบการณ์ วัฒนธรรม และความเชื่อของชุมชน

จากลักษณะของปรากฏการณ์สิทธิชุมชนในสังคมไทย ผู้เขียนเห็นว่า สิทธิชุมชนมิใช่สิ่งที่เกิดขึ้นจากการก่อตั้งของกฎหมาย แต่เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นเองจากการรวมตัวกันของสมาชิกในชุมชน และเป็นสิทธิที่แยกได้จากสิทธิของปัจเจกบุคคลแต่ละคนที่มาวมกันเป็นชุมชน กฎเกณฑ์ของชุมชนจะเกิดจากการเห็นดีเห็นงามกับกฎเกณฑ์ดังกล่าว และยอมรับให้ถือปฏิบัติร่วมกันเพื่อความสงบสุขของชุมชน

การที่สิทธิชุมชนถูกละเลยโดยรัฐ และระบบกฎหมายของรัฐ ผลักดันให้เกิดการเรียกร้องสิทธิในการมีส่วนร่วมบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติ และให้รื้อฟื้นสิทธิชุมชนขึ้น ข้อเรียกร้องดังกล่าวประสบความสำเร็จในระดับหนึ่งเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ได้บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลในการรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม เพื่ออนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ⁷² และเมื่อประกอบกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ให้สิทธิประชาชนเข้าชื่อเสนอร่างกฎหมาย ทำให้ภาคประชาสังคมอาศัยช่องทางดังกล่าวในการเสนอกฎหมาย

กรณีการเข้าชื่อเสนอร่างกฎหมายป่าชุมชนนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการแสดงออกถึงความห่วงใยของประชาชนในปัญหาความเสื่อมโทรมของระบบนิเวศและความหลากหลายทางชีวภาพ และต้องการให้ชุมชนเข้ามีส่วนร่วม และมีบทบาทมากยิ่งขึ้นในการร่วมมือกับภาครัฐแก้ไขปัญหาดังกล่าว นอกจากนี้การเข้าชื่อกันเสนอกฎหมายดังกล่าวยังเป็นปรากฏการณ์เชิงสัญลักษณ์ของการฟื้นคืนของสิทธิชุมชน ผู้เขียนจึงขอกล่าวถึงรายละเอียดของการเสนอร่างกฎหมายนี้ ดังนี้

นับแต่ปี พ.ศ.2532 แนวคิดป่าชุมชนได้แพร่กระจายไปมาก ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวทั้งในภาคประชาชนและภาครัฐเป็นอย่างมาก⁷³ ในส่วนภาคประชาสังคมนั้นได้อาศัย

⁷² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 46.

⁷³ การเคลื่อนไหวที่สำคัญของภาครัฐ ได้แก่ การประชุมระดับชาติ เรื่องแนวทางแก้ไขปัญหที่ทำกินในพื้นที่ป่าที่ทำเนียบรัฐบาลในปี พ.ศ.2532 การแต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาแนวทางการดำเนินงานเกี่ยวกับป่าชุมชน โดยคณะกรรมการนโยบายป่าไม้แห่งชาติ พ.ศ. 2533 นโยบายของรัฐบาลสมัยนายบรรหาร ศิลปอาชาเป็นนายกรัฐมนตรีที่แถลงต่อสภาผู้แทนราษฎร การจัดประชาพิจารณ์เพื่อรับฟังความคิดเห็น ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับร่าง พ.ร.บ.ป่าชุมชนที่กรมป่าไม้ยกร่างขึ้น มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 30 เมษายน 2539 ที่รับรองหลักการร่าง พ.ร.บ.ป่าชุมชน ที่คณะกรรมการนโยบายกระจายความเจริญไปสู่ภูมิภาคและท้องถิ่นเสนอมา

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁷⁴ เข้าชื่อเสนอร่าง พ.ร.บ.ป่าชุมชน พ.ศ.... นอกจากนี้รัฐบาลและพรรคการเมืองอีกหลายพรรคก็ได้เสนอร่างกฎหมายป่าชุมชนเช่นเดียวกัน โดยแต่ละร่างมีเนื้อหาใกล้เคียงกัน กฎหมายนี้ผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรแล้ว แต่มีการแก้ไขในสาระสำคัญโดยกรรมาธิการร่วมของสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภาทำให้กฎหมายฉบับนี้ยังไม่อาจประกาศใช้เป็นกฎหมายได้

ร่างกฎหมายฉบับที่เสนอโดยประชาชนเข้าชื่อร่วมกันนั้น (ต่อไปเรียกร่างกฎหมายป่าชุมชนฉบับประชาชน) มีหลักการของกฎหมายที่สำคัญ 3 ประการ คือ

1. **คุ้มครองระบบนิเวศน์ และความหลากหลายทางชีวภาพในเขตป่า**

หลักการของร่างกฎหมายป่าชุมชนให้ความสำคัญกับการรักษาระบบนิเวศ และความหลากหลายทางชีวภาพ โดยห้ามการใช้ประโยชน์จากป่าชุมชนในลักษณะที่ทำลายระบบนิเวศ และความหลากหลายทางชีวภาพ ทั้งนี้การใช้ประโยชน์จากป่าในเขตพื้นที่ป่าชุมชน รวมทั้งการรวบรวม ศึกษา วิจัยเกี่ยวกับทรัพยากรและความหลากหลายทางชีวภาพที่เกี่ยวข้องกับสัตว์ พืช จุลชีพให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของคณะกรรมการป่าชุมชน และในการกำหนดเงื่อนไขต้องคำนึงถึงองค์ความรู้ หรือภูมิปัญญาท้องถิ่น การถ่ายทอดความรู้ เทคโนโลยี และการแบ่งปันผลประโยชน์ในสัดส่วนที่เหมาะสม โดยมีข้อยกเว้นกรณีการใช้ประโยชน์โดยสมาชิกในชุมชนเพื่อการยังชีพ⁷⁵ การทำไม้ใช้สอยจากพื้นที่ป่าชุมชนนอกจากจะต้องขออนุญาต และปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขที่คณะกรรมการป่าชุมชนกำหนดแล้วยังต้องปลูกไม้ทดแทนตามจำนวนที่กำหนดอีกด้วย⁷⁶

คำสั่งนายกรัฐมนตรีที่ 111/2539 วันที่ 31 กรกฎาคม 2539 เรื่องแต่งตั้งคณะกรรมการประชาพิจารณ์กรณีร่างกฎหมายป่าชุมชน นโยบายของรัฐบาลสมัย พล.อ.ชวลิต ยงใจยุทธเป็นนายกรัฐมนตรีที่แถลงต่อสภาผู้แทนราษฎร และคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีที่ 93/2540 เรื่องแต่งตั้งคณะกรรมการประชาพิจารณ์กรณีร่างกฎหมายป่าชุมชน วันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2540 เป็นต้นไปรดดู ปรีศนา พรหมมา และมนตรี จันทรวงศ์, ชุมชนท้องถิ่นกับการจัดการความหลากหลายทางชีวภาพ, (เชียงใหม่: โครงการพัฒนาลุ่มน้ำภาคเหนือโดยองค์กรชุมชน, 2541), น. 30-32.

⁷⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 170.

⁷⁵ ร่างกฎหมายป่าชุมชนฉบับประชาชน, มาตรา 29, 30.

⁷⁶ ร่างกฎหมายป่าชุมชนฉบับประชาชน, มาตรา 33.

ผู้เขียนเห็นว่า การจัดการป่าไม้ตามหลักวิชาการของตะวันตกจะเน้นป่าไม้ในแง่ตัวเนื้อไม้เป็นสำคัญ เพื่อประโยชน์ในการใช้ประโยชน์จากเนื้อไม้ในรูปแบบต่างๆ การบริหารจัดการจะอยู่บนพื้นฐานแนวคิดแบบแยกส่วนที่ไม่ได้มองป่าไม้ในเชิงความสัมพันธ์กับสิ่งมีชีวิตอื่นที่ดำรงอยู่ในป่า รวมทั้งความสัมพันธ์ของป่าไม้ต่อระบบนิเวศ

แนวคิดและระบบบริหารจัดการป่าดังกล่าวจะตรงข้ามกับจารีตประเพณีของชุมชนที่มีต่อป่าไม้ ซึ่งไม่ได้ให้ความสำคัญต่อป่าไม้แต่เพียงเนื้อไม้เท่านั้น แต่หากจะคำนึงถึงทรัพยากรธรรมชาติต่างๆ ที่สัมพันธ์และพึ่งพาต่อกัน ชุมชนหลายชุมชนในอดีตได้ใช้ประโยชน์จากป่า และพัฒนาทัศนะที่มีต่อป่า เข้าใจความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ ชุมชน และธรรมชาติ พัฒนาและตระหนักถึงความสำคัญของป่าทำให้เกิดการผลิตซ้ำของแนวคิด จารีตประเพณี วิถีปฏิบัติ ความเชื่อที่มีต่อธรรมชาติ เช่น ความเชื่อว่าป่าไม้ แหล่งต้นน้ำจะมีสิ่งศักดิ์สิทธิ์คอยปกปักรักษาคุ้มครอง⁷⁷ การทำเกษตรกรรมโดยเข้าใจ และเคารพต่อธรรมชาติและระบบนิเวศ เช่น การทำเกษตรที่เน้นการปลูกพืช หรือเลี้ยงสัตว์ที่หลากหลายชนิดที่เกื้อกูลต่อกันตามธรรมชาติ การใช้พื้นที่เพื่อการเพาะปลูกไม่มากนัก และเมื่อใช้ไประยะหนึ่งก็ปล่อยทิ้งเพื่อให้สภาพธรรมชาติของพื้นที่นั้นกลับฟื้นคืนขึ้นใหม่ จึงค่อยกลับมาใช้พื้นที่นั้นอีกครั้งหนึ่ง ลักษณะเช่นนี้ทำให้เกิดความยั่งยืนของธรรมชาติ ความยั่งยืนต่อเนื่องของชุมชนและสังคม

2. คุ้มครองสิทธิชุมชนในการจัดการป่าโดยมีชุมชนเป็นศูนย์กลาง

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

⁷⁷ สภาพชุมชนไทยในอดีตจะได้รับอิทธิพลค่อนข้างมากจากพื้นฐานทางวัฒนธรรม ประเพณีและความเชื่อ และตกติดมาจนปัจจุบัน ในภาคอีสานมีข้อห้ามการนำไม้หลายประเภทมาใช้ทำเรือน เช่น ไม้ที่ตัดในฤดูฝน ไม้ใกล้เจ้าปู่ ใกล้ผีเสื้อเมือง ทรงเมือง ไม้ใกล้หอ ไม้ใกล้นา เป็นต้น หรือมีพิธีเลี้ยงปู่ตาโดยเลือกเอาสถานที่เป็นดงมีต้นไม้ใหญ่ เต็มไปด้วยสัตว์ป่านานาชนิดกว้างไม่ต่ำกว่าร้อยเส้นเป็นดงปู่ตา ซึ่งใครจะเข้าไปรุกป่าหรือตัดไม้ไม่ได้ ในภาคเหนือในมังรายศาสตร์จะยอมให้ชุมชนปรับไหมแก่ผู้บุกรุกทำลายป่าที่ตั้งสิ่งศักดิ์สิทธิ์ โปรดดู เสน่ห์ จามริก และยศ สันตสมบัติ, บรรณาธิการ, รายงานวิจัยเรื่อง “ป่าชุมชนในประเทศไทย: แนวทางการพัฒนา, ป่าฝนเขตร้อนกับภาพรวมป่าชุมชนในประเทศไทย,” เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา, 2536), น.77.

ดังนั้นชุมชนจึงอาจออกกฎเกณฑ์จำกัดการใช้ประโยชน์ของสมาชิกในชุมชนโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมของสังคม เช่น การกำหนดให้สมาชิกที่มีครัวเรือนใหม่และยากจนได้รับสิทธิตัดไม้เพื่อใช้ส่วนตัว แต่สมาชิกในครัวเรือนที่มีฐานะจะไม่ได้รับสิทธิดังกล่าว เป็นต้น สิทธิในการใช้ทรัพยากรยังคำนึงถึงความยั่งยืนของทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งเป็นการให้ความเป็นธรรมต่อระบบนิเวศ เช่น ข้อห้ามการตัดไม้ในเขตต้นน้ำ เป็นต้น

บทบาทของชุมชนในการดูแลรักษาป่าไม้เป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในสังคมไทยมาช้านาน ชุมชนเกษตรกรในภาคต่างๆ ของประเทศไทยต่างมีทัศนคติต่อทรัพยากรป่าไม้ในเชิงอนุรักษ์ และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน ซึ่งสะท้อนออกในรูปของจารีตประเพณี ความเชื่อ และวิถีปฏิบัติ⁷⁸

ระบบจัดการป่าของชุมชนนั้นอาจแยกได้เป็น 3 ระบบ คือ⁷⁹

1. ระบบจารีตดั้งเดิม หมายถึงการใช้จารีตประเพณีในการจัดการป่า ซึ่งเป็นจารีตที่ปฏิบัติกันมาช้านาน เช่น ระบบป่าศักดิ์สิทธิ์ หรือป่าผีอารักษ์ ป่าต้นน้ำ ป่าใช้สอย เป็นต้น
2. ระบบการริเริ่มของท้องถิ่น หมายถึง รูปแบบจัดการป่าที่เกิดจากการริเริ่มภายในของท้องถิ่นเอง ซึ่งอาจรวมเอาระบบจารีตดั้งเดิมด้วยก็ได้ ป่าแบบนี้มักจะมีรูปแบบของการป้องกันป่า
3. ระบบที่ได้รับการสนับสนุนจากภายนอก หมายถึงระบบจัดการป่าที่มาจากองค์กรภายนอกชุมชน

ร่างกฎหมายป่าชุมชนได้กำหนดให้การบริหารจัดการป่าชุมชนดำเนินการผ่านคณะกรรมการป่าชุมชน ซึ่งมีที่มาจากสมาชิกของชุมชนในเขตป่าชุมชน⁸⁰ อันเป็นไปตามแนวคิดหลักของกฎหมายป่าชุมชนที่เชื่อว่าชุมชนอยู่ร่วมกับป่าได้ และภายใต้วิถีชีวิต และจารีตประเพณีของชุมชนท้องถิ่นสามารถดูแลรักษาป่าให้มีความอุดมสมบูรณ์ได้ หลักการที่ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดการป่าไม้ (Collaboration Forest Management) เป็นหลักการที่ IUCN และ WWF เห็นว่าเป็นหลักการอนุรักษ์ที่มีประสิทธิภาพมากที่สุด⁸¹

⁷⁸ ดูรายละเอียดพัฒนาการของป่าชุมชนในบริบททางประวัติศาสตร์ใน เสน่ห์ จามริก และยศ สันตสมบัติ, (บรรณาธิการ), *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 75*, น.168-174.

⁷⁹ อานันท์ กาญจนพันธุ์, มิติชุมชน: *วิถีคิดท้องถิ่นว่าด้วยสิทธิ อำนาจและการจัดการทรัพยากร*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2544), น. 255-256.

⁸⁰ ร่างกฎหมายป่าชุมชนฉบับประชาชน มาตรา 18.

⁸¹ สมศักดิ์ สุขวงศ์, “พ.ร.บ.ป่ากับชุมชนเพื่อคนเฝ้าระวังป่าและความยั่งยืน,” 7 *ข่าวสารป่ากับชุมชน*, (กุมภาพันธ์ 2543), น.16.

ในร่างกฎหมายป่าชุมชน คณะกรรมการป่าชุมชนจะมีหน้าที่ควบคุม กำกับ ดูแล การใช้ประโยชน์ในเขตป่าชุมชน ป้องกันและรักษาป่าชุมชน และทรัพยากรธรรมชาติให้คงสภาพ สมบูรณ์มีความสมดุลทางนิเวศ และมีความหลากหลายทางชีวภาพ ตลอดจนใช้ประโยชน์ได้อย่าง ยั่งยืน วางแผนการอนุรักษ์ และพัฒนาพื้นที่ป่าชุมชน และความสมดุลของทรัพยากรธรรมชาติอื่น ในพื้นที่ป่าชุมชน จัดการทรัพยากรที่ดิน น้ำ ป่าไม้ในพื้นที่ป่าชุมชนเพื่อประโยชน์ต่อชุมชน โดยไม่ เสียหายแก่สภาพป่าชุมชน และไม่ทำลายระบบนิเวศและความหลากหลายทางชีวภาพของป่า ชุมชน ดำเนินการตามสมควรเพื่อป้องกัน หรือบรรเทาความเสียหายที่เกิดแก่ป่าชุมชน ทั้งนี้ในการ ดำเนินการของคณะกรรมการป่าชุมชนต้องสอดคล้องกับกฎระเบียบ จารีตประเพณีของชุมชน⁸²

3. คุ้มครองสิทธิของชุมชนในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรในเขตป่า

ภายใต้หลักการให้ชุมชนอยู่ร่วมกับป่าได้ เชื่อว่าวิถีชีวิต และจารีตประเพณีของ ชุมชนในการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนจากป่านั้น เป็นวิธีช่วยอนุรักษ์ป่าให้คงอยู่ ดังนั้นกฎหมายป่า ชุมชนจึงคุ้มครองสิทธิของชุมชน⁸³ และถือเป็นสิทธิร่วมกันของสมาชิกชุมชน ในการยึดถือปฏิบัติ ตามความเชื่อ จารีตประเพณี วัฒนธรรม หรือวิถีชีวิตที่สืบเนื่องต่อกันมา ทั้งที่ตราและมีได้ตราเป็น ลายลักษณ์อักษร ซึ่งเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการดูแลจัดการ ใช้ประโยชน์ และอนุรักษ์ ทรัพยากรธรรมชาติในป่าชุมชน และสิทธิชุมชนดังกล่าวเป็นสิทธิที่มีได้เป็นของรัฐ หรือของปัจเจก บุคคลใด⁸⁴ โดยสมาชิกในชุมชนมีหน้าที่ดูแลรักษาป่าเพื่อการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน⁸⁵

⁸² ร่างกฎหมายป่าชุมชนฉบับประชาชน, มาตรา 26.

⁸³ ประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุม และบริหารจัดการป่าไม้หลาย ฉบับ ได้แก่ พ.ร.บ.ป่าไม้ พ.ศ.2484, พ.ร.บ.อุทยานแห่งชาติ พ.ศ.2504, พ.ร.บ.ป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ.2507, พ.ร.บ.สงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ.2535, และ พ.ร.บ.สวนป่า พ.ศ. 2535 แต่ไม่มี ฉบับใดที่รองรับสิทธิชุมชนในการเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารจัดการทรัพยากรป่าไม้ โปรดดู สมิต ยอดพรหม, “มาตรการทางกฎหมายในการมีส่วนร่วมของชุมชนในการบริหารจัดการ ทรัพยากรป่าไม้,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 79.

⁸⁴ ร่างกฎหมายป่าชุมชนฉบับประชาชน, มาตรา 4.

⁸⁵ ร่างกฎหมายป่าชุมชนฉบับประชาชน, มาตรา 36.

ร่างกฎหมายป่าชุมชนจึงยอมให้สมาชิกของชุมชนใช้ประโยชน์ จากป่าได้ตามวิถีชีวิต และจารีตประเพณีของชุมชนได้ต่อไป เช่น การใช้ประโยชน์จากไม้ใช้สอย เพื่อวัตถุประสงค์เพื่อการยังชีพ การเก็บหาของป่า การเลี้ยงสัตว์ จับสัตว์ การปลูกพืช⁸⁶ และห้ามมิให้ทำไม้เพื่อการค้าในพื้นที่ป่าชุมชน⁸⁷

จากหลักการของร่างกฎหมายป่าชุมชนดังกล่าวที่ยอมรับการอยู่ร่วมกันระหว่างคนกับป่า ยอมรับว่าชุมชนสามารถใช้ประโยชน์จากป่าและดูแลรักษาป่าในขณะเดียวกันได้ สอดรับกับหลักการของสิทธิชุมชนที่ปรากฏอยู่ในสังคมไทยนับแต่อดีต ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายในลักษณะเช่นนี้เป็นรูปแบบที่จะเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการป่าไม้ การมีส่วนร่วมจะทำให้ชุมชนเกิดความรู้สึก ร่วมกันในการหวงแหนป่า และบรรลุเป้าหมายของกฎหมายที่ต้องการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ ความหลากหลายทางชีวภาพ และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน ในขณะเดียวกันยังช่วยอนุรักษ์จารีตประเพณีของชุมชนในการอนุรักษ์ พัฒนา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอีกด้วย

กล่าวโดยสรุป กฎหมายป่าชุมชนฉบับที่เสนอโดยประชาชนเข้าชื่อนั้นมีแนวคิดที่ต้องการรื้อฟื้นสิทธิชุมชนในการดูแลรักษาป่า ซึ่งถูกกลืนหายไปให้กลับคืนมาดังเดิม และเป็นหลักการที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 หากกฎหมายนี้ผ่านการพิจารณาและประกาศใช้เป็นกฎหมาย ผู้เขียนเห็นว่า จะเป็นการเปลี่ยนแปลงแนวคิดการบริหารจัดการป่าจากเดิมที่จำกัดอยู่กับหน่วยงานภาครัฐเท่านั้น มาเป็นการยินยอมให้ชุมชนมีส่วนร่วมมากขึ้น อย่างไรก็ตามก็ดังได้กล่าวแล้วว่าในขณะนี้มีการแก้ไขสาระสำคัญของร่างกฎหมายป่าชุมชนทำให้เกิดข้อโต้แย้งจากภาคประชาชนที่เสนอกฎหมาย สาระสำคัญของการแก้ไขที่เป็นประเด็นโต้แย้ง ได้แก่ การห้ามจัดตั้งป่าชุมชนในเขตพื้นที่อนุรักษ์ รวมทั้งการห้ามใช้ประโยชน์จากไม้ที่มีอยู่ตามธรรมชาติในเขตพื้นที่อนุรักษ์ ซึ่งภาคประชาสังคมเห็นว่า การแก้ไขดังกล่าวได้ทำลายหลักการของกฎหมายป่าชุมชนที่ต้องการให้ชุมชนอาศัยอยู่ร่วมกับป่า และมีสิทธิใช้ประโยชน์จากป่าชุมชนที่ชุมชนนั้นเป็นผู้ดูแล และจากอดีตที่ผ่านมาชุมชนหลายแห่งที่อาศัยอยู่ในเขตพื้นที่อนุรักษ์ การไม่ยอมให้จัดตั้งป่าชุมชนในพื้นที่ดังกล่าวจะสร้างปัญหาความขัดแย้งระหว่างประชาชน และเจ้าหน้าที่ของรัฐ

⁸⁶ ร่างกฎหมายป่าชุมชนฉบับประชาชน, มาตรา 29, 30.

⁸⁷ ร่างกฎหมายป่าชุมชนฉบับประชาชน, มาตรา 37.

ฝ่ายที่เห็นด้วยกับการแก้ไขให้ความเห็นว่าเป็นพื้นที่ป่าบางแห่งที่มีความสำคัญ เช่น เขตอุทยานแห่งชาติ เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า เขตห้ามล่าสัตว์ป่า และเขตอื่นที่เป็นพื้นที่ต้นน้ำลำธาร หรือพื้นที่ที่มีคุณค่าของสิ่งแวดล้อมอันควรแก่การอนุรักษ์ จึงไม่สมควรให้มีการจัดตั้งป่าชุมชนในบริเวณนี้ และไม่อนุญาตให้ใช้ไม้ที่มีอยู่ตามธรรมชาติ โดยหากชุมชนต้องการใช้ประโยชน์จากไม้จะต้องปลูกขึ้นเอง

ผู้เขียนเห็นว่าร่างกฎหมายป่าชุมชนฉบับประชาชนยกเว้นภายใต้แนวคิดแบบองค์รวม (Holistic) โดยมองทรัพยากรป่าไม้ในเชิงสัมพันธ์กับน้ำ ดิน และสิ่งมีชีวิตอื่นในระบบนิเวศ ไม่ได้แบ่งแยกการบริหารจัดการตามประเภทของทรัพยากรแต่ละชนิด ซึ่งเป็นการแบ่งแยกการบริหารจัดการตามความรู้ของผู้เชี่ยวชาญในแต่ละสาขาวิชา การแบ่งแยกการจัดการเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นสิ่งที่แปลกแยกต่อแนวคิดของชุมชนท้องถิ่นที่มองทุกสิ่งในเชิงความสัมพันธ์ เช่น การเลือกที่ตั้งทำเลของชุมชน จะมีได้พิจารณาเพียงความสมบูรณ์ของทรัพยากรชนิดใดชนิดหนึ่งเท่านั้น แต่จะพิจารณาทั้งความสมบูรณ์ของป่าไม้ แหล่งน้ำ และที่ดินไปพร้อมๆ กัน เป็นต้น ร่างกฎหมายดังกล่าวยังสะท้อนแนวคิดที่มีได้มองทรัพยากรป่าไม้ในมิติของอุตสาหกรรมเท่านั้น แต่จะมองถึงความชุ่มชื้นของระบบนิเวศที่เกิดจากป่าไม้ ป่าที่เป็นที่อยู่อาศัยของพืช สัตว์ ป่าที่เป็นแหล่งอาหาร ยารักษาโรค แหล่งเชื้อเพลิง และไม้สำหรับใช้สอย เป็นการมองทรัพยากรป่าไม้เป็นความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับธรรมชาติทั้งในทางกายภาพ และทางจิตใจ

เสน่ห์ จามริก และยศ สันตสมบัติได้ให้ความเห็นถึงเงื่อนไขการเกิดและความสำเร็จของป่าชุมชน ดังนี้⁸⁸

1. ชุมชนที่อนุรักษ์ป่ามักมีความเป็นชุมชนสูง ซึ่งเกิดจากความเข้มข้นของความสัมพันธ์ทางสังคมของสมาชิกในชุมชน โดยสำนึกความเป็นชุมชนอาจแสดงออกในรูปของความเชื่อ อุดมการณ์ และพิธีกรรมที่ยึดถือปฏิบัติร่วมกัน
2. ชุมชนที่อนุรักษ์ป่าจะต้องมีทรัพยากรดิน น้ำ ป่าที่อยู่ในสภาพที่ใช้ได้ หรือยังมีศักยภาพที่จะพลิกฟื้นให้กลับมามีความอุดมสมบูรณ์ได้อย่างยั่งยืน เนื่องจากทรัพยากรดังกล่าวจะมีความสัมพันธ์อย่างแนบแน่นกับการทำเกษตรของชุมชน ดังนั้นทรัพยากรดังกล่าวจึงต้องยังอยู่ในสภาพที่เอื้อต่อการผลิตผลผลิตทางการเกษตรของชุมชน

⁸⁸ เสน่ห์ จามริก และยศ สันตสมบัติ, บรรณานุกรม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 75, น.

3. การมีผลประโยชน์ร่วมกัน เนื่องจากการอนุรักษ์ทรัพยากรป่าไม้มีพื้นฐานมาจากการได้ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรทั้งเพื่อการผลิต และเพื่อการใช้ในชีวิตประจำวัน การอนุรักษ์ป่าไม้จึงเป็นการรักษาผลประโยชน์ของชุมชนร่วมกัน

4. ชุมชนจะต้องมีจิตสำนึกในการรักษาป่า ซึ่งเป็นความรู้สึกที่เข้มข้นกว่าความรู้สึกว่าเป็นการรักษาผลประโยชน์ร่วมกันเท่านั้น จิตสำนึกอาจเกิดจากหลายปัจจัย เช่น จารีตประเพณี ความเชื่อและการผลิตซ้ำของอุดมการณ์ที่สืบทอดต่อกันมา ความจำเป็นในการป้องกันและรักษาคุณภาพของระบบนิเวศชุมชน การต่อต้านการรุกรานแย่งชิงทรัพยากรจากบุคคลภายนอก และปัญหาภัยแล้ง เป็นต้น

5. ชุมชนจะต้องมีผู้นำที่เข้มแข็ง และมีภูมิปัญญาสูง ต้องสามารถปรับใช้ภูมิปัญญาและจารีตประเพณีให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจ สังคมที่เปลี่ยนแปลง และต้องเน้นการรักษาผลประโยชน์ของชุมชนโดยรวมเป็นหลัก

6. ชุมชนต้องมีการจัดตั้งองค์กรภาคประชาชน เพื่อเป็นตัวแทนของสมาชิกในชุมชนในการรักษาป่าไม้ ซึ่งอาจเป็นองค์กรตามประเพณี หรือที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย องค์กรนี้ยังสามารถประสานกับองค์กรของชุมชนอื่นในลักษณะเครือข่ายเพื่อวางแผน หรือบริหารจัดการการใช้ประโยชน์จากป่าผืนเดียวกันร่วมกัน

7. ต้องมีจารีตของการจัดการทรัพยากรที่ถือว่าทรัพยากรเป็นสิทธิและทรัพย์สินร่วมกันของชุมชน

8. ต้องมีระบบจัดการทรัพยากรอย่างยั่งยืนและเป็นธรรม โดยต้องเป็นระบบจัดการที่ยอมรับในจารีตประเพณีและสิทธิชุมชน ต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ร่วมกันของสมาชิกและความเป็นธรรมของสังคม ต้องคำนึงถึงความยั่งยืนของระบบการผลิตและความสมดุลของระบบนิเวศ และต้องคำนึงถึงการมีส่วนร่วมของสมาชิกทั้งหมดของชุมชน

ประเด็นที่ผู้เขียนเห็นว่า จะเป็นเงื่อนไขสำคัญของการเกิดขึ้นและความสำเร็จของป่าชุมชน นอกเหนือจากที่กล่าวข้างต้นแล้วคือ การเปลี่ยนแปลงทัศนคติของรัฐต่อการยอมรับสิทธิชุมชนในสังคมไทย แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 จะยอมรับสิทธิชุมชนในระดับหนึ่ง แต่การบังคับใช้สิทธิชุมชนในประเทศไทยยังไม่ชัดเจนนัก ปัญหาสำคัญที่ผู้เขียนเห็นว่าเป็นอุปสรรคต่อการเกิดและความสำเร็จของสิทธิชุมชน คือ ระบบกฎหมายไทยโดยเฉพาะระบบกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของประเทศไทยตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของระบบกฎหมายตะวันตก ซึ่งยอมรับระบบกรรมสิทธิ์แบบเชิงเดี่ยว ทำให้เกิดความยุ่งยากในการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อให้สิทธิชุมชน ซึ่งยอมรับระบบกรรมสิทธิ์แบบเชิงซ้อนมีสถานะที่ชัดเจนและมั่นคงในระบบกฎหมายไทย การ

เปลี่ยนแปลงเชิงทัศน์เช่นนี้ต้องอาศัยการทำความเข้าใจจากฐานแนวคิดของระบบกรรมสิทธิ์แบบเชิงเดี่ยวของประเทศตะวันตกเพื่อให้เห็นประวัติศาสตร์ ฐานและที่มาที่แตกต่างจากสังคมไทย ขณะเดียวกันต้องส่งเสริมและรื้อฟื้นการดำรงอยู่ของระบบสิทธิชุมชนที่มีอยู่ในสังคมไทย และสุดท้ายต้องเปรียบเทียบให้เห็นว่าระบบกรรมสิทธิ์แบบเชิงเดี่ยวของประเทศตะวันตกไม่สอดคล้องอย่างไรกับวัฒนธรรมในสังคมไทย และจะเกิดผลกระทบต่อบรรณกรรมสิทธิ์แบบเชิงซ้อนที่ใช้อยู่ในสังคมไทยอย่างไร

(2) การจำกัดสิทธิชุมชนเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืช

(ก) การจำกัดสิทธิชุมชนตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

ดังได้กล่าวแล้วว่า สิทธิชุมชนเป็นกระบวนการทางสังคม (Social Processes) ที่ให้ความสำคัญกับสังคมมากกว่าสิทธิของปัจเจกบุคคล เป็นระบบที่มีทัศน์แบบองค์รวม (Holistic) แต่ในระบบทรัพย์สินทางปัญญาไม่ว่าจะเป็นสิทธิบัตร หรือสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชจะตรงข้ามเนื่องจากเป็นระบบที่เน้นมนุษย์เป็นศูนย์กลาง (Anthropocentric) ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองทรัพย์สินเอกชน (Private Property) ดังนั้นโครงสร้างและหลักการของกฎหมายในระบบทรัพย์สินทางปัญญาทั้งกฎหมายสิทธิบัตรและกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชในส่วนคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช จึงเป็นอุปสรรคต่อการใช้สิทธิชุมชนในการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช ดังนี้

1. การเน้นปัจเจกบุคคล ภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญา กฎหมายจะคุ้มครองผู้ประดิษฐ์⁸⁹ หรือนักปรับปรุงพันธุ์พืช⁹⁰ ในฐานะปัจเจกบุคคลที่เป็นประธานแห่งสิทธิ (Subject of Right) การสร้างสรรค์ หรือการปรับปรุงพันธุ์พืชจึงต้องเป็นวิธีที่เป็นระบบระเบียบเพื่อให้แยกแยะหรือแสดงได้ว่าผู้ใดเป็นผู้สร้างสรรค์ หรือปรับปรุงพันธุ์พืช แม้ภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาจะยินยอมให้มีผู้ประดิษฐ์ร่วม⁹¹ หรือปรับปรุงพันธุ์พืชร่วมกันก็ตาม⁹² แต่ก็เป็นที่ระบุนประธานแห่ง

⁸⁹ พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 10 “ผู้ประดิษฐ์เป็นผู้มีสิทธิขอรับสิทธิบัตร...” (เน้นโดยผู้เขียน).

⁹⁰ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 15 “ผู้ขอจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่ต้องเป็นนักปรับปรุงพันธุ์พืช...” (เน้นโดยผู้เขียน).

⁹¹ พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522 มาตรา 15 “ถ้ามีบุคคลหลายคนทำการประดิษฐ์ร่วมกัน บุคคลเหล่านั้นมีสิทธิขอรับสิทธิบัตรร่วมกัน...” (เน้นโดยผู้เขียน).

⁹² พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 17 “ถ้ามีบุคคลหลายคนทำการปรับปรุงพันธุ์ หรือทำการพัฒนาพันธุ์พืชใหม่ร่วมกัน บุคคลเหล่านั้นมีสิทธิขอจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่ร่วมกัน...” (เน้นโดยผู้เขียน).

สิทธิได้ชัดเจนเช่นเดียวกัน ดังนั้นการสร้างสรรค์อย่างไม่เป็นทางการ (Informal Invention) ของเกษตรกร หรือชุมชน ซึ่งไม่อาจระบุตัวนักประดิษฐ์ หรือนักปรับปรุงพันธุ์พืชได้อย่างชัดเจนจึงถูกกีดกันจากระบบทรัพย์สินทางปัญญา

นอกจากนี้การที่ทรัพยากรพันธุกรรมตกอยู่ภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญายังกระทบต่อเกษตรกรในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมของตนเอง เนื่องจากปัจจุบันประเทศอุตสาหกรรมยอมให้สิทธิบัตรในพันธุกรรมพืชโดยตรง ทั้งที่ผ่านการตัดแต่งพันธุกรรม หรือโดยผ่านกระบวนการสกัด หรือทำให้สารบริสุทธิ์ภายใต้เทคโนโลยีชีวภาพ ซึ่งมีลักษณะไม่แตกต่างจากพันธุกรรมพืชที่เกษตรกรใช้อยู่มากนัก ทำให้มีโอกาสที่จะกล่าวหาว่าละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้อื่น ปัญหายังอาจเกิดจากการปนเปื้อนของพันธุกรรมที่ได้รับสิทธิบัตรกับพันธุ์พืชของเกษตรกร ทำให้พันธุกรรมคุ้มครองปรากฏอยู่ในพืช หรือผลผลิตของพืชที่เกษตรกรเพาะปลูก ระบบทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นระบบที่จำกัดสิทธิของเกษตรกรในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่เกษตรกรเองเป็นผู้มีส่วนอย่างสำคัญในการอนุรักษ์และพัฒนา

2. การคุ้มครองการสร้างสรรค์ที่เป็นทางการ (Formal Invention) สิ่งประดิษฐ์ที่นำมายื่นขอสิทธิบัตรจะต้องเป็นสิ่งใหม่ (Novelty) มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น (Inventive Step) และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ (Industrial Application) ⁹³ แต่การสร้างสรรค์งานของเกษตรกร หรือชุมชนในรูปแบบที่ไม่เป็นทางการนั้น จะเป็นกระบวนการที่ค่อยๆ พัฒนา มีการเปลี่ยนแปลงทีละเล็กละน้อย และกินเวลานาน สถานที่ใช้ในการสร้างสรรค์งานก็คือพื้นที่เพาะปลูก ซึ่งเป็นพื้นที่เปิด หากตัดเฉพาะช่วงเวลาใดเวลาหนึ่งมาพิจารณาผลงานของเกษตรกรจะขาดเงื่อนไขความใหม่ หรือไม่มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น

ในส่วนการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ก็เช่นเดียวกัน กฎหมายกำหนดว่าพันธุ์พืชใหม่ต้องมีความใหม่ (New) แตกต่างจากพันธุ์อื่น (Distinct) มีความสม่ำเสมอ (Uniformity) และความคงตัว (Stable) ของลักษณะประจำพันธุ์ ⁹⁴ แต่พันธุ์พืชพื้นเมือง หรือพันธุ์พืชของเกษตรกร (Land race/Farmers' Variety) มักจะไม่มีคุณสมบัติและความคงตัวของลักษณะประจำพันธุ์ แต่ลักษณะเช่นนี้กลับทำให้พันธุ์พืชของเกษตรกรปรับตัวให้เข้ากับสภาพแวดล้อมได้ดีกว่าพันธุ์พืชสมัยใหม่ เนื่องจากมีฐานพันธุกรรมมากกว่า พันธุ์พืชของเกษตรกรจะมีการพัฒนาอยู่ตลอดเวลาทั้งจากกระบวนการของเกษตรกร หรืออาจเกิดตามธรรมชาติเมื่อนำไปเพาะปลูก นักปรับปรุงพันธุ์พืชมักนิยมนำพันธุ์พืชของเกษตรกรไปใช้ในการปรับปรุงพันธุ์พืช

⁹³ พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 5.

⁹⁴ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 11.

ภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นระบบที่ปฏิเสธการสร้างสรรคอย่างไม่เป็นทางการ (Informal Invention) ขณะเดียวกันก็เปิดโอกาสให้ประเทศอุตสาหกรรมเข้ามาฉกฉวยทรัพยากรพันธุกรรมพืชของประเทศกำลังพัฒนาไปใช้โดยง่าย สภาพเช่นนี้จะกระทบต่อวิถีชีวิตของเกษตรกร วัฒนธรรม จารีตประเพณี และทำให้ชุมชนเกษตรกรต้องล่มสลายไปในท้ายที่สุด ระบบทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นระบบที่ไม่สอดคล้องกับวัฒนธรรมของประเทศกำลังพัฒนา และทำลายสถาบันชุมชนเกษตรกรในประเทศกำลังพัฒนา

(ข) การจำกัดสิทธิตามนโยบายแห่งรัฐ

ในการพิจารณาปัญหาการจำกัดสิทธิชุมชนตามนโยบายแห่งรัฐนั้น ผู้เขียนขอแยกพิจารณาเป็น 2 ประเด็น ดังนี้

1. นโยบายของรัฐกับการยอมรับสิทธิชุมชน

ดังได้กล่าวข้างต้นแล้วว่า สิทธิชุมชนเหนือทรัพยากรธรรมชาติเป็นปรากฏการณ์ที่พบเห็นได้ทั่วไปในสังคมไทย แต่แนวคิดของรัฐที่เน้นการบริหารจัดการตามหลักวิชาการ ด้วยวิธีการทางวิทยาศาสตร์จึงปฏิเสธรูปแบบการบริหารจัดการตามวิถีและจารีตประเพณีดั้งเดิมของชุมชน พยายามแยกชุมชนออกจากป่าด้วยการประกาศให้พื้นที่ที่ชุมชนอาศัยอยู่เป็นเขตป่าสงวน เป็นต้น หรือการพยายามสอดแทรกวิถีชีวิตแบบตะวันตก เช่น การนำระบบตลาด ระบบทุนนิยมเข้าไปในชุมชน วิธีการเหล่านี้ล้วนแล้วแต่ทำลายวิถีชีวิตแบบชุมชนดั้งเดิม ทำให้ระบบสิทธิชุมชนที่เชื่อมโยงชุมชนและสมาชิกในชุมชนไว้ด้วยกันต้องล่มสลาย แม้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 จะยอมรับสิทธิชุมชน แต่ก็ยังเป็นเพียงหลักการกว้างๆ ซึ่งยังต้องรอให้มีกฎหมายลำดับรองกำหนดรายละเอียดอีกชั้นหนึ่ง ฝ่ายปกครองบางส่วนยังมีทัศนคติในแบบเป็นผู้ปกครอง คิดว่าภาครัฐจะมีความรู้และศักยภาพดีกว่าเกษตรกร จึงขาดความเชื่อมั่นว่าชุมชนจะดำเนินการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติเองได้ โดยไม่ได้ดูคิดว่าชุมชนเกษตรกรเป็นสิ่งที่อยู่คู่กับสังคมไทยมาอย่างช้านาน และในอดีตชุมชนเหล่านี้ได้ช่วยกันอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติมาโดยตลอด ความเสื่อมโทรมของทรัพยากรธรรมชาติโดยเฉพาะป่าไม้เกิดขึ้นเมื่อรัฐนำระบบกฎหมายตามแบบโลกทัศน์ตะวันตกมาใช้ต่างหาก อย่างไรก็ตามสิทธิชุมชนเหนือพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นได้รับการรับรองในกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช โดยกฎหมายให้สิทธิแก่ชุมชนจดทะเบียนคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นได้⁹⁵ ซึ่งนับว่ากฎหมายฉบับนี้รับรองสิทธิชุมชนอย่างเป็นรูปธรรมในระดับหนึ่ง

⁹⁵ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 44, 45.

ผู้เขียนเห็นว่า บทบาทและความสำคัญของเกษตรกร หรือชนพื้นเมืองท้องถิ่นในการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืช ได้รับการยอมรับเพิ่มขึ้นในประชาคมระหว่างประเทศ และหลัก “สิทธิเกษตรกร” (Farmers’ Rights) ปรากฏชัดเจนใน CBD/ITPGR ปรากฏการณ์เช่นนี้ น่าจะมีผลต่อนโยบายของภาครัฐในการยอมรับบทบาทและความสำคัญของชุมชน และเปิดโอกาสให้ชุมชนมีส่วนร่วมในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติเพิ่มมากขึ้น ซึ่งจะทำให้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ที่เกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของชุมชนมีความเป็นจริงขึ้น

2. นโยบายด้านกฎหมายต่อการยอมรับสิทธิชุมชน

แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้าชื่อกันเพื่อเสนอร่างกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย และที่เกี่ยวกับแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ⁹⁶ ดังนั้นภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าว ชุมชนจึงมีสิทธิเสนอกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชใน 2 ลักษณะ ดังนี้

1. ร่างกฎหมายในหมวดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย เช่น ประชาชนอาจเสนอร่างกฎหมายว่าด้วยการอนุรักษ์ และฟื้นฟูจารีตประเพณีสิทธิชุมชนเพื่อให้สิทธิชุมชนมีสถานะที่รับรองโดยกฎหมาย ร่างกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญา ศิลปะ และวัฒนธรรมท้องถิ่นเพื่อปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช ซึ่งรวมถึงภูมิปัญญาที่สืบทอดในรูปแบบของศิลปะ และวัฒนธรรมด้วย ประชาชนยังอาจเสนอร่างกฎหมายเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ⁹⁷ หรือร่างกฎหมายเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมบำรุงรักษา ได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและหลากหลายทางชีวภาพเพื่อให้ชุมชนยังคงมีบทบาทในการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชต่อไปตามจารีตปฏิบัติในอดีต หรือร่างกฎหมายเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมคุ้มครอง ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมซึ่งจะครอบคลุมประเด็นระบบนิเวศ และความหลากหลายทางชีวภาพได้เช่นกัน⁹⁸

นอกจากนี้นักวิจัยยังอาจเสนอร่างกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในการวิจัยในทรัพยากรพันธุกรรม เพื่อคุ้มครองสิทธิในการวิจัยเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่ภายใต้การคุ้มครอง

⁹⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540, มาตรา 170.

⁹⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540, มาตรา 46.

⁹⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540, มาตรา 56.

สิทธิทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายสิทธิบัตร หรือกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชเพื่อมิให้ใช้ทรัพย์สินทางปัญญาในทางจำกัดเสรีภาพในการวิจัย⁹⁹

2. ร่างกฎหมายในหมวดเกี่ยวกับแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ เช่น ประชาชนอาจเสนอร่างกฎหมายให้รัฐต้องให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการสงวน บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และความหลากหลายทางชีวภาพ หรือร่างกฎหมายที่ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการบำรุงรักษา และคุ้มครองคุณภาพสิ่งแวดล้อม¹⁰⁰ ประชาชนยังอาจเสนอร่างกฎหมายให้รัฐควบคุมการใช้อำนาจผูกขาดจากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อไม่ให้ผู้ทรงสิทธิบัตร หรือนักปรับปรุงพันธุ์พืชผูกขาดในเมล็ดพันธุ์ เพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรม และเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค¹⁰¹

อย่างไรก็ตามนับแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มีผลใช้บังคับ ประชาชนใช้สิทธิในการเสนอร่างกฎหมายน้อยมาก และร่างกฎหมายที่เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติที่ประชาชนร่วมกันเข้าชื่อเสนอ คือ ร่างกฎหมายป่าชุมชนก็ยังไม่ผ่านการพิจารณาออกมาใช้เป็นกฎหมายดังที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้น ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาและข้อจำกัดของการมีส่วนร่วมของประชาชนหรือชุมชนในการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้น อาจแยกได้เป็น 3 ประการ ดังนี้

1. ข้อจำกัดด้านโครงสร้างระบบบริหารราชการแบบรวมศูนย์

แม้กฎหมายรัฐธรรมนูญจะให้กระจายอำนาจแก่ท้องถิ่นในการบำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อม¹⁰² รวมทั้งการบำรุงรักษาศิลปะ จารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรม¹⁰³ แต่ในสภาพความเป็นจริง การกระจายอำนาจแก่ท้องถิ่นยังมีข้อจำกัด และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นบางแห่งไม่มีศักยภาพเพียงพอที่จะรับผิดชอบงานในส่วนนี้ได้ นอกจากนี้แนวคิดให้ชุมชนมีส่วนร่วมถือเป็นแนวคิดใหม่ในสังคมไทย จึงขัดกันความเคยชินของภาครัฐที่มักกำหนดนโยบายในเรื่องต่างๆ แบบรวมศูนย์จากเบื้องบนสู่เบื้องล่าง (Top-down) โดยผ่านไประบบหน่วยงานในระดับกระทรวง ทบวง กรม ซึ่งเป็นองคาพยพของภาคราชการที่มีกรอบกฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่ในลักษณะเน้นการสั่งการและควบคุมโดยรัฐแบบรวมศูนย์ ทำให้

⁹⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540, มาตรา 42.

¹⁰⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540, มาตรา 79.

¹⁰¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540, มาตรา 87.

¹⁰² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540, มาตรา 290.

¹⁰³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540, มาตรา 289.

ข้อเสนอ หรือการยอมรับให้ประชาชน หรือชุมชนมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติ ได้รับการตอบรับจากภาครัฐมีค่อนข้างจำกัด และในบางครั้งภาครัฐอาจไม่มีความไว้วางใจต่อการให้ชุมชนเป็นผู้ดูแลทรัพยากรธรรมชาติ เช่น กรณีการแก้ไขเพิ่มเติมในร่างกฎหมายป่าชุมชนฉบับที่ประชาชนเสนอจนกระทบต่อหลักการสำคัญของที่อยู่ร่วมกันระหว่างชุมชนกับป่า ก็มีสาเหตุจากความไม่ไว้วางใจต่อชุมชน แม้ในกรณีที่ภาครัฐเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วม เช่น การเปิดประชาพิจารณ์ในโครงการที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมก็มักดำเนินการอย่างรวบรัด หรือกลายเป็นการชี้แจงเพื่อสนับสนุนโครงการของภาครัฐ ทำให้ผลประชาพิจารณ์ไม่เป็นที่ยอมรับของประชาชน¹⁰⁴

2. ข้อจำกัดด้านกระบวนการเข้ามามีส่วนร่วมของประชาชน

การเข้ามามีส่วนร่วมของประชาชนนี้ผู้เขียนเห็นว่ายังมีข้อจำกัดในด้านการบวนการ กล่าวคือ ในกรณีการเข้าชื่อเสนอกฎหมายนั้น กฎหมายกำหนดขั้นตอนให้ต้องจัดทำเป็นร่างกฎหมาย ซึ่งต้องประกอบด้วยหลักการและเหตุผล บทมาตราที่ชัดเจน¹⁰⁵ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหน้าที่ดังกล่าวเป็นภาระกับประชาชนมากเกินไป เนื่องจากการจัดทำร่างกฎหมายเป็นเรื่องทางเทคนิคที่ต้องการผู้เชี่ยวชาญโดยเฉพาะ และจะกลายเป็นข้อจำกัดในการมีส่วนร่วม แต่หากเป็นเพียงเสนอข้อสรุปสั้นๆ ในลักษณะของข้อเสนอทั่วไป และเจ้าหน้าที่ของรัฐจะเป็นผู้จัดทำร่างกฎหมายขึ้นเอง ดังเช่นวิธีการเสนอกฎหมายในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ หรือสหรัฐอเมริกา¹⁰⁶ ก็จะทำให้ประชาชนสามารถเข้าร่วมในการเสนอกฎหมายได้สะดวกขึ้น

ในขั้นตอนการพิจารณาร่างกฎหมายก็ปรากฏว่ากฎหมายไม่ได้กำหนด หรือเปิดโอกาสให้ประชาชนที่เข้าชื่อเสนอกฎหมายเข้าร่วมพิจารณาหรือชี้แจงในชั้นกรรมาธิการ หรือในสภาผู้แทนราษฎรแต่อย่างใด แต่กำหนดให้อำนาจในการพิจารณากฎหมายเป็นของรัฐสภาโดยเด็ดขาด และร่างกฎหมายของประชาชนอาจถูกแก้ไขในชั้นพิจารณากฎหมายก็ได้ ซึ่งอาจกระทบต่อวัตถุประสงค์ของประชาชนผู้เสนอร่างได้หากเป็นการแก้ไขประเด็นสำคัญในร่างกฎหมาย¹⁰⁷

ส่วนกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนด้วยการประชาพิจารณ์นั้นก็ปรากฏว่ายังไม่มีกฎหมายว่าด้วยการนี้อย่างชัดเจน ปัจจุบันคงมีเพียงระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะโดยวิธีประชาพิจารณ์ พ.ศ.2539 และประกาศคณะกรรมการที่ปรึกษา

¹⁰⁴ คณิงนิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 30, น.162-163.

¹⁰⁵ พ.ร.บ.ว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย พ.ศ.2542, มาตรา 5

¹⁰⁶ วนิตา แสงสารพันธ์, "การเข้าชื่อเสนอกฎหมายโดยประชาชน," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น.92.

¹⁰⁷ เพิ่งอ้าง, น.106.

ว่าด้วยประชาธิปไตย เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการในการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะโดยวิธีประชาธิปไตย พ.ศ.2540 แต่กฎเกณฑ์ในการประชาธิปไตยดังกล่าวอาจเกิดความสับสนเปลี่ยนแปลง มีลักษณะเป็นทางการมาก หรือเป็นวิชาการมากเกินไป บางครั้งประชาชนมีความระแวงในความเป็นกลางของคณะกรรมการจัดประชาธิปไตย ทำให้เกิดการเผชิญหน้าของฝ่ายคัดค้านและสนับสนุน รวมทั้งทำให้ประชาชนบางส่วนไม่เข้าร่วมประชาธิปไตยเนื่องจากเกรงจะไปสร้างความชอบธรรมให้กับประชาธิปไตย¹⁰⁸

3. ข้อจำกัดด้านกฎหมาย

แนวความคิดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในด้านต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญนั้นถือเป็นแนวคิดที่ก้าวหน้า แต่ในขณะเดียวกันกฎหมายส่วนใหญ่ที่ตราขึ้นก่อนปีพ.ศ.2540 และใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันกลับเป็นอุปสรรคต่อการมีส่วนร่วมของชุมชน เช่น กรณีกฎหมายเกี่ยวกับป่าสงวน¹⁰⁹ หรืออุทยานแห่งชาติ¹¹⁰ ที่ยังเน้นการบริหารจัดการทรัพยากรแบบรวมศูนย์จากภาคราชการสู่ประชาชน

¹⁰⁸ คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 30, น.164-165.

¹⁰⁹ พ.ร.บ.ป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ.2507, มาตรา 14 “ในเขตป่าสงวนแห่งชาติ ห้ามมิให้บุคคลใดยึดถือ ครอบครอง ทำประโยชน์ หรืออยู่อาศัยในที่ดิน กั้นสร้าง แผ้วถาง เผาป่า ทำไม้ เก็บหาของป่า หรือกระทำการใดๆ อันเป็นการเสื่อมเสียแก่สภาพป่าสงวนแห่งชาติ...”

¹¹⁰ พ.ร.บ.อุทยานแห่งชาติ พ.ศ.2504, มาตรา 16 “ภายในเขตอุทยานแห่งชาติ ห้ามมิให้บุคคลใด

(1) ยึดถือ หรือครอบครองที่ดิน รวมตลอดถึงกั้นสร้าง แผ้วถาง หรือเผาป่า

(2) เก็บหา นำออกไป ทำด้วยประการใดๆ ให้เป็นอันตราย หรือทำให้เสื่อมสภาพ ซึ่งไม้ ยางไม้ น้ำมันยาง น้ำมันสน แร่หรือทรัพยากรธรรมชาติอื่น

(4) ทำด้วยประการใดๆ ให้เป็นอันตราย หรือทำให้เสื่อมสภาพแก่ดิน หิน กรวด

หรือทราย

(5) เปลี่ยนแปลงทางน้ำ หรือทำให้น้ำในลำน้ำ ลำห้วย หนอง บึงท่วมทันหรือเหือดแห้ง

(7) เก็บหา นำออกไป หรือทำด้วยประการใดๆ ให้เป็นอันตราย หรือทำให้เสื่อมสภาพ ซึ่งกล้วยไม้ น้ำผึ้ง ครั่ง ถ่านไม้ เปลือกไม้ หรือมูลค้างคาว

(8) เก็บ หรือทำด้วยประการใดๆ ให้เป็นอันตรายแก่ดอกไม้ ใบไม้ หรือผลไม้

.....”

(Top-down) และขับเคลื่อนชุมชนออกจากป่าโดยอ้างอำนาจตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามแนวคิดให้ประชาชนมีส่วนร่วมก่อตั้งขึ้นแล้วก่อนปี พ.ศ.2540 โดยพ.ร.บ.ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ.2535 เป็นกฎหมายที่มีแนวคิดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม¹¹¹

ผู้เขียนเห็นว่า การอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชให้คงอยู่ต่อไปภายใต้หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development) ชุมชนเป็นปัจจัยสำคัญของความสำเร็จ ดังนั้นภาครัฐจึงควรมีนโยบายสนับสนุนการใช้กระบวนการของชุมชน ดังเหตุผลต่อไปนี้

1. ความหลากหลายทางชีวภาพมีความสัมพันธ์กับรูปแบบการทำเกษตรกรรมที่หลากหลาย ดังนั้นจึงไม่อาจใช้แนวทางใดแนวทางหนึ่งเพียงอย่างเดียว แต่ต้องอาศัยความร่วมมือของเกษตรกร และชุมชนที่หลากหลาย และมีความแตกต่างทางด้านเศรษฐกิจ สังคม ความเชื่อและวัฒนธรรม การระดมและประสานความร่วมมือของชุมชนที่หลากหลายดังกล่าวอย่างมีประสิทธิภาพจะทำให้การอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพประสบความสำเร็จ

2. การร่วมมือของชุมชนท้องถิ่นจะทำให้เกิดการเพิ่มพูนองค์ความรู้ที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช ซึ่งไม่ใช่เฉพาะองค์ความรู้ที่เกี่ยวกับพืชโดยตรง เช่น การคัดเลือกพันธุ์ การเตรียมการเพาะปลูก วิธีการเพาะปลูก การบำรุงรักษา การเก็บเกี่ยว การคัดเลือกเมล็ดพันธุ์ และการใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืชดังกล่าวเท่านั้น แต่การร่วมมือของชุมชนจะช่วยให้เกิดการบูรณาการองค์ความรู้ที่อยู่กับผู้ที่เกี่ยวข้องกับพันธุ์พืชในด้านต่างๆ เช่น แพทย์พื้นบ้าน ผู้นำทางศาสนา เกษตรกร แม่บ้าน เป็นต้น ดังนั้นความสำเร็จของการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชจึงต้องระดมความร่วมมือขององค์ทุกฝ่ายทั้งหมดในชุมชน

3. การอนุรักษ์นั้นมิใช่แต่เพียงการเก็บรักษาไว้เท่านั้น ชุมชนต้องได้ใช้ ได้รู้จักคุณค่า หรือประโยชน์ของทรัพยากรพันธุกรรมนั้นจึงจะทำให้เกิดการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรม การนำมาใช้ประโยชน์ยังเป็นสาเหตุให้เกิดการพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมนั้นต่อไปอีกด้วย ทำให้ทรัพยากรพันธุกรรมมีการพัฒนา และคงอยู่ต่อไป สอดคล้องกับหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development)

4. เกษตรกร และชุมชนจะมีปฏิสัมพันธ์กับความหลากหลายของทรัพยากรพันธุกรรม กล่าวคือ ความหลากหลายของทรัพยากรพันธุกรรมทำให้ชุมชนดำรงอยู่ต่อไปได้ จากการที่ชุมชนได้นำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ประโยชน์ ในขณะที่เดียวกันการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมก็ทำให้เกษตรกร หรือชุมชนช่วยกันอนุรักษ์ และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมให้

¹¹¹ พ.ร.บ.ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ.2535, มาตรา 7.

คงอยู่ต่อไป ดังนั้นการจะอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชไว้ได้จึงต้องอนุรักษ์ชุมชนให้คงอยู่ต่อไปด้วย

5. การอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นจะต้องกระทำอย่างต่อเนื่อง ไม่มีที่สิ้นสุด เพื่อให้ทรัพยากรพันธุกรรมยังคงความหลากหลายต่อไปยังมนุษย์ในรุ่นต่อไป นโยบาย หรือ กิจกรรมที่ส่งเสริมสนับสนุนการดำรงอยู่ของชุมชน การอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมจึงต้องมีอยู่ตลอดไปเช่นกัน

2. ปัญหาและข้อจำกัดการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทย

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยไม่คุ้มครองพืช สารสกัดจากพืช จุลชีพหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ¹¹² แม้การคุ้มครองดังกล่าวจะเป็นไปตามมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดใน TRIPS แต่ประเทศไทยก็ถูกบีบคั้นให้เพิ่มระดับการคุ้มครองให้สูงขึ้น และบังคับใช้กฎหมายให้เข้มงวดมากยิ่งขึ้น ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ การเรียกร้องให้ประเทศไทยเพิ่มระดับการคุ้มครองสิทธิบัตร โดยเฉพาะสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตกระทบต่อนโยบายคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชของประเทศไทยอย่างไร และประเทศไทยมีจุดยืนต่อปัญหาข้อเรียกร้องดังกล่าวอย่างไร

2.1 ข้อเสนอเพิ่มระดับการคุ้มครองสิทธิบัตรและจุดยืนของประเทศไทย

ประเทศอุตสาหกรรมที่มีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีชีวภาพ โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และญี่ปุ่นได้พยายามผลักดันเพื่อเพิ่มระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจากมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดใน TRIPS หรือที่เรียกว่า “ทริปส์พลัส” (TRIPS’ Plus) กระบวนการผลักดันดังกล่าวได้ดำเนินการทั้งในเวทีเจรจาพหุภาคีของ WTO และในการเจรจาระดับทวิภาคีในการจัดทำข้อตกลงเขตการค้าเสรี กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยก็เคยมีการ

¹¹² พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 9(1).

แก้ไขเพิ่มเติมถึง 2 ครั้งจากแรงบีบคั้นของประเทศมหาอำนาจ¹¹³ ผู้เขียนขอแยกพิจารณาการกดดันให้ประเทศไทยต้องเพิ่มระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ดังนี้

(1) ข้อเสนอเพิ่มระดับการคุ้มครองสิทธิบัตรในการเจรจาภาคีภายใต้ WTO

ประเด็นการเพิ่มระดับการคุ้มครองสิทธิบัตรในเวที WTO เฉพาะที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้นแยกได้เป็น 2 ประเด็น คือ การขยายการคุ้มครองไปยังสิ่งมีชีวิต (Patent in life-form) และกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพในการคุ้มครองพันธุ์พืช (Effective sui generis system) ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

(ก) การขยายความคุ้มครองไปยังสิ่งมีชีวิต

การคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตนับเป็นประเด็นที่สร้างความขัดแย้งในหมู่สมาชิก WTO เป็นอย่างมาก ประเทศสหรัฐอเมริกาพยายามผลักดันในประเด็นนี้ส่วนหนึ่งเนื่องจากต้องการคุ้มครองผลประโยชน์จากพืชตัดแต่งพันธุกรรม ซึ่งมีผลผลิตเพิ่มขึ้นจากพื้นที่เพาะปลูกที่เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เรียกร้องให้คุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตทุกชนิด และเสนอให้ยกเลิกข้อยกเว้นการคุ้มครองสิทธิบัตรที่ปรากฏใน TRIPS มาตรา 27.3(b)¹¹⁴ ซึ่งการยกเลิกข้อยกเว้นดังกล่าวจะทำให้สิ่งมีชีวิตทุกชนิดขอรับสิทธิบัตรได้หากมีคุณสมบัติตามเงื่อนไขของการคุ้มครอง

นอกจากข้อเสนอให้ยกเลิกข้อยกเว้นดังกล่าวแล้ว ในกรณีการคุ้มครองสิทธิบัตรใน “จุลชีพ” ตามที่กำหนดใน TRIPS มาตรา 27.3(b) นั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาก็เสนอนิยาม “จุลชีพ” อย่างกว้างให้หมายถึงสิ่งมีชีวิตใดๆ ที่ไม่อาจมองเห็นด้วยตาเปล่าได้ ซึ่งหากยอมรับนิยามในลักษณะนี้ พันธุกรรมของสิ่งมีชีวิตทุกชนิดซึ่งมองด้วยตาเปล่าไม่เห็นย่อมจดสิทธิบัตรได้

จะเห็นได้ว่าข้อเสนอของประเทศสหรัฐอเมริกาทั้งสามกรณี คือ ให้คุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต ให้ยกเลิกข้อยกเว้นสิทธิบัตรตามมาตรา 27.3(b) หรือให้ใช้ความหมาย “จุลชีพ” อย่างกว้างล้วนแล้วแต่นำไปสู่การคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตทั้งสิ้น กล่าวคือ การคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตจะทำให้พืช และพันธุกรรมพืชได้รับสิทธิบัตร การยกเลิกข้อยกเว้นสิทธิบัตรตามมาตรา 27.3(b) ก็จะทำให้ประเทศไทยต้องคุ้มครองพืช และพันธุกรรมพืชด้วยสิทธิบัตรโดยไม่มีข้อยกเว้น

¹¹³ ผู้สนใจโปรดดูกรณีประเทศสหรัฐอเมริกาดันประเทศไทยให้แก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรใน Stefan Kirchanski, “Protection of U.S. patent Rights in Developing Countries: U.S. Efforts to Enforce Pharmaceutical Patents in Thailand,” 16 Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal, 569 (1994).

¹¹⁴ WT/GC/W115 (19 November 1998).

และการตีความ “จุลชีพ” อย่างกว้างก็จะเปิดทางให้ขอสิทธิบัตรในพืช และพันธุกรรมพืชในฐานะ จุลชีพได้นั่นเอง

ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ไม่เห็นด้วยกับการคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต บางส่วนเห็นว่าอาจให้สิทธิบัตรได้ในสิ่งมีชีวิตบางประเภทและภายใต้เงื่อนไขบางประการ โดยให้ เหตุผลว่าการให้สิทธิบัตรในทรัพยากรพันธุกรรมพืชจะขัดกับหลักการของ CBD เพราะจำกัดการ เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าว และขัดแย้งกับหลักสิทธิอธิปไตยของประเทศ¹¹⁵ และปัญหา ดังกล่าวจะยิ่งรุนแรงขึ้นหากประเทศต่างๆ ขาดความระมัดระวังในการตรวจสอบเงื่อนไขการ คุ้มครองสิทธิบัตรในทรัพยากรพันธุกรรม หรือการเขียนข้อถือสิทธิที่กว้างเกินไป¹¹⁶ การคุ้มครอง สิทธิบัตรจุลชีพจะเปิดโอกาสคุ้มครองสิทธิบัตรพันธุกรรมที่มีอยู่ตามธรรมชาติ เนื่องจากบาง ประเทศตีความการประดิษฐ์หมายรวมถึงการค้นพบสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติด้วย¹¹⁷ ประเทศบราซิล เห็นว่าสิทธิบัตรในพันธุกรรมที่แยกออกจากสภาพธรรมชาตินั้น จะต้องเป็นพันธุกรรมที่ผ่าน กระบวนการปรับเปลี่ยนบางอย่างโดยฝีมือมนุษย์¹¹⁸

(ข) กฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพเพื่อการคุ้มครองพันธุ์พืช

ประเทศไทยในฐานะสมาชิก WTO มีพันธกรณีที่ต้องคุ้มครองพันธุ์พืชด้วยสิทธิบัตร หรือกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ หรือทั้งสองระบบร่วมกันก็ได้¹¹⁹ ประเด็นที่ต้องพิจารณาคือ ระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพหมายถึงระบบกฎหมายแบบใด เนื่องจาก TRIPS ไม่ได้ให้ รายละเอียดของระบบกฎหมายเฉพาะนี้ไว้ ดังนั้นประเทศสมาชิกจึงมีสิทธิตีความตามที่เห็น เหมาะสม ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เสนอให้ UPOV เป็นระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพตาม ความหมายของ TRIPS

ปัญหาที่ต้องพิจารณาคือ ระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชของ UPOV เป็นระบบ กฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพในการคุ้มครองพันธุ์พืชตามความมุ่งหมายของ TRIPS หรือไม่

ดังที่ผู้เขียนได้เคยกล่าวไว้แล้วว่า ระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพอย่างน้อย ต้องเป็นระบบที่ผู้ทรงสิทธิสามารถใช้สิทธิ หรือปกป้องสิทธิของตนที่เกี่ยวข้องกับพันธุ์พืชได้ กฎหมาย ต้องกำหนดหลักเกณฑ์ของพันธุ์พืชที่จะได้รับความคุ้มครอง ต้องกำหนดขอบเขตของสิทธิ อายุของ

¹¹⁵ African Group, IP/C/W/163; Brazil, IP/C/W/356.

¹¹⁶ Brazil, IP/C/W/228; Peru, IP/C/W/447.

¹¹⁷ Kenya, IP/C/W/28 Para.141; Peru, IP/C/W/29 Para.175.

¹¹⁸ IP/C/W/228.

¹¹⁹ TRIPS, Article 27.3(b).

สิทธิ หน้าที่ของผู้ทรงสิทธิ ตลอดจนข้อยกเว้นของสิทธิอย่างชัดเจน และแม้ว่า UPOV จะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ตาม แต่ผู้เขียนก็ยังเห็นว่า ระบบ UPOV ไม่ใช่ระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพตามความมุ่งหมายของ TRIPS ดังเหตุผล 4 ประการต่อไปนี้

1. UPOV เน้นคุ้มครองสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชเป็นสำคัญ ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นผู้ที่อยู่ในประเทศพัฒนา ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของธุรกิจการเกษตรเป็นหลัก มิได้เน้นการคุ้มครองเกษตรกรที่ยากจนในประเทศกำลังพัฒนา

2. ระดับการคุ้มครองของ UPOV ใกล้เคียงกับการคุ้มครองในระบบกฎหมายสิทธิบัตร (Patent-like Protection) โดยเฉพาะ UPOV 1991 ได้แก้ไขเพิ่มเติมสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชจนใกล้เคียงกับระบบกฎหมายสิทธิบัตรมากขึ้น ขณะเดียวกันได้ลดระดับการคุ้มครองสิทธิของเกษตรกรลง เมื่อทั้งสองระบบมีรูปแบบการคุ้มครองที่ใกล้เคียงหรือเกือบเหมือนกัน ระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชจึงไม่ควรเป็นระบบกฎหมายเฉพาะตามความมุ่งหมายของ TRIPS ที่ต้องการให้เป็นทางเลือกนอกเหนือจากระบบสิทธิบัตร

3. ไม่ปรากฏบทบัญญัติใดใน TRIPS ห้ามประเทศสมาชิกพัฒนาระบบทรัพย์สินทางปัญญาให้ต่างไปจากระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ในปัจจุบัน

4. หาก TRIPS ต้องการให้ประเทศสมาชิกผูกพันตาม UPOV ในฐานะเป็นกฎหมายเฉพาะก็คงจะกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง ดังเช่นกรณีที่กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องผูกพันตามภาคผนวกของอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ค.ศ.1971¹²⁰ หรือตามสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับวงจรรวม (Treaty on the Protection of Intellectual Property in Respect to Integrated Circuits)¹²¹ เป็นต้น

กลุ่มประเทศแอฟริกัน (African Group) เสนอความเห็นว่ กฎหมายเฉพาะต้องคุ้มครองสิทธิชุมชน (Community rights) และจารีตประเพณีของเกษตรกร โดยเฉพาะที่ใช้เมล็ดพันธุ์ที่ตนเป็นผู้ผลิตเอง และป้องกันพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันที่กระทบต่ออำนาจอธิปไตยในอาหาร และควรมีมาตรการคุ้มครองสิทธิเกษตรกร และภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีความยืดหยุ่น และบังคับใช้อย่างสอดคล้องกับ CBD, IUPGR และ African Model Law¹²²

¹²⁰ TRIPS, Article 9(1).

¹²¹ TRIPS, Article 35.

¹²² WT/GC/W/302 (August 1999), IP/C/W/163 (8 November 1999), IP/C/W/206 (20 September 2000); IP/C/W/404 (4 June 2003).

ประเทศอินเดียมีความเห็นว่า รูปแบบของกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพมีได้หลายรูปแบบ และแต่ละประเทศควรมีสติธิกำหนดและเลือกรูปแบบดังกล่าวได้เอง ควรยืนยันว่าการรับรองสิทธิเกษตรกรเป็นสิ่งสำคัญและจำเป็น และได้มีผลกระทบในทางลบต่อประสิทธิภาพของระบบกฎหมายเฉพาะ และความหมายและขอบเขตของระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพควรให้เป็นดุลพินิจของแต่ละประเทศที่จะพิจารณาภายใต้ระบบกฎหมายและแนวปฏิบัติของตน¹²³

ประเทศบราซิลเสนอความเห็นว่ ประเทศภาคีควรมีอิสระในการเลือกระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ และ UPOV ไม่ใช่ระบบกฎหมายเดียวที่จะเป็นมาตรฐานในการอ้างอิงว่าเป็นระบบที่มีประสิทธิภาพ¹²⁴ และกลุ่มประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดเสนอความเห็นว่ ระบบกฎหมายเฉพาะควรมีความยืดหยุ่นเพื่อให้เกิดความเหมาะสมต่อระบบจัดหาเมล็ดพันธุ์ของแต่ละประเทศ ประเทศภาคีควรมีสติธิเลือกระบบของตนเอง รวมทั้งการยอมรับภูมิปัญญาท้องถิ่น และสิทธิของเกษตรกรในการใช้ เก็บรักษา เก็บเกี่ยว แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายเมล็ดพันธุ์¹²⁵

ประเทศออสเตรเลีย¹²⁶ และสวิตเซอร์แลนด์¹²⁷ เห็นว่ UPOV เป็นระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพได้ แต่ก็ยอมรับว่ อาจมีระบบกฎหมายอื่นที่มีประสิทธิภาพด้วยเช่นกัน และประเทศนอร์เวย์เห็นว่¹²⁸ การให้ความหมายระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพของ TRIPS นั้นทำได้โดยไม่จำเป็นต้องอ้างอิง UPOV

ดังที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ในบทที่ 4 แล้วว่ ระบบทรัพย์สินทางปัญญากระแสหลักในปัจจุบันมีผลกระทบต่อทรัพยากรพันธุกรรมพืชในประเทศกำลังพัฒนา ดังนั้นระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชตาม UPOV ซึ่งถือเป็นระบบทรัพย์สินทางปัญญาตามแนวคิดกระแสหลักในปัจจุบันจึงไม่เหมาะสมต่อประเทศกำลังพัฒนา และไม่ควรเป็นระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพในการคุ้มครองพันธุ์พืชตามความหมายของ TRIPS

¹²³ WT/GC/W/255 (16 July 1999); WT/GC/W/294 (5 August 1999), IP/C/W/161 (3 November 1999), IP/C/W/195 (12 July 2000); IP/C/W/196 (12 July 2000).

¹²⁴ IP/C/W/164 (29 October 1999); IP/C/W/228 (24 November 2000).

¹²⁵ WT/GC/W/251 (13 July 1999); LDC-II/2003/L.1/Rev.1 (2 June 2003).

¹²⁶ IP/C/W/310 (2 October 2001).

¹²⁷ IP/C/W/284 (15 June 2001); IP/C/W/400 (28 May 2003).

¹²⁸ IP/C/W/167 (3 November 1999); IP/C/W/293 (29 June 2001).

(2) ข้อเสนอเพิ่มระดับการคุ้มครองสิทธิบัตรในการจัดทำข้อตกลงเขตการค้าเสรี (Free Trade Agreement-FTA)

ประเทศอุตสาหกรรมโดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่าการเจรจาเพื่อเพิ่มระดับการคุ้มครองในเวทีพหุภาคีได้รับการคัดค้านจากหลายประเทศโดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนา และอาจต้องใช้เวลานานกว่าจะหาข้อยุติได้ ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงใช้การเจรจาแบบทวิภาคีควบคู่กันไป เพื่อให้ประเทศคู่เจรจาเพิ่มระดับการคุ้มครองสิทธิบัตรให้สูงขึ้นโดยใช้อำนาจการเจรจาต่อรองที่สูงกว่า ด้วยยุทธศาสตร์เช่นนี้ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถนำมาใช้เป็นเครื่องมือต่อรองให้เพิ่มระดับการคุ้มครองในเวทีพหุภาคีได้

ในการเจรจาจัดทำ FTA นั้นประเทศสหรัฐอเมริกาจะเรียกร้องให้ประเทศคู่เจรจาคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต หรือสละสิทธิในข้อยกเว้นการคุ้มครองที่กำหนดใน TRIPS มาตรา 27.3(b) และให้เข้าเป็นภาคี UPOV 1991 ที่มีระดับการคุ้มครองใกล้เคียงกับสิทธิบัตร เช่น ข้อตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกา และชิลีกำหนดให้ประเทศชิลีต้องคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์ และกรรมวิธีในทุกสาขาเทคโนโลยีโดยไม่มีข้อยกเว้น¹²⁹ ใน FTA ระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและสิงคโปร์ ให้ประเทศสิงคโปร์ใช้ข้อยกเว้นตามมาตรา 27.2 และ 27.3a ได้¹³⁰ เท่ากับลบล้างสิทธิในการใช้ข้อยกเว้นตามมาตรา 27.3b¹³¹ ประเทศสิงคโปร์ยังต้องเข้าเป็นภาคี UPOV 1991 ให้เสร็จสิ้นภายในปี ค.ศ. 2004¹³² ประเทศจอร์แดนต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จ

¹²⁹ United States – Chile Free Trade Agreement, Article 17.9.1 Each Party shall make patents available for any invention, whether product or process, in all field of technology, provided that the invention is new, involves an inventive step, and is capable of industrial application.

¹³⁰ United States - Singapore Free Trade Agreement, Article 16.7.1 Each Party shall make patents available for any invention, whether product or process, in all field of technology, provided that the invention is new, involves an inventive step, and is capable of industrial application..... Each Party may exclude inventions from patentability only as define in Article 27.2 and 27.3(a) of the TRIPS Agreement.

¹³¹ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, “ทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้เอฟทีเอไทย-สหรัฐ: ผลกระทบต่อการเกษตรไทย,” ใน นันทน อินทนนท์, บรรณาธิการ. ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์, 2 เล่ม, (กรุงเทพมหานคร: ห.จ.ก.จักรวิชาการพิมพ์, 2547), เล่ม 1, น. 132.

¹³² United States - Singapore Free Trade Agreement, Article 16.1.2(a)(ii),

ภายใน 1 ปีนับแต่ข้อตกลงเขตการค้าเสรีมีผลบังคับ¹³³ และประเทศชิลีต้องดำเนินการก่อนวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2009¹³⁴ เป็นต้น

ผู้เขียนเห็นว่า ยุทธศาสตร์ที่ประเทศอุตสาหกรรมชักจูงให้ประเทศกำลังพัฒนาเข้าเป็นภาคี UPOV เพื่อแลกเปลี่ยนกับผลประโยชน์ตอบแทนจะเพิ่มปัญหาต่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชในประเทศกำลังพัฒนามากยิ่งขึ้น และจะเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญต่อการเจรจาแก้ไขมาตรา 27.3(b) ที่กำลังอยู่ระหว่างการดำเนินการใน WTO

(3) จุดยืนของประเทศไทยในการเจรจาพหุภาคีต่อข้อเสนอเพิ่มระดับการคุ้มครองสิทธิบัตร

ประเทศไทยเคยถูกประเทศสหรัฐอเมริกาบีบบังคับให้เพิ่มระดับการคุ้มครองสิทธิบัตรมาแล้ว โดยใช้การให้สิทธิพิเศษทางศุลกากร (GSP) เป็นเครื่องต่อรอง จนในที่สุดประเทศไทยต้องยอมตามข้อเรียกร้องของประเทศสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตามประเทศไทยได้ดำเนินการต่อข้อเรียกร้องครั้งใหม่ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เรียกว่า “ทริปส์ผนวก” ดังนี้

(ก) การให้สิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต

หากพิจารณาตามกฎหมายสิทธิบัตรของไทย¹³⁵ จะพบว่ากฎหมายไม่ให้ความคุ้มครองแก่พืช ส่วนใดส่วนหนึ่งของพืชโดยถือว่าเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ¹³⁶ และข้อยกเว้นดังกล่าวรวมถึงพืชที่มนุษย์คิดค้น หรือผลิตขึ้นไม่ว่าจะใช้วิธีการธรรมชาติ หรือเทคโนโลยี และสารสกัดของพืชก็ไม่ได้รับความคุ้มครองเช่นกัน เว้นแต่จะนำสารสกัดนั้นไปทำให้เกิดผลิตภัณฑ์ขึ้นอีกชั้นหนึ่งจึงจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย¹³⁷ ส่วนจุลชีพนั้นหากเป็นสิ่งที่อยู่ตามธรรมชาติกฎหมายไทยไม่ให้ความคุ้มครอง เว้นแต่จะเป็นจุลชีพที่มนุษย์คิดค้น หรือสร้างขึ้นจึงขอรับสิทธิบัตรได้¹³⁸

16.10.1(a).

¹³³ United States – Jordan Free Trade Agreement, Article 4.1(b), 29(b).

¹³⁴ United States – Chile Free Trade Agreement, Article 17.1.3(a).

¹³⁵ พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 9(1).

¹³⁶ ยรรยง พวงราช, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 7, น.48.

¹³⁷ เพิ่งอ้าง, น.48.

¹³⁸ เพิ่งอ้าง, หน้าเดิม.

ต่อข้อเสนอให้คุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมนั้น ประเทศไทยมีความเห็นให้ใช้มาตรการเปิดเผยข้อมูลแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม (Disclosure of Origin) กับนวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวกับพันธุกรรม โดยในการประชุม WTO ที่เมืองฮ่องกง เมื่อเดือนธันวาคม ค.ศ.2005 ที่ประชุมมีมติเรียกร้องให้ผู้อำนวยความสะดวกการค้าโลกเร่งหาหรือประเด็นการเปิดเผยแหล่งที่มาพร้อมกับประเทศสมาชิก และรายงานให้ที่ประชุม (Council) ก่อนวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 2006

ประเทศไทย บราซิล อินเดีย ปากีสถาน เปรู และแทนซาเนียได้ร่วมกันเสนอให้เพิ่มเติมมาตรา 29bis ของ TRIPS เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการแบ่งปันผลประโยชน์ของ CBD¹³⁹ ประเทศจีน และคิวบาได้เข้าร่วมกับข้อเสนอดังกล่าวต่อมาในภายหลัง¹⁴⁰ รายละเอียดของมาตรา 29bis ที่เสนอให้เพิ่มเติมมีดังนี้

ร่างมาตรา 29bis ใช้หัวข้อว่า “การเปิดเผยแหล่งกำเนิดของทรัพยากรชีวภาพ และหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง (Disclosure of Origin of Biological Resources and/or Associated Traditional Knowledge) และได้ให้เหตุผลของการเสนอแก้ไขว่า เพื่อให้มาตรการใน TRIPS และ CBD มีความสอดคล้องและเกื้อหนุนซึ่งกันและกัน (mutually supportive)¹⁴¹ โดยกำหนดว่าในคำขอสิทธิบัตรในการประดิษฐ์ที่ได้มา (derived from) หรือพัฒนาจาก (developed with) ทรัพยากรชีวภาพ และหรือที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่น จะต้องเปิดเผยชื่อประเทศ รวมทั้งชื่อผู้ที่จัดหา ทรัพยากรชีวภาพ หรือภูมิปัญญาท้องถิ่น และในกรณีที่ทราบแหล่งกำเนิด (Country of Origin) ของทรัพยากรชีวภาพ หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นก็ต้องระบุชื่อแหล่งกำเนิดดังกล่าวด้วย

ประเทศสมาชิกยังอาจร้องขอให้ผู้ยื่นคำขอสิทธิบัตรต้องแสดงหลักฐานว่าได้ปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศผู้จัดหา (Provider) เกี่ยวกับการขอความยินยอมล่วงหน้า (Prior Informed Consent) และการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญา

¹³⁹ WT/GC/W/564/TN/C/W/41 of 31 May 2006.

¹⁴⁰ “Discussions on CBD-TRIPS Gain Momentum with New Proposals,” 6 *Bridge Trade BioRes.* (16 June 2006), www.ictsd.org (Visited June 2006).

¹⁴¹ Draft Article 29bis (1) “For the purpose of establishing a mutually supportive relationship between this Agreement and the Convention on Biological Diversity, in implementing their obligations, Member shall have regard to the objectives and principles of Agreement and the objectives of the Convention on Biological Diversity”.

ท้องถิ่นในเชิงพาณิชย์¹⁴² และหากภายหลังปรากฏว่าผู้ยื่นคำขอสิทธิบัตร หรือผู้ทรงสิทธิบัตรมีข้อมูล หรือหลักฐานเพิ่มเติม ประเทศสมาชิกอาจร้องขอให้ผู้ยื่นคำขอต้องส่งข้อมูลหรือหลักฐานดังกล่าวเพิ่มเติมได้¹⁴³ ประเทศสมาชิกจะเผยแพร่ข้อมูลหรือหลักฐานพร้อมคำขอรับสิทธิบัตร และในกรณีที่ได้รับข้อมูล หรือหลักฐานเพิ่มเติมในภายหลังก็จะเผยแพร่ข้อมูลหรือหลักฐานดังกล่าวเพิ่มเติมโดยไม่ชักช้า¹⁴⁴

ประเทศสมาชิกต้องกำหนดมาตรการบังคับเพื่อให้มั่นใจว่าผู้ยื่นขอสิทธิบัตรได้เปิดเผยข้อมูลตามที่กำหนดข้างต้น โดยเฉพาะหน่วยงานบริหาร หรือศาลจะต้องมีอำนาจยับยั้งกระบวนการพิจารณาให้สิทธิบัตร หรือมีอำนาจเพิกถอนสิทธิบัตร หรือไม่บังคับตามสิทธิบัตรนั้นได้ หากปรากฏว่ามีการฝ่าฝืนหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูล หรือเปิดเผยข้อมูลที่เป็นเท็จ¹⁴⁵

¹⁴² Draft Article 29bis (2) “Where the subject matter of a patent application concerns, is derived from or developed with biological resources and/or associated traditional knowledge, Members shall require applicants to disclose the country providing the resources and/or associated traditional knowledge, from whom in the providing country they were obtained, and, as known after reasonable inquiry, the country of origin. Members shall also require that applicants provide information including evidence of compliance with the applicable legal requirements in the providing country for prior informed consent for access and fair and equitable benefit-sharing arising from the commercial or other utilization of such resources and/or associated traditional knowledge”.

¹⁴³ Draft Article 29bis (3) “Members shall require applicants or patentees to supplement and to correct the information including evidence provided under paragraph 2 of this Agreement in light of new information of which they become aware”.

¹⁴⁴ Draft Article 29bis (4) “Members shall publish the information disclosed in accordance with paragraph 2 and 3 of this Article jointly with the application or grant, whichever is made first. Where an applicant or patentee provides further information required under paragraph 3 after publication, the additional information shall also be published without undue delay”.

¹⁴⁵ Draft Article 29bis (5) “Members shall put in place effective enforcement procedures so as to ensure compliance with the obligations set out in paragraph 2 and 3

(ข) การเปิดเผยแหล่งที่มา

ผู้เขียนมีความเห็นว่า รูปแบบของมาตรการเปิดเผยแหล่งที่มา อาจกำหนดได้ 3 รูปแบบ และแต่ละรูปแบบมีข้อดีข้อเสีย ดังนี้

1. กำหนดให้การเปิดเผยแหล่งที่มา เป็นเงื่อนไขของการให้สิทธิบัตร ดังเช่น ข้อเสนอของกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา รวมทั้งประเทศไทย ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า ข้อเสนอดังกล่าวไม่ขัดแย้งกับหลักการของ TRIPS¹⁴⁶ แต่การกำหนดเช่นนี้จะถูกคัดค้านอย่างรุนแรงจากประเทศอุตสาหกรรมชั้นนำ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และยังกระทบต่อความเชื่อมั่นในสถานะของสิทธิบัตร ทำให้สิทธิบัตรขาดความมั่นคง

2. กำหนดให้การเปิดเผยแหล่งที่มา แต่ไม่ถือเป็นเงื่อนไขของการให้สิทธิบัตร ผู้เขียนเห็นว่า ข้อเสนอในลักษณะนี้จะไม่ส่งเสริมการควบคุมการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ตาม CBD เนื่องจากง่ายต่อการที่ผู้ขอสิทธิบัตรจะเพิกเฉยต่อกระบวนการขอรับความยินยอมล่วงหน้า และการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ แม้ว่าเงื่อนไขดังกล่าวจะกำหนดในกฎหมายภายใน แต่การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมมักจะเป็นบริษัทข้ามชาติ ทำให้มาตรการที่กำหนดในกฎหมายภายในไม่มีสภาพบังคับอย่างแท้จริง และข้อเสนอในลักษณะนี้จะได้รับการคัดค้านอย่างรุนแรงจากกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา

3. กำหนดให้การเปิดเผยแหล่งที่มา เป็นสิ่งที่ต้องดำเนินการในการขอสิทธิบัตร แต่จะมีผลในระดับที่แตกต่างกันดังนี้

ในชั้นยื่นขอสิทธิบัตร ให้การเปิดเผยแหล่งที่มา เป็นเงื่อนไขของการให้สิทธิบัตร กรณีใช้ทรัพยากรพันธุกรรมที่มีอยู่ในธนาคารพันธุกรรมอยู่แล้ว ให้ระบุชื่อของธนาคารพันธุกรรม และข้อตกลงกับธนาคารพันธุกรรมดังกล่าว

of this Article. In particular, Members shall ensure that administrative and/or judicial authorities have the authority to prevent the further processing of an application or the grant of a patent and to revoke, subject to the provisions of Article 32 of this Agreement, or to render unenforceable a patent when the applicant has, knowingly or with reasonable grounds to know, failed to comply with the obligations in paragraph 2 and 3 of this Article or provided false or fraudulent information".

¹⁴⁶ โปรดดูเพิ่มเติมในบทที่ 5.

เมื่อได้รับสิทธิบัตรไปแล้ว หากต่อมาพบว่าการเปิดเผยแหล่งที่มาฯ ดังกล่าวไม่ถูกต้อง หากเป็นการกระทำโดยเจตนาเพื่อปกปิดข้อมูล ให้มีผลเป็นการเพิกถอนสิทธิบัตร แต่กรณีให้ข้อมูลผิดพลาดโดยสุจริต ให้สิทธิบัตรยังคงมีผลต่อไป แต่ผู้ให้ข้อมูลผิดพลาดต้องชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น เช่น ชดเชยผลประโยชน์ให้แก่ชุมชนที่เป็นแหล่งที่มาฯ ที่ไม่ได้เปิดเผยไว้ เป็นต้น

วิธีการเช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นแนวทางที่ประนีประนอมและน่าจะมีความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติมากกว่า

ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่า การเสนอเพิ่มเติมมาตรา 29bis ของ TRIPS โดยผ่านกลไกเวทีพหุภาคีเป็นยุทธศาสตร์ที่เหมาะสม เพราะจะช่วยลดแรงเสียดทานจากประเทศสหรัฐอเมริกาได้ และปัจจุบันกลุ่มประเทศที่เห็นด้วยกับการเปิดเผยข้อมูลแหล่งที่มาฯ (Disclosure Group) มีเพิ่มมากขึ้น ประเทศอุตสาหกรรมบางประเทศ เช่น ประเทศนอร์เวย์ สวิสเซอร์แลนด์ก็เห็นด้วยกับหลักการของการเปิดเผยแหล่งที่มาฯ ดังกล่าว ทำให้การเปิดเผยข้อมูลแหล่งที่มาฯ ได้รับการสนับสนุนจากประชาคมโลกเพิ่มขึ้น

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เจรจาจัดทำ FTA กับประเทศไทยเช่นกัน แต่ยังไม่แล้วเสร็จ แม้ร่าง FTA ในส่วนที่ว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property Chapter) จะไม่เป็นที่เปิดเผย แต่หากเทียบเคียงกับ FTA ระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและสิงคโปร์ ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มอาเซียน (Asean) ด้วยกัน จะพบว่าหากประเทศไทยต้องทำข้อตกลงเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะเดียวกับ FTA ระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและสิงคโปร์แล้ว ประเทศไทยจะต้องสละสิทธิการใช้ข้อยกเว้นในมาตรา 27.3(b) เท่ากับจะต้องแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรให้คุ้มครองพืช และสิ่งมีชีวิตชนิดอื่นด้วย นอกจากนี้ประเทศไทยยังจะต้องเข้าเป็นภาคี UPOV 1991 ซึ่งคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชอย่างเข้มงวดใกล้เคียงกับสิทธิบัตร (Patent-like Protection) ทำให้ประเทศไทยต้องแก้ไข พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ซึ่งมีหลักการและมาตรการบางประการแตกต่างจาก UPOV 1991 ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

ผู้เขียนจึงเห็นว่าการใช้ยุทธศาสตร์เจรจาผ่านกลไกของเวทีพหุภาคีจะเป็นประโยชน์ต่อประเทศไทยมากกว่า เพราะจะได้พลังต่อรองจากประเทศสมาชิกในกลุ่ม Disclosure Group และยังใช้เป็นเหตุผลเลี่ยงการถูกบังคับในการเจรจาสิทธิบัตรเพื่อจัดทำ FTA ได้อีกด้วย

2.2 วัตถุประสงค์การคุ้มครองสิทธิบัตรตามกฎหมายไทยกับพันธกรณีของประเทศไทยตาม TRIPS

ดังได้กล่าวแล้วว่า TRIPS เป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และ TRIPS เปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกตีความ หรือกำหนดรายละเอียดการคุ้มครองให้สอดคล้องกับระบบเศรษฐกิจสังคมของตนได้ อย่างไรก็ตามการเรียกร้องให้พัฒนาการวิจัยในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพ รวมถึงการคุ้มครองสิทธิบัตรโดยอ้างเหตุผลด้านความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ และอุตสาหกรรม และเพื่อให้ทันกับกระแสการเปลี่ยนแปลงของโลก และปัญหาการฉกฉวยทรัพย์สินทางธรรมชาติของไทยไปใช้ประโยชน์ในลักษณะ “โจรสลัดชีวภาพ” ที่เพิ่มมากขึ้น ภายใต้กระแสการเปลี่ยนแปลงเช่นนี้ กฎหมายสิทธิบัตรไทยจึงเผชิญกับสถานะที่ยากลำบากในการตอบสนองต่อความต้องการของภาคส่วนต่างๆ ในประเทศไทยที่มีเป้าหมายแตกต่างกันทั้งด้านความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และอุตสาหกรรม และความสมบูรณ์ของระบบนิเวศและความหลากหลายทางชีวภาพ

ก่อนจะกล่าวถึงสิ่งที่จะนำมาขอสิทธิบัตรตามกฎหมายสิทธิบัตรไทย ผู้เขียนขอกล่าวถึงหลักเกณฑ์เบื้องต้นของการคุ้มครองตามกฎหมายของประเทศไทย ดังนี้

การคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยนั้นมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดใน TRIPS โดยในกรณีสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ สิ่งที่จะนำมาขอคุ้มครองจะต้องเป็นสิ่งที่มีการประดิษฐ์ (Invent) ขึ้นก่อน ดังจะเห็นได้จากถ้อยคำในกฎหมายสิทธิบัตรที่บัญญัติว่า “การประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้...”¹⁴⁷ ซึ่งหมายความว่าต้องเป็นการประดิษฐ์จึงจะขอรับสิทธิบัตรได้ คำว่า “ประดิษฐ์” หมายถึงต้องมีการจัดทำขึ้น คิดทำขึ้น หรือสร้างขึ้น¹⁴⁸ การนำสิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ ถือเป็นผลิตผลของธรรมชาติ (Product of Nature) ไม่อาจนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ (Subject Matter Requirement)

เมื่อเป็นที่ยุติแล้วว่าสิ่งที่จะนำมาขอคุ้มครองเป็นการประดิษฐ์ จึงจะพิจารณาเงื่อนไขการคุ้มครอง (Patentability Requirement) ต่อไปว่า เป็นสิ่งใหม่หรือไม่ (Novelty) มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้นหรือไม่ (Inventive Step) และประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้หรือไม่ (Industrial Application)¹⁴⁹ หลักเกณฑ์การพิจารณาจึงควรต้องเป็นไปตามลำดับ คือ พิจารณามีการ

¹⁴⁷ พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 5.

¹⁴⁸ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542. (กรุงเทพมหานคร: นานมีบุ๊คพับลิเคชันส์, 2546), น.658.

¹⁴⁹ พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 5(1), (2), (3).

ประดิษฐ์หรือไม่ก่อนซึ่งเป็นการพิจารณาเนื้อหาของสิ่งที่นำมาขอคุ้มครอง จากนั้นจึงพิจารณาว่ามีเงื่อนไขเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ หากไม่ใช่การประดิษฐ์แล้วก็ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้โดยไม่ต้องพิจารณาว่ามีเงื่อนไขเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ แม้จะเป็นสิ่งใหม่ที่ไม่เคยมีมาก่อน มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น หรือประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ก็ตาม

ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางการใช้กฎหมายดังกล่าวเป็นแนวทางที่ถูกต้องตามหลักกฎหมายสิทธิบัตร แต่แนวทางการดังกล่าวถูกเบี่ยงเบนไปในภายหลังเนื่องจากการให้ความสำคัญกับประโยชน์ที่เกิดขึ้น (Useful) ของนวัตกรรมนั้น ทั้งที่ตามหลักแล้วเงื่อนไขประโยชน์ (Useful) เป็นเงื่อนไขการคุ้มครองที่ต้องพิจารณาลงจากพิจารณาเงื่อนไขเนื้อหาของสิ่งที่ขอคุ้มครองก่อนแล้ว (Subject Matter Requirement) เท่านั้น¹⁵⁰ อีกทั้งยังมีการสร้าง “หลักการแทรกแซงของมนุษย์” (Human Intervention) เพื่อเป็นข้ออ้างสร้างความชอบธรรมของการคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตขึ้นเป็นการเฉพาะ ซึ่งผู้เขียนได้วิเคราะห์แล้วว่า หลักการแทรกแซงของมนุษย์นี้ยังไม่มีเหตุผล หรือนำหนักเพียงพอที่จะทำให้นวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพเป็นการประดิษฐ์ได้ และเป็นหลักที่ขัดแย้งในตัวเอง การนำหลักนี้มาใช้จะทำให้กฎหมายสิทธิบัตรเกิดผลประหลาด (Absurd) และการสร้างหลักนี้ขึ้นกลับยิ่งแสดงการยอมรับว่าไม่ใช่การประดิษฐ์¹⁵¹

ข้อจำกัดและอุปสรรคของการปรับใช้กฎหมายสิทธิบัตรไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชมีประเด็นที่ต้องพิจารณาเป็นลำดับ ดังนี้

(1) พันธุกรรมพืช หรือพันธุ์พืชที่ผ่านการตัดแต่งด้วยเทคนิคพันธุวิศวกรรม

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในฐานะทรัพย์สินเอกชน (Private Property) แต่กฎหมายจะไม่คุ้มครองพืช¹⁵² และแม้จะมีได้กล่าวถึงพันธุกรรมพืชหรือพันธุ์พืชโดยตรง แต่พืชที่เป็นวัตถุมีรูปร่าง เป็นสิ่งจับต้องได้ (Tangible) และเป็นวัตถุแห่งการครอบครองหวงกันนั้นก็ประกอบขึ้นจากพันธุกรรมจำนวนมากที่แสดงลักษณะภายนอกออกมา (Phenotype) จากผลของการกำหนดลักษณะโดยรหัสพันธุกรรม (Genotype) นั่นเอง ทั้งสองสิ่งจึงมีความสัมพันธ์กันจึงไม่อาจแยกพิจารณาพันธุกรรมออกจากพืช หรือแยกพิจารณาพืชออกจากพันธุกรรมในลักษณะแบบแยกส่วนได้ (Reductionist) ทั้งสองประการจึงต้องถือเป็นสองสิ่งที่เป็นหนึ่งเดียว ด้วยเหตุผลนี้พันธุกรรมพืชจึงเป็นส่วนหนึ่งของพืช อีกนัยหนึ่งก็คือพืชนั่นเอง ซึ่งกฎหมายสิทธิบัตรไม่คุ้มครอง

¹⁵⁰ โปรดดูการเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยของศาลสหรัฐอเมริกาในบทที่ 4.

¹⁵¹ โปรดดูข้อวิเคราะห์ “หลักการแทรกแซงของมนุษย์” ในบทที่ 4.

¹⁵² พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 9.

กรณีพืชตัดแต่งพันธุกรรมนั้น หากพิจารณาเทคนิคการตัดแต่งพันธุกรรมเป็นการนำพันธุกรรมจากพืช หรือสิ่งมีชีวิตชนิดหนึ่งมาตัดต่อเข้ากับพันธุกรรมของพืชอีกชนิดหนึ่ง มนุษย์ไม่ได้สร้างพันธุกรรมขึ้นเอง แต่เป็นการนำพันธุกรรมที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติมาใช้โดยไม่ได้ปรับเปลี่ยนแต่อย่างใด ลักษณะเช่นนี้ไม่ต่างจากการนำของสองสิ่งที่มีอยู่แล้วมาประกอบเข้าด้วยกันและของสองสิ่งนั้นก็ยังทำหน้าที่เดิม แม้อาจถือเป็นการประดิษฐ์ และของสองสิ่งที่รวมเข้ากันนั้นจะไม่เคยมีมาก่อนก็ตาม ก็ไม่ถือว่าเป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น (Inventive Step) เช่น การนำนาฬิกาขนาดเล็กมาประกอบเข้ากับกำไล การนำล้อมาติดกับขาโต๊ะ เป็นต้น¹⁵³ หรือการนำเครื่องบดเนื้อมาประกอบเข้ากับเครื่องบรรจุเนื้อ¹⁵⁴ เป็นต้น

TRIPS ไม่ได้กำหนดรายละเอียดของเงื่อนไขขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น ประเทศไทยจึงอาจกำหนดรายละเอียดในส่วนนี้เองได้ เช่น อาจกำหนดว่าการนำพันธุกรรมสองชนิดมาตัดต่อรวมกันนั้น ต้องทำให้พันธุกรรมที่รวมกันนั้นมีคุณสมบัติใหม่ที่ไม่เคยมีมาก่อน มิใช่เพียงแสดงคุณสมบัติเดิม เช่น การนำพันธุกรรมของแบคทีเรียที่ผลิตสาร A ที่เป็นพิษต่อหนอนกินใบมาตัดต่อให้กับพันธุกรรมของต้นข้าว ทำให้ข้าวต้านทานหนอนกินใบได้ แสดงว่าพันธุกรรมที่นำมาตัดต่อนั้นเพียงแต่ทำหน้าที่ผลิตสาร A อย่างเดิม ไม่ถือว่ามีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น แต่หากเมื่อตัดต่อแล้วทำให้พันธุกรรมของแบคทีเรียผลิตสาร B ที่เป็นพิษต่อด้วง แสดงว่าการตัดต่อทำให้พันธุกรรมของแบคทีเรียผลิตสาร B ซึ่งไม่เคยผลิตมาก่อน หรือพันธุกรรมยังคงผลิตสาร A แต่มีคุณสมบัติที่ดีขึ้นและมีประสิทธิภาพมากขึ้นในการกำจัดหนอน กรณีนี้ถือว่ามีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น อย่างไรก็ตามกรณีนี้จะอยู่ในข่ายได้รับความคุ้มครอง ผู้เขียนก็เห็นว่า ขอบเขตการคุ้มครองควรจำกัดเฉพาะพันธุกรรมของแบคทีเรียที่ให้สารใหม่เท่านั้น บุคคลอื่นยังมีสิทธิใช้พันธุกรรมของแบคทีเรียที่ให้สารเดิมได้ต่อไป

แต่แม้จะไม่อาจขอสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ได้ แต่หากกรรมวิธีในการตัดต่อพันธุกรรมเป็นกรรมวิธีใหม่ที่ต้องตามเงื่อนไขการคุ้มครอง ก็อาจขอคุ้มครองเฉพาะส่วนของกรรมวิธีก็ได้ เช่น กรณีแบคทีเรียของนายชัคคาร์บาร์ตี (Chakrabarty) USPTO คุ้มครองกรรมวิธีการตัดต่อยีน และสื่อกลาง (Inoculum) ที่ทำให้แบคทีเรียลอยตัวอยู่ในน้ำมันได้¹⁵⁵

¹⁵³ โปรดดูรายละเอียดการวิเคราะห์ในบทที่ 4.

¹⁵⁴ William v. Nye, 1890 RPC 62.

¹⁵⁵ การวางแบคทีเรียเข้ากับสื่อกลาง (Inoculum) เพื่อเป็นตัวช่วย (Carrier) ให้แบคทีเรียลอยอยู่บนน้ำมัน มีประเด็นต้องพิจารณาด้วยว่าเป็นการประดิษฐ์ใหม่หรือไม่ แต่ประเด็นนี้มีได้เป็นประเด็นข้อพิพาทในคดี โปรดดู สมชาย รัตนชีโสกุล, “โจรสลัดชีวภาพ (Bio-piracy):

ผู้เขียนเห็นว่า ภาคธุรกิจเมล็ดพันธุ์ หรือพันธุ์พืชอาจคุ้มครองความคิดสร้างสรรค์ของตนเองได้ในระดับหนึ่งอยู่แล้ว โดยอาศัยเทคโนโลยี เช่น พืชพันธุ์ผสม (Hybrid Variety) หรือพืชที่มีถิ่นหนัน (GURTs) หรือโดยอาศัยกฎหมายสัญญา เช่น การทำสัญญาฟาร์มเกษตร (Contract Farming) การทำข้อตกลงในการใช้ประโยชน์จากเมล็ดพันธุ์ หรือพันธุ์พืช เป็นต้น¹⁵⁶ การที่กฎหมายไทยไม่คุ้มครองพืชแม้จะกระทบสิทธิของนักนวัตกรรมบ้าง แต่จะทำให้ไม่มีผู้ใดกล่าวอ้างสิทธิเป็นเจ้าของพืชสายพันธุ์ใดสายพันธุ์หนึ่ง ทำให้เกษตรกรซึ่งเป็นประชากรส่วนใหญ่ของประเทศยังคงใช้พันธุ์พืชตามวิถีปฏิบัติและจารีตประเพณีดั้งเดิมได้ต่อไป ซึ่งจะย้อนมาเป็นผลดีต่อการอนุรักษ์และพัฒนาความหลากหลายของทรัพยากรพันธุกรรมพืชให้คงอยู่กับประเทศไทยต่อไป ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวม (Public Interest) มากกว่า

หากประเทศไทยมีนโยบายต้องการให้ความคุ้มครองความคิดสร้างสรรค์ หรือนวัตกรรมที่เกี่ยวกับพืชนั้น แต่เนื่องจากพืชมีลักษณะที่ต่างจากวัตถุแห่งการประดิษฐ์อื่น จึงอาจไม่จำเป็นต้องคุ้มครองด้วยสิทธิบัตร แต่อาจคุ้มครองด้วยรูปแบบอื่นที่ไม่ต้องให้สิทธิจำเพาะ (Exclusive Rights) หรือเป็นการคุ้มครองภายใต้ข้อจำกัด หรือเงื่อนไขบางอย่างก็ได้¹⁵⁷

ส่วนกรณีพันธุ์พืช กฎหมายไทยคุ้มครองพันธุ์พืชตามกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช ซึ่งได้กำหนดเงื่อนไขการคุ้มครองเป็นกรณีเฉพาะแยกต่างหากจากกฎหมายสิทธิบัตร¹⁵⁸ และอาจถือเป็นระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพตามความหมายของ TRIPS มาตรา 27.3(b) กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทยไม่อนุญาตให้คุ้มครองซ้ำซ้อน (Double Protection) ดังเช่นที่กำหนดใน UPOV 1991 ดังนั้นกรณีพันธุ์พืชไม่ว่าจะเป็นพันธุ์พืชที่ปรับปรุงพันธุ์ด้วยกรรมวิธีปกติ (Conventional Breeding) หรือพันธุ์พืชที่ปรับปรุงพันธุ์ด้วยเทคนิคตัดแต่งพันธุกรรม (Genetic Engineering) จึงไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร แต่ต้องไปขอรับความคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงต่อไป

ที่มา-ปัญหาและแนวทางสำหรับประเทศไทยตามกรอบความตกลงทริปส์," นิติศาสตร์, เล่ม 1, ปีที่ 33, (มีนาคม 2546):98, 110.

¹⁵⁶ โปรดดูเพิ่มเติมในบทนำ.

¹⁵⁷ โปรดดูต่อไปในบทที่ 7.

¹⁵⁸ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 12.

(2) สารสกัดบริสุทธิ์จากพืช

คำว่า “สกัด” หมายถึง “การเค้นหรือแยกเอาออกมา” ¹⁵⁹ สารสกัดจากพืชจึงหมายถึง การแยกเอาสารบางชนิดที่มีอยู่แล้วออกจากพืชด้วยกรรมวิธีบางอย่าง เมื่อสารดังกล่าวเป็นสารที่มี อยู่ก่อนแล้ว การแยกสารออกมาเป็นอิสระจึงไม่มีการประดิษฐ์สารดังกล่าวขึ้นใหม่แต่อย่างใด และ การใช้คำว่า “สกัด” ก็แสดงความหมายอยู่ในตัวว่าไม่ได้ประดิษฐ์ สารที่สกัดออกมาได้จึงไม่ใช่ สิ่งประดิษฐ์ ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้

กรณีพันธุ์กรรมพืชซึ่งเป็นส่วนที่บรรจุข้อมูลทางพันธุกรรมของพืช (Genotype) และ อยู่ในเซลล์ของพืช การสกัดเพื่อแยกพันธุกรรมดังกล่าวออกมา ไม่ว่าจะเรียกอย่างไร และไม่ว่าจะ ใช้วิธีการใดสิ่งที่ได้มาก็ยังเป็นการเค้น หรือแยกพันธุกรรมที่มีอยู่ในพืชจึงยังคงเป็นสารสกัดจากพืช ตามความหมายของกฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายจึงไม่อาจคุ้มครองสารสกัดจากพืช ¹⁶⁰ เช่นเดียวกับการไม่อาจคุ้มครองพืช

แต่มีปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ กรณีสารสกัดบริสุทธิ์จากพืช ซึ่งต้องผ่าน กระบวนการ หรือกรรมวิธีทางเทคนิคขั้นสูงจะเป็นกรณีที่แตกต่างกันออกไป และจะได้รับความ คุ้มครองได้หรือไม่

กรณีสารสกัดบริสุทธิ์นี้ มีผู้ให้ความเห็นว่าต้องใช้ความรู้ความสามารถสูงในการสกัด สารดังกล่าว และในสภาพธรรมชาติจะไม่ปรากฏสารในสภาพที่บริสุทธิ์ดังเช่นสารที่สกัดได้ จึงเห็น ว่าสารสกัดบริสุทธิ์เป็นวัตถุแห่งการคุ้มครองสิทธิบัตรได้ ผู้เขียนเห็นว่า แนวคิดข้างต้นอาจ เทียบเคียงมาจาก “สารสกัดดั้งเดิม” และการ “แปรรูปอย่างหายา” ตามกฎหมายคุ้มครองและ ส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ¹⁶¹ อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวมุ่งเน้นคุ้มครอง ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยที่ใช้สมุนไพรเป็นยาในการรักษาไม่เกี่ยวข้องกับกฎหมายสิทธิบัตร

¹⁵⁹ ราชบัณฑิตยสถาน, *อรรถาธิบาย คำว่า สกัด*, 148, น.1110-1111.

¹⁶⁰ พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 9.

¹⁶¹ พ.ร.บ.คุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542, มาตรา 3 ให้นิยาม “สารสกัดดั้งเดิม” ว่าหมายถึง สารธรรมชาติที่ยังไม่ได้ปรุงแต่ง หรือต่อเติมโมเลกุลตาม กระบวนการทางวิทยาศาสตร์จนเกิดเป็นสารใหม่ และให้นิยาม “แปรรูปอย่างหายา” ว่าหมายถึง การปรุงแต่งหรือเปลี่ยนแปลงสภาพ หรือคุณสมบัติของสมุนไพรทำให้ได้สารสกัดแบบรวมด้วย กรรมวิธีดั้งเดิมและแบบที่พัฒนาขึ้นโดยมิได้สกัดแยกสารบริสุทธิ์เป็นรายชนิดหรือรายตัว.

และมีได้ประสงค์จะให้ถือว่าสารสกัดบริสุทธิ์เป็นการประดิษฐ์ตามความหมายของกฎหมายสิทธิบัตร¹⁶² จึงไม่อาจนำความหมายในกฎหมายดังกล่าวมาเทียบเคียงกับกฎหมายสิทธิบัตรได้

กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ได้ให้ตัวอย่างกรณีสารสกัดจากพืชว่า สารที่สกัดได้จากพืชสมุนไพร ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้เนื่องจากเป็นสารที่มีอยู่ตามธรรมชาติ ไม่ได้สังเคราะห์ขึ้นใหม่¹⁶³ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการนี้ไม่เป็นการประดิษฐ์ตามนิยามที่กำหนดใน พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ.2522 มาตรา 3 ดังนั้นกรณีสารสกัดจากพืชสมุนไพรจะนำมาขอรับสิทธิบัตรโดยตรงไม่ได้ แต่ต้องนำไปสังเคราะห์จนเกิดสารประกอบใหม่ขึ้นก่อน สารประกอบใหม่นั้นจึงขอรับสิทธิบัตรได้ เมื่อเปรียบเทียบกับพันธุกรรมที่สกัดจากพืชยังคงเป็นสิ่งที่ได้จากพืชโดยตรง มิได้เป็นสารประกอบใหม่ที่เกิดจากกระบวนการสังเคราะห์แต่อย่างใด ดังนั้นจึงยังคงเป็นสารสกัดจากพืชอยู่นั่นเอง และไม่อาจขอสิทธิบัตรได้

ผู้เขียนเห็นว่า หากพิจารณาในบริบทของกฎหมายสิทธิบัตรที่วัตถุประสงค์แห่งการคุ้มครองจะต้องเป็นการประดิษฐ์ (Invention) แต่สารสกัดบริสุทธิ์มิใช่สิ่งที่มนุษย์ประดิษฐ์ขึ้น แต่เป็นสิ่งที่มิได้อยู่แล้วตามธรรมชาติ จึงไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ (Product of Nature) ทำนองเดียวกับการสกัดแร่ธาตุที่มีอยู่ตามธรรมชาติให้บริสุทธิ์ เช่น การสกัดแร่ทองคำ แร่สังกะสี เป็นต้น¹⁶⁴ การตีความคุ้มครองสารสกัดบริสุทธิ์ในฐานะเป็นสิ่งประดิษฐ์ กลับจะยิ่งก่อให้เกิดผลประหลาด (Absurd) กับกฎหมายสิทธิบัตร และนำมาซึ่งผลกระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพซึ่งเป็นสิ่งไม่พึงประสงค์ต่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชของประเทศกำลังพัฒนา

(3) ทรัพยากรพันธุกรรมพืชในฐานะ “จุลชีพ” (Microorganism)

“จุลชีพ” เป็นสิ่งที่กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยให้ความคุ้มครองตามมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดใน TRIPS โดยยกเว้นไม่คุ้มครองเฉพาะจุลชีพ หรือส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ¹⁶⁵ ปัญหาที่ต้องพิจารณามี 2 ประเด็น คือ ความหมายของ “จุลชีพ”

¹⁶² โปรดดูหมายเหตุท้าย พ.ร.บ. คุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542.

¹⁶³ ราชบัณฑิตยสถาน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 148, น.1159 ให้ความหมาย “สังเคราะห์” ว่าหมายถึง “การทำให้ธาตุมีปฏิกิริยาเคมีกันเป็นสารประกอบ, ทำให้สารประกอบมีปฏิกิริยาเคมีกันเป็นสารประกอบอื่น, ที่สร้างขึ้นโดยกรรมวิธีทางเคมี.

¹⁶⁴ โปรดดูรายละเอียดการวิเคราะห์ในบทที่ 4.

¹⁶⁵ พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 9.

และ “จุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ” ตามกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยนั้นมีความหมายอย่างไร

ดังได้กล่าวแล้วว่าความหมายและขอบเขตของ “จุลชีพ” ยังไม่เป็นที่ชัดเจน โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาเสนอให้ตีความ “จุลชีพ” อย่างกว้าง โดยใช้ความหมายธรรมดาตามที่ปรากฏในพจนานุกรม ว่าหมายถึง “สิ่งมีชีวิตใดๆ ที่ไม่อาจมองเห็นได้ด้วยตาเปล่า เช่น แบคทีเรีย หรือไวรัส” ถ้อยคำที่มีนัยสำคัญจากนิยามดังกล่าว คือ “สิ่งที่ไม่อาจมองเห็นด้วยตาเปล่า” ทำให้พันธุกรรมพืชซึ่งมองไม่เห็นได้ด้วยตาเปล่าเช่นกันสามารถขอสิทธิบัตรในฐานะจุลชีพได้

ความหมายของ “จุลชีพ” ในประเทศไทยยังไม่เป็นที่แน่นอนเช่นกัน พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานให้ความหมาย “จุลชีพ” ว่าหมายถึง “สิ่งมีชีวิตขนาดเล็กมาก มองด้วยตาเปล่าไม่เห็น ต้องดูด้วยกล้องจุลทรรศน์ ส่วนมากมีเซลล์เดียว”¹⁶⁶ ซึ่งเป็นความหมายทำนองเดียวกับที่เสนอโดยประเทศสหรัฐอเมริกา การตีความว่าสิ่งใดเป็นจุลชีพหรือไม่จึงขึ้นอยู่กับดุลพินิจของหน่วยงานตรวจคำขอรับสิทธิบัตร หากตีความอย่างกว้างพันธุกรรมพืชย่อมขอสิทธิบัตรในฐานะจุลชีพได้

ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยมีเจตนารมณ์ชัดเจนที่จะไม่คุ้มครองพืช เนื่องจากเกรงผลกระทบที่จะเกิดแก่เกษตรกรที่เป็นคนส่วนใหญ่ของประเทศ¹⁶⁷ ดังนั้นหากตีความ “จุลชีพ” อย่างกว้างจะทำให้พืชเป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรได้ ซึ่งขัดกับเจตนารมณ์ดังกล่าว แม้จะอ้างว่าสิ่งที่ขอรับความคุ้มครองเป็นพันธุกรรมไม่ใช่พืช แต่พันธุกรรมจะปรากฏในเซลล์ของพืชทุกเซลล์ แม้ขอถือสิทธิระบุเพียงพันธุกรรม แต่ก็ครอบคลุมไปถึงพืชทั้งต้นโดยปริยาย จึงไม่ต่างจากการจดสิทธิบัตรพืช ดังนั้นอำนาจผูกขาดของผู้ทรงสิทธิบัตรเหนือพันธุกรรมพืชจึงครอบคลุมไปถึงพืชทั้งต้น

ปัญหาที่ควรพิจารณาต่อไป คือ กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยควรระบุความหมายและขอบเขตของ “จุลชีพ” ให้ชัดเจนหรือไม่ หรือควรปล่อยให้คลุมเครือต่อไปอย่างที่เป็นอย่างนี้เป็นอยู่ในปัจจุบัน และให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจตามที่เห็นเหมาะสม

ผู้เขียนเห็นว่า การปล่อยให้คลุมเครือต่อไปมีทั้งข้อดีและข้อเสีย กล่าวคือ เมื่อไม่มีความหมายที่แน่ชัดประเทศไทยย่อมมีสิทธิตีความ หรือกำหนดขอบเขต “จุลชีพ” ได้เอง โดยไม่จำเป็นต้องยึดตามข้อเสนอของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ข้อเสียคือ หากมีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล เช่น

¹⁶⁶ ราชบัณฑิตยสถาน, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 148, น.319.

¹⁶⁷ ยรรยง พวงราช, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.48.

เจ้าหน้าที่ไม่ให้สิทธิบัตรแก่พันธุกรรมพืชในฐานะเป็นจุลชีพ ซึ่งศาลอาจใช้ความหมายตามพจนานุกรมที่ให้หมายถึงสิ่งที่มีองค์ด้วยตาเปล่าไม่เห็นและถือเป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรได้ก็ได้

การปล่อยให้กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยในประเด็นนี้คลุมเครือต่อไป ยังอาจเป็นช่องทางให้ประเทศอุตสาหกรรมเสนอให้แก้ไขกฎหมายโดยระบุความหมายอย่างกว้างก็ได้ ดังนั้นการกำหนดแนวทางตีความ “จุลชีพ” ให้ชัดเจน เช่น ให้หมายถึง “สัตว์ที่ไม่มีอวัยวะ หรือสิ่งมีชีวิตที่ไม่พัฒนาเป็นเนื้อเยื่อ หรืออวัยวะ ได้แก่ แบคทีเรีย รา โปรโตซัว สาหร่าย และไลเคน” การกำหนดความหมายเช่นนี้จะมีขอบเขตที่ชัดเจน และไม่ใช้การมองไม่เห็นด้วยตาเปล่ามาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา “จุลชีพ” ¹⁶⁸ และเมื่อประกอบกับการตีความ “พืช” อย่างกว้างให้รวมถึงส่วนใดส่วนหนึ่งของพืชด้วยจะทำให้ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรในพันธุกรรมพืช ผลกระทบที่เกิดจากอำนาจผูกขาดเหนือพืช พันธุ์พืช หรือพันธุกรรมพืชโดยระบบสิทธิบัตรก็จะหมดไป

กล่าวโดยสรุป เนื้อหากฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยมีข้อจำกัดที่จะนำมาใช้คุ้มครองนวัตกรรมที่เกี่ยวกับพืช แต่ภาคอุตสาหกรรมต้องการให้คุ้มครองนวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพ และสอดคล้องกับนโยบายสนับสนุนการค้นคว้าวิจัยในเทคโนโลยีสาขานี้ของภาครัฐ แต่ขณะเดียวกันภาครัฐก็ต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ที่จะเกิดจากการคุ้มครอง โดยต้องคำนึงถึงประโยชน์ของทุกภาคส่วนอย่างเท่าเทียมกัน โดยเฉพาะผลกระทบที่จะมีต่อภาคเกษตรกรรมของประเทศไทย ข้อมูลเชิงประจักษ์ที่ผ่านมาก็แสดงให้เห็นว่าการเปิดกว้างในการคุ้มครองสิทธิบัตรจะเป็นประโยชน์แก่นักวิจัย หรือบริษัทเทคโนโลยีชีวภาพข้ามชาติที่มีความพร้อมมากกว่านักประดิษฐ์ไทย การคุ้มครองด้วยสิทธิบัตรยังมีผลกระทบต่อสิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights) ความหลากหลายทางชีวภาพ และระบบนิเวศอีกด้วย กฎหมายสิทธิบัตรจึงไม่ใช่มาตรการที่เหมาะสมต่อการคุ้มครองนวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวข้องทรัพยากรพันธุกรรมพืช

ผู้เขียนเห็นว่า การที่กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยไม่คุ้มครองพืช พันธุกรรมพืช สารสกัดจากพืชเป็นสิ่งที่ถูกต้องและเหมาะสมกับประเทศไทยที่ต้องให้ความสำคัญกับเกษตรกรจำนวนมากที่ดำรงชีพด้วยการทำเกษตรกรรม และการไม่คุ้มครองสิทธิบัตรในพืช พันธุกรรมพืช หรือสารสกัดจากพืชกลับยิ่งเป็นการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่มีอยู่อย่างอุดมสมบูรณ์ให้คงอยู่ต่อไป แต่หากรัฐจะคุ้มครองนวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวข้องทรัพยากรพันธุกรรมพืช ก็

¹⁶⁸ J. Coombs, *Macmillan Dictionary of Biotechnology*, (London: The Macmillan Press, 1986), p.198 “Microorganism is a member of any kind of the following classes: bacteria, fungi, algae, protozoa or viruses”.

ควรมีระบบกฎหมายเพื่อการนี้โดยเฉพาะที่มีมาตรการป้องกันผลกระทบ และสร้างความเป็นธรรมต่อภาคส่วนต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม

3. ปัญหาและข้อจำกัดการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชภายใต้

กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทย

ในฐานะสมาชิก WTO ประเทศไทยมีพันธกรณีต้องคุ้มครองพันธุ์พืชด้วยระบบกฎหมายสิทธิบัตร หรือระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ หรือทั้งสองระบบร่วมกัน¹⁶⁹ ในปี พ.ศ. 2542 ประเทศไทยได้ประกาศใช้ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 กฎหมายฉบับนี้จัดเป็นกฎหมายเฉพาะ (*sui generis*) มีเจตนารมณ์ที่ทำให้เกิดความหลากหลายของพันธุ์พืชโดยการส่งเสริม หรือสร้างแรงจูงใจให้นักปรับปรุงพันธุ์พืชวิจัยและพัฒนาพันธุ์พืชใหม่ โดยอยู่ภายใต้หลักความปลอดภัยทางชีวภาพ ความมั่นคงทางอาหาร ขณะเดียวกันก็ส่งเสริมการอนุรักษ์พันธุ์พืชดั้งเดิม คำนึงถึงสิทธิของเกษตรกร และสอดคล้องกับ CBD¹⁷⁰

ในส่วนการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ หรือสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชนั้น กฎหมายฉบับนี้ใช้แนวทางของ UPOV 1978 ซึ่งมีระดับการคุ้มครองไม่สูงมากนักเมื่อเปรียบเทียบกับ UPOV 1991 แต่ผู้ร่างก็นำมาเฉพาะหลักการที่สอดคล้องเหมาะสมกับสภาพการณ์ของประเทศไทยเท่านั้น ได้แก่ หลักการเกี่ยวกับเงื่อนไขการคุ้มครองพันธุ์พืช วิธีการขึ้นทะเบียน การตั้งชื่อพันธุ์พืช เป็นต้น¹⁷¹

อย่างไรก็ตามกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทยก็มีหลักการอื่นที่แตกต่างไปจาก UPOV หลายประการ เช่น ในส่วนของพันธุ์พืชใหม่นั้นจะคุ้มครองเฉพาะพืชที่ประกาศกำหนดเท่านั้นไม่ได้คุ้มครองพืชทุกชนิด¹⁷² และกฎหมายมิได้คุ้มครองแต่เพียงพันธุ์พืชใหม่เท่านั้น แต่ยังรวมถึงพันธุ์พืชประเภทอื่นอีก 3 ประเภท ดังนี้

1. พันธุ์เมืองทั่วไป ซึ่งหมายถึง พันธุ์พืชที่กำเนิดภายในประเทศ หรือมีอยู่ในประเทศ ซึ่งได้มีการใช้ประโยชน์อย่างแพร่หลาย และให้หมายความรวมถึงพันธุ์พืชที่ไม่ใช่พันธุ์พืชใหม่ พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น หรือพันธุ์พืชป่า¹⁷³

¹⁶⁹ TRIPS, Article 27.3(b).

¹⁷⁰ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น.135.

¹⁷¹ เพิ่งอ้าง, น.136.

¹⁷² พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 14.

¹⁷³ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 3.

2. พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น ซึ่งหมายถึง พันธุ์พืชที่มีอยู่เฉพาะในชุมชนใดชุมชนหนึ่งภายในประเทศ¹⁷⁴

3. พันธุ์พืชป่า ซึ่งหมายถึง พันธุ์พืชที่มีหรือเคยมีอยู่ในประเทศตามสภาพธรรมชาติ และยังมีได้นำมาเพาะปลูกอย่างแพร่หลาย¹⁷⁵

นอกจากนี้กฎหมายยังคุ้มครองรวมไปถึงเห็ด และสาหร่าย เนื่องจากเห็นว่าเป็นสิ่งที่มีประโยชน์ควรแก่การคุ้มครองและประเทศไทยมีความรู้เกี่ยวกับเห็ดมากพอสมควร แต่ไม่รวมจุลชีพ แม้จะมีผู้เสนอให้คุ้มครองด้วยก็ตาม¹⁷⁶ สาเหตุที่ไม่คุ้มครองจุลชีพ เนื่องจากจุลชีพที่ไม่ได้มีอยู่ตามธรรมชาติได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรอยู่แล้ว¹⁷⁷

เมื่อพิจารณาขอบเขตของกฎหมายแล้วแสดงว่าพันธุ์พืชในประเทศไทยทุกชนิดจัดเข้าเป็นพันธุ์พืชประเภทใดประเภทหนึ่งตามกฎหมายได้เสมอ พันธุ์พืชทั้งหมดในประเทศไทยจึงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้ และการใช้วิธีประกาศรายชื่อพันธุ์พืชที่จะได้รับความคุ้มครอง ผู้เขียนเห็นว่าเป็นวิธีที่ยืดหยุ่นกว่าการคุ้มครองพันธุ์พืชทุกชนิดเป็นการทั่วไป เนื่องจากรัฐอาจใช้เป็นกลไกในการปกป้องนักปรับปรุงพันธุ์พืชของไทย โดยเฉพาะการปรับปรุงพันธุ์พืชประเภทที่นักปรับปรุงพันธุ์พืชไทยยังขาดความชำนาญ หรือไม่อาจแข่งขันกับนักปรับปรุงพันธุ์พืชต่างชาติได้

3.1 ข้อแตกต่างของหลักกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทยกับ UPOV

(1) การคุ้มครองภายใต้แนวคิดสิทธิเชิงซ้อน

การคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช ตาม UPOV นั้นเป็นการคุ้มครองภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่ให้ความสำคัญกับทรัพย์สินเอกชน (Private Property) ผู้ทรงสิทธิจะมีสิทธิ

¹⁷⁴ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 3.

¹⁷⁵ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 3.

¹⁷⁶ รายงานการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่าง พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.... ครั้งที่ 2 วันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2542.

¹⁷⁷ นันทน อินทนนท์, “กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช: แนวคิดและบทวิเคราะห์,” ใน นันทน อินทนนท์, อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 131, น.786.

จำเพาะ (Exclusive Rights) ในการแสวงหาประโยชน์แต่ผู้เดียวเหนือพันธุ์พืชใหม่ที่ได้รับการคุ้มครอง¹⁷⁸

แต่หากพิจารณากฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทยแล้ว แม้จะคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชเหนือพันธุ์พืชใหม่ทำนองเดียวกับ UPOV ก็ตามแต่กฎหมายก็เพิ่มเติมหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขการคุ้มครองบางประการที่ทำให้สิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมมากเกินไป ดังนี้

(ก) การยอมรับสิทธิชุมชนเหนือพันธุ์พืช

UPOV จะคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชในฐานะทรัพย์สินเอกชน เป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล การปรับปรุงพันธุ์พืชตามวิถีชีวิต และจารีตประเพณีของเกษตรกร ในแบบดั้งเดิมที่เป็นกระบวนการทางสังคม (Social Processes) ที่สมาชิกในชุมชนจะช่วยเหลือ แลกเปลี่ยนความรู้และภูมิปัญญาเกี่ยวกับพันธุ์พืชร่วมกัน การเปลี่ยนแปลงของลักษณะของพันธุ์พืชจะค่อยๆ เกิดขึ้นทีละเล็กทีละน้อย ไม่อาจจะระบุได้ว่าเกษตรกรรายใดเป็นผู้คิดค้นในส่วนตัว จึงไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้ UPOV

ประเด็นนี้จะแตกต่างจากกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทยที่ให้สิทธิแก่ชุมชนที่ตั้งถิ่นฐาน และสืบทอดวัฒนธรรมร่วมกันมาโดยต่อเนื่อง และได้ร่วมกันอนุรักษ์หรือพัฒนาพันธุ์พืชจดทะเบียนคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นที่มีอยู่ในชุมชนนั้นได้¹⁷⁹ การให้สิทธิแก่ชุมชนเหนือพันธุ์พืชนี้ นับเป็นครั้งแรกในประเทศไทยที่รับรองสิทธิตามกฎหมายของชุมชนเหนือพันธุ์พืช การยอมรับสิทธิดังกล่าวเท่ากับกฎหมายมิได้มองพันธุ์พืชในฐานะทรัพย์สิน หรือสินค้าเท่านั้น แต่ได้พิจารณาพันธุ์พืชในมิติความสัมพันธ์กับชุมชน เป็นการยอมรับระบบกรรมสิทธิ์เชิงซ้อนในพันธุ์พืช การคุ้มครองสิทธิชุมชนผู้เขียนยังเห็นว่าเป็นหลักการที่สอดคล้องกับทัศนะแบบองค์รวม (Holistic) ที่แพร่หลายและฝังลึกอยู่ในสังคมไทย

(ข) การคุ้มครองโดยคำนึงถึงความหลากหลายทางชีวภาพ และระบบนิเวศ

ผู้เขียนเห็นว่า ข้อแตกต่างอีกประการหนึ่งระหว่างกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทยกับ UPOV คือ แม้กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทยจะคุ้มครองสิทธิของเอกชนในพันธุ์พืชใหม่ แต่กฎหมายก็มีเป้าหมายหลักที่การอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชในฐานะเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน การคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ในฐานะเป็นทรัพย์สิน

¹⁷⁸ โปรดดูพัฒนาการ และหลักการของ UPOV เพิ่มเติมในบทที่ 3 และมาตรการทางกฎหมายของ UPOV ในบทที่ 4.

¹⁷⁹ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 44.

เอกชน (Private Property) เป็นเป้าหมายรองของกฎหมาย หรือเป็นเพียงวิธีการ (Mean) เพื่อเป้าหมายหลัก (End) เท่านั้น ดังจะเห็นได้จากเหตุผลท้าย พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 ซึ่งกล่าวว่า "...โดยที่เป็นการสมควรส่งเสริมให้มีการปรับปรุงพันธุ์และพัฒนาพันธุ์พืช เพื่อให้มีพันธุ์พืชใหม่เพิ่มเติมจากที่มีอยู่เดิม อันเป็นการส่งเสริมการพัฒนาทางด้านการเกษตรกรรม โดยการส่งเสริมและสร้างแรงจูงใจด้วยการให้สิทธิและคุ้มครองตามกฎหมาย ตลอดจนเพื่อเป็นการอนุรักษ์และพัฒนาการใช้ประโยชน์พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่า เพื่อให้ชุมชนมีส่วนร่วมในการบำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืชอย่างยั่งยืน..."

เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรการทางกฎหมายในกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชที่อาจไม่รับจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่ที่มีผลกระทบอย่างรุนแรงในทางตรงหรือทางอ้อมต่อสิ่งแวดล้อม สุขภาพ หรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือจะรับจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่ที่ได้จากการตัดต่อสารพันธุกรรมก็ต่อเมื่อได้ผ่านการประเมินผลกระทบทางด้านความปลอดภัยต่อสิ่งแวดล้อม สุขภาพ หรือสวัสดิภาพของประชาชนก่อน¹⁸⁰ รวมทั้งการไม่จำกัดสิทธิของเกษตรกรในการใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืชทำให้เกษตรกรมีสิทธิใช้พันธุ์พืชตามวิถีชีวิตและจารีตประเพณีดั้งเดิมได้โดยอิสระ ทำให้ชุมชนยังคงดำรงอยู่ ยังมีอำนาจในการบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้ กระบวนการอนุรักษ์ และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชด้วยกลไกของชุมชนจึงดำเนินได้ต่อไป แสดงอย่างชัดเจนว่ากฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทยให้ความสำคัญกับการคุ้มครองความหลากหลายของพันธุกรรมพืชมากกว่าสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช

ประเด็นนี้ต่างจากระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชของ UPOV ที่เน้นพันธุ์พืชใหม่ที่ให้ผลผลิตสูง มีคุณภาพและเหมาะสมเพาะปลูกเพื่อการส่งออก จึงต้องใช้พื้นที่เพาะปลูกจำนวนมากในการปลูกพืชเพียงชนิดเดียว (Monocrop) ทำให้เกิดโรคระบาดได้ง่าย การทำเกษตรกรรมโดยใช้พันธุ์พืชทันสมัยยังต้องการระบบชลประทาน ปุ๋ย สารเคมีเพื่อกำจัดและควบคุมศัตรูพืช เครื่องจักรกลการเกษตร ทำให้พันธุ์พืชของเกษตรกร หรือพันธุ์พืชพื้นเมือง (Farmers' variety/Landrace) ลดน้อยลงและสูญหายไปที่สุดในที่สุด ความร่วมมือช่วยเหลือซึ่งกันและกัน เช่น ประเพณีลงแขกสูญหายไป เนื่องจากผลผลิตของเกษตรกรแต่ละรายจะเก็บเกี่ยวพร้อมกันหรือใกล้เคียงกันจึงไม่มีแรงงานเหลือจะช่วยเกษตรกรเพื่อนบ้านได้ การใช้เครื่องจักรกลการเกษตรมาแทนที่โค กระบือ ทำให้ดินขาดความอุดมสมบูรณ์จากมูลโค กระบือ รวมทั้งการปลูกพืชชนิดเดียวกันนานๆ ทำให้ดินเสื่อมสภาพอย่างรวดเร็ว เกษตรกรต้องหันมาใช้ปุ๋ยเคมีเพิ่มขึ้น ต้นทุนในการทำเกษตรกรรมก็เพิ่มขึ้น และประสบการขาดทุน จึงเป็นปัจจัยผลักดันให้เกษตรกรละทิ้งการทำเกษตร และเข้ามา

180

พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 13.

ขายแรงงานในเมือง หรือขายที่ดินแก่นายทุนเกษตร ซึ่งจะจ้างเกษตรกรให้เพาะปลูกในที่ดินที่เคยเป็นของตนเองที่เรียกว่า “สัญญาทำฟาร์มเกษตร” (Contract Farming) เป็นต้น การสูญเสียที่ดินยังเป็นสาเหตุให้เกิดการบุกเบิกพื้นที่ป่าเพิ่มขึ้นอีกและวนเป็นวัฏจักร ทำให้ระบบนิเวศและสิ่งแวดล้อมเสื่อมโทรม ความหลากหลายทางชีวภาพลดลง

ผู้เขียนเห็นว่าสาระสำคัญของกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของไทย ที่ให้การยอมรับสิทธิชุมชน คำนึงถึงความหลากหลายทางชีวภาพและระบบนิเวศ เป็นข้อแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญเมื่อเปรียบเทียบกับ UPOV เพราะเป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับโลกทัศน์ตะวันออกที่มีทัศนะแบบองค์รวม (Holistic) ภายใต้กฎหมายนี้ สังคมเกษตรกรรมซึ่งเป็นหัวใจของภาคเศรษฐกิจในประเทศไทยยังคงดำรงอยู่ได้ต่อไป วิถีชีวิตและจารีตประเพณีของเกษตรกร สิทธิชุมชนล้วนแล้วแต่มีอยู่และเป็นไปเพื่อความสอดคล้องและสมดุลกับธรรมชาติ ไม่ทำร้ายธรรมชาติ

(2) ขอบเขตของพันธุ์พืชภายใต้กฎหมาย

(ก) พันธุ์พืชใหม่ที่เกิดจากการปรับปรุงพันธุ์

UPOV เป็นระบบกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชเพื่อทดแทนความไม่เหมาะสมของการคุ้มครองพันธุ์พืชภายใต้ระบบสิทธิบัตร ดังนั้นเนื้อหาของ UPOV จึงเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์เหนือพันธุ์พืชใหม่ที่นักปรับปรุงพันธุ์ได้ปรับปรุง (Bred) หรือค้นพบและพัฒนาขึ้น (Discover and Develop)¹⁸¹

แต่กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทย จะมีได้คุ้มครองเฉพาะสิทธินักปรับปรุงพันธุ์เหนือพันธุ์พืชใหม่ แต่ยังมีบทบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น และพันธุ์พืชป่าอีกด้วย

ในส่วนของการคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช (Plant Breeder Rights) นั้น ผู้มีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้ได้แก่ “นักปรับปรุงพันธุ์พืช” ซึ่งหมายถึง “ผู้ซึ่งทำการปรับปรุงพันธุ์ หรือพัฒนาพันธุ์จนได้พันธุ์พืชใหม่”¹⁸² และจำกัดเฉพาะบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล¹⁸³ แม้อาจมีกรณีบุคคลหลายคนทำการปรับปรุงพันธุ์ หรือทำการพัฒนาพันธุ์พืชใหม่ร่วมกันและมีสิทธิได้รับความคุ้มครองร่วมกันก็ตาม¹⁸⁴ บุคคลเหล่านั้นก็จะต้องมีสภาพเป็นบุคคล

¹⁸¹ UPOV 1991, Article 1, 5.

¹⁸² พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 3.

¹⁸³ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 15(1).

¹⁸⁴ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 17.

หรือนิติบุคคลอยู่นั่นเอง การที่กฎหมายเน้นคุ้มครองปัจเจกบุคคลเนื่องจากเป็นกฎหมายภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งเน้นให้ความคุ้มครองทรัพย์สินของเอกชน (Private Property)

ดังนั้นหากพิจารณาในแง่ผู้ทรงสิทธิแล้ว การปรับปรุงพันธุ์ด้วยวิธีการของเกษตรกร (Informal Breeding) ที่ไม่อาจจะระบุตัวเกษตรกรผู้ปรับปรุงพันธุ์ได้ชัดเจนจึงไม่ได้รับความคุ้มครอง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชในส่วนคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ไม่คุ้มครองการปรับปรุงพันธุ์พืชอย่างไม่เป็นทางการ (Informal Breeder)

ตามกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทยกำหนดลักษณะของพันธุ์พืชใหม่ที่จะได้รับความคุ้มครองในทำนองเดียวกับ UPOV กล่าวคือ พันธุ์พืชใหม่ที่จะได้รับความคุ้มครองต้องมีลักษณะดังนี้¹⁸⁵

1. มีความสม่ำเสมอของลักษณะประจำพันธุ์ทางด้านสัณฐานวิทยา สรีรวิทยา หรือคุณสมบัติอื่นที่เป็นผลเนื่องจากการแสดงออกของสภาพทางพันธุกรรมที่จำเพาะต่อพันธุ์พืชนั้น
2. มีความคงตัวของลักษณะประจำพันธุ์ที่สามารถแสดงลักษณะประจำพันธุ์ได้ในทุกครั้งของการผลิตส่วนขยายพันธุ์พืชนั้น เมื่อขยายพันธุ์ด้วยวิธีทั่วไปสำหรับพืชนั้น และ
3. มีลักษณะประจำพันธุ์แตกต่างจากพันธุ์อื่นอย่างเด่นชัด ทางสัณฐานวิทยา สรีรวิทยา หรือคุณสมบัติอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องจากการแสดงออกของสภาพทางพันธุกรรมที่แตกต่างจากพันธุ์พืชอื่น
4. เป็นพันธุ์พืชที่ไม่มีการนำส่วนขยายพันธุ์มาใช้ประโยชน์ไม่ว่าจะเป็นการขาย หรือจำหน่ายด้วยประการใด ทั้งในหรือนอกราชอาณาจักรโดยนักปรับปรุงพันธุ์ หรือด้วยความยินยอมของนักปรับปรุงพันธุ์เกินกว่า 1 ปีก่อนวันยื่นขอจดทะเบียน

พันธุ์พืชใหม่ที่ได้มาด้วยเทคนิคพันธุวิศวกรรม (Genetic Engineering) ก็ขอจดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชใหม่ได้เช่นกัน แต่ต้องผ่านการประเมินผลกระทบด้านความปลอดภัยต่อสิ่งแวดล้อม¹⁸⁶ เนื่องจากในทางวิทยาศาสตร์ยังไม่อาจยืนยันว่าพันธุ์พืชดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือไม่ และพิธีสารคาร์ตาเฮน่าว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพ (Cartagena Biosafety Protocol) กำหนดให้ใช้หลักเตือนภัยล่วงหน้า (Precautionary Principle) กับสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรม ผู้เขียนเห็นว่า การใช้หลักเตือนภัยล่วงหน้าเป็นสิ่งที่เหมาะสมเนื่องจากผลกระทบจากพืชดัดแปลงพันธุกรรมเป็นสิ่งที่ไม่อาจคาดเดาได้ (Unpredictable) และหากเกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมก็อาจไม่สามารถเยียวยาให้กลับฟื้นคืนสภาพมาได้อีก (Irreversible)

¹⁸⁵ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 11, 12.

¹⁸⁶ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 13 วรรค 2.

ผู้เขียนเห็นว่า มาตรการไม่รับจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่ที่มีผลกระทบต่อความปลอดภัยนี้อาจนำมาใช้ควบคุมพันธุ์พืชใหม่ที่ใช้เทคนิคทำให้เมล็ดเป็นหมันไม่อาจนำไปใช้เพาะปลูกต่อได้ (GURTs) โดยถือว่าพันธุ์พืชประเภทนี้อาจมีผลกระทบอย่างรุนแรงในทางตรงหรือทางอ้อมต่อสุขภาพ หรือสวัสดิภาพของประชาชน

พันธุ์พืชที่ได้รับการจดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชใหม่ นักปรับปรุงพันธุ์พืชจะมีสิทธิจำเพาะ (Exclusive Rights) ในการผลิต ขาย หรือจำหน่ายด้วยประการใด นำเข้า หรือส่งออก หรือมีไว้เพื่อการดักกล่าวแต่เพียงผู้เดียวซึ่งส่วนขยายพันธุ์ของพันธุ์พืชใหม่¹⁸⁷ สิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชตามกฎหมายจึงจำกัดเฉพาะส่วนขยายพันธุ์เท่านั้น ไม่กว้างเท่ากับสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชตาม UPOV

กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชได้กำหนดข้อยกเว้นสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช ดังนี้

(1) เกษตรกรสามารถใช้ส่วนขยายพันธุ์ของพันธุ์พืชคุ้มครองได้ หากใช้โดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นส่วนขยายพันธุ์ เกษตรกรจึงมีสิทธิจำหน่ายส่วนที่ใช้ขยายพันธุ์ เช่น เมล็ด หรือหัวของพันธุ์พืชคุ้มครองเพื่อการบริโภคได้

กฎหมายให้ความหมาย “ส่วนขยายพันธุ์” ว่าหมายถึง “พืช หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของพืชที่สามารถทำให้เกิดพืชต้นใหม่ได้โดยวิธีปกติทางเกษตรกรรม”¹⁸⁸ ดังนั้นการนำเซลล์พืชจากส่วนที่มีใช้ส่วนขยายพันธุ์มาเพาะเลี้ยงจนได้พืชต้นใหม่ขึ้น แม้จะมีลักษณะเหมือนพันธุ์พืชใหม่ก็ไม่ถือเป็นการใช้ส่วนขยายพันธุ์ของพันธุ์พืชใหม่ จึงไม่ละเมิดสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช¹⁸⁹ ซึ่งจะต่างจากสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชใน UPOV 1991 ที่ครอบคลุมถึงผลผลิตที่ได้จากการใช้พันธุ์พืชคุ้มครองโดยไม่ได้รับอนุญาต พันธุ์พืชอื่นที่ปรับปรุงพันธุ์ขึ้นโดยยังคงมีลักษณะสำคัญของพันธุ์พืชคุ้มครองปรากฏอยู่ (Essential Derived Variety) พันธุ์พืชที่ไม่อาจแยกความแตกต่างจากพันธุ์พืชคุ้มครองได้อย่างชัดเจน (not clearly distinguishable) และยังคงครอบคลุมการผลิตพันธุ์พืชอื่นที่ต้องใช้พันธุ์พืชคุ้มครอง (repeat use of protected variety)¹⁹⁰

(2) นักปรับปรุงพันธุ์มีสิทธินำพันธุ์พืชคุ้มครองไปศึกษา ค้นคว้า ทดลอง หรือวิจัยเพื่อปรับปรุงพันธุ์ หรือพัฒนาพันธุ์พืชได้ (Breeder Exemption)¹⁹¹ และหากพันธุ์พืชที่ปรับปรุงขึ้น

¹⁸⁷ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 33.

¹⁸⁸ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 3.

¹⁸⁹ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 33(1).

¹⁹⁰ UPOV 1991, Article 15(2), (3), (4), (5).

¹⁹¹ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 33(2).

เข้าเงื่อนไขพันธุ์พืชใหม่ นักปรับปรุงพันธุ์ภายหลังก็มีสิทธิได้รับความคุ้มครองในพันธุ์พืชที่ตนเองปรับปรุงขึ้น

ข้อยกเว้นในส่วนการค้นคว้าวิจัยนั้น (Research Exemption) เป็นทำนองเดียวกับข้อยกเว้นการวิจัยใน UPOV ¹⁹² แต่ในส่วนข้อยกเว้นในการปรับปรุงพันธุ์พืช (Breeder Exemption) นั้นมีข้อสังเกตว่าข้อยกเว้นนี้กว้างกว่าข้อยกเว้นใน UPOV ¹⁹³ กล่าวคือ ไม่มีข้อจำกัดแม้จะพันธุ์พืชที่ปรับปรุงขึ้นใหม่จะมีส่วนสำคัญของพันธุ์พืชคุ้มครองปรากฏอยู่ก็ตาม (Essential Derived Variety) และการผลิตพันธุ์พืชใหม่ที่ต้องใช้พันธุ์พืชคุ้มครอง (repeat use of protected variety)

(3) เกษตรกรที่ใช้พันธุ์พืชคุ้มครองโดยสุจริต ¹⁹⁴ จะไม่ถือว่าละเมิดสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช เช่น เกษตรกรได้ส่วนขยายพันธุ์พืชคุ้มครองมา และนำไปขยายพันธุ์ หรือจำหน่ายโดยไม่รู้ว่าเป็นพันธุ์พืชคุ้มครอง ข้อยกเว้นนี้จะช่วยเหลือเกษตรกรที่อาจได้รับส่วนขยายพันธุ์มาจากการแลกเปลี่ยนตามจารีตประเพณีโดยไม่รู้ว่าเป็นพันธุ์พืชคุ้มครอง ข้อยกเว้นในลักษณะนี้ไม่ปรากฏใน UPOV

(4) เกษตรกรมีสิทธิเก็บส่วนขยายพันธุ์ที่ตนเองเป็นผู้ผลิตเพื่อใช้เพาะปลูกต่อไปได้ (Farm-save-seed) ¹⁹⁵ ทำให้ไม่เป็นภาระแก่เกษตรกรที่ต้องซื้อเมล็ดพันธุ์ใหม่ทุกฤดูเพาะปลูก กรณีเป็นพันธุ์พืชที่ควรส่งเสริมการปรับปรุงพันธุ์เกษตรกรจะเพาะปลูกหรือขยายพันธุ์ได้ไม่เกิน 3 เท่าของที่ได้มา ข้อยกเว้นในลักษณะนี้ปรากฏใน UPOV ที่เรียกว่า “สิทธิพิเศษของเกษตรกร” (Farmers’ Privilege) ¹⁹⁶ การใช้สิทธิพิเศษของเกษตรกรนี้จะต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดหรือเงื่อนไขตามสมควรเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของนักปรับปรุงพันธุ์พืช และประเทศสมาชิกจะกำหนดให้สิทธิพิเศษนี้หรือไม่ก็ได้ (Optional exemption)

ผู้เขียนเห็นว่าแม้จะมีข้อจำกัดปริมาณที่เกษตรกรจะนำไปใช้ แต่ข้อจำกัดนี้มีความยืดหยุ่นพอสมควร เนื่องจากใช้เฉพาะกรณีพันธุ์พืชที่ควรส่งเสริมการปรับปรุงพันธุ์เท่านั้น และต้องมีการประกาศกำหนดล่วงหน้าว่าพันธุ์พืชใดเป็นพันธุ์พืชที่ควรส่งเสริม จึงมิได้หมายความว่าพันธุ์พืชใหม่ทุกชนิดจะต้องมีข้อจำกัดดังกล่าว ดังนั้นจึงถือเป็นหลักทั่วไปว่าเกษตรกรมีสิทธิใช้เมล็ดพันธุ์จากแปลงปลูกของตนเองได้โดยอิสระไม่มีข้อจำกัดด้านปริมาณ

¹⁹² UPOV 1991, Article 15(1)(ii).

¹⁹³ UPOV 1991, Article 15(1)(iii).

¹⁹⁴ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 33(3).

¹⁹⁵ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 33(4).

¹⁹⁶ UPOV 1991, Article 15(2).

(5) เกษตรกรมีสิทธิใช้พันธุ์พืชคุ้มครอง หากไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า¹⁹⁷
 ข้อยกเว้นในลักษณะนี้ปรากฏใน UPOV เช่นเดียวกัน¹⁹⁸

ผู้เขียนมีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทยไม่ได้กำหนดให้การใช้พันธุ์พืชตามจารีตประเพณีของเกษตรกร เป็นข้อยกเว้นสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชด้วย ทำให้การจำหน่ายหรือแลกเปลี่ยนเมล็ดพันธุ์ตามจารีตประเพณีของเกษตรกร ซึ่งอาจมีค่าตอบแทนหรือมีสิ่งแลกเปลี่ยน อาจถูกตีความว่าเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ทางการค้าและไม่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 33 (5) และหากเป็นการจำหน่ายหรือแลกเปลี่ยนโดยเกษตรกรรู้อยู่ว่าเป็นพันธุ์พืชคุ้มครองก็ไม่อาจถือว่าเป็นการกระทำโดยสุจริตตามข้อยกเว้นในมาตรา 33 (3) ปัญหานี้อาจเป็นอุปสรรคต่อการใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืชตามวิถีชีวิตหรือจารีตประเพณีของเกษตรกร

อย่างไรก็ดีผู้เขียนเห็นว่า “สิทธิเกษตรกร” จะรวมถึงสิทธิในการจำหน่าย (Rights to Sell) และสิทธิในการแลกเปลี่ยน (Rights to Exchange) เมล็ดพันธุ์ด้วย ดังนั้นการตีความคำว่า “วัตถุประสงค์เพื่อการค้า” จึงไม่ควรตีความกว้างให้หมายความรวมถึง การได้รับค่าตอบแทนเพียงเล็กน้อยหรือการได้รับสิ่งของแลกเปลี่ยนตามปกติของวิถีชีวิตเกษตรกร เพื่อให้เกษตรกรยังคงรักษาจารีตประเพณีที่เกี่ยวกับเมล็ดพันธุ์หรือพันธุ์พืชของตนได้ต่อไป นอกจากนี้ผู้เขียนยังเห็นว่ากฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทยควรขยายข้อยกเว้นให้ครอบคลุมถึงกรณีเกษตรกรจำหน่ายเมล็ดพันธุ์ที่ได้จากแปลงปลูกของตนเองในลักษณะที่บรรจุหีบห่อโดยไม่มีเครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ที่บ่งบอกว่าเป็นเมล็ดพันธุ์ของพืชคุ้มครอง ทำนองเดียวกับข้อยกเว้นกรณี Brown-bagging ของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะเปิดโอกาสให้เกษตรกรจำหน่ายเมล็ดพันธุ์ที่ตนเองผลิตได้ ในปริมาณไม่เกินกว่าที่ตนเองจะเก็บไว้ใช้เพาะปลูกเอง ทั้งนี้เกษตรกรต้องไม่ได้ดำเนินการในเชิงพาณิชย์ เช่น ใช้การโฆษณา ตั้งตัวแทนจำหน่าย เป็นต้น

ประเด็นที่ควรพิจารณาต่อไป คือ ในกรณีการจำหน่ายทั่วไปควรจำกัดปริมาณที่เกษตรกรจะจำหน่ายหรือไม่ ในกรณีนี้ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาเคยวินิจฉัยว่า เกษตรกรจะจำหน่ายเมล็ดพันธุ์ได้ในปริมาณที่ไม่เกินกว่าที่เกษตรกรพึงจะเก็บเมล็ดพันธุ์ไว้สำหรับการเพาะปลูกของตนเอง¹⁹⁹ ซึ่งเป็นการตีความเพื่อจำกัดปริมาณที่เกษตรกรจะจำหน่ายเมล็ดพันธุ์ให้มีจำนวนน้อยจะได้ไม่เกินผลกระทบต่อการจำหน่ายเมล็ดพันธุ์ของนักปรับปรุงพันธุ์พืช กรณีนี้ผู้เขียน

¹⁹⁷ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 33(5).

¹⁹⁸ UPOV 1991, Article 15(1)(i).

¹⁹⁹ *Asgrow v. Winterboer*, 982 F.2d 486 (Fed. Cir. 1992).

เห็นว่า ไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้เนื่องจากหากเป็นการจำหน่ายในปริมาณที่มากเกินไปอาจถือเป็นการจำหน่ายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า ตามมาตรา 33(5) ซึ่งไม่เข้าข่ายยกเว้นอยู่แล้ว

(6) การขาย หรือจำหน่ายด้วยประการใด นำเข้ามาในราชอาณาจักร ส่งออกนอก ราชอาณาจักร หรือมีไว้เพื่อกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังกล่าว ซึ่งส่วนขยายพันธุ์ของพันธุ์พืชใหม่ที่ได้รับการคุ้มครองซึ่งถูกนำออกจำหน่ายโดยผู้ทรงสิทธิ หรือด้วยความยินยอมของผู้ทรงสิทธิ²⁰⁰ ข้อยกเว้นนี้เป็นไปตามหลักการระงับสิ้นไปแห่งสิทธิ (Exhaustion of Rights)²⁰¹ และตรงกับหลักการใน UPOV ที่กำหนดว่าสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชจะไม่ขยายไปยังส่วนใดส่วนหนึ่งของพันธุ์พืชคุ้มครองที่จำหน่ายในดินแดนของประเทศภาคีโดยนักปรับปรุงพันธุ์พืช หรือด้วยความยินยอมของนักปรับปรุงพันธุ์พืช เว้นแต่จะเป็นการขายพันธุ์ในพันธุ์พืชใหม่ หรือเป็นการส่งออกพันธุ์พืชใหม่ไปยังดินแดนที่ไม่ได้คุ้มครองพันธุ์พืชนั้น ยกเว้นแต่เป็นการส่งออกไปเพื่อใช้บริโภคเป็นอาหาร²⁰²

(7) ในกรณีจำเป็นในการป้องกันรักษาโรค และส่งเสริมสุขภาพ การรักษาสวัสดิภาพ ของประชาชน การรักษาและอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมและความหลากหลายทางชีวภาพ หรือเพื่อ ประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น นักปรับปรุงพันธุ์พืชอาจถูกห้ามมิให้ผลิต ขาย จำหน่าย นำเข้า หรือ ส่งออกพันธุ์พืชใหม่ภายในระยะเวลาที่กำหนดก็ได้²⁰³

กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชยังกำหนดข้อจำกัดสิทธินักปรับปรุงพันธุ์ที่เรียกว่า “การ บังคับใช้สิทธิ” (Compulsory Licensing) โดยในกรณีเพื่อประโยชน์ต่อความมั่นคงของประเทศ ใน การรักษาความมั่นคงทางอาหาร การป้องกันการผูกขาดทางการค้า หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ อย่างอื่น บุคคลทั่วไปมีสิทธิขอผลิต ขาย จำหน่าย นำเข้า หรือส่งออกพันธุ์พืชใหม่ได้ แต่ทั้งนี้ต้อง เสียค่าตอบแทนที่เหมาะสมแก่ผู้ทรงสิทธิในพันธุ์พืชใหม่²⁰⁴ และในกรณีแม้มีการบังคับใช้สิทธิแล้ว

²⁰⁰ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 33(6).

²⁰¹ หลักนี้แยกได้เป็น 3 ลักษณะ คือ หลักการระงับสิ้นไปของสิทธิภายในประเทศ (National Exhaustion) หลักการระงับสิ้นไปของสิทธิระดับภูมิภาค (Regional Exhaustion) และ หลักการระงับสิ้นไปของสิทธิระดับระหว่างประเทศ (International Exhaustion) โปรดดูเพิ่มเติมใน บทที่ 4.

²⁰² UPOV 1991, Article 16 (ii).

²⁰³ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 36 วรรค 1.

²⁰⁴ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 36 วรรค 2.

ก็ตามก็ยังไม่สามารถป้องกัน หรือบรรเทาเหตุที่ทำให้เกิดการบังคับใช้สิทธิได้ สิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชในพันธุ์พืชใหม่นั้นอาจถูกเพิกถอนก็ได้²⁰⁵

ผู้เขียนเห็นว่าข้อยกเว้น และข้อจำกัดสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชตามกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของไทยนั้นมีขอบเขตกว้างกว่าที่กำหนดใน UPOV 1991 ที่ให้จำกัดสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชได้เฉพาะในกรณีประโยชน์สาธารณะ (Public Interest)²⁰⁶ และกรณีการเก็บส่วนขยายพันธุ์ที่เกษตรกรเป็นผู้ปลูกเอง (Farm-save-seed) นั้นประเทศสมาชิกจะยกเว้นในส่วนนี้หรือไม่ก็ได้ (Optional exemption) แต่หากยกเว้นต้องให้ค่าชดเชยที่เป็นธรรมแก่นักปรับปรุงพันธุ์พืช²⁰⁷ การกำหนดข้อยกเว้น และข้อจำกัดไว้กว้างผู้เขียนเห็นว่าเหมาะสมกับประเทศไทยที่เป็นประเทศกำลังพัฒนา และเกษตรกรเป็นพื้นฐานสำคัญของเศรษฐกิจของประเทศ การกำหนดข้อยกเว้นและข้อจำกัดไว้กว้างยังสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชที่ถือว่าการคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชเป็นเพียงวิธีการ (Mean) เพื่อเป้าหมายหลัก (End) ของกฎหมายเท่านั้น

ในส่วนของอายุคุ้มครอง ตามกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทยจะสั้นกว่าเมื่อเทียบกับอายุการคุ้มครองตาม UPOV²⁰⁸ โดยกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชได้กำหนดอายุคุ้มครองตามประเภทของพืช ซึ่งแบ่งเป็น 3 ประเภท คือ

- (1) พืชที่ให้ผลผลิตเร็ว หมายถึงพืชที่ให้ผลผลิตหลังจากปลูกภายในเวลาไม่เกิน 2 ปี กฎหมายกำหนดอายุคุ้มครองไว้ 12 ปี
- (2) พืชที่มีอายุยาวกว่าพืชชนิดแรก และให้ผลผลิตช้ากว่าพืชชนิดแรก หมายถึงพืชที่ให้ผลผลิตหลังจากปลูกเกินกว่า 2 ปี กฎหมายกำหนดอายุคุ้มครองไว้ 17 ปี และ
- (3) พืชที่ใช้ประโยชน์จากเนื้อไม้หลังจากปลูกเกินกว่า 2 ปี กฎหมายกำหนดอายุคุ้มครองไว้ 27 ปี

การกำหนดอายุคุ้มครองใช้เกณฑ์ทั่วไปที่ว่า การปลูกพืชส่วนใหญ่จะให้ผลผลิตคุ้มทุนภายในเวลา 10 ปี จึงใช้ระยะเวลาดังกล่าวเป็นฐานและบวกระยะเวลาที่พืชนั้นๆ จะให้ผลผลิตเกินระยะเวลาพื้นฐานข้างต้น เช่น กรณีพืชที่ให้ผลผลิตเร็วจะให้ผลผลิตภายในเวลาไม่เกิน 2 ปี

²⁰⁵ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 36 วรรค 3.

²⁰⁶ UPOV 1991, Article 17.1.

²⁰⁷ UPOV 1991, Article 15.2, 17.2.

²⁰⁸ UPOV 1991 มาตรา 19(2) กำหนดอายุคุ้มครองพืชทั่วไปไม่น้อยกว่า 20 ปี และกรณีของไม้ยืนต้น และองุ่นต้องไม่น้อยกว่า 25 ปี.

จะกำหนดอายุคุ้มครอง 12 ปี เป็นต้น ระยะเวลาที่ให้ผลผลิตที่นำมาคำนวณนี้ หมายถึง การให้ผลผลิตตามสภาพแวดล้อมปกติ โดยไม่มีสิ่งภายนอกมากระทบ เช่น การใส่ปุ๋ยเพื่อเร่งการเจริญเติบโต หรือกระตุ้นด้วยวิธีอื่น²⁰⁹

ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดอายุคุ้มครองดังกล่าว ได้คำนึงถึงสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์แล้ว เนื่องจากระยะเวลาฐานที่นำมาใช้เป็นเกณฑ์กำหนดอายุคุ้มครองนั้นเป็นระยะเวลาที่พืชจะให้ผลผลิตตามสภาพธรรมชาติ ซึ่งในสภาพความเป็นจริงการปลูกในเชิงพาณิชย์จะมีการใส่ปุ๋ยเป็นปกติ ดังนั้นระยะเวลาที่พืชให้ผลผลิตย่อมเร็วกว่าที่นำมาใช้เป็นเกณฑ์ ผลประโยชน์ที่นักปรับปรุงพันธุ์พืชได้รับจึงมากกว่าปกติ ลักษณะเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายได้คำนึงถึงการคุ้มครองผลประโยชน์ของนักปรับปรุงพันธุ์พืชอย่างเหมาะสม

(ข) พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น และพันธุ์พืชป่า

การคุ้มครองพันธุ์พืชในกลุ่มนี้เป็นลักษณะพิเศษของกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทย และไม่ปรากฏใน UPOV และทำให้ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายนี้มีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพเพื่อการคุ้มครองพันธุ์พืช (Effective *sui generis* system) ตามความหมายของ TRIPS

พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นที่ได้รับความคุ้มครอง หมายถึงพันธุ์พืชที่มีอยู่เฉพาะในชุมชนใดชุมชนหนึ่งภายในประเทศไทยเท่านั้น กรณีพันธุ์พืชในต่างประเทศแต่มีอยู่เฉพาะในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งในประเทศไทย พันธุ์พืชนั้นก็เป็นพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นได้ และไม่จำเป็นต้องเป็นพันธุ์พืชที่แพร่หลายก็เป็นพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นได้²¹⁰

มีข้อสังเกตว่าการคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นไม่ต้องมีเงื่อนไขความใหม่ ดังเช่นกรณีพันธุ์พืชใหม่ แต่ยังคงมีคุณสมบัติเป็นพันธุ์พืช กล่าวคือต้องมีความสม่ำเสมอ และความคงตัวของลักษณะประจำพันธุ์ และมีความแตกต่างจากพันธุ์พืชอื่นอย่างเด่นชัด²¹¹

พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นมีความสัมพันธ์กับชุมชนที่มีปลูกพืชชนิดนั้น ดังนั้นชุมชนซึ่งเป็นผู้อนุรักษ์ หรือพัฒนาพันธุ์พืชแต่ผู้เดียวมีสิทธิขอจดทะเบียนคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นได้ แต่ทั้งนี้ชุมชนดังกล่าวจะต้องเป็นกลุ่มของประชาชนที่ตั้งถิ่นฐานและสืบทอดระบบ

²⁰⁹ บันทึกการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 4 ร่าง พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ... ครั้งที่ 5 วันที่ 17 กันยายน 2541.

²¹⁰ บันทึกการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 4 ร่าง พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ... ครั้งที่ 16 วันที่ 26 ตุลาคม 2541.

²¹¹ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 11.

วัฒนธรรมร่วมกันมาโดยต่อเนื่อง และได้ขึ้นทะเบียนชุมชนตามกฎหมายด้วย²¹² กรณีที่ชุมชนรวมตัวกันจัดตั้งเป็นกลุ่มเกษตรกร หรือสหกรณ์ตามกฎหมายว่าด้วยสหกรณ์ กลุ่มเกษตรกร หรือสหกรณ์ดังกล่าวก็มีสิทธิจดทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นได้เช่นกัน²¹³ อย่างไรก็ตามในการใช้สิทธิเหนือพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นนั้น กฎหมายกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กลุ่มเกษตรกร หรือสหกรณ์ที่ได้รับหนังสือสำคัญแสดงการจดทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นเป็นผู้ทรงสิทธิแทนชุมชน²¹⁴

ผู้เขียนเห็นว่า การให้สิทธิแก่ชุมชนในกรณีนี้เป็นความก้าวหน้าของกฎหมายที่มีนัยสำคัญ เพราะเป็นการรับรองสิทธิชุมชนเหนือทรัพยากรพันธุกรรมตามกฎหมายอย่างชัดเจน ทำให้ชุมชนมีสิทธิในการบริหารจัดการ และหาผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมที่มีอยู่เฉพาะในถิ่นของตน เท่ากับยอมรับบทบาทและความสำคัญของชุมชนที่มีต่อการอนุรักษ์ ปรับปรุงและพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมตามแนวทางของ CBD/ITPGR

ชุมชนที่จดทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นจะมีสิทธิจำเพาะ (Exclusive Rights) เหนือพันธุ์พืชนั้นในการปรับปรุงพันธุ์ ศึกษา ค้นคว้า ทดลอง วิจัย ผลิต ขาย ส่งออก หรือจำหน่าย ด้วยประการใดซึ่งส่วนขยายพันธุ์ของพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น²¹⁵ มีข้อสังเกตว่ากฎหมายไม่ได้ให้สิทธิในการนำเข้า เมื่อพิจารณาประกอบกับหลักเกณฑ์พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นที่จำกัดเฉพาะพันธุ์พืชภายในประเทศเท่านั้น ดังนั้นการนำพันธุ์พืชชนิดเดียวกับพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นที่มีอยู่ในต่างประเทศเข้ามาในประเทศไทยจะไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิตามกฎหมายของชุมชนแต่อย่างใด

กรณีของพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นสิทธิในทำนองเดียวกับกรณีพันธุ์พืชใหม่ กล่าวคือ การใช้พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นโดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นส่วนขยายพันธุ์ การใช้โดยสุจริต การใช้ส่วนขยายพันธุ์ที่เกษตรกรเป็นผู้ผลิตเอง และการใช้โดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า²¹⁶ นอกจากนี้การใช้พันธุ์พืชเพื่อการวิจัยค้นคว้าโดยมิได้กระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าก็ได้รับการยกเว้นเช่นเดียวกัน²¹⁷

²¹² พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 3, 44.

²¹³ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 45.

²¹⁴ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 47 วรรค 1.

²¹⁵ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 47.

²¹⁶ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 47 (1)-(4).

²¹⁷ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 48.

ส่วนพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่านั้นถือเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน รัฐจึงเป็นผู้บริหารจัดการพันธุ์พืชในส่วนนี้ โดยควบคุมการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปและพันธุ์พืชป่า โดยกฎหมายแยกการใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืชในกลุ่มนี้ออกเป็น 2 กรณี คือ การเข้าถึงโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า และการเข้าถึงโดยมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า

กรณีการเก็บ จัดหา หรือรวบรวมพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป พันธุ์พืชป่า หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของพันธุ์พืชรังการ เพื่อการปรับปรุงพันธุ์ ศึกษา ทดลอง หรือวิจัยเพื่อประโยชน์ในทางการค้า จะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ และทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ โดยให้นำเงินรายได้ตามข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ส่งเข้ากองทุนคุ้มครองพันธุ์พืช²¹⁸ และกรณีนำไปใช้ในการวิจัยค้นคว้า กฎหมายกำหนดให้ต้องทำข้อตกลงเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา ในผลงานการปรับปรุงพันธุ์ ศึกษา ทดลอง หรือวิจัยที่ได้มาจากการใช้พันธุ์พืชในข้อตกลงด้วย²¹⁹

ผู้เขียนเห็นว่ามาตรการในข้อนี้จะช่วยคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศไทยได้เป็นอย่างดี กล่าวคือ นอกจากรัฐอาจเรียกร้องผลประโยชน์ที่เป็นเงิน (Monetary-Benefit) แล้ว รัฐอาจต่อรองขอให้หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ทรงสิทธิร่วมในทรัพย์สินทางปัญญาในผลงานที่เกิดขึ้นด้วยได้ และกรณีหน่วยงานของรัฐเห็นว่าการให้เข้าถึงพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป หรือพันธุ์พืชป่า ไม่เป็นประโยชน์ต่อประเทศหรือการคุ้มครองพันธุ์พืชก็อาจไม่อนุญาตก็ได้

3.2 การคุ้มครอง “สิทธิเกษตรกร” (Farmers’ Rights) ตามกฎหมายไทยกับแนวคิดสิทธิเกษตรกรใน CBD/ITPGR

ชุมชนเกษตรกรถือเป็นภาคส่วนที่มีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยมาอย่างยาวนาน และได้กำหนดรูปแบบวิถีชีวิต และจารีตประเพณีที่เป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัวของแต่ละชุมชน อย่างไรก็ดีแม้ชุมชนเกษตรกรในแต่ละภูมิภาคจะมีความแตกต่างในด้านวัฒนธรรม ความเชื่อ แต่ก็มีลักษณะร่วมประการสำคัญ คือ ทศนะแบบองค์รวม (Holistic) ที่มีต่อทรัพยากรธรรมชาติ พันธุ์พืช ระบบนิเวศ และความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งเป็นทศนะที่แพร่หลายทั่วไปในประเทศแถบตะวันออก รวมทั้งที่ได้รับอิทธิพลจากแนวคิดของศาสนาพุทธ ซึ่ง

²¹⁸ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 52 วรรค 1.

²¹⁹ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 52(5).

เรียกว่า “วิถีตะวันออก”²²⁰ จะไม่ได้เน้น “สิทธิ” ของปัจเจกบุคคล แต่จะให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ใน “หน้าที่” ที่บุคคลมีต่อชุมชน หรือส่วนรวมมากกว่า แม้สมาชิกในชุมชนจะมีสิทธิใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติที่มีในชุมชนนั้น แต่ก็ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับและถือปฏิบัติติดต่อกันมาในชุมชน เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดผลกระทบระหว่างสมาชิกในชุมชน และเพื่อบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติให้คงอยู่ต่อไป ดังเช่นที่ปรากฏในชุมชนท้องถิ่นในประเทศไทยหลายแห่ง โดยเฉพาะชุมชนในชนบท หรือชุมชนของชนกลุ่มน้อยในเขตพื้นที่สูง ดังได้กล่าวมาก่อนหน้านี้แล้ว แต่บทบาทและความสำคัญของวิถีชีวิตแบบชุมชนดังกล่าวถูกกลบทับและเปลี่ยนแปลงด้วยอิทธิพลของระบบเศรษฐกิจสมัยใหม่จนสูญหายไปเป็นจำนวนมาก

แต่ด้วยผลกระทบต่อการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม การลดลงของความหลากหลายทางชีวภาพ ความเสื่อมโทรมของระบบนิเวศ ที่ส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากความก้าวหน้าทางอุตสาหกรรม และการคุ้มครองนวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม ภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาได้ผลักดันให้ประชาคมโลกหันมาพิจารณาบทบาทของเกษตรกรที่ได้อนุรักษ์พัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมมานับแต่อดีต CBD/ITPGR นับเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศสำคัญที่ระบุถึงสิทธิเกษตรกรในการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมอย่างชัดเจน²²¹

ในประเทศไทยแม้แนวคิดสิทธิเกษตรกรจะแพร่หลายทั่วไปเช่นกัน แต่การยอมรับสิทธิประเภทนี้ยังไม่เด่นชัดเป็นรูปธรรมนัก ผู้เขียนเห็นว่าเป็นเพราะกฎหมายของประเทศไทยนับแต่ภายหลังการปฏิรูประบบกฎหมายที่เน้นรูปแบบกฎหมายในทัศนะของตะวันตก ที่ให้ความสำคัญกับสิทธิของปัจเจกบุคคล (Individual Rights) และเน้นคุ้มครองทรัพย์สินเอกชน (Private Property) ภายใต้ระบบสิทธิแบบเชิงเดี่ยว สิทธิของชุมชนที่มีเหนือทรัพยากรธรรมชาติจึงถูกกลืนหายไป และปรากฏขึ้นอีกครั้งหนึ่งใน พ.ร.บ. ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ.2535 และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ดังกล่าวแล้วข้างต้น

สิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights) เหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้รับการบัญญัติในชั้นยกร่างกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชเช่นเดียวกัน แต่เนื้อหาในส่วนนี้ถูกตัดออกไปในชั้นพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา อย่างไรก็ดีเนื้อหาของสิทธิเกษตรกรบางส่วนยังคงปรากฏใน พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 เช่น สิทธิในการใช้ประโยชน์จากเมล็ดพันธุ์ที่ได้จากแปลงปลูกของตนเอง หรือกองทุนคุ้มครองพันธุ์พืช เป็นต้น

²²⁰ ประเทศกำลังพัฒนาในทวีปแอฟริกาส่วนใหญ่จะมีทัศนะในแบบองค์รวมต่อทรัพยากรธรรมชาติเช่นเดียวกัน.

²²¹ CBD, Preamble, Article 8(j); ITPGR, Preamble, Article 9.

อย่างไรก็ดีผู้เขียนได้กล่าวแล้วว่า สิทธิเกษตรกรมีสาระสำคัญ 3 ประการ คือ การยอมรับเกษตรกรในฐานะนวัตกรรมที่ไม่เป็นทางการ (Informal Inventor) การให้สิทธิเกษตรกรควบคุมการเข้าถึงและได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช และการให้สิทธิเกษตรกรคงรูปแบบวิถีเกษตรกรรมแบบดั้งเดิม²²²

การคงรูปแบบวิถีเกษตรกรรมแบบดั้งเดิมนั้น ผู้เขียนเห็นว่านอกจากจะรวมถึงสิทธิในการใช้ผลิตผลจากแปลงปลูกของตนเอง (Farm-save-seed) แล้วยังรวมถึงสิทธิอีกหลายประการที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

1. สิทธิในที่ดินเพื่อใช้ทำเกษตรกรรมแบบดั้งเดิม ชุมชนเกษตรกรที่อาศัยอยู่ร่วมกับป่า และใช้ประโยชน์จากป่าจึงมีสิทธิที่จะคงสถานะชุมชนดังกล่าวต่อไป การแยกชุมชนออกจากป่าจะทำลายสิทธิในที่ดิน และทำลายสิทธิเกษตรกรนั่นเอง
2. สิทธิในการใช้พันธุ์พืชดั้งเดิม (Land race) หรือพันธุ์พืชของเกษตรกร (Farmers' Variety) หมายความว่า พันธุ์พืชของเกษตรกรจะต้องไม่ถูกกลืนหายไปโดยพันธุ์พืชสมัยใหม่ ซึ่งมักจะใช้พื้นที่ปลูกขนาดใหญ่ ทำให้พื้นที่ปลูกพันธุ์พืชพื้นเมือง หรือพันธุ์เกษตรกรลดน้อยลง
3. สิทธิในการจำหน่ายผลิตผลของตนโดยไม่ถูกกีดกันจากระบบเศรษฐกิจแบบตลาด เนื่องจากเกษตรแผนใหม่จะเน้นพันธุ์พืชสมัยใหม่ (Modern Variety) ที่ให้ผลผลิตสูง และมีคุณภาพเพื่อตอบสนองต่อตลาด ผลผลิตจากพันธุ์พืชดั้งเดิม หรือพันธุ์พืชพื้นเมืองของเกษตรกรซึ่งมักให้ผลที่มีลักษณะด้อยกว่า จึงไม่เป็นที่ต้องการของตลาด และแม้ผลผลิตจะมีไม่มากนัก แต่เมื่อถูกกีดกันออกจากตลาด ในท้ายที่สุดพันธุ์พืชนั้นก็สูญหายไป การจะให้เกษตรกรยังคงเพาะปลูกโดยใช้พันธุ์พืชพื้นเมือง หรือพันธุ์ดั้งเดิมรัฐจึงต้องแก้ปัญหาตลาดในกรณีนี้ด้วย
4. สิทธิมีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายของภาครัฐที่กระทบต่อเกษตรกร เพื่อให้เกษตรกรทราบล่วงหน้าถึงนโยบายต่างๆ ที่จะมีผลกระทบต่อตนเอง โดยการมีส่วนร่วมจะช่วยให้เกษตรกรระงับปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นแก่หน่วยงานภาครัฐในระดับนโยบาย
5. สิทธิได้รับแจ้งเตือนถึงอันตราย หรือผลกระทบที่อาจเกิดแก่เกษตรกร หรือวิถีชีวิตของเกษตรกร เพื่อให้เกษตรกรเตรียมพร้อมรับปัญหาที่อาจเกิดแก่เกษตรกร หรือวิถีชีวิตของตน เช่น การเพาะปลูกพืชตัดแต่งพันธุกรรมที่อาจปนเปื้อนกับพันธุ์พืชของเกษตรกร
6. สิทธิเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีและข้อมูล เพื่อให้เกษตรกรสามารถนำไปใช้ตามที่เห็นว่าเหมาะสมกับรูปแบบการเกษตรของตนเอง

²²² โปรดดูเพิ่มเติมในบทที่ 5.

กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของไทยได้กำหนดมาตรการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม และมาตรการแบ่งปันผลประโยชน์ไว้แล้ว แต่ในส่วนสิทธิในรูปแบบวิถีเกษตรกรรมแบบดั้งเดิมนั้น คงกำหนดไว้แต่เพียงสิทธิในการใช้เมล็ดพันธุ์จากแปลงปลูกของตนเองประการเดียวเท่านั้น สิทธิที่เกี่ยวข้องอื่นๆ ดังได้กล่าวมาไม่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายแต่อย่างใด แม้อาจจะกล่าวว่าเป็นสิทธิที่ทุกคนมีอยู่โดยทั่วไป และรับรองโดยกฎหมายทั่วไป เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่แล้วจึงไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้นั้น แต่ผู้เขียนเห็นว่าสิทธิเกษตรกรควรได้รับการบัญญัติอย่างชัดเจนในกฎหมาย ดังเหตุผลต่อไปนี้

1. สิทธิเกษตรกรเหนือพันธุ์พืชเป็นสิทธิที่ถ่วงดุลกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เมื่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้รับการรับรองโดยกฎหมายอย่างชัดเจน สิทธิเกษตรกรก็ควรได้รับการรับรองโดยกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันด้วย

2. การกำหนดสิทธิเกษตรกรไว้โดยชัดแจ้งในกฎหมายจะทำให้เกษตรกร หรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องตระหนักถึงสิทธิเกษตรกร อันจะนำไปสู่การปฏิบัติอย่างจริงจังต่อไป

3. สิทธิเกษตรกรถือเป็นสิทธิร่วมกันของชุมชน (Collective Rights) จึงมีศักดิ์และสิทธิที่เหนือกว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคล (Individual Rights)

อย่างไรก็ดีแม้ในปัจจุบันสิทธิเกษตรกรจะไม่ได้ได้รับการบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งในกฎหมายไทย แต่ผู้เขียนเห็นว่า การคุ้มครองสิทธิเกษตรกรเป็นหัวใจสำคัญของการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชของประเทศไทย ผู้เขียนจึงขอกล่าวถึงมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเกษตรกรตามกฎหมายไทยเทียบเคียงกับ CBD/ITPGR ดังนี้

(1) การคุ้มครองสิทธิของเกษตรกรในการใช้ประโยชน์เหนือพันธุ์พืชคุ้มครอง

ในกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของไทยมีบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิเกษตรกรในการใช้ประโยชน์เหนือพันธุ์พืชคุ้มครองหลายกรณี ได้แก่ กรณีเกษตรกรใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืชคุ้มครองโดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นส่วนขยายพันธุ์ เช่น เกษตรกรจำหน่ายเมล็ดพันธุ์เพื่อการบริโภค เกษตรกรมีสิทธิใช้พันธุ์พืชคุ้มครองเพื่อการพัฒนาและปรับปรุงพันธุ์พืช เช่น นำมาใช้ในการปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ การกระทำโดยสุจริตเกี่ยวกับพันธุ์พืชใหม่ที่ได้รับการคุ้มครอง เช่น การใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืชใหม่โดยไม่ทราบว่าเป็นพันธุ์พืชคุ้มครอง การกระทำเกี่ยวกับพันธุ์พืชคุ้มครองโดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า เช่น การแลกเปลี่ยนเมล็ดพันธุ์กับเพื่อนบ้านเพื่อนำไปเพาะปลูก และการจำหน่าย นำเข้าหรือส่งออกพันธุ์พืชคุ้มครองที่นำออกจำหน่ายโดยผู้ทรงสิทธิ หรือด้วยความยินยอมของผู้ทรงสิทธิ (Exhaustion of rights)²²³

²²³

พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 33.

เมื่อเทียบเคียงกับ CBD แล้ว จะพบว่ากฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของไทยกำหนดรายละเอียดของสิทธิเกษตรกรที่จะได้รับความคุ้มครองไว้ชัดเจนกว่าที่กำหนดใน CBD เนื่องจาก CBD จะใช้รูปแบบการทำข้อตกลงแบบทวิภาคีระหว่างประเทศ หรือหน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้ให้ทรัพยากรพันธุกรรมกับผู้ขอเข้าถึง ดังนั้นจึงเป็นเรื่องที่คู่สัญญาจะได้เจรจาตกลงรายละเอียดของการใช้พันธุ์พืชคุ้มครอง

ส่วน ITPGR นั้นจะกำหนดสิทธิเกษตรกรที่จะได้รับการคุ้มครอง 3 ประการ คือ ²²⁴

1. การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช
2. สิทธิในการร่วมแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช
3. สิทธิในการร่วมตัดสินใจเกี่ยวกับการอนุรักษ์ และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชอย่างยั่งยืน

ซึ่งเมื่อเทียบเคียงกับกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของไทยแล้วจะพบว่า ขอบเขตการคุ้มครองสิทธิเกษตรกรตามกฎหมายไทยกว้างกว่า ITPGR อีกทั้งกฎหมายไทยยังใช้บังคับกับพันธุ์พืชใหม่ และพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นอีกด้วย ไม่ได้จำกัดเฉพาะพันธุ์พืชในภาคผนวกท้าย ITPGR นอกจากนี้การคุ้มครองสิทธิเกษตรกรตาม ITPGR ยังได้รับการท้วงติงว่า ถ้อยคำใน ITPGR ไม่ได้กำหนดชัดเจนว่าเป็นหน้าที่ที่ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติ แต่ให้ขึ้นอยู่กับความต้องการ และลำดับความสำคัญ (In accordance with their needs and priorities) และเป็นไปตามกฎหมายภายในของประเทศสมาชิก ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทยมีความก้าวหน้าและให้ความสำคัญกับชุมชนเกษตรกรเป็นอย่างมาก

(2) การคุ้มครองสิทธิเกษตรกรตามหลักดอกผลธรรมชาติ

ตามหลักกฎหมายแพ่งของประเทศไทย สิ่งทั้งหลายที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาติจากแม่ทรัพย์ และอาจผลิตผลออกจากแม่ทรัพย์ได้ โดยไม่ทำให้แม่ทรัพย์ขาดตกบกพร่องถือเป็นดอกผลธรรมชาติของแม่ทรัพย์นั้น ²²⁵ และถือเป็นวัตถุแห่งสิทธิต่างหากทันทีที่ขาดตกจากแม่ทรัพย์ ²²⁶ และตกเป็นของเจ้าของแม่ทรัพย์นั้น ²²⁷

²²⁴ ITPGR, Article 9.

²²⁵ ประมวล สวรรณศร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1.4 ว่าด้วยทรัพย์, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม, 2525), น.113.

²²⁶ เพิ่งอ้าง, น.123.

²²⁷ ป.พ.พ. มาตรา 1336.

เกษตรกรที่นำพันธุ์พืช หรือเมล็ดพันธุ์คุ้มครองมาเพาะปลูกเติบโตเป็นต้นและให้ดอกผล ถือว่าพืชที่เติบโตเป็นผลจากแรงงานของเกษตรกร²²⁸ และเกษตรกรเป็นเจ้าของพืชต้นนั้น หากพืชต้นนั้นให้ดอกผลๆ นั้นก็จะตกเป็นสิทธิของเกษตรกร แม้พันธุกรรมในเมล็ดพืชจะได้รับความคุ้มครอง และปรากฏอยู่ในทุกส่วนของพืชที่เติบโตขึ้น รวมทั้งดอกผลที่เกิดขึ้นด้วยก็ตาม แต่การเจริญเติบโตของพืช และการให้ดอกผลแม้อาจจะกล่าวได้ว่าเป็นผลจากพันธุกรรม แต่ก็เพียงบางส่วนเท่านั้น เพราะการเจริญเติบโตของพืชเป็นกระบวนการตามธรรมชาติ ที่ผู้ทรงสิทธิเหนือพันธุกรรมคุ้มครองมิได้เข้ามาเกี่ยวข้องแต่อย่างใด นอกจากนี้พืช และดอกผลของพืชล้วนแล้วแต่เป็นผลงานการเพาะปลูก การเอาใจใส่ บำรุงรักษาของเกษตรกรเป็นสำคัญ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นปัจจัยสำคัญต่อผลลัพธ์สุดท้ายมากกว่าการตัดแต่งพันธุกรรมให้แก่พืชนั้น ดังนั้นตามหลักกฎหมายแพ่งของประเทศไทย เกษตรกรจึงมีสิทธิเหนือพืชที่ตนเองเพาะปลูกขึ้น รวมทั้งดอกผลของพืชนั้นด้วยในฐานะเจ้าของทรัพย์สิน

คำอธิบายข้างต้นยังสอดคล้องกับทฤษฎีแรงงานของจอห์น ลอค (John Locke)²²⁹ และสอดคล้องกับหลักกฎหมายแพ่งของประเทศไทยที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินเอกชน รวมทั้งหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน²³⁰ และเป็นเหตุผลประการหนึ่งที่ทำให้คณะกรรมการการกฤษฎีกาตีความบทบัญญัติส่วนที่ว่าด้วยสิทธิเกษตรกรออกจากร่าง พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.... เนื่องจากเห็นว่าสิทธิเกษตรกรเป็นสิทธิทั่วไปที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอยู่แล้ว ไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้เป็นกรณีเฉพาะอีก

ดังนั้นหากพิจารณาตามหลักกฎหมายเอกชนของประเทศไทย ถือว่าสิทธิบัตรเหนือพันธุกรรม หรือสิทธิบัตรปรับปรุงพันธุ์พืชเหนือพันธุ์พืชใหม่จะไม่ครอบคลุมไปถึงพันธุกรรมพืช หรือพืชหรือดอกผลของพืชที่เจริญเติบโตขึ้นตามธรรมชาติ แต่ถือเป็นทรัพย์สินของเกษตรกรผู้เพาะปลูก การตีความเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่กระทบสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตร เพราะพันธุกรรมที่เกิดขึ้นในภายหลัง (จากการเพาะปลูกของเกษตรกร) เกิดขึ้นเองตามกระบวนการตามธรรมชาติ ผู้ทรงสิทธิบัตรไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องแต่อย่างใด กรณีจะต่างไปหากเป็นสิทธิบัตรในเครื่องจักรที่สิทธิในสิทธิบัตรจะมีอยู่เหนือเครื่องจักรที่สร้างขึ้นใหม่ทุกเครื่องไป

²²⁸ คำพิพากษากฎีกาที่ 1535/2493 (ประชุมใหญ่), (เนติ.) น.1509 วินิจฉัยว่า ต้นข้าวเกิดจากแรงงาน ไม่ใช่ดอกผลของนา.

²²⁹ โปรดดูรายละเอียดทฤษฎีแรงงานของลอค เพิ่มเติมในบทที่ 1.

²³⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540, มาตรา 48.

แต่ดังได้กล่าวแล้วว่า สิทธิในทรัพย์สินของเอกชนนั้นมิใช่สิทธิเด็ดขาด (Absolute Rights) แต่เป็นสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมาย จึงอาจถูกจำกัด หรือตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการได้²³¹ อีกทั้งรัฐก็มีหน้าที่คุ้มครองสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชด้วยกัน ดังนั้นแม้จะถือว่าดอกผลของพืชเป็นของเกษตรกรผู้ปลูกพืชนั้น แต่รัฐก็อาจตรากฎหมายจำกัดการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของตนได้ เช่น การที่รัฐมนตรีอาจประกาศจำกัดสิทธิของเกษตรกรในการใช้เมล็ดพันธุ์ที่ได้จากแปลงปลูกของตนเอง (Farm-save-seed) ไม่เกินสามเท่าของปริมาณที่ได้มาเพื่อส่งเสริมการปรับปรุงพันธุ์พืช²³² แต่การจำกัดสิทธิดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไป จึงต้องมีกฎหมายบัญญัติจำกัดสิทธิไว้อย่างชัดเจน

ปัญหาที่ต้องพิจารณา คือ การให้สิทธิเกษตรกรใช้ประโยชน์จากพืช หรือดอกผลที่เกิดจากเมล็ดพันธุ์ที่มีพันธุกรรมคุ้มครองจะถือเป็นการที่กฎหมายไม่ได้คุ้มครองสิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่า ผู้ทรงสิทธิได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาจากการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ของตนเองไปแล้ว เท่ากับกฎหมายได้ให้การคุ้มครองแล้ว การที่ผู้ซื้อเมล็ดพันธุ์ในทรัพย์สินที่ตนซื้อมารวมทั้งดอกผลของทรัพย์สินนั้นก็ป็นกรณีที่กฎหมายคุ้มครองผู้ซื้อทรัพย์สินในลักษณะเดียวกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นเอง ยิ่งเมื่อพิจารณาผลกระทบหากจะให้ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญายังคงได้รับการคุ้มครองต่อไป สิทธิของผู้ทรงสิทธิจะไม่มีที่สิ้นสุด และเมื่อวัตถุประสงค์แห่งการคุ้มครองในกรณีนี้เป็นพืช พันธุ์พืชซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญต่อการดำรงชีวิตของสรรพชีวิตในโลกนี้ไม่จำกัดเฉพาะมนุษย์ ความสำคัญของพืช และพันธุ์พืชจึงมีมากกว่าที่จะยอมให้ปัจเจกชนคนใดคนหนึ่งมีสิทธิครอบครองหวงกันไว้แต่ผู้เดียวได้ ทำนองเดียวกับทรัพย์สินสาธารณะ (Public Goods) ตามกฎหมายโรมัน การจำกัดสิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในกรณีนี้จึงเป็นสิ่งที่เหมาะสม และจำเป็น

(3) การควบคุมการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช

ปัญหาและข้อจำกัดการควบคุมการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชตามกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทยนั้น มีประเด็นต้องพิจารณาดังนี้

²³¹ โปรดดูรายละเอียดหลักการจำกัดสิทธิเอกชนในทรัพย์สินทางปัญญาในบทที่ 2.

²³² พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 33(4).

(ก) การได้รับความยินยอมล่วงหน้า (Prior Informed Consent)

กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทย กำหนดให้การเข้าถึงพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นต้องได้รับอนุญาตจากชุมชนท้องถิ่นที่จดทะเบียนคุ้มครองพันธุ์พืชชนิดนั้นๆ ก่อน²³³ และกรณีการเข้าถึงพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่าก็ต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเช่นเดียวกัน²³⁴

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การเข้าถึงพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นที่ต้องขออนุญาตก่อนนี้ จำกัดเฉพาะการเข้าถึงเพื่อนำไปใช้ประโยชน์ในทางการค้าเท่านั้น การเข้าถึงโดยไม่มีวัตถุประสงค์ทางการค้าไม่จำเป็นต้องขออนุญาตก่อนแต่ประการใด²³⁵ ดังนั้นการเข้าถึงเพื่อการค้นคว้าวิจัยแต่ไม่มีวัตถุประสงค์ทางการค้า จึงไม่ต้องขออนุญาต ซึ่งทำให้การเข้าถึงในกรณีนี้ไม่มีกฎหมายควบคุม ผู้เขียนเห็นว่าแม้การบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวจะเกิดความสะดวกรวดเร็วกว่า แต่ก็อาจเป็นช่องทางให้เกิดการลักลอบขโมยพันธุ์กรรมพืชไปใช้ประโยชน์ได้ โดยเฉพาะจากนักวิจัยต่างชาติที่อ้างว่าเป็นการค้นคว้าวิจัยโดยไม่มีวัตถุประสงค์ทางการค้า แต่ในภายหลังกลับมีบุคคลอื่นนำผลการค้นคว้าวิจัยดังกล่าวไปใช้ประโยชน์ในทางการค้าอีกทอดหนึ่ง ดังนั้นในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า การขอเข้าถึงพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นแม้จะไม่มีวัตถุประสงค์ทางการค้าก็ควรต้องขออนุญาตเช่นกัน และในกรณีที่ระบุว่าเป็นการค้นคว้าวิจัยที่ไม่มีวัตถุประสงค์ทางการค้า ก็ต้องกำหนดเงื่อนไขให้ชัดเจนในกรณีที่ยินยอมให้บุคคลอื่นนำผลการวิจัยไปใช้ประโยชน์ในทางการค้า ซึ่งรวมถึงกรณีมีการวิจัยต่อเนื่องจากนักวิจัยรายแรก เช่น นักวิจัยรายแรกทำการศึกษาในเบื้องต้น จากนั้นมีนักวิจัยอื่นที่นำผลการศึกษาไปค้นคว้าวิจัยต่อยอด เป็นต้น

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับ CBD แล้วจะพบว่า การเข้าถึงใน CBD จะครอบคลุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในทุกกรณี ใน Executive Order 247 ของประเทศฟิลิปปินส์ได้แยกรูปแบบและเงื่อนไขของสัญญาออกเป็น 2 แบบ คือ สัญญาเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อการพาณิชย์ (Commercial Research Agreement)²³⁶ และสัญญาเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อการวิจัยทางวิชาการ (Academic Research Agreement) ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การแยกการเข้าถึงออกเป็น 2 ลักษณะเช่นนี้จะทำให้การบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมพืชมีความคล่องตัวและครอบคลุมได้มากกว่า พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 ของประเทศไทย

²³³ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 48 วรรคหนึ่ง.

²³⁴ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 52.

²³⁵ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 47(4).

²³⁶ Executive Order 247, Section 5.

กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทยไม่ได้กำหนดอย่างชัดเจนว่ากรณีของพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นต้องได้รับความยินยอมล่วงหน้าหรือไม่ และต้องได้รับความยินยอมจากผู้ใด กฎหมายเพียงแต่กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กลุ่มเกษตรกร หรือสหกรณ์ที่ได้รับหนังสือสำคัญแสดงการจดทะเบียนพื้นเมืองเฉพาะถิ่นเป็นผู้ทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์²³⁷ โดยกฎหมายก็มีได้ระบุชัดเจนว่าต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์เมื่อใด ก่อนหรือหลังการเข้าถึงพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น กรณีการขอเข้าถึงพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปและพันธุ์พืชป่าจะแตกต่างกันไป โดยกฎหมายกำหนดให้ต้องขออนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ก่อนอย่างชัดเจน²³⁸

ลักษณะเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายไทยยังไม่สอดคล้องกับหลักการให้ความยินยอมล่วงหน้าตาม CBD และอาจเปิดช่องให้มีการเข้าถึงพันธุกรรมพืชโดยไม่ผ่านกระบวนการขออนุญาต ซึ่งจะทำให้ผู้มีส่วนได้เสีย (Stakeholders) ขาดการรับรู้และมีส่วนร่วมในการอนุญาตให้เข้าถึงพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นกลไกสำคัญที่จะใช้ถ่วงดุลการเจรจาต่อรองผลประโยชน์ อีกทั้งยังทำให้กระบวนการจัดทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์เกิดความโปร่งใส (Transparency) ไม่ตกอยู่ภายใต้การดำเนินการของหน่วยงานที่เป็นผู้จัดทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์

กระบวนการให้ความยินยอมล่วงหน้าตามกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของไทยนี้มีข้อที่ควรพิจารณาว่า บุคคลใดจะเป็นผู้ให้ความยินยอม ในกรณีของพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นนั้น หากกำหนดให้เพียงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กลุ่มเกษตรกร หรือสหกรณ์ที่ยื่นจดทะเบียนคุ้มครองพันธุ์พืชเป็นผู้ให้ความยินยอม ก็อาจจะกระทบต่อบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับพันธุ์พืชดังกล่าวแต่ไม่ได้เป็นผู้ยื่นขอจดทะเบียน และกรณีพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่าหากให้เฉพาะหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ให้ความยินยอมก็อาจเกิดปัญหาได้ในลักษณะเดียวกัน

ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหานี้อยู่ที่การกำหนดขอบเขตของ “ผู้มีส่วนได้เสีย” (Stakeholders) ว่าหมายถึงบุคคลใดบ้าง ผู้เขียนเห็นว่า หากพิจารณาอย่างแคบอาจหมายถึงเฉพาะผู้จัดหา (Provider) และผู้ใช้ (User) ได้แก่ ผู้ขออนุญาตเข้าถึง และหน่วยงานของรัฐในกรณีพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่า หรือผู้ทรงสิทธิในกรณีเป็นพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น แต่อย่างไรก็ตามหากพิจารณาจากลักษณะของทรัพยากรพันธุกรรมที่มีความสัมพันธ์ต่อสิ่งมีชีวิตทุกชนิด ทำให้อาจมีบุคคลอื่นที่ส่วนเกี่ยวข้อง หรือเป็นผู้มีส่วนได้เสีย (Stakeholders) ในการเข้าถึง ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมด้วยเช่นกัน ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดนิยาม “ผู้มีส่วนได้เสีย”

²³⁷ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 48 วรรค 2.

²³⁸ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 52.

อาจไม่สามารถกำหนดเป็นรูปธรรมได้ชัดเจน และในกรณีที่เป็นกลุ่มบุคคล หรือชุมชนยังอาจมีปัญหว่าผู้ใดจะเป็นตัวแทนของกลุ่มบุคคล หรือชุมชนนั้น ความไม่ชัดเจนดังกล่าวอาจเป็นปัญหาต่อการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ทั้งในแง่กระบวนการขออนุญาตเข้าถึง และกระบวนการจัดสรรแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชในประเทศไทย

ความเห็นเกี่ยวกับขอบเขต และความหมายของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์นั้นแม้จะมีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศดังได้กล่าวมาแล้ว²³⁹ แต่ผู้เขียนเห็นว่ากำหนัดให้ “ผู้มีส่วนได้เสีย” (Stakeholder) มีขอบเขตที่กว้าง ดังเช่นข้อเสนอของประเทศออสเตรเลีย และประเทศอังกฤษจะทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องในทุกภาคส่วน รวมทั้งผู้ที่อาจได้รับผลกระทบจากการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมได้รับการรับรองสถานะ (Status) และความมีตัวตน (Identity) ซึ่งจะนำไปสู่การปกป้อง ค้ำครองสิทธิ และการแบ่งปันผลประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียอย่างทั่วถึงต่อไป

อย่างไรก็ดีเพื่อลดขั้นตอนการขออนุญาตในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชมิให้เกิดความยุ่งยาก และเสียเวลามากเกินสมควรจากการต้องได้รับความยินยอมจากผู้มีส่วนได้เสียทั้งหมด ผู้เขียนเห็นว่าการใช้ระบบตัวแทน (Representative System) ในรูปของคณะกรรมการที่มีตัวแทนของผู้มีส่วนได้เสียทั้งหมด รวมทั้งตัวแทนจากหน่วยงานภาครัฐเป็นผู้พิจารณาให้ความยินยอมจะเป็นแนวทางที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพสูงสุด

(ข) การทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์

กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของไทยกำหนดให้ผู้เข้าถึงพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์²⁴⁰ ยกเว้นกรณีการใช้พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นตามที่กฎหมายกำหนดยกเว้นไว้²⁴¹ แต่กฎหมายไม่ได้กำหนดรายละเอียดของเงื่อนไขในข้อตกลง ซึ่งจะต่างจากข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ในพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่าที่กำหนดไว้ว่า ข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ต้องมีรายการตามที่กฎหมายกำหนด²⁴² ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าอาจเป็นเพราะต้องการให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กลุ่มเกษตรกร หรือสหกรณ์เป็นผู้เจรจาในการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์เอง

²³⁹ โปรดดูความเห็นเกี่ยวกับความหมายและขอบเขต “ผู้มีส่วนได้เสีย” ในบทที่ 5.

²⁴⁰ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 48.

²⁴¹ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 47.

²⁴² พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, มาตรา 52.

แต่แม้กฎหมายจะไม่ได้กำหนดรายละเอียดเงื่อนไขของข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์จากพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น แต่กฎหมายกำหนดให้ข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการคุ้มครองพันธุ์พืชก่อน²⁴³ ดังนั้นการจัดทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิเหนือพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นจึงอาจจัดทำโดยเทียบเคียงกับ เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการทำข้อตกลงในการเข้าถึงพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่าก็ได้

นอกจากการที่กฎหมายไม่ได้กำหนดเงื่อนไขในข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ เพียงแต่กำหนดให้คณะกรรมการคุ้มครองพันธุ์พืชต้องให้ความเห็นชอบในข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์กรณีพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นแล้ว กฎหมายยังไม่มีกระบวนการ หรือกลไกใดๆ เพื่อช่วยเหลือการเจรจาต่อรอง หรือจัดทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์แต่อย่างใด ดังนั้นกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กลุ่มเกษตรกร หรือสหกรณ์ขาดประสบการณ์ในการเจรจาต่อรอง หรือไม่มีบุคลากรที่มีศักยภาพในการเจรจาอาจทำให้ผู้ทรงสิทธิเหนือพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นทำข้อตกลงที่เสียเปรียบก็ได้ อย่างไรก็ตามผู้เชี่ยวชาญมีความเห็นว่า เพื่อช่วยเหลือสนับสนุนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการทำสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์ ภาครัฐควรเร่งจัดทำสัญญามาตรฐานในการแบ่งปันผลประโยชน์เพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้นำไปใช้ วิธีนี้จะช่วยลดความยุ่งยากในการเจรจาต่อรองโดยเฉพาะในกรณีบุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขาดศักยภาพในการเจรจาต่อรอง

ดังนั้นผู้เชี่ยวชาญเห็นว่า ภาครัฐควรจัดให้มีหน่วยงานที่เสริมกระบวนการเจรจาจัดทำผลประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิเหนือพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น เช่น กรณีกระทรวงสิ่งแวดล้อมและพลังงาน (MINAE) ของประเทศคอสตาริกาทำงานอย่างใกล้ชิดร่วมกับ INBio ในการจัดทำข้อตกลงกับ Merck นอกจากการตั้งหน่วยงานเพื่อช่วยเหลือการเจรจาต่อรองดังกล่าวข้างต้นแล้ว การก่อตั้งองค์กร หรือหน่วยงานกลางเพื่อให้เป็นผู้รับสิทธิมาจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กลุ่มเกษตรกร หรือสหกรณ์จากนั้นจึงเป็นผู้ให้สิทธิช่วงแก่ผู้ที่ต้องการเข้าถึงพันธุ์พืชอีกทอดหนึ่ง ดังเช่น INBio ของประเทศคอสตาริกา หรือ University of Yaounde' Center for Health Sciences ของประเทศแคเมอรูน เป็นกลไกแบบหนึ่งที่ลดข้อจำกัดข้างต้นลงได้²⁴⁴

ส่วนการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์เกี่ยวกับพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่านั้น กฎหมายได้แยกระหว่างการใช้พันธุ์พืชเพื่อการค้า และการใช้โดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า

²⁴³ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 48.

²⁴⁴ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมในบทที่ 5.

กรณีการใช้ประโยชน์เพื่อการค้า กฎหมายกำหนดให้ต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ โดยอย่างน้อยข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ต้องมีรายการดังต่อไปนี้²⁴⁵

1. วัตถุประสงค์ของการเก็บหรือรวบรวมพันธุ์พืช
2. จำนวน หรือปริมาณของตัวอย่างพันธุ์พืชที่ต้องการ
3. ข้อมูลพันธุ์ของผู้ได้รับอนุญาต
4. การกำหนดความเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา ในผลงานการปรับปรุงพันธุ์ ศึกษา ทดลอง หรือวิจัยที่ได้มาจากการใช้พันธุ์พืชในข้อตกลง
5. การกำหนดจำนวน อัตรา และระยะเวลาการแบ่งปันผลประโยชน์ตามข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ในผลิตภัณฑ์ที่ได้มาจากการใช้พันธุ์พืชในข้อตกลง
6. อายุของข้อตกลง
7. การยกเลิกข้อตกลง
8. การกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาท
9. รายการอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ส่วนกรณีการใช้โดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า แม้กฎหมายจะไม่ได้กำหนดให้ต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ แต่ก็กำหนดให้ต้องปฏิบัติตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด²⁴⁶ ซึ่งในปัจจุบันคณะกรรมการยังไม่มีออกระเบียบในกรณีนี้แต่อย่างใด

อย่างไรก็ดีผู้เขียนเห็นว่า คณะกรรมการอาจกำหนดให้แบ่งปันผลประโยชน์ในลักษณะที่มิใช่ผลประโยชน์ทางการเงินก็ได้ เช่น การขอให้เปิดเผยผลการวิจัยต่อสาธารณะ การร้องขอให้ทำการวิจัยภายในประเทศไทย หรือยอมให้นักวิจัยของไทยมีส่วนร่วมในการวิจัยนั้นด้วย หรือขอเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาร่วมด้วย เป็นต้น

ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าระเบียบของคณะกรรมการควรกำหนดเงื่อนไขกรณีมีการโอนพันธุ์พืชให้แก่บุคคลที่สาม และบุคคลที่สามนำไปใช้โดยมีวัตถุประสงค์ทางการค้า โดยควรกำหนดให้ผู้โอนต้องแจ้งการโอนพันธุ์พืชนั้นให้คณะกรรมการทราบ และบุคคลที่สามผู้รับโอนต้องมีหน้าที่แบ่งปันผลประโยชน์ต่อกองทุนพันธุ์พืชต่อไป ทั้งนี้เพื่อมิให้มีการเลี่ยงการแบ่งปันผลประโยชน์โดยอ้างว่ามีได้ใช้ในทางการค้า

ประเด็นที่ควรพิจารณาต่อไปคือ ในกรณีผู้โอนได้พัฒนาพันธุ์พืชมาแล้วในระดับหนึ่ง ควรจะมีสิทธิเรียกค่าตอบแทนจากบุคคลที่สามผู้รับโอนได้หรือไม่

²⁴⁵ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 52.

²⁴⁶ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 53.

กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า ระเบียบของคณะกรรมการควรกำหนดให้ผู้รับโอนต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ส่งเข้ากองทุนคุ้มครองพันธุ์พืช ซึ่งเทียบได้กับการโอนทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่ในระหว่างการพัฒนา (Plant genetic resources for food and agriculture under development) ซึ่งองค์การบริหาร (Governing Body-GB) ของ ITPGR มีมติว่าผู้รับโอนต้องทำสัญญาตามสัญญามาตรฐานว่าด้วยการถ่ายโอนวัสดุชีวภาพ (The Standard Material Transfer Agreement-SMTA) เป็นสัญญาอีกฉบับหนึ่งแยกต่างหาก²⁴⁷

3.3 ข้อจำกัดทางกฎหมายของการคุ้มครอง “สิทธิเกษตรกร” ในประเทศไทย

แม้สิทธิเกษตรกรจะเป็นจารีตประเพณีของเกษตรกรส่วนใหญ่ในประเทศไทยก็ตาม แต่การคุ้มครองสิทธิเกษตรกรอย่างชัดเจนตามกฎหมายยังมีปัญหาและอุปสรรค บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิเกษตรกรในชั้นยกร่าง พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ถูกตัดออกในชั้นพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยเห็นว่าสิทธิดังกล่าวได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญ และกฎหมายทั่วไปอื่นอยู่แล้ว และถ้อยคำตามร่างยังมีลักษณะเป็นการประกาศทั่วไป ไม่มีลักษณะเชิงบังคับให้เกิดผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด²⁴⁸

ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาและข้อจำกัดทางกฎหมายของ “สิทธิเกษตรกร” เกิดจากสาเหตุสำคัญ 2 ประการ ดังนี้

(1) ความหมายและขอบเขต “สิทธิเกษตรกร” ไม่ชัดเจน

ความหมาย “เกษตรกร” ยังขาดความชัดเจนว่าหมายถึงบุคคล หรือกลุ่มบุคคลใด จากถ้อยคำอาจทำให้นึกถึงแต่เฉพาะเกษตรกรที่เป็นผู้เพาะปลูกพืช ทำเกษตรกรรมเท่านั้น แต่ในความเป็นจริงบุคคลต่างๆ ในทุกภาคส่วนของชุมชนตั้งแต่อดีตมีส่วนร่วมในการอนุรักษ์ และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชไม่มากนักน้อย ดังนั้นเมื่อวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองสิทธิเกษตรกรต้องการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีส่วนอนุรักษ์ และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืช สิทธิประโยชน์จึงไม่ควรจำกัดเฉพาะเกษตรกรที่ทำเกษตรกรรม และได้เสนอให้ใช้คำอื่นที่มีความหมายกว้างกว่า เช่น ชนพื้นเมือง ชุมชนท้องถิ่นซึ่งมีวัฒนธรรม หรือวิถีการดำรงชีวิตร่วมกัน

²⁴⁷ Earth Negotiation Bulletin, Vol.9 No.369, 19 June 2006, p.2.

²⁴⁸ รายงานการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาร่าง พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.... ครั้งที่ 2 วันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2542.

ปัญหาประการถัดมาคือ ไม่ว่าสิทธิเกษตรกรจะเป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาหรือไม่ก็ตาม ก็จะมีปัญหาการกำหนดตัวบุคคลผู้ทรงสิทธิ (Rights Holder) ว่าจะเป็นคนใด และอาจมีกรณีที่ชุมชนเกษตรกรบางส่วนเท่านั้นที่มีส่วนในการอนุรักษ์ และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรม ดังนั้นจึงมีผู้กังวลว่าอาจมีความยุ่งยากในการแยกชุมชนเกษตรกรที่มีส่วน และไม่มีส่วนออกจากกันเพื่อประโยชน์ในการแบ่งปันผลประโยชน์²⁴⁹

ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาข้างต้นเกิดจากการยึดติดอยู่กับกรอบคิดแบบโลกทัศน์ตะวันตก ที่เน้นระบบสิทธิเชิงเดี่ยว และปฏิเสธสิทธิของชุมชนที่ทับซ้อนอยู่บนทรัพยากรธรรมชาติ ผู้เขียนเห็นว่าชุมชน สิทธิชุมชนเป็นปรากฏการณ์ที่มีอยู่จริงในสังคมไทย จึงเป็นสิทธิตามความเป็นจริง (de facto) และเป็นกลไกสำคัญต่อการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืช การปรับเปลี่ยนทัศนะต่อระบบสิทธิเชิงซ้อน เพื่อให้เกิดการยอมรับสถานะของชุมชนจึงเป็นสิ่งจำเป็น และความพยายามในการรับรู้สถานะของชุมชนโดยการให้สิทธิแก่ชุมชนในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 การให้ชุมชนมีสิทธิจดทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นใน พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 เป็นพัฒนาการที่สำคัญต่อสิทธิชุมชนในประเทศไทยและควรสนับสนุนให้เกิดการรับรู้สถานะและบทบาทของชุมชนให้เพิ่มมากขึ้นต่อไป

(2) การขาดการรับรู้ และการนำสิทธิเกษตรกรไปปฏิบัติ

ความไม่แน่ชัดของความหมาย “เกษตรกร” และขอบเขตของสิทธิ ตลอดจนนโยบายทางเศรษฐกิจของรัฐที่เน้นระบบทรัพย์สินเอกชน (Private Property) และไม่รับรู้สิทธิชุมชนเหนือทรัพยากร ได้สะท้อนออกในรูปของการรับรู้ โครงสร้างทางการเมืองและเศรษฐกิจที่เป็นอุปสรรคต่อสิทธิเกษตรกร กฎหมายที่ขาดความสมบูรณ์ และการขาดศักยภาพในการปฏิบัติ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

(ก) การขาดการรับรู้เกี่ยวกับสิทธิเกษตรกร

เกษตรกรจำนวนมากไม่ได้รับรู้ถึงสิทธิของตนเอง โดยเฉพาะเกษตรกรที่ยากจนในทวีปแอฟริกา เอเชีย และละตินอเมริกา และหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องในบางประเทศก็มิได้รับรู้ถึง

²⁴⁹ Graham Dutfield, Intellectual Property Rights, Trade and Biotechnology, (London: Earthscan Publication Ltd., 2000), p.103; Gregory Rose, “International Law of Sustainable Agriculture in the 21th Century: The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture,” 15 Georgetown International Environment Law Review, 583 (Summer 2003), p.622-623.

สิทธิดังกล่าว และเป็นอุปสรรคต่อการทำให้สิทธิเกษตรกรเป็นจริงในทางปฏิบัติ การขาดความรู้ความเข้าใจในสาระสำคัญของสิทธิเกษตรกรทำให้เกิดความขัดข้องในบางประเทศเช่นกัน นอกจากนี้ประเทศอุตสาหกรรมบางประเทศ (เดนมาร์ก) ยังมีความสับสนว่าจะนำแนวคิดสิทธิเกษตรกรไปใช้กับประเทศอุตสาหกรรมที่ทำเกษตรกรรมแผนใหม่ ซึ่งใช้พันธุ์พืชสมัยใหม่ที่ปรับปรุงพันธุ์โดยนักปรับปรุงพันธุ์พืชมากกว่าที่จะใช้พันธุ์พืชดั้งเดิมได้อย่างไร²⁵⁰

ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาที่เกิดขึ้นนี้เป็นผลจากความแพร่หลายของระบบทรัพย์สินเอกชนตามทัศนะของโลกตะวันตกที่ยอมรับสิทธิเชิงเดี่ยว ทำให้สิทธิชุมชนที่มีอยู่เดิมถูกกีดกันออกจากระบบกฎหมาย อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าปัญหาดังกล่าวจะลดลงเนื่องจากปัจจุบันสิทธิชุมชนได้รับการกล่าวถึงกันมากขึ้นในประชาคมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะการยอมรับบทบาทของเกษตรกรใน CBD/ITPGR²⁵¹ ความร่วมมือในระดับระหว่างประเทศจะช่วยให้ “ชุมชน”, “เกษตรกร”, หรือ “สิทธิชุมชน” มีความหมายและขอบเขตที่ชัดเจนขึ้น ปัญหาที่ควรกังวลต่อไปจึงไม่ใช่การไม่รับรู้สิทธิของชุมชน แต่เป็นปัญหาการหาทางยับยั้งการขยายตัวของระบบทรัพย์สินทางปัญญามาสู่สิ่งมีชีวิตตามแรงผลักดันของประเทศอุตสาหกรรมได้อย่างไรมากกว่า เพราะระบบทรัพย์สินทางปัญญาจะเป็นอุปสรรคต่อการดำรงอยู่ของชุมชน

(ข) โครงสร้างทางการเมืองและเศรษฐกิจเป็นอุปสรรคต่อสิทธิเกษตรกร

โครงสร้างการทำเกษตรแผนใหม่ หรือการที่ภาครัฐสนับสนุนการทำเกษตรกรรมที่มุ่งให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดเป็นอุปสรรคต่อความสามารถของเกษตรกรรายย่อยในการทำเกษตรกรเพื่อดำรงชีพ เกษตรกรมักจะมีบทบาทน้อยต่อภาคการเมืองซึ่งเป็นฝ่ายกำหนดนโยบายของประเทศ ทำให้ไม่อาจเสนอความคิดเห็นเพื่อต่อต้านนโยบายเกษตรกรรมแผนใหม่ ความยากจนก็เป็นอีกสาเหตุหนึ่งที่ลดโอกาสของเกษตรกรที่จะเข้าถึงหรือใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม ในพื้นที่ที่มีความขัดแย้งทางการเมืองสูง หรือเกิดสงครามก็ทำให้สิทธิเกษตรกรไม่อาจเกิดขึ้นได้จริงเช่นกัน²⁵²

²⁵⁰ Regine Anderson, “Result from an International Stakeholder Survey on Farmers’ Rights,” The Farmer’s Rights Project, (Background Study 2), The Fridtjof Nansen Institute, 2005, pp.54-56.

²⁵¹ โปรดดูประเด็นสิทธิชุมชน สิทธิเกษตรกรเพิ่มเติมในบทที่ 3.

²⁵² Regine Anderson, *supra* note 251, p.56-58.

ประเทศไทยยึดถือระบบเศรษฐกิจแบบเสรี รัฐมีนโยบายผลักดันการเกษตรแผนใหม่ ให้ความสำคัญกับสินค้าเกษตรเพื่อการส่งออก และพยายามยกระดับอุตสาหกรรมของประเทศ เพื่อให้เป็นประเทศอุตสาหกรรมใหม่ (New Industrialize Country) ทัดเทียมกับประเทศที่ก้าวหน้าทางอุตสาหกรรม ทิศทางนโยบายทางเศรษฐกิจดังกล่าวทำให้ภาคเกษตรกรรมของประเทศไทยเปลี่ยนแปลงไปอย่างสิ้นเชิง เมื่อประกอบกับการรับรูปแบบของระบบกฎหมายแบบตะวันตกที่เน้นคุ้มครองทรัพย์สินเอกชน (Private Property) ทำให้ระบบสิทธิชุมชนที่แพร่หลายในสังคมไทยถูกลบเลือนไป อย่างไรก็ตามจากปัญหาที่เกิดจากระบบเศรษฐกิจเสรี การฉกฉวยนำทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศไทยไปใช้ ทำให้ในปัจจุบันภาคส่วนต่างๆ ในสังคมไทยเริ่มยอมรับความสำคัญของชุมชนต่อการแก้ไขปัญหาต่างๆ โดยเฉพาะการรักษาและปกป้องทรัพยากรธรรมชาติของประเทศ รวมทั้งทรัพยากรพันธุกรรมพืช ดังจะเห็นได้จากกฎหมาย หรือกิจกรรมของภาครัฐที่เชื่อมโยงกับชุมชนมากขึ้น ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่า ในอนาคตสิทธิของเกษตรกรในฐานะเป็นสิทธิร่วมกัน (Collective Rights) ของชุมชนจะเป็นปัจจัยให้โครงสร้างทางการเมืองและเศรษฐกิจจะต้องปรับเปลี่ยนเพื่อรองรับสิทธิเกษตรกร

(ค) กฎหมายขาดความสมบูรณ์

กฎหมายที่บกพร่อง ไม่ครบถ้วนสมบูรณ์ กฎหมายที่ขัดแย้ง หรือไม่เสริมต่อหลักสิทธิเกษตรกรเป็นสาเหตุสำคัญต่อผลสำเร็จในการยอมรับสิทธิเกษตรกร เกษตรกรมักจะมีบทบาทน้อยต่อฝ่ายการเมืองทำให้ไม่อาจผลักดันให้ฝ่ายการเมืองออกกฎหมาย หรือกำหนดนโยบายที่สนับสนุนสิทธิเกษตรกร และในบางประเทศเกษตรกรไม่ได้รับสิทธิในการรวมกลุ่มทำให้ขาดพลังในการผลักดันสิทธิเกษตรกร²⁵³

ผู้เขียนเห็นว่า การขยายตัวของประเด็นสิทธิชุมชน สิทธิเกษตรกร และความหลากหลายทางชีวภาพในประชาคมระหว่างประเทศจะผลักดันให้เกิดการรับรู้สิทธิชุมชน และสิทธิเกษตรกรมากยิ่งขึ้น ทิศนะที่มีต่อชุมชน หรือเกษตรกรจะเปลี่ยนไปนำมาซึ่งกฎหมายที่เปิดกว้าง และรับรู้สิทธิชุมชน หรือสิทธิเกษตรกรอย่างครอบคลุมเพิ่มมากขึ้น บทบาทของการให้ประชาชนเข้าชื่อเสนอกฎหมายที่เป็นผลจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นตัวอย่างที่เด่นชัดในกรณีนี้

²⁵³ *Ibid*, p.58-59.

(ง) การขาดศักยภาพในการปฏิบัติ

ในบางประเทศสิทธิเกษตรกรไม่ได้นำไปปฏิบัติอย่างจริงจัง เนื่องจากหน่วยงาน หรือเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องไม่ได้รับการสนับสนุนด้านงบประมาณ เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องอย่างเพียงพอ การไม่มีนโยบายที่ชัดเจน หรือขาดแคลนเงินในการจัดตั้งกองทุนก็มีส่วนทำให้สิทธิเกษตรกรในบางประเทศขาดประสิทธิภาพ²⁵⁴

ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาการขาดการรับรู้สิทธิเกษตรกรดังกล่าวข้างต้นแก้ไขได้โดยประเทศกำลังพัฒนาจะต้องร่วมมือกันในการผลักดันการบังคับใช้กฎเกณฑ์ตาม CBD/ITPGR เพื่อให้สิทธิเกษตรกรได้รับการยอมรับมากขึ้น และประเทศกำลังพัฒนาพึงต้องระมัดระวังการจัดทำ FTA ที่อาจสอดแทรกข้อบัพว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เปิดช่องให้คุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต ซึ่งจะมีผลกระทบต่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชของประเทศกำลังพัฒนาเป็นอย่างมาก ดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้วก่อนหน้านี้²⁵⁵

ส่วนปัญหาโครงสร้างทางการเมืองและเศรษฐกิจ ปัญหากฎหมายไม่สมบูรณ์ หรือปัญหาการขาดศักยภาพที่จะนำไปปฏิบัติอาจแก้ไขได้โดยการเปลี่ยนแปลงทัศนคติต่อสิทธิชุมชนดังได้กล่าวมาแล้ว เพราะเมื่อสิทธิชุมชนได้รับการยอมรับ และมีสถานะที่มั่นคงในระบบกฎหมาย นโยบายภาครัฐ ตลอดจนกฎหมายย่อมปรับเปลี่ยนตาม

กล่าวโดยสรุป “สิทธิเกษตรกร” ไม่ได้เป็นคำที่มีความหมายจำกัดเฉพาะผู้ที่ทำเกษตรกรรมโดยแท้เท่านั้น เพราะเมื่อพิจารณาถึงลักษณะกิจกรรมในการอนุรักษ์ และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมแล้วจะพบว่าในความเป็นจริงจะไม่อาจทำได้โดยบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือชุมชนใดชุมชนหนึ่งเท่านั้น แต่เป็นการกระทำร่วมกันของสมาชิกในชุมชน หรือหลายชุมชน และต้องใช้เวลายาวนาน ในบางกรณีอาจกินเวลาหลายชั่วอายุคน สิทธิเกษตรกรจึงเป็นสิทธิร่วมกัน (Collective Rights) เพื่อคำนึงถึงการมีส่วนร่วมของชุมชน และสมาชิกในชุมชนนับแต่อดีต ปัจจุบัน และอนาคต ดังถ้อยคำที่ปรากฏใน CBD หรือ ITPGR ที่เกี่ยวกับสิทธิเกษตรกร ซึ่งได้สื่อความหมายที่ชัดเจนแล้ว

อย่างไรก็ตามคำว่า “เกษตรกร” “ชุมชน” เป็นคำที่มีนัยทางมิติสังคม ซึ่งมีความทับซ้อนกันระหว่างสิทธิของปัจเจกบุคคลและชุมชน ทั้งสิทธิทางทรัพย์สิน สิทธิในการใช้ประโยชน์ การกำหนด หรือขีดเส้นอย่างชัดเจนจึงไม่อาจทำได้โดยง่าย แต่การกำหนดหลักเกณฑ์ร่วมกันเพื่อแสดงให้เห็นความเป็น “เกษตรกร” หรือ “ชุมชน” เป็นสิ่งที่ทำได้ เช่น การกำหนดหลักเกณฑ์โดยยึด

²⁵⁴ *Ibid*, p.59.

²⁵⁵ โปรดดูประเด็นข้อเสนอเพิ่มระดับการคุ้มครองสิทธิบัตรในบทนี้.

โยงกับพื้นที่ และการสืบทอดวัฒนธรรมร่วมกันจะทำให้เห็นขอบเขตของชุมชนเกษตรกรได้ชัดเจนขึ้น แต่ทั้งนี้เนื่องจากสิทธิเกษตรกรเป็นสิทธิที่ถูกทอดทิ้งโดยรัฐมานานจากความแพร่หลายของระบบทรัพย์สินเอกชนของตะวันตก ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า ต้องใช้เวลาอีกพอสมควรในการพัฒนารื้อฟื้นแนวคิดสิทธิเกษตรกรที่แท้จริงให้กลับคืนมาได้ แต่แม้จะมีความยุ่งยากเพียงใดก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการคุ้มครองสิทธิเกษตรกรเป็นสิ่งจำเป็น เพราะเกษตรกรเป็นปัจจัยสำคัญในกระบวนการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืช การคุ้มครองสิทธิเกษตรกรจึงเท่ากับการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชจะเกิดขึ้นไม่ได้หากไม่ได้คุ้มครองสิทธิเกษตรกร.

