

ความตกลงระหว่างประเทศด้านความหลากหลายทางชีวภาพ¹

บัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์

เอกสารนี้มีเนื้อหากล่าวถึงความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการความหลากหลายทางชีวภาพ 4 ฉบับ ได้แก่ อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ พิธีสารคาร์ตาเฮน่าว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ความตกลงว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมที่เกี่ยวข้องกับการค้า และสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร โดยอธิบายสาระสำคัญของความตกลงแต่ละฉบับ ความสัมพันธ์และบทวิเคราะห์ภาพรวมของความตกลงระหว่างประเทศด้านความหลากหลายทางชีวภาพ

1. อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ

บรรดาสสิ่งมีชีวิตต่าง ๆ ที่รวมกันเป็นความหลากหลายทางชีวภาพได้สูญหายและถูกทำลายไปอย่างรวดเร็วในช่วง 3 ทศวรรษที่ผ่านมา ความหลากหลายทางชีวภาพโดยส่วนใหญ่จะมีมากในป่าเขตร้อน ดังนั้น การทำลายป่าเขตร้อนในอัตราที่รวดเร็ว จึงเป็นเหตุการณ์สำคัญที่ทำให้ความหลากหลายทางชีวภาพลดน้อยลง² ด้วยวิกฤติด้านความหลากหลายชีวภาพที่โลกกำลังเผชิญอยู่ ได้ทำให้ปัญหาการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและ ความหลากหลายทางชีวภาพกลายเป็นประเด็นที่ได้รับความสนใจและถูกกล่าวถึงในทุกระดับ องค์การระหว่างประเทศ รัฐบาล นักวิชาการองค์กรพัฒนาเอกชน และประชาชนทั่วไปต่างตระหนักถึงคุณค่าของทรัพยากรชีวภาพและสารพันธุกรรมที่มีต่อสิ่งแวดล้อมและความเป็นอยู่ของมนุษย์ รวมทั้งคุณค่าในด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม อุตสาหกรรมต่าง ๆ ได้เรียกร้องให้การอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพดำเนินควบคู่ไปกับการส่งเสริมให้มีการนำเอาทรัพยากรที่มีคุณค่าดังกล่าวมาใช้ประโยชน์ทางอุตสาหกรรม ไม่ว่าจะเป็นในด้านการผลิตอาหาร ยารักษาโรค และในการพัฒนาปรับปรุงพันธุ์พืช

¹ เรียบเรียงปรับปรุงจากรายงานผลการวิจัยเรื่อง “กฎหมายด้านทรัพยากรชีวภาพของประเทศไทย” โดย จักรกฤษณ์ ควรพจน์ สุรวีช วรรณไกรโรจน์ บัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์ และเจษฎ์ โทณะวณิก (2545)

² Wilson, E.O., The Current State of Biological Diversity, Biodiversity, National Academy Press, 1988.

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity) ถูกจัดทำขึ้นในการประชุม Earth Summit ที่กรุงริโอเดอจาเนโร ประเทศบราซิล เมื่อเดือนมิถุนายน ปี พ.ศ.2535 ก็โดยมีวัตถุประสงค์จะแก้ปัญหาความหลากหลายทางชีวภาพ³

วัตถุประสงค์หลัก 3 ประการของการจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพคือ

- เพื่อส่งเสริมการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพของโลกเพื่อประโยชน์ของชนรุ่นต่อไป
- เพื่อการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืน
- เพื่อให้มีการแบ่งปันอย่างเป็นธรรมซึ่งผลประโยชน์อันเกิดจากทรัพยากรชีวภาพ

การจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ นับเป็นความพยายามร่วมกันของประชาคมโลก ในอันที่จะกำหนดกรอบและนโยบายเกี่ยวกับการจัดการความหลากหลายทางชีวภาพ โดยส่งเสริมให้ประเทศสมาชิกกำหนดแนวทางการอนุรักษ์และการจัดการทรัพยากรชีวภาพในเขตดินแดนของตน⁴ พร้อมทั้งเปิดโอกาสให้มีการนำเอาทรัพยากรชีวภาพไปใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน และเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ข้างต้น อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพได้กำหนดหลักการที่สำคัญดังนี้

1.1 รักรองสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรชีวภาพ (Sovereign right of state)

จากเดิมที่ทรัพยากรชีวภาพถูกกำหนดให้เป็นมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพนับเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันทางกฎหมายฉบับแรก ที่รับรองว่ารัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพ อันเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการเกี่ยวกับสถานภาพทางกฎหมายของทรัพยากรชีวภาพ จากเดิมที่ถือกันว่าทรัพยากรชีวภาพและทรัพยากรพันธุกรรมเป็นมรดกทั่วไปของมนุษยชาติ มาเป็นทรัพย์สินสมบัติของรัฐ

ข้อ 15.1 ของอนุสัญญา กำหนดให้รัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือ"ทรัพยากรธรรมชาติ"(Natural resources) ซึ่งถ้อยคำที่ใช้ที่นี่ทำให้ชวนเข้าใจได้ว่าอนุสัญญา ต้องการรับสิทธิของรัฐเหนือทรัพยากรชีวภาพและทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่ในสภาพธรรมชาติ⁵ โดยไม่รวมถึงทรัพยากรที่ได้ถูกรวบรวมไปก่อนหน้าที่จะมีการจัดทำอนุสัญญา ซึ่งตั้งแต่อดีตกาล สารพันธุกรรมจำนวนมากได้ถูกรวบรวมและเก็บรักษาไว้ในธนาคารเชื้อพันธุ (Gene bank) โดยบรรดาธนาคารเชื้อพันธุส่วนใหญ่อยู่ภายใต้ความควบคุมของประเทศที่พัฒนาแล้วแทบทั้งสิ้น

³ Raustiala, K. and D.G. Victor, Biodiversity Since Rio: The Future Of The Convention On Biological Diversity, Env't, Vol. 38, No. 4, 1996.

⁴ CBD, Arts.1, 5-11.

⁵ Ibid., Arts. 2 and 15.

การที่อนุสัญญากำหนดให้รัฐมีสิทธิเหนือทรัพยากรที่อยู่ตามธรรมชาติเท่านั้น ย่อมหมายความว่าหากมีการนำเอาทรัพยากรชีวภาพไปดัดแปลงหรือพัฒนา จนกลายเป็นผลิตภัณฑ์ใหม่หรือเทคโนโลยีสมัยใหม่ สิ่งที่ได้จะไม่อยู่ภายใต้สิทธิอธิปไตยของรัฐ หากแต่อาจถูกถือครองเป็นสิทธิของปัจเจกชนได้ เช่น เป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของนักวิจัย เป็นต้น

อนุสัญญาฯ เพียงแต่กำหนดให้รัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพ แต่ไม่ได้กำหนดรายละเอียดว่ารัฐจะกระจายหรือมอบอำนาจบริหารจัดการทรัพยากรให้แก่ผู้ใด ซึ่งเท่ากับเปิดโอกาสให้รัฐต่างๆ กำหนดตัวบุคคลที่จะดูแลหรือจัดการทรัพยากรได้โดยเสรี โดยรัฐอาจให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ชุมชนท้องถิ่น ปัจเจกชน หรือสถาบันที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตาม การพิจารณาถึงความเกี่ยวข้อง และความมีส่วนร่วมได้เสียโดยตรงจากการเข้าถึงหรือการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรแล้ว รัฐควรกระจายอำนาจการบริหารจัดการให้แก่เกษตรกรและชุมชนท้องถิ่น เว้นแต่ว่าทรัพยากรพันธุกรรมนั้นเป็นสาธารณสมบัติที่ไม่มีบุคคลใดอ้างสิทธิเป็นเจ้าของได้ จึงจะเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะเข้ามากำกับดูแล

1.2 ส่งเสริมการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น (Recognition of traditional and indigenous knowledge)

อนุสัญญาฯ เรียกร้องให้ประเทศสมาชิกให้ความเคารพ ส่งเสริม อนุรักษ์ และรักษาไว้ซึ่งความรู้ นวัตกรรม และแนววิถีปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่น โดยเฉพาะความรู้และภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์ และการใช้อย่างยั่งยืนซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพ⁶ มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า อนุสัญญาฯ ไม่ได้กำหนดวิธีการหรือมาตรการในการส่งเสริมคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเอาไว้ อีกทั้งไม่ได้กำหนดให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นและความรู้พื้นบ้านในลักษณะต่างๆ เป็นสิ่งที่อยู่ภายใต้สิทธิอธิปไตยแห่งรัฐ ซึ่งแตกต่างจากกรณีของทรัพยากรชีวภาพ ดังนั้นจึงอาจทำให้เกิดข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสถานภาพทางกฎหมาย ตลอดจนวิธีการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นได้⁷

1.3 ส่งเสริมการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพ (Facilitating access to genetic resources for environmentally sound use)

อนุสัญญาฯ สนับสนุนให้มีการเข้าถึงและใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนซึ่งทรัพยากรชีวภาพ โดยการเข้าถึงนั้น จะต้องเป็นไปภายใต้หลักการ "ความยินยอมที่มีการแจ้งให้ทราบล่วงหน้า" (prior informed consent) "การแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรม"(benefit sharing)

⁶ Ibid., Art.8 (j).

⁷ Bowman, M. and C. Redgwell, International Law and the Conservation of Biological Diversity, Kluwer Law, London, 1996, p.65.

อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ ได้สร้างดุลยภาพทางผลประโยชน์ของผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ด้วยการกำหนดให้รัฐมีสิทธิอธิปไตยที่จะควบคุมการเข้าถึง และการใช้ประโยชน์ทรัพยากรธรรมชาติในเขตแดนของตน แต่ก็เปิดโอกาสให้มีการเข้าถึงทรัพยากรเหล่านั้นเพื่อนำไปใช้ในการวิจัยและใช้ประโยชน์ในทางอุตสาหกรรม ไม่ว่าจะนำไปใช้ในการผลิตอาหาร ยารักษาโรค และการปรับปรุงพันธุ์พืช อนุสัญญาฯ กำหนดว่าการเข้าถึงและการใช้ประโยชน์จากองค์ประกอบของความหลากหลายทางชีวภาพ จะต้องเป็นไปอย่างยั่งยืน⁸ และเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่รัฐเจ้าของทรัพยากร อนุสัญญาฯ กำหนดว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ จึงได้กำหนดหลักการอีกประการหนึ่งว่า ต้องมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรชีวภาพในระหว่างคู่กรณีอย่างยุติธรรมและเท่าเทียมกัน⁹ อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาฯ มิได้กำหนดหลักการและกลไกในเรื่องเหล่านี้เอาไว้ ซึ่งเท่ากับประเทศสมาชิกมีสิทธิที่จะกำหนดมาตรการที่เหมาะสมในการแบ่งปันผลประโยชน์ตามหลักการของอนุสัญญาฯ ได้ตามที่เห็นสมควร

อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ ต้องการให้การเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพเป็นไปด้วยความสมัครใจ และให้มีการเจรจาต่อรองกันระหว่างคู่กรณี คู่กรณีในที่นี้หมายถึงความถึงรัฐที่เป็นเจ้าของทรัพยากร (หรือชุมชนที่ได้มอบอำนาจจากรัฐ) และผู้ที่ต้องการจะเข้าถึงทรัพยากรดังกล่าว ซึ่งอาจเป็นได้ทั้งบุคคล บริษัท สถาบัน ชุมชน หรือรัฐอื่น ซึ่งผลของการเจรจาต่อรองจะนำไปสู่การทำสัญญาเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ต่อไป¹⁰

1.4 ส่งเสริมการเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยี (Access to and transfer of technology)

อนุสัญญาฯ เรียกร้องประเทศที่พัฒนาแล้วให้ทำการถ่ายทอดเทคโนโลยีสำหรับการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพให้แก่ประเทศกำลังพัฒนา¹¹ เพื่อให้ประเทศกำลังพัฒนาอยู่ในฐานะที่จะพึ่งพาตนเอง และสามารถใช้อย่างยั่งยืนจากความหลากหลายทางชีวภาพได้ด้วยตนเอง

มีข้อสังเกตว่า ประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนา ต่างมีเป้าหมายในการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพที่แตกต่างกัน ประเทศที่พัฒนาแล้วต้องการส่งเสริมการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ก็โดยมุ่งหวังที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพยากรที่มีค่าเหล่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำไปใช้ประโยชน์ในด้านอาหารและยา ดังนั้น ประเทศที่พัฒนาแล้วจึงเรียกร้องให้มีการเข้าถึงทรัพยากรดังกล่าว แม้ว่าจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของขอความยินยอมที่ต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้า หรือมีการทำความตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ก็ตาม ส่วนประเทศกำลังพัฒนาต้องการให้มีการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ เพื่อส่งเสริมความร่วมมือในระดับ

⁸ CBD, Arts. 1, 3 and 15.

⁹ Ibid., Arts. 1 and 15.

¹⁰ Glowka, L. et al, A Guide to the Convention on Biological Diversity, Environmental Policy and Law Paper No. 30, IUCN, 1994, p.80.

¹¹ CBD, Art.16.

ระหว่างประเทศ ประเทศกำลังพัฒนาเห็นว่าการรับรองสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพ จะนำมาซึ่งความช่วยเหลือด้านเทคโนโลยีและการเงินจากประเทศที่พัฒนาแล้ว และยิ่งจะทำให้ตนได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพ ที่ตนไม่มีศักยภาพที่จะนำไปใช้ได้ด้วยตนเอง ซึ่งอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มีความมุ่งหมายที่จะสร้างดุลยภาพแห่งผลประโยชน์ในเรื่องเหล่านี้

ประเทศกำลังพัฒนาไม่ควรมองผลประโยชน์ที่จะได้จากการใช้ทรัพยากรชีวภาพ ในรูปของตัวเงินเท่านั้น หากแต่ควรคำนึงถึงผลประโยชน์ที่จะได้ในลักษณะของการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีด้วย ซึ่งการได้มาซึ่งเทคโนโลยีจำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือและความช่วยเหลือด้านกฎหมายและข้อแนะนำด้านเทคนิคจากรัฐบาลต่างชาติ หรือองค์กรระหว่างประเทศ เพื่อให้การอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพเป็นไปอย่างยั่งยืน ประเทศกำลังพัฒนาจะต้องมีนโยบายที่จะถ่ายทอดความรู้และข้อมูลเหล่านี้ไปยังชุมชนท้องถิ่น และสร้างศักยภาพในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพให้แก่วิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่มีเกี่ยวพันเชื่อมโยงกับชุมชนท้องถิ่น

1.5 การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Protection of intellectual property rights)

อนุสัญญาฯ กำหนดว่าการเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยีต้องสอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพ¹² อนุสัญญาฯ ยังเห็นว่ สิทธิบัตรและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาต่างๆ อาจมีกระทบต่อการดำเนินการตามอนุสัญญาฯ จึงกำหนดให้บรรดาประเทศสมาชิก ให้ความร่วมมือภายใต้กรอบของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อเป็นประกันว่าสิทธิดังกล่าวมีลักษณะที่สนับสนุนและไม่ขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ¹³ โดยกำหนดให้ประเทศสมาชิกคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ยกเว้นในกรณีที่น่าจะปรากฏว่าการคุ้มครองสิทธินั้นไม่เป็นการสนับสนุน หรือขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ

อนุสัญญาฯว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพและความตกลงทริปส์ มีบทบัญญัติและหลักการบางประการที่แตกต่างกัน จนอาจเป็นการขัดแย้งกันได้ เช่น อนุสัญญาฯ รับรองสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรชีวภาพ ส่งเสริมการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น รับรองสิทธิของประเทศสมาชิกที่จะกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการเข้าถึงทรัพยากรในเขตแดนของตน รวมทั้งมีสิทธิที่จะได้รับการชดเชยและได้ค่าตอบแทนที่เป็นธรรมจากการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพของตน แม้ความตกลงทริปส์จะมีเป้าหมายที่จะส่งเสริมการคุ้มครองเทคโนโลยีและนวัตกรรม แต่ความตกลงทริปส์ก็ไม่ถือว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นความรู้ที่จะต้องได้รับการคุ้มครอง ซึ่งนับเป็นช่องว่างและจุดอ่อนที่สำคัญของความตกลงระหว่างประเทศฉบับนี้ โจทย์สำคัญสำหรับ

¹² Ibid., Art. 16.2.

¹³ Ibid., Art. 16.5.

ประเทศกำลังพัฒนาจึงอยู่ที่การสร้างระบบการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เหมาะสม และมีประสิทธิภาพสอดคล้องกับหลักการของอนุสัญญาฯ และประเทศกำลังพัฒนาก็ต้องหาหนทางผลักดันระบบการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นดังกล่าว เข้าสู่การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ภายใต้ความตกลงทริปส์ด้วย อันจะทำให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นไปอย่างกว้างขวาง และมีประสิทธิภาพ

1.6 กำหนดให้มีกลไกในการติดตามตรวจสอบความหลากหลายทางชีวภาพและจัดการเทคโนโลยีชีวภาพ¹⁴

อนุสัญญาฯ กำหนดให้ประเทศสมาชิกกำหนดมาตรการในการจัดระเบียบและควบคุมความเสี่ยง ที่เกิดจากการใช้และการปล่อยสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมออกสู่สภาวะแวดล้อม ถึงแม้ว่าประเทศอุตสาหกรรมหลายประเทศได้เริ่มใช้มาตรการมาเช่นนี้บ้างแล้ว แต่ก็มีความจำเป็นในการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรม เพื่อกำกับดูแลกิจกรรมด้านเทคโนโลยีชีวภาพ และควบคุมการจำหน่ายหรือใช้ประโยชน์จากผลิตภัณฑ์ที่เป็นผลผลิตของเทคโนโลยีชีวภาพในระดับระหว่างประเทศ

1.7 กำหนดให้มีการจัดตั้งกลไกทางการเงิน (Establishing financial resources)

โดยประเทศสมาชิกที่เป็นประเทศที่พัฒนาแล้วจะต้องร่วมกันสมทบทุน เพื่อนำไปช่วยเหลือประเทศกำลังพัฒนา สำหรับการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพตามเจตนารมณ์ของอนุสัญญา¹⁵

ประเทศสมาชิกได้กำหนดให้มีการประชุม เพื่อทบทวนการปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาอย่างต่อเนื่อง มีกำหนด 2 ปีต่อครั้ง โดยเท่าที่ผ่านมาได้มีการเจรจาในประเด็นต่างๆ หลายประเด็น รวมทั้งประเด็นการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ การแบ่งปันผลประโยชน์ การถ่ายทอดเทคโนโลยี และการส่งเสริมคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

การประชุมของภาคีสมาชิก (COP) ได้จัดทำพิธีสารต่อทำยอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายชั้นหลายฉบับ และในระดับประเทศ ประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศได้แก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับหลักการของอนุสัญญาฯ ดังเช่น พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืชของไทย ซึ่งได้กำหนดหลักการให้ความยินยอมโดยมีการแจ้งให้ทราบล่วงหน้า หลักการแบ่งปันผลประโยชน์ และคุ้มครองภูมิปัญญาการปรับปรุงพันธุ์พืชแบบดั้งเดิมเอาไว้ หรือกฎหมายความหลากหลายทางชีวภาพฉบับปี ค.ศ.1998 ของประเทศคอซตาริกา ที่กำหนดให้การขอรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบของความหลากหลายทางชีวภาพทุกครั้ง จะต้องมี การแสดงหนังสือรับรองแหล่งที่มาของวัตถุทางชีวภาพที่ใช้เป็นฐานของการประดิษฐ์ โดยหนังสือ

¹⁴ Ibid., Arts. 7, 14 and 19.

¹⁵ Ibid., Arts. 20 and 21.

รับรองนั้นต้องแสดงความยินยอมของเจ้าของวัตถุทางชีวภาพ และภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องด้วย เป็นต้น

ในการประชุมภาคีสมาชิกครั้งที่ 6 (COP 6) ระหว่างวันที่ 7 – 19 เมษายน 2545 ที่กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์ บรรดาประเทศสมาชิกของอนุสัญญาฯ ได้เจรจาจัดทำแนวปฏิบัติ (Guidelines) ว่าด้วยการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการแบ่งปันผลประโยชน์ เพื่อกำหนดมาตรฐานระหว่างประเทศในเรื่องนี้ มีข้อสังเกตว่า หลายประเด็นที่เจรจากันในการประชุมภาคีสมาชิกของอนุสัญญาฯ ว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพนั้น ได้มีหยิบยกเข้าสู่การเจรจาในเวทีระหว่างประเทศอื่นด้วย เช่น มีการเจรจาประเด็นเรื่องภูมิปัญญาท้องถิ่น การแบ่งปันผลประโยชน์ ฯลฯ ในสภาทริปส์ (TRIPs Council) ด้วย โดยเป็นส่วนหนึ่งของการเจรจาบทวนบทบัญญัติข้อ 27.3 (b) ของความตกลงทริปส์

ในการเจรจาประเด็นการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการแบ่งปันประโยชน์ การประชุมภาคีสมาชิกครั้งที่ 6 มีข้อเสนอที่น่าสนใจจากประเทศกำลังพัฒนาบางประเทศ ดังเช่นประเทศโคลัมเบีย จาไมกา และเปรู เห็นว่า ควรนำวิธีการแสดงเอกสารระบุความยินยอมของเจ้าของสารพันธุกรรม และหลักฐานการให้ความยินยอมที่ต้องมีการบอกกล่าวล่วงหน้า และมีการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์มาใช้ ประเทศอินเดียเสนอว่า ควรนำหลักการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการแบ่งปันประโยชน์ผนวกเข้ากับข้อ 29 ของความตกลงทริปส์ อันจะทำให้การแสดงเอกสารระบุแหล่งที่มาและความยินยอมของเจ้าของสารพันธุกรรม กลายเป็นเงื่อนไขของการขอรับสิทธิบัตรในประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก ส่วนประเทศเอธิโอเปียและฟิลิปปินส์เห็นว่า แนวปฏิบัติว่าด้วยการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการแบ่งปันประโยชน์ ควรมีฐานะเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันในทางกฎหมาย ส่วนประเทศกำลังพัฒนาบางประเทศ เช่น มาเลเซีย ต้องการเห็นแนวปฏิบัติฯ เป็นเพียงแนวปฏิบัติที่ไม่ต้องมีผลบังคับในทางกฎหมาย

โดยสรุป อนุสัญญาฯ ว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นความพยายามร่วมกันของนานาประเทศในอันที่จะวางระเบียบการอนุรักษ์ และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพ อนุสัญญาฯ ได้กำหนดหลักการหลายประการที่มีลักษณะที่สร้างสรรค์ ไม่ว่าจะเป็นการส่งเสริมและอนุรักษ์ภูมิปัญญาท้องถิ่น การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมภายใต้เงื่อนไขของการให้ความยินยอมที่มีการแจ้งให้ทราบล่วงหน้า การแบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นธรรมและเท่าเทียมกัน การถ่ายโอนเทคโนโลยี และการสนับสนุนเงินทุนในการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ หลักการที่กล่าวมาเป็นหลักการที่ดีและเป็นประโยชน์ แต่การที่ประเทศกำลังพัฒนาจะได้รับประโยชน์อย่างเต็มที่จากการเข้าร่วมในอนุสัญญาฯ จำเป็นที่จะต้องมีการสร้างกลไกที่มีประสิทธิภาพมารองรับ เนื่องจากอนุสัญญาฯ เพียงแต่กำหนดหลักการที่เป็นกรอบความสัมพันธ์ระหว่างรัฐภาคีเท่านั้น เพื่อให้หลักการที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ มีผลใช้บังคับได้อย่างจริงจังในทางปฏิบัติ รัฐต้องดำเนินการอนุวัติการให้เป็นไปตามหลักการเหล่านั้นในระดับภายในรัฐด้วย หลักการที่รัฐสมาชิกควรจะนำมากำหนดเป็นกฎหมายภายในเพื่อสร้างเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรมก็เช่น กฎหมายจัดระเบียบการเข้าถึงและการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรพันธุกรรม

ระเบียบการแบ่งปันผลประโยชน์ กฎหมายที่เอื้ออำนวยให้เกิดการถ่ายโอนเทคโนโลยีจากต่างประเทศ และมาตรการการคุ้มครองสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น

2. พิธีสารคาร์ตาเฮน่าว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

พิธีสารคาร์ตาเฮน่าว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพ ตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Cartagena Protocol on Biosafety to Convention on Biological Diversity) ซึ่งโดยมากจะเรียกกันว่าพิธีสารว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพ เป็นพิธีสารที่เป็นผลสืบเนื่องมาจากบทบัญญัติของข้อ 19 วรรค 3 และ 4 และข้อ 8 (g) และ 17 ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ โดยมีการคำนึงถึงความตกลงของสมัชชาภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพที่ II/5 ให้พัฒนาพิธีสารว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพ โดยเน้นเรื่องการเคลื่อนย้ายข้ามเขตแดน (Transboundary movement) ซึ่งสิ่งมีชีวิตใดๆ ก็ตามที่ได้รับการดัดแปลงทางพันธุกรรม (living modified organisms – LMOs) ซึ่งเป็นผลมาจากเทคโนโลยีชีวภาพสมัยใหม่ที่อาจมีผลกระทบในทางลบต่อการอนุรักษ์ และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน ตลอดจนกำหนดกระบวนการที่เหมาะสม สำหรับความตกลงในการแจ้งล่วงหน้า (Advance Informed Agreement – AIA)

โดยความมุ่งประสงค์และบทบัญญัติของความตกลงดังกล่าว ข้อ 1 ของพิธีสารฯ จึงได้กำหนดกรอบวัตถุประสงค์ของตนไว้ตามแนวทางการระมัดระวัง (precautionary approach) ซึ่งระบุไว้ในหลักการที่ 15 ของปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา คือ สนับสนุนให้มีความแน่ใจในการป้องกันในระดับที่พอเพียงในด้านความปลอดภัยในการเคลื่อนย้าย การดูแล และการใช้สิ่งมีชีวิตต่างๆ ที่ได้รับการดัดแปลงทางพันธุกรรม (LMOs) ซึ่งเป็นผลมาจากเทคโนโลยีชีวภาพสมัยใหม่ที่อาจมีผลกระทบในทางลบต่อการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน โดยคำนึงถึงความเสี่ยงต่อสุขอนามัยของมนุษย์ และเน้นในเรื่องการเคลื่อนย้ายข้ามเขตแดนเป็นพิเศษ

สาระสำคัญของพิธีสารฯ ปรากฏอยู่ในข้อ 4, 5, 6, 7, 11 และ 18 ดังนี้ ข้อ 4 กำหนดขอบเขตให้ใช้บังคับกับการเคลื่อนย้ายข้ามเขตแดน การเคลื่อนย้ายผ่าน การดูแล และการใช้สิ่งมีชีวิตที่ได้รับการดัดแปลงทางพันธุกรรมทุกชนิด ซึ่งอาจมีผลกระทบในทางลบต่อการอนุรักษ์ และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน โดยคำนึงถึงความเสี่ยงต่อสุขอนามัยของมนุษย์

ข้อ 5 ได้ระบุว่า พิธีสารฯ ฉบับนี้ จะไม่ใช้บังคับกับการเคลื่อนย้ายข้ามเขตแดน ของสิ่งมีชีวิตที่ได้รับการดัดแปลงทางพันธุกรรมต่างๆ ที่เป็นเอกลักษณ์สำหรับมนุษย์ ซึ่งถูกระบุโดยความตกลง และองค์กรระดับนานาชาติต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงข้อ 6 ที่กำหนดว่าบทบัญญัติ

ของพิธีสารฯ ฉบับนี้ ในส่วนของกระบวนการความตกลงในการแจ้งให้ทราบล่วงหน้า จะไม่ใช้กับสิ่งมีชีวิตต่าง ๆ ที่ได้รับการดัดแปลงทางพันธุกรรมที่เคลื่อนย้ายผ่าน (in transit) และจะไม่ใช้กับการเคลื่อนย้ายข้ามเขตแดนซึ่งสิ่งมีชีวิตต่าง ๆ ที่ได้รับการดัดแปลงทางพันธุกรรม ที่จะนำไปสู่การใช้ที่ได้รับการควบคุม (contained use) ซึ่งดำเนินการตามมาตรฐานของภาคีผู้นำเข้า

พิธีสารฯ ได้บัญญัติไว้ในข้อ 7 ว่า กระบวนการของความตกลงในการแจ้งล่วงหน้า นั้น จะใช้ก่อนการเคลื่อนย้ายข้ามเขตแดนโดยเจตนาครั้งแรก ของสิ่งมีชีวิตต่าง ๆ ที่ได้รับการดัดแปลงทางพันธุกรรม สำหรับการนำไปปลดปล่อยโดยเจตนาสู่สิ่งแวดล้อมของภาคีผู้นำเข้า ทั้งนี้การนำไปปลดปล่อยโดยเจตนาสู่สิ่งแวดล้อมดังกล่าว จะไม่รวมถึงสิ่งมีชีวิตต่าง ๆ ที่ได้รับการดัดแปลงทางพันธุกรรม ที่มีเจตนานำไปใช้โดยตรง กล่าวคือ เพื่อเป็นอาหารคนหรืออาหารสัตว์ หรือเพื่อการผลิต (food or feed, or for processing) เนื่องจากข้อ 11 จะถูกนำมาใช้ก่อนการเคลื่อนย้ายข้ามเขตแดนครั้งแรก ซึ่งมีเจตนานำไปใช้โดยตรงเป็นอาหารหรืออาหารสัตว์หรือเพื่อการผลิตนอกจากนี้ กระบวนการของความตกลงในการแจ้งล่วงหน้า จะไม่ใช้กับการเคลื่อนย้ายข้ามเขตแดนโดยเจตนา ซึ่งสิ่งมีชีวิตดัดแปลงทางพันธุกรรม ซึ่งได้รับการชี้แจงโดยมติของสมัชชาภาคี ว่าไม่มีความเป็นไปได้ ที่จะเกิดผลกระทบในทางลบต่อการอนุรักษ์ และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน โดยคำนึงถึงความเสี่ยงต่อสุขภาพของมนุษย์ด้วย

ในส่วน of ข้อ 11 ที่ว่าด้วยวิธีการสำหรับสิ่งมีชีวิตต่าง ๆ ที่ได้รับการดัดแปลงทางพันธุกรรม ที่มีเจตนาในการนำไปใช้โดยตรงเป็นอาหารหรืออาหารสัตว์ หรือเพื่อการผลิตนั้น ได้กำหนดว่า หากภาคีใดได้ตัดสินใจขั้นสุดท้ายเกี่ยวกับการใช้ภายในประเทศ รวมถึงการวางจำหน่ายในท้องตลาด ซึ่งสิ่งมีชีวิตชนิดหนึ่งที่ได้รับการดัดแปลงทางพันธุกรรม ที่อาจเกี่ยวข้องกับการเคลื่อนย้ายข้ามเขตแดน เพื่อการใช้โดยตรงเป็นอาหารหรืออาหารสัตว์ หรือเพื่อการผลิต จะต้องแจ้งการตัดสินใจดังกล่าวให้ภาคีต่าง ๆ ทราบ ผ่านสำนักงานประสานและแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านความปลอดภัยทางชีวภาพ (Biosafety clearing-house) ภายใน 15 วัน หลังจากการตัดสินใจดังกล่าว โดยจะต้องให้ข้อมูลที่ยา่งน้อยที่สุดจะต้องประกอบด้วย ข้อมูลที่ระบุไว้ในภาคผนวก II อย่างไรก็ตาม บทบัญญัตินี้จะไม่ใช่บังคับกับการตัดสินใจ เกี่ยวกับการทดสอบภาคสนามต่าง ๆ ประเทศภาคีจะต้องจัดส่งสำเนากฎหมาย ระเบียบ และแนวทางระดับชาติ ที่เกี่ยวข้องกับการนำเข้าสู่สิ่งมีชีวิตต่าง ๆ ที่ได้รับการดัดแปลงทางพันธุกรรม ซึ่งมีเจตนาเข้ามาใช้โดยตรงเป็นอาหารหรืออาหารสัตว์ หรือเพื่อการผลิต ต่อสำนักงานประสานและแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านความปลอดภัยทางชีวภาพ

สิ่งที่ถือว่าเป็นจุดสำคัญอันหนึ่งคือ บทบัญญัติที่ระบุว่า การขาดความแน่นอนทางวิทยาศาสตร์ อันเนื่องมาจากความไม่เพียงพอของข้อมูลและความรู้ทางวิทยาศาสตร์ ที่เกี่ยวข้อง กับระดับของผลกระทบในทางลบ ที่อาจเกิดจากสิ่งมีชีวิตดัดแปลงทางพันธุกรรมชนิดใดชนิดหนึ่ง

จะไม่เป็นการกีดกันภาคี ในการดำเนินการตัดสินใจเกี่ยวกับการนำเข้าสู่สิ่งมีชีวิตที่ได้รับการดัดแปลงทางพันธุกรรมชนิดนั้น

ส่วนต่อมาที่มีความสำคัญ และก่อให้เกิดปัญหาถกเถียงกันทั้งเวทีภายในประเทศและระหว่างประเทศเสมอคือ บทบัญญัติข้อ 18 ที่เกี่ยวกับการดูแล ขนส่ง บรรจุหีบห่อ และชี้จำแนก โดยพิธีสารกำหนดเป็นกรอบไว้ว่า เพื่อหลีกเลี่ยงผลกระทบในทางลบต่อการอนุรักษ์ และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน แต่ละภาคีจะต้องดำเนินมาตรการกำกับดูแล การเคลื่อนย้ายข้ามเขตแดนซึ่งให้สิ่งมีชีวิตดัดแปลงทางพันธุกรรม โดยต้องจัดให้มีการดูแล บรรจุหีบห่อ และขนส่ง ภายใต้สภาพความปลอดภัย โดยคำนึงถึงกฎและมาตรฐานนานาชาติที่เกี่ยวข้อง

ประเทศภาคีจะต้องดำเนินมาตรการกำหนดให้มีเอกสารข้อมูลกำกับสิ่งเหล่านี้คือ

- สิ่งมีชีวิตต่างๆ ที่ได้รับการดัดแปลงทางพันธุกรรม ซึ่งมีเจตนาเพื่อการใช้โดยตรง เป็นอาหารคนหรืออาหารสัตว์ หรือเพื่อการผลิต โดยชี้จำแนกอย่างชัดเจนว่า "อาจประกอบด้วย" (may contain) สิ่งมีชีวิตต่างๆ ที่ได้รับการดัดแปลงทางพันธุกรรม และไม่มีเจตนาเพื่อนำไปปลดปล่อยสู่สิ่งแวดล้อมอย่างจงใจ และจุดสำหรับการติดต่อเพื่อขอข้อมูลเพิ่มเติม สมัชชาภาคีซึ่งทำหน้าที่เป็นที่ประชุมของภาคีพิธีสารฯ ฉบับนี้ จะจัดทำข้อกำหนดโดยละเอียดเพื่อวัตถุประสงค์ในการนี้ รวมถึงรายละเอียด และลักษณะเฉพาะตัวอื่นๆ ไม่เข้าไปกว่า 2 ปี หลังจากพิธีสารฯ ฉบับนี้มีผลบังคับใช้
- สิ่งมีชีวิตต่างๆ ที่ได้รับการดัดแปลงทางพันธุกรรม ที่มีการนำมาเพื่อการใช้ที่ได้รับการควบคุม (Contained use) ต้องชี้จำแนกอย่างชัดเจนว่าเป็นสิ่งมีชีวิตที่ได้รับการดัดแปลงทางพันธุกรรม และต้องระบุข้อความการปฏิบัติที่เกี่ยวกับการดูแล เก็บ ขนส่ง และการใช้อย่างปลอดภัย จุดสำหรับการติดต่อเพื่อขอข้อมูลเพิ่มเติม รวมถึงชื่อและที่อยู่ของบุคคล และสถาบัน ซึ่งเป็นผู้รับมอบสิ่งมีชีวิตที่ได้รับการดัดแปลงทางพันธุกรรมเหล่านั้น และ
- สิ่งมีชีวิตต่างๆ ที่ได้รับการดัดแปลงทางพันธุกรรม ที่มีเจตนาสำหรับการปลดปล่อยสู่สิ่งแวดล้อมของภาคีผู้นำเข้าอย่างจงใจ และสิ่งมีชีวิตที่ได้รับการดัดแปลงทางพันธุกรรมอื่นใด ภายใต้ขอบเขตของพิธีสารฯ ต้องมีการชี้จำแนกอย่างชัดเจนว่าเป็นสิ่งมีชีวิตดัดแปลงทางพันธุกรรม โดยต้องระบุชนิดและสายพันธุ์ และ/หรือลักษณะที่เกี่ยวข้อง ข้อควรปฏิบัติใดก็ตามที่เกี่ยวกับการดูแล เก็บ ขนส่ง และการใช้อย่างปลอดภัย จุดสำหรับการติดต่อเพื่อขอข้อมูลเพิ่มเติม ชื่อและที่อยู่ของผู้นำเข้าและผู้ส่งออก และจะต้องมีเอกสารการแจ้งว่า การเคลื่อนย้ายเป็นไปตามข้อกำหนดของพิธีสารฯ นี้

3. ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า

ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) หรือความตกลง TRIPs นั้นเป็นความตกลงภายใต้กรอบขององค์การการค้าโลก ซึ่งประเด็นหลักของความตกลงนี้มุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางปัญญา ภายใต้แนวคิดที่ว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินเอกชน อย่างไรก็ตาม หากจะแยกแยะความตกลงทริปส์ โดยดูองค์ประกอบที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางชีวภาพ ก็จะสามารถวิเคราะห์ได้ดังนี้

3.1 สิทธิบัตร

การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรนั้น ข้อ 27 ของความตกลงทริปส์ได้กำหนดให้ภาคีสมาชิกให้ความคุ้มครองเทคโนโลยีต่างๆ รวมทั้งกำหนดข้อยกเว้นที่อาจกระทำได้ โดยในข้อ 27 นั้นสามารถแยกได้เป็นสามส่วน

ข้อ 27(1) ของความตกลงทริปส์ ได้กำหนดให้ภาคีสมาชิกให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีทุกสาขาไม่ว่าจะเป็นผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธี หากว่าเทคโนโลยีนั้นมีความใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถนำมาประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ จะเห็นได้ว่าหากมีการนำทรัพยากรชีวภาพมาปรับปรุง หรือนำมาเป็นส่วนหนึ่งในงานวิจัยและพัฒนาอันเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีที่มีลักษณะต้องตรงตามข้อกำหนดของความตกลงทริปส์ ภาคีสมาชิกก็มีพันธกรณีที่จะให้ความคุ้มครองแก่งานนั้นๆ อย่างไรก็ตาม ความตกลงทริปส์ได้กำหนดข้อยกเว้นบางประการของการให้ความคุ้มครองดังกล่าวไว้

ในข้อ 27(2) นั้น ความตกลงทริปส์ได้วางเกณฑ์ไว้ให้ภาคีสมาชิกยกเว้นการให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยี หรืองานประดิษฐ์ใดๆ โดยกำหนดว่า ประเทศภาคีอาจไม่คุ้มครองเทคโนโลยีที่ได้มีการห้ามใช้ในเชิงพาณิชย์ภายในเขตแดนของตน เพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคม หรือศีลธรรมอันดี รวมถึงการคุ้มครองชีวิตมนุษย์ สัตว์ หรือพืช หรือสุขอนามัย หรือเพื่อหลีกเลี่ยงการทำให้เสียประโยชน์ซึ่งสิ่งแวดลอม แต่ทั้งนี้การไม่ให้ความคุ้มครองดังกล่าวจะเพียงอ้างว่ากฎหมายภายในของตนได้ห้ามการใช้เทคโนโลยีนั้นไม่ได้ โดยจะต้องชี้แจงเหตุผลได้ว่า เทคโนโลยีอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างไร ซึ่งจะเห็นได้ว่า หากเทคโนโลยีหรือการประดิษฐ์ใดจะส่งผลกระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพ หรือการดำรงคงอยู่ของทรัพยากรชีวภาพ ภาคีสมาชิกก็สามารถใช้เหตุผลดังกล่าวเป็นข้ออ้างในการไม่ให้ความคุ้มครองได้

ข้อ 27(3) ของความตกลงทริปส์ ได้กำหนดข้อยกเว้นเฉพาะนอกเหนือจากสิ่งที่กำหนดไว้ในข้อ 27(2) เอาไว้ โดยอนุญาตให้ภาคีสมาชิกกำหนดยกเว้นไม่ให้ความคุ้มครองแก่วิธีการในการตรวจวินิจฉัย รักษา และการทำศัลยกรรมต่างๆ เพื่อการเยียวยารักษาในคนและสัตว์ตามข้อ 27(3)(a) และในย่อหน้า (b) ให้สามารถยกเว้นการให้ความคุ้มครองแก่สัตว์และพืช รวมทั้ง

กรรมวิธีที่จำเป็นทางชีววิทยาเพื่อการผลิตพืชและสัตว์ได้ แต่ต้องให้การคุ้มครองแก่จุลินทรีย์และกรรมวิธีทางจุลชีววิทยา และกรรมวิธีที่ไม่ใช่กรรมวิธีทางชีววิทยา โดยในบางส่วนสำคัญที่มีการกล่าวถึง และถกเถียงกันมากที่สุดได้แก่ส่วนสุดท้ายของย่อหน้า (b) ซึ่งกำหนดให้ภาคีสมาชิกต้องให้การคุ้มครองแก่พันธุ์พืชไม่ว่าจะโดยสิทธิบัตร หรือโดยระบบกฎหมายเฉพาะ หรือโดยทั้งสองระบบพร้อมกัน

ในส่วนนี้ประเทศไทยได้เลือกใช้ระบบกฎหมายเฉพาะ ในการให้ความคุ้มครองโดยออกเป็น พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 จะเห็นได้ว่าการกำหนดให้ภาคีสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองแก่พันธุ์พืช จุลินทรีย์ และกรรมวิธีทางจุลชีววิทยา ได้ทำให้ความตกลงทริปส์มีความเกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพเป็นอย่างมาก และกล่าวกันว่า ข้อ 27(3)(b) ได้เปิดโอกาสให้ประเทศที่พัฒนาสามารถถกฉวยทรัพยากรชีวภาพจากประเทศกำลังพัฒนา โดยผ่านระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

3.2 การคุ้มครองข้อสนเทศอันไม่เปิดเผย (ความลับทางการค้า)

การคุ้มครองข้อสนเทศอันไม่เปิดเผย ได้ถูกกำหนดไว้ในข้อ 39 ของความตกลงทริปส์ โดยบัญญัติให้ภาคีสมาชิกให้ความคุ้มครองแก่ข้อสนเทศที่เป็นความลับ และที่มีคุณค่าในทางพาณิชย์กรรมด้วยเหตุที่เป็นความลับ และเจ้าของได้มีความพยายามในอันที่จะรักษาข้อสนเทศดังกล่าวไว้เป็นความลับ

ความตกลงทริปส์มิได้กำหนดว่าข้อสนเทศใดที่อาจได้รับความคุ้มครอง และข้อสนเทศใดได้รับการยกเว้น ดังนั้นจึงต้องถือว่า การคุ้มครองจะต้องให้แก่ข้อสนเทศทุกรูปแบบ ดังนั้นข้อสนเทศใดๆ ที่ได้จากการใช้ ปรับปรุง เปลี่ยนแปลง ต่อเติม ตัดแต่ง หรือกระทำการใดๆ ซึ่งเป็นผลมาจากการใช้องค์ความรู้ที่เกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพ หรือการใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพ ก็จะได้รับคุ้มครองตามบทบัญญัติข้อ 39 นี้

3.3 สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการกล่าวถึงอย่างมากในปัจจุบัน ความตกลงทริปส์ ในข้อ 22 กำหนดให้ภาคีสมาชิกให้การคุ้มครองแก่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ โดยให้ภาคีสมาชิกคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์แก่สินค้าประเภทต่างๆ เพื่อมิให้สินค้าถูกนำไปหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ โดยอาศัยช่องจากความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนของผู้บริโภคในเรื่องแหล่งกำเนิดของสินค้านั้น

หากภาคีสมาชิกใดมีสินค้าที่เกิดจากทรัพยากรชีวภาพ หรือองค์ความรู้ที่เกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพของท้องถิ่นใดเป็นการเฉพาะ ก็สามารถที่จะคุ้มครองในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวกับสินค้านั้นได้ แต่การคุ้มครองดังกล่าวจะมีผลเพียงภายในอาณาเขตของรัฐนั้นๆ เท่านั้น

นอกเหนือจากการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ทั่วไปตามข้อ 22 แล้ว ข้อ 23 ของความตกลงทริปส์ก็ยังกำหนดให้มีการคุ้มครองเฉพาะแก่ไวน์และสุรา โดยให้ภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกให้การคุ้มครองโดยการป้องกันมิให้เกิดการใช้ชื่อไวน์หรือสุราใดๆ โดยไม่ต้อง ซึ่งในส่วนนี้ได้มีภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกหลายประเทศ พยายามเสนอให้เพิ่มเติมรายการชื่อสินค้าที่ควรได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับไวน์และสุราเข้าไปในความตกลงทริปส์ด้วย เช่น ข้าว ผ้าไหม ชา ฯลฯ

การที่ความตกลงทริปส์ให้มีการคุ้มครองไวน์ มีผลให้อุ่นที่นำมาใช้ทำไวน์ได้รับการคุ้มครองไปโดยปริยาย จึงถือเป็นการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพของประเทศอุตสาหกรรมซึ่งมีสินค้าไวน์เป็นสินค้าหลัก หากมีการเพิ่มสินค้าอื่นเข้าไปในความตกลงทริปส์ ก็จะทำให้ทรัพยากรชีวภาพได้รับการคุ้มครองโดยระบบสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มากยิ่งขึ้น

3.4 เครื่องหมายการค้า

เครื่องหมายการค้าตามข้อ 15 ของความตกลงทริปส์ ได้แก่ เครื่องหมาย หรือการรวมกันของเครื่องหมาย ที่สามารถกำหนดความแตกต่างระหว่างสินค้าของเจ้าของสินค้านั้นกับรายอื่นๆ เพื่อให้สาธารณชนได้ทราบว่าเป็นสินค้าที่มาจากเจ้าของต่างรายกัน เพื่อมิให้เกิดความสับสนหลงผิดในการเลือกบริโภคสินค้า

กรณีเช่นนี้ อาจมีสินค้าใดๆ ที่ใช้องค์ความรู้เกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพ หรือเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพ ได้ถูกนำมาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า แต่มีข้อสังเกตว่า ข้อ 17 ของความตกลงทริปส์ ได้กำหนดข้อยกเว้นของการคุ้มครองไว้ ด้วยการห้ามคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่เป็นชื่อสามัญ หากเครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ใดที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพได้กลายเป็นชื่อสามัญแล้ว ภาคีสมาชิกอาจไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้านั้นได้

3.5 ข้อพิจารณาที่ภาคีสมาชิกจะต้องคำนึงถึงในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

ในการให้ความคุ้มครองในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในความตกลงทริปส์นั้น ภาคีสมาชิกจะต้องคำนึงถึงบทบัญญัติต่างๆ ที่กำหนดขึ้นให้สอดคล้องกับระบบขององค์การการค้าโลก

ในส่วนแรกที่ต้องคำนึงถึงคือข้อ 1 ซึ่งเป็นตัวกำหนดกรอบของทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่างๆ ที่จะได้รับความคุ้มครองโดยความตกลงทริปส์ นอกจากนี้ต้องคำนึงถึง ข้อ 3 และ ข้อ 4 ซึ่งเป็นเรื่องหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และหลักชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่ง ซึ่งกำหนดให้มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ของคนชาติของรัฐภาคีต่างๆ ขององค์การการค้าโลกอย่างเท่าเทียมกัน และไม่เลือกปฏิบัติ

นอกเหนือจากนี้ หากมีการให้สิทธิพิเศษใดๆ แก่ภาคีสมาชิกรายใดรายหนึ่งขององค์การการค้าโลก สิทธิพิเศษนั้นต้องขยายไปสู่ภาคีสมาชิกอื่นๆ อย่างเท่าเทียมกันด้วย อย่างไรก็ตาม ในการให้ความคุ้มครอง และการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้น ความตกลงทริปส์ให้ดำเนินการโดยให้คำนึงถึงระบบสังคมและเศรษฐกิจของภูมิภาค โดยทำให้มีความสมดุลกันระหว่างสิทธิและหน้าที่ของตนตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 7 และข้อ 8 โดยเปิดโอกาสให้ภาคีสมาชิกพิจารณาถึงความสำคัญของอุตสาหกรรมบางประเภทในการแก้ไขกฎหมายของตน โดยอาจจะกำหนดมาตรการพิเศษใดๆ ขึ้นมาเพื่อการคุ้มครองด้านสาธารณสุข หรือสุขอนามัยด้านอาหารของประชาชน นอกจากนี้ อาจมีการกำหนดมาตรการพิเศษเพื่อป้องกันไม่ให้มีการกีดกันการถ่ายทอดเทคโนโลยี หรือการใช้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไปในทางที่ไม่ถูกต้องตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของความตกลงทริปส์

4. สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร

4.1 ความเป็นมาและการแก้ไขเพิ่มเติม

แต่เดิมสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืช เพื่ออาหารและการเกษตร (International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture: ITPGR) มีสถานะเป็นข้อถือปฏิบัติระหว่างประเทศที่ไม่ได้มีผลผูกพันทางกฎหมาย จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ.1983 โดยองค์การอาหารและเกษตรแห่งสหประชาชาติ (UN Food and Agriculture Organization: FAO) ตามมติของที่ประชุมใหญ่ของ FAO ที่ 8/83 โดยเรียกว่า “ข้อถือปฏิบัติระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืช” (International Undertaking on Plant Genetic Resources: IUPGR)

IUPGR จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีการใช้ประโยชน์ สงวน ประเมินค่า และการทำให้ดำรงไว้ซึ่งทรัพยากรพันธุกรรมพืช ที่มีประโยชน์ต่อเศรษฐกิจสังคมโดยเฉพาะด้านการเกษตร เพื่อการปรับปรุงพันธุ์พืชและการศึกษาทางวิทยาศาสตร์ หลักการสำคัญที่กำหนดไว้คือ ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็น “มรดกร่วมกันของมนุษยชาติ” ที่บุคคลใดจะหวังกันเป็นเจ้าของไม่ได้¹⁶ โดยทรัพยากรพันธุกรรมพืชนี้มีความหมายรวมถึง พืชป่า พืชดั้งเดิม พืชที่มีอยู่ตามธรรมชาติ และพืชที่เกิดจากการพัฒนาปรับปรุงพันธุ์โดยอาศัยเทคโนโลยีสมัยใหม่ด้วย¹⁷ อย่างไรก็ตามการอนุญาตให้เข้าถึงพันธุกรรมพืชนี้ได้จำกัดเฉพาะวัตถุประสงค์ 3 ด้าน คือ เพื่อการศึกษาทางวิทยาศาสตร์ การปรับปรุงพันธุ์พืช หรือเพื่อการอนุรักษ์พันธุกรรมพืช และต้องอยู่บนพื้นฐานหลักการ “จัดทำข้อกำหนดที่เห็นชอบร่วมกัน” (mutually agreed terms)¹⁸

¹⁶ IUPGR 1983 , Art. 1

¹⁷ Ibid., Art. 2

¹⁸ Ibid., Art. 5

มีข้อสังเกตว่า ประเทศพัฒนาแล้วจำนวน 8 ประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา แคนาดา ฝรั่งเศส เยอรมัน สหราชอาณาจักร ญี่ปุ่น นิวซีแลนด์ และสวีเดน ปรักฎิเสธลงนามเข้าร่วมใน IUPGR ฉบับปี ค.ศ. 1983 เพราะต้องการให้พันธู์พืชที่ปรับปรุงใหม่มีฐานะเป็นทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ได้มีสถานะเป็น “มรดกร่วมกันของมนุษยชาติ”¹⁹

การแก้ไขปรับปรุง IUPGR ที่สำคัญมีขึ้นสองครั้ง คือ ในปี 1989 และในปี 1991

4.1.1 การแก้ไขปี 1989

ประเด็นการแก้ไขในปี ค.ศ. 1989 มีดังนี้

- เพิ่มข้อกำหนดในภาคผนวก 1 ว่า “ระบบกฎหมายสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช” มีความสอดคล้องกับ IUPGR และหลักการเข้าถึงอย่างเสรีมีได้หมายความว่า เป็นการเข้าถึงโดยไม่เสียค่าตอบแทน (มติที่ประชุมใหญ่ของเอฟเอโอที่ 4/89)²⁰
- ให้การรับรองสิทธิทางกฎหมายอีกลักษณะหนึ่ง ที่เรียกว่า “สิทธิเกษตรกร” (Farmers’ Rights) ซึ่งหมายถึง “สิทธิที่เกิดขึ้นจากสิ่งทีเกษตรกรได้กระทำทั้งในอดีต ปัจจุบันและในอนาคต ในการอนุรักษ์ การปรับปรุง และการทำให้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชดำรงอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแหล่งถิ่นกำเนิดหรือแหล่งของความหลากหลายทางชีวภาพ (มติที่ประชุมใหญ่ของเอฟเอโอ ที่ 5/89)²¹

การแก้ไข IUPGR ในปี 1989 นั้นมีจุดประสงค์ที่จะสร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ที่ได้จากเทคโนโลยีชีวภาพ กับพันธุ์พืชของเกษตรกรและพันธุ์พืชป่า และระหว่างประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนา โดยให้การรับรอง “สิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช” และ “สิทธิเกษตรกร”²² เพราะใน IUPGR ฉบับปี 1983 ได้กำหนดความหมายของทรัพยากรพันธุกรรมพืช (ซึ่งมีสถานะเป็นมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ) ไว้ค่อนข้างกว้าง และรวมไปถึงพืชที่ได้จากปรับปรุงขึ้นโดยอาศัยเทคโนโลยีสมัยใหม่ด้วย²³ ซึ่งทำให้ประเทศกำลังพัฒนามีโอกาสเข้าถึงพันธุ์พืชที่ประเทศพัฒนาแล้วปรับปรุงขึ้นได้อย่างเสรี โดยไม่ต้องคำนึงถึงสิทธิทางกฎหมายของนักปรับปรุงพันธุ์ที่มีอยู่ ในขณะที่ประเทศพัฒนาแล้วไม่ต้องการให้รวมพันธุ์พืชปรับปรุงใหม่อยู่ในฐานะมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ

¹⁹ FAO, Report on Progress in the Revision of the IUPGR, Rome, 1999, p.2.

²⁰ IUPGR 1983, Annex I.

²¹ Ibid., Annex II.

²² FAO, Report on Progress in the Revision of the IUPGR, Rome, 1999, p.2.

²³ IUPGR 1983., Art. 2.1 (a).

4.1.2 การแก้ไขปี 1991

ประเด็นการแก้ไขในปี ค.ศ. 1989 คือ ที่ประชุมใหญ่ของเอฟเอโอได้มีมติให้การรับรองอำนาจอธิปไตยของรัฐ (sovereignty of the state) เหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชของตน มติดังกล่าวได้เพิ่มเติมอยู่ในภาคผนวก 3 ของ IUPGR²⁴ จึงถือได้ว่า IUPGR เป็นความตกลงระหว่างประเทศฉบับแรกที่ได้ให้การรับรองอำนาจอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืช

ต่อมาในปี 1993 คณะกรรมาธิการว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้มีมติให้มีการปรับปรุง IUPGR ให้สอดคล้องกับหลักการของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งนับเป็นจุดเริ่มต้นของกระบวนการเจรจาปรับปรุง IUPGR

ภายหลังจากที่มีการเจรจาถึง 7 ปี อันเนื่องมาจากความแตกต่างกันของจุดยืนและผลประโยชน์ของกลุ่มประเทศต่างๆ ในการประชุมสมัชชาเอฟเอโอ สมัยที่ 31 ณ ประเทศอิตาลี ในปี ค.ศ. 2001 ที่ประชุมได้มีมติเอกฉันท์ให้การรับรอง "สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร" (International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture) โดยมีผู้แทนจากประเทศสมาชิกจำนวน 116 ประเทศ (รวมทั้งประเทศไทย) ให้การรับรอง ยกเว้นประเทศสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น ซึ่งดออกเสียง²⁵

4.2 คณะกรรมาธิการว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมเพื่ออาหารและการเกษตร

"คณะกรรมาธิการว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมเพื่ออาหารและการเกษตร" (Commission on Genetic Resources for Food and Agriculture: CGRFA) เป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญต่อการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืช และการกำกับดูแลการปฏิบัติตาม IUPGR คณะกรรมาธิการฯ นี้จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1983 โดยมีมติของการประชุมสมัชชาเอฟเอโอ โดยในครั้งนั้นใช้ชื่อว่า "คณะกรรมาธิการว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืช" ต่อมาในปี ค.ศ. 1995 ได้ขยายหน้าที่เพิ่มขึ้น ครอบคลุมในเรื่องความหลากหลายทางชีวภาพด้านการเกษตรที่เกี่ยวกับอาหารและการเกษตร และได้เปลี่ยนชื่อใหม่เป็น "คณะกรรมาธิการว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมเพื่ออาหารและการเกษตร"

วัตถุประสงค์ของคณะกรรมาธิการฯ คือ เพื่อให้มีการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมเพื่ออาหารและการเกษตรอย่างยั่งยืน รวมถึงมีการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม โดยจะทำหน้าที่ศึกษาและให้คำแนะนำต่อเอฟเอโอ ทั้งในด้านนโยบาย แผนงานและกิจกรรมเพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ดังกล่าว หน้าที่สำคัญอีกประการหนึ่งของคณะกรรมาธิการฯ คือ การพัฒนาและติดตาม "ระบบโลกเพื่อการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืช" (Global System for the Conservation and Utilization of Plant Genetic Resources) ระบบโลกฯ ดังกล่าวมีองค์ประกอบที่สำคัญ คือ ตัวคณะกรรมาธิการว่า

²⁴ Ibid., Annex III.

²⁵ IISD, Earth Negotiations Bulletin, Vol.9, No.213, p.1.

ด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืช ข้อถือปฏิบัติระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืช แผนปฏิบัติการด้านพืช กองทุนระหว่างประเทศด้านพันธุกรรมพืช ระบบเตือนภัยและสารสนเทศ ข้อกำหนดและแนวปฏิบัติเพื่อการเก็บรวบรวมและเคลื่อนย้ายทรัพยากรพันธุกรรม เครือข่ายระหว่างประเทศด้านการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมนอกถิ่นที่อยู่อาศัย (ex situ Collection) และเครือข่ายระหว่างประเทศด้านการอนุรักษ์ในถิ่นที่อยู่อาศัย

นอกจากนี้คณะกรรมการฯ ยังทำหน้าที่ประสานสร้างความร่วมมือระหว่างเอฟเอโอกับองค์กรระหว่างประเทศต่างๆ และองค์กรพัฒนาเอกชน เช่น สมัชชาภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ คณะกรรมการว่าด้วยการพัฒนาอย่างยั่งยืนของสหประชาชาติ ฯลฯ การประชุมตามปกติของคณะกรรมการฯ จะมีขึ้นทุกสองปี และอาจมีการจัดประชุมพิเศษขึ้นอีกตามความจำเป็น

ในปัจจุบันคณะกรรมการฯ มีสมาชิกทั้งหมด 160 ประเทศและอีกหนึ่งองค์กร อันได้แก่ สหภาพยุโรป โดยในจำนวนนี้มี 113 ประเทศที่เป็นสมาชิกของข้อถือปฏิบัติระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืช (IUPGR) สำหรับประเทศไทยนั้นเป็นสมาชิกของคณะกรรมการฯ แต่ไม่ได้เป็นสมาชิกของ IUPGR

4.3 สารสำคัญของสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืช เพื่ออาหารและการเกษตร

สนธิสัญญาฯ ฉบับนี้ประกอบด้วยบทบัญญัติทั้งหมด 35 ข้อ และภาคผนวกที่เป็นรายชื่อพืชที่จะอยู่ภายใต้สนธิสัญญาฯ และภาคผนวกเรื่องการระงับข้อพิพาท หลักการและบทบัญญัติรวมทั้งประเด็นพิจารณาที่สำคัญของสนธิสัญญาฉบับนี้ มีดังนี้

4.3.1 วัตถุประสงค์

สนธิสัญญาฯ ได้ขยายขอบเขตของวัตถุประสงค์เพิ่มเติมที่ชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์หลักข้อหนึ่งของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ โดยระบุว่าสนธิสัญญาฯ นี้มีวัตถุประสงค์

“เพื่อการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชอย่างยั่งยืน เพื่ออาหารและการเกษตร และเพื่อให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่อการเกษตรแบบยั่งยืนและความมั่นคงทางอาหาร ทั้งนี้โดยสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ”²⁶

²⁶ ITPGR 2001, Art. 1.1.

มีข้อควรตระหนักว่า สนธิสัญญาฯ ได้จำกัดขอบเขตเฉพาะเรื่อง “ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร” เท่านั้น ในขณะที่อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพจะมีขอบเขตรอบคลุมความหลากหลายทางชีวภาพทั้งหมดทุกประเภท แต่ไม่ได้มีบทบัญญัติครอบคลุมเกี่ยวกับเรื่องทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่นอกถิ่นกำเนิด (ex situ collection) และเรื่องสิทธิเกษตรกร ข้อจำกัดในเรื่องนี้เป็นที่ตระหนักของประเทศต่างๆ ที่ได้เข้าร่วมประชุมรับรองอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ณ กรุงไนโรบี จึงมีการระบุไว้ใน Resolution ข้อที่ 3 ของ Nairobi Final Act ว่าจะต้องมีการหาทางจัดการปัญหาดังกล่าวโดยองค์กรและกลไกของเอฟเอโอ²⁷

4.3.2 หลักการเรื่องสิทธิเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืช

สนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชฯ ได้ให้การรับรอง “สิทธิอธิปไตยของรัฐ” (sovereign rights) เหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร²⁸ ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงไปจากหลักการเดิมที่ได้กำหนดไว้ใน IUPGR ว่า ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็น “มรดกร่วมกันของมนุษยชาติ” ที่บุคคลใดจะหวงกันเป็นเจ้าของไม่ได้

หลักการเรื่องสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรชีวภาพ เป็นหลักการเดียวกันที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ การเปลี่ยนแปลงหลักการดังกล่าวของเอฟเอโอ มีปรากฏตั้งแต่ในปี ค.ศ. 1991 จากมติของที่ประชุมใหญ่ที่ 3/91 ซึ่งได้กลายเป็นภาคผนวกที่ 3 ของ IUPGR²⁹ ทั้งนี้ มีข้อน่าสังเกตว่า ในภาคผนวกของ IUPGR นั้นได้ใช้คำว่า “อำนาจอธิปไตย” (sovereignty) แต่ในสนธิสัญญาฯ ได้เปลี่ยนมาใช้คำว่า “สิทธิอธิปไตย”³⁰ ซึ่งอาจเป็นเพราะต้องการให้มีความสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ความแตกต่างระหว่างหลักการเรื่อง “สิทธิอธิปไตย” และ “อำนาจอธิปไตย” เหนือทรัพยากรชีวภาพ เป็นประเด็นที่ควรมีการวิเคราะห์ให้เกิดความชัดเจน เพื่อประโยชน์ในการกำหนดจุดยืนที่เหมาะสมของประเทศ

²⁷ FAO, Report on Progress in the Revision of the IUPGR, Rome, 1999, p.2 และ Nairobi Final Act, 1992, Resolution 3.

²⁸ ITPGR 2001, Preamble and Art. 10.

²⁹ IUPRG 1983, Annex III.

³⁰ คำว่า “สิทธิอธิปไตย” เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นครั้งแรกโดยบทบัญญัติของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล (UN Law of the Sea, 1982) ในภาค 5 ว่าด้วยเรื่องเขตเศรษฐกิจจำเพาะ (exclusive economic zone) ซึ่งมีสาระสำคัญว่าในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ ซึ่งหมายถึงบริเวณที่อยู่เลยไปจากทะเลอาณาเขต แต่ไม่เกิน 200 ไมล์ทะเล รัฐชายฝั่งมีสิทธิที่จะแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติได้ สิทธิดังกล่าวจึงเป็น “สิทธิในฐานะที่เป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติ ไม่ใช่สิทธิในฐานะที่เป็นเจ้าของดินแดนนั้น”

การเปลี่ยนแปลงหลักการดังกล่าว ส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากข้อกังวลของประเทศที่เป็นแหล่งความหลากหลายทางชีวภาพเกี่ยวกับการขยายความคุ้มครองให้สิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต ดังนั้นการที่ให้แต่ละประเทศมีอำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์เอง จะช่วยทำให้การควบคุมดูแลทรัพยากรพันธุกรรมดีขึ้น และมีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมมากขึ้น³¹

4.3.3 สถานะทางกฎหมาย

ในการประชุม CGRFA ครั้งที่ 8 ในปี 1999 เพื่อเจรจาปรับปรุง IUPGR ประเทศสมาชิกได้มีมติร่วมกันว่าให้ IUPGR มีสถานะผูกพันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีทางเลือก 3 แนวทาง คือ เป็นความตกลงภายใต้องค์กรเอฟเอโอ หรือเป็นเครื่องมือจัดการทรัพยากรพันธุกรรมภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ หรือเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่ไม่อยู่ภายใต้องค์กรใดๆ ในที่สุดได้มีข้อสรุปว่าสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืช จะมิสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศโดยมีองค์กรบริหาร (Governing body) ซึ่งประกอบด้วยประเทศภาคีสมาชิกสนธิสัญญาทั้งหมด ทำหน้าที่กำกับบริหารการบังคับใช้สนธิสัญญา และกิจกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น การบริหารงบประมาณ การจัดตั้งกองทุน (Trust Account)³²

สนธิสัญญา จะมีผลบังคับใช้ภายหลัง 90 วันนับจากเมื่อมีประเทศให้สัตยาบันครบ 40 ประเทศ โดยทาง FAO ได้เรียกร้องกระตุ้นให้ประเทศสมาชิกต่างๆ ให้สัตยาบันครบก่อนที่จะมีการประชุม World Food Summit: five years later ในเดือนมิถุนายน 2545 นี้ แต่จนถึงขณะนี้ (ข้อมูลถึงวันที่ 10 ก.ค. 2545) มีเพียง 7 ประเทศที่ได้ให้สัตยาบันไปแล้ว คือ แคนาดา กัมพูชา อิรัทีย กินี อินเดีย จอร์แดน และซูดาน

4.3.4 สิทธิเกษตรกร

“สิทธิเกษตรกร” ได้รับการรับรองบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในข้อ 9 ของสนธิสัญญา โดยเน้นย้ำถึงความสำคัญและบทบาทของชุมชนพื้นเมือง ชุมชนท้องถิ่น และเกษตรกร ในการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืช

สนธิสัญญายกย่องให้ประเทศสมาชิกควรดำเนินมาตรการตามที่เหมาะสม และขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละประเทศในการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิเกษตรกร ทั้งในด้าน

- การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช
- สิทธิในการร่วมแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช
- สิทธิในการร่วมตัดสินใจเรื่องการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชในระดับชาติ

³¹ GRAIN, 2000, Seedling, Vol. 17. No. 2.

³² ITPGR 2001, Preamble and Art. 19.

นอกจากนี้ยังระบุว่า จะไม่มีการตีความของบทบัญญัตินี้ในลักษณะที่จะไปจำกัดสิทธิของเกษตรกรในการเก็บ ใช้ประโยชน์ แลกเปลี่ยน และขายเมล็ดพันธุ์หรือส่วนขยายพันธุ์ที่ได้จากการทำการเกษตร ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายของประเทศสมาชิกและตามความเหมาะสม³³

ขอบเขตของสิทธิเกษตรกรที่ได้กำหนดไว้ใน ITPGR นี้มีความแตกต่างกับสิทธิเกษตรกรที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ (หรืออนุสัญญายูโปฟ) เพราะในอนุสัญญายูโปฟได้กำหนดแต่เพียงเป็นข้อยกเว้น ให้เกษตรกรสามารถใช้พันธุ์พืชที่ได้จากการเพาะปลูกในแปลงของตน เพื่อการขยายพันธุ์ในฤดูกาลถัดไปได้เท่านั้น³⁴ อย่างไรก็ตาม ไม่อาจถือได้ว่าสิทธิเกษตรกรตามที่กำหนดไว้ในข้อ 9 ของ ITPGR เป็นข้อกำหนดขั้นต่ำที่ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติ เพราะสนธิสัญญาฯ เพียงแต่ระบุว่าประเทศสมาชิกควรทำอย่างไรต่อการคุ้มครองสิทธิเกษตรกรเท่านั้น และยังกำหนดให้ขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละประเทศ ซึ่งในกรณีของประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 เกษตรกรมีสิทธิพิเศษในการสงวนส่วนขยายพันธุ์ของพืชไว้เพื่อการเพาะปลูกในปีต่อไป (ข้อ 33) ซึ่งเป็นสิทธิข้อหนึ่งที่สอดคล้องกับสิทธิเกษตรกรที่ระบุในสนธิสัญญาฯ

เกษตรกร คือ ผู้ที่ส่งเสริมพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่นในการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืช การที่สนธิสัญญาฯให้การรับรองสิทธิของเกษตรกรในอีกนัยหนึ่งก็คือ การตระหนักและยอมรับถึงความสำคัญของภูมิปัญญาและบทบาทของเกษตรกรในเรื่องดังกล่าว แม้ว่าสนธิสัญญาฯ จะไม่ได้บัญญัติคุ้มครอง “ภูมิปัญญาของเกษตรกร” โดยตรง

4.3.5 เงื่อนไขในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืช

จากพื้นฐานแนวคิดว่าการเข้าถึงแหล่งพันธุกรรมพืชเพื่อการพัฒนาและปรับปรุงพันธุ์พืช เป็นปัจจัยสำคัญที่มีผลต่อการพัฒนาและก่อให้เกิดความยั่งยืนของภาคเกษตรกรรม สนธิสัญญาฯ จึงได้กำหนดให้มีการจัดตั้ง “ระบบพหุภาคีเพื่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชและการแบ่งปันผลประโยชน์” (Multilateral System of Access and Benefit-sharing) ที่เกิดขึ้นจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช โดยจะครอบคลุมพันธุกรรมพืช 2 แหล่ง คือ

- ทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่ประเทศสมาชิกเห็นชอบร่วมกัน ตามรายชื่อที่ระบุไว้ในภาคผนวกที่ 1 ของสนธิสัญญาฯ ซึ่งในปัจจุบันประกอบด้วยพืชอาหาร (Crop) จำนวน 35 รายการ (36 Genus) โดยส่วนใหญ่เป็นพืชเศรษฐกิจที่สำคัญ เช่น ข้าว

³³ IUPGR 2001 , Art. 9.

³⁴ UPOV Convention 1991, Art. 15(2).

ข้าวบาร์เลย์ ข้าวสาลี มะเขือเทศ ข้าวโพด ฯลฯ และพืชอาหารสัตว์ (Forage) จำนวน 29 รายการ³⁵

- ทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่นอกถิ่นที่อยู่อาศัย (*ex situ* collections) เช่น ที่ถูกเก็บรวบรวมอยู่ในธนาคารพันธุกรรมต่างๆ ทั้งที่อยู่ในการกำกับดูแลโดย Consultative Group on International Agriculture Research (CGIAR) และโดยสถาบันอื่นๆ³⁶

สนธิสัญญาฯ ได้กำหนดความหมายของ “ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร” ว่าหมายถึงสารพันธุกรรมใดๆ ของพืช (any genetic material of plant) ที่มีคุณค่าหรือมีแนวโน้มที่จะมีคุณค่าด้านอาหารและการเกษตร³⁷ ซึ่งเป็นความหมายที่เปลี่ยนไปจากเดิมอย่างมาก เนื่องจากแต่เดิมใน IUPGR ได้กำหนดนิยามของ “ทรัพยากรพันธุกรรมพืช” ว่าหมายถึง ส่วนที่ใช้ในการขยายพันธุ์ของพืชเท่านั้น โดยครอบคลุมพืชทุกชนิด ทั้งพืชป่า พืชดั้งเดิม พืชที่มีอยู่ตามธรรมชาติ และพืชที่เกิดจากการพัฒนาปรับปรุงพันธุ์โดยอาศัยเทคโนโลยีสมัยใหม่³⁸

นอกจากนี้ ทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่ระบุในภาคผนวกที่ 1 หมายถึงเฉพาะทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่ในการควบคุมจัดการของรัฐและเป็นสาธารณสมบัติ (public domain) สนธิสัญญาฯ ไม่ได้มีผลบังคับต่อทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่เป็นสมบัติของปัจเจกบุคคล แต่จะใช้วิธีการเชิญชวนและใช้มาตรการต่างๆ ที่เหมาะสมซึ่งกำหนดขึ้นโดยประเทศสมาชิก เพื่อกระตุ้นให้บุคคลหรือนิติบุคคลที่เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่ในรายการพืชภาคผนวกที่ 1 เข้าร่วมในระบบพหุภาคี³⁹ ขณะนี้สิ่งที่อาจจะเป็แรงจูงใจให้บุคคลหรือบริษัทเอกชนที่เป็นเจ้าของพันธุ์พืช นำพันธุ์พืชเข้ามาร่วมในระบบพหุภาคีและยอมปฏิบัติตามข้อกำหนดในสนธิสัญญา คือ จะมีโอกาสร่วมใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่ในระบบพหุภาคีด้วย

แม้สนธิสัญญาฯ จะกำหนดให้รัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชของตน แต่ภายใต้ระบบพหุภาคีเพื่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชฯ ประเทศภาคีสมาชิกของสนธิสัญญาฯ จะต้องเอื้ออำนวยความสะดวก (facilitate) ในการเข้าถึง ทั้งนี้โดยสอดคล้องกับบทบัญญัติของสนธิสัญญาฯ มาตรการทางกฎหมายและข้อกำหนดต่างๆ เกี่ยวกับการเข้าถึงนี้จะใช้บังคับกับทั้งรัฐ บุคคล และนิติบุคคลที่ต้องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืช ข้อกำหนดใน

³⁵ ในการเจรจา ประเทศที่เป็นแหล่งของทรัพยากรพันธุกรรมพืชจะพยายามไม่รวมพืชของตนไว้ในภาคผนวกที่ 1 เนื่องจากยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าการดำเนินงานตามสนธิสัญญาจะมีประสิทธิภาพและเป็นธรรมหรือไม่ – รายงานของผู้แทนไทยในการประชุมคณะกรรมการทรัพยากรพันธุกรรมพืชฯ สมัยพิเศษที่ 6 มิถุนายน พ.ศ. 2544

³⁶ ITPGR 2001, Art. 10 and 11.

³⁷ Ibid., Art. 2.

³⁸ IUPGR 1983, Art. 2.

³⁹ ITPGR 2001, Art. 11.2 and 11.3.

เรื่องการเอื้ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึงนี้เป็นหลักการอีกข้อหนึ่ง ที่สอดคล้องกับหลักการในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ อย่างไรก็ตาม ในสนธิสัญญา ไม่ได้กำหนดอย่างชัดเจนว่าในการเข้าถึงนั้นจะต้องตั้งอยู่บนหลักการ “การให้ความเห็นชอบที่ได้มีการแจ้งให้ทราบล่วงหน้า” (Prior Informed Consent) เช่นเดียวกันกับที่กำหนดเป็นหลักการไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

เงื่อนไขสำคัญเกี่ยวกับการเข้าถึงที่สนธิสัญญา กำหนดไว้⁴⁰ เช่น

- การเข้าถึงตามสนธิสัญญานี้ จะต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้ประโยชน์และอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืช เพื่อการศึกษาวิจัย ปรับปรุงพันธุ์ และการฝึกอบรมเรียนรู้ในด้านอาหารและการเกษตรเท่านั้น โดยจะไม่รวมไปถึงวัตถุประสงค์ด้านธุรกิจเคมีภัณฑ์ ยา และ/หรือธุรกิจอื่นๆ ที่ไม่ใช่ด้านอุตสาหกรรมอาหารหรืออาหารสัตว์⁴¹
- ต้องกำหนดอัตราค่าใช้จ่ายในการเข้าถึงต่ำที่สุด
- ผู้ได้รับอนุญาตให้เข้าถึงจะต้องไม่ขอรับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาหรือสิทธิใดๆ ที่จะเป็นการจำกัดการเอื้ออำนวยต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชหรือสารพันธุกรรม (genetic parts) หรือองค์ประกอบของพืช (their components) ในรูปแบบที่ได้มาจากระบบพหุภาคีเพื่อการเข้าถึงฯ (in the form received from the Multilateral System)
- การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่ได้รับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาหรือสิทธิใดๆ จะต้องปฏิบัติตามความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องของแต่ละประเทศ

และเพื่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติ องค์กรบริหารของสนธิสัญญา หรือ Governing Body จะจัดทำ “แบบมาตรฐานของความตกลงถ่ายโอนพันธุกรรม” (Standardised Material Transfer Agreement: MTA) ขึ้น ซึ่งประกอบด้วยเงื่อนไขที่จำเป็นต่างๆ เพื่อการเข้าถึง รวมทั้งข้อกำหนดเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์และบทบัญญัติอื่นๆ ที่สอดคล้องตามสนธิสัญญา และเมื่อมีการส่งมอบทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่ได้ให้กับบุคคลหรือองค์กรอื่นๆ ต่อผู้ที่ได้รับทรัพยากรพันธุกรรมพืชจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขใน MTA ด้วย⁴²

⁴⁰ Ibid., Art. 12.3.

⁴¹ การใช้ประโยชน์เพื่อวัตถุประสงค์ด้านธุรกิจเคมีภัณฑ์ ยา หรือธุรกิจอื่นๆ จะอยู่ภายใต้กรอบกติกาของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

⁴² ITPGR 2001, Art. 12.4.

4.3.6 การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

ประเด็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เป็นประเด็นที่มีความขัดแย้งอย่างมากในช่วงของการเจรจา เนื่องจากจุดยืนที่แตกต่างกันระหว่างกลุ่มประเทศอุตสาหกรรมและประเทศกำลังพัฒนา ภายใต้เงื่อนไขในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืช มีบทบัญญัติสำคัญที่เกี่ยวกับเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่กำหนดไว้คือ ห้ามมิให้นำเอาทรัพยากรพันธุกรรมพืชหรือสารพันธุกรรม (genetic parts) หรือองค์ประกอบของพืช (their components) ในรูปแบบที่ได้มาจากระบบพหุภาคีเพื่อการเข้าถึงฯ ไปขอรับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาหรือสิทธิใดอันจะก่อให้เกิดการจำกัดการเอื้ออำนวยต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืช (ข้อ 12.3 ข้อ (d))

จากบทบัญญัติในสนธิสัญญาฯ แสดงให้เห็นว่า แม้ว่าสนธิสัญญาฯ นี้จะได้ส่งเสริมให้มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืช แต่ได้มีข้อจำกัดสำคัญบางประการที่จะมีผลกระทบอย่างมากในประเด็นเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เนื่องจากในปัจจุบันภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐฯ และยุโรป สามารถที่จะนำสารพันธุกรรมหรือสิ่งที่เป็นองค์ประกอบที่มีอยู่ตามธรรมชาติของพืช ที่ได้แยกหรือสกัดออกมาจากสภาพตามธรรมชาติเดิมไปขอรับสิทธิบัตรได้ เช่น ลำดับยีน โครงสร้างของยีน พลาสมีด⁴³

ความหมายและการตีความของบทบัญญัติข้อนี้ยังมีข้อถกเถียงกันอยู่มาก องค์การพัฒนาเอกชนหลายองค์กรได้ตีความว่าไปถึงขั้นที่ว่าสนธิสัญญาฯ นี้ ได้ห้ามการคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต อย่างไรก็ตาม เหตุผลของการที่ประเทศสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่นงดออกเสียงรับรองสนธิสัญญาฯ ก็เนื่องมาจากบทบัญญัติในข้อ 12.3 ข้อ (d) นี้⁴⁴

จากเนื้อความในข้อ 12.3 ข้อ (d) มีข้อที่ควรตระหนักด้วยว่าสนธิสัญญาฯ ไม่ได้ห้ามการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาสำหรับ "พันธุ์พืชที่ได้พัฒนาปรับปรุงขึ้นใหม่" แต่ได้กำหนดหลักการให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรม และเท่าเทียมจากพันธุ์พืชใหม่ที่น่าไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ (ดูรายละเอียดในหัวข้อถัดไป)

4.3.7 การแบ่งปันผลประโยชน์

สนธิสัญญาฯ ได้กำหนดรูปแบบของการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชไว้หลายประการ ทั้งในลักษณะการแลกเปลี่ยนข้อมูล การเข้าถึงและถ่ายทอดเทคโนโลยี การเสริมสร้างขีดความสามารถ และการแบ่งปันผลประโยชน์ทางการเงิน และจากการค้า โดยมีความมุ่งหมายที่จะสร้างให้เกิดความเป็นธรรมและเท่าเทียมในการแบ่งปันผลประโยชน์⁴⁵

⁴³ Correa, C.M., Access to Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, 1999.

⁴⁴ Meldolesi, A., CGIAR Under Pressure to Support Seed Treaty, 2002.

⁴⁵ ITPGR 2001, Art. 13.

เนื้อหาสาระที่สำคัญเกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์ ตามบทบัญญัติในสนธิสัญญาฯ คือ

4.3.7.1. เรื่องการเข้าถึงและถ่ายทอดเทคโนโลยี

แม้ว่าสนธิสัญญาฯ จะกำหนดว่าให้มีการเอื้ออำนวยความสะดวกต่อการเข้าถึงเทคโนโลยีเพื่อการอนุรักษ์ ประเมินคุณค่าและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืช แต่ในทางปฏิบัติอาจไม่มีผลประโยชน์เกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมมากนักต่อประเทศกำลังพัฒนา เพราะในสนธิสัญญาฯ ได้กำหนดว่า การเข้าถึงและถ่ายทอดเทคโนโลยีที่ได้รับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา จะต้องให้การคุ้มครองต่อสิทธิของเจ้าของเทคโนโลยีและเป็นไปตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา⁴⁶

4.3.7.2 เรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์ทางการเงินและจากการค้า

ใน MTA ที่จะจัดทำขึ้นโดยภาคีสมาชิกของสนธิสัญญานั้น จะมีข้อกำหนดให้ผู้นำเอาทรัพยากรพันธุกรรมพืชจากระบบพหุภาคีเพื่อการเข้าถึงฯ ไปสร้างผลิตภัณฑ์ที่สามารถใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ จะต้องจ่ายค่าตอบแทนอย่างเท่าเทียมตามระบบกลไกทางการเงินที่จัดตั้งขึ้นภายใต้สนธิสัญญาฯ (เช่น ให้กับกองทุน หรือ Trust Account) ยกเว้นในกรณีที่ผลิตภัณฑ์นั้นไม่มีเงื่อนไขจำกัดสำหรับการที่ผู้อื่นจะนำไปศึกษาวิจัยและปรับปรุงพันธุ์ต่อ และอาจมีข้อยกเว้นสำหรับเกษตรกรรายย่อยในประเทศกำลังพัฒนา และประเทศที่อยู่ในระยะการเปลี่ยนระบบเศรษฐกิจด้วย รายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์ยังไม่ได้ระบุไว้ โดยจะมีการกำหนดขึ้นในการประชุมครั้งแรกของ Governing Body และมีการทบทวนภายใน 5 ปี ภายหลังจากที่สนธิสัญญาฯ มีผลใช้บังคับ⁴⁷

ทั้งนี้ผลประโยชน์ที่ได้จากการแบ่งปันผลประโยชน์ในระบบพหุภาคีฯ นี้จะถูกจัดการไปสู่เกษตรกรในทุกประเทศ โดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนาและประเทศประเทศที่อยู่ในระยะการเปลี่ยนระบบเศรษฐกิจ ที่ได้ทำการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชอย่างยั่งยืน⁴⁸ ข้อกำหนดในเรื่องนี้อาจทำให้เกิดปัญหา ในการปฏิบัติตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ของประเทศไทย เนื่องจากตามข้อ 52 ในกฎหมายนี้ได้กำหนดให้นำเงินรายได้ตามความตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ อันเกิดขึ้นจากการใช้ประโยชน์ “พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป” หรือ “พันธุ์พืชป่า” ส่งเข้ากองทุนคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทย

4.3.8 การจัดการทรัพยากรพันธุกรรมพืชนอกถิ่นกำเนิด (ex situ collection)

ในอดีต ตามหลักการที่ยึดถือร่วมกันว่าทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นสมบัติร่วมกันของมนุษยชาติ ทำให้มีการเคลื่อนย้ายแลกเปลี่ยนทรัพยากรพันธุกรรมพืชกันอย่างค่อนข้างเสรี มีทรัพยากรพันธุกรรมพืชจำนวนมากถูกเก็บรวบรวมรักษาไว้ในธนาคารพันธุกรรม (Gene Bank)

⁴⁶ Ibid., Art. 13.2 (b)(iii).

⁴⁷ Ibid., Art. 13.2 (d).

⁴⁸ Ibid., Art. 13.3.

ที่ตั้งอยู่ทั่วโลกซึ่งมีจำนวนทั้งหมด 1,308 แห่ง โดยมีอยู่ในอเมริกาเหนือและยุโรปเป็นจำนวนถึง 597 แห่ง หรือคิดเป็นร้อยละ 46 ของจำนวนธนาคารพันธุกรรมทั้งหมด (มีตัวอย่างเก็บอยู่ร้อยละ 49 ของทั้งโลก) และมีอยู่ในทวีปเอเชีย 293 แห่ง หรือคิดเป็นร้อยละ 22 (มีตัวอย่างเก็บอยู่ร้อยละ 28 ของทั้งโลก)⁴⁹

ข้อมูลของเอฟเอโอระบุว่า มีทรัพยากรพันธุกรรมพืชประมาณ 6 ล้านตัวอย่าง (accessions) เก็บรักษาอยู่ในธนาคารพันธุกรรม ในจำนวนนี้มีประมาณ 600,000 ตัวอย่าง ที่อยู่ในการดูแลของ "คณะที่ปรึกษาการศึกษาวิจัยด้านการเกษตรนานาชาติ" (Consultative Group on International Agricultural Research: CGIAR) ส่วนที่เหลืออีกประมาณ 5.5 ล้านตัวอย่าง เก็บรักษาไว้ที่ธนาคารพันธุกรรมระดับภูมิภาคหรือระดับประเทศ ส่วนที่เป็นของเอกชนมีประมาณ 1.27% และมากกว่าร้อยละ 46 ของจำนวนตัวอย่างพันธุกรรมพืชที่ถูกเก็บอยู่ในธนาคารพันธุกรรมของ 12 ประเทศ⁵⁰

CGIAR จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1971 โดยการผลักดันและสนับสนุนของธนาคารโลก ยูเอ็นดีพี (United Nations Development Programme) และองค์การอาหารและเกษตรแห่งสหประชาชาติ CGIAR เป็นองค์กรความร่วมมือระหว่างภาครัฐกับภาคเอกชนเพื่อการสนับสนุนระบบการวิจัยของศูนย์วิจัยด้านการเกษตรนานาชาติ (International Agricultural Research Centers: IARCs) ซึ่งในตอนเริ่มจัดตั้งมี 4 ศูนย์ และในปัจจุบันได้เพิ่มเป็น 16 ศูนย์ เช่น IRRI (ในฟิลิปปินส์) CIMMYT (ในเม็กซิโก) CIAT (ในโคลัมเบีย) และ IFPRI (ในสหรัฐอเมริกา) เป็นต้น แต่ละศูนย์วิจัยจะมีคณะกรรมการบริหารของศูนย์ที่เป็นอิสระ อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่ควรตระหนักเกี่ยวกับอิทธิพลขององค์กรที่ให้การสนับสนุนด้านการเงินอย่างเช่นธนาคารโลก ซึ่งสังเกตได้ว่า ผู้ที่ทำหน้าที่ประธานของ CGIAR คนปัจจุบัน คือผู้ที่ดำรงตำแหน่งรองประธานของธนาคารโลกด้วย

สมาชิกร่วมก่อตั้ง CGIAR ประกอบด้วย 15 ประเทศ ซึ่งทั้งหมดล้วนเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา ฝรั่งเศส อังกฤษ เดนมาร์ก เยอรมัน ฯลฯ ในปัจจุบันมีจำนวนสมาชิกเพิ่มเป็น 45 ประเทศและ 13 องค์กร สำหรับประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกในปี ค.ศ. 1997

CGIAR จัดตั้งขึ้นโดยมีเป้าหมายเพื่อลดความอดอยากและยากจน เพิ่มคุณค่าทางโภชนาการ สุขภาพ และการปกป้องสิ่งแวดล้อมงานวิจัยของ CGIAR มุ่งเน้นในเรื่องการเพิ่มผลผลิตของพืชและปศุสัตว์ ประมง และระบบฟาร์มที่เป็นผลดีต่อสิ่งแวดล้อม ผลประโยชน์จากงานวิจัยของ CGIAR จะถือว่าเป็นสมบัติสาธารณะที่ทุกคนมีสิทธิใช้ประโยชน์ได้

บทบาทสำคัญประการหนึ่งของ CGIAR คือการเก็บรวบรวมรักษาทรัพยากรพันธุกรรมพืชนอกถิ่นกำเนิด ภายใต้เครือข่ายศูนย์วิจัยต่างๆ ของ CGIAR มีการเก็บพันธุกรรมพืชไว้

⁴⁹ FAO, The State of the World's Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, 1998, p.98.

⁵⁰ Ibid., pp. 83-84.

ประมาณ 600,000 ตัวอย่าง พันธุกรรมพืชเหล่านี้ถือว่ายู่ในการดูแลของFAOด้วย เนื่องจากได้มีการทำความตกลงเรื่องการถ่ายโอนพันธุกรรมระหว่างเอฟเอโอ กับ CGIAR ขึ้นในปี 1994 หลักการสำคัญในความตกลงคือ ห้ามมิให้ขอรับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาต่อทรัพยากรพันธุกรรมหรือข้อมูลที่เกี่ยวข้อง (germplasm or related information) ที่ได้ไปจาก CGIAR ทั้งนี้เพื่อมิให้เป็นปัญหาที่กีดกันต่อนักวิจัยในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืช⁵¹

สนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชฯ ได้กำหนดกฎเกณฑ์หลายประการเกี่ยวกับการจัดการดูแลทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่เก็บรักษาไว้นอกถิ่นกำเนิดดังกล่าวข้างต้น บทบัญญัติที่สำคัญคือ⁵²

- จะมีการทำความตกลงระหว่างศูนย์วิจัยเกษตรนานาชาติ (International Agricultural Research Centers: IARCs) ที่อยู่ในการกำกับดูแลของ CGIAR (มีจำนวน 16 ศูนย์) กับ Governing Body ของสนธิสัญญาฯ และนำเอาระบบพหุภาคีเพื่อการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาฯ มาใช้บริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมพืชตามรายการในภาคผนวกที่ 1 ที่อยู่ในการดูแลของศูนย์วิจัยเกษตรนานาชาติ
- สำหรับทรัพยากรพันธุกรรมพืชในการดูแลของศูนย์วิจัยเกษตรนานาชาติ ที่อยู่นอกเหนือรายการพืชในภาคผนวกที่ 1 และมีการเก็บรวบรวมไว้ก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับ จะใช้ MTA ที่เป็นความตกลงที่มีอยู่ระหว่างเอฟเอโอ กับศูนย์วิจัยเกษตรนานาชาติ⁵³ เป็นกฎเกณฑ์กำกับดูแล และ Governing Body จะต้องทำการปรับปรุง MTA ดังกล่าวโดยการหารือกับศูนย์วิจัยเกษตรนานาชาติภายในการประชุมครั้งที่สองของ Governing Body
- สำหรับทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่นอกเหนือรายการพืชในภาคผนวกที่ 1 และเป็น การเก็บรวบรวมและอนุรักษ์โดยศูนย์วิจัยเกษตรนานาชาติ ภายหลังจากที่สนธิสัญญาฯ มีผลใช้บังคับ จะใช้เงื่อนไขในการเข้าถึงที่จัดทำขึ้นจากการตกลงร่วมกันระหว่างศูนย์วิจัยเกษตรนานาชาติ กับประเทศที่เป็นผู้ให้หรือได้รับทรัพยากรพันธุกรรมพืช ทั้งนี้โดยให้มีความสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้อง
- ประเทศภาคีสมาชิกจะเื้ออำนวยการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืช ที่อยู่นอก รายการของภาคผนวกที่ 1 ให้แก่ศูนย์วิจัยเกษตรนานาชาติ ที่ได้ทำความตกลงร่วมกับ Governing Body ด้วย ในกรณีที่พันธุกรรมพืชเหล่านั้นมีความสำคัญต่อ

⁵¹ CGIAR, Structure and Governance, 2002.

⁵² ITPGR 2001, Art. 15.

⁵³ หมายถึง MTA ที่ทำขึ้นในปี 1994 ระหว่างเอฟเอโอ กับ CGIAR

แผนงานและกิจกรรมของศูนย์วิจัยเกษตรนานาชาติ ทั้งนี้โดยการจัดทำข้อกำหนดที่เห็นชอบร่วมกัน (Mutually Agreed Terms)

ประเด็นเรื่องสิทธิความเป็นเจ้าของ และการแบ่งปันผลประโยชน์ในทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่เก็บรักษาไว้ในธนาคารพันธุกรรม เป็นปัญหาที่ยากที่ประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นแหล่งความหลากหลายทางชีวภาพกำลังประสบอยู่ เนื่องจากขาดหลักเกณฑ์ข้อกำหนดระหว่างประเทศในการกำกับบริหาร และผลจากการเปลี่ยนแปลงระเบียบกติกาโลกที่เกี่ยวข้องหลายประการ ที่สำคัญคือ การเปลี่ยนหลักการจากการถือว่าทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นสมบัติร่วมกันของมนุษยชาติ มาเป็นการยอมรับสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรชีวภาพ และจากการขยายความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไปสู่ทรัพยากรพันธุกรรมพืชและสิ่งมีชีวิตอื่น ๆ กรณีที่นักวิจัยของสหรัฐฯ นำพันธุ์ข้าวหอมมะลิ 105 ของประเทศไทย ที่เก็บรักษาไว้ที่ IRRI ไปใช้ในการปรับปรุงพันธุ์เป็นกรณีที่สะท้อนให้เห็นถึงปัญหาในประเด็นดังกล่าวได้อย่างชัดเจน

แม้ว่าสนธิสัญญาจะได้ริเริ่มกำหนดระเบียบบางประการไว้บ้างแล้ว แต่ยังคงมีปัญหาความยุ่งยากซับซ้อนที่ยังต้องเจรจาในรายละเอียดอีกมาก เช่น ตัวอย่างกรณีพันธุ์ข้าว IR 72 ที่เก็บรักษาไว้ที่ IRRI เป็นพันธุ์ข้าวที่ได้จากการนำเอาพันธุ์ข้าวมากกว่า 20 สายพันธุ์มาผสมกัน ซึ่งมีที่มาจากหลายประเทศ ในกรณีนี้จะถือสิทธิความเป็นเจ้าของกันอย่างไร และจะแบ่งปันผลประโยชน์กันอย่างไร จากการศึกษาของเอฟเอโอ ก็ยังไม่มีข้อสรุปว่า สิทธิในทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่เก็บรักษาไว้ตามศูนย์วิจัยเกษตรนานาชาติต่างๆ ควรจะเป็นรูปแบบใด ทั้งนี้จากความตกลงระหว่างเอฟเอโอ กับศูนย์วิจัยเกษตรนานาชาติที่อยู่ในเครือข่ายของ CGIAR ในปี 1994 นั้น CGIAR จะทำหน้าที่เสมือน “ผู้ดูแลทรัพย์สิน” (Trustee) เพื่อประโยชน์ของประชาคมระหว่างประเทศ โดยที่ไม่ได้เป็นผู้ครอบครองหรือเป็นเจ้าของทรัพย์สิน⁵⁴ และตัวศูนย์วิจัยไม่สามารถอ้างสิทธิความเป็นเจ้าของตามกฎหมาย หรือขอรับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาใดๆ ในพันธุกรรมพืชที่เก็บรวบรวมไว้ได้รวมถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้อง (related information) และผู้ที่นำเอาพันธุกรรมพืชจากศูนย์วิจัยไปใช้ประโยชน์จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เดียวกัน⁵⁵

โดยสรุป สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตรได้กำหนดหลักการและข้อบัญญัติหลายประการที่มีลักษณะที่สร้างสรรค์ มุ่งหวังที่จะสร้างการถ่วงดุลและความเป็นธรรมระหว่างประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนา เช่น การรับรองและคุ้มครองสิทธิเกษตรกร การแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมฯ ซึ่งจะเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ช่วยถ่วงดุลกับความตกลงด้านทรัพย์สินทางปัญญาที่อยู่ภายใต้ต้องการการค้าโลกได้ นอกจากนี้ สนธิสัญญาฯ ฉบับนี้ยังได้สร้างความชัดเจนเพิ่มขึ้น

⁵⁴ Siebeck and Barton, The Legal Status of CGIAR Germplasm Collections and Related Issues (mimeo), 1991 อ้างโดย Carlos M. Correa, Sovereign and Property Right Over Plant Genetic Resources, 1994.

⁵⁵ MTA for germplasm designated to FAO, Art 3 and 10.

เกี่ยวกับแนวทางในการจัดการทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่นอกถิ่นกำเนิด ซึ่งอยู่นอกขอบเขตเนื้อหาของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

อย่างไรก็ตาม ยังมีประเด็นสำคัญอีกหลายประการที่จะต้องมีการเจรจากำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมโดย Governing Body โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์ เรื่องการแก้ไขปรับปรุงความตกลงถ่ายโอนพันธุกรรม (MTA) ที่มีอยู่ระหว่างเอฟเอโอกับศูนย์วิจัยเกษตรนานาชาติ การที่ประเทศไทยและกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาจะได้ประโยชน์อย่างเต็มที่จากสนธิสัญญาฉบับนี้ จำเป็นต้องสร้างกลไกทางกฎหมายภายในประเทศ มารองรับ ในขณะที่เดียวกันต้องสร้างจุดยืนและทำที่ร่วมกันทั้งในระดับภูมิภาคและกลุ่มความร่วมมือต่างๆ เพื่อเพิ่มอำนาจต่อรองในเวทีเจรจาระหว่างประเทศ ให้การกำหนดรายละเอียด กฎเกณฑ์การปฏิบัติต่างๆ ตามสนธิสัญญา มีความเป็นธรรม และเป็นประโยชน์ต่อประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดทรัพยากรพันธุกรรมพืชมากที่สุด

5. สรุปภาพรวมความสัมพันธ์ของความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการความหลากหลายทางชีวภาพ

จากเนื้อหาของความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องความหลากหลายทางชีวภาพที่ได้กล่าวถึงข้างต้น อันได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ พิธีสารว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพ สนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืช และความตกลงทริปส์ จะเห็นได้ว่า ในขณะนี้มีความตกลงในระบบพหุภาคีเพื่อการดูแลจัดการทรัพยากรชีวภาพที่หลากหลาย แต่เดิมจากอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพจะครอบคลุมทรัพยากรชีวภาพในทุกประเภท แต่ไม่รวมถึงทรัพยากรชีวภาพที่เก็บรักษาไว้นอกถิ่นกำเนิด เช่น ในธนาคารพันธุกรรม ช่องโหว่ดังกล่าวถูกแก้ไขโดยสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืช ซึ่งได้เพิ่มเติมรายละเอียดแนวทางการจัดการสำหรับทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นการเฉพาะด้วย

อย่างไรก็ตาม ยังมีทรัพยากรชีวภาพที่ขาดกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศกำกับดูแลอยู่ คือ ทรัพยากรพันธุกรรมสัตว์ และจุลินทรีย์ที่เก็บรักษาไว้นอกถิ่นกำเนิด รายละเอียดเกี่ยวกับขอบเขตบังคับของความตกลงระหว่างประเทศต่อทรัพยากรชีวภาพแต่ละประเภทแสดงอยู่ใน ตารางที่ 1

เมื่อพิจารณาภาพรวมของความตกลงระหว่างประเทศ ที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการความหลากหลายทางชีวภาพ พบว่า ข้อบัญญัติต่างๆ ในความตกลงที่ไม่ได้อยู่ภายใต้องค์การการค้าโลก คือ ในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ และในสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร จะมีหลักการและเงื่อนไขไปในลักษณะที่สอดคล้องกัน ในขณะที่จะมีข้อกำหนดหลายประการที่ขัดแย้งกับความตกลงว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (ดูรายละเอียดในรูปที่ 1)

ความตกลงภายใต้กรอบขององค์การการค้าโลก จะมีเนื้อหาสาระที่ตอบสนองต่อการส่งเสริมระบบการค้าเสรี คือ พยายามลดเงื่อนไขข้อกําหนดต่างๆ ที่จะเป็นอุปสรรคต่อการค้า ในขณะที่เดียวกันก็พยายามให้ทุกประเทศ มีการดำเนินงานด้านการค้าที่เป็นรูปแบบมาตรฐานเดียวกัน เช่น ให้มีระบบกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในสิ่งมีชีวิตที่เป็นรูปแบบเดียวกันทั่วโลก เป็นต้น เมื่อพิจารณาในมุมมองการค้าเสรี “ทรัพยากรชีวภาพ” จึงมีสถานะเป็นเพียงสินค้าประเภทหนึ่ง ซึ่งต้องส่งเสริมการเข้าถึงและนำมาใช้ประโยชน์อย่างเสรี ข้อกําหนดเงื่อนไขต่างๆ

ในเรื่องการเข้าถึง การแบ่งปันผลประโยชน์ การถ่ายทอดเทคโนโลยี การคุ้มครองความปลอดภัยทางชีวภาพ ที่จะเป็นประโยชน์และสร้างความเป็นธรรมต่อประชาคมโลกโดยรวม จึงกลายเป็นอุปสรรคของการค้าในเวทีเจรจาการค้าเสรี

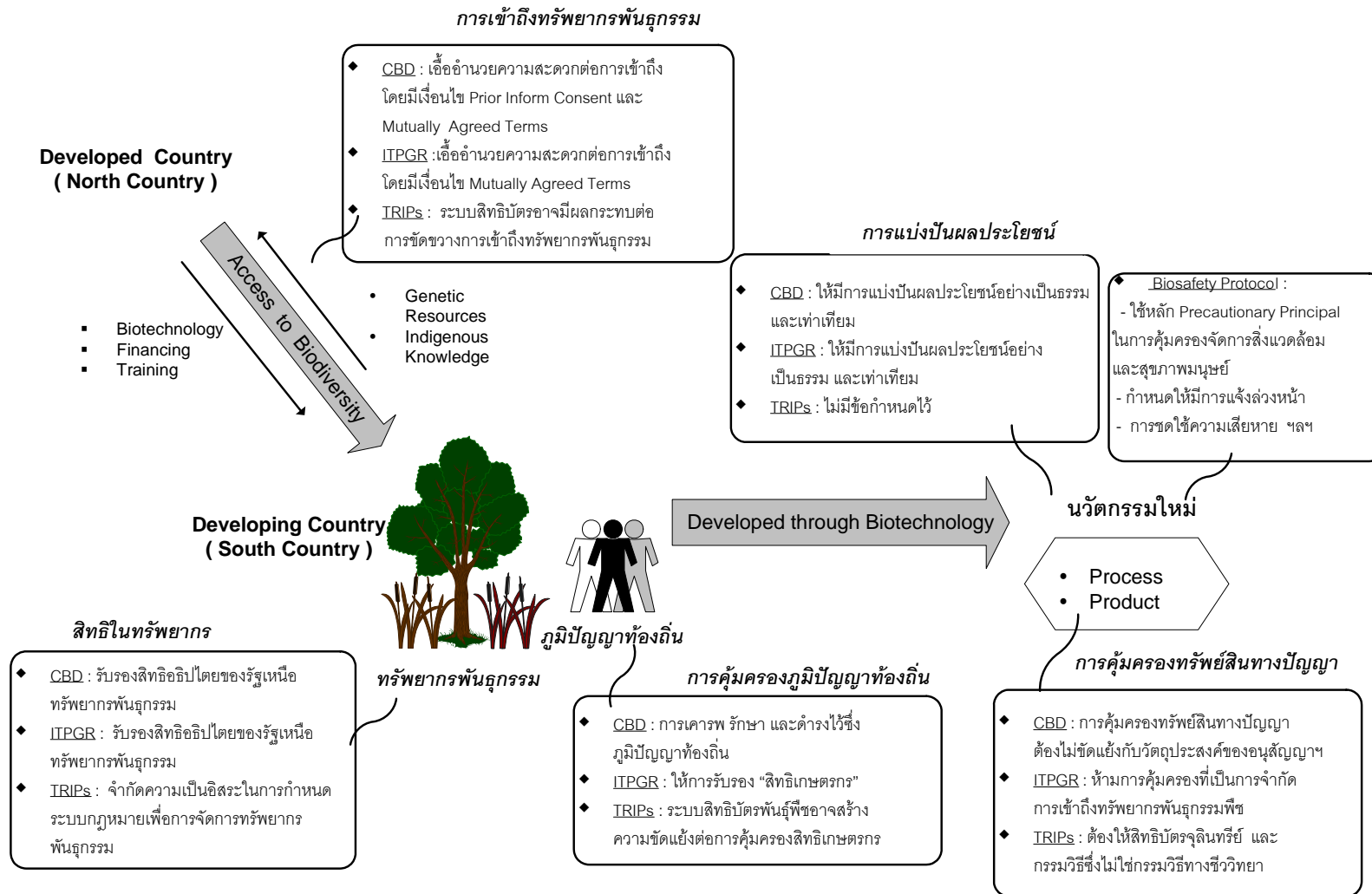
ตารางที่ 1 ประเภทของทรัพยากรชีวภาพที่อยู่ในภายใต้ขอบเขตบังคับของความตกลงระหว่างประเทศ

ความตกลง	การอนุรักษ์ในถิ่นกำเนิด (<i>in situ</i> conservation)			การอนุรักษ์นอกถิ่นกำเนิด (<i>ex situ</i> conservation)		
	พืช	สัตว์	จุลินทรีย์	พืช	สัตว์	จุลินทรีย์
CBD	ทุกประเภท			ไม่ครอบคลุม		
ITPGR	<ul style="list-style-type: none"> เฉพาะพืช 64 รายการตามภาคผนวกที่ 1 และเป็นพืชเพื่ออาหารและการเกษตรเท่านั้น 	---	---	<ul style="list-style-type: none"> เน้นเฉพาะพืช 64 รายการตามภาคผนวกที่ 1 และเป็นพืชเพื่ออาหารและการเกษตรเท่านั้น 	---	---
TRIPs	<p>พืช : ต้องให้การคุ้มครองพันธุ์พืช โดยระบบสิทธิบัตร หรือ กฎหมายเฉพาะ หรือ โดยการรวมทั้ง 2 ระบบ</p> <p>สัตว์ : อาจให้หรือไม่ให้สิทธิบัตรก็ได้</p> <p>จุลินทรีย์ : ต้องให้สิทธิบัตร</p>					
Biosafety Protocol	เน้นการจัดการกับสิ่งมีชีวิตที่ได้รับการดัดแปลงพันธุกรรมที่มีการเคลื่อนย้ายข้ามเขตแดน (Transboundary Movement) ซึ่งอาจมีผลกระทบต่ออนุรักษ์ และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน					

บทบัญญัติภายใต้ความตกลงทริปส์ ในส่วนที่เกี่ยวกับการให้สิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต กำลังอยู่ในช่วงการทบทวนเปลี่ยนแปลง ความพยายามของประเทศอุตสาหกรรมในการผลักดันให้

ขยายความคุ้มครองสิทธิบัตรไปยังสิ่งมีชีวิตทุกชนิด จะก่อให้เกิดปัญหาผลกระทบต่อหลักการที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ และสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร ทั้งในเรื่องการเข้าถึง การแบ่งปันผลประโยชน์ การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น รวมทั้งประเด็นสำคัญคือเรื่องสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรพันธุกรรมด้วย เนื่องจากถ้ามีการบังคับให้ประเทศสมาชิกในความตกลงทริปส์ต้องให้สิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตทุกประเภทแล้ว เท่ากับเป็นตัดสิทธิของรัฐในการเลือกกำหนด ระบบกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อการดูแลจัดการทรัพยากรชีวภาพที่อยู่ในอาณาเขตของตน ซึ่งเป็นการลดรอนสิทธิอธิปไตยของรัฐนั่นเอง

รูปที่ 1 ความสัมพันธ์เชื่อมโยงของความตกระหว่างประเทศด้านการบริหารจัดการความหลากหลายทางชีวภาพ



บทบัญญัติในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ และในสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร มีเนื้อหาหลายประการที่เป็นประโยชน์ต่อประเทศที่เป็นแหล่งทรัพยากรชีวภาพ สร้างความเป็นธรรม และสร้างการถ่วงดุลกับความตกลงทริปส์ ดังนั้นประเด็นสำคัญที่ควรพิจารณาก็คือ หากเกิดการขัดแย้งแห่งกฎหมายระหว่างความตกลง จะถือว่าความตกลงฉบับใดมีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่า

จากบทบัญญัติในข้อ 30 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of the Treaties 1969) ว่าด้วยสนธิสัญญา กำหนดให้ใช้หลักเกณฑ์ดังนี้⁵⁶

- (1) สนธิสัญญาฉบับหลังมีลำดับศักดิ์สูงกว่าสนธิสัญญาฉบับก่อน ซึ่งการพิจารณาให้ดูวันที่มีการลงนามเป็นสำคัญ ไม่คำนึงถึงวันที่สนธิสัญญามีผลบังคับใช้
- (2) สนธิสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะมีศักดิ์สูงกว่าสนธิสัญญาที่มีลักษณะทั่วไป
- (3) สนธิสัญญาที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า ให้มีผลเป็นการยกเว้นสนธิสัญญาใด จะมีศักดิ์สูงกว่าสนธิสัญญาฉบับนั้น
- (4) สนธิสัญญาที่ประเทศคู่กรณีต่างเข้าร่วมเป็นภาคี จะมีศักดิ์สูงกว่าสนธิสัญญาฉบับที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นภาคีแต่เพียงฝ่ายเดียว

ในขณะที่ประเทศไทยเป็นภาคีในความตกลงทริปส์ แต่ยังไม่ได้เป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ และในสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร การพิจารณาเข้าเป็นภาคีโดยคำนึงถึงลำดับศักดิ์ของกฎหมายเป็นประเด็นพิจารณาอีกเรื่องหนึ่งที่ต้องให้ความสำคัญ

ประโยชน์ที่คาดหวังจากการเข้าร่วมเป็นสมาชิกในความตกลงระบบพหุภาคี คือ การได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันระหว่างประเทศสมาชิก บนพื้นฐานหลักการ กฎเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในความตกลง และเป็นการแก้ไขข้อจำกัดของการบังคับใช้กฎหมายภายในประเทศ โดยเฉพาะในกรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างประเทศ และผู้กระทำความผิดไม่ได้อยู่ในอาณาเขตของประเทศ อย่างไรก็ตาม การที่จะได้ประโยชน์อย่างเต็มที่จากการเข้าร่วมในความตกลงระหว่างประเทศนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการเตรียมความพร้อมในทุกด้านเพื่อรองรับการอนุวัติการในระดับภายในประเทศด้วย

⁵⁶ จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และสมศักดิ์ ฎารามุท โครงการศึกษาวิจัยมาตรการทางกฎหมายและนโยบายระหว่างประเทศในการบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมและการคุ้มครองส่งเสริมภูมิปัญญาท้องถิ่น 2541

6. บทวิเคราะห์ภาพรวมของความตกลงระหว่างประเทศด้านความหลากหลายทางชีวภาพ

ในปัจจุบันมีความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการความหลากหลายทางชีวภาพ แม้ว่าความตกลงแต่ละฉบับจะมีจุดกำเนิด วัตถุประสงค์ หรือเนื้อหาสาระแตกต่างกันออกไป แต่เมื่อพิจารณาบนพื้นฐานการบริหารจัดการความหลากหลายทางชีวภาพอย่างเป็นระบบแล้ว จะเห็นได้ว่าเนื้อหาของความตกลงเหล่านั้นมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอยู่ ทั้งในลักษณะที่สอดคล้องและขัดแย้งกัน

เนื้อหาในส่วนนี้เป็นการนำข้อมูล ผลการวิเคราะห์ความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องแยกเป็นรายฉบับ มาประมวลและสังเคราะห์ให้เกิดความเข้าใจในความสัมพันธ์ของความตกลงระหว่างประเทศทั้ง 4 ฉบับในเชิงภาพรวม

6.1 การเปลี่ยนแปลงหลักการเรื่องสิทธิในทรัพยากร

ในอดีต หลักการที่ยึดถือร่วมกันในเรื่องสิทธิในทรัพยากร คือ ทรัพยากรพันธุกรรม "เป็นสมบัติร่วมกันของมนุษยชาติ" ซึ่งมีผลดีหลายประการ เช่น ทำให้มีการแลกเปลี่ยนพันธุ์พืชกันโดยเสรี ไม่มีการหวงกันในการเข้าถึง ทำให้เกิดการพัฒนสายพันธุ์ เสริมสร้างความหลากหลายทางชีวภาพ และเป็นส่วนสนับสนุนให้เกิดความมั่นคงทางอาหาร ทั้งนี้ ในอดีตปัญหาเรื่องการแย่งชิงฉกฉวยทรัพยากรชีวภาพยังไม่มีความรุนแรงและซับซ้อนเหมือนในปัจจุบัน เนื่องจากยังไม่มีการขยายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในสิ่งมีชีวิต และยังขาดความก้าวหน้าด้านเทคโนโลยีชีวภาพสมัยใหม่

การเปลี่ยนแปลงหลักการ จากการยึดถือว่าพันธุกรรมพืชเป็นสมบัติร่วมกันของมนุษยชาติ มาเป็นการยอมรับ "สิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรพันธุกรรม" เป็นผลส่วนหนึ่งมาจากความกังวลต่อปัญหาผลกระทบจากการขยายคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาความไม่เป็นธรรมต่อประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นแหล่งของความหลากหลายทางชีวภาพ ดังนั้นจึงมีความเชื่อว่า การให้แต่ละประเทศได้กำหนดกฎเกณฑ์ในการกำกับดูแลการเข้าถึง และใช้ประโยชน์พันธุกรรม จะเป็นระบบที่มีประสิทธิภาพดีกว่าเดิม

การเปลี่ยนแปลงหลักการดังกล่าว ปรากฏอยู่ในความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับ นับตั้งแต่การจัดตั้ง "อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่" (UPOV) ในปี ค.ศ. 1961 โดยให้รับรองสิทธิในทรัพย์สินเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นครั้งแรก ต่อมาในปี ค.ศ. 1974 มติของสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติที่ 3021 ได้ให้การรับรองอำนาจอธิปไตยอันถาวรของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติที่พบในดินแดนของตน ความตกลงระหว่างประเทศในภายหลังที่ให้การรับรอง "สิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรพันธุกรรม" คือ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 และสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร ค.ศ. 2001

เมื่อกติกาโลกได้เปลี่ยนมาสู่การยอมรับสิทธิอธิปไตยของรัฐ เนื้อหาทรัพยากรพันธุกรรมประเทศที่เป็นแหล่งทรัพยากรพันธุกรรมจะได้ประโยชน์หรือไม่ ขึ้นอยู่กับการที่แต่ละประเทศจะต้องสร้างระบบกฎหมายและกลไกของตนเองที่มีประสิทธิภาพ เพื่อการกำกับดูแล การเข้าถึงการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่ในดินแดนของรัฐ รวมทั้งเรื่องการแข่งขันผลประโยชน์ ที่สำคัญคือ จะต้องกำหนดระบบสิทธิในทรัพยากรพันธุกรรมที่ชัดเจนว่าเป็น “สมบัติสาธารณะ” (Public Domain) หรือมีการรับรองสิทธิในทรัพย์สิน ซึ่งอาจมีได้หลายระบบ คือเป็นสิทธิส่วนบุคคล (private property regime) เป็นสิทธิโดยรัฐ (state property regime) หรือเป็นสิทธิโดยส่วนรวม (common property regime) ในขณะเดียวกัน จะต้องสร้างระบบกฎหมายและกลไกต่างๆ เพื่อการรับรองและคุ้มครอง “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” ที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมด้วย เนื่องจากความสมบูรณของความหลากหลายทางชีวภาพและการดำรงอยู่ของภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น เป็นพื้นฐานสำคัญของการพัฒนาที่ยั่งยืน⁵⁷

ในความเป็นจริง ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ตามการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นไม่ทัน ขาดการพัฒนากรอบกฎหมายภายในประเทศเพื่อให้เท่าทันกับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว จึงทำให้เกิดปัญหาการฉกฉวยเอาทรัพยากรพันธุกรรมจากประเทศกำลังพัฒนา ไปใช้โดยขาดกลไกทางกฎหมายในการปกป้องคุ้มครองสิทธิประโยชน์อย่างเป็นธรรม ในปัจจุบันมีเพียงไม่กี่ประเทศที่มีกฎหมายเพื่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือได้เริ่มยกร่างจัดทำกฎหมายขึ้น เช่น กัวเตมาลา ปานามา เปรู และมีเพียง 27 ประเทศที่มีกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช⁵⁸ ในขณะเดียวกัน มีแรงกดดันที่เกิดขึ้นจากองค์การการค้าโลก ภายใต้ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า โดยประเทศอุตสาหกรรมที่มีความก้าวหน้าด้านเทคโนโลยีชีวภาพต้องการขยายการคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตทุกประเภท นั่นคือ ต้องการให้คุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล (private property regime) เนื้อหาทรัพยากรพันธุกรรม

สำหรับประเทศไทย ภายใต้กรอบรัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 และกฎหมายที่ออกมาในช่วงหลังจากรัฐธรรมนูญ ได้บัญญัติรับรอง “สิทธิชุมชน” ในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและ ความหลากหลายทางชีวภาพไว้ นอกเหนือจากการให้สิทธิแก่รัฐในการจัดการทรัพยากรแต่เพียงฝ่ายเดียวเหมือนเช่นในอดีต โดยในรัฐธรรมนูญ ข้อ 46 ได้ให้การรับรองสิทธิของ “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” ในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน

⁵⁷ ยศ สันตสมบัติ ความหลากหลายทางชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ 2542

⁵⁸ World Intellectual Property Organization, Survey of Existing Forms of Intellectual Property Protection for Traditional Knowledge - Preliminary Analysis and Conclusions, 2001.

นอกจากนี้ ใน พ.ร.บ. คุ่มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ยังได้ให้การรับรอง “สิทธิชุมชน” เนื้อหาทรัพยากรพันธุกรรมพืชในประเภท “พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น” โดยชุมชนผู้ขอขึ้นทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น จะมีสิทธิเด็ดขาดในการที่จะนำเอาส่วนขยายพันธุ์พืชนั้นไปแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ (มาตรา 50)

โดยสรุป การเปลี่ยนหลักการจากการยึดถือว่า “พันธุกรรมเป็นสมบัติร่วมกันของมนุษยชาติ” มาเป็นการยอมรับ “สิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรพันธุกรรม” จะมีข้อดีที่เห็นได้ชัดคือ ให้สิทธิประเทศแหล่งกำเนิดทรัพยากรชีวภาพกำหนดระเบียบกฎหมายในการบริหารทรัพยากรของตน แต่ถ้าประเทศที่เป็นแหล่งทรัพยากรชีวภาพตามไม่ทันกับการเปลี่ยนแปลงขาดการพัฒนาระบบกฎหมายและกลไกที่มีประสิทธิภาพเพื่อการกำกับดูแล จะทำให้ปัญหาการแย่งชิงฉกฉวยทรัพยากรพันธุกรรมไปพัฒนาต่อยอด และนำไปครอบครองเป็นเจ้าของภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น

สำหรับประเทศไทย ได้มีระบบกฎหมายเพื่อการคุ้มครองในส่วนทรัพยากรพันธุกรรมพืชและสิทธิชุมชนต่อพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นไว้แล้ว แต่สำหรับทรัพยากรชีวภาพประเภทอื่นๆ คือ สัตว์ จุลินทรีย์ ยังขาดกฎหมายและกลไกในการดูแลคุ้มครองอยู่อีกมาก

6.2 กติกาการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์

หลักการสำคัญในความตกลงระหว่างประเทศระบบพหุภาคี ที่เกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพในขณะนี้ คือ การเปลี่ยนแปลงหลักการจากการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพโดยเสรี (free access) มาสู่ระบบการเข้าถึงที่ต้องมีการแบ่งปัน (shared access) บนพื้นฐานการเอื้ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึง หลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ในทั้งอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ และสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร

การกำหนดหลักการให้เอื้ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึงนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีการนำเอาทรัพยากรพันธุกรรมมาพัฒนาใช้ประโยชน์เพื่อส่วนร่วมได้ต่อไป ไม่ต้องการให้เกิดอุปสรรคในการเข้าถึง ในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพจึงไม่ได้จำกัดขอบเขตวัตถุประสงค์ของการเข้าถึงไว้ แต่สำหรับสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชฯ ได้จำกัดวัตถุประสงค์ไว้ว่าจะต้องเป็นการเข้าถึงเพื่อการศึกษาวิจัย การปรับปรุงพันธุ์ และการฝึกอบรมเท่านั้น

จากหลักการที่กำหนดไว้ทั้งในอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพและ ITPGR ว่ารัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรพันธุกรรม หมายความว่า แม้รัฐจะต้องเอื้ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึง แต่รัฐก็มีสิทธิที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ ระเบียบ เงื่อนไขให้ผู้ที่ต้องการเข้าถึงต้องปฏิบัติตาม หลักการสำคัญเกี่ยวกับการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่กำหนดไว้ทั้งในอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ และ ITPGR คือ การเข้าถึงนั้น จะต้องมีการจัดทำข้อกำหนดที่เห็นชอบร่วมกัน นอกจากนี้ อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพยังมีเงื่อนไขระบุด้วยว่า จะต้องมีการแจ้งขอความเห็นชอบที่ต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้า

หลักการเกี่ยวกับการเข้าถึงที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ และ ITPGR ถือเป็นหลักการขั้นต่ำที่เป็นพันธกรณีของประเทศภาคีสมาชิกในการปฏิบัติ และเป็นเงื่อนไขที่จะก่อให้เกิดความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้นระหว่างประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนาในประเด็นเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์ อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่าความตกลงทริปส์ไม่ได้กำหนดหลักการดังกล่าวไว้ ในช่วงของการเจรจาทบทวนความตกลงทริปส์ ที่เริ่มมาตั้งแต่ปี 1999 ประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศ เช่น อินเดีย เคนยา อียิปต์ มาเลเซีย ศรีลังกา ไทย ฯลฯ ได้มีข้อเสนอให้ปรับปรุงข้อกำหนดในความตกลงทริปส์ ให้มีความสอดคล้องกับหลักการในอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมมากขึ้น⁵⁹

การที่ความตกลงทริปส์ กำหนดบังคับให้มีการให้สิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตบางประเภทไว้นั้น อาจสร้างความขัดแย้งกับหลักการเรื่องการเอื้ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึงได้ เพราะแม้ว่า ในทางทฤษฎี ระบบสิทธิบัตรจะเป็นส่วนช่วยสนับสนุนให้มีวัสดุหรือสิ่งประดิษฐ์สำหรับใช้เพื่อการวิจัยและพัฒนาต่อไปได้ แต่ในทางปฏิบัติ ผู้ทรงสิทธิบัตรมีวิธีการมากมายที่จะขัดขวางการเข้าถึง และเผยแพร่สิ่งที่ได้รับการคุ้มครอง รวมทั้งจำกัดการนำไปใช้ประโยชน์⁶⁰

การเปลี่ยนแปลงหลักการจากการยึดถือว่า ทรัพยากรพันธุกรรมเป็นสมบัติร่วมกันของมนุษยชาติ มาเป็นการยอมรับ "สิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรพันธุกรรม" นั้น ส่งผลกระทบต่อประเทศพัฒนาแล้วที่ต้องการเข้าถึงแหล่งทรัพยากรโดยเสรีเหมือนเช่นในอดีต หลักการให้เอื้ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึงจึงเป็นสิ่งที่ประเทศพัฒนาแล้วต้องการ เพื่อสร้างความมั่นใจได้ว่า จะสามารถเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ต่อไป เงื่อนไขข้อกำหนดต่างๆ ในเรื่องการเข้าถึง เช่น การจัดทำข้อกำหนดที่เห็นชอบร่วมกัน การแจ้งขอความเห็นชอบที่ต้องมีการบอกกล่าวล่วงหน้า ฯลฯ เป็นเงื่อนไขที่มุ่งหวังจะสร้างให้เกิดความเป็นธรรมระหว่างผู้ต้องการเข้าถึงทรัพยากรกับประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม แต่ปัญหาในทางปฏิบัติก็คือ เงื่อนไขของการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ จะเป็นไปตามการเจรจาต่อรองระหว่างผู้ที่ต้องการเข้าถึงทรัพยากรกับประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้ว ผู้ที่ต้องการเข้าถึงทรัพยากรมักจะเป็นฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่า เนื่องจากเป็นผู้ที่ครอบครองเทคโนโลยีชีวภาพและทราบข้อมูลเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมที่ต้องการใช้เป็นอย่างดี

จะเห็นได้ว่า ปัญหาจากการที่กำหนดให้จะต้องมีการเอื้ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึงนั้น จะมีมากน้อยเพียงใด ขึ้นอยู่กับการเตรียมความพร้อมของประเทศที่เป็นแหล่งทรัพยากรชีวภาพ ในการเตรียมความพร้อมทั้งด้านองค์กร ด้านกฎหมาย และด้านกลไกต่างๆ

⁵⁹ Carlos M. Correa, *Traditional Knowledge and Intellectual Property: Issues and Options Surrounding the Protection of Traditional Knowledge*, 2001.

⁶⁰ Day Peter, *The Impact of Patents on Plant Breeding Using Biotechnology*, NABA Report 8. *Agriculture Biotechnology : Novel Products and New Partnerships*, 1995 และ *Crop Science Society of America, Intellectual Property Rights: Protections of Plant Material*, Special Publication No.21, 1993 อ้างโดย Carlos M. Correa, *Access to Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, 1999.

เพื่อรองรับ ทั้งนี้ มีข้อที่ควรตระหนักด้วยว่า การเร่งรัดผูกพันกับการปฏิบัติตามพันธกรณีในการเอื้ออำนวยในการเข้าถึง โดยไม่มีการเตรียมความพร้อมในการรองรับอย่างเพียงพอจะก่อให้เกิดปัญหาผลกระทบได้มาก

6.3 การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

ในปัจจุบันยังไม่มีความหมายระหว่างประเทศฉบับใด ที่ให้การรับรองและคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้อย่างชัดเจน อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (ข้อ 8 (เจ)) ได้กำหนดเป็นหลักการไว้ให้มีการเคารพต่อภูมิปัญญา ประดิษฐ์กรรม และการปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์ และใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน แต่ไม่ได้เป็นการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น และจากรายงานของการประชุมสมัชชาภาคีอนุสัญญา ครั้งที่ 6 ในปี ค.ศ. 2002 ยังไม่ปรากฏว่าได้มีการพัฒนามาตรการ หรือแนวทางเพื่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นออกมาอย่างเป็นรูปธรรม

สำหรับในสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืช ก็ไม่ได้ให้การรับรองภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยตรง แต่ให้การยอมรับถึงบทบาทความสำคัญของเกษตรกรและการใช้องค์ความรู้และภูมิปัญญาท้องถิ่นในการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืช จึงได้ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิเกษตรกร มีการให้สิทธิพิเศษบางประการแก่เกษตรกรไว้

ความเคลื่อนไหวในเรื่องการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ขององค์กรระหว่างประเทศที่น่าสนใจคือ การจัดตั้งคณะกรรมการระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา ทรัพยากรพันธุกรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่น และชนบทกรรมนิยม (Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore) ภายใต้องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก คณะกรรมการดังกล่าวจัดตั้งขึ้นในปี 2000 เพื่อเป็นเวทีสนับสุนนให้เกิดการศึกษาาระหว่างสมาชิกขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ในเรื่องการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและการแบ่งปันผลประโยชน์ รวมถึงการคุ้มครองชนบทกรรมนิยม ในปี ค.ศ. 2001 คณะกรรมการฯ ได้เริ่มดำเนินการสำรวจศึกษารูปแบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศสมาชิก เพื่อเป็นข้อมูลในการกำหนดแนวทางการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เหมาะสมต่อไป

ภายใต้ความตกลงทริปส์ ในส่วนของการคุ้มครองพันธุ์พืช ซึ่งให้ประเทศสมาชิกเลือกใช้ระบบกฎหมายเฉพาะ (*sui generis*) เพื่อการคุ้มครองพันธุ์พืชได้นั้น เป็นช่องทางที่เปิดโอกาสให้ประเทศกำลังพัฒนาสามารถจัดทำกฎหมายภายในประเทศ เพื่อการรับรองและคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้ การคุ้มครองภูมิปัญญาของชุมชนที่ได้พัฒนาปรับปรุง “พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชของไทย เป็นกรณีตัวอย่างหนึ่งของการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ทำได้โดยไม่ขัดแย้งกับความตกลงทริปส์

6.4 การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

เรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในทรัพยากรชีวภาพ เป็นประเด็นที่มีความขัดแย้งกันมากในการเจรจาของความตกลงทุกฉบับ ในท้ายที่สุดถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในแต่ละความตกลงก็ยังไม่เป็นที่ชัดเจน ต้องมีการตีความหาข้อสรุปในทางปฏิบัติที่ชัดเจนอีกต่อไป

อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ มีข้อกำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ยกเว้นในกรณีที่น่าจะปรากฏว่า การคุ้มครองสิทธินั้นไม่เป็นการสนับสนุนหรือขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ ซึ่งอาจตีความได้ว่า ในกรณีที่การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ เช่น ไม่มีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ประเทศกำลังพัฒนาที่อาจปฏิเสธที่จะให้การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้

ข้อบัญญัติของอนุสัญญาฯ เกี่ยวกับประเด็นนี้ยังไม่เป็นที่ชัดเจนในทางปฏิบัติ และอาจก่อให้เกิดปัญหาความขัดแย้งกับความตกลงทริปส์ได้ โดยเฉพาะในกรณีการให้สิทธิบัตรในจุลินทรีย์ซึ่งเป็นข้อบังคับในความตกลงทริปส์ ที่กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องให้สิทธิบัตรคุ้มครอง

สำหรับใน ITPGR มีข้อบัญญัติที่มีปัญหาในการตีความเช่นเดียวกัน โดยในข้อ 12.3 (d) ได้กำหนดห้ามมิให้นำเอาทรัพยากรพันธุกรรมพืช หรือสารพันธุกรรม หรือองค์ประกอบของพืชในรูปแบบที่ได้มาจากระบบพหุภาคีเพื่อการเข้าถึง ไปขอรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาหรือสิทธิใดๆ ที่จะก่อให้เกิดการจำกัดการเอื้ออำนวยต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืช

ขณะนี้ในความตกลงทริปส์ มีข้อบัญญัติชัดเจนให้ประเทศสมาชิกต้องให้สิทธิบัตรสำหรับจุลินทรีย์ และกรรมวิธีทางเทคโนโลยีชีวภาพซึ่งไม่ใช่กรรมวิธีทางชีววิทยา และกรรมวิธีทางจุลชีววิทยา แต่สำหรับกรณี พืช พันธุ์พืช สัตว์ และกรรมวิธีทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชหรือสัตว์ ความตกลงทริปส์ได้เปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกมีอิสระที่จะให้สิทธิบัตรหรือไม่ก็ได้ ประเด็นสำคัญในเรื่องนี้คือ บทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวกำลังอยู่ในระหว่างการเจรจาเปลี่ยนแปลงซึ่งประเทศอุตสาหกรรม โดยเฉพาะทางสหรัฐฯ ต้องการที่จะขยายให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตทุกประเภท ถ้าการแก้ไขเป็นไปในลักษณะดังกล่าว จะมีผลกระทบต่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ และ ITPGR รวมทั้งประเด็นเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม เนื่องจากในความตกลงทริปส์ไม่ได้มีข้อกำหนดใดๆ เกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ ให้เป็นไปตามหลักปฏิบัติทั่วไปของการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตร

นอกจากนี้ ข้อกำหนดในความตกลงทริปส์ เกี่ยวกับการคุ้มครองพันธุ์พืช อาจเป็นปัญหาขัดแย้งต่อการคุ้มครองสิทธิเกษตรกรตามที่ระบุไว้ใน ITPGR โดยเฉพาะในกรณีที่มีการคุ้มครองพันธุ์พืชภายใต้ระบบสิทธิบัตร เนื่องจาก ITPGR ได้กำหนดรับรองสิทธิของเกษตรกรไว้ค่อนข้างกว้าง ทั้งในเรื่องการเก็บ ใช้ประโยชน์ แลกเปลี่ยนและขายเมล็ดพันธุ์หรือส่วนขยายพันธุ์ที่ได้จาก

การทำการเกษตร ในขณะที่ภายใต้ระบบสิทธิบัตรพันธุ์พืช ผู้ทรงสิทธิมีสิทธิเด็ดขาดต่อพันธุ์พืชที่
ได้รับการคุ้มครอง