

บทความวิจัย

การเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิด
เดียวกันในประเทศที่มีพรมแดนติดกัน*

Access and Sharing Benefit from the Same Plant Genetic
Resources in Neighboring Countries

จุฬาลักษณ์ โภคาสุข ปัญญจิตร¹

Chulaluk Pokasook Panyajitr²

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม อาคารราชนครินทร์ ชั้น 4

ตำบลขามเรียง อำเภอกันทรวิชัย จังหวัดมหาสารคาม 44150

Faculty of Law Mahasarakham University floor 4 Ratchanakarin Building

Khamriang, Kantarawichai Mahasarakham 44150

* Corresponding author E-mail: Chulalukpok.pan@gmail.com

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิจัย เรื่อง “การเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชในหลายประเทศที่มีพรมแดนติดกัน”, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, พ.ศ. 2564

¹ นางจุฬาลักษณ์ โภคาสุข ปัญญจิตร นักศึกษาปริญญาเอก คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

² Mrs.Chulaluk Pokasook Panyajitr LL.D. Student, School of Law, National Institute of Development Administration

วริยา ลำเลิศ³

Wariya Lamlert⁴

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เลขที่ 148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น

เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240

National Institute of Development Administration 148 Seri Thai Rd.

Khlong Chan, Bang Kapi Bangkok 10240

E-mail: starboom14@hotmail.com

วันที่รับบทความ : 23 พฤษภาคม 2565 วันที่แก้ไขบทความ : 25 พฤษภาคม 2565

วันที่ตอบรับ : 1 มิถุนายน 2565 วันที่เผยแพร่ : 8 ธันวาคม 2565

³ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ลำเลิศ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

⁴ Assistant Professor Dr.Wariya Lamlert, School of Law, National Institute of Development Administration

บทคัดย่อ

งานวิจัยนี้เป็นการศึกษาปัญหาการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชชนิดเดียวกันในประเทศที่มีพรมแดนติดกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาหลักการและแนวคิด รวมถึงกฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณีดังกล่าวในระดับระหว่างประเทศและในระดับประเทศ ได้แก่ ไทย เวียดนาม ลาว กัมพูชา และมาเลเซีย เพื่อเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว

เมื่อทำการศึกษาพบว่า อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ พิธีสารนาโงย่าว่าด้วยการเข้าถึงทรัพยากรพันธุ์กรรมและการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุ์กรรมอย่างเท่าเทียมและยุติธรรม และสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร ได้ยืนยันถึงหลักสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชว่าประเทศใดต้องการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชในดินแดนของประเทศหนึ่ง จะต้องขออนุญาตเข้าถึงและตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นกับประเทศเจ้าของดินแดน แต่กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ไม่ครอบคลุมไปถึงการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชชนิดเดียวกันที่มีถิ่นที่อยู่ในหลายประเทศ ประเทศที่ไม่มีการเข้าถึงจึงไม่อาจได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์

การศึกษาวิจัย ได้เสนอแนวทางแก้ไข 2 ขั้นตอน ดังนี้ ขั้นตอนที่หนึ่ง ทำความตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ในระดับภูมิภาคระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องในรูปแบบทวิภาคีหรือไตรภาคี โดยคำนึงถึงสิทธิอธิปไตยของรัฐ กำหนดนิยามคำว่า “การใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชชนิดเดียวกัน” และ “ลำดับอนุกรมวิธานพืช” ในความตกลง และเปิดโอกาสให้มีการเจรจาตั้งกองทุนระดับภูมิภาค ขั้นตอนที่สอง กำหนดมาตรการความร่วมมือข้ามพรมแดนในพิธีสารนาโงย่าให้ชัดเจน และใช้กลไกพหุภาคีระดับโลกเพื่อการแบ่งปันผลประโยชน์โดยสอดคล้องกับข้อ 10 ของพิธีสารนาโงย่า

คำสำคัญ: ทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชชนิดเดียวกัน, การเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์, เป็นธรรมและเท่าเทียมกัน, สิทธิอธิปไตยของรัฐ, การจัดการผลประโยชน์รูปแบบพหุภาคี

ABSTRACT

This research on the problem of access and benefit sharing from the same plant genetic resources in neighboring countries aims to study principles and concepts as well as the laws applicable to such cases at the international and national level including Thailand, Vietnam, Laos, Cambodia and Malaysia to find a solution.

The study found the following result. According to the Convention on Biological Diversity, the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization and the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, a country wishing to exploit any plant genetic resources in other country's territory shall request a permission to access and agree on the benefit sharing with the country governing the territory. However, the existing applicable law failed to cover the benefit sharing from the same plant genetic resources resident in many countries, the countries having restricted access cannot receive the benefit sharing.

The research provides a two-step solution as follows. Firstly, the benefit sharing agreement in the regional level among relevant countries in bilateral or trilateral cooperation should be reached by considering the sovereign rights of the state. The term of use of same plant genetic resources" and "Plant taxonomy" should be defined in the agreement. Also, the regional funds should be founded. Secondly, a cross-border cooperation measures in the Nagoya Protocol and a global multilateral mechanism should be outlined for benefit sharing in accordance with Article 10 of the Nagoya Protocol.

Keywords: Same Plant Genetic Resources, Access and Benefit Sharing, Fairness and Equality, State Sovereign Rights, Multilateral Interest Management

ความนำ

ทรัพยากรพันธุกรรมพืชในสภาพธรรมชาติถือเป็นแหล่งเก็บข้อมูลทางพันธุกรรมสำคัญที่สามารถพัฒนาเป็นพันธุ์พืชใหม่หรือผลิตภัณฑ์ใหม่ที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจและสังคมได้ ทรัพยากรพันธุกรรมพืชส่วนใหญ่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศกำลังพัฒนาแต่ประเทศกำลังพัฒนาไม่มีเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเทียบเท่าประเทศพัฒนาแล้ว หากปล่อยให้ประเทศพัฒนาแล้วแสวงประโยชน์ (Exploitation) จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้อย่างเสรีภายใต้หลัก “มรดกร่วมกันของมนุษยชาติ” (Common Heritage of mankind) และยึดถือเป็นสมบัติของปัจเจกชนผู้ประดิษฐ์แต่เพียงผู้เดียวภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กรณีย่อมไม่เป็นธรรมแก่รัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้น⁵

ต่อมาอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 (The Convention on Biological Diversity 1992: CBD) ได้รับรองอำนาจรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติในฐานะสิทธิอธิปไตย (Sovereign Rights) ของรัฐ โดยยืนยันถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐต่าง ๆ ที่มีเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชในดินแดนของตน และขณะเดียวกันก็ขยายสิทธิในการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชไปถึงเขตเศรษฐกิจจำเพาะและเขตต่อเนื่อง⁶ นอกจากนี้ ยังสร้างเงื่อนไขการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรม

⁵ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, “ผลกระทบของความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาต่อฐานทรัพยากรพันธุกรรมพืชของไทย,” ใน *สู่การปฏิรูปฐานทรัพยากร*, บรรณาธิการโดย จักรกฤษณ์ ควรพจน์, และบัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์ (กรุงเทพฯ: โครงการยุทธศาสตร์นโยบายฐานทรัพยากร คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2546), 687.

⁶ รัชนิกร ลาภวิเศษชาติ พรหมศักดิ์, “ระบบการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่: มุมมองเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ,” *วารสารนิติศาสตร์* 43, น.3 (2561): 686.

พืชให้อยู่บนหลักความตกลงที่เห็นชอบร่วมกัน (Mutually agreed terms)⁷ เพื่อให้ประเทศต่าง ๆ มีอำนาจควบคุมการเข้าถึงและสามารถตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชในดินแดนของตนได้⁸ แต่กว่าที่ CBD จะมีผลบังคับใช้ ทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้ถูกเคลื่อนย้ายอย่างอิสระจากรัฐหนึ่งไปสู่รัฐหนึ่ง⁹ และด้วยสภาพตามธรรมชาติของพืชเป็นสิ่งมีชีวิตที่ไม่มีพรมแดน พืชบางชนิดมีระบบนิเวศและแหล่งที่อยู่อาศัยร่วมกัน จึงทำให้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดหนึ่ง ๆ อาจพบได้ในหลายถิ่น¹⁰ และมีลักษณะข้ามพรมแดน เช่น พืชกัญชา (Cannabis Plant) เป็นต้น สามารถพบได้ในหลายถิ่นโดยเฉพาะประเทศที่มีพรมแดนติดกัน เช่น ไทย ลาว เวียดนาม กัมพูชา และมาเลเซีย เป็นต้น หรือสะเดา แม้เป็นต้นไม้ที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายในอินเดียแต่ก็มีถิ่นกำเนิดในหลายประเทศ เช่น เนปาล ปากีสถาน บังคลาเทศ ศรีลังกา มัลดีฟส์ และบางส่วนของแอฟริกา เป็นต้น

อย่างไรก็ดี การแบ่งปันผลประโยชน์ตาม CBD เป็นลักษณะของความตกลงทวิภาคี ซึ่งจำกัดการแบ่งปันผลประโยชน์เฉพาะประเทศผู้ใช้ (User) และประเทศผู้ให้

⁷ จักรกฤษณ์ ครอบงำ, *GMO สงครามเทคโนโลยีชีวภาพ*, (กรุงเทพฯ: เนชั่น มัลติมีเดีย กรุ๊ป, 2545), 46.

⁸ Convention on Biological Diversity 1992, Article 15

“Recognizing the sovereign rights of States over their natural resources, the authority to determine access to genetic resources rests with the national governments and is subject to national legislation.”

⁹ รัชนิกร ลาภวนิชชา พรหมศักดิ์, ระบบการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่: มุมมองเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ, 685-686.

¹⁰ ชนกวร พรหมปันชมพู และ จันทราทิพย์ สุขุม, *คู่มือการปฏิรูปกฎหมายเพื่อเสริมสร้างพัฒนาสังคมด้านสิทธิมนุษยชน (Checklists) ด้านกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและปัญหาการคุ้มครองยาและเมล็ดพันธุ์พืช*, (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการการปฏิรูปกฎหมาย, 2557), 115.

(Provider) ทรัพยากรพันธุกรรมพืชในฐานะ “ประเทศต้นกำเนิด”¹¹ เท่านั้น การแบ่งปันผลประโยชน์ที่กำหนดไว้ใน CBD จึงไม่สอดคล้องกับทรัพยากรพันธุกรรมชนิดเดียวกันที่มีถิ่นกำเนิดในหลายประเทศ และไม่สามารถก่อให้เกิดความเท่าเทียมและเป็นธรรมในการแบ่งปันผลประโยชน์ได้ แม้พิธีสารนาโงยาซึ่งจัดทำขึ้นเพื่อดำเนินการให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมตามวัตถุประสงค์ของ CBD จะกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกรณีที่พบทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติในอาณาเขตมากกว่าหนึ่งภาคีเอาไว้ในข้อ 11 ของพิธีสารนาโงยาว่าด้วยการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมอย่างเท่าเทียมและยุติธรรม (Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization: NP) แต่กรณีก็เป็นเพียงการกล่าวไว้ในลักษณะของการให้ความร่วมมือกันเท่าที่เหมาะสม โดยการมีส่วนร่วมของชุมชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องเท่านั้น ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ชัดเจนว่าจะต้องใช้ระบบใดในการแบ่งปันผลประโยชน์กรณีที่พบทรัพยากรพันธุกรรมชนิดเดียวกันในหลายประเทศ

อนึ่ง แม้สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร ค.ศ. 2001 (International Treaty on Plant Genetic Resources For Food and Agriculture 2001: ITPGR) จะได้พัฒนาระบบพหุภาคีเพื่อแก้ไขข้อขัดข้องในการแบ่งปันผลประโยชน์ตาม CBD ซึ่งสามารถหลีกเลี่ยงการเจรจาในระบบทวิภาคีได้ แต่หลักเกณฑ์การแบ่งปันผลประโยชน์ใน ITPGR ครอบคลุมเฉพาะทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตรที่กำหนดไว้ในภาคผนวก 1¹² เท่านั้น กรณีจึง

¹¹ บุญชู บุษยทวี, “การจัดหาเมล็ด (Seed Procurement),” <https://www.dnp.go.th/research/Knowledge/seed.htm> (สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2565).

¹² International Treaty on Plant Genetic Resources For Food and Agriculture 2001, Article 10 and 11.

ยังคงเป็นปัญหาในการพิจารณาว่าทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกันที่มีถิ่นที่อยู่อาศัยในหลายประเทศควรใช้หลักเกณฑ์ใดในการแบ่งปันผลประโยชน์

การใช้ประโยชน์และการแบ่งปันผลประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกันที่มีในหลายประเทศที่มีพรมแดนติดกันจึงมีประเด็นปัญหาที่สำคัญอยู่ 2 ประการ คือ ปัญหาสิทธิและการอ้างสิทธิในทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกัน และปัญหาการใช้ประโยชน์และการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมชนิดเดียวกัน

แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิและการอ้างสิทธิในทรัพยากรพันธุกรรมพืช

เมื่อทำการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืช สามารถแยกหลักการทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่สำคัญออกเป็น 2 แนวคิด คือ แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิของรัฐเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืช และหลักกรรมสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืช

1. แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิของรัฐเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืช

ปรากฏหลักการตามกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่สำคัญ 3 หลัก คือ หลักมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ (Common Heritage of Mankind)¹³ หลักสิทธิอธิปไตยของรัฐ (Sovereign Rights)¹⁴ และหลัก

¹³ เสนอโดยนายอาวิด ปาร์โด (Arvid Pardo) และภายใต้หลักการนี้จะไม่มีประเทศใดอ้างสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพยากรได้แต่เพียงผู้เดียว ทุกประเทศต้องร่วมกันจัดการและรับผิดชอบ รวมทั้งได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์ร่วมกันและจะต้องใช้ทรัพยากรนั้นเพื่อการสันติ โปรตดู Melissa L. Sturges, "Who Should Hold Property Rights to the Human Gnome? An Application of the Common Heritage of Mankind," *American University International Law Review* 13, 1 (1997): 246.

¹⁴ พัฒนามาจากหลักอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ ที่ยังคงสิทธิของรัฐในส่วนที่เป็นแผ่นดินและทะเลอาณาเขตไว้เหมือนเดิม เพียงแต่ขยายขอบเขตแห่งสิทธิของรัฐชายฝั่งให้มีสิทธิเหนือ

ความรับผิดชอบร่วมกันของมนุษยชาติ (Common Concern of Mankind) แต่ละหลักการมีการกล่าวถึงสิทธิเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่ต่างกัน กล่าวคือ หลักมรดกร่วมกันของมนุษยชาติเป็นการกล่าวถึงสิทธิของทุกรัฐในการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชอย่างเสรี โดยไม่คำนึงว่าทรัพยากรพันธุกรรมพืชอยู่ในดินแดนของรัฐใด หลักดังกล่าวถูกนำไปใช้สนับสนุนการอ้างสิทธิของประเทศที่มีเทคโนโลยีระดับสูงเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชใหม่หรือสิ่งประดิษฐ์ใหม่โดยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งให้สิทธิแก่ประเทศหนึ่งประเทศใดหรือปัจเจกบุคคลคนหนึ่งคนใดโดยเฉพาะ แต่กรณีถูกมองว่าไม่เป็นธรรมแก่ประเทศกำลังพัฒนาในฐานะเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมพืช จึงมีการนำเสนอหลักสิทธิอธิปไตยของรัฐบาลใช้แทนหลักมรดกร่วมกันเหนือมนุษยชาติ เพื่อจำกัดสิทธิในการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชให้อยู่เฉพาะรัฐที่มีเขตอำนาจ ซึ่งต่อมา CBD, NP, และ ITPGR ก็ได้นำหลักสิทธิอธิปไตยนี้ไปกำหนดไว้ในสนธิสัญญาเพื่อยืนยันถึงการมีสิทธิอธิปไตยของประเทศถิ่นกำเนิดทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่ประเทศอื่นต้องให้ความเคารพและขออนุญาตเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้น ๆ ส่วนหลักความรับผิดชอบร่วมกันของมนุษยชาติเป็นหลักการเบื้องหลัง ของ CBD และ NP โดยเป็นความพยายามในการประสานระหว่างหลักมรดกร่วมกันของมนุษยชาติและหลักสิทธิอธิปไตยของรัฐบาลไว้ด้วยกัน โดยให้สิทธิแก่รัฐเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่ในดินแดนสามารถใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้ แต่ในขณะเดียวกันก็สร้างภาระหน้าที่แก่รัฐที่จะต้องคำนึงถึงความรับผิดชอบร่วมกันกับรัฐอื่นในการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชอย่างยั่งยืน¹⁵ เพื่อคงไว้ซึ่งทรัพยากรพันธุกรรมพืชแก่ชนรุ่นหลังด้วย

ทรัพยากรชีวภาพในบริเวณที่อยู่เกินออกไปจากทะเลอาณาเขต แต่ไม่เกิน 200 ไมล์ทะเลนับจากเส้นฐานโปรโตดู เจริญ คัมภีรภาพ, “อำนาจอธิปไตยและสิทธิอธิปไตยเหนือฐานทรัพยากรพันธุกรรมพืช,” <http://www.measwatch.org> (สืบค้นเมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม 2561)

¹⁵ Chelsea B., Elizabeth P. and Stephanie R., “The Common Concern of Humankind: A Potential Framework for a New International Legally Binding Instrument on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity in the High

2. หลักกรรมสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืช

นวัตกรรมจากการพัฒนาเทคโนโลยีชีวภาพที่ส่งผลต่อความเจริญก้าวหน้าทางด้านเศรษฐกิจและสังคม เป็นผลให้เกิดแนวคิดในการให้ความคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์หรือพันธุ์พืชใหม่แก่เอกชนโดยระบบทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อตอบสนองความวิริยะอุตสาหะแก่ผู้ประดิษฐ์หรือพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืช

ระบบทรัพย์สินทางปัญญาถูกพัฒนาขึ้นมาให้เป็นกลไกที่ก่อให้เกิดแรงจูงใจในการคิดค้นประดิษฐ์หรือสร้างสรรค์เพื่อการผลิตหรือเปิดเผยนวัตกรรมใหม่ในสังคม ทั้งนี้ ปรากฏแนวคิดสนับสนุนการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่สำคัญ 2 หลักดังนี้

2.1 หลักผู้ครอบครองคนแรก (The first Occupancy Doctrine)

หลักผู้ครอบครองคนแรก เป็นหนึ่งในหลักทรัพย์สินส่วนบุคคลที่กฎหมายโรมันให้การยอมรับโดยมีเงื่อนไข 2 ประการ¹⁶ คือ ผู้เข้าครอบครองคนแรกเป็นผู้ได้มาซึ่งสิทธิในทรัพย์สินไม่มีเจ้าของ และสิ่งที่อยู่ในกลุ่มของสิ่งที่สามารถครอบครองได้ แม้จะมีการถกเถียงว่าหลักผู้ครอบครองคนแรกไม่เหมาะสมจะนำมาใช้เพื่อให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแก่นวัตกรรมหรือการค้นพบเทคโนโลยีชีวภาพ เนื่องจากมีลักษณะเหมือนกับความรู้ ความชำนาญ หรือกระบวนการ ซึ่งอยู่ในกลุ่มของสิ่งที่ไม่สามารถครอบครองได้ตามกฎหมายโรมัน แต่ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อยุคสมัยเปลี่ยนแปลงกฎหมายก็ต้องปรับเปลี่ยนให้ทันกับยุคสมัยที่เปลี่ยนไป เมื่อกฎหมายปัจจุบันทั้งในระดับระหว่างประเทศและระดับประเทศยอมรับให้นวัตกรรมหรือการค้นพบเทคโนโลยีชีวภาพเป็นสิ่งที่

Seas,"https://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/BowlingPiersonandRatte_Common_Concern.pdf (accessed November, 2021).

¹⁶ อรรณภา รัตนมณี, “ปัญหาการใช้อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (CBD) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPS) เพื่อคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพในประเทศกำลังพัฒนา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), 16.

สามารถขอรับความคุ้มครองได้นวัตกรรมหรือทรัพยากรพันธุกรรมพืชปรับปรุงพันธุ์จึงเป็นสิ่งที่สามารถครอบครองได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละประเทศว่าจะให้ความคุ้มครองมากน้อยเพียงใด

2.2 ทฤษฎีแรงงานของจอห์น ล็อก (John Locke's Labor Theory of Property)

ทฤษฎีแรงงานของจอห์น ล็อก เป็นความพยายามอธิบายถึงการแยกทรัพย์สินส่วนบุคคลออกจากทรัพย์สินส่วนรวมโดยเงื่อนไขความยินยอมของสังคม¹⁷ และพัฒนาจนกลายเป็นเงื่อนไขของการเกิดสิทธิในสิ่งของหรือทรัพย์สิน โดยสรุปได้ว่า “ทุกสิ่งทุกอย่างที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งแยกออกมาจากสภาพเดิมที่ธรรมชาติสร้างและให้ไว้แล้วนำมารวมกับแรงงานที่บุคคลนั้นทุ่มเทลงไป เมื่อผสมรวมกันแล้วก่อให้เกิดสิ่งใดสิ่งหนึ่งขึ้นมา สิ่งที่เกิดขึ้นนั้นย่อมตกเป็นของบุคคลผู้นั้นและกลายเป็นทรัพย์สินของผู้นั้น”¹⁸

ดังนั้น เมื่อมนุษย์เข้าแทรกแซงทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่มีอยู่ตามสภาพธรรมชาติเพื่อแยกสารพันธุกรรมออกมาจากสภาพเดิมที่ธรรมชาติสร้างและทำให้เกิดพันธุ์พืชใหม่ขึ้น ถือเป็นการเอาสิ่งที่แยกออกมาตามธรรมชาติรวมเข้ากับแรงงานที่บุคคลทุ่มเทลงไป พันธุ์พืชใหม่นั้นจึงตกเป็นของบุคคลผู้ปรับปรุงพันธุ์

อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่ว่ามีการแทรกแซงอันส่งผลให้เกิดสิทธิแก่เอกชนควรถือเอาเฉพาะกรณีการพัฒนาหรือปรับปรุงพันธุ์พืชให้ได้พืชที่มีลักษณะแตกต่างไปจากลักษณะเดิมตามธรรมชาติหรือเกิดผลิตภัณฑ์ใหม่ขึ้น มิใช่ให้ความคุ้มครองในสารที่สกัดออกมา เพราะหากให้ความคุ้มครองสารสกัดจากธรรมชาติ โดยเฉพาะในทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกันที่มีสารชีวเคมีชนิดเดียวกัน กรณีย่อมส่งผลกระทบต่อประเทศ

¹⁷ John Locke, “Two Treatises of Government,” In *The Project Gutenberg eBook of Two Treatises of Government*, (2005), 25 <https://www.gutenberg.org/files/7370/old/trgov10h.htm> (accessed August 14, 2020).

¹⁸ *Ibid.*

อื่นที่ไม่อาจใช้ทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชชนิดเดียวกันได้ เพราะอาจเป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้

แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิและการอ้างสิทธิในทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชข้างต้น จะเห็นได้ว่า มีการกล่าวถึงทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชใน 2 ลักษณะ คือ ทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชที่มีลักษณะตามธรรมชาติและทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชปรับปรุงพันธุ์ ซึ่งมีแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและการอ้างสิทธิที่แตกต่างกัน ทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชที่มีลักษณะตามธรรมชาติจะต้องพิจารณาถึงสิทธิในการควบคุมของรัฐถิ่นกำเนิด แต่หากกล่าวถึงทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชปรับปรุงพันธุ์ จะต้องพิจารณาสิทธิของผู้ปรับปรุงพันธุ์ ซึ่งเป็นสิทธิของปัจเจกชนตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ดังนั้น ก่อนที่ผู้ปรับปรุงพันธุ์จะนำเอาทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชที่มีลักษณะตามธรรมชาติไปพัฒนาจึงต้องขอเข้าถึงทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชนั้นจากประเทศถิ่นกำเนิดทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชก่อน ตามหลักสิทธิอธิปไตยของรัฐ

อย่างไรก็ดี มีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณา คือ ถ้าทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชชนิดเดียวกันที่พบได้ในประเทศที่มีพรมแดนติดกันถูกนำไปใช้เป็นตัวตั้งต้นในการพัฒนาหรือปรับปรุงพันธุ์ จนเกิดมีพันธุ์พืชใหม่หรือผลิตภัณฑ์ใหม่ ผลประโยชน์จะต้องถูกแบ่งปันให้แก่ทุกประเทศที่มีพรมแดนติดกันหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวถึงในส่วนของการวิเคราะห์ปัญหาการใช้ประโยชน์และการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชชนิดเดียวกันในประเทศที่มีพรมแดนติดกันต่อไป

หลักเกณฑ์การเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชชนิดเดียวกันภายใต้กรอบความตกลงระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชมีหลายฉบับ แต่ไม่มีกฎหมายฉบับใดที่กำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชชนิดเดียวกันไว้ชัดเจนว่า จะต้องใช้ระบบการแบ่งปันใด จึงเห็นควรพิจารณาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าถึงและการ

แบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชตาม CBD, NP, และ ITPGR ว่ามีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่สามารถนำไปปรับใช้กับกรณีดังกล่าวได้หรือไม่ ดังต่อไปนี้

1. อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ.1992 (The Convention on Biological Diversity 1992: CBD)

CBD มุ่งเน้นให้ความคุ้มครองแก่ทรัพยากรพันธุกรรมพืชในถิ่นที่อยู่อาศัยธรรมชาติในรัฐและทรัพยากรพันธุกรรมพืชนอกถิ่นที่อยู่อาศัยที่ถูกเก็บไว้ในธนาคารพันธุกรรมในรัฐนั้น ๆ การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชในดินแดนของรัฐใดจึงต้องเคารพสิทธิอธิปไตยของรัฐนั้น โดยต้องขออนุญาตเข้าถึงตามหลักความยินยอมที่ต้องแจ้งล่วงหน้า (Prior Informed Consent) และทำความตกลงร่วมกัน (Mutually Agreed Terms) เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรม รวมถึงการตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นในลักษณะของความตกลงทวิภาคีระหว่างรัฐผู้ให้ (รัฐเจ้าของทรัพยากร) กับรัฐผู้รับ (ผู้ใช้ทรัพยากร) ในขณะเดียวกันรัฐผู้ให้ก็ต้องไม่สร้างเงื่อนไขที่เป็น การขัดขวางไม่ให้มีการเข้าถึงโดยไม่มีเหตุผลที่เหมาะสม¹⁹

อย่างไรก็ดี ในอารัมภบทของ CBD กล่าวถึงหลักความรับผิดชอบร่วมกันของมนุษยชาติที่รัฐภาคีต้องอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน ด้วย การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชของรัฐหนึ่ง ๆ จึงไม่ใช่เป็นการใช้ในลักษณะของการยืนยันการมีกรรมสิทธิ์ของรัฐนั้น ๆ แต่ผู้เดียว แต่ต้องใช้บนพื้นฐานของความไว้วางใจที่มีต่อรัฐอื่นว่าจะต้องใช้ไปโดยโดยมีจุดมุ่งหมายหลักเพื่อการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ แม้รัฐต่าง ๆ จะมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรพันธุกรรมของตนก็ตาม

¹⁹ Convention on Biological Diversity 1992, Article 15.5

“Access to genetic resources shall be subject to prior informed consent of the Contracting Party providing such resources, unless otherwise determined by that Party.”

การแบ่งปันผลประโยชน์โดยระบบทวิภาคีตาม CBD จึงไม่สอดคล้องต่อการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกันกรณีที่เกิดทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกันมากกว่าถิ่นกำเนิดเดียว

2. สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร ค.ศ. 2001 (International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture 2001: ITPGR)

พื้นฐานแนวคิดที่ว่า การเข้าถึงแหล่งพันธุกรรมพืชเพื่อการพัฒนาและปรับปรุงพันธุ์พืชเป็นปัจจัยสำคัญที่มีผลต่อการพัฒนาและก่อให้เกิดความยั่งยืนของภาคเกษตรกรรม ITPGR จึงกำหนดให้มีการจัดตั้ง “ระบบพหุภาคีเพื่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชและเพื่อการแบ่งปันผลประโยชน์” (Multilateral System of Access and Benefit-sharing) การใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชต้องกระทำผ่านข้อตกลงถ่ายโอนพันธุกรรม (The Standard Material Transfer Agreement) โดยครอบคลุมทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่ประเทศสมาชิกเห็นชอบร่วมกันตามรายการที่กำหนดไว้ในภาคผนวก 1 ทั้งนี้ ITPGR กำหนดห้ามมิให้ผู้รับทรัพยากรพันธุกรรมพืชอ้างสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาหรือสิทธิอื่นใดในทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตรหรือชิ้นส่วนหรือส่วนประกอบทางพันธุกรรมของทรัพยากรเหล่านั้นในรูปแบบที่ได้รับมา (in the form received) จากระบบพหุภาคี²⁰ แต่บางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกาตีความคำว่า “รูปแบบที่ได้รับมา” ว่าถ้ามีการสังเคราะห์หรือสกัดทรัพยากรพันธุกรรมพืชจนเป็นสารบริสุทธิ์ ถือว่าทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้นไม่อยู่ในสภาพเดียวกับรูปแบบที่ได้รับมา แต่เป็นสิ่งประดิษฐ์ (Invention) ที่ขอรับความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ เป็นต้น

²⁰ International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture 2001, Article 12.3 (d)

แต่ผู้เขียนเห็นว่า “รูปแบบที่ได้รับมา” ควรหมายถึงลักษณะของทรัพยากรพันธุกรรมพืชตามสภาพธรรมชาติเหมือนเช่นในขณะที่ได้รับมา การสกัดเอาสารธรรมชาติออกมาได้ก็ยังคงถือว่าเป็นทรัพยากรพันธุกรรมพืชในรูปแบบเดียวกับที่ได้รับมาอยู่ เว้นแต่มีการเปลี่ยนแปลงในเชิงโครงสร้างของตัวอินทรีย์ทำให้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้นมีลักษณะหรือคุณสมบัติที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม เช่น พัฒนาข้าวหอมมะลิจนเกิดเป็นข้าวสายพันธุ์ใหม่ที่มีลักษณะแตกต่างออกไปจากพันธุ์ดั้งเดิมที่นำมา นักปรับปรุงพันธุ์สามารถนำเอาข้าวสายพันธุ์ใหม่นั้นไปจดทะเบียนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ เป็นต้น

3. ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade Related Aspect of Intellectual Property Rights: TRIPS)

TRIPS มีความสัมพันธ์กับการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชในแง่ของการให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่หรือสิ่งประดิษฐ์ใหม่จากการพัฒนาปรับปรุงทรัพยากรพันธุกรรมพืชด้วยระบบสิทธิบัตรหรือระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพหรือทั้งสองระบบรวมกัน TRIPS มุ่งเน้นการรับรองสิทธิของปัจเจกบุคคลเหนือทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual property rights are private rights) แต่ไม่ได้สร้างระบบการเข้าถึงเพื่อใช้ประโยชน์พันธุ์พืชเช่นกรณีของ CBD การนำเอาทรัพยากรพันธุกรรมพืชจากประเทศต้นทางไปพัฒนาจึงไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากประเทศหรือชุมชนที่เป็นของหรือผู้ดูแลรักษาทรัพยากรพันธุกรรมนั้นก่อน

4. พิธีสารนาโงยาว่าด้วยการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมอย่างเท่าเทียมและยุติธรรม (Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization: NP)

พิธีสารนาโงยาว่าด้วยการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมอย่างเท่าเทียมและยุติธรรม เป็นการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ข้อที่ 3 ของ CBD เพื่อให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมอย่างยุติธรรมและเท่าเทียมกัน ซึ่งนอกจากหลักเกณฑ์

เกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์โดยกลไกทวิภาคีเช่น CBD แล้ว NP ได้กำหนดความร่วมมือข้ามพรมแดนกรณีที่ทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกันมีถิ่นที่อยู่ในหลายประเทศเอาไว้ในข้อ 11 ด้วย แต่ข้อบทดังกล่าวกำหนดให้ภาคีมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความพยายามในการให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่ในการปฏิบัติตามพิธีสารเท่านั้น และไม่ได้ระบุว่าสถานการณ์ใดถือเป็นการพบ “ทรัพยากรพันธุกรรมชนิดเดียวกัน” แต่หากพิจารณาในทางวิทยาศาสตร์พันธุกรรมของสิ่งมีชีวิตอาจไม่พบอยู่ในประชากรเดียวกันทั้งหมด เช่น สัตว์หรือจุลินทรีย์ แม้เป็นสายพันธุ์เดียวกันก็ไม่ได้มีพันธุกรรมที่ตรงกันทั้งหมด เฉพาะแต่พันธุกรรมของพืชเท่านั้นที่สามารถคงคุณลักษณะที่คงที่ของพันธุกรรมที่สืบเอาไว้ได้²¹

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าความเป็นไปได้ของคำว่า “ทรัพยากรพันธุกรรมชนิดเดียวกัน” ที่จะมีลักษณะข้ามพรมแดนตามข้อ 11 (1) จึงมีความหมายได้เฉพาะทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกันเท่านั้น ซึ่งผูกมัดภาคีที่อยู่ในภูมิภาคเดียวกันและมีพรมแดนติดกัน เพราะโอกาสที่จะพบพันธุ์พืชชนิดเดียวกันนั้นค่อนข้างสูงเนื่องจากมีลักษณะภูมิประเทศ และภูมิอากาศที่เหมือนหรือใกล้เคียงกัน และโดยโอกาสของการนำพา เช่น กรณีลมพัดเกสรดอกไม้ปลิวไป หรือแม้แต่เมล็ดพันธุ์ที่อาจติดไปในระหว่างการขนส่งหรือการเดินทางข้ามชายแดน เป็นต้น

ทั้งนี้ ปรากฏว่า กฎหมายว่าด้วยการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ในระดับภูมิภาคบางฉบับพยายามที่จะสร้างกลไกความร่วมมือเพื่อแก้ไขปัญหาการแบ่งปันผลประโยชน์ในกรณีที่ทรัพยากรนั้นเป็นทรัพยากรเฉพาะถิ่นของภูมิภาคให้สอดคล้องกับหลักการในข้อ 11 ของพิธีสารนาโงยา โดยกำหนดกรอบความร่วมมือเอาไว้ว่า “ในกรณีที่พบทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศสมาชิกมากกว่าหนึ่งประเทศขึ้นไป จะต้องมีการเจรจา

²¹ Marco C., Didier B., Dominique D., Selim L., Michel T. and Henri H., *Quinoa and the exchange of genetic resources: improving the regulation systems.* Chapter 1.6. (State of the Art Report of Quinoa in the World in 2013) (FAO & CIRAD: Rome, 2015), 98 <https://www.fao.org/3/i4042e/i4042e.pdf> (accessed December, 2020).

สัญญาการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม” เช่น ร่างความตกลงอาเซียนว่าด้วยการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและทรัพยากรพันธุกรรม ค.ศ.2004 และ Decision 391 ของประชาคมแอนดิส เป็นต้น แต่กรณีเป็นเพียงการดำเนินการในระดับภูมิภาคยังไม่เป็นมาตรการที่เป็นรูปธรรมที่บังคับใช้ทั่วไป²²

อย่างไรก็ดี เพื่อส่งเสริมการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกัน NP ได้เสนอกลไกพหุภาคีระดับโลกในการแบ่งปันผลประโยชน์สำหรับกรณีสถานการณ์ข้ามพรมแดนไว้ในข้อ 10 ของ NP ว่า “ภาคีจักต้องพิจารณาความต้องการและรูปแบบวิธีการสำหรับกลไกทั่วโลกว่าด้วยการแบ่งปันผลประโยชน์พหุภาคี...” แต่กรณีอยู่ระหว่างการเจรจาของภาคีว่ามีความจำเป็นใดและสมควรใช้กลไกพหุภาคีระดับโลกหรือไม่

กฎหมายว่าด้วยการใช้ประโยชน์และการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกันของประเทศที่มีพรมแดนติดกัน

ทุกประเทศมีอำนาจในการบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่ในดินแดนของตนตามหลักสิทธิอธิปไตยของรัฐ การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจึงต้องเป็นไปตามกฎหมายและเงื่อนไขที่กำหนดไว้โดยประเทศนั้น ๆ แต่จากการศึกษากฎหมายไทย ลาว เวียดนาม กัมพูชาและมาเลเซีย ปรากฏว่า ลาว และกัมพูชายังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์บังคับใช้อย่างเป็นทางการ เป็นรูปธรรม มีเพียงกฎหมายของไทย เวียดนาม และมาเลเซียเท่านั้นที่กำหนดหลักเกณฑ์การเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชเอาไว้ ทั้งนี้ โดยสอดคล้องกับหลักเกณฑ์การเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ของ CBD คือ ต้องได้รับความยินยอมที่ต้องแจ้งล่วงหน้า (Prior Informed Consent) รวมถึงเงื่อนไขที่ตกลงร่วมกัน (Mutually Agreed Terms) โดยใช้

²² แม้จะมีประเทศภาคีบางประเทศดำเนินการตามกรอบความร่วมมือในระดับภูมิภาค เช่น เอกวาดอร์ที่วางมาตรการเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมที่มีผลประโยชน์ร่วมกันและมีการจัดทำรายการทรัพยากรพันธุกรรมของภูมิภาคผ่านระบบการแลกเปลี่ยนข้อมูลตาม Decision 391 ดู UNEP/CBD/ABS/A10/EM/2016/1/4

รูปแบบการแบ่งปันผลประโยชน์แบบทวิภาคี ซึ่งผูกพันเฉพาะประเทศผู้ให้และประเทศผู้ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมเท่านั้น แต่อาจมีความแตกต่างกันบ้างในขั้นตอนหรือกระบวนการเข้าถึง ดังต่อไปนี้

กฎหมายว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 2008 (Biodiversity Law 2008: BL 2008) ของเวียดนามกำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชโดยใช้เกณฑ์การขอใบอนุญาตเข้าถึง โดยมีพระราชกำหนดฉบับที่ 59 (Decree 59/2017/ND-CP) กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับกระบวนการการเข้าถึงของผู้ใช้²³ และในการตกลงแบ่งปันผลประโยชน์มีการกำหนดให้ผู้ใช้อำนาจแบ่งปันให้ 3 ฝ่าย คือ 1) รัฐ 2) องค์กร ครัวเรือน และบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้จัดการการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม 3) องค์กรและบุคคลที่มีสิทธิเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม (ผู้ใช้ทรัพยากรพันธุกรรม) บุคคลที่เกี่ยวข้องตามที่กำหนดในใบอนุญาต²⁴ และรวมถึงผู้จัดหาให้ซึ่งความรู้ดั้งเดิมตามธรรมเนียมประเพณี²⁵

การเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชในมาเลเซียแยกออกเป็น 2 ระดับ คือ ระดับประเทศ และระดับรัฐ เนื่องจากรัฐธรรมนูญของมาเลเซียมีการกำหนดเขตอำนาจเกี่ยวกับที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติให้อยู่ภายใต้อำนาจของรัฐบาลของรัฐ ในขณะที่กำหนดอำนาจในการทำข้อตกลงระหว่างประเทศเป็นของรัฐบาลกลาง²⁶ ระบบการแบ่งอำนาจหน้าที่ของรัฐบาลกลางและรัฐจึงมิได้ขาดจากกันโดยเด็ดขาด

²³ NGUYEN Dang Thu Cuc and TRAN Thi Huong Trang, “Vietnam’s Legislation on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing (ABS): Achievements, Remained Weakness and Solutions,” *Journal of Korean Law* 18, 1 (2018): 145.

²⁴ Vietnam Biodiversity Law 2008, Article 59.3

²⁵ Vietnam Biodiversity Law 2008, Article 60.2 c

²⁶ Mohamad Bin Osman and A. H. Zakri, “Malaysia’s Approach to Access and Benefit Sharing,” (Presently with the School of Environmental and Natural Resource Sciences, Faculty of Science and Technology, University Kebangsaan Malaysia, n.d.), 58-59.

การเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชทุกรัฐในมาเลเซีย จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในพระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการแบ่งปันผลประโยชน์ ค.ศ. 2017 (Access to Biological Resources and Benefit Sharing Act 2017: Act 795) เว้นแต่ ในรัฐซาบารและรัฐซาราวักซึ่งมีกฎหมายการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์เป็นของตนเอง การเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์จึงต้องเป็นไปตามหลักการตามกฎหมายเฉพาะของรัฐเหล่านั้นกำหนดไว้ ทั้งนี้ เท่าที่ไม่ขัดต่อหลักการที่กำหนดไว้ใน Act 795

สำหรับประเทศไทยมีการดำเนินการออกกฎหมายหลายฉบับเกี่ยวกับการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ทรัพยากรชีวภาพ ทั้งในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรอง อันได้แก่ ระเบียบกรมป่าไม้ว่าด้วยการเข้าไปศึกษาหรือวิจัยทางวิชาการในพื้นที่ป่าไม้ พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 และระเบียบคณะกรรมการการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการได้รับประโยชน์ตอบแทนจากทรัพยากรชีวภาพ พ.ศ. 2554 แต่กฎหมายทั้ง 3 ฉบับยังมีข้อขัดข้องในการดำเนินการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชอยู่ กล่าวคือ ระเบียบกรมป่าไม้ว่าด้วยการเข้าไปศึกษาหรือวิจัยทางวิชาการในพื้นที่ป่าไม้ พ.ศ. 2542 มิได้กำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งปันผลประโยชน์เอาไว้อย่างชัดเจนในกรณีที่มีการนำเอาทรัพยากรที่ได้ไปวิจัยและพัฒนาและขอความคุ้มครองตามระบบทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งจะต้องทำความตกลงเป็นกรณี ๆ ไป พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 แม้จะมีการกำหนดหลักเกณฑ์การเข้าถึงและกำหนดการแบ่งปันผลประโยชน์พันธุ์พืชพื้นเมือง พันธุ์พืชป่าเอาไว้ในรูปแบบของสัญญามาตรฐานตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย แต่ในกรณีของการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์จากพันธุ์พืชใหม่ยังไม่ได้มีการออกกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์การขออนุญาตและการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ ทำให้การเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืชใหม่ยังไม่สามารถดำเนินการตามกฎหมายนี้ได้ ส่วนระเบียบคณะกรรมการการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพ

แห่งชาติว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการได้รับประโยชน์ตอบแทนจากทรัพยากรชีวภาพ พ.ศ. 2554 ก็มีผลบังคับใช้เฉพาะหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องเท่านั้น ไม่ใช่บังคับกับภาคเอกชน หรือประชาชนทั่วไป²⁷

วิเคราะห์ปัญหาการใช้ประโยชน์และการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกันในประเทศที่มีพรมแดนติดกัน

ในหัวข้อนี้ จะทำการวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาการใช้ประโยชน์และการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกันที่มีในหลายประเทศที่มีพรมแดนติดกันโดยแยกเป็น 2 ประเด็น ดังต่อไปนี้

1. ปัญหาสิทธิและการอ้างสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกัน

1.1 ปัญหาสิทธิและการอ้างสิทธิเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกันในแง่ของประเทศผู้ให้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช

CBD, NP, และ ITPGR ยืนยันถึงหลัก “สิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืช” รัฐต่าง ๆ จึงมีอำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์และเงื่อนไขในการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่ในดินแดนของตนได้ แต่รัฐเหล่านั้นต่างต้องให้หลักประกันแก่รัฐอื่นว่าการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ที่อยู่ภายในเขตอำนาจแห่งรัฐจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นหรือแก่พื้นที่ที่อยู่นอกเหนือเขตอำนาจแห่งชาติตามหลักความรับผิดชอบร่วมกันของมนุษยชาติ (Common Concern of Humankind: CCH)

²⁷ ธนิต ชังถาวร, รายงานการประชุม การเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง (มุมมองและการดำเนินการในเรื่องการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียน), ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ, (ม.ป.ป.).

การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชตาม CBD, NP, และ ITPGR ครอบคลุม เฉพาะทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่มีอยู่ตามธรรมชาติ และยังไม่ทราบถึงคุณประโยชน์และคุณค่าในเชิงพาณิชย์²⁸ เท่านั้น และเฉพาะ NP เท่านั้นที่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับกรณีที่พบ ทรัพยากรพันธุกรรมชนิดเดียวกันในหลายประเทศ โดยข้อ 11 ของ NP กำหนดให้ “ภาคี ฝ่ายต่าง ๆ จักต้องร่วมมือกันตามความเหมาะสม เพื่อปฏิบัติตามพิธีสารนี้” อย่างไรก็ตาม การเข้าถึงยังคงต้องยึดหลักสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชอยู่ รัฐอื่นไม่มีอำนาจในทรัพยากรพันธุกรรมพืชในดินแดนของรัฐอื่น เพียงแต่เปิดโอกาสให้ประเทศอื่น ได้ทราบและเข้ามามีส่วนร่วม เพื่อให้เกิดการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกัน

1.2 ปัญหาสิทธิและการอ้างสิทธิเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกัน ในแง่ของผู้ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช

จากการศึกษา CBD, NP, และ ITPGR มีการกล่าวถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืช ใน 2 ลักษณะ คือ 1) ทรัพยากรพันธุกรรมพืชตามสภาพธรรมชาติ และ 2) พืชปรับปรุงพันธุ์ ซึ่งส่งผลต่อความผูกพันในกฎหมายระหว่างประเทศที่ต่างกัน กล่าวคือ ทรัพยากรพันธุกรรมพืชในสภาพธรรมชาติมีความสัมพันธ์กับสิทธิและการอ้างสิทธิกับรัฐเจ้าของดินแดน ส่วนพืชปรับปรุงพันธุ์จะสัมพันธ์กับสิทธิและการอ้างสิทธิของบุคคลผู้ทำการปรับปรุงทรัพยากรพันธุกรรมพืช ผู้ใช้ (User) ทรัพยากรพันธุกรรมพืชไม่อาจนำเอา ทรัพยากรพันธุกรรมพืชในสภาพตามธรรมชาติไปขอรับความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ แต่หากนำทรัพยากรเหล่านั้นไปพัฒนาจนเกิดเป็นผลิตภัณฑ์ใหม่หรือพันธุ์พืชใหม่แล้ว ผู้พัฒนาหรือปรับปรุงพันธุ์จึงจะขอรับความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแก่ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเหล่านั้นได้

²⁸ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายสิทธิบัตร แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2556), 180.

การศึกษากฎหมายภายในของไทย เวียดนาม มาเลเซีย และลาว ที่เกี่ยวข้องพบว่ามีการกล่าวถึงเฉพาะทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่ในสภาพธรรมชาติ และอยู่ในความครอบครองของรัฐเท่านั้น ส่วนทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่เป็นสิทธิของปัจเจกชน รัฐไม่มีอำนาจเหนือในการใช้ประโยชน์และควบคุมดูแลเหมือนทรัพยากรพันธุกรรมตามสภาพธรรมชาติ

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า สิทธิและการอ้างสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมพืชในแง่ของผู้ใช้จึงหมายถึงสิทธิของบุคคลที่มีเหนือพันธุ์พืชใหม่หรือผลิตภัณฑ์ใหม่ที่เกิดขึ้นจากการพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่ได้รับไปจากประเทศผู้ให้ ในฐานะผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งแยกส่วนจากสิทธิของรัฐที่มีเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชในสภาพธรรมชาติ

อย่างไรก็ดี จะเห็นได้ว่าการแบ่งปันผลประโยชน์โดยระบบทวิภาคีไม่ครอบคลุมการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกันสำหรับกรณีที่พบทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกันมากกว่า 1 ประเทศขึ้นไป จึงเป็นประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าหากมีการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกันที่พบได้ในหลายประเทศ จะต้องมีการแบ่งปันผลประโยชน์ให้กับประเทศอื่น ๆ ที่มีทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกันหรือไม่

2. ปัญหาการใช้ประโยชน์และการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกันที่มีในประเทศที่มีพรมแดนติดกัน

2.1 ปัญหาการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกัน

เมื่อทำการศึกษา CBD, NP, และ ITPGR กล่าวถึงการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชใน 2 ลักษณะ คือ 1) การใช้ประโยชน์ที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์ ซึ่งเน้นการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน และ 2) การใช้ประโยชน์ที่มีวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์ เน้นการศึกษา วิจัย เพื่อนำไปสู่การพัฒนาปรับปรุงพันธุ์ และผลิตผลิตภัณฑ์ใหม่ซึ่งจะนำไปสู่การแบ่งปันผลประโยชน์ระหว่างผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง ดังนั้น กิจกรรมการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่ต้องมีการตกลง

แบ่งปันผลประโยชน์ จึงมีความหมายเฉพาะ “กิจกรรมการวิจัยและพัฒนาองค์ประกอบทางพันธุกรรมและ/หรือทางชีวเคมีของทรัพยากรพันธุกรรม เพื่อวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์” เท่านั้น ในทำนองเดียวกันกฎหมายภายในเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์และแบ่งปันผลประโยชน์ของไทย มาเลเซีย เวียดนาม และลาว ส่วนกัมพูชายังไม่มีกฎหมายที่กำหนดการใช้ประโยชน์และการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นรูปธรรม

เมื่อทำการวิเคราะห์กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศข้างต้น พบว่าไม่มีการให้นิยามของ “การใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกัน” ไว้เป็นการเฉพาะ กรณีจึงต้องยึดกิจกรรมการศึกษา วิจัย เพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์เช่นเดียวกับการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมทั่วไป แต่เนื่องจากทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกันมีความเกี่ยวข้องกับหลายประเทศ จึงควรกำหนดนิยาม “ทรัพยากรพันธุกรรมชนิดเดียวกัน” เพิ่มเติม เพื่อให้ทราบถึงกรณีที่มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมชนิดเดียวกันนี้ โดยยึดหลักเกณฑ์ตามอนุกรมวิธานพืชในลำดับ “ชนิด” (Species)²⁹ ซึ่งเป็นระดับการจำแนกกลุ่มของพืชที่มีสัณฐานวิทยาเหมือนกัน (Morphological species) หรือมีสายวิวัฒนาการร่วมกันมาจากบรรพบุรุษเดียวกัน (Monophyletic group)

2.2 ปัญหาการแบ่งปันผลประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกันที่มีในประเทศที่มีพรมแดนติดกัน

รูปแบบการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ปรากฏอยู่ใน CBD, NP, และ ITPGR แยกออกได้เป็น 2 ระบบ คือ ระบบทวิภาคีและระบบพหุภาคี โดย CBD และ NP ใช้ระบบทวิภาคีในการแบ่งปันผลประโยชน์สำหรับทรัพยากรพันธุกรรมพืชทั่วไป ส่วนทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกันที่มีในหลายประเทศ NP ได้เสนอให้ภาคีพิจารณากลไกพหุภาคีระดับโลกในการแบ่งปันผลประโยชน์ไว้ในข้อ 10 การแบ่งปันผลประโยชน์ทรัพยากร

²⁹ จิตราภรณ์ ธวัชพันธุ์, *หลักอนุกรมวิธานพืช*, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2548), 17.

พันธุ์กรรมพืชชนิดเดียวกันตาม NP จึงอาจเป็นไปได้ทั้งระบบทวิภาคีและระบบพหุภาคี ส่วน ITPGR กำหนดให้ใช้ระบบพหุภาคีในการแบ่งปันผลประโยชน์ ภายใต้การกำกับดูแลของสภาปกครอง แต่แม้ ITPGR จะไม่ได้กำหนดถึงกรณีการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชชนิดเดียวกันที่พบในหลายประเทศไว้โดยตรง แต่การที่ ITPGR กำหนดรายการพืชในการใช้ประโยชน์เอาไว้โดยเฉพาะเจาะจง กรณีย่อมมีโอกาที่จะพบทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชชนิดเดียวกันรวมอยู่ในระบบพหุภาคี การแบ่งปันผลประโยชน์ตาม ITPGR จึงถือเป็นกลไกที่ออกแบบมาเพื่อให้สามารถแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกันได้ แม้ไม่ใช่ประเทศที่มีการเข้าถึง แต่ ITPGR มีขอบเขตครอบคลุมทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชเพียง 64 ชนิดตามภาคผนวก 1 เท่านั้น ทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชอื่นที่ไม่อยู่ในภาคผนวก 1 จึงต้องอยู่ภายใต้ระบบทวิภาคีตามที่กำหนดไว้ใน CBD

เมื่อทำการศึกษากฎหมายไทย เวียดนาม มาเลเซีย ลาว และกัมพูชา พบว่า ไทย เวียดนาม และมาเลเซีย มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชโดยใช้ระบบทวิภาคี ซึ่งขึ้นอยู่กับการเจรจาตกลงระหว่างรัฐผู้ให้และผู้ใช้ทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชตามหลักการตาม CBD แต่ไม่พบว่ามีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์ทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชชนิดเดียวกันที่พบในประเทศที่มีพรมแดนติดกันไว้ แม้ประเทศเหล่านี้ได้เข้าร่วมเป็นภาคีใน NP ก็ตาม กรณีจึงเป็นปัญหาในการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชชนิดเดียวกันว่าควรใช้ระบบใด

บทส่งท้าย

ตามที่ได้ศึกษาเปรียบเทียบการใช้ประโยชน์และการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชชนิดเดียวกันที่มีในหลายประเทศตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ปรากฏว่าเฉพาะ NP เท่านั้นที่กำหนดความร่วมมือของรัฐภาคีเกี่ยวกับกรณีพบทรัพยากรพันธุ์กรรมพืชชนิดเดียวกัน แต่ก็ยังไม่มีหลักเกณฑ์ในการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ชัดเจนว่า จะต้องใช้รูปแบบทวิภาคีหรือพหุภาคีในการแบ่งปันผลประโยชน์ และกฎหมายใน

ระดับประเทศของราชอาณาจักรไทย สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ราชอาณาจักรกัมพูชาและสหพันธรัฐมาเลเซีย ก็ไม่มีการบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกันแต่อย่างใด ในทำนองเดียวกันในระดับภูมิภาค แม้จะมีความพยายามในการออกหลักเกณฑ์เพื่อให้ภาคีสมาชิกมีความร่วมมือระหว่างกันแต่ยังขาดรูปแบบที่ชัดเจน การแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกันในประเทศที่มีพรมแดนติดกันจึงคงอยู่ภายใต้การเจรจาต่อรองภายใต้หลักสิทธิอธิปไตยและรูปแบบการแบ่งปันผลประโยชน์แบบทวิภาคี ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการแบ่งปันผลประโยชน์แก่ประเทศที่มีทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกันอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกัน

ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

เพื่อให้การเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกันที่พบในประเทศที่มีพรมแดนติดกันเป็นธรรมและเท่าเทียมกันจึงเห็นควรดำเนินการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยแบ่งเป็น 2 ขั้นตอน ดังนี้

ขั้นตอนที่หนึ่ง ให้ทำความเข้าใจในระดับภูมิภาคโดยรูปแบบความตกลงทวิภาคีหรือไตรภาคี เพื่อให้เกิดรูปแบบ หลักการที่ชัดเจนเป็นรูปธรรม³⁰ โดย

³⁰ รูปแบบของผลประโยชน์ (Types of Benefits) มีการกล่าวถึงในกฎหมายหลายฉบับ แนวทางบอห์นว่าด้วยการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมอย่างยุติธรรมและเท่าเทียมกัน (Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of Their Utilization) เป็นแนวทางหนึ่งที่กล่าวถึงรูปแบบของผลประโยชน์ที่สามารถแบ่งปันได้ ซึ่งมีทั้งรูปแบบของผลประโยชน์ที่เป็นตัวเงินและที่ไม่ใช่ตัวเงิน เช่น การเข้าถึงข้อมูลและผลงานวิจัยและพัฒนาการ ถ่ายทอดเทคโนโลยี การเข้าร่วมวิจัย การพัฒนาความรู้ ความสามารถของนักวิจัยท้องถิ่น การเข้ารับ การฝึกอบรม เป็นต้น ดูเพิ่มเติม Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization

1. ยืนยันถึงสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกันให้ขึ้นอยู่กับรัฐบาลและกฎหมายภายในประเทศที่มีการเข้าถึง

2. ให้นิยาม “การใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกัน” และ “ลำดับอนุกรมวิธาน” ให้ชัดเจนว่าหมายถึงอะไร

3. กำหนดรายละเอียดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกันให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยกำหนดให้มีการแจ้งการเข้าถึงแก่ประเทศอื่นที่เกี่ยวข้อง และกำหนดให้มีการเจรจาหารือกันก่อนให้มีการเข้าถึงเพื่อแบ่งปันผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้น

ทั้งนี้ โดยเปิดโอกาสให้ประเทศภาคีในระดับภูมิภาคสามารถเจรจาตกลงกัน จัดตั้งกองทุน เพื่อบริหารจัดการผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกันในรูปแบบพหุภาคี

ขั้นตอนที่สอง เห็นควรกำหนดมาตรการความร่วมมือข้ามพรมแดนในข้อ 11 ของพิธีสารนาโงยาให้ชัดเจนขึ้น โดยกำหนดหลักการสำคัญ ต่อไปนี้

1. ให้คำจำกัดความ “การใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกัน” ตามรายละเอียดที่ได้กำหนดไว้ในระยะต้น

2. กำหนดให้มีการทำรายการทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกัน

3. ควรใช้ระบบพหุภาคีระดับโลกเพื่อการแบ่งปันอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกัน

4. ตั้งกองทุนระดับระหว่างประเทศขึ้น เพื่อประโยชน์ที่เกี่ยวกับการเข้าถึง และการแบ่งปันผลประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกัน

5. การจัดการของกองทุนต้องคำนึงถึงความจำเป็น และให้ลำดับความสำคัญแก่ การศึกษา การฝึกอบรม การพัฒนา และการสร้างความมั่นคงในสิ่งอำนวยความสะดวกเพื่อการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนซึ่งทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกัน โดยความร่วมมือกับสถาบันของประเทศนั้น ๆ

References

- Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization
- Boonchub Boonthawee. “Seed Procurement.” <https://www.dnp.go.th/research/Knowledge/seed.htm> (Retrieved on 1 November 2022)
- Chakkrit Kuanpot. GMO, Biotechnology War. Bangkok: Nation Multimedia Group, 2002.
- Chakkrit Kuanpot. Patent Law, Concept and Analysis. 3rd Edition. Bangkok: Nititham, 2013.
- Chanokphorn Prompinchompoo and Chantrathip Sukhum. Handbook of Legal Reforms for Social Development in terms of Human Rights (Checklists) on Intellectual Property Law and Problems of Drug and Plant Protection. Bangkok: Office of the Law Reform Commission, 2014.
- Charoen Khumphiraphap. “Sovereignty and Sovereign Rights over Plant Genetic Resource Bases.” <http://www.measwatch.org>. (Retrieved on 9 May 2018).
- Chelsea B., Elizabeth P., Stephanie R.. “The Common Concern of Humankind: A Potential Framework for a New International Legally Binding Instrument on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity in the High Seas.” https://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/BowlingPiersonandRatte_Common_Concern.pdf (accessed November, 2021).
- Chitraphorn Thawatphan. Principles of Plant Taxonomy. Bangkok: Kasetsart University, 2005.

Convention on Biological Diversity 1992.

European Union ABS Regulation No.511/2014

International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture 2001.

John Locke. "Two Treatises of Government." In *The Project Gutenberg eBook of Two Treatises of Government*, 25. 2005 <https://www.gutenberg.org/files/7370/old/trgov10h.htm> accessed August 14, 2020).

Marco C., Didier B., Dominique D., Selim L., Michel T. and Henri H.. *Quinoa and the exchange of genetic resources: improving the regulation systems.*" Chapter 1.6. (State of the Art Report of Quinoa in the World in 2013). FAO & CIRAD: Rome, 2015, 98 <https://www.fao.org/3/i4042e/i4042e.pdf> (accessed December, 2020)

Melissa L. Sturges. "Who Should Hold Property Rights to the Human Genome? An Application of the Common Heritage of Mankind." *American University International Law Review* 13, 1 (1997): 246.

Mohamad Bin Osman and A. H. Zakri. "Malaysia's Approach to Access and Benefit Sharing." (Presently with the School of Environmental and Natural Resource Sciences, Faculty of Science and Technology, University Kebangsaan Malaysia, n.d.)

NGUYEN Dang Thu Cuc and TRAN Thi Huong Trang. "Vietnam's Legislation on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing (ABS): Achievements, Remained Weakness and Solutions." *Journal of Korean Law* 18, 1 (2018): 139-156.

Onrampha Rattanamanee. "Problems of Using the Convention on Biological Diversity (CBD) and The Agreement on Trade-Related

Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) to Protect Biological Resources in Developing Countries.” Master’s Degree Thesis on Law, Faculty of Law Thammasat University, 2008.

Ratchaneekorn Lapvanichcha Phromsak. “New Plant Protection System: A Comparative Legal Perspective.” Journal of Law 47, Vol.3 (2018): 685-686.

Somchai Rattanachuesakul. “The Impact of International Agreements on Intellectual Property on Thailand’s Plant Genetic Resource Base.” In Towards Resource Base Reform, Edited by Chakkrit Kuanpot, and Banthoon Setthasirot, 687. Bangkok: Resource Base Policy Strategy Project National Human Rights Commission 2003.

Thanit Changthaworn. “Minutes of Meeting on Access and Benefit Sharing from Biological Resources and Related Local Wisdom” (Perspectives and Actions on Access and Benefit Sharing in ASEAN Member States). National Center for Genetic Engineering and Biotechnology, n.p.

UNEP/CBD/ABS/A10/EM/2016/1/4

Vietnam Biodiversity Law 2008.

