

บทที่ 3

การคุ้มครองภูมิปัญญาชาวบ้านด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ภายใต้กรอบอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพและของต่างประเทศ

3.1 การคุ้มครองภูมิปัญญาชาวบ้านด้วยความหลากหลายทางชีวภาพภายใต้กรอบอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

การริเริ่มและขั้นตอนที่จะคุ้มครองภูมิปัญญาชาวบ้านด้วยความหลากหลายทางชีวภาพมาจากหลักการของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพที่เป็นผลจากการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (UNCED) ที่กรุงริโอเดอจาเนโร ประเทศบราซิล เมื่อ พ.ศ.2536 ที่ยอมรับนับถือความสำคัญของความหลากหลายทางชีวภาพว่ามีคุณค่าและมีประโยชน์ต่อสังคมโลกมากมายทั้งในแง่ของระบบนิเวศน์ พันธุกรรม สังคม เศรษฐกิจ วิทยาศาสตร์ วัฒนธรรมรวมถึงความมั่นคงและสันติภาพ การประชุมและคุณค่าของความหลากหลายทางชีวภาพเริ่มเกิดจากมนุษย์โดยเฉพาะชนพื้นเมืองหรือชนเผ่าต่าง ๆ ได้อยู่ใกล้ชิดและเรียนรู้จากสิ่งแวดล้อมตามธรรมชาติ ใช้เวลายาวนานหลายชั่วคน เรียนรู้และสืบทอดให้คนรุ่นต่อไป สิ่งนี้ก็คือภูมิปัญญาชาวบ้าน (Indigenous knowledge) ดังนั้นอนุสัญญา จึงให้ความสำคัญกับภูมิปัญญาชาวบ้านว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นส่วนหนึ่งของอนุสัญญา โดยบัญญัติไว้ในหลายมาตราของอนุสัญญา คือ “ความเบื้องต้น วรรค 12 มาตรา 8 (ญ) มาตรา 15 มาตรา 16 มาตรา 17 (2) และ มาตรา 18 (4)¹” ซึ่งได้กล่าวรายละเอียดต่อไป

¹ Donna Craig, "Implementing the Convention on Biological Diversity : Indigenous People Issues" Biodiversity Conservation in the Asia and Pacific Region (Manilla : ADB and IUCN, 1995) p 147.

สาระสำคัญของอนุสัญญาฯ ที่เป็นการรอบของการคุ้มครองภูมิปัญญาชาวบ้าน
มีดังต่อไปนี้

3.1.1 หลักการทั่วไปของอนุสัญญาฯ

อนุสัญญาฯว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพจัดเป็น Framework Agreement ข้อตกลงหนึ่งที่เกิดจากความร่วมมือของประเทศต่าง ๆ ในสังคมโลกที่เห็นความสำคัญของปัญหา ความสูญเสียความหลากหลายทางชีวภาพ ประเทศเหล่านี้จึงได้เข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยความสมัครใจและความสามารถของตนเอง โดยอนุสัญญาฯ กำหนดเพียงพันธกรณีอย่างกว้างหรือเพียงกำหนดนโยบายในการจัดการความหลากหลายทางชีวภาพและทรัพยากรพันธุกรรมให้แก่ประเทศภาคีและปล่อยให้แต่ละประเทศภาคีไปดำเนินการกันเอง ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าควรเท่าที่เป็นไปได้ (as far as possible) และเท่าที่เหมาะสม (as far as appropriate) ดังนั้นแต่ละประเทศย่อมปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาฯ ได้ตามความเหมาะสมของสภาพการณ์และศักยภาพของตน โดยต้องสอดคล้องและไม่ขัดแย้งกับหลักการและวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ สำหรับการคุ้มครองภูมิปัญญาชาวบ้าน อยู่ภายใต้กรอบของอนุสัญญาฯ มาตรา 8 (ญ) มาตรา 15 มาตรา 16 มาตรา 17 (2) และมาตรา 18 (4)

3.1.2 ความเบื้องต้นของอนุสัญญาฯ วรรค 12

ความเบื้องต้นของอนุสัญญาฯ เป็นส่วนที่อนุสัญญาฯ ตระหนักถึงและให้ความสำคัญ โดยถือเป็นวัตถุประสงค์และเป้าหมายหลักของอนุสัญญาฯ ที่ต้องการให้ประเทศภาคีและเข้าใจร่วมกันเพื่อถือเป็นพันธกรณีที่ประเทศภาคีปฏิบัติตามเพื่อบรรลุเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ ซึ่งอนุสัญญาฯ ได้กำหนดไว้หลายประการ เช่น การยืนยันหลักสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพของรัฐ ความสำคัญและคุณค่าของความหลากหลายทางชีวภาพ การอนุรักษ์ บำรุงรักษาและจัดการสูญเสียความหลากหลายทางชีวภาพ การอนุรักษ์นอกถิ่นที่อยู่ตามธรรมชาติ การยอมรับบทบาทของสตรีในการอนุรักษ์และใช้ความหลากหลายทางชีวภาพ การร่วมมือในระดับนานาชาติในการอนุรักษ์และใช้ทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืน เป็นต้น

สำหรับข้อความเบื้องต้นที่เกี่ยวกับภูมิปัญญาชาวบ้านว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพอยู่ในวรรค 12 ของอนุสัญญาฯ ความว่า

“ตระหนักถึงการพึ่งพาอาศัยอย่างใกล้ชิดและตามชนบประเพณีเดิมของชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่นซึ่งใช้ทรัพยากรชีวภาพในการดำเนินชีวิตตามชนบประเพณีเดิมและถึงความปรารถนาในอันที่จะแบ่งปันอย่างเท่าเทียม ซึ่งผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ประโยชน์ภูมิปัญญา ประดิษฐ์กรรม และการถือปฏิบัติตามชนบประเพณีที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพและการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน”²

ข้อความเบื้องต้น วรรค 12 แสดงให้ทราบว่าอนุสัญญาฯ ได้ให้ความสำคัญภูมิปัญญาชาวบ้านในการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน ผู้ใดได้ใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาชาวบ้าน ไม่ว่าจะเป็นภูมิปัญญาชาวบ้านโดยแท้ ประดิษฐ์กรรมหรือชนบประเพณี จะต้องแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเท่าเทียมกันให้แก่ผู้ทรงภูมิปัญญาชาวบ้าน ซึ่งสิ่งนี้ได้ยืนยันหลักการ “การแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเที่ยงธรรมและเท่าเทียมกัน” ซึ่งแต่เดิมได้รับการละเลยจากสังคมโลกโดยเฉพาะประเทศพัฒนาแล้ว

3.1.3 การอนุรักษ์ในถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ

การอนุรักษ์ในถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ อนุสัญญาฯ กำหนดขึ้นเพื่อให้มีการอนุรักษ์ระบบนิเวศ ชนิดพันธุ์ป่า และความหลากหลายทางพันธุกรรมที่ยังครอบคลุมถึงสายพันธุ์ต่าง ๆ ที่

² อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ข้อความเบื้องต้น วรรค 12

Recognizing the close and traditional dependence of many indigenous and local communities embodying traditional lifestyles on biological resources, and the desirability of sharing equitably benefits arising from the use of traditional knowledge, innovations and practices relevant to the conservation of biological diversity and the sustainable use of its components,

มนุษย์สร้างขึ้นทั้งพืชและสัตว์ที่มีอยู่ตามธรรมชาติ³ ซึ่งสิ่งเหล่านี้จะเกิดขึ้นก็ได้เมื่อมนุษย์ได้เรียนรู้ และเกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพมานานหลายชั่วอายุคน จนตกผลึกกลายเป็นภูมิปัญญาฯ และ ด้วยภูมิปัญญาชาวบ้านว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพส่วนมากจะเกิดขึ้นในสภาพแวดล้อมและ ถิ่นที่อยู่ตามธรรมชาติ อนุสัญญาฯ จึงได้บัญญัติพันธกรณีการยอมรับและคุ้มครองภูมิปัญญาฯ ไว้ ในเรื่องเดียวกับการอนุรักษ์ในถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ

สำหรับการอนุรักษ์ในถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติที่ได้กล่าวถึงภูมิปัญญาชาวบ้านว่า ด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งถือเป็นพันธกรณีที่สำคัญอย่างหนึ่งอยู่ในมาตรา 8 (ญ) ของ อนุสัญญาฯ ความว่า

มาตรา 8 บัญญัติว่า แต่ละภาคีจักต้องดำเนินการดังต่อไปนี้ให้มากที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ และเท่าที่เหมาะสม

ญ) ให้ความเคารพ ส่งเสริมและดำรงไว้ซึ่งภูมิปัญญา ประดิษฐ์กรรมและประเพณี ปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่น ซึ่งได้ปรากฏเป็นรูปธรรมตามประเพณีในชีวิตประจำวันซึ่ง เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืนและส่งเสริม การประยุกต์ใช้อย่างกว้างขวางมากขึ้น โดยต้องมีความเห็นชอบและการเข้าร่วมของผู้ทรงภูมิปัญญา เจ้าของ ประดิษฐ์กรรมและผู้ถือปฏิบัตินั้น ๆ และสนับสนุนการแบ่งปันอย่างเท่าเทียมซึ่งผล

³ ฑนภัทร วินยวัฒน์, คำอธิบายเบื้องต้นอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ 2535. (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อม หน้า 42.

ประโยชน์อันเกิดจากการใช้ประโยชน์ภูมิปัญญา ประดิษฐ์กรรม และการถือปฏิบัตินั้น ⁴

มาตรา 8 ของอนุสัญญาฯ ได้สร้างพันธกรณีที่สำคัญ 3 ประการคือ

3.1.3.1 การเคารพ สงวนและดำรงภูมิปัญญาชาวบ้าน

ประเทศภาคี เคารพ สงวน รักษาและดำรงไว้ซึ่งภูมิปัญญา ประดิษฐ์กรรมและการถือปฏิบัติเอง ชุมชนพื้นเมืองถิ่นซึ่งปรากฏในการดำเนินชีวิตตามชนบทประเพณีเดิมซึ่งเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน

พันธกรณีนี้ประเทศภาคีสามารถออกกฎหมายภายในรับรองสิทธิของชุมชนพื้นเมืองหรือท้องถิ่นของตนได้ ซึ่งหลายประเทศกำลังพิจารณาดำเนินการอยู่ในปัจจุบัน เช่น ร่างพระราชบัญญัติป่าชุมชนของไทย ร่างพระราชบัญญัติสิทธิทางปัญญาของชุมชนของสหพันธ์มาเลเซีย เป็นต้น ซึ่งกฎหมายภายในดังกล่าวจะต้องบัญญัติให้สอดคล้องกับอนุสัญญาฯ ที่กำหนดไว้และชุมชนพื้นเมืองหรือท้องถิ่นจะต้องเป็นกลุ่มคนที่มีภูมิลำเนาอยู่ในท้องถิ่นเท่านั้น ไม่ได้รวมถึงคนที่ทิ้งถิ่นฐานออกไปจากแหล่งที่อยู่เดิมหรือเข้าตั้งถิ่นฐานในเมือง ซึ่งสิ่งนี้ตรงกับความหมายของภูมิปัญญาชาวบ้านดังกล่าวไว้ในบทที่ 2 ซึ่งอยู่ในสังคมปิดที่ใกล้ชิดกับสภาวะแวดล้อมทางธรรมชาติและไม่ค่อยจะติดต่อกับโลกภายนอก

⁴ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 8 (ญ)

(i) Subject to its national legislation, respect, preserve and maintain knowledge innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity and promote their wider application with the approval and involvement of the holders of such knowledge, innovations and practices and encourage the equitable sharing of the benefits arising from the utilization of such knowledge, innovations and practices;

3.1.3.2 การส่งเสริมและประยุกต์ใช้ภูมิปัญญาชาวบ้าน

ในประเทศภาคีส่งเสริมการประยุกต์ใช้ภูมิปัญญาประดิษฐกรรมและการถือปฏิบัติของชุมชนเมืองและท้องถิ่นอย่างกว้างขวาง โดยการเข้าร่วมของผู้ทรงสิทธิ์ในภูมิปัญญาดังกล่าว

พันธกรณีนี้ ประเทศภาคี “จะต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับมาตราอื่น ๆ เช่นมาตรา 17 (2) การแลกเปลี่ยนภูมิปัญญาชาวบ้านและท้องถิ่น มาตรา 18 (4) การร่วมมือในการพัฒนาและการใช้เทคโนโลยีพื้นเมืองและท้องถิ่น แต่การดำเนินการเผยแพร่ความรู้จะต้องได้รับการตรวจสอบและพิจารณาเห็นชอบจากผู้ทรงสิทธิ์ในภูมิปัญญาดังกล่าว โดยเฉพาะข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการวิเคราะห์วิจัย⁵ ซึ่งสิ่งนี้น่าจะหมายถึงหลักกรรมสิทธิ์ในกฎหมายทรัพย์สินปัญญาคือ หลักการที่จะไม่เปลี่ยนแปลงการใช้ภูมิปัญญาชาวบ้านไปจากเดิมโดยมิได้รับความเห็นชอบจากผู้ทรงภูมิปัญญาชาวบ้าน

3.1.3.3 การสนับสนุนการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ภูมิปัญญาชาวบ้าน

ประเทศภาคีสันับสนุนการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ประโยชน์ที่ได้จากใช้ประโยชน์ภูมิปัญญา ประดิษฐกรรมและการถือปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน

พันธกรณีสุดท้ายนี้ กำหนดให้ผู้ใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาชาวบ้านจะต้องแบ่งปันผลประโยชน์ทั้งที่เป็นตัวเงินและมิใช่ตัวเงินโดยให้ชุมชนนั้น ๆ เข้ามามีส่วนร่วมด้วยเสมอ

⁵ ฆนัทธ วินยวัฒน์, คำอธิบายเบื้องต้นอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ 2535, หน้า 59-60.

3.1.4 การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

ทรัพยากรพันธุกรรมมีความสัมพันธ์และเกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาชาวบ้าน ทั้งนี้เนื่องจากชนพื้นเมืองหรือท้องถิ่นเป็นผู้ทราบถึงคุณลักษณะ รูปร่างและการใช้ประโยชน์จากพืช สัตว์และทรัพยากรพันธุกรรมอื่น ๆ เป็นอย่างดี ซึ่งบางครั้งการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าวต้องอาศัยหรือการจ้างวานชนพื้นเมืองหรือท้องถิ่นในการสำรวจค้นหาทรัพยากรพันธุกรรมเป็นการเฉพาะ เช่น การจ้างชาวบ้านเขาเผ่ากะเหรี่ยง ค้นหาสมุนไพรในป่าภาคเหนือของประเทศไทย เป็นต้น ดังนั้นภูมิปัญญาชาวบ้านจึงมีความสำคัญต่อทรัพยากรพันธุกรรมเป็นอย่างมาก

การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ฝ่ายทรัพยากรชีวภาพ กระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อม ได้ให้คำจำกัดความในรูปศัพท์ว่า “การเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ” ไว้ว่า หมายถึงการทราบข้อมูลว่าทรัพยากรชีวภาพนั้น ๆ มีอยู่ที่ใด การได้ไปถึงแหล่งที่ทรัพยากรชีวภาพนั้น ๆ มีอยู่ การสำรวจ การเก็บตัวอย่างทรัพยากรชีวภาพ การได้รับทรัพยากรชีวภาพ การครอบครองทรัพยากรชีวภาพและในบางกรณีการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพไม่จำเป็นต้องรวมถึงการครอบครองทรัพยากรชีวภาพนั้น ๆ เสมอไป ในกรณีที่ทรัพยากรชีวภาพอยู่ภายใต้การคุ้มครองตามกฎหมาย สิทธิบัตร การได้ประสานงานกับเจ้าของสิทธิบัตรเพื่อขออนุญาตหมายถึง การเข้าถึงในระดับหนึ่งแล้ว⁶

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมหมายถึง การทราบข้อมูลการได้รับการครอบครอง การได้ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมนั้น ๆ

การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเป็นพันธกรณีสำคัญอย่างหนึ่งของอนุสัญญาฯ ที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 15 ของอนุสัญญาฯ

⁶ สำนักนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อม ฝ่ายทรัพยากรชีวภาพ, กระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อม, เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการเรื่อง “ความหลากหลายทางชีวภาพกับประเทศไทย” ณ โรงแรมอมารี ปรังศู่น้ำ ระหว่างวันที่ 16-18 ธันวาคม พ.ศ.2538 เอกสารไม่ตีพิมพ์ เผยแพร่.

มาตรา 15 บัญญัติว่า⁷

⁷ अनुसंधानावयवकामहलाकहायथावशमाप मातरा 15

Article 15 ACCESS TO GENETIC RESOURCES

1. 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.

2. Each Contracting Party shall endeavour to create conditions to facilitate access to genetic resources for environmentally sound uses by other Contracting Parties and not to impose restrictions that run counter to the objectives of this Convention.

3. For the purpose of this Convention, the genetic resources being provided by a Contracting Party, as referred to in this Article and Articles 16 and 19, are only those that are provided by Contracting Parties that are countries of origin of such resources or by the Parties that have acquired the genetic resources in accordance with this Convention.

4. Access, where granted, shall be on mutually agreed terms and subject to the provisions of this Article.

5. Access, where granted, shall be subject to agreed terms and subject to the provisions of this Article.

6. Each Contracting Party shall endeavour to develop and carry out scientific research based on genetic resources provided by other Contracting Parties with the full participation of, and where possible in, such Contracting Parties.

7. Each Contracting Party shall take legislative, administrative or policy measures, as appropriate, and in accordance with Article 16 and 19 and, where necessary, through the financial mechanism established by Articles 20 and 21 with the aim of sharing in a fair and equitable way the results of research and development and the benefits arising from the commercial and other utilization of genetic resources with the Contracting Party providing such resources. Such sharing shall be upon mutually agreed terms.

1. โดยตระหนักถึงสิทธิหรืออริปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตนอำนาจในการพิจารณากำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมขึ้นอยู่กับรัฐบาลแห่งชาติและอยู่ภายใต้กฎระเบียบของชาตินั้น ๆ
2. แต่ละภาคีจักต้องพยายามอย่างสุดความสามารถในการสร้างเงื่อนไขเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ภาคีอื่น ๆ ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อการใช้ประโยชน์อย่างเหมาะสมต่อสภาพแวดล้อมและไม่ใช้ข้อกำหนดซึ่งขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา
3. ตามความมุ่งหมายของอนุสัญญา ทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งถูกจัดหาให้โดยภาคีตั้งได้อ้างถึงในมาตราที่ 16 และ 19 เป็นเฉพาะทรัพยากรซึ่งถูกจัดหาให้โดยภาคีซึ่งเป็นประเทศถิ่นกำเนิดของทรัพยากรนั้นหรือโดยการภาคีซึ่งได้รับทรัพยากรพันธุกรรมนั้นมาโดยสอดคล้องกับอนุสัญญา นี้
4. การเข้าถึงในกรณีที่ได้รับอนุญาต จักต้องอยู่ใต้เงื่อนไขการตกลงร่วมกันและอยู่ภายใต้ข้อกำหนดของมาตราที่
5. การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจักต้องอยู่ภายใต้ข้อตกลงให้ความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าของภาคีซึ่งให้ทรัพยากรนั้น นอกเสียจากในกรณีที่ภาคีนั้นพิจารณาเป็นประการอื่น
6. แต่ละภาคี จักต้องพยายามที่จะจัดทำและดำเนินการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ซึ่งใช้ทรัพยากรพันธุกรรมที่ภาคีอื่น ๆ จัดหาให้โดยการมีส่วนร่วมอย่างเต็มที่ หากเป็นไปได้ทำการวิจัยภายในภาคีนั้น ๆ
7. แต่ละภาคีจักต้องดำเนินมาตรการทางกฎหมาย การบริหาร หรือนโยบายเท่าที่เหมาะสมและโดยสอดคล้องกับมาตราที่ 16 และ 19 และในกรณีที่จำเป็นโดยผ่านกลไกการเงินซึ่งกำหนดโดยมาตราที่ 20 และ 21 ทั้งนี้ด้วยเจตนารมณ์เพื่อแบ่งปันในวิถีทางที่ยุติธรรมและเท่าเทียมซึ่งผลของการวิจัยและการพัฒนาและซึ่งผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมทางการพาณิชย์และอื่น ๆ กับภาคีที่ได้ให้ทรัพยากรนั้น การแบ่งปันนั้น ๆ จักต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการตกลงร่วมกัน

มาตรา 15 การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้สร้างเงื่อนไขการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมคือ⁸

3.1.4.1 การเคารพลีขิทธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรพันธุกรรม

มาตรา 15 วรรคแรก บัญญัติว่า "โดยตระหนักถึงสิทธิขิทธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตน อำนาจในการพิจารณากำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมขึ้นอยู่กับรัฐบาลแห่งชาติและอยู่ภายใต้กฎระเบียบของชาตินั้น ๆ"⁹

มาตรา 15 วรรคแรก ได้ยืนยันหลักการสิทธิขิทธิปไตยของรัฐที่มีเหนือทรัพยากรธรรมชาติภายในเขตดินแดนของตน โดยแต่ละรัฐสามารถกำหนดระเบียบ ข้อบังคับในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามความต้องการของตนได้ แต่ทั้งนี้จะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ กล่าวคือต้องเป็นข้อกำหนดที่อำนวยความสะดวกต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและเป็นข้อกำหนดที่ส่งเสริมให้มีการอนุรักษ์และใช้ทรัพยากรพันธุกรรมอย่างยั่งยืนด้วย

⁸ ชนภัทร วินยวัฒน์, "ข้อพิจารณาของไทยในด้านทรัพยากรพันธุกรรมพืช สำหรับการเข้าร่วมอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาคศึกษานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539) หน้า 69-81. สรุปรายละเอียด

⁹ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 15 วรรคแรก

1. 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.

3.1.4.2 การอำนวยความสะดวกในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศเจ้า ของทรัพยากรพันธุกรรม

มาตรา 15 วรรค 2 บัญญัติว่า “แต่ละภาคีจักต้องพยายามในการสร้างเงื่อนไขเพื่อเอื้ออำนวยแก่ภาคีอื่น ๆ ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม เพื่อการใช้ประโยชน์อย่างเหมาะสม ต่อสิ่งแวดล้อมและไม่ใช้ข้อกำหนดซึ่งขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา”¹⁰

มาตรา 15 วรรค 2 ได้สร้างเป็นพันธกรณีที่สำคัญ 2 ประการ คือ

1. การกำหนดว่ารัฐควรจะใช้อำนาจอธิปไตยของตนให้สอดคล้องกับอนุสัญญาฯ ในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐอันเกี่ยวเนื่องด้วยทรัพยากรชีวภาพนั้น ประเทศภาคีต้องกำหนดวิธีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในลักษณะที่เป็นการอำนวยความสะดวกแก่ประเทศภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยการเข้าถึงดังกล่าวจะต้องเป็นการอนุญาตให้ใช้ทรัพยากรนั้นอย่างเหมาะสมกับสภาพสิ่งแวดล้อมด้วย
2. การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในการกำหนดข้อจำกัดในเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้น จะต้องไม่เป็นการขัดหรือแย้งกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ ซึ่งรวมถึงข้อตกลงในเรื่องความต้องการกำหนดมาตรฐานการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งจะนำมาใช้กับคู่ภาคีที่มีศักยภาพในระดับที่ต่างกัน

¹⁰ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 15 วรรค 2

2. Each Contracting Party shall endeavour to create conditions to facilitate access to genetic resources for environmentally sound uses by other Contracting Parties and not to impose restrictions that run counter to the objectives of this Convention.

การดำเนินงานตามมาตรา 15 วรรค 2 ประเทศภาคีจำเป็นต้องทบทวนนโยบายและกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันในการกำหนดเงื่อนไขสำหรับการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ทั้งที่มีอยู่ในและนอกแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติซึ่งมีผลให้เข้าถึงภูมิปัญญาชาวบ้านด้วย ตัวอย่างที่ดำเนินการได้ เช่น สัญญาหรือข้อตกลงในรูปวิภาคีในการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาชาวบ้าน หรือกฎหมายที่จะกำหนดประเด็นการเข้าถึง ทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาชาวบ้าน พร้อมกำหนดเงื่อนไขในการเข้าถึงฯ ในพื้นที่ที่ถูกรง ไว้ตามกฎหมายในลักษณะที่กว้างได้

3.1.4.3 ทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้รับการคุ้มครอง

มาตรา 15 วรรค 3 บัญญัติว่า "ตามเจตนารมณ์ของอนุสัญญา ทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งถูกจัดหาให้โดยภาคี ดังได้อ้างถึงในมาตรานี้และมาตราที่ 16 และ 19 เป็น เฉพาะทรัพยากรซึ่งถูกจัดหาให้โดยภาคี ซึ่งเป็นประเทศถิ่นกำเนิดของทรัพยากรนี้หรือโดยภาคีซึ่ง ได้รับทรัพยากรพันธุกรรมนั้นมาโดยสอดคล้องกับอนุสัญญา นี้"¹¹

¹¹ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 15 วรรค 3

3. For the purpose of this Convention, the genetic resources being provided by a Contracting Party, as referred to in this Article and Articles 16 and 19, are only those that are provided by Contracting Parties that are countries of origin of such resources or by the Parties that have acquired the genetic resources in accordance with this Convention.

มาตรา 15 วรรค 3 ได้กำหนดถึงทรัพย์สินที่รับการคุ้มครอง ตามมาตรา 15, 16 และ 19 ว่าจะจำกัดเฉพาะทรัพย์สินที่ได้มาจากประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากประเทศที่ได้รับทรัพย์สินตามความในอนุสัญญา อันมีผลให้ประเทศผู้จัดทำทรัพย์สินให้กับประเทศอื่นนั้น มีสิทธิที่จะได้รับผลประโยชน์ตอบแทนภายใต้ข้อตกลงหรือวัตถุประสงค์แห่งอนุสัญญานี้

สำหรับประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดของทรัพย์สินนั้น อนุสัญญาให้หมายถึง "ประเทศที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินในสภาพธรรมชาติ" ดังนั้นจึงหมายถึงประเทศที่มีทรัพย์สินอยู่ในระบบนิเวศน์และแหล่งที่อยู่อาศัยไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่ได้จากป่าหรือการเพาะเลี้ยงหรือจากพันธุ์พื้นเมือง

3.1.4.4 ข้อตกลงร่วมกันในการเข้าถึงทรัพย์สิน

มาตรา 15 วรรค 4 บัญญัติว่า "การเข้าถึงในกรณีที่ได้รับอนุญาต จักต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการตกลงร่วมกันและอยู่ภายใต้ข้อกำหนดของมาตรา"¹²

มาตรา 15 วรรค 4 ไว้กำหนดเงื่อนไขการเข้าถึงทรัพย์สินจะต้องกระทำอยู่บนพื้นฐานของการตกลงร่วมกัน (Mutually agreed term) และต้องได้รับความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าแล้วจากประเทศภาคีซึ่งให้ทรัพย์สินนั้นก่อน เว้นแต่ประเทศภาคีจะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น

¹² อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 15 วรรค 4

4. Access, where granted, shall be on mutually agreed terms and subject to the provisions of this Article.

อนุสัญญาฯ ยอมรับว่าองค์ประกอบที่สำคัญสำหรับการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมคือ การได้รับความยินยอมจากประเทศผู้เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในฐานะที่ประเทศนั้นมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรพันธุกรรมนั้น ๆ (มาตรา 15 วรรคแรก) โดยความยินยอมเกิดขึ้นได้ทั้งจากการแสดงออกในลักษณะทั่วไป เช่น การบัญญัติกฎหมายหรือการแสดงออกในลักษณะเป็นกรณี ๆ ไป เช่น การทำสัญญาระหว่างประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมกับผู้ขอเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งอาจจะเป็นได้ทั้งหน่วยงานภาครัฐและ/หรือภาคเอกชนของประเทศอื่นซึ่งเรียกกันทั่วไปว่า "Biodiversity Prospecting contract"¹³ หรือสัญญาสำรวจความหลากหลายทางชีวภาพ

ตัวอย่างสัญญาสำรวจความหลากหลายทางชีวภาพ (Biodiversity Prospecting Contract) ที่มีชื่อเสียงและประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศใช้เป็นแนวทางในการร่างสัญญา สำหรับประเทศของตนคือ สัญญาสำรวจความหลากหลายทางชีวภาพระหว่างบริษัท Merck ผู้ผลิตยาของประเทศสหรัฐอเมริกา กับ INBio หน่วยงานเอกชนของประเทศ Costa Rica เพื่อให้บริษัทฯ ดังกล่าวได้ทำการสำรวจความหลากหลายทางชีวภาพในประเทศ Costa Rica ซึ่งรายละเอียดของสัญญาจะได้กล่าวไว้ในหัวข้อกรณีศึกษาการเข้าใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพของประเทศ Costa Rica

¹³ Ana Sittenfeld, "A. Special Article Issues and Strategies for Bioprospecting" in Genetic Engineering and Biotechnology 1996/4 p 9.

3.1.4.5 ความยินยอมของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

มาตรา 15 วรรค 5 บัญญัติว่า "การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจะต้อง อยู่ภายใต้ข้อตกลงให้ความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าของภาคีซึ่งให้ทรัพยากรนั้น นอกเสียจากใน กรณีที่ภาคีนั้นพิจารณาเป็นประการอื่น"¹⁴

มาตรา 15 วรรค 5 ได้สร้างเงื่อนไขในการเข้าถึงทรัพยากรว่าจะต้องขึ้น อยู่กับความยินยอมที่ได้ทำกันไว้ล่วงหน้าของประเทศคู่ภาคีซึ่งเป็นผู้ให้ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นหรือที่ เรียกว่า Prior Informed Consent [PIC] หลักการดังกล่าวเกิดขึ้นเพื่อป้องกันความเสียหายของรัฐ ที่เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมอันเกิดจากการเข้าไปสำรวจทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศอื่น

ความยินยอมที่ต้องแจ้งล่วงหน้าในกรณีนี้มีองค์ประกอบคือ

1. เป็นการให้ความยินยอมของประเทศที่ให้ทรัพยากรพันธุกรรม
2. การให้ความยินยอมนั้นขึ้นอยู่กับการให้ข้อมูลของผู้ที่จะเข้าถึงเป็น

กรณี ๆ ไป

พันธุกรรมนั้น

อย่างไรก็ตาม การให้ความยินยอมตามวรรคนี้สามารถกระทำได้โดยการ เสร็จตามข้อตกลงที่กล่าวไว้ในวรรค 4

¹⁴ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 15 วรรค 5

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.

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.

นอกจากนี้ วรรค 5 ยังก่อให้เกิดสิทธิแก่ประเทศภาคีในฐานะที่เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีอำนาจในการเจรจาต่อรองกับคู่ภาคีได้ โดยสามารถบังคับให้คู่ภาคีได้ โดยสามารถบังคับให้คู่ภาคีเปิดเผยหรือให้ความกระจ่างชัดถึงวิธีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ทั้งนี้ การให้ความยินยอมล่วงหน้าจะต้องขึ้นอยู่กับข้อมูลของประเทศคู่ภาคีที่จะต้องเปิดเผยให้ประเทศผู้มิทรัพยากรพันธุกรรมเชื่อมั่นและทราบในกระบวนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของตน

อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดในการให้ความยินยอมก่อนนี้คู่ภาคีอาจจะเจรจาตกลงกันเองให้เป็นอย่างอื่นได้ ไม่ได้เป็นการบังคับเสมอไป ดังความที่ปรากฏตอนท้ายของวรรค 5 นอกจากนี้ยังหมายถึงว่า ประเทศภาคีจะกำหนดหลักการให้ครอบคลุมประเภทของทรัพยากรพันธุกรรมก็ได้ โดยอยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐ

3.1.4.6 การร่วมมือวิจัยและพัฒนาทางวิทยาศาสตร์

มาตรา 15 วรรค 6 บัญญัติว่า "แต่ละภาคีจักต้องพยายามที่จะจัดทำและดำเนินการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งใช้ทรัพยากรพันธุกรรมที่ภาคีอื่น ๆ จัดทำให้โดยการมีส่วนร่วมอย่างเต็มที่ หากเป็นไปได้ทำการวิจัยภายในภาคีนั้น ๆ"¹⁵

มาตรา 15 วรรค 6 ได้กำหนดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ให้ประเทศภาคีที่ได้ดำเนินการวิจัยในทรัพยากรพันธุกรรมได้รับความร่วมมือจากประเทศภาคีอื่น การวิจัยตามวรรค 6 นี้หมายถึงการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ทุกประเภทที่เกี่ยวข้องกับการจัดหาทรัพยากรพันธุกรรม

¹⁵ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 15 วรรค 6

6. Each Contracting Party shall endeavour to develop and carry out scientific research based on genetic resources provided by other Contracting Parties with the full participation of, and where possible in, such Contracting Parties,

มาตรานี้ยังได้กล่าวถึงการสร้างความสามารถในการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ให้แก่ประเทศที่จัดหาทรัพยากรพันธุกรรมอันจะส่งผลให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่ประเทศนั้น โดยจะเป็นเทคโนโลยีประเภทแรกก่อน รูปแบบของเทคโนโลยีที่จะถ่ายทอดให้ นั้นอาจจะถ่ายทอดในประเทศนั้นเลยหรือในประเทศที่ใช้ทรัพยากรนั้นก็ ได้ แต่หากได้ทำในประเทศที่จัดหาทรัพยากรได้ก็จะเป็นสิ่งที่ดียิ่งเพราะสามารถเพิ่มบทบาทของนักวิจัยท้องถิ่นให้เข้ามามีส่วนร่วมได้และอาจทำให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีหนักขึ้นมาในภายหลัง

การดำเนินการตามวรรคนี้ประเทศภาคีผู้เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมอาจจะกำหนดไว้เป็นข้อสัญญาข้อหนึ่งในสัญญาว่าด้วยการสำรวจทรัพยากรพันธุกรรมก็เป็นได้ เช่นการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจะต้องมีการฝึกอบรมให้แก่เจ้าหน้าที่หรือนักวิจัยของท้องถิ่นหรือจะต้องให้เจ้าหน้าที่หรือนักวิจัยท้องถิ่นมีส่วนร่วมในการวิจัยทุกครั้ง เป็นต้น

3.1.4.7 การแบ่งปันผลประโยชน์อย่างยุติธรรม

มาตรา 15 วรรค 7 บัญญัติว่า "แต่ละภาคีจักต้องดำเนินมาตรการทางกฎหมาย การบริหาร หรือนโยบาย เท่าที่เหมาะสมและโดยสอดคล้องกับมาตราที่ 16 และ 19 และในกรณีที่เป็นโดยผ่านกลไกการเงิน ซึ่งกำหนดโดยมาตราที่ 20 และ 21 ทั้งนี้ด้วยเจตนารมณ์เพื่อแบ่งปันในวิถีทางที่ยุติธรรมและเท่าเทียม ซึ่งผลของการวิจัยและการพัฒนาและซึ่งผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมทางการพาณิชย์และอื่น ๆ กับภาคี ที่ได้ให้ทรัพยากรนั้นการแบ่งปันนั้น ๆ จักต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการตกลงร่วมกัน"¹⁶

¹⁶ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 15 วรรค 7

7. Each Contracting Party shall take legislative, administrative or policy measures, as appropriate, and in accordance with Articles 16 and 19 and, where necessary, through the financial mechanism established by Articles 20 and 21 with the aim of sharing in a fair and equitable way the results of research and development and the benefits arising from the commercial and other utilization of genetic resources with the Contracting Party providing such resources. Such sharing shall be upon mutually agreed terms.

มาตรา 15 วรรค 7 กำหนดขึ้นเพื่อต้องการให้ประเทศคู่ภาคีไม่ว่าจะเป็น ประเทศพัฒนาแล้วหรือประเทศกำลังพัฒนามีมาตรการในทางนโยบาย ทางกฎหมาย หรือทางการ บริหารที่เหมาะสม ซึ่งเป้าหมายก็คือการแบ่งปันผลประโยชน์เท่าเทียมและเป็นธรรม

ประโยชน์ที่จะต้องมี การแบ่งปันกันประกอบด้วย

1. ผลที่ได้จากการวิจัยและการพัฒนา
2. ผลประโยชน์ที่ได้ในทางพาณิชย์และประโยชน์อื่นใดที่ได้รับจากการ ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมโดยการแบ่งปันผลประโยชน์นั้นจะต้องการ กระทำโดยข้อตกลงที่แลกเปลี่ยนซึ่งกันและกัน

นอกจากนั้นความในวรรค 7 นี้ยังอ้างถึงมาตรา 16 และ 19 ซึ่งขยาย ขอบเขตการบังคับออกไปถึง

1. การเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยีในการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม (มาตรา 16 วรรค 3)
2. การมีส่วนร่วมในการวิจัยเทคโนโลยีชีวภาพในเรื่องทรัพยากร พันธุกรรม (มาตรา 19 วรรค 1)
3. ลำดับความสำคัญของการเข้าถึงผลและประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้ เทคโนโลยีชีวภาพในเรื่องทรัพยากรพันธุกรรม (มาตรา 19 วรรค 2)

ผลประโยชน์ส่วนมากจะตกอยู่กับภาคเอกชนซึ่งตามความในข้อนี้ ต้องการให้คู่ภาคีแสดงมาตรการอันมีวัตถุประสงค์ในการแบ่งปันผลประโยชน์ ดังนั้นการตกลงในเรื่องดังกล่าวยังคงขึ้นอยู่กับ การตกลงเจรจาซึ่งกันและกัน ระหว่างรัฐบาลฝ่ายหนึ่งและเอกชนอีกฝ่าย หนึ่งการเจรจาดังกล่าวอาจกระทำได้หลายทาง เช่น อาจเกิดขึ้นเมื่อได้ตกลงในเรื่องการเข้าถึงตามมาตรา 15 วรรค 4 หรืออาจกำหนดให้ข้อตกลงในเรื่องผลประโยชน์นั้นรวมเป็น ส่วนหนึ่งของข้อตกลงเรื่องการเข้าถึงก็เป็นได้ การเจรจาในเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์ในแต่ละกรณี

นั้นเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้ตกลงกันถึงการแบ่งปันที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในแต่ละกรณี ซึ่งผลของการเจรจาจะต้องชัดเจนในเรื่องผลประโยชน์ในระยะสั้นและระยะยาวว่าจะมีการชำระผลประโยชน์กันอย่างไร และใครจะเป็นเจ้าของตัวอย่างทรัพยากรพันธุกรรมที่ถูกเก็บรวบรวมมา ซึ่งผลประโยชน์ที่คู่กรณีได้รับต้องเท่าเทียมและเป็นธรรมแก่คู่กรณี

ในส่วนท้ายของมาตรา 15 วรรค 7 นี้ได้เชื่อมโยงกับเรื่องการช่วยเหลือทางการเงินตามมาตรา 20 และ 21 ด้วย ซึ่งหมายความว่าค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นอันได้จากการแบ่งปันผลจากการวิจัยและการพัฒนา ตลอดจนประโยชน์อื่นได้มีการตกลงไว้ล่วงหน้าแล้วอาจจะได้รับการสนับสนุนตามกลไกทางการเงินของอนุสัญญาฯ หากที่ประชุมภาคีเห็นว่ากิจกรรมดังกล่าวเป็นสิ่งที่ควรได้รับการสนับสนุนทางการเงินตามมาตรา 20

3.1.5 การเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยี

“เทคโนโลยี (Technology) มาจากคำว่า Techno กับ logy ซึ่ง Techno มาจากภาษากรีกว่า Techne หมายถึง การนำเอาวิทยาศาสตร์มาประยุกต์เข้ากับการใช้งานด้านอุตสาหกรรม ส่วนคำว่า logy มาจากรากศัพท์ภาษากรีกว่า logos หมายถึงความรู้อันกว้างขวาง คำว่า logy แสดงให้เห็นถึงวิทยาศาสตร์การศึกษาอย่างมีระบบและขั้นตอนที่เป็นระบบ ดังนั้นคำว่า เทคโนโลยี จึงหมายถึงการประยุกต์วิทยาศาสตร์เข้ากับการงานด้านอุตสาหกรรม หรืองานด้านปฏิบัติการ โดยมีการศึกษาที่เป็นระบบและตามขั้นตอนที่ถูกต้อง¹⁷

¹⁷ Ministry of Science, Technology and Energy (MOSTE) and The Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (ESCAP), The Acquisition of Foreign Technologies and Negotiation and Execution of Relevant Contracts 25 February-1 March 1985, second edition. p I-1 ฉายศักดิ์ แสงภูโต, “การถ่ายทอดเทคโนโลยี (ที่ได้ผล)”, วิศวกรรมสาร 6 (2529) 31.

“แรกเริ่มเดิมทีนั้น คำว่า “เทคโนโลยี” มักจะใช้หมายถึงความรู้เกี่ยวกับเครื่องจักร และกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ แต่ต่อมากำว่า “เทคโนโลยี” ได้ใช้ขยายความออกไปมากในปัจจุบันนี้ เทคโนโลยีครอบคลุมถึงความชำนาญ ความรู้ และวิธีการทั้งหมดในการผลิตผลิตผลต่าง ๆ คำว่า “เทคโนโลยี” จึงหมายถึง หลักวิชาการและการประยุกต์ใช้หลักวิชาการต่าง ๆ เพื่อกำหนดว่าจะผลิตสิ่งใด และจะผลิตอย่างไร เทคโนโลยีจึงรวมถึงหลักวิชาการ ทางจัดการ และการตลาดตลอดจนหลักวิชาการที่ใช้ในการผลิตสินค้าต่าง ๆ เทคโนโลยีมิได้จำกัดแต่เฉพาะหลักวิชาการที่นำมาประยุกต์ใช้กับการผลิตสินค้าที่มีรูปร่างเท่านั้น แต่ยังหมายถึงหลักวิชาการที่ประยุกต์ใช้กับการผลิตบริการต่างๆ เช่น การบริหาร การศึกษา การธนาคาร พาณิชยกรรม และบริการทางกฎหมาย เป็นต้น เทคโนโลยีหมายถึง ความรู้ หรือหลักวิชาการเกี่ยวกับเครื่องจักรและกระบวนการที่ใช้ในการผลิต (The hardware of production) และความรู้หรือหลักวิชาการเกี่ยวกับบริการต่าง ๆ ที่สนับสนุนการผลิต และการกระจายผลผลิตไปสู่ผู้บริโภค (the software of production and distribution of products)...”¹⁸

ความหมายดังกล่าวข้างต้น เป็นความหมายที่ตรงกับความหมายของนักวิชาการหลายท่าน เช่น

Frances Stewart กล่าวถึง เทคโนโลยีว่า “เทคโนโลยีเป็นสิ่งที่รวมทั้งวิธีการที่ใช้ในกิจกรรมที่ไม่เกี่ยวกับตลาด (Non-marketed activities) และกิจกรรมที่เกี่ยวกับตลาด เทคโนโลยีจรรวมทั้งลักษณะและรายละเอียดของอะไรที่จะผลิตขึ้นมากกล่าวคือการออกแบบผลิตภัณฑ์ เช่นเกี่ยวกับจะผลิตผลิตภัณฑ์นั้นอย่างไร เทคโนโลยี ประกอบด้วยเทคโนโลยีด้านการจัดการ และการตลาดเช่นเดียวกับเทคนิคในด้านการผลิตโดยตรงนอกจากนี้ยังขยายไปถึงการให้บริการ เช่น

¹⁸ สมโชค เจริญลาภ และ ดารพร เตชะกำพุ “รากฐานกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 2” หน้า 15 (เอกสารอรรถสํานา) อ้างถึงในศิระ บุญภินันท์ “แนวคิดเกี่ยวกับรูปแบบกฎหมายไทยในการถ่ายทอดเทคโนโลยี” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 9.

การบริหาร การศึกษา การธนาคาร และกฎหมาย เป็นต้น และขยายไปถึงการผลิตและเกษตรกรรม..."¹⁹

ข้าง ขอไม้ทอง กล่าวสรุปนิยามเทคโนโลยีว่า "ได้มีผู้ให้คำจำกัดความของคำว่า เทคโนโลยีไว้มากมาย แต่ที่เป็นที่นิยมใช้กันในทางเศรษฐศาสตร์ ได้แก่ ความรู้ที่ใช้ในการผลิต (Production) การกระทำในเชิงพาณิชย์ (Commercialization) และการจำหน่ายจ่ายแจก (Distribution) ของสินค้าและบริการ..."²⁰

จากความหมายดังกล่าวข้างต้น ความหมายของเทคโนโลยีในปัจจุบัน หมายถึง หลักวิชาการและการประยุกต์ใช้หลักวิชาการต่าง ๆ ในทุกสาขา ทั้งด้านการผลิตและบริการต่าง ๆ ที่สนับสนุนการผลิต เช่น การบริหาร การศึกษา การธนาคารพาณิชย์ และบริการทางกฎหมาย เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อทำการผลิตสินค้าหรือบริการที่สนองต่อความต้องการของผู้บริโภคหรือก่อนประโยชน์ให้แก่มวลมนุษย์

ความหมายของเทคโนโลยี จะเห็นได้ว่า สิ่งที่เป็นเทคโนโลยีจะต้องมีลักษณะดังนี้

1. หลักวิชาการและการประยุกต์ใช้หลักวิชาการทุกสาขาที่มีอยู่
2. หลักวิชาการเป็นได้ทั้งด้านการผลิตหรือด้านบริการต่าง ๆ

ที่สนับสนุนการผลิต เช่น การบริหาร การตลาด การธนาคาร กฎหมาย เป็นต้น

3. วัตถุประสงค์เพื่อผลิตสินค้าหรือบริการที่ตรงกับความต้องการของผู้บริโภคหรือก่อนประโยชน์ให้แก่มวลมนุษย์

การแบ่งประเภทของเทคโนโลยี สามารถแยกเป็นสองประเภทใหญ่ คือ เทคโนโลยีประเภท Technology และเทคโนโลยีประเภท Software Technology การแบ่งประเภทตรงกับ การแบ่งของวิศวะวงศ์ ณ ป้อมเพชร์ และ ESCAP

¹⁹ Frances Stewart, Technology and Underdevelopment, 2 nd ed. (London : The Macmillan Press LTD, 1978), p.1 อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน

²⁰ ESCAP, Technology for Development Study by the ESCAP Secretariat for the Fortieth Session of the Commission, 17-27 April 1984, Tokyo, Japan. p.3 อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

วิชิตวงศ์ ณ ป้อมเพชร์ ได้แยกเทคโนโลยีออกเป็นรูปธรรม (Hardware) และ นามธรรม (Software) โดยได้อธิบายไว้ว่า

“เทคโนโลยีมีทั้งที่เป็นรูปธรรม (Hardware) และที่นามธรรม (Software) เทคโนโลยีรูปธรรม (Hardware) ประกอบด้วยเครื่องจักร อุปกรณ์ ส่วนประกอบ วัตถุดิบ พลังงาน ฯลฯ .. เทคโนโลยีนามธรรม (Software) นั้นคือ “ความรู้ในการผลิต” (technical knowkow) ซึ่งรวมถึงความรู้ในกระบวนการผลิตต่าง ๆ ในความหมายที่กว้างออกไป เทคโนโลยีนามธรรมยังรวมเอาบริการของนักวิศวกร นักวิทยาศาสตร์ ตลอดจนนักเทคโนโลยีทั้งหลาย ซึ่งควบคุมการผลิตเอาไว้ด้วย เพราะบริการดังกล่าวคือส่วนหนึ่งของ “ความรู้ในการผลิต”²¹

ESCAP ได้แยกเทคโนโลยีเป็น Hardware กับ Hareware ไว้ดังนี้

“โดยทั่วไปเทคโนโลยีจะเป็นสิ่งประกอบด้วย Hardware กับ Software ในสัดส่วนที่แตกต่างกันไปแล้วแต่กรณี เทคโนโลยีที่เป็น Hareware อย่างแท้จริงนั้นมี 2 ชนิด คือ เป็นสินค้าเพื่อการบริโภคในขั้นสุดท้าย (เช่น ภาพยนตร์ คอมพิวเตอร์ และเครื่องรับโทรทัศน์) และเป็นสินค้าที่เป็นเครื่องมือผลิต เช่น เครื่องมือ อุปกรณ์และเครื่องจักร) ส่วนที่เป็น Software นั้นที่อาจจะแบ่งออกเป็นสองชนิดเช่นเดียวกัน คือ Know-how (เช่นกระบวนการเทคนิคและวิธีการ) และ Know-why (เช่นประสบการณ์ทักษะและความรู้)²²

เทคโนโลยีประเภทหนัก หมายถึง เทคโนโลยีที่ต้องอาศัยเครื่องมือประกอบการใช้เทคโนโลยีนั้นด้วย เช่น คอมพิวเตอร์ หรือโรงงาน เป็นต้น เทคโนโลยีหนักนี้ส่วนใหญ่พัฒนาขึ้นมาโดยอาศัยกระบวนการทั้งทางวิทยาศาสตร์และวิศวกรรมศาสตร์สมัยใหม่

²¹ วิชิตวงศ์ ณ ป้อมเพชร์, “นโยบายเทคโนโลยีกับเศรษฐกิจของประเทศไทย” ในเศรษฐกิจเทคโนโลยี ปรึชญา และแนวคิดการพึ่งตนเองเพื่อพัฒนาประเทศไทย, ไม่ปรากฏสถานที่พิมพ์, หน้า 15-16 และดูหน้า 8, 45 อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน, หน้า 10.

²² ESCAP, Technology for Development, p.3 อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน, หน้า 14-15.

เทคโนโลยีเครื่องประเภทเบา หมายถึง เทคโนโลยีที่อาศัยเพียงข้อมูลความรู้ในทางปฏิบัติเพียงอย่างเดียวไม่ต้องอาศัยมือประกอบใช้เทคโนโลยีนั้นด้วย เช่น know-how ทักษะความชำนาญและเทคนิควิธีต่าง ๆ เทคโนโลยีเบาที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางชีวภาพนี้ เช่น ความรู้เกี่ยวกับชาติพันธุ์วิทยา ความรู้ในเรื่องสมุนไพร การจัดการป่า เป็นต้น ซึ่งความรู้ส่วนใหญ่พัฒนาจากวิธีการพื้นบ้านการลองผิดลองถูก ปฏิบัติกันมาหลายชั่วอายุคน "เทคโนโลยีพื้นบ้านเหล่านี้จัดเป็นภูมิปัญญาชาวบ้านประเภทหนึ่ง"²³

อย่างไรก็ตาม การนำความรู้หรือเทคโนโลยีไปใช้ประโยชน์อย่างมีประสิทธิภาพ ผู้ใช้จะต้องผสมผสานเทคโนโลยีทั้งประเภทหนักและเบาเข้าด้วยกันอย่างถูกต้องและเหมาะสม

การถ่ายทอดเทคโนโลยีเป็นการถ่ายทอดความรู้ที่ดำเนินไปเป็นระบบสำหรับการผลิตหรือการประยุกต์ใช้เทคโนโลยีดังกล่าว การถ่ายทอดเทคโนโลยีมีด้วยกัน 2 รูปแบบ คือ การถ่ายทอดเทคโนโลยีภายในประเทศ และการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างประเทศ การถ่ายทอดเทคโนโลยีภายในประเทศ ได้แก่ การถ่ายทอดจากภาคเอกชนสู่ภาครัฐ หรือการถ่ายทอดจากภาครัฐกลับสู่ภาคเอกชน สำหรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างประเทศ ส่วนใหญ่เกิดจากการค้าระหว่างประเทศและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพได้กำหนดถึง การถ่ายทอดเทคโนโลยี ดังนั้น การถ่ายทอดเทคโนโลยีตามวิทยานิพนธ์นี้จึงเป็นการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างประเทศ

"การถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างประเทศ โดยทั่วไปแล้ว หมายถึงการเคลื่อนย้ายวิทยาการข้ามพรมแดน หรือการนำวิทยาการจากประเทศหนึ่งไปสู่อีกประเทศหนึ่ง การเคลื่อนย้ายเทคโนโลยีนี้อาจแบ่งในรูปของตำราทางวิชาการ คู่มือการใช้งาน การส่งบุคลากรไปศึกษาเล่าเรียนในต่างประเทศ ตลอดจนการซื้อหาเครื่องจักรมาใช้ พิมพ์เขียว เครื่องจักร ฯลฯ ในปัจจุบันการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างประเทศมักจะหมายถึง การลงทุนของประเทศที่มีเทคโนโลยีสูงกว่าไปสู่ประเทศ

²³ Arnoldo K Ventura "Integration of Modern and Traditional Technologies for Development," IFDA Dossier 46 (March-April 1985) : 44

ที่มีเทคโนโลยีดีกว่า การลงทุนนี้อาจจะเป็นการลงทุนโดยตรงจากต่างชาติทั้งหมด (Direct Foreign Investment) หรือการร่วมทุน (Joint Venture) ระหว่างเงินทุนจากภายในประเทศ ผู้รับการลงทุนเองของการทำสัญญารับการถ่ายทอดเทคโนโลยี และการซื้อเครื่องจักรเข้ามาใช้งานเป็นต้น การเคลื่อนย้ายวิทยากรระหว่างประเทศดังกล่าวแล้ว แม้จะแฝงอยู่ในรูปใดก็ตามถือว่าเป็นการถ่ายทอดเทคโนโลยี²⁴

จากความหมายการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างประเทศของคณะอนุกรรมการจัดทำเอกสารทางวิชาการ เรื่อง การพัฒนาและถ่ายทอดเทคโนโลยีขั้นต้น องค์ประกอบของการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างประเทศ ประกอบด้วย

1. ผู้ส่งและผู้รับเทคโนโลยี โดยผู้ส่งเป็นประเทศที่มีเทคโนโลยีทั้งเป็นที่ต้องการของผู้รับเทคโนโลยี
2. เทคโนโลยี หลักวิชาการและการประยุกต์ใช้หลักวิชาการต่าง ๆ ทั้งด้านการผลิตและด้านบริการต่าง ๆ ที่สนับสนุนการผลิต เช่น การบริหาร การตลาด การธนาคาร กฎหมาย เป็นต้น เพื่อนำมาผลิตสินค้าและบริการที่สนองต่อความต้องการของผู้บริโภค (ดูความหมายของเทคโนโลยี)
3. วิธีการถ่ายทอดเทคโนโลยี การถ่ายทอดเทคโนโลยีจะด้วยวิธีการใด ๆ ก็ได้ เช่น การลงทุนโดยตรงจากต่างชาติ การร่วมลงทุน การศึกษาอบรมของบุคลากร หรือการศึกษาจากเอกสารทางวิชาการ เป็นต้น จะเห็นได้ว่า วิธีการถ่ายทอดเทคโนโลยีไม่ถือเป็นสาระสำคัญ ความสำคัญของการถ่ายทอดเทคโนโลยีอยู่ที่ผู้รับสามารถรับเทคโนโลยีจากผู้ส่งเพื่อไปใช้ประโยชน์ได้ ซึ่งในขั้นนี้ก็ถือว่าการถ่ายทอดเทคโนโลยีได้เสร็จสมบูรณ์แล้ว

²⁴ คณะอนุกรรมการจัดทำเอกสารทางวิชาการเรื่องการพัฒนาและการถ่ายทอดเทคโนโลยี กระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อม, เอกสารวิชาการการพัฒนาและถ่ายทอดเทคโนโลยี, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์คุรุสภา, 2534) หน้า 62.

ด้วยเทคโนโลยีเป็นสิ่งมีประโยชน์ เป็นที่ต้องการของมนุษย์แต่ละบุคคล ชุมชน ชนเผ่า ในระดับสังคมหรือระดับประเทศจึงมีการเข้าถึงและถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างกันอย่างเสมอ ทั้งนี้ เพื่อสนองตอบต่อความต้องการและความจำเป็นในการดำรงชีวิตอยู่ของมนุษย์

ส่วนการเข้าถึงเทคโนโลยีนั้นไม่มีคำนิยามโดยเฉพาะจึงควรนำความหมายของการเข้าถึง ทรัพยากรพันธุกรรมมาใช้โดยอนุโลม ดังนั้นการเข้าถึงเทคโนโลยี หมายถึง การได้รับรู้ข้อมูล การ ได้สำรวจตลอดจนทราบความเป็นไปของเทคโนโลยีนั้น

การเข้าถึงและถ่ายทอดเทคโนโลยี เป็นพันธกรณีที่สำคัญอย่างหนึ่งของอนุสัญญาฯ ที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 16 ของอนุสัญญาฯ

มาตรา 16 บัญญัติว่า²⁵

²⁵ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 16

Article 16 ACCESS TO AND TRANSFER OF TECHNOLOGY

1. Each Contracting Party, recognizing that technology includes biotechnology, and that both access to and transfer of technology among Contracting Parties are essential elements for the attainment of the objectives of this Convention, undertakes subject to the provisions of this Article to provide and/or facilitate access for and transfer to other Contracting Parties of technologies that are relevant to the conservation and sustainable use of biological diversity or make use of genetic resources and do not cause significant damage to the environment.

2. Access to and transfer of technology referred to in paragraph 1 above to developing countries shall be provided and/or facilitated under fair and most

favourable terms, including on concessional and preferential terms where mutually agreed, and, where necessary, in accordance with the financial mechanism established by Articles 20 and 21. In the case of technology subject to patents and other intellectual property rights, such access and transfer shall be provided on terms which recognize and are consistent with the adequate and effective protection of intellectual property rights. The application of this paragraph shall be consistent with paragraphs 3, 4 and 5 below.

3. Each Contracting Party shall take legislative, administrative or policy measures, as appropriate, with the aim that Contracting Parties, in particular those that are developing countries, which provide genetic resources are provided access to and transfer of technology which makes use of those resources, on mutually agreed terms, including technology protected by patents and other intellectual property rights, where necessary, through the provisions of Articles 20 and 21 and in accordance with international law and consistent with paragraphs 4 and 5 below.

4. Each Contracting Party shall take legislative, administrative or policy measures, as appropriate, with the aim that the private sector facilitates access to, joint development and transfer of technology referred to in paragraph 1 above for the benefit of both governmental institutions and the private sector of developing countries and in this regard shall abide by the obligations included in paragraphs 1, 2 and 3 above.

5. The Contracting Parties, recognizing that patents and other intellectual property rights may have an influence on the implementation of this Convention, shall cooperate in this regard subject to national legislation and international law in order to ensure that such rights are supportive of and do not run counter to its objectives.

1. แต่ละภาคี, โดยตระหนักว่าเทคโนโลยีโดยรวมถึงเทคโนโลยีชีวภาพและทั้งการเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างภาคเป็นสิ่งจำเป็นขาดเสียมิได้ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ นี้ ดำเนินการภายใต้ข้อกำหนดของมาตรานี้เพื่อจัดทำให้และ/หรือ เอื้ออำนวยแก่การเข้าถึงเพื่อและถ่ายทอดไปยังภาคีอื่น ๆ ซึ่งเทคโนโลยีที่ใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมและไม่เป็นต้นเหตุให้เกิดความเสียหายอย่างสำคัญต่อสิ่งแวดล้อม

2. การเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่อ้างถึงในวรรค 1 ข้างต้น ให้แก่ประเทศกำลังพัฒนาจักต้องถูกจัดให้และเอื้ออำนวยภายใต้เงื่อนไขที่ยุติธรรมและเป็นที่ยอมรับที่สุด หมายรวมถึงภายใต้เงื่อนไขแบบผ่อนปรนหรือแบบสิทธิพิเศษ, ในกรณีที่ได้ตกลงร่วมกัน, และในกรณีที่เป็น, โดยสอดคล้องกับกลไกทางการเงิน ซึ่งกำหนดโดยมาตรา 20 และ 21 สำหรับกรณีที่เกิดเทคโนโลยีอยู่ภายใต้การคุ้มครองของสิทธิบัตรและสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ การเข้าถึงและการถ่ายทอดนั้นจักต้องถูกจัดให้อยู่ภายใต้เงื่อนไข ซึ่งเป็นที่ยอมรับและสอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเพียงพอและอย่างมีประสิทธิภาพประยุกต์ใช้ย่อหน้านี้จักต้องสอดคล้องกับวรรค 3, 4 และ 5 ข้างล่างนี้

3. แต่ละภาคีจักต้องดำเนินมาตรการทางกฎหมาย ด้านการบริหาร หรือนโยบาย, เท่าที่เหมาะสม, ด้วยความมุ่งหมายว่าภาคี, โดยเฉพาะซึ่งเป็นประเทศกำลังพัฒนา, ที่จัดทำให้ทรัพยากรพันธุกรรมได้รับการจัดให้เข้าถึงและรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีซึ่งใช้ประโยชน์ทรัพยากรเหล่านั้น ภายใต้เงื่อนไขที่ได้รับการตกลงร่วมกันทั้งนี้หมายรวมถึงเทคโนโลยีซึ่งถูกคุ้มครองโดยสิทธิบัตรและสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ ในกรณีที่เป็น, โดยข้อกำหนดของมาตรา 20 และ 21 และโดยสอดคล้องกับกฎหมายนานาชาติและสอดคล้องกับวรรค 4 และ 5 ข้างล่างนี้

4. แต่ละภาคีจักต้องดำเนินมาตรการทางกฎหมาย, การบริหาร หรือ นโยบาย, เท่าที่เหมาะสมด้วยจุดมุ่งหมายว่าภาคีเอกชนจักต้องเอื้ออำนวยในการเข้าถึง, แก่การพัฒนาาร่วมกัน และการถ่ายทอดเทคโนโลยี ซึ่งอ้างถึงในย่อหน้า 1 ข้างต้น เพื่อผลประโยชน์สำหรับทั้งสถาบันภาครัฐและเอกชน และในการนี้จักต้องปฏิบัติตามพันธกรณี ซึ่งรวมอยู่ในวรรค 1, 2 และ 3 ข้างต้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

มาตรา 16 การเข้าถึงและถ่ายทอดเทคโนโลยีได้สร้างพันธกรณีแก่ประเทศภาคีไว้หลายประการคือ²⁶

3.1.5.1 ลักษณะของเทคโนโลยีตามมาตรา 16

มาตรา 16 วรรคแรกบัญญัติว่า “แต่ละภาคีโดยตระหนักว่าเทคโนโลยีหมายรวมถึงเทคโนโลยีชีวภาพและทั้งการเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างภาคีเป็นขาดเสียมิได้ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ นี้ ดำเนินการภายใต้ข้อกำหนดของมาตรานี้เพื่อจัดทำให้และ/หรือ เอื้ออำนวยแก่การเข้าถึงเพื่อและถ่ายทอดไปยังภาคีอื่น ๆ ซึ่งเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน หรือเทคโนโลยีที่ใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมและไม่เป็นต้นเหตุให้เกิดความเสียหายอย่างสำคัญต่อสิ่งแวดล้อม”²⁷

²⁶ ชนภัทร วินยวัฒน์ “การเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยี” ศูนย์กฎหมายและพัฒนาสิ่งแวดล้อม คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, (เอกสารไมติพิมพ์เผยแพร่) สรุปรายละเอียด.

²⁷ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 16 วรรคแรก

1. Each Contracting Party, recognizing that technology includes biotechnology, and that both access to and transfer of technology among Contracting Parties are essential elements for the attainment of the objectives of this Convention, undertakes subject to the provisions of this Article to provide and/or facilitate access for and transfer to other Contracting Parties of technologies that are relevant to the conservation and sustainable use of biological diversity or make use of genetic resources and do not cause significant damage to the environment.

มาตรา 16 วรรคแรก ได้กำหนดพันธกรณีสำหรับประเทศภาคีแต่ละประเทศที่จะจัดหาและ/หรืออำนวยความสะดวกต่อการเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่มีต่อประเทศภาคี ประเทศอื่นโดยเทคโนโลยีนี้จะต้องเป็นเทคโนโลยีประเภทใดประเภทหนึ่งดังนี้

- เทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ
- เทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน
- เทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์จากพันธุกรรม

เทคโนโลยีทั้งสามประเภทนี้จะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายที่สำคัญต่อสภาพแวดล้อม

พันธกรณีตามความในวรรคนี้บังคับประเทศภาคีสมาชิกทุกประเทศให้ร่วมมือกันถ่ายทอดเทคโนโลยีและอำนวยความสะดวกต่อการเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยีดังกล่าว โดยไม่คำนึงว่าประเทศภาคีนั้นจะอยู่ในฐานะของผู้ให้ทรัพยากรพันธุกรรม สำหรับประเทศกำลังพัฒนาซึ่งส่วนใหญ่เป็นเจ้าของเทคโนโลยีดั้งเดิม ซึ่งจัดเป็นเทคโนโลยีเบาและจัดเป็นภูมิปัญญาชาวบ้านประเภทหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางชีวภาพและไม่มีผลเสียหายต่อสภาพแวดล้อมเนื่องจากผ่านการวิวัฒนาการประเพณีปฏิบัติที่เหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพแวดล้อมในท้องถิ่นเป็นระยะเวลายาวนาน ส่วนในด้านการเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยีดังกล่าวประเทศกำลังพัฒนาสามารถจัดหาและ/หรืออำนวยความสะดวกได้ด้วยมีประสบการณ์มาเป็นเวลายาวนาน เพียงแต่ปรับปรุงแบบให้เป็นนามธรรมและให้มีผลตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น การทำสัญญา การสำรวจความหลากหลายทางชีวภาพ การขยายการคุ้มครองในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาให้ครอบคลุมเทคโนโลยีดั้งเดิมการสร้างกลไกควบคุมการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างประเทศ เป็นต้น

3.1.5.2 การถ่ายทอดเทคโนโลยีให้ประเทศกำลังพัฒนา

มาตรา 16 วรรค 2 บัญญัติว่า "การเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่อ้างถึงในวรรคที่ 1 ข้างต้น ให้แก่ประเทศกำลังพัฒนาจักต้องถูกจัดให้และเอื้ออำนวยภายใต้เงื่อนไขที่ยุติธรรมและเป็นที่ยอมรับที่สุด หมายรวมถึงภายใต้เงื่อนไขแบบผ่อนปรนหรือแบบสิทธิพิเศษในกรณีที่ได้ตกลงร่วมกันและในกรณีที่จำเป็น โดยสอดคล้องกับกลไกทางการเงินซึ่งกำหนดโดยมาตราที่ 20 และ 21 สำหรับกรณีที่เทคโนโลยีอยู่ภายใต้การคุ้มครองของสิทธิบัตรและสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ การเข้าถึงและการถ่ายตอดนั้นจักต้องถูกจัดให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขซึ่งเป็นที่ยอมรับและสอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาอย่างพอเพียงและอย่างมีประสิทธิภาพ ประยุกต์ใช้ย่อหน้านี้จักต้องสอดคล้องกับวรรคที่ 3 4 และ 5 ข้างล่างนี้²⁸

มาตรา 16 วรรค 2 ของอนุสัญญาฯ ได้สร้างพันธกรณีที่สำคัญคือ หลักเกณฑ์การถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่ประเทศกำลังพัฒนาและความสัมพันธ์ระหว่างการถ่ายทอดเทคโนโลยีกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

²⁸ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 16 วรรค 2

2. Access to and transfer of technology referred to in paragraph 1 above to developing countries shall be provided and/or facilitated under fair and most favourable terms, including on concessional and preferential terms where mutually agreed, and, where necessary, in accordance with the financial mechanism established by Articles 20 and 21. In the case of technology subject to patents and other intellectual property rights, such access and transfer shall be provided on terms which recognize and are consistent with the adequate and effective protection of intellectual property rights, The application of this paragraph shall be consistent with paragraphs 3, 4 and 5 below.

3.1.5.2.1 หลักเกณฑ์การถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่ประเทศกำลังพัฒนา และความสัมพันธ์กับกลไกทางการเงินของอนุสัญญาฯ

ความตอนต้นของมาตรา 16 วรรค 2 วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า การเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่ประเทศกำลังพัฒนาจะต้องดำเนินไปภายใต้ความชอบธรรม(Fair) และเงื่อนไขที่เป็นการอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (Most Favorable terms) รวมถึงเงื่อนไขภายใต้การผ่อนปรนหรือให้สิทธิพิเศษซึ่งได้มีการตกลงกันได้ อนุสัญญาฯ ฉบับนี้ไม่ได้มีการกำหนดขอบเขตของเงื่อนไขในข้อนี้ไว้ แต่พอที่จะอนุมานจากวัตถุประสงค์ของมาตรานี้ได้ว่าประเทศพัฒนาแล้วจะต้องถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่ประเทศกำลังพัฒนาความที่ได้ตกลงกันไว้ระหว่างประเทศทั้งสอง โดยข้อตกลงเพื่อการถ่ายโอนนั้นต้องทำไปเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ประเทศกำลังพัฒนามากที่สุด ทั้งต้องกำหนดเงื่อนไขในการถ่ายโอนให้มีลักษณะเป็นการช่วยเหลือประเทศกำลังพัฒนาอีกด้วย

ส่วนเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการเข้าถึงเทคโนโลยีกับกลไกทางการเงิน ความอนุสัญญาฯ นั้น การถ่ายทอดเทคโนโลยีบางครั้งจำเป็นต้องใช้เงินในการถ่ายทอดเทคโนโลยี แต่ด้วยทั้งผู้รับและผู้ถ่ายทอดเทคโนโลยี โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาไม่มีกำลังเงินเพียงพอ อนุสัญญาฯ จึงกำหนดให้กองทุนการเงินเข้าร่วมแก้ปัญหาหรืออุปสรรคในด้านการเงินได้เช่น การจำเป็นต้องใช้เงินเพื่อซื้อเทคโนโลยีที่มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น

3.1.5.2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างการถ่ายทอดเทคโนโลยีกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

ความในมาตรา 16 วรรค 2 ได้เชื่อมโยงระหว่างการถ่ายทอดเทคโนโลยีกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเป็นสิทธิของปัจเจกชนในทรัพย์สินที่ไม่สามารถจับต้องได้ ในฐานะที่เป็นผู้ประดิษฐ์ทรัพย์สินนั้นซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบที่ต่างกัน เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า ความลับทางการค้า ฯลฯ

อนุสัญญาฯ ได้กำหนดว่าให้ประเทศพัฒนาแล้วถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่ประเทศกำลังพัฒนา แต่ขณะเดียวกันประเทศกำลังพัฒนาจะต้องให้ความคุ้มครองในทรัพย์สิน

ทางปัญญาที่มีประสิทธิภาพและเพียงพอแก่เทคโนโลยีดังกล่าว โดยที่อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพไม่ได้อธิบายความหมายของพันธุกรรมดังกล่าวแต่อย่างใด แต่ทั้งนี้พันธุกรรมในอนุสัญญาฉบับนี้ต้องเป็นไปอย่างสอดคล้องกับกฎหมายเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอื่นด้วย ที่สำคัญก็คือข้อตกลงทางการค้าอันเกี่ยวเนื่องด้วยทรัพย์สินทางปัญญา (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights หรือ TRIPs) ภายใต้การเจรจาของ GATT รอบอุรุกวัยที่กำหนดให้ประเทศภาคี ของ TRIPs ให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เหมาะสมกับประเภทของสิ่งประดิษฐ์โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ

นอกจากการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแล้วยังมีพันธุกรรมอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งกล่าวไว้ในมาตรา 16 วรรค 3

มาตรา 16 วรรค 3 บัญญัติว่า "แต่ละภาคีจักต้องดำเนินมาตรการทางกฎหมายด้านการบริหาร หรือนโยบายเท่าที่เหมาะสมด้วยความมุ่งหมายว่าภาคี โดยเฉพาะซึ่งเป็นประเทศกำลังพัฒนา ที่จัดทำให้ทรัพยากรพันธุกรรมได้รับการจัดให้เข้าถึงและรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีซึ่งใช้ประโยชน์ทรัพยากรเหล่านั้น ภายใต้เงื่อนไขที่ได้รับการตกลงร่วมกันทั้งนี้หมายรวมถึงเทคโนโลยีซึ่งถูกคุ้มครองโดยสิทธิบัตรและสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ ในกรณีที่เป็นโดยข้อกำหนดของมาตราที่ 20 และ 21 และโดยสอดคล้องกับกฎหมายนานาชาติและสอดคล้องกับวรรคที่ 4 และ 5 ข้างล่างนี้"²⁹

²⁹ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 16 วรรค 3

3. Each Contracting Party shall take legislative, administrative or policy measures, as appropriate, with the aim that Contracting Parties, in particular those that are developing countries, which provide genetic resources are provided access to and transfer of technology which makes use of those resources, on mutually agreed terms, including technology protected by patents and other intellectual property rights, where necessary, through the provisions of Articles 20 and 21 and in accordance with international law and consistent with paragraphs 4 and 5 below.

พันธกรณีอื่น ๆ ที่กำหนดตามมาตรา 16 วรรค 3 แยกประเด็นพิจารณา
ได้ดังนี้

1. บทบัญญัติในมาตรา 16 วรรค 3 ไม่ได้บังคับว่าทุกประเทศต้อง
ถ่ายทอดเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมเสมอไป หากแต่เป็นไปตามความ
เหมาะสมของสถานการณ์เป็นกรณี ๆ ไป
2. ประเทศต่าง ๆ ในโลกสามารถเป็นได้ทั้งผู้จัดหาและผู้ใช้ทรัพยากร
พันธุกรรมในฐานะที่เป็นผู้จัดหาทรัพยากรพันธุกรรม ประเทศเหล่านั้นมีสิทธิที่จะได้รับเทคโนโลยีที่
เกี่ยวข้องกับการใช้ทรัพยากรเหล่านั้น แต่ตามความในวรรคนี้ได้กล่าวเน้นเฉพาะประเทศผู้จัดหา
ทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งเป็นประเทศกำลังพัฒนา ส่วนในฐานะที่เป็นประเทศผู้ใช้ทรัพยากรพันธุกรรม
ประเทศดังกล่าวก็ต้องทำการถ่ายทอดเทคโนโลยีนั้น ตลอดจนผลประโยชน์อื่นตามที่อนุสัญญา
กำหนดให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม
3. ประเทศภาคีสามารถนำกลไกการเงินที่ตั้งขึ้นตามอนุสัญญาฯ เข้ามา
ใช้เพื่ออำนวยความสะดวกต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างประเทศภาคีก็เป็นได้เช่นเดียวกับ
มาตรา 16 วรรค 2
4. การบังคับใช้ความในวรรค 3 นี้ต้องดำเนินไปให้สอดคล้องกับความ
ในวรรค 4 และ วรรค 5 ด้วย

3.1.5.3 การกำหนดบทบาทของภาคเอกชนในเรื่องการถ่ายทอดเทคโนโลยี -

มาตรา 16 วรรค 4 บัญญัติว่า "แต่ละภาคีจักต้องดำเนินมาตรการทาง
กฎหมาย การบริหารหรือนโยบายเท่าที่เหมาะสมด้วยจุดมุ่งหมายว่าภาคเอกชนจักต้องเอื้ออำนวยใน
การเข้าถึงแก่การพัฒนา ร่วมกันและการถ่ายทอดเทคโนโลยี ซึ่งอ้างถึงในย่อหน้าที่ 1 ข้างต้นเพื่อผล

ประโยชน์สำหรับทั้งสถาบันภาครัฐและภาคเอกชน และในการนี้จึงต้องปฏิบัติตามพันธกรณีซึ่งรวมอยู่ในวรรคที่ 1 2 และ 3 ข้างต้น³⁰

มาตรา 16 วรรค 4 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า ประเทศภาคีจะต้องดำเนินมาตรการเพื่อส่งเสริมภาคเอกชนที่จะอำนวยความสะดวกแก่การเข้าถึงการถ่ายทอดและการพัฒนาเทคโนโลยีร่วมกันระหว่างภาคเอกชนกับรัฐบาลของประเทศกำลังพัฒนา (เทคโนโลยีเหล่านั้นก็คือ เทคโนโลยีที่ได้กล่าวไว้ในวรรคแรก) เพราะโดยทั่วไปเจ้าของเทคโนโลยีส่วนใหญ่จะเป็นภาคเอกชนของประเทศพัฒนาแล้วซึ่งการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวต้องมีการชำระค่าสิทธิให้แก่เจ้าของเทคโนโลยี เพราะภาคเอกชนได้รวมทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าวเข้าเป็นต้นทุนการผลิต แต่หากรัฐบาลของประเทศกำลังพัฒนาบังคับให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีโดยไม่มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ก็จะเป็นการขัดต่อหลักการค้าเสรีที่ต้องการให้มีการแข่งขันกันตามหลักกลไกราคาและเป็นการที่รัฐเข้ามาแทรกแซงในกิจกรรมของเอกชนมากเกินไป ดังนั้นวิธีการที่เหมาะสมที่สุดคือการสร้างความร่วมมือร่วมกันระหว่างภาคเอกชนกับรัฐบาลของประเทศกำลังพัฒนาดังกล่าว

3.1.5.4 ความไม่ขัดแย้งกันระหว่างการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญากับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา

มาตรา 16 วรรค 5 บัญญัติว่า "ภาคีโดยตระหนักว่าสิทธิบัตรและสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ อาจมีอิทธิพลต่อการดำเนินการตามอนุสัญญาฯ นี้ จึงต้องให้ความร่วมมือ

³⁰ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 16 วรรค 4

4. Each Contracting Party shall take legislative, administrative or policy measures, ad appropriate, with the aim that the private sector facilitates access to, joint development and transfer of technology referred to in paragraph 1 above for the benefit of both governmental institutions and the private sector of developing countries and in this regard shall abide by the obligations included in paragraphs 1, 2 and 3 above.

ในการนี้อาจได้กฎระเบียบแห่งชาติและกฎหมายนานาชาติเพื่อที่จะเป็นหลักประกันว่าสิทธินั้น ๆ ได้รับการสนับสนุนและไม่ขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา³¹

มาตรา 16 วรรค 5 กำหนดให้แต่ละประเทศภาคียอมรับและตระหนักถึงความสำคัญของสิทธิบัตรและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาพร้อมที่จะดำเนินการตามอนุสัญญาเพื่อบรรลุตามเป้าหมายที่ตั้งไว้ในวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา โดยจะต้องร่วมมือกันสร้างความมั่นใจว่าการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะไม่ขัดแย้งกับหลักการในอนุสัญญา ทั้งในระดับกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศ

3.1.6 การแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารภูมิปัญญาชาวบ้าน

มาตรา 17 บัญญัติว่า³²

³¹ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 16 วรรค 5

5. The Contracting Parties, recognizing that patents and other intellectual property rights may an influence on the implementation of this Convention, shall cooperate in this regard subject to national legislation and international law in order to ensure that such rights are supportive of and do not run counter to its objectives.

³² อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 17

Article 17 EXCHANGE OF INFORMATION

1. The Contracting Parties shall facilitate the exchange of information, from all publicly available sources, relevant to the conservation and sustainable use of biological diversity, taking into account the special needs of developing countries.

2. Such exchange of information shall include exchange of results of technical, scientific and socio-economic research, as well as information on training and surveying programmes, specialized knowledge, indigenous and traditional knowledge as such and in combination with the technologies referred to in Article 16, paragraph 1. It shall also, where feasible, include repatriation of information.

1. ภาคีจกต้องเอื้ออำนวยในการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารจากทุกแหล่งของรัฐที่สามารถจัดหาข้อมูลให้ได้ซึ่งเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน ทั้งนี้โดยคำนึงถึงความต้องการเป็นพิเศษของประเทศกำลังพัฒนา

2. การแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารดังกล่าว จกต้องรวมถึงการแลกเปลี่ยนผลการวิจัยทางวิชาการ วิทยาศาสตร์และสังคมเศรษฐกิจ เช่นเดียวกับข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับโปรแกรมการฝึกอบรมและการสำรวจ ความรู้พิเศษเฉพาะ ภูมิปัญญาพื้นบ้านและภูมิปัญญาตามชนบทประเพณีเดิม และประกอบรวมกับเทคโนโลยีดังอ้างถึงในมาตราที่ 6 วรรค 1 ในกรณีนี้จกต้องในกรณีที่เป็นไปได้ รวมถึงการส่งข้อมูลข่าวสารกลับสู่ประเทศเดิมด้วย

การแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารภูมิปัญญาชาวบ้านตามมาตรา 17 วรรค 2 เป็นข้อมูลข่าวสารประเภทหนึ่งที่น่าสนใจ ให้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารระหว่างประเทศภาคีด้วยกัน ซึ่งถือเป็นพันธกรณีประกอบมาตรา 8 (ญ) เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ ที่ให้ความเคารพยอมรับและซำรงรักษาไว้ซึ่งภูมิปัญญาชาวบ้าน

การแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารภูมิปัญญาชาวบ้าน อนุสัญญาฯ ได้กำหนดพันธกรณีไว้ตามความในวรรคแรกที่กำหนดให้ประเทศภาคีจะต้องเอื้ออำนวยผลความสะดวกในการแลกเปลี่ยนข่าวสารจากทุกแหล่งของรัฐเท่าที่รัฐดำเนินการได้ โดยข้อมูลข่าวสารภูมิปัญญาชาวบ้านที่จะแลกเปลี่ยนกันจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขตามความในวรรคแรกและวรรคสองคือ

1. ภูมิปัญญาชาวบ้านที่แลกเปลี่ยนต้องเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน
2. การแลกเปลี่ยนภูมิปัญญาชาวบ้านฯ ให้คำนึงถึงความต้องการเป็นพิเศษของประเทศกำลังพัฒนา
3. ในกรณีที่เป็นไปได้การแลกเปลี่ยนภูมิปัญญาชาวบ้านให้หมายรวมถึงการส่งข้อมูลภูมิปัญญาชาวบ้านกลับสู่ประเทศเดิมด้วย

3.1.7 ความร่วมมือทางวิชาการและวิทยาศาสตร์
 มาตรา 18 วรรค 4 บัญญัติว่า³³

“ภาคีจักต้องโดยสอดคล้องกฎหมายและนโยบายของชาติสนับสนุนและจัดทำวิธีการ สำหรับความร่วมมือเพื่อการพัฒนาและการใช้เทคโนโลยี รวมทั้งเทคโนโลยีพื้นบ้านและเทคโนโลยี ตามชนบประเพณีนิยม ทั้งนี้เพื่อดำเนินงานตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ นี้ สำหรับเจตนารมณ์ ประการนี้ ภาคีจักต้องส่งเสริมความร่วมมือในการฝึกอบรมบุคลากรและในการแลกเปลี่ยน ผู้เชี่ยวชาญด้วย”

มาตรา 18 วรรค 4 เป็นมาตราประกอบมาตราอื่น ๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการ ยอมรับและให้ความสำคัญแก่ภูมิปัญญาชาวบ้าน โดยบัญญัติให้ประเทศภาคีดำเนินการส่งเสริม และพัฒนาวิธีการในเรื่องความร่วมมือสำหรับการพัฒนาและใช้เทคโนโลยีอันประกอบด้วย เทคโนโลยีพื้นเมืองและเทคโนโลยีท้องถิ่นตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ทั้งจะต้อง สนับสนุนให้มีความร่วมมือในการฝึกอบรมบุคลากรและแลกเปลี่ยนผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งความร่วมมือ ทางเทคโนโลยีนี้เป็นกระบวนการที่สำคัญในการเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยี ดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 16 ซึ่งการให้ความร่วมมือดังกล่าวจะต้องส่งเสริมให้มีการกระทำร่วมกันทั้งในระหว่างภาครัฐ และภาคเอกชนและในวาระนี้ต้องการให้มีการพัฒนาและใช้เทคโนโลยีเพื่อบรรลุประโยชน์ตาม เจตนารมณ์ของอนุสัญญาฯ ทั้งนี้ความร่วมมือทางเทคโนโลยีรวมถึงเทคโนโลยีทุกประเภท ทั้ง เทคโนโลยีพื้นเมืองและท้องถิ่นด้วย

³³ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 18 วรรค 4

4. The Contracting Parties shall, in accordance with national legislation and policies, encourage and develop methods of cooperation for the development and use of technologies, including indigenous and traditional technologies, in pursuance of the objectives of this Convention. For this purpose, the Contracting parties shall also promote cooperation in the training of personnel and exchange of experts.

อย่างไรก็ตาม มาตรา 18 วรรค 4 เป็นมาตราประกอบมาตราหรือพันธกรณีอื่น ๆ การดำเนินการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ จึงต้องอาศัยมาตราหรือพันธกรณีอื่น ๆ ประกอบด้วย เช่น การสนับสนุนเผยแพร่ภูมิปัญญาชาวบ้าน ประดิษฐ์กรรมและการปฏิบัติสำหรับชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่น (มาตรา 8 (ญ)) การเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยี (มาตรา 16) และการแลกเปลี่ยนข้อมูลภูมิปัญญาชาวบ้าน (มาตรา 17) ซึ่งเป็นมาตราที่ได้กล่าวไว้ในข้างต้น

ความสัมพันธ์ระหว่างการคุ้มครองภูมิปัญญาชาวบ้านว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ กับกรอบของอนุสัญญาฯ จะสรุปได้ว่า

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ เป็นสัญญาพหุภาคีที่วางกรอบแห่งนโยบายและพันธกรณีให้ประเทศภาคีนำไปดำเนินการตามโดยบทบัญญัติของอนุสัญญาฯ ไม่ได้กำหนดรายละเอียดเคร่งครัดและชัดเจนในการดำเนินงานว่า ประเทศภาคีจะต้องปฏิบัติตามอย่างไรให้เป็นไปตามข้อตกลงแต่กำหนดเป็นเป้าหมายและวัตถุประสงค์ทั่ว ๆ ไปในลักษณะ Framework Agreement ที่ประเทศภาคีแต่ละประเทศจักต้องกำหนดมาตรการภายในของตนเอง ซึ่งอาจเป็นกฎหมายภายในเพื่อบรรลุพันธกรณีในแต่ละประการของอนุสัญญาฯ โดยต้องตระหนักว่า การดำเนินการดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้กรอบหลักการและวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ

พันธกรณีประการหนึ่งที่สำคัญของอนุสัญญาฯ ที่ปรากฏในข้อความเบื้องต้น วรรค 12³⁴ คือ ยอมรับ เคารพ สงวนรักษา ส่งเสริม เผยแพร่ และประยุกต์ใช้ภูมิปัญญาชาวบ้านฯ เพื่อ

³⁴ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ข้อความเบื้องต้น วรรค 12

Recognizing the close and traditional dependence of many indigenous and local communities embodying traditional lifestyles on biological resources, and the desirability of sharing equitably benefits arising from the use of traditional knowledge, innovations and practices relevant to the conservation of biological diversity and the sustainable use of its components.

การแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเท่าเทียมกันให้แก่ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาชาวบ้านและผู้เกี่ยวข้องฯ ซึ่งความดังกล่าวปรากฏอย่างชัดเจนในมาตรา 8(ญ)³⁵ และกำหนดพันธกรณีที่สำคัญ 3 ประการ คือ การรับรองสิทธิในภูมิปัญญาชาวบ้านฯ ของผู้ทรงภูมิปัญญาชาวบ้าน การส่งเสริมการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาชาวบ้านอย่างแพร่หลาย และการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ภูมิปัญญาชาวบ้าน ซึ่งประเทศภาคีจึงต้องดำเนินการเป็นมาตรการภายในของตนเอง โดยอยู่ภายใต้กรอบหลักการและวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ

กรอบแห่งหลักการและวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ ในเรื่องการคุ้มครองภูมิปัญญาชาวบ้านว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพที่ประเทศภาคีจึงต้องดำเนินการสอดคล้อง และไม่ขัดแย้งกับหลักการในอนุสัญญาฯ เรื่อง การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม (มาตรา 15) (ผู้เขียนเห็นว่า รวมถึง การเข้าถึงภูมิปัญญาชาวบ้านด้วย) เนื่องจากก่อนเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ส่วนมากจะทราบถึงวิธีการใช้จึงต้องเข้าถึงภูมิปัญญาชาวบ้านด้วย การเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยี และการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (มาตรา 16) การแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับภูมิปัญญาชาวบ้าน (มาตรา 17) และความร่วมมือทางวิชาการและวิทยาศาสตร์ในการฝึกอบรมบุคลากร และแลกเปลี่ยนผู้เชี่ยวชาญ (มาตรา 18 วรรค 4) ซึ่งเป็นกรณีที่กำลังกล่าวไว้แล้วข้างต้น

³⁵ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 8 (ญ)

Each Contracting Party shall, as far as possible and as appropriate:

(j) Subject to its national legislation, respect, preserve and maintain knowledge, innovation and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity and promote their wider application with the approval and involvement of the holders of such knowledge, innovations and practices and encourage the equitable sharing of the benefits arising from the utilization of such knowledge, innovations and practices;

อย่างไรก็ตาม เมื่อวิเคราะห์หลักการโดยสรุปของการคุ้มครองภูมิปัญญาชาวบ้านว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพภายใต้กรอบของอนุสัญญาฯ พบว่า ประเทศภาคีสามารถที่จะจกคุ้มครองภูมิปัญญาชาวบ้านได้ แต่ต้องเอื้ออำนวยความสะดวกต่อการเข้าถึงภูมิปัญญาชาวบ้านของประเทศภาคีเพื่อใช้ศึกษา วิจัย แลกเปลี่ยน หรือร่วมมือกันเพื่อศึกษา วิจัย แลกเปลี่ยนและนำไปใช้ประโยชน์ โดยจะต้องแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับ ทั้งในรูปตัวเงิน และไม่ใช้ตัวเงินให้แก่ ผู้ทรงภูมิปัญญาอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม

3.2 การคุ้มครองภูมิปัญญาชาวบ้านว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพของต่างประเทศ

ขณะนี้ประเทศกำลังพัฒนาจำนวนมากได้ตื่นตัวที่จะพัฒนาระบบกฎหมายและนโยบายภายในที่จะคุ้มครองภูมิปัญญาชาวบ้านว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพของตนเพิ่มสูงขึ้น ทั้งนี้เนื่องจากเหตุผล 2 ประการ คือ³⁶

ประการแรก ผลกระทบด้านลบจากการผลักดันระบบทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศอุตสาหกรรมซึ่งเป็นประเทศพัฒนาแล้วที่ให้คุ้มครองทรัพย์สินของตนจึงทำให้ประเทศกำลังพัฒนา โดยเฉพาะประเทศโลกที่สามต้องพัฒนากฎหมายที่สอดคล้องกับสภาพทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศของตนแทนที่จะรับร่างกฎหมายตามแบบประเทศที่เจริญแล้ว

ประการที่สองเป็นผลสืบเนื่องจากความสนใจเกี่ยวกับเรื่องความหลากหลายทางชีวภาพที่สูงขึ้นอันเกิดขึ้นจากกระบวนการต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นก่อนหน้าและภายหลังจากอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ เมื่อปี 2536

³⁶ วิฑูรย์ เลี่ยนจำรูญ, "การเรียกร้องสิทธิของชุมชนท้องถิ่นเกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพในระดับสากล" ในสารัตถะแห่งสิทธิชุมชนในทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น, เอกสารประกอบการสัมมนาเวทีไทย ร่วมปกป้อง พันธุ์ทรัพยากรชีวภาพและสิทธิภูมิปัญญาไทย 29 พฤศจิกายน 2540 ณ อาคารสถาบัน 3 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 40.

การริเริ่มการคุ้มครองภูมิปัญญาชาวบ้านว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพของประเทศต่าง ๆ อาจจำแนกเป็น 2 ระบบ คือ การคุ้มครองภูมิปัญญาชาวบ้านภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งจะศึกษารายละเอียดจากร่างพระราชบัญญัติสิทธิทางปัญญาของชุมชนของสหพันธรัฐมาเลเซีย และการคุ้มครองตามกรอบนโยบายการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ (Access Policy) ซึ่งจะศึกษารายละเอียดจากกรณีศึกษาการเข้าใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพของประเทศ Costa Rica

3.2.1 ร่างพระราชบัญญัติสิทธิทางปัญญาของชุมชน (Community Intellectual Rights Act) ของสหพันธรัฐมาเลเซีย

สหพันธรัฐมาเลเซีย เป็นประเทศในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ มีอากาศร้อนชื้นอยู่ใกล้เส้นศูนย์สูตรฝนตกชุกมาก จึงเป็นป่าดิบชื้นที่อุดมไปด้วยป่าไม้ พืชพันธุ์ ัญญาหาร และสัตว์ป่ามากมายหลายชนิด มีความสมบูรณ์ในด้านความหลากหลายทางชีวภาพทั้งด้านระบบนิเวศ ชนิดพันธุ์ และพันธุกรรม พื้นที่ของสหพันธรัฐมาเลเซีย แบ่งเป็น 2 ส่วน คือ มาเลเซียตะวันตก ซึ่งเป็นพื้นที่ในคาบสมุทรมาลายู และ มาเลเซียตะวันออก ที่มีพื้นที่อยู่ทางเหนือของเกาะบอร์เนียว

สภาพภูมิประเทศของมาเลเซียตะวันตก พื้นที่ส่วนใหญ่ "มีลักษณะเช่นเดียวกับป่าภาคใต้ของไทย คือ เป็นป่าดิบชื้นมีไม้วงศ์ยาง เป็นไม้เด่น จัดเป็นป่าที่มีจำนวนชนิดพันธุ์พืชมากที่สุด มีความสลับซับซ้อนอย่างมาก ยิ่งเป็นป่าดิบชื้นในที่ลุ่มต่ำแล้ว จะมีพันธุ์พืชต่อหน่วยพื้นที่มากยิ่งขึ้น มีพืชจำพวกหลายพืชในวงศ์ ชิง ข่า และ พวกปาล์มหลายชนิด เช่น ระกำ หลุมพี ตำวหรือลูกชิด มีพืชสมุนไพร จำนวนมากมาย"³⁷ ชาวพื้นเมืองที่อาศัยอยู่ในพื้นที่มีหลายเผ่าพันธุ์ เช่น ชาวป่าเผ่าซาไก เผ่าเซมัง เป็นต้น

³⁷ เจริญ คัมภีรภาพ, ทรัพยากรชีวภาพกับสังคมไทย (กรุงเทพมหานคร : สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา, 2538), หน้า 21.

ส่วนสภาพภูมิประเทศของมาเลเซียตะวันออก ที่อยู่บนเกาะบอร์เนียวเป็นสภาพป่าดงดิบ มีความอุดมสมบูรณ์และหลากหลายมากกว่าทางฝั่งตะวันตก ประชากรอาศัยกันอยู่อย่างเบาบาง การบุกรุก และสำรวจสภาพป่าและความซับซ้อนและหลากหลายทางชีวภาพจากโลกภายนอก ยังมีน้อยมาก ยังมีประชากรที่เป็นชนพื้นเมืองอาศัยอยู่ตามสภาพแวดล้อมและถิ่นที่อยู่ตามธรรมชาติจัดเป็นหมู่เป็นเหล่า ชนพื้นเมืองเหล่านี้มีภูมิปัญญาเป็นของตนเอง เช่น ชาวดยักบก ดยักนำ เป็นต้น

สหพันธรัฐมาเลเซียเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2537 เป็นลำดับที่ 65 ขณะนี้ได้กำลังจัดทำร่างกฎหมายพระราชบัญญัติสิทธิทางปัญญาของชุมชน (Community Intellectual Rights Act) ขึ้นเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาชาวบ้าน ว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพของประเทศ

ร่างพระราชบัญญัติสิทธิทางปัญญาของชุมชน (ตามมาคผนวก 2.) แบ่งเนื้อหาออกเป็น 9 หมวด คือ³⁸ การเป็นผู้พิทักษ์ (Custodianship) การแลกเปลี่ยนภูมิปัญญาระหว่างชุมชน (Free exchange amongst Communities) การใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์ (Use for Commercial Purposes) การจดทะเบียนของชุมชนท้องถิ่น (Registration of Local Community) หอทะเบียนของการประดิษฐ์ (The Registry of Invention) การพิสูจน์การประดิษฐ์ (Proof of Invention) สถาบันวิชาการ (Technical Institution) การเป็นเจ้าของร่วมกัน (Co-ownership) และ สิทธิที่จะบังคับ ดักเตือน หรือ ส่งเสริมนวัตกรรม (Right to enforce, monitor or further the Innovation)

สาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติสิทธิทางปัญญาของสหพันธรัฐมาเลเซียสรุป ได้ดังนี้

³⁸ Gurdial Singh Nijar , " Community Intellectual Rights Act" Developing A "Rights Regime" in Deffence of Biodiversity and Indigenous Knowledge, (Penang : Third World Network, 1995). pp 10-13.

3.2.1.1 คำจำกัดความ ตามร่างพระราชบัญญัติฯ

1. วัตถุทางชีวภาพ (Biological Material) ตามความใน (a) ได้ให้คำจำกัดความว่า

(a) “วัตถุทางชีวภาพ” หมายถึง เนื้อสาร หรือ ส่วนใดส่วนหนึ่งของพืช สัตว์ และ สิ่งมีชีวิตเล็ก ๆ ที่มีหน่วยถ่ายทอดพันธุกรรม และ สัมพันธเชิงพีช หรือ ความหลากหลายของพีช รวมทั้งชนิด หรือ ประเภทของพีชในระดับต่ำกว่า หรือ ส่วนหนึ่งส่วนใดของ/หรือ อยู่ในจุลินทรีย์ ไม่ว่าจะใช้ในท้องถิ่น หรือไม่ก็ตาม หรือตามระเบียบปฏิบัติประเพณีโดยชุมชนท้องถิ่น เพื่อวัตถุประสงค์พิเศษที่ต้องการความรู้เบื้องต้นถึงคุณสมบัติเฉพาะของพีช เช่น อาหาร ยา และ สีย้อม

คำจำกัดความ “วัตถุทางชีวภาพ” ตามร่างพระราชบัญญัติ มีองค์ประกอบที่สำคัญ คือ

- เนื้อสาร หรือ ส่วนใดส่วนหนึ่งของพืช สัตว์ และ สิ่งมีชีวิตเล็ก ๆ ที่มีหน่วยถ่ายทอดพันธุกรรม ซึ่งสัมพันธ์เชิงพีชหรือความหลากหลายของพีช รวมทั้งชนิดหรือประเภทของพีชที่ต่ำกว่า หรือ ส่วนหนึ่งส่วนใดของ/หรืออยู่ในจุลินทรีย์
- ชุมชนท้องถิ่น ได้ใช้ในท้องถิ่นหรือไม่ก็ตามระเบียบปฏิบัติประเพณีของท้องถิ่น
- เพื่อวัตถุประสงค์พิเศษที่ต้องการความรู้เบื้องต้นต่อคุณสมบัติเฉพาะของพืช สัตว์และสิ่งมีชีวิตเล็ก ๆ

2. การใช้เพื่อการพาณิชย์ (Commercial Utilization) ความใน (b) ได้ให้คำจำกัดความว่า

(b) “การใช้เพื่อการพาณิชย์” เกิดขึ้นเมื่อนวัตกรรมและกระบวนการใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับนวัตกรรมหรือตัวผลิตภัณฑ์ที่สร้างขึ้นเพื่อจำหน่ายในส่วนของตลาดแผนปัจจุบัน

3. นวัตกรรม (Innovation) ความใน (c) ให้คำจำกัดความว่า

(c) "นวัตกรรม" ด้รวมถึงความรู้หรือเทคโนโลยีใดๆที่ด้รวบรวมและสะสมไว้ในการใช้ประโยชน์ คุณสมบัติ คุณค่าและกระบวนการของวัตถุทางชีวภาพใด ๆ หรือ บางส่วนใด ๆ ของสิ่งนั้นที่กระทำจากวัตถุทางชีวภาพ หรือ ทำให้สูงขึ้น การใช้หรือคุณค่าซึ่งเป็นผลของความรู้หรือ เทคโนโลยีที่กล่าวข้างต้นที่รวบรวมไว้ไม่ว่าในรูปเอกสาร การบันทึก การบอกเล่า การเขียน หรือ วิธีการอื่นใดที่มีอยู่ รวมทั้ง การดัดแปลงแก้ไขปรับปรุงสิ่งนั้น และจะรวมทั้งอนุพันธ์ที่ใช้ประโยชน์จากความรู้ของท้องถิ่นในเชิงพาณิชย์ของผลิตภัณฑ์ใด ๆ รวมทั้งใช้กระบวนการสลับซับซ้อนเพื่อสกัด แยก หรือ สังเคราะห์ วัตถุทางเคมีในสารประกอบของสารสกัดทางชีวภาพที่ใช้ในชุมชนท้องถิ่น

ความรู้ที่ด้รับการจดจำ ถ่ายทอดจากพิธีกรรม และ ความเชื่อทางศาสนา ซึ่งได้ถือปฏิบัติกันจนเป็นที่ยอมรับของชุมชน

"นวัตกรรม" ตามความในวรรค (c) แยกองค์ประกอบที่สำคัญได้คือ

- ประเภทนวัตกรรม จะเป็นประเภทใดประเภทหนึ่งของสิ่งเหล่านี้ก็ถือเป็นนวัตกรรมทั้งสิ้น ประเภทของนวัตกรรมที่บัญญัติไว้ ได้แก่

ความรู้ที่ด้รวบรวมและสะสมไว้ในการใช้ประโยชน์
เทคโนโลยีที่ด้รวบรวมและสะสมไว้ในการใช้ประโยชน์
คุณสมบัติ คุณค่าและกระบวนการของวัตถุทางชีวภาพใด ๆ หรือ
บางส่วนใด ๆ ของสิ่งนั้นที่กระทำจากวัตถุทางชีวภาพ หรือ ทำให้สูงขึ้น

การดัดแปลงแก้ไขปรับปรุงสิ่งดังกล่าวข้างต้น

ผลิตภัณฑ์ที่ด้จากการใช้ประโยชน์อนุพันธ์ ความรู้ในท้องถิ่น

กระบวนการสลับซับซ้อนเพื่อสกัด แยก หรือ สังเคราะห์วัตถุทางเคมีในสารประกอบของสารสกัดทางชีวภาพที่ใช้ในชุมชนท้องถิ่น

- แหล่งที่มาของนวัตกรรม จะสื่อทางใดก็ได้ไม่ว่าในรูปเอกสาร การบันทึก การบอกเล่า การเขียน หรือ วิธีการอื่นใดที่ทำให้ทราบถึงนวัตกรรม

- ความสัมพันธ์กับชุมชน ความรู้ที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของชุมชนที่ได้รับการจดจำถ่ายทอดจากพิธีกรรม และความเชื่อทางศาสนาของชุมชน

4. ผู้สร้างสรรค์นวัตกรรม (Innovator) ความใน (d) ให้คำจำกัดความว่า

(d) "ผู้สร้างสรรค์นวัตกรรม" หมายความว่า ชุมชนท้องถิ่นที่รับผิดชอบนวัตกรรม

5. ชุมชนท้องถิ่น (Local Community) ความใน (e) ให้คำจำกัดความว่า

(e) "ชุมชนท้องถิ่น" หมายความว่า กลุ่มคนที่มีการก่อรูปเป็นองค์กรที่มีระยะเวลายาวนานพอสมควร ซึ่งคนในชุมชนผูกพันเข้าด้วยกันภายในอาณาเขตที่กำหนด หรือเป็นชุมชนพื้นเมืองพวกเดียวกันที่มีประชากรของตนในท้องถิ่นนั้น และต้องเป็นชุมชนที่เหมาะสมโดยองค์การต่าง ๆ สามารถจดทะเบียนได้อย่างเหมาะสม เพื่อแสดงส่วนได้เสียที่ได้รับภายใต้บทบัญญัติของพระราชบัญญัติฉบับนี้

คำจำกัดความ "ชุมชนท้องถิ่น" ชุมชนท้องถิ่นต้องมีคุณสมบัติที่สำคัญคือ

- กลุ่มคนที่มีการก่อรูป เป็น องค์กรที่มีระยะเวลายาวนานพอสมควร ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวมีความเพียงพอที่ก่อให้เกิดนวัตกรรมของท้องถิ่น

- คนภายในชุมชนผูกพันด้วยอาณาเขตที่กำหนดหรือเป็นชนพื้นเมืองพวกเดียวกันที่มีประชากรของตนอาศัยอยู่ในท้องถิ่น

- ชุมชนที่องค์การต่าง ๆ สามารถจดทะเบียนเพื่อแสดงส่วนได้เสียของตน

ตน

6. รัฐ (State) ความใน (f) ให้คำจำกัดความว่า

(f) "รัฐ" ต้องหมายความถึง กระทรวงที่เกี่ยวข้องหรือคณะรัฐบาลอันเป็นที่ยอมรับ

คำจำกัดความ ตาม 3.2.1.1 เป็นกรอบในการพิจารณาบทบัญญัติของพระราชบัญญัติฉบับนี้

3.2.1.2 ภาระการพิสูจน์การสร้างสรรค์ (Proof of Invention)

ชุมชนท้องถิ่นที่จะแสดงตนเป็นผู้สร้างสรรค์นวัตกรรม มีภาระการพิสูจน์ว่าชุมชนท้องถิ่นของตนเป็นผู้สร้างสรรค์นวัตกรรม ซึ่งเป็นหลักการทั่วไปของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ให้โอกาสการพิสูจน์อย่างเต็มที่ ซึ่งพิจารณาได้จากความในมาตรา 8 วรรคแรก ที่บัญญัติว่า

มาตรา 8.1 "ไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติที่ขัดขวางชุมชนหนึ่งใดหรือชุมชนอื่นใดที่ได้มีการตั้งถิ่นฐานจากการอ้างสิทธิของชุมชนในการเป็นผู้รักษาหรือการเป็นผู้พิทักษ์นวัตกรรมชิ้นหนึ่ง"

ความมาตรา 8.1 ชุมชนท้องถิ่นทุกแห่งสามารถอ้างสิทธิเป็นผู้พิทักษ์หรือผู้รักษานวัตกรรมของชุมชนได้ แต่ต้องผ่านภาระการพิสูจน์ซึ่งพระราชบัญญัติ ความในมาตรา 6 วรรคแรก บัญญัติว่า

มาตรา 6.1 "เพื่อจะเป็นผู้ถือสิทธิในนวัตกรรม ตัวแทนของชุมชนต้องเปิดเผยตัวในรูปแบบหรือธรรมเนียมที่เป็นที่ยอมรับตามกฎหมาย ประเพณี หรือ ระเบียบปฏิบัติว่าเป็นผู้ใช้ และเป็นผู้อรักษา หรือพิทักษ์นวัตกรรมชิ้นนั้น ก็ให้ถือว่าชุมชนเป็นผู้ถือสิทธิในนวัตกรรม"

ชุมชนท้องถิ่นที่อ้างสิทธิเหนือนวัตกรรม มีภาวะการพิสูจน์เพื่อแสดงตนเป็นผู้สร้างสรรค์นวัตกรรม โดยภาวะการพิสูจน์มีเงื่อนไขสำคัญ คือ

- แสดงตนเป็นผู้ใช้และผู้รักษาหรือพิทักษ์นวัตกรรมชิ้นนั้น
- โดยการแสดงออกในรูปแบบหรือธรรมเนียมที่เป็นการยอมรับตามกฎหมาย ประเพณี หรือระเบียบปฏิบัติของชุมชน เช่น การถือปฏิบัติในชีวิตประจำวัน การใช้ในเทศกาลสำคัญของชุมชน เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ชุมชนท้องถิ่นสามารถลั่นสิทธิในการเป็นผู้ถือสิทธิในนวัตกรรม หรือผู้สร้างสรรค์นวัตกรรมได้ หากพิสูจน์ได้ในภายหลังว่ามีผู้สร้างสรรค์นวัตกรรมอย่างแท้จริงโดยพระราชบัญญัติได้กำหนดหลักการโต้แย้งสิทธิไว้ตามความในมาตรา 6 วรรค 2

มาตรา 6.2 “บุคคลใดก็ตามที่ต้องการโต้แย้งสิทธินี้ จะมีภาระตามกฎหมายที่แสดงพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์การโต้แย้งของตน”

การโต้แย้งสิทธิ ตามความมาตรา 6 วรรค 2 ถือว่ากำหนดเป็นคุณแก่ชุมชนที่กำลังถือสิทธิอยู่เดิมเนื่องจากภาวะการพิสูจน์ถือเป็นภาระของผู้โต้แย้งสิทธิที่ต้องแสดงพยานหลักฐานกล่าวอ้างการโต้แย้งของตน หากพยานหลักฐานรับฟังไม่ได้หรือไม่พียงพอ ชุมชนที่กำลังถือสิทธิก็จะมีสิทธิในนวัตกรรมต่อไป

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

3.2.1.3 การเป็นเจ้าของร่วมกัน (Co-ownership)

หลังจากชุมชนท้องถิ่นผ่านภาระการพิสูจน์ก็เป็นผู้ถือสิทธิตามความใน มาตรา 6 วรรคแรกข้างต้น และกฎหมายเปิดโอกาสให้ทุกชุมชนอ้างสิทธิในฐานะผู้สร้างสรรค์ วัฒนธรรมในวัฒนธรรมขึ้นเดียวกันได้ หากผ่านภาระการพิสูจน์และไม่สามารถพิสูจน์ได้แน่ชัด ว่า ชุมชนใดเป็นผู้ถือสิทธิได้อย่างแท้จริง พระราชบัญญัติฯ จึงกำหนดให้ทุกชุมชนเหล่านั้นเป็น เจ้าของร่วมกัน (Co-ownership) ตามความในมาตรา 8 วรรค 2 ที่บัญญัติว่า

มาตรา 8.2 “ในสถานการณ์เช่นนั้น ทุกชุมชนจะเป็นผู้พิทักษ์หรือ ผู้รักษาวัตถุกรรมร่วมกัน”

การเป็นผู้พิทักษ์หรือผู้รักษาวัตถุกรรมร่วมกัน ทุกชุมชนมีสิทธิ และหน้าที่ร่วมกันตามพระราชบัญญัติ ซึ่งบัญญัติความไว้ในมาตรา 8 วรรค 3 ถึง วรรค 5

มาตรา 8.3 “ในการพิทักษ์ร่วมกันทุกชุมชน จะมีสิทธิหน้าที่และภาระ ที่เหมือนกันและอยู่ในฐานะผู้มีส่วนได้เสียร่วมกัน รวมทั้งจะเป็นผู้พิทักษ์หรือผู้รักษาร่วมกัน”

มาตรา 8.4 “ผลประโยชน์ทั้งหมดที่ผู้พิทักษ์ร่วมคนหนึ่งได้รับต้องถือเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของผู้พิทักษ์ร่วมอีกคนหนึ่งหรือผู้พิทักษ์คนอื่น”

มาตรา 8.5 “ผู้พิทักษ์ร่วมแต่ละคนต้องดูแลสิทธิ หน้าที่ ผลตอบแทน จำนวนเงิน และสิ่งอื่น ๆ เพื่อผู้พิทักษ์ร่วมอีกคนหนึ่งหรือผู้พิทักษ์คนอื่น”

สิทธิและหน้าที่ร่วมกันของชุมชน ตามมาตรา 8 วรรค 3 ถึง วรรค 5 สรุปได้ดังนี้

1. ฐานะผู้มีส่วนได้เสียร่วมกัน จึงทำให้ทุกชุมชนมีสิทธิหน้าที่และภาระ ที่เหมือนกันรวมทั้งการพิทักษ์รักษาวัตถุกรรมร่วมกัน

2. ผลประโยชน์ที่ชุมชนหนึ่งได้รับต้องแบ่งปันให้ชุมชนที่เป็นผู้พิทักษ์หรือผู้อารักขารายอื่นด้วย
3. หน้าที่ของผู้พิทักษ์ร่วมต่อผู้พิทักษ์ร่วมด้วยกัน ผู้พิทักษ์ร่วมคนหนึ่งต้องดูแลผลประโยชน์และสิ่งอื่นๆ เพื่อผู้พิทักษ์ร่วมรายอื่น ๆ ด้วย

3.2.1.4 การจดทะเบียน (Registration)

การจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้มี 2 ประเภท คือ การจดทะเบียนของชุมชนท้องถิ่นและนวัตกรรม

1. การจดทะเบียนของชุมชนท้องถิ่น มีผลให้ชุมชนท้องถิ่นเป็นประธานแห่งสิทธิในนวัตกรรม และเคลื่อนไหวสิทธิของตนเองได้ในทางกฎหมายสมบูรณ์ยิ่งขึ้น และประกาศให้สาธารณชนทราบว่าชุมชนท้องถิ่นเป็นตัวแทนผู้ถือสิทธิในนวัตกรรมอย่างชอบธรรม พระราชบัญญัติกำหนดวิธีการจดทะเบียนชุมชนท้องถิ่นไว้ในความมาตรา 4 ความว่า

มาตรา 4.1 "ชุมชนท้องถิ่นใด ๆ สามารถจดทะเบียนเป็นองค์กรเพื่อเป็นตัวแทนในเรื่องสิทธิประโยชน์ และหากการจดทะเบียนเช่นนั้นไม่สามารถกระทำได้อีกก็ไม่มีผลกระทบถึงสถานภาพการเป็นผู้อารักขา หรือ ผู้พิทักษ์นวัตกรรมตามบทบัญญัติมาตราที่ 1.1"

มาตรา 4.2 "ตัวแทนที่มีอำนาจอย่างถูกต้องของชุมชนท้องถิ่นจะยื่นขอจดทะเบียนได้ ณ หอทะเบียนที่จัดตั้งตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ และได้จัดเตรียมและแสดงรายละเอียดไว้ในแบบฟอร์มที่ 1"

มาตรา 4.3 "ชุมชนสามารถยื่นขอเปลี่ยนแปลงรายละเอียดได้ ณ หอทะเบียนตามแบบฟอร์มที่ 2"

วิธีการจดทะเบียน ชุมชนท้องถิ่นที่มีสิทธิในนวัตกรรมสามารถยื่นจดทะเบียนชุมชนในฐานะเป็นองค์กรตัวแทนสิทธิในนวัตกรรมได้ ณ หอทะเบียนตามความมาตรา 4 วรรคแรก และวรรค 2 พร้อมทั้งสามารถเปลี่ยนแปลงรายละเอียดได้ในภายหลังตามความในมาตรา 4 วรรค 3

ข้อกำหนดคุ้มครองสิทธิของชุมชนท้องถิ่น ความในมาตรา 4 วรรคแรก
ตอนท้ายกำหนดคุ้มครองสิทธิของชุมชนท้องถิ่นโดยกำหนดว่าหากการจดทะเบียนไม่สามารถ
ดำเนินการได้ก็ไม่กระทบถึงสถานภาพการเป็นผู้รักษาหรือผู้พิทักษ์นวัตกรรมที่ตนเองมีอยู่เดิมก่อน
ยื่นขอจดทะเบียนชุมชนท้องถิ่น

ชุมชนท้องถิ่นทั้งที่ไม่จดทะเบียนและจดทะเบียนเป็นองค์กรหรือรัฐ หรือ
องค์กรเอกชนที่มีฐานะเป็นตัวแทนของชุมชนท้องถิ่น มีสิทธิบังคับ ดักเตือน หรือ ส่งเสริม
นวัตกรรม ตามความมาตรา 9.1

มาตรา 9.1 ทั้งรัฐ องค์กรเอกชน หรือ ชุมชนท้องถิ่น และ/หรือ
องค์กรที่ได้จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายอยู่ในฐานะบังคับ ดักเตือนและส่งเสริมนวัตกรรมของ
ชุมชนท้องถิ่นและสิ่งอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์ การแลกเปลี่ยนหรือความเสียหาย
ที่เกิดขึ้นไม่ว่าในศาลหรือที่อื่นใดก็ตาม อย่างไรก็ตามองค์กรที่ได้จดทะเบียนถูกต้องจะมีลำดับเหนือ
กว่าองค์กรอื่น ๆ และองค์กรข้างต้นต้องแจ้งให้ชุมชนท้องถิ่นทราบถึงความก้าวหน้าในทุกระดับที่
เกิดขึ้น

ความมาตรา 9.1 กำหนดหน้าที่ของตัวแทนชุมชนที่สำคัญคือ

- สิทธิบังคับ ดักเตือน และส่งเสริมนวัตกรรมของชุมชนท้องถิ่นและ
สิ่งอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์ การแลกเปลี่ยน หรือความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่นวัตกรรม
ของชุมชน

- สิทธิเป็นตัวแทนของชุมชนในการดำเนินการวิธีการทางศาล เช่น
การฟ้องเรียกส่วนแบ่งผลประโยชน์จากการใช้นวัตกรรมเพื่อประโยชน์ในทางพาณิชย์ การฟ้องห้าม
ใช้นวัตกรรมของชุมชนเพื่อประโยชน์ในทางพาณิชย์ เป็นต้น หรือในทางอื่น ๆ เช่น การแจ้งความ
ต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจในฐานะผู้เสียหายจากการละเมิดนวัตกรรมของบุคคลภายนอก เป็นต้น

ทั้งนี้ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขตามความท้ายมาตรา 9.1 คือ

- องค์กรที่ได้จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายตามความมาตรา 4.2 จะมีสิทธิเป็นตัวแทนชุมชนลำดับก่อนตัวแทนชุมชนที่ไม่ได้จดทะเบียน
- องค์กรที่มีสิทธิเป็นตัวแทนลำดับก่อนต้องแจ้งหรือรายงานให้ชุมชนท้องถิ่นทราบถึงความก้าวหน้าในทุกๆระดับที่เกิดขึ้นด้วยวิธีการใดก็ได้ เช่น การแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรหรือการแจ้งด้วยปากเปล่าแต่ต้องเป็นตัวแทนของชุมชนอย่างแท้จริงตามกฎหมาย

2. การจดทะเบียนนวัตกรรม เพื่อแสดงรายละเอียดของนวัตกรรมให้บุคคลภายนอกทราบและสามารถเข้าถึงและใช้ได้ พระราชบัญญัติกำหนดวิธีการจดทะเบียนนวัตกรรม ตามความในมาตรา 5 ที่บัญญัติว่า

มาตรา 5 “ชุมชนสามารถขอจดทะเบียนนวัตกรรมได้ที่หอทะเบียน และแม้มิได้จดทะเบียนชุมชนก็ยังเป็นผู้อารักขาหรือผู้พิทักษ์นวัตกรรม”

วิธีการจดทะเบียน ชุมชนท้องถิ่นสามารถยื่นจดทะเบียนนวัตกรรมของท้องถิ่นได้ที่หอทะเบียนและกำหนดคุ้มครองสิทธิของชุมชนเช่นเดียวกับการจดทะเบียนชุมชนท้องถิ่นที่กำหนดไว้ว่าแม้มิได้จดทะเบียนนวัตกรรมชุมชนก็ยังเป็นผู้อารักขาหรือผู้พิทักษ์นวัตกรรมต่อไป

นอกจากนั้นตามความในมาตรา 7 ยังกำหนดเป็นหน้าที่ของชุมชนท้องถิ่นที่ต้องเสนอชื่อสถาบันวิชาการช่วยเหลือชุมชนโดยความในมาตรา 7

มาตรา 7 “ชุมชนต้องเสนอชื่อสถาบันวิชาการที่ช่วยเหลือชุมชนในด้านรูปพรรณและลักษณะพิเศษของนวัตกรรมของชุมชน”

การเสนอรายชื่อสถาบันวิชาการที่ช่วยเหลือชุมชน ในนวัตกรรมด้านรูปพรรณและลักษณะพิเศษ ก็ควรเสนอไปพร้อมการจดทะเบียนนวัตกรรมด้วย

3.2.1.5 การคุ้มครองนวัตกรรม

พระราชบัญญัติ ฯ ได้กำหนดคุ้มครองนวัตกรรมไว้ในความมาตรา 1 และ มาตรา 3 วรรค 2 ตอนท้าย โดยบัญญัติว่า

มาตรา 1 การอาชีวศึกษาหรือการพิทักษ์

- 1.1 ชุมชนท้องถิ่นจะคงอยู่ตลอดเวลาและตลอดไปอย่างถูกต้อง ตามกฎหมายและเป็นผู้อุรักษ์และพิทักษ์นวัตกรรมแต่เพียงผู้เดียว
- 1.2 ห้ามซื้อขาย โอน โยกย้ายหรือดำเนินการใด ๆ กับนวัตกรรม จนส่งผลให้สถานภาพของชุมชนท้องถิ่นที่เป็นผู้อุรักษ์และพิทักษ์นวัตกรรมได้รับความเสียหาย สำหรับวัตถุประสงค์มิให้เกิดข้อสงสัยสิทธิผูกขาดแต่ผู้เดียว ใด ๆ ที่ยอมรับว่ามีในนวัตกรรม ต้องถือว่าเป็นส่วนความเสียหายของสิทธิดังกล่าวข้างต้น
- 1.3 ความเสียหายใด ๆ ของสิทธิในนวัตกรรมถือเป็นโมฆะ หากยกเป็นข้อต่อสู้ชุมชนท้องถิ่น

มาตรา 3.2 "... และการจ่ายนี้จะไม่ระงับสิทธิของชุมชนที่จะบังคับตามสิทธิ ในนวัตกรรมหรือส่วนใดของนวัตกรรมด้วยคำบังคับของศาลหรือใช้วิธีการอื่นใดเพื่อ ติดตามเอากลับคืนมา"

1. การคงอยู่ของนวัตกรรม การคุ้มครองนวัตกรรมจะคงอยู่ตลอดไป ไม่มี ระยะเวลาสิ้นสุดโดยกำหนดให้ชุมชนท้องถิ่นคงอยู่ตลอดเวลาและตลอดไปเพื่ออาชีวศึกษาและพิทักษ์ แต่เพียงผู้เดียว (มาตรา 1 วรรคแรก)
2. ห้ามทำนิติกรรมที่มีผลเสียหายแก่นวัตกรรม โดยกำหนดห้ามซื้อขาย โอน โยกย้าย หรือ ดำเนินการใด ๆ ที่ส่งผลให้สถานภาพของชุมชนในฐานะผู้อุรักษ์และพิทักษ์ นวัตกรรมได้รับความเสียหาย (มาตรา 1 วรรค 2)

นอกจากนั้นได้กำหนดข้อสันนิษฐานเด็ดขาดเพื่อคุ้มครองนวัตกรรม โดยกำหนดไว้ว่า การดำเนินการใด ๆ ที่มีผลต่อสิทธิผูกขาดแต่ผู้เดียวในนวัตกรรม ถือว่าเป็นส่วนเสียหายต่อสิทธิของผู้รักษาและพิทักษ์นวัตกรรม

3. การติดตามกลับคืน ชุมชนท้องถิ่นในฐานะผู้รักษาหรือผู้พิทักษ์สามารถติดตามเอากลับคืนนวัตกรรมจากผู้ใช้นวัตกรรมในเชิงพาณิชย์โดยไม่ได้รับอนุญาตด้วยคำสั่งบังคับของศาลหรือวิธีการอื่นใดเพื่อติดตามกลับคืนมา

3.2.1.6 การใช้ประโยชน์จากนวัตกรรม

การเข้าใช้ประโยชน์จากนวัตกรรม ตามพระราชบัญญัติฯ กำหนดวิธีการเข้าใช้ประโยชน์ได้ 2 วิธี คือ การแลกเปลี่ยนระหว่างชุมชนและการใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

1. การแลกเปลี่ยนระหว่างชุมชน ตามความในมาตรา 2 วรรคแรก และสองบัญญัติว่า

มาตรา 2.1 “ชุมชนท้องถิ่นได้รับสิทธิตลอดเวลาที่จะเข้าถึงนวัตกรรม และวิธีปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับนวัตกรรม ณ ที่ตั้งของชุมชนอื่น ๆ โดยไม่ต้องชำระเงินหรือสิ่งตอบแทนใด ๆ โดยนวัตกรรมนั้นมิได้ใช้เพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์”

มาตรา 2.2 “ชุมชนที่ได้รับนวัตกรรมข้างต้นจะต้องแบ่งปันนวัตกรรมนั้น ๆ เท่าที่จะทำได้ให้กับชุมชนอื่น ๆ บนหลักการและรูปแบบที่เหมือนกันดังแสดงในมาตรา 3.1 ของพระราชบัญญัตินี้”

ด้วยนวัตกรรมของชุมชนจัดเป็นภูมิปัญญาชาวบ้านประเภทหนึ่งจึงควรส่งเสริมและประยุกต์ใช้ภูมิปัญญาชาวบ้านอย่างกว้างขวางและแพร่หลายเพื่อประโยชน์ของประชาชน โดยส่วนรวมและสอดคล้องตามพันธกรณีของอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 8 (ญ) โดยการแลกเปลี่ยนระหว่างชุมชน พระราชบัญญัติฯ กำหนดหลักเกณฑ์ตามความในมาตรา 2 วรรคแรก และสองว่า

- ชุมชนท้องถิ่นได้รับสิทธิตลอดเวลาที่จะเข้าถึงวัดกรรมและวิธีปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับนวัตกรรม ณ ที่ตั้งของชุมชนอื่นได้
- การเข้าถึงนวัตกรรมไม่ต้องชำระเงินหรือสิ่งตอบแทนใด ๆ ทั้งนี้ต้องมีวัตถุประสงค์มิได้เพื่อแสดงประโยชน์ทางพาณิชย์
- ชุมชนท้องถิ่นที่เป็นผู้อารักขาหรือผู้พิทักษ์นวัตกรรมไม่มีสิทธิขัดขวางหรือกีดกันการเข้าถึงนวัตกรรมของชุมชนอื่น ๆ
- ชุมชนที่ได้รับการถ่ายทอดนวัตกรรมมาข้างต้น จะต้องแบ่งปันนวัตกรรมเท่าที่ทำได้บนหลักการและวิธีการเดียวกับชุมชนผู้พิทักษ์หรืออารักขานวัตกรรมให้กับชุมชนอื่น ๆ ด้วยแต่หากผู้รับถ่ายทอดนำไปแสวงหาประโยชน์ทางการพาณิชย์โดยการนำไปจำหน่ายในตลาดสมัยปัจจุบัน (คำจำกัดความ (b)) ผู้รับถ่ายทอดนวัตกรรมจะดำเนินการตามความในมาตรา 3 วรรคแรก ซึ่งเป็นการใช้นวัตกรรมเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

2. การใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ตามความในมาตรา 3 บัญญัติว่า

มาตรา 3 การใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

- 3.1 บุคคล กลุ่มบุคคล องค์กรหรือบริษัทใด ๆ ก็ตามที่ใช้ นวัตกรรมหรือบางส่วนของนวัตกรรมเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ต้อง
 - (a) ขอคำยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากชุมชนท้องถิ่น
 - (b) จ่ายเงินให้ชุมชนท้องถิ่นที่เป็นผู้อารักขาหรือผู้พิทักษ์นวัตกรรมนั้น ๆ ไม่น้อยกว่า _____% ของยอดขายผลิตภัณฑ์หรือกระบวนการที่เกี่ยวข้องเนื่องกับนวัตกรรมดังกล่าว
- 3.2 เงินที่กล่าวไว้ข้างต้นจะต้องจ่ายแม้ว่า บุคคล องค์กร หรือบริษัทข้างต้นได้ใช้นวัตกรรมหรือบางส่วนของนวัตกรรมเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์โดยชุมชนมิได้ยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรมาก่อน
- 3.3 ชุมชนสามารถได้รับผลตอบแทนในรูปแบบอื่นที่มีค่าเทียบเท่าตัวเงินได้ และสามารถกำหนดผลตอบแทนจากจารีตประเพณีการปฏิบัติและการใช้ของชุมชนท้องถิ่น

3.4 ไม่มีบทบัญญัติในหมวดนี้ที่ขัดขวางบุคคล กลุ่มบุคคล องค์กร หรือบริษัทมากกว่าหนึ่งรายจากการใช้นวัตกรรมหรือบางส่วนของ นวัตกรรมเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในเวลาเดียวกันหรือในเวลา ใดเวลาหนึ่ง

ความมาตรา 3 กำหนดหลักการการใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

สรุปได้ดังนี้

- จำนวนผู้ใช้และสิทธิผูกขาด พระราชบัญญัติฯ ไม่จำกัดจำนวน ผู้ใช้ และให้สิทธิผูกขาดแก่ผู้ใช้รายใดรายหนึ่ง ผู้ใช้ไม่ว่าจะเป็นประเภทบุคคล กลุ่มบุคคล องค์กร หรือบริษัทสามารถเข้าใช้ประโยชน์จากนวัตกรรมหรือบางส่วนของนวัตกรรมได้เสมอ (มาตรา 3.4)
- การขออนุญาตเข้าใช้ประโยชน์ ผู้ขอใช้ประโยชน์ซึ่งได้แก่ บุคคล กลุ่มบุคคล องค์กร หรือ บริษัทจะดำเนินการตามขั้นตอนตามมาตรา 3 วรรค 1 ใน (a) และ (b) คือ
 - ขอคำยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากชุมชนท้องถิ่น
 - จ่ายเงินให้ชุมชนท้องถิ่นที่เป็นผู้อารักขาหรือผู้พิทักษ์นวัตกรรมนั้นๆ ไม่น้อยกว่าเกณฑ์ที่พระราชบัญญัติกำหนดไว้ในรูปอัตราร้อยละของ ยอดขายของผลิตภัณฑ์หรือกระบวนการผลิตที่เกี่ยวข้องกับนวัตกรรม

อนึ่ง ในด้านเงินจ่ายให้แก่ชุมชน พระราชบัญญัติกำหนดให้ชุมชน สามารถเปลี่ยนแปลงผลตอบแทนในรูปตัวเงินเป็นรูปอื่น ๆ ที่เทียบเท่าได้ ทั้งนี้จะกำหนดจากจารีต ประเพณี การปฏิบัติ และการใช้ของชุมชนท้องถิ่น (มาตรา 3 วรรค 3)

- การเข้าใช้ประโยชน์โดยมิได้รับอนุญาต ผู้ใช้ประโยชน์ที่มีได้ขอใช้ นวัตกรรมเป็นลายลักษณ์อักษรจากชุมชน พระราชบัญญัติก็บังคับให้ผู้ใช้ประโยชน์ที่มีได้รับ อนุญาตจ่ายเงินเช่นเดียวกับผู้ใช้ประโยชน์ที่ได้รับอนุญาต (มาตรา 3 วรรค 2)

3.2.1.7 การจ่ายผลตอบแทน

ผู้เข้าประโยชน์ทั้งที่ได้รับอนุญาตและมิได้รับอนุญาตจะต้องจ่ายเงินหรือผลตอบแทนในรูปแบบอื่นให้ชุมชนท้องถิ่น พระราชบัญญัติกำหนดวิธีการจ่ายผลตอบแทนไว้ในความมาตรา 3 วรรค 5

มาตรา 3.5 การจ่ายผลตอบแทน ต้องกระทำเมื่อ

- (a) ได้จดทะเบียนเป็นองค์กรเพื่อเป็นตัวแทนของชุมชนตามพระราชบัญญัตินี้
- (b) หากยังไม่มีการตั้งกล้าวรัฐต้องเป็นตัวแทนของชุมชนไปพลางก่อน จนกว่าจะมีองค์กรที่จดทะเบียนตามพระราชบัญญัติฉบับนี้

วิธีการจ่ายผลตอบแทน พระราชบัญญัติฯ กำหนดองค์กรที่จะรับเงินผลตอบแทนไว้ 2 องค์กร คือ

1. ชุมชนที่ได้รับจดทะเบียนเป็นองค์กรตามพระราชบัญญัตินี้ (คำอธิบาย - ตามหัวข้อที่ 3.2.1.4 การจดทะเบียน)
2. รัฐ หากยังไม่มีการตั้งตามข้อ 1 และทำหน้าที่ตัวแทนของชุมชนไปพลางก่อนจนกว่าจะมีการจดทะเบียนองค์กรขึ้น

3.2.1.8 การใช้ประโยชน์จากเงินผลตอบแทน

เงินที่ได้จากการจ่ายผลตอบแทน พระราชบัญญัติกำหนดวิธีการนำไปใช้ประโยชน์ไว้ตามความในมาตรา 3 วรรค 5 (c) และ มาตรา 3 วรรค 6

มาตรา 3.5 การจ่ายผลตอบแทน ต้องกระทำเมื่อ

- (c) ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับด้วยการเคารพถึงนวัตกรรมที่ชุมชนต่าง ๆ พัฒนาขึ้น การจ่ายเงินผลตอบแทนให้จ่ายแก่รัฐโดยรัฐต้องจ่ายเงินข้างต้นเพื่อ

คุ้มครอง พัฒนา และบำรุงรักษาทรัพยากรพันธุกรรมและหากเป็นไปได้ที่จะสืบทราบถึงผู้สร้างสรรค์
นวัตกรรมรัฐก็จะจ่ายเงินเท่านั้นให้แก่ผู้สร้างสรรค์นวัตกรรม

มาตรา 3.6 เงินหรือสิทธิประโยชน์ที่ชุมชนหรือรัฐได้รับจะนำไปตั้งเป็น
กองทุน (Trustee) เพื่อนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์ของชุมชนท้องถิ่นโดยชุมชนท้องถิ่นมีส่วนร่วม
ในการตัดสินใจแต่ไม่จำกัดการใช้เพื่อคุ้มครอง พัฒนา และบำรุงรักษาทรัพยากรพันธุกรรม
เท่านั้น

การใช้ประโยชน์จากเงินผลตอบแทน พระราชบัญญัติกำหนดไว้ 2 กรณี คือ
ก่อนวันที่พระราชบัญญัติมีผลใช้บังคับ และหลังจากวันที่พระราชบัญญัติมีผลใช้บังคับ

1. ก่อนวันที่พระราชบัญญัติมีผลใช้บังคับ ผู้ใช้ประโยชน์จากนวัตกรรม
ต้องจ่ายเงินให้แก่รัฐ โดยรัฐต้องนำเงินไปใช้ได้ 2 วิธี คือ

- จ่ายเงินดังกล่าวให้แก่ผู้สร้างสรรค์งานหากสามารถสืบทราบถึง
ผู้สร้างสรรค์นวัตกรรมนั้นไว้
- จ่ายเงินดังกล่าวเพื่อคุ้มครอง พัฒนา และบำรุงรักษาทรัพยากรพันธุกรรม
หากไม่ทราบถึงผู้สร้างสรรค์นวัตกรรม

2. หลังวันที่พระราชบัญญัติมีผลใช้บังคับ เงินที่ได้รับจากผู้ใช้ประโยชน์
จากนวัตกรรมให้นำเงินไปจัดตั้งกองทุน(Trustee)เพื่อประโยชน์ของชุมชนท้องถิ่นโดยไม่จำกัด
วัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อคุ้มครองพัฒนา และบำรุงรักษาทรัพยากรพันธุกรรมเท่านั้นจะเป็น
วัตถุประสงค์อื่น ๆ ก็ได้ ทั้งนี้ต้องเป็นตามเงื่อนไขที่สำคัญคือต้องให้ชุมชนท้องถิ่นมีส่วนร่วม
ในการตัดสินใจด้วย

ในฐานะสหพันธรัฐมาเลเซีย เป็นภาคีอนุสัญญาฯ ร่างพระราชบัญญัติสิทธิ
ทางปัญญาของชุมชนจึงต้องอยู่ในกรอบหลักการและวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ ในการยอมรับ
และการคุ้มครองภูมิปัญญาชาวบ้าน ความในมาตราของพระราชบัญญัติฯ ที่อยู่ในกรอบและไม่
ขัดแย้งกับอนุสัญญาฯ ซึ่งเป็นพันธกรณีของภาคี คือ

- การอนุรักษ์ในถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ มาตรา 8 (ญ) ที่ให้เคารพ สงวนรักษา ประยุกต์ใช้ภูมิปัญญาชาวบ้านและแบ่งปันผลประโยชน์พระราชบัญญัติฯ ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 1 การเป็นผู้อนุรักษ์ มาตรา 2 การแลกเปลี่ยนระหว่างชุมชน มาตรา 3 การใช้เพื่อการพาณิชย์ ซึ่งแบ่งบ้านอัตราร้อยละของยอดขายหรือกระบวนการเกี่ยวเนื่องนวัตกรรมกับนวัตกรรม ตามที่กฎหมายกำหนดไว้

- การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม มาตรา 15 ที่มีสาระสำคัญอยู่ที่ประเทศภาคี ต้องสร้างเงื่อนไข เพื่อเอื้ออำนวยแก่ภาคีอื่น ๆ ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม พระราชบัญญัติฯ ได้กำหนดหลักการเข้าถึงนวัตกรรมซึ่งทรัพยากรพันธุกรรมก็เป็นส่วนหนึ่งของนวัตกรรมไว้ในความมาตรา 2 การแลกเปลี่ยนระหว่างชุมชน มาตรา 3 การใช้นวัตกรรมเพื่อการพาณิชย์

การเข้าถึงเทคโนโลยี มาตรา 16 ก็มีสาระสำคัญเช่นเดียวกับมาตรา 15 ส่วนพระราชบัญญัติฯ ก็กำหนดไว้ในมาตรา 2 และ 3 เช่นเดียวกันทั้งนี้มิมีผลจากคำจำกัดความของนวัตกรรมได้รวมถึงเทคโนโลยีด้วย

สำหรับในส่วนที่พระราชบัญญัติฯ ยังครอบคลุมไม่ถึงหลักการและวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ อยู่หลายประการ คือ มาตรา 16 การถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่ประเทศกำลังพัฒนา และการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจากนวัตกรรม มาตรา 17 วรรค 2 การแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารภูมิปัญญาชาวบ้านระหว่างประเทศภาคี และ มาตรา 18 วรรค 4 ความร่วมมือทางวิชาการและวิทยาศาสตร์ เกี่ยวกับเทคโนโลยีพื้นฐานและเทคโนโลยีตามชนบประเพณีนิยมที่มุ่งหวังในด้านความร่วมมือในด้านการฝึกอบรมบุคลากรและการแลกเปลี่ยนผู้เชี่ยวชาญระหว่างกัน

อนึ่ง จากการวิเคราะห์พิจารณาพระราชบัญญัติฯ พบว่าบทบัญญัติยังไม่ครอบคลุมเพียงพอในการคุ้มครองสิทธิทางปัญญาของชุมชนหลายเรื่องด้วยกัน เช่น ตัวแทนของชุมชน คือใคร การคุ้มครองกรรมสิทธิในภูมิปัญญา วิธีการแบ่งปันผลประโยชน์ การถ่ายทอดเทคโนโลยี กลับคืนชุมชน การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่พัฒนาจากความรู้ที่ได้จากภูมิปัญญาชาวบ้านและองค์การควบคุมตรวจสอบ การใช้ภูมิปัญญาชาวบ้านให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาชาวบ้าน เป็นต้น

3.2.2 การเข้าใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพของประเทศ Costa Rica

Costa Rica เป็นประเทศที่อยู่ในอเมริกากลาง และ ประเทศเล็ก ๆ อยู่ตอน
ที่แคบ ๆ ระหว่างประเทศนิการากัวทางเหนือและปานามาทางใต้ มีเนื้อที่ราว 19,652 ตารางไมล์
พลเมืองประมาณ 2 ล้านคน

"ภูมิประเทศของ Costa Rica ประกอบด้วย ป่า ตลอดจนภูเขา และ ภูเขาไฟ
ที่ยังคุกรุ่นอยู่ในตอนกลางของประเทศ ซึ่งได้แยกพื้นที่เป็น 2 ส่วน คือ ผังทะเลแคริบเบียน และ
มหาสมุทรแปซิฟิกซึ่งด้วยความหลากหลายของระบบนิเวศน์ทั้งในด้านภูเขาไฟที่ยังไม่ดับ ความชุ่มชื้น
ในเขตภูเขาและพื้นที่ราบในแถบชายฝั่งแคริบเบียนและมหาสมุทรแปซิฟิก ทำให้ Costa Rica มี
ความหลากหลายทางชีวภาพโดยมีความหลากหลายของชนิด (Species) ประมาณครึ่งล้านชนิดเรียง
รายในถิ่นที่อยู่จากใกล้ทะเลทรายถึงป่าฝนและป่าโปร่ง รวมทั้งในระดับที่สูงกว่าระดับน้ำทะเล 3,500
เมตร ซึ่งถือเป็นประมาณร้อยละ 4 ของชนิดสิ่งมีชีวิตเทียบบนพื้นโลก Costa Rica จึงเป็นแหล่ง
ทรัพยากรธรรมชาติที่สำคัญแห่งหนึ่งของโลก"³⁹

ความคิดด้านความหลากหลายทางชีวภาพ Costa Rica ให้ความสำคัญกับคน
อนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพมากกว่า 2 ทศวรรษที่ผ่านมาตั้งแต่ประมาณปี 1970 ร้อยละ 25
ของพื้นที่ประเทศได้กำหนดเป็นสวนสาธารณะแห่งชาติ ป่าธรรมชาติ และพื้นที่อนุรักษ์ ซึ่งใน
ปัจจุบันมีอยู่ 7 แห่งทั่วประเทศ และด้วยการอนุรักษ์และดูแลความหลากหลายทางชีวภาพ เป็น
งานที่มีความกว้างขวางและสำคัญมาก Costa Rica จึงได้ตั้งสถาบันเฉพาะเพื่อดูแลและจัดการ
ความหลากหลายทางชีวภาพของประเทศชื่อว่า "Instituto Nacional de Biodiversidad"
หรือ "INBio" ซึ่งมีความเป็นมาพอสรุปได้⁴⁰ คือ

³⁹ Rodrigo Gámez and others "Costa Rica's Conservation program and
National Biodiversity Institute (INBio)" *Biodiversity Prospecting*, (World
Resources Institute (WRI), USA, 1993) pp 53-54.

⁴⁰ INBio, INBio'S History, (INBio'S Home Page) [www/ INBio.cc.cr](http://www.INBio.cc.cr).

ในวันที่ 5 มิถุนายน 1989 ประธานาธิบดีได้จัดตั้งคณะกรรมการอำนวยการของ INBio ซึ่งมีตัวแทนจากองค์กรต่าง ๆ ของรัฐบาล สถาบันการศึกษาชั้นสูง และ องค์กรเอกชนจากการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม คณะกรรมการอำนวยการชุดนี้แนะนำให้จัดตั้งองค์กรเอกชนที่ไม่มุ่งหวังกำไร เพื่อผลประโยชน์ของสาธารณชน โครงสร้างทางกฎหมายนี้ ทำให้ INBio ตอบสนองต่อความต้องการเร่งรีบสำหรับองค์กรหนึ่งที่ได้ออกแบบให้คล่องตัวเป็นพิเศษเพื่อจัดการกับการขยายตัวอย่างรวดเร็วของการจัดการความหลากหลายทางชีวภาพและเตรียมพร้อมสำหรับงานของ INBio ที่มีจำนวนมากอย่างเช่น กระบวนการรายชื่อทางชีวภาพที่ใหญ่และสลับซับซ้อน การเผยแพร่ความหลากหลายทางชีวภาพของ Costa Rica การสนับสนุนให้ธุรกิจใช้ความหลากหลายทางชีวภาพในเชิงอนุรักษ์ การร่วมมือกับสถาบันการจัดการความหลากหลายทางชีวภาพอื่น ๆ และการเร่งด่วนของการวางแผนและจัดตั้งกองทุน

สมาคม INBio ได้จดทะเบียนจัดตั้งเมื่อวันที่ 26 ตุลาคม 1989 และมีสมาชิกผู้ประศาสน์การ และคณะกรรมการผู้อำนวยการ กิจกรรมจำนวนมากของ INBio เกี่ยวข้องกับการรวมตัวอย่างใกล้ชิดและกลมกลืนกับสาธารณชนขนาดใหญ่ และ สถาบันเอกชนทั้งของ Costa Rica และต่างประเทศ

การดำเนินงานของ INBio อยู่ภายใต้ข้อสมมติฐานที่ว่าชุมชนป่าเมืองร้อนสามารถรักษาความหลากหลายทางชีวภาพของตนเองเพียงหากพื้นที่คุ้มครองสามารถทำให้เกิดความรู้และรายได้ทางเศรษฐกิจเพียงพอสำหรับที่ดูแลรักษาตัวเองได้ INBio ได้อยู่บนพื้นฐานหุ้นส่วนของการสนับสนุนและแนะนำร่วมกันกับกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติ พลังงานและเหมืองแร่ (MIRENEM) ได้ยินยอมจัดการกระบวนการจัดทำบัญชีรายการความหลากหลายทางชีวภาพ การสำรวจความหลากหลายทางชีวภาพ และ การจัดการข้อมูลข่าวสารและการเผยแพร่ความหลากหลายทางชีวภาพของ Costa Rica ซึ่งเกี่ยวข้องกับกรอบทางกฎหมายที่มีอยู่ INBio คาดหมายว่าสามารถดำเนินบัญชีรายการความหลากหลายทางชีวภาพของชาติภายในหนึ่งทศวรรษ หลังจากได้รับเงินกองทุนเป็นครั้งแรกและจัดตั้งองค์กรอย่างต่อเนื่องและการใช้ข้อมูลข่าวสารที่เกิดจากบัญชีรายการความหลากหลายทางชีวภาพให้คงอยู่ตลอดไป

INBio มีลักษณะพื้นฐานที่เป็นตัวอย่างสำหรับองค์กรอื่น ๆ ลักษณะพื้นฐานของ
องค์กร มีดังนี้⁴¹

- มีกฎข้อบังคับทางกฎหมายซึ่งได้เน้นการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ
ของเขตป่าของชาติด้วยการใช้ประโยชน์ในเชิงอนุรักษ์
- มีข้อตกลงอย่างหนึ่งที่จะหารายได้จากความหลากหลายทางชีวภาพ โดยให้ค้ำ
ต่อต้นทุนการจัดการทางชีวภาพในเขตป่าและสร้างรายได้ประชาชาติให้ประเทศ
- ให้คำแนะนำแก่ชาติ
- ส่งเสริมนโยบายการจ้างงานของชาติในทุกระดับ
- อนุรักษ์ความรู้ทางวัฒนธรรม และ เกี่ยวข้องกับนโยบายของชาติ
- มีเป้าหมายหลากหลาย และ ผลลัพธ์ที่หลากหลายอันเนื่องมาจากความ
หลากหลายทางชีวภาพ
- จัดทำงบประมาณซึ่งกำหนดจากเป้าหมายและผลลัพธ์
- มีข้อตกลงที่เข้มงวดในด้านวิทยาศาสตร์
- มีความเกี่ยวข้องถึง taxonomy และประวัติศาสตร์ของชาติอย่างเป็นเครื่องมือ
ของเทคโนโลยีดั้งเดิม
- มีความรับผิดชอบกับการคัดค้านและการให้ความเห็นที่เกี่ยวข้องกับการจัดการ
และการใช้ความหลากหลายทางชีวภาพ
- จัดทำข้อตกลงให้บริการเป็นแหล่งข่าวสารในการจัดการ และใช้ประโยชน์จาก
ความหลากหลายทางชีวภาพ และ
- นโยบายของการแบ่งปันข้อมูลและข่าวสารกับผู้ใช้ประโยชน์ในระดับอื่น
แต่เก็บค่าบริการจากผู้ใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

⁴¹ Rodrigo G'amez and others "Costa Rica's Conservation program and National
Biodiversity Institute (INBio)" *Biodiversity Prospecting*, p-58.

จากลักษณะที่ INBio เป็นศูนย์กลางในด้านการจัดการความหลากหลายทางชีวภาพของประเทศและให้ข้อมูลและข่าวสารกับองค์กรอื่น ๆ ทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศเพื่อใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพ INBio จึงเป็นองค์กรที่ได้รับอำนาจจากรัฐบาลอย่างเต็มที่ในการทำสัญญาและข้อตกลงในด้านความหลากหลายทางชีวภาพกับองค์กรอื่น ๆ ในระดับประเทศ สถาบันระหว่างประเทศ และบุคคลธรรมดาทั่วไปซึ่งเป็นการคุ้มครองตามกรอบนโยบายการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ (Access Policy) สำหรับข้อตกลงที่มีชื่อเสียงของ INBio เป็นข้อตกลงระหว่าง INBio ในฐานะผู้แทนประเทศ Costa Rica กับ บริษัท Merck ในประเทศสหรัฐอเมริกา

สาระสำคัญของข้อตกลงการเข้าใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพระหว่าง INBio กับ บริษัท Merck⁴² สรุปได้ดังนี้

1. คู่สัญญา (Parties)

สมาคมสถาบันความหลากหลายทางชีวภาพ องค์กรที่ไม่มุ่งหวังกำไรอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศ Costa Rica ("INBio")
บริษัท Merck จำกัด บริษัทที่จัดตั้งภายใต้กฎหมายมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ สหรัฐอเมริกา ("Merck")

2. วันที่มีผลบังคับใช้ (Effective Date)

ข้อตกลงลงนามเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 1991 และทำใหม่อีกในเดือนกรกฎาคม 1994 และ สิงหาคม 1996 ซึ่งเป็นระยะเวลา 2 ปีต่อครั้ง

⁴² Instituto Nacional de Biodiversidad, Summary of Terms for the INBio - Merck & Co., Inc. Collaboration Agreement, pp 1-3 , (Document)

3. วัตถุประสงค์ของข้อตกลง (Purpose of Agreement)

INBio สนใจในการร่วมมือกับอุตสาหกรรมเอกชนที่สร้างกลไกที่ช่วยเหลือรักษาไว้พื้นที่อนุรักษ์ของ Costa Rica โดยการทำพื้นที่นั้นให้สามารถใช้ประโยชน์ได้ต่อไปในทางเศรษฐกิจ

Merck สนใจในการร่วมมือกับ INBio ที่ได้รับพืช แมลง และ ตัวอย่างในสิ่งแวดล้อมสำหรับประเมินค่าเพื่อนำไปใช้ในการผลิตยาและการเกษตร

4. ข้อบังคับของ INBio (Obligations of INBio)

INBio ตกลงที่จะจัดหาอุปกรณ์สำหรับการรวบรวมและเตรียมสาร ตัวอย่างของพืช แมลง และ ตัวอย่างในสิ่งแวดล้อมจาก Costa Rica

INBio ตกลงว่าจ้างและฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ให้เพียงพอสำหรับการรวบรวมและเตรียมสารตัวอย่าง

Merck ตกลงที่จะจัดการฝึกอบรมแก่เจ้าหน้าที่ของ INBio โดยการใช้อุปกรณ์ Merck

INBio ตกลงที่จะจัดหาตัวอย่าง พืช แมลง และ ตัวอย่างในสิ่งแวดล้อมให้ Merck ในจำนวนที่แน่นอนต่อปีในช่วงระยะเวลา 2 ปีแรกของข้อตกลงซึ่งได้ระบุไว้ในแผนดำเนินงาน

ตัวอย่างของพืชและแมลง จะได้รับดำเนินการในสถานที่วิจัย ซึ่ง NIBIO ได้จัดสร้างแต่แรกทีมหาวิทยาลัยของ Costa Rica และปัจจุบันได้จัดสร้างที่ INBio

5. ข้อบังคับ Merck (Obligations of Merck)

Merck ตกลงที่จะจัดหาเงินเพื่อการวิจัยจำนวน 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ตลอด 2 ปีแรกของข้อตกลงและให้เงินช่วยเหลือแก่ INBio ในด้านสถานที่วิจัย เครื่องมือ และวัสดุที่จำเป็นต่อการดำเนินการวิจัยการเก็บตัวอย่าง

Merck ตกลงประเมินฤทธิ์ของสารตัวอย่างที่ INBio จัดเตรียมขึ้นโดย ประเมินผลที่มีต่อสุขภาพของมนุษย์ สุขภาพของสัตว์ และสารประกอบทางการ เกษตร Merck ตกลงให้คำปรึกษา INBio ในการทดสอบซ้ำและยืนยันฤทธิ์ ของสาร

Merck ตกลงจัดทำหมายเลขประจำตัวของสารตัวอย่างทั้งหมดของ INBio และดูแลรักษาระบบหมายเลขประจำตัวนี้ไว้เพื่อใช้ในการจัดสรรค่าใช้จ่าย สิทธิ (Royalty)

6. สิทธิผูกขาดการดำเนินการ (Exclusivity of Arrangement) ภายใต้ ข้อตกลงนี้

INBio ตกลงว่าตลอดระยะเวลาประเมินผล 2 ปีแรกจะไม่จัดหา ตัวอย่างใด ๆ ที่ได้เคยจัดหาให้ Merck แก่คู่สัญญาอื่น ๆ สำหรับใช้ในสาขา สุขภาพมนุษย์และสุขภาพของสัตว์และการเกษตร อย่างไรก็ตาม INBio สามารถจัดหาตัวอย่างของ Merck แก่คู่สัญญาอื่นสำหรับการประเมินค่า INBio ภายนอกสาขาความสนใจของ Merck ได้

หลังจากระยะเวลาประเมินผลครั้งแรกสิ้นสุด INBio จะมีอิสระที่ให้ ตัวอย่างที่เคยจัดหาให้ Merck แก่คู่สัญญาอื่น ๆ สำหรับสุขภาพมนุษย์ สุขภาพสัตว์หรือการใช้ในทางการเกษตร อย่างไรก็ตามจำนวนตัวอย่างไม่เกิน กว่า 1% ของทั้งหมดที่ INBio จัดหาให้ Merck Merck สามารถขยาย ระยะเวลาประเมินค่าแต่เพียงผู้เดียวตราบเท่าที่ Merck ดำเนินการอย่าง แข็งขันในการประเมินค่าตัวอย่างเพื่อใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ สิทธิผูกขาด จะสิ้นสุดลงหาก Merck เลิกโปรแกรมที่ผลิตผลิตภัณฑ์ที่ใช้ได้จาก ตัวอย่างในเชิงพาณิชย์

INBio สามารถปฏิเสธให้ตัวอย่างได้ หากตัวอย่างนั้นเป็นไปไม่ได้ที่ หาได้ด้วยเหตุผลที่สัมพันธ์กับการจัดส่ง เกี่ยวข้องกับชนิดพันธุ์ที่อยู่ในภาวะ อันตรายหรือเกี่ยวข้องกับทางชีววิทยา

Merck จะเสนอรายงานความก้าวหน้าเป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับกิจกรรมที่ใช้ตัวอย่างพิเศษในเชิงพาณิชย์ให้แก่ INBio อย่างน้อยปีละครั้ง

7. ความลับ (Confidentiality)

ตลอดระยะเวลาสัญญาและระยะเวลา 7 ปี หลังจากนั้นคู่สัญญาตกลง ไม่เปิดเผยข้อมูลความลับใด ๆ ที่ได้รับจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งภายใต้ความร่วมมือแก่คู่สัญญาฝ่ายที่สาม

คู่สัญญาแต่ละฝ่ายสามารถเผยแพร่ผลงานวิจัยร่วมกัน หลังจากที่ได้ให้โอกาสแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในการทบทวนผลงานที่จะเผยแพร่

8. การประดิษฐ์และสิทธิบัตร (Invention and Patents)

Merck จะเป็นเจ้าของสิ่งประดิษฐ์ที่ได้จากการร่วมมือทำวิจัยร่วมกัน และ Merck จะรับผิดชอบดำเนินการขอสิทธิบัตรอย่างเหมาะสม INBio จะได้รับค่าตอบแทนจากความร่วมมือในการประดิษฐ์ใด ๆ โดยรับเป็นค่าสิทธิจากยอดขายผลิตภัณฑ์ที่ได้รับไว้ในส่วน "การจ่ายเงิน" INBio ยังคงสิทธิที่จัดทำตัวอย่างให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่สามสำหรับการประเมินผลและการพัฒนาในเชิงพาณิชย์ในช่วงเวลาสิทธิผูกขาดจากสิทธิบัตร

9. การจ่ายเงิน (Payments)

Merck ตกลงที่จะจ่ายค่าสิทธิให้ INBio จากผลิตภัณฑ์ยาใดๆ สำหรับมนุษย์หรือสัตว์ที่มาจากรับสารประกอบเคมีทางการแพทย์ ซึ่งได้แยกเบื้องต้นจากหรือผลิตขึ้นจากตัวอย่างที่ INBio จัดหาให้ Merck ข้อตกลงค่าสิทธิที่ใช้รวมถึงผลิตภัณฑ์ใด ๆ ที่เป็นอนุพันธ์หรือคล้ายคลึงกับสารประกอบนั้น ข้อตกลงค่าสิทธิใช้กับสารประกอบเคมีที่ได้แยกจากตัวอย่างของสิ่งที่มีชีวิตในสิ่งแวดล้อมหรือจากตัวอย่างของเนื้อเยื่อสิ่งมีชีวิตที่ตายแล้ว

อัตราค่าสิทธิเป็นข้อมูลความลับทางธุรกิจและไม่ได้รับการเปิดเผย อัตราค่าสิทธิจะอยู่ในขอบเขตอัตราค่าสิทธิแต่ละแบบสำหรับข้อตกลงของประเภทนี้

Merck ตกลงบำรุงรักษาอย่างระมัดระวังถึงข้อมูล (records) ที่ซึ่งจะทำให้ Merck และ INBio รู้ถึงผลิตภัณฑ์ทั้งหมดที่จะได้รับค่าสิทธิ และสามารถให้ INBio ยืนยันความถูกต้องของรายงานค่าสิทธิจาก Merck ได้

10. เงินค่าเสียหาย (Indemnification)

Merck ตกลงชดใช้ค่าเสียหายให้ INBio จากการเรียกร้องใด ๆ ที่ยกขึ้นจากการใช้ประโยชน์จากตัวอย่างยกเว้นสำหรับข้อเรียกร้องใด ๆ ที่มีผลจากการขาดความระมัดระวังหรือการกระทำที่ผิดพลาดของ INBio เอง

Merck ตกลงยินยอมรับข้อกำหนดทั้งหมดและความต้องการอื่น ๆ ในการขอใช้ประโยชน์ของตัวอย่าง

11. ระยะเวลา (Term)

ระยะเวลาเริ่มต้นของข้อตกลงจะมีระยะเวลา 2 ปีนับจากวันที่สถานที่วิจัยพร้อมที่ดำเนินการ

สามเดือนก่อนการสิ้นสุดของระยะเวลาในครั้งแรกหรือการขยายเวลาใด ๆ หลังจากระยะเวลาครั้งแรก คู่สัญญาต้องเจรจาข้อกำหนดการขยายระยะเวลาของการร่วมมือ สำหรับระยะเวลาที่เพิ่มขึ้น Merck จะจัดหาเงินทุนเพิ่มขึ้นในจำนวนที่ตกลงกันเพื่อสนับสนุนงานของ INBio ตลอดระยะเวลาที่ขยายออกไป

12. การสิ้นสุด (Termination)

คู่สัญญาแต่ละฝ่ายสามารถยกเลิกข้อตกลงโดยแจ้งเป็นหนังสือภายใน 90 วัน นับจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง

คู่สัญญาแต่ละฝ่ายสามารถยกเลิกข้อตกลงหากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง กลายเป็นคนล้มละลาย (ทำการโอนผลประโยชน์ให้เจ้าหนี้) หรืออยู่ในกระบวนการฟ้องล้มละลาย

หากข้อตกลงสิ้นสุดข้อบังคับในเรื่อง ความลับ และ ข้อตกลงในค่า สิทธิต้องยังมีผลอยู่

13. การโอนและการให้ช่วงสิทธิ (Assignment and Sublicensing)

คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่สามารถโอนข้อตกลงได้

Merck สามารถให้ข้อตกลงการให้ช่วงสิทธิ (Sublicensing Agreement) โดยที่ Merck ยังคงรับผิดชอบต่อ INBio สำหรับภาระ หน้าที่ภายใต้ข้อตกลงและค่าสิทธิทั้งหมดที่จ่ายให้ INBio Merck ต้อง แจ้งให้ INBio ถึงผู้ได้ช่วงสิทธิ (Sublicense) ใด ๆ ซึ่งเกี่ยวข้องกับสิทธิ ในตัวอย่างหรือความลับรวมทั้งข้อมูลข่าวสารของ INBio

ข้อตกลงการสำรวจความหลากหลายทางชีวภาพระหว่าง INBio และ บริษัท Merck เป็นข้อตกลงทวิภาคีที่ได้รับการเปิดเผยต่อสาธารณะฉบับแรก “เนื้อหาของข้อตกลงดังกล่าว คือ สถาบัน INBio จะให้ความร่วมมือกับบริษัท Merck เพื่อรวบรวมสารสกัดเคมีจาก พืช แมลง และจุลชีพ สำหรับใช้ในการพัฒนายาของบริษัท Merck โดยบริษัทจะจัดสรรงบประมาณ 1 ล้านเหรียญสหรัฐ ให้กับสถาบัน INBio เป็นเวลา 2 ปี รวมทั้งการสนับสนุนด้านเทคนิคและการฝึกอบรมให้กับ สถาบันเพื่อพัฒนาศักยภาพในการทำงานวิจัยด้านยาของสถาบันเอง ตลอดจนการจ่ายค่าสิทธิ (Royalty) (จำนวนไม่เปิดเผย) ถ้ามีการพัฒนายานั้นเป็นผลิตภัณฑ์ออกจำหน่าย เงินที่ได้รับสถาบัน INBio จะจัดสรรงบประมาณ 10% ที่ได้รับให้กับกองทุนอุทยานแห่งชาติของ Costa Rica (National Park Fund) รวมทั้ง 50% ของรายได้จากค่าสิทธิ (Royalty) ที่สถาบันอาจจะได้รับ”⁴³

⁴³ วิฑูรย์ ปัญญากุล, “การสำรวจความหลากหลายทางชีวภาพ ความร่วมมือทางวิชาการ หรือ การแสวงหาประโยชน์” ภูมิปัญญาพื้นบ้านกับความหลากหลายทางชีวภาพ, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทเคล็ดไทย จำกัด, 2540) หน้า 94.

เนื้อหาของข้อตกลงดังกล่าว หากวิเคราะห์จะพบว่าสอดคล้องกับหลักการและวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพหลายประการคือ รัฐมีอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติที่ฝังอยู่ในดินแดนของประเทศและการเข้าถึงทรัพยากรเหล่านั้นจะต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์และเงื่อนไขภายใต้กฎหมายของประเทศนั้น (มาตรา 15 วรรคแรก) โดยผ่านสถาบัน INBio ซึ่งเป็นองค์กรของรัฐภายใต้เงื่อนไขการตกลงร่วมกัน (มาตรา 15 วรรค 4) ระหว่าง INBio และบริษัท Merck ซึ่ง Merck จะถ่ายทอดเทคโนโลยีในการผลิตยา (เฉพาะในเทคโนโลยีการเตรียมตัวอย่างเท่านั้น) ให้ INBio และ Merck จะได้รับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (มาตรา 16 วรรค 2 -และ วรรค 3) และการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร (มาตรา 17 วรรค 2) รวมทั้งความร่วมมือทางวิชาการและวิทยาศาสตร์ ในรูปการฝึกอบรมบุคลากรและการสร้างสถานที่วิจัยร่วมกัน (มาตรา 18 วรรค 4) อย่างไรก็ตาม ไม่มีข้อความส่วนใด ๆ ของข้อตกลงที่จะยอมรับกับความสำคัญของ "ภูมิปัญญา ประดิษฐ์กรรม และ ประเพณีปฏิบัติของชุมชนพื้นเมือง และท้องถิ่น" และกำหนดการแบ่งปันอย่างเท่าเทียม ซึ่งผลประโยชน์อันเกิดจากการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญา ประดิษฐ์กรรม และประเพณีปฏิบัตินั้น ๆ " (มาตรา 8 (ญ)) ทั้งที่พื้นที่ที่ INBio จะทำการสำรวจความหลากหลายทางชีวภาพนั้นมีเขตชุมชนของคนพื้นเมืองตั้งอยู่ด้วย อีกทั้งผู้ที่สถาบัน INBio จ้างมาทำการสำรวจ (Para-taxonomists) ตัวอย่างความหลากหลายทางชีวภาพนั้นส่วนหนึ่งก็คือคนพื้นเมืองนั่นเอง" ⁴⁴

ดังนั้นเมื่อเปรียบเทียบผลดีและผลเสียที่ Costa Rica จะได้รับจากข้อตกลงทวิภาคีระหว่างสถาบัน INBio และ บริษัท Merck พบว่า ผลดีส่วนใหญ่อยู่ในรูปเงินช่วยเหลือการวิจัยและการฝึกอบรมบุคลากร การถ่ายทอดเทคโนโลยีในการวิจัย และ ส่วนแบ่งค่าสิทธิ (Royalty) จำนวนไม่เปิดเผย หากได้มีการพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมเป็นผลิตภัณฑ์ยาออกจำหน่าย

ส่วนผลเสียมีหลายประการ คือ Merck จะผูกขาดตัวอย่างทรัพยากรพันธุกรรมเป็นเวลา 2 ปี INBio จะทำข้อตกลงอย่างเดียวกับ Merck ไม่ได้และหลังจาก 2 ปี

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน

แล้วยังผูกขาดทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้รับมาแล้วไม่เกิน 1% ของทั้งหมด ซึ่งโดยปกติเป็นปริมาณที่จะพัฒนาเป็นอุตสาหกรรมยาได้ และ Merck จะนำไปจดสิทธิบัตรเป็นเจ้าของได้ นอกจากนั้นหลังจากข้อตกลงสิ้นสุดแล้ว เป็นเวลา 7 ปี INBio จึงจะเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารต่าง ๆ ได้ และใน ส่วนสำคัญของข้อตกลง คือ ข้อตกลงนี้ไม่ได้ความสำคัญแก่ภูมิปัญญาประดิษฐ์กรรม และประเพณีปฏิบัติของชนพื้นเมือง ที่จะแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมให้แก่ผู้ทรงภูมิปัญญาดังกล่าว จึงอาจกล่าวได้ว่า ข้อตกลงการสำรวจความหลากหลายทางชีวภาพฉบับนี้ไม่ได้คุ้มครองและให้ความสำคัญแก่ภูมิปัญญาชาวบ้านว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเลย อย่างไรก็ตามข้อตกลงนี้เป็น "เงื่อนไขการตกลงร่วมกัน" ของคู่สัญญา จึงผูกพันเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น ดังนั้น INBio จึงอาจปรับปรุงข้อตกลงการสำรวจฯ กับคู่สัญญารายอื่นที่จะมีต่อไปให้เหมาะสมโดยให้ความสำคัญกับ ภูมิปัญญาชาวบ้านและการแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่ชนพื้นเมืองเพิ่มขึ้นก็ได้

อนึ่ง มีข้อสังเกตเพิ่มขึ้นอีกประการหนึ่ง คือ ข้อตกลงการสำรวจความหลากหลายทางชีวภาพดังกล่าวเป็นข้อตกลงที่ซ่อนเร้นไว้ในเรื่องการถ่ายทอดเทคโนโลยี เนื่องจาก การถ่ายทอดเทคโนโลยีในการผลิตยามีหลายประการ เช่น เทคโนโลยีในการเตรียมตัวอย่าง การสกัด และการทำเป็นยาสำเร็จรูป เป็นต้น แต่ข้อตกลงดังกล่าวไม่ได้ระบุชัดเจนในเรื่องการถ่ายทอดเทคโนโลยีผลิตยาว่าจะถ่ายทอดในกระบวนการผลิตใดบ้าง จึงเกิดปัญหาการตีความ ข้อตกลงที่พิจารณาตามลายลักษณ์อักษรกับเจตนารมณ์ของผู้ทำข้อตกลงไม่ตรงกันจึงเกิดปัญหาการถ่ายทอดเทคโนโลยีไม่ครบถ้วนสมบูรณ์ ดังนั้นการที่จะรักษาผลประโยชน์ของประเทศจากการทำข้อตกลงการสำรวจความหลากหลายทางชีวภาพตามอนุสัญญาฯ ในเรื่องการถ่ายทอดเทคโนโลยี การจัดทำข้อตกลงจึงจำเป็นต้องให้นักกฎหมายร่วมมือกับนักวิทยาศาสตร์ ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านในประเภทความหลากหลายทางชีวภาพที่จะทำข้อตกลง เช่น เภสัชกรสำหรับข้อตกลงในเรื่องสมุนไพร นักวิทยาศาสตร์สำหรับข้อตกลงในเรื่องการจัดการป่า เป็นต้น ร่วมกันจัดทำร่างข้อตกลงดังกล่าวโดยนักวิทยาศาสตร์มีหน้าที่วิเคราะห์และจำแนกชั้นตอนหรือกระบวนการ ส่วนนักกฎหมายมีหน้าที่จัดทำข้อตกลงการถ่ายทอดเทคโนโลยีให้ครอบคลุมครบถ้วนสมบูรณ์ทุกชั้นตอนหรือทุกกระบวนการตามที่นักวิทยาศาสตร์ได้จำแนกไว้