

บทที่ 3

ประเด็นสำคัญในการพิจารณาการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

3.1 แนวความคิดและหลักการที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

3.1.1 แนวความคิดในการพัฒนาอย่างยั่งยืน

แนวความคิดในการพัฒนาอย่างยั่งยืนนี้เป็นแนวคิดในด้านสิ่งแวดล้อมที่มีการผนวกเรื่องต้นทุนการใช้ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเข้ากับระบบเศรษฐกิจ รวมทั้งผนวกบทบาทและข้อคิดเห็นของประชาชนทุกกลุ่มประกอบไปกับกระบวนการทางการเมือง ในอันที่จะตัดสินใจในการดำเนินการใดๆ เพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยใช้ปัจจัยจากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นปัจจัยเพื่อดำเนินการดังกล่าว¹

แนวคิดนี้เริ่มเป็นที่รู้จักและแพร่หลายมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1987 ในฐานะรายงาน Brundtland ของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาของโลก ซึ่งได้ให้คำนิยามของการพัฒนาอย่างยั่งยืนไว้ว่า²

“การพัฒนาอย่างยั่งยืนคือการพัฒนาที่คำนึงถึงความต้องการของคนรุ่นปัจจุบันโดยปราศจากการทำลายความสามารถของคนรุ่นใหม่ในการทำให้บรรลุความต้องการ”

ในการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาที่กรุงริโอ เดอ จาเนโร ประเทศบราซิล ระหว่างวันที่ 3-14 มิถุนายน 1992 ที่ประชุมได้มีการกล่าวถึง เรื่องแนวทางการในการพัฒนาอย่างยั่งยืนไว้ในแผนปฏิบัติการที่ 21 (Agenda 21) โดยกำหนดเป็นแนวทางสำหรับการ

¹ ชุมเจตน์ กาญจนเกษร, อนุสัญญาและกฎหมายระหว่างประเทศ ที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางชีวภาพ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อม, 2539), หน้า 28.

² David Hunter, Julia Sommer and Scott Vaughan, Concepts and Principles of International Environmental Law: An Introduction, (Geneva, Switzerland, UNEP, 1994), p.6.

กำหนดนโยบายภาครัฐบาลและเอกชน และสำหรับทางเลือกของบุคคลในศตวรรษหน้า ทั้งนี้โดยมีการยืนยันถึงแนวความคิดในการพัฒนาที่ยั่งยืนที่สำคัญๆ ไว้ในหลักการที่ 3 และ 4 ดังนี้คือ

หลักการที่ 3 กำหนดว่า "สิทธิในการพัฒนาจะต้องเป็นไปโดยเท่าเทียมกันระหว่างความต้องการในการพัฒนาและความต้องการทางด้านสิ่งแวดล้อมของคนรุ่นปัจจุบันและคนรุ่นหลัง"

หลักการที่ 4 กำหนดว่า "เพื่อให้บรรลุจุดประสงค์ของการพัฒนาอย่างยั่งยืนนั้น การป้องกันสิ่งแวดล้อมจะต้องประกอบเข้ากับการพัฒนาด้านต่างๆ ซึ่งไม่สามารถแยกจากกันได้เลย"

ภายหลังจากการกำหนดแนวทางการพัฒนาอย่างยั่งยืนไว้ในแผนการปฏิบัติการที่ 21 แล้ว ทำให้ประเทศต่างๆ เริ่มนำแผนปฏิบัติการดังกล่าวมาใช้ในประเทศตน โดยการอนุมัติการแนวคิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนตามแผนปฏิบัติการ 21 เช่น ประเทศฟิลิปปินส์และสหรัฐอเมริกา ได้เริ่มก่อตั้งสมัชชาระดับสูงในการพัฒนาอย่างยั่งยืนขึ้น หรือประเทศนิวซีแลนด์ได้นำหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนมาใส่ไว้ในกฎหมายสิ่งแวดล้อมภายในประเทศ อย่างไรก็ตาม แผนปฏิบัติการ 21 นี้ยังคงเป็นเพียงหลักการและแนวทางกว้างๆ สำหรับประเทศทั้งหลายเพื่อนำไปใช้ปฏิบัติอันจะเป็นการส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนร่วมกันเท่านั้น แต่ไม่ได้มีการกำหนดรายละเอียดให้ประเทศต่างๆ นำไปปฏิบัติแต่อย่างใด

แนวความคิดในการพัฒนาอย่างยั่งยืนนี้ถูกนำมาใช้ในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพด้วย โดยได้มีการยืนยันถึงแนวความคิดนี้ไว้ในอรรถาธิบาย ดังนี้คือ

วรรค 5 "รัฐมีความรับผิดชอบต่อการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพและการใช้ทรัพยากรชีวภาพในแบบที่ยั่งยืน"

วรรค 13 "ตระหนักถึงบทบาทสำคัญอย่างยิ่งของสตรีที่มีต่อการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน"

วรรค 20 "สำนึกว่าการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืนเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่งยวดในอันที่จะสนองความปรารถนาของประชากรโลกที่กำลังทวีจำนวนขึ้นทางด้านอาหาร สุขภาพและอื่นๆ ซึ่งโดยเจตนาของอนุสัญญาและการใช้

ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืนนั้น การเข้าถึงและการแบ่งปันทั้งทรัพยากรพันธุกรรมและเทคโนโลยีเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่ง”

วรรค 22 “ปรารถนาที่จะเสริมสร้างและทำให้การดำเนินงานระหว่างนานาชาติในการอนุรักษ์ทางชีวภาพและการใช้ประโยชน์องค์ประกอบความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืนสมบูรณ์ขึ้น”

วรรค 23 “ตกลงใจที่จะอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืนเพื่อผลประโยชน์ของชนรุ่นปัจจุบันและอนาคต”

นอกจากนี้อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพยังได้มีการนำแนวความคิดในการพัฒนาอย่างยั่งยืนนี้มาใช้ โดยกำหนดให้การใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนในองค์ประกอบความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งถือว่าการใช้ประโยชน์ทรัพยากรในทางที่จะก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืน เป็นวัตถุประสงค์ที่สำคัญประการที่สอง ของอนุสัญญาฯ ทั้งโดยได้กำหนดไว้ในมาตรา 1 ดังนี้คือ

“โดยการดำเนินการโดยสะดวกสอดคล้องกับข้อกำหนดที่เกี่ยวข้อง วัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ นี้ ได้แก่ การอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ การใช้ประโยชน์องค์ประกอบความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืนและการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมอย่างยุติธรรมและเท่าเทียม โดยการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมอย่างเหมาะสม และโดยการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องอย่างเหมาะสม โดยคำนึงถึงสิทธิทั้งหมดเหนือทรัพยากรและเทคโนโลยี และโดยการสนับสนุนทุนอย่างเหมาะสม”

ส่วนการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพมีลักษณะอย่างไรนั้น อนุสัญญาฯ ได้กำหนดนิยามความหมายไว้ใน มาตรา 2 โดยกำหนดว่า “การให้ประโยชน์อย่างยั่งยืน คือการใช้ องค์ประกอบความหลากหลายทางชีวภาพในวิถีทางและด้วยอัตราที่จำไม่นำไปสู่การลดลงของความหลากหลายทางชีวภาพระยะยาว ทั้งนี้โดยรักษาศักยภาพความหลากหลายทางชีวภาพเพื่อสนองความต้องการและความปรารถนาของชนรุ่นปัจจุบันและในอนาคต”

การที่อนุสัญญาฯ กำหนดให้มีการใช้ประโยชน์องค์ประกอบความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืนเป็นวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ และได้กำหนดไว้ในอรรถาภิธาน วรรค 2 ให้ภาคีสำนึกว่าการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่งที่จะก่อให้เกิดในการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืนนั้น แสดงให้เห็นได้ว่าอนุสัญญาฯ ต้องการให้การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ เป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดการใช้ประโยชน์องค์ประกอบความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน

เมื่อพิจารณาถึงอนุสัญญาฯ มาตรา 15 ที่กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมแล้ว จะพบได้ว่าการกำหนดให้รัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนำเรื่องการ उपयोगประโยชน์องค์ประกอบความหลากหลายทางชีวภาพนี้มาใช้ โดยในมาตรา 15 วรรค 2 กำหนดเอาไว้ว่า

“แต่ละภาคีจักต้องพยายามในการสร้างเงื่อนไขเพื่อเอื้ออำนวยแก่ภาคีอื่นๆ ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อการใช้ประโยชน์อย่างเหมาะสมต่อสิ่งแวดล้อม และไม่ใช้ข้อกำหนดซึ่งขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ”

จากมาตรา 15 วรรค 2 แสดงให้เห็นว่าอนุสัญญาฯ กำหนดให้เป็นหน้าที่ของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ที่จะต้องไม่ใช่ข้อกำหนดใดที่เป็นการขัดแย้งต่อการ उपयोगความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืนซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ที่สำคัญประการหนึ่งของอนุสัญญาฯ เช่น จะต้องไม่ทำการกำหนดให้มีการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมในวิถีทางและด้วยอัตราที่จำไม่นำไปสู่การลดลงของความหลากหลายทางชีวภาพระยะยาว ทั้งนี้โดยรักษาศักยภาพความหลากหลายทางชีวภาพเพื่อสนองความต้องการและความปรารถนาของคนรุ่นปัจจุบันและในอนาคต

อย่างไรก็ตามหน้าที่หรือพันธกรณีของรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมที่จะต้องพยายามไม่กำหนดข้อกำหนดที่เป็นการขัดแย้งต่อการ उपयोगประโยชน์องค์ประกอบความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน โดยการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของภาคีอื่นๆ นี้ มีน้ำหนักหรือสภาพบังคับในทางระหว่างประเทศที่อ่อนมาก ในขณะที่เดียวกันแม้ว่าในมาตรา 15 วรรค 1 จะกำหนดให้รัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติมีเพียงสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติภายในดินแดนของตนก็ตาม แต่ในมาตรา 15 วรรค 1 ตอนท้ายก็กำหนดให้อำนาจในการพิจารณาการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมขึ้นอยู่กับรัฐบาลแห่งชาติและอยู่ภายใต้กฎระเบียบของรัฐเจ้าของทรัพยากร

พันธกรรม แสดงให้เห็นถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธกรรมในการควบคุม การเข้าถึงทรัพยากรพันธกรรม

ดังนั้นรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธกรรมจึงไม่ต้องกำหนดให้มีการใช้ประโยชน์องค์ ประกอบความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน โดยผ่านการเข้าถึงทรัพยากรพันธกรรมของ ภาคีอื่นก็ได้ แต่อย่างไรก็ตามรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธกรรมก็ยังคงมีหน้าที่ๆ จะต้องไม่กระทำ การที่เป็นการขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา ซึ่งรวมถึงการใช้ประโยชน์องค์ประกอบ ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน ฉะนั้นในการใช้ประโยชน์หรือกำหนดกฎระเบียบในการ เข้าถึงทรัพยากรพันธกรรมของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธกรรมนั้นจะต้องเป็นไปในลักษณะของการ ใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน กล่าวคือ ต้องดำเนินการให้มีการใช้ทรัพยากรพันธกรรมในวิถีทางและด้วย อัตราที่จำไม่นำไปสู่การลดลงของความหลากหลายทางชีวภาพระยะยาว ทั้งนี้โดยรักษาศักยภาพ ความหลากหลายทางชีวภาพเพื่อสนองความต้องการและความปรารถนาของคนรุ่นปัจจุบันและใน อนาคตด้วย

3.1.2 แนวความคิดการมีส่วนร่วมของชุมชนท้องถิ่น

แนวความคิดในการเพิ่มบทบาทและการมีส่วนร่วมของชุมชนพื้นเมืองหรือท้องถิ่น ในการจัดการสิ่งแวดล้อมนี้ เกิดขึ้นจากแนวความคิดในการพัฒนาอย่างยั่งยืนที่เป็นการผนวกค่าใช้จ่ายในด้านสิ่งแวดล้อมเข้ากับระบบการพัฒนาเศรษฐกิจ และยังเป็น การผนวกหรือรวบรวมผล เมืองให้เข้าสู่ระบบการเมืองอีกด้วย จะเห็นได้จาก The Brundtlan Report ซึ่งเป็นรายงานที่กล่าว ถึงแนวความคิดในการพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ทำการยอมรับและสรุปว่า³

"สิ่งที่ตามมาจากการพัฒนาอย่างยั่งยืน คือ ระบบการเมืองที่พลเมืองสามารถมีส่วนร่วมใน การตัดสินใจอย่างมีประสิทธิภาพ"

จาก The Brundtland Report แสดงให้เห็นถึงความต้องการให้พลเมืองมีส่วนร่วมใน ระบบการเมือง โดยเฉพาะในการพัฒนาอย่างยั่งยืน จึงถือได้ว่าเป็นการเพิ่มบทบาทของพลเมืองซึ่ง

³ David Hunter, Julia Sommer and Scott Vaughan, Concept and Principle of International Environment Law: an Introduction, p.10.

หมายรวมถึงชุมชนพื้นเมืองหรือท้องถิ่นให้มีส่วนร่วมในการผนวกเรื่องสิ่งแวดล้อมเข้ากับการพัฒนาระบบเศรษฐกิจ อันเป็นการจัดการทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อมที่มีอยู่อย่างมีประสิทธิภาพด้วย เหตุผลที่สำคัญของการเพิ่มบทบาทของพลเมืองดังกล่าวก็คือ พลเมืองเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยตรงทั้งหมดในความเสี่ยงด้านสิ่งแวดล้อมนี้เกิดจากการตัดสินใจในการพัฒนา และยังเป็นผู้ที่มีความตื่นตัวและปกป้องสิ่งแวดล้อมได้อย่างมีประสิทธิภาพอีกด้วย

แนวความคิดในการมีส่วนร่วมของพลเมืองหรือชุมชนนี้ เป็นแนวความคิดที่มีลักษณะเป็นหลักการปกครองตนเองในทางรัฐศาสตร์ ซึ่งต้องการให้ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพในการกำหนดแนวทางการดำรงชีพของตน โดยแบ่งแยกลักษณะการมีส่วนร่วมเป็น 2 ลักษณะคือ⁴

1). การมีส่วนร่วมของพลเมืองหรือชุมชนท้องถิ่นในระดับต่ำ (Top-down Approach) มีลักษณะสำคัญคือ รัฐเป็นผู้เล็งเห็นปัญหาและขอความร่วมมือจากชุมชนให้ร่วมพัฒนาสิ่งแวดล้อมในชุมชนของตนการมีส่วนร่วมในระดับนี้ยังไม่ทำให้ชุมชนเข้ามีส่วนร่วมโดยสมบูรณ์ตามความเป็นจริง เนื่องจากมีข้อจำกัดด้านการเงิน เศรษฐกิจและสถานภาพทางสังคมของประชาชนนั้นๆ กล่าวคือ หากชุมชนผู้เข้าร่วมมีฐานะการเงิน เศรษฐกิจ และสถานภาพทางสังคมที่ย่อมมีส่วนผลักดันการมีส่วนร่วมของชุมชนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพในทางกลับกัน หากฐานะทั้ง 3 ประการของชุมชนดังกล่าวไม่ดีพอก็จะส่งผลกระทบต่อกรเข้าร่วมโดยจะทำให้ไม่เกิดประสิทธิภาพอย่างเพียงพอ และมีผลกระทบต่อนโยบายของรัฐบาลอีกด้วย

2). การมีส่วนร่วมของชุมชนในระดับสูง (Bottom up Approach) มีลักษณะที่สำคัญ คือ ชุมชนเป็นผู้เล็งเห็นปัญหาและมีความประสงค์จะเข้าร่วมในการแก้ไขปัญหา นั้น โดยสมัครใจ โดยรัฐบาลเป็นผู้ให้การสนับสนุนในด้านต่างๆ เช่น การเงิน ความรู้และข้อมูลต่างๆ

⁴ เรณี ศลิปวุฒิ, "การวิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับปัญหาสิ่งแวดล้อมเป็นพิษจากการพัฒนาอุตสาหกรรมหลัก : ศึกษากรณีโครงการพัฒนาฝั่งทะเลตะวันออก" (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต แผนกนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย, 2531), หน้า 67 อ้างถึงใน ชมภัทร วิทยวัฒน์ "ข้อพิจารณาของไทยในด้านทรัพยากรพันธุกรรมพืชสำหรับการเข้าร่วมอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ", (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 40.

แนวความคิดในการมีส่วนร่วมของชุมชนท้องถิ่นนี้ถูกนำมาใช้ในด้านสิ่งแวดล้อม โดยได้มีการยืนยันไว้ในปฏิญญาริโอ (Rio Declaration) หลักการที่ 10 โดยกำหนดว่า⁵

“ประเด็นปัญหาสิ่งแวดล้อมนั้นสามารถจัดการให้ดีที่สุดได้โดยการมีส่วนร่วมของพลเมืองมีเกี่ยวข้องกับทั้งหมดทุกระดับชั้น ในระดับชาติปัจเจกชนแต่ละคนจะต้องสามารถเข้าถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมได้อย่างเหมาะสม โดยผ่านทางอำนาจมหาชน รวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับวัตถุอันตรายกิจกรรมในชุมชน และการมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจอย่างเหมาะสมด้วย รัฐจะต้องเอื้ออำนวยและจูงใจให้สาธารณชนตระหนักและมีส่วนร่วมในการจัดเตรียมข้อมูลที่ได้อย่างกว้างขึ้น และจะต้องจัดให้มีการเข้าถึงข้อมูลอย่างมีประสิทธิภาพทั้งในด้านตุลาการและกระบวนการปกครองรวมกับการรักษาและการเยียวยาความเสียหายด้วย”

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพก็เป็นกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศฉบับหนึ่งที่มีการนำแนวคิดในการมีส่วนร่วมของชุมชนท้องถิ่นนี้มาใช้ โดยการกำหนดให้พลเมืองโดยเฉพาะชุมชนท้องถิ่นมีส่วนร่วมในการจัดการความหลากหลายทางชีวภาพ โดยมีการยืนยันหลักการไว้ในอรรถบทวรรคที่ 12 และมาตรา 8 (เจ) ของอนุสัญญา ดังนี้คือ

อรรถบทวรรคที่ 12 กำหนดให้สมาชิก “ตระหนักถึงการพึ่งพาอาศัยอย่างใกล้ชิด และตามขนบธรรมเนียมเดิมของชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่น ซึ่งให้ทรัพยากรชีวภาพในการดำเนินชีวิตตามขนบธรรมเนียมประเพณีเดิม และตระหนักถึงความปรารถนาในอันที่จะมีการแบ่งปันอย่างเท่าเทียมซึ่งผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ภูมิปัญญา ประดิษฐ์กรรมและการถือปฏิบัติขนบประเพณีที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน”

และมาตรา 8 (เจ) กำหนดไว้ว่า “ภายใต้กฎข้อบังคับแห่งชาติ ให้ภาคีเคารพ ส่งเสริมรักษาและดำรงไว้ซึ่งภูมิปัญญา ประดิษฐ์กรรม และการถือปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่น ซึ่งปรากฏในการดำเนินชีวิตตามขนบประเพณีเดิม ซึ่งเกี่ยวกับการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน และส่งเสริมการประยุกต์ใช้อย่างกว้างขวางขึ้น ด้วยความเห็นชอบและการเข้ามีส่วนร่วมของผู้ทรงภูมิปัญญา”

⁵ David Hunter , Juria Sommer and Scott Vaughan, Concept and Principle of International Environment Law: An Introduction. p.12.

จากอรััมภท และ มาตรา 8 (เจ) ข้างต้นเป็นการยืนยันให้รัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรชีวภาพจะต้องคำนึงถึงบทบาทชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่นในการใช้ทรัพยากรชีวภาพและการแบ่งปันผลประโยชน์จากใช้ทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งได้แก่การกำหนดให้ชุมชนท้องถิ่นเข้ามีส่วนร่วมในการใช้และแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพ

นอกจากนี้ในประเด็นเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ของอนุสัญญาฯ ก็เป็นเรื่องหนึ่งที่มีความเกี่ยวข้องของแนวความคิดนี้ แม้ว่าจะไม่ได้มีกำหนดให้มีการนำแนวความคิดนี้มาใช้โดยตรงก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติแล้วรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็ต้องนำแนวความคิดนี้มาใช้ กล่าวคือ ในมาตรา 15 วรรค 1 กำหนดให้รัฐภาคีมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตน และกำหนดให้รัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมยังคงมีอำนาจอธิปไตยในการกำหนดพิจารณาการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งได้แก่ทรัพยากรธรรมชาติทุกชนิดมีอยู่ภายในดินแดนของรัฐนั้น อย่างไรก็ตามในความเป็นจริงแล้วทรัพยากรพันธุกรรมภายในประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนั้นไม่ได้เป็นทรัพยากรพันธุกรรมของรัฐบาลทั้งหมด แต่เนื่องจากมีทรัพยากรพันธุกรรมบางชนิดและในบางพื้นที่เป็นของเอกชนและชุมชนท้องถิ่น รัฐบาลของรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจึงไม่สามารถออกกฎระเบียบบังคับให้เอกชนหรือชุมชนท้องถิ่นยินยอมให้ภาคีอื่นเข้าถึงฯ เพราะเป็นการขัดสิทธิในทางแพ่งของบุคคลตามกฎหมายภายในและตามรัฐธรรมนูญของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนั้น โดยเฉพาะรัฐที่เป็นประชาธิปไตยเช่น ประเทศไทย

การที่ทรัพยากรพันธุกรรมในรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม อยู่ในความครอบครองเอกชนและชุมชนท้องถิ่นนี้ ทำให้การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในความเป็นจริงตามอนุสัญญาฯ ไม่ได้จำกัดอยู่เพียงระดับรัฐกับรัฐซึ่งมีฐานะเป็นบุคคลในทางระหว่างประเทศเท่านั้น แต่ยังมี การเข้าถึงฯ ในระดับรัฐกับเอกชนและระดับเอกชนกับเอกชนด้วย เมื่อมีเอกชนและชุมชนท้องถิ่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับ การเข้าถึงฯ แล้ว การจัดให้เอกชนและชุมชนท้องถิ่นเข้ามามีบทบาทในการจัดการและควบคุมการเข้าถึงฯ จึงนับได้ว่าเป็นทางออกที่ดีที่สุดสำหรับรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมโดยไม่ขัดต่อสิทธิในทางแพ่งของเอกชนและชุมชนท้องถิ่นที่เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

3.1.3 หลักอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ

หลักอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ (Permanent Sovereignty over natural Resources) นี้ได้รับการพัฒนามาจากหลักการกำหนดตนเอง (self-determination) ซึ่งปรากฏให้เห็นในหลายมาตราของกฎบัตรสหประชาชาติ (United Nation Charter) ในรูปของ

“หลักการของสิทธิที่เท่าเทียมกันและการกำหนดอนาคตตนเองของประชาชน” (The Principle of Equal Rights and Self-Determination of Peoples) และต่อมาในวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1952 ได้มีมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 626 ออกมาว่าให้รัฐต่างๆ ทำการสนับสนุนแนวความคิดเรื่องการกำหนดอนาคตทางเศรษฐกิจของตนเอง และในปี ค.ศ. 1954 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ร้องขอให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนทำการพิจารณาเกี่ยวกับหลักการอำนาจอธิปไตยถาวรของประชาชนเหนือทรัพยากรและทรัพย์สินสมบัติของตน โดยคำนึงสิทธิและหน้าที่ของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศและคำนึงถึงความร่วมกันทางระหว่างประเทศเพื่อการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจของประเทศกำลังพัฒนา⁶

ต่อมาในวันที่ 12 ธันวาคม ปี ค.ศ. 1958 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติที่ 1314 ว่าสิทธิของประชาชนและชาติในการกำหนดตนเองนั้นมีความหมายรวมถึงอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรของรัฐด้วยและตามมติดังกล่าวก็ได้มีการตั้งคณะกรรมการอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติขึ้น เพื่อดำเนินการร่วมกันกับสมัชชาสังคมและเศรษฐกิจของสหประชาชาติ

ต่อมาเมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 1962 ได้มีมติของสหประชาชาติที่ 1803 ซึ่งพัฒนามาจากการจัดระเบียบเศรษฐกิจใหม่ระหว่างประเทศและกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ทางเศรษฐกิจของรัฐ โดยมีการประกาศว่า⁷

- 1) รัฐทั้งหลายทั้งปวงมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตน โดยจะต้องใช้สิทธิเพื่อประโยชน์ของการพัฒนาประเทศด้อยพัฒนาและความอยู่ดีกินดีของประชาชนในรัฐ
- 2) การสำรวจ การพัฒนา และการจัดการทรัพยากร รวมทั้งการนำเงินทุนต่างประเทศเข้ามาในประเทศ ควรสอดคล้องกับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขว่าจำเป็นและสมควรประการใดเหมาะสมกับกิจการหรือไม่
- 3) เงินทุนที่นำเข้าและเงินที่หามาได้จากแหล่งเงินทุนนั้นจะต้องอยู่ภายใต้การบังคับตามข้อสัญญาที่กำหนดไว้ นอกจากนี้ยังต้องอยู่ภายใต้กฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ ถ้าไรที่ได้จะต้องแบ่งกันตามสัดส่วนนี้ได้ตกลงกันได้ตามแต่กรณี ระหว่างผู้ลงทุน

⁶ Ian Brownlie, “The New International Economic Order,” p.225-256.

⁷ Ibid., p.257-258.

และรัฐผู้รับ โดยมั่นใจว่าจะไม่มีการอ้างหลักสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากร ทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้ลงทุนนั้น

4) การโอนเป็นของชาติ การเวนคืน หรือการเรียกเกณฑ์จะทำได้ด้วยเหตุผลเพื่อสาธารณประโยชน์ ความมั่นคงหรือผลประโยชน์ของชาติซึ่งได้รับการยอมรับว่าเหนือผลประโยชน์ของเอกชนทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ ในกรณีเช่นนี้เจ้าของจะได้รับค่าตอบแทนอย่างเหมาะสมตามหลักกฎหมายที่บังคับในรัฐซึ่งใช้มาตรการนั้น ในการใช้อำนาจอธิปไตยตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

5) การใช้อธิปไตยโดยอิสระเพื่อประโยชน์ของประชาชนและของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ จะต้องได้รับการส่งเสริมโดยการเคารพสิทธิซึ่งกันและกันขึ้นอยู่กับความเสมอภาคทางด้านอธิปไตย

6) ความร่วมมือทางระหว่างประเทศในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศกำลังพัฒนา ทั้งจากเงินทุนจากมหาชนและเอกชน การแลกเปลี่ยนสินค้า จะต้องเป็นการพัฒนาของชาติที่เป็นอิสระและจะต้องเคารพในอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติ

7) การละเมิดสิทธิของประชาชนและของรัฐ สำหรับอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติเป็นการขัดเจตนาธรรมและหลักการของกฎบัตรสหประชาชาติกับทั้งเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาความร่วมมือระหว่างประเทศและการธำรงรักษาไว้ซึ่งสันติภาพ

8) ข้อตกลงในการลงทุนของต่างชาติจะต้องมีผลบังคับใช้ มีความสุจริตและเคารพอย่างเคร่งครัดต่ออำนาจอธิปไตยของประชาชนและชาติเหนือทรัพยากรธรรมชาติ ทั้งนี้โดยเป็นไปตามกฎบัตรและหลักการที่มีผลบังคับใช้ในมติปัจจุบัน

จากมติ 1803 ข้างต้น แม้จะได้มีการยอมรับแนวคิดอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรของรัฐเอาไว้ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงกฎบัตรสหประชาชาติแล้ว จะเห็นได้ว่าข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติดังกล่าวนั้นไม่ได้มีฐานะกฎหมายระหว่างประเทศแต่มีฐานะเป็นเพียงที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น อย่างไรก็ตามหากข้อมติดังกล่าวได้รับการยอมรับจากรัฐสมาชิกต่างๆ และได้รับการนำไปปฏิบัติโดยรัฐต่างๆ แล้ว มติดังกล่าวก็อาจถูกนำมาใช้เพื่อพิสูจน์เป็นหลักฐานในฐานะของกฎหมายจารีตระหว่างประเทศนี้ได้

ต่อมาแนวความคิดอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาตินี้ก็ถูกนำมากำหนดไว้เป็นหลักการอย่างชัดเจนในกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ทางเศรษฐกิจของรัฐ ค.ศ. 1974 ฉะนั้นปัญหาที่ว่าแนวคิดนี้มีผลผูกพันกฎหมายหรือไม่จึงหมดไป ทั้งนี้ได้มีการกำหนดหลักอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติไว้ในกฎบัตรดังนี้คือ บทที่ 1 ซึ่งกำหนดถึงองค์ประกอบ

ความสัมพันธ์ของเศรษฐกิจระหว่างประเทศ โดยกำหนดว่าเศรษฐกิจ สังคม และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่างๆ จะต้องถูกควบคุมโดยหลักการต่อไปนี้คือ หลักอำนาจอธิปไตยที่เท่าเทียมกันของรัฐต่างๆ หลักการไม่ก้าวร้าวซึ่งกันและกัน และหลักการสนับสนุนความยุติธรรมทางสังคมระหว่างประเทศ

บทที่ 2 ได้กำหนดถึงสิทธิและหน้าที่ของรัฐในทางเศรษฐกิจ โดยมาตรา 1 กำหนดว่า “รัฐทุกรัฐมีอำนาจอธิปไตยและสิทธิที่จะเลือกระบบเศรษฐกิจของตน เช่นเดียวกันกับในทางการเมือง สังคม และวัฒนธรรม โดยเป็นไปตามเจตจำนงของประชาชนโดยปราศจากแรงผลักดัน ช่มชู้จากภายนอกในทุกๆ ทาง” และมาตรา 2 กำหนดว่า “รัฐทุกรัฐจะต้องใช้อำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติทรัพยากรสิน และกิจกรรมทางเศรษฐกิจ”

จากที่กล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า หลักอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติของรัฐหมายความว่า รัฐมีเสรีภาพเต็มที่ที่จะใช้หรือสำรวจทรัพยากรตามวิธีการของตน

อย่างไรก็ตาม ต่อมาได้มีการพัฒนาแนวความคิดเรื่องความห่วงใยร่วมกันของมวลมนุษยชาติ (Common Concern of Humankind) ซึ่งเป็นแนวความคิดที่ยอมรับว่าทรัพยากรธรรมชาติมีความสำคัญต่อการคงอยู่ของโลกและสิ่งมีชีวิตทั้งหลาย และการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติไม่ใช่หน้าที่ของชาติใดชาติหนึ่ง แต่เป็นสิ่งที่จะต้องเกิดจากการกระทำซึ่งร่วมมือกันในทางระหว่างประเทศ รวมถึงการพัฒนาเครื่องมือในด้านกฎหมายที่เหมาะสม⁸

แนวความคิดนี้แสดงให้เห็นได้ว่าทรัพยากรธรรมชาติไม่ใช่สมบัติของรัฐใดรัฐหนึ่ง แต่เป็นสมบัติของมวลมนุษยชาติ และเป็นสิ่งที่ทุกๆ รัฐในโลกนี้จะต้องร่วมกันอนุรักษ์ไว้ ดังนั้นรัฐต่างๆ จึงไม่ได้มีอำนาจเต็มที่ในการสำรวจ และใช้ทรัพยากรธรรมชาติภายในดินแดนของตนอีกต่อไป แต่รัฐมีสิทธิที่จะใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างมีเงื่อนไขตามที่กฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้นตัวอย่างที่เห็นได้คือ

⁸ Lyle Glowka, Francois Burhene-Guilimin and Hugh Synge. A Guide to Convention on Biological Diversity. (IUCN, 1996), p.10.

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 ได้กำหนดข้อจำกัดในการใช้อำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติของรัฐไว้ในมาตรา 3 โดยสอดคล้องกับสอดคล้องกับปฏิญญาริโอ หลักการที่ 2 ดังนี้คือ⁹

“ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ รัฐมีสิทธิอธิปไตยที่จะใช้ทรัพยากรของตนตามนโยบายสิ่งแวดล้อมของตนเอง และตามความรับผิดชอบเพื่อให้หลักประกันว่ากิจกรรมในความรับผิดชอบหรือในความควบคุมไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่นหรือของพื้นที่นอกเหนือเขตอำนาจของชาติ”

จากที่กล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นได้ว่า ต่อไปนี้รัฐไม่ได้มีอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติ แต่รัฐมีเพียงสิทธิอธิปไตยในการใช้ และสำรวจทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งเป็นการใช้สิทธิอย่างมีเงื่อนไขคือจะต้องไม่กระทำการใดที่เป็นความเสียหายต่อรัฐอื่นหรือพื้นที่นอกเหนือเขตอำนาจของชาติ

นอกจากนี้ในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพยังได้กำหนดยอมรับแนวคิดเรื่องความห่วงใยร่วมกันของมวลมนุษยชาติเอาไว้ในอรรถบท วรรคที่ 3 โดยยืนยันว่า

“การอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ เป็นความห่วงใยร่วมกันของมวลมนุษยชาติ”

การที่อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพได้มีการยอมรับแนวคิดเรื่องความห่วงใยร่วมกันของมวลมนุษยชาติ ซึ่งเป็นการยอมรับว่าทรัพยากรธรรมชาติเป็นสมบัติของมวลมนุษยชาติ นั้น แสดงให้เห็นได้ว่าอนุสัญญาฯ ไม่ได้นำเอาหลักอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติมาใช้ ซึ่งยอมรับว่ารัฐมีอำนาจเต็มที่ในการสำรวจ และใช้ทรัพยากรธรรมชาติในทางตรงกันข้ามอนุสัญญาฯ ได้ยืนยันเอาไว้ว่ารัฐมีเพียงสิทธิที่จะใช้ทรัพยากรธรรมชาติได้เท่าที่อนุสัญญาฯ กำหนดไว้เท่านั้น ทั้งนี้จะเห็นได้จากการที่อนุสัญญาฯ ได้ยืนยันเอาไว้ในอรรถบท วรรคที่ 4 ว่า

“รัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพของตน”

⁹ Biome Bilderbeek, Biodiversity and International Law. (Netherlands: IOS Press, 1992), p.79.

การกำหนดเช่นนี้แสดงให้เห็นได้ว่ารัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติมีเพียงสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งหมายความว่ารัฐจะสามารถใช้สิทธิโดยมีเงื่อนไขคือจะต้องใช้สิทธิตามที่อนุสัญญาฯ กำหนดไว้เท่านั้น

นอกจากนี้อนุสัญญาฯ ยังได้มีการนำแนวความคิด

นอกจากนี้อนุสัญญาฯ ยังได้นำแนวความคิดเรื่องความห่วงใยร่วมกันของมวลมนุษยชาติ นี้มาใช้กับเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ด้วย ทั้งนี้จะเห็นได้จากมาตรา 15 ซึ่งกำหนดไว้ว่า

“โดยตระหนักถึงสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตน อำนาจในการพิจารณากำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมขึ้นอยู่กับรัฐบาลแห่งชาติและอยู่ภายใต้กฎระเบียบของชาตินั้นๆ”

จากมาตรา 15 วรรค 1 นี้แสดงให้เห็นได้ว่ารัฐภาคีไม่ได้มีอำนาจเต็มที่ในการสำรวจ และใช้ทรัพยากรธรรมชาติภายในดินแดนของตนอีกต่อไป แต่รัฐมีเพียงสิทธิใช้ทรัพยากรธรรมชาติตามที่อนุสัญญาฯ กำหนดไว้เท่านั้น

3.1.4 หลักการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในทรัพยากรชีวภาพ

หลักการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในทรัพยากรพันธุกรรมนี้เกิดขึ้นจากความต้องการที่จะเป็นเจ้าของในทรัพยากรชีวภาพ ที่ได้ผ่านขบวนการประดิษฐ์ขึ้นมาใหม่ ซึ่งในปัจจุบันนี้เราอาจจะสรุปพัฒนาการและลักษณะของหลักการคุ้มครองทรัพยากรทางปัญญาในทรัพยากรชีวภาพ ได้ 2 ประเภทด้วยกันคือ

1) สิทธิของนักผสมพันธุ์พืช (Plant Breeder's Rights : PBRs)

สิทธิของนักผสมพันธุ์นี้เริ่มต้นในปี ค.ศ. 1960 โดยสะท้อนให้เห็นในอนุสัญญาว่าการป้องกันความหลากหลายของพันธุ์พืชใหม่ 1960 (The Union for the Protection of New Varieties : UPOV) ในรูปแบบของสิทธิของนักผสมพันธุ์พืช อย่างไรก็ตามอนุสัญญาฉบับนี้ก็ยังคงยกเล็กไป โดยการต่อต้านจากประเทศพัฒนาแล้ว เนื่องจากในอนุสัญญาได้มีการให้ความคุ้มครอง

สิทธิบัตรของเกษตรกรไว้พร้อมๆกันด้วย ต่อมาในปี 1991 ในอนุสัญญาว่าด้วยการปกป้องความหลากหลายทรัพยากรพืช (The Union for the Protection of New Varieties of Plant 1991) ได้รับการพัฒนาขึ้นมาใหม่โดยประเทศพัฒนาแล้วในปี ค.ศ. 1991 โดยมีการกำหนดให้มีการคุ้มครองแก่ผู้ที่ปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ได้สำเร็จ และมีการกำหนดคุณสมบัติของพันธุ์พืชใหม่นี้จะได้รับความคุ้มครองว่าจะต้องมีคุณสมบัติตามในสามประการ คือ

- 1) จะต้องเป็นพันธุ์ที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากพันธุ์พืชที่มีการซื้อขายหรือใช้กันอยู่แต่เดิม (Distention)
- 2) จะต้องเป็นพันธุ์ที่เมื่อนำไปปลูกแล้ว จะให้ต้นและผลสม่ำเสมอหรือกลมกลืนในแต่ละกลุ่ม (Aniformit)
- 3) ถ้านำพันธุ์จากต้นที่ได้จากพันธุ์ที่เริ่มต้นไปปลูกในรุ่นต่อไป จะไม่กลายเป็นพันธุ์ (stability)

อนุสัญญา UPOV 1991 ได้รับการยอมรับในเฉพาะในหมู่ประเทศพัฒนาแล้วเท่านั้นและในที่สุดสัญญายกเลิกไป แต่อย่างไรก็ตามประเทศพัฒนาแล้วก็พยายามที่จะกำหนดกฎหมายภายในของตนให้มีการยอมรับสิทธิของนักผสมพันธุ์พืชตลอดมา

- 2). ระบบการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพตามความตกลงทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญา (TRIPs)

ข้อตกลงทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญานี้ เป็นข้อตกลงหนึ่งภายใต้องค์การการค้าโลก ที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไว้อย่างกว้างขวาง และในระหว่างการเจรจาจัดทำข้อตกลงนี้ ประเทศต่างๆ ได้มีการถกเถียงกันอย่างกว้างขวางในส่วนของเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพว่าควรมีข้อจำกัดอย่างไร โดยได้มีการเห็นจากกลุ่มต่างๆ เป็น 3 แนวทางด้วยกันคือ

แนวทางที่ 1 ทุกประเทศต้องคุ้มครองการประดิษฐ์ในสิ่งมีชีวิตโดยปราศจากเงื่อนไขใดๆ

แนวทางที่ 2 ประเทศในยุโรปและประเทศกำลังพัฒนาเสนอว่าควรมีการยกเว้นการให้สิทธิบัตรแก่พันธุ์พืช พันธุ์สัตว์ และกรรมวิธีทางชีวภาพที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชหรือสัตว์ที่มีได้เป็นกรรมวิธีทางจุลชีววิทยา รวมทั้งผลิตภัณฑ์ที่ได้จากกรรมวิธีทางจุลชีววิทยา

แนวทางสุดท้ายเป็นการเสนอของประเทศยุโรปและประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งเสนอว่า ควรจะมีการคุ้มครองพันธุ์พืชโดยกฎหมายสิทธิบัตร หรือโดยกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ หรือทั้งสองระบบรวมกัน

จากแนวคิดที่แตกต่างกันนี้ ในที่สุดความตกลงทริปส์ก็สรุปออกมาเป็นบทบัญญัติในข้อ 27 วรรค 3 (บี) ว่า¹⁰

“พืช และสัตว์นอกเหนือจากจุลชีพ และกรรมวิธีทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชหรือสัตว์ นอกเหนือจากกรรมวิธีซึ่งไม่ใช่ทางชีววิทยาและจุลชีววิทยา อย่างไรก็ตามสมาชิกจะกำหนดให้มีการคุ้มครองพันธุ์พืช ไม่ว่าจะโดยสิทธิบัตร (Patent) หรือโดยระบบกฎหมายเฉพาะ (Sui Generis) ที่มีประสิทธิผลหรือโดยกรรมวิธีต่างๆ ดังกล่าว”

จากที่กล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่ามีหลักเกณฑ์คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทรัพยากรชีวภาพที่ได้ผ่านกระบวนการประดิษฐ์ทางเทคโนโลยีชีวภาพมาแล้วอยู่ด้วยกัน 2 ระบบ แยกต่างหากจากกันโดยมีข้อแตกต่างคือสิทธิของนักผสมพันธุ์พืชที่เน้นเฉพาะการป้องกันพืช แต่การคุ้มครองตามข้อตกลงทริปส์นี้เป็นการได้เอื้อมกันถึงการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพทุกชนิด

ระบบการคุ้มครองทางทรัพย์สินทางปัญญาในทรัพยากรชีวภาพทั้งสองระบบที่กล่าวมาข้างต้นนี้มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ทั้งนี้เนื่องจากอนุสัญญาฯ นี้เป็นอนุสัญญาฯ ที่มีวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ทรัพยากรชีวภาพ ตลอดจนจนถึงการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมอย่างเท่าเทียมและยุติธรรมโดยการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม การถ่ายทอดเทคโนโลยี และการสนับสนุนด้านทุนอย่างเหมาะสม

การใช้ประโยชน์และเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ นี้ ย่อมก่อให้เกิดสิ่งประดิษฐ์ทางชีวภาพใหม่ที่ได้ผ่านกระบวนการทางเทคโนโลยีชีวภาพโดยผู้ใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งต้องการให้มีการคุ้มครองทางทรัพย์สินทางปัญญาในสิ่งประดิษฐ์ทางชีวภาพอย่างแน่นอน

¹⁰ William Lesser , "Forms and Operation of IPR System',(UNEP) ,p.28-29

แต่เนื่องจากอนุสัญญาไม่ได้กล่าวเรื่องนี้ไว้โดยตรง ดังนั้นภาคีผู้เข้าถึงและใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้ทำการประดิษฐ์สิ่งประดิษฐ์ทางกายภาพจึงต้องเลือกที่จะนำระบบคุ้มครองทางทรัพย์สินทางปัญญาทรัพยากรชีวภาพระบบใดระบบหนึ่งที่กล่าวมาข้างต้นใดมาใช้

อย่างไรก็ตามในตามความเป็นจริงแล้วผู้ที่เข้าถึงและใช้ประโยชน์ส่วนใหญ่เป็นเอกชนไม่ใช่รัฐ ดังนั้นหากเอกชนเหล่านี้ต้องการจะทำการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในสิ่งประดิษฐ์ทางชีวภาพแล้ว เอกชนนั้นๆ ก็จะต้องพิจารณาว่าประเทศผู้ให้เข้าถึงฯ ยินยอมให้มีการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพหรือไม่ ซึ่งในปัจจุบันยังเป็นที่โต้แย้งกันอยู่ว่าควรจะมีการการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทรัพยากรชีวภาพได้หรือไม่

นอกจากนี้ในการพัฒนาและปรับปรุงทรัพยากรชีวภาพนี้ ผู้เข้าถึงและใช้ประโยชน์ทรัพยากรชีวภาพมีความจำเป็นที่จะต้องนำเอาเทคโนโลยีชีวภาพมาใช้ในการพัฒนาทรัพยากรชีวภาพ ดังนั้นจึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาถึงในเรื่องการคุ้มครองทางทรัพย์สินทางปัญญาเทคโนโลยีชีวภาพนี้ ซึ่งในอนุสัญญาฯ เรื่องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้กำหนดไว้ในมาตรา 15 วรรค 7 และมาตรา 16 วรรค 3 ดังนี้คือ

มาตรา 15 วรรค 7 “แต่ละภาคีจะต้องดำเนินการมาตรการทางกฎหมาย การบริหาร หรือนโยบาย เท่าที่เหมาะสมและสอดคล้องกับมาตรา 16 และ 19 โดยผ่านกลไกทางการเงิน ซึ่งกำหนดโดยมาตรา 20 และ 21 ทั้งนี้ด้วยเจตนารมณ์เพื่อการแบ่งปันผลประโยชน์ในวิถีทางที่ยุติธรรมและเท่าเทียม ซึ่งผลการวิจัยและการพัฒนา และซึ่งผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมทางการพาณิชย์และอื่นๆ กับภาคี ที่ได้ให้ทรัพยากรนั้น การแบ่งปันนั้นๆ จักต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการตกลงร่วมกัน”

มาตรา 16 วรรค 3 “แต่ละภาคีจักต้องดำเนินมาตรการทางกฎหมาย การบริหาร และนโยบาย เท่าที่เหมาะสม ด้วยความมุ่งหมายว่าภาคี โดยเฉพาะซึ่งเป็นประเทศกำลังพัฒนา ที่จัดหาให้ทรัพยากรพันธุกรรมได้รับการจัดให้เข้าถึงและรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีซึ่งใช้ประโยชน์ทรัพยากรนั้น ภายใต้เงื่อนไขที่ได้รับการตกลงร่วมกัน ทั้งนี้หมายถึงเทคโนโลยีซึ่งถูกคุ้มครองโดยสิทธิบัตรและทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ ในกรณีที่เป็น...”

จากมาตรา 15 วรรค 7 และมาตรา 16 วรรค 3 แสดงให้เห็นได้ว่ารัฐภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมมีหน้าที่ๆ จะต้องถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพให้กับประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

แต่การถ่ายทอดเทคโนโลยีนี้ต้องอยู่ภายใต้การคุ้มครองโดยสิทธิบัตรหรือสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ ซึ่งหมายความว่าหากรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมต้องการที่จะได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพแล้ว ก็จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาก่อนซึ่งได้แก่การจ่ายค่าตอบแทนให้กับประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการแบ่งปันผลประโยชน์จากการเข้าถึงฯ โดยการถ่ายทอดเทคโนโลยีตามมาตรา 15 วรรค 7 ซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ ในมาตรา 1 นั้นไม่ได้เกิดขึ้นทันทีที่มีการเข้าถึงฯ แต่จะเกิดขึ้นต่อเมื่อรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมได้ทำการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว

อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติแล้วผู้เข้าถึงฯ ส่วนใหญ่จะเป็นเอกชนและเทคโนโลยีชีวภาพนี้มักจะอยู่ในมือของเอกชนซึ่งไม่มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ ส่งผลให้ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญาฯ ดังนั้นเอกชนนี้จึงไม่มีหน้าที่ฯ จะต้องถ่ายทอดเทคโนโลยีให้กับรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ และรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็ไม่สามารถใช้อนุสัญญาฯ ในการบังคับเอกชนเหล่านี้ได้เพราะเป็นการขัดกับสิทธิของบุคคลตามกฎหมายภายในของตน ซึ่งประเด็นนี้จะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อ 3.2 เรื่องหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการเข้าถึงฯ

3.2 หลักเกณฑ์ และเงื่อนไขในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ได้กำหนดกรอบของสิทธิและพันธกรณีในเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ตลอดจนถึงแนวทางในการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมเอาไว้แล้ว ฉะนั้นประเทศภาคีต่าง ๆ รวมถึงประเทศไทยซึ่งกำลังอยู่ในระหว่างการเตรียมความพร้อมในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 จะต้องทำการพิจารณาถึงกรอบสิทธิและพันธกรณีของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมและผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม เพื่อหาแนวทางปฏิบัติที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทยต่อไป ดังนั้นในวิทยานิพนธ์ หัวข้อนี้จะได้ทำการพิจารณาถึงประเด็นสำคัญ และขอบเขตสิทธิและพันธกรณีตามอนุสัญญาฯ ดังต่อไปนี้

3.2.1 สิทธิของประเทศผู้เข้าถึงและประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

3.2.1.1 สิทธิของประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

สิทธิของประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ นี้เกิดขึ้นจากพันธกรณีของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ที่กำหนดไว้ในมาตรา 15 วรรค 2 ดังนี้คือ

“แต่ละภาคีจักต้องพยายามสร้างเงื่อนไขเพื่อเอื้ออำนวยแก่ภาคีอื่นๆ ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อการใช้ประโยชน์อย่างเหมาะสมต่อสิ่งแวดล้อม และไม่ใช้ข้อกำหนด ซึ่งขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ”

จากพันธกรณีนี้แสดงให้เห็นได้ว่าประเทศภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีหน้าที่ที่จะต้องพยายามสร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยแก่ภาคีอื่นๆ ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม และจะต้องไม่ใช้ข้อกำหนด ที่ขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ คือ จะต้องไม่ใช้ข้อกำหนดที่ขัดขวางการเข้าถึงฯ ก่อให้เกิดการใช้ประโยชน์องค์ประกอบความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืนและจะต้องไม่ใช้ข้อจำกัดที่ขัดขวางการแบ่งปันผลประโยชน์ในทรัพยากรพันธุกรรมอย่างยุติธรรมต่อการเข้าถึงฯ

พันธกรณีในการสร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยแก่ภาคีอื่นๆ และไม่ใช้ข้อกำหนดที่ขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา นี้ก่อให้เกิดสิทธิของภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในดินแดนของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญา นี้ด้วย

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากอนุสัญญา ใช้คำว่า " จักต้องพยายาม (shall endeavour)" ซึ่งแสดงให้เห็นว่าพันธกรณีของประเทศภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 2 นี้มีสภาพบังคับในทางระหว่างประเทศที่อ่อน ดังนั้นการใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจึงเป็นการใช้สิทธิอย่างมีเงื่อนไข นอกจากนี้ประกอบกับในมาตรา 15 วรรค 1 กำหนดให้อำนาจในการพิจารณากำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมขึ้นอยู่กับรัฐบาลแห่งชาติและอยู่ภายใต้กฎระเบียบของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ดังนั้นจึงแสดงให้เห็นว่าแม้ประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจะมีสิทธิเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 2 ก็ตาม แต่การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้นก็ต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

และเมื่อพิจารณาอนุสัญญา มาตรา 15 วรรค 2 แล้วจะพบได้อีกว่าอนุสัญญา ไม่ได้กำหนดขอบเขตของ "การกำหนดเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยต่อภาคีในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม" ไว้ ดังนั้นจึงอาจเกิดปัญหาว่าอย่างไรจึงจะถือได้ว่าเป็นการกำหนดเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบริบทของมาตรา 15 เช่น ในมาตรา 15 วรรค 5 ที่กำหนดว่า "ในกรณีที่ได้รับอนุญาต การเข้าถึงจักต้องอยู่ภายใต้การตกลงร่วมกัน" แล้วจะเห็นได้ว่าการสร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยต่อภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการได้รับอนุญาตจากรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม แสดงให้เห็นได้ว่าแม้ประเทศภาคีอื่นจะมีสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมก็ตามแต่ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้นก็ต้องได้รับอนุญาตจากประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก่อน ดังนั้นการสร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยต่อภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจึงหมายถึงความถึง การกำหนดเงื่อนไขที่ไม่เป็นการขัดขวางอย่างเด็ดขาดในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของภาคีอื่น ฉะนั้นการสร้างข้อกำหนดให้ภาคีสามารถเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ในระดับเบื้องต้น และกำหนดให้ต้องมีการได้รับอนุญาตก่อนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 5 จึงถือได้ว่าเป็นการกำหนดเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญา แล้ว

นอกจากนี้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้ยังต้องเป็นสิทธิที่มีเงื่อนไข และอยู่ภายใต้ขอบเขตลักษณะของทรัพยากรพันธุกรรมและการเข้าถึงฯ ตามอนุสัญญาฯ ด้วย กล่าวคือ

ประการแรก ในมาตรา 15 วรรค 2 กำหนดให้มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อการใช้ประโยชน์อย่างเหมาะสมต่อสิ่งแวดล้อม แสดงให้เห็นว่าสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรานี้เป็นสิทธิที่มีเงื่อนไขคือ จะต้องเป็นการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในลักษณะที่เป็นไปโดยเหมาะสมต่อสิ่งแวดล้อมเท่านั้น ดังนั้นหากมีการเข้าถึงทรัพยากรใดที่เป็นการทำลายสิ่งแวดล้อมแล้วประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมก็จะได้ไม่ได้สิทธิตามมาตรา

ประการที่สอง เมื่อพิจารณาจากที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 เรื่องความหมายของทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ที่กำหนดว่า ทรัพยากรพันธุกรรมหมายถึง สารพันธุกรรมที่มีคุณค่าตามความเป็นจริงและศักยภาพแล้ว จะเห็นได้ว่าอนุสัญญาฯ ใช้ลักษณะของทรัพยากรพันธุกรรมเป็นตัวตั้ง ฉะนั้นสิ่งมีชีวิตใดที่มีสารพันธุกรรมประกอบอยู่ด้วยแล้ว ทรัพยากรพันธุกรรมนั้น ไม่ว่าจะเป็นพืช สัตว์ และจุลชีพ หรือแม้กระทั่งทรัพยากรมนุษย์ย่อมเป็นทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ด้วย

แต่เนื่องจากในการประชุมภาคีอนุสัญญาฯ ครั้งที่ 2 เมื่อวันที่ 6-17 พฤศจิกายน 2538 ที่มีขึ้น ณ กรุงจาการ์ตา ประเทศอินโดนีเซีย ที่ประชุมได้มีมติที่ II/11 ว่าทรัพยากรพันธุกรรมมนุษย์ไม่ถือเป็นทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ดังนั้นสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้จึงไม่หมายรวมถึงการเข้าถึงทรัพยากรมนุษย์ด้วย แต่มติของที่ประชุมภาคีอนุสัญญาฯ นี้มีลักษณะเป็นเพียง Guide Line ให้ประเทศภาคีอนุสัญญาฯ ปฏิบัติตามเท่านั้น ไม่ได้มีลักษณะหรือถูกกำหนดไว้ในรูปแบบของพิธีสาร (Protocol) ที่เป็นส่วนหนึ่งของอนุสัญญาฯ แต่อย่างใด ดังนั้นข้อมตินี้จึงมีผลบังคับในทางการเมืองระหว่างประเทศเท่านั้น แต่ไม่มีผลบังคับในฐานะกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อเป็นเช่นนั้นประเทศภาคีต่างๆ จึงสามารถยกขึ้นอ้างนี้ขึ้นเพื่อปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามข้อมตินี้ได้

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้จะต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ดังนั้นลักษณะทรัพยากรพันธุกรรมที่ประเทศผู้เข้าถึงฯ จะใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้จึงเป็นไปตามข้อกำหนดของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

ประการที่สาม อนุสัญญา ไม่ได้กำหนดลักษณะความหมายของการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเอาไว้ แต่เนื่องจากอำนาจในการพิจารณากำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญา มาตรา 15 วรรค 1 เป็นของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ดังนั้นความหมายของการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจึงเป็นไปตามข้อกำหนดของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

ประการที่สี่ แม้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะมีพันธกรณีที่จะต้องกำหนดเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยต่อภาคีในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมก็ตาม แต่ในบางกรณีเช่น ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในพื้นที่หวงห้ามหรืออนุรักษ์ ของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนั้น รัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมอาจไม่อนุญาตให้มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ เนื่องจากพันธกรณีตามอนุสัญญา ย่อมไม่สามารถที่ก้าวล่วงไปถึงเนื่องจากในพื้นที่ดังกล่าวเป็นพื้นที่หวงห้ามซึ่งแม้แต่คนชาติของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมเองก็ยังไม่มียุติ ดังนั้นประเทศภาคีย่อมไม่มีสิทธิที่จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในพื้นที่ดังกล่าวด้วย

3.2.1.2 สิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

โดยหลักดั้งเดิมของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว รัฐเอกราชทุกรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ (permanent sovereignty over natural resources) หมายความว่า ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีอำนาจเต็มในการสำรวจ และใช้ประโยชน์ทรัพยากรธรรมชาติภายในเขตอำนาจของตน (jurisdiction) ของตน

จากหลักการข้างต้นทำให้รัฐเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติทำการสำรวจ และใช้ทรัพยากรธรรมชาติของตนจนทำให้เกิดสภาพการทำลายความหลากหลายทางชีวภาพอย่างมาก ดังนั้นเพื่อลดสภาพความสูญเสียทางความหลากหลายทางชีวภาพของโลก จึงนำมาสู่ความจำเป็นที่จะต้องมีการกฎหมายระหว่างประเทศบังคับแก่รัฐโดยตรง กฎหมายนี้คืออนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีมาเพื่อแก้ไขปัญหาของการทำลายความหลากหลายทางชีวภาพ โดยหลักการของอนุสัญญา นี้ ยอมรับว่า การอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพเป็นความห่วงใยของมนุษยชาติ (common concern of mankind) ส่งผลให้ทรัพยากรธรรมชาติเป็นสมบัติร่วมกันของมวลมนุษยชาติ

อย่างไรก็ตามอนุสัญญาฯ นี้ก็เคารพถึงสิทธิของรัฐเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติ โดยจะเห็นได้จากอรรถบทที่ 4¹ และมาตรา 15 วรรค 1² ที่ว่ารัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตน (sovereign rights over natural resources)

จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นได้ว่ารัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมยังคงมีสิทธิอธิปไตยในทรัพยากรธรรมชาติของตน การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจึงต้องขออนุญาตรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก่อนตามมาตรา 15 วรรค 1 แต่การใช้สิทธิตามอนุสัญญาฯ นี้ ก็จะต้องเป็นการใช้สิทธิโดยอยู่ภายใต้อนุสัญญาฯ คือจะต้องไม่ใช่สิทธิที่ก่อให้เกิดการทำลายความหลากหลายทางชีวภาพ

นอกจากนี้แม้อนุสัญญาฯ จะได้กำหนดให้รัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตนซึ่งแสดงให้เห็นว่าอนุสัญญาฯ ได้ยอมรับว่าความเป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติของรัฐอยู่ก็ตามแต่ในขณะเดียวกันอนุสัญญาฯ ก็ได้กำหนดหน้าที่ของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมไว้ด้วย เช่น การกำหนดให้รัฐภาคีทำการอนุรักษ์ทรัพยากรในถิ่นที่อยู่ตามธรรมชาติโดยจกต้องดำเนินการจัดตั้งระบบพื้นที่คุ้มครองหรือพื้นที่ซึ่งต้องการมาตรการพิเศษสำหรับการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพตามมาตรา 8 (เอ) และกำหนดให้รัฐทำการอนุรักษ์ทรัพยากรนอกถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติโดยการยอมรับนำมาตราการสำหรับอนุรักษ์องค์ประกอบความหลากหลายทางชีวภาพนอกถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติมาใช้

จากที่กล่าวมาข้างต้นแสดงให้เห็นได้ว่าแม้ประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจะมีสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 2 ก็ตาม แต่การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าวก็ต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในการพิจารณาควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมด้วย

¹ อรรถบทวรรคที่ 4 กำหนดว่า “ยืนยันว่ารัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพของตน”

² มาตรา 15 วรรค 1 กำหนดว่า “โดยตระหนักถึงสิทธิในอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ อานาจในการพิจารณากำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมขึ้นอยู่กับรัฐบาลแห่งชาติและอยู่ภายใต้กฎระเบียบของชาตินั้นๆ”

3.2.2 การใช้สิทธิในเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญา

จากที่กล่าวมาแล้วในข้อ 3.2.1 ว่าประเทศภาคีอนุสัญญา มีสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมภายในดินแดนของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม โดยอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้น แสดงให้เห็นได้ว่าหากประเทศภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ปฏิบัติตามกฎระเบียบของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมแล้วประเทศภาคีนั้นก็ย่อมจะมีสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

อย่างไรก็ตามในการใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้ อนุสัญญา ก็ได้กำหนดวิธีการใช้สิทธิของประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม และสิทธิอธิปไตยของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งเป็นสิทธิตามที่อนุสัญญา กำหนดรับรองเอาไว้ดังนี้กล่าวคือ

3.2.2.1 สิทธิในการทำข้อตกลงร่วมกันในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

อนุสัญญา ได้กำหนดสิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในกรณีที่มีการใช้สิทธิของประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม โดยกำหนดให้การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมอยู่ภายใต้การตกลงร่วมกันไว้ในมาตรา 15 วรรค 4 ซึ่งกำหนดไว้ว่า

“ในกรณีที่ได้รับอนุญาต การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการตกลงร่วมกันและอยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรานี้”

จากมาตรา 15 วรรค 4 นี้มีประเด็นที่ต้องพิจารณาในการใช้สิทธิอธิปไตยของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมดังนี้คือ

ประการแรก คือ จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงสิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในการใช้สิทธิพิจารณาอนุญาต ในกรณีที่มีการใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของภาคีอื่นๆ ดังนั้นประเทศภาคีอื่นจะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมเสียก่อน หากประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมไม่อนุญาตให้มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมแล้ว ภาคีอื่นย่อมไม่มีสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

อย่างไรก็ตามการไม่อนุญาตให้มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้อาจก่อให้เกิดข้อโต้แย้งของประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ เนื่องจากเป็นการขัดสิทธิของประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 2 ที่กำหนดพันธกรณีของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในการสร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยแก่ภาคีอื่น ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

ในประเด็นปัญหานี้จะเห็นได้ว่าพันธกรณีของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในมาตรา 15 วรรค 2 ที่ก่อให้เกิดสิทธิของภาคีในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้น เป็นเพียงการกำหนดให้ประเทศภาคีพยายามสร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยแก่ภาคีอื่น ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเท่านั้น ดังนั้นหากประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมกำหนดเงื่อนไขในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่เป็นการเอื้ออำนวยต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของภาคีอื่นแล้ว ย่อมถือได้ว่าประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมได้ปฏิบัติตามพันธกรณีตามมาตรา 15 วรรค 2 แล้ว ส่วนในการใช้สิทธิในการอนุญาตให้มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 4 ของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้ เป็นการใช้สิทธิอธิปไตยตามอนุสัญญาฯ รับรองไว้ ดังนั้นประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจึงมีสิทธิที่จะอนุญาตหรือไม่ก็ได้ หากไม่อนุญาตประเทศผู้เข้าถึงก็ไม่สามารถเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้

ประการที่สอง คือ หากประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมอนุญาตให้มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมแล้ว ภาคีอื่นย่อมมีสิทธิที่จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ แต่เนื่องจากอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 4 กำหนดให้การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการตกลงร่วมกันและอยู่ภายใต้ข้อกำหนดของมาตรา 15 ซึ่งแสดงให้เห็นถึงสิทธิอธิปไตยของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมตามที่อนุสัญญากำหนดรับรองไว้ ซึ่งทำให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีสิทธิที่จะสามารถต่อรองกับประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยการทำข้อตกลงร่วมกัน ซึ่งหมายถึง สนธิสัญญาระหว่างประเทศ ได้ ส่วนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่ต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดของมาตรานี้จะกล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

จากมาตรา 15 วรรค 4 นี้ สามารถกล่าวได้ว่า แม้ภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจะได้รับอนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ก็ตาม แต่สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้ ก็จะต้องเป็นไปตามข้อตกลงร่วมกันกับประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมด้วย

3.2.2.2 สิทธิในการให้ความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงทรัพยากร พันธุกรรม

สิทธิในการให้ความเห็นชอบล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้ เป็นสิทธิอธิปไตยของประเทศเจ้าของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งอนุสัญญาฯ ได้กำหนดรับรองไว้ โดยอนุสัญญาฯ ได้กำหนดสิทธินี้ไว้ในมาตรา 15 วรรค 5 ดังนี้คือ

“การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจะต้องอยู่ภายใต้ข้อตกลงให้ความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าของภาคีซึ่งให้ทรัพยากรนั้น นอกเสียจากในกรณีที่ภาคีนั้นพิจารณาเป็นประการอื่น”

จากบทบัญญัติมาตรา 15 วรรค 5 นี้แสดงให้เห็นถึงสิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในการให้ความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในกรณีที่ภาคีอื่นได้รับอนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจากประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ตรามาตรา 15 วรรค 4 แล้ว ดังนั้นการใช้สิทธิในการให้ความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าตามมาตรา 15 วรรค 5 นี้จึงเกิดขึ้นภายหลังสิทธิการอนุญาตให้มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 4

การกำหนดให้สิทธิในการให้ความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าจากประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม แก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้ แสดงให้เห็นได้ว่าแม้ประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจะได้รับอนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและได้ทำข้อตกลงในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมกับประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งทำให้มีสิทธิที่จะสามารถเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ก็ตาม แต่ในการที่จะมีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามข้อตกลงดังกล่าว นั้น ประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้นก็ต้องได้รับความเห็นชอบด้วยวิธีการแจ้งล่วงหน้าแก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก่อนที่จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมด้วย หากประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไม่ทำการแจ้งล่วงหน้าเพื่อทำข้อตกลงในการให้ความเห็นชอบแล้ว ประเทศภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็มีสิทธิที่จะไม่ให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้

สิทธิในการได้รับความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 5 นี้ เป็นสิทธิที่ทำให้ประเทศภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีสิทธิที่จะกำหนดให้ประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมทำการเปิดเผยหรือให้ข้อมูล วิธีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม อันจะเป็นประโยชน์ในการพิจารณาว่าควรจะเห็นชอบให้มีการเข้าถึง

ทรัพยากรพันธุกรรมหรือไม่และอย่างไร ซึ่งสิทธิในการให้ความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้ามีลักษณะที่สำคัญด้วยกัน 3 ประการคือ¹¹

- 1) การให้ความเห็นชอบของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม
- 2) การให้ความเห็นชอบของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้ขึ้นอยู่กับ การให้ข้อมูลของประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม
- 3) การให้ความเห็นชอบนี้จะต้องให้ก่อนที่จะมีการเข้าถึงฯ ซึ่งแสดงให้เห็น ได้ว่าความตกลงร่วมกันสองฝ่ายตามวรรค 4 นั้นจะมาก่อนการได้รับความเห็นชอบตามวรรค 5 แต่ การตกลงร่วมกันตามวรรค 4 จะบรรลุผลได้ก็โดยเงื่อนไข การได้ได้รับความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้า (Prior Informed Consent : PIC) นี้

นอกจากนี้การกำหนดในการขอความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรานี้ควรจะมีการกำหนดให้ครอบคลุมในเรื่องต่อไปนี้ คือ¹²

- 1) ข้อมูลที่ต้องการเพื่อใช้ในการพิจารณาตัดสินใจให้ความเห็นชอบ รวมถึง ข้อมูลการประเมินสิ่งแวดล้อม และอนาคตการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมตามเท่าที่เป็นไปได้
- 2) การกำหนดให้ส่งหลักฐานตามที่ต้องการ
- 3) การมีข้อบังคับที่เกี่ยวกับการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมในอนาคต เช่น การกำหนดให้มีการรายงานการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นอย่างต่อเนื่อง

อย่างไรก็ตามเนื่องจากอนุสัญญาฯ กำหนดวิธีการใช้สิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้ไว้ในตอนท้ายของมาตรา 15 วรรค 5 ว่า

“...นอกเสียจากในกรณีที่ภาคนั้นพิจารณาเป็นอย่างอื่น”

¹¹ ชนภัทร วินยวัฒน์, คำอธิบายเบื้องต้นอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ 2535, พิมพ์ครั้งที่ 1, กรุงเทพฯ: ส. ไพบูลย์การพิมพ์, หน้า 28-29.

¹² Lyle Glowka ,Francois – Burhenne and Huah Syge, A Guide to the Convention on Biological Diversity ,IUCN, p.81.

การกำหนดเช่นนี้แสดงให้เห็นได้ว่าแม้สิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในการได้รับความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้า จะเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นตามอนุสัญญา ซึ่งหมายความว่าประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะมีสิทธินี้โดยอัตโนมัติหากมีกรณีของการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจากภาคีอื่นก็ตาม แต่เนื่องการมีข้อกำหนดในอนุสัญญา มาตรา 15 วรรค 5 ในตอนท้ายที่กล่าวมาข้างต้นนั้น จึงแสดงให้เห็นได้ว่าหากประเทศภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมไม่ประสงค์ที่จะใช้สิทธิหรือสละสิทธินี้ก็สามารถที่จะทำได้ ซึ่งหากมีการสละสิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมแล้วก็จะทำให้ประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้รับการอนุญาติให้มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมสามารถใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้ได้โดยไม่มีเงื่อนไขคือไม่ต้องเคารพสิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้อีกต่อไป นอกจากนี้การพิจารณาเป็นประการอื่น ตามมาตรา 15 วรรค 5 ตอนท้ายนี้ก็สามารถทำได้โดยการกำหนดไว้ในข้อตกลงร่วมกันในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 4 ข้างต้นด้วย

3.2.2.3 สิทธิในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์จากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

อนุสัญญา ได้กำหนดสิทธิอธิปไตยของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์จากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไว้ในมาตรา 15 วรรค 6 และวรรค 7 ดังนี้คือ

มาตรา 15 วรรค 6 กำหนดว่า “แต่ละภาคีจักต้องพยายามที่จะจัดทำและดำเนินการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งใช้ทรัพยากรพันธุกรรมที่ภาคีอื่น ๆ จัดหาให้ โดยการมีส่วนร่วมอย่างเต็มที่ หากเป็นไปได้ให้ดำเนินการวิจัยในภาคีนั้น ๆ”

มาตรา 15 วรรค 7 กำหนดว่า “ประเทศภาคีแต่ละประเทศจะต้องดำเนินการมาตรการทางกฎหมาย, การบริหารหรือนโยบายที่เหมาะสม และสอดคล้องกับมาตรา 16 และ 19 และในกรณีจำเป็นจะต้องดำเนินการโดยผ่านกลไกทางการเงินซึ่งกำหนดขึ้นตามมาตรา 20 และ 21 โดยมีเจตนารมณ์เพื่อแบ่งปันผลจากการวิจัยและการพัฒนาที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และผลประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้ประโยชน์ทางพาณิชย์และทางอื่นในทรัพยากรพันธุกรรมให้แก่ประเทศภาคีที่ได้ให้ทรัพยากรพันธุกรรมนั้น การแบ่งปันดังกล่าวจักต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขข้อตกลงร่วมกัน”

จากมาตรา 15 วรรค 6 และวรรค 7 ข้างต้นนี้ แสดงให้เห็นได้ว่าประเทศเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาที่มีสิทธิที่จะได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์ในการเข้าถึงทรัพย์สินทางปัญญาจากประเทศภาคีผู้เข้าถึงทรัพย์สินทางปัญญาใน 5 รูปแบบด้วยกันคือ

3.2.2.3.1) สิทธิในการได้รับการจัดให้มีส่วนร่วมอย่างเต็มที่ในการดำเนินการและวิจัยวิทยาศาสตร์ที่ใช้ทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งประเทศเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาจัดหาให้และหากเป็นไปได้ก็มีสิทธิที่จะกำหนดให้มีการดำเนินการวิจัยในภาคนั้น

สิทธิของประเทศเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์จากการเข้าถึงทรัพย์สินทางปัญญา โดยวิธีการมีส่วนร่วมในการดำเนินการวิจัยวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญานี้เกิดขึ้นจากพันธกรณีหรือหน้าที่ของประเทศผู้เข้าถึงทรัพย์สินทางปัญญาตามอนุสัญญา ฯ ตามมาตรา 15 วรรค 6 ที่กำหนดให้ประเทศผู้เข้าถึงทรัพย์สินทางปัญญาจักต้องพยายามจัดให้ประเทศเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญามีส่วนร่วมในการดำเนินการวิจัยวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาที่จัดหาให้

แต่เนื่องจากพันธกรณีตามมาตรา 15 วรรค 6 ใช้คำว่า “จักต้องพยายาม (shall endeavour)” ซึ่งแสดงให้เห็นถึงสภาพบังคับที่อ่อนในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นสิทธิอธิปไตยของประเทศเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาตามมาตรา 15 นี้จึงไม่ได้เป็นสิทธิที่เด็ดขาดแต่เป็นสิทธิที่มีเงื่อนไขคือ สิทธินี้จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อได้มีการปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศผู้เข้าถึงทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น แสดงให้เห็นได้ว่าอนุสัญญา ฯ ไม่ได้กำหนดให้สิทธิประเทศเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาในการได้รับแบ่งปันผลประโยชน์ในลักษณะนี้อย่างแท้จริง

อย่างไรก็ตามแม้ว่าสิทธิของประเทศเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาตามมาตรา 15 นี้จะเป็นสิทธิที่มีเงื่อนไขก็ตาม แต่ประเทศเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาก็มีอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพย์สินทางปัญญาและมีสิทธิอธิปไตยในการอนุญาตและได้รับความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งจะทำให้ประเทศเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาสามารถใช้เป็นข้อต่อรองในการได้รับผลประโยชน์ในการจัดให้ประเทศเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญามีส่วนร่วมในการดำเนินการวิจัยวิทยาศาสตร์ที่ใช้ทรัพย์สินทางปัญญาที่ประเทศเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาจัดหาให้ได้

นอกจากนี้อนุสัญญาฯ ยังมีการกำหนดขยายสิทธิอธิปไตยของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์ในรูปแบบนี้ออกไปมากกว่าการได้รับการจัดให้มีส่วนร่วมเต็มที่ในการดำเนินการวิจัยวิทยาศาสตร์ที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรม โดยกำหนดขยายพันธกรณีของประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมให้ทำการวิจัยทรัพยากรพันธุกรรมที่จัดหาให้ภายในประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม เพื่อความสะดวกในการจัดให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์จากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

อย่างไรก็ตามเนื่องจากอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 6 นี้ใช้คำว่า “หากเป็นไปได้” (where possible) ดังนั้นพันธกรณีของประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้จึงเป็นพันธกรณีในกรณีที่เป็นไปได้ ในการจัดให้มีการวิจัยภายในประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมเท่านั้น สิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้จึงเป็นสิทธิที่มีเงื่อนไขคือจะต้องเป็นกรณีที่มีทางเป็นไปได้ในการวิจัยภายในประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมเท่านั้น การกำหนดเช่นนี้แสดงให้เห็นได้ว่าอนุสัญญาฯ ไม่ได้มีการให้สิทธิแก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมได้อย่างแท้จริงหรือเด็ดขาด

นอกจากนี้รูปแบบในการให้ความร่วมมือในการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ตามวรรค 6 นี้ อนุสัญญาฯ ไม่ได้มีการให้ความหมายหรือจำกัดขอบเขตของการให้ความร่วมมือเอาไว้ ดังนั้นจึงหมายถึงการให้ความร่วมมือในการวิจัยเชิงวิทยาศาสตร์ทุกประเภท ทุกขั้นตอนของการวิจัยวิทยาศาสตร์ และทุกจุดประสงค์ของการวิจัยไม่ว่าจะเป็นการวิจัยเพื่อการศึกษา การพาณิชย์ และจุดประสงค์อื่นๆ ที่เกี่ยวเนื่องหรือมีพื้นฐานอยู่บนทรัพยากรพันธุกรรมให้แก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

3.2.2.3.2) สิทธิในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างยุติธรรมและเท่าเทียมซึ่งผลประโยชน์ที่เกิดจากการนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ในทางการค้าและทางอื่นๆ

สิทธิอธิปไตยของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้เกิดขึ้นจากพันธกรณีของประเทศภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งได้มีการกำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 7 ดังนี้คือ

“แต่ละภาคีจะต้องดำเนินมาตรการทางกฎหมาย, ทางการบริหารหรือนโยบายที่เหมาะสม... ด้วยเจตนารมณ์เพื่อแบ่งปันในวิถีทางที่ยุติธรรมและเท่าเทียมซึ่งผลประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้ประโยชน์ทางพาณิชย์และทางอื่นในทรัพยากรพันธุกรรมให้แก่ประเทศภาคีที่ได้ให้ทรัพยากรพันธุกรรมนั้น การแบ่งปันดังกล่าวจักต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขข้อตกลงร่วมกัน”

จากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่า มาตรา 15 วรรค 7 นี้เป็นการกำหนดถึงพันธกรณีหรือหน้าที่ของประเทศภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในการที่จะต้องดำเนินมาตรการทางกฎหมาย ทางการบริหาร และนโยบาย เพื่อที่จะให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมทางการพาณิชย์และอื่นๆ แก่ภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม การกำหนดพันธกรณีนี้แสดงให้เห็นได้ว่าสิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 จะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการปฏิบัติตามพันธกรณีของภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

การที่สิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้จะต้องเกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม อาจทำให้เกิดข้อโต้แย้งในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้หากประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีนี้และประสงค์ที่จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยอ้างสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 2

อย่างไรก็ตามหากเกิดกรณีดังกล่าวข้างต้นแล้วประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็มีสิทธิที่จะไม่ให้ประเทศภาคนั้นเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ ทั้งนี้เนื่องจากแม้ว่าประเทศภาคีอื่นจะมีสิทธิที่จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 2 และประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะมีเพียงสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติซึ่งหมายถึงสิทธิตามที่อนุสัญญาฯ กำหนดรองรับไว้เท่านั้นก็ตาม แต่อนุสัญญาฯ ก็ได้กำหนดให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีอำนาจอธิปไตยในการพิจารณากำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งหมายความว่าประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีอำนาจในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของภาคีอื่นได้อย่างเต็มที่ ประกอบกับมาตรา 15 วรรค 7 ตอนท้ายกำหนดให้ “การแบ่งปันนั้นๆ จักต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการตกลงร่วมกัน” ดังนั้นประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจึงสามารถใช้ข้อตกลงร่วมกัน อันได้แก่สนธิสัญญาระหว่างประเทศในการกำหนดให้ประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมดำเนินมาตรการทางกฎหมาย ทางการบริหาร และนโยบายในการแบ่งปันซึ่งผลประโยชน์จากการใช้ประโยชน์ในทางการพาณิชย์หรืออื่นให้กับประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก่อนที่มีการอนุญาตให้มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของภาคนั้นๆ ได้

นอกจากนี้อนุสัญญาฯ ไม่ได้กำหนดลักษณะของผลประโยชน์ในทางพาณิชย์และอื่นๆ ที่ได้จากการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมเอาไว้ แต่โดยลักษณะผลประโยชน์ตามมาตรานี้ น่าจะขอบเขตและความหมายดังนี้คือ

ก) ผลประโยชน์ในรูปค่าธรรมเนียมนในการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม

ข) ผลประโยชน์ในรูปค่าสิทธิที่เกิดจากการนำทรัพยากรพันธุกรรมที่พัฒนาแล้วไปใช้ในทางการค้าไม่ว่าจะเป็นประโยชน์ในปัจจุบันและอนาคตด้วย¹³

สิทธิในการได้รับผลประโยชน์ตามวรรค 7 ของประเทศเจ้าของหรือผู้ให้ทรัพยากรพันธุกรรมนี้ อนุสัญญาฯ ได้กำหนดเงื่อนไขของการใช้สิทธิไว้ว่าจะต้องเป็นการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเท่าเทียมและยุติธรรมเท่านั้น อย่างไรก็ตามมาตรา 15 วรรค 7 ก็ไม่ได้ให้คำนิยามของคำว่า “อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกัน” (fair and equitable) ไว้แต่อย่างใด แต่หากพิจารณาถึงบริบทของมาตรา 15 ประกอบแล้วจะเห็นได้ว่า ภาคีสมาสามารถประเมินความเท่าเทียมและความเป็นธรรมได้จากคุณภาพและคุณค่าของสิ่งต่อไปนี้คือ¹⁴

(ก). ผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม

(ข). ผลประโยชน์ของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมที่เกิดจากการแลกเปลี่ยนระหว่างการค้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ผลประโยชน์จากใช้ทรัพยากรพันธุกรรม

(ค). การสนับสนุนหรือให้ความช่วยเหลือจากประเทศภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในรูปของผลประโยชน์ตอบแทนต่างๆ

(ง). การกำหนดผลประโยชน์ของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมที่แตกต่างกัน

¹³ Ibid.,p.82.

¹⁴ UNEP, “Access to Genetic Resources:Note by The Exceclutive Secretary”

(Conference of the Parties to the Convention on Biologocal Diversity,third meeting ,4 to 15 November 1996,Buenos Aires:Argentina,p.8.

3.2.2.3.3) สิทธิในการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพ

สิทธินี้ได้รับการกำหนดไว้ในมาตรา 15 วรรค 7 ประกอบกับมาตรา 16 วรรค 3 ดังนี้คือ

มาตรา 15 วรรค 7 กำหนดว่า “ประเทศภาคีแต่ละประเทศจะต้องดำเนินการมาตรการทางกฎหมาย,ทางการบริหารหรือนโยบายที่เหมาะสม และสอดคล้องกับมาตรา 16 และ 19 และในกรณีจำเป็นจะต้องดำเนินการโดยผ่านกลไกทางการเงินซึ่งกำหนดขึ้นตามมาตรา 20 และ 21 โดยมีเจตนารมณ์เพื่อแบ่งปันผลจากการวิจัยและการพัฒนาที่เป็นธรรมชาติและเท่าเทียม และผลประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้ประโยชน์ทางพาณิชย์และทางอื่นในทรัพยากรพันธุกรรมให้แก่ประเทศภาคีที่ได้ให้ทรัพยากรพันธุกรรมนั้น การแบ่งปันดังกล่าวจักต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขข้อตกลงร่วมกัน”

มาตรา 16 วรรค 3 กำหนดว่า “แต่ละภาคีจักต้องดำเนินการตามกฎหมายด้านการบริหารหรือนโยบาย,เท่าที่เหมาะสม, ด้วยความมุ่งหมายว่าภาคีต่างๆ โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาที่จัดหาให้ทรัพยากรพันธุกรรมได้รับการจัดให้เข้าถึงและรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีซึ่งใช้ประโยชน์ทรัพยากรเหล่านั้น ภายใต้เงื่อนไขที่ได้รับการตกลงร่วมกันทั้งนี้หมายรวมถึงเทคโนโลยีซึ่งถูกคุ้มครองโดยสิทธิบัตรและสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ ”

จากบทบัญญัติข้างต้นแสดงให้เห็นได้ว่ามาตรา 15 วรรค 7 นี้เป็นการกำหนดถึงพันธกรณีหรือหน้าที่ของประเทศภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในการที่จะต้องดำเนินการมาตรการทางกฎหมาย ทางการบริหาร และนโยบาย เพื่อที่จะให้มีการแบ่งปันผลจากการวิจัยและการพัฒนาที่เป็นธรรมชาติและเท่าเทียมที่ได้จากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมแก่ภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม โดยสอดคล้องกับมาตรา 16 วรรค 3 ซึ่งได้แก่การดำเนินการตามกฎหมายด้านการบริหารหรือนโยบาย ในการจัดให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมได้เข้าถึงและรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีซึ่งใช้ประโยชน์ทรัพยากรเหล่านั้น

การกำหนดพันธกรณีนี้แสดงให้เห็นได้ว่าสิทธิอธิปไตยของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา นี้ จะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการปฏิบัติตามพันธกรณีของภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

การที่สิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้จะต้องเกิดขึ้นจากการปฏิบัติ ตามพันธกรณีของประเทศภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม อาจทำให้เกิดข้อโต้แย้งในการเข้าถึง ทรัพยากรพันธุกรรมได้หากประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีนี้และ ประสงค์ที่จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยอ้างสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 2

แต่หากเกิดกรณีดังกล่าวข้างต้นแล้วประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็มีสิทธิ ที่จะไม่ให้ประเทศภาคีนั้นเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ ทั้งนี้เนื่องจากแม้ว่าประเทศภาคีอื่นจะมี สิทธิที่จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 2 และประเทศเจ้าของ ทรัพยากรพันธุกรรมจะมีเพียงสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติซึ่งหมายถึงสิทธิตามที่ อนุสัญญาฯ กำหนดรองรับไว้เท่านั้นก็ตาม แต่อนุสัญญาฯ ก็ได้กำหนดให้ประเทศเจ้าของ ทรัพยากรพันธุกรรมมีอำนาจอธิปไตยในการพิจารณากำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่ง หมายความว่าประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีอำนาจในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากร พันธุกรรมของภาคีอื่นได้อย่างเต็มที่ ประกอบกับมาตรา 15 วรรค 7 ตอนท้ายกำหนดให้ “การแบ่ง บันนั้นๆ จักต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการตกลงร่วมกัน” ดังนั้นประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจึง สามารถใช้ข้อตกลงร่วมกัน อันได้แก่สนธิสัญญาระหว่างประเทศ ในการกำหนดให้ประเทศผู้เข้า ถึงทรัพยากรพันธุกรรมดำเนินมาตรการทางกฎหมาย ทางการบริหาร และนโยบายเพื่อก่อให้เกิด การแบ่งประโยชน์จากการเข้าถึงและใช้ทรัพยากรพันธุกรรมให้กับประเทศเจ้าของทรัพยากร พันธุกรรม ด้วยการจัดให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมสามารถเข้าถึงและรับการถ่ายทอด เทคโนโลยีซึ่งใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมได้

อย่างไรก็ตามเนื่องจากอนุสัญญาฯ มาตรา 16 วรรค 3 ตอนท้ายกำหนดว่า “...ทั้งนี้หมายรวมถึงเทคโนโลยีซึ่งถูกคุ้มครองโดยสิทธิบัตรและสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ ” แสดงให้เห็นได้ว่าแม้ประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจะมีพันธกรณีหรือหน้าที่ในการถ่ายทอด เทคโนโลยีชีวภาพให้กับประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็ตาม แต่การถ่ายทอดเทคโนโลยีที่ได้ รับการคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาก็จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทาง ปัญญาด้วยซึ่งหมายความว่าหากประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมต้องการให้ผู้เข้าถึงทรัพยากร พันธุกรรมถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวกับการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมให้กับตนแล้ว ประเทศ เจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนั้นก็จะต้องทำการจ่ายค่าตอบแทนตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ให้กับประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมด้วย หากไม่จ่ายค่าตอบแทนประเทศเจ้าของทรัพยากร พันธุกรรมก็มีสิทธิที่จะไม่ทำการถ่ายทอดเทคโนโลยีได้

ดังนั้นสิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์โดยการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพจากประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้จึงเป็นสิทธิที่มีเงื่อนไขคือ สิทธินี้ไม่ได้เกิดขึ้นทันทีโดยอัตโนมัติแต่จะเกิดขึ้นภายหลังจากที่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมได้ทำการจ่ายค่าตอบแทนในการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพให้กับประเทศเจ้าของเทคโนโลยีชีวภาพแล้ว

นอกจากนี้จะพบได้ว่าอนุสัญญาฯ ได้มีการกำหนดขอบเขตของเทคโนโลยีชีวภาพเอาไว้เพียงว่าหมายรวมถึงเทคโนโลยีชีวภาพเท่านั้น แต่ไม่กำหนดขอบเขตของเทคโนโลยีชีวภาพตามมาตรา 16 วรรค 3 เอาไว้แต่อย่างใด ดังนั้นในการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพตามมาตรา 16 วรรค 3 นี้จึงน่าจะหมายถึงการถ่ายทอดเทคโนโลยีทุกขั้นตอนและทุกวิธีการด้วย

อย่างไรก็ตามในบางกรณี นอกจากประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะมีสิทธิอธิปไตยในการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพแล้ว ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมยังอาจตกอยู่ในฐานะภาคีผู้มีพันธกรณีในการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพให้กับประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมด้วย โดยเฉพาะเทคโนโลยีภูมิปัญญาท้องถิ่น

3.2.2.3.4) สิทธิในการได้รับการจัดให้มีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพในขบวนการวิจัยของประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

สิทธิอธิปไตยของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 ได้รับการกำหนดรับรองไว้ในมาตรา 15 วรรค 7 ประกอบกับ มาตรา 19 วรรค 1 ดังนี้คือ

มาตรา 15 วรรค 7 กำหนดว่า “ประเทศภาคีแต่ละประเทศจะต้องดำเนินมาตรการทางกฎหมาย, ทางการบริหารหรือนโยบายที่เหมาะสม และสอดคล้องกับมาตรา 16 และ 19 และในกรณีจำเป็นจะต้องดำเนินการโดยผ่านกลไกทางการเงินซึ่งกำหนดขึ้นตามมาตรา 20 และ 21 โดยมีเจตนารมณ์เพื่อแบ่งปันผลจากการวิจัยและการพัฒนาที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และผลประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้ประโยชน์ทางพาณิชย์และทางอื่นในทรัพยากรพันธุกรรมให้แก่ประเทศภาคีที่ได้ให้ทรัพยากรพันธุกรรมนั้น การแบ่งปันดังกล่าวจักต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขข้อตกลงร่วมกัน”

มาตรา 19 วรรค 1 บัญญัติว่า “แต่ละภาคีจักต้องดำเนินการมาตรการทางกฎหมาย การบริหารหรือนโยบายเท่าที่เหมาะสมในอันที่จะทำให้อาชีพเข้ามีส่วนร่วมอย่างประสิทธิผลในกิจกรรมการวิจัยทางเทคโนโลยีชีวภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งได้รับจัดหาให้ทรัพยากรพันธุกรรมสำหรับการวิจัยนั้นและหากเป็นไปได้ให้ทำการวิจัยในภาคนั้น ๆ”

จากบทบัญญัติข้างต้นแสดงให้เห็นได้ว่ามาตรา 15 วรรค 7 นี้เป็นการกำหนดถึงพันธกรณีหรือหน้าที่ของประเทศภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในการที่จะต้องดำเนินการมาตรการทางกฎหมาย ทางการบริหาร และนโยบาย เพื่อที่จะให้มีการแบ่งปันผลจากการวิจัยและการพัฒนาที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่ได้จากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมแก่ภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม โดยสอดคล้องกับมาตรา 19 วรรค 1 ซึ่งได้แก่การดำเนินการตามกฎหมายด้านการบริหารหรือนโยบาย ในการจัดให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมเข้ามีส่วนร่วมอย่างประสิทธิผลในกิจกรรมการวิจัยทางเทคโนโลยีชีวภาพ

การกำหนดพันธกรณีนี้แสดงให้เห็นได้ว่าสิทธิอธิปไตยของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 จะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการปฏิบัติตามพันธกรณีของภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

การที่สิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้จะต้องเกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม อาจทำให้เกิดข้อโต้แย้งในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้หากประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีนี้และประสงค์ที่จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยอ้างสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 2

แต่หากเกิดกรณีดังกล่าวข้างต้นแล้วประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็มีสิทธิที่จะไม่ให้ประเทศภาคนั้นเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ ทั้งนี้เนื่องจากแม้ว่าประเทศภาคีอื่นจะมีสิทธิที่จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 2 และประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะมีเพียงสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติซึ่งหมายถึงสิทธิตามที่อนุสัญญาฯ กำหนดรองรับไว้เท่านั้นก็ตาม แต่อนุสัญญาฯ ก็ได้กำหนดให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีอำนาจอธิปไตยในการพิจารณากำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งหมายความว่าประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีอำนาจในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของภาคีอื่นได้อย่างเต็มที่ ดังนั้นจึงสามารถกำหนดให้ประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากร

พันธูกรรมปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธูกรรม โดยการกำหนดให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธูกรรมเข้ามีส่วนร่วมอย่างประสิทธิผลในกิจกรรมการวิจัยทางเทคโนโลยีชีวภาพ

นอกจากนี้มาตรา 19 วรรค 1 ยังได้ขยายขอบเขตสิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธูกรรมในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์ตามมาตรานี้ออกไป โดยกำหนดให้ทำการวิจัยภายในประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธูกรรม ดังนั้นประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธูกรรมจึงมีสิทธิที่กำหนดให้ประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธูกรรมทำการวิจัยภายในประเทศของตนได้ด้วย

การกำหนดสิทธินี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับสิทธิในการได้รับการจัดให้มีส่วนร่วมในการดำเนินการและวิจัยวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับทรัพยากรพันธูกรรมตามมาตรา 15 วรรค 6 แต่ต่างกันตรงที่สิทธิตามมาตรา 15 วรรค 6 หมายถึงแต่เฉพาะการวิจัยวิทยาศาสตร์เท่านั้น แต่สิทธิตามมาตรา นี้หมายรวมถึงการกำหนดสิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธูกรรมนี้อนุสัญญาฯ ไม่ได้กำหนดขอบเขตและความหมายของ "การมีส่วนร่วมในขบวนการวิจัย" ไว้แต่อย่างใด มีแต่เพียงกำหนดให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพเท่านั้น ดังนั้นประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธูกรรมจึงต้องกำหนดขอบเขตของความร่วมมือในขบวนการวิจัยขึ้นเองโดยกำหนดให้มีความหมายกว้างและครอบคลุมถึงการร่วมมือในขบวนการวิจัยทุกขั้นตอนและทุกวิธีการที่เกี่ยวข้องทรัพยากรพันธูกรรม ทั้งนี้เพื่อให้เกิดการร่วมมือในการวิจัยอย่างมีประสิทธิภาพตามมาตรา 19 วรรค 1

3.2.2.3.5) สิทธิในการได้รับการจัดให้เป็นประเทศภาคีที่สามารถเข้าถึงในลำดับแรกซึ่งผลและผลประโยชน์จากเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธูกรรม

มาตรา 15 วรรค 7 กำหนดว่า "ประเทศภาคีแต่ละประเทศจะต้องดำเนินการตามมาตรการทางกฎหมาย,ทางการบริหารหรือนโยบายที่เหมาะสม และสอดคล้องกับมาตรา 16 และ 19 และในกรณีจำเป็นจะต้องดำเนินการโดยผ่านกลไกทางการเงินซึ่งกำหนดขึ้นตามมาตรา 20 และ 21 โดยมีเจตนารมณ์เพื่อแบ่งปันผลจากการวิจัยและการพัฒนาที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และผลประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้ประโยชน์ทางพาณิชย์และทางอื่นในทรัพยากรพันธูกรรมให้แก่ประเทศภาคีที่ได้ให้ทรัพยากรพันธูกรรมนั้น การแบ่งปันดังกล่าวจักต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขข้อตกลงร่วมกัน"

มาตรา 19 วรรค 2 บัญญัติว่า “แต่ละภาคีจักต้องดำเนินมาตรการที่เป็นไปในทางปฏิบัติทั้งปวง เพื่อส่งเสริมและกระตุ้นให้ภาคีโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนาได้เข้าถึงตามลำดับก่อนหลังซึ่งผลลัพธ์และผลประโยชน์ที่ได้จากเทคโนโลยีชีวภาพซึ่งใช้ทรัพยากรพันธุกรรมที่ประเทศเหล่านี้จัดหาให้ ทั้งนี้บนพื้นฐานแห่งความยุติธรรมและความเสมอภาค การเข้าถึงนั้นๆ จักต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขข้อตกลงร่วมกัน”

จากบทบัญญัติข้างต้นแสดงให้เห็นได้ว่ามาตรา 15 วรรค 7 นี้เป็นการกำหนดถึงพันธกรณีหรือหน้าที่ของประเทศภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในการที่จะต้องดำเนินมาตรการทางกฎหมาย ทางการบริหาร และนโยบาย เพื่อที่จะให้มีการแบ่งปันซึ่งผลจากการวิจัยและการพัฒนาที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่ได้จากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมแก่ภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม โดยสอดคล้องกับมาตรา 19 วรรค 2 ซึ่งได้แก่การดำเนินมาตรการที่เป็นไปในทางปฏิบัติทั้งปวง เพื่อส่งเสริมและกระตุ้นให้ภาคีโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนาได้เข้าถึงตามลำดับก่อนหลังซึ่งผลลัพธ์และผลประโยชน์ที่ได้จากเทคโนโลยีชีวภาพซึ่งใช้ทรัพยากรพันธุกรรมให้แก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

การกำหนดพันธกรณีนี้แสดงให้เห็นได้ว่าสิทธิอธิปไตยของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 จะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการปฏิบัติตามพันธกรณีของภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

การที่สิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้จะต้องเกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม อาจทำให้เกิดข้อโต้แย้งในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้หากประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีนี้และประสงค์ที่จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยอ้างสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 2

แต่หากเกิดกรณีดังกล่าวข้างต้นแล้วประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็มีสิทธิที่จะไม่ให้ประเทศภาคีนั้นเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ ทั้งนี้เนื่องจากแม้ว่าประเทศภาคีอื่นจะมีสิทธิที่จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 2 และประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะมีเพียงสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติซึ่งหมายถึงสิทธิตามทีอนุสัญญาฯ กำหนดรองรับไว้เท่านั้นก็ตาม แต่อนุสัญญาฯ ก็ได้กำหนดให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีอำนาจอธิปไตยในการพิจารณากำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่ง

หมายความว่าประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีอำนาจในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของภาคีอื่นได้อย่างเต็มที่ ประกอบกับมาตรา 15 วรรค 7 และมาตรา 19 วรรค 2 ตอนท้ายกำหนดให้ “การแบ่งปันนั้นๆ จักต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการตกลงร่วมกัน” ดังนั้นประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจึงสามารถใช้ข้อตกลงร่วมกัน อันได้แก่สนธิสัญญาระหว่างประเทศในการกำหนดให้ประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมดำเนินมาตรการทางกฎหมาย การการบริหาร และนโยบายในการแบ่งปันผลประโยชน์โดยการจัดให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมสามารถเข้าถึงผลลัพธ์และผลประโยชน์ที่ได้จากเทคโนโลยีชีวภาพ

นอกจากนี้หากพิจารณาจากมาตรา 19 วรรค 2 แล้วจะเห็นได้ว่าอนุสัญญาฯ ไม่ได้กำหนดขอบเขตของผล และผลประโยชน์จากเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม เอาไว้ ดังนั้นประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะต้องกำหนดขอบเขตขึ้นเอง ซึ่งในการกำหนดนี้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะต้องกำหนดอย่างกว้าง โดยกำหนดให้หมายถึงผลทุกอย่างไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ส่วนผลประโยชน์จากเทคโนโลยีชีวภาพนั้นหมายถึงผลประโยชน์ทุกชนิดที่เกิดจากเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมในทุกชั้นตอนนั้นไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าทางการศึกษาและการพาณิชย์ นอกจากนี้เพื่อให้ได้รับประโยชน์อย่างเต็มที่ตามมาตรา 19 วรรค 2 ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะต้องกำหนดประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจัดให้ตนเป็นประเทศแรกที่มีสิทธิในการเข้าถึงผล และผลประโยชน์จากเทคโนโลยีชีวภาพด้วย

3.2.3 ผลกระทบที่เกิดจากการใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นเป็นการแสดงให้เห็นถึงสิทธิของประเทศผู้เข้าถึงและประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ตลอดจนถึงการใช้สิทธิตามอนุสัญญาฯ ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศผู้เข้าถึงและประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติหรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไม่ได้มีแต่เพียงรัฐซึ่งมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้นแต่ยังมีเอกชนซึ่งไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ดังนั้นจึงก่อให้เกิดผลกระทบของการใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ใน 3 ระดับด้วยกันกล่าวคือ

3.2.3.1 การใช้สิทธิในระดับรัฐกับรัฐ

การใช้สิทธิในระดับรัฐกับรัฐ หมายถึงการใช้สิทธิระหว่างผู้เข้าถึงและเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งมีฐานะเป็นรัฐด้วยกันทั้งคู่

เนื่องจากการใช้สิทธิของรัฐผู้เข้าถึงและรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้เป็นการใช้สิทธิของรัฐในฐานะของบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นลักษณะของสิทธิและขอบเขตของการใช้สิทธิของประเทศผู้เข้าถึงและประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจึงเป็นไปตามที่อนุสัญญาฯ กำหนดไว้คือ ประเทศภาคีอื่นมีสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีเพียงสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติ แต่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็มีอำนาจอธิปไตยในการพิจารณากำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม นอกจากนี้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็มีสิทธิอธิปไตยในเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ กำหนดไว้ด้วย

อย่างไรก็ตามเนื่องจากอนุสัญญาฯ นี้มีผลผูกพันเฉพาะรัฐที่เป็นภาคีอนุสัญญาฯ ดังนั้นรัฐใดที่ไม่เป็นภาคีอนุสัญญาฯ แล้ว รัฐนั้นย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้อนุสัญญาฯ กล่าวคือหากเป็นกรณีรัฐนั้นประสงค์จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมแล้วรัฐนั้นย่อมไม่มีสิทธิที่จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ในทางกลับหากเป็นรัฐที่เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมแล้ว รัฐนั้นย่อมไม่ถูกจำกัดสิทธิเหนือทรัพยากรธรรมชาติตามอนุสัญญาฯ ฉะนั้นรัฐนั้นจึงยังคงมีอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติภายในดินแดนของตน รัฐใดจะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมแล้วรัฐนั้นย่อมจะต้องขออนุญาตประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก่อน และประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้มีสิทธิที่จะให้เข้าถึงหรือไม่ให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมก็ได้

3.2.3.2 การใช้สิทธิระหว่างรัฐกับเอกชน

การใช้สิทธิระหว่างรัฐกับเอกชนนี้หมายถึงการใช้สิทธิของคู่กรณีที่มีฐานะต่างกัน คือเป็นการใช้สิทธิของรัฐไม่ว่าจะเป็นผู้เข้าถึงหรือเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งมีฐานะเป็นบุคคลในทางระหว่างประเทศ และการใช้สิทธิของเอกชนไม่ว่าในฐานะผู้เข้าถึงหรือเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศแต่มีเพียงฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายภายในเท่านั้น

เนื่องจากใช้สิทธิของคู่กรณีที่มีฐานะต่างกันนี้ทำให้ลักษณะสิทธิและการใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้ไม่เป็นไปตามที่อนุสัญญาฯ กำหนดไว้ ซึ่งในอนุสัญญานี้จะพิจารณาแยกออกเป็น 2 กรณีด้วยกันกล่าวคือ

3.2.3.2.1 การใช้สิทธิของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมกับผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่มีฐานะเป็นเอกชน

เนื่องจากเอกชนผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้ไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่มีฐานะเป็นเพียงบุคคลตามกฎหมายภายในเท่านั้น จึงไม่สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 2 ซึ่งมีผลผูกพันเฉพาะรัฐซึ่งมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น ดังนั้นเอกชนผู้ประสงค์ที่จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้ในประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม จึงไม่สามารถที่จะอ้างสิทธิตามอนุสัญญาฯ ดังกล่าวได้

ในทางตรงกันข้ามประเทศภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีฐานะเป็นบุคคลในทางระหว่างประเทศ จึงมีอำนาจอธิปไตยในการพิจารณาควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 1 ได้

อำนาจอธิปไตยของรัฐในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้หมายถึง อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ดังนั้นเอกชนซึ่งมีฐานะเป็นเพียงบุคคลตามกฎหมายภายในที่ประสงค์จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจึงต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมกำหนดขึ้น

อย่างไรก็ตามแม้รัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะมีอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งสามารถใช้บังคับเอกชนโดยการออกกฎเกณฑ์ควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมภายในรัฐของตนก็ตาม แต่ในการใช้สิทธิอธิปไตยในเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ นี้ ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็ไม่สามารถที่จะใช้สิทธิดังต่อไปนี้กับเอกชนผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ กล่าวคือ

1). สิทธิในการทำข้อตกลงร่วมกันในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

สิทธิในการทำข้อตกลงร่วมกันในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 4 ของอนุสัญญาฯ นี้เป็นสิทธิของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมที่มีต่อรัฐภาคีอื่นที่ต้องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ข้อตกลงนี้จึงมีลักษณะในทางกฎหมายเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งมีผลบังคับระหว่างรัฐที่มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น

เมื่อข้อตกลงร่วมกันนี้สามารถให้บังคับได้เฉพาะระหว่างรัฐกับรัฐ ดังนั้นรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจึงไม่สามารถนำสิทธิในการกำหนดให้ผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมทำข้อตกลงร่วมกันในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้กับเอกชนผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้

อย่างไรก็ตามรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมยังคงมีอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม จึงมีอำนาจในการที่ออกกฎเกณฑ์ภายในในการควบคุมเอกชนในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ และหากประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมต้องการให้มีการทำข้อตกลงร่วมกันในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมแล้ว ข้อตกลงดังกล่าวจะต้องอยู่ในรูปของสัญญาตามกฎหมายภายใน และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายภายในในการนี้รัฐจะต้องทำการลดฐานะลงมาเป็นเอกชนด้วยเช่นกัน

2). สิทธิในการได้รับความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

เนื่องจากรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงมีสิทธิอธิปไตยในการได้รับความเห็นซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 5 ของอนุสัญญาฯ นี้ จากผู้ถึงทรัพยากรพันธุกรรม แต่เอกชนผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไม่ได้เป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งไม่อยู่ภายใต้อนุสัญญาฯ รัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจึงไม่สามารถที่จะใช้สิทธิอธิปไตยนี้กับเอกชนได้

อย่างไรก็ตามรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็มีอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 1 ได้ ดังนั้นรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจึงมีอำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์ในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมภายในดินแดนตน โดยกำหนดให้ผู้ที่จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมรวมถึงเอกชนจะต้อง

ทำการแจ้งล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ แต่การกำหนดเช่นนี้ไม่ได้เป็นการกำหนดโดยอาศัยสิทธิอธิปไตยตามอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 5 แต่เป็นการกำหนดโดยอาศัยอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 1 ของอนุสัญญาฯ

3). สิทธิในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์จากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม มีอยู่ทั้ง 5 ประการด้วยกันคือ

3.1). สิทธิในการได้รับการจัดให้มีส่วนร่วมเต็มที่ในการดำเนินการและวิจัยวิทยาศาสตร์ที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจัดหาให้ และหากเป็นไปได้ก็มีสิทธิได้รับการจัดให้มีการวิจัยภายในรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

รัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงมีสิทธิอธิปไตยในการได้รับการจัดให้มีส่วนร่วมเต็มที่ในการดำเนินการและวิจัยวิทยาศาสตร์ที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจัดหาให้ ตามมาตรา 15 วรรค 6 ของอนุสัญญาฯ นี้ จากผู้ถึงทรัพยากรพันธุกรรม แต่เอกชนผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไม่ได้เป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงไม่อยู่ภายใต้อนุสัญญาฯ รัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจึงไม่สามารถที่จะใช้สิทธิอธิปไตยนี้บังคับต่อเอกชนซึ่งไม่มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศได้

แต่เนื่องจากเอกชนมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายภายใน ดังนั้นรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งมีอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม จึงมีอำนาจที่จะบังคับให้เอกชนนั้นทำการจัดให้รัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมได้รับสิทธิในการมีส่วนร่วมเต็มที่ในการดำเนินการและวิจัยวิทยาศาสตร์ที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจัดหาให้

แต่อย่างไรก็ตามการที่รัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมกำหนดบังคับให้เอกชนทำการจัดให้รัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมได้รับสิทธิในการมีส่วนร่วมเต็มที่ในการดำเนินการและวิจัยวิทยาศาสตร์ที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจัดหาให้ นี้ ก็อาจจะมีลักษณะเป็นขัดต่อสิทธิของเอกชนในทางแพ่งตามกฎหมายภายในและขัดต่อสิทธิของปัจเจกชนตามรัฐธรรมนูญของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมได้

ดังนั้นหากรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมต้องการที่จะได้รับการจัดให้มีส่วนร่วมเต็มที่ในการดำเนินการและวิจัยวิทยาศาสตร์ที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจัดหาให้ รัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะต้องทำการจ่ายค่าตอบแทนให้กับเอกชนผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม แสดงให้เห็นได้ว่าสิทธิอธิปไตยของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในการได้รับการจัดให้มีส่วนร่วมเต็มที่ในการดำเนินการและวิจัยวิทยาศาสตร์ที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจัดหาให้ ไม่สามารถที่จะนำมาใช้ได้จริงในทางปฏิบัติหรือตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีนี้

3.2) สิทธิในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

สิทธินี้เป็นสิทธิอธิปไตยตามอนุสัญญาฯ ของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงไม่ผลบังคับต่อเอกชนซึ่งไม่มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ

แต่เนื่องจากรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ มีอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 1 ดังนั้นเอกชนซึ่งมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายภายในที่ต้องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจึงต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งหากไม่ปฏิบัติตามแล้วรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็มีสิทธิที่จะไม่อนุญาตให้มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้

การที่รัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีอำนาจในการพิจารณาควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้ ทำให้รัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีอำนาจที่จะกำหนดให้เอกชนผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมทำการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งได้แก่ค่าธรรมเนียมในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและค่าสิทธิที่เกิดจากการนำทรัพยากรพันธุกรรมนี้ไปใช้ประโยชน์ในทางการค้าหรือพาณิชย์ให้แก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมได้

นอกจากนี้อนุสัญญาฯ ยังให้สิทธิรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในการกำหนดให้ การแบ่งปันผลประโยชน์อยู่ภายใต้การตกลงร่วมกันด้วย แต่เนื่องจากข้อตกลงร่วมกันในความ หมายของอนุสัญญาฯ นี้ หมายถึงสนธิสัญญาฯ ระหว่างประเทศ รัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม จึงไม่สามารถนำมาใช้บังคับกับเอกชนได้ แต่อย่างไรก็ตามรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งมี อำนาจในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมก็สามารถที่จะกำหนดให้การเข้าถึงทรัพยากร พันธุกรรมอยู่ภายใต้การตกลงร่วมกันได้ แต่การตกลงร่วมกันนี้ไม่ได้มีฐานะเป็นสนธิสัญญา ระหว่างประเทศตามอนุสัญญาฯ แต่มีลักษณะเป็นข้อสัญญาการเข้าถึงหรือสัญญาสำรวจ ทรัพยากรพันธุกรรมตามกฎหมายภายในเท่านั้น

3.3) สิทธิในการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพ

สิทธิในการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม นี้ เป็นสิทธิอธิปไตยของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในฐานะรัฐภาคีซึ่งมีฐานะเป็นบุคคลตาม กฎหมายระหว่างประเทศ และสามารถใช้อำนาจบังคับกับภาคีอื่นที่ต้องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วยกันเท่านั้น

แต่เนื่องจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในปัจจุบันนี้คือผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมส่วน ใหญ่เป็นเอกชน เทคโนโลยีชีวภาพนี้จึงตกอยู่ในมือของเอกชนที่ไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลตาม กฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจึงไม่สามารถบังคับใช้สิทธิ อธิปไตยในการการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพจากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตาม มาตรา 15 วรรค 7 นี้ได้

อย่างไรก็ตามรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็ยังมีอำนาจอธิปไตยในการ ควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ที่ทำให้รัฐสามารถกำหนดบังคับให้เอกชนซึ่งอยู่ภายใต้ กฎหมายภายในทำการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพจากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมให้กับตนได้ แต่การกำหนดดังกล่าวนั้นก็เป็นการกำหนดที่ขัดต่อสิทธิของบุคคลหรือเอกชนในทางแพ่งตาม กฎหมายภายในของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งเอกชนเจ้าของสิทธิมีสิทธิที่จะหวงกัน เทคโนโลยีชีวภาพของตนไว้เพื่อประโยชน์ของตนและมีสิทธิที่จะปกปิดหรือถ่ายทอดเทคโนโลยี ชีวภาพนี้ให้กับใครหรือไม่ก็ได้ ดังนั้นรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจึงไม่สามารถกำหนดข้อ กำหนดดังกล่าวได้ นอกจากนี้หากเทคโนโลยีชีวภาพดังกล่าวอยู่ภายใต้การคุ้มครองตามกฎหมาย ทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว รัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมที่ต้องการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยี

ชีวภาพนั้นก็ต้องทำการจ่ายค่าตอบแทนให้กับเอกชนเพื่อให้เอกชนถ่ายเทคโนโลยชีวภาพให้กับรัฐด้วย

จากที่กล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นได้ว่าสิทธิอธิปไตยของรัฐในการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพตามอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 7 ประกอบกับมาตรา 16 วรรค 3 นี้ไม่สามารถบังคับได้ในความเป็นจริง

3.4). สิทธิในการได้รับการจัดให้มีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพในกิจกรรมการวิจัยทางเทคโนโลยีชีวภาพประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

ลักษณะการใช้สิทธิอธิปไตยของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม มีลักษณะเช่นเดียวกับสิทธิในการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยี กล่าวคือ เป็นสิทธิของรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งสามารถใช้สิทธินี้ได้ในฐานะที่เป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่เนื่องจากผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไม่ได้เป็นรัฐแต่เป็นเอกชนซึ่งไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลในทางระหว่างประเทศ รัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจึงไม่สามารถที่จะทำการบังคับตามสิทธินี้ต่อเอกชนได้

และแม้ว่ารัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะมีอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งสามารถจะกำหนดให้เอกชนผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมทำการจัดให้ตนมีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพในกิจกรรมการวิจัยเทคโนโลยีชีวภาพก็ตาม แต่เนื่องจากกิจกรรมในการวิจัยเทคโนโลยีชีวภาพนี้อยู่ในมือหรือเป็นของเอกชนซึ่งได้รับการคุ้มครองสิทธิทางแพ่งตามกฎหมายภายในของรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมที่เอกชนผู้เป็นเจ้าของสิทธิในกิจกรรมการวิจัยจะอย่างไรหรือจะอนุญาตให้ใครมีส่วนร่วมในการวิจัยกับใครก็ได้ ดังนั้นรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจึงไม่สามารถที่จะทำการกำหนดบังคับให้เอกชนต้องทำการจัดให้ตนมีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพในการวิจัยเทคโนโลยีชีวภาพตามสิทธินี้ได้

นอกจากนี้สิทธิตามอนุสัญญาฯ นี้ยังกำหนดให้สิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในกรณีที่เป็นไปได้ว่าให้มีการทำการวิจัยในประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมด้วย สิทธินี้ก็ไม่สามารถบังคับเอกชนได้เช่นกันทั้งนี้เพราะเอกชนไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ และรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็ไม่สามารถอาศัยอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมมาบังคับเอกชนให้ทำการวิจัยในประเทศตน

ได้ด้วยเพราะการกำหนดเช่นนั้น เป็นการขัดสิทธิในทางแพ่งของเอกชนในการที่มีสิทธิที่เลือกสถานที่ในการทำกรรมใดๆ ก็ได้ภายในดินแดนใดของประเทศเจ้าของทรัพย์สินหรือกรรม หากไม่เป็นพื้นที่ต้องห้ามตามกฎหมายภายใน

3.5). สิทธิในการได้รับการจัดให้เป็นภาคีที่สามารถเข้าถึงตามลำดับก่อนหลัง ซึ่งผลลัพธ์และผลประโยชน์ที่ได้จากเทคโนโลยีชีวภาพ

รัฐเจ้าของทรัพย์สินหรือกรรมไม่สามารถใช้สิทธินี้กับเอกชนผู้เข้าถึงทรัพย์สินหรือกรรมได้ เนื่องจากเอกชนไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้ แม้ว่ารัฐเจ้าของทรัพย์สินหรือกรรมจะมีอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพย์สินหรือกรรมก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถที่จะบังคับให้เอกชนทำการกำหนดให้ตนเป็นผู้ที่สามารถเข้าถึงผลลัพธ์และผลประโยชน์ที่ได้จากเทคโนโลยีชีวภาพได้ ทั้งนี้เนื่องจากการกำหนดเช่นนั้นจะเป็นการเข้าไปแทรกแซงสิทธิในทางแพ่งของเอกชนผู้เข้าถึงทรัพย์สินหรือกรรมซึ่งเป็นเจ้าของผลลัพธ์และผลประโยชน์จากเทคโนโลยีชีวภาพนั้น และหากผลลัพธ์ดังกล่าวตกอยู่ภายใต้การคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว รัฐเจ้าของทรัพย์สินหรือกรรมก็จะต้องทำการจ่ายค่าตอบแทนแก่เอกชนเพื่อแลกกับการเข้าถึงผลลัพธ์ดังกล่าวด้วย

นอกจากนี้อนุสัญญาฯ ยังได้กำหนดสิทธิของรัฐเจ้าของทรัพย์สินหรือกรรมในการกำหนดให้การเข้าถึงผลลัพธ์และผลประโยชน์จากเทคโนโลยีชีวภาพนั้นเป็นไปตามข้อตกลงร่วมกันด้วย แต่เนื่องจากข้อตกลงร่วมกันตามความหมายนี้หมายถึงสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งรัฐไม่สามารถนำไปใช้กับเอกชนได้ อย่างไรก็ตามรัฐเจ้าของทรัพย์สินหรือกรรมก็สามารถที่จะอาศัยอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพย์สินหรือกรรมของตนกำหนดให้เอกชนทำสัญญาในการเข้าถึงทรัพย์สินหรือกรรมและระบุให้มีการจัดให้รัฐภาคีเจ้าของทรัพย์สินหรือกรรมสามารถเข้าถึงผลลัพธ์และผลประโยชน์ที่ได้จากการวิจัยเทคโนโลยีชีวภาพได้ แต่สัญญาดังกล่าวนี้ก็มิมีฐานะเป็นสัญญาฯ ตามกฎหมายภายในและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแพ่ง และนอกจากนี้ หากผลลัพธ์ดังกล่าวนี้อยู่ภายใต้การคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว รัฐเจ้าของทรัพย์สินหรือกรรมก็ไม่สามารถอาศัยสัญญานี้บังคับเอกชนได้เพราะจะเป็นการขัดต่อสิทธิของเอกชนตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าวซึ่งเอกชนมีสิทธิที่จะใช้ประโยชน์ผลลัพธ์จากเทคโนโลยีชีวภาพแต่เพียงผู้เดียวและมีสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนจากการใช้ประโยชน์จากผลลัพธ์ดังกล่าว ดังนั้นหากรัฐภาคีเจ้าของทรัพย์สินหรือกรรมต้องการเข้าถึงผลลัพธ์ของเทคโนโลยีชีวภาพแล้ว รัฐก็จะตอบแทนให้กับเอกชนเจ้าของผลลัพธ์ด้วย

3.2.3.2.2 การใช้สิทธิระหว่างเอกชนในประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมกับรัฐ ภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

เนื่องจากรัฐภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงมีสิทธิที่จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 2 แต่ในทางตรงกันข้ามเอกชนผู้เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมภายในดินแดนของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญาฯ ที่กำหนดพันธกรณีให้รัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมกำหนดเงื่อนไขเพื่อเอื้ออำนวยต่อภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

อย่างไรก็ตามรัฐภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมอาจยกสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ขึ้นกล่าวอ้างต่อรัฐภาคีเจ้าของสัญชาติของเอกชนเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อให้มีการปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดให้รัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมทำการกำหนดเงื่อนไขเพื่อเอื้ออำนวยต่อตนในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในดินแดนของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม โดยกำหนดให้เอกชนเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมยินยอมให้รัฐผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมทำการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้

เมื่อพิจารณาถึงข้อเท็จจริงแล้วจะพบได้ว่าแม้จะมีการยกข้ออ้างของรัฐภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามที่กล่าวมาข้างต้นก็ตาม แต่เนื่องจากทรัพยากรพันธุกรรมนี้เป็นกรรมสิทธิของเอกชนสัญชาติรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งตามกฎหมายภายในของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมแล้ว เอกชนเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนั้นมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะใช้ทรัพยากรพันธุกรรมนั้น ดังนั้นรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจึงไม่สามารถที่จะบังคับให้เอกชนทำการยินยอมให้รัฐภาคีอื่นนั้นทำการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของเอกชนได้ เพราะจะเป็นการขัดต่อสิทธิทางแพ่งของเอกชนเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

เมื่อรัฐเจ้าของสัญชาติเอกชนเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมยังไม่สามารถที่จะกำหนดบังคับเอกชนให้ยินยอมให้ภาคีเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมแล้ว อนุสัญญาฯ จึงไม่อาจก้าวล่วงสิทธิของเอกชนได้เช่นกัน ดังนั้นทั้งรัฐผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจึงไม่สามารถกำหนดบังคับให้เอกชนเปิดให้ภาคีเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้



3.2.3.3 การใช้สิทธิระหว่างเอกชนกับเอกชน

ในการใช้สิทธิของเอกชนผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและเอกชนเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมสัญชาติรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้ ถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิตามกฎหมายภายในของทั้งคู่กรณี เนื่องจากเอกชนไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ดังนั้นเอกชนผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจึงไม่สามารถที่จะใช้หรืออ้างสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 2 ได้ และเอกชนเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็ไม่ตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องกำหนดเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยต่อการเข้าถึงตามมาตรา 15 วรรค 2 ด้วย เมื่อเป็นเช่นเอกชนเจ้าของกรรมสิทธิทรัพยากรพันธุกรรม จึงมีสิทธิทางแพ่งตามกฎหมายภายในแต่เพียงผู้เดียวที่จะใช้ทรัพยากรพันธุกรรมของตน ส่งผลให้เอกชนเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีสิทธิที่จะอนุญาตให้เอกชนต่างชาติผู้ต้องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมหรือไม่ก็ได้ หากไม่อนุญาตแล้วเอกชนต่างชาตินั้นย่อมไม่มีสิทธิเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้

นอกจากนี้หากมีการอนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยเอกชนเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมแล้ว สิทธิและหน้าที่ต่างๆ ของคู่กรณีย่อมเป็นไปตามกฎหมายภายใน คู่กรณีไม่สามารถที่อ้างสิทธิอธิปไตยตามอนุสัญญาฯ เพื่อนำมาใช้ได้เนื่องจากคู่กรณีทั้งสองไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ส่วนรัฐเจ้าของสัญชาติเอกชนผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมก็ไม่มีสิทธิที่จะอ้างสิทธิตามอนุสัญญาฯ ให้แก่เอกชนของตนต่อเอกชนเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมด้วยเพราะแม้แต่รัฐสัญชาติเอกชนเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมเองก็ยังไม่มีความสามารถในการแทรกแซงสิทธิในทางแพ่งของเอกชน ฉะนั้นรัฐเจ้าของสัญชาติเอกชนผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมก็ย่อมไม่มีสิทธิเช่นกัน

ในทางตรงกันข้ามรัฐสัญชาติเอกชนเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็ไม่มีสิทธิที่จะอ้างสิทธิอธิปไตยในเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ เพราะเป็นการแทรกแซงสิทธิในทางแพ่งของเอกชนต่างชาติผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งรัฐสัญชาติเอกชนเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมไม่สามารถทำได้ตามกฎหมายภายในของตน

3.3 การระงับข้อพิพาทที่ใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ

3.3.1 ข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

แม้อนุสัญญาฯ จะได้กำหนดสิทธิของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมและรัฐผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเอาไว้อย่างชัดเจนแล้วก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติหรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไม่ได้มีแต่เพียงรัฐซึ่งมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้นแต่ยังมีเอกชนซึ่งไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ดังนั้นหากเกิดข้อโต้แย้งในการใช้สิทธิเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ แล้ว ก็จะทำให้เกิดปัญหาหรือข้อพิพาทที่แตกต่างกันออกไปตามฐานะของคู่กรณีดังนี้คือ

3.3.1.1 ข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้สิทธิระหว่างรัฐภาคี

กรณีข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้สิทธิระหว่างรัฐภาคีผู้เข้าถึงและรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้สามารถเกิดขึ้นได้ในหลายกรณีด้วยกันกล่าวคือ

กรณีแรกคือ ข้อพิพาทที่เกิดจากการโต้แย้งสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของรัฐภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 2 ข้อพิพาทนี้จะเกิดขึ้นมาจากการที่รัฐผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมยกข้ออ้างว่าตนไม่ได้รับการอำนวยความสะดวกในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมภายในดินแดนของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมเท่าที่ควรตามอนุสัญญาฯ และรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่จะต้องกำหนดเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยต่อภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

หากเกิดข้อพิพาทนี้แล้วรัฐภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมก็มีภาระที่จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าตนมีสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ และรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมไม่ได้ปฏิบัติตามพันธกรณีในการสร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยแก่ตนในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งก่อให้เกิดสิทธิของตนในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ในทางตรงกันข้ามรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็มีภาระที่จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าตนได้ดำเนินการปฏิบัติตามพันธกรณีในการสร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยต่อรัฐภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมแล้วอย่างไรในระดับใด

กรณีที่สองคือ ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการโต้แย้งสิทธิอธิปไตยของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญา โดยรัฐผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งได้แก่

-การไม่ปฏิบัติตามสิทธิในการได้รับการอนุญาตจากรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม เช่นการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยไม่ได้รับอนุญาตจากรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

-การไม่ปฏิบัติตามสิทธิในการได้รับความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจากรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม เช่น การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยไม่มีขอความเห็นชอบโดยการแจ้งให้ทราบล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

-การไม่ปฏิบัติตามสิทธิในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม เช่น การไม่ทำการแบ่งปันผลประโยชน์ให้กับรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมภายหลังจากที่ได้มีการเข้าถึงหรือใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม

ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการที่รัฐผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไม่ปฏิบัติตามสิทธิที่รัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีอยู่ตามอนุสัญญา ดังกล่าวข้างต้นนี้ จะเกิดขึ้นภายหลังจากที่รัฐผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมคือได้มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมแล้ว แต่ภายหลังจากที่มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมแล้วก็มีหน้าที่ๆ จะต้องปฏิบัติตามสิทธิของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม แต่รัฐผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมก็ไม่ปฏิบัติตาม

ข้อพิพาทนี้รัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีภาระที่จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ารัฐผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมทำการละเมิดสิทธิอธิปไตยของตนตามอนุสัญญา นี้

แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากในบางกรณีการใช้สิทธิอธิปไตยตามอนุสัญญาของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้ก็เป็นการใช้สิทธิที่มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัด ซึ่งหมายความว่ารัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะต้องใช้สิทธินี้ภายในเงื่อนไขที่อนุสัญญากำหนด หากไม่ใช้สิทธิตามที่อนุสัญญากำหนดแล้ว รัฐผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมก็ไม่มีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามสิทธินั้น ดังนั้นแม้ว่ารัฐภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจะไม่ปฏิบัติตามสิทธิดังกล่าวก็ตามก็ไม่ถือว่าเป็นการโต้แย้งสิทธิของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้สิทธิอธิปไตยของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็จะไม่เกิดขึ้น กรณีดังกล่าวนี้ได้แก่ การใช้สิทธิในการแบ่งปันผลประโยชน์จากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งอยู่ด้วยกันหลายประการกล่าวคือ

ประการที่แรก คือ สิทธิในการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพ ตามมาตรา 15 วรรค 7 ประกอบกับมาตรา 16 วรรค 3

เนื่องจากมาตรา 16 วรรค 3 กำหนดให้เทคโนโลยีชีวภาพ หมายความรวมถึง เทคโนโลยีชีวภาพที่ได้รับการคุ้มครองโดยสิทธิบัตรและสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ ด้วย ดังนั้นในการใช้สิทธิอธิปไตยของรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในการได้รับการถ่ายทอด เทคโนโลยีชีวภาพนี้ จำต้องอยู่ภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาด้วย ซึ่งหมายความว่า รัฐภาคี เจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะไม่มีสิทธิได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากรัฐภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากร พันธุกรรม หากไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนให้กับรัฐผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งเป็นเจ้าของสิทธิ เทคโนโลยีนั้นตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แสดงให้เห็นได้ว่ากรณีที่จะเกิดข้อพิพาทจาก การโต้แย้งสิทธิอธิปไตยของรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้ได้ก็ต่อเมื่อรัฐภาคีเจ้าของ ทรัพยากรพันธุกรรมได้มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขในเรื่องกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้วแต่ รัฐภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไม่ปฏิบัติตาม

ประการที่สอง คือ สิทธิในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการเข้าถึง ทรัพยากรพันธุกรรม, สิทธิในการได้รับการจัดให้มีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพในกิจกรรมการวิจัย ทางเทคโนโลยีชีวภาพประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม และ สิทธิในการได้รับการจัดให้เป็น ภาคีที่สามารถเข้าถึงตามลำดับก่อนหลังซึ่งผลลัพธ์และผลประโยชน์ที่ได้จากเทคโนโลยีชีวภาพ

เนื่องจากอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 7 ได้กำหนดสิทธิของรัฐภาคีเจ้าของ ทรัพยากรพันธุกรรมในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์ตามข้างต้น จะต้องเป็นไปตามข้อตกลง ร่วมกัน ซึ่งหมายความว่า รัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะต้องใช้สิทธินี้โดยผ่านข้อตกลงร่วม กันซึ่งตามความหมายของมาตรานี้ได้แก่ สนธิสัญญาระหว่างประเทศ ดังนั้นหากรัฐภาคีเจ้าของ และผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไม่ได้ทำสนธิสัญญาร่วมกันในการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จาก การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามที่กล่าวข้างต้นแล้ว รัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็จะมี สิทธิที่จะได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์จากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเหล่านี้ เมื่อรัฐเจ้าของ ทรัพยากรพันธุกรรมไม่มีสิทธิแล้ว ก็จะไม่เกิดการโต้แย้งสิทธิที่จะเป็นข้อพิพาทตามมาตรานี้ได้

นอกจากนี้ข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตาม อนุสัญญาฯ นี้จะมีได้เฉพาะกับคู่กรณีที่เป็นรัฐภาคีด้วยกันเท่านั้น หากเกิดกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใด

ฝ่ายหนึ่งไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาฯ แล้วย่อมไม่ถือเป็นข้อพิพาทในการใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ทั้งนี้เนื่องจากอนุสัญญาฯ ย่อมมีผลผูกพันเฉพาะภาคีอนุสัญญาฯ เท่านั้น หากรัฐใดไม่เป็นภาคีแล้วก็ไม่สามารถใช้สิทธิตามอนุสัญญาฯ ขึ้นกล่าวอ้างได้ ในทางตรงกันข้ามหากรัฐใดไม่ได้ภาคีรัฐนั้นก็ไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญาฯ เช่นกัน ทั้งนี้เป็นไปตามหลักสนธิสัญญาที่มีผลเฉพาะระหว่างรัฐภาคี (Pacta tertiis nec nocent nec prosunt) ซึ่งมีการกำหนดไว้ใน อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยเรื่องสนธิสัญญา ปี 1996 มาตรา 34 ซึ่งกำหนดว่า¹⁵

“สนธิสัญญาย่อมไม่ก่อพันธกรณีหรือสิทธิใดๆ แก่รัฐที่สามโดยปราศจากความยินยอมจากรัฐที่สามนั้น”

แสดงให้เห็นได้ว่าหากข้อโต้แย้งในการใช้สิทธิระหว่างรัฐภาคีอนุสัญญาฯ กับรัฐภาคีอื่นแล้วข้อพิพาทดังกล่าวย่อมไม่ถือเป็นข้อพิพาทตามอนุสัญญาฯ ดังนั้นจึงไม่สามารถใช้วิธีและกระบวนการในการระงับข้อพิพาทตามอนุสัญญาฯ ได้

3.3.1.2 ข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้สิทธิระหว่างรัฐภาคีและเอกชน

ข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้สิทธิระหว่างรัฐภาคีและเอกชนนี้ มีอยู่ด้วยกัน 2 กรณี ดังนี้คือ

กรณีแรก ข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้สิทธิของรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมกับเอกชนต่างชาติผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

กรณีนี้เนื่องจากเอกชนไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงไม่สามารถอ้างสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ได้ ส่วนรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนั้นแม้ว่าจะสิทธิอธิปไตยในเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ก็ตามแต่เนื่องจากเอกชนผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้ไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจึงไม่สามารถบังคับใช้สิทธินี้กับเอกชนได้ แสดงให้เห็นได้ว่าหากเกิดกรณีพิพาทในการใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

¹⁵ ประสทธิ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 155-156.

ระหว่างรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมกับเอกชนต่างชาติผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมขึ้นแล้ว ข้อพิพาทดังกล่าวย่อมไม่ใช่ข้อพิพาทในการใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ แต่อย่างใด แต่เป็นเพียงข้อพิพาทตามกฎหมายภายในเท่านั้น

กรณีที่สอง ข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้สิทธิของเอกชนสัญชาติของรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมกับรัฐภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

เนื่องจากรัฐภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงมีสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 2 แต่ในทางตรงกันข้ามเอกชนสัญชาติของรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศจึงไม่ตกอยู่ภายใต้พันธกรณีในการกำหนดเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยต่อรัฐภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม รัฐภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจึงไม่สามารถบังคับใช้สิทธินี้แก่เอกชนเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมได้

อย่างไรก็ตามเนื่องจากรัฐภาคีเจ้าของสัญชาติเอกชนเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมอาจยกข้ออ้างในเรื่องพันธกรณีของรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในการสร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยต่อภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งก่อให้เกิดสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของตนเพื่อให้รัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมทำการบังคับให้เอกชนสัญชาติตนยินยอมให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้นๆ

การยกข้ออ้างดังกล่าวของรัฐภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมขึ้นต่อสู้กับรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อให้ยอมให้ตนเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของเอกชนนี้ จะเห็นได้ว่าไม่สามารถทำได้ เนื่องจากเอกชนในรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้มีสิทธิและกรรมสิทธิเหนือทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งหมายความว่าเอกชนมีสิทธิเต็มที่ๆ จะใช้ และหวงกั้นทรัพยากรพันธุกรรมนั้นไม่ให้ใครมาใช้ได้ ยิ่งไปกว่านั้นหากทรัพยากรพันธุกรรมนั้นเป็นทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา คือ เป็นทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้รับการแปรรูปขึ้นมาใหม่ แล้ว แม้รัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมเองก็ไม่มีสิทธิที่จะไปใช้ได้ นอกจากจะได้รับความยินยอมจากเอกชนนั้นๆ หากรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะเข้าไปบังคับเอกชนให้ยินยอมให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมแล้วย่อมเป็นการแทรกแซงและขัดต่อสิทธิทางแพ่งของเอกชน ซึ่งรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมไม่สามารถทำได้ เมื่อรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมไม่สามารถที่จะแทรกแซงสิทธิของเอกชนได้แล้ว รัฐเจ้าผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมก็ยอมทำไม่ได้เช่น

กัน ดังนั้นการใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ของรัฐผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและพันธกรณีในการกำหนดเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยต่อภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้จึงสามารถใช้อย่างได้เฉพาะในกรณีทรัพยากรพันธุกรรมที่เป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมเท่านั้น แสดงให้เห็นได้ว่าการยกข้ออ้างดังกล่าวของรัฐภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมขึ้นต่อผู้กับรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในกรณีนี้จึงถือเป็นข้อพิพาทในการใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ

3.3.1.3 ข้อพิพาทที่เกิดจากการโต้แย้งสิทธิของเอกชนกับเอกชน

กรณีการโต้แย้งสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมระหว่างเอกชนเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมและเอกชนผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม นี้ จะเห็นได้ว่าเอกชนไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นคู่กรณีทั้งสองที่เป็นเอกชนนี้จึงไม่สามารถที่จะอ้างสิทธิและถูกบังคับตามสิทธิหรือพันธกรณีของอนุสัญญาฯ ที่มีผลบังคับเฉพาะรัฐภาคีที่เป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศได้เลย

ดังนั้นกรณีพิพาทนี้จึงเป็นข้อพิพาทตามกฎหมายภายในของรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมเท่า

3.3.2 ขบวนการระงับข้อพิพาทที่เกิดใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพได้กำหนดการระงับข้อพิพาทของภาคีอนุสัญญาฯ ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทอันเกิดจากการตีความและการละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญาฯ ในเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเอาไว้แล้วโดยเฉพาะ ฉะนั้นเมื่อเกิดกรณีข้อพิพาทดังกล่าวระหว่างรัฐภาคีอนุสัญญาฯ แล้ว การระงับข้อพิพาทก็จะต้องเป็นไปตามวิธีการที่อนุสัญญาฯ กำหนดเอาไว้

การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีในเรื่องการตีความและการละเมิดพันธกรณีในเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้น อนุสัญญาฯ ได้กำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทเอาไว้โดยเฉพาะแล้วใน มาตรา 27 ซึ่งได้กำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทเอาไว้ ดังนี้ คือ¹⁶

กระบวนการแรกคือ การเจรจาต่อรอง (Negotiation) ซึ่งมาตรา 27 (1) กำหนดว่า ข้อโต้แย้งระหว่างประเทศภาคีที่เกิดจากประยุคดีใช้พันธกรณีตามอนุสัญญาฯ ประเทศภาคีจะต้องดำเนินการแก้ไขโดยการเจรจาระหว่างประเทศภาคีที่มีปัญหาดังกล่าว หากการเจรจายังไม่ประสบผลสำเร็จก็จะต้องดำเนินการตามกระบวนการที่สองต่อไป

กระบวนการที่สอง คือ การดำเนินการที่เรียกว่า Good office หรือ Mediation โดยประเทศกรณีฝ่ายที่สามวิธีการนี้คนกลางจะไม่เข้าไปตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทแต่จะเป็นการจัดให้คู่พิพาทหันหน้าเข้าเจรจากัน โดยให้คนกลางทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยด้วยการเสนอวิธีการหรือแนวทางหรือข้อตกลงเพื่อให้คู่พิพาทตัดสินใจเอง

อย่างไรก็ตามในระยะเวลาใดๆ ของรัฐภาคีสามารถประกาศหรือแถลงการณ์เป็นลายลักษณ์อักษรต่อสำนักเลขาธิการข้อพิพาทตามมาตรา 27 วรรค 3 ว่ายอมรับให้มีการแก้ไข และระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการ 2 ประการดังนี้คือ

- 1) การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการให้อนุญาตตุลาการ ทำการข้อพิพาท
- 2) การเสนอข้อพิพาทต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice)

วิธีการดำเนินกระบวนการพิจารณาในระบบอนุญาโตตุลาการได้รับการกำหนดไว้ส่วนที่ 1 ของภาคผนวกที่ 2 ของอนุสัญญาฯ ซึ่งเป็นหลักการเดียวกันกับกระบวนการพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ดำเนินการกันอยู่ทั่วไปในปัจจุบัน โดยกำหนดให้แต่ละกรณีต้องมีอนุญาโตตุลาการอย่างน้อย 3 คน โดยแต่ละฝ่ายเลือกอนุญาโตตุลาการมาฝ่ายละ 1 คน และอนุญาโตตุลาการทั้ง 2 คนนั้นจะเลือกอนุญาโตตุลาการที่เป็นฝ่ายกลางอีก 1 คน ในกรณีที่

¹⁶ Lyle Glowka, Francois Burhene-Guilimin and Hugh Syhge, A Guide to the Convention on Biological Diversity, p.118.

ประเทศภาคีที่พิพาทกันมีหลายประเทศให้รวมประเทศที่มีผลประโยชน์เหมือนกันไว้ฝ่ายเดียวกัน และใช้อินญาโตตุลาการคนเดียวกัน¹⁷

กระบวนการสุดท้ายในการระงับข้อพิพาทหากประเทศภาคีไม่ยอมรับวิธีการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ หรือวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการเจรจาต่อรองหรือ good office ประสบความสำเร็จ คือวิธีการระงับข้อพิพาทโดยใช้วิธีประนีประนอมข้อพิพาท (Conciliation) กระบวนการนี้เป็นพันธกรณีที่ผูกพันประเทศภาคี แต่โดยผลของ conciliation นั้นจะไม่ผูกพันประเทศภาคีว่าจะต้องดำเนินการไปตามนั้น และในการดำเนินงานในแต่ละครั้งจะต้องมีองค์สมาชิก 5 คน ดังที่กำหนดไว้ในส่วนที่ 2 ของภาคผนวกที่ 2 อย่างไรก็ตาม ใด ๆ ก็ดี ประเทศภาคีที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาทจะตกลงกันเป็นอย่างอื่นก็ได้¹⁸

อย่างไรก็ตามหากกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างภาคีตามอนุสัญญาฯ ดังกล่าวข้างต้นไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ภาคียินยอมใช้กระบวนการใดกระบวนการหนึ่งตามวิธีการข้างต้นระงับข้อพิพาทแล้ว ก็ต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทตามหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป คือ การฟ้องร้องหรืออ้างสิทธิต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The International Court of Justice:ICJ) เพื่อให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ชี้ขาดซึ่งผลตัดสินย่อมผูกพันภาคีคู่พิพาทในการปฏิบัติตาม

จากหลักเกณฑ์ข้างต้นนี้ สามารถสรุปได้ว่าหากเกิดกรณีพิพาทระหว่างรัฐภาคีในการใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและการใช้สิทธิอธิปไตยในเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ แล้ว ขบวนการและวิธีการระงับข้อพิพาทย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามอนุสัญญาฯ ก่อนและหากตกลงกันไม่ได้ รัฐภาคีจึงจะสามารถที่จะไปใช้วิธีการฟ้องศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้

นอกจากนี้ในบางกรณีอาจเกิดข้อพิพาทในการใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมระหว่างรัฐภาคีและรัฐอื่นๆ ที่ไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาฯ ได้ ซึ่งข้อพิพาทดังกล่าวนี้ได้แก่ข้อพิพาทที่เกิดจากการเข้าไปนำทรัพยากรพันธุกรรมมาจากรัฐอื่นๆ ที่ตนไม่มีสิทธิ โดยคู่กรณีใน

¹⁷ ชนภัทร วินยวัฒน์ คำอธิบายเบื้องต้นอนุสัญญาว่าความหลากหลายทางชีวภาพ 2535. พิมพ์ครั้งที่ 1.กรุงเทพฯ: ส. ไพบูลย์การพิมพ์, หน้า 97.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน., หน้า 98.

การพิพาทนี้มีทั้งรัฐที่เป็นภาคีอนุสัญญาฯ และ รัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาฯ แต่เมื่อเกิดข้อพิพาทดังกล่าวแล้ว ก็ไม่สามารถที่จะระงับข้อพิพาทโดยใช้วิธีการตามอนุสัญญาฯ ได้ทั้งนี้เพราะเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่บังคับเฉพาะรัฐภาคีด้วยกันเท่านั้น ดังนั้นเมื่อเกิดข้อพิพาทนี้แล้ว การระงับข้อพิพาทย่อมเป็นไปตามหลักการระงับข้อพิพาททั่วไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในหัวข้อนี้จะแยกพิจารณาเป็น 3 กรณีด้วยกันคือ

กรณีที่ 1 รัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีเข้าไปนำทรัพยากรพันธุกรรมออกไปจากรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมโดยไม่ได้รับอนุญาต

ในการระงับข้อพิพาทนี้ เนื่องจากรัฐภาคีอื่นไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาฯ จึงไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญาฯ ที่จะต้องนำวิธีการระงับข้อพิพาทตามอนุสัญญาฯ มาใช้ ดังนั้นหากเกิดข้อพิพาทนี้ขึ้นแล้ว รัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็ต้องข้อพิพาทนี้ขึ้นฟ้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยอาศัยข้ออ้างอำนาจอธิปไตยของตนในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ในฐานะที่ตนเป็นภาคีอนุสัญญาฯ ได้

กรณีนี้จะเห็นได้ว่า แม้ว่ารัฐภาคีอื่นจะอ้างว่าตนไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาฯ จึงไม่ต้องรับผิดชอบก็ตาม รัฐภาคีก็สามารถที่จะอ้างหลักอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อให้รัฐภาคีอื่นรับผิดชอบได้ในความเสียหายได้

นอกจากนี้หากรัฐภาคีอื่นได้กระทำการใดที่เป็นการแสดงให้เห็นได้ว่าหลักการต่างๆ ในเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ มาบังคับใช้ในรัฐตนแล้วย่อมแสดงให้เห็นได้ว่ารัฐภาคีนั้นได้ยอมรับหลักการในการใช้อำนาจอธิปไตยของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมแล้ว

กรณีที่ 2 รัฐภาคีเข้าไปนำทรัพยากรพันธุกรรมออกไปจากรัฐอื่นที่ไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาฯ โดยไม่ได้รับอนุญาต

กรณีนี้จะเห็นได้ว่า เมื่อภาคีอื่นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาฯ จึงไม่สามารถอนุสัญญาฯ ในฐานะสนธิสัญญา ฟ้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ เพราะตนไม่เป็นภาคีอนุสัญญาฯ และหากภาคีอื่นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมประสงค์ที่จะใช้

สิทธิผ่านศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ก็จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า ตนได้ยอมหลักการที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ ในฐานะจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วยเช่นเดียวกันกับรัฐภาคีอนุสัญญาฯ

กรณีที่ 3 คือ กรณีพิพาทจากการอ้างสิทธิเหนือทรัพยากรพันธุกรรมที่เก็บรักษาไว้ที่ศูนย์รักษาทรัพยากรพันธุกรรมนอกถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ (EX-Situ)

การอ้างสิทธิเหนือทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศไทยที่ถูกเก็บไว้ในศูนย์เก็บรักษาทรัพยากรพันธุกรรมนอกถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ (ex-situ) ซึ่งได้แก่ ศูนย์ต่าง ๆ ขององค์การอาหารและเกษตรแห่งสหประชาชาติ (Food and Agriculture Organization : FAO) มักจะก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องการเข้าถึงหรือการนำทรัพยากรพันธุกรรมที่เก็บไว้ที่ศูนย์เก็บรักษาไปใช้ ทั้งนี้เนื่องจากการดำเนินการของ FAO อยู่ภายใต้ข้อบังคับระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืช (The International Undertaking on Plant Genetic Resources: IUPGR) ที่ยึดหลักว่าทรัพยากรพันธุกรรมเป็นสมบัติของมวลมนุษยชาติ (Common Heritage of Mankind) ฉะนั้นการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้นสามารถกระทำได้โดยเสรี แต่จากผลของมาตรา 22 ในอนุสัญญาฯ ที่กำหนดว่าข้อตกลงใดมีข้อความขัดหรือแย้งกับความเป็นอนุสัญญาฯให้นำอนุสัญญาฯ มาใช้บังคับ ทำให้ FAO จัดทำพิธีสารแนบท้ายอนุสัญญาฯ (Decision III/15) ซึ่งมีผลบังคับระหว่างภาคีอนุสัญญาฯ เพื่อทำการเปลี่ยนแปลงจากหลักการที่ยอมรับว่าทรัพยากรพันธุกรรมเป็นสมบัติของมวลมนุษยชาติเป็นการยอมรับหลักอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ

ฉะนั้นหากผู้ใดประสงค์จะนำทรัพยากรของประเทศภาคีอนุสัญญาฯ ซึ่งเก็บไว้ที่ศูนย์ FAO ไปใช้ประโยชน์ใด ๆ ผู้นั้นจะต้องขอความยินยอมจากรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก่อน มิฉะนั้นจะเป็นการละเมิดสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ในทางตรงกันข้าม หากรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาฯ จะมีผลเท่ากับยังไม่ได้รับการแก้ไขตามหลักการ IUPGR ฉะนั้นหลักที่ว่าทรัพยากรพันธุกรรมเป็นสมบัติของมนุษยชาติยังคงมีผลบังคับใช้เหนือทรัพยากรพันธุกรรมของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมที่ฝากไว้ที่ศูนย์ FAO อยู่ ส่วนผู้ประสงค์จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมก็เพียงแค่แจ้งหรือตกลงกับศูนย์เท่านั้นไม่ต้องขออนุญาติรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมแต่อย่างใด และการเข้าถึงดังกล่าวก็ไม่ใช่เป็นการละเมิดกฎหมายและเงื่อนไขการเข้าถึงฯ ตามอนุสัญญาฯ แต่อย่างใด ทั้งนี้เพราะรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนั้นไม่ได้เป็นเป็นภาคีอนุสัญญาฯ

3.4 สถานภาพและความพร้อมของกฎหมายไทยในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

3.4.1 ผลผูกพันภายหลังการลงนามและแนวโน้มการให้สัตยาบัน

-ผลผูกพันภายหลังการลงนาม

ประเทศไทยได้ลงนาม (Signature) รับรองความถูกต้องแท้จริงของหลักการที่มีกำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพแล้วตั้งแต่วันที่ 12 มิถุนายน 2535 ในระหว่างการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาหรือการประชุมสุดยอดของโลก (Earth Summit) ณ นครริโอเดอจาเนโร ประเทศบราซิล แต่ปัจจุบันยังไม่ได้ทำการให้สัตยาบัน เพราะยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาความเห็นชอบในการเข้าเป็นภาคี การลงนามในอนุสัญญาฯ ของประเทศไทยดังกล่าวก่อให้เกิดพันธกรณีต่อประเทศไทยที่จะต้องกระทำโดยสุจริต และงดเว้นการกระทำใดๆ ที่เป็นการทำลายหรือขัดขวางวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ ทั้งนี้เพราะการที่ประเทศไทยลงนามอนุสัญญาฯ ย่อมแสดงให้เห็นถึงเจตจำนงของประเทศไทยที่เห็นชอบด้วยวัตถุประสงค์อันเป็นสาระสำคัญของอนุสัญญาฯ ฉะนั้นแม้อนุสัญญาฯ จะยังไม่มีผลผูกพันประเทศไทยในฐานะที่เป็นภาคีก็ตาม แต่มีผลผูกพันประเทศไทยตาม “หลักสุจริต” ซึ่งกำหนดไว้ใน มาตรา 18 ของอนุสัญญาฯ กรุงเวียนนา ว่าด้วยสนธิสัญญา ปี ค.ศ.1969 ซึ่งได้กำหนดไว้ว่า¹⁹

“รัฐจะต้องงดเว้นการกระทำใดๆ ที่อาจจะทำให้วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาตกเป็นอันไร้ผลเมื่อรัฐนั้นได้ลงนามในสนธิสัญญาหรือได้แลกเปลี่ยนตราสารก่อตั้งสนธิสัญญา ภายใต้เงื่อนไขแห่งการให้สัตยาบัน การยอมรับหรือการให้ความเห็นชอบ ตราบเท่าที่รัฐนั้นยังมีได้แสดงนี้ จะไม่เข้าเป็นภาคีสนธิสัญญา

จากหลักการดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าแม้ประเทศไทยจะยังไม่ได้ให้สัตยาบันและอยู่ในช่วงของการพิจารณาความเห็นชอบในการให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพก็ตาม แต่การลงนามอนุสัญญาฯ ของประเทศไทยก็ทำให้ประเทศไทยต้องปฏิบัติหลักสุจริตและพันธกรณีระหว่างประเทศในการที่จะไม่กระทำการใดๆ ที่เป็นการทำลายหรือทำให้วัตถุประสงค์

¹⁹ ประสิทธิ เอกบุตร.กฎหมายระหว่างประเทศ-แผนกคดีเมือง เล่ม 1 สนธิสัญญา. หน้า 80-82.

ประสงค์ของอนุสัญญาฯ เป็นอันไว้ผล ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงจุดประสงค์ของอนุสัญญาฯ แล้ว จะเห็นได้ว่าประกอบไปด้วยวัตถุประสงค์ 3 ประการด้วยกันคือ

1. อนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ
2. ใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน
3. แบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมเหล่านั้นอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมโดยผ่านกลไกการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม การเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยี รวมทั้งการจัดการทรัพยากรการเงินที่เหมาะสม

นอกจากนี้แม้ว่าประเทศไทยจะยังไม่ได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฯ ก็ตาม แต่อนุสัญญาฯ ก็อาจมีผลบังคับใช้ต่อประเทศไทยในฐานะจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการตามมาตรา 38 ของอนุสัญญาฯ กรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญาฯ ซึ่งบัญญัติว่า

“ไม่มีบทบัญญัติใดที่จะขัดขวางมิให้กฎเกณฑ์ในสนธิสัญญากลายเป็นกฎเกณฑ์ที่บังคับใช้สำหรับรัฐที่สามในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นที่รับรู้กันเช่นนั้น”²⁰

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่าอนุสัญญาฯ ด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ อาจมีผลผูกพันประเทศไทยซึ่งไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาฯ ในฐานะของจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ ทั้งนี้เพราะการที่ประเทศไทยได้ลงนามรับรองความถูกต้องของหลักการที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานับตั้งแต่ช่วงระยะเวลาการประชุมสุดยอดสิ่งแวดล้อม (Earth Summit) ถือได้ว่าประเทศไทยได้ยอมรับในความถูกต้องแท้จริงและแน่นอนของอนุสัญญาฯ แล้วตามมาตรา 10 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ และนอกจากนี้ประเทศไทยยังได้ดำเนินนโยบายและแผนการดำเนินการที่ผ่านมาทั้งในส่วนกฎหมายการเมือง สังคม และวิทยาศาสตร์ไปในแนวทางเดียวกับอนุสัญญาฯ ซึ่งการปฏิบัติแผนการต่างๆ ตามอนุสัญญาฯ ย่อมแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยได้กระทำการในลักษณะที่เป็นการปฏิบัติโดยทั่วไป (General Practice) แล้ว และการยอมรับถึงความถูกต้องในหลักการโดยการลงนามในอนุสัญญาฯ ถือได้ว่าประเทศไทยได้ยอมรับว่าอนุสัญญาฯ ว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพมีฐานะเป็นกฎหมาย (Accept as Law Opinio Juris) แล้ว อันทำให้อนุสัญญาฯ มีผลผูกพันต่อประเทศในฐานะจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นป่อเกิดทางกฎหมายระหว่างประเทศ ประเภทหนึ่งตามมาตรา 38 (1) (b) ธรรมนูญศาลยุติ

²⁰ เรื่องเดียวกัน., หน้า 165.

ธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งกำหนดว่าหลักการใดจะกลายเป็นจารีตประเพณี สำหรับประเทศใดอยู่ที่ การแสดงเจตนา (Opinio Juris) และปฏิกิริยาของรัฐดังกล่าว (General Pactice) ผ่านทางเวทีการ เมืองระหว่างประเทศโดยประเทศนั้นเป็นสำคัญ โดยไม่คำนึงถึงระยะเวลาในการปฏิบัติของแต่ละ ประเทศว่าจะนานเท่าใด

- แนวโน้มการให้สัตยาบัน

การประเศไทยได้ลงนามรับรองความถูกต้องของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพไปแล้วเมื่อวันที่ 12 มิถุนายน 2535 เป็นการยืนยันให้เห็นถึงแนวโน้มของประเทศไทยในการที่จะให้สัตยาบัน เพื่อเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฯ นอกจากนี้ภายหลังจากการลงนามแล้ว ประเทศไทยยังได้มีการดำเนินการต่างๆ เพื่อให้มีการให้สัตยาบันโดยรัฐบาลได้มอบหมายให้คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติเป็นผู้พิจารณาและนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรี และต่อมาเมื่อวันที่ 10 มิถุนายน 2536 คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติได้แต่งตั้งคณะอนุกรรมการอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายขึ้นมา โดยมีปลัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์เป็นประธานและสำนักนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อมเป็นเลขานุการ คณะอนุกรรมการนี้ได้มีการประชุมกันหลายครั้ง จนมีมติเห็นชอบในการเข้าเป็นภาคีในวันที่ 30 มีนาคม 2537 และได้นำเสนอต่อคณะกรรมการพิเศษเพื่อพิจารณาอนุสัญญาฯ ของกระทรวงต่างประเทศ

ต่อมาคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติได้นำเรื่องการให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเสนอคณะรัฐมนตรี ซึ่งรัฐบาลในสมัยที่มีพลเอกชวลิต ยงใจยุทธ เป็นนายกรัฐมนตรี ได้ลงมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม 2540 อนุมัติให้ประเทศไทยให้สัตยาบันและเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาฯ ทั้งนี้ โดยกำหนดให้มีการกำหนดกฎหมายบังคับ ให้เป็นไปตามอนุสัญญาฯ โดยต้องได้รับความเห็นชอบตามมาตรา 181 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2538 และต่อมาได้มีการพิจารณาทบทวนและลงมติเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม 2540 โดยกำหนดให้แก้ไขข้อมติเดิมเมื่อ วันที่ 15 กรกฎาคม 2540 ที่ให้มีการกำหนดกฎหมายบังคับให้เป็นไปตาม อนุสัญญาฯ เป็นว่ากฎหมายภายในของไทยที่มีอยู่แล้วในขณะนี้เพียงพอต่อการอนุวัติการอนุสัญญาฯ แล้ว ดังนั้นจึงไม่ต้องออกพระราชบัญญัติอนุวัติการอนุสัญญาฯ อีก และไม่ต้องขอ

ความเห็นชอบจากสภาตามมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ทั้งนี้ เพราะอนุสัญญาฯ ไม่มีผลต่อการเปลี่ยนแปลงอำนาจอธิปไตยและขอบเขตอำนาจของรัฐ²¹

อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะได้มีมติของรัฐบาลในการให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฯ ด้วยความหลากหลายทางชีวภาพแล้วก็ตาม แต่ปัจจุบันประเทศไทยก็ยังไม่มีการให้สัตยาบันแต่อย่างใด เนื่องจากมติการให้สัตยาบันดังกล่าวถูกคัดค้านอย่างหนักจากองค์กรพัฒนาเอกชน กลุ่มนักวิชาการและผู้เชี่ยวชาญด้านสิ่งแวดล้อม โดยเหตุผลที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งสามารถสรุปเหตุผลของฝ่ายที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับการให้สัตยาบันอนุสัญญาฯ ได้ดังนี้คือ

1). ฝ่ายที่เห็นด้วยกับการให้สัตยาบันคือ หน่วยงานราชการที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการเตรียมความพร้อมก่อนการเข้าเป็นภาคี ซึ่งได้แก่

-กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีสิ่งแวดล้อม เห็นว่าประเทศไทยควรให้สัตยาบันอนุสัญญาฯ เนื่องจากได้มีการดำเนินการเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีและหลักการ มาตรา 15 ในเรื่องการเข้าถึงฯ ตลอดจน หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และแนวทางในการทำสัญญาเพื่อแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเหมาะสมแล้ว เช่น สำนักงานแผนนโยบายสิ่งแวดล้อม ในฐานะเลขานุการคณะอนุกรรมการอนุสัญญาฯ ได้ร่วมกับคณะทำงานทรัพยากรพันธุกรรม ดำเนินการร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการอนุรักษ์และการเข้าถึงฯ และเสนอให้มีการตั้งคณะทำงานขึ้นมาทำหน้าที่ตามร่างระเบียบฯ ดังกล่าวแล้ว ร่างระเบียบฯ นี้ได้ผ่านความเห็นชอบแล้ว แต่อยู่ระหว่างการแก้ไข นอกจากนี้ยังมีหน่วยงาน อื่นๆ เช่น หน่วยงานของกระทรวงเกษตรฯ ทบวงมหาวิทยาลัย ต่างเตรียมความพร้อมที่จะอนุรักษ์อนุสัญญาฯ ด้วยการตั้งคณะกรรมการขึ้นมามากมายเช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นกรมป่าไม้ กรมประมง กรมวิทยาศาสตร์ กรมปศุสัตว์ การเตรียมการข้างต้นทำให้กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีสิ่งแวดล้อม เห็นว่าขณะนี้ประเทศไทยมีความพร้อมที่จะรับมือกับการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฯ แล้ว ดังนั้นจึงควรให้สัตยาบันอนุสัญญาฯ เพราะหากไม่ให้สัตยาบันอาจทำให้ประเทศไทยเสียประโยชน์²²

²¹ กิตติ ยิงปัญญาโชค, “การวิเคราะห์กฎหมายเพื่อการคุ้มครองภูมิปัญญาชาวบ้านว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ,” (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540, หน้า 14-17.

²² เดือนเพ็ญ ลิ้มรัตตะกุล, “ทรัพยากรชีวภาพของไทยไม่ใช่เครื่องบรรณาการ”, นิตยสาร โลกสีเขียว, (กรกฎาคม-สิงหาคม 2541) : หน้า 23.

- กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ แสดงความเห็นด้วยเช่นกันว่า ขณะนี้ประเทศไทย มีความพร้อมที่จะเข้าเป็นภาคีแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาจากตัวบทของอนุสัญญาฯ กับ กฎหมายภายในประเทศไทยที่กระทรวงเกษตรฯ รับผิดชอบอยู่ในปัจจุบัน²³

- นอกจากนี้ยังมีข้าราชการของกระทรวงวิทยาศาสตร์บางท่านที่เห็นด้วยและ สนับสนุนการให้สัตยาบัน เช่น ดร.ศุภวิทย์ เปี่ยมพงศ์สานต์ หัวหน้าผู้ตรวจการกระทรวงวิทยาศาสตร์ดีดีผู้เชี่ยวชาญพิเศษด้านสิ่งแวดล้อมของ สำนักงานแผนนโยบายสิ่งแวดล้อมซึ่งเป็นผู้แทน ไทยที่เข้า ร่วมประชุมในการยกร่างอนุสัญญาฯ มาโดยตลอดให้ความเห็นในการให้สัตยาบัน อนุสัญญาฯ ว่า “เวลานี้ไม่ใช่เวลาที่จะมาเถียงกันว่าจะให้สัตยาบันหรือไม่ เพราะเข้าไปแล้ว กระบวนการต่างๆ เริ่มไปหมดแล้ว ประเทศไทยกำลังถูกมอง ว่าเป็นมนุษย์แปลกในสังคมโลก ผู้แทนไทยก็ไม่อยากไปประชุมเพราะประเทศอื่นๆ บอกว่าประเทศไทยไม่แสดงบทบาท ไม่ให้ความสำคัญ ในการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ จึงไม่ยอมให้สัตยาบัน ทำให้เราขาดโอกาสที่จะ ต่อรองหรือเจรจาหลายเรื่องเช่นขณะนี้ทั่วโลกกำลังเจรจากันเรื่อง ไบโอดีหรือความปลอดภัย ของทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้รับการติดต่อยีนส์ แต่ปรากฏว่าผู้แทนไทยเป็นได้แค่ผู้สังเกตการณ์ ทำ อะไรไม่ได้”²⁴

- กระทรวงการต่างประเทศโดย ดร.กฤต ไกรจิตติ ผู้อำนวยการกองสนธิสัญญา กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ เห็นว่า “ไทยควรให้สัตยาบันอนุสัญญาฯ เนื่องจากที่ประเทศไทยได้ลงนามรับรองอนุสัญญาฯ ไว้แล้ว หมายความว่ารัฐได้ตัดสินใจแล้วว่า การเข้าเป็นภาคีจะเป็นประโยชน์ ทางด้านนโยบายก็คือว่าเป็นความผูกพันว่าจะต้องเข้าเป็น ภาคีต่อไป และหากประเทศไทยเข้าเป็นภาคี รัฐบาลก็ต้องหันมาให้ความสำคัญกับการบังคับ ใช้กฎหมายที่มีอยู่อย่างจริงจัง เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการควบคุมการนำเข้า ส่งออกทรัพยากร ชีวภาพให้ดีกว่านี้ และเราจะได้แบ่งปันผลประโยชน์จากต่างชาติที่นำทรัพยากร ธรรมชาติของเรา ไปพัฒนาแล้วผลิตเป็นยาได้ ผมไม่เข้าใจว่าการเข้าเป็นภาคีจะทำให้สามารถปกป้องรักษา ทรัพยากรธรรมชาติของเราได้อย่างไร เพราะเท่ากับเป็นการปล่อยให้ ต่างชาติเอาไปโดยที่เราไม่ สามารถควบคุมได้อีกต่อไป”²⁵

²³ เรื่องเดียวกัน.,หน้า 24.

²⁴ เรื่องเดียวกัน.,หน้า 23-24.

²⁵ เรื่องเดียวกัน.,หน้า 24-25.

2). ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการให้สัตยาบัน CBD หรือคัดค้านมติคณะรัฐมนตรีที่ให้การให้สัตยาบัน CBD ได้แก่ องค์กรพัฒนาเอกชน กลุ่มนักวิชาการและผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายสิ่งแวดล้อม โดยมีความเห็นและเหตุผลในการคัดค้านการให้สัตยาบันแตกต่างกันออกไป ดังนี้คือ

-อาจารย์พนัส ทศนียานนท์ ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายสิ่งแวดล้อมให้ความเห็นว่า “การให้สัตยาบันอนุสัญญาฯ โดยไม่ผ่านความเห็นชอบต่อสภาเป็นการกระทำผิดกฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ พ.ศ.2540 ที่ระบุว่า พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือองค์ระหว่างประเทศ หนังสือสัญญาใดมีการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติทำให้การเป็นไปตามสัญญาต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา”²⁶

- องค์กรพัฒนาเอกชน ซึ่งได้แก่องค์กรพัฒนาสังคมหรือเอ็นจีโอสวนใหญ่ไม่ได้คัดค้านการให้สัตยาบันเฉพาะในประเด็นที่ต้องผ่านความเห็นชอบต่อสภาเท่านั้น แต่ไม่เห็นด้วยกับแนวความคิดตลอดจนกระบวนการเตรียมการต่างๆ ทั้งหมดทีเดียว โดยเห็นว่าแนวคิดการเตรียมความพร้อมนั้น กระทรวงวิทยาศาสตร์เตรียมความพร้อมโดยใช้อนุสัญญาฯ เป็นตัวตั้ง คิดเพียงว่าอนุสัญญาฯต้องการให้ภาคีทำอะไรบ้างแล้วก็ทำตามนั้น แต่มิได้พิจารณาจากบริบทของสังคมไทยว่าในฐานะที่เป็นประเทศซึ่งมีความหลากหลายทางชีวภาพสูง ควรเตรียมตัวอย่างไรจึงจะได้ประโยชน์สูงสุด ฉะนั้นการเตรียมความพร้อมของฝ่ายราชการ ส่วนใหญ่การเตรียมความพร้อมทางตัวหนังสือเท่านั้น นอกจากนี้ นายวิฑูรย์ เลื่อนจำรูญ ผู้ประสานงานเครือข่ายสิทธิภูมิปัญญาไทย ให้เหตุผลหลักที่ทำให้องกรพัฒนาเอกชนหรือเอ็นจีโอสวนใหญ่ไม่เห็นด้วยกับการเข้าเป็นภาคีไว้หลายประการด้วยกันคือ²⁷

(1). อนุสัญญาฯ เป็นเรื่องใหม่ คนที่เข้าใจยังมีน้อยไม่ใช่เฉพาะชาวบ้าน แม้แต่ในหมู่นักวิชาการก็เช่นกัน ฉะนั้นก่อนการให้สัตยาบันควรต้องมีการเรียนรู้อนุสัญญาฯ ให้ละเอียด มิฉะนั้นจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์กับประเทศไทยเท่าที่ควร นอกจากนี้ควรพิจารณาถึงข้อตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ ด้วยเช่นกัน เพราะปัจจุบันข้อตกลงระหว่างประเทศฉบับอื่นๆ มีผลต่อบริบายของประเทศไทยมากขึ้น เช่นข้อตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (TRIPs) ที่มีผลให้ประเทศไทยต้องแก้กฎหมายสิทธิบัตรยาหรือมีพันธะผูกพันให้เราต้องแก้ไข

²⁶ เรื่องเดียวกัน., หน้า 26.

²⁷ เรื่องเดียวกัน., หน้า 27.

กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช ซึ่งเป็นเหตุผลที่เราพบว่าไม่ควรให้สัตยาบันจนกว่าคนในสังคมจะเข้าใจเรื่องนี้ดี

(2). อนุสัญญาฯ มีเนื้อหากว้าง ๆ แม้จะพูดถึงเรื่องความตระหนักและการเคารพในสิทธิชุมชน แต่กลับไม่มีข้อผูกมัดหรือไม่มีน้ำหนักที่จะระบุให้แต่ละประเทศมีกฎหมายในเรื่องนี้ และเมื่อพูดถึงเรื่องการถ่ายทอดเทคโนโลยี ซึ่งเป็นเรื่องผลประโยชน์ของประเทศอุตสาหกรรมกลับไปไม่มีมติในข้อตกลงขององค์การการค้าโลก ฉะนั้นประเทศไทยต้องสร้างกฎหมายให้เข้มแข็ง เพื่อรับมือกับเรื่องนี้ ความเห็นข้อนี้แย้งกับความคิดของตัวแทนกระทรวงวิทยาศาสตร์หรือตัวแทนของกระทรวงการต่างประเทศซึ่งเสนอว่า ประเทศไทยไม่จำเป็นต้องออกกฎหมายให้ครอบคลุมทุกเรื่องก่อนการใช้ให้สัตยาบันก็ได้เพราะถ้าหากเป็นภาคีแล้วอนุสัญญาฯ จะเป็นข้อผูกมัดให้รัฐบาลไทยต้องให้ความสำคัญกับเรื่องนี้ด้วย

ที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นจะเห็นได้ว่าประเทศไทยมีแนวโน้มที่จะให้สัตยาบันอนุสัญญาฯ อย่างแน่นอน เนื่องจากประเทศไทยได้ลงนามรับรองความถูกต้องของอนุสัญญาฯ ไปแล้ว และเมื่อพิจารณาเหตุผลของฝ่ายที่เห็นด้วยและคัดค้านการให้สัตยาบัน อนุสัญญาฯ แล้ว จะเห็นได้ว่าทั้งสองฝ่ายฝ่ายต่างก็เห็นพ้องต้องกันว่าประเทศไทยจะต้องทำการให้สัตยาบันอนุสัญญาฯ เพียงแต่ฝ่ายที่คัดค้านมีความเห็นแตกต่างจากฝ่ายที่สนับสนุนว่าประเทศไทยยังไม่พร้อมจะให้สัตยาบันตอนนี้เท่านั้น

3.4.2 ความพร้อมของกฎหมายไทยในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ

จากสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของรัฐภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม และรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ตลอดจนถึงการใช้สิทธิอธิปไตยในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม เมื่อนำพิจารณาเปรียบเทียบกับสถานภาพกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งมีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันแล้วจะพบได้ว่า กฎหมายไทยที่มีอยู่นั้น ยังไม่มีความพร้อมที่ประเทศไทยที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ทั้งในระดับหลักการและในระดับองค์การเจ้าหน้าที่ๆ ทั้งนี้เนื่องประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องสร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยแก่ภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม แต่ในขณะเดียวกันประเทศไทยก็มีอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมด้วย แต่เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่มีอยู่แล้วจะพบได้ว่า ยังไม่มีความเพียงพอเพราะไม่สามารถที่จะควบคุมการ

เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้อย่างครอบคลุมและมีประสิทธิภาพ ซึ่งอาจทำให้ประเทศไทยต้องสูญเสียทรัพยากรพันธุกรรมไปจากการปฏิบัติตามพันธกรณีในการสร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยแก่ภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

ส่วนในระดับองค์กรและเจ้าหน้าที่นั้นจะพบได้ว่าองค์กรและเจ้าหน้าที่ๆ เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศไทยนั้นยังไม่มีความพร้อมที่ประเทศไทยจะปฏิบัติตามพันธกรณีในการใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญา ที่กำหนดให้กำหนดให้ประเทศไทยมีพันธกรณีในการสร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยแก่ภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม แต่ในขณะที่เดียวกันประเทศไทยก็มีอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและมีสิทธิอธิปไตยในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญา ซึ่งการขาดองค์กรและเจ้าหน้าที่ๆ มีเอกภาพและประสิทธิภาพนี้จะทำให้ประเทศไทยต้องสูญเสียประโยชน์ในการใช้สิทธิอธิปไตยตามอนุสัญญา กำหนดไว้ได้

เพื่อความชัดเจนในการพิจารณาถึงความพร้อมของกฎหมายไทยในการที่ประเทศไทยจะปฏิบัติตามพันธกรณีในอนุสัญญา การวิจัยนี้ก็จะขอแยกพิจารณาความพร้อมของกฎหมายไทยเป็น 2 ระดับโดยใช้ตารางเปรียบเทียบดังต่อไปนี้คือ

3.4.2.1 ความพร้อมในด้านหลักการหรือกฎหมาย

จากการรวบรวมกฎหมายที่ควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศไทยในปัจจุบันจะพบได้ว่ามีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงฯ อยู่จำนวน 14 ฉบับด้วยกัน และมีร่างกฎหมายอีกจำนวน 2 ฉบับ แต่กฎหมายที่มีอยู่ทั้งหมดนี้ก็ยังไม่มีความพร้อมที่ประเทศจะปฏิบัติตามพันธกรณีในการกำหนดเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยแก่ภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญา เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวยังไม่มีความเพียงพอและขาดเอกภาพ รายละเอียดปรากฏตามตารางต่อไปนี้

ตารางที่ 1 วิเคราะห์เปรียบเทียบสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญากับ
กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศไทย

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตาม อนุสัญญา	กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการเข้า ถึงฯ	วิเคราะห์และเปรียบเทียบ
<p>1. <u>สิทธิของรัฐเจ้าของ</u> <u>ทรัพยากรพันธุกรรม</u> (มาตรา 15 วรรค 1) - รัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือ ทรัพยากรธรรมชาติของตน หมายความว่ารัฐมีสิทธิ ตามที่อนุสัญญาฯ กำหนด</p> <p>- รัฐมีอำนาจอธิปไตยใน การควบคุมการเข้าถึง ทรัพยากรพันธุกรรม หมายความว่ารัฐมี อำนาจเต็มที่ในการกำหนด พิจารณาการเข้าถึงทรัพยากร พันธุกรรม</p>	<p>กฎหมายที่คุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมมี 2 ประเภท ดังนี้คือ</p> <p>1. <u>กฎหมายที่คุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมตามพื้นที่หรืออาณาเขต</u> ได้แก่</p> <p>1. <u>พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507</u></p> <p>1.1) ทรัพยากรที่คุ้มครองคือ - พืช ได้แก่ ไม้และส่วนหนึ่ง ส่วนใดของไม้ทุกชนิดและของป่า หรือสิ่งต่างๆที่เกิดขึ้นในป่าเช่น หิน ดิน ทราย กววด แร่และน้ำมัน - สัตว์ ได้แก่ สัตว์และ อวัยวะของสัตว์ทุกชนิดและซากสัตว์</p> <p>1.2) การกระทำที่ถูควบคุม - การทำไม้ ได้แก่ ตัด ฟัน โค่น หรือนำไม้ออกไปด้วยประการ ใดๆ - การเก็บของป่า - ชอนเร้น จำหน่าย เอาไป เสีย ไม้ซึ่งเป็นไม้ป่า</p> <p>1.3) เขตคุ้มครอง คือป่า สงวน แห่งชาติ ซึ่งได้แก่ป่าสงวนแห่งชาติ</p>	<p>กฎหมายที่มีอยู่ยังไม่พร้อมที่ไทยจะ ปฏิบัติตามพันธกรณีตามอนุสัญญา ในการกำหนดเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยแก่ ภาคีในการเข้าถึงฯ เพราะกฎหมายที่ มีอยู่ไม่สามารถที่จะทำให้ประเทศ ไทยสามารถใช้อำนาจในการควบคุม การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ อย่างเต็มที่เนื่องจาก</p> <p>1. กฎหมายไทยที่มีอยู่ยังไม่เพียงพอ เพราะไม่สามารถคุ้มครองทรัพยากร พันธุกรรมได้ทุกชนิดตามอนุสัญญา ฯ กำหนดและไม่สามารถควบคุมการ เข้าถึงฯ ได้ทุกรูปแบบ เนื่องจาก</p> <p>1.1). กฎหมายที่มีอยู่มีข้อจำกัด คือกฎหมายที่คุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมตามอาณาเขต คุ้มครอง ทรัพยากรฯ ในอาณาเขตที่กฎหมาย กำหนดเท่านั้น ทรัพยากรฯ อยู่นอก อาณาเขตที่กฎหมายกำหนดก็จะได้ รับการคุ้มครอง</p> <p>ส่วนกฎหมายที่คุ้มครองทรัพยากร พันธุกรรมตามประเภทและชนิดนั้น หากทรัพยากรฯ ไม่ใช่ประเภทและ ชนิดเดียวกับที่กฎหมายกำหนด ก็จะ ไม่ได้รับการคุ้มครอง</p>

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตาม อนุสัญญาฯ	กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการเข้า ถึงฯ	วิเคราะห์และเปรียบเทียบ
	<p>2. <u>พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504</u></p> <p>2.1) ทรัพยากรที่คุ้มครองคือ</p> <ul style="list-style-type: none"> -พืช ได้แก่ ไม้และส่วนต่างๆ ของไม้ทุกชนิด -สัตว์ ได้แก่ สัตว์และส่วนต่างๆ ของสัตว์ <p>2.2) การกระทำที่ควบคุมคือ</p> <ul style="list-style-type: none"> -การแผ้วถางหรือเผาป่า -เก็บหรือนำไปหรือทำด้วยประการใดๆ ให้เป็นอันตรายแก่ไม้ -นำสัตว์ออกไปหรือทำให้เกิดอันตรายด้วยประการใดแก่สัตว์ <p>2.3) เขตคุ้มครองคือ อุทยานแห่งชาติซึ่งได้แก่ ที่ดินที่ได้กำหนดให้เป็นอุทยานแห่งชาติ</p> <p>3. <u>พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484</u> <u>แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2532</u></p> <p>3.1) ทรัพยากรที่คุ้มครองคือ</p> <ul style="list-style-type: none"> -พืช ได้แก่ ไม้และส่วนใดส่วนหนึ่งของไม้ทุกชนิด -สัตว์ ได้แก่ รังนก ครั่ง รวงผึ้ง ชี้นึ่ง และมูลค้างคาว <p>3.2) การกระทำที่ถูกควบคุมคือ</p> <ul style="list-style-type: none"> -ทำไม้ ได้แก่ ตัด โคน เลื่อยหรือทำด้วยประการใดให้ไม้ออกจากที่ดินที่ไม้เคยอยู่ 	<p>ฉะนั้นทรัพยากรใดที่ไม่ได้อยู่ในเขตที่กฎหมายกำหนดและไม่ใช่ประเภทที่กฎหมายคุ้มครองก็จะไม่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของกฎหมายใด</p> <p>1.2). กฎหมายที่คุ้มครองทรัพยากร จุลชีพมีเพียงฉบับเดียวคือ พระราชบัญญัติเชื้อโรคและพิษจากสัตว์ พ.ศ. 2525 ซึ่งคุ้มครองเฉพาะเชื้อโรคที่ทำให้เกิดโรคในคนและสัตว์เท่านั้น ดังนั้นจุลชีพที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจอื่นๆ นอกจากนั้นก็ จะไม่ได้รับการคุ้มครอง</p> <p>1.3). ทั้งกฎหมายที่คุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมตามอาณาเขตและตามประเภทหรือชนิด นั้นไม่สามารถควบคุมลักษณะและรูปแบบการเข้าถึงฯ ตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพได้ทั้งหมด ทั้งนี้เพราะการเข้าถึงฯ ตามอนุสัญญาฯ หมายถึงการกระทำทุกรูปแบบที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม รวมถึงการได้พบ การได้เห็น การได้ข้อมูลและการใช้ทรัพยากรฯ โดยตรง</p> <p>2. กฎหมายไทยที่มีอยู่ไม่ได้มีจุดประสงค์ในการคุ้มครองทรัพยากรและควบคุมการเข้าถึงฯ ตามอนุสัญญาฯ โดยตรง แต่เป็นกฎหมาย</p>

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตาม อนุสัญญาฯ	กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการเข้า ถึงฯ	วิเคราะห์และเปรียบเทียบ
	<p>3.3) เขตคุ้มครองคือ ป่าที่ยังไม่ ได้มีบุคคลใดได้มาตามกฎหมาย</p> <p>4. <u>พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ. 2535</u></p> <p>4.1) ทรัพยากรที่คุ้มครองคือ พืชที่ ขึ้นอยู่ในบริเวณสวนป่า</p> <p>4.2) การกระทำที่ควบคุมคือ การ กระทำใดๆ กับต้นไม้ในบริเวณสวน ป่าก่อนได้รับอนุญาต</p> <p>4.3) เขตที่คุ้มครองคือสวนป่า ซึ่ง ได้แก่ ที่ดินเอกชนที่ขึ้นทะเบียน เพื่อ ทำการเพาะปลูกและบำรุงรักษาพันธุ์ ต้นไม้</p> <p>5. <u>พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535</u></p> <p>5.1) ทรัพยากรที่คุ้มครองคือ</p> <ul style="list-style-type: none"> - พืช ได้แก่ ต้นไม้และพฤษชาติ - สัตว์ ได้แก่ สัตว์ทุกชนิดที่โดย ธรรมชาติย่อมเกิดและดำรงชีพในป่า แต่ไม่รวมถึงสัตว์พาหนะตาม กฎหมายว่าด้วยสัตว์พาหนะ <p>5.2) การกระทำที่ควบคุมคือ</p> <ul style="list-style-type: none"> - ตัด โคน แฉ่วถาง และทำลาย ป่า - ทำอันตรายด้วยประการใดๆ สัตว์ - ค้าขายและเพาะพันธุ์สัตว์ป่า 	<p>ที่กำหนดขึ้นมาเพื่อจุดประสงค์ในการ อนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพและสิ่ง แวดล้อมเป็นสำคัญ นอกจากนี้ กฎหมายแต่ละฉบับก็มีจุดแตกต่าง กันไปทำให้กฎหมายคุ้มครอง ทรัพยากรธรรมชาติเอกภาพ</p>

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตาม อนุสัญญาฯ	กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการเข้า ถึงฯ	วิเคราะห์และเปรียบเทียบ
	<p>5.3) เขตที่คุ้มครองคือ</p> <ul style="list-style-type: none"> -เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า -เขตห้ามล่าพันธุ์สัตว์ป่า -บริเวณวัดหรือสถานที่ฯ จัดไว้ <p>เพื่อมหาชนประกอบพิธีกรรมทาง ศาสนา</p> <p>6. <u>พระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 2490</u></p> <p>6.1) ทรัพยากรที่คุ้มครอง คือ</p> <ul style="list-style-type: none"> -พืช ได้แก่ พันธุ์ไม้น้ำตามที่ <p>พระราชกฤษฎีกากำหนด</p> <ul style="list-style-type: none"> -สัตว์ ได้แก่ สัตว์ที่อาศัยอยู่ใน <p>น้ำรวมถึงซากสัตว์หรืออวัยวะส่วน หนึ่งส่วนใดหรือผลิตภัณฑ์ที่ได้จาก สัตว์น้ำ</p> <p>6.2) การกระทำที่ควบคุม คือ</p> <p>ทำการประมง ไม่ว่าด้วยวิธีการใดๆ</p> <p>6.3) เขตคุ้มครองคือ</p> <ul style="list-style-type: none"> -ที่วางประมุล ได้แก่ ที่จับสัตว์น้ำ <p>ซึ่งควรจะให้บุคคลทำการประมง</p> <ul style="list-style-type: none"> -ที่อนุญาต ได้แก่ ที่จับสัตว์น้ำ <p>ซึ่งอนุญาตแก่บุคคลที่ทำการประมง</p> <ul style="list-style-type: none"> -ที่สาธารณสมบัติแผ่นดิน <p>II. <u>กฎหมายที่คุ้มครองทรัพยากรพันธุ</u> <u>กรรมตามประเภทของและชนิดของ</u> <u>ทรัพยากรพันธุกรรม</u> ได้แก่</p>	

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตาม อนุสัญญาฯ	กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการเข้า ถึงฯ	วิเคราะห์และเปรียบเทียบ
	<p>1) <u>พระราชบัญญัติพันธุ์พืช พ.ศ. 2518</u></p> <p>1.1) ทรัพยากรที่คุ้มครองคือ พันธุ์พืชหรือกลุ่มของพืชควบคุม</p> <p>1.2) การกระทำที่ควบคุมคือ</p> <ul style="list-style-type: none"> - การขยายพันธุ์ที่ไม่ใช่วิธีการตามธรรมชาติ - การรวบรวม ขาย หรือแลกเปลี่ยนเพื่อประโยชน์ทางการค้าซึ่งพันธุ์พืช - นำเข้า ส่งออก หรือนำผ่านพันธุ์พืช <p>2. <u>พระราชบัญญัติค้าข้าว พ.ศ. 2489</u></p> <p>2.1) ทรัพยากรที่คุ้มครอง คือ ข้าวทุกชนิด หรือรำและปลายข้าวทุกชนิดหรือสิ่งใดๆ ที่แปรสภาพจากข้าวทุกชนิด</p> <p>2.2) การกระทำที่ควบคุมคือ การค้าข้าว ได้แก่ การซื้อขาย แลกเปลี่ยน หรือโอนกรรมสิทธิในข้าว</p> <p>2.3) เขตคุ้มครองคือ เขตควบคุมการค้าข้าวตามที่กฎหมายกำหนด</p> <p>3. <u>พระราชบัญญัติกักพืช พ.ศ. 2507</u></p> <p>3.1) ทรัพยากรที่คุ้มครองคือ พันธุ์พืชทุกชนิดหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของพืช</p>	

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตาม อนุสัญญาฯ	กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการเข้า ถึงฯ	วิเคราะห์และเปรียบเทียบ
	<p>3.2) การกระทำที่ควบคุม คือ การนำออก นำผ่าน ด้านตรวจพืชซึ่งเป็นด้านสำหรับตรวจสิ่งที่ห้ามที่จะนำเข้า และส่งออกนอกราชอาณาจักร หรือสถานกักพืชตามที่รัฐมนตรีได้ประกาศให้เป็นที่กักพืช หรือที่ใดที่เจ้าหน้าที่ได้กักไว้</p> <p>4. พระราชบัญญัติยาสูบ พ.ศ. 2509</p> <p>4.1) ทรัพยากรที่คุ้มครองคือ ต้นและส่วนหนึ่งส่วนใดของต้นยาสูบ</p> <p>4.2) การกระทำที่คุ้มครอง คือ บ่ม หั่น อบ จำหน่ายต้นยาสูบ หรือนำเมล็ดต้นยาสูบหรือใบยาสูบออกนอกราชอาณาจักร</p> <p>5. พระราชบัญญัติบำรุงพันธุ์สัตว์ พ.ศ. 2509</p> <p>5.1) ทรัพยากรที่คุ้มครอง คือ โค กระบือ ปศุสัตว์ สัตว์พาหนะ สัตว์สงวนพันธุ์หรือสัตว์ที่ได้คัดเลือกไว้เพื่อทำพันธุ์</p> <p>5.2) การกระทำที่ควบคุมคือ</p> <ul style="list-style-type: none"> -ตอน ฆ่า หรือกระทำการด้วยประการใด เพื่อมิให้สัตว์สืบพันธุ์ -นำเข้า ส่งออก นำผ่านซึ่งสัตว์หรือเขตบำรุงพันธุ์ สัตว์ 	

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตาม อนุสัญญาฯ	กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการเข้า ถึงฯ	วิเคราะห์และเปรียบเทียบ
	<p>6. <u>พระราชบัญญัติสัตว์พาหนะ พ.ศ. 2482</u></p> <p>6.1) ทรัพยากรที่คุ้มครองคือ สัตว์พาหนะ เช่น ช้าง ม้า โค กระบือ ล่อลา ซึ่งได้ทำหรือต้องทำทะเบียนรูปพรรณตามพระราชบัญญัตินี้</p> <p>6.2) การกระทำที่ถูกลงโทษคือ โอนกรรมสิทธิสัตว์ ขาย จำหน่าย จำนอง หรือนำสัตว์ออกนอกราชอาณาจักร</p> <p>7. <u>พระราชบัญญัติควบคุมและจำหน่ายเนื้อสัตว์ พ.ศ. 2535</u></p> <p>7.1) ทรัพยากรที่ได้รับการคุ้มครองคือ สัตว์ทุกชนิดที่ไม่ใช่สัตว์ป่า รวมถึงเนื้อและส่วนต่างๆ ของสัตว์ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง</p> <p>7.2) การกระทำที่ถูกลงโทษคือ การฆ่าและจำหน่ายเนื้อสัตว์</p> <p>8. <u>พระราชบัญญัติควบคุมและบำบัดโรค พ.ศ. 2505</u></p> <p>8.1) ทรัพยากรที่คุ้มครองคือ สัตว์ที่ไม่ใช่สัตว์ป่า หรือโค กระบือ แพะ แกะ สุกร และสัตว์อื่นๆ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง</p> <p>8.2) การกระทำที่ถูกลงโทษคือ การกระทำใดๆ โดยตรงต่อร่างกายสัตว์ รวมถึงการป้องกันโรค การ</p>	

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตาม อนุสัญญาฯ	กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการเข้า ถึงฯ	วิเคราะห์และเปรียบเทียบ
	<p>กำจัดโรค การตกแต่งศัลยกรรม การ ตอนและการผสมเทียมด้วย</p> <p>9. <u>พระราชบัญญัติจัดระเบียบกิจการ แพรปลา พ.ศ. 2496</u></p> <p>9.1) ทรัพยากรที่คุ้มครองคือ สัตว์ น้ำตามความหมายแห่งกฎหมายว่า ด้วยการประมงไม่ว่าจะมีชีวิตอยู่หรือ ไม่ รวมถึงผลิตภัณฑ์จากสัตว์น้ำทุก ชนิด</p> <p>9.2) การกระทำที่ถูกควบคุมคือ การประกอบกิจการแพรปลา</p> <p>10. <u>พระราชบัญญัติเชื้อโรคและพิษ จากสัตว์ พ.ศ. 2525</u></p> <p>10.1) ทรัพยากรที่คุ้มครองคือ <u>จุลชีพ เฉพาะประเภทเชื้อโรคและเชื้อ</u> อื่นๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง หรือผลิตภัณฑ์ที่ได้จากเชื้อโรคดัง กล่าวและพิษจากสัตว์</p> <p>10.2) การกระทำที่ถูกควบคุม คือ -ผลิต เพาะผสม แปรสภาพ บรรจุ ไม่รวมถึงการเพาะในสถาบัน การศึกษาระดับปริญญาตรี หรือสถาน พยาบาล</p> <p>- จำหน่าย แลก ทำให้สูญ หาย นำเข้า ส่งออก นำผ่าน หรือ ครอบครอง เชื้อโรคตามข้อ 10.1</p>	

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตาม อนุสัญญาฯ	กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการเข้าถึงฯ	วิเคราะห์และเปรียบเทียบ
<p>2. สิทธิของรัฐภาคีผู้เข้าถึง <u>ทรัพยากรพันธุกรรม</u> (มาตรา 15 วรรค 2)</p> <p>- รัฐภาคีเจ้าของ ทรัพยากรพันธุกรรมจะต้อง สร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยต่อ ภาคีอื่นๆ ในการเข้าถึง ทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อการใช้ ทรัพยากรที่เหมาะสมกับสิ่ง แวดล้อม และต้องไม่กำหนด ข้อจำกัดใดที่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ ของอนุสัญญาฯ ระหว่าง ประเทศ</p>	<p>1. <u>พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ</u> <u>พ.ศ. 2507</u></p> <p>- มาตรา 15 กำหนดเงื่อนไขการ เก็บของป่าและทำไม้ไว้ว่าจะต้องได้ รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ประกาศ อนุญาตเป็นคราวๆ ไป</p> <p>2. <u>พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ</u> <u>พ.ศ. 2504</u></p> <p>- มาตรา 16 กำหนดเงื่อนไขการ เก็บหาหรือนำออกซึ่งทรัพยากร ธรรมชาติในเขตอุทยานแห่งชาติไว้ ว่ากระทำได้เมื่อได้รับอนุญาตจาก พนักงานเจ้าหน้าที่กฎหมายไทยที่ เกี่ยวกับการเข้าถึงฯ</p> <p>3. <u>พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484</u> <u>แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2532</u></p> <p>- มาตรา 11 กำหนดเงื่อนไขการ เข้าทำป่าไม้ไว้ว่า ต้องได้รับอนุญาต จากพนักงานเจ้าหน้าที่และจะต้อง ปฏิบัติตามข้อกำหนดในกฎกระทรวง และในการอนุญาต</p> <p>- มาตรา 29 กำหนดเงื่อนไขเกี่ยว กับการเก็บของป่าหวงห้ามไว้ว่า ต้อง ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ และจะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดใน กฎกระทรวงและในการอนุญาต</p>	<p>กฎหมายไทยมีความพร้อมในการ ปฏิบัติพันธกรณีตามอนุสัญญาฯ แล้วเพราะกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง กับการเข้าถึงฯ แต่ละฉบับได้กำหนด ให้สามารถเข้าถึงฯ ได้โดยการขอ อนุญาตจากเจ้าหน้าที่รัฐ ถือได้ว่าเป็น การกำหนดเงื่อนไขที่เอื้ออำนวย ต่อการเข้าถึงฯ ตามอนุสัญญาฯ แล้ว</p>

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตาม อนุสัญญาฯ	กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการเข้า ถึงฯ	วิเคราะห์และเปรียบเทียบ
	<p>4.พระราชบัญญัติคุ้มครองและสงวนสัตว์ป่า พ.ศ. 2535</p> <p>-มาตรา 23 กำหนดเงื่อนไขการนำเข้า ส่งออกซึ่งสัตว์ป่าชนิดที่รัฐ 4 มนตรีกำหนด หรือสัตว์สงวน หรือ สัตว์ป่าคุ้มครอง ใ้ว่าต้องได้รับ อนุญาตจากอธิบดี</p> <p>-มาตรา 24 กำหนดเงื่อนไขการนำเข้า ส่งออก หรือนำผ่านสัตว์ป่า ชนิดที่ต้องมีใบอนุญาต หรือใบรับรองตามความตกลงระหว่างประเทศ ว่าด้วยการค้าสัตว์ป่าและซากสัตว์ ป่าใ้ว่าต้องได้รับอนุญาตหรือใบรับรองจากอธิบดี</p> <p>5.พระราชบัญญัติพันธุ์พืช พ.ศ. 2518</p> <p>-มาตรา 31 กำหนดเงื่อนไขการนำเข้าหรือส่งพืชสงวน หรือพืช อนุรักษ์ออกนอกราชอาณาจักรใ้ว่า ต้องได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจาก พนักงานเจ้าหน้าที่</p>	

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตาม อนุสัญญา	กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการเข้า ถึงฯ	วิเคราะห์และเปรียบเทียบ
<p>3. สิทธิปไตยของไทยในการ ฐานะเจ้าของทรัพยากรพันธุ กรรม ซึ่งมีอยู่ตามอนุสัญญา ดังต่อไปนี้</p> <p>3.1 สิทธิในการกำหนดให้ การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม อยู่ภายใต้การตกลงร่วมกัน (มาตรา 15 วรรค 4)</p>	<p>1. ร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ ความหลากหลายทางชีวภาพ ข้อ 12 (ก) กำหนดให้ศูนย์ความ หลากหลายทางชีวภาพมีอำนาจใน การเจรจาต่อรองเงื่อนไขการเข้าถึงฯ และผลประโยชน์จากการใช้ ทรัพยากรชีวภาพ</p>	<p>ไม่มีกฎหมายไทยที่กำหนดไว้อย่าง ชัดเจนในการเข้าถึงฯ ต้องทำเป็นข้อ ตกลงร่วมกัน มีเพียงร่างระเบียบ สำนักนายกฯ ที่กำหนดให้ไว้โดยอ้อม โดยให้ศูนย์ความหลากหลายฯ มี อำนาจในการทำสัญญาเจรจาต่อรอง กับผู้เข้าถึงฯ</p>
<p>3.2 สิทธิในการได้รับการ ขอความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้า ของภาคีซึ่งใช้ทรัพยากร พันธุกรรม (มาตรา 15 วรรค 5)</p>	<p>1. <u>ระเบียบสภาวิจัยแห่งชาติว่าด้วย การอนุญาตให้นักวิจัยต่างประเทศ เข้ามาทำการวิจัยในประเทศไทย พ.ศ. 2525</u> กำกับดูแลทรัพยากรชีวภาพทุกชนิด โดยข้อ 6.1 ก กำหนดให้นักวิจัยต่าง ชาติทุกคน ต้องยื่นคำขอวิจัยต่อ คณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ ก่อนที่จะ ดำเนินการเข้ามาวิจัยในประเทศไทย</p> <p>2. <u>พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่ง ชาติ พ.ศ. 2507</u> กำกับดูแลการเข้าถึงพืชและสัตว์ โดยมาตรา 15 กำหนดให้การทำไม้ หรือเก็บของป่าในเขตป่าสงวนแห่ง ชาติต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่</p>	<p>1. กฎหมายไทยที่มีอยู่ยังไม่มี เพียงพอในการบังคับตามสิทธิ อธิปไตยในการได้รับความเห็นชอบ ซึ่งได้แจ้งหน้าตามอนุสัญญา เนื่องจาก</p> <p>1.1) กรณีพืช การที่พระราช บัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 กำกับดูแลการเข้าถึงพืชทุกชนิด ยก เว้น การเข้าถึงในเชิงการศึกษานั้น ทำ ให้พืชที่ถูกนำมาใช้ในการศึกษาและ อยู่ภายนอกเขตป่าสงวนแห่งชาติ อุทยานแห่งชาติ ป่าธรรมชาติ ป่าชุมชน เขตที่กฎหมายประมงกำหนด และที่ไม่ได้เป็นพืชที่มีคุณสมบัติเป็น สมุนไพร ไม่ถูกกำกับดูแลให้ต้องขอ ความเห็นชอบโดยการแจ้งล่วงหน้า แต่อย่างใด</p>

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตาม อนุสัญญาฯ	กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการเข้า ถึงฯ	วิเคราะห์และเปรียบเทียบ
	<p>3. <u>พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504</u></p> <p>กำกับดูแลพืชโดยมาตรา 16 กำหนดว่าบุคคลที่เข้าไปเก็บของป่าหรือเอาทรัพยากรออกจากอุทยานแห่งชาติ และมาตรา 18 กำหนดว่าผู้ใดเข้าไปในอุทยานแห่งชาติต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่</p> <p>4. <u>พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484</u> <u>แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2532</u></p> <p>กำกับดูแลการเข้าถึงทรัพยากรพืชโดย มาตรา 11 กำหนดให้การทำไม้หวงห้ามและมาตรา 29 กำหนดให้การเก็บของป่า ต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่และต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในกฎกระทรวงและในการอนุญาตในการอนุญาต</p> <p>5. <u>พระราชบัญญัติพันธุ์พืช พ.ศ. 2518</u></p> <p>กำกับดูแลการเข้าถึงทรัพยากรพืช โดยมาตรา 31 กำหนดให้การนำเข้าหรือส่งออกพืชหรือพืชอนุรักษะไว้ว่าต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่</p> <p>6. <u>พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542</u></p>	<p>1.2) กรณีสัตว์นั้น สัตว์วิโดยอยู่นอกอาณาเขตคุ้มครองหรือไม่ได้เป็นประเภทที่กฎหมายกำหนดคุ้มครองก็จะไม่ได้รับการคุ้มครองให้มีการขอความเห็นชอบโดยการแจ้งล่วงหน้า</p> <p>1.3) กรณีจุลชีพ ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายไทยฉบับใด ที่กำกับดูแลการเข้าถึงฯ ให้มีการขอความเห็นชอบโดยการแจ้งล่วงหน้า</p> <p>1.4) ระเบียบสภาวิจัยฯ แม้ว่าจะกำกับดูแลการเข้าถึงฯ ทรัพยากรชีวภาพทั้งหมดให้มีการแจ้งล่วงหน้าโดยการขออนุญาตก็ตาม แต่ก็ยังเป็นเพียงการกำกับดูแลการเข้าถึงฯ ในลักษณะการวิจัยเท่านั้น ซึ่งไม่ครอบคลุมถึงลักษณะการเข้าถึงฯ อื่นๆ ตามอนุสัญญาฯ</p> <p>2.กฎหมายซึ่งมีการกำหนดให้มีการขอความเห็นชอบโดยการแจ้งล่วงหน้าตามอนุสัญญาฯ ที่มีอยู่มีซ้ำซ้อน เช่น</p> <p>พืชสมุนไพรซึ่งถูกกำกับดูแลโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 แล้ว ยังตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 อีกทำให้นักวิจัยต่างชาติซึ่งประสงค์จะปฏิบัติตามกฎหมายเกิดความสับสน</p>

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตาม อนุสัญญาฯ	กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการเข้าถึงฯ	วิเคราะห์และเปรียบเทียบ
	<p>กำกับดูแลการเข้าถึงพันธุ์พืชทุกชนิดที่อยู่ในราชอาณาจักรด้วยการกำหนดให้ต้องขออนุญาตผู้ทรงสิทธิพันธุ์พืชนั้นก่อน ยกเว้นการเข้าถึงฯ ในเชิงการศึกษา</p> <p>7. <u>พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542</u></p> <p>กำกับดูแลการเข้าถึงพืชสมุนไพรควบคุมตามประกาศ โดยมาตรา 41 กำหนดห้ามวิจัย ส่งออก และแปรรูป ยกเว้นได้รับอนุญาตจากผู้อนุญาต</p> <p>8. <u>ร่างพระราชบัญญัติป่าชุมชน</u></p> <p>กำกับดูแลการเข้าถึงพืชในเขตป่าชุมชน โดยให้คณะกรรมการป่าชุมชนมีอำนาจดูแลกิจกรรมทุกชนิดในป่าชุมชน</p> <p>9. <u>พระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 2490</u></p> <p>กำหนดดูแลการเข้าถึงพืชน้ำบางชนิดว่าต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่</p> <p>10. <u>พระราชบัญญัติคุ้มครองและสงวนสัตว์ป่า พ.ศ. 2535</u></p> <p>กำกับดูแลการเข้าถึงสัตว์ที่รัฐมนตรีประกาศในกฎกระทรวงตามมาตรา 23 และพืชที่ต้องมีใบอนุญาตในหรือใบรับรอง ตามมาตรา 24 ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดี</p>	<p>3. การกำกับดูแลให้มีการขอความเห็นชอบโดยการแจ้งล่วงหน้าในระดับชุมชนท้องถิ่นมีเฉพาะกรณีการเข้าถึง พันธุ์พืชในเขตป่าชุมชนเท่านั้น ส่วนพันธุ์พืชในเขตอื่นๆ เช่น สัตว์และจุลชีพ มีเพียงการกำกับดูแลในระดับประเทศเท่านั้น ทำให้ไม่สามารถรองรับสิทธิการให้ความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้ากับอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 5 ที่กำหนดไว้อย่างกว้างๆ ให้ประเทศภาคีสามารถนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวไปใช้ได้ในทุกระดับรวมถึงระดับท้องถิ่นภายในภาคนั้นด้วย</p>

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามอนุสัญญาฯ	กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการเข้าถึงฯ	วิเคราะห์และเปรียบเทียบ
<p>3.4 สิทธิอธิปไตยในการได้รับบริการแบ่งปันผลประโยชน์จากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม(มาตรา 15 วรรค 7) มีอยู่หลายกรณีคือ</p> <p>3.4.1) การได้รับการจัดให้มีส่วนอย่างเต็มที่ในการวิจัยวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม (มาตรา 15 วรรค 6)</p> <p>3.4.2) การได้รับการแบ่งปันผลและผลประโยชน์จากการนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ประโยชน์ในทางการค้าและพาณิชย์</p> <p>3.4.3) การได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา</p> <p>3.4.4) การได้รับการจัดให้มีส่วนอย่างมีประสิทธิภาพในกิจกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพ</p> <p>3.4.5) การได้รับการจัดให้เข้าถึงผลลัพธ์และผลประโยชน์จากเทคโนโลยีชีวภาพ</p>	<p>1.<u>พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484</u> <u>แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2532</u></p> <p>กำหนดให้ผู้เก็บหาของป่า ซึ่งได้แก่ ไม้หรือผลผลิตจากไม้ พืชหรือผลผลิตจากพืช รังนก ครั่ง มูล ค้างคาว รวงผึ้ง ชีผึ้ง ต้องเสียค่าภาคหลวงในอัตราไม่เกินร้อยละ 10 ของราคาตลาดในราชอาณาจักร</p> <p>2.<u>พระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 2490</u></p> <p>กำหนดให้มีการประมูลผูกขาดทำการประมงและเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ</p> <p>3.<u>พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2518</u> <u>แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2532</u></p> <p>กำหนดให้ผู้ใช้ทรัพยากรพืชทำการแบ่งปันผลประโยชน์ตามประเภทของพันธุ์พืชดังนี้คือ</p> <p>-พันธุ์พืชใหม่ซึ่งประกอบไปด้วยลักษณะดังต่อไปนี้คือ ไม่เคยปรากฏมาก่อน มีความเสมอและคงตัวของลักษณะประจำพันธุ์ และมีลักษณะประจำพันธุ์ต่างจากพันธุ์อื่น</p> <p>มีการกำหนดให้ผู้ที่จดทะเบียนมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการผลิตเพื่อขายจำหน่าย และนำเข้าหรือส่งออกนอกราชอาณาจักร ฉะนั้นเจ้าของสิทธิจะต้องตกลงแบ่งปันผลประโยชน์กับผู้ที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมเอง ยกเว้นการทำเพื่อการศึกษา</p>	<p>1.ระเบียบสภาวิจัยฯ เป็นเพียงการกำหนดอย่างหลวมๆ ให้นักวิจัยของไทยมีส่วนร่วมในการวิจัยในกรณีที่มีการขออนุญาตเข้ามาทำการวิจัยภายในประเทศเท่านั้น แต่ไม่ได้เป็นการกำหนดบังคับไว้อย่างชัดเจนและแน่นอน ทั้งนี้เพราะการวิจัยใดที่จะมีนักวิจัยร่วมวิจัยหรือไม่ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาคำขอ ทำให้ไม่สอดคล้องและรองรับหลักเกณฑ์ตามมาตรา 15 วรรค 6 ได้</p> <p>2. ประเด็นการแบ่งปันผลประโยชน์นั้น กฎหมายไทยที่กำหนดให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์จากการเข้าถึงฯ ตามอนุสัญญาฯ ยังมีไม่เพียงพอและขาดความชัดเจนยังไม่เพียงพอ เนื่องจาก</p> <p>1.1) มีเพียงพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชเท่านั้นที่กำหนดให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้พันธุ์พืชในทางการค้าทั้งในระดับประเทศและท้องถิ่น</p> <p>สวนสัตว์และจุลชีพ ไม่มีกฎหมายฉบับใดกำหนดให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ทางการค้าจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม</p>

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตาม อนุสัญญาฯ	กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการเข้า ถึงฯ	วิเคราะห์และเปรียบเทียบ
	<p>-<u>พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น</u>หมายถึง พันธุ์พืชที่มีความแพร่หลายอยู่ในชุมชนใดชุมชนหนึ่งภายในประเทศ ไม่รวมถึงพันธุ์ที่ได้รับหรือเคยได้รับการจดทะเบียนพันธุ์ใหม่ และจะต้องมีลักษณะประจำพันธุ์แตกต่างจากพันธุ์อื่นอย่างเด่นชัดไม่ว่าจะเป็น สันฐานวิทยา สรีระวิทยา หรือมีคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นผลมาจากการแสดงทางพันธุกรรมที่แตกต่างและพันธุ์พืชที่มีความสัมพันธ์ทางลักษณะประจำมาตรา 41 กำหนดให้ชุมชนที่เป็นแหล่งกำเนิดพันธุ์พื้นเมืองเฉพาะถิ่นเป็นผู้ถือสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการกระทำใดๆ เกี่ยวกับพันธุ์พื้นเมือง ฉะนั้นหากใครจะนำไปใช้เพื่อการค้า จะต้องแบ่งรายได้จากการใช้ประโยชน์ให้แก่รัฐจำนวน 5% ของรายได้จากการใช้ประโยชน์ ยกเว้นการใช้เพื่อการศึกษา</p> <p>-<u>พันธุ์พื้นเมืองทั่วไป</u> หมายถึง พันธุ์พืชที่กำเนิดภายในประเทศหรือมีอยู่ในประเทศ ซึ่งได้มีการใช้ประโยชน์อย่างแพร่หลาย</p>	<p>1.2) ระเบียบสภาวิจัยฯ แม้จะเป็นการกำหนดให้การส่งรายงานผลการวิจัยแก่สภาวิจัยก็ตามแต่ไม่ได้เป็นการกำหนดให้เป็นประเทศไทยสามารถนำผลการวิจัยนั้นๆ มาใช้ได้</p> <p>1.3) ร่างระเบียบสำนักนายกฯ มีการกำหนดให้อำนาจศูนย์ความหลากหลายทางชีวภาพในการเจรจาต่อรองผลประโยชน์กับต่างชาติ แต่ก็ไม่ได้เป็นการกำหนดบังคับไว้อย่างชัดเจนว่าให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ทั้งในรูปผลของการวิจัยและผลประโยชน์ทางการค้าอื่นๆ นอกจากนี้ยังไม่มีกำหนดรูปแบบและวิธีการหรือมาตรฐานขั้นต่ำของการแบ่งปันผลประโยชน์ไว้ด้วย</p> <p>3.ประเด็น การถ่ายทอดเทคโนโลยีนั้น กฎหมายไทยยังไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาฯ เพราะยังมีไม่เพียงพอคือ</p> <p>3.1) ระเบียบสภาวิจัยฯ เป็นเพียงการกำหนดให้ส่งรายงานการวิจัยไม่ใช้การถ่ายทอดเทคโนโลยีโดยตรง</p> <p>3.2) ร่างระเบียบนายกฯ เป็นเพียงการกำหนดโดยอ้อมให้ศูนย์ความหลากหลายทางชีวภาพเป็นผู้กำหนด</p>

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตาม อนุสัญญาฯ	กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการเข้าถึงฯ	วิเคราะห์และเปรียบเทียบ
	<p>มาตรา 41 กำหนดให้รัฐเป็นมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว ฉะนั้นผู้ใดจะนำไปใช้เพื่อประโยชน์ในการปรับปรุงหรือพัฒนาทางการค้าจะต้องแบ่งรายได้ให้แก่รัฐจำนวน 5% รายได้รวมจากการใช้ประโยชน์ ยกเว้นการใช้ประโยชน์เพื่อการศึกษา</p> <p>-<u>พันธพิชปา</u> หมายถึง พันธุ์ที่อยู่ในสภาพธรรมชาติและยังมิได้มีการนำมาใช้ประโยชน์เพาะปลูกโดยชุมชนใดชุมชนหนึ่ง</p> <p>มาตรา 41 กำหนดให้รัฐเป็นมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว ฉะนั้นผู้ใดจะนำไปใช้เพื่อประโยชน์ในการปรับปรุงหรือพัฒนาทางการค้าจะต้องแบ่งรายได้ให้แก่รัฐจำนวน 5% ของรายได้รวมจากการใช้ประโยชน์พันธุ์พืชนี้ ยกเว้นการใช้ประโยชน์เพื่อการศึกษา</p> <p>4. <u>ระเบียบสภาวิจัยแห่งชาติว่าด้วยการอนุญาตให้นักวิจัยต่างประเทศเข้าทำการวิจัยในประเทศไทย พ.ศ. 2525</u></p> <p>-ข้อ 5. กำหนดว่าการวิจัยต้องประกอบไปด้วยลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้คือ</p> <p>1) เพื่อประโยชน์ส่วนรวมเป็นการร่วมมือกับรัฐบาลไทยในการวิจัย</p>	<p>และต่อรองในเรื่องการถ่ายทอดเทคโนโลยีกับต่างชาติ โดยไม่มีการกำหนดบังคับโดยชัดเจนว่าจะต้องมีการถ่ายทอดเทคโนโลยีให้กับนักวิจัยในประเทศไทยแต่อย่างใด</p> <p>3.3) ประเทศไทยอยู่ในฐานะทั้งผู้รับและผู้ถ่ายทอดเทคโนโลยี โดยเฉพาะในฐานะผู้ถ่ายทอดเทคโนโลยีโดยภูมิปัญญาชาวบ้าน แต่ปรากฏว่ามีเพียงพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ที่คุ้มครองสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเท่านั้น ส่วนภูมิปัญญาชาวบ้านอื่นๆ ไม่มีกฎหมายฉบับใดให้ความคุ้มครองไว้</p>

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตาม อนุสัญญาฯ	กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการเข้า ถึงฯ	วิเคราะห์และเปรียบเทียบ
	<p>2) เป็นการวิจัยตามหลักสูตร ปริญญาเอกและโทของนักศึกษาต่าง ประเทศ</p> <p>3) ให้ความช่วยเหลือในรูป อุปกรณ์และยกอุปกรณ์ให้หน่วยงาน ราชการ</p> <p>การวิจัยตาม (1) – (3) <u>ควรจะ</u> ต้องมีนักวิจัยไทยร่วมในการวิจัย</p> <p>(4) ให้ความช่วยเหลือในรูป อุปกรณ์และยกอุปกรณ์ให้กับหน่วย งานราชการไทย</p> <p>-ข้อ 6.1 ถึง 6.3 กำหนดเงื่อนไข ให้นักวิจัยทุกประเภทที่เข้ามาทำการ วิจัยทรัพยากรชีวภาพในประเทศไทย ว่าจะต้องส่งรายงานซึ่งเป็นผลของ การวิจัยเมื่อสิ้นสุดการวิจัยแก่คณะ กรรมการวิจัยแห่งชาติ</p> <p>5. <u>ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่า</u> <u>ด้วยการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จาก</u> <u>ความหลากหลายทางชีวภาพ</u></p> <p>กำหนดให้คณะกรรมการความหลาก หลายทางชีวภาพมีอำนาจในการ ออกการออกระเบียบกำหนดหลัก เกณฑ์และวิธีการ ในการแบ่งปันผล ประโยชน์จากการเข้าถึงทรัพยากร พันธุกรรมโดยสอดคล้องกับหลักการ ตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลาก หลายทางชีวภาพ</p>	

3.4.2.2 ความพร้อมในด้านองค์กรและเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงทรัพยากร

พันธกรรม

จากการรวบรวมองค์กรภาครัฐ เอกชน ชุมชนท้องถิ่น ที่ดูแลรับผิดชอบการเข้าถึงฯ และใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธกรรมในประเทศไทยในปัจจุบันจะพบได้ว่ามีองค์กรที่ดูแลการเข้าถึงทรัพยากรพันธกรรมเป็นจำนวนมาก แต่องค์กรและเจ้าหน้าที่ควบคุมการเข้าการเข้าถึงทรัพยากรพันธกรรมที่มีอยู่ทั้งหมดที่มีอยู่ทั้งหมดนี้ก็ยังไม่มีความพร้อมที่ประเทศจะปฏิบัติตามพันธกรรมในการกำหนดเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยแก่ภาคอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธกรรมตามอนุสัญญาฯ เนื่องจากแต่ละองค์กรไม่ว่าจะเป็นองค์กรภาครัฐหรือเอกชนก็จะดูแลการเข้าถึงฯ เฉพาะในพื้นที่หรือประเภทที่ตนมีอำนาจตามกฎหมายโดยไม่มีการประสานงานและขาดความมีเอกภาพในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธกรรม ส่งผลให้ประเทศไทยไม่สามารถที่จะปฏิบัติตามพันธกรรมและบังคับใช้สิทธิอธิปไตยในการเข้าถึงทรัพยากรพันธกรรมที่มีอยู่ตามอนุสัญญาฯ ได้

เพื่อความชัดเจนในการพิจารณาความพร้อมในด้านองค์กรและเจ้าหน้าที่ฯ เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงทรัพยากรพันธกรรมของประเทศไทยในการปฏิบัติตามพันธกรรมในการเข้าถึงทรัพยากรพันธกรรมตามอนุสัญญาฯ การวิจัยนี้จะขอทำการวิเคราะห์โดยใช้ตารางเปรียบเทียบดังต่อไปนี้คือ

ตารางที่ 2 วิเคราะห์และเปรียบเทียบสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและสิทธิอธิปไตยของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ กับองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศไทย

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามอนุสัญญาฯ	องค์การที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม	วิเคราะห์และเปรียบเทียบ
<p>1. <u>สิทธิอธิปไตยในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม</u></p> <p>1.1. สิทธิในการกำหนดให้การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการตกลงร่วมกัน</p> <p>1.2. สิทธิในการได้รับการขอความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงฯ</p> <p>1.3. สิทธิในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์จากการเข้าถึงฯ ใน 5 ประการคือ</p> <p>1.3.1) สิทธิในการได้รับการจัดให้มีส่วนร่วมอย่างเต็มที่ในการวิจัยวิทยาศาสตร์ที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรม</p> <p>1.3.2) สิทธิในการได้รับการแบ่งปันผลและผลประโยชน์จากการนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ประโยชน์ในทางพาณิชย์</p>	<p>ปัจจุบันประเทศไทยมีองค์กรที่เกี่ยวข้องและควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมอยู่ 2 ประเภทคือ</p> <p>ก. <u>ประเภทที่ดูแลการเข้าถึงฯโดยมีกฎหมายต่างๆ รับรองดังต่อไปนี้คือ</u></p> <p>1. <u>กรมป่าไม้</u> ดูแลการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่กำหนดและที่เกิดในบริเวณป่าสงวนแห่งชาติ อุทยานแห่งชาติ และสวนป่า โดยมีกฎหมายรับรองดังนี้คือ</p> <p>-พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2532</p> <p>-พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507</p> <p>-พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504</p> <p>-พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ. 2535</p> <p>-พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535</p>	<p>1. องค์กรภาครัฐและเอกชนที่ดูแลการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศไทยยังไม่มีความพร้อมในการบังคับตามสิทธิที่อนุสัญญาฯ กำหนดไว้ เนื่องจากองค์กรภาครัฐที่ดูแลการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมมีหลายองค์กร แต่ละองค์กรรับผิดชอบตามพื้นที่และชนิดของทรัพยากรพันธุกรรมต่างกัน โดยไม่มีการประสานงานกัน ทำให้ขาดความเป็นเอกภาพ นอกจากนี้้องค์กรต่างๆ เหล่านี้ไม่ได้จุดประสงค์ในการควบคุมการเข้าถึงฯ ตามอนุสัญญาฯ โดยตรงและบางองค์กรทำการดูแลการเข้าถึงฯ โดยไม่มีกฎหมายรองรับ ทำให้การดูแลการเข้าถึงฯ เป็นไปโดยขาดประสิทธิภาพและเอกภาพ</p>

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตาม อนุสัญญาฯ	องค์การที่เกี่ยวข้องกับการ เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม	วิเคราะห์และเปรียบเทียบ
<p>1.3.3) สิทธิในการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา</p> <p>1.3.4) สิทธิในการได้รับการจัดให้มีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพในกิจกรรมการวิจัยทางเทคโนโลยีชีวภาพ</p> <p>1.3.5) สิทธิในการได้รับการจัดให้เข้าถึงผลลัพธ์และผลประโยชน์ที่ได้จากการวิจัย</p>	<p>2. <u>กรมประมง</u> ดูแลการเข้าถึงทรัพยากรพืชและสัตว์น้ำในบริเวณชายฝั่งทะเลและพื้นที่ๆ กำหนดห้ามทำการประมงตามพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490</p> <p>3. <u>กรมวิชาการเกษตร</u> ดูแลการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามประเภทที่กฎหมายกำหนดซึ่งได้แก่</p> <ul style="list-style-type: none"> -พระราชบัญญัติพันธุ์พืช พ.ศ. 2518 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2535 -พระราชบัญญัติกักพืช พ.ศ. 2537 <p>และดูแลการเข้าถึงพันธุ์พืชทั้งหมดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542</p> <p>4. <u>กรมการแพทย์</u> ดูแลการเข้าถึงสมุนไพรตามที่กฎหมายกำหนด ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542</p>	<p>2. การดูแลการเข้าถึงฯ ของชุมชนท้องถิ่นนั้นมีเพียงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ที่กำหนดให้องค์กรชุมชนท้องถิ่น และมาตรา 46 ที่กำหนดให้ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมมีอำนาจในการดูแลการเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นเท่านั้น ส่วนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไม่มีการกำหนดให้องค์กรหรือชุมชนท้องถิ่นมีอำนาจในการกำกับดูแลแต่อย่างใด ทำให้ไม่สามารถบังคับตามสิทธิอธิปไตยตามอนุสัญญาฯ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ</p> <p>3. ศูนย์ความหลากหลายทางชีวภาพตามร่างระเบียบนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพเป็นเพียงผู้ประสานงานเกี่ยวกับการเข้าถึงฯ และการต่อรองผลประโยชน์กับหน่วยงาน</p>

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตาม อนุสัญญาฯ	องค์การที่เกี่ยวข้องกับการ เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม	วิเคราะห์และเปรียบเทียบ
	<p>5. <u>กรมวิทยาศาสตร์</u> ดูแลการเข้าถึงเชื้อโรคและพิษจากสัตว์</p> <p>6. <u>สถาบันวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งประเทศไทย</u> ดูแลการเข้าถึงทรัพยากรนอกถิ่นอาศัยตามธรรมชาติภายนอกประเทศซึ่งได้แก่ ธนาคารเชื้อพันธุ์ และธนาคารจุลินทรีย์ในเครือข่ายสากลโดยไม่มีกฎหมายรองรับ</p> <p>7. <u>กรมทรัพย์สินทางปัญญา</u> ดูแลสิ่งประดิษฐ์อุตสาหกรรมประเภท วิธีการผลิตสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ อาจเกิดจากการเข้าถึงฯ โดยอาศัยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2535</p> <p>8. <u>สภาวิจัยแห่งชาติ</u> ดูแลการเข้าถึงทรัพยากรทุกชนิดที่มีการขออนุญาตจากคณะกรรมการวิจัยโดยอาศัยระเบียบสภาวิจัยแห่งชาติว่าด้วยการอนุญาตให้นักวิจัยต่างชาติเข้ามาวิจัยในประเทศไทย พ.ศ. 2525</p>	<p>ของไทยและต่างชาติเท่านั้นไม่ได้เป็นผู้ดูแลการเข้าถึงฯ โดยตรงและไม่มีองค์กรย่อยที่มีความชำนาญในทรัพยากรแต่ละชนิดในการพิจารณาการเข้าถึงฯ และต่อรองผลประโยชน์ ทำให้การทำข้อตกลงร่วมกันในการเข้าถึงฯ และการต่อรองผลประโยชน์ขาดประสิทธิภาพ</p> <p>4. ทรัพยากรใดที่อยู่นอกพื้นที่ๆ กฎหมายคุ้มครองและไม่ได้เป็นชนิดที่กฎหมายรับรองแล้ว ก็จะไม่มีการใดสามารถบังคับตามสิทธิอธิปไตยตามอนุสัญญาฯ ได้</p>

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตาม อนุสัญญาฯ	องค์การที่เกี่ยวข้องกับการ เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม	วิเคราะห์และเปรียบเทียบ
	<p>9. ศูนย์ความหลากหลายทางชีวภาพ ดูแลการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพทุกชนิดในประเทศไทย โดยอาศัยร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพ</p> <p>10. องค์กรท้องถิ่น ดูแลการเข้าถึงภูมิปัญญาชาวบ้าน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 290</p> <p>11. ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ดูแลภูมิปัญญาท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 40 และดูแลการเข้าถึงพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นการพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542</p> <p>12. ชุมชนในป่าชุมชน ตามพระราชบัญญัติป่าชุมชนดูแลการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในป่าชุมชน ตามร่างพระราชบัญญัติป่าชุมชน</p>	

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตาม อนุสัญญาฯ	องค์การที่เกี่ยวข้องกับการ เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม	วิเคราะห์และเปรียบเทียบ
	<p>ข. ประเภทที่ดูแลการเข้าถึง โดยไม่มีกฎหมายรองรับดังนี้</p> <p>1. <u>กรมปศุสัตว์</u> ดูแลการเข้าถึง ทรัพยากรพันธุกรรมนอกถิ่นที่ อยู่อาศัยตามธรรมชาติ ภายใน ประเทศ ซึ่งได้แก่ ธนาคารเชื้อ พันธุ์สัตว์ โดยไม่มี กฎหมายรับรอง</p> <p>2. <u>สถาบันวิจัยและพัฒนา วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี แห่งประเทศไทย</u> ดูแลการเข้า ถึงทรัพยากรนอกถิ่นอาศัยตาม ธรรมชาติภายนอกประเทศซึ่ง ได้แก่ ธนาคารเชื้อพันธุ์ และ ธนาคารจุลินทรีย์ในเครือข่าย สากลโดยไม่มี กฎหมายรองรับ</p> <p>3. <u>มหาวิทยาลัย สถาบันวิจัย และส่วนบุคคล</u> ดูแลการเข้าถึง ทรัพยากรที่ตนเป็นเจ้าของโดย ไม่มีกฎหมายรองรับ</p> <p>4. <u>ประชาชน</u> ดูแลการเข้าถึง ทรัพยากรพันธุกรรมที่ตนเป็น เจ้าของโดยไม่มีกฎหมายรองรับ</p>	