

Compliance with international/ national legislation on access and benefit sharing

รศ.ดร.ลาวัณย์ ทัศนศิลป์กุล

ความสำคัญของ Sovereignty

- ความสำคัญของ อำนาจอธิปไตย ที่ทำให้ต้องมีการเจรจา อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ และ ระบบระหว่างประเทศ
- ความเท่าเทียมกันแห่งรัฐอธิปไตย
- ความลพเมตมิได้ในทางระหว่างประเทศ
- การไม่สามารถแทรกแซงในทางระหว่างประเทศ
- การเข้ามา การออกไป การเข้าถึงฐานทรัพยากรธรรมชาติ
- การทำสนธิสัญญา คือ การลดอำนาจอธิปไตยบางส่วนลงเพื่อปฏิบัติตามสนธิสัญญา
- การออกกฎหมายอนุวัติการตามความตกลงระหว่างประเทศ
- วิธีการ อนุวัติการตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ความสมดุลระหว่าง การเข้าถึงฐานทรัพยากรทางชีวภาพ กับ การแบ่งปันผลประโยชน์

- การ **legitimize** เพื่อให้เข้าถึงฐานทรัพยากรธรรมชาติ โดยนำเรื่อง **Profit sharing** มาเป็นตัวต่อรอง หรือ สร้างความชอบธรรมในการเข้าถึง แต่ปัญหาในทางปฏิบัติ คือ การเข้าถึงนั้นยอมเป็นไปได้โดยง่าย ทั้งที่ชอบ และไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่การแบ่งปันผลประโยชน์ ไม่ได้กล่าวถึงเลยในทางปฏิบัติ และ หลักเกณฑ์ในการแบ่งปัน เช่น ให้ เป็น **Co Patent** ตลอดสาย การใช้ประโยชน์ทางการพาณิชย์ เป็นต้น (ระดับ **Macro**)
- **User** และ **provider** ควรจะต้องมีการรักษาคูสัญญากับการเข้าถึง และ การใช้ ทรัพยากร ความหลากหลายทางชีวภาพ กับการเป็นผู้ทรงสิทธิ ในทุกระดับชั้นของการแสวงหาประโยชน์ (**Co- patent holder**) ทุกระดับชั้นของการแสวงหาประโยชน์ (ระดับ **Micro**)

Action Plan

- ไม่มี แผนปฏิบัติการเพื่อดำเนินการจัดทำเกี่ยวกับการกำหนดเรื่อง **Profit sharing** และ วิธีการเข้าถึง **genetic resources**
- **Preamble** กล่าวยืนยันถึง การมีอธิปไตยถาวรเหนือฐาน ทรัพยากรธรรมชาติของประเทศเจ้าของ **genetic resources** และ การพัฒนาอย่างยั่งยืน แต่ไม่มีข้อกำหนดในทางปฏิบัติเพื่อรองรับหลักการดังกล่าวเลย เช่น การดำเนินการที่สอดคล้องกับหลักการมีอธิปไตยถาวรเหนือฐาน ทรัพยากรธรรมชาติ
- ไม่มีโครงการให้ความรู้แก่หน่วยงาน และ ประชาชน การอำนวยความสะดวก ในการช่วยเหลือการจดทะเบียนสิทธิบัตร การได้รับประโยชน์ การดำเนินการ เพื่อให้เป็นไปตามอนุสัญญา โดยชอบ

ข้อควรระวัง

- สัญชาติของ **User** กับกฎหมายภายในประเทศ เกี่ยวกับการกำหนดสัญชาติของ บุคคล และ นิติบุคคล – หลีกเลี่ยงกฎ ระเบียบภายใต้ **IR** และ **CBD**
- **Indigenous Knowledge** อาจจะทำให้เข้าถึงได้ แต่ไม่ควรให้มีสิทธิ **Patent** และประเทศเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่น ต้องได้รับการรับรอง ขอมรับจดทะเบียนเป็นเจ้าของ ภูมิปัญญานั้น ให้เป็น ภูมิปัญญาท้องถิ่น ที่ใครจะละเมิดมิได้
- **Non – Compliance clause** ไม่มีบทลงโทษเลย มีแต่ข้อกำหนดที่อาจจะให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทน หรือ ความเสียหาย และ หากยังคงละเลยต่อไป แสดงให้เห็นถึงการกระทำโดยจงใจ ในการฝ่าฝืนก็ยังไม่มียกโทษ เพียงแต่ไม่ได้รับการดำเนินการต่อไป น่าจะกำหนดโทษ ในทำนองเดียวกับการละเมิด **IP** อื่น ๆ เพราะ **Rationale** เหมือนกัน

ข้อควรระวัง

- กลไกการยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะตกลงร่วมกันใช้กลไกนี้ ต้องใช้อย่างฉลาด และ ระมัดระวัง
 - ไม่ควรยอมรับกลไกนี้ ในข้อพิพาทที่กระทบต่อนโยบายสาธารณะ (**carve out principle**)
 - ให้พิจารณา เรื่องประเด็นพิพาทที่สามารถ หรือ ไม่สามารถนำเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ – **Arbitrability** และ **Capacity to arbitrate**
 - พิจารณาเรื่อง ความสามารถในการนำข้อพิพาทสู่อนุญาโตตุลาการ
 - คำชี้ขาดที่ปรับหลักกฎหมายผิด หรือ พิจารณาข้อเท็จจริงผิดไม่อาจจะ **Nullify** ได้
 - การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาล - อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก
- พิจารณาเรื่อง **Choice of Law** และ **Choice of Forum** ตามหลักกฎหมายขัดกัน **Law on Conflict of Law** ต้องระมัดระวังเพราะอาจจะทำให้ไทยเสียเปรียบ เมื่อไปยอมตกลงร่วมกันที่จะให้บังคับใช้กฎหมายของต่างประเทศที่มีลักษณะที่แตกต่างกับกฎหมายไทยในลักษณะที่ไทยเสียเปรียบ หรือ ต้องมีภาระค่าใช้จ่ายมาก ไม่คุ้มเคยกับกฎหมาย และ การกำหนดให้ยอมรับเขตอำนาจศาลในต่างประเทศ (มาตรา 14)

ประเด็นปัญหาเรื่อง Country of origin

- ปัญหา Transboundary Cooperation
- ปัญหา Country of origin
- ปัญหาเรื่อง การกำหนด Code of Conduct, Guidelines and Practices and/or standard ที่ควรจะกำหนดโดยประเทศกำลังพัฒนามีส่วนร่วมอย่างแท้จริงบนพื้นฐานของ **การพัฒนาอย่างยั่งยืน**
- กลไกเกี่ยวกับคณะผู้ตรวจการในการปฏิบัติตาม **CBD**

ข้อควรระวัง

- การกำหนดหลักเกณฑ์ของเขตอำนาจศาล
 - ข้อเท็จจริงที่เป็นจุดเกาะเกี่ยวในการรับคดีประการแรก คือ จำเลยมีภูมิลำเนาในประเทศไทย
 - ข้อเท็จจริงที่เป็นจุดเกาะเกี่ยวในการรับคดีประการที่สองคือ ผู้ร้องมีภูมิลำเนาในประเทศไทย
 - ข้อเท็จจริงที่เป็นจุดเกาะเกี่ยวในการรับคดีประการที่สาม คือ โจทก์มีภูมิลำเนาในประเทศไทย
 - ข้อเท็จจริงที่เป็นจุดเกาะเกี่ยวในการรับคดีประการที่สี่คือ โจทก์มีสัญชาติไทย
 - ข้อเท็จจริงที่เป็นจุดเกาะเกี่ยวในการรับคดีประการที่ห้า คือ มูลคดีเกิดขึ้นในประเทศไทย
 - ข้อเท็จจริงที่เป็นจุดเกาะเกี่ยวในการรับคดีประการที่หก คือ ทรัพย์สินตั้งอยู่ในประเทศไทย
 - ข้อเท็จจริงที่เป็นจุดเกาะเกี่ยวในการรับคดีประการที่เจ็ด คือ นิติบุคคลมีสำนักงานแห่งใหญ่อยู่ในประเทศไทย
 - ข้อเท็จจริงที่เป็นจุดเกาะเกี่ยวในการรับคดีประการที่แปด คือ จำเลยประกอบธุรกิจในประเทศ
- มูลคดีเกิดในเขตศาล
- สัญชาติโจทก์
- ภูมิลำเนาโจทก์
- ภูมิลำเนาจำเลย
- ที่ตั้งทรัพย์สิน
- สถานที่ปฏิบัติตามสัญญา
- สำนักงานใหญ่ของนิติบุคคล
- จำเลยประกอบธุรกิจ

ปัญหาการตีความ

- Genetic resources beyond national jurisdictions;
- Genetic resources from marine areas beyond national jurisdiction
- หมายถึง เขตเพียงไหน – Geographical jurisdiction, Substantive jurisdiction- to what extent jurisdiction is ทะเลอาณาเขต อันเป็นเขตแดนของรัฐ หรือ รวมถึงที่รัฐมีเขตอำนาจด้วยแต่ไม่เป็น เขตอธิปไตย
- Beyond national jurisdiction คือ Common Heritage of mankind
- shall be shared in a fair and equitable way อย่างไร

ความขัดแย้งระหว่าง Common Heritage of mankind กับการนำ Marine Areas มารวมเข้าใน CBD ทำให้ขัดต่อการจัดสรรทรัพยากรธรรมชาติต่อมวลมนุษยชาติ

- Genetic resources from Marine areas beyond national jurisdiction
- Common Heritage of mankind เป็นหลักประกันของการมีความเป็นมนุษย์ที่เท่าเทียมกันของ มวลมนุษยชาติ
- Harmonization of Law, Unification of Law, Standard of form
- Unification of Certificate Art. 13 การกำหนดข้อมูลขั้นต่ำในการออกเอกสาร มีตัวเลข ตัวอักษร เพื่อการสืบค้นแหล่งกำหนด และ ผู้ถือครองทรัพยากร Traceability of supply chain GO Reference เงื่อนไขการใช้ Internationally accepted form

Ombudsperson

- **Ombudsperson** ควรมีคนชาติด้วย และ คนชาตินั้น ๆ ต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญเฉพาะทาง มิฉะนั้นจะตกอยู่ในการชี้นำของต่างชาติทั้งหมด (มาตรา 14 bis)
- **Model Contractual clause** ควรที่ไทยต้องมีส่วนร่วมในการร่าง Model ที่อาจจะร่วมมือกับกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายจะได้มี **Bargaining Power** (มาตรา 15)
- **Code of conduct, Guidelines, and best practice or standard** มักจะจัดทำขึ้นตามมาตรฐานแบบตะวันตกที่คำนึงถึงผลประโยชน์ของตนมากกว่า มิใช่มาตรฐานของประเทศกำลังพัฒนา และผลประโยชน์บนพื้นฐานการใช้ทรัพยากรอย่างยั่งยืน

ความขัดแย้งในพันธกิจภายใต้สนธิสัญญาอื่นๆกับ CBD

- *Recognizing* the importance of genetic resources to food security, public health, biodiversity conservation, and the mitigation and adaptation to climate change,
- *Recognizing* the special nature of agricultural biodiversity, its distinctive features and problems needing distinctive solutions
- [*Recognizing [and affirming]* that intellectual property rights play an important role in the fair and equitable sharing of benefits arising from the use of genetic resources, their derivatives and associated traditional knowledge, and that these rights need to be supportive of and not run counter to the three objectives of the Convention
- The provisions of this Protocol shall not affect the rights and obligations of any Contracting Party deriving from any existing international agreement, except where the exercise of those rights and obligations would cause a serious damage or threat to biodiversity
- ข้อบทเหล่านี้ ขัดแย้งกับ TRIPs- Plus ที่หลายประเทศยึดถือ และ ทำสนธิสัญญา ทวิภาคี หรือ พหุภาคี

ความขัดแย้งในพันธกิจภายใต้สนธิสัญญาอื่นๆกับ CBD

- *Further recognizing the importance of promoting [equity [and fairness]] [equality] in negotiation of mutually agreed terms between providers and users of genetic resources,*
- ใครคือ Providersใคร คือ users ภาครัฐ หรือ เอกชน ใครเป็นเจ้าของ
- เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นเป็นเรื่องระหว่างรัฐ หรือ ระหว่างเอกชน ข้อพิพาทเกี่ยวกับการเข้าถึงฐานทรัพยากรธรรมชาติ เป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสาธารณะ
- ข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีภายใต้สนธิสัญญา กับข้อพิพาทในระดับคหบดีบุคคล