

บทที่ 5

แนวทางการเตรียมความพร้อมในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศไทยตาม อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

5.1 สถานภาพในการเตรียมความพร้อมของประเทศไทย

จากที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ข้อ 3.4 เรื่องสถานภาพกฎหมายไทยและองค์เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้น แสดงให้เห็นได้ว่าประเทศไทยยังไม่มีความพร้อมในการปฏิบัติตามพันธกรณีในการสร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยต่อภาคีในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่ยังไม่มีความพร้อมในการบังคับใช้อำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตลอดจนสิทธิอธิปไตยที่ประเทศไทยมีอยู่ในฐานะรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ตามอนุสัญญาฯ ด้วยเหตุผลหลายประการดังที่ได้กล่าวมาในบทที่ 3 นอกจากนี้องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมก็ไม่มีความพร้อมปฏิบัติตามพันธกรณีหรือทำการบังคับใช้อำนาจอธิปไตยในการควบคุมทรัพยากรพันธุกรรม ตลอดจนถึงการบังคับใช้สิทธิอธิปไตยต่างๆ ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่ประเทศไทยมีอยู่ตามอนุสัญญาฯ ในฐานะรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ปัญหาในการที่ประเทศไทยไม่มีพร้อมดังที่กล่าวมาข้างต้นนี้จะทำให้ประเทศไทยต้องสูญเสียผลประโยชน์และเสียเปรียบรัฐภาคีอื่นที่เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้

ความไม่พร้อมของประเทศไทยในการปฏิบัติพันธกรณีในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ข้างต้นนี้ จะก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติใน 2 ระดับด้วยกันคือในระดับหลักการหรือกฎหมาย จะก่อให้เกิดปัญหาในการที่ไม่สามารถที่จะบังคับใช้อำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้อย่างเต็มที่และครบถ้วน นอกจากนี้ยังไม่สามารถที่จะบังคับใช้สิทธิอธิปไตยในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ประเทศไทยมีอยู่ตามอนุสัญญาฯ ได้ ส่วนในระดับดบองค์กรเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องก็จะทำให้ประเทศไทยขาดองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ๆ มีประสิทธิภาพในการบังคับอำนาจอธิปไตยและสิทธิอธิปไตยในการเข้าถึงทรัพยากรตามอนุสัญญาฯ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในทางตรงกันข้ามหากประเทศไทยมีความพร้อมในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ แล้ว ประเทศไทยก็จะสามารถที่จะปฏิบัติพันธกรณีหรือบังคับใช้อำนาจหรือสิทธิอธิปไตยตามอนุสัญญาฯ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้จะเห็นได้จากตัวอย่างของประเทศคอซตาริกาและประเทศฟิลิปปินส์ ซึ่งจะพบได้ว่าประเทศคอซตาริกานั้นจะมีความพร้อมในการ

ปฏิบัติตามพันธกรณีและหลักการที่สำคัญในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ทั้งในระดับหลักการหรือกฎหมายหรือในระดับองค์กรเจ้าหน้าที่ เช่นในระดับองค์กรนั้นคอสตาริกาก็มีความพร้อมที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีในการสร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยแต่ภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม โดยการหาทางออกให้สถาบัน INBio เป็นผู้ทำหน้าที่ในการ นอกจากนี้ในระดับหลักการหรือกฎหมายคอสตาริกาก็มีความพร้อมในการบังคับใช้สิทธิอธิปไตยในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม เช่น ในประเด็นของการกำหนดแบ่งปันผลประโยชน์จากการวิจัยทรัพยากรพันธุกรรม แต่อย่างไรก็ตามในประเด็นของการใช้สิทธิอธิปไตยในการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาหรือการได้รับการการจัดให้มีส่วนร่วมในการวิจัยเทคโนโลยีชีวภาพที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมนั้น คอสตาริกาไม่ได้ทำการกล่าวถึงไว้มากนัก

ส่วนในตัวอย่างของประเทศฟิลิปปินส์นั้นจะพบได้ว่าประเทศฟิลิปปินส์ค่อนข้างจะมีความพร้อมทั้งในระดับหลักการหรือกฎหมายในการปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาฯ และในการบังคับใช้อำนาจและสิทธิอธิปไตยในฐานะรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม จะเห็นได้จากการที่ฟิลิปปินส์กำหนดกฎเกณฑ์ในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมขึ้นมาเพื่อการบังคับใช้อำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งมีความยืดหยุ่นและเป็นกรอบกว้างที่สามารถจะใช้ได้ในทุกกรณีและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ส่วนในระดับหลักการนั้นจะเห็นได้ว่าฟิลิปปินส์ได้ขยายขอบเขตการใช้อำนาจและสิทธิอธิปไตยตามอนุสัญญาฯ ออกไปถึงองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในทุกมิติไม่ว่าจะเป็นภาครัฐ เอกชน และชุมชนท้องถิ่นด้วย

จากปัญหาในความไม่พร้อมของประเทศไทยทำให้ประเทศไทยจำเป็นต้องให้ความสำคัญและหันมาเตรียมความพร้อมในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ โดยการเตรียมความพร้อมใน 2 ระดับด้วยกันคือในระดับหลักการหรือกฎหมายและในระดับองค์กรเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้คือ

5.2 การเตรียมความพร้อมในระดับหลักการหรือกฎหมาย

การเตรียมความพร้อมในระดับหลักการหรือกฎหมายของประเทศไทยในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ นี้ ได้แก่การเตรียมความพร้อมใน 3 ประเด็นสำคัญต่อไปนี้คือ

5.2.1 การเตรียมความพร้อมในการปฏิบัติตามพันธกรณีในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ

เนื่องจากอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 2 ได้กำหนดพันธกรณีให้ประเทศภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมสร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยแก่ภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องเป็นการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่เหมาะสมกับสภาพแวดล้อม

ดังนั้นหากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฯ แล้วประเทศไทยก็ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวนี้ด้วย อย่างไรก็ตามเนื่องจากในทางปฏิบัติหรือข้อเท็จจริงนี้ผู้ที่เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไม่ได้มีแต่เพียงรัฐเท่านั้นแต่ยังมีเอกชนต่างชาติซึ่งมีฐานะตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ตามกันด้วย ดังนั้นจึงขอแยกพิจารณาเป็น 2 ประการตามฐานะของผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ดังนี้คือ

5.2.1.1 กรณีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเป็นรัฐภาคีอื่น

กรณีนี้เนื่องจากผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเป็นรัฐซึ่งมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงมีสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศไทยตามอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 2 ซึ่งได้กำหนดพันธกรณีให้ประเทศไทยกำหนดเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาพันธกรณีตามอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 2 แล้วจะพบได้อีกว่าอนุสัญญาฯ ไม่ได้กำหนดขอบเขตของ “การกำหนดเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยต่อภาคีในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม” ไว้ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบริบทของมาตรา 15 วรรค 5 ที่กำหนดว่า “ในกรณีที่ได้รับอนุญาต การเข้าถึงจักต้องอยู่ภายใต้การตกลงร่วมกัน” แล้วจะเห็นได้ว่าการสร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยต่อภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการได้รับอนุญาตจากประเทศไทย แสดงให้เห็นได้ว่าแม้ประเทศภาคีอื่นจะมีสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมก็ตามแต่ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศไทยนั้นรัฐภาคีอื่นนี้ก็ต้องได้รับอนุญาตจากประเทศไทยในฐานะเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก่อน ดังนั้นการสร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยแก่ภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจึง หมายความว่า การกำหนดเงื่อนไขที่ไม่เป็นการขัดขวางอย่างเด็ดขาดในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของภาคีอื่น ฉะนั้นการสร้างข้อกำหนดให้ภาคีสามารถเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ในระดับเบื้องต้น และกำหนดให้ต้องมีการได้รับ

อนุญาตก่อนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 5 จึงถือได้ว่าเป็นการกำหนดเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ แล้ว

นอกจากนี้เนื่องจากอนุสัญญาฯ ใช้คำว่า “ จักต้องพยายาม (shall endeavour)” ซึ่งแสดงให้เห็นว่าพันธกรณีของประเทศไทยในฐานะภาคีมาตรา 15 วรรค 2 นี้มีสภาพบังคับในทางระหว่างประเทศที่อ่อน ดังนั้นการใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจึงเป็นการใช้สิทธิอย่างมีเงื่อนไข ประกอบกับในมาตรา 15 วรรค 1 กำหนดให้อำนาจในการพิจารณากำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมขึ้นอยู่กับรัฐบาลแห่งชาติและอยู่ภายใต้กฎระเบียบของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งแสดงให้เห็นว่าแม้ภาคีอื่นจะมีสิทธิเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 2 ก็ตาม แต่การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้นก็ต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดของประเทศไทยด้วย

จากขอบเขตของพันธกรณีตามมาตรา 15 วรรค 2 ข้างต้น เมื่อนำมาพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายที่ควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศไทยในปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่คุ้มครองทรัพยากรชีวภาพตามอาณาเขตหรือตามประเภทของทรัพยากรพันธุกรรมเช่น พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2532 , พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ.2507 ,พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 และพระราชบัญญัติคุ้มครองและสงวนสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 เป็นต้น แล้ว จะพบว่ากฎหมายเหล่านี้ได้มีการขออนุญาตที่กำหนดให้ภาคีอื่นสามารถเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้โดยการขออนุญาตเจ้าหน้าที่ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีในการสร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยแก่ภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ แล้ว

อย่างไรก็ตามในกรณีที่ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นเป็นของเอกชนเช่น สัมพันธุ์ไซกัลของชาวบ้านจังหวัดเชียงใหม่ แล้ว ประเทศไทยย่อมไม่สามารถที่กำหนดบังคับให้เอกชนเหล่านั้นทำการยินยอมให้ภาคีอื่นทำการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่กรรมสิทธิของเอกชนนั้นได้ เนื่องจากการกำหนดดังกล่าวจะเป็นการขัดต่อสิทธิในทางแพ่งเรื่องกรรมสิทธิของบุคคลที่กำหนดให้เจ้าของกรรมสิทธิมีสิทธิใช้ และหวงแหนทรัพยากรพันธุกรรมนั้นเป็นตนแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งรัฐบาลไทยไม่สามารถที่จะแทรกแซงสิทธิดังกล่าวได้ และในขณะเดียวกันรัฐภาคีอื่นก็ไม่สามารถที่จะยกพันธกรณีตามมาตรา 15 วรรค 2 เพื่อใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ขึ้นอ้างต่อประเทศให้ทำการกำหนดบังคับให้เอกชนไทยยินยอมให้ตนเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้

เพราะเหตุผลตามที่กล่าวมาข้างต้นคือ ในเมื่อประเทศไทยยังไม่สามารถที่จะก้าวล่วงไปถึงสิทธิของเอกชนได้ รัฐภาคีอื่นย่อมไม่มีสิทธิที่ดีไปกว่าประเทศไทยซึ่งเป็นรัฐสัญชาติของเอกชนดังกล่าวด้วย

5.2.1.2 กรณีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเป็นเอกชนต่างชาติ

กรณีนี้เนื่องจากเอกชนต่างชาตินี้ไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงไม่มีสิทธิที่กสิสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ขึ้นกล่าวอ้างเพื่อให้ประเทศไทยปฏิบัติตามพันธกรณีในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ ดังนั้นประเทศไทยจึงไม่มีพันธกรณีตามอนุสัญญาฯ ที่จะต้องสร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของเอกชนต่างชาตินี้

นอกจากนี้หากประเทศไทยไม่สร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยแก่เอกชนต่างชาติในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมแล้ว รัฐภาคีอื่นเจ้าของสัญชาติเอกชนต่างชาติก็ไม่สามารถยกพันธกรณีของประเทศไทย ตามอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 2 ขึ้นอ้างต่อประเทศไทยเพื่อให้ปฏิบัติตามพันธกรณีได้ เพราะเอกชนไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ และแม้ประเทศไทยเองก็ยังไม่มีความผูกพันกับสิทธิของเอกชนไทย รัฐภาคีอื่นย่อมไม่มีสิทธิที่ดีไปกว่าประเทศไทย รัฐเจ้าของสัญชาติเอกชนได้ ดังนั้นประเทศไทยจึงไม่มีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติต่อเอกชนต่างชาติตามอนุสัญญาฯ

5.2.2 การเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้อำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

อนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 1 ตอนท้ายได้กำหนดถึงอำนาจในการควบคุมการเข้าถึงของประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมเอาไว้ว่า

“อำนาจในการพิจารณากำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมขึ้นอยู่กับรัฐบาลแห่งชาติ และอยู่ภายใต้กฎระเบียบของชาตินั้นๆ”

จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าแม้ประเทศไทยในฐานะภาคีอนุสัญญาฯ จะมีเพียงสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติก็ตาม แต่ประเทศประเทศไทยในฐานะเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็มีอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งหมายความว่า

รัฐบาลของประเทศไทยมีอำนาจในการกำหนดกระบวนการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมภายในดินแดนของตนได้อย่างเต็มที่ แม้ว่ารัฐภาคีอื่นจะมีสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 2 แต่สิทธิดังกล่าวนี้ก็ต้องอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของประเทศไทยในฐานะเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมด้วย ทั้งนี้ไม่ว่าผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้นจะเป็นรัฐหรือเอกชนต่างชาตก็ตาม นอกจากนี้ในมาตรา 15 วรรค 5 ยังกำหนดไว้ว่า “ในกรณีที่ได้รับอนุญาต การเข้าถึงจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการตกลงร่วมกัน” แสดงให้เห็นได้ว่าแม้รัฐภาคีอื่นจะมีสิทธิเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมก็ตาม แต่การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมก็ต้องเป็นการเข้าถึงที่ได้รับอนุญาตจากประเทศไทยแล้ว ประเทศไทยจึงมีอำนาจที่จะกำหนดข้อกำหนดในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 1 ได้อย่างเต็มที่

เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามบทที่ 3 ข้อ 3.4 แล้วจะพบแล้ว กฎหมายไทยที่มีผลบังคับใช้อยู่ยังไม่สามารถที่จะบังคับตามอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ได้ ดังนั้นประเทศไทยจึงต้องดำเนินการดังต่อไปนี้เพื่อให้สามารถที่จะบังคับใช้อำนาจอธิปไตยตามอนุสัญญาฯ ได้อย่างมีประสิทธิภาพดังนี้

5.2.2.1 การแก้ไขหรือปรับปรุงกฎหมายควบคุมการเข้าถึงฯ และคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมให้เหมาะสมและสอดคล้องกับลักษณะการเข้าถึงฯ และทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาฯ

ประเทศไทยจะต้องทำการแก้ไขหรือปรับปรุงกฎหมายคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพหรือพันธุกรรมที่มีผลบังคับใช้ในปัจจุบันให้ครอบคลุมและสอดคล้องกับลักษณะทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาฯ ด้วยความหลากหลายทางชีวภาพกล่าวคือ

ประการแรก แม้ว่าทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้รับการคุ้มครองในเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ จะหมายถึงเฉพาะทรัพยากรพันธุกรรมที่มีคุณค่าตามความเป็นจริงและตามศักยภาพก็ตาม แต่เนื่องมาตรา 15 วรรค 1 ยืนยันไว้ว่าประเทศไทยมีอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมภายในดินแดนของตน ซึ่งหมายความถึงทรัพยากรพันธุกรรมทุกชนิด ประกอบเมื่อพิจารณาถึงลักษณะทางกายภาพของทรัพยากรพันธุกรรมแล้วจะพบได้ว่าทรัพยากรพันธุกรรมเป็นทรัพยากรที่มีลักษณะที่จะต้องอาศัยอยู่ใน

ทรัพยากรชีวภาพหรือโดยตัวของมันเองมีลักษณะเป็นส่วนหนึ่งของทรัพยากรชีวภาพ ซึ่งยากที่จะแยกออกจากทรัพยากรชีวภาพไม่ว่าพืช สัตว์ และจุลชีพได้

ฉะนั้นเพื่อเป็นเพื่อเป็นการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ และเป็นรูปธรรมแล้ว ประเทศไทยจะต้องทำการปรับปรุงกฎหมายคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมให้ครอบคลุมทรัพยากรชีวภาพทุกชนิดภายในดินแดนแห่งราชอาณาจักร

นอกจากนี้อนุสัญญาฯ ได้ขยายความหมายของทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 15 ออกไปว่าหมายรวมถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งมีลักษณะ 2 ประการคือ

- (1) ทรัพยากรพันธุกรรมที่ประเทศไทยจัดหาให้ในฐานะภาคีที่เป็นแหล่งกำเนิดทรัพยากรพันธุกรรม และ
- (2) ทรัพยากรพันธุกรรมที่ประเทศไทยจัดหาให้ในฐานะภาคีที่ได้รับทรัพยากรพันธุกรรมมาโดยถูกต้องตามอนุสัญญาฯ

จากความหมายทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาฯ ข้างต้น ส่งผลให้ประเทศไทยจะต้องทำการปรับปรุงกฎหมายคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพของประเทศไทย โดยขยายขอบเขตการคุ้มครองให้ครอบคลุมหรือมีความหมายรวมถึงทรัพยากรชีวภาพที่มีต้นกำเนิดอยู่ในประเทศไทย และทรัพยากรที่มีไซทรัพยากรของประเทศไทยแต่ประเทศไทยได้มาโดยถูกต้องตามอนุสัญญาฯ เช่น การได้มาโดยได้มีการขอความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าแก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมแล้วด้วย

อย่างไรก็ตามเพื่อให้การปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวข้างต้นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ประเทศไทยจำเป็นต้องทำการสำรวจและรวบรวม ทำบัญชีรายชื่อทรัพยากรชีวภาพในประเทศไทยเพื่อจะได้รู้ว่าทรัพยากรชีวภาพใดที่มีแหล่งกำเนิดที่ประเทศไทยและทรัพยากรชีวภาพใดที่ไทยได้มาจากต่างชาติ

ประการที่สอง เนื่องจากอนุสัญญาฯ ไม่ได้ทำการกำหนดและนิยามความหมายของ "การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม" เอาไว้ ประเทศไทยจึงต้องกำหนดความหมายของการเข้าถึงฯ ตามอนุสัญญาฯ ขึ้นเอง ซึ่งในการกำหนดความหมายของ "การเข้าถึง" ของประเทศไทยนั้น ประเทศไทยจะต้องกำหนดให้หมายรวมถึงการได้พบ การได้เห็น การได้ข้อมูลหรือการนำ

ทรัพยากรชีวภาพนั้นไปใช้ประโยชน์ในด้านเกษตรกรรม อุตสาหกรรม การแพทย์หรือเภสัชกร หรือการนำไปใช้ประโยชน์ในด้านอื่นๆ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาถึงลักษณะทางกายภาพของทรัพยากรพันธุกรรมแล้วจะพบได้ว่าทรัพยากรพันธุกรรมเป็นทรัพยากรที่ต้องอาศัยอยู่ในทรัพยากรชีวภาพซึ่งได้แก่พืช สัตว์ และจุลชีพ ดังนั้นในการนิยามความหมายของ “การเข้าถึง” ประเทศจะต้องกำหนดให้หมายถึง “การเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ” ซึ่งจะหมายรวมถึงการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยอัตโนมัติ การกำหนดเช่นนี้จะทำให้ประเทศไทยสามารถควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ได้ง่ายและเป็นรูปธรรมขึ้น

5.2.2.2 การแก้ไขหรือปรับปรุงกฎหมายควบคุมการเข้าถึงฯ ให้สามารถครอบคลุมทรัพยากรพันธุกรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพที่มีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ให้สามารถคุ้มครองรูปแบบการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้นจะต้องสามารถควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ทุกรูปแบบ โดยประเทศไทยจะต้องดำเนินการโดยแยกตามกลุ่มของทรัพยากรชีวภาพดังต่อไปนี้คือ

- กรณีพืช

แม้ว่าในปัจจุบันประเทศไทยจะมีพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ที่สามารถคุ้มครองการเข้าถึงทรัพยากรพืชได้ทุกชนิดอยู่แล้วก็ตาม แต่กฎหมายฉบับนี้ก็ยังมีข้อจำกัดในการควบคุมการเข้าถึงฯ เนื่องจากมีการกำหนดข้อยกเว้นให้การเข้าถึงฯ ในเชิงการศึกษาไม่ต้องตกอยู่ภายใต้การควบคุมตามกฎหมายดังกล่าว ซึ่งการกำหนดเช่นนี้ทำให้กฎหมายฉบับนี้ไม่สามารถควบคุมการเข้าถึงฯ ได้ทุกรูปแบบตามอนุสัญญาฯ ทั้งนี้ผู้เขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เข้าใจว่าเหตุผลของการกำหนดดังกล่าวน่าจะมาจากความต้องการที่จะก่อให้เกิดการแลกเปลี่ยนทรัพยากรพืชในเชิงการศึกษาเพื่อประโยชน์ของมวลมนุษยชาติ แต่ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดเช่นนี้จะทำให้การควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพืชของไทยไม่มีประสิทธิภาพเพราะไม่สามารถควบคุมการเข้าถึงฯ ได้ทุกรูปแบบตามอนุสัญญาฯ และเมื่อพิจารณาจากตัวอย่างกฎหมายที่เกี่ยวกับการเข้าถึงฯ ของต่างประเทศอย่างเช่น ประเทศฟิลิปปินส์และประเทศคอซตาริกาแล้วจะเห็นได้ว่าการควบคุมการเข้าถึงทุกรูปแบบรวมถึงการเข้าถึงฯ ที่มีจุดประสงค์เพื่อการศึกษาด้วยแต่ทั้งสองประเทศก็หาทางออกในการสนับสนุนให้มีการเข้าถึงฯ ในเชิงการศึกษาโดยการกำหนดให้การเข้าถึงฯ เพื่อการศึกษานี้ตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขการเข้าถึงฯ ที่ต่ำกว่าการเข้าถึงฯ โดยจุด

ประสงค์อื่นๆ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการสนับสนุนให้มีการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีชีวภาพในระดับหนึ่งแล้วและยังทำให้ทั้งสองสามารถควบคุมการเข้าถึงฯ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าประเทศไทยจะต้องทำการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์ พ.ศ. 2542 โดยกำหนดให้กฎหมายฉบับนี้คุ้มครองการเข้าถึงทรัพยากรพืชในทุกรูปแบบรวมถึงฯ การเข้าถึงฯ ที่มีจุดประสงค์ในเชิงการศึกษาด้วย

-กรณีสัตว์

กฎหมายคุ้มครองทรัพยากรสัตว์ของประเทศไทยในปัจจุบันสามารถแยกได้เป็น 2 ประเภทด้วยคือ

(1).กฎหมายที่คุ้มครองทรัพยากรสัตว์ตามอาณาเขตซึ่งได้แก่

- พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507
- พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504
- พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2532
- พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535
- พระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 2490

(2) กฎหมายที่คุ้มครองทรัพยากรสัตว์ตามประเภทและชนิดของทรัพยากรชีวภาพซึ่งได้แก่

- พระราชบัญญัติบำรุงพันธุ์สัตว์ พ.ศ. 2509
- พระราชบัญญัติสัตว์พาหนะ พ.ศ. 2482
- พระราชบัญญัติควบคุมและจำหน่ายเนื้อสัตว์ พ.ศ. 2535
- พระราชบัญญัติควบคุมและบำบัดโรค พ.ศ. 2505
- พระราชบัญญัติจัดระเบียบกิจการแพปลา พ.ศ. 2496

กฎหมายทั้งสองประเภทนี้จะควบคุมการเข้าถึงฯ ในลักษณะหรือรูปแบบที่กฎหมายแต่ละประเภทกำหนดไว้เท่านั้น จึงไม่ครอบคลุมลักษณะการเข้าถึงฯ ได้ทุกรูปแบบตามอนุสัญญาฯ ดังนั้นประเทศไทยจะต้องทำการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายทั้งสองประเภท โดยการกำหนดให้กฎหมายแต่ละฉบับสามารถควบคุมการเข้าถึงฯ ได้ทุกรูปแบบตามอนุสัญญาฯ กำหนดซึ่งได้แก่ การได้พบ การได้เห็น การได้ข้อมูล หรือการนำทรัพยากรสัตว์ไปใช้ประโยชน์ ไม่ว่าจะเป็นการนำไปใช้ประโยชน์ในด้านเกษตรกรรม อุตสาหกรรม การแพทย์หรือเภสัชกรรม และการนำไปใช้ประโยชน์ในด้านอื่นๆ

- กรณีจุลชีพ

ปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายที่คุ้มครองจุลชีพเพียงฉบับเดียวคือ พระราชบัญญัติเชื้อโรคและพิษจากสัตว์ พ.ศ. 2525 และกฎหมายฉบับนี้ก็คุ้มครองเฉพาะเชื้อโรคและเชื้ออื่นๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงเท่านั้น จุลชีพอื่นๆ นอกเหนือจากนี้แม้จะเป็นจุลชีพที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจก็ จะไม่ได้รับการคุ้มครอง

ฉะนั้นประเทศไทยจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเชื้อโรคและพิษจากสัตว์ พ.ศ. 2525 โดยขยายขอบเขตการคุ้มครองออกไปให้สามารถคุ้มครองจุลชีพทุกชนิดนอกเหนือไปจากที่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดไว้ และในขณะเดียวกันก็ต้องกำหนดให้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวสามารถควบคุมการเข้าถึงฯ จุลชีพทุกรูปแบบด้วย

- กรณีทรัพยากรชีวภาพทุกชนิดที่ถูกเก็บรักษาไว้นอกแหล่งที่อยู่ตามธรรมชาติ (ex-situ)

ปัจจุบันประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่ควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพที่เก็บรักษาไว้นอกถิ่นที่อยู่ตามธรรมชาติ ไม่ว่าจะในหรือนอกประเทศ จะมีก็แต่เพียงระเบียบของแต่ละหน่วยงานที่รับผิดชอบหรือดูแลทรัพยากรชีวภาพนั้น แต่ทั้งนี้ระเบียบที่มีอยู่ก็เป็นเพียงการควบคุมการเข้าถึงฯ ทรัพยากรชีวภาพนอกแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติภายในประเทศเท่านั้น แต่ทรัพยากรชีวภาพนอกแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติภายนอกประเทศเช่น เช่นพันธุ์ข้าวของประเทศไทยที่ถูกจัดส่งไปเก็บรักษาไว้ที่ สถาบันวิจัยข้าวระหว่างประเทศ (International Rice Research Institute : IRRI) ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายหรือระเบียบใดที่กำหนดควบคุมการเข้าถึงฯ เอาไว้แต่อย่างไรปล่อยให้ไปไปตามกฎระเบียบที่ IRRI กำหนด

ฉะนั้นประเทศไทยจะต้องทำการกำหนดกฎหมายใหม่ขึ้นมาเพื่อควบคุมการเข้าถึงฯ และคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพที่ถูกเก็บรักษาไว้นอกถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติทุกชนิดไม่ว่าภายในหรือนอกประเทศ โดยกำหนดกฎหมายคุ้มครองแยกต่างหากจากกันตามประเภทของทรัพยากรซึ่งได้แก่ พืช สัตว์ และจุลชีพ และให้อยู่ภายใต้การควบคุมของหน่วยงานที่มีความชำนาญต่างกัน เช่น ทรัพยากรพืช อยู่ภายใต้การดูแลของกรมป่าไม้ สัตว์อยู่ภายใต้การดูแลของกรมปศุสัตว์ และพันธุ์ข้าวที่ถูกส่งไปเก็บรักษาไว้ที่ IRRI อยู่ภายใต้การดูแลของกรมวิชาการเกษตร เป็นต้น

อย่างไรก็ตามเพื่อให้สอดคล้องอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 1 ของอนุสัญญาฯ และเพื่อให้การควบคุมการเข้าถึงฯ ตามอนุสัญญาฯ เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพประเทศไทยจะต้องทำการกำหนดกฎหมายขึ้นมาฉบับหนึ่งเพื่อควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพทุกชนิดและทุกพื้นที่ ตลอดจนการควบคุมการเข้าถึงฯ ทุกรูปแบบ ซึ่งปัจจุบันได้มีร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพที่คุ้มครองและควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพทุกชนิดอยู่แล้ว แต่เนื่องจากร่างระเบียบฯ ดังกล่าวเป็นแต่เพียงการกำหนดให้อำนาจ แก่คณะกรรมการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติกำหนดกฎเกณฑ์และวิธีการในการเข้าถึงฯ และนำทรัพยากรชีวภาพไปใช้ประโยชน์เท่านั้น แต่ปัจจุบันยังไม่ได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ในการเข้าถึงเอาไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใด

ฉะนั้นประเทศไทยจึงควรเร่งกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีจุดประสงค์ในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพโดยตรงและสามารถควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพได้ทุกชนิดและทุกพื้นที่ไม่ว่าจะเป็นพืช สัตว์ หรือจุลชีพ เพื่อเป็นการวางกรอบควบคุมการเข้าถึงฯ ทุกรูปแบบขั้นแรกก่อน

นอกจากนี้ประเทศไทยจะต้องทำการแก้ไขกฎหมายควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพบางประเภทที่มีความซ้ำซ้อนกัน ได้แก่ การเข้าถึงทรัพยากรสมุนไพรที่ถูกควบคุมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 และในขณะเดียวกันก็ถูกควบคุมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 โดยทำการแก้ไขให้พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ให้ควบคุมการเข้าถึงสมุนไพรอื่นที่ไม่ใช่พืช เพราะการเข้าถึงพืชสมุนไพรนั้นจะถูกควบคุมพระราชบัญญัติคุ้มครอง

พันธู์พืช พ.ศ. 2542 อยู่แล้ว ทั้งนี้เพื่อให้กฎหมายคุ้มครองทรัพยากรพืชสมุนไพรของประเทศ
ไทยมีเอกภาพไม่ซ้ำซ้อนและสามารถควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพืชสมุนไพรได้อย่างมีประสิทธิภาพ
นอกจากนี้ยังส่งผลให้นักวิจัยที่ต้องการเข้าถึงพืชสมุนไพรและต้องการขออนุญาตประเทศ
ไทยไม่เกิดความสับสน ซึ่งเป็นการสอดคล้องกับมาตรา 15 วรรค 1 ที่กำหนดให้อำนาจในการ
พิจารณาการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมขึ้นอยู่กับรัฐบาลและภายใต้กฎระเบียบของรัฐ ดังนั้น
ประเทศไทยจึงมีอำนาจในการแก้ไขกฎหมายควบคุมการเข้าถึงสมุนไพรให้มีเอกภาพและประสิทธิ
ภาพได้

ในกรณีทรัพยากรพันธุกรรมที่เป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนประเทศไทยจะต้อง
กำหนดนโยบายให้ทรัพยากรชีวภาพเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่แท้จริงซึ่งได้แก่ ชุมชนท้องถิ่น องค์กร
เอกชนหรือประชาชนนั้น ประเทศไทยควรจะดำเนินการโดยการการพัฒนาและเพิ่มบทบาทของ
ชุมชนท้องถิ่น องค์กรเอกชน และประชาชนในการเข้ามาควบคุมและคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพ
ของตนเอง โดยความช่วยเหลือหรือโดยผ่านทางศูนย์ความหลากหลายทางชีวภาพ ทั้งนี้เพื่อให้
การควบคุมการเข้าถึงฯ สามารถเป็นไปได้โดยมีประสิทธิภาพจริง และเพื่อเป็นการสอดคล้องกับ
แนวคิดในการมีส่วนร่วมของชุมชนท้องถิ่น ซึ่งอนุสัญญาฯ ได้ยืนยันถึงหลักการนี้ไว้ในอรรถบท
วรรคที่ 12 และเพื่อให้เป็นการสอดคล้องกับมาตรา 8 (เจ) ที่กำหนดให้ชุมชนท้องถิ่นมีส่วนร่วมใน
การจัดการทรัพยากรชีวภาพ ซึ่งในการประชุมภาคีสัมัยที่ 3 ที่ประชุมภาคีได้เสนอให้ภาคีต่างๆ
นำหลักเกณฑ์ในมาตรา 8 (เจ) มาปรับใช้ควบคู่กับการเรื่องการเข้าถึงฯ ตามมาตรา 15

5.2.3 การเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้สิทธิอธิปไตยในฐานะเจ้าของทรัพยากร พันธุกรรมในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

จากที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ว่าอนุสัญญาฯ ได้กำหนดยืนยันเอาไว้ว่าประเทศไทยมีเพียง
สิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติ แสดงให้เห็นได้ว่าประเทศมีสิทธิที่กำหนดข้อกำหนดเกี่ยว
กับทรัพยากรพันธุกรรมในกรณีทีอนุสัญญาฯ กำหนดให้สิทธิไว้เท่านั้น และเมื่อพิจารณาถึงสิทธิ
อธิปไตยของประเทศไทยตามอนุสัญญาฯ แล้วจะพบได้ว่าอนุสัญญาฯ ได้กำหนดให้สิทธิอธิปไตย
ให้กับประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีไว้ทั้งหมด 3 ประการสำคัญด้วยกัน ซึ่งประเทศไทยจะต้องทำ
การนำสิทธิดังกล่าวมาบังคับให้เกิดประโยชน์ต่อประเทศไทยในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม
ตามอนุสัญญาฯ ดังต่อไปนี้คือ

5.2.3.1 การบังคับใช้สิทธิในการทำข้อตกลงร่วมกันในการเข้าถึงทรัพยากร

พันธกรรม

เนื่องจากในการเข้าถึงทรัพยากรพันธกรรมนี้มีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธกรรมที่เป็นทั้งรัฐและเอกชนซึ่งมีฐานะตามกฎหมายระหว่างประเทศแตกต่างกันออกไป จึงขอแยกพิจารณาเป็น 2 กรณีดังนี้

กรณีที่ 1 รัฐเป็นผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธกรรม

กรณีนี้ เนื่องจากรัฐภาคีอื่นนั้นมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศไทยจึงสามารถที่จะบังคับตามสิทธิอธิปไตยนี้ต่อรัฐภาคีอื่นได้ สิทธินี้เป็นสิทธิมาตรา 15 วรรค 4 ของอนุสัญญาฯ ซึ่งกำหนดไว้ว่า

“ในกรณีที่ได้รับอนุญาต การเข้าถึงทรัพยากรพันธกรรมจักต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการตกลงร่วมกันและอยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรานี้”

บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการบังคับใช้สิทธิของประเทศไทยนี้จะเกิดขึ้นภายหลังจากที่ประเทศไทยได้ทำการอนุญาตให้รัฐภาคีทำการเข้าถึงทรัพยากรพันธกรรมแล้ว ซึ่งหมายความว่าแม้รัฐภาคีอื่นจะได้รับอนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธกรรมจากประเทศไทยแล้วก็ตามแต่การเข้าถึงทรัพยากรพันธกรรมนั้นก็จะต้องอยู่ภายใต้การตกลงร่วมกันกับประเทศไทยด้วย ซึ่งการบังคับใช้สิทธิอธิปไตยในการทำข้อตกลงร่วมกันของประเทศไทยในฐานะเจ้าของทรัพยากรพันธกรรมตามมาตรานี้จะทำให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธกรรมมีสิทธิที่จะสามารถต่อรองกับรัฐภาคีอื่นที่ต้องการเข้าถึงทรัพยากรพันธกรรมได้

อย่างไรก็ตาม การทำข้อตกลงร่วมกันตามมาตรา 15 วรรค 4 ของอนุสัญญาฯ มีลักษณะที่หมายถึง สนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยในฐานะรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธกรรมข้อตกลงร่วมกันในการเข้าถึงทรัพยากรพันธกรรมกับรัฐภาคีอื่นที่ต้องการเข้าถึงทรัพยากรพันธกรรม เท่านั้นไม่ได้มีความหมายรวมถึงสัญญาในการเข้าถึงทรัพยากรพันธกรรมตามกฎหมายภายในด้วยแต่อย่างใด

จากที่กล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นได้ว่าประเทศจะต้องดำเนินการกำหนดนโยบายให้ การเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพภายในดินแดนของประเทศไทยโดยผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่มี ฐานะเป็นรัฐภาคีอื่น ทำสัญญาในการเข้าถึงกับประเทศไทย และเมื่อพิจารณาถึงการเตรียมความ พร้อมของประเทศในด้านนี้จะพบได้ว่าได้มีการกำหนดร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการ อนุรักษ์และใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพ ขึ้นมาโดยมีการกำหนดให้ศูนย์ความหลาก หลายทางชีวภาพ (ศ.ค.ช.) มีอำนาจในการประสานงานและดำเนินงานร่วมกับหน่วยงานของรัฐ บาลในการเจรจาต่อรองเงื่อนไขในการเข้าถึงฯ การใช้ประโยชน์ทรัพยากรชีวภาพ การถ่ายทอด เทคโนโลยีและการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเท่าเทียมและยุติธรรม จากร่างระเบียบฯ นี้แสดงให้เห็น ถึงการเตรียมความพร้อมในระดับเบื้องต้นในการทำข้อสนธิสัญญากับรัฐภาคีอื่นในการเข้าถึง ทรัพยากรพันธุกรรมแล้ว แต่การกำหนดดังกล่าวก็ยังไม่มีความชัดเจน ดังนั้นประเทศไทยควรจะ กำหนดนโยบายให้เรื่องนี้ให้ชัดเจนว่าการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่ผู้เข้าถึงมีฐานะเป็นรัฐภาคี อื่นนั้นจะต้องเป็นการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยอยู่ภายใต้การทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ กับประเทศไทย

อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติเป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติเพราะในการทำ สนธิสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยนั้น ผู้ที่สามารถจะทำได้คือรัฐบาลไทยเท่านั้น ดังนั้น ในการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศนี้ จึงต้องมีการประสานงานและความร่วมมือกันอย่างดี ระหว่างหน่วยงานที่ควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยตรงกับรัฐบาลไทยผู้มีอำนาจทำ สนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งในการทำสนธิสัญญานี้โดยทางปฏิบัติแล้วมีโอกาสที่จะเกิดขึ้น น้อยมากหรือแทบไม่เกิดขึ้นเลย เพราะผู้ที่เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศไทยส่วนจะเป็นเอก ชนมากกว่า

กรณีที่ 2 เอกชนต่างชาติเป็นผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

เนื่องจากเอกชนผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้ไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่มีฐานะเป็นเพียงบุคคลตามกฎหมายภายในเท่านั้น ประเทศไทยจึง ไม่สามารถบังคับใช้สิทธิอธิปไตยต่อเอกชนนี้ได้ ในทางตรงกันข้ามประเทศไทยในฐานะรัฐภาคี เจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีฐานะเป็นบุคคลในทางระหว่างประเทศ จึงมีอำนาจอธิปไตยในการ พิจารณาควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 1 ได้

การที่ประเทศไทยมีอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ได้นี้ได้ทำให้ประเทศไทยสามารถที่กำหนดให้เอกชนที่เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมทำการข้อตกลงร่วมกันในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ แต่ข้อตกลงดังกล่าวนี้ก็มีฐานะเป็นสัญญาตามกฎหมายภายใน ไม่ได้เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศตามอนุสัญญา ซึ่งการจัดทำสัญญาในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้จะได้กล่าวอย่างละเอียดต่อไปในข้อ 5.4 เรื่องการทำข้อตกลงร่วมกันในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

5.2.3.2 การบังคับใช้สิทธิในการให้ความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

เนื่องจากในทางปฏิบัติของการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศไทยนั้น ผู้ที่เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมมีฐานะตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ต่างกัน ดังนั้นในการบังคับใช้สิทธิของประเทศไทยจึงต้องแยกพิจารณาเป็น 2 กรณีดังนี้คือ

กรณีที่ 1 ผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเป็นรัฐภาคีอื่น

สิทธิในการให้ความเห็นชอบล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้เป็นสิทธิอธิปไตยของประเทศไทยที่อนุสัญญา ได้กำหนดรับรองไว้ในมาตรา 15 วรรค 5 ดังนี้คือ

“การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจะต้องอยู่ภายใต้ข้อตกลงให้ความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าของภาคีซึ่งให้ทรัพยากรนั้น นอกเสียจากในกรณีที่ภาคนั้นพิจารณาเป็นประการอื่น”

การกำหนดให้สิทธิประเทศไทยในการในการให้ความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม แก่รัฐภาคีนี้ แสดงให้เห็นได้ว่าแม้ประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจะได้รับอนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและได้ทำข้อตกลงในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมกับประเทศไทยแล้วก็ตาม แต่ในการที่จะมีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามข้อตกลงดังกล่าว นั้น รัฐภาคนั้นก็ต้องได้รับความเห็นชอบด้วยวิธีการแจ้งล่วงหน้าจากประเทศไทยก่อนที่จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมด้วย หากรัฐภาคีอื่นไม่ทำการแจ้งล่วงหน้าเพื่อทำข้อตกลงในการให้ความเห็นชอบแล้ว ประเทศไทยก็มีสิทธิที่จะไม่ให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถึงสิทธินี้ตามอนุสัญญาฯ แล้วจะเห็นได้ว่าอนุสัญญาฯ ไม่ได้กำหนดให้รัฐบาลไทยเป็นผู้ใช้สิทธินี้แต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น ดังนั้นประเทศไทยจึงสามารถที่จะกำหนดให้ชุมชนท้องถิ่นผู้ใกล้ชิดกับทรัพยากรพันธุกรรมสามารถเป็นตัวแทนของรัฐบาลในการใช้สิทธินี้ได้ ฉะนั้นเพื่อให้การนำสิทธินี้มาบังคับใช้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพประเทศไทยจะต้องดำเนินการดังนี้คือ

-กรณีพืช

ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ซึ่งควบคุมการเข้าถึงพืชทุกชนิดให้มีการแจ้งล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงฯ ในระดับรัฐบาลและระดับท้องถิ่นได้อยู่แล้ว ดังนั้นประเทศไทยจึงไม่ต้องดำเนินการในส่วนพืชนี้แต่อย่างใด

-กรณีสัตว์และจุลชีพ

กรณีของสัตว์และจุลชีพนี้ ไม่มีกฎหมายฉบับใดที่กำหนดให้มีการนำหลักการให้ความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าไปใช้ในระดับชุมชนแต่อย่างใด แม้กระทั่งร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพ

ฉะนั้นประเทศไทยจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ดังกล่าวให้มีข้อกำหนดที่กำหนดให้มีการนำหลักการให้ความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงสัตว์ไปใช้ในระดับชุมชนด้วย โดยการกำหนดเงื่อนไขของการเข้าถึงสัตว์ที่มีลักษณะเป็นสัตว์ของชุมชนหรือมีที่อยู่อาศัยอยู่ในอาณาเขตชุมชนเข้าไว้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายคุ้มครองสัตว์นั้นๆ ว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงฯ จากชุมชนด้วยการกำหนดเช่นนี้จะทำให้ประเทศไทยสามารถควบคุมการเข้าถึงสัตว์ได้อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นการกำหนดกฎหมายที่สามารถรองรับสิทธิตามมาตรา 15 วรรค 5 ได้ทุกมิติด้วย ทั้งนี้จะเห็นได้จากกฎหมายการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพของประเทศฟิลิปปินส์ที่มีการกำหนดให้มีการขอความเห็นซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าจากชุมชนท้องถิ่นก่อน ทำให้สามารถควบคุมการเข้าถึงฯ ได้จริงและมีประสิทธิภาพ

อย่างไรก็ตามสวนจลชีพนั้นเนื่องจากในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่ได้มีการศึกษา และรวบรวมจลชีพได้อย่างครบถ้วนและมีประสิทธิภาพ แสดงให้เห็นว่าประเทศไทยยังขาดแคลนผู้มีความรู้และความชำนาญในด้านจลชีพ ดังนั้นในการนำหลักการให้ความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้ามาใช้ในระดับชุมชนจึงยังไม่มี ความเหมาะสมในปัจจุบัน เพราะชุมชนท้องถิ่นยังขาดความรู้และความชำนาญเกี่ยวกับจลชีพ ฉะนั้นจึงควรจะให้หน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้รับผิดชอบ ตามกฎหมายที่คุ้มครองจลชีพที่กำหนดขึ้นมาใหม่เป็นผู้ให้ความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าตาม กฎหมายฉบับนั้นๆ และนอกจากนี้ยังควรมีการกำหนดให้เอกชนที่มีความชำนาญและเป็นเจ้าของ จลชีพเป็นผู้ให้ความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงจลชีพด้วย

การกำหนดให้มีการขอความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าของประเทศไทยนี้ ควรจะมีลักษณะที่เป็นการให้ข้อมูลของการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพตามที่ประเทศไทยต้องการเพื่อ พิจารณาและตัดสินใจในการอนุญาตให้มีการเข้าถึงฯ และเพื่อประโยชน์ในการต่อรองผลประโยชน์ หรือเป็นพยานหลักฐานในการเรียกร้องกรณีเกิดการละเมิดต่อไปในอนาคต ซึ่งข้อมูลต่างๆ เหล่านี้ ได้แก่

- ประเภทและปริมาณของทรัพยากรชีวภาพ
- ลักษณะและรูปแบบของการเข้าถึงฯ
- เหตุผลที่ทำการเข้าถึงฯ ในประเทศไทย
- ขอบเขตของการนำทรัพยากรชีวภาพไปใช้ประโยชน์ทั้งในปัจจุบันและอนาคต
- ระยะเวลาที่คาดว่าจะทำการเข้าถึงฯ และวิจัย

นอกจากนี้ในการใช้สิทธิประเทศไทยในฐานะเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ นี้ก็มีเงื่อนไขเนื่องจากในอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 5 ตอนท้ายได้กำหนดเงื่อนไขของการใช้สิทธิของประเทศไทยไว้ว่า

“...นอกเสียจากในกรณีที่ภาคนั้นพิจารณาเป็นอย่างอื่น”

การกำหนดเช่นนี้แสดงให้เห็นได้ว่าแม้สิทธิของประเทศไทยในการได้รับความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้านี้ จะเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นตามอนุสัญญาฯ แต่เนื่องการมีข้อกำหนดในอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 5 ในตอนท้ายที่กล่าวมาข้างต้นนั้น จึงแสดงให้เห็นได้หากประเทศไทยไม่ประสงค์ที่จะใช้สิทธิหรือสละสิทธินี้ก็สามารที่จะทำได้ ซึ่งหากมีการสละสิทธิของประเทศ

ไทยแล้วก็จะทำให้รัฐผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้รับการอนุญาตให้มี การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมสามารถใช้สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้ได้อย่างไม่มีเงื่อนไขคือไม่ต้องเคารพสิทธิของประเทศไทยอีกต่อไป จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นของประเทศไทยในการนำบังคับใช้สิทธิดังกล่าวในฐานะเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมด้วย

อย่างไรก็ตามในกรณีที่ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นเป็นกรรมสิทธิของเอกชนไทยแล้ว ย่อมจะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายไทยที่ทำการบังคับใช้สิทธินี้ดังกล่าวข้างต้น แต่เนื่องจากเอกชนเหล่านั้นมีสิทธิในแง่ในการที่จะหวงกั้นทรัพยากรพันธุกรรมของตนอยู่แล้ว ดังนั้นหากมีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่เป็นกรรมสิทธิของเอกชนแล้ว ก็จะมีการขออนุญาตเอกชนอันเป็นการนำเอาสิทธินี้มาบังคับใช้โดยอัตโนมัติแล้ว

กรณีที่ 2 ผู้เข้าถึงทรัพยากรชีวภาพเป็นเอกชนต่างชาติ

แม้เอกชนจะผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจะไม่ได้เป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งไม่อยู่ภายใต้อนุสัญญาฯ ก็ตามแต่ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็มีอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 1 ได้ ดังนั้นประเทศไทยจึงมีอำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์ในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมภายในดินแดนตน โดยกำหนดให้ผู้ที่จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมรวมถึงเอกชนจะต้องทำการแจ้งล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งกำหนดโดยกฎหมายต่างๆ ที่กล่าวมาแล้วในกรณีที่ 1 ได้ แต่การกำหนดเช่นนี้ไม่ได้เป็นการกำหนดโดยอาศัยสิทธิอธิปไตยตามอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 5 แต่เป็นการกำหนดโดยอาศัยอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 1 ของอนุสัญญาฯ

นอกจากนี้หากมีกรณีที่มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่เป็นกรรมสิทธิของเอกชนไทย ไม่จะโดยรัฐภาคีหรือเอกชนต่างชาติแล้ว ย่อมจะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายไทยที่ทำการบังคับใช้สิทธินี้ดังกล่าวข้างต้น แต่เนื่องจากเอกชนเหล่านั้นมีสิทธิในแง่ในการที่จะหวงกั้นทรัพยากรพันธุกรรมของตนอยู่แล้ว ดังนั้นหากมีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่เป็นกรรมสิทธิของเอกชนแล้ว ก็จะมีการขออนุญาตเอกชนอันเป็นการนำเอาสิทธินี้มาบังคับใช้โดยอัตโนมัติแล้ว

5.2.3.3 การบังคับใช้สิทธิในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์จากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

สิทธิอธิปไตยในการที่จะได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจากประเทศภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ นี้มีอยู่ 5 รูปแบบด้วยกัน และเนื่องจากผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศไทยอาจมีทั้งรัฐและเอกชน ที่มีฐานะตามกฎหมายระหว่างประเทศที่แตกต่างกัน ซึ่งทำให้การบังคับใช้สิทธินี้ของประเทศไทยมีความจำเป็นที่จะต้องแตกต่างกันออกไปดังนี้

กรณีที่ 1 ผู้เข้าทรัพยากรพันธุกรรมเป็นรัฐ

1) สิทธิในการได้รับการจัดให้มีส่วนร่วมอย่างเต็มที่ในการดำเนินการและวิจัยวิทยาศาสตร์ที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจัดหาให้และหากเป็นไปได้ก็มีสิทธิที่จะกำหนดให้มีการดำเนินการวิจัยในภาคนั้น

สิทธิของประเทศไทยในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์จากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม โดยวิธีการมีส่วนร่วมในการดำเนินการวิจัยวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมนี้เกิดขึ้นจากพันธกรณีหรือหน้าที่ของประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ตามมาตรา 15 วรรค 6 ที่กำหนดให้ประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจักต้องพยายามจัดให้ประเทศไทยมีส่วนร่วมในการดำเนินการวิจัยวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมที่จัดหาให้ แต่เนื่องจากพันธกรณีตามมาตรา 15 วรรค 6 ใช้คำว่า “จักต้องพยายาม (shall endeavour)” ซึ่งแสดงให้เห็นถึงสภาพบังคับที่อ่อนในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นสิทธิอธิปไตยของประเทศไทยตามมาตรานี้จึงไม่ได้เป็นสิทธิที่เด็ดขาดแต่เป็นสิทธิที่มีเงื่อนไขคือสิทธินี้จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อได้มีการปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเท่านั้น แต่เนื่องจากประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยในการกำหนดให้การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจักต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการตกลงร่วมกัน แสดงให้เห็นได้ว่าแม้สิทธิประเทศไทยตามมาตรานี้จะเกิดขึ้นต่อเมื่อรัฐภาคีอื่นปฏิบัติตามมาตรานี้ก็ตามแต่ประเทศไทยก็สามารถที่จะบังคับใช้สิทธินี้กับรัฐภาคีอื่นโดยผ่านทางสนธิสัญญาระหว่างประเทศในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้

ดังนั้นประเทศไทยจึงควรกำหนดให้มีการบังคับใช้สิทธิในการได้รับการจัดให้มี ส่วนร่วมอย่างเต็มที่ในการดำเนินการและวิจัยวิทยาศาสตร์ที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรม นี้โดยผ่านสนธิสัญญา ระหว่างประเทศในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

นอกจากนี้อนุสัญญาฯ ยังมีการกำหนดขยายสิทธิอธิปไตยของประเทศไทยออกไปมากกว่าการได้รับการจัดให้มีส่วนร่วมเต็มที่ในการดำเนินการวิจัยวิทยาศาสตร์ที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรม โดยกำหนดขยายพันธกรณีของประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมให้ทำการวิจัยทรัพยากรพันธุกรรมที่จัดหาให้ภายในประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม เพื่อความสะดวกในการจัดให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์จากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 6 นี้ใช้คำว่า “หากเป็นไปได้” (where possible) ดังนั้นพันธกรณีของประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้จึงเป็นพันธกรณีในกรณีที่เป็นไปได้ ในการจัดให้มีการวิจัยภายในประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมเท่านั้น สิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้จึงเป็นสิทธิที่มีเงื่อนไขคือจะต้องเป็นกรณีที่มีทางเป็นไปได้ในการวิจัยภายในประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมเท่านั้น การกำหนดเช่นนี้แสดงให้เห็นได้ว่าอนุสัญญาฯ ไม่ได้มีการให้สิทธิแก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมได้อย่างแท้จริงหรือเด็ดขาด

ดังนั้นประเทศไทยจึงควรกำหนดให้มีการบังคับใช้สิทธิในการได้รับการจัดให้มีการดำเนินการและวิจัยวิทยาศาสตร์ที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศไทยนี้โดยผ่านสนธิสัญญา ระหว่างประเทศในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

นอกจากนี้รูปแบบในการให้ความร่วมมือในการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ตามวรรค 6 นี้ อนุสัญญาฯ ไม่ได้มีการให้ความหมายหรือจำกัดขอบเขตของการให้ความร่วมมือเอาไว้ ดังนั้นจึงหมายถึงการให้ความร่วมมือในการวิจัยเชิงวิทยาศาสตร์ทุกประเภท ทุกขั้นตอนของการวิจัยวิทยาศาสตร์ และทุกจุดประสงค์ของการวิจัยไม่ว่าจะเป็นการวิจัยเพื่อการศึกษา การพาณิชย์ และจุดประสงค์อื่นๆ ที่เกี่ยวเนื่องหรือมีพื้นฐานอยู่บนทรัพยากรพันธุกรรมให้แก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

ดังนั้นประเทศไทยจึงควรกำหนดให้มีการบังคับใช้สิทธิในการได้รับการจัดให้มี ส่วนร่วมอย่างเต็มที่ในการดำเนินการและวิจัยวิทยาศาสตร์ที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรม สิทธิในการได้รับการจัดให้มีการดำเนินการและวิจัยวิทยาศาสตร์ที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศไทยให้หมายมีความหมายครอบคลุมถึงการให้ความร่วมมือในการวิจัยเชิงวิทยาศาสตร์ทุกประเภท

ทุกขั้นตอนของการวิจัยวิทยาศาสตร์ และทุกจุดประสงค์ของการวิจัยไม่ว่าจะเป็นการวิจัยเพื่อการ ศึกษา การพาณิชย์ และจุดประสงค์อื่นๆ ที่เกี่ยวเนื่องหรือมีพื้นฐานอยู่บนทรัพยากรพันธุกรรมที่ ประเทศไทยจัดหาให้

2) สิทธิในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างยุติธรรมและเท่าเทียม ซึ่งผลประโยชน์ที่เกิดจากการนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ในทางการค้าและทางอื่นๆ

สิทธิอธิปไตยของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้เกิดขึ้นจากพันธกรณีของประเทศภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งได้มีการกำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 7 ในการที่จะต้องดำเนินมาตรการทางกฎหมาย ทางการบริหาร และนโยบาย เพื่อที่จะให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมทางการพาณิชย์และอื่นๆ แก่ประเทศไทยในฐานะภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

การที่สิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนี้จะต้องเกิดขึ้นจากการปฏิบัติ ตามพันธกรณีของประเทศภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม แสดงให้เห็นได้ว่าการบังคับใช้สิทธิ ประเทศไทยตามมาตรานี้เป็นการบังคับใช้สิทธิได้อย่างมีเงื่อนไข ซึ่งอาจส่งผลให้ประเทศไทยไม่สามารถที่จะบังคับใช้สิทธินี้ได้จริง อย่างไรก็ตามอนุสัญญาฯ ก็ได้กำหนดให้ประเทศเจ้าของ ทรัพยากรพันธุกรรมมีอำนาจอธิปไตยในการพิจารณากำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่ง หมายความว่าประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีอำนาจในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากร พันธุกรรมของภาคีอื่นได้อย่างเต็มที่ ประกอบกับมาตรา 15 วรรค 7 ตอนท้ายกำหนดให้ “การแบ่ง ปันนั้นๆ จักต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการตกลงร่วมกัน”

ดังนั้นประเทศไทยจึงสามารถใช้สนธิสัญญาระหว่างประเทศในการกำหนดให้ ประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมดำเนินมาตรการทางกฎหมาย ทางการบริหาร และนโยบาย ในการแบ่งปันซึ่งผลประโยชน์จากการใช้ประโยชน์ในทางการพาณิชย์หรืออื่นให้กับประเทศไทย ก่อนที่มีการอนุญาตให้มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของภาคีนั้นๆ ได้

นอกจากนี้อนุสัญญาฯ ไม่ได้กำหนดลักษณะของผลประโยชน์ในทางพาณิชย์และ อื่นๆ ที่ได้จากการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมเอาไว้ แต่โดยลักษณะผลประโยชน์ตาม มาตรานี้น่าจะขอบเขตและความหมายดังนี้คือ

ก) ผลประโยชน์ในรูปค่าธรรมเนียมนในการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม

ข) ผลประโยชน์ในรูปค่าสิทธิที่เกิดจากการนำทรัพยากรพันธุกรรมที่พัฒนาแล้วไปใช้ในทางการค้าไม่ว่าจะเป็นประโยชน์ในปัจจุบันและอนาคตด้วย

3) สิทธิในการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

สิทธินี้ได้รับการกำหนดไว้ในมาตรา 15 วรรค 7 ประกอบกับมาตรา 16 วรรค 3 ซึ่งเป็นการกำหนดถึงพันธกรณีหรือหน้าที่ของรัฐผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในการที่จะต้องดำเนินการมาตรการทางกฎหมาย ทางการบริหาร และนโยบาย เพื่อให้จะมีผลการแบ่งปันผลจากการวิจัยและการพัฒนาที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่ได้จากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมแก่ภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม โดยสอดคล้องกับมาตรา 16 วรรค 3 ซึ่งได้แก่การดำเนินการตามกฎหมายด้านการบริหารหรือนโยบาย ในการจัดให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมได้เข้าถึงและรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีซึ่งใช้ประโยชน์ทรัพยากรเหล่านั้นภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

การกำหนดพันธกรณีนี้แสดงให้เห็นได้ว่าสิทธิอธิปไตยของประเทศไทยตามมาตรา นี้ เป็นสิทธิที่มีเงื่อนไขคือก็เกิดขึ้นต่อเมื่อมีการปฏิบัติตามพันธกรณีของภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม อย่างไรก็ตามอนุสัญญาฯ ก็ได้กำหนดให้ประเทศไทยในฐานะเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีอำนาจอธิปไตยในการพิจารณากำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งหมายความว่าประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีอำนาจในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของภาคีอื่นได้อย่างเต็มที่ ประกอบกับมาตรา 15 วรรค 7 ตอนท้ายกำหนดให้ “การแบ่งปันนั้นๆ จักต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการตกลงร่วมกัน” ประเทศไทยจึงสามารถใช้ข้อตกลงร่วมกัน อันได้แก่สนธิสัญญาระหว่างประเทศ ในการกำหนดให้ประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมดำเนินการมาตรการทางกฎหมาย ทางการบริหาร และนโยบายเพื่อก่อให้เกิดการแบ่งประโยชน์จากการเข้าถึงและใช้ทรัพยากรพันธุกรรมให้กับประเทศไทยได้

อย่างไรก็ตามเนื่องจากอนุสัญญาฯ มาตรา 16 วรรค 3 ตอนท้ายกำหนดว่า “...ทั้งนี้หมายรวมถึงเทคโนโลยีซึ่งถูกคุ้มครองโดยสิทธิบัตรและสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ ” แสดงให้เห็นได้ว่าแม้ประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจะมีพันธกรณีหรือหน้าที่ในการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพให้กับประเทศไทยก็ตาม แต่การถ่ายทอดเทคโนโลยีที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาก็จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาด้วย ซึ่งหมาย

ความว่าหากประเทศไทยต้องการให้ผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวข้องกับการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมให้กับตนแล้ว ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนั้นก็จะต้องทำการจ่ายค่าตอบแทนตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาให้กับประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมด้วย หากไม่จ่ายค่าตอบแทนประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็มีสิทธิที่จะไม่ทำการถ่ายทอดเทคโนโลยีได้ แสดงให้เห็นได้ว่าสิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์โดยการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพจากประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้จึงเป็นสิทธิที่มีเงื่อนไขคือ สิทธินี้ไม่ได้เกิดขึ้นทันทีโดยอัตโนมัติแต่จะเกิดขึ้นภายหลังจากที่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมได้ทำการจ่ายค่าตอบแทนในการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพให้กับประเทศเจ้าของเทคโนโลยีชีวภาพแล้ว

ดังนั้นหากประเทศไทยต้องการบังคับใช้สิทธินี้ก็จะต้องใช้สิทธิผ่านสนธิสัญญาระหว่างประเทศในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม โดยประเทศไทยจะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้กับรัฐภาคีอื่นในการที่จะได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีด้วย

อย่างไรก็ตามเนื่องจากตามความเป็นจริงแล้ว เทคโนโลยีมักจะถูกอยู่ในมือของเอกชนมากกว่าของรัฐ ดังนั้นจึงอาจเกิดปัญหาในการบังคับใช้สิทธินี้ได้ในทางปฏิบัติ ซึ่งกล่าวต่อไปในกรณีที่ 2 ที่ผู้เข้าถึงทรัพยากรมีฐานะเป็นเอกชน

4). สิทธิในการได้รับการจัดให้มีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพในขบวนการวิจัยของประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

สิทธิอธิปไตยของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรฐานนี้ได้รับการกำหนดรับรองไว้ในมาตรา 15 วรรค 7 ประกอบกับ มาตรา 19 วรรค 1 เป็นการกำหนดถึงพันธกรณีหรือหน้าที่ของประเทศภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในการที่จะต้องดำเนินการทางกฎหมาย การกฏหมาย การบริหาร และนโยบาย เพื่อที่จะให้มีการแบ่งปันผลจากการวิจัยและการพัฒนาที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่ได้จากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมแก่ภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม โดยสอดคล้องกับมาตรา 19 วรรค 1 ซึ่งได้แก่การดำเนินการตามกฎหมาย ด้านการบริหารหรือนโยบาย ในการจัดให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมเข้ามีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพในกิจกรรมการวิจัยทางเทคโนโลยีชีวภาพ

การกำหนดพันธกรณีนี้แสดงให้เห็นได้ว่าสิทธิอธิปไตยของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรานี้ จะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการปฏิบัติตามพันธกรณีของภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม อย่างไรก็ตามเนื่องอนุสัญญาฯ ได้กำหนดให้สิทธินี้อยู่ภายใต้การตกลงร่วมกันตามมาตรา 15 วรรค 7 ประเทศไทยจึงสามารถที่จะกำหนดให้มีการบังคับใช้สิทธินี้โดยผ่านสนธิสัญญาระหว่างประเทศได้

ดังนั้นเพื่อที่จะให้มีการบังคับใช้สิทธิในการจัดให้ประเทศไทยเข้ามีส่วนร่วมอย่างประสิทธิผลในกิจกรรมการวิจัยทางเทคโนโลยีชีวภาพ แล้วประเทศควรใช้สิทธินี้ผ่านทางสนธิสัญญาระหว่างประเทศในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

5). สิทธิในการได้รับการจัดให้เป็นประเทศภาคีที่สามารถเข้าถึงในลำดับแรกซึ่งผลและผลประโยชน์จากเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม

สิทธิของประเทศไทย 15 วรรค 7 นี้เป็นสิทธิที่มีเงื่อนไขเพราะเกิดจากการกำหนดถึงพันธกรณีหรือหน้าที่ของประเทศภาคีผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในการที่จะต้องดำเนินการทางกฎหมาย ทางการบริหาร และนโยบาย เพื่อที่จะให้มีการแบ่งปันซึ่งผลจากการวิจัยและการพัฒนาที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่ได้จากการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมแก่ภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม โดยสอดคล้องกับมาตรา 19 วรรค 2 ซึ่งได้แก่การดำเนินการมาตรการที่เป็นไปในทางปฏิบัติทั้งปวง เพื่อส่งเสริมและกระตุ้นให้ภาคีโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนาได้เข้าถึงตามลำดับก่อนหลังซึ่งผลลัพธ์และผลประโยชน์ที่ได้จากเทคโนโลยีชีวภาพซึ่งใช้ทรัพยากรพันธุกรรมให้แก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

อย่างไรก็ตามแม้สิทธินี้จะเป็นสิทธิที่เงื่อนไขก็ตาม แต่อนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 7 และมาตรา 19 วรรค 2 ตอนท้ายก็กำหนดให้ “การแบ่งปันนั้นๆ จักต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการตกลงร่วมกัน” ดังนั้นประเทศไทยในฐานะเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจึงสามารถใช้อัตนตกลงร่วมกัน อันได้แก่สนธิสัญญาระหว่างประเทศในการกำหนดให้ประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมดำเนินการมาตรการทางกฎหมาย ทางการบริหาร และนโยบายในการแบ่งปันผลประโยชน์โดยการจัดให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมสามารถเข้าถึงผลลัพธ์และผลประโยชน์ที่ได้จากเทคโนโลยีชีวภาพ

นอกจากนี้หากพิจารณาจากมาตรา 19 วรรค 2 แล้วจะเห็นได้ว่าอนุสัญญา ไม่ได้กำหนดขอบเขตของผล และผลประโยชน์จากเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม เอาไว้ ดังนั้นประเทศไทยจึงต้องกำหนดเขตขึ้นเอง ซึ่งในการกำหนดนี้ประเทศไทยจะต้องกำหนดให้หมายถึงผลทุกอย่างไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ส่วนผลประโยชน์จากเทคโนโลยีชีวภาพนั้นหมายถึงผลประโยชน์ทุกชนิดที่เกิดนำเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมในทุกขั้นตอนนั้นไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าทางการศึกษาและการพาณิชย์

ดังนั้นประเทศไทยควรจึงกำหนดให้มีการบังคับใช้สิทธินี้โดยผ่านสนธิสัญญาระหว่างประเทศในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม และจะต้องบังคับใช้สิทธินี้ให้ครอบคลุมผลทุกอย่างไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ส่วนผลประโยชน์จากเทคโนโลยีชีวภาพนั้นหมายถึงผลประโยชน์ทุกชนิดที่เกิดนำเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมในทุกขั้นตอนนั้นไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าทางการศึกษาและการพาณิชย์

กรณีที่ 2 ผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเป็นเอกชนต่างชาติ

1) สิทธิในการได้รับการจัดให้มีส่วนร่วมเต็มที่ในการดำเนินการและวิจัยวิทยาศาสตร์ที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจัดหาให้ และหากเป็นไปได้ก็มีสิทธิได้รับการจัดให้มีการวิจัยภายใต้รัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงมีสิทธิอธิปไตยในการได้รับการจัดให้มีส่วนร่วมเต็มที่ในการดำเนินการและวิจัยวิทยาศาสตร์ที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งประเทศไทยจัดหาให้ตามมาตรา 15 วรรค 6 ของอนุสัญญา นี้ จากผู้ถึงทรัพยากรพันธุกรรม แต่เอกชนผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไม่ได้เป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศจึงไม่อยู่ภายใต้อนุสัญญา ประเทศไทยจึงไม่สามารถที่จะใช้สิทธิอธิปไตยนี้บังคับต่อเอกชนซึ่งไม่มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศได้

แต่เนื่องจากเอกชนมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายภายใน ดังนั้นประเทศไทยซึ่งมีอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญา จึงมีอำนาจที่จะบังคับให้เอกชนนั้นทำการจัดให้รัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมได้รับสิทธิในการมีส่วนร่วมเต็มที่ใน

การดำเนินการและวิจัยวิทยาศาสตร์ที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจัดหาให้

แต่การที่ประเทศไทยกำหนดบังคับให้เอกชนทำการจัดให้ประเทศไทยได้รับสิทธิในการสวนร่วมเต็มที่ในการดำเนินการและวิจัยวิทยาศาสตร์ที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจัดหาให้ นี้ ก็อาจจะมีลักษณะเป็นขัดต่อสิทธิของเอกชนในทางแพ่งตามกฎหมายภายในและขัดต่อสิทธิของปัจเจกชนตามรัฐธรรมนูญของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมได้ แสดงให้เห็นได้ว่าสิทธิอธิปไตยของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในการได้รับการจัดให้มีส่วนร่วมเต็มที่ในการดำเนินการและวิจัยวิทยาศาสตร์ที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจัดหาให้ นี้ ไม่สามารถที่จะนำมาใช้ได้จริงในทางปฏิบัติหรือตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีนี้

อย่างไรก็ตามประเทศไทยจะต้องหลีกเลี่ยงปัญหาในการขัดสิทธิเอกชนในทางแพ่งนี้โดยการกำหนดให้การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้เป็นไปข้อตกลงร่วมกัน ในรูปของสัญญาตามกฎหมายภายใน ซึ่งจะมีผลผูกคู่สัญญาคือรัฐและเอกชนให้ต้องปฏิบัติ แต่สัญญาการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้เป็นสัญญาที่กำหนดขึ้นมาโดยอาศัยอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของรัฐตามอนุสัญญาฯ

2) สิทธิในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

สิทธินี้เป็นสิทธิอธิปไตยตามอนุสัญญาฯ ของประเทศไทยซึ่งมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงไม่ผลบังคับต่อเอกชนซึ่งไม่มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ

แต่เนื่องจากประเทศไทยมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศและมีอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ มาตรา 15 วรรค 1 ดังนั้นเอกชนซึ่งมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายภายในที่ต้องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจึงต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งหากไม่ปฏิบัติตามแล้วรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็มีสิทธิที่จะไม่อนุญาตให้มีการเข้าถึงทรัพยากร พันธุกรรมได้

การที่รัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีอำนาจในการพิจารณาควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้ ทำให้รัฐประเทศไทยมีอำนาจที่จะกำหนดให้เอกชนผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมทำการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งได้แก่ค่าธรรมเนียมในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและค่าสิทธิที่เกิดจากการนำทรัพยากรพันธุกรรมนี้ไปใช้ประโยชน์ในทางการค้าหรือพาณิชย์ให้แก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมได้

ดังนั้นประเทศไทยจึงต้องกำหนดกฎเกณฑ์ให้เอกชนผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมทำการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งได้แก่ค่าธรรมเนียมในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและค่าสิทธิที่เกิดจากการนำทรัพยากรพันธุกรรมนี้ไปใช้ประโยชน์ในทางการค้าหรือพาณิชย์ให้แก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมได้ ซึ่งกฎเกณฑ์นี้อาจเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นมาตามร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพก็ได้

3) สิทธิในการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

สิทธิในการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีของประเทศไทย เป็นสิทธิอธิปไตยของประเทศไทยในฐานะรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ และสามารถบังคับได้กับภาคีอื่นที่ต้องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วยกันเท่านั้น

แต่เนื่องจากกรณีนี้ผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมส่วนใหญ่เป็นเอกชน เทคโนโลยีชีวภาพนี้จึงตกอยู่ในมือของเอกชนที่ไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจึงไม่สามารถบังคับใช้สิทธิอธิปไตยในการการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพจากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามมาตรา 15 วรรค 7 นี้ต่อเอกชนได้

นอกจากนี้หากเทคโนโลยีชีวภาพดังกล่าวอยู่ภายใต้การคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ประเทศไทยจะได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยี ชีวภาพได้ก็ต่อเมื่อได้ทำการจ่ายค่าตอบแทนให้กับเอกชนซึ่งมีสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาด้วย จากที่กล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นได้ว่าสิทธิอธิปไตยของรัฐในการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพตาม

อนุสัญญา มาตรา 15 วรรค 7 ประกอบกับมาตรา 16 วรรค 3 นี้ ไม่สามารถบังคับได้ในความเป็นจริง

ดังนั้นเพื่อให้มีการใช้สิทธินี้ได้อย่างเต็มที่ประเทศไทยควรจะกำหนดให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพนี้ อยู่ภายใต้การตกลงร่วมกันระหว่างประเทศไทยกับเอกชนต่างชาติ

4). สิทธิในการได้รับการจัดให้มีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพในกิจกรรมการวิจัยทางเทคโนโลยีชีวภาพประเทศผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

ลักษณะการใช้สิทธิอธิปไตยนี้ของประเทศไทย มีลักษณะเช่นเดียวกับสิทธิในการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยี กล่าวคือ เป็นสิทธิของประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งสามารถใช้สิทธินี้ได้ในฐานะที่เป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่เนื่องจากผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไม่ได้เป็นรัฐแต่เป็นเอกชนซึ่งไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลในทางระหว่างประเทศ ประเทศไทยจึงไม่สามารถที่จะทำการบังคับตามสิทธินี้ต่อเอกชนได้ และแม้ว่าประเทศไทยจะมีอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งสามารถจะกำหนดให้เอกชนผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมทำการจัดให้ตนมีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพในกิจกรรมการวิจัยเทคโนโลยีชีวภาพก็ตาม แต่เนื่องจากกิจกรรมในการวิจัยเทคโนโลยีชีวภาพนี้อยู่ในมือหรือเป็นของเอกชนซึ่งได้รับการคุ้มครองสิทธิทางแพ่งตามกฎหมายภายในของรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมที่เอกชนผู้เป็นเจ้าของสิทธิในกิจกรรมการวิจัยจะทำอะไรหรือจะอนุญาตให้ใครมีส่วนร่วมในการวิจัยกับใครก็ได้ ดังนั้นรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจึงไม่สามารถที่จะทำการกำหนดบังคับให้เอกชนต้องทำการจัดให้ตนมีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพในการวิจัยเทคโนโลยีชีวภาพตามสิทธินี้ได้

นอกจากนี้สิทธิตามอนุสัญญา นี้ยังกำหนดให้สิทธิของประเทศไทยในกรณีที่เป็นไปได้ว่าให้มีการทำการวิจัยในประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมด้วย สิทธินี้ก็ไม่สามารถบังคับเอกชนได้เช่นกันทั้งนี้เพราะเอกชนไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ และรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็ไม่สามารถอาศัยอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมมาบังคับเอกชนให้ทำการวิจัยในประเทศตนได้ด้วยเพราะการกำหนดเช่นนั้น เป็นการขัดสิทธิในทางแพ่งของเอกชนในการที่มีสิทธิที่เลือกสถานที่ในการทำการใดๆ ก็ได้ภายในดินแดนใดของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมหากไม่เป็นพื้นที่ต้องห้ามตามกฎหมายภายใน

ดังนั้นทางออกที่ดีที่สุดสำหรับประเทศไทยคือการปล่อยให้การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเป็นไปตามสัญญาเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามกฎหมายภายใน และอาศัยสัญญาดังกล่าวในการต่อรองผลประโยชน์ที่ประเทศไทยควรจะได้จากสิทธินี้

5) สิทธิในการได้รับการจัดให้เป็นภาคีที่สามารถเข้าถึงตามลำดับก่อนหลังซึ่งผลลัพธ์และผลประโยชน์ที่ได้จากเทคโนโลยีชีวภาพ

ประเทศไทยไม่สามารถที่จะบังคับใช้สิทธินี้กับเอกชนผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ เนื่องจากเอกชนไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้แม้ว่าประเทศไทยในฐานะรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะมีอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถที่จะบังคับให้เอกชนทำการกำหนดให้ตนเป็นผู้ที่สามารถเข้าถึงผลลัพธ์และผลประโยชน์ที่ได้จากเทคโนโลยีชีวภาพได้ ทั้งนี้เนื่องจากการกำหนดเช่นนั้นจะเป็นการเข้าไปแทรกแซงสิทธิในทางแพ่งของเอกชนผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งเป็นเจ้าของผลลัพธ์และผลประโยชน์จากเทคโนโลยีชีวภาพนั้น และหากผลลัพธ์ดังกล่าวตกอยู่ภายใต้การคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว รัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็ต้องทำการจ่ายค่าตอบแทนแก่เอกชนเพื่อแลกกับการเข้าถึงผลลัพธ์ดังกล่าวด้วย

นอกจากนี้อนุสัญญาฯ ยังได้กำหนดสิทธิของประเทศไทยในฐานะรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมในการกำหนดให้การเข้าถึงผลลัพธ์และผลประโยชน์จากเทคโนโลยีชีวภาพนั้นเป็นไปตามข้อตกลงร่วมกันด้วย แต่เนื่องจากข้อตกลงร่วมกันตามความหมายนี้หมายถึงสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งรัฐไม่สามารถนำไปใช้กับเอกชนได้

อย่างไรก็ตามประเทศไทยก็สามารถที่จะอาศัยอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของตนกำหนดให้เอกชนทำสัญญาในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและระบุให้มีการจัดให้ประเทศไทยสามารถเข้าถึงผลลัพธ์และผลประโยชน์ที่ได้จากการวิจัยเทคโนโลยีชีวภาพได้ แต่สัญญาดังกล่าวนี้อาจมีฐานะเป็นสัญญาฯ ตามกฎหมายภายในและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแพ่ง และนอกจากนี้หากผลลัพธ์ดังกล่าวนี้อยู่ภายใต้การคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว รัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็ไม่สามารถอาศัยสัญญานี้บังคับเอกชนได้เพราะจะเป็นการขัดต่อสิทธิของเอกชนตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าว ซึ่งเอกชนมีสิทธิที่จะใช้ประโยชน์ผลลัพธ์จากเทคโนโลยีชีวภาพแต่เพียงผู้เดียวและมีสิทธิที่จะได้รับ

คำตอบแทนจากการใช้ประโยชน์จากผลลัพธ์ดังกล่าว ดังนั้นหากประเทศไทยต้องการเข้าถึงผลลัพธ์ของเทคโนโลยีชีวภาพแล้ว รัฐก็จะตอบแทนให้กับเอกชนเจ้าของผลลัพธ์ด้วย

ดังนั้นทางออกที่ดีที่สุดสำหรับประเทศไทยคือการปล่อยให้การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเป็นไปตามสัญญาเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามกฎหมายภายใน และอาศัยสัญญาดังกล่าวในการต่อรองผลประโยชน์ที่ประเทศไทยควรจะได้จากสิทธินี้ และหากเป็นการใช้สิทธิโดยมีกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเข้ามาเกี่ยวข้องแล้ว ก็ต้องปล่อยให้เป็นไปตามขบวนการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้นๆ

นอกจากนี้ไม่ว่ากรณีและผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจะเป็นรัฐหรือเอกชนต่างชาติก็ตาม หากเป็นเป็นการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่เป็นกรรมสิทธิของเอกชนสัญชาติไทยแล้ว ย่อมจะไม่ตกอยู่ภายใต้แนวทางการเตรียมความพร้อมที่กล่าวมาข้างต้น ทั้งนี้เนื่องจากเอกชนมีสิทธิในความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิทรัพยากรพันธุกรรมที่ตนเป็นเจ้าของและมีสิทธิที่จะหวงกันไม่ให้ผู้อื่นเข้าถึงได้ อย่างไรก็ตามประเทศไทยในฐานะรัฐเจ้าของสัญชาติก็ควรเข้ามาดูแลด้วยโดยการเป็นผู้ประสานงานกับเอกชนในการต่อรองผลประโยชน์กับต่างชาตินี้ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในการเตรียมความพร้อมในระดับองค์กรเจ้าหน้าที่และการทำข้อตกลงร่วมกันในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

5.3 การเตรียมความพร้อมในระดับองค์กรและเจ้าหน้าที่

นอกจากการเตรียมความพร้อมในระดับหลักการหรือกฎหมายแล้ว การเตรียมความพร้อมในระดับองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ก็มีความสำคัญต่อประเทศไทยในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ เช่นกัน ทั้งนี้โดยเฉพาะในการบังคับตามอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและการบังคับใช้สิทธิอธิปไตยในฐานะรัฐภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ซึ่งในการเตรียมความพร้อมในระดับองค์กรหรือเจ้าหน้าที่สำหรับประเทศไทยควรจะเป็นการเตรียมความพร้อมในองค์กร 3 รูปแบบด้วยกันดังนี้คือ



5.3.1 การพัฒนาองค์การภาครัฐ

เพื่อให้เกิดการบังคับใช้สิทธิอธิปไตยตามอนุสัญญาไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการกำหนดให้การเข้าถึงเป็นไปตามข้อตกลงร่วมกัน , สิทธิในการให้ความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม และสิทธิในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ประเทศไทยจะต้องทำการพัฒนาองค์การภาครัฐโดย ประเทศไทยจะต้องทำการกำหนดองค์การกลางของรัฐขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ในการควบคุมดูแลการเข้าถึงฯ ภายในประเทศทั้งหมด

เมื่อพิจารณาถึงร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพ แล้วจะพบได้ว่าร่างดังกล่าวได้มีการกำหนดให้มีการตั้งศูนย์ความหลากหลายทางชีวภาพ (ศ.ค.ช.) ขึ้นมา โดยให้เป็นหน่วยงานสังกัดสำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ ทำหน้าที่ประสานงานและดำเนินการร่วมกับหน่วยงานของรัฐในการเจรจาเพื่อต่อรองเงื่อนไขในการเข้าถึงฯ การนำทรัพยากรชีวภาพไปใช้ประโยชน์ การได้ผลประโยชน์ตอบแทน และการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องให้จากหน่วยงานหรือองค์การต่างๆ ของต่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศให้เป็นไปอย่างยุติธรรมและเหมาะสม ปัจจุบัน ศ.ค.ช. นี้ได้รับการตั้งขึ้นมาและได้มีเปิดตัวอย่างเป็นทางการไปแล้วเมื่อวันที่ 29 ธันวาคม 2542 แต่ปัจจุบันมีฐานะเป็นเพียงโครงการศูนย์ความหลากหลายทางชีวภาพที่รอให้ร่างระเบียบมีผลบังคับใช้ก่อนและจึงจะมีสภาพเป็น ศ.ค.ช. โดยสมบูรณ์

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาตามความเป็นจริงแล้วจะพบได้ว่า ศ.ค.ช. นี้ไม่ใช่หน่วยงานที่ควบคุมการเข้าถึงฯ หรือทำหน้าที่ในการทำสัญญาการเข้าถึงฯ โดยตรงแต่ทำหน้าที่ประสานงานและช่วยต่อรองผลประโยชน์ หากมีการเข้าถึงฯ ผ่านหน่วยงานต่างๆ ของรัฐเท่านั้น และหากเป็นกรณีเอกชนก็จะไม่มีการช่วยเหลือแต่อย่างใด

ดังนั้นประเทศไทยต้องทำการกำหนดให้ ศ.ค.ช. นี้ทำหน้าที่ควบคุมการเข้าถึงฯ ภายในประเทศทั้งหมด แต่ทั้งนี้จะต้องเป็นการควบคุมที่อยู่ภายใต้การควบคุมโดยให้หน่วยงานต่างๆ ของรัฐที่ทำหน้าที่ในการควบคุมการเข้าถึงฯ โดยตรงตามกฎหมายต่างๆ ก่อน เช่น กรมป่าไม้โดยอาศัยพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2532 ทำหน้าที่ในการควบคุมการเข้าถึงฯ ในบริเวณป่าไม้เบื้องต้นก่อน

นอกจากนี้ยังต้องกำหนดให้ ศ.ค.ช. เป็นผู้ที่ทำหน้าที่ในการเจรจาต่อรองและทำสนธิสัญญาในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยร่วมกับรัฐบาลและสัญญาการเข้าถึงฯ ตามกฎหมายภายในทั้งหมดโดยความร่วมมือกับหน่วยงานรัฐที่รับผิดชอบทรัพยากรชีวภาพนั้นๆ เพื่อให้มีการบังคับใช้สิทธิในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์จากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพตามอนุสัญญาฯ อย่างไรก็ตามเพื่อให้การดำเนินการดังกล่าวเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพแล้ว ศ.ค.ช. จะต้องจัดให้มีหน่วยงานที่อยู่ภายใต้การดูแลของศูนย์และดำเนินงานประสานกับศูนย์ดังต่อไปนี้คือ

1). จัดให้มีหน่วยงานภายในองค์ย่อยภายใน ศ.ค.ช. ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของหน่วยงานของรัฐต่างๆ ที่ดูแลและควบคุมการเข้าถึงฯ ตามหน้าที่ของตนตามกฎหมายต่างๆ แยกตามประเภทของทรัพยากรได้แก่ พืช สัตว์ จุลชีพ และทรัพยากรชีวภาพที่ถูกเก็บรักษาไว้นอกแหล่งที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ โดยกำหนดให้หน่วยงานเหล่านี้ทำหน้าที่ในการควบคุมการเข้าถึงฯ และแจ้งการเข้าถึงฯ ให้ ศ.ค.ช. เป็นผู้พิจารณาทำสัญญาการเข้าถึงฯ และกำหนดให้หน่วยงานเหล่านี้เข้าร่วมในการเจรจาทำสัญญาด้วย ทั้งนี้เพื่อให้หน่วยงานที่มีความชำนาญในทรัพยากรแต่ละประเภทเหล่านี้สามารถมีส่วนร่วมในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ด้วย

2). จัดให้มีหน่วยงานที่มีความชำนาญในการต่อรองผลประโยชน์จากการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพโดยเฉพาะเพื่อให้ประเทศไทยสามารถต่อรองผลประโยชน์ทั้งที่เป็นผลงานการวิจัยและผลประโยชน์ทางการค้าได้อย่างมีประสิทธิภาพ

4). จัดให้มีหน่วยงานที่คอยประสานงานกับองค์กรเอกชนและชุมชนท้องถิ่นเจ้าของทรัพยากรพันธุชีวภาพโดยเฉพาะ เพื่อทำการประสานงานในการทำสัญญาการเข้าถึงฯ ตลอดจนถึงประเด็นต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการจัดให้มีส่วนร่วมในการวิจัยวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพหรือการต่อรองในเรื่องการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพและผลประโยชน์จากการเข้าถึงฯ

5.3.2 การพัฒนาองค์กรเอกชน

เนื่องจากเอกชนไทยไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงไม่สามารถบังคับใช้สิทธิตามอนุสัญญาฯ ได้ แต่อย่างไรก็ตามเพื่อเอกชนสามารถที่บังคับใช้สิทธิอธิปไตยในฐานะเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ได้ ประเทศไทยจะต้องทำการ

สนับสนุนให้มีการพัฒนาและเพิ่มบทบาทขององค์กรเอกชนที่เป็นเจ้าของทรัพยากรชีวภาพหรือมีจุดประสงค์ในการวิจัยและพัฒนาทรัพยากรชีวภาพ ให้เข้ามามีส่วนร่วมในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพที่ตนเป็นเจ้าของและอยู่ในความครอบครองของตนโดยการดำเนินการดังต่อไปนี้

1). เพื่อให้ได้ประโยชน์ตามสิทธิในการกำหนดให้การเข้าถึงอยู่ภายใต้การตกลงร่วมกัน ประเทศไทยจะต้องทำการเพิ่มบทบาทขององค์กรภาคเอกชนซึ่งเป็นเจ้าของทรัพยากรชีวภาพให้สามารถมีส่วนร่วมในการทำสัญญาการเข้าถึงฯ โดยการกำหนดให้องค์กรภาคเอกชนเข้าร่วมกับ ศ.ค.ช. ในการทำสัญญาการเข้าถึงฯ ด้วยการติดต่อผ่านทางหน่วยงานของ ศ.ค.ช. ซึ่งทำหน้าที่ในการติดต่อประสานงานกับองค์กรภาคเอกชนในการทำสัญญาฯ

2). เพื่อให้สามารถบังคับใช้สิทธิในการได้รับความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้า ประเทศไทยจะต้องกำหนดไว้ในกฎหมายคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพแต่ละประเภทให้องค์กรภาคเอกชนที่เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนั้นมีหน้าที่ในการให้ความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงฯ ภายหลังจากที่ได้มีการทำสัญญาการเข้าถึงฯ อีกครั้งหนึ่งก่อน เพื่อเป็นการนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ในระดับเอกชน

3). เพื่อให้ได้รับประโยชน์ตามสิทธิในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์จากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่กำหนดให้เจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมได้รับการจัดให้มีส่วนร่วมในการวิจัยวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพ และ ที่กำหนดให้ได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีภายใต้กฎหมายทางทรัพย์สินปัญญา หรือ แบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ทรัพยากรชีวภาพอย่างเท่าเทียมและยุติธรรมนั้น ประเทศไทยจะต้องกำหนดนโยบายให้ ศ.ค.ช. เพิ่มบทบาทขององค์กรภาคเอกชนมีส่วนร่วมในการเจรจาต่อรองเพื่อให้ได้มีส่วนร่วมในการวิจัยวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพนั้นๆ หรือได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากการใช้ทรัพยากรชีวภาพและได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากการใช้ทรัพยากรชีวภาพไม่ว่าจะเป็นผลประโยชน์ทางการค้าที่ได้จากการใช้ทรัพยากรไม่ว่าจะเป็นการแบ่งปันค่าธรรมเนียมการเข้าถึงฯ และค่าสิทธิที่เกิดจากนำทรัพยากรไปใช้ผลประโยชน์ทางการค้าให้กับองค์กรภาคเอกชนด้วย

5.3.4 การพัฒนาองค์กรหรือชุมชนท้องถิ่น

เพื่อให้สอดคล้องกับแนวความคิดในการมีส่วนร่วมของชุมชนท้องถิ่นที่ถูกนำมาใช้กับอนุสัญญาฯ โดยการนำมากำหนดไว้ในอรรถกถาบรรพกาลที่ 12 และเพื่อนำสิทธิอธิปไตยนี้มาบังคับ

ใช้ในทุกมิติและทุกระดับชนชั้นของประเทศนั้น ประเทศไทยจะต้องทำการเพิ่มบทบาทของชุมชน โดยการส่งเสริมให้มีการรวมตัวกันของชุมชนท้องถิ่นที่เป็นเจ้าของทรัพยากรชีวภาพหรือเป็นชุมชนท้องถิ่นที่ทรัพยากรชีวภาพนั้นมีแหล่งกำเนิดอยู่และกำหนดให้ชุมชนเหล่านั้นเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการทรัพยากรชีวภาพ ซึ่งการจะกระทำให้เป็นไปตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้วประเทศไทยจะต้องดำเนินการดังต่อไปนี้คือ

1). เพื่อการบังคับใช้สิทธิในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์จากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ประเทศไทยจะต้องกำหนดเพิ่มบทบาทของชุมชนให้มีส่วนร่วมในการเจรจาทำข้อตกลงในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพที่ตนเป็นเจ้าของด้วย โดยการเข้าร่วมในการทำข้อตกลงร่วมกันของ ศ.ค.ช. และผู้เข้าถึงฯ ซึ่งมีจะมีหน่วยงานที่มีความชำนาญของ ศ.ค.ช. ทำหน้าที่ในการทำข้อตกลงร่วมกันในการเข้าถึงฯ การกำหนดเช่นนี้จะทำให้ชุมชนท้องถิ่นได้เรียนรู้ถึงขั้นตอนและวิธีการทำข้อตกลง ซึ่งมีผลดีต่อการพัฒนาความรู้เกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพและทำให้ตระหนักถึงคุณค่าของทรัพยากรชีวภาพที่ตนเป็นเจ้าของ

2). เพื่อการบังคับใช้สิทธิในการได้รับความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าและเพื่อให้มีการนำหลักเกณฑ์ตามวรรค 5 นี้มาใช้กับระดับชุมชนท้องถิ่นซึ่งเป็นเจ้าของทรัพยากรชีวภาพที่แท้จริงนั้น ประเทศไทยจะต้องทำการกำหนดไว้ในกฎหมายควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพทุกฉบับที่มีการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพที่อยู่ในพื้นที่ของชุมชนท้องถิ่น โดยกำหนดให้มีการขอความเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าก่อนการเข้าถึงฯ จากชุมชนท้องถิ่นก่อน แม้ว่าจะเป็นการเข้าถึงฯ ตามสัญญาการเข้าถึงก็ตาม

3). เพื่อการบังคับใช้สิทธิในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์จากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ประเทศไทยจะต้องกำหนดให้ชุมชนท้องถิ่นได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากการใช้ทรัพยากรชีวภาพไม่ว่าจะเป็นผลประโยชน์ที่เป็นผลของการวิจัยโดยการกำหนดให้ชุมชนท้องถิ่นสามารถเข้าถึงผลของการวิจัยหรือนำผลของการวิจัยไปใช้ได้โดยไม่เสียค่าตอบแทนและผลประโยชน์ทางการค้าโดยการกำหนดให้มีการแบ่งปันค่าธรรมเนียมการเข้าถึงฯ และค่าสิทธิที่เกิดจากนำทรัพยากรไปใช้ผลประโยชน์ทางการค้าให้กับชุมชนท้องถิ่นด้วย

5.4 ข้อพิจารณาในการทำข้อตกลงร่วมกันในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

เนื่องจากในทางปฏิบัติหรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไม่ได้มีเพียงแต่รัฐอย่างเดียวแต่ยังมีเอกชนอีกด้วย ดังนั้นในการเตรียมความพร้อมในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ โดยการทำความตกลงร่วมกันนี้จึงมีข้อพิจารณาแบ่งออกได้เป็น 3 ระดับด้วยกันดังนี้

5.4.1 การทำข้อตกลงในระดับรัฐกับรัฐ

อนุสัญญาฯ ได้กำหนดสิทธิของประเทศไทยในการกำหนดให้การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมอยู่ภายใต้การตกลงร่วมกันไว้ในมาตรา 15 วรรค 4 ซึ่งกำหนดไว้ว่า

“การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจักต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการตกลงร่วมกัน และอยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรานี้”

จากมาตรานี้แสดงให้เห็นได้ว่า การทำความตกลงร่วมกันตามมาตรา 15 วรรค 4 ของอนุสัญญาฯ นี้มีลักษณะที่หมายถึง สนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยในฐานะรัฐเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมข้อตกลงร่วมกันในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมกับรัฐภาคีอื่นที่ต้องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเท่านั้น ไม่ได้มีความหมายรวมถึงสัญญาในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามกฎหมายภายในด้วยแต่อย่างใด

และเมื่อพิจารณาถึงการเตรียมความพร้อมของประเทศในด้านนี้จะพบได้ว่าได้มีการกำหนดร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพ ขึ้นมาโดยมีการกำหนดให้ศูนย์ความหลากหลายทางชีวภาพ (ศ.ค.ช.) มีอำนาจในการประสานงานและดำเนินงานร่วมกับหน่วยงานของรัฐบาลในการเจรจาต่อรองเงื่อนไขในการเข้าถึงฯ การใช้ประโยชน์ทรัพยากรชีวภาพ การถ่ายทอดเทคโนโลยีและการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเท่าเทียมและยุติธรรม จากร่างระเบียบฯ นี้แสดงให้เห็นถึงการเตรียมความพร้อมในระดับเบื้องต้นในการทำข้อสนธิสัญญากับรัฐภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมแล้ว แต่การกำหนดดังกล่าวก็ยังไม่มีความชัดเจน ดังนั้นประเทศไทยควรจะกำหนดนโยบายให้เรื่องนี้ให้ชัดเจนว่าการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่ผู้เข้าถึงมีฐานะเป็นรัฐภาคีอื่นนั้นจะต้องเป็นการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยอยู่ภายใต้การทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศกับประเทศไทย

อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติเป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติเพราะในการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศของประเทศไทยนั้น ผู้ที่สามารถจะทำได้คือรัฐบาลไทยเท่านั้น ดังนั้นในการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศนี้ จึงต้องมีการประสานงานและความร่วมมือกันอย่างดีระหว่างหน่วยงานที่ควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยตรงกับรัฐบาลไทยผู้มีอำนาจทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งในการทำสนธิสัญญานี้โดยทางปฏิบัติแล้วมีโอกาสที่จะเกิดขึ้นน้อยมากหรือแทบไม่เกิดขึ้นเลย เพราะผู้ที่เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศไทยส่วนจะเป็นเอกชนมากกว่า

5.4.2 การทำข้อตกลงในระดับรัฐกับเอกชน

การทำข้อตกลงในระดับนี้สามารถที่จะก่อให้เกิดความแตกต่างกันในผลของกฎหมายได้ 2 กรณีตามสถานะของเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมกล่าวคือ

กรณีที่ 1 ประเทศไทยเป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมและผู้เข้าถึงเป็นเอกชน

กรณีนี้แม้ว่าประเทศไทยจะมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งสามารถที่จะทำสนธิสัญญาในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ได้ก็ตาม แต่เนื่องจากเอกชนผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงไม่สามารถเป็นคู่สัญญาในการทำสนธิสัญญาได้ ดังนั้นการทำข้อตกลงร่วมกันในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ จึงไม่สามารถนำมาใช้กับกรณีนี้ได้

อย่างไรก็ตามเนื่องจากประเทศไทยในฐานะเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งมีอำนาจอธิปไตยในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมก็สามารถที่จะทำกำหนดให้เอกชนต่างชาติซึ่งมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายภายใน ทำสัญญาในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งอยู่ภายใต้บังคับในเรื่องของนิติกรรมสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งได้

ในปัจจุบันนี้ประเทศไทยโดยกระทรวงวิทยาศาสตร์ได้มีความพยายามในการร่างต้นแบบสัญญาในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมระหว่างหน่วยงานของรัฐบาลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยและผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งไม่ระบุว่าเป็นบริษัทหรือสถาบันวิจัยที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศใด ในกรณีที่เป็นการเข้าถึงในเชิงพาณิชย์และผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

ซึ่งไม่ระบุว่าเป็นสถาบันวิจัยที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายประเทศไทย ในกรณีที่เป็น การเข้าถึงที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในทางการค้า จำนวน 4 แบบดังนี้คือ

1) สัญญาถ่ายโอนวัสดุชีวภาพและ/หรือความรู้เกี่ยวกับเทคนิค (know-how) มีจุดประสงค์เพื่อใช้ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในที่เก็บรักษาไว้ในธนาคารพันธุกรรม

2) สัญญาถ่ายโอนวัสดุชีวภาพ เพื่อใช้ในการศึกษาวิจัยที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร มีจุดประสงค์เพื่อใช้ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในที่เก็บรักษาไว้ในธนาคารพันธุกรรมที่ไม่มีวัตถุประสงค์ทางการค้าหรือพาณิชย์ แต่สัญญาแบบนี้ไม่รวมถึงการถ่ายทอดเทคโนโลยีในวิสาหกิจด้วย ดังนั้นหากจะมีการถ่ายทอดเทคโนโลยีจะต้องทำสัญญาขึ้นมาต่างหาก ทั้งนี้เนื่องจากการถ่ายทอดเทคโนโลยีนี้มักจะต้องกระทำกันโดยมีค่าตอบแทน

3) สัญญาอนุญาตให้จัดหาและรวบรวมวัสดุชีวภาพ มีจุดประสงค์เพื่อใช้สำหรับผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่ต้องการจัดหาและรวบรวมทรัพยากรพันธุกรรมด้วยตนเอง

4) สัญญาอนุญาตให้จัดหาและรวบรวมวัสดุชีวภาพ เพื่อใช้ในการศึกษาวิจัยที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร มีจุดประสงค์เพื่อใช้สำหรับผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่ต้องการจัดหาและรวบรวมทรัพยากรพันธุกรรมด้วยตนเองที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการค้าหรือพาณิชย์

จากต้นแบบสัญญาการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของกระทรวงวิทยาศาสตร์ข้างต้น ในส่วนสัญญาถ่ายโอนวัสดุชีวภาพและ/หรือในวิสาหกิจ และ สัญญาอนุญาตให้จัดหาและรวบรวมวัสดุชีวภาพนี้ ที่ไม่กำหนดระบุให้ผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเป็น บริษัทหรือสถาบันวิจัยที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายใดนั้นเป็นการจัดทำต้นแบบสัญญาการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งมีความมุ่งหมายที่จะใช้กับผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ทั้งที่เป็นรัฐภาคีอื่นที่ฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเข้าถึงผ่านสถาบันวิจัยและเอกชนที่ไม่มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศแต่มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายภายในซึ่งเข้าผ่านในรูปของบริษัท การได้กำหนดสัญญาต้นแบบสัญญาดังกล่าวขึ้นมาจะเห็นได้ว่าหากเป็นกรณีของการเข้าถึงที่ผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเป็นเอกชนสัญญาเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้ย่อมเป็นสัญญาที่ตกอยู่ภายใต้หลักการเรื่องนิติกรรมและสัญญาตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่หากผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเป็นสถาบันวิจัยตัวแทนรัฐบาลต่างชาติแล้ว สัญญาเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้นก็ไม่สามารถบังคับได้จริงเพราะการที่คู่สัญญาที่เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้นมีฐานะเป็นรัฐซึ่งเป็นบุคคลตาม

กฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายไทย และหากประเทศไทยจะบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือตามอนุสัญญาฯ ก็ไม่ได้อีกเพราะสัญญาการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าวไม่ได้มีฐานะเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศเนื่องฝ่ายไทยที่ทำสัญญานั้นไม่ได้เป็นผู้ที่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศแต่อย่างใด

ส่วนกรณีสัญญาถ่ายโอนวัสดุชีวภาพ เพื่อใช้ในการศึกษาวิจัยที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร และสัญญาอนุญาตให้จัดหาและรวบรวมวัสดุชีวภาพ เพื่อใช้ในการศึกษาวิจัยที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร ที่ไม่กำหนดระบุให้ผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเป็นสถาบันวิจัยที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายใด การกำหนดเช่นนี้ แสดงให้เห็นได้ว่าสัญญานี้มีจุดประสงค์ที่จะใช้บังคับกับสถาบันซึ่งเป็นตัวแทนหรือกระทำในนามของรัฐภาคีอื่นซึ่งมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ กรณีนี้จะเห็นได้ว่าสัญญาเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้นมีโอกาสที่จะไม่สามารถบังคับได้จริงสูงมาก ทั้งนี้เพราะการที่คู่สัญญาที่เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้นมีฐานะเป็นรัฐซึ่งเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ทำให้คู่สัญญานั้นไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายไทย และหากประเทศไทยจะบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือตามอนุสัญญาฯ ก็ไม่ได้อีกเพราะสัญญาการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าวไม่ได้มีฐานะเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศเนื่องฝ่ายไทยที่ทำสัญญานั้นไม่ได้เป็นผู้ที่มีอำนาจในการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศแต่อย่างใด

กรณีที่ 2 เอกชนไทยเป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมและรัฐต่างชาติเป็นผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

กรณีนี้จะเห็นได้ว่าหากจะมีการทำข้อตกลงร่วมกันในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมแล้ว ข้อตกลงนั้นก็จะมีฐานะเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากเอกชนไทยนี้ไม่ได้มีฐานะเป็นบุคคลในทางกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากเอกชนไทยนี้ยังขาดความรู้และความสามารถในการเจรจาต่อรองผลประโยชน์และสิทธิต่างๆ อยู่ ดังนั้นจึงควรกำหนดให้การทำสัญญาเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนี้เป็นหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งได้แก่ ศูนย์ความหลากหลายทางชีวภาพ โดยจัดให้เอกชนซึ่งเป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมได้มีโอกาสในการเข้าร่วมการเจรจาได้อย่างเต็มที่ และมีส่วนในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์จากการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้นด้วย

5.4.3 การข้อตกลงในระดับเอกชนกับเอกชน

กรณีข้อตกลงนี้เป็นข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อย่างแท้จริง และในการทำข้อตกลงนี้คู่กรณีทั้งสองก็มีฐานะในทางกฎหมายที่เท่าเทียมกันด้วย อย่างไรก็ตามเนื่องจากเอกชนเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนั้นยังขาดความรู้และความชำนาญในด้านเทคโนโลยีชีวภาพอีกมากเมื่อเทียบกับเอกชนต่างชาติ ดังนั้นแม้สถานะในทางกฎหมายของทั้งคู่สัญญาจะเท่าเทียมกันก็ตาม เอกชนไทยก็มีโอกาสที่จะเสียเปรียบเอกชนต่างๆ ค่อนข้างสูง

ดังนั้นในการสัญญาเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามกรณีนี้ ประเทศไทยในฐานะรัฐสัญชาติเอกชนเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะต้องทำการให้ความช่วยเหลือในการเตรียมความพร้อมของเอกชนเหล่านี้ด้วย ซึ่งวิธีการก็ได้แก่ การจัดหน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่ในการทำสัญญาเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม คือ ศูนย์ความหลากหลายทางชีวภาพเป็นผู้นำที่เป็นตัวแทนเอกชนในการทำสัญญา แต่ทั้งนี้จะต้องจัดให้เอกชนได้มีส่วนในการเจรจาและทำสัญญาตลอดจนถึงขั้นตอนการต่อรองผลประโยชน์ด้วย

5.5 ประเด็นโต้เถียงเรื่องการเตรียมความพร้อมในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศไทยในปัจจุบัน

ประเด็นเรื่องความพร้อมในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศไทยตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพนี้ ยังเป็นประเด็นโต้เถียงที่สำคัญเรื่อยมาตั้งแต่ภายหลังจากที่ประเทศไทยได้ได้ลงนามในอนุสัญญา ที่กรุงริโอ เดอ จาเนโร เมื่อวันที่ 12 มิถุนายน 2535 ระหว่างฝ่ายที่เห็นว่าประเทศไทยมีความพร้อมแล้วที่จะให้สัตยาบันอนุสัญญาฯ และอีกฝ่ายคัดค้านซึ่งเห็นว่าประเทศไทยยังไม่มีความพร้อมในการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาฯ โดยเฉพาะในประเด็นการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

จากประเด็นโต้เถียงดังกล่าวนี้ เมื่อพิจารณาถึงการดำเนินการของประเทศไทยแล้วจะเห็นได้ว่า ภายหลังจากที่ได้ลงนามอนุสัญญาฯ แล้ว รัฐบาลไทยได้มอบหมายให้คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติสิ่งแวดล้อมแห่งชาติเป็นผู้พิจารณาการให้สัตยาบันของประเทศไทยแล้วให้นำเสนอต่อคณะรัฐมนตรี ซึ่งต่อมาคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมโดยอนุกรรมการอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพได้มีมติเห็นชอบในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฯ เมื่อวันที่ 30 มีนาคม 2537 และได้นำ

เสนอต่อคณะรัฐมนตรี ซึ่งรัฐบาลในสมัยพลเอกชวลิต ยงใจยุทธ เป็นนายกรัฐมนตรี ได้ลงมติคณะรัฐมนตรี อนุมัติให้ประเทศไทยให้สัตยาบันอนุสัญญาฯ โดยให้มีการกำหนดกฎหมายบังคับให้เป็นไปตามอนุสัญญาฯ และต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2538 มาตรา 181 เมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม 2540 แต่ต่อมาได้มีการพิจารณาทบทวนและลงมติเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม 2540 โดยกำหนดให้แก้ไขข้อผิดเดิมเมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม 2540 เป็นว่ากฎหมายไทยที่มีอยู่แล้วในขณะนี้เพียงพอต่อการให้สัตยาบันอนุสัญญาฯ แล้ว จึงไม่ต้องออกพระราชบัญญัติอนุวัติการเพื่อให้เป็นไปตามอนุสัญญาฯ อีก และไม่ต้องขอความเห็นชอบจากสภาตามมาตรา 224 ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เพราะอนุสัญญาฯ ไม่มีผลต่อการเปลี่ยนแปลงอำนาจอธิปไตยและขอบเขตอำนาจของรัฐ

นอกจากการพิจารณาความเหมาะสมในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฯ แล้วรัฐบาลโดยหน่วยงานต่างๆ ก็ได้มีออกกฎหมายเพื่อการเตรียมความพร้อมในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ จำนวน 4 ฉบับด้วยกันคือ

- พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ปัจจุบันมีผลบังคับใช้ แล้ว
- พระราชบัญญัติส่งเสริมและคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ปัจจุบันมีผลบังคับใช้ แล้ว
- ร่างพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติป่าชุมชน
- ร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพ ปัจจุบันได้ผ่านความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีแล้วและอยู่ระหว่างการเสนอให้นายกรัฐมนตรีลงนามเพื่อประกาศใช้ต่อไป

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาถึงกฎหมายไทยที่มีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันและการเตรียมความพร้อมของประเทศไทยในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมแล้วจะพบได้ว่าประเทศไทยยังไม่มีความพร้อมในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมตามอนุสัญญาฯ ไม่ว่าจะเป็นในระดับหลักการหรือกฎหมาย และในระดับองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ๆ จะบังคับใช้กฎหมายเหล่านั้น ดังที่ได้เสนอไว้ในการวิจัยครั้งนี้ในหัวข้อ 3.4

นอกจากนี้จากที่กล่าวมาข้างต้นแม้ว่ารัฐบาลจะได้มีให้ความเห็นชอบในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฯ และได้มีการเตรียมความพร้อมบ้างแล้วก็ตาม แต่ปัจจุบันประเทศไทยก็ยังไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาฯ แต่อย่างไร ทั้งเนื่องจากข้อได้เปรียบการให้สัตยาบันอนุสัญญาฯ ใน

ประเด็นของการขอความเห็นชอบจากสภา ตามมาตรา 224 ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เพราะอนุสัญญาฯ นี้มีผลต่อการเปลี่ยนแปลงอำนาจอธิปไตยและขอบเขตอำนาจของรัฐ ดังนั้นจึงมีการส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความใน 2 ประเด็นด้วยกันคือ

1) บทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจ แห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรค 2 นั้นมีความหมายว่าอย่างไร

2) มาตรา 15 วรรค 2 ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ จะทำให้เนื้อหาของกฎหมายไทยที่มีอยู่เปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ กล่าวคือจะทำให้อำนาจอธิปไตยของประเทศไทยเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่

ข้อโต้แย้งนี้ยังไม่เป็นที่ยุติและปัจจุบันยังอยู่ระหว่างการตีความของศาลรัฐธรรมนูญ จากข้อโต้แย้งในเรื่องบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจนี้ผู้วิจัยมีความเห็นดังนี้คือ

การที่ประเทศประเทศใดจะเป็นรัฐที่มีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐนั้นจะต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบที่สำคัญ 4 ประการด้วยกันคือ ดินแดน รัฐบาล ประชาชน และอำนาจอธิปไตย

จากที่กล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า อำนาจอธิปไตยของประเทศไทยและอาณาเขตของประเทศไทยนั้นต่างกันโดย

คำว่า "อำนาจอธิปไตยของรัฐ" หมายถึง อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการของรัฐ ซึ่งรัฐมีอำนาจที่จะใช้ได้ภายในดินแดนของตน

คำว่า "เขตอำนาจของรัฐ" หมายถึง ขอบเขตของการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐซึ่งในที่นี้รัฐมีสิทธิเต็มที่ที่จะใช้อำนาจอธิปไตยในดินแดนของตน

คำว่า "อาณาเขตไทย" หมายถึง อาณาเขตทางดินแดนของรัฐ ซึ่งเป็นส่วนประกอบที่สำคัญของความเป็นรัฐ

จากความหมายที่กล่าวข้างแสดงให้เห็นได้ว่าหากมาตรา 15 วรรค 2 ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพจะมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของไทยแล้วบทบัญญัติดังกล่าวจะต้องทำให้อาณาเขตทางดินแดนของไทยเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงมาตรา 15 วรรค 2 ที่กำหนดพันธกรณีให้ประเทศไทยสร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยแก่ภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมแล้วจะพบได้ว่า บทบัญญัติในมาตรา 15 วรรค 2 นี้ เป็นแต่เพียงการกำหนดให้ประเทศไทยเปิดโอกาสให้รัฐอื่นเข้ามาใช้ทรัพยากรพันธุกรรมภายในดินแดนไทยเท่านั้น ส่วนอาณาเขตของดินแดนไทยก็ยังคงเหมือนเดิมไม่มีการเปลี่ยนแปลงแต่อย่างใด

ส่วนในประเด็นที่มาตรา 15 วรรค 2 จะมีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจของประเทศไทย ซึ่งได้แก่การใช้อำนาจอธิปไตยของไทยภายในดินแดนหรือไม่นั้น ประเด็นนี้เมื่อพิจารณาถึงพันธกรณีตามมาตรา 15 วรรค 2 แล้วจะเห็นได้ว่าการที่ประเทศไทยต้องเปิดโอกาสให้รัฐอื่นเข้ามาใช้ทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศไทยนี้แสดงให้เห็นได้ว่าได้มีการลดทอนอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรพันธุกรรมภายในดินแดนของประเทศไทยแล้ว นอกจากนี้ในมาตรา 1 ยังกำหนดยืนยันไว้อีกว่าประเทศไทยมีเพียงสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งหมายถึงประเทศไทยจะไม่อำนาจเหนือทรัพยากรธรรมชาติภายในดินแดนของตนอีกต่อไปแล้ว แต่ต่อจากนี้ไปประเทศไทยจะมีสิทธิเหนือทรัพยากรธรรมชาติเท่าที่อนุสัญญา ฯ ได้ให้สิทธิไว้เท่านั้น

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่ามาตรา 15 วรรค 2 ตามอนุสัญญาฯ นี้ไม่เป็นบทที่เปลี่ยนแปลงอาณาเขตของไทย แต่เป็นบทที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงอำนาจอธิปไตยของประเทศไทย