

บทที่ 5

การคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น

แม้ความตกลงที่พีพีจีไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งเป็นประเด็นที่เป็นผลประโยชน์สำคัญของประเทศกำลังพัฒนา ที่อุดมสมบูรณ์ไปด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ และรุ่มรวยด้วยภูมิปัญญาท้องถิ่นและศิลปวัฒนธรรม การที่ความตกลงที่พีพีจีไม่ได้กำหนดประเด็นในเรื่องนี้ โดยเฉพาะมิได้กำหนดให้ประเทศคู่เจรจาเข้าร่วมในสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืช อาจทำให้ประเทศไทยต้องสูญเสียโอกาสในการผลักดันให้เกิดการคุ้มครองการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ยังมีประเด็นว่าด้วยการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชื่อหรือสัญลักษณ์ที่บ่งระบุแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้า ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะเป็นสินค้าที่ผลิตโดยอาศัยภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งในบทนี้จะวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพ ภูมิปัญญาท้องถิ่น และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

5.1 การคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น

ข้อเสนอในร่างความตกลงที่พีพีจี

- ไม่มีข้อเสนอเรื่องนี้

สาระสำคัญ

ปัจจัยสำคัญที่สุดของการวิจัยด้านการเกษตร คือ ทรัพยากรพันธุกรรม (genetic resources) เนื่องจากการจัดการทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมที่ไม่เหมาะสม เช่น การตัดไม้ทำลายป่า ทรัพยากรพันธุกรรมที่มีอยู่ได้ถูกทำลายลงหรือถูกทำให้ลดน้อยลงเป็นลำดับ ในช่วง 20 – 30 ปีที่ผ่านมา จึงได้ความพยายามของนานาชาติในรูปแบบต่างๆ ในอันที่จะอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมไว้เพื่อการใช้ประโยชน์ในปัจจุบัน และอนาคต ความตกลงระหว่างประเทศฉบับแรกที่ถูกจัดทำขึ้น เพื่อส่งเสริมการอนุรักษ์ การใช้ และการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ได้แก่ ความตกลงขององค์การอาหารและเกษตรกรรมว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืช (FAO Undertaking on Plant Genetic Resources) ที่จัดทำขึ้นในปี ค.ศ. 1983 และต่อมาในปี ค.ศ. 1989 องค์การอาหารและเกษตรกรรมได้แก้ไขเพิ่มเติมความตกลงนี้ โดยได้ผนวกหลักการ “สิทธิเกษตรกร” (Farmers’ Rights) เข้ามา สิทธิเกษตรกรได้รับรองบทบาทสำคัญของเกษตรกรในการอนุรักษ์ ปรับปรุง และทำให้คงมีอยู่สืบมา ซึ่งทรัพยากรพันธุกรรมพืช ตั้งแต่อดีต จวบจนถึงปัจจุบัน และต่อไปในอนาคต ในการแก้ไขครั้งดังกล่าว ความตกลงได้กำหนดให้มีการจัดตั้งกองทุนเพื่อการส่งเสริมการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชขึ้น เพื่อส่งเสริมกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์สอดคล้องกับแนวทางดังกล่าวในประเทศกำลังพัฒนา เนื่องจากความตกลงฉบับปี ค.ศ. 1983 มิได้เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันในทางกฎหมาย จึงทำให้การดำเนินการตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวมีความคืบหน้าน้อยมาก ประกอบกับในปี ค.ศ.1992 องค์การสหประชาชาติได้จัดทำอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity) ขึ้น เพื่อกำหนดกรอบการอนุรักษ์ เข้าถึง และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพและทรัพยากรพันธุกรรม องค์การอาหารและเกษตรกรรมจึงเห็นควรที่จะปรับปรุงความตกลงว่าด้วย

ทรัพยากรพันธุกรรมพืช ให้เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันในทางกฎหมาย ซึ่งนำไปสู่การจัดทำ ความตกลงระหว่างประเทศอีกฉบับหนึ่ง เพื่อใช้บังคับแทนความตกลงฉบับปี ค.ศ.1983 โดยได้มีการจัดทำ ความตกลงระหว่างประเทศฉบับใหม่ขึ้นในปี ค.ศ. 2001 เรียกว่า สนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืช เพื่ออาหารและเกษตรกรรม (International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture) หรือ ITPGRFA สนธิสัญญานี้มีหลักการสำคัญที่คล้ายกับความตกลงระหว่างประเทศเดิม เพียงแต่ความตกลงฉบับใหม่นี้ มีฐานะเป็นสนธิสัญญาที่มีผลผูกพันในทางกฎหมาย

สนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืช ค.ศ. 2001 มีความมุ่งหมายหลัก เพื่อส่งเสริมการเข้าถึง ทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่เก็บดูแลรักษาไว้โดยประเทศสมาชิก รวมทั้งทรัพยากรที่อยู่ในหน่วยงานที่เก็บรักษา ไว้ เช่น ธนาคารพันธุกรรม (gene bank) ทั้งนี้โดยตระหนักในความสำคัญของทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่มีต่อ การวิจัยทางการเกษตร และตระหนักว่าไม่มีประเทศใดดำเนินกิจกรรมการพัฒนาปรับปรุงพันธุ์พืชได้โดยไม่ ต้องพึ่งพาอาศัยประเทศอื่น นอกจากนี้ สนธิสัญญายังได้รับรองบทบาทของเกษตรกรในการอนุรักษ์ปรับปรุง และทำให้มีอยู่ซึ่งทรัพยากรพันธุกรรมพืช ตามหลัก “สิทธิของเกษตรกร” ดังที่กำหนดไว้ในความตกลงฉบับ เดิม สนธิสัญญาให้อำนาจประเทศสมาชิกที่จะกำหนดรูปแบบการรับรองสิทธิของเกษตรกรได้ตามที่ เห็นสมควร ซึ่งอาจรวมถึงการกำหนดหลักเกณฑ์การเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ ทรัพยากรพันธุกรรมพืช¹

มีข้อสังเกตว่า ตั้งแต่อดีตกาล เกษตรกรมีบทบาทสำคัญที่สุดในการอนุรักษ์รักษาความหลากหลาย ทางพันธุกรรมพืช และได้ปรับปรุงพันธุ์พืชเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะพืชทางเศรษฐกิจ ที่ล้วนแต่เป็นผลงาน ของเกษตรกรทั้งสิ้น ระบบกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชและสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต มิได้รับรู้ถึงบทบาทที่สำคัญ ของเกษตรกรดังกล่าว จึงมิได้วางระบบการชดเชยหรือแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่เกษตรกร หลัก “สิทธิของ เกษตรกร” ที่กำหนดโดยความตกลงขององค์การอาหารและเกษตรกรรม จะส่งเสริมและตอบแทนเกษตรกร ให้ทำการอนุรักษ์พัฒนาพันธุกรรมพืชให้คงอยู่ตลอดไป และส่งเสริมให้เกิดความหลากหลายทางชีวภาพและ ชนิดพันธุ์พืช และพัฒนาพันธุกรรมพืชให้คงอยู่ตลอดไป และส่งเสริมให้เกิดความหลากหลายทางชีวภาพและ ชนิดพันธุ์พืช

หลัก “สิทธิเกษตรกร” มิได้เป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาดังเช่นสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช (Plant Breeders' Rights) ตามอนุสัญญาอุโปฟ ในทางตรงกันข้าม สิทธิเกษตรกรกลับเป็นหลักการที่ ถ่วงดุลกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา อย่างไรก็ดี การจะกำหนดว่า “สิทธิเกษตรกร” มีขอบเขตและหลักเกณฑ์ เป็นเช่นไรนั้น เป็นสิ่งที่ซับซ้อนและขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละประเทศ

สนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืช ได้ก่อตั้งระบบพหุภาคี (multilateral system) เพื่อ ส่งเสริมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้รับไว้ในภาคผนวกของสนธิสัญญา โดยพืชที่ระบุไว้นั้นล้วนแต่ เป็นพืชที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจและต่อความมั่นคงทางอาหาร โดยมีสัดส่วนถึง 80 เปอร์เซนต์ของ อาหารที่ให้แคลอรีทั้งหมด สนธิสัญญากำหนดว่าประเทศสมาชิกที่เข้าร่วมผูกพันในความตกลงระหว่าง ประเทศนี้ ยินยอมที่จะบริจาคทรัพยากรพันธุกรรมพืช (เฉพาะที่ระบุในภาคผนวก) ที่อยู่ในความควบคุมของ

¹ ITPGRFA, Art. 9.

ตนให้เข้าอยู่ในการดูแลรักษาของระบบพหุภาคี รวมถึงทรัพยากรที่ดูแลรักษาโดยสถาบันเชื้อพันธุ์ที่ประเทศสมาชิกเข้าไปมีส่วนร่วม อันได้แก่ ธนาาคารเชื้อพันธุ์ภายใต้ CGIAR ที่ดูแลร่วมกันโดยรัฐบาลของประเทศที่พัฒนาแล้วและกำลังพัฒนา

ในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา สนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชกำหนดว่า ผู้ที่ได้รับทรัพยากรไปโดยผ่านระบบพหุภาคี จะต้องรับรองว่าตนจะไม่ขอรับหรืออ้างสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาหรือสิทธิใดๆเหนือทรัพยากรที่ได้รับไปจากระบบพหุภาคี หากทรัพยากรนั้นอยู่ในรูปแบบเดิมจากที่ได้รับไป²

ถ้อยคำที่ระบุไว้ในสนธิสัญญามีลักษณะเป็นการประนีประนอมระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้ว และประเทศกำลังพัฒนา ประเทศกำลังพัฒนาเรียกร้องให้ยกเลิกข้อจำกัดในการเข้าถึงพันธุ์พืชที่ได้รับการพัฒนาและปรับปรุงขึ้นใหม่ ประเทศเหล่านี้มองว่า สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเหนือพันธุ์พืชเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการเข้าถึงพันธุ์พืชสำคัญๆ ในอีกด้านหนึ่ง ประเทศที่พัฒนาแล้วเรียกร้องให้มีการรับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเหนือพันธุ์พืช ภายใต้หลักการและเงื่อนไขในกฎหมายของแต่ละประเทศ ถ้อยคำที่สำคัญในข้อ 12.3 (ด) ของสนธิสัญญาคือคำว่า “ในรูปแบบที่ได้รับไป” (in the form received) ซึ่งหมายความว่า วัตถุพันธุกรรมพืชที่ได้รับไปจากระบบพหุภาคีไม่อาจขอรับสิทธิบัตรหรือสิทธิอื่นๆ ได้ในสภาพเช่นนั้น แต่ถ้ามีการพัฒนาปรับปรุงพันธุ์ให้ดีขึ้นแล้ว การปรับปรุงพันธุ์หรือการประดิษฐ์ที่พัฒนาขึ้นอาจขอรับสิทธิบัตรได้

ตัวอย่างเช่น นาย ก. ได้รับเมล็ดพันธุ์พืช X จากธนาาคารเชื้อพันธุ์แห่งหนึ่งที่อยู่ภายใต้ระบบพหุภาคี นาย ก. จะขอรับสิทธิบัตรในเมล็ดพันธุ์ที่ได้รับไปนั้นไม่ได้ แต่นาย ก. ได้พัฒนาการประดิษฐ์ขึ้นจำเมล็ดพันธุ์นั้น เช่น ด้วยการสกัดยีนจากเมล็ดพันธุ์ที่ได้รับมา นาย ก. ก็อาจขอรับสิทธิบัตรในยีนนั้นได้ มีข้อสังเกตว่า ในระหว่างการเจรจาจัดทำสนธิสัญญาฯ ประเทศที่พัฒนาแล้วเสนอว่า ยีนที่สกัดออกมาได้นั้นยังคงอยู่ในสภาพ “ในรูปแบบที่ได้รับไป” และไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ แต่ประเทศที่พัฒนาแล้วยืนยันจะให้ถือว่ายีนที่สกัดจากเมล็ดพันธุ์ที่ได้ไป มีใช้ทรัพยากร “ในรูปแบบที่ได้รับไป” เนื่องจากเป็นสิ่งที่เกิดจากผลงานทางปัญญาของบุคคล และการที่จะขอรับสิทธิบัตรในยีนดังกล่าวได้ นักประดิษฐ์จะต้องแสดงขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และบ่งระบุหน้าที่การทำงาน (function) ของยีนนั้นไว้ในคำขอสิทธิบัตร ซึ่งทั้งสองประการที่กล่าวมานี้ ล้วนแต่มีสิ่งที่มีอยู่หรือเป็นรู้จักกันอยู่ในขณะที่ได้รับทรัพยากรพันธุกรรมพืชจากธนาาคารเชื้อพันธุ์ ในระบบพหุภาคี ดังนั้น ยีนที่สกัดออกมาจึงเป็นสิ่งที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้

นอกจากนี้ สนธิสัญญายังได้กำหนดว่า ในการเข้าถึงและส่งมอบทรัพยากรพันธุกรรม ผู้เข้าถึงจะต้องลงนามในความตกลงถ่ายโอนวัตถุพันธุกรรม (material transfer agreement) ซึ่งร่างและจัดทำขึ้นโดยองค์กรบริหาร (Governing Body) ของสนธิสัญญา ซึ่งความตกลงที่จะลงนามนั้นต้องกำหนดหลักการสำคัญๆ รวมทั้งข้อห้ามขอรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และเงื่อนไขในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์ความตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป แต่เดิมทรัพยากรพันธุกรรมมีฐานะเป็นทรัพย์สินสาธารณะที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ หรืออาจเคลื่อนย้ายออกจากประเทศเพื่อนำไปปลูกหรือไปใช้ประโยชน์ในประเทศอื่นได้โดยเสรี

² ITRGR, Art. 12.3 (d).

ทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้นเปรียบเสมือน “มรดกร่วมกันของมวลมนุษยชาติ” (Common Heritage of Mankind) ที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินร่วมที่ผู้ใดไม่อ้างสิทธิเป็นเจ้าของได้ แต่หลักการมรดกร่วมกันของมวลมนุษยชาตินี้จะใช้กับพันธุ์พืชที่มีลักษณะตามสภาพธรรมชาติเท่านั้น ส่วนพันธุ์พืชที่เกิดจากการปรับปรุงพันธุ์โดยอาศัยภูมิปัญญาของมนุษย์ กฎหมายระหว่างประเทศถือว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่ผู้ทำการปรับปรุงพันธุ์ อาจอ้างเป็นสิทธิในทรัพย์สินของตนได้

หลักกฎหมายเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช ได้ถูกเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญในปี ค.ศ. 1992 เมื่อมีการจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ และในปี ค.ศ. 2001 เมื่อองค์การเอฟเอโอจัดทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและเกษตรกรรม ความตกลงระหว่างประเทศทั้งสองฉบับนี้รับรองว่า ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นสิทธิอธิปไตยของแต่ละประเทศ ซึ่งรัฐสามารถออกกฎหมายมาหวงกันและควบคุมการใช้ประโยชน์ ความตกลงทั้งสองฉบับยังได้กำหนดเงื่อนไขการเข้าถึงและการบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมในระดับระหว่างประเทศไว้ด้วย

แต่กฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวก็มีจุดอ่อน โดยมิได้สร้างพันธผูกพันสำหรับประเทศที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศอื่นอย่างมากมาย เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ให้ต้องปฏิบัติตามความตกลงทั้งสองฉบับจึงได้แต่เพียงแต่รับรองสิทธิอธิปไตยของประเทศที่เป็นแหล่งทรัพยากรพันธุกรรมในเชิงหลักการเท่านั้น โดยไม่ได้กำหนดเป็นพันธกรณีว่าประเทศสมาชิกจะต้องรับรองสิทธิอธิปไตยของรัฐอื่น และมีได้กำหนดบังคับให้ประเทศสมาชิกออกกฎหมายห้ามมิให้คนชาติของตน ไปนำเอาทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศอื่นมาใช้ประโยชน์³

ด้วยเหตุนี้ ถึงแม้ว่านักวิจัยหรือบริษัทของประเทศที่พัฒนาแล้ว ดังเช่นนักวิจัยหรือบริษัทของสหรัฐ จะฉกฉวยเอาทรัพยากรพันธุกรรมพืชของประเทศอื่นไปใช้ และการกระทำดังกล่าวจะเป็นการละเมิดต่อกฎหมายภายในของประเทศนั้น แต่การกระทำดังกล่าวก็ไม่ใช่ความผิดตามกฎหมายสหรัฐ และที่ผ่านมาประเทศสหรัฐอเมริกาก็ปฏิเสธที่จะให้สัตยาบันรับรองทั้งอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ และสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชของเอฟเอโอ ซึ่งมีพันธกรณีที่จะทำให้สหรัฐต้องเคารพสิทธิในทรัพยากรพันธุกรรมของต่างชาติ ขณะนี้สหรัฐประสบความสำเร็จสูงสุด ในการสร้างระเบียบเศรษฐกิจและระบบกฎหมายที่เอื้อต่อผลประโยชน์ของตน โดยสามารถใช้กฎหมายระหว่างประเทศภายใต้องค์การการค้าโลกบีบให้ประเทศอื่นออกกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและเทคโนโลยีสมัยใหม่ แต่ในขณะเดียวกันก็ปฏิเสธที่จะรับรองความตกลงระหว่างประเทศใดๆ ที่จะผูกพันให้สหรัฐต้องเคารพสิทธิเหนือทรัพยากรชีวภาพของประเทศอื่น

สหรัฐไม่วิตกกังวลกับปัญหาการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเท่าใดนัก และได้ผลักดันประเด็นนี้ในความตกลงเอฟทีเอที่ทำกับประเทศต่างๆ ซึ่งร่างความตกลงที่ฟิฟี่ก็ไม่ได้ปรากฏหลักการในเรื่องนี้ ทั้งนี้เป็นเพราะสถานภาพทางกฎหมายที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน มิได้เป็นอุปสรรคต่อการที่นักวิจัยและบริษัทของสหรัฐ จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของต่างชาติ คนชาติและบริษัทสหรัฐยังคงเข้าถึงทรัพยากรของต่างชาติได้โดย

³ โปรตดู Rangnekar, D. (2002) “Access to Genetic Resources, Gene-based Inventions and Agriculture”, CIPR Background Paper, 3a, CIPR, London, p.39. Source: <http://www.iprcommission.org>

อาศัยการทำความร่วมมือในการวิจัย หรือความตกลงในรูปแบบอื่น เช่น การจัดตั้งกองทุนป่าเขตร้อน หรือ เข้าถึงโดยผ่านธนาคารพันธมิตรระหว่างประเทศต่างๆ ที่สหรัฐมีส่วนร่วมจัดตั้งหรือร่วมบริหารจัดการอยู่

5.2 การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

ข้อเสนอในร่างความตกลงทีพีพี

- ให้คุ้มครองเครื่องหมายการค้าซึ่งไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยสายตา เช่น เสียง กลิ่น ฯลฯ
- ให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายสามารถพิสูจน์สิทธิของตนได้โดยง่าย
- ให้มีการจดทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นเครื่องหมายการค้า โดยเฉพาะเครื่องหมายรับรอง
- ให้สิทธิแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้า ในอันที่จะห้ามมิให้บุคคลอื่นใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกับเครื่องหมายการค้า
- ในกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างเครื่องหมายการค้ากับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ให้เครื่องหมายการค้ามีศักดิ์สูงกว่าสิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

สาระสำคัญ

ในร่างความตกลงทีพีพีที่ที่หลุดออกมา ประเทศคู่เจรจาต้องคุ้มครองเครื่องหมายการค้าอย่างกว้างขวาง เกินเลยจากหลักการในความตกลงทริปส์ ความตกลงทริปส์กำหนดให้ประเทศสมาชิกคุ้มครอง ถ้อยคำ อักษรประดิษฐ์ รูปภาพ การร่วมกันของสี ฯลฯ ร่างความตกลงทีพีพีกำหนดให้ประเทศคู่เจรจา คุ้มครองสิ่งที่ไม่สามารถสัมผัสได้โดยจักษุประสาท (invisible to the eye) การกำหนดเช่นนี้เพื่อเปิดโอกาส ให้มีการนำเอาสิ่งที่ไม่สามารถสัมผัสได้โดยประสาทสัมผัสอื่นนอกจากจักษุสัมผัส เช่น เสียง กลิ่น รส ฯลฯ มาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า ซึ่งสิ่งเหล่านี้ภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศที่พัฒนา แล้วหลายประเทศ เป็นสิ่งที่อาจนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า

ร่างความตกลงทีพีพียังให้มีการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย (well-known marks) ในระดับสูง เช่น ด้วยการกำหนดให้พิจารณาว่าสิ่งใดเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย โดยคำนึงถึงความรับรู้ของคนที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจสาขานั้น โดยไม่ใช้ความรู้ของประชาชนทั่วไปเป็นเกณฑ์ พิจารณา ทั้งนี้เพราะความรู้ของประชาชนทั่วไปนั้นอาจไม่เกี่ยวข้องไม่อาจรับรู้ถึงชื่อเสียงของเครื่องหมาย การค้านั้นได้ การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในระดับสูง จะเปิดโอกาสให้บริษัทใช้วิธีการโฆษณาจูงใจ ประชาชนให้เกิดความจงรักภักดีต่อตราสินค้า (brand loyalty) ซึ่งการผูกขาดโดยเครื่องหมายการค้าจะเป็น ประโยชน์อย่างถาวรต่อบริษัท ยิ่งกว่าการผูกขาดโดยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอื่น เนื่องจากการคุ้มครอง เครื่องหมายการค้าไม่มีกำหนดเวลาสิ้นสุด บริษัทจึงสามารถรักษาสถานะการผูกขาดตลาดของตนได้ตลอดไป ทั้งนี้แม้อายุสิทธิบัตรหรือสิทธิประเภทอื่นจะสิ้นสุดลงแล้วก็ตาม งานศึกษาของสแตตแมน (Statman) ระบุ

ว่า “ราคาสินค้ายาที่มีสิทธิบัตรมิได้ลดลง ถึงแม้ว่าสิทธิบัตรของยานี้จะหมดอายุแล้วก็ตาม ทั้งนี้เป็นผลมาจากความจงรักภักดีต่อตราสินค้า ที่สร้างขึ้นโดยเครื่องหมายการค้าและการโฆษณาประชาสัมพันธ์”⁴

การเจรจาการค้าในประเด็นการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (geographical indications) เป็นประเด็นการเจรจาที่ย่างยากมากที่สุดของรอบโดฮา โดยเป็นการเผชิญหน้าทางความคิดระหว่างสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป ปัญหาของการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในระดับระหว่างประเทศ เกิดจากการที่บทบัญญัติในความตกลงทริพส์คุ้มครองระดับสูงสำหรับสุราและไวน์เท่านั้น ในขณะที่การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าอื่นยังคงอยู่ในระดับต่ำ กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาประกอบไปด้วยอินเดีย ปากีสถาน เคนยา มอริเชียส และศรีลังกา⁵ ต้องการให้มีการขยายการคุ้มครองไปยังสินค้าอื่นๆ นอกเหนือจากไวน์และสุรา ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อประเทศผู้ส่งออกสินค้าเกษตร ประเทศสมาชิกอีกกลุ่มหนึ่งประกอบด้วยสหรัฐอเมริกา อาเจนตินา ชิลี และกัวเตมาลา ได้แย้งว่า การขยายการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไปยังสินค้าอื่น จะสร้างภาระทางการเงินและการจัดการคุ้มครองสำหรับประเทศสมาชิก โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับประเทศกำลังพัฒนาที่ยากจน

ระบบทะเบียนพหุภาคีสำหรับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เป็นข้อเสนออีกประการที่จะช่วยยกระดับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในระดับระหว่างประเทศ ในขณะที่ความตกลงทริพส์กำหนดให้มีการจัดทำระบบทะเบียนสำหรับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับไวน์ ปญญาโดฮากำหนดให้มีการเจรจาจัดทำระบบทะเบียนสำหรับสินค้าอื่นด้วย เท่าที่ผ่านมา ประเทศสมาชิกได้เสนอแนวทางการจัดทำระบบทะเบียนระหว่างประเทศสำหรับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ซึ่งอาจจำแนกได้เป็น 3 แนวทางดังนี้

แนวทางแรก เป็นข้อเสนอของสหภาพยุโรป

ส่วนแนวทางที่สอง เป็นของประเทศฮังการี ข้อเสนอสองแนวทางนี้มีความคล้ายคลึงกัน โดยกำหนดให้ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกเสนอรายชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ต้องการให้มีการขึ้นทะเบียน ไปยังสำนักเลขาธิการขององค์การการค้าโลก ประเทศสมาชิกอื่นภายหลังจากได้รับรายชื่อที่เสนอแล้ว หากต้องการทำคำคัดค้านต้องแจ้งกลับไปยังสำนักเลขาธิการ ภายใน 18 เดือน ถ้าไม่มีการคัดค้านชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เสนอขึ้นมานั้น จะได้รับการคุ้มครองในประเทศสมาชิกทุกประเทศ แต่ถ้ามีการคัดค้านสหภาพยุโรปเสนอให้มีการเจรจาระหว่างประเทศที่คัดค้านและประเทศที่เสนอชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ส่วนประเทศฮังการี เสนอให้รายชื่อที่มีผู้คัดค้านตกไปโดยทันที⁶

แนวทางที่สาม เป็นข้อเสนอร่วมกันของประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา ชิลี และญี่ปุ่น โดยเสนอว่า การเข้าร่วมในระบบทะเบียนพหุภาคีให้เป็นไปด้วยความสมัครใจ เฉพาะแต่ประเทศสมาชิกที่สมัครใจเข้าร่วมในระบบทะเบียนเท่านั้น จึงจะมีพันธกรณีผูกพันที่จะต้องคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ระบุไว้ใน

⁴ Statman, M. “The Effect of Patent Expiration on the Market Position of Drugs”, in Helms, R.B. (ed.), Drugs and Health, AEI, Washington, 1981, pp.140-150.

⁵ WTO Document No. IP/C/W/308/Rev.1.

⁶ WTO Document No. IP/C/W/255.

ทะเบียน⁷ ประเทศที่เข้าร่วมจะได้รับประโยชน์จากระบบทะเบียนพหุภาคี ในการตรวจสอบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่ใช้หรือประกอบด้วยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจสำหรับประเทศกำลังพัฒนาที่จะได้จากการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อยู่ที่การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นเครื่องรับรองคุณภาพและมาตรฐานของสินค้า ซึ่งจะช่วยเพิ่มและส่งเสริมสินค้าส่งออกของประเทศ ประเทศกำลังพัฒนาอาจเสียประโยชน์จากการที่ห้ามปรามบริษัทท้องถิ่นมิให้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ต่างประเทศ แต่การห้ามปรามดังกล่าวจะช่วยจัดระเบียบและสร้างความน่าเชื่อถือให้แก่ตลาดในประเทศ ช่วยปกป้องผู้บริโภคมิให้ถูกหลอกลวงในแหล่งกำเนิดของสินค้า

เนื่องจากสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ มีประโยชน์มากต่อการคุ้มครองสินค้าเกษตรและอาหาร⁸ ประเทศกำลังพัฒนาจึงควรส่งเสริมการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของตนในต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม เช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะมีมูลค่าทางเศรษฐกิจก็ต่อเมื่อสินค้าภายใต้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น มีคุณวิสัยและความน่าเชื่อถือ ประเทศกำลังพัฒนาจึงต้องเร่งสร้างความน่าเชื่อถือและยกระดับคุณภาพสินค้าของตนไปด้วยในขณะเดียวกัน นอกจากนี้ เนื่องจากเป็นสิทธิเอกชน การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะก่อให้เกิดต้นทุนในการบังคับสิทธิ จึงจะเป็นภาระต่อประเทศกำลังพัฒนาอย่างมาก โดยเฉพาะการบังคับสิทธิในต่างประเทศ

นอกจากนี้ ภายใต้ทริพส์ ประเทศสมาชิกที่ต้องการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในต่างประเทศจะต้องคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของตนภายในประเทศเสียก่อน มิเช่นนั้น ประเทศสมาชิกอื่นไม่มีพันธกรณีที่จะต้องคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น

แนวทางการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามร่างความตกลงทีพีพี เป็นการคุ้มครองโดยใช้ระบบกฎหมายเครื่องหมายการค้าเป็นสำคัญ ซึ่งจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อประเทศดังนี้

- ก่ออุปสรรคในการใช้กฎหมายลักษณะเฉพาะ (sui generis) เพื่อคุ้มครองบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อย่างกว้างขวาง เช่น ตาม พ.ร.บ. คุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546
- ปิดโอกาสที่จะขยายความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในระดับระหว่างประเทศ ตามที่ไทยผลักดันอยู่ในองค์การการค้าโลก
- ประเทศไทยต้องรับรอง Well-known marks ว่ามีสิทธิเหนือกว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของไทย
- ก่อให้เกิดปัญหาต่อการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม และวิสาหกิจชุมชนของไทย

สหภาพยุโรปและสหรัฐอเมริกา ต่างก็พยายามจะใช้ช่องทางการเจรจาการค้าพหุภาคีและภูมิภาคนิยม เพื่อกำหนดมาตรฐานการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ให้ประโยชน์แก่ตนมากที่สุด สหภาพยุโรปประสงค์จะสร้างระบอบการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มีลักษณะเฉพาะ ส่วนสหรัฐขาดการคุ้มครอง

⁷ WTO Document No. IP/C/W/133/Rev.1.

⁸ World Bank (2001) "Global Economic Prospects and the Developing Countries 2002: Making Trade Work for the World's Poor", World Bank, Washington DC, pp. 143-4.

โดยเครื่องหมายการค้า ระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกามีเจตนารมณ์การคุ้มครองที่จำกัดกว่ากฎหมายสหภาพยุโรป โดยมองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เพียงมิติเดียว ในด้านการเป็นสิทธิของเอกชน (private proprietary right) การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกามีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อจัดระเบียบการแข่งขันในตลาด และคุ้มครองประโยชน์ของผู้ประกอบธุรกิจเท่านั้น ส่วนสหภาพยุโรปคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในมิติที่กว้างกว่ามาก⁹

โดยที่ประเทศไทยได้เจรจาการค้าทวิภาคีกับสหภาพยุโรป และจะเจรจากับสหรัฐโดยผ่านความตกลงทีพีพี ซึ่งคู่เจรจาการค้าทั้งสองฝ่ายคงจะเสนอหลักการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามแนวทางของตนเองต่อไทย ประเทศไทยควรต้องพิจารณาอย่างรอบคอบถึงระบบการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ที่มีความเหมาะสมและให้ประโยชน์กับไทยมากที่สุด โดยประเมินผลกระทบของการคุ้มครองทั้งสองระบบอย่างรอบคอบ ทั้งผลกระทบในด้านกฎหมาย เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม นโยบายด้านสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของไทย ควรจะสอดคล้องกับวัตถุประสงค์และแผนการพัฒนาประเทศในระยะยาว รวมทั้งต้องคำนึงถึงท่าทีและจุดยืนของประเทศในการเจรจาพหุภาคีขององค์การการค้าโลกด้วย

ในการกำหนดรูปแบบที่เหมาะสมของการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และในท่าทีเจรจาเรื่องการขยายการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไปยังสินค้าอื่นตามข้อ 23 ของความตกลงทริปส์ ปัจจัยด้านพื้นฐานการผลิตและความต้องการของอุตสาหกรรมของประเทศนับว่ามีความสำคัญที่สุด ประเทศไทยอาจไม่ได้รับประโยชน์จากระบบการคุ้มครองระหว่างประเทศที่เป็นอยู่ในปัจจุบันเท่าใดนัก เนื่องจากไวน์และสุราที่ได้รับ ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ระดับสูงตามทริปส์ หากใช้สินค้าส่งออกสำคัญของไทยไม่ ประเทศไทยมีสินค้าเกษตร อาหาร และสินค้าหัตถกรรมเป็นสินค้าหลัก ดังนั้น การขยายความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไปยังสินค้าอื่น จึงอาจเป็นประโยชน์ต่อประเทศไทยมากกว่า โดยไทยอาจส่งเสริมให้มีการคุ้มครอง ชื่อสินค้าต่างๆ ที่สำคัญของไทย เช่น ชื่อสมุนไพร อาหาร เครื่องดื่ม สินค้าหัตถกรรม ฯลฯ รวมถึงอาจเรียกร้องให้มีการขยายการคุ้มครองไปยังธุรกิจบริการ ตลอดจนชื่อเรียกสินค้าหรือบริการที่เป็นศิลปกรรม พื้นบ้าน การแสดงทางวัฒนธรรม และพันธุ์พืชพันธุ์สัตว์ อันได้แก่ นวด แพทย์แผนไทย รำไทย มวยไทย ฯลฯ ซึ่งอาจรวมถึงคำต่างๆ เหล่านี้ “Siamese cat” “Jasmine rice” “ข้าวหอมมะลิ” “ผ้าไหมไทย” “ทุเรียนหมอนทอง” “ชมพู่เมืองเพชร” “รถตุ๊กตุ๊ก” “นวดแผนไทย” “มวยไทย” ฯลฯ

ประเทศไทยไม่ควรจะคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เพียงเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีความตกลงระหว่างประเทศเท่านั้น เพราะหากเปรียบเทียบกับระบบสิทธิบัตรที่มีค่าใช้จ่ายและต้นทุนที่สูงแล้ว การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ก็มิได้มีต้นทุนที่สูงเกินไปเท่าใดนัก การคุ้มครองที่มีประสิทธิภาพจะช่วยส่งเสริมการส่งออก และช่วยสร้างความเข้มแข็งของชุมชนท้องถิ่น ถึงแม้ข้อเสนอของสหภาพยุโรปที่ให้มีระบบทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ระหว่างประเทศ จะมีต้นทุนในการจัดทำและดำเนินการที่ค่อนข้างสูง เนื่องจากประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกจะต้องสร้างระบบทะเบียน และเชื่อมต่อฐานข้อมูลของประเทศกับฐานข้อมูลของคณะมนตรีทริปส์และประเทศสมาชิกอื่น แต่ก็คงจะเป็นต้นทุนที่สูงเฉพาะในช่วงต้นของการจัดทำเท่านั้น เมื่อได้มีการจัดทำระบบการคุ้มครองขึ้นแล้ว ต้นทุนค่าใช้จ่ายของการจดทะเบียน

⁹ โปรตดู จักรกฤษณ์ ครอบงวน และบัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์: ทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิชุมชน สำนักพิมพ์นิติธรรม พ.ศ. 2556

การตรวจสอบมาตรฐานสินค้า และการพิสูจน์การทำละเมิดก็จะมีไม่มากนัก ฐานข้อมูลและระบบทะเบียนจะช่วยให้การตรวจสอบและการฟ้องร้องคดี ไม่ว่าจะเป็นการค้าในหรือนานาชาติ เป็นไปได้ง่ายขึ้น

นอกจากสนับสนุนให้มีการจัดทำระบบทะเบียนระหว่างประเทศแล้ว ประเทศไทยควรหาทางให้มีการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าต่างๆ ให้กว้างขวางครอบคลุมสินค้าหลากหลายประเภท โดยไม่จำกัดอยู่เฉพาะสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไวน์และสุราเท่านั้น ประเทศไทยควรสนับสนุนให้มีการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าส่งออกสำคัญของไทย ซึ่งนอกจากข้าวและผ้าไหมแล้ว ก็ยังมีสินค้าอื่นอีกหลายประเภท หน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรกำหนดเป้าหมายและยุทธศาสตร์การส่งออก และใช้การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นเครื่องมือขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ส่งออกสินค้าเหล่านั้น

สำหรับข้อเสนอของสหภาพยุโรป ที่ให้มีการเสนอรายชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของแต่ละประเทศ ไปยังสำนักงานเลขาธิการองค์การการค้าโลก ซึ่งหากไม่มีการคัดค้านสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ใดภายในกำหนดเวลา 18 เดือน ก็ให้ถือว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นได้รับความคุ้มครองในทุกประเทศโดยอัตโนมัติ นั่นถึงแม้ว่าระบบที่เสนอนี้จะมีต้นทุนค่าใช้จ่ายค่อนข้างมาก แต่การลงทุนในเรื่องดังกล่าวก็จะเป็นผลดีต่อประเทศไทยในระยะยาว ทั้งในแง่ของการสร้างฐานข้อมูลที่มีความสมบูรณ์และเป็นระบบ และในการส่งเสริมนโยบายสร้างความเข้มแข็งของชุมชนท้องถิ่นของรัฐบาล ไม่ว่าจะเป็นนโยบายหนึ่งตำบลหนึ่งผลิตภัณฑ์หรือโอท็อป (OTOP) หรือนโยบายส่งเสริมการอนุรักษ์พัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่น นอกจากนี้ การคุ้มครองแบบกึ่งอัตโนมัติดังกล่าว ยังจะช่วยลดต้นทุนในการที่ไทยจะต้องไปขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในประเทศต่างๆ อีกด้วย