

บทที่



การคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย การแพทย์พื้นบ้าน และสมุนไพร

สถานการณ์การคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย การแพทย์พื้นบ้าน และสมุนไพร ประกอบด้วย ๕ สถานการณ์หลัก คือ (๑) สถานการณ์ด้านกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น (๒) สถานการณ์และความเปลี่ยนแปลงที่มีผลต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย (๓) การดำเนินงาน ปัญหาและอุปสรรค ความก้าวหน้าในการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย (๔) ความก้าวหน้าการเจรจาคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในเวทีระหว่างประเทศ (๕) สถานการณ์การคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยภายใต้พระราชบัญญัติการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒

๗.๑ สถานการณ์ด้านกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

แนวคิดด้านกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจจำแนกได้เป็น ๒ แนวทางใหญ่ๆ คือ **แนวทางเชิงตั้งรับ** (Defensive Protection) และ **แนวทางเชิงรุก** (Positive Protection) ทั้งนี้การดำเนินงานเพื่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นส่วนใหญ่ของประเทศต่างๆ และองค์กรพัฒนาเอกชน อยู่ในแนวทางเชิงรับ เป็นการจัดการแก้ไขปัญหาจากการรบกวนนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ประโยชน์โดยมิชอบหรือไม่เป็นธรรม (หรือที่เรียกกันว่า **โจรสลัดชีวภาพ**) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำไปจดคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้ระบบกฎหมายสิทธิบัตร^๑

๗.๑.๑ แนวทางเชิงตั้งรับ (Defensive Protection)

แนวทางนี้มีลักษณะในเชิงการป้องกันปัญหาผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อภูมิปัญญาท้องถิ่นจากการคุ้มครองภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในรูปแบบต่างๆ ข้อเสนอหรือการดำเนินงานตามแนวทางนี้ ได้แก่

- (๑) การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตร โดยกำหนดให้แจ้งเปิดเผยแหล่งที่มาของภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรพันธุกรรมในขั้นตอนการขอรับสิทธิบัตร
- (๒) การจัดทำฐานข้อมูลเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นและศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้าน

ระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นอยู่ในปัจจุบันอาจเอื้อให้มีการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากภูมิปัญญาท้องถิ่น (และ/หรือทรัพยากรพันธุกรรม) เนื่องจากเปิดโอกาสให้มีการนำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นมาขอรับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แม้ว่าการได้ภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นมาจะเป็นไปโดยมิชอบก็ตาม กลายเป็นปัญหาการละเมิดสิทธิของชุมชนท้องถิ่นดังตัวอย่างที่เกิดขึ้น เช่น การจดสิทธิบัตรกรณีขมิ้นชันและสะเดาของอินเดีย การจดสิทธิบัตรกรณีเป็ล้าน้อยของไทย เป็นต้น ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายในส่วนกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะในส่วนกฎหมายสิทธิบัตร โดยมีเป้าหมายสำคัญ คือ เพื่อสร้างความเป็นธรรมต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือทรัพยากรพันธุกรรม และป้องกันปัญหาการละเมิดนำภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือทรัพยากรพันธุกรรมมาจดขอรับความคุ้มครองโดยมิชอบ ซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity)

^๑ Dutfield, G. 2004. **Alternative Approaches to Traditional Knowledge Protection**, Chapter 11. in Intellectual Property, Biogenetic Resources. pp.110-124.

แนวทางการปรับปรุงกฎหมายสิทธิบัตรเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวอาจกระทำโดยให้มีการเปิดเผย แจ้างแหล่งที่มาของภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือทรัพยากรพันธุกรรมที่เกี่ยวข้องกับสิ่งประดิษฐ์ที่มาขอรับความคุ้มครอง นอกจากนี้ อาจกำหนดให้แสดงหลักฐานการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ในกรณีที่มีการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือทรัพยากรพันธุกรรมเป็นส่วนสำคัญในการสร้างสรรค์สิ่งประดิษฐ์นั้น แนวทางข้างต้นนี้ เป็นหลักการที่กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาและประเทศไทยได้แสดงเป็นจุดยืนในการเจรจาทบทวนความตกลงทริปส์ (TRIPs) ภายใต้องค์การการค้าโลก^๒

สำหรับข้อพิจารณาว่าการกำหนดให้เปิดเผย แจ้างแหล่งที่มาของภูมิปัญญาท้องถิ่นในขั้นตอนการขอรับสิทธิบัตร จะขัดแย้งกับข้อกำหนดในมาตรา ๒๙ ของความตกลงทริปส์ขององค์การการค้าโลกหรือไม่นั้น ความเห็นในเรื่องนี้แยกเป็น ๒ กลุ่ม ทั้งที่เห็นว่าขัดและไม่ขัด ขณะนี้ยังไม่ได้ข้อยุติที่ชัดเจน อย่างไรก็ตาม ได้มีการนำมาตรการดังกล่าวไปใช้ดำเนินการอยู่บ้างแล้วในประเทศต่างๆ ตัวอย่างเช่น

- ❖ สหภาพยุโรปได้กำหนดเป็นมาตรการแบบสมัครใจ (Voluntary Measure) อยู่ใน EU Directive on the Legal Protection of Biotechnological Invention. (Recital 27)
- ❖ ประเทศเบลเยียม ได้มีการปรับแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตร (Belgian Patent Act 1984) ในปี ค.ศ. ๒๐๐๐ โดยในการยื่นขอสิทธิบัตร ต้องให้มีการแจ้างแหล่งกำเนิดของพืชหรือสัตว์ที่เกี่ยวข้องกับการประดิษฐ์ด้วย
- ❖ ประเทศอินเดีย ในการแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรปี ๒๐๐๒ ได้เพิ่มเหตุผลในการเพิกถอนสิทธิบัตรเพิ่มเติม ๒ ข้อ คือ ไม่มีการแจ้างข้อมูลแหล่งที่มาของทรัพยากรชีวภาพ (biological material) อย่างครบถ้วน และกรณีข้อถือสิทธิในสิทธิบัตรซ้ำซ้อนกับความรู้ของชุมชนท้องถิ่นหรือชุมชนพื้นเมืองที่มีอยู่ในอินเดียหรือที่อื่นๆ
- ❖ ประเทศบราซิล ในมาตรา ๓๑ ของ Brazil's Provisional Measure No.2.186-16 ได้กำหนดให้การขอรับสิทธิบัตรต้องแจ้างระบุแหล่งที่มาของทรัพยากรชีวภาพ หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นแล้วแต่กรณี

^๒ WTO. 2004. Elements of the Obligation to Disclose the Source and Country of Origin of the Biological Resources and/or Traditional Knowledge Used in an Invention, 27 September 2004. WTO Official Document. IP/C/W/429/Rev.1

สำหรับในเรื่องการจัดทำฐานข้อมูล (Database) เกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่น และศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้าน จะเป็นประโยชน์ทั้งในด้านการใช้เป็นหลักฐานสำหรับ ผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรที่จะระบุว่า สิ่งที่น่ามาขึ้นจดสิทธิบัตรนั้นไม่ใหม่ (Non-novel) หรือ เป็นการตรวจสอบว่าได้มีการฉกฉวยทรัพย์สินทางปัญญาท้องถิ่นหรือ ศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้านที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพนั้นๆ ไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต จากเจ้าของหรือไม่ นอกจากนี้ ยังเป็นเครื่องช่วยในเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์ไปยัง ชุมชน หรือกลุ่มบุคคลที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้านนั้นด้วย

กรณีตัวอย่างที่ดีของการดำเนินงานตามแนวทางนี้ คือ ประเทศอินเดียซึ่งได้มีการขึ้นทะเบียนความหลากหลายทางชีวภาพของท้องถิ่น (Community Biodiversity Registers-CBRs) เพื่อการบันทึกภูมิปัญญาท้องถิ่น นวัตกรรม และวิถีการใช้สอย เครื่องมือ รวมถึงทรัพยากรต่างๆ ของชุมชน และมีการจัดทำฐานข้อมูลเกี่ยวกับ ภูมิปัญญาการแพทย์และยาแผนเดิมของอินเดีย ทั้งที่เป็นที่รู้จักกันแพร่หลายและยังไม่เป็นที่รู้จักไว้เป็นชุดๆ โดยเรียกเป็นห้องสมุดดิจิทัลของภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge Digital Library-TKDL)

ในเดือนพฤษภาคม ๒๕๔๘ ทางสำนักงานสิทธิบัตรยุโรป ได้เห็นชอบในหลักการ ที่จะพยายามหาทางป้องกันการฉกฉวยนำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นของอินเดียโดยเฉพาะใน ด้านการแพทย์ มาขอรับสิทธิบัตรโดยมิชอบ โดยจะมีข้อตกลงร่วมกันระหว่างทาง สำนักงานสิทธิบัตรยุโรปกับรัฐบาลอินเดียในเร็วๆ นี้ เพื่อให้สำนักงานสิทธิบัตรยุโรป สามารถเข้าถึงฐานข้อมูล TKDL ของประเทศอินเดีย ซึ่งเก็บข้อมูลเรื่องยาพื้นบ้านกว่า ๑๓๖,๐๐๐ รายการ และใช้เป็นข้อมูลในการตรวจสอบการขอรับสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับพืช^๓

๗.๑.๒ แนวทางเชิงรุก (Positive Protection)

การดำเนินงานตามแนวทางนี้ คือ การพัฒนาจัดทำระบบกฎหมายเฉพาะ (*sui generis system*) ให้มีความเหมาะสมต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

เนื่องจากระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบันมีข้อจำกัดและอุปสรรค ไม่อาจใช้เพื่อการรับรองและคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นได้อย่างเหมาะสมและเป็นธรรม และในบางกรณีอาจสร้างผลกระทบในเชิงลบ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการพัฒนาระบบกฎหมายเฉพาะเพื่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ที่มีความเหมาะสมสอดคล้องกับ

^๓ EU to protect India's traditional knowledge. Times News Network, May 16, 2005.

สภาพและเงื่อนไขของการอนุรักษ์ การใช้ประโยชน์ และการพัฒนาส่งเสริมภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยคำนึงถึงบริบทแต่ละประเทศและสภาพปัญหาในระดับสากล

แนวคิดในการพัฒนากฎหมายเฉพาะนี้อาจมีหลายแนวทาง คือ การใช้ระบบทรัพย์สิน (Property Regimes) หรือระบบความรับผิดชอบ (Liability Regimes) หรือการผสมผสานทั้งสองระบบ

หากเป็นระบบทรัพย์สิน จะอยู่บนหลักการให้ “สิทธิเด็ดขาด” (Exclusive Right) แก่ผู้เป็นเจ้าของ เป็นสิทธิในการเข้าถึงภูมิปัญญา สิทธิปฏิเสธการเข้าถึง สิทธิในการกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ในการเข้าถึง การแบ่งปันผลประโยชน์ สำหรับระบบความรับผิดชอบนั้นจะอยู่บนพื้นฐานหลักการของความรับผิดชอบในการเข้าถึงภูมิปัญญาอาจเป็นไปได้โดยมิได้รับอนุญาตจากผู้เป็นเจ้าของ แต่ต้องมีกลไกให้เกิดความรับผิดชอบในภายหลัง (Ex-post Compensation) ทั้งนี้เนื่องจากในสภาพความเป็นจริง ภูมิปัญญาท้องถิ่นจำนวนมากมีการเผยแพร่อย่างกว้างขวาง อยู่ในสภาพที่เป็น “สมบัติสาธารณะ” (Public Domain) ไม่สามารถระบุผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาที่แท้จริงได้ ระบบความรับผิดชอบจึงเป็นแนวทางที่ช่วยแก้ไขปัญหาดังกล่าว

รูปธรรมของการดำเนินงานปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่นแบบเชิงรุก เช่น ประเทศเปรูได้ผ่านกฎหมายในปี ๒๕๔๕ เพื่อการคุ้มครองภูมิปัญญาของชนพื้นเมืองโดยมีชื่อว่า “Regime of the Protection of the Collective Knowledge of Indigenous People” เป็นกฎหมายที่จัดทำโดยหน่วยงานของรัฐบาลเปรูที่ชื่อ INDECOPI (National Institute for the Defense of Compensation and Intellectual Property) โดยกระบวนการมีส่วนร่วมของภาคประชาสังคม กฎหมายดังกล่าวให้การคุ้มครอง “ภูมิปัญญาร่วม” (Collective Knowledge) ของชนพื้นเมืองที่มีความเกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพ การเข้าถึงภูมิปัญญาดังกล่าวเพื่อการศึกษาวิจัยเชิงพาณิชย์หรืออุตสาหกรรม ต้องได้รับความยินยอมล่วงหน้า (Prior Informed Consent) จากผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญา ก่อน โดยมีการทำสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์จากผลกำไรที่เกิดขึ้นในอนาคตไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕ ของมูลค่าการขาย (ก่อนหักภาษี) นำเงินเข้ากองทุนพัฒนาชนพื้นเมือง กฎหมายนี้มีข้อยกเว้นการขออนุญาตเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์สำหรับการเข้าถึงและใช้ภูมิปัญญาระหว่างชนพื้นเมืองด้วยกัน หรือการใช้เพื่อตลาดภายในประเทศที่ไม่ใช่ในระดับอุตสาหกรรม^๕ นอกเหนือ

^๕ Aguirre, Begona. 2003. **The Peruvian Law on Protection of the Collective Knowledge of Indigenous Peoples Related to Biological Resources**, Chapter 30. in Bellmann, Dutfield and Melendez-Ortiz (eds.), *Trading in Knowledge: Development Perspectives on TRIPS, Trade and Sustainability*. pp.285-292.

จากกรณีประเทศเปรูแล้ว ยังมีกรณีตัวอย่างการดำเนินงานตามแนวทางเชิงรุกอีก บางประเทศ เช่น ประเทศอินเดีย เป็นต้น (โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อที่ ๗.๒.๔)

หากพิจารณาจากกรอบแนวคิดด้านกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ตามที่ Dutfield (๒๐๐๔) เสนอไว้ ประเทศไทยได้มีการดำเนินงานด้านการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นทั้งในแบบเชิงรับและเชิงรุก

ในแนวทางเชิงตั้งรับ จากปัญหากรณีโจรสลัดชีวภาพหลายครั้งที่เกิดขึ้นกับ ประเทศไทย เช่น กรณีปล้นน้ำอ้อย กรณีกวางเครือ กรณีข้าวหอมมะลิ ฯลฯ ทำให้เกิดความตื่นตัวของภาคประชาสังคมต่อการป้องกันแก้ไขปัญหาดังกล่าว ได้มีข้อเสนอจาก องค์การภาคประชาชนเพื่อผลักดันการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายสิทธิบัตร ให้มีเงื่อนไขการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ในการประดิษฐ์ สำหรับ ในด้านการจัดทำฐานข้อมูลเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่น/ความหลากหลายทางชีวภาพ ได้ เริ่มมีการดำเนินงานตามกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชและกฎหมายภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย และมีการจัดเก็บข้อมูลการจัดกระจายอยู่ตามหน่วยงานต่างๆ ทั้งภาครัฐและ องค์การภาคประชาชน ยังขาดการจัดทำเป็นเครือข่ายฐานข้อมูลอย่างเป็นระบบ

ในการคุ้มครองตามแนวทางเชิงรุก หน่วยงานภาครัฐและองค์การภาคประชาสังคม ได้ร่วมกันผลักดันกฎหมายเฉพาะ (*sui generis*) ที่เกี่ยวข้องกับคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการอนุรักษ์ ปรับปรุงพันธุ์พืช และด้านภูมิปัญญาการแพทย์ดั้งเดิม จน ประสบผลสำเร็จ ในปี พ.ศ. ๒๕๔๒ มีการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช และ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย นอกจากนี้ ยังมีความพยายามมาเป็นระยะที่จะผลักดันให้มีกฎหมายเฉพาะด้านการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นให้ครบถ้วน นอกเหนือจากภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านพันธุ์พืชและ ด้านการแพทย์ดั้งเดิม

๗.๒ การทบทวนสถานการณ์และความเปลี่ยนแปลงที่มีผลต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย^๔

สาระสำคัญของกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยเน้นภูมิปัญญาด้านการแพทย์พื้นบ้านและการแพทย์แผนไทย จุดแข็ง จุดอ่อนและ ข้อจำกัดของกฎหมายที่มีอยู่ รวมถึงความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น มีดังนี้

^๔ เนื้อหาส่วนใหญ่ในหัวข้อนี้เป็นการสรุปและปรับปรุงเพิ่มเติมจาก บัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์ และ เจษฎ์ โทณะวณิก. ๒๕๔๘. การศึกษาเรื่องบทบาท/ทำที่ของไทยต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น. รายงานฉบับสมบูรณ์เสนอต่อ กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ.

๗.๒.๑ กฎหมายภายในประเทศ

๗.๒.๑.๑ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐

การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทย มีปรากฏเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๕๐ โดยระบุไว้ในมาตรา ๔๖ ว่า

“บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

อย่างไรก็ตาม องค์การภาคีรัฐส่วนใหญ่ยังคงยึดถือกฎหมายต่างๆ ที่มีอยู่ก่อนที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจะมีผลบังคับใช้ ซึ่งไม่ได้ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ รวมถึงการอ้างถึงความจำเป็นที่จะต้องมีการยอมรับสิทธิชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมก่อนจึงจะสามารถปฏิบัติตามมาตรา ๔๖ ได้ ทำให้การดำเนินงานคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในทางปฏิบัติยังมีปัญหาอยู่ค่อนข้างมาก นอกจากนี้ ยังมีปัญหาในแง่การตีความ นิยามของ “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” ว่ามีคุณลักษณะของชุมชนอย่างไร

ในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๕๐ สภาร่างรัฐธรรมนูญได้ตระหนักถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญปี ๒๕๕๐ เกี่ยวกับเรื่อง “สิทธิชุมชนดั้งเดิม” ดังนั้นจึงได้ขยายการรับรองสิทธิของ “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” เป็น “ชุมชน ชุมชนท้องถิ่นหรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” เพื่อแก้ไขปัญหาคอขวดเกี่ยวกับความหมายหรือคำนิยามของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม นอกจากนี้ ยังได้ตัดถ้อยคำ “**ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ**” ออกไป เพื่อให้สามารถใช้สิทธิได้ทันที

การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นตามมาตรา ๖๖ ในรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๕๐ มีดังนี้

“บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน”

^๖ คณะกรรมาธิการวิสามัญยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ๒๕๕๐. เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐. หน้า ๖๑.

๗.๒.๑.๒ กลุ่มกฎหมายด้านการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

กฎหมายของไทยที่มีเนื้อหาสาระเชื่อมโยงต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นค่อนข้างมาก มี ๓ ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ และพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๔ แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕

(๑) พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒

ขอบเขตของกฎหมายนี้จะให้การคุ้มครองทั้งในส่วนที่เป็นภูมิปัญญาด้านการแพทย์แผนไทย ได้แก่ สูตรตำรับยา และตำราการแพทย์แผนไทย และในส่วนที่เป็นสมุนไพร ซึ่งมีการคุ้มครองทั้งในส่วนที่เป็นสมุนไพรโดยตรง และพื้นที่ที่เป็นแหล่งกำเนิดสมุนไพร

ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยตามกฎหมายนี้ ได้มีการจำแนกออกเป็น ๓ ประเภท คือ (๑) ตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ (๒) ตำรับยาแผนไทยทั่วไปหรือตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไป และ (๓) ตำรับยาแผนไทยส่วนบุคคลหรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคล การกำกับดูแลคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยแต่ละประเภทมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างไป การนำเอาตำรับยาแผนไทยของชาติไปใช้ประโยชน์ในทางการค้าต้องขออนุญาต มีการตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ และมีเงื่อนไขจำกัดสิทธิ วิธีการและเงื่อนไขจะเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

ในส่วนการคุ้มครองสมุนไพร ได้จำแนกสมุนไพรออกเป็น ๓ กลุ่ม คือ สมุนไพรที่มีค่าต่อการศึกษาวิจัย สมุนไพรที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจ และสมุนไพรที่ใกล้จะสูญพันธุ์ โดยมีการควบคุมและใช้ประโยชน์ที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเภท ทั้งนี้สมุนไพรไม่ได้มีความหมายเฉพาะพืชเท่านั้น แต่มีความหมายรวมถึง สัตว์ จุลชีพ ธาตุวัตถุ สารสกัดดั้งเดิมจากพืชหรือสัตว์ด้วย

การควบคุมการเข้าถึงสมุนไพรตามกฎหมายนี้มี ๒ วิธี คือ (๑) ด้วยการประกาศเป็น “สมุนไพรควบคุม” สำหรับสมุนไพรที่มีค่าต่อการศึกษา มีความสำคัญทางเศรษฐกิจ หรืออาจสูญพันธุ์ (มาตรา ๔๔) และ (๒) ด้วยการประกาศเป็น “เขตพื้นที่คุ้มครองสมุนไพร” ในกรณีที่พื้นที่นั้นเป็นถิ่นกำเนิดของสมุนไพรหรือมีความหลากหลายทางชีวภาพที่อาจถูกทำลายหรืออาจได้รับผลกระทบกระเทือนจากการกระทำของมนุษย์หรือการเข้าไปใช้ประโยชน์จากสมุนไพรอันมีลักษณะเป็นการเสี่ยงต่อการสูญพันธุ์หรือการ

ลดลงของพันธุกรรม หรือทางราชการมีวัตถุประสงค์จะส่งเสริมให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมในการจัดการบริหาร การพัฒนา และการใช้ประโยชน์จากสมุนไพรในพื้นที่นั้น โดยที่พื้นที่นั้นยังไม่ได้ถูกประกาศกำหนดเป็นเขตอนุรักษ์ (มาตรา ๖๑) เมื่อได้ประกาศเป็นเขตพื้นที่คุ้มครองสมุนไพรแล้ว จะมีการออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อการคุ้มครอง เช่น การเข้าถึง การใช้ประโยชน์ วิธีการจัดการ ฯลฯ

(๒) พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒

ตามกฎหมายนี้ได้จำแนกพันธุ์พืชออกเป็น ๔ ประเภท คือ พันธุ์พืชป่า พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น และพันธุ์พืชใหม่ การเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืช แต่ละประเภทจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดไว้ตามกฎหมาย

เงื่อนไขการเข้าถึงและการใช้ประโยชน์พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปและพันธุ์พืชป่า คือ การเก็บ จัดหา หรือรวบรวมพันธุ์พืชหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของพืช เพื่อการปรับปรุงพันธุ์ ศึกษาทดลอง หรือวิจัยเพื่อประโยชน์ในทางการค้า จะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ และทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ โดยให้นำเงินรายได้ตามข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ส่งเข้ากองทุนคุ้มครองพันธุ์พืช (มาตรา ๕๒) หรือถ้าเป็นการเข้าถึงที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในทางการค้า จะต้องปฏิบัติตามระเบียบที่คณะกรรมการคุ้มครองพันธุ์พืชกำหนดขึ้น (มาตรา ๕๓)

กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช ให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการเกษตรของชุมชนโดยให้การคุ้มครอง “พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น”^๗, การคุ้มครองสิทธิเกษตรกร ประเพณี การปฏิบัติ เช่น การแลกเปลี่ยนพันธุ์พืชระหว่างเกษตรกร/ระหว่างชุมชน การเก็บพันธุ์พืชที่ตนเองผลิตไว้ใช้ในฤดูถัดไป (มาตรา ๓๓) รวมถึง การพัฒนาและส่งเสริมภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยการจัดตั้งกองทุนคุ้มครองพันธุ์พืชขึ้นมา โดยนำเงินจากกองทุนไปช่วยเหลือหรืออุดหนุน กิจกรรมใดๆ ของชุมชน เพื่อการอนุรักษ์ การวิจัยและพัฒนาพันธุ์พืช (มาตรา ๕๕)

^๗ พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น หมายถึง พันธุ์พืชที่มีอยู่ในท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งภายในราชอาณาจักรเท่านั้น (มาตรา ๔๓)

(๓) พ.ร.บ. โบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๔ แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕

กฎหมายฉบับนี้ ให้การคุ้มครองโบราณสถาน โบราณวัตถุ และศิลปวัตถุของรัฐและเอกชน มาตรการในการควบคุม คือ การควบคุมการทำสิ่งเทียมโบราณวัตถุและสิ่งเทียมศิลปวัตถุ (มาตรา ๑๘ ทวิ) โดยโบราณวัตถุ/ศิลปวัตถุที่ประกาศควบคุมการทำเทียมจะต้องเป็นโบราณวัตถุ/ศิลปวัตถุที่อยู่ในความครอบครองของกรมศิลปากรหรือกรมศิลปากรได้ประกาศขึ้นทะเบียนและมีประโยชน์/คุณค่าทางศิลปะ ประวัติศาสตร์หรือโบราณคดีเป็นพิเศษ

ตามข้อกำหนดในกฎหมาย ผู้ประสงค์จะผลิต ค้า หรือมีไว้ในสถานที่ทำการค้าซึ่งสิ่งเทียมโบราณวัตถุ/สิ่งเทียมศิลปวัตถุที่ควบคุมการทำเทียม จะแจ้งการผลิตและปฏิบัติตามประกาศกรมศิลปากร เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการผลิต การค้า หรือมีไว้ในสถานที่ทำการค้าซึ่งสิ่งเทียมโบราณวัตถุ หรือสิ่งเทียมศิลปวัตถุที่ควบคุมการทำเทียม

๗.๒.๑.๓ กลุ่มกฎหมายด้านยาและสาธารณสุข

มีกฎหมาย ๒ ฉบับที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ได้แก่ พระราชบัญญัติยา พ.ศ. ๒๕๑๐ และพระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. ๒๕๔๒ แต่กฎหมายทั้งสองฉบับนี้มุ่งควบคุมการประกอบวิชาชีพ หรือการผลิต ขาย นำหรือส่งเข้ามาซึ่งยาแผนโบราณ ดังนั้นจึงไม่สามารถที่จะให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาการแพทย์ของไทยได้ตามเจตจำนงที่ต้องการให้มีการปกป้อง อนุรักษ์ หรือรักษาไว้ซึ่งภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยที่เกี่ยวกับการแพทย์ การพยาบาล การเภสัชกรรม ฯลฯ

๗.๒.๑.๔ กลุ่มกฎหมายด้านทรัพย์สินทางปัญญา

ในกลุ่มกฎหมายด้านทรัพย์สินทางปัญญาของไทย มีกฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับ การคุ้มครองภูมิปัญญาไทย ๔ ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๔๒, พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗, พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๕ และพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. ๒๕๔๖

กฎหมายทั้ง ๔ ฉบับดังกล่าว มีโอกาสที่จะนำมาใช้คุ้มครองปกป้องภูมิปัญญาไทยได้ในหลายกรณี แต่มีเงื่อนไขและอุปสรรคสำคัญหลายประการ ปัญหาและข้อจำกัดของการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา สรุปได้ดังนี้^{๑๔}

- ก. ปรัชญาของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา คือ การคุ้มครองผลิตผลทางความคิดของมนุษย์ที่เป็นสิ่งใหม่ สิ่งที่ปรากฏต่อสาธารณชนอยู่แล้วหรือเป็นการค้นพบซึ่งเป็นคุณลักษณะสำคัญของภูมิปัญญาไทย จึงไม่อาจได้รับการคุ้มครอง
- ข. กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญารูปแบบต่างๆ มุ่งให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคล ซึ่งแตกต่างจากแนวคิดการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย ซึ่งเป็นสิทธิหรือสมบัติร่วมของชุมชน
- ค. กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาให้สิทธิเด็ดขาดแก่ผู้ทรงสิทธิในระยะเวลาช่วงหนึ่ง เมื่อหมดอายุคุ้มครองก็จะกลายเป็นสมบัติสาธารณะ หลักการนี้ขัดกับวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย ซึ่งไม่ได้มุ่งหมายเรื่องสิ่งตอบแทนหรือรางวัล แต่เน้นให้มีการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างเคารพ รับรู้ถึงสิทธิของชุมชน โดยไม่จำกัดระยะเวลา
- ง. กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน อาจเป็นเครื่องมือช่วยส่งเสริมการฉกฉวยเอาภูมิปัญญาไทย (รวมทั้งของประเทศกำลังพัฒนา) ไปใช้ประโยชน์โดยมิชอบ และไม่เป็นธรรม

โดยสรุป กฎหมายของไทยในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยด้านการแพทย์พื้นบ้านและการแพทย์แผนไทย มีกฎหมายเฉพาะ (*sui generis system*) ที่เกี่ยวข้องอยู่ ๒ ฉบับ คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ๒๕๔๒ และพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช ๒๕๔๒ กฎหมายดังกล่าวให้ความคุ้มครองต่อภูมิปัญญาด้านการแพทย์แผนไทย การแพทย์พื้นบ้าน สิทธิเกษตรกร สิทธิชุมชน และภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืช จนถึงในขณะนี้ยังไม่เป็นที่ชัดเจนว่า ประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายทั้งสองฉบับจะมีมากน้อยเพียงใด เนื่องจากยังไม่ได้มีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเต็มที่ ส่วนกฎหมายด้านการแพทย์

^{๑๔} จักรกฤษณ์ ครอบพจน์. ๒๕๔๔. สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์. สำนักพิมพ์นิติธรรม. และ นันทน อินทนนท์. ๒๕๔๖. ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาและผลกระทบต่อภูมิปัญญาท้องถิ่น. ใน จักรกฤษณ์ ครอบพจน์ และบัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์, (บก.) สูการปฏิรูปฐานทรัพยากร. โครงการยุทธศาสตร์นโยบายฐานทรัพยากร คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ที่เกี่ยวข้อง เช่น พระราชบัญญัติยา ๒๕๑๐ และพระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. ๒๕๔๒ มีเนื้อหาบางส่วนที่เป็นข้อจำกัดต่อการพัฒนาและส่งเสริมภูมิปัญญาไทย

๗.๒.๒ ความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย

ในปัจจุบันมีความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและภูมิปัญญาไทยด้านการแพทย์ สาระโดยสังเขปของความตกลงระหว่างประเทศบางฉบับที่สำคัญและเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยด้านการแพทย์ มีดังนี้

๗.๒.๒.๑ อนุสัญญาเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)

การคุ้มครองภายใต้อนุสัญญาเบอร์นนี้นั้นมีขอบเขตในเรื่องงานวรรณกรรม และศิลปกรรมในลักษณะที่ค่อนข้างกว้าง โดยรวมถึงการสร้างสรรคงานวรรณกรรม งานทางวิทยาศาสตร์ และงานศิลปกรรมทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะได้ออกออกอย่างไร เช่น หนังสือ เอกสาร สิ่งตีพิมพ์ หรือการเขียนอื่นๆ เช่น สมุดจดบันทึก ปาฐกถา คำเทศนา และงานที่มีธรรมชาติคล้ายคลึงกัน นอกจากนี้ยังหมายรวมถึงงานการละคร ละครเพลง การเต้นรำตามจังหวะ และละครใบ้ งานดนตรีกรรม งานสถาปัตยกรรม ประติมากรรม ภาพพิมพ์ ฯลฯ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการคุ้มครองนั้นกำหนดไว้ในลักษณะที่กว้างมาก

สิ่งที่ควรจะใช้อนุสัญญาเบอร์นในการคุ้มครองคือ งานที่มีพื้นฐานมาจากภูมิปัญญาท้องถิ่น เช่น การนำต้นแบบจากที่คนโบราณได้สร้างสรรค์ไว้ มาทำเป็นงานรูปแบบใหม่ที่ยังคงคุณค่าของงานดั้งเดิมไว้ อย่างการสร้างสถาปัตยกรรมที่มีความคล้ายคลึงกับโบราณสถาน หรือการเขียนตำรับตำรายาที่อาศัยองค์ความรู้ หรือภูมิปัญญาดั้งเดิมมาเป็นพื้นฐาน เป็นต้น

๗.๒.๒.๒ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

เนื้อหาของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพที่เกี่ยวข้องกับเรื่องภูมิปัญญาไทยอยู่ใน ข้อ ๔ (j) โดยกำหนดเป็นหลักการให้ประเทศภาคีสมาชิก “เคารพ ปกป้อง และรักษาไว้ซึ่งความรู้ นวัตกรรม และประเพณีปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่น ซึ่งประกอบกันเป็นวิถีชีวิตดั้งเดิม ที่มีความเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพ และส่งเสริมให้มีการนำความรู้

นวัตกรรมและประเพณีปฏิบัติเหล่านั้นไปใช้ประโยชน์อย่างกว้างขวางยิ่งขึ้น โดยต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถือครองความรู้เหล่านั้น และจะต้องส่งเสริมให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้ประโยชน์ของความรู้ นวัตกรรม และประเพณีปฏิบัตินั้นอย่างเป็นธรรม”

ภูมิปัญญาไทยด้านการแพทย์และสุขภาพนับเป็นความรู้ นวัตกรรมและประเพณีปฏิบัติของชุมชนในแนวทางที่สอดคล้องกับหลักการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากหลากหลายหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน ดังนั้นภูมิปัญญาไทยจึงอยู่ในขอบข่ายที่จะได้รับการคุ้มครองตามหลักการที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้

เนื่องจากข้อบัญญัติในมาตรา ๘ (j) ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ เป็นเพียงหลักการกว้างๆ ที่ให้ประเทศภาคีสมาชิกนำไปปฏิบัติ ภาคีสมาชิกของอนุสัญญา ว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพจึงได้พยายามที่จะผลักดันการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นให้เกิดผลอย่างจริงจังมากยิ่งขึ้น ในการประชุมภาคีสมาชิกครั้งที่ ๔ ในปี ๒๕๔๑ ได้มีมติที่ IV/๙ ให้จัดตั้งคณะทำงานเฉพาะกิจว่าด้วยข้อ ๘ (j) และข้อบัญญัติที่เกี่ยวข้อง คณะทำงานได้มีการประชุมไปแล้ว ๕ ครั้ง ผลสำเร็จของการดำเนินงานที่สำคัญคือ การพัฒนาแนวทางการประเมินผลกระทบทางสังคม สิ่งแวดล้อม และวัฒนธรรมจากการพัฒนาที่เกิดขึ้นในพื้นที่ที่ชุมชนพื้นเมืองหรือชุมชนท้องถิ่นได้ใช้ประโยชน์หรือครอบครองอยู่ นอกจากนี้ คณะทำงานฯ ได้มีข้อเสนอให้พัฒนาระบบกฎหมายเฉพาะ (*sui generis system*) เพื่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับประเทศ ในขั้นต่อไปคณะทำงานจะได้มีการพิจารณาเกี่ยวกับเนื้อหาสำคัญของระบบกฎหมายเฉพาะนี้

๗.๒.๒.๓ สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร

สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร (International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture) เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการรับรองจัดทำขึ้นเมื่อวันที่ ๓ พฤศจิกายน ๒๕๔๔ อยู่ภายใต้การบริหารจัดการขององค์การอาหารและเกษตรแห่งสหประชาชาติ (FAO) มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ ๒๙ มิถุนายน ๒๕๔๗ สำหรับประเทศไทยได้ลงนามรับรองสนธิสัญญาไปแล้วแต่ยังไม่ได้ให้สัตยาบันเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิก อยู่ในระหว่างกระบวนการพิจารณา

เนื้อหาของสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นอยู่ในการคุ้มครอง “สิทธิเกษตรกร” ซึ่งในสนธิสัญญานี้ได้ให้การรับรองสิทธิเกษตรกรได้อย่างชัดเจนในข้อ ๙ ของสนธิสัญญาฯ โดยเน้นย้ำถึงความสำคัญและบทบาทของชุมชนพื้นเมือง ชุมชนท้องถิ่นและเกษตรกร ในการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืช และได้บัญญัติให้ประเทศสมาชิกควรดำเนินมาตรการตามที่เหมาะสม และขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละประเทศที่จะทำการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิเกษตรกรในด้านต่างๆ ได้แก่ การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช สิทธิในการร่วมแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช สิทธิในการร่วมตัดสินใจเรื่องการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชอย่างยั่งยืนในระดับชาตินอกจากนี้ยังระบุด้วยว่า จะไม่มีการตีความของบทบัญญัตินี้ในลักษณะที่จะไปจำกัดสิทธิของเกษตรกรที่มีอยู่ในการเก็บ ใช้ประโยชน์ แลกเปลี่ยน และขายเมล็ดพันธุ์หรือส่วนขยายพันธุ์ที่ได้จากการทำการเกษตร แต่ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายของประเทศสมาชิกและตามความเหมาะสม

การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้สนธิสัญญาฯ ฉบับนี้ มีขอบเขตของความคุ้มครองที่แคบกว่าบทบัญญัติตามข้อ ๘ (j) ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ เนื่องจากจำกัดอยู่ในขอบเขตการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชสำหรับอาหารและการเกษตรเท่านั้น ส่วนความรู้เกี่ยวกับการใช้พันธุกรรมพืชในการบำบัดโรคหรือในทางอุตสาหกรรมไม่อยู่ในกรอบสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชฯ (Correa, 2001) อย่างไรก็ตามเนื่องจากลักษณะของการใช้ประโยชน์จากสมุนไพรในชุมชนท้องถิ่นของประเทศเขตร้อนนั้น มีรูปแบบและวิธีการใช้ที่ผสมผสานกันไปในเรื่องอาหารและสุขภาพ นอกจากนี้เกษตรกรและหมอยาพื้นบ้านก็อาจเป็นคนคนเดียวกันได้ ดังนั้นการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของเกษตรกรที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชตามสนธิสัญญาฉบับนี้ จึงมีส่วนสนับสนุนการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแพทย์ และด้านอื่นๆ ด้วย

๗.๒.๒.๔ ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspect of Intellectual Property Rights : TRIPs) หรือความตกลงทริปส์ เป็นความตกลงฉบับหนึ่งจากผลการเจรจาการค้าเสรีรอบอุรุกวัยที่สิ้นสุดลงในปี ๒๕๓๔ วัตถุประสงค์สำคัญของความตกลงทริปส์ คือ เพื่อส่งเสริมให้มีการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพ และต้องไม่ทำให้

มาตรการในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นอุปสรรคต่อการค้าเสรีระหว่างประเทศ กำหนดเงื่อนไขให้ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในรูปแบบต่างๆ โดยได้กำหนดบรรทัดฐานเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการคุ้มครอง สิ่งที่ได้รับคุ้มครอง ขอบเขตของสิทธิ การบังคับใช้สิทธิ รวมถึงกลไกการระงับข้อพิพาท ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกต้องยึดถือปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำของความตกลงฉบับนี้ อย่างไรก็ตาม ประเทศสมาชิกสามารถบัญญัติกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาให้มีระดับการคุ้มครองที่สูงกว่าความตกลงทริปส์ได้ ตราบเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักการที่บัญญัติไว้ในความตกลงฉบับนี้ (TRIPs ข้อ ๑.๑)

เนื้อหาของความตกลงที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย คือ เงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในข้อ ๒๗ เรื่องสิ่งที่ได้รับสิทธิบัตร ตามบทบัญญัติดังกล่าว ประเทศสมาชิกจะต้องให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่การประดิษฐ์ในทุกสาขาเทคโนโลยี โดยมีข้อยกเว้นในข้อ ๒๗.๓(b) ว่า ประเทศสมาชิกอาจไม่คุ้มครองพืชและสัตว์ภายใต้ระบบสิทธิบัตร แต่ต้องให้การคุ้มครองแก่ “พันธุ์พืช” โดยอาจใช้กฎหมายสิทธิบัตร หรือระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ หรือโดยวิธีการคุ้มครองทั้งสองระบบร่วมกัน

การใช้พันธุ์พืชสมุนไพรเป็นส่วนสำคัญในภูมิปัญญาไทย การที่ความตกลงทริปส์ให้ประเทศสมาชิกเลือกใช้ระบบกฎหมายเฉพาะ (*sui generis system*) มาคุ้มครองพันธุ์พืชได้ ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ซึ่งพึ่งพาภาคเกษตรกรรมจึงสามารถบัญญัติกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชที่มีความเหมาะสมสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจสังคม และขีดความสามารถทางด้านเทคโนโลยีของประเทศ มีการปรับเงื่อนไขและสิทธิการคุ้มครองให้เหมาะสม ไม่เข้มงวดจนกลายเป็นปัญหากระทบต่อเกษตรกร รวมถึงให้การคุ้มครองสิทธิเกษตรกรและภูมิปัญญาไทยได้ โดยไม่ขัดกับหลักการของความตกลงทริปส์

Leskien and Flitner (๑๙๙๗)^๙ ได้ให้ความเห็นว่า ประเทศสมาชิกสามารถบัญญัติกฎหมายเฉพาะเพื่อการคุ้มครองพันธุ์พืชได้ แต่กฎหมายเฉพาะนั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่ให้สิทธิเด็ดขาด (*exclusive rights*) ในลักษณะของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และต้องคุ้มครองภายใต้หลักการพื้นฐานต่างๆ ของความตกลงทริปส์ ทั้งเรื่องหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) และหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) ดังนั้นจึงไม่สามารถจัดทำระบบกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช (และภูมิปัญญาท้องถิ่น) ที่มีหลักการที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนต่างชาติ หรือมีหลักการที่เป็นการให้สิทธิพิเศษแก่คน

^๙ Leskien, D. and M. Flitner. 1997. Intellectual Property Rights and Plant Genetic Resources: Options for a Sui Generis System, IPGRI, Rome.

ชาติของประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นการเฉพาะ ในประเด็นดังกล่าว จักรกฤษณ์ ครอบพจน์ และสมศักดิ์ ภูารานุท^{๑๐} มีความเห็นได้แย้งว่า ประเทศสมาชิกความตกลงทริปส์สามารถกำหนดกฎหมายเฉพาะเพื่อการคุ้มครองพันธุ์พืชและภูมิปัญญาท้องถิ่น ที่มีหลักการคุ้มครองที่เป็นอิสระและเป็นเอกลักษณ์ของตนเอง โดยไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศที่พัฒนาแล้ว ตราบเท่าที่หลักการดังกล่าวไม่ขัดต่อบทบัญญัติของความตกลงทริปส์ และในการบังคับใช้กฎหมายเฉพาะไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามหลักการพื้นฐานของความตกลงทริปส์ด้วย เช่น การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nation), การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) เพราะหลักการพื้นฐานเหล่านั้นใช้บังคับกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งประเภทใดใน ๗ ประเภทที่กำหนดไว้ในข้อ ๑(๒) ของความตกลงทริปส์เท่านั้น

ภายใต้ข้อกำหนดตามข้อ ๒๗.๓ (b) ในความตกลงทริปส์ ที่ให้ประเทศสมาชิกสามารถจัดทำระบบกฎหมายเฉพาะเพื่อการคุ้มครองพันธุ์พืชได้นั้น ได้มีข้อกำหนดด้วยว่าให้มีการทบทวนเนื้อหาของข้อ ๒๗.๓ (b) ภายหลังจาก ๔ ปีของการบังคับใช้ความตกลงซึ่งก็คือ นับตั้งแต่ปี ๒๕๔๒ เป็นต้นมา ทั้งนี้ ในการเจรจาทบทวนเนื้อหาความตกลงประเทศอุตสาหกรรมโดยเฉพาะสหรัฐอเมริกาได้ผลักดันให้มีการแก้ไขข้อบัญญัติดังกล่าวโดยให้ตัดทางเลือกในการใช้ระบบกฎหมายเฉพาะออกไป ต้องการให้ใช้ระบบสิทธิบัตรเพียงอย่างเดียวและขยายการคุ้มครองสิทธิบัตรไปยังสิ่งมีชีวิตทุกชนิด คือ พืช สัตว์ จุลินทรีย์ ถ้าผลของการเจรจาเป็นไปในทิศทางที่สหรัฐอเมริกาได้พยายามผลักดันอยู่ จะสร้างผลกระทบอย่างมากต่อประเทศกำลังพัฒนา เพราะเป็นการตัดสิทธิของประเทศสมาชิกในการเลือกกำหนดระบบกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาไทยที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตาม ประเทศกำลังพัฒนาได้ร่วมกันยื่นข้อเสนอให้มีการเพิ่มเติมเงื่อนไขการขอรับสิทธิบัตรให้เกิดความเป็นธรรมมากขึ้น หลักการที่สำคัญคือ ให้มีการแจ้งเปิดเผยที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาไทยที่เกี่ยวข้องกับสิ่งประดิษฐ์ที่ยื่นขอรับสิทธิบัตร

^{๑๐} จักรกฤษณ์ ครอบพจน์ และ สมศักดิ์ ภูารานุท. ๒๕๔๑. **มาตรการทางกฎหมายและนโยบายระหว่างประเทศในการบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมและการคุ้มครองส่งเสริมภูมิปัญญาท้องถิ่น.** มูลนิธิการแพทย์แผนไทยพัฒนา งบประมาณประจำปี ๒๕๔๑.

๗.๒.๒.๕ คณะกรรมการระหว่างรัฐว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่น และการแสดงออกทางวัฒนธรรมท้องถิ่น ภายใต้องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO)

ในระยะหลังของการประชุมองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Right Organization: WIPO) ได้มีผู้แสดงความห่วงใยเกี่ยวกับการที่บุคคลที่สามนำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชนใดชุมชนหนึ่ง ในประเทศใดประเทศหนึ่งไปใช้อย่างไม่ถูกต้อง (Misappropriation) เช่น การนำการออกแบบดั้งเดิมของท้องถิ่นไปใช้ การนำเพลงและการเต้นรำไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตโดยวงการบินเทิงและอุตสาหกรรมแฟชั่นทั้งหลายเพื่อสร้างสรรค์งานซึ่งจะได้รับการคุ้มครองโดยระบบทรัพย์สินทางปัญญาในท้ายที่สุด

ในปี ๒๕๔๓ ที่ประชุมสมัชชาใหญ่ (General Assembly) ของ WIPO ตกลงที่จะจัดตั้งองค์การระหว่างรัฐ (Intergovernmental Body) ขึ้นมาเพื่อพิจารณาประเด็นทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่น ทรัพยากรพันธุกรรม และการแสดงออกทางวัฒนธรรมท้องถิ่น เมื่อภาคีสมาชิกมีข้อตกลงกันเช่นนี้ WIPO จึงได้จัดให้มีคณะกรรมการระหว่างรัฐว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่น และการแสดงออกทางวัฒนธรรมท้องถิ่น (Intergovernmental Committee on Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore-ICG) ขึ้นมา โดยคณะกรรมการชุดนี้ได้ประชุมกันไปแล้วทั้งหมด ๑๓ ครั้งที่กรุงเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ (การประชุมครั้งสุดท้ายในเดือนตุลาคม ๒๕๕๑)

ในบรรดาแนวความคิด และข้อเสนอทั้งหลายที่เกิดขึ้นในการประชุม ICG นั้นสิ่งที่สมาชิกต้องการให้เกิดขึ้นโดยเร็วที่สุดคือ การคุ้มครองในเชิงตั้งรับ คือ การสร้างฐานข้อมูลเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้เพื่อป้องกันการถูกนำไปจดสิทธิบัตรอย่างไม่ถูกต้องหรืออย่างไม่เป็นธรรม โดยการสร้างความเข้าใจร่วมกันว่าหากภูมิปัญญาเหล่านี้เป็นเพียงการถ่ายทอดกันปากต่อปาก ก็ย่อมเป็นการยากที่ผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรจะทราบได้ว่ามีการนำภูมิปัญญาใดไปใช้ในคำขอสิทธิบัตรฉบับไหนบ้าง อีกทั้งยังพยายามร่างแนวทางในการเจรจาสำหรับผู้รักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อใช้ในการปกป้องผลประโยชน์ของตนภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญา และการตกลงในเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์

นอกจากนี้ทาง WIPO ก็ยังได้มีการแก้ไขระบบการบริหารจัดการสิทธิบัตร และการพัฒนาเครื่องมือในการสร้างศักยภาพเพื่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในเชิงตั้งรับ (Defensive protection) เช่น การขยายการใช้เครื่องมือในการสืบค้นข้อมูลทางด้านเทคนิคต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิบัตร และการกำหนดประเภทสิทธิบัตรระหว่างประเทศ

(International Patent Classification-IPC) ให้ครอบคลุมถึงภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เกี่ยวข้องกับยาและการรักษาโรค โดยมุ่งเน้นที่ภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการใช้สมุนไพรโดยเฉพาะพืชเป็นหลัก

ในส่วนของการสร้างฐานข้อมูลเพื่อใช้ในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ทาง WIPO ได้เสนอความคิดในอันที่จะสร้างห้องสมุดดิจิทัลในการรวบรวมภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge Digital Library Project-TKDL) ขึ้นมา ซึ่งแนวทางการดำเนินงานในด้านนี้เป็นความริเริ่มของหน่วยงานในประเทศอินเดียหลายๆ หน่วยงานร่วมกันจัดสร้างขึ้นเป็นต้นแบบก่อน แล้วนำเสนอเพื่อที่จะให้สามารถทำฐานข้อมูลระดับโลกที่จะให้มีการเข้าไปค้นหาเพื่อทราบถึงความมีหรือคงอยู่ของภูมิปัญญาท้องถิ่นใดๆ จะได้ไม่มีการถูกนำไปจดสิทธิบัตร หรือนำไปใช้ผิดประเภท หรือนำไปใช้อย่างไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น

แม้ว่าเป้าหมายของการจัดทำ TKDL จะนำไปเพื่อการปกป้องคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น แต่ในอีกด้านหนึ่งก็มีข้อควรตระหนักเกี่ยวกับการจัดทำ TKDL หลายประการ^{๑๑} เช่น TKDL เป็นข้อมูลที่พร้อมสำหรับการเข้าถึงและการใช้ประโยชน์ทั้งโดยถูกต้องและโดยมิชอบ ข้อมูลใน TKDL ต้องมีการปรับปรุงอย่างต่อเนื่อง เพิ่มเติมข้อมูลภูมิปัญญาที่ค้นพบใหม่หรือมีการพัฒนาเพิ่มเติมขึ้นในภายหลัง ภูมิปัญญาท้องถิ่นหลายประเภทไม่สามารถจัดทำให้อยู่ในรูปแบบข้อมูลที่แน่นอน/ตายตัวได้ ข้อพิจารณาเกี่ยวกับต้นทุนในการดำเนินงาน ขอบเขตของข้อมูลที่จะจัดเก็บอยู่ในฐานข้อมูล ข้อมูลใดไม่ควรจัดเก็บเป็นต้น

๗.๒.๓ การเจรจาจัดทำความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreement)

รัฐบาลไทยตั้งแต่ในยุครัฐบาลทักษิณจนมาถึงปัจจุบันให้ความสำคัญแก่การเจรจาการค้าเสรีแบบทวิภาคีมากกว่าระบบพหุภาคี ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐบาลได้เร่งรัดผลักดันให้มีการเจรจาความตกลงการค้าเสรีแบบทวิภาคี (Free Trade Agreement : FTA) กับประเทศต่างๆ เช่น สาธารณรัฐประชาชนจีน อินเดีย บารห์เรน ออสเตรเลีย ญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป เป็นต้น

^{๑๑} Oguamanam, C. 2006. *International Law and Indigenous Knowledge : Intellectual Property, Plant Biodiversity, and Traditional Medicine.* p.151.

(๑) การเจรจา FTA ไทย-สหรัฐอเมริกา

การเจรจากับสหรัฐอเมริกา ได้เริ่มมีการเจรจาครั้งแรก ณ มลรัฐฮาวาย ประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อปลายเดือนมิถุนายน ๒๕๔๗ โดยได้มีการเจรจาไปแล้ว ๖ รอบ (รอบที่ ๖ เจรจาทันที จังหวัดเชียงใหม่ เมื่อเดือนมกราคม ๒๕๔๙) การเจรจาได้หยุดชะงักไปภายหลังที่มีการยุบสภาเมื่อเดือนกุมภาพันธ์ ๒๕๔๙ และเกิดเหตุการณ์รัฐประหารในเดือนกันยายน ๒๕๔๙ จากการจัดทำ FTA ของสหรัฐกับประเทศต่างๆ ที่ผ่านมา เช่น สิงคโปร์ ซิลิ ได้มีข้อตกลงเพื่อยกระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในระดับที่เข้มงวดและกว้างขวางขึ้นทั้งสิ้น

หากประเทศไทยต้องยอมรับข้อเรียกร้องของสหรัฐตามแนวทางของความตกลง FTA ระหว่างสหรัฐกับสิงคโปร์ ผลกระทบที่เห็นเด่นชัดจะเป็นในเรื่องของสิทธิบัตร ซึ่งกำหนดไว้ในข้อ ๑๖.๗ ของข้อตกลง FTA ระหว่างสหรัฐกับสิงคโปร์ เนื้อหาโดยรวมเป็นการให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ต่างๆ ภายใต้ระบบสิทธิบัตรเช่นเดียวกับที่ปรากฏในความตกลงทริปส์ แต่สิ่งที่เปลี่ยนแปลงไป และถือเป็นสาระสำคัญที่ประเทศไทยจะต้องพิจารณาโดยเฉพาะในมุมของการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยโดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพรวมทั้งทรัพยากรพันธุกรรมพืชก็คือ การที่หัวข้อแรกของข้อ ๑๖.๗ นั้นได้ยกเลิกข้อยกเว้นตามมาตรา ๒๗.๓(b) ของความตกลงทริปส์ไป ส่งผลให้ประเทศไทยต้องให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรในพืชและสัตว์หากว่ารัฐบาลไปลงนามในข้อตกลงทวิภาคีตามแนวทางดังกล่าว

หัวข้อการคุ้มครองต่างๆ ภายใต้ FTA มุ่งเน้นแต่การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและทรัพย์สินอุตสาหกรรม ไม่ได้ให้ความสำคัญกับทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นอันเป็นทรัพย์สิน และสมบัติสำคัญของประเทศกำลังพัฒนาอย่างประเทศไทย ดังนั้นเมื่อพิจารณาโดยรวมแล้วจึงเห็นว่าการทำ FTA กับสหรัฐอเมริกา จะมีผลเสียต่อภูมิปัญญาไทยมากกว่าผลดี

(๒) การเจรจาความตกลง FTA ไทย-ญี่ปุ่น

ประเทศไทยและญี่ปุ่นได้มีการเจรจาจัดทำความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (Japan-Thailand Economic Partnership Agreement: JTEPA) โดยได้มีการลงนามและมีผลใช้บังคับแล้วตั้งแต่เมื่อเดือนพฤศจิกายน ๒๕๕๐ ประเด็นสำคัญในความตกลง JTEPA ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย คือเรื่องการจัดสิทธิบัตรจุลินทรีย์ เนื่องจากมีการใช้จุลินทรีย์เป็นส่วนประกอบในตำรับตำราการแพทย์พื้นบ้านหรือการแพทย์แผนไทย

ภายใต้ความตกลง JTEPA ข้อ ๑๓๐ เรื่องสิทธิบัตร ในข้อย่อที่ ๓ ได้ระบุว่า “ภาคีแต่ละฝ่ายจะต้องให้ความมั่นใจว่าคำขอรับสิทธิบัตรใดๆ จะไม่ถูกปฏิเสธด้วยเหตุผลเพียงอย่างเดียวว่า สารที่ขอถือสิทธิในคำขอนั้นเกี่ยวข้องกับจุลชีพที่เกิดตามธรรมชาติ” คณะเจรจาฝ่ายไทยอ้างว่าข้อ ๑๓๐(๓) ในความตกลง JTEPA ไม่ได้มีบทบัญญัติที่มากไปกว่าพันธกรณีที่ประเทศมีภายใต้ความตกลง TRIPS ขององค์การการค้าโลก แต่ Professor Carlos Correa ผู้ซึ่งเป็นผู้ที่เข้าร่วมเจรจาร่างความตกลง TRIPS มาตั้งแต่ต้นได้ชี้ว่า บทบัญญัติในข้อ ๑๓๐(๓) นั้น เป็นข้อตกลงที่มากไปกว่าข้อตกลงทรัพย์สินทางปัญญาในองค์การการค้าโลกหรือที่เรียกกันว่าเป็น ทริปส์พลัส (TRIPS-Plus) เนื่องจากในความตกลง TRIPS ไม่ได้มีการกำหนดว่า “การประดิษฐ์” (Invention) มีความหมายอย่างไร และได้วิเคราะห์ว่า “มาตรา ๑๐๓(๓) อาจตีความในแง่ที่ให้มีการออกสิทธิบัตรต่อจุลชีพตามธรรมชาติได้หากคำขอนั้นมีเงื่อนไขครบตามกฎหมายสิทธิบัตร (มีความใหม่ ขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และประยุกต์ใช้ทางอุตสาหกรรมได้) หรือกล่าวในแง่หนึ่งว่าเป็นการวางเงื่อนไขให้จุลชีพตามธรรมชาตินั้นอาจเป็นการ “การประดิษฐ์” ก็ได้”^{๑๒}

คณะเจรจาได้อ้างว่า นักกฎหมายของกรมทรัพย์สินทางปัญญาและกระทรวงการต่างประเทศ อ่านข้อนี้แล้วเห็นว่าถ้อยคำที่อยู่ในข้อ ๑๓๐(๓) ไม่มีผลบังคับให้ไทยต้องออกสิทธิบัตรให้จุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติแก่คนญี่ปุ่นแต่อย่างใด “เป็นความเข้าใจร่วมกันของทั้งฝ่ายไทยและญี่ปุ่นตลอดมาตั้งแต่ระหว่างการเจรจา ว่าการจดสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับจุลชีพตามธรรมชาติไม่สามารถจดสิทธิบัตรได้”^{๑๓} ซึ่งทำให้เกิดคำถามตามมาว่า ถ้าเช่นนั้นทำไมจึงจำเป็นต้องคงมาตรา ๑๓๐(๓) เอาไว้

ตามข้อวิเคราะห์ของนันทอน อินทนนท์ (๒๕๕๐)^{๑๔} ซึ่งเป็นอดีตผู้พิพากษาในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศของไทย ได้อธิบายชี้ประเด็นปัญหาและผลกระทบของบทบัญญัติในข้อ ๑๐๓(๓) ไว้หลายประการดังนี้

^{๑๒} ภาษาอังกฤษมีดังนี้ “Article 130(3) may be interpreted as requiring the grant of a patent on a naturally occurring micro-organism, provided that the patentability requirements (novelty, inventive step, industrial applicability) are met. In other word, it stipulates that such a micro-organism may be an ‘invention’.”

^{๑๓} ข้อความนี้อยู่ในคำชี้แจงของคณะเจรจาในเว็บไซต์ของสำนักเจรจา JTEPA

^{๑๔} อ่านรายละเอียดทั้งหมดได้จากบทความเรื่อง “JTEPA สิทธิบัตรจุลชีพ กับม้าโทรจัน” ตอนที่ ๑, ๒ และ ๓ (http://www.measwatch.org/autopage/show_all.php?t=๒๐&page=๒๕&d_id=&s_id=)

เนื่องจากข้อ ๑๓๐(๓) ของ JTEPA ได้บัญญัติไว้อย่างคลุมเครือจึงก่อให้เกิดปัญหาสาธารณณะว่า ประเทศไทยมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรจุลชีพภายใต้ขอบเขตเพียงใด ทั้งนี้ สิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับจุลชีพ อาจจำแนกได้เป็น ๔ ประเภท คือ ๑) จุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติซึ่งมนุษย์ไม่ได้สร้างขึ้น ๒) จุลชีพที่ถูกสกัดออกมาแต่มีลักษณะทางพันธุกรรมเหมือนกับจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติทุกประการ ๓) จุลชีพที่ถูกสร้างขึ้นด้วยกรรมวิธีทางชีววิทยา (Biological Process) หรือกรรมวิธีที่มีใช้ทางชีววิทยา (Non-biological Process) เช่น กรรมวิธีทางพันธุวิศวกรรม โดยจุลชีพจะมีลักษณะทางพันธุกรรมต่างจากจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ และ ๔) ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นมาจากจุลชีพต่างๆ ชำงต้น

ฝ่ายญี่ปุ่นไม่ต้องการขอรับสิทธิบัตรใน “จุลชีพประเภทแรก” เนื่องจากไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ตามกฎหมายอยู่แล้ว แต่มุ่งความสนใจยังกฎหมายสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับ “จุลชีพประเภทที่สอง” เนื่องจากกฎหมายของประเทศอุตสาหกรรมล้วนแต่อนุญาตให้มีการจดสิทธิบัตรในมวลสารทางชีวภาพ (Biological Substance) ที่มีการสกัดหรือทำให้บริสุทธิ์จากสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติได้ ทั้งนี้ในทางกฎหมาย ประเทศไทยสามารถตีความว่า “จุลชีพประเภทที่สอง” ซึ่งเป็นจุลชีพที่ถูกสกัดออกมาจากสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาตินั้น ไม่เข้าเงื่อนไข “ความใหม่” ที่จะขอรับสิทธิบัตรได้ การตีความเช่นนี้ย่อมไม่เป็นการขัดแย้งกับความตกลงพหุภาคีเกี่ยวกับสิทธิบัตรใดๆ ทั้งสิ้น

ดังนั้น จุลชีพที่น่าจะก่อให้เกิดปัญหาในการตีความว่าเข้าเงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตรหรือไม่ จึงไม่ใช่จุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ (จุลชีพประเภทที่หนึ่ง) หรือจุลชีพที่มีการพัฒนามาจากจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ (จุลชีพประเภทที่สาม) เช่น จุลชีพที่มีการตัดแต่งพันธุกรรม (GMOs) ทั้งนี้ เพราะจุลชีพประเภทแรกนั้นย่อมไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้เนื่องจากเป็นแค่เพียงการค้นพบ (Discovery) ไม่ใช่การประดิษฐ์ (Invention) ส่วนจุลชีพประเภทที่สามนั้น ประเทศสมาชิกของ WTO ย่อมผูกพันที่จะให้ความคุ้มครองจุลชีพนี้อยู่แล้ว จึงยากที่ประเทศไทยจะปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองได้ ปัญหาสำคัญจึงอยู่ที่ว่าจุลชีพที่ถูกสร้างขึ้นโดยมนุษย์ แต่มีลักษณะทางพันธุกรรมเหมือนกับจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติทุกประการนั้น (จุลชีพประเภทที่สอง) จะถือเป็นผลิตภัณฑ์ของธรรมชาติ (Product of Nature) ที่ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้หรือไม่

ในประเทศที่ความก้าวหน้าทางอุตสาหกรรมเทคโนโลยีชีวภาพ จุลชีพประเภทดังกล่าวสามารถนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ เช่น ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา ไม่ถือว่าจุลชีพเช่นนี้เป็นผลิตภัณฑ์ของธรรมชาติ แต่เป็นผลิตภัณฑ์ที่ได้จากธรรมชาติ (Product Derived from Nature) ซึ่งสามารถนำไปขอรับสิทธิบัตรได้ สำหรับกฎหมายสิทธิบัตรใน

สหภาพยุโรปและญี่ปุ่นก็มีหลักการเช่นเดียวกัน คือ ให้มีการออกสิทธิบัตรในสารพันธุกรรมแม้ว่าจะมีลักษณะทางพันธุกรรมเหมือนกับสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติก็ตาม

ในปัจจุบัน ไม่มีความตกลงระหว่างประเทศใดๆ ที่กำหนดให้ประเทศไทยต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายไปในทิศทางเดียวกับประเทศเหล่านั้น การตีความกฎหมายสิทธิบัตรของไทยเพื่อปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตรในจุลชีพที่มีลักษณะทางพันธุกรรมเช่นเดียวกับที่มีอยู่ตามธรรมชาติสามารถทำได้โดยการปฏิเสธว่า จุลชีพเหล่านี้ไม่มีความใหม่ตามเงื่อนไขของการขอรับสิทธิบัตร ด้วยเหตุว่าจุลชีพเหล่านี้มีลักษณะทางพันธุกรรมเหมือนกับสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติ หรือเป็นงานที่ปรากฏอยู่แล้ว (State of the Art) ซึ่งเจ้าหน้าที่กรมทรัพย์สินทางปัญญาของไทยได้ตีความในแนวทางนี้อยู่ในปัจจุบัน

ดังนั้น บทบัญญัติในข้อ ๑๐๓(๓) จึงก่อให้เกิดคำถามว่า ประเทศไทยยังจะมีสิทธิปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตรจุลชีพด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นหรือไม่ เนื่องจากตามข้อ ๑๐๓(๓) ของ JTEPA กำหนดว่า “ภาคีแต่ละฝ่ายจะต้องให้ความมั่นใจว่าคำขอรับสิทธิบัตรใดๆ จะไม่ถูกปฏิเสธด้วยเหตุผลเพียงอย่างเดียวว่าสารที่ขอถือสิทธิในคำขอนั้นเกี่ยวข้องกับจุลชีพที่เกิดตามธรรมชาติ” โดยคณะผู้แทนการเจรจาฝ่ายไทยได้ชี้แจงว่า บทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นเพียงพันธกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงรับกันว่าจะไม่มีการปฏิเสธไม่รับ “คำขอ” เท่านั้น ส่วนการออกสิทธิบัตรหรือไม่ยังอยู่ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรของแต่ละประเทศ

ข้อวิเคราะห์ที่ นันทน (๒๕๕๐) เห็นต่างกับคำชี้แจงของคณะเจรจาฝ่ายไทย มี ๒ ประเด็น

ประเด็นแรก ในการตรวจคำขอรับสิทธิบัตรนั้นมีกระบวนการพิจารณา ๒ ชั้น คือ “ขั้นตรวจสอบคำขอ” (Formality Examination) ในขั้นนี้ ผู้ตรวจสอบจะตรวจสอบว่าคำขอนั้นมีรายการครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่เท่านั้น โดยไม่ได้ทำการตรวจสอบสาระสำคัญของสารประดิษฐ์ ชั้นที่สองเรียกว่า “ขั้นตรวจสอบเนื้อหาสาระสำคัญ” (Substantive Examination) ซึ่งจะทำการตรวจสอบหลังจากมีการตรวจสอบว่าคำขอนั้นมีรายการครบถ้วนแล้ว เป็นการตรวจสอบสาระสำคัญของสารประดิษฐ์ว่าเข้าเงื่อนไขที่จะขอรับสิทธิบัตรหรือไม่

บทบัญญัติในข้อ ๑๓๐(๓) ของ JTEPA มีผลเป็นการห้ามมิให้มีการปฏิเสธคำขอในขั้นของการตรวจสอบเนื้อหาสาระของการประดิษฐ์ (Substantive Examination) เพราะเป็นการตรวจสอบข้อถือสิทธิ (Claim) ว่าเกี่ยวข้องกับจุลชีพที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติหรือไม่ ไม่ใช้การตรวจสอบว่ามีรายการขอถือสิทธิไว้ในคำขอหรือไม่ การชี้แจงของคณะผู้แทนเจรจาฝ่ายไทยว่าข้อ ๑๓๐(๓) เป็นเพียงแค่ขั้นตรวจรับคำขอนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง

ประเด็นที่สอง ผู้แทนคณะเจรจาอ้างว่าความตกลงในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาใน JTEPA มีบทบัญญัติที่ไม่ได้เกินไปจากความตกลง TRIPs แต่ผลกระทบสำคัญของความตกลงด้านทรัพย์สินทางปัญญาใน JTEPA คือ อำนาจในการตีความความตกลงนี้จะไม่ได้ตกอยู่กับภาครัฐหรือศาลไทยต่อไป ทรัพย์สินทางปัญญาถูกเชื่อมโยงเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน นักลงทุนสามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐไทยได้โดยตรง การระงับข้อพิพาทจะต้องดำเนินการภายใต้อนุสัญญา ICSID หรืออนุสัญญาของ UNCITRAL ซึ่งไม่อาจอุทธรณ์ต่อศาลในประเทศได้อีก หลักการเช่นนี้แตกต่างโดยสิ้นเชิงกับการระงับข้อพิพาทภายใต้ความตกลงจัดตั้ง WTO

นอกจากประเด็นเรื่องการคุ้มครองสิทธิบัตรในข้อ ๑๑๙ ดังกล่าวข้างต้นแล้ว การคุ้มครองสิทธิบัตรจุลินทรีย์ยังเกี่ยวข้องกับประเด็นเรื่องการคุ้มครองการลงทุน ตามความตกลง JTEPA ในข้อ ๙๑ ข้อย่อย (j) ได้บัญญัติว่า “การลงทุน” มีความหมายรวมถึง “สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา” ตามที่ได้รับการยอมรับโดยกฎหมายและข้อบังคับของภาคีด้วย

ความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นเกี่ยวกับการจดสิทธิบัตรจุลชีพที่เกิดตามธรรมชาติกับการปฏิบัติตามหลักการที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพและความตกลง TRIPs หากมีชาวญี่ปุ่นเข้ามาลงทุนโดยตรงในประเทศไทย โดยทำธุรกิจเกี่ยวกับการศึกษาวิจัยด้านจุลชีพ ถ้านักลงทุนญี่ปุ่นนำจุลชีพที่ถูกสร้างขึ้นโดยมนุษย์ แต่มีลักษณะทางพันธุกรรมเหมือนกับจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติทุกประการไปยื่นจดสิทธิบัตร แต่ถูกปฏิเสธการจดสิทธิบัตร หรือถูกบังคับให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมตามวัตถุประสงค์และข้อบทในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ หากจุลชีพที่นำไปจดคุ้มครองนั้นได้หรือพัฒนามาโดยใช้จุลชีพของไทยร่วมอยู่ด้วย การมิให้จดสิทธิบัตรหรือการบังคับให้แบ่งปันผลประโยชน์ในกรณีตัวอย่างนี้ อาจเป็นเหตุให้นักลงทุนญี่ปุ่นนำไปฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐบาลไทย

จากการศึกษาของ Correa (2004)^{๑๔} พบว่า ข้อบทว่าด้วยการลงทุนในความตกลง FTA มีเนื้อหากว้างกว่าข้อกำหนดที่มีอยู่ในความตกลงระหว่างประเทศ เนื่องจากได้ขยายเรื่องทรัพย์สินทางปัญญามากกว่าที่กำหนดไว้ในความตกลง TRIPs และได้นำหลักการเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) มาใช้โดยไม่มีข้อยกเว้นดังเช่นที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ไม่เป็นที่ชัดเจนว่า “สิทธิในทรัพย์สิน

^{๑๔} Correa M. Carlos. 2004. *Bilateral Investment Agreements: Agents of new global standards for the protection of intellectual property rights?* (<http://www.grain.org>.)

ทางปัญญา” ภายใต้ขอบเขตด้านการลงทุนที่อาจนำไปสู่กระบวนการยุติข้อพิพาทที่มีความหมาย และขอบเขตเพียงใด โดยเฉพาะปัญหาที่เกิดขึ้นจาก “มาตรการบังคับใช้สิทธิ” (Compulsory License) ซึ่งนักลงทุนอาจสามารถเรียกร้องความเสียหายในด้านธุรกิจได้ รวมทั้งปัญหาที่เกิดขึ้นจากมาตรการบังคับให้เปิดเผย แจ้ง “แหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม” เพื่อการป้องกันปัญหาโจรสลัดชีวภาพ ซึ่งผู้ลงทุนอาจหิบบกประเด็นโต้แย้งในแง่ความไม่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศขึ้นได้

โดยสรุป ความเคลื่อนไหวของการเจรจาในเวทีระหว่างประเทศต่างๆ ที่มีอยู่ โดยเฉพาะในการเจรจาเปิดเสรีการค้าพหุภาคีรอบใหม่ภายใต้องค์การการค้าโลก เป็นทั้งโอกาสและอันตรายต่อประเทศกำลังพัฒนาที่จะปรับเปลี่ยนระเบียบความตกลงระหว่างประเทศด้านการค้า ให้เกิดความเป็นธรรมและให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นมากยิ่งขึ้น สิ่งที่ต้องระวังเป็นอย่างยิ่ง คือ การเจรจาจัดทำเขตการค้าเสรีแบบทวิภาคี (FTA) โดยเฉพาะในการเจรจากับสหรัฐอเมริกา เนื่องจากข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกาในเรื่องการเพิ่มระดับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา จะมีผลต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยด้านการแพทย์และด้านต่างๆ อย่างค่อนข้างกว้างขวางและรุนแรง

๗.๒.๔ ประสพการณ์การดำเนินงานเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศต่างๆ

เนื้อหาในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงประสพการณ์ของประเทศต่างๆ ในการดำเนินงานเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งมีทั้งในแบบเชิงตั้งรับและแบบเชิงรุก เพื่อจะเป็นประโยชน์ต่อแนวทางการดำเนินงานคุ้มครองภูมิปัญญาไทย

๗.๒.๔.๑ ประเทศอินเดีย

ประเทศอินเดียนั้นได้มีกฎหมายเกี่ยวกับการถูกฉกฉวยทรัพยากรและภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้อย่างไม่เป็นธรรมอยู่หลายเรื่องด้วยกัน จึงได้มีการดำเนินงานในหลายด้านเพื่อสร้างระบบการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

แนวทางในการแก้ปัญหาวิธีหนึ่งคือ ทำเอกสาร หรือการจดบันทึกข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้เพื่อเป็นการตรวจสอบว่าได้มีการฉกฉวยภูมิปัญญาเหล่านั้นหรือทรัพยากรชีวภาพที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญานั้นๆ ไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของหรือไม่ ประโยชน์ขั้นแรกของการทำบันทึกหรือทำฐานข้อมูล (Database) เช่นนี้คือการใช้เป็นหลักฐานสำหรับผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรที่จะระบุว่าสิ่งที่นำมายื่นจดสิทธิบัตรนั้นไม่ใหม่ (Non-novel) และยังเป็นเครื่องมือช่วยในเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์ไปยังชุมชน

หรือกลุ่มบุคคลที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างแท้จริง หากไม่มีหลักฐานบันทึกไว้จะไม่ทราบว่าจะแบ่งปันผลประโยชน์ไปให้ที่ไหน อย่างไร

กฎหมายหลายฉบับของอินเดียพยายามที่จะผนวกบทบัญญัติที่สามารถให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาท้องถิ่นเอาไว้ด้วย เช่น ใน พ.ร.บ.ความหลากหลายทางชีวภาพ ปี ๒๕๔๓ นั้นได้มีการกำหนดไว้ในมาตรา ๓๖ (iv) ให้มีการคุ้มครององค์ความรู้ (Knowledge) ของชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางชีวภาพ เช่น การขึ้นทะเบียนองค์ความรู้เหล่านั้น การพัฒนาระบบการคุ้มครองเฉพาะแบบขึ้นมา และเพื่อให้การใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นรวมทั้งทรัพยากรชีวภาพเป็นไปภายใต้การมีระบบปกป้องที่ดี มาตรา ๑๙ และ ๒๐ ของกฎหมายดังกล่าวยังได้กำหนดให้มีการขออนุญาตในการเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรชีวภาพจากสำนักงานความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติ (National Biodiversity Authority-NBA) ก่อนการเข้าถึงอีกด้วย

เมื่อสำนักงานความหลากหลายทางชีวภาพจะอนุญาตให้ผู้ใดเข้าถึงภูมิปัญญาหรือทรัพยากรชีวภาพ จะต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการเข้าถึง รวมถึงวิธีการในการแบ่งปันผลประโยชน์ด้วย ทั้งนี้มาตรา ๖ ยังได้กำหนดบังคับให้บุคคลที่ต้องการจะยื่นขอความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในนวัตกรรมที่มีพื้นฐานมาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือทรัพยากรชีวภาพของอินเดียต้องมาขออนุญาตจาก NBA อีกด้วย เพื่อสอดคล้องกับข้อกำหนดนี้มาตรา ๑๘ (iv) ยังได้กำหนดให้ NBA ทำหน้าที่ไปคัดค้านการขอรับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในที่ต่างๆ ภายนอกอินเดียหากพบว่าสิ่งที่นำไปยื่นขอความคุ้มครองนั้นมีพื้นฐานมาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือทรัพยากรชีวภาพของอินเดีย^{๑๑}

เพื่อเชื่อมโยงกับกฎหมายว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (แก้ไขปรับปรุงครั้งที่ ๒) ปี ๒๕๔๒ ของอินเดียได้มีการกำหนดเงื่อนไขของการปฏิเสธการยื่นขอสิทธิบัตรรวมทั้งการเพิกถอนสิทธิบัตรไว้ว่า ให้รวมถึงการไม่เปิดเผย (Non-disclosure) หรือการเปิดเผยอันเป็นเท็จ (Wrongful disclosure) ถึงที่มาขององค์ความรู้ (Knowledge) หรือทรัพยากรชีวภาพ และ/หรือ การคาดหมายว่าพื้นฐานของการประดิษฐ์ของตนอาจมีที่มาจากองค์ความรู้ หรือทรัพยากรชีวภาพใดๆ ก็เป็นได้ อีกทั้งยังได้มีการกำหนดให้การคัดค้านสามารถกระทำได้ หากบุคคลใดเห็นว่ามีภพนำภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ในการประดิษฐ์ที่ยื่นขอจดสิทธิบัตร แม้ว่าภูมิปัญญาดังกล่าวจะไม่มีจ

^{๑๑} Dutfield, G. 2004. **National Case Studies, India, Chapter 14.** in Intellectual Property, Biogenetic Resources.

บันทึกเป็นหลักฐาน หากแต่มีการถ่ายทอดสืบต่อกันมาปากต่อปากก็ถือว่าเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ ทั้งนี้ต้องมีผู้แสดงให้เห็นได้ว่าภูมิปัญญาดังกล่าวมีการใช้อยู่จริงหรือเป็นสิ่งที่มีการปฏิบัติอยู่ ไม่ได้สร้างขึ้นมาโดยไม่มีมูลความจริง

๗.๓ การดำเนินงาน ปัญหาและอุปสรรค ความก้าวหน้าในการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย

๗.๓.๑ การคุ้มครองภูมิปัญญาไทยตามรัฐธรรมนูญ

ในช่วงที่รัฐธรรมนูญฉบับ ๒๕๔๐ มีผลใช้บังคับ ได้มีกรณีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ พื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น (คำวินิจฉัยที่ ๖/๒๕๔๖, ๒๕/๒๕๔๗ และ ๕๒-๕๓/๒๕๔๗) เกี่ยวกับพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. ๒๕๔๓ ว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในเรื่องภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือไม่ เนื่องจากชาวบ้านในชุมชนท้องถิ่นต่างๆ มักมีการนำภูมิปัญญาในการทำแป้งข้าวหมักเพื่อผลิตเป็นอาหารและยารักษาโรค นำมาผลิตเป็นสุราสำหรับบริโภคและจำหน่ายเพื่อสร้างรายได้ให้แก่ชุมชนอีกด้วย แต่ตามพระราชบัญญัติสุรา ชาวบ้านหรือชุมชนที่ผลิตสุรามาจากแป้งข้าวหมักโดยไม่ได้รับอนุญาตถือว่าการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย จึงมีการยื่นฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. ๒๕๔๓ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ มาตรา ๔๖ หรือไม่

โดยศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติสุราไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๖ โดยให้เหตุผลว่า แม้รัฐธรรมนูญมาตรา ๔๖ จะบัญญัติให้การรับรองคุ้มครองสิทธิชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในการใช้สิทธิที่จะอนุรักษ์ฟื้นฟูภูมิปัญญาท้องถิ่นต่างๆ แต่ทั้งนี้ตามมาตรา ๔๖ ช่วงท้ายได้มีการบัญญัติว่า “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” แสดงว่า สิทธิดังกล่าวจะต้องไปเป็นตามที่กฎหมายบัญญัติด้วย ซึ่งขณะนี้ยังไม่มียกเว้นของกฎหมายเรื่องสิทธิบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นบัญญัติไว้ ดังนั้นจึงไม่อาจโต้แย้งว่า พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. ๒๕๔๓ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๖ หรืออีกนัยหนึ่งอาจกล่าวได้ว่า ต้องให้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมเพื่อการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูภูมิปัญญาท้องถิ่นเสียก่อน รัฐธรรมนูญมาตรา ๔๖ ถึงจะมีผลบังคับใช้ได้^{๑๗}

^{๑๗} พชร ลิ้มปะจันทร์ทรา. ๒๕๕๐. การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้กฎหมายของประเทศไทย เปรียบเทียบกับความตกลงระหว่างประเทศ. วิทยานิพนธ์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า ๑๙-๒๑.

การขาดกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเพื่อการรับรองและคุ้มครองสิทธิของชุมชนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญนี้ จึงก่อให้เกิดปัญหาในแง่ความมั่นคงในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน รวมทั้งการอนุรักษ์ฟื้นฟูภูมิปัญญาท้องถิ่น สำหรับในรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๕๐ สภาร่างรัฐธรรมนูญได้พยายามแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยตัดถ้อยคำว่า “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ออกไป โดยมีเจตนาเพื่อให้สามารถใช้สิทธิได้ทันที อย่งไรก็ตาม ยังไม่มีกรณีรูปธรรมที่แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญ ๒๕๕๐ จะสามารถแก้ไขปัญหาที่เคยเกิดขึ้นได้หรือไม่ และจะมีผลในทางปฏิบัติอย่างไร

๗.๓.๒ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒

นับตั้งแต่ที่ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ ๒๖ พฤศจิกายน ๒๕๔๒ ได้มีความก้าวหน้าในการบังคับใช้กฎหมายในด้านต่างๆ ดังนี้

- (๑) การจัดทำกฎหมายลำดับรองซึ่งได้ประกาศใช้แล้วจำนวน ๖๘ ฉบับ
- (๒) การจัดทำหลักเกณฑ์ การตรวจสอบพันธุ์พืชใหม่ ๔๗ ชนิด
- (๓) การจดทะเบียนคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ มีผู้มายื่นขอจดทะเบียนคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ ๓๙๘ พันธุ์ ออกหนังสือสำคัญจดทะเบียนคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่แล้ว ๓๓ พันธุ์
- (๔) การขอรับความคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ในต่างประเทศ กรมวิชาการเกษตรได้ดำเนินการขอรับความคุ้มครองข้าวพันธุ์ปทุมธานี ๑ ที่สหรัฐอเมริกาและข้าวพันธุ์ปราจีนบุรี ๒ ที่ประเทศสหรัฐอเมริกา เวียดนามและสหภาพยุโรป
- (๕) การปกป้องสิทธิประโยชน์พันธุ์พืชไทยในต่างประเทศ โดยการยื่นคัดค้านการขอจดทะเบียนพันธุ์หยกและพันธุ์ไม้ดอกสกุลขมิ้นในสหภาพยุโรป
- (๖) การรับแจ้ง การศึกษาทดลองหรือวิจัยพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปและพันธุ์พืชป่า ที่มีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในทางการค้า จำนวน ๑๖ ราย

๗.๓.๓ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

พ.ศ. ๒๕๔๒ (รายละเอียดอยู่ใน ๗.๕)

นับตั้งแต่กฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๒๙ พฤษภาคม ๒๕๔๓ ได้มีความก้าวหน้าของการดำเนินงานตามกฎหมายในหลายส่วน ได้แก่

- (๑) การจัดทำกฎหมายลำดับรอง มีกฎหมายลำดับรองที่มีผลบังคับใช้แล้วจำนวน ๑๒ ฉบับ

- (๒) กฎกระทรวงที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกาและอยู่ระหว่างการพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ๖ ฉบับ
- (๓) กฎกระทรวงที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา จำนวน ๒ ฉบับ

จากการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ มีการดำเนินงานตามกฎหมายที่เป็นประโยชน์ต่อการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยในหลายด้าน เช่น

- ❖ การจัดตั้งกองทุนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เงินจากกองทุนนี้นำไปใช้ตามแผนงานหลัก ๖ กิจกรรม เช่น สนับสนุนการดำเนินงานของสำนักงานนายทะเบียนทุกจังหวัด สนับสนุนการศึกษาวิจัยและพัฒนาภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยและสมุนไพร สนับสนุนการสำรวจพื้นที่คุ้มครองสมุนไพร ฯลฯ
- ❖ การจัดทำทะเบียนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย: กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยฯ ได้วางระบบโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อรองรับการจัดทำทะเบียนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย จากข้อมูลถึงวันที่ ๕ กรกฎาคม ๒๕๕๓ มีจำนวน ๘๓,๙๙๐ รายการ เป็นตำรับยาแผนไทย ๓/๘,๓๔๕ รายการ และตำราการแพทย์แผนไทย ๕,๖๔๕ รายการ
- ❖ การประกาศสมุนไพรควบคุม (กวาวเครือ): ได้มีการออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง สมุนไพรควบคุม (กวาวเครือ) พ.ศ. ๒๕๔๙
- ❖ แผนจัดการเพื่อคุ้มครองสมุนไพรในพื้นที่เขตอนุรักษ์ภูผาภูวด จังหวัดมุกดาหาร: ได้มีการออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง แผนจัดการเพื่อคุ้มครองสมุนไพรในพื้นที่เขตอนุรักษ์ภูผาภูวด จังหวัดมุกดาหาร พ.ศ. ๒๕๕๑-๒๕๕๓ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย (มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ ๒๘ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๑)

ที่ผ่านมา ปัญหาอุปสรรคในด้านต่างๆ ของการนำกฎหมายคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยไปสู่การปฏิบัติ คือ^{๑๔}

^{๑๔} กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก กระทรวงสาธารณสุข, เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่อง “ความก้าวหน้าอุปสรรคของการพัฒนาหรือใช้บังคับกฎหมายด้านความหลากหลายทางชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทย” วันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๑ โรงแรมริชมอนด์ จังหวัดนนทบุรี จัดโดย โครงการ “การศึกษากฎหมายเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจจากฐานทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น” คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

- ❖ กฎหมายใช้คำว่า ควบคุม (ในประกาศสมุนไพรควบคุม) ทำให้ประชาชนมีความกังวลในการดำเนินการตามกฎหมาย ซึ่งทางกรมจำเป็นต้องมุ่งเน้นการประชาสัมพันธ์ในวงกว้าง และต้องกลับมาทบทวนความจำเป็นในการประกาศและเบื้องต้นได้มีการปรับรูปแบบ วิธีการโดยเน้นการส่งเสริมเป็นหลัก เช่น การจัดทำข้อมูลเชิงวิชาการเพื่อการเผยแพร่แทนการประกาศ
- ❖ ประชาชนไม่ให้ความสนใจในการมาขึ้นทะเบียนสิทธิ ตามมาตรา ๑๕ ทั้งนี้ส่วนใหญ่มีความเข้าใจผิดว่าต้องเปิดเผยข้อมูลของตนทั้งหมด รวมทั้งยังมีความหวงข้อมูล

๗.๓.๔ พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. ๒๕๕๖

กฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๒๘ เมษายน ๒๕๕๗ จากข้อมูลของกรมทรัพย์สินทางปัญญา จนถึงปัจจุบัน (พฤศจิกายน ๒๕๕๑) ได้มีการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไปแล้วจำนวน ๒๒ รายการ เช่น ส้มโอนครชัยศรี ส้มโอขาวแตงกวาชัชนาท ไวน์ที่ราบสูงภูเรือ ข้าวสังข์หยดเมืองพัทลุง ข้าวฮางหอมทองสกลทวาปี ข้าวหอมมะลิทุ่งกุลาร้องไห้ สับปะรดนางแล สับปะรดศรีราชา ผ้าไหมยกดอกลำพูน ผ้าไหมแพรวากาฬสินธุ์ เป็นต้น

จากการศึกษาผลการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์^{๑๙} พบว่ากฎหมายฉบับนี้มีประโยชน์ต่อการคุ้มครองชื่อเสียงของสินค้า เป็นกฎหมายที่ใช้เสริมประกอบ (Complementary) กับพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช ๒๕๔๒ เพื่อป้องกันการแย่งพันธุ์กรรมพืช และการฉกฉวยชื่อเสียงของสินค้าไปแสวงหาประโยชน์ในทางการค้าได้ เช่น กรณีข้าว ผ้าไหมไทย ฯลฯ นอกจากนี้ยังเป็นเครื่องมือที่ช่วยคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นได้โดยทางอ้อม โดยอาจมีผลต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นทางการแพทย์ด้วย อย่างไรก็ตาม ยังมีประเด็นที่อาจเป็นปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายที่ภาครัฐควรให้ความสำคัญในการป้องกันและแก้ไขปัญหาคือผลกระทบหลายประการ เช่น ปัญหาในการจัดทำข้อกำหนดมาตรฐานการผลิตสินค้า

^{๑๙} จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และ บัณฑูร เศรษฐศิโรตม์. ๒๕๕๑. กฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เพื่อการส่งเสริมการส่งออกและการสร้างความเข้มแข็งของชุมชนท้องถิ่น. สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.)

ในการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของไทยได้กำหนดให้การคุ้มครองต้องกระทำด้วยวิธีการขึ้นทะเบียน พร้อมกับให้มีระบบกำกับมาตรฐานสินค้าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ด้วย ดังนั้น กฎหมายจึงให้ผู้ขอขึ้นทะเบียนจัดทำ “ข้อกำหนดมาตรฐานการผลิตสินค้า” ซึ่งประกอบด้วยรายละเอียด ๔ ประการ ได้แก่ มาตรฐานสินค้า (Product Specification) รายละเอียดความเชื่อมโยงของสินค้ากับแหล่งภูมิศาสตร์ (Links) กำหนดขอบเขตพื้นที่ในการผลิต (Zoning or Boundary Setting) และการตรวจสอบรับรองและจัดตั้งระบบควบคุมการผลิต (Inspection Structure and Control System) สินค้าใดจะใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ สินค้านั้นจะต้องมีลักษณะและคุณภาพสอดคล้องกับ “ข้อกำหนดมาตรฐานการผลิตสินค้า” ที่ได้มีการขึ้นทะเบียนเอาไว้ ผู้ผลิตในพื้นที่ที่ผลิตสินค้าด้วยกรรมวิธีที่แตกต่างหรือที่มีลักษณะที่แตกต่างจาก “ข้อกำหนดมาตรฐานการผลิตสินค้า” จะไม่สามารถใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นได้

ในกรณี “ข้าวสังข์หยดเมืองพัทลุง” ที่ได้มีการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไว้แล้ว สินค้าข้าวที่จะใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ดังกล่าวได้ จะต้องเป็นข้าวที่ผลิตขึ้นในพื้นที่จังหวัดพัทลุงเท่านั้น โดยมีเงื่อนไขด้วยว่าผู้ผลิตจะต้องเป็นเกษตรกรที่ได้สมัครเข้าร่วมโครงการ “ข้าวสังข์หยดเมืองพัทลุง” และจะต้องเป็นเกษตรกรที่ผลิตข้าวที่มีคุณภาพหรือคุณลักษณะถูกต้องครบถ้วนตามข้อกำหนดมาตรฐานการผลิตสินค้าที่ได้มีการขึ้นทะเบียนเอาไว้ นอกจากนี้ ตาม “ข้อกำหนดมาตรฐานการผลิตสินค้า” สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ข้าวสังข์หยดเมืองพัทลุง ยังกำหนดด้วยว่าข้าวสังข์หยดที่ผลิตได้จะต้องเป็นข้าวที่ปลูกจากเมล็ดพันธุ์ข้าวสังข์หยดที่ได้มาจากศูนย์วิจัยข้าวพัทลุง จากศูนย์ขยายเมล็ดพันธุ์พืชที่ ๖ จังหวัดพัทลุง หรือจากสหกรณ์การเกษตรที่ผลิตเมล็ดพันธุ์เท่านั้น แต่ในขณะนี้ยังมีเกษตรกรจำนวนหลายรายที่ใช้กรรมวิธีการปลูก แตกต่างไปจากข้อกำหนดมาตรฐานการผลิตสินค้านี้ เช่น มิได้ใช้พันธุ์ข้าวสังข์หยดที่ได้มาจากสถานีวิจัยข้าวพัทลุงหรือจากศูนย์ขยายเมล็ดพันธุ์พืชของรัฐ แต่ใช้เมล็ดพันธุ์ข้าวที่ได้จากการแลกเปลี่ยนเมล็ดพันธุ์กับเกษตรกรรายอื่น หรือเป็นเมล็ดพันธุ์ที่ได้จากการเก็บรวบรวมในแปลงของตนเอง นอกจากนี้ ยังมีเกษตรกรบางรายที่ทำการเก็บเกี่ยว หรือทำการเก็บรักษาผลผลิตข้าวด้วยวิธีการที่แตกต่างไปจากที่ระบุในคำขอขึ้นทะเบียน อันแสดงว่า “ข้อกำหนดมาตรฐานการผลิตสินค้า” สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ข้าวสังข์หยดเมืองพัทลุง มิได้กำหนดรายละเอียดที่กว้างขวางเพียงพอ ที่จะครอบคลุมสินค้าข้าวสังข์หยดที่ปลูกในพื้นที่นั้นทั้งหมด ทำให้เกษตรกรที่ไม่สามารถเข้าร่วมโครงการ “ข้าวสังข์หยดเมืองพัทลุง” หรือที่ใช้กรรมวิธีการผลิตแตกต่างไป ไม่สามารถจำหน่ายข้าวที่ตนผลิตภายใต้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ “ข้าวสังข์หยดเมืองพัทลุง” ได้ ถึงแม้ว่าเกษตรกรเหล่านั้นอาจจะผลิตข้าวที่มีคุณภาพอย่าง

เดียวกันกับเกษตรกรในพื้นที่รายอื่นๆ และถึงแม้ว่าเกษตรกรเหล่านั้นอาจจะได้ผลิตและจำหน่ายข้าวในชื่อ “ข้าวสังข์หยดเมืองพัทลุง” มาก่อนที่จะมีการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นก็ตาม

จากข้อมูลการศึกษาที่กล่าวถึงข้างต้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่มีประโยชน์ต่อการส่งเสริมความเข้มแข็งของชุมชนและการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น แต่ในการบังคับใช้กฎหมายก็มีแง่มุมหลายประการที่อาจสร้างผลกระทบในทางลบต่อชุมชนและการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นได้เช่นกัน เป็นข้อควรระมัดระวังสำหรับการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชหรือกฎหมายคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยในอนาคต

๗.๓.๕ การศึกษาและจัดทำร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยตรง มีเพียงกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชและกฎหมายภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยซึ่งให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเฉพาะด้านเท่านั้น จึงมีความพยายามจากหน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้องในการผลักดันการร่างกฎหมายเฉพาะด้านการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

ในปี ๒๕๔๙ กรมทรัพย์สินทางปัญญาได้จัดตั้งคณะกรรมการร่างกฎหมายภูมิปัญญาท้องถิ่นขึ้น โดยมีรองอธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาเป็นประธาน คณะกรรมการฯ ดังกล่าวได้ยกร่างกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่ออนุรักษ์ภูมิปัญญาท้องถิ่นให้ยั่งยืน ป้องกันมิให้มีการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยซึ่งเป็นของส่วนรวมไปจดทะเบียนทรัพย์สินทางปัญญาเป็นของบุคคลหนึ่งบุคคลใด และมีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมกับเจ้าของภูมิปัญญาหากมีการนำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยไปต่อยอดใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม การดำเนินงานของคณะกรรมการร่างกฎหมายภูมิปัญญาท้องถิ่นนี้ได้ยุติลงเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงผู้บริหารของกรมทรัพย์สินทางปัญญา

ต่อมาในปี ๒๕๕๐ กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ ได้จัดจ้างให้มีการศึกษาเพื่อจัดทำกรอบคิดทางกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยตามแผนพัฒนามาตรฐานของกรมทรัพย์สินทางปัญญา (พ.ศ. ๒๕๔๘-๒๕๕๑) ซึ่งได้มีการดำเนินการจนเสร็จสิ้นแล้ว คณะผู้ศึกษาในโครงการศึกษาดังกล่าวได้มีข้อเสนอแนะต่อการจัดทำกฎหมายเพื่อการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยได้หลายประการ ตัวอย่างเช่น^{๒๐}

^{๒๐} ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ. ๒๕๕๐. กรอบความคิดการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย. สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ. รายงานฉบับสมบูรณ์ เสนอต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์.

คณะผู้ศึกษาเห็นว่า มีความจำเป็นอย่างยิ่งในการที่ประเทศไทยต้องมีการคุ้มครองจำเพาะ (*sui generis protection*) สำหรับภูมิปัญญาไทยที่นอกเหนือจากภูมิปัญญาด้านการแพทย์ โดยภูมิปัญญาไทยควรแบ่งเป็น ๒ ระดับ คือ

๑. ภูมิปัญญาไทยระดับชาติ (National Traditional Knowledge) คือเป็นภูมิปัญญาที่มีการใช้กันอย่างทั่วไป ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาดังกล่าว คือประเทศไทย การได้มาซึ่งสิทธิประเภทนี้ ไม่ควรต้องมีการจดทะเบียน (Registration) แต่ต้องมีการประกาศขึ้นทะเบียนภูมิปัญญาไทยระดับชาติที่ได้รับการคุ้มครอง (Traditional Knowledge Inventory) โดยหน่วยงานที่รับผิดชอบ
๒. ภูมิปัญญาไทยระดับชุมชน (Community Traditional Knowledge) คือภูมิปัญญาที่ปรากฏอยู่ในชุมชนใดชุมชนหนึ่งเท่านั้น ผู้ทรงสิทธิคือชุมชนนั้น การได้มาซึ่งสิทธิต้องมีการจดทะเบียนภูมิปัญญา (Registration) ต่อหน่วยงานที่รับผิดชอบ

ทั้งนี้ สิทธิทางกฎหมายหรือการคุ้มครองควรมี ๒ รูปแบบ คือ (๑) การคุ้มครองในลักษณะทรัพย์สิน (Property Right) หรือสิทธิทางเศรษฐกิจ (Economic Right) การคุ้มครองประเภทนี้เป็นการให้สิทธิทางกฎหมายแก่ผู้ทรงสิทธิในการอนุญาตให้เข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ (Authorized Access and Benefit Sharing, ABS) โดยผู้ทรงสิทธิมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการอนุญาตให้ผู้อื่นเข้าถึงตลอดจนถึงใช้ประโยชน์ ภูมิปัญญาที่ได้รับการคุ้มครอง (๒) การคุ้มครองศักดิ์ศรีของภูมิปัญญา (Integrity) เป็นการคุ้มครองเพื่อไม่ให้เกิดการนำไปใช้ในทางที่ไม่เหมาะสมหรือเสื่อมเสีย (Distortion) เนื่องจากในปัจจุบันมีการพบเห็นการนำภูมิปัญญาไปใช้ในทางเสื่อมเสียมากขึ้น

จนถึงขณะนี้ ยังไม่เป็นที่ชัดเจนว่ากรรมทรัพย์สินทางปัญญาจะมีแนวทางการดำเนินงานต่อจากผลการศึกษาและข้อเสนอแนะในโครงการวิจัยดังกล่าวอย่างไร จากการสอบถามจากเจ้าหน้าที่ของกรมทรัพย์สินทางปัญญาที่รับผิดชอบดูแลการศึกษาในโครงการนี้ (ข้อมูลเมื่อเดือนกรกฎาคม ๒๕๕๑) ได้ทราบว่า กรมทรัพย์สินทางปัญญาพิจารณาเห็นว่าการดำเนินงานด้านการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นมีความเกี่ยวข้องกับหน่วยงานภาครัฐเป็นจำนวนมาก หากจะมีการร่างกฎหมายเฉพาะเพื่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในทุกด้านทั้งหมดโดยมีกรรมทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหน่วยงานรับผิดชอบตามกฎหมายนั้น จะเป็นภารกิจที่เกินขีดความสามารถและอำนาจหน้าที่ของกรมฯ จึงยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจนต่อการดำเนินงานในเรื่องนี้

๗.๓.๖ การดำเนินงานเฝ้าระวังและแก้ไขปัญหาโจรสลัดชีวภาพ

ในอดีต มีกรณีปัญหาโจรสลัดชีวภาพที่เกิดขึ้นต่อประเทศไทยหลายกรณี เช่น ข้าวหอมมะลิ เป็ล้าน้อย มังคุด ฯลฯ ในที่นี้จะได้กล่าวถึงปัญหาโจรสลัดชีวภาพที่เพิ่งเกิดขึ้นล่าสุด คือ กรณีกวาวเครือ และกรณีฤๅษีดัดตน ซึ่งจะสะท้อนให้เห็นถึงความพร้อมทางด้านกฎหมาย ปัญหา/อุปสรรคในการดำเนินงานแก้ไขปัญหาโจรสลัดชีวภาพของประเทศไทยในปัจจุบัน

กรณีกวาวเครือ

ในเดือนพฤศจิกายน ๒๕๔๗ องค์การความหลากหลายทางชีวภาพและภูมิปัญญาไทย (ปัจจุบัน คือ มูลนิธิชีววิถี) ได้เปิดแถลงข่าวว่าได้สืบค้นพบข้อมูลกรณีของบริษัทต่างประเทศ ได้แก่ บริษัท Kose Tokyo บริษัท Shiratori Pharmaceutical ประเทศญี่ปุ่น และ บริษัท Cheil Jedang Corporation ประเทศเกาหลีใต้ ได้จดสิทธิบัตรเกี่ยวกับสมุนไพรกวาวเครือในประเทศสหรัฐอเมริกา^{๒๐}

กรณีการจดสิทธิบัตรกวาวเครือโดยบริษัทต่างประเทสนั้น เป็นกรณีที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช ๒๕๔๒ มีผลใช้บังคับ (๒๕ พฤศจิกายน ๒๕๔๒) เป็นการนำเอาภูมิปัญญาของคนไทยไปศึกษาพัฒนาต่อยอดโดยใช้ความรู้ทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีสมัยใหม่ แล้วนำไปคุ้มครองด้วยสิทธิบัตรเพื่อนำไปทำผลิตภัณฑ์เพื่อการพาณิชย์ โดยมีได้มีการตอบแทนแบ่งปันผลประโยชน์กับประเทศไทย ในฐานะที่เป็นแหล่งที่มาขององค์ความรู้ในการใช้ประโยชน์และแหล่งวัตถุดิบกวาวเครือแต่อย่างใด หน่วยงานภาครัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบดูแลกฎหมายไม่สามารถบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชให้เป็นไปตามเจตนารมณ์และบทบัญญัติของกฎหมายได้ ทั้งนี้ กวาวเครือจัดเป็นพันธุ์พืชป่าหรืออาจเป็นพันธุ์พืชทั่วไปในกรณีที่มีการปลูกในไร่นา ซึ่งตามกฎหมายได้กำหนดไว้ว่า การนำพันธุ์พืชดังกล่าวไปวิจัยเพื่อประโยชน์ในทางการค้าจะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ และทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ หากผู้ใดฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามมีบทลงโทษชัดเจน

^{๒๐} ข้อมูลจากมูลนิธิชีววิถี (Biothai) (www.biothai.net/web/file/SatSeptember2007-18-11-9-piracy_07.pdf)

สาเหตุสำคัญส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช เนื่องจากความล่าช้าในกระบวนการออกกฎหมายลำดับรอง ที่สำคัญเช่น กฎกระทรวง เกี่ยวกับเรื่องหลักเกณฑ์การแบ่งปันผลประโยชน์ ฯลฯ ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่รับผิดชอบกฎหมายขาดความมั่นใจในการที่จะบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด และมีผลทำให้การแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมไม่มีสภาพบังคับอย่างแท้จริงในทางปฏิบัติ ปัญหาความล่าช้าในกระบวนการออกกฎหมายลำดับรอง จัดเป็นเรื่องสำคัญเร่งด่วนที่ต้องรีบจัดการแก้ไข กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชมีผลใช้บังคับมาเป็นเวลาเกินกว่า ๑๐ ปีแล้ว

ในการดำเนินงานแก้ไขปัญหากรณีปัญหาคราวนี้อีก มีข้อที่น่าสังเกตด้วยว่า ประเทศไทยมิได้ใช้อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพให้เป็นประโยชน์อย่างเต็มที่ แม้ว่าทั้งประเทศไทย ญี่ปุ่น และเกาหลี ซึ่งเกี่ยวข้องกับการแก้ปัญหาที่ต่างเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งมีวัตถุประสงค์สำคัญข้อหนึ่งในเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรชีวภาพอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม

กรณีฤๅษีตัดตน

กรณีฤๅษีตัดตนเป็นกรณีปัญหาล่าสุดที่เกิดขึ้นกับประเทศไทย เป็นกรณีโจรสลัดชีวภาพที่เกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่น เรื่องเกิดจากชาวญี่ปุ่นที่ได้มาเรียนการนวดไทยและทำฤๅษีตัดตนที่สำนักเรียนวัดโพธิ์ในปี ๒๕๔๕ และเมื่อเดินทางกลับไปเพื่อประกอบอาชีพเกี่ยวกับการนวดแบบไทย สปา ธุรกิจการนวดและโยคะแบบไทยอย่างครบวงจรได้ยื่นจดเครื่องหมายการค้าโดยใช้คำว่าฤๅษีตัดตน (Russie Dutton) และจดชื่อบริษัท ห้างหุ้นส่วนฤๅษีตัดตน จำกัด ได้จดชื่อนิตยสาร หนังสือพิมพ์ เมื่อวันที่ ๒๔ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๕๔๙ และเครื่องหมายการค้าสำหรับบริการสอนโยคะแบบไทย วันที่ ๑๗ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๔๙ นอกจากนี้ยังยื่นจดอีกหลายรายการในผลิตภัณฑ์และบริการอื่นๆ เช่น เครื่องสำอาง อาหารเพื่อสุขภาพ สิ่งบันเทิงภาพและเสียง สื่อสอนโยคะ บริการให้ข้อมูล การแปล การสอนนวด และอื่นๆ รวมกว่า ๕๐ รายการ ซึ่งอยู่ระหว่างการพิจารณาของสำนักงานสิทธิบัตรญี่ปุ่น

เมื่อประชาชนไทยทราบข่าวว่ามีการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า โดยใช้คำว่าฤๅษีตัดตน จึงเกิดการรวมตัวกันขึ้นทั้งภาครัฐและเอกชนเพื่อให้รัฐบาลหาแนวทางแก้ไข โดยมีให้หนักธุรกิจญี่ปุ่นรายนั้นใช้คำว่า ฤๅษีตัดตนเป็นชื่อของสินค้าและบริการทุกชนิด เนื่องจากคำว่าฤๅษีตัดตนเป็นคำสามัญและเป็นคำที่รู้จักกันโดยทั่วไป ทำฤๅษีตัดตนก็เป็นสมบัติของชาติของสาธารณะ จึงไม่ควรอย่างยิ่งที่จะให้เอกชนชาวญี่ปุ่นนำเอาคำว่าฤๅษี

ตัดตนไปจดเป็นสิทธิของตนเอง กระทรวงพาณิชย์ร่วมกับกระทรวงการต่างประเทศและกระทรวงสาธารณสุข ได้ทำหนังสือสอบถามและทักท้วงพร้อมทั้งแสดงความวิตกกังวลกับกรณีที่เกิดขึ้นเพื่อให้ทางสำนักงานสิทธิบัตรญี่ปุ่นทราบว่า ฤๅษีตัดตนเป็นสมบัติและภูมิปัญญาของไทย และเมื่อเดือนพฤศจิกายน ๒๕๔๙ กรมทรัพย์สินทางปัญญายื่นคัดค้านการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าวไปยังสำนักงานสิทธิบัตรญี่ปุ่น (JPO) และทางด้านผู้ยื่นจดได้โต้แย้งว่า คำว่าฤๅษีตัดตนเป็นคำที่ไม่ใช่คำสามัญ (Common Name) ที่รู้จักกันในประเทศญี่ปุ่นและเขาเป็นผู้ทำให้คำว่าฤๅษีตัดตนเป็นที่รู้จักในประเทศญี่ปุ่น^{๒๒}

ในท้ายที่สุด สำนักงานสิทธิบัตรญี่ปุ่นได้มีคำวินิจฉัยยกฟ้องการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าวเมื่อวันที่ ๑๗ เมษายน ๒๕๕๐ โดยมีเหตุผลว่าคำในเครื่องหมายการค้านี้ถือเป็นสมบัติของประเทศไทยและประชาชนชาวไทย ผู้ทรงสิทธิซึ่งไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับทั้งประเทศไทยและไม่ได้เป็นคนไทย ได้ทำการยื่นขอจดทะเบียนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากโรงเรียนแพทย์แผนโบราณ วัดพระเชตุพน จึงถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อโรงเรียนแพทย์แผนโบราณฯ และประเทศไทย ถึงแม้ว่าผู้ทรงสิทธิเองจะไม่ได้มีเจตนาที่ไม่บริสุทธิ์ก็ตาม นอกจากนี้ การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าวที่ประเทศญี่ปุ่น เป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความซื่อสัตย์ระหว่างประเทศญี่ปุ่นกับประเทศไทย

การจัดการแก้ไขปัญหาในกรณีเรื่องฤๅษีตัดตนนี้ นับเป็นผลสำเร็จที่เกิดมาจากความร่วมมือระหว่างหน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้องของหลายหน่วยงาน ภาคเอกชน ประชาชน รวมทั้งสื่อมวลชน ที่ร่วมกันคัดค้าน ปกป้องภูมิปัญญาของชาติมิให้ถูกฉกฉวยไปใช้ประโยชน์โดยไม่เป็นธรรม เป็นการดำเนินบทบาทในเชิงรุกของประเทศไทยต่อการแก้ไขปัญหาโจรสลัดชีวภาพ เป็นบทเรียนที่สำคัญต่อการดำเนินงานแก้ไขปัญหาโจรสลัดชีวภาพในอนาคต ซึ่งให้ถึงความจำเป็นที่ต้องมีการดำเนินงานแก้ไขปัญหาาร่วมกันหลายฝ่าย ต้องมีแรงสนับสนุนทางการเมือง ลำพังแต่การใช้มาตรการทางกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอ

นอกจากนี้ ในกรณีเรื่องฤๅษีตัดตนนั้น มีข้อควรสังเกตอย่างยิ่งว่า แม้จะยังมิได้มีการขึ้นทะเบียนคุ้มครองฤๅษีตัดตนตามกฎหมายของไทย เนื่องจากความล่าช้าในกระบวนการออกกฎหมายลำดับรองของพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย (เช่นเดียวกันกับกรณีกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช) แต่สามารถดำเนิน

^{๒๒} ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ. ๒๕๕๐. รายงานการศึกษากรอบความคิดการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย. อ่างแล้ว

การเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของญี่ปุ่นจนเกิดผลสำเร็จได้ การมีกฎหมายคุ้มครองจึงไม่ใช่ปัจจัยชี้ขาดต่อความสำเร็จในการป้องกัน/แก้ไขปัญหาเรื่องโจรสลัดชีวภาพ

๗.๔ ความก้าวหน้าการเจรจาคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในเวทีระหว่างประเทศ

๗.๔.๑ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

โดยภาพรวม อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพนับเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลในเชิงบวกต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ในการประชุมสมัชชาภาคีอนุสัญญา ครั้งที่ ๔ ที่ประชุมได้มีมติให้จัดตั้งคณะทำงานเฉพาะกิจสำหรับข้อ ๘(j) ขึ้นมาโดยมีชื่อว่า “Ad Hoc Open-ended Inter-Sessional Working Group on Article ๘(j) and Related Provisions of the Convention on Biological Diversity” จนถึงปัจจุบัน มีการประชุมคณะทำงานฯ ไปแล้ว ๕ ครั้ง ครั้งล่าสุดเป็นการประชุมระหว่างวันที่ ๑๕-๑๙ ตุลาคม ๒๕๕๐ ณ ประเทศแคนาดา โดยมีประเด็นพิจารณาสำคัญหลายประการ ตัวอย่างเช่น^{๒๓}

- ❖ ประเด็นเรื่องความเชื่อมโยงระหว่างระบอบระหว่างประเทศว่าด้วยการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ (International Regime on Access and Benefit-Sharing: IRABS) ซึ่งเป็นประเด็นเจรจาสำคัญประการหนึ่งของการประชุมสมัชชาภาคีอนุสัญญา กับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยทางกลุ่มแอฟริกาได้มีข้อเสนอให้ IRABS ต้องสอดคล้องกับหลักการเรื่องการขอความยินยอมล่วงหน้าจากชุมชนท้องถิ่นหรือชนพื้นเมืองก่อนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ชุมชนดูแล/ครอบครองอยู่ โดยชุมชนต้องมามีสิทธิในการปฏิเสธการเข้าถึงด้วย
- ❖ ประเด็นเรื่องการพัฒนาองค์ประกอบสำหรับระบบกฎหมายเฉพาะ (*sui generis*) สำหรับการคุ้มครองความรู้ นวัตกรรมและการปฏิบัติของท้องถิ่น ซึ่งได้มีการพิจารณาให้ความเห็นจากประเทศต่างๆ เกี่ยวกับองค์ประกอบที่สำคัญ นิยาม/ความหมาย ฯลฯ โดยการพัฒนาระบบกฎหมายเฉพาะนี้จะมี ความเชื่อมโยงกับการเจรจาในเรื่อง IRABS

^{๒๓} CBD Secretariat. 2007. Report of The Fifth Meeting of The Ad Hoc Open-Ended Working Group on Article 8(J) And Related Provisions of The Convention on Biological Diversity. UNEP/CBD/COP/9/7

นอกเหนือจากการเจรจาในประเด็นข้อ ๘(j) แล้ว ยังมีประเด็นการเจรจาในเวทีสมัชชาภาคีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพที่มีความเกี่ยวข้องกับ การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น คือ เรื่อง “การถ่ายทอดเทคโนโลยี” จากการศึกษาของ สมชาย และทิพย์สุรางค์ (๒๕๕๑)^{๒๔} มีประเด็นข้อวิเคราะห์ที่ควรพิจารณาอย่างรอบคอบ เกี่ยวกับการเจรจาเรื่องการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่อาจมีผลกระทบเกี่ยวข้องกับ เรื่อง ภูมิปัญญาท้องถิ่นหลายประการ ที่สำคัญ คือ การที่อนุสัญญา ส่งเสริมให้ถ่ายทอด เทคโนโลยีที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์ และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนในความหลากหลายทางชีวภาพนั้น ไม่ได้ระบุเจาะจงว่า เทคโนโลยีดังกล่าวจำกัดเฉพาะเทคโนโลยีสมัยใหม่ของ ประเทศอุตสาหกรรมเท่านั้น ดังนั้นภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศกำลังพัฒนาที่เกี่ยวข้อง การอนุรักษ์ และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืนจึงอยู่ในข่าย เทคโนโลยีด้วยเช่นกัน แม้กรณีของภูมิปัญญาท้องถิ่นจะมีการเจรจาเพื่อหาแนวทาง คุ้มครองตามมาตรา ๘(j) ก็ตาม แต่ควรจะต้องมีความเชื่อมโยงระหว่างแผนยุทธศาสตร์การ ถ่ายทอดเทคโนโลยีกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นตามมาตรา ๘(j) หรือในการกำหนด ยุทธศาสตร์เกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยีนั้นควรคำนึงหรือตระหนักถึงผลกระทบที่จะมี ต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้วย

๗.๔.๒ การดำเนินงานของ WIPO เรื่องการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

ในการประชุม “คณะกรรมการระหว่างรัฐว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับ ทรัพยากรพันธุกรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่น และศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้าน” (Intergovernmental Committee on Intellectual Property, Genetic Resource, Traditional Knowledge and Folklore: ICG) ครั้งที่ ๘ (๒๕๔๘) ได้มีการจัดทำร่างบทบัญญัติที่สำคัญสองฉบับ คือ (๑) ร่างบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น (Draft Provision for the Protection of Traditional Knowledge) และ (๒) ร่างบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้าน (Draft Provision for the Protection of Expression of Folklore)

ร่างบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ได้นิยามคำว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” หมายถึง เนื้อหาสาระ หรือแก่นสารขององค์ความรู้ที่เป็นผลมาจากการดำเนิน กิจกรรมทางปัญญาในรูปแบบของท้องถิ่นนั้น และรวมถึงทักษะ ประดิษฐ์กรรม การเรียนรู้

^{๒๔} สมชาย รัตนชื่อสกุล และ ทิพย์สุรางค์ วาทีตต์พันธ์. ๒๕๕๑. ปัญหาการถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพภายใต้ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ. ชุดโครงการพัฒนาความรู้และยุทธศาสตร์ด้านความตกลง พหุภาคีระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อม. สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.)

รูปแบบของระบบภูมิปัญญาท้องถิ่น รวมถึงองค์ความรู้ที่ได้จากการดำเนินชีวิตของชุมชนท้องถิ่นหรือชุมชนพื้นเมืองที่เกิดจากการสั่งสมจากบรรพบุรุษผู้ปัจจุบัน โดยไม่จำกัดแต่ความรู้ด้านเทคนิคด้านใดด้านหนึ่งโดยเฉพาะ แต่รวมถึงความรู้ทุกด้าน ทั้งด้านเกษตรกรรม ด้านสิ่งแวดล้อม ด้านยารักษาโรค และด้านทรัพยากรพันธุกรรม^{๒๔}

โดยองค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่นที่จะได้รับการคุ้มครองตามร่างบทบัญญัตินี้ ต้องเป็นองค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่นที่ได้รับการถ่ายทอดจากรุ่นหนึ่งสู่อีกรุ่นหนึ่ง และเป็นองค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่นที่มีลักษณะเฉพาะของชุมชนพื้นเมืองนั้น (Art.4) และจะได้รับการคุ้มครองตลอดระยะเวลาเท่าที่องค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่นยังคงคุณสมบัตินี้ (Art.9) ซึ่งผู้ที่ได้ผลประโยชน์จากการคุ้มครองตามร่างบทบัญญัตินี้ คือ บัณฑิตในชุมชนท้องถิ่นนั้น หรือตัวชุมชนท้องถิ่นหรือชุมชนพื้นเมืองที่เป็นผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น (Art.5)

ร่างบทบัญญัตินี้ให้การคุ้มครององค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่นจากการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ เช่น การนำองค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่นไปแสวงหาประโยชน์โดยมิได้รับคามยินยอมจากเจ้าขององค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่น และไม่ได้แบ่งปันผลประโยชน์นั้นให้เจ้าของความรู้นั้น สำหรับการคุ้มครององค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่นหมายถึง การคุ้มครองจากการกระทำที่ได้ภูมิปัญญาท้องถิ่นไปโดยวิธีการอันไม่ชอบ ไม่ว่าจะเป็นการขโมย การลอกลวง การข่มขู่ การบุกรุก การฝ่าฝืน การฉ้อโกง (Art.1) และยังได้วางหลักการคุ้มครององค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่น คือ หลักการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม หมายถึง การที่บุคคลใดหรือองค์กรใด จะใช้ประโยชน์จากองค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่นใดนั้น จะต้องมีการแบ่งปันผลประโยชน์ให้กับผู้ทรงสิทธิในองค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่นอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (Art.6) และการจะนำภูมิปัญญาท้องถิ่นใดไปใช้ประโยชน์ จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นก่อน (Art.7)

สำหรับข้อยกเว้นที่ไม่ต้องปฏิบัติตามร่างบทบัญญัตินี้ในการคุ้มครององค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่น คือ กรณีที่เป็นการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่ใช่การพาณิชย์ เช่น เพื่อการศึกษาวิจัย หรือ เป็นการแลกเปลี่ยน การใช้และการถ่ายทอดของผู้ทรงสิทธิเอง หรือเป็นการใช้องค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่นเพื่อวัตถุประสงค์ด้านสาธารณสุขอื่นใด หรือเจ้าหน้าที่รัฐอาจไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น หากเป็นการนำไปใช้เพื่อผลประโยชน์ด้านสุขอนามัยของสาธารณะ (Art.8)

^{๒๔} Draft Provision for the Protection of Traditional Knowledge. Article 1.

การกระทำอื่นใดที่กระทำก่อนที่บทบัญญัตินี้จะมีผลบังคับใช้ ต้องมีการดำเนินการให้ถูกต้องตามบทบัญญัตินี้แล้วแต่กรณีไป (Art.10) และการดำเนินการคุ้มครององค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่นตามบทบัญญัตินี้ต้องมีความโปร่งใส ตรวจสอบได้ โดยเจ้าหน้าที่รัฐอาจจะดำเนินการให้มีการขึ้นทะเบียนองค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่น (Art.11) และทุกประเทศที่ใช้บทบัญญัตินี้ควรให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นแก่ผู้ทรงสิทธิต่างชาติอย่างน้อยที่สุดเท่าเทียมกับการให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในประเทศตน (Art.14)

ภายหลังจากมีการจัดทำร่างบทบัญญัติทั้งสองฉบับ ในการประชุม ICG ครั้งต่อมา เป็นการพิจารณาให้ความเห็นต่อเนื้อหาสาระของบทบัญญัติ ซึ่งมีความก้าวหน้าค่อนข้างช้ามากเนื่องจากความแตกต่างของแนวคิดและจุดยืนระหว่างกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาและกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้ว ในการประชุม ICG ครั้งที่ ๑๑ เมื่อเดือนกรกฎาคม ๒๕๕๐ จำเป็นต้องมีการขยายระยะเวลาการทำงานและภารกิจของ ICG ออกไป เพราะไม่สามารถเจรจาข้อยุติได้ตามแผนงานที่กำหนดไว้

การประชุมครั้งล่าสุดของ ICG ครั้งที่ ๑๓ เมื่อเดือนตุลาคม ๒๕๕๑ ที่ผ่านมาที่ประชุมไม่สามารถหาข้อยุติในประเด็นเรื่องแนวทางการเจรจา (Modalities) สำหรับแผนงานในอนาคตได้ กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ต้องการให้ร่างบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและร่างบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้านมีสถานะผูกพันทางกฎหมายระหว่างประเทศ (International Legally Binding) ในขณะที่กลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้วยืนยันที่จะให้ทำการศึกษาเพิ่มเติมต่อไปอีก และแสดงจุดยืนว่าต้องการไม่ให้มีสถานะผูกพันทางกฎหมาย (Non-binding) โดยเฉพาะในระดับประเทศ ทางกลุ่มแอฟริกาได้มีข้อเสนอให้ศึกษาเกี่ยวกับการพัฒนามาตรการให้เปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมที่ใช้ในการประดิษฐ์ สำหรับขั้นตอนการจดคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อสร้างความเชื่อมโยงระหว่างเรื่องทรัพยากรพันธุกรรมกับระบบทรัพย์สินทางปัญญาตามข้อเรียกร้องของสมัชชาภาคีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ทั้งนี้ ในเดือนกรกฎาคมที่ผ่านมา ประเทศต่างๆ มากกว่า ๑๐๐ ประเทศ ได้ร่วมกันเสนอเอกสารต่อการเจรจาความตกลงทริปส์ในเวที WTO ให้มีการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมในชั้นการยื่นจดคุ้มครองสิทธิบัตร^{๒๖}

^{๒๖} ICTSD. 2008. WIPO Committee on Traditional Knowledge Fails to Agree on Course of Future Work. (<http://ictsd.net/ii/news/bridgesweekly/31626>)

ความแตกต่างของจุดยืนระหว่างกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้วกับกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาในเรื่องแนวคิดและแนวทางในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นเรื่องที่ ICG ให้ความสำคัญและมีความตระหนักต่อปัญหาดังกล่าว ฝ่ายเลขาของ ICG ได้จัดทำเอกสารเพื่อวิเคราะห์ช่องว่าง (Gap) ของการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ในเอกสารดังกล่าวมีเนื้อหาสำคัญที่สะท้อนถึงแนวคิด การดำเนินงานเพื่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศต่างๆ มีข้อมูลและประเด็นที่น่าสนใจหลายประการ ดังนี้^{๒๑๗}

- ❖ ในแง่ “นิยาม” ยังไม่มีการยอมรับในระดับสากลต่อความหมายของคำว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” ความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องได้กำหนดนิยามแตกต่างกันออกไป เช่น อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (ข้อ ๘) มุ่งเน้นเฉพาะ “ความรู้ นวัตกรรม และประเพณีปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่น ซึ่งประกอบกันเป็นวิถีชีวิตดั้งเดิม ที่มีความเกี่ยวพันกับการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพ” สำหรับสนธิสัญญาว่าด้วยพันธุ์กรรมพืช (ข้อ ๙.๒ (d)) จำกัดเฉพาะ “ภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับพันธุ์กรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร” เท่านั้น

ความแตกต่างในเรื่องนิยามของภูมิปัญญาท้องถิ่น ทำให้เกิดความแตกต่างในแง่แนวคิดการคุ้มครอง ระหว่าง “แนวทางแบบกว้าง” ซึ่งรวมถึงมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้ ความรู้ ประเพณีปฏิบัติของชุมชนท้องถิ่นและชนพื้นเมือง กับ “แนวทางแบบแคบ” ซึ่งเจาะจงเลือกภูมิปัญญาท้องถิ่นที่จะให้ความคุ้มครอง (เช่น ตามแนวทางแบบอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ เป็นต้น)

- ❖ ในแง่ขอบเขตของ “การคุ้มครอง” (Protection) ต่อภูมิปัญญาท้องถิ่น มีความครอบคลุมกว้างขวางมาก ทำให้เกิดความเข้าใจที่แตกต่างกันระหว่างประเทศต่างๆ ทั้งนี้ การคุ้มครองอาจมีความหมายตั้งแต่ การคุ้มครองทางกฎหมายเพื่อป้องกันการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตหรือนำไปใช้อย่างไม่เหมาะสม รูปแบบการคุ้มครองในแง่นี้จะให้ความสำคัญต่อนโยบายหรือกฎหมายด้านทรัพย์สินทางปัญญา หรือการคุ้มครองอาจหมายถึงการป้องกันมิให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นลดลงหรือการสูญหายไป รูปแบบการคุ้มครองจะเน้นการทำเอกสาร การสร้างระบบบันทึกภูมิปัญญาท้องถิ่น ฯลฯ

^{๒๑๗} WIPO. 2008. *The Protection of Traditional Knowledge: Draft Gap Analysis: Revision*. Intergovernmental Committee on Intellectual Property, Genetic Resource, Traditional Knowledge and Folklore. WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev.

- ❖ ในแง่ “กลไก/เครื่องมือ” เพื่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น จากการสำรวจรวบรวมแนวคิดเกี่ยวกับกลไก/เครื่องมือเพื่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศต่างๆ พบว่า มีแนวคิดและข้อเสนอหลากหลายรูปแบบ โดยอาจจัดจำแนกได้เป็น ๓ แนวทางหลัก คือ
 - (๑) การคุ้มครองภายใต้ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เช่น กฎหมายสิทธิบัตร (กรณีที่มีภูมิปัญญาท้องถิ่นมีคุณสมบัติตามกฎหมายสิทธิบัตร) การคุ้มครองภายใต้กฎหมายความลับทางการค้า ข้อเสนอให้มีการเปิดเผยแหล่งที่มาของภูมิปัญญาท้องถิ่นในการยื่นขอรับคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา (ได้มีข้อเสนอจากหลายประเทศต่อ WTO และ WIPO ให้ปฏิบัติตามแนวทางนี้) การคุ้มครองภายใต้หลักการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Competition) ตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาปารีส ฯลฯ
 - (๒) การคุ้มครองภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้อง เช่น อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ สนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชฯ อนุสัญญาต่อต้านการแปรสภาพเป็นทะเลทราย ฯลฯ
 - (๓) การคุ้มครองภายใต้กติการะหว่างประเทศอื่นๆ เช่น แนวปฏิบัติในการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพ (Bonn Guideline) ปฏิญญาว่าด้วยความสิทธิของชนพื้นเมือง ฯลฯ
- ❖ ในแง่ “วัตถุประสงค์” ของการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งมีเหตุผลที่หลากหลายมาก เช่น เพื่อการยอมรับถึงคุณค่าของภูมิปัญญาท้องถิ่น เพื่อส่งเสริมการเคารพต่อภูมิปัญญาท้องถิ่น เพื่อส่งเสริมการอนุรักษ์และสงวนรักษา เพื่อการคุ้มครองสิทธิของผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ที่ดูแลรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่น เพื่อส่งเสริมการพัฒนาชุมชนอย่างยั่งยืน

ช่องว่างหรือความแตกต่างในประเด็นต่างๆ เหล่านี้ เป็นเหตุผลสำคัญส่วนหนึ่งที่ทำให้การเจรจาจัดทำกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้านภายใต้ WIPO (รวมทั้งเวทีเจรจาอื่นๆ) มีความก้าวหน้าน้อยมาก อย่างไรก็ตาม ประเด็นความแตกต่างข้างต้นนี้เป็นข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อการพิจารณา จัดทำกลไกหรือระบบกฎหมายเฉพาะเพื่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทย

๗.๕ สถานการณ์การคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยภายใต้

พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒

พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒ หมวด ๑ มาตรา ๕ ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย มีอำนาจหน้าที่ ในการให้คำแนะนำหรือคำปรึกษาแก่รัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศตาม พ.ร.บ. นี้ การส่งเสริมและพัฒนาการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยและสมุนไพร การจัดทำทะเบียนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ฯลฯ โดยให้จัดตั้งกองทุนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยในกรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือกเพื่อเป็นทุนหมุนเวียนในการดำเนินงานที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

การดำเนินการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย มีสาระสำคัญ ดังนี้

๗.๕.๑ การดำเนินการด้านกฎหมาย

นับตั้งแต่กฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๒๙ พฤษภาคม ๒๕๔๓ ได้มีจัดทำกฎกระทรวง ประกาศ ระเบียบ ดังนี้

(๑) กฎกระทรวง จำนวน ๓ ฉบับ ได้แก่

- (๑.๑) กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหากรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ พ.ศ. ๒๕๔๖
- (๑.๒) กฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมเกี่ยวกับภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๙
- (๑.๓) กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหากรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๒

ร่างกฎกระทรวงที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา จำนวน ๑ ฉบับ ได้แก่

ร่างกฎกระทรวงว่าด้วยการขอขึ้นทะเบียน การออกใบสำคัญการขึ้นทะเบียน และการเพิกถอนการขึ้นทะเบียนที่ดินของเอกชนที่เป็นถิ่นกำเนิดของสมุนไพรหรือที่ดินที่จะใช้ปลูกสมุนไพร พ.ศ.....

ร่างกฎกระทรวงที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการ
กฤษฎีกา จำนวน ๖ ฉบับ ได้แก่

๑. ร่างกฎกระทรวงว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการในการประกาศกำหนดตำรับยาแผนไทยของชาติหรือตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ พ.ศ.....
๒. ร่างกฎกระทรวงว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการในการประกาศกำหนดตำรับยาแผนไทยทั่วไปหรือตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไป พ.ศ.....
๓. ร่างกฎกระทรวงว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขการขอรับอนุญาตและการอนุญาต ข้อจำกัดสิทธิและค่าตอบแทนการใช้ประโยชน์จากตำรายาแผนไทยของชาติหรือตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ พ.ศ.....
๔. ร่างกฎกระทรวงว่าด้วยการขอจดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย การสอบสวน การพิจารณาวินิจฉัย และแบบหนังสือสำคัญแสดงการจดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.....
๕. ร่างกฎกระทรวงกำหนดการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยของผู้ทรงสิทธิ และการเพิกถอนการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยของนายทะเบียน พ.ศ.....
๖. ร่างกฎกระทรวงกำหนดกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไข การขอรับใบอนุญาตและการออกใบอนุญาตให้ศึกษาวิจัย หรือส่งออกสมุนไพรควบคุม หรือจำหน่าย หรือแปรรูปสมุนไพรควบคุมเพื่อการค้า การต่ออายุใบอนุญาต และการออกใบแทน พ.ศ.....

(๒) ประกาศกระทรวงสาธารณสุข

- (๒.๑) ประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับที่ ๑ (พ.ศ. ๒๕๕๖) เรื่อง การกำหนดแบบเสนอชื่อ แบบประวัติ และบัตรเลือกกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ
- (๒.๒) ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง การกำหนดพื้นที่ภูมิภาค
- (๒.๓) ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง แต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๕๘
- (๒.๔) ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง แบบบัตรประจำตัวพนักงานเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๕๘
- (๒.๕) ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง สมุนไพรควบคุม (กวาวเครือ) พ.ศ. ๒๕๕๙

- (๒.๖) ประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับที่ ๑ (พ.ศ. ๒๕๕๑) เรื่อง แผนจัดการเพื่อคุ้มครองสมุนไพรมะพร้าวในพื้นที่ เขตอนุรักษ์ภูผาภูวด จังหวัดมุกดาหาร พ.ศ. ๒๕๕๑-๒๕๕๓ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒ (แผนระยะสั้น)
- (๓) **ระเบียบคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย**
- (๓.๑) ระเบียบคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เรื่อง การจัดทำทะเบียนภูมิปัญญา พ.ศ. ๒๕๔๗
- (๓.๒) ระเบียบคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยว่าด้วยการบริหาร การจัดหาผลประโยชน์ และการใช้จ่ายเงินกองทุน พ.ศ. ๒๕๔๘
- (๔) **ประกาศคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย**
- (๔.๑) ประกาศคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เรื่อง การกำหนดแบบแจ้งและบัญชีแสดงรายละเอียด ตามประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง สมุนไพรควบคุม (กวาวเครือ) พ.ศ. ๒๕๔๙ ซึ่งออกตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒
- (๔.๒) ประกาศคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการในการให้การช่วยเหลือหรือสนับสนุนกิจกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๙ กองทุนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

ลำดับการประกาศใช้ กฎกระทรวง ประกาศ ระเบียบ ตามปี พ.ศ. มีดังนี้

- ปี ๒๕๔๖ ๑. กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหากรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ พ.ศ. ๒๕๔๖
๒. ประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับที่ ๑ (พ.ศ. ๒๕๔๖) เรื่อง การกำหนดแบบเสนอชื่อ แบบประวัติ และบัตรเลือกกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ
๓. ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง การกำหนดพื้นที่ภูมิภาค
- ปี ๒๕๔๗ ๑. ระเบียบคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เรื่อง การจัดทำทะเบียนภูมิปัญญา พ.ศ. ๒๕๔๗

- ปี ๒๕๔๘ ๑. ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง แต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๔๘
๒. ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง แบบบัตรประจำตัวพนักงานเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๔๘
๓. ระเบียบคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยว่าด้วยการบริหาร การจัดหาผลประโยชน์ และการใช้จ่ายเงินกองทุน พ.ศ. ๒๕๔๘
- ปี ๒๕๔๙ ๑. กฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมเกี่ยวกับภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๙
๒. ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง สมุนไพรควบคุม (กวางเครือ) พ.ศ. ๒๕๔๙
๓. ประกาศคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เรื่อง การกำหนดแบบแจ้งและบัญชีแสดงรายละเอียดตามประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง สมุนไพรควบคุม (กวางเครือ) พ.ศ. ๒๕๔๙ ซึ่งออกตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒
๔. ประกาศคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการในการให้การช่วยเหลือหรือสนับสนุนกิจกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๙ กองทุนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย
- ปี ๒๕๕๑ ๑. ประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับที่ ๑ (พ.ศ. ๒๕๕๑) เรื่อง แผนจัดการเพื่อคุ้มครองสมุนไพรในพื้นที่ เขตอนุรักษ์ภูผาภูด จังหวัดมุกดาหาร พ.ศ. ๒๕๕๑-๒๕๕๓ ตามพระราชบัญญัติการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒ (แผนระยะสั้น)
- ปี ๒๕๕๒ ๑. กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหากรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๒

๗.๕.๒ การจัดทำทะเบียนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

ตามมาตรา ๑๔ กำหนดว่า สิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยที่จะได้รับการคุ้มครองได้แก่ สิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเกี่ยวกับตำรับยาแผนไทยและตำราการแพทย์แผนไทย และให้กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือกมีหน้าที่รวบรวมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเพื่อจัดทำทะเบียน

ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย มี ๓ ประเภท คือ

- (๑) ตำรับยาแผนไทยของชาติหรือตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ
- (๒) ตำรับยาแผนไทยทั่วไปหรือตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไป
- (๓) ตำรับยาแผนไทยส่วนบุคคลหรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคล

ข้อมูลการขึ้นทะเบียนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย^{*} มีดังนี้

ตำรับยาแผนไทย จำนวน ๗๘,๓๔๕ ตำรับ และตำราการแพทย์แผนไทย จำนวน ๕,๖๔๕ เล่ม ทั้งนี้เป็นการรวบรวมเฉพาะรายชื่อผู้เป็นเจ้าของ รายชื่อตำรา โดยยังไม่มีมีการวิเคราะห์เนื้อหารายละเอียดข้างในตำรับและตำรา และยังไม่สามารถแยกประเภทเป็นของชาติทั่วไป และส่วนบุคคลได้

จังหวัดที่มีตำรับยาและตำราการแพทย์แผนไทยที่ขึ้นทะเบียนมากที่สุดได้แก่ กรุงเทพมหานคร มีตำรับยา ๒๑,๘๘๐ ตำรับ ตำรา ๓๕๓ ตำรา รองลงมาได้แก่ ชลบุรี มีตำรับยา ๓,๐๗๖ ตำรับ ตำรา ๓๖ ตำรา พิษณุโลก มีตำรับยา ๒,๗/๑๓ ตำรับ ตำรา ๑๓๓ ตำรา ตาก มีตำรับยา ๒,๒๔๖ ตำรับ ตำรา ๑๘๒ ตำรา

๗.๕.๓ การคุ้มครองสมุนไพร

การคุ้มครองสมุนไพรตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒ ดำเนินการได้ ๒ แนวทางคือ

- ก. ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย มีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดประเภท ลักษณะ ชนิด และชื่อของสมุนไพร ที่มีค่าต่อการศึกษาหรือวิจัย หรือมีความสำคัญทางเศรษฐกิจ หรืออาจจะสูญพันธุ์ ให้เป็นสมุนไพรควบคุม ตามมาตรา ๔๔

^{*} ข้อมูลการขึ้นทะเบียนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย สำนักคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยและสมุนไพร ณ วันที่ ๕ กรกฎาคม ๒๕๕๓ (<http://ptmk.dtam.moph.go.th>)

ข. การคุ้มครองสมุนไพรและบริเวณถิ่นกำเนิดของสมุนไพรที่มีระบบนิเวศตามธรรมชาติหรือมีความหลากหลายทางชีวภาพหรืออาจได้รับผลกระทบกระเทือนจากการกระทำของมนุษย์ได้โดยง่ายในเขตพื้นที่ที่ได้มีการกำหนดให้เป็นเขตอนุรักษ์ ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย จัดทำแผนปฏิบัติการเรียกว่า “**แผนจัดการเพื่อคุ้มครองสมุนไพร**” เสนอขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีตามมาตรา ๕๗

ในพื้นที่นอกเขตอนุรักษ์ ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการมีอำนาจออก กฎกระทรวงกำหนดให้พื้นที่นั้นเป็นเขตพื้นที่คุ้มครองสมุนไพรตามมาตรา ๖๑

ในพื้นที่เอกชนหรือส่วนบุคคลที่เป็นถิ่นกำเนิดของสมุนไพรหรือที่ดินที่จะใช้ปลูกสมุนไพรมีสิทธินำที่ดินนั้นไปขอขึ้นทะเบียนต่อนายทะเบียนจังหวัดเพื่อขอรับความช่วยเหลือหรือขอรับการสนับสนุน ตามมาตรา ๖๔

การคุ้มครองสมุนไพร มีผลการดำเนินงานดังนี้

(๑) การประกาศสมุนไพรควบคุม

ได้มีการออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง สมุนไพรควบคุม (กวาวเครือ) พ.ศ. ๒๕๔๙ เพียงประเภทเดียว

ได้มีการศึกษาสมุนไพรอีก ๒ ประเภท (พ.ศ. ๒๕๕๐-๒๕๕๑) ได้แก่ กฤษณา ชะมดเช็ด แต่ไม่จำเป็นต้องประกาศเป็นสมุนไพรควบคุม เนื่องจากกฤษณานั้นมีการเพาะปลูกในประเทศไทยเป็นจำนวนมาก จนไม่มีปัญหาการสูญพันธุ์หรือขาดแคลน ส่วนชะมดเช็ดนั้น น้ำมันต้องได้จากชะมดเช็ดที่เพาะเลี้ยงเท่านั้น ไม่สามารถเก็บจากชะมดเช็ดในป่าธรรมชาติ ปัจจุบันมีผู้เลี้ยงชะมดเช็ดไม่ถึง ๑๐ ราย และมีรายได้น้อย การขยายพันธุ์ชะมดเช็ดที่เพาะเลี้ยงนั้นยากและไม่ได้ผล ชะมดเช็ดในป่าธรรมชาตินั้นเป็นสัตว์คุ้มครองตามกฎหมาย ภายใต้พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. ๒๕๓๕ อยู่แล้ว ดังนั้นจึงควรส่งเสริมการขยายพันธุ์ชะมดเช็ดจากแหล่งที่มีการเพาะเลี้ยงอยู่แล้วให้มากขึ้น

ปัจจุบัน (พ.ศ. ๒๕๕๑-๒๕๕๒) อยู่ระหว่างการศึกษาสมุนไพรอีก ๔ ชนิด ได้แก่ เปล้าเลือด ดองดึง กำแพงเจ็ดชั้น และขมิ้นเครือ

(๒) การคุ้มครองสมุนไพรและบริเวณถิ่นกำเนิดของสมุนไพร

ได้มีการออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง **แผนจัดการเพื่อคุ้มครองสมุนไพรในพื้นที่เขตอนุรักษ์ภูผาภูด จังหวัดมุกดาหาร พ.ศ. ๒๕๕๑-๒๕๕๓** ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย (มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ ๒๘ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๑)

ขณะนี้ (๒๙ ตุลาคม ๒๕๕๒) อยู่ระหว่างการจัดทำร่างแผนการจัดการเพื่อคุ้มครองสมุนไพรในพื้นที่เขตอนุรักษ์อีก ๔ พื้นที่ ได้แก่

- เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าเชียงดาว อำเภอเชียงดาว จังหวัดเชียงใหม่
- เขาสลัดได อุทยานแห่งชาติทับลาน อำเภอวังน้ำเขียว จังหวัดนครราชสีมา
- เขตอุทยานแห่งชาติภูจองนายอย อำเภอนาจะหลวย จังหวัดอุบลราชธานี
- เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าซับลังกา อำเภอลำสนธิ จังหวัดลพบุรี

นอกจากนี้ยังมีการดำเนินการโครงการสำรวจพื้นที่คุ้มครองสมุนไพรปีงบประมาณ ๒๕๕๑-๒๕๕๒ ในเขตพื้นที่ดังนี้

- (๑) เขตอนุรักษ์พันธุ์สัตว์ป่าเชียงดาว จังหวัดเชียงใหม่ พื้นที่ ๖,๐๐๐ ไร่
- (๒) เขตอุทยานแห่งชาติภูจองนายอย จังหวัดอุบลราชธานี
พื้นที่ ๔๒๘,๗๕๐ ไร่
- (๓) เขตห้ามล่าสัตว์ป่า อุทยานสมเด็จพระศรีนครินทร์กาญจนบุรี
จังหวัดกาญจนบุรี พื้นที่ ๕๖,๒๕๐ ไร่
- (๔) เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าคลองนาคา จังหวัดระนอง พื้นที่ ๓๓๑,๕๔๖ ไร่
- (๕) เขตอุทยานแห่งชาติทะเลบัน จังหวัดสตูล พื้นที่ ๑๐๐,๐๐๐ ไร่
- (๖) เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าซับลังกา จังหวัดลพบุรี พื้นที่ ๙๖,๘๗๕ ไร่
- (๗) เขตอุทยานแห่งชาตินาญ-น้ำโสม จังหวัดอุดรธานี พื้นที่ ๒๐๐,๐๐๐ ไร่
- (๘) เขาสลัดได อุทยานแห่งชาติทับลาน จังหวัดนครราชสีมา
พื้นที่ ๓,๐๐๐ ไร่
- (๙) เขตอุทยานแห่งชาติภูลังกา จังหวัดนครพนม พื้นที่ ๗๘๙,๐๐๐ ไร่
- (๑๐) เขตอุทยานแห่งชาติทุ่งแสลงหลวง จังหวัดพิษณุโลก พื้นที่ ๗๘๙,๐๐๐ ไร่
- (๑๑) เขตอุทยานแห่งชาติแม่วังก์ จังหวัดกำแพงเพชร พื้นที่ ๒๗๙,๐๕๐ ไร่
- (๑๒) เขตอุทยานแห่งชาติปางสีดา จังหวัดสระแก้ว พื้นที่ ๕๒๗,๕๐๐ ไร่
- (๑๓) เขตอุทยานแห่งชาติแม่ตะไคร้ จังหวัดเชียงใหม่ พื้นที่ ๓๒๓,๗๕๐ ไร่

(๑๔) เขตป่าสงวนแห่งชาติแม่ยวมฝั่งขวา จังหวัดแม่ฮ่องสอน	พื้นที่ ๓๘๐,๐๐๐ ไร่
(๑๕) เขตอุทยานแห่งชาติดอยขุนตาล จังหวัดลำปาง	พื้นที่ ๑๕๙,๕๕๖ ไร่
(๑๖) ป่าชุมชนบ้านทุ่งตะกล้า ป่าสงวนแห่งชาติป่าแม่ลาน และป่าแม่กาง จังหวัดแพร่	พื้นที่ ๙,๐๒๙ ไร่
(๑๗) ดอยถ้ำผาปู่ (ขุนน้ำวอง) จังหวัดเชียงราย	พื้นที่ ๕,๕๐๐ ไร่
(๑๘) เขตอุทยานแห่งชาติรามคำแหง จังหวัดสุโขทัย	พื้นที่ ๒๑๓,๐๐๐ ไร่
(๑๙) เขตอุทยานแห่งชาติทับลาน จังหวัดปราจีนบุรี	พื้นที่ ๒๑๒,๕๐๐ ไร่
(๒๐) เขตอุทยานแห่งชาติภูสวนทราย จังหวัดเลย	พื้นที่ ๗/๓,๒๒๕ ไร่
(๒๑) เขตป่าชุมชนภูค้ำบก ภูสิงห์ จังหวัดร้อยเอ็ด	พื้นที่ ๓,๕๓๖ ไร่
(๒๒) เขตห้ามล่าสัตว์ป่าดงลำพัน จังหวัดมหาสารคาม	พื้นที่ ๓๔๓ ไร่
(๒๓) เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าเขาเขียว จังหวัดชัยภูมิ	พื้นที่ ๙๐๐,๐๐๐ ไร่
(๒๔) เขตอุทยานแห่งชาติภูสระดอกบัว จังหวัดอำนาจเจริญ (พื้นที่ดำเนินการ ๖,๐๐๐ ไร่)	พื้นที่ ๑๔๔,๓๓/๕ ไร่
(๒๕) ป่าชุมชนบ้านทุ่งสูง จังหวัดกระบี่	พื้นที่ ๓,๓๐๐ ไร่

พื้นที่สำรวจ จำนวน ๕,๙๐๘,๗/๑๐ ไร่ คิดเป็น ร้อยละ ๒.๘๓ ของพื้นที่เขต
อนุรักษ์ทั้งหมด ๒๐๕,๘๘๒,๗/๕๐ ไร่