

การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในการปรับใช้กับสมุนไพรไทย

กรกมล โสตะจินดา

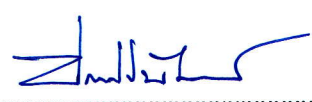
วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

2560

การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในการปรับใช้กับสมุนไพรไทย
กรกมล โสตะจินดา
คณะนิติศาสตร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์..........อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ดร.วริยา ลำเลิศ)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

รองศาสตราจารย์..........ประธานกรรมการ
(ดร.ปภาศรี บัวสวรรค์)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์..........กรรมการ
(ดร.วริยา ลำเลิศ)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์..........กรรมการ
(ดร.วราภรณ์ วนาพิทักษ์)

รองศาสตราจารย์..........คณบดี
(นเรศร์ เกษะประกร)
มกราคม 2561

บทคัดย่อ

ชื่อวิทยานิพนธ์	การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในการปรับใช้กับสมุนไพรไทย
ชื่อผู้เขียน	นางสาวกรรมล โสตะจินดา
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2560

ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันมีการพัฒนาเจริญก้าวหน้าในทางเศรษฐกิจและทางวิทยาศาสตร์ไปอย่างรวดเร็ว แต่อย่างไรก็ตามกระแสแห่งการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืนและเพื่อการรักษาทรัพยากรชีวภาพอย่างสมดุลกลับมีมากขึ้น ทุกคนต่างคำนึงถึงความสำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่นในการปรับใช้กับพืชสมุนไพร ที่เป็นองค์ความรู้จากการใช้ทักษะ ความรู้ หรือประสบการณ์ของคนในชุมชนท้องถิ่นนั้นๆจากการเรียนรู้ การแก้ปัญหา ตลอดจนทักษะเหล่านั้นได้ถ่ายทอดจากคนอีกรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง โดยพืชสมุนไพรนั้นมีประโยชน์นานัปการต่อการดำรงชีพและประเทศที่พัฒนาแล้วได้เข้ามาศึกษา วิจัย ในพืชสมุนไพรของประเทศที่กำลังพัฒนา เพราะประเทศที่พัฒนาแล้วมีความคิดในเรื่องของการใช้พืชสมุนไพรอันเป็นทรัพยากรชีวภาพในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นเป็น สมบัติสาธารณะ หรือ (Public Domain) ซึ่งทุกคนสามารถเข้าไปใช้ประโยชน์ในพืชสมุนไพรที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นได้

ต่างจากแนวความคิดของประเทศที่กำลังพัฒนาที่มีแนวความคิดในเรื่องของภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นเป็นสิ่งที่หวงแหนหวงกันไม่อาจให้ใครเข้ามาใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรได้ ด้วยการหามาตรการต่างๆมาเพื่อคุ้มครองและการอนุรักษ์ในภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพร ซึ่งการเข้ามาแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ และการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา โดยปราศจากการรับรู้การเป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรอย่างแท้จริง

ในส่วนของการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับการใช้พืชสมุนไพรของประเทศไทยนั้น มีแนวคิดในเรื่องของภูมิปัญญาท้องถิ่นว่าเป็น สิทธิของชุมชน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 66 ที่ให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยคนในชุมชนและท้องถิ่นต่างมีสิทธิที่จะหวงแหนมิให้มีการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบในสมุนไพรไทย เพราะประเทศไทยนั้นไม่มีกฎหมายที่สามารถคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้โดยตรง จะมีแต่เพียงบทกฎหมายใกล้เคียงบางบทเท่านั้นที่จะสามารถนำมาปรับใช้ในภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรไทย ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 ที่มุ่งประสงค์แต่เพียงในการคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองท้องถิ่น พันธุ์พืชทั่วไป และพันธุ์พืชใหม่เท่านั้น ซึ่งไม่อาจคุ้มครองในองค์ความรู้ของภูมิปัญญาท้องถิ่นได้โดยเฉพาะเจาะจง และอีกกฎหมายที่สามารถให้ความคุ้มครองได้ คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก พ.ศ.2542 ซึ่งได้ให้ความคุ้มครองพืชสมุนไพรเฉพาะเพียงตำรายาสมุนไพร และรวมถึงแหล่งการอนุรักษ์สมุนไพรและภูมิปัญญา

การแพทย์แผนไทยเท่านั้น และได้ศึกษาถึงมาตรการการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐประชาชนจีน และประเทศอินเดีย เพื่อมาปรับใช้กับประเทศไทย

ดังนั้นประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีขององค์การระหว่างประเทศจึงต้องปฏิบัติตาม ความตกลงทางการค้าระหว่างประเทศและทรัพย์สินทางปัญญา (TRIPs) และปฏิบัติตามอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ (CBD) ในเรื่องของความคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับการนำไปใช้กับสมุนไพรเพื่อการอนุรักษ์อย่างยั่งยืนและสมดุล อันเกี่ยวกับสิ่งที่จะขอรับความคุ้มครองในเรื่องของสิทธิบัตร ที่เป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองในสิ่งประดิษฐ์ทุกสาขาการประดิษฐ์ แต่ไม่อาจให้ความคุ้มครองในสิทธิบัตรอันเกี่ยวกับพืชและสัตว์ได้ อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรนั้น อาจใช้การคุ้มครองในพันธุ์พืช อันเป็นระบบกฎหมายเฉพาะ (Sui Generis System) โดยเลือกระบบในการคุ้มครองได้ทั้งภายใต้ระบบกฎหมายสิทธิบัตร หรือกฎหมายเฉพาะ ระบบใดระบบหนึ่ง หรืออาจใช้ทั้งสองระบบก็ได้

จากการศึกษาพบว่า การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับพืชสมุนไพรไทยนั้น จะต้องกระทำทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ แม้ว่าระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ในปัจจุบันจะสามารถคุ้มครองได้บางกรณีเท่านั้น แต่ไม่สามารถคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับพืชสมุนไพรไทยเพื่อให้มีประสิทธิภาพ เนื่องจากวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองนั้นมีความแตกต่างกัน ดังนั้นการสร้างกฎหมายเฉพาะเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับพืชสมุนไพรจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง ในการป้องกันการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรไปใช้โดยมิชอบของประเทศที่พัฒนาแล้ว

ABSTRACT

Title of Thesis	The Protection of Traditional Knowledge in Application with Thai Herbs
Author	Miss Konkamol Sotachinda
Degree	Master of Laws
Year	2017

Since the past till now, Economic and Science have change and develop too fast. However, the trends of natural resource conservation and protection for use benefit of natural resource is more extensively felt. Everybody realize the importance of traditional knowledge in apply to use with Thai herbs. Which, is the center of knowledge generated from the skills, knowledge and experiences of local people in learning problem and solving problem. As well as the skills can knowledge transfer from generation to next generation. Thai herbs have more benefit in living of people. And, develop country come in Thailand to study and research in herbs of developing country because develop country have an idea in use of herbs are natural resource of local wisdom. The wisdom is the public domain and everybody can use in benefit of herbs to concern with local wisdom.

But, the idea of developing country on tradition knowledge must protect from another people. The developing country are aware importance of tradition knowledge to concern with herbs of local medicine and have tried to seek for declare legal measures for protect and conservation on tradition knowledge to concern with herbs. Also, they are ask for protection from laws on intellectual property, but unfortunately, without the actual realization on the right on the real ownership on tradition knowledge to concern with herbs.

The protection of tradition knowledge to apply in use with herbs of Thailand, although we have the idea to protect of tradition knowledge to concern of community rights by the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2550 the section 66 is the protection on tradition knowledge that can take by local people to live in community. The local people have right to treasure the tradition knowledge and another people cannot use and benefit sharing with Thai herbs without approve from the ownership because Thailand have not the laws to protection in the real on

tradition knowledge but, It has some laws can apply on tradition knowledge to concern with Thai herbs. It is the Protection of Plant Varieties Act B.E. 2542 and the purpose of law is the protection in some plant as well as local plants, general plants and new plants of creation by the planter only. This Act cannot protection to cover specific on tradition knowledge of plants. And, Protection and Enhancement of Thai Traditional Medicine Wisdom Act B.E. 2542. The protection in specific in herbs of medicine and conservation of the live of herbs and protect in Thai traditional medicine wisdom only. And study on legal measures of protection on tradition knowledge in apply with herbs of foreign countries as United State of America, The Republic of China and India for apply to protection on tradition knowledge concern in Thai herbs.

Also, Thailand is member of Inter Organization on the issues of trade related aspect of intellectual property rights or TRIPs Agreement and the member of Convention Biology of Diversity or (CBD) to protection and conservation in tradition knowledge apply with herbs for sustainable of tradition knowledge. Products can protect by Patents Act but, this act can protect products from plants and animals. However, the protection of tradition knowledge concern herbs may be protection in the Plants Act because the Plants Act is specific laws (*sui generis* system). Thailand can choose the protection of tradition knowledge concern herbs in two systems between The Patents Act and The Plants Act for protection or choose both systems to protection tradition knowledge with herbs.

From the study, the protection tradition knowledge to concern Thai herbs should be executed by the national and international laws. Although in currently law is intellectual property law can protect in some tradition knowledge but it cannot protection to effective in tradition knowledge to apply with Thai herbs because the purpose in each laws have different protection objective. Also, the importance in creation of a specific laws for protection tradition knowledge in apply with Thai herbs then, necessary to be protect utilization of tradition knowledge concern herbs of developed country without approve from the owner before.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ เนื่องจากการได้รับความกรุณาและความอนุเคราะห์จาก ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้ำเลิศ ที่ได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ซึ่งได้ให้ คำปรึกษา คำแนะนำ และข้อเสนอแนะ ที่เป็นประโยชน์ต่อการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกราบ ขอบพระคุณเป็นอย่างสูง

ขอขอบพระคุณศาสตราจารย์ รองศาสตราจารย์ ดร.ปภาศรี บัวสวรรค์ ที่กรุณาให้เกียรติรับ เป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วราภรณ์ วนาพิทักษ์ ที่กรุณาให้ เกียรติรับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และกรุณาให้คำปรึกษา คำแนะนำ และข้อเสนอแนะที่เป็น ประโยชน์ต่อการแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ขอกราบขอบพระคุณ คุณพ่ออรณพ ขำวิสัย และคุณแม่ชไมพร โสตะจินดา บิดามารดาของ ผู้เขียนที่อบรม สั่งสอน เลี้ยงดูและให้การศึกษาผู้เขียนตั้งแต่เล็กจนเติบโตใหญ่ รวมถึงให้การสนับสนุน และเป็นกำลังใจให้ผู้เขียนจนสำเร็จการศึกษาในครั้งนี้

ผู้เขียนยังต้องขอบคุณ คุณลุง คุณอา ณ ภัทรวงศาธารณสุข และขอบคุณพี่ ๆ เพื่อน ๆ น้อง ๆ ในคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ที่เป็นห่วง คอยถามไถ่ และให้ความ ช่วยเหลือ ให้คำปรึกษาแก่ผู้เขียนมาโดยตลอด

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีข้อบกพร่องหรือผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับและนำไป ปรับปรุงในโอกาสต่อไป

กรกมล โสตะจินดา
มกราคม 2560

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ	(3)
ABSTRACT	(5)
กิตติกรรมประกาศ	(7)
สารบัญ	(8)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	7
1.3 สมมติฐานของการศึกษา	8
1.4 ขอบเขตของการศึกษา	8
1.5 วิธีของการศึกษา	9
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	9
บทที่ 2 ความหมายและความสำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรและหลักกฎหมาย	10
ของไทยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพร	
2.1 ความหมายและความสำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่นกรณีสมุนไพร	12
2.2 ประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่น	12
2.3 ประเภทของภูมิปัญญาไทย	14
2.4 ความหมายของสมุนไพรไทยและความสำคัญพืชสมุนไพรไทย	15
2.5 สภาพปัญหาและสถานการณ์ของภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรไทย	17
2.6 การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในพืชสมุนไพรในประเทศที่พัฒนาแล้ว	19
2.7 การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรในประเทศที่กำลังพัฒนา	20
2.8 หลักกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นกรณีสมุนไพรไทย	20
2.8.1 แนวคิดทฤษฎีในเรื่องของความเป็นเจ้าของสิทธิในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา	22
2.8.2 ความหมายและหลักการตามแนวคิดเรื่องสิทธิชุมชน	23
2.8.3 หลักกฎหมายไทยโดยตรงที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพร	29

บทที่ 3	มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรในต่างประเทศ	42
	และหลักกฎหมายต่างประเทศในการคุ้มครองทางทรัพย์สินทางปัญญา	
3.1	มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นกรณีพืชสมุนไพรของต่างประเทศ	42
3.1.1	ภายใต้องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก WIPO	43
3.1.2	ภายใต้ความร่วมมือระหว่างประเทศของ UNESCO	44
3.1.3	ภายใต้อนุสัญญากรุงเบิร์น (Berne Convention)	47
3.1.4	ภายใต้ความตกลง TRIPs Agreement	48
3.1.5	ภายใต้อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ (CBD)	50
3.1.6	ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ UPOV	52
3.2	มาตรการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรของต่างประเทศ	56
3.2.1	มาตรการคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรในประเทศ ที่พัฒนาแล้ว	57
3.2.2	มาตรการคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรในประเทศ ที่กำลังพัฒนา	59
3.2.3	มาตรการคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นกรณีสมุนไพรในหลักกฎหมายของ ประเทศจีน	61
บทที่ 4	ปัญหาการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นกรณีสมุนไพรตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา	64
4.1	ปัญหาข้อจำกัดแนวคิดภายใต้ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา	65
4.2	ประเด็นเรื่องเงื่อนไขของการขอรับสิทธิบัตร	66
4.2.1	ปัญหาการคุ้มครองพืชด้วยระบบสิทธิบัตร	66
4.2.2	ปัญหาการคุ้มครองสารสกัดจากพืชหรือจากสัตว์	67
4.2.3	หลักเกณฑ์การขอรับสิทธิบัตร	68
4.3	ประเด็นเรื่องการเป็นผู้ประดิษฐ์ร่วมของเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่น	69
4.4	ประเด็นตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542	70
4.4.1	การคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่	70
4.4.2	การคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะท้องถิ่น	71
4.4.3	การคุ้มครองการคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองและพันธุ์พืชป่า	71
4.5	การคุ้มครองสมุนไพรตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญา การแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542	71
4.6	กรณีศึกษา	72
4.6.1	กรณีศึกษาสิทธิบัตรขมิ้นชัน	74
4.6.2	กรณีศึกษาสมุนไพรกวาวเครือ	74
4.6.3	กรณีศึกษาสมุนไพรเปล้าน้อย	75
4.6.4	กรณีศึกษาข้าวหอมมะลิ	75

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	77
5.1 บทสรุป	77
5.2 ข้อเสนอแนะ	79
บรรณานุกรม	80
ประวัติผู้เขียน	86

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ระยะเวลาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันประเทศไทยมีการอาศัยอยู่ของประชากรเป็นกลุ่ม ๆ ในแต่ละชุมชนที่อาศัยอยู่ภายในประเทศไทย ซึ่งบนผืนแผ่นดินนี้นั้นอุดมไปด้วยทรัพยากรทางธรรมชาติที่จะนำมาเรียนรู้และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรเหล่านี้โดยการประกอบอาหาร และนำมาเป็นยารักษาโรค ในการดำรงชีวิตประจำวันของพวกเขาเหล่านั้น จนสามารถถ่ายทอดการเรียนรู้ในองค์ความรู้ที่มีอยู่จากคนกลุ่มหนึ่งสู่คนอีกกลุ่มหนึ่ง โดยไม่มีการหวงแหนซึ่งกันและกัน ประกอบกับไม่การแสวงหาประโยชน์ในทางการค้า ซึ่งองค์ความรู้ดังกล่าวอาจเรียกว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” จะเห็นได้ว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น มีความสัมพันธ์กับทรัพยากรประเภทพันธุ์พืชในการนำมาผลิตอาหารและยารักษาโรค¹

ภูมิปัญญาท้องถิ่น² (Tradition Knowledge) หมายถึง องค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่น วิธีการทักษะ นวัตกรรม แนวปฏิบัติ หรือการเรียนรู้ที่เป็นผลมาจากกิจกรรมทางปัญญาในรูปแบบดั้งเดิมของชุมชนท้องถิ่น มีการสืบทอดและพัฒนาจากรุ่นหนึ่งสู่อีกรุ่นหนึ่งจนมาถึงปัจจุบัน โดยมีการพัฒนาที่ผ่านกาลเวลา เช่น องค์ความรู้เกี่ยวกับการทำไวน์กระชายดำ องค์ความรู้เกี่ยวกับการทำยารักษาโรค เป็นต้น

ภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจมีการแบ่งประเภทไว้มากหลายประเภทด้วยกัน ได้แก่ การแสดงออกซึ่งศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้าน การประกอบอาหาร เป็นต้น ประกอบกับภูมิปัญญาท้องถิ่นเหล่านั้นไม่มีการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร มีแต่เพียงการบอกเล่าปากต่อปากทำให้ขาดความคุ้มครองดูแล เพราะภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นมีความสำคัญทางด้านเศรษฐกิจ ด้วยการนำทรัพยากรพันธุ์พืชไปเป็นวัตถุดิบพื้นฐานในการผลิตอาหารและผลิตยารักษาโรค ในภาคอุตสาหกรรมที่มีความต้องการของผู้บริโภค จะเห็นได้ว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นในประเภททรัพยากรธรรมชาตินั้นมีความสำคัญเป็นอย่างมาก ซึ่งหลายสิบปีที่ผ่านมาประเทศที่พัฒนาแล้วได้แลเห็นถึงความสำคัญและประโยชน์ของทรัพยากรทางธรรมชาติหรือพันธุ์พืช โดยบริษัทยาข้ามชาติได้แลเห็นว่าชุมชนพื้นเมืองต่าง ๆ นั้นมีองค์ความรู้เป็นอย่างดี

¹ นันทน อินทนนท์, ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาและผลกระทบต่อภูมิปัญญาท้องถิ่น, คำนวนที่ 8 กุมภาพันธ์ 2558 จาก <http://people.su.se/~nain4031/ipandtk.htm>

² กรมทรัพย์สินทางปัญญา, ภูมิปัญญาท้องถิ่น, คำนวนที่ 30 กรกฎาคม 2558 จาก http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_content&task=category§ionid=25&id=161&Itemid=262&lang=en

ในคุณสมบัติทางยาของพืชแต่ละชนิด จึงพยายามรวบรวมพันธุ์พืชต่าง ๆ ในประเทศที่กำลังพัฒนา เพื่อนำไปใช้ในการวิจัยออกมาเพื่อให้เป็นผลิตภัณฑ์ทางยาสมัยใหม่โดยอาศัยความรู้จากภูมิปัญญาของชุมชนที่มีประโยชน์ในภาคอุตสาหกรรมนั้นเป็นอย่างมาก เพราะไม่เพียงเป็นการสร้างโอกาสที่จะสามารถพัฒนาผลิตภัณฑ์ให้เป็นยาชนิดใหม่ได้เท่านั้น แต่ยังเป็นการประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายในกระบวนการผลิตอีกด้วย

ท่ามกลางกระแสแห่งการอนุรักษ์ในทรัพยากรทางธรรมชาตินั้นเป็นส่วนหนึ่งของภูมิปัญญาท้องถิ่น และที่ผ่านมามีแนวคิดต่อการอนุรักษ์ภูมิปัญญาท้องถิ่นในประเทศที่พัฒนาแล้วกับประเทศที่กำลังพัฒนานั้นแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง โดยประเทศที่พัฒนาแล้วมักจะถือว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นความรู้สาธารณะ (Public Domain) ทุกคนสามารถเข้าถึงในภูมิปัญญาท้องถิ่นได้และสามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้ ซึ่งแตกต่างกับประเทศที่กำลังพัฒนากลับมีความเห็นว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นสิ่งมีค่า จึงมีสิทธิที่จะหวงกันมิให้มีการใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยมิได้ตอบแทนให้กับประเทศที่กำลังพัฒนาที่เป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น อย่างไรก็ตาม ในช่วงที่ผ่านมามีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือทรัพยากรธรรมชาติโดยมิได้ตอบแทนไว้หลายกรณี เช่น กรณีของเปล้าน้อย (Croton Sublyratus) พืชสมุนไพรพื้นบ้านของไทย มีลักษณะเป็นไม้พุ่มไม่สูงมากนัก ขึ้นอยู่ตามธรรมชาติของไทย มีประเทศญี่ปุ่นได้วิจัยต้นเปล้าน้อย และได้จดสิทธิบัตรสารสกัดจากต้นเปล้าน้อยในชื่อ “เปลานอทอล” (Plaunotal) ให้ผลิตยาจากเปล้าน้อยจำหน่าย โดยใช้ชื่อทางการค้าว่า “เคลเนกซ์”³ (Kelnac) เป็นยารักษาโรคกระเพาะที่สกัดจากเปล้าน้อยที่ปลูกในไทย ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าบริษัทญี่ปุ่นได้สิทธิบัตรในตัวยาร “เปลานอทอล” (Plaunotal)⁴ จากทรัพยากรพันธุกรรมและความหลากหลายทางชีวภาพของไทย ถือเป็นการขโมยความหลากหลายทางชีวภาพของไทยและเป็นการปิดกั้นการวิจัยและพัฒนาของไทย ทำให้ประเทศไทยที่เป็นเจ้าของความหลากหลายทางชีวภาพนั้น ๆ แต่กลับไม่สามารถใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพของตนได้อย่างเต็มที่

กรณี กวาวเครือ (Pueraria Mirifica) เป็นพืชสมุนไพรที่สำคัญของไทยซึ่งรู้จักกันอย่างแพร่หลาย มีสรรพคุณทำให้ผิวพรรณนุ่มนวลและเต่งตึง ทำให้ได้ผลิตภัณฑ์สมุนไพรเสริมความงามมานานหลายสิบปี แต่ขณะนี้ได้ถูกบริษัทญี่ปุ่นและบริษัทสหรัฐ นำสารสกัดจากกวาวเครือไปจดสิทธิบัตร ซึ่งประเทศญี่ปุ่นได้นำพืชชนิดนี้ไปจดสิทธิบัตรแล้ว สิทธิบัตรที่สองบริษัทได้จดสิทธิบัตรเป็นสิทธิบัตรสหรัฐ การจดสิทธิบัตรครั้งนี้ถือว่าซ้ำรอยประวัติศาสตร์การจดสิทธิบัตรเปล้าน้อยของไทย และนำไปแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบไม่ได้ขออนุญาตประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศเจ้าของในความหลากหลายทางชีวภาพ โดยอาศัยภูมิปัญญาพื้นบ้านของไทย จะทำให้บริษัทต่างประเทศได้เปรียบทางการค้า

³ “Plaunotal in Hibits Postprandial Gastrin Release by Its Unique Secretin Releasing Action in Humans,” **Digestive Diseases and Sciences** 35, 9 (December 1990): 1440-1145.

⁴ **Process for Extraction and Purification of Plaunotal**, Retrieved December 12, 2016 from <http://www.freepatentsonline.com/5264638.html>; **Geranylgeraniol-18-Hydroxylase from Croton Sublyratus**, Retrieved December 12, 2016 from <http://www.freepatentsonline.com/5879916.html>

โดยจะเข้ามาแทรกแซงส่วนแบ่งการตลาดกับผลิตภัณฑ์สมุนไพรกาวเครือจากประเทศไทย ซึ่งส่งผลกระทบต่ออุตสาหกรรมสมุนไพรไทยเป็นอย่างมาก⁵

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้ ประเทศที่พัฒนาแล้วได้นำเอาความรู้เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชนในประเทศที่กำลังพัฒนาไปขอรับสิทธิบัตรอยู่เสมอ ซึ่งได้สะท้อนถึงปัญหาของการแย่งชิงในพันธุกรรมทางพันธุพืช กล่าวคือ ได้มีการนำเมล็ด ส่วนขยาย ลำต้น ไปปลูกในต่างถิ่น ต่างภูมิอากาศ และเมื่อเวลาผ่านไป เทคโนโลยีต่าง ๆ ก็พัฒนาขึ้น การปรับปรุงพันธุ์พืชจึงกลายมาเป็นการแย่งชิงพันธุกรรมระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้วกับประเทศที่กำลังพัฒนา การแย่งชิงพันธุกรรมหรือเรียกกันทั่วไปว่า “โจรสลัดทางชีวภาพ (Bio-Piracy)” ไม่เพียงเป็นแค่การโจรกรรมทางพันธุกรรมของพืช แต่ในศตวรรษนี้สามารถโจรกรรมได้ทั้งพันธุกรรมสัตว์ จุลินทรีย์ และพันธุกรรมมนุษย์ด้วยก็จะถูกนำไปวิจัยทำให้ประเทศที่กำลังพัฒนานั้นเสียหายโดยมิได้รับประโยชน์ตอบแทน เนื่องจากประเทศที่กำลังพัฒนานั้นขาดมาตรการในการควบคุมดูแลอย่างเคร่งครัดเพื่อไม่ให้ประเทศของตนได้รับความเสียหายในปัจจุบันไม่มีคำจำกัดความของคำว่า “โจรสลัดทางชีวภาพ (Bio-Piracy)” ไว้แต่เป็นเพียงคำที่ประเทศที่กำลังพัฒนานั้นใช้เรียกไว้เพื่อโต้ตอบประเทศที่พัฒนาแล้วในการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาที่เกิดขึ้นว่าเหมือนกับการเป็น “โจรสลัดทางปัญญา (Intellectual Piracy)”⁶

ในกรณีของการคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ปัจจุบันมีปัญหาข้อเท็จจริงเกิดขึ้นมากมาย บางครั้งอาจให้คำนิยามของภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นเป็นไปอย่างกว้างขวางมาก เพราะภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นมีหลายประเภทมากที่ให้ทำการศึกษา สามารถแบ่งประเภทของการศึกษาได้ถึง 12 ประเภท⁷ ได้แก่

1. ด้านเกษตรกรรม
2. ด้านภาษาและวรรณกรรม
3. ด้านความเชื่อ ประเพณี พิธีกรรม
4. ด้านศิลปกรรม
5. ด้านนันทนาการ
6. ด้านอาหารการกิน
7. ด้านหัตถกรรม
8. ด้านการประกอบอาชีพทำมาหากิน

⁵ ปาริณช บริสุทธิ์ศรี, การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้านภายใต้ความตกลงทริปส์ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553).

⁶ G. Dutfield, *Developing and Implementing National Systems for Protecting Traditional Knowledge: A Review of Experiences in Selected Developing Countries*, UNCTAD Expert Meeting on Systems and National Experiences for Protecting Traditional Knowledge, Innovations and Practices, 30 October–1 November 2000, Geneva, p. 8.

⁷ วรียา ล้ำเลิศ, บทบาทกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในมิติประชาคมอาเซียน, ใน NIDA Academic Forum, 3 พฤษภาคม 2555.

9. ด้านการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม
10. ด้านการบริหารจัดการชุมชน
11. ด้านเทคโนโลยีพื้นบ้าน หรือเทคนิควิธีการ
12. ด้านการดูแลสุขภาพและการรักษาโรค

ซึ่งมีการกำหนดไว้หลายประเภท แต่ที่เป็นหาเป็นอันมากในปัจจุบันนั้น โดยเฉพาะด้านการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เพราะที่ผ่านมานั้นมีกรณีศึกษาเกิดขึ้นมากมาย ดังกรณีที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งกรณีของการคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น เป็นการรวบรวมทรัพยากร ธรรมชาติที่มีความหลากหลายทางชีวภาพทั้ง ของพันธุ์สัตว์ พันธุ์พืช และจุลินทรีย์ ที่อยู่ในท้องถิ่นอันเป็นสมบัติของภูมินั้น ๆ ที่เป็นเจ้าของสามารถทำประโยชน์จากสิ่งเหล่านี้ได้ แต่เนื่องด้วยเทคโนโลยีสมัยใหม่เข้ามาและมีการศึกษาเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติที่มีความหลากหลายทางชีวภาพในประเทศไทย อาจเป็นการร่วมมือกับต่างประเทศ อาจทำให้ประเทศเหล่านั้นทำการศึกษาและเห็นช่องว่างของการที่ประเทศไทยและคนในชุมชนยังมิได้นำทรัพยากรธรรมชาติที่กลั่นมาเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นไปขึ้นทะเบียนเป็นทรัพย์สินทางปัญญา โดยประเทศเหล่านั้นได้ศึกษาหรือสกัดพันธุ์พืชในประเทศไทยเป็นสารชนิดหนึ่งที่มีประโยชน์ในทางธุรกิจ และได้นำกลับประเทศของเขาแล้วขึ้นทะเบียนสิทธิบัตรในทรัพย์สินทางปัญญา ทำให้ประเทศไทยนั้นเสียสิทธิในการเป็นเจ้าของในพันธุ์พืชตั้งต้นของสารสกัดและการศึกษาต่อไปเลย และมีได้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ทรัพยากรชีวภาพอย่างเป็นธรรมหรือ (Benefit Sharing) ทำให้ประเทศไทยเสียหายเนื่องจากการที่ไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้ทรัพยากรในความหลากหลายทางชีวภาพที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศแต่อย่างใด ซึ่งในปัจจุบันได้มีอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity: CBD) ให้การคุ้มครองเพื่อส่งเสริมการอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพและความหลากหลายทางชีวภาพของโลกเพื่อประโยชน์ของชนรุ่นต่อไป เพื่อการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืน และเพื่อให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ทรัพยากรชีวภาพอย่างเป็นธรรม อย่างในช่วงที่ผ่านมานี้มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นในกรณีของความหลากหลายทางชีวภาพ เช่น กรณีของเปล้าน้อย (Croton Sublyratus) พืชสมุนไพรพื้นบ้านของไทย มีลักษณะเป็นไม้พุ่มไม่สูงมากนัก ขึ้นอยู่ตามธรรมชาติของไทย มีประเทศญี่ปุ่นได้วิจัยต้นเปล้าน้อย และได้จดสิทธิบัตรสารสกัดจากต้นเปล้าน้อยในชื่อ “เปลานโนทอล” (Plaunotal)⁸ ให้ผลผลิตจากเปล้าน้อยจำหน่าย โดยใช้ชื่อทางการค้าว่า “เคลเนกซ์” (Kelnac)⁹ เป็นยารักษาโรคกระเพาะที่สกัดจากเปล้าน้อยที่ปลูกในไทย ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าบริษัทญี่ปุ่นได้สิทธิบัตรในตัวสารเปลานโนทอล (Plaunotal) จากทรัพยากรพันธุกรรมและความหลากหลายทางชีวภาพของไทย ถือเป็นการขโมยความหลากหลายทางชีวภาพของไทยและเป็นการปิดกั้นการวิจัยและพัฒนาของไทย ทำให้ประเทศไทยที่เป็นเจ้าของความหลากหลายทางชีวภาพนั้น ๆ แต่กลับไม่สามารถใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพของตนได้อย่างเต็มที่

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

กรณีกวาวเครือ (Pueraria Mirifica) เป็นพืชสมุนไพรที่สำคัญของไทยซึ่งรู้จักกันอย่างแพร่หลาย มีสรรพคุณทำให้ผิวพรรณนุ่มนวลและเต่งตึง ทำให้ได้ผลิตภัณฑ์สมุนไพรเสริมความงาม มานานหลายสิบปี แต่ขณะนี้ได้ถูกบริษัทญี่ปุ่น และบริษัทสหรัฐ นำสารสกัดจากกวาวเครือไปจดสิทธิบัตร ซึ่งประเทศญี่ปุ่นได้นำพืชชนิดนี้ไปจดสิทธิบัตรแล้ว สิทธิบัตรที่สองบริษัทได้จดสิทธิบัตรเป็นสิทธิบัตรสหรัฐ การจดสิทธิบัตรครั้งนี้ถือว่าซ้ำรอยประวัติศาสตร์การจดสิทธิบัตรเปล้าน้อยของไทย และนำไปแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบไม่ได้ขออนุญาตประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศเจ้าของในความหลากหลายทางชีวภาพ โดยอาศัยภูมิปัญญาพื้นบ้านของไทย จะทำให้บริษัทต่างประเทศได้เปรียบทางการค้า โดยจะเข้ามาแทรกแซงส่วนแบ่งการตลาดกับผลิตภัณฑ์สมุนไพรกวาวเครือจากประเทศไทย ซึ่งส่งผลกระทบต่ออุตสาหกรรมสมุนไพรไทยเป็นอย่างมาก¹⁰ ในกรณีของ เปล้าน้อย กวาวเครือ และกรณีศึกษาสิทธิบัตรขมิ้นชัน¹¹ (Turmeric) (Curcuma Longa L.) เป็นพืชวงศ์ Zingiberaceae มีลักษณะเป็นเป็นไม้ล้มลุก เป็นเหง้าใต้ดิน มีกลิ่นเฉพาะตัว และมีสรรพคุณในการรักษาโรคผิวหนัง ผื่นคัน หรือรักษาอาการท้องอืดท้องเฟ้อ ซึ่งในตัวของขมิ้นชันมีสาระสำคัญ 2 ชนิด คือ ชนิดที่เป็นสารให้สี คือ Curcuminoid พบประมาณ 5 เปอร์เซ็นต์ ของน้ำหนักแห้ง สาระสำคัญอีกชนิด คือ น้ำมันหอมระเหยที่ประกอบไปด้วย สาร Monoterpenoids และ Sesquiterpenoids ซึ่งในปี ค.ศ.1995 สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาได้อนุมัติสิทธิบัตรการประดิษฐ์ของการใช้ขมิ้นชันเพื่อเป็นยาสมานแผล แก้มหาวิทยาลัยมิสซิสซิปปี ซึ่งเป็นข้อถกเถียงกันเป็นอย่างมาก ต่อมาสภาวิจัยทางวิทยาศาสตร์และอุตสาหกรรมของประเทศอินเดียได้ทำการยื่นขอเพิกถอนสิทธิบัตรฉบับดังกล่าว เพราะขมิ้นชันนั้นได้เป็นยารักษาแผลและอาการผื่นคันอยู่ก่อนแล้ว กล่าวคือเพราะมีหลักฐานที่บันทึกเป็นภาษาสันสกฤตและภาษาอังกฤษ ประกอบกับการตีพิมพ์ไว้ในวารสารของสมาคมแพทย์ของประเทศอินเดีย จึงเป็นเหตุให้สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้านั้นตัดสินใจให้มีการเพิกถอนสิทธิบัตรเพราะเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่ขาดความใหม่ (Lack of Novelty) ในการขอจดสิทธิบัตร เป็นต้น

ที่กล่าวมาเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากการแสวงหาผลประโยชน์จากพืชสมุนไพรหรือทรัพยากรธรรมชาติโดยมิได้รับอนุญาต ซึ่งประเทศไทยมีสมุนไพรหรือทรัพยากรทางธรรมชาติเป็นประโยชน์จำนวนมากแต่ขาดการสนใจจากภาครัฐและภาคประชาชนในความหลากหลายทางชีวภาพที่มีประสิทธิภาพของไทยเป็นจำนวนมากถูกประเทศที่พัฒนาแล้วนำไปวิจัยและจดทะเบียนทรัพย์สินทางปัญญาเป็นของประเทศเหล่านั้น จากการแสวงหาผลประโยชน์จึงทำให้เกิดการเรียกร้องของประเทศที่กำลังพัฒนาซึ่งอุดมไปด้วยทรัพยากรทางชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นให้มีการเคารพสิทธิของชุมชนซึ่งเป็นเจ้าของในความหลากหลายทางชีวภาพ มีการเรียกร้องให้มีการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น และมีสิทธิหวงกันไม่ให้ต่างชาติเข้ามาแสวงหาประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาตหรือความยินยอมจากเจ้าของความหลากหลายทางชีวภาพก่อน แต่เนื่องจากที่ประเทศอื่นนำไปวิจัยและจดทะเบียน

¹⁰ ปาริณช บริสุทธิ์ศรี, *เรื่องเดิม*.

¹¹ วริยา ล้ำเลิศ, เอกสารประกอบการสอนในเรื่อง กรอบกฎหมายนานาชาติด้านคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรชีวภาพ (กรุงเทพฯ: สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, ม.ป.ป.), หน้า 29.

ทรัพย์สินทางปัญญา ทำให้ประเทศไทยมีปัญหาไม่สามารถนำความหลากหลายทางชีวภาพนั้นมาวิจัย และใช้ประโยชน์ได้ เพราะจะเกิดข้อพิพาทว่าเป็นการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา การพัฒนาการปรับปรุงทรัพยากร สิ่งที่ได้รับจากการปรับปรุงนั้นจะถูกถือว่าเป็นเทคโนโลยีใหม่ซึ่งเป็น ผลผลิตทางปัญญาซึ่งเป็นทรัพย์สินทางปัญญาของผู้วิจัย ซึ่งการกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นการตักตวง ผลประโยชน์อย่างไม่เป็นธรรมทางกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่ในปัจจุบันยัง ไม่สามารถคุ้มครองในความหลากหลายทางชีวภาพได้อย่างมีประสิทธิภาพ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบ ความตกลงในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า¹² (TRIPs) ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่ ภาควิชาสมาชิกขององค์การการค้าระหว่างประเทศ (WTO) ที่มีวัตถุประสงค์ คือ การสร้างมาตรฐาน ขั้นต่ำในการคุ้มครองสิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญาส่งเสริมให้มีการคิดค้น เพื่อส่งเสริมเศรษฐกิจและ การค้า เนื่องจากการเจรจา “รอบอุรุกวัย” (Uruguay Round) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษี ศุลกากรและการค้า หรือความตกลงเกตต์ ซึ่งทำให้มีการจัดตั้งองค์การการค้าโลก (WTO) ความตกลง ทางการค้าและบริการ (GATS) และความตกลงว่าด้วยสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับทาง การค้าและความตกลงทริปส์ซึ่งถือเป็นความสำเร็จของประเทศที่พัฒนาแล้ว เนื่องจากการทำให้มี การวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศครบถ้วนทุกประเทศ ทั้งสินค้าที่จับต้องได้ และการ บริการที่จับต้องไม่ได้ รวมทั้งการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ประเทศที่พัฒนาแล้ว อยู่ในฐานะเหนือกว่าประเทศที่กำลังพัฒนาและประเทศต่าง ๆ ที่ต้องการเข้ามาเป็นสมาชิกของ องค์การการค้า (WTO) จะต้องยอมรับพันธกรณีต่าง ๆ ตาม GATS และ TRIPs ด้วย ประเทศที่กำลัง พัฒนาที่ประสงค์จะมีบทบาทในการค้าระหว่างประเทศต้องยอมรับพันธกรณีเหล่านี้ ข้อผูกพันตาม WTO จึงมีผลให้ประเทศที่กำลังพัฒนารวมทั้งประเทศไทยได้คิดหามาตรการทางกฎหมายเพื่อ คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น¹³ และทรัพยากรชีวภาพได้อย่างมีประสิทธิภาพ

โดยเฉพาะประเทศไทยเป็นประเทศที่มีความอุดมสมบูรณ์ของพืชสมุนไพรอันเป็น ทรัพยากรธรรมชาติเป็นจำนวนมาก ประกอบกับที่ประเทศไทยมีนโยบายในแนวทางการพัฒนา เศรษฐกิจแบบการค้าเสรีเป็นสาเหตุที่นักลงทุนและนักวิจัยต่างเข้ามาภายในประเทศเป็นจำนวนมาก ต่างก็หาวัตถุดิบของพันธุ์พืชมาเป็นวัตถุดิบในการผลิตเพื่อเป็นผลิตภัณฑ์ออกสู่ท้องตลาด โดยเฉพาะ พืชสมุนไพรที่เป็นส่วนหนึ่งในทรัพยากรธรรมชาติที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งภาครัฐนั้นได้ตระหนักถึง มาตรการในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ด้วยการดูแลพืชสมุนไพร การขอเข้ามาในประเทศเพื่อ ศึกษาวิจัยในพืชสมุนไพร และการใช้ประโยชน์ในพืชสมุนไพรอย่างสมดุลเพื่อให้ระบบนิเวศและ อนุรักษ์อย่างยั่งยืน ปัจจุบันประเทศไทยมีแนวคิดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นว่าเป็นสิทธิของชุมชน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 66 ที่ให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยคนในชุมชนและท้องถิ่น ต่างมีสิทธิที่จะวางแผนให้มีการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบใน ทรัพยากรของท้องถิ่น ซึ่งเป็นภาพรวมในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรของท้องถิ่น เพราะประเทศไทยนั้นไม่มีกฎหมายที่สามารถคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นได้โดยตรง จะมีแต่เพียงบท กฎหมายใกล้เคียงเท่านั้นที่จะสามารถนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นได้

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

เพียงบางสาขาเท่านั้น¹⁴ ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 ให้การคุ้มครองในพันธุ์พืชพื้นเมืองท้องถิ่น พันธุ์พืชทั่วไป และพันธุ์พืชใหม่ และอีกหนึ่งพระราชบัญญัติ คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก พ.ศ.2542 ซึ่งได้ให้ความคุ้มครองในตำรับยา ตำรายา สมุนไพร และได้รวมถึงแหล่งการอนุรักษ์สมุนไพรและภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เป็นต้น

ดังนั้น ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีสมาชิกขององค์การระหว่างประเทศจึงต้องปฏิบัติตามความตกลงทางการค้าระหว่างประเทศและทรัพย์สินทางปัญญา (TRIPs) และประเทศไทยอยู่ภายใต้อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity: CBD) ประเทศไทยต้องคำนึงถึงปัญหาที่เกิดขึ้นและให้ความสำคัญในการแก้ปัญหา เพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรธรรมชาติในกรณีของการนำพืชสมุนไพรไปใช้เพื่อเป็นการป้องกันการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบเนื่องจากการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นและทรัพยากรทางธรรมชาติมีอย่างกว้างขวาง อีกทั้ง ยังไม่อาจหาข้อยุติในการคุ้มครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงจำเป็นที่จะต้องพัฒนาระบบกฎหมายที่จะได้มีการคุ้มครองและการอนุรักษ์พืชสมุนไพรทรัพยากรธรรมชาติในภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยเฉพาะ โดยคำนึงถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นภายในประเทศและระหว่างประเทศอันเป็นสิทธิของชุมชนและของโลก เพื่อให้ได้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทย เนื่องจากเมื่อพิจารณาโดยละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายของไทยที่คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นมีเพียงฉบับเดียวที่ให้ความคุ้มครองโดยตรง คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาท้องถิ่นการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542 แต่ขัดจำกัดไว้แค่วงการแพทย์เท่านั้น มิได้ครอบคลุมถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นประเภทอื่นถึงแม้จะคุ้มครองในทางการแพทย์ ตำรับ ตำรายา สมุนไพร ก็ตามแต่ไม่ได้คุ้มครองถึงการเป็นผู้ทรงสิทธิโดยชอบ กล่าวคือ สิทธิของชุมชน เพียงแต่คุ้มครองในการที่ผู้ทรงสิทธินำสมุมน้ำมันที่สกัดออกมาเป็นยารักษาโรคที่ได้ขึ้นทะเบียนยาไว้แล้วเท่านั้น ไม่ได้คุ้มครองถึงการนำสมุนไพรที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นมาวิจัยแล้วนำกลับประเทศของตนไปจดทะเบียนเป็นของตนเองทำให้ประเทศไทยได้รับความเสียหายได้ จึงจำเป็นที่จะต้องพัฒนาระบบกฎหมายที่จะได้มีการคุ้มครองและการอนุรักษ์ทรัพยากรทางชีวภาพในภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยเฉพาะ โดยคำนึงถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นภายในประเทศและระหว่างประเทศอันเป็นสิทธิของชุมชนและของโลก เพื่อให้ได้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทย

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาความหมายและความสำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่น ในกรณีศึกษาสมุนไพรและบทกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นในกรณีศึกษาสมุนไพรในการคุ้มครองให้ได้ประสิทธิภาพ

¹⁴ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, **ประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่น**, ค้นวันที่ 22 กรกฎาคม 2556 จาก http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_content&task=category§ionid=25&id=161&Itemid=262&lang=en

2. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในกรณีศึกษาสมุนไพรของต่างประเทศและบทกฎหมายต่างประเทศในการคุ้มครองทางทรัพย์สินทางปัญญา และเพื่อศึกษาสภาพปัญหาในภูมิปัญญาท้องถิ่นในกรณีศึกษาสมุนไพร และวิเคราะห์สภาพปัญหาในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในกรณีศึกษาสมุนไพรตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

3. เพื่อให้ทราบแนวทางการแก้ไขในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในกรณีศึกษาสมุนไพรของไทยให้มีประสิทธิภาพที่เพียงพอ ตามกฎหมายที่บังคับอยู่ และที่ยังขาดสภาพบังคับให้มีความเหมาะสม ไม่ซ้ำซ้อนให้เป็นเอกภาพไปในทางเดียวกัน

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ประเทศไทยได้มีการคุ้มครองทางภูมิปัญญาท้องถิ่น กรณีศึกษาสมุนไพรในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไว้ในลักษณะของการคุ้มครองทางด้านลิขสิทธิ์เพียงอย่างเดียว ซึ่งไม่ครอบคลุมถึงการคุ้มครองในด้านสิทธิบัตรและเครื่องหมายทางการค้า ซึ่งต้องเป็นการผลิตที่มีขั้นสูงซึ่งภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่สามารถได้รับการคุ้มครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ แม้มีการคุ้มครองทางด้านภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรชีวภาพเอาไว้แล้ว ก็คุ้มครองเพียงประเภทสมุนไพรที่นำมาขึ้นทะเบียนกับทางทรัพย์สินทางปัญญาแล้วเท่านั้น ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542 โดยให้ผู้ทรงสิทธิเป็นเจ้าของในรูปแบบของปัจเจกชน เป็นการสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (CBD) ตลอดจนให้สิทธิชุมชนเป็นผู้คุ้มครอง รวมทั้งความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs) ดังนั้น กฎหมายที่มีนั้นไม่มีเอกภาพในหลักการของการพิสูจน์ในการเป็นเจ้าของหรือผู้ทรงสิทธิและการพิสูจน์ ยังต้องใช้กฎหมายเทียบเคียงมาปรับใช้คู่กับพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546 มาปรับใช้ในการยืนยันกับประเทศคู่กรณี ซึ่งทำให้ไม่เป็นเอกภาพชัดเจนในการบังคับใช้เฉพาะในกรณีของภูมิปัญญาท้องถิ่นในกรณีศึกษาสมุนไพรของประเทศไทยที่จะได้รับความคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพ

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้ศึกษามุ่งที่จะศึกษาเกี่ยวกับประเด็นในเรื่องของการคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นในการนำมาปรับใช้กับสมุนไพรไทย โดยศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในการนำมาปรับใช้กับสมุนไพรไทยตามกฎหมายของประเทศไทย และความตกลงระหว่างประเทศในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นกรณีสมุนไพร ได้แก่ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546 พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542 รวมทั้งอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (CBD) และความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs) และมาตรการการคุ้มครอง ปกป้อง รวมถึงศึกษาปัญหาและอุปสรรคในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นมาปรับใช้กับ

สมุนไพรรักษาโรคของไทยในปัจจุบันจากตัวอย่างปัญหาจากการแสวงหาประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นในการนำสมุนไพรรักษาโรคมาใช้โดยมิได้รับอนุญาตและมีได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์

1.5 วิธีของการศึกษา

วิธีการศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นการศึกษาค้นคว้าเอกสารต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นหนังสือ วารสาร ตั๋วบทกฎหมาย บทความ งานวิจัย อินเทอร์เน็ต สิ่งพิมพ์ต่าง ๆ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ และสอบถามจากเจ้าหน้าที่จากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้กฎหมายของประเทศไทยและความตกลงระหว่างประเทศ เพื่อที่จะได้ประมวลเป็นข้อเสนอแนะในส่วนของการแก้ไข เพิ่มเติม หรือปรับปรุง กฎหมายของประเทศไทยในเรื่องของการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อให้ทราบความหมายและความสำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่นศึกษากรณีสมุนไพรรักษาโรคและบทกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นและสมุนไพรรักษาโรคในการคุ้มครองให้ได้ประสิทธิภาพ
2. เพื่อให้ทราบมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นศึกษากรณีสมุนไพรรักษาโรคต่างประเทศ และบทกฎหมายต่างประเทศในการคุ้มครองทางทรัพย์สินทางปัญญา และเพื่อให้ทราบสภาพปัญหาในภูมิปัญญาท้องถิ่นศึกษากรณีสมุนไพรรักษาโรค และวิเคราะห์สภาพปัญหาในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นศึกษากรณีสมุนไพรรักษาโรคของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา
3. เพื่อศึกษาแนวทางการแก้ไขในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและสมุนไพรรักษาโรคของไทยให้มีประสิทธิภาพที่เพียงพอ ตามกฎหมายที่บังคับอยู่ ที่ยังขาดสภาพบังคับให้มีความเหมาะสม ไม่ซ้ำซ้อนให้เป็นเอกภาพไปในทางเดียวกัน

บทที่ 2

ความหมายและความสำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพร และหลักกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครอง ภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพร

ปัจจุบันโลกของเราเต็มไปด้วยสิ่งมีชีวิตต่าง ๆ มากมายอาศัยอยู่บนโลกใบนี้ ต่างก็ต้องพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกันในการดำรงชีวิตซึ่งกันและกัน เปรียบเสมือนน้ำพึ่งเรือเรือพึ่งป่า ไม่ว่าจะเป็น สัตว์ พืช จุลินทรีย์ แร่ธาตุต่าง ๆ อาศัยการมีอยู่ร่วมกันบนโลก อันเกิดระบบนิเวศของสิ่งมีชีวิตที่ต้องพึ่งพากัน ไม่ว่าจะเป็นการกิน การเวียนว่ายตายเกิดของสิ่งมีชีวิตเพื่อดำรงสิ่งมีชีวิตต่าง ๆ ให้มีการเกิดสิ่งมีชีวิตใหม่ ๆ เกิดขึ้นในระบบนิเวศของโลก รวมถึงมนุษย์เราด้วยที่ต่างก็ต้องนำสัตว์ หรือพืช ตลอดจนระบบนิเวศต่าง ๆ มาใช้ในการดำรงชีพ เช่น การนำมาเป็นอาหาร นำไปใช้เป็นยารักษาโรคภัยไข้เจ็บต่าง ๆ ซึ่งการอาศัยร่วมกันของสิ่งมีชีวิตทั้งหลายนั้นเรียกอีกอย่างว่า “ความหลากหลายทางชีวภาพ”¹⁵ หรือชื่อในภาษาอังกฤษว่า “Biodiversity” ซึ่งเป็นการอาศัยอยู่ร่วมกันของสิ่งมีชีวิตทั้งหลาย เช่น พืช สัตว์ และจุลินทรีย์ แร่ธาตุต่าง ๆ ในระบบนิเวศที่อยู่ในลักษณะของสิ่งมีชีวิตหรือไม่มีชีวิต อันอาจมีความหลากหลายทางพันธุกรรมของสิ่งมีชีวิตเหล่านั้นที่มีการเชื่อมโยงกันระหว่างสิ่งมีชีวิตต่าง ๆ ซึ่งมีประโยชน์อย่างมหาศาลในการศึกษาวิจัย หรือนำไปใช้ประโยชน์ได้มากมาย และเมื่อมีการนำทรัพยากรชีวภาพ¹⁶ (Biological Resource) กล่าวคือ สิ่งมีชีวิตทั้งหลายที่อาศัยอยู่บนโลกของเรา อันประกอบไปด้วย พืช สัตว์ สิ่งของ ตลอดจนจุลินทรีย์ต่าง ๆ รวมทั้งองค์ประกอบในระบบนิเวศ¹⁷ ด้วย ซึ่งสามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้ในฐานะทรัพยากร โดยลำธาร แร่ธาตุต่าง ๆ นั้นไม่จัดว่าเป็นทรัพยากรชีวภาพ เพราะสิ่งเหล่านี้ไม่มีชีวิต ทรัพยากรทางชีวภาพที่สามารถนำมาใช้ประโยชน์ได้นั้นมีอยู่น้อยมากในระบบนิเวศ และความหลากหลายทางชีวภาพมีความหมายรวมถึงสิ่งที่ไม่ใช่ชีวิตด้วย เช่น แหล่งน้ำ อันเป็นถิ่นที่อยู่อาศัยของสิ่งมีชีวิตที่ต้องมีการพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกันในการดำรงชีวิตอยู่ จึงอาจกล่าวได้ว่าทรัพยากรชีวภาพเป็นสิ่งที่อาศัยอยู่ใน ความหลากหลายทางชีวภาพ เพื่อทำให้เกิดการพึ่งพาอาศัยร่วมกันจนกลายเป็นสิ่งแวดล้อมที่มนุษย์ต่างพากันให้

¹⁵ มาตรา 2 วรรคแรก อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ “ Biological diversity” means the variability among living organisms from all sources including, inter alia, terrestrial, marine and other aquatic ecosystems and the ecological complexes of which they are part; this includes diversity within species’ between species and of ecosystems.

¹⁶ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, ทรัพยากรชีวภาพ, ค้นวันที่ 22 กรกฎาคม 2556 จาก <http://tar.rdi.ku.ac.th/Document/article/BioresourcesManagement.pdf>

¹⁷ เรื่องเดียวกัน.

ความสำคัญในการรักษาและอนุรักษ์ ผู้ศึกษาจึงสรุปได้ว่า ทรัพยากรชีวภาพนั้นเป็นสิ่งที่อาศัยอยู่ในความหลากหลายทางชีวภาพ จึงอาจมีความหมายที่แคบกว่าความหลากหลายทางชีวภาพ เมื่อมีการนำทรัพยากรชีวภาพมาผ่านกระบวนการคิดการสร้างการผลิตโดยคนอีกรุ่นสู่คนอีกรุ่นจนถึงปัจจุบันจนกลายมาเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นของคนในชุมชนหรือในพื้นที่นั้น

ประเทศไทยนั้นมีภูมิประเทศที่อยู่ในแถบเขตร้อนซึ่งทำให้ประเทศไทยมีความอุดมสมบูรณ์ไปด้วยพืชพรรณนานาชนิด สัตว์หลากหลายพันธุ์ และแร่ธาตุมากมาย อันเป็นความหลากหลายทางชีวภาพที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นแขนงหนึ่งที่พึงตระหนักถึงการนำไปใช้ในการแสวงหาประโยชน์โดยไม่ได้ขออนุญาตจากประเทศผู้เป็นเจ้าของในความหลากหลายทางชีวภาพนั้น ๆ ซึ่งเป็นการกระทำละเมิดต่อภูมิปัญญาท้องถิ่น อันเป็นสิ่งสำคัญที่ต้องคุ้มครองปกป้องจากการละเมิดดังกล่าว ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาในภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศไทย เพื่อให้เข้าใจในความหมาย สภาพปัญหา ตลอดจนบริบทต่าง ๆ ของภูมิปัญญาท้องถิ่นและการบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น

โดยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้ศึกษามีความสนใจและได้เล็งเห็นถึงความสำคัญในภูมิปัญญาท้องถิ่น เนื่องจากมนุษย์เราเป็นส่วนหนึ่งของทรัพยากรชีวภาพในการดำรงอาศัยอยู่ และพึ่งพาอาศัยกันโดยการนำทรัพยากรชีวภาพนั้นมาดัดแปลงผลิตขึ้นเพื่อสามารถนำมาเป็นปัจจัยสี่ให้แก่มนุษย์ ตลอดจนเมื่อมีความทันสมัยของเทคโนโลยีเข้ามามีการนำทรัพยากรชีวภาพมาใช้เป็นวัตถุดิบในการผลิตเพื่อเป็นสินค้ามากมายเพื่อตอบสนองผู้บริโภค และได้เล็งเห็นถึงคุณประโยชน์ของทรัพยากรชีวภาพจึงมีการนำทรัพยากรนั้นไปใช้ในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ซึ่งไม่ได้คำนึงต่อการตอบแทนประโยชน์ต่อประเทศผู้เป็นเจ้าของในทรัพยากรชีวภาพหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างประเทศไทย อันเป็นการละเมิดต่อทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทย ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงมุ่งเน้นที่จะศึกษาในภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรในการเป็นเจ้าของสิทธิและความคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อให้เป็นเอกภาพ เนื่องจากบทกฎหมายของประเทศไทยนั้น ได้ให้ความคุ้มครองไว้หลายกรณีและหลายฉบับจนเกิดความซับซ้อนต่อการนำไปใช้ในการคุ้มครองในการเป็นเจ้าของสิทธิที่จะได้รับผลประโยชน์ หรือการแบ่งปันผลประโยชน์จากการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรไปแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ทำให้ไม่เป็นเอกภาพต่อการบังคับใช้บทกฎหมายเพื่อคุ้มครองในความเป็นเจ้าของสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น และเพื่อไม่ให้เกิดการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ประโยชน์โดยไม่มี การแบ่งปันผลประโยชน์จากการนำไปใช้ประโยชน์โดยมิได้รับการขออนุญาตในเจ้าของสิทธิของภูมิปัญญาท้องถิ่น

ในขณะเดียวกันก็มีนักวิชาการได้คำนิยามของคำว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” ไว้หลายความหมายเช่นกัน ดังนี้

ภูมิปัญญาท้องถิ่น¹⁸ หรือ ภูมิปัญญาชาวบ้าน หมายถึง กระบวนการที่เป็นองค์ความรู้โดยรวมของชุมชน ซึ่งรวมถึงมโนทัศน์ ความเชื่อ การตระหนักรู้ วิธีคิดในเชิงนามธรรม และเทคโนโลยีที่ใช้ในเชิงรูปธรรม ซึ่งกระบวนการเรียนรู้ นั้น พัฒนามาจากการปฏิสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์และธรรมชาติ มนุษย์กับมนุษย์ ทั้งในกลุ่มที่มีวัฒนธรรมเดียวกัน หรือที่มีความต่างของวัฒนธรรม และมนุษย์กับสิ่งที่

¹⁸ ปาริณช บิริสุทธิ์ศรี, *เรื่องเดิม*.

เหนือธรรมชาติภายใต้ลักษณะเฉพาะของท้องถิ่นนั้น ๆ โดยทั้งนี้กระบวนการการเรียนรู้ของชาวบ้านสามารถสืบทอดสิ่งต่าง ๆ จากบรรพบุรุษสู่คนรุ่นลูกหลานในท้องถิ่น อาจจะแสดงออกมาเป็นภาษาพื้นบ้านของท้องถิ่นที่เป็นการอนุรักษ์ไปในตัว เช่น คัมภีร์พื้นบ้านและการร่วมปฏิบัติกับผู้เฒ่าผู้แก่ที่ทรงความรู้หรือเกิดจากประสบการณ์ การคิดค้นร่วมสมัยอันมีที่มาจากประสบการณ์โดยตรง หรือจากการแลกเปลี่ยน โดยหยิบยืมองค์ความรู้จากภายนอกมาผสมผสาน แต่ได้รับการตีความ และปรับเปลี่ยนโดยคนในชุมชน เพื่อให้สอดคล้องกับระบบนิเวศ เศรษฐกิจ วัฒนธรรม และสังคมท้องถิ่นในปัจจุบัน¹⁹

2.1 ความหมายและความสำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่นกรณีสมุนไพร

ภูมิปัญญาท้องถิ่น (Local Wisdom) หรือ ภูมิปัญญาชาวบ้าน (Popular Wisdom) เป็นองค์ความรู้ความสามารถของชาวบ้านที่สั่งสมสืบทอดกันมา อันเป็นศักยภาพความสามารถที่จะใช้แก้ปัญหา ปรับตัว เรียนรู้ และมีการสืบทอด ไปสู่คนรุ่นใหม่หรือแก่นของชุมชน ที่จรรโลงชุมชนให้เราอยู่รอดจนถึงปัจจุบัน

คำนิยามที่เรียก “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” มีการให้พจนานุกรมของต่างประเทศมากมายที่ได้ให้ความหมายไว้แต่ข้อความตามพจนานุกรมบางเล่มที่ได้ให้คำจำกัดความไว้นั้น ก็ยังไม่ชัดเจนว่าได้แก่อะไรบ้าง คงเป็นเพียงแต่การให้ความหมายอย่างกว้าง ๆ ในหลักการเท่านั้นว่าได้แก่อะไรที่เกิดขึ้นและคงอยู่ในชุมชนหรือท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งนั้น ๆ²⁰

ยศ สันตสมบัติ ให้ความหมายของคำว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” หมายถึง ความรู้ที่พัฒนาขึ้นในบริบททางกายภาพ และวัฒนธรรมของปฏิสัมพันธ์ระหว่างคนกับระบบนิเวศชุดหนึ่ง จึงทำให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นมีความผูกพันอย่างแนบแน่นระหว่าง “ภูมิปัญญา” กับ “ท้องถิ่น” และ “ความรู้” กับ “ระบบนิเวศ” โดยมีการพัฒนาและสืบทอดกันมาบนพื้นฐานของสัมพันธ์ภาพอันแนบแน่นระหว่างชุมชนกับธรรมชาติ ทั้งนี้ ภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่อาจพัฒนาและดำรงอยู่ได้หากปราศจากซึ่งรากเหง้าทั้งทางด้านธรรมชาติและวัฒนธรรม อีกทั้ง ยังวางหลักการพื้นฐานที่ว่าความรู้มิได้เป็นสมบัติของใครคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะหากแต่เป็นของชุมชน และย่อมเป็นอำนาจของชุมชนในการควบคุมความรู้ไม่ให้ถูกนำไปใช้เพื่อหาประโยชน์ส่วนตัว²¹

¹⁹ ศยามล ไกยูรวงศ์, วารุณี สุรนิวงศ์ และดร.ณิ ไพศาลพาณิชย์กุล, **มาตรการทางกฎหมายและนโยบายการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาทางการแพทย์แผนไทย และทรัพยากรทางพันธุกรรม** (กรุงเทพฯ: มูลนิธิการแพทย์แผนไทยพัฒนา, 2541), หน้า 50.

²⁰ The New Shorter Oxford English Dictionary ให้ความหมายว่า “born or produce in a particular land or region; (especially of flora and fauna) native or belonging introduce.; สุชาติ ธรรมพิทักษ์กุล, “การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น,” **วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์** 25, ฉบับพิเศษ (2548): 159-160.

²¹ ยศ สันตสมบัติ, **ความหลากหลายทางชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อพัฒนาอย่างยั่งยืน**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (เชียงใหม่: นพบุรีการพิมพ์, 2542), หน้า 48.

นันทน อินทนนท์ ให้ความหมายของคำว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” (Traditional Knowledge) หมายถึง การสั่งสมองค์ความรู้ที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของกลุ่มคนที่อาศัยรวมกันเป็นชุมชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งความรู้ที่เกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเพื่อการผลิตอาหาร และยารักษาโรค ความรู้ในลักษณะเช่นนี้ได้มีการถ่ายทอดกันมาเป็นระยะเวลาหลายชั่วคนและมีการแลกเปลี่ยนความรู้จากชุมชนหนึ่งไปยังชุมชนหนึ่งอยู่เสมอ โดยมีได้มีการหวงกันความรู้ไว้เพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์²²

2.2 ประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่น

ภูมิปัญญาท้องถิ่น²³ สามารถแบ่งประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ ดังนี้

1. องค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่น (Traditional Knowledge) หมายถึง องค์ความรู้ วิธีการ ทักษะ นวัตกรรม แนวปฏิบัติ หรือการเรียนรู้ที่เป็นผลมาจากกิจกรรมทางปัญญาในรูปแบบดั้งเดิมของชุมชนท้องถิ่น มีการสืบทอดและพัฒนาจากรุ่นอดีตสู่รุ่นปัจจุบัน ผ่านกาลเวลา เช่น องค์ความรู้เกี่ยวกับการทำไวน์กระชายดำ การทอผ้าไหม เป็นต้น
2. การแสดงออกซึ่งศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้าน (Expression of Folklore) หมายถึง การแสดงออกซึ่งองค์ความรู้และวัฒนธรรมประเพณีพื้นบ้านที่แสดงออกถึงเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของชุมชน ซึ่งปรากฏหรือแสดงให้เห็นในรูปแบบต่าง ๆ ²⁴ เช่น เรื่องเล่าพื้นบ้าน กวีนิพนธ์พื้นบ้าน ปริศนาพื้นบ้าน เพลงพื้นบ้าน ดนตรีพื้นบ้าน การฟ้อนรำพื้นบ้าน ละครพื้นบ้าน จิตกรรมพื้นบ้าน ประติมากรรมพื้นบ้าน หัตถกรรมพื้นบ้าน เครื่องแต่งกายพื้นบ้าน และสิ่งทอพื้นบ้าน การละเล่นพื้นบ้าน
3. รวมถึงทรัพยากรพันธุกรรม²⁵ (Genetic Resource) หมายความว่ารวมถึง ทรัพยากรทางพันธุกรรมสิ่งมีชีวิตหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของสิ่งมีชีวิต หรือองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิตของระบบนิเวศ ซึ่งมีประโยชน์หรือคุณค่าตามความเป็นจริงและตามศักยภาพ เช่น พืชสมุนไพรประจำตามท้องถิ่นที่สามารถนำมาผลิตยารักษาโรคต่าง ๆ ได้

เนื่องจากขอบเขตภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นครอบคลุมหลายด้าน WIPO ทรัพย์สินทางปัญญาโลก จึงได้แบ่งภูมิปัญญาท้องถิ่น ออกเป็นหมวดหมู่ต่าง ๆ ดังนี้

1. องค์ความรู้ทางเกษตรกรรม (Agriculture Knowledge)
2. องค์ความรู้ทางวิทยาศาสตร์ (Scientific Knowledge)
3. องค์ความรู้ทางเทคนิค (Technical Knowledge)

²² นันทน อินทนนท์, *เรื่องเดิม*.

²³ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, *ภูมิปัญญาท้องถิ่น*.

²⁴ วรียา ล้ำเลิศ, บทบาทกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในมิติประชาคมอาเซียน, ใน NIDA

²⁵ ปาริณช บริสุทธิ์ศรี, *เรื่องเดิม*.

4. องค์ความรู้ทางยาและการรักษาโรค (Medicinal Knowledge)
5. องค์ความรู้เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางชีวภาพ (Biodiversity-Related Knowledge)
6. การแสดงออกของศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม (Traditional Cultural Expressions) หรือการแสดงออกของคติชน (Expressions of Folklore)²⁶ ได้แก่
 - 1) การแสดงออกทางวาจา เช่น นิทานพื้นบ้าน เครื่องดนตรี
 - 2) การแสดงออกเป็นดนตรี เช่น เพลงพื้นบ้าน เครื่องดนตรี
 - 3) การแสดงออกเป็นท่าทาง เช่น การรำ การเต้นรำ
 - 4) การแสดงออกเป็นวัตถุธรรม (Tangible Expression) เช่น ผลงานด้านศิลปะพื้นบ้าน ภาพเขียน งานแกะ งานปั้น เป็นต้น

2.3 ประเภทของภูมิปัญญาไทย

หากกล่าวถึงในคำจำกัดความของภูมิปัญญาไทย “ภูมิปัญญา”²⁷ หมายถึง องค์ความรู้ซึ่งรวมถึงเทคนิควิธีการ ที่ดำรงอยู่ในสังคมไทย มีการสั่งสม เรียนรู้ กลั่นกรอง พัฒนาในแต่ละยุคสมัยให้สอดคล้องกับระบบนิเวศในช่วงระยะเวลานั้น ๆ รวมถึง ความเชื่อ เศรษฐกิจในสังคม โดยสืบทอดผ่านวิถีชีวิตของมนุษย์ ขนบธรรมเนียมประเพณี ภูมิปัญญาจึงเป็นกระบวนการทางปัญญาที่มีความสัมพันธ์ระหว่างคนกับคน คนกับธรรมชาติ และคนกับสิ่งเหนือธรรมชาติ สามารถแบ่งออกได้เป็น 4 แบบ

แบบที่ 1 ภูมิปัญญามีลักษณะเป็นนามธรรมเกี่ยวข้องกับศาสนา “ภูมิปัญญา” หมายถึง การรู้แจ้งในธรรมชาติ หรือเป็นไปตามกฎของธรรมชาติ เป็นปัญญาสร้างสรรค์ เป็นความสามารถในการจัดการความคิดของตนเอง และผู้อื่น ให้สอดคล้องกับภูมิภาค ภูมิอากาศ และภูมิธรรม โดยมีการสืบทอดมาจนสู่ปัจจุบัน

แบบที่ 2 ภูมิปัญญาเป็นศักยภาพซึ่งเป็นภูมิคุ้มกันของชุมชน “ภูมิปัญญา” หมายถึง การเอาตัวรอดจากการดำรงชีวิต โดยเป็นความสามารถโดยคิดค้นมาจากคนในชุมชน และมีการปฏิบัติจากรุ่นสู่รุ่นจนถึงปัจจุบัน

²⁶ ภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge), คำนวณที่ 19 มกราคม 2559 จาก http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/th/tk/913/tcebooklet_thai.pdf; ให้คำจำกัดความคำว่า “การแสดงออกของศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม” (Traditional Culture Expression) หรือ “การแสดงออกของคติชน” (Expression of Folklore) หมายถึง “ผลิตภัณฑ์ที่ประกอบไปด้วยลักษณะอันเฉพาะของมรดกทางศิลปะแบบประเพณีที่ได้รับการพัฒนาและดำรงไว้ในชุมชนของ . . . ชื่อประเทศหรือโดยปัจเจกบุคคลซึ่งสะท้อนความคิด / ความเชื่อทางศิลปะแบบประเพณีของชุมชนนั้น ๆ . . .”

²⁷ วริยา ล้ำเลิศ, เอกสารประกอบการสอน เรื่อง ภูมิปัญญา (กรุงเทพฯ: สถาบันบัณฑิตบริหารศาสตร์, ม.ป.ป.), หน้า 8.

แบบที่ 3 ภูมิปัญญาที่เป็นองค์ความรู้ “ภูมิปัญญา” หมายถึง องค์ความรู้ หรือวิธีการที่ดำรงอยู่ในสังคมไทย มีการพัฒนามาจากบรรพบุรุษจนถึงปัจจุบัน

แบบที่ 4 ภูมิปัญญาที่เป็นทุนทางปัญญา “ภูมิปัญญา” กระบวนการทางปัญญาที่มีความสัมพันธ์ระหว่างคนกับธรรมชาติ วิถีชีวิต จิตใจ พฤติกรรม เกี่ยวข้องกับกระบวนการผลิต เทคโนโลยีการผลิต จนกลายเป็นสินทรัพย์ที่มีค่าที่สามารถพัฒนาเป็นอุตสาหกรรมได้

ภูมิปัญญาสามารถแบ่งได้เป็น 12 ประเภท²⁸ ดังนี้

1. ด้านเกษตรกรรม องค์ความรู้ในการคัดเลือกพันธุ์พืชให้เหมาะแก่การเพาะปลูกในบริเวณนั้น
2. ด้านภาษาและวรรณกรรม องค์ความรู้ในการสร้างสรรค์ผลงานทางด้านภาษา เช่น การเขียนวรรณกรรม
3. ด้านความเชื่อ ประเพณี พิธีกรรม องค์ความรู้ในการถ่ายทอดความเชื่อ ขนบธรรมเนียมประเพณี
4. ด้านศิลปกรรม องค์ความรู้ด้านจิตรกรรม ประติมากรรม
5. ด้านนันทนาการ องค์ความรู้ในศิลปะการแสดง การร่ายรำ
6. ด้านอาหารการกิน องค์ความรู้ในการคัดเลือกพันธุ์พืชผ่านกรรมวิธีในการปรุงเป็นอาหาร
7. ด้านหัตถกรรม องค์ความรู้ในการเลือกสรรวัสดุมาทำการทอผ้า
8. ด้านการประกอบอาชีพ องค์ความรู้ในการทำมาหากิน
9. ด้านการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ เพื่อให้เกิดความสมดุลและยั่งยืน
10. ด้านการบริหารการจัดการชุมชน องค์ความรู้ในการจัดการชุมชน การจัดการเพื่อสาธารณประโยชน์
11. ด้านเทคโนโลยีพื้นบ้านองค์ความรู้ที่ผ่านกระบวนการพัฒนามาจากพื้นฐานสืบทอดกันมา
12. ด้านการดูแลสุขภาพและการรักษาโรค องค์ความรู้การจัดการสุขภาพอนามัย เช่น การนวดการพอกยาสมุนไพร

2.4 ความหมายของสมุนไพรไทยและความสำคัญพืชสมุนไพรไทย

สมุนไพร²⁹ หมายความว่า พืช สัตว์ จุลชีพ ธาตุวัตถุ สารสกัดดั้งเดิมจากพืช หรือสัตว์ที่ใช้หรือแปรรูป หรือผสม หรือปรุงเป็นยา หรืออาหารเพื่อการตรวจวินิจฉัย บำบัด รักษา หรือป้องกันโรค หรือส่งเสริมสุขภาพร่างกายของมนุษย์หรือสัตว์ และให้หมายความรวมถึงถิ่นกำเนิดหรือถิ่นที่อยู่ของสิ่งดังกล่าวด้วย

²⁸ เรื่องเดียวกัน.

²⁹ เทคโนโลยีชีวภาพ แหล่งรวมความรู้ทางเทคโนโลยีชีวภาพ, **สมุนไพรและสมุนไพรคืออะไร**, ค้นวันที่ 10 ตุลาคม 2559 จาก <http://www.thaibiotech.info/what-is-thai-herbal-medicine.php>

ผลิตภัณฑ์จากสมุนไพร³⁰ หมายความว่า ผลิตภัณฑ์ที่ได้จากสมุนไพรหรือมีสมุนไพรเป็นส่วนประกอบที่มีความมุ่งหมายเป็นยา หรืออาหาร หรือเครื่องสำอาง ตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น ทั้งนี้ ตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดและให้ความหมายรวมถึงยาสมุนไพรและยาแผนโบราณด้วย

ยาแผนไทย³¹ หมายความว่า ยาที่ได้จากสมุนไพรโดยตรงหรือที่ได้จากการผสม ประุง หรือแปรรูปสมุนไพรตามกฎหมายหรือกรรมวิธีการทางการแพทย์แผนไทยที่พัฒนาสืบต่อกันมา

ตำรับยาแผนไทย³² หมายความว่า สูตรซึ่งระบุกรรมวิธีการผลิตและส่วนประกอบสิ่งปรุงที่มียาแผนไทยรวมอยู่ด้วยไม่ว่าสิ่งปรุงนั้นจะมีสมุนไพรในรูปลักษณะใด

ยาสมุนไพร³³ หมายความว่า ยาที่ได้จากสมุนไพร

ยาแผนโบราณ³⁴ หมายความว่า ยาที่มุ่งหมายสำหรับใช้ในการประกอบโรคศิลปะแผนโบราณ หรือการบำบัดโรคสัตว์ ซึ่งอยู่ในตำรายาแผนโบราณที่รัฐมนตรีประกาศหรือยาที่รัฐมนตรีประกาศเป็นยาแผนโบราณ หรือยาที่ได้รับอนุญาตให้ขึ้นทะเบียนเป็นยาแผนโบราณถือเป็นผลิตภัณฑ์จากสมุนไพร

กล่าวโดยรวมอาจให้คำจำกัดความของสมุนไพรได้ว่า คือ ทรัพยากรชีวภาพที่มีความหลากหลายทางธรรมชาติ และเกิดขึ้นได้เองตามธรรมชาติ โดยปกติธรรมชาติในตัวของสมุนไพรเองก็มีสรรพคุณในทางรักษาโรคได้อยู่แล้วในตัว หรือสมุนไพรนี้อาจค้นพบโดยบรรพบุรุษผ่านการลองผิดลองถูกจนเกิดการเพิ่มคุณสมบัติให้กับตัวของสมุนไพรเองจนได้รับการถ่ายทอดสู่คนอีกรุ่นหนึ่งจนถึงปัจจุบัน

พืชสมุนไพร³⁵ เป็นพืชที่มีสารสกัดดั้งเดิมจากพันธุ์พืชสามารถนำมาใช้ประโยชน์ในด้านต่าง ๆ และเพื่อในการคุ้มครองพันธุ์พืชสมุนไพรที่มีคุณค่าต่อการศึกษา หรือวิจัย หรือมีค่าในทางเศรษฐกิจ หรืออาจสูญเสียพันธุ์ การคุ้มครองพันธุ์พืชสมุนไพรเป็นการคุ้มครองพันธุ์พืชที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ เนื่องจากพืชสมุนไพรนั้นส่วนใหญ่มีความสำคัญในหลายด้าน เช่น ด้านการแพทย์ ด้านวิชาการ ด้านเศรษฐกิจ ด้านสาธารณสุข เป็นต้น จึงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเฉพาะ ซึ่งในกรณีนี้ คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542 เป็นกฎหมายที่คุ้มครองพืชสมุนไพรที่มีอยู่ภายในราชอาณาจักร ตามอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากร ที่สามารถตรวจสอบได้จากการที่ปัจเจกบุคคลนำมาจดทะเบียนไว้ที่กรมการแพทย์

³⁰ ร่างพระราชบัญญัติสมุนไพรแห่งชาติ พ.ศ. , คำนวณที่ 10 ตุลาคม 2559 จาก http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=339

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 2

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2

³⁵ มาตรา 3 วรรคหก แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542 ได้นิยามคำว่า “สมุนไพร” หมายความว่า พืช สัตว์ จุลชีพ ธาตุวัตถุ สารสกัดดั้งเดิมจากพืชหรือสัตว์ ที่ใช้แปรรูป หรือผสม หรือปรุงเป็นยา หรืออาหาร เพื่อการตรวจวินิจฉัยหรือบำบัดรักษา หรือป้องกันโรค หรือส่งเสริมสุขภาพร่างกายของมนุษย์ หรือสัตว์ และให้หมายความรวมถึงถิ่นกำเนิดด้วย

2.5 สภาพปัญหาและสถานการณ์ของภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรไทย

ตลอดเวลาที่ผ่านมา มนุษย์มีการใช้สมุนไพรที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นมาตลอดในการดำรงชีพ ความก้าวหน้าทางการค้า ด้านวิทยาศาสตร์ และด้านอุตสาหกรรม ตลอดจนมนุษย์มีการพัฒนาเทคโนโลยีเข้ามาช่วยการนำสมุนไพรมาปรับใช้ให้เกิดประโยชน์ เพื่อให้มีความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นของมนุษย์ ซึ่งการวิวัฒนาการของการพัฒนาที่เกี่ยวข้องของทรัพยากรชีวภาพหรือสิ่งมีชีวิตต่าง ๆ กลายเป็นศาสตร์ที่เราเรารู้จักกันเป็นอย่างดี กล่าวคือ “เทคโนโลยีชีวภาพ”

ซึ่งเทคโนโลยีชีวภาพเป็นสิ่งสำคัญต่อมนุษย์ ตลอดเวลาที่ผ่านมาได้มีการพัฒนาเทคโนโลยีชีวภาพให้มีการเจริญเติบโตตลอด และยังมีแนวโน้มที่จะพัฒนาต่อไปอีกในอนาคต เพราะมนุษย์ได้แลเห็นคุณค่าในประโยชน์ของเทคโนโลยีชีวภาพที่สามารถนำมาเป็นส่วนประกอบของการผลิตสินค้าต่าง ๆ ให้เป็นกิจการหรือธุรกิจที่จะนำสิ่งมีชีวิตหรือทรัพยากรชีวภาพมาใช้ โดยทรัพยากรชีวภาพนั้นเป็นส่วนประกอบหลักที่มีความสำคัญในเชิงเศรษฐกิจ ที่นำไปใช้ในอุตสาหกรรมหลายชนิด เช่น อุตสาหกรรมยา อุตสาหกรรมอาหาร เป็นต้น ที่สามารถสร้างเม็ดเงินได้อย่างมหาศาลให้กับประเทศ

เมื่อสมุนไพรมีประโยชน์อย่างมหาศาลแล้ว มนุษย์จึงพยายามสรรหาทรัพยากรทางธรรมชาติที่มีอยู่บนโลกมาพัฒนา ซึ่งทรัพยากรทางธรรมชาตินั้นเป็นเพียงส่วนหนึ่งในภูมิปัญญาท้องถิ่นที่รวมทั้งสิ่งมีชีวิตและไม่มีชีวิตในโลกหรือในประเทศนั้น ๆ มาเป็นพื้นฐานของส่วนประกอบในผลิตภัณฑ์ที่ผลิตประกอบกันในประเทศไทยนั้นมีความอุดมสมบูรณ์ไปด้วยทรัพยากรชีวภาพ และได้มีชาวต่างชาติ นักลงทุน หรือ นักวิจัยที่แลเห็นถึงคุณประโยชน์ของความหลากหลายทางชีวภาพนั้น เข้ามาศึกษาค้นคว้าวิจัย จนสามารถผลิตทรัพยากรชีวภาพนั้นมาเป็น สารสกัด (Extract) หรือสารออกฤทธิ์ (Active Compound) หรือ ผลิตภัณฑ์อื่น ๆ ที่มีประโยชน์ มาพัฒนาให้มีคุณค่าในเชิงพาณิชย์อันเป็นตัวขับเคลื่อนในเศรษฐกิจของประเทศให้มีความเจริญก้าวหน้าไปอีก

กล่าวคือ ในการที่บุคคลเหล่านั้นมาทำการศึกษาค้นคว้าวิจัยในทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศที่กำลังพัฒนา ซึ่งมีความคิดหรือแนวคิดที่ว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” นั้นเป็นทรัพยากรที่มีคุณค่าต่อประเทศมาก และไม่ใช่มรดกของใครคนใดคนหนึ่งภายในประเทศแต่เป็นของคนทุกคนในประเทศ กล่าวคือ มีแนวคิดที่ว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นไม่เป็นสาธารณะสมบัติ (Public Domain) ที่ใครคนใดคนหนึ่งจะถือเป็นเจ้าของสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น เมื่อมีการเข้าไปใช้ประโยชน์ในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นจะต้องมีการแบ่งปันผลประโยชน์คืนให้แก่ประเทศผู้เป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ๆ ด้วย ซึ่งแตกต่างจากแนวคิดในด้านการคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศที่พัฒนาแล้วนั้น ที่มีความคิดว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นของคนทุกคนบนโลก เป็นสาธารณะสมบัติ (Public Domain) ที่ทุกคนสามารถจับต้องได้เข้าถึงประโยชน์ของภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ทั้งนั้น ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เกิดเหตุการณ์ที่มีการนำทรัพยากรชีวภาพหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นในการนำไปใช้ประโยชน์อย่างที่ไม่มีการตกลงจัดสรรผลประโยชน์ในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ และไม่มีการแบ่งผลประโยชน์มาสู่ประเทศที่เป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่นอีกด้วย

เมื่อเกิดปัญหาที่เกี่ยวกับการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้โดยไม่ได้ขออนุญาตประเทศที่เป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ๆ โดยการนำสิ่งที่มีชีวิตและไม่มีชีวิตในทรัพยากรชีวภาพ³⁶ ไปใช้โดยไม่ได้รับการอนุญาตให้นำไปใช้ในเชิงพาณิชย์ ซึ่งเป็นปัญหาที่มีผลกระทบต่อทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นทรัพย์สินที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก แต่ด้วยทุกประเทศต้องมีการติดต่อการค้าขายร่วมกันนั้น ทำให้เกิดข้อตกลงร่วมกันเพื่อให้ทุกประเทศเข้าเป็นภาคีสมาชิกและต้องปฏิบัติตาม คือ ข้อตกลงที่เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า หรือข้อตกลงทริปส์ (Agreement on Trade Related Aspects on Intellectual Property Rights: TRIPs Agreement) ภายใต้ องค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ในปี พ.ศ.2537 ซึ่งเป็นข้อตกลงที่ทำให้ประเทศสมาชิกภายใต้ขององค์การการค้าโลกนั้นได้รับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ที่มีมาตรฐานในการคุ้มครองงานทางทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภท โดยเฉพาะการคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์ทางด้านเทคโนโลยีชีวภาพ แต่เนื่องด้วยข้อตกลงทริปส์นั้นไม่ได้มีข้อบังคับให้กับประเทศที่นำทรัพยากรชีวภาพที่เป็นส่วนหนึ่งในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นต้องให้ค่าตอบแทนหรือประโยชน์ใด ๆ ต่อประเทศที่เป็นเจ้าของในทรัพยากรชีวภาพ และยังเป็นการขยายไปถึงการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นอีกด้วยซึ่งเป็นทรัพย์สินที่มีคุณค่าในประเทศที่กำลังพัฒนา และเนื่องจากปัจจุบันเกิดกระแสการอนุรักษ์ในทรัพยากรชีวภาพที่เป็นส่วนหนึ่งของภูมิปัญญาท้องถิ่น จึงมีกระแสการเรียกร้องให้มีการพัฒนากฎหมายเฉพาะ (Sui Generis System) เพื่อให้มีการคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม ก็จะมีกระแสการต่อต้านอยู่ตลอดเวลาจากบริษัทยาข้ามชาติที่มานำสมุนไพรอันเป็นส่วนหนึ่งในภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ ในการพัฒนาจนการเป็นสินค้าเพื่อประโยชน์ในทางพาณิชย์ ซึ่งจากเหตุการณ์ดังกล่าวจึงมีหน่วยงานพัฒนาเอกชนในหลาย ๆ ประเทศได้มีการติดตามการใช้ประโยชน์จากพืชสมุนไพรทรัพยากรธรรมชาติและภูมิปัญญาท้องถิ่นของบริษัทยาข้ามชาติ โดยนำมาเปิดเผยสู่สาธารณะเพื่อเรียกร้องความเป็นธรรมในการเข้ามาหยิบฉวยพืชสมุนไพรทางธรรมชาติหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ประโยชน์ ตลอดจนเรียกร้องให้มีการแบ่งผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมแก่เจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่น เพื่อลดอัตราการเป็นโจรสลัดทางปัญญา (Intellectual Piracy)

กรณีของโจรสลัดทางชีวภาพได้เกิดประเด็นมากมายจากประเทศที่พัฒนาแล้วที่มีความคิดในแนวทางที่ทุกคนหรือประชากรทุกคนในโลกเป็นเจ้าของในทรัพยากรชีวภาพ สามารถเข้ามาในประเทศที่กำลังพัฒนาและสามารถนำทรัพยากรชีวภาพของประเทศที่กำลังพัฒนานั้นไปใช้ประโยชน์โดยไม่ต้องขออนุญาตแก่ประเทศผู้เป็นเจ้าของในทรัพยากรชีวภาพ ทำให้ประเทศที่กำลังพัฒนาไม่ได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์ และเมื่อมีการตรวจสอบจากประเทศที่กำลังพัฒนาที่ต้องการอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศ จึงได้มีการทำข้อโต้แย้งและเพิกถอนสิทธิจากการใช้ประโยชน์โดยมิชอบขึ้น อันเป็นกรณีศึกษา เช่น

กรณีศึกษาสิทธิบัตรขมิ้นชัน³⁷ โดยขมิ้นชัน (Turmeric) (*Curcuma Longa* L.) เป็นพืชวงศ์ Zingiberaceae มีลักษณะเป็นไม้ล้มลุก เป็นเหง้าใต้ดิน มีกลิ่นเฉพาะตัว และมีสรรพคุณใน

³⁶ ปารินุช บริสุทธิ์ศรี, *เรื่องเดิม*.

³⁷ วริยา ล้ำเลิศ, เอกสารประกอบการสอนในเรื่อง กรอบกฎหมายนานาชาติด้านคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรชีวภาพ.

การรักษาโรคผิวหนัง ผื่นคัน หรือรักษาอาการท้องอืดท้องเฟ้อ ซึ่งในตัวมันชั้นมีสาระสำคัญ 2 ชนิด คือ ชนิดที่เป็นสารให้สี คือ Curcuminoid พบประมาณ 5 เปอร์เซ็นต์ ของน้ำหนักแห้ง สาระสำคัญอีกชนิดคือ น้ำมันหอมระเหยที่ประกอบไปด้วย สาร Monoterpenoids และ Sesquiterpenoids

ซึ่งในปี ค.ศ.1995 สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าของสหรัฐอเมริกาได้อนุมัติสิทธิบัตรการประดิษฐ์ของการใช้มันชั้นเพื่อเป็นยาสมานแผล แก้มหาวิทยาลัยมิสซิสซิปปี ซึ่งเป็นข้อถกเถียงกันเป็นอย่างมาก ต่อมาสภาวิจัยทางวิทยาศาสตร์และอุตสาหกรรมของประเทศอินเดียได้ทำการยื่นขอเพิกถอนสิทธิบัตรฉบับดังกล่าว เพราะมันชั้นนั้นได้เป็นยารักษาแผลและอาการผื่นคันอยู่ก่อนแล้ว กล่าวคือ เพราะมีหลักฐานที่บันทึกเป็นภาษาสันสกฤตและภาษาอังกฤษ ประกอบกับการตีพิมพ์ไว้ในวารสารของสมาคมแพทย์ของประเทศอินเดีย จึงเป็นเหตุให้สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้านั้นตัดสินใจให้มีการเพิกถอนสิทธิบัตรเพราะเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่ขาดความใหม่ (Lack of Novelty) ในการขอจดสิทธิบัตร

2.6 การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในพืชสมุนไพรในประเทศที่พัฒนาแล้ว

โดยประเทศที่พัฒนาแล้วมีแนวคิดตั้งแต่อดีตที่ว่าทรัพยากรชีวภาพ³⁸ และภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นเป็นสิ่งที่ไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของในทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ๆ ทุกคนบนโลกสามารถจับต้องในสิ่งเหล่านั้นได้เสมอเมื่อพวกเขาต้องการ และประกอบกับโลกของเรามีการพัฒนาสิ่งต่าง ๆ อยู่ตลอดเวลาเพื่อให้สามารถอยู่ได้ในท่ามกลางความเปลี่ยนแปลง อาทิเช่น มีการพัฒนาวิทยาศาสตร์ เศรษฐกิจ และเทคโนโลยี เป็นต้น เนื่องด้วยวิทยาศาสตร์มีความเจริญก้าวหน้าที่จะนำทรัพยากรที่อยู่ในความหลากหลายมาประกอบใช้ในงานวิจัย ค้นคว้า เพื่อให้ได้สิ่งที่ตนผลิตออกมาสู่เพื่อผู้บริโภค และเนื่องจากการมีวิวัฒนาการทางด้านกฎหมายในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นสิ่งที่เฉพาะบุคคลคิดค้นขึ้นมา จึงได้แลเห็นคุณประโยชน์ของทรัพย์สินที่คุ้มครองในรูปของผลิตภัณฑ์มากกว่าที่จะมีการคุ้มครองในสิ่งที่เป็ปัจจัยขั้นต้นของการผลิตที่จะมีผลิตภัณฑ์ออกมาสู่ตลาดเพราะทุกคนสามารถมีสิทธิที่จะใช้ในทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ทุกคน เพื่อลดต้นทุนของการผลิต

ซึ่งต่อมาได้มีการขยายกรอบแนวคิดเกี่ยวกับมรดกร่วมกันของมนุษย์³⁹ (Common Heritage of Mankind) ให้ครอบคลุมถึงการคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นด้วย แต่เมื่อมีการจัดทำข้อตกลงร่วมกันว่าด้วยอนุสัญญาคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ (Convention for the Protection of New Varieties of Plants: UPOV) แนวคิดของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงเกิดขึ้น

³⁸ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, โจรสลัดชีวภาพ (Bio-Piracy) ที่มา-ปัญหาและแนวทางสำหรับประเทศไทยตามกรอบความตกลงทริปส์, ค้นวันที่ 1 มกราคม 2559 จาก http://library.ur.ac.th/webdb/images/biothainet_biopiracy.htm

³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

และต่อมาได้มีการปฏิวัติอุตสาหกรรม แนวคิดของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในรูปของสิทธิบัตรจึงมีการใช้กันอย่างแพร่หลายไปทั่วโลก ทำให้ทรัพยากรชีวภาพ ตลอดจนความรู้ที่ใช้ในทรัพยากรชีวภาพ หรือภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งเป็นสิ่งที่มีอยู่ในธรรมชาติอันเป็นสมบัติสาธารณะ (Public Domain) ไม่มีคุณสมบัติที่เพียงพอในการขอรับจดสิทธิบัตร หรือได้รับประโยชน์ตอบแทนจากการนำไปใช้ประโยชน์ แม้ความรู้ที่นำไปใช้นั้นจะเป็นการส่งสมความรู้ของคนรุ่นก่อนก็ตาม เพราะประเทศที่พัฒนาแล้วมีความคิดว่าทรัพยากรชีวภาพหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นสิ่งไม่มีค่า ไม่มีราคา ไม่สามารถเป็นทรัพย์สินได้ หากถ้าได้มีการแปรเปลี่ยนสภาพของทรัพยากรชีวภาพหรือความหลากหลายทางชีวภาพเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่มีความใหม่แล้วก็จะเกิดการคุ้มครองโดยเอกชนหรือปัจเจกบุคคลที่สามารถคุ้มครองได้และมีสิทธิกีดกันการใช้ประโยชน์จากสิ่งที่คุ้มครองด้วย

2.7 การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรในประเทศที่กำลังพัฒนา

ส่วนใหญ่ประเทศที่กำลังพัฒนาเป็นประเทศที่มีการประกอบอาชีพทำเกษตรกรรมกันเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งเห็นประโยชน์คุณูปการต่อการดำรงชีพของคนภายในประเทศที่นำเมล็ดพันธุ์ต่าง ๆ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของความหลากหลายทางชีวภาพมาเพาะปลูกหรือพัฒนาเป็นผลิตภัณฑ์ นั้นอาจเป็นการนำสิ่งที่บรรพบุรุษเคยได้สร้างสรรค์คิดค้นขึ้นมาแล้วตกทอดเป็นรุ่น ๆ มา เช่น การนำสมุนไพรซึ่งถือได้ว่าเป็นทรัพยากรชีวภาพมาทำเป็นยารักษาโรค เป็นอาหาร หรือการคิดค้นการละเล่นวัฒนธรรมต่าง ๆ เป็นต้น โดยเป็นลักษณะของการพึ่งพากันในท้องถิ่นนั้น ๆ ประชากรในประเทศที่กำลังพัฒนาจึงพึ่งพาผลิตผลทางชีวภาพ⁴⁰ (Biological Products) เพื่อการดำรงชีพ ดังนั้น แนวคิดของการจดสิทธิบัตรในสิ่งที่มีชีวิตและไม่มีชีวิตอันเป็นทรัพยากรชีวภาพและเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่น จึงไม่สอดคล้องกับแนวคิดของประเทศที่กำลังพัฒนาที่เพียงจะคุ้มครองผลิตภัณฑ์ขั้นสุดท้ายของการผลิตเท่านั้น

กล่าวคือ ประเทศที่กำลังพัฒนามีความเห็นว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นเป็นของส่วนรวมในประเทศนั้น จะไม่สามารถแยกออกมาเพื่อความเป็นเจ้าของในบุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้นได้ จะต้องเป็นของประโยชน์ส่วนรวม (Public Domain) เมื่อมีการนำไปใช้ประโยชน์จะต้องมีการแบ่งปันประโยชน์หรือสิ่งตอบแทนแก่ประเทศที่เป็นเจ้าของด้วย

2.8 หลักกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นกรณีสมุนไพรไทย

ในการคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศไทยที่เต็มไปด้วยทรัพยากรชีวภาพ เพราะความอุดมสมบูรณ์ของระบบนิเวศที่ทำให้ประเทศไทยมีพืช สัตว์ และแร่ธาตุนานาชนิด ที่คู่ควรต่อการดูแลอนุรักษ์รักษาไว้ตามแนวคิดที่ว่าในความหลากหลายทางชีวภาพเป็นของมวลชนภายในประเทศที่จะมีสิทธิกีดกันหวงแหนและรักษาไว้ของคนภายในประเทศ ตามแนวคิดขององค์กร

⁴⁰ เรืองเดียวกัน, หน้า 3

UNESCO⁴¹ ได้วางหลักไว้ว่า ทรัพยากรชีวภาพเป็นของมวลชนในแต่ละประเทศซึ่งได้เปลี่ยนความคิดจากความคิดเดิมที่ว่า ทรัพยากรชีวภาพเป็นของมวลรวมทุกคนบนโลกใครจะสามารถนำไปใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพก็ได้ทั้งนั้น เพราะได้แลเห็นถึงปัญหาของสภาวะเรือนกระจก ทำให้มีผลต่อทรัพยากรชีวภาพบนโลกสูญหายไปมาก อันเป็นความยั่งยืนของมนุษย์ ซึ่งสอดคล้องต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทย ตามรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติแนวคิดในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นเป็นสิทธิชุมชนไม่ใช่ของปัจเจกชนบุคคลใดบุคคลหนึ่ง

โดยเฉพาะประเทศไทยเป็นประเทศที่มีความอุดมสมบูรณ์ของทรัพยากรชีวภาพและความหลากหลายทางชีวภาพเป็นจำนวนมาก ประกอบกับที่ประเทศไทยมีนโยบายในแนวทางการพัฒนาเศรษฐกิจแบบการค้าเสรีเป็นสาเหตุที่นักลงทุนและนักวิจัยต่างเข้ามาภายในประเทศเป็นจำนวนมาก ต่างก็หาวัตถุดิบของพันธุ์พืชมาเป็นวัตถุดิบในการผลิตเพื่อเป็นผลิตภัณฑ์ออกสู่ท้องตลาด โดยเฉพาะพืชสมุนไพรที่เป็นส่วนหนึ่งในทรัพยากรธรรมชาติที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งภาครัฐนั้นได้ตระหนักถึงมาตรการในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ด้วยการดูแลพืชสมุนไพร การขอเข้ามาในประเทศเพื่อศึกษาวิจัยในพืชสมุนไพร และการใช้ประโยชน์ในพืชสมุนไพรอย่างสมดุลเพื่อให้ระบบนิเวศและอนุรักษ์อย่างยั่งยืน

ปัจจุบันประเทศไทยมีแนวคิดเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นว่าเป็นสิทธิของชุมชน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 66 ที่ให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยคนในชุมชนและท้องถิ่นต่างมีสิทธิที่จะหวงแหน มิให้มีการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบในทรัพยากรของท้องถิ่น ซึ่งเป็นภาพรวมในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรของท้องถิ่น เพราะประเทศไทยนั้นไม่มีกฎหมายที่สามารถคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นได้โดยตรง จะมีแต่เพียงบทกฎหมายใกล้เคียงเท่านั้นที่จะสามารถนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นได้เพียงบางสาขาเท่านั้น⁴² ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 ให้การคุ้มครองในพันธุ์พืชพื้นเมืองท้องถิ่น พันธุ์พืชทั่วไป และพันธุ์พืชใหม่ และอีกหนึ่งพระราชบัญญัติ คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก พ.ศ.2542 ซึ่งได้ให้ความคุ้มครองในตำรับยา ตำรายา สมุนไพร และได้รวมถึงแหล่งการอนุรักษ์สมุนไพรและภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเป็นต้น

เมื่อพิจารณาโดยละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายของไทยที่คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นมีเพียงฉบับเดียวที่ให้ความคุ้มครองโดยตรง คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาท้องถิ่นการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542 แต่ขัดจำกัดไว้แค่วงการแพทย์เท่านั้นมิได้ครอบคลุมถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นประเภทอื่น ถึงแม้จะคุ้มครองในทางการแพทย์ ตำรับ ตำรายา สมุนไพร ก็ตามแต่ไม่ได้คุ้มครองถึงการเป็นผู้ทรงสิทธิโดยชอบ กล่าวคือ สิทธิของชุมชน เพียงแต่คุ้มครองในการที่ผู้ทรงสิทธินำสมุนไพรนั้นที่สกัดออกมาเป็นยารักษาโรคที่ได้ขึ้นทะเบียนยาไว้แล้วเท่านั้น ไม่ได้คุ้มครองถึงการนำ

⁴¹ United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), Retrived January 1, 2016 from <http://www.unesco.org/new/en/natural-sciences/special-themes/biodiversity-initiative/biodiversity-education/>

⁴² กรมทรัพย์สินทางปัญญา, ภูมิปัญญาท้องถิ่น.

สมุนไพรที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นมาวิจัยแล้วนำกลับประเทศของตนไปจดทะเบียนเป็นของตนเองทำให้ประเทศไทยได้รับความเสียหายได้ จึงจำเป็นที่จะต้องพัฒนาระบบกฎหมายที่จะได้มีการคุ้มครองและการอนุรักษ์ทรัพยากรทางชีวภาพในภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยเฉพาะ โดยคำนึงถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นภายในประเทศและระหว่างประเทศอันเป็นสิทธิของชุมชนและของโลก เพื่อให้ได้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทย

2.8.1 แนวคิดทฤษฎีในเรื่องของความเป็นเจ้าของสิทธิในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

ในทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเป็นกฎหมายในระบบเฉพาะ กล่าวคือ เป็นกฎหมายเฉพาะที่มีการบัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งที่ไม่มีการรูปร่างแต่มีคุณค่ามากในทางเศรษฐกิจ และยิ่งในสมัยปัจจุบันที่เศรษฐกิจของโลกเป็นระบบทุนนิยมที่อาศัยกิจการทางการค้าเป็นตัวเคลื่อนไหวทางเศรษฐกิจ นักลงทุนจึงต่างหากรรมวิธีในการคิดค้น หรือประดิษฐ์สินค้าหลากหลายชนิดออกมาสู่ตลาดเพื่อให้ผู้บริโภคเลือกตัดสินใจในการซื้อ จึงปฏิเสธไม่ได้ว่าทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิ่งสำคัญประการสำคัญในการที่จะต้องดูแลคุ้มครองในผู้เป็นเจ้าของในทรัพย์สินทางปัญญาหรือผู้ทรงสิทธิในตนเอง สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอีกประการหนึ่ง คือ ธรรมสิทธิ⁴³ (Moral Rights) เป็นสิทธิในลิขสิทธิ์ เป็นสิทธิทางนามธรรมไม่สามารถจับต้องได้มุ่งคุ้มครองผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ ไม่สามารถจำหน่ายจ่ายโอนเป็นรูปของตัวเงินได้อันซึ่งแตกต่างสิทธิทางเศรษฐกิจ (Economy Rights) ที่สามารถสร้างตัวเงินได้เกิดผลประโยชน์ต่อผู้เป็นเจ้าของในทรัพย์สินที่เป็นสิทธิทางเศรษฐกิจ เช่น เครื่องหมายการค้าที่สามารถทำเครื่องหมายการค้าให้อยู่ในรูปของแฟรนไชส์เพื่อสร้างเงินให้แก่ผู้เป็นเจ้าของในเครื่องหมายการค้าก็ได้

แต่อย่างไรก็ตาม สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานี้ไม่ได้อยู่ในบังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 เนื่องจากประเทศไทยไม่ได้มีกฎหมายเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นในกรณีของการคุ้มครองสมุนไพรไว้โดยตรง จึงไม่มีความชัดเจนในรูปของการคุ้มครองพืชสมุนไพรที่เป็นส่วนหนึ่งในทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่ในลักษณะของภูมิปัญญาท้องถิ่น และภูมิปัญญาท้องถิ่นก็เป็นทรัพย์สินทางปัญญาชนิดหนึ่งที่มีลักษณะทั่วไปแตกต่างจากทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นก็ตาม แต่ก็สามารถนำความเป็นผู้ทรงสิทธิมาเปรียบเทียบกับความเป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่นว่ามีความแตกต่างกันอย่างไร ซึ่ง “สิทธิ” ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่ง (Jus In Rem) แต่ไม่อยู่ในบังคับของบรรพ 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เจ้าของสิทธิย่อมมีสิทธิจำหน่ายจ่ายโอนหรือทำให้เกิดภาระติดพันใด ๆ ก็ได้

เจ้าของสิทธิ หรือ ผู้ทรงสิทธิ⁴⁴ ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจึงมีความคล้ายคลึงกับบุคคลสิทธิและทรัพย์สิน ในทางกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ สามารถยืนยันการเป็นเจ้าของต่อทรัพย์สินนั้น ๆ ต่อบุคคลภายนอกที่จะแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบในทรัพย์สินที่ตนมีกรรมสิทธิ

⁴³ ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2553).

⁴⁴ ตูล เมฆยงค์, กฎหมายทางทรัพย์สินทางปัญญา, ค้นวันที่ 1 มกราคม 2559 จาก <https://www.teacher.ssru.ac.th/.../กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา.ppt>

ในทรัพย์สินนั้นนั้นได้ อีกทั้ง ยังสามารถนำความเป็นผู้ทรงสิทธิไปเป็นการค้าประกันต่อธนาคารเพื่อนำเงินมาลงทุนอีกได้ในรูปของบุคคลสิทธิที่สามารถใช้ยื่นแก่บุคคลอื่นในหนี้อันมีผลผูกพัน

ซึ่งการจะเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นจะได้สิทธิในการคุ้มครองหวงห้ามต่อทรัพย์สินนั้น หรือที่เรียกว่า “สิทธิเด็ดขาด” หรือ “สิทธิแต่เพียงผู้เดียว” (Exclusive Rights) จะต้องทำการขอจดทะเบียนสิทธิต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญาในงานอันมีลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร อนุสิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้าก่อน จึงจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เมื่อได้จดทะเบียนสิทธิ ณ กรมทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว บุคคลภายนอกไม่สามารถนำงานอันที่จดทะเบียนสิทธิหรือแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบก่อนได้รับอนุญาตจากผู้เป็นเจ้าของสิทธิหรือผู้ทรงสิทธิมิได้

สิทธิเด็ดขาด⁴⁵ เป็นสิทธิในเชิงปฏิเสธหรืออนิเสธสิทธิ (Negative Rights) ผู้ทรงสิทธิมีสิทธิที่จะหวงห้ามไม่ให้บุคคลอื่นเข้ามาใช้สิทธิตามกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญามีสิทธิที่จำกัดด้วยเงื่อนไขและเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาหรือเงื่อนไขในการคุ้มครอง เช่น สิทธิบัตรคุ้มครองเพียง 20 ปี และสามารถต่ออายุได้อีก เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม ในกรอบความคิดของการคุ้มครองในความหลากหลายทางชีวภาพอันเป็นพื้นฐานของความคิดที่ว่าความหลากหลายทางชีวภาพนั้นไม่ใช่ของผู้ใดเพียงคนเดียวแต่เป็นของสาธารณสมบัติ (Public Domain) ซึ่งเอกชนไม่สามารถถือเอาและครอบครองไว้แต่เพียงผู้เดียวได้

2.8.2 ความหมายและหลักการตามแนวคิดเรื่องสิทธิชุมชน

การทำความเข้าใจสิทธิชุมชน ผู้ศึกษาเห็นว่าควรเข้าใจ คำว่า “สิทธิ” และ “ชุมชน” ก่อนเป็นอันดับแรก

นิยามของคำว่า “สิทธิ” (Right) ได้มีผู้ให้นิยามความหมายแตกต่างในหลายทัศนะความหมายตามของพจนานุกรมไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525 ได้ให้ความหมายว่า อำนาจที่จะกระทำการใด ๆ ได้อย่างอิสระ โดยได้รับการรับรองจากกฎหมาย⁴⁶

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้กล่าวถึง สิทธิขั้นพื้นฐานของคนไทยไว้ในฐานะที่เป็นมนุษย์และพลเมืองไทย โดยสิทธิ ก็คือ ประโยชน์หรืออำนาจของบุคคลที่กฎหมายรับรองหรือคุ้มครอง หรือตามความหมายทางด้านสิทธิมนุษยชนที่ได้กล่าวไว้ว่า สิทธิหมายถึง สิ่งที่ไม่มียุติธรรมซึ่งมีอยู่ในตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิด หรือกำหนดขึ้นโดยกฎหมายให้ได้รับประโยชน์ และมนุษย์เป็นผู้เลือกใช้นั้นโดยไม่มีผู้ใดมาบังคับ⁴⁷

ดังนั้น “สิทธิ” จึงไม่ใช่อำนาจหรือความมีอำนาจเพียงเท่านั้น แต่ “สิทธิ” ต้องเป็นอำนาจที่ถูกกำกับด้วย “ความชอบธรรม” อันหมายถึง อำนาจที่ถูกต้องตามหลักธรรม ตามหลักของคุณงาม

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁶ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525 (กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2525).

⁴⁷ โสภารัตน์ จารุสมบัติ, รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการรวบรวมข้อมูลพื้นฐานเรื่อง สิทธิเสรีภาพและหน้าที่ของประชาชนชาวไทย (รายงานการวิจัย เสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า, 2547), หน้า 1-1.

ความดี ความถูกต้อง ความยุติธรรม เช่น หลักศาสนาหลักกฎหมาย หรือกฎเกณฑ์ประเพณีและเกณฑ์คุณค่าที่คนในสังคมหนึ่ง ๆ ยึดถือร่วมกัน ในภาษาอังกฤษ “สิทธิ” จึงตรงกับคำว่า “Right” ซึ่งแปลว่าความถูกต้อง⁴⁸

ความหมายตามของพจนานุกรมไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 ได้ให้คำนิยามว่า “ชุมชน” ความหมายดั้งเดิม หมายถึง หมู่ชน กลุ่มคนที่อยู่ร่วมกันเป็นสังคมขนาดเล็ก อาศัยอยู่ในอาณาบริเวณเดียวกัน และมีผลประโยชน์ร่วมกัน⁴⁹ แต่ในความหมายที่กว้างขวางออกไปในสังคมสมัยใหม่ ปรากฏเครือข่ายความสัมพันธ์ทางสังคมในรูปแบบใหม่ ๆ ขึ้นมากมาย ที่สมาชิกอาจมิได้อาศัยอยู่ในอาณาบริเวณเดียวกัน แต่มีความผูกพัน มีผลประโยชน์เดียวกัน มีชะตากรรมร่วมกัน สมาชิกแต่ละคนนิยามตนเองว่าเป็นหนึ่งในวงสัมพันธ์นั้น และสังคมที่รับรู้ว่าเขาเป็นส่วนหนึ่งของชุมชนนั้น เช่น คนพิการ ชุมชนผู้ได้รับผลกระทบผู้เดือดร้อนจากการพัฒนา เป็นต้น ดังนั้น “ชุมชน” จึงหมายถึง วงสัมพันธ์ในลักษณะที่กว้างขวางออกไปด้วย⁵⁰

คำว่า ชุมชน (Community) มีรากศัพท์จากภาษาละติน คือ Communitas) ที่หมายถึงการมาอยู่ร่วมกัน (Coming Together) กิตติศักดิ์ ปรกติ ให้ความหมายเกี่ยวกับชุมชนที่ชัดเจนมากขึ้นว่าชุมชน (Communities) หมายถึง คณะบุคคลซึ่งดำเนินชีวิตหรือมีวิถีชีวิตร่วมกันโดยไม่ได้มีเป้าหมายหรือแบบแผนที่แน่นอน แต่มีสายสัมพันธ์ระหว่างกันที่เป็นไปตามธรรมชาติ ซึ่งชุมชนนี้มีความหมายที่ครอบคลุมไปถึงชุมชนทั่วไป ประชาชน (Peoples) ชุมชนท้องถิ่น (Local Communities) ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม (Traditional Local Communities) ชนชาติส่วนน้อย (Minorities) ชนพื้นเมือง (Indigenous population) ชุมชนยังเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นและมีอยู่เองตามธรรมชาติโดยมีวิถีชีวิตของตนเอง ไม่ได้มีใครจงใจทำให้เกิดขึ้น และชุมชนยังมีลักษณะสำคัญที่ไม่มีกฎหมายรับรองแต่มีสิทธิอยู่จริงตามสภาพไม่ว่าจะถูกจัดตั้งเป็นนิติบุคคลหรือไม่ก็ตาม⁵¹

“ชุมชน” คือ กลุ่มคนที่รวมตัวกัน มีเป้าหมายร่วมกัน ทำสิ่งที่เป็นประโยชน์ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมาย และมีการติดต่อสื่อสารกันเป็นปกติและต่อเนื่อง และคำว่า “ชุมชน” ไม่ได้จำกัดขอบเขตแค่ชุมชนชนบท แต่ยังรวมไปถึงชุมชนเมือง ชุมชนที่รวมกันเป็นเครือข่ายท้องถิ่น ชุมชนที่มีหลายชาติพันธุ์ ฯลฯ ซึ่งสิทธิชุมชนนี้จะเป็นสิทธิจากความสัมพันธ์ของผู้คนในชุมชน⁵²

พระราชบัญญัติสภาองค์กรชุมชน พ.ศ.2516 ได้วางหลักเกณฑ์ให้ “ชุมชน” จะต้องมีความสำคัญ ดังต่อไปนี้

⁴⁸ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2555), หน้า 11.

⁴⁹ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 (กรุงเทพฯ: นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่นส์, 2546), หน้า 368.

⁵⁰ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *เรื่องเดิม*, หน้า 11-12.

⁵¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550), หน้า 53-59.

⁵² นิตยา โพธิ์นอก, ชุมชนกับสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ธรรมดาเพรส, 2557), หน้า 2.

1. กลุ่มประชากรซึ่งรวมตัวกันเป็นชุมชนที่อยู่ร่วมกันในพื้นที่หมู่บ้านหรือตำบล หลักเกณฑ์ดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการรวมตัวของกลุ่มประชากรทางกายภาพโดยยึดถืออาณาบริเวณเขตที่ตั้งถิ่นฐานทางภูมิศาสตร์เป็นสำคัญ

2. มีการดำเนินกิจกรรมโดยมีผลประโยชน์และวัตถุประสงค์ร่วมกันเพื่อช่วยเหลือหรือสนับสนุนกัน หรือทำกิจกรรมอันชอบด้วยกฎหมายและศีลธรรมร่วมกันหรือดำเนินการอื่นอันเป็นประโยชน์ร่วมกันของสมาชิก กล่าวคือ การดำเนินกิจกรรม และมีผลประโยชน์ร่วมกันของชุมชนนั้นเป็นเรื่องที่แยกออกมาจากตัวบุคคลหรือปัจเจกชนเป็นสิทธิของกลุ่ม

3. มีการแสดงเจตนาแทนกลุ่มได้ กล่าวคือ ชุมชนนั้นจะต้องมีการแสดงออกถึงเจตนารมณ์ร่วมกันเพื่อให้ชุมชนสามารถแสดงสิทธิทางกฎหมายได้นั้นเอง หลักเกณฑ์ดังกล่าวสามารถอธิบายความหมายของ “ชุมชน” ได้เป็นอย่างดีซึ่งผู้เขียนเห็นพ้องด้วย ดังนั้น การศึกษาวิธานพันธ์เรื่องนี้จึงมุ่งศึกษา “ชุมชน” ในความหมาย ชุมชนตามพื้นที่ โดยรายละเอียดจะได้นำเสนอในบทที่เกี่ยวข้องต่อไป⁵³

“สิทธิชุมชน” เป็นวาทกรรมที่เกิดขึ้นเมื่อไม่นานมานี้ แต่แท้ที่จริงแล้ว “สิทธิชุมชน” เป็นอุดมการณ์ที่แนบแน่นกับวิถีชีวิตและวัฒนธรรมชุมชนมาอย่างช้านาน จากการใช้ชีวิตร่วมกันของชาวชุมชนที่ต้องพึ่งพาอาศัย ร่วมทุกข์ร่วมสุข เกิดความเอื้ออาทรและผูกพัน ความขัดแย้งแตกแยกที่เกิดขึ้นจะผลักดันให้มีการคิดค้นหาวิธีการจัดการภายในให้ลุล่วงไป ความเป็นไปของชุมชนในลักษณะดังกล่าว พัฒนาให้เกิด “กฎเกณฑ์” ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นข้อบัญญัติอันศักดิ์สิทธิ์ที่ชาวชุมชนยึดถือร่วมกัน แฝงอยู่ในวิถีชีวิตชุมชน เกิดการผลิตซ้ำ เกิดการพัฒนาเป็นแบบแผนที่แข็งแรง ข้อบัญญัติดังกล่าวของชุมชน เป็นข้อบัญญัติถึงความสัมพันธ์ระหว่างคนกับคน คนกับธรรมชาติ และคนกับสิ่งเหนือธรรมชาติ เป็นความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับ “ขอบเขตอำนาจ” ที่สมาชิกแต่ละคนแต่ละฐานะพึงมี พึงได้รับท่ามกลางการดำเนินชีวิตด้วยกัน อำนาจนั้นเป็นอำนาจที่ทุกคนยอมรับภายใต้ “คุณค่าที่ยึดถือร่วมกัน” เป็นอำนาจที่มีความชอบธรรม ก็คือ “ระบบสิทธิ” ของชุมชนนั่นเอง⁵⁴

สิทธิชุมชน (Community Right) หมายถึง สิทธิของประชาชนที่รวมกันเป็นกลุ่มก้อนและดำเนินชีวิตภายใต้แบบแผนการปกครองที่แน่นอนอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งหมายรวมทั้ง ชุมชนทั่วไป ชุมชนท้องถิ่น (Local Community) และชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม (Traditional Local Community) ในฐานะที่เป็นหมู่คณะที่ดำเนินวิถีชีวิตร่วมกันและเป็นที่รับรู้แก่สาธารณชนในลักษณะที่ได้รับการยอมรับว่ามีตัวตนและมีความสามารถมีสิทธิในทางใดทางหนึ่งด้วย⁵⁵

ซึ่งชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมนั้น หมายถึง ชุมชนที่สืบทอดการตั้งถิ่นฐาน วิถีชีวิต ขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณีของท้องถิ่น เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ คือ ต้องการให้เป็นการประกันสิทธิของชุมชนรวมถึงการอนุรักษ์ขนบธรรมเนียมประเพณีอันดีงามของท้องถิ่นซึ่งถือว่าเป็นจิตวิญญาณแห่งการดำรงอยู่ของชุมชนท้องถิ่น เพื่อให้ชุมชนท้องถิ่นมีความเข้มแข็ง สามารถต้านทานจากกระแส

⁵³ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสภาองค์กรชุมชน พ.ศ.2551

⁵⁴ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสภาองค์กรชุมชน พ.ศ.2551

⁵⁵ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *เรื่องเดิม*, หน้า 20-25.

ภายนอกซึ่งพยายามกวาดเอาชุมชนท้องถิ่นให้เข้าสู่กระแสของทุนนิยมและโลกาภิวัตน์อย่างเต็มที่ นอกจากนั้นการกำหนดให้ชุมชนท้องถิ่นได้มีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษาและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน⁵⁶

อานันท์ กาญจนพันธ์ กล่าวว่า สิทธิชุมชนไม่ใช่สิทธิในการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในพื้นที่นั้น พื้นที่เหล่านั้นก็ยังเป็นของรัฐ แต่อำนาจหน้าที่ในการดูแลรักษาเป็นของชุมชนชุมชนสามารถที่จะออกกฎเกณฑ์และระเบียบต่าง ๆ เพื่อพิทักษ์สิทธิและพื้นที่เหล่านั้นให้คงอยู่ สิทธิชุมชนจะเกี่ยวข้องกับสิทธิอื่น ๆ ตามคติที่มีอยู่ในเชิงคุณค่า เชิงศีลธรรมของสังคม สิทธิชุมชนจะซ่อนอยู่ในเรื่องสิทธิต่าง ๆ เช่น “สิทธิหน้าหมู” คือ สิทธิของคนที่จะได้ใช้ประโยชน์ร่วมกันในป่า ในที่ดินอะไรต่าง ๆ หรือว่าสิทธิในเรื่องของ “สิทธิการใช้” สิทธิเหล่านี้เกิดขึ้นตามหลักที่ว่าทุกคนควรมีสิทธิในการยังชีพมีสิทธิในการที่จะมีชีวิตเป็นระบบคุณค่าทางศีลธรรมและสิทธิชุมชนยังขยายตัวออกไปเกี่ยวข้องกับสิทธิอื่น ๆ ตามความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น สิทธิในความเป็นมนุษย์หรือศักดิ์ศรีของความเป็นคน สิทธิชุมชนจะเอื้อต่อการพัฒนาที่เป็นธรรมและยั่งยืน

สิทธิชุมชน หรือ Community Rights หมายถึง หมู่ชน กลุ่มคนที่มีวัตถุประสงค์ร่วมกัน มีที่อยู่ร่วมกันเป็นสังคม มีขอบเขตเป็นชุมชนใดชุมชนหนึ่ง หรือหลายชุมชน หรือหลายกลุ่มชาติพันธุ์ โดยไม่จำกัดเฉพาะกลุ่มคนในชนบทเท่านั้น แต่จะรวมถึงกลุ่มคนในเมืองด้วย กลุ่มคนเหล่านี้จะมีความสัมพันธ์ทางสังคม มีวัฒนธรรมร่วมกัน มีการจัดสรร การใช้ทรัพยากรและมีผลประโยชน์ร่วมกัน ซึ่งกลุ่มคนนั้นมีอำนาจอันชอบธรรมถูกต้องตามกฎหมาย ประเพณี หรือข้อตกลงที่บุคคลในสังคมยึดถือร่วมกัน⁵⁷

หลักการและลักษณะสำคัญของสิทธิชุมชน

หลักการสำคัญของสิทธิชุมชน ได้แก่

1. สิทธิชุมชนคือข้อตกลงกฎเกณฑ์ทางสังคมที่พัฒนาให้กลุ่มคนร่วมกันจัดการทรัพยากร การจัดการทางเศรษฐกิจ สังคม และอื่น ๆ โดยกลุ่มคนดังกล่าวมีความสัมพันธ์ทางสังคมร่วมกัน มีวัฒนธรรมร่วมกันจำเป็นต้องจัดการร่วมกัน โดยชุมชนได้สร้างข้อตกลงหรือกติกาในการจัดการทรัพยากร เศรษฐกิจ สังคม ข้อตกลงอาจเป็นลายลักษณ์อักษร หรือกฎจารีตประเพณี ซึ่งข้อตกลงเป็นเรื่องของการเรียนรู้การต่อสู้ ต่อรองทั้งภายในระหว่างชุมชนหรือภายนอกชุมชน ข้อตกลงร่วมจึงมีการปรับเปลี่ยนตามสถานการณ์ทางเศรษฐกิจการเมืองและสังคม สิทธิชุมชนจึงมีขอบเขตที่กว้างยืดหยุ่น ปรับเปลี่ยนได้

2. สิทธิชุมชนเป็นรูปแบบสิทธิเชิงซ้อน หมายถึง ภายใต้ข้อตกลงจัดการร่วมกันของชุมชนจะมีสิทธิหลายประเภทแต่สัมพันธ์กัน เช่น สิทธิการครอบครอง สิทธิการใช้ สิทธิการจัดการซึ่งสิทธิแต่ละประเภท มีการปรับสร้างใหม่อยู่เสมอ และการซ้อนของสิทธิมีหลายระดับทั้งรูปแบบสิทธิและเจ้าของสิทธิ เช่น บางเงื่อนไขสิทธิความเป็นเจ้าของทรัพยากรบางประเภทอาจเป็นของรัฐ หรือของบุคคลในชุมชนแต่ชุมชนมีสิทธิในการใช้ และสิทธิจัดการ

⁵⁶ วิชชุกร นาคธน, การปกครองท้องถิ่นไทย, ค้นวันที่ 10 กันยายน 2558 จาก <http://teacher.aru.ac.th/witchugon/images/stories/thailocalgov/2chap3.pdf>

⁵⁷ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *เรื่องเดิม*, หน้า 20-25.

3. สิทธิชุมชนมีลักษณะเน้นการมีส่วนร่วม หมายถึง การให้ภายนอกเข้ามาร่วมสนับสนุน ตั้งแต่ระดับท้องถิ่น สาธารณะและรัฐ สิทธิชุมชนไม่ใช่สิทธิความเป็นเจ้าของแบบเบ็ดเสร็จ เช่น สิทธิรัฐที่เป็นเจ้าของใช้สิทธิตนเองกีดกันภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องอย่างสิ้นเชิง เห็นได้จากกิจกรรมการจัดการป่าชุมชน กลุ่มออมทรัพย์เศรษฐกิจชุมชน หรือการฟื้นฟูอัตลักษณ์ของท้องถิ่น ล้วนเป็นกิจกรรมที่ต้องการการสนับสนุนจากชุมชนท้องถิ่น ประชาสังคมและรัฐ ซึ่งชุมชนก็ได้สร้างเงื่อนไข กติกาที่มีการควบคุมจากภายนอก เพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิชุมชน กล่าวได้ว่า สิทธิชุมชนให้ความสำคัญกับผู้ที่ยากจนดูแลทรัพยากรเพื่อความอยู่รอดของชุมชนเป็นอันดับแรก คนภายนอกจะมาอ้างสิทธิเพื่อคุณภาพ ชีวิตที่ดีของชุมชนเมือง มาอยู่เหนือการมีชีวิตรอดของชุมชนไม่ได้ ทำให้การมีส่วนร่วมลดหลั่นกันไปตามความจำเป็นพื้นฐานของชีวิตและสังคม อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปสิทธิชุมชนมักมีลักษณะการมีส่วนร่วมจากภายนอกมากกว่าการกีดกัน โดยหลักการสำคัญของ “การมีส่วนร่วม” ก็คือ เป้าหมายของสิทธิชุมชน มิใช่เพื่อ ประโยชน์เฉพาะส่วนของชุมชนเท่านั้น แต่ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของสังคมด้วย

4. อุดมการณ์ของสิทธิชุมชนวางอยู่บนหลักพื้นฐานว่าด้วยความยั่งยืนและความเป็นธรรม เห็นได้จากการจัดการป่า การจัดการน้ำ ต้องการให้สมาชิกมีส่วนร่วมเข้าถึงทรัพยากร และได้รับการแบ่งปันทรัพยากรอย่างเป็นธรรม การที่ชุมชนจะอยู่ รอดได้ก็ต้องอยู่บนฐานทรัพยากรที่ยั่งยืน การบริโภคให้หมดไป เป็นการทำลายทุนชีวิตของชุมชนโดยตรง ซึ่งอุดมการณ์สิทธิชุมชน จะมุ่งประสิทธิภาพสูงสุดจากการใช้ทรัพยากร

5. สิทธิชุมชนบนเนื้อหาที่หลากหลาย ชุมชนจำนวนมากได้อาศัยทุนทางสังคมของตนสร้างระบบในการจัดการตนเอง เพื่อปรับสัมพันธ์ภาพทางอำนาจในหลายรูปแบบ เช่น สิทธิการจัดการทรัพยากร สิทธิในที่อยู่อาศัย สิทธิสตรี เศรษฐกิจชุมชน เป็นต้น

6. สิทธิชุมชนเป็นขบวนการเคลื่อนไหวประชาธิปไตยจากรากหญ้า สิทธิชุมชนเป็นการต่อสู้ โดยมีเป้าหมายหลักเพื่อ ไปสู่ความเป็นพลูลักษณะประชาธิปไตย หรือสังคมที่เคารพความหลากหลาย หรือมีนโยบายให้แต่ละท้องถิ่นตลอดจนกลุ่มต่าง ๆ ในสังคมให้ได้มีเสรีภาพของตนเองในการกำหนด กติกาของวิถีชีวิต เศรษฐกิจ ทรัพยากรตามภูมินิเวศวัฒนธรรมของตน ทั้งนี้ อยู่บนพื้นฐานความรับผิดชอบร่วมกันของสังคมด้วย รัฐต้องมีนโยบายสนับสนุนชุมชนให้มีเสรีภาพในการกำหนดกฎ กติกา ระบบ สิทธิ การจัดการทรัพยากร เศรษฐกิจ วิถีชีวิตวัฒนธรรมของตนเอง และมีกลไกสนับสนุนความเข้มแข็งของชุมชน

ลักษณะของสิทธิชุมชน

1. อุดมการณ์ของสิทธิชุมชนเป็นอุดมการณ์เพื่อความอยู่รอดของชุมชน
2. กระบวนการในการเกิดขึ้นของสิทธิชุมชนในแต่ละประเภท ไม่ได้เกิดจากความสัมพันธ์ในเชิงพันธะสัญญา หากแต่เป็นผลที่เกิดขึ้นจากกระบวนการภายในของชุมชนในแต่ละพื้นที่ที่ทดลองเรียนรู้ สังสมขึ้นมาเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างสังคมในระดับชุมชน และในหลาย ๆ กรณีที่มีการเลียนแบบการกระทำ และทำให้เกิดขึ้นซ้ำ ๆ ในทางความคิด
3. ตั้งอยู่บนสำนึกและความรับรู้ร่วมกันของชุมชนเป็นหลัก ดังนั้น จึงมักจะปรากฏในรูปแบบของบันทึกที่เป็นลายลักษณ์อักษร

4. กลไกในการบังคับเป็นไปโดยอาศัยวิธีการของแต่ละชุมชน ผ่านทางระบบความสัมพันธ์ในด้านต่าง ๆ ที่มีอยู่ในชุมชน

5. สิทธิชุมชนเป็นความพยายามของชุมชน ที่จะจัดความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกของชุมชนให้สอดคล้องกับการกระทำที่ทุกคนสามารถเข้าถึงได้และมีทางเลือก

6. สิทธิชุมชนเป็นสิทธิที่มีเงื่อนไข ไม่ใช่สิทธิเด็ดขาด ต้องขึ้นอยู่กับปัจจัยทั้งหมดที่มีอยู่ในชุมชน

7. สิทธิชุมชนมักจะมีกลไกภายในชุมชนที่เกื้อหนุนทรัพยากรที่จำเป็นต่อการดำรงชีพและให้โอกาสกับสมาชิกของชุมชน⁵⁸

ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ได้บัญญัติรับรองสิทธิชุมชนไว้เช่นกันโดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง

มาตรา 26 การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิ และเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

มาตรา 28 บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ขัดต่อศีลธรรมของประชาชน

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ได้โดยตรง หากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้ว ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการส่งเสริม สนับสนุน และช่วยเหลือจากรัฐในการใช้สิทธิตามความในหมวดนี้

มาตรา 66 บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน

มาตรา 67 สิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมกับรัฐและชุมชนในการอนุรักษ์ บำรุงรักษา และการได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและความหลากหลายทาง

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 20-25.

ชีวภาพ และในการคุ้มครอง ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม เพื่อให้ดำรงชีพอยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของตน ย่อมได้รับความคุ้มครองตามความเหมาะสม

การดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ หรือโครงการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติ และสุขภาพ จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้ศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนในชุมชน และจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียก่อน รวมทั้งได้ให้องค์การอิสระซึ่งประกอบด้วยผู้แทนองค์การเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ และผู้แทนสถาบันอุดมศึกษาที่จัดการศึกษาด้านสิ่งแวดล้อมหรือทรัพยากรธรรมชาติหรือด้านสุขภาพ ให้ความเห็นประกอบก่อนมีการดำเนินการดังกล่าว

สิทธิชุมชนที่จะฟ้องหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคล เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามบทบัญญัตินี้ ย่อมได้รับความคุ้มครอง⁵⁹

จะเห็นได้ว่าแนวคิดเรื่องสิทธิชุมชนจัดเป็นเรื่องใหม่ ซึ่งมีลักษณะที่มุ่งจะผลิตหลักคิดใหม่เกี่ยวกับสิทธิที่ก้าวพ้นจากกรอบของสิทธิแบบปัจเจกบุคคลและสิทธิของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ โดยเป็นสิทธิที่อยู่ระหว่างสิทธิทั้ง 2 ดังกล่าว การริเริ่มใหม่เช่นนี้จึงมีการใช้คำหลายคำ เช่น สิทธิชุมชนท้องถิ่น สิทธิของชาวบ้าน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม คำว่า “สิทธิชุมชน” เกิดจากการบัญญัติของศาสตราจารย์ เสน่ห์ จามริก และนักวิชาการที่ร่วมกันบัญญัติคำนี้ เพื่อต้องการให้เห็นจิตวิญญาณและความมีภูมิปัญญาของชุมชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมขึ้นมา⁶⁰

2.8.3 หลักกฎหมายไทยโดยตรงที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพร

เมื่อสังคมไทยได้ตระหนักถึงการนำทรัพยากรชีวภาพไปใช้ประโยชน์ของนักธุรกิจหรือนักวิจัยที่ผลิตสินค้าออกสู่ตลาดทั้งชาวไทยกันเอง หรือต่างชาติที่เข้ามาเอาทรัพยากรชีวภาพไปใช้ โดยไม่คำนึงถึงการตอบแทนผลประโยชน์แก่ประเทศผู้เป็นเจ้าของในทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น ทำให้ประเทศผู้เป็นเจ้าของต้องเสียประโยชน์ต่าง ๆ มากมาย ทำให้เกิดกระแสการอนุรักษ์ใน

⁵⁹ วุฒิชัย จีระแพทย์, มองย้อนแนวคิดสิทธิชุมชนของไทย, คำนวณวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2560 จาก http://www.senate.go.th/lawdatacenter/includes/FCKeditor/upload/Image/b/b120%20jul_7_3.pdf

⁶⁰ เจริญ คัมภีรภาพ และคณะ, สารัตถะแห่งสิทธิชุมชน หลักการและความเคลื่อนไหวเรื่องสิทธิชุมชนในทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น (กรุงเทพฯ: เครือข่ายสิทธิภูมิปัญญาไทย, 2541), หน้า 121.

ทรัพยากรชีวภาพซึ่งเป็นหนึ่งในประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ผู้คนต่างให้ความสนใจในการดูแลรักษาสิทธิในความเป็นเจ้าของ จึงต้องมีการทบทวนดุลกลไกในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพร ว่ามีการนำมาตรการใดมาบังคับใช้ในการคุ้มครองดูแล

ซึ่งประเทศไทยเรานั้นมีบทกฎหมายของไทยมากมายที่ได้บัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่น ในแต่ละตัวบทกฎหมายอาจมีการดูแลรักษาคุ้มครองไว้หลายรูปแบบแตกต่างกันออกไปทำให้ทรัพยากรชีวภาพหรือสมุนไพรซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมากภายในประเทศนั้นไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างทั่วถึง หรืออาจมีช่องว่างต่าง ๆ ของกฎหมายทำให้ผู้ที่ต้องการนำทรัพยากรชีวภาพไปใช้โดยไม่เสียค่าตอบแทนแก่ประเทศผู้เป็นเจ้าของ

ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงรวบรวมกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรมาเพื่อศึกษาในประเด็นสำคัญของแต่ละตัวบทกฎหมาย ทำให้ง่ายต่อการเข้าใจและสะท้อนถึงสภาพปัญหาของกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรมานั้น ให้มีมาตรการบังคับใช้ที่เป็นรูปธรรมมากขึ้นเพื่อประโยชน์ต่อชนรุ่นหลังต่อไป

2.8.3.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2557

ด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2557 นั้น เกิดขึ้นโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติซึ่งประกอบด้วยคณะทหารและตำรวจได้นำความกราบบังคมทูลว่าตามที่ได้เกิดสถานการณ์ความขัดแย้งทางการเมืองขึ้นในกรุงเทพมหานครและพื้นที่ใกล้เคียงต่อเนื่องมาเป็นเวลานานจนลุกลามไปสู่แทบทุกภูมิภาคของประเทศ จนทำให้เกิดความแตกแยกของประชาชนในขณะนั้นซึ่งเป็นวิกฤติการณ์ร้ายแรงที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน แม้รัฐจะแก้ไขด้วยกลไกและมาตรการทางกฎหมายต่างมาบังคับใช้ก็ไม่เป็นผลให้สถานการณ์ต่าง ๆ ดีขึ้น กลับจะเกิดข้อขัดแย้งใหม่ในทางกฎหมายและการเมือง⁶¹ เป็นวังวนแห่งปัญหาไม่จบสิ้น คณะรักษาความสงบแห่งชาติจึงเข้ายึดอำนาจการปกครองประเทศ เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 และประกาศให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 สิ้นสุดลง ยกเว้นความในหมวด 2 พระมหากษัตริย์

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้ เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 สิ้นสุดลง และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2557 นั้น มีสาระสำคัญในการแก้ปัญหาของประเทศในขณะนั้น เพื่อให้เกิดความปรองดองเป็นเสียส่วนใหญ่ จึงไม่มีการบัญญัติถึงการคุ้มครองในเรื่องของ “สิทธิชุมชน” ในการมีส่วนร่วมทั้งรัฐและชุมชนในการบำรุงรักษา และการได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและ ความหลากหลายทางชีวภาพ ในการคุ้มครอง ส่งเสริม และรักษาคุณภาพของสิ่งแวดล้อม รวมถึงบุคคลซึ่งรวมตัวกันเป็นชุมชน ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในการมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน เป็นเหตุให้พืชสมุนไพรที่เป็นทรัพยากรธรรมชาติของประเทศไม่ได้รับความคุ้มครองในรูปของการเป็นทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อมของประเทศ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงต้องนำบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ในเรื่องของสิทธิชุมชนมาศึกษาต่อไป

⁶¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2557

2.8.3.2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550

การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ได้บัญญัติอยู่ในหมวดของสิทธิชุมชน กล่าวคือ ภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นเป็นสิทธิชุมชนมิใช่ของปัจเจกบุคคล เป็นของส่วนรวมของคนในชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมที่จะดูแลรักษา หรือฟื้นฟูอนุรักษ์ และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุล และยั่งยืนของประเทศไทย

ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม หมายถึง การที่ทุกคนอาศัยอยู่ในสถานที่เดียวกันอันเป็นบ่อเกิดของชุมชนในการดำรงชีวิอยู่อาศัย มีสิทธิที่จะดูแลจารีตประเพณีภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมของคนในชุมชน ตลอดจนสามารถใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและรวมถึงฟื้นฟูอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืนและสมดุล

ยั่งยืน⁶² หมายถึง การพัฒนาบุคคลให้มีคุณภาพ การเพิ่มผลผลิต และการรู้จักใช้ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างรู้คุณค่าเพื่อคนรุ่นหลังต่อไป

สมดุล⁶³ หมายถึง สภาวะที่มีความเท่ากัน หรือการปรับสภาพตามโลกเพื่อให้มีความสมดุลต่อการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นของโลก

ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 66 ได้บัญญัติไว้ “บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน ชุมชนท้องถิ่นหรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม รวมทั้ง ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน” เป็นการบัญญัติเพื่อคุ้มครองคนส่วนรวมในชุมชนนั้น ๆ หรือภายในประเทศในการมีสิทธิอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพไว้ให้นานต่อชนรุ่นหลัง

มีการรับรองสิทธิชุมชนท้องถิ่นไว้ซึ่งครั้งแรกมีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 โดยคำว่า “ชุมชน” น่าจะต้องเป็นการรวมตัวกันของคนในพื้นที่กลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง และคำว่า “ท้องถิ่น” เป็นคำขยาย มีความหมายว่า เป็นเรื่องเฉพาะพื้นที่ที่มีอยู่ตามทั่วไป โดยร่างเดิมของมาตราไม่มีคำว่า “ดั้งเดิม” แต่ที่เพิ่มขึ้นก็เพื่อให้ทราบว่าต้องไม่ใช่ชุมชนใหม่ ปัญหาต่อไปคือจะต้องใช้ระยะเวลาอันเท่าใด จึงจะเรียกว่าเป็น “ชุมชนดั้งเดิม” ซึ่งประเด็นนี้ยังไม่มีคำอธิบายว่าจะใช้เกณฑ์

⁶² กรมป่าไม้, สำนักจัดการทรัพยากรป่าไม้ที่ 4 สาขาพิษณุโลก, การพัฒนาแบบยั่งยืน (Sustainable Development), ค้นวันที่ 2 กรกฎาคม 2556 จาก http://www.forest.go.th/phitsanulok/index.php?option=com_content&view=article&id=517Ap9&catid=13A2010-06-04-06-M-S&lang=th

⁶³ วิสุทธิ์ ใบไม้, บทสรุปความหลากหลายทางชีวภาพ, ค้นวันที่ 6 พฤษภาคม 2560 จาก <http://www.sa.ac.th/biodiversity/contents/introduction.html>

ช่วงเวลาเป็นเครื่องกำหนด เช่น สองร้อยปีขึ้นไป⁶⁴ หรืออย่างไร ซึ่งคำว่า “สิทธิชุมชน หรือ สิทธิชุมชนท้องถิ่น” มาจากคำภาษาอังกฤษ คำว่า “Community Right”

กรณีตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ หรือการฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะ หรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ เช่น การผลิตสุราพื้นบ้าน อันเนื่องมาจากชาวบ้านในชุมชนท้องถิ่นต่าง ๆ มักจะมีการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นในการนำแป้งข้าวหมกมาผลิตเป็นอาหารและยารักษาโรค และเนื่องจากแป้งข้าวหมกมีลักษณะคล้ายแป้งเชื้อสุราจำนำไปหมักกับของเหลวอย่างอื่นแล้วสามารถทำให้เกิดแอลกอฮอล์จึงผลิตเป็นสุราสำหรับใช้บริโภคและจำหน่ายเพื่อสร้างรายได้ให้แก่ชุมชน แต่ภาครัฐกลับมองว่าการผลิตสุราดังกล่าว เป็นการนำแป้งข้าวหมกไปใช้ผลิตสุราเถื่อนโดยไม่ได้รับอนุญาตและไม่ได้จ่ายเงินภาษีสรรพสามิตให้กับรัฐ⁶⁵ ส่วนในประเทศเพื่อนบ้านใกล้เคียงอย่างลาว รัฐบาลลาวได้ส่งเสริมให้บ้านสร้างให้ ที่แต่เดิมเป็นชุมชนที่ดื่มเหล้าเพื่อยังชีพกันมาหลายชั่วอายุคน และมีรสชาติเป็นที่ยอมรับของคนทั่วไป ให้ดื่มเหล้าพื้นบ้านเป็นอาชีพเสริมในปัจจุบัน และยกย่องให้เป็นหมู่บ้านวัฒนธรรมดีเด่น เปิดให้นักท่องเที่ยวได้เยี่ยมชมโบราณสถาน และดูกรรมวิธีการต้มเหล้าพื้นบ้านพร้อมทั้งผลิตเหล้าและหัตถกรรมพื้นบ้านจำหน่ายจนกลายเป็นธุรกิจหลักของชุมชน⁶⁶ จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนแต่ละคน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการเพิ่มบทบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพขึ้นใหม่ซึ่งเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศและในสังคมไทยเข้าไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมปัจจุบันยิ่งขึ้นและแตกต่างจากการปกครองท้องถิ่นซึ่งเป็นโครงสร้างการปกครองภายในรัฐ นอกจากนี้ยังสอดคล้องกับสภาพสังคมตะวันออกที่คนในชนบทที่มีความเป็นชุมชนมากกว่าสังคมตะวันตก⁶⁷ ดังนั้น ตามกฎหมายอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติดังกล่าว ควรยึดหลักรัฐธรรมนูญเพื่อประโยชน์สูงสุดของปวงชนชาวไทย

2.8.3.3 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2542

ระบบกฎหมายสิทธิบัตรได้ถูกสร้างขึ้นมากเพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์ที่มีคุณค่าต่อพัฒนาการเศรษฐกิจและอุตสาหกรรม โดยการประดิษฐ์นั้นจะต้องเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ ต้องเป็นการประดิษฐ์ที่ใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นและสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้

⁶⁴ นพนิติ สุริยะ, “วิเคราะห์สิทธิตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 46 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 20, 7 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2548): 33.

⁶⁵ คำวินิจฉัยรัฐธรรมนูญที่ 25/2547 เรื่องศาลปกครองสูงสุดส่งคำโต้แย้งของผู้ฟ้องคดี เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 กรณีพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 และมาตรา 26 ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 46 และ มาตรา 50 หรือไม่

⁶⁶ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, **เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550** (กรุงเทพฯ: สำนักงานกรรมการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2550), หน้า 127-128.

⁶⁷ มานิตย์ จุมปา, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540** (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2541), หน้า 250.

การประดิษฐ์ที่ได้รับการคุ้มครองนี้จะรวมถึงผลิตภัณฑ์และกรรมวิธี ดังนั้น ในทางทฤษฎี บุคคลในชุมชนที่คิดค้นการประดิษฐ์ที่เข้าเงื่อนไขดังกล่าวนั้นย่อมสามารถยื่นคำขอจดทะเบียนสิทธิบัตรได้ เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เช่น บุคคลในชุมชนใดพัฒนาผลิตภัณฑ์มาจากพืชสมุนไพร ซึ่งมีคุณสมบัติในการบำบัดรักษาโรคใดโรคหนึ่ง บุคคลนั้นย่อมสามารถขอเข้าจดทะเบียนสิทธิบัตร เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายได้ ที่มีลักษณะตามที่กฎหมายกำหนด ที่กำหนดบัญญัติให้เจ้าของสิทธิ มีสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียว ในการแสวงหาผลประโยชน์จากการประดิษฐ์ หรือ ออกแบบผลิตภัณฑ์ที่ได้รับสิทธิบัตร สิ่งที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้ พระราชบัญญัติ สิทธิบัตร คือ “การประดิษฐ์” ซึ่งหมายถึง การคิดค้นหรือทำให้เกิดขึ้นของผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีใด ๆ ขึ้นมาใหม่ หรือ ทำให้ดีขึ้นซึ่งกรรมวิธีใหม่⁶⁸ สำหรับการนำระบบกฎหมายสิทธิบัตรมาคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นทำได้ ถ้าเข้าตามเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด โดยที่ระบบกฎหมายสิทธิบัตรแบ่งการคุ้มครองออกเป็น 2 ประเภท ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ได้แก่

1. สิทธิบัตรการประดิษฐ์ ถ้าภูมิปัญญาท้องถิ่นใดได้ถูกสร้างหรือคิดค้น โดยไม่มีใครเคยคิดได้มาก่อน หากข้อมูลความรู้ดังกล่าวยังไม่ได้ถูกเปิดเผยต่อสาธารณชน มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นและสามารถนำไปใช้ประโยชน์ในทางอุตสาหกรรมได้ กรณีเช่นนี้ ก็ขอรับความคุ้มครองทางด้านสิทธิบัตรได้

2. สิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองการออกแบบรูปร่างหรือรูปทรงผลิตภัณฑ์ ความคิดสร้างสรรค์เกี่ยวกับรูปร่างและลักษณะภายนอกของผลิตภัณฑ์ที่แตกต่างไปจากเดิม

นอกจากนี้ จะต้องไม่เป็นสิ่งที่กฎหมายสิทธิบัตรห้ามไว้ในการจดสิทธิบัตรด้วย ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 แก้ไขเพิ่มเติม 2542 มาตรา 9 (1) วางหลักไว้ว่า “การประดิษฐ์ต่อไปนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ จุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากธรรมชาติหรือพืช” กฎหมายสิทธิบัตรไม่ได้คุ้มครองการประดิษฐ์จากจุลชีพ และส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสิ่งเหล่านั้น สิทธิบัตรก็ไม่ให้ความคุ้มครอง เช่น ยาพื้นบ้าน ยารักษาโรคที่สกัดมาจากสมุนไพร หรือ สัตว์ เพราะสัตว์และพืชเป็นปัจจัยการผลิตของเกษตรกรส่วนใหญ่ ดังนั้น แม้จะมี การทำให้พันธุ์พืชหรือพันธุ์สัตว์นั้นดีขึ้นกว่าเดิม โดยยังไม่มีใครเคยทำให้เกิดขึ้นมาก่อน แม้จะครอบครองประกอบก็ขอรับสิทธิบัตรไม่ได้ เพราะจะกระทบคนที่ทำอาชีพเกษตรกรรม

นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายอนุสิทธิบัตร กล่าวคือ การประดิษฐ์ที่ขอรับอนุสิทธิบัตรได้ ต้องเป็น การประดิษฐ์ขึ้นมาใหม่และสามารถประยุกต์ใช้งานทางอุตสาหกรรมได้ แต่ไม่ต้องมีขั้นประดิษฐ์ที่สูงขึ้น ซึ่งเป็นลักษณะที่ขอรับสิทธิบัตรแบบธรรมดาได้ สมควรที่จะให้ความคุ้มครองด้วยการออกเอกสารแสดงสิทธิเพื่อให้เจ้าของการประดิษฐ์ สามารถที่จะหาประโยชน์จากความเป็นเจ้าของของการประดิษฐ์นั้นได้ เพื่อส่งเสริมและสนับสนุนให้เกิดการประดิษฐ์ใหม่ ๆ ขึ้นให้เหมาะสมกับประเทศไทยและสภาพสังคม สามารถนำไปใช้คุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ ทำให้มีการนำ

⁶⁸ กรรมวิธี หมายถึง วิธีการ กระบวนการ หรือกรรมวิธีในการผลิต หรือการเก็บรักษาให้คงสภาพ หรือให้มีคุณภาพดีขึ้น หรือการปรับปรุงสภาพให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์รวมถึงกรรมวิธีนั้น ๆ ด้วย

สมุนไพรของไทย อย่างเช่น ขมิ้นชัน ไปขอจดทะเบียนอนุสิทธิบัตรได้ จึงเป็นทางเลือกสำหรับนักประดิษฐ์ที่ต้องการได้รับความคุ้มครองอย่างรวดเร็ว เสียค่าใช้จ่ายน้อยและมีโอกาสได้รับความคุ้มครองมากกว่าสิทธิบัตรธรรมดา

กล่าวคือ ในกรณีของภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรนั้น มิได้เป็นสิ่งประดิษฐ์ชั้นใหม่ จึงไม่ได้รับความคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นอันเป็นสิ่งที่มียุ่แล้วในธรรมชาติ ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2542 มาตรา 9 ที่ไม่สามารถคุ้มครองสิ่งที่มีเกิดขึ้นสิ่งมีชีวิตตามธรรมชาติ นอกจากต้องนำมาผลิตสิ่งใหม่ ๆ อาจเป็นได้

2.8.3.4 พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์⁶⁹ (Geographical Indication: GI) เป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง จะเกิดขึ้นได้ ต่อเมื่อมีความเชื่อมโยงระหว่างปัจจัยสำคัญ 2 ประการ คือ ธรรมชาติและมนุษย์ กล่าวคือ ชุมชนได้อาศัยลักษณะเฉพาะที่มีอยู่ในแหล่งภูมิศาสตร์ตามธรรมชาติมาใช้ประโยชน์ในการผลิตสินค้านั้น ๆ อาศัยลักษณะเฉพาะที่มีอยู่ในแหล่งภูมิศาสตร์ตามธรรมชาติ เช่น สภาพดินฟ้าอากาศ หรือวัตถุดิบเฉพาะในท้องที่ กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เป็นกฎหมายที่มีความเหมาะสมต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นอย่างมาก เนื่องจากกฎหมายนี้ห้ามมิให้มีการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม โดยการนำเอาชื่อทางภูมิศาสตร์หรือเครื่องหมายใด ๆ ที่อาจสื่อให้เห็นว่าสินค้าใดสินค้านั้นนั้นได้ถูกผลิตขึ้นจากพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งโดยไม่เป็นความจริง ดังนั้น หากได้มีการนำสินค้าออกจำหน่ายโดยใช้ชื่อทางการค้าที่ทำให้สาธารณชนเข้าใจว่าเป็นสินค้าที่ผลิตขึ้นโดยชุมชนใดชุมชนหนึ่ง การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

วัตถุประสงค์หลักของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ คือ เพื่อป้องกันมิให้ประชาชนสับสนหรือหลงผิดในแหล่งภูมิศาสตร์ของสินค้า โดยการกำหนดให้มีการขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และการห้ามใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อื่นจะทำให้เกิดความสับสนในแหล่งภูมิศาสตร์ที่แท้จริงของสินค้าที่ได้รับบ่งไว้ในทะเบียน การระบุเช่นนี้จะทำให้มีผลทำให้สินค้านั้นมีราคาสูงขึ้นจำหน่ายได้มากขึ้น เนื่องจากผู้บริโภคเกิดความเชื่อมั่นว่าจะได้รับสินค้าดีมีคุณภาพตามที่ต้องการจากแหล่งที่ผลิตที่ได้มีการอ้างชื่อ ถ้าภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นเป็นภูมิปัญญาประเภทองค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่นในสาขาการผลิตอาหารและเครื่องดื่มที่ใช้ชื่อ สัญลักษณ์ หรือสิ่งอื่นใดที่ใช้เรียกแทนภูมิศาสตร์ หมายความว่า ชุมชนหนึ่งท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งมีความรู้ความชำนาญที่อาจได้รับการสืบทอดมาจากบรรพบุรุษหรือประสบการณ์ของบุคคลในชุมชนในแหล่งภูมิศาสตร์ นั้นเป็นสินค้าที่มีคุณภาพ ชื่อเสียงหรือคุณลักษณะเฉพาะของชุมชนดังกล่าว

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์⁷⁰ หมายถึง ชื่อ สัญลักษณ์ หรือสิ่งอื่นใดที่ใช้เรียกหรือใช้แทนแหล่งภูมิศาสตร์ และสามารถบ่งบอกว่าสินค้าที่เกิดขึ้นจากแหล่งภูมิศาสตร์นั้น เป็นสินค้าที่มีคุณภาพชื่อเสียงที่มีคุณลักษณะเฉพาะของภูมิศาสตร์ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีความแตกต่างจากทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น กล่าวคือ ผู้เป็นเจ้าของไม่ใช่บุคคลหนึ่งบุคคลใดแต่เป็นกลุ่มชุมชนที่เป็นผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการในพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ หรือแหล่งภูมิศาสตร์นั้น ๆ ซึ่งจะส่งผลให้ผู้ผลิตที่อาศัยอยู่

⁶⁹ ปารินุช บริสุทธิ์ศรี, *เรื่องเดิม*, หน้า 3.

⁷⁰ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546

ในสถานที่หรือแหล่งภูมิศาสตร์⁷¹ และผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับสินค้าที่ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น เท่านั้น ที่มีสิทธิผลิตสินค้าดังกล่าวโดยชื่อทางภูมิศาสตร์นั้น ๆ เท่านั้นได้ ที่ผู้ผลิตคนอื่นไม่สามารถผลิตได้ จะเห็นได้ว่า สินค้าที่ได้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ มักจะเป็นสินค้าที่มีชื่อเสียงและได้รับความนิยม เนื่องจากมีคุณลักษณะเฉพาะของภูมิศาสตร์ที่เกิดจากอิทธิพลสิ่งแวดล้อมทางภูมิศาสตร์ เช่น สภาพดินฟ้าอากาศ หรือวัตถุดิบเฉพาะในท้องที่ชุมชนหนึ่งท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่ง มีความรู้ความชำนาญที่อาจได้รับการสืบทอดมาจากบรรพบุรุษหรือประสบการณ์ของบุคคลในชุมชนในแหล่งภูมิศาสตร์นั้นเป็นสินค้าที่มีคุณภาพ ชื่อเสียงหรือคุณลักษณะเฉพาะของชุมชน จากคำนิยาม “สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์” ตามพระราชบัญญัตินี้ แบ่งได้ 2 ประเภท

1. สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยตรง กล่าวคือ เป็นชื่อของสถานที่ตรงนั้นโดยตรง เช่น ไชยา ดอยตุง หรือนครชัยศรี เป็นต้น

2. สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยอ้อม กล่าวคือ เป็นสัญลักษณ์ หรือสิ่งอื่นที่ไม่ใช่ชื่อทางภูมิศาสตร์ ซึ่งใช้เพื่อบ่งบอกแหล่งภูมิศาสตร์อันเป็นแหล่งกำเนิด หรือแหล่งผลิตสินค้า เช่น สัญลักษณ์ของอำเภอ เป็นต้น การจดทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์⁷² โดยสามารถขอจดทะเบียนได้ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการ การค้า กลุ่มผู้บริโภคสินค้า หรือหน่วยงานราชการ หากมีความเกี่ยวข้องกับสินค้าที่ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ แต่การจดทะเบียนนั้นมีข้อห้ามว่าสินค้าที่เป็นชื่อสามัญของสินค้าที่จะใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และสินค้าที่มีสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่สามารถจดทะเบียนได้และการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะเกิดขึ้น ต่อเมื่อมีการจดทะเบียนสิทธิที่ กรมทรัพย์สินทางปัญญาแล้วเท่านั้น ความแตกต่างของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และเครื่องหมายทางการค้า

ความหลากหลายทางชีวภาพในส่วนของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่มีปัญหาในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ในภูมิปัญญาท้องถิ่น ดังเช่น กรณีของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ กล่าวคือ มิให้มีการนำสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ดังนั้น หากเกิดกรณีข้อเท็จจริงในการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าขึ้น การนำพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้ามาปรับใช้กับข้อเท็จจริงเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นก็คงจะทำได้ยาก

2.8.3.5 พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542

เป็นกฎหมายที่สำคัญฉบับหนึ่งต่อการกำกับดูแลการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืช รวมถึงสมุนไพรต่าง ๆ โดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมให้มีการปรับปรุงพันธุ์พืชและพัฒนาพรรณพืช เพื่อให้มีพันธุ์พืชใหม่ ๆ เพิ่มขึ้นจากการที่มีอยู่แล้ว และให้การคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมือง ตลอดจนได้มีการนำหลักการต่าง ๆ ที่ได้รับการยอมรับในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity) ไม่ว่าจะเป็นการรักษาสิทธิทางการเกษตร การแบ่งปัน

⁷¹ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์; แหล่งภูมิศาสตร์ หมายถึง พื้นที่ของประเทศ เขต ภูมิภาค และท้องถิ่นและให้หมายความรวมถึงทะเล ทะเลสาบ แม่น้ำ ลำน้ำ ภูเขา หรือพื้นที่อื่นในทำนองเดียวกันด้วย

⁷² ปาริณช บริสุทธิ์ศรี, *เรื่องเดิม*, หน้า 3.

ผลประโยชน์ที่ไม่เป็นธรรม และการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพโดยได้รับความยินยอมไว้ล่วงหน้า มาบัญญัติไว้ด้วย อันเป็นการส่งเสริมการพัฒนาทางด้านการเกษตรกรรม โดยการส่งเสริมและสร้าง แรงจูงใจด้วยการใช้สิทธิและคุ้มครองตามกฎหมายตลอดจนเพื่อเป็นการอนุรักษ์และพัฒนาการใช้ ประโยชน์จากพันธุ์พืช เนื่องจากพืชเป็นสิ่งมีชีวิตที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการดำรงชีพของมนุษย์ ตั้งแต่อดีตจนถึงจนถึงปัจจุบัน มนุษย์ต่างรู้จักนำพันธุ์พืชมาใช้ประโยชน์ในรูปแบบต่าง ๆ เช่น นำมา เป็นอาหาร หรือนำมาเป็นยารักษาโรค ตลอดจนให้ชุมชนมีส่วนร่วมในการดูแลรักษา และยังเป็น กฎหมายที่มีการบัญญัติขึ้นในช่วงที่มีการแย่งชิงภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นจำนวนมาก และพืชต่าง ๆ ของไทย ยังสามารถนำไปต่อยอดในการผลิตสิ่งใหม่ ๆ ขึ้นได้อีกด้วย

สาระสำคัญของพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 กฎหมายฉบับนี้ให้ ความคุ้มครองพันธุ์พืชชนิดต่าง ๆ พอสรุปได้ ดังนี้

1) การคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่⁷³

พันธุ์พืชใหม่ที่จะนำมาขอรับความคุ้มครองต้องมีลักษณะทางเทคนิค ตามเงื่อนไขเช่นเดียวกันกับสัญญาอนุสัญญา กล่าวคือ ต้องเป็นพันธุ์พืชมีลักษณะประจำพันธุ์แตกต่างจาก พันธุ์พืชอื่น (Distinctiveness) มีความสม่ำเสมอของลักษณะประจำพันธุ์ (Uniformity) และมีความคงตัว (Stability) นอกจากนี้ จะต้องเป็นพันธุ์พืชที่ไม่มีการนำส่วนขยายพันธุ์มาใช้ประโยชน์ ไม่ ว่าจะเป็นการขายหรือจำหน่ายด้วยประการใด ๆ ทั้งในหรือนอกประเทศโดยนักปรับปรุงพันธุ์มาใช้ ประโยชน์ หรือด้วยความยินยอมของนักปรับปรุงพันธุ์ เกินกว่าหนึ่งปีก่อนวันยื่นขอจดทะเบียน และ ต้องมีความต่างจากพันธุ์พืชอื่นที่ปรากฏในวันยื่นขอจดทะเบียน โดยความต่างนั้นต้องเกี่ยวข้องกับ ลักษณะที่เป็นประโยชน์ต่อการเพาะปลูก การบริโภค เกษษกรรม การผลิต หรือการแปรรูป และได้ กำหนดหลักการว่า การจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่ที่ได้จากการตัดต่อสารพันธุกรรม (Genetically Modified Plant) จะต้องได้รับการประเมินผลกระทบทางด้านความปลอดภัยต่อสิ่งแวดล้อมด้วย สำหรับหลักการในการยื่นขอจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่นั้น ผู้ที่ยื่นขอจดทะเบียนจะต้องเปิดเผย แหล่งที่มาของพันธุ์พืชใหม่หรือแหล่งที่มาของสารพันธุกรรมที่ใช้ในการปรับปรุงพืช ตลอดจนเปิดเผย ข้อตกลงการแบ่งปันผลประโยชน์ในกรณีที่มีการใช้พันธุ์พื้นเมืองทั่วไปหรือพันธุ์พืชป่าในการปรับปรุง พันธุ์พืชใหม่ในทางการค้าด้วย เพื่อแสดงให้เห็นถึงการเข้าถึงทรัพยากรธรรมชาติและ ความหลากหลาย ทางชีวภาพเป็นไปด้วยความโปร่งใสและเป็นธรรม

2) การคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะท้องถิ่น⁷⁴

สำหรับพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะท้องถิ่น หมายถึง “พันธุ์พืชที่มีอยู่เฉพาะ ชุมชนใดชุมชนหนึ่งในประเทศไทยและไม่เคยจดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชใหม่มาก่อน” ดังนั้น หากมี การพบพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นเกินกว่าหนึ่งชุมชน ถือว่าเป็นพันธุ์พืชทั่วไป โดยบุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วที่ตั้งถิ่นฐานและสืบทอดวัฒนธรรมร่วมกันมาโดยต่อเนื่อง ซึ่งได้ร่วมกันอนุรักษ์หรือ พัฒนาพันธุ์พืชที่เข้าลักษณะที่กำหนดไว้ พันธุ์พืชที่มีอยู่เฉพาะในท้องถิ่นใดที่หนึ่งในประเทศไทย

⁷³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 16.

⁷⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 16.

อาจนำมาจดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชพื้นเมืองได้ หากว่ามีลักษณะเป็นพันธุ์ที่แตกต่างจากพืชชนิดอื่น โดยกฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงความใหม่ไว้

ดังนั้น การคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะท้องถิ่น แม้มีการนำส่วนขยายของพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะท้องถิ่นมาแสวงหาผลประโยชน์ทางการค้ามาก่อน ก็สามารถนำมาจดทะเบียนทางการค้าได้ ผู้ที่มีสิทธิได้รับความจะมีไม่ปะเจกชน แต่เป็นชุมชนที่มีถิ่นที่อยู่คุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะท้องถิ่นมาเป็นเวลานานเมื่อจดทะเบียนแล้วชุมชนก็จะมีสิทธิเด็ดขาด

3) การคุ้มครองการคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองและพันธุ์พืชป่า⁷⁵

การคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมือง คือ พันธุ์พืชที่มีการกำเนิดภายในประเทศ ซึ่งได้มีการใช้ประโยชน์อย่างแพร่หลาย ผลประโยชน์ใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการใช้พันธุ์พืชในการปรับปรุงพันธุ์หรือวิจัยเพื่อการพาณิชย์ จะต้องแบ่งปันเงินเข้าสู่กองทุนพันธุ์พืช

พันธุ์พืชป่า หมายถึง พันธุ์พืชที่มีอยู่ภายในประเทศตามสภาพยังมีได้มีการนำไปใช้การเพาะปลูกอย่างแพร่หลาย เป็นต้น จะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ในการตกลงเรื่องผลประโยชน์ก่อน มีการกำกับดูแลการเข้าถึงพันธุ์พืช รวมทั้งแก้ไขปัญหาเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้พันธุ์พืชอย่างไม่เป็นธรรมด้วย เป็นต้น

2.8.3.6 พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542

พระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นอีกหนึ่งฉบับที่บัญญัติถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นอันเป็นองค์ความรู้ของชุมชนประการหนึ่ง แต่พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ให้ความคุ้มครองถึงสมุนไพร ในการเป็นตำรายา เพื่อรักษาโรคภัยไข้เจ็บ ซึ่งอาจไม่ครอบคลุมถึงความหลากหลายในทางชีวภาพเท่าที่ควร จึงเกิดเป็นช่องว่างของกฎหมายในการนำสมุนไพรไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีเจตนารมณ์ที่มุ่งต่อการคุ้มครอง ส่งเสริม พัฒนาการใช้ประโยชน์ในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงมาจากที่สังคมของประเทศได้ก้าวสู่สมัยของการจัดระเบียบเศรษฐกิจใหม่ องค์การระหว่างประเทศจึงมีบทบาทมากในประเทศไทย ที่อยู่ในระดับองค์กรระหว่างประเทศระดับรัฐบาล (Governmental Organization: GO) และไม่ใช่ระดับรัฐบาล (Non-Governmental Organization: NGOs)⁷⁶ เป็นให้มีการใช้ประโยชน์จากองค์ความรู้ดั้งเดิม (Traditional Knowledge: TK) และทรัพยากรพันธุกรรม (Genetic Resources: GR) ซึ่งแต่ละประเทศมีลักษณะที่แตกต่างกันออกไป ด้วยปัจจัยหลายประการจึงทำให้มีความหลากหลายทางชีวภาพในสิ่งแวดล้อม ซึ่งองค์ความรู้ดั้งเดิมนั้นอาจมีคุณสมบัติที่สามารถนำมาใช้เป็นยารักษาโรคที่เป็นองค์ความรู้ที่มีอยู่แล้วในท้องถิ่นโดยมีการพัฒนาในการใช้ประโยชน์มาตลอดที่อยู่ในลักษณะของการถ่ายทอดเป็นรุ่นสู่รุ่น โดยองค์ความรู้ดั้งเดิมและทรัพยากรพันธุกรรมถือเป็น “ทรัพย์สินทางปัญญา” ประเภทหนึ่ง ที่มีการคิดค้น สร้างสรรค์ หรือปรับปรุงสูตรมาตลอดเพื่อให้ได้รับความคุ้มครอง

⁷⁵ เรื่องเดียวกัน.

⁷⁶ ภาณุมาศ ชัดเงางาม, การคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิม และทรัพยากรพันธุกรรมของชนเผ่าพื้นเมือง แนวคิดและบทวิเคราะห์ (นพบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2551), หน้า 5.

ในระบบของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property Rights)⁷⁷ ที่เน้นถึง “ความใหม่ (NOVELTY)” อันได้แก่ สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า ฯลฯ

อย่างไรก็ดี “องค์ความรู้ดั้งเดิม” เป็นสิ่งที่ไม่มีความใหม่จึงไม่สามารถคุ้มครองทางกฎหมาย ต่อมาจึงมีการจัดทำกฎหมายเฉพาะและเป็นการคุ้มครองพิเศษ (Sui Generis System)⁷⁸ เพื่อคุ้มครองมิให้ผู้ใดมาแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ จากที่ประเทศเราเป็นประเทศเจ้าของในความหลากหลายทางชีวภาพ

“องค์ความรู้ดั้งเดิม”⁷⁹ นั้น มีหลายความหมาย ดังนี้

Matthias Leistner ได้ให้ความเห็นว่า องค์ความรู้ดั้งเดิมเป็นความรู้ที่มีมาแต่เดิมผ่านการถ่ายทอดจากรุ่นสู่รุ่น มีวิวัฒนาการที่สม่ำเสมอผ่านช่วงเวลาแห่งการเปลี่ยนแปลงตามสภาพสิ่งแวดล้อมและเหมาะสมกับเฉพาะกลุ่มชนหรือดินแดนนั้น ๆ⁸⁰

Thomas J. Krumenacher ได้สรุปความหมายไว้อย่างกว้าง ๆ ว่าหมายถึง องค์ความรู้ทั้งหมดที่เกี่ยวกับพืชและสัตว์ (หมายถึงรวมถึงมนุษย์ด้วย) ในการที่ทั้งพืชและสัตว์เหล่านี้จะสามารถนำไปใช้ต่อการดำรงชีพ โดยการใช้ยาเพื่อการรักษาและแหล่งอาหารหรือสารอาหาร (Nourishment) ที่เป็นสิ่งสำคัญต่อร่างกายเพื่อความอยู่รอด⁸¹

ซึ่งในความหมายของ “องค์ความรู้ดั้งเดิม (Traditional Knowledge)” นั้นยังไม่มี การบัญญัติคำนิยามนั้นไว้อย่างชัดเจน โดยพระราชบัญญัติจึงมุ่งให้ความคุ้มครองเพียงแต่ “ภูมิปัญญาการแพทย์แผนโบราณ หรือภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย”

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542 มาตรา 3 ให้คำนิยาม ไว้ดังนี้

“ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย” หมายความว่า พื้นความรู้ความสามารถเกี่ยวกับการแพทย์แผนไทย

“การแพทย์แผนไทย”⁸² หมายความว่า กระบวนการทางการแพทย์เกี่ยวกับการตรวจ วินิจฉัย บำบัด รักษา หรือป้องกันโรค หรือการส่งเสริมและฟื้นฟูสุขภาพของมนุษย์หรือสัตว์ การผดุงครรภ์ การนวดไทย และให้ความหมายรวมถึง การเตรียมการผลิตยาแผนไทย และการประดิษฐ์ อุปกรณ์และเครื่องมือทางการแพทย์ ทั้งนี้ โดยอาศัยความรู้หรือตำราที่ได้ถ่ายทอดและพัฒนาสืบต่อกันมา

⁷⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 45.

⁷⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 45.

⁷⁹ กระทรวงสาธารณสุข, กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก, กลุ่มนิติการ, เอกสารประกอบการอบรม โครงการจดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542 (นนทบุรี: กลุ่มนิติการ กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก กระทรวงสาธารณสุข, ม.ป.ป.), หน้า 100.

⁸⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

⁸¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 59.

⁸² เรื่องเดียวกัน.

“สมุนไพร” หมายความว่า พืช สัตว์ จุลชีพ ธาตุวัตถุ สารสกัดดั้งเดิมจากพืชหรือสัตว์ ที่ใช้หรือแปรรูปหรือผสมหรือปรุงเป็นยาหรืออาหารเพื่อการตรวจวินิจฉัย บำบัด รักษา หรือ ป้องกันโรค หรือส่งเสริมสุขภาพร่างกายของมนุษย์หรือสัตว์ และให้หมายความรวมถึงถิ่นกำเนิดหรือ ถิ่นที่อยู่ของสิ่งดังกล่าวด้วย

กล่าวคือ พระราชบัญญัติฉบับนี้ จะเน้นในเรื่องของการคุ้มครองในทางการแพทย์ แผนไทยและภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ซึ่งมีส่วนที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพ ในกรณีภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพร แต่พระราชบัญญัตินี้ให้การคุ้มครองเฉพาะในพืชสมุนไพร และจุลชีพที่เป็นสมุนไพรเท่านั้น อันเป็นสิ่งที่สามารถนำมาผลิตเป็นตำรับยาได้เพื่อใช้ในการรักษาโรค ต่าง ๆ ทำให้ทรัพยากรชีวภาพที่มีพืชและจุลชีพพืชและสิ่งอื่น ๆ นอกเหนือจากสมุนไพรนั้นไม่สามารถ ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ประกอบกับพระราชบัญญัติฉบับนี้ให้การคุ้มครองใน ปัจเจกชนที่นำสมุนไพรที่เป็นส่วนประกอบของตำรับยามาจดทะเบียนขอรับเป็นผู้ทรงสิทธิในตำรับยา ได้ ซึ่งในตัวของผู้เป็นเจ้าของสมุนไพรจัดว่าเป็นพืชชนิดหนึ่งที่อยู่ในทรัพยากรชีวภาพที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ เป็นสาธารณะสมบัติที่ไม่สามารถจดทะเบียนเป็นผู้ทรงสิทธิในรูปของปัจเจกบุคคลหรือเอกชนได้ ทำให้เกิดความสับสนในการนำมาปรับใช้กับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรในกฎหมาย ทรัพย์สินทางปัญญา

2.8.3.7 ร่างพระราชบัญญัติสมุนไพรแห่งชาติ พ.ศ.

โดยการจัดทำร่างพระราชบัญญัตินี้⁸³ ขึ้นมาเพราะโดยที่ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีความหลากหลายทางชีวภาพ มีพืชสมุนไพรและองค์ความรู้ภูมิปัญญาดั้งเดิมของบรรพบุรุษในการนำ สมุนไพรมาใช้ประโยชน์ทั้งในด้านการรักษาบรรเทาอาการเจ็บป่วย การดูแลส่งเสริมสุขภาพ การนำ สมุนไพรมาต่อยอดสร้างมูลค่าเพิ่มทางเศรษฐกิจ แต่ปัจจุบันการดำเนินงานด้านสมุนไพร ยังขาดระบบ บริหารจัดการที่เป็นเอกภาพและประสิทธิภาพ ขาดกลไกการสนับสนุนการพัฒนา ทั้งด้านองค์ความรู้ บุคลากร และศักยภาพการผลิต สมควรกำหนดให้มีคณะกรรมการสมุนไพรแห่งชาติขึ้น เพื่อกำหนด แผนนโยบาย การพัฒนา การสนับสนุนส่งเสริม การกำหนดหลักเกณฑ์การดำเนินการเกี่ยวกับ สมุนไพรอย่างครบวงจรและเป็นรูปธรรม ตลอดจนกำหนดให้มีสถาบันสมุนไพรแห่งชาติขึ้นเป็นหน่วย รับผิดชอบการบริหารจัดการ การประสานระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งภาครัฐและเอกชนให้มี การจัดตั้งกองทุนสมุนไพรแห่งชาติเพื่อสนับสนุนการกิจการดำเนินการดังกล่าว เข้ามามีบทบาท ในการบริหารจัดการเพื่อให้เกิดความร่วมมือในการปฏิบัติงานด้านสมุนไพรร่วมกัน มีคุณภาพ มาตรฐานที่มีประสิทธิภาพ และศักยภาพในการแข่งขัน จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ มีประเด็น ในการร่างกฎหมาย ดังนี้

ประเด็นแรก เป็นประเด็นเกี่ยวกับการใช้ชื่อของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ว่าควรมี การใช้ชื่ออย่างไรเพื่อให้ครอบคลุมถึงขอบเขตของกฎหมายที่จะคุ้มครอง

⁸³ สภาขับเคลื่อนปฏิรูปประเทศไทย, “หลักการและเหตุผล” ร่างพระราชบัญญัติสมุนไพร แห่งชาติ, ค้นวันที่ 19 มกราคม 2560 จาก http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/.../article_20110829154629.doc

ประเด็นที่สอง ประเด็นในการกำหนดให้มีบุคลากรและสถาบันที่เกี่ยวข้องกับพืชสมุนไพรไทย โดย หมวด 1 มาตรา 6 กำหนดให้มีคณะกรรมการสมุนไพรแห่งชาติ เรียกโดยย่อว่า กสพช. มีหน้าที่ในการกำหนดนโยบาย การบริหารงานทั่วไป การออกข้อบังคับ การกำหนดชนิดของสมุนไพร การออกระเบียบต่าง ๆ รวมถึงการแต่งตั้งคณะกรรมการสมุนไพร⁸⁴

หมวด 2 มาตรา 15 กำหนดให้มีสถาบันสมุนไพรแห่งชาติ เรียกโดยย่อว่า สสพช. เป็นหน่วยงานของรัฐที่ไม่เป็นส่วนราชการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบการบริหารแผ่นดิน และไม่เป็นหน่วยงานรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณและกฎหมายอื่น มีฐานะเป็นนิติบุคคลและอยู่ในกำกับของรัฐมนตรี มาตรา 16 มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

- (1) จัดทำแผนหลักเกี่ยวกับสมุนไพรเสนอต่อ กสพช.
- (2) จัดทำมาตรฐานและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสมุนไพรเสนอต่อ กสพช. รวมทั้งกำหนดเกณฑ์และวิธีการปฏิบัติงานด้านสมุนไพรตามมาตรฐานและหลักเกณฑ์ที่ กสพช. กำหนด
- (3) จัดให้มีระบบปฏิบัติการ รวมถึงการบริหารจัดการและการพัฒนาระบบสื่อสาร และเทคโนโลยีสารสนเทศเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติการ
- (4) ส่งเสริม สนับสนุน การวิจัย การพัฒนา การกำหนดมาตรฐาน และการดำเนินงานที่เกี่ยวข้องกับสมุนไพรและตำรายาแผนไทย เพื่อให้มีการรักษาโรคอย่างเหมาะสมกับภาวะเศรษฐกิจ สิ่งแวดล้อมเพื่อลดการใช้สารเคมีและยาแผนปัจจุบัน
- (5) ส่งเสริม สนับสนุนการจัดการศึกษา การฝึกอบรม และการเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับสมุนไพรและตำรายาแผนไทย
- (6) ส่งเสริม สนับสนุน การดำเนินงานด้านทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับสมุนไพรและยาแผนไทย
- (7) ประสานงาน ติดตาม และประเมินผลการดำเนินงาน
- (8) เป็นศูนย์กลางประสานกับหน่วยงานภาครัฐและเอกชนทั้งในประเทศและต่างประเทศ
- (9) เรียกเก็บค่าบริการและการดำเนินกิจการของสถาบัน
- (10) ให้จัดตั้งและพัฒนาศูนย์สมุนไพรแห่งชาติในระดับภูมิภาคตามความเหมาะสมโดยมีภารกิจหน้าที่ตามที่ สสพช. กำหนด
- (11) การจัดให้มีและให้ทุนการศึกษาและทุนการวิจัยสมุนไพรของชาติ

⁸⁴ โครงการอินเทอร์เน็ตเพื่อกฎหมายประชาชน (iLaw), ร่าง พระราชบัญญัติสมุนไพรแห่งชาติ ยกระดับสมุนไพร, ค้นวันที่ 19 มกราคม 2560 จาก <https://ilaw.or.th/node/1844>

(12) การกู้ยืมเงิน การให้กู้ยืมเงิน โดยมีหลักประกันด้วยบุคคลหรือทรัพย์สิน หรือลงทุนเพื่อกิจการที่เกี่ยวข้องกับสมุนไพรรักษา ตามที่ กสพช. ประกาศกำหนด

การกู้ยืมเงิน การให้กู้ยืมเงิน หรือการลงทุน ถ้าเป็นจำนวนเงินเกินคราวละห้าล้านบาท ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน

(13) ดำเนินการอนุมัติ อนุญาต และขึ้นทะเบียนยา อาหาร และเครื่องสำอาง ที่มาจากสมุนไพรรักษา ตามที่ กสพช. กำหนด

(14) รับผิดชอบงานธุรการของ กสพช. หรือปฏิบัติการอื่นตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่น หรือที่ กสพช. มอบหมาย

ประเด็นที่สาม นั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับการออกใบอนุญาต การขึ้นทะเบียนของพืชสมุนไพร

ประเด็นที่สี่ เป็นเรื่องการโฆษณาสรรพคุณของพืชสมุนไพร

ประเด็นที่ห้า ในเรื่องของการจัดตั้งกองทุนพืชสมุนไพรในการปฏิบัติด้านงานเกี่ยวกับพืชสมุนไพร ตามร่างพระราชบัญญัติพืชสมุนไพรแห่งชาติ มาตรา 42

จะเห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้กล่าวถึงแต่ตระหนักในการนำทรัพยากรธรรมชาติในกรณีสมุนไพรไทยเพียงแต่การกำหนดบุคคลากรออกมาควบคุมในการขึ้นทะเบียนสมุนไพร การโฆษณาในสรรพคุณของสมุนไพรนั้น ๆ และการจัดตั้งกองทุนสมุนไพรขึ้นเพื่อการปฏิบัติงานเกี่ยวกับพืชสมุนไพรต่าง ๆ เท่านั้น

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพร ในต่างประเทศและหลักกฎหมายต่างประเทศ ในการคุ้มครองทางทรัพย์สินทางปัญญา

ในต่างประเทศนั้นได้ให้ความสำคัญกับทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นมาเป็นเวลาช้านานแล้ว ต่างเห็นในคุณค่าประโยชน์ของทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น เพราะง่ายต่อการเข้าถึง ในด้านทางเศรษฐกิจนั้นประเทศที่พัฒนาแล้วนั้น การแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นในเชิงพาณิชย์เพราะมีราคาต้นทุนค่อนข้างต่ำเมื่อนำเอามาใช้ในภาคอุตสาหกรรม โดยสามารถหยิบไปใช้ได้โดยไม่คำนึงถึงการขออนุญาตและการเข้าถึงในทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นทำให้ประเทศที่เป็นเจ้าของในทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นได้รับความเสียหายจากการไม่ได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์จากการที่ได้ใช้ประโยชน์โดยมิชอบ

3.1 มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นกรณีพืชสมุนไพรของต่างประเทศ

มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรของต่างประเทศนั้น มีการบังคับใช้ที่แตกต่างกันออกไปในเรื่องของแนวคิด โดยประเทศที่พัฒนาแล้วมีแนวคิดในทางเสรีกับทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น กล่าวคือ มีความเป็นเสรีในการนำทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้เพราะได้ถือว่าสิ่งเหล่านี้ เป็นสาธารณะสมบัติบุคคลใดจะเข้าถึงและใช้ได้โดยไม่ต้องขออนุญาตต่อประเทศที่เป็นเจ้าของแต่อย่างใด ซึ่งต่างจากแนวคิดของประเทศที่กำลังพัฒนาต่อทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นเพราะเป็นสิ่งที่ควรหวงแหนไม่สามารถให้ใครเอาไปใช้เพื่อแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบได้

เนื่องจากแนวคิดของประเทศที่พัฒนาแล้วนั้น สามารถเข้าถึงทรัพยากรทางชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นได้อย่างไม่จำกัดนั้น ทำให้ทรัพยากรชีวภาพนั้นลดน้อยลง เนื่องจากการใช้โดยไม่ได้ตระหนักถึงความสมดุลและความยั่งยืนของทรัพยากรชีวภาพนั้นเลย ประกอบกับประเทศที่พัฒนาแล้วนั้น มีทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นอยู่น้อยภายในประเทศของตน⁸⁵ เพราะมี

⁸⁵ ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ, รายงานการศึกษากรอบความคิดการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย (รายงานการวิจัย เสนอต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, ม.ป.ป.), หน้า 83.

ความต่างในเรื่องของลักษณะของภูมิประเทศ ภูมิอากาศ สภาพแวดล้อม จึงได้มีการแสวงหาวัตถุดิบต่าง ๆ ในประเทศที่กำลังพัฒนาซึ่งเป็นสาเหตุให้ประเทศกำลังพัฒนาได้รับความเสียหาย

ด้วยเหตุนี้ องค์การต่าง ๆ ระหว่างประเทศจึงได้เล็งเห็นสภาพปัญหานี้ จึงผลักดันกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อเปลี่ยนแนวคิดของประเทศที่พัฒนาแล้วที่มีความคิดว่าความหลากหลายทางชีวภาพและทรัพยากรชีวภาพเป็นมรดกร่วมของมนุษยชาติ⁸⁶ (Common Heritage of Mankind) มาสู่แนวคิดใหม่ กล่าวคือ ความหลากหลายทางชีวภาพหรือทรัพยากรทางชีวภาพเป็นสมบัติของชาติ⁸⁷ (Sovereign Rights) ซึ่งแนวความคิดใหม่นี้ ทำให้ข้อพิพาทระหว่างประเทศในเรื่องของการเข้าถึงในความหลากหลายทางชีวภาพและทรัพยากรชีวภาพนั้นลดน้อยลง ในปัจจุบันได้มีการตรากฎหมายระหว่างประเทศมากมายที่สนับสนุนในความคิดใหม่ เพื่อเป็นการปกป้องความหลากหลายทางชีวภาพหรือทรัพยากรชีวภาพให้ดำรงสืบต่อไป

3.1.1 ภายใต้องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก WIPO

องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization) เป็นองค์การระหว่างประเทศที่มีบทบาทในเรื่องของทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่มีคุณค่าเป็นอันมากต่อผู้คิดค้นสิ่งต่าง ๆ ขึ้นมา เพื่อคุ้มครองปกป้องในทรัพย์สินทางปัญญาต่อประเทศที่เข้าเป็นภาคีในองค์การระหว่างกัน ซึ่งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ได้มีการกล่าวถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นเอาไว้ในหมวดของ Traditional Knowledge หรือ ภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งได้กล่าวรวมถึง วัฒนธรรมพื้นบ้าน อันเป็นสิ่งที่ต้องหวงแหนรักษาไว้กับท้องถิ่นนั้น ๆ ที่ไม่มีบุคคลใดหรือประเทศใดจะเอาไปแอบอ้างเป็นของตนเองได้ เพราะแต่ละท้องถิ่นนั้นมีสังคม การดำรงอยู่ในท้องถิ่นนั้น ๆ ต่างกันจึงมีธรรมเนียมประเพณีต่าง ๆ ต่างกันออกไปควรได้รับความคุ้มครองทางทรัพย์สินปัญญา⁸⁸

และภายในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นมีความซับซ้อนมากมายในการสร้างสรรค์ ด้วยเหตุนี้องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกได้เล็งเห็นสภาพปัญหาในด้านความคุ้มครอง และการออกกฎหมายเพื่อมาคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นดังกล่าว เพื่อสะท้อนถึงคุณค่าในประเพณีดั้งเดิม และความเชื่อของท้องถิ่นดั้งเดิม ซึ่งก่อให้เกิดประเด็นคำถามว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นของชาติ ๆ หนึ่งนั้น เป็นสมบัติของใคร หรือนโยบายด้านทรัพย์สินทางปัญญาด้านใดจะสอดคล้องกับ “สาธารณสมบัติ”⁸⁹

⁸⁶ ภายใต้มติองค์การอาหารและเกษตร (FAO Resolution, 1987) ได้มีการกำหนดให้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช เป็นมรดกของมวลมนุษย และสามารถนำไปใช้โดยไม่มีข้อจำกัด

⁸⁷ ในอารัมภบท และมาตรา 3 ของอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ กล่าวไว้ว่ารัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพของตน และมีสิทธิในการแสวงหาผลประโยชน์ในทรัพยากรชีวภาพของตน

⁸⁸ กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, กองนโยบายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้องค์การทรัพย์สินระหว่างประเทศ, ค้นวันที่ 30 กรกฎาคม 2559 จาก [http://www.mfa.go.th/business/th/cooperation/252/16262-องค์การทรัพย์สินระหว่างประเทศ-\(WIPO-\).html](http://www.mfa.go.th/business/th/cooperation/252/16262-องค์การทรัพย์สินระหว่างประเทศ-(WIPO-).html)

⁸⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ได้ศึกษาเกี่ยวกับสมุนไพรอันเป็นส่วนหนึ่งในภูมิปัญญาท้องถิ่นที่องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ได้ให้ความสำคัญและจัดให้อยู่ในประเภทเดียวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยมุ่งคุ้มครองในประเด็นของการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit Share) เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และหลักการขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก⁹⁰ ของการเข้าถึงในสมุนไพรและการนำไปใช้โดยมิได้รับอนุญาตจากประเทศผู้เป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่น เป็นต้น

โดย WIPO มีนโยบายเกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพนั้นเป็นสิ่งที่มิอยู่ตามธรรมชาติซึ่งไม่ใช่มนุษย์สร้างขึ้นมา แต่เป็นการที่นำส่วนหนึ่งส่วนใดของพืชหรือสัตว์มาสร้างผลิตภัณฑ์ใหม่ ๆ เกิดขึ้นมาสู่ท้องตลาด ที่คำนึงถึงการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ร่วมกัน “Database of Actual And Model Biodiversity-Related Access and Benefit-Sharing Agreements and Related Information, With Particular Emphasis on the Intellectual Property Aspects of such Agreements.”⁹¹ ซึ่งเป็นไปตามหลักการตาม The Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing ในการเข้าถึงความหลากหลายทางชีวภาพเพื่อให้ประเทศผู้เป็นเจ้าของในความหลากหลายทางชีวภาพได้รับความเป็นธรรมอย่างมากที่สุดในการใช้ทรัพยากรชีวภาพ อันเป็นหนึ่งในจุดประสงค์หลักใน CBD: Convention on Biological Diversity

3.1.2 ภายใต้ความร่วมมือระหว่างประเทศของ UNESCO

องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกได้ร่วมมือกับองค์การการศึกษาวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, UNESCO) ได้จัดประชุมระดับผู้เชี่ยวชาญขึ้น ณ เมืองตูนิส ประเด็นในการประชุม คือ ร่วมกันพิจารณาแนวทางสำหรับประเทศที่กำลังพัฒนาในการร่างกฎหมายลิขสิทธิ์ เนื่องจากการคุ้มครองศิลปะพื้นบ้านนั้นกำลังเป็นประเด็นปัญหาที่สำคัญต่อการคุ้มครอง และได้ข้อสรุปขึ้นโดยการจัดทำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยลิขสิทธิ์สำหรับประเทศกำลังพัฒนา (Tunis Model Law on Copyright for Developing Countries)⁹² ซึ่งกฎหมายแม่แบบฉบับนี้ ได้มุ่งเน้นถึงความสำคัญของการคุ้มครองศิลปะพื้นบ้านเป็นอย่างมาก และมีบทบัญญัติในการคุ้มครองศิลปะพื้นบ้านไว้อย่างชัดเจน อันเป็นผลสำคัญต่อประเทศที่กำลังพัฒนา โดยมีประเด็นความสำคัญ ดังนี้ “ศิลปะพื้นบ้านเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่มีคุณค่ามหาศาลในประเทศกำลังพัฒนา แต่ได้มีการนำไปใช้แสวงหาผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์โดยมิชอบ จึงมีความสมควรในการให้ความคุ้มครองศิลปะพื้นบ้าน”⁹³ ได้บัญญัติให้

⁹⁰ ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ, *เรื่องเดิม*, หน้า 101.

⁹¹ The World Intellectual Property Organization (WIPO), *Biodiversity-Related Access and Benefit-Sharing Agreements*, Retrieved January 19, 2017 from <http://www.wipo.int/tk/en/databases/contracts/>

⁹² นันทน อินทนนท์, *กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช: แนวความคิดและบทวิเคราะห์*, ค้นวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2558 จาก <http://people.su.se/~nain4031/ipandtk.ht>

⁹³ Commentary, Tunis Model law on Copyright, 12 Copyright 165.

ความคุ้มครองศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้าน (National Folklore) โดยให้สิทธิทางเศรษฐกิจ (Economic Rights) และสิทธิทางศีลธรรม (Moral Rights) ได้แก่ องค์กรที่จัดตั้งโดยรัฐ ในการเข้าถึงหรือนำไปใช้ จะต้องได้รับการอนุญาตจากองค์กรเหล่านี้ด้วย เพื่อประโยชน์ต่อการคุ้มครองและส่งเสริมศิลปะพื้นบ้านของชาตินั้นเอง แต่ยังพบการนำวัฒนธรรมของประเทศที่กำลังพัฒนาไปใช้อย่างบิดเบือนและนำไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ จึงได้มีการนำระบบกฎหมายเฉพาะมาใช้คุ้มครองในวัฒนธรรมศิลปะพื้นบ้าน⁹⁴ ซึ่งมีหลักการในการคุ้มครองศิลปะพื้นบ้านไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์เดิม ทั้งสององค์กรจึงได้มีการพัฒนากฎหมายแม่บทขึ้นเพื่อคุ้มครองศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้านโดยเฉพาะ⁹⁵ เรียกว่า “บทบัญญัติแม่แบบสำหรับกฎหมายภายในว่าด้วยการคุ้มครองศิลปะพื้นบ้าน จากการใช้ประโยชน์โดยมิชอบหรือการกระทำอื่นที่ไม่เป็นธรรม” มีความมุ่งหมายสำคัญต้องการให้ทุกประเทศ ให้สิทธิในทางเศรษฐกิจแก่ผู้ถือครองศิลปะพื้นบ้าน มาตรา 2 ของกฎหมายแม่บทได้มีการแบ่งเป็นประเภท โดยคุ้มครองศิลปะพื้นบ้านทั้งที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง⁹⁶ จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติแม่แบบคุ้มครองมิให้ใช้ประโยชน์จากศิลปะพื้นบ้าน แต่ก่อนุญาตให้มีการเข้าถึงได้ในกรณีศึกษาวิจัยศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้านนั้นได้ด้วย ระดับของการคุ้มครองการแสดงออกซึ่งศิลปะพื้นบ้านภายใต้บทบัญญัติแม่แบบจึงมีไม่มากนัก เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายลิขสิทธิ์หรือกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่น นอกจากนี้ บทบัญญัติแม่แบบยังมีได้ให้การยอมรับว่าชุมชนที่พัฒนาและรักษาศิลปะพื้นบ้านเป็นเจ้าของ (Owner) งานนั้น โดยเลี้ยงที่จะให้สิทธิในศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้านแก่ชุมชน แต่ได้ให้ประเทศที่ต้องการรับเอาบทบัญญัติแม่แบบนี้จัดตั้งองค์กรหนึ่งขึ้น หรือให้ชุมชนที่เกี่ยวข้องบริหารจัดการการใช้ประโยชน์จากศิลปะพื้นบ้านเท่านั้น แม้บทบัญญัติแม่แบบจะได้สร้างหลักการที่สามารถให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ดีในระดับหนึ่ง แต่ก็ไม่ได้รับการยอมรับเท่าที่ควร โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากประเทศตะวันตก เนื่องจากประเทศเหล่านี้มักจะถือว่าศิลปะพื้นบ้านเป็นสมบัติสาธารณะ (Public Domain) ที่สามารถหาประโยชน์เชิงพาณิชย์หรือนำไปพัฒนาเพื่อประโยชน์ในทางอุตสาหกรรมได้

เหตุผลอีกประการที่ทำให้กฎหมายนี้ไม่ได้รับการยอมรับ ก็คือ กฎหมายแม่แบบนี้ไม่มีสภาพบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งสาระสำคัญของกฎหมายนี้มุ่งที่จะคุ้มครองศิลปะพื้นบ้าน ซึ่งได้มีการแสดงออกมาในรูปแบบหนึ่งรูปแบบใดเท่านั้น ทำให้ขอบเขตของกฎหมายมีจำกัด ไม่สามารถคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ทั้งหมด ดังนั้น จึงไม่ปรากฏว่ามีประเทศใดที่รับเอากฎหมายนี้

⁹⁴ Michael Halewood, “Indigenous and Local Knowledge in International Law: A Preface to Sui Generis Intellectual Property Protection,” *McGill Law Journal* 44 (1999): 953, 968. Retrieved January 19, 2017 from <http://www.lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/7355599-44.Halewood.pdf>

⁹⁵ The World Intellectual Property Organization (WIPO), “Matters Concerning Intellectual Property Aspects of Folklore Protection,” *Copyright Bull* 15, 2 (1981): 19, 22.

⁹⁶ นันทน อินทนนท์, *กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช: แนวความคิดและบทวิเคราะห์*.

มาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายภายในเลย⁹⁷ ด้วยเหตุนี้เอง จึงมีความพยายามที่จะทำให้บทบัญญัติแม่แบบเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีสภาพบังคับทางกฎหมายด้วยการยกร่าง “สนธิสัญญาสำหรับการคุ้มครองการแสดงออกซึ่งศิลปะพื้นบ้านจากการใช้ประโยชน์โดยมิชอบหรือการกระทำอื่นที่ไม่เป็นธรรม” (Draft Treaty for the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions) โดยนำหลักการสำคัญของบทบัญญัติแม่แบบมาบัญญัติไว้ในร่างสนธิสัญญา แต่ร่างสนธิสัญญานี้ก็มีความแตกต่างที่สำคัญประการหนึ่งจากบทบัญญัติแม่แบบ กล่าวคือ ประเทศที่ยอมรับร่างสนธิสัญญาจะต้องคุ้มครองการแสดงออกซึ่งศิลปะพื้นบ้านภายใต้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) หมายความว่า ประเทศสมาชิกที่คุ้มครองศิลปะวัฒนธรรมพื้นบ้าน ต้องคุ้มครองงานศิลปวัฒนธรรมของชาติอื่นอย่างเท่าเทียมกันด้วย ร่างสนธิสัญญานี้ไม่ได้รับการยอมรับจากประเทศสมาชิกองค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลก เช่นเดียวกับบทบัญญัติแม่แบบบางประเทศไม่เห็นความจำเป็นที่จะต้องคุ้มครองศิลปะพื้นบ้านในระดับระหว่างประเทศ แต่บางประเทศต้องการให้ประเทศสมาชิกขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลกออกประกาศหรือปฏิญญาที่ไม่มีผลบังคับทางกฎหมายเท่านั้น โดยประเทศเหล่านี้เห็นว่ารูปแบบการคุ้มครองศิลปะพื้นบ้านตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศยังไม่ประสบความสำเร็จ จึงไม่ประสงค์ที่จะเข้าสู่ผูกพันตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ขาดความชัดเจนว่าประเทศตนจะต้องให้การคุ้มครองแก่ศิลปะพื้นบ้านใดของประเทศสมาชิกอื่นบ้าง เหตุผลอีกประการ ก็คือ ร่างสนธิไม่ได้จัดตั้งองค์กรระงับข้อพิพาท จึงเป็นการเร่งด่วนเกินไปที่จะให้ความคุ้มครองศิลปะพื้นบ้านภายใต้สนธิสัญญาระหว่างประเทศ⁹⁸ ภายหลังจากความล้มเหลวครั้งแล้วครั้งเล่าในการร่างกฎหมายเฉพาะเพื่อคุ้มครองสิทธิดังกล่าว

องค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลกได้จัดการประชุมระดับภูมิภาคขึ้น 4 ครั้ง ที่ประเทศแอฟริกาใต้ เวียดนาม ฟิลิปปินส์ และเอกวาดอร์ ซึ่งที่ประชุมเริ่มตระหนักว่า ขอบเขตของการคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติแม่แบบที่กล่าวข้างต้นมีอยู่อย่างจำกัด เพราะมุ่งให้ความคุ้มครองเฉพาะการแสดงออกซึ่งศิลปะพื้นบ้านเท่านั้น แต่ในขณะที่กฎหมายระหว่างประเทศอื่นที่อยู่ภายใต้กรอบขององค์การสหประชาชาติเริ่มที่จะให้ความสำคัญกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งมีขอบเขตที่กว้างขวางกว่าการแสดงออกซึ่งศิลปะพื้นบ้าน โดยที่ประชุมจึงเสนอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวิชาการประจำขึ้น เพื่ออำนวยความสะดวกในการคุ้มครองศิลปะพื้นบ้านและภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยในปี ค.ศ.2000 องค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลกได้แต่งตั้งคณะกรรมการว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาและทรัพยากรพันธุกรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่นและศิลปะพื้นบ้าน (The WIPO Intergovernmental

⁹⁷ Paul Kuruk, “Protecting Folklore under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions between Individual and Communal Rights in Africa and the United States,” *American University Law Review* 48, 4 (1999): 769, 814 Retrieved January 19, 2017 from <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1331&context=aulr>

⁹⁸ The World Intellectual Property Organization (WIPO), “Matters Concerning Intellectual Property Aspects of Folklore Protection,” *Copyright Bull.*

Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore) การจัดตั้งคณะกรรมการการชุนนี้เป็นความพยายามอย่างเป็นทางการครั้งแรกขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลก ที่มีได้จำกัดขอบเขตแต่เฉพาะการให้ความคุ้มครองศิลปะพื้นบ้านเท่านั้น แต่พยายามที่จะขยายไปถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นทุกประเภท

ซึ่งกฎหมายของประเทศไทยนั้นมีการบรรจุความหลากหลายทางชีวภาพเป็นส่วนหนึ่งของภูมิปัญญาท้องถิ่นด้วย จึงต้องนำบทบัญญัติของ UNESCO เข้ามาช่วยในการควบคุมดูแลและคุ้มครองในความหลากหลายทางชีวภาพด้วย

3.1.3 ภายใต้สนธิสัญญากรุงเบอร์น (Berne Convention)

เป็นสนธิสัญญาระดับพหุภาคี⁹⁹ ในการเจรจาระดับระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ ประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศได้หยิบยกปัญหาการละเมิดศิลปะพื้นบ้านขึ้นพิจารณา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในระหว่างการเจรจาระดับผู้แทนทางการทูตที่กรุงสต็อกโฮล์มเพื่อแก้ไขสนธิสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม¹⁰⁰ (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) ซึ่งถือเป็นกฎหมายระหว่างประเทศด้านลิขสิทธิ์ที่สำคัญที่สุดในปี ค.ศ.1967 ผู้แทนจากกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาได้ขอให้ที่ประชุมพิจารณาขยายขอบเขตของการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ให้ครอบคลุมถึงศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้านด้วย ซึ่งในที่สุดที่ประชุมได้มีมติให้แก้ไขสนธิสัญญากรุงเบอร์น โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติ มาตรา 15 (4) ดังนี้

ในกรณีของงานอันมีได้มีการตีพิมพ์และไม่ปรากฏผู้ประพันธ์ที่ชัดเจน แต่มีเหตุอันควร เชื่อว่าผู้ประพันธ์นั้นเป็นคนสัญชาติของประเทศสมาชิก ให้ถือเป็นหน้าที่ของกฎหมายในประเทศนั้น ในอันที่จะแต่งตั้งองค์กรใดองค์กรหนึ่งให้มีหน้าที่เป็นตัวแทนของผู้ประพันธ์ และให้องค์กรดังกล่าวมีสิทธิที่จะคุ้มครองและบังคับใช้สิทธิของผู้ประพันธ์นั้นในประเทศสมาชิกได้

งานที่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติข้างต้นต้องเป็นไปตามเงื่อนไข 3 ประการ¹⁰¹

ประการแรก หลักปฏิบัติกับคนเยี่ยงชาติ (National Treatment) งานนั้นต้องยังมิได้รับการตีพิมพ์และเมื่อมีการตีพิมพ์ครั้งแรกต่อประเทศภาคี

ประการที่สอง หลักได้รับการคุ้มครองโดยอัตโนมัติ (Automatic Protection) งานนั้นต้องไม่ปรากฏชื่อผู้ประพันธ์ เมื่อไม่พบผู้ประพันธ์บุคคลนั้นจะได้รับความคุ้มครองทันที

⁹⁹ ทวีพฤทธิ์ ศิริศักดิ์บรรจง และชูชีวรรณ ตมิตานนท์, ลิขสิทธิ์ในงานผ้าไหมไทย: กรณีศึกษาผ้าไหมจังหวัดสุรินทร์ (รายงานการวิจัย เสนอต่อมหาวิทยาลัยสยาม, 2554).

¹⁰⁰ วรียา ล้ำเลิศ, บทบาทกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในมิติประชาคมอาเซียน, ใน NIDA Academic Forum, หน้า 5

¹⁰¹ ปาริณช บิริสุทธิ์ศรี, เรื่องเดิม, หน้า 25.

ประการที่สาม หลักความเป็นอิสระต่อการคุ้มครอง (Independent of Protection) ต้องมีข้ออันควรสันนิษฐานว่างานนั้นเป็นงานของคนชาติในประเทศสมาชิกประเทศใดประเทศหนึ่ง ในกรณีเช่นนี้ ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ต้องออกกฎหมายภายในเพื่อให้อำนาจองค์กรใดองค์หนึ่ง ในการคุ้มครองสิทธิของผู้ประพันธ์ซึ่งไม่ปรากฏชื่อนั้น นอกจากนี้ มาตรา 15 (4) (b) ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ต้องแจ้งให้ผู้ดำเนินการใหญ่ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลก (World Intellectual Property Organization) ทราบถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับองค์กรที่จัดตั้งขึ้นนั้น เพื่อให้ส่งต่อข้อมูลให้ประเทศสมาชิกอื่นทราบด้วย

บทบัญญัติดังกล่าว ไม่ได้กล่าวถึงการคุ้มครองศิลปะพื้นบ้านโดยชัดแจ้ง และมีปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิหลายประการที่ยังไม่ได้รับการแก้ไข เช่น ปัญหาว่าองค์กรที่จัดตั้งนี้จะให้ความคุ้มครองศิลปะพื้นบ้านของชุมชนซึ่งมิใช่ปัจเจกชนได้หรือไม่ นับตั้งแต่บทบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ ยังไม่ปรากฏว่ามีประเทศสมาชิกใดแจ้งให้ผู้ดำเนินการใหญ่ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลกทราบถึงการจัดตั้งองค์กรในลักษณะเช่นนี้เลย โดยหลักแล้วอนุสัญญากรุงเบอร์ลินเป็นอนุสัญญาที่เกี่ยวกับการคุ้มครองในทางทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะของ “ลิขสิทธิ์” ซึ่งภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยนั้นสามารถแบ่งจำแนกได้หลายประเภทที่อนุสัญญากรุงเบอร์ลินนี้จะให้ความคุ้มครองได้ เช่น ตำนาน เพลงพื้นบ้าน หรือ Folk Music เป็นต้น ที่อนุสัญญากรุงเบอร์ลินจะให้ความคุ้มครองในภูมิปัญญาและความหลากหลายทางชีวภาพของไทยจะได้รับความคุ้มครอง อย่างไรก็ดี อนุสัญญากรุงเบอร์ลินนั้นเป็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอันเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นด้วย โดยในความหลากหลายทางชีวภาพเป็นส่วนหนึ่งภายใต้ภูมิปัญญาท้องถิ่นอันควรหวงแหนรักษา เพื่อไม่ให้ประเทศชาติเสียประโยชน์ซึ่งมีคุณค่าอันไม่อาจตีเป็นราคาได้

3.1.4 ภายใต้ความตกลง TRIPs Agreement

ความตกลงทริปส์ (TRIPs) เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองในทางทรัพย์สินทางปัญญา (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property) ให้เป็นไปตามพันธกรณีที่ประเทศสมาชิกได้ตกลงร่วมกัน ซึ่งความตกลงทริปส์เป็นส่วนหนึ่งของการตกลงขององค์การการค้าโลก (WTO) ได้มีการประชุมระดับรัฐมนตรีองค์การการค้าโลก ครั้งที่ 4 ณ กรุงโตเกียว การ์ตา เมื่อเดือนพฤศจิกายน พ.ศ.2544 ในวาระสืบเก่าของปฏิญญาโตเกียว โดยมีความสำคัญในการให้คณะมนตรีทำการตรวจสอบความสัมพันธ์ระหว่างข้อตกลงทริปส์ (TRIPs) กับ อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biodiversity Diversity: CBD) และ การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และหลักการของข้อตกลงทริปส์¹⁰² โดยมุ่งเน้นในเรื่องของการเข้าถึงของความหลากหลายทางชีวภาพและทรัพยากรชีวภาพ การนำไปใช้โดยมีการแบ่งผลประโยชน์ให้แก่ประเทศผู้เป็นเจ้าของในความหลากหลายทางชีวภาพเพื่อเป็นประโยชน์แก่ประเทศกำลังพัฒนาในการเข้าถึงแหล่งที่มาของความหลากหลายทางชีวภาพ แต่คณะมนตรีองค์การการค้าโลกนั้น ยังไม่มีการดำเนินการใด ๆ ให้เป็นรูปธรรม ด้วยเหตุนี้ จึงต้องมีการผลักดันการประชุมในเวทีต่อ ๆ ไป

¹⁰² ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ, *เรื่องเดิม*, หน้า 105

ซึ่งความตกลงทริปส์ (TRIPs) นั้นมีวัตถุประสงค์มาจากหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ที่ประเทศต่าง ๆ มีปัญหาจากการเกิดสงครามทำให้เป็นผลเกิดจากทุกประเทศทำสงครามระหว่างกันทำให้เกิดปัญหาเศรษฐกิจ ทุกประเทศจึงมีการจำกัดการนำเข้าของสินค้า เพื่อเป็นการป้องกันการรั่วไหลของเงินตราภายในของประเทศออกสู่ประเทศต่าง ๆ จึงเกิดมาตรการการกีดกันทางการค้า (Protectionism) ขึ้น เช่น การตั้งกำแพงภาษี การลดค่าเงิน การจำกัดการนำเข้าของสินค้า เป็นต้น ซึ่งมาตรการเหล่านี้มีผลต่อการค้าระหว่างประเทศ ทำให้เศรษฐกิจตกต่ำ เป็นสาเหตุของการเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 และเมื่อสงครามสิ้นสุดประเทศต่าง ๆ จึงเกิดแนวคิดที่มุ่งเน้นต่อการจะพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศให้เป็นระบบการค้าเสรี¹⁰³ จึงได้มีการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้นเพื่อรักษาสันติภาพและพัฒนาเศรษฐกิจระหว่างประเทศภาคีสมาชิก ในการฟื้นฟูเศรษฐกิจโลก จึงเกิดองค์การต่าง ๆ เกิดขึ้นมากมาย และที่สำคัญ คือ เกิดองค์การการค้าโลก (WTO) เกิดขึ้น เพื่อลดมาตรการการกีดกันทางการค้า ซึ่งเดิมทีองค์การการค้าโลก (WTO) อยู่ในความดูแลภายใต้องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ที่เป็นทบวงการชำนัญพิเศษขององค์การสหประชาชาติ ประเทศต่าง ๆ ที่พัฒนาแล้วมีความเห็นว่าทรัพย์สินทางปัญญายังไม่ได้รับการคุ้มครองเท่าที่ควร จึงมีการผลักดันให้มีการคุ้มครองด้านทรัพย์สินทางปัญญาร่วมกัน¹⁰⁴ ในการประชุมรอบอุรุกวัย การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีประเด็นในการเข้าเจรจาในข้อตกลงแกตต์ (General Agreement on Tariff and Trade) เป็นครั้งแรกในการประชุมรอบอุรุกวัย¹⁰⁵ โดยมีมาตรฐานหลักการในการคุ้มครองอย่างคนเยี่ยงชาติ (National Treatment) กล่าวคือ ประเทศนั้นต้องให้ความคุ้มครองในทรัพย์สินทางปัญญาของตนเองอย่างไร ต้องปฏิบัติต่อประเทศต่าง ๆ ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอย่างการคุ้มครองในทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศตนเอง เพราะถ้าไม่ปฏิบัติตามประเทศนั้น ๆ ก็จะไม่ให้ความคุ้มครองด้านทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการตอบแทน ในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2538 ความตกลงทริปส์ (TRIPs) มีผลบังคับใช้ในการคุ้มครองทางด้านสิทธิบัตร การผลิตทรัพย์สินที่มีความใหม่ และการประดิษฐ์ขั้นสูง ซึ่งได้รวมถึงการนำสิ่งมีชีวิต¹⁰⁶ มาประดิษฐ์ด้วย แสดงให้เห็นว่าความตกลงนี้เป็นการยอมรับว่าทรัพย์สินทางปัญญานั้นเป็น สิทธิของเอกชน (Recognizing that Intellectual Property Rights are Private Rights)¹⁰⁷

ปัจจุบันประเทศไทยได้ร่วมเข้าเป็นประเทศภาคีสมาชิกในความตกลงทริปส์ ที่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไข 3 ประการ คือ ต้องเป็นผลิตภัณฑ์ใหม่ มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่เป็นขั้นสูง และสามารถ

¹⁰³ John H. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd ed. (N.p.: n.p., 1997), pp. 13-14.

¹⁰⁴ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, *กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า* (กรุงเทพฯ: พี. เจ. เพลท โปรดักเชอร์, 2544), หน้า 26.

¹⁰⁵ ปาริณช บิริสุทธิ์ศรี, *เรื่องเดิม*, หน้า 51-57.

¹⁰⁶ Carlos M. Correa, *Intellectual Property Right, the WTO and Developing Countries* (Panang: Third World Network, 2000), p.1

¹⁰⁷ Rebert Ali Brac De La Perriere and Franck Seuret, *Brave New Seeds the Threat of Gm Crops to Farmers* (London: Zed Books, 2000), p. 92.

นำไปใช้ในอุตสาหกรรมได้¹⁰⁸ ซึ่งเป็นการผูกขาดการครอบครองด้านสิทธิบัตร ก่อให้เกิดประเด็นปัญหาในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือ ความหลากหลายทรัพยากรทางชีวภาพและทรัพยากรชีวภาพ เนื่องจากเป็นสิ่งที่มีชีวิตและไม่มีชีวิตที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ และนำมาสู่กระบวนการในการผลิตที่อาศัยความรู้ที่มีอยู่แล้วในอดีตโดยมิใช่ผลิตภัณฑ์ที่มีความใหม่ ทำให้ไม่ได้รับความคุ้มครองในด้านสิทธิบัตรและได้รับความเสียหายในสิทธิมนุษยชน และสิทธิชุมชน

3.1.5 ภายใต้อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ (CBD)

ในความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งเป็นสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติ โดยมนุษย์ไม่ได้สร้างขึ้นมา เพียงแต่นำมาผลิตเพื่อให้ได้ผลิตภัณฑ์ชนิดใหม่ ๆ ออกมาสู่ตลาด โดยประเทศไทยถือว่าเป็นประเทศที่มีความหลากหลายทางชีวภาพมากที่สุดประเทศหนึ่งที่สามารถนำไปใช้ได้ และประเทศไทยก็เป็นอีกประเทศหนึ่งที่มีความเสียหายจากการนำไปใช้ประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาตและไม่ได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์ โดยประเทศไทยได้รับความคุ้มครองในความหลากหลายทางชีวภาพ ตามอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ (CBD) ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะกล่าวไว้อย่างละเอียดต่อไป

Convention on Biological Diversity¹⁰⁹ หรืออนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพถือว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความสำคัญมากในเรื่องของความหลากหลายทางชีวภาพหรือทรัพยากรชีวภาพเพราะอนุสัญญานี้ได้มีการวางแนวความคิดใหม่ ในเรื่องของความหลากหลายทางชีวภาพที่ให้ความหลากหลายทางชีวภาพอันเป็นสมบัติของรื้อนั้น ๆ เป็นการลบล้างความคิดเก่าที่มีความคิดว่าความหลากหลายทางชีวภาพนั้นเป็นของมนุษยชาติ¹¹⁰ (Common Heritage of Mankind) สามารถนำไปใช้ได้ตลอด ซึ่งเป็นแนวคิดที่ทำลายความหลากหลายทางชีวภาพและทรัพยากรชีวภาพอย่างมาก เพราะความคิดนี้ทำให้มีการเข้าถึงความหลากหลายทางชีวภาพและทรัพยากรชีวภาพและนำไปใช้ ไปศึกษา ฯลฯ ทำให้เกิดมูลค่ามากยิ่งขึ้น ทำให้ประเทศที่เป็นประเทศที่มีความหลากหลายทางชีวภาพที่อาศัยอยู่นั้นเหลืออยู่น้อยลงภายในประเทศ และทำให้ประเทศนั้นเสียประโยชน์จากการนำความหลากหลายทางชีวภาพนั้นไปใช้โดยมิได้รับอนุญาต ก่อนการนำความหลากหลายทางชีวภาพนั้นไปใช้

¹⁰⁸ บรรณานุกรมของความตกลงทริปส์ มิได้กล่าวรับรองสิทธิทางเอกชนเท่านั้น ในคำปรารภยังได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์อื่นด้วย กล่าวคือ ต้องการลดการบิดเบือนหรือการแทรกแซงในการค้าระหว่างประเทศ รวมทั้ง ยังสนับสนุนนโยบายของประเทศสมาชิกที่มีวัตถุประสงค์ในการปกป้องทรัพย์สินทางปัญญาและพัฒนาเทคโนโลยีของประเทศ และตามความตกลงข้อ 7 ที่เน้นให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของความนี้ที่ไม่เฉพาะแต่สนับสนุนความรู้ใหม่ ๆ ทางเทคโนโลยีเท่านั้น แต่รวมถึงการถ่ายทอดและเผยแพร่ด้วย

¹⁰⁹ ในอารัมภบทและมาตรา 3 ของอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ กล่าวไว้ว่า รัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพของตน และมีสิทธิในการแสวงหาผลประโยชน์ในทรัพยากรชีวภาพของตน

¹¹⁰ ภายใต้มติองค์กรการอาหารและการเกษตร (FAO Resolution, 1987) ได้มีการกำหนดทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นมรดกของมวลมนุษย และสามารถนำไปใช้โดยไม่มีข้อจำกัด

การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นได้รับการยอมรับในระหว่างประเทศมากที่สุดภายใต้กรอบอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ มาตรา 8 (j) ของอนุสัญญาดังกล่าวกำหนดให้ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ต้อง “เคารพ ปกป้อง และรักษาไว้ซึ่งความรู้ นวัตกรรม และประเพณีปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่น ซึ่งประกอบกันเป็นวิถีชีวิตดั้งเดิม ที่มีความเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพ และส่งเสริมให้มีการนำความรู้ นวัตกรรม และประเพณีปฏิบัติเหล่านี้ไปใช้ประโยชน์ให้กว้างขวางยิ่งขึ้นโดยได้รับอนุมัติจากผู้ถือครองความรู้เหล่านี้ กับทั้งจะต้องส่งเสริมให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์อันเกิดขึ้นจากการใช้ประโยชน์จากความรู้ นวัตกรรม และประเพณีปฏิบัตินั้นอย่างเป็นธรรม”

ภายใต้กรอบมาตรา 8 (j) ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติ 3 ประการ คือ ประการที่หนึ่ง ประเทศสมาชิกต้องเคารพ ปกป้อง และรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่น เพื่อให้การใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพเป็นไปอย่างยั่งยืน ประการที่สอง ประเทศสมาชิกต้องส่งเสริมให้มีการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น โดยมีเงื่อนไขว่าการใช้ประโยชน์เช่นนี้จะต้องได้รับอนุญาตจากผู้ถือครองภูมิปัญญาท้องถิ่นก่อน และประการที่สาม ประเทศสมาชิกต้องส่งเสริมให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างเป็นธรรม ระหว่างผู้ใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นกับผู้ถือครองภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น

จะเห็นได้ว่า หลักการดังกล่าวเป็นเพียงหลักการกว้าง ๆ ที่ให้ประเทศสมาชิกรับไปปฏิบัติเท่านั้น มาตรา 8 ไม่ได้บัญญัติวิธีการที่จะทำให้อำนาจภายในของประเทศสมาชิกเป็นไปตามวัตถุประสงค์นั้น การอนุวัติการตามหลักการนี้ จึงเป็นดุลพินิจของประเทศสมาชิกแต่ละประเทศ ในอันที่จะสร้างกลไกทางกฎหมายเพื่อให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นมีผลในทางปฏิบัติอย่างจริงจัง¹¹¹

แต่อย่างไรก็ดี มาตรา 1 ตามอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพนั้นมีวัตถุประสงค์หลัก ๆ อยู่ 3 ประการที่ต้องคำนึงไว้เสมอ กล่าวคือ ประการที่หนึ่ง เพื่อส่งเสริมการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพของโลกเพื่อประโยชน์ของชนรุ่นหลังต่อไป ประการที่สอง เพื่อการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืน และประการที่สาม เพื่อให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ทรัพยากรชีวภาพอย่างเป็นธรรม

ซึ่งวัตถุประสงค์หลักของอนุสัญญาสะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญของการดูแลทรัพยากรชีวภาพ และความหลากหลายทางชีวภาพอันอาจนำไปใช้ประโยชน์โดยไม่ได้รับการขออนุญาต และอาจไม่ได้มีการปลูกฝังการดูแลรักษาในทรัพยากร และความหลากหลายทางชีวภาพเหล่านั้นเป็นทรัพยากรที่สามารถใช้แล้วมีวันหมดลงไปได้ ถ้าไม่มีการดูแลรักษาให้ดำรงอยู่ต่อไปก็จะมีสืบทอดสู่คนรุ่นหลังให้ได้ศึกษาและเข้าถึงสิ่งเหล่านั้นได้เลย และเนื่องจากสภาพปัญหาในปัจจุบันที่มีการนำความหลากหลายทางชีวภาพไปใช้อย่างมากมายโดยมิได้แบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่เจ้าของประเทศที่เป็นเจ้าของในความหลากหลายทางชีวภาพนั้น ทำให้ประเทศที่เป็นเจ้าของในความหลากหลายทางชีวภาพได้รับความเสียหายจากการใช้ประโยชน์ดังกล่าว ในการสูญเสียทรัพยากรชีวภาพและ

¹¹¹ ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ, *เรื่องเดิม*, หน้า 81.

ความหลากหลายทางชีวภาพเหล่านั้น โดยมีได้มีการดูแลรักษามาเพื่อทดแทนในทรัพยากรและความหลากหลายทางชีวภาพเหล่านั้น

จึงเกิดการเรียกร้องความเป็นธรรมในเรื่องของการเข้าถึงและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพขึ้น และอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพฉบับนี้ได้ร่างขึ้นมาโดยมีความคิดใหม่ที่มนุษย์ควรมีการใช้ทรัพยากรชีวภาพขึ้นโดยกล่าวว่าประเทศหรือรัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพในเขตแดนของตน และรัฐบาลแต่ละประเทศมีอำนาจในการกำหนดหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพในประเทศของตน¹¹² จนอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพเป็นที่รู้จักกันมากขึ้นในฐานะกฎหมายระหว่างประเทศที่วางหลักการเรื่องความเป็นเจ้าของ และการแบ่งปันผลประโยชน์จากการนำทรัพยากรชีวภาพไปใช้ประโยชน์

หลักการแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit Sharing)¹¹³ อย่างเป็นธรรมและการยอมรับในผู้เป็นเจ้าของในความหลากหลายทางชีวภาพนั้น ควรมีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและมีความเสมอภาคในประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพและความหลากหลายทางชีวภาพในเชิงพาณิชย์หรือทางอื่น ๆ แต่การใช้ทรัพยากรชีวภาพหรือความหลากหลายทางชีวภาพโดยไม่คำนึงถึงการแสวงหากำไรจะกระทำไม่ได้ ต่อเมื่อมิได้รับผลประโยชน์ในรูปของตัวเงิน ตัวอย่างเช่น การเข้าถึงผลงานวิจัยและการมีส่วนร่วมของชุมชนที่เป็นแหล่งภูมิปัญญานั้น หรือการเข้าถึงผลงานวิจัยในความหลากหลายทางชีวภาพในทางการวิจัยและศึกษา ซึ่งการใช้ประโยชน์ดังกล่าวจะต้องมีการระบุถึงแหล่งที่มา ผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญานั้น เพื่อแสดงให้เห็นถึงการเคารพต่อผู้เป็นเจ้าของในภูมิปัญญาและความหลากหลายทางชีวภาพนั้น ๆ โดยเป็นไปตามหลักความยินยอมล่วงหน้า¹¹⁴ (Prior Inform Consent) ของร่างบัพญญัตติว่าด้วยการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) พิจารณาโดยคณะกรรมการร่วมระหว่างรัฐด้านทรัพย์สินทางปัญญา ทรัพยากร พันธุกรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่น และ ศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้าน ครั้งที่ 10 WIPO/GRITKF/IC/10/4 ที่กำหนดว่าเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นควรมีสิทธิในการที่จะให้ความยินยอมที่ได้ให้ก่อน สำหรับการเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือรับรองการให้ความยินยอมนั้นโดยผู้มีอำนาจในประเทศตามที่กฎหมายในประเทศได้กำหนดอำนาจหน้าที่ไว้

3.1.6 ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ UPOV

อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ หรือทราบโดยทั่วไปในนามของอนุสัญญา “ยูพอฟ” หรือ “UPOV Convention” อนุสัญญายูพอฟ ได้ก่อตั้งขึ้นใน ค.ศ.1961 ณ กรุงปารีส ฝรั่งเศสและได้รับการรับรองให้มีผลบังคับใช้ เมื่อวันที่ 23 ตุลาคม ค.ศ.1978 และครั้งล่าสุดเมื่อวันที่ 19 มีนาคม ค.ศ.1991 ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับการพัฒนาเทคโนโลยีการปรับปรุงพันธุ์พืชในปัจจุบัน¹¹⁵

¹¹² อารัมภบท มาตรา 3 และมาตรา 15 (1) ของอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ

¹¹³ ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ, *เรื่องเดิม*, หน้า 104.

¹¹⁴ *เรื่องเดียวกัน*.

¹¹⁵ UPOV: International Union for the protection of New Variety of Plants,

อนุสัญญาอุพอฟ เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ที่เกิดจากการพัฒนาปรับปรุงพันธุ์พืช โดยนักปรับปรุงพันธุ์พืช หรือที่เรียกว่า “Plant Breeders” กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การคุ้มครองสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชโดยระบบกฎหมายพิเศษ หรือ Sui Generis System กล่าวคือ เป็นการสร้างระบบกฎหมายขึ้นมาคุ้มครองเป็นการเฉพาะทั้งนี้เพราะเหตุว่าผลงานดังกล่าวเป็นเรื่องใหม่และการปรับใช้กับกฎหมายเดิมที่มีอยู่ เช่น กฎหมายสิทธิบัตร อาจไม่สอดคล้องกับเงื่อนไข หรือหลักเกณฑ์ของการให้ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายนั้น ดังนั้น การกำหนดให้มีการคุ้มครองภายใต้ระบบกฎหมายเฉพาะนั้นสามารถสร้างหลักเกณฑ์เงื่อนไขการให้ความคุ้มครองได้โดยอิสระและสอดคล้องกับสิ่งที่เกิดขึ้นใหม่เห็นควรจะได้รับคุ้มครองดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ปัญหาว่าจะใช้กฎหมายใดให้ความคุ้มครองแก่พันธุ์พืชใหม่นี้ มีแนวทางปฏิบัติของแต่ละรัฐที่แตกต่างกันออกไปอยู่มาก กล่าวคือ เช่น สหรัฐอเมริกาให้ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตร หรือ Plant Patent Act 1930 และกฎหมายการคุ้มครองพันธุ์พืช หรือ Plant Variety Protection Act 1973¹¹⁶ และการให้ความคุ้มครองภายใต้ระบบกฎหมายเฉพาะดังกล่าว ซึ่งอนุสัญญาอุพอฟมิได้บังคับให้ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองภายใต้ระบบกฎหมายใดเป็นการเฉพาะ เพียงกำหนดให้ความคุ้มครองแก่นักปรับปรุงพันธุ์พืช (Breeders Rights)¹¹⁷ ทั้งนี้อนุสัญญาอุพอฟได้กำหนดหลักการพื้นฐานของการให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชภายใต้ฉบับแก้ไข ค.ศ.1991 ไว้ในข้อ 5 (1) โดยกำหนดเงื่อนไขของการคุ้มครอง (Condition of Protection) ไว้ 4 ประการ คือ ความใหม่ (New) ความแตกต่าง (District) ความสม่ำเสมอ (Uniform) และความคงตัว (Stable)¹¹⁸

การคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติหรือพืชสมุนไพรภายใต้อนุสัญญาอุพอฟ เมื่อพิจารณาถึงเงื่อนไข การคุ้มครองพันธุ์พืชสมุนไพรนั้นไม่อาจปรับใช้กับหลักการคุ้มครองนี้ได้เลย นับตั้งแต่เงื่อนไขของความใหม่ (New) เพราะเหตุว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นไม่ว่าจะด้าน อาหาร เกษตร หรือการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับพันธุ์พืชสมุนไพรที่มีอยู่ในธรรมชาติเสมอไป มิได้เป็นการสร้างพันธุ์พืชใหม่ ๆ ขึ้นมาแต่อย่างใด แต่อาจหมายถึงการพัฒนาปรับปรุงพันธุ์พืชที่มีคุณสมบัติทางยาเหล่านั้นให้มีประสิทธิภาพดีขึ้นในลักษณะต่าง ๆ ตามที่ต้องการได้โดยอาศัยเทคโนโลยีชีวภาพที่มีอยู่ในปัจจุบัน เป็นต้น

กรณีศึกษา กรณีกวาวเครือ (Pueraria Mirifica) เป็นพืชสมุนไพรที่สำคัญของไทยซึ่งรู้จักกันอย่างแพร่หลายกันในหมู่หมอยาพื้นบ้านและมีการใช้กันมานาน ในฐานะยาสมุนไพรอายุวัฒนะ

¹¹⁶ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 171-172.; กฎหมายสิทธิบัตรพืชของสหรัฐอเมริกา เป็นการให้ความคุ้มครองแก่พันธุ์พืชเฉพาะที่เป็นพืชขยายพันธุ์โดยวิธีไร้เพศ (Asexually Propagated Plants) คือการขยายพันธุ์โดยวิธีอื่นที่ไม่ใช่เป็น การใช้เมล็ดพันธุ์ในการขยายพันธุ์ เช่น การตัดต่อเพาะเลี้ยงเนื้อเยื่อ ขำ ทาบ กิ่ง นั้นอยู่ภายใต้ความคุ้มครองกฎหมายการคุ้มครองกฎหมายพันธุ์พืช ค.ศ.1970 ดังกล่าว

¹¹⁷ UPOV Convention 1991. Article 2. อุพอฟห้ามมิให้ประเทศสมาชิกให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชภายใต้กฎหมายสองระบบ แต่ให้เลือกการคุ้มครองตามกฎหมายเพียงฉบับเดียวเท่านั้น เพื่อป้องกันมิให้มีการคุ้มครองซ้ำซ้อน (Double Protection)

¹¹⁸ UPOV Convention 1991. Article 5(1). ในเรื่องของความใหม่ ความแตกต่าง ความสม่ำเสมอและความคงตัวพันธุ์พืช

มีสรรพคุณทำให้ผิวพรรณนุ่มนวลและเต่งตึง ทำให้ได้ผลิตภัณฑ์สมุนไพรเสริมความงามมานานหลายสิบปี แต่ขณะนี้ได้ถูกบริษัทญี่ปุ่น และบริษัทสหรัฐ นำสารสกัดจากกวาวเครือไปจดสิทธิบัตร บริษัท โคเวเซ่ (Kose Corporation) บริษัทยักษ์ใหญ่ของญี่ปุ่นและของโลก และบริษัท ชิราโต (Shiratori Pharmaceutica Co., Ltd) ซึ่งตั้งอยู่ที่เมืองชิบะ (Chiba) ประเทศญี่ปุ่นจดสิทธิบัตรแล้ว สิทธิบัตรที่สองบริษัทได้จดสิทธิบัตรเป็นสิทธิบัตรสหรัฐ โดยอ้างคุณสมบัติของสารสกัดจากกวาวเครือที่รักษาผิวพรรณไม่ให้เกิดริ้วรอยทั้งคุณสมบัติอื่น ๆ ป้องกันการก่อตัวของเมลานิน (Melanin Formation Inhibition) การจดสิทธิบัตรครั้งนี้ถือว่าซ้ำรอยประวัติศาสตร์การจดสิทธิบัตรเปล้าน้อยของไทย และนำไปแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบไม่ได้ขออนุญาตประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยอาศัยภูมิปัญญาพื้นบ้านของไทย จะทำให้บริษัทต่างประเทศได้เปรียบทางการค้า โดยจะเข้ามาแทรกแซงส่วนแบ่งการตลาดกับผลิตภัณฑ์สมุนไพรกวาวเครือจากประเทศไทย ซึ่งส่งผลกระทบต่ออุตสาหกรรมสมุนไพรไทยเป็นอย่างมาก¹¹⁹

กรณีของเปล้าน้อย (Croton Sublyratus) พืชสมุนไพรพื้นบ้านของไทย มีลักษณะเป็นไม้พุ่มไม่สูงมากนัก ขึ้นอยู่ตามธรรมชาติของไทย มีสรรพคุณในการใช้ใบในการบำรุงธาตุ ใช้ดอกแก้พยาธิ ลูกใช้ต้องสุราทินแก้ระดูในเรือนไฟ เปลือกและกะพี้ใช้ช่วยย่อยอาหารแก้เลือดร้อน แก่นขับเลือดหนองให้ตกและขับไส้เลื่อน รากขับผายลม และมีประเทศญี่ปุ่นได้วิจัยต้นเปล้าน้อย และจดสิทธิบัตรสารสกัดจากต้นเปล้าน้อยในชื่อ เปลาโนทอล (Plaunotal)¹²⁰ ให้ผลผลิตจากเปล้าน้อยจำหน่าย โดยใช้ชื่อทางการค้าว่า “เคลเนกซ์” (Kelnac)¹²¹ เป็นยารักษาโรคกระเพาะที่สกัดจากเปล้าน้อยที่ปลูกในไทย โดยประเทศญี่ปุ่นผลิตและส่งออกขายยังประเทศต่าง ๆ ทำกำไรอย่างมหาศาล จนเป็นยาขายดีทำมูลค่าหลายพันล้านบาท ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าบริษัทญี่ปุ่นได้สิทธิบัตรในตัวยาสารเปลาโนทอล (Plaunotal) จากทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาพื้นบ้านของไทย ถือเป็นการขโมยภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทย และเป็นการปิดกั้นการวิจัยและพัฒนาของไทย ทำให้ประเทศไทยที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นแต่กลับไม่สามารถใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นของตนได้อย่างเต็มที่

กรณีของข้าวหอมมะลิ ที่เกิดการแย่งชิงทางพันธุกรรม กล่าวคือ การนำเมล็ด ส่วนขยาย ลำต้น ไปปลูกที่อื่นต่างถิ่น แต่เมื่อเวลาผ่านไปเทคโนโลยีพัฒนาขึ้น การปรับปรุงพันธุ์พืชกลายมาเป็นวิธีการแย่งชิงพันธุกรรมหนทางใหม่ ซึ่งเรียกกันทั่วไปว่า “โจรสลัดทางชีวภาพ (Bio-Piracy)” ไม่เพียงเป็นการโจรกรรมทางพันธุกรรมของพืช แต่ในศตวรรษนี้มีทั้งสัตว์ จุลินทรีย์ หรือแม้แต่พันธุกรรมมนุษย์ที่จะถูกนำไปวิจัยกรณีของการโจรกรรมทางชีวภาพที่ประเทศไทยตกเป็นผู้เสียหาย ก็คือ กรณีของ “ข้าวหอมมะลิ” เมื่อ 9 ปีที่แล้ว ข้าวไทยพันธุ์หอมมะลิ (Jasmine Rice) ได้ถูกนักวิจัยชาวอเมริกันนำไปปรับปรุงพันธุ์ใหม่ เพื่อให้ปลูกใหม่ในสภาพภูมิอากาศที่แตกต่างไปจากประเทศไทย ก่อนจะยื่นจดทะเบียนทางการค้าในชื่อ “จัสติมา (Jastima)” โดยแอบอ้างว่าเป็นข้าวหอมมะลิที่ปลูกในเท็กซัส

¹¹⁹ ปาริณช บริสุทธิ์ศรี, *เรื่องเดิม*.

¹²⁰ Process for Extraction and Purification of Plaunotal, *op. cit.*;

Geranylgeraniol-18-hydroxylase from Croton Sublyratus, *op. cit.*

¹²¹ “Plaunotal Inhibits Postprandial Gastrin Release by Its Unique Secretin Releasing Action in Humans,” *Digestive Diseases and Sciences*, pp. 1440-1445.

เมื่อปี พ.ศ.2541 เมื่อรัฐรัฐบาลไทยจึงได้ยื่นฟ้อง แต่ถูกปฏิเสธโดยอ้างว่าการกระทำดังกล่าวไม่ผิดกฎหมายสหรัฐ ต่อมาในปี พ.ศ.2543 มีการจัดประชุมทางไกล เพื่อหาทางลดข้อขัดแย้งและความไม่พอใจของประชาชนไทย เจ้าหน้าที่สหรัฐแนะนำให้ไทยใช้กฎหมายเครื่องหมายการค้า Trade Mark เพื่อปกป้องข้าวหอมมะลิ ปีต่อมาสถาบันวิจัยข้าวของสหรัฐอีกแห่งก็เริ่มโครงการปรับปรุงข้าวหอมมะลิเพื่อปลูกในสหรัฐ โดยนักวิจัยอ้างว่าได้พันธุ์กรรมข้าวหอมมะลิไปจากสถาบันวิจัยข้าวนานาชาติ แต่ไม่มีการลงนามในสัญญาการเคลื่อนย้ายพันธุ์กรรม แสดงถึงเจตนาที่จะจดสิทธิบัตรข้าวซึ่งปรับปรุงข้าวหอมมะลิ ซึ่งไม่อาจยอมรับได้จากกติการะหว่างประเทศ การปรับปรุงพันธุ์กรรมข้าวหอมมะลิให้เพราะปลูกในประเทศอื่นได้จะเป็นผลเสียกับประเทศไทย ทั้งการตลาดและชื่อเสียงของข้าวไทย เมื่อข้าวหอมมะลิกลายเป็นสิทธิส่วนบุคคล คนไทยในฐานะผู้นำเข้าหรือผู้จำหน่ายข้าวหอมมะลิอาจถูกฟ้อง ละเมิดสิทธิเป็นทำลายอนาคตของชาวนาไทย¹²² เป็นต้น

กรณีล่าสุด กรณีมูลนิธิชีววิทยาแห่งชาติพันธุ์ขมิ้นพริกพริกการชีวภาพจากชาวปะกาเกอญอ โดยมูลนิธิชีววิทยาชาติพันธุ์ (Foundation for Ethnobiology) จัดทะเบียนเป็นมูลนิธิเพื่อการกุศลในปี พ.ศ.2531 ที่ออกฟอร์ด ประเทศอังกฤษ และเมื่อปี พ.ศ.2534 กิจกรรมของมูลนิธิ คือ การทำวิจัยเกี่ยวกับสมุนไพรและภูมิปัญญาพื้นบ้านจากทั่วโลก ทั้งนี้ มูลนิธิได้จัดตั้งบริษัท ฮัตตัน โมเลกุลาร์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด ทำหน้าที่เสมือนเป็นโบรกเกอร์ในการทำสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเกิดจากการวิจัย ซึ่งโครงการของมูลนิธิในประเทศไทยได้รับทุนสนับสนุนจาก บริษัท ริชมอนด์ (บางกอก) จำกัด โดยเริ่มต้น ในปี พ.ศ.2538 ภายใต้ชื่อ “การริเริ่มของริชมอนด์เกี่ยวกับชีววิทยาชาติพันธุ์ในประเทศไทย (Riche Monde Initiative for Ethnobiology in Thailand)” มีวัตถุประสงค์เพื่อ

รักษาความรู้ดั้งเดิมสำหรับชาวกระเหรี่ยงและชาวไทย ในการเก็บบันทึกตัวยาสมุนไพรพื้นบ้านโบราณที่ใช้ในกลุ่มชนชาวเขาเผ่ากระเหรี่ยงทางภาคเหนือของไทย และศึกษาความเป็นไปได้ ในการเลือกสมุนไพรที่จะนำไปวิเคราะห์หรือพัฒนาเป็นตัวยาคือต่อไป ทั้งนี้โดยข้อมูลที่ได้รับการเปิดบริการให้แก่บุคคลทั่วไปได้ใช้ประโยชน์ไม่ว่าจะเป็นชาติใด

มูลนิธิอ้างว่าจะร่วมมืออย่างใกล้ชิดกับภาควิชาชีววิทยา คณะวิทยาศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ และเมื่อสิ้นสุดโครงการมหาวิทยาลัยจะได้รับตัวอย่างสมุนไพรที่จัดเก็บไว้ที่หอพรรณไม้ของภาควิชา ประกอบกับชาวบ้านที่ก่อให้เกิดสัมภาษณ์จะได้ค่าตอบแทนวันละ 100 บาท และต้องลงนามในสัญญาด้วย

¹²² ชะตากรรมข้าวหอมมะลิไทยภายใต้ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐ, ใน เอกสารประกอบการประชุม เรื่อง ชะตากรรมข้าวหอมมะลิไทยภายใต้ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา, 8 มิถุนายน 2547, หอประชุมสารนิเทศ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ค้นวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2557 จาก <http://agricultureandfoodpolicy.org/article/trade/c-0004/>

ปรากฏว่า จากที่โครงการได้กล่าวอ้างนั้น ว่ามีที่ปรึกษาหรือได้ปรึกษาศูนย์บุคคลในองค์กรพัฒนาเอกชนหลายคนที่นั้น ทั้งที่บุคคลเหล่านั้นไม่ได้รับรู้รายละเอียดใด ๆ เลย และโครงการอ้างว่าข้อมูลทั้งหลายจะเป็นประโยชน์แก่คนทั่วไป แต่ในสัญญาระบุไว้ว่าโครงการเป็นผู้ได้รับสิทธิในการศึกษาความรู้ความเข้าใจเรื่องของสิ่งแวดล้อม ทั้งที่เป็นความรู้ทั่วไป และความรู้ของผู้ที่ชำนาญพิเศษในวัฒนธรรมของท่าน และเอกสารของโครงการที่ระบุว่า บริษัท ริชมอนด์ (บางกอก) จำกัด เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เอกสารที่บันทึกข้อมูลของโครงการ เป็นต้น

จากกรณีต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นนั้น เป็นการนำทรัพยากรชีวภาพของประเทศไทยไปใช้ประโยชน์ในเชิงอุตสาหกรรมและเชิงพาณิชย์โดยมิได้มีการแบ่งประโยชน์อย่างเป็นธรรมแก่ประเทศไทย ทำให้ประเทศไทยได้รับความเสียหายจากการกระทำกล่าว ๆ จากบริษัทอุตสาหกรรมของประเทศที่พัฒนาแล้วและเพื่อเป็นการรับรองสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรชีวภาพ อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องของการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพไว้ในมาตรา 15 เป็นหลักเกณฑ์ที่ประเทศเจ้าของทรัพยากรชีวภาพควรนำไปปฏิบัติในการพิจารณาเพื่อการอนุญาตในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพในประเทศหรือในเขตแดนของตน โดยหลักการที่อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพใช้ คือ หลักความยินยอมล่วงหน้า (Prior Informed Consent) ประเทศเจ้าของทรัพยากรชีวภาพจะต้องมีการแจ้งรายละเอียด หรือกฎระเบียบการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพในประเทศของตนให้ผู้ที่ต้องการเข้าถึงในทรัพยากรชีวภาพทราบ และผู้ที่ขอเข้าถึงในทรัพยากรชีวภาพจะต้องได้รับความยินยอมจากหน่วยงานในประเทศนั้น ๆ ได้ให้อำนาจหน้าที่ในการยินยอมและการอนุญาตนั้นจะต้องกระทำขึ้นภายใต้ข้อตกลงที่เห็นชอบร่วมกัน ระหว่างผู้จัดสรรทรัพยากรชีวภาพและผู้ที่ต้องการใช้ทรัพยากรชีวภาพ (Mutually Agreed Terms) ในการตกลงนั้นจะต้องกระทำไปภายใต้เงื่อนไขในเรื่องของการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพอย่างเป็นธรรม (Benefit Sharing)

3.2 มาตรการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรของต่างประเทศ

ตั้งแต่อดีตกาลประเทศของเรามีอัตราประชากรเพิ่มมากขึ้น ซึ่งประชากรนั้นมีภูมิลำเนาอยู่หลายพื้นที่ในแต่ละประเทศเป็นเหตุให้ผู้ในแต่ละประเทศทำการล่าอาณานิคมกัน เมื่อมีอาณานิคมมากขึ้นเท่าใดตนเองย่อมมีกรรมสิทธิ์เหนือที่ดินนั้นได้มากขึ้น โดยพื้นดินนั้นต่างเป็นทรัพยากรอันมีค่าอย่างมหาศาล เช่น แร่ธาตุต่าง ๆ ถ่านหิน และทองคำ เป็นต้น อย่างกรณีของประเทศฝรั่งเศสนั้นในยุคล่าอาณานิคมได้มีการออกกฎหมายห้ามบุคคลใดเอาพันธุ์คราม พันธุ์พืชชนิดหนึ่งที่มีสรรพคุณในการทำสีย้อมผ้าได้ออกไปจากเกาะแคริเบียน เพราะถ้าใครฝ่าฝืนกฎนี้จะต้องได้รับโทษประหารชีวิต แต่อย่างไรก็ตาม พ่อค้าชาวอเมริกันก็ยังสามารถนำออกมาจาก Antigua ไปยัง Carolinas ได้¹²³

จากกรณีดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าตั้งแต่อดีตนั้นมีการหวงแหนในทรัพยากรชีวภาพอันน่าจะนำไปใช้ในการแสวงประโยชน์โดยมิชอบด้วยการไม่ได้รับการอนุญาตจากผู้เป็นเจ้าของใน

¹²³ โลกาวัดกับการจัดการความหลากหลายชีวภาพ, ค้นวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2557 จาก <http://www.biothai.net/sites/default/files/20Jul09.pdf>

อาณานิคมก่อนไม่ได้ เพราะทรัพยากรชีวภาพเหล่านั้นเป็นสิ่งมีค่าอย่างมหาศาลในการที่จะนำทรัพยากรเหล่านั้นไปศึกษา หรือผลิตสินค้าเป็นผลิตภัณฑ์ชนิดใหม่ออกสู่ตลาด ดังนั้นจึงเป็นสิทธิของคนในอาณานิคมนั้น ๆ จะหวงกันมิให้ใครนำทรัพยากรชีวภาพนั้นออกไปใช้ก่อนที่จะพระราชทานอนุญาต เมื่อเวลาผ่านไปกระแสการอนุรักษ์ในทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นมีมาตรการที่ดูแลควบคุมที่อ่อนลงตามยุคสมัยและเทคโนโลยีที่เข้ามาพัฒนาประเทศ เป็นเหตุให้ภาคอุตสาหกรรมและผู้ประกอบการเห็นช่องว่างของกฎนั้น ๆ ในการเข้าถึงในทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นและนำวัตถุดิบนั้นออกมาเป็นวัตถุดิบในการผลิตสินค้าออกสู่ท้องตลาด เนื่องจากประเทศในแถบทวีปยุโรปนั้นมีสภาพภูมิประเทศ ภูมิอากาศ ที่แตกต่างจากทวีปเอเชียที่มีความอุดมสมบูรณ์มากกว่าทำให้มีอัตราการเกิดทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นมีน้อยไม่เพียงพอต่อการนำไปใช้ประโยชน์ ประเทศแถบทวีปยุโรปนั้นเข้ามาในทวีปเอเชียแล้วทำการกอบโกยทรัพยากรชีวภาพรวมทั้งพืชสมุนไพร ไปใช้ประโยชน์ในภาคอุตสาหกรรมของตนอีกทั้งยังนำไปจดสิทธิบัตรเพื่อป้องกันการเอาไปใช้โดยมิชอบทำให้ประเทศในแถบเอเชียได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าว

กลุ่มประเทศเอเชียได้ตระหนักถึงปัญหานี้จึงได้มีการรวมตัวเพื่อปกป้องประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและภูมิปัญญาท้องถิ่นในเวทีต่าง ๆ¹²⁴ เช่น เวทีขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labor Organization: ILO) หรือองค์การการศึกษาวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ (UNESCO) เป็นต้น

ดังนั้น ผู้ทำวิทยานิพนธ์จะทำการศึกษาถึงความแตกต่างในแนวความคิดระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้วกับแนวความคิดของประเทศที่กำลังพัฒนาของการเข้าถึงในทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น แล้วนำออกไปใช้ประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากประเทศผู้เป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่น อีกทั้ง ไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนกลับมายังประเทศผู้เป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรชีวภาพนั้น

3.2.1 มาตรการคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรในประเทศที่พัฒนาแล้ว

ประเทศสหรัฐอเมริกา (U.S.A.) เดิมอยู่ภายใต้การปกครองของประเทศสหราชอาณาจักรหรือประเทศอังกฤษมาแล้วกว่า 100 ปี และได้ทำการประกาศอิสรภาพเมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ.1776 และได้ทำการตั้งชื่อเป็น “สหรัฐอเมริกา” ประกอบกับมีการขยายอาณาเขตของตนจาก 13 มลรัฐไปถึง 50 มลรัฐ ซึ่งประเทศอังกฤษได้ยอมรับเอกราชชาติอเมริกาเมื่อวันที่ 14 มกราคม ค.ศ.1789 ในปีเดียวกันนั้น โดยรัฐเหล่านั้นได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่เพื่อก่อตั้งสหพันธรัฐ และต้องมีรัฐบาลกลางที่เข้มแข็งพอที่จะปกครองประเทศ อนึ่ง สหรัฐอเมริกานั้นมีพื้นที่ประมาณ 3,794,000 ตารางไมล์ และมีพื้นที่น้ำประมาณ 250,000 ตารางไมล์ โดยประเทศนี้มีพื้นที่โดยรวมใหญ่เป็นอันดับสามของโลก¹²⁵ พื้นที่ส่วนใหญ่อยู่ในทวีปอเมริกาเหนือ โดยประเทศอเมริกานั้นมีลักษณะภูมิอากาศ

¹²⁴ *เรื่องเดียวกัน.*

¹²⁵ ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ, *เรื่องเดิม*, หน้า 113.

ค่อนข้างเย็นมากบริเวณขั้วโลกเหนือ และมีอากาศแห้งแล้ง จะมีอากาศดีเป็นครั้งคราวทำให้มีทรัพยากรชีวภาพอยู่น้อยภายในประเทศ¹²⁶ เช่น ทอง ทองแดง เหล็กแร่ เป็นต้น

สำหรับประเทศอเมริกานั้น มีแนวทางในการปฏิบัติในเรื่องของภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้โดยอาศัยการพิจารณาจากสำนักสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าของสหรัฐอเมริกา หรือ USPTO ต่อกรณีและถ้อยคำแถลงในองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง เช่น ในการประชุมองค์การการค้าโลก WTO Ministerial Meeting in Hong Kong 2005 โดยพิจารณาในประเด็นของการเปิดเผยถึงประเทศที่เป็นแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและองค์ความรู้ดั้งเดิมที่ใช้ในการประดิษฐ์ และการจัดให้มีหลักฐานการให้ความยินยอมล่วงหน้า (Prior Informed Consent) และหลักฐานการใช้ทรัพยากรนั้นโดยมีค่าตอบแทนอย่างยุติธรรมและเท่าเทียมกัน ส่วนการยื่นจดสิทธิบัตรนั้นอเมริกาได้กลับมามีการดำเนินการให้ดีที่สุดโดยผ่านกฎหมายภายในของประเทศตน อาศัยบนพื้นฐานสัญญาความร่วมมือรวมถึงการตกลงแบบเปิดเผยด้วย¹²⁷ ทั้งนี้อเมริกาเองไม่มีนโยบายให้มีการสนับสนุนให้มีการคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิมและทรัพยากรพันธุกรรม ตลอดจนวัฒนธรรมท้องถิ่น หรือ Folklore และที่สำคัญอเมริกาเป็นหนึ่งในสี่ที่ยังไม่ให้สัตยาบันในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพหรือ CBD

กล่าวโดยสรุปแล้ว สหรัฐอเมริกานั้นมีการแบ่งเป็นมลรัฐ ทำให้มีชุมชนเผ่าที่จะมีวิวัฒนาการมาแต่ก่อนหาได้ไม่ แต่ถึงอย่างไรก็มีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นอยู่ฉบับหนึ่ง ได้แก่ Indian and Crafts Act (IACCA) 1990 (Publix Law 101-644; 4664)¹²⁸ เพื่อคุ้มครองศิลปนิชาวอินเดีย จากการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมจากการปลอมสินค้าและซื้อสินค้าที่ลอกเลียนแบบ และการลงโทษนี้มีทั้งทางแพ่งและทางอาญา

สำหรับการคุ้มครองการแพทย์แผนเดิมหรือยาสมุนไพรในสหรัฐอเมริกาโดยมีกฎหมาย Food, Drug and Cosmetic Act 1938 ซึ่งอยู่ภายใต้การดูแลของหน่วยงาน Food and Drug Administration หรือเรียกสั้น ๆ ว่า FDA มีหน้าที่ควบคุมดูแลและผลิตภัณฑ์ ซึ่งใช้ในการรักษาป้องกันโรค¹²⁹ ดังนั้น หากยาสมุนไพรอ้างสรรพคุณในการรักษาของโรคแล้ว ก็จะต้องถูกตรวจสอบ

¹²⁶ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 113.

¹²⁷ WTO, Ministerial Conference-Hong Kong WTO Ministerial 2005: Briefing notes, 7.

¹²⁸ Kremers, above n 26, 72, 79-80; see also WIPO Committee on Intellectual Property and Genetic Resources. Traditional Knowledge and Folklore, Comparative Summary of Existing National sui generis Measures and Laws for the Protection on Traditional Knowledge, Annex, page 5. This Act was amended the civil action provisions, sometime known as the Indian Arts and Crafts Enforcement Act of 2000.

¹²⁹ The United States Food and Drug Administration (FDA), **History of FDA, the 1938 Food, Drug and Cosmetic Act (2012)**, Retrieved July 6, 2012 from <http://www.fda.gov/oc/history/historyoffda/section2.html>; The Americas: United States of America, **Regulatory Situation of Herbal Medicines: A Worldwide Review II Regulatory Situation**, Retrieved July 2, 2012 from <http://nzdl.sadl.uleth.ca/cgi-bin/libraly?>

โดยวิธีการที่กำหนดโดย FDA กล่าวคือ วิธีการเดียวกันกับที่ใช้ในการตรวจสอบยาที่มาจากสารเคมีหรือยาแผนปัจจุบัน (Conventional Drugs)¹³⁰ ซึ่งเป็นการยากมากที่จะได้รับการพิจารณา ด้วยเหตุนี้จึงเป็นเหตุผลให้ผลิตภัณฑ์ทางธรรมชาติส่วนใหญ่ในสหรัฐอเมริกาจึงจัดอยู่ในจำพวกอาหารและอาหารเสริม (Foods or Food Additives) แม้ว่าสมุนไพรเหล่านั้นจำนวนมากจะได้ใช้เป็นยารักษาโรคแผนดั้งเดิม ซึ่งแต่เดิมชนชาวอเมริกันพื้นเมือง (Native Americans) ก็อาศัยพืชสมุนไพรในการดูแลสุขภาพ¹³¹ นอกจากยาสมัยใหม่ของอเมริกาที่เจริญแล้ว ในปัจจุบันมีหลายส่วนที่มีที่มาจากยาพื้นบ้านของชาวอเมริกันพื้นเมืองและวัฒนธรรมของชนเผ่าดั้งเดิม¹³² ดังนั้น ในเรื่องของยาสมุนไพรทั้งหลายจึงยากที่จะผ่านการตรวจอย่างเข้มงวดได้ เนื่องจากยาสมุนไพรหรือการแพทย์ดั้งเดิมจึงถูกจำกัดการพัฒนาซึ่งต่างจากยาที่ใช้สารเคมี

3.2.2 มาตรการคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรในประเทศที่กำลังพัฒนา

ประเทศอินเดีย เนื่องจากประเทศอินเดียมีประวัติศาสตร์และความเจริญทางวัฒนธรรมที่ยาวนาน เมื่อประมาณ 1,500 ปี ก่อนคริสตกาล ชาวดราวิเดียน (Dravidian) และชาวอารยัน (Aryan) ได้เกิดอารยธรรมต่าง ๆ ในกลุ่มแม่น้ำสินธุ และต่อมาในสมัยอาณาจักรเมารยะ ซึ่งมีดินแดนตั้งแต่กลุ่มแม่น้ำสินธุทางตอนเหนือของประเทศจรดอ่าวเบงกอล พระเจ้าอโศกได้สร้างความเจริญในการปกครองประเทศเป็นอย่างมาก จนถึงสมัยราชวงศ์โมกุล (คริสต์ศตวรรษที่ 16-18) เป็นสมัยที่มีการขยายอิทธิพลในวัฒนธรรมทางโมกุลอย่างกว้างขวาง ประเทศอินเดียมีประชากรอาศัยอยู่กว่า 1,000 ล้านคน ซึ่งประชากรเหล่านี้มีความต่างในทางด้านภาษาวัฒนธรรมและสังคม ฯลฯ

ประเทศอินเดีย หรือ สาธารณรัฐอินเดีย (Republic of India) ถือว่าเป็นประเทศที่กำลังพัฒนา และเป็นประเทศที่มีทรัพยากรชีวภาพอยู่มากมายภายในประเทศ เนื่องจากเป็นประเทศที่มีภูมิอากาศอยู่ในเขตร้อนซึ่งทำให้ทรัพยากรธรรมชาติมีความอุดมสมบูรณ์ของทรัพยากรชีวภาพในภูมิปัญญาท้องถิ่น ประกอบกับประเทศอินเดียยังไม่มีกฎหมายที่เสถียรภาพในเรื่องของการคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรมากนัก เป็นผลทำให้ประเทศที่พัฒนาแล้วเข้ามาฉกฉวยทรัพยากรภายในประเทศ อย่างเช่น อเมริกา เป็นต้น ที่เข้ามาในประเทศและนำพืชผักของประเทศมาต่อยอดเป็นสารสกัด เป็นการทำให้อินเดียเสียประโยชน์ในพืชชนิดนี้ เป็นผลมาจากการกระทำของประเทศที่พัฒนาแล้ว¹³³ เป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ประเทศอินเดียต้องไปขึ้นศาลอยู่บ่อย ๆ ประเทศอินเดียจึงเป็นตัวอย่างของประเทศต่าง ๆ ในแถบเอเชียโดยการแสวงหาทางออกที่คล้ายคลึงกันกับประเทศไทย

¹³¹ Chidi Oguamanam, *International Law and Indigenous Knowledge, Intellectual Property, Plant Biodiversity, and Traditional Medicine* (N.p.: n.p., 2006), p. 123.

¹³² *Ibid.*

¹³³ โลกาวัดกับการจัดการความหลากหลายชีวภาพ, *เรื่องเดิม*.

จึงเป็นที่น่าสนใจในการศึกษาค้นคว้าในภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรของประเทศอินเดียต่อไป¹³⁴

ซึ่งในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรนั้น ได้มีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ปี ค.ศ.2002 (The Biological Diversity Act, 2002) ซึ่งมีวัตถุประสงค์เป็นการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นต่าง ๆ และมีความซับซ้อนของระบบนิเวศ ๆ ของคนพื้นเมืองที่มีความเกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางชีวภาพที่เป็นความหลากหลายของสิ่งมีชีวิตในระหว่างสายพันธุ์ แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้นิยามถึงความ เป็น”ผู้ทรงสิทธิ” แต่กลับนิยามคำว่า “ผู้มีสิทธิเรียกร้องในผลประโยชน์”¹³⁵ (Benefit Claimers) โดยรวมถึงผู้สร้างสรรค์ และผู้ครอบครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและที่เกี่ยวข้องกับการใช้ทรัพยากรทางชีวภาพ ตลอดจนการประยุกต์ใช้ต่าง ๆ ซึ่งการเข้าถึงและใช้ประโยชน์ในภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับ ทรัพยากรทางชีวภาพที่จะต้องได้รับอนุญาตให้เข้าถึงงานนั้นและใช้ประโยชน์นั้นโดยไม่สามารถนำงาน นั้นออกนอกประเทศ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจาก Nation Biodiversity Authorization (NBA) หรือ คณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย¹³⁶ โดยมีการกำหนดอำนาจหน้าที่หรือส่วนแบ่งหรือ ค่าตอบแทนแก่ชุมชนด้วย¹³⁷ ซึ่งการขออนุญาตล่วงหน้าถือว่าเป็นมาตรการที่สำคัญในการป้องกัน สิทธิในความเป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ๆ จะต้องมีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรม และถูกต้องตามกฎหมาย และมีความเสมอภาคแก่ผู้มีสิทธิเรียกร้องในผลประโยชน์¹³⁸ (Benefit Claimers) จากปัญหาดังกล่าว¹³⁹ ประเทศอินเดียนั้นมีมาตรการควบคุมในสมุนไพรอันเป็นส่วนหนึ่ง ของภูมิปัญญาท้องถิ่นในประเทศอยู่หลายประการ เช่น

1. การจดทะเบียนในความหลากหลายทางชีวภาพของประชาชน (People Biodiversity Registers) หรือการจดทะเบียนความหลากหลายทางชีวภาพของชุมชน (Community Biodiversity Registers (CBRs)

โดยได้รับความร่วมมือจากกลุ่ม NGOs ในการจดทะเบียนความหลากหลายทางชีวภาพของ ประชาชนที่ครอบคลุมในภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรชีวภาพหลายสาขา เช่น รัฐ Karnataka ด้วยการออกกฎระเบียบของรัฐ ในนาม “Biodiversity Conservation Order 1996” มีการจัดตั้ง คณะกรรมการความหลากหลายทางชีวภาพในระดับรัฐ และระดับท้องถิ่น เพื่อขึ้นทะเบียนความ หลากหลายท้องถิ่น เป็นต้น

2. จัดทำห้องสมุดดิจิทัลสำหรับภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge Digital Library (TKDL))

¹³⁴ ภาณุมาศ ชัดเจนงาม, *เรื่องเดิม*, หน้า 48.

¹³⁵ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 57.

¹³⁶ The Biological Diversity Act, 2002 of India, Section 19 and 20

¹³⁷ The Biological Diversity Act, 2002 of India, Section 20

¹³⁸ ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ, *เรื่องเดิม*, หน้า 116

¹³⁹ *โลกาภิวัตน์กับการจัดการความหลากหลายชีวภาพ*, *เรื่องเดิม*.

เนื่องจากบริษัทต่างชาติเข้ามาจดสิทธิบัตรยาภายในประเทศ เช่น การจดสิทธิบัตรยารักษา และมะเร็งขึ้น เพื่อแก้ปัญหาเหล่านี้ ประเทศอินเดียได้จัดทำฐานข้อมูลเพื่อรวบรวมองค์ความรู้และ ภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรขึ้น โดยครอบคลุมตำรายาที่มีมากอย่างมหาศาลภายในประเทศ แต่มาตรการนี้ยังมีการถกเถียงกันอย่างกว้างขวางในเรื่องของการจดสิทธิบัตรได้ในระดับหนึ่ง อีกด้าน ก็ยังเป็นการสร้างฐานข้อมูลระดับใหญ่เพื่อให้อุตสาหกรรมเข้ามาใช้ประโยชน์

3. การปรับปรุงกฎหมายภายในเพื่อคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพและภูมิปัญญา ท้องถิ่น กระบวนการออกกฎหมายภายใน โดยมีปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอย่างน้อย 2 ฉบับ ได้แก่

1) กฎหมายความหลากหลายทางชีวภาพ 2002 มีวัตถุประสงค์ในการใช้ประโยชน์ อย่างยั่งยืน โดยมีการแบ่งผลประโยชน์ที่เป็นธรรม ซึ่งการเข้าถึงสำหรับประชากรกรคนอินเดียจะทำ ได้โดยการแจ้งให้ทราบก่อน (After Prior Intimation) โดยไม่เสียค่าธรรมเนียม ละสำหรับคนต่างชาติ จะต้องได้รับการอนุญาตล่วงหน้าก่อน พร้อมทั้งมีให้มีการส่งผลงานวิจัยไปยังต่างประเทศเว้นแต่จะ ได้รับอนุญาตจากองค์กรความหลากหลายทางชีวภาพระดับชาติ (National Biodiversity Authority: NBA)

เป็นไปตามมาตรา 6 ของกฎหมายฉบับนี้ “ผู้ใดขอรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา จากการวิจัยทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นจะต้องได้รับความยินยอมล่วงหน้าจาก NBA และ ต้องมีการแบ่งปันผลประโยชน์” และมาตรา 18 (iv) ที่ให้อำนาจ NBA ในการดำเนินการคัดค้านต่อ การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทั้งในและนอกประเทศอินเดียด้วย

2) การแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตร โดย The Patent Second Amendment Act (Adopted in 2002) ได้บัญญัติเพิ่มเติมในการขอรับสิทธิบัตรว่า ต้องเปิดเผยแหล่งที่มาของวัตถุดิบ ชีวภาพที่ใช้ในนวัตกรรมที่ยื่นขอการคุ้มครอง (Section 10) และยังอนุญาตให้ผู้คัดค้านมีค่าขอ สิทธิบัตรที่ไม่เปิดเผยข้อมูลหรือเปิดเผยข้อมูลแต่ไม่ถูกต้องเกี่ยวกับแหล่งที่มาทางภูมิศาสตร์ (Geographical Origin) ให้ปฏิเสธคำขอทันที¹⁴⁰

โดยสรุป ประเทศอินเดียมีการจัดการเรื่องความหลากหลายทางชีวภาพในหลายระดับและ ค่อนข้างหลากหลาย เนื่องจากประเทศมีพื้นที่กว้างขวาง มีเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมสูง และมีการ กระจายอำนาจในระดับรัฐต่าง ๆ อย่างน่าสนใจ จึงเป็นประเด็นสำคัญในการศึกษาเพื่อมาปรับใช้กับ ประเทศไทยต่อไป¹⁴¹

3.2.3 มาตรการคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นกรณีสมุนไพรในหลักกฎหมายของประเทศจีน

ประเทศจีน เป็นประเทศที่อุดมไปด้วยความหลากหลายทางชีวภาพมากที่สุดในโลก ประเทศหนึ่ง ซึ่งประมาณว่ามีจำนวนถึง 30,000 ชนิดของพืชชั้นสูง (Higher Plants) และ 6,347 ชนิด

¹⁴⁰ Carlos M. Correa, *Protecting Traditional Knowledge: Lesson from Nation Experiences*, Retrieved January 19, 2016 from <https://www.cbd.int/doc/meetings/tk/wg8j-04/information/wg8j-04-inf-15-en.doc>

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 53.

ของสัตว์ที่มีกระดูกสันหลัง (Vertebrates)¹⁴² ประเทศจีนเป็นประเทศที่เป็นภาคีของอนุสัญญาที่สำคัญ ๆ ต่าง ๆ เกี่ยวกับพืชและสัตว์¹⁴³ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ 1992 การแพทย์แผนเดิมจีน ที่มีมากกว่า 4,000 ปี และได้รับการพัฒนาโดย The State Administration of Traditional Chinese Medicine ตั้งแต่ ค.ศ.1958 การเพาะปลูกพืชสมุนไพรป่า (Wild Medicine Herb) ได้ถูกพัฒนาเป็นการปลูกพืชท้องถิ่นในจีน และมีรายงานว่าใน ค.ศ.1993 มีพื้นที่เพาะปลูกพืชสมุนไพรถึง 7,680 ตารางกิโลเมตร

อย่างไรก็ดี มีเพียง 230 ชนิด ที่เป็นพืชที่ถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายในการปรุงยา วิเคราะห์ และใช้ในการรักษาโรค¹⁴⁴ ยาสมุนไพรของจีนได้รับการคุ้มครองในหลายรูปแบบ โดยเฉพาะกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาสิทธิบัตรนั้น ได้ขยายการคุ้มครองถึงผลิตภัณฑ์ยาสมุนไพรจีนด้วย¹⁴⁵ ในการนี้ ใน ค.ศ.2002 ข้อมูลสิทธิบัตรในยาแผนดั้งเดิมของจีนมีอยู่ถึงประมาณ 12,000 ฉบับ¹⁴⁶ ประเทศจีนได้ใช้ระบบสิทธิบัตรในการส่งเสริมการคุ้มครองการแพทย์แผนดั้งเดิมของจีน ทั้ง ๆ ที่เป็นเรื่องค่อนข้างยากยิ่งที่จะให้ความคุ้มครองยาแผนดั้งเดิมของจีนโดยระบบสิทธิบัตร¹⁴⁷ หากกฎหมายสิทธิบัตรจีนกล่าวถึงความใหม่ขึ้น (Novelty) การประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (Inventiveness) และการปรับใช้ได้ ในทางปฏิบัติ (Practical Applicability) ในการยื่นขอรับสิทธิบัตรตามมาตรา 22 ของกฎหมาย

¹⁴² Haigen Xu, Shunqing Wang and Dayuan Xue, “Biodiversity Conservation in China: Legislation, Plants and Measure,” **Biodiversity and Conservation** (1999): 819.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 820.

¹⁴⁴ World Health Organization, International Agency for Research on Cancer, **International Agency for Research on Cancer (IARC) Monographs on the Evaluation of Carcinogenic Risks to Human ‘Some Traditional Herbal Medicine, Some Mycotoxins, Naphthalene and Styrene Volume 82 (2002)**, pp. 57, 64, Retrieved January 19, 2017 from <https://monographs.iarc.fr/ENG/Monographs/vol82/mono82.pdf>

¹⁴⁵ Benjamin Liu, “Past Cultural Achievement as a Future Technological Resource: Contradictions and Opportunities in the Intellectual Property of Chinese Medicine in China,” **UCLA Pacific Basic Law Journal** 21(2003): 75, 84-85.; He comments that ‘Countries as diverse as China, Japan, the United States, the United Kingdom, and Germany have issued patents to CM [Chinese medicine] practice, and products from acupuncture processes to herbal mixtures’; see also Asia-Practice, Economic Cooperation (APEC), ‘Survey on Access to Genetic Resources and Protection of Traditional Knowledge in APEC Economies’ (Report of the APEC Intellectual Property Experts Group APEC Economies’ (Report of the APEC Intellectual Property Experts Group APEC Committee on Trade and Investment, November, 2008) 2.2.4.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid.*

สิทธิบัตรจีน¹⁴⁸ ซึ่งหากพิจารณาอย่างเคร่งครัดแล้ว ยาสมุนไพรจีนไม่น่าจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรนี้ เว้นแต่จะเป็นการตีความขยายความเพื่อให้ครอบคลุม เพราะกฎหมายจีนไม่ได้กำหนดห้ามไม่ให้มีการคุ้มครองพืชธรรมชาติ หรือสารสกัดที่ได้จากพืชและสัตว์¹⁴⁹ ยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายสิทธิบัตรจีนมิได้กำหนดความหมายของสิ่งประดิษฐ์ไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่กำหนดไว้อย่างคร่าว ๆ ว่าเป็นการประดิษฐ์ ผลิตภัณฑ์หรือประโยชน์ และการออกแบบ เป็นต้น ทำให้กฎหมายจึงเปิดช่องให้มีการตีความถึงคำว่า “Invention-Creations” รวมถึงผลิตภัณฑ์ใหม่ของยาแผนดั้งเดิม ซึ่งต่างจากกฎหมายสิทธิบัตรของไทยนั้นได้ห้ามจดสิทธิบัตรในสิ่งประดิษฐ์เกี่ยวกับจุลชีพ และส่วนประกอบของพืชและสัตว์ รวมทั้งสารสกัดจากพืชและสัตว์ที่มีอยู่ในธรรมชาติ กฎหมายสิทธิบัตรของไทยยังไม่มีบทแก้ไข จึงเป็นการยากที่จะได้รับการคุ้มครองโดยสิทธิบัตรของไทยได้

ทั้งนี้ ประเทศจีนมีการออกกฎหมาย The Drug Administrative Law 1984 เพื่อป้องกันและควบคุมทั้งยาสมัยใหม่และยาแผนดั้งเดิม ในมาตรา 3 ที่ว่ารัฐจะสนับสนุนการพัฒนาแผนปัจจุบันและยาแผนดั้งเดิม และรัฐจะคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติ พืชสมุนไพร และสนับสนุนให้มีการปลูกพืชสมุนไพรในท้องถิ่น¹⁵⁰ ทั้งนี้ ประเทศจีนเป็นประเทศภาคีในอนุสัญญาคุ้มครองพันธุ์พืช การคุ้มครองพืชสมุนไพรธรรมชาติของประเทศจีนปรากฏอยู่ในมาตรา 2 ของ Regulation of the People’s Republic of China on Wild Plants Protection 1997¹⁵¹ การปฏิบัติทุกกรณีภายในดินแดนประเทศจีนนั้น หมายถึง การใช้ประโยชน์และการคุ้มครองพืชธรรมชาติภายใต้กฎหมายฉบับนี้ หมายถึง พืชที่เจริญเติบโตในธรรมชาติ ซึ่งเป็นพืชหายากหรือใกล้สูญพันธุ์ และพืชที่มีประโยชน์ในด้านต่าง ๆ สามารถคุ้มครองโดยรัฐกลุ่มหนึ่ง และอยู่ภายใต้การดูแลของชุมชนท้องถิ่นอีกกลุ่มหนึ่ง

ประเทศจีนก็ตระหนักถึงปัญหาโอรสสลักทางชีวภาพในการแพทย์แผนเดิมของจีน เพราะการแพทย์แผนเดิมของญี่ปุ่นก็ได้รับอิทธิพลมาจากประเทศจีน แต่จีนก็มิได้มีการยื่นขอทบทวนการออกสิทธิบัตรของแพทย์แผนเดิมญี่ปุ่นเพราะล่วงเลยมาเป็นเวลานานในการขอทบทวนเช่นเดียวกับการถกเถียงของไทย เป็นต้น

¹⁴⁸ The Patent Law of the People’s Republic of China 1984, Article 22.

¹⁴⁹ The Patent Law of the People’s Republic of China 1984, Article 22.; Patent Law of the People’s Republic of China 1984, Article 1 to 69.

¹⁵⁰ The Drug Administrative Law of People’s Republic of China was enacted on 20 September 1984, Article 3; Regulatory Situation of Herbal Medicines: A Worldwide Review (WHO/TRM, 1998, 49 p.)

¹⁵¹ See Asian LII, Law of People’s Republic of China, and the Regulations of the People’s Republic of China on the Wild Plants Protection 1999. The Regulations were promulgated by Degree No. 204 of the state Council of People Republic of China on 30 September 1996 and effective on 1 January 1997; Asian Legal Information Institute, **Law of People’s Republic of China**, Retrieved July 11, 2012 from <http://www.asianli.org>

บทที่ 4

ปัญหาการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นกรณีสมุนไพร ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านสุขภาพ โดยการใช้ยาสมุนไพร สมุนไพรอัน ได้แก่ พืช สัตว์ จุลชีพ การใช้สมุนไพรเป็นยารักษาโรคนั้นมีส่วนสำคัญในภูมิปัญญาท้องถิ่นในด้านสุขภาพซึ่งการคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรนั้น ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้นเป็นกฎหมายเฉพาะ (Sui Generis System) มาคุ้มครองพันธุ์พืชได้ ประเด็นการคุ้มครองพันธุ์พืชจึงค้นหามาเพื่อใช้ประโยชน์ในรูปแบบต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นทางตรงหรือทางอ้อม เช่น การผลิตอาหาร ยารักษาโรค ในขณะที่พันธุ์พืชจะเป็นอุปสรรคต่อประเทศที่พัฒนาต้องการที่จะให้มีการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่อย่างเข้มงวด ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่กลับมีความกังวลว่าการคุ้มครองพันธุ์พืชจะเป็นอุปสรรคต่อระบบเกษตรกรรมและการพัฒนาเศรษฐกิจ จนเกิดผลการเจรจาของทั้งสองประเทศระหว่างประเทศที่กำลังพัฒนาและประเทศที่พัฒนาแล้วมีลักษณะเป็นการประนีประนอมกันเพื่อให้เกิดความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ในทุกสาขาเทคโนโลยี โดยมีข้อยกเว้นว่าประเทศสมาชิกอาจไม่คุ้มครองพืชและสัตว์ภายใต้ระบบสิทธิบัตร แต่ให้สิทธิแก่ประเทศสมาชิกในการเลือกที่จะคุ้มครองพันธุ์พืชในระบบสิทธิบัตร หรือระบบกฎหมายเฉพาะหรือทั้งสองระบบรวมกัน¹⁵² ระบบการคุ้มครองพันธุ์พืชในปัจจุบันแบ่งออกเป็น 2 ระบบ

ระบบแรก เป็นการคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธิบัตร เช่น ประเทศอเมริกามีการให้ความคุ้มครองแก่พืชที่ขยายพันธุ์โดยไม่อาศัยเพศ (Asexually Reproduced Varieties) โดยกฎหมายสิทธิบัตรพืช (Plant Patent Act)

ระบบที่สอง เป็นการคุ้มครองภายใต้กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช (Plant Variety Protection) กฎหมายนี้สร้างขึ้นเพื่อคุ้มครองพันธุ์พืชโดยเฉพาะ และมีการใช้กันในประเทศที่พัฒนาแล้ว โดยส่วนใหญ่ เมื่อปี ค.ศ.1961 กลุ่มประเทศเหล่านี้ได้รวมตัวกันก่อตั้งเป็นองค์การระหว่างประเทศขึ้น โดยมีชื่อว่า “สหพันธ์นานาชาติสำหรับการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่” (UPOV)¹⁵³ โดยมีการคุ้มครองระดับสูงมากไม่สอดคล้องกับวิถีการพัฒนาของประเทศตน ประเทศสมาชิกย่อมมีอิสระในการออกกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชให้สอดคล้องกับการพัฒนาเศรษฐกิจและเทคโนโลยีของตนได้

การใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่ว่าจะเป็นเพื่อการผลิตอาหารหรือยารักษาโรค ก็ต้องอาศัยทรัพยากรจากพืช สัตว์ แร่ธาตุในฐานที่เป็นวัตถุดิบนั่นเอง ที่มาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นสิ่งทีบอกล่าหรือส่งสมต่อ ๆ กันมาจากชนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง และในส่วนของการให้ความคุ้มครองภายใต้

¹⁵² TRIPs, Article 27.3(b)

¹⁵³ B. Dhar, Sui Generis Systems for Plant Variety Protection: Options under

TRIPs (Geneva: The Quaker United Nation Office, 2002), p. 23.

ความตกลงทริปส์นั้นมิได้มีการกล่าวถึงการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้โดยตรง แต่ตามความตกลงทริปส์นั้นมีการให้เลือกใช้กฎหมายเฉพาะ (Sui Generis System) ในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรที่เหมาะสมสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจ สังคม และสภาพแวดล้อมของประเทศไทย และการพิจารณากฎหมายที่ออกมาคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยเฉพาะสมุนไพร ต้องให้ชุมชนเป็นผู้มีบทบาทในการคุ้มครองปกป้องอย่างแท้จริง

ผู้เขียนเห็นว่า หลักการสำคัญที่ควรมีอยู่ในกฎหมายเฉพาะ คือ คุ้มครองสิทธิของชุมชนในด้านการอนุรักษ์และพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพร โดยกำหนดรูปแบบสิทธิในทรัพยากรและภูมิปัญญาท้องถิ่นในลักษณะ “สิทธิส่วนรวม” (Communal Property) เพื่อให้ชุมชนมีสิทธิในกฎระเบียบการดูแลจัดการทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นได้อย่างเหมาะสมสอดคล้องกับจารีตประเพณีของท้องถิ่นและเป็นการจัดการร่วมกับรัฐในทุกรูปแบบการจัดการเชิงซ้อน และมีการกำหนดเงื่อนไขหลักเกณฑ์ในการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพร โดยป้องกันมิให้มีการนำเอาทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาอย่างไม่เป็นธรรม

4.1 ปัญหาข้อจำกัดแนวคิดภายใต้ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

หลักสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคล (Private Property Right Regime) อาจเป็นการทำลายการปฏิบัติตามหลักที่ต้องได้รับความเห็นชอบล่วงหน้า (Prior Informed Consent) จากผู้ถือครองความรู้และทรัพยากร แต่ความตกลงทริปส์ไม่ได้กำหนดให้มีข้อกำหนดในเรื่องการได้รับความเห็นชอบล่วงหน้า การปราศจากพันธกรณีในการที่จะต้องได้รับความเห็นชอบล่วงหน้า เป็นหลักสิทธิส่วนบุคคลของประเทศต่าง ๆ วัตถุประสงค์สำคัญของความตกลงทริปส์ เพื่อส่งเสริมให้มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นอุปสรรคต่อการค้าเสรีระหว่างประเทศ¹⁵⁴ โดยเฉพาะประเทศอุตสาหกรรมในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติไปใช้ในกระบวนการประดิษฐ์สิ่งใหม่ นอกจากนี้ ประเทศกำลังพัฒนายังปล่อยให้การเจรจาต่อรองในเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์และการได้รับความเห็นชอบล่วงหน้าเป็นอิสระของคู่สัญญา ไม่มีการร่วมกันกำหนดมาตรฐานที่ชัดเจน ค่าตอบแทนที่ได้จึงมักไม่เป็นธรรมกับประเทศที่กำลังพัฒนา และด้วยเหตุนี้เองจึงมีข้อโต้แย้งว่าทรัพย์สินทางปัญญาเป็นอุปสรรคที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ ระบบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ที่สร้างขึ้นโดยความตกลงทริปส์อาจกระทบต่อภูมิปัญญาท้องถิ่นว่าเป็นสิทธิของเอกชน (Private Rights)¹⁵⁵ สิทธิดังกล่าวถูกควบคุมด้วยบทบัญญัติทั่วไปขององค์การการค้าโลก ซึ่งความตกลงทริปส์นั้นได้นำหลักการพื้นฐานที่ประเทศต้องปฏิบัติเยี่ยง

¹⁵⁴ Michael Blakeney, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Concise Guide to the TRIPs Agreement* (London: Sweet & Maxwell, 1996), p. 9.

¹⁵⁵ TRIPs, Preamble, Para. 4 “Recognizing that intellectual property rights are private rights.

คนชาติ¹⁵⁶ (National Treatment Principle) การปฏิบัติตามข้อ 27.3 (b) ของความตกลงทริปส์ทำให้หลักสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคลของเอกชนขยายออกไปทั่วโลก สิทธินี้อาจทำลายอำนาจอธิปไตยของรัฐซึ่งมีเป้าหมายในสิทธิชุมชนท้องถิ่น

4.2 ประเด็นเรื่องเงื่อนไขของการขอรับสิทธิบัตร

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยนั้นตราขึ้นเพื่อส่งเสริมให้มีการค้นคว้าวิจัย และประดิษฐ์ผลิตภัณฑ์ขึ้นใหม่ที่เป็นประโยชน์ในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม โดยกฎหมายสิทธิบัตรของไทยได้กำหนดความคุ้มครองไว้ว่าจะต้องเป็นสิ่งประดิษฐ์ขึ้น (Invention) ต้องเป็นการประดิษฐ์ที่ใหม่ (Novelty) มีขั้นประดิษฐ์ขั้นสูง (Inventive Step) และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ (Capable of Industrial Application)¹⁵⁷ การประดิษฐ์ที่ได้รับความคุ้มครองต้องเป็นทั้งผลิตภัณฑ์และกรรมวิธี

ในส่วนของการพิจารณาในเงื่อนไขของความใหม่ (Novelty) นั้น จะสูญเสียไปหากเป็นความรู้ที่ปรากฏอย่างแพร่หลาย จึงกลายเป็นการขาดในความใหม่ ความรู้ที่จะได้รับความคุ้มครองต้องมีลักษณะที่ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ แต่ภูมิปัญญาท้องถิ่นมิได้ให้ความสำคัญของการผลิต อีกทั้งจะเป็นการคงไว้ซึ่งจารีตประเพณีและวัฒนธรรมจึงขาดคุณสมบัติที่จะได้รับความคุ้มครองตามสิทธิบัตรดังกล่าว¹⁵⁸

ซึ่งการนำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับพืชสมุนไพรไปทำการดัดแปลงเพียงเล็กน้อยนั้นก็จะเป็นการขาดคุณสมบัติในเรื่องของความใหม่เช่นกัน เช่น บริษัท Grace W. R. ซึ่งเป็นบริษัทเมล็ดพันธุ์และเคมีภัณฑ์ทางการเกษตรได้ขอรับสิทธิบัตรในกรรมวิธีกำจัดศัตรูพืช โดยใช้สารสกัดจากต้นสะเดาต่อสำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ ซึ่งได้มีการออกสิทธิบัตรตามคำขอดังกล่าวในเวลาต่อมา การออกสิทธิบัตรได้กระทำทั้ง ๆ ที่มีการคัดค้านจากตัวแทนรัฐบาลอินเดียว่า กรรมวิธีดังกล่าวไม่ได้เป็นสิ่งใหม่แต่อย่างใด เนื่องจากเกษตรกรอินเดียใช้มาเป็นเวลานานแล้ว¹⁵⁹

4.2.1 ปัญหาการคุ้มครองพืชด้วยระบบสิทธิบัตร

ประเทศต่าง ๆ สามารถกำหนดความคุ้มครองพืชด้วยระบบสิทธิบัตรหรือระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพหรือทั้งสองระบบรวมกัน ตามความตกลงทริปส์ โดยข้อความในข้อ 27.3 (b) ที่ว่า “อาจไม่ให้สิทธิบัตร” (May Exclude) นั้นแปลความหมายได้ว่าประเทศสมาชิกอาจอนุญาตให้มี

¹⁵⁶ หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment Principle) ได้มีการกำหนดไว้ในข้อ 3 ของความตกลงทริปส์เป็นการปฏิบัติที่ประเทศสมาชิกจะต้องปฏิบัติต่อกันต่างชาติเสมือนคนชาติตน

¹⁵⁷ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2542

¹⁵⁸ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, “กฎหมายลักษณะเฉพาะเพื่อการบริหารการจัดการทรัพยากรชีวภาพและส่งเสริมคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น,” *บทบัญญัติ* (กันยายน 2543): 50.

¹⁵⁹ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, “การคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น,” ใน *ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 2* (กรุงเทพฯ: จริยธรรมการพิมพ์, 2547), หน้า 276-277.

การจดสิทธิบัตรในพืช และสัตว์นอกเหนือจากจุลชีพ และกรรมวิธีทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชและสัตว์ก็ได้ เนื่องจากมีการระบุอยู่ในหลักการของกฎหมายสิทธิบัตรว่าสิ่งที่มีชีวิตตามธรรมชาติและเพียงแต่มีผู้ค้นพบนั้น ไม่สามารถจดสิทธิบัตรได้¹⁶⁰ ตามหลักการนี้ พืชและสัตว์ ยีน เซลล์ และสิ่งมีชีวิตทางชีววิทยาที่พบในธรรมชาติ ควรถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่สามารถจดสิทธิบัตรได้ หลักการไม่ให้สิทธิบัตรแก่พืชจึงยังไม่ชัดเจน

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2542 มาตรา 9 (1) ระบุไม่ให้สิทธิบัตรแก่พืช สารสกัดจากพืช เนื่องจากถึงแม้มิได้กล่าวถึงพันธุกรรมพืชหรือพันธุ์พืชโดยตรง แต่พืชเป็นวัตถุที่มีรูปร่างเป็นสิ่งที่สามารถจับต้องได้ (Tangible) และเป็นวัตถุแห่งการครอบครองหวงกันนั้นก็ประกอบขึ้นจากจากพันธุกรรมจำนวนมากที่แสดงลักษณะภายในออกมา (Phenotype) จากผลของการกำหนดลักษณะโดยรหัสพันธุกรรม (Genotype) นั่นเอง ทั้งสองสิ่งจึงมีความสัมพันธ์กัน ไม่อาจแยกพิจารณาพันธุกรรมพืชออกจากพืช อีกนัยหนึ่งก็คือพืชนั่นเอง ซึ่งกฎหมายกฎหมายสิทธิบัตรไม่คุ้มครอง แม้พระราชบัญญัติสิทธิบัตร มาตรา 9 (1) จะไม่ให้สิทธิบัตรแก่ “พืชหรือสารสกัดจากพืช” แต่มีได้ระบุถึง “ส่วนหนึ่งส่วนใดของพืช” ซึ่งต่างจากกรณี “จุลชีพ” ที่ระบุชัดเจน “ถึงส่วนหนึ่งส่วนใดของจุลชีพ” การที่ถ้อยคำในพระราชบัญญัติสิทธิบัตรของไทยไม่ชัดเจน อาจเป็นช่องทางให้พืชส่วนหนึ่งส่วนใดได้รับความคุ้มครอง

ปัญหาที่เกิดจากการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเหนือผลิตภัณฑ์พืชควมมีระบบกฎหมายเพื่อคุ้มครองนวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวกับพืช เป็นการเฉพาะเพื่อปกป้องทรัพยากรพืชที่มีอย่างอุดมสมบูรณ์ในประเทศที่กำลังพัฒนา ซึ่งรวมถึงการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เป็นองค์ความรู้สำคัญเกี่ยวกับพืช โดยเฉพาะในด้านการใช้ประโยชน์จากพืช เช่น การใช้เป็นยาสมุนไพร ระบบกฎหมายเฉพาะ (Sui Generis System) ที่กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาจะให้ความสำคัญกับสิทธิชุมชนมิใช่ปัจเจกบุคคล หากว่าการคุ้มครองสิทธิบัตรในพืชปัญหาที่จะตามมา ก็คือ การวิจัยและพัฒนาของคนไทยที่จะทำให้ลำบากยากเย็นขึ้น เนื่องจากลำดับขั้นของการพัฒนาการที่จะใช้เทคโนโลยีที่ค่อนข้างสูงเพื่อพิสูจน์ความใหม่ ซึ่งจะไปเกี่ยวพันกับภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพร ในส่วนของการพัฒนาพืชสมุนไพร

4.2.2 ปัญหาการคุ้มครองสารสกัดจากพืชหรือจากสัตว์

“สารสกัดจากพืชหรือสัตว์” เป็นสิ่งที่มีอยู่แล้วในพืชหรือสัตว์ตามธรรมชาติจึงไม่ควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เช่น สารสกัดจากใบสะเดา¹⁶¹ ถ้ายังไม่ได้นำไปเป็นส่วนประกอบอื่นเพื่อใช้เป็นยารักษาประสาทย่อมมีสิทธิขอรับสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรได้

กรณีนี้หากพิจารณาในบริบทของกฎหมายสิทธิบัตรที่วัตถุแห่งการคุ้มครองจะต้องเป็นการประดิษฐ์ (Invention) แต่สารสกัดบริสุทธิ์มิใช่สิ่งที่มีมนุษย์ประดิษฐ์ขึ้น แต่เป็นสิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ จึงไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ (Product of Nature) การตีความคุ้มครองสารสกัดบริสุทธิ์

¹⁶⁰ The Third World Network, Article 27.3(b) of the TRIPs Agreement: Review options for the South

¹⁶¹ ยรรยง พวงราช, คำอธิบายกฎหมายสิทธิบัตร (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2542), หน้า 49.

ในฐานะสิ่งประดิษฐ์กลับจะยิ่งก่อให้เกิดผลประหลาด (Absurd) กับกฎหมายสิทธิบัตร และนำมาซึ่งผลกระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพซึ่งเป็นสิ่งซึ่งไม่พึงประสงค์ต่อการคุ้มครอง ดังนั้น การแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรของไทยโดยการระบุสิ่งที่ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ให้รวมถึง “สารสกัดบริสุทธิ์” ด้วย นำมาทำให้เกิดความชัดเจนมากขึ้น

4.2.3 หลักเกณฑ์การขอรับสิทธิบัตร

ระบบกฎหมายสิทธิบัตรได้ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์ที่มีคุณค่าต่อพัฒนาการเศรษฐกิจและอุตสาหกรรม โดยการประดิษฐ์นั้นจะต้องเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ ต้องเป็นการประดิษฐ์ที่ใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ การประดิษฐ์ที่ได้รับการคุ้มครองนี้จะรวมถึงผลิตภัณฑ์และกรรมวิธี ดังนั้น ในทางทฤษฎี บุคคลในชุมชนที่คิดค้นการประดิษฐ์ที่เข้าเงื่อนไขดังกล่าวนั้น ย่อมสามารถยื่นคำขอจดทะเบียนสิทธิบัตรได้เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เช่น บุคคลในชุมชนใดพัฒนาผลิตภัณฑ์มาจากพืชสมุนไพร ซึ่งมีคุณสมบัติในการบำบัดรักษาโรคใดโรคหนึ่ง บุคคลนั้นย่อมสามารถขอเข้าจดทะเบียนสิทธิบัตร เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายได้ ที่มีลักษณะตามที่กฎหมายกำหนด ที่กฎหมายบัญญัติให้เจ้าของสิทธิ มีสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวในการแสวงหาผลประโยชน์จากการประดิษฐ์ หรือ ออกแบบผลิตภัณฑ์ ที่ได้รับสิทธิบัตร สิ่งที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้ พระราชบัญญัติ สิทธิบัตร คือ “การประดิษฐ์” ซึ่งหมายถึง การคิดค้นหรือทำให้เกิดขึ้นของผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีใด ๆ ขึ้นมาใหม่ หรือ ทำให้ดีขึ้นซึ่งกรรมวิธีใหม่¹⁶² สำหรับการนำระบบกฎหมายสิทธิบัตรมาคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นทำได้ ถ้าเข้าตามเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด โดยที่ระบบกฎหมายสิทธิบัตรแบ่งการคุ้มครองออกเป็น 2 ประเภท ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ได้แก่

1. สิทธิบัตรการประดิษฐ์ ถ้าภูมิปัญญาท้องถิ่นใดได้ถูกสร้างหรือคิดค้น โดยไม่มีใครเคยคิดได้มาก่อน หากข้อมูลความรู้ดังกล่าวยังไม่ได้ถูกเปิดเผยต่อสาธารณชน มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นและสามารถนำไปใช้ประโยชน์ในทางอุตสาหกรรมได้ กรณีเช่นนี้ ก็ขอรับความคุ้มครองทางด้านสิทธิบัตรได้

2. สิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองการออกแบบรูปร่างหรือรูปทรงผลิตภัณฑ์ ความคิดสร้างสรรค์เกี่ยวกับรูปร่างและลักษณะภายนอกของผลิตภัณฑ์ ที่แตกต่างไปจากเดิม

นอกจากนี้ จะต้องไม่เป็นสิ่งที่กฎหมายสิทธิบัตรห้ามไว้ในการจัดสิทธิบัตรด้วย ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 แก้ไขเพิ่มเติม 2542 มาตรา 9 (1) วางหลักไว้ว่า “การประดิษฐ์ต่อไปนี้จะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ จุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากธรรมชาติหรือพืช” กฎหมายสิทธิบัตรไม่ได้คุ้มครองการประดิษฐ์จากจุลชีพ และส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสิ่งเหล่านั้น สิทธิบัตรก็ไม่ให้ความคุ้มครอง เช่น ยาพื้นบ้าน ยารักษาโรคที่สกัดมาจาก

¹⁶² กรรมวิธี หมายถึง วิธีการ กระบวนการ หรือกรรมวิธีในการผลิต หรือการเก็บรักษาให้คงสภาพ หรือให้มีคุณภาพดีขึ้นหรือ การปรับปรุงสภาพให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์รวมถึงกรรมวิธีนั้น ๆ ด้วย

สมุนไพรหรือสัตว์ เพราะสัตว์และพืชเป็นปัจจัยการผลิตของเกษตรกรส่วนใหญ่ ดังนั้น แม้จะมีการทำให้พันธุ์พืชหรือพันธุ์สัตว์นั้นดีขึ้นกว่าเดิม โดยยังไม่มีใครเคยทำให้เกิดขึ้นมาก่อน แม้จะครอบครองประกอบก็ขอรับสิทธิบัตรไม่ได้ เพราะจะกระทบคนที่ทำอาชีพเกษตรกรรม

นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายอนุสิทธิบัตร กล่าวคือ การประดิษฐ์ที่ขอรับอนุสิทธิบัตรได้ต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นมาใหม่และสามารถประยุกต์ใช้งานทางอุตสาหกรรมได้ แต่ไม่ต้องมีขั้นประดิษฐ์ที่สูงขึ้น ซึ่งเป็นลักษณะที่ขอรับสิทธิบัตรแบบธรรมดาได้ สมควรที่จะให้ความคุ้มครอง ด้วยการออกเอกสารแสดงสิทธิเพื่อให้เจ้าของการประดิษฐ์ สามารถที่จะหาประโยชน์จากความเป็นเจ้าของของการประดิษฐ์นั้นได้ เพื่อส่งเสริมและสนับสนุนให้เกิดการประดิษฐ์ใหม่ ๆ ขึ้นให้เหมาะสมกับประเทศไทย และสภาพสังคม สามารถนำไปใช้คุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ ทำให้มีการนำสมุนไพรของไทย อย่างเช่น ขมิ้นชัน ไปขอจดทะเบียนอนุสิทธิบัตรได้ จึงเป็นทางเลือกสำหรับนักประดิษฐ์ที่ต้องการได้รับความคุ้มครองอย่างรวดเร็ว เสียค่าใช้จ่ายน้อยและมีโอกาสได้รับความคุ้มครองมากกว่าสิทธิบัตรธรรมดา

กล่าวคือ ในกรณีของภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรนั้น มิได้เป็นสิ่งประดิษฐ์ขึ้นใหม่ จึงไม่ได้ความคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นอันเป็นสิ่งที่มียุติแล้วในธรรมชาติ ตามพระบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2542 มาตรา 9 ที่ไม่สามารถคุ้มครองสิ่งที่มีเกิดขึ้นสิ่งมีชีวิตตามธรรมชาติ นอกจากต้องนำมาผลิตสิ่งใหม่ ๆ อาจเป็นไปได้

ผู้เขียนเห็นว่า การพัฒนาระบบกฎหมายการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรไม่ควรขยายการคุ้มครองไปยังสิ่งมีชีวิตทุกชนิดและควรมีความเป็นธรรมในการคุ้มครองพืชสมุนไพร อันเป็นการป้องกันการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ

4.3 ประเด็นเรื่องการเป็นผู้ประดิษฐ์ร่วมของเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่น

ภายใต้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ภูมิปัญญาท้องถิ่นมีสถานภาพเป็นความรู้ที่เป็นสาธารณะ ได้แก่ ความรู้ทั่วไปที่ไม่มีคุณสมบัติครบถ้วนจนอาจได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย แต่การคุ้มครองได้สิ้นสุดลง ความรู้สาธารณะเป็นสิ่งที่ไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของหรืออ้างสิทธิทางกฎหมายได้ บุคคลทั่วไปสามารถนำเอาความรู้ดังกล่าวไปใช้ประโยชน์ได้อย่างเสรี ไม่ว่าจะเป็นการใช้โดยตรงหรือด้วยการนำไปดัดแปลง เปลี่ยนรูปวิเคราะห์และสังเคราะห์ เพื่อให้เกิดความใหม่¹⁶³ ดังนั้น เมื่อผู้ประดิษฐ์ได้พัฒนาเทคโนโลยีการประดิษฐ์สมัยใหม่ โดยอาศัยภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรไทยเป็นฐาน ถือว่าเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นมีส่วนในการพัฒนาเทคโนโลยีนั้นด้วยเช่นกัน¹⁶⁴ หลักการดังกล่าวแตกต่างจากหลักการกฎหมายสิทธิบัตร ซึ่งเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นสามารถเรียกร้องสิทธิดังกล่าวได้

¹⁶³ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, โจรสลัด และโจรสลัดชีวภาพ ความแตกต่างอยู่ที่ผลประโยชน์, หน้า 2, คำนวนที่ 12 ธันวาคม 2559 จาก <http://www.biothai.net/node/234>

¹⁶⁴ Michael Blakeney, "Bioprospecting and the Protection of Traditional Medical Knowledge of Indigenous Peoples: An Australian Perspective," *European Intellectual Property* 6 (1997): 298-303.

ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายสิทธิบัตรกำหนดว่าความเป็นนักประดิษฐ์ร่วมกัน ถึงแม้ว่าไม่ได้ร่วมประดิษฐ์ด้วยทั้งหมดก็ตาม

4.4 ประเด็นตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542

เป็นกฎหมายที่สำคัญฉบับหนึ่งต่อการกำกับดูแลการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืช รวมถึงสมุนไพรร่างต่าง ๆ โดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมให้มีการปรับปรุงพันธุ์พืชและพัฒนาพรรณพืช เพื่อให้มีพันธุ์พืชใหม่ ๆ เพิ่มขึ้นจากการที่มีอยู่แล้ว และให้การคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมือง ตลอดจนได้มีการนำหลักการต่าง ๆ ที่ได้รับการยอมรับในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity) ไม่ว่าจะเป็นการรับรองสิทธิทางการเกษตร การแบ่งปันผลประโยชน์ที่ไม่เป็นธรรม และการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพโดยได้รับความยินยอมไว้ล่วงหน้ามาบัญญัติไว้ด้วย อันเป็นการส่งเสริมการพัฒนาทางด้านการเกษตรกรรม โดยการส่งเสริมและสร้างแรงจูงใจด้วยการใช้สิทธิและคุ้มครองตามกฎหมายตลอดจนเพื่อเป็นการอนุรักษ์และพัฒนาการใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืช เนื่องจาก พืชเป็นสิ่งมีชีวิตที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการดำรงชีพของมนุษย์ ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน มนุษย์ต่างรู้จักนำพันธุ์พืชมาใช้ประโยชน์ในรูปแบบต่าง ๆ เช่น นำมาเป็นอาหารหรือนำมาเป็นยารักษาโรค ตลอดจนให้ชุมชนมีส่วนร่วมในการดูแลรักษา และยังเป็นกฎหมายที่มีการบัญญัติขึ้นในช่วงที่มีการแย่งชิงภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นจำนวนมาก และพืชต่าง ๆ ของไทยยังสามารถนำไปต่อยอดในการผลิตสิ่งใหม่ ๆ ขึ้นได้อีกด้วย

สาระสำคัญของพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 กฎหมายฉบับนี้ให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชชนิดต่าง ๆ พอสรุปได้ดังนี้

4.4.1 การคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่¹⁶⁵

พันธุ์พืชใหม่ที่จะนำมาขอรับความคุ้มครองต้องมีลักษณะทางเทคนิคตามเงื่อนไขเช่นเดียวกัน สัญญาอุปอฟ กล่าวคือ ต้องเป็นพันธุ์พืชที่มีลักษณะประจำพันธุ์แตกต่างจากพันธุ์พืชอื่น (Distinctiveness) มีความสม่ำเสมอของลักษณะประจำพันธุ์ (Uniformity) และมีความคงตัว (Stability) นอกจากนี้ จะต้องเป็นพันธุ์พืชที่ไม่มีการนำส่วนขยายพันธุ์มาใช้ประโยชน์ ไม่ว่าจะเป็นการขายหรือจำหน่ายด้วยประการใด ๆ ทั้งในหรือนอกประเทศโดยนักปรับปรุงพันธุ์มาใช้ประโยชน์ หรือด้วยความยินยอมของนักปรับปรุงพันธุ์ เกินกว่าหนึ่งปีก่อนวันยื่นขอจดทะเบียน และต้องมีความต่างจากพันธุ์พืชอื่นที่ปรากฏในวันยื่นขอจดทะเบียน โดยความต่างนั้นต้องเกี่ยวข้องกับลักษณะที่เป็นประโยชน์ต่อการเพาะปลูก การบริโภค เกษษกรรม การผลิต หรือการแปรรูป และได้กำหนดหลักการว่า การจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่ที่ได้จากการตัดต่อสารพันธุกรรม (Genetically Modified Plant) จะต้องได้รับการประเมินผลกระทบทางด้านความปลอดภัยต่อสิ่งแวดล้อมด้วย สำหรับหลักการในการยื่นขอจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่นั้น ผู้ที่ยื่นขอจดทะเบียนจะต้องเปิดเผยแหล่งที่มาของพันธุ์พืชใหม่หรือแหล่งที่มาของสารพันธุกรรมที่ใช้ในการปรับปรุงพืช ตลอดจนการเปิดเผยข้อมูล

¹⁶⁵ ปาริณช บริสุทธิ์ศรี, *เรื่องเดิม*, หน้า 16.

การแบ่งปันผลประโยชน์ในกรณีที่มีการใช้พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปหรือพันธุ์พืชป่าในการปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ในทางการค้าด้วย เพื่อแสดงให้เห็นถึงการเข้าถึงทรัพยากรธรรมชาติและหลากหลายทางชีวภาพเป็นไปด้วยความโปร่งใสและเป็นธรรม

4.4.2 การคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะท้องถิ่น¹⁶⁶

สำหรับพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะท้องถิ่น หมายถึง “พันธุ์พืชที่มีอยู่เฉพาะชุมชนใดชุมชนหนึ่งในประเทศไทยและไม่เคยจดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชใหม่มาก่อน” ดังนั้น หากมีการพบพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นเกินกว่าหนึ่งชุมชน ถือว่าเป็นพันธุ์พืชทั่วไป โดยบุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วที่ตั้งถิ่นฐานและสืบทอดวัฒนธรรมร่วมกันมาโดยต่อเนื่องซึ่งได้ร่วมกันอนุรักษ์หรือพัฒนาพันธุ์พืชที่เข้าลักษณะที่กำหนดไว้ พันธุ์พืชที่มีอยู่เฉพาะในท้องถิ่นใดที่หนึ่งในประเทศไทย อาจนำมาจดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชพื้นเมืองได้ หากว่ามีลักษณะเป็นพันธุ์ที่แตกต่างจากพืชชนิดอื่น โดยกฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงความใหม่ไว้

ดังนั้น การคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะท้องถิ่น แม้มีการนำส่วนขยายของพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะท้องถิ่นมาแสวงหาผลประโยชน์ทางการค้ามาก่อน ก็สามารถนำมาจดทะเบียนทางการค้าได้ ผู้ที่มีสิทธิได้รับความจะมีใจปัจเจกชน แต่เป็นชุมชนที่มีถิ่นที่อยู่คุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะท้องถิ่นมาเป็นเวลานานเมื่อจดทะเบียนแล้วชุมชนก็จะมีสิทธิเด็ดขาด

4.4.3 การคุ้มครองการคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองและพันธุ์พืชป่า¹⁶⁷

การคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมือง คือ พันธุ์พืชที่มีการกำเนิดภายในประเทศ ซึ่งได้มีการใช้ประโยชน์อย่างแพร่หลาย ผลประโยชน์ใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการใช้พันธุ์พืชในการปรับปรุงพันธุ์หรือวิจัยเพื่อการพาณิชย์จะต้องแบ่งปันเงินเข้าสู่กองทุนพันธุ์พืช

พันธุ์พืชป่า หมายถึง พันธุ์พืชที่มีอยู่ภายในประเทศตามสภาพยังมิได้มีการนำไปใช้การเพาะปลูกอย่างแพร่หลาย เป็นต้น จะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ในการตกลงเรื่องผลประโยชน์ก่อน มีการกำกับดูแลการเข้าถึงพันธุ์พืช รวมทั้งแก้ไขปัญหาเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้พันธุ์พืชอย่างไม่เป็นธรรมด้วย เป็นต้น

4.5 การคุ้มครองสมุนไพรตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542

พืชสมุนไพร¹⁶⁸ เป็นพืชที่มีสารสกัดดั้งเดิมจากพันธุ์พืช สามารถนำมาใช้ประโยชน์ในด้านต่าง ๆ และเพื่อในการคุ้มครองพันธุ์พืชสมุนไพรที่มีคุณค่าต่อการศึกษา หรือวิจัย หรือมีค่าในทางเศรษฐกิจ

¹⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 16.

¹⁶⁷ เรื่องเดียวกัน.

¹⁶⁸ มาตรา 3 วรรคหก แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542 ได้นิยามคำว่า “สมุนไพร” หมายความว่า พืช สัตว์ จุลชีพ ธาตุวัตถุ สารสกัดดั้งเดิม

หรืออาจสูญเสียพันธุ์ การคุ้มครองพันธุ์พืชสมุนไพรเป็นการคุ้มครองพันธุ์พืชที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ เนื่องจากพืชสมุนไพรนั้นส่วนใหญ่มีความสำคัญในหลายด้าน เช่น ด้านการแพทย์ ด้านวิชาการ ด้านเศรษฐกิจ ด้านสาธารณสุข เป็นต้น จึงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเฉพาะ ซึ่งในกรณีนี้ คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542 เป็นกฎหมายที่คุ้มครองพืชสมุนไพรที่มีอยู่ภายในราชอาณาจักร ตามอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากร ที่สามารถตรวจสอบได้จากการที่ปัจเจกบุคคลนำมาจดทะเบียนไว้ที่กรมการแพทย์

โดยกฎหมายได้กำหนดมาตรการการคุ้มครองพันธุ์พืชสมุนไพรไว้ ดังนี้

1. กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชสมุนไพรที่มีต่อการศึกษาวิจัย หรือมีความสำคัญทางเศรษฐกิจ หรืออาจสูญเสียพันธุ์ โดยรัฐมนตรีประกาศในพระราชกิจจานุเบกษา กำหนดประเภท ลักษณะ ชนิด และชื่อของพันธุ์พืชสมุนไพรที่มีความสำคัญไว้ควบคุม เป็นการให้ความสำคัญแก่สมุนไพรโดยเฉพาะที่มีมากกว่าพันธุ์พืชทั่วไป ต้องเป็นไปด้วยการอนุรักษ์ คุ้มครองและสามารถตรวจสอบได้¹⁶⁹
2. กฎหมายให้สิทธิในการวิจัยพืชสมุนไพรได้โดยไม่ได้ทำในเชิงพาณิชย์ โดยไม่ต้องขออนุญาตจากผู้อนุญาต¹⁷⁰ และการใช้ดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย หากผู้ใดจะทำการศึกษาศึกษาพืชสมุนไพรไปในลักษณะเชิงพาณิชย์จะต้องได้รับอนุญาตเสียก่อนจึงจะกระทำได้
3. กฎหมายมีเจตนารมณ์เพื่อสนับสนุนเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการเป็นเจ้าของหรือครอบครองที่ดินที่เป็นถิ่นกำเนิดของพืชสมุนไพรเพื่อไม่ให้เกิดการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ
4. กฎหมายได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการกระทำใด ๆ ภายใต้อำนาจของกฎหมาย เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยได้ว่าได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น

4.6 กรณีศึกษา

กรณีของโจรสลัดทางชีวภาพ ได้เกิดประเด็นมากมายจากประเทศที่พัฒนาแล้วที่มีความคิดในแนวทางที่ทุกคนหรือประชากรทุกคนในโลกเป็นเจ้าของในทรัพยากรชีวภาพ สามารถเข้ามาในประเทศที่กำลังพัฒนาและสามารถนำทรัพยากรชีวภาพของประเทศที่กำลังพัฒนานั้นไปใช้ประโยชน์โดยไม่ต้องขออนุญาตแก่ประเทศผู้เป็นเจ้าของในทรัพยากรชีวภาพ ทำให้ประเทศที่กำลังพัฒนาไม่ได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์ และเมื่อมีการตรวจสอบจากประเทศที่กำลังพัฒนาที่ต้องการอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศ จึงได้มีการทำข้อโต้แย้งและเพิกถอนสิทธิจากการใช้ประโยชน์โดยมิชอบขึ้น อันเป็นกรณีศึกษา

จากพืชหรือสัตว์ ที่ใช้แปรรูป หรือผสม หรือปรุงเป็นยา หรืออาหาร เพื่อการตรวจวินิจฉัยหรือบำบัด รักษา หรือป้องกันโรค หรือส่งเสริมสุขภาพร่างกายของมนุษย์ หรือสัตว์ และให้หมายความรวมถึงถิ่นกำเนิดด้วย

¹⁶⁹ มาตรา 78 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 กำหนดบทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดต่อพันธุ์พืชสมุนไพร

¹⁷⁰ ในกรณีนี้หมายถึง ปลัดกระทรวง หรือ ผู้ซึ่งปลัดกระทรวงมอบหมาย

เมื่อเกิดปัญหาที่เกี่ยวกับการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพไปใช้โดยไม่ได้ขออนุญาตประเทศที่เป็นเจ้าของในความหลากหลายทางชีวภาพนั้น ๆ¹⁷¹ โดยการนำสิ่งที่มีชีวิตและไม่มีชีวิตในความหลากหลายไปใช้โดยไม่ได้รับการอนุญาตให้นำไปใช้ในเชิงพาณิชย์ ซึ่งเป็นปัญหาที่มีผลกระทบต่อทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นทรัพย์สินที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก แต่ด้วยทุกประเทศต้องมีการติดต่อการค้าขายร่วมกันนั้น ทำให้เกิดข้อตกลงร่วมกันเพื่อให้ทุกประเทศเข้าเป็นภาคีสมาชิกและต้องปฏิบัติตาม คือ ข้อตกลงที่เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้าหรือข้อตกลงทริปส์ (Agreement on Trade Related Aspects on Intellectual Property Rights: TRIPs Agreement) ภายใต้องค์การการค้าโลก (World Trade Organisation: WTO) ในปี พ.ศ.2537 ซึ่งเป็นข้อตกลงที่ทำให้ประเทศสมาชิกภายใต้ขององค์การการค้าโลกนั้นได้รับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่มีมาตรฐานในการคุ้มครองงานทางทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภท โดยเฉพาะการคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์ทางด้านเทคโนโลยีชีวภาพ แต่เนื่องด้วยข้อตกลงทริปส์นั้นไม่ได้มีข้อบังคับให้กับประเทศที่นำทรัพยากรชีวภาพที่เป็นส่วนหนึ่งของความหลากหลายทางชีวภาพต้องให้ค่าตอบแทนหรือประโยชน์ใด ๆ ต่อประเทศที่เป็นเจ้าของในความหลากหลายทางชีวภาพ และยังเป็น การขยายไปถึงการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นอีกด้วยซึ่งเป็นทรัพย์สินที่มีค่า ในประเทศที่กำลังพัฒนา และเนื่องจากปัจจุบันเกิดกระแสการอนุรักษ์ในทรัพยากรชีวภาพที่เป็น ส่วนหนึ่งของความหลากหลายทางชีวภาพ จึงมีกระแสการเรียกร้องให้มีการพัฒนากฎหมายเฉพาะ (Sui Generis System) เพื่อให้มีการคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม ก็จะมีกระแสการต่อต้านอยู่ตลอดเวลาจากบริษัทข้ามชาติที่มานำทรัพยากรชีวภาพอันเป็นส่วนหนึ่งในความหลากหลายทางชีวภาพไปใช้ ในการพัฒนาจนการเป็นสินค้าเพื่อประโยชน์ในทางพาณิชย์ ซึ่งจากเหตุการณ์ดังกล่าวจึงมีหน่วยงานพัฒนาเอกชนในหลาย ๆ ประเทศได้มีการติดตามการใช้ประโยชน์จาก ความหลากหลายทางชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นของบริษัทข้ามชาติ โดยนำมาเปิดเผยสู่สาธารณะเพื่อเรียกร้องความเป็นธรรม ในการเข้ามาหยิบฉวยความหลากหลายทางชีวภาพไปใช้ประโยชน์ ตลอดจนเรียกร้องให้มีการแบ่งผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมแก่เจ้าของความหลากหลายทางชีวภาพ เพื่อลดอัตราการเป็นโจรสลัดทางปัญญา (Intellectual Piracy)

กรณีของโจรสลัดทางชีวภาพได้เกิดประเด็นมากมายจากประเทศที่พัฒนาแล้วที่มีความคิดในแนวทางที่ทุกคนหรือประชากรทุกคนในโลกเป็นเจ้าของในความหลากหลายทางชีวภาพ สามารถเข้ามาในประเทศที่กำลังพัฒนาและสามารถนำความหลากหลายทางชีวภาพของประเทศที่กำลังพัฒนานั้นไปใช้ประโยชน์โดยไม่ต้องขออนุญาตแก่ประเทศผู้เป็นเจ้าของในความหลากหลายทางชีวภาพ ทำให้ประเทศที่กำลังพัฒนาไม่ได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์ และเมื่อมีการตรวจสอบจากประเทศที่กำลังพัฒนาที่ต้องการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพของประเทศ จึงได้มีการทำข้อโต้แย้งและเพิกถอนสิทธิจากการใช้ประโยชน์โดยมิชอบขึ้น อันเป็นกรณีศึกษา เช่น

¹⁷¹ ปารินุช บริสุทธิ์ศรี, *เรื่องเดิม*

4.6.1 กรณีศึกษาสิทธิบัตรขมิ้นชัน¹⁷²

ขมิ้นชัน (Turmeric) (*Curcuma Longa* L.) เป็นพืชวงศ์ Zingiberaceae มีลักษณะเป็นไม้ล้มลุก เป็นเหง้าใต้ดิน มีกลิ่นเฉพาะตัว และมีสรรพคุณในการรักษาโรคผิวหนัง ผื่นคัน หรือรักษาอาการท้องอืดท้องเฟ้อ ซึ่งในตัวขมิ้นชันมีสารสำคัญ 2 ชนิด คือ ชนิดที่เป็นสารให้สี คือ Curcuminoid พบประมาณ 5 เปอร์เซ็นต์ ของน้ำหนักแห้ง สารสำคัญอีกชนิด คือ น้ำมันหอมระเหยที่ประกอบไปด้วย สาร Monoterpenoids และ Sesquiterpenoids ซึ่งในปี ค.ศ.1995 สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาได้อนุมัติสิทธิบัตรการประดิษฐ์ของการใช้ขมิ้นชันเพื่อเป็นยาสมานแผล แก้มหาวิทยาลัยมิสซิสซิปปี ซึ่งเป็นข้อถกเถียงกันเป็นอย่างมาก ต่อมาสภาวิจัยทางวิทยาศาสตร์และอุตสาหกรรมของประเทศไทยได้ทำการยื่นขอเพิกถอนสิทธิบัตรฉบับดังกล่าว เพราะขมิ้นชันนั้น ได้เป็นยารักษาแผลและอาการผื่นคันอยู่ก่อนแล้ว กล่าวคือ เพราะมีหลักฐานที่บันทึกเป็นภาษาสันสกฤตและภาษาอังกฤษ ประกอบกับการตีพิมพ์ไว้ในวารสารของสมาคมแพทย์ของประเทศไทย จึงเป็นเหตุให้สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้านั้นตัดสินใจให้มีการเพิกถอนสิทธิบัตรเพราะเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่ขาดความใหม่ (Lack of Novelty) ในการขอจดสิทธิบัตร

4.6.2 กรณีศึกษาสมุนไพรกวาวเครือ

กวาวเครือ (Pueraria Mirifica) เป็นพืชสมุนไพรที่สำคัญของไทยซึ่งรู้จักกันอย่างแพร่หลาย มีสรรพคุณทำให้ผิวพรรณนุ่มนวลและเต่งตึง ทำให้ได้ผลิตภัณฑ์สมุนไพรเสริมความงามมานานหลายสิบปี แต่ขณะนี้ได้ถูกบริษัทญี่ปุ่นและบริษัทสหรัฐฯ นำสารสกัดจากกวาวเครือไปจดสิทธิบัตร ซึ่งประเทศญี่ปุ่นได้นำพืชชนิดนี้ไปจดสิทธิบัตรแล้ว สิทธิบัตรที่สองบริษัทได้จดสิทธิบัตรเป็นสิทธิบัตรสหรัฐฯ การจดสิทธิบัตรครั้งนี้ ถือว่าซ้ารอยประวัติศาสตร์การจดสิทธิบัตรเปล้าน้อยของไทย และนำไปแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบไม่ได้ขออนุญาตประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศเจ้าของในความหลากหลายทางชีวภาพ โดยอาศัยภูมิปัญญาพื้นบ้านของไทย จะทำให้บริษัทต่างประเทศได้เปรียบทางการค้า โดยจะเข้ามาแทรกแซงส่วนแบ่งการตลาดกับผลิตภัณฑ์สมุนไพรกวาวเครือจากประเทศไทย ซึ่งส่งผลกระทบต่ออุตสาหกรรมสมุนไพรไทยเป็นอย่างมาก ในกรณีของ เปล้าน้อย กวาวเครือ และกรณีศึกษาสิทธิบัตรขมิ้นชัน (Turmeric) (*Curcuma Longa* L.) เป็นพืชวงศ์ Zingiberaceae มีลักษณะเป็นไม้ล้มลุก เป็นเหง้าใต้ดิน มีกลิ่นเฉพาะตัว และมีสรรพคุณในการรักษาโรคผิวหนัง ผื่นคัน หรือรักษาอาการท้องอืดท้องเฟ้อ ซึ่งในตัวขมิ้นชันมีสารสำคัญ 2 ชนิด คือ ชนิดที่เป็นสารให้สี คือ Curcuminoid พบประมาณ 5 เปอร์เซ็นต์ ของน้ำหนักแห้ง สารสำคัญอีกชนิด คือ น้ำมันหอมระเหยที่ประกอบไปด้วย สาร Monoterpenoids และ Sesquiterpenoids ซึ่งในปี ค.ศ.1995 สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาได้อนุมัติสิทธิบัตรการประดิษฐ์ของการใช้ขมิ้นชันเพื่อเป็นยาสมานแผล แก้มหาวิทยาลัยมิสซิสซิปปี ซึ่งเป็นข้อถกเถียงกันเป็นอย่างมาก ต่อมาสภาวิจัยทางวิทยาศาสตร์และอุตสาหกรรมของประเทศไทยได้ทำการยื่นขอเพิกถอนสิทธิบัตรฉบับดังกล่าว เพราะขมิ้นชันนั้นได้เป็นยารักษาแผลและอาการผื่นคันอยู่ก่อนแล้ว กล่าวคือ

¹⁷² เรื่องเดียวกัน.

เพราะมีหลักฐานที่บันทึกเป็นภาษาสันสกฤตและภาษาอังกฤษ ประกอบกับการตีพิมพ์ไว้ในวารสารของสมาคมแพทย์ของประเทศอินเดีย จึงเป็นเหตุให้สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าขึ้นตัดสินให้มีการเพิกถอนสิทธิบัตรเพราะเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่ขาดความใหม่ (Lack of Novelty) ในการขอจดสิทธิบัตร เป็นต้น

4.6.3 กรณีศึกษาสมุนไพรเปล้าน้อย

ในแนวคิดเรื่องสมุนไพรในประเทศที่พัฒนาแล้วมักจะถือว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นความรู้สาธารณะ (Public Domain) ทุกคนสามารถเข้าถึงในภูมิปัญญาท้องถิ่นได้และสามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้ ซึ่งแตกต่างกับประเทศที่กำลังพัฒนากลับมีความเห็นว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นสิ่งมีค่า จึงมีสิทธิที่จะหวงกันมิให้มีการใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยมิได้ตอบแทนให้กับประเทศที่กำลังพัฒนาที่เป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น อย่างไรก็ตาม ในช่วงที่ผ่านมา มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือทรัพยากรชีวภาพโดยมิได้ตอบแทนไว้หลายกรณี เช่น กรณีของ เปล้าน้อย (*Croton Sublyratus*) พืชสมุนไพรพื้นบ้านของไทย มีลักษณะเป็นไม้พุ่มไม่สูงมากนัก ขึ้นอยู่ตามธรรมชาติของไทย มีประเทศญี่ปุ่นได้วิจัยต้นเปล้าน้อย และได้จดสิทธิบัตรสารสกัดจากต้นเปล้าน้อยในชื่อ เปลาโนทอล (Plaunotal) ให้ผลผลิตจากเปล้าน้อยจำหน่าย โดยใช้ชื่อทางการค้าว่า “เคลเนกซ์” (Kelnac)¹⁷³ เป็นยารักษาโรคกระเพาะที่สกัดจากเปล้าน้อยที่ปลูกในไทย ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าบริษัทญี่ปุ่นได้สิทธิบัตรในตัวสารเปลาโนทอล (Plaunotal)¹⁷⁴ จากทรัพยากรพันธุกรรมและความหลากหลายทางชีวภาพของไทย ถือเป็นการขโมยความหลากหลายทางชีวภาพของไทยและเป็นการปิดกั้นการวิจัยและพัฒนาของไทย ทำให้ประเทศไทยที่เป็นเจ้าของความหลากหลายทางชีวภาพนั้น ๆ แต่กลับไม่สามารถใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพของตนได้อย่างเต็มที่

4.6.4 กรณีศึกษาข้าวหอมมะลิ

สำหรับประเด็นปัญหาล่าสุด กรณีของข้าวหอมมะลิ ที่เกิดการแย่งชิงทางพันธุกรรม กล่าวคือ การนำเมล็ด ส่วนขยาย ลำต้น ไปปลูกที่อื่นต่างถิ่น แต่เมื่อเวลาผ่านไปเทคโนโลยีพัฒนาขึ้น การปรับปรุงพันธุ์พืชกลายมาเป็นวิธีการแย่งชิงพันธุกรรมหนทางใหม่ ซึ่งเรียกกันทั่วไปว่า “โจรสลัดทางชีวภาพ”¹⁷⁵ (Bio-Piracy) ไม่เพียงเป็นการโจรกรรมทางพันธุกรรมของพืช แต่ในศตวรรษนี้มีทั้งสัตว์ จุลินทรีย์ หรือแม้แต่พันธุกรรมมนุษย์ที่จะถูกนำไปวิจัย กรณีของการโจรกรรมทางชีวภาพที่ประเทศไทยตกเป็นผู้เสียหาย ก็คือ กรณีของ “ข้าวหอมมะลิ” เมื่อ 9 ปีที่แล้ว ข้าวไทยพันธุ์หอมมะลิ (Jasmine Rice) ได้ถูกนักวิจัยชาวอเมริกันนำไปปรับปรุงพันธุ์ใหม่ เพื่อให้ปลูกใหม่ในสภาพภูมิอากาศ

¹⁷³ “Plaunotal Inhibits Postprandial Gastrin Release by Its Unique Secretin Releasing Action In Humans,” *Digestive Diseases and Sciences*, pp. 1140-1145.

¹⁷⁴ Process for Extraction and Purification of Plaunotal, *op. cit.*;
Geranylgeraniol-18-hydroxylase from *Croton Sublyratus*, *op. cit.*

¹⁷⁵ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, *เรื่องเดิม*.

ที่แตกต่างไปจากประเทศไทย ก่อนจะยื่นจดทะเบียนทางการค้าในชื่อ “จัสติมา (Jastima)” โดยแอบอ้างว่าเป็น ข้าวหอมมะลิที่ปลูกในเท็กซัส เมื่อปี พ.ศ.2541 เมื่อรู้ตัวรัฐบาลไทยจึงได้ยื่นฟ้อง แต่ถูกปฏิเสธโดยอ้างว่า การกระทำดังกล่าวไม่ผิดกฎหมายสหรัฐ ต่อมาในปี พ.ศ.2543 มีการจัดประชุมทางไกล เพื่อหาทางลดข้อขัดแย้งและความไม่พอใจของประชาชนไทย เจ้าหน้าที่สหรัฐแนะนำให้ไทยใช้กฎหมายเครื่องหมายการค้า Trade Mark เพื่อปกป้องข้าวหอมมะลิ ปีต่อมา สถาบันวิจัยข้าวของสหรัฐอีกแห่งก็เริ่มโครงการปรับปรุงข้าวหอมมะลิเพื่อปลูกในสหรัฐ โดยนักวิจัยอ้างว่าได้พันธุกรรมข้าวหอมมะลิไปจากสถาบันวิจัยข้าวนานาชาติ แต่ไม่มีการลงนามในสัญญาการเคลื่อนย้ายพันธุกรรม แสดงถึงเจตนาที่จะจดสิทธิบัตรข้าวซึ่งปรับปรุงข้าวหอมมะลิ ซึ่งไม่อาจยอมรับได้จากกติการะหว่างประเทศ การปรับปรุงพันธุกรรมข้าวหอมมะลิให้เพราะปลูกในประเทศอื่นได้จะเป็นผลเสียกับประเทศไทย ทั้งการตลาดและชื่อเสียงของข้าวไทย เมื่อข้าวหอมมะลิกลายเป็นสิทธิส่วนบุคคล คนไทยในฐานะผู้นำเข้าหรือผู้จำหน่ายข้าวหอมมะลิอาจถูกฟ้อง ละเมิดสิทธิเป็นทำลายอนาคตของชาวนาไทย เป็นต้น

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาพบว่า ปัจจุบันสังคมได้มีการตื่นตัวและเห็นความสำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรว่ามีศักยภาพในการนำไปใช้ให้เกิดประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ซึ่งจะสร้างมูลค่าให้แก่เศรษฐกิจอย่างมหาศาล สามารถนำไปประยุกต์ใช้ให้เกิดประโยชน์ในการดำรงชีวิตของเราได้ แต่แนวความคิดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรในประเทศที่พัฒนาแล้วกับประเทศที่กำลังพัฒนานั้นมีความแตกต่างกัน จึงทำให้ผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายขัดแย้งกัน ซึ่งประเทศที่กำลังพัฒนานั้นมีทรัพยากรมากกว่าประเทศที่พัฒนาแล้ว โดยอ้างว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรอันเป็นทรัพยากรทางธรรมชาติเหล่านั้นเป็นสมบัติสาธารณะ ไม่มีใครสามารถอ้างสิทธิการเป็นเจ้าของได้ แต่ต้องถือว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือทรัพยากรธรรมชาตินั้นเป็นสมบัติของชุมชนท้องถิ่นที่มีภูมิปัญญานั้น และก็เป็นสิทธิของชาวบ้านในชุมชนท้องถิ่นนั้นที่จะสามารถใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ จึงมีการนำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรต่าง ๆ อันเป็นองค์ความรู้ และประสบการณ์ของคนในชุมชนท้องถิ่นที่ตกทอดมาจากบรรพบุรุษสู่คนอีกรุ่นหนึ่งจนถึงปัจจุบัน เช่น ความรู้เกี่ยวกับยาสมุนไพร ความรู้ในการนำมาเป็นอาหารเพื่อยังชีพ เป็นต้น

ภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรมีความสำคัญต่อการดำรงชีวิตของผู้คน และเห็นได้ว่าองค์การอนามัยโลก พบว่าประชากรร้อยละ 80 ที่อยู่อาศัยในประเทศกำลังพัฒนานั้นต้องพึ่งพาการรักษาโรคจากพืชสมุนไพรกว่า 2 ใน 3 ของโลก หรืออย่างน้อย 35,000 กว่าชนิดที่มีคุณค่าทางยาอันได้มาจากประเทศกำลังพัฒนา ส่วนผสมของยากว่า 7,000 กว่าชนิดที่ใช้ในการผลิตยาในประเทศอุตสาหกรรมได้มาจากพืช 1 ใน 4 ของมูลค่าการขายเภสัชภัณฑ์ในสหรัฐเป็นยาที่ได้มาจากพืชโดยผ่านกระบวนการสกัดโดยตรงและการสังเคราะห์เลียนแบบ¹⁷⁶

จะเห็นว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรจึงมีความสำคัญต่อเศรษฐกิจ ซึ่งประเทศไทยเป็นประเทศที่มีพืชสมุนไพรเป็นอย่างมากและมักถูกฉกฉวยไปใช้ประโยชน์โดยคนต่างชาติที่เข้ามาทำการศึกษาวิจัยและได้นำพืชสมุนไพรที่เข้ามาศึกษา กลับสู่ประเทศของตน ประกอบกับนำสมุนไพรนั้นไปต่อยอดเป็นผลิตภัณฑ์ชนิดใหม่ ๆ ทำให้ประเทศไทยได้รับความเสียหาย รัฐจึงจัดให้มีหน่วยงานเพื่อมาปกป้องในภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อมาคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรนั้นยังไม่มี ความชัดเจนเท่าที่ควร เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542 กฎหมายฉบับนี้ให้ความคุ้มครองแก่ตำรับ ตำรายา การแพทย์

¹⁷⁶ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, สิทธิชุมชนในทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น (กรุงเทพฯ: สำนักคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2547), หน้า 57.

แผนไทย และพืชสมุนไพร ได้แก่ พืช สัตว์ จุลชีพต่าง ๆ เป็นทรัพยากรที่มีความสำคัญของประเทศ โดยกฎหมายฉบับนี้นั้นได้ให้ความคุ้มครองในลักษณะของปัจเจกชนที่นำมาขึ้นทะเบียนเป็นยาสมุนไพรในลักษณะผู้ทรงสิทธิ แต่ไม่ได้คุ้มครองในลักษณะที่มีมาตรการในการควบคุมมิให้นำพืชสมุนไพรที่ต่างชาติเข้ามาศึกษาภายในประเทศไทย เมื่อศึกษาวิจัยเรียบร้อยแล้วก็นำสมุนไพรมันออกไปจากประเทศไทยด้วย โดยมีได้มีการทำสัญญาหรือการตอบแทนเป็นค่าตอบแทนในการอนุญาตให้เข้ามาทำการศึกษาวิจัยไม่ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 กฎหมายฉบับนี้มุ่งถึง การคุ้มครองในลักษณะอนุรักษ์ และพัฒนาพันธุ์พืชชนิดต่าง ๆ ซึ่งมีส่วนสำคัญในการนำมาผลิตยาสมุนไพรซึ่งมาจากภูมิปัญญาท้องถิ่น หน่วยงานรัฐหรือกระทรวงต่าง ๆ มีหน้าที่กำกับดูแลกฎหมายดังกล่าว ได้แก่ กระทรวงสาธารณสุข และกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ แม้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ในปัจจุบันจะสามารถคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นได้เพียงบางกรณีเท่านั้น แต่ไม่สามารถคุ้มครองได้ครอบคลุมในประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ทั้งหมดให้มีประสิทธิภาพ ดังนั้น การนำระบบทรัพย์สินทางปัญญาไปใช้ในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงไม่มีความเหมาะสม เนื่องจากเจตนารมณ์แห่งกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นมีความแตกต่างกับกฎหมายเฉพาะโดยสิ้นเชิง ซึ่งกระทรวงพาณิชย์กำกับดูแลอยู่ จะเห็นได้ว่าปัญหาและอุปสรรคของการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรที่สำคัญ คือ ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายคุ้มครอง ภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรได้อย่างเป็นรูปธรรม เพียงแต่เป็นการสร้างระบบกฎหมายเฉพาะขึ้นมาให้ความคุ้มครองผู้ที่ขอขึ้นทะเบียนสมุนไพรเท่านั้น ถ้าไม่มีการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรมาขอขึ้นทะเบียนกับหน่วยงานที่ดูแลก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองนั้น

ซึ่งการเลือกมาตรการการคุ้มครองในภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรให้เป็นกฎหมายเฉพาะ (Sui Generis System) จะดีต่อประเทศที่กำลังพัฒนามากกว่า เนื่องจากสามารถออกกฎหมายที่มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นภายในประเทศได้ และยังสามารถสร้างกฎหมายเฉพาะเพื่อมาคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นได้อย่างถูกต้องที่สุด การปรับปรุงกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาก็มีความจำเป็นเช่นกัน เพื่อให้สามารถนำกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามาปรับใช้กับภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ประโยชน์โดยมิชอบ และไม่มีการแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่ประเทศที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่น ควรแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้นเพื่อประโยชน์อันสูงสุดของประเทศ ซึ่งในปัจจุบันมีการยกย่องพระราชบัญญัติสมุนไพรแห่งชาติ พ.ศ. โดยสภานิติบัญญัติโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองพืชสมุนไพรอันเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่น มีสาระสำคัญในการคุ้มครองผลิตภัณฑ์ของพืชสมุนไพร โดยจัดตั้งคณะบุคคลมาเป็นกรรมการกำกับดูแลพืชสมุนไพรแห่งชาติ พร้อมจัดตั้งสถาบันพืชสมุนไพรเป็นนิติบุคคลของรัฐในการควบคุมดูแลในการโฆษณาสรรพคุณของพืชสมุนไพรไม่ให้มีการหลอกลวง อีกทั้งให้จัดตั้งกองทุนในการปฏิบัติงานด้านต่าง ๆ เกี่ยวกับสมุนไพรเท่านั้น จะเห็นได้ว่าหาได้คุ้มครองถึงพืชสมุนไพรที่เป็นทรัพยากรธรรมชาติของประเทศอันเป็นพืชดั้งต้นที่เกิดในธรรมชาติไม่ แต่เป็นเพียงการคุ้มครองผลผลิตขั้นสุดท้ายของปัจเจกบุคคลที่นำมาขึ้นทะเบียนให้ได้ใช้ประโยชน์เท่านั้น เป็นผลให้พืชสมุนไพรที่มีอยู่ตามธรรมชาติที่มีสรรพคุณต่าง ๆ อยู่ในตัวเองโดยมิต้องผ่านกรรมวิธีใด ๆ ให้เกิดผลิตภัณฑ์ใหม่ไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควร ทำให้ประชาชนในท้องถิ่นนั้นเสียประโยชน์ในการใช้พืชสมุนไพรนั้น ๆ ในการดำรงชีพ และเสียประโยชน์โดยมิได้แบ่งปันผลประโยชน์แก่ท้องถิ่นนั้น ๆ

อีกทั้ง เป็นการเข้าซ้อนในการคุ้มครองพืชสมุนไพรอันเป็นทรัพยากรธรรมชาติในภูมิปัญญาท้องถิ่น ตามร่างพระราชบัญญัติภูมิปัญญาท้องถิ่น พ.ศ. ที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองในการอนุรักษ์ อย่างยั่งยืน

5.2 ข้อเสนอแนะ

1. เห็นควรสร้างกฎหมายเฉพาะเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับสมุนไพรให้ สอดคล้องกับการพัฒนาเศรษฐกิจและเทคโนโลยี ให้มีความเหมาะสมกับการอนุรักษ์และการใช้ ประโยชน์จากพืชสมุนไพร ควรเพิ่มเติมทำให้กฎหมายเฉพาะมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น คือ หลักการ ได้รับความยินยอมล่วงหน้า หมายถึง การกำหนดเงื่อนไขในการจดสิทธิบัตรต้องได้รับความยินยอม จากผู้ครอบครองพืชสมุนไพรในสิทธิชุมชนของคนทั้งประเทศ

2. เห็นควรสร้างกฎหมายเฉพาะเพื่อคุ้มครองพืชสมุนไพรนั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้อง มีการกำหนดบทลงโทษทางอาญาด้วย โดยอาศัยหลักการเดียวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ ซึ่งเป็นการกระทำความผิดต่อภูมิปัญญาท้องถิ่นซึ่งเป็นสมบัติของชาติ เพราะกฎหมายดังกล่าวนี้จะ เป็นเกราะป้องกันการฉกฉวย การนำพืชสมุนไพรไปใช้ประโยชน์ โดยปราศจากการเยียวยาหรือ ค่าตอบแทน

3. เห็นควรปรับปรุงแก้ไขกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ ให้มีความเป็นธรรมต่อ การคุ้มครองพืชสมุนไพร และป้องกันการฉกฉวยภูมิปัญญาท้องถิ่นนำไปจดสิทธิบัตรโดยมิชอบ เนื่องจากระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ในปัจจุบันเปิดโอกาสให้กับกลุ่มนายทุนในประเทศที่พัฒนา แล้วเข้ามาแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ซึ่งการปรับปรุงกฎหมายสิทธิบัตรให้มีความเป็นธรรมต่อ การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นมากขึ้น โดยการกำหนดให้มีการระบุแหล่งที่มาของภูมิปัญญาท้องถิ่น เพื่อที่จะได้ใช้เป็นฐานข้อมูลในการตรวจสอบคำขอสิทธิบัตรว่าเป็นสิ่งใหม่หรือไม่และการจัดทำ ฐานข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างเป็นระบบ ซึ่งการจัดทำฐานข้อมูลนี้ในปัจจุบันกรมทรัพย์สินทาง ปัญญา กระทรวงพาณิชย์ได้ออกกฎระเบียบว่าด้วยการแจ้งข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย พ.ศ.2545 โดยให้ผู้ดูแล รักษา และพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นทำการแจ้งข้อมูลภูมิปัญญาไว้เป็นฐานระบบ เพื่อขึ้นทะเบียนจัดเก็บอย่างเป็นระบบ เป็นการป้องกันการแอบนำพืชสมุนไพรไปใช้โดยมิได้รับ อนุญาตจากผู้ขอจดทะเบียน

บรรณานุกรม

- กรมทรัพยากรทางปัญญา. **ประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่น**. ค้นวันที่ 22 กรกฎาคม 2556 จาก http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_content&task=category§ionid=25&id=161&Itemid=262&lang=en
- กรมทรัพยากรทางปัญญา. **ภูมิปัญญาท้องถิ่น**. ค้นวันที่ 30 กรกฎาคม 2558 จาก http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_content&task=category§ionid=25&id=161&Itemid=262&lang=en
- กรมป่าไม้, สำนักจัดการทรัพยากรป่าไม้ที่ 4 สาขาพิษณุโลก. **การพัฒนาแบบยั่งยืน (Sustainable Development)**. ค้นวันที่ 2 กรกฎาคม 2556 จาก http://www.forest.go.th/phitsanulok/index.php?option=com_content&view=article&id=517Ap9&catid=13A2010-06-04-06-M-S&lang=th
- กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, กองนโยบายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ. **การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้องค์การทรัพย์สินระหว่างประเทศ**. ค้นวันที่ 30 กรกฎาคม 2559 จาก [http://www.mfa.go.th/business/th/cooperation/252/16262-องค์การทรัพย์สินระหว่างประเทศ-\(-WIPO-\).html](http://www.mfa.go.th/business/th/cooperation/252/16262-องค์การทรัพย์สินระหว่างประเทศ-(-WIPO-).html)
- กระทรวงสาธารณสุข, กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก, กลุ่มนิติการ. **เอกสารประกอบการอบรม โครงการจดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542**. นนทบุรี: กลุ่มนิติการ กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก กระทรวงสาธารณสุข, ม.ป.ป.
- กิตติศักดิ์ ปรกิติ. **สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550.
- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. **สิทธิชุมชนในทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น**. กรุงเทพฯ: สำนักคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2547.
- โครงการอินเทอร์เน็ตเพื่อกฎหมายประชาชน (iLaw). **ร่าง พ.ร.บ.สมุนไพรแห่งชาติ ยกระดับสมุนไพร**. ค้นวันที่ 19 มกราคม 2560 จาก <https://ilaw.or.th/node/1844>
- จักรกฤษณ์ ควรพจน์. **กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ ลิขสิทธิ์ และเครื่องหมายการค้า**. กรุงเทพฯ: พี. เจ. เพลทโพรเซลเซอร์, 2544.
- จักรกฤษณ์ ควรพจน์. **กฎหมายลักษณะเฉพาะเพื่อการบริหารจัดการทรัพยากรชีวภาพและส่งเสริมคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น**. **บทบัญญัติ**. (กันยายน 2543).
- จักรกฤษณ์ ควรพจน์. **การคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น**. ใน **ทรัพยากรทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 2**. กรุงเทพฯ: จริยการพิมพ์, 2547.
- จักรกฤษณ์ ควรพจน์. **โจรสลัด และโจรสลัดชีวภาพ ความแตกต่างอยู่ที่ผลประโยชน์**. ค้นวันที่ 12 ธันวาคม 2559 จาก <http://www.biothai.net/node/234>

- เจริญ คัมภีรภาพ และคณะ. สารัตถะแห่งสิทธิชุมชน หลักการและความเคลื่อนไหวเรื่องสิทธิชุมชนในทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น. กรุงเทพฯ: เครือข่ายสิทธิภูมิปัญญาไทย, 2541.
- ชะตากรรมข้าวหอมมะลิไทยภายใต้ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐ. ใน เอกสารประกอบการประชุม เรื่อง ชะตากรรมข้าวหอมมะลิไทยภายใต้ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา. 8 มิถุนายน 2547. หอประชุมสารนิเทศ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ค้นวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2557 จาก <http://agricultureandfoodpolicy.org/article/trade/c-0004/>
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2553.
- ตุล เมฆยงค์. กฎหมายทางทรัพย์สินทางปัญญา. ค้นวันที่ 1 มกราคม 2559 จาก <https://www.teacher.ssru.ac.th/.../กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา.ppt>
- ทวีฤทธิ์ ศิริศักดิ์บรรจง และชูชีวรรณ ตมิศานนท์. ลิขสิทธิ์ในงานผ้าไหมไทย: กรณี ศึกษาผ้าไหมจังหวัดสุรินทร์. รายงานการวิจัย เสนอต่อมหาวิทยาลัยสยาม, 2554.
- เทคโนโลยีชีวภาพ แหล่งรวมความรู้ทางเทคโนโลยีชีวภาพ. สมุนไพรและสมุนไพรคือ อะไร. ค้นวันที่ 10 ตุลาคม 2559 จาก <http://www.thaibiotech.info/what-is-thai-herbal-medicine.php>
- นพนิต สุริยะ. วิเคราะห์สิทธิตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 46 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. 20, 7 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2548): 33.
- นันทน อินทนนท์. กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช: แนวความคิดและบทวิเคราะห์. ค้นวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2558 จาก <http://people.su.se/~nain4031/ipandtk.ht>
- นันทน อินทนนท์. ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาและผลกระทบต่อภูมิปัญญาท้องถิ่น. ค้นวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2559 จาก <http://people.su.se/~nain4031/ipandtk.htm>
- นิตยา โพธิ์นอก. ชุมชนกับสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ธรรมดาเพรส, 2557.
- ปาริณช บริสุทธิ์ศรี. การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้านภายใต้ความตกลงทริปส์. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542. ค้นวันที่ 12 ธันวาคม 2559 จาก <http://www.si.mahidol.ac.th/th/research-พรบ.คุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาแพทย์แผนไทยพ.ศ.2542.pdf>
- พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546. ค้นวันที่ 12 ธันวาคม 2559 จาก http://www.tloubi.cmu.ac.th/uploadfile/tloubi6/mrxk6oa_17-11.pdf
- พระราชบัญญัติสภาองค์กรชุมชน พ.ศ.2551. ราชกิจจานุเบกษา. 125, 31ก (8 กุมภาพันธ์ 2551). ภาณุมาศ ขัดเงางาม. การคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิม และทรัพยากรพันธุกรรมของชนเผ่าพื้นเมือง แนวคิดและบทวิเคราะห์. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2551.

ภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge). ค้นวันที่ 19 มกราคม 2559 จาก http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/th/tk/913/tcebooklet_thai.pdf

มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์. **ทรัพยากรชีวภาพ.** ค้นวันที่ 22 กรกฎาคม 2556 จาก <http://tar.rdi.ku.ac.th/Document/article/BioresourcesManagement.pdf>

มานิตย์ จุมปา. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540.** กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2541.

ยรรยง พวงราช. **คำอธิบายกฎหมายสิทธิบัตร.** กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2542.

ยศ สันตสมบัติ. **ความหลากหลายทางชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อพัฒนาอย่างยั่งยืน.**

พิมพ์ครั้งที่ 2. เชียงใหม่: นพบุรีการพิมพ์, 2542.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2557. **ราชกิจจานุเบกษา.** 131, 55ก (22 กรกฎาคม 2557).

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550. **ราชกิจจานุเบกษา.** 124, 47 ก (24 สิงหาคม 2550).

ร่างพระราชบัญญัติสมุไพรแห่งชาติ พ.ศ. ค้นวันที่ 10 ตุลาคม 2559 จาก http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=339

ราชบัณฑิตยสถาน. **พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525.** กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2525.

ราชบัณฑิตยสถาน. **พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542.** กรุงเทพฯ: นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่นส์, 2546.

โลกาภิวัตน์กับการจัดการความหลากหลายชีวภาพ. ค้นวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2557 จาก <http://www.biothai.net/sites/default/files/20Jul09.pdf>

วริยา ล้ำเลิศ. **บทบาทกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในมิติประชาคมอาเซียน.** ใน **NIDA Academic Forum.** 3 พฤษภาคม 2555.

วริยา ล้ำเลิศ. **เอกสารประกอบการสอน เรื่อง ภูมิปัญญา.** กรุงเทพฯ: สถาบันบัณฑิตบริหารศาสตร์, ม.ป.ป.

วริยา ล้ำเลิศ. **เอกสารประกอบการสอนในเรื่อง กรอบกฎหมายนานาชาติด้านคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรชีวภาพ.** กรุงเทพฯ: สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, ม.ป.ป

วัชช์ จีระแพทย์. **มอญ่อนแนวคิดสิทธิชุมชนของไทย.** ค้นวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2560 จาก http://www.senate.go.th/lawdatacenter/includes/FCKeditor/upload/Image/b/b120%20jul_7_3.pdf

วิชชุกร นาคธน. **การปกครองท้องถิ่นไทย.** ค้นวันที่ 10 กันยายน 2558 จาก <http://teacher.aru.ac.th/witchugon/images/stories/thailocalgov/2chap3.pdf>

วิสุทธิ ไบไม้. **บทสรุปความหลากหลายทางชีวภาพ.** ค้นวันที่ 6 พฤษภาคม 2560 จาก <http://www.sa.ac.th/biodiversity/contents/introduction.html>

- ศยามล ไกยูรวงศ์, วารุณี สุรนิวงศ์ และตรุณี ไพศาลพาณิชย์กุล. **มาตรการทางกฎหมายและนโยบายการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาทางการแพทย์แผนไทย และทรัพยากรทางพันธุกรรม**. กรุงเทพฯ: มูลนิธิการแพทย์แผนไทยพัฒนา, 2541.
- ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ. **รายงานการศึกษากรอบความคิดการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย**. รายงานการวิจัย เสนอต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, ม.ป.ป.
- สภาขับเคลื่อนปฏิรูปประเทศไทย. **“หลักการและเหตุผล” ร่างพระราชบัญญัติสมุนไพรรักษาชาติ**. ค้นวันที่ 19 มกราคม 2560 จาก http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/.../article_20110829154629.doc
- สมชาย รัตนเชื้อสกุล. **โจรสลัดชีวภาพ (Bio-Piracy) ที่มา-ปัญหาและแนวทางสำหรับประเทศไทยตามกรอบความตกลงทริปส์**. ค้นวันที่ 1 มกราคม 2559 จาก http://library.uru.ac.th/webdb/images/biothainet_biopiracy.htm
- สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. **เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550**. กรุงเทพฯ: สำนักกรรมการสิทธิ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2550.
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. **สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2555.
- สุชาติ ธรรมพิทักษ์กุล. **การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น**. วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์. 25, ฉบับพิเศษ (2548): 159-160.
- โสภารัตน์ จารุสมบัติ. **รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการรวบรวมข้อมูลพื้นฐานเรื่อง สิทธิเสรีภาพและหน้าที่ของประชาชนชาวไทย**. รายงานการวิจัย เสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า, 2547.
- The Americas: United States of America. **Regulatory Situation of Herbal Medicines: A Worldwide Review II Regulatory Situation**. Retrieved July 2, 2012 from <http://nzdl.sadl.uleth.ca/cgi-bin/librally?>
- Asian Legal Information Institute. **Law of People's Republic of China**. Retrieved July 11, 2012 from <http://www.asianli.org>
- Blakeney, Michael. **Bioprospecting and the Protection of Traditional Medical Knowledge of Indigenous Peoples: An Australian Perspective**. **European Intellectual Property**. 6 (1997): 298-303.
- Blakeney, Michael. **Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Concise Guide to the TRIPs Agreement**. London: Sweet & Maxwell, 1996.
- Correa, Carlos M. **Intellectual Property Right, the WTO and Developing Countries**. Panang: Third World Network, 2000.

- Correa, Carlos M. **Protecting Traditional Knowledge: Lesson from Nation Experiences.** Retrieved January 19, 2016 from <https://www.cbd.int/doc/meetings/tk/wg8j-04/information/wg8j-04-inf-15-en.doc>
- De La Perriere, Rebert Ali Brac and Seuret, Franck. **Brave New Seeds the Threat of Gm Crops to Farmers.** London: Zed Books, 2000.
- Dhar, B. **Sui Generis Systems for Plant Variety Protection: Options under TRIPS.** Geneva: The Quaker United Nation Office, 2002.
- Dutfield, G. **Developing and Implementing National Systems for Protecting Traditional Knowledge: A Review of Experiences in Selected Developing Countries, UNCTAD Expert Meeting on Systems and National Experiences for Protecting Traditional Knowledge, Innovations and Practices.** 30 October–1 November 2000, Geneva.
- Geranylgeraniol-18-Hydroxylase from Croton Sublyratus.** Retrieved December 12, 2016 from <http://www.freepatentsonline.com/5879916.html>
- Halewood, Michael. Indigenous and Local Knowledge in International Law: A Preface to Sui Generis Intellectual Property Protection. **McGill Law Journal.** 44 (1999). Retrieved January 19, 2017 from <http://www.lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/7355599-44.Halewood.pdf>
- Jackson, John H. **The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations.** 2nd ed. N.p.: n.p., 1997.
- Kuruk, Paul. Protecting Folklore under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions between Individual and Communal Rights in Africa and the United States. **American University Law Review.** 48, 4 (1999). Retrieved January 19, 2017 from <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1331&context=aulr>
- Liu, Benjamin. Past Cultural Achievement as a Future Technological Resource: Contradictions and Opportunities in the Intellectual Property of Chinese Medicine in China. **UCLA Pacific Basic Law Journal.** 21 (2003): 75, 84-85.
- Oguamanam, Chidi. **International Law and Indigenous Knowledge, Intellectual Property, Plant Biodiversity, and Traditional Medicine.** N.p.: n.p., 2006.
- Plaunotal in Hibits Postprandial Gastrin Release by Its Unique Secretin Releasing Action in Humans. **Degestive Diseases and Sciences.** 35, 9 (December 1990): 1440-1145.
- Process for Extraction and Purification of Plaunotal.** Retrieved December 12, 2016 from <http://www.freepatentsonline.com/5264638.html>

World Health Organization, International Agency for Research on Cancer.

International Agency for Research on Cancer (IARC) Monographs on the Evaluation of Carcinogenic Risks to Human ‘Some Traditional Herbal Medicine, Some Mycotoxins, Naphthalene and Styrene Volume 82 (2002). Retrieved January 19, 2017 from <https://monographs.iarc.fr/ENG/Monographs/vol82/mono82.pdf>

The World Intellectual Property Organization (WIPO). **Biodiversity-Related Access and Benefit-Sharing Agreements.** Retrieved January 19, 2017 from <http://www.wipo.int/tk/en/databases/contracts/>

The World Intellectual Property Organization (WIPO). Matters Concerning Intellectual Property Aspects of Folklore Protection. **Copyright Bull.** 15, 2 (1981).

United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). Retrieved January 1, 2016 <http://www.unesco.org/new/en/natural-sciences/special-themes/biodiversity-initiative/biodiversity-education/>

The United States Food and Drug Administration (FDA). **History of FDA, the 1938 Food, Drug and Cosmetic Act (2012).** Retrieved July 6, 2012 from <http://www.fda.gov/oc/history/historyoffda/section2.html>

UPOV: International Union for the protection of New Variety of Plants. Retrieved January 21, 2008 from <http://www.upov.int/en/about/upov-convention.htm>

Xu, Haigen; Wang, Shunqing and Xue, Dayuan. Biodiversity Conservation in China: Legislation, Plants and Measure. **Biodiversity and Conservation.** (1999): 819.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ ชื่อสกุล

นางสาวกรกมล โสตะจินดา

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต
มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ
ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2553

ประสบการณ์ทำงาน

พ.ศ.2556-ปัจจุบัน
พนักงานจัดการทรัพย์สินระดับ 3-6
สำนักงานเคหะชุมชนสมุทรปราการ
การเคหะแห่งชาติ