

## บทที่ 4

# สิ่งที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้แนวความคิด ว่าด้วยภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้กฎหมายไทย

### 4.1 สิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้กฎหมายไทย

การให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านในฐานะที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งนั้น เป็นเรื่องที่ยังใหม่สำหรับประเทศไทย เนื่องจาก ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา นับตั้งแต่ประเทศไทยมีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่สร้างสรรค์ทางปัญญาหรือกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับแรก อันได้แก่ ประกาศหอพระสมุทวชิรญาณ ร.ศ. 111 ในปี พ.ศ. 2435 ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองงานประเภทวรรณกรรมที่ถือเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทลิขสิทธิ์<sup>1</sup> จนกระทั่งถึงปัจจุบัน ยังไม่มีกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในเรื่องใดที่เป็นการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านโดยตรงที่ครอบคลุมภูมิปัญญาพื้นบ้านทั้ง 3 สาขา (ได้แก่ ทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เกี่ยวข้อง องค์ความรู้ นวัตกรรม และการสร้างสรรค์พื้นบ้าน และการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้าน)

อย่างไรก็ดี เนื่องจาก ในช่วงสองทศวรรษที่ผ่านมาปัญหาการฉกฉวยภูมิปัญญาพื้นบ้าน(และทรัพยากรพันธุกรรม)มีเพิ่มมากขึ้น<sup>2</sup> อย่างเช่นกรณีของภูมิปัญญาพื้นบ้านในประเทศอินเดีย ที่ถูกนักวิจัยชาวอเมริกันนำภูมิปัญญาในการใช้ขมิ้นชัน(turmeric)เป็นยาสมานแผลซึ่งเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านของอินเดียที่มีการใช้ประโยชน์สืบต่อกันมานับเป็นพันๆปี ไปจดสิทธิบัตรต่อสำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าของอเมริกา(United State Patent and Trademarks Office) หรือกรณีการนำภูมิปัญญาการใช้น้ำมันที่สกัดจากสะเดา (neem oil)เป็นสารที่ใช้ในการกำจัดเชื้อราในพืช ซึ่งเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านที่ชาวอินเดียใช้กันอย่างแพร่หลาย ไปจดสิทธิบัตรต่อสำนักงานสิทธิบัตรยุโรป(European Patent Office)(ทั้งสองกรณีดังกล่าวต่อมาถูกคัดค้านโดยองค์

<sup>1</sup> ชัยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 4(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), หน้า 19.

<sup>2</sup> บัณฑูร เศรษฐศิโรตม์ และ เจษฎา โทณะวณิก, ร่างรายงานฉบับสมบูรณ์: โครงการสัมมนาเรื่องบทบาท/ท่าทีของไทยต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น เสนอต่อกรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, พฤษภาคม 2548, หน้า 11.

กรในประเทศอินเดียทำให้ถูกเพิกถอนสิทธิบัตรไปในที่สุด)<sup>3</sup> ทำให้ประเทศไทยมีความตื่นตัวในการหามาตรการที่จะให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้าน เนื่องจาก แม้ประเทศไทยจะไม่ใช่ประเทศที่ร่ำรวยเทคโนโลยี แต่ด้วยความหลากหลายทางภูมิศาสตร์ ส่งผลให้ประเทศไทยมีความร่ำรวยทางวัฒนธรรมและภูมิปัญญา ตลอดจนความหลากหลายทางพันธุกรรมไม่ว่าจะเป็นพืชหรือสัตว์ ซึ่งประเทศอุตสาหกรรมทั้งหลายไม่มีและเป็นสิ่งที่ประเทศเหล่านั้นต้องการใช้ประโยชน์

นอกจากนี้ ได้เกิดกระแสการเล็งเห็นในคุณค่าของภูมิปัญญาพื้นบ้านในด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นในด้านการทำมาหากิน การอนุรักษ์ทรัพยากร คุณค่าในทางสังคมและวัฒนธรรม อันมีสาเหตุมาจาก ในช่วงปี พ.ศ. 2535-2539 ประเทศไทยอยู่ในช่วงของแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 7 ซึ่งมีเป้าหมายที่จะทำให้ประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศอุตสาหกรรมใหม่ (New Industrial Countries: NICs) และด้วยกระแสโลกาภิวัตน์ ที่เร่งเร้าให้สังคมไทยต้องมีการพัฒนาอย่างรวดเร็ว ทั้งนี้ การพัฒนาส่วนใหญ่เป็นการพัฒนาที่ไม่ได้มีรากฐานมาจากภูมิปัญญาของไทย แต่เป็นการนำเข้าซึ่งความคิด วิทยาการ และประดิษฐกรรมของประเทศอุตสาหกรรม ทำให้ประเทศไทยต้องพึ่งพาเทคโนโลยีและถูกรอบงำจากประเทศอุตสาหกรรมผู้ส่งออกเทคโนโลยีเหล่านั้น ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างมากของสังคมไทยในระดับต่างๆ อันนำมาซึ่งความเสื่อมโทรมของธรรมชาติ สังคมและวัฒนธรรม ปัญหาความยากจน ปัญหาคอร์รัปชัน ปัญหาการค้าประเวณี ฯ ประกอบกับภาวะวิกฤตทางเศรษฐกิจในภูมิภาคเอเชียที่เกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2540 ที่ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของไทยโดยรวม<sup>4</sup> ทำให้เกิดมุมมองว่า “เราควรพัฒนาจากพื้นฐานของเราเอง โดยพิจารณาว่าในปัจจุบันเรามีอะไรเหลืออยู่ และมีอะไรเป็นจุดเด่นซึ่งอาจนำมาพัฒนาให้โลกยอมรับได้ โดยไม่จำเป็นต้องละทิ้งความรู้ที่ได้รับจากการพัฒนาตามแนวทางของตะวันตก เพราะการบริโภคอย่างคุ่มค่าเราต้องใช้ความรู้เหล่านั้น และความรู้เหล่านั้นก็ถือว่าเป็นสิ่งที่เรามีอยู่ซึ่งสามารถนำมาใช้ในการพัฒนาร่วมด้วยเช่นกัน”<sup>5</sup> ดังนั้น นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา เป้า

<sup>3</sup> นันทน อินทนนท์, ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาและผลกระทบต่อภูมิปัญญาท้องถิ่น อ้างถึงใน บัณฑิต ชูศรีโรตม์ และ เจษฎา โทณะวณิก, ร่างรายงานฉบับสมบูรณ์: โครงการสัมมนาเรื่องบทบาท/ท่าทีของไทยต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น เสนอต่อกรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ พฤษภาคม 2548 หน้า 147-148.

<sup>4</sup> วรณา นาวิกมูล วรณา นาวิกมูล “วัฒนธรรมพื้นบ้านและภูมิปัญญาท้องถิ่น” ใน “ไทยศึกษา” ยุทธศาสตร์ทัศน ประจักษ์ ตังกิตติภากรณ์ บก. สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพฯ 2545, หน้า 195-197.

<sup>5</sup> ปรีชา ช่างขวัญยืน, “การพัฒนาสู่ความเป็นสากลบนพื้นฐานของความเป็นไทย”, ใน การสัมมนาโครงการประชาสัมพันธ์เพื่อแผ่นดิน ครั้งที่ 2 ฐานปัญญาไทยในโลกสากล (กรุงเทพฯ นคร : ราชบัณฑิตยสถาน, 2543), หน้า 29.



หมายในการพัฒนาของประเทศไทยจึงเน้นที่การนำภูมิปัญญาพื้นบ้านกลับมาใช้ควบคู่ไปกับการพัฒนาทางอุตสาหกรรม<sup>6</sup>

ทั้งนี้ ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิของชุมชนท้องถิ่นในการอนุรักษ์ พื้นฟู และการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาพื้นบ้าน(หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นตามความในรัฐธรรมนูญ) ไว้ในมาตรา 46 มีความดังนี้ “บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่งนับเป็นครั้งแรกที่มีบทบัญญัติในการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านปรากฏอยู่ในกฎหมายรัฐธรรมนูญของราชอาณาจักรไทย ปัญหาของมาตรา 46 อยู่ตรงข้อความที่กล่าวว่า “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” อันนำมาซึ่งความจำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อมารับรองสิทธิของชุมชนตามมาตรา 46 ดังกล่าวเสียก่อน จึงจะสามารถดำเนินการต่างๆ เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้านได้<sup>7</sup>

สำหรับการคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้านของประเทศไทยนั้น ในปัจจุบันมีแนวทางในการให้ความคุ้มครองในเชิงตั้งรับ(Defensive Approach) โดยมีการรับแจ้งจดทะเบียนภูมิปัญญาพื้นบ้านเพื่อเป็นการรวบรวมข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของกรมทรัพย์สินทางปัญญา และมีความพยายามในการร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งเป็นกฎหมายลักษณะเฉพาะในการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้าน อีกทั้ง มีการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านใน 2 สาขา ภายใต้กฎหมาย 2 ฉบับ ดังนี้

<sup>6</sup> วรรณ นาคิกมูล, “วัฒนธรรมพื้นบ้านและภูมิปัญญาท้องถิ่น”, หน้า 195-197.

<sup>7</sup> บัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์ และ เจษฎ์ โทณะวณิก, “ร่างรายงานฉบับสมบูรณ์: โครงการสัมมนาเรื่องบทบาท/ท่าทีของไทยต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น”, หน้า 11.

1) พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 :

พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เป็นกฎหมาย ที่ให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้านในส่วนที่เป็นองค์ความรู้ที่เกี่ยวกับการแพทย์แผนไทย ซึ่ง มาตรา 3 บัญญัติบทนิยามเอาไว้ดังนี้:

“ในพระราชบัญญัตินี้

‘ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย’ หมายความว่า พื้นเพความรู้ความสามารถเกี่ยวกับการ แพทย์แผนไทย

‘การแพทย์แผนไทย’ หมายความว่า กระบวนการทางการแพทย์เกี่ยวกับการตรวจ วินิจฉัย บำบัด รักษา หรือป้องกันโรค หรือการส่งเสริมและฟื้นฟูสุขภาพของมนุษย์หรือสัตว์ การผดุงครรภ์ การนวดไทย และให้หมายความรวมถึงการเตรียมการผลิตยาแผนไทย และการประดิษฐ์อุปกรณ์และเครื่องมือทางการแพทย์ ทั้งนี้ โดยอาศัยความรู้หรือตำราที่ได้ถ่ายทอดและพัฒนาสืบต่อกันมา”

ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยจึงได้แก่ องค์ความรู้ทางการแพทย์แผนไทยที่มีการ ถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง โดยได้แบ่งการคุ้มครองออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่

1) การคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย (ในหมวด 2)

ตามมาตรา 14 สิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยที่ได้รับการคุ้มครอง ได้แก่

1) สิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยที่เกี่ยวกับตำรับยาแผนไทย: ซึ่ง หมายถึง สูตรซึ่งระบุกรรมวิธีการผลิตและส่วนประกอบสิ่งปรุงที่มียาแผนไทย (ยาที่ได้จาก สมุนไพรโดยตรงหรือที่ได้จากการผสม ปรุง หรือแปรสภาพสมุนไพร และให้หมายรวมถึง ยาแผนโบราณตามกฎหมายว่าด้วยยา)รวมอยู่ด้วยไม่ว่าสิ่งปรุงนั้นจะมีรูปลักษณะใด (มาตรา 3)

2) สิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยที่เกี่ยวกับตำราการแพทย์แผน ไทย: ซึ่งได้แก่ หลักวิชาการต่างๆ ที่เกี่ยวกับการแพทย์ ทั้งที่ได้บันทึกไว้ในสมุดไทย ใบลาน ศิลาจารึก หรือวัสดุอื่นใด หรือที่มีได้มีการบันทึกกันไว้แต่เป็นการเรียนรู้หรือถ่ายทอดสืบต่อ กันมาไม่ว่าด้วยวิธีใด(มาตรา 3)

ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยมี 3 ประเภท(มาตรา 16) ได้แก่

1) ตำรับยาแผนไทยของชาติหรือตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ ได้แก่ ตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยที่มีประโยชน์หรือมีคุณค่าในทางการแพทย์ หรือการสาธารณสุขเป็นพิเศษ และได้ถูกประกาศกำหนดให้เป็นตำรับยาแผนไทยของชาติ หรือตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ(มาตรา 17วรรคหนึ่ง) ซึ่งต้องห้ามรับจดทะเบียนเป็น

ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย(มาตรา22 (1)) แต่ทั้งนี้ หากมีผู้ใดมีความประสงค์ที่จะนำตำรับยาไปขึ้นทะเบียนตำรับยาและขออนุญาตผลิตยาตามกฎหมายว่าด้วยยาหรือนำไปศึกษาวิจัยเพื่อพัฒนาปรับปรุงให้เป็นตำรับยาใหม่ หรือนำตำราการแพทย์ไปศึกษาวิจัยเพื่อพัฒนาปรับปรุงเป็นภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยขึ้นใหม่ โดยมีวัตถุประสงค์ในทางการค้า ก็ให้ยื่นคำขอรับอนุญาตใช้ประโยชน์ และต้องเสียค่าตอบแทนสำหรับการใช้ประโยชน์จากตำรับยาแผนไทยของชาติหรือตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ(มาตรา19)

2) ตำรับยาแผนไทยทั่วไปหรือตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไป ได้แก่ ตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยที่มีการใช้ประโยชน์กันอย่างแพร่หลาย หรือที่พ้นอายุการคุ้มครองตามมาตรา 33(ได้แก่ ตำรับยาแผนไทยส่วนบุคคลหรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลที่มีอายุเกิน50ปีนับตั้งแต่วันที่ผู้ทรงสิทธิหรือผู้ทรงสิทธิร่วมคนสุดท้ายถึงแก่ความตาย) และตามมาตรา 22(1) ห้ามนายทะเบียนรับจดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยหากเห็นว่าเป็นตำรับยาแผนไทยทั่วไปหรือตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไป

3) ตำรับยาแผนไทยส่วนบุคคลหรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคล ได้แก่ ตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยที่กฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยอนุญาตให้นำมาจดทะเบียนสิทธิภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยได้ (มาตรา20 วรรคหนึ่ง) ซึ่งหากนายทะเบียนตรวจสอบแล้ว และผู้จดทะเบียนมีคุณสมบัติตามมาตรา 20 คือ “มีสัญชาติไทย และเป็นผู้คิดค้น หรือเป็นผู้ปรับปรุงหรือพัฒนา หรือเป็นผู้สืบทอดตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยที่นำมาขอจดทะเบียน” และภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยที่ขอจดทะเบียนนั้นไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 22 คือ “ไม่ใช่ตำรับยาแผนไทยของชาติหรือตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ หรือตำรับยาแผนไทยทั่วไปหรือตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไป และไม่เป็นตำรับยาแผนไทยส่วนบุคคลที่ปรุงโดยไม่ใช้หลักการแพทย์แผนไทย ให้นายทะเบียนปิดประกาศคำขอจดทะเบียนนั้น(มาตรา 24) หากไม่มีผู้คัดค้านหรือมีผู้คัดค้านแต่มีคำวินิจฉัยถึงที่สุดให้ผู้จดทะเบียนเป็นผู้มีสิทธิจดทะเบียนได้ ก็ให้นายทะเบียนมีคำสั่งจดทะเบียนให้แก่ผู้จดทะเบียนนั้น แต่หากมีคำวินิจฉัยให้ผู้คัดค้านเป็นผู้มีสิทธิจดทะเบียนก็ให้นายทะเบียนมีคำสั่งจดทะเบียนให้แก่ผู้คัดค้าน(มาตรา31 วรรคหนึ่ง) ซึ่งตามมาตรา32 กำหนดให้บุคคลหลายคนสามารถมีสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยร่วมกันได้ โดยให้ผู้ทรงสิทธิร่วมจัดทำบันทึกข้อตกลงว่าจะใช้สิทธิร่วมกันอย่างไร และให้มอบไว้กับนายทะเบียนพร้อมกับการจดทะเบียน ทั้งนี้ เฉพาะผู้ทรงสิทธิเท่านั้นที่จะมีสิทธิในการผลิตยา สิทธิในการใช้ศึกษาวิจัย จำหน่ายปรับปรุงหรือพัฒนาตำรับยาแผนไทยหรือภูมิปัญญาในตำราการแพทย์แผนไทยที่ได้จดทะเบียนไว้(มาตรา 34 วรรคหนึ่ง) การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญา

การแพทย์แผนไทยมีอายุการคุ้มครองตลอดอายุของผู้ทรงสิทธิและมีอยู่ต่อไปอีกห้าสิบปีนับตั้งแต่วันที่ผู้ทรงสิทธิ(หรือผู้ทรงสิทธิร่วมคนสุดท้าย)ถึงแก่ความตาย(มาตรา 33)

## 2) การคุ้มครองสมุนไพร (ในหมวด3)

“สมุนไพร” หมายถึง พืช สัตว์ จุลชีพ ธาตุวัตถุ สารสกัดดั้งเดิมจากพืชหรือสัตว์ที่ใช้หรือแปรสภาพหรือผสมหรือปรุงเป็นยาหรืออาหารเพื่อการตรวจวินิจฉัย บำบัด รักษา หรือป้องกันโรค หรือส่งเสริมสุขภาพร่างกายของมนุษย์หรือสัตว์ และให้หมายความรวมถึงถิ่นกำเนิดหรือถิ่นที่อยู่ของสิ่งดังกล่าวด้วย (มาตรา 3)

จากบทนิยามดังกล่าวจะพบว่าการคุ้มครองสมุนไพรตามกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยนั้น มี 2 ส่วน ได้แก่ การคุ้มครองสมุนไพร ซึ่งหมายถึงสิ่งที่มีชีวิตทั้งพืชและสัตว์ และรวมถึงสิ่งไม่มีชีวิตหรือธาตุวัตถุด้วย และการคุ้มครองแหล่งกำเนิดหรือถิ่นที่อยู่ของสมุนไพร

การคุ้มครองทั้ง 2 ส่วนดังกล่าวเป็นในลักษณะของการควบคุมการเข้าถึงสมุนไพร<sup>8</sup> ซึ่งกระทำโดย

1) กำหนดให้สมุนไพรที่มีค่าต่อการศึกษาหรือวิจัย หรือมีความสำคัญทางเศรษฐกิจ หรืออาจสูญพันธุ์ เป็น "สมุนไพรควบคุม" (มาตรา44) ซึ่งทำให้เกิดผลดังนี้

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขมีอำนาจในการกำหนดปริมาณการครอบครอง การใช้ประโยชน์ การดูแลเก็บรักษา หรือการขนย้ายที่ต้องแจ้งแก่นายทะเบียน กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการ ครอบครอง การใช้ประโยชน์ การดูแลเก็บรักษา การขนย้าย การศึกษาวิจัย การส่งออกเพื่อการค้าและมีใช้การค้า การจำหน่ายและแปรรูปเพื่อการค้า และวิธีการต่างๆ เพื่อคุ้มครอง ป้องกัน หรือระงับบรรเทาอันตราย หรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่สมุนไพรควบคุม(มาตรา 45)

หากมีบุคคลใดต้องการที่จะศึกษาวิจัย ส่งออก จำหน่าย หรือแปรรูปสมุนไพรควบคุมโดยมีวัตถุประสงค์ในทางการค้า ต้องขออนุญาตเสียก่อนมิฉะนั้นไม่อาจกระทำได้ (มาตรา46วรรคหนึ่ง) ทั้งนี้ ยกเว้น การศึกษาวิจัยที่กระทำโดยหน่วยงานของรัฐ(มาตรา 48)

2) กำหนด "เขตพื้นที่คุ้มครองสมุนไพร" สำหรับบริเวณที่ยังมิได้ถูกประกาศให้เป็นเขตอนุรักษ์ ซึ่งเป็นถิ่นกำเนิดสมุนไพรที่มีระบบนิเวศน์ตามธรรมชาติ หรือมีความหลากหลายทางชีวภาพที่อาจได้รับผลกระทบกระเทือนจากการกระทำของมนุษย์ได้โดยง่าย หรือการเข้าไปใช้ประโยชน์จากสมุนไพรอันมีลักษณะเป็นการเสี่ยงต่อการสูญพันธุ์หรือการลดลงของพันธุกรรม (มาตรา 61) ทางราชการจะออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการเข้าถึง การใช้ประโยชน์

<sup>8</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า12.

และการจัดการ รวมถึงการอนุรักษ์สมุนไพรมะเข็ญเทศในพื้นที่คุ้มครองสมุนไพรมะเข็ญเทศ (มาตรา 62) นอกจากนี้ หากมีการดำเนินการใดๆ เพื่อจัดการบริหารพื้นที่คุ้มครองสมุนไพรมะเข็ญเทศหรือใช้ประโยชน์จากสมุนไพรมะเข็ญเทศที่ได้รับอนุญาตแล้ว ห้ามบุคคลใดเข้าไปกระทำการใดๆ เช่น ยึดถือ ครอบครอง สร้างสิ่งปลูกสร้าง ทำลายความหลากหลายทางชีวภาพ ฯ ภายในเขตพื้นที่คุ้มครองสมุนไพรมะเข็ญเทศ (มาตรา 63 วรรคหนึ่ง)

2) พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542:

มาตรา 11 : "พันธุ์พืชตามพระราชบัญญัตินี้ต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

(1) มีความสม่ำเสมอของลักษณะประจำพันธุ์ทางด้านสัณฐานวิทยา สรีรวิทยา หรือคุณสมบัติอื่นที่เป็นผลเนื่องจากการแสดงออกของสภาพทางพันธุกรรมที่จำเพาะต่อพันธุ์พืช

(2) มีความคงตัวของลักษณะประจำพันธุ์ที่สามารถแสดงลักษณะประจำพันธุ์ได้ในทุกครั้งของการผลิตส่วนขยายพันธุ์พืชนั้น

(3) มีลักษณะประจำพันธุ์แตกต่างจากพันธุ์อื่นอย่างชัดเจนทางสัณฐานวิทยา สรีรวิทยา หรือคุณสมบัติอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งเป็นผลเนื่องจากการแสดงออกของสภาพทางพันธุกรรมที่แตกต่างจากพันธุ์พืชอื่น

ลักษณะของพันธุ์พืชตาม (1) ไม่ใช่บังคับกับพันธุ์พืชป่า"

ดังนั้น "พันธุ์พืช" ที่จะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช ต้องมีลักษณะ 3 ประการ คือ

1) ความสม่ำเสมอของลักษณะประจำพันธุ์ กล่าวคือ ต้องสามารถคาดเดาได้ในเรื่องของรูปร่าง ลักษณะ หรือคุณสมบัติ ซึ่งเป็นไปตามรูปแบบประจำพันธุ์พืชนั้น ทั้งนี้ ลักษณะดังกล่าวไม่จำเป็นต้องมีในพันธุ์พืชป่า เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงของลักษณะประจำพันธุ์ได้เองตามธรรมชาติ<sup>9</sup>

2) ความคงตัวของลักษณะประจำพันธุ์ กล่าวคือ หากมีการนำส่วนขยายพันธุ์ (พืชหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของพืชที่สามารถทำให้เกิดพืชต้นใหม่ได้ด้วยวิธีการทางเกษตรกรรม) ของพันธุ์พืชนั้นๆ ไปขยายโดยใช้วิธีการปกติสำหรับพันธุ์พืชนั้น จะต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงในลักษณะสำคัญของพันธุ์พืชดังกล่าว<sup>10</sup>

3) ความแตกต่างของลักษณะประจำพันธุ์จากพันธุ์พืชอื่นอย่างเด่นชัด<sup>11</sup>

พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชได้จำแนกการคุ้มครองพันธุ์พืชออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่

<sup>9</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, หน้า 335.

<sup>10</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน

1) การคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่

นักปรับปรุงพันธุ์พืชสามารถนำพันธุ์พืชมาขอจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่ตามพระราชบัญญัตินี้ได้ หากพันธุ์พืชนั้นมีลักษณะดังต่อไปนี้(มาตรา 12)

1) เป็นพันธุ์พืชที่ไม่มีการนำส่วนขยายพันธุ์มาใช้ประโยชน์ไม่ว่าจะเป็นการขายหรือจำหน่ายด้วยประการใด ทั้งในหรือนอกราชอาณาจักรโดยนักปรับปรุงพันธุ์ หรือโดยความยินยอมของนักปรับปรุงพันธุ์เกินกว่าหนึ่งปีก่อนวันยื่นขอจดทะเบียน

2) มีความแตกต่างจากพันธุ์อื่นที่ปรากฏอยู่ในวันยื่นขอจดทะเบียน โดยความแตกต่างนั้นเกี่ยวข้องกับลักษณะที่เป็นประโยชน์ต่อการเพาะปลูก การบริโภค เกษตรกรรม การผลิต หรือการแปรรูป และให้หมายความรวมถึงมีความแตกต่างจากพันธุ์พืช ดังต่อไปนี้ด้วย

ก) พันธุ์พืชที่ได้รับการจดทะเบียนคุ้มครองไว้แล้ว ไม่ว่าจะในหรือนอกราชอาณาจักรก่อนวันยื่นขอจดทะเบียน

ข) พันธุ์พืชที่มีการยื่นขอจดทะเบียนในราชอาณาจักรไว้แล้ว และได้รับการจดทะเบียนในเวลาต่อมา

ทั้งนี้ หากพันธุ์พืชดังกล่าวมีผลกระทบอย่างรุนแรงในทางตรงหรือทางอ้อมต่อสิ่งแวดล้อม สุขภาพ หรือสวัสดิภาพของประชาชน พันธุ์พืชดังกล่าวต้องห้ามมิให้นำมาจดทะเบียน และหากเป็นพันธุ์พืชใหม่ที่ได้จากการตัดต่อสารพันธุกรรมจะต้องผ่านการประเมินผลกระทบทางด้านความปลอดภัยต่อสิ่งแวดล้อม สุขภาพ หรือสวัสดิภาพของประชาชนจากกรมวิชาการเกษตร หรือหน่วยงาน หรือสถาบันอื่นที่คณะกรรมการคุ้มครองพันธุ์พืชกำหนดเสียก่อน จึงจะสามารถนำมาจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่ได้(มาตรา13)

ในคำขอจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่ต้องมีรายละเอียดแสดงที่มาของพันธุ์พืชใหม่หรือสารพันธุกรรมที่ใช้ในการปรับปรุงพันธุ์หรือพัฒนาพันธุ์พืชใหม่ และหากเป็นพันธุ์พืชใหม่ที่มีการใช้พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปหรือพันธุ์พืชป่า หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของพันธุ์พืชดังกล่าวในการปรับปรุงพันธุ์โดยมีวัตถุประสงค์ในทางการค้าจะต้องมีรายการแสดงข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ในคำขอจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่นั้นด้วย(มาตรา19(3) และ(5))

ผู้ทรงสิทธิในพันธุ์พืชใหม่มี “สิทธิแต่เพียงผู้เดียว” เหนือพันธุ์พืชที่ได้จดทะเบียนนั้น ในการผลิต ขายหรือจำหน่ายด้วยประการใด รวมถึงการนำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกนอกราชอาณาจักร หรือมิไว้เพื่อกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังกล่าวข้างต้นซึ่งส่วนขยายของพันธุ์พืชใหม่(มาตรา 33 วรรคหนึ่ง) รวมถึงในการโอนสิทธิในพันธุ์พืชใหม่ให้แก่บุคคลอื่น และการอนุญาตให้บุคคลอื่นได้ใช้สิทธิในพันธุ์พืชใหม่ของตน ทั้งนี้ การโอนสิทธิและการอนุญาตให้บุคคลอื่นได้ใช้สิทธิดังกล่าวต้องกระทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่(มาตรา32 วรรคสองและวรรคสาม) อนึ่ง สิทธิในพันธุ์พืชใหม่สามารถตกทอดเป็นมรดกได้ โดยทายาทของผู้ทรง



สิทธิจะต้องจดทะเบียนการรับโอนสิทธิในพันธุ์พืชใหม่โดยทางมรดกตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดเอาไว้ในกฎกระทรวง(มาตรา 35)

การให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่เป็นการให้ความคุ้มครองที่มีกำหนดระยะเวลา ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 31 ซึ่งกำหนดอายุการคุ้มครองสิทธิโดยการจำแนกประเภทของพืชออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้

1) ให้อายุความคุ้มครองมีระยะเวลา 12 ปี สำหรับพืชที่ให้ผลผลิตตามลักษณะประจำพันธุ์ได้ หลังจากปลูกจากส่วนขยายพันธุ์ภายในเวลาไม่เกิน 2 ปี

2) ให้อายุความคุ้มครองมีระยะเวลา 17 ปี สำหรับพืชที่ให้ผลผลิตตามลักษณะประจำพันธุ์ได้ หลังจากปลูกจากส่วนขยายพันธุ์แล้วตั้งแต่ 2 ปีขึ้นไป

3) ให้อายุความคุ้มครองมีระยะเวลา 27 ปี สำหรับพืชที่ใช้ประโยชน์จากเนื้อไม้ที่ให้ผลผลิตตามลักษณะประจำพันธุ์ได้ หลังจากปลูกจากส่วนขยายพันธุ์แล้วตั้งแต่ 2 ปีขึ้นไป

ทั้งนี้ การนับอายุการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวให้เริ่มนับตั้งแต่วันที่ออกหนังสือสำคัญแสดงการจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่

## 2) การคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น

ตามมาตรา 3 “พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น” หมายถึง พันธุ์พืชที่มีอยู่เฉพาะในชุมชนใดชุมชนหนึ่งภายในราชอาณาจักร และไม่เคยจดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชใหม่ ซึ่งจดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นตามพระราชบัญญัตินี้”

ดังนั้น การให้ความคุ้มครองแก่พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นภายใต้กฎหมายนี้จะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีการนำพันธุ์พืชที่จะคุ้มครองนั้นๆ มาขอจดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นเสียก่อน

ในการขอจดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นนั้น พันธุ์พืชที่จะนำมาจดทะเบียนต้องมีลักษณะดังนี้(มาตรา 43)

(1) เป็นพันธุ์พืชที่มีอยู่เฉพาะท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งภายในราชอาณาจักรเท่านั้น

(2) เป็นพันธุ์พืชที่ไม่เคยจดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชใหม่

“ชุมชน” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช หมายถึง “กลุ่มของประชาชนที่ตั้งถิ่นฐานและสืบทอดวัฒนธรรมร่วมกันมาอย่างต่อเนื่อง และได้ขึ้นทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้”

(มาตรา 3) ชุมชนที่ได้ขึ้นทะเบียนตามมาตรา 44 แล้ว มีสิทธิที่จะนำพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นของตนมาขอจดทะเบียนได้ ทั้งนี้ พันธุ์พืชที่จะนำมาจดทะเบียนนั้น ต้องเป็นพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นที่มีอยู่เฉพาะในท้องถิ่นที่ชุมชนนั้นตั้งอยู่ และชุมชนดังกล่าวเป็นผู้อนุรักษ์หรือพัฒนาพันธุ์พืชนั้นๆ แต่เพียงผู้เดียว ในการจดทะเบียนนั้นให้ชุมชนดังกล่าวยื่นคำร้องต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ชุมชนนั้นตั้งอยู่ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะดำเนินการยื่นขอจดทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะ

ถิ่นแทนชุมชนนั้นๆ(มาตรา 45 วรรคหนึ่ง) ทั้งนี้ หากชุมชนได้มีการรวมตัวกันจัดตั้งเป็นกลุ่ม เกษตรกร หรือกลุ่มสหกรณ์ ก็ให้กลุ่มเกษตรกรหรือกลุ่มสหกรณ์นั้นๆ ยื่นขอจดทะเบียนคุ้มครองพันธุ์ พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นแทนชุมชนได้ (มาตรา 45 วรรคสาม)

“ผู้ทรงสิทธิ” ในพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น ได้แก่ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กลุ่ม เกษตรกร หรือกลุ่มสหกรณ์ ที่ได้รับหนังสือสำคัญแสดงการจดทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น แทนชุมชน และ ให้ “ชุมชน” เป็นผู้มี “สิทธิแต่เพียงผู้เดียว” ในการปรับปรุงพันธุ์ ศึกษา ค้นคว้า ทดลอง วิจัย ผลิต ขาย ส่งออกนอกราชอาณาจักร หรือจำหน่ายด้วยประการใดซึ่งส่วนขยายพันธุ์ ของพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นที่ได้รับการจดทะเบียนดังกล่าว(มาตรา 47 วรรคหนึ่ง)

สำหรับผู้ที่มีใช้สมาชิกของชุมชน แต่มีความประสงค์ที่จะนำพันธุ์พืชพื้นเมือง เฉพาะถิ่นหรือส่วนหนึ่งส่วนใด ไปใช้เพื่อการปรับปรุงพันธุ์ หรือเพื่อการศึกษา ค้นคว้า ทดลอง หรือ วิจัยที่มีวัตถุประสงค์ในทางการค้า จะต้องขออนุญาตและทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับ จากการใช้พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นนั้นเสียก่อน โดยผู้ทรงสิทธิ(องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กลุ่มเกษตรกร หรือกลุ่มสหกรณ์) จะเป็นผู้ให้อนุญาตและทำนิติกรรมแบ่งปันผลประโยชน์แทนชุมชน (มาตรา 48)

การให้ความคุ้มครองแก่พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นเป็นการให้ความคุ้มครองที่มี กำหนดระยะเวลา ซึ่งตามมาตรา 50 กำหนดให้นำมาตรา 31 มาบังคับใช้โดยอนุโลม คือ

- 1) ให้อายุความคุ้มครองมีระยะเวลา 12 ปี สำหรับพืชที่ให้ผลผลิตตามลักษณะ ประจำพันธุ์ได้หลังจากปลูกจากส่วนขยายพันธุ์ภายในเวลาไม่เกิน 2 ปี
- 2) ให้อายุความคุ้มครองมีระยะเวลา 17 ปี สำหรับพืชที่ให้ผลผลิตตามลักษณะ ประจำพันธุ์ได้หลังจากปลูกจากส่วนขยายพันธุ์แล้วตั้งแต่ 2 ปีขึ้นไป
- 3) ให้อายุความคุ้มครองมีระยะเวลา 27 ปี สำหรับพืชที่ใช้ประโยชน์จากเนื้อไม้ที่ ให้ผลผลิตตามลักษณะประจำพันธุ์ได้หลังจากปลูกจากส่วนขยายพันธุ์แล้วตั้งแต่ 2 ปีขึ้นไป

อายุการคุ้มครองที่สิ้นสุดลงแล้วสามารถขยายเวลาต่อได้คราวละสิบปี ทั้งนี้ ขึ้น อยู่กับดุลพินิจของอธิบดีกรมวิชาการเกษตรว่า พันธุ์พืชดังกล่าวยังคงมีลักษณะของพันธุ์พืชพื้น เมืองเฉพาะถิ่นที่มีอยู่เฉพาะในท้องถิ่นที่ชุมชนนั้นตั้งอยู่ และสมาชิกในชุมชนนั้นๆ ยังคงร่วมกัน อนุรักษ์และพัฒนาพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นดังกล่าวอยู่หรือไม่

### 3) การคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปและพันธุ์พืชป่า

“พันธุ์พืชป่า” หมายถึง พันธุ์พืชที่มีหรือเคยมีอยู่ในประเทศตามสภาพธรรมชาติ และยังมีได้นำมาใช้เพาะปลูกอย่างแพร่หลาย(มาตรา 3)

“พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป” หมายถึง พันธุ์พืชที่กำเนิดภายในประเทศ หรือมีอยู่ในประเทศซึ่งได้มีการใช้ประโยชน์อย่างแพร่หลาย และให้หมายความรวมถึงพันธุ์พืชที่มีใช้พันธุ์พืชใหม่ พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น หรือพันธุ์พืชป่า (มาตรา 3)

ในพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชไม่มีบทบัญญัติใดที่เป็นการอนุญาตให้มีการนำเอาพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปและพันธุ์พืชป่ามาขึ้นทะเบียนเพื่ออ้างสิทธิได้

การใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปและพันธุ์พืชป่า อันได้แก่ การเก็บรักษา หรือรวบรวมเพื่อการปรับปรุงพันธุ์ การศึกษา ทดลอง หรือวิจัย ที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ในทางการค้า จะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยจะต้องมีการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปและพันธุ์พืชป่านั้นๆ ด้วย(มาตรา 52 วรรคหนึ่ง)

ทั้งนี้ สิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้กฎหมายทั้ง 2 ฉบับ ตามที่กล่าวมานั้น มีดังนี้

#### 4.1.1) สิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542

การให้ความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยนั้น เป็นการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาการแพทย์ใน 2 ส่วนด้วยกัน อันได้แก่

- ส่วนที่หนึ่ง เป็นการให้ความคุ้มครองแก่“องค์ความรู้” ที่เกี่ยวกับการแพทย์แผนไทย ซึ่งหมายถึง พื้นความรู้ความสามารถเกี่ยวกับกระบวนการทางการแพทย์ ในการตรวจวินิจฉัย การบำบัดรักษา การป้องกันโรคและการส่งเสริมสุขภาพคนหรือสัตว์ ซึ่งเป็นสิ่งที่ได้รับการถ่ายทอดและพัฒนาสืบต่อกันมา ทั้งนี้ องค์ความรู้นั้นๆ อาจได้รับการบันทึกเอาไว้เป็นตำราหรือไม่ก็ได้ องค์ความรู้ทางการแพทย์แผนไทยดังกล่าวนี้ยังหมายความรวมถึง การเตรียมการผลิตยาแผนไทย และการประดิษฐ์อุปกรณ์เครื่องมือเครื่องใช้ทางการแพทย์ด้วย(มาตรา4)

- ส่วนที่สอง เป็นการให้ความคุ้มครองแก่“สมุนไพร” ซึ่งหมายความถึง ทั้งสิ่งมีชีวิต อันได้แก่พืช สัตว์ จุลชีพ และสิ่งไม่มีชีวิต อันได้แก่ธาตุวัตถุ และสารสกัดจากพืชหรือสัตว์ ซึ่งเป็นสารสกัดดั้งเดิมที่มีได้รับการปรุงแต่งหรือต่อเติมโมเลกุลตามกระบวนการทางวิทยาศาสตร์จนเกิดเป็นสารใหม่ ทั้งนี้ ตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยนั้น “สมุนไพร” หมายความถึงทั้ง “สมุนไพร” ที่นำมาใช้เป็นยาหรืออาหารในการตรวจวินิจฉัย บำบัดรักษา และป้องกันหรือส่งเสริมสุขภาพคนและสัตว์ และหมายความรวมถึง “พื้นที่ที่เป็นแหล่งสมุนไพร” ซึ่งหมายถึงถิ่นกำเนิด หรือถิ่นที่อยู่ของสมุนไพรด้วย(มาตรา4)

ในส่วนที่เป็นการให้ความคุ้มครองแก่ “องค์ความรู้” นั้น ตามความในมาตรา 14 ได้มีการจำแนกองค์ความรู้ดังกล่าวไว้เป็น 2 ชนิดด้วยกัน คือ

(1) องค์ความรู้ในตำรับยาแผนไทย หมายความว่า “องค์ความรู้” ที่เป็น “สูตร” ที่มีการระบุ “กรรมวิธี” และ “ส่วนผสม” ในการผลิตหรือปรุงยาที่มียาแผนไทย (ได้แก่ ยาที่ได้จากสมุนไพรโดยตรง หรือยาที่ได้จากการผสม ปรุง หรือแปรสภาพสมุนไพร และยาแผนโบราณตามพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510) รวมอยู่ด้วย (มาตรา 4)

(2) องค์ความรู้ในตำราการแพทย์แผนไทย หมายความว่า “องค์ความรู้” ที่เป็น “หลักวิชาการ” ทั้งหมดที่เกี่ยวกับการแพทย์แผนไทย ทั้งนี้ องค์ความรู้ดังกล่าวอาจได้รับการบันทึกลงในวัสดุต่างๆ เช่น สมุดไทย ใบลาน ศิลาจารึก หรืออาจเป็นองค์ความรู้ที่ไม่ได้มีการบันทึกเอาไว้ แต่เป็นองค์ความรู้ที่มีการเรียนรู้ หรือได้รับถ่ายทอดสืบต่อกันมาโดยวิธีใดๆ ซึ่งตามพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยมิได้จำกัดว่าการถ่ายทอดภูมิปัญญาทางการแพทย์จะต้องกระทำด้วยวิธีหนึ่งวิธีใด ดังนั้น การถ่ายทอดทางวาจาหรือการแสดงออกทางร่างกายจึงสามารถกระทำได้

ทั้งนี้ องค์ความรู้ที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยนั้น ได้แก่ องค์ความรู้ที่เป็นภูมิปัญญาการแพทย์ที่เกี่ยวกับตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยประเภทใดประเภทหนึ่งในสามประเภทตามที่กำหนดเอาไว้ในมาตรา 16 ดังนี้

(1) ตำรับยาแผนไทยของชาติหรือตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ ตามมาตรา 17วรรคหนึ่ง ซึ่งได้แก่ ตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยที่มีประโยชน์หรือมีคุณค่าในทางการแพทย์หรือการสาธารณสุขเป็นพิเศษ และได้ถูกประกาศกำหนดให้เป็นตำรับยาแผนไทยของชาติหรือตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ

(2) ตำรับยาแผนไทยทั่วไปหรือตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไป ตามมาตรา 18วรรคหนึ่ง ซึ่งได้แก่

- ตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยที่มีการใช้ประโยชน์กันอย่างแพร่หลาย หรือ

- ตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยเคยได้รับการคุ้มครองเป็นตำรับยาแผนไทยส่วนบุคคลหรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลที่พ้นอายุการคุ้มครองสิทธิตามมาตรา 33 แล้ว

และได้ถูกประกาศกำหนดให้เป็นตำรับยาแผนไทยทั่วไปหรือตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไป

(3) ตำรับยาแผนไทยส่วนบุคคลหรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคล ตาม มาตรา 20 วรรคหนึ่ง ซึ่งได้แก่ ตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทย ที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

- มิใช่ตำรับยาแผนไทยของชาติหรือตำราการแพทย์แผนไทยของชาติหรือ ตำรับยาแผนไทยทั่วไปหรือตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไป (มาตรา 20 วรรคสอง(1)) หรือ
- เป็นตำรับยาแผนไทยส่วนบุคคลที่ปรุงโดยใช้หลักการแพทย์แผนไทย (มาตรา 20 วรรคสอง(2))

และได้รับการจดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยตามพระราช บัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยแล้ว โดยผู้ที่มีสิทธิในการนำตำรับยา แผนไทยส่วนบุคคลหรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลไปจดทะเบียน บุคคลดังกล่าวจะต้องมี สัญชาติไทย และเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์กับภูมิปัญญาการแพทย์นั้นๆ ในฐานะใดฐานะหนึ่ง ดังต่อไปนี้

- (1) ผู้คิดค้นตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทย
- (2) ผู้ปรับปรุงหรือพัฒนาตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทย
- (3) ผู้สืบทอดตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทย ซึ่งตามความใน มาตรา 3 สามารถอนุมานได้ว่า ภายใต้พระราชบัญญัตินี้ยอมรับว่าการถ่ายทอดภูมิปัญญาการ แพทย์อาจกระทำได้ในกรณีที่ทราบตัวผู้คิดค้นหรือพัฒนาปรับปรุงภูมิปัญญานั้นๆ ซึ่งผู้คิด ค้นหรือพัฒนาปรับปรุงเป็นผู้ที่ถ่ายทอดหรือส่งมอบภูมิปัญญาการแพทย์ดังกล่าวนั้นให้แก่ผู้สืบทอด และรวมถึงในกรณีที่เป็นการเรียนรู้สืบทอดกันมาเป็นทอดๆ โดยที่ไม่รู้ว่าผู้ใดเป็นผู้คิดค้น หรือ เป็นผู้พัฒนาปรับปรุงภูมิปัญญาการแพทย์นั้นๆ ก็ได้

ในส่วนของ การให้ความคุ้มครองแก่ "สมุนไพรและแหล่งสมุนไพร" นั้น เป็น ลักษณะของการควบคุมการเข้าถึง กล่าวคือ

(1) การประกาศเป็นสมุนไพรควบคุม ตามมาตรา 44 ในกรณีที่สมุนไพรนั้นๆ เป็น สิ่งที่มีค่าต่อการศึกษา หรือการวิจัย หรือมีความสำคัญทางเศรษฐกิจ หรืออาจจะสูญพันธุ์

(2) การประกาศเป็นเขตพื้นที่คุ้มครองสมุนไพร ตามมาตรา 61 ในกรณีที่พื้นที่ที่เป็น แหล่งสมุนไพรนั้นๆ มีลักษณะดังต่อไปนี้

- เป็นถิ่นกำเนิดของสมุนไพรที่มีระบบนิเวศน์ตามธรรมชาติหรือมีความหลากหลายทางชีวภาพที่อาจถูกทำลาย หรืออาจได้รับผลกระทบกระเทือนจากการกระทำของ มนุษย์ได้โดยง่าย หรือการเข้าไปใช้ประโยชน์จากสมุนไพรในพื้นที่นั้นๆ มีพฤติกรรมที่อาจทำ ให้สมุนไพรสูญพันธุ์หรืออาจก่อให้เกิดการลดลงของพันธุกรรม หรือทางราชการมีความ

ประสงค์ที่จะส่งเสริมให้ประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการ การพัฒนา และการใช้ประโยชน์จากสมุนไพรในพื้นที่นั้นๆ

- เป็นพื้นที่ที่ยังมิได้ถูกประกาศให้เป็นเขตอนุรักษ์ อันได้แก่ เขตป่าสงวนแห่งชาติ เขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อม เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า เขตห้ามล่าสัตว์ป่า เขตอุทยานแห่งชาติ และหมายความรวมถึง เขตพื้นที่คุ้มครองอย่างอื่นเพื่อสงวนและรักษาสภาพธรรมชาติตามที่มีกฎหมายกำหนด

- เป็นพื้นที่ที่มีได้อยู่ภายใต้กรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองของบุคคลใดๆ ซึ่งมีใช้ทบวงการเมือง

เมื่อได้ประกาศให้เป็นสมุนไพรควบคุมหรือเขตพื้นที่คุ้มครองสมุนไพรแล้ว การใช้ประโยชน์ต่างๆ ไม่ว่าจะเป็น การศึกษาวิจัย การมีไว้ในครอบครอง การส่งออก หรือการเข้าไปในแหล่งสมุนไพรนั้นๆ จะถูกควบคุมโดยทางราชการ เพื่อการอนุรักษ์ไว้ซึ่งสมุนไพรที่มีคุณค่า หรือใกล้จะสูญพันธุ์ ตลอดจนจนถึงความอุดมสมบูรณ์และความหลากหลายทางพันธุกรรมในพื้นที่นั้นๆ

ทั้งนี้ ผู้เขียนพบว่า สิ่งที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยมีลักษณะเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้าน ดังนี้

ในส่วนของภูมิปัญญาการแพทย์ที่เป็น“องค์ความรู้” ซึ่งตามความในพระราชบัญญัตินี้ หมายความรวมถึงการสร้างสรรคที่เป็นผลมาจากการแสดงออกซึ่งองค์ความรู้นั้นๆ ด้วย เช่น การปรุงยา การประดิษฐ์อุปกรณ์หรือเครื่องมือทางการแพทย์ฯ เป็นพื้นความรู้ที่เกิดจากการสร้างสรรค์โดยการใช้สติปัญญาของมนุษย์ เพื่อแก้ไขปัญหาที่ตนประสบอยู่ ซึ่งในที่นี้ ได้แก่ อาการเจ็บป่วยไข้ไม่สบาย โดยการนำเอาสิ่งที่มีอยู่ในธรรมชาติรอบตัว ทั้งพืช สัตว์ และธาตุวัตถุทั้งหลาย เช่น หิน ดิน หรือโคลน เป็นต้น มาใช้ให้เกิดประโยชน์ในทางการแพทย์ ไม่ว่าจะเป็นเพื่อการตรวจวินิจฉัย หรือนำมาบำบัดรักษาอาการเจ็บป่วย จนถึงการนำมาใช้ในการป้องกัน และสร้างเสริมสุขภาพของทั้งคนและสัตว์ เป็นกระบวนการที่เกิดจากการทดลองและสังเกตผลจากการใช้ภูมิปัญญานั้นๆ ตลอดจนจนถึงมีการจดจำและคัดเลือกเพื่อ ให้ได้มาซึ่งหนทางที่ดีที่สุดทางการแพทย์เพื่อการวินิจฉัย หรือรักษาอาการ หรือป้องกันโรคนั้นๆ จึงนับว่าเนื้อหาขององค์ความรู้ที่เป็นภูมิปัญญาการแพทย์นั้น เป็นองค์ความรู้ที่มีพื้นฐานทางวัฒนธรรม จึงถือได้ว่าเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านประเภทหนึ่ง

ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยนั้น ได้มีการบัญญัติในบางมาตราที่เป็นนัยบ่งบอกถึงลักษณะของสิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้พระราชบัญญัตินี้ ดังนี้

- 1) เป็นองค์ความรู้ที่มีการถ่ายทอดและพัฒนาสืบต่อกันมา(จากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง)
- 2) ในการถ่ายทอดองค์ความรู้ไม่จำเป็นต้องพึ่งพาระบบของการบันทึกองค์ความรู้นั้นๆ ลงในวัสดุหรือเอกสารใดๆ
- 3) ยอมรับว่ามีภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยบางอย่างที่อาจจะไม่สามารถระบุตัวผู้คิดค้นได้ และยังคงให้ความคุ้มครองแม้ว่าภูมิปัญญาการแพทย์นั้นๆจะไม่สามารถระบุตัวผู้คิดค้นได้
- 4) เป็นองค์ความรู้ที่มีการถ่ายทอดและได้รับการพัฒนาสืบต่อกันมา องค์ความรู้ดังกล่าวจึงเป็นองค์ความรู้ที่ยังคงมีการเจริญเติบโต ซึ่งทำให้เป็นองค์ความรู้ที่มีลักษณะเป็นพลวัต
- 5) ผู้ที่เป็นเจ้าของ หรือผู้ครอบครององค์ความรู้ มี 2 ประเภท ได้แก่

(ก) ส่วนราชการ หมายถึง กระทรวงสาธารณสุข ซึ่งเป็นเจ้าขององค์ความรู้ที่ถูกระบุภาคให้เป็นตำรับยาแผนไทยของชาติหรือตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ ซึ่งบุคคลใดประสงค์ที่จะนำไปใช้เพื่อหาประโยชน์ในทางการค้าจะต้องได้รับอนุญาตเสียก่อน และจะต้องเสียค่าตอบแทนสำหรับการใช้ประโยชน์จากองค์ความรู้ดังกล่าว

(ข) ส่วนบุคคล ซึ่งหมายถึง ผู้ทรงสิทธิ คือผู้ที่ได้รับการจดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย(มาตรา4) ซึ่งเป็นเจ้าขององค์ความรู้ที่มีลักษณะต้องตามมาตรา22 และเป็นผู้ที่ที่ลักษณะต้องตามมาตรา21 ซึ่งได้นำตำรับยาแผนไทยส่วนบุคคลหรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลมาขอจดทะเบียนเพื่อขอรับความคุ้มครองและส่งเสริมภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ซึ่งตามมาตรา25 กำหนดให้มีการขอจดทะเบียนร่วมกันหลายคนได้ และตามมาตรา32 กำหนดให้การรับจดทะเบียน สิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยร่วมกันหลายคนสามารถกระทำได้

ดังนั้น ชุมชนใดชุมชนหนึ่งที่เป็นเจ้าของตำรับยาแผนไทยส่วนบุคคลหรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลที่มีการถือครองร่วมกันทั้งชุมชน อาจทำการตั้งคณะตัวแทนของชุมชนเพื่อนำองค์ความรู้ดังกล่าวไปจดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเพื่อการใช้ประโยชน์ในองค์ความรู้ดังกล่าวร่วมกันของทั้งชุมชนได้

ทั้งนี้ สำหรับตำรับยาแผนไทยทั่วไปหรือตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไปนั้น ไม่ได้มีมาตราใดกำหนดเอาไว้ว่าจะจัดการกับองค์ความรู้ดังกล่าวอย่างไร ซึ่งผู้เขียนเข้าใจว่า เนื่องจากเป็นองค์ความรู้ทางการแพทย์ที่มีการใช้ประโยชน์อย่างแพร่หลาย และเป็นองค์ความรู้ทางการแพทย์ที่พ้นอายุความคุ้มครองแล้ว ก็คงให้เป็นองค์ความรู้ทางการแพทย์ที่เป็นสาธารณสมบัติซึ่งชาวไทยทุกคนมีสิทธิที่จะได้ใช้ประโยชน์ร่วมกัน เช่น ความรู้ที่ว่าน้ำมันจากผิวมะกรูดช่วยให้ผมสั้น

เป็นมัน ใช้จัดรังแคแก้อาการคันศีรษะ น้ำมันมะพร้าวใช้หมักบำรุงผมและสμανผิวที่แตกในหน้าหนาว น้ำมันหอมระเหยจากชาช่วยกำจัดแบคทีเรีย กลิ่นของตะไคร้หอมใช้ขับไล่แมลง<sup>12</sup> ซึ่งเป็นความรู้ที่รับรู้กันโดยทั่วไป

อนึ่ง ตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยนั้น ไม่ได้มีการกล่าวถึงสิทธิของชุมชนในองค์ความรู้ที่เป็นตำรายาหรือตำราการแพทย์แผนไทย และไม่ได้กำหนดว่าภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยต้องสะท้อนอัตตลักษณ์ของชุมชน

ในส่วนของการให้ความคุ้มครองแก่สมุนไพรนั้น ถึงแม้จะมีใ้การให้ความคุ้มครองแก่องค์ความรู้ที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านโดยตรงแต่ก็ถือว่าเป็นสิ่งที่มีความเกี่ยวข้องอย่างมากต่อภูมิปัญญาพื้นบ้าน เนื่องจากภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นองค์ความรู้ทางการแพทย์นั้นเกิดขึ้นจากการนำสมุนไพรต่างๆ มาใช้แก้ปัญหอาการเจ็บป่วยและโรคภัยต่างๆ ที่เกิดขึ้น ในการให้ความคุ้มครององค์ความรู้ทางการแพทย์พื้นบ้าน จึงมีความจำเป็นที่จะต้องให้ความคุ้มครองแก่สมุนไพรอันเป็นที่มาของการสร้างสรรค์ภูมิปัญญานั้นๆ ด้วย เนื่องจาก หากไม่มีสมุนไพรในท้องถิ่น หรือชุมชนนั้นๆ แล้ว องค์ความรู้ทางการแพทย์บางอย่างก็อาจสูญหายไปด้วย<sup>13</sup> ซึ่งเป็นลักษณะที่เป็นองค์รวมของภูมิปัญญาพื้นบ้าน นั่นคือ ทุกอย่างจะมีความเกี่ยวข้องกันไปหมด กล่าวคือ หากสมุนไพรหายความรู้ก็หาย หรือหากความรู้หายสมุนไพรก็หาย ดังนั้น การพิทักษ์รักษาและการพัฒนาภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้น ย่อมต้องกระทำควบคู่ไปกับการอนุรักษ์สมุนไพรอันเป็นที่มาของภูมิปัญญาพื้นบ้านทางการแพทย์นั้นๆ ด้วย<sup>14</sup>

ในการให้ความคุ้มครองแก่สมุนไพรนั้น เนื่องจากเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ความหลากหลายทางชีวภาพซึ่งบรรจุน้อยทางพันธุกรรมที่มีความสามารถในการทำซ้ำได้ด้วยตัวเอง<sup>15</sup> และทรัพยากรธรรมชาติที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ เช่น หิน ดิน และแร่ธาตุต่างๆ การให้

<sup>12</sup> มาโนช วามานนท์ และเพ็ญภา ทรัพย์เจริญ, ผักพื้นบ้าน: ความหมายและภูมิปัญญาของสามัญชนไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึก, 2540), หน้า 18-21.

<sup>13</sup> ชลชาติชาย รมิตานนท์, "วัฒนธรรมกับความหลากหลายทางชีวภาพ," ใน ความหลากหลายทางชีวภาพกับการพัฒนาอย่างยั่งยืน, วิวัฒน์ คติธรรมนิตย์,บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร : สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา, 2537), หน้า 152-154.

<sup>14</sup> มาโนช วามานนท์ เพ็ญภา ทรัพย์เจริญ, ผักพื้นบ้าน: ความหมายและภูมิปัญญาของสามัญชนไทย, หน้า 29-31.

<sup>15</sup> WIPO IGC on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, "Matters Concerning Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge



ความคุ้มครองจึงเป็นลักษณะของการควบคุมการเข้าถึงสมุนไพร และพื้นที่ที่เป็นแหล่งกำเนิด หรือถิ่นที่อยู่ของสมุนไพรนั้นๆ โดยจะให้ความคุ้มครองเฉพาะสมุนไพรหรือพื้นที่ที่ได้รับการประกาศให้ความคุ้มครองเท่านั้น ซึ่งใช้หลักเกณฑ์ของควมมีคุณค่าในการศึกษาวิจัย มีคุณค่าในทางเศรษฐกิจ หรือเป็นสมุนไพรที่ใกล้จะสูญพันธุ์ หรือเป็นพื้นที่ที่มีความหลากหลายทางพันธุกรรมที่เปราะบางต่อการถูกทำให้ลดลง หรือมีแนวโน้มของการสูญไปของความหลากหลายนั้นๆ โดยการกระทำของมนุษย์ ในการตัดสินใจว่าจะประกาศให้ความคุ้มครองแก่สมุนไพร หรือแหล่งสมุนไพรใด ๆ ซึ่งจะถูกควบคุมการเข้าถึงโดยกระทรวงสาธารณสุข

ดังนั้น สิ่งที่ได้รับคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย จึงมีลักษณะของสิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านในสาขาทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เกี่ยวข้อง(Genetic Resources and Associated Traditional Knowledge) และภูมิปัญญาพื้นบ้านในสาขาองค์ความรู้ นวัตกรรม และการสร้างสรรค์พื้นบ้าน (Traditional Knowledge Innovations and Creativity) เฉพาะในส่วนที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านในส่วนที่เป็นองค์ความรู้ที่เกี่ยวกับอาหารและยา และองค์ความรู้ทางการแพทย์

ทั้งนี้ เนื่องจาก ทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นองค์ความรู้ทางการแพทย์นั้น เป็นภูมิปัญญาที่มักจะถูกฉกฉวยไปอ้างสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยชาวต่างชาติมากที่สุด อาทิเช่น กรณีขององค์ความรู้ในการใช้สมุนไพรเปล้าน้อยในการรักษาอาการปวดท้อง รักษาฝีและแผลพุพองซึ่งเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านของคนไทยที่มีการบันทึกเอาไว้ในตำราสมุนไพร ซึ่งต่อมานักวิจัยชาวญี่ปุ่นมาอ่านเจอจึงได้นำสมุนไพรเปล้าน้อยไปศึกษาวิจัย จนกระทั่งพบว่า มีสารชนิดหนึ่งในสมุนไพรเปล้าน้อยที่มีสรรพคุณในการรักษาแผลในกระเพาะอาหาร จึงได้จดสิทธิบัตรกรรมวิธีในการสกัดสารดังกล่าว และนำไปผลิตเป็นยารักษาแผลในกระเพาะอาหารออกจำหน่าย<sup>16</sup> เป็นต้น อีกทั้ง ในช่วงระยะเวลาที่มีการจัดทำพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยนั้น เป็นช่วงที่กระแสการหามาตรการในการป้องกันและแก้ไขปัญหาการฉกฉวยทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาพื้นบ้าน ตลอดจนการกระทำที่เรียกว่าโจรสลัดทางชีวภาพ(bio-piracy) เป็นที่สนใจของหลายประเทศ รวมทั้งประเทศไทย<sup>17</sup> การให้ความคุ้มครองแก่ทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นองค์ความรู้ทางการแพทย์จึงเป็นภูมิปัญญาพื้น

---

and Folklore – An Overview,” World Intellectual Property Organization WIPO/GRTKF/IC/1/3, 2002. Available from: [www.wipo.int](http://www.wipo.int).

<sup>16</sup> ฉลาดชาย รมิตานนท์, "วัฒนธรรมกับความหลากหลายทางชีวภาพ," หน้า 119.

<sup>17</sup> บัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์ และ เจษฎ์ โทณวณิก, "ร่างรายงานฉบับสมบูรณ์: โครงการสัมมนาเรื่องบทบาท/ท่าทีของไทยต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น," หน้า 11.

บ้านประเภทแรกๆ ที่มีความจำเป็นที่จะต้องให้ความคุ้มครอง ซึ่งภายใต้พระราชบัญญัตินี้ กระทำโดยการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม การให้มีการขออนุญาตก่อนที่จะนำทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เกี่ยวข้องไปใช้ ที่เรียกว่า Prior Informed Consent (ในกรณีตำรับยาแผนไทยของชาติหรือตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ) และการขึ้นทะเบียนองค์ความรู้ทางการแพทย์ซึ่งอาจนำไปใช้เป็นหลักฐานในการคัดค้านหากมีชาวต่างชาตินำเอาองค์ความรู้ทางการแพทย์ที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านของไทยไปขอจดสิทธิบัตรในต่างประเทศ

#### 4.1.2) สิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542

แต่เดิมสิ่งมีชีวิตอันได้แก่พืชและสัตว์ซึ่งถูกมองว่าเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ นั้น ไม่สามารถนำมาจดสิทธิบัตรเพื่อขอรับสิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญาได้ เนื่องจากมิได้เกิดจากการสร้างสรรค์โดยการใช้สติปัญญาของมนุษย์จึงไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญา แต่ต่อมาเมื่อเทคโนโลยีทางพันธุวิศวกรรมเจริญขึ้น ทำให้มนุษย์สามารถเข้าไปแทรกแซงกิจกรรมที่แต่เดิมเป็นหน้าที่ของธรรมชาติ โดยอาศัยการปรับแต่งพันธุ์พืชโดยการใช้เทคโนโลยีชีวภาพ ทำให้เกิดเป็นพันธุ์พืชที่มีลักษณะใหม่ๆ ที่มีความแตกต่างจากพันธุ์พืชเดิมๆ ที่มีอยู่ตามธรรมชาติ เช่น มีความทนทานต่อโรคพืชหรือแมลงศัตรูพืชบางชนิด หรือสามารถเจริญเติบโตได้ดีในภูมิประเทศที่แห้งแล้ง เป็นต้น ก่อให้เกิดการเพิ่มผลผลิตทางการเกษตรอันนำมาซึ่งผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจอย่างมาก จึงเกิดการอ้างสิทธิในการปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ในวงกว้าง ทั้งนี้ เนื่องจากการปรับปรุงพันธุ์พืชที่ใช้วิทยาการต่างๆ อันเป็นผลมาจากการใช้สติปัญญาของมนุษย์ อาทิเช่น พันธุวิศวกรรมหรือเทคโนโลยีชีวภาพนั้น ถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง แต่ด้วยเหตุที่การคุ้มครองพันธุ์พืชภายใต้ระบบกฎหมายสิทธิบัตรนั้นมีความไม่เหมาะสมบางประการในการให้ความคุ้มครองแก่พันธุ์พืช เช่น หลักเกณฑ์ที่เข้มงวดในเรื่องการได้มาซึ่งสิทธิบัตร(ต้องใหม่ ต้องมีขั้นการผลิตที่สูงขึ้น ต้องสามารถประยุกต์ได้ในทางอุตสาหกรรม) เป็นต้น จึงเป็นที่มาของแนวคิดในการให้ความคุ้มครองแก่การปรับปรุงพันธุ์พืชภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาโดยการใช้กฎหมายลักษณะเฉพาะ<sup>18</sup>

สำหรับการให้ความคุ้มครองแก่พันธุ์พืชในประเทศไทยนั้น เนื่องจาก ในขณะที่มีการจัดทำกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชอยู่นั้น สถานการณ์เกี่ยวกับการจกฉวยทรัพยากรพันธุกรรมและการกระทำที่เรียกว่าโจรสลัดทางชีวภาพนั้นทวีความรุนแรงขึ้นเรื่อยๆ<sup>19</sup> เป็นเหตุให้

<sup>18</sup> ชัยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, หน้า 326-334.

<sup>19</sup> บัณฑิต เศรษฐวิโรตม์ และ เจษฎา โทณะวณิก, "ร่างรายงานฉบับสมบูรณ์: โครงการสัมมนาเรื่องบทบาท/ท่าทีของไทยต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น," หน้า 11.

การให้ความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 นั้น นอกจากจะให้ความคุ้มครองแก่พันธุ์พืชใหม่(หมวด3)ซึ่งเป็นการสร้างแรงจูงใจให้มีการพัฒนาปรับปรุงพันธุ์พืชเพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของประเทศแล้ว ยังมีการขยายความคุ้มครองไปยังพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น(หมวด4) พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปและพันธุ์พืชป่า(หมวด5) อีกด้วย โดยการควบคุมการเข้าถึงและการใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืชทั้ง 3 ประเภทดังกล่าว เพื่อป้องกันมิให้ความหลากหลายของพันธุ์พืชพื้นเมืองและพันธุ์พืชป่าที่มีอยู่อย่างมากมายในประเทศไทยต้องสูญหายหรือตกไปเป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของชาวต่างชาติ

สิ่งที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช ได้แก่ “พันธุ์พืช” ซึ่งหมายถึง กลุ่มของพืช(ซึ่งรวมถึงเห็ดและสาหร่าย แต่ไม่รวมจุลินทรีย์อื่น)ที่มีพันธุกรรมและลักษณะทางพฤกษศาสตร์เหมือนหรือคล้ายคลึงกัน มีคุณสมบัติเฉพาะตัวที่สม่ำเสมอ คงตัว และแตกต่างจากกลุ่มอื่นในพืชชนิดเดียวกัน และให้หมายความรวมถึง ต้นพืชที่จะขยายพันธุ์ให้ได้กลุ่มของพืชที่มีคุณสมบัติดังกล่าวข้างต้น (มาตรา 3) โดยได้กำหนดการให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชเป็น 4 ประเภท ได้แก่

(1) พันธุ์พืชใหม่ ซึ่งได้แก่ พันธุ์พืชที่เป็นผลมาจากการใช้ความรู้ทางพันธุวิศวกรรม หรือเทคโนโลยีชีวภาพ หรือวิทยาการอื่นใดที่มีใช้วิธีการโดยทางธรรมชาติ ในการคิดค้นปรับปรุงหรือพัฒนาพันธุ์พืชโดยนักปรับปรุงพันธุ์พืช จนได้เป็นพันธุ์พืชชนิดใหม่ที่มีความแตกต่างจากพันธุ์พืชเดิมที่มีอยู่แล้ว<sup>20</sup> และได้มีการจดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชใหม่เพื่อรับความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชนี้แล้ว ทั้งนี้ “นักปรับปรุงพันธุ์พืช” จะเป็นผู้ทรงสิทธิซึ่งมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในพันธุ์พืชใหม่ที่ได้รับการจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่โดยชอบ (มาตรา 33)

(2) พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น หมายถึง พันธุ์พืชที่มีอยู่เฉพาะในชุมชนใดชุมชนหนึ่งภายในราชอาณาจักร และไม่เคยจดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชใหม่ ซึ่งได้จดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชแล้ว(มาตรา3) ทั้งนี้ พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นที่ได้รับการขึ้นทะเบียนแล้วนั้น จะเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของ “ชุมชน” ที่นำพันธุ์พืชพื้นเมืองนั้นๆ มาขอจดทะเบียน(มาตรา47) ซึ่งชุมชนดังกล่าวหมายถึง กลุ่มของประชาชนที่ตั้งถิ่นฐานและและมีการสืบทอดระบบวัฒนธรรมร่วมกันมาโดยต่อเนื่อง และได้ขึ้นทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้(มาตรา3) ทั้งนี้ อยู่บนเงื่อนไขที่ว่า “ชุมชนดังกล่าวต้องเป็นผู้อนุรักษ์(คือ ทำให้พันธุ์พืชนั้นๆ ยังคงดำรงอยู่) หรือเป็นผู้พัฒนา (คือ ทำให้พันธุ์พืชนั้นๆ มีคุณสมบัติหรือลักษณะที่ดีขึ้น) พันธุ์พืชดังกล่าวแต่เพียงผู้เดียว”(มาตรา45) ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการมีอยู่ของพันธุ์พืชพื้นเมือง

<sup>20</sup> ชัยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, หน้า326-334.

ที่มีอยู่เฉพาะในท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่ง เป็นผลมาจากการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดของคนในชุมชนที่เป็นที่อยู่ของพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นนั้นๆ ทั้งนี้ หากมีผู้ประสงค์ที่จะนำพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น หรือส่วนใดส่วนหนึ่งของพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น ไปใช้ประโยชน์ อันได้แก่ ศึกษา ทดลอง ปรับปรุง หรือวิจัย อันมีวัตถุประสงค์ในทางการค้า จะต้องมีการขออนุญาต(prior informed consent)และทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์(benefit sharing agreement)เสียก่อน

(3) พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป หมายถึง พันธุ์พืชที่กำเนิดภายในประเทศ หรือมีอยู่ในประเทศซึ่งได้มีการใช้ประโยชน์อย่างแพร่หลาย และให้หมายความรวมถึงพันธุ์พืชที่ไม่ใช่ พันธุ์พืชใหม่ พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น หรือพันธุ์พืชป่า(มาตรา3)

(4) พันธุ์พืชป่า หมายถึง พันธุ์พืชที่มี หรือเคยมีอยู่ภายในประเทศตามสภาพธรรมชาติและยังมิได้นำมาใช้เพาะปลูกอย่างแพร่หลาย(มาตรา3)

พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปและพันธุ์พืชป่าถือว่าเป็นสมบัติของชาติ ที่หากมีผู้ประสงค์ที่จะใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืชทั้งสองประเภทเพื่อประโยชน์ในทางการค้า บุคคลผู้นั้นมีความจำเป็นที่จะต้องขออนุญาตจากทางราชการและทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์เสียก่อน<sup>21</sup>

ทั้งนี้ ผู้เขียนพบว่า สิ่งนี้อาจถือได้ว่าเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช ได้แก่ “พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น” ซึ่งถือว่าเป็นทรัพยากรพันธุกรรม ทั้งนี้ ด้วยนัยของมาตรา45 อาจแปลความได้ว่า “ลักษณะเฉพาะ และการมีอยู่ของพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นในท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งนั้น ย่อมเป็นผลมาจากการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดของคนในชุมชนที่เป็นที่อยู่ของพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นนั้นๆ” ตัวอย่างเช่น ชุมชนหนึ่งในภาคเหนือจะรีบทำการเก็บผลผลิตรุ่นแรกไว้ทำพันธุ์ซึ่งเชื่อกันว่าจะทำให้ผลผลิตที่ได้มีความสมบูรณ์มากที่สุด<sup>22</sup> หรือการใช้องค์ความรู้พื้นบ้านในการคัดเลือกและเก็บเมล็ดพันธุ์จากต้นที่มีลักษณะที่น่าสนใจหรือต้นที่มีความอุดมสมบูรณ์เพื่อนำมาทดลองในการปลูกในฤดูถัดไป<sup>23</sup> เป็นต้น ดังนั้น พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น จึงถือว่าเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านประเภททรัพยากรพันธุกรรมที่เป็นสิทธิโดยชอบธรรมของชุมชนที่ได้ร่วมกันอนุรักษ์หรือพัฒนาพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นนั้น

<sup>21</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 351.

<sup>22</sup> มาโนช วามานนท์ และเพ็ญภา ทรัพย์เจริญ, ผักพื้นบ้าน: ความหมายและภูมิปัญญาของสามัญชนไทย, หน้า33.

<sup>23</sup> วิฑูรย์ ปัญญากุล, ภูมิปัญญาพื้นบ้านกับความหลากหลายทางชีวภาพ. (กรุงเทพมหานคร: กรีนเนท และสหกรณ์อาหารธรรมชาติ, 2540), หน้า 29.

การให้ความคุ้มครองที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้พระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ การควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืช (Access to Plant Genetic Resources) ซึ่งได้แก่ พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่า และการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit Sharing Agreement) จากการใช้ทรัพยากรนั้นๆ รวมถึงมีทบัญญัติที่เป็นการรับรองสิทธิร่วมกันของชุมชน (Collective Rights of the Community) ที่อนุรักษ์และพัฒนาพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นด้วย แต่ทั้งนี้ ภายใต้กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชภูมิปัญญาพื้นบ้านแขนงอื่นๆ ที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับพันธุ์พืชจะไม่อยู่ในขอบเขตของการให้ความคุ้มครอง

ภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช มีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) เป็นการสร้างสรรค์ร่วมกันของคนทั้งชุมชน (collective creation) (มาตรา 44: บุคคล...ซึ่งได้ร่วมกันอนุรักษ์หรือพัฒนาพันธุ์พืช...)

(2) สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นถือว่าเป็นสิทธิร่วมกันของทั้งชุมชน (collective rights of the community) ซึ่งในประเด็นนี้ บัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์ และจักรกฤษณ์ ควรพจน์ ได้ให้ทัศนะไว้ว่า เป็นการรับรองสิทธิของชุมชนที่สอดคล้องกับหลักการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ในมาตรา 46<sup>24</sup>

(3) มีความสัมพันธ์อย่างเด่นชัดกับชุมชนที่เป็นผู้อนุรักษ์หรือพัฒนาพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นนั้นๆ กล่าวคือ เป็นพันธุ์พืชที่มีอยู่เฉพาะในท้องถิ่นอันเป็นที่ตั้งของชุมชนที่ได้ร่วมกันอนุรักษ์ และพัฒนาพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นที่ได้นำไปจดทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชดังกล่าว

สำหรับพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปและพันธุ์พืชป่านั้นภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช กำหนดไว้แค่เพียงว่าเป็นพันธุ์พืชพื้นเมืองที่มีแหล่งกำเนิด หรือมีอยู่หรือเคยมีอยู่ในประเทศไทย ซึ่งถือว่าเป็นสมบัติของชาติ ดังนั้น พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปและพันธุ์พืชป่าจึงไม่อาจถือว่าเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้าน แต่จะถือว่าเป็น “ทรัพยากรพันธุกรรม” ซึ่งตามมาตรา 15(1) ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity) กำหนดให้

<sup>24</sup> บัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์ และจักรกฤษณ์ ควรพจน์, “ปัญหาการแย่งชิงพันธุกรรม: กรณีข้าวหอมมะลิ,” เอกสารประกอบการบรรยาย การอบรมหลักสูตรประกาศนียบัตรกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รุ่นที่ 2 หัวข้อ: ทรัพย์สินทางปัญญากับการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยและศิลปะพื้นบ้าน, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

เป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐที่เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนั้นๆ ในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่เป็นของตน<sup>25</sup>

จากการที่คณะกรรมการระหว่างรัฐว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา ทรัพยากรพันธุกรรม ภูมิปัญญาพื้นบ้าน และวัฒนธรรมพื้นบ้าน ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก(WIPO's IGC on Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore) ได้กำหนดสาขาของภูมิปัญญาพื้นบ้านเอาไว้ 3 สาขา<sup>26</sup> ได้แก่

- (1) ทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เกี่ยวข้อง
- (2) องค์ความรู้ นวัตกรรม และการสร้างสรรค์พื้นบ้าน
- (3) การแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้าน

ซึ่งเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับสิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้กฎหมายทั้ง 2 ฉบับ ผู้เขียนพบว่า สาขาของภูมิปัญญาพื้นบ้านที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายไทยนั้น ได้แก่

- ทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งได้แก่
  - พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นที่ได้นำมาขึ้นทะเบียนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช
  - สมุนไพร(ซึ่งหมายรวมถึงพื้นที่ที่เป็นแหล่งสมุนไพร)ที่ถูกประกาศให้เป็นสมุนไพรควบคุมและพื้นที่คุ้มครองสมุนไพรตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

ซึ่งเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม(Genetic Resources Associated Traditional Knowledge)

- ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งได้แก่ องค์ความรู้ที่เป็นตำรายาและตำราการแพทย์แผนไทยตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ได้แก่ ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยของชาติ ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยทั่วไป และภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคล ซึ่งเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นองค์ความรู้เกี่ยวกับ

<sup>25</sup> จักรกฤษณ์ ควรวจน์, กฎหมายสิทธิบัตร: แนวคิดและบทวิเคราะห์. พิมพ์ครั้งที่สอง(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), หน้า 177.

<sup>26</sup> โปรดดูหัวข้อ 2.5

คุณสมบัติและการใช้ประโยชน์จากสมุนไพรในทางการแพทย์แผนไทย ทั้งนี้ รวมถึงองค์ความรู้ในการจัดการและดูแลรักษาสมุนไพรและพื้นที่ที่เป็นแหล่งสมุนไพรด้วย

- องค์ความรู้ นวัตกรรม และการสร้างสรรค์พื้นบ้าน ซึ่งได้แก่ สิ่งที่ได้รับควบคุมครอง ได้แก่ องค์ความรู้ที่เป็นตำรายาและตำราการแพทย์แผนไทยที่ได้นำมาขึ้นทะเบียนไว้ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ทั้งนี้ หมายถึงเฉพาะในส่วนที่เป็นองค์ความรู้เกี่ยวกับอาหารและยาและองค์ความรู้ทางการแพทย์ เช่น สูตรการปรุงยา การประดิษฐ์อุปกรณ์และเครื่องมือทางการแพทย์ สูตรอาหารที่มีการใช้สมุนไพรเป็นส่วนประกอบซึ่งนำมาใช้ในการบำบัดรักษา ฟันฟูหรือส่งเสริมดูแลสุขภาพตามหลักทางการแพทย์แผนไทย เป็นต้น

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับมีข้อจำกัด ดังนี้

(1) ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยนั้น มีขอบเขตที่จำกัด กล่าวคือ ให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านเฉพาะที่เกี่ยวกับองค์ความรู้ทางการแพทย์แผนไทยเท่านั้น

(2) พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยนั้น มีการให้ความคุ้มครองแก่ "ธาตุวัตถุ" ซึ่งเป็นสาร อนินทรีย์ เช่น แร่ธาตุต่างๆ ที่อยู่ในดิน ในหิน ซึ่งเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติไม่ได้เกิดจากการสร้างสรรค์ทางปัญญาของมนุษย์ที่โดยทั่วไปแล้วไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งอาจทำให้แนวความคิดเกี่ยวกับภูมิปัญญาพื้นบ้านในฐานะที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งเกิดความคลุมเครือ

(3) สิ่งที่ได้รับควบคุมครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชนั้น ไม่รวมถึงองค์ความรู้ที่เกี่ยวกับพันธุ์พืช จึงมีขอบเขตที่แคบอย่างมาก คือ คุ้มครองเพียงทรัพยากรพันธุกรรมเฉพาะที่เป็นพืช เท่านั้น

ด้วยเหตุที่ ขอบเขตของสิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้พระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับค่อนข้างจำกัด จึงไม่สามารถให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านประเภทอื่นๆ ที่อยู่นอกเหนือขอบเขตของการให้ความคุ้มครองภายใต้กฎหมาย 2 ทั้งฉบับดังกล่าวได้ ดังนั้น ในปัจจุบันในการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านจึงยังคงต้องใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ในขณะนี้ ซึ่งอาจพิจารณาได้ตามประเภทต่างๆ ของภูมิปัญญาพื้นบ้าน ใน 4 กลุ่ม ดังต่อไปนี้

1) ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นวิทยาการ ประดิษฐ์กรรม และนวัตกรรม ซึ่งได้แก่ ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นองค์ความรู้ที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ หรือนำไปประยุกต์จนเกิดเป็นการประดิษฐ์หรือกรรมวิธีใหม่ๆ ขึ้น เช่น องค์ความรู้เกี่ยวกับสรรพคุณของพืช การผลิตเครื่องสำอางโดยใช้สารสกัดจากพืชที่ใช้การสกัดโดยวิธีดั้งเดิม หรือการนำโคลนที่มีอยู่ในท้องถิ่นมาใช้ในการย้อมผ้าของกลุ่มสตรีบ้านหนองบัวแดง<sup>27</sup> เป็นต้น ทั้งนี้ ภูมิปัญญาพื้นบ้านประเภทนี้อาจได้รับความคุ้มครองโดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร ในกรณีภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นประดิษฐ์กรรมและนวัตกรรมนั้นๆ เข้าหลักเกณฑ์ตามเงื่อนไขของสิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติสิทธิบัตร นั่นก็คือ หลักเกณฑ์เรื่องความใหม่(Novelty) การมีขั้นการผลิตที่สูงขึ้น(Inventive Step) และสามารถประยุกต์ใช้ได้ทางอุตสาหกรรม(Capable of Industrial Application)

2) ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้าน เช่น นิทานพื้นบ้าน การรำย่ำพื้นบ้าน งานหัตถกรรมพื้นบ้าน เพลงและดนตรีพื้นบ้าน เป็นต้น ภูมิปัญญาพื้นบ้านประเภทนี้มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับ "งาน" ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เช่น งานวรรณกรรม งานนาฏกรรม งานศิลปกรรม หรืองานดนตรีกรรม เป็นต้น ดังนั้น ภูมิปัญญาพื้นบ้านจึงอาจได้รับความคุ้มครองภายใต้ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ในกรณีที่ภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้นๆ เข้าลักษณะของ"งาน" ที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ กล่าวคือ ต้องเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านที่มีลักษณะที่เป็นการแสดงออกซึ่งความคิด(Expression of Idea) เป็นการสร้างสรรค์โดยตนเองของผู้สร้างสรรค์(Originality) และต้องสามารถระบุตัวผู้สร้างสรรค์ที่แท้จริงได้(Identification of Author)

3) ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่มีความเกี่ยวข้องกับชื่อเสียงและความนิยม ทั้งนี้ ในบางชุมชนหรือบางท้องถิ่นอาจมีการนำเอาภูมิปัญญาพื้นบ้านของตนมาใช้ในการผลิตเป็นสินค้าออกขาย เช่น กล้วยฉาบ ถั่วเคลือบน้ำตาล หมูยอ น้ำพริกแปรรูปฯ ซึ่งอาจมีการกำหนดชื่อหรือตราสินค้าขึ้นเพื่อใช้เป็นเครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้านั้นๆ ดังกล่าวเพื่อแสดงความแตกต่างระหว่างสินค้าที่

<sup>27</sup> กองส่งเสริมและพัฒนา กรมทรัพย์สินทางปัญญา, "ผ้าขึ้นโบราณย้อมโคลน." วารสารอาสาพิทักษ์ภูมิปัญญาไทย. ปีที่ 2, ฉบับที่ 5 (พฤษภาคม 2547): 5-7.



ตนเองผลิตกับสินค้าที่มีขายทั่วไปในท้องตลาด เครื่องหมายหรือชื่อทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้นๆ อาจได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นเครื่องหมายการค้าภายใต้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ซึ่งในที่นี่รวมถึง เครื่องหมายบริการสำหรับกรณีของการนำภูมิปัญญาพื้นบ้านไปใช้สำหรับการบริการ เช่น การนวดแผนโบราณ การประกอบธุรกิจท่องเที่ยวเชิงอนุรักษ์ เป็นต้น นอกจากนี้ สินค้าที่ผลิตขึ้นโดยใช้องค์ความรู้ที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านบางอย่าง ซึ่งเป็นสินค้าที่คุณภาพหรือชื่อเสียงมีความสัมพันธ์กับพื้นที่ทางภูมิศาสตร์อันเป็นแหล่งที่ผลิตสินค้านั้นๆ เช่น ร่มบ่อสร้าง ไข่เค็มไชยา เครื่องปั้นดินเผาด่านเกวียน ไวน์ชาโดว์ เดอ เลย(Chateaux de Loei) ส้มโอนครชัยศรี เป็นต้น ชื่อทางภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับสินค้าที่ใช้องค์ความรู้ที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านเหล่านั้น อาจนำมาขึ้นทะเบียนเพื่อขอรับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้

4) ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นองค์ความรู้ที่ยังไม่ถูกเปิดเผย โดยทั่วไปแล้วภูมิปัญญาพื้นบ้านเป็นองค์ความรู้ที่ถือเป็นมรดกร่วมกันของสมาชิกทุกคนในชุมชนที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้น ภูมิปัญญาพื้นบ้านส่วนใหญ่จึงเป็นองค์ความรู้สามัญที่ทุกคนในชุมชนนั้นๆ รับรู้กันโดยทั่วไป อีกทั้งการที่ภูมิปัญญามีการถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่งจึงเป็นเรื่องยากที่ภูมิปัญญาพื้นบ้านจะอยู่ในสถานะขององค์ความรู้ที่ยังไม่ถูกเปิดเผย อย่างไรก็ตาม อาจมีภูมิปัญญาพื้นบ้านบางประเภทที่ยังคงได้รับการเก็บรักษาเอาไว้เป็นความลับที่ยังไม่ถูกเปิดเผยให้เป็นที่รับรู้โดยทั่วไป เช่น สูตรยาพื้นบ้านบางอย่างที่ถ่ายทอดให้เฉพาะแก่ผู้ที่ได้รับการคัดเลือกโดยหมอพื้นบ้านเท่านั้น หรือสูตรอาหารหรือสูตรขนมโบราณที่มีการสืบทอดเฉพาะในบางครอบครัวที่ได้รับการคัดเลือกในชุมชนหนึ่งๆ เป็นต้น ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นองค์ความรู้ที่ยังไม่ถูกเปิดเผยดังกล่าว อาจได้รับความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองความลับทางการค้า ในกรณีที่ ภูมิปัญญาพื้นบ้านดังกล่าว มีลักษณะต้องตรงตามสิ่งที่เป็นความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติดังกล่าว นั่นคือ เป็นข้อมูลทางการค้าที่เป็นความลับ และมีประโยชน์ในเชิงธุรกิจการค้าเนื่องจากการที่เป็นข้อมูลที่มีสถานะเป็นความลับอยู่เช่นนั้น

จะสังเกตได้ว่า ภูมิปัญญาพื้นบ้านในประเทศไทยทั้ง 4 ประเภทนี้ดังกล่าว “อาจ” ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายที่ประเทศไทยมีอยู่แล้วในขณะนี้ ซึ่งเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาทั้งสิ้น ที่เป็นเช่นนี้ เนื่องจาก ภูมิปัญญาพื้นบ้านเป็นผลมาจากการสร้างสรรค์ทางปัญญาของมนุษย์ จึงทำให้ภูมิปัญญาพื้นบ้านมีฐานะเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง<sup>28</sup> อีกทั้ง ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเป็นกฎหมายเพียงระบบเดียวที่มีความ

<sup>28</sup>โปรดดูหัวข้อ 2.4

เหมาะสมในการให้ความคุ้มครองแก่การสร้างสรรค์ทางปัญญาของมนุษย์<sup>29</sup> ดังนั้น ภูมิปัญญาพื้นบ้านจึงสมควรได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งตามระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

อย่างไรก็ดี ภูมิปัญญาพื้นบ้านเป็นการสร้างสรรค์ที่เกิดจากกระบวนการที่คนในชุมชนหรือท้องถิ่นหนึ่งๆ มีปฏิสัมพันธ์กับสิ่งแวดล้อมภายในชุมชนหรือท้องถิ่นนั้นๆ เพื่อการแก้ไขปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นในการดำรงชีวิตประจำวัน ผ่านประสบการณ์ การเรียนรู้ จดจำ และคัดเลือกเพื่อหาหนทางแก้ไขปัญหามีความเหมาะสมกับสถานการณ์ของปัญหาในขณะนั้น โดยใช้ประโยชน์จากองค์ความรู้สะสมที่มีการถ่ายทอดและพัฒนาอยู่ตลอดเวลา ภูมิปัญญาพื้นบ้านจึงเป็นการสร้างสรรค์ที่อยู่บนพื้นฐานทางวัฒนธรรม และมีลักษณะที่เป็นองค์รวม ซึ่งส่งผลให้การคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้านโดยใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้น มีความไม่เหมาะสมอยู่หลายประการ ซึ่งสามารถวิเคราะห์ข้อจำกัดต่างๆ ในการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านโดยใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ประเทศไทยใช้อยู่ในปัจจุบันได้ ดังนี้

1) พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537: มาตรา 4 บัญญัติ เอาไว้ดังนี้  
“ในพระราชบัญญัตินี้...

“งานวรรณกรรม” หมายความว่า งานนิพนธ์ที่สร้างขึ้นทุกชนิด เช่น หนังสือ จุลสาร สิ่งเขียน สิ่งพิมพ์ ปาฐกถา เทศนา คำปราศรัย สุนทรพจน์ และให้หมายความรวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะพบว่า ในกรณีของภูมิปัญญาพื้นบ้านที่มีการบันทึกเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ภูมิปัญญาพื้นบ้าน นั้นอาจมีฐานะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ในประเภทงานวรรณกรรม (Literary Works)<sup>30</sup>

แต่เนื่องจาก ภูมิปัญญาพื้นบ้านส่วนใหญ่ไม่มีการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์ ซึ่งตามความในมาตรา 6 วรรคสอง ได้บัญญัติเอาไว้ว่า “การคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึงความคิด หรือขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบ หรือวิธีใช้งานหรือทำงาน หรือแนวความคิด หลักการ การค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์ หรือคณิตศาสตร์” ประกอบกับทัศนะที่ศาสตราจารย์ ไชยยศ เหมะรัชตะ ได้แสดงเอาไว้ในประเด็นที่เกี่ยวกับการแยกระหว่างความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิด ซึ่งได้กล่าวไว้ว่า “โดยหลักทั่วไปแล้ว งานใดๆที่ได้มีการสร้างสรรค์ขึ้นจะได้รับความคุ้มครองด้วย

<sup>29</sup> นันทน อินทนนท์, “ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาและผลกระทบต่อภูมิปัญญาท้องถิ่น,” หน้า 160.

<sup>30</sup> จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, กฎหมายสิทธิบัตร: แนวคิดและบทวิเคราะห์, หน้า 189.

การที่ความคิดที่จะสร้างสรรค์งานภายในสมองของผู้สร้างสรรค์ได้แสดงออกมาในรูปแบบที่เหมาะสม ตามลักษณะของงานแต่ละประเภท เช่น งานวรรณกรรมมีลักษณะเป็นงานอันเกี่ยวกับการประพันธ์ซึ่งเป็นตัวอักษรเป็นส่วนใหญ่ การแสดงงานให้ปรากฏออกมาควรจะเป็นในรูปของลายลักษณ์อักษรบนวัสดุต่างๆ<sup>31</sup> จึงทำให้ ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่มีได้ถูกบันทึกเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรจึงเป็นเพียง “แนวคิด หรือ ความคิด(Idea)” ซึ่งไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เนื่องจาก กฎหมายลิขสิทธิ์คุ้มครอง “การแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea)” ในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งตามที่กฎหมายรับรอง ตามมาตรา 6 วรรค 1 ซึ่งได้แก่ งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ

นอกจากนี้ ตามความในมาตรา 27 ที่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำที่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เอาไว้ ดังนี้

“การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งกับงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15(5) ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำการดังต่อไปนี้

(1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน”

ดังนั้น การกระทำที่จะถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทงานวรรณกรรมนั้น จึงได้แก่ การทำซ้ำซึ่งเอกสารหรือหนังสือที่มีการบันทึกภูมิปัญญาพื้นบ้านเอาไว้ หรือการนำเอกสารหรือหนังสือนั้นมาดัดแปลงหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของ เท่านั้น แต่กฎหมายไม่ห้ามหากจะมีใครนำภูมิปัญญาที่ได้รับการบันทึกไว้ในเอกสารหรือหนังสือนั้นไปใช้ประโยชน์<sup>32</sup> ดังนั้น การที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งนำภูมิปัญญาพื้นบ้านที่มีการบันทึกไว้ไปใช้ประโยชน์ เช่น นำสูตรขนมโบราณที่ได้รับการตีพิมพ์เป็นหนังสือไปใช้ในการผลิตเป็นสินค้าและนำออกขาย จึงไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นงานวรรณกรรม

เงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งในการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ คือ “เป็นการสร้างสรรค์โดยตนเองของผู้สร้างสรรค์ (Originality)” ซึ่งตามมาตรา 4 บัญญัติเอาไว้ว่า “ผู้สร้างสรรค์” หมายความว่า ผู้ทำหรือผู้ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์อย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้

<sup>31</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, หน้า 34.

<sup>32</sup> จักรกฤษณ์ ควรวจน์, “เอกสารประกอบการบรรยายการอบรมหลักสูตร ประกาศนียบัตรกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รุ่นที่ ๒ หัวข้อทรัพย์สินทางปัญญากับการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยและศิลปะพื้นบ้าน,” (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545), (อัดสำเนา)

แต่เนื่องจาก ภูมิปัญญาพื้นบ้านเป็นสิ่งที่สืบทอดกันมาจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง ซึ่งใช้เวลาเป็นสิบเป็นร้อยปี ส่งผลให้ผู้ที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาพื้นบ้านในปัจจุบันไม่ใช่ผู้สร้างสรรค์ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ การสืบทอดภูมิปัญญาพื้นบ้านจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่งจึงเป็นสาเหตุที่ทำให้ภูมิปัญญาพื้นบ้านส่วนมากมีลักษณะที่ไม่เข้าเงื่อนไขในการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์

ดังนั้น การให้ความคุ้มครองแก่สิทธิในภูมิปัญญาพื้นบ้านโดยใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ จึงมีความไม่เหมาะสมอยู่หลายประการตามที่ได้กล่าวข้างต้น

2) พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 : มาตรา 5 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับ มาตรา 9 การประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้ต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

- 1) เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่
- 2) เป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น และ
- 3) เป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรม”

เงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตรตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตรดังกล่าว เป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการได้มาซึ่งสิทธิบัตร และเป็นปราการด่านสำคัญที่สกัดกั้นทำให้ภูมิปัญญาพื้นบ้านไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ เนื่องจาก ภูมิปัญญาพื้นบ้านส่วนใหญ่ขาด “ความใหม่ (Novelty)” ซึ่งเป็นเงื่อนไขสำคัญในการขอรับสิทธิบัตร ทำให้ภูมิปัญญาพื้นบ้านเกือบทั้งหมดไม่เข้าเงื่อนไขตามกฎหมายที่อาจขอรับสิทธิบัตรตามพระราชบัญญัตินี้ได้

นอกจากนี้ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาให้การคุ้มครองในระดับสูงดังเช่น กฎหมายสิทธิบัตรนั้น มักมีขั้นตอนและวิธีการในการขอรับความคุ้มครองที่ยุ่งยากซับซ้อน และมีค่าใช้จ่ายสูง อีกทั้ง เงื่อนไขต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดซึ่งมีความเข้มงวดก็เป็นอุปสรรคสำคัญอีกประการในการขอรับความคุ้มครอง<sup>33</sup>

กล่าวคือ ในการได้มาซึ่งสิทธิบัตรที่กำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการประดิษฐ์ในคำขอรับสิทธิบัตร ซึ่งตามมาตรา 17 (3) กำหนดให้มีการเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ที่มีข้อความสมบูรณ์ รัดกุม และชัดเจน อันจะทำให้ผู้มีความชำนาญในระดับสามัญในศิลปะหรือวิทยาการที่เกี่ยวข้องสามารถทำและปฏิบัติการตามการประดิษฐ์นั้นได้ แต่เนื่องจาก ภูมิปัญญาชาวบ้านเป็นผลผลิตของการสร้างสรรค์ทางปัญญาของมนุษย์อันเกิดจากการใช้ประสบการณ์ในชีวิตจริงมิใช่จากการทดลองในห้องทดลอง การจะจำแนกแจกแจงรายละเอียดของภูมิปัญญาพื้นบ้านให้เหมือนกับรายละเอียดของการประดิษฐ์ที่เป็นภูมิปัญญาสากลนั้น เป็นเรื่องที่ทำได้ค่อนข้างยาก เช่น ภูมิปัญญาพื้นบ้านในการใช้ยาสมุนไพรรักษาอาการเจ็บป่วยของหมอพื้น

<sup>33</sup> จักรกฤษณ์ ควรวจน์, กฎหมายสิทธิบัตร: แนวคิดและบทวิเคราะห์, หน้า 189.

บ้าน ซึ่งในตำราของหมอพื้นบ้านมักไม่ได้มีการกำหนดว่าจะต้องใช้สมุนไพรชนิดนั้นๆ ในปริมาณเท่าไรเท่านี้กรัม แต่จะกำหนดปริมาณในการใช้ยาโดยการท่องมนต์คาถาไปพร้อมกับ การฝนยา เป็นต้น ดังนั้น การเปิดเผยรายละเอียดของภูมิปัญญาพื้นบ้านโดยสมบูรณ์ รัศม และ ชัดแจ้งตามที่มาตรา 17(3) กำหนดนั้น จึงเป็นเรื่องที่ยุ้งยากสำหรับหมอพื้นบ้าน หรือชุมชนที่เป็น เจ้าของภูมิปัญญาพื้นบ้าน นอกจากนี้ ภายหลังจากผู้ขอรับสิทธิบัตรได้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรไปแล้ว นั้น การจะได้รับสิทธิบัตรหรือไม่นั้นต้องเป็นไปตามเงื่อนไขต่างๆที่กำหนดไว้ในส่วนที่ 2 ของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร ซึ่งกำหนดขั้นตอนในการพิจารณาเพื่อออกสิทธิบัตรไว้

สิทธิตามกฎหมายสิทธิบัตรก่อให้เกิดอำนาจการครอบงำตลาด หรืออำนาจผูกขาดในทางการค้า(Monopoly) เพื่อเป็นการสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิบัตรกับ ประโยชน์ของสังคมส่วนรวม สิทธิตามกฎหมายสิทธิบัตรจึงเป็นสิทธิที่มีอายุแห่งการคุ้มครองสิทธิ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 35 ที่กำหนดให้สิทธิบัตรการประดิษฐ์มีอายุยี่สิบปีนับแต่วันขอรับ สิทธิบัตรในราชอาณาจักร ซึ่งเมื่อพ้นอายุการให้ความคุ้มครอง งานประดิษฐ์ดังกล่าวก็จะตกเป็น “สาธารณสมบัติ(Public Domain)” ดังนั้น แม้ว่าภูมิปัญญาพื้นบ้านจะได้รับการคุ้มครองตาม กฎหมายสิทธิบัตรก็ตามที่ แต่เมื่ออายุแห่งความคุ้มครองสิ้นสุดลง ภูมิปัญญา พื้นบ้านนั้นก็จะเป็น ความรู้ที่เป็นสาธารณสมบัติที่นายทุนหรือบุคคลใดสามารถนำไปใช้ได้โดยเสรีอยู่ดี

ภูมิปัญญาพื้นบ้านจึงไม่อยู่ในขอบเขตของที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้ กฎหมายสิทธิบัตร และถึงแม้จะมีภูมิปัญญาพื้นบ้านบางอย่างที่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ก็ตามที่ แต่การให้ความคุ้มครองที่มีกำหนดระยะเวลาก็เป็นอีกปัญหาหนึ่ง ที่ทำให้ท้ายที่สุดแล้วภูมิปัญญา พื้นบ้านจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเลย

3) พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534: มาตรา 4 บัญญัติไว้ว่า  
 “เครื่องหมายการค้า หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมาย ของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้นแตกต่างจากเครื่องหมาย การค้าของบุคคลอื่น”

จากคำจำกัดความดังกล่าว กฎหมายเครื่องหมายการค้าจึงมีวัตถุประสงค์ในการ ให้ความคุ้มครองแก่ “เครื่องหมาย” ในทางการค้า ซึ่งมีหน้าที่ในการจำแนกความแตกต่างระหว่าง สินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้น กับสินค้าของผู้ประกอบการรายอื่น การกระทำความผิด ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า จึงได้แก่ “การเลียนแบบเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น โดยมี เจตนาที่จะให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นนั้น” ซึ่งตามความตกลง

TRIPs ข้อ 15 (4) ได้กำหนดเอาไว้ว่า “ลักษณะสินค้าหรือบริการที่จะใช้เครื่องหมายการค้าย่อมไม่ถือว่าเป็นอุปสรรคในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ไม่ว่าในกรณีใด”<sup>34</sup>

กฎหมายเครื่องหมายการค้ามุ่งเน้นในการให้ความคุ้มครองไปที่ “เครื่องหมาย” ซึ่งเป็นสิ่งที่แสดงชื่อเสียงและคุณภาพของสินค้ามากกว่าสิ่งอื่นใด แต่ในกรณีของภูมิปัญญาพื้นบ้าน สารสำคัญอยู่ที่ “องค์ความรู้” ที่ได้รับการสั่งสมมา มากกว่า “ตรา” หรือ “ยี่ห้อ” ของสินค้าที่ผลิตมาจากภูมิปัญญาพื้นบ้าน

ดังนั้น การให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้าน โดยใช้เครื่องหมายการค้าจึงไม่สามารถให้ความคุ้มครองแก่ “องค์ความรู้” ซึ่งเป็นสารสำคัญของภูมิปัญญาพื้นบ้านได้ เนื่องจากกฎหมายเครื่องหมายการค้าลงโทษแต่เฉพาะการเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นโดยมีเจตนาให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของตนเองเท่านั้น แต่กฎหมายไม่ลงโทษหากบุคคลหนึ่งผลิตสินค้า หรือให้บริการประเภทเดียวกับบุคคลอื่น และกฎหมายเครื่องหมายการค้าก็ไม่ห้ามการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในผลิตภัณฑ์ หรือบริการประเภทเดียวกัน

4) พระราชบัญญัติคุ้มครองความลับทางการค้า พ.ศ. 2545: มาตรา 3 บัญญัติไว้ดังนี้:

“ในพระราชบัญญัตินี้ ‘ความลับทางการค้า’ หมายความว่า ข้อมูลทางการค้าที่ยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไปหรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว โดยเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับ และเป็นข้อมูลที่ถูกควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้ซึ่งความลับ”

กฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้าเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ “ข้อมูล” ที่เป็น “ความลับ” นั่นก็คือ ต้องมิใช่ข้อมูลที่เปิดเผย หรือเป็นข้อมูลทั่วไปที่สาธารณชนรับรู้อยู่แล้ว และเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์และมีคุณค่าในเชิงธุรกิจการค้าเนื่องจากสถานะที่เป็นความลับของข้อมูลนั้นๆ

การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้านี้ จะคงอยู่ตราบเท่าที่ข้อมูลดังกล่าวยังคงอยู่ในสถานะที่เป็นความลับ

กรณีของภูมิปัญญาพื้นบ้านที่ถูกเก็บรักษาไว้เป็นความลับ ภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้นๆอาจได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้า<sup>35</sup> ซึ่งเป็นทางเลือกที่ดีในการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้าน โดยมีเงื่อนไขว่า “ภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้นๆ ต้องยังคง

<sup>34</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, หน้า 255.

<sup>35</sup> จักรกฤษณ์ วรรณพจน์, กฎหมายสิทธิบัตร: แนวคิดและบทวิเคราะห์, หน้า 189.

สถานะของการเป็นข้อมูลที่เป็นความลับเอาไว้ให้นานที่สุด” ตราบใดที่ข้อมูลดังกล่าวยังคงสถานะของความเป็นข้อมูลที่เป็นความลับอยู่ได้ ตราบนั้นก็ยังคงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้า

แต่หากมองในแง่ของความเป็นจริงแล้ว ภูมิปัญญาพื้นบ้านส่วนใหญ่เป็นองค์ความรู้ที่คนรุ่นหนึ่งถ่ายทอดให้แก่คนอีกรุ่นหนึ่งสืบทอดกันมาหลายชั่วอายุคน องค์ความรู้เหล่านั้นจึงเป็นที่เปิดเผยต่อสาธารณชนโดยทั่วไปแล้ว<sup>37</sup> ดังนั้น จึงมีภูมิปัญญาพื้นบ้านน้อยมากที่จะอยู่ในสถานะที่เป็นความลับ ซึ่งอาจได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายความลับทางการค้า

อีกทั้ง การให้ความคุ้มครองแก่สิทธิในภูมิปัญญาพื้นบ้านโดยใช้กฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้า จะก่อให้เกิดผลเสียหลายอย่างร้ายแรงต่อภูมิปัญญาพื้นบ้าน เนื่องจากการเก็บภูมิปัญญาพื้นบ้านเอาไว้เป็นความลับ ในท้ายที่สุดแล้วจะนำมาซึ่งการสูญหายของภูมิปัญญาพื้นบ้าน เมื่อผู้ที่เป็นผู้ที่ครอบครองภูมิปัญญานั้นเอาไว้เสียชีวิตไปโดยที่ขาดผู้สืบทอดภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้นๆ ก็จะต้องตายตามไปด้วย

5) พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546: มาตรา 3 บัญญัติเอาไว้ ดังนี้

“สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ หมายความว่า ชื่อ สัญลักษณ์ หรือสิ่งอื่นใดที่ใช้เรียก หรือใช้แทนแหล่งภูมิศาสตร์ และสามารถบ่งบอกว่าสินค้าที่เกิดจากแหล่งภูมิศาสตร์นั้นเป็นสินค้าที่มีคุณภาพ ชื่อเสียง หรือคุณลักษณะเฉพาะของแหล่งภูมิศาสตร์ดังกล่าว”

ดังนั้น ภูมิปัญญาพื้นบ้านอาจได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ หากมีการนำภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้นๆ มาผลิตเป็นสินค้า ซึ่งคุณภาพหรือชื่อเสียงของสินค้านั้นมีความสัมพันธ์กับแหล่งภูมิศาสตร์อันเป็นแหล่งผลิตของสินค้านั้น ชุมชนที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาพื้นบ้านดังกล่าวก็สามารถนำสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นมาขึ้นทะเบียนเพื่อขอรับความคุ้มครองได้ (มาตรา 7 บัญญัติเอาไว้ว่า “ผู้มีสิทธิขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีดังนี้... (2) บุคคลธรรมดา กลุ่มบุคคล หรือนิติบุคคลซึ่งประกอบกิจการค้าเกี่ยวกับสินค้าที่ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และมีถิ่นที่อยู่ในแหล่งภูมิศาสตร์ของสินค้า”) ซึ่งจะเป็นผลให้ภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้นๆ เป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ขึ้นทะเบียนแล้ว และเฉพาะชุมชนที่เป็นผู้ผลิตสินค้าซึ่งอยู่ในแหล่งภูมิศาสตร์ของสินค้านั้นๆ หรือเป็นผู้ประกอบการค้าเกี่ยวกับสินค้านั้นเท่านั้น ที่มีสิทธิในการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ขึ้นทะเบียนกับสินค้าที่ระบุ(มาตรา 25) อีกทั้งการคุ้มครองดังกล่าวยังเป็นการคุ้มครองที่ไม่มีกำหนดระยะเวลา

<sup>37</sup> เรื่องเดียวกัน

ตามมาตรา 27 การกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำโดยมิชอบตามกฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ได้แก่

- 1) การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เพื่อแสดงหรือทำให้บุคคลอื่นหลงเชื่อว่าสินค้าที่มีได้มาจากแหล่งภูมิศาสตร์ที่ระบุในคำขอขึ้นทะเบียนเป็นสินค้าที่มาจากแหล่งภูมิศาสตร์ดังกล่าว
- 2) การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยประการใดที่ทำให้เกิดความสับสนหรือหลงผิดในแหล่งภูมิศาสตร์ของสินค้าและในคุณภาพ ชื่อเสียง หรือคุณลักษณะอื่นของสินค้านั้น เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการค้ารายอื่น

ดังนั้น การกระทำผิดตามกฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ จึงได้แก่ การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับสินค้าที่มีได้มาจากแหล่งทางภูมิศาสตร์นั้น<sup>38</sup> เพื่อให้ผู้อื่นหลงผิดเกี่ยวกับแหล่งที่มาของสินค้านั้น

จะเห็นได้ว่า สิ่งที่ได้รับ ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นี้ มีความคล้ายคลึงกับสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้าตรงที่กฎหมายทั้งสองฉบับเป็นกฎหมายที่ให้มุ่งให้ความคุ้มครองแก่ “เครื่องหมาย” ซึ่งใช้เป็นสิ่งที่แสดงชื่อเสียงในคุณภาพของสินค้านั้นๆ ความแตกต่างระหว่างเครื่องหมายการค้ากับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อยู่ที่ “เครื่องหมายการค้าบอกผู้บริโภคว่าสินค้านั้น “ใคร” เป็นผู้ผลิต ในขณะที่ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะบอกผู้บริโภคว่าสินค้านั้น “มาจาก” แหล่งใด”<sup>39</sup>

แม้ว่า กฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะสามารถนำมาใช้ในการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านได้ก็ตาม แต่การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นเป็นการมุ่งให้ความคุ้มครองแก่ “เครื่องหมาย” หรือ “ชื่อเสียง” ของสินค้าที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้าน ไม่ได้มุ่งให้ความคุ้มครองแก่ “องค์ความรู้” ที่เป็นแก่นของภูมิปัญญาพื้นบ้าน อีกทั้ง ไม่สามารถให้การคุ้มครองที่ครอบคลุมแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่ไม่มีชื่อเสียงได้

ดังนั้น การให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านโดยใช้กฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จึงยังคงมีความไม่เหมาะสมสักเท่าใดนัก

นอกจากเหตุผลในเรื่องของปรัชญาทางกฎหมายของระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่ให้อยู่ในปัจจุบันจะเป็นอุปสรรคประการสำคัญที่ทำให้มีภูมิปัญญาเพียงบางส่วนที่เข้าหลักเกณฑ์ที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายเหล่านั้นแล้ว การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้

<sup>38</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>39</sup> วรวิมล โปษยานนท์ ธนพจน เอกโยคยะ และ รัฐพงศ์ โชคชัยฤทธิกุล, “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์,” บทบัณฑิต เล่มที่ 58 ตอน 1(2545): 37.



ได้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้อยู่ในปัจจุบันนั้น จะให้ความคุ้มครองแต่เฉพาะในส่วนที่เป็นเนื้อหาขององค์ความรู้ หรือผลผลิตหรือผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากการใช้ประโยชน์จากองค์ความรู้เท่านั้น แต่ไม่ให้ความคุ้มครองแก่พื้นฐานทางวัฒนธรรมของภูมิปัญญาพื้นบ้าน เช่น วิธีคิด ความเชื่อ หรือความศรัทธาต่างๆ ที่แฝงอยู่ในภูมิปัญญาพื้นบ้าน

ดังนั้น การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้านโดยใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ในปัจจุบัน จึงต้องกระทำโดยการแยกภูมิปัญญาพื้นบ้านออกเป็นส่วนๆ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านเฉพาะในบางส่วนที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้นๆ ซึ่งในหลายๆกรณีเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่ไม่ค่อยตรงกับจุดประสงค์เท่าใดนัก เช่น การคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นงานวรรณกรรมภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์นั้น จะห้ามแต่เฉพาะการทำซ้ำซึ่งงานวรรณกรรมเท่านั้น แต่ไม่ห้ามการนำสิ่งที่เขียนเอาไว้ในหนังสือนั้นๆ ไปใช้ประโยชน์ หรือการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของสินค้าที่ผลิตขึ้นโดยใช้ภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าจะห้ามเฉพาะแต่การลอกเลียนเครื่องหมายการค้าเท่านั้น แต่พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าไม่ได้คุ้มครององค์ความรู้ของภูมิปัญญาพื้นบ้านที่นำมาใช้เป็นกรรมวิธีในการผลิตสินค้านั้นๆ ดังนั้น บุคคลอื่นๆ จึงอาจผลิตสินค้าหรือให้บริการชนิดเดียวกันได้ เป็นต้น

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทยควรมีการกำหนดรับรองให้ภูมิปัญญาพื้นบ้านเป็นทรัพย์สินทางปัญญาอีกแขนงหนึ่ง และกำหนดให้มีการคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้านโดยการใช้กฎหมายลักษณะเฉพาะที่เป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอีกแขนงหนึ่งภายใต้ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาปัจจุบัน เช่นเดียวกับการใช้กฎหมายลักษณะเฉพาะในการให้ความคุ้มครองพันธุ์พืช และภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

## 4.2 ความจำเป็นในการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านในประเทศไทย

ด้วยความที่ประเทศไทยมีประวัติความเป็นมาอันยาวนาน และเป็นประเทศที่อุดมไปด้วยความหลากหลาย ทั้งในแง่ของความหลากหลายทางชีวภาพ และความหลากหลายทางวัฒนธรรมที่แตกต่างกันไปตามแต่ละท้องถิ่นในแต่ละภูมิภาคของประเทศ ส่งผลให้ประเทศไทยนับเป็นประเทศหนึ่งที่มีความร่ำรวยทางทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาพื้นบ้าน ซึ่งเป็นสิ่งที่ประเทศอุตสาหกรรมหลายๆ ประเทศที่มีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีไม่มีและต้องการแย่งชิงเพื่อนำไปใช้ประโยชน์และเพื่อการอ้างสิทธิทางปัญญาของตนเอง

สำหรับความจำเป็นในการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านประเภทต่างๆ ในประเทศไทยนั้น มีได้ดังนี้:

### 1) ความจำเป็นในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นทรัพยากรพันธุกรรม

ความมีคุณค่าของภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้น เป็นผลมาจากการที่ภูมิปัญญาพื้นบ้านเป็นองค์ความรู้สะสมที่เกิดจากการทดลองครั้งแล้วครั้งเล่า และได้รับการพิสูจน์ถึงความเป็นประสิทธิภาพในการนำไปใช้แก้ไขปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นในชีวิตจริงผ่านระยะเวลาอันยาวนานโดยอาศัยการส่งผ่านจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง ซึ่งทำให้องค์ความรู้ดังกล่าวได้รับการพัฒนา ต่อยอด และเพิ่มพูนคุณค่าในเชิงการแก้ไขปัญหาขึ้นเรื่อยๆ องค์ความรู้ดังกล่าวย่อมถือเป็นสิ่งที่มีคุณค่าของผู้ที่ได้ครอบครองหรือมีภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้นๆ อยู่ในกำมือ เนื่องจาก ถ้าหากได้มีการนำเอาภูมิปัญญาพื้นบ้านหนึ่งๆ มาพิจารณาอย่างละเอียดถี่ถ้วนแล้ว เรามักจะพบวิธีการต่างๆ ในการแก้ไขปัญหาแฝงอยู่ในภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้นๆ ซึ่งเป็นเรื่องใกล้ตัวที่เราอาจไม่ได้สังเกตเห็นถึงคุณค่าเนื่องจากเป็นสิ่งที่ได้ประสบพบเจอมาตลอดเวลา จนทำให้ไม่ได้นึกถึงเหตุผลหรือที่มาของสิ่งดีที่พ่อแม่ ปู่ย่าตายาย ปฏิบัติสืบทอดมาจากบรรพบุรุษของเราว่าทำไมถึงเป็นเช่นนั้น

ตัวอย่างเช่น ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นองค์ความรู้ในการประกอบอาหารการกินของคนไทยในท้องถิ่นต่างๆ ซึ่งนอกจากจะมีความสัมพันธ์กับวัตถุดิบที่มีอยู่ในท้องถิ่นหรือชุมชนนั้นๆ แล้ว ยังมีความสัมพันธ์กับสภาพทางภูมิอากาศของท้องถิ่นนั้นๆ ด้วย เช่น อาหารพื้นเมืองของคนไทยในภาคใต้ เช่น แกงเหลือง แกงส้ม หรือ แกงไตปลา ซึ่งมักมีรสชาติที่เผ็ดร้อน และมีกลิ่นฉุนของเครื่องเทศนั้น เนื่องมาจากสภาพอากาศที่ชื้นเนื่องจากมีฝนตกเกือบตลอดทั้งปี ทำให้ผู้คนในภาคใต้มีแนวโน้มที่จะเจ็บป่วยเป็นหวัดและโรคอื่นๆ ที่มีสาเหตุมาจากอากาศที่เย็นขึ้นนั้น ทำให้การประกอบอาหารพื้นเมืองของคนในภาคใต้ นอกจากจะใส่ผักต่างๆ ที่อุดมไปด้วยวิตามินซี

แล้ว ยังต้องมีการใส่เครื่องเทศต่างๆ เพื่อให้ความเผ็ดร้อนของอาหารช่วยให้ร่างกายอบอุ่นและต่อสู้กับความเย็นชื้นของอากาศ และป้องกันการเจ็บป่วยต่างๆ เป็นต้น<sup>39</sup>

นอกจากนี้ ในหลายกรณีภูมิปัญญาพื้นบ้านในการประกอบอาหารของคนไทยมีที่มาจากหรือเหตุผลเพื่อเป็นการปรับสมดุลให้ร่างกายอันเป็นผลมาจากการรับประทานอาหารบางประเภท เช่น การใส่ใบกระเพรา และพริกชี้หนูลงไปผัดพร้อมเนื้อสัตว์ เช่น เนื้อหมู เนื้อวัว หรือเนื้อไก่ นั้น ก็มีเหตุผล เนื่องจาก การรับประทานเนื้อสัตว์ที่ย่อยยากมักทำให้เกิดอาการท้องอืดท้องเฟ้อ จึงต้องมีการใส่ผักหรือพืชสมุนไพรที่มีสรรพคุณในการขับลม เช่น พริกชี้หนู ใบกระเพรา หรือกระเทียม ลงไปในอาหารที่มีเนื้อสัตว์เป็นส่วนประกอบหลัก<sup>40</sup> เป็นต้น ทำให้ผู้เขียนได้ทราบว่าภูมิปัญญาพื้นบ้านของไทยในด้านอาหารการกินที่ผู้เขียนคุ้นเคยนั้น นอกจากจะเป็นเรื่องการปรุงอย่างไรให้มีรสชาติที่อร่อยแล้ว ยังแฝงไปด้วยองค์ความรู้ที่เกี่ยวกับสรรพคุณของอาหารว่าควรกินอะไร อย่างไร กินเข้าไปแล้วจะมีคุณหรือโทษต่อร่างกายอย่างไร เช่น อาหารที่มีรสเผ็ดร้อน เช่น กระเทียม โหระพา หรือพริกชี้หนูล้วนๆ ถ้าหากกินมากเกินไปจะทำให้ร่างกายมีอาการอ่อนเพลีย<sup>41</sup> เป็นต้น ซึ่งองค์ความรู้เหล่านี้ถือเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านในสาขาที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมอย่างหนึ่ง

เป็นเรื่องที่น่าเสียดายอย่างยิ่งที่ความตื่นตัวในการให้ความสำคัญคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านของไทยนั้น เป็นสิ่งที่เพิ่งจะมีขึ้นเมื่อไม่นานมานี้ ส่งผลให้ภูมิปัญญาพื้นบ้านบางส่วนตกไปอยู่ในเงื้อมมือของชาวต่างชาติ ทั้งนี้ จากการที่ผู้เขียนได้มีโอกาสพูดคุยกับเจ้าหน้าที่ท่านหนึ่งของกรมการแพทย์แผนไทย<sup>42</sup> ทำให้ผู้เขียนได้ทราบว่า เป็นระยะเวลากว่าสิบปีมาแล้วที่นักวิจัยจากมหาวิทยาลัยในต่างประเทศ โดยเฉพาะอเมริกาและญี่ปุ่นได้เข้ามานำเอาองค์ความรู้เกี่ยวกับการแพทย์แผนไทย(Thai Traditional Medicinal Knowledge)ที่มีการบันทึกเอาไว้ในตำรับตำราโบราณต่างๆ ไปศึกษาวิเคราะห์ทางวิทยาศาสตร์อย่างลึกซึ้งจนได้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสรรพคุณและการใช้สมุนไพรซึ่งเป็นทรัพยากรพันธุกรรมในการรักษาอาการเจ็บป่วยต่างๆ จนเกือบหมดแล้ว สิ่งสุดท้ายที่เหลือก็เพียงแต่การเข้ามาเอาทรัพยากรพันธุกรรม(Genetic Resources)ที่มีอยู่ในประเทศไทยไปเพื่อสกัดเอาสารต่างๆ ตามที่ได้ทำการวิจัยเอาไว้ และนำไปจดสิทธิบัตรในประเทศอื่นๆ เท่านั้น

<sup>39</sup> มาโนช วาamananท์ และเพ็ญญา ทรัพย์เจริญ, ผักพื้นบ้าน: ความหมายและภูมิปัญญาของสามัญชนไทย, หน้า 41-42.

<sup>40</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า 49-50.

<sup>41</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>42</sup> สัมภาษณ์ ศิริวัลย์ มณีศรีเดช, นักวิชาการสาธารณสุข 7, 12 เมษายน 2549.

ตัวอย่างของเหตุการณ์ข้างต้น ที่ถือเป็นกรณีศึกษาที่ทุกคนต่างก็ต้องเคยได้ยินมาแล้ว นั่นก็คือ กรณีของสมุนไพรมะเขือเทศและกวาวเครือ ซึ่งถูกบริษัทยาของญี่ปุ่นนำไปจดสิทธิบัตร และผลิตขายทำรายได้ให้กับบริษัทยาของญี่ปุ่นเป็นมูลค่ามหาศาล ซึ่งทั้งสองกรณีดังกล่าวมีจุดเริ่มต้นมาจากการที่นักวิจัยชาวญี่ปุ่นได้มาอ่านเจอตำราการแพทย์ของไทยที่ได้มีการบันทึกถึงสรรพคุณของสมุนไพรมะเขือเทศและกวาวเครือ แล้วจึงนำเอาไปศึกษาวิจัย ประกอบกับนักวิจัยมีโอกาสเข้าถึงสมุนไพรมะเขือเทศและกวาวเครือ จึงทำให้สามารถนำเอาทรัพยากรพันธุกรรมของไทยไปศึกษาวิจัยจนกระทั่งนำไปอ้างสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาได้เป็นผลสำเร็จ<sup>43</sup>

ดังนั้น การให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านในส่วนที่เป็นทรัพยากรพันธุกรรมจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจาก การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมถือว่าเป็นปรากฏการณ์สุดท้ายในการนำภูมิปัญญาพื้นบ้านของไทยไปอ้างสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา เพราะถ้าหากมีนักวิจัยจากประเทศอุตสาหกรรมสามารถเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้แล้ว การศึกษาวิจัยทรัพยากรพันธุกรรมของไทยและนำข้อมูลที่ได้จากการศึกษาวิจัยนั้นไปจดสิทธิบัตรในต่างประเทศเพื่ออ้างสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในภูมิปัญญาพื้นบ้านของไทยก็เป็นเรื่องที่ไม่ยากเย็นเท่าใดนัก เนื่องจากประเทศอุตสาหกรรมทั้งหลายนอกจากจะร่ำรวยไปด้วยกำลังคน เงินทุน และเทคโนโลยีที่จะใช้ในการศึกษาวิจัยทรัพยากรพันธุกรรมที่ขโมยเอาไปจากประเทศไทยแล้ว ในหลายๆ กรณีนักวิจัยชาวต่างชาติเหล่านั้นได้รับองค์ความรู้ที่เกี่ยวกับสรรพคุณและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมของไทยในทางการแพทย์มาจากจารึก เอกสาร หรือตำรับตำราโบราณ ที่มีการบันทึกเอาไว้ในครั้งอดีต ซึ่งมีอายุนับเป็นร้อยๆ ปี เช่น ตำราพระโอสถพระนารายณ์ ซึ่งเป็นตำราที่มีการจัดทำขึ้นในสมัยกรุงศรีอยุธยาตอนปลาย และยังคงได้รับการสืบทอดมาถึงในปัจจุบันได้อย่างเกือบสมบูรณ์ อาจมีความคลาดเคลื่อนเล็กน้อยก็ในส่วนของชื่อสมุนไพรมะเขือเทศ<sup>44</sup> ซึ่งถือว่าเป็นงานที่สิ้นอายุการคุ้มครองตามระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ และมีฐานะเป็นงานที่เป็นสาธารณสมบัติที่ใครจะนำไปใช้ประโยชน์ก็ได้ ทั้งนี้ รวมถึงการนำไปแปลเป็นภาษาต่างประเทศด้วย อย่างไรก็ตามระบบกฎหมายลิขสิทธิ์เป็นกฎหมายที่ห้ามแต่เพียงการลอกเลียนหรือทำซ้ำซึ่งงานวรรณกรรมเท่านั้น ไม่ห้ามการนำเอาสิ่งที่เขียนไว้ไปใช้ประโยชน์ ดังนั้น ถึงแม้ตำราหรือเอกสารที่บันทึกองค์ความรู้ทางการแพทย์ดังกล่าวจะยังคงได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ก็ตามที่ การนำเอาองค์ความรู้

<sup>43</sup> ครรชิต มาลัยวงศ์, “ฐานปัญญาชาวบ้าน”, ใน การสัมมนาโครงการปราชญ์เพื่อแผ่นดิน ครั้งที่ 2 ฐานปัญญาไทยในโลกสากล (กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2543), หน้า 174.

<sup>44</sup> ชยันต์ พิเชียรสุนทร และ วิเชียร จีรวงส์, “ภูมิปัญญาไทยด้านการใช้สมุนไพรมะเขือเทศ”, ใน การสัมมนาโครงการปราชญ์เพื่อแผ่นดิน ครั้งที่ 2 ฐานปัญญาไทยในโลกสากล, หน้า 183.

ทางการแพทย์แผนไทยไปใช้ประโยชน์หรือไปศึกษาวิจัยก็ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด

อนึ่ง ในส่วนของการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เกี่ยวกับการแพทย์แผนไทยตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยนั้น จากการพูดคุยกับเจ้าหน้าที่ของกรมการแพทย์แผนไทยท่านนั้น<sup>45</sup> ผู้เขียนได้รับทราบ มาว่าแม้ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยจะกำหนดให้มีการนำภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลมาขึ้นทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยก็ตาม แต่ในปัจจุบันยังไม่มีภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลใดที่ได้รับการจดทะเบียนเป็นภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยแต่อย่างใด เนื่องจากกฎหมายกำหนดเอาไว้ว่า “ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลจะต้องไม่ใช่ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยที่ได้รับประกาศว่าเป็นภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยของชาติหรือภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยทั่วไป”<sup>46</sup> ซึ่งในปัจจุบันยังไม่มีมีการประกาศเช่นนั้นออกมา เนื่องจากในขณะนี้ยังอยู่ในขั้นตอนของการนำเอาภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยที่มีการบันทึกเอาไว้ทั้งหมดมาศึกษา ซึ่งเจ้าหน้าที่ท่านนั้นชี้แจงกับผู้เขียนว่าจะต้องศึกษาวิเคราะห์ เพื่อแยกประเภทภูมิปัญญาการแพทย์ที่ถูกบันทึกนั้นๆ เสียก่อนว่าเข้าหลักเกณฑ์เป็นภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยของชาติ หรือเป็นภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยทั่วไป แล้วจึงค่อยประกาศเป็นกฎกระทรวง ทั้งนี้ เนื่องจากขาดแคลนเงินทุนและบุคลากรจึงเป็นเหตุที่ทำให้การศึกษานี้วิเคราะห์ดังกล่าวเป็นไปอย่างเชื่องช้า

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นทรัพยากรชีวภาพ และภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เกี่ยวข้อง (Genetic Resources and Associated Traditional Knowledge) ซึ่งส่วนใหญ่มูลค่าทางเศรษฐกิจของภูมิปัญญาพื้นบ้านในสาขาดังกล่าวจะเกิดจากการนำไปใช้ประโยชน์ในทางการแพทย์ ควรจะต้องเริ่มจากการการสร้งฐานข้อมูลเกี่ยวกับภูมิปัญญาพื้นบ้านในส่วดังกล่าวที่เป็นระบบ เพื่อสร้างมาตรการในการควบคุมการเข้าถึงซึ่งภูมิปัญญาพื้นบ้านทั้งที่เป็นทรัพยากรพันธุกรรมและองค์ความรู้พื้นบ้านที่เกี่ยวข้อง ทั้งในส่วนที่เป็นการใช้เพื่อประโยชน์ในทางการแพทย์และการใช้ประโยชน์อย่างอื่น ๆ เช่น การใช้เป็นเครื่องสำอาง การใช้ประโยชน์ในทางการเกษตร (เช่น ใช้เป็นสารปราบศัตรูพืช) การใช้ในเชิงนิเวศวิทยา การใช้เพื่อเป็นสีย้อมในการทอผ้าและผสมอาหาร เป็นต้น

<sup>45</sup> สัมภาษณ์ ศิริวิสัย มณีศรีเดช, นักวิชาการสาธารณสุข 7, 12 เมษายน 2549.

<sup>46</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พุทธศักราช 2542 มาตรา 20 วรรคหนึ่ง.

2) ความจำเป็นในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นองค์ความรู้ นวัตกรรม และ การสร้างสรรค์พื้นบ้าน

จากที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วถึงคุณค่าของภูมิปัญญาพื้นบ้านในแง่ที่ภูมิปัญญาพื้นบ้านเป็นองค์ความรู้สะสมที่ได้รับรับการพิสูจน์ถึงศักยภาพในการนำไปใช้ประโยชน์และการแก้ไขปัญหาต่างๆ ผ่านระยะเวลาอันยาวนานที่ภูมิปัญญาพื้นบ้านเรื่องหนึ่งๆ ได้รับการถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง คุณค่าในแง่ดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่มิอาจประเมินค่าได้ เนื่องจาก กว่าที่ภูมิปัญญาพื้นบ้านในเรื่องหนึ่งๆ จะมีรูปร่างหรือมีลักษณะดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนี้นั้น จำเป็นที่จะต้องอาศัยสติปัญญา ทักษะ และความอดสาหะ ของคนในรุ่นก่อนๆ ที่ต้องคิดค้น ทดลองวิธีแล้ววิธีเล่า ในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในชีวิตประจำวันซึ่งมีการพัฒนาปรับปรุงจนได้วิธีการหรือการสร้างสรรค์ที่เหมาะสมที่สุดในสถานการณ์นั้นๆ เพื่อที่องค์ความรู้นั้นๆ จะได้ตกทอดเป็นมรดกทางปัญญาให้แก่ลูกหลานของตนได้ใช้ประโยชน์ต่อไป

ดังนั้น ภูมิปัญญาพื้นบ้านในสวนที่เป็นองค์ความรู้ในเรื่องหนึ่งๆ ที่แม้จะเป็นเรื่องเล็กๆ น้อยๆ เช่น องค์ความรู้ในเรื่องการประกอบอาหารของคนไทยว่า ในการทำอาหารจะต้องใส่อะไรบ้าง อะไรต้องใส่ก่อน และอะไรจะต้องใส่ทีหลัง และอะไรควรกินกับอะไรจึงจะอร่อย ฯ ต่างๆ เหล่านี้ ล้วนแล้วแต่ต้องอาศัยการลองผิดลองถูกทั้งสิ้น วันนี้ไม่ดี วันหน้าเอาใหม่ จนกระทั่งได้วิธีการหรือสูตรที่เหมาะสมที่สุด สะสมเช่นนี้ไปเรื่อยๆ องค์ความรู้ดังกล่าวจึงมีลักษณะที่เป็นองค์ความรู้สำเร็จรูปที่พร้อมจะนำมาใช้ประโยชน์ได้ทุกเมื่อ การใช้ประโยชน์ดังกล่าวย่อมรวมไปถึงการนำองค์ความรู้พื้นบ้านมาประยุกต์จนเกิดเป็นนวัตกรรมหรือการสร้างสรรค์พื้นบ้านด้วย

ทั้งนี้ นอกจากจะเป็นสิ่งที่มีการถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่งเป็นสืบเป็นร้อยปีแล้ว องค์ความรู้ นวัตกรรม และการสร้างสรรค์พื้นบ้านส่วนใหญ่ มักเป็นเรื่องง่ายๆ ไม่ซับซ้อนยุ่งยาก อีกทั้งยังสมบัติที่ถือครองร่วมกันของคนทั้งชุมชนหรือประเทศ จึงถือเป็นองค์ความรู้หรือนวัตกรรมที่แพร่หลาย ทำให้ไม่มีลักษณะที่จะนำมาขอรับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรได้<sup>47</sup> อย่างไรก็ตาม ความสำเร็จรูปของภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นองค์ความรู้และนวัตกรรมพื้นบ้านนั้น หากนำมาประยุกต์ให้เกิดประโยชน์ในการผลิตภาคอุตสาหกรรมแล้ว ย่อมที่จะสามารถถ่วงระยะเวลาและประหยัดเงินทุนที่จะใช้ในการคิดค้นและพัฒนาในการผลิตภาคอุตสาหกรรม และด้วยเหตุที่ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นองค์ความรู้ นวัตกรรม และการสร้างสรรค์พื้นบ้านส่วนใหญ่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร จึงทำให้การนำเอาภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นองค์ความรู้

<sup>47</sup> พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พุทธศักราช 2522, มาตรา 5.

นวัตกรรม และการสร้างสรรค์พื้นบ้านนั้นๆ ไปใช้ประโยชน์จึงเป็นเรื่องที่ไม่มีใครมาหวงห้าม นักลงทุนทั้งที่เป็นชาวไทยและชาวต่างชาติที่สามารถเข้าถึงภูมิปัญญาพื้นบ้านเรื่องใดๆ ก็ตาม ย่อมสามารถนำภูมิปัญญาพื้นบ้านเรื่องนั้นๆ ไปใช้ประโยชน์ได้โดยไม่ต้องขออนุญาตและเสียค่าตอบแทนในการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาพื้นบ้านเรื่องดังกล่าว

ในอดีต ปัญหาสำคัญที่เป็นผลมาจากการที่ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นองค์ความรู้ นวัตกรรม และการสร้างสรรค์พื้นบ้านของประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองนั้น ได้แก่ การที่เมื่อนักวิจัยชาวต่างชาติเข้ามาจกฉวยเอาองค์ความรู้ทางการแพทย์แผนไทยที่ได้มีการบันทึกเอาไว้ในตำราต่างๆ ที่มีการตกทอดจากอดีต ซึ่งเป็นสิ่งที่พันอายุการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ไปศึกษาวิจัย ซึ่งเป็นเรื่องที่ทำได้ เนื่องจาก ในขณะนั้น องค์ความรู้ทางการแพทย์แผนไทยถือเป็นสาธารณะสมบัติที่ถือเป็นของคนทั้งโลก ไม่ใช่เฉพาะเป็นของคนไทยเท่านั้น ทั้งนี้ การศึกษาวิจัยดังกล่าวได้นำไปสู่แนวโน้มที่จะมีการกระทำที่เป็นโจรสลัดทางชีวภาพเกิดขึ้นตามมาในอนาคต

อย่างไรก็ดี แม้ว่าในปัจจุบันประเทศไทยจะได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พุทธศักราช 2542 เพื่อให้ความคุ้มครองแก่องค์ความรู้และนวัตกรรมพื้นบ้านแล้วก็ตาม แต่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวครอบคลุมเพียงองค์ความรู้และนวัตกรรมพื้นบ้านที่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการแพทย์แผนไทยเท่านั้น ทั้งนี้ ยังคงมีองค์ความรู้และนวัตกรรมพื้นบ้านอย่างอื่นๆ ที่ไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายใดๆ เลย เช่น องค์ความรู้ในการปลูกสร้างบ้านเรือนไทย ซึ่งใช้การเข้าลิ้มโดยไม่มีกรรมวิธีเข้ามาใช้ในการก่อสร้าง องค์ความรู้ในการสาวไหมซึ่งใช้กรรมวิธีแบบพื้นบ้านในการหาปมของรังไหมซึ่งถ้าหาไม่เจอก็ไม่มีการที่จะแกะรังไหมได้<sup>48</sup> กรรมวิธีในการย้อมผ้า ด้วยวิธีการหมักหรือที่เรียกว่า “ย้อมเย็น” ซึ่งใช้ได้เฉพาะกับการย้อมสีผ้าด้วย“ต้นฮ่อม”<sup>49</sup> เพื่อให้ได้ผ้าที่เรียกว่า “ผ้าฮ่อมฮ่อม” การประดิษฐ์ต่างๆ เช่น กี่ทอผ้า ใน(เครื่องปั่นฝ้าย) นุ้ยอินทรีย์จากมูลค้างคาว ฯลฯ เป็นต้น

<sup>48</sup> ธวัชชัย ดุลยสุจริต, “ภูมิปัญญาในผ้าทอมือ,” UPDATE Magazine Online: se-ed.com, 2545. แหล่งที่มา: <http://update.se-ed.com/180/thaifabric.html>.

<sup>49</sup> บุญยงค์ เกศเทศ, “สีย้อมผ้า: มรดกภูมิปัญญาจากปาวังวัฒนธรรม,” ฐานข้อมูลท้องถิ่น สำนักวิทยบริการ สถาบันราชภัฏ: รสสุคนธ์ ไตรรงค์, 2549. แหล่งที่มา: <http://arcbs.ac.th/rLocal/stories.php?story=06/02/081783804>.

แม้ว่า ในปัจจุบันจะยังไม่มีกรณีที่เด่นชัดของการจกฉวยภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นองค์ความรู้ นวัตกรรม และการสร้างสรรค์พื้นบ้านประเภทอื่นๆ นอกเหนือจากที่เกี่ยวข้องกับการแพทย์แผนไทยก็ตาม แต่ด้วยความมีศักยภาพของภูมิปัญญาพื้นบ้านในสาขาดังกล่าวที่สามารถนำไปพัฒนาต่อยอดเพื่อใช้ประโยชน์ในการผลิตภาคอุตสาหกรรมได้ และจากบทเรียนที่เกิดขึ้นกับองค์ความรู้ทางการแพทย์แผนไทย เราคงไม่อยากนั่งเฉยๆ โดยไม่ยึดต่อมรดกทางปัญญาที่บรรพบุรุษได้ส่งมอบเอาไว้ให้ แล้วค่อยมาลุกขึ้นเรียกร้องหรือทวงคืนจากชาวต่างชาติเมื่อวันหนึ่งที่เขาได้เข้ามาเอามรดกทางปัญญาที่เราไม่เคยเห็นคุณค่าไปพัฒนาจนเกิดมูลค่าในทางเศรษฐกิจ

ผู้เขียน จึงมองเห็นความจำเป็นที่กฎหมายไทยควรจะต้องมีการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นองค์ความรู้ และนวัตกรรมพื้นบ้าน ก่อนที่ภูมิปัญญาพื้นบ้านในสาขาดังกล่าวจะถูกชาวต่างชาติเข้ามาฉกฉวยเอาไปใช้ประโยชน์ โดยที่เราไม่ได้รับผลตอบแทนจากการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นมรดกตกทอดทางปัญญาจากบรรพบุรุษของเรา

### 3) ความจำเป็นในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้าน

ในส่วนของภูมิปัญญาพื้นบ้านในสาขาของการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้าน (Expressions of Folklore) นั้น นอกจากความมีคุณค่าจะเนื่องมาจากการที่เป็นองค์ความรู้ที่ได้รับการสะสมและส่งผ่านจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่งมาเป็นระยะเวลายาวนานนับสิบนับร้อยปีแล้ว ความมีคุณค่าอีกประการหนึ่งของภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านนั้นยังมาจากการที่เป็นสิ่งซึ่งแสดงอัตลักษณ์ของชุมชน ท้องถิ่น หรือชนชาติของผู้ที่เป็นเจ้าของอีกด้วย อัตลักษณ์ของชุมชน หรือชนชาตินั้น นำมาซึ่งความภาคภูมิใจในที่มาหรือรากเหง้าของผู้ที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านนั้น เนื่องจากเป็นการแสดงถึงการมีประวัติความเป็นมาที่ยาวนานและความมีวัฒนธรรมของชุมชนหรือชนชาติของตน อีกการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านบางส่วนมักจะเป็นสิ่งที่ชุมชนหรือชนชาติที่เป็นเจ้าของเคารพ ศรัทธา และมีความหวงแหน เช่น รูปสักการะ เทวรูป การรำยรำหรือดนตรีพื้นบ้านที่เป็นการกระทำเพื่อขอให้สิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่เคารพนับถือให้ความช่วยเหลือในเรื่องต่างๆ เป็นต้น

สำหรับ ภูมิปัญญาพื้นบ้านของไทยที่เป็นการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านนั้น แม้จะยังไม่มีกรณีของการฉกฉวยเพื่อเอาไปอ้างสิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญาโดยชาวต่างชาติ ดังเช่นในกรณีของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เกี่ยวข้องก็ตามที่ แต่ก็ยังเป็นสิ่งที่เราคนไทยทั้งหลายไม่อาจนั่งนอนใจได้ เนื่องจากการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้าน เป็นการสร้าง



สรรค์ที่มีเอกลักษณ์ของมรดกทางศิลปะ<sup>50</sup> ที่มีองค์ประกอบเกี่ยวข้องกับเรื่องความสวยความงาม และความมีเสน่ห์ของเอกลักษณ์ของชนชาติไทยซึ่งสามารถสร้างมูลค่าในทางเศรษฐกิจได้ ทำให้การแสดงออกทางวัฒนธรรมของไทย เช่น ลายผ้าไทย ลายไทย เช่น ลายกนก ลายพญานาค เป็นต้น รูปปั้น พระพุทธรูป เพลงพื้นบ้าน ฯ อาจถูกชาวต่างชาติลอกเลียนนำไปผลิตเป็นสินค้าออกขาย หรือนำไปใช้ที่ผิดวัตถุประสงค์ในทางวัฒนธรรม

ด้วยเหตุที่ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านส่วนใหญ่ นั้น เป็นงานสร้างสรรค์ที่พ้นอายุการคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา อันได้แก่กฎหมาย ลิขสิทธิ์ เนื่องจาก การแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านเกือบทั้งหมดเป็นการสืบทอดทางวัฒนธรรมจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่งเป็นร้อยๆ ปี อย่างเช่นในกรณีของลายผ้าไทยที่มีเป็นหมื่นเป็นแสนลายนั้นเป็นวัฒนธรรมที่มีการสืบทอดนับย้อนไปตั้งแต่สมัยก่อนประวัติศาสตร์<sup>51</sup> มานานกว่าสามพันปี<sup>52</sup> จึงเป็นเหตุให้การแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านส่วนใหญ่เป็นงานที่เป็นสาธารณะสมบัติ ซึ่งใครๆ จะหยิบไปใช้ก็ได้ ทั้งคนไทยเอง หรือแม้กระทั่งคนต่างชาติ

ดังนั้น ผู้เขียนจึงพบว่ามีความจำเป็นที่กฎหมายจะต้องให้ความคุ้มครองแก่การแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านอันเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านของไทยที่ได้รับเป็นมรดกตกทอดจากบรรพบุรุษของเรา ซึ่งเป็นสิ่งที่แสดงถึงในควมมีอารยธรรมของชนชาติไทยและทำให้เรามีความภูมิใจชนชาติของเรา มิให้ชาวต่างชาติลอกเลียนหรือนำภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านของไทยไปใช้ประโยชน์โดยมิชอบ ซึ่งได้แก่ การนำการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านไปใช้โดยปราศจากการรับรู้ถึงสิทธิอันชอบธรรมของผู้ที่เป็นเจ้าของที่แท้จริงและไม่มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการนำการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านไปใช้ประโยชน์ รวมทั้งการนำไปใช้โดยผิดวัตถุประสงค์ในทางวัฒนธรรม

ตัวอย่างเช่น กรณีผ้าทอพื้นบ้านของไทยซึ่งเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านที่ได้รับการถ่ายทอดกันมาซึ่งมีลักษณะโดดเด่นที่แตกต่างกันไปในแต่ละท้องถิ่นตามกรรมวิธีในการทอของท้องถิ่น

<sup>50</sup> The WIPO-UNESCO Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitations and Other Prejudicial Actions, 1982, section 2.

<sup>51</sup> เผ่าทอง ทองเจือ อ้างถึงใน ศิริรัตน์ สาโพธิ์สิงห์, “ผ้า-การทอ,” ฐานข้อมูลท้องถิ่น สำนักวิทยบริการ สถาบันราชภัฏ: รสสุคนธ์ ไตรรงค์, 2547. แหล่งที่มา: <http://arcbs.ac.th/rLocal/stories.php?story=04/08/11/7299141>.

<sup>52</sup> ศิลป์ไทยแลนด์ดอทคอม, “ประวัติผ้าไหมไทย”, แหล่งที่มา: <http://www.silkthailand.com/articles/article1.html>.

นั้นๆ กล่าวคือ ในท้องถิ่นที่อยู่ทางภาคเหนือจะใช้กรรมวิธีการทอแบบ "จก" ซึ่งจะทำให้ได้ลายผ้าที่  
 หนุนขึ้นมาและมีสีล้นสลับกันมากมาย<sup>53</sup> การทอผ้าจกนั้นจะให้ลวดลายที่ละเอียดและแน่นแทบจะ  
 เต็มผืน การทอผ้าจกจึงต้องใช้เวลาในการทอมาก ทำให้มักจะทอออกมาเป็นผืนแคบๆ สำหรับต่อ  
 ชายผ้าชิ้น ที่เรียกว่า "ผ้าตีนจก"<sup>54</sup> ในขณะที่ท้องถิ่นในภาคอีสานของไทยมักทอผ้าด้วยการ "ขีด"<sup>55</sup>  
 ซึ่งกระทำโดยการเตรียมเส้นด้ายไว้เป็นชุด เมื่อต้องการทอก็ใช้ไม้เก็บลายที่เรียกว่า "ไม้เก็บขีด" ยก  
 ด้ายแถวที่ต้องการ ทำให้ได้ผ้าที่มีลวดลายที่ซ้ำๆ กันไปตลอดทั้งผืน<sup>56</sup> ส่วนในภาคใต้นั้นนิยมทอผ้า  
 โดยใช้วิธี "ยก"<sup>57</sup> ซึ่งมีกรรมวิธีการทอที่คล้ายคลึงกับการขีด ต่างกันตรงที่การทอยกนั้นจะมีการใช้  
 คานเหยียบเพื่อทำให้ด้ายมีการขัดกันที่เหมาะสม<sup>58</sup> ในส่วนของลวดลายนั้น การทอยกจะทำให้ได้  
 ลวดลายที่หนุนสูงกว่าลวดลายที่ได้จากการทอแบบจก และมักมีการใช้เส้นโลหะทองหรือเงินทอสอด  
 ลงไป เรียกว่า "ผ้าทอยกเงิน" ซึ่งทำให้เกิดลวดลายบนผืนผ้าที่มีความเงางาม สวยเด่นสะดุดตา<sup>59</sup>

ผ้าทอพื้นบ้านของแต่ละท้องถิ่นที่แม้จะอยู่ในภาคเดียวกัน และใช้กรรมวิธีการ  
 ทออย่างเดียวกันก็ตาม แต่ผ้าทอของแต่ละท้องถิ่นจะมีแบบของลวดลายที่เป็นเอกลักษณ์ของท้อง  
 ถิ่นนั้นๆ เนื่องจากแบบของลวดลายที่นำมาใช้ในการทอนั้น มักเกิดจากนำธรรมชาติและสิ่งของ  
 รอบตัวมาใช้เป็นแรงบันดาลใจ (inspiration) ในการออกแบบลวดลาย<sup>60</sup> เช่น ลวดลายของผ้าทอพื้น  
 บ้านของชาวบ้านตำบลนาขุม อำเภอบ้านโคก จังหวัดอุดรธานี ที่ได้มีการรวบรวมเอาไว้<sup>61</sup> ได้มี  
 การจำแนกประเภทลวดลายของผ้าทอพื้นบ้านในท้องถิ่น ออกเป็น 3 ประเภท<sup>61</sup> ได้แก่

1) กลุ่มลายเรขาคณิต เช่น ลายศรธรรม ลายคَمْห้ำ

2) กลุ่มลายธรรมชาติ ซึ่งได้แก่

2.1) กลุ่มลายสัตว์ เช่น ลายนก(ซึ่งเป็นลายดั้งเดิมของตำบลนาขุม)

ลายนาคน้อย เป็นต้น

<sup>53</sup> ศิริรัตน์ สาโพธิ์สิงห์, "ผ้า-การทอ".

<sup>54</sup> ธวัชชัย ดุลยสุจริต, "ภูมิปัญญาในผ้าทอมือ".

<sup>55</sup> ศิริรัตน์ สาโพธิ์สิงห์, "ผ้า-การทอ".

<sup>56</sup> ธวัชชัย ดุลยสุจริต, "ภูมิปัญญาในผ้าทอมือ".

<sup>57</sup> ศิริรัตน์ สาโพธิ์สิงห์, "ผ้า-การทอ".

<sup>58</sup> ธวัชชัย ดุลยสุจริต, "ภูมิปัญญาในผ้าทอมือ".

<sup>59</sup> ศิริรัตน์ สาโพธิ์สิงห์, "ผ้า-การทอ".

<sup>60</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>61</sup> คลังภูมิปัญญาตำบลนาขุม อำเภอบ้านโคก จังหวัดอุดรธานี, "หัตถกรรมพื้นบ้าน," แหล่งที่มา:

2.2) กลุ่มลายพันธุ์ไม้ เช่น ลายดอกกระถิน ลายดอกแก้ว ลายกอดตะไคร้ เป็นต้น

2.3) กลุ่มลายข้าวของเครื่องใช้ เช่น ลายพื้นหวี ลายกาบบายศรี เป็นต้น

2.4) กลุ่มลายเบ็ดเตล็ด เช่น ลายดาวกระจาย ลายมะจับ เป็นต้น

3) กลุ่มลายผสม ซึ่งเป็นการนำแบบของลวดลายในสองกลุ่มแรกมาทอผสมกัน เช่น ลายตุ้มดอกไม้สลับลายแมงกระเบี้ยว(ลายผีเสื้อ) เป็นต้น

เนื่องจากวัตถุดิบที่นำมาใช้ในการผลิตผ้าทอพื้นบ้านของไทยนั้น ได้จากธรรมชาติ ไม่ว่าจะเป็นในสวนของเส้นใย ซึ่งได้แก่ ไหม และฝ้าย หรือสีธรรมชาติที่นำมาย้อม เช่น แก่นขนุน ความ สมอ หรือมะเกลือ เป็นต้น ซึ่งนอกจากจะมีปริมาณที่จำกัดแล้ว ยังมีความยุ่งยากทั้งในเรื่องของกรรมวิธีและขั้นตอนการผลิต จนถึงการดูแลรักษา ประกอบกับปริมาณการผลิตที่ค่อนข้างน้อย เนื่องจากผ้าทอพื้นบ้านเป็นงานที่หัตถกรรมที่ต้องใช้ฝีมือ เหล่านี้ล้วนเป็นข้อเสียเปรียบของผ้าทอพื้นเมืองในแง่ของการแข่งขันทางการตลาด ซึ่งผู้เขียนพบว่า ในปัจจุบันมีการนำเอาลวดลาย หรือแบบของลวดลายของผ้าทอพื้นเมือง ไปผลิตในทางอุตสาหกรรมซึ่งใช้เส้นใยและสีสังเคราะห์ และผลิตโดยการทอด้วยเครื่องจักร ซึ่งทำให้สามารถผลิตได้ในปริมาณมาก และมีราคาถูกกว่าผ้าทอพื้นเมืองของแท้ เช่น ผ้าที่ทำขึ้นโดยเลียนแบบผ้าไหมไทย ซึ่งหากดูด้วยตามีความคล้ายคลึงกับผ้าไหมไทยแต่หากได้สัมผัสแล้วจึงจะพบความแตกต่าง เป็นต้น

ทั้งนี้ หากเรายังคงปล่อยให้ลวดลาย และแบบลวดลายของผ้าทอพื้นบ้านอยู่ในฐานะที่เป็นสาธารณะสมบัติอยู่อย่างเช่นในปัจจุบัน เราอาจจะต้องสูญเสียภูมิปัญญาพื้นบ้านทั้งหลายที่ประกอบอยู่ในผ้าทอพื้นบ้าน ไม่ว่าจะเป็นภูมิปัญญาในการปลูกหม่อนเลี้ยงไหม ภูมิปัญญาในการสาวไหม การปั่นฝ้าย ภูมิปัญญาในการใช้สีย้อมที่มาจากพืช สัตว์และอนินทรีย์วัตถุ รวมทั้งภูมิปัญญาที่มีอยู่ในที่ทอผ้า ตลอดจนอาจส่งผลกระทบต่อวัฒนธรรมและสังคมในชุมชนเกษตรที่อาศัยการทอผ้าพื้นเมืองเป็นรายได้เสริมในฤดูที่ว่างเว้นจากการทำการเกษตร เนื่องจาก การลอกเลียนโดยระบบการผลิตภาคอุตสาหกรรมสามารถทำได้ง่าย ทำได้เร็วและมากกว่า ในราคาขายที่ถูกกว่า ในอนาคตผ้าทอพื้นบ้านอาจถูกแทนที่ด้วยผ้าใยสังเคราะห์ที่เลียนแบบลวดลายของผ้าทอพื้นเมืองซึ่งผลิตโดยชาวต่างชาติ เช่น ญี่ปุ่น หรือไต้หวัน ซึ่งเป็นประเทศที่มีชื่อเสียงในอุตสาหกรรมด้านสิ่งทอ

นอกจากผ้าทอพื้นบ้านแล้ว การแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านอื่นๆ ที่ผู้เขียนพบว่าตกอยู่ในสถานการณ์เช่นเดียวกับผ้าทอพื้นเมือง คือ เป็นการสร้างสรรค์ทางปัญญาที่ไม่ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเนื่องจากพ้นอายุการคุ้มครองตามกฎหมาย และต้องตกอยู่ในฐานะที่เป็นสาธารณสมบัติ ซึ่งอาจถูกชาวต่างชาตินำไปใช้โดยมิชอบ ซึ่งผู้เขียนขอยกเป็นตัวอย่างเพียงบางส่วน เช่น

- เพลงพื้นบ้าน เช่น เพลงคางคากินกล้วย อาจถูกนำไปใส่เนื้อเป็นเพลงภาษาต่างประเทศ หรือนำทำนองไปใส่ไว้ในบางส่วนของเพลง(sampling) หรือนำไปทำดนตรีใหม่ (rearrangedหรือremixed)เป็นเพลงเต้นรำหรือเพลงร็อคโดยนักร้องนักดนตรีชาวต่างชาติ เป็นต้น
- ลายไทย เช่น ลายกนก ลายเทพพนม ลายพุ่มข้าวบิณฑ์ ลายครุฑ ลายเทวดา ฯ ซึ่งถือว่าเป็นลายชั้นสูงของไทย และมีความหมายที่เป็นมงคล อาจถูกนำไปพิมพ์ลงบนเสื้อยืด กระโปรง รองเท้า โดยนักออกแบบชาวต่างชาติ เช่นเดียวกับที่เคยมีการนำเอารูปพระเยซูไปพิมพ์ลงบนเสื้อยืด เป็นต้น

#### 4.3 รูปแบบของกฎหมายในการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านในประเทศไทย

การให้ความคุ้มครองแก่การสร้างสรรค์ทางปัญญาโดยใช้กฎหมายลักษณะเฉพาะ หรือ Sui Generis ภายใต้ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้น ไม่ใช่เรื่องแปลกใหม่แต่อย่างใด ทั้งนี้ ด้วยความเจริญทางเทคโนโลยี หรือด้วยสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป อาจนำมาซึ่งความจำเป็นในการขยายความคุ้มครองในลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญาไปยังสิ่งที่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในขณะนั้นไม่ได้ให้ความคุ้มครอง ตัวอย่างของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นกฎหมายลักษณะเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช ซึ่งประเทศไทยประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2542 ซึ่งก่อนหน้าที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชดังกล่าว พืชและสิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับพืชนั้น ไม่อาจนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ แต่ด้วยความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีพันธุกรรม ทำให้เกิดการอ้างสิทธิในพันธุ์พืชใหม่ที่เป็นผลมาจากการตัดต่อทางพันธุกรรม ซึ่งถือว่าเป็นการสร้างสรรค์ทางปัญญาของมนุษย์ที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง จึงเกิดความจำเป็นในการขยายความคุ้มครองไปยังพันธุ์พืชใหม่ดังกล่าว

และด้วยความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีพันธุกรรมอีกเช่นกัน นำมาซึ่งการจกฉวยทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาพื้นบ้านของประเทศหนึ่ง เพื่อไปนำไปวิจัย พัฒนา และอ้างสิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญาในอีกประเทศหนึ่ง สถานการณ์ดังกล่าว นำมาซึ่งความจำเป็น

ในการขยายความคุ้มครองในรูปของสิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญาไปสู่สิ่งที่ในปัจจุบันยังไม่ได้ได้รับความคุ้มครองอย่างเต็มที่ภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ ผู้เขียนจึงเห็นความจำเป็นในการมีกฎหมายลักษณะเฉพาะที่เป็นการขยายความคุ้มครองในทางทรัพย์สินทางปัญญาไปสู่ภูมิปัญญาพื้นบ้าน

โดยสาระสำคัญที่ควรบรรจุอยู่ในกฎหมายลักษณะเฉพาะดังกล่าวมีดังนี้

- วัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครอง มีดังนี้

- 1) คุ้มครองสิทธิร่วมกันของชุมชนพื้นเมืองในภูมิปัญญาพื้นบ้านที่ชุมชนนั้นๆ ได้พัฒนาและสืบทอดจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง
- 2) ป้องกันการฉกฉวยภูมิปัญญาพื้นบ้านไปอ้างสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และการใช้ที่ผิดจากวัตถุประสงค์ในทางวัฒนธรรมโดยบุคคลภายนอก
- 3) เชื้อให้เกิดการอนุรักษ์ พัฒนา และสืบทอดภูมิปัญญาพื้นบ้าน
- 4) เปิดโอกาสให้สังคมได้ใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาพื้นบ้าน โดยต้องได้รับความยินยอมของชุมชนผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาพื้นบ้าน(Prior Informed Consent)นั้น และมีการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์(Benefit Sharing) ที่เกิดจากการนำภูมิปัญญาพื้นบ้านไปใช้

- สิ่งที่กฎหมายจะให้ความคุ้มครอง ได้แก่ "ภูมิปัญญาพื้นบ้าน" ซึ่งประกอบด้วย

(1) ทรัพยากรชีวภาพ ซึ่งหมายถึง ทรัพยากรพันธุกรรม สิ่งมีชีวิต ทั้ง พืช สัตว์ และจุลชีพ และ ส่วนต่างๆ ของสิ่งเหล่านั้น กลุ่มของพืชหรือสัตว์หรือสิ่งมีชีวิตอื่นใดในระบบนิเวศน์ของท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่ง ที่มีหรืออาจมีคุณค่าหรือคุณประโยชน์ต่อมนุษยชาติ

(2) องค์ความรู้และนวัตกรรมพื้นบ้าน ทั้งนี้ "องค์ความรู้พื้นบ้าน" หมายถึง พื้นฐานความรู้ ทักษะ และความชำนาญที่เป็นผลมาจากการใช้สติปัญญาของคนในชุมชนหรือท้องถิ่นหนึ่งๆ ที่ได้มีการพัฒนาและสืบทอดองค์ความรู้นั้นจากคนรุ่นก่อนจนถึงคนรุ่นปัจจุบัน ส่วน "นวัตกรรมพื้นบ้าน" หมายถึง สิ่งที่เกิดขึ้นจากการประยุกต์นำองค์ความรู้พื้นบ้านนั้นมาใช้ประโยชน์ ทั้งนี้ หมายรวมถึง องค์ความรู้และนวัตกรรมที่เกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพด้วย

(3) การแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้าน หมายถึง การสร้างสรรค์ศิลปะที่มีพื้นฐานทางวัฒนธรรม ที่เป็นการแสดงออกซึ่งอัตตาสำนึกของชุมชนที่พัฒนาและสืบทอดวัฒนธรรมพื้นบ้านนั้นๆ ซึ่งอาจแสดงออกมาในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง ดังนี้

- 1) การแสดงออกทางวาจา เช่น นิทานพื้นบ้าน พงศาวดารหรือตำนานพื้นบ้าน
- 2) การแสดงออกทางดนตรี เช่น เพลงพื้นบ้าน เพลงลำตัด เพลงอีแซว
- 3) การแสดงออกทางร่างกาย เช่น ท่าทางการรำ การแสดง หรือการเล่นพื้นบ้าน
- 4) การแสดงออกทางวัตถุ เช่น งานหัตถกรรมพื้นบ้าน เครื่องแต่งกายพื้นบ้าน ผ้าทอ

- ลักษณะพื้นฐานของสิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้าน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการแยกภูมิปัญญาพื้นบ้านออกจากภูมิปัญญาสากลที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะอื่น ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่สมควรให้ความคุ้มครองควรมีลักษณะพื้นฐาน ดังนี้

1) มีการถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง ทั้งนี้ ในการถ่ายทอดภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้น โดยทั่วไปมักกระทำโดยผ่านการถ่ายทอดทางวาจา หรือท่าทาง อย่างไรก็ดี ภูมิปัญญาพื้นบ้านบางอย่างอาจได้รับการบันทึกลงในวัสดุใดๆ การถ่ายทอดภูมิปัญญาเช่นว่านั้น อาจกระทำโดยผ่านระบบการบันทึกภูมิปัญญานั้นๆ เช่น ภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการแพทย์ เป็นต้น

2) เป็นพลวัต กล่าวคือ ไม่ใช่องค์ความรู้ที่อยู่นิ่งหรือเป็นองค์ความรู้ที่ตายแล้ว แต่เป็นองค์ความรู้ที่มีชีวิต มีความเจริญเติบโต และเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา โดยมีความสอดคล้องกับสภาพแวดล้อม และธรรมชาติในท้องถิ่นหรือชุมชนนั้นๆ

(3) เป็นมรดกร่วมกันของทุกคนในชุมชน ภูมิปัญญาพื้นบ้านเป็นองค์ความรู้ที่มีไว้เพื่อประโยชน์ของสมาชิกทุกคนในชุมชนนั้นๆ ถึงแม้จะอยู่ในความครอบครองของสมาชิกเพียงบางคนแต่ก็เป็นการครอบครองเพื่อประโยชน์ของชุมชนส่วนรวม

- การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้านในแต่ละสาขา การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้านควรมีการแยกให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้านแต่ละในสาขา โดยจำแนกภูมิปัญญาพื้นบ้านออกเป็นสามหมวด เนื่องจากลักษณะของการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาในแต่ละสาขามีความแตกต่างกัน กล่าวคือ

1) การคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพ รัฐจะต้องจัดตั้งหน่วยงานที่มีอำนาจในการควบคุมการเข้าถึงซึ่งทรัพยากรพันธุกรรมที่มีอยู่ในชุมชนหรือท้องถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรไทย และในกฎหมายดังกล่าวจะต้องนำหลักการให้ความยินยอมล่วงหน้า หรือ Prior Informed Consent มาบรรจุเอาไว้ กล่าวคือ หากมีผู้ประสงค์ที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพจะต้องได้รับความยินยอมจากชุมชนที่ครอบครอง หรือหน่วยงานที่มีหน้าที่ดูแลทรัพยากรชีวภาพนั้น และจะต้องมีการทำเป็นข้อตกลงการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพ ซึ่งจะต้องระบุถึงวัตถุประสงค์

ในการใช้ประโยชน์ และมีการระบุเงื่อนไขในการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการนำทรัพยากรชีวภาพนั้นๆ ไปใช้ประโยชน์ด้วย

2) การคุ้มครององค์ความรู้และนวัตกรรมพื้นบ้าน กฎหมายจะต้องบัญญัติให้ชุมชนที่เป็นผู้พัฒนาและสืบทอดองค์ความรู้และนวัตกรรมพื้นบ้านมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในองค์ความรู้และนวัตกรรมนั้นๆ และควรนำเอาหลักการให้ความยินยอมล่วงหน้า หรือ Prior Informed Consent มาบรรจุเอาไว้ในการให้ความคุ้มครองแก่องค์ความรู้และนวัตกรรมพื้นบ้านเช่นเดียวกับการให้ความคุ้มครองแก่ทรัพยากรชีวภาพ เพื่อที่เป็นการควบคุมการเข้าถึงซึ่งองค์ความรู้และนวัตกรรมพื้นบ้าน และมีการทำข้อตกลงในการใช้ประโยชน์จากองค์ความรู้และนวัตกรรมพื้นบ้าน ซึ่งจะทำให้ทราบว่าจะนำเอาองค์ความรู้และนวัตกรรมพื้นบ้านในเรื่องใดไปใช้ และจะนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อะไร รวมถึงจะต้องมีการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการนำเอาองค์ความรู้และนวัตกรรมพื้นบ้านไปใช้ด้วย

3) การคุ้มครองการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้าน กฎหมายจะต้องมีบทบัญญัติที่เป็นการป้องกันการนำการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านไปใช้ประโยชน์โดยมิชอบ ซึ่งได้แก่ การห้ามการทำซ้ำ หรือตัดแปลงซึ่งการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้าน รวมถึงการนำการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านไปใช้โดยผิดวัตถุประสงค์ในทางวัฒนธรรมและโดยปราศจากการรับรู้ถึงสิทธิของชุมชนที่ครอบครองวัฒนธรรมพื้นบ้านนั้นๆ

- ผู้ทรงสิทธิและการได้มาซึ่งสิทธิ ภูมิปัญญาพื้นบ้านเป็นสิทธิร่วมกันของชุมชนที่ได้พัฒนาและถ่ายทอดภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้นสืบต่อกันมาหลายชั่วอายุคน ทั้งนี้ สิทธิส่วนรวมดังกล่าวจะได้มาโดยการนำภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้นๆ มาจดทะเบียนไว้กับกรมทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการขึ้นทะเบียนภูมิปัญญาพื้นบ้านมีประโยชน์ดังนี้

1) เป็นการทำบัญชีภูมิปัญญาพื้นบ้านของประเทศไทย เพื่อให้ภูมิปัญญาพื้นบ้านมีฐานะเป็นงานที่ปรากฏอยู่แล้ว (Prior Art) ซึ่งถือว่าเป็นงานที่แพร่หลาย ไม่สามารถนำมาจดสิทธิบัตรได้ ซึ่งจะสามารถนำไปแสดงเป็นหลักฐานในการขอเพิกถอนสิทธิบัตรหากมีชาวต่างชาตินำภูมิปัญญาพื้นบ้านของไทยที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้แล้วไปจดสิทธิบัตรในต่างประเทศ

2) บัญชีดังกล่าวจะทำให้ทราบว่าบุคคลหรือชุมชนใดที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาพื้นบ้าน ซึ่งจะทำให้เกิดฐานข้อมูลภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นระบบที่จะนำไปใช้ในการจัดสรรการใช้ประโยชน์ การวางแผนทางในการส่งเสริม หรือพัฒนาต่อยอดภูมิปัญญาพื้นบ้านที่ประเทศไทยมีอยู่ในขณะนี้ และช่วยป้องกันการสูญหายไปของภูมิปัญญาพื้นบ้าน

ในการนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ควรให้กฎหมายลักษณะเฉพาะที่จะใช้ให้ความคุ้มครอง  
ภูมิปัญญาพื้นบ้านนี้อยู่ในความรับผิดชอบของกรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ เนื่องจาก  
เป็นหน่วยงานที่ดูแลเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาอยู่แล้ว จึงมีความชำนาญเป็นพิเศษ  
อีกทั้ง ยังเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร จึงสามารถป้องกันการนำภูมิ  
ปัญญาพื้นบ้านไปจดสิทธิบัตรได้ ทั้งนี้ ควรมีการแต่งตั้งคณะกรรมการที่จะทำหน้าที่ต่างๆ ที่เกี่ยว  
กับการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้าน เช่น วางมาตรการในการให้ความคุ้มครอง และส่งเสริม  
ภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือให้คำแนะนำในการออกกฎระเบียบต่างๆ เป็นต้น