

แนวทางการปรับปรุงมาตรการทางกฎหมาย
ในการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย

โดย

นายทศพล ทังสุบุตร
รองอธิบดี
กรมทรัพย์สินทางปัญญา

นักศึกษาวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร
หลักสูตรการป้องกันราชอาณาจักร รุ่นที่ 57
ประจำปีการศึกษา พุทธศักราช 2557 - 2558

บทคัดย่อ

เรื่อง แนวทางการปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย
ลักษณะวิชา การเมือง
ผู้วิจัย นายทศพล ทังสุบุตร หลักสูตร วปอ. รุ่นที่ 57

งานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ระบบการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย รวมถึงกฎหมายภายในประเทศ กฎหมายต่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย ตลอดจนเสนอแนะแนวทางการปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย โดยเป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ แบบการวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) ซึ่งผลการวิจัยพบว่า ปัญหาอุปสรรคในการคุ้มครองภูมิปัญญา คือ การขาดมาตรการทางกฎหมายที่ครอบคลุม ชัดเจน เพียงพอ ตลอดจนกลไกที่จะมารองรับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญา ทำให้มีการนำภูมิปัญญาไปใช้โดยไม่เป็นธรรมแก่ชุมชนที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญา การขาดกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนในเรื่องการเข้าถึงภูมิปัญญาและการแบ่งปันผลประโยชน์ ทำให้ปัญหาการแย่งชิงภูมิปัญญาไปเป็นของตนเองทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ การขาดซึ่งองค์กรกลางในการกำกับดูแลภูมิปัญญาและการจัดให้มีฐานข้อมูลภูมิปัญญาที่ครบถ้วนสมบูรณ์เพื่อประโยชน์ในการเข้าถึงและตรวจสอบข้อมูลจากผู้ที่ต้องการใช้ ทำให้การบริหารจัดการภูมิปัญญาที่มีอยู่หลากหลายขาดความคล่องตัวและดำเนินการได้ด้วยความยากลำบาก การมีระบบกฎหมายเฉพาะสำหรับคุ้มครองภูมิปัญญา จึงเป็นทางเลือกหนึ่งสำหรับการแก้ปัญหาช่องว่างทางกฎหมาย ซึ่งภายใต้ระบบกฎหมายเฉพาะนั้นควรมีรวมเอาหลักการที่ปรากฏใน อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ และข้อตกลงทริปส์ ซึ่งไทยเป็นภาคีมาปรับใช้ ได้แก่ หลักสิทธิชุมชน (Community Rights) หลักการเข้าถึง (Access) หลักความยินยอมโดยแจ้งล่วงหน้า (Prior Informed Consent) หลักการแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit Sharing) และเพื่อให้การคุ้มครองภูมิปัญญาไทยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ควรจัดตั้งองค์กรหรือหน่วยงานเฉพาะขึ้น เช่น จัดตั้งเป็นสำนักงานภูมิปัญญาแห่งชาติ (National Bureau of Traditional Knowledge) เพื่อทำหน้าที่บริหารจัดการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยที่มีระดับเทียบเท่ากรมและมีฐานะเป็นนิติบุคคล มีความเป็นอิสระในการบริหารงานของตนเองทั้งในแง่งบประมาณและบุคลากร

คำนำ

ไทยได้ชื่อว่า เป็นประเทศที่มีความหลากหลายและอุดมไปด้วยภูมิปัญญา รวมทั้งทรัพยากรชีวภาพที่สำคัญแห่งหนึ่งของโลก ความอุดมสมบูรณ์ของสิ่งเหล่านี้เป็นรากฐานสำคัญสำหรับการดำรงชีวิตของชุมชนและเป็นกลไกสำคัญที่จะสามารถแก้ไขปัญหาความยากจนของประเทศ นอกจากนี้ยังก่อให้เกิดทุนทางสังคม คือ ภูมิปัญญาอันทรงคุณค่า ดังนั้น ไทยจึงควรให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยจากการคุกคามจากชาวต่างชาติและบุคคลภายนอก ตลอดจนการส่งเสริมภูมิปัญญาไทยในการสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจทั้งของท้องถิ่น ชุมชน และประเทศและสร้างนวัตกรรมจากภูมิปัญญาที่เป็นเอกลักษณ์อันเป็นการพัฒนาขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ

ปัจจุบันต่างประเทศ เช่น ประเทศเกาหลี ประเทศสิงคโปร์ ประเทศญี่ปุ่น ตลอดจนทั้งประเทศไทยได้ให้ความสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศบนพื้นฐานของเศรษฐกิจสร้างสรรค์ (Creative Economy) คือ การสร้างรายได้เข้าประเทศโดยอาศัยงานสร้างสรรค์ทางปัญญารวมถึงภูมิปัญญาด้วย อย่างไรก็ตามภูมิปัญญานอกจากจะมีมูลค่าทางเศรษฐกิจแล้วยังมีมูลค่าทางสังคมด้วย ดังนั้น จึงควรจัดให้มีการคุ้มครองภูมิปัญญาไปพร้อมๆกับการส่งเสริมภูมิปัญญาในเชิงพาณิชย์ด้วย

ผู้วิจัยหวังเป็นอย่างยิ่งว่าเอกสารวิจัยฉบับนี้ จะเป็นประโยชน์ต่อผู้สนใจและเป็นพื้นฐานสำหรับการค้นคว้าเพิ่มเติมสำหรับผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในระดับต่างๆเพื่อพัฒนาภูมิปัญญาไทยให้มีความเข้มแข็งและยั่งยืนต่อไป

(นายทศพล ทั้งสุขบุตร)

นักศึกษาระดับปริญญาโท วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร

หลักสูตร วปอ. รุ่นที่ 57

ผู้วิจัย

กิตติกรรมประกาศ

งานวิจัยเรื่อง แนวทางการปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยฉบับนี้ สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี ผู้วิจัยขอขอบพระคุณคณาจารย์ของสถาบันวิชาการป้องกันประเทศ และดร.ธนิต ชังถาวร ผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้ให้คำแนะนำ ข้อเสนอแนะที่ให้งานวิจัยนี้มีเนื้อหาสาระครบถ้วนยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ ผู้วิจัยขอขอบคุณนายสุคเขต บริบูรณ์ศรี นายธีระศักดิ์ สีนาและนางสาวพิชญา อิทธิยาภรณ์ ที่ได้ช่วยเหลือรวบรวมข้อมูลจนสำเร็จลุล่วงด้วยดี รวมทั้งบุคคลที่ได้กรุณาให้ผู้วิจัยทำการสัมภาษณ์ ทำให้ได้ข้อมูลอันเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาวิจัยในครั้งนี้

(นายทศพล ทังสุบุตร)

นักศึกษาวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร

หลักสูตร วปอ. รุ่นที่ 57

ผู้วิจัย

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ	ก
คำนำ	ข
กิตติกรรมประกาศ	ค
สารบัญ	ง
สารบัญตาราง	ฉ
บทที่ 1 บทนำ	1
ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
วัตถุประสงค์ของการวิจัย	4
ขอบเขตของการวิจัย	4
วิธีดำเนินการวิจัย	4
ประโยชน์ที่ได้รับจากการวิจัย	4
คำจำกัดความ	5
บทที่ 2 แนวคิด ทฤษฎีและวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย	6
แนวคิด ทฤษฎีการคุ้มครองภูมิปัญญา	6
การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา	7
ความหมายของภูมิปัญญา ภูมิปัญญาท้องถิ่น และภูมิปัญญาชาวบ้าน	13
ขอบเขตของภูมิปัญญา ภูมิปัญญาท้องถิ่น และภูมิปัญญาชาวบ้าน	15
ภาพรวมภูมิปัญญาที่เกี่ยวกับธุรกิจสปา การแพทย์แผนไทย “ฤาษีคัดคน”	17
สรุปแนวคิด ทฤษฎีและวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง	21
บทที่ 3 การคุ้มครองภูมิปัญญาไทยในปัจจุบัน	22
กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองภูมิปัญญา	22
กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น	32
กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญา	43
กฎหมายอื่นๆ	53
บทที่ 4 แนวทางในการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย	58
มาตรการทางกฎหมายและกลไกการคุ้มครองภูมิปัญญาของไทยในปัจจุบัน	

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
กรณีศึกษา : ภาษีตัดตน	68
แนวทางในการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย	72
แนวทางการกำหนดกลไกและมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาไทย	72
ด้านกฎหมายภายในประเทศ	72
ด้านกฎหมายระหว่างประเทศ	75
กลไกการบริหารจัดการการคุ้มครอง	76
บทที่ 5 สรุปและข้อเสนอแนะ	78
สรุป	78
ข้อเสนอแนะแนวทางการปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครอง	
ภูมิปัญญาไทย	84
บรรณานุกรม	86
ประวัติย่อผู้วิจัย	89

สารบัญตาราง

ตารางที่		หน้า
2-1	ข้อดี ข้อด้อยในการประกอบธุรกิจสปา	18
3-1	ตารางสรุปกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญา	30
3-2	ตารางสรุปกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญา	43
3-3	ตารางสรุปกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญา	54
5-1	ตารางเปรียบเทียบกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาของไทยและต่างประเทศ	79

บทที่ 1

บทนำ

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีประวัติศาสตร์อันยาวนาน อุดมด้วยศิลปวัฒนธรรมและประเพณี จึงอุดมด้วยภูมิปัญญา (Traditional Knowledge) ซึ่งถูกพัฒนาขึ้นโดยบุคคลหรือกลุ่มชน เพื่อตอบสนองความต้องการพื้นฐานของชุมชนนั้นๆ

ภูมิปัญญา คือ องค์ความรู้ที่อาจปรากฏอยู่ในหลายรูปแบบ เช่น การประกอบอาหาร การสร้างที่อยู่อาศัย เครื่องนุ่งห่มและยารักษาโรคของคนในชุมชนหรือท้องถิ่นต่างๆ ที่ได้รับการพัฒนาให้เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมของแต่ละกลุ่มชนในแต่ละยุคสมัย สืบทอดผ่านกาลเวลา มีการผสมผสานกลมกลืนกับศิลปวัฒนธรรม ความเชื่อ ตลอดจนประเพณีของกลุ่มชนนั้นๆ ผูกพันกับจิตวิญญาณของคนในชุมชนที่เป็นแหล่งกำเนิดหรือสืบทอดภูมิปัญญานั้นๆ

ภูมิปัญญาอาจแบ่งออกได้เป็น 9 กลุ่ม¹ ได้แก่

1. ภูมิปัญญาด้านภาษาและวรรณกรรม
2. ภูมิปัญญาด้านเกษตรกรรม
3. ภูมิปัญญาด้านความเชื่อ ประเพณี พิธีกรรม
4. ภูมิปัญญาด้านการละเล่น การแสดง ดนตรีและนันทนาการ
5. ภูมิปัญญาด้านศิลปกรรม
6. ภูมิปัญญาด้านอาหารและโภชนาการ
7. ภูมิปัญญาด้านการแพทย์แผนไทย
8. ภูมิปัญญาด้านอุตสาหกรรมและหัตถกรรม
9. ภูมิปัญญาด้านการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

แม้ภูมิปัญญาจะมีขอบเขตกว้างขวางและมีความหลากหลาย แต่ภูมิปัญญาจำนวนมากก็ยังคงถูกใช้อยู่เพียงในชุมชนและยังไม่แพร่หลายหรือถูกนำมาใช้ในเชิงพาณิชย์ จึงไม่สามารถ

¹ ธนิต ชังถาวร. “รายงานการศึกษา กรอบความคิดการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย”. (รายงานฉบับสมบูรณ์, ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ, สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, 2550). หน้า 5

ประเมินมูลค่าเชิงเศรษฐกิจได้ อย่างไรก็ดี ในระยะสิบปีที่ผ่านมา มีความตื่นตัวที่จะนำภูมิปัญญาในอดีตมาใช้ประโยชน์มากยิ่งขึ้นอย่างเห็นได้ชัด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ชาวต่างชาติที่มีขีดความสามารถในการวิจัยและพัฒนาสูงซึ่งมองเห็นคุณค่าและหันมาพัฒนาภูมิปัญญาดั้งเดิมของประเทศอื่นเพื่อผลิตสินค้าออกขาย

เนื่องจากประเทศไทยอุดมด้วยภูมิปัญญาประกอบกับเป็นประเทศเขตร้อนที่มีความหลากหลายทางชีวภาพ เป็นสังคมเกษตร มีวิถีชีวิตที่ใกล้ชิดธรรมชาติ มีการพัฒนาองค์ความรู้ที่เกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์จากพืชซึ่งเป็นวัตถุดิบและแหล่งความรู้ที่สำคัญของอุตสาหกรรมยา จึงเป็นเป้าหมายที่ประเทศพัฒนาแล้วให้ความสนใจ เช่นที่ปรากฏเป็นข่าวอย่างต่อเนื่องว่าต่างชาตินำภูมิปัญญาด้านการแพทย์แผนไทย สมุนไพรของไทย ไปใช้ผลิตยาออกขาย รวมทั้งได้นำความรู้ดั้งเดิมเกี่ยวกับการบริหารร่างกายเพื่อการบำบัดรักษาโรค การนวดแผนไทยตลอดจนสปา ไปให้บริการในประเทศของตนจนสามารถสร้างรายได้ได้อย่างมหาศาล ในขณะที่ชุมชนที่เป็นแหล่งกำเนิดขององค์ความรู้ดังกล่าวมิได้ล่วงรู้ มิได้ให้ความยินยอม และไม่ได้รับผลประโยชน์ใดๆตอบแทนเลย

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องสงวนรักษาสิทธิในภูมิปัญญาไทยไว้ให้กับคนไทย และเสริมสร้างโอกาสให้กับคนไทยและชุมชนที่เป็นแหล่งกำเนิดของภูมิปัญญา ได้เก็บเกี่ยวผลประโยชน์เชิงเศรษฐกิจที่เกิดจากการที่บุคคลอื่นนำภูมิปัญญาของบรรพบุรุษของตนไปใช้ได้อย่างเหมาะสม จึงจำเป็นต้องมีระบบการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยที่มีประสิทธิภาพ ทั้งระบบกฎหมาย กลไกรองรับและการบริหารจัดการที่เหมาะสม

ขณะนี้ประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาอยู่บ้าง เช่น

1. พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542
2. พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542
3. พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504
4. พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2534
5. พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537
6. พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546
7. พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

กฎหมายเหล่านี้สามารถคุ้มครองภูมิปัญญาของไทยได้ในขอบเขตที่จำกัด กฎหมายบางฉบับมีความซ้ำซ้อนกัน กลไกตามกฎหมายบางเรื่องก็ยังไม่เสร็จสมบูรณ์ ยังไม่สามารถคุ้มครองภูมิปัญญาของไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพ และประสานสอดคล้องกัน

นอกจากนี้ โดยที่ภูมิปัญญาของไทยบางส่วนถูกลักลอบนำไปใช้ในต่างประเทศและกฎหมายภายในของไทยไม่สามารถมีผลบังคับใช้ในต่างประเทศได้ จึงจำเป็นต้องมีสนธิสัญญา ความตกลง ตลอดจนพันธกรณีระหว่างประเทศที่สามารถนำมาใช้เพื่อเป็นกลไกทางกฎหมายในการติดตามทวงสิทธิของคนไทยคืน ซึ่งในปัจจุบัน ยังไม่มีความตกลงระหว่างประเทศที่สามารถนำมาใช้เพื่อการนี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ปัญหาสำคัญที่พบอีกประการหนึ่ง คือ ไทยมีหน่วยงานที่ดำเนินงานเกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาของไทยกระจายอยู่ทั้งในส่วนกลางและส่วนภูมิภาคจำนวนมาก ทั้งในระดับจังหวัดและระดับชุมชน แต่ละหน่วยงานดำเนินงาน โดยมีเป้าหมายที่แตกต่างกันออกไป บางส่วนมีความทับซ้อนกัน จึงทำให้การบริหารจัดการด้านการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ภูมิปัญญาชาวบ้าน และภูมิปัญญาไทยมีความยุ่งยากและซับซ้อนอย่างมากในทางปฏิบัติ หากหน่วยงานเหล่านี้สามารถร่วมกันเป็นเครือข่าย ปฏิบัติงานด้านการคุ้มครองภูมิปัญญาอย่างประสานสอดคล้องกันก็จะเป็นกลไกที่สามารถบริหารจัดการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยที่มีประสิทธิภาพ

ในส่วนชุมชนที่เป็นแหล่งกำเนิดซึ่งควรอยู่ในฐานะเจ้าของภูมิปัญญาไม่ตระหนักถึงสิทธิที่ตนพึงได้รับ และไม่ทราบแนวทางดำเนินการเพื่อปกป้องสิทธิของตน ตลอดจนไม่สามารถรวมตัวกันเพื่อเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการภูมิปัญญาของชุมชนของตน จึงเปิดช่องให้ภูมิปัญญาเหล่านี้ถูกนำไปแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ทั้งโดยความตั้งใจและโดยรู้เท่าไม่ถึงการ

จากปัญหาที่กล่าวข้างต้นส่งผลให้ไทยขาดระบบและมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาของไทยที่มีประสิทธิภาพ ส่งผลให้คนไทยต้องสูญเสียสิทธิประโยชน์อันพึงได้รับมาอย่างต่อเนื่อง และที่สำคัญ ปัญหาดังกล่าวจะทวีความรุนแรงยิ่งขึ้นหากต่างชาติแอบนำภูมิปัญญาของไทยไปใช้ในทางที่เสื่อมเสีย หรือแอบนำไปจดหรือพัฒนาต่อยอดและจดทะเบียนเป็นทรัพย์สินทางปัญญา เช่น นำไปจดทะเบียนสิทธิบัตรเป็นของตนเองเสมือนเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่ตนได้คิดค้นขึ้นใหม่ จึงอาจส่งผลให้บุคคลดังกล่าวเป็นเจ้าของสิทธิที่จะใช้ภูมิปัญญาดังกล่าวแต่เพียงผู้เดียว แม้ชุมชนที่เป็นแหล่งกำเนิดของภูมิปัญญาดังกล่าวก็อาจจะไม่สามารถนำภูมิปัญญาของตนมาใช้ประโยชน์ได้อีก โดยที่ผู้วิจัยปฏิบัติงานด้านการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา มีการปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น เห็นว่ามีความจำเป็นต้องศึกษาวิจัยให้เกิดความกระจ่างถึงแนวทางการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น เพื่อนำผลการวิจัยมาใช้ประโยชน์ในการปฏิบัติงานของผู้วิจัยเอง ตลอดจนเป็นข้อมูลประกอบการพัฒนาของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ระบบการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยที่อยู่ในกำกับดูแลของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และปัญหาในการคุ้มครองภูมิปัญญาของไทยในปัจจุบัน
2. เสนอแนะแนวทางการปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายและกลไกในการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย

ขอบเขตของการวิจัย

1. ศึกษากฎหมายและระบบการคุ้มครองภูมิปัญญาของไทยทั้งในประเทศและต่างประเทศ เช่น อินเดีย จีน ตลอดจนกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญา เช่น อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า
2. ศึกษาสภาพปัญหาการคุ้มครองภูมิปัญญาของไทยในปัจจุบันในสาขาที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจสูง โดยเฉพาะที่ถูกต่างชาตินำไปใช้ประโยชน์โดยมิชอบ เช่น การนวดแผนไทย เป็นต้น

วิธีดำเนินการวิจัย

การวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยมีวิธีการดำเนินการ ดังนี้

1. ศึกษา ค้นคว้า รวบรวม วิเคราะห์เอกสาร (Documentary Research) จากเอกสารวิชาการ แนวความคิด กฎหมายภายในประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง
2. ทำการศึกษาโดยสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิ ที่มีความรู้และประสบการณ์ที่เกี่ยวข้อง
3. นำเสนอการวิเคราะห์ข้อมูล สรุปผล และเสนอแนะ

ประโยชน์ที่ได้รับจากการวิจัย

1. ทำให้ทราบความสำคัญ และปัญหาของระบบการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยในปัจจุบัน
2. มีแนวทางการปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายและกลไกเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาไทย

คำจำกัดความ

ภูมิปัญญาไทย หมายถึง ความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ของชาวบ้านที่สั่งสม สืบทอดกันมาตั้งแต่อดีต เพื่อแก้ปัญหาและช่วยให้สามารถปรับตัวได้ตามความเปลี่ยนแปลงสามารถจัดการความสัมพันธ์ระหว่างคนไทยกับคนไทย คนไทยกับธรรมชาติแวดล้อม โดยผ่านกระบวนการทางจารีตประเพณี วิถีชีวิต การทำมาหากิน และพิธีกรรมต่างๆ เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างความสัมพันธ์เหล่านั้น เพื่อการดำรงอยู่ของเผ่าพันธุ์

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี และวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง กับการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย

แนวคิด ทฤษฎีการคุ้มครองภูมิปัญญา (Traditional Knowledge)

“ภูมิปัญญา” ในฐานะที่เป็นแหล่งรวมความรู้และนวัตกรรมในอดีตถูกนำมาใช้เป็นฐานในการพัฒนาองค์ความรู้ในการผลิตสินค้าสมัยใหม่มากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะองค์ความรู้ในการใช้ประโยชน์จากพืชสมุนไพรในท้องถิ่นเพื่อรักษาโรคในอดีตได้ถูกนำมาใช้เป็นฐานในการพัฒนาการรักษาโรคแผนปัจจุบันอย่างแพร่หลาย เช่น การนำสารสกัดที่ได้จากพริก เช่น capsaicin oleoresin, capsaicin tincture หรือ capsaicin มาเป็นสารตั้งต้นในการเตรียมยาต่างๆ เช่น ยาชาเพื่อเจริญอาหารหรือขับลม หรือ ยาทาทางผิวหนังที่อยู่ในรูปขี้ผึ้ง ครีม เจล เพื่อระงับอาการปวดเมื่อย ปวดกล้ามเนื้อ ปวดประสาทหลังจากการเป็นโรคงูสวัด เป็นต้น¹ การที่โลกตระหนักถึงคุณค่าของภูมิปัญญาท้องถิ่นส่งผลให้มูลค่าทางเศรษฐกิจของภูมิปัญญาท้องถิ่นมีความเด่นชัดขึ้น จากเดิมที่ชุมชนที่เป็นบ่อเกิดของภูมิปัญญาปล่อยประละเลย ปัจจุบันเกิดความหวงแหน เมื่อเกิดความหวงแหนและความต้องการเป็นเจ้าของสิ่งที่ตนมีอยู่ ไม่ต้องการให้บุคคลภายนอกเอาไปใช้ประโยชน์จึงเกิดเป็นแนวคิดที่ว่าชุมชนควรมีสภาพสิทธิในภูมิปัญญาที่ถูกพัฒนาสืบทอดมาในชุมชน โดยให้เป็นสิทธิของคนในชุมชนนั้น จึงเกิดคำว่า “สิทธิชุมชน” หรือ “Community Rights”

แนวคิดในเรื่องการคุ้มครองภูมิปัญญาเกิดขึ้นเมื่อจำนวนประชากรโลกเพิ่มขึ้น ความต้องการบริโภคขยายตัวทั้งในเชิงปริมาณและคุณภาพ กล่าวคือ ผู้คนมีความต้องการที่หลากหลายเพื่อตอบสนองความจำเป็นขั้นพื้นฐานและเพื่อความพึงพอใจตามยุคสมัย ความต้องการดังกล่าวส่งผลให้ทุกสังคมต้องมีการค้นคว้าหาสิ่งใหม่ๆ เพื่อการบริโภคอย่างไม่หยุดยั้ง การค้นคว้าหาสิ่งต่างๆ เพื่อการบริโภคได้ขยายขอบเขตกว้างขวางขึ้นเรื่อยๆ จากเดิมที่ผู้คนใช้และพัฒนาองค์ความรู้ที่

¹ “สารสกัดจากพริก”. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://drug.pharmacy.psu.ac.th/Question.asp?ID=7070&gid=3>, 2558.

มีอยู่ในสังคมของตนผลิตสินค้าเพื่อการบริโภค ก็เริ่มมีการขยายวงกว้างออกโดยมองหาคำความรู้ ในอีกสังคมหนึ่งเพื่อใช้ผลิตสินค้าที่ตนเองเห็นว่าแปลกใหม่แตกต่างไปจากที่เคยเห็น

เมื่อภูมิปัญญาท้องถิ่นถูกนำไปใช้อย่างไม่มีขอบเขต สร้างความเสียหาย เสื่อมโทรม บิดเบือน ของภูมิปัญญาอันมีค่า โลกเริ่มเห็นความจำเป็นในการปกป้องคุ้มครองภูมิปัญญาดังกล่าว ซึ่งแสดงออกโดยการที่ประเทศต่างๆ พยายามร่วมกันจัดทำความตกลงระหว่างประเทศที่มีสาระสำคัญเป็นการรับรองคุ้มครองสิทธิในภูมิปัญญาที่ชัดเจนขึ้นโดยลำดับ เช่น ในปี 1989 เกิด FAO International Undertaking on Plant Genetic Resources ซึ่งให้การคุ้มครองสิทธิของเกษตรกร ขึ้นอย่างเป็นทางการ และในปี 1992 ได้เกิด Convention on Biological Diversity (CBD) ขึ้น ซึ่งมี บทบัญญัติหลายส่วนที่วางหลักการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพ และภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ถูก นำมาอ้างอิงและเป็นพื้นฐานในการเจรจาจัดทำความตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ ตลอดทั้งแนวทาง ในการออกกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศต่างๆ ด้วย

การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

นับแต่ปี ค.ศ. 1967 ที่ Convention Establishing the World Intellectual Property Organization จัดตั้งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization (WIPO)) ทรัพย์สินทางปัญญาก็เริ่มเป็นที่รู้จักอย่างแพร่หลายมากขึ้น แต่หากมองย้อนกลับไปในอดีต คำว่า ทรัพย์สินทางปัญญาเชื่อว่าเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกหลังการปฏิวัติฝรั่งเศส Benjamin Constant นัก ทฤษฎีอิสระชาวฝรั่งเศสคนหนึ่งได้กล่าวว่า งานเขียน (Writings) ของตนเป็นทรัพย์สินที่เรียกว่า “สินทรัพย์ทางปัญญา” (Intellectual Asset)² นอกจากนี้ คำว่า ทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property) ยังได้ถูกกล่าวถึงในคดี Davoll v. Brown (1845) ซึ่งท่านผู้พิพากษา Charles L. Woodbury แห่งศาลมลรัฐ Massachusetts ได้เขียนคำตัดสินไว้ตอนหนึ่งว่า “ด้วยวิธีทางนี้ (การพิจารณา รายละเอียดการประดิษฐ์โดยศาล ไม่ใช่โดยลูกขุนซึ่งเป็นเพียงประชาชนทั่วไป)³ เท่านั้น ที่เราจะ

² Benjamin de Constant de Rebecque.//Collection complete des ouvrages publics sur le gouvernement representatif et la constitution actuelle de la France: formant une espace de cours de politique constitutionnelle, (P. Plancher :1818) p. 296.

³ Davoll v. Brown, 7 F. Cas. 197, The court held in part that “(1) it was the duty of the court rather than the jury to construe the language used in the specification of a patent, if no parol evidence was offered in explanation, or none was contradictory; and (2) inasmuch as there was no exclusion or conflict between the formal clause and the rest of the specification, the

คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเป็นแรงงานทางความคิดได้มากพอๆ กับที่เราจะคุ้มครองเมล็ดพันธุ์ที่เราได้เพาะปลูกหรือฝูงสัตว์ที่เราได้เลี้ยงดู”⁴

ถึงแม้ว่า ทรัพย์สินทางปัญญาจะได้มีการให้ความหมายและพัฒนาอย่างต่อเนื่องแต่คำว่าทรัพย์สินทางปัญญาก็ยังเป็นที่น่าสนใจแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ จนกระทั่งในศตวรรษที่ 20 ความหมายและหลักการของทรัพย์สินทางปัญญาได้มีความชัดเจนและเป็นที่น่าสนใจตรงกันมากยิ่งขึ้นระหว่างนานาประเทศ โดย WIPO ได้มีการจำแนกทรัพย์สินทางปัญญาเป็น 2 ประเภทหลักๆ คือ

1. ลิขสิทธิ์ (Copyright) ซึ่งเป็นการคุ้มครองงานสร้างสรรค์ต่างๆ เช่น วรรณกรรม ศิลปกรรม สถาปัตยกรรม นาฏกรรม และ ดนตรีกรรม เป็นต้น นอกจากนี้ยังรวมถึงสิทธิที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ (Related Rights) ด้วย เช่น สิทธินักแสดง สิทธิของผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง และสิทธิขององค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ

2. ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (Industrial Property) ซึ่งมุ่งประสงค์ที่จะให้การคุ้มครองงานที่สร้างสรรค์ขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในเชิงอุตสาหกรรมและเชิงพาณิชย์ เช่น สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า ความลับทางการค้า แบบแผนภูมิวงจรรวม และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เป็นต้น

เนื่องจากทรัพย์สินทางปัญญามีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Asset) แตกต่างจากทรัพย์สินที่จับต้องได้ (Tangible Asset) โดยทั่วไป เช่น สัมหาริมทรัพย์ และ อสังหาริมทรัพย์ ดังนั้นการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดกลไกการคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะ ที่แตกต่างจากการคุ้มครองทรัพย์สินทั่วไป

1. การบริหารจัดการที่ดี (Good Governance)

การบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี เป็นแนวทางสำคัญในการจัดระเบียบให้ภาครัฐ ภาคธุรกิจ และภาคประชาชน สามารถอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข มีความรู้รักสามัคคีและ

instructions to the jury were correct. Thus, upon the construction of a specification of a patent, the whole of the specification, including the summary and the drawings, were generally to have been examined and compared, and not one alone looked to, in order to decide what new part or new combination was claimed to have been invented or protected.”

⁴ http://en.wikipedia.org/wiki/Intellectual_property (Justice Charles L. Woodbury wrote that "only in this way can we protect intellectual property, the labors of the mind, productions and interests are as much a man's own...as the wheat he cultivates, or the flocks he rear.”)

ร่วมกันเป็นพลังก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืน และเป็นส่วนเสริมความเข้มแข็งหรือสร้างภูมิคุ้มกันแก่ประเทศเพื่อบรรเทา ป้องกัน หรือแก้ไขเยียวยาภาวะวิกฤติและภัยอันตรายที่อาจจะมีมาในอนาคต เพราะสังคมจะรู้สึกถึงความยุติธรรม ความโปร่งใส และความมีส่วนร่วม อันเป็นคุณลักษณะสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และการปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข สอดคล้องกับความเป็นไทย รัฐธรรมนูญ และกระแสโลกยุคปัจจุบัน⁵

หลักการบริหารจัดการที่ดี มีหลักการพื้นฐานที่สำคัญ 6 ประการ⁶ ได้แก่

1. หลักนิติธรรม คือ การใช้กฎ ระเบียบ ที่เป็นธรรม เสมอภาค เป็นที่ยอมรับได้ โดยไม่ตามกระแสหรืออำนาจของตัวบุคคล
2. หลักคุณธรรม คือ การยึดมั่นในความถูกต้องดีงาม ประพฤติตนเป็นตัวอย่างแก่สังคมด้วยความซื่อสัตย์ จริ่งใจขยัน อดทน
3. หลักความโปร่งใส คือ การทำงานอย่างโปร่งใส เปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่เป็นประโยชน์ ตรงไปตรงมา ตรวจสอบได้
4. หลักความมีส่วนร่วม คือ การเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วม รับรู้ และเสนอความเห็น
5. หลักความรับผิดชอบ คือ การตระหนักในสิทธิหน้าที่ มีความสำนึกในความรับผิดชอบต่อสังคม มุ่งแก้ปัญหา และกล้ายอมรับผลการกระทำของตน
6. หลักความคุ้มค่า คือ การบริหารจัดการและใช้ทรัพยากรอย่างประหยัด และเกิดประโยชน์สูงสุด

หลักการดังกล่าวปรากฏในพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารจัดการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ส่วนราชการต้องถือปฏิบัติอยู่แล้ว ดังนั้น ในการปรับปรุงกลไกหรือมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาไทย ตลอดทั้งการดำเนินงานในเชิงนโยบายทั้งในมาตรการระยะสั้นและมาตรการระยะยาวจะต้องคำนึงถึงหลักการบริหารจัดการที่ดี เพื่อให้เกิดประสิทธิผลในการดำเนินงานอย่างสูงสุด

แนวคิดในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแท้จริงแล้ว คือ การคุ้มครองผู้สร้างสรรค์งานทรัพย์สินทางปัญญาให้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ในงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้นอย่างใดก็ตาม เนื่องจากทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิ่งที่มีความค่าในเชิงเศรษฐกิจ (Economic Value) และ

⁵ “ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการสร้างระบบบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี พ.ศ. 2542”, ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 116, 10 สิงหาคม 2542, หน้า 26 – 27.

⁶ “สรุปหลักเกณฑ์หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี”. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก <http://www.led.go.th/ethics/content/pdf/sumgg.pdf>, 2558.

เป็นที่ต้องการของสังคมที่จะนำมาใช้ประโยชน์และพัฒนาต่อยอด ดังนั้นการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้สร้างสรรคงานและประโยชน์ของสังคมและสาธารณชน (Balance between Public Interests and Private Interests) จึงมีความจำเป็น ดังที่ปรากฏในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาหลายฉบับที่บัญญัติไว้ทั้งหลักสิทธิแต่เพียงผู้เดียว และข้อยกเว้นหลักสิทธิแต่เพียงผู้เดียวเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ

2. การแปลงนโยบายไปสู่การปฏิบัติ

การนำนโยบายสาธารณะไปปฏิบัติ อาจแบ่งได้เป็น 2 ระดับ คือ ระดับมหภาค และระดับจุลภาค⁷ ดังนี้

1. ระดับมหภาค ประกอบด้วย 2 ขั้นตอน ดังนี้

ขั้นตอนที่ 1 ได้แก่ การแปลงนโยบายเป็นแนวทางปฏิบัติ ออกมาในรูปแบบงานหรือโครงการ

ขั้นตอนที่ 2 เป็นขั้นตอนในการทำให้หน่วยงานท้องถิ่นยอมรับแนวทาง แผนงานโครงการหรือผลของการแปลงนโยบายนั้นไปปฏิบัติต่อไป

2. ระดับจุลภาค เป็นการนำนโยบายไปปฏิบัติอย่างแท้จริงในระดับจุลภาค โดยเริ่มต้นจากนโยบายส่วนกลางที่ถูกนำมาปฏิบัติในสภาพแวดล้อมของแต่ละท้องถิ่น ซึ่งประกอบด้วย 3 ขั้นตอน ดังนี้

ขั้นตอนระดมพลัง เป็นขั้นตอนที่หน่วยงานท้องถิ่นจะต้องพิจารณารับนโยบายและแสวงหาการสนับสนุนจากท้องถิ่น

ขั้นตอนการปฏิบัติ เป็นการปรับเปลี่ยนโครงการที่ได้มีการยอมรับแล้วออกมาในรูปของการปฏิบัติจริง ให้สอดคล้องกับสภาพแวดล้อมและวิธีการปฏิบัติงานของแต่ละท้องถิ่น

ขั้นตอนการสร้างความเป็นปึกแผ่นหรือความต่อเนื่อง เป็นการทำให้นโยบายนั้นได้รับการปฏิบัติอย่างต่อเนื่อง และได้รับการยอมรับเป็นหน้าที่ประจำของผู้ปฏิบัติด้วย

3. การสร้างเครือข่าย (Network Theory)

เครือข่าย คือ การเชื่อมโยงร้อยรัดเอาความพยายามและการดำเนินงานของฝ่ายต่างๆ เข้าด้วยกันอย่างเป็นระบบและอย่างเป็นรูปธรรมเพื่อปฏิบัติการกิจอย่างใดอย่างหนึ่งร่วมกัน โดยที่แต่

⁷ “นโยบายสาธารณะและการวางแผน”. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.skcc.ac.th/elearning/lg0213/?p=65,2558>.

ละฝ่ายยังคงปฏิบัติการหลักของตนต่อไปอย่างไม่สูญเสียเอกลักษณ์และปรัชญาของตนเอง การเชื่อมโยงนี้อาจเป็นรูปของการรวมตัวกันแบบหลวมๆ หรืออาจอยู่ในรูปของการจัดองค์กรที่เป็นโครงสร้างของความสัมพันธ์กันอย่างชัดเจน⁸

การทำงานแบบเครือข่าย มีลักษณะเป็นการบริหารแนวราบ (Horizontal Organizing) เน้นความร่วมมือ (Cooperation) และการประสานงาน (Coordination) ของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องทั้งภาครัฐและเอกชนเพื่อผลสัมฤทธิ์ของงาน เป็นการรวมกลุ่มเพื่อปฏิบัติการกิจอย่างใดอย่างหนึ่งร่วมกัน โดยมีวัตถุประสงค์และข้อตกลงร่วมกัน ความสัมพันธ์ของสมาชิกเครือข่ายเป็นแบบหลวมๆ ไม่มีขอบเขตหรือโครงสร้างที่แน่นอนตายตัว สมาชิกของเครือข่ายมีการติดต่อสื่อสารกันได้ในทุกระดับ อย่างไรก็ตามเครือข่ายอาจมีการจัดระบบความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกโดยมีศูนย์กลางเครือข่ายที่ชัดเจน⁹

การสร้างเครือข่ายการทำงานเป็นวิธีการทำงานที่ได้รับความนิยมทั้งในภาคธุรกิจและการทำงานเชิงพัฒนาสังคม ในทางสังคมวิทยา เครือข่ายเป็นรูปแบบความสัมพันธ์ทางสังคม อย่างหนึ่งที่แตกต่างไปจากกลุ่ม (Group) กลุ่มจะมีขอบเขตที่ชัดเจน รู้ว่าใครเป็นสมาชิก มีความเป็นรูปธรรมมองเห็นได้ มีโครงสร้างทางสังคมในระดับหนึ่ง แต่เครือข่ายเป็นรูปแบบความสัมพันธ์ทางสังคมที่ไม่มีขอบเขต การเชื่อมความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกเครือข่ายอาจจะมองเห็นหรือมองไม่เห็นเป็นรูปธรรมก็ได้ เครือข่ายไม่มีโครงสร้างแน่นอนตายตัว อาจมีการออกแบบโครงสร้างขึ้นมาทำหน้าที่สานความสัมพันธ์ระหว่างคนหรือกลุ่มองค์กรให้ต่อเนื่อง แต่ในเครือข่ายไม่มีใครบังคับให้ใครทำอะไรได้ แต่ละคนหรือกลุ่มองค์กรต่างก็เป็นศูนย์กลางของเครือข่ายได้พอกๆกัน ดังนั้นรูปแบบความสัมพันธ์ของเครือข่ายจึงมีความซับซ้อนกว่ากลุ่ม¹⁰

ปัจจุบัน การสร้างเครือข่ายการทำงานมีแนวโน้มที่จะเป็นการสร้างเครือข่ายระหว่างองค์กรที่ทำงานพืงพืงซึ่งกันและกัน แนวคิดที่อธิบายการสร้างเครือข่ายการทำงาน¹¹ ได้แก่

1. การแลกเปลี่ยน (Exchange) กล่าวโดยเฉพาะ คือ การแลกเปลี่ยนประโยชน์ระหว่างกัน เหตุผลหลักที่จะทำให้เครือข่ายเกิดขึ้นได้โดยสมัครใจ คือ แต่ละฝ่ายมองเห็น

⁸ “เครือข่ายทางสังคม (Social Network)”. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก :

www.edu.tsu.ac.th, 2558.

⁹ เรื่องเดียวกัน

¹⁰ เรื่องเดียวกัน

¹¹ เรื่องเดียวกัน

ประโยชน์ที่ตนจะได้รับจากการเข้าร่วมเครือข่าย ซึ่งจะนำไปสู่ความเต็มใจที่จะประสานกันหรือเข้าร่วมเป็นเครือข่าย

2. แนวคิดการรวมพลัง (Synergy) เป็นการผนึกกำลังในลักษณะที่มากกว่า $1+1 = 2$ แต่ต้องเป็น $1+1 > 2$ หมายความว่า การรวมพลังกันทำงานนำไปสู่ผลลัพธ์ที่มีคุณค่าหรือเข้มแข็งมากกว่าการที่แต่ละองค์กรจะทำงานโดยโดดเดี่ยว

2.1 ประโยชน์ของการสร้างเครือข่าย มีดังนี้

2.1.1 เป็นเวทีสำหรับแลกเปลี่ยนความคิดและประสบการณ์ ให้ความช่วยเหลือ ช่วยแก้ปัญหาช่วย สนับสนุน และเกื้อกูลซึ่งกันและกัน

2.1.2 สร้างการทำงานเป็นทีม สามารถระดมความคิดเห็นที่เป็นประโยชน์ได้อย่างหลากหลายก่อให้เกิดพหุปัญญา ทำให้งานมีประสิทธิภาพและประสบผลสำเร็จที่ดี

2.1.3 เป็นฐานที่สำคัญในการปฏิรูปและพัฒนาประเทศและประชาชนให้มีส่วนร่วม

2.1.4 สามารถทำการเผยแพร่และประชาสัมพันธ์งานได้อย่างทั่วถึงในวงกว้าง

2.2 ปัจจัยที่ทำให้การสร้างเครือข่ายประสบความสำเร็จ มีดังนี้

2.2.1 สมาชิกต้องมีใจเป็นหนึ่งเดียว มีความสามัคคีในกลุ่ม

2.2.2 สมาชิกมีขวัญ กำลังใจ และเจตนารมณ์ร่วมกันที่จะปฏิบัติ งานให้

บรรลุผล

2.2.3 สมาชิกมีความเสียสละทั้งกาย สติปัญญา และทรัพยากร

2.2.4 มีระบบการจัดการและการวางแผนที่ดี

2.2.5 มีการติดตาม และประเมินผลเป็นระยะ ๆ สม่าเสมอ

2.2.6 ใช้กระบวนการ PDCA (Planning, Development, Control and

Assessment)

2.2.7 ผู้นำมีวิสัยทัศน์ มีความสามารถในการตัดสินใจ และประสานงาน

2.2.8 มีสมาชิกเครือข่ายที่มีคุณภาพ ทุกคนเห็นประโยชน์ร่วมกัน

2.2.9 มีกิจกรรมอย่างต่อเนื่อง

2.2.10 ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่ายเข้ามามีส่วนร่วมในเครือข่าย

2.2.11 สามารถรักษาเครือข่ายเดิมและขยายเครือข่ายใหม่เพิ่มขึ้น

ความหมายของภูมิปัญญา ภูมิปัญญาท้องถิ่น และภูมิปัญญาชาวบ้าน

คำว่า ภูมิปัญญา ภูมิปัญญาชาวบ้าน และ ภูมิปัญญาท้องถิ่น เป็นคำที่ใช้กันอย่างแพร่หลาย มีความหมายคล้ายคลึงกัน โดยมีผู้ให้ความหมายไว้อย่างกว้างขวาง เช่น

นายรุ่ง แก้วแดง ให้ความเห็นว่า ภูมิปัญญาเป็นเรื่องที่สั่งสมกันมาตั้งแต่อดีต และเป็นเรื่องของการจัดการความสัมพันธ์ระหว่างคนกับคน คนกับธรรมชาติแวดล้อม คนกับสิ่งเหนือธรรมชาติ โดยผ่านกระบวนการทางจารีตประเพณี วิถีชีวิต การทำมาหากิน และพิธีกรรมต่างๆ เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างความสัมพันธ์เหล่านั้น ถ้าหากเกิดปัญหาความไม่สมดุลกันขึ้น ก็จะก่อให้เกิดความไม่สงบสุข เกิดปัญหาในหมู่บ้านและชุมชน¹²

อังกุล สมคะเนย์ ให้ความเห็นว่า มวลความรู้และมวลประสบการณ์ของชาวบ้านที่ใช้ในการดำเนินชีวิตให้เป็นสุข โดยได้รับการถ่ายทอด สั่งสมกันมา ผ่านกระบวนการพัฒนาให้สอดคล้องกับกาลสมัย¹³

ศาสตราจารย์เกียรติคุณ นายแพทย์ ประเวศ วะสี ให้ความเห็นว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่น เกิดจากการสั่งสมการเรียนรู้มาเป็นระยะเวลายาวนาน มีลักษณะเชื่อมโยงกันไปหมดทุกสาขาวิชาไม่แยกเป็นวิชาแบบเรียนที่เราเรียน แต่เป็นการเชื่อมโยงกันทุกรายวิชาทั้งที่เป็นเศรษฐกิจ ความเป็นอยู่ การศึกษาและวัฒนธรรม จะผสมกลมกลืนเข้าด้วยกัน¹⁴

รัตนะ บัวสนธิ์ ให้ความเห็นว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่น หมายถึงกระบวนการทัศนคติของบุคคลที่มีต่อตนเอง ต่อโลกและสิ่งแวดล้อม ซึ่งกระบวนการทัศนคติดังกล่าวมีรากฐานจากคำสอนทางศาสนา คติ จารีตประเพณีที่ได้รับการถ่ายทอด สั่งสอนและปฏิบัติสืบเนื่องกันมาปรับเข้ากับบริบททางสังคมที่เปลี่ยนแปลงแต่ละสมัย ทั้งนี้โดยมีเป้าหมายเพื่อความสงบสุขของส่วนที่เป็นชุมชนและ

¹² รุ่ง แก้วแดง. “ปฏิบัติการศึกษาไทย”. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มติชน). หน้า 204.

¹³ อังกุล สมคะเนย์. “สภาพและปัญหาการนำภูมิปัญญาชาวบ้านมาใช้พัฒนาหลักสูตรโรงเรียนประถมศึกษา สังกัดสำนักงานการประถมศึกษา จังหวัดอุบลราชธานี”. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535) หน้า 37.

¹⁴ ประเวศ วะสี. “การศึกษาของชาติกับภูมิปัญญาท้องถิ่น”. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์อมรินทร์พริ้นติ้งกรุ๊ป). หน้า 21.

ปัจเจกบุคคลทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงแต่ละสมัย ทั้งนี้โดยมีเป้าหมายเพื่อความสงบสุขของส่วนที่เป็นชุมชนและปัจเจกบุคคล¹⁵

นอกจากนี้ องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization หรือ WIPO) ได้ให้นิยามคำว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้ 2 แนวทาง คือ

ความหมายอย่างแคบที่ใช้ในการประชุมคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและทรัพยากรพันธุกรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่นและศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้าน (Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore หรือ IGC) หมายถึง ความรู้ที่เกิดจากการใช้สติปัญญาและการเข้าใจในระบบดั้งเดิม รวมถึงวิธีการปฏิบัติ ทักษะ การประดิษฐ์คิดค้นสิ่งใหม่ การปฏิบัติและการเรียนรู้ซึ่งประกอบเป็นระบบภูมิปัญญาและความรู้ที่อยู่ในวิถีชีวิตดั้งเดิมของคนหรือชุมชน หรือเป็นระบบความรู้ที่ถูกถ่ายทอด ดีความจากชนรุ่นหนึ่งไปสู่ชนอีกรุ่นหนึ่ง ภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่ได้จำกัดเฉพาะวิชาการสาขาใดสาขาหนึ่งเป็นการเฉพาะอาจรวมความรู้ทางการเกษตร การแพทย์ สิ่งแวดล้อม และความรู้ที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม

ความหมายอย่างกว้าง หมายถึง งานสร้างสรรค์ทางวรรณกรรม ศิลปะ หรือ วิทยาศาสตร์ที่มีรากฐานมาจากจารีตประเพณี การแสดง การประดิษฐ์คิดค้น การค้นพบทางวิทยาศาสตร์ การออกแบบ เครื่องหมาย ชื่อและสัญลักษณ์ สารสนเทศที่ไม่เปิดเผย และนวัตกรรมที่มีรากฐานมาจากจารีตประเพณี และการสร้างสรรค์ที่เป็นผลมาจากการใช้สติปัญญาในทางอุตสาหกรรม วิทยาศาสตร์ วรรณกรรม ศิลปะ การเกษตร นิเวศน์วิทยา การแพทย์ ความหลากหลายทางชีวภาพ และการแสดงออกซึ่งศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้าน (Expressions of Folklore)

จากการทบทวนวรรณกรรมพบว่า คำว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge)” มีความหมายที่กว้างมาก จนมีผู้เชี่ยวชาญชาวต่างประเทศ นาย Graham Dutfield ได้ให้ความเห็นไว้ในการประชุม UNCTAD Expert Meeting on Systems and National Experiences For Protecting Traditional Knowledge, Innovations and Practices ดังนี้

“There is no official or agreed definition of traditional knowledge. The Convention on Biological Diversity avoids a definition altogether, adopting the long-winded phrase –

¹⁵ รัตนะ บัวสนธิ. “การศึกษาหลักสูตรและจัดการเรียนการสอนเพื่อการถ่ายทอดภูมิปัญญาท้องถิ่น : กรณีศึกษาชุมชนแห่งหนึ่งในเขตภาคกลางตอนล่าง” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ ประสานมิตร, 2535) หน้า 35.

knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles”¹⁶

ขอบเขตของ ภูมิปัญญา ภูมิปัญญาท้องถิ่น และภูมิปัญญาชาวบ้าน

จากการทบทวนวรรณกรรมและสำรวจเอกสารต่างๆ พบว่า มีการแบ่งประเภท ภูมิปัญญาท้องถิ่นหลายแบบ บางท่านแบ่งตามลักษณะของเนื้อหา บางท่านแบ่งตามระดับความสำคัญ บางท่านแบ่งตามเจ้าขององค์ความรู้ หรือตามประโยชน์ที่ใช้ โดยขอยกตัวอย่าง ดังนี้

พรชัย กาพันธ์ กล่าวว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นสะสมกันมาจากประสบการณ์ของชีวิต สังคมและในสภาพแวดล้อมที่แตกต่างกัน และถ่ายทอดสืบต่อกันมาเป็นวัฒนธรรม วัฒนธรรมชุมชนจึงเป็นทรัพยากรอันมีคุณค่ามหาศาลของสังคมตลอดจนประเทศชาติ ที่ได้้องได้รับการดูแลเอาใจใส่และหวงแหน มีลักษณะสำคัญ 4 ประการ ได้แก่¹⁷

1. ภูมิปัญญาท้องถิ่นมีวัฒนธรรมเป็นฐานไม่ใช่วิทยาศาสตร์
2. ภูมิปัญญาท้องถิ่นมีบูรณาการ
3. ภูมิปัญญาท้องถิ่นมีความเชื่อมโยงไปสู่นามธรรมที่ลึกซึ้ง
4. ภูมิปัญญาท้องถิ่นเน้นความสำคัญของจริยธรรมกว่าวัตถุธรรม

เอกวิทย์ ณ ถลาง แบ่งภูมิปัญญาเป็น 4 ลักษณะ ได้แก่¹⁸

1. ภูมิปัญญาที่มีลักษณะเกี่ยวกับความเชื่อ โลกทัศน์ที่บ่งบอกความสัมพันธ์ ระหว่างมนุษย์กับสิ่งแวดล้อมในธรรมชาติ เหนือธรรมชาติและระหว่างมนุษย์ด้วยกัน
2. ภูมิปัญญาที่มีลักษณะเกี่ยวกับชีวิต การดำรงชีวิต การแก้ไขปัญหาและการปรับตัวกับสิ่งแวดล้อมและกระแสการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคม

¹⁶ Graham Dutfield , UNCTAD Expert Meeting on Systems and National Experiences For Protecting Traditional Knowledge, Innovations and Practices (Geneva, 30 October – 1 November 2000, Paper B)

¹⁷ พรชัย กาพันธ์. “วิกฤตการศึกษาด้วยภูมิปัญญาไทย”, วารสารวิชาการ. 7 เดือนกรกฎาคม 2545 หน้า 5-6.

¹⁸ เอกวิทย์ ณ ถลาง. “ภูมิปัญญาท้องถิ่นกับการจัดการความรู้” (กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิชย์). หน้า 46-48.

3. ภูมิปัญญาที่มีลักษณะเกี่ยวกับศิลปหัตถกรรม ประดิษฐ์กรรมในรูปเครื่องมือ ของใช้ ศิลปวัตถุ ที่มีแรงบันดาลใจจากสิ่งแวดล้อมและวัฒนธรรม ตามพื้นภูมิที่หลากหลยระหว่างภูมิภาค

4. ภูมิปัญญาที่มีลักษณะเกี่ยวกับกระบวนการและพฤติกรรมการเรียนรู้ การถ่ายทอด ภูมิปัญญา ประสบการณ์ การให้การศึกษาอบรม และแก้ไขปัญหาตามพื้นฐานวัฒนธรรมและปรีชา ของชาวบ้าน

จากการทบทวนวรรณกรรมการแบ่งประเภทภูมิปัญญาตามกรอบสากล พบว่า องค์การ ทรัพย์สินทางปัญญาโลกได้นิยามคำว่า “Traditional Knowledge” ไว้ใน Intellectual Property and Traditional Knowledge Booklet 2, Intellectual Property and Traditional Cultural Expression/Expression of Folklore Booklet 1 ว่า หมายถึง “the content or substance of knowledge that is the result of intellectual activity and insight in a traditional context, and includes the know-how, skills, innovations, practices and learning that form part of traditional knowledge system and knowledge that embodied in the traditional lifestyle of community or people, or is contained in codified knowledge systems passed between generations.” และได้แบ่ง ภูมิปัญญาท้องถิ่นออกเป็น 6 หมวด ดังนี้

1. องค์ความรู้ทางเกษตรกรรม (Agriculture Knowledge)
2. องค์ความรู้ทางวิทยาศาสตร์ (Scientific Knowledge)
3. องค์ความรู้ทางเทคนิค (Technical Knowledge)
4. องค์ความรู้ทางยาและการรักษาโรค (Medical Knowledge)
5. องค์ความรู้เกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพ (Biological-Related Knowledge)
6. การแสดงออกของศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม (Traditional Cultural Expressions) และการแสดงออกของคติชน (Expression of Folklore) ซึ่งได้แก่
 - 6.1 การแสดงออกเป็นถ้อยคำ เช่น นิทานพื้นบ้าน ร้อยกรองพื้นบ้าน ปริศนา คำทาย คำ สัญลักษณ์ และข้อบ่งชี้
 - 6.2 การแสดงออกเป็นดนตรี เช่น เพลงพื้นบ้าน เครื่องดนตรี
 - 6.3 การแสดงออกเป็นท่าทาง ได้แก่ การเดินรำ การละเล่น การแสดงหรือพิธีกรรม
 - 6.4 การแสดงออกเป็นวัตถุธรรมหรือที่จับต้องได้ (Tangible Expression) เช่น ผลงานด้านศิลปะพื้นบ้าน (ภาพเขียน ภาพระบายสี งานแกะ งานปั้น ถ้วยชาม เครื่องปั้นดินเผา งาน โลหะ เครื่องจักสาน ผ้าทอมือ)

ภาพรวมภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจสปา การแพทย์แผนไทย “ฤาษีคัตตน”

ปัจจุบัน การนวดแผนโบราณและสปาไทยเป็นที่นิยมมากทั้งสำหรับชาวไทยและชาวต่างประเทศเพราะนอกจากจะเป็นการผ่อนคลายแล้วยังช่วยทำให้มีสุขภาพที่ดี การนวดแผนไทยมีหลากหลายรูปแบบ เช่น การนวดเท้า การนวดน้ำมัน การนวดน้ำมันหรือน้ำมันหอมระเหย การนวดเด็ก การนวดสตรี ท่าทางที่ใช้ในการนวดในรูปแบบต่างๆ นั้นส่วนใหญ่เป็นท่าที่มีพื้นฐานมาจากฤาษีคัตตน และแม้จะมีการประยุกต์อยู่บ้างก็เพื่อให้เหมาะสมกับการนวดในแต่ละประเภท ส่วนสปาไทย (Thai Spa) หมายถึง การดูแลสุขภาพแบบองค์รวมด้วยวิถีไทย มีการผสมผสานกิจกรรมเพื่อสุขภาพต่าง ๆ ที่หลากหลาย เช่น การใช้น้ำ การนวด การอบตัว การขัดตัว การพอกตัว การทำสมาธิ การออกกำลังกาย และโภชนาการ ตลอดจนการแพทย์ทางเลือกอื่น ๆ เป็นต้น

ธุรกิจสปาเข้ามาในประเทศไทยเมื่อประมาณ 10 กว่าปีที่แล้ว ช่วงนั้นสปาเป็นเพียงธุรกิจที่แฝงตัวอยู่ในโรงแรมหรือรีสอร์ทให้นักท่องเที่ยวต่างชาติเป็นหลัก และไม่มีลักษณะเป็นธุรกิจเชิงพาณิชย์เท่าใดนัก ปัจจุบันนอกจากนักท่องเที่ยวต่างชาติที่แสวงหาบริการด้านสปาแล้วคนไทยเองก็ให้ความสนใจไม่แพ้กัน ส่งผลให้ธุรกิจสปาที่มีอัตราการขยายตัวเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ธุรกิจสปาในประเทศไทยจึงมีผู้ประกอบการที่เป็นชาวไทย และผู้ประกอบการชาวไทยที่ร่วมลงทุนกับชาวต่างชาติ โดยเลือกลงทุนให้บริการสปาในโรงแรม รีสอร์ท หรือตามแหล่งท่องเที่ยวทั่วประเทศ

กระแสการให้ความสำคัญต่อสุขภาพอย่างจริงจังของคนไทย ทำให้ธุรกิจสปาเริ่มขยับตัวออกจากโรงแรม และขยายตัวอย่างรวดเร็วในย่านธุรกิจและแหล่งท่องเที่ยว ภายใต้แนวคิดการให้บริการที่หลากหลายรูปแบบ และเป็นที่ยึดตามกันในขณะที่ธุรกิจสปาจะเป็นหนึ่งในกลุ่มธุรกิจบริการด้านสุขภาพที่มีศักยภาพการเติบโตสูงต่อไป ในปี พ.ศ. 2546 จึงได้มีการก่อตั้ง “สมาคมสปาไทย” (Thai Spa Association) ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์¹⁹ ดังนี้

1. เพื่อส่งเสริมการประกอบอุตสาหกรรมสปาและมาตรฐาน โดยทั่วไปของอุตสาหกรรมสปาและสวัสดิภาพของผู้บริโภค เช่น จัดทำมาตรฐานเกี่ยวกับพนักงาน การฝึกอบรม การจัดตั้งสปา การดำเนินการของสปา และการจัดส่งผลิตภัณฑ์และอุปกรณ์สปา
2. เป็นกระบอกเสียงของอุตสาหกรรมสปาในประเทศไทย รวมถึงการฝึกอบรมประชาชนเกี่ยวกับคุณค่าและประโยชน์ในสปา
3. สนับสนุนและช่วยเหลือสมาชิกแก้ไขอุปสรรคข้อขัดข้องต่างๆรวมทั้งเจรจาทำความเข้าใจกับบุคคลภายนอกเพื่อประโยชน์ร่วมกันในการประกอบวิชาชีพประเภทที่อยู่ในวัตถุประสงค์

¹⁹ “วัตถุประสงค์ของสมาคมสปาไทย”. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก

ที่ประสงค์ สอดส่องและติดตามการเคลื่อนไหวของตลาดการค้าทั้งภายในและภายนอกประเทศเกี่ยวกับสินค้าที่สมาชิกประกอบวิสาหกิจ เพื่อให้เป็นประโยชน์แก่การค้า การเงิน เศรษฐกิจ หรือความมั่นคงของประเทศ ตลอดจนการมีส่วนร่วมของสภาทุกขนาด ทุกประเภทและหน่วยงานที่จัดส่งสินค้าหรือให้บริการแก่อุตสาหกรรมสภา

4. ทำการวิจัยเกี่ยวกับการประกอบวิสาหกิจประเภทที่อยู่ในวัตถุประสงค์แลกเปลี่ยนและเผยแพร่ความรู้ในทางวิชาการ ตลอดจนข่าวสารการค้าอันเกี่ยวกับการวิสาหกิจนั้นๆ

5. ส่งเสริมคุณภาพของสินค้าที่ผลิตหรือจำหน่าย โดยผู้ประกอบวิสาหกิจที่เป็นสมาชิกให้เข้ามาตรฐาน ตลอดจนวิจัยและปรับปรุงวิธีการผลิตและการค้าให้ได้ผลดียิ่งขึ้น

6. ร่วมมือกับรัฐบาลในการส่งเสริมการค้า อุตสาหกรรม การเงินหรือธุรกิจอื่นใดในทางเศรษฐกิจอันอยู่ในวัตถุประสงค์

7. ทำความตกลงหรือวางระเบียบให้สมาชิกปฏิบัติ หรือคვენการปฏิบัติเพื่อให้การประกอบวิสาหกิจประเภทที่อยู่ในวัตถุประสงค์ได้ดำเนินไปด้วยความเรียบร้อย

8. ประนีประนอมข้อพิพาทระหว่างสมาชิก หรือระหว่างสมาชิกกับบุคคลภายนอกในการประกอบวิสาหกิจ ปัจจุบัน ธุรกิจสภาสามารถดึงรายได้จากนักท่องเที่ยวต่างชาติได้ไม่ต่ำกว่า 24,000 ล้านบาท และธุรกิจสภานขนาดเล็กที่เป็นตลาดของคนไทยมีกำลังบริโภคประมาณ 2,000 ล้านบาทต่อปี ทั้งนี้ คาดว่ารายได้จากธุรกิจสภาน่าจะขยายตัวได้อีกเนื่องจากความต้องการบริโภคที่เติบโตตามอุตสาหกรรมท่องเที่ยวที่ภาครัฐให้การส่งเสริมและสนับสนุนมาโดยตลอด และนโยบายภาครัฐที่กำหนดเป้าหมายให้ประเทศไทยเป็นศูนย์กลางสุขภาพของเอเชีย (ปี 2546-2554) ซึ่งจะนำรายได้เข้าประเทศไม่ต่ำกว่าปีละ 50,000-60,000 ล้านบาท²⁰

ในการประกอบธุรกิจสภาในประเทศไทยนั้น เราอาจสามารถวิเคราะห์ถึงข้อดีและข้อด้อย ดังที่แสดงไว้ในตารางด้านล่างนี้

ตารางที่ 2-1 ข้อดีและข้อด้อยในการประกอบธุรกิจสภาในประเทศไทย

ข้อดี	ข้อด้อย
1. สภาเกือบทุกประเภทมักจะมี “การนวดแผนไทย” เข้าไปเป็นส่วนหนึ่งในการบริการ ซึ่งประเทศไทยมีชื่อเสียงด้านการนวดแผนไทยที่แพร่หลายไปทั่วโลก	1. บุคลากรที่มีความรู้ความสามารถในธุรกิจสภา เช่น ผู้จัดการ พนักงานนวด มีค่อนข้างจำกัด ทำให้เป็นอุปสรรคในการทำธุรกิจสภา

²⁰ “ประเทศไทยบนถนนสู่ศูนย์กลางสุขภาพนานาชาติ”. วารสารการค้าระหว่างประเทศและสุขภาพ. (ฉบับที่ 2), มีนาคม 2557. หน้า 16.

ตารางที่ 2-1 ข้อดีและข้อด้อยในการประกอบธุรกิจสปาในประเทศไทย (ต่อ)

ข้อดี	ข้อด้อย
<p>2. ประเทศไทยมีสมุนไพรมากกว่า 100 ชนิด และมีเกษตรกรที่เพาะปลูกสมุนไพรอยู่หลายจังหวัดซึ่งสมุนไพรเหล่านี้สามารถนำมาแปรรูปเป็นผลิตภัณฑ์ที่ใช้ในสปาได้</p> <p>3. ประเทศไทยมีน้ำพุร้อนจากธรรมชาติประมาณ 100 แห่ง แหล่งน้ำพุร้อนที่มีอยู่สามารถพัฒนาให้เป็นสถานบริการสปา Mineral Spring Spa หรือ Resort Spa ได้ นับว่าเป็นจุดแข็งอย่างหนึ่งของธุรกิจสปาในประเทศไทย</p> <p>4. คนไทยมีนิสัยอ่อนน้อม สุภาพ ยิ้มแย้มแจ่มใส และรักงานบริการ การทำธุรกิจ สปาเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการบริการ ดังนั้นบุคลิกภาพและอุปนิสัยของคนไทยจึงมีส่วนสำคัญที่จะเอื้อต่อการดำเนินธุรกิจประเภทนี้เป็นอย่างยิ่ง</p> <p>5. คนไทยส่วนใหญ่นับถือศาสนาพุทธ มีธรรมะช่วยขัดเกลาจิตใจ ธุรกิจสปาเป็นเรื่องของการสร้างความสงบสุขให้แก่ร่างกาย จิตใจ และอารมณ์ จึงอาจกล่าวได้ว่าสังคมไทยเหมาะแก่การทำธุรกิจสปาเป็นพิเศษ</p> <p>6. ธุรกิจสปามีลักษณะเป็นการหันกลับไปสู่วิถีชีวิตแบบธรรมชาติและอาศัยสิ่งที่เป็นธรรมชาติแท้ๆ เพื่อสร้างความสงบสุขและบูรณาการให้แก่ร่างกาย จิตใจ และอารมณ์ สังคมไทยจึงเหมาะต่อการทำธุรกิจสปามากกว่าสังคมตะวันตก</p> <p>7. การทำธุรกิจสปา ต้องใช้ผลิตภัณฑ์จากธรรมชาติหลายอย่าง เช่น ผลไม้ ดอกไม้ ต้นไม้ พืชสมุนไพร เป็นต้น สิ่งเหล่านี้ประเทศไทยมี</p>	<p>2. คนไทยมีพื้นฐานความรู้ด้านภาษาไม่ดีเท่าใดนัก ทำให้มีปัญหาด้านการติดต่อสื่อสารกับลูกค้าชาวต่างชาติ ซึ่งอาจส่งผลให้การบริการไม่เป็นไปตามที่ลูกค้าต้องการ</p> <p>3. ถึงแม้ประเทศไทยจะมีสมุนไพรมากมาย แต่ถ้าเปรียบเทียบกับประเทศอินโดนีเซียแล้วจัดว่าเป็นคู่แข่งที่สำคัญ เนื่องจากนักท่องเที่ยวนิยมไปใช้บริการ สปาที่อินโดนีเซีย เช่นเดียวกัน</p> <p>4. ปัญหาผู้ก่อการร้ายที่เกิดขึ้นใน 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้ ส่งผลกระทบต่อการท่องเที่ยวภายในประเทศ โดยเฉพาะธุรกิจสปา เพราะทำให้นักท่องเที่ยวต่างชาติไม่กล้าเดินทางเข้ามาท่องเที่ยวในประเทศไทย</p> <p>5. ธุรกิจสปาส่วนใหญ่มีเป้าหมายที่จะสนองความต้องการของกลุ่มคนชั้นกลางและชั้นสูง ดังจะเห็นได้จากค่าบริการของ Hotel และ Resort Spa ที่อยู่ในระดับที่สูง และผู้ใช้บริการส่วนใหญ่มักเป็นชาวต่างชาติ เมื่อชาวต่างชาติไม่มาเที่ยวประเทศไทย อาจส่งผลกระทบต่อรายได้ของธุรกิจสปาอย่างแน่นอน</p>

ตารางที่ 2-1 ข้อดีและข้อดี้อยในการประกอบธุรกิจสปาในประเทศไทย (ต่อ)

ข้อดี	ข้อดี้อย
<p>พร้อมอยู่แล้ว จึงช่วยประหยัดเงินทุนในการทำธุรกิจสปาได้</p> <p>8. มรดกวัฒนธรรมประจำท้องถิ่นถือเป็นจุดแข็งที่สร้างความแตกต่างให้กับธุรกิจสปาในประเทศไทย</p> <p>9. รัฐบาลได้ส่งเสริมและสนับสนุนธุรกิจด้านการท่องเที่ยว ทั้งยังต้องการให้ธุรกิจ สปาเป็นจุดขายแก่นักท่องเที่ยวต่างชาติด้วย ธุรกิจสปาจึงมีโอกาสดิบโตสูง</p> <p>10. ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีประชากรผู้ใช้แรงงานและคนหนุ่มสาวจำนวนมาก จึงเป็นโอกาสดีที่นำบุคคลเหล่านี้มาพัฒนาและฝึกอบรมให้มีความรู้ ความเข้าใจในธุรกิจสปา</p>	

ตามที่ได้กล่าวแล้วว่า สปาเกือบทุกประเภทมักจะมีการนวดแผนไทยเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งในการให้บริการ โดยทั่วไปแล้ว การนวดแผนไทยจะประกอบด้วยท่าทางการนวดที่มีรากฐานมาจากฤๅษีดัดตนซึ่งเป็นภูมิปัญญาที่หยั่งรากเติบโตบนแผ่นดินไทยมานานกว่า 200 ปีแล้วในทางวิชาการ ปรากฏหลักฐานครั้งแรกในสมัยรัชกาลที่ 1 เมื่อทรงปฏิสังขรณ์วัดโพธาราม ปัจจุบัน คือ วัดพระเชตุพนวิมลมังคลารามราชวรมหาวิหาร (วัดโพธิ์) ในครั้งนั้นทรงโปรดเกล้าฯ ให้รวบรวมตำรายาและรูปปั้นฤๅษีดัดตนโดยแสดงท่าต่างๆ ไว้ที่วัดโพธิ์ เพื่อให้ราษฎรทั่วไปได้ศึกษาเล่าเรียนและรักษาโรคได้อย่างกว้างขวาง และในปี พ.ศ. 2379 รัชกาลที่ 3 ก็ทรงโปรดเกล้าฯ ให้ปฏิสังขรณ์รูปปั้นฤๅษีดัดตนใหม่ โดยโปรดเกล้าฯ ให้ กรมหมื่นณรงค์หริรักษ์เป็นผู้กำกับให้ช่างทำการหล่อรูปฤๅษีดัดตนหลังจากเสร็จแล้ว โปรดเกล้าฯ ให้พระราชวงศ์เสนาอำมาตย์ และนักปราชญ์ราชบัณฑิตร่วมกันแต่งโคลงประกอบรูปปั้นฤๅษีดัดตนโดยพระองค์ก็ทรงร่วมพระราชนิพนธ์ด้วย และจารึกโคลงเหล่านั้นลงบนแผ่นศิลาคิดไว้รอบวัดโดยวางรูปปั้นฤๅษีดัดตนไว้กับแผ่นจารึกเหล่านั้น

มีผู้ศึกษาบางคนพยายามเชื่อมโยงว่าฤๅษีดัดตนเกิดจากการที่คนไทยเลียนแบบโยคะของอินเดีย แต่เมื่อพิจารณาท่าต่างๆ ของโยคะแล้วจะพบว่าไม่เหมือนกันและท่าดัดตนของไทยไม่ใช่ท่าผาดโผนหรือฝืนร่างกายจนเกินไป ส่วนใหญ่เป็นท่าดัดตามอิริยาบถที่มีความสุภาพและสามารถ

ทำได้โดยคนทุกๆ ไป และแม้ในจำนวนท่าฤๅษีดัดตน 80 ท่าของไทย จะมีท่าแบบจีน 1 ท่า ท่าแบบแขก 1 ท่า ท่าคังคู้ 2 ท่า แต่ก็ได้มีการระบุไว้ชัดเจนว่าเป็นของต่างชาติซึ่งเป็นการแลกเปลี่ยนความรู้ซึ่งกันและกันที่เกิดขึ้นในภายหลัง ฤๅษีดัดตน เป็นการบริหารทั้งกายและจิตใจ รวมทั้งช่วยในการบำบัดอาการบาดเจ็บเบื้องต้น ซึ่งต่อมามาสถาบันการแพทย์แผนไทย กรมการแพทย์ กระทรวงสาธารณสุขได้คัดเลือกท่าฤๅษีดัดตนพื้นฐาน 15 ท่า เพื่อใช้ในการเริ่มต้นฝึกปฏิบัติ ซึ่งหากประชาชนได้ฝึกปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอก็จะเป็นการส่งเสริมสุขภาพและป้องกันโรคได้เป็นอย่างดี

นอกจากนี้ ท่าต่างๆ ที่ใช้ในการบริหารแบบฤๅษีดัดตนยังมีสรรพคุณในการรักษาโรคเบื้องต้นได้อีกด้วย ได้แก่

1. ช่วยการเคลื่อนไหวตามธรรมชาติของแขน ขา หรือข้อต่างๆ ให้เป็นไปอย่างคล่องแคล่ว
2. ทำให้โลหิตหมุนเวียนเลือดลมเดินได้สะดวก
3. เป็นการต่อต้านโรคภัย บำรุงรักษาสุขภาพและอายุให้ยืนยาว
4. เนื่องจากฤๅษีดัดตนมีการใช้สมาธิร่วมด้วย จึงช่วยยกระดับจิตใจให้พ้นอารมณ์ขุ่นมัว หงุดหงิด ความง่วง ความท้อแท้ ความเครียด และช่วยเพิ่มประสิทธิภาพของการหายใจหากมีการฝึกการหายใจที่ถูกต้อง

สรุปแนวคิด ทฤษฎีและวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

คำว่า ภูมิปัญญา ภูมิปัญญาท้องถิ่น และภูมิปัญญาชาวบ้าน นั้น มีความหมายที่กว้างขวางซึ่งมีผู้ให้ความหมายไว้แตกต่างกันหลากหลาย ปัจจุบัน เนื่องจากภูมิปัญญาที่เกิดขึ้นและสืบทอดจากชนรุ่นหนึ่งสู่อีกรุ่นหนึ่ง ได้ถูกนำไปใช้สร้างมูลค่าทางเศรษฐกิจโดยไม่มีขอบเขต สร้างความเสียหาย เสื่อมโทรม บิดเบือน แก่ภูมิปัญญาอันทรงคุณค่า ประชาคมโลกจึงเริ่มเห็นความจำเป็นในการคุ้มครองภูมิปัญญา โดยได้พยายามที่จะสร้างระบบการคุ้มครองภูมิปัญญาคู่ขนานไปพร้อมกับการคุ้มครองภูมิปัญญาภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่มุ่งคุ้มครองการสร้างสรรค์ทางสติปัญญาของมนุษย์

ความพยายามในการให้การคุ้มครองภูมิปัญญาในปัจจุบันปรากฏทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ดี ด้วยเหตุที่ภูมิปัญญาที่หลากหลายประเภท การให้ความคุ้มครองจึงยังไม่ครอบคลุมและมีประสิทธิภาพอย่างเพียงพอ กล่าวคือ การคุ้มครองจะมุ่งไปยังภูมิปัญญาที่มีความสำคัญเพียงบางประเภท เท่านั้น เช่น ทรัพยากรชีวภาพ และ มรดกทางวัฒนธรรม เป็นต้น

การคุ้มครองภูมิปัญญาให้เกิดประสิทธิผลสูงสุดนั้น จะต้องตั้งอยู่บนหลักการบริหารจัดการที่ดี เช่น ความมีส่วนร่วมของชุมชน ความรับผิดชอบ และ คุณธรรมของผู้เกี่ยวข้อง ประกอบกับต้องนำนโยบายในการคุ้มครองภูมิปัญญา มาดำเนินการในรูปของ โครงการหรือแผนงานต่างๆ โดยคำนึงถึงผลกระทบที่อาจได้รับจากการดำเนินงานต่างๆ ภายใต้หลักการบริหารความเสี่ยง

บทที่ 3

การคุ้มครองภูมิปัญญาไทยในปัจจุบัน

กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองภูมิปัญญา

1. อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity)

อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพเป็นกรอบกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความสำคัญ ที่ได้เปลี่ยนแนวความคิดดั้งเดิมที่ยึดถือว่า ทรัพยากรชีวภาพเป็นมรดกร่วมกันของมวลมนุษยชาติ (Common Heritage of Mankind) ซึ่งหมายความว่า บุคคลใดๆ สามารถใช้ทรัพยากรชีวภาพได้อย่างอิสระและไม่มีข้อกำหนด มาสู่แนวคิดใหม่ที่ว่า ทรัพยากรชีวภาพเป็นสมบัติของรัฐ รัฐจึงมีอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพ และแต่ละรัฐสามารถกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพในประเทศของตนได้ โดยมาตรา 15 ของอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพได้วางหลักเรื่อง การให้ความเห็นชอบล่วงหน้า (Prior Informed Consent) เอาไว้ กล่าวคือ ผู้ขอเข้าถึง (Access) ทรัพยากรชีวภาพทรัพยากรจะต้องได้รับความยินยอมจากหน่วยงานรับผิดชอบของประเทศเจ้าของทรัพยากรชีวภาพก่อน โดยจะต้องทำเป็นข้อตกลงเห็นชอบร่วมกัน (Mutually Agreed Terms) ซึ่งจะต้องมีการวางเงื่อนไขเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ทรัพยากรชีวภาพให้แก่ประเทศที่เป็นเจ้าของอย่างเป็นธรรมด้วย (Benefit Sharing)

นอกจากนี้ อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพยังได้ให้ความคุ้มครองต่อภูมิปัญญาท้องถิ่นด้วย โดยได้กำหนดข้อปฏิบัติของประเทศภาคีไว้ใน มาตรา 8(j)¹ ซึ่งมีสาระสำคัญสรุปได้ 3 ประการ คือ

ประเทศภาคีต้องเคารพ ปกป้อง และรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อการใช้ประโยชน์จาก

¹ Convention on Biological Diversity, Article 8 (j) “Subject to its national legislation, respect, preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local community embodying traditional lifestyles for the conservation and sustainable use of biological diversity and promote their wider application with approval and involvement of the holders of such knowledge, innovations and practices and encourage the equitable sharing of the benefits arising from the utilization of such knowledge, innovations and practices.”

ความหลากหลายทางชีวภาพให้เป็นไปอย่างยั่งยืน

ประเทศภาคีต้องส่งเสริมให้มีการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า การใช้ประโยชน์นั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากผู้ถือครองภูมิปัญญานั้นเสียก่อน

ประเทศภาคีต้องส่งเสริมให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ การแบ่งปันดังกล่าวต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งความเป็นธรรม

ประเทศไทยได้ลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพในระหว่างการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา เมื่อวันที่ 12 มิถุนายน พ.ศ. 2535 ณ กรุงริโอ เดอ จาเนโร ประเทศบราซิล ต่อมาประเทศไทยได้ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาฯ เมื่อวันที่ 31 ตุลาคม พ.ศ. 2546 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 29 มกราคม พ.ศ. 2547²

2. แนวปฏิบัติบอมนั้นว่าด้วยการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับเนื่องจากการใช้ประโยชน์อย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม (Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising out of their Utilisation)³

ด้วยเหตุที่อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพได้วางกรอบการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้อย่างกว้างๆ โดยไม่ได้ให้แนวทางการคุ้มครองในเชิงปฏิบัติไว้อย่างชัดเจน ดังนั้นคณะทำงานเฉพาะกิจของอนุสัญญาฯ จึงได้ร่วมกันจัดทำแนวปฏิบัติบอมนั้นขึ้นเพื่อให้ประเทศสมาชิกนำไปใช้ในการพัฒนาระบบการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เหมาะสมกับประเทศของตน ซึ่งแนวปฏิบัติบอมนั้นได้วางแนวทางในเรื่องต่างๆ ไว้มีสาระสำคัญโดยสรุป ดังนี้

2.1 แนวทางเรื่อง บทบาท ความรับผิดชอบ และความร่วมมือระหว่างฝ่ายที่เกี่ยวข้อง เช่น ผู้ขอเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ และ ผู้จัดสรรทรัพยากรชีวภาพ เป็นต้น

2.2 แนวปฏิบัติเรื่องหลักการและกลไกในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ ได้แก่

² “ประเทศไทยกับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ”. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : http://chm-thai.onep.go.th/chm/convention_4.html, 2558.

³ https://portal.health.fgov.be/pls/portal/docs/PAGE/INTERNET_PG/HOMEPAGE_MENU/MILIEU1_MENU/LEVENDERIJKDOMMEN1_MENU/BIODIVERSITEIT1_MENU/ABS16_MENU/ABS16_DOCS/BONN%20GUIDELINES_0.PDF

2.2.1 การให้ความเห็นชอบโดยแจ้งล่วงหน้า (Prior Informed Consent) ซึ่งควรมีหน่วยงานกลาง (focal point) ทำหน้าที่เป็นผู้อนุญาตและวางเงื่อนไขหรือข้อกำหนดในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพในระดับต่างๆ อย่างชัดเจน

2.2.2 สาระสำคัญที่ฝ่ายที่เกี่ยวข้องควรจะตกลงร่วมกัน (Mutual Agreement) ในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ ควรประกอบด้วย ชนิดของทรัพยากรชีวภาพ เงื่อนไขการใช้ทรัพยากรชีวภาพ การดูแลหรือเก็บรักษาความลับที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพ ตลอดทั้งการแบ่งปันผลประโยชน์ เป็นต้น โดยที่กฎระเบียบในการเจรจาจะต้องแน่นอนชัดเจนและควรมีกลไกที่ทำให้ค่าใช้จ่ายในการเจรจาต่อรองมีจำนวนน้อยที่สุด

2.2.3 กำหนดประเภทของผลประโยชน์ที่จะทำการเจรจาต่อรอง

2.2.4 กำหนดกลไกในการอนุรักษ์ หรือเก็บรักษาความรู้ นวัตกรรม และการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน

2.2.5 เรื่องอื่นๆ ที่อาจเกี่ยวข้อง เช่น การเฝ้าระวัง การส่งรายงาน และการระงับข้อพิพาท เป็นต้น

แม้ว่าแนวปฏิบัติบนนั้นๆ เป็นเพียงแนวปฏิบัติ ไม่ได้มีลักษณะเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศที่ผูกพันทางกฎหมาย แต่ก็ได้รับการรับรองในหลักการจาก 180 กว่าประเทศทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทยด้วย แนวปฏิบัติบนนั้นๆ เป็นสิ่งที่แสดงถึงเจตจำนงของประชาคมโลกที่จะแก้ไขปัญหาการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมโดยอย่างจริงจัง

3. สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและเกษตรกรรม (International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture)

สนธิสัญญานี้มีวัตถุประสงค์ที่จะอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชสำหรับความมั่นคงทางอาหารและการเกษตรอย่างยั่งยืนและมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม โดยสอดคล้องกับอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ⁴ ซึ่งมีสาระสำคัญโดยสรุป ดังนี้

⁴ Article 1 , International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture

การสร้างระบบพหุภาคี (Multilateral System) ในการเข้าถึงทรัพยากรพืชจำนวน 64 ชนิดที่กำหนดไว้ในภาคผนวกของสนธิสัญญาฯ ซึ่งครอบคลุมพืชเกือบทุกชนิด โดยแบ่งเป็นพืชเพื่อการเพาะปลูกที่ใช้เป็นอาหาร (Food Crops) และพืชอาหารสัตว์ (Forages)

พันธูกรรมพืชที่อยู่ภายใต้ระบบพหุภาคีมีลักษณะ 2 ประการ คือ

1. เป็นทรัพยากรพันธูกรรมพืชที่อยู่ภายใต้การจัดการและการควบคุมของภาคีสมาชิก
2. เป็นทรัพยากรที่เป็นข้อมูลหรือความรู้สาธารณะ

วัตถุประสงค์ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธูกรรมพืชภายใต้สนธิสัญญาฯ จะต้องเพื่อการวิจัยปรับปรุงพันธุ์และเพื่อการฝึกอบรมการปรับปรุงพันธุ์พืชเพื่ออาหารและเกษตรกรรมเท่านั้น การใช้โดยวัตถุประสงค์ด้านอื่น เช่น อุตสาหกรรม เคมีภัณฑ์ หรือยา จะไม่อยู่ในขอบเขตการบังคับของสนธิสัญญาฯ

การเข้าถึงทรัพยากรพันธูกรรมพืชจะทำในรูปแบบของ ข้อตกลงถ่ายโอนวัสดุชีวภาพที่เป็นสัญญาแม่แบบมาตรฐาน (Standard Material Transfer Agreement)

ผู้ที่เข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธูกรรมพืชจะต้องจ่ายค่าตอบแทนในรูปแบบเงินและผลประโยชน์ที่เป็นเทคโนโลยีให้แก่กองทุนที่จัดตั้งขึ้นตามสนธิสัญญาฯ นี้ ซึ่งจะถูกนำไปใช้ในกิจการต่างที่ได้กำหนดไว้ในสนธิสัญญาฯ⁵

ปัจจุบัน ประเทศไทยยังไม่ได้เข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญาสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธูกรรมพืชเพื่ออาหารและเกษตรกรรม แต่อย่างใด

4. อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรม (Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions)

อนุสัญญาฯ นี้ที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ UNESCO โดย มุ่งที่จะสร้างรากฐานความเข้มแข็งทางวัฒนธรรมโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา ใน 5 ประการหลัก ๆ คือ การสร้าง (Creation) การคุ้มครอง (Protection) การจำหน่าย/แพร่กระจาย (Distribution/Dissimination) การเข้าถึง (Access) และการเสพพรรณรสและสุนทรีย์รสของการแสดงออกทางวัฒนธรรม (Enjoyment of Cultural Expressions) ซึ่งมีสาระสำคัญโดยสรุป ดังนี้

⁵ Article 19.3 (f), International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture

สินค้าและบริการทางวัฒนธรรมเป็นสิ่งที่มีความสำคัญและมีความหมายซึ่งสามารถบ่งบอกความเป็นตัวตนของชาติได้ ซึ่งแตกต่างจากสินค้าอุปโภค บริโภคทั่วไปและไม่สามารถถูกมองว่าเป็นเพียงวัตถุในการเจรจาทางการค้าตามปกติ

การส่งเสริมให้ปัจเจกบุคคล หรือสังคม สร้าง ผลิตภัณฑ์ แพคเกจจิ้งจำหน่าย รวมทั้งสามารถเข้าถึงการแสดงออกซึ่งวัฒนธรรม และชี้ให้เห็นถึงความสำคัญของกลุ่มสังคมบางกลุ่ม เช่น ชนกลุ่มน้อย และชนพื้นเมือง เป็นต้น

การผลักดันให้ประเด็นทางวัฒนธรรมเป็นส่วนหนึ่งในแผนพัฒนาประเทศที่ยั่งยืน พร้อมทั้งส่งเสริมและสนับสนุนประเทศกำลังพัฒนาด้วยวิธีการต่างๆ เพื่อให้อุตสาหกรรมทางวัฒนธรรมเข้มแข็งขึ้น เช่น การสนับสนุนทางการเงิน การปฏิบัติเป็นพิเศษต่อศิลปินและผู้ประกอบวิชาชีพทางวัฒนธรรมและรวมถึงสินค้าและบริการทางวัฒนธรรมด้วย และการส่งเสริมความหลากหลายของสื่อทางวัฒนธรรม เป็นต้น

การจัดทำรายงานการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับมาตรการต่างๆ ที่ประเทศสมาชิกได้ดำเนินการเพื่อให้เกิดความหลากหลายทางวัฒนธรรม ให้แก่ UNESCO ทุกๆ 4 ปี

อนุสัญญาฯ นี้จะไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและพันธกรณีระหว่างประเทศใดๆ ที่ประเทศสมาชิกแต่ละประเทศมี เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

ปัจจุบัน ประเทศไทยยังไม่ได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรม แต่อย่างไร

5. อนุสัญญาว่าด้วยการปกป้องมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage)

อนุสัญญาฯ ฉบับนี้เกิดขึ้นเมื่อปี 2003 โดยการริเริ่มของ UNESCO ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่จะปกป้องและสร้างความเคารพต่อมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของกลุ่มชน หรือ ปัจเจกบุคคล โดยสร้างความตระหนักถึงความสำคัญ ความเชื่อมั่น และ การรู้จักคุณค่าในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ตลอดทั้งความร่วมมือและการสนับสนุนซึ่งกันและกันในระหว่างประเทศ ซึ่งมีสาระสำคัญโดยสรุป ดังนี้

5.1 มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อาจแบ่งออกได้เป็นหลายลักษณะ เช่น การแสดงออกทางคำพูดและประเพณีรวมทั้งทางด้านภาษา เช่น Aka Pygmies ของแอฟริกา การแสดงทางศิลปะ เช่น The Royal Ballet ของกัมพูชา แนวปฏิบัติทางสังคม พิธีกรรมและงานเทศกาลต่าง ๆ เช่น Binche Carnival ในเบลเยียม ความรู้และแนวปฏิบัติเกี่ยวกับธรรมชาติและชีวิต เช่น

the Andean Cosmovision of the Kallawayas ใน โบลิเวีย ความชำนาญที่สืบทอดกันมา เช่น การแกะสลักไม้ของ Zafimaniry ใน มาดากัสการ์

5.2 การมีมาตรการทางกฎหมาย ทางการบริหาร และทางการเงินที่จะส่งเสริมการสร้างสรรค์หรือการสร้างเสริมความเข้มแข็งของหน่วยงานต่างๆที่ทำหน้าที่ในการบริหารจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

5.3 การจัดตั้งกองทุนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพื่อใช้ในการดำเนินงานให้บรรลุวัตถุประสงค์แห่งอนุสัญญาฯ

5.4 การจัดตั้งคณะกรรมการระหว่างรัฐสำหรับการปกป้องมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Intergovernmental Committee for the Safeguarding the Intangible Cultural Heritage) ภายใต้การกำกับดูแลของ UNESCO ซึ่งจะทำหน้าที่ในการสนับสนุนและบังคับใช้อนุสัญญาฯ ฉบับนี้ ตลอดทั้งจัดทำแนวทางปฏิบัติที่ดีที่สุดและให้คำแนะนำเกี่ยวกับมาตรการในการดำเนินงานของประเทศสมาชิก

5.5 การจัดทำบัญชีรายชื่อมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Inventory of Intangible Cultural Heritage) โดยประเทศสมาชิก เพื่อส่งต่อไปให้กับคณะกรรมการฯ เพื่อทำการรวบรวมต่อไป นอกจากนี้ คณะกรรมการฯ ต้องจัดทำบัญชีรายชื่อมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ตกอยู่ในอันตราย (Inventory of Intangible Cultural Heritage in Danger) ที่ต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองอย่างเร่งด่วนและหามาตรการในการแก้ปัญหาดังกล่าว

6. ข้อตกลงทริปส์ (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)) ภายใต้องค์การการค้าโลก

ในมาตรา 27 (3)(b) ของ TRIPS ได้กล่าวถึง การคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพไว้ว่า ประเทศสมาชิกจะต้องจัดให้มีการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ ภายใต้ระบบสิทธิบัตร (Patent) หรือระบบเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ (Effective **Sui Generis** System) หรือ ระบบผสมผสานระหว่างระบบสิทธิบัตรและระบบเฉพาะ⁶

⁶ Article 27 (3)(b) Members may also exclude from patentability;

(a) diagnostic, therapeutic and surgical methods for the treatment of humans or animals

(b) plants and animals other than micro-organisms, and essentially biological processes for the production of plants or animals other than non-biological and microbiological processes. However, Members shall provide for the protection of plant varieties either by patents or by an

ประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก (WTO) รวมทั้งไทยตระหนักถึงปัญหาที่ประเทศหนึ่งนำทรัพยากรชีวภาพของอีกประเทศหนึ่งไปใช้โดยมิชอบ (Bio Piracy) ซึ่งผลักดันให้ WTO รับรองสิทธิในทรัพยากรชีวภาพ และภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศสมาชิก โดยพยายามให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ (Access to Biological Resources) และการแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit Sharing) ซึ่งประเด็นเหล่านี้ได้ถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาในเวทีการประชุมระดับรัฐมนตรีองค์การการค้าโลก ครั้งที่ 4 ณ กรุงโดฮาร์ การ์ตา เมื่อเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2544 ซึ่งได้มีข้อเสนอแนะให้คณะมนตรีข้อตกลงทริปส์ทำการตรวจสอบความสัมพันธ์ระหว่างข้อตกลงทริปส์และอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ ภายใต้วัตถุประสงค์และหลักการของข้อตกลงทริปส์เพื่อแก้ไขปัญหาที่สมาชิกประสบและดำเนินการแก้ไขปัญหานี้ที่เหมาะสม

ประเด็นหนึ่งที่ประเทศกำลังพัฒนาต้องการให้คณะมนตรีทริปส์พิจารณาและแก้ไข คือ ต้องการให้ข้อตกลงทริปส์กำหนดว่าในการจดสิทธิบัตรให้มีการแจ้งแหล่งที่มา (Source) ของทรัพยากรชีวภาพที่ใช้ เนื่องจากถูกคัดค้านจากประเทศพัฒนาแล้วที่เป็นประเทศที่ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพหรือภูมิปัญญาของประเทศกำลังพัฒนาไปพัฒนาต่อยอดเป็นสินค้าใหม่ๆ เช่น ยา รักษาโรคแผนปัจจุบันเป็นพื้นฐานในการพัฒนาการประดิษฐ์ที่ยื่นขอจดสิทธิบัตร อย่างไรก็ตาม องค์การการค้าโลกยังไม่ได้ดำเนินการในเรื่องนี้อย่างเป็นรูปธรรม ซึ่งประเทศกำลังพัฒนารวมทั้งประเทศไทยได้พยายามผลักดันในเรื่องนี้ในเวทีการเจรจาต่างๆ อย่างต่อเนื่องนอกจากในเวที WTO เช่น การเจรจาข้อตกลงทางการค้าเสรีระหว่างประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งผู้แทนฝ่ายไทยได้เรียกร้องให้รัฐบาลสหรัฐอเมริกาปรับปรุงเงื่อนไขการตรวจสอบสิทธิบัตรการประดิษฐ์ที่มาจากรหัสชีวภาพเพื่อป้องกันมิให้ผู้หนึ่งผู้ใดแอบนำทรัพยากรชีวภาพ หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นไปจดเป็นสิทธิบัตรของตนเอง โดยเสนอว่า ผู้ยื่นคำขอสิทธิบัตรจะต้องนำเสนอเอกสารการอนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรชีวภาพต่อสำนักสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าของสหรัฐอเมริกา (USPTO) ด้วย

effective **sui generis** system or by any combination thereof. The provisions of this subparagraph shall be reviewed four years after the date of entry into force of the WTO Agreement

ตารางที่ 3-1 สรุปกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญา

กฎหมายระหว่างประเทศ	พันธกรณี	ประเทศไทย (ภาคี)
1. อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ	<p>1. ประเทศภาคีต้องเคารพ ปกป้อง และรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อการใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพให้เป็นไปอย่างยั่งยืน</p> <p>2. ประเทศภาคีต้องส่งเสริมให้มีการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า การใช้ประโยชน์นั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากผู้ถือครองภูมิปัญญานั้นเสียก่อน</p> <p>ประเทศภาคีต้องส่งเสริมให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ การแบ่งปันดังกล่าวจะต้องอยู่บนพื้นฐานแห่งความเป็นธรรม</p>	/
2. แนวปฏิบัติบอมน์ว่าด้วยการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับเนื่องจากการใช้ประโยชน์อย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม	<p>1. แนวทางเรื่อง บทบาท ความรับผิดชอบ และความร่วมมือระหว่างฝ่ายที่เกี่ยวข้อง เช่น ผู้ขอเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ และ ผู้จัดสรรทรัพยากรชีวภาพ เป็นต้น</p> <p>2. แนวปฏิบัติเรื่องหลักการและกลไกในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ เช่น Prior Informed Consent และ Mutual Agreement</p>	/
3. สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและเกษตรกรรม	<p>1. อนุรักษ์และใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชสำหรับความมั่นคงทางอาหารและการเกษตรอย่างยั่งยืน มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม โดยสอดคล้องกับอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ</p> <p>2. การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชภายใต้สนธิสัญญาฯ จะต้องเพื่อการวิจัยปรับปรุงพันธุ์และเพื่อการฝึกอบรมการปรับปรุงพันธุ์พืชเพื่ออาหารและเกษตรกรรมเท่านั้น การใช้โดยวัตถุประสงค์ด้านอื่น เช่น อุตสาหกรรม เคมีภัณฑ์ หรือ</p>	×

ตารางที่ 3-1 สรุปกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญา (ต่อ)

กฎหมายระหว่างประเทศ	พันธกรณี	ประเทศไทย (ภาคี)
	ยา จะไม่อยู่ในขอบเขตการบังคับของสนธิสัญญาฯ 3. ผู้ที่เข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืช จะต้องจ่ายค่าตอบแทนในรูปแบบเงินและผลประโยชน์ที่เป็นเทคโนโลยีให้แก่กองทุนที่จัดตั้งขึ้นตามสนธิสัญญาฯ นี้	
4. อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรม	สร้างรากฐานความเข้มแข็งทางวัฒนธรรมโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา ใน 5 ประการหลัก ๆ คือ การสร้าง (Creation) การคุ้มครอง (Protection) การจำหน่าย/แพร่กระจาย (Distribution/ Dissemination) การเข้าถึง (Access) และการเสพวรรณคดีและสุนทรียรสของการแสดงออกทางวัฒนธรรม (Enjoyment of Cultural Expressions)	×
5. ร่างเป้าหมายและหลักการการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของ WIPO	ความชัดเจนในประเด็นต่างๆ เกี่ยวกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น เช่น สิ่งที่เป็นวัตถุแห่งการคุ้มครองมาตรฐาน และลักษณะการคุ้มครองและเงื่อนไขในการคุ้มครอง เป็นต้น	-
6. อนุสัญญาว่าด้วยการปกป้องมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	1. การปกป้องและสร้างความเคารพต่อมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของกลุ่มชน หรือ ปัจเจกบุคคล โดยสร้างความตระหนักถึงความสำคัญ ความเชื่อมั่น และการรู้จักคุณค่าในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ตลอดจนทั้งความร่วมมือและการสนับสนุนซึ่งกันและกัน ในระหว่างประเทศ 2. การมีมาตรการทางกฎหมาย ทางการบริหาร และทางการเงินที่จะส่งเสริมการสร้างสรรคหรือการสร้างเสริมเข้มแข็งของหน่วยงานต่างๆที่ทำหน้าที่ในการบริหารจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	×
7. ข้อตกลงทริปส์	ประเทศสมาชิกจะต้องจัดให้มีการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่	/

ตารางที่ 3-1 สรุปกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญา (ต่อ)

กฎหมายระหว่างประเทศ	พันธกรณี	ประเทศไทย (ภาคี)
(TRIPS Agreement)	ภายใต้ระบบสิทธิบัตร (Patent) หรือระบบเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ (Effective) หรือ ระบบผสมผสานระหว่างระบบสิทธิบัตรและระบบเฉพาะ	

กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

1. ประเทศอินเดีย

ปัจจุบัน ประเทศอินเดียมีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 2002 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกมารองรับพันธกรณีตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพที่ประเทศอินเดียได้เข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2535 กฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่จะอนุรักษ์ไว้ซึ่งทรัพยากรชีวภาพ การใช้ประโยชน์ในทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืน ตลอดจนส่งเสริมให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกันจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม

หากพิจารณานิยามของคำว่าทรัพยากรชีวภาพตามมาตรา 2⁷ของกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 2002 แล้วจะพบว่า ทรัพยากรชีวภาพหมายความรวมถึงทรัพยากรชีวภาพทุกชนิด ไม่ว่าจะเป็นพืช สัตว์ หรือ จุลินทรีย์ แต่ไม่หมายความรวมถึง สารพันธุกรรมจากมนุษย์

มาตรา 3 ของกฎหมายฉบับดังกล่าวได้แบ่งประเภทของบุคคลที่มีสิทธิเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพไว้ 2 ประเภท⁸ ดังนี้

⁷ Biological Diversity Act 2002 of India, Article 2(c) provides that “Biological Resources means plants, animals and micro-organisms or parts thereof, their genetic material and by-products (excluding value added products) with actual or potential use or value but does not include human genetic material.”

⁸ Biological Diversity Act 2002 of India, Article 3

1. บุคคลที่ถือว่าไม่มีสัญชาติอินเดีย - ในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพของบุคคลดังต่อไปนี้ จะต้องได้รับอนุญาตจากองค์กรความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติ (National Biodiversity Authority) เสียก่อน
2. บุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติอินเดีย
3. นิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศอินเดีย
4. นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศอินเดียแล้วแต่มีคนสัญชาติอื่นร่วมถือหุ้นหรือร่วมบริหารด้วย
5. บุคคลสัญชาติอินเดียที่อาศัยอยู่ในต่างประเทศตามพระราชบัญญัติภาษีเงินได้แห่งประเทศไทย ค.ศ. 1961

ในการขออนุญาตนั้น บุคคลที่ต้องการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพดังกล่าวจะต้องยื่นคำขออนุญาตพร้อมชำระค่าธรรมเนียม เมื่อได้รับคำขอแล้วองค์กรความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติ จะทำการตรวจสอบ สอบถาม และปรึกษาหารือกับคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญที่ได้แต่งตั้งขึ้นไว้ โดยเฉพาะก่อนมีคำสั่งใดๆ ดังนี้

ในกรณีที่จะอนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ คณะกรรมการฯ มีอำนาจกำหนดเรียกเก็บค่าสิทธิ (Royalty) จากผู้ยื่นคำขอได้โดยทำเป็นสัญญาร่วมกันระหว่างผู้ขอเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ ผู้เรียกร้องผลประโยชน์ และชุมชนท้องถิ่น ตามหลักการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม

ในกรณีที่จะไม่อนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ คณะกรรมการฯ จะต้องรับฟังความคิดเห็นจากบุคคลที่จะได้รับผลกระทบจากการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพนั้นเสียก่อน

บุคคลที่มีสัญชาติอินเดีย สามารถเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากองค์กรความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม บุคคลดังกล่าว (ไม่รวมถึงชนพื้นเมืองอินเดียที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพนั้นๆ) จะต้องปฏิบัติตามได้เงื่อนไขในมาตรา 7 ของกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 2002 ด้วย กล่าวคือ จะต้องส่งคำบอกกล่าวให้แก่องค์กรความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติ ซึ่งคณะกรรมการฯ ที่ตั้งโดยองค์กรความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติสามารถห้ามหรือจำกัดกิจกรรมต่างๆ ของผู้เข้าถึงทรัพยากรชีวภาพได้ หากเห็นว่ากิจกรรมดังกล่าวขัดกับวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์อย่าง

⁹ นนทพัทธ์ อัสวักองเกียรติ. “ปัญหาทางกฎหมายในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพจำพวกจุลินทรีย์ในประเทศไทย”. (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549). หน้า 133-135.

ยั่งยืน ทั้งนี้ คณะกรรมการฯ จะต้องหารือกับชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพนั้นทุกครั้งก่อนที่จะมีคำสั่งใดๆ¹⁰

เป็นที่น่าสังเกตว่า แม้กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 2002 จะได้บัญญัติถึงประเภทของบุคคลที่มีสิทธิเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพไว้ แต่ก็ไม่ได้ระบุไว้ให้ชัดเจนว่า การกระทำอย่างไรที่เรียกว่า “การเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ” และถึงแม้มาตรา 2(d) จะได้ให้ความหมายของ “การสำรวจและการใช้ทรัพยากรชีวภาพ” (Bio-Survey and Utilisation) ไว้ แต่ก็ไม่ใช่นิยามของการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ (Access of Biological Resources) โดยตรง¹¹

กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 2002 ได้กำหนดบทลงโทษสำหรับบุคคลที่ทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ เช่น การเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพโดยไม่ได้รับอนุญาตจากองค์กรความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติ โดยวางโทษทางอาญาทั้งจำคุกและปรับ กล่าวคือ หากเป็นการกระทำความผิดของบุคคลครั้งแรกจะมีโทษปรับสูงสุดถึง 25,000 รูปี หรือจำคุก 5 ปี แต่ถ้าเป็นการกระทำความผิดครั้งต่อไปโทษปรับอาจสูงถึง 1,000,000 รูปี หรือจำคุกถึง 15 ปี แต่ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นองค์กรธุรกิจ ความผิดครั้งแรกจะมีโทษปรับสูงสุด 1,000,000 รูปี สำหรับการกระทำความผิดครั้งต่อไปโทษปรับอาจสูงถึง 5,000,000 รูปี¹²

นอกจากเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพแล้ว กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 2002 ยังได้กล่าวถึงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมไว้ด้วย กล่าวคือ ผู้ใดที่ต้องการยื่นสิทธิบัตรการประดิษฐ์ที่ได้จากทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศอินเดียไม่ว่าในประเทศอินเดียหรือประเทศอื่นใดในโลก จะต้องได้รับอนุญาตจากองค์กรความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติก่อน หากผู้ใดฝ่าฝืนไม่ขออนุญาต องค์กรความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติสามารถดำเนินการคัดค้านการขอจดทะเบียนสิทธิบัตรนั้นได้ และหากได้รับอนุญาตผู้ยื่นคำขอสิทธิบัตรต้องจ่ายค่าสิทธิ (Royalty) ให้แก่องค์กรความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติด้วย¹³

¹⁰ Biological Diversity Act 2002 of India, Article 7

¹¹ Biological Diversity Act 2002 of India, Article 2(d) provides that “Bio-survey and Utilisation means survey or collection of species, subspecies, genes component and extracts of biological resources for any purposes and includes characterization, inventorisation and bioassay.”

¹² Biological Diversity Act 2002 of India, Article 55

¹³ นนทพัทธ์ อัสวก้องเกียรติ. “ปัญหาทางกฎหมายในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพจำพวกจุลินทรีย์ในประเทศไทย”. (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549). หน้า 132.

ในปี 2001 ประเทศอินเดีย ได้เริ่ม โครงการ Traditional Knowledge Digital Library (TKDL)¹⁴ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการจัดทำฐานข้อมูลภูมิปัญญาที่รวบรวมภูมิปัญญาสาธารณะให้อยู่ในรูปแบบและภาษาที่นักตรวจสอบสิทธิบัตรทั่วโลกสามารถเข้าใจได้ กล่าวคือ ประเทศอินเดียได้จัดให้มีฐานข้อมูลภูมิปัญญาที่รวมเอาข้อมูลเกี่ยวกับ พืชสมุนไพร แร่ธาตุ ทรัพยากรสัตว์ และอื่นๆ ตลอดทั้ง วิธีการเตรียม วิธีการนำมาใช้ของสิ่งดังกล่าว ให้อยู่ในรูปแบบ Traditional Knowledge Resource Classification (TKRC) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ the International Patent Classification (IPC) โดยมีการแปลไว้ถึง 5 ภาษา คือ ภาษาอังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และสเปน

2. ประเทศจีน

ประเทศจีนได้ให้ความสำคัญต่อการพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรชีวภาพอย่างมาก โดยเฉพาะในเรื่องภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแพทย์ ซึ่งมีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

2.1 กฎหมายสิทธิบัตร

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศจีน (Patent Law of the People's Republic of China)¹⁵ ได้ออกมาเมื่อวันที่ 1 เมษายน 1992 ซึ่งต่อมาได้มีการปรับปรุงอีก 2 ครั้ง เมื่อวันที่ 4 กันยายน 1992 และ 25 สิงหาคม 2000 ตามลำดับ ความมุ่งหมายประการหนึ่งของกฎหมายฉบับนี้คือ การให้ความคุ้มครองผลิตภัณฑ์ยาที่พัฒนามาจากการแพทย์แผนจีน กระบวนการที่เกี่ยวข้องตลอดจนการใช้ประโยชน์ในรูปแบบใหม่ๆ

มาตรา 22 กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศจีนได้กำหนดเงื่อนไขในการได้ สิทธิบัตรการประดิษฐ์ เช่น ผลิตภัณฑ์ยาที่พัฒนามาจากการแพทย์แผนจีน ดังนี้¹⁶

1. ต้องเป็นการประดิษฐ์ใหม่ (Novelty)
2. มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (Inventive Step)
3. สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ (Usefulness or Industrial Application)

¹⁴ Office of the Controller General of Patent , Designs&Trademarks “Guidelines of Processing of Patent Applications Relating to Traditional Knowledge and Biological Material”, (Online). Available : http://www.ipindia.nic.in/iponew/TK_Guideline_18December2012.pdf. p1

¹⁵ Patent Law of the People's Republic of China (as amended up to the Decision of December 27, 2008, regarding the Revision of the Patent Law of the People's Republic of China) , (Online). Available : <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=5484>

¹⁶ Ibid.

2.2 ระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองความหลากหลายของพันธุ์พืชใหม่ (Regulations on Protection of New Varieties of Plant)

ประเทศจีนได้ให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางชีวภาพทางการแพทย์แผนจีนผ่านระบบการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ภายใต้ Regulations on Protection of New Varieties of Plants¹⁷ โดยที่พันธุ์พืชใหม่อาจได้รับการคุ้มครองหากมีลักษณะ ดังต่อไปนี้

1. มีการปรับปรุงพันธุ์ขึ้นมาใหม่ (Novelty)¹⁸
2. มีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างไปจากพันธุ์ดั้งเดิม (Distinctness)¹⁹
3. มีความสม่ำเสมอเป็นหนึ่งเดียวของสายพันธุ์ (Uniformity)²⁰
4. มีความคงตัวของลักษณะประจำพันธุ์ (Stability)²¹
5. มีความเป็นหมวดหมู่ของสายพันธุ์เพียงพอที่จะแยกออกเป็นพันธุ์ใหม่ได้

(Denomination)²²

หากวิเคราะห์ตามกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวจะพบว่า ทรัพย์สินทางชีวภาพทางการแพทย์แผนจีนโดยส่วนใหญ่มีขาดความใหม่ (Novelty) ที่เป็นเงื่อนไขของการได้รับความคุ้มครอง ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับไม่ได้ให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยตรง แต่ให้การคุ้มครองนวัตกรรมการประดิษฐ์ที่พัฒนาต่อออกมาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นและพันธุ์พืชที่พัฒนาสายพันธุ์มาจากพันธุ์ดั้งเดิม อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายทั้งสองฉบับนี้สามารถป้องกันการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือพันธุ์พืชดั้งเดิมไปจดทะเบียนเป็นของตนเอง จึงถือได้ว่ากฎหมายดังกล่าวคุ้มครองภูมิปัญญาโดยอ้อม

3. ประเทศเปรู

ประเทศเปรูมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาที่สั่งสมมาของชน

¹⁷ Regulations of the People's Republic of China On The Protection of New Varieties of Plants , (Online). Available :

<http://www.upov.org/export/sites/upov/en/publications/npvlaws/china/china.pdf>

¹⁸ Regulations on Protection of New Varieties of Plants, Article 14.

¹⁹ Regulations on Protection of New Varieties of Plants, Article 15.

²⁰ Regulations on Protection of New Varieties of Plants , Article 16.

²¹ Regulations on Protection of New Varieties of Plants , Article 17.

²² Regulations on Protection of New Varieties of Plants , Article 18.

พื้นเมือง (Collective Knowledge of Indigenous People) คือ Law No. 27811 ซึ่งบัญญัติขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 5²³ ดังนี้

1. เพื่อส่งเสริมให้มีการเคารพ คุ้มครอง สงวนรักษา พัฒนา และนำภูมิปัญญาที่ส่งสมมาของชนพื้นเมืองไปใช้อย่างกว้างขวาง²⁴
2. เพื่อให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ภูมิปัญญาที่ส่งสมมาของชนพื้นเมืองอย่างเท่าเทียมและยุติธรรม²⁵
3. เพื่อส่งเสริมให้มีการนำภูมิปัญญาที่ส่งสมมาของชนพื้นเมืองไปใช้เพื่อประโยชน์ของชนพื้นเมืองเองและมนุษยชาติโดยรวม²⁶
4. เพื่อประกันว่าในการใช้ภูมิปัญญาที่ส่งสมมาของชนพื้นเมือง จะได้รับความยินยอมจากชนพื้นเมืองก่อน²⁷
5. เพื่อส่งเสริมและพัฒนาความสามารถของชนพื้นเมืองในการใช้กลไกดั้งเดิมในการแบ่งปันและกระจายผลประโยชน์ที่ได้จากภูมิปัญญาที่ส่งสมมาของตน²⁸
6. เพื่อป้องกันการออกสิทธิบัตรให้แก่ การประดิษฐ์ที่พัฒนาต่อออกมาจากภูมิปัญญาที่ส่งสมมาของชนพื้นเมืองในประเทศแปร โดยไม่ได้แจ้งถึงภูมิหลังศิลปวิทยาการ (Prior Art) ของการประดิษฐ์ในระหว่างที่การประดิษฐ์นั้นอยู่ในขั้นตอนการตรวจสอบความใหม่ (Novelty) และขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (Inventiveness)²⁹

²³ The Brazilian statute (Provisional Measure No. 2. 186-16, of August 23, 2001) Article 7(II), cited in the **World Intellectual Property Organizations – Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore**, ‘Composite Study on the Protection of Traditional Knowledge’ WIPO/GRTKF/IC/5/8 (Fifth Session, Geneva, July 7 to 15, 2003) 21; see also the WIPO, Legislative Texts on the Protection of Traditional Knowledge, Law introducing a Protection Regime for the Collective Knowledge of Indigenous Peoples Derived from Biological Resources, No.27811, (Online) : <http://www.wipo.int/tk/en/laws/tk.html> at 8 October 2012.

²⁴ Law No. 27811, Article 5 a)

²⁵ Law No. 27811, Article 5 b)

²⁶ Law No. 27811, Article 5 c)

²⁷ Law No. 27811, Article 5 d)

²⁸ Law No. 27811, Article 5 e)

²⁹ Law No. 27811, Article 5 f)

Law No. 27811 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ภูมิปัญญาที่สั่งสมมาของชนพื้นเมือง” คือ ภูมิปัญญาที่เกี่ยวกับคุณลักษณะ การใช้ และ ลักษณะจำเพาะของความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งชนพื้นเมืองได้พัฒนาขึ้นและสั่งสมมาหลายชั่วอายุคน³⁰ ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า ขอบเขตการคุ้มครองตาม Law No. 27811 จะจำกัดอยู่เฉพาะ การคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพ (Biological Resources)³¹ อย่างไรก็ดี มาตรา 4 ของกฎหมายฉบับดังกล่าวได้บัญญัติว่า ขอบเขตการคุ้มครองตาม Law No. 27811 จะไม่คลุมไปถึงกรณี การแลกเปลี่ยนและแบ่งปันภูมิปัญญาที่สั่งสมมาของชนพื้นเมือง (ทรัพยากรชีวภาพ) ในระหว่างชนพื้นเมืองด้วยกันเอง

Law No. 278121 ได้กำหนดเงื่อนไขในการเข้าถึงภูมิปัญญาที่สั่งสมมาของชนพื้นเมืองไว้ในมาตรา 6 และ 7 ซึ่งมีสาระสำคัญโดยสรุป ดังนี้

กรณีการเข้าถึงภูมิปัญญาที่สั่งสมมาของชนพื้นเมืองเพื่อวัตถุประสงค์ในการประยุกต์ใช้ทางวิทยาศาสตร์ ทางการค้า และอุตสาหกรรม ต้องยื่นคำขอรับความยินยอมล่วงหน้าจากองค์กรตัวแทนชนพื้นเมือง และองค์กรดังกล่าวจะต้องแจ้งการเริ่มต้นเจรจาให้ชนพื้นเมืองที่เกี่ยวข้องทราบ³²

นอกจากนี้ ในการเข้าถึงภูมิปัญญาที่สั่งสมมาของชนพื้นเมืองเพื่อการประยุกต์ใช้ทางการค้า และทางอุตสาหกรรม นอกจากจะต้องยื่นคำขอรับความยินยอมจากองค์กรตัวแทนชนพื้นเมืองที่ถือครองภูมิปัญญาดังกล่าวแล้ว ผู้ขอต้องลงนามสัญญาอนุญาต (License Agreement) ซึ่งระบุเงื่อนไขของการให้ค่าตอบแทนในการเข้าถึงภูมิปัญญานั้นและการรับประกันการแบ่งปันการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากกิจกรรมที่ใช้ภูมิปัญญาที่สั่งสมมาของชนพื้นเมือง³³

สำหรับการแบ่งปันผลประโยชน์นั้น ชนพื้นเมืองอาจได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์อยู่ 2 ทาง ดังนี้

1. การรับค่าตอบแทนการใช้ภูมิปัญญาผ่านองค์กรผู้แทนชนพื้นเมือง
2. การรับผลประโยชน์โดยอ้อมผ่านกองทุนเพื่อการพัฒนาชนพื้นเมือง³⁴ (Fund for the Development of Indigenous People) กล่าวคือ ในการขายผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาจากภูมิปัญญาออกสู่ตลาดจะต้องมีการหักเงินค่าตอบแทนเข้าสู่กองทุนนี้ร้อยละ 10 ก่อนการหักภาษี ซึ่งเงินกองทุนนี้จะนำไปใช้เพื่อส่งเสริมการวิจัยและพัฒนา หรือให้ความช่วยเหลืออื่นๆ แก่ชนพื้นเมืองต่อไป

³⁰ Law No. 27811, Article 2

³¹ Law No. 27811, Article 3

³² Law No. 278121, Article 7

³³ Law No. 278121, Article 8

³⁴ Law No. 278121, Article 8

ซึ่งกองทุนดังกล่าวจะให้ประโยชน์แก่ชนพื้นเมืองทุกกลุ่มแม้ว่าจะไม่ได้เป็นคู่สัญญา (Party of License Agreement) โดยตรงก็ตาม

ในกรณีที่บุคคลใดนำภูมิปัญญาที่สะสมมาของชนพื้นเมืองไปเปิดเผย หรือนำไปใช้ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากชนพื้นเมืองก่อนหรือได้รับความยินยอมแล้วแต่นำภูมิปัญญานั้นไปเปิดเผยต่อบุคคลอื่นโดยผิดสัญญา ชนพื้นเมืองโดยองค์กรผู้แทนชนพื้นเมืองสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาล โดยภาระการพิสูจน์จะตกแก่ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่าละเมิด (ผู้เปิดเผยข้อมูล)

4. ประเทศบราซิล

ปัจจุบัน นอกจากประเทศบราซิลจะมี Provisional Measure No. 2.186-16 ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับในเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมแล้ว ประเทศบราซิลยังมีร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพอีกหลายฉบับที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของรัฐบาลบราซิล เช่น ร่างกฎหมายเลขที่ 306/95 ร่างกฎหมายเลขที่ 4.579/98 และ ร่างกฎหมายเลขที่ 4.751/98

ในที่นี้จะกล่าวถึง Provisional Measure No. 2.186-16 และ ร่างกฎหมายเลขที่ 306/95 ซึ่งเป็นร่างกฎหมายที่บัญญัติคุ้มครองการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยมีหลักการที่สอดคล้องกับหลักการในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ เช่น หลักการแจ้งล่วงหน้า ก่อนการเข้าถึง และ หลักการแบ่งปันผลประโยชน์ เป็นต้น

4.1 ร่างกฎหมายเลขที่ 306/95

ร่างกฎหมายเลขที่ 306/95 มีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองสิทธิและกำหนดหน้าที่ของผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม วัตถุทางพันธุกรรม และสิ่งที่ได้จากทรัพยากรพันธุกรรมต่างๆ ที่อยู่ในอาณาเขตของประเทศบราซิลหรือที่มีต้นกำเนิดจากประเทศบราซิล ไม่ว่าจะอยู่ในหรือนอกถิ่นกำเนิด รวมถึงภูมิปัญญาชาวบ้านที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมด้วย³⁵ นอกจากนี้ ร่างกฎหมายดังกล่าวยังมุ่งที่จะรับรองให้เจ้าของหรือผู้ถือครองทรัพยากรพันธุกรรมได้รับผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมจากการที่บุคคลอื่นได้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม หรือผลิตภัณฑ์ที่ได้รับจากทรัพยากรพันธุกรรม ตลอดทั้งการเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่น³⁶

มาตรา 4 ของร่างกฎหมายเลขที่ 306/95 ได้ให้นิยามคำว่า “ทรัพยากรพันธุกรรม” ไว้คือ วัตถุทางพันธุกรรมที่มีคุณค่าตามความเป็นจริงหรือตามศักยภาพ รวมทั้งความผันแปรทางพันธุกรรมในชนิดพันธุ์พืช สัตว์ จุลินทรีย์ ซึ่งทำให้เกิดความหลากหลายทางชีวภาพ และยังสามารถนิยามความหมายของ “การเข้าถึง” (Access) ว่าเป็นการได้มาและการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรพันธุกรรม

³⁵ Brazilian Draft Bill No. 306/95, Article 1

³⁶ Brazilian Draft Bill No. 306/95, Article 2

วัตถุประสงค์พันธกรรมและผลิตภัณฑ์จากทรัพยากรพันธกรรมที่มีในประเทศบราซิลไม่ว่าจะอยู่ในหรือนอกถิ่นกำเนิด และรวมถึงการได้มาและการใช้ประโยชน์องค์ความรู้หรือภูมิปัญญาที่ชุมชนท้องถิ่นเป็นเจ้าของ หรือเป็นการกระทำทั้งสองประการ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการศึกษาวิจัย การสำรวจทรัพยากร การอนุรักษ์ การประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม หรือ การใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์³⁷

ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธกรรมนั้น บุคคลไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล และมีสัญชาติบราซิลหรือไม่ก็ตามจะต้องยื่นคำขอพร้อมทั้งโครงการการเข้าถึงทรัพยากรพันธกรรม ตลอดจนสิ่งต่างๆ เช่น ประวัติของผู้ขอ (Curriculum Vitae) และ เอกสารระบุตัวผู้ขอ (Identification Document)³⁸ ต่อ Competent Authority ซึ่งเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบในการเข้าถึงทรัพยากรพันธกรรม ทั้งนี้ ในการเข้าถึงนั้นจะต้องมีสถาบันการศึกษาหรือมหาวิทยาลัยของบราซิลเข้าร่วมด้วยทุกครั้งในขั้นตอนการเก็บรวบรวมหรือเสาะแสวงหาทรัพยากรพันธกรรม³⁹ แต่หากการเข้าถึงนั้นกระทำโดยศูนย์การศึกษาวิจัยของประเทศบราซิลหรือโดยมหาวิทยาลัยที่ตั้งอยู่ในประเทศบราซิล เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจก็สามารถอนุญาตให้เข้าถึงได้โดยไม่ต้องมีสถาบันการศึกษาหรือมหาวิทยาลัยของบราซิลมาเข้าร่วม

หากโครงการการเข้าถึงได้รับการอนุมัติ ก็จะมีการทำสัญญาการเข้าถึงโดยความยินยอมของคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย เช่น รัฐ ผู้ยื่นคำขอ ตัวแทน ผู้ให้ภูมิปัญญาท้องถิ่น เป็นต้น⁴⁰ โดยในสัญญาอนุญาตให้เข้าถึงนั้นจะต้องระบุรายละเอียดต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนด⁴¹ เช่น โครงการการเข้าถึง วัตถุประสงค์ทรัพยากรที่จะเข้าถึง และ เงื่อนไขการได้รับอนุญาต เป็นต้นอย่างไรก็ดี มาตรา 7 ได้ห้ามไม่ให้มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธกรรมในประเทศบราซิลหากการเข้าถึงนั้นจะเป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมหรือส่งผลกระทบต่อทรัพยากรชีวภาพชนิดอื่นๆ⁴²

นอกจากนี้ ร่างกฎหมายเลขที่ 306/95 ได้กล่าวถึงประเด็นทรัพย์สินทางปัญญาไว้ในมาตรา 41 ว่า สิทธิเหนือทรัพยากรชีวภาพที่ได้มาหรือถูกใช้โดยละเมิดต่อกฎหมายฉบับนี้จะไม่ได้ได้รับความคุ้มครอง และผลิตภัณฑ์ที่ได้มาจากการเข้าถึงที่ฝ่าฝืนกฎหมายฉบับนี้จะไม่สามารถนำไปจด

³⁷ Brazilian Draft Bill No. 306/95, Article 4

³⁸ Brazilian Draft Bill No. 306/95, Article 15

³⁹ นนทพัทธ์ อัสวก่อเกียรติ. “ปัญหาทางกฎหมายในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพจำพวกจุลินทรีย์ในประเทศไทย”. (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549). หน้า 148-149.

⁴⁰ Brazilian Draft Bill No. 306/95, Article 19

⁴¹ Brazilian Draft Bill No. 306/95, Article 22

⁴² Brazilian Draft Bill No. 306/95, Article 7

ทะเบียนทรัพย์สินทางปัญญาได้ และในกรณีการยื่นคำขอจดทะเบียนสิทธิบัตร ผู้ยื่นคำขออนุญาตจะต้องเปิดเผยการประดิษฐ์ของตนที่ได้จากทรัพยากรพันธุกรรมแล้ว ยังต้องเปิดเผยแหล่งกำเนิดหรือ ต้นกำเนิดของทรัพยากรพันธุกรรมที่ใช้ในการประดิษฐ์นั้นด้วย⁴³

สำหรับบทลงโทษในกรณีฝ่าฝืนบทบัญญัติในร่างกฎหมายเลขที่ 306/95 นั้น นอกจากโทษจำคุกและปรับร่างกฎหมายฉบับนี้ยังกำหนดมาตรการในเชิงลงโทษอื่นๆ ด้วย เช่น การยึดผลิตภัณฑ์ เครื่องมือ อุปกรณ์ ยานพาหนะที่ใช้ในการกระทำความผิด การทำลายผลผลิตที่ได้จากการเข้าถึง การสั่งระงับการจำหน่ายชั่วคราว การสั่งห้ามให้ดำเนินการค้าขายระหว่างประเทศหรือห้ามนำเรือขนส่งสินค้าออกจากท่าเรือ และการสั่งปิดกิจการชั่วคราวหรือถาวร เป็นต้น⁴⁴

4.2 Provisional Measure No. 2.186-16

Provisional Measure No. 2.186-16 ได้บัญญัติขึ้นภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของประเทศบราซิลโดยมุ่งประสงค์ที่จะควบคุมการเข้าถึงมรดกทางพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวกับมรดกทางพันธุกรรม ซึ่งมรดกทางพันธุกรรมตาม Provisional Measure หมายถึง ข้อมูลเกี่ยวกับต้นกำเนิดทางพันธุกรรมที่มีอยู่ในพืช เชื้อรา จุลินทรีย์ หรือสัตว์ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของโมเลกุล หรือสารที่ได้รับจากกระบวนการเมตาบอลิซึม และสารสกัดที่ได้จากสิ่งมีชีวิตดังกล่าวไม่ว่าที่ยังมีชีวิตหรือไม่มีชีวิตที่พบอยู่ในแหล่งกำเนิดในประเทศหรือที่อยู่นอกถิ่นกำเนิด ไร่หลวงหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะ

อย่างไรก็ดี Provisional Measure No. 2.186-16 จะไม่คุ้มครองถึงทรัพยากรพันธุกรรมมนุษย์ และไม่คลุมถึงกรณีการแลกเปลี่ยนและเผยแพร่มรดกทางพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นระหว่างชนพื้นเมืองด้วยกันเองเพื่อประโยชน์ของชุมชนนั้นๆ เพราะถือว่าเป็นการใช้ประโยชน์ตามปกติของชุมชนนั้นอยู่แล้ว

สำหรับบุคคลผู้มีสิทธิเข้าถึงมรดกทางพันธุกรรมนั้น Provisional Measure No. 2.186-16 ได้ให้สิทธิเฉพาะแก่สถาบันหรือหน่วยงานในประเทศไม่ว่าจะเป็นภาครัฐหรือเอกชนที่ดำเนินการเกี่ยวกับการวิจัยการพัฒนาทางด้านชีวภาพ และสาขาอื่นที่เกี่ยวข้อง เท่านั้น โดยไม่อนุญาตให้นักวิจัยหรือหน่วยงานจากต่างประเทศเข้าถึงมรดกทางพันธุกรรมได้เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตหรือเข้าร่วมเก็บตัวอย่างทรัพยากรทางพันธุกรรมกับสถาบันหรือหน่วยงานของประเทศบราซิลโดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาล

⁴³ Michael Hassemer. “Genetic Resources”, Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. Second edition, (United states : Wolters Kluwer,2008). p. 38-41.

⁴⁴ Brazilian Draft Bill No. 306/95, Article 57

สำหรับหน่วยงานที่มีหน้าที่ดูแลการเข้าถึงทรัพยากรทางพันธุกรรมนั้น Provisional Measure No. 2.186-16 ได้กำหนดให้มีสภาที่ปรึกษาด้านการบริหารจัดการมรดกทางพันธุกรรม (Council for the Management of Genetic Resources) ซึ่งทำหน้าที่ในด้านต่างๆ เช่น การพิจารณาอนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรทางพันธุกรรม การทำสัญญาอนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรทางพันธุกรรม การดำเนินงานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับมรดกทางพันธุกรรมให้สอดคล้องกับนโยบายของประเทศ ตลอดจนทั้งมีอำนาจแต่งตั้งสถาบันหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่รับฝากและรักษาตัวอย่างมรดกทางพันธุกรรมที่เก็บรวบรวมมาได้

ในการเข้าถึงทรัพยากรทางพันธุกรรมเพื่อนำมาใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ Provisional Measure No. 2.186-16 ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า การสำรวจและเก็บตัวอย่างจะทำได้ก็ต่อเมื่อมีการทำสัญญาการใช้และการแบ่งปันผลประโยชน์จากมรดกทางพันธุกรรม นอกจากนี้การเข้าถึงมรดกทางพันธุกรรมนั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย เช่น ชุมชนท้องถิ่นหรือชนพื้นเมือง เจ้าของพื้นที่ (กรณีพื้นที่ของทรัพยากรทางพันธุกรรมเป็นของเอกชน) องค์กรด้านพาณิชย์นาวี (กรณีเข้าถึงทรัพยากรทางพันธุกรรมที่อยู่ในพื้นน้ำ ใล่ล่ทวีป หรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะ) สภาที่ปรึกษาคความมั่นคงแห่งชาติ (กรณีเข้าถึงทรัพยากรทางพันธุกรรมที่อยู่ในพื้นที่ที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศ) เป็นต้น

ในกรณีที่มีการเข้าถึงทรัพยากรทางพันธุกรรมโดยฝ่าฝืน Provisional Measure No. 2.186-16 นั้น Provisional Measure No. 2.186-16 ได้วางบทลงโทษทางอาญาไว้ ดังนี้

1. กรณีบุคคลธรรมดา มีโทษปรับ 200 – 100,000 รีด
2. กรณีนิติบุคคล มีโทษปรับ 10,000 – 50,000,000 รีด

ทั้งนี้ เป็นที่สังเกตว่า Provisional Measure No. 2.186-16 ไม่ได้วางโทษจำคุกไว้แต่อย่างใด

นอกจากโทษปรับดังกล่าวแล้ว Provisional Measure No. 2.186-16 ยังได้วางมาตรการลงโทษอื่นๆ ไว้อีกด้วย เช่น การตัดเตือน การระงับการขายผลิตภัณฑ์ที่ได้จากมรดกทางพันธุกรรม การสั่งห้ามทำกิจกรรมทั้งหมดหรือแต่บางส่วน และการยึดผลิตภัณฑ์หรือตัวอย่างที่ได้จากมรดกทางพันธุกรรม เป็นต้น

นอกจากประเด็นในเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรทางพันธุกรรมแล้ว Provisional Measure No. 2.186-16 ยังได้กล่าวถึงประเด็นทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาไว้ในมาตรา 31 ว่า การยื่นคำขอจดทะเบียนทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรทางพันธุกรรมจะต้องบอกหรือเปิดเผยแหล่งกำเนิดของทรัพยากรทางพันธุกรรมนั้นด้วย

ตารางที่ 3-2 สรุปกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญา

ประเทศ	กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญา
อินเดีย	กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 2002
จีน	กฎหมายสิทธิบัตร ระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองความหลากหลายของพันธุ์พืชใหม่ (Regulations on Protection of New Varieties of Plant)
เปรู	Law No. 27811
บราซิล	ร่างกฎหมายเลขที่ 306/95 และ Provisional Measure No. 2.186-16

กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญา

1. พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542

พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกรมวิชาการเกษตร กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ซึ่งตราขึ้นเพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPS) ภายใต้องค์การการค้าโลก (World Trade Organization - WTO) มาตรา 27(3)(b) ซึ่งกำหนดให้ประเทศสมาชิกออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่

แม้วัตถุประสงค์เดิมเมื่อเริ่มร่างกฎหมายฉบับนี้ คือ เพื่อคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ซึ่งไม่อยู่ในข่ายที่ทำการศึกษาค้นคว้าที่มุ่งเน้นที่พันธุ์พืชดั้งเดิมและองค์ความรู้ที่เกี่ยวข้องที่มีอยู่ในประเทศไทย แต่ต่อมาได้มีการบรรจุหลักการเรื่องการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรชีวภาพตามอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ (CBD) ไว้ด้วย กฎหมายฉบับนี้จึงเป็นเครื่องมือในการป้องกันการฉกฉวยทรัพยากรพันธุ์พืชที่มีอยู่แล้วในประเทศไทยไปใช้ประโยชน์โดยมิสาระสำคัญโดยสรุป ดังนี้

พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 แบ่งชนิดพันธุ์พืชออกเป็น 4 ประเภท คือ พันธุ์พืชใหม่ พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่า โดยผู้มีสิทธิได้รับความคุ้มครองสำหรับพันธุ์พืชแต่ละชนิด อาจแบ่งได้ ดังนี้

1.1 พันธุ์พืชใหม่ กฎหมายให้สิทธิแก่นักปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่หรือพัฒนาพันธุ์จนได้พันธุ์พืชใหม่ในการได้รับความคุ้มครองโดยให้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการผลิต ขาย หรือจำหน่ายด้วยประการใด นำเข้ามาในราชอาณาจักร ส่งออกนอกราชอาณาจักรหรือ กระทำการใดดังกล่าวต่อส่วนขยายพันธุ์ ส่วนอายุการคุ้มครองของพันธุ์พืชใหม่นั้นจะแตกต่างกันไปตามระยะเวลาที่พืช

นั้นจะให้ผลผลิต กล่าวคือ หากให้ผลผลิตได้ไม่เกิน 2 ปี พันธุ์พืชนั้นจะได้รับการคุ้มครอง 12 ปี แต่ถ้าหากให้ผลผลิตได้เกิน 2 ปี พันธุ์พืชนั้นจะได้รับการคุ้มครอง 7 ปี นอกจากนี้ หากเป็นพืชที่ใช้ประโยชน์จากเนื้อไม้ได้เกินกว่า 2 ปี ก็จะได้รับการคุ้มครอง 7 ปี

1.2 พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น การคุ้มครองจะตกได้แก่ชุมชนที่ได้ยื่นขอจดทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น ซึ่งชุมชนดังกล่าวต้องเป็นกลุ่มของประชาชนที่ตั้งถิ่นฐานและสืบทอดระบบวัฒนธรรมร่วมกันมาโดยต่อเนื่อง และได้ขึ้นทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ ชุมชนที่ได้จดทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการปรับปรุงพันธุ์ ศึกษา ค้นคว้า ทดลองวิจัยผลิต ขาย ส่งออกนอกราชอาณาจักร หรือจำหน่ายส่วนขยายพันธุ์ ทั้งนี้ กฎหมายได้กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กลุ่มเกษตรกรหรือสหกรณ์ที่ได้รับการจดทะเบียน เป็นผู้ทรงสิทธิแทนชุมชนดังกล่าว (มาตรา 47) จึงถือเสมือนเป็นการรับรองสิทธิของชุมชน (Community Property) ส่วนอายุการคุ้มครองนั้นมีหลักเกณฑ์เหมือนกับพันธุ์พืชใหม่ แต่สามารถขยายอายุการคุ้มครองได้คราวละ 10 ปีไม่จำกัดจำนวนครั้ง พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นนี้จึงสามารถได้รับการคุ้มครองตลอดไป (มาตรา 50 และ 31)

1.3 พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป กฎหมายมองว่าพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปเป็นสมบัติของประเทศจึงได้รับการคุ้มครองตลอดไป โดยกรมวิชาการเกษตรทำหน้าที่ดูแลผลประโยชน์

1.4 พันธุ์พืชป่าพันธุ์พืชป่า - กฎหมายมองว่าเป็นสมบัติของประเทศจึงได้รับการคุ้มครองตลอดไป โดยกรมวิชาการเกษตรทำหน้าที่ดูแลผลประโยชน์

การเก็บ จัดหา หรือการรวบรวมพันธุ์หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่า เพื่อการวิจัยเพื่อการค้าจะต้องได้รับอนุญาต และจะต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ด้วย (มาตรา 48 และ 52)

กำหนดให้นำผลประโยชน์อันเป็นตัวเงินที่ได้รับจากข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ นำเข้ากองทุนที่ตั้งขึ้นเพื่ออุดหนุนกิจการด้านการอนุรักษ์และพัฒนาพันธุ์พืช ร้อยละ 20 เป็นรายได้ร่วมกันของชุมชน ร้อยละ 60 และมอบให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กลุ่มเกษตรกร หรือสหกรณ์ที่เป็นผู้ทำสัญญา ร้อยละ 20

หากมีการนำพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป พันธุ์พืชป่า หรือส่วนใดของพันธุ์พืชทั้งสองไปทำการศึกษาวิจัยที่ไม่มีวัตถุประสงค์ทางการค้าจะต้องแจ้งต่ออธิบดีฯ (มาตรา 53)

สำหรับบทลงโทษกรณีฝ่าฝืนพ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 มาตรา 66 ได้กำหนดโทษทางอาญาไว้ คือ จำคุกไม่เกิน 2 ปี ปรับไม่เกิน 400,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

2. พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.

2542

พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก กระทรวงสาธารณสุข วัตถุประสงค์ในการออกกฎหมายประการหนึ่งคือ เพื่อป้องกันการฉกฉวยทรัพยากรสมุนไพรและองค์ความรู้ทางด้านการแพทย์แผนไทย ให้การคุ้มครองโดยใช้หลักการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพของอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ (CBD)

พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 จัดได้ว่าเป็นกฎหมายคู่แฝดกับ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 โดยออกมาเพื่อรองรับและป้องกันผลกระทบจากการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ (CBD) และความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPS)

ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เป็นองค์ความรู้ที่พัฒนาจากพฤติกรรมในการรักษาโรค การดูแลสุขภาพด้วยตนเองภายในชุมชน จนเกิดกระบวนการเรียนรู้ สืบทอดจากรุ่นสู่รุ่น และแพร่หลาย จนเป็นวิถีชีวิตของคนในชุมชนในชาติ ที่สั่งสมประสบการณ์ ผ่านกาลเวลา จนกลายเป็นภูมิปัญญาดั้งเดิมด้านการแพทย์แผนโบราณของไทย โดยมีกระบวนการถ่ายทอดความรู้ที่มีมอพื้นบ้านที่มีความรู้เกี่ยวกับการใช้สมุนไพร เช่น พืช แร่ธาตุ จุลชีพ สารสกัดจากพืช อินทรีย์วัตถุ ซึ่งเป็นทรัพยากรพันธุกรรมในการรักษาโรคนั้นเอง

เมื่อมีกระแสความสนใจในการนำภูมิปัญญาด้านการแพทย์แผนไทยและสมุนไพรไปใช้ประโยชน์ ก็เกิดกรณีปัญหาต่างชาตินำเอาภูมิปัญญาเหล่านี้ไปแสวงหาประโยชน์โดยไม่ชอบ จึงนำมาสู่แนวคิดในการออกกฎหมายเพื่อจัดให้มีการคุ้มครอง อนุรักษ์ ส่งเสริม ตลอดจนทั้งพัฒนาการใช้ประโยชน์ที่ยั่งยืน

กฎหมายฉบับนี้ให้การคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย⁴⁵ ในลักษณะ คำรับยาแผนไทย⁴⁶ ตำราการแพทย์แผนไทย⁴⁷ และสมุนไพร⁴⁸ โดยแบ่ง คำรับยาแผนไทย ตำราการแพทย์แผนไทยออกเป็น 3 ประเภท คือ (1) คำรับยาแผนไทย ตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ (2) คำรับยา

⁴⁵ “พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542”, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 116, 29 พฤศจิกายน 2542, หน้า 49.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 50.

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 50.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 50.

แผนไทย ตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไป (3) ตำรับยาแผนไทย ตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคล โดยมีสาระสำคัญโดยสรุป ดังนี้

2.1 ตำรับยาแผนไทย ตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ มุ่งคุ้มครองตำรับตำรา หลวงที่ใช้กันอยู่และต้องการอนุรักษ์ให้เป็นมรดกของชาติในสูตรตำรับโบราณ หรือตำราที่ ทรงคุณค่าทางการแพทย์หรือการสาธารณสุขเป็นพิเศษ โดย มาตรา 17 ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการ กระทรวงสาธารณสุขมีอำนาจออกประกาศ กำหนดให้ตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผน ไทยที่มีประโยชน์หรือมีคุณค่าด้านการแพทย์เป็นพิเศษ ให้เป็นตำรับยาแผนไทยของชาติ ตำรา การแพทย์แผนไทยของชาติ โดยผลของการประกาศ จะทำให้ได้รับการคุ้มครองตลอดไป และ มาตรา 19 กำหนดให้ผู้ที่ประสงค์จะนำเป็นตำรับยาแผนไทยของชาติ ตำราการแพทย์แผนไทยของ ชาติไปทำการค้า ผลิต ศึกษาวิจัยเพื่อการค้า จะต้องขออนุญาต ชำระค่าธรรมเนียมและค่าตอบแทน การใช้ประโยชน์

2.2 ตำรับยาแผนไทยทั่วไป ตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไป ครอบคลุมตำรา การแพทย์แผนไทยที่มีการใช้ประโยชน์กันอย่างแพร่หลาย หรือ เป็นตำรับยาแผนไทย ตำรา การแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลที่หมดอายุการคุ้มครองแล้ว โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข จะเป็นผู้ประกาศกำหนด (มาตรา 18) ทั้งนี้ กฎหมายห้ามมิให้ผู้ใดนำมาจดทะเบียนเป็นตำรับตำรา ส่วนบุคคล นอกจากนี้ เป็นที่สังเกตว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดอายุหรือให้ผู้ที่ประสงค์จะนำเป็นตำรับ ยาแผนไทยทั่วไป ตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไป ไปทำการค้า ผลิต ศึกษาวิจัยเพื่อการค้า จะต้องขอ อนุญาต ชำระค่าธรรมเนียมและค่าตอบแทนการใช้ประโยชน์หรือไม่ คงเป็นเพราะมีการใช้กัน แพร่หลายอยู่แล้ว

2.3 ตำรับยาแผนไทย ตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคล กฎหมายเปิดโอกาสให้ ผู้คิดค้น ปรับปรุงหรือพัฒนา สืบทอดตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทย นำตำรับยาแผน ไทยส่วนบุคคลหรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลมาจดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาดังกล่าว (มาตรา 21) และผู้ที่ได้รับการจดทะเบียนจะมีสิทธิในการผลิตยา ศึกษาวิจัย จำหน่าย ปรับปรุงหรือ พัฒนาตำรับ ตำรายาแผนไทยส่วนบุคคลที่ได้รับการจดทะเบียนไว้ตลอดอายุของผู้ทรงสิทธิและมีอยู่ ต่อไปอีก 50 ปี นับแต่วันที่ผู้ทรงสิทธิถึงแก่ความตาย (มาตรา 33) อย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดให้ บุคคลอื่นสามารถใช้ประโยชน์ในตำรับ ตำรายาดังกล่าวได้ เช่น การใช้เพื่อประโยชน์ในการศึกษา ค้นคว้า ทดลองหรือวิจัยตามระเบียบที่กำหนด การผลิตยาเพื่อยังชีพแบบพื้นบ้าน หรือการใช้ ประโยชน์ในการรักษาพยาบาลในสถานพยาบาลของรัฐ (มาตรา 34)

นอกจากนี้ กฎหมายฉบับนี้ได้ให้การคุ้มครองแก่สมุนไพร โดยให้นิยามคำว่า “สมุนไพร” ให้รวมถึง พืช สัตว์ จุลชีพ ธาตุวัตถุ สารสกัดดั้งเดิมจากพืชหรือสัตว์ที่ใช้หรือแปรสภาพ หรือผสมหรือปรุงเป็นยาหรืออาหารเพื่อการตรวจวินิจฉัย บำบัด รักษา หรือป้องกันโรค หรือ

ส่งเสริมสุขภาพร่างกายของมนุษย์หรือสัตว์ด้วย โดยมาตรา 44 ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวง สาธารณสุข ประกาศชื่อสมุนไพรเป็นสมุนไพรควบคุม หากสมุนไพรดังกล่าวมีค่าต่อการศึกษา มีความสำคัญทางเศรษฐกิจ หรืออาจจะสูญพันธุ์ และมาตรา 46 ยังกำหนดว่าการศึกษาวิจัยหรือการ ส่งออกสมุนไพรควบคุม หรือจำหน่าย หรือแปรรูปสมุนไพรควบคุมเพื่อการค้า จะต้องได้รับ ใบอนุญาตก่อน และต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด

3. พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถาน แห่งชาติ พ.ศ. 2504 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติโบราณสถานฯ อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกรมศิลปากร กระทรวงวัฒนธรรม เป็นกฎหมายที่มีความสำคัญ เกิดขึ้นจากความตระหนักถึงคุณค่าและความสำคัญในมรดกทางวัฒนธรรมของชาติ ที่บรรพบุรุษได้สั่งสมมาเป็นเวลานาน ในรูปของ โบราณสถาน โบราณวัตถุ หรือศิลปวัตถุ โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

กฎหมายฉบับนี้ให้ความคุ้มครองโบราณสถาน โบราณวัตถุ และศิลปวัตถุทั้งของรัฐ และเอกชน มีมาตรการในการควบคุมการทำเทียมโบราณวัตถุและสิ่งเทียมศิลปวัตถุ (มาตรา 18 ทวิ) โดยโบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ ที่ประกาศควบคุมการทำเทียมจะต้องเป็นโบราณวัตถุหรือศิลปวัตถุที่อยู่ในความครอบครองของกรมศิลปากร หรือกรมศิลปากรได้ประกาศขึ้นทะเบียนไว้และมีประโยชน์ หรือมีคุณค่าทางศิลปะ ประวัติศาสตร์หรือโบราณคดีเป็นพิเศษ

ผู้ประสงค์จะผลิต จำหน่าย หรือมีไว้ในสถานที่ทำการค้าต้องแจ้งการผลิตและปฏิบัติตาม ประกาศกรมศิลปากร

ปัจจุบันรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม ได้ประกาศรายชื่อโบราณวัตถุและศิลปวัตถุที่ควบคุมการทำเทียม จำนวน 9 รายการ คือ ศิลจารีกรพอขุนรามคำแหงมหาราช ธรรมจักร พระโพธิสัตว์อวโลกิเตศวร พระเจ้าชัยวรมันที่ 7 พระอิศวร ตู้พระธรรม ช้างทรงเครื่อง พระกษัตริย์ พระเต้าทองคำ (สุวรรณภิงคาร) และพระแสงขรรค์

4. กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

4.1 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

กฎหมายลิขสิทธิ์มุ่งที่จะคุ้มครองการแสดงออกทางความคิด (Expression of Idea) ที่ได้รับเริ่มสร้างสรรค์ขึ้นเองโดยไม่ได้ออกเลียนงานของบุคคลอื่น (Originality) โดยได้กำหนดประเภทของงานสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไว้ 9 ประเภท ได้แก่ งาน

วรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ⁴⁹

กฎหมายลิขสิทธิ์ได้ให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) แก่ผู้สร้างสรรค์งานในการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือ เผยแพร่งานต่อสาธารณชน ตลอดทั้ง สิทธิที่จะให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่บุคคลอื่น และการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิ⁵⁰ การที่บุคคลใดละเมิดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้สร้างสรรค์ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์⁵¹ นอกจากนี้ การละเมิดลิขสิทธิ์ยังรวมถึงกรณีที่บุคคลใดรู้อยู่แล้ว หรือมีเหตุอันควรรู้ว่างานใดทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์แต่ยัง ขาย ให้เช่า ให้เช่าซื้อ เผยแพร่ต่อสาธารณชน นำหรือส่งเข้ามาในราชอาณาจักร ตลอดทั้งแจกจ่ายในลักษณะที่อาจก่อความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย⁵²

อย่างไรก็ดี กฎหมายลิขสิทธิ์ได้บัญญัติ ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ หรือที่เรียกว่า การใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม (Fair Use) ซึ่งมีหลักการ คือ การใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมจะต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติจากงานลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร เช่น การใช้งานลิขสิทธิ์เพื่อการศึกษาวิจัย เป็นต้น⁵³

งานสร้างสรรค์ที่มีลิขสิทธิ์จะมีอายุการคุ้มครองที่จำกัด เช่น 50 ปี นับแต่ผู้สร้างสรรค์ตาย กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้คุ้มครองงานสร้างสรรค์ตลอดไปโดยไม่มีจำกัดเวลา หากงานสร้างสรรค์หมดอายุการคุ้มครองแล้ว งานนั้นก็จะตกเป็นของสาธารณะ (Public Domain) ซึ่งบุคคลใดก็สามารถนำงานนั้นไปทำซ้ำ ดัดแปลง หรือ เผยแพร่ต่อสาธารณชนได้โดยไม่เป็นการละเมิดสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานแต่อย่างใด

ปัญหาที่ต้องพิจารณา คือ กฎหมายลิขสิทธิ์คุ้มครองสิทธิในผลงานสร้างสรรค์ เช่น งานภาพเขียนฝาผนัง โบราณสถาน ที่เขียน โดยวิธีลงลักปิดทองแต่เมื่อหมดอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว บุคคลใดๆ รวมถึงชาวต่างชาติจะสามารถทำซ้ำ ดัดแปลง หรือ เผยแพร่งานภาพเขียนฝาผนังนั้นต่อสาธารณชน นอกจากนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครองความคิดหรือองค์ความรู้ที่ใช้ในการสร้างงาน

⁴⁹ “พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537”, ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 111, 21 ธันวาคม 2537, หน้า 5.

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน. หน้า 7.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 9 - 10.

⁵² เรื่องเดียวกัน. หน้า 9-10.

⁵³ เรื่องเดียวกัน. หน้า 9-10.

ลิขสิทธิ์ ดังนั้น บุคคลอื่นจึงสามารถนำองค์ความรู้หรือภูมิปัญญาในการลงลึกปิดทองไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ได้โดยอิสระด้วย ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่า แม้กฎหมายลิขสิทธิ์คุ้มครองงานสร้างสรรค์ที่อาศัยองค์ความรู้หรือภูมิปัญญาแต่ก็ไม่ได้คุ้มครององค์ความรู้หรือภูมิปัญญาโดยตรงแต่อย่างใด ดังนั้น การมีกฎหมายที่มีผลบังคับใช้โดยตรงต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาอาจต้องดำเนินการควบคู่กันไป

4.2 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่2) พ.ศ. 2535 และ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่3) พ.ศ. 2542

กฎหมายสิทธิบัตรมุ่งให้ความคุ้มครอง การประดิษฐ์ และการออกแบบผลิตภัณฑ์ โดยมีเงื่อนไขการคุ้มครอง ดังนี้

4.2.1 การประดิษฐ์ที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องเข้าองค์ประกอบตามที่กฎหมายกำหนด คือ มีความใหม่ (Novelty) มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (Inventive Step) และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ (Industrial Applicability)⁵⁴

อย่างไรก็ดี การประดิษฐ์ดังต่อไปนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร⁵⁵ กล่าวคือ บุคคลใดจะนำการประดิษฐ์นั้นมาขอจดทะเบียนสิทธิบัตรไม่ได้

1. จุลชีพและส่วนประกอบใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช
2. กฎเกณฑ์และทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์และคณิตศาสตร์
3. ระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์
4. วิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคนุษย์ หรือสัตว์
5. การประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีอนามัย หรือ สวัสดิภาพของประชาชน

ในการยื่นคำขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์นั้น กฎหมายสิทธิบัตรกำหนดให้คำขอรับสิทธิบัตรต้องมีรายการ ดังต่อไปนี้⁵⁶

1. ชื่อที่แสดงถึงการประดิษฐ์
2. ลักษณะและความมุ่งหมายของการประดิษฐ์

⁵⁴ “พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522” ,ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 96, 16 มีนาคม 2522, หน้า 3-4.

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน. หน้า 5

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน. หน้า 9

3. รายละเอียดการประดิษฐ์ที่มีข้อความสมบูรณ์ รัดกุม และชัดเจนอันจะทำให้ผู้มีความชำนาญในระดับสามัญในศิลปะหรือวิทยาการที่เกี่ยวข้องสามารถทำและปฏิบัติการตามการประดิษฐ์นั้นได้ และต้องระบุวิธีการในการประดิษฐ์ที่ดีที่สุดที่ผู้ประดิษฐ์จะพึงทราบได้

4. ข้อถือสิทธิโดยชัดแจ้ง

5. รายการอื่นตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง

การที่กฎหมายบังคับให้เปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ในคำขอรับสิทธิบัตร ทำให้ผู้ประดิษฐ์ที่ได้ใช้ภูมิปัญญาหรือองค์ความรู้แห่งชุมชนเป็นฐานในการพัฒนาต่อยอดสิ่งประดิษฐ์ของตน ต้องอ้างอิงภูมิหลังหรือแหล่งที่มาขององค์ความรู้นั้นไว้ในคำขอรับสิทธิบัตรด้วย

4.2.2 การออกแบบผลิตภัณฑ์ การออกแบบผลิตภัณฑ์ที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องเข้าองค์ประกอบตามที่กฎหมายกำหนด คือ ต้องเป็นแบบผลิตภัณฑ์ใหม่เพื่อการอุตสาหกรรม รวมทั้งตัดกรรมด้วย

การออกแบบผลิตภัณฑ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จะขอรับสิทธิบัตรไม่ได้

ในการยื่นคำขอรับสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์นั้น กฎหมายสิทธิบัตรกำหนดให้คำขอรับสิทธิบัตรต้องมีรายการ ดังต่อไปนี้

1. ภาพแสดงแบบผลิตภัณฑ์

2. ข้อความระบุผลิตภัณฑ์ที่จะใช้กับแบบผลิตภัณฑ์ที่ขอรับสิทธิบัตร

3. ข้อถือสิทธิโดยชัดแจ้ง

4. รายการอื่นตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง

4.3 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. (ฉบับที่2) พ.ศ. 2543

กฎหมายเครื่องหมายการค้า มุ่งที่จะคุ้มครอง ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตรา ภาพ ประดิษฐ์ เพื่อไม่ให้สาธารณชนผู้บริโภคสับสนหลงผิดในแหล่งที่มาของสินค้าที่เครื่องหมายการค้า นั้นคิดหมายอยู่หรือเกี่ยวข้องเพื่อแสดงความแตกต่างของสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าหนึ่งออกจากเครื่องหมายการค้าอื่นๆ

เครื่องหมายการค้าที่จะรับจดทะเบียนได้ ต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

1. เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ คือ เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะที่ทำให้ประชาชนหรือผู้ใช้สินค้านั้นทราบและเข้าใจได้ว่า สินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า นั้นแตกต่างไปจากสินค้าอื่น (มาตรา 7)

2. เป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัตินี้ (มาตรา 8) เช่น ไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรัฐประศาสนโยบาย หรือ ไม่เป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นการเฉพาะอยู่แล้ว เป็นต้น

3. ไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นได้จดทะเบียนไว้แล้ว (มาตรา 13)

แม้การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าจะไม่ได้เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งเป็นองค์ความรู้โดยตรง แต่หลายครั้ง ได้มีการนำชื่อที่เรียกขานภูมิปัญญาท้องถิ่น เช่น “ถ้ายัดคน” มาใช้เป็นชื่อเครื่องหมายการค้า เพื่อให้สาธารณชนสับสนหลงผิดในแหล่งที่มาของสินค้าและบริการ ในกรณีเช่นนี้ อาจถือได้ว่า เครื่องหมายการค้าดังกล่าวเป็นเครื่องหมายการค้าที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรัฐประศาสนโยบาย ซึ่งต้องห้ามรับจดทะเบียน

4.4 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

ความลับทางการค้า คือ ข้อมูลการค้าซึ่งยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว โดยเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับ และเป็นข้อมูลที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ⁵⁷

ตามปกติแล้ว ความลับทางการค้าจะได้รับความคุ้มครองอยู่ตราบเท่าที่ยังเป็นความลับอยู่ เพราะฉะนั้นสิทธิของเจ้าของความลับทางการค้าจึงมีอยู่ตลอดไปหากความลับทางการค้านั้นยังไม่มีเปิดเผย และความลับทางการค้าจะได้รับความคุ้มครองโดยไม่ต้องมีการจดทะเบียนแต่อย่างใด

เจ้าของความลับทางการค้ามีสิทธิที่จะเปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้า หรืออนุญาตให้บุคคลอื่นเปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้า โดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างไรเพื่อรักษาความลับทางการค้าดังกล่าวให้เป็นความลับต่อไปก็ได้⁵⁸

การที่บุคคลใด เปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของความลับทางการค้านั้นอันมีลักษณะขัดต่อแนวทางปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกัน

⁵⁷ “พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545” ,ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 119, 23 เมษายน 2545 , หน้า 22.

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 24.

โดยที่บุคคลนั้นรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการขัดต่อแนวทางปฏิบัติเช่นนั้น ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า⁵⁹

อย่างไรก็ดี กฎหมายความลับทางการค้า มิให้ถือว่า การกระทำดังต่อไปนี้ เป็นการ ละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า⁶⁰

1. การเปิดเผยหรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าโดยบุคคลที่ได้ความลับทางการค้านั้นมา โดยทางนิติกรรม (สัญญา) จากบุคคลอื่น โดยไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ถึงความลับทางการค้าที่ตน ได้มานั้นละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าของบุคคลอื่น

2. การเปิดเผยหรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าโดยหน่วยงานของรัฐซึ่งดูแลรักษา ความลับทางการค้านั้น ในบางกรณี เช่น ในกรณีจำเป็นเพื่อคุ้มครองสุขภาพอนามัยหรือความ ปลอดภัยของสาธารณชน หรือในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นซึ่งมิได้มีวัตถุประสงค์ เพื่อการค้า เป็นต้น

3. การค้นพบความลับทางการค้าของผู้อื่น โดยที่ผู้ค้นพบได้ใช้วิธีการประดิษฐ์หรือ จัดทำขึ้นด้วยความรู้ความชำนาญของผู้ค้นพบนั่นเอง

4. การทำวิศวกรรมย้อนกลับ

4.5 พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ คือ ชื่อหรือสัญลักษณ์หรือสิ่งอื่นใดที่บอกแหล่งผลิต ของสินค้า โดยสามารถสื่อให้ผู้บริโภคเข้าใจได้ว่าสินค้านั้นมีคุณภาพหรือคุณลักษณะพิเศษแตกต่าง จากสินค้าที่ผลิตในแหล่งผลิตอื่น เช่น มะขามหวานเพชรบูรณ์ ที่ประกอบด้วยคำว่า มะขามหวาน ซึ่ง บอกว่าสินค้าคืออะไร และคำว่าเพชรบูรณ์ ซึ่งบอกแหล่งผลิตมะขามหวานดังกล่าว และยังสื่อให้คน ทั่วไปเข้าใจว่ามะขามหวานดังกล่าวมีคุณภาพสูง รสชาติหวานและไม่แฉะ อันเป็นคุณลักษณะเฉพาะ ของมะขามหวานเพชรบูรณ์ ซึ่งได้รับอิทธิพลจากดินที่เหมาะสมสำหรับการปลูกมะขามและปริมาณ น้ำฝนที่พอเหมาะพอดีในจังหวัดเพชรบูรณ์ ประกอบกับฝีมือการเพาะปลูกของเกษตรกรชาว เพชรบูรณ์ซึ่งมีกรรมวิธีในการปลูกโดยเฉพาะ จึงทำให้มะขามที่ปลูกในจังหวัดเพชรบูรณ์มีความ หวานมากกว่าท้องถิ่นอื่น ฉะนั้น สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีองค์ประกอบหรือ ปัจจัยสำคัญสองประการคือ ธรรมชาติและมนุษย์ในแหล่งหรือท้องถิ่นนั้น โดยธรรมชาตินั้นสร้าง สิ่งแวดล้อมหรือวัตถุดิบให้แก่การผลิตสินค้า ส่วนมนุษย์นั้นใช้ทักษะ ความชำนาญ และภูมิปัญญา ในการผลิตสินค้าทั้งสองปัจจัยจึงได้ก่อให้เกิดสินค้าที่มีคุณภาพหรือคุณลักษณะพิเศษเฉพาะ ด้วย

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 24.

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน. หน้า 24.

เหตุนี้ สิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จึงเป็นสิทธิชุมชน หรือสิทธิของกลุ่มคนที่อยู่ในท้องถิ่นที่ผลิตสินค้า

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่จะขอขึ้นทะเบียนสำหรับสินค้า จะต้องไม่มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

1. เป็นชื่อสามัญของสินค้าที่จะใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น
2. เป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ

ประชาชนหรือนโยบายแห่งรัฐ⁶¹

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของต่างประเทศที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องปรากฏหลักฐานชัดเจนว่าเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของประเทศนั้น และมีการใช้สืบเนื่องตลอดมาจนถึงวันที่ยื่นคำขอขึ้นทะเบียนในประเทศไทย⁶² ตัวอย่างสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของต่างประเทศที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้กับกรมทรัพย์สินทางปัญญา เช่น สุรา Pisco ที่ผลิตจากบริเวณชายฝั่ง ลิมา (Lima) อิก้า (Ica) อเรกิปป่า (Arequipa) โมเคกัว (Moquegua) และหุบเขาโลคุมบ้า (Locumba) ซามา (Sama) คาปลินา (Caplina) แห่งเมืองทักนา (Tacna) ซึ่งอยู่ทางตอนใต้ของประเทศเปรู สุรา Cognac ที่ผลิตจาก แคว้นคอนยัค ประเทศฝรั่งเศส และ แชมเปญ ที่ผลิตจาก แคว้นชองปาญ ประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น

คำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะต้องประกอบด้วยรายละเอียดเกี่ยวกับคุณภาพ ชื่อเสียงหรือคุณลักษณะอื่นของสินค้า แหล่งภูมิศาสตร์ และรายละเอียดอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง⁶³ การที่กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กำหนดให้ต้องมีการระบุรายละเอียดดังกล่าวเป็นการเปิดโอกาสให้นายทะเบียนพิจารณาว่า หากสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (ที่ประกอบด้วยองค์ความรู้หรือภูมิปัญญาท้องถิ่น) ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือนโยบายแห่งรัฐ นายทะเบียนสามารถปฏิเสธคำขอรับจดทะเบียนนั้นได้

5. กฎหมายอื่นๆ

⁶¹ “พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 120, 31 ตุลาคม 2546, หน้า 4

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

⁶³ “กฎกระทรวง ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการขอขึ้นทะเบียน การประกาศโฆษณา การคัดค้านและการโต้แย้งคำคัดค้าน การขึ้นทะเบียน การอุทธรณ์ และการแก้ไขหรือเพิกถอนทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2547” ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 121, 28 เมษายน 2547, หน้า 9.

ภูมิปัญญาอาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอื่นๆ เช่น

5.1 ประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์

มาตรา 420 บัญญัติไว้ว่า "ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น" ดังนั้น หากมีการใช้ภูมิปัญญาโดยมิชอบ ทำให้บุคคลใดเสียหาย บุคคลนั้น (เจ้าของภูมิปัญญา) อาจฟ้องร้องดำเนินคดีเรียกค่าเสียหายจากผู้ละเมิดตามมาตรา 420 ได้

อย่างไรก็ดี เจ้าของภูมิปัญญาและผู้ที่ต้องการใช้ภูมิปัญญาอาจตกลงทำสัญญากันเกี่ยวกับสิทธิในภูมิปัญญาตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) ซึ่งปรากฏในมาตรา 149 -153 และมาตรา 354 -368 โดยรูปแบบของสัญญาอาจอยู่ในรูป Material Transfer Agreement (MTA) ในกรณีนี้ภูมิปัญญาจะได้รับความคุ้มครองแค่ไหน เพียงไร ขึ้นอยู่กับข้อสัญญาที่ได้ตกลงกันได้ เช่น ข้อตกลงเรื่องการเข้าถึงภูมิปัญญา และเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์ เป็นต้น และโดยผลแห่งสัญญานั้นทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องผูกพันตนหรือมีนิติสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน และหากมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายสามารถดำเนินการเรียกร้องหรือดำเนินคดีได้ภายใต้กรอบของกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสัญญา

5.2 ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 206 บัญญัติไว้ว่า "ผู้ใดกระทำด้วยประการใด ๆ แก่วัตถุหรือสถานอันเป็นที่เคารพในทางศาสนาของหมู่ชนใด อันเป็นการเหยียดหยามศาสนานั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ" หากพิจารณาตีความ คำว่า "วัตถุหรือสถานอันเป็นที่เคารพในทางศาสนาของหมู่ชนใด" ตามมาตรา 206 แล้ว น่าจะรวมถึง วัตถุหรือสถานอันเป็นที่เคารพในทางศาสนาที่แสดงออกถึงจารีต ขนบธรรมเนียม และวัฒนธรรมแห่งชุมชนด้วย ดังนั้น หากบุคคลใดกระทำการต่อสิ่งเหล่านั้นอันเป็นการเหยียดหยามศาสนานั้น ย่อมมีความผิดตามมาตรา 206 นี้

ตารางที่ 3-3 สรุปกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญา

กฎหมาย	สิ่งที่คุ้มครอง
1. พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542	1. พันธุ์พืชใหม่ 2. พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น 3. พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป

ตารางที่ 3-3 สรุปกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญา (ต่อ)

กฎหมาย	สิ่งที่คุ้มครอง
	4. พันธุ์พืชป่า
2. พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542	<p>ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ในลักษณะ</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ตำรับยาแผนไทย ตำราการแพทย์แผนไทย <ol style="list-style-type: none"> 1.1 ตำรับยาแผนไทย ตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ 1.2 ตำรับยาแผนไทย ตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไป 1.3 ตำรับยาแผนไทย ตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคล 2. สมุนไพร
3. พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535	<ol style="list-style-type: none"> 1. โบราณสถาน โบราณวัตถุ และศิลปวัตถุทั้งของรัฐและเอกชน 2. มาตรการในการควบคุมการทำเทียมโบราณวัตถุและสิ่งเทียมศิลปวัตถุ
4. พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537	<ol style="list-style-type: none"> 1. งานวรรณกรรม 2. นาฏกรรม 3. ศิลปกรรม 4. ดนตรีกรรม 5. โสตทัศนวัสดุ 6. ภาพยนตร์ 7. สิ่งบันทึกเสียง 8. งานแพร่เสียงแพร่ภาพ 9. งานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ
5. พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่2) พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่3) พ.ศ. 2542	<ol style="list-style-type: none"> 1. การประดิษฐ์ 2. การออกแบบผลิตภัณฑ์

ตารางที่ 3-3 สรุปกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญา (ต่อ)

กฎหมาย	สิ่งที่คุ้มครอง
6. พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. (ฉบับที่2) พ.ศ. 2543	ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตรา ภาพประดิษฐ์ ที่ติดหมายอยู่หรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงความแตกต่างของสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าหนึ่งออกจากเครื่องหมายการค้าอื่นๆ
7. พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545	ความลับทางการค้า
8. พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546	ชื่อหรือสัญลักษณ์หรือสิ่งอื่นใดที่บอกแหล่งผลิตของสินค้า โดยสามารถสื่อให้ผู้บริโภคเข้าใจได้ว่าสินค้านั้นมีคุณภาพหรือคุณลักษณะพิเศษแตกต่างจากสินค้าที่ผลิตในแหล่งผลิตอื่น
9. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	มาตรา 420 บัญญัติไว้ว่า "ผู้ใจจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อ บุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น" เจ้าของภูมิปัญญาและผู้ที่ต้องการใช้ภูมิปัญญาอาจตกลงทำสัญญาเกี่ยวกับสิทธิในภูมิปัญญาตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) ซึ่งปรากฏใน มาตรา 149 -153 และมาตรา 354 -368 โดยรูปแบบของสัญญาอาจอยู่ในรูป Material Transfer Agreement (MTA) ในกรณีนี้ภูมิปัญญาจะได้รับความคุ้มครองแค่ไหน เพียงไร ขึ้นอยู่กับข้อสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้ เช่น ข้อตกลงเรื่องการเข้าถึงภูมิปัญญา และเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์ เป็นต้น
10. ประมวลกฎหมายอาญา	มาตรา 206 บัญญัติไว้ว่า "ผู้ใดกระทำความผิดใด ๆ แก้วัตถุหรือสถานอันเป็นที่เคารพในทางศาสนาของหมู่ชนใด อันเป็นการ

ตารางที่ 3-3 สรุปกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญา (ต่อ)

กฎหมาย	สิ่งที่คุ้มครอง
	<p>เหยียดหยามศาสนานั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”</p>

บทที่ 4

แนวทางในการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย

มาตรการทางกฎหมายและกลไกการคุ้มครองภูมิปัญญาของไทยในปัจจุบัน

1. ผลการศึกษาความหมายของภูมิปัญญา

จากการศึกษา วิเคราะห์แนวคิด ทฤษฎีและวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องกับความหมายของคำว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่น ภูมิปัญญาชาวบ้าน ภูมิปัญญา และภูมิปัญญาไทย พบว่า คำเหล่านี้มีความหมายใกล้เคียงกัน จึงเห็นควรใช้คำว่า “ภูมิปัญญาไทย” เพื่อวัตถุประสงค์ในการจัดระบบการคุ้มครอง เพื่อให้ระบบการคุ้มครองครอบคลุมถึงภูมิปัญญาของชาติด้วย เนื่องจากคำว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่น และภูมิปัญญาชาวบ้าน มีความหมายที่แคบกว่า

นอกจากนี้ เห็นควรให้ความหมายของคำว่า “ภูมิปัญญาไทย” ให้หมายถึง สิ่งที่สั่งสมกันมาตั้งแต่อดีต และเป็นเรื่องของการจัดการความสัมพันธ์ระหว่างคนไทยกับคนไทย คนไทยกับธรรมชาติแวดล้อม คนไทยกับสิ่งเหนือธรรมชาติ โดยผ่านกระบวนการทางจารีตประเพณี วิถีชีวิต การทำมาหากิน และพิธีกรรมต่างๆ เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างความสัมพันธ์เหล่านั้น

2. ผลการศึกษาขอบเขตและประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่น

จากการศึกษา วิเคราะห์แนวคิด ทฤษฎีและวรรณกรรมพบว่า มีแนวคิดที่หลากหลายในการกำหนดขอบเขตขอบเขต ซึ่งอาจใช้คำที่แตกต่างกัน เช่น ประเภท สาขา ลักษณะหมวด เป็นต้น แต่เมื่อพิจารณาจากความถี่ และความซ้ำของข้อมูลที่ใช้ในการวิเคราะห์ พบว่า เป็นการแบ่งประเภทของภูมิปัญญาครอบคลุมเนื้อหา 9 ด้าน ได้แก่

2.1 ด้านภาษาและวรรณกรรม ได้แก่ ความสามารถในการอนุรักษ์และสร้างสรรค์ผลงานด้านภาษา เช่น ภาษาถิ่น ภาษาไทยในภูมิภาคต่างๆ รวมถึงวรรณกรรมท้องถิ่น

2.2 ด้านเกษตรกรรม ได้แก่ ความสามารถในการผสมผสานองค์ความรู้ ทักษะและเทคนิคด้านการเกษตรบนพื้นฐานความรู้ดั้งเดิม เพื่อให้สภาพแวดล้อมในแต่ละพื้นที่ แต่ละฤดูกาล เช่น การทำการเกษตรแบบผสมผสาน

2.3 ด้านความเชื่อ ประเพณี พิธีกรรม ได้แก่ ความสามารถในการประยุกต์ และปรับใช้หลักธรรม คำสอนทางศาสนา ปรัชญา ความเชื่อและประเพณีที่มีคุณค่าให้เหมาะสมกับบริบททางเศรษฐกิจ สังคม เช่น การถ่ายทอดวรรณกรรม คำสอน การบวชป่า

2.4 การละเล่น การแสดง ดนตรีและนันทนาการ ได้แก่ ความสามารถในการสร้างสรรค์การละเล่น การแสดง ดนตรี และนันทนาการ เช่น หมอลำ โขน หนังใหญ่ เพลงพื้นบ้าน เพลงไทยเดิม เป็นต้น

2.5 ด้านศิลปกรรม ได้แก่ ความสามารถในการสร้างสรรค์ผลงานด้านศิลปะต่างๆ เช่น จิตรกรรม ประติมากรรม สถาปัตยกรรม

2.6 ด้านอาหารและโภชนาการ ได้แก่ ความสามารถในการเลือกสรร ประดิษฐ์ และปรุงแต่งอาหารและยาได้เหมาะสมกับความต้องการของร่างกายในสภาวะการณ์ต่างๆ

2.7 ด้านการแพทย์แผนไทย ได้แก่ ความสามารถในการจัดการป้องกัน และรักษาสุขภาพของคนในชุมชน โดยเน้นให้ชุมชนสามารถพึ่งพาตนเองทางด้านสุขภาพและอนามัยได้ เช่น ความสามารถในการผลิตยาจากสมุนไพรอันมีอยู่หลากหลาย การวางแผนโบราณ การดูแลรักษาสุขภาพแบบพื้นบ้าน เป็นต้น

2.8 ด้านอุตสาหกรรมและหัตถกรรม ได้แก่ การรู้จักใช้ความรู้ในการแปรรูปผลผลิต ซึ่งเป็นกระบวนการที่ช่วยให้ชุมชนท้องถิ่นสามารถพึ่งพาตนเองทางเศรษฐกิจได้ สามารถผลิตจำหน่ายผลผลิตหัตถกรรม

2.9 ด้านการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ได้แก่ ความสามารถในการอนุรักษ์พัฒนาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน เช่น การทำแนวปะการังเทียม การอนุรักษ์ป่าชายเลน การจัดการป่าต้นน้ำและป่าชุมชน เป็นต้น

3. ผลการศึกษารูปแบบ กลไกทางกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญา

3.1 การคุ้มครองโดยระบบเฉพาะ (Sui Generis System)

ความตกลง TRIPS ภายใต้ WTO มาตรา 27 (3)(b) กล่าวถึงการคุ้มครอง “พันธุ์พืชใหม่” ว่าให้ได้รับการคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธิบัตร (Patent) หรือระบบเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ (Effective Sui Generis System) หรือ ระบบผสมผสานระหว่างระบบสิทธิบัตรและระบบเฉพาะ หลักการของการคุ้มครองในระบบเฉพาะดังกล่าวอาจนำมาปรับใช้เพื่อให้การคุ้มครอง “ภูมิปัญญา” ได้อย่างเหมาะสม

การที่ความตกลงระหว่างประเทศเปิดโอกาสให้ประเทศต่างๆ จัดระบบการคุ้มครองเป็นระบบเฉพาะ เป็นการเปิดโอกาสให้ประเทศต่างๆ ออกแบบระบบการคุ้มครองที่เหมาะสมกับลักษณะของสิ่งที่ต้องการให้ได้รับการคุ้มครอง (Subject Matter) และสอดคล้องกับระบบกฎหมายที่ใช้อยู่ในแต่ละประเทศ

ปัจจุบันประเทศไทยให้การคุ้มครองภูมิปัญญาบางประเภทภายใต้กฎหมายเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติคุ้มครองโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ ตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535

การคุ้มครองภูมิปัญญาตามกฎหมายเหล่านี้ จัดได้ว่าเป็นการคุ้มครองโดยระบบเฉพาะ (Sui Generis System) อย่างไรก็ดี ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาทุกประเภทเป็นการทั่วไป กฎหมายสามฉบับข้างต้น ถูกตราขึ้นมาเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาบางประเภทที่เห็นว่า มีความสำคัญเท่านั้น ดังนั้น เพื่อให้การคุ้มครองภูมิปัญญาไทยมีความสมบูรณ์ ไทยอาจพิจารณาปรับปรุงหรือออกกฎหมายใหม่ เพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาไทยให้ครบทุกประเภท

จากการวิเคราะห์กฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยในปัจจุบัน พบปัญหาและช่องโหว่ของกฎหมายที่ควรได้รับการพิจารณา ดังนี้

3.1.1 พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542

ปัญหาของพ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 มีอยู่หลายประการ ดังนี้

3.1.1.1 ในส่วนการคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นมีปัญหาอุปสรรคและข้อถกเถียงหลายประการ เช่น

คำนิยามของ “ชุมชน” มีปัญหาข้อขัดแย้งกันมาอย่างต่อเนื่องว่า กฎหมายกำหนดให้ชุมชน หมายถึง “กลุ่มของประชาชนที่ตั้งถิ่นฐานและสืบทอดระบบวัฒนธรรมร่วมกันมาอย่างต่อเนื่องและได้ขึ้นทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้” มีปัญหาว่า “สืบทอดระบบวัฒนธรรมร่วมกันมาอย่างต่อเนื่อง” ควรจะมีระยะเวลาานานกี่ปี จำเป็นต้องมีข้อยุติกำหนดไว้ในกฎกระทรวงว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการขึ้นทะเบียนชุมชน และหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการจดทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น พ.ศ. 2549 ชุมชนควรมีขนาดเท่าใด

การกำหนดนิยาม “พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น” ว่า “เป็นพันธุ์พืชที่มีอยู่เฉพาะในชุมชนใดชุมชนหนึ่งภายในราชอาณาจักร” นั้น ตามความเป็นจริง เป็นไปได้ยากที่จะหาพันธุ์พืชใดที่มีอยู่เฉพาะในชุมชนเดียว เนื่องจากพันธุกรรมพืชสามารถเคลื่อนย้ายได้ตลอดเวลา โดยวิธีต่างๆ เช่น มนุษย์ สัตว์ หรือลม อาจป็นพาหะนำส่วนขยายพันธุ์ (เช่น เมล็ดพันธุ์) ไปตกในพื้นที่อื่นๆ ได้

3.1.1.2 พันธุ์พืชทั้ง 3 ประเภทตามพ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ได้แก่ พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่าอาจเข้าข่ายเป็นสมุนไพร ซึ่งต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ด้วย จึงเกิดความซ้ำซ้อนกันของกฎหมาย 2 ฉบับ

3.1.1.3 การคุ้มครองพันธุ์พืชตามพ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ไม่ครอบคลุมองค์ความรู้ที่เกี่ยวกับพันธุ์พืช เช่น องค์ความรู้เกี่ยวกับคุณสมบัติพิเศษของพันธุ์

พืชที่ชุมชนได้ใช้ในการประกอบอาหาร สร้างที่อยู่อาศัย ทำยารักษาโรค ซึ่งเป็นองค์ความรู้ที่มีคุณค่า แต่กฎหมายฉบับนี้ไม่ครอบคลุมถึง

3.1.2 พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ให้การคุ้มครองภูมิปัญญาที่มีปรากฏหรือมีการใช้ประโยชน์มาแล้ว ซึ่งเป็นเรื่องใหม่ที่ยังไม่มีบทเรียนหรือกรณีศึกษาให้ได้ศึกษาแนวทางที่เหมาะสมสอดคล้องกับสภาพการณ์ที่ถูกต้องอย่างแท้จริง จึงอาจพบปัญหาทั้งในทางกฎหมายและในทางปฏิบัติ เช่น

3.1.2.1 คำนิยามของสมุนไพรถูกกำหนดไว้อย่างกว้าง ซึ่งมีผู้ให้ความเห็นว่า น่าจะเข้าซ้อนกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ.2503 แก้ไข พ.ศ.253 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ.2502 พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ.2535 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ.2504 พระราชบัญญัติบำรุงพันธุ์สัตว์ พ.ศ.2509 พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 พระราชบัญญัติกักพืช พ.ศ.2507 พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ.2490 และ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ.2535 ซึ่งทำให้การขออนุญาตใช้ประโยชน์จากสมุนไพรมีความยุ่งยากมากขึ้นเพราะไม่ความชัดเจนว่าจะต้องดำเนินการตามกฎหมายใดบ้าง

3.1.2.2 กฎหมายได้ให้คำนิยามว่า “ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย” “ตำราการแพทย์แผนไทย และ “ตำรับยาแผนไทย” ซึ่งนิยามดังกล่าวก่อให้เกิดข้อถกเถียงในระหว่างนักวิชาการว่า การรักษาบำบัดในลักษณะที่เป็นความเชื่อ ประเพณี เช่น ชู่วัว ล่าผีฟ้าในกลุ่มไทยอีสาน โฉลมา - มวดในกลุ่มไทยเขมร ตีอตรีในกลุ่มไทยใต้ เป็นต้น สามารถได้รับการคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้หรือไม่ ซึ่งอาจมองว่าเป็นช่องโหว่ในการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยด้านการแพทย์

3.1.2.3 พระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่มีบทบัญญัติโดยตรงเรื่องการนำภูมิปัญญาไปใช้ในทางที่เสื่อมเสีย โดยอย่างยิ่งเฉพาะการเผยแพร่ตำรับยาแผนไทยของชาติหรือตำราการแพทย์แผนไทยของชาติผ่านสื่อต่างๆ เช่น นำไปใช้เป็นส่วนหนึ่งของละคร เช่น การนำเสนอเรื่องล่าผีฟ้าในการรักษาโรค มีข้อพิจารณาว่าจะมีผลกระทบต่อคุณค่าของภูมิปัญญาไทยหรือสร้างความเสื่อมเสียหรือไม่ อย่างไร เป็นต้น

3.1.2.4 การบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร เนื่องจากยังขาดฐานข้อมูลภูมิปัญญาหรือทำเนียบภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยที่มีความสมบูรณ์ครอบคลุมภูมิปัญญาด้านการแพทย์แผนไทยที่สามารถนำไปใช้เป็นหลักฐานในการอ้าง

สิทธิความเป็นเจ้าของได้และในการพัฒนาระบบฐานข้อมูลยังขาดการผลักดันเชิงนโยบายอย่างจริงจังและต่อเนื่อง

3.1.3 พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535

สิ่งที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัตินี้เป็นอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่าง (Tangible Property) แต่ยังไม่ครอบคลุมเรื่องที่มีความสำคัญ เช่น 3.1) ไม่คุ้มครององค์ความรู้ (Intangible Knowledge) เช่น องค์ความรู้ด้านการช่างของไทย 3.2) ไม่มาตรการป้องกันหรือลงโทษสำหรับการทำให้โบราณสถาน โบราณวัตถุศิลปวัตถุ เสื่อมเสีย เช่น การนำรูปพระพุทธรูปไปทอเป็นพรมปูพื้น หรือการนำเศียรพระที่เป็นสิ่งเทียมโบราณวัตถุไปเป็นที่วางเครื่องประดับในร้านค้า เป็นต้น

3.2 การคุ้มครองโดยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่างๆ

ในการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาทุกฉบับ เพื่อหามาตรการคุ้มครองภูมิปัญญาภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทย พบมาตรการทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่สามารถนำมาใช้เพื่อเสริมการคุ้มครองภูมิปัญญาได้ ดังนี้

3.2.1 กฎหมายลิขสิทธิ์

กฎหมายลิขสิทธิ์มุ่งคุ้มครองการแสดงออกทางความคิด (Expression of Idea) ซึ่งครอบคลุมงาน 9 ประเภท งานวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ¹

หากพิจารณางานสร้างสรรค์ 9 ประเภทที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้การคุ้มครอง จะพบว่าภูมิปัญญา (Traditional Knowledge) อาจแฝงตัวอยู่ในงานสร้างสรรค์ดังกล่าว เช่น ตัวอย่างที่ 1: งานวรรณกรรม เช่น หนังสืออันมีลิขสิทธิ์ที่กล่าวถึงการละเล่นหรือการแสดงวิธีการนวดแผนไทยหรือมวย เป็นต้น อย่างไรก็ดี กฎหมายลิขสิทธิ์มุ่งที่จะคุ้มครองการแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea) คือตัวงานวรรณกรรม (หนังสือ) โดยห้ามบุคคลใดทำสำเนาไปเผยแพร่ ส่งผลเป็นการป้องกันไม่ให้องค์ความรู้ถูกเผยแพร่ทั่วไปมาก อย่างไรก็ดี กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครองไปถึงภูมิปัญญาที่เขียนไว้ในหนังสือเล่มนั้น ตัวอย่างที่ 2: การแสดงลำตัด ที่ประกอบด้วยการรำ การเดิน การทำท่า และการแสดง โดยถ่ายทอดเรื่องราววิถีชีวิตชาวบ้าน ขนบธรรมเนียม และประเพณีแห่งท้องถิ่น อาจ

¹ “พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537”, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 111, 21 ธันวาคม 2537, หน้า 5.

ได้รับความคุ้มครอง อย่างงาน “นาฏกรรม” ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครองไปถึงองค์ความรู้หรือ วิธีการแสดงลำดับ ตลอดทั้ง วิธีชีวิตชาวบ้าน ขนบธรรมเนียม และประเพณีแห่งท้องถิ่น ที่ซ่อนอยู่ในการแสดงลำดับ แต่อย่างไร

นอกจากนี้ การที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้อายุการคุ้มครองที่จำกัด (Term of Protection) แก่งานสร้างสรรค์ที่แสดงออกซึ่งความคิดหรือภูมิปัญญา ทำให้ภูมิปัญญาที่แม้จะมีการแสดงออกก็ได้รับความคุ้มครองเพียงชั่วระยะเวลาหนึ่งเท่านั้นเมื่อหมดอายุการคุ้มครองก็จะตกเป็นของสาธารณะ (Public Domain) ซึ่งผู้ใดจะนำไปแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือพัฒนาต่อยอดได้โดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทนให้แก่ผู้แสดงออกซึ่งภูมิปัญญาแต่อย่างใด

เจตนารมณ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์มุ่งให้การคุ้มครองอย่างจำกัดก็เพื่อสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ของผู้แสดงออกซึ่งภูมิปัญญา (เจ้าของลิขสิทธิ์) และ ประโยชน์ของสาธารณะ ซึ่งแตกต่างจากเจตนารมณ์ของการคุ้มครองภูมิปัญญาที่เห็นว่าภูมิปัญญาเป็นสิทธิชุมชน (Community Rights) ซึ่งควรได้รับการคุ้มครองตลอดไปโดยชุมชนผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาควรได้รับผลประโยชน์ทุกครั้งที่มีการนำภูมิปัญญาไปใช้

อุปสรรคอีกประการหนึ่งในการใช้กฎหมายลิขสิทธิ์คุ้มครองภูมิปัญญา คือ การคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์จำเป็นต้องรู้ตัวผู้สร้างสรรค์เพื่อประโยชน์ในการนับอายุการคุ้มครองซึ่งในทางปฏิบัติ การสืบทราบหรือระบุให้ชัดเจนว่าผู้ใดเป็นผู้สร้างสรรค์ภูมิปัญญาเป็นเรื่องที่ทำได้ยาก

ดังนั้น จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า แม้กฎหมายลิขสิทธิ์จะคุ้มครองภูมิปัญญาได้อยู่บ้าง แต่ก็อาจไม่เพียงพอและอยู่ในขอบเขตที่จำกัด ไม่สามารถคุ้มครองตัวภูมิปัญญาที่แท้จริงได้

3.2.2 กฎหมายสิทธิบัตร

กฎหมายสิทธิบัตรมุ่งคุ้มครองการประดิษฐ์ใหม่และการออกแบบผลิตภัณฑ์ใหม่ ดังนั้นภูมิปัญญาดั้งเดิมซึ่งเป็นของเก่าจึงไม่อยู่ในข่ายที่จะได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรได้โดยตรง

อย่างไรก็ดี มีแนวทางที่สามารถนำกฎหมายสิทธิบัตรมาคุ้มครองภูมิปัญญาดั้งเดิมโดยทางอ้อมได้ เช่น เมื่อมีการนำภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยและสมุนไพรไทยมาพัฒนาต่อยอดเพื่อผลิตยาหรือใช้ประโยชน์ในทางการแพทย์ สามารถนำส่วนที่ต่อยอดขึ้นใหม่มาจดทะเบียนสิทธิบัตรหรือ อนุสิทธิบัตร และ โดยที่กฎหมายสิทธิบัตรห้ามนำการประดิษฐ์ที่ไม่มีคามใหม่หรือเป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่แล้วมาจดทะเบียน โดยระบบสิทธิบัตรเองจึงเป็นระบบที่ป้องกันมิให้ผู้หนึ่งผู้ใดนำภูมิปัญญาที่มีอยู่แล้วดังกล่าว มาจดทะเบียนสิทธิบัตรหรือ อนุสิทธิบัตรเพื่อให้เป็นสิทธิของบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้ จึงถือว่าเป็นการคุ้มครองภูมิปัญญาโดยอ้อม ทั้งนี้ การที่จะนำมาตราการตามกฎหมายสิทธิบัตรนี้มาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ จำเป็นต้องมีฐานข้อมูลภูมิปัญญา หรือทรัพยากรชีวภาพที่

เป็นของดั้งเดิมของไทยที่ผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรสามารถเข้าไปตรวจสอบได้ว่าสิ่งใดเป็นภูมิปัญญาไทยที่มีอยู่แล้ว

นอกจากนี้ มาตรา 17 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 บังคับให้มีการเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ในคำขอรับสิทธิบัตร ซึ่งโดยหลักการทำให้ผู้ประดิษฐ์หรือผู้ออกแบบผลิตภัณฑ์ที่ได้ใช้ภูมิปัญญาหรือองค์ความรู้แห่งชุมชนเป็นฐานในการพัฒนางานของตน ต้องอ้างอิงภูมิหลังหรือแหล่งที่มาขององค์ความรู้ไว้ในคำขอรับสิทธิบัตรด้วย อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการเปิดเผยภูมิหลังหรือแหล่งที่มาขององค์ความรู้ไว้ในคำขอรับสิทธิบัตร แต่กฎหมายสิทธิบัตรก็ไม่ได้มีข้อกำหนดให้ต้องได้รับความยินยอมและมีการแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่ชุมชนที่เป็นเจ้าขององค์ความรู้ไว้แต่อย่างใด ดังนั้น จึงอาจมีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายสิทธิบัตรให้รวมถึงเรื่องดังกล่าว ซึ่งหากทำสำเร็จ ก็จะเป็นการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น และทรัพยากรชีวภาพของไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพ

มีข้อสังเกตว่า การคุ้มครองภูมิปัญญาอาจครอบคลุมสิ่งต่างๆ ที่นอกเหนือจากการประดิษฐ์และการออกแบบผลิตภัณฑ์ด้วย เช่น ความเชื่อ ประเพณี และพิธีกรรม เป็นต้น ดังนั้นแม้ภูมิปัญญาอาจได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรแต่ก็อาจไม่ครอบคลุมภูมิปัญญาทุกประเภท

3.2.3 กฎหมายเครื่องหมายการค้า

ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2 ว่ากฎหมายเครื่องหมายการค้ามีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครอง ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตรา ภาพประดิษฐ์ เพื่อไม่ให้สาธารณชนผู้บริโภคสับสนหลงผิดในแหล่งที่มาของสินค้าและบริการ โดยไม่ได้คุ้มครององค์ความรู้ในการผลิตสินค้าและบริการแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี แม้การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าจะไม่ได้เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยตรง แต่หลายครั้ง ได้มีการนำชื่อที่เรียกขานภูมิปัญญาท้องถิ่น เช่น “ถ้ายี่ดัดตน” มาใช้เป็นชื่อเครื่องหมายการค้า เพื่อให้สาธารณชนสับสนหลงผิดในแหล่งที่มาของสินค้าและบริการ ในกรณีเช่นนี้ อาจถือได้ว่า ชื่อเรียกขานภูมิปัญญาดังกล่าวเป็นคำสามัญ หรือเป็นเครื่องหมายการค้าที่ ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรัฐประศาสนนโยบาย ซึ่งต้องห้ามรับจดทะเบียน ระบบเครื่องหมายการค้าจึงถือเป็นการคุ้มครองภูมิปัญญาโดยทางอ้อม โดยการไม่รับจดทะเบียนถ้อยคำดังกล่าวเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้นำชื่อเรียกขานภูมิปัญญาของไทยไปจดทะเบียนและใช้เป็นเครื่องหมายการค้าของตนอันเป็นอุปสรรคแก่คนอื่นที่จะเรียกขานสินค้าและบริการที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาไทยดังกล่าวได้

3.2.4 กฎหมายความลับทางการค้า

เงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งของการคุ้มครองความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 คือ ข้อมูลการค่านั้นต้องยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว ดังนั้น ภูมิปัญญาที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายความลับทางการค้าจะต้องเป็นภูมิปัญญาที่เป็นความลับ ปัญหาที่พบบ่อยครั้งในการคุ้มครองภูมิปัญญาภายใต้กฎหมายความลับทางการค้า คือ โดยส่วนใหญ่แล้วภูมิปัญญาเป็นองค์ความรู้ที่สืบทอดผ่านกาลเวลาค่อนข้างหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง มีการสืบสาน ถ่ายทอดบอกเล่า และถือปฏิบัติที่สืบเนื่องยาวนาน ดังนั้นจึงอาจสันนิษฐานได้ว่า ภูมิปัญญาบางส่วนถูกเปิดเผยแล้ว ไม่ใช่ข้อมูลที่เป็นความลับ ที่อยู่ในข่ายที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายความลับทางการค้าแล้ว

อย่างไรก็ดี เพื่อให้สามารถใช้ประโยชน์ในกฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้าเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาไทย จำเป็นต้องใช้มาตรการเสริม โดยตรงทำให้ชุมชนที่เป็นแหล่งกำเนิด ภูมิปัญญา ปกปิดองค์ความรู้ที่สำคัญบางส่วน ไม่ให้บุคคลนอกชุมชนรับทราบ และหากมีผู้ใดแอบนำไปเปิดเผย ผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบเปิดเผยความลับทางการค้าของผู้อื่น

3.2.5 กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ คือ การคุ้มครองชื่อ สัญลักษณ์ หรือสิ่งอื่นใดที่บอกแหล่งผลิตของสินค้าที่สามารถสื่อให้ผู้บริโภคเข้าใจได้ว่าสินค้านั้นมีคุณภาพหรือคุณลักษณะพิเศษแตกต่างจากสินค้าที่ผลิตในแหล่งผลิตอื่น อย่างไรก็ดี กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์คุ้มครองเพียงชื่อเรียกขาน โดยไม่ได้คุ้มครองตัวภูมิปัญญาหรือทรัพยากรชีวภาพด้วยโดยตรง

ยกตัวอย่างเช่น กรณีข้าวขาวดอกมะลิ 105 (Jasmine Rice 105) ซึ่งเป็นพันธุ์ข้าวที่มีกลิ่นหอมและนุ่มอันเป็นลักษณะเฉพาะของพันธุ์ข้าวที่สามารถปลูกได้ในพื้นที่ของประเทศไทย ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่า กระทรวงเกษตรแห่งสหรัฐอเมริกาได้ดำเนินโครงการวิจัยปรับปรุงพันธุ์ข้าวหอมมะลิไทยภายใต้ชื่อโครงการ “The Stepwise Program for Improvement of Jasmine Rice for the United States” โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะพัฒนาสายพันธุ์ข้าวหอมมะลิให้สามารถปลูกได้ในสหรัฐอเมริกาเพื่อเป็นการแข่งขันกับข้าวหอมมะลิที่นำเข้าจากประเทศไทย ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่าไทยสามารถดำเนินการตามกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เพื่อห้ามสหรัฐอเมริกาไม่ให้ใช้ชื่อ Jasmine Rice 105 กับข้าวขาวดอกมะลิ 105 ที่ปลูกในสหรัฐอเมริกาที่จะนำมาขายแข่งกับไทยได้แต่ไม่สามารถห้ามการนำพันธุ์ข้าวอันเป็นทรัพยากรชีวภาพ (ภูมิปัญญา) ของไทยไปปลูกหรือทำการวิจัยและปรับปรุงพันธุ์ ซึ่งหากสหรัฐอเมริกาทำการปรับปรุงพันธุ์ข้าวขาวดอกมะลิ 105 ได้สำเร็จก็

อาจนำไปขอรับสิทธิบัตร หรือจดทะเบียนตามกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชได้ ซึ่งจะก่อให้เกิดผลเสียหายแก่ประเทศไทย

แม้ภูมิปัญญาอาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอยู่บ้าง ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่การคุ้มครองภูมิปัญญาภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแต่เพียงอย่างเดียวอาจไม่เพียงพอ เพราะกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละฉบับ เช่น กฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายเครื่องหมายการค้า กฎหมายความลับทางการค้า และกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ได้ถูกตราขึ้นด้วยขอบเขต วัตถุประสงค์ และเหตุผลในการคุ้มครองสิ่งต่างๆ ที่แตกต่างกัน ดังนั้นจึงจำเป็นต้องปรับปรุงแก้ไขหรือออกกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาไทยโดยระบบเฉพาะ (Sui Generis System) เพิ่มเติม

3.3 การคุ้มครองภูมิปัญญาโดยวิธีอื่นๆ

นอกจากมาตรการทางกฎหมายแล้ว จากการศึกษาพบว่า มีมาตรการอื่นๆ ที่มีความสำคัญและสามารถนำมาใช้เพื่อคุ้มครองภูมิปัญญา ดังนี้

3.3.1 การจัดให้มีฐานข้อมูลภูมิปัญญา (Traditional Knowledge Database) จะเป็นส่วนช่วยในการบริหารจัดการและคุ้มครองภูมิปัญญาด้วย กล่าวคือ ฐานข้อมูลภูมิปัญญาจะสามารถสนับสนุนการอ้างสิทธิความเป็นเจ้าของและช่วยป้องกันผู้อื่น ไม่นำภูมิปัญญาไปใช้โดยมิชอบ (Misappropriation) บุคคลใดๆ ที่ต้องการใช้ภูมิปัญญาสามารถทำการค้นหาข้อมูลภูมิปัญญาจากฐานข้อมูลได้ว่า ภูมิปัญญานั้นมีใครเป็นเจ้าของหรือไม่ ถ้าหากมีเจ้าของชุมชนใดเป็นเจ้าของ กระบวนการค้นหาข้อมูลภูมิปัญญาจากฐานข้อมูล คือ การทำ Prior Art Search ซึ่งเป็นขั้นตอนสืบค้นที่สำคัญก่อนที่บุคคลใดจะนำภูมิปัญญาไปพัฒนาต่อยอดหรือใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือนำไปจดสิทธิบัตรได้โดยมั่นใจว่าไม่ละเมิดสิทธิของชุมชนซึ่งเป็นเจ้าของภูมิปัญญา ประเทศอินเดียเป็นตัวอย่างของประเทศที่ได้จัดให้มีฐานข้อมูลภูมิปัญญา โดยอยู่ในรูปแบบ Traditional Knowledge Resource Classification (TKRC) และมีการแปลไว้ถึง 5 ภาษา คือ ภาษาอังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และสเปน

ปัจจุบัน WIPO ได้พยายามรวบรวมและเผยแพร่ฐานข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาไว้ในเว็บไซต์ เช่น ฐานข้อมูล TKRC ของอินเดีย ฐานข้อมูลสิทธิบัตรยาจีนแผนโบราณ (Chinese Traditional Medicine Patents Database) และฐานข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นของธนาคารโลก (World Bank's Indigenous Database) เป็นต้น

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า การนำภูมิปัญญามารวมไว้ในฐานข้อมูล หากทำโดยขาดความรอบคอบจะเป็นดาบสองคม กล่าวคือ แม้ว่าฐานข้อมูลจะมีประโยชน์ในแง่เป็นแหล่งรวบรวมว่าใครเป็นเจ้าของภูมิปัญญาในส่วนใด สามารถนำมาใช้อ้างอิงติดตามทวงสิทธิและป้องกันการใช้

ภูมิปัญญาโดยไม่ชอบแต่ก็อาจทำให้ผู้ที่มิเจตนาทุจริตสามารถเข้าถึงและนำภูมิปัญญาไปใช้ได้ โดยง่ายเช่นเดียวกัน มีผู้ให้ความเห็นต่อปัญหานี้ว่า อาจแก้ไขได้โดยการจำกัดการเข้าถึง (Restricted Access) ฐานข้อมูลในทำนองเดียวกับที่ใช้จำกัดการเข้าถึงฐานข้อมูลความลับทางการค้า เช่น ใ้บุคคลภายนอกสามารถเข้าถึงเพียงข้อมูลเบื้องต้นเท่านั้น ผู้ที่จะเข้าถึงข้อมูลภูมิปัญญาในเชิงลึกจะต้องได้รับอนุญาต

3.3.2 ใช้กฎหมายทั่วไปเรื่องนิติกรรมสัญญาในการคุ้มครองภูมิปัญญา โดยให้ประเทศที่ต้องการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาทำสัญญากับประเทศเจ้าของภูมิปัญญาโดยกำหนดเงื่อนไขการเข้าถึงภูมิปัญญาและการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างชัดเจน โดยอาจทำเป็น Material Transfer Agreement เช่น การทำความตกลงด้านความร่วมมือในการวิจัยซึ่งควรมีข้อกำหนดเรื่องความเป็นเจ้าของภูมิปัญญาดั้งเดิมและผลการวิจัย ตลอดจนเงื่อนไขการแบ่งปันผลประโยชน์ไว้ให้ชัดเจน

3.3.3 มาตรการด้านสังคมและส่งเสริมการเรียนรู้จากประสบการณ์

3.3.3.1 ควรมีการเปลี่ยนแปลงวิธีคิดของคนไทยเกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพ ทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาเสียใหม่ กล่าวคือ แต่เดิมคนไทยอาจคิดว่าการที่เราได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการวิจัยกับต่างชาติเพื่อใช้ประโยชน์จากสิ่งเหล่านี้เป็นการที่เราได้มีโอกาสเรียนรู้เทคโนโลยีและกระบวนการวิจัย ดังนั้นการที่คนอื่นจะใช้ของของเราก็ยอมๆ กันไป แต่ในความเป็นจริงเราอาจลืมไปว่าการวิจัยในปัจจุบันไม่ได้จบอยู่ที่การเอาผลการวิจัยไปใช้ประโยชน์ในทางการค้าแต่ยังมีการนำไปจดทะเบียนทรัพย์สินทางปัญญาด้วยซึ่งอาจทำให้คนไทยเสียสิทธิในภูมิปัญญาในประเทศที่ถูกนำไปจดทะเบียน ดังนั้น คนไทยอาจต้องเปลี่ยนวิธีคิดในเรื่องของความร่วมมือในการวิจัยเสียใหม่โดยต้องเข้าใจว่าสิ่งที่เราแลกมาจากระบวนการวิจัยไม่ว่าจะเป็นเทคโนโลยี ความช่วยเหลือทางการวิจัยเล็กๆ น้อยๆ มีผลข้างเคียงและกระทบต่อผลประโยชน์ของประเทศ

3.3.3.2 ควรมีการเสริมสร้างความเข้มแข็งให้แก่ชุมชนท้องถิ่นในการจัดการดูแลทรัพยากรชีวภาพอย่างต่อเนื่อง ปัจจุบันมีชุมชนท้องถิ่นในทุกภูมิภาคของประเทศไทยจำนวนมากที่ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงศักยภาพ ความสามารถในการคุ้มครองดูแลทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญา และการใช้ประโยชน์จากสิ่งเหล่านี้ตามแนวทางการพัฒนาอย่างยั่งยืน ปลูกฝัง ความรู้แก่เยาวชนในระบบการศึกษา สร้างความเข้มแข็งให้แก่ชุมชนท้องถิ่นควบคู่ไปกับการรับรองสิทธิชุมชนตามกฎหมายจะเป็นยุทธศาสตร์ที่สำคัญในการแก้ปัญหาการใช้ภูมิปัญญาโดยไม่ชอบ ตลอดจนทั้งปัญหาโจรสลัดชีวภาพ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และยังช่วยกำจัดข้อจำกัดในการปฏิบัติงานขององค์กรภาครัฐด้วย

มาตรการทางกฎหมายและกลไกการคุ้มครองภูมิปัญญาของไทยในปัจจุบัน

กรณีศึกษา : ฤาษีตัดตน

จากการวิเคราะห์ปัญหา อุปสรรค และแนวทางในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยในภาพรวม กับธุรกิจการนวดแผนโบราณและสปา พบว่า ไทยเคยมีประเด็นปัญหากรณีต่างชาตินำคำว่า “ฤาษีตัดตน” ไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าในต่างประเทศ ตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 ซึ่งเป็นที่สนใจและสร้างความวิตกกังวลแก่คนไทยอย่างกว้างขวางว่า การกระทำดังกล่าวกระทบสิทธิในภูมิปัญญาของคนไทย ผู้ทำการศึกษาจึงเห็นควรหยิบยกเรื่องดังกล่าวเป็นกรณีศึกษา เพื่อให้ทราบถึงข้อเท็จจริง ปัญหาที่เกิดขึ้น การดำเนินการแก้ไขปัญหา และเป็นการเรียนรู้จากประสบการณ์เพื่อเป็นแนวทางการกำหนดมาตรการคุ้มครองภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับ “ฤาษีตัดตน” และภูมิปัญญาด้านอื่นๆของไทยในอนาคต

1. ข้อเท็จจริง

เมื่อปี 2549 ปราบกฏเป็นข่าวทางสื่อมวลชนเกี่ยวกับนักธุรกิจชาวญี่ปุ่นที่ได้เข้ามาอบรมการนวดแผนไทยที่วัดโพธิ์และได้รับใบประกาศผ่านการอบรม หลังจากนั้นได้เดินทางกลับไปดำเนินกิจการนวดแผนไทยที่ประเทศญี่ปุ่น โดยได้ยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าคำว่า “ฤาษีตัดตน” เป็นภาษาอังกฤษและอักษรคาตากานะ จำนวน 2 เครื่องหมาย คือ

1.1 เครื่องหมายการค้าที่ใช้กับหนังสือพิมพ์และนิตยสารซึ่งได้รับจดทะเบียนเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549

1.2 เครื่องหมายบริการที่ใช้กับบริการการสอนโยคะแบบไทยซึ่งได้รับจดทะเบียนเมื่อวันที่ 17 มีนาคม 2549

นอกจากนี้ นักธุรกิจชาวญี่ปุ่นยังจดทะเบียนนิติบุคคลชื่อ “ห้างหุ้นส่วน ฤาษีตัดตน จำกัด” และระบุในเว็บไซต์ว่าหากบุคคลใดนำคำว่า “ฤาษีตัดตน” ไปใช้จะมีความผิดตามกฎหมาย

2. การดำเนินการแก้ไขปัญหาของไทย

ในการแก้ไขปัญหาในเรื่องนี้ กรมทรัพย์สินทางปัญญาได้หารือกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น กรมการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก สมาคมแพทย์แผนโบราณวัดพระเชตุพนฯ (วัดโพธิ์) และดำเนินการ ดังนี้

2.1 มีหนังสือถึง JPO (Japan Patent Office - JPO) ขอให้เพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าวและไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายที่ใช้คำว่าฤาษีตัดตนอีกในอนาคต เนื่องจากจะส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการทั้งไทยและญี่ปุ่น

2.2 ได้ว่าจ้างบริษัททนายความในญี่ปุ่นให้ยื่นหนังสือต่อ JPO เพื่อเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมาย “ฤาษีตัดตน” ทั้งสองคำขอเมื่อวันที่ 29 พฤษภาคม 2549

เมื่อวันที่ 17 เมษายน 2550 JPO ได้มีคำวินิจฉัยเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า “ฤาษีคัตตัน” ที่ได้เคยให้ไว้กับชาวญี่ปุ่นทั้งสองคำขอ โดยให้เหตุผลว่าการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าของญี่ปุ่น มาตรา 4(1) vii กล่าวคือ

ฤาษีคัตตันเป็นสมบัติของประเทศไทยและประชาชนชาวไทย เนื่องจากเป็นสิ่งที่สร้างขึ้นและรักษาไว้โดยพระมหากษัตริย์ไทย เพื่อใช้รักษาอาการเจ็บป่วยของคนไทยและกลายมาเป็นภูมิปัญญาดั้งเดิม จนต่อมารัฐบาลไทยโดยกระทรวงสาธารณสุขได้มีโครงการระยะยาวเพื่อฟื้นฟูภูมิปัญญาดังกล่าว นอกจากนี้ สังคมไทยเป็นสังคมระบอบพระมหากษัตริย์ และให้ความเคารพต่อสถาบันพระมหากษัตริย์อย่างมาก ดังนั้นฤาษีคัตตันจึงเป็นสมบัติของชาติและประชาชนชาวไทย

ชาวญี่ปุ่นที่ได้รับการจดทะเบียนไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับประเทศไทยและไม่ได้เป็นคนไทย ได้ยื่นขอจดทะเบียนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากโรงเรียนแพทย์แผนโบราณ (วัดโพธิ์) จึงถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยมิชอบ ถึงแม้ว่าผู้ได้รับการจดทะเบียนจะไม่ได้มีเจตนาไม่สุจริตก็ตาม

การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าวในประเทศญี่ปุ่น เป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความซื่อสัตย์ระหว่างประเทศของญี่ปุ่นและไทย

3. การวิเคราะห์ปัญหา และการดำเนินการแก้ไขปัญหาคกรณี “ฤาษีคัตตัน”

ในภาพรวมผู้ศึกษาเห็นว่า คนทั่วไปยังขาดข้อมูล ข้อเท็จจริง ความเข้าใจเกี่ยวกับการคุ้มครองภูมิปัญญา จึงทำให้การวิเคราะห์ประเด็นปัญหามีความคลาดเคลื่อน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องดังต่อไปนี้

3.1 คนทั่วไปยังขาดข้อมูล และความเข้าใจเกี่ยวกับการคุ้มครองภูมิปัญญา

จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏ ชาวญี่ปุ่นนำคำว่า “ฤาษีคัตตัน” ไปจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า โดยผลของการจดทะเบียนดังกล่าว ชาวญี่ปุ่นมีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะใช้คำว่า “ฤาษีคัตตัน” ที่เขียนในลักษณะดังกล่าวกับสินค้าและบริการที่ได้รับการจดทะเบียนในญี่ปุ่นเท่านั้น มิได้มีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะใช้หรือเป็นเจ้าขององค์ความรู้ที่เกี่ยวกับฤาษีคัตตันแต่ประการใด คนไทยยังคงใช้หรือประกอบกิจการ โดยใช้องค์ความรู้ดังกล่าวได้เช่นเดิม เพราะการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง แยกส่วนจากการคุ้มครองตัวองค์ความรู้ที่เป็นภูมิปัญญาดั้งเดิมของไทย

3.2 ไทยยังไม่มีกฎหมายคุ้มครององค์ความรู้ที่เกี่ยวกับ “ฤาษีคัตตัน”

ขณะนี้ แม้จะมีหลักฐานว่าองค์ความรู้ที่เกี่ยวกับ “ฤาษีคัตตัน” มีอยู่และมีการสืบทอดในประเทศไทยมาเป็นเวลานาน คนไทยรู้สึกหวงแหน แต่ก็ยังไม่มียกกฎหมายไทยอ้างสิทธิเหนือภูมิปัญญาดังกล่าว หรือ กำหนดว่าองค์ความรู้ดังกล่าวเป็นของผู้ใดไว้อย่างชัดเจน ปัญหานี้จึง

เป็นช่องโหว่ที่สำคัญ และเป็นปัญหาอุปสรรคในการติดตามทวงสิทธิหรือห้ามไม่ให้ชาวต่างชาตินำองค์ความรู้ดังกล่าวไปใช้โดยมิชอบ

3.3 หลักฐานและการบันทึกข้อมูลองค์ความรู้ที่ได้รับการสืบทอดมีความสำคัญอย่างยิ่งยวดในการอ้างสิทธิความเป็นเจ้าของภูมิปัญญา

จากที่ได้กล่าวในบทที่ 2 พบว่า ไทยมีหลักฐานและมีการบันทึกข้อมูลการสืบทอดภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับ “ฤๅษีคัตตน” ไว้อย่างสมบูรณ์ ทำให้ไทยสามารถแสดงให้ผู้เกี่ยวข้องตลอดจน JPO เห็นได้ว่าเป็นสิ่งที่สืบทอดอยู่ในไทย คนไทยมีความชอบธรรมที่จะอ้างสิทธิความเป็นเจ้าขององค์ความรู้ดังกล่าว

อย่างไรก็ดี หากเทียบเคียงหลักฐานหรือการบันทึกข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับ “ฤๅษีคัตตน” กับภูมิปัญญาไทยในสาขาอื่นๆ จะพบว่า ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับ “ฤๅษีคัตตน” มีอยู่มากและแพร่หลาย ต่างจากข้อมูลในสาขาอื่นๆ ซึ่งหากมีปัญหาก่เกิดขึ้นกับภูมิปัญญาสาขาที่ไม่ได้มีการบันทึกไว้ อาจไม่สามารถติดตามทวงสิทธิคืนมาได้

3.4 ไทยขาดหน่วยงานกลางที่ทำหน้าที่บริหารจัดการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยที่ชัดเจน

ในการแก้ไขปัญหาการทวงสิทธิใน “ฤๅษีคัตตน” พบว่า กรมทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหน่วยงานหลักที่ทำหน้าที่ประสานงาน จัดเตรียมข้อต่อสู้ ว่าจ้างทนายในญี่ปุ่นดำเนินการยื่นขอเพิกถอนการจดทะเบียน “ฤๅษีคัตตน” ที่ชาวญี่ปุ่นได้รับการจดทะเบียนไว้ในญี่ปุ่น จนประสบความสำเร็จ โดยได้รับการสนับสนุนข้อมูลอันเป็นประโยชน์อย่างมากจากกรมการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก

การดำเนินการในครั้งนั้น การที่กรมทรัพย์สินทางปัญญาถูกวางให้เป็นแกนกลางในการแก้ไขปัญหา เนื่องจากหลายฝ่ายมองว่า เรื่องการคุ้มครองภูมิปัญญาที่เหมือนกับ การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ที่กรมทรัพย์สินทางปัญญาน่าจะมีความเชี่ยวชาญ แท้ที่จริงแล้ว หากพิจารณาถึงแนวคิด กฎหมายทั้งในและต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง จะพบว่า ระบบการคุ้มครองภูมิปัญญาและทรัพย์สินทางปัญญาแตกต่างกัน แม้จะมีช่องทางที่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจะถูกนำมาใช้เพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาอยู่บ้าง แต่ก็ยังเป็นเพียงส่วนเสริม

การปฏิบัติงานปกติของกรมทรัพย์สินทางปัญญามีหน้าที่บริหารจัดการระบบทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่างๆ เช่น รับผิดชอบสิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า มิได้เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาไทย จึงไม่มีการพัฒนาองค์ความรู้ ความรู้ความเข้าใจในตัวภูมิปัญญา และความเชี่ยวชาญด้านการคุ้มครองภูมิปัญญา อีกทั้ง หากกรมทรัพย์สินทางปัญญาทำหน้าที่เป็นตัวแทนเจ้าของสิทธิเสียเอง ในอนาคตอาจนำไปสู่ปัญหาผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of Interests) เพราะ

กรมทรัพย์สินทางปัญญามีอีกหมวดหนึ่ง คือ เป็นผู้รับจดทะเบียนสิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า และ จัดระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นๆ ไทยจึงจำเป็นต้องมีหน่วยงานที่มีความรู้ ความเข้าใจในภูมิปัญญาไทยในแต่ละสาขา เป็นหน่วยบริหารจัดการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยอย่าง ถาวร และมีหน่วยงานที่มีหน้าที่เฝ้าระวังติดตามทวงสิทธิของไทยในกรณีที่ภูมิปัญญาไทยถูก นำไปใช้โดยมิชอบ

3.5 คนไทยขาดความเข้าใจและการมีส่วนร่วมในการสงวนรักษาภูมิปัญญาไทยไว้ ให้กับคนไทย

จากปัญหาที่เกิดขึ้น จะพบว่า การเปิดเผย การถ่ายทอดองค์ความรู้ในภูมิ ปัญญาไทยให้ชาวต่างชาติได้รับรู้และมีความเชี่ยวชาญจนสามารถประกอบกิจการแข่งกับคนไทย เป็นการเปิดช่องให้ชาวต่างชาตินำภูมิปัญญาของคนไทยไปแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ และหากมีการนำไปใช้โดยขาดความสำนึกรับผิดชอบ หรือขาดความเข้าใจที่ถ่องแท้จะทำให้ภูมิปัญญาของ ไทยต้องเสื่อมเสียและเสื่อมค่าไปในที่สุด

การเผยแพร่ภูมิปัญญาจำเป็นต้องมียุทธศาสตร์ เช่น เผยแพร่ให้คนอื่นรู้จัก ชื่นชม เพื่อ มาใช้บริการหรือซื้อสินค้าไทย อาจทำเพียงชี้ให้ลูกค้า หรือชาวต่างชาติเห็นประโยชน์ โดยไม่ต้อง สอนวิธีทำหรือถ่ายทอดองค์ความรู้ที่เป็นภูมิปัญญาให้บุคคลภายนอกล่วงรู้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการสงวน รักษาองค์ความรู้ไว้ให้คนไทยใช้ประกอบอาชีพอย่างยั่งยืน

4. ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับ “ถ้ายึดตน” ซึ่งสามารถนำไปปรับใช้กับการคุ้มครองภูมิปัญญาด้านอื่นๆ ได้ด้วย

หลังจากการศึกษาข้อเท็จจริง ปัญหาที่เกิดขึ้นกับการคุ้มครองภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับ “ถ้ายึดตน” ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะในการใช้ประโยชน์จากมาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่ตลอดจน เพิ่มมาตรการทางกฎหมายใหม่ๆ เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการคุ้มครองในอนาคต ดังนี้

4.1 ใช้มาตรการตามกฎหมายคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เช่น การขึ้นทะเบียนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยตลอดทั้งสมุนไพรต่อสถาบันการแพทย์แผนไทย (มาตรา 15 พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542)

4.2 ใช้มาตรการตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เพื่อคุ้มครองการถ่ายทอดองค์ความรู้ที่ เกี่ยวข้องกับ “ถ้ายึดตน” ในรูปของหนังสือ วรรณกรรมและงานนิพนธ์ต่างๆ ทั้งนี้ มีงาน สรรสร้างต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับถ้ายึดตนอาจได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ เช่น หนังสือ “การบริหารแบบไทย 108 ท่า ถ้ายึดตน” อาจได้รับความคุ้มครองอย่างงานวรรณกรรม ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ทำการบริหารร่างกาย ซึ่งไม่มีบุคคลใดคิดไว้ก่อนและมีระดับการสร้างสรรค์ มากพอสมควร อาจได้รับความคุ้มครองอย่างงานนาฏกรรม เป็นต้น

4.3 ใช้มาตรการตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า โดยไม่รับจดทะเบียนคำว่า “ถ้ายึดติดคน” กับสินค้าหรือบริการใด โดยถือว่า คำดังกล่าวเป็นคำสามัญ ไม่ควรมีผู้หนึ่งผู้ใดสามารถมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการใช้คำดังกล่าว

4.4 ใช้มาตรการตามกฎหมายสิทธิบัตร โดยไม่รับจดทะเบียนสิทธิบัตรสำหรับการนำองค์ความรู้ที่เกี่ยวกับ “ถ้ายึดติดคน” มาใช้ในการบำบัด และรักษาโรคมะเร็ง

4.5 ใช้มาตรการตามกฎหมายสิทธิบัตร โดยไม่รับจดทะเบียนสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ดั้งเดิมที่ผลิตโดยใช้ภูมิปัญญาไทย เช่น ลูกประคบ

4.6 ใช้มาตรการตามกฎหมายสิทธิบัตร โดยไม่รับจดทะเบียนสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ที่ผลิตโดยต่อยอดจากองค์ความรู้ที่เป็นภูมิปัญญาดั้งเดิมของไทย โดยไม่ระบุแหล่งที่มาของภูมิปัญญาดังกล่าว

4.7 ใช้กฎหมายความลับทางการค้า ค้ำครองข้อมูลหรือองค์ความรู้ที่เกี่ยวข้องกับ “ถ้ายึดติดคน” ที่ยังไม่ถูกเปิดเผย

4.8 ออกกฎหมายเพื่ออ้างสิทธิในภูมิปัญญาที่พบหรือสืบทอดในประเทศไทย เป็นภูมิปัญญาของชาติ โดยกำหนดเงื่อนไขการเข้าถึง การใช้ประโยชน์ในภูมิปัญญาไทย การนำไปศึกษาวิจัย การนำออกนอกราชอาณาจักร สิทธิของคนไทยหรือชุมชนที่เป็นแหล่งกำเนิดในการได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์การที่ผู้อื่นนำภูมิปัญญาไปใช้ กำหนดให้มีหน่วยงานกลางในการบริหารจัดการคุ้มครอง และหน่วยงานกลางที่เป็นตัวแทนในการเฝ้าระวัง ติดตามทวงสิทธิในภูมิปัญญาของชาติ เป็นต้น

4.9 ผลักดันการเจรจาจัดทำความตกลง หรือมาตรฐานการคุ้มครองภูมิปัญญาในระดับสากล เพื่อให้ต่างชาติรับรองและคุ้มครองสิทธิในภูมิปัญญาของไทย เป็นต้น

แนวทางในการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย

1. แนวทางการกำหนดกลไกและมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาไทย

1.1 ด้านกฎหมายภายในประเทศ

เมื่อพิจารณากฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาไทยที่มีอยู่ในปัจจุบัน เห็นได้ว่า มีอยู่เพียงฉบับเดียวที่ให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาโดยตรง คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยที่ชัดเจนจำกัดไว้เฉพาะภูมิปัญญาด้านการแพทย์เท่านั้น ส่วน

พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช และพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ ก็คุ้มครองเฉพาะตัววัตถุ เช่น พันธุ์พืช/ส่วนขยายพันธุ์ของพืช โบราณวัตถุ ไม่ได้คุ้มครองตัวภูมิปัญญาหรือองค์ความรู้โดยตรง ซึ่งเป็นสิ่งที่จับต้องไม่ได้ เช่น ภูมิปัญญาของคนโบราณในการเพาะ/ขยายพันธุ์พืช องค์ความรู้ในการปั้นปูนตามวัดวาอาราม ซึ่งล้วนเป็นองค์ความรู้ที่มีค่าและได้รับการพัฒนาปรับปรุงมาจากอดีตสู่ปัจจุบัน จึงเห็นได้ว่า กฎหมายของไทยยังมีช่องโหว่และจำเป็นต้องแก้ไขปรับปรุง

จากการศึกษาวิเคราะห์พบว่า แม้ภูมิปัญญาจะมีความหลากหลาย แต่ระบบการคุ้มครองไม่ควรมีความหลากหลาย เพราะระบบการคุ้มครองที่ดีต้องสามารถเชื่อมโยง สามารถประสานสอดคล้องกันทั้งในประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดและในต่างประเทศ จึงพบว่า การคุ้มครองภูมิปัญญาประเภทต่างๆ ในแต่ละประเทศ มีหลักการพื้นฐานเหมือนกัน โดยที่การคุ้มครองภูมิปัญญาเป็นเรื่องที่มีความซับซ้อน เกี่ยวข้องกับคนจำนวนมาก มีความยุ่งยากในการบริหารจัดการ หลายประเทศจึงเลือกที่จะคุ้มครองภูมิปัญญาในสาขาที่ตนเห็นว่า มีมูลค่าทางเศรษฐกิจสูง หรือถูกบุคคลภายนอกนำไปแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบก่อน เมื่อมีความพร้อมจึงจะขยายขอบเขตไปคุ้มครองภูมิปัญญาด้านอื่นๆ เพิ่มเติมในภายหลัง

มีหลายประเทศรวมทั้งไทยใช้ระบบกฎหมายอื่น เพื่อคุ้มครองภูมิปัญญา เช่น ใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แต่ก็สามารถคุ้มครองได้เพียงบางแง่มุม และเป็นการคุ้มครองโดยทางอ้อมเท่านั้น จึงเป็นความจำเป็นอย่างยิ่งที่ไทยจะต้องมีกฎหมายเฉพาะ (Sui Generis System) สำหรับคุ้มครองภูมิปัญญาไทยนอกเหนือจากภูมิปัญญาด้านการแพทย์

ตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ภูมิปัญญามีขอบเขตกว้างขวาง ความสามารถในการออกกฎหมายให้ครอบคลุมได้กว้างเท่าใด ย่อมหมายถึงไทยมีความสามารถในการอ้างสิทธิความเป็นเจ้าของได้มากเท่านั้น การแบ่งประเภทภูมิปัญญาออกเป็น 9 กลุ่ม ทำเพียงเพื่อให้เห็นความหลากหลายและขอบเขตที่กว้างขวาง แต่ในการจัดหมวดหมู่ของภูมิปัญญาเพื่อวัตถุประสงค์ในการจัดระบบการคุ้มครอง ไทยความแบ่งภูมิปัญญาออกเป็น 2 หมวด ได้แก่

1. ภูมิปัญญาไทยระดับชาติ (National Traditional Knowledge) ประกอบด้วยองค์ความรู้ทุกด้านที่ได้รับการพัฒนาต่อเนื่อง จากรุ่นสู่รุ่น และมีการใช้กันอย่างทั่วไป ซึ่งประเทศไทยควรเป็นเจ้าของสิทธิ การได้มาซึ่งสิทธิสามารถทำโดยการออกประกาศว่าภูมิปัญญาใดเป็นภูมิปัญญาระดับชาติ (traditional knowledge inventory) โดยไม่ควรต้องมีการจดทะเบียน

2. ภูมิปัญญาไทยระดับชุมชน (Community Traditional Knowledge) ประกอบด้วยองค์ความรู้ทุกด้านที่ได้รับการพัฒนา สืบทอด และใช้อยู่เพียงในชุมชนใดชุมชนหนึ่งเท่านั้น ชุมชนนั้นๆ ควรเป็นเจ้าของสิทธิ การได้มาซึ่งสิทธิต้องมีการจดทะเบียน อย่างไรก็ตาม หากพบในภายหลังว่า ภูมิปัญญาไทยระดับชุมชนที่ได้รับการจดทะเบียนดังกล่าว มีใช้กันอย่างแพร่หลายในชุมชนอื่น ภูมิ

ปัญญาดังกล่าวย่อมขาดคุณสมบัติที่จะเป็นภูมิปัญญาไทยระดับชุมชน จึงควรกลายสภาพเป็นภูมิปัญญาระดับชาติ

สิทธิที่เจ้าของภูมิปัญญาไทยได้รับ ควรประกอบด้วย 2 ลักษณะ คือ

1. สิทธิในลักษณะทรัพย์สิน (Property Right) หรือสิทธิทางเศรษฐกิจ อันเป็นการให้สิทธิทางกฎหมายแก่เจ้าของในการใช้ประโยชน์และอนุญาตให้บุคคลอื่นเข้าถึงตลอดจนใช้ประโยชน์ในภูมิปัญญาของตน และสิทธิที่จะได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ผู้อื่นได้รับจากการนำภูมิปัญญาของตนไปใช้ (benefit sharing)

2. สิทธิในการปกป้องศักดิ์ศรีของภูมิปัญญา (Integrity) อันเป็นสิทธิที่จะปกป้องการที่ผู้อื่นนำภูมิปัญญาของตนไปใช้ในทางไม่เหมาะสม แม้ผู้นั้นจะได้รับอนุญาตจากตนให้สามารถใช้ประโยชน์ในภูมิปัญญาดังกล่าวแล้วก็ตาม เจ้าของยังคงมีสิทธิห้ามไม่ให้ผู้อื่นนำภูมิปัญญาของตนไปใช้ในทางที่ไม่เหมาะสม หรือทำให้เกิดความเสียหายแก่ภูมิปัญญา

โดยที่ภูมิปัญญาเป็นสิ่งที่ได้รับการพัฒนาสืบทอดมาจากอดีต เพื่อเป็นการส่งเสริมให้มีการสืบทอดต่อไปสู่ชนรุ่นหลัง การคุ้มครองภูมิปัญญาไทยทั้งสองหมวดข้างต้น จึงไม่ควรมีข้อจำกัดเรื่องอายุการคุ้มครอง โดยให้ได้รับการคุ้มครองตลอดไป อย่างไรก็ตาม สิทธิในภูมิปัญญาไทยระดับชุมชนที่ได้มาโดยการจดทะเบียน ควรกำหนดให้มีการต่ออายุการคุ้มครองทุก 10 ปี ทั้งนี้ เพื่อให้สามารถตรวจสอบได้ว่า ชุมชนดังกล่าวยังคงอยู่หรือไม่

การให้สิทธิในภูมิปัญญาแก่กลุ่มชนใด จำเป็นต้องใช้ความระมัดระวัง ไม่ให้มีผลกระทบต่อการค้ารงชีวิต วิถีชีวิต ประเพณี ตลอดจนการสืบทอดภูมิปัญญาของคนไทย ดังนั้น จึงควรมีมาตรการบริหารความเสี่ยงโดยกฎหมายควรกำหนดข้อยกเว้นให้การใช้ภูมิปัญญาในลักษณะดังกล่าวข้างต้นได้รับการยกเว้นให้สามารถไปใช้ได้โดยไม่ต้องขออนุญาตหรือแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับคืนให้กับเจ้าของภูมิปัญญา

นอกจากนี้ เพื่อเป็นการส่งเสริมการวิจัยและพัฒนาต่อยอดภูมิปัญญาไทย ควรมีข้อกำหนด เงื่อนไขการเข้าถึงหรือการนำภูมิปัญญาไปใช้อย่างชัดเจน เช่น

1. ควรกำหนดให้ผู้ที่นำภูมิปัญญาไปใช้เพื่อการศึกษา วิจัย เพื่อประโยชน์ทางวิชาการ จะต้องแจ้ง (Notify) เจ้าของสิทธิก่อนเข้าถึงภูมิปัญญาดังกล่าว

2. ควรกำหนดให้ผู้ที่นำภูมิปัญญาไปใช้เพื่อการศึกษา วิจัย เพื่อประโยชน์ทางการค้า จะต้องได้รับอนุญาต (Seek Authorization, Consent) จากเจ้าของสิทธิก่อนเข้าถึงภูมิปัญญาดังกล่าว และจะต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้ภูมิปัญญาดังกล่าวให้แก่เจ้าของภูมิปัญญา

เพื่อให้การคุ้มครองภูมิปัญญาไทยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ควรจัดตั้งองค์กร/หน่วยงานเฉพาะขึ้น เช่น จัดตั้งเป็นสำนักงานภูมิปัญญาแห่งชาติ (National Bureau of Traditional Knowledge) เพื่อทำหน้าที่บริหารจัดการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย มีระดับเทียบเท่ากรม มีฐานะเป็นนิติบุคคล มีความเป็นอิสระในการบริหารงาน งบประมาณ ตลอดจนบุคลากร

การดำเนินงานของสำนักงานภูมิปัญญาแห่งชาติควรอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการภูมิปัญญาแห่งชาติ (National Traditional Knowledge Committee) ซึ่งมีนายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรีที่ได้รับมอบหมายเป็นประธาน โดยกรรมการประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญด้านภูมิปัญญาไทยจากทุกภูมิภาค ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย ผู้แทนหน่วยราชการที่เกี่ยวข้อง เช่น กรมการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก กรมวิชาการเกษตร กรมศิลปากร สำนักงานวัฒนธรรมแห่งชาติ กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงมหาดไทย เพื่อให้มีหน่วยงานที่มีกลไกการทำงานทั้งในส่วนกลางและในระดับชุมชนมีส่วนร่วมในการตัดสินใจตั้งแต่ระดับนโยบาย เพื่อให้สามารถแปลงนโยบายไปสู่การปฏิบัติได้อย่างมีประสิทธิภาพ และให้สำนักงานภูมิปัญญาแห่งชาติเป็นกรรมการและเลขานุการ เป็นต้น

เพื่อให้การดำเนินการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ สามารถกำหนดนโยบาย ยุทธศาสตร์ เพื่อให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องจำนวนมากดำเนินงานประสานสอดคล้องกัน คณะกรรมการฯ จึงควรมีอำนาจสั่งการหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และกำหนดนโยบาย กำกับ ดูแล ดำเนินงานของสำนักงานภูมิปัญญาแห่งชาติ

สำนักงานภูมิปัญญาแห่งชาติควรดำเนินงานครอบคลุม 3 ด้าน ได้แก่

1. การส่งเสริมการใช้ประโยชน์ในภูมิปัญญาไทย (Promotion)
2. การปกป้องและคุ้มครองภูมิปัญญาไทย (Protection)
3. การฟื้นฟูและอนุรักษ์ภูมิปัญญาไทย (Conservation)

ควรมีการจัดตั้งกองทุนภูมิปัญญาแห่งชาติซึ่งมีรายได้มาจากการแบ่งปันผลประโยชน์จากภูมิปัญญาไทยระดับชาติและรายได้จากการบริจาคเพื่อนำเงินไปใช้เพื่อประโยชน์ในการอนุรักษ์ พัฒนาและสืบทอดภูมิปัญญาไทย โดยต้องมีการกำหนดกลยุทธการให้ทุนสนับสนุนเรื่องดังกล่าว ซึ่งบริหารจัดการโดยคณะกรรมการภูมิปัญญาแห่งชาติ

1.2 ด้านกฎหมายระหว่างประเทศ

โดยที่ในปัจจุบันความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญา ยังไม่มีความชัดเจน และไม่ได้สร้างพันธกรณีให้ประเทศสมาชิกคุ้มครองภูมิปัญญาของประเทศอื่น จึงมีความจำเป็นต้องผลักดันให้มีการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศที่กำหนดมาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองภูมิปัญญาที่ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตาม

การผลักดันการเจรจาจัดทำความตกลงระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าวสามารถทำได้ 2 ระดับ คือ

1. ทำความตกลงระดับทวิภาคี โดยทำความตกลงสองฝ่ายกับประเทศคู่ค้า ให้มีการคุ้มครองภูมิปัญญาระหว่างกัน ความตกลงนี้อาจเป็นส่วนหนึ่งของความตกลงทางการค้า เช่น ความตกลงเขตการค้าเสรี

2. ทำความตกลงพหุภาคี ซึ่งเป็นความตกลงหลายฝ่าย เพื่อจัดทำมาตรฐานสากลว่าด้วยการคุ้มครองภูมิปัญญา โดยที่เป็นการยากที่จะทำให้ประเทศที่เคยได้รับประโยชน์จากภูมิปัญญาของประเทศอื่นยอมรับรองสิทธิในภูมิปัญญาของประเทศหนึ่ง เวทีที่จะสามารถเจรจาเรื่องนี้ได้ จำเป็นต้องเป็นเวทีที่ประเทศต่างๆสามารถแลกเปลี่ยนผลประโยชน์กันได้ เช่น WTO

1.3 กลไกการบริหารจัดการการคุ้มครอง

ในการดำเนินงานด้านต่างๆ เพื่อคุ้มครองภูมิปัญญา อาจมีบุคคลหลายฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น ชุมชนเจ้าของภูมิปัญญา ผู้ใช้ภูมิปัญญา หน่วยงานภาครัฐ หน่วยงานภาคเอกชน และประชาชนโดยทั่วไป ซึ่งการดำเนินการใดๆ ในแต่ละเรื่องนั้น อาจส่งผลกระทบต่อบุคคลเหล่านี้ หรืออาจเกิดความขัดแย้งขึ้นมาได้ ดังนั้น เพื่อลดโอกาสที่จะเกิดความเสียหายจากผลกระทบจากการดำเนินงานตามแผนงาน โครงการ หรือกิจกรรมสำหรับคุ้มครองภูมิปัญญา กลยุทธ์หนึ่งที่น่านำมาใช้ในการผลักดันแผนงาน การทบทวน และตรวจสอบผลการดำเนินงาน คือ การกำหนดมาตรการการบริหารความเสี่ยงที่สามารถแบ่งไว้เป็นส่วนหนึ่งในทุกขั้นตอนของกระบวนการบริหารการคุ้มครองภูมิปัญญา

ด้วยภูมิปัญญามีความหลากหลายและมีขอบเขตที่กว้างขวางทำให้อาจมีหน่วยงานหรือองค์กรต่างๆ หลายองค์กรเข้ามาเกี่ยวข้องในการดำเนินงานและมีความเป็นไปได้ที่การดำเนินงานของแต่ละองค์กรนั้นอาจคลาดเคลื่อนเนื่องจากมีความเข้าใจในนโยบายไม่ตรงกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อนำไปปฏิบัติในระดับชุมชนอาจเป็นอุปสรรคในการผลักดันแผนงาน ดังนั้น หลักการในการการนำนโยบายสาธารณะไปปฏิบัติ ต้องดำเนินการด้วยความรอบคอบและไม่ซ้ำซ้อน นอกจากนี้ การนำหลักการจัดการองค์กรแบบผสมระหว่างการรวมศูนย์และกระจายศูนย์ (Hybrid) มาใช้ในการบริหารงานระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาจะช่วยบรรเทาปัญหาการทับซ้อนของการดำเนินงานของหน่วยงานเหล่านั้นด้วย

หน่วยงานหรือองค์กรหลักที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

1. กรมวิชาการเกษตร
2. กรมการแพทย์แผนไทย
3. สยามคมแพทย์แผนไทยแห่งประเทศไทย

4. กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก
5. ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ
6. กรมประมง
7. กรมปศุสัตว์
8. สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ
9. กรมวิทยาศาสตร์การแพทย์
10. กรมศิลปากร
11. สำนักวรรณกรรมและประวัติศาสตร์
12. สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ
13. กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก
14. สมาคมสื่อวัฒนธรรมและสิ่งแวดล้อม
15. ครูภูมิปัญญา
16. กรมทรัพย์สินทางปัญญา

บทที่ 5

สรุปและข้อเสนอแนะ

การคุ้มครองภูมิปัญญาโดยใช้มาตรการทางกฎหมายเป็นเรื่องที่ประชาคมโลก โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาให้ความสำคัญหรือแม้แต่ประเทศที่พัฒนาแล้ว ประเทศไทยได้ชื่อว่าเป็นประเทศที่มีความหลากหลายและอุดมไปด้วยภูมิปัญญารวมทั้งทรัพยากรชีวภาพที่มีความอุดมสมบูรณ์ ภูมิปัญญาเป็นรากฐานสำคัญสำหรับการดำรงชีวิตของชุมชนและเป็นกลไกสำคัญที่จะสามารถแก้ไขปัญหาความยากจนของประเทศ และการส่งเสริมการใช้ภูมิปัญญาไทยจะสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจทั้งของท้องถิ่น ชุมชน และประเทศ และการสร้างนวัตกรรมจากภูมิปัญญาที่เป็นเอกลักษณ์เป็นการพัฒนาขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศอีกด้วย

สรุป

จากการศึกษาพบปัญหาอุปสรรคในการในการคุ้มครองภูมิปัญญา คือ การขาดมาตรการทางกฎหมายที่ครอบคลุม ชัดเจน เพียงพอ ตลอดทั้งกลไกที่จะมารองรับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญา ทำให้มีการนำภูมิปัญญาไปใช้โดยไม่เป็นธรรมแก่ชุมชนที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญา การขาดกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนในเรื่องการเข้าถึงภูมิปัญญาและการแบ่งปันผลประโยชน์ ทำให้ปัญหาการแย่งชิงภูมิปัญญาไปเป็นของตนเองทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ การขาดซึ่งองค์กรกลางในการกำกับดูแลภูมิปัญญาและการจัดให้มีฐานข้อมูลภูมิปัญญาที่ครบถ้วนสมบูรณ์เพื่อประโยชน์ในการเข้าถึงและตรวจสอบข้อมูลจากผู้ที่ต้องการใช้ ทำให้การบริหารจัดการภูมิปัญญาที่มีอยู่หลากหลายขาดความคล่องตัวและดำเนินการได้ด้วยความยากลำบาก

ผลจากการศึกษา วิเคราะห์ ข้อตกลงระหว่างประเทศ และ กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญา สามารถสรุปได้ดังนี้

1. การวิเคราะห์กฎหมายไทยและต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครอง
ภูมิปัญญา

ตารางที่ 5-1 เปรียบเทียบกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาของไทยและของต่างประเทศ

กฎหมาย	สิ่งที่คุ้มครอง	การแบ่งปัน ผลประโยชน์ (Benefit Sharing)	องค์กร กลางใน การดูแล (Focal Authority)	หลักการ การ เข้าถึง (Access)
1. ไทย พระราชบัญญัติคุ้มครอง และส่งเสริมภูมิปัญญา การแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542	1. ตำรับยาแผนไทย ตำรา การแพทย์แผนไทย 1.1 ตำรับยาแผนไทย ตำรา การแพทย์แผนไทยของชาติ 1.2 ตำรับยาแผนไทย ตำรา การแพทย์แผนไทย <u>ทั่วไป</u> 1.3 ตำรับยาแผนไทย ตำรา การแพทย์แผนไทย <u>ส่วนบุคคล</u> 2. สมุนไพร	×	/	/
พระราชบัญญัติคุ้มครอง พันธุ์พืช พ.ศ. 2542	1. พันธุ์พืชพื้นเมือง เฉพาะถิ่น 2. พันธุ์พืชพื้นเมือง <u>ทั่วไป</u> 3. พันธุ์พืชป่า	/	/	/
2. อินเดีย - กฎหมายว่า ด้วยการคุ้มครองความ หลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 2002	ทรัพยากรชีวภาพทุกชนิด <u>ไม่</u> ว่าจะเป็นพืช สัตว์ หรือ จุลินทรีย์ แต่ <u>ไม่</u> รวมถึง สาร พันธุกรรมจากมนุษย์	/	/	/
3. จีน กฎหมายสิทธิบัตร	การประดิษฐ์ รวมถึง ผลิตภัณฑ์ยาที่พัฒนาจากการ การแพทย์แผนจีน	×	×	×

ตารางที่ 5-1 เปรียบเทียบกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาของไทยและของต่างประเทศ (ต่อ)

กฎหมาย	สิ่งที่คุ้มครอง	การแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit Sharing)	องค์กรกลางในการดูแล (Focal Authority)	หลักการเข้าถึง (Access)
ระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองความหลากหลายของพันธุ์พืชใหม่	พันธุ์พืชใหม่ รวมถึงพันธุ์พืชใหม่ที่เป็นทรัพยากรชีวภาพทางการแพทย์แผนจีน	/	×	/
4. เปรู - Law No. 27811	ภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับคุณลักษณะการใช้ และ ลักษณะจำเพาะของความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งชนพื้นเมืองได้พัฒนาขึ้นและส่งสมมาหลายชั่วอายุคน	/	×	/
5. บราซิล ร่างกฎหมายเลขที่ 306/95 ¹	วัตถุทางพันธุกรรมที่มีคุณค่าตามความเป็นจริงหรือตามศักยภาพ รวมทั้งความผันแปรทางพันธุกรรมในชนิดพันธุ์พืช สัตว์ จุลินทรีย์ ซึ่งทำให้เกิดความหลากหลายทางชีวภาพ ตลอดทั้งภูมิปัญญาท้องถิ่นด้วย	/	/	/
6. Provisional Measure No. 2.186-16	ข้อมูลเกี่ยวกับต้นกำเนิดทางพันธุกรรมที่มีอยู่ในพืช เชื้อรา จุลินทรีย์ หรือสัตว์ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของโมเลกุล หรือสารที่ได้รับจากกระบวนการเมตาบอลิซึม และ สารสกัดที่ได้จากสิ่งมีชีวิตดังกล่าว ไม่ว่าจะที่ยังมีชีวิตหรือไม่มีชีวิตที่พบอยู่ใน	/	/	/

¹ ในร่างกฎหมายเลขที่ 306/95 ได้ให้นิยามการเข้าถึง (Access) ไว้อย่างชัดเจน

ตารางที่ 5-1 เปรียบเทียบกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาของไทยและของต่างประเทศ (ต่อ)

กฎหมาย	สิ่งที่คุ้มครอง	การแบ่งปัน ผลประโยชน์ (Benefit Sharing)	องค์กร กลางใน การดูแล (Focal Authority)	หลักการ การ เข้าถึง (Access)
	แหล่งกำเนิดในประเทศหรือที่อยู่นอกถิ่นกำเนิด ไร่หลวง หรือ เขตเศรษฐกิจจำเพาะ			

จากตารางเปรียบเทียบข้างต้น จะพบว่า

1. สิ่งของแต่ละประเทศให้การคุ้มครองแตกต่างกัน ทั้งนี้อาจขึ้นอยู่กับภูมิปัญญาหรือทรัพยากรชีวภาพที่แต่ละประเทศมีอยู่แตกต่างกัน
2. กลไกหรือมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญาของประเทศต่างๆ คล้ายกัน คือ ใช้หลักการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการนำภูมิปัญญาไปใช้ประโยชน์และหลักการการเข้าถึง
3. ในปัจจุบัน แม้ประเทศไทยจะมีการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยอยู่บ้าง เช่น การแพทย์แผนไทย แต่การบังคับการตามก็กฎหมายยังไม่มีประสิทธิภาพ การขาดอนุบัญญัติและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าถึงและระบบการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ชัดเจนทำให้มีปัญหาในการนำภูมิปัญญาไทยไปใช้โดยละเมิดสิทธิของชุมชน ในเรื่องนี้หากพิจารณาตามร่างกฎหมายเลขที่ 306/95 ของบราซิลจะพบว่า บราซิลได้บัญญัตินิยามและหลักเกณฑ์การเข้าถึง (เพิ่มเติมจาก Provisional Measure No. 2.186-16 ที่เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน) ตลอดทั้งระบบการแบ่งปันผลประโยชน์ไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น ไทยอาจทำการศึกษา ร่างกฎหมายเลขที่ 306/95 ของประเทศบราซิลโดยละเอียดและนำหลักเกณฑ์ต่างๆ ในการคุ้มครองภูมิปัญญาไปปรับใช้ให้เหมาะสมกับการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย
4. ในส่วนที่เกี่ยวกับเงื่อนไขของบุคคลที่มีสิทธิในการเข้าถึงภูมิปัญญาไทยนั้น อาจแยก เงื่อนไขสำหรับบุคคลที่มีสัญชาติไทยและบุคคลที่ไม่มีสัญชาติไทย โดยศึกษาและปรับใช้โมเดลของอินเดีย กฎหมายของอินเดียได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการเข้าถึงสำหรับบุคคลที่ไม่มีสัญชาติอินเดียไว้เข้มงวดกว่าบุคคลที่มีสัญชาติอินเดีย กล่าวคือ บุคคลที่ไม่มีสัญชาติอินเดียต้องยื่นคำขออนุญาตพร้อมชำระค่าธรรมเนียมต่อองค์กรความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติ ในขณะที่บุคคลที่มีสัญชาติอินเดียไม่ต้องขออนุญาตเพียงแต่ต้องส่งคำบอกกล่าวให้แก่องค์กรความ

หลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติเท่านั้น ทั้งนี้ องค์การความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติสามารถห้ามหรือจำกัดกิจกรรมต่างๆ ของผู้ขอเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพได้หากกิจกรรมดังกล่าวขัดกับวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน การที่กฎหมายของอินเดียบัญญัติเช่นนี้แสดงให้เห็นว่า นอกจากกฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพของอินเดียไม่ให้ต่างชาตินำไปใช้ได้โดยง่ายแล้ว ยังมุ่งที่จะส่งเสริมให้คนอินเดียนำทรัพยากรชีวภาพของประเทศไปใช้ได้ง่ายขึ้น

ปัจจุบัน การจัดทำฐานข้อมูลภูมิปัญญาไทยกระจายอยู่กับหลายภาคส่วน เช่น ฐานทรัพยากรชีวภาพของมูลนิธิชีววิถี (Bio Thai) ฐานข้อมูลความหลากหลายทางชีวภาพระดับท้องถิ่นของกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ตามโครงการสำรวจรวบรวมข้อมูลความหลากหลายทางชีวภาพระดับท้องถิ่น และข้อมูลทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นบนพื้นที่สูงของคณะเกษตรศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การจัดทำฐานข้อมูลกลางที่มีเอกภาพและเป็นหนึ่งเดียว เช่น ฐานข้อมูลภูมิปัญญาของประเทศอินเดียนั้นจัดทำตามโครงการ TKDL ก็อาจทำให้การบริหารจัดการภูมิปัญญาไทยเป็นไปได้อย่างคล่องตัวและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ มาตรการคุ้มครองฐานข้อมูลภูมิปัญญาไทยต้องดำเนินการด้วยความจริงจังด้วย มิฉะนั้น อาจเกิดปัญหาการเจาะระบบฐานข้อมูลภูมิปัญญาอันเป็นอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ ดังที่เป็นข่าวเมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 2552 ว่า ฐานทรัพยากรชีวภาพของ Bio Thai ถูกเจาะ (Hack) ทำให้ฐานข้อมูลที่เก็บมามากกว่า 5 ปี เสียหาย

นอกจากนี้ แม้พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 กำหนดให้มีคณะกรรมการคุ้มครองพันธุ์พืช ในทำนองเดียวกับ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ที่กำหนดให้มีคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย แต่คณะกรรมการทั้งสองชุดก็มีอำนาจหน้าที่จำกัดตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากอินเดียที่มีองค์การความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติ หรือบราซิลที่มีสภาที่ปรึกษาด้านการบริหารจัดการมรดกทางพันธุกรรม สำหรับดำเนินงานทั้งภายใต้กรอบกฎหมายและกรอบยุทธศาสตร์และนโยบายของประเทศ ดังนั้น เพื่อความคล่องตัวในการบริหารจัดการภูมิปัญญา ไทยอาจจัดตั้งองค์กรกลางที่ดูแลและประสานผลประโยชน์ระหว่างชุมชนเจ้าของภูมิปัญญาและผู้ใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญา ส่งเสริมความรู้ด้านภูมิปัญญาไทย ตลอดทั้งดำเนินการตามแผนยุทธศาสตร์ของประเทศ

2. การวิเคราะห์ความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครอง ภูมิปัญญา

ตามที่ได้ศึกษาไว้แล้วในบทที่ 3 จะพบว่า ความตกลงระหว่างประเทศที่มีอยู่ในปัจจุบัน ให้ความสำคัญต่อภูมิปัญญา 2 ประเภทหลักๆ คือ

1. ทรัพยากรชีวภาพ เช่น อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ แนวปฏิบัติบอมนันว่าด้วยการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการแบ่งปันผลประโยชน์ ที่ได้รับเนื่องจากการใช้ประโยชน์อย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและเกษตรกรรม และ ข้อตกลงทริปส์ เป็นต้น

2. ภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกวัฒนธรรม และ อนุสัญญาว่าด้วยการปกป้องมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ความตกลงระหว่างประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพ ได้วางหลักการไว้ค่อนข้างเหมือนกัน คือ หลักการเข้าถึง หลักการให้ความยินยอมล่วงหน้า และ หลักการแบ่งปันผลประโยชน์ เป็นต้น ในขณะที่ความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมไม่ได้วางหลักการดังกล่าวเอาไว้เลย ซึ่งถือเป็นช่องโหว่ของกฎหมายระหว่างประเทศในการคุ้มครองภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม อย่างไรก็ดี ภูมิปัญญามีได้มีขอบเขตอยู่แค่ ทรัพยากรชีวภาพ และภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม เท่านั้น แต่ยังคงครอบคลุมถึงภูมิปัญญาด้านอื่นๆ ด้วย เช่น ด้านอาหารและโภชนาการ ด้านอุตสาหกรรมและหัตถกรรม และด้านภาษาและวรรณกรรม เป็นต้น ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า ข้อตกลงระหว่างประเทศที่มีอยู่ในปัจจุบัน ไม่ได้ให้การคุ้มครองภูมิปัญญาอย่างครอบคลุมเพียงพอ

แม้ปัจจุบันประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีความตกลงระหว่างประเทศแบบพหุภาคีแล้วในบางความตกลง เช่น อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ แนวปฏิบัติบอมนันว่าด้วยการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับเนื่องจากการใช้ประโยชน์อย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม และ ข้อตกลงทริปส์ เป็นต้น แต่ความตกลงระหว่างประเทศเหล่านั้น ยังไม่มีลักษณะเป็นความผูกพันตามกฎหมาย (Non-Legal Binding) ดังนั้น การที่จะให้ประเทศภาคีสมาชิกยอมรับและคุ้มครองภูมิปัญญาไทยจึงยังไม่สามารถทำได้โดยอาศัยกลไกความตกลงระหว่างประเทศ อย่างไรก็ดี เพื่อให้เกิดความประสานสอดคล้องกันในการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยและแสดงจุดยืนที่ชัดเจนในการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย ประเทศไทยอาจกำหนดยุทธศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญา เช่น หลักการเข้าถึง หลักการยินยอมโดยแจ้งล่วงหน้า และหลักการแบ่งปันผลประโยชน์ในทุกเวทีการเจรจาให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน สำหรับในการเจรจาการค้าระหว่างประเทศนั้น ประเทศไทยอยู่ในระหว่างการเจรจาจัดทำความตกลงเขตการค้าเสรี (FTA) กับหลายประเทศ แต่ที่

นำจับตามองเป็นพิเศษ คือ FTA ระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกา และ FTA ระหว่างไทยกับญี่ปุ่น ซึ่งไทยอาจจะต้องวางนโยบายและยุทธศาสตร์การเจรจาเพื่อให้ประเทศคู่เจรจายินยอมคุ้มครองสิทธิในภูมิปัญญาของไทยด้วย

เนื่องจากการคุ้มครองภูมิปัญญาในระดับระหว่างประเทศยังเป็นปัญหาอยู่มาก จึงจำเป็นต้องผลักดันให้มีความตกลงระหว่างประเทศที่ชัดเจนในทุกเวทีทั้งการเจรจาในเวทีองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization) และองค์การการค้าโลก (World Trade Organization) เพื่อให้สมาชิกมีพันธกรณีที่จะต้องคุ้มครองภูมิปัญญาของประเทศสมาชิกอื่นๆ ตลอดจนมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการคุ้มครองภูมิปัญญาโดยครอบคลุมภูมิปัญญาทุกประเภท

ข้อเสนอแนะ แนวทางการปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย

ตามที่ได้ศึกษาและวิเคราะห์ไว้แล้วในบทที่ 3 และบทที่ 4 กฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาของประเทศไทยในปัจจุบัน ยังไม่สามารถคุ้มครองภูมิปัญญาได้ทุกประเภทและมีประสิทธิภาพ การคุ้มครองภูมิปัญญาภายใต้ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาก็ยังมีข้อบกพร่องอยู่มาก ดังนั้น การมีระบบกฎหมายเฉพาะในระดับพระราชบัญญัติสำหรับคุ้มครองภูมิปัญญา จึงเป็นทางเลือกหนึ่งสำหรับการแก้ปัญหาช่องว่างทางกฎหมาย

ภายใต้ระบบกฎหมายเฉพาะนั้นควรมีรวมเอาหลักการที่ปรากฏใน อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ และข้อตกลงทริปส์ ซึ่งไทยเป็นภาคีมาปรับใช้ ได้แก่

1. หลักสิทธิชุมชน (Community Rights) เพื่อคุ้มครองสิทธิด้านการอนุรักษ์และพัฒนาภูมิปัญญาโดยกำหนดรูปแบบสิทธิในลักษณะสิทธิส่วนรวมซึ่งเปิดโอกาสให้ชุมชนมีโอกาสกำหนดระเบียบกฎเกณฑ์การดูแลจัดการภูมิปัญญาได้อย่างเหมาะสมสอดคล้องกับจารีตประเพณีท้องถิ่น อย่างไรก็ตาม การจัดการดังกล่าวของชุมชนควรเป็นการจัดการร่วมกับรัฐในรูปแบบการจัดการเชิงซ้อน

2. หลักการเข้าถึง (Access) ภูมิปัญญาและทรัพยากรชีวภาพ เพื่อกำหนดขั้นตอนวิธีการ กฎเกณฑ์ และระเบียบปฏิบัติในการเข้าถึงภูมิปัญญาให้มีความชัดเจนและเป็นเอกภาพ อันจะทำให้ผู้ที่ต้องการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาสามารถทราบได้ว่าต้องดำเนินการอย่างไรในการที่จะใช้ภูมิปัญญาได้อย่างชอบธรรมโดยไม่ละเมิดสิทธิชุมชน นอกจากนี้ การมีนิยามการเข้าถึงที่ชัดเจนจะสามารถช่วยลดปัญหาข้อโต้แย้งที่ว่ากระทำของผู้ใช้ภูมิปัญญาดังกล่าวเป็นการเข้าถึงภูมิปัญญาโดยไม่ชอบแล้วหรือไม่

3. หลักความยินยอมโดยแจ้งล่วงหน้า (Prior Informed Consent) เพื่อป้องกันมิให้มีการนำภูมิปัญญาไปใช้ประโยชน์หรือจดทะเบียนสิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญาโดยไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะในกรณีที่น่าเอาภูมิปัญญาไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ (Commercialization)

4. หลักการแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit Sharing) เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ชุมชนผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาให้ได้รับส่วนแบ่งจากการที่บุคคลใดนำภูมิปัญญาไปใช้ การมีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนในเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์ซึ่งรวมถึงรูปแบบ ชุมชนหรือองค์กรในการจัดเก็บผลประโยชน์ จะช่วยลดขั้นตอนในการเจรจา (Negotiation) และลดปัญหาเรื่องอำนาจต่อรอง (Bargaining Power) ซึ่งนำไปสู่ข้อตกลงที่สมประโยชน์และเป็นที่ยอมรับของทั้งชุมชนและผู้ใช้ภูมิปัญญา

การออกกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาในระบบเฉพาะควรทำเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ และมีการออกอนุบัญญัติ (กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง) เพื่อกำหนดรายละเอียดต่างๆ เช่น หลักเกณฑ์และวิธีการการแบ่งปันผลประโยชน์ เป็นต้น โดยไม่ให้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาที่มีอยู่ เช่น กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช และกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย อย่างไรก็ดี หากจำเป็นสำหรับการเพิ่มประสิทธิภาพในการคุ้มครองอาจพิจารณาปรับปรุงกฎหมายที่มีอยู่เพิ่มเติม

5. นอกจากนี้ เพื่อให้การคุ้มครองภูมิปัญญาไทยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ควรมีพระราชบัญญัติจัดตั้งองค์กร หรือหน่วยงานเฉพาะขึ้น เช่น จัดตั้งเป็นสำนักงานภูมิปัญญาแห่งชาติ (National Bureau of Traditional Knowledge) เพื่อทำหน้าที่บริหารจัดการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย มีระดับเทียบเท่ากรม มีฐานะเป็นนิติบุคคล มีความเป็นอิสระในการบริหารงาน งบประมาณ ตลอดจนบุคลากร และเพื่อให้การดำเนินการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ สามารถกำหนดนโยบาย ยุทธศาสตร์ เพื่อให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องจำนวนมากดำเนินงานประสานสอดคล้องกัน ทำงานภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการภูมิปัญญาแห่งชาติ จึงควรมีอำนาจสั่งการ หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และกำหนดนโยบาย กำกับ ดูแล ดำเนินงานของสำนักงานภูมิปัญญาแห่งชาติ โดยดำเนินงานครอบคลุม 3 ด้าน ได้แก่ การส่งเสริมการใช้ประโยชน์ในภูมิปัญญาไทย การปกป้องและคุ้มครองภูมิปัญญาไทย (Protection) การฟื้นฟูและอนุรักษ์ภูมิปัญญาไทย (Conservation)

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ , วารสาร

ประเวศ วะสี. การศึกษาของชาติกับภูมิปัญญาท้องถิ่น. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์อมรินทร์
พรินต์ติ้งกรุ๊ป, 2536.

พรชัย กาพันธ์. “วิกฤตการศึกษาด้วยภูมิปัญญาไทย”, วารสารวิชาการ. ปีที่ 7 , เดือนกรกฎาคม
2545 หน้า 5-6.

รุ่ง แก้วแดง. ปฏิบัติการศึกษาไทย. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มติชน, 2543.

เอกวิทย์ ณ ถลาง. ภูมิปัญญาท้องถิ่นกับการจัดการความรู้. กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิชย์, 2540.

วิทยานิพนธ์

ธนิต ช่างदार. “รายงานการศึกษา กรอบความคิดการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย”. รายงาน
ฉบับสมบูรณ์, ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ, สำนักงานพัฒนา
วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, 2550.

นนทพัทธ์ อัสวก่อเกียรติ. “ปัญหาทางกฎหมายในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพจำพวกจุลินทรีย์ใน
ประเทศไทย”. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.

รัตนะ บัวสนธิ์. “การศึกษาหลักสูตรและจัดการเรียนการสอนเพื่อการถ่ายทอดภูมิปัญญาท้องถิ่น :
กรณีศึกษาชุมชนแห่งหนึ่งในเขตภาคกลางตอนล่าง”. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท,
มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ ประสานมิตร, 2535.

อังกุล สมคะเนย์. “สภาพและปัญหาการนำภูมิปัญญาชาวบ้านมาใช้พัฒนาหลักสูตรโรงเรียน
ประถมศึกษา สังกัดสำนักงานการศึกษา จังหวัดอุบลราชธานี”. วิทยานิพนธ์
ปริญญาโท, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.

กฎหมาย

“กฎกระทรวง ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการขอขึ้นทะเบียน การประกาศโฆษณา
การค้าค้ำและ การโต้แย้งคำคัดค้าน การขึ้นทะเบียน การอุทธรณ์ และการแก้ไขหรือ

- เพิกถอนทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2547” ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 121, 28 เมษายน 2547, หน้า 9.
- “พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545” ,ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่119, 23เมษายน 2545 , หน้า 22.
- “พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542” , ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 116, 29 พฤศจิกายน 2542, หน้า 49.
- “พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546” ,ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 120, 31 ตุลาคม 2546, หน้า 4.
- “พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537”,ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 111, 21 ธันวาคม 2537, หน้า 5.
- “พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522” ,ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 96, 16 มีนาคม 2522, หน้า 3-4.
- “ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการสร้างระบบบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี พ.ศ. 2542”, ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 116, 10 สิงหาคม 2542, หน้า 26 – 27.

ฐานข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

- “เครือข่ายทางสังคม (Social Network)”. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.edu.tsu.ac.th>, 2558.
- “นโยบายสาธารณะและการวางแผน”. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.skcc.ac.th/elearning/lg0213/?p=65>, 2558
- “ประเทศไทยกับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ”. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : http://chm-thai.onep.go.th/chm/convention_4.html, 2558.
- “วัตถุประสงค์ของสมาคมสปาไทย”. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.thaispaassociation.com/objective.php>, 2558.
- “สรุปหลักเกณฑ์หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี”. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.led.go.th/ethics/content/pdf/sumgg.pdf>, 2558.
- “สารสกัดจากพริก”. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://drug.pharmacy.psu.ac.th/Question.asp?ID=7070&gid=3>, 2558.

ภาษาต่างประเทศ

- Michael Hassemer. Genetic Resources, Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. Second edition, United states : Wolters Kluwer, 2008.

Office of the Controller General of Patent , Designs&Trademarks “Guidelines of Processing of Patent Applications Relating to Traditional Knowledge and Biological Material”, (Online). Available : http://www.ipindia.nic.in /iponew/TK_ Guideline_18 December, 2012.

Patent Law of the People’s Republic of China as amended up to the Decision of December 27, 2008, regarding the Revision of the Patent Law of the People’s Republic of China , (Online). Available : <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=5484>, 2015.

Regulations of the People’s Republic of China On The Protection of New Varieties of Plants , (Online). Available : <http://www.upov.org /export/sites/upov/en/ publications/ npvlaws/china/china.pdf>, 2015.

ประวัติย่อผู้วิจัย

ชื่อ	นายทศพล ทั้งสุขบุตร
วัน เดือน ปีเกิด	21 พฤษภาคม 2506
การศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย Master of Laws (LL.M.) Washington College of Law
ประวัติการทำงาน	คณะผู้แทนถาวรไทยประจำองค์การการค้าโลก ณ นครเจนีวา การเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบอุรุกวัย การเจรจาและการแก้ไขปัญหาทวิภาคี เช่น ไทย-สหรัฐอเมริกา ไทย-สหภาพยุโรป ไทย-ประเทศในละตินอเมริกา คณะกรรมการพัฒนากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ผู้อำนวยการสำนักลิขสิทธิ์ กรมทรัพย์สินทางปัญญา ผู้อำนวยการสำนักกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา
ตำแหน่งปัจจุบัน	รองอธิบดี กรมทรัพย์สินทางปัญญา

สรุปย่อ

ลักษณะวิชา การเมือง

เรื่อง แนวทางการปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย
ผู้วิจัย นายทศพล ทังสุบุตร หลักสูตร วปอ. รุ่นที่ 57
ตำแหน่ง รองอธิบดี กรมทรัพย์สินทางปัญญา

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ภูมิปัญญาเป็นแหล่งรวมความรู้และนวัตกรรมในอดีตที่ถูกนำมาใช้เป็นฐานในการพัฒนาองค์ความรู้ในการผลิตสินค้าสมัยใหม่มากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะองค์ความรู้ในการใช้ประโยชน์จากพืชสมุนไพรในท้องถิ่นเพื่อรักษาโรคในอดีตได้ถูกนำมาใช้เป็นฐานในการพัฒนาการรักษาโรคแผนปัจจุบันอย่างแพร่หลาย เช่น การนำสารสกัดที่ได้จากพริก เช่น capsaicin oleoresin, capsaicin tincture หรือ capsaicin มาเป็นสารตั้งต้นในการเตรียมยาต่างๆ เช่น ยาชาตู่เพื่อเจริญอาหารหรือขับลม หรือ ยาทาทางผิวหนังที่อยู่ในรูปขี้ผึ้ง ครีม เจล เพื่อระงับอาการปวดเมื่อย ปวดกล้ามเนื้อ ปวดประสาทหลังจากการเป็นโรคนิ้วสวัด เป็นต้น การที่โลกตระหนักถึงคุณค่าของภูมิปัญญาท้องถิ่นส่งผลให้มูลค่าทางเศรษฐกิจของภูมิปัญญาท้องถิ่นมีความเด่นชัดขึ้น จากเดิมที่ชุมชนที่เป็นบ่อเกิดของภูมิปัญญาปล่อยประละเลย ปัจจุบันเกิดความหวงแหน เมื่อเกิดความหวงแหนและความต้องการเป็นเจ้าของสิ่งที่ตนมีอยู่ไม่ต้องการให้บุคคลภายนอกเอาไปใช้ประโยชน์จึงเกิดเป็นแนวคิดที่ว่าชุมชนควรมีสิทธิในภูมิปัญญาที่ถูกพัฒนาสืบทอดมาในชุมชน โดยให้เป็นสิทธิของคนในชุมชนนั้น จึงเกิดคำว่า “สิทธิชุมชน” หรือ “Community Rights”

แนวคิดในเรื่องการคุ้มครองภูมิปัญญาเกิดขึ้นเมื่อจำนวนประชากรโลกเพิ่มขึ้น ความต้องการบริโภคขยายตัวทั้งในเชิงปริมาณและคุณภาพ กล่าวคือ ผู้คนมีความต้องการที่หลากหลาย เพื่อตอบสนองความจำเป็นขั้นพื้นฐานและเพื่อความพึงพอใจตามยุคสมัย ความต้องการดังกล่าวส่งผลให้ทุกสังคมต้องมีการค้นคว้าหาสิ่งใหม่ๆ เพื่อการบริโภคอย่างไม่หยุดยั้ง การค้นคว้าหาสิ่งต่างๆ เพื่อการบริโภคได้ขยายขอบเขตกว้างขวางขึ้นเรื่อยๆ จากเดิมที่ผู้คนใช้และพัฒนาองค์ความรู้ที่มีอยู่ในสังคมของตนผลิตสินค้าเพื่อการบริโภค ก็เริ่มมีการขยายวงกว้างออกโดยมองหาองค์ความรู้ในอีกสังคมหนึ่งเพื่อใช้ผลิตสินค้าที่ตนเองเห็นว่าแปลกใหม่แตกต่างไปจากที่เคยเห็น

เมื่อภูมิปัญญาท้องถิ่นถูกนำไปใช้อย่างไม่มีขอบเขต สร้างความเสียหาย เสื่อมโทรม บิดเบือนของภูมิปัญญาอันมีค่า โลกเริ่มเห็นความจำเป็นในการปกป้องคุ้มครองภูมิปัญญาดังกล่าว ซึ่งแสดงออกโดยการที่ประเทศต่างๆ พยายามร่วมกันจัดทำความตกลงระหว่างประเทศที่มีสาระสำคัญเป็นการรับรองคุ้มครองสิทธิในภูมิปัญญาที่ชัดเจนขึ้นโดยลำดับ เช่น ในปี 1989 เกิด FAO International Undertaking on Plant Genetic Resources ซึ่งให้การคุ้มครองสิทธิของเกษตรกร ขึ้นอย่างเป็นทางการ และในปี 1992 ได้เกิด Convention on Biological Diversity (CBD) ขึ้น ซึ่งมีบทบัญญัติหลายส่วนที่วางหลักการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพ และภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ถูกนำมาอ้างอิงและเป็นพื้นฐานในการเจรจาจัดทำความตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ ตลอดทั้งแนวทางในการออกกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศต่างๆ ด้วย

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องสงวนรักษาสิทธิในภูมิปัญญาไทยไว้ให้กับคนไทย และเสริมสร้างโอกาสให้กับคนไทยและชุมชนที่เป็นแหล่งกำเนิดของภูมิปัญญา ได้เก็บเกี่ยวผลประโยชน์เชิงเศรษฐกิจที่เกิดจากการที่บุคคลอื่นนำภูมิปัญญาของบรรพบุรุษของตนไปใช้ได้อย่างเหมาะสม จึงจำเป็นต้องมีระบบการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยที่มีประสิทธิภาพ ทั้งระบบกฎหมาย กลไกรองรับและการบริหารจัดการที่เหมาะสม

ปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาอยู่หลายฉบับ ซึ่งกฎหมายเหล่านี้สามารถคุ้มครองภูมิปัญญาของไทยได้ในขอบเขตที่จำกัด กฎหมายบางฉบับมีความซ้ำซ้อนกัน และกลไกตามกฎหมายบางเรื่องก็ยังไม่เสร็จสมบูรณ์ ไม่สามารถคุ้มครองภูมิปัญญาของไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพ และประสานสอดคล้องกัน

ปัญหาสำคัญที่พบอีกประการหนึ่ง คือ ไทยมีหน่วยงานที่ดำเนินงานเกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาของไทยกระจายอยู่ทั้งในส่วนกลางและส่วนภูมิภาค ทั้งในระดับจังหวัดและระดับชุมชน แต่ละหน่วยงานดำเนินงาน โดยมีเป้าหมายที่แตกต่างกันออกไป บางส่วนมีความทับซ้อนกัน จึงทำให้การบริหารจัดการด้านการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ภูมิปัญญาชาวบ้าน และภูมิปัญญาไทยมีความยุ่งยากและซับซ้อนอย่างมากในทางปฏิบัติ หากหน่วยงานเหล่านี้สามารถร่วมกันเป็นเครือข่ายปฏิบัติงานด้านการคุ้มครองภูมิปัญญาอย่างประสานสอดคล้องกันก็จะเป็นกลไกที่สามารถบริหารจัดการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยที่มีประสิทธิภาพ

ในส่วนชุมชนที่เป็นแหล่งกำเนิดซึ่งควรอยู่ในฐานะเจ้าของภูมิปัญญาไม่ตระหนักถึงสิทธิที่ตนพึงได้รับ และไม่ทราบแนวทางดำเนินการเพื่อปกป้องสิทธิของตน ตลอดทั้งไม่สามารถรวมตัวกันเพื่อเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการภูมิปัญญาของชุมชนของตน จึงเปิดช่องให้ภูมิปัญญาเหล่านี้ถูกนำไปแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ทั้งโดยความตั้งใจและโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์

จากปัญหาที่กล่าวข้างต้นส่งผลให้ไทยขาดระบบและมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาของไทยที่มีประสิทธิภาพ ส่งผลให้คนไทยต้องสูญเสียสิทธิประโยชน์อันพึงได้รับมาอย่างต่อเนื่อง และที่สำคัญ ปัญหาดังกล่าวจะทวีความรุนแรงยิ่งขึ้นหากต่างชาติแอบนำภูมิปัญญาของไทยไปใช้ในทางที่เสื่อมเสีย หรือแอบนำไปจดหรือพัฒนาต่อยอดและจดทะเบียนเป็นทรัพย์สินทางปัญญา เช่น นำไปจดทะเบียนสิทธิบัตรเป็นของตนเองเสมือนเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่ตนได้คิดค้นขึ้นใหม่ จึงอาจส่งผลให้บุคคลดังกล่าวเป็นเจ้าของสิทธิที่จะใช้ภูมิปัญญาดังกล่าวแต่เพียงผู้เดียว แม้ชุมชนที่เป็นแหล่งกำเนิดของภูมิปัญญาดังกล่าวก็อาจจะไม่สามารถนำภูมิปัญญาของตนมาใช้ประโยชน์ได้อีก

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ระบบการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาไทยที่อยู่ในกำกับดูแลของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และปัญหาในการคุ้มครองภูมิปัญญาของไทยในปัจจุบัน
2. เสนอแนะแนวทางการปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายและกลไกในการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย

ขอบเขตของการวิจัย

1. ศึกษากฎหมายและระบบการคุ้มครองภูมิปัญญาของไทยทั้งในประเทศและต่างประเทศ เช่น อินเดีย จีน ตลอดจนกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญา เช่น อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า
2. ศึกษาสภาพปัญหาการคุ้มครองภูมิปัญญาของไทยในปัจจุบันในสาขาที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจสูง โดยเฉพาะที่ถูกต่างชาตินำไปใช้ประโยชน์โดยมิชอบ เช่น การนวดแผนไทย เป็นต้น

วิธีดำเนินการวิจัย

การวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ ด้วยการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) จากเอกสารวิชาการ แนวความคิด กฎหมายภายในประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำเสนอแนวทางและมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย

ผลการวิจัย

จากการศึกษาพบปัญหาอุปสรรคในการในการคุ้มครองภูมิปัญญา คือ การขาดมาตรการทางกฎหมายที่ครอบคลุม ชัดเจน เพียงพอ ตลอดทั้งกลไกที่จะมารองรับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญา ทำให้มีการนำภูมิปัญญาไปใช้โดยไม่เป็นธรรมแก่ชุมชนที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญา การขาดกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนในเรื่องการเข้าถึงภูมิปัญญาและการแบ่งปันผลประโยชน์ ทำให้ปัญหาการแย่งชิงภูมิปัญญาไปเป็นของตนเองทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ การขาดซึ่งองค์กรกลางในการกำกับดูแลภูมิปัญญาและการจัดให้มีฐานข้อมูลภูมิปัญญาที่ครบถ้วนสมบูรณ์เพื่อประโยชน์ในการเข้าถึงและตรวจสอบข้อมูลจากผู้ที่ต้องการใช้ ทำให้การบริหารจัดการภูมิปัญญาที่มีอยู่หลากหลายขาดความคล่องตัวและดำเนินการได้ด้วยความยากลำบาก

ข้อเสนอแนะ

ตามที่ได้ศึกษาและวิเคราะห์ กฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาของประเทศไทยในปัจจุบันเห็นว่า ยังไม่สามารถคุ้มครองภูมิปัญญาได้ทุกประเภทอย่างมีประสิทธิภาพ การคุ้มครองภูมิปัญญาภายใต้ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาก็ยังมีข้อบกพร่องอยู่มาก ดังนั้น การมีระบบกฎหมายเฉพาะสำหรับคุ้มครองภูมิปัญญา จึงเป็นทางเลือกหนึ่งสำหรับการแก้ปัญหาช่องว่างทางกฎหมาย

ภายใต้ระบบกฎหมายเฉพาะนั้นควรมีรวมเอาหลักการที่ปรากฏใน อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ และข้อตกลงทริปส์ ซึ่งไทยเป็นภาคีมาปรับใช้ ได้แก่

1. หลักสิทธิชุมชน (Community Rights) เพื่อคุ้มครองสิทธิด้านการอนุรักษ์และพัฒนาภูมิปัญญาโดยกำหนดรูปแบบสิทธิในลักษณะสิทธิส่วนรวมซึ่งเปิดโอกาสให้ชุมชนมีโอกาสกำหนดระเบียบกฎเกณฑ์การดูแลจัดการภูมิปัญญาได้อย่างเหมาะสมสอดคล้องกับจารีตประเพณีท้องถิ่น อย่างไรก็ตาม ใดๆก็ดี การจัดการดังกล่าวของชุมชนควรเป็นการจัดการร่วมกับรัฐในรูปแบบการจัดการเชิงซ้อน

2. หลักการเข้าถึง (Access) ภูมิปัญญาและทรัพยากรชีวภาพ เพื่อกำหนดขั้นตอนวิธีการ กฎเกณฑ์ และระเบียบปฏิบัติในการเข้าถึงภูมิปัญญาให้มีความชัดเจนและเป็นเอกภาพ อันจะทำให้ผู้ที่ต้องการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาสามารถทราบได้ว่าต้องดำเนินการอย่างไรในการที่จะใช้ภูมิปัญญาได้อย่างชอบธรรมโดยไม่ละเมิดสิทธิชุมชน นอกจากนี้ การมีนิยามการเข้าถึงที่ชัดเจนจะสามารถช่วยลดปัญหาข้อโต้แย้งที่ว่า การกระทำของผู้ใช้ภูมิปัญญาดังกล่าวเป็นการเข้าถึงภูมิปัญญาโดยไม่ชอบแล้วหรือไม่

3. หลักความยินยอมโดยแจ้งล่วงหน้า (Prior Informed Consent) เพื่อป้องกันมิให้มีการนำภูมิปัญญาไปใช้ประโยชน์หรือจดทะเบียนสิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญาโดยไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะในกรณีที่น่าเอาภูมิปัญญาไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ (Commercialization)

4. หลักการแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit Sharing) เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ชุมชนผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาให้ได้รับส่วนแบ่งจากการที่บุคคลใดนำภูมิปัญญาไปใช้ การมีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนในเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์ซึ่งรวมถึงรูปแบบ ชุมชนหรือองค์กรในการจัดเก็บผลประโยชน์ จะช่วยลดขั้นตอนในการเจรจา (Negotiation) และลดปัญหาเรื่องอำนาจต่อรอง (Bargaining Power) ซึ่งนำไปสู่ข้อตกลงที่สมประโยชน์และเป็นที่ยอมรับทั้งแก่ชุมชนและผู้ใช้ภูมิปัญญา

การออกกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาในระบบเฉพาะควรทำเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ และมีการออกอนุบัญญัติ (กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง) เพื่อกำหนดรายละเอียดต่างๆ เช่น หลักเกณฑ์และวิธีการการแบ่งปันผลประโยชน์ เป็นต้น โดยไม่ให้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาที่มีอยู่

5. เพื่อให้การคุ้มครองภูมิปัญญาไทยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ควรจัดตั้งองค์กรหรือหน่วยงานเฉพาะขึ้น เช่น จัดตั้งเป็นสำนักงานภูมิปัญญาแห่งชาติ (National Bureau of Traditional Knowledge) เพื่อทำหน้าที่บริหารจัดการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย มีระดับเทียบเท่ากรม มีฐานะเป็นนิติบุคคล มีความเป็นอิสระในการบริหารงาน งบประมาณ ตลอดจนบุคลากร