

ปัญหาการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้านภายใต้ความตกลงทริปส์
และกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

4.1 ความตกลงทริปส์กับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้าน

4.1.1 ประเทศไทยกับความร่วมมือในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้านภายใต้ความตกลงทริปส์

สำหรับประเทศไทยกับความร่วมมือในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้าน ซึ่งความตกลงทริปส์ไม่ได้กำหนดวิธีการในการอนุวัติการไว้ ประเทศสมาชิกจึงมีอิสระที่จะเลือกวิธีการอนุวัติการที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศได้¹ อย่างไรก็ตามเนื่องจากเวลาในการอนุวัติการตามความตกลงทริปส์มิได้ถูกกำหนดอย่างเคร่งครัด เนื่องจากประเทศที่เข้าร่วมการเจรจามีความเห็นว่าระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน ความตกลงทริปส์จึงมีบทบัญญัติที่ผ่อนปรนให้แก่ประเทศสมาชิกบางประเทศ โดยพิจารณาจากระดับสถานะทางเศรษฐกิจของประเทศสมาชิกกล่าวคือ ประเทศกำลังพัฒนา (Developing countries) และประเทศที่เปลี่ยนระบบเศรษฐกิจจากระบบการวางแผนจากส่วนกลางไปสู่ระบบเศรษฐกิจแบบตลาด (Country in transition to a market economy) จะได้รับการผ่อนผันให้ดำเนินการอนุวัติการต่อไปอีกเป็นเวลาสี่ปี² ส่วนประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด (Least developed countries) จะได้รับการผ่อนผันเป็นระยะเวลาสิบปี³ พันธกรณีที่สำคัญซึ่งจะมีผลกระทบโดยตรงต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้านก็คือ ความตกลงทริปส์ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ทุกสาขาเทคโนโลยี โดยมีข้อยกเว้นว่า ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่การประดิษฐ์ในทุกสาขาเทคโนโลยี โดยมีข้อยกเว้นว่าประเทศสมาชิกอาจไม่คุ้มครองพืชและสัตว์ภายใต้ระบบสิทธิบัตร แต่จะต้องให้ควา

¹ TRIPs, Article 1.1.

² TRIPs, Article 65.2, 65.3.

³ TRIPs, Article 65.1.

คุ้มครองแก่พืชพันธุ์ไม่ว่าโดยกฎหมายสิทธิบัตร หรือระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพหรือโดยใช้วิธีการคุ้มครองดังกล่าวร่วมกัน⁴

จะเห็นได้ว่า การใช้ประโยชน์ภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่ว่าจะเพื่อการผลิตอาหารหรือยารักษาโรค ก็ต้องอาศัยทรัพยากรจากพืช สัตว์ แร่ธาตุในฐานที่เป็นวัตถุดิบนั่นเอง ที่มาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นสิ่งที่บอกเล่าหรือส่งต่อๆ กันมาจากชนรุ่นหนึ่งไปยังอีกรุ่นหนึ่ง และในส่วนของ การให้ความคุ้มครองภายใต้ความตกลงทริปส์นี้ จากการที่ความตกลงทริปส์ได้มีการกล่าวถึงการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้โดยตรง การที่ความตกลงทริปส์ให้ประเทศเลือกใช้ระบบกฎหมายเฉพาะ (sui generis system) ในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ทำให้ประเทศไทยจึงสามารถบัญญัติกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้านที่เหมาะสมสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจ สังคม และสภาพแวดล้อมของประเทศไทย และการพิจารณากฎหมายที่ออกมาคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยเฉพาะยาพื้นบ้านของไทย ต้องให้ท้องถิ่นและชุมชนเป็นผู้มีบทบาทในการคุ้มครองในการปกป้องอย่างแท้จริง

ผู้เขียนเห็นว่า หลักการสำคัญที่ควรมีอยู่กฎหมายเฉพาะ คือ คุ้มครองสิทธิของชุมชนด้านการอนุรักษ์และพัฒนาภูมิปัญญาพื้นบ้านของไทย กำหนดรูปแบบสิทธิในทรัพยากรและภูมิปัญญาท้องถิ่นในลักษณะ “สิทธิส่วนรวม” (Communal Property) เพื่อให้ชุมชนมีสิทธิในกำหนดระเบียบกฎเกณฑ์การดูแลจัดการทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นได้อย่างเหมาะสม สอดคล้องกับจารีตประเพณีของท้องถิ่นและเป็นการจัดการร่วมกับรัฐในรูปแบบการจัดการเชิงซ้อนและมีการกำหนดเงื่อนไขหลักเกณฑ์การเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาพื้นบ้าน ป้องกันมิให้มีการนำเอาทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาการแพทย์ของไทยไปใช้ประโยชน์หรือจดทะเบียนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างไม่เป็นธรรม

4.1.2 ผลกระทบของความตกลงทริปส์ต่อภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้าน

ความตกลงทริปส์ กล่าวถึงการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้เพียงเล็กน้อย ไม่ได้คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้โดยตรง ความตกลงทริปส์มุ่งให้ความคุ้มครองแก่ปัจเจกชนในงานสร้างสรรค์หรืองานประดิษฐ์ใหม่ที่มีคุณค่าในทางอุตสาหกรรมเป็นหลัก แต่สำหรับประเด็นการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้าน ความตกลงฉบับนี้ ไม่ได้ให้ความคุ้มครองที่ชัดเจน

⁴ TRIPs, Article 27.3(b).

เป็นเพียงทางเลือกที่เปิดไว้ให้ประเทศสมาชิกสามารถเลือกใช้เท่านั้น โดยมีอิสระที่จะเลือกระบบกฎหมายที่เห็นว่ามีความเหมาะสมเพื่อการคุ้มครอง โดยอาจจะเลือกคุ้มครองโดยกฎหมายสิทธิบัตร หรือกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ (*sui generis system*) หรือโดยวิธีการคุ้มครองทั้งสองระบบร่วมกัน

ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านสุขภาพ โดยการใช้ยาสมุนไพร สมุนไพรอันได้แก่ พืช สัตว์ จุลชีพ หมอพื้นบ้านได้ใช้เป็นยารักษาโรค แต่ส่วนประกอบที่สำคัญมากที่สุดของยาพื้นบ้านของไทยคือ พืชที่ใช้เป็นยาสมุนไพร การใช้พันธุ์พืชสมุนไพรเป็นส่วนสำคัญในภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้าน การที่ข้อตกลงทริปส์ให้ประเทศสมาชิกเลือกใช้ระบบกฎหมายเฉพาะ (*sui generis system*) มาคุ้มครองพันธุ์พืชได้ จากการเจรจาสร้างความตกลงทริปส์ ประเด็นการคุ้มครองพันธุ์พืชถือเป็นหัวข้อที่สำคัญเรื่องหนึ่งที่มีการโต้เถียงกันอย่างกว้างขวาง พืชพันธุ์นานาชนิด โดยพืชพันธุ์ต่างๆ เหล่านั้นมนุษย์ได้นำมาใช้ประโยชน์ ทั้งนี้ได้มีการถ่ายทอดความรู้สืบทอดกันมาเป็นทอดๆ ตั้งแต่สมัยโบราณ การที่มนุษย์รู้จักนำยาพื้นบ้านมาใช้ประโยชน์ในรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นนำมาใช้โดยตรง หรือโดยอ้อม เช่น นำมาใช้เพื่อการผลิตอาหาร หรือยารักษาโรค ในขณะที่ประเทศที่พัฒนาแล้วต้องการที่จะให้มีการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่อย่างเข้มงวด ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่กลับมีความกังวลว่าการให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชจะเป็นอุปสรรคต่อระบบเกษตรกรรมและการพัฒนาทางเศรษฐกิจของตน จนในที่สุด ผลของการเจรจาจึงเป็นไปในลักษณะประนีประนอมกัน โดยให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ทุกสาขาเทคโนโลยี โดยมีข้อยกเว้นว่า ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่การประดิษฐ์ในทุกสาขาเทคโนโลยี โดยมีข้อยกเว้นว่าประเทศสมาชิกอาจไม่คุ้มครองพืชและสัตว์ภายใต้ระบบสิทธิบัตร แต่ให้สิทธิแก่ประเทศสมาชิกในการเลือกที่จะคุ้มครองพันธุ์พืชภายใต้ระบบสิทธิบัตร หรือระบบกฎหมายเฉพาะ หรือทั้งสองระบบร่วมกัน⁵ ระบบการคุ้มครองพันธุ์พืชในปัจจุบันแบ่งออกได้เป็น 2 ระบบ

ระบบแรก เป็นการให้ความคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธิบัตร ตัวอย่างเช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกามีการให้ความคุ้มครองแก่พืชที่ขยายพันธุ์โดยไม่อาศัยเพศ (Asexually reproduced varieties) โดยกฎหมายสิทธิบัตรพืช (Plant Patent Act)

ระบบที่สอง เป็นการให้ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช (Plant Variety Protection) กฎหมายนี้เป็นระบบที่สร้างขึ้นสำหรับคุ้มครองพันธุ์พืชโดยเฉพาะ และมีการใช้กันในประเทศที่พัฒนาแล้วโดยส่วนใหญ่ โดยเมื่อปี ค.ศ. 1961 กลุ่มประเทศเหล่านี้ได้รวมตัวกันก่อตั้ง

⁵ TRIPs, Article 27.3(b).

องค์การระหว่างประเทศขึ้นโดยใช้ชื่อว่า “สหพันธ์นานาชาติสำหรับการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่” (International Union for the Protection of New Varieties of Plants, UPOV) ให้เป็นองค์การระหว่างประเทศที่มีหน้าที่บริหารจัดการอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ หรือที่เรียกว่า ยูโปฟ

แท้จริง ความตกลงทริปส์ไม่ได้กล่าวถึงอนุสัญญายูโปฟ แม้ว่าจะมีความพยายามจากหลายฝ่ายที่จะตีความว่า ระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพนั้นก็หมายความว่าอนุสัญญายูโปฟนั่นเอง⁶ ทั้งนี้ก็เนื่องจากอนุสัญญายูโปฟเป็นระบบกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชเพียงฉบับเดียวที่มีอยู่ในปัจจุบันเท่านั้น อย่างไรก็ตาม การตีความในลักษณะเช่นนี้ไม่ได้รับการยอมรับจากกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา ที่เห็นว่าหากมีการออกกฎหมายเฉพาะเพื่อให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชตามแนวทางของอนุสัญญายูโปฟ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามอนุสัญญายูโปฟ ฉบับปี ค.ศ. 1991 ซึ่งมีระดับการคุ้มครองที่สูงมาก ก็จะไม่สอดคล้องกับวิถีทางการพัฒนาของประเทศตน ประเทศเหล่านี้จึงเห็นว่าเมื่อความตกลงทริปส์ไม่มีบทบังคับให้ประเทศสมาชิกออกกฎหมายเฉพาะตามแนวทางของอนุสัญญายูโปฟ ประเทศสมาชิกก็ย่อมมีอิสระที่จะสร้างระบบกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชให้สอดคล้องกับระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจและเทคโนโลยีของตนได้

ผลกระทบต่อการค้าพันธุ์พืชพื้นบ้านพืชสมุนไพรของไทย หากว่ามีการคุ้มครองสิทธิบัตรในพืชปัญหาที่จะตามมาก็คือ การวิจัยและพัฒนาของคนไทยที่จะทำได้ลำบากยิ่งขึ้นเนื่องจากลำดับขั้นของการพัฒนาจะต้องใช้เทคโนโลยีที่ค่อนข้างสูงเพื่อพิสูจน์ความใหม่ ซึ่งจะไปเกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาพื้นบ้านของไทยในส่วนของพัฒนาพืชสมุนไพร ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยอาจจะยังไม่ค่อยตื่นตัวกันเท่าใดนักที่จะเริ่มพัฒนาพืชสมุนไพรให้ได้พันธุ์ใหม่ ๆ หรือให้ได้พืชที่สามารถให้สารออกฤทธิ์ที่ดีขึ้น หรือปริมาณมากขึ้น หากว่าได้มีการเริ่มต้นดำเนินการในรูปแบบนี้ การมีกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในระดับต่ำย่อมจะเป็นประโยชน์ต่อความก้าวหน้าของวงการแพทย์พื้นบ้านมากกว่า หากว่าต้องมีการคุ้มครองในระดับสูงเช่นสิทธิบัตร การพัฒนาของไทยอาจจะติดกับการประดิษฐ์จากต่างประเทศที่เป็นพืชพวกที่ใช้เทคโนโลยีขั้นสูงในการดัดแปลงให้มีคุณสมบัติทางเคมีที่ดีกว่าพืชสมุนไพรทั่วไป ทั้งนี้ เนื่องจากเมื่อการประดิษฐ์เหล่านั้นได้รับการคุ้มครองโดยสิทธิบัตรการทำพืชที่เทคโนโลยีด้อยกว่าย่อมไม่ได้รับการคุ้มครอง และยิ่งไปกว่านั้น

⁶ Dhar, B, *Sui Generis Systems for Plant Variety Protection: Options under TRIPS*, The Quaker United Nation Office, 2002, p. 23.

การนำพืชที่มีสิทธิบัตรคุ้มครองมาใช้ในการต่อยอดต่อไปก็ไม่ว่าจะทำได้เพราะ การจะดำเนินการวิจัยเพื่อต่อยอดนั้นต้องได้รับการอนุญาตจากเจ้าของสิทธิบัตรเสียก่อน ซึ่งต่างจากการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่คุ้มครองในระดับต่ำที่ยอมให้มีการนำไปต่อยอดสร้างเป็นพันธุ์ใหม่ขึ้นมา

ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยเป็นประเทศกำลังพัฒนาอาจป้องกันมิให้มีการฉกฉวยเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทย ไปพัฒนาต่อยอดและขอรับการคุ้มครองในฐานะเป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อการผูกขาดในสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) หากมีการทำการบันทึกรายละเอียดข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น เทคโนโลยียาพื้นบ้านไม่ว่าจะเป็นตำราโบราณ วิธีการคัดเลือกสมุนไพรฯลฯ ควรจะได้ถูกบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร การขึ้นทะเบียนดังกล่าวไม่ได้กระทำเพื่อให้สิทธิทางกฎหมายแก่เจ้าของความรู้ นั้น เพราะว่าการที่ได้บันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร บุคคลใดจะขอรับสิทธิบัตรภายในประเทศไทยหรือต่างประเทศ ไม่ได้อีกแล้ว เนื่องจากขาดเงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตร การประดิษฐ์ได้ขาดความใหม่แล้ว

4.2 ปัญหาการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้านภายใต้ความตกลงทริปส์ กับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

4.2.1 ปัญหาที่เกิดขึ้นจากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

4.2.1.1 ปัญหาข้อจำกัดแนวคิดภายใต้ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

4.2.1.1.1 หลักทรัพย์สินส่วนบุคคลของความตกลงทริปส์

หลักสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคล (private property right regime) ที่ความตกลงทริปส์สร้างขึ้นนั้น สำหรับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น หลักสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคล อาจทำลายการปฏิบัติตามหลักที่ต้องได้รับความเห็นชอบล่วงหน้า (Prior Informed Consent) จากผู้ถือครองความรู้และทรัพยากร แต่ความตกลงทริปส์ไม่ได้กำหนดให้มีข้อกำหนดในเรื่องการได้รับความเห็นชอบล่วงหน้า การปราศจากพันธะกรณีในการที่จะต้องได้รับความเห็นชอบล่วงหน้าในความตกลงทริปส์ และความคงอยู่ของหลักสิทธิส่วนบุคคลของประเทศต่างๆ วัตถุประสงค์สำคัญของความตกลงทริปส์ เพื่อส่งเสริมให้มีการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพ แต่ขณะเดียวกันก็ต้องไม่ให้มาตรการในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นอุปสรรคต่อการค้าเสรีระหว่างประเทศ⁷ โดยเฉพาะประเทศอุตสาหกรรม

⁷ Blakeney, Michael, Trade Related Aspects of Intellectual Property

ในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติไปใช้ในกระบวนการประดิษฐ์สิ่งใหม่ นอกจากนี้ประเทศกำลังพัฒนายังปล่อยให้การเจรจาต่อรองในเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์และการได้รับความเห็นชอบล่วงหน้าเป็นอิสระของคู่สัญญา ไม่มีการร่วมกันกำหนดมาตรฐานที่ชัดเจน ค่าตอบแทนที่ได้จึงมักไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะกับประเทศที่ด้อยพัฒนา และด้วยเหตุนี้เอง จึงมีข้อโต้แย้งว่า สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นอุปสรรคที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ระบบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ที่สร้างขึ้นโดยความตกลงทริปส์อาจกระทบต่อภูมิปัญญาท้องถิ่น บทนำของความตกลงทริปส์นิยามความหมายของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาว่าเป็นสิทธิของเอกชน (Private Rights)⁸ สิทธิดังกล่าวถูกควบคุมโดยบทบัญญัติทั่วไปขององค์การการค้าโลก โดยความตกลงทริปส์ได้นำหลักการพื้นฐานที่ประเทศสมาชิกต้องถือปฏิบัติ ตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ⁹ (National treatment principle) การปฏิบัติตามข้อ 27.3 (b) ของความตกลงทริปส์ทำให้หลักสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคลของเอกชนขยายออกไปทั่วโลก ซึ่งขอบเขตที่ครอบคลุมไปทั่วโลกของสิทธินี้อาจทำลายอำนาจอธิปไตยของรัฐ ซึ่งมีเป้าหมายให้ตระหนักถึงสิทธิของชุมชนท้องถิ่น

4.2.1.1.2 ประเด็นเรื่องเงื่อนไขของการขอรับสิทธิบัตร

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยนั้นตราขึ้นเพื่อส่งเสริมให้มีการค้นคว้าวิจัย และประดิษฐ์ผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีใดชิ้นใหม่ที่เป็นประโยชน์ และเป็นการกำหนดทางเทคนิคในเกษตรกรรม อุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมในประเทศ กฎหมายสิทธิบัตรของไทยได้กำหนดเงื่อนไขการคุ้มครองตามมาตรฐานที่กำหนดในความตกลงทริปส์ กล่าวคือ สิ่งที่จะขอรับความคุ้มครองต้องเป็นสิ่งที่ประดิษฐ์ขึ้น (Invention) ต้องเป็นการประดิษฐ์ที่ใหม่ (Novelty) มีขั้นตอนการประดิษฐ์สูง (Inventive Step) และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ (Capable of

Rights: A Concise Guide to the TRIPs Agreement, Sweet, (Maxwell, London 1996), p.9.

⁸ TRIPs, Preamble, Para.4 “Recognizing that intellectual property rights are private rights.”

⁹ หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National treatment principle) ได้มีการกำหนดไว้ในข้อ 3 ของความตกลงทริปส์เป็นการปฏิบัติที่ประเทศสมาชิกจะต้องปฏิบัติต่อคนต่างชาติที่เป็นคนชาติของประเทศสมาชิกอื่นเท่าเทียมกันกับคนชาติของตน

Industrial Application)¹⁰ การประดิษฐ์ที่ได้รับการคุ้มครองเช่นนี้จะรวมถึงทั้งผลิตภัณฑ์และกรรมวิธี

ในส่วนการพิจารณาเงื่อนไขการคุ้มครองที่กฎหมายกำหนดนั้น ประเด็นเงื่อนไขต้องเป็นสิ่งประดิษฐ์ใหม่ ลักษณะของภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้าน องค์ความรู้ที่ภูมิปัญญาท้องถิ่นมักเกิดจากการค้นพบ หรือเป็นความรู้ที่การถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่งพัฒนาสร้างสมมาจนถึงปัจจุบัน เงื่อนไข “ความใหม่” (Novelty) ซึ่งจะสูญเสียไปหากความรู้ที่นั้นปรากฏหรือแพร่หลายอยู่ก่อนแล้ว ความรู้เหล่านี้จึงขาดลักษณะของการเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ นอกจากนี้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามีเจตนารมณ์ที่จะส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าและยกระดับการพัฒนาทางอุตสาหกรรม ความรู้ที่จะได้รับความคุ้มครองจึงต้องมีลักษณะที่สามารถประยุกต์ใช้ทางอุตสาหกรรมได้ แต่ภูมิปัญญาท้องถิ่นมิได้ให้ความสำคัญกับการผลิตทางอุตสาหกรรม หากแต่เกี่ยวข้องกับการคงไว้ซึ่งวัฒนธรรมและจารีตประเพณีท้องถิ่นซึ่งขาดคุณสมบัติที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายดังกล่าว¹¹

ข้อควรตระหนักว่า การนำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นไปทำการดัดแปลงเพียงเล็กน้อยไม่เพียงพอต่อการขอรับสิทธิบัตร ขาดลักษณะของการเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ กรณีตัวอย่าง บริษัท Grace W.R. ซึ่งเป็นบริษัท เมล็ดพันธุ์และเคมีภัณฑ์ทางการเกษตรที่มีสำนักงานใหญ่ในสหรัฐฯ ได้ขอรับสิทธิบัตรในกรรมวิธีกำจัดศัตรูพืชโดยใช้สารสกัดจากต้นสะเดาต่อสำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ ซึ่งได้มีการออกสิทธิบัตรตามคำขอดังกล่าวในเวลาต่อมา การออกสิทธิบัตรได้กระทำทั้งๆ ที่มีการคัดค้านจากตัวแทนของรัฐบาลอินเดียว่า กรรมวิธีกำจัดแมลงและศัตรูพืชโดยใช้สารสกัดจากต้นสะเดามีได้เป็นสิ่งใหม่แต่อย่างใด เนื่องจากเป็นกรรมวิธีที่เกษตรกรในประเทศอินเดียได้ใช้และถือปฏิบัติสืบเนื่องกันมาเป็นเวลาหลายชั่วอายุคนแล้ว¹²

¹⁰พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542 มาตรา 5.

¹¹ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, "กฎหมายลักษณะเฉพาะเพื่อการบริหารจัดการทรัพยากรชีวภาพและส่งเสริมคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น", บทบัญญัติ, (กันยายน 2543) : น. 50.

¹² จักรกฤษณ์ ควรพจน์, ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 2 เรื่อง การคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม) , น.276-277.

4.2.1.1.3 ประเด็นเรื่องการขาดคุณสมบัติของงานอันมีลิขสิทธิ์

ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิประเภทหนึ่งของทรัพย์สินทางปัญญาคุ้มครองผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์ งานอันมีลิขสิทธิ์ต้องเป็นสิ่งที่ต้องเกิดจากความคิดริเริ่มของผู้สร้างสรรค์ (originality) อันหมายถึงเป็นงานที่เกิดจากสติปัญญาของผู้สร้างสรรค์งานเอง¹³ สำหรับกรณีของภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นข้อมูลความรู้ที่ถูกบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร การบันทึกข้อมูลนั้นอาจมีฐานะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทงานวรรณกรรม (literary works) ได้ก็จริง ในกรณีของภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีการสืบทอดความรู้กันมาอย่างยาวนาน ก็ขาดคุณสมบัติ ต้องเป็นงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ปัญญา กำลังแรงงาน ทักษะและความอดทนตลอดจนระยะเวลาในการสร้างสรรค์งานในรูปแบบต่างๆ ขึ้นมา ด้วยการริเริ่มของตนเองโดยมิได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต จะต้องเป็นผลผลิตจากความพยายามของมนุษย์ ไม่ว่าจะใช้ความพยายามมากน้อยเพียงใด และไม่ใช่วัตถุที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาติ¹⁴

4.2.1.1.4 ประเด็นเรื่องการเป็นผู้ประดิษฐ์ร่วมของเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่น

ภายใต้ระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ภูมิปัญญาท้องถิ่นมีสถานภาพเป็นความรู้ที่เป็นสาธารณะ ได้แก่ ความรู้ทั่วไปที่ไม่มีคุณสมบัติครบถ้วนจนอาจได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรหรือกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่น หรือเป็นความรู้ที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแต่การคุ้มครองได้สิ้นสุดลง ความรู้สาธารณะเป็นสิ่งที่ไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของหรืออ้างสิทธิทางกฎหมายได้ บุคคลทั่วไปสามารถนำเอาความรู้ดังกล่าวไปใช้ประโยชน์ได้อย่างเสรี ไม่ว่าจะเป็นการใช้โดยตรง หรือด้วยการนำไปดัดแปลง เปลี่ยนรูป วิเคราะห์และสังเคราะห์ เพื่อให้เกิดเป็นความใหม่¹⁵ ดังนั้นเมื่อผู้ประดิษฐ์ได้พัฒนาเทคโนโลยีการประดิษฐ์สมัยใหม่โดยอาศัยภูมิปัญญาท้องถิ่นยาพื้นบ้านของไทยเป็นฐาน ถือว่าเป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นมีส่วนในการพัฒนาเทคโนโลยีนั้นด้วยเช่นกัน¹⁶ หลักการดังกล่าวแตกต่างจากหลักการของ

¹³ เฟิงอ๋าง, น.680.

¹⁴ ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2545) , น.24-29.

¹⁵ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น.647.

¹⁶ Blakeney, M. "Bioprospecting and the Protection of Traditional Medical Knowledge of Indigenous Peoples: An Australian Perspective" (1997) 6 EIPR 298-303.

กฎหมายสิทธิบัตร ซึ่งเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่มีโอกาสที่จะเรียกร้องสิทธิดังกล่าวได้ ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายสิทธิบัตรกำหนดว่าความเป็นนักประดิษฐ์ร่วมจะเกิดขึ้นก็เฉพาะในกรณีที่นักประดิษฐ์ได้ร่วมกันสร้างสรรค์ความคิดที่เป็นสาระสำคัญของการประดิษฐ์ร่วมกัน ซึ่งถึงแม้ว่าไม่จำเป็นที่ผู้ประดิษฐ์ร่วมทั้งหมดร่วมมือกันในการคิดค้นการประดิษฐ์ในขณะเดียวกัน แต่ก็ต้องมีส่วนร่วมสร้างสรรค์ความคิดในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ผู้ที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นดังกล่าวก็อาจอ้างความเป็นผู้ประดิษฐ์ร่วมตามกฎหมายสิทธิบัตรได้¹⁷

4.2.1.2 ปัญหาการคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต

ความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) เป็นข้อตกลงที่ให้ความสำคัญกับการค้ามากกว่าการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม เนื่องจากความตกลงทริปส์ เป็นข้อตกลงที่มุ่งลดการบิดเบือนและอุปสรรคที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศ และมุ่งวางมาตรฐานการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อไม่ให้กลายเป็นอุปสรรคต่อการค้าอันชอบธรรม¹⁸ การนำระบบทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะระบบสิทธิบัตรมาใช้คุ้มครองสิ่งมีชีวิต สำหรับประเทศไทยนั้น กฎหมายสิทธิบัตรไม่ได้ให้ความสำคัญคุ้มครองแก่ สัตว์ พืช และสารสกัดจากสัตว์และพืช

4.2.1.2.1 ปัญหาการคุ้มครองพืช ด้วยระบบสิทธิบัตร

ความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกมีสิทธิไม่ออกสิทธิบัตรให้กับพืช แต่ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองแก่พันธุ์พืชโดยระบบสิทธิบัตรหรือระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพหรือทั้งสองระบบร่วมกัน โดยข้อความในข้อ 27.3 (b) ที่ว่า “อาจไม่ให้สิทธิบัตร” (may exclude) นั้น แปลความหมายได้ว่าประเทศสมาชิกอาจจะอนุญาตให้มีการจดสิทธิบัตรใน พืชและสัตว์นอกเหนือจากจุลชีพ และกรรมวิธีทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชและสัตว์ก็ได้ เนื่องจากมีการระบุอยู่ในหลักการของกฎหมายสิทธิบัตรว่าสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติและเพียงแต่มีผู้ค้นพบนั้น ไม่สามารถจดสิทธิบัตรได้¹⁹ ตามหลักการนี้

อ้างในจักรกฤษณ์ ครอบพจน์, สิทธิบัตร แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2.

(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม), น.166.

¹⁷ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10,น.166.

¹⁸ TRIPs, Article,Preamble,Para.1.

¹⁹ The Third World Network,Article 27.3 (b) of the TRIPs Agreement :

Review options for the South,http : //www.twinside.org.sg/title/oh1-cn.htm.

พืชและสัตว์, ยีน, เซลล์, สิ่งมีชีวิตทางชีววิทยาอื่นที่พบในธรรมชาติ ควรถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่สามารถจดสิทธิบัตรได้ หลักการไม่ให้สิทธิบัตรแก่พืชจึงยังไม่ชัดเจน

พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542 มาตรา 9 (1) ระบุไม่ให้สิทธิบัตรแก่พืช สารสกัดจากพืช เนื่องจากถึงแม้มิได้กล่าวถึงพันธุกรรมพืชหรือพันธุ์พืชโดยตรง แต่พืชเป็นวัตถุที่มีรูปร่างเป็นสิ่งจับต้องได้ (Tangible) และเป็นวัตถุแห่งการครอบครอง หวงกันนั้นก็ประกอบขึ้นจากพันธุกรรมจำนวนมากที่แสดงลักษณะภายในนอกออกมา (Phenotype) จากผลของการกำหนดลักษณะโดยรหัสพันธุกรรม (Genotype) นั้นเอง ทั้งสองสิ่งจึงมีความสัมพันธ์กันจึงไม่อาจแยกพิจารณาพันธุกรรมพืชออกจากพืช ทั้งสองประการจึงต้องถือเป็นสิ่งที่เป็นหนึ่งเดียว ด้วยเหตุนี้พันธุกรรมพืชจึงเป็นส่วนหนึ่งของพืช อีกนัยหนึ่งก็คือพืชนั่นเอง ซึ่งกฎหมายสิทธิบัตรไม่คุ้มครอง แม้ พ.ร.บ.สิทธิบัตรมาตรา 9 (1) จะไม่ให้สิทธิบัตรแก่ “พืชหรือสารสกัดจากพืช” แต่มิได้ระบุถึง “ส่วนหนึ่งส่วนใดของพืช” ซึ่งต่างจากกรณี “จุลชีพ” ที่ระบุชัดเจนถึง “ส่วนหนึ่งส่วนใดของจุลชีพ” ด้วย แม้จะมีถ้อยคำต่อมาว่า “สารสกัดจากพืช” ก็อาจยังไม่ชัดเจนว่า “สารสกัดจากพืช” เป็นอย่างเดียวกันกับ “ส่วนหนึ่งส่วนใดของพืช” หรือไม่ หากเหมือนกันเหตุใดกรณี “จุลชีพ” จึงบัญญัติว่า “ส่วนหนึ่งส่วนใดของจุลชีพ” ไม่บัญญัติว่า “จุลชีพหรือสารสกัดจากจุลชีพ” การที่ถ้อยคำใน พ.ร.บ.สิทธิบัตรของไทยไม่ชัดเจน อาจเป็นช่องทางให้ส่วนหนึ่งส่วนใดของพืชได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตร ดังนั้นการแก้ไขถ้อยคำใน พ.ร.บ.สิทธิบัตรของไทยให้ชัดเจนว่า “พืช ส่วนใดส่วนหนึ่งของพืช หรือสารสกัดจากพืช” ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้จะทำให้กฎหมายชัดเจนขึ้น

ปัญหาที่เกิดจากการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเหนือผลิตภัณฑ์พืชควรมีระบบกฎหมายเพื่อคุ้มครองนวัตกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพที่เกี่ยวข้องกับพืช เป็นการเฉพาะเพื่อปกป้องคุ้มครองทรัพยากรพืชที่มีอย่างอุดมสมบูรณ์ในประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งรวมถึงการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เป็นองค์ความรู้สำคัญเกี่ยวกับพืช โดยเฉพาะในด้านการใช้ประโยชน์จากพืชเช่น การใช้เป็นยาสมุนไพร ระบบกฎหมายเฉพาะ (*sui generis* system) ที่กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาจะให้ความสำคัญกับสิทธิร่วมกันชุมชน มิใช่ของปัจเจกบุคคล หากว่ามี การคุ้มครองสิทธิบัตรในพืชปัญหาที่จะตามมาก็คือ การวิจัยและพัฒนาของคนไทยที่จะทำได้ลำบากยากเย็นขึ้นเนื่องจากลำดับขั้นของพัฒนาการจะต้องใช้เทคโนโลยีที่ค่อนข้างสูงเพื่อพิสูจน์ความใหม่ ซึ่งจะไปเกี่ยวพันกับภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้านในส่วนของพัฒนาพืชสมุนไพร

4.2.1.2.2 ปัญหาการคุ้มครองสัตว์ด้วยระบบสิทธิบัตร

พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542 มาตรา 9 (1) ระบุไม่ให้สิทธิบัตรแก่ “สัตว์” เป็นการยกเว้นไม่ให้ความคุ้มครองแก่การคิดค้นหรือคิดทำอันเกี่ยวกับสัตว์ทุกประเภทไม่ว่าจะมีอยู่แล้วตามธรรมชาติหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลทางด้านศีลธรรมและไม่ก่อให้เกิดผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ การกำหนดในเรื่องรายละเอียดและขอบเขตของการคุ้มครองการประดิษฐ์เป็นไปได้ยากและไม่สามารถทำได้ชัดเจน เพราะพันธุ์สัตว์เป็นสิ่งที่ไม่คงที่และสามารถเปลี่ยนแปลงได้ อย่างไรก็ตาม หากเป็นการคิดค้นอันเกี่ยวกับกรรมวิธีในการปรับปรุงคุณภาพหรือลักษณะของสัตว์ประเภทต่างๆ ให้ดีขึ้นแตกต่างกับการประดิษฐ์ธรรมดา ย่อมที่จะขอรับสิทธิบัตรในการประดิษฐ์ดังกล่าวได้

คำว่า “สัตว์” แม้ยังไม่มีคำวินิจฉัยวางบรรทัดฐาน หมายถึงเฉพาะที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติหรือรวมถึงสัตว์ที่มนุษย์คิดค้น โดยกรรมวิธีต่างๆ ทั้งที่เป็นวิธีการธรรมชาติหรือเทคโนโลยี ก็สามารถตีความได้อย่างแน่นอนว่า สัตว์ไม่ว่าจะเกิดขึ้นตามธรรมชาติหรือคิดค้นขึ้นต่างก็ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร²⁰

4.2.1.2.3 ปัญหาการคุ้มครองสารสกัดจากพืชหรือสัตว์

พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542 มาตรา 9 (1) ได้มีการกำหนดเป็นข้อยกเว้นที่จะไม่ให้สิทธิบัตรใน “สารสกัดจากสัตว์หรือพืช” เป็นสิ่งที่มีอยู่แล้วในสัตว์หรือพืชตามธรรมชาติจึงไม่ควรได้รับการคุ้มครอง หากแต่เป็นสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติ แต่มีเป็นกรรมวิธีในการสกัดสารจากสัตว์หรือพืช มีผู้นำสารสกัดดังกล่าวไปทำให้เกิดผลิตภัณฑ์ขึ้นย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย เช่น สารสกัดจากใบสะเดา²¹ ถ้ายังไม่ได้นำไปเป็นส่วนประกอบสำคัญของยา ก็ไม่ได้รับความคุ้มครอง แต่หากได้นำไปผสมกับสารหรือส่วนประกอบอื่นเพื่อใช้เป็นยาระงับประสานย้อมมีสิทธิขอรับสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรได้

กรณีนี้หากพิจารณาในบริบทของกฎหมายสิทธิบัตรที่วัตถุประสงค์แห่งการคุ้มครองจะต้องเป็นการประดิษฐ์ (Invention) แต่สารสกัดบริสุทธิ์มิใช่สิ่งที่มนุษย์ประดิษฐ์ขึ้น แต่เป็นสิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ จึงไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ (Product of Nature) การตีความคุ้มครองสารสกัดบริสุทธิ์ในฐานะสิ่งประดิษฐ์ กลับจะยิ่งก่อให้เกิดผลประหลาด (Absurd) กับ

²⁰ ยรรยง พวงราช, คำอธิบายกฎหมายสิทธิบัตร, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชนจำกัด, 2542), น.48.

²¹ เพ็ญอ้าง, น.49.

กฎหมายสิทธิบัตร และนำมาซึ่งผลกระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพซึ่งเป็นสิ่งซึ่งไม่พึงประสงค์ต่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชของประเทศกำลังพัฒนา ดังนั้นการแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรของไทยโดยการระบุสิ่งที่ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ให้รวมถึง “สารสกัดบริสุทธิ์” น่าจะทำให้เกิดความชัดเจนและเป็นประโยชน์แก่ประเทศไทยมากขึ้น

ผู้เขียนเห็นว่า การพัฒนาระบบกฎหมายการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้าน ควรจะปฏิเสธการขยายการคุ้มครองสิทธิบัตรมายังสิ่งมีชีวิตทุกประเภท ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันให้คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและมีความเป็นธรรมต่อชุมชนท้องถิ่นมากยิ่งขึ้น การดำเนินงานตามข้อเสนอดังกล่าว ไม่อาจทำเพียงในระดับภายในประเทศเท่านั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องมีการดำเนินงานในระดับนานาชาติด้วยเพื่อให้เนื้อหาของความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องมีความเป็นธรรม ให้การคุ้มครองสมุนไพรรักษาและภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างเหมาะสม อันจะเป็นการป้องกันและแก้ไขปัญหามาจากการแสวงหาประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยมิได้รับอนุญาตที่เกิดขึ้นกับประเทศกำลังพัฒนา

4.2.2 ตัวอย่างปัญหาจากการแสวงหาประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยมิได้รับอนุญาตที่เกิดขึ้นกับประเทศกำลังพัฒนา

4.2.2.1 ความหมาย ความสำคัญ และที่มาปัญหาจากการแสวงหาประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยมิได้รับอนุญาต

ภูมิปัญญาท้องถิ่น ที่ส่งสมกันมาตั้งแต่บรรพบุรุษในประเทศกำลังพัฒนา ได้ถูกนำไปใช้เป็นวัตถุดิบเพื่อพัฒนาเป็นสินค้าผลิตภัณฑ์ทางอุตสาหกรรมมาโดยตลอด ผู้ที่นำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้โดยส่วนใหญ่มาจากประเทศที่พัฒนาแล้วในยุโรปและอเมริกา ซึ่งประเทศเหล่านั้นเป็นประเทศอุตสาหกรรมที่เพียบพร้อมไปด้วยทุนและเทคโนโลยีแต่ขาดแคลนทรัพยากร โดยอาศัยภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นฐาน และสิ่งที่พัฒนาขึ้นนั้นจะถูกถือว่าเป็นเทคโนโลยีใหม่ที่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ ประเทศอุตสาหกรรมเป็นผู้รับผลประโยชน์ส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้นโดยใช้กลไกของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งที่ความรู้เช่นนี้เป็นสิ่งที่ปรากฏแพร่หลายอยู่แล้ว การจดทะเบียนในลักษณะเช่นนี้จึงเป็นการสิทธิเด็ดขาดเหนือความรู้ที่เป็นผลิตผลมาจากภูมิปัญญาของผู้คนหลายชั่วคน และถูกเรียกว่า “โจรสลัดทางชีวภาพ”

ในปัจจุบัน ยังไม่มีคำนิยามซึ่งเป็นที่ยอมรับทั่วไปของถ้อยคำว่า “โจรสลัดทางชีวภาพ” อาจกล่าวได้ว่าเป็นถ้อยคำที่ประเทศกำลังพัฒนาเทียบเคียงว่า ประเทศอุตสาหกรรมเรียกการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิบัตรของประเทศอุตสาหกรรมว่า “การกระทำเยี่ยงโจรสลัด” และเรียกสินค้าเหล่านี้ว่า “สินค้าโจรสลัด” (Pirate Goods)²² แต่พฤติกรรมของประเทศอุตสาหกรรมที่นำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นประเทศกำลังพัฒนาไปใช้โดยมิได้รับอนุญาต ก็คือการขโมย

คำว่า โจรสลัดชีวภาพ หมายความว่า “การเข้าถือครองภูมิปัญญาหรือทรัพยากรพันธุกรรมของชุมชนโดยปัจเจกชนหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่ง ด้วยการแสวงหาสิทธิผูกขาดทางทรัพย์สินทางปัญญาเหนือความรู้หรือทรัพยากรนั้น”

“โจรสลัดทางชีวภาพ” หมายถึงการนำเอาความรู้และภูมิปัญญาชุมชนไปใช้ในเชิงการค้าโดยไม่บอกเล่าหรือขอความยินยอมจากเจ้าของชุมชนนั้นๆ นอกจากนำไปใช้ในเชิงการค้าโดยไม่บอกเล่าหรือขอความยินยอมจากเจ้าของชุมชนนั้นๆ นอกจากนำไปใช้โดยมิได้ขอความยินยอมแล้ว ผู้นำไปใช้ยังมักอ้างว่าสิ่งดังกล่าวเกิดจากการประดิษฐ์คิดค้นของตนเองอีกด้วย และมักจะถือโอกาสนำไปดัดแปลงเพื่อรับการคุ้มครองจากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ในรูปแบบใดแบบหนึ่ง เช่นกฎหมายสิทธิบัตร เป็นต้น การกระทำดังกล่าวนี้ได้รับการตำหนิและประณามอย่างมาก โดยถือว่าเป็นการกระทำเยี่ยงโจรสลัด เพราะมีลักษณะเป็นการปล้นสะดมภูมิปัญญาท้องถิ่น²³

นิยามโดย RAFI (Rural Advancement Foundation International) มีลักษณะเป็นองค์กรอิสระของประเทศแคนาดาให้คำนิยามว่า ผู้ซึ่งใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อให้ตนได้สิทธิขาด เป็นเจ้าของ การใช้ประโยชน์ และควบคุมทรัพยากรชีวภาพและความรู้จากท้องถิ่นเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว และการใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเพื่ออ้างความเป็นเจ้าของ และ

²² สมชาย รัตนเชื้อสกุล, “การคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช ตามพ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ในบริบทของข้อตกลงระหว่างประเทศ”, บทบัญญัติ, น.34. (มิถุนายน 2551)

²³ Genetic Resources Action International : “Traditional Knowledge of Biodiversity in Asia-Pacific”, www.grain.org/publications/tk-asia-2000-en-cfm (อ้างในสุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล. “การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น”, วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์, (ฉบับพิเศษ), ปีที่ 25, (2548) น.167.

ควบคุมทรัพยากรชีวภาพและความรู้ ทั้งนี้โดยไม่คำนึงถึงการตอบแทนและการให้ความคุ้มครอง ต่อมาซึ่งสร้างนวัตกรรมนอกระบบ²⁴

เดิมคำว่า "โจรสลัด" (piracy) นั้นเป็นคำสามัญ ที่ใช้เรียกโจรผู้ร้ายที่อาละวาดปล้นชิง เรือโดยสารหรือเรือบรรทุกสินค้าในท้องทะเล ผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกาและรัฐบาลเรแกน เป็นคนแรกที่ นำคำว่า "โจรสลัด" มาใช้กับเรื่องทรัพย์สินทางปัญญา โดยเปรียบเทียบการละเมิดทรัพย์สินทาง ปัญญาของผู้อื่นว่า เป็นการกระทำเสมือนโจรสลัด รวมทั้งได้เรียกประเทศคู่ค้าที่ไม่คุ้มครอง ทรัพย์สินทางปัญญาของสหรัฐฯว่า เป็นโจรสลัดเช่นเดียวกัน ซึ่งประเทศไทยก็เคยได้รับเกียรติถูก เรียกขานเช่นนี้ เมื่อครั้งที่สหรัฐฯกล่าวหาไทยว่า ไม่คุ้มครองสิทธิบัตรยา โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ฯลฯ ของสหรัฐฯ²⁵

Commission on Intellectual Property Rights ของอังกฤษกล่าวว่า “โจรสลัดชีวภาพ” (Bio-piracy) ได้แก่วัตถุกรรมที่มีลักษณะต่อไปนี้²⁶

1) การให้สิทธิบัตรที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไข กล่าวคือ การให้สิทธิบัตรในสิ่งประดิษฐ์ที่ ขาดความใหม่ หรือไม่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้นเมื่อพิจารณาเทียบเคียงกับภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ แพร่หลายและเป็นสาธารณสมบัติ เพราะผู้พิจารณาคำขอสิทธิบัตรละเลยที่จะตรวจสอบความรู้ ดังกล่าว ซึ่งอาจเกิดจากผู้ตรวจสอบไม่ได้ค้นหาความรู้นั้น หรืออาจเพราะความรู้นั้นไม่ได้ถูกบันทึก เป็นลายลักษณ์อักษร

2) แม้จะให้สิทธิบัตรที่เป็นไปตามเงื่อนไข แต่หากเป็นการประดิษฐ์ที่มีมาตรฐานต่ำ กล่าวคือเป็นการประดิษฐ์ที่ใกล้เคียงกับการค้นพบ รวมทั้งการให้สิทธิบัตรโดยปฏิเสธที่จะพิจารณา

²⁴ ฝ่ายข้อมูลไปโอไทย, “คู่มือโจรสลัดทางชีวภาพ”,

http://www.biothai.net/autopage1/show_page.php?t=4&s_id=8&d_id=8.

²⁵ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, “โจรสลัด และโจรสลัดชีวภาพ ความแตกต่างอยู่ที่ ผลประโยชน์”, <http://www.biothai.net/node/234>.

²⁶ Commission on Intellectual Property Rights, “Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy,” Report of the Commission on Intellectual Property Rights, September 2002, p.74. อ้างใน สมชาติ รัตนเชื้อสกุล, “ระบบทรัพย์สินทาง ปัญญาเพื่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช”, (วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.210.

ความรู้ที่ปรากฏอยู่ก่อน (Prior Art) ที่มีได้อยู่ในรูปของลายลักษณ์อักษร ดังเช่นกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น หรือเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่สร้างขึ้นโดยมิได้รับความยินยอมล่วงหน้า (Prior Informed Consent) จากชุมชนที่เป็นแหล่งของทรัพยากร หรือภูมิปัญญาไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

ที่มาของปัญหาจากการแสวงหาประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยมิได้รับอนุญาตในอดีตนั้น ประเทศพัฒนาแล้วอย่างสหรัฐโดยผู้แทนการค้าสหรัฐสมัยรัฐบาลเรแกนได้นำคำว่า “โจรสลัด” (Piracy) มาใช้กับประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายที่มีการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาโดยเปรียบเทียบว่าเป็นการกระทำที่เหมือนกับโจรสลัดที่แย่งชิงทรัพย์สินของคนอื่น ต่างกับที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญา ประเทศสหรัฐ ซึ่งเป็นประเทศที่มีเทคโนโลยีขั้นสูง แต่ขาดแคลนทรัพยากร จึงได้แสวงตามประเทศกำลังพัฒนาต่างๆ และนำไปใช้ประโยชน์โดยไม่ขออนุญาตจากประเทศเจ้าของทรัพยากร โดยอ้างว่าเป็นทรัพย์สินสาธารณะที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้อย่างเสรี การค้นคว้าวิจัยหรือปรับปรุงแล้วจะถือว่าเทคโนโลยีใหม่ เป็นสิ่งประดิษฐ์ใหม่และถือเป็นผลงานส่วนตัวของผู้วิจัย และได้รับการคุ้มครองตามระบบทรัพย์สินทางปัญญา ทำให้เกิดผลกระทบต่อผู้คนในประเทศกำลังพัฒนา

รากฐานของปัญหาโจรสลัดชีวภาพ (Bio-piracy) เกิดจากทัศนคติต่อภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้าน ความหลากหลายของทรัพยากรดังกล่าวเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากการสั่งสมของบรรพบุรุษ เป็นสิ่งที่แทรกซึมและเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรม การพึ่งพาอาศัยกัน เพื่อใช้เป็นอาหาร และยารักษาโรค พืชสมุนไพรกว่า 2 ใน 3 ของโลก หรืออย่างน้อย 35,000 ชนิดที่มีคุณค่าทางยาได้มาจากประเทศกำลังพัฒนา ส่วนผสมของยาอย่างน้อยกว่า 7,000 ชนิดที่ใช้ในการผลิตยาในประเทศอุตสาหกรรมได้มาจากพืช 1 ใน 4 ของมูลค่าการค้าขายเภสัชภัณฑ์ในสหรัฐเป็นยาที่ได้มาจากพืชทั้งที่ได้มาจากการสกัดโดยตรงและการสังเคราะห์เลียนแบบ²⁷

สำหรับประเทศไทยก็ประสบปัญหาไม่สามารถนำภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นมาวิจัยและใช้ประโยชน์ได้ เพราะจะเกิดข้อพิพาทว่าเป็นการละเมิดบทบัญญัติทางทรัพย์สินทางปัญญา ทำให้ประเทศไทยต้องดำเนินการคัดค้านการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยไปจดทะเบียนเป็นทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศพัฒนาตัวอย่างเช่น กรณีการจดสิทธิบัตรกวาวเครือ (Pueraria Mirifica) กรณีเปิ้ล้าน้อย (Croton sublyratus) เป็นตัวอย่างที่แสดงว่าประเทศไทยตกเป็นเหยื่อของ

²⁷ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “สิทธิชุมชนในทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น”, (กรุงเทพมหานคร : สำนักคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2547), น.57.

พฤติกรรม “โจรสลัดชีวภาพ” เช่นเดียวกับประเทศกำลังพัฒนาอื่นๆ อีกหลายประเทศเช่น กรณีต้นสะเดา (Neem Tree) ของประเทศอินเดีย ต้นโซบเบอรี่อัฟริกัน (African Soapbary)²⁸ และคดีที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้านที่สำคัญของประเทศอินเดียแดง คือคดีที่รัฐของประเทศอินเดียแดงได้ฟ้องร้องนาย Ruediger von Heininghaus ชาวบราซิลที่เกิดในออสเตรเลีย ได้ใช้มูลนิธิตามไม่หวังผลกำไร ชื่อ Living Jungle เพื่อหลอกล่อเพื่อให้ได้มาซึ่งความรู้ภูมิปัญญาท้องถิ่นความรู้เกี่ยวกับพืชที่ใช้เป็นยาของชาว Kaxinawa ให้แก่น้องทดลองของเยอรมัน²⁹

4.2.2.2 กรณีศึกษาประเทศญี่ปุ่นจดสิทธิบัตรเปล้าน้อยของประเทศไทย

ในกรณีเปล้าน้อย (*Croton Sublyratus*) ซึ่งเป็นสมุนไพรพื้นบ้านของประเทศไทย ในอดีตนั้นเปล้าน้อยเป็นยาไทยที่ไม่มีชื่อเสียงเท่าใดนัก มีลักษณะเป็นไม้พุ่มไม่สูงมากนัก พบขึ้นกระจายทั่วไปในประเทศไทย คนไทยใช้เปล้าน้อยและเปล้าใหญ่ควบกันเรียกว่า “เปล้าทั้งสอง” โดยการใช้ใบบำรุงธาตุ ดอกแก้พยาธิ ลูกดองสุรากินขับโลหิตระดูในเรือนไฟ เปลือกและกะพี้ช่วยย่อยอาหารแก้เลือดร้อน แก่นขับเลือดหนองให้ตกและขับไล่เดือน รากขับผายลม ในชนบทใช้รากที่มีรสร้อนและเมาเย็นเล็กน้อย แก่น้ำเหลืองเสีย แก้โรคผิวหนังผื่นคัน แก้โรคเรื้อน และยังข้อมูลที่แสดงเปล้าน้อยมีการใช้แบบตัวเดียว และการใช้รักษาโรคกระเพาะอาหาร³⁰ ซึ่งรัฐและสังคมไม่เคยสนใจคุณประโยชน์ของพืชสมุนไพรชนิดนี้ ทั้งที่เปล้าน้อยเป็นสมุนไพรที่ใช้กันเป็นภูมิปัญญาการรักษาโรคมาแต่เกาก่อน

ประเทศญี่ปุ่น โดยนักวิชาการชาวญี่ปุ่นได้ค้นคว้าเกี่ยวกับเปล้าน้อยมานาน พยายามเสาะหาแหล่งที่มาของเปล้าน้อยโดยเริ่มขึ้นในปี พ.ศ.2508 นักวิชาการชาวญี่ปุ่นดร.เอ โออิโซ นักวิทยาศาสตร์จากโรงงานซังเกียว ซึ่งเป็นโรงงานผลิตยาที่ใหญ่เป็นที่สองของประเทศญี่ปุ่น และนายไค มิยุริยา ซึ่งเป็นผู้ช่วย เข้ามาสำรวจด้วยตนเอง³¹ จึงได้เดินทางมาศึกษาวิจัยเกี่ยวกับเปล้า

²⁸ Vandana Shiva, Rodha Halla-Bhar, Piracy By Patent : The Case of The Neen Tree, แปลโดย ญัฐเชษฐ์ พูลเจริญ, GMOs : ชีวิตวิปริตพันธุ์, ชุมโลกาภิวัตน์ ลำดับที่ 14, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทอมรินทร์พริ้นติ้ง แอนด์พับ บลิซซิ่ง จำกัด, 2542), น.159. (อ้างในสมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 20, น.35.

²⁹ “An interview with Dr.Shiva”, In Motion Magazine 14 August (1998).
<<http://www.inmotionmagazine.com/shiva.html>>

³⁰ “เปล้าน้อย สมุนไพรไทย เพื่อประโยชน์ของใคร” ข่าวสารสมุนไพร, 22, (2529): น.31.

³¹ อ้างแล้ว, น.32.

น้อยในประเทศไทยจนพบว่าเป็ล้าน้อยนั้นมักจะพบขึ้นอยู่ริมทางถนนในท้องที่ตำบลโนนห้อม จังหวัดปราจีนบุรี และยังพบในบริเวณตำบลห้วยยางและตำบลห้วยทราย จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ แต่ปรากฏว่าสารดังกล่าวมีผลข้างเคียงมากเกินไปกว่าที่จะใช้ผลิตยาได้ นักวิจัยจึงได้ใช้สมุนไพรไทย ชนิดต่างๆ ในการทดลองแทนจนพบว่า สมุนไพรไทยที่ชื่อว่า “เป็ล้าน้อย” มีคุณสมบัติในการรักษา โรคกระเพาะได้ และไม่มีผลข้างเคียง บริษัท ซังเกียว (Sankyo Co.,Ltd) ได้ส่งเคราะห์สารเคมี ชนิดหนึ่งเพื่อใช้รักษาโรคกระเพาะ สารสำคัญที่ได้จากการสกัดใบเป็ล้าน้อย (*Plaunotols*) มีชื่อย่อว่า CS 684 ญี่ปุ่นได้จดทะเบียนกับองค์การอนามัยโลกในชื่อเป็ล้าน้อย ซึ่งเป็นยาที่ใช้รักษาแผล ในกระเพาะอาหาร และลำไส้ที่ได้ผลดีที่สุด

ในช่วงปี พ.ศ.2527-2529 ประเทศญี่ปุ่นก็ได้จดสิทธิบัตรสารสกัดจากเป็ล้าน้อยในชื่อ เปลาโนทอล (*Plaunotol*)³² และบริษัท ซังเกียว ได้รับอนุญาตจากองค์การบริหารยาของญี่ปุ่นให้ ผลิตยาจากเป็ล้าน้อยออกจำหน่าย โดยใช้ชื่อทางการค้าว่า “เคลเน็กซ์” (*Kelnac*)³³ เป็นยารักษา โรคกระเพาะที่สกัดจากเป็ล้าน้อยที่ปลูกในไทย ปรากฏว่าสามารถรักษาผู้ป่วยโรคกระเพาะได้เป็น อย่างดีเพราะว่าไม่มีผลข้างเคียง จนบริษัทญี่ปุ่นผลิตและส่งออกไปขายประเทศต่างๆ สามารถทำ กำไรมหาศาลได้

การจดสิทธิบัตรเป็ล้าน้อยของประเทศญี่ปุ่นได้จดทั้งสิทธิบัตรกรรมวิธีและสิทธิบัตร ผลิตภัณฑ์ ซึ่งทำให้นักวิจัยไทยไม่สามารถพัฒนากรรมวิธีการผลิตและผลิตภัณฑ์ที่จดสิทธิบัตร เอาไว้ได้ อุตสาหกรรมผลิตเป็ล้าน้อย ประเทศไทยเป็นเพียงแหล่งวัตถุดิบให้แก่ญี่ปุ่นเท่านั้น ส่วน สิทธิในการผลิตยาเป็นของประเทศญี่ปุ่น เพียงการที่ชาวต่างชาติมีทุนและเทคโนโลยี ที่สูงกว่า

นอกจากนี้นักวิชาการญี่ปุ่นไม่ได้หยุดอยู่เพียงตัวยาสกัดใบเป็ล้าน้อย(*Plaunotols*) มี ชื่อย่อว่า CS 684 นี้เท่านั้น แต่ได้ทำการทดลองวิจัยสมุนไพรไทยอีกกว่า 600 ชนิด และเดินทาง

³² Process for extraction and purification of plaunotol, United State Patent 5264638, <<http://www.freepatentsonline.com/5264638.html>> และ Geranylgeraniol-18-hydroxylase from croton sublyratus, United State Patent 5879916, <<http://www.freepatentsonline.com/5879916.html>>.

³³ “Plaunotol inhibits postprandial gastrin release by its unique secretin-releasing action in humans,” *Digestive Diseases and Sciences* 35.9 (September 1990), pp.1140-1145.

ไปตามชนบทในประเทศไทย และขอซื้อตำรายาที่เป็นสมุดข่อยและใบลานจากชาวบ้าน³⁴ นี่ย่อมแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยมีสมุนไพรดี มีภูมิปัญญาท้องถิ่นความรู้จากบรรพบุรุษมากมาย ที่คนไทยยังไม่เห็นคุณค่าและไม่ได้สนใจ

จะเห็นได้ว่าการที่บริษัทญี่ปุ่นดังกล่าวได้สิทธิบัตรในตัวสารเปลาโนทอล(*Plaunotols*) ซึ่งมีที่มาจากทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาของไทยนั้น ถือเป็นการขโมยภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยและเป็นการปิดกั้นการวิจัยและการพัฒนาของไทย แม้กฎหมายสิทธิบัตรของไทยจะห้ามการจดทะเบียนในสารสกัดจากพืช จึงทำให้นักวิจัยไทยสามารถใช้กรรมวิธีอื่นๆ มาผลิตเปลาโนทอลเพื่อใช้ในประเทศไทยได้ก็ตาม แต่ประเทศไทยก็ไม่อาจผลิตสารเปลาโนทอลในประเทศซึ่งบริษัทญี่ปุ่นไปจดสิทธิบัตรสารเปลาโนทอลไว้แล้ว ซึ่งทำให้ประเทศไทยที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นแต่กลับไม่สามารถใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นของตนได้อย่างเต็มที่

4.2.2.3 กรณีศึกษาการจดสิทธิบัตรกวาวเครือ

ในกรณีของกวาวเครือ มีชื่อเรียกเป็นภาษาอังกฤษว่า (*Pueraria mirifica*) เป็นพืชสมุนไพรที่รู้จักและมีการใช้กันมานานแล้ว ในฐานะของสมุนไพรอายุวัฒนะ มีชื่อเรียกตามท้องถิ่นต่างๆ เช่น เครือเขาปู่ เครือ ถา จานเครือ ทองเครือ ตาลาน เป็นต้น มีสรรพคุณทำให้ผิวพรรณนุ่มนวล และเต่งตึง นอกจากนี้สรรพคุณของกวาวเครือ ช่วยให้ผู้ที่รับประทานนอนหลับดี รับประทานอาหารได้ โรคภัยไข้เจ็บจะลดน้อยลง และมีกำลังแข็งแรงดี³⁵ เป็นสมุนไพรสำคัญของไทยที่รู้จักกันแพร่หลายกันในหมู่ของหมอพื้นบ้าน และได้รับการพัฒนาเป็นผลิตภัณฑ์สมุนไพรเสริมความงามมานานหลายสิบปี ด้วยเหตุที่สรรพคุณเป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลาย แม้กระทั่งต่างชาติเองก็ให้ความสนใจ มีการค้นคว้าวิจัยถึงสรรพคุณของกวาวเครืออย่างกว้างขวาง จนกระทั่งถูกจดสิทธิบัตรโดยบริษัทต่างประเทศ ดังนี้ คือ

การที่บริษัทญี่ปุ่น และบริษัทจากสหรัฐนำสารสกัดจากกวาวเครือไปจดสิทธิบัตร และนำไปแสวงหาประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากประเทศไทยซึ่งเป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นนี้ โดยเมื่อวันที่ 5 มีนาคม พ.ศ.2545 บริษัท โคเซ (Kose Corporation) บริษัทเครื่องสำอางของประเทศญี่ปุ่นซึ่งตั้งอยู่ที่เมืองโตเกียว และบริษัทชิราอิ (Shiratori Pharmaceutical Co.,Ltd.)

³⁴ “เป็ล่าน้อย สมุนไพรไทย เพื่อประโยชน์ของใคร”, อ่างแล้ว เริงอรรถที่ 30, น.35.

³⁵ ศิศิมา ดำรงกิจ, “กวาวเครือสมุนไพรควบคุมชนิดแรก”, เดลินิวส์, (27 กุมภาพันธ์

ซึ่งตั้งอยู่ที่เมืองชิบะ (Chiba) บริษัทเครื่องสำอางยักษ์ใหญ่ของญี่ปุ่นและของโลก ได้ยื่นจดสิทธิบัตรในกาวเครือที่ประเทศสหรัฐอเมริกาหมายเลข 6,352,685³⁶ โดยอ้างคุณสมบัติของสารสกัดจากกาวเครือที่สามารถรักษาผิวพรรณไม่ให้เกิดริ้วรอย รวมทั้งคุณสมบัติอื่นๆ เช่น ป้องกันการก่อตัวของเมลานิน (melanin formation inhibition) เป็นต้น โดยสิทธิบัตรในกาวเครือที่ทั้งสองบริษัทได้จดสิทธิบัตรผูกขาดไว้นั้นครอบคลุมกว้างขวางถึง 20 รายการ เช่น สารสกัดจากกาวเครือ³⁷ วิธีการสกัด³⁸ รวมถึงการนำสารสกัดที่ได้ไปใช้เป็นส่วนประกอบของสารที่มีคุณสมบัติในการดูแลผิวอื่นๆ เช่น การป้องกันแสงอัลตราไวโอเล็ต วิตามินเอ วิตามินซี และอื่นๆ ด้วย ทำให้นักวิจัยไทยไม่สามารถคิดค้นวิจัยเกี่ยวกับกาวเครือขาวตามวิธีที่ทั้งสองบริษัทได้จดสิทธิบัตรไว้แล้ว

นอกจากนี้เมื่อวันที่ 8 กันยายน พ.ศ. 2548 บริษัท ไบโอ-โบตานิก้า (Bio-Botanica Inc.) ของสหรัฐได้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรการสกัดสารกาวเครือขาวเรื่อง *Pueraria candollei* var. *mirifica* A Shaw & Suvat Extract (สารสกัดจากกาวเครือขาว) โดยนักประดิษฐ์ Damelio Frank S. SR ซีอีโอของบริษัท Bio-Botanica Inc. และ Mirhom Youssef พนักงานบริษัท ถือสิทธิโดย Bio-Botanica Inc. ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีข้อถือสิทธิ 19 รายการ ซึ่งเน้นการสกัดสารจากหัวกาวเครือขาวเพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องสำอางกระชับผิว ซึ่งขณะนี้บริษัทไบโอ-โบตานิก้า ได้ผลิตสารสกัดกาวเครือขาวภายใต้ชื่อทางการค้า “Puresterol” และมีการนำเข้ามาทำในตลาดประเทศไทยแล้ว ทำให้ผู้ประกอบการผลิตภัณฑ์สมุนไพรไทยได้รับผลกระทบทางการค้าเนื่องจากค่านิยมผู้บริโภคมักให้คุณค่ากับของที่นำเข้าจากต่างประเทศมากกว่าที่ผลิตขึ้นภายในประเทศ³⁹ และเมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2548 บริษัทเซฟเวียร์ (Savvier Inc.) ของสหรัฐได้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรการนำกาวเครือขาวมาใช้เรื่อง Breast enhancement system (ระบบเพิ่มขนาดเต้านม) โดยมีข้อ

³⁶ External preparation for skin, United States Patent 6352685, <<http://www.freepatentsonline.com/6352685.html>>.

³⁷ Zinc oxide-coated material and fatty acid-solidifying powder and external preparation for skin each made by using the material, United States Patent 6242092, <<http://www.freepatentsonline.com/6242092.html>>.

³⁸ Methods of delivering materials into the skin and compositions used therein, United States Patent 6120782, <<http://www.freepatentsonline.com/6120782.html>>.

³⁹ “วอนรัฐปกป้องสิทธิบัตรกาวเครือจากมะกัน”, ผู้จัดการออนไลน์, (10 กุมภาพันธ์ 2549)

ถือสิทธิ 37 รายการ⁴⁰ ซึ่งเน้นการใช้อุปกรณ์วัดเต้านมควบคู่กับการใช้กาวเครือขาว โดยอาศัยความรู้จากภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทย⁴¹ และองค์ความรู้ใหม่จากนักวิจัยของไทยซึ่งการจดสิทธิบัตรทั้งสองฉบับ จะทำให้บริษัทในต่างประเทศมีความได้เปรียบทางการค้า โดยจะเข้ามาแทรกแซงส่วนแบ่งทางการตลาดกับผลิตภัณฑ์สมุนไพรกาวเครือขาวจากประเทศไทย ที่สำนักงานนวัตกรรมแห่งชาติ (สนช.) ได้พัฒนาโครงการนวัตกรรม “พิวราเร็กซ์” ซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์เครื่องสำอางจากกาวเครือขาวเพื่อสร้างมูลค่าเพิ่มให้กับสมุนไพรไทย ซึ่งจะส่งผลกระทบต่ออุตสาหกรรมสมุนไพรไทยเป็นอย่างมาก

ความเห็นโดย นายวิฑูรย์ เลี่ยนจำรูญ ผู้อำนวยการองค์การความหลากหลายทางชีวภาพและภูมิปัญญาไทยหรือไบโอไทย(BioThai) เมื่อวันที่ 12 พฤศจิกายน 2547 กล่าวว่า⁴² การจดสิทธิบัตรของบริษัทญี่ปุ่นทั้งสองเป็นการกระทำเยี่ยงโจรสลัดชีวภาพเนื่องจากกาวเครือจัดเป็นพันธุ์พืชป่าตาม พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืชปี 2542 ผู้ใดที่นำไปวิจัยหรือใช้ประโยชน์ในทางพาณิชย์ จะต้องได้รับการอนุญาตและต้องทำสัญญาแบ่งปันประโยชน์กับคณะกรรมการคุ้มครองพันธุ์พืช สิทธิบัตรดังกล่าวอาจจะเกิดต่อ พ.ร.บ.คุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์ไทย พ.ศ. 2542 ด้วยเพราะคุณสมบัติในการดูแลผิวพรรณนั้นเป็นความรู้ที่แพร่หลายในหมู่หมอยาพื้นบ้านของไทยมาช้านาน เช่นเดียวกับคุณสมบัติอื่นๆ เช่น เป็นยาบำรุงเลือดลมและกระตุ้นเลือดลมและประจำเดือนให้มาตามปกติ เป็นยาอายุวัฒนะ ป้องกันผมหงอก แก้โรคตาฝ้าฟาง และต่อกระจกรวมทั้งกระตุ้นการเพิ่มขนาดของทรวงอก เป็นต้น การจดสิทธิบัตรในกาวเครือครั้งนี้ของญี่ปุ่นยังถือว่าเป็นการละเมิดข้อตกลงของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพซึ่งมีประเทศต่างๆ ทั่วโลกมากกว่า 100 ประเทศได้ให้สัตยาบันเอาไว้

⁴⁰ US Patent & Trademark Office,es United States Patent Application 20050266970, <<http://appft1.uspto.gov/netacgi/nph-Parser?Sect1=PTO2 Sect1>>

⁴¹ ศิศิมา ดำรงกิจ,อ้างแล้ว เิงอรธที่ 35,น.36.

⁴² ฝ่ายข้อมูลไบโอไทย, “และแล้ว 'กาวเครือ' ก็เป็นเหยื่อโจรสลัดชีวภาพ ”, http://www.thaingo.org/board_2/view.php?id=197.

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การจดทะเบียนสิทธิบัตรดังกล่าวข้างต้น เป็นการละเมิดกฎหมายภายในประเทศของประเทศไทย ดังต่อไปนี้

1) การละเมิดพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542

ตามพ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 มาตรา 52 ระบุว่า “ผู้ใดเก็บ จัดหา หรือรวบรวมพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป พันธุ์พืชป่า หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของพันธุ์พืชดังกล่าวเพื่อการปรับปรุงหรือศึกษาทดลองหรือวิจัยประโยชน์ในทางการค้า จะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ และทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ โดยให้นำเงินรายได้ตามข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ส่งเข้ากองทุนคุ้มครองพืช ทั้งนี้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง” กล่าวคือ ผู้ใดที่นำไปวิจัยหรือใช้ประโยชน์ในทางพาณิชย์จะต้องได้รับการอนุญาตและต้องทำสัญญาแบ่งปันประโยชน์กับคณะกรรมการคุ้มครองพันธุ์พืช สิทธิบัตรดังกล่าวอาจละเมิดต่อ จะเห็นได้ ไม่มีการแจ้งให้รัฐบาลไทยทราบและไม่มีการแบ่งปันผลประโยชน์แต่อย่างใด

กล่าวคือ พืชสมุนไพรกวาวเครือเป็นส่วนประกอบสำคัญของภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย สมุนไพรกวาวเครือจัดอยู่ในกลุ่มของพันธุ์พืชถือว่าเป็นพันธุ์พืชป่า ตามพ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 การที่ได้นำกวาวเครือ มาใช้เป็นวัตถุดิบหรือไปวิจัย ใช้ประโยชน์ในทางพาณิชย์ จะต้องได้รับการอนุญาตและต้องทำสัญญาแบ่งปันประโยชน์กับคณะกรรมการคุ้มครองพันธุ์พืช มิฉะนั้นต้องระวางโทษตามมาตรา 66 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว มีโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

2) การละเมิดพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์ไทย พ.ศ. 2542

จะเห็นได้ว่าการจดสิทธิบัตรดังกล่าวอาจเป็นการละเมิดต่อพ.ร.บ.คุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์ไทย พ.ศ. 2542 เป็นการคุ้มครองสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ซึ่งเป็นสิทธิในพื้นที่ความรู้ความสามารถเกี่ยวกับกระบวนการทางการแพทย์ โดยอาศัยความรู้หรือตำราที่ได้ถ่ายทอดและพัฒนาสืบต่อกันมา พืชสมุนไพรกวาวเครือ ด้วยเพราะคุณสมบัติในการดูแลผิวพรรณนั้นเป็นความรู้ที่แพร่หลายในหมู่หมอยาพื้นบ้านของไทยมาช้านาน เช่นเดียวกับคุณสมบัติอื่นๆ เช่น เป็นยาบำรุงเลือดลมและกระตุ้นเลือดลมและประจำเดือนให้มาตามปกติ เป็นยาอายุวัฒนะ ป้องกันผมหงอก แก้โรคตาฝ้าฟาง และต่อกระดูก รวมทั้งกระตุ้นการเพิ่มขนาดของทรวงอก

ซึ่งในปี พ.ศ. 2549 กระทรวงสาธารณสุข ได้ประกาศเรื่องสมุนไพรควบคุม พ.ศ. 2549 ออกตามพ.ร.บ.คุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์ไทย พ.ศ. 2542 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาตอนที่ 123 ตอนพิเศษ 18 ง เมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2549 และมีผลใช้บังคับเมื่อ 2 สิงหาคม พ.ศ. 2549 โดยการประกาศให้กวาวเครือเป็นสมุนไพรควบคุม โดยให้ความคุ้มครองกวาวเครือทั้ง 3 ชนิด กวาวเครือขาว กวาวเครือแดง และกวาวเครือดำ เนื่องจากมีค่าต่อการวิจัยหรือมีความสำคัญทางเศรษฐกิจ และอาจสูญพันธุ์ได้ จึงต้องมีการคุ้มครองและส่งเสริมการใช้ อย่างยั่งยืน

ในปัจจุบัน ประเทศกำลังพัฒนาจำนวนมากได้ตระหนักถึงความสำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่น ที่มีความสำคัญทั้งในเชิงชีวภาพและในเชิงเศรษฐกิจ จึงได้พยายามหาแนวทางในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อส่งเสริมการอนุรักษ์ เพื่อปกป้องไม่ให้มีการช่วงชิงเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ประโยชน์และขอรับการคุ้มครองสิทธิบัตรโดยปราศจากการรับรู้ถึงสิทธิในความเป็นเจ้าของ

ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศกำลังพัฒนาอาจป้องกันมิให้มีการฉกฉวยเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นของตนไปขอรับสิทธิบัตรในประเทศต่างๆ ได้ ด้วยการทำการบันทึกรายละเอียดข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้านไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ไว้ว่าจะเป็นการรับยาพื้นบ้าน วิธีการปรุยา ควรจะได้ถูกบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร การขึ้นทะเบียนดังกล่าวอาจไม่ได้กระทำเพื่อให้สิทธิทางกฎหมายแก่เจ้าของความรู้ นั้น หากแต่ได้กระทำเพื่อเปิดเผยความรู้ นั้นต่อสาธารณชน ด้วยวิธีการนี้ บุคคลใดจะขอรับสิทธิบัตรในภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีการตีพิมพ์นั้นไม่ได้ อีกต่อไป ไม่ว่าจะเป็นการขอรับสิทธิบัตรในประเทศหรือต่างประเทศ เนื่องจากการประดิษฐ์นั้นขาดความใหม่

4.3 การอนุวัติการของประเทศไทยตามกรอบความตกลงทริปส์

4.3.1 วัตถุประสงค์และขอบเขตของการให้ความคุ้มครอง

วัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์ ที่มีได้มีเจตนาเพียงต้องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น แต่ยังให้ความสำคัญกับการพัฒนา และเทคโนโลยี⁴³ และการส่งเสริมเทคโนโลยียัง

⁴³ TRIPs, Preamble, Para.5. กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ กระทรวงพาณิชย์, คำแปล

มีเป้าหมายที่ถ่ายทอดเผยแพร่เทคโนโลยีนั้น เพื่อให้ผู้รับการถ่ายทอดนำเทคโนโลยีนั้นไปใช้ในลักษณะอำนวยความสะดวกต่อสวัสดิการทางสังคมอีกด้วย⁴⁴ ความตกลงทริปส์นี้ต้องการลดการบิดเบือนและอุปสรรคที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศ และคำนึงถึงความจำเป็นที่จะส่งเสริมให้มีการคุ้มครองที่มีประสิทธิผล และเพียงพอสำหรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และทำให้มั่นใจว่ามาตรการและวิธีดำเนินการที่ใช้บังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะไม่กลายเป็นอุปสรรคต่อการค้าอันชอบธรรม⁴⁵

ขอบเขตของการให้ความคุ้มครอง ความตกลงทริปส์ข้อ 8.1⁴⁶ อนุญาตให้ประเทศสมาชิกออก หรือแก้ไขกฎหมายภายในประเทศของตนเพื่อคุ้มครองสาธารณสุข และโภชนาการ และเพื่อส่งเสริมประโยชน์สาธารณะในภาคต่างๆ ที่สำคัญต่อการเศรษฐกิจ สังคม และเทคโนโลยีของตน เป็นการเปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกลำประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) มาเป็นเงื่อนไขการพิจารณาออก หรือแก้ไขกฎหมายภายในของตนได้ ประเทศสมาชิกยังมีสิทธิที่ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อป้องกันการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยมิชอบ หรือการใช้แนวทาง

กรมสารชุดท้ายรวบรวมผลการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย, (กรุงเทพมหานคร : กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์กระทรวงพาณิชย์, 2537), น. 559.

⁴⁴ TRIPs, Article 7.

⁴⁵ ในส่วนอารัมภบทของความตกลงทริปส์ กล่าวว่า “บรรดาสมาชิกปรารถนาที่จะลดการบิดเบือน และอุปสรรคที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศ และคำนึงถึงความจำเป็นที่จะส่งเสริมให้มีการคุ้มครองที่มีประสิทธิผล และเพียงพอสำหรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และทำให้มั่นใจว่ามาตรการและวิธีดำเนินการที่ใช้บังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะไม่กลายเป็นอุปสรรคต่อการค้าอันชอบธรรม” กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์, คำแปลกรมสารชุดท้ายรวบรวมผลการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย, (กรุงเทพมหานคร:กระทรวงพาณิชย์, 2537), น. 595

⁴⁶ ความตกลงทริปส์ข้อ 8.1 กล่าวว่า “ในการออกหรือแก้ไขกฎหมายและระเบียบข้อบังคับของตน บรรดาสมาชิกอาจใช้มาตรการที่จำเป็น เพื่อคุ้มครองสาธารณสุขและโภชนาการ และเพื่อส่งเสริมประโยชน์สาธารณะในภาคต่างๆ ที่มีความสำคัญอย่างมากต่อการพัฒนาทางเศรษฐกิจสังคม และเทคโนโลยีของตน โดยมีเงื่อนไขว่า มาตรการดังกล่าวสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งความตกลงนี้” กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 41, น. 565

ปฏิบัติซึ่งจำกัดการค้าโดยไม่มีเหตุผล หรือเป็นผลเสียหายต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างประเทศ⁴⁷

การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อบรรลุเป้าหมายและวัตถุประสงค์ จึงเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐที่สามารถดำเนินการได้ภายใต้กรอบพันธกรณี และสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายภายใน การให้ความคุ้มครองแก่สิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับสิ่งมีชีวิต เช่น พืช สัตว์ ไม่เป็นการเกื้อหนุนต่อการสร้างสรรค์นวัตกรรม ไม่เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีอย่างเพียงพอ ไม่อำนวยความสะดวกทางการทางสังคม และขัดต่อประโยชน์ส่วนร่วม (Public Interest) รัฐย่อมมีสิทธิไม่ให้ความคุ้มครอง ดังนั้นประเทศไทยอาจไม่ให้ความคุ้มครองแก่สิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับสิ่งมีชีวิต หากเห็นว่าการให้ความคุ้มครองจะขัดกับนโยบายสาธารณะของตน ซึ่งทำให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์⁴⁸ ประเทศไทยระบุไม่ให้สิทธิบัตร แก่ประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับสิ่งมีชีวิต⁴⁹ ไม่ให้ความคุ้มครอง แก่จุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช

ดังนั้นประเทศไทยอาจไม่ให้ความคุ้มครองแก่สิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับสิ่งมีชีวิต หากเห็นว่าขัดต่อประโยชน์สาธารณะของตน ซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์⁵⁰

4.3.2 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

ความตกลงทริปส์ อนุญาตให้ประเทศสมาชิกไม่ให้สิทธิบัตรแก่สิ่งประดิษฐ์ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองชีวิต หรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช หรือหลีกเลี่ยงความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อม (To protect ordre public or morality, including to protect human, animal or plant life or health or to avoid serious

⁴⁷ TRIPs, Article 8.2.

⁴⁸ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, "โจรสลัดชีวภาพ (Bio-piracy) : ที่มา-ปัญหา และแนวทางสำหรับประเทศไทยตามกรอบความตกลงทริปส์" ,วารสารนิติศาสตร์ , น.119,(มี.ค 46).

⁴⁹ พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542, มาตรา 9 (1).

⁵⁰ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, "โจรสลัดชีวภาพ (Bio-piracy) : ที่มา-ปัญหา และแนวทางสำหรับประเทศไทยตามกรอบความตกลงทริปส์" ,วารสารนิติศาสตร์, น.119,(มี.ค 46).

prejudice to the environment)⁵¹ แต่ความตกลงทริปส์ไม่ได้ให้นิยาม “ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ซึ่งในความจริงก็ไม่อาจกำหนดความหมายและขอบเขตที่แน่ชัดได้ เท่ากับเปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิก กำหนดนิยามดังกล่าวให้สอดคล้องกับจารีตประเพณี ความเชื่อ หรือวัฒนธรรมท้องถิ่นของตนได้ ซึ่งขอบเขตที่ปรากฏอาจแตกต่างกันในแต่ละประเทศได้⁵²

ดังนั้นประเทศสมาชิกจึงปฏิเสธไม่ให้สิทธิบัตรแก่สิ่งประดิษฐ์เกี่ยวกับสิ่งมีชีวิตได้ หากเห็นว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในประเทศของตน โดยอาจกำหนดให้รวมถึงสิ่งมีชีวิตที่มีอยู่ตามธรรมชาติ ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน วัสดุทางชีวภาพ ที่พบในธรรมชาติแม้ว่าจะได้สกัดให้เป็นสารบริสุทธิ์แล้วหรือไม่ก็ตาม ซึ่งจะครอบคลุมถึงมนุษย์ หรือส่วนใดส่วนหนึ่งของมนุษย์

พระราชบัญญัติสิทธิบัตรของไทย คุ่มครองเฉพาะแต่สิ่งที่ดีและมีคุณค่าประโยชน์หรือสร้างสรรค์สังคมเท่านั้น สิ่งที่เป็นอันตรายต่อสังคมเป็นสิ่งที่พึงห้ามและป้องกันไม่ให้เกิดขึ้น นโยบายกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยจึงอาจกำหนดห้ามการคุ้มครองสิทธิบัตรโดยถือเป็นกรณีกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

4.3.3 หลักเกณฑ์การบังคับใช้สิทธิตามสิทธิบัตร (Compulsory Licensing)

มาตรการบังคับใช้สิทธิเป็นหลักการหนึ่งของระบบทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อให้อำนาจแก่รัฐในการควบคุมผู้ที่ได้รับสิทธิบัตรแล้วมิได้ใช้ประโยชน์จากสิ่งประดิษฐ์นั้น หรือเป็นการกีดกันผู้อื่นมิให้สามารถกระทำการประดิษฐ์ในลักษณะเดียวกันได้ ซึ่งหลักการนี้ได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทย ไว้ 2 รูปแบบ คือการบังคับใช้สิทธิโดยรัฐ (Exploitation by Government) และการบังคับใช้สิทธิโดยกฎหมาย (Compulsory Licensing) ดังต่อไปนี้

1) การบังคับใช้สิทธิโดยรัฐ (Exploitation by Government) กำหนดไว้ใน พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542 มาตรา 51 ว่า เพื่อประโยชน์ในการประกอบกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคหรือการอันจำเป็นในการป้องกันประเทศ หรือการสงวนรักษาหรือการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อมหรือป้องกันประเทศ หรือการสงวนรักษาหรือการได้มาซึ่ง

⁵¹ TRIPs, Article 27.2.

⁵² สมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 48, น.121.

ทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อมหรือป้องกันหรือบรรเทาการขาดแคลนอาหาร ยาหรือสิ่ง
สาธารณูปโภค หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ

และในกรณี ที่เป็นการใช้ในภาวะสงคราม หรือในภาวะฉุกเฉิน เพื่อการอันจำเป็นใน
การป้องกันประเทศ และการรักษาความมั่นคงของชาติ การบังคับใช้สิทธิในกรณีนี้รัฐไม่จำเป็นต้อง
เสียค่าตอบแทนแก่ผู้ทรงสิทธิบัตร⁵³

การใช้สิทธิโดยรัฐ ดังกล่าวไปตามหลักการของความตกลงทริปส์ รับรองสิทธิของ
ประเทศสมาชิก ที่จะใช้มาตรการที่ยินยอมให้มีสิทธิได้กรณีเกิดภาวะฉุกเฉินของประเทศ (National
Emergency) หรือในภาวะที่มีความจำเป็นเร่งด่วน (Extreme Emergency) ⁵⁴ แต่อย่างไรเป็นภาวะ
ฉุกเฉิน หรือความจำเป็นเร่งด่วนนั้น ความตกลงทริปส์ ไม่ได้กำหนดไว้แต่ปล่อยให้แต่ละดุลพินิจใน
การตีความของประเทศสมาชิก เพื่อประโยชน์ในการประกอบกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคหรือการ
อันจำเป็นในการป้องกันประเทศ หรือการสงวนรักษาหรือการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติหรือ
สิ่งแวดล้อม หรือป้องกันหรือบรรเทาการขาดแคลนอาหาร ยา หรือสิ่งอุปโภคบริโภคอย่างอื่นอย่าง
รุนแรง และ ในภาวะสงครามหรือในภาวะฉุกเฉิน โดยรัฐสามารถประกาศใช้สิทธิตามสิทธิบัตรได้
แต่ต้องแจ้งให้ผู้ทรงสิทธิบัตรทราบโดยไม่ชักช้า และจะต้องเสียค่าตอบแทนการใช้สิทธิแก่ผู้ทรง
สิทธิบัตร

2) มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยกฎหมาย (Compulsory Licensing)

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542 ได้มีการกำหนด
หลักการเกี่ยวกับการบังคับใช้สิทธิ (Compulsory Licensing) ไว้ดังนี้

กรณีแรก เมื่อพ้นกำหนด 3 ปี นับแต่วันออกสิทธิบัตร หรือ 4 ปี นับแต่วันยื่นขอรับ
สิทธิบัตรแล้วแต่ระยะเวลาใดจะสิ้นสุดลงทีหลัง กฎหมายอนุญาตให้บุคคลอื่นขอให้สิทธิตาม
สิทธิบัตรนั้นได้⁵⁵ หากปรากฏว่า

- ไม่มีการผลิตผลิตภัณฑ์หรือไม่หรือไม่มีการใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตรภายในประเทศ
ไทยไม่เหมาะสม

⁵³ พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542, มาตรา 52.

⁵⁴ TRIPs, Article 31(b).

⁵⁵ พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542, มาตรา 46.

- หรือไม่มีการใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตรในประเทศไทย หรือไม่มีการขายผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตร หรือมีการขายในราคาสูงเกินควร หรือไม่พอสอดคล้องความต้องการของประชาชนในประเทศไทยโดยไม่มีเหตุอันสมควร

กรณีที่สอง ถ้าการใช้สิทธิตามข้อถือสิทธิในสิทธิบัตรใดอาจมีผลเป็นการละเมิดข้อถือสิทธิในสิทธิบัตรอื่น กรณีที่สิทธิบัตรของผู้ขอ กับสิทธิบัตรของผู้อื่นมีความเกี่ยวข้องกัน (Dependence Patents) กล่าวคือ การใช้สิทธิตามสิทธิบัตรฉบับหนึ่งอาจละเมิดอีกฉบับหนึ่ง⁵⁶ ซึ่งมักเป็นกรณีที่ผู้คิดประดิษฐ์ภายหลังจากได้ปรับปรุงหรือพัฒนาสิ่งประดิษฐ์โดยยังคงต้องพึ่งพาส่วนประกอบหรือกรรมวิธีของสิทธิบัตรรายแรก เช่น⁵⁷ การคิดค้นเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสารเคมีบางตัวที่เจ้าของสิทธิบัตรรายแรกเป็นเจ้าของอยู่และสิทธิบัตรนั้นยังมีอายุใช้บังคับอยู่ และผู้คิดยารายหลังได้พัฒนายาขึ้นใหม่แต่ยังคงต้องใช้ตัวสารเคมีของสิทธิบัตรรายแรก หรือกรรมวิธีการผลิตซึ่งหากทำการผลิตผลิตภัณฑ์ของตนเองแต่ก็มีผลกระทบเป็นการละเมิดต่อเจ้าของสิทธิบัตรรายแรก เช่นนี้จึงต้องให้หลักการบังคับใช้สิทธิหากการขออนุญาตใช้สิทธิบัตรไม่อาจตกลงกันได้

พิจารณามาตรการบังคับใช้สิทธิกับยาพื้นบ้านของไทย

โดยระบบสิทธิบัตร มีไว้เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้คิดค้นสิ่งประดิษฐ์ใหม่ เพื่อจูงใจให้เกิดการคิดค้นที่เป็นประโยชน์ ด้วยการให้สิทธิผูกขาดตลาด สามารถจำหน่ายสินค้าการประดิษฐ์นั้นได้แต่เพียงผู้เดียว ปราศจากการแข่งขัน โดยมีข้อแลกเปลี่ยนว่า ต้องเปิดเผยการคิดค้นหรือกรรมวิธีแห่งการประดิษฐ์นั้น ทั้งนี้เพื่อให้ผู้อื่นสามารถนำไปพัฒนาต่อยอด หรือนำไปผลิตเมื่อหมดอายุสิทธิบัตรซึ่งจะทำให้ผู้บริโภคจ่ายเงินน้อยลงเนื่องจากสิ้นสุดการผูกขาดและเกิดการแข่งขันในตลาด⁵⁸ จากหลักการดังกล่าวนี้เป็นเหตุให้ทำให้เจ้าของสิทธิบัตรมีอำนาจที่จะกำหนดราคาสูงเท่าใดก็ได้ หากว่าเป็นการผลิตยาพื้นบ้านของไทย ที่มีการพัฒนาเทคโนโลยีการผลิตยาสมุนไพรให้ทันสมัย และได้มาตรฐานสากล การพัฒนายาพื้นบ้านโดยการประดิษฐ์นั้นจะต้องเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้คือต้องเป็นการประดิษฐ์ที่ใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น และสามารถ

⁵⁶ พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542, มาตรา 47.

⁵⁷ สำนักงานกรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, คู่มือการศึกษา วิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, (กรุงเทพมหานคร : จัดพิมพ์โดยสำนักงานกรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, 2544) , น.250-251.

⁵⁸ สืบค้นจาก <http://unitcost.fda.moph.go.th/cl/about.php>.

ประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ การประดิษฐ์นั้นย่อมได้รับความคุ้มครองตัวอย่างเช่น หากบุคคลในชุมชนใดพัฒนาผลิตภัณฑ์มาจากพืชสมุนไพร ซึ่งมีคุณสมบัติในการบำบัดรักษาโรคใดโรคหนึ่งหรือหลายโรค บุคคลนั้นก็ย่อมสามารถที่จะยื่นคำขอรับสิทธิบัตรได้

หากว่ามีการจดสิทธิบัตรให้กับผลิตภัณฑ์มาจากพืชสมุนไพร ประเทศนั้นอาจไม่ให้สิทธิพิเศษในการผูกขาดตลาดแก่เจ้าของสิทธิบัตร ด้วยการเข้าใช้สิทธิในการผลิตหรือนำเข้ายาที่ราคาถูกลงกว่าได้ (หรือมอบให้ผู้อื่นผลิตหรือนำเข้า) เพื่อให้ประชาชนในประเทศเข้าถึงยานั้นได้มากขึ้น การเข้าใช้สิทธิในสิทธิบัตรแบบนี้ เรียกว่า การบังคับใช้สิทธิ (Compulsory Licensing)

กล่าวโดยสรุปว่า คนไทยจะหันมาฟื้นฟูและพัฒนายาพื้นบ้านของไทย เพื่อใช้ในระบบสุขภาพของประเทศ ซึ่งจะช่วยลดแทนยาฝรั่งที่เราต้องซื้อแพง เพราะเราไม่สามารถทำได้เองในประเทศ เป็นวิธีการที่จะทำให้พึ่งพาตนเองของประเทศเรา และถ้าทำเช่นนี้ได้แล้วเราคงไม่มีปัญหาเรื่องการใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตร (compulsory license) ดังที่เราเจอปัญหากันอยู่ในขณะนี้แน่นอน

4.3.4 สิ่งประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตร

ความตกลงทริปส์ ข้อ 27.1 กล่าวว่าประเทศสมาชิกต้องให้สิทธิบัตรสำหรับสิ่งประดิษฐ์ (Invention) แต่ความตกลงทริปส์ไม่ได้ให้ความหมายของคำว่า “การประดิษฐ์” ประเทศพัฒนาต้องการให้ ความหมายของคำนี้มีขอบเขตกว้าง เพื่อให้ครอบคลุมการประดิษฐ์ในทุกสาขาวิชา โดยเฉพาะในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพ แต่เมื่อไม่ปรากฏนิยามที่เป็นที่ยอมรับทั่วไป ประเทศกำลังพัฒนาจึงมีสิทธิกำหนดขอบเขตของคำนี้กว้างหรือแคบก็ได้ การตีความอย่างแคบโดยถือว่า สิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับข้อมูลพันธุกรรม เซล หรือสายพันธุกรรม ไม่ใช่การประดิษฐ์ แต่ถือเป็นเพียงการค้นพบ (Discovery) จะช่วยจำกัดขอบเขตการประดิษฐ์ในสิ่งที่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิตที่ขอรับสิทธิบัตร

ในส่วนของการให้ความคุ้มครองพืชและสัตว์ ความตกลงทริปส์⁵⁹ กล่าวถึงข้อยกเว้นที่ไม่ให้สิทธิบัตรแก่สิ่งประดิษฐ์ที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบกับความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีงาม หรือก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ และพืช หรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม

⁵⁹ TRIPs, Article 27.2.

เมื่อพิจารณาจากความตกลงทริปส์แล้วพบว่าประเทศไทยได้ปฏิบัติตามแนวทางของความตกลงทริปส์ประเทศไทยได้ปฏิบัติตามแนวทางของความตกลงทริปส์โดยมีข้อยกเว้นไม่ให้สิทธิบัตรแก่สิ่งประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี อนามัยหรือสวัสดิภาพของประชาชน และยกเว้นจุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สัตว์พืช หรือสารสกัดจากสัตว์และพืชจากการจดสิทธิบัตร⁶⁰

ส่วนการอนุวัติการตามกรอบความตกลงทริปส์⁶¹ ในส่วนของการคุ้มครองพันธุ์พืช ให้ประเทศสมาชิกคุ้มครองพันธุ์พืช แต่ไม่ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชภายใต้ระบบสิทธิบัตรเท่านั้น ยังให้ประเทศสมาชิกสามารถเลือกที่จะให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชภายใต้กฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ ประเทศไทยจึงให้ความคุ้มครองแก่พันธุ์พืชด้วยระบบกฎหมายเฉพาะ ตามพระราชบัญญัติพันธุ์พืช พ.ศ. 2542

4.3.5 เงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตร

ความตกลงทริปส์ มาตรา 27.1 กำหนดเงื่อนไขสิ่งประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรว่า ต้องมีความใหม่ (New) เกี่ยวข้องกับขั้นการประดิษฐ์ (Inventive step) และสามารถนำไปประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ (Capable of Industrial Application)

ความใหม่นั้นอาจสูญเสียไปหากความรู้ของการประดิษฐ์นั้นปรากฏ หรือแพร่หลายอยู่ก่อนแล้ว (Prior art หรือ State of Art) การกำหนดลักษณะ หรือขอบเขตของการเปิดเผยที่ทำให้สิ่งประดิษฐ์สูญเสียเงื่อนไขความใหม่ในลักษณะที่กว้าง โดยเฉพาะกับสิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับสิ่งที่มีชีวิตจะช่วยจำกัดขอบเขตการประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้ เช่น กำหนดว่า การเปิดเผยการประดิษฐ์ก่อนการยื่นขอสิทธิบัตร ไม่ว่าในรูปแบบ หรือวิธีการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษร หรืออาจจะทำให้การประดิษฐ์นั้นเป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่ก่อนแล้ว

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทย⁶² ได้กำหนดเงื่อนไขการคุ้มครองตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ในความตกลงทริปส์ เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ เป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์

⁶⁰ พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 9.

⁶¹ TRIPs, Article 27.3 (b).

⁶² พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 5.

สูงขึ้น และ เป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรม เงื่อนไขการขอรับสิทธิบัตรของไทยสอดคล้องกับเงื่อนไขการขอรับสิทธิบัตรของความตกลงทริปส์

นอกจากนี้การใช้หลักการประดิษฐ์บุกเบิก (Pioneer Invention) ซึ่งหมายถึงการประดิษฐ์ที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน หรือที่ทำหน้าที่ใหม่ที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน หรือเป็นสิ่งใหม่ที่มีชั้นการประดิษฐ์สูงขึ้นอย่างมีนัยสำคัญในวิทยาการสาขานั้น เมื่อนำมาใช้กับสิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับสิ่งมีชีวิตก็จะช่วยจำกัดขอบเขตสิ่งประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้เช่นกัน

4.4 แนวโน้มในการปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทยต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น เกี่ยวกับยาพื้นบ้าน

4.4.1 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 แก้ไขเพิ่มเติมพ.ศ.2542

4.4.1.1 การคุ้มครองพืช

พระราชบัญญัติสิทธิบัตรของไทยไม่ให้สิทธิบัตรแก่พืช⁶³ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 (1) ทั้งนี้รวมถึงพันธุ์กรรมพืชด้วย เนื่องจากถึงแม้จะได้กล่าวถึงพันธุ์กรรมพืชหรือพันธุ์พืชโดยตรง แต่พืชเป็นวัตถุที่มีรูปร่างเป็นสิ่งจับต้องได้ (Tangible) และเป็นวัตถุแห่งการครอบครองหวงกันนั้นก็ประกอบขึ้นจากพันธุ์กรรมจำนวนมากที่แสดงลักษณะภายในนอกออกมา (Phenotype) จากผลของการกำหนดลักษณะโดยรหัสพันธุ์กรรม (Genotype) นั่นเอง ทั้งสองสิ่งจึงมีความสัมพันธ์กันจึงไม่อาจแยกพิจารณาพันธุ์กรรมพืชออกจากพืช ทั้งสองประการจึงต้องถือเป็นสิ่งที่เป็นหนึ่งเดียวกันด้วยเหตุนี้พันธุ์กรรมพืชจึงเป็นส่วนหนึ่งของพืช อีกนัยหนึ่งก็คือพืชนั่นเอง ซึ่งกฎหมายสิทธิบัตรไม่คุ้มครอง แม้ พ.ร.บ.สิทธิบัตรจะไม่ให้สิทธิบัตรแก่ “พืชหรือสารสกัดจากพืช” แต่มีได้ระบุถึง “ส่วนหนึ่งส่วนใดของพืช” ซึ่งต่างจากกรณี “จุลชีพ” ที่ระบุชัดเจนถึง “ส่วนหนึ่งส่วนใดของจุลชีพ” ด้วยแม้จะมีถ้อยคำต่อมาว่า “สารสกัดจากพืช” ก็อาจยังไม่ชัดเจนว่า “สารสกัดจากพืช” เป็นอย่างเดียวกันกับ “ส่วนหนึ่งส่วนใดของพืช” หรือไม่ หากเหมือนกันเหตุใดกรณี “จุลชีพ” จึงบัญญัติว่า “ส่วนหนึ่งส่วนใดของจุลชีพ” ไม่บัญญัติว่า “จุลชีพหรือสารสกัดจากจุลชีพ”

⁶³ พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 9 (1).

การที่ถ้อยคำใน พ.ร.บ.สิทธิบัตรของไทยไม่ชัดเจน อาจเป็นช่องทางให้ส่วนหนึ่งส่วนใดของพืชได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตร ดังนั้นการแก้ไขถ้อยคำใน พ.ร.บ.สิทธิบัตรของไทยให้ชัดเจนว่า “พืช ส่วนใดส่วนหนึ่งของพืช หรือสารสกัดจากพืช” ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้จะทำให้กฎหมายชัดเจนขึ้น”

4.4.1.2 การคุ้มครองจุลชีพ

พ.ร.บ. สิทธิบัตรของไทยได้ห้ามขอรับสิทธิบัตรใน “จุลชีพ” และ “ส่วนประกอบส่วนหนึ่งส่วนใดของจุลชีพ” แต่มีได้ให้นิยามว่า “จุลชีพ” มีความหมายและขอบเขตเพียงใด ซึ่งความหมายตามที่ปรากฏในพจนานุกรมมีว่า “สิ่งมีชีวิตขนาดเล็กมาก มองด้วยตาเปล่าไม่เห็นต้องดูด้วยกล้องจุลทรรศน์ ส่วนมากมีเซลล์เดียว” และได้อ้างศัพท์ภาษาอังกฤษว่าตรงกับ “microbe, micro-organism” ความหมายดังกล่าวเป็นความหมายทั่วไปและมีขอบเขตกว้าง และเป็นแนวเดียวกับความหมายอย่างกว้างตามข้อเสนอของประเทศสหรัฐ ดังนั้นจึงอาจใช้เป็นช่องทางคุ้มครองสิทธิบัตรพืชในฐานะเป็นจุลชีพได้ ซึ่งการปล่อยให้ความหมายของ “จุลชีพ” ไม่ชัดเจนเช่นนี้จะก่อให้เกิดผลเสียต่อประเทศไทยมากกว่าผลดี คือหากมีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล เช่น เจ้าหน้าที่ไม่ให้สิทธิบัตรแก่พันธุ์กรรมพืชในฐานะเป็นจุลชีพ ซึ่งศาลอาจใช้ความหมายตามพจนานุกรมที่ให้หมายถึงสิ่งที่มีมองด้วยตาเปล่าไม่เห็นและถือเป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรได้ก็ได้⁶⁴

การแก้ไขอาจทำได้โดยกำหนดแนวทางในการตีความ “จุลชีพ” ให้ชัดเจน เช่น ให้หมายถึง “สัตว์ที่ไม่มีอวัยวะ หรือสิ่งมีชีวิตที่ไม่พัฒนาเป็นเนื้อเยื่อ หรืออวัยวะ ได้แก่ แบคทีเรีย รา โปรโตซัว สาหร่าย และไลเคน” การกำหนดความหมายเช่นนี้จะมีขอบเขตที่ชัดเจน และไม่ใช้การมองด้วยตาเปล่ามาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา “จุลชีพ”

4.4.1.3 การคุ้มครองสารที่แยกหรือสกัดจากพืชหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของพืช

พ.ร.บ. สิทธิบัตรของไทยไม่ให้การคุ้มครองสารสกัดจากสัตว์หรือพืช⁶⁵ แต่กรณีสารสกัดบริสุทธิ์จากพืช ซึ่งต้องผ่านกระบวนการ หรือกรรมวิธีทางเทคนิคขั้นสูงนั้นจะสามารถจดสิทธิบัตรได้หรือไม่ เนื่องจากเป็นกรณีที่แตกต่างกันออกไป ต้องใช้ความรู้ความสามารถสูงในการสกัดสารดังกล่าว และในสภาพธรรมชาติจะไม่ปรากฏสารในสภาพที่บริสุทธิ์ดังเช่นสารที่สกัดได้ จึงเห็นว่า

⁶⁴ สมชาติ รัตนเชื้อสกุล, “ระบบทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช”, (วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 458.

⁶⁵ พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542, มาตรา 9 (1).

สารสกัดบริสุทธิ์เป็นวัตถุแห่งการคุ้มครองสิทธิบัตรได้ ในประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับว่าการนำสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติมาแยก หรือสกัดจนได้สารบริสุทธิ์ หรือทำให้ได้คุณสมบัติใหม่ ๆ เป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรได้ เช่น การให้สิทธิบัตรในแบคทีเรียที่มีคุณสมบัติในการย่อยสลายน้ำมัน ทั้งที่เป็นเพียงการนำแบคทีเรียที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติมาสลับตำแหน่งยีนเท่านั้น และแนวทางปฏิบัติของสำนักงานสิทธิบัตรยุโรปก็ยอมรับว่าสารสกัดจากสิ่งมีชีวิตตามธรรมชาติด้วยกรรมวิธีทางวิทยาศาสตร์ เช่น พันธุกรรม ดีเอ็นเอ เป็นการประดิษฐ์มิใช่การค้นพบจึงเป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรได้

กรณีนี้หากพิจารณาในบริบทของกฎหมายสิทธิบัตรที่วัตถุแห่งการคุ้มครองจะต้องเป็นการประดิษฐ์ (Invention) แต่สารสกัดบริสุทธิ์มิใช่สิ่งที่มีมนุษย์ประดิษฐ์ขึ้น แต่เป็นสิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ จึงไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ (Product of Nature) ทำนองเดียวกับการสกัดแร่ธาตุที่มีอยู่ตามธรรมชาติให้บริสุทธิ์ เช่น การสกัดแร่ทองคำ แร่สังกะสี เป็นต้น การตีความคุ้มครองสารสกัดบริสุทธิ์ในฐานะสิ่งประดิษฐ์ กลับจะยิ่งก่อให้เกิดผลประหลาด (Absurd) กับกฎหมายสิทธิบัตร และนำมาซึ่งผลกระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่พึงประสงค์ต่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืชของประเทศกำลังพัฒนา ดังนั้นการแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรของไทยโดยการระบุสิ่งที่ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ให้รวมถึง “สารสกัดบริสุทธิ์” น่าจะทำให้เกิดความชัดเจนและเป็นประโยชน์แก่ประเทศไทยมากขึ้น

4.4.1.4 การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

แม้การคุ้มครองด้วยระบบทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบันจะอยู่ในภายใต้ทัศนะแบบทรัพย์สินที่ให้ความสำคัญกับปัจเจกชน (Individual) ควรจะมีการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นสิทธิของชุมชนท้องถิ่นที่มีอยู่เหนือทรัพยากรธรรมชาติ และสิทธิของชุมชนท้องถิ่นในการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาในการรักษาโรค สิ่งที่ได้รับ ความคุ้มครองภายใต้ พ.ร.บ. สิทธิบัตร คือ “การประดิษฐ์” ซึ่งหมายถึงการคิดค้นทำขึ้นหรือคิดทำขึ้น อันเป็นผลให้ได้ซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใดชิ้นใหม่ หรือการกระทำใด ๆ ที่ทำให้ดีขึ้น ซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธี โดยที่ “กรรมวิธี” นั้นหมายถึง วิธีการ กระบวนการ หรือกรรมวิธีในการผลิต หรือการเก็บรักษาให้คงสภาพหรือให้มีคุณภาพดีขึ้นหรือการปรับสภาพให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์ และรวมถึงการใช้กรรมวิธีนั้น ๆ ด้วย⁶⁶

ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นยาพื้นบ้านของไทย ตามกฎหมายสิทธิบัตรของไทย อาจทำได้ดังนี้ คือ⁶⁷

⁶⁶ พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542, มาตรา 9 (3).

⁶⁷ บัณฑิต เศรษฐศิริโรจน์, เจษฎา โทณวณิก, “รายงานฉบับสมบูรณ์ เรื่องกฎหมาย

1) นำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นยาพื้นบ้านมาปรับปรุง เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติม เทคโนโลยีเข้าไป หรือใช้ตำรับยาแผนไทยเป็นตัวตั้งต้นแล้วเพิ่มเติมสูตรเคมีใด ๆ เข้าไปก็จะทำให้ได้การประดิษฐ์ อื่น ๆ ขึ้นมา

2) การประดิษฐ์โดยตัวของมันเอง ซึ่งอาจเกิดได้ในภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ยังไม่แพร่หลาย ทำให้ไม่เป็นที่รู้จัก อาจถูกนำมาจดสิทธิบัตรได้ หรือหากนำไปใช้ในต่างประเทศก็อาจถูกจดสิทธิบัตร หากภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยนั้นยังไม่เป็นที่แพร่หลายในประเทศที่ถูกนำไปยื่นจดสิทธิบัตร

ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่สามารถนำมาจดสิทธิบัตรได้จะต้องเข้าหลักเกณฑ์ คือ การประดิษฐ์ขึ้นใหม่ นั่นคือ ต้องไม่ใช่งานที่ปรากฏอยู่แล้ว การประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น นั่นคือเป็นการประดิษฐ์ที่ไม่เป็นที่ประจักษ์โดยง่ายแก่บุคคลที่มีความชำนาญในระดับสามัญสำหรับงานประเภทนั้น และการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ นั่นคือ เป็นการประดิษฐ์ที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ในการผลิตทางอุตสาหกรรม รวมทั้งหัตถกรรม เกษตรกรรม และพาณิชยกรรม

อย่างไรก็ดีแม้ภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้าน อาจได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร แต่การได้รับความคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพก็เป็นไปได้ยากเนื่องจากเงื่อนไขต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายมีความเข้มงวดไม่เหมาะสมกับลักษณะของภูมิปัญญาท้องถิ่น เช่น องค์ความรู้ที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นมักเกิดขึ้นจากการค้นพบ หรือเป็นความรู้ที่มีการถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่ง จึงขาดลักษณะของการเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ นอกจากนี้ความรู้ที่จะได้รับความคุ้มครองต้องมีลักษณะที่สามารถประยุกต์ใช้ทางอุตสาหกรรมได้ ภูมิปัญญาท้องถิ่นมิได้ให้ความสำคัญกับการผลิตทางอุตสาหกรรม หากแต่เกี่ยวข้องกับการคงไว้ซึ่งศิลปวัฒนธรรม และจารีตประเพณีท้องถิ่น จึงอาจขาดคุณสมบัติที่จะได้รับความคุ้มครอง

จึงอาจถือได้ว่าพระราชบัญญัติสิทธิบัตร ได้ให้ความสำคัญคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางปัญญา คือ จุลชีพ พืชและสัตว์ตามสมควร แต่ในส่วนของภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นเป็นสิ่งที่สืบทอดกันมาหลายชั่วอายุคนนั้น อาจไม่ได้รับความคุ้มครอง โดยหากเป็นถ่ายทอดความรู้ของคนพื้นเมืองด้วยวิธีปากต่อปาก ก็อาจขาดคุณสมบัติในเรื่องของความใหม่ หรือหากไม่สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ ก็อาจไม่ได้รับการคุ้มครองหรือหากแม้เข้าเงื่อนไขที่จะได้รับความคุ้มครองตาม

กฎระเบียบที่เกี่ยวข้องต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น",

http://www.measwach.org/aug/autopage/show/_page.php?t=5&s_id=2&d_id=60,p.12.

ระบบสิทธิบัตร ก็มีข้อจำกัดเรื่องอายุการคุ้มครองเพียง 20 ปีนับแต่วันยื่นจดสิทธิบัตร จึงไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีการสืบสานกันมาต่อเนื่องเป็นเวลานาน

ผู้เขียนเห็นว่า การจัดทำฐานข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นในประเทศ เพื่อใช้เป็นฐานอ้างอิงในการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตร การจัดทำฐานข้อมูลหรือขึ้นทะเบียนนี้อาจดำเนินการทั้งในระดับประเทศ หรือระดับท้องถิ่นได้ ดังนั้นประเทศไทยควรเร่งจัดทำฐานข้อมูลของภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีอยู่ในประเทศเพื่อใช้เป็นฐานข้อมูลอ้างอิงในการตรวจสอบความใหม่ของประดิษฐ์ การจัดทำฐานข้อมูลสำหรับภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้าน ความรู้ของหมอพื้นบ้านนั้น เนื่องจากว่าเป็นความลับต่อบุคคลภายนอก

จากตัวอย่างที่น่าสนใจคือ กรณีสิทธิบัตรต้นสะเดา ซึ่งเป็นพืชที่ใช้กันแพร่หลายในประเทศอินเดียนับพันปี แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาปฏิเสธที่จะเพิกถอนสิทธิบัตรดังกล่าว แม้ประเทศอินเดียจะแสดงหลักฐานแสดงถึงการใช้ต้นสะเดาในวัฒนธรรมอินเดียมานานแล้วก็ตาม โดยเห็นว่า องค์ความรู้เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากต้นสะเดาในประเทศอินเดียไม่ได้บันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จึงได้เพิกถอนสิทธิบัตรดังกล่าวโดยให้ความเห็นว่าเนื่องจากเป็นการประดิษฐ์ที่ขาดความใหม่⁶⁸

4.4.2 พระราชบัญญัติบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 เกิดจากการผลักดันของภาคประชาชน โดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองภูมิปัญญา การพัฒนา สืบทอด ดูแลตำรายา ตำราการแพทย์แผนไทย และสมุนไพร อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับนี้ได้มอบอำนาจให้รัฐมีอำนาจเป็นผู้พิจารณากำหนดประเภทของภูมิปัญญา โดยชาวบ้านซึ่งเป็นเจ้าของภูมิปัญญา ดังกล่าวไม่ได้เข้าไปมีส่วนร่วม บุคคลมีสิทธิผูกขาดความเป็นเจ้าของภูมิปัญญาเป็นเวลายาวนาน หมอพื้นบ้านขาดการมีส่วนร่วมในการใช้ประโยชน์จากตำรับ ตำรา เป็นผลให้การพัฒนาภูมิปัญญาเป็นไปอย่างล่าช้า อีกทั้งมอบอำนาจให้รัฐดูแลสมุนไพรในพื้นที่อนุรักษ์ และนอกเขตอนุรักษ์ ซึ่งเป็นการปิดโอกาสชุมชนไม่ให้เข้าไปมีส่วนร่วมในการจัดการแต่เปิดช่องให้บุคคลเอกชนใช้ประโยชน์นอกเขตอนุรักษ์ได้ พระราชบัญญัติ คุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เป็นพระราชบัญญัติที่มีลักษณะแตกต่างจากพระราชบัญญัติอื่นๆ อยู่หลายประการ เนื่องจาก

⁶⁸ Margo A. Bagley, "Patently Unconstitutional : The Geographical Limitation on Prior Art in A Small World" 87 *Minnesota Law Review*, 679 ,pp.683-684. (2003).

เป็นพระราชบัญญัติฉบับแรกที่มีบทบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยที่มีอยู่เดิม และภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยที่มีคิดค้นขึ้นใหม่ รวมทั้งการคุ้มครองสมุนไพรในพื้นที่เขตอนุรักษ์, นอกพื้นที่เขตอนุรักษ์ ขอบข่ายการดำเนินงาน และพันธกิจของสถาบันการแพทย์แผนไทย จึงมีจำนวนมาก

พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่⁶⁹

- 1) ตำรับยาแผนไทยของชาติหรือตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ
- 2) ตำรับยาแผนไทยทั่วไปหรือตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไป
- 3) ตำรับยาแผนไทยส่วนบุคคลหรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคล

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข มีอำนาจประกาศกำหนดตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยที่มีประโยชน์หรือมีคุณค่าในทางการแพทย์หรือการสาธารณสุขเป็นพิเศษ ให้เป็นตำรับยาแผนไทยของชาติหรือตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ⁷⁰ ซึ่งสิทธิที่มีอยู่เหนือตำรับยาแผนไทยของชาติหรือตำราการแพทย์แผนไทยของชาติเป็นของรัฐ ส่วนตำรับยาแผนไทยส่วนบุคคลหรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลผู้เป็นเจ้าของสามารถใช้ได้โดยเสรี และบุคคลที่สามารถนำไปใช้ได้หากได้รับอนุญาต สำหรับตำรับยาแผนไทยทั่วไปหรือตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไปประชาชนทั่วไปสามารถนำไปใช้ได้โดยเสรี

ทั้งนี้แนวทางในการปรับปรุงพระราชบัญญัติฉบับนี้อาจมีดังต่อไปนี้

1) ขยายขอบเขตของคำว่า “การแพทย์แผนไทย” ให้กว้างขึ้น เพื่อสามารถให้ความคุ้มครองได้ครอบคลุมได้มากขึ้น เช่น ให้ขยายความหมายให้ครอบคลุมในเรื่องวิธีการทางสุขภาพด้วย⁷¹

2) พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 มาตรา 44 และมาตรา 45 กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขโดยคำแนะนำของ

⁶⁹ พระราชบัญญัติบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 มาตรา 16.

⁷⁰ พระราชบัญญัติบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 มาตรา 17.

⁷¹ สรุปผลการประชุมของสำนักงานประสานงานการเจรจาการค้าระหว่างประเทศ ประจำเดือนธันวาคม 2548, www.thaiechamber.com, p.115.

คณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย มีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดประเภท ลักษณะ ชนิด และชื่อของสมุนไพรที่มีค่าต่อการศึกษาหรือวิจัย หรือมีความสำคัญทางเศรษฐกิจ หรืออาจจะสูญพันธุ์ให้เป็นสมุนไพรควบคุม รวมทั้งมีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขต่างๆ เกี่ยวกับสมุนไพรควบคุม จนถึงขณะนี้ มีประกาศกระทรวงสาธารณสุขออกมาเพียงเรื่องเดียวคือเรื่องสมุนไพรควบคุม (กวาวเครือ) ในปีพ.ศ. 2549 โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขได้ลงนามประกาศดังกล่าว เมื่อวันที่ 11 มกราคม พ.ศ. 2549 และได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนพิเศษ 18 เมื่อวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2549 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อพ้นกำหนด 180 วัน นับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป กล่าวคือ ตั้งแต่วันที่ 2 สิงหาคม 2549 ประกาศดังกล่าวมีหลักการ 3 ประการ คือ 1) คุ้มครองกวาวเครือมิให้สูญพันธุ์ 2) กรณีนำไปศึกษาวิจัยให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์แก่ชุมชน 3) ส่งเสริมให้มีการปลูกและการพัฒนา ทั้งนี้โดยมาตรการหลัก คือ 1) ให้มีการรายงานกรณีมีไว้ในครอบครอง ใช้ประโยชน์ ดูแล เก็บรักษา หรือขนย้าย ในปริมาณเกินกว่ากำหนด 2) ส่งเสริมการปลูกโดยกำหนดให้กวาวเครือที่ได้จากการปลูกสามารถมีไว้ในครอบครองใช้ประโยชน์ ดูแล เก็บรักษา หรือขนย้ายที่มีได้โดยไม่ต้องรายงานไว้ในปริมาณสูงกว่ากรณีกวาวเครือจากธรรมชาติมาก 3) กรณีใช้กวาวเครือจากธรรมชาติเพื่อการวิจัยและส่งออกต้องปลูกแทนในที่เดิม 4) กรณีใช้กวาวเครือจากธรรมชาติเพื่อการวิจัยจะต้องมีข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่ชุมชนที่เป็นถิ่นกำเนิดกวาวเครือ

ดังนั้นการเร่งออกประกาศในราชกิจจานุเบกษาตามที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ให้อำนาจไว้เป็นสิ่งที่จำเป็นและเร่งด่วนเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากยังมีสมุนไพรของไทยที่มีคุณค่าต่อการศึกษาวิจัยเป็นจำนวนมากที่ควรได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับกวาวเครือ เช่น เปล้าน้อย ขมิ้นชัน เป็นต้น

4.4.3 ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น พ.ศ. ...

การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น เช่น เรื่องของพันธุ์พืช มีพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 โดยมีกระทรวงเกษตรและสหกรณ์เป็นผู้ดูแล ส่วนการแพทย์แผนไทยมีพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 โดยมีกระทรวงสาธารณสุขเป็นผู้ดูแล แต่มีลักษณะต่างคนต่างเป็นผู้ดูแล ยังไม่มีกฎหมายและหน่วยงานใดเป็นดูแลโดยเฉพาะเจาะจง จึงมีความพยายามที่จะยกร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น พ.ศ. ขึ้น

การยกย่องพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น พ.ศ. ... โดยมีกรมทรัพย์สินทางปัญญา ร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้แก่ กระทรวงต่างประเทศ กระทรวงวัฒนธรรม กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ กระทรวงสาธารณสุข กรมศิลปากร และกระทรวงมหาดไทยและสิ่งแวดล้อม เป็นผู้ร่างกฎหมายดังกล่าว แต่ยังมีได้มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย โดยบางความเห็นที่ได้เสนอต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญา ก็เห็นว่าควรใช้ชื่อว่า “พระราชบัญญัติคุ้มครององค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่นและการแสดงออกซึ่งวัฒนธรรมพื้นบ้าน” โดยมีให้ความหมายรวมไปถึงทรัพยากรชีวภาพ เพราะมีกฎหมายพันธุ์พืช และกฎหมายคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยให้มีการคุ้มครองและมีผลบังคับใช้แล้ว⁷²

กระทรวงพาณิชย์ กรมทรัพย์สินทางปัญญา ได้มีการจัดการประชุม Focus Group จำนวน 2 ครั้ง คือ เมื่อวันอังคารที่ 2 และวันศุกร์ที่ 26 พฤษภาคม 2549 ยกย่องพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาไทย ซึ่งมีสาระสำคัญคือการอนุรักษ์ทรัพย์สินทางปัญญาให้ยั่งยืน การป้องกันไม่ให้ต่างชาตินำภูมิปัญญาไทยไปใช้ และการแบ่งปันผลประโยชน์หากมีการนำทรัพย์สินทางปัญญาของไทยไปใช้ประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาต เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้ยังไม่มีผลใช้บังคับจากการที่มีการประชุม Focus Group จำนวน 2 ครั้ง สรุปประเด็นที่นำมาการยกย่องพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น พ.ศ. ดังต่อไปนี้ คือ⁷³

1) ผู้มีสิทธิได้รับความคุ้มครองควรเป็นของชุมชนหรือของชาติ เนื่องจากตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 66 กำหนดให้ “บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุง รักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน”

ดังนั้นจึงควรให้ตกเป็นสมบัติของชาติโดยไม่ตัดสิทธิของชุมชนท้องถิ่นที่ได้รับสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เพราะหากเป็นของชุมชนจะเกิดปัญหาในการตีความ ซึ่งบทนิยามของคำว่า “ชุมชน” ในแต่ละหน่วยงานกำหนดไว้แตกต่างกัน และยังคงเป็นปัญหาในทางปฏิบัติอยู่ เช่น

⁷² วิมาน กฤตพลวิมาน. “การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้กฎหมายเฉพาะ” วารสารกฎหมายสุขภาพธรรมวิธีราช, ปีที่ 20 ฉบับที่ 2, น 90, (ธันวาคม 2541)

⁷³ สืบค้นจาก www.ipthailang.org, 17 October 2007.

พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 หรือพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 เป็นต้น

2) ควรมีการจัดตั้งกองทุนคุ้มครององค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่น ทรัพยากรชีวภาพ และการแสดงออกซึ่งศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้าน เพื่อแบ่งปันผลประโยชน์กลับสู่ชุมชน

3) การเข้าถึงและการใช้องค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่น ทรัพยากรชีวภาพ และการแสดงออกซึ่งศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้านจะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ เพื่อให้ทราบถึงบุคคลที่จะนำองค์ความรู้ไปใช้ว่านำไปใช้ประโยชน์อะไร หรือนำไปใช้ในทางเสื่อมเสียหรือไม่ นอกจากนี้หากมีการนำไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ควรมีการจ่ายค่าตอบแทนด้วย

อย่างไรก็ดี การออกกฎหมายภายในประเทศของประเทศไทยตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ย่อมไม่สามารถรับมือกับปัญหาโจรสลัดทางชีวภาพได้โดยลำพังแต่ประเทศเดียว แต่จำเป็นต้องผลักดันแนวทางการรับมือหาทางป้องกันและแก้ไขเรื่องนี้ให้เป็นความร่วมมือระดับระหว่างประเทศ โดยเฉพาะกับกลุ่มประเทศโลกที่สามด้วยกันเอง เนื่องจากเป็นแหล่งที่อุดมสมบูรณ์และหลากหลายไปด้วยทรัพยากรชีวภาพ และภูมิปัญญา จึงจำเป็นต้องร่วมมือกันปกป้องทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญา และป้องกันการเอารัดเอาเปรียบของประเทศที่มีความก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยี

