

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบันเป็นที่ประจักษ์แล้วว่า มีโรคจำนวนมากมายที่ไม่สามารถรักษาโดยวิธีทางการแพทย์แผนปัจจุบัน (Conventional medicine) อีกทั้งการใช้ยาซึ่งเป็นสารสกัดทางเคมีก่อให้เกิดสารตกค้างสะสมในร่างกายของผู้ป่วยไม่มากนักน้อย การรักษาโรคปัจจุบันจึงมีแนวโน้มหันมาให้ความสำคัญกับการรักษาโดยการแพทย์แผนดั้งเดิม (เดิมใช้คำว่า การแพทย์แผนโบราณ) หรือการใช้สมุนไพรมากขึ้นเป็นลำดับ ซึ่งองค์ความรู้ต่าง ๆ เกี่ยวกับการแพทย์แผนดั้งเดิม และสมุนไพรเหล่านี้มีปรากฏอยู่ในกลุ่มประเทศที่พัฒนาน้อยและกำลังพัฒนาเป็นส่วนใหญ่ โดยที่สมุนไพรมักจะอยู่ในประเทศที่มีภูมิอากาศแบบร้อนชื้น หรือป่าฝน (rain forest) เป็นส่วนใหญ่

องค์ความรู้ด้านการแพทย์แผนดั้งเดิมที่มีอยู่ในประเทศต่าง ๆ เหล่านั้น ได้ถูกคุกคามและนำไปใช้ประโยชน์ทางการแพทย์จากบริษัทยาในประเทศที่พัฒนาแล้วเป็นจำนวนมาก จนกลุ่มประเทศพัฒนาน้อยและกำลังพัฒนาต่าง ๆ กล่าวหาประเทศที่พัฒนาแล้วที่นำเอาองค์ความรู้ของพวกเขาเหล่านั้นไปพัฒนาต่อยอด และออกสิทธิบัตรยา ให้ความคุ้มครองว่าเป็นการกระทำอันเป็นเหมือนโจรสลัดทางชีวภาพ หรือ biopiracy ซึ่งเป็นข้อหาที่ค่อนข้างร้ายแรงต่อกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้วดังกล่าว ดังปรากฏหลักฐานในการฟ้องร้องเพิกถอนสิทธิบัตรในเรื่องดังกล่าวในประเทศยุโรปและสหรัฐอเมริกา เช่น ผลิตภัณฑ์จากต้น Neem และ Turmeric, Ayahuasca และกวาวเครือ (Kwaokruae) เป็นต้น

ด้วยเหตุดังกล่าว ประเทศพัฒนาน้อยและกำลังพัฒนาจึงมีความพยายามที่จะหามาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ มาคุ้มครององค์ความรู้ด้านการแพทย์แผนดั้งเดิมของตน ซึ่งเป็นสมบัติทางความคิดและปฏิบัติสืบต่อกันมาเป็นเวลาช้านาน เพื่อมิให้ประเทศที่พัฒนาแล้วแสวงหาผลประโยชน์ (exploitation) จากองค์ความรู้ต่าง ๆ ของตน โดยปราศจากการให้ค่าตอบแทน และยิ่งไปกว่านั้น กลุ่มประเทศพัฒนาแล้วยังเห็นว่า องค์ความรู้ต่าง ๆ เหล่านี้เป็นสมบัติของมวลมนุษยชาติหรือเป็นสมบัติสาธารณะ (public domain) แนวความคิดในการคุ้มครองป้องกันยังเป็นที่ถกเถียงกัน ทั้งในระดับองค์การระหว่างประเทศและในระดับชาติ

ประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศที่มีองค์ความรู้ด้านการแพทย์แผนไทย และพืชสมุนไพรไทยอยู่มากที่สุดประเทศหนึ่งในโลก ประมาณว่ามีจำนวนกว่า 10,000 ชนิดสายพันธุ์ที่มีคุณสมบัติทางยา ซึ่งค้นพบในประเทศไทย แม้ว่าประเทศไทยจะออกกฎหมาย “พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542” เพื่อคุ้มครององค์ความรู้ด้านการแพทย์แผนไทย แต่จนปัจจุบันเป็นเวลากว่า 10 ปีแล้ว ยังไม่มีองค์ความรู้ด้านการแพทย์แผนไทยแม้แต่รายเดียวที่ได้รับการ

คุ้มครองตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งปัญหาดังกล่าวอาจมีที่มาจากหลักการคุ้มครองที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ การกำหนดหลักปฏิบัติตามพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการให้การคุ้มครองอาจยังไม่มี ความชัดเจนเพียงพอ

ทั้งนี้การยกร่างกฎหมายใด จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทราบถึงหลักการของกฎหมายนั้น ๆ ก่อนว่าจะคุ้มครองใคร หากฉะนั้นแล้วอาจเกิดความสับสนในการออกกฎหมายลูก (กฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ ได้)

ผู้วิจัยได้เห็นถึงความจำเป็นที่ต้องนำเสนอแนวคิดเรื่องการคุ้มครององค์ความรู้ดังกล่าว โดยรวมก่อน แล้วจึงมาศึกษาถึงองค์ความรู้ด้านการแพทย์แผนไทยว่าควรให้การคุ้มครองภายใต้ระบบกฎหมายใด เช่น ภายใต้หลักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่สร้างขึ้นใหม่ หรือหลักกฎหมายเฉพาะ (*sui generis*) หรือหลักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่แล้ว เช่น กฎหมายสิทธิบัตรให้ความคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์และการออกแบบผลิตภัณฑ์ที่มีความใหม่ (new) มีขั้นตอนประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (inventive step) และสามารถปรับใช้ในอุตสาหกรรมได้ (industrial application) กฎหมายลิขสิทธิ์ ให้ความคุ้มครองงานนาฏกรรม ศิลปกรรมหรือวรรณกรรม เครื่องหมายการค้าให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับ เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ หรือตราที่ใช้กับสินค้าและบริการ กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับสินค้าและชื่อของแหล่งภูมิศาสตร์ (เช่น พื้นที่ของประเทศ เขตภูมิภาค และท้องถิ่น และหมายความรวมถึง ทะเล ทะเลทราย แม่น้ำ เกาะ ภูเขา หรือพื้นที่อื่นทำนองเดียวกันนี้ ด้วย) กล่าวคือ สินค้าที่ผลิตในแหล่งภูมิศาสตร์นั้น ๆ

หลักการในการให้ความคุ้มครององค์ความรู้ด้านการแพทย์แผนไทยยังมีความจำเป็นที่ต้องศึกษาต่อไปว่า ควรให้การคุ้มครองภายใต้หลักกฎหมายใดจึงจะเหมาะสม แนวความคิดด้านทรัพย์สินทางปัญญาในการให้ความคุ้มครองในเรื่องนี้ก็ยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่เช่นกัน ดังนั้น การวิจัยในครั้งนี้จึงต้องการศึกษาว่า แนวความคิดด้านทรัพย์สินทางปัญญาจะสามารถครอบคลุม หรือคุ้มครองถึงองค์ความรู้ด้านการแพทย์แผนไทยหรือไม่ ประการใด

## 2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

2.1 เพื่อศึกษาถึงหลักการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ปรากฏอยู่ในลักษณะใกล้เคียงกับองค์ความรู้ด้านภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย และเพื่อแสวงหาแนวทางการคุ้มครองโดยวิธีทางทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่แล้ว หรือกรณีเป็นประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาใหม่ที่ได้รับ ความคุ้มครอง

2.2 เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในการใช้หลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

2.3 เพื่อวิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยปัจจุบัน

2.4 เพื่อเสนอแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายเพื่อผลการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น

### 3. ขอบเขตการวิจัย

3.1 มุ่งเน้นการวิจัยเชิงทฤษฎีด้านกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา อันเป็นปัจจัยหลักในการอ้างอิงถึงการให้ความคุ้มครององค์ความรู้ด้านการแพทย์แผนไทย

3.2 บริบทของภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ครอบคลุมถึงกระบวนการทางการแพทย์เกี่ยวกับการตรวจ วินิจฉัย บำบัด รักษา หรือป้องกันโรค หรือการส่งเสริมและฟื้นฟูสุขภาพของมนุษย์ หรือสัตว์ การผดุงครรภ์ การนวดแผนไทย และหมายความรวมถึงการเตรียมการผลิตยาแผนไทย และการประดิษฐ์อุปกรณ์และเครื่องมือทางการแพทย์ ทั้งนี้ โดยอาศัยความรู้หรือตำราที่ได้ถ่ายทอดและพัฒนาสืบต่อมา

3.3 ขอบเขตด้านกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาครอบคลุมถึง เช่น กฎหมายลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า ความลับทางการค้า และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

### 4. คำจำกัดความ

**ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย** (Thai traditional medicine) หมายถึง วิธีการรักษาโรค เริ่มตั้งแต่การตรวจ วินิจฉัย การรักษา การป้องกันโรค การฟื้นฟูภายหลังการรักษาทั้งที่เกิดขึ้นในมนุษย์และสัตว์ ทั้งนี้ รวมถึงการนวดแผนโบราณ และกระบวนการในการเตรียมยา เครื่องมือ อุปกรณ์ทั้งหลายที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งตำรายาทั้งหลายที่ได้รับการสืบทอดและพัฒนาสืบต่อกันมาเป็นเวลาช้านานจากรุ่นสู่รุ่น

**องค์ความรู้ดั้งเดิม** คือ การแสดงออกทางทรัพย์สินทางปัญญาชนิดหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นการประดิษฐ์คิดค้นขึ้นมาใหม่หรือเป็นการค้นพบในศาสตร์ทุก ๆ ด้าน เช่น ด้านศิลปกรรม วรรณกรรม อุตสาหกรรม วิทยาศาสตร์ การแพทย์ และการเกษตรกรรม เป็นต้น โดยมีการสืบทอดกันมาเป็นเวลาช้านาน และประกอบไปด้วย 2 องค์ประกอบสำคัญคือ องค์ความรู้ที่เป็นทรัพย์สินที่สัมผัสไม่ได้ หรือ intangible property และเป็นทรัพย์สินที่สัมผัสจับต้องได้ หรือ tangible property เช่น ทรัพยากรพันธุกรรม พืชสมุนไพร หรือแร่ธาตุต่าง ๆ เป็นต้น

**ทรัพย์สินทางปัญญา** (intellectual property) หมายถึง การสร้างสรรค์ทางปัญญาของมนุษย์ ซึ่งแสดงออกในรูปแบบใดก็ตาม เช่น นาฏกรรม ศิลปกรรม วรรณกรรม การประดิษฐ์ ออกแบบ กรรมวิธี โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ผังวงจรรวม สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ตรา หรือสัญลักษณ์ทางการค้า ชื่อทางการค้า ความลับทางการค้า ฯลฯ เป็นต้น

**สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา** (intellectual property rights) หมายถึง สิทธิที่มีอยู่ในทรัพย์สินทางปัญญาทั้งหลายที่ผู้ทรงสิทธินั้นสามารถจะใช้ ให้เช่า จำหน่ายแก่บุคคลใด เพื่อใช้ในทางพาณิชย์ หรืออุตสาหกรรมก็ได้

**ทรัพยากรพันธุกรรม** (genetic resources) หมายความว่า สารใด ๆ ของพืช สัตว์ จุลินทรีย์ หรือแหล่งกำเนิดอื่น ๆ ซึ่งบรรจุนิวเคลียสที่ถ่ายทอดสารพันธุกรรมได้ รวมทั้งผลิตภัณฑ์ที่เกิดเนื่องจากสิ่งเหล่านี้ เช่น สารสกัดจากพืช และสัตว์ รวมถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม

**โจรสลัดทางชีวภาพ** (biopiracy) คือ การนำเอาองค์ความรู้ดั้งเดิม โดยเฉพาะทางด้านยาแผนดั้งเดิมของชนเผ่าพื้นเมือง หรือของประเทศกำลังพัฒนาไปใช้ประโยชน์ในทางทรัพย์สิน โดยปราศจากการให้ค่าตอบแทน หรือชดเชยแก่เจ้าขององค์ความรู้เหล่านั้น

## 5. วิธีดำเนินการวิจัย

การวิจัยเรื่องกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญากับปัญหาการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ผู้วิจัยใช้การวิจัยเชิงคุณภาพ ในลักษณะของการวิจัยเอกสาร (documentary Research) โดยการศึกษาจากเอกสารตำรา บทความทางวิชาการ ข้อมูลทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ และเอกสารกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยศึกษาและค้นคว้าข้อมูลจากเอกสารเป็นหลัก ซึ่งเอกสารดังกล่าวประกอบด้วย หลักกฎหมายต่าง ๆ ตำราที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา การคุ้มครองภูมิปัญญาเอกสารการแพทย์แผนไทย บทความทางวิชาการ ทั้งที่เป็นเอกสารตำรา และเอกสารจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ทั้งเอกสารปฐมภูมิและทุติยภูมิ

การวิจัยดังกล่าวได้ทำการศึกษาถึงความหมาย องค์ความรู้ทางด้านการแพทย์แผนไทยและการคุ้มครองภูมิปัญญาทางการแพทย์แผนไทย ซึ่งเป็นปัญหามาช้านาน รวมทั้งการศึกษาต่อบทกฎหมายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ที่ยังคงมีช่องโหว่ และยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาทางการแพทย์แผนไทยได้อย่างทั่วถึง ก่อให้เกิดปัญหาในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและองค์ความรู้ดั้งเดิม รวมถึงการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาด้านการแพทย์ สมุนไพร และภูมิปัญญาต่าง ๆ

ในการวิจัยครั้งนี้ ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาข้อมูลจากเอกสารและทำการรวบรวมข้อมูล วิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อหาหลักเหตุผลตามวัตถุประสงค์ เพื่อให้ความชัดเจนและสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับการแพทย์แผนไทย องค์ความรู้ดั้งเดิม ทรัพย์สินทางปัญญา ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ตลอดจนการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศที่พัฒนาแล้ว ซึ่งถือเป็นการถ่วงผลประโยชน์จากเจ้าของความคิดดั้งเดิม อีกทั้งได้มีการศึกษางานวิจัยที่เกี่ยวข้องไว้ด้วย ซึ่งเอกสารที่ผู้วิจัยศึกษายกตัวอย่างเช่น



- Anaya, S James, *Indigenous Peoples in International Law* (First published in 1996, 2004)
- Barnett, Vic, *Sample Survey, Principles & Methods* (Third Edition, 2002).
- Bellmann, Christophe; Dutfield, Graham and Melendez-Ortiz, Ricardo, (eds), *Trading in Knowledge* (2003).
- Blakeney, Michael, 'Current Status of Intellectual Property Laws: Australia' in F H Erbisch and K M Maredia, (ed), *Intellectual Property Rights in Agricultural Biotechnology* (2004).
- Caenegem, William van, *Intellectual Property Law and Innovation* (First published, 2007).
- Collins, Graig and Forrest, Heather, *Intellectual Property* (First published, 2008).
- Cornish, W R, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks, and Allied Rights* (Forth Edition, 1999).
- Correa, Carlos M, 'Access to Plant Genetic Resources and Intellectual Property Rights' in Peter Drahos and Blankeny (eds), *Perspectives on Intellectual Property: Volume 9 IP in Biodiversity and Agriculture* (2001) 101.
- Correa, Carlos M, *Traditional Knowledge and Intellectual Property: Issues and Options Surrounding the Protection of Traditional Knowledge* (November 2001).
- Dixon, Martin, *Textbook on International Law* (Sixth Edition, 2007).
- Dutfield, Graham, *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge* (2004).
- Dutfield, Graham, 'Indigenous Peoples, Bioprospecting and the TRIPs Agreement: Threats and Opportunities' in Peter Drahos and Michael Blankeny (eds), *Perspectives on Intellectual Property: Volume 9 IP in Biodiversity and Agriculture* (2001) 133.
- Dutfield, Graham, 'TRIPs-Related Aspects of Traditional Knowledge' in David Vaver (ed), *Intellectual Property Rights: Critical Concepts in Law* (2006) 473.

สำหรับการวิเคราะห์ข้อมูล ผู้วิจัยได้นำเอาข้อมูลที่ได้จากการศึกษาและรวบรวมจากเอกสารต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นมาวิเคราะห์ด้วยวิธีการพรรณนาวิเคราะห์ (analytical description) โดยการเชื่อมโยงเนื้อหาอย่างเป็นระบบกับแนวคิดต่าง ๆ

## 6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 6.1 ได้ทราบหลักการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่กับการปรับใช้หลักการดังกล่าวกับภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย
- 6.2 ได้ทราบถึงข้อบกพร่องหรือปัญหาของการคุ้มครองของภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย
- 6.3 ได้ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายในการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542
- 6.4 ได้แนวทางการปรับปรุงกฎหมายให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น
- 6.5 เป็นประโยชน์ในการเรียนการสอนของสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ทั้งระดับปริญญาตรีและปริญญาโท

