

บทที่ 3

วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับหลักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กับการให้ความคุ้มครององค์ความรู้ด้านการแพทย์แผนไทย

หลักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ในปัจจุบันอาจปรับใช้กับองค์ความรู้ด้านการแพทย์แผนไทย โดยเฉพาะในส่วนของสิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และข้อมูลความลับ ในที่นี้จึงจะกล่าวถึงความสัมพันธ์ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบันกับองค์ความรู้ดั้งเดิม นอกจากนี้ จะกล่าวถึงสาเหตุของการหล่งไหลของทรัพยากรพันธุกรรมสู่ประเทศพัฒนาแล้ว อันเป็นที่มาของแนวคิดการคุ้มครององค์ความรู้ต่าง ๆ เหล่านั้น รวมทั้งการพัฒนากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและปัญหาการคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิม โดยเฉพาะด้านการแพทย์แผนไทย

ความสัมพันธ์ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบันกับองค์ความรู้ดั้งเดิม

ความสัมพันธ์ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาปัจจุบันกับองค์ความรู้ดั้งเดิมนี้จะขอนำมากล่าวเฉพาะในส่วนของกฎหมายที่ใกล้เคียงที่อาจนำมาปรับใช้หรือให้ความคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิมนี้ได้ ได้แก่ สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และการคุ้มครองข้อมูลความลับ

ก่อนกล่าวในรายละเอียดข้างต้นจำเป็นต้องขอทำความเข้าใจกับความหมายของทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาพอสังเขป กล่าวคือ คำว่า ทรัพย์สินทางปัญญา และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นผลจากความคิดหรือเกิดจากการประดิษฐ์คิดค้นของมนุษย์ ซึ่งหากมีคุณลักษณะเข้าข่ายในข้อใดของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ก็จะได้รับ การคุ้มครองตามกฎหมายที่กำหนดขึ้นมาให้การคุ้มครองแล้วแต่ละชนิดของสิทธิดังกล่าว เช่น สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า เป็นต้น⁷⁴ อย่างไรก็ตามแนวคิดของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาก็ยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่อย่างกว้างขวางในปัจจุบันว่าอะไรควรได้รับการคุ้มครองในสาขาใดหรือประเภทใด เช่น ก่อนหน้านี้ในเรื่องของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ซึ่งมีข้อถกเถียงกันมากกว่าจะให้ความคุ้มครองภายใต้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาหรือไม่ เป็นต้น ซึ่งก่อนหน้านี้มีเพียงลิขสิทธิ์กับสิทธิบัตรที่มีการยอมรับอย่างกว้างขวางและปรากฏในอนุสัญญาความตกลงระหว่างประเทศคือ Paris Convention และ Berne Convention ดังกล่าว และหลังจากนั้นอีกกว่า 100 ปี จึงมีการกำหนดสิ่งอื่น ๆ ขึ้นมาเพิ่มเติมดังปรากฏในความตกลงทริปส์ขององค์การการค้าโลกดังกล่าว⁷⁵

นั่นหมายความว่า ผลงานที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ อาจจะไม่ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายทั้งหมด แม้ว่าสิ่งเหล่านั้นจะถือว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาก็ตาม กล่าวอย่างง่าย ๆ ก็คือ ใช่ว่า

⁷⁴ W R Cornish, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks, and Allied Rights* (Forth Edition, 1999) 3.

⁷⁵ Christopher May, 'Why IPRs are a Global Political Issue' in David Vaver (ed), *Intellectual Property Rights: Critical Concepts in Law* (2006) 277, 278.

ทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่จะได้รับการคุ้มครองทั้งหมด สิ่งที่จะได้รับการคุ้มครองก็แต่เฉพาะที่มีการรับรองการคุ้มครองโดยกฎหมายแล้วเท่านั้น

กล่าวโดยสรุปก็คือทรัพย์สินทางปัญญาหมายความรวมถึง ทรัพย์สินทุกชนิดที่เกิดจากความสามารถของมนุษย์ที่ได้ประดิษฐ์คิดค้น สร้างสรรค์ หรือทำขึ้นมา ส่วนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะมุ่งเน้นถึงสิทธิทางกฎหมาย (legal rights) ที่ได้รับการยอมรับโดยกฎหมายว่าเป็นสิทธิที่ควรได้รับการคุ้มครอง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ทรัพย์สินทางปัญญาประกอบด้วยสรรพสิ่งที่เกิดจากการกระทำของมนุษย์เช่น การประดิษฐ์คิดค้น การออกแบบ บทกวี ฯลฯ แต่ในส่วนของกฎหมายเป็นเรื่องของสิทธิที่ผู้ประดิษฐ์คิดค้นจะได้ใช้สิทธิของตนที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านั้น⁷⁶ กล่าวคือ เป็นสิทธิที่ได้มีการยอมรับโดยกฎหมายนั่นเอง

ดังนั้น ทรัพย์สินทางปัญญาทั้งหลายอาจไม่ได้รับการคุ้มครองทั้งหมด แต่เป็นสิ่งที่อาจได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายได้ ดังปรากฏในคำจำกัดความที่ได้ให้ไว้โดยองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกหรือ World Intellectual Property Organization : WIPO “ทรัพย์สินทางปัญญา หมายถึง การประดิษฐ์คิดค้นที่เกิดจากจิตใจ : สิ่งประดิษฐ์งานวรรณกรรม ศิลปกรรม ตราเครื่องหมาย ชื่อ รูปภาพ การออกแบบที่ใช้ในทางพาณิชย์⁷⁷ ซึ่งทรัพย์สินทางปัญญาแบ่งออกเป็นประเภทใหญ่ ๆ ได้ 2 ประเภท (1) ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (industrial property) รวมทั้งสิ่งประดิษฐ์ (สิทธิบัตร) เครื่องหมายการค้า งานออกแบบอุตสาหกรรม และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และ (2) ลิขสิทธิ์ ซึ่งรวมทั้งงานวรรณกรรม และศิลปกรรม เช่น นวนิยาย บทกวี งานละคร ภาพยนตร์ งานดนตรีกรรม และงานศิลปกรรม เช่น การวาดเขียน วาดรูป งานถ่ายรูป งานปั้น และการออกแบบสถาปนิก รวมทั้งสิทธิที่เกี่ยวข้องกับงานลิขสิทธิ์ เช่น งานแสดงของศิลปินทั้งหลาย ผู้กำกับงานภาพบันทึกเสียง และงานทั้งหลายของผู้กระจายเสียงและภาพทางวิทยุและโทรทัศน์

กล่าวโดยสรุปความหมายที่ให้ไว้โดย WIPO หมายถึง สิทธิทางกฎหมายอันเป็นผลจากภูมิปัญญาของมนุษย์ทางด้านอุตสาหกรรม วิทยาศาสตร์ วรรณกรรมและด้านศิลปกรรม ในความเป็นจริง WIPO ไม่ได้มุ่งประสงค์ที่จะแสดงความหมายของคำว่าทรัพย์สินทางปัญญาโดยตรงแต่เป็นการแสดงถึงสิ่งที่ควรได้รับการคุ้มครองในทุก ๆ ด้านของทรัพย์สินทางปัญญา และยังเปิดโอกาสให้มีการคุ้มครองการพัฒนางานด้านทรัพย์สินทางปัญญาที่จะมีต่อไปในอนาคตอีกด้วย⁷⁸

⁷⁶ Jeremy Philips and Alison Firth, *Introduction to Intellectual Property Law* (Third Edition, 1995) 3-4.

⁷⁷ The World Intellectual Property Organisation (WIPO), What is Intellectual Property? <<http://www.wipo.int/about-ip/en/>> at 12 Feb. 2013.

⁷⁸ the *Convention establishing WIPO*, signed at Stockholm on 14 July 1967, and amended on 28 September 1979, concluded the meaning of intellectual property in Article 2 (viii) as: ‘intellectual property’ shall include the rights relating to: literary, artistic and scientific works; performances of performing artists, phonograms, and broadcasts; inventions in *all fields of human endeavour*; scientific discoveries; industrial designs; trademarks, service marks, and commercial names and designations; protection against unfair competition; and *all other rights resulting from intellectual activity* in the industrial, scientific, literary or artistic fields.

อย่างไรก็ดี แม้ WIPO จะไม่ได้กล่าวถึงเรื่องขององค์ความรู้ดั้งเดิมเลย แต่ก็อาจได้รับการคุ้มครองโดยนัยของความหมายดังกล่าว หากงานนั้นเป็นงานที่เกิดจากความพยายามของมนุษย์ หรือเป็นกิจกรรมที่เกิดจากภูมิปัญญาของมนุษย์ด้วยกัน

ในขั้นนี้อาจกล่าวได้ว่าการแพทย์แผนดั้งเดิม หรือว่าการแพทย์แผนไทยถือเป็นส่วนหนึ่งขององค์ความรู้ที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทที่จัดอยู่ในหมวดหมู่ทางการแพทย์ แม้ว่าด้านการแพทย์อาจไม่ได้กล่าวไว้โดยตรงใน WIPO นั้นไม่ได้หมายความว่างานด้านการแพทย์จะไม่ได้รับการคุ้มครอง และไม่ถือว่าเป็นความพยายาม หรือกิจกรรมที่เกิดจากการกระทำของมนุษย์ ซึ่งในความเป็นจริงแล้วงานพัฒนา สร้างสรรค์ทางการแพทย์แผนดั้งเดิม ก็เป็นส่วนหนึ่งที่เกิดจากความสามารถของมนุษย์เช่นเดียวกับงานทางด้านอุตสาหกรรม วิทยาศาสตร์ วรรณกรรม และศิลปกรรม หรือซึ่งอย่างน้อยที่สุดงานทางการแพทย์แผนดั้งเดิมก็เป็นงานที่เกิดจากภูมิปัญญาของมนุษย์ที่ถือว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญา ประเภทหนึ่งเช่นเดียวกัน

กล่าวโดยสรุปแล้ว WIPO ก็ยังเปิดกว้างที่จะให้การยอมรับในการคุ้มครองในทุก ๆ แขนงที่เป็นผลงานจากความพยายามสร้างสรรค์ของมนุษย์ (all fields of human endeavour and all other rights resulting from intellectual activity) และดังได้กล่าวแล้วข้างต้นว่าเชื่อว่าทรัพย์สินทางปัญญาทุกชนิดจะได้รับการคุ้มครอง สิ่งที่จะได้รับการคุ้มครองก็แต่ทรัพย์สินที่ปรับเข้าได้กับหลักกฎหมายที่ออกมาหรือที่บัญญัติไว้เท่านั้น เช่น สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า เป็นต้น และปัญหาขององค์ความรู้ดั้งเดิมด้านการแพทย์ ก็ยังเป็นที่ยกเถียงกันอยู่ในปัจจุบันว่าควรได้รับการคุ้มครองหรือไม่ และถ้าหากเห็นว่าสมควรก็อาจมีการกำหนดหลักกฎหมายขึ้นมารองรับได้ดังกล่าว เช่นเดียวกับ สิทธิบัตร หรือทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ๆ หรืออาจสามารถปรับเข้าภายใต้บริบทของหลักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่แล้ว (ซึ่งจะได้ศึกษาต่อไป)

สำหรับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ให้ความคุ้มครองในประเภทงานที่มีกำหนดไว้อย่างชัดเจนแล้วดังปรากฏในความตกลงทริปส์ขององค์การการค้าโลก 7 ชนิด คือ ลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง เครื่องหมายการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ การออกแบบอุตสาหกรรม สิทธิบัตร ผังวงจรรวม และข้อมูลความลับ

ในที่นี้จะกล่าวเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับองค์ความรู้ดั้งเดิม ได้แก่ สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และข้อมูลความลับ

สิทธิบัตร

เงื่อนไขของสิทธิบัตรได้แก่ สิ่งประดิษฐ์ที่มีความใหม่ (novelty or new) ขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (inventive steps หรือ non-obviousness) และสามารถปรับใช้ได้ทางอุตสาหกรรม (industrial applicability) สิทธิบัตรนี้ได้รับการยอมรับอย่างชัดเจนในอนุสัญญากรุงปารีส ค.ศ.1883 หรือ Paris Convention for the Protection of Industrial Property 1883 ซึ่งองค์ความรู้ดั้งเดิม ที่รวมองค์ความรู้ในทุก ๆ ด้าน ไม่มีการกล่าวถึงการให้ความคุ้มครองในเอกสารหลักฐานทางทรัพย์สินทางปัญญาใด ๆ เลย ดังนั้นจึงเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่า หลักการของสิทธิบัตรที่มีอยู่เดิม ไม่สามารถให้การคุ้มครอง หรือขยายความ

คุ้มครองถึงองค์ความรู้ดั้งเดิมนี้ได้⁷⁹ อย่างไรก็ตาม ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาเคยกล่าวไว้ในการตัดสินคดีที่มีชื่อเสียงมากทางทรัพย์สินทางปัญญา คือ *Diamond V Chakrabarty case 1980* ว่า “สิ่งใดก็ตามภายใต้ดวงอาทิตย์ที่สร้างขึ้นโดยมนุษย์สามารถจดสิทธิบัตรได้” (anything under the sun that is made by man could be patentable)⁸⁰ ดังนั้นการพิจารณาให้ความคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิมที่เป็นส่วนหนึ่งอันเกิดจากความพยายาม อุสาหะของมนุษย์จึงเป็นสิ่งที่ไม่เกินไปจากความเป็นจริงที่นำไปสู่การยอมรับต่อไปได้ หากมีเช่นนั้นแล้วแนวคิดด้านทรัพย์สินทางปัญญาอาจถูกกล่าวหาว่าเป็นแนวคิดที่รวมศูนย์กลางไว้ที่ยุโรป หรือ Eurocentric regime และสร้างขึ้นมาเพื่อให้การคุ้มครองแต่เฉพาะประเทศอุตสาหกรรมเท่านั้น

ดังได้ทราบมาแล้วว่าทรัพย์สินทางพันธุกรรมพืชที่กล่าวถึง รวมทั้งพืชพันธุ์ไม้ป่า หรือพืชที่มีอยู่ในธรรมชาติ และพันธุ์พืชที่สร้างขึ้นโดยมนุษย์⁸¹ ปัจจุบันทรัพย์สินที่มีชีวิตได้รับการคุ้มครองโดยสิทธิบัตรในยุโรป⁸² และในสหรัฐอเมริกา⁸³ ซึ่งการคุ้มครองพืชภายในระบบสิทธิบัตรนี้ครอบคลุมแต่เฉพาะทรัพย์สินทางพันธุกรรมในส่วนที่เกิดจากการกระทำของมนุษย์เท่านั้น ซึ่งพันธุ์พืชป่า หรือพืชธรรมชาติไม่ได้รับการคุ้มครองตามหลักการนี้ ซึ่งก็สอดคล้องกับความตกลงทริปส์มาตรา 23,3(b) ที่กล่าวถึงพืช สัตว์และกระบวนการทางชีววิทยาในการผลิตพืชและสัตว์ไม่ได้รับการคุ้มครองโดยระบบสิทธิบัตร แต่ในส่วนของจุลชีพเล็ก ๆ และ non-biological, microbiological process ยังคงได้รับการคุ้มครองโดยระบบสิทธิบัตรนี้อยู่⁸⁴ ด้วยเหตุนี้ สิ่งมีชีวิต

⁷⁹ Craig D Jacoby, and Charles Weiss, ‘Recognizing Property Rights in Traditional Biocultural Contribution’ (1997) 16 *Stanford Environmental Law Journal* 74, 95, 123; see also Ikechi Mgbeoji, ‘Sustainable Development, Agriculture, and the Challenge of Genetically Modified Organism: Patent Regime Part of the Solution to the Scourge of Bio Piracy?’ (2001) 9 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 163, 184.

⁸⁰ *Diamond v Chakrabarty* (1980) 447 U.S.303, 309; see also Erin Kathleen Bender+, ‘Comment: North and South: the WTO, TRIPS, and the Scourge of Biopiracy’ (2003) 11 *Tulsa Journal of Comparative and International Law* 281, 289. He stated that ‘This monumental decision, making “the first patent on life granted by the U.S. patent office,” would have a profound affect on both international Intellectual property (IP) law and on international trade’.

⁸¹ Ronan Kennedy, ‘International Conflicts over Plants Resources: Future Developments?’ (2006) 20 *Tulane Environmental Law Journal* 1, 3

⁸² *The Directive on the Legal Protection of Biotechnological Inventions 1998* (Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions, OJ L213. P. 13).

⁸³ In 1980, the United States Court ruled in the *Diamond v Chakrabarty Case* that living things are capable of being patented under the patent law. See above n 80.

⁸⁴ The *TRIPS Agreement* Article 27, 3(b), with stating that ‘Members may also exclude from patentability: plants and animals other than micro-organisms, and essentially biological processes for the production of plants or animals other than non-biological and microbiological process. However, Members shall provide for the protection of plant varieties either by patents or by an effective *sui generis*

วอตยังคงได้รับการยอมรับให้มีการจดสิทธิบัตรได้ และในจำนวนดังกล่าวมีจำนวนมากที่ได้รับการจดทะเบียนในส่วนที่คาบเกี่ยวกับองค์ความรู้ดั้งเดิม เช่น Rosy periwinkle, Hoodia cactus, Roolbos tea, Cinchona bark, Enola bean, Ayahuascavine, Pozol, Quinao และ Cylindrical tomato⁸⁵ และในบางรายได้มีการยื่นยันคัดค้านขอให้มีการตรวจสอบใหม่ เช่น Quinoa (U.S.Patent No.5,304,718) , Turmeric (U.S.Patent No. 5,401,504), Neem (EPO Patent No.436257), Basmati rice lines and grains (U.S.Patent No. 5,663,484)⁸⁶ โดยเหตุผลที่ว่า เป็นสิ่งที่มีการบันทึกมาก่อนหน้านี้แล้ว (prior art) กล่าวคือมีการคิดค้นและมีการใช้มาก่อนหน้าที่จะยื่นขอรับสิทธิบัตร จึงไม่ใช่สิ่งใหม่ (novelty or new) ที่จะเข้าเงื่อนไขการขอสิทธิบัตร ซึ่งบางกรณีเป็นการยากที่จะบอกถึงว่าสิ่งใดเป็นสิ่งใหม่หรือเป็นสิ่งที่ค้นพบมาก่อนหน้านี้แล้ว อย่างไรก็ตาม การจดสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตดังกล่าว จึงทำให้แนวคิดที่ว่า “สิ่งมีชีวิตไม่อาจจดสิทธิบัตรได้และผลิตภัณฑ์จากพืชและสัตว์ก็ไม่อาจจดสิทธิบัตรได้เช่นเดียวกัน” (“living thing could not be patented or production of plants and animals are excluded for patent”) หดสั้นไป แต่กลุ่มประเทศแอฟริกัน (African Group) ก็ยังคงต่อต้านการจดสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตทุกชนิดอยู่⁸⁷

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการคุ้มครองสิ่งมีชีวิตและผลิตภัณฑ์ที่ได้รับจากสิ่งมีชีวิตสามารถได้รับการคุ้มครองได้ อย่างไรก็ตาม สิ่งมีชีวิตตามที่มีอยู่ในธรรมชาติก็ยังคงไม่ได้รับการคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธิบัตร ดังนั้น การแพทย์แผนดั้งเดิม รวมทั้งองค์ความรู้ด้านการแพทย์แผนดั้งเดิม ซึ่งประกอบด้วยสมุนไพรจากธรรมชาติ และพันธุ์พืชสมุนไพรหากได้รับการคุ้มครองก็อาจเป็นการกลับหลักการที่ว่า พันธุ์พืชป่าหรือพืชที่มีอยู่ในธรรมชาติไม่ควรได้รับการคุ้มครองได้ ซึ่งปัญหาการให้ความคุ้มครองสิ่งเหล่านี้ว่าจะใช้ระบบสิทธิบัตรหรือระบบกฎหมายเฉพาะ (*sui generis*) อย่างไรจึงจะเหมาะสม ยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ทั้งในระดับชาติ และระหว่างประเทศ

system or by any combination thereof. The provisions of this subparagraph shall be reviewed fore years after the date of entry into force of the WTO Agreement.’

⁸⁵ Olufunmilayo B Arewa, ‘TRIPs and Traditional Knowledge: Local Communities, Local Knowledge, and Global Intellectual Property Frameworks’ (2006) 10/2 *Marquette Intellectual Property Law Review* 156, 173-6.

⁸⁶ Carlos M Correa, *Traditional Knowledge and Intellectual Property: Issues and Options Surrounding the Protection of Traditional Knowledge* (November 2001) 7.

⁸⁷ The African Group disagreed for patenting of all life forms either plants or micro-organisms. (They expressed their standing point in the WTO Ministerial Conferences at Cancun, 2003.) See WTO Ministerial Conferences – Cancun 5th Ministerial 2003, Briefing notes on the Ministerial and the Main Issues (2003) <http://www.wto.org/english/thewto_e/minst_e/min03_e/brief_e/br...> at 13 February 2013; see also *African Group – Taking Forward the Review of Article 27.3(b) of the TRIPS Agreement*, World Trade Organisation (WTO) Doc IP/C/W404 (2003) [4]. The African Group has consistently raised serious concerns about patents on life forms and research tools and on the basis of these concerns the group has maintained that there should not be a possibility.

ลิขสิทธิ์

เมื่อกล่าวถึงงานอันมีลิขสิทธิ์แล้ว จะต้องกล่าวถึงอนุสัญญากรุงเบิร์น Berne Convention หรือ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 1886⁸⁸ ซึ่งอนุสัญญาดังกล่าวมุ่งคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม เช่น บทกวี ละคร งานวิจัย ภาพยนตร์ งานออกแบบทำต้น การแต่งเพลง การอัดรายการวิทยุ งานวาดเขียนหรือออกแบบ งานปั้น งานถ่ายรูป งานแสดงรายการสดทางวิทยุและโทรทัศน์รวมทั้งงานแสดงสดบนเวที และโปรแกรมคอมพิวเตอร์

ก่อนหน้าที่กรณีการให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นที่ถกเถียงกันมาก ว่าควรให้ความคุ้มครองภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาหรือระบบกฎหมายเฉพาะ⁸⁹ ทั้งนี้ อนุสัญญากรุงเบิร์นก็ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งในสมัยนั้นคอมพิวเตอร์ยังไม่มีแพร่หลายดังเช่นปัจจุบัน ทั้งนี้อาจตีความอยู่ในความหมายของอนุสัญญากรุงเบิร์น มาตรา 2(1) ได้ว่า “ผลิตภัณฑ์ทุกชนิด ภายใต้วรรณกรรม วิทยาศาสตร์ ศิลปกรรม ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใด” และในที่สุดความตกลงทริปส์ขององค์การการค้าโลกได้พิจารณาให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์อยู่ในมาตรา 10.1 “โปรแกรมคอมพิวเตอร์และการรวบรวมข้อมูลไม่ว่าจะอยู่ในรูปของแหล่งข้อมูลหรือรหัสวัตถุ จะได้รับการคุ้มครองเสมือนเป็นงานวรรณกรรมภายใต้อนุสัญญากรุงเบิร์น”⁹⁰

กรณีดังกล่าวนี้ว่าเป็นความสำเร็จอีกครั้งหนึ่งของกลุ่มประเทศพัฒนาที่ผลักดันให้มีการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้บริบทของลิขสิทธิ์ แทนที่จะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเฉพาะ นั้นหมายความว่าสมาชิกขององค์การการค้าโลกทุกประเทศต้องให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้มาตรา 10.1 ของความตกลงทริปส์นี้เสมือนเป็นงานวรรณกรรมอย่างหนึ่งของกฎหมายลิขสิทธิ์ และจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม โปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้รับการบังคับใช้ผ่านกลไกทางการค้าระหว่างประเทศและอีกทางหนึ่งคือภายใต้ความตกลงของอนุสัญญากรุงเบิร์นที่ประเทศทั้งหลายเป็นสมาชิกอยู่

จากการพิจารณาอนุสัญญากรุงเบิร์นโดยรวมแล้ว ไม่ปรากฏว่ามีส่วนใดที่สามารถขยายความให้ครอบคลุมถึงการคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิมนี้ได้เลย⁹¹ อย่างไรก็ตามก็มีความเกี่ยวพันกันระหว่างองค์ความรู้ดั้งเดิมกับงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นกรณีตัวอย่างให้เห็นเช่น กรณีการละเมิดสิทธิเรื่องเพลงที่ใช้ในกีฬาโอลิมปิกใน ค.ศ.

⁸⁸ The 1886 Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works is the first international convention on copyright. It was first signed by ten nations including: Belgium; France; Germany; Haiti; Italy; Liberia; Spain; Switzerland; Tunisia and the United Kingdom. See Rocque Reynolds and Natalie P Stoianoff, *Intellectual Property: Text and Essential Cases* (Second edition, 2005) 12. Currently, the Convention consists of 162 contracting member countries; see also the WIPO - Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs_wo001.html> at 13 February 2013.

⁸⁹ Jakkrit Kuanpoth, *International Law: Copyright, Patent, and Trademarks* (B.E.2541), 15.

⁹⁰ See the 1886 Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, above n 88.

⁹¹ Matthias Listner, 'Part III. Analysis of Different Areas of Indigenous Resources' in Silke von Lewinski (ed), *Indigenous Heritage and Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* (2004) 49, 71.

1996 ที่แอตแลนตา (1996 Atlanta Olympics) ที่ใช้เพลง “Return of Innocence” ซึ่งแต่งโดยศิลปิน Enigma⁹² ซึ่งส่วนหนึ่งของเพลงนี้ได้มีการบันทึกเสียงแล้วในปี 1988 โดยเกี่ยวข้องกับการแสดงสดของชนเผ่าอามี (Ami peoples) ซึ่งเป็นชนเผ่าพื้นเมืองในไต้หวัน กรณีดังกล่าวมีความตกลงกันโดยบริษัทแผ่นเสียงที่มีการใช้เพลงนี้ขึ้น แจ้งให้ทราบถึงการได้มาซึ่งเพลงดังกล่าวจากกลุ่มชนเผ่าอามีในการผลิตครั้งต่อไป เป็นต้น

โดยสรุปแล้วอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ยังมีการพัฒนาต่อไปอย่างไม่หยุดนิ่ง ไม่ได้หมายความว่าสิ่งที่ได้รับการคุ้มครองจะมีแต่ที่กำหนดไว้แต่เดิมในอนุสัญญากรุงเบิร์น 1886 เท่านั้น หากมีเช่นนั้นแล้วโปรแกรมคอมพิวเตอร์ก็อาจไม่ได้รับความคุ้มครองได้ อย่างไรก็ตามโดยนัยของกฎหมายนี้อาจให้ความคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิมที่อยู่ในรูปของงานวรรณกรรมพื้นบ้านและงานศิลปกรรม และในส่วนขององค์ความรู้ทางการแพทย์แผนดั้งเดิม หรือแผนไทยก็อาจได้รับการคุ้มครองในรูปแบบของเอกสารการบันทึกในรูปของตำราการแพทย์แผนไทยได้ เป็นต้น

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ปรากฏอยู่ในความตกลงทริปส์มาตรา 22-24 นอกจากนี้ยังปรากฏในอื่น ๆ อีก ดังนี้ the Madrid Agreement for the Reprising of False or Deceptive Indication of Appellation of Origin and their International Registration 1958 และ Paris Convention for the Protection of Industrial Property 1883 และล่าสุดปรากฏในความตกลงทริปส์ดังกล่าว โดยเฉพาะในมาตรา 22.1 ซึ่งบัญญัติว่า “สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์คือ ตามวัตถุประสงค์ในความตกลงฉบับนี้ สิ่งบ่งชี้ระบุถึงสินค้า ซึ่งมีที่มาจากอาณาเขตของประเทศสมาชิก หรือแหล่งกำเนิด หรือท้องถิ่นในอาณาเขต ซึ่งมีคุณภาพ ชื่อเสียง หรือลักษณะเฉพาะอื่นของสินค้าที่มีความสำคัญเกี่ยวเนื่องกับแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์” กล่าวโดยสรุปก็คือสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ประการคือ ชื่อแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ และตัวสินค้า (ที่ผลิตได้ในเขตบริเวณนั้น)

ในการนี้ เมื่อพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของการคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิมภายใต้หลักการของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ จากการรายงานของคณะกรรมการ Fact-Finding Missions ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก หรือ WIPO เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญากับองค์ความรู้ดั้งเดิม ว่าองค์ความรู้ดั้งเดิมไม่อาจได้ประโยชน์ (ได้รับการคุ้มครอง) จากหลักของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์⁹³ ทั้งนี้เพราะเหตุว่าเงื่อนไขของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้เฉพาะเจาะจงหรือจำกัดไว้แต่เพียงสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไม่มีเงื่อนไขเกี่ยวกับความใหม่เข้ามาเกี่ยวข้อง นั้นหมายความว่าตัวสินค้านั้นอาจมีการผลิตต่อเนื่องกันมาแล้วช้านาน และจำหน่ายในธุรกิจท้องถิ่นนั้น ๆ เช่น เบียร์ ไวน์ สุรา ไส้กรอก เนย น้ำเกลือแร่ เป็นต้น

อนึ่งพึงเข้าใจว่าหลักการของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่ได้กำหนดให้ต้องมีองค์ประกอบของความใหม่เสมอไป ดังนั้นถ้าหากว่าเป็นสินค้าที่เกิดจากการกระทำของมนุษย์แล้วก็อาจได้รับการคุ้มครองภายใต้หลักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานี้ได้ด้วยเช่นกัน

⁹² Arewa, above n 85,42.

⁹³ Listner, above n 91,43.

หลักการของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นี้ได้ถูกนำเข้าสู่การพิจารณาและยอมรับในความตกลงทริปส์ในรอบอุรุกวัย (Uruguay Round) โดยกลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว เช่น สหรัฐอเมริกา ยุโรป และสวิตเซอร์แลนด์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้ความคุ้มครองในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในสินค้าไวน์และสุรา ภายใต้มาตรา 23 ของความตกลงทริปส์⁹⁴ ดังนั้น สำหรับประเทศโดยเฉพาะกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาที่ไม่ได้ส่งไวน์ และสุราเป็นสินค้าออกจึงไม่ได้รับผลประโยชน์จากการกำหนดมาตราดังกล่าว

กล่าวโดยสรุปแล้ว กรณีนี้เป็นอีกกรณีหนึ่งของการพัฒนาการของหลักการของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ให้ความคุ้มครองสินค้าท้องถิ่น จากการค้าที่ไม่เป็นธรรม ดังนี้แม้ว่าหลักการของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะไม่เหมาะสมโดยตรงกับการให้การคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิม แต่อย่างน้อยก็เป็นการสนับสนุนเงื่อนไขของความใหม่ ไม่ถือว่าเป็นอุปสรรคของการให้การคุ้มครองภายใต้หลักการของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

ข้อมูลความลับ

ข้อมูลความลับ (undisclosed information) หรือความลับทางการค้า (trade secret) เป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ประกอบด้วยข้อมูลทางพาณิชย์ที่มีค่าที่ผู้เป็นเจ้าของข้อมูลมีเหตุผลพอเพียงที่จะเก็บไว้เป็นความลับ ข้อมูลความลับนี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 39.2 ของความตกลงทริปส์ ว่า “บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ย่อมสามารถที่จะป้องกันข้อมูลโดยชอบด้วยกฎหมายที่อยู่ภายใต้ความครอบครองของเขาจากการถูกเปิดเผย เข้าถึงหรือมีการใช้โดยบุคคลอื่นที่ไม่ได้รับความยินยอมไปในทางที่เป็นปฏิกิริยาต่อชื่อเสียงทางการค้าของเขา”

ในแง่ของการคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิม แม้ว่ามาตราดังกล่าวของความตกลงทริปส์จะไม่ได้กล่าวถึงองค์ความรู้ดั้งเดิมเลย แต่ข้อมูลความลับนี้อาจขยายความปรับใช้กับการคุ้มครององค์ความรู้ด้านการแพทย์แผนดั้งเดิมนี้ได้ในรูปแบบของสูตรตำรับยาแผนดั้งเดิม ซึ่งหากมีการเก็บไว้เป็นความลับ และมีการถ่ายทอดสืบต่อมาสู่รุ่นลูกหลาน เช่น ความลับในการปรุงยาสมุนไพรรักษาโรคบางโรค เป็นต้น

ดังนั้น ข้อมูลความลับซึ่งถือเป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาชนิดหนึ่ง อาจนำไปปรับใช้กับองค์ความรู้ดั้งเดิมบางประเภทได้ อนึ่งพึงระลึกไว้ว่า หลักการของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่อาจจะครอบคลุม

⁹⁴ Kuanpoth, above n 89, 43; for more information see the US Proposal on TRIPS, GATT, Doc MIN>GNG/NG11/W/70, 1990, EC Proposal on TRIPS, GATT, Doc MIN>GNG/NG11/W/68, 1990 and Switzerland Proposal on TRIPS, GATT, Doc MIN>GNG/NG11/W/73, 1990.

The *TRIPS Agreement*, Article 23 (Additional Protection for Geographical Indications for Wines and Spirits) with stating that ‘(1) Each member shall provide the legal means for interested parties to prevent use of a geographical indication identifying wines for wines not originating in the place indicated by the geographical indication in question or identifying spirits for spirits not originating in the place indicated by geographical indication in question, even where the true origin of the goods is indicated or the geographical indication is used in translation or accompanied by expressions such as “kin”, “type”, “style”, “imitation” or the like.

ถึงองค์ความรู้ดั้งเดิมทุกประเภทได้ ทำนองเดียวกันกับการเกิดขึ้นใหม่ของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในชั้นแรก ๆ ต่างก็มีข้อถกเถียงกันมากถึงหลักการที่เหมาะสมในการนำมาใช้กับความคุ้มครองในเรื่องดังกล่าว และก็เช่นกันองค์ความรู้ดั้งเดิมครอบคลุมองค์ความรู้ทุกประเภท แต่เชื่อว่าทุกประเภทดังกล่าวจะต้องได้รับการคุ้มครองเสมอไป การให้ความคุ้มครองทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาก็เชื่อว่าทุกชนิดจะต้องให้ความคุ้มครอง การให้ความคุ้มครองก็จะให้หรือมีแต่เฉพาะสิทธิในบางสิ่งบางอย่างที่สำคัญเท่านั้น

กล่าวโดยสรุปก็คือความหมายของทรัพย์สินทางปัญญาก็ดี การวิเคราะห์ถึงหลักการของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกิดขึ้นมาใหม่ก็ดี เป็นการขยายความคุ้มครองของทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ภายใต้หลักการของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่อาจเกิดขึ้นได้ และอาจเป็นสิ่งอื่นอีกก็ได้ หากมีต่อไปในอนาคต เพื่อย้ำให้เห็นว่าองค์ความรู้ดั้งเดิม ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำอันเกิดจากภูมิปัญญาของมนุษย์ ก็อาจได้รับการคุ้มครองภายใต้หลักการของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานี้ด้วยเช่นกัน

ในภาคการสาธารณสุข การใช้พืชสมุนไพรยังคงมีความสำคัญกับประชาชนในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา และพัฒนาน้อยอยู่ ประมาณการว่าร้อยละ 80 ของประชากรโลกยังคงมีชีวิตความเป็นอยู่โดยพึ่งพาการแพทย์แผนดั้งเดิม ซึ่งมีพื้นฐานมาจากพืชสมุนไพรพื้นบ้าน ซึ่งร้อยละ 85 ของยาสมุนไพรดั้งเดิมมีที่มาจากการใช้สารสกัดจากพืช⁹⁵ ยิ่งไปกว่านั้น ประมาณการว่า สารสกัดทางเคมีกว่า 200 ชนิด มีที่มาจากพืชกว่า 90 ชนิด ที่ใช้อยู่ในวงการแพทย์ปัจจุบัน และมากกว่าครึ่งของสารที่ใช้ในทางการแพทย์ของโลกปัจจุบันมีที่มาจากหรือส่วนประกอบที่มาจากพืช⁹⁶ จะเห็นได้ว่าพืชสมุนไพรมีความสำคัญอย่างยิ่งทั้งในกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้วและกำลังพัฒนา ซึ่งทรัพยากรเหล่านี้ อาจเรียกโดยรวมว่าทรัพยากรพันธุกรรม หรือ genetic resources โดยที่คุณค่าของพืชสมุนไพรเหล่านี้ถือเป็นส่วนสำคัญอย่างยิ่งขององค์ความรู้ดั้งเดิม หรือ traditional knowledge พืชสมุนไพรต่าง ๆ เหล่านี้ถือเป็นส่วนสำคัญในการพัฒนาตัวยารักษาใหม่ ๆ ในวงการอุตสาหกรรมยา ยิ่งไปกว่านั้นยังมีพืชอีกจำนวนมากที่มีคุณสมบัติทางยา ซึ่งรอการค้นหาค้นหาอยู่ต่อไป อย่างไรก็ตาม เป็นการยากที่จะประมาณการทรัพยากรพันธุกรรมที่มีอยู่บนโลกนี้ได้ทั้งหมด นักวิชาการ W.Lesser ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้ว่า “จริง ๆ แล้วนักวิทยาศาสตร์เองก็เห็นด้วยว่าเป็นการยากยิ่งที่จะประมาณการว่ามีสิ่งมีชีวิตอยู่จำนวนเท่าใดบนโลกนี้ แต่โดยทั่วไปที่พอจะยอมรับกันได้ว่ามีอยู่ระหว่าง 3.6 ล้าน ถึง 111.6 ล้านชนิด และมีการศึกษาแล้วประมาณ

⁹⁵ K V Krishnamurthy, *Textbook of Biodiversity* (2003) 78; see also N.R. Fransworth, ‘Screening Plants for New Medicines.’ in E.O. Wilson and F.M. Peter (eds), *Biodiversity* (1988) 212-6.; He also comments that ‘According to the World Health Organization, up to 80 percent of the world’s population depends on traditional medicine for its primary health needs’.

⁹⁶ Ibid; see also O. Hamann, ‘The Joint IUCN-WWF Plants Conservation Programme and its Interest in Medicinal Plants’ in O. Akerele, V. Heywood and H. Synge (eds), *The Conservation of Medicinal Plants* (1991) 13-22.

13.6 ล้านชนิด และมีเพียง 1.4 ล้านชนิด ได้มีการศึกษาค้นคว้าในรายละเอียดแล้ว”⁹⁷ เป็นที่ทราบกันดีว่าประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายจะอุดมไปด้วยองค์ความรู้ดั้งเดิมและทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งองค์ความรู้ดั้งเดิมของชนเผ่าพื้นเมืองและทรัพยากรพันธุกรรมนี้ มีคุณค่าทั้งทางวัฒนธรรมและเศรษฐกิจ ไม่ว่าจะเป็นของชนเผ่าพื้นเมืองหรือชุมชนท้องถิ่นก็ตาม และไม่ว่าจะเป็นความหลากหลายทางชีวภาพจากทั้งพืชและสัตว์มีส่วนในการสนับสนุนในด้านการผลิตและอุตสาหกรรมต่าง ๆ ด้วย

นอกจากนี้กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาได้รับการยอมรับว่าเป็นฐานการผลิตเมล็ดธัญพืชต่าง ๆ ของโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นที่รวมของทรัพยากรพันธุกรรมพืช ซึ่งยังมีอีกมากที่ยังค้นหาคุณสมบัติทางยาไม่พบในพันธุ์พืชต่าง ๆ เหล่านั้น และโดยเฉพาะอย่างยิ่งพืชที่มีลักษณะเฉพาะถิ่นที่ไม่มีอยู่ในภูมิภาคอื่น เช่น ในเขตป่าร้อนชื้น หรือภูมิประเทศเขตร้อน เป็นต้น

ปัจจุบันจึงเป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางแล้วว่าปัญหาขององค์ความรู้ดั้งเดิม ทรัพยากรพันธุกรรมและทรัพยากรของชนเผ่าพื้นเมืองมีความสำคัญอย่างยิ่งโดยเฉพาะทางด้านเกษตรกรรมและการแพทย์

นอกจากนี้ ปัญหาสำคัญของการที่ต้องให้มีการคุ้มครองภูมิปัญญาด้านการแพทย์แผนดั้งเดิม ซึ่งภูมิปัญญาด้านการแพทย์แผนไทยเป็นส่วนหนึ่งขององค์ความรู้เหล่านั้น ก็คือ การหลงใหลของทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งเป็นปัจจัยการผลิต ยาและเวชภัณฑ์ต่าง ๆ สู่ประเทศที่พัฒนาแล้ว และขณะนั้นจิตสำนึกของการหวงกัน หรือการปกป้องคุ้มครองสิ่งเหล่านั้นยังไม่ปรากฏชัดเช่นปัจจุบัน ทั้งนี้ เพราะเหตุว่า การหลงใหลของวัตถุดิบทางพันธุกรรมต่าง ๆ ดังกล่าวมีการกล่าวอ้างหรือมีเหตุผลอื่นมาสนับสนุน จึงทำให้ประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายขาดความตระหนัก หวงแหนทรัพยากรเหล่านั้น ซึ่งได้ทราบต่อมาภายหลังว่าการกระทำดังกล่าวของประเทศพัฒนาเป็นการนำเอาองค์ความรู้และวัตถุดิบในการผลิต โดยเฉพาะผลิตภัณฑ์ยาและนำไปจดสิทธิบัตรผูกขาดสิทธินั้นแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งเป็นที่มาของคำว่า การกระทำอันเป็นโจรสลัดทางชีวภาพ ดังได้กล่าวแล้วข้างต้น ในที่นี้จึงขอนำสาเหตุการหลงใหลของทรัพยากรพันธุกรรมสู่ประเทศพัฒนาแล้ว เพื่อให้ทราบถึงที่มาของการคุ้มครอง องค์ความรู้ด้านการแพทย์แผนไทยในเวลาต่อมา

การหลงใหลของทรัพยากรพันธุกรรมสู่ประเทศพัฒนาแล้ว

สาเหตุของการหลงใหลของทรัพยากรพันธุกรรมจากประเทศกำลังพัฒนาสู่ประเทศพัฒนาแล้วมีสาเหตุหลักอยู่ 3 ประการ คือ (1) ภาวะขาดแคลนทรัพยากรพันธุกรรม (2) แนวคิดที่เห็นว่าทรัพยากรพันธุกรรมเป็นมรดกของมวลมนุษยชาติ (common heritage of mankind) และ (3) แนวคิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาในทรัพยากรสิ่งมีชีวิต โดยจะกล่าวเรียงลำดับต่อไปนี้

⁹⁷ W Lesser, *Sustainable Use of Genetic Resources Under the Convention on Biological Diversity: Exploring Access and Benefit Sharing Issue* (1998) 1.

(1) ภาวะขาดแคลนทรัพยากรพันธุกรรม

ในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 สภาวะขาดแคลนพันธุ์พืชและสัตว์ได้เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวาง⁹⁸ นักวิชาการ Klaus Bosselmann ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ว่า “ประมาณการจากจำนวนของชนิดพืชทั้งหมดที่มีอยู่ในปัจจุบันนี้ประมาณ 10 ถึง 100 ล้านชนิด ประมาณร้อยละ 25 อาจตกอยู่ในภาวะเสี่ยง จากจำนวนดังกล่าวประมาณ 1.4 ล้านชนิด ได้มีการค้นพบและตั้งชื่อโดยนักวิทยาศาสตร์แล้ว (Paul R.Ehrlich and Edward O.Wilson,1991) และปัจจุบันหนึ่งในสี่ของจำนวนชนิดพืชที่มีอยู่ในโลกทั้งหมด อาจจะมีการสูญพันธุ์ในสิ้นศตวรรษหน้านี้ โดยจำนวน 50 ชนิดของพืชและสัตว์จะมีการสูญพันธุ์ในแต่ละวัน ซึ่งจากที่ทราบกันอยู่แล้วว่าร้อยละ 50 ของพืชที่มีอยู่ในโลกจะอยู่ในแถบป่าเขตร้อนและในทุก 250,000 ชนิด จะเป็นพืชชั้นสูงอยู่ถึง 100,000 ชนิด และมีเพียง 1 ใน 6 ของพืชเหล่านี้ได้รับการศึกษาค้นคว้าแล้ว และมีเพียงร้อยละ 1 ของพืชในป่าเขตร้อนขึ้นนี้เท่านั้นที่ได้รับการศึกษาถึงคุณสมบัติที่จะนำไปใช้ประโยชน์ได้”⁹⁹ โดยเฉพาะมาตรการคุ้มครองงานด้านการเกษตร นักวิทยาศาสตร์ทางด้านพันธุ์พืช และปรับปรุงงานทางการเกษตร ได้เตรียมการสำหรับการสูญพันธุ์ของพืช โดยการรวบรวมทรัพยากรพันธุกรรม และในปี 1970 ความตกลงร่วมมือระหว่างนานาชาติในการเก็บ อนุรักษ์ การใช้ประโยชน์และการแลกเปลี่ยนทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้ถูกตั้งขึ้น และหนึ่งในนั้นได้แก่ International Board for Plant Genetic Resources Institute (IPGRI) ซึ่งเป็นศูนย์เก็บทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่ใหญ่ที่สุดของโลกแห่งหนึ่ง¹⁰⁰ ซึ่งในภาวะการณ์ที่ผ่านมาได้มีการขาดแคลนทรัพยากรพันธุกรรมพืช ในขณะที่ประชากรโลกมีการเพิ่มจำนวนขึ้นอย่างมาก โดยเฉพาะประเทศในโลที่สาม ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการรักษาทรัพยากรพันธุกรรมพืช เช่น เมล็ดพันธุ์พืชต่าง ๆ ไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด ดังนั้นจำนวนพันธุกรรมพืชมหาศาลจากประเทศในโลที่สามได้ถูกส่งไปเก็บรักษาในประเทศที่พัฒนาแล้ว โดยปราศจากการระมัดระวัง และการตอบแทนเยี่ยงยา

ซึ่งที่ผ่านมาปัญหาการหลงใหลของทรัพยากรพันธุกรรมไม่ได้มีการหยิบยกขึ้นมากล่าวถึงอย่างจริงจัง ในทางกลับกันปัญหาเรื่องพืชที่เกิดจากการตัดแต่งยีนส์ หรือ genetically modified organisms : GMOs กลับได้รับความสนใจและกล่าวถึงมากในเวทีโลก

ดังนั้นด้วยกระแสความวิตกกังวลของโลกในความกลัวว่า จะเกิดถึงภาวะขาดแคลนอาหารขึ้นในอนาคต จึงเป็นผลให้เกิดการหลงใหลซึ่งทรัพยากรพันธุกรรมพืชจากประเทศกำลังพัฒนาสู่ประเทศพัฒนา เพื่อเก็บเมล็ดพันธุ์เข้าสู่คลังสำรอง เพื่อป้องกันการขาดแคลนที่อาจจะเกิดขึ้นได้ในอนาคต และในช่วงทศวรรษที่

⁹⁸ Klaus Bosselmann, ‘Plants and Policies: The International Legal Regime Concerning Biotechnology and Biodiversity’ (1996) 7 *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 111, 112.

⁹⁹ Ibid.113-4.

¹⁰⁰ The International Board for Plant Genetic Resources Institute (IPGRI) is now operated under the name Bioversity is the world's largest international research organization dedicated solely to the conservation and use of biodiversity. It is non-profit, non-religious and independently operated. Headquarters at Rome, Italy; (www.bioversityinternational.org) See Bioversity International, <www.bioversityinternational.org> at 31 January 2013.

ผ่านมามีการพัฒนาทางการเกษตร เทคโนโลยีชีวภาพ โดยมุ่งเน้นการเพิ่มผลผลิต ตลอดจนการวิจัยใหม่ ๆ ทางด้านพันธุพืชอย่างมากในประเทศที่พัฒนาแล้ว และก่อให้เกิดพืชสายพันธุ์ใหม่ ๆ ขึ้นมามากมาย จึงเกิดปัญหาทางกฎหมายของการให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ในเวลาต่อมา ทั้งนี้รวมทั้งการพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชทางด้านสุขภาพ และการรักษาโรคโดยพืชสมุนไพร

(2) แนวคิดที่ว่าทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นมาตรการร่วมกันของมวลมนุษยชาติ

แนวคิดเรื่องทรัพยากรพันธุกรรมพืชถือว่าเป็นสมบัติของมวลมนุษยชาตินี้ ปรากฏชัดขึ้นในราวปี ค.ศ.1980 ในการจัดตั้งคณะกรรมการทรัพยากรพันธุกรรมพืชขึ้นในองค์การอาหารและการเกษตรแห่งสหประชาชาติ หรือ FAO และในปี ค.ศ.1983 การประชุม FAO ได้ตอกย้ำถึงข้อมติที่ว่าทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นสมบัติของมวลมนุษยชาติ และสามารถยกย้ายถ่ายเทได้โดยไม่มีข้อจำกัด¹⁰¹ และแนวความคิดนี้ได้แพร่กระจายอย่างกว้างขวางโดยเฉพาะในหมู่นักวิจัยพืชและนักพัฒนาทางการเกษตร ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว แนวคิดในเรื่องทรัพยากรพันธุกรรมพืชถือเป็นมรดกกรรมร่วมกันของมวลมนุษยชาติไม่เคยมีปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศเลย แนวความคิดในเรื่องของมรดกกรรมร่วมกันของมวลมนุษยชาติ หรือ common heritage of mankind นี้ปรากฏอยู่ในเรื่องของความตกลงกิจกรรมของรัฐบนดวงจันทร์และห้วงอวกาศ ค.ศ.1979 (the Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies 1979) และอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ.1982 (the United Nations Convention on the Law of the Sea 1982)¹⁰²

แนวคิดเรื่องมรดกกรรมร่วมกันของมวลมนุษยชาติเป็นสาเหตุหลักอันหนึ่งที่ทำให้ทรัพยากรพันธุกรรมหลังไหลจากประเทศกำลังพัฒนาสู่ประเทศพัฒนา ทั้งนี้เพราะเหตุว่า เมื่อถือว่าทรัพยากรดังกล่าวเป็นของทุกคนแล้วจึงไม่มีการหวงกัน และไม่มีการตั้งเงื่อนไขในการแบ่งปันผลประโยชน์ หรือมีการป้องกันด้วยประการใด ๆ การยกย้ายถ่ายเท นำเข้าหรือส่งออกไปยังประเทศใด ๆ จึงเป็นการกระทำได้อย่างเสรี

มีข้อน่าสังเกตว่าแนวคิดทางด้านมรดกกรรมร่วมกันของมวลมนุษยชาตินี้ได้ถูกนำมาใช้แต่เฉพาะทรัพยากรพันธุกรรมพืช แต่กลับไม่นำไปใช้ในทรัพยากรที่ไม่สามารถเกิดขึ้นได้อีก (non-renewable sources)

¹⁰¹ The Resolution 8/83 of the 22nd Session of the FAO Conference recognised that ‘plant genetic resources are a heritage of mankind. ...’ and the Resolution 5/89 of the 25th Session of the FAO Conference recognised that ‘plant genetic resources are a common heritage of mankind. ...’

¹⁰² Christopher C Joyner, ‘Legal Implications of the Common Heritage of Mankind’ (1986) 35 *International and Comparative Law Quarterly* 190; see also R R Churchill and A V Lowe, *The Law of the Sea* (First published 1983, revised edition 1988) 13-4, 181-2. In this regard, the elements of common heritage of mankind consist of the following: ‘(1) Areas defined as common heritage would not be subject to appropriation by private or public interests; (2) All peoples would share in the management of common territory; (3) Economic benefits from the exploitation of common territory would be shared internationally; (4) Common territory would only be used for peaceful purposes; and (5) Scientific research in common territory would be freely and openly accessible’.

เช่น ก๊าซ และน้ำมัน ซึ่งในความเป็นจริงเรื่องเหล่านี้น่าจะนำมาพิจารณามากกว่าทรัพยากรที่อาจเกิดขึ้นใหม่ได้ (renewable sources) เช่น ทรัพยากรพืช เป็นต้น

(3) แนวคิดด้านทรัพย์สินทางปัญญาในทรัพยากรมีชีวิต

เป็นที่เข้าใจและยอมรับกันโดยทั่วไปในหมู่นักวิชาการด้านทรัพย์สินทางปัญญาแล้วว่า สิ่งมีชีวิตมีอาจนำมาจดสิทธิบัตรได้ จนมาในปลายศตวรรษที่ 20 มีการพัฒนาเทคโนโลยีอย่างมากโดยเฉพาะทางด้านเทคโนโลยีชีวภาพ และโดยเฉพาะด้านอาหารและการแพทย์¹⁰³ เทคโนโลยีชีวภาพได้เข้ามามีบทบาทอย่างมากในความเป็นอยู่ของมนุษย์โดยเฉพาะทางด้านอาหารและโภชนาการ และปัญหาทางด้านกฎหมายก็คือ จะต้องมีการให้ความคุ้มครองเทคโนโลยีทางด้านนี้หรือไม่ ได้ถูกหยิบยกขึ้นมาหารือกันอย่างกว้างขวางรวมทั้งงานวิจัยเกี่ยวกับพันธุกรรมของมนุษย์ สัตว์ ตลอดจนด้านสุขภาพการป้องกันโรค กล่าวคืองานต่าง ๆ เหล่านี้ ควรได้รับการคุ้มครองโดยหลักการทรัพย์สินทางปัญญาหรือไม่

ในเรื่องนี้สหภาพยุโรปได้มีการถกเถียงปัญหาดังกล่าวมานานนับสิบปี จนในที่สุดได้มีความตกลง ผสานประโยชน์ในเรื่องนี้โดยยอมให้มีการจดสิทธิบัตรอินทรีย์สาร (organic material) ภายใต้กฎหมาย the Directive on the Legal Protection of Biotechnological Invention 1998¹⁰⁴

การจดสิทธิบัตรในจุลชีพหรือเกี่ยวกับจุลชีววิทยา (biological organisms) ในสหรัฐอเมริกาค่อนข้างชัดเจน โดยที่สหรัฐอเมริกามีสิทธิบัตรพืช หรือ Plant Patent Law 1930 และ Plant Variety Protection Law 1970 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงการจดสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิต จนมาในปี ค.ศ. 1980 ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้มีคำวินิจฉัยในคดี Diamond V. Chakrabarty โดยสรุปว่า สิ่งมีชีวิตสามารถจดสิทธิบัตรได้ และคดีดังกล่าวจึงเปรียบเสมือนเป็นการสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นมาใหม่ในการให้การคุ้มครอง พืช เมล็ดพืชและการเพาะเนื้อเยื่อ และจากผลคดีดังกล่าวสหรัฐอเมริกาจึงกลายเป็นประเทศผู้นำของโลกในการให้การคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์ทางด้านเทคโนโลยีชีวภาพ โดยเฉพาะจุลชีพ พันธุ์พืช โดยระบบสิทธิบัตร ซึ่งในการนี้ศาลได้อนุญาตให้ผลิตภัณฑ์จากธรรมชาติ หรือพืชตัดแต่งพันธุกรรมสามารถจดสิทธิบัตรได้ และแนวคิดดังกล่าวได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง¹⁰⁵ และกลายเป็นคดีสำคัญที่เป็นจุดเปลี่ยนของแนวคิดที่ว่า “สิ่งมีชีวิตไม่อาจจดสิทธิบัตรได้” หรือ “living things cannot be patented” ดังนั้นสิ่งประดิษฐ์ทางด้านเทคโนโลยีชีวภาพจึงสามารถจดสิทธิบัตรได้ แม้ว่าสิ่งเหล่านั้นจะมีพื้นฐานหรือที่มาจากองค์ความรู้ดั้งเดิม และทรัพยากรพันธุกรรมที่มีมาก่อนหน้านี้แล้ว และเป็นส่วนหนึ่งของธรรมชาติ และแนวคิดที่ว่า สิ่งมีชีวิตไม่อาจจดสิทธิบัตรได้นี้ ถือเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ทรัพยากรพันธุกรรมหลังไหลจากประเทศกำลังพัฒนาสู่ประเทศพัฒนาแล้ว ประกอบกับแนวคิดที่ว่า ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นมรดกร่วมกันของมวลมนุษยชาติ และเป็นของทุก ๆ คน

¹⁰³ Oliver Mills, *Biotechnological Inventions: Moral Restraints and Patent Law* (2005) 123.

¹⁰⁴ Ibid 124; see the *Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions*, OJ L213. P. 13.

¹⁰⁵ Eliana Torelly de Carvalho, ‘Protection of Traditional Biodiversity-Related Knowledge: Analysis of Proposals for the Adoption of a *Sui Generis* System’ (2003) 11 *Missouri Environmental Law & Policy Review* 38,51.

ดังนั้นจึงไม่มีบุคคลใดหรือองค์กรใดจะนำสิ่งเหล่านั้นไปจดสิทธิบัตร ผูกขาด เป็นของตนเองแต่เพียงผู้เดียวได้ ดังนั้นประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายจึงไม่ได้คำนึงถึงการให้ความคุ้มครอง หรือหวงกันไว้สำหรับตนเองแต่เพียงลำพัง เพราะอย่างไรเสีย สิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ก็มีอาจได้รับความคุ้มครองโดยเฉพาะภายใต้หลักของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

กล่าวโดยสรุปก็คือ ทรัพยากรพันธุกรรมพืชจึงมีการหลั่งไหลจากประเทศกำลังพัฒนาที่เต็มไปด้วยทรัพยากรดังกล่าวสู่ประเทศพัฒนาแล้ว โดยผ่านทั้งองค์การความร่วมมือภายใต้รัฐบาลและมีใช้รัฐบาล หรือภายใต้โครงการความร่วมมือ วิจัยร่วม โดยเฉพาะทางด้านการเกษตรและสุขภาพ ปัจจุบันความสูญเสียของพันธุกรรมพืชและมรดกร่วมกันในทรัพยากรพืชได้จางหายไปจากการถกเถียงกันในเวทีระหว่างประเทศ แต่ในทางตรงข้ามประเด็นใหม่ในทางวิพากษ์วิจารณ์ในปัจจุบันก็คือการให้การคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิมและทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งครอบคลุมไปในศาสตร์ทุก ๆ ด้านโดยเฉพาะทางด้านการเกษตรและการแพทย์ รวมทั้งการแพทย์แผนดั้งเดิมหรือแผนไทยที่มีอยู่ในประเทศไทยด้วย

การพัฒนากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและปัญหาการคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิมโดยเฉพาะด้าน การแพทย์แผนไทย

การพัฒนากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและปัญหาการคุ้มครองความรู้ดั้งเดิม โดยเฉพาะให้ความคุ้มครองในทรัพย์สินทางปัญญาชนิดอื่น ข้อจำกัดของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาองค์ความรู้ดั้งเดิม และข้ออุปสรรคในการให้การคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

(1) การพัฒนากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

จากความหมายของทรัพย์สินทางปัญญาที่กล่าวไว้ในอนุสัญญาการก่อตั้งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก เมื่อปี ค.ศ.1967 มาตรา 2(viii) ที่กล่าวว่า “การประดิษฐ์ที่เกิดจากความสามารถของมนุษย์ในทุก ๆ ด้าน....การค้นพบทางวิทยาศาสตร์...การให้ความคุ้มครองต่อการค้าที่ไม่เป็นธรรมและสิทธิอื่น ๆ ทั้งหลายที่เป็นผลมาจากกิจกรรมทางภูมิปัญญาในด้านอุตสาหกรรม วิทยาศาสตร์ วรรณกรรม หรือศิลปกรรม” ดังนั้นจึงไม่เป็นที่สงสัยเลยว่าทรัพย์สินทางปัญญาอาจมีการพัฒนาให้ความคุ้มครองต่อทรัพย์สินทางปัญญาชนิดอื่น ๆ อีกก็ได้ภายใต้คำจำกัดความนี้

ดังได้กล่าวข้างต้นแล้วว่าทรัพย์สินทางปัญญามีการพัฒนาอย่างไม่หยุดนิ่งและสามารถปรับตัวให้เข้ากับความเป็นของสังคม เศรษฐกิจ และนโยบายทางการเมืองได้ และตัวอย่างที่เห็นได้อย่างชัดเจนก็คือสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ที่ได้กำหนดไว้ในความตกลงทริปส์มาตรา 22-24 การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เป็นการให้ความคุ้มครองซึ่งทางภูมิศาสตร์และตัวสินค้านั้น ๆ และไม่จำกัดขอบเขตอยู่แต่เฉพาะการคุ้มครององค์ความรู้บางประเภทเท่านั้น ซึ่งสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไม่ได้มุ่งเน้นแต่การให้การตอบแทนแก่ผู้ประดิษฐ์คิดค้นเท่านั้น แต่ยังให้การคุ้มครองต่อชื่อเสียงที่มีมา หรือที่สร้างขึ้นโดยกลุ่มของผู้ผลิตสินค้ามา

ยาวนานหรือบางทีอาจเป็นร้อย ๆ ปี นอกจากนี้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ยังเป็นการให้รางวัลแก่ผู้ผลิตสินค้าที่ใช้วิธีการดั้งเดิมในท้องถิ่น จนสินค้านั้นกลายเป็นสินค้าที่เป็นจารีตประเพณีประจำท้องถิ่นในที่สุด¹⁰⁶

การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไม่มีประการใดเลยที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับการประดิษฐ์คิดค้นสิ่งใหม่ ดังนั้นการให้การคุ้มครองภายใต้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานี้ อาจมองถึงการให้การยอมรับในการกระทำของมนุษย์ที่ได้ทำขึ้นในอดีต โดยมีความสัมพันธ์กับผลิตภัณฑ์ท้องถิ่นของเขา การให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นี้มีส่วนสัมพันธ์กับความหมายของทรัพย์สินทางปัญญา โดยที่เป็นการให้ความคุ้มครองป้องกันการค้าที่ไม่เป็นธรรมหรือการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม อนึ่งพึงระลึกไว้เสมอว่า การให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นี้เป็นการให้ความคุ้มครองผลิตภัณฑ์ที่มีที่มาจากแหล่งกำเนิดนั้น ๆ แต่หาเป็นการคุ้มครองถึงคุณภาพด้วยแต่อย่างใดไม่ แต่อย่างน้อยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ก็เป็นการรับรองว่าความใหม่ไม่ใช่ปัจจัย หรืออุปสรรคต่อการพัฒนาสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่จะให้ความคุ้มครองถึงองค์ความรู้ดั้งเดิมนี้ได้ และอีกประการหนึ่งที่สำคัญของหลักการที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ไม่เหมือนกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ ก็คือ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นการให้การคุ้มครองต่อ “สิทธิรวม” หรือ “collective rights” ขณะที่ทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ เป็นการให้การคุ้มครองต่อ “ปัจเจกชน” หรือ “individual rights”¹⁰⁷ กล่าวคือเป็นการให้ความคุ้มครองต่อชื่อเสียงของกลุ่มชนหรือชุมชนที่ได้ผลิตสินค้านั้น ๆ ขึ้นมาเป็นระยะเวลายาวนาน

ในกรณีนี้องค์ความรู้ดั้งเดิมอาจได้รับการคุ้มครองภายใต้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นี้ได้สำหรับผลิตภัณฑ์ที่ได้ผลิตในท้องถิ่นนั้น เช่น น้ำปลา Phu Quoc ของประเทศเวียดนาม เป็นต้น จากกรณีตัวอย่างดังกล่าวจะเห็นได้ว่า องค์ความรู้ดั้งเดิมก็อาจได้รับการคุ้มครองโดยหลักสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ด้วยเช่นกัน และถ้าหากมีอุปสรรคทำให้หลักกฎหมายดังกล่าวไม่สามารถให้ความคุ้มครองได้ นั้นมิใช่เพราะเหตุคำจำกัดความที่ไม่อาจขยายความถึงได้ หรือเป็นเพราะปัญหาข้อกฎหมาย แต่เป็นเพราะเหตุผลทางการเมืองมากกว่า และอาจกล่าวได้ว่า หลักการของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่ได้สร้างอุปสรรคในการให้ความคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิม แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นน่าจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์ในทรัพยากรพันธุกรรมระหว่างประเทศพัฒนา กับประเทศกำลังพัฒนามากกว่า กล่าวอย่างง่าย ๆ ก็คือหากมีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างลงตัวในการใช้อ้องค์ความรู้ดั้งเดิม และทรัพยากรพันธุกรรมระหว่างกลุ่มประเทศทั้งสองแล้ว

¹⁰⁶ Bernard O'Connor, 'Protecting Traditional Knowledge: An Overview of Developing Area of Intellectual Property Law' (2005) 6/5 *The Journal of World Intellectual Property* 677, 678.

¹⁰⁷ Dwijen Rangnekar, 'Protecting Geographical Indications: Club Goods and the Dilemmas of Collective Action' (Paper presented at the annual meeting of the Law and Society Association, Hilton Bonaventure, Montreal, Quebec, Canada, May 27, 2008); see also Allacademic Research, *Protecting Geographical Indications: Club Goods and the Dilemmas of Collective Action* (2009) <http://www.allacademic.com/meta/p235698_index.html> at 19 February 2013; see also Shivani Singhal, 'Geographical Indications and Traditional Knowledge' (2008) 3/11 *Oxford Journals Law, Journal of Intellectual Property Law & Practice* 732, 732-738.

ผลิตผลที่เกิดจากองค์ความรู้ดั้งเดิมและทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าวก็จะได้รับการจดสิทธิบัตรในที่สุดได้ดังกล่าว

อย่างไรก็ต้องรู้ดั้งเดิมและทรัพยากรพันธุกรรมก็ใช้ว่าจะต้องได้รับการคุ้มครองโดยหลักกฎหมายสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทางเดียวเสมอไป กรณีดังกล่าวอาจได้รับการคุ้มครองโดยวิธีการอื่นก็ได้ เช่น ผู้กักพันในฐานความตกลงระหว่างประเทศหรือเป็นกฎหมายเฉพาะที่มีผลบังคับภายใต้กฎหมายของแต่ละประเทศ เป็นต้น

กล่าวโดยสรุปแล้ว การให้ความคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิมและทรัพยากรพันธุกรรมมิได้มีข้อจำกัดในหลักเกณฑ์ของกฎหมายเรื่องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ตราบเท่าที่สามารถปรับเข้ากับเงื่อนไขที่มีการกำหนดไว้ เช่น ในองค์การการค้าโลกและองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก และหลักการของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นการตอกย้ำให้เห็นถึงการพัฒนาของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับการยอมรับในองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกในปี ค.ศ.1967 และในอนาคตก็อาจมีการยกทรัพย์สินทางปัญญาประเด็นอื่นขึ้นมาพิจารณาต่อจากองค์ความรู้ดั้งเดิมนี้อีกได้

(2) ปัญหาการคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิมโดยเฉพาะด้านการแพทย์แผนไทย

ปัญหาสำคัญของเรื่องนี้ก็คือการขาดการยอมรับอย่างเป็นทางการเป็นสากลของคำจำกัดความขององค์ความรู้ดั้งเดิม แม้ว่าจะมีการกำหนดคำจำกัดความมากมายทั้งในกฎหมายภายในของรัฐ กลุ่มประเทศหรือองค์การที่ไม่ใช่รัฐบาลทั้งหลาย แต่ก็ไม่มีคำจำกัดความใดที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการ¹⁰⁸ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำจำกัดความของคำว่า “การแพทย์แผนดั้งเดิม” อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะไม่มีการยอมรับร่วมกันของคำจำกัดความของการแพทย์แผนดั้งเดิมก็ไม่ได้หมายความว่าความคุ้มครองจะกระทำไม่ได้ ซึ่งการคุ้มครองป้องกันนั้นอาจกระทำได้หลายวิธี และปัญหาคำจำกัดความขององค์ความรู้ด้านการแพทย์แผนดั้งเดิมนี้อย่างคงต้องมีการพิจารณากันต่อไปอีกยาวนาน

อย่างไรก็ดีปัญหาการให้ความคุ้มครององค์ความรู้การแพทย์แผนดั้งเดิมนี้อาจได้ถูกหยิบยกขึ้นมาหารือใน the Regional Workshop on Intellectual Property Rights in the Context of Traditional Medicine ซึ่งจัดโดยองค์การอนามัยโลกหรือ WHO ใน ค.ศ.2000¹⁰⁹ ซึ่งที่ประชุมได้พิจารณาถึงปัญหาทางออกและช่องว่างระหว่างการแพทย์แผนดั้งเดิมและกฎหมายสิทธิบัตร¹¹⁰ แต่ที่ประชุมดังกล่าวมุ่ง

¹⁰⁸ Graham Dutfield, *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge* (First published, 2004) 91; see also M Johnson, ‘Research on Traditional Environmental Knowledge: its Development and its Role’, in Johnson, M (ed), *Lore: Capturing Traditional Environmental Knowledge* (2002) 3, 240.

¹⁰⁹ The World Health Organization – Report of the Inter-Regional Workshop on Intellectual Property Rights in the Context of Traditional Medicine, Bangkok, Thailand, 6-8 December 2000, WHO/EDM/TRM/2001.1, 17.

¹¹⁰ Ibid, 20-1. The Meeting was summarise the problem of traditional medicine protections including; ‘Lack of a national policy to develop traditional medicine and lack of organizational infrastructure to utilize traditional medicine in the national health care system; Lack of any system for

รวมกลุ่มประเทศที่มีผลประโยชน์ในเรื่องเดียวกัน เพื่อพัฒนาโครงข่ายความร่วมมือการป้องกันองค์ความรู้ด้านการแพทย์แผนดั้งเดิมมากกว่าที่จะหามาตรการในการป้องกัน อีกทั้งความมุ่งหมายของ WHO มีไว้เพื่อพัฒนาการสาธารณสุขของโลกเป็นหลัก ดังนั้นที่ประชุมจึงมีบทสรุปทางด้านการกำหนดให้มีการยอมรับการพัฒนากระบวนการแพทย์แผนดั้งเดิมและให้มีการผนวกรวมการแพทย์แผนดั้งเดิมนี้เข้าไปในแผนพัฒนาสุขภาพของชาติในประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายมากกว่าที่จะมุ่งหามาตรการ และวิธีการในการให้ความคุ้มครองป้องกันดังกล่าว แต่อย่างน้อยที่สุดจากการประชุมดังกล่าวมีความเห็นตรงกันในเบื้องต้นว่าการแพทย์แผนดั้งเดิมนี้ควรได้รับการคุ้มครอง และการใช้องค์ความรู้เหล่านี้ร่วมกับทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศกำลังพัฒนาโดยประเทศพัฒนาแล้วจะต้องคำนึงถึงการแบ่งปันผลประโยชน์ร่วมกันอย่างเป็นธรรมด้วย¹¹¹

กล่าวโดยสรุปก็คือหลักการของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่เดิมแล้วบางประเภทอาจปรับใช้ให้ความคุ้มครองแก่องค์ความรู้ดั้งเดิมบางประเภทได้ แม้ว่าลักษณะสำคัญขององค์ความรู้ดั้งเดิมจะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นมาแล้วแต่ในอดีตและตกทอดสืบต่อกันจนมาถึงปัจจุบัน และอาจเป็นการให้ความคุ้มครองไม่เพียงพอแต่ปัจเจกชนเท่านั้นยังอาจให้ความคุ้มครองในลักษณะของกลุ่มชนหรือชุมชนในรูปแบบของสิทธิรวมหรือ collective rights ก็ได้ด้วยเช่นกัน

เป็นที่น่าสังเกตว่ากรณีของสิทธิบัตรหลาย ๆ กรณีที่มีที่มาจากองค์ความรู้ดั้งเดิม จากประเทศกำลังพัฒนาได้รับการยกเลิกในกลุ่มประเทศยุโรป และสหรัฐอเมริกา กรณีดังกล่าวทั้งหลายเป็นการกระตุ้นให้กลุ่มประเทศในโลกที่สามหันมาให้ความสำคัญในการให้ความคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิม และทรัพยากรพันธุกรรมของตนเองที่มีอยู่ และในขณะเดียวกันที่พันธุ์พืชใหม่ แม้มีพื้นฐานจากพืชสมุนไพรโบราณได้รับการคุ้มครองโดยความตกลงระหว่างประเทศ เช่น the International Union for the Protection of

traditional medicine protection and equitable sharing of benefits.; The importance and prioritization of traditional medicine has not been fully recognized and explicitly mentioned by various international health organizations.; Absence of formal or informal mechanisms for the participation of traditional healers in policy making and intellectual property development; Lack of mechanism or strategy for equitable benefit sharing among all stakeholders.; Lack of policy and regulations for the protection of biodiversity and traditional medicine knowledge.; Lack of understanding of intellectual property rights system among stakeholders.; Lack of mechanism for developing linkages between traditional medicine of different countries.; Lack of appreciation of the potential of traditional medicine to solve the health problems of developing countries.; Lack of understanding, awareness, communication and respect between traditional medicine and intellectual property rights offices.; Differences between the concepts and fundamentals of traditional medicine and modern medicine; Limited applicability of existing intellectual property rights laws to protect traditional medicine knowledge from biopiracy.; Inability to meet the cost of requiring, exercising and enforcing intellectual property rights for the holders of traditional medicine knowledge.

¹¹¹ Ibid.

New Varieties of Plants หรือ UPOV¹¹² หรือที่ทราบกันดีว่า กฎหมายสำหรับ “ผู้ปรับปรุงพันธุ์พืช” หรือ “plant breeders” อย่างไรก็ตาม พันธุ์พืชธรรมชาติ (ที่ใช้เป็นตัวอย่างในการแพทย์แผนดั้งเดิม) และองค์ความรู้ดั้งเดิม ยังไม่ได้รับการคุ้มครองดังเช่นความตกลง UPOV ดังกล่าว

อนึ่งพึงเข้าใจว่าหลักการของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา แต่เริ่มแรกมิได้ออกแบบมาเพื่อการคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิม ทำนองเดียวกันกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ และพันธุ์พืชใหม่ ซึ่งการให้ความคุ้มครองสิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ เกิดขึ้นมาในภายหลัง อันเกิดจากการตีความขยายความสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในเวลาต่อมาทั้งสิ้น ในที่นี้อย่างน้อยก็แสดงให้เห็นว่าทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีการพัฒนาขยายความคุ้มครองครอบคลุมถึงทรัพย์สินทางปัญญาที่มีขึ้นมาในภายหลังนี้ได้ด้วยเช่นกัน และไม่เป็นที่น่าสงสัยเลยว่าองค์ความรู้ดั้งเดิมและการแพทย์แผนดั้งเดิมก็ไม่มีกรกล่าวถึงการให้ความคุ้มครองมาแต่เริ่มแรกภายใต้หลักการของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

อย่างไรก็ดีจากคำจำกัดความหรือความหมายของทรัพย์สินทางปัญญาที่กำหนดไว้ในมาตรา 2(viii) ของอนุสัญญาจัดตั้งองค์การการค้าโลก และเปรียบเทียบกรณีของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ การแพทย์แผนดั้งเดิม ก็ถือเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งด้วยเช่นกัน และความจริงที่ต้องตระหนักถึงอย่างยิ่งก็คือ การแพทย์แผนดั้งเดิมนี้นับเป็นผลประโยชน์แก่กลุ่มประเทศกำลังพัฒนานี้เป็นส่วนใหญ่ และในทางตรงกันข้ามอาจไม่ก่อผลดีหรือเป็นประโยชน์แก่กลุ่มผู้แสวงหาตัวยายใหม่ ๆ โดยเฉพาะจากกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วแต่อย่างใด ดังนั้นกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้ว ซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากการให้การป้องกันในเรื่องนี้ อาจไม่ให้ความร่วมมือหรือรับรองว่าการแพทย์แผนดั้งเดิมนี้นับเป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สินทางปัญญา

ต่อกรณีของการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ซึ่งเป็นกรณีเปรียบเทียบที่สำคัญของการให้ความคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิม แม้ว่าการให้ความคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิมภายใต้กรอบของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญายังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ในหมู่นักวิชาการปัจจุบัน ทราบเท่าที่องค์ความรู้ดั้งเดิมยังไม่ได้รับการคุ้มครองไม่ว่าด้วยวิธีการใดที่ชัดเจน เรื่องดังกล่าวก็ยังคงเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์ถึงมาตรการความเหมาะสมในการให้ความคุ้มครองอยู่ต่อไปดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้น การพิจารณาให้ความคุ้มครองใช้ว่าจะพิจารณาในแง่ของกฎหมายแต่เพียงด้านเดียว ทั้งนี้อาจต้องพิจารณาในด้านเศรษฐกิจและนโยบายการเมืองควบคู่ไปด้วย

สำหรับประเทศไทย ซึ่งถือว่าองค์ความรู้ด้านการแพทย์แผนไทยเป็นส่วนหนึ่งขององค์ความรู้ดั้งเดิมได้มีการออกกฎหมายเฉพาะขึ้นมาให้ความคุ้มครองในปี ค.ศ.1999 (2542) โดยพระราชบัญญัติคุ้มครอง และส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542 ซึ่งจะได้กล่าวถึงส่วนที่เกี่ยวข้องต่อไป

¹¹² The International Union for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV), (2009) <http://www.upov.int/index_en.html> at 21 February 2013. The *International Convention for the Protection of New Varieties of Plants*, known as UPOV, is the intergovernmental organization consisted of 65 member states (at 1 August 2008). Thailand has not applied to be a member of this Convention. The Convention was adopted in Paris in 1961 and it was revised in 1972, 1978 and 1991. The objective of this Convention is to protect the new varieties of plants by an intellectual property right regime.