

บทที่ 4

วิเคราะห์สภาพปัญหาการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศไทย

1. ระบบฐานข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นกับการสืบสานและอนุรักษ์ภูมิปัญญาท้องถิ่น

ประเทศไทยยังไม่มีศูนย์ที่ทำหน้าที่ในการรวบรวมข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยเฉพาะ ทำให้ข้อมูลเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นกระจัดกระจายไปยังหน่วยงานต่างๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นในแต่ละประเภท เช่น กรมส่งเสริมวัฒนธรรม กรมทรัพย์สินทางปัญญา สำนักงานวัฒนธรรมแห่งชาติ หรือกรมศิลปากร เป็นต้น การไม่มีแหล่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาที่เป็นเอกภาพเช่นนี้ ย่อมเกิดปัญหาในการสืบค้นข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยผู้ที่ต้องการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นเองก็ไม่ทราบว่าต้องไปขออนุญาตจากเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นจากแหล่งใด หรือเมื่อมีการนำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ประโยชน์แล้วจะแบ่งปันผลประโยชน์ให้กับบุคคลใด จึงเกิดช่องว่างในการนำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยไปใช้ประโยชน์โดยชาวต่างชาติซึ่งได้ศึกษาวิจัยและพัฒนาต่อยอดการประดิษฐ์อันมีพื้นฐานและองค์ความรู้จากภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อให้เข้าหลักเกณฑ์การขอรับความคุ้มครองในระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เช่น การจดสิทธิบัตรในการประดิษฐ์ที่ดัดแปลงปรับปรุงองค์ความรู้จากภูมิปัญญาท้องถิ่นด้วยการใช้เทคโนโลยีขั้นสูงจนออกมาเป็นนวัตกรรมใหม่ที่เข้าหลักเกณฑ์การพิจารณาออกสิทธิบัตรได้ แต่ในขณะที่องค์ความรู้ที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยตรงหรือเทคโนโลยีชาวบ้านกลับไม่สามารถนำมาขอรับการคุ้มครองสิทธิบัตรได้เนื่องจากขาดองค์ประกอบของความใหม่ (Novelty) และเป็นความรู้ที่แพร่หลายอันกลายเป็นสมบัติสาธารณะไปแล้ว (Public Domain)

ปัจจุบันประเทศไทยได้มีการรวบรวมข้อมูล และการขึ้นทะเบียนภูมิปัญญาท้องถิ่นแล้ว เช่น การแจ้งข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยที่ดำเนินการโดยกรมทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งแสดงจำนวนการแจ้งข้อมูลภูมิปัญญาจากทั่วประเทศ ดังตารางที่ 4.1 ดังนี้

ตารางที่ 4.1 ตารางการแจ้งข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย ของกรมทรัพย์สินทางปัญญา

ปี	รวมทั้งสิ้น	องค์ความรู้ของกลุ่มบุคคลท้องถิ่น/ Local Knowledge			งานศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้าน / Folklore		
		รวม	กรุงเทพ	ต่างจังหวัด	รวม	กรุงเทพ	ต่างจังหวัด
2554	47	47	1	46	0	0	0
2553	70	70	0	70	0	0	0
2552	808	792	91	701	16	3	13
2551	118	117	5	112	1	0	1
2550	134	118	13	105	16	0	16
2549	200	199	13	186	1	0	1
2548	350	348	11	337	2	0	2
รวม	1,727	1,691	134	1,557	36	3	33

ที่มา : กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์

http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_docman&Itemid=375

(ข้อมูลล่าสุด วันที่ 5 มีนาคม 2555)

ผลจากข้อมูลการแจ้งข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย พบว่าการแจ้งข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยยังมีจำนวนน้อยมาก โดยเฉพาะในกลุ่มงานศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้าน (Folklore) ที่มีจำนวนลดน้อยลงไปอย่างเห็นได้ชัด ขณะที่ภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยในกลุ่มองค์ความรู้ของกลุ่มบุคคลท้องถิ่น (Local Knowledge) จากสถิติในปี พ.ศ. 2548 จนถึง พ.ศ.2554 มีการแจ้งข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยที่กรมทรัพย์สินทางปัญญาน้อยลงอย่างต่อเนื่องเช่นกัน ซึ่งจากการศึกษาระบบการรวบรวมฐานข้อมูลเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศอื่นเดียวกับประเทศไทยแล้ว พบว่าการรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยนั้นไม่มีการรวบรวมฐานข้อมูลแบบรวมศูนย์ กล่าวคือ ไม่มีหน่วยงานของรัฐที่รวบรวมองค์ความรู้ที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยแบบเบ็ดเสร็จ แต่มีเพียงแค่งานที่มีความเกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยเฉพาะส่วนทำหน้าที่รวบรวมและให้บริการข้อมูล เช่น กรมศิลปากร ทำหน้าที่ดูแลเกี่ยวกับโบราณสถานโบราณวัตถุ ศิลปะและทรัพย์สินมรดกทางศิลปวัฒนธรรมของชาติ กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก ทำหน้าที่ดูแลและรวบรวมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย หรือ กรมวิชาการเกษตรมีหน้าที่ในการรวบรวมข้อมูล และการ

วิจัยที่เกี่ยวกับพืชท้องถิ่น พืชพื้นเมือง พืชสมุนไพร กรมทรัพย์สินทางปัญญา ทำหน้าที่รวบรวมข้อมูล รวมถึงขั้นตอนในการดำเนินการพิจารณาค่าขอแจ้ง การเปลี่ยนแปลง การเพิกถอนข้อมูลและการบริการข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย หรือหน่วยงานเครือข่ายทางด้านศิลปวัฒนธรรมทั้งภาครัฐและเอกชนในระดับภูมิภาค ระดับจังหวัด ระดับชุมชน เป็นต้น ด้วยเหตุที่ในประเทศไทยมีหลายหน่วยงาน ซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยหลายแขนง จึงทำให้ข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยนั้น กระจุกกระจายและมีความซ้ำซ้อนกัน รวมถึงการไม่มีระบบเชื่อมโยงฐานข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่น ระหว่างหน่วยงานเพื่อการจัดทำข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นของชาติย่อมส่งผลกระทบต่อการรวบรวม ฐานข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยในภาพรวม ทำให้ประชาชนหรือชุมชนในท้องถิ่นที่เป็นแหล่งภูมิปัญญาท้องถิ่นและผู้ที่จะขอรับบริการข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นก็ไม่ทราบว่าจะติดต่อกับหน่วยงานใดที่รับผิดชอบโดยตรง ในขณะที่ประเทศอินเดียประสบความสำเร็จในการยื่นคัดค้านการนำเอาภูมิปัญญา และทรัพยากรชีวภาพของชาติไปโดยใช้ประโยชน์จากฐานข้อมูล TKDL เช่น กรณีสิทธิบัตรการรักษา แผลโดยการใช้ขมิ้นที่อินเดียยื่นคัดค้านการออกสิทธิบัตรให้กับศูนย์การแพทย์ของมหาวิทยาลัยมิสซิสซิปปีว่าขมิ้นเป็นสิ่งที่ผู้คนในประเทศอินเดียและชนพื้นเมืองท้องถิ่นของอินเดียใช้ในการรักษาโรคนาน ซึ่งอินเดียอ้างหลักฐานข้อมูลจาก TKDL จึงทำให้มีการตรวจสอบถึงคุณสมบัติเรื่องความใหม่ที่เป็นหลักเกณฑ์การยื่นขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรจนนำมาสู่การเพิกถอนสิทธิบัตร ในปี ค.ศ. 1998¹⁸⁶

กรณีการจดสิทธิบัตรในสารสกัดจากต้นสะเดาในการรักษาโรคและใช้เป็นสารเคมีในการปราบแมลงศัตรูพืชในสหรัฐอเมริกา ซึ่งต้นสะเดาเป็นไม้พื้นเมืองของอินเดียและหลายประเทศในเอเชีย ชาวพื้นเมืองอินเดียรู้จักการนำเอาสะเดามาใช้ในการควบคุมแมลงศัตรูพืช และมีสรรพคุณในการฆ่าเชื้อแบคทีเรียมาตั้งแต่โบราณ จึงมีการนำองค์ความรู้เกี่ยวกับสะเดานี้มาใช้อย่างแพร่หลายจนกลายเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมพื้นบ้าน เช่น การเคี้ยวสะเดาเพื่อทำความสะอาดในช่องปากและพืชนำเมล็ดมาบดเพื่อใช้ในการฉีดพ่นป้องกันแมลงศัตรูพืช¹⁸⁷ การใช้เมล็ดสะเดาและการใช้ประโยชน์สะเดาในการปราบแมลงศัตรูพืชนั้นโดยหลักแล้วไม่อนุญาตให้มีการจดสิทธิบัตรเพราะถือว่าเป็นสารสกัดจากธรรมชาติ รวมทั้งกรรมวิธีในการบดสกัดสะเดาก็ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้เพราะว่าเป็นสิ่งที่แพร่หลายและใช้กันมาตั้งแต่อดีต แต่สำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐกลับยินยอมให้มีการจดสิทธิบัตรให้กับสารสกัดจากเปลือกสะเดาสดซึ่งมีคุณสมบัติในการต้านมะเร็ง และสิทธิบัตรการสกัดจากสะเดาเพื่อเป็นสารป้องกันแมลง โดยบริษัท W R Grace ได้ยื่นจดสิทธิบัตรการใช้สารสกัดจากสะเดาในการ

¹⁸⁶ WIPO Magazine (2011) "Protecting India's Traditional Knowledge" Retrieved July 13, 2012 from http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2011/03/article_0002.html

¹⁸⁷ วิฑูรย์ ปัญญากุล (2540) *ภูมิปัญญาพื้นบ้านกับความหลากหลายทางชีวภาพ* กรุงเทพมหานคร กรีนเนทและสหกรณ์อาหารธรรมชาติ หน้า 81

ปราบศัตรูพืชต่อสำนักงานสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกาและได้รับการออกสิทธิบัตรในเวลาต่อมา ซึ่งสร้างความไม่พอใจให้กับชาวอินเดียเป็นจำนวนมาก อินเดียจึงได้ยื่นคัดค้านโดยการกล่าวอ้างหลักฐานตำราทางอายุรเวทที่ถูกรวบรวมไว้ในระบบ TKDL ซึ่งทำให้มีการเพิกถอนสิทธิบัตรที่เกี่ยวกับการใช้สะเดาของ W.R. Grace ทั้งในสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป เป็นต้น จากกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการใช้ประโยชน์จากระบบฐานข้อมูล TKDL ของประเทศอินเดียนั้นเป็นเครื่องมือที่สามารถใช้ในการปกป้องคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีประสิทธิภาพ อีกทั้งยังเป็นการอนุรักษ์องค์ความรู้ที่เป็นภูมิปัญญาของชาติไม่ให้สูญหายไปอีกด้วย

2. การบริหารจัดการทรัพยากรชีวภาพ และภูมิปัญญาท้องถิ่น

แม้ว่าประเทศไทยได้จัดทำฐานข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยเพื่อเป็นแนวทางแก้ปัญหาการนำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยไปใช้ประโยชน์อย่างไม่เป็นธรรมจากต่างชาติขึ้นมาแล้วก็ตาม แต่ประเทศไทยยังขาดระบบการรวบรวมข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยที่เป็นเอกภาพ ตลอดจนไม่มีกลไกในการติดตามผลการนำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ผู้วิจัยจึงแบ่งสภาพปัญหาการบริหารจัดการและภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศไทยออกเป็นหัวข้อต่างๆ ดังนี้

2.1 ปัญหา “โจรสลัดชีวภาพ” กับทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น

กรณีปัญหาโจรสลัดชีวภาพ คือ การนำเอาทรัพยากรชีวภาพ ภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือองค์ความรู้ที่เกี่ยวกับการใช้ทรัพยากรธรรมชาติไปใช้ประโยชน์โดยมิชอบ หรือการมิได้แบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับต่อผู้เป็นเจ้าของอย่างเป็นธรรม ซึ่งการเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นอันเกี่ยวข้องกับ การใช้ประโยชน์จากธรรมชาติซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของความรู้เชิงวัฒนธรรม ความเชื่อ คุณค่า การลงปฏิบัติ คัดเลือก และถ่ายทอดโดยชุมชนและสังคมเป็นเวลานาน แต่กลับถูกต่างชาตินำไปใช้ในการศึกษาวิจัยและพัฒนาโดยใช้พื้นฐานความรู้จากภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยไม่มีการแบ่งปันผลประโยชน์ หรือแบ่งผลประโยชน์ที่ไม่เป็นธรรมแก่เจ้าของภูมิปัญญา หรือแม้กระทั่งการนำเอาการประดิษฐ์คิดค้นที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาท้องถิ่นไปขอรับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อถือสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นแต่เพียงผู้เดียวนั้น ยกตัวอย่างเช่น กรณีเป็ล้าน้อยและกวางเครือชาวมุสลิมไทยพื้นบ้านที่ถูกประเทศญี่ปุ่นนำไปจดสิทธิบัตร โดยกรณีเป็ล้าน้อยชาวมุสลิมไทยที่มีสรรพคุณเป็นเลิศในการรักษาแผลในกระเพาะอาหารและลำไส้ถูกบริษัทยาแห่งหนึ่งของญี่ปุ่นนำเอาสารสกัดไปจดสิทธิบัตรและผลิตเป็นยารักษาโรคกระเพาะอาหารและลำไส้ออกจำหน่ายทั่วโลก ส่วนกวางเครือชาวมุสลิมไทยอีกชนิดหนึ่งที่มีคุณสมบัติสำคัญในการช่วยบำรุงรักษาผิวพรรณ กระตุ้นการเพิ่มขนาดของ

ทรงออก รวมทั้งเป็นยาอายุวัฒนะ บำรุงเลือดลม และแก้โรคตาต่อกระจกก็ถูก 2 บริษัทของญี่ปุ่น ได้แก่บริษัทยาและบริษัทผลิตเครื่องสำอางนำไปจดสิทธิบัตรเพื่อผลิตเป็นผลิตภัณฑ์ของตน

เมื่อพิจารณาถึงปัญหาโจรสลัดชีวภาพที่เกิดขึ้นกับประเทศเจ้าของทรัพยากรชีวภาพทั้งหลายนั้นเป็นผลมาจากแนวคิดการประเมินมูลค่าทางเศรษฐกิจของความหลากหลายทางชีวภาพ (Biodiversity Prospecting) เพื่อการประเมินศักยภาพทางการพาณิชย์ของทรัพยากรพันธุกรรมและทรัพยากรชีวเคมีโดยการร่วมมือกันระหว่างประเทศพัฒนาอุตสาหกรรมและประเทศโลกที่สามในการทำธุรกิจการพาณิชย์จากทรัพยากรชีวภาพของประเทศโลกที่สามได้อย่างเป็นธรรมและทัดเทียม ซึ่งการกระทำในลักษณะนี้เคยเกิดขึ้นในยุคล่าอาณานิคม กล่าวคือ การกระทำที่ประเทศมหาอำนาจได้กระทำกับประเทศที่เป็นเมืองขึ้นเมื่อหลายร้อยปีที่ผ่านมาด้วยการเคลื่อนย้ายทรัพยากรชีวภาพไป เช่น เครื่องเทศ ผลผลิตทางการเกษตร ผลผลิตจากป่าจนทำให้เกิดการพัฒนาพืชพาณิชย์ เช่น พริกไทย ยางพารา กาแฟ โกโก้ อ้อย ปาล์มน้ำมัน และพืชเพื่อการส่งออกอันเป็นรากฐานของโครงสร้างเศรษฐกิจโลกที่มีการเคลื่อนย้ายและเบียดเบียนทรัพยากรชีวภาพจากโลกที่สามเพื่อความมั่นคงของประเทศพัฒนาอุตสาหกรรม ต่อมาเมื่อวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีมีความเจริญก้าวหน้ามากขึ้น รูปแบบการกอบโกยทรัพยากรชีวภาพได้เปลี่ยนแปลงไปแต่โดยหลักการแล้วยังคงเดิม กล่าวคือ จากเพียงแค่อำนาจทรัพยากรกลับไปยังประเทศแม่แต่เพียงอย่างเดียวเปลี่ยนเป็นการศึกษาและวิจัยทางด้านพันธุกรรมทางพันธุพืช และกระบวนการการปรับปรุงพันธุพืชมากขึ้น จึงเริ่มค้นหาพันธุพืชพื้นบ้านจากประเทศโลกที่สามเพื่อการปรับปรุงพันธุพืชและสัตว์ เพื่อให้เกิดพันธุพืชใหม่สำหรับใช้เป็นอาหารและยารักษาโรค มีการส่งนักวิทยาศาสตร์เข้ามาสำรวจและศึกษาป่าเขตร้อนและระบบนิเวศน์ชายฝั่งทะเลเขตร้อน เพื่อค้นหาพืชและสัตว์ที่มีคุณสมบัติพิเศษทางด้านยา และองค์ความรู้ของชาวบ้านเกี่ยวกับสมุนไพร ซึ่งนักวิทยาศาสตร์เหล่านี้เพียงแค่ทำการศึกษาในห้องทดลองในเวลาไม่นานนัก ก็สามารถสกัดสารสมุนไพรเหล่านี้ออกมาเป็นยารักษาโรควางขายในท้องตลาดได้ เมื่อทรัพยากรชีวภาพที่มีอยู่ในโลกที่สามที่มีความสำคัญต่อความมั่นคงทางด้านเศรษฐกิจ ความมั่นคงทางด้านอาหาร ระบบสุขภาพ และการสาธารณสุข จึงกล่าวได้ว่าชุมชนท้องถิ่นในโลกที่สามได้ส่งความช่วยเหลือให้กับประเทศพัฒนาอุตสาหกรรมมาตลอด

จากการสำรวจความหลากหลายทางชีวภาพที่กล่าวมานั้นพบว่าความสำคัญของทรัพยากรชีวภาพนั้นมีนัยที่สำคัญต่ออนาคตของการเกษตรและสาธารณสุขของโลกที่จำเป็นต้องพึ่งพาทรัพยากรชีวภาพจากโลกที่สาม ทำให้เกิดความกังวลว่าทรัพยากรชีวภาพและชุมชนท้องถิ่นที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการใช้ทรัพยากรนั้นกำลังสูญหายไปอย่างรวดเร็ว เนื่องจากนโยบายการพัฒนาเศรษฐกิจของชาติ แต่ด้วยความตระหนักว่าทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น จะเป็นรากฐานสำคัญต่ออนาคตของมนุษยชาติ จึงเกิดการเชื่อมโยงระหว่างการพัฒนาและการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม การสำรวจความหลากหลายทางชีวภาพจึงได้รับการเสนอในฐานะทางเลือกในการ

เชื่อมโยงการพัฒนาทางเศรษฐกิจและการอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพ แทนที่จะปล่อยให้มีการเคลื่อนย้ายหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพโดยไม่สนใจถึงผลกระทบทางด้านสิ่งแวดล้อม ดังเช่นในอดีตที่ผ่านมา

ทั้งนี้ แนวความคิดของการสำรวจความหลากหลายทางชีวภาพจะประกอบไปด้วยกิจกรรมใน 3 ระดับ คือ ระดับที่ 1 การอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ระดับที่ 2 การเก็บรวบรวมและการจำแนกตัวอย่างทรัพยากรชีวภาพ และระดับที่ 3 การวิจัยและพัฒนาเพื่อใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ซึ่งจากกลไกการสำรวจดังกล่าวจะเป็นความร่วมมือของหลายฝ่ายโดยการทำหน้าที่ในระดับที่ 1 นั้นส่วนมากต้องอาศัยความร่วมมือจากชุมชนในท้องถิ่นที่เป็นแหล่งของทรัพยากรชีวภาพหรือองค์ความรู้ของชาวบ้านที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่น ส่วนหน้าที่ในระดับที่ 2 และ 3 จะต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญจากประเทศอุตสาหกรรม ดังจะเห็นได้จากผลิตภัณฑ์ยาใหม่ที่ใช้รักษาโรคผลิดมาจากประเทศอุตสาหกรรมแทบทั้งสิ้น ซึ่งจากแนวความคิดของการสำรวจความหลากหลายทางชีวภาพและการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงเกิดกระแสของการปฏิบัติที่เหมาะสมด้วยการนำเอากำไรจากภาคอุตสาหกรรมแบ่งมาเป็นเงินทุนในการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรชีวภาพแก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรชีวภาพ (ซึ่งโดยมากเป็นกลุ่มประเทศโลกที่สาม) รวมถึงการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากภูมิปัญญาท้องถิ่นให้แก่ผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นอันสอดคล้องกับหลักการแห่งอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (CBD) โดยเปลี่ยนแปลงจากการแสวงหากำไรจากทรัพยากรชีวภาพในอดีต คือ บริษัทเอกชนที่ต้องการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพในประเทศโลกที่สามนั้นจะต้องจ่ายเงินให้กับการเข้าถึงทรัพยากรเหล่านั้น เงินทุนที่หาได้จะต้องใช้ในกิจกรรมการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ไม่ใช่การแสวงหากำไรหรือสร้างผลประโยชน์ให้กับบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดโดยส่วนตัว และการมอบเงินทุนดังกล่าวจะต้องมอบให้แก่ชุมชนท้องถิ่นเท่านั้น¹⁸⁸ ซึ่งจะพบเสมอว่ามีการใช้กลไกการทำข้อตกลงที่เป็นทางการระหว่างประเทศเจ้าของทรัพยากรชีวภาพและบริษัทที่สนใจจะใช้ประโยชน์จากทรัพยากรนั้น โดยสัญญาข้อตกลงประเภทนี้มีกระบวนไต่ถามการจ่ายเงินล่วงหน้าสำหรับการเก็บรวบรวมสมุนไพรและการจำแนกประเภท รวมทั้งข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดสรรผลประโยชน์ด้วย

ปัญหาโจรสลัดชีวภาพในประเทศไทย คือ ส่วนใหญ่เป็นผลที่เกิดมาจากโครงการความร่วมมือระหว่างบริษัทต่างชาติจากประเทศพัฒนาแล้วกับนักวิจัยไทยหรือหน่วยงานราชการของไทย เช่น กรณีเป็ล้าน้อยที่ญี่ปุ่นก็อาศัยความร่วมมือกับนักวิชาการป่าไม้ หรือกรณีกวาวเครือขาวเป็นการทำวิจัยร่วมกันของนักวิจัยชาวญี่ปุ่นกับนักวิชาการด้านเภสัชศาสตร์ของมหาวิทยาลัยในไทย และการเข้ามาสำรวจความหลากหลายทางชีวภาพในประเทศไทยที่เกิดจากความตกลงตามข้อสัญญา

¹⁸⁸ วิฑูรย์ ปัญญากุล อ่างแล้ว หน้า 77

ระหว่างบริษัทเอกชนต่างชาติดกับชุมชนเจ้าของทรัพยากรชีวภาพ แต่ปัญหาที่มีความสำคัญที่สุดก็คือ บุคคลที่ทำหน้าที่ปกป้องทรัพยากรความหลากหลายทางชีวภาพทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นเกษตรกร ชาวประมง หมอยาพื้นบ้าน และชนพื้นเมือง จะมีหลักประกันใดบ้างในการได้รับประโยชน์จาก โครงการสำรวจความหลากหลายทางชีวภาพที่จะเกิดขึ้น

ข้อตกลงในการถ่ายทอดเทคโนโลยีถือเป็นข้อตกลงที่กำหนดไว้ในหลักการของ โครงการความร่วมมือในการสำรวจความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งเน้นการส่งเสริมการถ่ายทอด เทคโนโลยีและเทคนิคจากประเทศพัฒนาอุตสาหกรรม แต่การที่ประเทศไทยซึ่งมีแหล่งทรัพยากร ชีวภาพที่หลากหลายก็มีความสำคัญเพียงแคเป็นแหล่งวัตถุดิบให้กับประเทศอุตสาหกรรมที่จะนำเอา วัตถุดิบที่มาจากทรัพยากรชีวภาพไปผลิตสินค้าต่อไป การถ่ายทอดเทคโนโลยีแม้จะเป็นเงื่อนไขในการ แลกเปลี่ยนกับการได้เรียนรู้ก้าวหน้าทางเทคโนโลยีก็ตามแต่อาจไม่คุ้มค่างกับการอนุญาตให้ต่างชาติ เข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ เมื่อพิจารณาจากปัจจัยพื้นฐานทั้งทางด้านความพร้อมของประเทศไทยในการ รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีแล้ว ประเทศไทยยังมีข้อจำกัดทั้งทางด้านศักยภาพทางด้านบุคลากร การขาดแคลนงบประมาณสนับสนุนการศึกษาวิจัยและเครื่องมือในการทดลองที่ทันสมัย ย่อมทำให้ การถ่ายทอดเทคโนโลยีดังกล่าวประสบปัญหาและอุปสรรคอย่างมาก ดังนั้น กรณีโจรสลัดชีวภาพใน ประเทศไทยผ่านโครงการสำรวจความหลากหลายทางชีวภาพที่กล่าวมาทั้งหมดจึงเป็นการเอื้อ ประโยชน์ให้แก่กลุ่มทุนภาคธุรกิจจากต่างชาติมากกว่าการให้ความช่วยเหลือแก่ประเทศไทยอย่าง แท้จริง

2.2 สภาพปัญหาการเข้าถึงทรัพยากร และการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ ทรัพยากรชีวภาพ

จากกระแสของการกดดันจากสถาบันระหว่างประเทศ ความตกลงหรือความ ร่วมมือระหว่างประเทศที่กำหนดให้ประเทศโลกที่สามที่เป็นแหล่งของภูมิปัญญาท้องถิ่นจำเป็นต้องเปิดให้ มีการเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือทรัพยากรธรรมชาติได้อย่างเสรี และการต้องยอมรับโดยปริยายกับ ระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ให้เอกสิทธิ์คุ้มครองแก่เอกชนในองค์ความรู้ที่พัฒนาจากภูมิ ปัญญาท้องถิ่นโดยมิชอบ รวมทั้งหลักการเรื่องเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ซึ่งกำหนดไว้ในความ ตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพ ตลอดจนมาตรการควบคุมการเข้าถึง ทรัพยากรชีวภาพของประเทศเจ้าของทรัพยากรทั้งระเบียบและกฎหมายต่างๆ เพื่อควบคุมการเข้าถึง ทรัพยากรชีวภาพที่ผู้เข้าถึงจะต้องได้รับอนุญาตก่อน ซึ่งบริษัทต่างชาติที่สนใจจะเข้าถึงทรัพยากร ชีวภาพก็ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนต่างๆ ที่กำหนดไว้ เช่น การขออนุญาตเข้ามาสำรวจ การแจ้ง วัตถุประสงค์ การได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากชุมชน แต่อาจเกิดช่องว่างเรื่องความตกลงในข้อ สัญญาซึ่งบริษัทเอกชนต่างชาติดทำกับชุมชนท้องถิ่นเจ้าของทรัพยากรชีวภาพเองได้ ซึ่งข้อสัญญา ดังกล่าวนั้นจะเป็นทางเลือกที่เป็นธรรมกับทุกฝ่ายหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่ผ่านมาการสำรวจความ

หลากหลายทางชีวภาพมุ่งเน้นแต่การค้นหาพืชสมุนไพร สัตว์จุลินทรีย์ และองค์ความรู้ที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นจากการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรชีวภาพเพื่อใช้ในการผลิตยาเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม ทรัพยากรชีวภาพมีนัยสำคัญต่อภาคส่วนอื่นๆ อีกมากมาย เช่น ภาคการเกษตร ซึ่งการจะค้นหาพันธุกรรมพืชพื้นบ้านเพื่อนำมาใช้ในการปรับปรุงพันธุ์ใหม่อาจมีรายละเอียดทางเทคนิคที่ยุ่งยากและซับซ้อนในการทำสัญญาข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาตให้บริษัทธุรกิจจากต่างชาติเข้ามาสำรวจพันธุกรรมพืช เพราะไทยยังไม่มีมาตรการในการควบคุมหรือมาตรการในการติดตามการนำพันธุกรรมนั้นไปใช้ประโยชน์ทางการพาณิชย์ เมื่อบริษัทต่างชาติได้ตัวอย่างพันธุกรรมพืชพื้นเมืองออกนอกประเทศไทยไปแล้วย่อมมีศักยภาพในการขยายพันธุ์ในห้องปฏิบัติการทางวิทยาศาสตร์ได้โดยไม่จำเป็นต้องกลับมาแย่งแหล่งกำเนิดพันธุ์พืชนั้นอีก จึงเกิดปัญหาขึ้นในทางปฏิบัติว่าบุคคลหรือหน่วยงานใดจะเป็นผู้ตรวจสอบพันธุ์พืชที่มาขอจดสิทธิบัตรนั้นว่ามีแหล่งกำเนิดมาจากที่ใดรวมถึงกลไกติดตามการใช้ประโยชน์ทางการพาณิชย์ดังกล่าว

นอกจากนั้นแล้วการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรชีวภาพ อาจทำให้ชุมชนท้องถิ่นเสียเปรียบด้วยเหตุที่ข้อตกลงอาจรายละเอียดที่ไม่ระบุอย่างชัดเจน เช่น รูปแบบการแบ่งปันผลประโยชน์ การแบ่งปันผลประโยชน์จากยอดขายระยะเวลาในการแบ่งปันผลประโยชน์ วิธีการรับผลประโยชน์ รวมถึงผลประโยชน์ทางอื่นๆ ที่บริษัทเอกชนได้รับจากการนำเอาทรัพยากรชีวภาพไปใช้นอกเหนือจากข้อตกลงการแบ่งปันผลประโยชน์โดยไม่แจ้งให้ชุมชนทราบ ซึ่งหากมีการละเมิดข้อตกลงในการแบ่งปันผลประโยชน์แล้ว เช่น ไม่มีการแบ่งปันผลประโยชน์ตามข้อตกลง หรือการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ไม่เป็นธรรม ปัญหาที่ตามมาคือบุคคลหรือหน่วยงานใดจะทำหน้าที่ในการเรียกร้องผลประโยชน์ที่ชุมชนควรได้รับ หรือการร้องเรียนปัญหาเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ไม่เป็นธรรมนั้น เพราะเนื่องจากเป็นข้อตกลงที่สร้างขึ้นจากความยินยอมของชุมชนหรือตัวแทนชุมชนโดยที่ภาครัฐเป็นเพียงผู้อนุญาตในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพเท่านั้นแต่ภาครัฐเองก็ไม่สามารถจะดำเนินการบังคับให้บริษัทที่เข้าถึงทรัพยากรชีวภาพหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นแบ่งปันผลประโยชน์ที่เหมาะสมให้กับชุมชนได้

แม้จะมีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ความตกลงระหว่างประเทศต่างๆ ซึ่งมีหลักการเรื่องอธิปไตยของประเทศเหนือทรัพยากรพันธุกรรม และหลักการ “จัดสรรผลประโยชน์อย่างเท่าเทียม” อันเป็นการรับรองความสำคัญของชุมชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่นแล้วก็ตาม ซึ่งสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันนั้นกลับไม่ใช่เรื่องของการจะต้องจ่ายค่าชดเชยหรือไม่ แต่เป็นเรื่องเงื่อนไขและกฎเกณฑ์ของการจ่ายเงินชดเชย และกลุ่มใดที่มีสิทธิร่วมตัดสินใจในเรื่องที่จะมีผลกระทบต่อชุมชน และการกำหนดบุคคลซึ่งจะเป็นตัวแทนเจรจาและตัดสินใจของชุมชนท้องถิ่น เพราะตลอดเวลาที่ผ่านมาภาครัฐไม่ได้ให้ความสำคัญในเรื่องการเคารพสิทธิของคนพื้นเมืองอย่างจริงจัง แต่กลับมุ่งดำเนินนโยบายการรวมศูนย์ด้วยการนำเอาทรัพยากรต่างๆ มาเป็นของรัฐ โดยไม่

สนใจว่าชุมชนพื้นเมืองนั้นควรจะมีสิทธิในการเป็นผู้บริหารจัดการทรัพยากรด้วยตนเอง เนื่องจากชุมชนพื้นเมืองย่อมเป็นผู้ที่มีความใกล้ชิดกับทรัพยากรและยังสามารถทำหน้าที่เป็นผู้อนุรักษ์ตลอดจนพัฒนาองค์ความรู้จากการใช้ทรัพยากรเหล่านั้นได้เอง ซึ่งการที่รัฐกำหนดหลักเกณฑ์โดยออกกฎหมายควบคุมและจัดสรรการใช้ประโยชน์ทรัพยากรของชาติโดยไม่คำนึงถึงหลักสิทธิชุมชนพื้นเมืองเดิมและชุมชนท้องถิ่นจึงเท่ากับเป็นการละเมิดสิทธิของชนพื้นเมืองเดิม

จากการศึกษามาตรการในการบริหารจัดการเรื่องการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ระหว่างประเทศไทยกับประเทศอินเดีย พบว่าระเบียบคณะกรรมการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติ ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากทรัพยากรชีวภาพ พ.ศ.2554 เพื่อรองรับหลักการแห่งพิธีสารนาโงยาที่ประเทศไทยได้ลงนามไปแล้ว ซึ่งระเบียบฯ ดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการที่เกี่ยวกับการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากการใช้ทรัพยากรชีวภาพ (Access and Benefit Sharing : ABS) และการได้รับความเห็นชอบที่ได้แจ้งล่วงหน้า (Prior Information Consent : PIC) เพื่อให้หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องจะได้นำไปปฏิบัติให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน แต่สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นคือเรื่องข้อตกลงระหว่างบริษัทต่างชาติกับชุมชนพื้นเมืองท้องถิ่นนั้นกลับไม่มีหน่วยงานใดของรัฐเข้ามาคอยตรวจสอบดูแลการทำข้อตกลงของชุมชนกับบริษัทผู้ขอใช้ประโยชน์ทำให้ชุมชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่นเป็นฝ่ายเสียเปรียบในเรื่องของการจัดสรรผลประโยชน์ที่เหมาะสมได้ หรือกรณีการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพที่ส่งผลกระทบต่อสภาพความเป็นอยู่และสิ่งแวดล้อมของชุมชน จะมีบุคคลใดทำหน้าที่ในการคัดค้าน ตลอดจนถึงจะมีมาตรการใดเพื่อบังคับให้บริษัทข้ามชาติต้องปฏิบัติตามสัญญาโดยเคร่งครัดในเมื่อชุมชนไม่ได้มีส่วนร่วมในกระบวนการเจรจาข้อตกลงมาตั้งแต่เริ่มแรก

ในขณะที่การบริหารจัดการเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรของประเทศอินเดีย พบว่ามีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมาย Biological Diversity Act 2002 แบ่งออกเป็น 3 ระดับ ระดับชาติ คือ สำนักงานความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติ (The National Biodiversity Authority : NBA) ระดับรัฐ คือ คณะกรรมการความหลากหลายทางชีวภาพแห่งรัฐ (State Biodiversity Board : SBB_s) และ ระดับท้องถิ่น คือ คณะกรรมการบริหารจัดการความหลากหลายทางชีวภาพ (Biodiversity Management Committees : BMC_s) หรือเรียกว่า Panchayats ซึ่งมีอยู่ทั้งสิ้นราว 36,000 แห่งทั่วประเทศ ซึ่งเท่ากับเปิดโอกาสให้ชุมชนท้องถิ่นมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการทรัพยากรชีวภาพ โดยในแต่ละท้องถิ่นต้องจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อควบคุมการใช้ทรัพยากรชีวภาพที่ยั่งยืน เช่น BMC_s ทำหน้าที่จัดเตรียมการขึ้นทะเบียนความหลากหลายทางชีวภาพจากคนในชุมชน (People's Biodiversity Register) (PBR) เพื่อเป็นแหล่งรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพทางด้านความหลากหลายทางพันธุพืช และภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับการใช้ทรัพยากรชีวภาพ

ที่มีอยู่บริเวณพื้นที่ที่อยู่ในเขตอำนาจของคณะกรรมการบริหารจัดการความหลากหลายทางชีวภาพแห่งรัฐ (SBB_s) รวมทั้งการบริหารจัดการเรื่องการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์อันเกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพและการใช้องค์ความรู้ที่เกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพ เช่น การจัดเก็บค่าธรรมเนียมจากบุคคลจะเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพเพื่อวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์ภายในพื้นที่ของตนได้

ส่วนประเทศไทยใช้ระบบการขออนุญาตจากส่วนกลางคือภาครัฐ กล่าวคือ เมื่อได้แจ้งรายละเอียดโครงการแล้วกระจายไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรนั้นๆ เช่น กรมป่าไม้ กรมอุทยานแห่งชาติโดยวางหลักเกณฑ์การปฏิบัติเดียวกันตามระเบียบคณะกรรมการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติ ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากทรัพยากรชีวภาพ พ.ศ. 2554 ซึ่งจากการที่ประเทศไทยมีหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการเข้าถึงทรัพยากรหลายหน่วยงานเพื่อพิจารณาอนุญาตการใช้ทรัพยากรชีวภาพ แต่สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นคือ ผลจากการทำข้อตกลงการเข้าใช้ประโยชน์ระหว่างบริษัทข้ามชาติกับชุมชนท้องถิ่นกลับเป็นภาระของชุมชนท้องถิ่นเองในการตรวจสอบดูแลโดยไม่มีมาตรการอื่นใดจะสามารถบังคับผู้ใช้ประโยชน์ที่ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง นอกจากนั้นแล้วการเรียกร้องความเสียหาย การเพิกถอนการอนุญาตในกรณีเกิดความเสียหายจากการกระทำของผู้ใช้ประโยชน์ที่ไม่เป็นไปตามข้อตกลงหรือนอกเหนือจากข้อตกลง ซึ่งคณะกรรมการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติ (กอช.) ก็ไม่มีอำนาจบังคับให้ผู้ใช้ประโยชน์ปฏิบัติตามข้อตกลง หรืออำนาจในการเพิกถอนใบอนุญาตผู้ขอใช้ประโยชน์ได้โดยตรง

การบริหารจัดการเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรประเทศอินเดียมีหลักเกณฑ์การเข้าถึงและใช้ประโยชน์ที่เรียกว่า The Biological Diversity Rules 2004 (BDR_s) ซึ่งได้กำหนดวิธีปฏิบัติขั้นตอน การเพิกถอนการอนุญาต และข้อจำกัดการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ และภูมิปัญญาท้องถิ่น NBA เป็นองค์กรที่สามารถดำเนินการส่งคำสั่งการเพิกถอนการเข้าถึงและใช้ประโยชน์ทรัพยากรชีวภาพไปยัง SBB_s และ BMC_s เพื่อห้ามการกระทำใดๆเกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพ กรณีเกิดความเสียหายขึ้นจากการเข้าถึงหรือใช้ประโยชน์ โดย NBA อาจมีคำสั่งให้ประเมินความเสียหาย สาเหตุความเสียหาย และให้มีการชดเชยค่าเสียหาย ข้อจำกัดในการกระทำใดๆ เกี่ยวกับเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ กรณีมีเหตุจำเป็นและเหมาะสมในการห้ามหรือจำกัดการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ เช่น ความต้องการในการเข้าถึงทรัพยากรที่หายากและใกล้สูญพันธุ์ การเข้าถึงนั้นส่งผลต่อการดำรงชีวิตของชุมชนท้องถิ่น มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมซึ่งยากแก่การควบคุมได้ อันเป็นการทำลายระบบนิเวศน์วิทยาหรือการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพอันขัดต่อประโยชน์สาธารณะและความตกลงระหว่างประเทศ

การแบ่งปันผลประโยชน์จากการเข้าถึงหรือใช้ประโยชน์ทรัพยากรชีวภาพของประเทศอินเดียมีหลักเกณฑ์ใน Biological Diversity Act 2002 ซึ่งกำหนดให้มีข้อตกลงร่วมกันระหว่างผู้ขออนุญาต คณะกรรมการบริหารจัดการความหลากหลายทางชีวภาพ (BMC_s) และชุมชน

ท้องถิ่นเจ้าของทรัพยากรชีวภาพ หรือองค์ความรู้เกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพ และสำนักงานความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติ (NBA) ซึ่ง NBA จะกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งปันผลประโยชน์โดยการประกาศในราชกิจจานุเบกษาอย่างเป็นทางการ (Official Gazette) เพื่อการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเหมาะสมและเป็นธรรม เช่น การยินยอมให้ NBA เป็นเจ้าของสิทธิร่วมในทางทรัพย์สินทางปัญญา ข้อตกลงในการถ่ายทอดเทคโนโลยี การแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่สถานที่แห่งการผลิตสถานที่ทำการวิจัยและพัฒนา เพื่อมาตรฐานคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้นแก่ผู้เป็นเจ้าของทรัพยากรหรือองค์ความรู้เกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพ กลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องในการวิจัยและพัฒนา การสำรวจและการใช้ประโยชน์ทรัพยากรชีวภาพ เช่น นักวิทยาศาสตร์ชาวอินเดีย เจ้าของทรัพยากร หรือภูมิปัญญาท้องถิ่น

ระบบการบริหารจัดการด้านการเข้าถึงทรัพยากรและการแบ่งปันผลประโยชน์ของประเทศอินเดียดังกล่าวจะเห็นได้ว่าภาครัฐเป็นผู้มีบทบาทในการกำหนดหลักเกณฑ์ในข้อตกลงการแบ่งปันผลประโยชน์ แต่ในขณะเดียวกันภาครัฐก็มีการกระจายอำนาจในการทำข้อตกลงไปยังภาคส่วนต่างๆ เพื่อให้เกิดการมีส่วนร่วมในการควบคุมดูแลการเข้าถึง การใช้ประโยชน์ ตลอดจนการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นธรรมโดยส่งเสริมให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการดังกล่าวสามารถทำให้ปัญหา “โจรสลัดชีวภาพ” ในประเทศอินเดียมีจำนวนลดลงได้ เนื่องจากชุมชนเจ้าของทรัพยากรหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นมีอำนาจในการต่อรองและตัดสินใจทำข้อตกลงกับผู้ขออนุญาตใช้ประโยชน์รวมทั้งการให้ชุมชนมีส่วนร่วมกำหนดข้อตกลงอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ได้ เช่น ข้อตกลงการถ่ายทอดเทคโนโลยี การแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่สถานที่แห่งการผลิต สถานที่ทำการวิจัยและพัฒนา เพื่อมาตรฐานคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้นแก่ผู้เป็นเจ้าของทรัพยากรหรือองค์ความรู้เกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพ นอกจากนั้นหากเกิดกรณีผู้ขออนุญาตไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงในการเข้าถึงทรัพยากรหรือการเข้าถึงทรัพยากรได้สร้างความเสียหายขึ้น ชุมชนเจ้าของทรัพยากรหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นสามารถร้องเรียนผ่านองค์กรท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องได้ เช่น BMC₅ หากปรากฏว่าผู้ขออนุญาตได้กระทำให้เกิดความเสียหายต่อระบบนิเวศหรือสร้างผลกระทบต่อชีวิตความเป็นอยู่ของชุมชนหรือชาวพื้นเมืองโดยชุมชนสามารถส่งข้อร้องเรียนให้ NBA ซึ่งเป็นหน่วยงานกลางพิจารณาสั่งระงับการเข้าถึง ตลอดจนการเพิกถอนการอนุญาต และการเรียกร้องค่าเสียหายต่อผู้อนุญาตได้

ประเทศอินเดียมีหลักเกณฑ์การแบ่งปันผลประโยชน์โดยการประกาศในราชกิจจานุเบกษาอย่างเป็นทางการ (Official Gazette) และการกำหนดให้มีกองทุนพันธุกรรมแห่งชาติ (National Gene Fund) จึงทำให้การแบ่งปันผลประโยชน์ให้ทั่วถึงไปยังเจ้าของทรัพยากร และเกษตรกรที่มีส่วนในการพัฒนาปรับปรุงพันธุ์พืช การชดเชยความเสียหายต่อชุมชน หรือเกษตรกร และการอนุรักษ์ทรัพยากรอย่างแท้จริง ตัวอย่างกรณีการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น และทรัพยากรชีวภาพของประเทศอินเดียในประเด็นการแบ่งปันผลประโยชน์ให้กับชนเผ่าคานี (Kani Tribe) ซึ่ง

อาศัยทางตอนใต้ของประเทศอินเดียได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์ที่มีองค์ความรู้จากพืชที่เรียกว่า *Trichopus Zeylanicus* โดยนักวิทยาศาสตร์ได้เรียนรู้วิธีการใช้พืชดังกล่าวจากชนเผ่าคานี และค้นพบว่าสารสกัดจากพืชชนิดนี้สามารถช่วยสร้างภูมิคุ้มกันและให้พลังงานเพิ่มเติมแก่ร่างกายได้จนในที่สุดได้มีบริษัทยาต่างชาติได้ทำข้อตกลงกับชนเผ่าคานีในเรื่องการใช้ค่าสิทธิเป็นจำนวนร้อยละ 2 ของยอดขาย¹⁸⁹ เป็นต้น

2.3 การสร้างสรรค์ซึ่งขาดการเชื่อมโยงภูมิปัญญาท้องถิ่น

ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่มีความเจริญรุ่งเรืองทางด้านศิลปวัฒนธรรมมาช้านานซึ่งได้สืบทอดกันมาหลายชั่วอายุคนสืบทอดกันมาจนกลายเป็นภูมิปัญญาของท้องถิ่นอันทรงคุณค่า แต่สิ่งที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นกลับไม่สามารถได้รับความคุ้มครองในระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้ เนื่องจากภูมิปัญญาท้องถิ่นในแต่ละแห่งนั้นมีลักษณะที่เป็นพลวัตสูง กล่าวคือ ภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นมีการแบ่งปันและแลกเปลี่ยนเรียนรู้กันระหว่างท้องถิ่น เมื่อใดองค์ความรู้ที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นแล้วผู้คิดค้นองค์ความรู้ก็ไม่ได้หวงกันหรือสงวนสิทธิ์ในความรู้นั้นแต่ประการใด หลังจากภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ถูกแพร่หลายไปแล้วก็ย่อมขาดคุณสมบัติที่จะขอรับความคุ้มครองในระบบทรัพย์สินทางปัญญา (Public Domain) จึงทำให้เกิดการนำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นเหล่านี้ไปใช้ประโยชน์จากชาวต่างชาติ ซึ่งนำเอาองค์ความรู้ไปพัฒนาต่อยอดโดยใช้ด้วยวิธีการทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีขั้นสูง จนในที่สุดก็สามารถนำมาขอรับความคุ้มครองในระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและก่อให้เกิดปัญหาการผูกขาดภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

ปัญหาการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปขอรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยชาวต่างชาติเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นมาเป็นเวลานานแล้ว แต่การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีอยู่เป็นเพียงมาตรการในเชิงป้องกันหรือดำเนินนโยบายเชิงตั้งรับแต่เพียงอย่างเดียว ซึ่งโดยข้อเท็จจริงแล้วชาวบ้านเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นก็มิพักและมีความเชี่ยวชาญอยู่แล้วเพียงแต่ขาดการเชื่อมโยงภูมิปัญญาท้องถิ่นมาผสมผสานกับการสร้างสรรค์ หรือการประดิษฐ์คิดค้นเพื่อต่อยอดภูมิปัญญาท้องถิ่นให้เกิดมูลค่าเพิ่มทางเศรษฐกิจ จึงทำให้ประเทศไทยสูญเสียโอกาสในการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นไปอย่างน่าเสียดาย

¹⁸⁹ บัณฑูร เศรษฐศิโรตม์ และ เจษฎา โทณะวณิก *โครงการสัมมนาเรื่องบทบาท/ท่าทีของไทยต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น* ค้นคืนวันที่ 8 มกราคม 2556 จาก http://www.measwatch.org/sites/default/files/bookfile/detail_0.pdf

2.4 การละเลยหลักการแห่งสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชน

จากหลักการเกี่ยวกับหลักสิทธิชุมชน (Community Rights) ตามที่ได้กล่าวแล้วในบทที่ 2 นั้น พบว่ามีการละเลยในหลักการแห่งสิทธิชุมชน ซึ่งมีประเด็นที่อยู่ภายใต้บริบทของปัญหา 4 ประการ คือ¹⁹⁰

ประการแรก รัฐและระบบทุนได้เข้ามาเปลี่ยนแปลงหลักการแห่งสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยการแย่งสิทธิของชุมชนและเกษตรกรที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพยากร เช่น ที่ดิน แหล่งน้ำ ป่าไม้ และทรัพยากรชีวภาพ และการเกษตรกรรมซึ่งแต่เดิมเคยอยู่ภายใต้อำนาจการตัดสินใจของชุมชนออกไปจากมือของเกษตรกรและชุมชน

ประการที่สอง การที่บริษัทข้ามชาติและสถาบันวิจัยจากประเทศอุตสาหกรรมได้เข้ามาแสวงหาผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นจากประเทศโลกที่สามมากยิ่งขึ้น ด้วยความตระหนักว่าความมั่นคงทางทรัพยากรธรรมชาตินั้นเป็นปัจจัยในการขับเคลื่อนความก้าวหน้าของเทคโนโลยีและอุตสาหกรรมชีวภาพต่อไปในอนาคต

ประการที่สาม การส่งเสริมให้เกิดการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยองค์การระหว่างประเทศ เพื่อรองรับกฎเกณฑ์และกติกาที่เกี่ยวกับการค้าและอุตสาหกรรม เช่น WIPO UPOV ตลอดจนการกดดันให้ประเทศโลกที่สามจำเป็นต้องเปิดให้มีการใช้ทรัพยากรชีวภาพด้วยการอ้างว่าทรัพยากรชีวภาพ และภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ ซึ่งไม่อาจตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐหรือของบุคคลใด หากแต่ทรัพย์สินสาธารณะเพื่อประโยชน์ของทุกคนในโลก

ประการที่สี่ ความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยีชีวภาพ สิ่งมีชีวิตที่แปลงพันธุกรรม และผลิตภัณฑ์ดัดแปลงพันธุกรรมจากประเทศอุตสาหกรรมได้หลั่งไหลเข้าสู่ประเทศไทยอย่างรวดเร็วผ่านแนวคิดตามโครงการพัฒนาเทคโนโลยีการเกษตรแบบสมัยใหม่ หรือที่เรียกว่า “การปฏิวัติเขียว” โดยการนำเอาความรู้ทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแบบตะวันตกมาพัฒนาประสิทธิภาพการผลิตทางการเกษตร ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างมากกับการเกษตรกรรม อาหาร และยารักษาโรค ตลอดจนก่อให้เกิดผลกระทบที่สำคัญต่อทรัพยากรพันธุกรรม เกิดความไม่สมดุลในระบบนิเวศปัญหาสิ่งแวดล้อม

สิทธิเกษตรกร และสิทธิชุมชนเป็นสิ่งที่แสดงถึงความสัมพันธ์อย่างแนบแน่นระหว่างวิถีชีวิตของชุมชนกับประเพณีและวัฒนธรรมซึ่งบ่งบอกถึงความเป็นไปของชุมชนนั้นๆเอง ซึ่งในอดีตที่ผ่านมาสิทธิในทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นอยู่ใน “ระบบสิทธิของชุมชน” ซึ่งเกษตรกรและชุมชนเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ เกี่ยวกับการสืบทอดและแบ่งปันพันธุ์พืช พันธุ์สัตว์ และ

¹⁹⁰ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (2546) *สิทธิชุมชนในทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น* กรุงเทพมหานคร ม.ป.ท. หน้า171-172

ความรู้ต่างๆ ที่เกี่ยวกับอาหาร และการแพทย์พื้นบ้านอันเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพ แต่การระบุถึงความเป็น “ตัวตน” ของชุมชนหรือบุคคลที่เป็นเจ้าของสิทธิได้อย่างเจาะจงนั้นไม่สามารถระบุได้แน่ชัด เพราะ “ภูมิปัญญาและทรัพยากรท้องถิ่น” มักจะไม่เจาะจงเฉพาะถิ่นแต่จะกระจายในพื้นที่กว้างครอบคลุมประชากรจำนวนมากในหลายพื้นที่ บางครั้งท้องถิ่นที่ห่างไกลกันก็มีภูมิปัญญาและทรัพยากรที่คล้ายคลึงกันได้จึงไม่สามารถระบุชุมชนหรือบุคคลที่เป็นเจ้าของได้ เช่น หาก “ชุมชน” หมายถึงหมู่บ้าน ก็จะเป็นการตีความที่แคบเกินไป เพราะแต่ละหมู่บ้านมักจะมีภูมิปัญญาและทรัพยากรที่เหมือนและเกี่ยวเนื่องกับอีกหลายสิบหมู่บ้านในจังหวัดเดียวกัน หรือคล้ายกับหมู่บ้านในแต่ละจังหวัดหรือแต่ละภาค ในขณะที่ตำบลหรืออำเภอเป็น “ชุมชน” ที่กว้างเกินไป แม้แต่ชาวเขาหรือชาวไทย-ลาวเผ่าเดียวกันก็ยังกระจายหลายพื้นที่ หลายจังหวัด

เมื่อตัวตนเจ้าของสิทธิไม่ชัดเจนแล้วการให้สิทธิเฉพาะหมู่บ้านหรือ “ชุมชน” ใดๆ ก็ก่อปัญหาการทักท้วงแย้งชิงสิทธิระหว่างหมู่บ้านหรือ “ชุมชน” ที่มีภูมิปัญญาและทรัพยากรที่คล้ายกันได้ ปัญหาเหล่านี้ปรากฏชัดในพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 ซึ่งระบุให้ “ชุมชน” คือกลุ่มของประชาชนที่ตั้งถิ่นฐาน และสืบทอดระบบวัฒนธรรมร่วมกันมาโดยต่อเนื่องและได้ขึ้นทะเบียนไว้ตามกฎหมายจึงไม่ชัดเจน แม้แต่นิยาม “พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น” ว่าเป็น “พันธุ์พืชเฉพาะในชุมชนใดชุมชนหนึ่งในราชอาณาจักร” และชุมชนหรือบุคคลที่จะอ้างสิทธิได้ต้องเป็น “ผู้อนุรักษ์และพัฒนาพืชนั้นสืบต่อกันมา” ซึ่งสิ่งเหล่านี้ล้วนเป็นกรณีที่ทำได้ยากยิ่งเพราะพันธุ์พืชท้องถิ่นส่วนใหญ่ในประเทศไทยแม้จะแคบที่สุดก็ยังคงกระจายกว้างอยู่หลายพื้นที่ในภาคเดียวกัน ทำให้เกิดปัญหาว่าชุมชนใดหรือบุคคลใดควรจะเป็นผู้มีสิทธิในทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่แท้จริง

กรณีกรรมสิทธิในทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นควรเป็นของรัฐหรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่าแม้รัฐจะมีอำนาจในการจัดการป่าไม้ และที่ดินด้วยการปฏิรูปและการวางโครงสร้างการบริหารแผ่นดินอันเป็นหลักการอำนาจอธิปไตยของรัฐก็จริง แต่สิทธิใน “พันธุกรรม” หรือ “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” รัฐไม่อาจอ้างสิทธิเหนือสองสิ่งดังกล่าวได้ เพราะในอดีตที่ผ่านมาผู้ที่ทำหน้าที่จัดการทรัพยากรพันธุกรรม คือ เกษตรกรไทยและกลุ่มชาติพันธุ์ต่างๆ ในประเทศไทย เป็นผู้มีบทบาทในการวางรากฐานจัดการระบบการผลิตทั้งหมดตั้งแต่การคัดเลือกว่าจะปลูกพืชชนิดใด สายพันธุ์ใด องค์ความรู้เกี่ยวกับคุณสมบัติของพืชแต่ละชนิดหรือแต่ละสายพันธุ์ ลักษณะดินและพื้นที่ที่เหมาะสมต่อการเพาะปลูกพืชแต่ละชนิด เทคนิควิธีในการเพาะปลูก การควบคุมปริมาณน้ำ การกำจัดแมลงศัตรูพืช รวมถึงการจัดการแรงงานในการผลิต การแบ่งปันผลิต การคัดเลือก การเก็บรักษาและการแลกเปลี่ยนสายพันธุ์สำหรับการเพาะปลูกต่อไปในอนาคต แต่ผลจากการดำเนินนโยบายปฏิรูปและการวางโครงสร้างการบริหารแผ่นดิน และการทำการเกษตรตามแนวคิดแบบการปฏิวัติเขียว การใช้สายพันธุ์พืชแบบใหม่ การเพาะปลูกพืชเศรษฐกิจแต่เพียงอย่างเดียว ทำให้เกษตรกรสูญเสียอำนาจในการในการควบคุมและการจัดการการผลิตไปจนหมดสิ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์ความรู้และภูมิปัญญา

ท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการคัดเลือก เก็บรักษาและพัฒนาสายพันธุ์เริ่มหายสาบสูญไปพร้อมกับสายพันธุ์พืชพื้นบ้านที่ถูกทำลายโดยการปลูกพืชเชิงพาณิชย์สายพันธุ์ใหม่ๆ การสูญหายไปจึงไม่ใช่เป็นเพียงวิถีชีวิตและพันธุ์พืชเท่านั้น แต่สิ่งที่สูญหายรวมไปถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับระบบการผลิตและการจัดการสายพันธุ์ ซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญของการจัดการความหลากหลายทางชีวภาพในแต่ละท้องถิ่นด้วย

เมื่อศึกษาถึงระบบสิทธิชุมชนของอินเดีย พบว่ามีกฎหมายรองรับสิทธิของเกษตรกรและสิทธิแก่ชุมชน คือ กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชและสิทธิของเกษตรกร พ.ศ. 2544 (Protection of Plant Variety and Farmers Right Act 2001) โดยกฎหมายนี้ได้กำหนดสิทธิของเกษตรกรโดยให้สิทธิเกษตรกรผู้ทำการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมของสายพันธุ์ท้องถิ่น (Land Races) และญาติพันธุ์ป่า (Wild Relatives) ของพืชเศรษฐกิจ และทำการปรับปรุงสายพันธุ์ท้องถิ่นและญาติพันธุ์ป่าดังกล่าวด้วยการคัดเลือกและรักษาอันเป็นที่ยอมรับและได้รับการตอบแทนจากกองทุนพันธุกรรมแห่งชาติ (National Gene Fund) ตามวิธีการที่กำหนด แต่อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์ที่ได้รับการคัดเลือกและรักษาไว้ต้องได้ถูกนำมาใช้เป็นตัวให้พันธุกรรมในพันธุ์พืชที่พึงรับจดทะเบียนได้ตามกฎหมายนี้ การให้สิทธิเกษตรกรในการเก็บ ใช้ เพาะปลูก ปลูกซ้ำ แลกเปลี่ยน แบ่งปัน และที่สำคัญที่ถือได้ว่าเป็นแกนหลักของสิทธิเกษตรกร คือ สิทธิในการขายเมล็ดพันธุ์พืชที่ผลิตขึ้นในฟาร์มให้กับเกษตรกรคนอื่น แม้ว่าจะเป็นเมล็ดพันธุ์ที่ได้รับการคุ้มครองโดยสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชก็ตาม พันธุ์พืชของเกษตรกรพึงได้รับการจดทะเบียน หากคำขอจดทะเบียนประกอบด้วยค่าแกลงครบถ้วนตามที่กำหนด และในกรณีพันธุ์พืชที่มีฐานพันธุกรรมส่วนใหญ่ของพันธุ์คุ้มครอง (Essentially Derived Variety: EDV) ที่พัฒนามาจากพันธุ์เกษตรกร จะไม่ได้รับอนุญาตให้นำไปใช้ในเชิงพาณิชย์นอกจากได้รับความยินยอมจากเกษตรกรหรือชุมชนที่เกี่ยวข้อง

ส่วนการรับรองสิทธิชุมชนของประเทศอินเดียได้เปิดโอกาสให้บุคคล กลุ่มบุคคล (ไม่ว่าเป็นผู้ที่ทำการเกษตรหรือไม่) หรือองค์กรของรัฐหรือองค์กรที่ไม่ใช่ของรัฐ (Non-Government Organization) อาจยื่นข้อเรียกร้องในนามของหมู่บ้านหรือชุมชนท้องถิ่นในอินเดียต่อศูนย์แห่งใดที่ได้รับการแต่งตั้งจาก สำนักงานคุ้มครองพันธุ์พืชและสิทธิของเกษตรกร (The Protection of Plant Variety and Farmers Right Authority) ซึ่งได้มีการประกาศแจ้งในหนังสือประกาศโฆษณาด้วยความเห็นชอบของรัฐบาลกลาง อันเนื่องมาจากการที่ประชาชนในหมู่บ้านหรือชุมชนท้องถิ่นนั้นแล้วแต่กรณีได้มีส่วนร่วมในวิวัฒนาการของพันธุ์พืชใด เพื่อที่จะขอรับผลประโยชน์จากสิทธิเรียกร้องนั้นในนามของหมู่บ้านหรือชุมชนท้องถิ่นดังกล่าว หากศูนย์ที่ได้รับการแต่งตั้งจากองค์การคุ้มครองพันธุ์พืชและสิทธิของเกษตรกรได้พิจารณาแล้วเห็นว่าหมู่บ้านหรือชุมชนท้องถิ่นดังกล่าวได้มีส่วนร่วมอย่างสำคัญในวิวัฒนาการของพันธุ์พืชซึ่งได้รับการจดทะเบียนตามกฎหมายนี้ ให้รายงานผลนั้นต่อสำนักงานฯ ทราบ

นอกจากนั้นแล้วอินเดียยังให้การคุ้มครองสิทธิของชนพื้นเมือง โดยการตรากฎหมาย การกำหนดสิทธิในผืนป่าของชนเผ่าดั้งเดิม (Scheduled Tribes and Other Traditional Forest Dwellers (Recognition of Forest Right) Act 2006 ซึ่งเป็นการให้สิทธิต่างๆ แก่ชนเผ่าพื้นเมือง เช่น สิทธิในผืนป่า การอยู่อาศัย การเพาะปลูกโดยสมาชิกของชนเผ่า การรับรองสิทธิในความเป็นเจ้าของในทรัพยากรธรรมชาติ การอนุรักษ์และการบริหารจัดการทรัพยากรและความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน ส่งเสริมความเข้มแข็งให้กับชนเผ่าพื้นเมืองเพื่อยกระดับฐานะความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น การบรรเทาความยากจน เป็นต้น

ปัญหาสิทธิชุมชนในทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศไทยนั้นยังขาดกฎหมายภายในที่ให้การรับรองสิทธิของชุมชนท้องถิ่นในการดูแลรักษาทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างแท้จริง รวมถึงการไม่มีกฎหมายเฉพาะในการพิทักษ์สิทธิของชุมชนเกี่ยวกับสิทธิในด้านความหลากหลายทางชีวภาพ แม้ว่าจะมีบทบัญญัติรับรองสิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้วก็ตามแต่ก็เป็นเพียงการกำหนดสิทธิของชุมชนแบบกว้างๆ โดยไม่มีกลไกการส่งเสริมให้เกิดความร่วมมือของคนในชุมชนท้องถิ่นอย่างเป็นรูปธรรม ประกอบกับการที่รัฐเอาระบบกรรมสิทธิ์ในทางกฎหมายซึ่งแบ่งแยกกรรมสิทธิ์เพียงสองลักษณะ คือ ทรัพย์สินของรัฐ (State Property) และทรัพย์สินส่วนบุคคล (Private Property) และการจัดการทรัพยากรแบบรวมศูนย์มาใช้ ทำให้ระบบกรรมสิทธิ์ของรัฐกับระบบกรรมสิทธิ์ของชุมชนมีความลักลั่นทางด้านกฎหมาย การตีความคำว่า “ชุมชน” ที่ไม่ชัดเจนจึงกลายเป็นปมปัญหาความขัดแย้งและปัญหาการแย่งชิงทรัพยากรระหว่างชุมชนและการอ้างความเป็นเจ้าของสิทธิเหนือทรัพยากรและภูมิปัญญาท้องถิ่นมาตลอด การที่ภาครัฐไม่ส่งเสริมการอนุรักษ์ความหลากหลายทางวัฒนธรรมของกลุ่มชนต่างๆ ในประเทศไทยอันเป็นรากฐานของความหลากหลายทางชีวภาพ ตลอดจนระบบการศึกษาสมัยใหม่ที่ไม่ให้ความสำคัญต่อภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงส่งผลทำให้องค์ความรู้เหล่านั้นสูญหายและคุณค่า และการไม่นำภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ประโยชน์อย่างเป็นรูปธรรมจึงเท่ากับการทำลายภูมิปัญญาความรู้และระบบการจัดการทรัพยากรชุมชนให้สูญหายไปอย่างรวดเร็ว

3. สถานะทางกฎหมายการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

จากแนวคิดในการพัฒนาทางด้านระบบกฎหมายและนโยบายต่างๆ เพื่อปกป้องผลประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น ทำให้เกิดความเคลื่อนไหวจากกลุ่มประเทศโลกที่สามในการออกกฎหมายกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยเฉพาะ (*sui generis*) ตลอดจนการเรียกร้องให้มีความตกลงระหว่างประเทศ จนเป็นที่มาของการสร้างความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องภูมิปัญญาท้องถิ่นขึ้นมากมาย ประเด็นที่ความตกลงระหว่างประเทศต่างๆ ได้หยิบ

ยกขึ้นเป็นประเด็นหลัก คือ การได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่น หลักการแบ่งปันผลประโยชน์ และสิทธิของเกษตรกร ซึ่งสามารถนำมาใช้ในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ในระดับหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตามประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยตรง มีเพียงกฎหมายภายในบางฉบับก็ให้ความคุ้มครองเฉพาะด้านไป ทำให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่ครอบคลุมภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ทั้งหมด

ผู้วิจัยได้วิเคราะห์สถานะทางกฎหมายภายในที่เกี่ยวกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ดังนี้

3.1 การคุ้มครองทรัพยากรความหลากหลายทางชีวภาพ

มาตรการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพของไทยมีกฎหมายและประกาศต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการความปลอดภัยทางชีวภาพ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับใช้เข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ในทรัพยากร (Access and Benefit Sharing: ABS) ดังนี้

3.1.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยทางชีวภาพ (Biosafety) เช่น

- 1) พระราชบัญญัติกักพืช พ.ศ. 2507 ฉบับ 2, 3 และ 4
- 2) ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่องกำหนดพืชจากแหล่งที่กำหนดเป็นสิ่งต้องห้าม ข้อยกเว้นและเงื่อนไข ตามพระราชบัญญัติ กักพืช พ.ศ. 2507 รวม 40 ชนิด
- 3) ประกาศกรมวิชาการเกษตร เรื่อง กำหนดแนวทางปฏิบัติในการขออนุญาตนำเข้าและนำผ่านซึ่งสิ่งต้องห้าม ตามพระราชบัญญัติ กักพืช (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2507 และเรื่องการรับรองพืชที่ปลูกในประเทศไทยที่ไม่ได้รับการติดต่อสารพันธุกรรม จำนวน 159 ชนิด
- 4) ประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับ 215 พ.ศ. 2544 และฉบับแก้ไข ฉบับ 217 เรื่อง กำหนดอาหารที่ห้ามผลิต นำเข้าหรือจำหน่าย จำนวน 7 รายการ ซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์จากข้าวโพด และฉบับที่ 251 พ.ศ. 2545 เรื่องการแสดงฉลากอาหารที่ได้รับเทคนิคการดัดแปลงพันธุกรรม เพื่อเป็นการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภค
- 5) พระราชกฤษฎีกา เรื่อง ห้ามมิให้นำสัตว์น้ำบางชนิดเข้ามาในราชอาณาจักร พ.ศ. 2547
- 6) ร่าง พระราชบัญญัติความปลอดภัยทางชีวภาพของเทคโนโลยีชีวภาพสมัยใหม่ พ.ศ...

3.1.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ในทรัพยากร (Access and Benefit Sharing: ABS)

- 1) พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484
- 2) พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504

- 3) พระราชบัญญัติพันธุ์พืช พ.ศ. 2538
- 4) พระราชบัญญัติเชื้อโรคและพิษจากสัตว์ พ.ศ. 2525
- 5) พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535
- 6) พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.

2542

- 7) พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542

8) ระเบียบสภาวิจัยแห่งชาติว่าด้วยการอนุญาตให้นักวิจัยชาวต่างชาติเข้ามาทำการวิจัยในประเทศไทย พ.ศ. 2550

9) ระเบียบคณะกรรมการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติ ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากทรัพยากรชีวภาพ พ.ศ.2554

ปัญหาทางโครงสร้างทางกฎหมายและสถาบันต่างเป็นปัจจัยสำคัญต่อประสิทธิภาพของการดำเนินนโยบายด้านการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของประเทศไทย ซึ่งจากการศึกษาพบว่ามีความซ้ำซ้อนและขัดแย้งกันมากกว่าการประสานงานแบบบูรณาการ ทำให้การดำเนินงานมีอุปสรรคและไม่สามารถบรรลุเป้าหมายที่วางไว้ ผลจากการที่ประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรต่างๆ หลายฉบับแต่กฎหมายส่วนใหญ่มีลักษณะที่ล้าสมัยไม่ทันต่อการเปลี่ยนแปลงของสังคมและมีความซับซ้อนในการบังคับใช้ให้เป็นไปตามตัวบทกฎหมาย ส่วนการดำเนินงานที่เกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรก็มีหน่วยงานของรัฐหลายหน่วยงานรับผิดชอบทำให้การดำเนินงานเกิดความซ้ำซ้อนกัน ซึ่งอำนาจในการจัดการทรัพยากรความหลากหลายทางชีวภาพถูกรองรับด้วยองค์กรหรือสถาบันตามกฎหมายแต่ละฉบับแต่ละเรื่องโดยต่างฝ่ายต่างมีความเป็นอิสระในการดูแลจัดการทรัพยากรความหลากหลายทางชีวภาพในแต่ละชนิดหรือประเภท ประเทศไทยจึงยังไม่มียุทธศาสตร์หรือสถาบันในการจัดการทรัพยากรความหลากหลายทางชีวภาพโดยตรง นอกจากนั้นการมีโครงสร้างองค์กรหรือสถาบันทางนโยบายบริหารจัดการทรัพยากรที่จัดตั้งขึ้นในรูปแบบของคณะกรรมการที่รัฐบาลหรือส่วนงานราชการ กระทรวง ทบวง กรม เพื่อทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรความหลากหลายทางชีวภาพอยู่หลายคณะ บางคณะมีฐานะเป็นคณะกรรมการในระดับนโยบาย บางคณะมีบทบาทในฐานะผู้ปฏิบัติหรือฐานะที่ปรึกษาทางนโยบาย จึงทำให้การคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพของประเทศไทยขาดความต่อเนื่องในการทำงานและการประสานความร่วมมือระหว่างหน่วยงาน

3.2 การคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเป็นความพยายามที่จะป้องกันไม่ให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรทางธรรมชาติที่ไม่ให้ถูกนำไปจดทะเบียนภายใต้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ปัจจุบันชนชาติตะวันตกและประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจได้เล็งเห็นความสำคัญในสิ่งที่เกี่ยวข้องทรัพยากรทางชีวภาพและองค์ความรู้อันเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงหันมาให้ความสนใจเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ที่มาจากธรรมชาติ เช่น สมุนไพรต่างๆ รวมทั้งองค์ความรู้ที่เกี่ยวกับการใช้ผลิตภัณฑ์ทางธรรมชาติ และวิธีการรักษาการแพทย์ทางเลือกนอกจากการแพทย์แผนปัจจุบัน เช่น การนวดแผนไทย หรือ การรักษาโรคด้วยสมุนไพร โดยมีความพยายามนำเอาสิ่งต่างๆ เหล่านั้นไปขอรับความคุ้มครองทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เช่น การขอรับสิทธิบัตร เป็นต้น ทรัพยากรธรรมชาติและองค์ความรู้เหล่านี้ล้วนเป็นสิ่งที่มีความค่าสำหรับชาวไทยจึงควรจะต้องรักษาและหวงแหนไว้ไม่ให้ใครมาถือประโยชน์หรือมีสิทธิครอบครองแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งแต่เดิมกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแพทย์แผนไทยโบราณมีอยู่ 3 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ.2542 พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ.2541 และพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2530

ต่อมา เมื่อประเทศไทยได้ตรากฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้การคุ้มครองภูมิปัญญาโดยตรงมากที่สุด ในพระราชบัญญัตินี้มีหลักการสำคัญ 3 ประการ คือ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่สมุนไพรอันเป็นยาสมุนไพร เพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เช่น ตำรายาแผนไทย ตำราการแพทย์แผนไทย อันเป็นแหล่งรวบรวมองค์ความรู้ต่างๆ และเพื่อสนับสนุนให้ชุมชน องค์กรของรัฐ ภาคเอกชนและองค์กรเอกชนด้านการพัฒนาการมีส่วนร่วมในการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยจัดทำแผนการจัดการพื้นที่คุ้มครองสมุนไพร และมีกองทุนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเพื่อสนับสนุนกิจการดังกล่าว แต่จากการศึกษาพบสภาพปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ดังนี้

3.2.1 จากการวิเคราะห์ถึงมาตรการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยพบว่า คำนิยามที่เกี่ยวข้องกับสมุนไพร คือ “สมุนไพร” หมายความว่า พืช สัตว์ จุลชีพ ธาตุวัตถุ สารสกัด ดั้งเดิมจากพืช หรือสัตว์ที่ใช้หรือแปรสภาพหรือผสมหรือปรุงเป็นยาหรืออาหารเพื่อการตรวจวินิจฉัย บำบัด รักษา หรือป้องกันโรค หรือส่งเสริมสุขภาพร่างกายของมนุษย์หรือสัตว์ และให้หมายความรวมถึงถิ่นกำเนิดหรือถิ่นที่อยู่ของสิ่งดังกล่าวด้วย¹⁹¹ ซึ่งนิยามคำว่า สมุนไพร นั้นมีการกำหนดแบบกว้าง ซึ่งอาจเกิดความซ้ำซ้อนกับกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง จนทำให้การขออนุญาตใช้ประโยชน์จากสมุนไพรตามพระราชบัญญัตินี้มีความยุ่งยากมากขึ้น หากพิจารณาจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึง

¹⁹¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 มาตรา 3

ทรัพยากรชีวภาพในข้อ 3.1.2 สิ่งที่ยุติไว้ในคำนิยามคำว่า “สมุนไพร” ก็มีความเกี่ยวข้องกับหลายหน่วยงานซึ่งกรอบทางกฎหมายและวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองทรัพยากรแต่ละประเภทที่แตกต่างกันเช่นนี้ย่อมเกิดปัญหาในการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยได้ เช่น มาตรการอนุรักษ์พืชสมุนไพรและการส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์มีความเกี่ยวข้องกับหลายหน่วยงาน เช่น กระทรวงสาธารณสุข กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ และกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยแต่ละหน่วยงานดังกล่าวต่างก็มีทำหน้าที่เฉพาะด้าน กล่าวคือ กระทรวงสาธารณสุขดูแลด้านสุขภาพอนามัยของประชาชน กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ดูแลด้านพันธุ์พืช กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมดูแลด้านการอนุรักษ์ พันธุ์ ควบคุมการจัดสรรและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม จึงขาดการประสานความร่วมมือกันอนุรักษ์การใช้พืชสมุนไพรเพื่อส่งเสริมการแพทย์แผนไทย

3.2.2 คำนิยาม “ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย” “การแพทย์แผนไทย” และ “ตำราการแพทย์แผนไทย” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 นี้ จะให้หมายความรวมถึงการรักษาโรคในลักษณะที่เป็นความเชื่อ หรือประเพณีในการรักษาโรคด้วยหรือไม่ เพราะการเจ็บป่วยเป็นปัญหาขั้นพื้นฐานของมนุษย์ในสังคมวัฒนธรรมมาตลอดทุกยุคทุกสมัยจึงมีการคิดค้นวิธีการรักษาหรือแสวงหาความรู้เกี่ยวกับปัญหาโรคร้ายต่างๆ รวมถึงการป้องกันอาการเจ็บป่วยต่างๆ ซึ่งวิธีการที่ได้ผลอันเกิดจากการทดลองของบรรพบุรุษก็จะได้รับการถ่ายทอดสืบต่อและพัฒนาจนเป็นองค์ความรู้ ความเชื่อและการปฏิบัติตนเกี่ยวกับการรักษาสุขภาพตลอดจนองค์ความรู้ที่เกี่ยวกับยาและเทคนิคการรักษาพยาบาลที่หลากหลายรูปแบบ ทำให้เกิดระบบการรักษาพยาบาลของกลุ่มชนต่างๆ โดยมีความสัมพันธ์กับภูมิปัญญาท้องถิ่น ลักษณะสำคัญของวิธีคิดเกี่ยวกับโรคร้ายไข้เจ็บในการรักษาพยาบาลแบบพื้นบ้านจึงมีอยู่ว่าความรู้เกี่ยวกับโรคร้ายไข้เจ็บมิได้ผูกขาดโดยผู้รู้หรือหมอเพียงฝ่ายเดียว ในทางตรงกันข้าม ความรู้เป็นของชุมชน บุคคลต่างๆ ก็มีบทบาทสำคัญในการวินิจฉัยหรือการตีความเกี่ยวกับความเจ็บป่วย¹⁹² ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าภูมิปัญญาในการรักษาพยาบาลแบบพื้นบ้านเป็น “ระบบความเชื่อ” ประเภทหนึ่งที่มีความผูกพันกับชุมชนและวัฒนธรรมด้วย แต่การตีความนิยาม “ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย” “การแพทย์แผนไทย” และ “ตำราการแพทย์แผนไทย” จะรวมถึงสิ่งที่เป็นความเชื่อถือในเรื่องผี การใช้คาถาอาคม เครื่องรางของขลังเพื่อการรักษาโรคด้วยหรือไม่ เพราะคำว่า “ตำราการแพทย์แผนไทย” หมายความว่า หลักวิชาการต่างๆ เกี่ยวกับการแพทย์แผนไทย ทั้งที่ได้บันทึกไว้ในสมุดไทย ใบลาน ศิลาจารึก หรือวัสดุอื่นใดหรือที่มีได้มีการบันทึกกันไว้แต่เป็นการเรียนรู้หรือถ่ายทอดสืบต่อกันมาไม่ว่าด้วยวิธีใด¹⁹³

¹⁹² ยศ สันตสมบัติ อ่างแล้ว หน้า 193

¹⁹³ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 มาตรา 3

3.2.3 ตำราการแพทย์ไทยของไทยยังไม่มีรวบรวมองค์ความรู้อย่างเป็นระบบ โดยตำราการแพทย์ไทยแต่ดั้งเดิม ได้แก่ สมุดข่อย ใบลาน คัมภีร์ สมุดบันทึกต่างๆ และจากคำบอกเล่าที่ยังคงกระจุกกระจายอยู่ตามชุมชน หรือสถานที่ต่างๆ หากไม่มีการสำรวจและตรวจสอบความถูกต้องให้เป็นมาตรฐานเดียวกันตลอดจนการไม่มีศูนย์กลางแหล่งเรียนรู้อย่างเป็นทางการ ย่อมทำให้การศึกษาค้นคว้าองค์ความรู้ที่เป็นภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยมีอุปสรรคอย่างมาก ทั้งนี้ จากการศึกษาาระบบการรวบรวมข้อมูลตำราการแพทย์ของประเทศไทยกับประเทศอินเดีย พบว่าประเทศอินเดียมีการสร้างระบบข้อมูลทางการแพทย์โบราณของอินเดียโดยการนำเอาเทคโนโลยีสารสนเทศที่ทันสมัย เช่น ระบบฐานข้อมูลคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นช่องทางอนุรักษ์การรักษาโรคแบบโบราณให้คงอยู่สืบไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยการรวบรวมฐานข้อมูลภูมิปัญญานั้นได้รวมเอาข้อมูลเกี่ยวกับตำราทางการแพทย์ตะวันออกประมาณ 1,200 ตำรับ ได้แก่ การแพทย์ของอินเดีย (หรือที่เรียกว่า อายุรเวท (Ayurveda) ตำราแพทย์อาหรับ (หรือที่เรียกว่า ยูนาณี (Unani)) และซิดธา (Siddha) การใช้พืชสมุนไพร แร่ธาตุ ทรัพยากร สัตว์ และอื่นๆ ตลอดทั้ง วิธีการเตรียม วิธีการนำมาใช้ของสิ่งดังกล่าวเพื่อการรักษาโรคให้อยู่ในรูปแบบ Traditional Knowledge Resource Classification (TKRC) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ the International Patent Classification (IPC) โดยมีการแปลไว้ถึง 5 ภาษา คือ ภาษาอังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และสเปน ซึ่งจะช่วยให้บุคคลทั่วไปสามารถเข้าถึงตำราการแพทย์โบราณที่มีคุณค่าอันเป็นการส่งเสริมให้เกิดการศึกษาค้นคว้าต่อยอด ตลอดจนทำให้องค์ความรู้ที่เกี่ยวกับการแพทย์โบราณของอินเดียคงอยู่สืบไป อีกทั้งเป็นระบบฐานข้อมูลดังกล่าวยังช่วยให้การตรวจสอบพื้นฐานการประดิษฐ์คิดค้นก่อนออกสิทธิบัตร โดยที่สำนักสิทธิบัตรทั่วโลกสามารถตรวจสอบการนำองค์ความรู้ทางการรักษาแบบโบราณของอินเดียไปขอรับความคุ้มครองโดยมิชอบได้

3.2.4 ด้านทรัพยากรบุคคลมีผลทำให้ภูมิปัญญาการแพทย์ไทยยังไม่เป็นที่ยอมรับ ในฐานะวิชาชีพอย่างแท้จริง อันเกิดจากหลักเกณฑ์การประกอบวิชาชีพโรคศิลปะตามกฎหมายมีความไม่ชัดเจน เช่น บุคคลใดจะสามารถเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะ¹⁹⁴ ได้จะต้องมีขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542 ซึ่งได้แบ่งการแพทย์โบราณเพียง 3 สาขาเท่านั้น คือ สาขาเวชกรรมไทย เภสัชกรรมไทย การผดุงครรภ์ไทยแต่ไม่รวมถึงการนวดไทย แต่การนวดไทยกลับมาปรากฏเป็นสาขาหนึ่งในค่านิยมแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 โดยกำหนดให้การนวด

¹⁹⁴ พระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ.2542 มาตรา 4 “การประกอบโรคศิลปะ” หมายความว่า การประกอบวิชาชีพที่กระทำหรือมุ่งหมายจะกระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การส่งเสริมและการฟื้นฟูสุขภาพ การผดุงครรภ์ แต่ไม่รวมถึงการประกอบวิชาชีพทางการแพทย์และสาธารณสุขอื่นตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น ๆ

ไทยเป็น “ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย” และ “การแพทย์แผนไทย” ซึ่งในปัจจุบันการนวดไทยนั้นได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นการบำบัดรักษาโรคที่มีประสิทธิภาพ เข้าถึงง่ายและมีราคาถูก แต่การนวดไทยกลับเป็นเพียงศาสตร์แขนงหนึ่งในสาขาเวชกรรมตามพระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ.2542 การสอบใบประกอบโรคศิลปะแขนงนี้กระทรวงสาธารณสุขก็ได้กำหนดให้มีเนื้อหาในการสอบ หรือทดสอบการฝึกปฏิบัติเรื่องการนวดไว้เป็นการเฉพาะ ปัญหาที่เกิดขึ้นคือผู้ที่สอบได้ใบประกอบโรคศิลปะสาขาเวชกรรมอาจนวดไม่เป็นแต่กฎหมายกลับยอมรับว่ามีความสามารถในการนวด ส่วนผู้ที่มีความรู้ในเรื่องการนวดไทยเป็นอย่างดีอาจไม่มีใบประกอบโรคศิลปะ ประกอบกับการนวดไทยยังไม่มีการประมวลความรู้ให้เป็นมาตรฐานที่แน่นอนเพราะวิชาการนวดไทยมักเกิดจากการถ่ายทอดความรู้ภายในครอบครัว ชุมชน หรือหลักสูตรของสถาบันการแพทย์แผนไทยจึงอาจเกิดความคลาดเคลื่อนในแบบแผนการนวดที่เป็นมาตรฐาน รวมทั้งหลักสูตรที่เปิดสอนกันในปัจจุบันก็มีความแตกต่างกันไปในแต่ละแห่ง เช่น อาจการลดระยะเวลาการเรียนหรืออบรมระยะสั้น เมื่ออบรมจนจบหลักสูตรก็จะได้ใบประกาศนียบัตรรับรองแล้ว เป็นต้น ตลอดจนการนวดไทยยังไม่มีกรยกระดับการนวดไทยในระดับวิชาชีพ แต่การนวดไทยเป็นเพียงการนวดเพื่อรักษาอาการปวดเมื่อยและการผ่อนคลายความเครียดที่บุคคลทั่วไปเข้าถึงง่ายและราคาถูก จึงเปิดช่องให้ชาวต่างชาตินำการนวดไทยไปประยุกต์ใช้และจดทะเบียนทรัพย์สินทางปัญญา เช่น กรณี “ฤชิตัดตน” ที่เคยถูกชาวญี่ปุ่นนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าและชื่อบริษัทว่า “ห้างหุ้นส่วน ฤชิตัดตน จำกัด” เมื่อเดือนพฤษภาคม 2549 ที่ผ่านมา ด้วยเหตุนี้กรมทรัพย์สินทางปัญญาจึงได้ยื่นคัดค้านต่อสำนักสิทธิบัตรญี่ปุ่น (Japan Patent Office : JPO) เมื่อวันที่ 27 ธันวาคม 2549 ต่อมาสำนักงานสิทธิบัตรญี่ปุ่นได้มีคำวินิจฉัยเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า “ฤชิตัดตน” ที่เคยให้ไว้เมื่อวันที่ 17 เมษายน 2550 โดยสำนักงานสิทธิบัตรญี่ปุ่นได้ให้เหตุผลในการเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า “ฤชิตัดตน” ว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐประศาสนนโยบายและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามเครื่องหมายการค้าญี่ปุ่น กล่าวคือ ฤชิตัดตนเป็นสมบัติของประเทศไทยและประชาชนชาวไทย เพื่อใช้รักษาอาการเจ็บป่วยของคนไทยและกลายเป็นภูมิปัญญาดั้งเดิม ผู้ขอจดทะเบียนเองก็ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับประเทศไทยและไม่ได้เป็นคนไทย แต่ได้ยื่นขอจดทะเบียนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากโรงเรียนแพทย์แผนโบราณ วัดพระเชตุพนฯ (วัดโพธิ์) จึงถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบแม้ไม่ได้มีเจตนาที่ไม่สุจริตก็ตาม

3.3 การคุ้มครองภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม

นอกเหนือจากทรัพยากรชีวภาพ และภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยแล้ว ภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยยังสะท้อนและแสดงออกถึง ศิลปวัฒนธรรม ภาษา วรรณกรรมพื้นบ้าน การละเล่น งานประติมากรรม งานหัตถกรรม และงานประดิษฐ์กรรมลวดลายในเครื่องจักรสาน ลายผ้า เป็นต้น ซึ่งประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาทางด้านวัฒนธรรมมีอยู่ด้วยกัน 2 ฉบับ คือ

พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติวัฒนธรรมแห่งชาติ พ.ศ. 2553 ซึ่งสามารถวิเคราะห์สภาพปัญหาได้ ดังนี้

3.3.1 พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 มีวัตถุประสงค์ในเชิงอนุรักษ์เป็นหลัก รวมถึงการควบคุมการนำไปใช้ประโยชน์โดยเฉพาะสิ่งที่ยืมโบราณวัตถุที่เป็นมรดกของชาติ สิ่งที่ยืมศิลปวัตถุ แต่กฎหมายนี้ไม่ได้ให้การคุ้มครององค์ความรู้หรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวกับโบราณสถาน โบราณวัตถุ หรือศิลปวัตถุที่เกิดขึ้นจากภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยตรง

3.3.2 การขาดผู้สืบทอดและสานต่อภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยยังเป็นอีกปัญหาหนึ่งที่ทำให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นอันทรงคุณค่าหายสาบสูญไป จากการที่ประเทศไทยเป็นแหล่งที่มีทรัพยากรชีวภาพที่สมบูรณ์จึงเกิดกระบวนการการเรียนรู้ที่จะใช้จากทรัพยากรที่มีให้เป็นประโยชน์โดยมีการส่งต่อองค์ความรู้ดังกล่าวและถ่ายทอดองค์ความรู้ต่าง ๆ นั้นจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง องค์ความรู้ที่รวบรวมได้นั้นมีด้วยกันหลายรูปแบบทั้งจากการบอกเล่า ถ่ายทอดออกมาผ่านทางศิลปะ การแสดงออกทางวัฒนธรรม การจดบันทึกลงในใบลานและสมุดข่อยซึ่งมีการคัดลอกต่อกันมารุ่นแล้วรุ่นเล่าซึ่งองค์ความรู้บางส่วนอาจกระจายไปจนคลาดเคลื่อนไม่ชัดเจนจนทำให้องค์ความรู้ต่าง ๆ หายสาบสูญไปในที่สุด ประกอบกับวิถีชีวิตแบบดั้งเดิมถูกเปลี่ยนแปลงไปโดยความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการพัฒนาชีวิตและความเป็นอยู่ของคนในชุมชน การถ่ายทอดองค์ความรู้ระหว่างคนรุ่นก่อนกับคนรุ่นใหม่จึงขาดช่วงไป แม้ว่าจะมีการวางรากฐานของการสืบทอดภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยการแต่งตั้งและยกย่องเชิดชูบุคคลผู้ถ่ายทอดองค์ความรู้ที่เกี่ยวกับภูมิปัญญาไทยในหลายแขนงตามพระราชบัญญัติวัฒนธรรมแห่งชาติ พ.ศ. 2553 หรือโครงการ “ครูภูมิปัญญาไทย” โดยการก่อตั้งเป็นสมาคมครูภูมิปัญญาไทย (Thai wisdom scholars association)¹⁹⁵ เพื่อสืบสานและอนุรักษ์แหล่งข้อมูลองค์ความรู้ภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยไม่ให้สูญหายไป แต่อย่างไรก็ตามการขาดการสนับสนุนอย่างต่อเนื่องด้านงบประมาณจากรัฐ การไม่กลไกทางการบริหาร และไม่มีกฎหมายรองรับในการดำเนินการ ตลอดจนการไม่มีหน่วยงานที่รับผิดชอบโดยตรงจึงส่งผลทำให้ขาดแคลนผู้ที่ทำหน้าที่สืบทอดองค์ความรู้ให้แก่คนรุ่นหลัง เพราะองค์ความรู้บางประเภทเป็นสิ่งที่ทรงคุณค่าทางจิตใจของกลุ่มคนหนึ่งแต่ไม่อาจนำมาสร้างเป็นรายได้ เช่น ศิลปะนาฏศิลป์พื้นบ้านที่ไม่แพร่หลายในวงกว้าง ผู้คนในชุมชนจึงขาดแรงจูงใจที่จะเรียนรู้มรดกทางวัฒนธรรมนั้นๆ และภาครัฐเองก็ไม่ได้สนับสนุนเรื่องรายได้ให้กับผู้ที่เป็นครูภูมิปัญญาไทยอย่างเป็นทางการ

¹⁹⁵ สมาคมครูภูมิปัญญาไทย แหล่งเรียนรู้ครูภูมิปัญญาไทย ค้นคืนวันที่ 13 มกราคม 2556 จาก http://www.itrmu.net/web/10rs25/show-webcontent.php?cat_id=4&mid=6

รูปธรรมจึงทำให้ขาดแคลนบุคลากรทำหน้าที่ในการสืบสานและอนุรักษ์ภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยไป
ที่สุด

