

บทที่ 2

การคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนดั้งเดิม

ก่อนที่จะศึกษาในรายละเอียด จำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องทำความเข้าใจกับหลักการทั่วไปขององค์ความรู้ดั้งเดิม และทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะความหมาย และที่มาของคำว่า องค์ความรู้ดั้งเดิม หรือ traditional knowledge ซึ่งยังมีความเห็นหลากหลายอยู่ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องให้ความหมายที่เหมาะสม รวมทั้งความหมายของคำอื่นที่สำคัญที่ใช้ในการวิจัยในครั้งนี้ ได้แก่ องค์ความรู้ของชนเผ่าดั้งเดิม หรือ indigenous knowledge ชนเผ่าพื้นเมือง หรือ indigenous peoples ชุมชนท้องถิ่นหรือ local communities ทรัพยากรดั้งเดิม และทรัพยากรของชนเผ่าพื้นเมือง หรือ traditional and indigenous resources ทรัพยากรพันธุกรรม หรือ genetic resources ความหลากหลายทางชีวภาพ biological diversity or biodiversity การแพทย์แผนดั้งเดิม หรือ traditional medicine และการกระทำอันเป็นโจรสลัดทางชีวภาพ หรือ biopiracy

ทั้งนี้ได้ศึกษาถึงความสำคัญขององค์ความรู้ดั้งเดิม ทรัพยากรพันธุกรรม และทรัพยากรของชนเผ่าดั้งเดิม และเหตุผลของการเคลื่อนย้ายทรัพยากรพันธุกรรมจากประเทศกำลังพัฒนาสู่ประเทศพัฒนา โดยปราศจากการควบคุมที่เข้มงวด ซึ่งเป็นที่มาของการกระทำอันเป็นโจรสลัดทางชีวภาพ

นอกจากนี้ ยังศึกษาถึงความเป็นไปได้ของหลักการทางทรัพย์สินทางปัญญากับการให้ความคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิม ประวัติความเป็นมาและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ในปัจจุบัน เช่น สิทธิบัตร (patent) ลิขสิทธิ์ (copyright) สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (geographical indication) และการปกปิดข้อมูลความลับ (undisclosed information) ทั้งนี้เพื่อแสวงหาหลักการที่เหมาะสมในการให้ความคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิม โดยเฉพาะองค์ความรู้ด้านการแพทย์แผนดั้งเดิม รวมทั้งการให้ความคุ้มครองในเรื่องนี้ภายใต้กฎหมายของไทย

2.1 องค์ความรู้ดั้งเดิม (traditional knowledge)

ความหมายของคำว่าองค์ความรู้ดั้งเดิมนี้อาจยังไม่เป็นที่ยุติ ยังมีการใช้คำในความหมายใกล้เคียงกันนี้ เช่น การแสดงออกซึ่งวัฒนธรรมดั้งเดิม หรือ traditional cultural expression องค์ความรู้ของคนพื้นเมืองดั้งเดิม หรือ indigenous knowledge และมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หรือ intangible cultural heritage นักวิชาการบางท่าน เช่น Matthias Leistner ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้ว่า “องค์ความรู้ดั้งเดิมไม่อาจอธิบายในรายละเอียดในความสัมพันธ์ถึงวัตถุประสงค์ของมัน แต่อาจกล่าว (อธิบาย) ได้ในลักษณะของกระบวนการ ซึ่งองค์ความรู้ดั้งเดิมนี้นี้ได้รับการพัฒนามาโดย

ลำดับ ดังนั้น ความหมายของมันจึงยังคงเปิดให้มีการแสดงความคิดเห็นได้อย่างกว้างขวาง”¹ ดังนั้นในงานวิจัยฉบับนี้จึงขอกล่าวแยกออกเป็นสององค์ประกอบคือ เงื่อนไขทางด้านเวลา หรือ time element และสาขาขององค์ความรู้ หรือ field of knowledge

2.1.1 เงื่อนไขทางด้านเวลา

องค์ความรู้ดั้งเดิม โดยทั่วไปแล้วหมายถึง บางสิ่งบางอย่างที่เกิดขึ้นมาแล้วในอดีตโดยคนในยุคหนึ่ง ๆ ซึ่งคำว่า ดั้งเดิมหรือ traditional นี้ปรากฏอยู่ใน EU Council Regulation on Agricultural Products and Foodstuffs as Traditional Specialties Guaranteed โดยให้ความหมายว่า “คำว่าดั้งเดิมนี้ หมายถึง มีการพิสูจน์การเข้ามาแล้วในท้องตลาดของชุมชน โดยมีระยะเวลาต่อเนื่องกันมาจากรุ่นสู่รุ่น ซึ่งอย่างน้อย (ช่วงเวลา) ก็หนึ่งชั่วอายุคน หรืออย่างน้อย 25 ปี”² ซึ่งเงื่อนไขทางด้านเวลานี้เป็นเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในการจดทะเบียนสินค้าทางการเกษตร หรืออาหารในประเทศสมาชิกของ EU ด้วย³ นอกจากนี้ EU Directive (2004/24/EU) of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 กล่าวถึง ผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับยาสมุนไพรดั้งเดิม และ EU Directive 2001/83/EC เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ทางยาสำหรับมนุษย์ได้กล่าวถึงเงื่อนไขทางด้านเวลา เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสมุนไพรดั้งเดิม ซึ่งหากประสงค์จะจดทะเบียนใน EU แล้วจะต้องมีการเข้ามาแล้วอย่างน้อย 30 ปี และต้องมีการนำเข้ามาแล้วในชุมชนไม่น้อยกว่า 15 ปี เป็นต้น⁴ อย่างไรก็ตาม เป็นการยากอย่างยิ่งที่จะให้ความหมายหรือตีความของคำว่า “ดั้งเดิม” หรือ “traditional” ว่าเป็นเวลาจำนวนเท่าใด องค์การอนามัยโลกหรือ WHO หลีกเลี่ยงที่จะกล่าวถึงระยะเวลาที่เป็นการเฉพาะเจาะจงลงไปถึงคำว่า “traditional” โดยกำหนดความหมายของคำว่า “traditional use of herbal medicines” เป็นเพียงมีประวัติการใช้มาอย่างยาวนาน⁵ ซึ่งก็ไม่ได้กำหนดว่าประวัติการใช้จะยาวนานกี่ปี ซึ่งเป็นการยากที่จะกำหนดลงไปโดยเฉพาะเจาะจงว่ามีจำนวนปีที่ใช้อย่างยาวนานเท่าใด ในเรื่องเดียวกันนี้ ในประเทศจีนภายใต้กฎหมาย the Regulations of the Protection of types of Traditional Chinese Medicine ก็ไม่ได้ระบุถึงระยะเวลาที่

¹ Matthias Leistner, ‘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, 55-6.

² Article 2, 1(b) of the *Council Regulation* (EC) No 509/2006 of 20 March 2006 on *Agricultural Products and Foodstuffs as Traditional Specialties Guaranteed* [2006] OJ L 93/1, 3.

³ *Ibid*, see Article 7, 1(d), Application for Registration, ‘(d) the documents proving the product’s specific and traditional character’.

⁴ Article 16c (1)(c), *Directive 2004/24/EC* of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004, amending as regards traditional herbal medicinal products, *Directive 2001/83/EC on the Community Code Relating to Medicinal Products for Human use* [2004] OJ L 136/85, 87.

⁵ The WHO, *Traditional Medicine: Definitions*, (2009) <<http://www.who.int/medicines/areas/traditional/definitions/en/index.html>> at 23 August 2012.

เฉพาะเจาะจงลงไปว่าเป็นเวลานานเท่าใด ในความหมายของคำว่า “traditional” ซึ่งเป็นการเปิดช่องไว้ให้กรมสุขภาพภายใต้สภาแห่งรัฐตีความได้ตามความเหมาะสม⁶

อย่างไรก็ดี ความหมายของคำว่าดั้งเดิมในความหมายของการแพทย์แผนไทยดั้งเดิม หมายถึง องค์ความรู้ที่ถ่ายทอดสืบต่อกันมาจากรุ่นสู่รุ่น ซึ่งหมายถึงองค์ความรู้ที่ตกทอดมาแต่รุ่นปู่ย่า ตายายจนมาถึงรุ่นปัจจุบัน หรือกล่าวได้อีกนัยหนึ่งก็คือ ผู้ทรงสิทธิในองค์ความรู้ดั้งเดิมนี้อาจมิใช่คนที่ เป็นเจ้าของความคิดมาแต่เริ่มต้น เว้นแต่เขาเหล่านั้นจะคิดค้นดัดแปลง หรือพัฒนาองค์ความรู้ดั้งเดิม ดังกล่าวขึ้นมาใหม่เป็นของตนเอง

องค์ความรู้ดั้งเดิมนี้อาจไม่จำเป็นต้องเป็นเรื่องโบราณ หรือหยุดนิ่งอยู่กับที่⁷ ดังได้กล่าวแล้ว ว่าเป็นเรื่องที่ตกทอดผ่านจากรุ่นสู่รุ่น และมีวิวัฒนาการสืบต่อเกี่ยวข้องกับคนในท้องถิ่นนั้น ๆ ซึ่ง กล่าวถึงกระบวนการที่สืบต่อกันมา มากกว่าที่จะหมายถึงวัตถุประสงค์ของมัน ยิ่งไปกว่านั้น นักวิชาการบางท่านยังกล่าวไว้ว่าการประดิษฐ์คิดค้นสิ่งต่าง ๆ ในปัจจุบันนี้ล้วนมีแนวคิดจากแนวคิด องค์ความรู้ดั้งเดิมทั้งสิ้น⁸ ดังนั้น องค์ความรู้ดั้งเดิมนี้อาจกล่าวได้ว่าตั้งอยู่บนพื้นฐานของการ สรรสร้างทางปัญญาของมนุษย์ ที่ได้มีวิวัฒนาการอย่างสม่ำเสมอ ผ่านการกระทำของมนุษย์ เป็น กระบวนการที่มีการพัฒนาต่อเนื่องสืบเนื่องกันมาโดยที่มิได้จำกัดเพียงเป็นความคิดที่ได้สร้างสรรค์มา แต่อดีตหรือเป็นสิ่งที่คิดค้นขึ้นใหม่ในอดีตเท่านั้น⁹

2.1.2 สาขาขององค์ความรู้

องค์ความรู้ดั้งเดิมนี้อาจกล่าวถึงได้ในลักษณะของตัวองค์ความรู้ที่ได้ก่อตั้งขึ้นโดย ประชาชนหรือกลุ่มชน ซึ่งมีชีวิตอาศัยอยู่ในธรรมชาติ และได้ส่งผ่านความรู้นั้นจากรุ่นสู่รุ่น

องค์ความรู้ดั้งเดิมนี้อาจกล่าวถึงระบบความรู้ดั้งเดิมที่พัฒนาผ่านช่วงเวลาโดยชนเผ่า ดั้งเดิมหรือชุมชนท้องถิ่นในทุก ๆ ด้านไม่ว่าจะทางด้านวิทยาศาสตร์หรือด้านงานศิลปะ และไม่ว่าองค์

⁶ See Chapter I, Article 4 and 5 of the *Laws of the People's Republic of China, Regulations on the Protection of Types of Traditional Chinese Medicine* promulgated by decree No. 106 of State Council of the People Republic of China on October 14, 1992, and effective as of January 1, 1993. For more information see <<http://www.asianlii.org/cn/legis/cen/laws/rotpototem652/>> at 23 August 2012.

⁷ Daniel Gervais, ‘Traditional Knowledge and Intellectual Property: A TRIPS-Compatible Approach’ (2005) *Law Review of Michigan State University* 137, 140-4. Some academics commented that ‘These forms of knowledge and cultural expressions are rarely frozen in time. Generally they evolve over decades and centuries’; see also Stephen R Munzer and Kal Raustiala, ‘The Uneasy Case for Intellectual Property Rights in Traditional Knowledge’ (2009) 29 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 37, 48.

⁸ Thomas J Krumenacher, ‘Protection for Indigenous Peoples and Their Traditional Knowledge: Would a Registry System Reduce the Misappropriation of Traditional Knowledge’ (2004) 8 *Marquette International Property Law Review* 143, 145-6.

⁹ Leistner, above n 1,56.

ความรู้นั้นจะมีการถ่ายทอดโดยลายลักษณ์อักษร วาจา (บอกเล่าสืบต่อกันมา) หรือไม่ว่าจะโดยรูปแบบใด ซึ่งอาจเปรียบเทียบกับกับการค้นพบ เช่น การใช้พืชสมุนไพร การออกแบบ ลักษณะเฉพาะ หรือเป็นความรู้ที่เป็นความเชื่อทางศาสนา¹⁰ นักวิชาการบางท่าน เช่น Graham Dutfield ได้กล่าวถึงเรื่ององค์ความรู้ดั้งเดิมนี้ว่า เป็นองค์ความรู้ที่ผสมผสานกับสิ่งแวดล้อมมากกว่าสิ่งอื่นที่มีใช้สิ่งแวดล้อม เช่น งานศิลปะ งานหัตถกรรม และงานด้านวัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณี ซึ่งหมายถึง เรื่องเล่าขานหรือนิยายปรัมปรา หรือ folklore และจากแนวคิดของ Dutfield อาจกล่าวได้ว่า องค์ความรู้ดั้งเดิม หรือ องค์ความรู้สิ่งแวดล้อมดั้งเดิม หรือ traditional environmental knowledge ก็คือ ตัวขององค์ความรู้เองที่สร้างขึ้นโดยกลุ่มคนที่ส่งผ่านจากรุ่นสู่รุ่น ทั้งนี้เป็นองค์ความรู้ที่ได้จากประสบการณ์ การทดลองมากกว่าทฤษฎี (empirical observations) เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่อยู่ในท้องถิ่นนั้น ๆ และเป็นองค์ความรู้ที่เกิดจากการจัดการทรัพยากรหรือการใช้ทรัพยากรนั้น ๆ กล่าวโดยรวมแล้วแนวคิดของ Dutfield จะมุ่งเน้นด้านสิ่งแวดล้อมมากกว่าด้านอื่น¹¹

นักวิชาการอีกท่านหนึ่ง Sumathi Subbiah ได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้ว่า องค์ความรู้ดั้งเดิมก็คือ ตัวตนขององค์ความรู้เอง รวมทั้งองค์ความรู้ด้านวรรณกรรม หรือ literary และงานด้านศิลปกรรม หรือ artistic works ซึ่งงานด้านต่าง ๆ เหล่านี้ ล้วนเป็นส่วนหนึ่งขององค์ความรู้ดั้งเดิม และองค์ความรู้ดั้งเดิมนี้อาจถูกจัดอยู่เป็นหมวดหมู่ก็ได้ซึ่งหนึ่งในส่วนนั้นได้แก่ ทรัพยากรพันธุกรรม องค์ความรู้ด้านการแพทย์แผนดั้งเดิม และนิยายปรัมปรา¹² และทรัพยากรพันธุกรรมนี้รวมทั้งพืช สัตว์ และวัตถุทางพันธุกรรมของมนุษย์ การเพาะพันธุ์พืชหรือสิ่งอื่นใดอันเกิดจากน้ำมือของมนุษย์กลุ่มคนที่อยู่ในสังคมของชนเผ่าพื้นเมืองนั้น ๆ¹³ นักวิชาการ Sirividhya Ragavan ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ว่า องค์ความรู้ดั้งเดิมหมายถึง องค์ความรู้ที่เป็นของชนเผ่าพื้นเมืองในแต่ละสังคม และมีหลายรูปแบบ รวมทั้งงานศิลปะ การเต้นรำและดนตรี ยาและการรักษาตามวิธีโบราณ วัฒนธรรมโบราณ ความหลากหลายทางชีวภาพ องค์ความรู้ทางการคุ้มครองพันธุ์พืช งานด้านหัตถกรรม ออกแบบ และวรรณกรรม¹⁴ นอกจากนี้ยังเห็นว่า ยาสมุนไพรโบราณ (folk medicines) และองค์ความรู้ที่เกี่ยวกับพืชสมุนไพรที่

¹⁰ Nancy Kremers, 'Speaking with a Forked Tongue in the Global Debate on Traditional Knowledge and Genetic Resources: Are U.S. Intellectual Property Law and Policy Aimed at Meaningful Protection for Native American Cultures?' (2004) 15 *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal* 3, 12.

¹¹ 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, 3-4.

¹² Sumathi Subbiah, 'Reaping What They Sow: The Basmati Rice Controversy and Strategies for Protecting Traditional Knowledge' (2004) 27 *Boston College International and Comparative Law Review* 529, 531-2

¹³ Kremers, above n 10, 12.

¹⁴ Sirividhya Ragavan, 'Protection of Traditional Knowledge' (2001) 2 *Minnesota Intellectual Property Review* 1, 4.

นำไปสู่การวิจัยทางยา ผู้ที่เริ่มต้นคิดคนแรกในองค์ความรู้นั้น ๆ ควรได้รับการตอบแทนบ้างไม่ว่าจะในรูปแบบใด ซึ่งแนวคิดของเขาครอบคลุมไปถึงการให้ความคุ้มครององค์ความรู้ด้านนี้ด้วย¹⁵

นอกจากนี้ Bernard O'Connor ได้ให้คำจำกัดความไว้อย่างกระชับที่เดียวว่า องค์ความรู้ดั้งเดิมนี้อาจแยกได้เป็นตัวองค์ความรู้ การคิดค้นสิ่งใหม่ ๆ และทางปฏิบัติของชนเผ่าพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่น และองค์ความรู้ดั้งเดิมนี้นี้หมายความรวมถึง องค์ความรู้ด้านพืช สัตว์และคุณสมบัติของมัน แร่ธาตุ ดิน และคุณสมบัติของมัน สารประกอบของอินทรีย์ และอนินทรีย์วัตถุ (organic and inorganic matters) กระบวนการ และเทคโนโลยีทั้งหลาย การดูแลสุขภาพของปัจเจกชนและสุขภาพชุมชน และงานด้านศิลปะการแสดงทั้งหลายด้วย¹⁶ มีข้อสังเกตว่า O'Connor ได้ยอมรับสิทธิของปัจเจกชนและสิทธิร่วมของชนเผ่าพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่นโดยเฉพาะอย่างยิ่งการดูแลปรับปรุงสุขภาพ ซึ่งอาจหมายความรวมถึงสิทธิในการป้องกันการแพทย์แผนดั้งเดิมของเขาเหล่านั้นด้วย

นอกจากนี้กฎหมายภายในของบางประเทศ เช่น Portugal ได้ให้ความหมายของคำนี้ไว้ด้วยเช่นกัน เช่น ใน the Decree-Law No.118/2002, มาตรา 3 ได้กล่าวไว้ว่าองค์ความรู้ดั้งเดิมคือส่วนที่ไม่สามารถสัมผัสจับต้องได้ (intangible elements) ประกอบกับการใช้งานทางพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมของชุมชนท้องถิ่นต่างๆ และการพัฒนาของสิ่งมีชีวิตโดยชุมชนท้องถิ่นในลักษณะร่วมกันหรืออาจในลักษณะปัจเจกชนก็ได้ โดยที่ไม่จำเป็นต้องมีระเบียบแบบแผน ซึ่งมีอยู่ในวัฒนธรรมและจิตวิญญาณของจารีตประเพณีของชุมชนต่าง ๆ เหล่านั้น รวมทั้ง (ไม่เพียงแต่) องค์ความรู้ที่สัมพันธ์กับวิธีการ กระบวนการ ผลิตภัณฑ์ และไม่ว่าจะมีชื่อเรียกว่าอย่างไร ในการใช้งานด้านการเกษตร อาหาร โรงงาน รวมทั้งงานทางด้านหัตถกรรม การค้าขายและบริการ รวมทั้งการใช้การอนุรักษ์ของชุมชนต่าง ๆ และไม่ว่าสิ่งนั้นจะเกิดขึ้นโดยสิ่งมีชีวิตหรือเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเองที่อยู่ภายใต้การครอบคลุมของกฎหมายปัจจุบัน¹⁷

องค์ความรู้ดั้งเดิมตามความหมายของ Portugal law ได้กำหนดไว้ค่อนข้างชัดเจนถึงองค์ความรู้ทั้งหลายในทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม รวมทั้งงานด้านเกษตรกรรมและหัตถกรรม

¹⁵ Ibid.

¹⁶ 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.

¹⁷ The Portugal Decree-Law No. 118/2002, of April 20, 2002., Published in the Journal of the Republic, on April 20, 2002; selected articles translated into English and annotated by Dr. Nuno Pires de Carvalho, Head of Genetic Resources, Biotechnology and Associated Traditional Knowledge Section of the World Intellectual Property Organization., cited in Charles R McManis, 'Traditional Knowledge, Intellectual Property, and Indigenous Culture: Article: Intellectual Property, Genetic Resources and Traditional Knowledge Protection: Thinking Globally, Acting Locally' (2003) 11 *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 547, 581-2; see also the WIPO, Legislative Texts on the Protection of Traditional Knowledge, Decree Law No. 118/2002 Establishing a Legal Regime for the Registration, Conservation, Legal Safeguarding and Transfer of Autochthonous Plant Material as well as Associated Knowledge, April 20, 2002, <<http://www.wipo.int/tk/en/laws/tk.html>> at 23 August 2012.

และมีข้อสังเกตว่างานทางด้านการดูแลสุขภาพหรือยาสมุนไพรดั้งเดิมกลับไม่ได้กล่าวถึงในกฎหมายฉบับนี้

นอกจากนี้กฎหมายของบราซิล Brazilian statute (Provisional Measure No.2 186-16, of August 23,2001) Article (II) กล่าวว่าองค์ประกอบขององค์ความรู้ดั้งเดิม คือ ข้อมูลหรือทางปฏิบัติของปัจเจกชนหรือกลุ่มคนของชนเผ่าพื้นเมือง หรือชุมชนท้องถิ่น ซึ่งมีอยู่หรือมีคุณค่าและรวมทั้งมรดกทางพันธุกรรมด้วย¹⁸ ซึ่งคำจำกัดความโดยข้อกฎหมายของบราซิลนี้ให้ความสำคัญถึงมรดกทางพันธุกรรมหรือ genetic heritage ด้วย ทั้งนี้ยังรวมถึงสิทธิของปัจเจกชนและสิทธิกลุ่มของชนเผ่าพื้นเมือง และชุมชนท้องถิ่นในการได้รับการยอมรับภายใต้กฎหมายนี้ด้วย

ภายใต้กฎหมายของเปรู (Law No.27811,Article 2(b)) ได้ให้คำจำกัดความในเรื่องนี้ในความหมายของคำว่า “collective knowledge” ว่าเป็นความรู้ที่สะสมส่งผ่านต่อกันมาจากรุ่นสู่รุ่น และวิวัฒนาการโดยชนเผ่าพื้นเมืองและชุมชนในท้องถิ่น การใช้และลักษณะเฉพาะของความหลากหลายทางชีวภาพ¹⁹ พึงเข้าใจว่าคำจำกัดความของเปรูนี้จำกัดเฉพาะทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางชีวภาพ อย่างไรก็ตามกฎหมายของกฎหมายเปรูกียอมรับและคุ้มครองชนเผ่าพื้นเมือง และชุมชนท้องถิ่นเช่นเดียวกับกฎหมายของบราซิล

อย่างไรก็ดี กฎหมายไทยที่มีอยู่ปัจจุบันยังไม่มีฉบับใดให้ความคุ้มครองอย่างชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิของชนเผ่าพื้นเมือง จะมีก็แต่มีการรับรองสิทธิของชุมชนท้องถิ่นหรือ local communities และยิ่งไปกว่านั้นยังไม่มีกฎหมายไทยฉบับใดเลยที่กล่าวถึงการคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิมทุกประเภทที่มีอยู่

ในเรื่องนี้องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกได้เคยกล่าวไว้ว่า ไม่มีคำจำกัดความใดที่จะกล่าวได้ครอบคลุมถึงรูปแบบที่หลากหลายขององค์ความรู้ที่มีอยู่ในชุมชนได้หมด และเช่นเดียวกันไม่มีรูปแบบของระบบการให้ความคุ้มครองใดจะให้ครอบคลุมได้ทั้งหมดถึงสังคมที่ซับซ้อน และความมีอยู่ขององค์ความรู้ดั้งเดิมที่มีอยู่ในสังคมนั้น ๆ ได้²⁰ อย่างไรก็ตามจากการประชุมของ the Intergovernmental Committee of Intellectual Property and Genetic Resources,

¹⁸ The Brazilian statute (Provisional Measure No. 2. 186-16, of August 23, 2001) Article 7(II), cited in the *World Intellectual Property Organizations – Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, ‘Composite Study on the Protection of Traditional Knowledge’ WIPO/GRTKF/IC/5/8 (Fifth Session, Geneva, July 7 to 15, 2003) 21; see also the WIPO, Legislative Texts on the Protection of Traditional Knowledge, Law introducing a Protection Regime for the Collective Knowledge of Indigenous Peoples Derived from Biological Resources, No.27811, <<http://www.wipo.int/tk/en/laws/tk.html>> at 8 October 2012.

¹⁹ Ibid (the *World Intellectual Property Organizations – Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, ‘Composite Study on the Protection of Traditional Knowledge’ WIPO/GRTKF/IC/5/8) 22.)

²⁰ World Intellectual Property Organization (WIPO), *Intellectual Property and Traditional Knowledge* (WIPO Publication No. 920 (E), Booklet No.2) 4, (n.d.).

Traditional Knowledge and Folklore ครั้งที่ 5 ที่กรุง Geneva เมื่อวันที่ 7-15 กรกฎาคม ค.ศ. 2003 ได้กล่าวถึงคำจำกัดความของคำว่า องค์ความรู้ดั้งเดิมไว้ว่า องค์ความรู้ดั้งเดิมหมายความรวมถึง วรรณกรรมโบราณ (ดั้งเดิม) งานศิลปกรรม และวิทยาการต่าง ๆ การแสดง การค้นคว้า การค้นพบทางวิทยาศาสตร์ การออกแบบ เครื่องหมายตราสัญลักษณ์ ชื่อและเครื่องหมายต่าง ๆ ข้อมูลที่เป็นที่เปิดเผยต่าง ๆ และตลอดจนการค้นคว้า และการสร้างสรรค์งานที่มีพื้นฐานจากองค์ความรู้ดั้งเดิม อันเป็นผลจากทรัพย์สินทางปัญญาทั้งหลาย ไม่ว่าจะทางด้านอุตสาหกรรม วิทยาศาสตร์ วรรณกรรม หรือด้านศิลปกรรมต่าง ๆ และองค์ความรู้ที่มีที่มาจากองค์ความรู้ดั้งเดิม หรือ “traditional-based” หมายความรวมถึง ระบบความรู้ที่มีการสร้างสรรค์ คิดค้นและการแสดงออกทางวัฒนธรรม ซึ่งมีการถ่ายทอดสืบต่อกันมาจากรุ่นสู่รุ่น และมีวิวัฒนาการสืบต่อกันมาอย่างต่อเนื่องในกลุ่มบุคคลที่อยู่ในท้องถิ่นเดียวกันและมีวิวัฒนาการต่อเนื่องกันมาในสิ่งแวดล้อมเดียวกันนั้น อาจจำแนกองค์ความรู้ดั้งเดิมออกเป็นด้าน ๆ ได้แก่ องค์ความรู้ด้านการเกษตร ด้านวิทยาศาสตร์ ด้านเทคนิคต่าง ๆ ด้านอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม ด้านการแพทย์ รวมทั้งการรักษาเยียวยา ด้านความหลากหลายทางชีวภาพ ด้านการแสดงและนิยายปรัมปรา ในรูปแบบของนาฏกรรม การแสดง เพลงพื้นบ้าน การแกะสลัก การออกแบบ การบอกเล่าเรื่องราวต่าง ๆ รวมทั้งงานด้านศิลปกรรม ภาษา ชื่อ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ตราสัญลักษณ์และรวมทั้งสมบัติทางวัฒนธรรมทั้งหลายด้วย²¹

กล่าวโดยสรุปก็คือ รวมศาสตร์ในทุก ๆ ด้านไม่ว่าจะเป็นด้านงานศิลปหัตถกรรม นิยายปรัมปรา การรักษาสีงแวดล้อม พืชสมุนไพร ผลิตภัณฑ์และกระบวนการรักษาโรค ซึ่งองค์ความรู้ต่าง ๆ เหล่านี้ อาจมีการถ่ายทอดส่งผ่านปัจเจกบุคคล ครอบครัว หรือกลุ่มชนในชุมชนนั้น ๆ ดังนั้น องค์ความรู้ดังกล่าวอาจเป็นของสาธารณะใช้ประโยชน์ร่วมกันภายในชุมชน อาจมีการแลกเปลี่ยนเรียนรู้และพัฒนาาระหว่างชุมชน และส่งผ่านจากชุมชนสู่ชุมชน อาจโดยการแต่งงานข้ามชุมชน หรือการบรรพระหว่างชุมชนหรือเผ่าพันธุ์

องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกมุ่งเน้นการให้ความคุ้มครองการใช้้องค์ความรู้ เช่น การอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมด้วยวิธีการดั้งเดิม องค์ความรู้ด้านวิทยาศาสตร์และการแพทย์ นอกจากนี้ยังให้

²¹ *World Intellectual Property Organizations - Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders*, WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999) (Geneva April 2001) 25., see also *World Intellectual Property Organizations - Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, ‘Composite Study on the Protection of Traditional Knowledge’ WIPO/GRTKF/IC/5/8 (Fifth Session, Geneva, July 7 to 15, 2003) 24; see also Daniel J Gervais, ‘Symposium: Traditional Knowledge, Intellectual Property, and Indigenous Culture: Article: Spiritual but not Intellectual? The Protection of Sacred Intangible Traditional Knowledge’ (2003) 11 *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 467, 471-2.

ความหมายของคำว่า การแสดงออกทางวัฒนธรรมดั้งเดิม หรือการแสดงออกทางนิยายปรัมปราว่า หมายถึง เพลง เนื้อร้อง การบรรยาย งานศิลปกรรมและการออกแบบ²²

อย่างไรก็ดี ปัจจุบันก็ยังไม่มีความจำกัดความของคำว่า องค์ความรู้ดั้งเดิม อันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป²³ การขาดการยอมรับในคำจำกัดความทางด้านกฎหมาย สร้างปัญหาการถกเถียงกันในองค์การระหว่างประเทศต่าง ๆ ตลอดจนองค์กรที่ไม่ใช่รัฐบาล หรือ NGOs²⁴ ดังนั้น องค์ความรู้ดั้งเดิมในความหมายของตัวมันเองแล้วจึงมีความหมายอย่างกว้างโดยอาจหมายรวมถึง องค์ความรู้ทั้งทางพืชและสัตว์ และความรู้ที่จะนำพืชและสัตว์นี้ไปใช้ให้เกิดประโยชน์ทางด้านการรักษาโรคอย่างไร และจะนำไปเป็นแหล่งอาหารให้แก่มนุษย์ได้อย่างไร²⁵

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ไม่ว่าจะมีความเห็นที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปถึงความหมายของถ้อยคำดังกล่าวหรือไม่ก็ตาม งานวิจัยฉบับนี้ได้ให้ความหมายอย่างกระชับดังนี้ว่า องค์ความรู้ดั้งเดิมนั้นเป็นการแสดงออกทางทรัพย์สินทางปัญญาชนิดหนึ่งไม่ว่าจะเป็นการประดิษฐ์คิดค้นขึ้นมาใหม่หรือเป็นการค้นพบในศาสตร์ทุก ๆ ด้าน เช่น ด้านศิลปกรรม วรรณกรรม อุตสาหกรรม วิทยาศาสตร์ การแพทย์และการเกษตรกรรม และสิ่งสำคัญขององค์ความรู้ดั้งเดิมนี้อีกประการหนึ่งก็คือ ปัจจัยทางด้านเวลา กล่าวคือ มีการสืบสานต่อกันมาเป็นเวลาช้านาน และโดยเฉพาะองค์ประกอบด้านองค์ความรู้ อาจกล่าวได้อย่างง่าย ๆ ว่าประกอบไปด้วย 2 องค์ประกอบสำคัญคือ องค์ความรู้ที่เป็นทรัพย์สินที่สัมผัสไม่ได้ หรือ intangible property และเป็นทรัพย์สินที่สัมผัสจับต้องได้ หรือ tangible property เช่น ทรัพยากรพันธุกรรม พืชสมุนไพร หรือแร่ธาตุต่าง ๆ เป็นต้น

2.2 องค์ความรู้ของชนเผ่าพื้นเมือง (indigenous knowledge)

ถ้อยคำที่มักจะกล่าวถึง และมีความหมายใกล้เคียงกับองค์ความรู้ดั้งเดิมนั้นก็คือ องค์ความรู้ของชนเผ่าพื้นเมืองหรือ indigenous knowledge กล่าวอย่างง่าย ๆ ก็คือ องค์ความรู้ดั้งเดิมทุกแขนงไม่จำเป็นต้องเป็นส่วนหนึ่งขององค์ความรู้ของชนเผ่าพื้นเมือง แต่องค์ความรู้ของชนเผ่าพื้นเมืองถือว่าเป็นส่วนหนึ่งขององค์ความรู้ดั้งเดิม ทั้งนี้เพราะเหตุว่าองค์ความรู้ดั้งเดิมนี้อาจมีที่มาจาก

²² Furthermore, WIPO acknowledges that the issue is not yet finalised, but in the meantime traditional knowledge has defined as ‘traditional-based literary artistic or scientific works; performances; inventions; scientific discoveries; designs; mark, names, symbols; in disclosed industrial scientific, literary or artistic fields’. See *ibid* (World Intellectual Property Organization – Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holder) 25; see also Gervais, above n 7, 4.

²³ Subbiah, above n 12, 531; see also Graham Dutfield, ‘TRIPS-Related of Traditional Knowledge’ (2001) 33 *Case Western Reserve Journal of International Law* 233, 240

²⁴ Kremers, above n 10, 10.

²⁵ Thomas J Krumenacher, ‘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, 145-6.

ปัจเจกบุคคลหรือกลุ่มบุคคลอื่นที่มีไซชนเผ่าพื้นเมืองก็ได้ ซึ่งอาจเป็นชุมชนท้องถิ่นต่าง ๆ ก็ได้ ดังนั้น ความหมายขององค์ความรู้ดั้งเดิมจึงกล่าวว่า องค์ความรู้ของชนเผ่าพื้นเมือง กล่าวคือ รวมเอาความรู้ต่าง ๆ ไม่ว่าจะ เป็นของชนเผ่าหรือประชาชน คนท้องถิ่นเข้าไว้ด้วยกันทั้งหมด กล่าวอย่างง่าย ๆ ก็คือ ไม่มีความแตกต่างในด้านเนื้อหา เพียงแต่แตกต่างกันในด้านของผู้ทรงสิทธิเท่านั้นว่าเป็นของชนเผ่าพื้นเมือง หรือชุมชนท้องถิ่น

2.2.1 ชนเผ่าพื้นเมือง (indigenous peoples)

เช่นเดียวกับคำว่า ชนเผ่าพื้นเมือง หรือ indigenous people ซึ่งมุ่งประสงค์ถึงผู้ทรงสิทธิว่าเป็นบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใด เช่น เป็นของชนเผ่าพื้นเมืองหรือชุมชนท้องถิ่น กล่าวคือ ชนเผ่าท้องถิ่น หมายถึง กลุ่มคนที่รวมตัวกันอาศัยอยู่ร่วมกันเป็นกลุ่มก้อน มีขนบธรรมเนียมประเพณี เป็นของตัวเอง และดำรงรักษาสิ่งต่างๆ ไว้ร่วมกัน สืบต่อกันมาเป็นเวลาช้านาน²⁶

คำว่าชนเผ่าพื้นเมือง เริ่มมีคนกล่าวถึงมากขึ้นเมื่อประมาณหลังยุคล่าอาณานิคมหรือหลังจากศตวรรษที่ 16 เป็นต้นมา²⁷ ปัจจุบันหากกล่าวถึงคำว่าชนเผ่าพื้นเมืองจะหมายถึง คนพื้นเมืองที่มีชีวิตอยู่และอาศัยและอยู่ในดินแดนนับแต่ก่อนมีการรุกราน และปกครองโดยชนชาติอื่น ไม่ว่าจะ เป็นชนเผ่าพื้นเมืองหรือชาติพันธุ์หรือเป็นชุมชนผู้อยู่อาศัยในดินแดนนั้น ๆ ต่างก็มีขนบธรรมเนียมประเพณี มีลักษณะเฉพาะประจำชนเผ่าของเขาเหล่านั้น²⁸

สภาพภาพของชนเผ่าพื้นเมืองเริ่มมีการเปลี่ยนแปลงเมื่อราวกลางศตวรรษที่ 20 เป็นช่วงที่เริ่มมีการปลดปล่อยประเทศอาณานิคมทั้งหลาย²⁹ ชนเผ่าพื้นเมืองได้รับการยอมรับในตราสารด้านสิทธิมนุษยชน เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หรือ Universal Declaration of Human Rights,³⁰ the International Labour Organisation Convention (ILO) No.107 Concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries of 1957³¹, the International Labour Organization Convention (ILO) No.169 Concerning the Indigenous and Tribal Peoples

²⁶ Peter-Tobias Stoll and Anja von Hahn, 'Part II. Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law' in Silke von Lewinski (ed), *Indigenous Heritage and Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* (2004) 5, 5.

²⁷ Ibid.

²⁸ S James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law* (2nd ed, 2004) 3.

²⁹ Stoll and Hahn, above n 26, 6.

³⁰ The *Universal Declaration of Human Rights* of 10 December 1948, General Assembly Official Record, III, Resolutions, (UN Doc. A/810), 71.

³¹ The *International Labour Organisation Convention No.107* of 26 June 1957, enter into force on 2 June 1959, United Nations treaties Series 328, 247.

in Independent Countries of 1989³² และ the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples³³

นอกจากนี้ Martinez Cobo, the United Nations Special Rapporteur ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้ในการศึกษา เรื่อง discrimination against indigenous peoples ไว้ดังนี้

ชนเผ่าพื้นเมืองหรือชาติพันธุ์หมายถึง กลุ่มคนที่มีประวัติสืบเนื่องต่อกันมาตั้งแต่ก่อนมีการล่าอาณานิคม มีการพัฒนาการในดินแดนของเขา มีลักษณะเฉพาะของชุมชน และมีวิวัฒนาการสืบสานต่อกันมาจากรุ่นสู่รุ่น ในสังคมดินแดนของเขามีลักษณะเฉพาะประจำชนเผ่าตกทอดติดต่อกันมายังคนรุ่นปัจจุบันร่วมกับวัฒนธรรม สถาบันทางสังคม ตลอดจนระบบกฎหมาย ซึ่งการสืบสานต่อกันมาอย่างยาวนานนั้นพอสรุปได้เป็นข้อๆ ดังนี้

1. การครอบครองดินแดนของเขามาแต่บรรพบุรุษ หรือถึงแม้ว่าจะไม่ทั้งหมดแต่ก็เป็นบางส่วน
2. มีบรรพบุรุษร่วมกันมาก่อนนับแต่ได้มีการครอบครองดินแดนนั้นมา
3. มีวัฒนธรรมร่วมกันมา หรือมีลักษณะเฉพาะประจำเผ่าพันธุ์ เช่น การนับถือศาสนา การดำรงชีวิตความเป็นอยู่ การเป็นสมาชิกของชุมชนที่อยู่ การแต่งกาย และการใช้ชีวิตร่วมกัน เป็นต้น
4. การใช้ภาษาร่วมกัน
5. มีที่อยู่อาศัยเป็นการถาวรในประเทศนั้น ๆ หรือ ณ ที่ใดบนโลกนี้
6. กรณีปัจจัยเฉพาะอื่น ๆ (แล้วแต่เผ่าพันธุ์ ถ้ามี)³⁴

อย่างไรก็ตามความหมายตามความเห็นของ Cobo ดูเหมือนจะเป็นความเห็นที่เหมาะสมกับบริบทของยุคสมัยอาณานิคม (ชนเผ่าพื้นเมืองที่อยู่ภายใต้อำណัติปกครองของกลุ่มประเทศมหาอำนาจยุโรปในสมัยนั้น) มากกว่าที่จะครอบคลุมไปถึงชนเผ่าท้องถิ่นที่มีอยู่ทั่วไปทั่วทุกภูมิภาคของโลก ทั้งนี้องค์การแรงงานโลกหรือ International Labour Organization หรือ ILO ฉบับ

³² The *International Labour Organisation Convention No.169* of 27 June 1989, enter into force on 5 September 1991, United Nations treaties Series 1650, 383.

³³ The *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* was drafted by the Working Group, the United Nations Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities (now Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights), Sub-Commission resolution 1994/45, 24 August 1994, The Draft Declaration was elaborated by the Working Group on Indigenous Populations of the Sub-Commission established in 1982. The Working Group also developed the Draft *Principles and Guidelines for the Protection of the Heritage of Indigenous Peoples*; see also Stoll and Hahn, above n 35, 22-3, 111; see also Agnes Lucas-Schloetter, 'Section 4 Folklore' in Silke von Lewinski (ed), *Indigenous Heritage and Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* (2004) 259, 347-349.

³⁴ The *United Nations Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4*, paras. 397-380; see also Stoll and Hahn, above n 26, 9.

ที่ 169 Convention Concerning the Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries ได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้ว่าหมายถึง

- (1) ชนเผ่าที่อาศัยอยู่ในประเทศอิสระทั้งหลาย ซึ่งมีสังคม วัฒนธรรม และมีสภาพเศรษฐกิจ ที่แตกต่างจากสังคมที่เป็นชาตินั้น ๆ และมีสถานภาพไม่ว่าจะบางส่วนหรือทั้งหมดแตกต่างหากอาจโดยกฎหมายหรือกฎระเบียบเป็นการเฉพาะ
- (2) กลุ่มชนที่อาศัยอยู่ในประเทศอิสระ ซึ่งถือว่าเป็นชนเผ่าพื้นเมืองสืบทอดต่อกัน บรรพบุรุษของเขา ที่อาศัยอยู่ในประเทศในขณะที่ยังคงเป็นอาณานิคมหรือได้ถูกจัดตั้งขึ้นอยู่ในดินแดนของรัฐ ซึ่งยังคงไว้ซึ่งสังคม วัฒนธรรม เศรษฐกิจ และการเมืองของเขาเหล่านั้นอยู่³⁵

ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นคำจำกัดความในลักษณะใดก็ตามในที่นี้มุ่งประสงค์ให้หมายความรวมถึง ชนเผ่าท้องถิ่นดั้งเดิม ที่อาศัยอยู่ตามส่วนต่าง ๆ ของโลกไม่ว่าจะในออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ แอฟริกา และเอเชียด้วย

ในเรื่องเดียวกันนี้ ธนาคารโลกหรือ World Bank ได้เคยให้ความเห็นไว้ด้วย ดังนี้

คำว่า ชนเผ่าพื้นเมือง (indigenous peoples) ชนกลุ่มน้อยพื้นเมือง (indigenous ethnic minorities) หรือกลุ่มชนเผ่า (tribal groups) หมายถึง กลุ่มทางสังคม (social group) ซึ่งมีสังคม วัฒนธรรมที่เป็นเอกลักษณ์เฉพาะแตกต่างจากสังคมองค์รวมที่เขาอาศัยอยู่ และอยู่ในฐานะที่ต่ำต้อยกว่าชุมชนหลัก หรือเสียเปรียบมากกว่าในการได้รับการพัฒนา ซึ่งกลุ่มชนเหล่านี้ ถูกเรียกรวม ๆ ว่า ชนเผ่าพื้นเมือง ซึ่งเป็นชนเผ่าที่อาศัยอยู่ร่วมกัน และมีฐานะค่อนข้างยากจน อาชีพส่วนใหญ่จะทำการเกษตร พอเลี้ยงชีพ อยู่ใกล้บริเวณชายป่ามีกิจกรรมทางด้านเศรษฐกิจในระดับต่ำ อาศัยอยู่ในแถบภูมิศาสตร์เฉพาะถิ่น ซึ่งอาจมีลักษณะแตกต่างกันออกไป กล่าวคือ จะมีลักษณะ

- (1) อาศัยอยู่ในดินแดนอันเป็นที่อยู่สืบต่อกันมาหลายชั่วอายุคน และมีชีวิตความเป็นอยู่ขึ้นอยู่กับทรัพยากรที่มีอยู่ในที่อยู่อาศัยนั้น
- (2) มีลักษณะเฉพาะกลุ่มหรือเผ่าพันธุ์
- (3) มีภาษาพื้นเมืองเป็นของตนเอง ที่แตกต่างจากภาษาของชาติที่อยู่
- (4) มีขนบธรรมเนียมวัฒนธรรม และการดำเนินชีวิตเป็นของตนเองและ
- (5) มีชีวิตความเป็นอยู่อาศัยวัตถุประสงค์ดำรงชีพจากวัตถุประสงค์ขั้นพื้นฐาน³⁶

ดังนั้นจะเห็นว่าแนวคิดของธนาคารโลกจะมุ่งเน้นถึงชีวิตความเป็นอยู่ทางด้านเศรษฐศาสตร์เป็นหลักโดยมีชีวิตความเป็นอยู่โดยอาศัยทรัพยากรธรรมชาติขั้นมูลฐานเป็นหลัก

³⁵ The International Labour Organisation Convention (ILO) No. 169 Article 1, para. 1, adopted by the General Conference of the International Labour Organisation, Geneva, June 27, 1989. Entered into force September 5, 1991; see also Stoll and Hahn, above n 26, 10; see also Anaya, above n 28, 64 and 303.

³⁶ The World Bank Operational Directive 4.20; see also Stoll and Hahn, above n 26, 10.

นอกจากนี้ร่างปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนเผ่าพื้นเมือง (United Nations Draft Declaration on the Right of Indigenous Peoples) ได้กล่าวถึงสิทธิของชนเผ่าพื้นเมืองไว้ดังนี้คือ

ชนเผ่าพื้นเมืองมีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับในการเป็นเจ้าของ ควบคุม คุ่มครอง วัฒนธรรม และทรัพย์สินทางปัญญาของเขา ทั้งยังมีสิทธิที่จะกำหนดมาตรการพิเศษในการควบคุม พัฒนา คุ่มครองงานด้านวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี วัฒนธรรม รวมทั้งแหล่งทรัพยากรทางพันธุกรรม พืชพันธุ์ ยา องค์ความรู้ทางด้านพืชและสัตว์ เรื่องราวจากการเล่าขาน วรรณกรรม การออกแบบ และงานแสดงทางศิลปะทั้งหลายที่ปรากฏให้เห็นอยู่ของเขาเหล่านั้น³⁷

ปฏิญญานี้ได้รับการยอมรับในที่ประชุมสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ หรือ General Assembly เมื่อวันที่ 29 มิถุนายน ค.ศ. 2006 แต่ร่างฉบับดังกล่าวก็มิได้กำหนดคำวินิจฉัย ความหมายของคำว่า ชนเผ่าพื้นเมืองไว้เป็นการเฉพาะ³⁸

ดังได้กล่าวมาแล้วทั้งหมดเกี่ยวกับความหมายของคำว่า ชนเผ่าพื้นเมือง ซึ่งกระจัดกระจายอยู่ตามภูมิภาคต่าง ๆ ทั่วโลก ซึ่งได้รับการยอมรับทั้งในทางตรงและทางอ้อม ถึงความมีอยู่ และสิทธิที่เขาเหล่านั้นพึงได้รับโดยไม่จำเป็นต้องมีคำจำกัดความที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปก่อน ซึ่งโดยส่วนใหญ่ก็จะกล่าวถึงองค์ความรู้ร่วมกันที่เขาเหล่านั้นมีอยู่ ความเชื่อศาสนา นิยายปรัมปรา การเกษตร การอนุรักษ์ธรรมชาติ ยา ความหลากหลายทางชีวภาพ การแสดงออก เช่น ทางดนตรีและการเต้นรำ งานศิลปกรรม ออกแบบ จักสาน งานทางด้านวิทยาศาสตร์ การคิดค้น ค้นพบ และการประดิษฐ์คิดค้นใด ๆ ที่เกิดขึ้นในชุมชนของเขาเหล่านั้น ซึ่งมีมาแต่การดำรงชีพ และถ่ายทอดสืบต่อกัน มาจากรุ่นสู่รุ่นขององค์ความรู้ดั้งเดิมทั้งหลายที่มีอยู่

2.2.2 ชุมชนท้องถิ่น (local communities)

ความหมายของชุมชนท้องถิ่น มีความหมายใกล้เคียงกันกับชนเผ่าพื้นเมือง ในบางกรณีบุคคลทั้งสองกลุ่มยากที่จะแยกออกจากกันได้ หรือบางครั้งอาจรวมตัวเข้าด้วยกันจนเป็นชุมชนเดียวกันก็ได้ อย่างไรก็ตามคนสองกลุ่มนี้อาจมีความแตกต่างได้ ไม่ว่าจะเป็นชุมชนท้องถิ่นหรือชนเผ่าพื้นเมืองต่างก็คือกลุ่มคนที่อยู่อาศัยร่วมกัน มีอดีตและอนาคตร่วมกัน มีผลประโยชน์ ความเชื่อศาสนา ภาษา สภาพแวดล้อมร่วมกัน ในที่นี้เมื่อกล่าวถึงชนเผ่าพื้นเมืองจะหมายถึง เช่น ชนเผ่าอินเดียนแดง

³⁷ Report of the working group on indigenous populations on its eleventh session (Chairperson-Rapporteur: Ms. Erica-Irene A. Daes), Draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, UN ESCOR, E/CN.4/Sub.2/1993/29/Annex I, (23 August 1993) available at <<http://www.cwis.org/fwdp/draft9329.html>> at 8 January 2013.

³⁸ This Declaration was drafted by the Working Group on Indigenous Populations, established by ECOSOC Resolution 1982/34. Finally, the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples was adopted by the General Assembly resolution 2006/2 of 29 June 2006. (Adopted by a recorded vote of 30 votes to 2, with 12 abstentions). See Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (2006) <<http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/groups/groups-02.htm>> at 8 January 2013.

ในสหรัฐอเมริกา คนเผ่านอร์ดิก (Nordic) ซามิ (Sami) หรืออินุย (Inuit) หรือมาไซ (Masai) ในแอฟริกา คนเผ่าไอนุ (Ainu) ในญี่ปุ่น คนเผ่าอบอริจิน (Aborigines) ในออสเตรเลีย และคนเผ่ามาารี (Maori) ในประเทศนิวซีแลนด์ เป็นต้น ส่วนชุมชนท้องถิ่น จะหมายถึงคนชาตินั้น ๆ ที่มีชีวิตอยู่กระจัดกระจายในภูมิภาคหรือประเทศของเขาเหล่านั้น เช่น ชุมชนท้องถิ่นทางภาคเหนือ อีสาน หรือภาคใต้ของไทย เป็นต้น ส่วนชนกลุ่มน้อย เช่น กระเหรี่ยง อีเก้อ ทางภาคเหนือของไทย จัดอยู่ในกลุ่มของชนเผ่าพื้นเมือง

นักวิชาการบางท่าน เช่น Johanna Gibson ได้ให้ความหมายของคำว่าชุมชนไว้ในลักษณะของสังคมที่จับต้องได้ โดยเห็นว่า ชุมชนมีความหมายถึงที่ตั้งทางภูมิศาสตร์ วัฒนธรรม และประวัติความเป็นมาของกลุ่มชนนั้น ๆ ซึ่งก็คือกลุ่มคนที่อาศัยอยู่รวมกันในพื้นที่และมีเชื้อสาย เผ่าพันธุ์เดียวกัน รวมทั้งขนบธรรมเนียม ความเชื่อทางศาสนาที่ร่วมกันด้วย³⁹

อย่างไรก็ดีกล่าวโดยสรุปคือกลุ่มชนเผ่าพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่น เป็นกลุ่มสองกลุ่มที่แตกต่างกัน แต่อาจมีลักษณะองค์ประกอบภายในเหมือน ๆ กัน และอาจเป็นผู้ทรงสิทธิในองค์ความรู้ดั้งเดิมได้เช่นเดียวกัน และบุคคลไม่ว่าจะอยู่ในกลุ่มใดก็ควรได้รับสิทธิการคุ้มครองในองค์ความรู้ดั้งเดิมที่เขาเหล่านั้นมีอยู่อย่างเท่าเทียมกัน เพียงแต่หากมีการกล่าวถึงคนในกลุ่มสองกลุ่มนี้ให้เข้าใจว่าเป็นกลุ่มชนที่มีที่มาแตกต่างกัน ซึ่งถึงแม้ว่าจะได้รับการคุ้มครองเท่าเทียมกันก็ตาม

2.2.3 ทรัพยากรพันธุกรรม (genetic resources)

ทรัพยากรพันธุกรรมเป็นส่วนหนึ่งขององค์ความรู้ดั้งเดิม ทรัพยากรดั้งเดิมและทรัพยากรของชนเผ่าพื้นเมือง (indigenous resources)⁴⁰ ทรัพยากรพันธุกรรม ทรัพยากรชีวภาพ และองค์ความรู้ดั้งเดิมเกี่ยวข้องกันจนยากที่จะแยกออกจากกันได้ นักวิชาการ เช่น Michael Hassemer กล่าวว่า “ทรัพยากรพันธุกรรมโดยปกติจะมีความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับองค์ความรู้ดั้งเดิมของชุมชนพื้นเมืองและในหลาย ๆ ประเด็น เป็นการยากที่จะกล่าวให้เห็นถึงความแตกต่างอย่างชัดเจนได้”⁴¹

อย่างไรก็ดี ทรัพยากรพันธุกรรมได้มีการกำหนดความหมายโดยอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ หรือ CBD ในมาตรา 2 ดังนี้ “ทรัพยากรพันธุกรรม หมายความว่า สารพันธุกรรมซึ่งมีคุณค่าตามความเป็นจริงและตามศักยภาพ และสารพันธุกรรมหมายถึง สารใด ๆ ของพืช สัตว์ จุลินทรีย์ หรือแหล่งกำเนิดอื่น ๆ ซึ่งบรรจุหน่วยที่มีบทบาทหน้าที่ในการสืบทอดพันธุกรรม

³⁹ Johanna Gibson, *Community Resources: Intellectual Property, International Trade and Protection of Traditional Knowledge* (2005) 31.

⁴⁰ Michael Hassemer, ‘Section 2. Genetic Resources’ in Silke von Lewinski (ed), *Indigenous Heritage and Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, (2004), 151,163.

⁴¹ Ibid.

ทรัพยากรพันธุกรรมเป็นส่วนสำคัญขององค์ความรู้ดั้งเดิม การเกษตรดั้งเดิม และการแพทย์แผนดั้งเดิม ยิ่งไปกว่านั้นมูลค่าการตลาดของทรัพยากรพันธุกรรมมีมูลค่าสูงกว่าองค์ความรู้ด้านอื่น เช่น การแสดงระบำรำฟ้อน นิยายปรัมปรา เพลงพื้นบ้าน เรื่องเล่าขานสืบต่อกันมา และการออกแบบ และทรัพยากรพันธุกรรมส่วนใหญ่จะพบในเขตประเทศกำลังพัฒนา แต่กระนั้นก็ตาม กลุ่มชนเผ่าพื้นเมืองซึ่งเป็นเจ้าขององค์ความรู้เหล่านั้นกลับไม่ได้รับผลตอบแทนถึงการถูกนำไปใช้ประโยชน์ในองค์ความรู้ของเขาเหล่านั้นเลย⁴² ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจเรียกว่าเป็นการกระทำอันเป็นโจรสลัดทางชีวภาพ โดยส่วนใหญ่เป็นการนำเอาองค์ความรู้ดั้งเดิม และทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ประโยชน์โดยไม่ได้รับความยินยอม หรือมีค่าตอบแทนที่เหมาะสมต่อเจ้าขององค์ความรู้เหล่านั้นส่วนใหญ่แล้วจะเป็นองค์ความรู้ทางด้านยาสมุนไพร

ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใด องค์ความรู้ดั้งเดิมที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมได้ถูกนำสู่การหารือในเวทีระดับโลก เช่น อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก องค์การการค้าโลก (ในการประชุม Doha Ministerial Declaration เมื่อ 9-14 พฤศจิกายน ค.ศ. 2001) และปัญหาทรัพยากรพันธุกรรมนี้ได้กลายมาเป็นประเด็นหลักในการหารือขององค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องทางด้านปกป้องคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิมและวัฒนธรรมท้องถิ่น⁴³ กล่าวโดยสรุปแล้วคำว่าทรัพยากรพันธุกรรม ที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 2 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ 1992 ดูเหมือนจะได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง อย่างไรก็ตามคำดังกล่าวก็มีความเกี่ยวพันอย่างยากที่จะแยกออกจากกันได้กับคำว่า องค์ความรู้ดั้งเดิม ซึ่งในที่นี้ทรัพยากรพันธุกรรม หมายถึง ทรัพยากรพันธุกรรมพืช ซึ่งเป็นแหล่งกำเนิดสำคัญที่ควรได้รับการปกป้องร่วมกับองค์ความรู้ด้านการแพทย์แผนดั้งเดิม

⁴² Daniel Gervais, *TRIPS, DOHA and Traditional Knowledge*, (Draft version, final will be published in the *Journal of World Intellectual Property*) (reference to Daniel J Gervais, at <http://works.bepress.com/daniel_gervais/3> or <[http://aix1.uottawa.ca/~dsgervais/publications/TRIPS,%20DOHA%20&%20TRADITIONAL%20KNOWLEDGE%20\(DRAFT\).pdf](http://aix1.uottawa.ca/~dsgervais/publications/TRIPS,%20DOHA%20&%20TRADITIONAL%20KNOWLEDGE%20(DRAFT).pdf)> at 21 January 2013); see also Daniel Gervais, 'TRIPS, DOHA and Traditional Knowledge' (2005) 6/3 *The Journal of World Intellectual Property Law Economics Politics* 403-19.

⁴³ In 2000, the WIPO General Assembly established the Intergovernmental Committee on Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (known as "IG" or "IGC") as a forum for the discussion of intellectual property issues related to access to genetic resources and benefit sharing, the protection of traditional knowledge and expressions of folklore. At the Fifth Session of the IG, the Delegation of Zambia suggested, on behalf of the African Group, that the IG should draft and present to the General Assembly a legally-binding international instrument to protect genetic resources, traditional knowledge and folklore. See also Peter Drahos, 'Towards an International Framework for the Protection of Traditional Group Knowledge and Practice' (Paper presented at the request of the UNCTAD-Commonwealth Secretariat, Workshop on Elements of National *Sui Generis* Systems for the Preservation, Protection and Promotion of Traditional Knowledge, Innovations and Practices and Options for an International Framework, Geneva, 4-6 February 2004) 10-1.

2.2.4 ความหลากหลายทางชีวภาพ (biological diversity หรือ biodiversity)

ความหลากหลายทางชีวภาพ เป็นคำที่มีความหมายกว้างรวมถึงทุกชนิดของสัตว์ พืช สารพันธุกรรม และระบบนิเวศวิทยาที่มีอยู่ในโลก⁴⁴ นอกจากนี้หากจะกล่าวถึงความหมายอย่างกว้างแล้วอาจกล่าวได้ว่า เป็นสิ่งมีชีวิตทุกชนิดที่มีอยู่บนพื้นโลกนี้นั่นเอง

ความหมายของความหลากหลายทางชีวภาพนี้ได้มีการหารือกันในหมู่ของ นักวิชาการและองค์การระหว่างประเทศมากมายจนเป็นที่ยุติในการให้ความหมายในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ 1992 มาตรา 2 ดังนี้ “ความหลากหลายทางชีวภาพ หมายถึง การมีความผิดแผกแตกต่างระหว่างสิ่งมีชีวิตจากทุกแหล่งรวมถึง นอกเหนือจากสิ่งอื่นแล้วระบบนิเวศทางบก ทางทะเล และทางน้ำอื่น ๆ และการประกอบรวมทางนิเวศ ซึ่งสิ่งมีชีวิตเป็นส่วนหนึ่งในนั้นด้วย ในการนี้รวมถึงความหลากหลายภายในชนิดพันธุ์ ระหว่างชนิดพันธุ์ และของระบบนิเวศ”

ในความหมายอย่างกว้างที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้ มุ่งที่จะอนุรักษ์และมีการใช้งานอย่างยั่งยืนในความหลากหลายทางชีวภาพในชนิดพันธุ์ ประชากร และระบบนิเวศวิทยาทั้งหมด⁴⁵ นอกจากนี้ นักวิชาการ Daniel M Bodansky ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ว่า “ความหลากหลายทางชีวภาพกลายเป็นประเด็นระหว่างประเทศเพราะเหตุว่าในความร่วมมือระหว่างประเทศมีความจำเป็นที่จะต้องอนุรักษ์ นโยบายการอนุรักษ์นิยมในระดับชาติอย่างมีประสิทธิภาพ และเพราะเหตุผลด้านผลประโยชน์ของความหลากหลายทางชีวภาพที่มีอยู่ในแต่ละส่วนของประชาคมระหว่างประเทศ”⁴⁶

กล่าวโดยสรุปได้ว่าไม่มีเหตุผลใดเลยที่จะไม่ยอมรับการนำไปอนุวัติการของอนุสัญญานี้ ทั้งนี้เพราะเหตุว่าเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของบรรดาประเทศสมาชิกทุกประเทศ ดังนั้นจึงไม่แปลกใจเลยว่าอนุสัญญาดังกล่าวได้รับการยอมรับและให้สัตยาบันด้วยคะแนนเสียงอย่างท่วมท้นกว่า 190 ประเทศทั่วโลก

อย่างไรก็ดีนักวิชาการ Andrew Solow และ James Broadus ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “ในความหมายอย่างกว้างแล้ว อาจตีความได้เป็นสองแนวทางดังนี้ คือเป็นการเรียกร้องให้มีการอนุรักษ์ทรัพยากรความหลากหลายทางชีวภาพ และอีกทางหนึ่งคือ มุ่งให้มีการอนุรักษ์เสมือนหนึ่งเป็นการเตือนถึงภัยที่จะเกิดขึ้นหากไม่ดำเนินการวางแผนให้มีการอนุรักษ์”⁴⁷ อย่างไรก็ตามความหลากหลายทางชีวภาพอาจมีการตีความไปได้ในหลายมิติ แต่การให้ความหมายอย่างกว้างของอนุสัญญานี้ที่ได้รับ

⁴⁴ Karen W Baer, ‘A Theory of Intellectual Property and the Biodiversity Treaty’ (1995) 21 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 259, 272.

⁴⁵ Chris Wold, ‘The Futility, Utility, and Future of the Biodiversity Convention’ (1998) 9 *Colorado Journal of International Law and Policy* 1, 10.

⁴⁶ Daniel M Bodansky, ‘The Meaning of Biodiversity: International Law and Protection of Biological Diversity’ (1995) 28 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 623, 623.

⁴⁷ Andrew R Solow and James M Broadus, ‘The Meaning of Biodiversity: Issues the Measurement of Biological Diversity’ (1995) 28 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 695, 695.

การยอมรับอย่างกว้างขวางแล้ว จึงน่าจะใช้เป็นความหมายที่อ้างอิงได้พอสมควร ดังนั้น จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าความหมายของความหลากหลายทางชีวภาพก็คือความหลากหลายระหว่างสิ่งมีชีวิตทั้งหลายที่มีอยู่ในทุก ๆ แหล่ง

2.2.5 การแพทย์แผนดั้งเดิม (traditional medicine)

เดิมมีการใช้คำว่า การแพทย์แผนโบราณ แต่ต่อมาได้เปลี่ยนมาใช้คำว่า การแพทย์แผนดั้งเดิมแทน ซึ่งการแพทย์แผนดั้งเดิมนี้นับเป็นส่วนสำคัญที่สุดส่วนหนึ่งขององค์ความรู้ดั้งเดิม บางครั้งอาจมีการใช้คำว่า การแพทย์สนับสนุน (complementary medicine) การแพทย์ทางเลือก (alternative medicine) หรือการแพทย์ที่มีใช้กระแสหลัก (non-conventional medicine)

องค์การอนามัยโลกได้ให้ความหมายของคำว่า การแพทย์แผนดั้งเดิมไว้ว่า “เป็นการประมวลองค์ความรู้ ความชำนาญ และทางปฏิบัติที่มีพื้นฐานจากทฤษฎี ความเชื่อ ประสบการณ์ ที่แตกต่างกันออกไปแล้วแต่วัฒนธรรม ไม่ว่าจะเป็นชัดแจ้งหรือไม่ ในการดูแลรักษาสุขภาพ รวมทั้งการป้องกัน รักษาโรค การวินิจฉัยโรค การพัฒนาปรับปรุงการรักษา ทั้งทางกายภาพและทางจิตใจของโรคร้าย⁴⁸ ทั้งนี้รวมทั้งการแพทย์ทุกประเภทหรือทุกระบบของการรักษาโรคทางการแพทย์ ซึ่งมีการใช้มาเป็นเวลานานจากรุ่นสู่รุ่น การแพทย์แผนดั้งเดิมนี้อาจรวมถึงสมุนไพร องค์ประกอบจากสัตว์หรือองค์ประกอบจากธรรมชาติ และอาจรวมถึงทางที่มีใช้การรักษาทางการแพทย์ เช่น การนึ่งสมาธิ ผิงเข็ม การรักษาทางจิตวิญญาณ หรือการนวด

ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนถือว่าเป็นประเทศที่มีการใช้การแพทย์แผนโบราณมากที่สุดในโลก⁴⁹ ได้กล่าวถึงความหมายของการแพทย์แผนดั้งเดิมนี้นี้ไว้ในมาตรา 2 ของ the Regulations on the Protection of Types of Traditional Chinese Medicine ซึ่งออกโดย Decree No.106 ของ State Council ไว้ดังนี้ “ข้อบังคับนี้ใช้กับการแพทย์แผนดั้งเดิมของจีนที่ผลิตและประกอบภายในราชอาณาจักรของจีน รวมทั้งการเตรียมยาแผนดั้งเดิมของจีน สารสกัดและการเตรียมยาจากวัตถุธาวยาที่ได้จากธรรมชาติ รวมทั้งสารปรุงแต่งของการแพทย์แผนโบราณของจีน⁵⁰

⁴⁸ The World Health Organisation (WHO), Traditional Medicine: Definitions (2013) <<http://who.int/medicines/areas/traditional/definitions/en/>> at 21 January 2013.

⁴⁹ Teresa Schroeder, ‘Comment: Chinese Regulation of Traditional Chinese Medicine in the Modern World: Can the Chinese Effectively Profit from one of the Most Valuable Cultural Resources?’ (2002) 11 *Pacific Rim Law & Policy Journal* 687, 697.

⁵⁰ The Laws of the People’s Republic of China, the Regulations on the Protection of Types of Traditional Chinese Medicine promulgated by decree No. 106 of State Council of the People Republic of China, Article 6, For more detail see The Asian Legal Information Institute (AsianLII) <<http://www.asianlii.org/cn/legis/cen/laws/rotpototem652/>> at 21 January 2013. The AsianLII is managed by the Co-Directors of the Australasian Legal Information Institute (AustLII) (<http://www.austlii.edu.au/>): Professor Andrew Mowbray, Professor of Law and Associate Dean, University of Technology, Sydney; Professor Graham Greenleaf, Professor of Law, University of New South Wales; and Philip Chung, lecturer in Law, University of Technology, Sydney.

กล่าวโดยสรุปของความหมายการแพทย์แผนดั้งเดิมของจีนตามกฎหมายดังกล่าวคือ สารสกัด และการเตรียมยาที่ได้จากธรรมชาติ ซึ่งอาจเป็นพืช สัตว์ หรือสารใดก็ตามที่ใช้ในการป้องกันหรือรักษาโรค

ในการนี้กฎหมายของสหภาพยุโรป EU Directive (2001-83/EC amendment by 2004/24/EC) ได้กล่าวถึงความหมายของยาสมุนไพรดั้งเดิมและผลิตภัณฑ์ไว้ในมาตรา 1 ดังนี้ “ผลิตภัณฑ์ยาสมุนไพรคือผลิตภัณฑ์ใดก็ตาม (ที่เกี่ยวข้อง) โดยเฉพาะที่มีส่วนประกอบของสารประกอบสมุนไพร ชนิดหนึ่งหรือมากกว่าหนึ่งชนิด หรือมีการเตรียมยาสมุนไพร ชนิดเดียวหรือมากกว่าชนิดเดียวนั้น”

สารประกอบสมุนไพรคือ ส่วนประกอบทั้งหมดหรือบางส่วนของพืช สาหร่าย รา เห็ด ที่ยังไม่มีการปรุงแต่ง ซึ่งโดยปกติจะอยู่ในรูปตากแห้ง หรือบางครั้งจะอยู่ในรูปของพืชสด สารสกัดจากพืชซึ่งไม่จำกัดว่าใช้รักษาเฉพาะโรคใดเป็นการเฉพาะ จัดรวมอยู่ในสารประกอบสมุนไพรทั้งสิ้น ทั้งนี้สารประกอบสมุนไพรบางชนิดอาจใช้บางส่วนของพืชเป็นการรักษาโรคโดยเฉพาะ

การเตรียมยาสมุนไพร คือ การเตรียมยาโดยใช้สารประกอบสมุนไพรในการรักษาโรค เช่น การสกัด การกลั่น การบด (คั้น) การหั่น การทำให้บริสุทธิ์ การทำให้เข้มข้น หรือการหมักดอง ทั้งนี้รวมทั้งการทำให้เป็นผง สารละลาย สารสกัด น้ำมันระเหย น้ำสกัด และของเหลวที่ขับจากพืช⁵¹

มีข้อสังเกตว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปจะมุ่งเน้นยาสมุนไพร ไม่ว่าจะเป็นสารประกอบหรือการเตรียมยาสมุนไพร และจะไม่กล่าวถึง สัตว์ และสารธรรมชาติอื่น นอกจากพืช และนอกจากนี้กฎหมายของสหภาพยุโรป ยังกำหนดระยะเวลาของคำว่าดั้งเดิมหรือ traditional ไว้อย่างน้อย 25 ปี หรือประมาณหนึ่งช่วงอายุของคน (human generation)⁵²

นอกจากนี้ “ยาสมุนไพร” ยังได้กำหนดความหมายไว้โดยองค์การอนามัยโลก คือ รวมทั้งสมุนไพร สารสมุนไพร การเตรียมยาสมุนไพร และผลิตภัณฑ์ยาสมุนไพรสำเร็จ ซึ่งประกอบด้วยชิ้นส่วนจากพืช เช่น ใบ ดอก เมล็ด เปลือก ราก หรือลำต้น หรือสารสกัดจากพืช⁵³ ซึ่ง

⁵¹ Directive 2004/24/EC of the European Parliament and of the Council (OJ L 136/85, 86).

⁵² Ibid.

⁵³ The WHO provides the meaning of *Herbs*, *Herbal materials*, *Herbal preparations* and *Finished herbal products* as stating in the following: ‘*Herbs*: crude plant material such as leaves, flowers, fruit, seed, stems, wood, bark, roots, rhizomes or other plant parts, which may be entire, fragmented or powdered; *Herbal materials*: in addition to herbs, fresh juices, gums, fixed oils, essential oils, resins and dry powders of herbs. In some countries, these materials may be processed by various local procedures, such as steaming, roasting, or stir-baking with honey, alcoholic beverages or other materials; *Herbal preparations*: the basis for finished herbal products and may include comminuted or powdered herbal materials, or extracts, tinctures and fatty oils of herbal materials. They are produced by extraction, fractionation, purification, concentration, or other physical or biological processes. They also include preparations made by steeping or heating herbal materials in alcoholic beverages and/or honey, or in other materials; and *Finished herbal products*: herbal preparations made from one or more herbs. If more than

ความหมายดังกล่าวคล้ายกับความหมายที่ปรากฏในกฎหมายของสหภาพยุโรปที่ให้ความหมายของสมุนไพร หมายถึง พืชหรือส่วนของพืชเท่านั้น

อย่างไรก็ดีความหมายของ “ดั้งเดิม” ที่กำหนดนโยบายองค์การอนามัยโลกก็ไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนดังเช่นกฎหมายของสหภาพยุโรป ความหมายของ “ดั้งเดิม” ที่กำหนดไว้โดยองค์การอนามัยโลกกำหนดไว้เพียงกว้าง ๆ ว่า “มีประวัติการใช้มาอย่างยาวนาน” หรือ “the long historical use” ซึ่งก็ไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าเป็นจำนวนกี่ปี ยิ่งไปกว่านั้นความหมายขององค์การอนามัยโลก ยังกำหนดไม่เพียงแต่ยาสมุนไพรเท่านั้นยังรวมถึง การวินิจฉัยโรค และวิธีการรักษาโรคด้วย เช่น การรักษาทางกายภาพและทางจิตวิทยาด้วย⁵⁴ ซึ่งตามกฎหมายของสหภาพยุโรปกำหนดไว้เฉพาะแต่เพียงผลิตภัณฑ์สมุนไพรที่มีที่มาจากพืชเท่านั้น

ความหมายการแพทย์แผนดั้งเดิมของไทย หรือเรียกสั้น ๆ ว่าการแพทย์แผนไทย ปรากฏอยู่ในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ดังนี้

“การแพทย์แผนไทย” หมายความว่า กระบวนการทางการแพทย์เกี่ยวกับการตรวจวินิจฉัย บำบัด รักษา หรือป้องกันโรค หรือการส่งเสริมและฟื้นฟูสุขภาพของมนุษย์หรือสัตว์ การผดุงครรภ์ การนวดไทย และให้หมายความรวมถึงการเตรียมการผลิตยาแผนไทย และการประดิษฐ์อุปกรณ์และเครื่องมือทางการแพทย์ ทั้งนี้โดยอาศัยความรู้หรือตำราที่ได้ถ่ายทอดและพัฒนาสืบต่อกันมา⁵⁵ และได้ให้ความหมายของยาแผนไทยไว้ดังนี้

“ยาแผนไทย” หมายความว่า ยาที่ได้จากสมุนไพรโดยตรงหรือที่ได้จากการผสมปรุง หรือแปรสภาพสมุนไพร และให้หมายความรวมถึงยาแผนโบราณตามกฎหมายว่าด้วยยา”

และกฎหมายยาหรือพระราชบัญญัติยา พ.ศ.2510 ได้กำหนดความหมายของคำว่า “ยาแผนโบราณ” ไว้ในมาตรา 4(4) (ค) ดังนี้

“ยาแผนโบราณ” หมายความว่า ยาที่มีมุ่งหมายสำหรับใช้ในการประกอบโรคศิลปะแผนโบราณหรือการบำบัดโรคสัตว์ซึ่งอยู่ในตำรายาแผนโบราณที่รัฐมนตรีประกาศหรือยาที่รัฐมนตรีประกาศเป็นยาแผนโบราณ หรือยาที่ได้รับอนุญาตให้ขึ้นทะเบียนตำรับยาเป็นยาแผนโบราณ⁵⁶

one herb is used, the term mixture herbal product can also be used. Finished herbal products and mixture herbal products may contain excipients in addition to the active ingredients. However, finished products or mixture products to which chemically defined active substances have been added, including synthetic compounds and/or isolated constituents from herbal materials, are not considered to be herbal’.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542 มาตรา 3 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116/ตอนที่ 120 ก/หน้า 49/29 พฤศจิกายน 2542

⁵⁶ พระราชบัญญัติยา พ.ศ.2510 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 84/ตอนที่ 101/ฉบับพิเศษ หน้า 7/20 ตุลาคม 2510

ดังนั้นการแพทย์แผนไทยอาจกล่าวแยกได้เป็น 7 สาขา ดังนี้ (1) กระบวนการตรวจและวินิจฉัยโรค (2) การรักษาและการป้องกันโรค (3) การสนับสนุนและการฟื้นฟูสุขภาพของมนุษย์และสัตว์ (4) การผดุงครรภ์ (5) การนวดแผนโบราณ (6) การเตรียมและการผลิตยาแผนดั้งเดิมของไทย และ (7) การประดิษฐ์คิดค้นเครื่องมือทางการแพทย์

นอกจากนี้มีข้อน่าสังเกตว่าตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542 กำหนดความหมายของสมุนไพรไว้ให้รวมถึงสัตว์ด้วย ดังนี้

“สมุนไพร” หมายความว่า พืช สัตว์ จุลชีพ ธาตุวัตถุ สารสกัดดั้งเดิม จากพืชหรือสัตว์ที่ใช้หรือแปรรูปหรือผสมหรือปรุงเป็นยาหรืออาหารเพื่อการตรวจ วินิจฉัย บำบัด รักษา หรือป้องกันโรค หรือส่งเสริมสุขภาพร่างกายของมนุษย์หรือสัตว์ และให้หมายความรวมถึงถิ่นกำเนิดหรือถิ่นที่อยู่ของสิ่งดังกล่าวด้วย

มีข้อสังเกตว่าความหมายของการแพทย์แผนไทย จะมีความหมายกว้างกว่าที่กำหนดไว้โดย องค์การอนามัยโลกและกฎหมายของสหภาพยุโรป

กล่าวโดยสรุปแล้ว ความหมายของการแพทย์แผนไทยในที่นี้หมายความรวมถึงตัวยานที่ใช้ในการรักษาโรคที่ได้จากทั้งพืช สัตว์ หรือแร่ธาตุ ที่อยู่ในรูปของการแปรรูปอย่างหยาบ⁵⁷ หรือสารสกัด รวมทั้งวิธีการวินิจฉัยโรค การรักษา หรือการป้องกันโรคของทั้งมนุษย์และสัตว์ ซึ่งมีพื้นฐานมาจากองค์ความรู้ดั้งเดิม

2.3 การกระทำอันเป็นโจรสลัดทางชีวภาพ (biopiracy)

คำว่า การกระทำอันเป็นโจรสลัดทางชีวภาพ หรือ biopiracy เป็นคำที่เพิ่งจะมีการใช้มาไม่นานนี้เองในราวปี ค.ศ.1990 เป็นคำที่ใช้ในความหมายอย่างกว้าง ๆ หมายถึง การนำเอาทรัพยากรทางชีวภาพจากประเทศกำลังพัฒนาไปใช้ในทางพาณิชย์และผูกขาดการใช้โดยผ่านระบบสิทธิบัตร หรือทรัพย์สินทางปัญญาอื่น โดยประเทศที่พัฒนาแล้ว⁵⁸ หรือกล่าวอย่างง่าย ๆ คือ เป็นการนำเอาองค์ความรู้ดั้งเดิม โดยเฉพาะทางด้านยาแผนดั้งเดิมของชนเผ่าพื้นเมืองหรือของประเทศกำลังพัฒนาไปใช้ประโยชน์ในทางทรัพย์สิน โดยปราศจากการให้ค่าตอบแทนหรือชดเชยเจ้าขององค์ความรู้เหล่านั้น⁵⁹

⁵⁷ การแปรรูปอย่างหยาบ หมายความว่า การปรุงแต่งหรือเปลี่ยนแปลงสภาพหรือคุณสมบัติของสมุนไพร ทำให้ได้สารสกัดแบบรวมด้วยกรรมวิธีแบบดั้งเดิม และแบบที่พัฒนาขึ้น โดยมีได้สกัดแยกสารบริสุทธิ์เป็นรายชนิดหรือรายตัว (มาตรา 3 พระราชบัญญัติคุ้มครองส่งเสริมการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542)

⁵⁸ Encarta Search, Search Encarta about [Biopiracy](http://au.encyclopedia.msn.com/encyclopedia_1481590757/biopiracy.html) <http://au.encyclopedia.msn.com/encyclopedia_1481590757/biopiracy.html> at 25 January 2013.

⁵⁹ See Graham Dutfield (International Expert Workshop on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing: Identification of Outstanding ABS Issues: Access to GR and IPR.) ‘What is biopiracy?’ Queen Mary Intellectual Property Research Institute, Queen Mary University of London.(Email: g.m.dutfield@qmul.ac.uk) [2] <<http://www.canmexworkshop.com/documents/papers/l.3.pdf>>

นอกจากนี้นักวิชาการบางท่านที่ต่อต้านในเรื่องนี้ เช่น Vandana Shiva ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “การกระทำอันเป็นโจรสลัดทางชีวภาพ และการจดสิทธิบัตรในองค์ความรู้ของชนเผ่าพื้นเมือง ถือว่าเป็นการขโมยถึงสองครั้ง คือครั้งแรกเป็นการขโมยความคิดการริเริ่มสร้างสรรค์ และครั้งที่สองเป็นการใช้สิทธิหวงกัน (exclusive rights) โดยผ่านระบบจดสิทธิบัตร นอกจากนี้ยังเป็นการขโมยช่องทางทางเศรษฐกิจ ซึ่งเขาเหล่านั้นมีชีวิตความเป็นอยู่ขึ้นอยู่กับมัน ซึ่งการใช้ระบบสิทธิบัตรนอกจากจะเป็นการผูกขาดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวแล้ว ยังเป็นการสร้างมูลค่าเพิ่มในสินค้าอื่น ๆ อีก”⁶⁰ นอกจากนี้ยังมีการให้ความหมายไว้อีกว่า “(1) เป็นการเก็บเกี่ยวเอาพันธุ์พืช และอื่น ๆ ของชนเผ่าพื้นเมืองโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และนำไปจดสิทธิบัตรเพื่อการใช้ทางธุรกิจของตน (2) เป็นการพัฒนาทางด้านการค้าของสารทางชีววิทยาที่มีอยู่ในธรรมชาติ เช่น สารที่ได้จากพืช หรือ เซลล์พันธุกรรม โดยประเทศที่มีเทคโนโลยีที่ก้าวหน้ากว่า หรือองค์กรของประเทศเหล่านั้น โดยปราศจากการให้ค่าตอบแทน”⁶¹

ทั้งนี้องค์กร NGOs ได้ให้ความเห็นไว้อีกว่า “การกระทำอันเป็นโจรสลัดทางชีวภาพ หรือการขโมยสารพันธุกรรม และองค์ความรู้จากชุมชนของกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาที่อุดมไปด้วยสิ่งเหล่านี้ โดยกลุ่มประเทศอุตสาหกรรมที่มุ่งประสงค์ที่จะแสวงประโยชน์ และการเป็นเจ้าของสิทธิแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งเท่ากับว่าเป็นการย้อนกลับไปสู่ยุคล่าอาณานิคมอีกครั้งหนึ่ง”⁶² กล่าวคือ เป็นการนำเอาองค์ความรู้และทรัพยากรชีวภาพของกลุ่มประเทศพัฒนาไปใช้โดยปราศจากการเยียวยา และนำเอาองค์ความรู้ที่ได้จากกลุ่มประเทศดังกล่าวไปจดสิทธิบัตร หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การนำเอาทรัพยากรชีวภาพไปใช้โดยไม่มีสิทธิ ทรัพยากรเหล่านั้น เช่น พืชที่มีคุณสมบัติทางยาในการป้องกันและรักษาโรค โดยปราศจากการให้ค่าตอบแทนชุมชนหรือรัฐบาลที่เป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของทรัพยากรเหล่านั้น

นักวิชาการ Graham Dutfield ได้ให้ความเห็นว่า การกระทำอันเป็นโจรสลัดทางชีวภาพนี้แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ (1) การกระทำอันเป็นโจรสลัดในองค์ความรู้ดั้งเดิม และ (2) การกระทำอันเป็นโจรสลัดในทรัพยากรพันธุกรรม กล่าวคือ การเป็นโจรสลัดในองค์ความรู้ หมายถึง การ

⁶⁰ Vandana Shiva, *Biopiracy: need to change Western IPR systems* (22 December 1999) (Secretariat of Diverse Women for Diversity c/o Research Foundation for Science, Technology and Ecology A-60, Hauz Khas New Delhi - 110 016, India Tel: 91-11-6968077 Fax: 91-11-6856795 Email: vshiva@giasdl01.vsnl.net.in) <<http://www.sedos.org/english/shiva.htm>>

⁶¹ Encyclo, Online Encyclopedia, Biopiracy <<http://www.encyclo.co.uk/define/biopiracy>> at 25 January 2013.

⁶² See the ‘*BIOPIRACY, TRIPS AND THE PATENTING OF ASIA’S RICE BOWL: A collective NGO situationer on IPRs on rice*’, This paper is a common initiative of the following NGOs, POs and individuals from Indonesia, Philippines and Thailand: Assisi Foundation, BIOTHAI, CEC, GRAIN, Greens Philippines, Hayuma, MAPISAN, MASIPAG, PAN Indonesia, PDG, SIBAT, TREE and Univ. of the Philippines colleagues Dr Romy Quijano & Dr Oscar Zamora. May 1998. See GRAIN, Briefings 1998 Biopiracy <<http://www.grain.org/front/>>

เอาไปหรือการใช้ (ก) ซึ่งองค์ความรู้ดั้งเดิมโดยทั่วไปโดยไม่มีอำนาจ (ข) การเอาไปใช้โดยไม่มีอำนาจ ซึ่งองค์ความรู้ที่ค้นพบโดยปัจเจกชนหรือชนเผ่าพื้นเมืองดั้งเดิม (ค) การนำไปใช้โดยไม่มีอำนาจ ซึ่งองค์ความรู้ที่ไม่ได้มีการป้องกัน หรือมีการเก็บไว้เป็นความลับ (ง) การนำไปใช้โดยไม่มีอำนาจ ซึ่งองค์ความรู้ดั้งเดิมโดยการแสวงประโยชน์ (จ) การนำไปใช้ประโยชน์โดยไม่มีอำนาจในทรัพยากรชีวภาพทุกชนิด (ฉ) การใช้ในทางการค้าซึ่งองค์ความรู้ดั้งเดิมบนพื้นฐานของการวิจัย

สำหรับการกระทำอันเป็นโจรสลัดในทรัพยากรพันธุกรรม หมายถึง การเอาไปหรือการใช้ (ก) โดยไม่มีอำนาจในการสกัดสารหรือการใช้ทรัพยากรที่มีอย่างกว้างขวาง (ข) โดยไม่มีอำนาจในการสกัดสารหรือการใช้เฉพาะถิ่น (ค) โดยไม่มีอำนาจในการสกัดสารหรือการใช้ทรัพยากรที่ละเมิด ความตกลงในการเข้าถึงและการให้การเยียวยา (ง) โดยไม่มีอำนาจในการสกัดสาร และส่งออก ซึ่งทรัพยากร โดยละเมิดความตกลงกับประเทศนั้น ๆ (จ) ใช้อำนาจการสกัดสารจากทรัพยากรที่มีพื้นฐานจากการแสวงประโยชน์ร่วมกัน⁶³

กล่าวโดยรวมแล้วหมายความว่า การกระทำอันเป็นโจรสลัดทางชีวภาพคือการกระทำที่เป็นการขัดหรือละเมิดต่อองค์ความรู้ดั้งเดิม และ/หรือทรัพยากรพันธุกรรม อย่างไรก็ตาม การให้คำจำกัดความโดยนักวิชาการ และองค์กรที่มีใช้รัฐบาลหรือ NGO อีกมากมาย กล่าวโดยรวมก็คือเป็นการใช้ทรัพยากรของคนอื่น และองค์ความรู้ที่เกี่ยวข้องโดยปราศจากการตอบแทนผลประโยชน์ที่เขาเหล่านั้น ซึ่งเป็นเจ้าของทรัพยากรและข้อมูลควรจะได้รับ และเห็นว่าเป็นการใช้ความหลากหลายทางชีวภาพ (พืช สัตว์ จุลชีพ และองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องทั้งหลาย) และองค์ความรู้ดั้งเดิมที่เกี่ยวข้อง โดยปราศจากความยินยอมล่วงหน้า (without the prior informed consent)

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การกระทำอันเป็นโจรสลัดทางชีวภาพนี้ก็คือ การใช้โดยไม่มีอำนาจและปราศจากการขดเชยหรือให้ค่าตอบแทน ซึ่งองค์ความรู้ดั้งเดิมและ/หรือ ทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อพาณิชย์กรรมนั่นเอง

2.4 หลักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

2.4.1 ประวัติ ที่มาของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

นับเวลากว่าพันปีแล้วที่มนุษย์เรียนรู้การกำหนดเครื่องหมายบนตัวสัตว์ เพื่อป้องกันถึงความเป็นเจ้าของฝูงสัตว์เหล่านั้นจากลักษณะเครื่องหมาย หรือดวงตราที่ประทับลงบนตัวสัตว์นั้น ๆ ลักษณะบ่งชี้ที่ปรากฏพบทั้งลักษณะของการตัดหู (ให้มีลักษณะขาดแหว่งบางส่วน) และการประทับด้วยตราเหล็กร้อนเป็นลักษณะที่ประทับลงบนตัวสัตว์ ซึ่งลักษณะต่าง ๆ เหล่านี้เป็นไปเพื่อการแสดงออกความเป็นเจ้าของ ซึ่งนักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการแสดงความเป็นเจ้าของในสินค้านั้น ๆ นั่นเอง (อันเป็นที่มาของกฎหมายเครื่องหมายการค้าในเวลาต่อมา)

⁶³ See Dutfield, above n 59,3.

ในลักษณะเดียวกันนี้ ยังมีการประทับตราสัญลักษณ์ลงบนเครื่องปั้นดินเผา และสินค้าอื่น ๆ ซึ่งค้นพบในทั้งทวีปเอเชียและยุโรป ในลักษณะเดียวกันนี้ในดินแดนของอียิปต์และเมโสโปเตเมีย (Egypt and Mesopotamia) มีการประทับตราลงบนก้อนอิฐ และหินที่ตัดเป็นก้อน ๆ ที่ใช้ในการก่อสร้าง เพื่อบ่งบอกถึงแหล่งที่มา คุณภาพและความเป็นเจ้าของในสินค้านั้น ซึ่งนักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาบางท่านเห็นว่า ลักษณะดังกล่าวเสมือนเป็นกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้า และอาจเป็นทรัพย์สินทางปัญญาแขนงแรกของโลกที่พัฒนาต่อมาในปัจจุบัน

ในยุคสมัยของอารยธรรมกรีกโบราณ ประมาณศตวรรษที่ 6 ก่อนคริสตกาล ทรัพย์สินทางปัญญาในรูปของงานศิลปะและงานเขียน ได้พัฒนามาตั้งแต่สมัยกรีก ซึ่งปรากฏอยู่ในรูปของงานศิลปะ เช่น งานเขียน หรือภาพเขียน ซึ่งปรากฏชื่อของผู้สร้างสรรค์งานลงในงานศิลปะเหล่านั้น ซึ่งลักษณะของรอยตราหรือลายมือชื่อที่ลงกำกับงานศิลปะเหล่านั้น เปรียบเป็นหลักฐานที่เป็นการประกันถึงความยอมรับในผลงานนั้น ๆ ซึ่งเป็นการแสดงถึงทั้งผลสำเร็จของงานและความเป็นเจ้าของงานที่สร้างสรรค์นั้น การยอมรับในงานของผู้สร้างสรรค์งานชิ้นนั้น ๆ ในสังคมได้กลายมาเป็นกฎเกณฑ์ทางจารีตประเพณีถึงการแสดงออกของเจ้าของผลงานทางศิลปะ

ในลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาปัจจุบันถือได้ว่า การกระทำในยุคสมัยของกรีกเป็นการแสดงถึงสิทธิของปัจเจกบุคคลของผู้สร้างสรรค์งานศิลปะ ในสิทธิที่จะมีชื่อหรือลงลายมือชื่อบนผลงานศิลปะนั้น ๆ หรือเป็นการแสดงสิทธิในความเป็นเจ้าของในชิ้นงานนั้น แม้ว่างานนั้น ๆ ต่อมาจะมีการซื้อขายเปลี่ยนมือต่อไปก็ตาม

ต่อมาในยุคโรมัน (Roman Empire) การยอมรับในทรัพย์สินทางปัญญาในรูปแบบของลิขสิทธิ์ดูเหมือนจะได้รับการยอมรับเป็นสิทธิปัจเจกชน อย่างไรก็ตามก็ยังไม่ปรากฏการบันทึกเป็นหลักฐานถึงเรื่องดังกล่าวที่มีการยอมรับในหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในยุคนี้ ดังกล่าวมาแล้วข้างต้น แนวคิดในความเป็นเจ้าขององค์ความรู้หรืองานสร้างสรรค์นั้น ๆ อาจมีการยอมรับในระดับเป็นทางปฏิบัติทั่วไป นอกจากนี้ แนวคิดของความเป็นเจ้าของอาจมีการยอมรับกันในลักษณะของจริยธรรม หรือแนวคิดทางศีลธรรม ซึ่งปลูกฝังอยู่ในสังคมนั้น ๆ โดยไม่มีการจดบันทึกหรือตราเป็นกฎหมาย ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า ในยุคนั้นสิทธิความเป็นเจ้าของยังไม่มี ความหมายเป็นสิทธิหวงกันหรือสิทธิเฉพาะ หรือ exclusive rights ดังเช่นแนวคิดของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบัน นั้นหมายความว่า สิทธิในความเป็นเจ้าของ หรือ right of ownership หรือสิทธิในการแสดงออกในการเป็นตัวตน (ความเป็นเจ้าของ) หรือ self – identification เป็นการแสดงออกเพียงลักษณะของปัจเจกชนที่เป็นคนแต่งหรือสร้างสรรค์งานนั้น ๆ

หลังจากยุคมืด (Dark Ages) แนวคิดเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาเริ่มชัดเจนขึ้นกว่าที่ผ่านมา รูปแบบของสิทธิในทรัพย์สินเริ่มมีการกำหนดขึ้นเป็นรูปธรรม เช่น ในรูปของหนังสือให้ความคุ้มครอง หรือ Letter of Protection ที่ออกโดย King Edward III โดยมอบให้ John Kempe & his company and Flemish Weavers เมื่อ 1333 เพื่อให้มีการนำเข้าซึ่งเทคโนโลยีใหม่ ๆ มาสู่เกาะอังกฤษ นอกจากนี้ยังพบว่าปี ค.ศ. 1440 หนังสือสิทธิบัตร หรือ Letter of Patent ได้มีการออก

ให้แก่ John Shiedame ผู้ได้ประดิษฐ์คิดค้นการผลิตเกลือและกระบวนการทำให้บริสุทธิ์ สิทธิผูกขาดแต่เพียงผู้เดียวในทางการค้าและผลิตภัณฑ์ ได้ถูกนำมาเป็นเครื่องมือในการพัฒนาส่งเสริมเศรษฐกิจของประเทศ เพื่อกระตุ้นให้คนคิดประดิษฐ์คิดค้นสิ่งใหม่ ๆ ให้เกิดขึ้น โดยเฉพาะเทคโนโลยีใหม่ ๆ ทางด้านอุตสาหกรรม และนี้ได้กลายมาเป็นเหตุผลสำคัญในการออกเอกสารคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาสมัยใหม่ในปัจจุบัน

แม้ว่าแนวคิดด้านสิทธิความเป็นเจ้าของจะขยายตัวขึ้นในยุโรปและอังกฤษ แต่เอกสารที่ถือว่าเป็นสิทธิบัตรฉบับแรกได้เกิดขึ้นที่เมืองเวนิซ (Venice) ในปี ค.ศ. 1474 ที่รู้จักกันในนาม Venetian Moment และ Venetian Moment นี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นพื้นฐานของกฎหมายสิทธิบัตรในยุคใหม่ ซึ่งในขณะนั้นเวนิซได้ชื่อว่าเป็นศูนย์กลางของการค้าขายและเศรษฐกิจในยุโรป ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าพื้นฐานที่มาของสิทธิบัตรเกิดจากพื้นฐานทางเศรษฐกิจและความสำคัญของทางด้านเทคโนโลยีการประดิษฐ์คิดค้นสิ่งใหม่

จนกระทั่งปัจจุบัน ยังไม่ปรากฏหลักฐานว่าการเกิดสิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญาในภูมิภาคอื่นนอกจากยุโรป อย่างไรก็ตาม สิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินได้รับการยอมรับในหลักการของกฎหมายธรรมชาติ ดังนั้น จึงไม่แปลกเลยที่แนวคิดด้านสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งมีประวัติที่มาจากประเทศในทวีปยุโรป และได้แผ่ขยายไปทั่วโลก โดยเฉพาะในยุคโลกาภิวัตน์และในยุคของการจัดระบบเศรษฐกิจใหม่ในโลกปัจจุบัน

2.4.2 ทฤษฎีที่สำคัญเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญา

ทฤษฎีที่สำคัญที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาในที่นี่จะขอนามากว่า 2 ทฤษฎีคือ Lockean และ Hegelian

(1) ทฤษฎี Lockean

ทฤษฎี Lockean มีที่มาจากนักคิด John Locke ชาวอังกฤษ ซึ่งมีอายุอยู่ระหว่างปี ค.ศ. 1632-1702 และได้รับการยอมรับว่าเป็นปราชญ์ผู้มีอิทธิพลอย่างสูงในทฤษฎีที่เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สิน ซึ่งสิทธิดังกล่าวถือว่าเป็นสิทธิในทรัพย์สินเป็นของเจ้าของทรัพย์สินผู้เป็นผู้สร้างสรรค์งานนั้นขึ้นมา ทฤษฎีของ Locke สนับสนุนสิทธิในทรัพย์สินเป็นของผู้ประดิษฐ์คิดค้น หรือผู้ที่สร้างสรรค์งานนั้นขึ้นมา เป็นการตอบสนองหรือให้รางวัลแก่ผู้ประดิษฐ์คิดค้นหรือผู้สร้างสรรค์งาน อันเป็นประโยชน์แก่สังคม เขาเหล่านั้นก็ควรได้รับสิทธิ การคุ้มครองในความพยายามของเขา และเป็นการกระตุ้นส่งเสริมให้มีการประดิษฐ์คิดค้นและสร้างสรรค์งานใหม่ ๆ ให้เกิดขึ้น⁶⁴ ทฤษฎีของ Locke ยังกล่าวไว้อีกว่า สิทธิในทรัพย์สินเป็นสิทธิโดยธรรมชาติ เป็นสิ่งที่ได้รับมาโดยใช้แรงงานของมนุษย์ ผู้ใช้แรงงาน (รวมทั้งผู้ประดิษฐ์คิดค้นและผู้สร้างสรรค์งาน) ก็ควรจะได้รับสิทธิในความเป็นเจ้าของในผลิตภัณฑ์ที่

⁶⁴ Christopher May, 'Why IPRs are a Global Political Issue' in David Vaver (ed), *Intellectual Property Rights: Critical Concepts in Law* (2006) 277, 278.

เขาได้สร้างขึ้นมา และยังเห็นด้วยว่า ระบบที่ผู้ลงแรงสร้างงานขึ้นมาก็ควรมีสติเป็นเจ้าของงานนั้น เป็นระบบที่เหมาะสมที่สุดแล้วของมนุษยชาติ

ดังนั้นจึงค่อนข้างชัดเจนว่าทฤษฎีของ Locke สนับสนุนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา แก่ผู้ที่ได้ลงทุนลงแรง และความคิดในการสร้างสรรค์งาน และผลิตภัณฑ์ใหม่ ๆ ของเขาขึ้นมา ทฤษฎี แรงงานของ Locke หรือ Locke's Labour theory เป็นการมุ่งเน้นถึงการสร้างงานให้เกิดเป็น ทรัพย์สินขึ้นมา ซึ่งถือเป็นสิทธิทางธรรมชาติที่เป็นเจ้าของในผลิตภัณฑ์นั้น ซึ่งการใช้ความคิดในการ ประดิษฐ์คิดค้นหรือรวมทั้งกระบวนการผลิตถือเป็นที่มาของหลักการของกฎหมายสิทธิบัตรที่ให้สิทธิ แก่ผู้ประดิษฐ์คิดค้นในความเป็นเจ้าของงานของตนเอง⁶⁵

อย่างไรก็ดีแนวคิดดังกล่าวอาจเหมาะสมกับประเทศกลุ่มทุนนิยม อย่างเช่น สหรัฐอเมริกา และประเทศพัฒนาทั่ว ๆ ไป มากกว่าที่จะเป็นประโยชน์แก่ประเทศกำลังพัฒนา ทั้งหลาย ซึ่งหากพิจารณาแล้วมิใช่เป็นเรื่องที่ผิดปกติแต่อย่างใด ทั้งนี้เพราะเหตุว่าแนวคิดทฤษฎีของ Locke เกิดในกลุ่มประเทศพัฒนาหรือกลุ่มประเทศอุตสาหกรรม ดังนั้น ทฤษฎีดังกล่าวจึงปรับใช้กับ สังคมทุนนิยมดังกล่าว ในแง่ของสังคมวิทยาและความแตกต่างหลากหลายทางวัฒนธรรม ในสังคมแต่ ละสังคมอาจมีเหตุผลที่แตกต่างกันออกไปในแนวความคิดการให้ความคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิม เช่น นักวิชาการทางด้านนี้ของไทยท่านหนึ่ง (พญ.เพ็ญญา ทรัพย์เจริญ) ได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้ว่า “ความมีเมตตาธรรมเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมไทย องค์ความรู้หรือภูมิปัญญาที่มีคุณค่าทั้งหลาย บ่อยครั้งที่มีการให้ใช้ได้อย่างเสรีปราศจากการเรียกค่าตอบแทน ยกตัวอย่างเช่น หนังสือ ยาสมุนไพร โบราณของทางภาคเหนือของประเทศไทย ซึ่งได้เขียนจากการสัมภาษณ์แพทย์พื้นบ้าน ซึ่งได้แจ้งใน ปกหน้าของหนังสือเลยว่า องค์ความรู้ต่าง ๆ ในหนังสือฉบับนี้ อนุญาตให้นำไปใช้ได้โดยไม่ขอเรียก ร้อง ผลประโยชน์ตอบแทนใด ๆ ทั้งสิ้น”⁶⁶

อย่างไรก็ดี สิ่งที่ปฏิเสธไม่ได้ก็คือทฤษฎีดังกล่าวก็มีได้มีข้อห้ามว่าสิ่งประดิษฐ์คิดค้นที่ เกิดขึ้นในประเทศกำลังพัฒนาจะไม่สามารถปรับใช้เข้ากับทฤษฎีของสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา กล่าวคือทฤษฎีดังกล่าวสามารถปรับใช้ได้ทั่วไปอย่างเท่าเทียมกัน เพียงแต่ทฤษฎีของ Locke นี้ได้ รับรองสิทธิในทรัพย์สิน ซึ่งควรเป็นของคนที่มีความขยันในการสร้างสรรค์งานนั้นขึ้นมา ซึ่งเป็นการให้ ความคุ้มครอง ผู้ซึ่งเป็นผู้ประดิษฐ์คิดค้น หรือสร้างสรรค์งานดังกล่าว ดังนั้นทฤษฎีของ Locke จึงเป็น ทฤษฎีที่สำคัญทฤษฎีหนึ่งที่ใช้ในการสนับสนุนแนวคิดของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบัน

⁶⁵ Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, 13-39 (1996) cited in Kelan, 'Comment: Property Rights, Individual rights and the Validity of Patent Law Systems' (2000) 71 *University of Colorado Law Review* 1439, 1450.

⁶⁶ 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.

(2) ทฤษฎี Hegelian

นักคิดชาวเยอรมัน Geory Wilhelm Friedrich Hegel ซึ่งรุ่งเรืองในช่วงปี ค.ศ. 1770-1931 เจ้าของทฤษฎี Hegelian นี้เห็นว่า การให้ความคุ้มครองทรัพย์สินโดยมุ่งเน้นความสำคัญของทรัพย์สิน เป็นสิ่งสำคัญและจำเป็น และเป็นเงื่อนไขสำคัญของการดำรงชีวิตอยู่ของมนุษย์⁶⁷ โดยแนวคิดดังกล่าวเห็นว่ามนุษย์ควรมีสติหรืออำนาจพิเศษเฉพาะ (exclusive power) เหนือทรัพย์สินทั้งที่เป็นทรัพย์สินที่สัมผัสได้ (tangible) และสัมผัสไม่ได้ (intangible) นั้นหมายถึงทรัพย์สินทางปัญญานั้นเอง งานเขียนของ Hegel ที่ยึดถือมนุษย์เป็นพื้นฐาน นั้นหมายความว่ามนุษย์สามารถอ้าง (ความเป็นเจ้าของ) ในวัตถุใด ๆ ก็ได้ ทฤษฎีของ Hegel จึงมุ่งเน้นการกระทำของมนุษย์ที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินของเขา กล่าวคือเป็นสิทธิของมนุษย์ที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินที่เป็นของเขาเอง ดังนั้น โดยแนวคิดทฤษฎีดังกล่าวจึงถือว่าการสนับสนุนแนวคิดของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบัน

นอกจากทฤษฎีทั้งสองแล้วยังมีทฤษฎีที่มีความเห็นใกล้เคียงกันในการสนับสนุนแนวคิดทรัพย์สินทางปัญญานี้ เช่น ทฤษฎี Rawlsian หรือ Rawlsian theory⁶⁸ และทฤษฎี Hohfeldian⁶⁹ ซึ่งสนับสนุนแนวคิดทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบัน

เมื่อเทียบเคียงกับทฤษฎีดังกล่าวกับการคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิมและทรัพย์สินทางปัญญาแล้วอาจกล่าวได้ว่า หากสิ่งเหล่านั้นมีอยู่ในธรรมชาติโดยปราศจากการปรุงแต่งเตรียมหรือผ่านกระบวนการกลั่นกรองหรือด้วยประการใดโดยฝีมือของมนุษย์แล้วย่อมไม่ควรถูกที่จะได้รับการคุ้มครอง การที่จะให้ความคุ้มครองได้ต้องมีส่วนของความพยายาม การสร้างสรรค์ ดัดแปลง ปรับปรุง สิ่งที่มีอยู่แล้วในธรรมชาติให้เกิดผลได้สิ่งใหม่ ๆ ขึ้นแก่สังคม โดยนัยของทฤษฎีต่าง ๆ ดังกล่าว ในทำนองเดียวกันกับสิ่งมีชีวิตที่มีบ่อเกิดจากธรรมชาติก็อาจได้รับการคุ้มครอง ถ้าหากมีการค้นพบความสามารถของมันว่าสามารถใช้ให้เกิดประโยชน์ในทางอุตสาหกรรมได้ โดยนำมือของมนุษย์

⁶⁷ Paul J Heald, 'Symposium: Traditional Knowledge, Intellectual Property, and Indigenous Culture: Article: The Rhetoric of Biopiracy' (2003) 11 *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 519, 528.

⁶⁸ John Rawls, the American philosopher born in Baltimore, Maryland, USA, His work on 'Theory of Justice' argued persuasively for a political philosophy based on equality and individual rights. Rawlsian theory or the Rawlsian's concept emphasizes on the fair and justice that 'Rawls's theory of justice revolves around the adaptation of two fundamental principles of justice which would, in turn, guarantee a just and morally acceptable society. The first principle guarantees the right of each person to have the most extensive basic liberty compatible with the liberty of others. The second principle states that social and economic positions are to be (a) to everyone's advantage and (b) open to all.' For more information see John Rawls, *A Theory of Justice* (1971), <<http://caae.phil.cmu.edu/cavalier/Forum/meta/background/Rawls.html>> at 30 January 2013.

⁶⁹ Hohfeldian, the American jurist, his analysis points out that the rights come attached with correlative duties are important for all property rights. For more information see J W Harris, *Property and Justice* (1996) cited in Matthew H Kramer, 'Book Review' (1997) *The Cambridge Law Journal* 642-6.

ยกตัวอย่างเช่น ยีสต์ (yeast cells) ที่ใช้ในอุตสาหกรรมหมักสุรา เป็นต้น ซึ่งได้รับการจดสิทธิบัตรโดย Louis Pasteur ในปี ค.ศ. 1873 แม้ในขณะนั้นมีความเชื่อว่าสิ่งมีชีวิตไม่อาจนำมาจดสิทธิบัตรได้⁷⁰ ซึ่งต่อมาสหรัฐอเมริกาเองก็ได้ออกกฎหมายเฉพาะขึ้นมาคือ Plant Patent Act 1930 และในความเป็นจริงทรัพยากรพันธุกรรมพืช หรือพันธุ์พืชป่า (ที่มีอยู่ในธรรมชาติ) ยังคงยากมากที่จะได้รับการคุ้มครอง แม้แต่ในอนุสัญญาคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่หรือ The International Convention of the Protection of New Varieties of Plant (UPOV) ก็มีวัตถุประสงค์เฉพาะการให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่เท่านั้นไม่รวมถึงการคุ้มครองพันธุ์พืชที่มีอยู่ในธรรมชาติ

อย่างไรก็ดีการแพทย์แผนดั้งเดิมเป็นองค์ความรู้ ในการที่จะนำพืชชนิดใดและอย่างไรมาใช้ได้ในทางการแพทย์ ซึ่งเป็นองค์ความรู้ที่ได้จากความพยายามอุตสาหกรรมของมนุษย์ ในการเสาะแสวงหา และลองผิดลองถูกจนได้พืชที่มีคุณสมบัติทางยาและใช้ประโยชน์จึงควรได้รับการคุ้มครองภายใต้หลักการของสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาด้วยเช่นกัน

แม้แนวคิดของนักคิดเช่น Locke และ Hegel จะมีอิทธิพลต่อทฤษฎีของทรัพย์สิน ซึ่งเป็นการสนับสนุนแนวคิดของทรัพย์สินทางปัญญาก็ตาม แต่ก็เชื่อว่าจะเป็นทฤษฎีที่ถูกต้อง และชาวโลกทุกคนต้องยึดถือตามเสมอไป อาจมีแนวความคิดที่แตกต่าง วัฒนธรรมและความเชื่อทางประวัติศาสตร์ดั้งเดิมเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของที่แตกต่างกันออกไปก็ได้ ซึ่งยังมีได้มีการกล่าวถึงเพียงแต่แนวคิดของทางยุโรปที่เกี่ยวกับระบบสิทธิบัตรใหม่ได้เกิดขึ้นมาครั้งแรกในยุโรปและได้ถูกเผยแพร่ออกไปทั่วโลกจนกลายเป็นพื้นฐานของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของโลกในปัจจุบัน⁷¹

ด้วยเหตุนี้ ถ้าองค์ความรู้ดั้งเดิมได้รับการพิจารณาอย่างเปิดใจยอมรับคุณค่าของวัฒนธรรมตะวันออกแล้ว สิ่งเหล่านี้ก็อาจได้รับการคุ้มครองภายใต้แนวคิดตะวันตกของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาก็ได้ นักวิชาการ Christopher May ก็สนับสนุนแนวคิดในเรื่องนี้ คือคำตอบเดียวจะตอบทุก ๆ คำถามได้อย่างไร หรือ one-size-fits-all⁷² หมายความว่าแนวคิดทรัพย์สินทางปัญญาของยุโรปจะครอบคลุมถึงสรรพสิ่งที่มีอยู่บนโลกนี้ได้อย่างไร หรือหากสิ่งใดไม่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์นี้ก็จะไม่ได้รับความคุ้มครอง ซึ่งหากเป็นเรื่องนั้นอาจเป็นความคิดที่ดูจะคับแคบไปอย่างยิ่งในทางวิชาการ แนวความคิดในเรื่องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตะวันตกอาจเหมาะสมกับวัฒนธรรมตะวันตก แต่อาจไม่เหมาะสมกับโลกตะวันออกก็ได้ ในขณะที่โลกปัจจุบันยอมรับความหลากหลายที่มีอยู่ในโลก กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาอาจสร้างแนวคิดทฤษฎีที่เหมาะสมสำหรับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของเขาเองก็ได้ ซึ่งอาจจะสอดคล้องกับแนวคิดทางตะวันตกของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาหรือไม่สอดคล้องเลยก็ได้

อย่างไรก็ดี แนวคิดกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาตะวันตกได้เผยแพร่และมีผลบังคับใช้มาเป็นเวลานาน เช่น Paris Convention for the Protection of Industrial Property 1883

⁷⁰ Graham Dutfield, Intellectual Property , Biogenetic Resources and Traditional Knowledge (First published, 2004) 3.

⁷¹ Kelan, above n 65, 1451-2.

⁷² May, above n 64, 279.

และ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 1886 และ โดยเฉพาะในกลไกการค้าระหว่างประเทศ เช่น ความตกลง TRIPs หรือ Trade Related Intellectual Property Rights Agreement ในองค์การการค้าโลก เป็นต้น⁷³

ดังนั้น ปัญหาการให้ความคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิมและทรัพยากรพันธุกรรมใน ส่วนของการแพทย์แผนดั้งเดิมหรือการแพทย์แผนไทยที่ถูกหยิบยกขึ้นมาโดยกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งเป็นที่ท้าทายแนวคิดทางตะวันตก อาจยังต้องการปัจจัยทางด้านระยะเวลาและการพัฒนาแนวคิด จนเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางมากขึ้น และอาจกล่าวได้ว่าแนวคิดของ Locke และ Hegel ก็ได้มีส่วนใดเป็นการขัดหรือคัดค้านแนวคิดในการให้ความคุ้มครององค์ความรู้ด้านการแพทย์แผนดั้งเดิมนี้อย่างไรก็ตาม ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวก็ได้จำกัดสนับสนุนแต่เฉพาะหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบันแต่อย่างใด และหากทรัพย์สินใดที่เกิดขึ้นจากความพยายามของมนุษย์ การคิดค้น สร้างสรรค์ด้วยแล้วก็อาจได้รับสิทธิในการคุ้มครองทางด้านทรัพย์สินทางปัญญานี้ด้วย

2.5 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิม

นับเป็นเวลากว่าพันปีมาแล้วที่ภูมิปัญญาการแพทย์แผนดั้งเดิมถูกค้นพบโดยชนเผ่าดั้งเดิม และความรู้ดังกล่าวนี้ได้ตกทอดสืบต่อกันมาในสังคมของเขาเหล่านั้น องค์ความรู้ที่สืบต่อกันมาจากรุ่นสู่รุ่นจนกลายเป็นองค์ความรู้ดั้งเดิม แม้ว่าองค์ความรู้เหล่านั้นจะมีอาจหาวัน ซึ่งเป็นวันแรกแห่งต้นความคิด และมีอาจทราบถึงตัวตนคิดในความรู้ที่ได้ก็ตาม แต่องค์ความรู้เหล่านั้นก็มีความสำคัญ และมีคุณค่าต่อสังคม วัฒนธรรมท้องถิ่นของสังคมนั้น ๆ ดังนี้ องค์ความรู้จึงปรากฏในลักษณะของสิทธิร่วม หรือ collective rights มากกว่าที่จะเป็นสิทธิของปัจเจกชนหรือ individual rights ซึ่งองค์ความรู้เหล่านั้นมีคุณค่าทั้งทางด้านเศรษฐกิจและวัฒนธรรมของสังคมนั้น และอาจพบในรูปแบบของเทคนิคในด้านการเกษตรกรรม ด้านทางชีวภาพและด้านการแพทย์สมุนไพร

องค์ความรู้ดั้งเดิมนี้อาจมีรากฐานจากความหลากหลายทางชีวภาพและทรัพยากรพันธุกรรมในพืชและสัตว์ท้องถิ่น ซึ่งเกิดประโยชน์อย่างมากมายังทั้งทางด้านเกษตรกรรม อุตสาหกรรม และด้านการแพทย์แผนดั้งเดิม และโดยเฉพาะทางด้านการศึกษาสมุนไพร ซึ่งมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องมาจนปัจจุบัน และมีบทบาทสำคัญมากต่อสุขภาพอนามัยของประชาชนชาวโลกทั้งหลายมาตั้งแต่สมัยโบราณ เกือบร้อยละ 80 ของประชากรโลก ยังพึ่งพิงการแพทย์แผนดั้งเดิมในการรักษาเบื้องต้น จากรายงานขององค์การอนามัยโลกหรือ World Health Organization หรือ WHO พบว่าประชากรที่ยังใช้การแพทย์แผนดั้งเดิมรักษาโรคมียังอยู่ถึงร้อยละ 40 ในประเทศจีน ร้อยละ 70 ในอินเดีย ร้อยละ 80 ในกลุ่มประเทศแอฟริกา นอกจากนี้ยังสำรวจพบว่า ประชากรที่เคยใช้การแพทย์

⁷³ 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, 158.

แผนดั้งเดิมอย่างน้อย 1 ครั้งในชีวิต ในสหรัฐอเมริกาพบร้อยละ 42 และ ในเบลเยียม ร้อยละ 38 และในปี ค.ศ. 1985 พบว่าค่าการตลาดของยาสมุนไพรที่มีการซื้อขายกันในกลุ่มประเทศ OECD หรือ the Convention on the Organization for Economic Co-operation and Development (ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย ออสเตรีย เบลเยียม แคนาดา เช็ครีพับลิค เดนมาร์ค ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส เยอรมนี กรีซ ฮังการี ไอซ์แลนด์ โปแลนด์ อิตาลี ญี่ปุ่น เกาหลี ลักแซมเบิร์ก แม็กซิโก เนเธอร์แลนด์ นิวซีแลนด์ ตุรกี สหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกา) ประมาณสูงถึง 43 พันล้านเหรียญสหรัฐ นอกจากนี้ยังมีรายงานว่าสมุนไพรกว่า 119 ชนิด มีการใช้เป็นส่วนประกอบของยาอย่างแพร่หลาย และมีการใช้เป็นส่วนประกอบของยาแผนปัจจุบัน (conventional medicines) และเป็นที่น่าสังเกตว่า ยาแผนปัจจุบันเหล่านี้มิได้มีกานแจ้งถึงแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม หรือองค์ความรู้ดั้งเดิม อันเป็นที่มาของยาเหล่านั้น ทั้งนี้เพราะเหตุว่าไม่มีข้อบังคับให้ต้องมีการจดแจ้งข้อมูลเหล่านั้นในการขดจดทะเบียนสิทธิบัตร

นอกจากนี้ ยังมีประมาณ 13,000 ชนิด ถูกใช้ในการเป็นส่วนประกอบของยาแผนดั้งเดิมทั่วโลก ซึ่งพืชส่วนใหญ่มีถิ่นกำเนิดอยู่ในประเทศกำลังพัฒนา และองค์ความรู้ดั้งเดิมทางด้านการแพทย์แผนดั้งเดิมนี้ได้ถูกนำไปใช้ในประเทศพัฒนาทั้งทางตรงและทางอ้อม ปัจจุบันประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายได้ตระหนักถึงการที่จะต้องคุ้มครองป้องกันองค์ความรู้ต่าง ๆ เหล่านี้ ในขณะที่ปัจจุบันการใช้แพทย์ทางเลือก (alternative medicine) หรือการแพทย์แผนดั้งเดิมมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น และแนวคิดทางด้านการศึกษาให้ความคุ้มครององค์ความรู้ต่าง ๆ เหล่านี้ได้กลายมาเป็นประเด็นหารือในองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ

หลักการทางด้านสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา หรือ intellectual property rights เป็นส่วนหนึ่งที่ถูกหยิบยกขึ้นมาหารือถึงมาตรการในการให้การคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิม โดยหลักการดังกล่าวยังไม่มีกฎหมายเป็นการเฉพาะให้ความคุ้มครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักการทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาที่ปรากฏอยู่ในความตกลงทริปส์ หรือ World Intellectual Property Organization หรือ WIPO และยังมีข้อโต้แย้งอยู่มากถึงการนำหลักการทางด้านสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาคู่คุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิม ไม่ว่าจะใช้หลักการที่มีอยู่แล้ว เช่น สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ความลับทางการค้า เป็นต้น หรืออาจจะเป็นกฎหมายเฉพาะแขนงอื่นของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ดังนี้ จึงจำเป็นต้องศึกษาถึงหลักการทางทรัพย์สินทางปัญญาดังจะได้อีกต่อไป

2.6 พัฒนาการของการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

พัฒนาการในการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเริ่มขึ้นภายหลัง รัชสมัยรัชกาลที่ 5 โดยลำดับ ดังนี้

รัชสมัยรัชกาลที่ 6 พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ใน พ.ศ. 2456 ได้มีการยกเลิกการสอนการแพทย์แผนไทยในโรงเรียนราชแพทยาลัย และยกเลิกการจ่ายยาแผนโบราณให้แก่

ผู้ป่วยในโรงพยาบาลศิริราช ส่งผลต่อการรักษาร่วมกันระหว่างแพทย์แผนไทยกับการแพทย์แผนปัจจุบัน การเรียนการแพทย์แผนโบราณของไทยไม่มีหลักสูตรและไม่มีวิธีการปฏิบัติการรักษาที่แน่นอนจริงจัง ซึ่งผิดกับการแพทย์แผนปัจจุบันที่ครูสอนเป็นชาวต่างชาติ มีการวางหลักสูตรไว้แน่นอน ไม่เข้าใจถามได้ แต่การแพทย์แผนไทยหากนักศึกษาสงสัย ไม่มีครูช่วยแก้ไขข้อสงสัยดังกล่าว การเรียนต้องท่องจำอย่างเดียว และตำราการแพทย์ก็มีเฉพาะตำราของหลวง มีการสอนปฏิบัติทางฝ่ายการแพทย์ไทยและมีบันทึกเพียงอย่างเดียว คือ วิธีให้ยา ไม่ปรากฏมีวิธีปฏิบัติ ซึ่งผิดกับการแพทย์แผนปัจจุบันที่ถือการตรวจและวินิจฉัยเป็นสำคัญก่อน

ต่อมา พ.ศ. 2460 ได้มีการออกพระราชบัญญัติการแพทย์ พ.ศ. 2460 ขึ้น เพื่อควบคุมการประกอบโรคศิลปะ ซึ่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ให้คำจำกัดความเกี่ยวกับการแพทย์แผนไทยไว้ว่า

การแพทย์แผนโบราณ หมายถึงผู้ประกอบโรคศิลปะโดยอาศัยการสังเกต ความชำนาญ อันได้บอกเล่าสืบต่อกันมาเป็นที่ตั้ง หรืออาศัยตำราอันมีมาแต่โบราณ โดยมีได้ดำเนินไปในทางวิทยาศาสตร์

พระราชบัญญัตินี้ถือว่าเป็นพระราชบัญญัติที่บีบบังคับให้แพทย์แผนไทยไม่สามารถพัฒนาต่อไปได้ ซึ่งส่งผลให้การแพทย์แผนไทยออกสู่การแพทย์นอกระบบ และไม่ได้รับการสนับสนุนจากรัฐบาล และนอกจากนี้ พระราชบัญญัตินี้ยังชี้ให้เห็นว่า การที่ชนชั้นนำของไทยได้พบปะกับชาวต่างประเทศเป็นประจำ จนเกิดการยอมรับและเชื่อถือการแพทย์ตะวันตกและปฏิเสธการแพทย์แผนไทย ซึ่งได้ปฏิบัติสืบทอดจากบรรพบุรุษ จึงทำให้การแพทย์แผนไทยนอกจากจะไม่สามารถสืบทอดและพัฒนาให้เจริญก้าวหน้าต่อไปแล้ว ยังถูกทำลายทั้งทางตรงและทางอ้อมด้วย

ต่อมารัชสมัยรัชกาลที่ 7 พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้ออกกฎหมายบาติใน พ.ศ. 2472 แบ่งการประกอบโรคศิลปะเป็นแผนปัจจุบันและแผนโบราณ ที่กำหนดว่า

- ประเภทแผนปัจจุบัน คือ ผู้ประกอบโรคศิลปะโดยความรู้จากตำรา อันเป็นหลักวิชาโดยสากลนิยม ซึ่งดำเนินการและจำเจริญขึ้นโดยอาศัยการศึกษาและการตรวจค้น และทดลองของผู้รู้ในทางวิทยาศาสตร์ทั่วโลก

- ประเภทแผนโบราณ คือ ผู้ประกอบโรคศิลปะโดยอาศัยความสังเกต ความชำนาญ อันได้บอกเล่าสืบต่อกันมาเป็นที่ตั้ง หรืออาศัยตำราอันมีมาแต่โบราณ โดยมีได้ดำเนินไปในทางวิทยาศาสตร์

การแบ่งเช่นนี้ถือเป็นการตีกรอบการแพทย์แผนไทยให้แคบเข้า และเป็นการปิดกั้นการพัฒนาการแพทย์แผนไทยมาโดยตลอด ถึงแม้ว่าการแพทย์แผนไทยจะถูกออกนอกระบบแล้วก็ตาม แต่ก็ยังมีการผลิตยาแผนไทย โดยกองโอสถศาลารัฐบาล 10 ขนาน อย่างต่อเนื่อง จนถึง พ.ศ. 2484 จึงเลิกผลิต นับเป็นการยุติบทบาทการแพทย์แผนไทย ซึ่งให้บริการโดยรัฐโดยสิ้นเชิง

รัชสมัยรัชกาลที่ 8 พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดล รัฐบาลสมัยจอมพล ป. พิบูลสงคราม เป็นนายกรัฐมนตรีได้ให้ความสนใจการแพทย์แผนไทยเฉพาะการศึกษาสมุนไพรร

อย่างจริงจัง ตั้งแต่ พ.ศ. 2483 โดยตั้งโรงงานเภสัชกรรมขึ้นอย่างเป็นทางการ และได้มีการตั้งกระทรวงสาธารณสุขขึ้น เมื่อวันที่ 10 มีนาคม พ.ศ. 2485 โดยมีนโยบายเกี่ยวกับสมุนไพรว่า “จะจัดให้มีการตรวจค้นหาความรู้ในเรื่องสรรพคุณยาสมุนไพร และยาอื่น ๆ ในประเทศ เพื่อนำมาดัดแปลงเป็นยาแผนตะวันตก และขยายการทำยาให้มากขึ้นและมีปริมาณมากขึ้น” และในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้เกิดการขาดแคลนยาจากตะวันตก หรือยาปฏิชีวนะ จนถึงช่วงหลังสงครามก็ยังคงขาดแคลนยาตะวันตกอยู่ รัฐบาลได้เล็งเห็นความสำคัญของยาสมุนไพรจึงได้มีนโยบายนำยาสมุนไพรมาผลิตเป็นยารักษาโรค และศาสตราจารย์ ดร.ชาร์ลเลอร์ ชาวเยอรมัน ผู้เชี่ยวชาญสมุนไพรของบริษัทเบเยอร์ ได้เข้ามาทำการวิจัยสมุนไพรที่ตำบลบ้านอ่าง อำเภอมะขาม จังหวัดจันทบุรี และได้รวบรวมสรรพคุณของยาไทยไว้หลายชนิด

ในรัชสมัยรัชกาลที่ 9 กระทรวงสาธารณสุข ได้มีนโยบายในการฟื้นฟูการแพทย์แผนไทย โดยการนำเอาการแพทย์แผนไทยมาใช้ตั้งแต่แผนพัฒนาสาธารณสุขฉบับที่ 4 (ระหว่าง พ.ศ. 2523 – 2526) ในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 7 (พ.ศ. 2535 – 2539) สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติได้มีการวางแผนพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ การศึกษา และสาธารณสุขได้ระบุว่า การส่งเสริมให้ประชาชนมีสุขภาพดีนั้นจะต้องส่งเสริมให้มีการดำเนินการพัฒนาภูมิปัญญาทางการรักษาพยาบาล เช่น แพทย์แผนไทย สมุนไพร การนวด การอบและประคบสมุนไพร ประสานเข้ากับระบบบริการแพทย์แผนปัจจุบัน ดังนั้น กระทรวงสาธารณสุขจึงได้มีการดำริในการจัดตั้ง “สถาบันการแพทย์แผนไทย” เป็นหน่วยงานระดับกองสังกัดกรมการแพทย์ ตั้งแต่วันที่ 26 มีนาคม พ.ศ. 2536 โดยมีบทบาทเป็นศูนย์กลางการพัฒนา การประสาน การสนับสนุน และความร่วมมือด้านการแพทย์แผนไทยของกระทรวงสาธารณสุข

การแพทย์แผนไทยกลับมามีบทบาทอีกครั้งหลังจากที่มีกระแสของสังคมทั่วโลกได้ให้ความสนใจเกี่ยวกับการแพทย์แผนโบราณ ซึ่งชี้ให้เห็นว่า ระบบการแพทย์แผนปัจจุบันไม่สามารถแก้ไขปัญหาสุขภาพได้ทั้งหมด

2.7 ผลงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

การวิจัยได้ศึกษาถึงทฤษฎีแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เช่น Lockean theory, Hegelian theory และหลักการทางทรัพย์สินทางปัญญาในแต่ละแขนง เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า และความลับทางการค้า เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ของการใช้หลักการต่าง ๆ ของสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญากับองค์ความรู้ด้านการแพทย์แผนดั้งเดิม

อมรรวรรณ พันธุ์หว่า (2544) ได้ทำการศึกษาเรื่องการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเปรียบเทียบกับทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น พบว่า จากการเจรจาอบอุรุกวัย (Uruguay Round) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าหรือความตกลงแกตต์ ทำให้มีการจัดตั้งองค์การการค้าโลก (WTO) ความตกลงว่าด้วยการค้า บริการ (GATS) และความตกลงว่าด้วยสิทธิใน

ทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าหรือความตกลงทริปส์ ซึ่งถือว่าเป็นความสำเร็จของประเทศที่พัฒนาแล้ว ที่ทำให้มีการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศครบถ้วนทุกประเภท ทั้งสินค้าที่จับต้องได้ และบริการซึ่งจับต้องไม่ได้ รวมทั้งการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ประเทศที่พัฒนาแล้วมีเหนือกว่าประเทศกำลังพัฒนามาก และประเทศต่าง ๆ ก็ต้องการที่จะเข้าเป็นประเทศภาคีของ WTO ก็ต้องยอมรับพันธกรณีต่าง ๆ ตาม GATS และ TRIPS ประเทศกำลังพัฒนาที่ประสงค์จะมีบทบาทในการค้าระหว่างประเทศต้องยอมรับพันธกรณีเหล่านั้น ข้อผูกพันตาม WTO และการเกิดขึ้นของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและองค์ความรู้ท้องถิ่น จึงเป็นผลทำให้ประเทศกำลังพัฒนา รวมทั้งประเทศไทยได้คิดค้นมาตรการทางกฎหมาย เพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีอยู่ดั้งเดิม โดยประเทศไทยได้มีการออกเป็นพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ขึ้นมา ซึ่งในทางปฏิบัติอาจไม่ได้ผลสมบูรณ์ตามที่ได้ตั้งใจไว้ โดยยอมรับว่า ควรจะมีการแก้ไขบทบัญญัติบางประการเพื่อให้เจ้าของภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยได้รับความคุ้มครองและผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่เหมาะสม และรัฐสามารถนำความรู้และภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยไปใช้ให้เป็นประโยชน์แก่สังคมได้

พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 นอกจากจะคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยแล้ว ยังคุ้มครองสมุนไพรด้วย และยังส่งเสริมให้มีการนำเอาภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยและสมุนไพรมาใช้ให้เกิดประโยชน์ต่อประชาชนทั่วไป ซึ่งพระราชบัญญัตินี้มีการกำหนดถึงลักษณะการคุ้มครอง อายุในการคุ้มครอง สิทธิของผู้ทรงสิทธิ การอนุญาตให้ใช้สิทธิ ตลอดจนการกำหนดหน้าที่ในการดำเนินการต่าง ๆ ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง แต่ผู้ศึกษายังเห็นว่าพระราชบัญญัตินี้ยังคงมีความไม่เหมาะสมบางประการที่ควรจะต้องแก้ไข และบางส่วนอาจจะยังไม่ครอบคลุมในการที่จะให้บรรลุวัตถุประสงค์