

การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย: ศึกษาตาม  
พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542

ภัทรพร เย็นบุตร

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

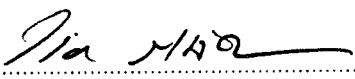
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์

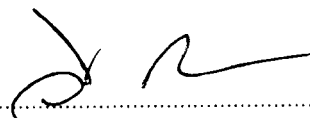
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

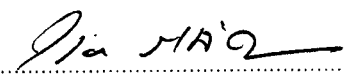
2556

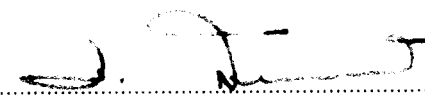
การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย: ศึกษาตาม  
พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542  
ภัทรพร เย็นบุตร  
คณะนิติศาสตร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ .....  ..... ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก  
(ดร. วรียา ล้ำเลิศ)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นว่าสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของ  
การศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) .....  ..... ประธานกรรมการ  
(วิชัย อริยะนนทกะ)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ .....  ..... กรรมการ  
(ดร. วรียา ล้ำเลิศ)

ศาสตราจารย์ .....  ..... กรรมการ  
(ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ)

ศาสตราจารย์ .....  ..... คณบดี  
(ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ)

ตุลาคม 2556

## บทคัดย่อ

|                 |   |
|-----------------|---|
| ชื่อวิทยานิพนธ์ | การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย : ศึกษาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 |
| ชื่อผู้เขียน    | นางสาวภัทรพร เย็นบุตร   |
| ชื่อปริญญา      | นิติศาสตรมหาบัณฑิต  |
| ปีการศึกษา      | 2556  |

---

เนื่องจากสถานการณ์ที่ประเทศไทยต้องประสบปัญหาจากบริษัทต่างชาติได้นำภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ไปแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจโดยการพัฒนาต่อยอดและขอรับสิทธิบัตร แต่ไม่ได้แบ่งปันผลประโยชน์นั้นให้แก่เจ้าของภูมิปัญญาอย่างเป็นธรรม ซึ่งต่อมาได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 เพื่อให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยโดยเฉพาะเจาะจง อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากประกาศใช้กฎหมายดังกล่าวประเทศไทยก็ยังคงประสบปัญหาลักษณะเดิมอยู่ ทำให้ผู้เขียนสนใจศึกษาถึงแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัตินี้ ให้คุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยได้ครอบคลุมชัดเจนมากยิ่งขึ้น เพราะผู้ทรงสิทธิเป็นกลไกสำคัญยิ่งในการขับเคลื่อนการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาการแพทย์ได้อย่างยั่งยืนต่อไป

ในการศึกษาวิจัยนี้ ได้อาศัยการเปรียบเทียบพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 กับกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศของต่างประเทศที่มีความสำคัญเกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ได้แก่ ความตกลงทริปส์ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรม มาตรการทางกฎหมายของประเทศอินเดีย และมาตรการทางกฎหมายของประเทศจีน และกฎหมายภายในประเทศของไทยที่มีความสำคัญเกี่ยวข้อง ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 และที่แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายตามประเด็นปัญหาที่ประการ คือ ปัญหาการจดทะเบียนเพื่อคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย อันเนื่องมาจากพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ได้ประกาศใช้มาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน แต่ยังไม่มีการคุ้มครองสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้เลย ปัญหาการกำหนดบทนิยามที่เกี่ยวข้องกับ “วัตถุแห่งสิทธิ” ให้มีความชัดเจนและสอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองพื้นความรู้ด้าน

(4)

การแพทย์ซึ่งยังไม่ได้พัฒนาต่อยอดด้วยกระบวนการทางวิทยาศาสตร์สมัยใหม่ รวมถึงกำหนดนิยามให้ครอบคลุมถึงการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองของต่างประเทศ ปัญหาการกำหนดขอบเขตการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ ทั้งหลักและข้อยกเว้นของสิทธิแต่ผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิ ซึ่งอาจเป็นได้ทั้งปัจเจกชน และผู้ทรงสิทธิชุมชน เพื่อให้ภูมิปัญญาการแพทย์สามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างยั่งยืนเป็นธรรมต่อสังคมและผู้ทรงสิทธิควบคู่กันไป ตลอดจนเกิดการแลกเปลี่ยนเรียนรู้วัฒนธรรมข้ามชาติเพื่อประโยชน์ของมวลมนุษยชาติได้ต่อไป และปัญหาความคาบเกี่ยวในการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้กับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ เพื่อมิให้สิ่งที่ได้รับ ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายอื่นและมีลักษณะใกล้เคียงกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเกิดความลักลั่นอันอาจทำให้ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยไม่ได้รับความเป็นธรรมเหล่านี้ได้นำไปสู่บทสรุปและข้อเสนอแนะของผู้เขียนเพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ตลอดจนการยกร่างกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ให้สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบันได้ต่อไป

## ABSTRACT

|                        |  |
|------------------------|--|
| <b>Title of Thesis</b> | Protection of Thai Traditional Medicine Owner : according to the Protection and Promotion of Traditional Thai Medicine Wisdom Act B.E. 2542 (1999) |
| <b>Author Name</b>     | Miss Pattaraporn Yenbutra  |
| <b>Degree Title</b>    | LL.M.  |
| <b>Academic year</b>   | 2013   |

---

Thailand has been experiencing the situation that foreign companies have taken her medicine wisdom to economically exploit by further development and application for patents, yet they do not fairly share such benefits to the owner of the wisdom. Later, Thailand has enacted the Protection and Promotion of Thai Traditional Medicine Wisdom Act, B.E. 2542 in order to specifically protect the right-holder of the Thai medicine wisdom. However, after the promulgation of such a law, Thailand is still experiencing the old problem. This interests the author to study the guidelines for amendments of this Act so that the act can clearer protect the right-holder in Thai traditional medicine wisdom as the right-holder is a critical mechanism to sustainably drive the conservation and utilization of medical wisdom.

In this study, a comparison among the Protection and Promotion of Thai Traditional Medicine Wisdom Act, B.E. 2542, international law along with foreign domestic laws related the Protection and Promotion of Thai Traditional Medicine Wisdom Act B.E. 2542, i.e. TRIPS Agreement, Convention on Biological Diversity, Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, legal measures of India and of China as well as Thailand's related domestic laws, i.e. The Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2550, Drug Act B.E. 2510 and its amendments, Practice of the Art of Healing Act B.E. 2542 and its amendments, Copyright Act B.E. 2537, Patent Act B.E. 2522 and Plant Protection Act, 2542, has been made.

The research has studied four comparative points. First issue is the issue of registration for protection of the right holder in Thai Traditional Wisdom. Although, the act has been enacted for long time, no-one is protected under this law. Second, the issue associated with the definition of "the object of the right" to be clear and consistent with the spirit of the law aimed at protecting the medical knowledge which has not been developed to the modern scientific process as well as the definition to include the protection of foreign indigenous medical wisdom. Third, the issue of the scope of protection to the right-holder in medical wisdom, both principle and the exceptions to the exclusive rights of the right- holder which may be either individual or community right-holder and the community so that the medical wisdom is accessible, sustainable, fair and rightful to the society and the right-holder altogether. It is also for the emergence of transnational cultural exchange for the benefit of mankind in the future. Finally, it is the issue of overlapping in the protection under this act and other intellectual property laws. In order to prevent the overlapping situation in what is protected under other laws and is similar to the protection of traditional Thai medicine wisdom and cause unfair to the right-holder of traditional Thai medicine wisdom. All the said issues have led to the conclusions and recommendations of the author as a guide to improve the Traditional Thai Medicine Wisdom B.E. 2542 as well as the drafting of secondary legislation in relating to the protection of the right-holder Traditional Thai wisdom in accordance with the current situation.

## กิตติกรรมประกาศ

ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์วริยา ล้ำเลิศ ที่กรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และได้สละเวลามาให้คำปรึกษาแนะนำ ตลอดจนให้ความอนุเคราะห์แนวทางในการรวบรวมค้นคว้าข้อมูลต่างๆ แก่ผู้เขียนเป็นอย่างดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ (พิเศษ) วิชัย อริยะนันท์กะ และศาสตราจารย์ บรรเจิด สิงคะเนติ เป็นอย่างสูง ที่ได้ให้ความกรุณาช่วยเหลือในการตรวจสอบและให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งจนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วง และมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบพระคุณบิดา มารดา และครอบครัวของผู้เขียน ที่ได้ให้กำลังใจและดูแลเอาใจใส่ผู้เขียน โดยเฉพาะอย่างยิ่งรองศาสตราจารย์ผกาศรี เย็นบุตร อดีตอาจารย์ประจำภาควิชาภาษาไทยและภาษาตะวันออก มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ ประสานมิตร ซึ่งเป็นมารดา ของผู้เขียน ที่คอยตรวจสอบความถูกต้องด้านภาษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และขอบคุณเพื่อนๆ พี่ๆ น้องๆ ทุกสถาบันการศึกษา ตลอดจนเพื่อนร่วมงานของผู้เขียน ที่คอยให้กำลังใจด้วยดีเสมอมา

ท้ายนี้ ผู้เขียนขออน้อมอบอุทิศคุณค่าทางวิชาการในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ให้แก่บูรพาจารย์ทั้งหลาย และสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้อันเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง สำหรับชีวิตของผู้เขียนตลอดระยะเวลาที่ได้ศึกษาในสถาบันอันทรงเกียรติแห่งนี้

ภัทรพร เย็นบุตร

ตุลาคม 2556

## สารบัญ

|  | หน้า      |
|--|-----------|
| บทคัดย่อ   | (3)       |
| ABSTRACT   | (5)       |
| กิตติกรรมประกาศ  | (7)       |
| สารบัญ   | (8)       |
| <b>บทที่ 1 บทนำ.</b>   | <b>1</b>  |
| 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา   | 1         |
| 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา  | 9         |
| 1.3 สมมติฐาน   | 9         |
| 1.4 ขอบเขตที่ศึกษา   | 9         |
| 1.5 ระเบียบวิธีวิจัย   | 10        |
| 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ  | 10        |
| <b>บทที่ 2 ประวัติและแนวความคิดการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์</b>                             | <b>11</b> |
| 2.1 ประวัติภูมิปัญญาการแพทย์ของโลก   | 11        |
| 2.1.1 โลกตะวันตก   | 11        |
| 2.1.2 โลกตะวันออก  | 13        |
| 2.2 แนวคิดว่าด้วยสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์  | 16        |
| 2.2.1 แนวคิดว่าด้วยสิทธิมนุษยชน  | 17        |
| 2.2.2 แนวคิดว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา  | 21        |
| 2.3 ประวัติ แนวคิดและความสำคัญของการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย                         | 23        |
| 2.3.1 ประวัติการแพทย์แผนไทย  | 24        |
| 2.3.2 แนวคิดและความสำคัญของการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย                               | 25        |
| <b>บทที่ 3 การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศ</b> | <b>31</b> |
| 3.1 กฎหมายระหว่างประเทศ  | 31        |
| 3.1.1 ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สิน   | 31        |
| 3.1.2 อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ   | 37        |



|  |            |
|--|------------|
| 3.1.3 อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายของ<br>การแสดงออกทางวัฒนธรรม  | 45         |
| 3.2 กฎหมายภายในประเทศของต่างประเทศ   | 49         |
| 3.2.1 มาตรการทางกฎหมายของประเทศอินเดีย   | 49         |
| 3.2.2 มาตรการทางกฎหมายของประเทศจีน   | 53         |
| 3.2.3 ตัวอย่างมาตรการทางกฎหมายของประเทศอื่นๆ   | 58         |
| 3.3 กฎหมายภายในประเทศไทย   | 60         |
| 3.3.1 กฎหมายเฉพาะ ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริม<br>ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542   | 60         |
| 3.3.2 กฎหมายอื่น ๆ   | 66         |
| <b>บทที่ 4 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย<br/>ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542</b> | <b>80</b>  |
| 4.1 ปัญหาการจดทะเบียนเพื่อคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย   | 80         |
| 4.2 ปัญหาการกำหนดนิยามที่เกี่ยวข้องกับวัตถุแห่งสิทธิ   | 83         |
| 4.3 ปัญหาการกำหนดขอบเขตการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิ  | 89         |
| 4.4 ปัญหาความคาบเกี่ยวในการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้กับ<br>กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ   | 97         |
| <b>บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ</b>   | <b>104</b> |
| 5.1 บทสรุป   | 104        |
| 5.2 ข้อเสนอแนะ   | 107        |
| <b>บรรณานุกรม</b>  | <b>111</b> |
| <b>ภาคผนวก</b>   | <b>116</b> |
| ภาคผนวก ก Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual<br>Property Rights  | 117        |
| ภาคผนวก ข The convention on Biological Diversity   | 158        |
| ภาคผนวก ค The Convention on the Protection and Promotion<br>of the Diversity of Cultural Expressions   | 188        |
| <b>ประวัติผู้เขียน</b>   | <b>206</b> |

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

มนุษย์มีความพยายามคิดค้นหาวิธีการต่างๆ ในการดูแลสุขภาพ เพื่อให้อยู่รอดปลอดภัยเริ่มตั้งแต่การเกิด การบรรเทาความเจ็บป่วย ความชราของร่างกาย จนกระทั่งถึงความตาย โดยได้สั่งสมประสบการณ์ในการดูแลสุขภาพจากบรรพบุรุษ เป็นการสืบทอดรากฐานทางวัฒนธรรมอันเป็นภูมิปัญญาของท้องถิ่น ของสังคม และของชาติ ภูมิปัญญาเกี่ยวกับการดูแลสุขภาพดังกล่าว เรียกได้ว่าเป็นภูมิปัญญาการแพทย์<sup>1</sup>

แต่ละชาติพันธุ์ย่อมมีการสั่งสมองค์ความรู้ดั้งเดิมในการดูแลสุขภาพโดยอาศัยทรัพยากรที่มีอยู่ในแต่ละพื้นที่เป็นแหล่งวัตถุดิบทำให้เกิดภูมิปัญญาสืบทอดต่อกันมาจากท้องถิ่นสู่ระดับชาติซึ่งแสดงออกเป็นอัตลักษณ์ของชาติตน เช่น ภูมิปัญญาการแพทย์ของจีน ภูมิปัญญาการแพทย์ของอินเดีย ภูมิปัญญาการแพทย์ของประเทศไทย หรือเรียกว่า ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย มีประวัติความเป็นมายาวนานว่า คนไทยเรียนรู้การนำพืช สัตว์ หรือแร่ธาตุต่าง ๆ มาใช้ในการรักษาสุขภาพ หรือบรรเทาความเจ็บป่วยด้วยกรรมวิธีต่าง ๆ เช่น การต้มสมุนไพร การอบ การประคบ การปั้นยาลูกกลอน การหัตถบำบัดรักษา การดูแลสุขภาพจิตของมารดาหลังคลอด เป็นต้น<sup>2</sup> โดยภูมิปัญญาเหล่านี้ ได้มีการผสมผสานให้เข้ากับความเชื่อแนวพระพุทธศาสนาซึ่งมีต้นกำเนิดจากอารยธรรมอินเดียโบราณ ผ่านการสถาปนาเป็นสถาบันการแพทย์ในพุทธอาราม และมีการบันทึกเป็นตำราแพทย์ไว้ในพระวินัยปิฎก สืบทอดต่อกันมาเป็นต้นแบบแห่งตำรายาแผนไทยและตำราการแพทย์แผนไทย<sup>3</sup>

เมื่ออิทธิพลองค์ความรู้ทางตะวันตกได้แผ่ขยายไปทั่วโลกด้วยลัทธิการค้าอาณานิคม โดยเฉพาะในช่วงสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ เป็นต้นมา ทำให้ประเทศไทยต้องเปิดประตูสู่โลกยุคไร้พรมแดน ด้วยการยอมรับวิทยาการตะวันตกเข้ามาในประเทศ ซึ่งในช่วงเวลาดังกล่าวมีนายแพทย์ชาวอเมริกันชื่อ หมอบรัดเลย์ ได้นำการแพทย์

<sup>1</sup> รัชนี้ จันท์เกษ และคณะ, เรียนรู้และเข้าใจหมอพื้นบ้าน, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์องค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ (ร.ส.พ.), 2548), หน้า 5.

<sup>2</sup> นวลจันทร์ จารุปรีชาชาญ และคณะ, องค์ความรู้การแพทย์แผนไทยสำหรับประชาชน, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึกในพระบรมราชูปถัมภ์, 2552), หน้า 2-3.

<sup>3</sup> วิชัย โชควิวัฒน์ และคณะ, ลัทธินิกพรตและการเยียวยาในอินเดียโบราณ : ระบบการแพทย์ในพุทธอาราม, (กรุงเทพฯ: สำนักงานกิจการโรงพิมพ์องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึกในพระบรมราชูปถัมภ์ 2551), หน้า 222 – 226.

สมัยใหม่เข้ามาสู่ประเทศไทย<sup>4</sup> จนกระทั่งต่อมาในรัชกาลพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้มีการจัดตั้งโรงพยาบาลศิริราชขึ้นเป็นโรงเรียนแพทย์ ให้การศึกษาอบรมแพทย์ตามแบบตะวันตก และต่อมาก็ได้ขยายโรงพยาบาลของรัฐออกไปตามหัวเมืองต่างๆ ประกอบกับสมัยนั้นมีการรับแนวคิดรัฐประชาชาติสมัยใหม่ที่เชื่อว่าการบริหารบ้านเมืองให้ก้าวหน้าต้องอาศัยอำนาจเด็ดขาดของรัฐ ซึ่งได้ชี้ให้เห็นถึงนโยบายสาธารณสุขที่รัฐส่งเสริมให้รักษาพยาบาลด้วยแพทย์แผนตะวันตกโดยกำหนดว่า ความเจ็บป่วยคืออะไร ควรรักษาอย่างไร และจะป้องกันไม่ให้เจ็บป่วยได้อย่างไร ทำให้การแพทย์แผนไทยซึ่งผูกพันกับการอาศัยภูมิปัญญาท้องถิ่นในการรักษาโรคได้ลดบทบาทในสังคมส่วนใหญ่ของประเทศไปช่วงระยะเวลาหนึ่ง<sup>5</sup>

ในช่วงศตวรรษที่ 21 เนื่องจากภูมิปัญญาการแพทย์ดั้งเดิมมีต้นทุนค่าใช้จ่ายต่ำ เพราะมีระดับการใช้เทคโนโลยีค่อนข้างน้อย ในขณะที่สามารถให้ผลการรักษาโดยไม่ค่อยมีผลข้างเคียง จึงได้พัฒนาขึ้นมามีบทบาทสำคัญยิ่งในการดูแลสุขภาพของประชาชนทั้งหลาย<sup>6</sup> ซึ่งปัจจุบันภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเองก็ได้กลับมามีบทบาทเป็นที่นิยมในสังคมเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ และได้พัฒนาไปตามสภาพเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม โดยได้มีการแปรผลผลิตของภูมิปัญญาไปสู่การใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ซึ่งนับเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง เช่น การใช้องค์ความรู้เกี่ยวกับสมุนไพรเดี่ยว คือ ชุมเห็ดไทย ซึ่งมีตำราการแพทย์แผนไทย ระบุสรรพคุณว่าใช้แก้อาการชักในเด็ก โดยนำเมล็ดมาคั่วจนเกรียม ส่งกลิ่นหอม และนำไปต้ม เป็นยาน้ำรับประทาน ทั้งนี้ ในเบื้องต้น ดร. นพมาศ สุนทรเจริญนนท์ ผู้วิจัย เห็นว่ากรรมวิธีดังกล่าวไม่น่าจะแก้อาการชักได้ เพราะสารละลายที่ได้มีขนาดใหญ่เกินกว่าจะมีฤทธิ์โดยตรงต่อสมองเพื่อแก้อาการชัก จึงได้ทำการทดลองเปรียบเทียบกับสารสกัดโดยใช้แอลกอฮอล์ตามวิธีการแพทย์ตะวันตก ซึ่งให้สารละลายขนาดเล็กเหมาะสมกว่า แต่ปรากฏว่าผลการทดลองโดยกรรมวิธีตามตำราการแพทย์แผนไทยกลับได้ผลร้อยละร้อย ในขณะที่สารสกัดจากแอลกอฮอล์ได้ผลน้อยกว่า จากการทดลองสามารถนำไปผลิตเป็นยารักษาได้จริง<sup>7</sup> แสดงให้เห็นว่าภูมิปัญญาดั้งตัวอย่างอ่อนนำมาใช้เพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์ได้เป็นอย่างดี

<sup>4</sup> ยงยุทธ ยุทธวงศ์, วิทยาศาสตร์เพื่ออะไร, (กรุงเทพฯ: นามิบุ๊คส์พับลิเคชั่นส์, 2554), หน้า 114-116.

<sup>5</sup> นิธิ เอียวศรีวงศ์, องค์ความรู้ด้านประวัติศาสตร์การแพทย์และการสาธารณสุขไทย : สถานะวารสารวิจัย และแนวทางการศึกษาในอนาคต, พรหมแดนความรู้ประวัติศาสตร์การแพทย์และการสาธารณสุขไทย, โกมาตร จึงเสถียรทรัพย์, ชาตีชาย มุขสง บรรณาธิการ. (กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข, 2545), หน้า 28 – 29. อ้างถึงใน อำพล จินดาวัฒน์, พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติกับสุขภาพของคนไทย, นิติเวช-ศาสตร์และกฎหมายการแพทย์, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า 159.

<sup>6</sup> Payyappallimana Unnikrishnan, Role of Traditional Medicine in Primary Health Care : An Overview of Perspective and Challenges, *Yokohama Journal of Social Sciences*, 14(6), Retrieved February 24, 2012 from <http://kamome.lib.ynu.ac.jp/dspace/bitstream/10131/6917/3/Payyappallimana.pdf>

<sup>7</sup> วิชัย โชควิวัฒน์, “กรณีศึกษา : ชุมเห็ดไทย,” วารสารการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก, 10 (1 มกราคม – เมษายน 2555): 2-3.

ในช่วง พ.ศ. 2538 ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกลำดับที่ 59 ในองค์การการค้าโลก (World Trade Organization (WTO)) จึงต้องผูกพันอย่างไม่มีเงื่อนไขต่อความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นสมาชิคนั้น ซึ่งได้มีการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPS Agreement)<sup>8</sup> โดยได้ให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไว้หลายประเภท เช่น

1) ลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ที่เกิดจากสติปัญญาของบุคคลประเภทต่างๆ เช่น งานวรรณกรรม เป็นต้น<sup>9</sup>

2) เครื่องหมายการค้า และเครื่องหมายบริการ รวมถึงเครื่องหมายร่วม เป็นการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ความแตกต่างระหว่างสินค้าและบริการของบุคคล อันสามารถช่วยป้องกันการกระทำที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าได้<sup>10</sup>

3) สิทธิบัตร เป็นการให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์คิดค้นให้ได้ผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใดๆ ขึ้นใหม่ ซึ่งเทคโนโลยีการประดิษฐ์ล้วนเป็นสิ่งจำเป็นในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ<sup>11</sup>

4) สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ที่มีคุณสมบัติพิเศษจากแหล่งที่มาทางภูมิศาสตร์หรือความชำนาญของผู้คนที่อาศัยในภูมิศาสตร์นั้นๆ<sup>12</sup>

นอกจากนั้น ในวัตถุประสงค์และหลักการของความตกลงทริบส์ยังกำหนดไว้เป็นสาระสำคัญให้ครอบคลุมไปถึงการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นอีกด้วย<sup>13</sup>

ความตกลงนี้เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยระดับปัจเจกบุคคลในฐานะที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเป็นสิทธิของเอกชนประเภทหนึ่ง และภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยยังเกี่ยวข้องโดยตรงกับทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นด้วย ทั้งลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และภูมิปัญญาท้องถิ่น

<sup>8</sup> ลักขมีเพ็ญ สารชวนะกิจ, “World Trade Organization ตอน 2,” วารสารเพื่อการวิจัยและพัฒนา องค์การเภสัชกรรม R&D Newsletter. 18 (4. ตุลาคม - ธันวาคม 2554), ค้นวันที่ 11 กันยายน 2555 จาก <http://www.gpo.or.th/rdi/html/RDINewsYr18No4/8.pdf>,

<sup>9</sup> จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2545), หน้า 88.

<sup>10</sup> เฟิงอ้วง, หน้า 263 - 265.

<sup>11</sup> จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายสิทธิบัตร แนวคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : สำนักนิติธรรม, 2544), หน้า 284, 286.

<sup>12</sup> เฟิงอ้วง, หน้า 307-308.

<sup>13</sup> ธนิต ชังถาวร และคณะ, รายงานการศึกษากรอบความคิดการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย, (กรุงเทพฯ: ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, 2550), ค้นวันที่ 7 ตุลาคม 2555 จาก [http://www.ipthailand.go.th/new\\_template/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&ggi=992&Itemid=747](http://www.ipthailand.go.th/new_template/index.php?option=com_docman&task=cat_view&ggi=992&Itemid=747)

เนื่องจากความตกลงทริปส์ได้กำหนดให้ความคุ้มครองครอบคลุมไปถึงสิ่งประดิษฐ์ทางด้านเทคโนโลยีชีวภาพ แต่ไม่ได้สร้างมาตรการบังคับใดๆ ให้ประเทศที่นำทรัพยากรชีวภาพไปใช้ประโยชน์ ต้องให้ผลตอบแทนอย่างเป็นธรรมแก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรชีวภาพเลย กล่าวได้ว่าการไม่ให้ผลตอบแทนที่เป็นธรรมนี้เป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่ง ที่เรียกว่า “Intellectual Piracy” หรือที่เรียกว่า “Biopiracy”<sup>14</sup> และอาจเป็นการละเมิดภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เพราะเป็นภูมิปัญญาที่ได้มาจากทรัพยากรชีวภาพทั้งหลายเป็นสำคัญ

ต่อมาประเทศไทย ได้เข้าร่วมลงนามรับรองอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (the Convention on Biological Diversity) ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 29 ธันวาคม พ.ศ. 2536 โดยที่มาตรการในอนุสัญญาดังกล่าวได้ให้ความสำคัญกับภูมิปัญญาชาวบ้านซึ่งรวมถึงภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยด้วยในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งในการช่วยคุ้มครองและส่งเสริมทรัพยากรพันธุกรรม ทำให้ประเทศไทยผู้เป็นเจ้าของทรัพยากรจำเป็นต้องกำหนดการคุ้มครององค์ความรู้ภูมิปัญญาชาวบ้านไว้เป็นช่วงเวลาจำกัด เมื่อพ้นกำหนดเวลาแล้วข้อมูลความรู้นั้นจะกลายเป็นความรู้สาธารณะเพื่อเผยแพร่และแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรอย่างคุ้มค่าต่อไป

จากความเป็นมาของภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยในอดีตจนถึงปัจจุบัน รวมถึงการเข้าร่วมเป็นสมาชิกในความตกลงทริปส์ และร่วมรับรองอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ แสดงให้เห็นถึงพัฒนาการทางสังคมที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ซึ่งการจะพัฒนาภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยให้ได้ใช้ประโยชน์ของเอกชน และประเทศชาติ สืบต่อไปอย่างไม่มีที่สิ้นสุด ย่อมมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เพื่อให้ผู้ทรงสิทธิเป็นผู้ช่วยขับเคลื่อนการพัฒนาภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ในฐานะที่ผู้ทรงสิทธิเป็นผู้คิดค้น ปรับปรุง และพัฒนาภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

เมื่อ พ.ศ. 2513-2517 ประเทศญี่ปุ่นได้ให้การสนับสนุนโครงการศึกษาวิจัยพืชสมุนไพรแก่หน่วยงานของไทย ซึ่งก่อนหน้านั้น ในปี 2508 นักวิจัยชาวญี่ปุ่น ประจำบริษัทซังเกียวได้ส่งเคราะห์สารเคมีเพื่อใช้รักษาโรคระเพาะ แต่สารนั้นมีผลข้างเคียงต่อร่างกายมากจนไม่สามารถผลิตด้วยยาได้ บริษัทซังเกียวในประเทศไทยจึงได้จัดส่งสมุนไพรไทยหลายชนิดไปยังญี่ปุ่น เพื่อศึกษาว่ามีตัวยาลักษณะดังกล่าวในพืชชนิดใดบ้าง จนค้นพบคุณสมบัติที่ตรงกับตัวยาในเปล้าน้อย และยังคงพบอีกว่าเปล้าน้อยที่มีสารรักษาแผลในกระเพาะอาหารหรือลำไส้ได้ผลดียิ่งนั้น คือเปล้าน้อยจากจังหวัดประจวบคีรีขันธ์ บริษัทญี่ปุ่นนี้จึงนำสารดังกล่าวไปจดทะเบียนไว้กับองค์การอนามัยโลก ใช้ชื่อสารว่า “เปลานอทอล (Plounotal)” ทำให้ภูมิปัญญาด้านการแพทย์ดั้งเดิมของไทยถูกใช้ต่อยอดด้วยเทคโนโลยีทางวิทยาศาสตร์และขอรับสิทธิบัตรในญี่ปุ่น ซึ่งญี่ปุ่นไม่ได้ให้ประโยชน์แก่ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาด้านการแพทย์แผนไทยไว้เลย ประเทศไทยจึงเสียโอกาสพัฒนาภูมิปัญญาของตนเอง<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Daniel F. Robinson, *Governance and Micropolitics of Traditional Knowledge, Biodiversity and Intellectual Property in Thailand*, Retrieved February 18, 2013 from <http://www.iprsonline.org/resources/docs/Final%20HRC%20Micropolitics%20Report%20Mar%202020.pdf>

<sup>15</sup> ธนิต ชังถาวร และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, หน้า 22.

จากปัญหาการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย และผลของความร่วมมือระหว่างประเทศ ดังที่กล่าวมา ประเทศไทยจึงได้มีการประกาศใช้กฎหมายเฉพาะ (Sui generis law) ขึ้น คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 เจตนารมณ์ของกฎหมายนี้มุ่งคุ้มครอง ส่งเสริม อนุรักษ์ และพัฒนาภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย โดยให้เอกชน ชุมชน และองค์กรเอกชนมีส่วนร่วมในการอนุรักษ์ พัฒนา และใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยอย่างยั่งยืนด้วย แสดงให้เห็นว่ากฎหมายดังกล่าวต้องมีหลักเกณฑ์การให้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจแก่ผู้คิดค้น ผู้ปรับปรุง และผู้สืบทอดภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย โดยที่ยังคงรักษาประโยชน์สาธารณะไว้อย่างเหมาะสมเพื่อการพึ่งตนเองในการดูแลสุขภาพและบำบัดโรคทั้งระดับครอบครัว ชุมชน และระดับชาติ

อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ ประเทศไทยยังประสบปัญหากรณีบริษัทประเทศญี่ปุ่น และบริษัทประเทศเกาหลีได้นำยาสมุนไพรกวางเครือของไทย ไปขอรับสิทธิบัตร กล่าวคือ เมื่อวันที่ 12 พฤศจิกายน พ.ศ. 2547 องค์กรความหลากหลายทางชีวภาพและภูมิปัญญาไทย ได้แถลงข่าวระหว่างการประชุมวิชาการ ซึ่งจัดโดยกลุ่มการศึกษาข้อตกลงเขตการค้าเสรีภาคประชาชน และศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนาที่ยั่งยืน (The International Centre on Trade and Sustainable Development หรือ ICTSD/UNCTAD) ณ สถาบันวิจัยจุฬาภรณ์ ว่า มีบริษัทต่างประเทศ 2 บริษัท คือ Kose Tokyo; Shiratori Pharmaceutical ประเทศญี่ปุ่น และ Cheil Sedang Corporation ประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้ ได้ขอรับสิทธิบัตรสมุนไพรกวางเครือในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกำหนดข้อถือสิทธิสำหรับผลิตภัณฑ์ยาและการผลิตเครื่องสำอางภายนอก สำหรับทาผิวหนัง เพื่อยับยั้งการสร้างสารเมลานิน และ Anti - aging ทำให้ผิวพรรณดีและเต่งตึง<sup>16</sup>

อนึ่ง ชาวเขาเผ่ากะเหรี่ยงที่อาศัยอยู่ทางตอนเหนือของประเทศไทยได้ใช้รากของกวางเครือขาวเป็นยาสมุนไพรต่อเนื่องมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน<sup>17</sup> และอาจารย์ ก่องแก้ว วีระประจักษ์ ผู้เชี่ยวชาญด้านอักษรโบราณ กรมศิลปากร เคยให้ความเห็นว่า มีหลักฐานตำรายากวางเครือของหลวงอนุสารสุนทร เผยแพร่ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2474 กล่าวถึงการศึกษาค้นคว้า ประโยชน์ วิธีเลือกใช้ต้นยา และระบุสรรพคุณของกวางเครือไว้ว่าเป็นยาอายุวัฒนะ ช่วยชะลอความชรา ซึ่งก็คือ Anti-aging และทำให้น้ำมันงมีกลิ่นหอมเหมือนเทพธิดา ตรงกับลักษณะของ Whitening ที่บริษัทของประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีขอรับสิทธิบัตร<sup>18</sup>

กรณีดังกล่าวทำให้ผู้สืบทอดองค์ความรู้เกี่ยวกับยาสมุนไพรกวางเครือของไทยอาจตกเป็นผู้ละเมิดสิทธิบัตรดังกล่าว หากจะนำองค์ความรู้นี้ไปใช้ประโยชน์ และแม้ว่าประเทศไทยจะมีหลักฐานให้สามารถเพิกถอนสิทธิบัตรดังกล่าวได้ แต่สถานการณ์ในปัจจุบันก็ยังไม่มีการป้องกัน

<sup>16</sup> ธนิต ชังถาวร และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, หน้า 23-24.

<sup>17</sup> Daniel F. Robinson, Biopiracy and the Innovations of Indigenous Peoples and Local Communities, *Indigenous Peoples' Innovation: Intellectual Property Pathways to Development*, (Canberra: ANU E, 2012) p. 88-90.

<sup>18</sup> ธนิต ชังถาวร และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, หน้า 23-24.

ทางกฎหมายอย่างเหมาะสม ซึ่งแสดงให้เห็นว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ยังคงมีประเด็นปัญหาที่จะต้องศึกษาถึงการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยต่อไป เพราะการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยนั้น นอกจากจะก่อให้เกิดความยุติธรรมต่อคนไทยผู้มีความวิริยะอุตสาหะคิดค้นจนเกิดเป็นภูมิปัญญาการแพทย์อันมีประโยชน์แก่สังคมขึ้นมาแล้ว ยังนำไปสู่การปกป้องผลประโยชน์ความเป็นอัตลักษณ์ของประเทศชาติอีกด้วย

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์อายุรเวทของอินเดียแล้ว พบว่า ประเทศอินเดียประสบปัญหาภูมิปัญญาด้านยาสมุนไพรถูกขอรับสิทธิบัตรโดยบริษัทต่างประเทศเช่นเดียวกับประเทศไทย ดังตัวอย่างในปี ค.ศ. 1995 สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าแห่งสหรัฐอเมริกา ได้อนุมัติสิทธิบัตรการประดิษฐ์ ตรีนิยาสมานแผลจากขมิ้นชันให้แก่มหาวิทยาลัยมิสซิสซิปปี ทำให้สภานิติศาสตร์และอุตสาหกรรมแห่งอินเดียได้เรียกร้องขอเพิกถอนสิทธิบัตรดังกล่าว เพราะเป็นผลงานที่ขาดความใหม่ เนื่องจากการใช้ขมิ้นชันเป็นยาสมานแผลและรักษาอาการผื่นคันทางผิวหนังนั้น มีหลักฐานว่าเป็นภูมิปัญญาการแพทย์ดั้งเดิมของอินเดียทั้งที่เป็นภาษาสันสกฤต และภาษาอังกฤษ รวมถึงมีการตีพิมพ์ข้อมูลทางวิชาการในวารสารสมาคมการแพทย์อินเดียด้วย สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าแห่งสหรัฐอเมริกาจึงต้องเพิกถอนสิทธิบัตรดังกล่าว<sup>19</sup>

ประเทศอินเดียได้แก้ปัญหาคือกล่าวมานี้ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ในกฎหมายสิทธิบัตร และกฎหมายคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น รวมถึงมีมาตรการจดทะเบียนความหลากหลายทางชีวภาพของประชาชน (Peoples' Biodiversity Registers) หรือการจดทะเบียนความหลากหลายทางชีวภาพของชุมชน (Community Biodiversity Registers (CBRs)) และจัดให้มีห้องสมุดดิจิทัลสำหรับภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge Digital Library (TKDL)) อันนำไปสู่การเพิ่มประสิทธิภาพการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์อายุรเวทของอินเดีย

อีกทั้งประเทศอินเดีย ยังให้ความสำคัญคุ้มครองผู้มีสิทธิเรียกร้องในผลประโยชน์ (benefit claimers) ซึ่งหมายถึงผู้สร้างสรรค์และผู้ครอบครองภูมิปัญญา รวมถึงข้อมูลการใช้ทรัพยากรชีวภาพ นวัตกรรม และแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการใช้ประโยชน์และการประยุกต์ใช้ต่างๆ ด้วย โดยที่การเข้าถึงและการใช้ประโยชน์ในภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพจะต้องได้รับอนุญาตก่อนเสมอ แม้เป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการศึกษาก็ตาม อีกทั้งยังห้ามผู้ได้รับอนุญาตดังกล่าว ถ่ายทอดหรือนำออกไปนอกประเทศซึ่งภูมิปัญญานั้น เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจาก National Biodiversity Authorization (NBA)<sup>20</sup>

เนื่องจากความเป็นมาของการแพทย์แผนไทยบางส่วนได้สืบทอดมาจากการแพทย์อายุรเวทของอินเดีย และจากสภาพปัญหาที่ประเทศไทยเคยประสบอย่างเดียวกับประเทศอินเดีย ดังนั้น

<sup>19</sup> เฟิงอ้วง, หน้า 18.

<sup>20</sup> เฟิงอ้วง, หน้า 117-118.

กฎหมายของประเทศอินเดียจึงเหมาะสมในการนำมาศึกษาเพื่อเป็นแนวทางในการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยต่อไป

นอกจากนี้ ประเทศไทยยังมีการประสานความร่วมมือระหว่างประเทศกับประเทศจีนในเรื่องการแพทย์ทางเลือกเพื่อดูแลสุขภาพของคนไทย มาตั้งแต่อดีตสมัยสุโขทัย<sup>21</sup> จนถึงสมัยปัจจุบันได้มีการจัดตั้งสถาบันการแพทย์ไทย-จีน เอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หรือชื่อเดิมว่าศูนย์ความร่วมมือการแพทย์ไทย-จีน จัดตั้งขึ้นเพื่อประสานความสัมพันธ์ของกระทรวงสาธารณสุขของทั้งสองประเทศในเรื่ององค์ความรู้ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยและแผนจีน<sup>22</sup> ผู้เขียนจึงศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายจีนในส่วนที่เกี่ยวข้อง เพื่ออาศัยเป็นแนวทางการศึกษาการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยด้วย

มาตรการทางกฎหมายของประเทศจีนที่จะนำมาศึกษา ได้แก่ มาตรการในกฎหมายสิทธิบัตรของจีน ซึ่งมีการให้ความคุ้มครองผลิตภัณฑ์และกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับยาที่พัฒนามาจากการแพทย์แผนจีน รวมถึงการใช้ประโยชน์ทางใหม่จากผลิตภัณฑ์ที่ไซ้จนเป็นที่รู้จักอยู่แล้ว โดยที่สิ่งประดิษฐ์นั้นจะต้องมีคุณสมบัติครบถ้วนของความเป็นสิทธิบัตร ได้แก่ การคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ อันจะต้องประกอบไปด้วยความใหม่ (Novelty) การมีขั้นตอนการผลิตที่สูงขึ้น (Inventiveness) อีกทั้งยังสามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้ (Practical Applicability)<sup>23</sup>

การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนจีนดังกล่าว นำไปสู่การพัฒนาวิธีการผลิตยาเพื่อใช้รักษาเฉพาะโรคได้เป็นผลดี อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองตามกฎหมายจีนมีข้อจำกัดที่แตกต่างจากการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 เช่น กฎหมายสิทธิบัตรจีนไม่ให้ความคุ้มครองไปถึงวิธีการตรวจวิเคราะห์โรค (Diagnosis) หรือวิธีการรักษาโรค (Treatment of Diseases) ซึ่งจะได้นำหลักเกณฑ์ต่างๆ ในมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องของจีนมาวิเคราะห์ในงานวิจัยนี้

โดยที่ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญถึงการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิ ซึ่งเป็นบุคคลที่ได้จดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยตามพระราชบัญญัตินี้ ให้เป็นผู้ทรงสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการผลิตยา การใช้การศึกษา การวิจัย การจำหน่าย การปรับปรุงหรือพัฒนาตำรับยาแผนไทยส่วนบุคคล หรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคล<sup>24</sup> อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันนี้ยังไม่มีผู้คิดค้น ผู้ปรับปรุง หรือผู้สืบทอดภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยรายใดจดทะเบียนสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ทำให้ผู้เขียนสนใจศึกษาการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ใน 4 ประเด็น ดังนี้

<sup>21</sup> เย็นจิตร เตชะดำรงสิน, การแพทย์แผนจีนในประเทศไทย, กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและแพทย์ทางเลือก, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : ร้านพุ่มทอง, 2552), หน้า 5.

<sup>22</sup> เฟิงอ้วง, หน้า 17.

<sup>23</sup> ธนิต ชังถาวร และคณะ, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, หน้า 110.

<sup>24</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (29 พฤศจิกายน 2542), หน้า 51, 55, 57-58.



1) ปัญหาการจดทะเบียนเพื่อคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เนื่องจากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทยที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันก็มีการคุ้มครองเกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยแต่ยังไม่เพียงพอ จนกระทั่งได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 มาเป็นระยะเวลาานาน แต่ยังไม่มีการจดทะเบียนสิทธิเพื่อให้เกิดความคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายดังกล่าว จึงต้องศึกษาถึงปัญหาการจดทะเบียนสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้

2) ปัญหาการกำหนดบทนิยามที่เกี่ยวข้องกับผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ เพื่อให้คุ้มครองสิทธิของผู้ทรงสิทธิได้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น

3) ปัญหาขอบเขตการคุ้มครองสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิ ทั้งหลักและข้อยกเว้นของการคุ้มครอง ซึ่งจะต้องเป็นไปเพื่อปกป้องสิทธิคนไทยมิให้ถูกต่างชาติเอาภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยไปใช้ประโยชน์โดยไม่ให้ประโยชน์ตอบแทนที่เป็นธรรม และคำนึงถึงการรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิกับประโยชน์ของสังคม ตลอดจนการแลกเปลี่ยนวัฒนธรรมข้ามชาติ เพื่อประโยชน์ของมวลมนุษยชาติได้ด้วย

4) ปัญหาความคาบเกี่ยวของกฎหมายที่ให้ความคุ้มครอง เนื่องจากเป็นการคุ้มครองสิทธิในสูตรตำรับยาแผนไทย หรือตำราการแพทย์แผนไทย ซึ่งเป็นงานวรรณกรรมอย่างหนึ่ง และได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 15 วรรค 1 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537<sup>25</sup> แม้ไม่ได้มีการจดทะเบียนไว้ รวมถึงความคาบเกี่ยวในการคุ้มครองเรื่องของสิทธิบัตรยา และการคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองด้วย

อนึ่ง การที่ประเทศไทยมีกฎหมายเฉพาะ (Sui Generis Law) เพื่อคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 แต่ในการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้กลับยังไม่มีการบังคับใช้อย่างเป็นรูปธรรม จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาถึงปัญหาการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยในประเด็นทั้งสี่ดังกล่าว เพื่อนำไปสู่การบรรลุถึงเจตนารมณ์แห่งกฎหมายฉบับนี้

<sup>25</sup> พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และที่แก้ไขเพิ่มเติม, ราชกิจจานุเบกษา 111, (21 ธันวาคม 2537), หน้า 7.

มาตรา 15 ภายใต้บังคับมาตรา 9 มาตรา 10 และมาตรา 14 เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวดังต่อไปนี้

- (1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง
- (2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน
- (3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียง
- (4) ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น
- (5) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตาม (1) (2) หรือ (3) โดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างไรหรือไม่ก็ได้ แต่เงื่อนไขดังกล่าวจะกำหนดในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมไม่ได้

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1) เพื่อศึกษาถึงประวัติและแนวคิดการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ ทั้งในบริบทของสังคมระหว่างประเทศ และบริบทของสังคมไทย
- 2) เพื่อศึกษาปัญหาสาระบัญญัติบางส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศ คือ ความตกลงทริปส์ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ และอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรม รวมถึงมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศ คือของประเทศอินเดีย และประเทศจีน
- 3) เพื่อศึกษาปัญหาการส่งเสริมคุณภาพของการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนกับประโยชน์สาธารณะในเรื่องการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์
- 4) เพื่อศึกษาถึงแนวทางอันจะเป็นประโยชน์ในการกำหนดกฎกระทรวงหรือกฎหมายลำดับรองต่างๆ ซึ่งอาศัยอำนาจในการตราตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ที่ยังอยู่ระหว่างการดำเนินการยกเว้นหรือเตรียมการยกเว้น

## 1.3 สมมติฐาน

เนื่องด้วยในปัจจุบัน พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 มีปัญหาการกำหนดบทนิยามที่เกี่ยวข้องกับผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ และกำหนดขอบเขตการคุ้มครองสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ไม่เหมาะสม รวมถึงมีปัญหาคาบเกี่ยวกันของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิดังกล่าวด้วย วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงศึกษาว่า บทนิยามที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ และขอบเขตการคุ้มครองสิทธิของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ ควรเป็นอย่างไร ประกอบกับแนวทางการแก้ปัญหาความคาบเกี่ยวของกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เพื่อรักษาคุณภาพของประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของปัจเจกชนกับประโยชน์ของสังคม และส่งเสริมให้อำรงไว้ซึ่งอัตลักษณ์ภูมิปัญญาการแพทย์ของไทยได้

## 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

เป็นการศึกษาถึงประวัติการแพทย์ของโลก แนวคิดที่ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ประวัติ แนวคิด และความสำคัญของการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ซึ่งเป็นพื้นฐานแห่งการคุ้มครองสิทธิของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย นอกจากนี้ยังศึกษาความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPS Agreement) อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (the Convention on Biological Diversity) และอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรม (the

Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions) รวมถึงมาตรการทางกฎหมายของประเทศอินเดีย และสาธารณรัฐประชาชนจีน เปรียบเทียบกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องของไทย เพื่อเป็นข้อมูลวิเคราะห์และสังเคราะห์ประเด็นปัญหาการกำหนดนิยามที่เกี่ยวข้องกับผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ปัญหาขอบเขตการคุ้มครองสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิ และปัญหาความคาบเกี่ยวของกฎหมายที่ให้ความคุ้มครอง ซึ่งจะนำไปสู่ข้อสรุปและข้อเสนอแนะของผู้เขียน

## 1.5 ระเบียบวิธีวิจัย

ระเบียบวิธีวิจัยนี้ เป็นการศึกษาในเชิงคุณภาพ โดยการวิจัยจากเอกสาร (Documentary Research) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษที่อยู่ในรูปแบบของหนังสือ ตำรา หรือตัวบทกฎหมาย และใน Website (www.)

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1) ทำให้ทราบพื้นฐานแนวคิดในการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ ทั้งเพื่อประโยชน์ของปัจเจกชน ชุมชน และประเทศชาติ
- 2) ทำให้ทราบแนวทางการปรับปรุงแก้ไขสาระบัญญัติบางส่วนของ การคุ้มครอง ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ให้สามารถปกป้องภูมิปัญญาไทยอันเป็นอัตลักษณ์ของชาติไทยได้อย่างเหมาะสม
- 3) ทำให้ทราบแนวทางการปรับปรุงแก้ไขสาระบัญญัติบางส่วนของพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 เพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมไทย และสถานการณ์ปัจจุบันในประชาคมโลก
- 4) ทำให้ตระหนักถึงมุมมองในการส่งเสริมคุณภาพของการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนกับประโยชน์สังคมในเรื่องสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์
- 5) ทำให้ทราบแนวทางเพื่อเป็นประโยชน์ในการกำหนดกฎกระทรวงหรือกฎหมายลำดับรอง ซึ่งอาศัยอำนาจในการตราตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ที่ยังอยู่ระหว่างการดำเนินการยกเว้นหรือเตรียมการยกเว้น

## บทที่ 2

### ประวัติและแนวความคิดการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์

ประวัติและแนวความคิดการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ล้วนมีความสำคัญยิ่งต่อการศึกษาถึงหลักเกณฑ์การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ กล่าวคือ เป็นพื้นฐานทางความคิด เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์และสังเคราะห์พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 แบบบูรณาการความรู้ ทั้งความรู้ที่ได้จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในอดีต การให้เหตุผลทางกฎหมาย รวมทั้งการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศที่มีความใกล้เคียงกัน ในบทที่ 2 นี้ ผู้เขียนจึงนำเสนอประวัติภูมิปัญญาการแพทย์ของโลกโดยจำแนกเป็นโลกตะวันตก และโลกตะวันออก แนวคิดว่าด้วยสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์โดยจำแนกเป็นสิทธิมนุษยชน และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา รวมทั้งการนำเสนอประวัติ แนวคิด และความสำคัญของการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

#### 2.1 ประวัติภูมิปัญญาการแพทย์ของโลก

ภูมิปัญญาการแพทย์ของโลก สามารถจำแนก ตามพื้นฐานความคิดและความเชื่อที่แตกต่างกันได้เป็นโลกตะวันตก และโลกตะวันออก ดังรายละเอียดต่อไปนี้

##### 2.1.1 โลกตะวันตก

โลกตะวันตกมีประวัติภูมิปัญญาด้านการแพทย์ เริ่มตั้งแต่ยุคก่อนประวัติศาสตร์ มีความเชื่อว่าความเจ็บป่วยเกิดจากอำนาจของภูตผีปีศาจ และผู้ที่จะบำบัดรักษาได้ต้องเป็นผู้มีเวทมนตร์คาถาในการขับไล่ปีศาจ จนกระทั่งในสมัยอียิปต์โบราณ หมออียิปต์ซึ่งเป็นหมอพระได้นำพิธีกรรมความเชื่อมาผูกกับองค์ความรู้ในวิธีการรักษา เช่น การเข้าเฝือก การรักษาอาการผิปกติของตา หู จมูก ปาก และฟัน ส่วนปาเลสไตน์โบราณก็มีความเชื่อว่าความเจ็บป่วยของมนุษย์เกิดขึ้นจากพระเจ้า คือ พระยะโฮวา เป็นผู้ลงโทษ จึงต้องทำพิธีกรรมขอขมาลาโทษ เพื่อให้หายจากโรคนั้น <sup>26</sup>

ในสมัยกรีก ช่วงศตวรรษที่ 5 – 4 ก่อนคริสตกาล (C. 500 – 400 B.C.) มีนักปราชญ์ชื่อ ฮิปโปเครติส (Hippocrates) ได้รับความรู้ด้วยวิชาทางการแพทย์ที่มีวิธีการทางวิทยาศาสตร์เป็นครั้งแรกในโลก จนได้รับการยกย่องให้เป็นบิดาแห่งวิชาการแพทย์ (The Father of Medicine) โดยที่ฮิปโปเครติสได้อบรมลูกศิษย์ของเขาว่า “...คนไข้มีความสำคัญมากกว่าอาการป่วยไข้ของเขาเสียอีก...” ดังนั้น ในการรักษาผู้ป่วย แพทย์จึงต้องซักประวัติผู้ป่วยก่อน แล้วตรวจร่างกายเพื่อหาสาเหตุของโรคด้วยการสังเกตโดยละเอียด สัมผัส หรือเคาะดูเบาๆ เพื่อฟังเสียงสะท้อน ดูของเสียที่ร่างกาย

<sup>26</sup> ทีวี มุขธระโกษา, แพทย์เอกของโลก, (กรุงเทพฯ: พิมพ์ดี, 2554), หน้า 9 – 12.

ผู้ป่วยขับถ่ายออกมา เป็นต้น มีการจดบันทึกทะเบียนประวัติผู้ป่วย บันทึกผลการวินิจฉัยโรค ตลอดจนบันทึกทางการแพทย์ถึงอาการของผู้ป่วยในแต่ละวัน เพื่อให้ทราบผลการรักษาและเยี่ยวยา แก้ไขได้อย่างต่อเนื่อง อีกทั้งยังสอนลูกศิษย์แพทย์ของเขาอยู่เสมอว่า ธรรมชาติเป็นแพทย์รักษาโรค ได้เป็นอย่างดี<sup>27</sup>

ภายหลังยุคของฮิปโปเครติส องค์ความรู้ด้านการแพทย์ก็พัฒนาไปในทางวิทยาศาสตร์มากยิ่งขึ้น ดังตัวอย่างต่อไปนี้

1) ในปี ค.ศ. 1543 นายแพทย์แอนเดรียส วิเซลิอุส (Andreas Vesalius) ได้วิริยะพยายามศึกษาด้านกายวิภาค จนสามารถจัดทำตำราทางกายวิภาคของมนุษย์ ที่มีชื่อว่า “De Humani Corporis Fabrica” ซึ่งเป็นตำราทางกายวิภาคที่มหาวิทยาลัยการแพทย์ทั่วโลกใช้ศึกษากันต่อมาถึง 1,300 ปี<sup>28</sup>

2) ในปี ค.ศ. 1798 นายแพทย์เอ็ดเวิร์ด เจนเนอร์ (Edward Jenner) ได้ตีพิมพ์ผลงานวิจัยของเขาเกี่ยวกับการค้นพบวัคซีนป้องกันโรคไข้ทรพิษหรือโรคฝีดาษ ซึ่งขณะนั้นเป็นโรคระบาดไปทั่วโลกทำให้มีผู้ป่วยเสียชีวิตเป็นจำนวนมาก โดยที่การค้นพบดังกล่าวเกิดจากการสังเกตว่าผู้ป่วยโรคฝีดาษที่เกิดจากการรีดนมวัว มีอาการไม่รุนแรง และสามารถรักษาให้หายได้ จึงนำเชื้อโรคฝีดาษที่เกิดจากวัวมาค้นคว้าทดลองอย่างทุ้มเทเพื่อทำวัคซีน จนค้นพบวิธีป้องกันโรคโดยนำไวรัสหรือจุลินทรีย์ มาทำกรรมวิธีให้เชื้อตาย หรือทำให้มีฤทธิ์อ่อนลง ก่อนจะปลูกหรือฉีดเข้าไปในร่างกายคน เพื่อกระตุ้นให้ร่างกายสร้างภูมิคุ้มกัน และการค้นพบนี้มีผู้กล่าวกันว่า ถ้าเพียงแต่เอ็ดเวิร์ด เจนเนอร์ รักษาความลับเกี่ยวกับวัคซีนไว้ เขาก็จะสร้างรายได้ให้ตนเองมากมาย แต่เขากลับมอบองค์ความรู้ที่ค้นพบด้วยความยากลำบากให้ตกทอดแก่ประชากรโลกโดยปราศจากผลประโยชน์ตอบแทน<sup>29</sup>

3) ในปี ค.ศ. 1953 นายแพทย์โจนาส เอ็ดเวิร์ด ซอล์ค (Jonas Edward Salk) ได้ตีพิมพ์ผลงานวิจัยการค้นพบวัคซีนป้องกันโรคโปลิโอ ต่อมาปี ค.ศ. 1955 ได้มีการประกาศรับรองผลการทดลองวัคซีนดังกล่าว และหน่วยงานรัฐบาลประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยื่นจดสิทธิบัตรวัคซีนนี้เพื่อผลิตเป็นอุตสาหกรรม โดยที่นายแพทย์โจนาส ซอล์ค ไม่ยอมรับเงินจากการให้สิทธิบัตรเพราะเขามองว่าสิทธิบัตรดังกล่าวเป็นของประชาชน<sup>30</sup>

ช่วงศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา องค์ความรู้ด้านการแพทย์ที่พัฒนามาจากพื้นฐานวัฒนธรรมวิถีตะวันตกมีความละเอียดซับซ้อนในระดับลึกซึ้งมากขึ้นเรื่อยๆ และได้มีการเผยแพร่ไปทั่วโลก โดยสรุปเป็นลักษณะเด่นที่สำคัญได้ 3 ประการ กล่าวคือ<sup>31</sup>

<sup>27</sup> เฟิ่งอ้วง, หน้า 15 - 25.

<sup>28</sup> เฟิ่งอ้วง, หน้า 91 - 92.

<sup>29</sup> เฟิ่งอ้วง, หน้า 153 - 179.

<sup>30</sup> เฟิ่งอ้วง, หน้า 401 - 405.

<sup>31</sup> วิทิต วัฒนวิบูล, การแพทย์ตะวันตก, นิตยสารหมอชาวบ้าน, 122 (6/2532).

1) มีการมุ่งศึกษาโครงสร้างและปฏิกิริยาทางเคมีของเซลล์ อันนำไปสู่การค้นพบ ฮอริโมนในการปรับสมดุลของร่างกาย และค้นพบสารที่ถ่ายทอดลักษณะทางพันธุกรรม เรียกว่า Deoxyribonucleic Acid หรือ DNA

2) มีการแบ่งสาขาวิชาย่อยๆ ตามพื้นฐานและการปฏิบัติทางคลินิกที่แตกต่างกัน เช่น วิชาภูมิคุ้มกันพยาธิวิทยา (Immunopathology) วิชาพันธุกรรมพยาธิวิทยา (Genetic Pathology) เป็นต้น

3) มีการผสมผสานระหว่างทฤษฎีพื้นฐานทางการแพทย์ และการปฏิบัติทางคลินิก เพื่อพัฒนาไปสู่ทฤษฎีทางการแพทย์ (Theoretical Medicine) ซึ่งทำให้การแพทย์ตะวันตกมีรูปแบบ การทดลอง (experimental medicine) มากกว่าการสังเกตและอาศัยความชำนาญ (Empiricism) ในการรักษาโรค

นอกจากนี้ การแพทย์ตะวันออกก็ได้เผยแพร่เข้ามาในประเทศตะวันตกด้วย กล่าวคือ ในช่วง ทศวรรษของคริสต์ศตวรรษที่ 1930 การรักษาโรคโดยวิธีการฝังเข็มของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งรับการ เผยแพร่ภูมิปัญญาจากประเทศจีน ได้เป็นที่แพร่หลายในยุโรป โดยเฉพาะที่ประเทศฝรั่งเศสและ ประเทศเยอรมนีในฐานะที่เป็นแพทย์ทางเลือก (Alternative Medicine) สามารถรักษาโรคได้หลาย อาการ เช่น โรคหอบหืด หลอดลมอักเสบ กล้ามเนื้อและข้ออักเสบ โรคเกี่ยวกับทางเดินอาหาร เป็นต้น<sup>32</sup>

### 2.1.2 โลกตะวันออก

ในที่นี้จะกล่าวถึงประวัติภูมิปัญญาการแพทย์ประเทศอินเดีย และประวัติภูมิปัญญา การแพทย์ประเทศจีน เนื่องจากทั้งสองประเทศล้วนมีประวัติความเป็นมาอันยาวนาน และเป็น รากฐานของภูมิปัญญาการแพทย์ตะวันออกของประเทศอื่นๆ กล่าวคือ

#### 2.2.1.1 ประวัติภูมิปัญญาการแพทย์อินเดีย

1) ในยุคเริ่มแรก ได้แก่ ช่วงอารยธรรมลุ่มแม่น้ำสินธุ ประมาณ 2,300 – 1,700 ปี ก่อนคริสตกาล เรียกว่า อาณาจักรหริปปัน มีความสัมพันธ์แลกเปลี่ยนวัฒนธรรมด้าน การแพทย์กับอียิปต์โบราณ โดยเน้นการพัฒนาสุขอนามัยของประชาชน ได้แก่ การชำระล้าง ร่างกาย ระบบกำจัดของเสีย ประกอบกับการใช้พืชพรรณสมุนไพร และไสยศาสตร์เครื่องราง พิธีกรรมต่างๆ ในการรักษาโรค ซึ่งเชื่อว่าเกิดจากผีเข้า<sup>33</sup>

2) ในยุคพระเวท ได้ปรากฏหลักฐานการอ้างอิงข้อมูลทางการแพทย์ อินเดียโบราณเป็นจำนวนมากในคัมภีร์พระเวท (Veda) ซึ่งยังคงความเชื่อว่า โรคภัยไข้เจ็บที่ไม่ สามารถเห็นประจักษ์ได้เกิดจากผีหรือพลังความชั่วร้าย การแช่งดำพระเจ้า หรือพอมดมอผีกระทำ ส่วนบาดแผล ความบาดเจ็บของร่างกายภายนอก หรือโรคจากสัตว์ที่สามารถสังเกตเห็นได้ล้วนเป็นผล เคาระห์ร้ายจากสิ่งที่มองเห็นนั้น โดยที่การวินิจฉัยโรคของอินเดียโบราณจะไม่ครอบคลุมไปถึงการระบุ

<sup>32</sup> ทวี มุขธระโกษา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26*, หน้า 421-423.

<sup>33</sup> ชิสส์ เค็นเนธ จี, *ลัทธินักพรตและการเยียวยาในอินเดียโบราณ : ระบบการแพทย์ในพุทธ อาราม*, แปลจาก "Asceticism and Healing in Ancient India : Medicine in the Buddhist Monastery" แปลโดย อีริคช อุทัยวิทยารัตน, (กรุงเทพฯ: มูลนิธิโกมลคีมทอง, 2552), หน้า 4-7.

สาเหตุของโรคจากการจำแนกลักษณะอาการที่เกิดขึ้นซ้ำของผู้ป่วยหลายราย แต่ต่อมาได้พัฒนาจากการสังเกตว่าอาการแต่ละโรคเกิดจากปีศาจคนละชนิด มีการสร้างตำนานความเชื่อในการรักษาผู้ป่วยให้สอดคล้องกับองค์ความรู้สรรพคุณพืชสมุนไพรท้องถิ่น อีกทั้งยังศึกษากายวิภาคเบื้องต้นจากพิธีบูชายันของพระเวท<sup>34</sup>

3) ในสมัยพุทธกาล องค์ความรู้ทางการแพทย์เป็นส่วนหนึ่งของหลักศาสนาพุทธและวินัยของชาวพุทธ โดยมีการเรียนรู้และปฏิบัติเพื่อดับทุกข์ตามหลักอริยสัจสี่ ได้แก่ ทุกข์คือ ความเจ็บป่วยไม่สบายกายใจ สมุทัย คือ สาเหตุที่ทำให้เกิดโรค นิโรธ คือ การหายจากโรคมรรค คือ วิธีการรักษาโรค และการรักษาโรคนั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักทางสายกลาง คือ การรักษาสมดุลของร่างกายและจิตใจ ซึ่งองค์ความรู้เหล่านี้ ได้ปรากฏหลักฐานการบันทึกไว้ในคัมภีร์พระไตรปิฎก ในส่วนพระวินัยปิฎก สืบทอดจนถึงปัจจุบัน รวมถึงได้มีการบันทึกวิธีการรักษาโรคต่างๆ จากประวัติการรักษาของหมอชีวกโกมารภัจจ์ ผู้ถวายการรักษาพระพุทธเจ้าและพระภิกษุโดยไม่คิดค่าตอบแทนไว้ในคัมภีร์พระไตรปิฎก<sup>35</sup>

นอกจากนี้ หลักฐานที่ปรากฏในงานวรรณกรรมของประเทศต่างๆ ที่มีการเผยแพร่พระพุทธศาสนาไปถึง ซึ่งได้แก่ประเทศโลกตะวันออกหลายประเทศ พบว่ามีการกล่าวถึงความรู้ด้านการแพทย์ของอินเดียไว้โดยพัฒนาให้เข้ากับวัฒนธรรมของแต่ละประเทศด้วย เช่น ในประเทศจีนมีคัมภีร์การแพทย์ภาษาสันสกฤตของมหายาน ซึ่งเก็บบันทึกความรู้การแพทย์อินเดียดั้งเดิมเกี่ยวกับการใช้สมุนไพร เวทมนตร์คาถา ความเชื่อเรื่องพระโพธิสัตว์แห่งการเยียวยา คัมภีร์พระไตรปิฎกภาษาทิเบต<sup>36</sup> เป็นต้น รวมถึงประเทศไทยเองก็ได้มีบันทึกไว้ในพระไตรปิฎกถึงวิธีการรักษาโรคด้วยสมุนไพร การใช้พระพุทธรูปมนต์ คือ การสวดมนต์เพื่อเจริญสติ ทำให้มีกำลังใจหายจากโรคหรือการใช้หลักโภชนาการ<sup>37</sup> เป็นต้น

4) ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1800 เป็นต้นมา ได้เริ่มมีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในปียังกล่าว คือ เป็นช่วงที่ประเทศอินเดียตกอยู่ภายใต้อาณานิคมของสหราชอาณาจักร และสหราชอาณาจักรได้ออกกฎหมายห้ามประเทศอินเดียมีโรงเรียนแพทย์อายุรเวท ทำให้ภูมิปัญญาการแพทย์อินเดียแต่โบราณมีการนำมาใช้เพียงเฉพาะชุมชนท้องถิ่นตามชนบทเท่านั้น จนกระทั่งประเทศอินเดียได้รับอิสรภาพในปี ค.ศ. 1947 จึงได้มีการนำภูมิปัญญาการแพทย์อินเดียดั้งเดิมมาประยุกต์ร่วมกับแพทย์แผนปัจจุบัน<sup>38</sup>

<sup>34</sup> เฝิงอ้วง, หน้า 7- 18, 43-47.

<sup>35</sup> เฝิงอ้วง, หน้า 49-58.

<sup>36</sup> เฝิงอ้วง, หน้า 86-87.

<sup>37</sup> รัชณี จันทรเกษ และคณะ, การบูรณาการ การแพทย์แผนไทยเข้าในระบบบริการสาธารณสุขแผนปัจจุบัน, (กรุงเทพฯ: สำนักงานกิจกรรมโรงพิมพ์องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึก, 2551), หน้า 17-24.

<sup>38</sup> ปรียา กุลละวณิชย์ และพลสันต์ กุลละวณิชย์, ความรู้เรื่องโรค ทางแก้ ดูแล ป้องกัน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: รีเตอร์ส โดเจสท์ (ประเทศไทย), 2544).

### 2.1.2.2 ประวัติภูมิปัญญาการแพทย์จีน

1) ยุคแรกเริ่ม การแพทย์แผนจีนมีการจัดระบบองค์ความรู้เป็นทฤษฎีการรักษาโดยวิธีการต่างๆ หลายนับพันปีมาแล้ว โดยเป็นการรักษาโรคด้วยไสยศาสตร์ และเมื่อมีการประดิษฐ์อักษรขึ้นเป็นครั้งแรกในสมัยชาง กล่าวคือ ประมาณ 4,000 ปีก่อน ได้ปรากฏจารึกเป็นลายลักษณ์อักษรถึงการหมักเหล้าเพื่อใช้เป็นยารักษาโรค<sup>39</sup>

2) ในช่วงปลายสมัยชุนชิว (770 - 475 ก่อนคริสตกาล) เป็นยุคที่วัฒนธรรมของจีนได้พัฒนาก้าวไกลไปมาก มีนักคิดและนักปรัชญาที่มีชื่อเสียงจนถึงปัจจุบันหลายท่าน เช่น ขงจื้อ เหล่าจื้อ เป็นต้น ซึ่งความคิดทางปรัชญาต่างๆ มีอิทธิพลต่อทฤษฎีทางการแพทย์ด้วย คือ ทฤษฎีหยินหยางอยู่ทาง ได้นำมาอธิบายระบบการทำงานของอวัยวะต่างๆ ในร่างกาย และอธิบายว่าสาเหตุและอาการของโรคเกิดจากสิ่งแวดล้อมภายนอก เช่น ฤดูกาล ภูมิศาสตร์ ดิน น้ำ ฯลฯ การรักษาโรคจึงต้องรักษาสมดุลของธรรมชาติ ใช้อาสมุนไพรมะขาม ฝังเข็ม และวินิจฉัยโรคโดยวิธีการมอง ฟังดมกลิ่น ถาม และจับชีพจร ซึ่งองค์ความรู้เหล่านี้ได้มีการบันทึกไว้ในหนังสือการแพทย์เล่มแรก ชื่อ “หวังตี้ไต้ยั้ง” ปรากฏเป็นหลักฐานว่าการแพทย์ของจีนมีทฤษฎีการรักษาโรคที่แยกตัวออกจากไสยศาสตร์ ตั้งแต่ประมาณ 2,000 ปีมาแล้ว<sup>40</sup>

3) ในปลายสมัยฮั่น (ค.ศ. 184) นายแพทย์ฮัวโต ได้ค้นพบวิธีการทำยาชาเพื่อใช้ในการผ่าตัด จนได้ชื่อว่าเป็นบิดาแห่งวิชาศัลยกรรมของจีน อย่างไรก็ตาม สงครามในช่วงเวลานั้นทำให้ตำราการแพทย์ของนายแพทย์ฮัวโต ถูกเผาจนไม่ปรากฏหลักฐาน<sup>41</sup>

4) ในสมัยถัง (คริสตกาล 628) พระสงฆ์ซึ่งมีชื่อเสียง คือ พระเสวียนจ้วง หรือพระถังซำจั๋งในนิยายอิงประวัติศาสตร์ เรื่องไซอิ๋ว ได้เดินทางไปศึกษาพระพุทธศาสนาที่ประเทศอินเดีย และนำวิธีการบำบัดรักษาโรคของพระสงฆ์อินเดียมาเผยแพร่ในจีนด้วย เช่น การเขียนยันต์ การอดอาหาร การสวดมนต์อ่อนนวลสิ่งศักดิ์สิทธิ์ เป็นต้น พุทธศาสนาและการแพทย์อินเดียจึงเข้ามามีอิทธิพลในประเทศจีนนับแต่นั้นมา<sup>42</sup>

5) ในสมัยซ่ง (คริสตกาล 998-1003) มีหลักฐานทางประวัติศาสตร์ว่าจีนได้คิดค้นวิธีการปลูกวัคซีนที่จุมูกเพื่อป้องกันโรคฝีดาษ ซึ่งเป็นการคิดค้นได้ก่อนผลงานวิจัยของนายแพทย์เอ็ดเวิร์ด เจนเนอร์ ดังที่กล่าวมาแล้วในประวัติการแพทย์โลกตะวันตก<sup>43</sup>

6) ภายหลังกาลคริสต์ศตวรรษที่ 19 ประเทศตะวันตกได้เข้ามาล่าอาณานิคมจนเกิดสงครามฝิ่นและมีการส่งหมอสอนศาสนาเข้ามาเผยแพร่วิทยาการต่างๆ ทำให้โรคที่เดิมรักษาไม่หายสามารถรักษาได้ จนการแพทย์แบบตะวันตกเป็นที่นิยมแพร่หลาย ส่งผลกระทบต่อการพัฒนาองค์ความรู้แพทย์แผนจีนที่เคยมีมาแต่โบราณ ดังปรากฏเหตุการณ์ในปี ค.ศ. 1929 ได้มีการประชุมคณะกรรมการกลางสาธารณสุขเพื่อให้ยกเลิกการรักษาโรคโดยแพทย์แผนจีน ด้วยเหตุผลสรุป

<sup>39</sup> วิทิต วัฒนวิบูล, ประวัติการแพทย์จีน, (กรุงเทพฯ: รุ่งวัฒนา, 2524), หน้า 17-20.

<sup>40</sup> เฟิ่งอ้วง, หน้า 25-45.

<sup>41</sup> เฟิ่งอ้วง, หน้า 57-67.

<sup>42</sup> เฟิ่งอ้วง, หน้า 98-99.

<sup>43</sup> เฟิ่งอ้วง, หน้า 122.



ได้ว่า การแพทย์แผนจีนไม่สามารถป้องกันโรคระบาดได้ และไม่เป็นวิทยาศาสตร์ ซึ่งการประชุมดังกล่าวทำให้เกิดการรณรงค์คัดค้านอย่างกว้างขวางจนทำให้มติที่ประชุมนั้นไม่อาจนำไปปฏิบัติได้<sup>44</sup>

7) ในปี ค.ศ. 1953 ประธานเหมาเจ๋อตุง ได้เรียกร้องให้มีการประสานองค์ความรู้ระหว่างแพทย์จีนและแพทย์ตะวันตกเข้าด้วยกัน เพื่อให้บรรลุถึงแพทย์สมัยใหม่ที่มั่นคงและเชื่อถือได้<sup>45</sup> ทำให้ปัจจุบันการแพทย์แผนจีนเป็นที่ยอมรับเชื่อถือไปทั่วโลก

จากประวัติภูมิปัญญาการแพทย์ของโลกที่กล่าวมาแล้ว พบว่าภูมิปัญญาการแพทย์ล้วนเป็นผลิตผลจากวัฒนธรรมของแต่ละสังคม และมีประวัติศาสตร์ความเป็นมาอันยาวนาน โดยที่การแพทย์ตะวันตกและการแพทย์ตะวันออกต่างก็เริ่มต้นพัฒนาภูมิปัญญาการรักษาโรคจากความเชื่อดั้งเดิมเกี่ยวกับภูตผีปีศาจและศาสนา ต่อมาการแพทย์ตะวันตกได้ต่อยอดภูมิปัญญาด้วยวิธีศึกษาค้นคว้าวิจัยทางวิทยาศาสตร์ จนเกิดองค์ความรู้ในการป้องกันและการบำบัดรักษาโรคโดยแยกประเภทองค์ความรู้เฉพาะทาง ในขณะที่การแพทย์ตะวันออกมีการพัฒนาด้วยวิธีสังสมประสบการณ์ความเชี่ยวชาญในการรักษาจากการสังเกตและจำแนกกลุ่มอาการของโรค ใช้สมุนไพรและพลังธรรมชาติในการบำบัดโรค รวมทั้งมีการเยียวยาทางจิตใจประกอบกันเป็นองค์รวม

ในปัจจุบันนี้เป็นยุคที่โลกไร้พรมแดน เมื่อโลกไร้พรมแดนแล้ว ภูมิปัญญาการแพทย์ก็ย่อมต้องไร้พรมแดนไปด้วย ทั้งการแพทย์ตะวันตกและการแพทย์ตะวันออกจึงได้มีการแลกเปลี่ยนองค์ความรู้เกี่ยวกับวิธีการรักษาต่างๆ ผสมผสานความรู้ความเชื่อร่วมกัน เพื่อประโยชน์ของมนุษยชาติ และองค์ความรู้ภูมิปัญญาการแพทย์ดั้งเดิมที่ได้แลกเปลี่ยนกันนั้น ปัจจุบันได้มีการนำมาใช้บำบัดรักษาโรค หรือดูแลสุขภาพกันอย่างกว้างขวางมากขึ้นเรื่อยๆ มีการใช้ความวิริยะอุตสาหะนำมาวิจัยต่อยอด จนเกิดเป็นเทคโนโลยีชีวภาพต่างๆ ทั้งในรูปของอาหาร และยา ช่วยสร้างมูลค่าทางเศรษฐกิจให้แก่สังคมประเทศนั้นๆ กล่าวได้ว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่ง เช่น การจดสิทธิบัตรยา หรือผลิตภัณฑ์เครื่องสำอางต่างๆ เป็นต้น โดยที่การแสวงหาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจในภูมิปัญญาการแพทย์จะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของสังคมควบคู่กันไปด้วยเสมอ เพราะภูมิปัญญาการแพทย์ล้วนเกี่ยวข้องกับชีวิตมนุษย์เป็นสำคัญ

เมื่อพิจารณาถึงประวัติผู้คิดค้น หรือปรับปรุงพัฒนาต่อยอดภูมิปัญญาการแพทย์ของโลกแล้ว พบว่าพวกเขาต่างก็ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะเพื่อให้องค์ความรู้ทางการแพทย์ต่างๆ เพียงพอต่อความต้องการการรักษาพยาบาลของประชากรโลก พวกเขาเหล่านั้น จึงสมควรที่จะได้รับการคุ้มครองในฐานะผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ ดังจะได้กล่าวถึงแนวคิดว่าด้วยสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ต่อไป

## 2.2 แนวคิดว่าด้วยสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์

แนวคิดว่าด้วยสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์นี้ เป็นแนวคิดพื้นฐานที่นำไปสู่เหตุผลและความจำเป็นของการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ โดยที่สิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์นี้จัดเป็นสิทธิมนุษยชน เพราะเป็นสิทธิในองค์ความรู้ของมนุษย์ ในฐานะที่เป็นมนุษย์ และเป็น

<sup>44</sup> วิชัย โชควิวัฒนา, ประวัติการแพทย์จีนโดยสังเขป, วารสารการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก, 2 (1 ตุลาคม 2546 – มกราคม 2547), หน้า 90.

<sup>45</sup> วิทิต วัฒนวิบูล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 39, หน้า 168-178.

องค์ความรู้ที่ใช้เพื่อการดูแลรักษาสุขภาพของมวลมนุษยชาติ ในขณะที่เดียวกันก็เป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาด้วย เพราะเป็นสิทธิในการแสวงหาประโยชน์ทางทรัพย์สินจากองค์ความรู้ดังกล่าวอย่างสิทธิของเอกชน ซึ่งในส่วนนี้จะได้กล่าวถึงแนวคิดที่ว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และแนวคิดที่ว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

### 2.2.1 แนวคิดที่ว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน หมายถึง สิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ ในฐานะที่เกิดเป็นมนุษย์ และมีประจำตัวมนุษย์มาตั้งแต่ก่อนมีรัฐเกิดขึ้น และเมื่อมีรัฐเกิดขึ้น รัฐธรรมนูญของรื้อนั้นๆ จะให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแก่บุคคลทุกคน โดยไม่แบ่งแยกว่าบุคคลผู้นั้นเป็นชาติใด<sup>46</sup> เช่น สิทธิในชีวิต ทรัพย์สิน สุขภาพ ฯลฯ

แนวคิดที่ว่าด้วยเรื่องสิทธิมนุษยชน เริ่มต้นในศตวรรษที่ 18 จากการปฏิวัติอุตสาหกรรมและพัฒนาการความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ทำให้เกิดการแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตนโดยธรรมชาติ มีการแบ่งงานตามความถนัดของปัจเจกบุคคล และประสานงานความร่วมมือกันเพื่อเพิ่มเติมความสามารถของตนเอง ทำให้เกิดระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม ซึ่งนำไปสู่การส่งเสริมคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ว่าเป็นผู้มีเหตุผลในการคิดและตัดสินใจได้โดยอิสระ<sup>47</sup>

ต่อมาเมื่อมีสงครามโลกครั้งที่ 1 และครั้งที่ 2 เกิดขึ้น องค์การสหประชาชาติ จึงได้จัดทำปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights) ขึ้น เพื่อส่งเสริมและสนับสนุนการเคารพซึ่งสิทธิมนุษยชน โดยไม่แบ่งแยกความแตกต่างด้านเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา รวมถึงการรับรองสิทธิในองค์ความรู้ดั้งเดิมของชุมชนท้องถิ่น และชนเผ่าพื้นเมือง<sup>48</sup>

ภายหลังจากที่มีปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนก็ได้มีปฏิญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1993 ส่วนที่ 1 มาตรา 5 ซึ่งกล่าวถึงสิทธิมนุษยชนว่า สิทธิมนุษยชนนั้น เป็นสากล แบ่งแยกไม่ได้ พึ่งพากัน และเกี่ยวพันกัน ประชาคมระหว่างประเทศต้องปฏิบัติต่อสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่งเดียวทั่วโลก ในแบบอย่างที่เป็นธรรมและเสมอภาค บนพื้นฐานเดียวกัน และได้รับการเอาใจใส่เช่นเดียวกัน ในขณะที่ต้องระลึกถึงความสำคัญของลักษณะเฉพาะแห่งชาติและแห่งภูมิภาค และความเป็นมาอันหลากหลายทางประวัติศาสตร์ วัฒนธรรม และศาสนา อีกทั้งรัฐต่างๆ ย่อมมีหน้าที่ในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งหลายนั้นด้วย<sup>49</sup>

<sup>46</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), หน้า 36, อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 3. (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552), หน้า 53.

<sup>47</sup> เสน่ห์ จามริก, สิทธิมนุษยชนไทยในกระแสโลก, (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2549), หน้า 115-116.

<sup>48</sup> ภาณุมาศ ชัดเงางาม, การคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิมและทรัพยากรของชนเผ่าพื้นเมือง : แนวคิดและบทวิเคราะห์, (นนทบุรี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2551), หน้า 42.

<sup>49</sup> ปฏิญญากรุงเวียนนาและแผนปฏิบัติการในสิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพฯ: คณะกรรมการประสานงานองค์การสิทธิมนุษยชน (กปส.), 2540), หน้า 201-236. อ้างถึงใน นริสา วุฒิปัญญาเลิศ, กลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในอาเซียน (Mechanisms for Human Rights Protection in ASEAN, วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช, 16 (1 มิถุนายน 2547), หน้า 88.

จากหลักปฏิญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนดังกล่าว และข้อเท็จจริงในอดีตที่กล่าวมาแล้ว ในประวัติศาสตร์การแพทย์ของโลกว่า ภูมิปัญญาการแพทย์เป็นพื้นความรู้ดั้งเดิม ซึ่งสามารถนำมาต่อยอดด้วยกระบวนการทางวิทยาศาสตร์เป็นเทคโนโลยีชีวภาพต่างๆ โดยอาศัยทรัพยากรธรรมชาติของแต่ละท้องถิ่นเป็นองค์ประกอบหนึ่งของภูมิปัญญา เช่น การใช้สมุนไพรรักษาโรค การผลิตยาพื้นบ้านจากพืช สัตว์ หรือจุลินทรีย์ ฯลฯ ดังนั้น สิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์เฉพาะแห่งชาติหรือแห่งภูมิภาคจึงย่อมเป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่ง ในฐานะเป็นสิทธิสากลที่มนุษย์พึงมีพึงได้ เนื่องจากเป็นผู้ทรงสิทธิในวัฒนธรรมภูมิปัญญานั้น

ปัจจุบัน สิทธิมนุษยชนที่เน้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพความเป็นมนุษย์แต่ละบุคคล ได้พัฒนา มาเป็นสิทธิปวงชน (Group Rights หรือ Collective Rights) ซึ่งอาจจำแนกได้เป็น 3 ลักษณะ<sup>50</sup> คือ

- 1) สิทธิปวงชนในลักษณะแคบ ได้แก่ สิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง สิทธิที่จะมีชีวิตและดำรงชีพอยู่ รวมทั้งสิทธิในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติของตน
- 2) สิทธิปวงชนในลักษณะกลาง ได้แก่ สิทธิตาม 1) รวมถึงสิทธิที่จะมีสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ สิทธิในการพัฒนา และสิทธิว่าด้วยสิ่งแวดล้อม
- 3) สิทธิปวงชนในลักษณะกว้าง ได้แก่ สิทธิตาม 1) และ 2) รวมทั้งสิทธิในการสื่อสาร สิทธิที่จะสืบทอดวัฒนธรรมของปวงชน สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในการค้าระหว่างประเทศ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม มีข้อถกเถียงทางวิชาการแบ่งเป็นสองความเห็นเห็นว่าสิทธิปวงชนถือเป็นส่วนหนึ่งของวิวัฒนาการสิทธิมนุษยชนด้วย หรืออีกความเห็นหนึ่งเห็นว่าเป็นแต่เพียงแนวคิดด้วยสิทธิเสรีภาพที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน โดยมองว่าสิทธิมนุษยชนมีขอบเขตจำกัดเพียงสิทธิของปัจเจกชนเท่านั้น<sup>51</sup> ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า สิทธิดังกล่าวเป็นวิวัฒนาการของสิทธิมนุษยชน เพราะเป็นสิทธิของมนุษย์ในฐานะที่ผู้ทรงสิทธิเหล่านั้นเป็นมนุษย์อันจะต้องร่วมจัดการปัญหาของสังคมที่ตนอยู่ด้วยกัน

สิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์นั้น กล่าวได้ว่าเป็นสิทธิปวงชนได้ทั้งสามลักษณะ เพราะสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ย่อมเป็นประโยชน์ต่อผู้ทรงสิทธิในการที่จะดำรงชีพด้วยสุขภาพที่ดี ซึ่งเป็นสิทธิปวงชนในลักษณะแคบ เป็นประโยชน์ในการพัฒนาชุมชนและสังคมให้สมาชิกของแต่ละชุมชนปราศจากโรคภัยไข้เจ็บ อีกทั้งยังเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองการใช้ประโยชน์ในภูมิปัญญาอย่างเหมาะสมต่อสภาพแวดล้อม ก็จะเป็นลักษณะสิทธิปวงชนอย่างกลาง และในที่สุดเมื่อมีความร่วมมือกันระดับระหว่างประเทศ รวมถึงมวลมนุษยชาติร่วมกันสืบสานภูมิปัญญาการแพทย์ ก็จะเป็นสิทธิปวงชนในลักษณะกว้างได้ต่อไป

นอกจากนี้ สิทธิมนุษยชนในมุมมองดั้งเดิมของโลกตะวันตก ยังมีความแตกต่างจากโลกตะวันออก กล่าวคือ โลกตะวันตกจะให้ความสำคัญกับสิทธิของปัจเจกชน เพราะมีแนวคิดเสรีนิยมเป็นพื้นฐานว่า มนุษย์ย่อมเกิดมามีศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ และมีเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความสามารถของตนอย่างมีอิสระ ในแดนแห่งเสรีภาพของแต่ละคน (Sphere of Individual

<sup>50</sup> ภาณุมาศ ชัดเงางาม, มุมมองแนวคิดของสิทธิมนุษยชนและสิทธิปวงชน, วารสารกฎหมาย สุขุขทัยธรรมมาธิราช 14 (มิถุนายน 2545), หน้า 90-94.

<sup>51</sup> เสน่ห์ จามริก, *อ้างแล้ว* เซึ่งอรรถที่ 47, หน้า 95.

Liberty) ส่วนโลกตะวันออกจะให้ความสำคัญกับสิทธิชุมชน เพราะมีวัฒนธรรมดั้งเดิมที่ไม่ถือว่าสมาชิกแต่ละคนของสังคมหนึ่งๆ เป็นหน่วยอิสระเหนือกว่าสังคมนั้น<sup>52</sup> โดยที่ชุมชนย่อมมีความเป็นมา วัฒนธรรม ประเพณีต่างๆ ซึ่งสะท้อนถึงการจัดการผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มคนรวมทั้งความสัมพันธ์ภายในและภายนอกชุมชน อันก่อให้เกิดสิทธิร่วมกันในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่สมดุลและยั่งยืน จึงเป็นที่มาของสิทธิในการต่อสู้เพื่ออารังรักษาคักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของชุมชนแต่ละพื้นที่ ซึ่งก็คือสิทธิชุมชนนั่นเอง<sup>53</sup>

สำหรับกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิภาคการแพทย์ ได้แก่

1) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาตรา 27 ได้บัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญที่เกี่ยวข้อง คือ<sup>54</sup>

1.1) มาตรา 27 (1) ทุกคนมีสิทธิในการมีส่วนร่วมในวัฒนธรรมการดำรงชีพในชุมชนหรือสังคมของตนเอง ตลอดจนการมีส่วนร่วมในการใช้และดำรงรักษาไว้ซึ่งงานศิลปะและความก้าวหน้าทางวิทยาการภายในชุมชนหรือสังคมนั้นๆ

1.2) มาตรา 27 (2) ทุกคนมีสิทธิที่จะคุ้มครองศิลปกรรมและประโยชน์ทางวัตถุใดๆ อันเป็นผลผลิตมาจากการทางวิทยาศาสตร์ วรรณกรรม หรือศิลปกรรม ซึ่งเขาเป็นผู้สร้างขึ้น

2) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (The International Covenant on Economic, Social and Cultural Right) มาตรา 15 ได้กล่าวย้ำถ้อยความในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาตรา 27 (2) ว่า รัฐภาคีในกติกานี้ยอมรับสิทธิของทุกคนในการมีส่วนร่วมในวัฒนธรรมการดำรงชีวิต มีส่วนร่วมในการที่จะได้รับประโยชน์จากความก้าวหน้าทางวิทยาการ และมีส่วนที่จะได้รับประโยชน์จากการคุ้มครองศิลปกรรมและผลประโยชน์ทางวัตถุอันเป็นผลผลิตมาจากการทางวิทยาศาสตร์ วรรณกรรม หรือศิลปกรรม ซึ่งเขาเป็นผู้สร้างขึ้น<sup>55</sup>

3) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (The International Covenant on Civil and Political Right) ได้บัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องคือ<sup>56</sup>

3.1) มาตรา 1 (2) กล่าวว่า ประชาชนทุกคนมีสิทธิที่จะใช้ จำหน่าย จ่ายโอนทรัพยากรธรรมชาติที่เป็นของเขาได้อย่างอิสระ โดยปราศจากความผูกพันทางความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศที่มีขอบ ทั้งนี้ บนหลักการพื้นฐานของผลประโยชน์ร่วมกัน และกฎหมาย

<sup>52</sup> นริสา วุฒิปัญญาเลิศ, กลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในอาเซียน (Mechanisms for Human Rights Protection in ASEAN), วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช, 16 (มิถุนายน) 2547, หน้า 87.

<sup>53</sup> ยศ สันตสมบัติ และคณะผู้วิจัย, นิเวศวิทยาชาติพันธุ์ ทรัพยากรชีวภาพ และสิทธิชุมชน, (เชียงใหม่: วิทอินดีไซน์), 2547, หน้า 27.

<sup>54</sup> ภาณุมาศ ขัดเงางาม, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 50*, หน้า 134-138.

<sup>55</sup> *เพ็งอ้าว*, หน้า 138 – 140.

<sup>56</sup> *เพ็งอ้าว*, หน้า 140 – 142.

ระหว่างประเทศ และประชาชนเหล่านั้นจะต้องไม่ถูกแยงเอาไปซึ่งทรัพยากรที่เขาเหล่านั้นใช้ในการดำรงชีพอยู่

3.2) มาตรา 47 กล่าวว่า การตีความกติกาฉบับนี้ จะต้องไม่เป็นการตีความไปในทางขัดขวางสิทธิของประชาชนทุกคนที่จะใช้ประโยชน์อย่างอิสระและเต็มที่ในความสมบูรณ์ของทรัพยากรทางธรรมชาติของเขา

4) ปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนเผ่าพื้นเมือง (The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples) มาตรา 26 (1) , (2) มาตรา 29 (1) และ มาตรา 31 (1) สรุปส่วนที่เกี่ยวข้องได้ว่า ชุมชนพื้นเมืองมีสิทธิที่จะรักษา ควบคุม ค้ำครอง และพัฒนา มรดกทางวัฒนธรรม องค์ความรู้ดั้งเดิม และการแสดงออกทางจารีตประเพณีและวัฒนธรรม รวมถึง ผลงานทางวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีและวัฒนธรรม ทั้งที่เกี่ยวกับมนุษย์และทรัพยากรพันธุกรรม เมล็ดพันธุ์ ยารักษาโรค องค์ความรู้อันเป็นทรัพย์สินเกี่ยวกับพืชและสัตว์<sup>57</sup>

5) ปฏิญญาสากลว่าด้วยชีวจริยศาสตร์และสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration on Bioethics and Human Rights) ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์คุ้มครองจริยธรรมทางการแพทย์ วิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวกับชีวิต และเทคโนโลยีต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ โดยรัฐสมาชิกจะต้องเคารพในสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อีกทั้งยังต้องให้ความคุ้มครองความหลากหลายทางวัฒนธรรม อันเป็นที่มาของการเปลี่ยนแปลง นวัตกรรม และการประดิษฐ์คิดค้นที่จำเป็นสำหรับมนุษย์ด้วย เพราะการแก้ไขปัญหาสุขภาพไม่ได้ขึ้นอยู่กับพัฒนาทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแต่เพียงด้านเดียว หากแต่ในอีกด้านหนึ่งยังรวมถึงจิตวิทยาสังคม และองค์ประกอบอื่นๆ ทางวัฒนธรรมด้วย<sup>58</sup>

จากกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนดังที่กล่าวมา เห็นได้ว่าหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน นำมาซึ่งการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ในกรณีที่ผู้ทรงสิทธิยอมมีสิทธิเสรีภาพในการแสวงหาผลประโยชน์จากภูมิปัญญาเหล่านั้น ทั้งจากการนำองค์ความรู้ขั้นต้นไปใช้ประโยชน์ หรือนำไปพัฒนาต่อยอดองค์ความรู้เป็นการวิจัยทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีเพื่อการบำบัดรักษาโรคต่างๆ โดยที่ผู้ทรงสิทธิอาจเป็นได้ทั้งปัจเจกชน ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนพื้นเมือง

อีกทั้ง การที่ต่างชาติได้เข้ามาแสวงหาผลประโยชน์จากภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย โดยกระทำการในลักษณะของการนำภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยไปใช้ประโยชน์ แล้วไม่แบ่งปันผลประโยชน์กลับคืนให้ผู้ทรงสิทธิอย่างเหมาะสม หรือกระทำการอันเป็นการรบกวนการใช้สิทธิโดยปกติของผู้ทรงสิทธิ เช่น นำองค์ความรู้ไปประยุกต์ใช้แล้วกล่าวอ้างว่าเป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตนทำให้ผู้ทรงสิทธิที่แท้จริงถูกกล่าวหาว่าละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ย่อมขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนดังที่กล่าวมา

<sup>57</sup> เฟิ่งอ๋าง, หน้า 145 – 146.

<sup>58</sup> United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, Division of Ethics of Science and Technology Social and Human Science Sector, (2005), Retrieved March, 2013 from <[http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=31058&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)>

### 2.2.2 แนวคิดว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

แนวคิดว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เริ่มต้นตั้งแต่การที่มนุษย์รู้จักทำสิ่งของเครื่องใช้ โดยกำหนดตราสัญลักษณ์ต่างๆ ขึ้น เพื่อแสดงลักษณะเฉพาะความเป็นเจ้าของ ซึ่งปรากฏหลักฐานจากภาพเขียนโบราณตามผนังถ้ำและบันทึกทางประวัติศาสตร์ว่า มีการทำเครื่องหมายบนตัวสัตว์หรือการตัดใบหูบางส่วนของสัตว์ เพื่อแสดงความเป็นเจ้าของแต่เพียงผู้เดียว<sup>59</sup>

ต่อมาในช่วงยุคกลาง (Middle Age) ประเทศทางยุโรปได้พัฒนาการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะของสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Rights) โดยกษัตริย์เป็นผู้ให้เอกสิทธิเรียกว่า “The Letter of Protection” คุ้มครองให้สิทธิเป็นผู้ผลิตแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งผู้ทรงสิทธิก็สัญญาว่าจะเปิดเผยกรรมวิธีการผลิตจนถึงขั้นนำไปผลิตได้จริงของเขาแก่ผู้ประกอบการรายอื่น เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาที่ได้รับการคุ้มครองแล้ว เทียบได้กับหลักการของสิทธิบัตรในปัจจุบัน<sup>60</sup>

ในศตวรรษที่ 21 นี้ สังคมโลกมีการสื่อสารกว้างไกลเป็นยุคโลกไร้พรมแดน ประกอบกับประเทศที่พัฒนาแล้วประสบปัญหาสูญเสียตลาดการค้าสินค้าบางชนิดให้แก่ประเทศกำลังพัฒนา เนื่องจากประเทศกำลังพัฒนามีข้อได้เปรียบเรื่องแรงงานฝีมือราคาถูก และประเทศพัฒนาแล้วพบว่าประเทศกำลังพัฒนาได้ละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างแพร่หลายโดยการลอกเลียนเทคโนโลยี ทำให้มีการกำหนดนโยบายระหว่างประเทศคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งประเทศต่างๆ ที่มีความสัมพันธ์ต่อกันก็ต้องให้ความคุ้มครองต่างตอบแทนกัน โดยไม่เลือกปฏิบัติ มิฉะนั้น อาจถูกกีดกันทางการค้าได้ เช่น การงดให้ความช่วยเหลือทางการเงิน เป็นต้น และการกำหนดนโยบายดังกล่าวนำไปสู่ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspect of Intellectual Property Rights) หรือความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement)<sup>61</sup>

ความตกลงทริปส์ได้มีการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเกณฑ์มาตรฐานขั้นต่ำให้รัฐภาคีนำไปบัญญัติไว้เป็นกฎหมายภายใน ทั้งในลักษณะสิทธิบัตร ลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงเครื่องหมายการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ การออกแบบวงจรรวม และการควบคุมการปฏิบัติที่ต่อต้านการแข่งขันทางการค้า ซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่คุ้มครองเหล่านี้ ย่อมรวมถึงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ด้วย ดังเช่นตัวอย่างที่กล่าวมาแล้วในประวัติการแพทย์ของโลกกรณีสิทธิบัตรวัคซีนป้องกันโรคโปลิโอ

ในความตกลงทริปส์ได้เปิดโอกาสให้ประเทศภาคีสามารถกำหนดยกเว้นไม่คุ้มครองการประดิษฐ์ที่เป็นกรรมวิธีในการวินิจฉัยบำบัดรักษาโรค หรือไม่คุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งที่ปกป้องชีวิตหรืออนามัยของมนุษย์ สัตว์ พืช รวมทั้งสิ่งแวดล้อม โดยกำหนดหลักการที่นำมาซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวไว้ในข้อ 7 กล่าวคือ การคุ้มครองและการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาควรจะต้องเกื้อหนุนต่อการส่งเสริมนวัตกรรมทางเทคโนโลยี ต่อการถ่ายทอดและแพร่ขยายของเทคโนโลยี เพื่อประโยชน์อัน

<sup>59</sup> Christopher May and Susan K. Sell, Intellectual Property Right, A Critical History, (2006), p. 44. อ้างถึงใน *เชิงอรรถที่ 20*, หน้า 87.

<sup>60</sup> ภาณุมาศ ชัดเงางาม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 25*, หน้า 92-94.

<sup>61</sup> จักรกฤษณ์ ควรพจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, หน้า 22-32.

ร่วมกันของผู้ผลิตและผู้ใช้ความรู้ทางเทคโนโลยี และในลักษณะที่เอื้ออำนวยต่อสวัสดิการทางสังคมและทางเศรษฐกิจ รวมถึงเพื่อความสมดุลของสิทธิและพันธกรณีนั้นด้วย<sup>62</sup>

อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากเจรจาการค้าโลกระดับพหุภาคี (Multilateral Agreement) ภายใต้องค์การการค้าโลก (World Trade Organization : WTO) ที่เมืองแคนคูน ประเทศเม็กซิโก เหล่าประเทศกำลังพัฒนาได้ริเริ่มความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อต่อต้านการผูกขาดการค้าของประเทศมหาอำนาจ ทูนิยม โดยการจัดทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคี (Bilateral Agreement) เพื่อเจรจากับคู่ค้าที่ละประเทศ ซึ่งเป็นที่รู้จักแพร่หลายว่าข้อตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreement หรือ FTA) แต่ต่อมาประเทศมหาอำนาจอย่างสหรัฐอเมริกา ก็ได้อาศัย FTA บีบให้ประเทศกำลังพัฒนายินยอมรับข้อเสียเปรียบต่างๆ รวมถึง FTA ระหว่างประเทศไทย กับสหรัฐอเมริกา ที่เริ่มเจรจาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2547 และมีข้อเสียเปรียบเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาที่ไทยถูกเรียกร้องให้ต้องคุ้มครองสิทธิบัตรพืช และสัตว์ ด้วย<sup>63</sup>

โดยที่การคุ้มครองสิทธิบัตรพืช และสัตว์ ย่อมส่งผลกระทบต่อการวิจัยและพัฒนาสมุนไพรเพื่อใช้เป็นพื้นฐานองค์ความรู้ต่อยอดการพัฒนาอุตสาหกรรมยาภายในประเทศ เพราะผู้ผลิตจะต้องอาศัยเทคโนโลยีระดับสูงเพื่อให้เกิดความใหม่ หรือเพื่อการพิสูจน์ความใหม่ หากประเทศไทยยอมรับการคุ้มครองสิทธิบัตรตามที่สหรัฐอเมริกาเรียกร้องใน FTA สหรัฐอเมริกาซึ่งมีความสามารถสูงกว่าประเทศไทยในการปรับปรุงพันธุ์พืชสมุนไพรต่างๆ ให้ออกฤทธิ์ดีกว่าสมุนไพรทั่วไป จะเข้ามาขอรับสิทธิบัตรจากการต่อยอดภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ผูกขาดสิทธินั้นไว้แต่เพียงผู้เดียวได้ และเมื่อประเทศไทยจะอาศัยภูมิปัญญาของตนเองก็อาจต้องขออนุญาตจากผู้ทรงสิทธิบัตรต่างชาติอีกด้วย<sup>64</sup>

สำหรับสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์นั้น เป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับแนวคิดในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge (TK)) ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) และมีความสัมพันธ์กับสภาพแวดล้อมมากกว่างานสร้างสรรค์ที่มาจากจารีตประเพณีซึ่งแสดงออกถึงลักษณะเฉพาะทางสังคมและวัฒนธรรม (Folklore) โดยมีความเห็นทางวิชาการว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นจัดเป็นองค์ความรู้ที่สร้างสรรค์โดยผู้มีความใกล้ชิดกับธรรมชาติ สืบทอดจากรุ่นหนึ่งสู่อีกรุ่นหนึ่งด้วยการจัดระบบจำแนกประสบการณ์การสังเกตเกี่ยวกับสภาพแวดล้อมท้องถิ่น รวมถึงการจัดการตนเองในการบริหารจัดการทรัพยากร<sup>65</sup>

นอกจากนี้ สิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ยังสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความหลากหลายทางชีวภาพ โดยเฉพาะความหลากหลายของทรัพยากรชีวภาพในป่า ซึ่งนานาประเทศได้พยายามอนุรักษ์ความหลากหลายเหล่านั้น กระทั่งมีการลงนามรับรองอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (the Convention on Biological Diversity) ในปี ค.ศ.1992 เพื่อให้มีการใช้ประโยชน์จากความ

<sup>62</sup> เฟิงอ้วง, หน้า 33-35.

<sup>63</sup> จีราพร ลิมปานานนท์ และคณะ, Drugly America ชีวิตและยา กับ FTA ไทย-สหรัฐ, (กรุงเทพฯ: หน่วยปฏิบัติการวิจัยเภสัชศาสตร์สังคม คณะเภสัชศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), หน้า 13-14, 17.

<sup>64</sup> บัณฑูร เศรษฐศิโรตม์ และคณะ, ผลกระทบต่อสุขภาพจากการเปิดเสรีการค้า กรณีการคุ้มครองพันธุ์พืชสมุนไพรและภูมิปัญญา การแพทย์แผนไทย, ค้นวันที่ 15 กันยายน พ.ศ. 2555 จาก <http://www.ftawatch.org/all/article/17957>

<sup>65</sup> ธนิต ชังถาวร และคณะ, อ่างแล้ว เขิงอรรถที่ 13, หน้า 10.

หลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน และมีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเท่าเทียมเป็นธรรม<sup>66</sup> ดังนั้น สิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ก็ควรมีการใช้ประโยชน์ซึ่งภูมิปัญญานั้นสืบทอดต่อไปและมีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมด้วย

จากที่กล่าวมาแล้วถึงแนวคิดที่ว่าด้วยสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์นั้น สรุปได้ว่าสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์เป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาก็เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชนด้วย เพราะเป็นสิทธิอันเกิดจากมนุษย์ คือ อาศัยภูมิปัญญาของตนเพื่อประโยชน์สุขแก่ตัวมนุษย์ผู้ทรงสิทธิเอง ซึ่งต่อมาสิทธิมนุษยชนได้พัฒนามาเป็นสิทธิปวงชนด้วย และสิทธิปวงชนนี้ย่อมเป็นประโยชน์ต่อชุมชนของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ ทั้งในการใช้ทรัพยากรร่วมกันจากความหลากหลายทางชีวภาพซึ่งก่อให้เกิดภูมิปัญญาในแต่ละท้องถิ่น และการบริหารจัดการสิทธิเพื่อให้ได้รับผลประโยชน์ที่เป็นธรรมสำหรับชุมชน ตลอดจนมวลมนุษยชาติได้สืบไป

การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชน ดังที่กล่าวมาแล้ว จำเป็นต้องคำนึงถึงการชั่งน้ำหนักระหว่างความเป็นธรรมในสังคมกับการคุ้มครองประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ เพราะผู้ทรงสิทธิได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะจึงจะได้ภูมิปัญญาการแพทย์มา และความวิริยะอุตสาหะนั้นก็เป็นไปเพื่อการรักษาสุขภาพกายและใจของผู้อื่นด้วย กล่าวคือ อาจมองว่าการที่ไม่มีผู้คิดค้น หรือค้นพบภูมิปัญญาการแพทย์ ผู้ป่วยก็ย่อมไม่ได้รับการรักษา เช่นเดียวกับการที่ผู้ป่วยไม่ได้รับการรักษาเนื่องจากผู้คิดค้น หรือค้นพบปกปิดองค์ความรู้ของตน หรือเรียกร้องการคุ้มครองสิทธิในภูมิปัญญาของตนมากจนฝ่ายผู้ป่วยไม่มีกำลังทรัพย์จะจ่ายเพื่อการรักษา อย่างไรก็ตาม ในอีกมุมมองหนึ่งตามความเป็นจริงแล้วความรู้สึกของผู้ป่วยที่ไม่ได้รับการรักษาเนื่องจากไม่มีผู้คิดค้น หรือค้นพบวิธีการรักษา ย่อมแตกต่างจากความรู้สึกของผู้ป่วยที่ไม่มีกำลังทรัพย์เพียงพอที่จะจ่ายเป็นค่าสิทธิของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญานั้น จึงต้องอาศัยหลักสิทธิมนุษยชนในการคุ้มครองความรู้ดังกล่าวของมนุษย์ในสังคมด้วย

## 2.3 ประวัติ แนวคิดและความสำคัญของการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญา

### การแพทย์แผนไทย

ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเป็นภูมิปัญญาของโลกตะวันออกซึ่งมีประวัติความเป็นมายาวนานบ่งบอกถึงอัตลักษณ์ความเป็นไทย และแสดงคุณค่าในองค์ความรู้การดูแลสุขภาพสำหรับคนไทย ตลอดจนมวลมนุษยชาติ ซึ่งนำไปสู่แนวคิดและความสำคัญของการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เพื่อให้ผู้ทรงสิทธิเป็นผู้ขับเคลื่อนการธำรงรักษาและพัฒนาภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยต่อไป

<sup>66</sup> Secretariat of the Convention on Biological Diversity, How the Convention on Biological Diversity Promotes Nature and Human Well-being, Retrieved May 20, 2012 from <http://www.cbd.int/>



### 2.3.1 ประวัติการแพทย์แผนไทย

เดิมการแพทย์แผนไทย เรียกว่า การแพทย์แผนโบราณ เป็นภูมิปัญญาการบำบัดรักษาโรค และการดูแลสุขภาพ ที่สั่งสมจากประสบการณ์ของเหล่าชนชาติไทย ประกอบกับการอาศัยองค์ความรู้ ที่ได้จากต่างชาติซึ่งเข้ามาเผยแพร่ในประเทศไทย จนกระทั่งกลายเป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัว ซึ่งมีหลักฐานทางประวัติศาสตร์ ดังนี้

1) ในสมัยสุโขทัยถึงสมัยอยุธยาตอนต้น มีหลักฐานปรากฏในกฎหมายตราสามดวง กำหนดศักดิ์นาข้าราชการพลเรือน ที่ปฏิบัติงานด้านการแพทย์แบ่งเป็นกรมต่างๆ เช่น กรมแพทยา กรมหมอยา กรมหมอกุมาร กรมหมอนวด กรมหมอวรรณโรค โรงพระโอสถ เป็นต้น โดยจางวาง แพทยาโรงพระโอสถเป็นผู้ถือศักดิ์นาสูงสุดของข้าราชการฝ่ายหมอลหวง ทำหน้าที่เสาะหา รวบรวม ดูแลรักษาเครื่องยาสมุนไพรต่างๆ ประยงยาหลวง รวมถึงประสานความร่วมมือกับข้าราชการฝ่ายหมอลหวงในกรมอื่นๆ<sup>67</sup>

2) ในสมัยอยุธยาตอนปลาย มีหลักฐานปรากฏในตำราพระโอสถพระนารายณ์ ซึ่งกล่าวถึงคัมภีร์การแพทย์ที่ใช้รักษาโรคสมัยอยุธยาตอนปลาย ได้แก่ คัมภีร์มหาโชติรัต เกี่ยวกับโรคสตรี และคัมภีร์โรคนิทาน เกี่ยวกับเรื่องราวของโรคต่างๆ และในตำราพระโอสถพระนารายณ์นี้ แบ่งออกเป็น 3 ส่วน กล่าวคือ ส่วนที่ 1 เกี่ยวกับความผิดปกติของธาตุทั้ง 4 และยารักษา ส่วนที่ 2 เกี่ยวกับตำรับยาที่มีชื่อเรียกต่างๆ และส่วนที่ 3 เป็นตำรับยาน้ำมันและยาขี้ผึ้ง<sup>68</sup>

นอกจากนี้ ในตำราพระโอสถพระนารายณ์ได้มีการระบุชื่อแพทย์ผู้ประกอบยาไว้ 9 ราย โดยมีชาวต่างชาติด้วยเป็นแพทย์จีน 1 คน คือ ขุนประสิทธิโอสถจีน แพทย์แขก 1 คน คือ ออกประสิทธิสารพราหมณ์ และแพทย์ฝรั่ง 2 คน คือ พระแพทย์โอสถฝรั่ง และเมสีหมอฝรั่ง ประกอบกับมีการใช้เครื่องยาจากต่างประเทศผสมผสานกับสมุนไพรพื้นบ้าน เช่น ตำรับยาทิพภาค ประกอบด้วยสมุนไพรพื้นบ้านไทย คือ ลูกจันทน์ ดอกจันทน์ กระวาน ผีน และใบกัญชา ผสมกับยาเทศ คือ ยาตำ จากทวีปแอฟริกา เทียนดำ จากอินเดียและเปอร์เซีย การบูร จากญี่ปุ่นและจีนด้าน ตะวันออก รวมทั้งพิมเสน จากตรังกานู ไทรบุรี และปะลิส ซึ่งแสดงให้เห็นว่าภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยมีการผสมผสานองค์ความรู้จากต่างชาติด้วย<sup>69</sup>

3) สมัยรัตนโกสินทร์ ปรากฏเป็นหลักฐานตำราการแพทย์และตำรายาพระโอสถ ซึ่งพระบาทสมเด็จพระพุทธเลิศหล้านภาลัย โปรดเกล้าฯ ให้รวบรวมและตรวจชำระ แล้วนำมาจารึกบนหินอ่อนรูปสี่เหลี่ยมจตุรัส ขนาดประมาณ 30x30 เซนติเมตร ประดิษฐานไว้ ณ วัดราชโอรสาราม<sup>70</sup>

ต่อมาในสมัยพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้โปรดเกล้าฯ ให้บูรณปฏิสังขรณ์วัดพระเชตุพนวิมลมังคลาราม โดยทรงให้พระยาบำเรอราชแพทยา พระราชโอรสในสมเด็จพระเจ้าตากสินมหาราชรวบรวมตำรับยาทั้งหลายซึ่งผู้ที่ถวายตำรับยาได้สาบานตนว่ายาเหล่านั้น ตนได้ใช้โดยไม่ได้ปิดบัง มาจารึกไว้บนแผ่นศิลารวมทั้งจารึกชื่อเจ้าของตำรับยาไว้ด้วย ทำให้เห็นถึงการคุ้มครองผู้ทรง

<sup>67</sup> สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน โดยพระราชประสงค์ในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว : การแพทย์แผนไทย, เล่มที่ 33, (2551), หน้า 277.

<sup>68</sup> เฟิ่งอ้วง, หน้า 278 - 279.

<sup>69</sup> เฟิ่งอ้วง, หน้า 279.

<sup>70</sup> เฟิ่งอ้วง, หน้า 280.

สิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ในการที่ได้แสดงชื่อเสียงเกียรติคุณของเจ้าของตำรับยาต่างๆ ไว้ให้เป็นที่ประจักษ์ตราบจนถึงปัจจุบันนี้<sup>71</sup>

เมื่อถึงรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้โปรดเกล้าฯ ให้มีการชำระตำราแพทย์แผนไทยโดยจัดไว้เป็นหลักฐานในหอพระสมุดหลวง ได้แก่ ตำราเวชศาสตร์ฉบับหลวง อย่างไรก็ตามช่วงเวลาดังกล่าวมิชชันนารีผู้มีความรู้ทางการแพทย์ได้เข้ามาก่อตั้งโรงพยาบาลรักษาผู้ป่วยตามแบบแผนตะวันตก และมีประชาชนเข้ารับบริการกันมากขึ้นเรื่อยๆ จนกระทั่งรัชกาลที่ 5 ทรงมีพระราชดำริให้จัดตั้งโรงศิริราชพยาบาล หรือโรงพยาบาลศิริราช ในปัจจุบัน ซึ่งเป็นโรงเรียนแพทย์แห่งแรกของประเทศไทย โดยเปิดสอนการแพทย์ทั้งแผนไทย และแผนตะวันตก และภายหลังสิ้นรัชสมัยของรัชกาลที่ 5 ปรากฏว่ามีการยกเลิกการเรียนการสอนแพทย์แผนไทย รวมถึงยกเลิกการจ่ายยาแผนไทยในโรงศิริราชพยาบาล อีกทั้งได้มีการออกพระราชบัญญัติควบคุมการประกอบโรคศิลปะ พุทธศักราช 2466 ทำให้การพัฒนาการแพทย์แผนไทยหยุดชะงักลงไปช่วงระยะเวลาหนึ่ง<sup>72</sup> ทั้งนี้ เนื่องจากการตราพระราชบัญญัติควบคุมการประกอบโรคศิลปะ พุทธศักราช 2466 เป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรฐานบุคลากรทางการแพทย์โดยอาศัยการออกหนังสืออนุญาตคือใบประกอบโรคศิลปะให้สามารถรักษาโรคด้วยองค์ความรู้การแพทย์แผนตะวันตกได้เท่านั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการใช้อำนาจรัฐในการตรากฎหมายนี้ทำให้ประชาชนมองว่าการแพทย์แผนไทยไม่ได้มาตรฐานเท่าที่ควร

อย่างไรก็ตาม ในสมัยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช รัชกาลปัจจุบัน ทรงเห็นความสำคัญของการแพทย์แผนไทย ที่จะเป็นอีกทางเลือกหนึ่งในการดูแลรักษาสุขภาพของคนไทยอย่างทั่วถึงกันทั้งประเทศ โดยมุ่งอาศัยองค์ความรู้ที่เป็นองค์รวม ไม่ได้มุ่งเน้นการรักษาผู้ป่วยเฉพาะโรค หรือเฉพาะแต่เพียงอาการที่แสดงออกภายนอกเท่านั้น หากแต่ยังครอบคลุมถึงการป้องกันโรค และส่งเสริมสุขภาพอย่างต่อเนื่องควบคู่กันไปด้วย ทำให้ได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ขึ้น โดยให้มีหน่วยงานที่ดูแลด้านการแพทย์แผนไทย ได้แก่ กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก สังกัดกระทรวงสาธารณสุข<sup>73</sup>

### 2.3.2 แนวคิดและความสำคัญของการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

จากหลักฐานต่างๆ ที่แสดงให้เห็นถึงภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ทั้งตำรับยาแผนไทยและตำราการแพทย์แผนไทย ที่มีลักษณะเฉพาะที่เป็นเอกลักษณ์ของภูมิปัญญานั้นๆ ได้มีการกล่าวถึงทฤษฎีว่าด้วยความเจ็บป่วยเกิดจากการขาดสมดุลของธาตุทั้ง 4 ได้แก่ ธาตุดิน ธาตุน้ำ ธาตุลม และธาตุไฟ ซึ่งวิธีการรักษาโรค ก็จะต้องอาศัยองค์ความรู้และวัตถุดิบที่ได้จากธรรมชาติเข้ามาทำให้เกิดความสมดุลของธาตุเหล่านั้น โดยแบ่งกลุ่มการรักษาออกเป็น 7 ประเภท<sup>74</sup> ดังนี้

<sup>71</sup> เฟิงอ้วง, หน้า 281-282.

<sup>72</sup> เฟิงอ้วง, หน้า 282-283.

<sup>73</sup> เฟิงอ้วง, หน้า 284.

<sup>74</sup> ธนิต ชังถาวร และคณะ, *อั้งแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, หน้า 13-14.

- 1) การแพทย์แผนโบราณ ซึ่งทางราชการขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะ
- 2) การรักษาทางไสยศาสตร์ ซึ่งไม่สามารถหาเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ใดๆ ได้ เช่น หมอรักษากระดูก โดยการใช้น้ำมันสมุนไพรปลูกเสก
- 3) การรักษาโดยใช้ยากลางบ้าน หรือยาผีบอก ซึ่งส่วนใหญ่จะมีผู้สืบทอดบันทึกสูตรยารักษา
- 4) การรักษาโดยใช้สมุนไพร ซึ่งมีหมอพื้นบ้านเป็นผู้รักษาและสืบทอดภูมิปัญญา โดยจำแนกยาสมุนไพรออกเป็นยากิน คือ สมุนไพรเดี่ยว สมุนไพรตำรับ และสมุนไพรสำเร็จรูป ยาประคบ คือ ยาใช้ประคบผิวหนัง และยาประสาน คือ ยาที่ใช้ประสานแผล เส้นเอ็น กระดูกหัก เป็นต้น
- 5) การรักษาโดยการฝังเข็ม ซึ่งได้รับการถ่ายทอดองค์ความรู้จากจีน
- 6) การรักษาโดยใช้พิธีกรรม คือ พิธีการตั้งเครื่องบูชาครู เช่น พิธีตั้งคายของภาคตะวันออกเฉียงเหนือ และพิธีตรวจวินิจัย เช่น การส่องหรือลงกรรมเพื่อหาสาเหตุของโรค การรำผีฟ้า เป็นต้น
- 7) กรรมวิธีการรักษา คือ การนวดต่างๆ เช่น การนวดพื้นบ้านหรือการนวดเคลย์ศักดิ์ ซึ่งมีรูปแบบและอุปกรณ์การนวดเฉพาะ เช่น ใช้หมอนไม้ค้ำหลัง ใช้หมอนน้อยหรือปมไม้ที่ยื่นขึ้นมา มีด้ามจับ กดจุดที่ปวด ใช้กะลาเหยียบตามจุดต่างๆ ของฝ่าเท้า เป็นต้น

ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยดังกล่าว ถูกถ่ายทอดโดยผ่านการส่งมอบองค์ความรู้จากผู้เชี่ยวชาญ 3 ประเภท<sup>75</sup> ได้แก่

- 1) หมอหลวง เป็นหมอที่รับราชการสังกัดในกรมราชแพทย์ ทำหน้าที่รักษาพยาบาลเจ้านาย ราชวงศ์ และมีการรวบรวมองค์ความรู้ไว้เป็นตำรายาต่างๆ เช่น ตำราพระโอสถสมเด็จพะ-นารายณ์ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในส่วนของประวัติการแพทย์แผนไทย
- 2) หมอเคลย์ศักดิ์ เป็นหมอที่ไม่ได้รับราชการ เรียกอีกอย่างหนึ่งว่าหมอราษฎร์ อาจเป็นหมอพื้นเมืองทั่วไป หรือหมอกกลางบ้านในชนบท ซึ่งสามารถรักษาโรคพื้นๆ เทียบได้กับหมอประจำตำบล
- 3) หมอพระ หรือหมอวัด เป็นพระสงฆ์ที่มีความรู้ด้านการแพทย์แผนโบราณผู้ไม่ประสงค์สินจ้าง

ในสมัยโบราณ องค์ความรู้ของหมอทั้งสามประเภทมักถ่ายทอดจากรุ่นสู่รุ่น โดยผู้ที่ใกล้ชิดเจ้าของความรู้มากที่สุด เช่น ปู่ถ่ายทอดให้พ่อ พ่อถ่ายทอดให้ลูก ลูกถ่ายทอดให้หลาน หรือครูถ่ายทอดให้ศิษย์ เป็นต้น และมีการสงวนรักษาองค์ความรู้ไว้เป็นความลับในหมู่พวกพ้องใกล้ชิดด้วย

นอกจากนี้ ยังมีภูมิปัญญาการแพทย์ของกลุ่มชาติพันธุ์ที่ได้อาศัยอยู่ในประเทศไทย เป็นความรู้เกี่ยวกับการรักษาพยาบาลของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม เช่น สมุนไพรลดไข้ การปรุงยาบำรุงกำลัง ยาสำหรับสตรีหลังคลอดบุตร ฯลฯ โดยหมอยาของชุมชนได้ถ่ายทอดภูมิปัญญาผ่านต่อกันมา และมักเลือกถ่ายทอดให้แก่คนในชุมชนของตนเป็นสำคัญ<sup>76</sup> ซึ่งภูมิปัญญาเหล่านี้ นอกจากเป็นประโยชน์

<sup>75</sup> รัตริ มฤคทัต, การแพทย์พื้นบ้าน, (กรุงเทพฯ : ทำปกเจริญ, 2535), หน้า 44-51.

<sup>76</sup> ยศ สันตสมบัติ และคณะผู้วิจัย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 53*, หน้า 19.

ด้านสุขภาพของชุมชนทางตรงแล้ว ยังเป็นประโยชน์ทางอ้อมในการช่วยอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพโดยอาศัยความเชื่อในสิ่งศักดิ์สิทธิ์ของชุมชน ดังเช่น หมอยาอาข่า และหมอยาขมุเชื่อว่ามีพื้นที่บางบริเวณเป็นป่าศักดิ์สิทธิ์ของหมู่บ้าน ดังนั้น ก่อนที่หมอยาจะเก็บตัวยาดองทำพิธีขอยาจากผียาก่อน ทำให้สามารถรักษาสภาพป่าไว้ได้<sup>77</sup>

ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยทั้ง 7 กลุ่มวิธีการรักษา ซึ่งได้สืบทอดมาจากบรรพชนผู้เป็นหมอผู้เชี่ยวชาญทั้งสามประเภทดังที่ได้กล่าวมา ตลอดจนภูมิปัญญาของกลุ่มชาติพันธุ์ต่างๆ ที่อาศัยอยู่ในประเทศไทยจากอดีตตราบจนกระทั่งในสมัยปัจจุบันได้มีการพัฒนาต่อยอดคิดค้นเทคโนโลยีการรักษาใหม่ๆ หรือพัฒนาปรับปรุงองค์ความรู้ดั้งเดิมให้มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลเพิ่มมากขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้สืบทอด ผู้คิดค้น และผู้ปรับปรุง องค์ความรู้เหล่านั้น และเพื่อประโยชน์ของสังคมส่วนรวม อันนำไปสู่ความสำคัญของการคุ้มครองตัวผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย โดยที่ผู้เขียนได้ศึกษาแนวคิดและความสำคัญดังกล่าวจากงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง สรุปได้ดังนี้

2.3.2.1 งานวิจัยเกี่ยวกับการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยในความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs Agreement) และอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity : CBD) สรุปข้อมูลจากการวิจัยได้ดังนี้

ภูมิปัญญาการแพทย์ มีความสัมพันธ์กับทรัพยากรพันธุกรรมทั้งพืช สัตว์ และจุลินทรีย์ต่างๆ ทั้งที่เป็นวิถีแห่งการส่งเสริมดูแลรักษาสุขภาพและความเป็นอยู่ของบุคคลในสังคมและเป็นวิถีแห่งการพัฒนาเทคโนโลยีชีวภาพเพื่อสุขภาพ เช่น การวิจัยยารักษาโรคโดยสกัดจากพืชสมุนไพรต่างๆ เป็นต้น โดยประชากรในท้องถิ่นที่มีทรัพยากรพืชพันธุ์ต่างๆ มักเรียนรู้สืบทอดองค์ความรู้ถึงลักษณะเฉพาะและคุณประโยชน์ของสมุนไพรทั้งหลาย จัดเป็นภูมิปัญญาด้านการแพทย์ดั้งเดิมซึ่งส่วนใหญ่เป็นของประเทศกำลังพัฒนา ทั้งนี้ จากสถานการณ์ปัจจุบัน พบว่า บริษัทอุตสาหกรรมยาได้พยายามใช้วิธีการต่างๆ เพื่อนำองค์ความรู้เหล่านั้น มาพัฒนาผลิตภัณฑ์ยารักษาโรค เช่น การแสวงหาความรู้ที่ได้บันทึกไว้ในตำรายาโบราณ เป็นต้น เพราะการแสวงหาความรู้ลักษณะนี้ช่วยลดต้นทุนการผลิตและทำให้ระยะเวลาวิจัยและพัฒนาผลิตภัณฑ์น้อยกว่าเดิม จึงมีแนวโน้มในการดำเนินการดังกล่าวสูงขึ้นเรื่อยๆ<sup>78</sup>

โดยที่ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 ได้กำหนดนิยามคำว่า “ทรัพยากรชีวภาพ” ไว้ หมายความว่ารวมถึง ทรัพยากรพันธุกรรม สิ่งมีชีวิตใดๆ หรือส่วนใดๆ ของ

<sup>77</sup> เฝิงอ้วง, หน้า 32, 178.

<sup>78</sup> อรรถมนิ, ปัญหาการใช้อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (CBD) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs) เพื่อคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพในประเทศกำลังพัฒนา, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทศึกษาศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 7 - 10.

สิ่งมีชีวิต ประชากร หรือองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิตของระบบนิเวศ ซึ่งเป็นประโยชน์หรือคุณค่าตามความเป็นจริงและตามศักยภาพต่อมนุษยชาติ<sup>79</sup>

ในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพนี้ ยังมีการกล่าวถึงหลักการที่สำคัญ ได้แก่ หลักการเข้าถึงพันธุกรรม โดยกำหนดให้รัฐภาคีมีสิทธิกำหนดกฎเกณฑ์ได้โดยไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาและความสมดุลระหว่างสิทธิกับหน้าที่ของรัฐนั้นเองในการให้รัฐภาคีอื่นเข้าถึงทรัพยากรด้วย และกำหนดผลประโยชน์ซึ่งรวมถึงการให้ความช่วยเหลือด้านการวิจัยทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับสารพันธุกรรมที่เหมาะสม นอกจากนี้ ในอนุสัญญาดังกล่าวมักใช้คำว่า การอนุรักษ์และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนควบคู่กันเสมอ กล่าวคือ ต้องเป็นการใช้ประโยชน์ซึ่งทรัพยากรชีวภาพในอัตราที่ไม่ทำให้ความหลากหลายทางชีวภาพลดน้อยถอยลงในระยะยาว<sup>80</sup>

ในขณะที่ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง ในระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลงทริปส์ แต่เนื่องจากความตกลงทริปส์เป็นการคุ้มครองภายใต้ระบบคุ้มครองทรัพย์สินของเอกชน (Private Property) และมีข้อจำกัดบางประการสำหรับการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เช่น ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยมีการสืบทอดจากรุ่นสู่รุ่นมาเป็นระยะเวลาช้านาน ย่อมเป็นงานที่ปรากฏอยู่แล้ว จึงขาดความใหม่ อีกทั้งหลายองค์ความรู้ยังไม่ได้มีการประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม หรือยังไม่มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น ทำให้ไม่สามารถคุ้มครองในรูปแบบของการขอรับสิทธิบัตรได้<sup>81</sup>

อย่างไรก็ตาม ไม่ปรากฏบทบัญญัติใดในความตกลงทริปส์ที่ขัดแย้งกับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ และไม่มีข้อห้ามประเทศสมาชิกในการปฏิบัติตามอนุสัญญาดังกล่าวด้วย จึงย่อมสามารถนำกฎหมายระหว่างประเทศทั้งสองฉบับมาใช้เป็นแนวทางการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยได้<sup>82</sup> ซึ่งจะได้กล่าวถึงตัวบทบัญญัติในความตกลงทริปส์ และอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ในบทต่อไป

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ทั้งความตกลงทริปส์และอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ล้วนเป็นแนวคิดที่สำคัญของการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

2.3.2.2 งานวิจัยเกี่ยวกับกรอบความคิดในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย สรุปข้อมูลจากการวิจัยได้ดังนี้

- 1) ประเภทการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย ได้แก่<sup>83</sup>
  - (1) ภาษาและวรรณกรรม
  - (2) เกษตรกรรม

<sup>79</sup> Article 2 For the purposes of this Convention : “Biological resources” includes genetic resources, organisms or parts thereof, populations, or any other biotic component of ecosystems with actual or potential use or value for humanity.

<sup>80</sup> อรรถมนต์ รัตตมนต์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 53*, หน้า 45 – 46.

<sup>81</sup> เฟิงอ้วง, หน้า 220.

<sup>82</sup> เฟิงอ้วง, หน้า 231 -233.

<sup>83</sup> ธนิต ชังถาวร และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, หน้า 5 - 6.

- (3) ความเชื่อ ประเพณี พิธีกรรม
  - (4) การละเล่น การแสดง ดนตรี และนันทนาการ
  - (5) ศิลปกรรม
  - (6) อาหารและโภชนาการ
  - (7) การแพทย์แผนไทย
  - (8) อุตสาหกรรมและหัตถกรรม
  - (9) การจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม
- 2) ลักษณะการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย ควรจำแนกได้เป็น 2 ลักษณะ

ได้แก่<sup>84</sup>

(1) การคุ้มครองสิทธิในทางทรัพย์สิน (Property Right) ซึ่งเป็นสิทธิทางเศรษฐกิจ (Economic Right) ด้วย โดยที่กฎหมายควรอนุญาตให้ผู้ทรงสิทธิมีสิทธิเข้าถึงและใช้ประโยชน์เชิงพาณิชย์ และมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการอนุญาตให้ผู้อื่นเข้าถึงและใช้ประโยชน์ดังกล่าวต่อไป ทั้งนี้ การใช้สิทธิจะต้องไม่กระทบต่อวิถีชีวิตและวัฒนธรรมขนบธรรมเนียมประเพณีไทย

(2) การคุ้มครองสิทธิในศักดิ์ศรีของภูมิปัญญา (Integrity) เป็นการปกป้องคุ้มครองมิให้มีการนำภูมิปัญญาของไทยไปใช้ในทางเสื่อมเสียต่อชื่อเสียงเกียรติภูมิ ซึ่งจะต้องกำหนดเงื่อนไขการเข้าถึงข้อมูลภูมิปัญญาไทยในเชิงลึก ส่วนข้อมูลทั่วไป สาธารณชนสามารถเข้าถึงได้

- 3) ระดับการคุ้มครองภูมิปัญญาไทย ควรมี 2 ระดับ ได้แก่<sup>85</sup>

(1) ภูมิปัญญาไทยระดับชาติ (National traditional knowledge) เหตุผลที่ต้องคุ้มครองภูมิปัญญาเป็นระดับชาติเพราะภูมิปัญญาล้วนเป็นองค์ความรู้ที่สามารถถ่ายทอดได้ตลอด จนอาจเป็นการยากที่จะพิสูจน์ว่าภูมิปัญญานั้นๆ เป็นของชุมชนใดชุมชนหนึ่ง จึงต้องมีการคุ้มครองในระดับชาติด้วย ซึ่งผู้ทรงสิทธิระดับนี้ คือประเทศไทย ซึ่งภูมิปัญญาไทยได้สืบทอดองค์ความรู้อย่างต่อเนื่องยาวนาน และใช้ประโยชน์กันโดยทั่วไป จึงไม่จำเป็นต้องจดทะเบียน แต่แสดงออกซึ่งการคุ้มครองโดยการออกประกาศ เพื่อเผยแพร่ให้ทราบโดยทั่วกัน และไม่จำเป็นต้องกำหนดอายุการคุ้มครอง

(2) ภูมิปัญญาไทยระดับชุมชน (Community Traditional Knowledge) เหตุผลที่ต้องคุ้มครองภูมิปัญญาเป็นระดับชุมชน ก็เพื่อให้สอดคล้องกับการรับรองสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งผู้ทรงสิทธิ คือ ชุมชน ผู้พัฒนาสืบทอดและใช้ประโยชน์จากองค์ความรู้ต่างๆ ในเขตบริเวณพื้นที่ชุมชนบริเวณใดบริเวณหนึ่ง จึงต้องมีการจดทะเบียนการได้มาซึ่งสิทธิชุมชนดังกล่าว และควรให้มีการต่ออายุทุก 10 ปี เพื่อตรวจสอบการดำรงความเป็นผู้ทรงสิทธิชุมชน

จากงานวิจัยดังกล่าว ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ได้จัดเป็นประเภทหนึ่งของภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย ซึ่งการคุ้มครองสิทธิของผู้ทรงสิทธิ จะต้องคุ้มครองทั้งสิทธิในเชิงพาณิชย์

<sup>84</sup> เฟิงอ้วง, หน้า 6 - 7.

<sup>85</sup> เฟิงอ้วง, หน้า 6, 166 - 167.

และศักดิ์ศรีความเป็นไทย อีกทั้งยังคุ้มครองได้ทั้งระดับชาติ และระดับชุมชน ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงผู้ทรงสิทธิชุมชนในบทต่อไป

2.3.2.3 งานวิจัยเกี่ยวกับการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเปรียบเทียบกับทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น สรุปข้อมูลการวิจัยได้ดังนี้

1) พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 มีลักษณะคุ้มครองแตกต่างไปจากลักษณะการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของกฎหมายประเทศจีน และต่างไปจากพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 และที่แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 และที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเป็นการคุ้มครองในสิ่งที่เกี่ยวกับปัจจัยในการดำเนินชีวิตของมนุษย์ คือ ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ซึ่งเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง ในขณะที่กฎหมายสิทธิบัตรก็คุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา แต่ไม่ได้กำหนดให้คุ้มครองวิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรค เพราะการคุ้มครองสิทธิบัตรมีลักษณะเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิ ซึ่งหากให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งมีสิทธิผูกขาดแต่เพียงผู้เดียวดังกล่าวแล้ว อาจเป็นการตัดสิทธิประชาชนที่จะเลือกบริหารจัดการปัญหาสุขภาพของตน อีกทั้งบุคลากรทางการแพทย์ทั้งหลายก็ควรมีโอกาสได้ใช้ความรู้ความสามารถอย่างเต็มที่ในการรักษาพยาบาล ดังนั้น ในการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยจึงควรเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถนำสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองไปใช้ประโยชน์ได้<sup>86</sup>

2) พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ไม่สามารถกำหนดอายุการคุ้มครองเช่นเดียวกับกฎหมายภายในประเทศไทยทั้งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 และที่แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 และที่แก้ไขเพิ่มเติม เนื่องจากมีลักษณะและวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองที่แตกต่างกัน โดยที่การคุ้มครองสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยให้เกิดประสิทธิภาพนั้น ควรกำหนดอายุการคุ้มครองที่เหมาะสม หากยาวเกินไปจะเป็นการผูกขาดซึ่งสิทธิของผู้ทรงสิทธิ อีกทั้งยังปิดกั้นการพัฒนาต่อยอดภูมิปัญญา แต่หากสั้นเกินไป ก็จะไม่สามารถสร้างแรงจูงใจให้คิดค้นปรับปรุง หรือสืบทอดภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย<sup>87</sup>

จากประวัติและแนวความคิดการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ ผู้เขียนจะนำไปเป็นแนวทางการศึกษาการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย โดยมุ่งเน้นที่สิทธิของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาดังกล่าวเป็นสาระสำคัญในการศึกษาจากกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในของทั้งต่างประเทศ คือประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน และประเทศอินเดีย และกฎหมายภายในประเทศไทยที่เกี่ยวข้อง ในบทต่อไป

<sup>86</sup> อมรรวรรณ พันธุ์หว่า, การคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเปรียบเทียบกับทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2545), หน้า 87, 89 – 90, 92 – 93.

<sup>87</sup> เฟิงอ้วง, หน้า 95 – 97.

## บทที่ 3

### การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยตามกฎหมาย ระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในประเทศ

ในการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยที่จะกล่าวถึงในบทนี้เกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญ 3 ฉบับ ได้แก่ ความตกลงว่าด้วยทริปส์ (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)) อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ และอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรม ส่วนมาตรการทางกฎหมายภายในของต่างประเทศที่ได้นำเสนอเปรียบเทียบเป็นมาตรการทางกฎหมายของประเทศจีน และประเทศอินเดีย รวมถึงกฎหมายภายในประเทศต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

#### 3.1 กฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นสากลที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ได้แก่ ความตกลงร่วมกันว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) หรือความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (The convention on Biological Diversity) และอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรม (the Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions) ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

##### 3.1.1 ความตกลงว่าด้วยทริปส์ (TRIPS Agreement)

การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศนั้น เดิมคุ้มครองโดยองค์การทรัพย์สินทางปัญญาของโลก (World Intellectual Property Organization) หรือ WIPO โดยที่องค์กรนี้ได้กำหนดข้อตกลงความร่วมมือระหว่างประเทศต่าง ๆ ขึ้น เช่น อนุสัญญากรุงปารีส (Paris Convention for the Protection of Industrial Property) ที่มุ่งคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาด้านอุตสาหกรรมต่าง ๆ อนุสัญญากรุงเบอร์น (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) ที่มุ่งคุ้มครองลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงต่าง ๆ เป็นต้น ซึ่งความตกลงระหว่างประเทศแต่ละฉบับจะจัดแยกตามแต่ละประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาที่มุ่งหมายให้ความคุ้มครอง<sup>88</sup>

<sup>88</sup> จักรกฤษณ์ ควรรพจน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 9*, หน้า 26-27.



ความตกลงระหว่างประเทศเหล่านี้ ได้กำหนดเกณฑ์การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) โดยกำหนดให้ศาลภายในประเทศภาคีสมาชิกทั้งหลายให้ความคุ้มครองสิทธิของคนต่างชาติเท่าเทียมและเสมอภาคกับสิทธิของคนชาติตนเอง ดังนั้น ประเทศที่เป็นภาคีแห่งความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว แม้ไม่ให้ความคุ้มครองในบางกรณี ทั้งคนในชาติตนเองและชาติอื่นด้วย ก็ถือว่าเป็นการคุ้มครองสิทธิที่เท่าเทียมกัน<sup>89</sup> ซึ่งกฎหมายของแต่ละประเทศก็อาจมีมาตรฐานที่แตกต่างกันไป

นอกจากนี้ กลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้วกับกลุ่มประเทศกำลังพัฒนายังมีประเด็นความคิดเห็นที่แตกต่างกัน โดยกลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว เห็นว่าจะต้องปราบปรามการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในระดับระหว่างประเทศอย่างเคร่งครัด เพื่อลดปริมาณสินค้าปลอมแปลงในตลาด ทำให้เกิดประโยชน์ต่อระบบการค้าเสรี ส่งเสริมการแข่งขันอย่างเป็นธรรม และให้โอกาสผู้บริโภคได้มีทางเลือกหลากหลาย ส่วนกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา กลับเห็นว่า ประเทศที่พัฒนาแล้วมีเทคโนโลยีดีกว่าย่อมมีความได้เปรียบทางการตลาดอยู่แล้ว และการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะทำให้เกิดข้อได้เปรียบมากขึ้นไปอีก ประเทศกำลังพัฒนาจึงไม่ต้องการให้มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเข้มงวดนัก<sup>90</sup>

อย่างไรก็ตามเพื่อประสานความร่วมมือระหว่างประเทศด้านทรัพย์สินทางปัญญาด้วยมาตรฐานทางกฎหมายที่ใกล้เคียงกัน ทำให้ช่วยลดปัญหาข้อขัดแย้งต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความเห็นที่แตกต่างระหว่างกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนา ในที่สุดองค์การการค้าโลกก็ได้มีการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย และมีการจัดทำความตกลงร่วมกันว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) หรือความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) ไว้ให้เป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาหลายประเภท<sup>91</sup>

การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ซึ่งเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง จึงเกี่ยวข้องโดยตรงกับความตกลงทริปส์ และมีหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศที่สำคัญ ดังนี้

3.1.1.1 หลักดินแดน (Territorial Sovereignty) ของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งเกิดขึ้นจากการรับรองตามกฎหมายภายในของรัฐภาคี ผู้ทรงสิทธิจะต้องยื่นคำขอและได้รับการจดทะเบียนโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ เว้นแต่เป็นการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทันทีดังเช่นกรณีลิขสิทธิ์ ซึ่งจะคุ้มครองทันทีที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้น อีกทั้งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญายังมีผลใช้บังคับในเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐที่จดทะเบียนให้ความคุ้มครองเท่านั้น ไม่สามารถบังคับใช้สิทธิต่อการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร และไม่อาจถูกละเมิดจากการ

<sup>89</sup> เฟ็งอ้วง, หน้า 27.

<sup>90</sup> South centre, *The TRIPs Agreement a Guide for the South*, (Geneva: Disa, 1997), Retrieved May, 2012 from <http://network.idlo.int/Publications/The%20trips%20agreement,%20a%20guide.pdf>

<sup>91</sup> *Ibid*, p.47.

กระทำที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรได้ ในขณะที่การกระทำภายในประเทศนั้นเองก็ไม่อาจละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ในต่างประเทศได้อีกด้วย นอกจากนี้ การบังคับใช้สิทธิดังกล่าวยังเป็นอิสระจากกันในแต่ละรัฐ กล่าวคือ หากการคุ้มครองสิทธิในรัฐหนึ่งมีข้อบกพร่องหรือรัฐนั้นไม่ได้ให้ความคุ้มครองไว้ ก็จะไม่มีความกระทบต่อความสมบูรณ์แห่งสิทธิในรัฐอื่น ๆ ด้วย แต่จะไม่ห้ามศาลนำข้อเท็จจริงที่ปรากฏในรัฐอื่น ๆ มาประกอบการวินิจฉัยปรับใช้กฎหมาย<sup>92</sup>

3.1.1.2 หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favored Nation- MFN)<sup>93</sup> ซึ่งไม่ใช่หลักกฎหมายใหม่ หากแต่มีปรากฏในระเบียบการค้าระหว่างประเทศต่างๆ และได้นำมากำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาเป็นครั้งแรกในข้อ 4 ของความตกลงทริปส์ สรุปได้ว่า ข้อได้เปรียบ ความอนุเคราะห์ เอกสิทธิ์ หรือความคุ้มกันอันเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ที่รัฐภาคีได้ให้แก่คนของรัฐอื่น จะมีผลไปถึงคนชาติของรัฐภาคีอื่นๆ ทั้งหมด ทันทีและปราศจากเงื่อนไข โดยหลักนี้มีข้อยกเว้นสรุปได้ ดังนี้

1) กรณีมีข้อได้เปรียบ ความอนุเคราะห์ เอกสิทธิ์ หรือความคุ้มกันที่แตกต่างอันเกิดจากความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับความร่วมมือทางกระบวนการยุติธรรม กล่าวคือ มีการทำความตกลงว่าด้วยความตกลงช่วยเหลือทางการศาลหรือการบังคับใช้กฎหมายระหว่างรัฐภาคี เช่น ประเทศในกลุ่มอาเซียนตกลงกันว่าจะให้ความร่วมมือช่วยเหลือซึ่งกันและกันในการนำส่งพยานหลักฐานเพื่อใช้ในการพิจารณาอาชญากรรมทั้งหลาย ซึ่งรวมถึงคดีละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาด้วย ความร่วมมือดังกล่าวก็จะไม่ขยายให้ประโยชน์แก่รัฐภาคีอื่นๆ ในความตกลงทริปส์ที่อยู่นอกกลุ่มอาเซียน ทั้งนี้ ยังมีข้อยกเว้นของข้อยกเว้นดังกล่าวอีกว่า จะต้องไม่เป็นความร่วมมือที่เป็น การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยตรง เพราะจะทำให้มีผลไปถึงคนชาติของรัฐภาคีอื่นๆ ทั้งหมดทันทีโดยปราศจากเงื่อนไข

2) กรณีเคยมีการใช้หลักต่างตอบแทนเพื่อคุ้มครองสิทธิของคนต่างชาติ กล่าวคือ หลักต่างตอบแทน (Reciprocity) เป็นหลักที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญากรุงเบอร์น ฉบับปี ค.ศ. 1971 และอนุสัญญากรุงโรม ซึ่งเป็นเรื่องการคุ้มครองลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงของต่างชาติ โดยพิจารณาว่าคนต่างชาติจะได้รับความคุ้มครองในรัฐนั้นๆ ต่อเมื่อบุคคลดังกล่าวมีสัญชาติของรัฐที่ให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิข้างเคียงของคนชาติของรัฐที่ต้องการได้รับความคุ้มครองต่างตอบแทนซึ่งกันและกัน ซึ่งเมื่อสมาชิกภาคีของอนุสัญญากรุงเบอร์นและอนุสัญญากรุงโรมได้เข้ามาเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก และต้องรับพันธกรณีในความตกลงทริปส์ ความตกลงทริปส์จึงต้องกำหนดข้อยกเว้นไว้ให้สอดคล้องกับอนุสัญญาทั้งสอง

3.1.1.3 หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment- NT) กล่าวคือ รัฐภาคีทั้งหลายจะต้องให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแก่คนชาติตนและคนต่างชาติโดยเสมอภาคกัน ไม่ด้อยไปกว่าที่รัฐตนให้สิทธิแก่คนชาติตนเอง โดยที่สิทธิดังกล่าวหมายถึงสิทธิทั้งหลายที่กฎหมายรับรองหรือคุ้มครองให้ เช่น สิทธิในขอรับการคุ้มครอง การโอน การอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิ ฯลฯ ซึ่งหลัก

<sup>92</sup> จักรกฤษณ์ ควรพจน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, หน้า 42 - 44.

<sup>93</sup> *เพ็งอ้าว*, หน้า 45 - 51.

ปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินี้ เมื่อประกอบกับหลักต่างตอบแทน กล่าวคือ ต้องให้สิทธิซึ่งกันและกันในลักษณะต่างตอบแทนด้วย เรียกได้ว่าเป็นหลักต่างตอบแทนสมบูรณ์ (Material Reciprocity)<sup>94</sup>

จากหลักการพื้นฐานที่กล่าวมานี้ เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา พบว่าเป็นการมุ่งคุ้มครองการแสดงออกซึ่งความคิด ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เป็นตัววัตถุประสงค์ที่มีรูปร่างสัมผัสได้ โดยที่ทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่าง ๆ สามารถแพร่หลายหรือลอกเลียนไปยังต่างประเทศได้ง่าย จึงต้องอาศัยหลักดินแดนมากำหนดหลักเกณฑ์ขอบเขตการคุ้มครองภายในเขตอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐ ควบคู่กับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและหลักต่างตอบแทน เพื่อคุ้มครองและปกป้องสิทธิของประเทศผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งรวมถึงผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยด้วย เพราะชาติใดเป็นเจ้าของภูมิปัญญาก็ย่อมอยากหวงแหนสมบัติทางปัญญาของชาติไว้ไม่ให้ถูกละเมิดจากทั้งคนในชาติและคนต่างชาติ

นอกจากนี้ หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งดังที่ได้กล่าวมา ยังเป็นหลักการสำคัญที่เชื่อมโยงถึงการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยในบริบทของความร่วมมือระหว่างประเทศ ซึ่งเมื่อให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิดังกล่าวอย่างเหมาะสมแล้ว ย่อมเป็นอีกแนวทางหนึ่งที่จะช่วยส่งเสริมการแสวงหาประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นในลักษณะการประสานประโยชน์ร่วมกันของนานาชาติ เพื่อลดข้อได้เปรียบการแข่งขันทางการค้าของประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งมีเทคโนโลยีอันทันสมัยกว่า

ในที่ประชุมสมัชชาสาธารณสุข (World Health Assembly) ในปี พ.ศ. 2544 ได้หารือร่วมกันถึงนโยบายส่งเสริมการเข้าถึงยารักษาโรค และการศึกษาถึงผลกระทบของความตกลงทริปส์ต่อการเข้าถึงยารักษาโรค ความสามารถในการผลิตยา และการพัฒนาชนิดใหม่ๆ ของประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนาซึ่งประสบปัญหาในประเด็นเหล่านี้ จากหลักเกณฑ์การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลงทริปส์เดิม ทำให้ต้องมีการเจรจา ทบทวนความตกลงทริปส์ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการสาธารณสุข ในการเจรจาคำพหุภาคีรอบโดฮา ตลอดจนได้จัดทำปฏิญญาโดฮา ว่าด้วยความตกลงทริปส์ กับการสาธารณสุข (Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health)<sup>95</sup> ซึ่งมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย สรุปได้ดังนี้<sup>96</sup>

1) ปฏิญญานี้ให้ความสำคัญกับปัญหาด้านสาธารณสุขในประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลาย ซึ่งความตกลงทริปส์ จะต้องช่วยแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วย ทั้งในระดับภายในประเทศ

<sup>94</sup> เฟ็งอ้วง, หน้า 60 – 61.

<sup>95</sup> Carlos M. Correa, *Implications of the Doha Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health*, (Geneva : World Health Organization, 2002), Retrieved May, 2012 from [http://www.who.int/medicines/areas/policy/WHO\\_EDM\\_PAR\\_2002.3.pdf](http://www.who.int/medicines/areas/policy/WHO_EDM_PAR_2002.3.pdf)

<sup>96</sup> World Health Organization. *The Doha Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health*, Retrieved May, 2012 from <http://www.who.int/medicines/areas/policy/tripshealth.pdf>

และระหว่างประเทศ โดยคำนึงถึงความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อการพัฒนาการรักษาโรค ควบคู่ไปกับการคำนึงถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากทรัพย์สินทางปัญญากับการรักษารักษาโรคต่าง ๆ

2) ในความตกลงทริปส์ จะต้องไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคใด ๆ ต่อการที่รัฐภาคีจะ ใช้มาตรการต่าง ๆ ที่จำเป็นในการคุ้มครองการสาธารณสุข โดยที่รัฐภาคีก็ต้องปฏิบัติตามพันธกรณี ทั้งหลายภายใต้ความตกลงทริปส์ ซึ่งถูกใช้และตีความไปในทางสนับสนุนการคุ้มครองสาธารณสุข โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเข้าถึงยารักษาโรค

3) ประเทศที่พัฒนาแล้วจะต้องให้ความช่วยเหลือแก่ประเทศที่พัฒนาน้อย คือ มีความสามารถน้อยในการผลิตยารักษาโรค โดยส่งเสริมและกระตุ้นให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยี ต่าง ๆ จากประเทศพัฒนาแล้วสู่ประเทศพัฒนาน้อย

จากหลักเกณฑ์ทั้งสามประการ ประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศกำลังพัฒนา ควรนำ หลักเกณฑ์ในความตกลงทริปส์เกี่ยวกับการสาธารณสุข ซึ่งมีการกำหนดให้พิจารณาประโยชน์ของ สังคมในการเข้าถึงยารักษาโรค โดยชั่งน้ำหนักกับประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิ มาเป็นแนวทางใน การกำหนดรายละเอียดของสิ่งที่จะให้ได้รับความคุ้มครองตลอดจนเงื่อนไขของการได้รับความคุ้มครอง ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

สำหรับประเภททรัพย์สินทางปัญญาที่กำหนดให้ความคุ้มครองไว้ในความตกลงทริปส์ ที่มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย นั้น ดังเช่นในส่วนของลิขสิทธิ์ ปรากฏในรูปของตำราการแพทย์แผนไทยต่าง ๆ ซึ่งจัดเป็นลิขสิทธิ์ประเภทงานวรรณกรรม หรือสิทธิบัตร ตำรับยาแผนไทยต่าง ๆ หรือเครื่องหมายการค้า หรือเครื่องหมายบริการเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ทางการแพทย์แผนไทย หรือสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ สำหรับสินค้าด้านการแพทย์แผนไทยที่มีชื่อบ่งชี้ถึง แหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ เหล่านี้แสดงให้เห็นว่า ความตกลงทริปส์ได้กำหนดความคุ้มครองผู้ทรง สิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยไว้อย่างเป็นรูปธรรมตามแต่ละประเภทของทรัพย์สินทางปัญญา

อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยภายใต้ ความตกลงทริปส์ในแต่ละประเภทของทรัพย์สินทางปัญญานั้น ก็ยังมีข้อจำกัดบางประการ กล่าวคือ

ในประเด็นของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยที่มีการสืบทอด มรดกองค์ความรู้จากรุ่นสู่รุ่นเป็นระยะเวลาอันยาวนาน หากไม่ได้มีการจดบันทึกองค์ความรู้เหล่านั้นไว้ ก็ย่อม ไม่สามารถให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ประเภทงานวรรณกรรมได้

ในประเด็นของสิทธิบัตร ความตกลงทริปส์ หมวด 5 มาตรา 27.1<sup>97</sup> ซึ่งได้กำหนดให้ รัฐภาคีสมาชิกให้ความคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์ทั้งที่เป็นผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีการประดิษฐ์ ซึ่งเป็นสิ่ง ใหม่ มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ นั้น เมื่อพิจารณา

<sup>97</sup>TRIPs Agreement, Article 27 Patentable Subject Matter

1. Subject to the provisions of paragraphs 2 and 3, patents shall be available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application. (5) Subject to paragraph 4 of Article 65, paragraph 8 of Article 70 and paragraph 3 of this Article, patents shall be available and patent rights enjoyable without discrimination as to the place of invention, the field of technology and whether products are imported or locally produced.

ถึงกรณียาแผนไทยที่จะขอรับสิทธิบัตร ซึ่งอาศัยภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยต่าง ๆ ที่ล้วนเป็นที่ประจักษ์ทั่วไปสืบต่อ ๆ กันมา หากยังไม่ได้นำมาพัฒนาต่อยอดให้เกิดความใหม่ก็ย่อมไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้

อีกทั้งในมาตรา 27.2<sup>98</sup> ได้กำหนดห้ามมิให้รัฐภาคีสมาชิกให้ความคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์ที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดี รวมถึงชีวิตมนุษย์ สัตว์ และพืช หรือสุขอนามัย หรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมได้ และมาตรา 27.3 (a)<sup>99</sup> ยังกำหนดให้รัฐภาคีสมาชิกสามารถงดเว้นการให้ความคุ้มครองแก่สิ่งประดิษฐ์ที่เป็นวิธีการในการตรวจรักษา หรือผ่าตัดเพื่อการบำบัดมนุษย์ หรือสัตว์ ซึ่งการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยย่อมเกี่ยวข้องโดยตรงกับผลกระทบต่อสุขอนามัยของมนุษย์ หากผลกระทบจากภูมิปัญญาการแพทย์นั้นเป็นไปได้ทั้งในทางบวกและทางลบขึ้นอยู่กับผู้นำไปใช้หรือบริโภค ก็ย่อมไม่สามารถคุ้มครองภายใต้สิทธิบัตรได้ และการขอรับสิทธิบัตรยังมีเงื่อนไขที่จะต้องมิใช่เป็นวิธีการตรวจรักษา หรือผ่าตัดเพื่อการบำบัดมนุษย์อีกด้วย

ดังนั้น เพื่อแก้ปัญหาข้อจำกัดดังกล่าว จึงต้องมีกฎหมายเฉพาะ (*sui generis law*) ที่ให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย โดยที่ยังคงนำหลักการของข้อตกลงทริปส์ที่เกี่ยวข้องมาเป็นแนวทางประกอบด้วย ดังเช่นหลักข้อยกเว้นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิที่ปรากฏในมาตรา 13<sup>100</sup> ซึ่งได้กล่าวไว้ว่า รัฐสมาชิกทั้งหลายต้องกำหนดข้อยกเว้นหรือข้อยกเว้นสิทธิ

<sup>98</sup>TRIPs Agreement, Article 27.2

Members may exclude from patentability inventions, the prevention within their territory of the commercial exploitation of which is necessary to protect *ordre public* or morality, including to protect human, animal or plant life or health or to avoid serious prejudice to the environment, provided that such exclusion is not made merely because the exploitation is prohibited by their law.

<sup>99</sup>TRIPs Agreement, Article 27.3

Members may also exclude from patentability:

(a) diagnostic, therapeutic and surgical methods for the treatment of humans or animals;

(b) plants and animals other than micro-organisms, and essentially biological processes for the production of plants or animals other than non-biological and microbiological processes. However, Members shall provide for the protection of plant varieties either by patents or by an effective *sui generis* system or by any combination thereof. The provisions of this subparagraph shall be reviewed four years after the date of entry into force of the WTO Agreement.

<sup>100</sup>TRIPs Agreement, Article 13

Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder.

แต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิ ไว้เป็นกรณีเฉพาะซึ่งไม่เป็นการขัดต่อการใช้งานโดยปกติและไม่ทำให้เสื่อมเสียประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิจนเกินสมควร

### 3.1.2 อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

ความหลากหลายทางชีวภาพ ได้แก่ การที่สิ่งมีชีวิตหลากหลายชนิดพันธุ์มาอยู่ในระบบนิเวศที่แตกต่างกัน โดยมีองค์ประกอบที่สำคัญ 3 ประการ กล่าวคือ ประการที่หนึ่ง มีความหลากหลายของชนิดพันธุ์ ทั้งพืช สัตว์ และจุลินทรีย์ต่างๆ ประการที่สอง มีความหลากหลายในพันธุกรรมข้างในแต่ละชนิดพันธุ์ เพื่อให้สามารถปรับตัวเข้ากับสิ่งแวดล้อมได้ และประการที่สาม มีความหลากหลายในระบบนิเวศ ซึ่งสิ่งมีชีวิตจะมีลักษณะแตกต่างกันไปตามแหล่งที่อยู่อาศัย<sup>101</sup> เช่น พืชในป่าดิบชื้น ย่อมมีความแตกต่างจากพืชในป่าชายเลน เป็นต้น

จากการศึกษาหลักเกณฑ์ทางวิชานิวเคลียส พบว่า ระบบสังคมของสิ่งมีชีวิตที่มีความหลากหลายมากเท่าใด ก็จะมีมีการยืดหยุ่นปรับตัวให้ทนต่อสภาพแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไปได้มากเท่านั้น ซึ่งจะช่วยให้เกิดสิ่งแวดล้อมดี ๆ ต่อการดำรงชีวิตของสิ่งมีชีวิตนานาชนิด และมนุษย์ยังได้ใช้ประโยชน์จากสิ่งแวดล้อมดี ๆ ในด้านปัจจัยสี่ ทั้งอาหาร ที่อยู่อาศัย เครื่องนุ่งห่ม และยารักษาโรค นอกจากนี้ ในด้านคุณประโยชน์ทางการแพทย์ สิ่งแวดล้อมที่มีความหลากหลายของสิ่งมีชีวิตหรือความหลากหลายทางชีวภาพยังช่วยทำให้เชื้อโรคต่างๆ อยู่อย่างสมดุลในระบบ<sup>102</sup>

เรื่องความหลากหลายทางชีวภาพมีความสัมพันธ์กับความหลากหลายทางวัฒนธรรมด้วย เนื่องจากการดำรงชีวิตประจำวันของมนุษย์ได้พยายามปรับตัวให้เข้ากับระบบนิเวศน์ที่ตนอยู่อาศัย จนกระทั่งหล่อหลอมเป็นวัฒนธรรมอันหลากหลายของแต่ละท้องถิ่น หรือชุมชน หรือในสังคมโลก ทั้งค่านิยม ศาสนาคำความเชื่อ และเจตคติ ต่างๆ ในขณะที่เดียวกันวัฒนธรรมอันหลากหลายก็มีอิทธิพลต่อสิ่งแวดล้อมที่มนุษย์อยู่อาศัย รวมถึงส่งผลกระทบต่อเนื่องไปเรื่อยๆ ถึงนานาชาติทั่วโลก ดังนั้น เพื่อให้มวลมนุษยชาติดำรงเผ่าพันธุ์อยู่ได้ต่อไป จึงควรอนุรักษ์ความหลากหลายทางวัฒนธรรมซึ่งอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพให้ยั่งยืนต่อไปด้วย<sup>103</sup>

เมื่อพิจารณาถึงสถานการณ์ปัญหาสิ่งแวดล้อมในปัจจุบัน พบว่า จากการที่มนุษย์ได้ทำลายความหลากหลายทางชีวภาพลงไปมาก ทำให้เชื้อโรคต่างๆ ทั้งไวรัส แบคทีเรีย ปรสิต ทั้งหลายมีวิวัฒนาการดื้อต่อยาที่ใช้รักษาโรคมามากขึ้นเรื่อย ๆ เช่น จากการค้นพบเชื้อโรคเอดส์ อีโบล่า ไข้หวัดใหญ่สายพันธุ์รุนแรง ในป่าเขตร้อนซึ่งถูกทำลายความหลากหลายทางชีวภาพไปมากนั่นเอง จนองค์การอนามัยโลก (World Health Organization : WHO) ได้มีคำขวัญในปี พ.ศ. 2540 ว่า Emerging Infectious Diseases : Global Alert, Global Response<sup>104</sup>

<sup>101</sup> สำนักงานนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อม, อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ: คิดในระดับโลกและทำในระดับประเทศ, (2539), หน้า 13.

<sup>102</sup> ประเวศ วะสี, ธรรมชาติของสรรพสิ่ง การเข้าถึงความจริงทั้งหมด, (นนทบุรี : กรีน-ปัญญาญาณ, 2553), หน้า 313 – 314.

<sup>103</sup> Simone Bilderbeek, Biodiversity and International law, (Amsterdam : IOS Press, Inc.) Retrieved May, 2012 from <http://www.gbv.de/dms/spk/sbb/toc/277489059.pdf>

<sup>104</sup> South centre, *Supra note 90*, p. 311 - 312.

นานาชาติ จึงได้ตระหนักถึงการอนุรักษ์และพัฒนาความหลากหลายทางชีวภาพ โดยองค์การสหประชาชาติได้มีการจัดประชุมเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมโลก เมื่อปี ค.ศ. 1992 ที่เมืองริโอเดจาเนโร (The 1992 Earth Summit in Rio de Janeiro) สรุปได้ว่า มนุษยชาติต้องการมีชีวิตที่มีสุขภาพดี และรู้คุณค่าของโลกเพื่อประโยชน์ของอนุชนรุ่นต่อไปในอนาคต โดยการรักษาความหลากหลายทางชีวภาพของโลกไว้ควบคู่ไปกับการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ และเพื่อการดังกล่าว ในการประชุมครั้งนั้น ได้มีการจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (The Convention on Biological Diversity) ขึ้น โดยกำหนดเป้าหมายร่วมกันสาม ประการ คือ ประการที่หนึ่ง เป็นการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ประการที่สอง เป็นการใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน และประการที่สาม เป็นการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างยุติธรรมเสมอภาคกัน ซึ่งแหล่งทรัพยากรพันธุกรรม<sup>105</sup>

ในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ได้กำหนดเป็นกรอบนโยบายมากกว่าการกำหนดวิธีการดำเนินงาน โดยที่กรอบนโยบายทั้งหลายนั้น ล้วนเป็นการส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศที่ไม่ขัดแย้งกับความร่วมมือต่าง ๆ ที่มีอยู่เดิม เช่น อนุสัญญาแรมซาร์ ในปี ค.ศ. 1971 (The Convention on Wetlands of International Importance Especially as Waterfowl Habitat) ซึ่งเกี่ยวกับการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนในระบบนิเวศพื้นที่ชุ่มน้ำ อนุสัญญามรดกโลก ในปี ค.ศ. 1972 (The Convention Concerning Protection of the World Cultural and Natural Heritage) ซึ่งเกี่ยวกับการกำหนดพื้นที่ขึ้นทะเบียนมรดกโลก เพื่อรักษาพื้นที่ไว้ให้เป็นธรรมชาติและรักษาวัฒนธรรมท้องถิ่นที่เป็นมรดกตกทอดจากบรรพชน ความตกลงอาเซียนว่าด้วยการอนุรักษ์ธรรมชาติและทรัพยากรธรรมชาติ ปี ค.ศ. 1985 (ASEAN Agreement on Conservation of Nature and Natural Resources) ซึ่งเกี่ยวกับการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากระบบนิเวศอย่างยั่งยืนในภูมิภาคอาเซียน เป็นต้น<sup>106</sup>

เมื่อพิจารณาถึงสภาพปัญหาในปัจจุบันที่มีบริษัทข้ามชาติได้เข้ามาอาศัยภูมิปัญญาการแพทย์ไปใช้ในการวิจัยผลิตภัณฑ์ยาสมัยใหม่ ซึ่งนอกจากทำให้บริษัทเหล่านั้น ประหยัดทั้งค่าใช้จ่ายและระยะเวลาในการคิดค้นยาชนิดใหม่แล้ว ยังสามารถนำผลิตภัณฑ์ยาที่ได้จากการกระทำดังกล่าวไปขอรับสิทธิบัตรนับเป็นการกีดกันมิให้ประชาชนทั่วไปได้ใช้ประโยชน์ สภาพปัญหาดังกล่าว จำแนกได้เป็น 3 ประเด็น<sup>107</sup> คือ

<sup>105</sup> Secretariat of the Convention on Biological Diversity, *Sustaining life on Earth*, Retrieved May, 2012 from <https://www.cbd.int/doc/publications/cbd-sustain-en.pdf>

<sup>106</sup> ชุมเจตน์ กาญจนเกษร, อนุสัญญาและกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางชีวภาพ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อม กระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และสิ่งแวดล้อม, 2539), หน้า 7.

<sup>107</sup> นันทน อินทนนท์, ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาและผลกระทบต่อภูมิปัญญาท้องถิ่น, วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ, 16, (2546), หน้า 147 – 148.

1) กรณีการนำผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยที่ทราบกันอยู่ทั่วไปในชุมชนหนึ่งๆ มาขอรับสิทธิบัตร โดยที่เจ้าหน้าที่ผู้ตรวจคำขอไม่ทราบว่าภูมิปัญญานั้นอยู่หรือไม่อาจเข้าถึงข้อมูลได้ จึงได้ออกสิทธิบัตรให้ ทั้งที่ผลิตภัณฑ์นั้นขาดความใหม่

2) กรณีการนำภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยไปพัฒนาต่อยอดโดยไม่ได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญานั้น ทั้งที่เป็นปัจเจกชน หรือชุมชน

3) กรณีประเทศที่ออกสิทธิบัตรได้กำหนดเงื่อนไขการคุ้มครองสิทธิบัตรในระดับต่ำ เช่น คุ้มครองการค้นพบและมีการพัฒนาต่อยอดโดยมนุษย์เพียงเล็กน้อย หรือถือว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นในต่างประเทศไม่ขาดองค์ประกอบเรื่องความใหม่

จากประเด็นปัญหาดังกล่าว นำไปสู่การศึกษาถึงสาระสำคัญในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยนั้น ผู้เขียนได้แบ่งกลุ่มศึกษาไว้เป็น 2 กลุ่ม กล่าวคือ กลุ่มมาตราที่เป็นการมุ่งคุ้มครองในระดับภายในประเทศ และกลุ่มมาตราที่มุ่งคุ้มครองในลักษณะเป็นความร่วมมือกันระหว่างประเทศ คือ

3.1.2.1 กลุ่มมาตราที่มุ่งคุ้มครองระดับภายในประเทศที่สำคัญ สรุปได้ดังนี้

มาตรา 3<sup>108</sup> กำหนดให้รัฐภาคีมีสิทธิอธิปไตยในการใช้ทรัพยากรของตนตามนโยบายสิ่งแวดล้อมและตามความรับผิดชอบแห่งรัฐตน โดยที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

มาตรา 8 (ญ)<sup>109</sup> กำหนดให้แต่ละรัฐภาคีโดยผลของรัฐบัญญัติต้องเคารพ ปกป้อง และรักษาไว้ซึ่งความรู้ นวัตกรรม และประเพณีปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่น ซึ่งอยู่ในวิถีชีวิตดั้งเดิม ที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพ และส่งเสริมให้ประยุกต์ใช้ความรู้ นวัตกรรม และประเพณีปฏิบัติเหล่านี้อย่างกว้างขวางยิ่งขึ้น

<sup>108</sup> The convention on Biological Diversity, Article 3

States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.

<sup>109</sup> The convention on Biological Diversity, Article 8

Each Contracting Party shall, as far as possible and as appropriate:

(j) Subject to its national legislation, respect, preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity and promote their wider application with the approval and involvement of the holders of such knowledge, innovations and practices and encourage the equitable sharing of the benefits arising from the utilization of such knowledge, innovations and practices



และสนับสนุนให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ประโยชน์ซึ่งความรู้ นวัตกรรมและ ประเพณีปฏิบัติเหล่านั้นอย่างเป็นธรรม และเหมาะสมมากที่สุดเท่าที่จะทำได้

มาตรา 9<sup>110</sup> กำหนดให้แต่ละรัฐภาคีต้องยอมรับมาตรการสำหรับอนุรักษ์องค์ประกอบ ความหลากหลายทางชีวภาพนอกถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติและมาตรการบำรุงฟื้นฟูชนิดพันธุ์ที่ใกล้ จะสูญพันธุ์ รวมถึงมาตรการสำหรับนำกลับเข้าสู่ถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติเดิมของชนิดพันธุ์มาใช้ ต้องจัดตั้งและรักษาไว้ซึ่งสิ่งเอื้ออำนวยในการอนุรักษ์และวิจัยนอกถิ่นที่อยู่อาศัยเกี่ยวกับพืช สัตว์ และ จุลินทรีย์ อีกทั้งยังมีหลักการให้มีการจัดระเบียบและการจัดการเกี่ยวกับการรวบรวมสะสมทรัพยากร ชีวภาพจากถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติเพื่อการอนุรักษ์ถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติและการอนุรักษ์ ชนิดพันธุ์ โดยไม่คุกคามระบบนิเวศ

มาตรา 10<sup>111</sup> กำหนดให้แต่ละรัฐภาคีต้องยอมรับมาตรการเกี่ยวกับการนำทรัพยากร ชีวภาพมาใช้ เพื่อหลีกเลี่ยง หรือลดผลกระทบเสียหายต่อความหลากหลายทางชีวภาพ ต้องคุ้มครอง

---

<sup>110</sup> The convention on Biological Diversity, Article 9

Each Contracting Party shall, as far as possible and as appropriate, and predominantly for the purpose of complementing in-situ measures:

(a) Adopt measures for the ex-situ conservation of components of biological diversity, preferably in the country of origin of such components;

(b) Establish and maintain facilities for ex-situ conservation of and research on plants, animals and micro-organisms, preferably in the country of origin of genetic resources;

(c) Adopt measures for the recovery and rehabilitation of threatened species and for their reintroduction into their natural habitats under appropriate conditions;

(d) Regulate and manage collection of biological resources from natural habitats for ex-situ conservation purposes so as not to threaten ecosystems and in-situ populations of species, except where special temporary ex-situ measures are required under subparagraph (c) above; and

(e) Cooperate in providing financial and other support for ex-situ conservation outlined in subparagraphs (a) to (d) above and in the establishment and maintenance of ex-situ conservation facilities in developing countries.

<sup>111</sup> The convention on Biological Diversity, Article 10

Each Contracting Party shall, as far as possible and as appropriate:

(a) Integrate consideration of the conservation and sustainable use of biological resources into national decision-making;

(b) Adopt measures relating to the use of biological resources to avoid or minimize adverse impacts on biological diversity;

และสนับสนุนการใช้ทรัพยากรชีวภาพที่เหมาะสมกับการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน โดยให้สอดคล้องกับวัฒนธรรมประเพณีท้องถิ่น รวมถึงสนับสนุนความร่วมมือภาครัฐและเอกชนในการพัฒนาวิธีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืน

มาตรา 11<sup>112</sup> กำหนดให้แต่ละรัฐภาคีกำหนดมาตรการที่เหมาะสมทางเศรษฐกิจและสังคม เพื่อสร้างแรงจูงใจในการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน

3.1.2.2 กลุ่มมาตราที่มุ่งคุ้มครองความร่วมมือกันระหว่างประเทศ สรุปได้ดังนี้

มาตรา 12<sup>113</sup> กำหนดให้รัฐภาคีทั้งหลายส่งเสริมและสนับสนุนการวิจัยเพื่อการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศกำลังพัฒนา

(c) Protect and encourage customary use of biological resources in accordance with traditional cultural practices that are compatible with conservation or sustainable use requirements;

(d) Support local populations to develop and implement remedial action in degraded areas where biological diversity has been reduced; and

(e) Encourage cooperation between its governmental authorities and its private sector in developing methods for sustainable use of biological resources.

<sup>112</sup> The convention on Biological Diversity, Article 11

Each Contracting Party shall, as far as possible and as appropriate, adopt economically and socially sound measures that act as incentives for the conservation and sustainable use of components of biological diversity.

<sup>113</sup> The convention on Biological Diversity, Article 12

The Contracting Parties, taking into account the special needs of developing countries, shall:

(a) Establish and maintain programmes for scientific and technical education and training in measures for the identification, conservation and sustainable use of biological diversity and its components and provide support for such education and training for the specific needs of developing countries;

(b) Promote and encourage research which contributes to the conservation and sustainable use of biological diversity, particularly in developing countries, inter alia, in accordance with decisions of the Conference of the Parties taken in consequence of recommendations of the Subsidiary Body on Scientific, Technical and Technological Advice; and

(c) In keeping with the provisions of Articles 16, 18 and 20, promote and cooperate in the use of scientific advances in biological diversity research in developing methods for conservation and sustainable use of biological resources.

มาตรา 15<sup>114</sup> กำหนดให้รัฐภาคีแต่ละรัฐมีสิทธิตัดสินใจเกี่ยวกับการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพ ในขณะที่เดียวกันรัฐภาคีจะต้องเอื้อประโยชน์ให้แก่กันและกันในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรนั้นอย่างเหมาะสมต่อสิ่งแวดล้อม โดยการแจ้งให้รัฐเจ้าของทรัพยากรทราบและมีข้อตกลงต่าง ๆ ร่วมกัน หรือมีความเห็นชอบที่ได้แจ้งไว้ล่วงหน้าแล้ว

มาตรา 16<sup>115</sup> กำหนดให้รัฐภาคีแต่ละรัฐถ่ายทอดเทคโนโลยี ซึ่งรวมถึงเทคโนโลยีชีวภาพให้แก่กัน เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานี้ และประเทศพัฒนาแล้วจะช่วยจัดหา

---

<sup>114</sup> The convention on Biological Diversity, Article 15

1. Recognizing the sovereign rights of States over their natural resources, the authority to determine access to genetic resources rests with the national governments and is subject to national legislation.

2. Each Contracting Party shall endeavour to create conditions to facilitate access to genetic resources for environmentally sound uses by other Contracting Parties and not to impose restrictions that run counter to the objectives of this Convention.

3. For the purpose of this Convention, the genetic resources being provided by a Contracting Party, as referred to in this Article and Articles 16 and 19, are only those that are provided by Contracting Parties that are countries of origin of such resources or by the Parties that have acquired the genetic resources in accordance with this Convention.

4. Access, where granted, shall be on mutually agreed terms and subject to the provisions of this Article.

5. Access to genetic resources shall be subject to prior informed consent of the Contracting Party providing such resources, unless otherwise determined by that Party.

6. Each Contracting Party shall endeavour to develop and carry out scientific research based on genetic resources provided by other Contracting Parties with the full participation of, and where possible in, such Contracting Parties.

7. Each Contracting Party shall take legislative, administrative or policy measures, as appropriate, and in accordance with Articles 16 and 19 and, where necessary, through the financial mechanism established by Articles 20 and 21 with the aim of sharing in a fair and equitable way the results of research and development and the benefits arising from the commercial and other utilization of genetic resources with the Contracting Party providing such resources. Such sharing shall be upon mutually agreed terms.

<sup>115</sup> The convention on Biological Diversity, Article 16

หรืออำนวยความสะดวกด้านเทคโนโลยีให้แก่ประเทศกำลังพัฒนา ภายใต้ความยุติธรรมและความพึงพอใจของทั้งสองฝ่าย อีกทั้งมีการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างมีประสิทธิภาพ

---

1. Each Contracting Party, recognizing that technology includes biotechnology, and that both access to and transfer of technology among Contracting Parties are essential elements for the attainment of the objectives of this Convention, undertakes subject to the provisions of this Article to provide and/or facilitate access for and transfer to other Contracting Parties of technologies that are relevant to the conservation and sustainable use of biological diversity or make use of genetic resources and do not cause significant damage to the environment.

2. Access to and transfer of technology referred to in paragraph 1 above to developing countries shall be provided and/or facilitated under fair and most favourable terms, including on concessional and preferential terms where mutually agreed, and, where necessary, in accordance with the financial mechanism established by Articles 20 and 21. In the case of technology subject to patents and other intellectual property rights, such access and transfer shall be provided on terms which recognize and are consistent with the adequate and effective protection of intellectual property rights. The application of this paragraph shall be consistent with paragraphs 3, 4 and 5 below.

3. Each Contracting Party shall take legislative, administrative or policy measures, as appropriate, with the aim that Contracting Parties, in particular those that are developing countries, which provide genetic resources are provided access to and transfer of technology which makes use of those resources, on mutually agreed terms, including technology protected by patents and other intellectual property rights, where necessary, through the provisions of Articles 20 and 21 and in accordance with international law and consistent with paragraphs 4 and 5 below.

4. Each Contracting Party shall take legislative, administrative or policy measures, as appropriate, with the aim that the private sector facilitates access to, joint development and transfer of technology referred to in paragraph 1 above for the benefit of both governmental institutions and the private sector of developing countries and in this regard shall abide by the obligations included in paragraphs 1, 2 and 3 above.

5. The Contracting Parties, recognizing that patents and other intellectual property rights may have an influence on the implementation of this Convention, shall cooperate in this regard subject to national legislation and international law in order to ensure that such rights are supportive of and do not run counter to its objectives.

มาตรา 17<sup>116</sup> กำหนดให้รัฐภาคีทั้งหลายอำนวยความสะดวกในการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารจากแหล่งข้อมูลสาธารณะที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพ

มาตรา 18<sup>117</sup> กำหนดให้รัฐภาคีทั้งหลายส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศในการดำเนินการทางวิชาการและวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางชีวภาพ

---

<sup>116</sup> The convention on Biological Diversity, Article 17

1. The Contracting Parties shall facilitate the exchange of information, from all publicly available sources, relevant to the conservation and sustainable use of biological diversity, taking into account the special needs of developing countries.

2. Such exchange of information shall include exchange of results of technical, scientific and socio-economic research, as well as information on training and surveying programmes, specialized knowledge, indigenous and traditional knowledge as such and in combination with the technologies referred to in Article 16, paragraph 1. It shall also, where feasible, include repatriation of information.

<sup>117</sup> The convention on Biological Diversity, Article 18

1. The Contracting Parties shall promote international technical and scientific cooperation in the field of conservation and sustainable use of biological diversity, where necessary, through the appropriate international and national institutions.

2. Each Contracting Party shall promote technical and scientific cooperation with other Contracting Parties, in particular developing countries, in implementing this Convention, inter alia, through the development and implementation of national policies. In promoting such cooperation, special attention should be given to the development and strengthening of national capabilities, by means of human resources development and institution building.

3. The Conference of the Parties, at its first meeting, shall determine how to establish a clearing-house mechanism to promote and facilitate technical and scientific cooperation.

4. The Contracting Parties shall, in accordance with national legislation and policies, encourage and develop methods of cooperation for the development and use of technologies, including indigenous and traditional technologies, in pursuance of the objectives of this Convention. For this purpose, the Contracting Parties shall also promote cooperation in the training of personnel and exchange of experts.

5. The Contracting Parties shall, subject to mutual agreement, promote the establishment of joint research programmes and joint ventures for the development of technologies relevant to the objectives of this Convention.

จากกลุ่มมาตราดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรา 15 แสดงให้เห็นว่าประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่ในเขตอธิปไตยของไทย ซึ่งกระตุ้นให้มีการออกกฎหมายภายในประเทศรองรับสิทธิอธิปไตยดังกล่าวให้เป็นรูปธรรม รวมถึงการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ด้วย เพราะภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยทั้งหลายล้วนเกี่ยวข้องกับการบริโภคทรัพยากรชีวภาพ ดังเช่นกรณียาสมุนไพรต่าง ๆ

การบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยที่อาศัยทรัพยากรชีวภาพเป็นวัตถุดิบ จึงต้องเป็นไปโดยสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ทั้งในด้านการใช้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจควบคู่กับการอนุรักษ์และฟื้นฟูทรัพยากรให้สามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างยั่งยืน ด้านการให้ความสำคัญกับชุมชนท้องถิ่นและการคุ้มครองภูมิปัญญาชาวบ้าน ด้านสนับสนุนการวิจัยเพื่อการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน รวมถึงการสนับสนุนการจัดทำข้อมูลสาธารณะที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพ ในด้านภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยด้วย

ส่วนในกรณีความร่วมมือระหว่างประเทศนั้น การบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ควรต้องกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อกำหนดความร่วมมือของต่างชาติที่จะเข้ามาแสวงหาประโยชน์ รวมถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้มีความเห็นชอบที่ได้แจ้งไว้ล่วงหน้า และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการวิจัยเพื่อสร้างองค์ความรู้ใหม่อันเป็นประโยชน์แก่มนุษยชาติได้แก่ภูมิปัญญาการแพทย์นั้น จะต้องมีการป้องกันต่างชาติเข้ามาใช้ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยหรือทรัพยากรชีวภาพที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยในลักษณะผูกขาดผลประโยชน์จนเกินสมควรอีกด้วย

### 3.1.3 อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรม

เนื่องจากโลกปัจจุบันได้ถูกรอบงำด้วยวาระการประชุมด้านเศรษฐกิจใหม่ๆ มากมาย อันนำไปสู่การค้าเสรี ซึ่งอาจเป็นภัยต่อสิทธิมนุษยชน การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม และการรักษาไว้ซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพ องค์การยูเนสโกจึงได้จัดทำอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรม (the Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions) เมื่อปี พ.ศ. 2542 และมีผลใช้บังคับเมื่อปี พ.ศ. 2544<sup>118</sup> โดยกำหนดวัตถุประสงค์ไว้ในมาตรา 1<sup>119</sup> ดังนี้

<sup>118</sup> Nina Obuljen and Joost Smiers, UNESCO's Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions Making it Work, (Zagreb: International Relations, 2006) Retrieved May, 2012 from [http://www.culturelink.org/publics/joint/diversity01/Obuljen\\_Unesco\\_Diversity.pdf](http://www.culturelink.org/publics/joint/diversity01/Obuljen_Unesco_Diversity.pdf)

<sup>119</sup> Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, Article 1

The objectives of this Convention are:

(ก) เพื่อคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกซึ่งวัฒนธรรม

(ข) เพื่อสร้างเงื่อนไขสำหรับความเจริญงอกงามทางวัฒนธรรมรวมถึงการปฏิสัมพันธ์อย่างเป็นอิสระในผลประโยชน์ทางชนบธรรมเนียมประเพณีร่วมกัน

(ค) เพื่อสนับสนุนการสนทนาท่ามกลางวัฒนธรรมทั้งหลายด้วยทัศนคติที่จะขยายความเชื่อมั่นและการแลกเปลี่ยนวัฒนธรรมอย่างสมดุลทั่วโลก โดยเฉพาะการเคารพความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ วัฒนธรรมที่แตกต่างและวัฒนธรรมเพื่อสันติ

(ง) เพื่อช่วยเหลือระหว่างวัฒนธรรมที่แตกต่างให้พัฒนาการปฏิบัติระหว่างกันทางวัฒนธรรมเพื่อให้ผ่านพ้นอุปสรรคแห่งเจตจำนงในหมู่ประชาชน

(จ) เพื่อส่งเสริมการเคารพและเชิดชูซึ่งความหลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรมและการตระหนักถึงคุณค่าของวัฒนธรรมทั้งในระดับท้องถิ่น ระดับชาติ และระดับโลก

(a) to protect and promote the diversity of cultural expressions;

(b) to create the conditions for cultures to flourish and to freely interact in a mutually beneficial manner;

(c) to encourage dialogue among cultures with a view to ensuring wider and balanced cultural exchanges in the world in favour of intercultural respect and a culture of peace;

(d) to foster interculturality in order to develop cultural interaction in the spirit of building bridges among peoples;

(e) to promote respect for the diversity of cultural expressions and raise awareness of its value at the local, national and international levels;

(f) to reaffirm the importance of the link between culture and development for all countries, particularly for developing countries, and to support actions undertaken nationally and internationally to secure recognition of the true value of this link;

(g) to give recognition to the distinctive nature of cultural activities, goods and services as vehicles of identity, values and meaning;

(h) to reaffirm the sovereign rights of States to maintain, adopt and implement policies and measures that they deem appropriate for the protection and promotion of the diversity of cultural expressions on their territory;

(i) to strengthen international cooperation and solidarity in a spirit of partnership with a view, in particular, to enhancing the capacities of developing countries in order to protect and promote the diversity of cultural expressions.

(ฉ) เพื่อรับรองความสำคัญของการเชื่อมโยงวัฒนธรรมกับการพัฒนาของทุกประเทศ และเพื่อสนับสนุนการกระทำภายในประเทศและระหว่างประเทศให้ยอมรับในคุณค่าที่แท้จริงจากการประสานกันนี้

(ช) เพื่อให้เห็นคุณค่าของลักษณะเฉพาะตามธรรมชาติของกิจกรรมต่างๆ ทางวัฒนธรรม สินค้า และบริการ อันเป็นตัวขับเคลื่อนอัตลักษณ์ คุณค่า และความหมาย

(ซ) เพื่อรับรองสิทธิอธิปไตยของรัฐในการที่จะดำรงไว้ ยอมรับ หรือทำให้บรรลุผลซึ่งนโยบายและมาตรฐานที่รัฐทั้งหลายเห็นว่าเหมาะสมเพื่อคุ้มครองและส่งเสริมการแสดงออกซึ่งความหลากหลายทางวัฒนธรรมในดินแดนแห่งรัฐตน

(ณ) เพื่อสร้างความเข้มแข็งให้กับความร่วมมือระหว่างประเทศและความเป็นปึกแผ่นในเจตนารมณ์แห่งรัฐสมาชิก ด้วยทัศนคติที่จะเพิ่มขีดความสามารถในการคุ้มครองและส่งเสริมการแสดงออกซึ่งความหลากหลายทางวัฒนธรรมของประเทศกำลังพัฒนา

โดยที่อนุสัญญานี้ ได้ให้ความหมายของความหลากหลายทางวัฒนธรรมไว้ในมาตรา 4 ข้อ 1 และข้อ 3<sup>120</sup> ว่าหมายถึงการแสดงออกทั้งหลายซึ่งเป็นผลจากความคิดสร้างสรรค์ของปัจเจกชน กลุ่มชน และสังคม รวมทั้งผู้ซึ่งมีบริบททางวัฒนธรรม ซึ่งไม่เพียงแต่เป็นมรดกทางวัฒนธรรมของมวลมนุษยชาติเท่านั้น หากแต่ยังเป็นลักษณะการกระทำอันหลากหลายของการสร้างสรรค์งานศิลปะ การผลิต การแพร่กระจาย การจำหน่าย สุนทรียส ฯลฯ และการใช้เทคโนโลยีอีกด้วย

ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งมาตรา 1 ดังที่กล่าวมา ในมาตรา 13<sup>121</sup> ยังได้กำหนดให้รัฐสมาชิกต้องพยายามที่จะบูรณาการวัฒนธรรมในการพัฒนานโยบายทุกระดับ เพื่อสิ่ง

Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, Article 4 – Definitions

For the purposes of this Convention, it is understood that:

1. Cultural diversity

“Cultural diversity” refers to the manifold ways in which the cultures of groups and societies find expression. These expressions are passed on within and among groups and societies.

Cultural diversity is made manifest not only through the varied ways in which the cultural heritage of humanity is expressed, augmented and transmitted through the variety of cultural expressions, but also through diverse modes of artistic creation, production, dissemination, distribution and enjoyment, whatever the means and technologies used.

3. Cultural expressions

“Cultural expressions” are those expressions that result from the creativity of individuals, groups and societies, and that have cultural content.

<sup>121</sup> Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, Article 13 Parties shall endeavour to integrate culture in their



สร้างสรรค์ในเงื่อนไขต่างๆ ที่นำมาซึ่งการพัฒนาอย่างยั่งยืน และภายในกรอบนี้ จะต้องสนับสนุนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองและส่งเสริมการแสดงออกซึ่งความหลากหลายทางวัฒนธรรม

จากมาตราดังกล่าวที่ยกมา ภูมิปัญญาการแพทย์ที่ปรากฏในแต่ละท้องถิ่นที่มีความแตกต่างหลากหลายย่อมแสดงออกถึงความหลากหลายทางวัฒนธรรม ซึ่งสมควรได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาฉบับนี้ อย่างไรก็ตามประเทศไทยยังไม่ได้เข้าร่วมลงนามในอนุสัญญาดังกล่าว แต่ก็สามารถนำหลักการคุ้มครองข้างต้นมาเป็นแนวทางการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยได้ โดยการกำหนดให้คุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยครอบคลุมไปถึงผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาด้านสุขภาพของชุมชนท้องถิ่น และชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในประเทศไทยด้วย

นอกจากนี้ ตามความเห็นของนักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เห็นว่าประเทศที่พัฒนาแล้วมักกำหนดให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นความรู้สาธารณะที่ทุกคนสามารถนำไปแสวงหาประโยชน์ได้ แต่ประเทศที่กำลังพัฒนากลับเห็นว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นสิ่งทรงคุณค่าของชุมชน โดยที่ชุมชนย่อมมีสิทธิหวงแหน และปกป้องการแสวงหาประโยชน์โดยปราศจากความยินยอม หรือทำให้ชีวิตความเป็นอยู่ในชุมชนเสียหาย<sup>122</sup> ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าภูมิปัญญาในด้านการแพทย์แผนไทย สมควรอย่างยิ่งที่จะต้องคุ้มครองคุณค่าความเป็นอัตลักษณ์ของไทย เพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมและวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานี้ อีกทั้งเพื่อให้มีการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ได้อย่างยั่งยืน สิทธิของผู้ทรงสิทธิชุมชนจะต้องไม่ถูกจำกัดด้วยระยะเวลาที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง กล่าวคือ กฎหมายจะต้องวางหลักเกณฑ์คุ้มครองตราบจนกระทั่งชุมชนไม่มีการแสดงออกซึ่งภูมิปัญญาเหล่านั้นอีกต่อไป

สรุปได้ว่า จากการศึกษาความตกลงทริปส์ ดังที่กล่าวมาแล้ว เมื่อเปรียบเทียบกับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ นั้น ความตกลงทริปส์ ได้ให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยได้อย่างเป็นรูปธรรมกว่าอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ กล่าวคือ ความตกลงทริปส์ ให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยผ่านการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทเป็นสำคัญ ในขณะที่อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพกำหนดแนวนโยบายในการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน ซึ่งทำให้ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยได้รับประโยชน์จากทั้งนโยบายภายในประเทศและความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อให้แหล่งทรัพยากรที่ทำให้เกิดภูมิปัญญาการแพทย์ ดำรงไว้สืบไป

นอกจากนี้ในมาตรา 8 (ญ)<sup>123</sup> แห่งอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพยังสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกทาง

development policies at all levels for the creation of conditions conducive to sustainable development and, within this framework, foster aspects relating to the protection and promotion of the diversity of cultural expressions.

<sup>122</sup> สมชาย รัตนเชื้อสกุล, โจรสลัดชีวภาพ (Bio-piracy) : ที่มา-ปัญหา และแนวทางสำหรับประเทศไทยตามกรอบความตกลงทริปส์, ค้นวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2556 จาก

[http://library.uru.ac.th/webdb/images/biothainet\\_biopiracy.htm](http://library.uru.ac.th/webdb/images/biothainet_biopiracy.htm)

<sup>123</sup> อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 109.

วัฒนธรรม โดยการคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายทางวัฒนธรรมช่วยสนับสนุนการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพได้ทางหนึ่ง กล่าวคือ เมื่อภูมิปัญญาการแพทย์มาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นที่หลากหลาย ย่อมเป็นการแสดงออกทางวัฒนธรรมที่หลากหลาย และการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์ก็ย่อมเป็นการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพในฐานะที่ความหลากหลายทางชีวภาพเป็นแหล่งวัตถุดิบของการแสดงออกซึ่งวัฒนธรรมที่หลากหลายด้านภูมิปัญญาการแพทย์อีกด้วย

### 3.2 กฎหมายภายในประเทศของต่างประเทศ

ในที่นี้ ผู้เขียนได้เลือกศึกษามาตรการทางกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน และประเทศอินเดีย เนื่องจากทั้งสองประเทศมีประวัติภูมิปัญญาด้านการแพทย์เก่าแก่ยาวนาน และภูมิปัญญาของทั้งสองประเทศมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยอย่างใกล้ชิดมาก ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 และบทที่ 2

#### 3.2.1 มาตรการทางกฎหมายของประเทศอินเดีย

จากการศึกษาถึงประวัติการแพทย์ของอินเดีย พบว่า ภูมิปัญญาการแพทย์ของอินเดียมีองค์ความรู้ที่เก่าแก่ยาวนานและยังคงเป็นประโยชน์ต่อโลกตราบจนถึงทุกวันนี้ ซึ่งในประเทศอินเดียยังคงมีการให้บริการการแพทย์ดั้งเดิมของอินเดียอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในชนบท ทั้งการแพทย์อายุรเวท (Ayurveda) ยูนาณี (Unani) สิทธา (Siddha) วิธีการรักษาโรคโดยใช้อาหาร การออกกำลังกาย หรือความร้อน (Naturopathy) ธรรมชาติบำบัด (Homeopathy) และโยคะ (Yoga) โดยที่การแพทย์ดังกล่าว ได้รับการยอมรับจากรัฐบาลของประเทศอินเดีย และมีการออกรัฐบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์ดั้งเดิมของอินเดียหลายฉบับ ซึ่งจำแนกได้ดังนี้

3.2.1.1 รัฐบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้าง และอำนาจหน้าที่องค์กรผู้ดำเนินการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์ดั้งเดิมของอินเดีย ได้แก่ รัฐบัญญัติจัดตั้งคณะกรรมการกลางด้านการแพทย์อินเดีย (the Central Council of Indian Medicine Act of 1970) กำหนดให้มีอำนาจหน้าที่หลักสรุปได้ 3 ประการ<sup>124</sup> คือ

- 1) กำหนดมาตรฐานการศึกษาการแพทย์ดั้งเดิมของอินเดีย
- 2) ให้คำแนะนำรัฐบาลกลางเกี่ยวกับการอนุมัติหรือเพิกถอนคุณสมบัติของแพทย์ดั้งเดิมในอินเดีย
- 3) แก้ไขปรับปรุงมาตรฐานวิชาชีพและจรรยาบรรณให้ทันสมัยและพัฒนาประมวลจริยธรรมสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ดั้งเดิมในอินเดีย

<sup>124</sup> Xiaorui Zhang, *Legal Status of Traditional Medicine and Complementary/Alternative Medicine : A Worldwide Review*, World Health Organization, (2001), Retrieved October, 2012 from <http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/h2943e/h2943e.pdf>

ต่อมาในเดือนมีนาคม ค.ศ. 1995 รัฐบาลอินเดียได้จัดตั้งกรมระบบการแพทย์อินเดีย และธรรมชาติบำบัด (the Department of Indian Systems of Medicine & Homeopathy) ให้มีอำนาจหน้าที่ในการให้การศึกษาด้านการแพทย์ รักษามาตรฐานด้านการแพทย์ เผยแพร่ข้อมูลต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง เพิ่มพูนความสามารถในการเข้าถึงวัตถุดิบด้านการวิจัยและการพัฒนาทางการแพทย์ เป็นต้น

3.2.1.2 กฎหมายสิทธิบัตร เป็นกฎหมายที่สำคัญอย่างหนึ่งในการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ของอินเดีย โดยที่การขอรับสิทธิบัตรต้องเป็นการสร้างสรรค์สิ่งใหม่ทำให้ภูมิปัญญาด้านการแพทย์ของอินเดียมีการพัฒนาต่อยอดไปกว้างขวางมากขึ้น<sup>125</sup> และสามารถนำไปขอรับสิทธิบัตรในต่างประเทศได้ เช่น การขอรับสิทธิบัตรเรื่อง Herbal Composition and Method of Manufacturing Such Composition for the Management of Gynecological Disorders US Patent เลขที่ 6,455,077 ซึ่งได้รับเมื่อวันที่ 28 มีนาคม ค.ศ. 2001 โดยผู้ประดิษฐ์เป็นนักวิจัยชาวอินเดีย สิ่งประดิษฐ์นี้มีชื่อถ้อยสิทธิเป็นวิธีการผลิตระดับอุตสาหกรรมผลิตภัณฑ์ Multi-component Drug รักษาโรคสตรี รวมถึงป้องกันหรือรักษาอาการโลหิตจางเนื่องจากตกเลือดและประจำเดือนไม่ปกติ โดยแบ่งสูตรสมุนไพรออกเป็น 3 ส่วน คือส่วนประกอบที่การแพทย์อายุรเวทใช้ปรับสมดุลของร่างกาย ได้แก่ สมอไทย สมอทิเพก มะขามป้อม ชิง ดีปลี หัวหมู ยี่หระ บัวหลวง เสนียด โสภรัตจันท์ และ Berberis Aristata ซึ่งมีกรรมวิธีสกัดแห้งด้วยการใช้ตัวทำละลายที่มีขั้วสูง ทำให้สารสกัดแห้งเป็นผง อีกส่วนหนึ่งมีการแยกสกัดสมุนไพรอีก 3 ชนิด ได้แก่ เหมือดหอม มะม่วง และ Woodfordia Fruticosa ซึ่งสกัดโดยตัวทำละลายผสมจากแอลกอฮอล์และน้ำ สัดส่วน 1 : 9 จนถึง 9 : 1 และอีกส่วนสุดท้ายเป็นการสกัดโปรตีนจากใบผัก ได้แก่ ปวยเล้ง ผักขม Trifolium alexandrum และ Vigna sinensis โดยใช้ความร้อนอุณหภูมิ 40 – 100 องศาเซลเซียส แล้วนำทั้งสามส่วนมาผสมกัน มีการพิสูจน์ฤทธิ์ในหนูทดลอง อีกทั้งมีการทดลองในผู้ป่วยจำนวน 10 ราย<sup>126</sup> จากตัวอย่างนี้ แสดงให้เห็นถึงคุณสมบัติที่ครบถ้วนอันจะขอรับสิทธิบัตรได้ ทั้งเรื่องความใหม่ การมีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ใช้ได้ในทางอุตสาหกรรม

โดยที่กฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตรของประเทศอินเดีย ได้กำหนดรายละเอียดข้อยกเว้นกรณีที่ไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ เกี่ยวกับภูมิปัญญาการแพทย์แผนโบราณของอินเดียไว้ชัดเจน<sup>127</sup> ดังนี้

<sup>125</sup> Averie K. Hason and Jean E. Shimotake, *Recent Developments in Patent Rights for Pharmaceuticals in China and India*. Pace International Law Review Vol. 18 Issue 1, (spring, 2006), Retrieved October, 2012 from <http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1082&context=pilr>

<sup>126</sup> พร้อมจิต ตรีสัมพันธ์, สถานการณ์การจดสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์และกระบวนการค้นคว้าที่ต่อยอดจากองค์ความรู้แผนไทย. ค้นวันที่ 29 ตุลาคม 2555 จาก [www.ec.mahidol.ac.th/images/Ethic Forum/Powerpoint/สิทธิบัตรสมุนไพร\[อ.พร้อมจิตต์\].pdf](http://www.ec.mahidol.ac.th/images/Ethic Forum/Powerpoint/สิทธิบัตรสมุนไพร[อ.พร้อมจิตต์].pdf)

<sup>127</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, กฎหมายสิทธิบัตรการประดิษฐ์-ประเทศอินเดีย, ค้นวันที่ 7 ตุลาคม 2555 จาก [http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=707&Itemid=600](http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=707&Itemid=600)

1) ได้กำหนดข้อยกเว้นการขอรับสิทธิบัตรถึงวิธีการเกี่ยวกับกรรมวิธีใด ๆ ที่เกี่ยวกับยาคัดลอกกรรม การบำบัด การป้องกันโรค (Prophylactic) หรือการบำรุงรักษาอื่นใดเกี่ยวกับความเป็นอยู่ของมนุษย์ หรือกรรมวิธีใด ๆ สำหรับการบำรุงรักษาที่คล้ายกันแก่สัตว์หรือพืช เพื่อการป้องกันโรค หรือเพื่อที่จะเพิ่มคุณค่าในทางเศรษฐกิจของสิ่งดังกล่าว หรือผลิตภัณฑ์ของสิ่งนั้น แต่การประดิษฐ์ที่ขอถือสิทธิในสสารที่มีวัตถุประสงค์ในการใช้หรือสามารถนำมาใช้ในฐานะที่เป็นอาหาร หรือสิ่งที่ใช้ในการบำบัดโรค สารเคมี หรือยา สามารถขอรับสิทธิบัตรได้

2) ได้กำหนดข้อยกเว้นการขอรับสิทธิบัตรถึงการประดิษฐ์ที่เป็นความรู้ดั้งเดิม หรือกลุ่มความรู้ดั้งเดิม หรือการลอกเลียนสิ่งที่มีอยู่แล้วหรือความรู้ดั้งเดิม

3) ได้กำหนดเหตุแห่งการคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตรที่สำคัญกรณีเป็นความรู้ที่เล่าสืบต่อกันมาหรือภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือของชุมชนพื้นเมืองในประเทศอินเดีย หรือที่อื่นใด

ส่วนมาตรการการลงโทษกรณีการละเมิดสิทธิบัตรของอินเดียนั้นได้กำหนดให้ผู้ทรงสิทธิสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ละเมิดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของตนได้ตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของอินเดีย<sup>128</sup>

3.2.1.3 มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันปัญหาการละเมิดสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ของอินเดีย เนื่องจากการแพทย์แผนโบราณของอินเดียแต่เดิมได้ถ่ายทอดองค์ความรู้ที่เป็นสาระสำคัญสืบต่อมาจนถึงอนุชนรุ่นหลังโดยการบอกเล่า หรือแม้จะมีการบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรก็ใช้เป็นภาษาถิ่นต่าง ๆ เช่น ภาษาฮินดี ภาษาสันสกฤต ภาษาอูรดู ฯลฯ ทำให้ภูมิปัญญาการแพทย์แผนโบราณของอินเดียสามารถเข้าถึงได้ยาก ทั้งๆ ที่งานวรรณกรรมเหล่านี้ ได้รวบรวมกันไว้นานานในฐานะที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน นอกจากนี้ ยังอาจถูกละเมิดสิทธิโดยการที่ต่างชาตินำภูมิปัญญาดังกล่าวไปใช้ประโยชน์โดยไม่ให้สิ่งใดตอบแทน ที่กล่าวว่าเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิในภูมิปัญญา<sup>129</sup> ดังเช่นกรณีขมิ้นชันที่ได้ยกตัวอย่างไว้แล้วในบทที่ 1

จากปัญหาดังกล่าว ประเทศอินเดียจึงสร้างเกราะป้องกันการละเมิดสิทธิในภูมิปัญญาด้วยระบบ The Digitization of Traditional Medical Medicine Through India's Traditional Knowledge Digital Library (TKDL) ซึ่งเป็นการจัดหมวดหมู่องค์ความรู้ภูมิปัญญาการแพทย์แผนโบราณของอินเดียจากเดิมที่เข้าถึงได้ยาก ให้อยู่ในรูปแบบข้อมูลดิจิทัล โดยที่เอกสารดิจิทัลเหล่านั้นเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน และได้แปลเป็นภาษาต่าง ๆ ไปถึง 5 ภาษา ได้แก่ ภาษาอังกฤษ ภาษาเยอรมัน ภาษาฝรั่งเศส ภาษาญี่ปุ่น และภาษาสเปน<sup>130</sup>

<sup>128</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 18.

<sup>129</sup> Chidi Oguamanam, 'Patents and Traditional Medicine : Digital Capture, Creative Legal Interventions, and the Dialectics of Knowledge Transformation,' *Indiana Journal of Global Legal Studies* (summer, 2008) Retrieved October, 2012 from [http://chidioguanamam.webs.com/Indiana\\_Global\\_15.2.oguanamam.pdf](http://chidioguanamam.webs.com/Indiana_Global_15.2.oguanamam.pdf)

<sup>130</sup> *Ibid*, p. 499.

TKDL เปรียบเสมือนสะพานเชื่อมโยงภูมิปัญญาดั้งเดิมซึ่งเริ่มต้นถ่ายทอดผ่านภาษาโบราณดั่งที่กล่าวมาแล้ว เข้ากับผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรทั้งในระดับชาติและระดับโลก ในรูปแบบที่ทำให้ผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรเข้าใจได้ เพื่อให้ผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรมีหลักฐานการพิสูจน์ภูมิหลังของศิลปะวิทยาการที่เกี่ยวข้อง โดยอาศัยผู้เชี่ยวชาญด้านเทคโนโลยีสารสนเทศสร้างสรรค์ซอฟต์แวร์ต่างๆ และผู้เชี่ยวชาญด้านภูมิปัญญาดั้งเดิมจำแนกลักษณะสูตรต่างๆ เพื่อรวบรวมไว้เป็นฐานข้อมูล ภายหลังได้ปรับแก้ไขและตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องเป็นที่เรียบร้อยแล้ว<sup>131</sup>

ทั้งนี้ เมื่อ TKDL เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน บุคคลทั่วไปก็ย่อมสามารถเข้าถึงข้อมูลได้โดยอิสระ ซึ่งแสดงให้เห็นว่า TKDL ไม่ใช่การคุ้มครองสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ของอินเดีย หากแต่ช่วยสนับสนุนข้อมูลในการพัฒนาต่อยอดภูมิปัญญาการแพทย์ของอินเดียให้เกิดสิ่งใหม่ เพื่อขอรับสิทธิบัตร อันผู้ทรงสิทธิบัตรจะได้รับการคุ้มครองสิทธิแต่เพียงผู้เดียวต่อไป<sup>132</sup>

นอกจากนี้ อินเดียยังมีกฎหมายว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 2002 (The Biological Diversity Act 2002) ที่กำหนดให้มีการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน รวมถึงการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกันซึ่งทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาต่าง ๆ โดยที่ผู้สร้างสรรค์หรือผู้ครอบครองภูมิปัญญาและข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการใช้ทรัพยากรชีวภาพนวัตกรรม หรือทางปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ต่างๆ เป็นผู้ที่มีสิทธิเรียกร้องในผลประโยชน์นั้น (benefit claimers)<sup>133</sup>

สำหรับการเข้าถึงและใช้ประโยชน์ซึ่งภูมิปัญญาเกี่ยวกับทรัพยากรทางชีวภาพ จะต้องได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากหน่วยงานของรัฐ (National Biodiversity Authorization; NBA) ก่อน ไม่ว่าจะเป็นการใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ หรือประโยชน์อื่น ๆ ก็ตาม โดยผู้ได้รับอนุญาตให้เข้าถึงจะไม่สามารถถ่ายทอด หรือนำออกนอกประเทศ หรือขอนำมาต่อยอดเพื่อขอรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นได้ เว้นแต่หน่วยงานผู้มีอำนาจจะอนุญาต และหากมีการเข้าถึงหรือขอรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยไม่ได้รับอนุญาตดังกล่าว ผู้กระทำมีโทษจำคุก 5 ปี และมีโทษปรับอีกด้วย ถ้าผู้นั้นกระทำความผิดเป็นครั้งแรก มีโทษปรับสูงสุดเป็นจำนวน 250,000 ดอลลาร์สหรัฐ (USD) ครั้งต่อไปจะปรับสูงสุดได้ถึง 1,000,000 USD หรือจำคุกได้ถึง 15 ปี ส่วนองค์การธุรกิจที่กระทำความผิดครั้งแรก โทษปรับสูงสุดคือ 1,000,000 USD และครั้งต่อไปสูงสุด 5,000,000 USD<sup>134</sup> ซึ่งแสดงให้เห็นว่ามาตรการทางกฎหมายของประเทศอินเดียในเรื่องการคุ้มครองภูมิปัญญาเกี่ยวกับทรัพยากรทางชีวภาพมีบทกำหนดโทษสูงมาก และเป็นการลงโทษทั้งในด้านทรัพย์สินและด้านจำกัดเสรีภาพ

สรุปได้ว่า ประเทศอินเดียไม่มีกฎหมายเฉพาะที่ให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ของอินเดีย แต่มีรัฐบัญญัติที่ช่วยส่งเสริมมาตรฐานการแพทย์ดังกล่าว และมี

<sup>131</sup> *Ibid*, p.p. 499-500.

<sup>132</sup> *Ibid*. p. 503.

<sup>133</sup> ธนิต ชังถาวร และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, หน้า 117.

<sup>134</sup> *เฟิ่งอ้าง*, หน้า 117 - 118.

การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์นั้นโดยกฎหมายสิทธิบัตร ทั้งนี้ เนื่องจากประเทศอินเดียประสบปัญหาการละเมิดสิทธิในภูมิปัญญา ทำให้มีการกำหนดข้อยกเว้นกรณีไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรและข้อคัดค้านการขอรับสิทธิบัตรเกี่ยวกับภูมิปัญญาการแพทย์ที่ชัดเจนไว้ในกฎหมายสิทธิบัตร รวมถึงยังมีระบบฐานข้อมูล TKDL เกี่ยวกับภูมิปัญญาการแพทย์ของอินเดียที่ช่วยในการตรวจสอบค่าขอรับสิทธิบัตรได้อย่างมีประสิทธิภาพ และประเทศอินเดียยังมีมาตรการการลงโทษผู้เข้าถึงหรือขอรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งภูมิปัญญาเกี่ยวกับทรัพยากรทางชีวภาพอันหมายรวมถึงภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองของอินเดีย โดยไม่ได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐไว้อย่างรุนแรงมาก

### 3.2.2 มาตรการทางกฎหมายของสาธารณรัฐประชาชนจีน

จากที่ผู้เขียนได้ศึกษาประวัติการแพทย์แผนจีน พบว่า การแพทย์แผนจีนมีความเป็นมาเก่าแก่ยาวนาน และมีองค์ความรู้ที่เป็นประโยชน์ต่อสังคมโลกมากมาย ซึ่งปัจจุบันประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนได้พยายามให้ความสำคัญกับการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์ทั้งแผนโบราณของจีนและแผนปัจจุบันอย่างเท่าเทียมเสมอภาคกันโดยกำหนดหลักการไว้ในมาตรการทางกฎหมายต่างๆ ได้แก่

3.2.2.1 รัฐบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้าง และอำนาจหน้าที่องค์กรผู้ดำเนินการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนโบราณของจีน ซึ่งจากหลักการที่แสดงไว้โดยชัดเจนในกฎหมายรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐประชาชนจีนในมาตรา 21 ที่บัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญว่า รัฐพัฒนาการรักษาพยาบาลและการอนามัย ส่งเสริมยาและการรักษาแผนปัจจุบัน ตลอดจนสนับสนุนยาและการรักษาที่เป็นมรดกตกทอดมาแต่โบราณ<sup>135</sup> ได้มีการนำมากำหนดนโยบายแห่งชาติที่เกี่ยวกับแพทย์แผนโบราณหรือแพทย์ทางเลือกมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1949 และมีรัฐบัญญัติที่เกี่ยวข้องตั้งแต่ปี ค.ศ. 1963 เรื่อยมาจนกระทั่งได้จัดตั้งหน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับการแพทย์แผนโบราณขึ้นในปี ค.ศ. 1984<sup>136</sup>

ต่อมาในปี ค.ศ. 1985 ได้มีการกำหนดเงื่อนไขคุณสมบัติของผู้เป็นแพทย์แผนโบราณหรือผู้ช่วยแพทย์ดังกล่าวว่า จะต้องสำเร็จการศึกษาระดับที่สูงกว่าชั้นมัธยมศึกษา และศึกษาต่ออีก 1-2 ปี ในภาคปฏิบัติหรือการสอน หรือการทำวิจัยด้านแพทย์แผนโบราณ หรือในสถาบันที่รัฐรับรองอนุปริญญาหรือประกาศนียบัตร อีกทั้งยังต้องได้รับการทดสอบเป็นรายบุคคลเกี่ยวกับทั้งภาคทฤษฎี

<sup>135</sup> Article 21.

The state develops medical and health services, promotes modern medicine and traditional Chinese medicine, encourages and supports the setting up of various medical and health facilities by the rural economic collectives, state enterprises and undertakings and neighbourhood organizations, and promotes sanitation activities of a mass character, all to protect the people's health. The state develops physical culture and promotes mass sports activities to build up the people's physique.

<sup>136</sup> *Ibid*, Xiaorui Zhang, *Supra* note 23, p. 131 – 132..

และภาคปฏิบัติ เพื่อให้ได้รับการยอมรับจากทางราชการ โดยที่จะมีกลุ่มผู้ปฏิบัติอาวุโสด้านการแพทย์แผนจีนเป็นผู้สอบ เมื่อผ่านการทดสอบก็จะได้รับประกาศนียบัตรซึ่งระบุถึงโรคที่ผู้สอบผ่านสามารถรักษาได้ เหล่านี้ล้วนเป็นนโยบายของรัฐเพื่อกระตุ้นให้มีการคุ้มครองแพทย์แผนโบราณของจีนแบบบูรณาการควบคู่ไปกับการดูแลผู้ป่วย<sup>137</sup>

นอกจากนี้ รัฐยังกำหนดนโยบายคุ้มครองผู้ป่วยจากการนำภูมิปัญญาการแพทย์แผนจีนไปใช้ในทางที่ผิดหรือมีการหลอกลวงต่างๆ โดยมีรัฐบัญญัติว่าด้วยการรักษาแบบชี-กง ประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1989 ทั้งนี้ ในรัฐบัญญัติได้ให้คำนิยามของชี-กง ไว้หมายความถึงศิลปะในการดูแลรักษาสุขภาพให้สมบูรณ์ด้วยการใช้เส้นภายในร่างกาย การพัฒนาปรับปรุงจิตใจ และการรักษาสสมดุลระหว่างหยิน-หยาง ชี และเลือด เพื่อกำจัดโรค ซึ่งในรัฐบัญญัตียังกำหนดให้ผู้ฝึกสอนปฏิบัติชี-กง ในบริเวณสาธารณะ จะต้องได้รับการอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นอีกด้วย<sup>138</sup>

3.2.2.2 กฎหมายสิทธิบัตร หลังจากที่ได้มีการยกร่างและปรับแก้ไขถึง 20 ครั้ง และมีการอภิปรายกันมากกว่า 5 ปี ถึงประเด็นปัญหาต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแก้ปัญหาการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากต่างชาติผ่านองค์กรธุรกิจเข้ามาในประเทศจีน โดยที่ไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์จากประเทศจีน กฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตรของสาธารณรัฐประชาชนจีน ก็ได้มีการประกาศใช้ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1985<sup>139</sup>

กฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตรดังกล่าว ได้กำหนดการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนจีนในรูปแบบของทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง อันมีกำหนดระยะเวลาการคุ้มครองไว้ และให้ตัวผู้ทรงสิทธิบัตรเป็นได้ทั้งประชาชน และนิติบุคคล โดยที่ให้ความคุ้มครองในสามลักษณะ กล่าวคือ ลักษณะที่เป็นสิ่งประดิษฐ์ ซึ่งหมายความถึงเทคโนโลยีใหม่สำหรับการแก้ปัญหาหรือการปรับปรุงเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีการประดิษฐ์ รูปแบบของประโยชน์ใช้สอย หมายถึงเทคโนโลยีใหม่เพื่อการแก้ปัญหาเกี่ยวกับรูปทรง โครงสร้าง หรือ การรวมกัน ของผลิตภัณฑ์ ซึ่งเหมาะสมต่อการใช้งานจริง และการออกแบบผลิตภัณฑ์ หมายถึงรูปร่าง รูปแบบ สี หรือ การรวมกัน ของผลิตภัณฑ์ ซึ่งสร้างสรรค์เพื่อความรู้สึกรสขงาม และเหมาะสมต่อการประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม ทั้งนี้ ในการขอรับสิทธิบัตรสามารถขอควบคู่ทั้งสิทธิบัตรสิ่งประดิษฐ์ และรูปแบบของประโยชน์ใช้สอยก็ได้ หรือกรณีที่สำคัญสิทธิบัตรยังไม่ได้เผยแพร่การขอรับสิทธิบัตรนั้นๆ ผู้ขอรับสิทธิบัตรอาจเพิ่มเติมลักษณะการขอรับสิทธิบัตรได้ หรือกรณีที่มีการปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตร เนื่องจากสิ่งประดิษฐ์ขาดขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นก็อาจได้รับความคุ้มครองรูปแบบของประโยชน์ใช้สอยได้อีกด้วย<sup>140</sup>

หลักเกณฑ์ที่จะทำให้ได้รับความคุ้มครองคำขอสิทธิบัตรตามกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ประกอบไปด้วย 3 หลักเกณฑ์<sup>141</sup> กล่าวคือ

<sup>137</sup> *Ibid.* p. 150 – 151.

<sup>138</sup> *Ibid.*

<sup>139</sup> Richard J. Goossen, *Technology Transfer in the People's Republic of*

*China : Law and Practice* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1987), p. 18.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p.p. 19, 22.

<sup>141</sup> *Ibid.*

1) มีความใหม่ ซึ่งหมายถึงงานที่ไม่เหมือนสิ่งประดิษฐ์ หรือรูปแบบ ประโยชน์ใช้สอยซึ่งได้เปิดเผยต่อสาธารณชนแล้วไม่ว่าจะในประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน หรือ นอกประเทศก็ตาม ก่อนวันขอรับสิทธิบัตร

2) มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น หมายถึงในแง่การเปรียบเทียบกับ เทคโนโลยีที่เกิดขึ้นก่อนวันที่ขอรับสิทธิบัตรแล้ว สิ่งประดิษฐ์หรือรูปแบบประโยชน์ใช้สอยนั้น มี ลักษณะเด่นที่สำคัญบ่งบอกได้ถึงความก้าวหน้า

3) สามารถประยุกต์ใช้ได้ในทางปฏิบัติ หมายถึง สิ่งประดิษฐ์หรือรูปแบบ ประโยชน์ใช้สอยนั้น สามารถทำขึ้นหรือใช้ และสามารถผลิตได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ส่วนการออกแบบผลิตภัณฑ์ต้องไม่เหมือนหรือคล้ายกับการออกแบบผลิตภัณฑ์ ที่มี การเปิดเผยในสาธารณรัฐประชาชนจีนหรือที่อื่น หรือที่มีการใช้โดยเปิดเผยในสาธารณรัฐประชาชน จีนก่อนวันที่ขอรับสิทธิบัตร

สำหรับข้อยกเว้นการขอรับสิทธิบัตรตามกฎหมายของประเทศไทยประชาชน เงินเดิม ได้แก่

- 1) การค้นพบทางวิทยาศาสตร์
- 2) กฎเกณฑ์ และวิธีการเพื่อการกระทำด้านจิตใจ
- 3) วิธีการในการวินิจฉัยหรือการรักษาโรค
- 4) อาหาร เครื่องดื่ม หรือเครื่องปรุงรสต่างๆ
- 5) เกสซ์ภัณฑ์ และสารประกอบของกรรมวิธีทางเคมี
- 6) ชนิดพันธุ์ของสัตว์ และพืช
- 7) สารที่ได้มาโดยการเปลี่ยนสภาพนิวเคลียร์

ทั้งนี้ กระบวนการในการพัฒนาผลิตภัณฑ์ตาม 4. – 6. ยังคงได้รับการคุ้มครอง สิทธิบัตร<sup>142</sup>

ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยตัดข้อยกเว้น 4. และ 5. ออก และเพิ่ม กรณีความคิดสร้างสรรค์ในการประดิษฐ์ที่ขัดต่อกฎหมายของประเทศ หรือศีลธรรมของสังคม หรือขัด ต่อสาธารณประโยชน์ เป็นข้อยกเว้นแทน<sup>143</sup> ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการคุ้มครองสิทธิบัตรของจีนในด้านการ แพทย์แผนจีนจะต้องไม่ขัดต่อสิทธิการเข้าถึงการบริการด้านสุขภาพของประชาชนอันเป็น สาธารณประโยชน์ด้วย

ในเอกสารขอรับสิทธิบัตรสำหรับสิ่งประดิษฐ์ หรือ รูปแบบของประโยชน์ใช้สอย จะต้องประกอบไปด้วย

1) คำขอรับสิทธิบัตร ซึ่งระบุชื่อสิ่งประดิษฐ์ หรือรูปแบบของประโยชน์ใช้ สอย และชื่อและที่อยู่ของผู้ขอรับ

<sup>142</sup> *Ibid.* p. 20.

<sup>143</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, กฎหมายสิทธิบัตรการประดิษฐ์-สาธารณรัฐประชาชนจีน, ค้นวันที่ 7 ตุลาคม พ.ศ. 2555 จาก [http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=707&Itemid=600](http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=707&Itemid=600)



2) คำอธิบายและภูมิหลังศิลปวิทยาการ ซึ่งระบุถึงเทคโนโลยีในสาขาวิชาที่เกี่ยวข้องทั้งที่ใช้ในการแก้ไขปัญหาต่างๆ และที่เป็นรูปลักษณะภายนอกที่เป็นลักษณะเด่นเฉพาะของสิ่งประดิษฐ์ หรือรูปแบบของประโยชน์ใช้สอย

3) ข้อถือสิทธิ ซึ่งต้องอธิบายโดยชัดเจนครอบคลุมถึงสิ่งที่ประสงค์จะให้กฎหมายสิทธิบัตรคุ้มครองให้ ทั้งนี้ ข้อถือสิทธิดังกล่าวมีสองประเภท คือ ข้อถือสิทธิที่เป็นเอกเทศ ซึ่งแสดงสาระสำคัญของเทคโนโลยีที่จำเป็นในการประดิษฐ์ หรือรูปแบบของประโยชน์ใช้สอย และข้อถือสิทธิที่ขึ้นอยู่กับข้อถือสิทธิข้ออื่นๆ โดยอ้างอิงถึงข้อถือสิทธิที่มีมาก่อนหน้านั้น<sup>144</sup>

ในคู่มือการตรวจสอบสิทธิบัตรของสาธารณรัฐประชาชนจีน ได้กำหนดเงื่อนไขสำหรับการพิจารณาว่าเป็นขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นไว้ 4 ประการ<sup>145</sup> ได้แก่

1) ข้อถือสิทธิเป็นการทำให้เกิดเทคโนโลยีที่ให้ผลลัพธ์ที่ดีกว่าเดิม โดยเปรียบเทียบกับงานที่มีมาก่อนและมีศิลปวิทยาการใกล้เคียงกัน

2) ข้อถือสิทธิได้ระบุถึงเทคโนโลยีที่เลือกมาเป็นวิธีการแก้ปัญหา หรือประโยชน์ทางเทคโนโลยีซึ่งบรรลุผลโดยพื้นฐานจากระดับของเทคโนโลยีที่ใช้อยู่

3) ข้อถือสิทธิแสดงให้เห็นถึงทิศทางการพัฒนาเทคโนโลยี

4) ข้อถือสิทธิให้ผลกระทบด้านดีของเทคโนโลยีอย่างเด่นชัดในบางแง่มุม หรือยิ่งไปกว่านั้นยังเกี่ยวข้องกับผลกระทบด้านเสียในแง่มุมอื่นด้วย

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะเฉพาะของภูมิปัญญาการแพทย์แผนจีนประกอบกับกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตรและคู่มือการขอรับสิทธิบัตรดังกล่าว สามารถจำแนกสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ภูมิปัญญาการแพทย์แผนจีนได้เป็น 4 ประเภท<sup>146</sup> ได้แก่

1) ประเภทสารประกอบทางเคมีและส่วนที่ใช้ทำปฏิกิริยาซึ่งได้จากสมุนไพร และอธิบายไว้ว่าเป็นการทดลองจนค้นพบสูตรโมเลกุล โดยที่ลักษณะนี้ยังไม่ใช้ลักษณะที่แท้จริงของภูมิปัญญาการแพทย์แผนจีน เนื่องจากส่วนประกอบของสมุนไพรที่ทำปฏิกิริยากันมักเป็นวัตถุดิบที่บริสุทธิ์จากธรรมชาติ และไม่สามารถอธิบายเป็นสูตรโมเลกุลได้

2) ประเภทตำรับยาหรือสารที่มีสรรพคุณรักษาโรค โดยทั่วไปจะเป็นตำรับยาจากสมุนไพรหลายชนิดที่มีมาแต่โบราณมาผสมกัน มักมีส่วนผสมของสมุนไพร 4 - 24 ชนิด เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพตัวยาหลักและกำจัดพิษจากผลข้างเคียงของตัวยาหลักนั้นๆ รวมถึงยังได้พัฒนาภูมิปัญญามาจากทฤษฎีการแพทย์แผนจีน ซึ่งต่างจากการนำเอาเคมีภัณฑ์มาเป็นส่วนประกอบของเภสัชภัณฑ์

<sup>144</sup> Richard J. Goossen, *Supra note 139*, p. 22.

<sup>145</sup> Xuan Li and Weiwei Li, Inadequacy of Patent Regime on Traditional Medicine Knowledge- A Diagnosis of 13-Year Traditional Patent Experience in China, *The Journal of World Intellectual Property*. 10 (2, 2007) Retrieved October, 2012 from [http://www.abifina.org.br/arquivos/encontros/Xuan\\_Li.pdf](http://www.abifina.org.br/arquivos/encontros/Xuan_Li.pdf)

<sup>146</sup> *Ibid*, p.p. 129, 132 - 135.

3) ประเภทสมุนไพร ซึ่งโดยทั่วไปแล้วไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย สิทธิบัตร เว้นแต่จะเป็นพืชที่สาธารณชนรู้จัก แต่ไม่เคยนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์เป็นยารักษาโรค ก็อาจขอรับความคุ้มครองในฐานะเป็นวิธีการใช้พืชนั้นเป็นยาเป็นครั้งแรกได้

4) ประเภทการได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์ ว่าเป็นผลิตภัณฑ์เพื่อสุขภาพหรือ เครื่องสำอางที่ได้มาจากภูมิปัญญาการแพทย์แผนจีน เช่น หมอนเพื่อสุขภาพ เป็นต้น

อีกทั้งยังมีการคุ้มครองสิทธิบัตรประเภทรูปแบบการใช้ประโยชน์ เช่น กรณีการใช้ พืชสมุนไพรนั้นๆ เป็นยาครั้งแรกดังที่กล่าวมาแล้ว และการคุ้มครองสิทธิบัตรประเภทกรรมวิธีการ ผลิตที่ไม่ใช่วิธีการในการวินิจฉัยหรือรักษาโรค อาจเป็นได้ทั้งกรรมวิธีการสกัดสมุนไพร กรรมวิธีการ เตรียมผลิตภัณฑ์ หรือสูตรกรรมวิธีต่างๆ

ผู้ทรงสิทธิบัตรมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการผลิต ใช้ เสนอขาย ขาย หรือนำเข้าผลิตภัณฑ์ที่ ได้รับสิทธิบัตร หรือใช้กรรมวิธีที่ได้รับสิทธิบัตร และใช้ เสนอขาย ขาย หรือนำเข้าผลิตภัณฑ์ที่ได้จาก กรรมวิธีที่ได้รับสิทธิบัตรโดยตรง ทั้งนี้ เพื่อวัตถุประสงค์ในการผลิตหรือในทางธุรกิจ โดยผู้ที่ไม่ได้รับ ความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิถือว่าเป็นการละเมิด แต่มีข้อยกเว้นการละเมิดสิทธิบัตร ดังนี้<sup>147</sup>

1) กรณีใช้ เสนอขาย หรือขายผลิตภัณฑ์ภายหลังจากการจำหน่าย ผลิตภัณฑ์ที่ได้รับสิทธิบัตร ซึ่งได้ผลิตขึ้น หรือนำเข้าโดยผู้ทรงสิทธิบัตร หรือผู้ได้รับอนุญาตจากผู้ทรง สิทธิ หรือผลิตภัณฑ์ที่ได้มาโดยตรงจากการใช้กรรมวิธีที่ได้รับสิทธิบัตร

2) กรณีที่ได้ผลิตผลิตภัณฑ์เหมือนกัน ใช้กรรมวิธีเดียวกันหรือได้ เตรียมการที่จำเป็นเพื่อการผลิต หรือใช้ก่อนวันยื่นคำขอรับสิทธิบัตร บุคคลนั้นยังคงสามารถผลิต ผลิตภัณฑ์หรือใช้กรรมวิธีดังกล่าวต่อไปได้ แต่เฉพาะภายในขอบเขตที่ดินมีอยู่เท่านั้น

3) กรณีมีวิถีทางการขนส่งต่างประเทศ ซึ่งได้ผ่านเข้ามาเป็นการชั่วคราวใน อาณาเขตน่านน้ำ หรือน่านฟ้าของประเทศจีน และใช้สิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องตามความจำเป็นสำหรับ อุปกรณ์และการติดตั้งวิถีทางดังกล่าว รวมทั้งต้องเป็นไปตามข้อตกลงระหว่างประเทศที่ผู้เป็นเจ้าของ สัญชาติของวิถีทางในการขนส่งและประเทศจีนตกลงกันได้ หรือตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่ง ทั้งสองประเทศเป็นภาคีอยู่ด้วย หรือตามหลักต่างตอบแทน

4) กรณีใช้สิทธิบัตรเฉพาะแต่เพียงเพื่อวัตถุประสงค์การวิจัยและทดลอง ทางวิทยาศาสตร์

นอกจากนี้ มาตรการทางกฎหมายของสาธารณรัฐประชาชนจีนที่ช่วยคุ้มครองผู้ทรง สิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนจีนไว้อย่างเป็นรูปธรรม คือ มาตรการการลงโทษผู้กระทำละเมิด สิทธิบัตร ซึ่งได้กำหนดให้ผู้ทรงสิทธิบัตรสามารถขอให้ศาลสั่งให้บุคคลที่ปรากฏหลักฐานชัดเจนว่าเป็น ผู้กระทำหรือกำลังจะกระทำการฝ่าฝืนสิทธิของผู้ทรงสิทธิ ระงับหรือละเว้นการกระทำที่ฝ่าฝืนสิทธิ ของผู้ทรงสิทธิบัตรดังกล่าวได้ โดยทำเป็นคำร้องยื่นก่อนยื่นคำฟ้อง ขณะยื่นคำฟ้อง หรือภายหลัง ยื่นคำฟ้องก็ได้ ส่วนการเรียกค่าเสียหายในกรณีละเมิดสิทธินี้ ขึ้นอยู่กับความร้ายแรงแห่งกรณี ยอดขายจริงหรือยอดขายประมาณการลดลง การไม่ได้รับค่าสิทธิ ยอดขายของผู้กระทำละเมิด รวมถึงค่าใช้จ่ายในการบังคับคดี<sup>148</sup>

<sup>147</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 143*, หน้า 4 - 5.

<sup>148</sup> *เฟิ่งอ้าว*, หน้า 15.

กล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า การแพทย์แผนโบราณของจีนประสบความสำเร็จเนื่องจากมีเอกลักษณ์ทั้งในด้านการสาธารณสุขและสุขอนามัย และในขณะเดียวกันการแพทย์แผนโบราณของจีนก็ได้รับการอนุรักษ์และพัฒนาอย่างต่อเนื่อง โดยต้องอาศัยความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีช่วยในการบูรณาการทั้งการแพทย์แผนโบราณและแผนปัจจุบัน เพื่อที่จะได้มีพัฒนาการอย่างกว้างไกลและปรับปรุงข้อด้อยในแต่ละแผน และจากการบูรณาการดังกล่าวนี้ ก็ได้นำมาสู่การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนจีน ผ่านทางกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตรของสาธารณรัฐประชาชนจีน

อย่างไรก็ตาม จากการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิบัตร และหลักเกณฑ์เงื่อนไขการขอรับสิทธิบัตรของสาธารณรัฐประชาชนจีนแสดงให้เห็นว่าในระบบกฎหมายสิทธิบัตรยังไม่ครอบคลุมทุกด้านของการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนจีน เนื่องจากภูมิปัญญาการแพทย์แผนจีนมีมาแต่ดั้งเดิม อาจเป็นของชุมชน หรือปัจเจกชนก็ได้ ซึ่งลักษณะของภูมิปัญญามีความแตกต่างจากหลักการของสิทธิบัตรที่มุ่งคุ้มครองสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของปัจเจกชนเท่านั้น โดยที่เงื่อนไขการคุ้มครองสิทธิบัตรกับการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์มีความต่างกันทั้งในเรื่องความใหม่ ขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และการประยุกต์ใช้ในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีที่ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนจีนเป็นผู้ค้นพบภูมิปัญญานั้นๆ โดยมิได้พัฒนาต่อยอดหรือคิดค้นเพิ่มเติมย่อมขาดคุณสมบัติเรื่องความใหม่ หรือขาดขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นได้ รวมถึงระบบกฎหมายสิทธิบัตรมีการจำกัดอายุของการคุ้มครองไว้ เพื่อให้เมื่อพ้นระยะเวลาดังกล่าวองค์ความรู้จะได้มีการนำไปใช้ประโยชน์เพื่อสังคมส่วนรวมต่อไปได้ ซึ่งการคุ้มครองภูมิปัญญาของชุมชนโดยสภาพแล้วไม่สามารถจำกัดระยะเวลาอายุคุ้มครอง เพราะภูมิปัญญาเหล่านี้ ล้วนเป็นสิทธิชุมชนตราบเท่าที่ชุมชนนั้นๆ ยังมิได้สลายไป จึงควรใช้ระบบกฎหมายเฉพาะ (sui generis law) สำหรับคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์

ทั้งนี้ เมื่อเปรียบเทียบในอีกแง่มุมหนึ่งการให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนจีนโดยกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตรของสาธารณรัฐประชาชนจีน ก็เป็นการช่วยกระตุ้นให้เกิดการพัฒนาคิดค้นเทคโนโลยีใหม่ๆ ต่อยอดจากภูมิปัญญาที่มีมาแต่โบราณของจีนผ่านกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ต่างๆ อันนำไปสู่มาตรฐานสากลเป็นที่ยอมรับทั่วโลกได้ แต่จะต้องมีการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์ในรูปของกฎหมายเฉพาะมาก่อน เพราะมิฉะนั้น ด้วยเงื่อนไขทั้งหลายของการขอรับสิทธิบัตรของจีนอาจก่อให้เกิดการผูกขาดสิทธิบัตรยา หรือนวัตกรรมด้านการแพทย์ โดยองค์กรธุรกิจต่างๆ ที่นำภูมิปัญญาไปพัฒนาต่อยอด โดยที่ชุมชน หรือปัจเจกชนเจ้าของภูมิปัญญาดั้งเดิมไม่ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนที่เหมาะสม อีกทั้งในระหว่างที่มีการคุ้มครองสิทธิบัตรนั้น บุคคลอื่นๆ ย่อมไม่สามารถนำมาพัฒนาต่อยอดได้ เพราะหากกรณีไม่ต้องด้วยข้อยกเว้นสิทธิแต่ผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิก็จะเป็นการละเมิดสิทธิบัตร ซึ่งจะต้องวิเคราะห์ในส่วนอื่นต่อไปว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันของไทย ช่วยส่งเสริมการพัฒนาคิดค้นเทคโนโลยีใหม่ต่อยอดจากภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยดีแล้วหรือไม่

### 3.2.3 ตัวอย่างมาตรการทางกฎหมายของประเทศอื่นๆ

นอกจากมาตรการทางกฎหมายของทั้งสองประเทศที่กล่าวมาแล้ว ยังมีประเทศต่าง ๆ ที่ให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นซึ่งรวมถึงภูมิปัญญาการแพทย์ดั้งเดิมด้วย ดังตัวอย่างต่อไปนี้

3.2.3.1 ประเทศคอสตาริกา เป็นประเทศที่มีกฎหมายควบคุมการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์เรื่องความหลากหลายทางชีวภาพ โดยกำหนดให้ต้องมีการยื่นคำขอต่อหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบเพื่อขอเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพในถิ่นกำเนิด พร้อมทั้งแนบเอกสารแสดงความยินยอมซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าจากเจ้าของที่ดินหรือผู้แทนชุมชนท้องถิ่นที่จะเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพนั้น การเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพที่ไม่ได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบดูแล ทั้งทรัพยากรชีวภาพในถิ่นกำเนิดและนอกถิ่นกำเนิด จะต้องเสียค่าปรับในอัตราที่รัฐกำหนด อีกทั้งยังมีรัฐบัญญัติที่คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นซึ่งกำหนดวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองการปรากฏอยู่ซึ่งการปฏิบัติทางวัฒนธรรม (Cultural Practice) โดยกำหนดค่าตอบแทนองค์ความรู้ในแนวปฏิบัติและนวัตกรรมของชนดั้งเดิม (Indigenous People) รวมทั้งชุมชนท้องถิ่น (Local Communities) แต่ไม่มีการกำหนดเงื่อนไขการได้มาซึ่งสิทธิโดยการจดทะเบียน<sup>149</sup> ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การไม่กำหนดให้มีการจดทะเบียนการได้มาซึ่งสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นนี้ ทำให้ภาครัฐเข้าช่วยคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นๆ ได้ยากกว่าการมีระบบจดทะเบียนสิทธิ

3.2.3.2 ประเทศบราซิล มีกฎหมายควบคุมการเข้าถึงมรดกพันธุกรรมและการเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวกับมรดกพันธุกรรม ซึ่งมรดกพันธุกรรมหมายถึงข้อมูลทางพันธุกรรมไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของโมเลกุล หรือสารที่ได้จากกระบวนการเผาผลาญของสิ่งมีชีวิตและสารสกัดที่ได้จากสิ่งมีชีวิตทั้งในขณะที่มีชีวิตอยู่หรือตายแล้ว มีหลักเกณฑ์การแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเสมอภาคกันซึ่งภูมิปัญญาท้องถิ่น ตลอดจนผลประโยชน์ของการเข้าถึงหรือถ่ายทอดเทคโนโลยีเพื่อการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ในความหลากหลายทางชีวภาพ แต่กฎหมายดังกล่าวไม่ได้คุ้มครองไปถึงมรดกพันธุกรรมของมนุษย์ และการแลกเปลี่ยนเผยแพร่มรดกพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เป็นแนวปฏิบัติของชุมชน ด้วยกฎหมายมีเจตนารมณ์จะให้การแลกเปลี่ยนลักษณะนี้เป็นไปโดยเสรีเพื่อธำรงรักษาจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น<sup>150</sup>

3.2.3.3 ประเทศเปรู มีการบัญญัติกฎหมายให้ผู้ใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ได้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ภูมิปัญญานั้นๆ มีหน้าที่จะต้องยื่นเอกสารสัญญาการใช้ประโยชน์ภูมิปัญญาต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หากไม่ดำเนินการ เจ้าหน้าที่อาจปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตรหรือเพิกถอนสิทธิบัตรดังกล่าวได้<sup>151</sup> ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การนำระบบคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์มาผนวกกับระบบการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นลักษณะนี้ ไม่สอดคล้องกับบริบทของประเทศไทย เพราะประเทศไทยมีระบบการตรวจสอบข้อถือสิทธิในคำขอสิทธิบัตรค่อนข้างล่าช้า หากจะเพิ่มเติมเงื่อนไขการยื่นคำขอสิทธิบัตรย่อมต้องเพิ่มกระบวนการตรวจสอบคำขอมากขึ้นและใช้ระยะเวลาตรวจสอบนานขึ้นไปอีก

ในส่วนการเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศนี้ ผู้เขียนมุ่งศึกษาเพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนาพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมไทย ซึ่งกฎหมายของสังคมหนึ่ง ๆ ย่อมมีพัฒนาการมาจากการแก้ปัญหาของสังคมนั้น และด้วยเหตุผลดังกล่าวผู้เขียนจึงเลือกศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมาย

<sup>149</sup> ธนิต ชังถาวร และคณะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, หน้า 111-112.

<sup>150</sup> เฟิงอ้าว, หน้า 115-116.

<sup>151</sup> เฟิงอ้าว, หน้า 126.

ของประเทศอินเดีย และสาธารณรัฐประชาชนจีนเป็นสำคัญ ส่วนสามประเทศที่ยกตัวอย่างข้างต้นซึ่งเป็นประเทศกำลังพัฒนาเช่นเดียวกับประเทศไทย ก็ได้มีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายคุ้มครองการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในทำนองเดียวกัน และไม่แตกต่างจากมาตรการทางกฎหมายของประเทศอินเดียมากนัก

### 3.3 กฎหมายภายในประเทศไทย

กฎหมายภายในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ ได้แก่ กฎหมายเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ซึ่งในงานวิจัยนี้ได้นำมาศึกษาในประเด็นปัญหาต่างๆ และกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 อันเป็นที่มาของฐานอำนาจในการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งเกี่ยวข้องกับยาสมุนไพรอันได้มาจากภูมิปัญญาการแพทย์พระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งเกี่ยวข้องกับผู้ประกอบโรคศิลปะที่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในฐานะที่งานที่ได้รับ ความคุ้มครองของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ประเภทตำราการแพทย์ก็เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ภายใต้พระราชบัญญัตินี้ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ซึ่งให้ความคุ้มครองในงานที่อาจพัฒนา มาจากภูมิปัญญาการแพทย์และพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ในฐานะที่พันธุ์พืชสมุนไพรเป็นวัตถุดิบสำคัญอย่างหนึ่งในภูมิปัญญาการแพทย์

#### 3.3.1 กฎหมายเฉพาะ ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542

เป็นกฎหมายเฉพาะ (Sui Generis) ที่มุ่งคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ 3 ประการ<sup>152</sup> ดังนี้

1) เพื่อคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยให้เป็นฐานในการพัฒนาต่อยอดองค์ความรู้ โดยที่ป้องกันการแสวงหากำไรอย่างผูกขาดการเป็นเจ้าของภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะจากบุคคลหรือนิติบุคคลต่างชาติ

2) เพื่อให้ความคุ้มครองยาสมุนไพรไปพร้อมๆ กับระบบนิเวศน์อันเป็นแหล่งกำเนิด โดยการประกาศกำหนดประเภท ลักษณะ ชนิด และชื่อของสมุนไพรควบคุมเนื่องจากมีค่าในการทำวิจัย มีความสำคัญทางเศรษฐกิจ หรืออาจสูญพันธุ์

<sup>152</sup> จันทรทัต สิริธำจอร์, คำอธิบายพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2543), หน้า 14.

3) เพื่อสนับสนุนการมีส่วนร่วมของภาคเอกชน ชุมชน และรัฐ ในการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย โดยการจัดทำแผนการจัดการพื้นที่คุ้มครองสมุนไพร และจัดให้มีกองทุนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

โดยที่พระราชบัญญัตินี้ มีบทบัญญัติที่สำคัญเกี่ยวกับปัญหาการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ดังนี้

3.3.1.1 การกำหนดบทนิยามตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542

มาตรา 3<sup>153</sup> ได้กำหนดบทนิยามของถ้อยคำต่างๆ ในพระราชบัญญัติ กล่าวคือ ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย หมายความว่า พื้นความรู้ความสามารถเกี่ยวกับการแพทย์แผนไทย

การแพทย์แผนไทย หมายความว่า กระบวนการทางการแพทย์เกี่ยวกับการตรวจวินิจฉัย บำบัด รักษา หรือป้องกันโรค หรือการส่งเสริมและฟื้นฟูสุขภาพของมนุษย์หรือสัตว์ การผดุงครรภ์ การนวดไทย และให้หมายความรวมถึงการเตรียมการผลิตยาแผนไทย และการประดิษฐ์อุปกรณ์และเครื่องมือทางการแพทย์ ทั้งนี้ โดยอาศัยความรู้หรือตำราที่ได้ถ่ายทอดและพัฒนาสืบต่อกันมา

ตำราการแพทย์แผนไทย หมายความว่า หลักวิชาการต่างๆ เกี่ยวกับการแพทย์แผนไทย ทั้งที่ได้บันทึกไว้ในสมุดไทย ใบลาน ศิลาจารึก หรือวัสดุอื่นใดหรือที่มีได้มีการบันทึกกันไว้แต่เป็นการเรียนรู้หรือถ่ายทอดสืบต่อกันมาไม่ว่าด้วยวิธีใด

ยาแผนไทย หมายความว่า ยาที่ได้จากสมุนไพรโดยตรงหรือที่ได้จากการผสม ประุงหรือแปรสภาพสมุนไพร และให้หมายความรวมถึงยาแผนโบราณตามกฎหมายว่าด้วยยา

ตำรับยาแผนไทย หมายความว่า สูตรซึ่งระบุกรรมวิธีการผลิตและส่วนประกอบสิ่งปรุงที่มียาแผนไทยรวมอยู่ด้วยไม่ว่าสิ่งปรุงนั้นจะมีรูปลักษณะใด

สมุนไพร หมายความว่า พืช สัตว์ จุลชีพ ธาตุวัตถุ สารสกัดดั้งเดิมจากพืชหรือสัตว์ที่ใช้หรือแปรสภาพ หรือผสม หรือปรุงเป็นยาหรืออาหาร เพื่อการตรวจวินิจฉัย บำบัดรักษา หรือป้องกันโรค หรือส่งเสริมสุขภาพร่างกายของมนุษย์หรือสัตว์ และให้หมายความรวมถึงถิ่นกำเนิดหรือถิ่นที่อยู่ของสิ่งดังกล่าวด้วย

สมุนไพรควบคุม หมายความว่า สมุนไพรที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดให้เป็นสมุนไพรควบคุม

สารสกัดดั้งเดิม หมายความว่า สารธรรมชาติที่ยังมิได้ปรุงแต่งหรือต่อเติมโมเลกุลตามกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ จนเกิดเป็นสารใหม่

แปรรูปอย่างหยาบ หมายความว่า การปรุงแต่งหรือเปลี่ยนแปลงสภาพหรือคุณสมบัติของสมุนไพร ทำให้ได้สารสกัดแบบรวมด้วยกรรมวิธีแบบดั้งเดิมและแบบที่พัฒนาขึ้นโดยมิได้สกัดแยกสารบริสุทธิ์เป็นรายชนิดหรือรายตัว

<sup>153</sup> มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (29 พฤศจิกายน 2542), หน้า 51.

ผู้สืบทอดตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทย หมายความว่า บุคคลซึ่งได้รับการถ่ายทอดตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยจากผู้คิดค้น ผู้ปรับปรุง หรือผู้พัฒนาสิ่งดังกล่าว หรือได้เล่าเรียนสืบทอดกันมาโดยไม่ทราบผู้คิดค้น ผู้ปรับปรุง หรือผู้พัฒนาสิ่งดังกล่าว หรือผู้ซึ่งได้รับมอบสิ่งดังกล่าวจากบุคคลอื่น

ผู้ทรงสิทธิ หมายความว่า บุคคลซึ่งได้จดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยตามพระราชบัญญัตินี้

3.3.1.2 การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยโดยตรง มีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังนี้

1) ประเภทของภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย<sup>154</sup> มีดังนี้

(1) ตำรับยาแผนไทยและตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ ซึ่งรัฐมนตรีเป็นผู้ประกาศกำหนด เนื่องจากเป็นสิ่งที่มิใช่ประโยชน์หรือมีคุณค่าในทางการแพทย์หรือการสาธารณสุขเป็นพิเศษ และผู้ที่จะนำตำรับยาแผนไทยของชาติไปขอขึ้นทะเบียนตำรับยาและขออนุญาตผลิตยาตามกฎหมายว่าด้วยยา หรือนำไปทำการศึกษาวิจัยเพื่อปรับปรุงหรือพัฒนาเป็นตำรับยาใหม่ เพื่อประโยชน์ในทางการค้า หรือจะทำการศึกษาวิจัยตำราการแพทย์แผนไทยของชาติเพื่อปรับปรุงหรือพัฒนาภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยขึ้นใหม่ เพื่อนำไปใช้ประโยชน์ในทางการค้า จะต้องยื่นคำขอรับอนุญาตและชำระค่าธรรมเนียม รวมทั้งค่าตอบแทนสำหรับการใช้ประโยชน์ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(2) ตำรับยาแผนไทยและตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไป ซึ่งรัฐมนตรีเป็นผู้ประกาศกำหนด เนื่องจากเป็นสิ่งที่มีการใช้ประโยชน์กันอย่างแพร่หลายหรือที่พ้นอายุการคุ้มครองสิทธิของผู้ทรงสิทธิตำรับยาแผนไทยและตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคล

(3) ตำรับยาแผนไทยและตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคล ซึ่งบุคคลผู้มีสัญชาติไทย ที่ได้คิดค้น ปรับปรุงหรือพัฒนา หรือสืบทอด สามารถนำตำรับยาแผนไทย หรือตำราการแพทย์แผนไทยดังกล่าวมาขอจดทะเบียนสิทธิเพื่อรับการคุ้มครองและส่งเสริมตามพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ เงื่อนไขการขอจดทะเบียนนอกจากจะต้องไม่ใช่ตำรับยาหรือตำราตาม 1) และ 2) ที่กล่าวมาแล้ว ยังจะต้องไม่ใช่ตำรับยาแผนไทยส่วนบุคคลที่ปรุงโดยไม่ใช่หลักการแพทย์แผนไทย เช่น ใช้สารสกัดจากพืช สัตว์ หรือจุลชีพที่มีใช้สารสกัดดั้งเดิมตามธรรมชาติ หรือใช้วิธีการแปรรูปที่มีใช้การแปรรูปอย่างหยาบ

2) ขอบเขตการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย มีประเด็นที่สำคัญดังนี้

(1) การคุ้มครองสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิ ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า บุคคลคนเดียวหรือหลายคนร่วมกันซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับจดทะเบียนตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลแล้ว ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการผลิตยา ใช้ศึกษาวิจัย จำหน่าย ปรับปรุงหรือพัฒนาตำรับยาแผนไทยหรือภูมิปัญญาในตำราการแพทย์แผนไทยที่ได้จด

<sup>154</sup> มาตรา 16 - 21 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (29 พฤศจิกายน 2542), หน้า 54-55.

ทะเบียนไว้ตลอดอายุของตน และนับต่อไปอีก 50 ปี นับแต่วันที่ผู้นั้นถึงแก่ความตาย หรือนับแต่วันที่ผู้ทรงสิทธิร่วมคนสุดท้ายถึงแก่ความตาย<sup>155</sup>

(2) การให้จดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยอย่างเดียวกันหลายคนโดยไม่ร่วมกันได้ ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนก่อน ย่อมเป็นผู้มีสิทธิจดทะเบียน หากยื่นคำขอในวันและเวลาเดียวกัน จะต้องทำความตกลงกันภายในเวลาที่นายทะเบียนกำหนด หรือมิฉะนั้นให้คู่กรณีนำคดีขึ้นสู่ศาลพิจารณาภายใน 90 วัน นับแต่วันสิ้นระยะเวลาที่นายทะเบียนกำหนด<sup>156</sup>

(3) การกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดสิทธิของผู้จดทะเบียน<sup>157</sup> ได้แก่ กรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้

ก) เป็นการกระทำใดๆ เพื่อประโยชน์ในการศึกษา ค้นคว้า ทดลอง หรือวิจัยตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด

ข) เป็นการเตรียมยาเฉพาะรายตามใบสั่งแพทย์ โดยผู้ประกอบโรคศิลปะแผนไทย

ค) เป็นการผลิตยาเพื่อยังชีพแบบพื้นบ้าน หรือการผลิตยาโดยสถานพยาบาลของรัฐ ส่วนราชการ หรือหน่วยงานของรัฐ เพื่อประโยชน์ในการรักษาพยาบาลในสถานพยาบาลของรัฐ หรือการใช้ตำราการแพทย์แผนไทยเพื่อประโยชน์ในการรักษาพยาบาลในสถานพยาบาลของรัฐ ตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด

(4) การรับมรดกแห่งสิทธิได้ ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า สิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยไม่อาจโอนให้แก่ผู้อื่นได้ เว้นแต่เป็นการตกทอดทางมรดก และผู้ที่ได้รับตกทอดทางมรดกจะต้องยื่นคำขอจดทะเบียนต่อนายทะเบียนภายใน 2 ปี นับแต่วันที่ผู้ทรงสิทธิถึงแก่ความตาย มิฉะนั้น จะถือว่าสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยดังกล่าวเป็นอันสิ้นสุดลง โดยให้รัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษากำหนดให้ตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทย เป็นตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไป แล้วแต่กรณี<sup>158</sup>

(5) การคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองของต่างประเทศ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า บุคคลซึ่งมีสัญชาติของประเทศอื่นที่ได้ยินยอมให้บุคคลสัญชาติไทยได้รับการคุ้มครองสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยในประเทศนั้น ๆ อาจขอจดทะเบียนสิทธิในภูมิ

<sup>155</sup> มาตรา 33 และมาตรา 34 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (29 พฤศจิกายน 2542), หน้า 57-58.

<sup>156</sup> มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (29 พฤศจิกายน 2542), หน้า 56.

<sup>157</sup> มาตรา 34 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (29 พฤศจิกายน 2542), หน้า 57-58.

<sup>158</sup> มาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (29 พฤศจิกายน 2542), หน้า 58.



ปัญหาการแพทย์พื้นเมืองของประเทศนั้น ที่ได้จดทะเบียนไว้ในประเทศตน มาขอจดทะเบียนสิทธิ ตามพระราชบัญญัตินี้ได้ด้วย<sup>159</sup>

(6) การกำหนดบทลงโทษบางกรณี ซึ่งในพระราชบัญญัติคุ้มครอง และส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ไม่ได้กำหนดบทลงโทษกรณีการละเมิดสิทธิแต่ ผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยไว้แต่อย่างใด หากแต่ได้กำหนดบทลงโทษกรณี การนำตำรับยาแผนไทยของชาติไปขอขึ้นทะเบียนตำรับยาและขออนุญาตผลิตยาตามกฎหมายว่าด้วย ยา หรือนำไปทำการศึกษาวิจัยเพื่อปรับปรุงหรือพัฒนาเป็นตำรับยาใหม่ เพื่อประโยชน์ทางการค้า หรือประสงค์จะทำการศึกษาวิจัยตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ เพื่อปรับปรุงหรือพัฒนาภูมิปัญญา การแพทย์แผนไทยขึ้นใหม่ แล้วนำไปใช้ประโยชน์ในทางการค้า โดยไม่ได้ขออนุญาตใช้ประโยชน์ และชำระค่าธรรมเนียม รวมทั้งค่าตอบแทนสำหรับการใช้ประโยชน์ต่อผู้อนุญาต คือ หน่วยงานของ รัฐที่รับผิดชอบนั้น ๆ มีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>160</sup>

จากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาแล้ว แสดงให้เห็นว่า พระราชบัญญัติคุ้มครอง และส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ได้คุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย โดยตรงในส่วนของตำรับยาแผนไทย และตำราการแพทย์แผนไทย ส่วนบุคคล ในขณะที่เดียวกันก็ได้ ให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยในระดับชาติไว้ด้วย เสมือนว่ารัฐเป็นตัวแทนของ ประชาชนคนไทยทุกคนในการใช้อำนาจวางแผนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยระดับชาติไว้เพื่อให้ สังคมไทยได้ใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน ไม่ให้ผู้หนึ่งผู้ใดทำลายภูมิปัญญาเหล่านั้น

### 3.3.1.3 การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยโดยอ้อม ได้แก่

1) การจัดทำทะเบียนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเกี่ยวกับตำรับยาแผน ไทย และตำราการแพทย์แผนไทย เนื่องจากการจัดทำทะเบียนดังกล่าว ช่วยประกาศให้สาธารณชน ทราบข้อมูลว่าตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยนั้น ๆ มีผู้ใดเป็นผู้ทรงสิทธิ ทำให้ ผู้ประสงค์จะแสวงหาประโยชน์จากภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยก็ย่อมทราบว่า จะขออนุญาตจากผู้ใด หรือจะต้องให้ผลประโยชน์ตอบแทนจากการใช้ภูมิปัญญานั้นแก่ใคร การจัดทำทะเบียนดังกล่าวจึง ช่วยคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยโดยอ้อมได้

ในหมวด 2 การคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย มาตรา 15<sup>161</sup> ได้กำหนดให้กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือกมีหน้าที่รวบรวมข้อมูล ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเกี่ยวกับตำรับยาแผนไทยและตำราการแพทย์แผนไทยที่วราชอาณาจักร เพื่อจัดทำทะเบียน อีกทั้งยังมีการกำหนดรายละเอียดการจัดทำทะเบียนดังกล่าวไว้ในระเบียบ คณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เรื่อง การจัดทำทะเบียนภูมิปัญญา

<sup>159</sup> มาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (29 พฤศจิกายน 2542), หน้า 59.

<sup>160</sup> มาตรา 78 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (29 พฤศจิกายน 2542), หน้า 68.

<sup>161</sup> มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (29 พฤศจิกายน 2542), หน้า 54.

การแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2547 ซึ่งต่อมาได้ถูกยกเลิกไปโดยผลแห่งระเบียบคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เรื่อง การจัดทำทะเบียนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2556

เนื้อหาในระเบียบการจัดทำทะเบียนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันอันเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ได้แก่ การกำหนดให้มีการสำรวจและการจัดทำทะเบียนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย โดยจะต้องระบุชื่อตำรายาแผนไทย หรือตำราการแพทย์แผนไทย สรรพคุณโดยที่ไม่มุ่งหมายเปิดเผยสูตร วิธีการปรุงหรือรายละเอียดอื่นใดอันเป็นสิทธิส่วนบุคคลเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลในการจดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคล ทั้งนี้ กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือกจะเป็นผู้เก็บรวบรวมทะเบียนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยนั้นไว้ โดยให้จัดพิมพ์เพียงรายชื่อตำรายาแผนไทย และตำราการแพทย์แผนไทยเผยแพร่แก่ประชาชน เพื่อให้สามารถค้นคว้า อ้างอิง และตรวจสอบได้<sup>162</sup>

2) การคุ้มครองสมุนไพร เนื่องจากสมุนไพรเป็นวัตถุดิบอันเป็นส่วนหนึ่งของตำราการแพทย์แผนไทยและตำรายาไทย การคุ้มครองสมุนไพรไทยจึงเป็นการช่วยคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยได้โดยอ้อม ซึ่งในหมวด 3 มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข โดยคำแนะนำของคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเป็นผู้มีอำนาจออกประกาศกำหนดประเภท ลักษณะ ชนิด และชื่อของสมุนไพรที่มีค่าต่อการศึกษาหรือวิจัย หรือมีความสำคัญทางเศรษฐกิจ หรืออาจสูญพันธุ์ ให้เป็นสมุนไพรควบคุมได้

การควบคุมสมุนไพรดังกล่าวจะวางเป็นหลักเกณฑ์การอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ตามจำนวนหรือปริมาณที่กำหนด หรือภายใต้เงื่อนไขต่างๆ ซึ่งปัจจุบันได้มีประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง สมุนไพรควบคุม (กวางเครือ) พ.ศ. 2549 แล้ว และเมื่อพิจารณาถึงเนื้อหาภายในประกาศดังกล่าว จะเห็นได้ว่าเป็นลักษณะการใช้อำนาจรัฐเข้าควบคุมการบริหารจัดการทรัพยากรของเอกชน ชุมชน หรือของชาติ เช่น การกำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ผู้ประกอบวิชาชีพเภสัชกรรม ผู้ประกอบโรคศิลปะ สาขากการแพทย์แผนไทย ผู้ประกอบโรคศิลปะสาขากการแพทย์แผนไทยประยุกต์ และหมอพื้นบ้าน ที่ครอบครอง ใช้ประโยชน์ ดูแล เก็บรักษาหรือขนย้ายกวางเครือขาวที่มีแหล่งที่มาตามธรรมชาติเกินกว่า 12 กิโลกรัมน้ำหนักแห้ง หรือเกิน 120 กิโลกรัมน้ำหนักสด จะต้องแจ้งให้นายทะเบียนทราบ<sup>163</sup> หรือกำหนดให้ผู้ครอบครอง ใช้ประโยชน์ ดูแล เก็บรักษาหรือขนย้ายกวางเครือที่มีแหล่งที่มาจากการเพาะปลูก เกิน 1,200 กิโลกรัมน้ำหนักแห้ง หรือเกิน 12,000 กิโลกรัมน้ำหนักสดสำหรับกวางเครือขาว ต้องแจ้งให้นาย

<sup>162</sup> ข้อ 13 และข้อ 14 แห่งระเบียบคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ว่าด้วยการจัดทำทะเบียนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2556, ราชกิจจานุเบกษา 130 (1 กุมภาพันธ์ 2556), หน้า 6

<sup>163</sup> ข้อ 3 (1) ของประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง สมุนไพรควบคุม (กวางเครือ) พ.ศ. 2549, ราชกิจจานุเบกษา 123 (3 กุมภาพันธ์ 2549), หน้า 3-4.

ทะเบียนทราบ<sup>164</sup> และการส่งออกกวาวเครือไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อการค้าหรือไม่ก็ตาม การจำหน่าย หรือแปรรูป กวาวเครือเพื่อการค้า จะต้องแสดงหนังสือรับแจ้งนั้นๆ ด้วย<sup>165</sup> รวมถึงการศึกษาวิจัย การส่งออกเพื่อการค้า หรือการจำหน่ายหรือแปรรูปเพื่อการค้ากวาวเครือก็ต้องได้รับหนังสืออนุญาต ก่อน ทั้งในกรณีกวาวเครือตามธรรมชาติและกรณีเพาะปลูก<sup>166</sup>

นอกจากนี้ ยังมีบทกำหนดโทษที่บัญญัติไว้สำหรับกรณีการฝ่าฝืนมาตรการ การปกป้องคุ้มครองสมุนไพรควบคุม<sup>167</sup> ซึ่งได้กำหนดไว้เป็นโทษทางอาญา ทั้งโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และเป็นการกำหนดทำนองเดียวกับการคุ้มครอง การเข้าถึงและใช้ประโยชน์ซึ่งภูมิปัญญาเกี่ยวกับทรัพยากรทางชีวภาพของประเทศอินเดียดังที่กล่าว มาแล้ว อันเป็นกรณีต้องได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากหน่วยงานของรัฐ (National Biodiversity Authorization ; NBA) ก่อน มิฉะนั้นจะมีโทษปรับเป็นจำนวนที่สูงมากและยังมีโทษจำคุกที่ยาวนาน กว่ากฎหมายของไทยดังกล่าวด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากจะป้องกันปัญหาการละเมิดสิทธิในภูมิปัญญา ให้ได้ประสิทธิผลดี การกำหนดอัตราโทษที่รุนแรงอาจเป็นวิธีการที่ช่วยได้ทางหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันได้มีการออกประกาศกำหนดสมุนไพรควบคุมไว้ เพียงชนิดเดียวเท่านั้น โดยที่ในอนาคตรัฐอาจใช้อำนาจกำหนดชนิดของสมุนไพรควบคุมเพิ่มเติมอีกก็ เป็นได้ และการควบคุมในลักษณะนี้ ย่อมเป็นการจำกัดสิทธิประโยชน์ของเอกชน ชุมชน หรือ สังคมมากยิ่งขึ้น จึงต้องพิจารณาถี่ถ้วนแล้วว่าสมุนไพรชนิดนั้นๆ มีความจำเป็นต้องประกาศเป็น สมุนไพรควบคุมอย่างแท้จริง อันเนื่องมาจากทั้งคุณค่าในการศึกษาวิจัย คุณค่าทางเศรษฐกิจ และ เพื่อป้องกันการสูญพันธุ์ ซึ่งก่อนออกประกาศควรมีการพิจารณาเปรียบเทียบกับคุ้มครอง สมุนไพรโดยวิธีการอื่นๆ ด้วย

จากหลักกฎหมายดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้ มีปัญหาการ คุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ในประเด็นความจำเป็นของการมีกฎหมายเฉพาะ เพื่อคุ้มครองผู้ทรงสิทธิ การกำหนดบทนิยาม ขอบเขตการคุ้มครอง และความคาบเกี่ยวของการ คุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้กับกฎหมายฉบับอื่น ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดในบทต่อไป

### 3.3.2 กฎหมายอื่นๆ

กฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ ได้แก่ กฎหมาย ที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายเฉพาะ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และยังมีกฎหมายที่มี ลำดับศักดิ์เดียวกันกับกฎหมายเฉพาะ คือ ระเบียบพระราชบัญญัติอีก 6 ฉบับ ดังนี้

<sup>164</sup> ข้อ 5 ของประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง สมุนไพรควบคุม (กวาวเครือ) พ.ศ. 2549, ราชกิจจานุเบกษา 123 (3 กุมภาพันธ์ 2549), หน้า 4.

<sup>165</sup> ข้อ 12 ของประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง สมุนไพรควบคุม (กวาวเครือ) พ.ศ. 2549, ราชกิจจานุเบกษา 123 (3 กุมภาพันธ์ 2549), หน้า 6.

<sup>166</sup> มาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (29 พฤศจิกายน 2542), หน้า 60.

<sup>167</sup> อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 160.

### 3.3.2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

ในฐานะที่เป็นกฎหมายแม่บทให้อำนาจในการออกกฎหมายลำดับที่รองลงมา ได้บัญญัติรับรองการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทยเป็นสำคัญ โดยมีมาตราที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ ดังนี้

มาตรา 66<sup>168</sup> บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน

มาตรา 67<sup>169</sup> วรรคหนึ่ง กำหนดให้สิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมทั้งกับรัฐและชุมชนในการอนุรักษ์ บำรุงรักษา และการได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและความหลากหลายทางชีวภาพ และในการคุ้มครองส่งเสริม และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม เพื่อให้ดำรงชีพอยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของตน ย่อมได้รับความคุ้มครองตามความเหมาะสม

มาตรา 85<sup>170</sup> รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านที่ดิน ทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อม ซึ่งใน (4) กำหนดให้รัฐต้องจัดให้มีแผนการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำและทรัพยากรธรรมชาติอื่นอย่างเป็นระบบและเกิดประโยชน์ต่อส่วนรวม ทั้งต้องให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการสงวน บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุล

มาตรา 86<sup>171</sup> รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านวิทยาศาสตร์ ทรัพย์สินทางปัญญา และพลังงาน ดังต่อไปนี้

1) ส่งเสริมให้มีการพัฒนาด้านวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และนวัตกรรมด้านต่าง ๆ โดยจัดให้มีกฎหมายเฉพาะเพื่อการนี้ จัดงบประมาณสนับสนุนการศึกษา ค้นคว้า วิจัย และให้มีสถาบันการศึกษาและพัฒนา จัดให้มีการใช้ประโยชน์จากผลการศึกษาและพัฒนา การถ่ายทอดเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ และการพัฒนาบุคลากรที่เหมาะสม รวมทั้งเผยแพร่ความรู้ด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีสมัยใหม่ และสนับสนุนให้ประชาชนใช้หลักด้านวิทยาศาสตร์ในการดำรงชีวิต

<sup>168</sup> มาตรา 66 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550, ราชกิจจานุเบกษา 124 (24 สิงหาคม 2550), หน้า 18-19.

<sup>169</sup> มาตรา 67 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550, ราชกิจจานุเบกษา 124 (24 สิงหาคม 2550), หน้า 19.

<sup>170</sup> มาตรา 85 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550, ราชกิจจานุเบกษา 124 (24 สิงหาคม 2550), หน้า 27.

<sup>171</sup> มาตรา 86 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550, ราชกิจจานุเบกษา 124 (24 สิงหาคม 2550), หน้า 27-28.

2) ส่งเสริมการประดิษฐ์หรือการค้นคิดเพื่อให้เกิดความรู้ใหม่ รักษาและพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่นและภูมิปัญญาไทย รวมทั้งให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

3) ส่งเสริมและสนับสนุนการวิจัย พัฒนา และใช้ประโยชน์จากพลังงานทดแทนซึ่งได้มาจากธรรมชาติและเป็นคุณต่อสิ่งแวดล้อมอย่างต่อเนื่องและเป็นระบบ

จากมาตราต่าง ๆ ในกฎหมายรัฐธรรมนูญที่กล่าวมา เห็นได้ว่ารัฐต้องออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ในฐานะที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาของไทยประเภทหนึ่ง และเกี่ยวข้องโดยตรงกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่เป็นต้นกำเนิดของวัตถุดิบที่นำมาใช้ตามภูมิปัญญา เพื่อให้เกิดความสมดุลและมีการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน โดยที่ผู้ทรงสิทธิจะเป็นบุคคลหนึ่งที่มีสิทธิร่วมกับรัฐ หรือชุมชนในการบริหารจัดการทรัพยากรชีวภาพอันหลากหลายซึ่งก่อให้เกิดภูมิปัญญาการแพทย์ อย่างไรก็ตาม จากที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่าผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจเป็นชุมชนหนึ่งๆ ก็ได้ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 66 ได้กำหนดให้บุคคลผู้รวมกันเป็นชุมชนสามารถอนุรักษ์ฟื้นฟู รวมถึงมีส่วนร่วมในการจัดการภูมิปัญญาท้องถิ่นของตนได้ ผู้ศึกษาเห็นว่า การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิชุมชนดังกล่าวตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอ และจะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 4 ส่วนปัญหาขอบเขตการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

### 3.3.2.2 พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

เนื่องจากการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์เกี่ยวข้องกับยา จึงต้องพิจารณามาตราที่เกี่ยวข้องในพระราชบัญญัติยาซึ่งได้บัญญัติไว้เพื่อความปลอดภัยในการบริโภคยากล่าวคือ

มาตรา 4<sup>172</sup> ได้กำหนดบทนิยามต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

ยา หมายความว่า

- 1) วัตถุที่รับรองไว้ในตำรายาที่รัฐมนตรีประกาศ
- 2) วัตถุที่มุ่งหมายสำหรับใช้ในการวินิจฉัย บำบัด บรรเทา รักษา หรือป้องกันโรคหรือความเจ็บป่วยของมนุษย์ หรือสัตว์
- 3) วัตถุที่เป็นเภสัชเคมีภัณฑ์ หรือเภสัชเคมีภัณฑ์กึ่งสำเร็จรูป
- 4) วัตถุที่มุ่งหมายสำหรับให้เกิดผลแก่สุขภาพ โครงสร้าง หรือการกระทำหน้าที่ใดๆ ของร่างกายของมนุษย์หรือสัตว์

ทั้งนี้ วัตถุตาม 1) 2) หรือ 4) ไม่หมายความรวมถึง

- ก) วัตถุที่มุ่งหมายสำหรับใช้ในการเกษตรหรือการอุตสาหกรรมตามที่รัฐมนตรีประกาศ
- ข) วัตถุที่มุ่งหมายสำหรับใช้เป็นอาหารสำหรับมนุษย์ เครื่องกีฬา เครื่องมือ เครื่องใช้ในการส่งเสริมสุขภาพ เครื่องสำอาง หรือเครื่องมือและส่วนประกอบของเครื่องมือ ที่ใช้ในการประกอบโรคศิลปะหรือวิชาชีพเวชกรรม

<sup>172</sup> มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติยา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522, ราชกิจจานุเบกษา 96 (13 พฤษภาคม 2522), หน้า 30 -35.

ค) วัตถุที่มุ่งหมายสำหรับใช้ในห้องวิทยาศาสตร์ สำหรับการวิจัย การวิเคราะห์ หรือการชันสูตรโรค ซึ่งมีได้กระทำโดยตรงต่อร่างกายของมนุษย์

ยาแผนปัจจุบัน หมายความว่า ยาที่มุ่งหมายสำหรับใช้ในการประกอบวิชาชีพเวชกรรม การประกอบโรคศิลปะแผนปัจจุบัน หรือการบำบัดโรคสัตว์

ยาแผนโบราณ หมายความว่า ยาที่มุ่งหมายสำหรับใช้ในการประกอบโรคศิลปะแผนโบราณ หรือการบำบัดโรคสัตว์ ซึ่งอยู่ในตำรายาแผนโบราณที่รัฐมนตรีประกาศหรือยาที่รัฐมนตรีประกาศเป็นยาแผนโบราณ หรือยาที่ได้รับอนุญาตให้ขึ้นทะเบียนตำรับยาแผนโบราณ

ยาสมุนไพร หมายความว่า ยาที่ได้จากพฤกษชาติ สัตว์ หรือแร่ ซึ่งยังมีได้ผสม ประง หรือ แปรสภาพ

ตำรับยา หมายความว่า สูตรซึ่งระบุส่วนประกอบสิ่งปรุงที่มียารวมอยู่ด้วยไม่ว่าสิ่งปรุงนั้นจะมีรูปลักษณะใด และให้หมายความรวมถึงยาที่มีลักษณะเป็นวัตถุสำเร็จรูปทางเภสัชกรรม ซึ่งพร้อมที่จะนำไปใช้แก่มนุษย์หรือสัตว์ได้

มาตรา 46<sup>173</sup> ได้บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดผลิต ขาย หรือนำหรือส่งเข้ามาในราชอาณาจักร ซึ่งยาแผนโบราณ เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากผู้อนุญาต โดยที่การขออนุญาตและการอนุญาตต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

มาตรา 47<sup>174</sup> ได้บัญญัติข้อยกเว้นของมาตรา 46 ไว้ ดังนี้

1) กรณีเป็นการผลิตยาซึ่งผลิตโดยกระทรวง ทบวง กรม ในหน้าที่ป้องกันหรือบำบัดโรค สภากาชาดไทย และองค์การเภสัชกรรม

2) กรณีเป็นการปรุงยาแผนโบราณตามตำรายาที่รัฐมนตรีประกาศ โดยผู้ประกอบโรคศิลปะแผนโบราณ เพื่อขายเฉพาะสำหรับคนไข้ของตนหรือขายปลีก

3) การขายยาแผนโบราณโดยผู้อนุญาตขายยาแผนปัจจุบัน ผู้อนุญาตขายส่งยาแผนปัจจุบัน และผู้อนุญาตขายยาแผนปัจจุบันเฉพาะบรรจุเสร็จที่ไม่ใช่ยาอันตรายหรือยาควบคุมพิเศษ

4) กรณีเป็นการขายยาสมุนไพรที่ไม่ใช่ยาอันตรายหรือการขายยาสามัญประจำบ้าน

5) กรณีเป็นการนำยาติดตัวเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งไม่เกินจำนวนที่จำเป็นจะต้องใช้เฉพาะตัวได้สามสิบวัน และการนำหรือส่งยาเข้ามาในราชอาณาจักรโดยกระทรวง ทบวง กรม ในหน้าที่ป้องกันหรือบำบัดโรค สภากาชาดไทย และองค์การเภสัชกรรม

จากมาตราดังกล่าว จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติยา เป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองความปลอดภัยจากการให้มีผลิต ขาย หรือนำหรือส่งเข้ามาในราชอาณาจักร โดยการออกใบอนุญาต ซึ่งเมื่อนำบทนิยามตามพระราชบัญญัตินี้ มาพิจารณาประกอบกับบทนิยามตามพระราชบัญญัติคุ้มครอง

<sup>173</sup> มาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510, ราชกิจจานุเบกษา 84 (20 ตุลาคม 2510), หน้า 34.

<sup>174</sup> มาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510, ราชกิจจานุเบกษา 84 (20 ตุลาคม 2510), หน้า 34-35.

และส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ปรากฏว่ามีคำที่ต้องอาศัย นิยามจากพระราชบัญญัติยา คือคำว่า ยาแผนไทย ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ให้หมายความรวมถึงยาแผนโบราณ ตามกฎหมายว่าด้วยยา ซึ่งได้นิยามให้อยู่ในตำรายาแผนโบราณที่รัฐมนตรีประกาศหรือยาที่รัฐมนตรีประกาศเป็นยาแผนโบราณ หรือยาที่ได้รับอนุญาตให้ขึ้นทะเบียนตำรับยาแผนโบราณ ทำให้ช่วยส่งเสริมการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยได้ทางหนึ่ง คือ เป็นการเพิ่มการรับรองมาตรฐานยาแผนโบราณของผู้ทรงสิทธิด้วย

นอกจากนี้ ในนิยามคำว่า สมุนไพร ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 กลับมีความหมายที่กว้างกว่าตามพระราชบัญญัติยา เพราะพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้รวมถึงสารสกัดดั้งเดิมจากพืชหรือสัตว์ที่ใช้หรือแปรรูปหรือผสมหรือปรุงเป็นยาหรืออาหาร เพื่อการตรวจวินิจฉัย บำบัดรักษา หรือป้องกันโรค หรือส่งเสริมสุขภาพร่างกายของมนุษย์หรือสัตว์ และให้หมายความรวมถึงถิ่นกำเนิดหรือถิ่นที่อยู่ของสิ่งดังกล่าวด้วย ในขณะที่พระราชบัญญัติยา กำหนดให้ต้องมีได้ผสม ปรุง หรือ แปรรูป และมีได้กล่าวถึงถิ่นกำเนิดหรือถิ่นที่อยู่ของสมุนไพรไว้เลย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า นิยามตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 คำว่า สมุนไพร เหมาะสมสอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมายดีแล้ว เพราะหากจะคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยให้ได้ประสิทธิภาพและเกิดประสิทธิผล จะต้องคุ้มครองไปตลอดจนถึงแหล่งทรัพยากรที่ทำให้เกิดภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยด้วย และเพื่อช่วยให้เกิดการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนซึ่งทรัพยากรดังกล่าว จึงต้องนิยามครอบคลุมไปถึงสภาพการที่ได้นำไปใช้แล้ว คือการสกัดดั้งเดิมที่ใช้หรือแปรรูปหรือผสมหรือปรุงเป็นยาหรืออาหาร โดยที่การกำหนดนิยามสารสกัดดั้งเดิมหรือแปรรูปดังกล่าวนั้นจะต้องอยู่ในขอบเขตของการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ที่เหมาะสมด้วย

### 3.3.2.3 พระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

พระราชบัญญัติฉบับนี้ เป็นกฎหมายที่ใช้ควบคุมดูแลการประกอบโรคศิลปะ โดยการให้ผู้ประกอบโรคศิลปะต้องขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตจึงจะประกอบโรคศิลปะได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นกฎหมายที่ช่วยส่งเสริมคุณภาพของผู้ประกอบโรคศิลปะ จึงมีมาตราที่ต้องพิจารณาเป็นแนวทางการส่งเสริมคุณภาพผู้ประกอบโรคศิลปะนี้ เพื่อนำมาซึ่งประโยชน์ในการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ต่าง ๆ กล่าวคือ

มาตรา 4<sup>175</sup> ได้กำหนดบทนิยามต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

การประกอบโรคศิลปะ หมายความว่า การประกอบวิชาชีพที่กระทำหรือมุ่งหมายจะกระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การส่งเสริมและการฟื้นฟูสุขภาพ การผดุงครรภ์ แต่ไม่รวมถึงการประกอบวิชาชีพทางการแพทย์และสาธารณสุขอื่นตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นๆ

<sup>175</sup> มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (18 พฤษภาคม 2542), หน้า 29 -30, แก้ไขเพิ่มเติมโดย “มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2556” ราชกิจจานุเบกษา 130 (6 กุมภาพันธ์ 2556), หน้า 1-3.

กิจกรรมบำบัด หมายความว่า การกระทำเกี่ยวกับความสามารถของบุคคลที่มีความบกพร่องทางด้านร่างกาย จิตใจ การเรียนรู้และการพัฒนาเกี่ยวกับเด็ก โดยกระบวนการตรวจประเมิน ส่งเสริม ป้องกันบำบัดและฟื้นฟูสมรรถภาพ ให้สามารถทำกิจกรรมต่างๆ ได้ เพื่อให้บุคคลดำเนินชีวิตได้ตามศักยภาพ โดยการนำกิจกรรม วิธีการ และอุปกรณ์ที่เหมาะสมมาเป็นวิธีการในการบำบัด

การแพทย์แผนจีน หมายความว่า การกระทำต่อมนุษย์หรือมุ่งหมายจะกระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การส่งเสริม และการฟื้นฟูสุขภาพ โดยใช้ความรู้แบบแพทย์แผนจีน

ผู้ประกอบโรคศิลปะ หมายความว่า บุคคลซึ่งได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะจากคณะกรรมการวิชาชีพ

มาตรา 30<sup>176</sup> ได้กำหนดห้ามมิให้ผู้ใดทำการประกอบโรคศิลปะ หรือกระทำด้วยประการใดๆ ให้ผู้อื่นเข้าใจว่าตนเป็นผู้มีสิทธิทำการประกอบโรคศิลปะโดยมิได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาต เว้นแต่ในกรณีอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้

- 1) การประกอบโรคศิลปะที่กระทำต่อตนเอง
- 2) การช่วยเหลือหรือเยียวยาผู้ป่วยตามหน้าที่ ตามกฎหมาย หรือตามธรรมเนียมจรรยา โดยมิได้รับประโยชน์ตอบแทน
- 3) นักเรียน นักศึกษา หรือผู้รับการฝึกอบรมซึ่งทำการฝึกหัดหรืออบรมในความควบคุมของผู้ประกอบโรคศิลปะซึ่งเป็นผู้ให้การศึกษารวมทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการวิชาชีพกำหนด
- 4) บุคคลซึ่งกระทรวง ทบวง กรม กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล สุขาภิบาล องค์การบริหารส่วนท้องถิ่นอื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด หรือสภาอากาศไทยมอบหมายให้ประกอบโรคศิลปะในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะหรือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ทั้งนี้ ตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด
- 5) บุคคลซึ่งปฏิบัติงานในสถานพยาบาลตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล กระทำการประกอบโรคศิลปะในความควบคุมของผู้ประกอบโรคศิลปะ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด
- 6) การประกอบโรคศิลปะของที่ปรึกษาหรือผู้เชี่ยวชาญของทางราชการ หรือผู้สอนในสถาบันการศึกษาซึ่งมีใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะของต่างประเทศ ทั้งนี้ โดยได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการวิชาชีพ และต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่คณะกรรมการวิชาชีพกำหนด

มาตรา 32 ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการมีอำนาจอนุญาตให้บุคคลใดทำการประกอบวิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์ หรือมุ่งหมายจะกระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรคโดยอาศัยศาสตร์หรือความรู้จากต่างประเทศ ซึ่งวิชาชีพดังกล่าวยังมีได้มีกฎหมายรับรองในประเทศไทย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

<sup>176</sup> มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (18 พฤษภาคม 2542), หน้า 36 -37, แก้ไขเพิ่มเติมโดย “มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2556”, ราชกิจจานุเบกษา 130 (6 กุมภาพันธ์ 2556), หน้า 8.



มาตรา 33<sup>177</sup> ได้กำหนดให้ผู้ที่จะขอขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะในแต่ละสาขา โดยที่สาขาการแพทย์แผนจีน ได้กำหนดไว้ว่าจะต้องเป็นผู้มีความรู้ในวิชาชีพ คือ ได้รับปริญญาหรือประกาศนียบัตรเทียบเท่าปริญญาสาขาการแพทย์แผนจีนจากสถาบันการศึกษาที่คณะกรรมการวิชาชีพสาขาการแพทย์แผนจีนรับรอง และต้องสอบผ่านความรู้ตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการวิชาชีพสาขาการแพทย์แผนจีนกำหนด สำหรับผู้สำเร็จการศึกษาจากต่างประเทศซึ่งมิได้มีสัญชาติไทย ต้องได้รับอนุญาตให้ประกอบโรคศิลปะสาขาการแพทย์แผนจีนจากประเทศที่สำเร็จการศึกษาด้วย

มาตรา 35<sup>178</sup> ได้กำหนดห้ามมิให้ผู้ประกอบโรคศิลปะในสาขาใดสาขาหนึ่งประกอบโรคศิลปะในสาขาอื่นที่ตนมิได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาต

จากมาตราที่เกี่ยวข้องดังกล่าว จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542 ไม่ได้เป็นอุปสรรคต่อการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เนื่องจากเป็นเรื่องการอนุญาตให้ผู้ทรงสิทธิ หรือผู้เกี่ยวข้อง นำภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยไปใช้ในการประกอบวิชาชีพ ทั้งด้านการแพทย์แผนไทย และการแพทย์แผนจีน เพื่อให้เกิดความปลอดภัยกับผู้รับบริการ แต่ในส่วนการสร้างสรรค์ทางความคิดจนเกิดเป็นภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยก็ย่อมต้องได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ดังที่กล่าวมาแล้ว อย่างไรก็ตาม ในกรณีการแพทย์แผนจีน ทั้งที่ขณะนี้ได้มีมาตรการทางกฎหมายส่งเสริมคุณภาพการให้บริการไว้ในพระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะแล้ว แต่ยังไม่ปรากฏการให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนจีนที่แน่ชัด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นประเด็นที่จะต้องแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยให้ครอบคลุมมากยิ่งขึ้นเพื่อประโยชน์ของตัวผู้ทรงสิทธิเอง และสังคมในอันที่จะมีทางเลือกได้รับบริการทางการแพทย์ได้หลากหลาย

#### 3.3.2.4 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยนั้น มีวัตถุประสงค์เป็นการคุ้มครองสิทธิในตำราการแพทย์แผนไทย และตำรับยาแผนไทย โดยที่ในส่วนตำราการแพทย์แผนไทยนั้น มีความเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทหนึ่งคืองานวรรณกรรม และมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับงานดังกล่าวในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ดังนี้

มาตรา 4<sup>179</sup> ได้กำหนดบทนิยามที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยไว้ สรุปได้ว่า

<sup>177</sup> มาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (18 พฤษภาคม 2542), หน้า 38, แก้ไขเพิ่มเติมโดย มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2556, ราชกิจจานุเบกษา 130 (6 กุมภาพันธ์ 2556), หน้า 8-9.

<sup>178</sup> มาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (18 พฤษภาคม 2542), หน้า 39.

<sup>179</sup> มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, ราชกิจจานุเบกษา 111 (21 ธันวาคม 2537), หน้า 1-4.

ผู้สร้างสรรค์ หมายความว่า ผู้ทำหรือผู้ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์อย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้

ลิขสิทธิ์ หมายความว่า สิทธิแต่ผู้เดียวที่จะทำการใดๆ ตามพระราชบัญญัตินี้เกี่ยวกับงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้น

วรรณกรรม หมายความว่า งานนิพนธ์ที่จะทำการใดๆ เช่น หนังสือ จุลสาร สิ่งเขียน สิ่งพิมพ์ ปาฐกถา เทศนา คำปราศรัย สุนทรพจน์

ทำซ้ำ หมายความว่า รวมถึง คัดลอกไม่ว่าโดยวิธีใดๆ เลียนแบบ ทำสำเนา ทำแม่พิมพ์ บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกเสียงและภาพ จากต้นฉบับ จากสำเนา หรือจากการโฆษณา ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ...

ดัดแปลง หมายความว่า ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปใหม่ ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งเกี่ยวกับงานวรรณกรรม ให้หมายความรวมถึงการแปล เปลี่ยนรูป หรือรวบรวมวรรณกรรม โดยคัดเลือกและจัดลำดับใหม่

เผยแพร่ต่อสาธารณชน หมายความว่า ทำให้ปรากฏต่อสาธารณชน โดยการแสดง การบรรยาย การสวด การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียงและหรือภาพ การก่อสร้าง การจำหน่าย หรือโดยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น

จากนิยามข้างต้นเห็นได้ว่าคำว่าการแพทย์แผนไทยเป็นงานนิพนธ์จึงเป็นวรรณกรรมและคำว่าการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลย่อมเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ได้ให้ความคุ้มครองโดยไม่ต้องจดทะเบียนสิทธิ และมีอายุการคุ้มครองตามมาตรา 19<sup>180</sup> คือ ตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์หรือผู้สร้างสรรค์ร่วม ต่อไปอีก 50 ปี นับแต่ผู้สร้างสรรค์หรือผู้สร้างสรรค์ร่วมคนสุดท้ายถึงแก่ความตาย โดยที่ มาตรา 15 - 17<sup>181</sup> ได้กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่ผู้เดียวในกรณี

1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น

2) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิดังกล่าว และไม่ตัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธินั้น เว้นแต่จะได้ระบุข้อห้ามไว้ในหนังสืออนุญาต

3) โอนลิขสิทธิ์ทั้งหมด หรือแต่บางส่วนให้แก่บุคคลอื่น

มาตรา 27<sup>182</sup> ได้กำหนดให้การทำซ้ำหรือดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่มีข้อยกเว้นที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ตามมาตรา 32 และมาตรา 33<sup>183</sup> สำหรับการกระทำที่ไม่

<sup>180</sup> มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, ราชกิจจานุเบกษา 111 (21 ธันวาคม 2537), หน้า 8.

<sup>181</sup> มาตรา 15-17 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, ราชกิจจานุเบกษา 111 (21 ธันวาคม 2537), หน้า 7.

<sup>182</sup> มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, ราชกิจจานุเบกษา 111 (21 ธันวาคม 2537), หน้า 9.

<sup>183</sup> มาตรา 32-33 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, ราชกิจจานุเบกษา 111 (21 ธันวาคม 2537), หน้า 10-11.

ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามที่ปกติก่อนเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร และได้กระทำเพื่อ

- 1) วิจัยหรือศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- 2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท
- 3) ดิจิม วิจัยวิจารณ์ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานนั้น
- 4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- 5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว
- 6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอน เพื่อประโยชน์ในการสอนของตน อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- 7) ทำ ซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอนหรือทำบทสรุปโดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร
- 8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ
- 9) การกล่าว คัดลอก เลียน หรืออ้างอิงงานบางตอนตามสมควรจากงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น

ในส่วนของบทลงโทษกรณีละเมิดนั้น มาตรา 64<sup>184</sup> ได้กำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง ต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดงตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงความร้ายแรงแห่งความเสียหาย การสูญเสียประโยชน์ และค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดง อีกทั้งมาตรา 65<sup>185</sup> ยังได้กำหนดให้กรณีมีหลักฐานชัดเจนว่าผู้ใดกระทำการหรือกำลังจะกระทำการอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง เจ้าของสิทธิสามารถขอให้ศาลสั่งระงับหรือละเว้นซึ่งการกระทำดังกล่าวได้

จะเห็นได้ว่า แม้ตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ประเภทงานวรรณกรรม เพราะเป็นงานนิพนธ์อย่างหนึ่ง แต่การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์กับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ก็มีความแตกต่างกันทั้งในส่วนของข้อยกเว้นการละเมิดสิทธิ และบทกำหนดโทษผู้ที่กระทำการอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งจะได้กล่าวในบทต่อไปถึงประเด็นปัญหาขอบเขตการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย และความคาบเกี่ยวของการคุ้มครองดังกล่าว

<sup>184</sup> มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, ราชกิจจานุเบกษา 111 (21 ธันวาคม 2537), หน้า 19.

<sup>185</sup> มาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, ราชกิจจานุเบกษา 111 (21 ธันวาคม 2537), หน้า 19.

## 3.3.2.5 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522

เนื่องจากภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยมีความเกี่ยวข้องกับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ ในแง่ของการนำเอาภูมิปัญญาด้านตำรับยาแผนไทยไปต่อยอดพัฒนาและขอรับสิทธิบัตรยาต่อไปได้ จึงเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิบัตรตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ในมาตราต่างๆ ได้แก่

มาตรา 3<sup>186</sup> ได้กำหนดนิยามที่เกี่ยวข้องไว้ว่า

สิทธิบัตร หมายความว่า หนังสือสำคัญที่ออกให้เพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์ หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ ตามที่กำหนดในหมวด 2 และหมวด 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้

อนุสิทธิบัตร หมายความว่า หนังสือสำคัญที่ออกให้เพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์ตามที่กำหนดไว้ในหมวด 3 ทวิ แห่งพระราชบัญญัตินี้

การประดิษฐ์ หมายความว่า การคิดค้นหรือคิดทำขึ้น อันเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใดชิ้นใหม่หรือการกระทำใดๆ ที่ทำให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธี

มาตรา 5<sup>187</sup> ได้กำหนดองค์ประกอบของการประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้ ดังนี้

1) ต้องเป็นการประดิษฐ์ชิ้นใหม่ ซึ่งมาตรา 6<sup>188</sup> ได้ขยายความการประดิษฐ์ชิ้นใหม่ ได้แก่งานที่ไม่ได้ปรากฏอยู่แล้ว โดยงานที่ปรากฏอยู่แล้ว มีดังต่อไปนี้

ก) การประดิษฐ์ที่มีหรือใช้แพร่หลายอยู่แล้วในราชอาณาจักรก่อนวันขอรับสิทธิบัตร

ข) การประดิษฐ์ที่ได้มีการเปิดเผยสาระสำคัญหรือรายละเอียดในเอกสารหรือสิ่งพิมพ์ที่ได้เผยแพร่อยู่แล้ว ไม่ว่าจะในหรือนอกราชอาณาจักรก่อนวันขอรับสิทธิบัตร และไม่ว่าการเปิดเผยนั้นจะกระทำโดยเอกสาร สิ่งพิมพ์ การนำออกแสดง หรือการเปิดเผยต่อสาธารณชนด้วยประการใดๆ

ทั้งนี้ ยกเว้นการเปิดเผยสาระสำคัญหรือรายละเอียดที่เกิดขึ้นหรือเป็นผลมาจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย หรือการเปิดเผยสาระสำคัญหรือรายละเอียดโดยผู้ประดิษฐ์ รวมทั้งการแสดงผลงานของผู้ประดิษฐ์ในงานแสดงสินค้าระหว่างประเทศ หรือในงานแสดงต่อสาธารณชนของทางราชการ และการเปิดเผยสาระสำคัญหรือรายละเอียดดังกล่าว ได้กระทำภายใน 12 เดือน ก่อนที่จะมีการขอรับสิทธิบัตร

ค) การประดิษฐ์ที่ได้รับสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรแล้ว ไม่ว่าจะในหรือนอกราชอาณาจักรก่อนวันขอรับสิทธิบัตร

ง) การประดิษฐ์ที่มีผู้ขอรับสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรไว้แล้ว นอกราชอาณาจักรเป็นเวลาเกินสิบแปดเดือนก่อนวันขอรับสิทธิบัตร แต่ยังมีได้มีการออกสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรให้

<sup>186</sup> มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, ราชกิจจานุเบกษา 96 (16 มีนาคม 2522), หน้า 2-3.

<sup>187</sup> มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, ราชกิจจานุเบกษา 96 (16 มีนาคม 2522), หน้า 3-4.

<sup>188</sup> มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, ราชกิจจานุเบกษา 96 (16 มีนาคม 2522), หน้า 4-5.

จ) การประดิษฐ์ที่มีผู้ขอรับสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรไว้แล้วไม่ว่าในหรือนอกราชอาณาจักร และได้ประกาศโฆษณาแล้วก่อนวันขอรับสิทธิบัตรในราชอาณาจักร

2) ต้องมีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น ซึ่งมาตรา 7<sup>189</sup> ได้ขยายความไว้ว่าเป็นการประดิษฐ์ที่ไม่เป็นที่ประจักษ์โดยง่ายแก่บุคคลที่มีความชำนาญในระดับสามัญ สำหรับงานประเภทนั้น

3) ต้องเป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรม ซึ่งมาตรา 8<sup>190</sup> ได้ขยายความไว้ว่า สามารถนำไปใช้ประโยชน์ในการผลิตทางอุตสาหกรรม รวมทั้งหัตถกรรม เกษตรกรรม และพาณิชย์กรรม ได้

มาตรา 10<sup>191</sup> ได้กำหนดสิทธิของผู้ประดิษฐ์ ได้แก่ สิทธิในการขอรับ และได้รับการระบุชื่อว่าเป็นผู้ประดิษฐ์ในสิทธิบัตร รวมถึงสิทธิในการโอน แต่ผู้ประดิษฐ์ซึ่งเป็นลูกจ้างที่ทำงานตามสัญญาจ้างหรือสัญญาจ้างมีวัตถุประสงค์ให้ทำการประดิษฐ์ และสัญญาจ้างไม่ได้ระบุไว้เป็นอย่างอื่น สิทธิในการขอรับสิทธิบัตรย่อมตกได้แก่นายจ้าง ซึ่งในความมาตรานี้ อาจทำให้เกิดปัญหาโจรสลัดทางชีวภาพได้ ถ้ามิได้มีข้อตกลงการแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่ชุมชนท้องถิ่นผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญา

มาตรา 36<sup>192</sup> ได้กำหนดสิทธิแต่ผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิบัตร ได้แก่ สิทธิในการผลิต ใช ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย หรือนำเข้ามาในราชอาณาจักร และมีข้อยกเว้นที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

1) ยกเว้นการกระทำใดๆ เพื่อประโยชน์ในการศึกษา ค้นคว้า ทดลอง หรือวิจัย ทั้งนี้ ต้องไม่ขัดต่อการใช้ประโยชน์ตามปกติของผู้ทรงสิทธิบัตร และไม่ทำให้เสื่อมเสียต่อประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ทรงสิทธิบัตรเกินสมควร

2) ยกเว้นการผลิตผลิตภัณฑ์หรือใช้กรรมวิธีดังที่ผู้ทรงสิทธิบัตรได้จดทะเบียนไว้ ซึ่งผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ หรือผู้ใช้กรรมวิธีดังกล่าวได้ประกอบกิจการหรือมีเครื่องมือเครื่องใช้เพื่อประกอบกิจการดังกล่าวโดยสุจริตก่อนวันยื่นขอรับสิทธิบัตรในราชอาณาจักร โดยผู้ผลิตหรือผู้ใช้กรรมวิธีไม่รู้ หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ถึงการจดทะเบียนนั้น ทั้งนี้ โดยไม่อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 19 ทวิ<sup>193</sup> อันหมายถึงบุคคลที่ได้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ไว้นอกราชอาณาจักร แล้วมาขอรับสิทธิบัตรในราชอาณาจักรภายใน 12 เดือน นับแต่วันขอรับนอกราชอาณาจักรเป็นครั้งแรก

<sup>189</sup> มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, ราชกิจจานุเบกษา 96 (16 มีนาคม 2522), หน้า 5.

<sup>190</sup> มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, ราชกิจจานุเบกษา 96 (16 มีนาคม 2522), หน้า 5.

<sup>191</sup> มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, ราชกิจจานุเบกษา 96 (16 มีนาคม 2522), หน้า 6.

<sup>192</sup> มาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, ราชกิจจานุเบกษา 96 (16 มีนาคม 2522), หน้า 27.

<sup>193</sup> มาตรา 19 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 เพิ่มเติมโดยมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535, ราชกิจจานุเบกษา 109 (3 เมษายน 2535), หน้า 3.

3) ยกเว้นการเตรียมยาเฉพาะรายตามใบสั่งแพทย์ โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม หรือผู้ประกอบโรคศิลปะ รวมทั้งการกระทำต่อผลิตภัณฑ์ยาดังกล่าว

4) ยกเว้นการกระทำใดๆ เกี่ยวกับการขอขึ้นทะเบียนยา โดยผู้ขอมีวัตถุประสงค์ที่จะผลิต จำหน่าย หรือนำเข้าซึ่งผลิตภัณฑ์ยาตามสิทธิบัตร หลังจากสิทธิบัตรดังกล่าวสิ้นอายุลง

5) ยกเว้นการใช้ ขยาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย หรือนำเข้ามาในราชอาณาจักร ซึ่งผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตร หากผู้ทรงสิทธิบัตรได้อนุญาต หรือยินยอมให้ผลิต หรือขายผลิตภัณฑ์ดังกล่าวแล้ว

จากข้อยกเว้นดังกล่าว มีความแตกต่างไปจากข้อยกเว้นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ตามมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 โดยข้อยกเว้นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของสิทธิบัตรมีรายละเอียดชัดเจนมากกว่า

มาตรา 77 ทวิ<sup>194</sup> ได้กำหนดให้ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรอาจขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้กระทำหรือกำลังจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการฝ่าฝืนสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิ ระวังหรือละเว้นการกระทำดังกล่าวนั้นได้ ในกรณีที่มีหลักฐานชัดเจน และการที่ศาลมีคำสั่งดังกล่าวไม่ตัดสิทธิผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรที่จะเรียกค่าเสียหายอีกด้วย

มาตรา 77 ตรี<sup>195</sup> ได้กำหนดให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอำนาจสั่งให้ผู้ฝ่าฝืนสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตร ต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหายรวมทั้งการสูญเสียประโยชน์ และค่าใช้จ่ายที่จำเป็นต่อการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรด้วย

ในเรื่องอายุการคุ้มครองนั้น ตามมาตรา 35<sup>196</sup> ได้กำหนดให้สิทธิบัตรการประดิษฐ์มีอายุการคุ้มครองเป็นระยะเวลา 20 ปี นับแต่วันขอรับสิทธิบัตร

ตามมาตราแห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ที่ยกมา มีส่วนเกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาการแพทย์ เนื่องจากสามารถนำภูมิปัญญาการแพทย์มาพัฒนาต่อยอดเพื่อขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ได้ ซึ่งนำไปสู่ประเด็นปัญหาเรื่องขอบเขตการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ และปัญหาความคาบเกี่ยวของการคุ้มครองสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์กับสิทธิบัตร อันจะได้กล่าวถึงในบทต่อไป

<sup>194</sup> มาตรา 77 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 เพิ่มเติมโดยมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535, ราชกิจจานุเบกษา 109 (3 เมษายน 2535), หน้า 14.

<sup>195</sup> มาตรา 77 ตรี แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, ราชกิจจานุเบกษา 96 (16 มีนาคม 2522), หน้า 2-3.

<sup>196</sup> มาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, ราชกิจจานุเบกษา 96 (16 มีนาคม 2522), หน้า 17, แก้ไขเพิ่มเติมโดย มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535, ราชกิจจานุเบกษา 109 (3 เมษายน 2535), หน้า 3-4.

### 3.3.2.6 พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542

เป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชต่าง ๆ ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ เนื่องจากภูมิปัญญาการแพทย์ส่วนหนึ่งเป็นภูมิปัญญาด้านสมุนไพรไทยที่ได้มาจากพันธุ์พืช ดังนั้นการคุ้มครองพันธุ์พืชย่อมมีส่วนช่วยในการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิดังกล่าวด้วย โดยที่กฎหมายฉบับนี้มีสาระสำคัญที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

มาตรา 3<sup>197</sup> ได้กำหนดบทนิยามที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ไว้ สรุปได้ว่า

พืช หมายความว่า สิ่งมีชีวิตในอาณาจักรพืช และรวมถึงจุลชีพเฉพาะที่เป็นเห็ด และสาหร่าย

พันธุ์พืช หมายความว่า กลุ่มของพืชที่มีพันธุกรรมและลักษณะทางพฤกษศาสตร์เหมือนหรือคล้ายกัน มีคุณสมบัติเฉพาะตัวซึ่งที่สม่ำเสมอ และแตกต่างจากกลุ่มอื่นในพืชชนิดเดียวกัน รวมถึงต้นพืชที่จะขยายพันธุ์ให้ได้เป็นกลุ่มของพืชที่มีคุณสมบัติที่กล่าวมา

พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น หมายความว่า พันธุ์พืชที่มีอยู่เฉพาะชุมชนใดชุมชนหนึ่งในราชอาณาจักร และไม่เคยจดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชใหม่ อีกทั้งได้จดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 44<sup>198</sup> ได้กำหนดเงื่อนไขให้บุคคลสามารถขอขึ้นทะเบียนเป็นชุมชนตามพระราชบัญญัตินี้ โดยต้องเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ซึ่งมีถิ่นฐานและสืบทอดระบบวัฒนธรรมร่วมกันอย่างต่อเนื่อง ได้ร่วมกันอนุรักษ์ หรือพัฒนาพันธุ์พืชที่เข้าลักษณะพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น ตั้งตัวแทนยื่นคำขอต่อผู้ว่าราชการจังหวัดแห่งท้องที่ เป็นหนังสืออันประกอบไปด้วยรายการต่อไปนี้เป็นอย่างน้อย

- 1) พันธุ์พืชและวิธีดำเนินการร่วมกันอนุรักษ์ หรือพัฒนา
- 2) รายชื่อสมาชิกชุมชน
- 3) สภาพพื้นที่ และแผนที่แสดงเขตพื้นที่ชุมชนและเขตติดต่อ โดยสังเขป

มาตรา 45<sup>199</sup> ได้กำหนดให้ชุมชนมีสิทธิยื่นคำร้องต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ชุมชนนั้น ๆ ตั้งอยู่ในเขตปกครอง ดำเนินการยื่นคำขอจดทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นที่อยู่ในท้องที่ชุมชนดังกล่าว และชุมชนนั้นเป็นผู้อนุรักษ์ ส่วนกรณีที่ชุมชนจัดตั้งกลุ่มเกษตรกรหรือสหกรณ์ ตามกฎหมายว่าด้วยสหกรณ์ ให้กลุ่มเกษตรกรหรือสหกรณ์ มีสิทธิขอจดทะเบียนคุ้มครอง แทนชุมชน

<sup>197</sup> มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (25 พฤศจิกายน 2542), หน้า 15-16.

<sup>198</sup> มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (25 พฤศจิกายน 2542), หน้า 28-29.

<sup>199</sup> มาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (25 พฤศจิกายน 2542), หน้า 15-16.

มาตรา 47<sup>200</sup> ได้กำหนดให้ชุมชนที่ได้จดทะเบียนคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น ชุมชน เป็นผู้ที่มีสิทธิแต่ผู้เดียวในการปรับปรุงพันธุ์ ศึกษา ค้นคว้า ทดลอง วิจัย ผลิต ขาย ส่งออกนอกราชอาณาจักร หรือจำหน่าย ส่วนขยายพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น โดยให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น กลุ่มเกษตรกร หรือสหกรณ์ที่ได้รับหนังสือแสดงการจดทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น เป็นผู้ทรงสิทธิในพันธุ์พืชดังกล่าว

มาตรา 50<sup>201</sup> ประกอบกับมาตรา 31<sup>202</sup> ได้กำหนดอายุการคุ้มครองของการจดทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นไว้ ดังนี้

- 1) กรณีพืชซึ่งให้ผลผลิตตามลักษณะประจำพันธุ์ได้ในภายหลังปลูกโดยใช้ส่วนขยายพันธุ์ไม่เกินสองปี ให้คุ้มครองสิบสองปี
- 2) กรณีพืชซึ่งให้ผลผลิตตามลักษณะประจำพันธุ์ได้ในภายหลังปลูกโดยใช้ส่วนขยายพันธุ์เกินกว่าสองปี ให้คุ้มครองสิบเจ็ดปี
- 3) กรณีพืชที่ใช้ประโยชน์ในส่วนของเนื้อไม้ ซึ่งให้ผลผลิตตามลักษณะประจำพันธุ์ได้ในภายหลังปลูกโดยใช้ส่วนขยายพันธุ์เกินกว่าสองปี ให้คุ้มครองยี่สิบเจ็ดปี

ทั้งนี้ ให้ขยายระยะเวลาต่อได้คราวละสิบปี หากอธิบดีเห็นว่าพันธุ์พืชยังมีลักษณะตามที่กฎหมายกำหนด และชุมชนยังคงมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด

จากหลักกฎหมายในพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าผู้ทรงสิทธิชุมชนที่จดทะเบียนคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นซึ่งเป็นพืชสมุนไพร ย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ด้วย ซึ่งในบทที่ 4 จะได้กล่าวถึงประเด็นปัญหาการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิชุมชนดังกล่าวต่อไป

<sup>200</sup> มาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (25 พฤศจิกายน 2542), หน้า 29-30.

<sup>201</sup> มาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (25 พฤศจิกายน 2542), หน้า 30.

<sup>202</sup> มาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (25 พฤศจิกายน 2542), หน้า 25.



## บทที่ 4

### ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญา การแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542

จากประเด็นปัญหากรณีที่บริษัทต่างชาติได้นำทรัพยากรชีวภาพอันเกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยไปต่อยอดขอรับสิทธิบัตรโดยไม่ได้ให้ผลประโยชน์ตอบแทนที่เป็นธรรมกับประเทศไทย อันนำมาซึ่งการยกพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย และต่อมาก็ได้มีการออกประกาศให้กวาวเครือเป็นสมุนไพรควบคุมอยู่เพียงชนิดเดียว ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 และบทที่ 3 เมื่อได้ศึกษาประวัติและแนวคิดการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ ประกอบกับกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในประเทศดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 และบทที่ 3 ตามลำดับ นำมาซึ่งการวิเคราะห์และสังเคราะห์ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 อันจะเป็นแนวทางที่ช่วยแก้ไขปัญหาละเมิดสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ และนำมาซึ่งข้อเสนอแนะการแก้ไขบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวให้ชัดเจนครอบคลุมมากยิ่งขึ้น โดยจำแนกประเด็นปัญหาได้เป็นสี่ประเด็นที่สำคัญ คือ ปัญหาการจดทะเบียนเพื่อคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ปัญหาการกำหนดนิยามที่เกี่ยวข้องกับวัตถุแห่งสิทธิ ปัญหาการกำหนดขอบเขตการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิ และปัญหาความคาบเกี่ยวในการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้กับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ

#### 4.1 ปัญหาการจดทะเบียนเพื่อคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ว่า กฎหมายภายในของต่างประเทศ คือ ประเทศอินเดีย และประเทศจีนได้คุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ของตน ในฐานะที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่สามารถพัฒนาต่อยอดเพื่อขอรับสิทธิบัตรได้ ในขณะที่กฎหมายภายในประเทศไทยได้มีการตรากฎหมายเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ขึ้น เพื่อคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย โดยอาศัยการแสดงออกทางทะเบียน ซึ่งปัจจุบันได้มีการประกาศใช้มาเป็นระยะเวลาอันยาวนานแล้ว แต่ยังไม่มีการจดทะเบียนสิทธิเพื่อให้เกิดความคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายดังกล่าว จึงนำมาซึ่งประเด็นปัญหาการจดทะเบียนสิทธิดังกล่าว

ในพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ได้กำหนดประเภทภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ไว้ 3 ประเภท คือ ตำรับยาแผนไทยของชาติหรือตำรา

การแพทย์แผนไทยของชาติ ตำรับยาแผนไทยทั่วไปหรือตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไป และตำรับยาแผนไทยส่วนบุคคลหรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคล<sup>203</sup> ซึ่งหากมีประกาศจากรัฐมนตรีกระทรวงสาธารณสุขกำหนดให้ตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยใดเป็นของชาติ อันเนื่องมาจากเป็นสิ่งที่มีความสำคัญหรือมีคุณค่าในทางการแพทย์หรือการสาธารณสุขเป็นพิเศษ หรือมีประกาศจากรัฐมนตรีกระทรวงสาธารณสุขให้ตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยใดเป็นประเภททั่วไป อันเนื่องจากการใช้ประโยชน์กันอย่างแพร่หลายหรือพันอายุการคุ้มครองสิทธิประเภทส่วนบุคคลแล้ว ตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยนั้น จะขาดคุณสมบัติทำให้ไม่สามารถรับจดทะเบียนสิทธิประเภทส่วนบุคคลได้<sup>204</sup>

แต่เนื่องจากปัจจุบัน พบว่า การจะนำสืบพิสูจน์เพื่อรับจดทะเบียนสิทธิประเภทส่วนบุคคลนี้ ต้องใช้ระยะเวลาการตรวจสอบจากผู้เชี่ยวชาญเป็นรายกรณี โดยจะต้องแน่ใจได้ว่าสาระสำคัญของภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยที่มาขอจดทะเบียนนั้น ไม่ใช่ประเภทของชาติ หรือประเภททั่วไปด้วย และในส่วนของกรพิสูจน์มาตรฐานภูมิปัญญานั้น เป็นความยากอย่างยิ่งที่จะกำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานกลางสำหรับภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยซึ่งมีองค์ความรู้ที่หลากหลาย อีกทั้งบางกรณียังอาศัยความเชื่อและพิธีกรรมในการรักษาด้วย<sup>205</sup>

กล่าวได้ว่าโดยผลของกฎหมายดังกล่าว ทำให้การรับจดทะเบียนสิทธิในตำรับยาแผนไทยส่วนบุคคลหรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลมีความล่าช้า เพราะต้องใช้ระยะเวลาในการตรวจสอบว่าตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยนั้นๆ มิใช่ประเภทของชาติ หรือประเภททั่วไป อีกทั้งยังต้องใช้ระยะเวลาในการตรวจสอบผลของการใช้ตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยว่า จะต้องเป็นผลดีต่อการดูแลสุขภาพให้แก่ประชาชนได้จริง เพื่อให้ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลได้มาตรฐานเพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองส่งเสริม

อย่างไรก็ตาม เพื่อให้ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยประเภทส่วนบุคคล ได้แสดงตัวตนความเป็นเจ้าของสิทธิอันจะช่วยคุ้มครองป้องกันมิให้ต่างชาติเข้ามาแสวงหาประโยชน์จากภูมิปัญญาดังกล่าวโดยไม่แบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นธรรมให้แก่เจ้าของภูมิปัญญา ทั้งยังอนุรักษ์เอกลักษณ์คุณค่าความเป็นภูมิปัญญาของไทยไว้ได้ด้วย จึงจำเป็นต้องให้มีการจดทะเบียนสิทธิดังกล่าว โดยหากผู้ทรงสิทธิสามารถพิสูจน์ได้ถึงความเป็นผู้คิดค้น ปรับปรุงหรือพัฒนา หรือสืบทอดภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยดังกล่าวได้ในขณะที่ยังไม่ปรากฏหลักฐานว่าภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยนั้นเข้าหลักเกณฑ์การเป็นภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยประเภทของชาติ หรือประเภททั่วไปแล้ว ก็ควรได้รับอนุญาตให้จดทะเบียนสิทธิ

<sup>203</sup> มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (29 พฤศจิกายน 2542), หน้า 54.

<sup>204</sup> มาตรา 17, 18 และมาตรา 22 (1) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (29 พฤศจิกายน 2542), หน้า 54 - 55.

<sup>205</sup> สัมภาษณ์ ภาณุวัฒน์ โปดนิ่ม, นิตกรชำนาญการ กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก, ศูนย์การแสดงสินค้าและการประชุม อิมแพค เมืองทองธานี, 4 กันยายน 2556.

ดังนั้น เพื่อความสะดวกรวดเร็วในการพิจารณาอนุญาตให้จดทะเบียนควรเร่งให้มีการออกประกาศกำหนดประเภทตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยประเภทของชาติ หรือประเภททั่วไป ไว้ให้เห็นเป็นรูปธรรมชัดเจนเพิ่มมากขึ้น เพื่อให้ประชาชนผู้คิดค้น ปรับปรุงหรือพัฒนา หรือสืบทอดภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลได้ตรวจสอบข้อมูลของตนเองเบื้องต้นก่อนว่าภูมิปัญญานั้นไม่ใช่การลอกเลียนประเภทของชาติ หรือประเภททั่วไป และหากมีการกำหนดกฎหมายลำดับรองให้มีการจัดทำรายงานผลการใช้ตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลภายในระยะเวลาอันจำกัดที่เหมาะสม เพื่อใช้ประกอบการพิจารณาการยื่นขอจดทะเบียน ก็ย่อมเป็นผลดีช่วยให้สะดวกต่อการพิจารณาให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิต่อไปได้

นอกจากนี้ ปัจจุบันยังมีกฎหมายอื่นๆ ของไทยที่เกี่ยวข้องในการช่วยคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาด้านการแพทย์แผนไทยด้วยซึ่งได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ซึ่งได้แก่ กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์คุ้มครองในส่วนของตำราการแพทย์แผนไทย และสิทธิบัตรคุ้มครองการนำตำรับยาไทยไปพัฒนาต่อยอดเพื่อขอรับสิทธิบัตรยา

สำหรับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์นั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่เป็นการเพียงพอ เนื่องจากเมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งสิทธิ ประกอบไปด้วยทั้งตำราการแพทย์แผนไทย และตำรับยาแผนไทย แต่กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 3 จะช่วยคุ้มครองได้เพียงส่วนตำราการแพทย์แผนไทยเท่านั้น ซึ่งตำราการแพทย์แผนไทยที่ค้นพบได้ในปัจจุบันมีความเก่าแก่จนอาจหมดอายุการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไปแล้วตามมาตรา 19<sup>206</sup> คืออาจเกินกว่าระยะเวลาตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์หรือผู้สร้างสรรค์ร่วม ต่อไปอีก 50 ปี นับแต่ผู้สร้างสรรค์หรือผู้สร้างสรรค์ร่วมคนสุดท้ายถึงแก่ความตาย ดังตัวอย่างตำราคัมภีร์โรคเรื้อน นางวาด นายกระจ่าง นายทองอ่อน ภาวะวิภาค พ.ศ. 2468 ซึ่งกรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก ได้เคยประกาศสืบหาผู้คิดค้น หรือผู้สืบทอด<sup>207</sup> ในขณะที่พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 จะให้ความคุ้มครองตลอดอายุของผู้ทรงสิทธิซึ่งอาจเป็นผู้สืบทอด และคุ้มครองต่อไปจนถึงห้าสิบปีนับแต่วันที่ผู้ทรงสิทธิถึงแก่ความตาย ซึ่งเป็นระยะเวลาที่ยาวนานกว่า เมื่อนับ 50 ต่อจากอายุของผู้สืบทอด ไม่ใช่อายุของผู้สร้างสรรค์ อีกด้วย

ส่วนการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย กรณีวัตถุประสงค์ที่เป็นตำรับยาแผนไทยนั้น เมื่อพิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตร เห็นได้ว่า ตำรับยาที่จะได้รับการคุ้มครองต้องมีความใหม่ มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ได้ในทางอุตสาหกรรม แต่ตำรับยาแผนไทยส่วนใหญ่เป็นองค์ความรู้ดั้งเดิมที่ยังมิได้มีการพัฒนาต่อยอดจนเกิดความรู้ใหม่ จึงไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตร และหากไม่มีการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 คุณค่าอัตลักษณ์ความเป็นภูมิปัญญา

<sup>206</sup> มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, ราชกิจจานุเบกษา 111, (21 ธันวาคม 2537) หน้า 8.

<sup>207</sup> ประกาศกรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก เรื่อง การสืบหาผู้คิดค้น หรือผู้สืบทอดภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย (ฉบับที่ 10) ลงวันที่ 26 ตุลาคม พ.ศ. 2555, คำนวณวันที่ 24 สิงหาคม 2556 จาก <http://www.dtam.moph.go.th/images/document/law/knowledge-thaitraditional-medicine/10.pdf>

ของไทยอาจลดทอนลงไป เนื่องจากกรณีที่ต่างชาติได้นำภูมิปัญญาตำรับยาแผนไทยไปใช้แสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจ โดยไม่มีการกล่าวอ้างถึงแหล่งที่มาจากประเทศไทย และอาจไม่มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นธรรมให้แก่ประเทศไทยผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาดั้งเดิมนั้นๆ

เมื่อพิจารณาเหตุผลข้างต้นประกอบกับวัตถุประสงค์ของการยกร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 ว่าเป็นไปเพื่อคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยให้เป็นฐานในการพัฒนาต่อยอดองค์ความรู้ โดยที่ป้องกันการแสวงหากำไรอย่างผูกขาดการเป็นเจ้าของภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะจากบุคคลหรือนิติบุคคลต่างชาติ<sup>208</sup> ผู้เขียนจึงเห็นว่า แม้ในปัจจุบันจะยังไม่มีผู้ได้รับการจดทะเบียนคุ้มครองสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้ แต่กฎหมายดังกล่าวก็มีความจำเป็นยิ่ง และสมควรจะต้องเร่งดำเนินการประกาศกำหนดประเภทตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยประเภทของชาติหรือประเภททั่วไป เพิ่มมากขึ้น และยกร่างกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดรายละเอียดให้จัดทำรายงานผลการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญานั้น เพื่อให้การจดทะเบียนสิทธิมีผลใช้บังคับได้อย่างเป็นรูปธรรมโดยเร็ว

## 4.2 ปัญหาการกำหนดนิยามที่เกี่ยวข้องกับ วัตถุแห่งสิทธิ

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ว่าในพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 มาตรา 3<sup>209</sup> ได้ให้ความหมายคำว่า ผู้ทรงสิทธิ หมายถึง บุคคลซึ่งได้จดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย โดยที่นิยามดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับนิยามอื่นๆ ในพระราชบัญญัตินี้ด้วย และเพื่อให้เกิดประสิทธิผลในการคุ้มครองวัตถุแห่งสิทธิของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ซึ่งก็คือ ตำรับยา และตำราการแพทย์ต่างๆ นั้น จำเป็นต้องมีการกำหนดนิยามให้ชัดเจน สอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย โดยมีประเด็นให้พิจารณาได้เป็น 2 ประเด็นย่อย ดังนี้

### 4.2.1 ปัญหาการกำหนดนิยามไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติมาตรา 22 (2)

มาตรา 22 (2)<sup>210</sup> ได้กำหนดข้อกำหนดมิให้รับจดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย กรณีที่เป็นตำรับยาแผนไทยส่วนบุคคลซึ่งปรุงโดยไม่ใช้หลักการแพทย์แผนไทย เช่น ใช้สารสกัดจากพืช สัตว์ หรือจุลชีพที่มีใช้สารสกัดดั้งเดิมตามธรรมชาติ หรือใช้วิธีการแปรรูปที่มีใช้การแปรรูปอย่างหยาบ เห็นได้ว่า การรับจดทะเบียนสิทธิตามมาตรา 22 (2) นี้ กฎหมายมุ่งประสงค์จะให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย จึงต้องเป็นองค์ความรู้ที่อาศัยหลักการแพทย์แผนไทยเท่านั้น แต่ยังมีนิยามอื่นๆ ที่ไม่สอดคล้องกับหลักการแพทย์แผนไทย

<sup>208</sup> จันทรทัต สิทธิกำจร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 152, หน้า 14.

<sup>209</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 153.

<sup>210</sup> มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (29 พฤศจิกายน 2542), หน้า 55.

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 3<sup>211</sup> พบว่า ได้กำหนดนิยามคำต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับนิยาม ผู้ทรงสิทธิ และมาตรา 22 (2) ไว้ดังนี้

คำว่า การแพทย์แผนไทย หมายความว่า กระบวนการทางการแพทย์เกี่ยวกับการตรวจ วินิจฉัย บำบัด รักษา หรือป้องกันโรค หรือการส่งเสริมและฟื้นฟูสุขภาพของมนุษย์หรือสัตว์ การผดุงครรภ์ การนวดไทย และให้หมายความรวมถึงการเตรียมการผลิตยาแผนไทย และการประดิษฐ์อุปกรณ์และเครื่องมือทางการแพทย์ ทั้งนี้ โดยอาศัยความรู้หรือตำราที่ได้ถ่ายทอดและพัฒนาสืบต่อกันมา

คำว่า ยาแผนไทย หมายความว่า ยาที่ได้จากสมุนไพรโดยตรง หรือที่ได้จากการผสม ประุง หรือแปรรูปสมุนไพร และให้หมายความรวมถึงยาแผนโบราณตามกฎหมายว่าด้วยยา

คำว่า สารสกัดดั้งเดิม หมายความว่า สารธรรมชาติที่ยังมิได้ปรุงแต่งหรือต่อเติมโมเลกุลตาม กระบวนการทางวิทยาศาสตร์ จนเกิดเป็นสารใหม่

คำว่า แปรรูปอย่างหยาบ หมายความว่า การปรุงแต่งหรือเปลี่ยนแปลงสภาพหรือคุณสมบัติ ของสมุนไพร ทำให้ได้สารสกัดแบบรวมด้วยกรรมวิธีแบบดั้งเดิมและแบบที่พัฒนาขึ้น โดยมีได้สกัด แยกสารบริสุทธิ์เป็นรายชนิดหรือรายตัว

ในมาตรา 22 (2) ได้กำหนดว่าแม้จะเป็นตำรับยาแผนไทย ก็ต้องห้ามมิให้รับจดทะเบียนใน กรณีที่ยานั้นไม่ได้ใช้หลักการแพทย์แผนไทย โดยยกตัวอย่างอธิบายขยายความกรณีที่ไม่ได้ใช้ หลักการแพทย์แผนไทยไว้ 2 กรณี คือ เป็นกรณีการสกัดพืช สัตว์ หรือจุลชีพ ที่มีใช้สารสกัดดั้งเดิม ตามธรรมชาติ หรือเป็นกรณีที่ใช้วิธีการแปรรูปอันมิใช่การแปรรูปอย่างหยาบ ซึ่งตามนิยาม การแปรรูปอย่างหยาบ ได้แก่ การที่มีได้สกัดแยกสารบริสุทธิ์เป็นรายชนิดหรือรายตัว และสารบริสุทธิ์ ได้แก่ สารที่มีส่วนประกอบเพียงอย่างเดียว โดยมีคุณสมบัติทางกายภาพ และทางเคมีเฉพาะ เช่น สี จุดเดือด จุดหลอมเหลว การทำปฏิกิริยาเคมี ฯลฯ ซึ่งจำแนกเป็นธาตุ (โลหะ อโลหะ หรือกึ่งโลหะ) และสารประกอบ<sup>212</sup>

ตามที่ได้กล่าวถึงยาสมุนไพรไทยในบทที่ 2 ว่ายาสมุนไพรไทยอาจเป็นสมุนไพรเดี่ยวก็ได้<sup>213</sup> เช่น ดอกกระดังงา มีสรรพคุณที่สามารถใช้เป็นสมุนไพรเดี่ยวเพื่อบำรุงหัวใจ บำรุงโลหิต บำรุงธาตุ แก้ว วังเวียน ใช้ปรุงเป็นยาหอม เป็นต้น โดยต้องนำดอกมากลั่นให้น้ำมันหอมระเหย<sup>214</sup> ซึ่งการแปรรูป สมุนไพรไทยลักษณะดังกล่าว ทำให้เกิดเป็นสารบริสุทธิ์รายชนิดหรือรายตัวขึ้น เมื่อตีความตาม ตัวอักษรแห่งบทบัญญัติมาตรา 22 (2) จึงมิใช่การแปรรูปอย่างหยาบ แต่สารที่ได้จากการกลั่นนี้ ย่อม

<sup>211</sup> อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 203.

<sup>212</sup> อินทิตรา หาญพงษ์พันธ์ และ บัญชา พูลโกคา, เอกสารประกอบการสอนโครงการเปิด ประตูลู่มหาวิทยาลัย เรื่อง สารและสมบัติของสาร, คำนวันที่ 17 มกราคม 2556 จาก [http://www.chemistry.sc.chula.ac.th/Chem\\_Tutor/substances.pdf](http://www.chemistry.sc.chula.ac.th/Chem_Tutor/substances.pdf)

<sup>213</sup> ธนิต ชังถาวร และคณะ, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 13, หน้า 13.

<sup>214</sup> สุนทรื สิงหนุต, สรรพคุณสมุนไพร 200 ชนิด, คำนวันที่ 17 มกราคม 2556 จาก [http://www.rspg.or.th/plants\\_data/herbs/herbs\\_03.htm](http://www.rspg.or.th/plants_data/herbs/herbs_03.htm)

เป็นสารสกัดจากธรรมชาติที่ไม่ได้ปรุงแต่งหรือต่อเติมโมเลกุลตามกระบวนการทางวิทยาศาสตร์จนเกิดเป็นสารใหม่ จึงเป็นสารสกัดดั้งเดิม ทำให้ไม่ต้องด้วยข้อยกเว้นห้ามจดทะเบียนตามมาตรา 22 (2)

ยาสมุนไพรไทย อีกประเภทหนึ่งยังมีลักษณะที่เป็นยาตำรับ คือประกอบไปด้วยสมุนไพรหลายชนิด เช่น ในพระคัมภีร์โกษย ระบุถึงตำรับยาแก้พิษโดยใช้หญ้ายองไฟ คือ หยากไย่แมงมุม ที่มีเขม่า ชี้เท้า และฝุ่นเกาะอยู่ มีสรรพคุณในการฟอกโลหิต กระจายลมเลือด ขับโลหิตระดู และในพระคัมภีร์ดังกล่าว ให้ปรุงยาโดยนำพริกเทศ 108 เม็ด พริกอ่อน 108 เม็ด ผักกะซับทั้งต้น ราก ใบ ลูกอย่างละ 1 บาท หญ้าไซ้อยู่ หญ้าไซ่แห้ง อย่างละ 1 บาท หญ้ายองไฟ 1 บาท โพลแห้ง 1 บาท มาตำเป็นผง แล้วนำไปละลายในน้ำสุรา น้ำส้มซ่า น้ำขิง น้ำมะนาว หรือน้ำกระเทียม ก็ได้<sup>215</sup> ลักษณะนี้เป็นการปรุงแต่งหรือเปลี่ยนแปลงสภาพหรือคุณสมบัติของสมุนไพร ด้วยกรรมวิธีแบบดั้งเดิม โดยมิได้สกัดแยกสารบริสุทธิ์เป็นรายชนิดหรือรายตัว คือ เป็นการแปรรูปอย่างหยาบตามบทนิยามดังกล่าวมา กรณีตามตัวอย่างจึงไม่เข้าข้อยกเว้นห้ามจดทะเบียนตามมาตรา 22 (2)

จากตัวอย่างทั้งสอง เมื่อพิจารณาประกอบกับถ้อยความตามบทบัญญัติทั้งนิยามคำว่า สารสกัดดั้งเดิม และ แปรรูปอย่างหยาบ จะเห็นได้ว่ากฎหมายประสงค์จะคุ้มครองโดยแยกการแพทย์แผนไทย ออกจากการแพทย์แผนปัจจุบันที่อาศัยองค์ความรู้ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์สมัยใหม่ ที่สร้างสรรค์กรรมวิธีแยกสกัดยาแต่ละชนิดเป็นสารบริสุทธิ์ หรือปรุงแต่งต่อเติมโมเลกุลตามกระบวนการทางวิทยาศาสตร์จนเกิดเป็นสารใหม่ เพื่อใช้ในการผลิตยารักษาโรค ในขณะที่สถานการณ์ปัจจุบันก็ได้มีการพัฒนาแปรรูปยาสมุนไพรเดี่ยว หรือยาตำรับสมุนไพรเพื่อความสะดวกในการบริโภค เช่น นำสมุนไพรมาบรรจุเป็นยาแคปซูล หรือบดเป็นผงแล้วผ่านกรรมวิธีทางอุตสาหกรรม เพื่อบรรจุจำหน่าย กรรมวิธีเหล่านี้ย่อมไม่เป็นทั้งสารสกัดดั้งเดิมและการแปรรูปอย่างหยาบตามบทนิยาม และเมื่อมาตรา 22 (2) กำหนดให้กรณีไม่ได้ใช้หลักการแพทย์แผนไทย ก็ไม่อาจขอรับการจดทะเบียนได้ ซึ่งในนิยามการแพทย์แผนไทยยังให้หมายความรวมถึงการเตรียมผลิตยาไทยด้วย ดังนั้น การพิจารณาว่าเป็นกรณีไม่อาจขอรับการจดทะเบียนได้ จึงต้องพิจารณารายละเอียดของตำรับยา ตั้งแต่ขั้นตอนการเตรียมผลิตยาไปตลอดจนได้ผลผลิตเป็นยาไทยออกมา ว่าเป็นไปตามหลักการแพทย์แผนไทยหรือไม่ด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่าในส่วนการแปรรูปเพื่อบรรจุจำหน่ายเชิงอุตสาหกรรมที่มีใช้การแปรรูปอย่างหยาบย่อมไม่เกี่ยวข้องกับการจดทะเบียนตำรับยาไทย

เมื่อพิจารณาคำว่า แปรรูปอย่างหยาบ ตามบทนิยามในมาตรา 3 แล้ว สามารถตีความได้ว่าการแปรรูปอย่างหยาบ ทำให้เกิดสารสกัดดั้งเดิมได้ เพราะการแปรรูปอย่างหยาบทำให้ได้สารสกัดแบบรวมโดยกรรมวิธีแบบดั้งเดิมด้วย จึงเป็นการกำหนดนิยามซ้ำซ้อนกัน นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาความหมายในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 คำว่า สกัด หมายถึง กั้น ขวาง เช่น สกัดหน้า ตัดหรือกะเทาะของแข็ง เช่น เหล็ก หิน ให้เป็นร่อง รอย ทะลุ หรือให้ขาดจากกัน เรียกเหล็กที่ใช้ตัดหรือกะเทาะของแข็งเช่นนั้นว่า เหล็กสกัด เค้น หรือแยกเอาออกมา เช่น สกัดน้ำมัน สกัดน้ำหอมจากดอกกุหลาบ จากความหมายนี้การทำให้ได้สารสกัดแบบรวมขัดแย้งกับความหมายของคำว่า สกัด ซึ่งหมายถึงการแยกออก อีกทั้งเมื่อการแปรรูปอย่างหยาบเป็นการรวมสาร ก็ย่อมไม่ใช่การสกัดแยกสารบริสุทธิ์เป็นรายชนิดหรือรายตัว ดังนั้น ถ้อยคำที่กำหนดไว้ในนิยามการแปรรูปอย่างหยาบว่า ...โดยมิได้สกัดแยกสารบริสุทธิ์เป็นรายชนิดหรือรายตัว จึงเป็นถ้อยคำที่ฟุ่มเฟือย

<sup>215</sup> ชัยนต์ พิเชียรสุนทร และวิเชียร จีรวงส์, คู่มือเภสัชกรรมแผนไทย, เล่ม 3, (กรุงเทพฯ: อมรินทร์, 2546).

นอกจากนี้ นิยาม แปรรู้อย่างหยاب ยังรวมถึงกรรมวิธีแบบที่พัฒนาขึ้น ซึ่งไม่ได้กำหนดว่าการพัฒนาดังกล่าวต้องไม่เป็นการพัฒนาตามกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ จนเกิดเป็นสารใหม่ ในขณะที่สารสกัดดั้งเดิม ได้ให้คำนิยามไว้ว่า เป็นสารธรรมชาติที่มีได้ปรุงแต่งหรือต่อเติมโมเลกุลตามกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ จนเกิดเป็นสารใหม่ สามารถตีความได้ว่า หากปรุงแต่งหรือต่อเติมโมเลกุลตามกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ จนเกิดเป็นสารใหม่ แต่ไม่มีขั้นตอนแยกสารบริสุทธิ์เป็นรายชนิดหรือรายตัว เป็นการแปรรู้อย่างหยابได้ กรณีนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การแปรรู้อย่างหยابและสารสกัดดั้งเดิม ต่างก็เป็นเงื่อนไขของข้อยกเว้นการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย แต่การแปรรู้อย่างหยابในส่วนกรรมวิธีแบบที่พัฒนาขึ้น กลับไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นการปรุงแต่งหรือต่อเติมโมเลกุลตามกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ จนเกิดเป็นสารใหม่ ดังเช่นกรณีนิยามสารสกัดดั้งเดิม ซึ่งตามประวัติความเป็นมาของการคุ้มครองการแพทย์แผนไทยที่ศึกษามาในบทที่สอง สรุปได้ว่า ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเป็นภูมิปัญญาการบำบัดรักษาโรคมานแต่ดั้งเดิม มีการคิดค้นปรับปรุง และสืบทอดองค์ความรู้จากประสบการณ์การสังเกตจนได้ตำรับหรือตำรายาสมุนไพรเดี่ยวหรือสมุนไพรตำรับที่ผสมขึ้น ดังนั้น การแปรรู้อย่างหยาบอันเป็นส่วนหนึ่งของตัวอย่างหลักการแพทย์แผนไทย จึงควรกำหนดนิยามให้เป็นการอาศัยกรรมวิธีดั้งเดิมเท่านั้น เพื่อมิให้สับสนกับการค้นคว้าวิจัยทางวิทยาศาสตร์เพื่อสร้างสารสังเคราะห์จากการต่อเติมโมเลกุลของเคมีภัณฑ์ต่างๆ ซึ่งย่อมเป็นผลดีต่อการส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาต่อยอดองค์ความรู้ภูมิปัญญาการแพทย์ด้วยการต่อเติมโมเลกุลตามกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ จนเกิดเป็นสารใหม่ เพื่อให้สามารถเข้าหลักเกณฑ์การขอรับสิทธิบัตรได้ต่อไปอีกด้วย

จากเหตุผลทั้งหมดดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า ควรแก้ไขนิยามการแปรรู้อย่างหยาบเป็นดังนี้

แปรรู้อย่างหยาบ หมายความว่า การปรุงแต่งหรือเปลี่ยนแปลงสภาพหรือคุณสมบัติของสมุนไพร ทำให้ได้สารแบบรวมด้วยกรรมวิธีแบบดั้งเดิม

อนึ่ง เนื่องจากการกำหนดนิยามดังกล่าว ไม่มีปรากฏในมาตรการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ของประเทศอินเดีย และสาธารณรัฐประชาชนจีน เพราะทั้งสองประเทศไม่มีกฎหมายเฉพาะคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์ และได้กำหนดการคุ้มครองไว้ในกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตร ทำให้ไม่สามารถนำหลักเกณฑ์การกำหนดนิยามมาเปรียบเทียบกันได้ ทั้งนี้ การที่ผู้เขียนเสนอให้ตัดถ้อยความเกี่ยวกับการอาศัยกรรมวิธีแบบที่พัฒนาขึ้นออก ย่อมสอดคล้องกับการให้ความคุ้มครองการต่อยอดพัฒนาภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรเช่นเดียวกับประเทศทั้งสอง ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในส่วนปัญหาความคาบเกี่ยวในการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้กับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ

#### 4.2.2 ปัญหาการกำหนดบทนิยามไม่ครอบคลุมถึงการให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ของประเทศอื่น

มาตรา 43<sup>216</sup> ได้บัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญให้บุคคลซึ่งมีสัญชาติของประเทศอื่นที่ยินยอมให้บุคคลสัญชาติไทยได้รับการคุ้มครองสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยในประเทศนั้น อาจขอจด

<sup>216</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 159.

ทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองของประเทศดังกล่าวที่ได้จดทะเบียนไว้ในประเทศของตน เพื่อขอรับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ได้

โดยที่คำว่า บุคคล ย่อมหมายความถึงทั้งบุคคลธรรมดา และนิติบุคคลด้วย ซึ่งในมาตรา 21<sup>217</sup> แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ได้กำหนดเงื่อนไขขยายความบุคคลซึ่งมีสิทธิจดทะเบียนว่าจะต้องมีสัญชาติไทย และมีคุณสมบัติเป็นผู้คิดค้นตำรายาไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทย หรือเป็นผู้ปรับปรุงหรือพัฒนาตำรายาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทย หรือเป็นผู้สืบทอดตำรายาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทย

ตามมาตรา 3<sup>218</sup> ได้กำหนดนิยามที่เกี่ยวข้องกับนิยามคำว่า ผู้ทรงสิทธิ และมาตรา 43 ไว้ดังนี้

คำว่า ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย หมายความว่า พื้นความรู้ความสามารถเกี่ยวกับการแพทย์แผนไทย

คำว่า การแพทย์แผนไทย หมายความว่า กระบวนการทางการแพทย์เกี่ยวกับการตรวจวินิจฉัย บำบัด รักษา หรือป้องกันโรค หรือการส่งเสริมและฟื้นฟูสุขภาพของมนุษย์หรือสัตว์ การผดุงครรภ์ การนวดไทย และให้หมายความรวมถึงการเตรียมการผลิตยาแผนไทย และการประดิษฐ์อุปกรณ์และเครื่องมือทางการแพทย์ ทั้งนี้ โดยอาศัยความรู้หรือตำราที่ได้ถ่ายทอดและพัฒนาสืบต่อกันมา

ส่วนคำว่า ภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมือง ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้กำหนดบทนิยามไว้ซึ่งตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายคำว่า พื้นเมือง หมายถึง เฉพาะเมือง เฉพาะท้องถิ่น

เมื่อพิจารณาถึงเหตุผลและความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว เพื่อให้มีมาตรการคุ้มครองและส่งเสริมให้เอกชน ชุมชน และองค์กรเอกชน ให้ความสำคัญต่อคุณค่าของภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ทั้งการใช้สมุนไพร การนวดไทย การดูแลรักษากระดูกแบบดั้งเดิม การบำบัดทางจิต ตลอดจนวิถีธรรมชาติต่างๆ ที่เน้นการพึ่งตนเองในครอบครัว ชุมชน รวมทั้งประเทศชาติ อันจะส่งผลให้เกิดความร่วมมือในการอนุรักษ์ พัฒนา และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน ซึ่งภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย<sup>219</sup> ดังนั้น การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยตามมาตรา 21<sup>220</sup> จึงต้องเป็นการให้ความคุ้มครองแก่บุคคลสัญชาติไทยเพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ดังกล่าว ในฐานะที่ชนชาติใดก็ย่อมตระหนักถึงคุณค่าภูมิปัญญาของชนชาติตนเอง

เมื่อพิจารณาถึงหลักการที่สำคัญในความตกลงทริปส์ (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPs Agreement) ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3

<sup>217</sup> มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (29 พฤศจิกายน 2542), หน้า 55.

<sup>218</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 203.

<sup>219</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (29 พฤศจิกายน 2542), หน้า 69.

<sup>220</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 203.



ซึ่งได้มีการนำหลักต่างตอบแทนสมบูรณ (Material reciprocity) มาใช้ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ โดยกำหนดให้รัฐภาคีทั้งหลายจะต้องให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแก่คนชาติตนและคนต่างชาติอย่างเสมอภาคกัน และไม่ด้อยไปกว่าที่รัฐตนให้สิทธิแก่คนชาติตนเอง อีกทั้งยังต้องให้สิทธิซึ่งกันและกันในลักษณะต่างตอบแทนด้วย<sup>221</sup> ดังนั้น หลักการในมาตรา 43 ที่ยินยอมให้บุคคลสัญชาติอื่นจดทะเบียนสิทธิซึ่งภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองของประเทศตน เฉพาะกรณีประเทศของผู้จดทะเบียนยินยอมให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยแก่บุคคลสัญชาติไทย จึงสอดคล้องกับหลักต่างตอบแทนสมบูรณดังกล่าว

ในส่วนของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ได้กำหนดให้รัฐภาคีแต่ละรัฐร่วมมือถ่ายทอดเทคโนโลยี ซึ่งรวมไปถึงเทคโนโลยีชีวภาพให้แก่กัน และประเทศพัฒนาแล้วจะช่วยจัดหาหรืออำนวยความสะดวกด้านเทคโนโลยีให้แก่ประเทศกำลังพัฒนาภายใต้ความยุติธรรมและความพึงพอใจของทั้งสองฝ่าย อีกทั้งมีการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อให้เกิดผลดีจากการแลกเปลี่ยนเรียนรู้ภูมิปัญญาซึ่งกันและกันระหว่างประเทศต่างๆ ได้<sup>222</sup> ดังนั้น การอนุญาตให้จดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองของประเทศหนึ่งในอีกประเทศหนึ่ง จึงสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญาดังกล่าว

ในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางวัฒนธรรม ก็กำหนดให้รัฐต้องมีการเคารพในความหลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรมและเชิดชูการตระหนักถึงคุณค่าของวัฒนธรรมทั้งในระดับท้องถิ่น ระดับชาติ และระดับสากล<sup>223</sup> ซึ่งย่อมหมายความรวมถึงการเคารพในสิทธิของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองของต่างชาติด้วย แต่การเคารพสิทธิดังกล่าวของต่างชาติต้องไม่ทำลายอัตลักษณ์ในภูมิปัญญาการแพทย์ของไทย ดังนั้น หากจะอนุญาตให้มีการจดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองของชาติอื่นในไทย โดยผู้ทรงสิทธิที่มีได้มีสัญชาติไทย ก็จะต้องผ่านการกลั่นกรองแล้วว่าเป็นสิทธิในภูมิปัญญาของชาติอื่นอย่างแท้จริง เพื่อภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยจะได้ไม่ถูกละเมิดคุณค่าอัตลักษณ์ของไทย

อย่างไรก็ตาม แม้โดยหลักการคุ้มครองการแพทย์พื้นเมืองของชาติอื่น ภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย นี้ จะสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศและเป็นประโยชน์ในการแลกเปลี่ยนเรียนรู้วัฒนธรรมภูมิปัญญาข้ามชาติ แต่ก็ยังมีความขัดแย้งกับการกำหนดนิยาม คำว่า ผู้ทรงสิทธิ และ ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดนิยามจำกัดไว้ให้ผู้ทรงสิทธิเป็นเพียงผู้จดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเท่านั้น และภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยก็ไม่รวมไปถึงภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองของชาติอื่นด้วย ทำให้มาตรา 43 ไม่สามารถมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมาย

นอกจากนี้ จากกรณีที่ได้วิเคราะห์ในบทที่ 2 จะเห็นได้ว่า ภูมิปัญญาการแพทย์ในปัจจุบัน ซึ่งเป็นสังคมโลกาภิวัตน์มีการถ่ายทอดแลกเปลี่ยนเรียนรู้ข้ามชาติมากยิ่งขึ้น และในบทที่ 3 จาก

<sup>221</sup> จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, หน้า 27.

<sup>222</sup> The convention on Biological Diversity, article 15 and article 16.

<sup>223</sup> The Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, article 1.

พระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันแสดงให้เห็นว่ามีการส่งเสริมการรักษาพยาบาลด้วยแพทย์แผนจีน โดยกำหนดหลักเกณฑ์ควบคุมมาตรฐานวิชาชีพ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าผู้มีสัญชาติไทยที่เป็นผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนจีน หรือการแพทย์ดั้งเดิมของชาติพันธุ์อื่น ก็สมควรได้รับการคุ้มครองในพระราชบัญญัตินี้ด้วย เพื่อเป็นการเปิดโอกาสในการพัฒนาองค์ความรู้ข้ามชาติ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาทั้งชื่อพระราชบัญญัติ, บทนิยาม, และหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 นี้ จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติยังไม่ครอบคลุมถึงการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ของชาติพันธุ์อื่น ๆ

ดังนั้น เมื่อประเทศไทยก็เป็นหนึ่งในภาคีสมาชิกตามความตกลงทริปส์ ประเทศไทยย่อมต้องอนุรักษ์การกฎหมายภายในประเทศให้สอดคล้องต้องกันด้วย จึงต้องนำหลักต่างตอบแทนสมบูรณมา กำหนดไว้ในมาตรา 43 และเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบันที่มีการแลกเปลี่ยนเรียนรู้ภูมิปัญญาการแพทย์ข้ามชาติ จึงต้องแก้ไขบทนิยามในมาตรา 3 รวมถึงหลักเกณฑ์ที่มีผลกระทบจากการแก้ไขบทนิยามด้วย ซึ่งในส่วนนิยามแก้ไขเป็นดังนี้

ผู้ทรงสิทธิ หมายความว่า บุคคลซึ่งได้จดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย หรือในภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองของต่างประเทศ หรือชาติพันธุ์อื่นๆ ตามพระราชบัญญัตินี้

ภูมิปัญญาการแพทย์ หมายความว่า พื้นความรู้ความสามารถเกี่ยวกับการแพทย์

ทั้งนี้ ในส่วนของนิยาม ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ที่ได้กำหนดไว้หมายถึงพื้นความรู้ความสามารถเกี่ยวกับการแพทย์แผนไทย ก็ไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ เพราะได้มีการกำหนดนิยามคำว่าการแพทย์แผนไทย ไว้ชัดเจนดีแล้ว และในส่วนหลักเกณฑ์การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิซึ่งมีสัญชาติไทยในภูมิปัญญาการแพทย์ของชาติพันธุ์อื่น อาจกำหนดไว้เป็นความในวรรคสอง ของมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 โดยให้ความคุ้มครองในลักษณะเช่นเดียวกับผู้ทรงสิทธิที่มีสัญชาติอื่นตามมาตรา 43

อนึ่ง เช่นเดียวกับปัญหาการกำหนดนิยามตามข้อ 1.1 เนื่องจากการกำหนดนิยามดังกล่าว ไม่มีปรากฏในมาตรการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ของประเทศอินเดีย และสาธารณรัฐประชาชนจีน เพราะทั้งสองประเทศไม่มีกฎหมายเฉพาะคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์ และได้กำหนดการคุ้มครองไว้ในกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตร ทำให้ไม่สามารถนำหลักเกณฑ์การกำหนดนิยามมาเปรียบเทียบกันได้ อย่างไรก็ตาม มาตรการทางกฎหมายของทั้งสองประเทศมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหามาตรา 43 ในส่วนของการคุ้มครองคาบเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อ 3

#### 4.3 ปัญหาการกำหนดขอบเขตการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิ

##### 4.3.1 ปัญหาการคุ้มครองไม่ครอบคลุมถึงสิทธิของผู้ทรงสิทธิชุมชน

ตามมาตรา 3<sup>224</sup> ได้กำหนดนิยาม ผู้ทรงสิทธิ ไว้ หมายถึง บุคคลซึ่งได้จดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

<sup>224</sup> อ้างถึงแล้ว เชิงอรรถที่ 153.

ตามมาตรา 21<sup>225</sup> ได้กำหนดให้บุคคลผู้มีสิทธิจดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย จะต้องเป็นผู้คิดค้น ผู้ปรับปรุงหรือพัฒนา หรือเป็นผู้สืบทอด ตำรับยาแผนไทย หรือตำราการแพทย์แผนไทย

ตามมาตรา 32<sup>226</sup> ได้กำหนดให้กรณีที่ปลัดกระทรวงสาธารณสุขมีคำวินิจฉัยว่าผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนหลายคนมีสิทธิได้รับการจดทะเบียน หรือกรณีผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนอย่างเดียวกันหลายคนตกลงให้มีสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยร่วมกัน หรือศาลพิพากษาให้มีสิทธิดังกล่าวร่วมกัน ให้บุคคลเหล่านั้นมีสิทธิในการจดทะเบียนร่วมกันได้ โดยที่จะต้องทำบันทึกข้อตกลงการใช้สิทธิร่วมกันนั้น มอบให้นายทะเบียนผู้รับจดทะเบียนไว้ประกอบการดำเนินการจดทะเบียนด้วย

เมื่อพิจารณาทั้งสามมาตราดังกล่าวประกอบกัน เห็นได้ว่า หลักการในมาตรา 32 นี้ มีความคล้ายคลึงกับหลักการจัดการกรรมสิทธิ์ร่วมกันสำหรับทรัพย์สินที่จับต้องได้ คือ คุ้มครองในลักษณะที่ปัจเจกชนหลายคนมาตกลงและจดทะเบียนเป็นเจ้าของสิทธิร่วมกัน แต่ยังไม่ใช้หลักการจัดการสิทธิชุมชนตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ซึ่งเป็นการจัดการสิทธิร่วมกันของปวงชนที่อาศัยอยู่ในชุมชนท้องถิ่นบริเวณใดบริเวณหนึ่งแห่งราชอาณาจักร ซึ่งกล่าวได้ว่าสิทธิชุมชนดังกล่าว เป็นชุมชนในทางพื้นที่ เนื่องจากภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยได้ใช้วัตถุดิบจากทรัพยากรชีวภาพอันหลากหลายในแต่ละท้องถิ่นก่อให้เกิดองค์ความรู้การดูแลสุขภาพสุขภาพประชากรที่มาอาศัยรวมกันเป็นชุมชน ชุมชนนั้นก็ได้รับทอดภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยของพวกตนอย่างต่อเนื่อง จึงต้องมีส่วนช่วยกันตัดสินใจในการบริหารจัดการวัฒนธรรมการดำรงชีวิตด้านสุขภาพ และในการที่จะได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์จากการนำภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยไปต่อยอดโดยอาศัยความก้าวหน้าทางวิทยาการ<sup>227</sup> เช่น นำไปศึกษาวิจัยผลิตยารักษาโรค แล้วนำไปขอรับสิทธิบัตรยา เป็นต้น ทั้งนี้ สมาชิกในชุมชนที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยร่วมกันอาจไม่ได้เป็นทั้งผู้คิดค้น ผู้ปรับปรุงหรือพัฒนา หรือผู้สืบทอด ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย หากแต่เป็นผู้รับบริการจากหมอชาวบ้านประจำชุมชน และจะเป็นผู้ช่วยดูแลสุขภาพภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยของชุมชนไว้ให้คงอยู่สืบไปได้ด้วย เช่น ช่วยกันอนุรักษ์ป่าสมุนไพรที่นำมาใช้เป็นตำรับยาแผนไทย เป็นต้น

ในการศึกษางานวิจัยที่เกี่ยวข้องซึ่งได้กล่าวมาในบทที่ 2 พบว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยซึ่งรวมถึงภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยด้วย มีลักษณะการคุ้มครองเป็นทั้งการคุ้มครองสิทธิในทางทรัพย์สิน และสิทธิในศักดิ์ศรีของภูมิปัญญา อีกทั้งภูมิปัญญาท้องถิ่นยังจำแนกระดับการคุ้มครองได้เป็นระดับชาติ กับระดับชุมชน โดยที่ภูมิปัญญาระดับชาติของไทย มีผู้ทรงสิทธิคือประเทศไทย เป็นผู้สืบทอดองค์ความรู้อย่างต่อเนื่องยาวนาน และสามารถใช้ประโยชน์กันได้ทั่วไป จึงไม่จำเป็นต้องจดทะเบียน หากแต่ต้องแสดงออกซึ่งการคุ้มครองโดยออกประกาศเผยแพร่ให้ทราบทั่วกัน ส่วนภูมิปัญญาระดับชุมชนของไทย มีผู้ทรงสิทธิคือกลุ่มชนผู้พัฒนาสืบทอดและใช้ประโยชน์จากองค์ความรู้ นั้น ๆ ใน

<sup>225</sup> มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (29 พฤศจิกายน 2542), หน้า 55.

<sup>226</sup> มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (29 พฤศจิกายน 2542), หน้า 57.

<sup>227</sup> นริสา วุฒิปัญญาเลิศ, *อ้างถึงแล้ว เจริญรุ่งเรืองที่ 52*, หน้า 87.

อาณาบริเวณหนึ่งบริเวณใด จึงต้องมีการจดทะเบียนการได้มาซึ่งสิทธิชุมชน และควรมีการต่ออายุ การคุ้มครอง เพื่อตรวจสอบการมีอยู่ของตัวผู้ทรงสิทธิชุมชนด้วย<sup>228</sup> ดังนั้น การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยจึงต้องคุ้มครองในระดับสิทธิชุมชนทั้งสิทธิในทางทรัพย์สินของชุมชน และ ศักดิ์ศรีของภูมิปัญญาชุมชน เพื่อให้ชุมชนเป็นทั้งผู้ใช้และบริหารจัดการภูมิปัญญาการแพทย์ของตนเองให้เป็นไปอย่างสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

ในการกำหนดประเภทความคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ตามพระราชบัญญัติคุ้มครอง และส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 จะเห็นได้ว่า มีการกำหนดให้รัฐมนตรีประกาศ กำหนดให้ตำรับยาแผนไทย หรือตำราการแพทย์แผนไทย ที่ได้มีการใช้ประโยชน์กันอย่างแพร่หลาย หรือที่พ้นอายุการคุ้มครองสิทธิของผู้ทรงสิทธิตำรับยาแผนไทย หรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคล แล้ว ให้เป็นตำรับยาแผนไทย หรือตำราการแพทย์แผนไทยประเภททั่วไป ซึ่งในส่วนการใช้ ประโยชน์แพร่หลาย ผู้เขียนเห็นว่า เป็นปัญหาการตีความขอบเขตความแพร่หลาย เพราะ การใช้ประโยชน์ร่วมกันภายในชุมชนหนึ่งๆ อาจยังไม่ถึงขั้นแพร่หลาย อีกทั้งเมื่อพ้นอายุการคุ้มครอง สิทธิประเภทบุคคลแล้ว ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยดังกล่าวได้กลายเป็นตำรับยาแผนไทย หรือ ตำราการแพทย์แผนไทยประเภททั่วไปซึ่งผู้ใดจะอาศัยองค์ความรู้ในการแสวงหาประโยชน์ก็ย่อม กระทำได้ กล่าวคือ ภูมิปัญญาการแพทย์นั้นได้ตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ดังนั้น การคุ้มครอง ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยประเภททั่วไป จึงไม่ใช้การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิชุมชน

จากที่กล่าวมา แสดงให้เห็นว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผน ไทย พ.ศ. 2542 ไม่มีการกำหนดหลักการให้ชุมชนมีสิทธิของจดทะเบียนไว้เลย ทั้ง ๆ ที่การคุ้มครอง สิทธิชุมชนสามารถช่วยป้องกันปัญหาที่ต่างชาตินำภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยไปแสวงหาประโยชน์ โดยไม่มีการแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่ท้องถิ่นเจ้าของภูมิปัญญาอย่างเป็นธรรมได้ เช่น กรณีพืช กระถ่อมซึ่งเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นทางภาคใต้ของประเทศไทย มีการนำไปบริโภคเพื่อกระตุ้นระบบ ประสาทส่วนกลาง ลดอาการเจ็บปวด และเป็นยาระงับประสาท บริโภคด้วยการเคี้ยวใบหรือนำใบ สดมาบดเป็นผงรับประทาน ซึ่งวัฒนธรรมท้องถิ่นภาคใต้จะเคี้ยวใบกระถ่อมเหมือนเป็นการดื่มกาแฟ และปัจจุบันมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ได้ให้ข้อมูลว่า มีกลุ่มผู้วิจัยประเทศญี่ปุ่นกำลังดำเนินการ พัฒนาระถ่อมให้เป็นตัวยาพื้นฐานเพื่อขอรับสิทธิบัตรยา อันเป็นการนำภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ไปสร้างผลประโยชน์ให้แก่ประชาชนนอกประเทศไทย โดยที่ชุมชนเจ้าของภูมิปัญญาไม่ได้รับ ผลประโยชน์ตอบแทนอย่างเป็นธรรม<sup>229</sup> ดังนั้น เพื่อให้ชุมชนได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็น ธรรม จึงต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้จดทะเบียนคุ้มครองสิทธิชุมชนได้

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายภายในของต่างประเทศจากบทที่ 3 เนื่องจากประเทศ อินเดียได้มีกฎหมายว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 2002 ซึ่งได้กำหนดให้ผู้สร้างสรรค์หรือ ผู้ครอบครองภูมิปัญญาและข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการใช้ทรัพยากรชีวภาพ นวัตกรรม และทางปฏิบัติ

<sup>228</sup> ธนิต ชังถาวร และคณะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, หน้า 6-7.

<sup>229</sup> Pascal Tanguay, *Kratom in Thailand Decriminalisation and Community*

*Control?*, (2011) Retrieved February, 2012 from <http://dl.dropbox.com/u/>

64663568/library/kratom-in-thailand.pdf

เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์และการประยุกต์ภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพ เป็นผู้มีสิทธิเรียกร้องผลประโยชน์จากภูมิปัญญานั้นๆ และภูมิปัญญาการแพทย์ดั้งเดิมของอินเดียก็เป็นภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพและมักเป็นของชุมชนท้องถิ่นต่างๆ<sup>230</sup> จึงแสดงให้เห็นได้ว่ามาตรการทางกฎหมายของอินเดียข้างต้น ช่วยคุ้มครองผู้ทรงสิทธิชุมชนในภูมิปัญญาการแพทย์ด้วย เพราะผู้ทรงสิทธิชุมชนสามารถเป็นผู้ครอบครองภูมิปัญญาการแพทย์และข้อมูลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องได้ แต่ส่วนของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนไม่มีกฎหมายเฉพาะในการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์ จึงไม่สามารถนำหลักการคุ้มครองสิทธิชุมชนด้านภูมิปัญญาการแพทย์มาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยได้

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายภายในประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ว่า การคุ้มครองพันธุ์พืชมีส่วนเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ในฐานะที่พันธุ์พืชเป็นวัตถุดิบของตำรับยาแผนไทย และมีการใช้พืชสมุนไพรเป็นตัวยาในตำราการแพทย์แผนไทยต่าง ๆ ซึ่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้ชุมชนมีสิทธิขอจดทะเบียนคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น เพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กลุ่มเกษตรกร หรือสหกรณ์ที่ได้รับหนังสือแสดงการจดทะเบียน เป็นผู้มีสิทธิแต่ผู้เดียวในการปรับปรุงพันธุ์ ศึกษา ค้นคว้า ทดลอง วิจัย ผลิต ขาย ส่งออกนอกราชอาณาจักร หรือจำหน่ายส่วนขยายพันธุ์พืชนั้น<sup>231</sup> เปรียบเทียบได้ทำนองเดียวกับสิทธิแต่ผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ในการมีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะผลิตยา ใช้ศึกษาวิจัย จำหน่าย ปรับปรุงหรือพัฒนาตำรับยาแผนไทยหรือภูมิปัญญาในตำราการแพทย์แผนไทยที่ได้จดทะเบียนไว้ แต่พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชจะคุ้มครองครอบคลุมไปถึงพันธุ์พืชสมุนไพรที่เป็นวัตถุดิบตามตำราการแพทย์แผนไทย หรือตำรับยาแผนไทยเท่านั้น ซึ่งยังไม่ครอบคลุมไปถึงภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยทั้งหมด

อีกทั้งพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ยังได้กำหนดให้ชุมชนมีสิทธิยื่นคำร้องต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ชุมชนนั้น ๆ ตั้งอยู่ในเขตปกครอง ดำเนินการยื่นคำขอจดทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นที่อยู่ในท้องที่ชุมชนดังกล่าว และชุมชนนั้นเป็นผู้อนุรักษ์ ส่วนกรณีที่ชุมชนจัดตั้งกลุ่มเกษตรกรหรือสหกรณ์ตามกฎหมายว่าด้วยสหกรณ์ ให้กลุ่มเกษตรกรหรือสหกรณ์มีสิทธิขอจดทะเบียนคุ้มครอง แทนชุมชน<sup>232</sup>

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรเพิ่มเติมหลักการคุ้มครองผู้สิทธิชุมชนไว้ให้ชัดเจนทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช คือ ควรให้มีการจดทะเบียนสิทธิชุมชน ซึ่งในข้อมูลของจดทะเบียนนอกจากข้อมูลเกี่ยวกับตำรับยาแผนไทย หรือตำราการแพทย์แผนไทยที่ขอจดทะเบียนแล้ว จะต้องมียารายชื่อสมาชิกและหลักฐานแสดงเขตที่ตั้งของชุมชนประกอบด้วย เพราะภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยล้วนเกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพและองค์ความรู้ที่สืบทอดกันมาในแต่ละท้องถิ่น

<sup>230</sup> ธนิต ชังถาวร และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, หน้า 117.

<sup>231</sup> มาตรา 44 – 45, 47 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (25 พฤศจิกายน 2542), หน้า 28-30.

<sup>232</sup> มาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (25 พฤศจิกายน 2542), หน้า 29-30.

ส่วนสิทธิที่ได้รับจากการจดทะเบียนนั้นประกอบไปด้วยสิทธิแต่ผู้เดียวของชุมชนในการผลิตยา และมีสิทธิในการใช้ศึกษาวิจัย จำหน่าย ปรับปรุง หรือพัฒนาตำรับยาแผนไทย หรือตำราการแพทย์แผนไทยของชุมชน

นอกจากนี้ การรักษาภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยไว้เพื่อใช้ประโยชน์ร่วมกันในชุมชนอย่างยั่งยืน และเพื่อป้องกันปัญหาการละเมิดสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์จากบุคคลภายนอกชุมชนที่นำภูมิปัญญาการแพทย์ของชุมชนไปใช้แสวงหาประโยชน์โดยไม่มีการแบ่งปันผลประโยชน์กลับคืนให้ชุมชน ยังต้องกำหนดให้จัดทำเป็นบันทึกข้อตกลงการแบ่งปันผลประโยชน์ร่วมกันในชุมชน โดยที่การแสดงออกซึ่งสิทธิชุมชนสามารถกระทำผ่านผู้แทนชุมชนได้ เช่น การกำหนดให้หมอยาพื้นบ้านที่ชุมชนเคารพนับถือเป็นผู้แทนชุมชน มีอำนาจบริหารจัดการสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยของชุมชนนั้นๆ เป็นต้น ทั้งนี้ สิทธิชุมชนจะต้องมีอยู่ตราบจนชุมชนนั้นสิ้นสลายไป หรือชุมชนนั้นละสิทธิประโยชน์ในการบริหารจัดการทรัพยากรภูมิปัญญาของตนด้วยการไม่ต่อทะเบียนสิทธิอีกต่อไป ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแล้วตำรับยาแผนไทย หรือตำราการแพทย์แผนไทยที่เคยเป็นของชุมชนก็ควรกลายเป็นประเภททั่วไปที่ผู้ใดจะใช้ประโยชน์ก็ย่อมกระทำได้

#### 4.3.2 ปัญหาการไม่มีบทลงโทษกรณีละเมิดสิทธิของผู้ทรงสิทธิ

มาตรา 34<sup>233</sup> วรรคหนึ่ง ได้กำหนดให้ผู้ทรงสิทธิมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการผลิตยา และมีสิทธิในการใช้ศึกษาวิจัย จำหน่าย ปรับปรุง หรือพัฒนาตำรับยาแผนไทย หรือภูมิปัญญาในตำราการแพทย์แผนไทยที่ได้จดทะเบียนไว้ โดยที่ในพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 นี้ ไม่ได้กำหนดบทลงโทษกรณีผู้ละเมิดสิทธิดังกล่าวของผู้ทรงสิทธิไว้เลย ทำให้การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิย่อมไม่เกิดประสิทธิภาพ และไม่อาจทราบขอบเขตแห่งสิทธิที่แน่ชัดได้ว่ากฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครองอย่างเคร่งครัดมากน้อยเพียงใด

เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในพระราชบัญญัตินี้กำหนดไว้ เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าจะต้องนำมาตรา 420<sup>234</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้เทียบเคียงในกรณีละเมิดสิทธิของผู้ทรงสิทธิ คือ เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ต่อผู้ทรงสิทธิ โดยผิดกฎหมายให้ผู้ทรงสิทธิเสียหายแก่ชื่อเสียงหรือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา คือ ตำรับยา หรือตำราการแพทย์แผนไทยของตน

อย่างไรก็ตาม การจะฟ้องร้องดำเนินคดีละเมิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 55<sup>235</sup> แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งด้วย ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้บุคคลเสนอคดีของตนต่อศาลส่วนแพ่งได้ต่อเมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลนั้นตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งแสดงให้เห็นว่าหากเป็นกรณีนี้

<sup>233</sup> มาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (29 พฤศจิกายน 2542), หน้า 57-58.

<sup>234</sup> มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

<sup>235</sup> มาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.

กำลังจะมีการละเมิดสิทธิของผู้ทรงสิทธิก่อนฟ้องคดี ผู้ทรงสิทธิก็ยังไม่อาจมาเสนอคดีต่อศาลส่วนแพ่งขอให้ระงับการกระทำดังกล่าวไว้ก่อนได้

จากปัญหาการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่ง โดยการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือทรัพยากรชีวภาพของประเทศเจ้าของไปใช้ประโยชน์โดยไม่ได้ตอบแทนผลประโยชน์ให้แก่เจ้าของอย่างเป็นธรรม ที่เรียกว่า Intellectual Piracy หรือที่เรียกว่า Biopiracy ดังได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 1<sup>236</sup> เพื่อปกป้องสิทธิทางทรัพย์สินของผู้ทรงสิทธิ รวมถึงสิทธิในศักดิ์ศรีความเป็นอัตลักษณ์ของไทย การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิโดยการกำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งระงับการกระทำที่กำลังจะทำให้เกิดการละเมิดสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยได้ ย่อมเป็นทางออกที่ดีของการแก้ปัญหาดังกล่าว

หลักการที่ต้องนำมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และมาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาบังคับใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ทรงสิทธินี้ เป็นการใช้มาตรการทางกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศอินเดีย แต่ไม่สอดคล้องกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิบัตรของจีน ที่ได้กำหนดให้ผู้ทรงสิทธิบัตรอาจขอให้ศาลสั่งให้บุคคลที่ปรากฏหลักฐานชัดแจ้งว่าเป็นผู้กระทำความผิดหรือกำลังจะกระทำความผิดฝ่าฝืนสิทธิของผู้ทรงสิทธิ ระงับหรือละเว้นการกระทำที่ฝ่าฝืนสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตร โดยทำเป็นคำร้องยื่นก่อนยื่นคำฟ้อง ขณะยื่นคำฟ้อง หรือภายหลังยื่นคำฟ้องก็ได้ ซึ่งมาตรการตามกฎหมายสาธารณประชาชนจีนดังกล่าวให้การคุ้มครองแก่ผู้ทรงสิทธิได้มากกว่าการใช้มาตรการตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายภายในประเทศ ซึ่งได้กล่าวมาแล้วว่าการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเกี่ยวข้องกับสัมพันธภาพกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ และสิทธิบัตร นั้น ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ก็มีหลักการเช่นเดียวกับมาตรการทางกฎหมายสิทธิบัตรของสาธารณรัฐประชาชนจีน คือ ทั้งเจ้าของลิขสิทธิ์<sup>237</sup> และผู้ทรงสิทธิบัตร<sup>238</sup> อาจขอให้ศาลมีคำสั่งให้บุคคลผู้กำลังจะกระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิระงับหรือละเว้นการกระทำดังกล่าวได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีการโต้แย้งสิทธิกันเกิดขึ้นก่อน

จากหลักกฎหมายภายในของทั้งต่างประเทศ และของประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่าในพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ต้องเพิ่มบทลงโทษการละเมิดสิทธิของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยไว้ให้ชัดเจนเพื่อจะได้ไม่ต้องนำมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้เทียบเคียง และบัญญัติให้ครอบคลุมถึงการที่ผู้ทรงสิทธิอาจขอให้ศาลมีคำสั่งให้บุคคลผู้กำลังจะกระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิ ระงับหรือละเว้นการกระทำดังกล่าวได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีการโต้แย้งสิทธิกันเกิดขึ้นก่อน โดยโทษที่กำหนด คือ การให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ทรงสิทธิตามจำนวนที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาเห็นสมควร ซึ่งต้องคำนึงถึงความร้ายแรงแห่งความเสียหายที่แท้จริง ประกอบกับการขาดประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของผู้ทรงสิทธิ อันเนื่องมาจากการกระทำอันเป็นละเมิดนั้น โดยที่ศาลจะสั่งทำลาย ทรัพย์สินของ เครื่องมือ

<sup>236</sup> ธนิต ชังถาวร และคณะ. *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*. หน้า 22 -24.

<sup>237</sup> มาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, ราชกิจจานุเบกษา

111 (21 ธันวาคม 2537), หน้า 19.

<sup>238</sup> *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 184*.

หรืออุปกรณ์ต่าง ๆ ที่ใช้ในการกระทำละเมิดดังกล่าวด้วยก็ได้ ทั้งนี้ เพื่อแก้ปัญหาการละเมิดสิทธิใน  
ภูมิปัญญาการแพทย์อันเนื่องจากการที่ต่างชาตินำภูมิปัญญาการแพทย์ไปแสวงหาประโยชน์ โดยไม่  
แบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่เจ้าของภูมิปัญญาอย่างเป็นธรรมได้แนวทางหนึ่งด้วย

#### 4.3.3 ปัญหาความไม่ครอบคลุมของข้อยกเว้นสิทธิแต่ผู้เดียวตามมาตรา 34 วรรคสอง

จากที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่า การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ซึ่งเป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชน จำเป็นต้องคำนึงถึง  
การชั่งน้ำหนักประโยชน์ของสังคมกับการให้ผลประโยชน์แก่ผู้ทรงสิทธิ เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรม  
ในสังคม พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 จึงได้กำหนด  
ข้อยกเว้นสิทธิแต่ผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิไว้ตามมาตรา 34<sup>239</sup> วรรคสอง เป็น 3 กรณีใดกรณีหนึ่ง  
ดังต่อไปนี้

- 1) การกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการศึกษา ค้นคว้า ทดลอง หรือวิจัยตาม  
ระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด
- 2) การเตรียมยาเฉพาะรายตามใบสั่งแพทย์ โดยผู้ประกอบโรคศิลปะแผนไทย
- 3) การผลิตยาเพื่อยั้งชีพแบบพื้นบ้าน หรือการผลิตยาโดยสถานพยาบาลของรัฐ  
ส่วนราชการ หรือหน่วยงานของรัฐ เพื่อประโยชน์ในการรักษาพยาบาลในสถานพยาบาลของรัฐ หรือ  
การใช้ตำราการแพทย์แผนไทยเพื่อประโยชน์ในการรักษาพยาบาลในสถานพยาบาลของรัฐ ทั้งนี้ ตาม  
ระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด

ในปฏิญญาสากลว่าด้วยชีวจริยศาสตร์และสิทธิมนุษยชน ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 ซึ่ง  
กำหนดให้รัฐสมาชิกต้องคุ้มครองความหลากหลายทางวัฒนธรรมอันเป็นที่มาของการเปลี่ยนแปลง  
นวัตกรรม และการประดิษฐ์คิดค้นที่จำเป็นสำหรับมนุษย์<sup>240</sup> ประกอบกับปฏิญญาโดฮา ว่าด้วย  
ความตกลงทริปส์กับการสาธารณสุข (Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public  
Health) ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 ได้กำหนดให้รัฐภาคีสมาชิกต้องคำนึงถึงความคุ้มครองทรัพย์สิน  
ทางปัญญาเพื่อการพัฒนาการรักษาโรค และการปฏิบัติตามความตกลงทริปส์จะต้องเป็นไปในทาง  
สนับสนุนการคุ้มครองสาธารณสุขเกี่ยวกับการเข้าถึงยารักษาโรคให้เกิดความเป็นธรรมอีกด้วย<sup>241</sup>  
ดังนั้น การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงกับการคุ้มครอง  
สาธารณสุข จึงต้องไปตามหลักความเป็นธรรมในการเข้าถึงยารักษาโรค

<sup>239</sup> อ้างถึงแล้ว เชิงอรรถที่ 233.

<sup>240</sup> United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, Division of  
Ethics of Science and Technology Social and Human Science Sector, (2005)  
Retrieved March, 2013 from [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=31058&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html).

<sup>241</sup> World Health Organization. The Doha Declaration on the TRIPs  
Agreement and Public Health, Retrieved May, 2013 from  
<http://www.who.int/medicines/areas/policy/tripshealth.pdf>



ในกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตรของประเทศอินเดีย ได้กำหนดข้อยกเว้นกรณีที่ไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ ทั้งที่เป็นวิธีการเกี่ยวกับกรรมวิธีใด ๆ ที่เกี่ยวกับยา ศัลยกรรม การบำบัด การป้องกันโรค หรือการบำรุงรักษาอื่นใดเกี่ยวกับความเป็นอยู่ของมนุษย์ หรือกรรมวิธีใดๆ สำหรับการบำรุงรักษาที่คล้ายกันแก่สัตว์หรือพืช<sup>242</sup> ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตรของสาธารณรัฐประชาชนจีนที่ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นการขอรับสิทธิบัตรไว้ในกรณีความคิดสร้างสรรค์ในการประดิษฐ์ขัดต่อกฎหมายของประเทศ หรือศีลธรรมของสังคม หรือขัดต่อสาธารณประโยชน์<sup>243</sup> แต่กฎหมายดังกล่าวของประเทศอินเดียกำหนดรายละเอียดที่ชัดเจนมากกว่าของสาธารณรัฐประชาชนจีน

จากที่การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย คือการคุ้มครองสิทธิในตำรับยาแผนไทย และตำราการแพทย์แผนไทย ซึ่งตำราการแพทย์แผนไทยก็เป็นงานวรรณกรรมที่ได้รับการคุ้มครองในฐานะงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ประเภทหนึ่ง และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้กำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัว หรือญาติสนิท

ทั้งปัญญาโคชา กฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตรของประเทศอินเดีย และสาธารณรัฐประชาชนจีน และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ของไทย ล้วนกำหนดหลักการขังน้ำหนักระยะของสังคมกับการให้ผลประโยชน์แก่ผู้ทรงสิทธิไว้สอดคล้องกัน และยังสอดคล้องกับ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 มาตรา 34 วรรค 2 (3) กรณีการผลิตยาเพื่อยั้งชีพแบบพื้นบ้าน หรือการผลิตยาโดยสถานพยาบาลของรัฐ ส่วนราชการ หรือหน่วยงานของรัฐ เพื่อประโยชน์ในการรักษาพยาบาลในสถานพยาบาลของรัฐ หรือการใช้ตำราการแพทย์แผนไทยเพื่อประโยชน์ในการรักษาพยาบาลในสถานพยาบาลของรัฐ ทั้งนี้ตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด อย่างไรก็ตาม ความว่า ทั้งนี้ ตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด เป็นถ้อยความที่จำกัดให้ข้อยกเว้นดังกล่าวไม่สามารถกระทำได้จนกว่าจะมีกฎหมายลำดับรองออกมากำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์ ซึ่งขณะนี้ยังไม่มีระเบียบออกมารองรับ

อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่าในส่วนกรณีการผลิตยาเพื่อยั้งชีพแบบพื้นบ้าน เป็นหลักการเดียวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กรณีการใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัว หรือญาติสนิท ซึ่งในกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์นี้ ไม่ได้กำหนดให้รัฐมนตรีต้องออกระเบียบหลักเกณฑ์กำหนดรายละเอียดของหลักการดังกล่าวแต่อย่างใด อีกทั้งโดยถ้อยความการผลิตยาเพื่อยั้งชีพแบบพื้นบ้าน ก็มีเนื้อความที่ชัดเจนถึงการที่กฎหมายอนุญาตให้ประชาชนสามารถใช้ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเพื่อการสาธารณสุขส่วนตน โดยที่ไม่ได้กระทบถึงสิทธิของผู้ทรงสิทธิ ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนและสามารถปฏิบัติได้จริง ข้อยกเว้นกรณีการผลิตยาเพื่อยั้งชีพแบบพื้นบ้าน จึงควรแยกออกมาต่างหากจากกรณีอื่นๆ ในมาตรา 34 วรรค 2 (3) ส่วนกรณีอื่นๆ ทั้งการผลิตยาโดยสถานพยาบาลของรัฐ ส่วนราชการ หรือหน่วยงานของรัฐ เพื่อประโยชน์ในการรักษาพยาบาลในสถานพยาบาลของรัฐ หรือการใช้ตำราการแพทย์แผนไทยเพื่อประโยชน์ใน

<sup>242</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 127*, หน้า 4, 12.

<sup>243</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 143*, หน้า 4-5.

การรักษาพยาบาลในสถานพยาบาลของรัฐ ยังคงจำเป็นต้องกำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์ไว้ในระเบียบต่อไป เนื่องจากการใช้ประโยชน์ในการรักษาพยาบาลในสถานพยาบาลของรัฐ ก็อาจกระทบกระเทือนถึงสิทธิของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยได้ จึงต้องเร่งออกระเบียบกำหนดหลักเกณฑ์ข้อยกเว้นดังกล่าวไว้ให้ชัดเจนด้วย

นอกจากนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับ การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ในกรณีที่มีการนำเอาภูมิปัญญาดังกล่าวไปพัฒนาต่อยอดเพื่อขอรับสิทธิบัตร ยังได้กำหนดข้อยกเว้นสิทธิแต่ผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิบัตรไว้ในกรณี การผลิตหรือใช้กรรมวิธีดังที่ผู้ทรงสิทธิบัตรได้จดทะเบียนไว้ ก่อนวันที่ผู้ทรงสิทธิบัตรยื่นขอรับ สิทธิบัตรในราชอาณาจักร โดยสุจริต คือ ไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ถึงการจดทะเบียนของผู้ทรงสิทธิ แต่ในพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ซึ่งคุ้มครองผู้ ทรงสิทธิทั้งที่ เป็นผู้คิดค้น ปรับปรุงหรือพัฒนา หรือสืบทอดตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์ แผนไทย โดยที่ตำรับยาแผนไทย หรือตำราการแพทย์แผนไทย ล้วนเป็นภูมิปัญญาดั้งเดิม ที่อาจมี การใช้สืบทอดต่อกันมาเข้ากับภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยที่ผู้ทรงสิทธิขอจดทะเบียนโดยบังเอิญได้ กลับไม่มีข้อยกเว้นสิทธิแต่ผู้เดียวตามหลักผู้ใช้อย่างกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตรไว้เลย แสดงให้เห็น ว่าข้อยกเว้นสิทธิแต่ผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยยังไม่ครอบคลุมเพียงพอ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรเพิ่มเติมความในวรรค 2 ของมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและ ส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 เป็นกรณีข้อยกเว้นสิทธิแต่ผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิใน การผลิตยาหรือใช้สิทธิในการศึกษาวิจัย จำหน่าย ปรับปรุง หรือพัฒนาภูมิปัญญาดังที่ผู้ทรงสิทธิได้จด ทะเบียนไว้ ก่อนวันที่ผู้ทรงสิทธิยื่นขอจดทะเบียนสิทธิในราชอาณาจักร โดยไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ ถึงการจดทะเบียนของผู้ทรงสิทธินั้น ไว้ด้วย

#### 4.4 ปัญหาความคาบเกี่ยวในการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้กับกฎหมาย ทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ

##### 4.4.1 ปัญหาการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิตามมาตรา 43 คาบเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ทรง สิทธิบัตร

ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ว่าประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ได้คุ้มครองภูมิปัญญา การแพทย์แผนจีนของตนในระบบกฎหมายสิทธิบัตร<sup>244</sup> ซึ่งในฐานะที่ประเทศจีนเป็นรัฐภาคีสมาชิก แห่งความตกลงทริปส์ด้วย ย่อมต้องบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการที่สำคัญของความตกลง รวมทั้งหลักต่างตอบแทนสมบูรณ์ โดยที่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายสิทธิบัตรก็ไม่ได้กำหนดไว้ว่า ผู้ทรง สิทธิบัตรจะต้องมีสัญชาติของประเทศจีนเท่านั้น แสดงให้เห็นว่าผู้มีสัญชาติไทยสามารถขอรับ สิทธิบัตรภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยในประเทศจีนได้ และประเทศไทยเองก็ต้องให้ความคุ้มครอง ผู้มีสัญชาติจีนที่มาขอรับสิทธิบัตรภูมิปัญญาการแพทย์แผนจีนในประเทศไทยต่างตอบแทนกันด้วย

<sup>244</sup> Richard J. Goossen, *Supra note 139*, p. 19, 22.

อย่างไรก็ตามหากภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยไม่ต้องด้วยเงื่อนไขการขอรับสิทธิบัตรในประเทศจีน เช่น ชาติความใหม่ หรือไม่มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น ฯลฯ ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยที่จะมาขอคุ้มครองในไทยตามพระราชบัญญัติการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ก็ต้องห้ามด้วยเงื่อนไขอย่างเดียวกัน ซึ่งปัญหาการพิจารณาเงื่อนไขนี้ เกิดจากทั้งสองประเทศคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองในระดับที่แตกต่างกัน เพราะประเทศไทยคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยโดยการตรากฎหมายเฉพาะ ทำให้คุ้มครองได้ในลักษณะที่เฉพาะเจาะจงและครอบคลุมกว่าประเทศจีนที่คุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แต่เพียงในบทบัญญัติแห่งกฎหมายสิทธิบัตรเท่านั้น

เมื่อพิจารณาถึงมาตรการคุ้มครองของประเทศอินเดีย ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 แม้ว่าประเทศอินเดียจะคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองไว้ในกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตรเช่นเดียวกับประเทศจีน เพราะต่างก็เป็นประเทศภาคีสมาชิกความตกลงทริปส์ จึงต้องอนุวัติการบทบัญญัติตามหลักต่างตอบแทนสมบูรณ์ด้วยเช่นเดียวกัน โดยที่กฎหมายอินเดียก็ไม่ได้ห้ามการขอรับสิทธิบัตรโดยผู้มีสัญชาติอื่น อย่างไรก็ตาม เพื่อเพิ่มประสิทธิผลในการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์ของประเทศอินเดีย มาตรการทางกฎหมายของอินเดียยังกำหนดให้จัดทำระบบ Traditional Knowledge Digital Library (TKDL) ไว้เป็นฐานข้อมูลที่สำคัญเพื่อให้ผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรมีหลักฐานการพิสูจน์ภูมิหลังของศิลปวิทยาการที่เกี่ยวข้อง ช่วยป้องกันปัญหาการละเมิดสิทธิในภูมิปัญญาในกรณีอาศัยเป็นหลักฐานฟ้องร้องปกป้องสิทธิประโยชน์ของประชาชนในชุมชนท้องถิ่น หรือของคนชาติ จากการที่ต่างชาติเข้ามาแสวงหาประโยชน์ซึ่งภูมิปัญญาการแพทย์แผนอินเดียโดยมิได้ให้ผลประโยชน์ตอบแทนอย่างเหมาะสม และสามารถนำข้อมูลต่างๆ ไปศึกษาค้นคว้าเพื่อการพัฒนาต่อยอดภูมิปัญญาการแพทย์ของอินเดียให้เกิดสิ่งใหม่ แล้วขอรับสิทธิบัตรต่อไปได้อีก<sup>245</sup> ซึ่งแสดงให้เห็นว่าแม้มิใช่การคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนโดยตรง แต่ก็คุ้มครองผ่านการคุ้มครองสมบัติของชาติไว้ เพื่อให้ประชาชนในชาติของตนตระหนักถึงคุณค่าอัตลักษณ์ภูมิปัญญาดังกล่าว

เมื่อคนสัญชาติไทยจะขอรับสิทธิบัตรภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยในประเทศอินเดียก็สามารถเข้าถึงฐานข้อมูลเพื่อตรวจสอบได้โดยง่าย แต่ยังคงต้องผ่านหลักเกณฑ์ต่างๆ ของการขอรับสิทธิบัตร หากพบว่าเป็นภูมิปัญญาที่อยู่ในฐานข้อมูล TKDL ของอินเดียก็ขอรับสิทธิบัตรไม่ได้ เพราะสิ่งซึ่งอยู่ในฐานข้อมูลขาดคุณสมบัติเรื่องความใหม่ เว้นแต่จะได้นำองค์ความรู้จากฐานข้อมูลนั้นมาพัฒนาเพื่อขอรับสิทธิบัตรเสียก่อน ทำให้คนสัญชาติอินเดียจะขอจดทะเบียนภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองจากภูมิปัญญาที่อยู่ในฐานข้อมูลของประเทศอินเดียนั้นในประเทศไทยไม่ได้ด้วยตามหลักต่างตอบแทนสมบูรณ์

จากที่กล่าวมา เห็นได้ว่าการที่แต่ละประเทศคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองในบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่แตกต่างกัน คือ การคุ้มครองตามกฎหมายเฉพาะ กับ การคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตร ย่อมนำมาซึ่งปัญหาแนวทางปฏิบัติตามหลักต่างตอบแทนสมบูรณ์ ซึ่งเป็นความคาบเกี่ยวกันระหว่างสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยกับสิทธิบัตร เพราะกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตรต้องการความใหม่ แต่กฎหมายเฉพาะดังที่ประเทศไทยใช้คุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญา

<sup>245</sup> Chidi Oguamanam, *Supra note 129*, p. 498, 500.

การแพทย์แผนไทยได้กำหนดเงื่อนไขการขอจดทะเบียนคุ้มครองโดยไม่มีเรื่องความใหม่ ทำให้คนสัญชาติไทยไม่สามารถขอจดทะเบียนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยที่มีมาแต่ดั้งเดิมในประเทศที่คุ้มครองภายใต้กฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตรดั่งเช่นประเทศจีน หรือประเทศอินเดียได้ ในทางกลับกันเมื่อคนสัญชาติไทยไม่ได้รับสิทธิบัตรนั้น คนสัญชาติจีน หรืออินเดียก็ไม่ได้รับสิทธิจดทะเบียนภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองของตนในไทยเช่นเดียวกันด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า หากประเทศใดไม่ได้มีกฎหมายเฉพาะคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองของประเทศตน และต้องคุ้มครองภายใต้กฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตร คนสัญชาติของประเทศนั้น ก็ไม่มีโอกาสได้รับความคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองดั้งเดิมของตน ตามมาตรา 43 ได้เลย

แม้จะมีปัญหาการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองสืบเนื่องจากกฎหมายที่ให้ ความคุ้มครองแตกต่างกันในแต่ละประเทศ แต่เพื่อให้ประเทศไทยสามารถขอรับสิทธิบัตรใน ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยในต่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ และสามารถแลกเปลี่ยนเรียนรู้ ภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองซึ่งกันและกัน ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องพัฒนาระบบฐานข้อมูล ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยไว้ให้สะดวกในการค้นคว้า และพัฒนาต่อยอดภูมิปัญญาของไทยเพื่อ ขอรับสิทธิบัตรต่อไปได้เช่นเดียวกับประเทศอินเดีย ซึ่งจะ使人สัญชาติไทยได้รับความคุ้มครอง โดยระบบกฎหมายสิทธิบัตรในประเทศอื่นๆ ได้ด้วยตามหลักต่างตอบแทนสมบูรณ์

สำหรับหลักกฎหมายที่จะช่วยพัฒนาระบบฐานข้อมูลภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยดังกล่าว มีมาตราที่เกี่ยวข้อง คือ หลักเกณฑ์ไว้ในมาตรา 15<sup>246</sup> แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิ ปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญให้กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทย และการแพทย์ทางเลือกรวบรวมข้อมูลภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเกี่ยวกับตำรายาแผนไทย และ ตำราการแพทย์แผนไทยทั่วราชอาณาจักร เพื่อจัดทำทะเบียน โดยที่รายละเอียดการจัดทำทะเบียน ดังกล่าว ให้เป็นไปตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด ซึ่งในข้อ 14<sup>247</sup> แห่งระเบียบคณะกรรมการ คุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เรื่อง การจัดทำทะเบียนภูมิปัญญาการแพทย์แผน ไทย พ.ศ. 2556 ได้กำหนดให้ข้อมูลในทะเบียนดังกล่าวประกอบด้วยชื่อตำรับยาแผนไทย หรือตำรา การแพทย์แผนไทย สรรพคุณโดยที่ไม่ประสงค์จะเปิดเผยสูตร หรือวิธีการปรุงที่เป็นสิทธิส่วนบุคคล เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลในการจดทะเบียน แต่ในข้อ 13<sup>248</sup> แห่งระเบียบดังกล่าว ได้กำหนดไว้เพียงให้ กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก เก็บรวบรวมทะเบียนที่ได้จัดทำไว้และให้ จัดพิมพ์รายชื่อตำรับยาแผนไทย และตำราการแพทย์แผนไทยเพื่อเผยแพร่ให้ประชาชนสามารถ ค้นคว้า อ้างอิง ตรวจสอบได้ แสดงว่ากรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือกไม่จำเป็นต้อง จัดพิมพ์เผยแพร่รายละเอียดของตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยตามที่ได้จัดทำทะเบียน

<sup>246</sup> อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 161.

<sup>247</sup> ข้อ 14 แห่งระเบียบคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เรื่อง การจัดทำทะเบียนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2556, ราชกิจจานุเบกษา 130 (1 กุมภาพันธ์ 2556), หน้า 6.

<sup>248</sup> ข้อ 13 แห่งระเบียบคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เรื่อง การจัดทำทะเบียนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2556, ราชกิจจานุเบกษา 130 (1 กุมภาพันธ์ 2556), หน้า 6.

ไว้ ซึ่งแตกต่างจากการจัดทำ TKDL ของอินเดีย อันเป็นลักษณะของฐานข้อมูลที่มีรายละเอียดเกี่ยวกับ ภูมิปัญญาท้องถิ่นแต่ละชนิดประเภท อีกทั้งยังมีการแปลเป็นภาษาต่างๆ ถึง 5 ภาษา<sup>249</sup>

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิตามมาตรา 43 สำหรับประเทศที่มีได้ คุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองไว้เป็นกฎหมายเฉพาะ ทำให้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข การคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตร ควรแก้ไขโดยการบังคับใช้กฎหมายมาตรา 15 แห่ง พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ให้เกิดประสิทธิภาพ และประสิทธิผลอย่างเร่งด่วน เพื่อที่ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย จะได้อาศัยข้อมูลใน การต่อยอดพัฒนาขอรับสิทธิบัตรได้ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศด้วย โดยที่จะต้องแก้ไข บทบัญญัติข้อ 13 แห่งระเบียบคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เรื่อง การจัดทำทะเบียนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2547 ให้มีความชัดเจนขึ้นดังนี้

ข้อ 13 ให้กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก จัดทำฐานข้อมูลทะเบียน ตำรับยาแผนไทยและตำราการแพทย์แผนไทย ที่ได้รวบรวมไว้ เผยแพร่ให้ประชาชนสามารถค้นคว้า อ้างอิง ตรวจสอบได้

ทั้งนี้ การแก้ไขความข้อ 12 ดังกล่าว จะไม่กระทบถึงสิทธิของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญา การแพทย์แผนไทยเนื่องจากในความข้อ 14<sup>250</sup> ได้กำหนดให้การจัดทำทะเบียนต้องไม่มุ่งหมายที่จะ เปิดเผยสูตร วิธีการปรุงอันเป็นสิทธิส่วนบุคคลเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลในการจดทะเบียนสิทธิในภูมิ ปัญญาการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคล แต่เพื่อให้ครอบคลุมไปถึงการไม่ไปละเมิดสิทธิชุมชนด้วย จึง ควรแก้ไขข้อ 14 ดังกล่าวเป็นว่า

ข้อ 14 การจัดทำทะเบียนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ให้ระบุชื่อตำรับยาแผนไทย หรือ ตำราการแพทย์แผนไทย สรรพคุณโดยที่ไม่มุ่งหมายจะเปิดเผยสูตร วิธีการปรุง หรือรายละเอียดอื่น ได้อันเป็นสิทธิส่วนบุคคลเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลในการจดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ของส่วนบุคคล หรือของชุมชน

#### 4.4.2 ปัญหาการกำหนดอายุการคุ้มครอง คาบเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร

##### การประดิษฐ์ อนุสิทธิบัตร และการคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองท้องถิ่น

จากงานวิจัยที่เกี่ยวข้องในบทที่ 2 ผู้เขียนเห็นด้วยกับข้อสรุปงานวิจัย เรื่อง การคุ้มครองภูมิ ปัญญาการแพทย์แผนไทยเปรียบเทียบกับทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ตอนหนึ่งที่ว่า การคุ้มครอง ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยให้เกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายนั้น ควร กำหนดอายุการคุ้มครองอย่างเหมาะสม หากกำหนดระยะเวลาไว้นานเกินไปจะเป็นการผูกขาดซึ่ง สิทธิของผู้ทรงสิทธิ ส่งผลทำให้ปิดกั้นการพัฒนาต่อยอดภูมิปัญญา แต่หากระยะเวลาสั้นเกินไป ก็จะไม่ สามารถสร้างแรงจูงใจให้คิดค้น ปรับปรุง หรือสืบทอดภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ต่อไป<sup>251</sup> อย่างไรก็ตามการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยมีความคาบเกี่ยวกับสิทธิใน ทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นด้วย จึงเป็นประเด็นปัญหาที่จะต้องนำมาพิจารณาว่าอายุการ คุ้มครองที่กำหนดไว้ขณะนี้เหมาะสมหรือไม่ ทั้งนี้ ในพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริม

<sup>249</sup> Chidi Oguamanam, *Supra Note 129*, p. 499.

<sup>250</sup> อ้างถึงแล้ว เชิงอรรถที่ 247.

<sup>251</sup> อมรรวรรณ พันธุ์หว่า, อ้างถึงแล้ว เชิงอรรถที่ 86. หน้า 95-96.

ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ได้กำหนดอายุการคุ้มครองไว้ตลอดอายุของผู้ทรงสิทธิหรือตลอดอายุของผู้ทรงสิทธิร่วมคนสุดท้าย และนับต่อไปอีก 50 ปี นับแต่วันที่ผู้นั้นถึงแก่ความตาย

จากปฏิญญาโดฮา ว่าด้วยความตกลงทริปส์กับการสาธารณสุข (Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health) ที่ให้รัฐภาคีสมาชิกต้องคำนึงถึงความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อการพัฒนาการรักษาโรค และการปฏิบัติตามความตกลงทริปส์จะต้องส่งเสริมการคุ้มครองสาธารณสุขเกี่ยวกับการเข้าถึงยารักษาโรคเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่สังคม<sup>252</sup> การกำหนดอายุการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยจึงต้องคำนึงถึงหลักการนี้ด้วย

กรณีการคุ้มครองลิขสิทธิ์ จากที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 จะเห็นได้ว่า ตำราการแพทย์แผนไทย ซึ่งเป็นสิ่งที่พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิไว้นั้น ก็มีลักษณะเป็นงานวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์ และตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้กำหนดอายุการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้ตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์หรือผู้สร้างสรรค์ร่วม รวมถึงระยะเวลาต่อไปอีกห้าสิบปี หลักเกณฑ์นี้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542

ตำราการแพทย์แผนไทยซึ่งเป็นงานวรรณกรรมอย่างหนึ่งสามารถคุ้มครองผู้คิดค้น หรือปรับปรุง เทียบได้กับผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ และย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์โดยไม่ต้องจดทะเบียนสิทธิ แต่การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 กฎหมายจะคุ้มครองให้เฉพาะกรณีที่มีการจดทะเบียน<sup>253</sup> โดยที่การพิจารณาว่าจะให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยตามกฎหมายฉบับใด ก็จะต้องอาศัยข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีว่าในกรณีนั้นๆ มีวัตถุประสงค์ที่กฎหมายฉบับใดให้ความคุ้มครอง หากเป็นการคุ้มครองในฐานะงานอันมีลิขสิทธิ์ ก็มีวัตถุประสงค์คือการให้ทำซ้ำหรือเผยแพร่งานนั้น ส่วนการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ก็มีวัตถุประสงค์เป็นการให้ใช้ศึกษาวิจัย จำหน่าย ปรับปรุงหรือพัฒนางานที่ได้จดทะเบียนไว้ และเมื่อกำหนดอายุการคุ้มครองเป็นอย่างเดียวกัน กรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าตำราการแพทย์แผนไทยเข้าหลักเกณฑ์การคุ้มครองของกฎหมายทั้งสองฉบับ ตำราการแพทย์แผนไทยนั้นก็จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทั้งสองฉบับโดยมิได้ลึกลับกัน อย่างไรก็ตาม กรณีผู้ทรงสิทธิชุมชนย่อมไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์เป็นการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของปัจเจกชนเท่านั้น อีกทั้งโดยลักษณะแห่งภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยของชุมชนอาจถ่ายทอดองค์ความรู้จากรุ่นสู่รุ่นโดยมิได้มีการจดบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

กรณีการคุ้มครองสิทธิบัตร จากที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 จะเห็นได้ว่า การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยมีความใกล้เคียงกันกับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ เพราะมุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้ทรงสิทธิในการศึกษาวิจัย จำหน่าย ปรับปรุงหรือพัฒนาตำรับยาแผนไทยหรือ

<sup>252</sup> World Health Organization. *Supra* note 96.

<sup>253</sup> มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (29 พฤศจิกายน 2542), หน้า 55.

ภูมิปัญญาในตำราการแพทย์แผนไทย<sup>254</sup> ส่วนสิทธิของผู้ประดิษฐ์ซึ่งมีสิทธิในการผลิต ใช้ ขาย มีไว้เพื่อขาย หรือเสนอขายสิ่งประดิษฐ์นั้น ก็มีวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองเพื่อให้เกิดการพัฒนาองค์ความรู้เช่นเดียวกัน และกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตรยังให้ความคุ้มครองไปถึงสูตรยาต่างๆ ซึ่งสอดคล้องกับตำรับยาแผนไทย โดยสิทธิบัตรกำหนดอายุการคุ้มครองไว้ยี่สิบปี เมื่อผู้ทรงสิทธิชุมชนในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยไม่อาจได้รับความคุ้มครองในกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ได้ ประกอบกับสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยมีวัตถุประสงค์แห่งการคุ้มครองตำรับยาแผนไทยทำนองเดียวกับสิทธิบัตรยา การกำหนดอายุการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิชุมชนในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยจึงควรกำหนดให้สอดคล้องกับกับสิทธิบัตรคือยี่สิบปี

นอกจากนี้ เนื่องจากภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเป็นองค์ความรู้ดั้งเดิมซึ่งมีองค์ประกอบเป็นตำราการแพทย์แผนไทย หรือตำรับยาแผนไทย ที่ไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ เพราะสิทธิบัตรที่กฎหมายให้ความคุ้มครองจะต้องมีองค์ประกอบ คือ ความใหม่ มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรมได้ ซึ่งแม้ว่าภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยอาจมีขั้นตอนการรักษา หรือผลิตยาแผนไทย เทียบได้กับกรณีเป็นการมีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น อีกทั้งยังสามารถประยุกต์ได้ในทางอุตสาหกรรม แต่ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยก็ไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ ด้วยว่าเป็นกรณีขาดองค์ประกอบของสิทธิบัตรคือขาดความใหม่ ดังนั้น ความคาบเกี่ยวของการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยในทัศนะของผู้เขียนจึงเป็นการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง ไม่ใช่องค์ประกอบของสิ่งที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง เพราะภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยกับสิทธิบัตรต่างก็เป็นทรัพย์สินทางปัญญาคนละประเภทกัน ย่อมมีองค์ประกอบของสิ่งที่คุ้มครองแตกต่างกัน

ส่วนการคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น ซึ่งย่อมรวมถึงพืชสมุนไพรต่างๆ ที่เป็นแหล่งทรัพยากรที่ให้กำเนิดภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยด้วย แต่พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ไม่สามารถช่วยคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยได้ในทุกกรณี เนื่องจากภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยนอกจากมีความเกี่ยวข้องกับพืชสมุนไพรแล้ว ตัวยาสมุนไพรยังอาจประกอบไปด้วยผลิตภัณฑ์จากสัตว์ หรือแร่ธาตุต่างๆ และอาศัยประสบการณ์การรักษาพยาบาลที่สืบทอดต่อกันมาเป็นองค์ความรู้ด้านการแพทย์ดั้งเดิม ดังนั้น จึงสามารถนำพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชมาเปรียบเทียบได้บางส่วน ซึ่งตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชได้กำหนดให้มีการคุ้มครองในลักษณะสิทธิชุมชนด้วย โดยกำหนดอายุการคุ้มครองในสามระดับ ตามอายุของพืชพันธุ์ลักษณะต่าง ๆ ดังนี้

- 1) กรณีพืชซึ่งให้ผลผลิตตามลักษณะประจำพันธุ์ได้ในภายหลังปลูกโดยใช้ส่วนขยายพันธุ์ไม่เกินสองปี ให้คุ้มครองสิบสองปี
- 2) กรณีพืชซึ่งให้ผลผลิตตามลักษณะประจำพันธุ์ได้ในภายหลังปลูกโดยใช้ส่วนขยายพันธุ์เกินกว่าสองปี ให้คุ้มครองสิบเจ็ดปี
- 3) กรณีพืชที่ใช้ประโยชน์ในส่วนของเนื้อไม้ ซึ่งให้ผลผลิตตามลักษณะประจำพันธุ์ได้ในภายหลังปลูกโดยใช้ส่วนขยายพันธุ์เกินกว่าสองปี ให้คุ้มครองยี่สิบเจ็ดปี

<sup>254</sup> อ้างอิงแล้ว เจริญธรรมที่ 233.

ทั้งนี้ ให้ขยายระยะเวลาต่อได้คราวละสิบปี<sup>255</sup>

แสดงให้เห็นว่าการคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นมีการกำหนดอายุการคุ้มครองน้อยกว่าอายุการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย และนอกจากระยะเวลาที่กฎหมายคุ้มครองจะขึ้นอยู่กับลักษณะประจำพันธุ์พืชแล้ว กฎหมายยังให้ขอขยายระยะเวลาต่อได้อีกคราวละสิบปี เพราะสิทธิชุมชนยังคงมีอยู่ตราบเท่าที่ประชากรในชุมชนยังอาศัยอยู่และบริหารจัดการสิทธิชุมชนร่วมกัน

ดังนั้น การกำหนดอายุการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์จึงต้องแยกกรณีผู้ทรงสิทธิที่เป็นปัจเจกชน ออกจากผู้ทรงสิทธิชุมชนด้วย เพื่อป้องกันปัญหาการลักลั่นของการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิซึ่งเป็นปัจเจกชนอาจมีลิขสิทธิ์ในตำราการแพทย์ด้วย ในขณะที่ผู้ทรงสิทธิชุมชนไม่มีลิขสิทธิ์ดังกล่าว และกรณีผู้ทรงสิทธิชุมชนที่เป็นผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยก็มีความสัมพันธ์กับสิทธิบัตรด้วย เพราะตำรับยาและสิทธิบัตรยาต่างก็มีวัตถุประสงค์การคุ้มครองไปในแนวทางเดียวกัน จึงควรกำหนดให้มีอายุความคุ้มครองยี่สิบปีเช่นเดียวกับสิทธิบัตร รวมถึงอาจขอขยายระยะเวลาการคุ้มครองต่อได้คราวละสิบปีเช่นเดียวกับการคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น ทั้งนี้ เพื่อให้ชุมชนได้มาแสดงเจตจำนงร่วมกันในการธำรงรักษาภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยของตน

จากปัญหาการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ทั้งประเด็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับนิยามคำว่า ผู้ทรงสิทธิ ปัญหาการกำหนดขอบเขตการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิ และปัญหาความคาบเกี่ยวในการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้กับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ หากมีการนำแนวทางแก้ปัญหานี้ในแต่ละประเด็นไปดำเนินการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติฉบับนี้ให้เหมาะสมย่อมทำให้หน่วยงานทั้งภาครัฐและเอกชน รวมถึงปัจเจกชนที่เกี่ยวข้อง ตระหนักถึงการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น ซึ่งเป็นการช่วยลดปัญหาละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่ง ที่เรียกว่า Intellectual Piracy หรือที่เรียกว่า Biopiracy อีกด้วย เพราะเมื่อร่วมกันตระหนักถึงสิทธิของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยแล้ว การแสวงหาประโยชน์จากภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยโดยต่างชาติโดยไม่มีการแบ่งปันผลประโยชน์กลับคืนสู่ประเทศไทยเจ้าของภูมิปัญญาอย่างถูกต้องเหมาะสมย่อมมีโอกาสเป็นไปได้ยาก

<sup>255</sup> มาตรา 31 และมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา 116 (25 พฤศจิกายน 2542), หน้า 25, 30.



## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

จากการศึกษาถึงประวัติผู้คิดค้น ปรับปรุง หรือพัฒนาภูมิปัญญาการแพทย์ของโลกทั้งโลก ตะวันตกและโลกตะวันออกแล้ว พบว่า พวกเขาเหล่านี้ ได้อาศัยความพากเพียรพยายามอย่างยิ่ง เพื่อให้เกิดองค์ความรู้ทางการแพทย์ต่าง ๆ อันเป็นประโยชน์ต่อประชากรโลกอย่างเพียงพอต่อความต้องการในด้านการรักษาพยาบาล จึงเป็นบุคคลผู้สมควรที่จะได้รับการคุ้มครองในฐานะ ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ ซึ่งการคุ้มครองดังกล่าวจะต้องเป็นไปโดยสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน และหลักสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอันเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชน คือสิทธิอันเกิดจากมนุษย์และเพื่อประโยชน์สุขแก่ตัวมนุษย์ผู้ทรงสิทธิเอง และเป็นสิทธิในทรัพย์สินที่เกิดจากการสร้างสรรค์ของมนุษย์

เนื่องจากในสถานการณ์ปัจจุบันภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยได้กลับมามีบทบาทสำคัญต่อการดูแลสุขภาพสุขภาพของคนในสังคมเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ และได้พัฒนาไปตามสภาพเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม โดยนำภูมิปัญญาไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในฐานะที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญา ประเภทหนึ่ง และประเทศไทยก็ได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกในองค์การการค้าโลก (World Trade Organization (WTO)) ซึ่งสมาชิกทั้งหลายได้ร่วมทำความตกลงระหว่างประเทศเพื่อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPS Agreement) ดังนั้น การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย จึงต้องมีความสอดคล้องกับความตกลงดังกล่าวนี้ด้วย

ความตกลงทริปส์ มีการให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไว้อย่างเป็นรูปธรรม ชัดเจน จำแนกตามประเภทของทรัพย์สินทางปัญญา อย่างไรก็ตาม แม้ความตกลงทริปส์จะได้ให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและสิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพซึ่งรวมถึงภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย แต่ไม่ได้กำหนดมาตรการบังคับให้ผู้นำทรัพยากรชีวภาพไปใช้ประโยชน์ต้องให้ผลตอบแทนอย่างเป็นธรรมแก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรชีวภาพเลย ประกอบกับประเทศไทยได้เข้าร่วมลงนามรับรองอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ทำให้ประเทศไทยต้องนำหลักการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพตามอนุสัญญาดังกล่าวซึ่งต้องมีการแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่เจ้าของทรัพยากรชีวภาพมาบัญญัติเป็นกฎหมายภายในประเทศด้วย

นอกจากนี้ ทรัพยากรชีวภาพอันหลากหลายล้วนเกี่ยวข้องใกล้ชิดกับความหลากหลายทางวัฒนธรรม ทำให้ต้องพิจารณาถึงหลักการคุ้มครองความหลากหลายทางวัฒนธรรมตามอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรม เพราะภูมิปัญญาในด้านการแพทย์แผนไทยแสดงออกซึ่งคุณค่าอัตลักษณ์และวัฒนธรรมความเป็นไทย จึงต้องกำหนดให้มีการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ได้อย่างยั่งยืน

ทั้งนี้ จากสถานการณ์ที่ประเทศพัฒนาแล้วมักกำหนดให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นความรู้ สาธารณะอันปวงชนทั้งหลายสามารถนำไปแสวงหาประโยชน์ได้ แต่ประเทศที่กำลังพัฒนากลับมุ่ง ค้ำครองภูมิปัญญาท้องถิ่นให้เป็นสิ่งทรงคุณค่ายิ่งของชุมชนท้องถิ่น เพื่อให้ชุมชนเจ้าของทรัพยากร ภูมิปัญญามีสิทธิหวงแหน และปกป้องรักษาไว้มิให้มีการแสวงหาประโยชน์โดยปราศจากความเป็น ธรรม หรือทำให้ชีวิตความเป็นอยู่ในชุมชนนั้นๆ เสียหาย ซึ่งทั้งอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทาง ชีวภาพ และอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกทาง วัฒนธรรม สามารถนำหลักกฎหมายมาใช้เป็นทางแนวทางแก้ปัญหาค้ำครองภูมิปัญญาการแพทย์ให้ ครอบคลุมถึงการคุ้มครองคุณค่าอัตลักษณ์ของไทย และสนับสนุนสิทธิของผู้ทรงสิทธิชุมชนตราบ จนกระทั่งชุมชนไม่มีการแสดงออกซึ่งภูมิปัญญาเหล่านั้นอีกต่อไป

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ของต่างประเทศที่ สำคัญ พบว่า

1) ประเทศอินเดีย ไม่มีกฎหมายเฉพาะที่ให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญา การแพทย์ของอินเดียดังเช่นประเทศไทย แต่มีการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์นั้นโดย กฎหมายสิทธิบัตร และมีระบบฐานข้อมูล TKDL เกี่ยวกับภูมิปัญญาการแพทย์ของอินเดียเพื่อใช้ ตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรและป้องกันมิให้ต่างชาติละเมิดสิทธิในภูมิปัญญาได้อย่างมีประสิทธิภาพ

อีกทั้ง ประเทศอินเดียยังมีกฎหมายว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 2002 ที่กำหนดให้อนุรักษ์และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน รวมถึงการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและ เท่าเทียมกัน ซึ่งทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาต่างๆ โดยผู้มีสิทธิเรียกร้องในผลประโยชน์นั้น ได้แก่ ผู้สร้างสรรค์หรือผู้ครอบครองภูมิปัญญาและข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการใช้ทรัพยากรชีวภาพ นวัตกรรม หรือทางปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ต่างๆ นอกจากนี้ ในกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดมาตรการ การลงโทษที่รุนแรงสำหรับผู้เข้าถึงหรือขอรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในภูมิปัญญาเกี่ยวกับ ทรัพยากรทางชีวภาพ ซึ่งครอบคลุมไปถึงภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองของอินเดีย โดยไม่ได้รับ อนุญาตจากหน่วยงานของรัฐ อีกด้วย

2) ประเทศจีน ไม่มีกฎหมายเฉพาะที่ให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญา การแพทย์เช่นเดียวกับที่ประเทศอินเดียไม่มีกฎหมายเฉพาะ ทำให้ต้องคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในกฎหมาย สิทธิบัตร ซึ่งเป็นการช่วยกระตุ้นให้เกิดการพัฒนาคิดค้นเทคโนโลยีใหม่ ๆ ต่อยอดจากภูมิปัญญาที่มีมา แต่โบราณของจีน ผ่านกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ต่าง ๆ อันนำไปสู่มาตรฐานสากลเป็นที่ยอมรับทั่ว โลกได้ แต่อย่างไรก็ตาม ควรต้องมีการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์ในรูปของกฎหมายเฉพาะมาก่อน เพราะมิฉะนั้น ด้วยเงื่อนไขทั้งหลายของการขอรับสิทธิบัตรของจีนอาจก่อให้เกิดการผูกขาดสิทธิบัตร ยา หรือนวัตกรรมด้านการแพทย์ โดยองค์กรธุรกิจต่าง ๆ ที่นำภูมิปัญญาไปพัฒนาต่อยอด โดยที่ ชุมชน หรือปัจเจกชน เจ้าของภูมิปัญญาดั้งเดิมไม่ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนที่เหมาะสม

สำหรับการศึกษากฎหมายภายในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการคุ้มครอง ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยซึ่งได้แก่ กฎหมายเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองและ ส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 พบว่า พระราชบัญญัตินี้ได้ให้ความคุ้มครอง ผู้ทรงสิทธิซึ่งเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไทย ที่ได้คิดค้น ปรับปรุงหรือพัฒนา หรือสืบทอดตำรับยาแผน ไทยและตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคล โดยต้องมีการจดทะเบียนสิทธิก่อน ผลของการได้รับจด

ทะเบียนทำให้ผู้ทรงสิทธิมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการผลิตยา ใช้ศึกษาวิจัย จำหน่าย ปรับปรุงหรือพัฒนา ตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยดังกล่าว และคุ้มครองไปตลอดอายุของผู้ทรงสิทธินับต่อไปอีก 50 ปี ในอีกทางหนึ่งพระราชบัญญัตินี้ ก็ได้ให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยในระดับชาติไว้ โดยกำหนดให้รัฐเป็นตัวแทนของประชาชนคนไทยทุกคนในการใช้อำนาจทางภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยดังกล่าวไว้เพื่อให้สังคมได้ใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน ไม่ให้ผู้หนึ่งผู้ใดทำลายซึ่งคุณค่าภูมิปัญญาเหล่านั้น

ส่วนกฎหมายทั่วไปอื่น ๆ ของประเทศไทยที่เกี่ยวข้อง ได้แก่

1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เป็นกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการออกพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 เนื่องจากรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้รับรองสิทธิของบุคคลในอันที่จะมีส่วนร่วมทั้งกับรัฐและชุมชนในการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพ รวมถึงบุคคลยังรวมกันเป็นชุมชน ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมโดยมีสิทธิร่วมกันในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่นซึ่งย่อมรวมไปถึงภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยด้วย ตลอดจนได้กำหนดให้รัฐต้องดำเนินการส่งเสริมการประดิษฐ์หรือคิดค้นเพื่อให้เกิดความรู้ใหม่ รักษาและพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่นและภูมิปัญญาไทย รวมทั้งให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งย่อมหมายความรวมทั้งภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยด้วยเช่นกัน

2) พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งพระราชบัญญัตินี้มีเจตนารมณ์มุ่งคุ้มครองความปลอดภัยในการบริโภคยา จึงเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยในส่วนของตำรับยาแผนไทย โดยที่ยาแผนไทยนี้ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้หมายความรวมถึงยาแผนโบราณตามพระราชบัญญัติยาดังกล่าวด้วย ในขณะที่การกำหนดนิยาม สมุนไพร ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 หมายถึง พืช สัตว์ จุลชีพ ธาตุวัตถุ สารสกัดดั้งเดิมจากพืชหรือสัตว์ที่ใช้หรือแปรสภาพหรือผสมหรือปรุงเป็นยาหรืออาหาร เพื่อการตรวจวินิจฉัย บำบัดรักษา หรือป้องกันโรค หรือส่งเสริมสุขภาพร่างกายของมนุษย์หรือสัตว์ และถิ่นกำเนิดหรือถิ่นที่อยู่ของสิ่งเหล่านั้น แต่ในพระราชบัญญัติยา สมุนไพร ต้องยังมีได้ผสม ปรุง หรือแปรสภาพ และไม่รวมถึงถิ่นกำเนิด หรือถิ่นที่อยู่ของสมุนไพรด้วย จากนิยามที่แตกต่างก็เป็นไปเนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายแตกต่างกัน ซึ่งการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยให้เหมาะสมจำเป็นต้องกำหนดนิยาม สมุนไพร ให้ครอบคลุมถึงแหล่งกำเนิดหรือถิ่นที่อยู่และการสกัดดั้งเดิมและการแปรสภาพของสิ่งที้นำมาเป็นสมุนไพร และยิ่งไปกว่านั้นการกำหนดนิยามสารสกัดดั้งเดิมหรือแปรสภาพนั้นจะต้องอยู่ในกรอบของการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ที่เหมาะสมด้วย

3) พระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม เป็นกฎหมายที่มุ่งควบคุมการประกอบโรคศิลปะโดยการให้ขึ้นทะเบียนออกใบอนุญาตประกอบโรคศิลปะ หากจะประกอบโรคศิลปะในสาขาใด ก็ต้องได้รับการขึ้นทะเบียนและใบอนุญาตในสาขานั้น เพื่อให้เกิดความปลอดภัยกับผู้รับบริการด้านสุขภาพ ซึ่งปัจจุบันได้มีการเพิ่มสาขาการแพทย์แผนจีนไว้ในหลักเกณฑ์การควบคุมการประกอบโรคศิลปะดังกล่าวด้วย อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีการคุ้มครอง

ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนจีนปรากฏเป็นหลักเกณฑ์ดังเช่นการแพทย์แผนไทย จึงควรต้องแก้ไขกฎหมายให้ครอบคลุมมากยิ่งขึ้น ทั้งเพื่อรักษาผลประโยชน์ให้กับตัวผู้ทรงสิทธิ และสังคมที่จะมีทางเลือกที่หลากหลายในการเข้ารับบริการทางการแพทย์

4) พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้ให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยด้านงานตำราการแพทย์แผนไทย เพราะนับได้ว่าเป็นงานนิพนธ์ ซึ่งก็คืองานวรรณกรรมประเภทหนึ่ง และผู้ทรงสิทธิในตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลย่อมเป็นผู้ทรงลิขสิทธิ์ด้วยก็ได้ ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ได้ให้ความคุ้มครองโดยไม่ต้องจดทะเบียนสิทธิ และมีอายุการคุ้มครองตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์หรือผู้สร้างสรรค์ร่วม ต่อไปอีก 50 ปี นับแต่ผู้สร้างสรรค์หรือผู้สร้างสรรค์ร่วมคนสุดท้ายถึงแก่ความตาย อย่างไรก็ตาม แม้ว่าตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลจะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่การคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์กับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ก็มีความแตกต่างกัน ทั้งในส่วนข้อยกเว้นการละเมิดสิทธิ และบทกำหนดโทษผู้ที่กระทำการอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

5) พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองผู้ประดิษฐ์สิ่งประดิษฐ์ต่างๆ ซึ่งย่อมรวมถึงการคิดค้นตำรับยาใหม่ด้วย โดยเป็นการนำเอาภูมิปัญญาด้านการแพทย์ไปต่อยอดพัฒนาและขอรับสิทธิบัตรยาต่อไปได้ อย่างไรก็ตาม ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยกับสิทธิบัตรต่างก็เป็นทรัพย์สินทางปัญญาคนละประเภทกัน ย่อมมีองค์ประกอบของเงื่อนไขที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแตกต่างกันไป แต่ก็ล้วนมุ่งประสงค์จะให้ความคุ้มครองซึ่งสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิเพื่อให้เกิดการพัฒนาองค์ความรู้ต่อยอดได้ในทำนองเดียวกัน พระราชบัญญัติสิทธิบัตรจึงมีความสำคัญในการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

6) พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้ผู้ทรงสิทธิชุมชนที่จดทะเบียนคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นที่เป็นพืชสมุนไพรนั้น เป็นผู้มียุติแต่ผู้เดียวในการปรับปรุงพันธุ์ ศึกษา ค้นคว้า ทดลอง วิจัย ผลิต ขาย ส่งออกนอกราชอาณาจักร หรือจำหน่ายส่วนขยายพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น โดยที่ผู้ทรงสิทธิชุมชนนี้อาจเป็นผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ด้วยก็ได้ เนื่องจากภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยส่วนหนึ่งเป็นภูมิปัญญาด้านสมุนไพรไทยที่ได้มาจากพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นต่าง ๆ ดังนั้น จึงต้องนำพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชนี้มาศึกษาเปรียบเทียบกับเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์คุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยให้เหมาะสมด้วย

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายภายในประเทศไทยที่กล่าวมาแล้วมาวิเคราะห์เปรียบเทียบได้นำไปสู่ข้อเสนอแนะต่อประเด็นปัญหาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ทั้งสี่ประเด็น คือ ปัญหาการจดทะเบียนเพื่อคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ปัญหาการกำหนดนิยามที่เกี่ยวข้องกับวัตถุแห่งสิทธิ ปัญหาการกำหนดขอบเขตการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิ และปัญหาความคาบเกี่ยวในการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้กับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ สรุปได้ว่า

### 5.2.1 จากประเด็นปัญหาการจดทะเบียนเพื่อคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

พบว่า เนื่องจากสถานการณ์ในปัจจุบันยังไม่มีผู้ได้รับการคุ้มครองสิทธิตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ซึ่งการรับจดทะเบียนสิทธิในตำรับยาแผนไทยส่วนบุคคลหรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลยังไม่เป็นรูปธรรมในปัจจุบัน ก็เป็นเพราะต้องมีการตรวจสอบให้แน่ชัดว่าตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยนั้นๆ มิใช่ประเภทของชาติ หรือประเภททั่วไป อีกทั้งยังต้องตรวจสอบถึงผลการใช้ตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยว่า เป็นประโยชน์ในการดูแลสุขภาพให้แก่ประชาชนได้จริง เพื่อให้ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลมีมาตรฐานน่าเชื่อถือ และเป็นการสร้างคุณค่าให้เหมาะสมในการคุ้มครองสิทธิ

แต่กฎหมายดังกล่าวก็มีความจำเป็นยิ่ง เพราะเป็นการให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเพื่อกระตุ้นให้ผู้ทรงสิทธิช่วยกันคิดค้น ปรับปรุงหรือพัฒนา หรือสืบทอดองค์ความรู้ที่เป็นฐานในการพัฒนาต่อยอดต่อไปได้ ซึ่งจะช่วยป้องกันการแสวงหากำไรอย่างผูกขาด การเป็นเจ้าของภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจากบุคคลหรือนิติบุคคลต่างชาติอีกด้วย โดยที่กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ และกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตรยังมีหลักเกณฑ์ที่ไม่ครอบคลุมการคุ้มครองวัตถุแห่งสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ทั้งตำราการแพทย์แผนไทยที่อาจหมดอายุการคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์แล้ว และตำรับยาแผนไทยที่ขาดคุณสมบัติกรณีความใหม่ทำให้ไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ ดังนั้น จึงสมควรจะต้องเร่งดำเนินการเพื่อให้การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับได้อย่างจริงจัง โดยการเร่งประกาศกำหนดประเภทตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยประเภทของชาติ หรือประเภททั่วไป เพิ่มมากขึ้น และยกร่างกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดรายละเอียดให้จัดทำรายงานผลการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญานั้น

### 5.2.2 จากประเด็นปัญหาการกำหนดนิยามที่เกี่ยวข้องกับ วัตถุแห่งสิทธิ มีข้อเสนอแนะดังนี้

5.2.2.1 ควรแก้ไขนิยามการแปรรูปอย่างหยابให้สอดคล้องกับสารสกัดดั้งเดิม ซึ่งต่างก็เป็นเงื่อนไขของช้อยกเว้นการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย และมีให้ สืบสนกับการนำไปพัฒนาค้นคว้าวิจัยทางวิทยาศาสตร์เพื่อสร้างสารสังเคราะห์จากการต่อเติมโมเลกุลของเคมีภัณฑ์ต่าง ๆ เพื่อให้สามารถเข้าหลักเกณฑ์การขอรับสิทธิบัตรได้ โดยกำหนดให้ แปรรูปอย่างหยاب หมายความว่า การปรุงแต่งหรือเปลี่ยนแปลงสภาพหรือคุณสมบัติของสมุนไพร ทำให้ได้สารแบบรวมด้วยกรรมวิธีแบบดั้งเดิม

5.2.2.2 ควรแก้ไขนิยามคำว่า ผู้ทรงสิทธิ หมายความว่า บุคคลซึ่งได้จดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย หรือในภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองของต่างประเทศ หรือชาติพันธุ์อื่นๆ ตามพระราชบัญญัตินี้ เพิ่มนิยาม ภูมิปัญญาการแพทย์ หมายความว่า พันความรู้ความสามารถเกี่ยวกับการแพทย์ และตตินิยาม ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ออก เนื่องจากมีการเพิ่มนิยาม ภูมิปัญญาการแพทย์ เข้ามา และมีการกำหนดนิยามคำว่า การแพทย์แผนไทย ไว้แล้ว ซึ่งการแก้ไขนิยามดังกล่าวจะช่วยให้การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ สอดคล้องกับหลักใน

ความตกลงทริปส์ที่เป็นสากลอันรัฐทั้งหลายจะต้องให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแก่คนชาติตนและคนต่างชาติอย่างเสมอภาคกัน และไม่ด้อยไปกว่าที่รัฐตนให้สิทธิแก่คนชาติตนเอง อีกทั้งยังต้องให้สิทธิซึ่งกันและกันในลักษณะต่างตอบแทนด้วย

### 5.2.3 จากประเด็นปัญหาการกำหนดขอบเขตการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญา การแพทย์แผนไทย มีข้อเสนอแนะดังนี้

5.2.3.1 ควรเพิ่มการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิชุมชนไว้ให้ชัดเจนทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 โดยให้มีการจดทะเบียนสิทธิชุมชนในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ซึ่งต้องมีการระบุถึงรายชื่อสมาชิกและหลักฐานแสดงเขตที่ตั้งของชุมชน บันทึกข้อตกลงการแบ่งปันผลประโยชน์ร่วมกันในชุมชน รวมถึงข้อตกลงกำหนดวิธีการแสดงออกซึ่งสิทธิชุมชน เช่น แสดงออกผ่านผู้แทนชุมชน คือ หมอยาพื้นบ้านที่ชุมชนเคารพนับถือ เป็นต้น

5.2.3.2 ควรมีบทลงโทษกรณีละเมิดสิทธิของผู้ทรงสิทธิไว้ให้พระราชบัญญัตินี้ให้ชัดเจน โดยกำหนดให้เป็นโทษชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ทรงสิทธิตามจำนวนที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาเห็นสมควร ภายใต้หลักการที่ต้องคำนึงถึงความร้ายแรงแห่งความเสียหายที่แท้จริง และการขาดประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของผู้ทรงสิทธิอื่นเนื่องมาจากการละเมิดสิทธินั้น ซึ่งศาลอาจสั่งให้ทำลายรับสิ่งของ เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ต่างๆ ที่ใช้ในการกระทำละเมิดด้วยก็ได้ เช่นเดียวกับหลักเกณฑ์การละเมิดลิขสิทธิ์ หรือสิทธิบัตร เป็นต้น

5.2.3.3 ควรแยกข้อย่อยในแต่ละกรณีของการยกเว้นสิทธิแต่ผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิวรรค 2 ของมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ให้ชัดเจน โดยกรณีการผลิตยาเพื่อยังชีพแบบพื้นบ้านต้องแยกออกจากกรณีการผลิตยาโดยสถานพยาบาลของรัฐ ส่วนราชการ หรือหน่วยงานของรัฐ เพื่อประโยชน์ในการรักษาพยาบาลในสถานพยาบาลของรัฐ หรือการใช้ตำราการแพทย์แผนไทยเพื่อประโยชน์ในการรักษาพยาบาลในสถานพยาบาลของรัฐ เนื่องจากการอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในภูมิปัญญาด้วยวัตถุประสงค์เพื่อยังชีพแบบพื้นบ้านย่อมก่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคมและไม่ถึงขนาดเป็นอุปสรรคต่อการใช้สิทธิแต่ผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิ จึงไม่ต้องมีหลักเกณฑ์กำหนดรายละเอียดของข้อยกเว้นเพิ่มเติมอีก

5.2.3.4 ควรเพิ่มเติมความในวรรค 2 ของมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัตินี้ เป็นกรณีข้อยกเว้นสิทธิแต่ผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิในการผลิตยาหรือใช้สิทธิในการศึกษาวิจัย จำหน่ายปรับปรุง หรือพัฒนาภูมิปัญญาดังที่ผู้ทรงสิทธิได้จดทะเบียนไว้ ก่อนวันที่ผู้ทรงสิทธิยื่นขอจดทะเบียนสิทธิในราชอาณาจักร โดยไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ถึงการจดทะเบียนของผู้ทรงสิทธินั้น ไว้ด้วย

### 5.2.4 จากประเด็นปัญหาความคาบเกี่ยวในการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้ กับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ มีข้อเสนอแนะดังนี้

5.2.4.1 ควรแก้ไขระเบียบเพื่อส่งเสริมการพัฒนาระบบฐานข้อมูลภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย โดยให้กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก จัดทำฐานข้อมูลทะเบียนตำรับยาแผนไทยและตำราการแพทย์แผนไทย ที่ได้รวบรวมไว้ เผยแพร่ให้ประชาชนสามารถค้นคว้า อ้างอิง ตรวจสอบได้ ซึ่งการจัดทำทะเบียนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ให้ระบุชื่อตำรับยา

แผนไทย หรือตำราการแพทย์แผนไทย สรรพคุณโดยที่ไม่มุ่งหมายจะเปิดเผยสูตร วิธีการปรุง หรือรายละเอียดอื่นใดอันเป็นสิทธิส่วนบุคคลเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลในการจดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยของส่วนบุคคล หรือของชุมชน

5.2.4.2 ควรกำหนดอายุการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์โดยแยกกรณีผู้ทรงสิทธิที่เป็นปัจเจกชน ออกจากผู้ทรงสิทธิชุมชนด้วย เพราะการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิซึ่งเป็นปัจเจกชนอันอาจมีสิทธิในตำราการแพทย์ด้วย แต่ผู้ทรงสิทธิชุมชนไม่มีสิทธิดังกล่าว และผู้ทรงสิทธิชุมชนที่เป็นผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยก็มีความสัมพันธ์กับสิทธิบัตรด้วย เพราะตำรับยาและสิทธิบัตรยาล้วนมีวัตถุประสงค์การคุ้มครองทำนองเดียวกัน ในขณะที่เดียวกันก็มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น เพราะภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยส่วนใหญ่มักอาศัยพืชสมุนไพรท้องถิ่นเป็นส่วนประกอบ แต่การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในพันธุ์พืชพื้นเมืองนั้น ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ได้กำหนดอายุการคุ้มครองไว้ตามระยะเวลาที่พันธุ์พืชแสดงลักษณะประจำพันธุ์ให้ปรากฏหลังการปลูกจากส่วนขยายพันธุ์ จึงไม่สามารถนำอายุการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 มาเทียบเคียงกำหนดหลักเกณฑ์ ซึ่งควรกำหนดให้มีอายุความคุ้มครองยี่สิบปีเช่นเดียวกับการคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น ทั้งนี้เพื่อให้ชุมชนได้มาแสดงเจตจำนงร่วมกันในการรักษาสิทธิชุมชนซึ่งภูมิปัญญาการแพทย์ของพวกเขาได้

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ ทั้งในส่วนที่เป็นสิทธิของปัจเจกชนและสิทธิชุมชนอย่างเหมาะสม ย่อมช่วยแก้ไขปัญหากรณีที่ต่างชาติได้นำภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยไปแสวงหาประโยชน์โดยมิได้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่ชาติหรือคนในชาติซึ่งเป็นเจ้าของภูมิปัญญานั้น

## บรรณานุกรม

- กรมทรัพย์สินทางปัญญา. กฎหมายสิทธิบัตรการประดิษฐ์-ประเทศอินเดีย. ค้นวันที่ 7 ตุลาคม 2555 จาก [http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=707&Itemid=600](http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=707&Itemid=600)
- กรมทรัพย์สินทางปัญญา. กฎหมายสิทธิบัตรการประดิษฐ์-สาธารณรัฐประชาชนจีน. ค้นวันที่ 7 ตุลาคม พ.ศ. 2555 จาก [http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=707&Itemid=600](http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=707&Itemid=600)
- จักรกฤษณ์ ควรพจน์. กฎหมายสิทธิบัตร แนวคิดและบทวิเคราะห์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544.
- จักรกฤษณ์ ควรพจน์. กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2545.
- จันทร์ทัต สิทธิกำจร. คำอธิบายพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543.
- จิราพร ลิ้มปานานนท์ และคณะ. Drugly America ชีวิตและยา กับ FTA ไทย-สหรัฐ, กรุงเทพฯ: หน่วยปฏิบัติการวิจัยเภสัชศาสตร์สังคม คณะเภสัชศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552.
- ชยันต์ พิเชียรสุนทร และวิเชียร จีรวงส์. คู่มือเภสัชกรรมแผนไทย เล่ม 3. กรุงเทพฯ: อมรินทร์, 2546.
- ซิสค์, เค็นเน็ธ จี. ลัทธินิกพรดและการเยียวยาในอินเดียโบราณ : ระบบการแพทย์ในพุทธอาราม. แปลจาก "Asceticism and Healing in Ancient India : Medicine in the Buddhist Monastery" โดย จีเรเดซ อุทัยวิทยารัตน์. กรุงเทพฯ: มูลนิธิโกมลคีมทอง, 2552.
- ชุมเจตน์ กาญจนเกษร. อนุสัญญาและกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางชีวภาพ. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อม กระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และสิ่งแวดล้อม, 2539.
- ทวี มุขระโกษา. แพทย์เอกของโลก. กรุงเทพฯ: พิมพ์ดี, 2554.
- ธนิต ชังถาวร และคณะ. รายงานการศึกษาการรอบความคิดการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย. กรุงเทพฯ: ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, 2550. ค้นวันที่ 7 ตุลาคม 2555 จาก [http://www.ipthailand.go.th/new\\_template/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&ggi=992&Itemid=747](http://www.ipthailand.go.th/new_template/index.php?option=com_docman&task=cat_view&ggi=992&Itemid=747)



- นริสา วุฒิปัญญาเลิศ. กลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในอาเซียน (Mechanisms for Human Rights Protection in ASEAN). วารสารกฎหมายสุขภาพไทย 16 (มิถุนายน 2547): 87. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. 2005. Division of Ethics of Science and Technology Social and Human Science Sector. ค้นวันที่ 3 มีนาคม 2556 จาก [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=31058&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)
- นวลจันทร์ จารุปรัชชาชาญ จิรัชยา ประมวล และคณะ. องค์ความรู้การแพทย์แผนไทยสำหรับประชาชน. กรุงเทพฯ: องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึกในพระบรมราชูปถัมภ์, 2552.
- นันทน อินทนนท์. ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาและผลกระทบต่อภูมิปัญญาท้องถิ่น. วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 16 (2546): 147 – 148.
- นิธิ เอียวศรีวงศ์. องค์ความรู้ด้านประวัติศาสตร์การแพทย์และการสาธารณสุขไทย : สถานะ วาระการวิจัย และแนวทางการศึกษาในอนาคต, ใน พรหมแดนความรู้ประวัติศาสตร์การแพทย์และการสาธารณสุขไทย, โกมาตร จึงเสถียรทรัพย์, ชชาติชาย มุขสงบรรณาธิการ. กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข, 2545, หน้า 28 – 29. อ้างถึงในอำพล จินดาวัฒน์, พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติกับสุขภาวะของคนไทย. นิติเวชศาสตร์และกฎหมายการแพทย์. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.
- บัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์ และคณะ. ผลกระทบต่อสุขภาพจากการเปิดเสรีการค้า กรณีการคุ้มครองพันธุ์พืชสมุนไพรและภูมิปัญญา การแพทย์แผนไทย. ค้นวันที่ 15 กันยายน พ.ศ. 2555 จาก <http://www.ftawatch.org/all/article/17957>
- ปฏิญญากรุงเวียนนาและแผนปฏิบัติการในสิทธิมนุษยชน. อ้างถึงใน นริสา วุฒิปัญญาเลิศ. กลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในอาเซียน (Mechanisms for Human Rights Protection in ASEAN). วารสารกฎหมายสุขภาพไทย 16 (มิถุนายน 2540): 88.
- ประเวศ วะสี. ธรรมชาติของสรรพสิ่ง การเข้าถึงความจริงทั้งหมด. นนทบุรี: กรีน-ปัญญาญาณ, 2553.
- ปรียา กุลละวณิชย์ และพลสันต์ กุลละวณิชย์. ความรู้เรื่องโรค ทางแก้มัน ป้องกัน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: ไรเตอร์ส โดเจสท์ (ประเทศไทย), 2544.
- พร้อมจิต ศรีลัมพ์. สถานการณ์การจดสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์และกระบวนการค้นคว้าที่ต่อยอดจากองค์ความรู้แผนไทย. ค้นวันที่ 29 ตุลาคม 2555 จาก [www.ec.mahidol.ac.th/images/Ethic Forum/Powerpoint/สิทธิบัตรสมุนไพร\[อ.พร้อมจิตต์\].pdf](http://www.ec.mahidol.ac.th/images/Ethic Forum/Powerpoint/สิทธิบัตรสมุนไพร[อ.พร้อมจิตต์].pdf)
- ภาณุมาศ ชัดเงางาม. มุมมองแนวคิดของสิทธิมนุษยชนและสิทธิปวงชน. วารสารกฎหมายสุขภาพไทย 14 (มิถุนายน 2545): 90-94.
- ภาณุมาศ ชัดเงางาม, การคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิมและทรัพยากรของชนเผ่าพื้นเมือง : แนวคิดและบทวิเคราะห์. นนทบุรี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2551.
- ยงยุทธ์ ยุทธวงศ์. วิทยาศาสตร์เพื่ออะไร. กรุงเทพฯ: นามิบุ๊คส์, 2554.

- ยศ สันตสมบัติ และคณะผู้วิจัย. นิเวศวิทยาชาติพันธุ์ ทรัพยากรชีวภาพ และสิทธิชุมชน. เชียงใหม่: วิทอินดีไซน์, 2547.
- เย็นจิตร เตชะดำรงสิน. การแพทย์แผนจีนในประเทศไทย. กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและแพทย์ทางเลือก. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: พุ่มทอง, 2552.
- รัชนี้ จันทร์เกษ, ปารณัฐ สุขสุทธิ และคณะ. เรียนรู้และเข้าใจหมอพื้นบ้าน. กรุงเทพฯ: องค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ (ร.ส.พ.), 2548.
- รัชนี้ จันทร์เกษ, จิราพร ลิ้มปานานนท์, ประพจน์ เกตราภาค และคณะ. การบูรณาการการแพทย์แผนไทยเข้าในระบบบริการสาธารณสุขแผนปัจจุบัน. กรุงเทพฯ: องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึก, 2551.
- ราตรี มฤคหัตต์. การแพทย์พื้นบ้าน. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์และทำปกเจริญ, 2535.
- วราภรณ์ วิศรุตพิชญ์. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ. 2552. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- วิชัย โชควิวัฒน์. ประวัติการแพทย์จีนโดยสังเขป. วารสารการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก 2 (ตุลาคม 2546-มกราคม 2547): 90.
- วิชัย โชควิวัฒน์ และคณะ. ลัทธินักพรตและการเยียวยาในอินเดียโบราณ : ระบบการแพทย์ในพุทธอาราม. กรุงเทพฯ: องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึกในพระบรมราชูปถัมภ์, 2551.
- วิชัย โชควิวัฒน์. กรณีศึกษา : ชุมเห็ดไทย. วารสารการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก. 10 (มกราคม-เมษายน 2555): 2-3.
- วิฑิต วัฒนาวินบูล. ประวัติการแพทย์จีน. กรุงเทพฯ: รุ่งวัฒนา, 2524.
- วิฑิต วัฒนาวินบูล. การแพทย์ตะวันตก. นิตยสารหมอชาวบ้าน. 122 (2532): 7-30.
- ลักขมีเพ็ญ สารชวณะกิจ. World Trade Organization ตอน 2. วารสารเพื่อการวิจัยและพัฒนาองค์การเภสัชกรรม R&D Newsletter 18 (4 ตุลาคม-ธันวาคม 2554) คำนวันที่ 11 กันยายน 2555 จาก <http://www.gpo.or.th/rdi/html/RDINewsYr18No4/8.pdf>
- สมชาย รัตนชื่อสกุล. โจรสลัดชีวภาพ (Bio-piracy) : ที่มา-ปัญหา และแนวทางสำหรับประเทศไทยตามกรอบความตกลงทริปส์, คำนวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2556 จาก [http://library.uru.ac.th/webdb/images/biothainet\\_biopiracy.htm](http://library.uru.ac.th/webdb/images/biothainet_biopiracy.htm)
- สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน โดยพระราชประสงค์ในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว : การแพทย์แผนไทย. 2551. เล่มที่ 33. กรุงเทพฯ: อมรินทร์พริ้งติ้ง. หน้า 277.
- สุนทรี่ สิงหบุตร. สรรพคุณสมุนไพร 200 ชนิด. คำนวันที่ 17 มกราคม 2556 จาก [http://www.rspg.or.th/plants\\_data/herbs/herbs\\_03.htm](http://www.rspg.or.th/plants_data/herbs/herbs_03.htm)
- เสน่ห์ จามริก. สิทธิมนุษยชนไทยในกระแสโลก. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2549.
- สำนักงานนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อม. อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ: คิดในระดับโลกและทำในระดับประเทศ, 2539.

- อมรรวรรณ พันธุ์หว่า. การคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเปรียบเทียบกับทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุรศักดิ์บัณฑิตย, 2545.
- อรรัมภา รัตน์มณี. ปัญหาการใช้อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (CBD) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs) เพื่อคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพในประเทศกำลังพัฒนา. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- อินทิตรา หาญพงษ์พันธุ์ และ บัญชา พูลโกคา. เอกสารประกอบการสอนโครงการเปิดประตูสู่มหาวิทยาลัย เรื่อง สารและสมบัติของสาร. ค้นวันที่ 17 มกราคม 2556 จาก [http://www.chemistry.sc.chula.ac.th/Chem\\_Tutor/substances.pdf](http://www.chemistry.sc.chula.ac.th/Chem_Tutor/substances.pdf)
- Bilderbeek Simone. **Biodiversity and International law.** Amsterdam : IOS Press, Inc. Retrieved May 28, 2012 from <http://www.gbv.de/dms/spk/sbb/toc/277489059.pdf>
- Correa, Carlos M. **Implications of the Doha Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health.** Geneva : World Health Organization, 2002 Retrieved May 28, 2012 from [http://www.who.int/medicines/areas/policy/WHO\\_EDM\\_PAR\\_2002.3.pdf](http://www.who.int/medicines/areas/policy/WHO_EDM_PAR_2002.3.pdf)
- Goossen, Richard J. **Technology Transfer in the People's Republic of China : Law and Practice.** (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1987), p. 18.
- Hason, Averie K., Shimotake Jean E. **Recent Developments in Patent Rights for Pharmaceuticals in China and India.** Pace International Law Review Vol. 18 Issue 1, (spring, 2006), Retrieved October, 2012 from <http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1082&context=pilr>
- Li, Xuan and Li, Weiwei, **Inadequacy of Patent Regime on Traditional Medicine Knowledge- A Diagnosis of 13-Year Traditional Patent Experience in China,** *The Journal of World Intellectual Property.* 10(2), (2007), Retrieved October, 2012 from [http://www.abifina.org.br/arquivos/encontros/Xuan\\_Li.pdf](http://www.abifina.org.br/arquivos/encontros/Xuan_Li.pdf)
- May Christopher and Susan K. Sell. **Intellectual Property Right, A Critical History,** (2006), p. 44. อ้างถึงใน *เชิงอรรถที่ 20*, หน้า 87.
- Obuljen, Nina and Smiers, Joost, **UNESCO's Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions Making it Work,** (Zagreb: International Relations, 2006) Retrieved May, 2012 from [http://www.culturelink.org/publics/joint/diversity01/Obuljen\\_Unesco\\_Diversity.pdf](http://www.culturelink.org/publics/joint/diversity01/Obuljen_Unesco_Diversity.pdf)

- Oguamanam Chidi, Patents and Traditional Medicine : Digital Capture, Creative Legal Interventions, and the Dialectics of Knowledge Transformation. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Indiana University School of Law, 15 Issue 2, (summer, 2008), Retrieved October, 2012 from [http://chidioguanamam.webs.com/Indiana\\_Global\\_15.2.oguamanam.pdf](http://chidioguanamam.webs.com/Indiana_Global_15.2.oguamanam.pdf)
- Robinson, Daniel F., Biopiracy and the Innovations of Indigenous Peoples and Local Communities, In **Indigenous Peoples' Innovation: Intellectual Property Pathways to Development**, Canberra: ANU E, 2012 Pp. 88-90.
- Robinson, Daniel F. **Governance and Micropolitics of Traditional Knowledge, Biodiversity and Intellectual Property in Thailand**, Retrieved February 18, 2013 from <http://www.iprsonline.org/resources/docs/Final%20HRC%20Micropolitics%20Report%20Mar%202020.pdf>
- Tangua, Pascal. **Kratom in Thailand Decriminalisation and Community Control?**. 2011. Retrieved February 24, 2012 from <http://dl.dropbox.com/u/64663568/library/kratom-in-thailand.pdf>
- Secretariat of the Convention on Biological Diversity. **How the Convention on Biological Diversity Promotes Nature and Human Well-being**. Retrieve May 30, 2012 from <http://www.cbd.int/>
- South Centre. **The TRIPs Agreement a Guide for the South**. Geneva: Disa, 1997. Retrieved May 28, 2012 from <http://network.idlo.int/Publications/The%20trips%20agreement,%20a%20guide.pdf>
- United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. **Division of Ethics of Science and Technology Social and Human Science Sector**, (2005), Retrieved March, 2013 from [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=31058&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)
- Unnikrishnan Payyappallimana. **Role of Traditional Medicine in Primary Health Care : An Overview of Perspective and Challenges**. **Yokohama Journal of Social Sciences**. 14 (6) Retrieved February 24, 2012 from <http://kamome.lib.ynu.ac.jp/dspace/bitstream/10131/6917/3/Payyappallimana.pdf>
- World Health Organization. **The Doha Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health**. from May 28, 2012. from <http://www.who.int/medicines/areas/policy/tripshealth>

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL  
PROPERTY RIGHTS

ANNEX 1C  
AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF  
INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

PART I GENERAL PROVISIONS AND BASIC PRINCIPLES

PART II STANDARDS CONCERNING THE AVAILABILITY, SCOPE AND USE OF  
INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

1. Copyright and Related Rights
2. Trademarks
3. Geographical Indications
4. Industrial Designs
5. Patents
6. Layout-Designs (Topographies) of Integrated Circuits
7. Protection of Undisclosed Information
8. Control of Anti-Competitive Practices in Contractual Licences

PART III ENFORCEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

1. General Obligations
2. Civil and Administrative Procedures and Remedies
3. Provisional Measures
4. Special Requirements Related to Border Measures
5. Criminal Procedures

PART IV ACQUISITION AND MAINTENANCE OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS  
AND RELATED *INTER-PARTES* PROCEDURES

PART V DISPUTE PREVENTION AND SETTLEMENT

PART VI TRANSITIONAL ARRANGEMENTS

PART VII INSTITUTIONAL ARRANGEMENTS; FINAL PROVISIONS

AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF  
INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

*Members,*

*Desiring* to reduce distortions and impediments to international trade, and taking into account the need to promote effective and adequate protection of intellectual property rights, and to ensure that measures and procedures to enforce intellectual property rights do not themselves become barriers to legitimate trade;

*Recognizing*, to this end, the need for new rules and disciplines concerning:

(a) the applicability of the basic principles of GATT 1994 and of relevant international intellectual property agreements or conventions;

(b) the provision of adequate standards and principles concerning the availability, scope and use of trade-related intellectual property rights;

(c) the provision of effective and appropriate means for the enforcement of trade-related intellectual property rights, taking into account differences in national legal systems;

(d) the provision of effective and expeditious procedures for the multilateral prevention and settlement of disputes between governments; and

(e) transitional arrangements aiming at the fullest participation in the results of the negotiations;

*Recognizing* the need for a multilateral framework of principles, rules and disciplines dealing with international trade in counterfeit goods;

*Recognizing* that intellectual property rights are private rights;

*Recognizing* the underlying public policy objectives of national systems for the protection of intellectual property, including developmental and technological objectives;

*Recognizing* also the special needs of the least-developed country Members in respect of maximum flexibility in the domestic implementation of laws and regulations in order to enable them to create a sound and viable technological base;

*Emphasizing* the importance of reducing tensions by reaching strengthened commitments to resolve disputes on trade-related intellectual property issues through multilateral procedures;

*Desiring* to establish a mutually supportive relationship between the WTO and the World Intellectual Property Organization (referred to in this Agreement as "WIPO") as well as other relevant international organizations;

*Hereby agree* as follows:



PART I  
GENERAL PROVISIONS AND BASIC PRINCIPLES

*Article 1*  
*Nature and Scope of Obligations*

1. Members shall give effect to the provisions of this Agreement. Members may, but shall not be obliged to, implement in their law more extensive protection than is required by this Agreement, provided that such protection does not contravene the provisions of this Agreement. Members shall be free to determine the appropriate method of implementing the provisions of this Agreement within their own legal system and practice.

2. For the purposes of this Agreement, the term "intellectual property" refers to all categories of intellectual property that are the subject of Sections 1 through 7 of Part II.

3. Members shall accord the treatment provided for in this Agreement to the nationals of other Members.<sup>1</sup> In respect of the relevant intellectual property right, the nationals of other Members shall be understood as those natural or legal persons that would meet the criteria for eligibility for protection provided for in the Paris Convention (1967), the Berne Convention (1971), the Rome Convention and the Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits, were all Members of the WTO members of those conventions.<sup>2</sup> Any Member availing itself of the possibilities provided in paragraph 3 of Article 5 or paragraph 2 of Article 6 of the Rome Convention shall make a notification as foreseen in those provisions to the Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (the "Council for TRIPS").

---

<sup>1</sup> When "nationals" are referred to in this Agreement, they shall be deemed, in the case of a separate customs territory Member of the WTO, to mean persons, natural or legal, who are domiciled or who have a real and effective industrial or commercial establishment in that customs territory.

<sup>2</sup> In this Agreement, "Paris Convention" refers to the Paris Convention for the Protection of Industrial Property; "Paris Convention (1967)" refers to the Stockholm Act of this Convention of 14 July 1967. "Berne Convention" refers to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works; "Berne Convention (1971)" refers to the Paris Act of this Convention of 24 July 1971. "Rome Convention" refers to the International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, adopted at Rome on 26 October 1961. "Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits" (IPIC Treaty) refers to the Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits, adopted at Washington on 26 May 1989. "WTO Agreement" refers to the Agreement Establishing the WTO.

*Article 2**Intellectual Property Conventions*

1. In respect of Parts II, III and IV of this Agreement, Members shall comply with Articles 1 through 12, and Article 19, of the Paris Convention (1967).

2. Nothing in Parts I to IV of this Agreement shall derogate from existing obligations that Members may have to each other under the Paris Convention, the Berne Convention, the Rome Convention and the Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits.

*Article 3**National Treatment*

1. Each Member shall accord to the nationals of other Members treatment no less favourable than that it accords to its own nationals with regard to the protection<sup>3</sup> of intellectual property, subject to the exceptions already provided in, respectively, the Paris Convention (1967), the Berne Convention (1971), the Rome Convention or the Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits. In respect of performers, producers of phonograms and broadcasting organizations, this obligation only applies in respect of the rights provided under this Agreement. Any Member availing itself of the possibilities provided in Article 6 of the Berne Convention (1971) or paragraph 1(b) of Article 16 of the Rome Convention shall make a notification as foreseen in those provisions to the Council for TRIPS.

2. Members may avail themselves of the exceptions permitted under paragraph 1 in relation to judicial and administrative procedures, including the designation of an address for service or the appointment of an agent within the jurisdiction of a Member, only where such exceptions are necessary to secure compliance with laws and regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement and where such practices are not applied in a manner which would constitute a disguised restriction on trade.

---

<sup>3</sup>For the purposes of Articles 3 and 4, "protection" shall include matters affecting the availability, acquisition, scope, maintenance and enforcement of intellectual property rights as well as those matters affecting the use of intellectual property rights specifically addressed in this Agreement.

*Article 4**Most-Favoured-Nation Treatment*

With regard to the protection of intellectual property, any advantage, favour, privilege or immunity granted by a Member to the nationals of any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the nationals of all other Members. Exempted from this obligation are any advantage, favour, privilege or immunity accorded by a Member:

(a) deriving from international agreements on judicial assistance or law enforcement of a general nature and not particularly confined to the protection of intellectual property;

(b) granted in accordance with the provisions of the Berne Convention (1971) or the Rome Convention authorizing that the treatment accorded be a function not of national treatment but of the treatment accorded in another country;

(c) in respect of the rights of performers, producers of phonograms and broadcasting organizations not provided under this Agreement;

(d) deriving from international agreements related to the protection of intellectual property which entered into force prior to the entry into force of the WTO Agreement, provided that such agreements are notified to the Council for TRIPS and do not constitute an arbitrary or unjustifiable discrimination against nationals of other Members.

*Article 5**Multilateral Agreements on Acquisition or  
Maintenance of Protection*

The obligations under Articles 3 and 4 do not apply to procedures provided in multilateral agreements concluded under the auspices of WIPO relating to the acquisition or maintenance of intellectual property rights.

*Article 6**Exhaustion*

For the purposes of dispute settlement under this Agreement, subject to the provisions of Articles 3 and 4 nothing in this Agreement shall be used to address the issue of the exhaustion of intellectual property rights.

*Article 7*  
*Objectives*

The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations.

*Article 8*  
*Principles*

1. Members may, in formulating or amending their laws and regulations, adopt measures necessary to protect public health and nutrition, and to promote the public interest in sectors of vital importance to their socio-economic and technological development, provided that such measures are consistent with the provisions of this Agreement.

2. Appropriate measures, provided that they are consistent with the provisions of this Agreement, may be needed to prevent the abuse of intellectual property rights by right holders or the resort to practices which unreasonably restrain trade or adversely affect the international transfer of technology.

PART II  
STANDARDS CONCERNING THE AVAILABILITY, SCOPE  
AND USE OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS  
SECTION 1: COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS

*Article 9*

*Relation to the Berne Convention*

1. Members shall comply with Articles 1 through 21 of the Berne Convention (1971) and the Appendix thereto. However, Members shall not have rights or obligations under this Agreement in respect of the rights conferred under Article 6bis of that Convention or of the rights derived there from.

2. Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.

*Article 10*

*Computer Programs and Compilations of Data*

1. Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971).

2. Compilations of data or other material, whether in machine readable or other form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations shall be protected as such. Such protection, which shall not extend to the data or material itself, shall be without prejudice to any copyright subsisting in the data or material itself.

*Article 11*

*Rental Rights*

In respect of at least computer programs and cinematographic works, a Member shall provide authors and their successors in title the right to authorize or to prohibit the commercial rental to the public of originals or copies of their copyright works. A Member shall be excepted from this obligation in respect of cinematographic works unless such rental has led to widespread copying of such works which is materially impairing the exclusive right of reproduction conferred in that Member on authors and their successors in title. In respect of computer programs, this obligation

does not apply to rentals where the program itself is not the essential object of the rental.

#### *Article 12*

##### *Term of Protection*

Whenever the term of protection of a work, other than a photographic work or a work of applied art, is calculated on a basis other than the life of a natural person, such term shall be no less than 50 years from the end of the calendar year of authorized publication, or, failing such authorized publication within 50 years from the making of the work, 50 years from the end of the calendar year of making.

#### *Article 13*

##### *Limitations and Exceptions*

Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder.

#### *Article 14*

##### *Protection of Performers, Producers of Phonograms (Sound Recordings) and Broadcasting Organizations*

1. In respect of a fixation of their performance on a phonogram, performers shall have the possibility of preventing the following acts when undertaken without their authorization: the fixation of their unfixed performance and the reproduction of such fixation. Performers shall also have the possibility of preventing the following acts when undertaken without their authorization: the broadcasting by wireless means and the communication to the public of their live performance.

2. Producers of phonograms shall enjoy the right to authorize or prohibit the direct or indirect reproduction of their phonograms.

3. Broadcasting organizations shall have the right to prohibit the following acts when undertaken without their authorization: the fixation, the reproduction of fixations, and the rebroadcasting by wireless means of broadcasts, as well as the communication to the public of television broadcasts of the same. Where Members do not grant such rights to broadcasting organizations, they shall provide owners of

copyright in the subject matter of broadcasts with the possibility of preventing the above acts, subject to the provisions of the Berne Convention (1971).

4. The provisions of Article 11 in respect of computer programs shall apply *mutatis mutandis* to producers of phonograms and any other right holders in phonograms as determined in a Member's law. If on 15 April 1994 a Member has in force a system of equitable remuneration of right holders in respect of the rental of phonograms, it may maintain such system provided that the commercial rental of phonograms is not giving rise to the material impairment of the exclusive rights of reproduction of right holders.

5. The term of the protection available under this Agreement to performers and producers of phonograms shall last at least until the end of a period of 50 years computed from the end of the calendar year in which the fixation was made or the performance took place. The term of protection granted pursuant to paragraph 3 shall last for at least 20 years from the end of the calendar year in which the broadcast took place.

6. Any Member may, in relation to the rights conferred under paragraphs 1, 2 and 3, provide for conditions, limitations, exceptions and reservations to the extent permitted by the Rome Convention. However, the provisions of Article 18 of the Berne Convention (1971) shall also apply, *mutatis mutandis*, to the rights of performers and producers of phonograms in phonograms.

## SECTION 2: TRADEMARKS

### Article 15

#### *Protectable Subject Matter*

1. Any sign, or any combination of signs, capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings, shall be capable of constituting a trademark. Such signs, in particular words including personal names, letters, numerals, figurative elements and combinations of colours as well as any combination of such signs, shall be eligible for registration as trademarks. Where signs are not inherently capable of distinguishing the relevant goods or services, Members may make registrability depend on distinctiveness acquired through use. Members may require, as a condition of registration, that signs be visually perceptible.

2. Paragraph 1 shall not be understood to prevent a Member from denying registration of a trademark on other grounds, provided that they do not derogate from the provisions of the Paris Convention (1967).

3. Members may make registrability depend on use. However, actual use of a trademark shall not be a condition for filing an application for registration. An application shall not be refused solely on the ground that intended use has not taken place before the expiry of a period of three years from the date of application.

4. The nature of the goods or services to which a trademark is to be applied shall in no case form an obstacle to registration of the trademark.

5. Members shall publish each trademark either before it is registered or promptly after it is registered and shall afford a reasonable opportunity for petitions to cancel the registration. In addition, Members may afford an opportunity for the registration of a trademark to be opposed.

#### *Article 16* *Rights Conferred*

1. The owner of a registered trademark shall have the exclusive right to prevent all third parties not having the owner's consent from using in the course of trade identical or similar signs for goods or services which are identical or similar to those in respect of which the trademark is registered where such use would result in a likelihood of confusion. In case of the use of an identical sign for identical goods or services, a likelihood of confusion shall be presumed. The rights described above shall not prejudice any existing prior rights, nor shall they affect the possibility of Members making rights available on the basis of use.

2. Article 6*bis* of the Paris Convention (1967) shall apply, *mutatis mutandis*, to services. In determining whether a trademark is well-known, Members shall take account of the knowledge of the trademark in the relevant sector of the public, including knowledge in the Member concerned which has been obtained as a result of the promotion of the trademark.

3. Article 6*bis* of the Paris Convention (1967) shall apply, *mutatis mutandis*, to goods or services which are not similar to those in respect of which a trademark is registered, provided that use of that trademark in relation to those goods or services would indicate a connection between those goods or services and the owner of the registered trademark and provided that the interests of the owner of the registered trademark are likely to be damaged by such use.



*Article 17**Exceptions*

Members may provide limited exceptions to the rights conferred by a trademark, such as fair use of descriptive terms, provided that such exceptions take account of the legitimate interests of the owner of the trademark and of third parties.

*Article 18**Term of Protection*

Initial registration, and each renewal of registration, of a trademark shall be for a term of no less than seven years. The registration of a trademark shall be renewable indefinitely.

*Article 19**Requirement of Use*

1. If use is required to maintain a registration, the registration may be cancelled only after an uninterrupted period of at least three years of non-use, unless valid reasons based on the existence of obstacles to such use are shown by the trademark owner. Circumstances arising independently of the will of the owner of the trademark which constitute an obstacle to the use of the trademark, such as import restrictions or other government requirements for goods or services protected by the trademark, shall be recognized as valid reasons for non-use.

2. When subject to the control of its owner, use of a trademark by another person shall be recognized as use of the trademark for the purpose of maintaining the registration.

*Article 20**Other Requirements*

The use of a trademark in the course of trade shall not be unjustifiably encumbered by special requirements, such as use with another trademark, use in a special form or use in a manner detrimental to its capability to distinguish the goods or services of one undertaking from those of other undertakings. This will not

preclude a requirement prescribing the use of the trademark identifying the undertaking producing the goods or services along with, but without linking it to, the trademark distinguishing the specific goods or services in question of that undertaking.

*Article 21*

*Licensing and Assignment*

Members may determine conditions on the licensing and assignment of trademarks, it being understood that the compulsory licensing of trademarks shall not be permitted and that the owner of a registered trademark shall have the right to assign the trademark with or without the transfer of the business to which the trademark belongs.

**SECTION 3: GEOGRAPHICAL INDICATIONS**

*Article 22*

*Protection of Geographical Indications*

1. Geographical indications are, for the purposes of this Agreement, indications which identify a good as originating in the territory of a Member, or a region or locality in that territory, where a given quality, reputation or other characteristic of the good is essentially attributable to its geographical origin.

2. In respect of geographical indications, Members shall provide the legal means for interested parties to prevent:

(a) the use of any means in the designation or presentation of a good that indicates or suggests that the good in question originates in a geographical area other than the true place of origin in a manner which misleads the public as to the geographical origin of the good;

(b) any use which constitutes an act of unfair competition within the meaning of Article 10*bis* of the Paris Convention (1967).

3. A Member shall, *ex officio* if its legislation so permits or at the request of an interested party, refuse or invalidate the registration of a trademark which contains or consists of a geographical indication with respect to goods not originating in the territory indicated, if use of the indication in the trademark for such goods in that Member is of such a nature as to mislead the public as to the true place of origin.

4. The protection under paragraphs 1, 2 and 3 shall be applicable against a geographical indication which, although literally true as to the territory, region or locality in which the goods originate, falsely represents to the public that the goods originate in another territory.

*Article 23*

*Additional Protection for Geographical Indications  
for Wines and Spirits*

1. Each Member shall provide the legal means for interested parties to prevent use of a geographical indication identifying wines for wines not originating in the place indicated by the geographical indication in question or identifying spirits for spirits not originating in the place indicated by the geographical indication in question, even where the true origin of the goods is indicated or the geographical indication is used in translation or accompanied by expressions such as "kind", "type", "style", "imitation" or the like.<sup>4</sup>

2. The registration of a trademark for wines which contains or consists of a geographical indication identifying wines or for spirits which contains or consists of a geographical indication identifying spirits shall be refused or invalidated, *ex officio* if a Member's legislation so permits or at the request of an interested party, with respect to such wines or spirits not having this origin.

3. In the case of homonymous geographical indications for wines, protection shall be accorded to each indication, subject to the provisions of paragraph 4 of Article 22. Each Member shall determine the practical conditions under which the homonymous indications in question will be differentiated from each other, taking into account the need to ensure equitable treatment of the producers concerned and that consumers are not misled.

4. In order to facilitate the protection of geographical indications for wines, negotiations shall be undertaken in the Council for TRIPS concerning the establishment of a multilateral system of notification and registration of geographical indications for wines eligible for protection in those Members participating in the system.

---

<sup>4</sup> Notwithstanding the first sentence of Article 42, Members may, with respect to these obligations, instead provide for enforcement by administrative action.

*Article 24**International Negotiations; Exceptions*

1. Members agree to enter into negotiations aimed at increasing the protection of individual geographical indications under Article 23. The provisions of paragraphs 4 through 8 below shall not be used by a Member to refuse to conduct negotiations or to conclude bilateral or multilateral agreements. In the context of such negotiations, Members shall be willing to consider the continued applicability of these provisions to individual geographical indications whose use was the subject of such negotiations.

2. The Council for TRIPS shall keep under review the application of the provisions of this Section; the first such review shall take place within two years of the entry into force of the WTO Agreement. Any matter affecting the compliance with the obligations under these provisions may be drawn to the attention of the Council, which, at the request of a Member, shall consult with any Member or Members in respect of such matter in respect of which it has not been possible to find a satisfactory solution through bilateral or plurilateral consultations between the Members concerned. The Council shall take such action as may be agreed to facilitate the operation and further the objectives of this Section.

3. In implementing this Section, a Member shall not diminish the protection of geographical indications that existed in that Member immediately prior to the date of entry into force of the WTO Agreement.

4. Nothing in this Section shall require a Member to prevent continued and similar use of a particular geographical indication of another Member identifying wines or spirits in connection with goods or services by any of its nationals or domiciliaries who have used that geographical indication in a continuous manner with regard to the same or related goods or services in the territory of that Member either (a) for at least 10 years preceding 15 April 1994 or (b) in good faith preceding that date.

5. Where a trademark has been applied for or registered in good faith, or where rights to a trademark have been acquired through use in good faith either:

(a) before the date of application of these provisions in that Member as defined in Part VI; or

(b) before the geographical indication is protected in its country of origin; measures adopted to implement this Section shall not prejudice eligibility for or the validity of the registration of a trademark, or the right to use a trademark, on the basis that such a trademark is identical with, or similar to, a geographical indication.

6. Nothing in this Section shall require a Member to apply its provisions in respect of a geographical indication of any other Member with respect to goods or services for which the relevant indication is identical with the term customary in common language as the common name for such goods or services in the territory of that Member. Nothing in this Section shall require a Member to apply its provisions in respect of a geographical indication of any other Member with respect to products of the vine for which the relevant indication is identical with the customary name of a grape variety existing in the territory of that Member as of the date of entry into force of the WTO Agreement.

7. A Member may provide that any request made under this Section in connection with the use or registration of a trademark must be presented within five years after the adverse use of the protected indication has become generally known in that Member or after the date of registration of the trademark in that Member provided that the trademark has been published by that date, if such date is earlier than the date on which the adverse use became generally known in that Member, provided that the geographical indication is not used or registered in bad faith.

8. The provisions of this Section shall in no way prejudice the right of any person to use, in the course of trade, that person's name or the name of that person's predecessor in business, except where such name is used in such a manner as to mislead the public.

9. There shall be no obligation under this Agreement to protect geographical indications which are not or cease to be protected in their country of origin, or which have fallen into disuse in that country.

## SECTION 4: INDUSTRIAL DESIGNS

### *Article 25*

#### *Requirements for Protection*

1. Members shall provide for the protection of independently created industrial designs that are new or original. Members may provide that designs are not new or original if they do not significantly differ from known designs or combinations of known design features. Members may provide that such protection shall not extend to designs dictated essentially by technical or functional considerations.

2. Each Member shall ensure that requirements for securing protection for textile designs, in particular in regard to any cost, examination or publication, do not unreasonably impair the opportunity to seek and obtain such protection. Members

shall be free to meet this obligation through industrial design law or through copyright law.

*Article 26*  
*Protection*

1. The owner of a protected industrial design shall have the right to prevent third parties not having the owner's consent from making, selling or importing articles bearing or embodying a design which is a copy, or substantially a copy, of the protected design, when such acts are undertaken for commercial purposes.

2. Members may provide limited exceptions to the protection of industrial designs, provided that such exceptions do not unreasonably conflict with the normal exploitation of protected industrial designs and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the owner of the protected design, taking account of the legitimate interests of third parties.

3. The duration of protection available shall amount to at least 10 years.

SECTION 5: PATENTS

*Article 27*

*Patentable Subject Matter*

1. Subject to the provisions of paragraphs 2 and 3, patents shall be available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application.<sup>5</sup> Subject to paragraph 4 of Article 65, paragraph 8 of Article 70 and paragraph 3 of this Article, patents shall be available and patent rights enjoyable without discrimination as to the place of invention, the field of technology and whether products are imported or locally produced.

2. Members may exclude from patentability inventions, the prevention within their territory of the commercial exploitation of which is necessary to protect *ordre public* or morality, including to protect human, animal or plant life or health or to avoid serious prejudice to the environment, provided that such exclusion is not made merely because the exploitation is prohibited by their law:

---

<sup>5</sup> For the purposes of this Article, the terms "inventive step" and "capable of industrial application" may be deemed by a Member to be synonymous with the terms "non-obvious" and "useful" respectively.

3. Members may also exclude from patentability:

(a) diagnostic, therapeutic and surgical methods for the treatment of humans or animals;

(b) plants and animals other than micro-organisms, and essentially biological processes for the production of plants or animals other than non-biological and microbiological processes. However, Members shall provide for the protection of plant varieties either by patents or by an effective *sui generis* system or by any combination thereof. The provisions of this subparagraph shall be reviewed four years after the date of entry into force of the WTO Agreement.

*Article 28*

*Rights Conferred*

1. A patent shall confer on its owner the following exclusive rights:

(a) where the subject matter of a patent is a product, to prevent third parties not having the owner's consent from the acts of: making, using, offering for sale, selling, or importing<sup>6</sup> for these purposes that product;

(b) where the subject matter of a patent is a process, to prevent third parties not having the owner's consent from the act of using the process, and from the acts of: using, offering for sale, selling, or importing for these purposes at least the product obtained directly by that process.

2. Patent owners shall also have the right to assign, or transfer by succession, the patent and to conclude licensing contracts.

*Article 29*

*Conditions on Patent Applicants*

1. Members shall require that an applicant for a patent shall disclose the invention in a manner sufficiently clear and complete for the invention to be carried out by a person skilled in the art and may require the applicant to indicate the best mode for carrying out the invention known to the inventor at the filing date or, where priority is claimed, at the priority date of the application.

---

<sup>6</sup>This right, like all other rights conferred under this Agreement in respect of the use, sale, importation or other distribution of goods, is subject to the provisions of Article 6.

2. Members may require an applicant for a patent to provide information concerning the applicant's corresponding foreign applications and grants.

*Article 30*

*Exceptions to Rights Conferred*

Members may provide limited exceptions to the exclusive rights conferred by a patent, provided that such exceptions do not unreasonably conflict with a normal exploitation of the patent and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the patent owner, taking account of the legitimate interests of third parties.

*Article 31*

*Other Use Without Authorization of the Right Holder*

Where the law of a Member allows for other use<sup>7</sup> of the subject matter of a patent without the authorization of the right holder, including use by the government or third parties authorized by the government, the following provisions shall be respected:

(a) authorization of such use shall be considered on its individual merits;

(b) such use may only be permitted if, prior to such use, the proposed user has made efforts to obtain authorization from the right holder on reasonable commercial terms and conditions and that such efforts have not been successful within a reasonable period of time. This requirement may be waived by a Member in the case of a national emergency or other circumstances of extreme urgency or in cases of public noncommercial use. In situations of national emergency or other circumstances of extreme urgency, the right holder shall, nevertheless, be notified as soon as reasonably practicable. In the case of public non-commercial use, where the government or contractor, without making a patent search, knows or has demonstrable grounds to know that a valid patent is or will be used by or for the government, the right holder shall be informed promptly;

(c) the scope and duration of such use shall be limited to the purpose for which it was authorized, and in the case of semi-conductor technology shall only be

---

<sup>7</sup> "Other use" refers to use other than that allowed under Article 30.



for public noncommercial use or to remedy a practice determined after judicial or administrative process to be anti-competitive;

(d) such use shall be non-exclusive;

(e) such use shall be non-assignable, except with that part of the enterprise or goodwill which enjoys such use;

(f) any such use shall be authorized predominantly for the supply of the domestic market of the Member authorizing such use;

(g) authorization for such use shall be liable, subject to adequate protection of the legitimate interests of the persons so authorized, to be terminated if and when the circumstances which led to it cease to exist and are unlikely to recur. The competent authority shall have the authority to review, upon motivated request, the continued existence of these circumstances;

(h) the right holder shall be paid adequate remuneration in the circumstances of each case, taking into account the economic value of the authorization;

(i) the legal validity of any decision relating to the authorization of such use shall be subject to judicial review or other independent review by a distinct higher authority in that Member;

(j) any decision relating to the remuneration provided in respect of such use shall be subject to judicial review or other independent review by a distinct higher authority in that Member;

(k) Members are not obliged to apply the conditions set forth in subparagraphs (b) and (f) where such use is permitted to remedy a practice determined after judicial or administrative process to be anti-competitive. The need to correct anti-competitive practices may be taken into account in determining the amount of remuneration in such cases. Competent authorities shall have the authority to refuse termination of authorization if and when the conditions which led to such authorization are likely to recur;

(l) where such use is authorized to permit the exploitation of a patent ("the second patent") which cannot be exploited without infringing another patent ("the first patent"), the following additional conditions shall apply:

(i) the invention claimed in the second patent shall involve an important technical advance of considerable economic significance in relation to the invention claimed in the first patent;

(ii) the owner of the first patent shall be entitled to a cross-licence on reasonable terms to use the invention claimed in the second patent; and

(iii) the use authorized in respect of the first patent shall be non-assignable except with the assignment of the second patent.

*Article 32*  
*Revocation/Forfeiture*

An opportunity for judicial review of any decision to revoke or forfeit a patent shall be available.

*Article 33*  
*Term of Protection*

The term of protection available shall not end before the expiration of a period of twenty years counted from the filing date.<sup>8</sup>

*Article 34*  
*Process Patents: Burden of Proof*

1. For the purposes of civil proceedings in respect of the infringement of the rights of the owner referred to in paragraph 1(b) of Article 28, if the subject matter of a patent is a process for obtaining a product, the judicial authorities shall have the authority to order the defendant to prove that the process to obtain an identical product is different from the patented process. Therefore, Members shall provide, in at least one of the following circumstances, that any identical product when produced without the consent of the patent owner shall, in the absence of proof to the contrary, be deemed to have been obtained by the patented process:

- (a) if the product obtained by the patented process is new;
- (b) if there is a substantial likelihood that the identical product was made by the process and the owner of the patent has been unable through reasonable efforts to determine the process actually used.

2. Any Member shall be free to provide that the burden of proof indicated in paragraph 1 shall be on the alleged infringer only if the condition referred to in

---

<sup>8</sup> It is understood that those Members which do not have a system of original grant may provide that the term of protection shall be computed from the filing date in the system of original grant.

subparagraph (a) is fulfilled or only if the condition referred to in subparagraph (b) is fulfilled.

3. In the adduction of proof to the contrary, the legitimate interests of defendants in protecting their manufacturing and business secrets shall be taken into account.

## SECTION 6: LAYOUT-DESIGNS (TOPOGRAPHIES) OF INTEGRATED CIRCUITS

### *Article 35*

#### *Relation to the IPIC Treaty*

Members agree to provide protection to the layout-designs (topographies) of integrated circuits (referred to in this Agreement as "layout-designs") in accordance with Articles 2 through 7 (other than paragraph 3 of Article 6), Article 12 and paragraph 3 of Article 16 of the Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits and, in addition, to comply with the following provisions.

### *Article 36*

#### *Scope of the Protection*

Subject to the provisions of paragraph 1 of Article 37, Members shall consider unlawful the following acts if performed without the authorization of the right holder:<sup>9</sup> importing, selling, or otherwise distributing for commercial purposes a protected layout-design, an integrated circuit in which a protected layout-design is incorporated, or an article incorporating such an integrated circuit only in so far as it continues to contain an unlawfully reproduced layout-design.

### *Article 37*

#### *Acts Not Requiring the Authorization of the Right Holder*

1. Notwithstanding Article 36, no Member shall consider unlawful the performance of any of the acts referred to in that Article in respect of an integrated circuit incorporating an unlawfully reproduced layout-design or any article incorporating such an integrated circuit where the person performing or ordering such

---

<sup>9</sup>The term "right holder" in this Section shall be understood as having the same meaning as the term "holder of the right" in the IPIC Treaty.

acts did not know and had no reasonable ground to know, when acquiring the integrated circuit or article incorporating such an integrated circuit, that it incorporated an unlawfully reproduced layout-design. Members shall provide that, after the time that such person has received sufficient notice that the layout-design was unlawfully reproduced, that person may perform any of the acts with respect to the stock on hand or ordered before such time, but shall be liable to pay to the right holder a sum equivalent to a reasonable royalty such as would be payable under a freely negotiated licence in respect of such a layout-design.

2. The conditions set out in subparagraphs (a) through (k) of Article 31 shall apply *mutatis mutandis* in the event of any non-voluntary licensing of a layout-design or of its use by or for the government without the authorization of the right holder.

#### Article 38

##### *Term of Protection*

1. In Members requiring registration as a condition of protection, the term of protection of layout designs shall not end before the expiration of a period of 10 years counted from the date of filing an application for registration or from the first commercial exploitation wherever in the world it occurs.

2. In Members not requiring registration as a condition for protection, layout designs shall be protected for a term of no less than 10 years from the date of the first commercial exploitation wherever in the world it occurs.

3. Notwithstanding paragraphs 1 and 2, a Member may provide that protection shall lapse 15 years after the creation of the layout-design.

### SECTION 7: PROTECTION OF UNDISCLOSED INFORMATION

#### Article 39

1. In the course of ensuring effective protection against unfair competition as provided in Article 10bis of the Paris Convention (1967), Members shall protect undisclosed information in accordance with paragraph 2 and data submitted to governments or governmental agencies in accordance with paragraph 3.

2. Natural and legal persons shall have the possibility of preventing information lawfully within their control from being disclosed to, acquired by, or

used by others without their consent in a manner contrary to honest commercial practices<sup>10</sup> so long as such information:

(a) is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question;

(b) has commercial value because it is secret; and

(c) has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret.

3. Members, when requiring, as a condition of approving the marketing of pharmaceutical or of agricultural chemical products which utilize new chemical entities, the submission of undisclosed test or other data, the origination of which involves a considerable effort, shall protect such data against unfair commercial use. In addition, Members shall protect such data against disclosure, except where necessary to protect the public, or unless steps are taken to ensure that the data are protected against unfair commercial use.

## SECTION 8: CONTROL OF ANTI-COMPETITIVE PRACTICES IN CONTRACTUAL LICENCES

### *Article 40*

1. Members agree that some licensing practices or conditions pertaining to intellectual property rights which restrain competition may have adverse effects on trade and may impede the transfer and dissemination of technology.

2. Nothing in this Agreement shall prevent Members from specifying in their legislation licensing practices or conditions that may in particular cases constitute an abuse of intellectual property rights having an adverse effect on competition in the relevant market. As provided above, a Member may adopt, consistently with the other provisions of this Agreement, appropriate measures to prevent or control such practices, which may include for example exclusive grantback conditions, conditions

---

<sup>10</sup>For the purpose of this provision, "a manner contrary to honest commercial practices" shall mean at least practices such as breach of contract, breach of confidence and inducement to breach, and includes the acquisition of undisclosed information by third parties who knew, or were grossly negligent in failing to know, that such practices were involved in the acquisition.

preventing challenges to validity and coercive package licensing, in the light of the relevant laws and regulations of that Member.

3. Each Member shall enter, upon request, into consultations with any other Member which has cause to believe that an intellectual property right owner that is a national or domiciliary of the Member to which the request for consultations has been addressed is undertaking practices in violation of the requesting Member's laws and regulations on the subject matter of this Section, and which wishes to secure compliance with such legislation, without prejudice to any action under the law and to the full freedom of an ultimate decision of either Member. The Member addressed shall accord full and sympathetic consideration to, and shall afford adequate opportunity for, consultations with the requesting Member, and shall cooperate through supply of publicly available non-confidential information of relevance to the matter in question and of other information available to the Member, subject to domestic law and to the conclusion of mutually satisfactory agreements concerning the safeguarding of its confidentiality by the requesting Member.

4. A Member whose nationals or domiciliaries are subject to proceedings in another Member concerning alleged violation of that other Member's laws and regulations on the subject matter of this Section shall, upon request, be granted an opportunity for consultations by the other Member under the same conditions as those foreseen in paragraph 3.

### PART III

#### ENFORCEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

##### SECTION 1: GENERAL OBLIGATIONS

###### *Article 41*

1. Members shall ensure that enforcement procedures as specified in this Part are available under their law so as to permit effective action against any act of infringement of intellectual property rights covered by this Agreement, including expeditious remedies to prevent infringements and remedies which constitute a deterrent to further infringements. These procedures shall be applied in such a manner as to avoid the creation of barriers to legitimate trade and to provide for safeguards against their abuse.

2. Procedures concerning the enforcement of intellectual property rights shall be fair and equitable. They shall not be unnecessarily complicated or costly, or entail unreasonable time-limits or unwarranted delays.

3. Decisions on the merits of a case shall preferably be in writing and reasoned. They shall be made available at least to the parties to the proceeding without undue delay. Decisions on the merits of a case shall be based only on evidence in respect of which parties were offered the opportunity to be heard.

4. Parties to a proceeding shall have an opportunity for review by a judicial authority of final administrative decisions and, subject to jurisdictional provisions in a Member's law concerning the importance of a case, of at least the legal aspects of initial judicial decisions on the merits of a case. However, there shall be no obligation to provide an opportunity for review of acquittals in criminal cases.

5. It is understood that this Part does not create any obligation to put in place a judicial system for the enforcement of intellectual property rights distinct from that for the enforcement of law in general, nor does it affect the capacity of Members to enforce their law in general. Nothing in this Part creates any obligation with respect to the distribution of resources as between enforcement of intellectual property rights and the enforcement of law in general.

## SECTION 2: CIVIL AND ADMINISTRATIVE PROCEDURES AND REMEDIES

### *Article 42*

#### *Fair and Equitable Procedures*

Members shall make available to right holders<sup>11</sup> civil judicial procedures concerning the enforcement of any intellectual property right covered by this Agreement. Defendants shall have the right to written notice which is timely and contains sufficient detail, including the basis of the claims. Parties shall be allowed to be represented by independent legal counsel, and procedures shall not impose overly burdensome requirements concerning mandatory personal appearances. All parties to such procedures shall be duly entitled to substantiate their claims and to present all relevant evidence. The procedure shall provide a means to identify and

---

<sup>11</sup> For the purpose of this Part, the term "right holder" includes federations and associations having legal standing to assert such rights.

protect confidential information, unless this would be contrary to existing constitutional requirements.

*Article 43*

*Evidence*

1. The judicial authorities shall have the authority, where a party has presented reasonably available evidence sufficient to support its claims and has specified evidence relevant to substantiation of its claims which lies in the control of the opposing party, to order that this evidence be produced by the opposing party, subject in appropriate cases to conditions which ensure the protection of confidential information.

2. In cases in which a party to a proceeding voluntarily and without good reason refuses access to, or otherwise does not provide necessary information within a reasonable period, or significantly impedes a procedure relating to an enforcement action, a Member may accord judicial authorities the authority to make preliminary and final determinations, affirmative or negative, on the basis of the information presented to them, including the complaint or the allegation presented by the party adversely affected by the denial of access to information, subject to providing the parties an opportunity to be heard on the allegations or evidence.

*Article 44*

*Injunctions*

1. The judicial authorities shall have the authority to order a party to desist from an infringement, *inter alia* to prevent the entry into the channels of commerce in their jurisdiction of imported goods that involve the infringement of an intellectual property right, immediately after customs clearance of such goods. Members are not obliged to accord such authority in respect of protected subject matter acquired or ordered by a person prior to knowing or having reasonable grounds to know that dealing in such subject matter would entail the infringement of an intellectual property right.

2. Notwithstanding the other provisions of this Part and provided that the provisions of Part II specifically addressing use by governments, or by third parties authorized by a government, without the authorization of the right holder are complied with, Members may limit the remedies available against such use to



payment of remuneration in accordance with subparagraph (h) of Article 31. In other cases, the remedies under this Part shall apply or, where these remedies are inconsistent with a Member's law, declaratory judgments and adequate compensation shall be available.

#### *Article 45*

##### *Damages*

1. The judicial authorities shall have the authority to order the infringer to pay the right holder damages adequate to compensate for the injury the right holder has suffered because of an infringement of that person's intellectual property right by an infringer who knowingly, or with reasonable grounds to know, engaged in infringing activity.

2. The judicial authorities shall also have the authority to order the infringer to pay the right holder expenses, which may include appropriate attorney's fees. In appropriate cases, Members may authorize the judicial authorities to order recovery of profits and/or payment of pre-established damages even where the infringer did not knowingly, or with reasonable grounds to know, engage in infringing activity.

#### *Article 46*

##### *Other Remedies*

In order to create an effective deterrent to infringement, the judicial authorities shall have the authority to order that goods that they have found to be infringing be, without compensation of any sort, disposed of outside the channels of commerce in such a manner as to avoid any harm caused to the right holder, or, unless this would be contrary to existing constitutional requirements, destroyed. The judicial authorities shall also have the authority to order that materials and implements the predominant use of which has been in the creation of the infringing goods be, without compensation of any sort, disposed of outside the channels of commerce in such a manner as to minimize the risks of further infringements. In considering such requests, the need for proportionality between the seriousness of the infringement and the remedies ordered as well as the interests of third parties shall be taken into account. In regard to counterfeit trademark goods, the simple removal of the trademark unlawfully affixed shall not be sufficient, other than in exceptional cases, to permit release of the goods into the channels of commerce.

*Article 47*  
*Right of Information*

Members may provide that the judicial authorities shall have the authority, unless this would be out of proportion to the seriousness of the infringement, to order the infringer to inform the right holder of the identity of third persons involved in the production and distribution of the infringing goods or services and of their channels of distribution.

*Article 48*  
*Indemnification of the Defendant*

1. The judicial authorities shall have the authority to order a party at whose request measures were taken and who has abused enforcement procedures to provide to a party wrongfully enjoined or restrained adequate compensation for the injury suffered because of such abuse. The judicial authorities shall also have the authority to order the applicant to pay the defendant expenses, which may include appropriate attorney's fees.

2. In respect of the administration of any law pertaining to the protection or enforcement of intellectual property rights, Members shall only exempt both public authorities and officials from liability to appropriate remedial measures where actions are taken or intended in good faith in the course of the administration of that law.

*Article 49*  
*Administrative Procedures*

To the extent that any civil remedy can be ordered as a result of administrative procedures on the merits of a case, such procedures shall conform to principles equivalent in substance to those set forth in this Section.

**SECTION 3: PROVISIONAL MEASURES**

*Article 50*

1. The judicial authorities shall have the authority to order prompt and effective provisional measures:

(a) to prevent an infringement of any intellectual property right from occurring, and in particular to prevent the entry into the channels of commerce in their jurisdiction of goods, including imported goods immediately after customs clearance;

(b) to preserve relevant evidence in regard to the alleged infringement.

2. The judicial authorities shall have the authority to adopt provisional measures *inaudita altera parte* where appropriate, in particular where any delay is likely to cause irreparable harm to the right holder, or where there is a demonstrable risk of evidence being destroyed.

3. The judicial authorities shall have the authority to require the applicant to provide any reasonably available evidence in order to satisfy themselves with a sufficient degree of certainty that the applicant is the right holder and that the applicant's right is being infringed or that such infringement is imminent, and to order the applicant to provide a security or equivalent assurance sufficient to protect the defendant and to prevent abuse.

4. Where provisional measures have been adopted *inaudita altera parte*, the parties affected shall be given notice, without delay after the execution of the measures at the latest. A review, including a right to be heard, shall take place upon request of the defendant with a view to deciding, within a reasonable period after the notification of the measures, whether these measures shall be modified, revoked or confirmed.

5. The applicant may be required to supply other information necessary for the identification of the goods concerned by the authority that will execute the provisional measures.

6. Without prejudice to paragraph 4, provisional measures taken on the basis of paragraphs 1 and 2 shall, upon request by the defendant, be revoked or otherwise cease to have effect, if proceedings leading to a decision on the merits of the case are not initiated within a reasonable period, to be determined by the judicial authority ordering the measures where a Member's law so permits or, in the absence of such a determination, not to exceed 20 working days or 31 calendar days, whichever is the longer.

7. Where the provisional measures are revoked or where they lapse due to any act or omission by the applicant, or where it is subsequently found that there has been no infringement or threat of /infringement of an intellectual property right, the judicial authorities shall have the authority to order the applicant, upon request of the defendant, to provide the defendant appropriate compensation for any injury caused by these measures.

8. To the extent that any provisional measure can be ordered as a result of administrative procedures, such procedures shall conform to principles equivalent in substance to those set forth in this Section.

#### SECTION 4: SPECIAL REQUIREMENTS RELATED TO BORDER MEASURES<sup>12</sup>

##### *Article 51*

*Suspension of Release by Customs Authorities* Members shall, in conformity with the provisions set out below, adopt procedures<sup>13</sup> to enable a right holder, who has valid grounds for suspecting that the importation of counterfeit trademark or pirated copyright goods<sup>14</sup> may take place, to lodge an application in writing with competent authorities, administrative or judicial, for the suspension by the customs authorities of the release into free circulation of such goods. Members may enable such an application to be made in respect of goods which involve other infringements of intellectual property rights, provided that the requirements of this Section are met. Members may also provide for corresponding procedures concerning the suspension by the customs authorities of the release of infringing goods destined for exportation from their territories.

##### *Article 52*

##### *Application*

---

<sup>12</sup> Where a Member has dismantled substantially all controls over movement of goods across its border with another Member with which it forms part of a customs union, it shall not be required to apply the provisions of this Section at that border.

<sup>13</sup> It is understood that there shall be no obligation to apply such procedures to imports of goods put on the market in another country by or with the consent of the right holder, or to goods in transit.

<sup>14</sup> For the purposes of this Agreement:

(a) "counterfeit trademark goods" shall mean any goods, including packaging, bearing without authorization a trademark which is identical to the trademark validly registered in respect of such goods, or which cannot be distinguished in its essential aspects from such a trademark, and which thereby infringes the rights of the owner of the trademark in question under the law of the country of importation;

(b) "pirated copyright goods" shall mean any goods which are copies made without the consent of the right holder or person duly authorized by the right holder in the country of production and which are made directly or indirectly from an article where the making of that copy would have constituted an infringement of a copyright or a related right under the law of the country of importation.

Any right holder initiating the procedures under Article 51 shall be required to provide adequate evidence to satisfy the competent authorities that, under the laws of the country of importation, there is *prima facie* an infringement of the right holder's intellectual property right and to supply a sufficiently detailed description of the goods to make them readily recognizable by the customs authorities. The competent authorities shall inform the applicant within a reasonable period whether they have accepted the application and, where determined by the competent authorities, the period for which the customs authorities will take action.

#### *Article 53*

##### *Security or Equivalent Assurance*

1. The competent authorities shall have the authority to require an applicant to provide a security or equivalent assurance sufficient to protect the defendant and the competent authorities and to prevent abuse. Such security or equivalent assurance shall not unreasonably deter recourse to these procedures.

2. Where pursuant to an application under this Section the release of goods involving industrial designs, patents, layout-designs or undisclosed information into free circulation has been suspended by customs authorities on the basis of a decision other than by a judicial or other independent authority, and the period provided for in Article 55 has expired without the granting of provisional relief by the duly empowered authority, and provided that all other conditions for importation have been complied with, the owner, importer, or consignee of such goods shall be entitled to their release on the posting of a security in an amount sufficient to protect the right holder for any infringement. Payment of such security shall not prejudice any other remedy available to the right holder, it being understood that the security shall be released if the right holder fails to pursue the right of action within a reasonable period of time.

#### *Article 54*

##### *Notice of Suspension*

The importer and the applicant shall be promptly notified of the suspension of the release of goods according to Article 51.

*Article 55**Duration of Suspension*

If, within a period not exceeding 10 working days after the applicant has been served notice of the suspension, the customs authorities have not been informed that proceedings leading to a decision on the merits of the case have been initiated by a party other than the defendant, or that the duly empowered authority has taken provisional measures prolonging the suspension of the release of the goods, the goods shall be released, provided that all other conditions for importation or exportation have been complied with; in appropriate cases, this time-limit may be extended by another 10 working days. If proceedings leading to a decision on the merits of the case have been initiated, a review, including a right to be heard, shall take place upon request of the defendant with a view to deciding, within a reasonable period, whether these measures shall be modified, revoked or confirmed. Notwithstanding the above, where the suspension of the release of goods is carried out or continued in accordance with a provisional judicial measure, the provisions of paragraph 6 of Article 50 shall apply.

*Article 56**Indemnification of the Importer  
and of the Owner of the Goods*

Relevant authorities shall have the authority to order the applicant to pay the importer, the consignee and the owner of the goods appropriate compensation for any injury caused to them through the wrongful detention of goods or through the detention of goods released pursuant to Article 55.

*Article 57**Right of Inspection and Information*

Without prejudice to the protection of confidential information, Members shall provide the competent authorities the authority to give the right holder sufficient opportunity to have any goods detained by the customs authorities inspected in order to substantiate the right holder's claims. The competent authorities shall also have authority to give the importer an equivalent opportunity to have any such goods inspected. Where a positive determination has been made on the merits of a case, Members may provide the competent authorities the

authority to inform the right holder of the names and addresses of the consignor, the importer and the consignee and of the quantity of the goods in question.

*Article 58*  
*Ex Officio Action*

Where Members require competent authorities to act upon their own initiative and to suspend the release of goods in respect of which they have acquired *prima facie* evidence that an intellectual property right is being infringed:

(a) the competent authorities may at any time seek from the right holder any information that may assist them to exercise these powers;

(b) the importer and the right holder shall be promptly notified of the suspension. Where the importer has lodged an appeal against the suspension with the competent authorities, the suspension shall be subject to the conditions, *mutatis mutandis*, set out at Article 55;

(c) Members shall only exempt both public authorities and officials from liability to appropriate remedial measures where actions are taken or intended in good faith.

*Article 59*  
*Remedies*

Without prejudice to other rights of action open to the right holder and subject to the right of the defendant to seek review by a judicial authority, competent authorities shall have the authority to order the destruction or disposal of infringing goods in accordance with the principles set out in Article 46. In regard to counterfeit trademark goods, the authorities shall not allow the re-exportation of the infringing goods in an unaltered state or subject them to a different customs procedure, other than in exceptional circumstances.

*Article 60*  
*De Minimis Imports*

Members may exclude from the application of the above provisions small quantities of goods of a non-commercial nature contained in travellers' personal luggage or sent in small consignments.

## SECTION 5: CRIMINAL PROCEDURES

*Article 61*

Members shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of wilful trademark counterfeiting or copyright piracy on a commercial scale. Remedies available shall include imprisonment and/or monetary fines sufficient to provide a deterrent, consistently with the level of penalties applied for crimes of a corresponding gravity. In appropriate cases, remedies available shall also include the seizure, forfeiture and destruction of the infringing goods and of any materials and implements the predominant use of which has been in the commission of the offence. Members may provide for criminal procedures and penalties to be applied in other cases of infringement of intellectual property rights, in particular where they are committed wilfully and on a commercial scale.

## PART IV

ACQUISITION AND MAINTENANCE OF INTELLECTUAL PROPERTY  
RIGHTS AND RELATED *INTER-PARTES* PROCEDURES*Article 62*

1. Members may require, as a condition of the acquisition or maintenance of the intellectual property rights provided for under Sections 2 through 6 of Part II, compliance with reasonable procedures and formalities. Such procedures and formalities shall be consistent with the provisions of this Agreement.

2. Where the acquisition of an intellectual property right is subject to the right being granted or registered, Members shall ensure that the procedures for grant or registration, subject to compliance with the substantive conditions for acquisition of the right, permit the granting or registration of the right within a reasonable period of time so as to avoid unwarranted curtailment of the period of protection.

3. Article 4 of the Paris Convention (1967) shall apply *mutatis mutandis* to service marks.

4. Procedures concerning the acquisition or maintenance of intellectual property rights and, where a Member's law provides for such procedures, administrative revocation and *inter partes* procedures such as opposition, revocation and cancellation, shall be governed by the general principles set out in paragraphs 2 and 3 of Article 41.



5. Final administrative decisions in any of the procedures referred to under paragraph 4 shall be subject to review by a judicial or quasi-judicial authority. However, there shall be no obligation to provide an opportunity for such review of decisions in cases of unsuccessful opposition or administrative revocation, provided that the grounds for such procedures can be the subject of invalidation procedures.

PART V  
DISPUTE PREVENTION AND SETTLEMENT

*Article 63*  
*Transparency*

1. Laws and regulations, and final judicial decisions and administrative rulings of general application, made effective by a Member pertaining to the subject matter of this Agreement (the availability, scope, acquisition, enforcement and prevention of the abuse of intellectual property rights) shall be published, or where such publication is not practicable made publicly available, in a national language, in such a manner as to enable governments and right holders to become acquainted with them. Agreements concerning the subject matter of this Agreement which are in force between the government or a governmental agency of a Member and the government or a governmental agency of another Member shall also be published.

2. Members shall notify the laws and regulations referred to in paragraph 1 to the Council for TRIPS in order to assist that Council in its review of the operation of this Agreement. The Council shall attempt to minimize the burden on Members in carrying out this obligation and may decide to waive the obligation to notify such laws and regulations directly to the Council if consultations with WIPO on the establishment of a common register containing these laws and regulations are successful. The Council shall also consider in this connection any action required regarding notifications pursuant to the obligations under this Agreement stemming from the provisions of Article 6ter of the Paris Convention (1967).

3. Each Member shall be prepared to supply, in response to a written request from another Member, information of the sort referred to in paragraph 1. A Member, having reason to believe that a specific judicial decision or administrative ruling or bilateral agreement in the area of intellectual property rights affects its rights under this Agreement, may also request in writing to be given access to or be

informed in sufficient detail of such specific judicial decisions or administrative rulings or bilateral agreements.

4. Nothing in paragraphs 1, 2 and 3 shall require Members to disclose confidential information which would impede law enforcement or otherwise be contrary to the public interest or would prejudice the legitimate commercial interests of particular enterprises, public or private.

*Article 64*  
*Dispute Settlement*

1. The provisions of Articles XXII and XXIII of GATT 1994 as elaborated and applied by the Dispute Settlement Understanding shall apply to consultations and the settlement of disputes under this Agreement except as otherwise specifically provided herein.

2. Subparagraphs 1(b) and 1(c) of Article XXIII of GATT 1994 shall not apply to the settlement of disputes under this Agreement for a period of five years from the date of entry into force of the WTO Agreement.

3. During the time period referred to in paragraph 2, the Council for TRIPS shall examine the scope and modalities for complaints of the type provided for under subparagraphs 1(b) and 1(c) of Article XXIII of GATT 1994 made pursuant to this Agreement, and submit its recommendations to the Ministerial Conference for approval. Any decision of the Ministerial Conference to approve such recommendations or to extend the period in paragraph 2 shall be made only by consensus, and approved recommendations shall be effective for all Members without further formal acceptance process.

PART VI  
TRANSITIONAL ARRANGEMENTS

*Article 65*  
*Transitional Arrangements*

1. Subject to the provisions of paragraphs 2, 3 and 4, no Member shall be obliged to apply the provisions of this Agreement before the expiry of a general period of one year following the date of entry into force of the WTO Agreement.

2. A developing country Member is entitled to delay for a further period of four years the date of application, as defined in paragraph 1, of the provisions of this Agreement other than Articles 3, 4 and 5.

3. Any other Member which is in the process of transformation from a centrally-planned into a market, free-enterprise economy and which is undertaking structural reform of its intellectual property system and facing special problems in the preparation and implementation of intellectual property laws and regulations, may also benefit from a period of delay as foreseen in paragraph 2.

4. To the extent that a developing country Member is obliged by this Agreement to extend product patent protection to areas of technology not so protectable in its territory on the general date of application of this Agreement for that Member, as defined in paragraph 2, it may delay the application of the provisions on product patents of Section 5 of Part II to such areas of technology for an additional period of five years.

5. A Member availing itself of a transitional period under paragraphs 1, 2, 3 or 4 shall ensure that any changes in its laws, regulations and practice made during that period do not result in a lesser degree of consistency with the provisions of this Agreement.

#### *Article 66*

##### *Least-Developed Country Members*

1. In view of the special needs and requirements of least-developed country Members, their economic, financial and administrative constraints, and their need for flexibility to create a viable technological base, such Members shall not be required to apply the provisions of this Agreement, other than Articles 3, 4 and 5, for a period of 10 years from the date of application as defined under paragraph 1 of Article 65. The Council for TRIPS shall, upon duly motivated request by a least-developed country Member, accord extensions of this period.

2. Developed country Members shall provide incentives to enterprises and institutions in their territories for the purpose of promoting and encouraging technology transfer to least-developed country Members in order to enable them to create a sound and viable technological base.

*Article 67**Technical Cooperation*

In order to facilitate the implementation of this Agreement, developed country Members shall provide, on request and on mutually agreed terms and conditions, technical and financial cooperation in favour of developing and least-developed country Members. Such cooperation shall include assistance in the preparation of laws and regulations on the protection and enforcement of intellectual property rights as well as on the prevention of their abuse, and shall include support regarding the establishment or reinforcement of domestic offices and agencies relevant to these matters, including the training of personnel.

## PART VII

## INSTITUTIONAL ARRANGEMENTS; FINAL PROVISIONS

*Article 68**Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*

The Council for TRIPS shall monitor the operation of this Agreement and, in particular, Members' compliance with their obligations hereunder, and shall afford Members the opportunity of consulting on matters relating to the trade-related aspects of intellectual property rights. It shall carry out such other responsibilities as assigned to it by the Members, and it shall, in particular, provide any assistance requested by them in the context of dispute settlement procedures. In carrying out its functions, the Council for TRIPS may consult with and seek information from any source it deems appropriate. In consultation with WIPO, the Council shall seek to establish, within one year of its first meeting, appropriate arrangements for cooperation with bodies of that Organization.

*Article 69**International Cooperation*

Members agree to cooperate with each other with a view to eliminating international trade in goods infringing intellectual property rights. For this purpose, they shall establish and notify contact points in their administrations and be ready to exchange information on trade in infringing goods. They shall, in particular, promote

the exchange of information and cooperation between customs authorities with regard to trade in counterfeit trademark goods and pirated copyright goods.

*Article 70*

*Protection of Existing Subject Matter*

1. This Agreement does not give rise to obligations in respect of acts which occurred before the date of application of the Agreement for the Member in question.

2. Except as otherwise provided for in this Agreement, this Agreement gives rise to obligations in respect of all subject matter existing at the date of application of this Agreement for the Member in question, and which is protected in that Member on the said date, or which meets or comes subsequently to meet the criteria for protection under the terms of this Agreement. In respect of this paragraph and paragraphs 3 and 4, copyright obligations with respect to existing works shall be solely determined under Article 18 of the Berne Convention (1971), and obligations with respect to the rights of producers of phonograms and performers in existing phonograms shall be determined solely under Article 18 of the Berne Convention (1971) as made applicable under paragraph 6 of Article 14 of this Agreement.

3. There shall be no obligation to restore protection to subject matter which on the date of application of this Agreement for the Member in question has fallen into the public domain.

4. In respect of any acts in respect of specific objects embodying protected subject matter which become infringing under the terms of legislation in conformity with this Agreement, and which were commenced, or in respect of which a significant investment was made, before the date of acceptance of the WTO Agreement by that Member, any Member may provide for a limitation of the remedies available to the right holder as to the continued performance of such acts after the date of application of this Agreement for that Member. In such cases the Member shall, however, at least provide for the payment of equitable remuneration.

5. A Member is not obliged to apply the provisions of Article 11 and of paragraph 4 of Article 14 with respect to originals or copies purchased prior to the date of application of this Agreement for that Member.

6. Members shall not be required to apply Article 31, or the requirement in paragraph 1 of Article 27 that patent rights shall be enjoyable without discrimination as to the field of technology, to use without the authorization of the right holder

where authorization for such use was granted by the government before the date this Agreement became known.

7. In the case of intellectual property rights for which protection is conditional upon registration, applications for protection which are pending on the date of application of this Agreement for the Member in question shall be permitted to be amended to claim any enhanced protection provided under the provisions of this Agreement. Such amendments shall not include new matter.

8. Where a Member does not make available as of the date of entry into force of the WTO Agreement patent protection for pharmaceutical and agricultural chemical products commensurate with its obligations under Article 27, that Member shall:

(a) notwithstanding the provisions of Part VI, provide as from the date of entry into force of the WTO Agreement a means by which applications for patents for such inventions can be filed;

(b) apply to these applications, as of the date of application of this Agreement, the criteria for patentability as laid down in this Agreement as if those criteria were being applied on the date of filing in that Member or, where priority is available and claimed, the priority date of the application; and

(c) provide patent protection in accordance with this Agreement as from the grant of the patent and for the remainder of the patent term, counted from the filing date in accordance with Article 33 of this Agreement, for those of these applications that meet the criteria for protection referred to in subparagraph (b).

9. Where a product is the subject of a patent application in a Member in accordance with paragraph 8(a), exclusive marketing rights shall be granted, notwithstanding the provisions of Part VI, for a period of five years after obtaining marketing approval in that Member or until a product patent is granted or rejected in that Member, whichever period is shorter, provided that, subsequent to the entry into force of the WTO Agreement, a patent application has been filed and a patent granted for that product in another Member and marketing approval obtained in such other Member.

#### *Article 71*

##### *Review and Amendment*

1. The Council for TRIPS shall review the implementation of this Agreement after the expiration of the transitional period referred to in paragraph 2 of Article 65.

The Council shall, having regard to the experience gained in its implementation, review it two years after that date, and at identical intervals thereafter. The Council may also undertake reviews in the light of any relevant new developments which might warrant modification or amendment of this Agreement.

2. Amendments merely serving the purpose of adjusting to higher levels of protection of intellectual property rights achieved, and in force, in other multilateral agreements and accepted under those agreements by all Members of the WTO may be referred to the Ministerial Conference for action in accordance with paragraph 6 of Article X of the WTO Agreement on the basis of a consensus proposal from the Council for TRIPS.

#### *Article 72*

##### *Reservations*

Reservations may not be entered in respect of any of the provisions of this Agreement without the consent of the other Members.

#### *Article 73*

##### *Security Exceptions*

Nothing in this Agreement shall be construed:

- (a) to require a Member to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; or
- (b) to prevent a Member from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests;
  - (i) relating to fissionable materials or the materials from which they are derived;
  - (ii) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment;
  - (iii) taken in time of war or other emergency in international relations; or
- (c) to prevent a Member from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.

ภาคผนวก ข

THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY



CONVENTION  
ON BIOLOGICAL DIVERSITY  
UNITED NATIONS  
1992

---

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY

*Preamble •*

*The Contracting Parties,*

*Conscious* of the intrinsic value of biological diversity and of the ecological, genetic, social, economic, scientific, educational, cultural, recreational and aesthetic values of biological diversity and its components.

*Conscious also* of the importance of biological diversity for evolution and for maintaining life sustaining systems of the biosphere,

*Affirming* that the conservation of biological diversity is a common concern of humankind,

*Reaffirming* that States have sovereign rights over their own biological resources.

*Reaffirming also* that States are responsible for conserving their biological diversity and for using their biological resources in a sustainable manner,

*Concerned* that biological diversity is being significantly reduced by certain human activities.

*Aware* of the general lack of information and knowledge regarding biological diversity and of the urgent need to develop scientific, technical and institutional capacities to provide the basic understanding upon which to plan and implement appropriate measures,

*Noting* that it is vital to anticipate, prevent and attack the causes of significant reduction or loss of biological diversity at source,

*Noting also* that where there is a threat of significant reduction or loss of biological diversity, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing measures to avoid or minimize such a threat.

*Noting further* that the fundamental requirement for the conservation of biological diversity is the *in-situ* conservation of ecosystems and natural habitats and the maintenance and recovery of viable populations of species in their natural surroundings,

*Noting further* that *ex-si tu* measures, preferably in the country of origin, also have an important role to play,

*Recognizing* the close and traditional dependence of many indigenous and local communities embodying traditional lifestyles on biological resources, and the desirability of sharing equitably benefits arising from the use of traditional knowledge, innovations and practices relevant to the conservation of biological diversity and the sustainable use of its components,

*Recognizing ai so* the vital role that women play in the conservation and sustainable use of biological diversity and affirming the need for the full participation of women at all levels of policy-making and implementation for biological diversity conservation,

*Stressing* the importance of, and the need to promote, international, regional and global cooperation among States and intergovernmental organizations and the non-governmental sector for the conservation of biological diversity and the sustainable use of its components,

*Acknowledging* that the provision of new and additional financial resources and appropriate access to relevant technologies can be expected to make a substantial difference in the world's ability to address the loss of biological diversity,

*Acknowledging further* that special provision is required to meet the needs of developing countries, including the provision of new and additional financial resources and appropriate access to relevant technologies,

*Noting* in this regard the special conditions of the least developed countries and small island States,

*Acknowledging* that substantial investments are required to conserve biological diversity and that there is the expectation of a broad range of environmental, economic and social benefits from those investments,

*Recognizing* that economic and social development and poverty eradication are the first and overriding priorities of developing countries,

*Aware* that conservation and sustainable use of biological diversity is of critical importance for meeting the food, health and other needs of the growing world population, for which purpose access to and sharing of both genetic resources and technologies are essential,

*Noting* that, ultimately, the conservation and sustainable use of biological diversity will strengthen friendly relations among States and contribute to peace for humankind,

*Desiring* to enhance and complement existing international arrangements for the conservation of biological diversity and sustainable use of its components, and

*Determined* to conserve and sustainably use biological diversity for the benefit of present and future generations. Have agreed as follows:

### *Article 1. Objectives*

The objectives of this Convention, to be pursued in accordance with its relevant provisions, are the conservation of biological diversity, the sustainable use of its components and the fair and equitable sharing of the benefits arising out of the utilization of genetic resources, including by appropriate access to genetic resources and by appropriate transfer of relevant technologies, taking into account all rights over those resources and to technologies, and by appropriate funding.

### *Article 2. Use of Terms*

For the purposes of this Convention:

"*Biological diversity*" means the variability among living organisms from all sources including, *inter alia*, terrestrial, marine and other aquatic ecosystems and the ecological complexes of which they are part: this includes diversity within species, between species and of ecosystems.

"*Biological resources*" includes genetic resources, organisms or parts thereof, populations, or any other biotic component of ecosystems with actual or potential use or value for humanity.

"*Biotechnology*" means any technological application that uses biological systems, living organisms, or derivatives thereof, to make or modify products or processes for specific use.

"*Country of origin of genetic resources*" means the country which possesses those genetic resources in *in-situ* conditions.

"*Country providing genetic resources*" means the country supplying genetic resources collected from *in-situ* sources, including populations of both wild and domesticated species, or taken from *ex-situ* sources, which may or may not have originated in that country.

"*Domesticated or cultivated species*" means species in which the evolutionary process has been influenced by humans to meet their needs.

"*Ecosystem*" means a dynamic complex of plant, animal and micro-organism communities and their non-living environment interacting as a functional unit.

"*Ex-situ conservation*" means the conservation of components of biological diversity outside their natural habitats.

"*Genetic material*" means any material of plant, animal, microbial or other origin containing functional units of heredity.

"*Genetic resources*" means genetic material of actual or potential value.

"*Habitat*" means the place or type of site where an organism or population naturally occurs.

"*In-situ conditions*" means «-onditions where genetic resources exist within ecosystems and natural habitats, and, in the case of domesticated or cultivated species, in the surroundings where they have developed their distinctive properties.

"*In-situ conservation*" means the conservation of ecosystems and natural habitats and the maintenance and recovery of viable populations of species in their natural surroundings and, in the case of domesticated or cultivated species, in the surroundings where they have developed their distinctive properties.

"*Protected area*" means a geographically defined area which is designated or regulated and managed to achieve specific conservation objectives.

"*Regional economic integration organization*" means an organization constituted by sovereign States of a given region, to which its member States have transferred competence in respect of matters governed by this Convention and which has been duly authorized, in accordance with its internal procedures, to sign, ratify, accept, approve or accede to it.

"*Sustainable use*" means the use of components of biological diversity in a way and at a rate that does not lead to the long-term decline of biological diversity, thereby maintaining its potential to meet the needs and aspirations of present and future generations.

"*Technology*" includes biotechnology.

### *Article 3. Principle*

States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.

#### *Article 4. Jurisdictional Scope*

Subject to the rights of other States, and except as otherwise expressly provided in this Convention, the provisions of this Convention apply, in relation to each Contracting Party:

(a) In the case of components of biological diversity, in areas within the limits of its national jurisdiction; and

(b) In the case of processes and activities, regardless of where their effects occur, carried out under its jurisdiction or control, within the area of its national jurisdiction or beyond the limits of national jurisdiction.

#### *Article 5. Cooperation*

Each Contracting Party shall, as far as possible and as appropriate, cooperate with other Contracting Parties, directly or, where appropriate, through competent international organizations, in respect of areas beyond national jurisdiction and on other matters of mutual interest, for the conservation and sustainable use of biological diversity.

#### *Article 6. General Measures for Conservation and Sustainable Use*

Each Contracting Party shall, in accordance with its particular conditions and capabilities:

(a) Develop national strategies, plans or programmes for the conservation and sustainable use of biological diversity or adapt for this purpose existing strategies, plans or programmes which shall reflect, *inter alia*, the measures set out in this Convention relevant to the Contracting Party concerned; and

(b) Integrate, as far as possible and as appropriate, the conservation and sustainable use of biological diversity into relevant sectoral or cross-sectoral plans, programmes and policies.

#### *Article 7. Identification and Monitoring*

Each Contracting Party shall, as far as possible and as appropriate, in particular for the purposes of Articles 8 to 10:

(a) Identify components of biological diversity important for its conservation and sustainable use having regard to the indicative list of categories set down in Annex I:

(b) Monitor, through sampling and other techniques, the components of biological diversity identified pursuant to subparagraph (a) above, paying particular attention to those requiring urgent conservation measures and those which offer the greatest potential for sustainable use;

(c) Identify processes and categories of activities which have or are likely to have significant adverse impacts on the conservation and sustainable use of biological diversity, and monitor their effects through sampling and other techniques; and

(d) Maintain and organize, by any mechanism data, derived from identification and monitoring activities pursuant to subparagraphs (a), (b) and (c) above.

### *Article 8. In-situ Conservation*

Each Contracting Party shall, as far as possible and as appropriate:

(a) Establish a system of protected areas or areas where special measures need to be taken to conserve biological diversity:

(b) Develop, where necessary, guidelines for the selection, establishment and management of protected areas or areas where special measures need to be taken to conserve biological diversity:

(c) Regulate or manage biological resources important for the conservation of biological diversity whether within or outside protected areas, with a view to ensuring their conservation and sustainable use;

(d) Promote the protection of ecosystems, natural habitats and the maintenance of viable populations of species in natural surroundings:

(e) Promote environmentally sound and sustainable development in areas adjacent to protected areas with a view to furthering protection of these areas:

(f) Rehabilitate and restore degraded ecosystems and promote the recovery of threatened species, *inter alia*, through the development and implementation of plans or other management strategies:

(g) Establish or maintain means to regulate, manage or control the risks associated with the use and release of living modified organisms resulting from biotechnology which are likely to have adverse environmental impacts that could affect the conservation and sustainable use of biological diversity, taking also into account the risks to human health:

(h) Prevent the introduction of, control or eradicate those alien species which threaten ecosystems, habitats or species:

(i) Endeavour to provide the conditions needed for compatibility between present uses and the conservation of biological diversity and the sustainable use of its components:

(j) Subject to its national legislation, respect, preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity and promote their wider application with the approval and involvement of the holders of such knowledge, innovations and practices and encourage the equitable sharing of the benefits arising from the utilization of such knowledge, innovations and practices:

(k) Develop or maintain necessary legislation and/or other regulatory provisions for the protection of threatened species and populations:

(1) Where a significant adverse effect on biological diversity has been determined pursuant to Article 7, regulate or manage the relevant processes and categories of activities: and

(m) Cooperate in providing financial and other support for *in-situ* conservation outlined in subparagraphs (a) to (1) above, particularly to developing countries.

#### *Article 9. Ex-si tu Conservation*

Each Contracting Party shall, as far as possible and as appropriate, and predominantly for the purpose of complementing *in-situ* measures:

(a) Adopt measures for the *ex-si tu* conservation of components of biological diversity, preferably in the country of origin of such components :

(b) Establish and maintain facilities for *ex-si tu* conservation of and research on plants, animals and micro-organisms, preferably in the country of origin of genetic resources:

(c) Adopt measures for the recovery and rehabilitation of threatened species and for their reintroduction into their natural habitats under appropriate conditions;

(d) Regulate and manage collection of biological resources from natural habitats for *ex-si tu* conservation purposes so as not to threaten ecosystems and *in-si tu* populations of species, except where special temporary *ex-si tu* measures are required under subparagraph (c) above: and

(e) Cooperate in providing financial and other support for *ex-si tu* conservation outlined in subparagraphs (a) to (d) above and in the establishment and maintenance of *ex-si tu* conservation facilities in developing countries.

***Article 10. Sustainable Use of Components of Biological Diversity***

Each Contracting Party shall, as far as possible and as appropriate:

- (a) Integrate consideration of the conservation and sustainable use of biological resources into national decision-making;
- (b) Adopt measures relating to the use of biological resources to avoid or minimize adverse impacts on biological diversity;
- (c) Protect and encourage customary use of biological resources in accordance with traditional cultural practices that are compatible with conservation or sustainable use requirements;
- (d) Support local populations to develop and implement remedial action in degraded areas where biological diversity has been reduced; and
- (e) Encourage cooperation between its governmental authorities and its private sector in developing methods for sustainable use of biological resources.

***Article 11. Incentive Measures***

Each Contracting Party shall, as far as possible and as appropriate, adopt economically and socially sound measures that act as incentives for the conservation and sustainable use of components of biological diversity.

***Article 12. Research and Training***

The Contracting Parties, taking into account the special needs of developing countries, shall:

- (a) Establish and maintain programmes for scientific and technical education and training in measures for the identification, conservation and sustainable use of biological diversity and its components and provide support for such education and training for the specific needs of developing countries;
- (b) Promote and encourage research which contributes to the conservation and sustainable use of biological diversity, particularly in developing countries, *inter alia*, in accordance with decisions of the Conference of the Parties taken in consequence of recommendations of the Subsidiary Body on Scientific, Technical and Technological Advice; and
- (c) In keeping with the provisions of Articles 16, 13 and 20, promote and cooperate in the use of scientific advances in biological diversity research in developing methods for conservation and sustainable use of biological resources.



### ***Article 13. Public Education and Awareness***

The Contracting Parties shall:

(a) Promote and encourage understanding of the importance of, and the measures required for, the conservation of biological diversity, as well as its propagation through media, and the inclusion of these topics in educational programmes; and

(b) Cooperate, as appropriate, with other States and international organizations in developing educational and public awareness programmes, with respect to conservation and sustainable use of biological diversity.

### ***Article 14. Impact Assessment and Minimizing Adverse Impacts***

1. Each Contracting Party, as far as possible and as appropriate, shall:

(a) Introduce appropriate procedures requiring environmental impact assessment of its proposed projects that are likely to have significant adverse effects on biological diversity with a view to avoiding or minimizing such effects and, where appropriate, allow for public participation in such procedures;

(b) Introduce appropriate arrangements to ensure that the environmental consequences of its programmes and policies that are likely to have significant adverse impacts on biological diversity are duly taken into account;

(c) Promote, on the basis of reciprocity, notification, exchange information and consultation on activities under their jurisdiction or control which are likely to significantly affect adversely the biological diversity of other States or areas beyond the limits of national jurisdiction, by encouraging the conclusion of bilateral, regional or multilateral arrangements, as appropriate;

(d) In the case of imminent or grave danger or damage, originating under its jurisdiction or control, to biological diversity within the area under jurisdiction of other States or in areas beyond the limits of national jurisdiction, notify immediately the potentially affected States of such danger or damage, as well as initiate action to prevent or minimize such danger or damage; and

(e) Promote national arrangements for emergency responses to activities or events, whether caused naturally or otherwise, which present a grave and imminent danger to biological diversity and encourage international cooperation to supplement such national efforts and, where appropriate and agreed by the States or regional economic Integration organizations concerned, to establish joint contingency plans.

2. The Conference of the Parties shall examine, on the basis of studies to be carried out, the issue of liability and redress, including restoration and compensation, for damage to biological diversity, except where such liability is a purely internal matter.

### *Article 15. Access to Genetic Resources*

1. Recognizing the sovereign rights of States over their natural resources, the authority to determine access to genetic resources rests with the national governments and is subject to national legislation.

2. Each Contracting Party shall endeavour to create conditions to facilitate access to genetic resources for environmentally sound uses by other Contracting Parties and not to impose restrictions that run counter to the objectives of this Convention.

3. For the purpose of this Convention, the genetic resources being provided by a Contracting Party, as referred to in this Article and Articles 16 and 19, are only those that are provided by Contracting Parties that are countries of origin of such resources or by the Parties that have acquired the genetic resources in accordance with this Convention.

4. Access, where granted, shall be on mutually agreed terms and subject to the provisions of this Article.

5. Access to genetic resources shall be subject to prior informed consent of the Contracting Party providing such resources, unless otherwise determined by that Party.

6. Each Contracting Party shall endeavour to develop and carry out scientific research based on genetic resources provided by other Contracting Parties with the full participation of, and where possible in, such Contracting Parties.

7. Each Contracting Party shall take legislative, administrative or policy measures, as appropriate, and in accordance with Articles 16 and 19 and, where necessary, through the financial mechanism established by Articles 20 and 21 with the aim of sharing in a fair and equitable way the results of research and development and the benefits arising from the commercial and other utilization of genetic resources with the Contracting Party providing such resources. Such sharing shall be upon mutually agreed terms.

### *Article 16. Access to and Transfer of Technology*

1. Each Contracting Party, recognizing that technology includes biotechnology, and that both access to and transfer of technology among Contracting Parties are essential elements for the attainment of the objectives of this Convention, undertakes subject to the provisions of this Article to provide and/or facilitate access for and transfer to other Contracting Parties of technologies that are relevant to the conservation and sustainable use of biological diversity or make use of genetic resources and do not cause significant damage to the environment.

2. Access to and transfer of technology referred to in paragraph 1 above to developing countries shall be provided and/or facilitated under fair and most favourable terms, including on concessional and preferential terms where mutually agreed, and, where necessary, in accordance with the financial mechanism established by Articles 20 and 21. In the case of technology subject to patents and other intellectual property rights, such access and transfer shall be provided on terms which recognize and are consistent with the adequate and effective protection of intellectual property rights. The application of this paragraph shall be consistent with paragraphs 3, 4 and 5 below.

3. Each Contracting Party shall take legislative, administrative or policy measures, as appropriate, with the aim that Contracting Parties, in particular those that are developing countries, which provide genetic resources are provided access to and transfer of technology which makes use of those resources, on mutually agreed terms, including technology protected by patents and other intellectual property rights, where necessary, through the provisions of Articles 20 and 21 and in accordance with international law and consistent with paragraphs 4 and 5 below.

4. Each Contracting Party shall take legislative, administrative or policy measures, as appropriate, with the aim that the private sector facilitates access to, joint development and transfer of technology referred to in paragraph 1 above for the benefit of both governmental institutions and the private sector of developing countries and in this regard shall abide by the obligations included in paragraphs 1. 2 and 3 above.

5. The Contracting Parties, recognizing that patents and other intellectual property rights may have an influence on the implementation of this Convention, shall cooperate in this regard subject to national legislation and international law in order to ensure that such rights are supportive of and do not run counter to its objectives.

### *Article 17. Exchange of Information*

1. The Contracting Parties shall facilitate the exchange of information, from all publicly available sources, relevant to the conservation and sustainable use of biological diversity, taking into account the special needs of developing countries.

2. Such exchange of information shall include exchange of results of technical, scientific and socio-economic research, as well as information on training and surveying programmes, specialized knowledge, indigenous and traditional knowledge as such and in combination with the technologies referred to in Article 16, paragraph 1. It shall also, where feasible, include repatriation of information.

### *Article 18. Technical and Scientific Cooperation*

1. The Contracting Parties shall promote international technical and scientific cooperation in the field of conservation and sustainable use of biological diversity, where necessary, through the appropriate international and national institutions.

2. Each Contracting Party shall promote technical and scientific cooperation with other Contracting Parties, in particular developing countries, in implementing this Convention, *inter alia*, through the development and implementation of national policies. In promoting such cooperation, special attention should be given to the development and strengthening of national capabilities, by means of human resources development and institution building.

3. The Conference of the Parties, at its first meeting, shall determine how to establish a clearing-house mechanism to promote and facilitate technical and scientific cooperation.

4. The Contracting Parties shall, in accordance with national legislation and policies, encourage and develop methods of cooperation for the development and use of technologies, including indigenous and traditional technologies, in pursuance of the objectives of this Convention. For this purpose, the Contracting Parties shall also promote cooperation in the training of personnel and exchange of experts.

5. The Contracting Parties shall, subject to mutual agreement, promote the establishment of joint research programmes and joint ventures for the development of technologies relevant to the objectives of this Convention.

***Article 19. Handling of Biotechnology' and Distribution of its Benefits***

1. Each Contracting Party shall take legislative, administrative or policy measures, as appropriate, to provide for the Affective participation in biotechnological research activities. By those Contracting Parties, especially developing countries, which provide the genetic resources for such research, and where feasible in such Contracting Parties.

2. Each Contracting Party shall take all practicable measures to promote and advance priority access on a fair and equitable basis by Contracting Parties, especially developing countries, to THE results and benefits arising from biotechnologies based upon genetic resources provided by those Contracting Parties. Such access shall be on mutually agreed terms.

3. The Parties shall consider the need for and modalities of a protocol setting out appropriate procedures, including, in particular, advance informed agreement, in the field of the safe transfer, handling and use of any living modified organism resulting from biotechnology that may have adverse effect on the conservation and sustainable use of biological diversity.

4. Each Contracting Party shall, directly or by requiring any natural or legal person under its jurisdiction providing the organisms referred to in paragraph 3 above, provide any available information about the use and safety regulations required by that Contracting Party in handling such organisms, as well as any available information on the potential adverse impact of the specific organisms concerned to the Contracting Party into which those organisms are to be introduced.

***Article 20. Financial Resources***

1. Each Contracting Party undertakes to provide, in accordance with its capabilities, financial support and incentives in respect of those national activities which are intended to achieve the objectives of this Convention, in accordance with its national plans, priorities and programmes.

2. The developed country Parties shall provide new and additional financial resources to enable developing country Parties to meet the agreed full incremental costs to them of implementing measures which fulfil the obligations of this Convention and to benefit from its provisions and which costs are agreed between a developing country Party and the institutional structure referred to in Article 21, in accordance with policy, strategy, programme priorities and eligibility criteria and an

indicative list of incremental costs established by the Conference of the Parties. Other Parties, including countries undergoing the process of transition to a market economy, may voluntarily assume the obligations of the developed country Parties. For the purpose of this Article, the Conference of the Parties, shall at its first meeting establish a list of developed country Parties and other Parties which voluntarily assume the obligations of the developed country Parties. The Conference of the Parties shall periodically review and if necessary amend the list. Contributions from other countries and sources on a voluntary basis would also be encouraged. The implementation of these commitments shall take into account the need for adequacy, predictability and timely flow of funds and the importance of burden-sharing among the contributing Parties included in the list.

3. The developed country Parties may also provide, and developing country Parties avail themselves of, financial resources related to the implementation of this Convention through bilateral, regional and other multilateral channels.

4. The extent to which developing country Parties will effectively implement their commitments under this Convention will depend on the effective implementation by developed country Parties of their commitments under this Convention related to financial resources and transfer of technology and will take fully into account the fact that economic and social development and eradication of poverty are the first and overriding priorities of the developing country Parties.

5. The Parties shall take full account of the specific needs and special situation of least developed countries in their actions with regard to funding and transfer of technology.

6. The Contracting Parties shall also take into consideration the special conditions resulting from the dependence on, distribution and location of biological diversity within developing country Parties, in particular small island States.

7. Consideration shall also be given to the special situation of developing countries, including those that are most environmentally vulnerable, such as those with arid and semi-arid zones, coastal and mountainous areas.

#### *Article 21. Financial Mechanism*

1. There shall be a mechanism for the provision of financial resources to developing country Parties for purposes of this Convention on a "grant or concessional basis the essential elements of which are described in this Article. The mechanism shall function under the authority and guidance of, and be accountable to, the Conference of the Parties for purposes of this Convention. The operations of

the mechanism shall be carried out by such institutional structure as may be decided upon by the Conference of the Parties at its first meeting. For purposes of this Convention, the Conference of the Parties shall determine the policy, strategy, programme priorities and eligibility criteria relating to the access to and utilization of such resources. The contributions shall be such as to take into account the need for predictability, adequacy and timely flow of funds referred to in Article 20 in accordance with the amount of resources needed to be decided periodically by the Conference of the Parties and the importance of burden-sharing among the contributing Parties included in the list referred to in Article 20,c paragraph 2. Voluntary contributions may also be made by the developed country Parties and by other countries and sources. The mechanism shall operate within a democratic and transparent system of governance.

2. Pursuant to the objectives of this Convention, the Conference of the Parties shall at its first meeting determine the policy, strategy and programme priorities, as well as detailed criteria and guidelines for eligibility for access to and utilization of the financial resources including monitoring and evaluation on a regular basis of such utilization. The Conference of the Parties shall decide on the arrangements to give effect to paragraph 1 above after consultation with the institutional structure entrusted with the operation of the financial mechanism.

3. The Conference of the Parties shall review the effectiveness of the mechanism established under this Article, including the criteria and guidelines referred to in paragraph 2 above, not less than two years after the entry into force of this Convention and thereafter on a regular basis. Based on such review, it shall take appropriate action to improve the effectiveness of the mechanism if necessary.

4. The Contracting Parties shall consider strengthening existing financial institutions to provide financial resources for the conservation and sustainable use of biological diversity.

#### *Article 22. Relationship with Other International Conventions*

1. The provisions of this Convention shall not affect the rights and obligations of any Contracting Party deriving from any existing international agreement, except where the exercise of those rights and obligations would cause a serious damage or threat to biological diversity.

2. Contracting Parties shall implement this Convention with respect to the marine environment consistently with the rights and obligations of States under the law of the sea.

### *Article 23. Conference of the Parties*

1. A Conference of the Parties is hereby established. The first meeting of the conference of the Parties shall be convened by the Executive Director of the United Nations Environment Programme not later than one year after the entry into force of this Convention. Thereafter, ordinary meetings of the Conference of the Parties shall be held at regular intervals to be determined by the Conference at its first meeting.

2. Extraordinary meetings of the Conference of the Parties shall be held at such other times as may be deemed necessary by the Conference, or at the written request of any Party, provided that, within six months of the request being communicated to them by the Secretariat, it is supported by at least one third of the Parties.

3. The Conference of the Parties shall by consensus agree upon and adopt rules of procedure for itself and for any subsidiary body it may establish, as well as financial rules governing the funding of The Secretariat. At each ordinary meeting, it shall adopt a budget for The financial period until the next ordinary meeting'.

4. The Conference of the Parties shall keep under review the implementation of this Convention, and, for this purpose, shall:

(a) Establish the form and the intervals for transmitting the information to be submitted in accordance with Article 26 and consider such information as well as reports submitted by any subsidiary body:

(b) Review scientific, technical and technological advice on biological diversity provided in accordance with Article 25:

(c) Consider and adopt, as required, protocols in accordance with Article 28:

(d) Consider and adopt, as required, in accordance with Articles 29 and 30, amendments to this Convention and its annexes:

(e) Consider amendments to any protocol, as well as to any annexes thereto, and, if so decided, recommend their adoption to the parties to the protocol concerned:

(f) Consider and adopt, as required, in accordance with Article 30, additional annexes to this Convention:

(g) Establish such subsidiary bodies, particularly to provide scientific and technical advice, as are deemed necessary for the implementation of this Convention:

(h) Contact, through the Secretariat, the executive bodies of conventions dealing with matters covered by this Convention with a view to establishing appropriate forms of cooperation with them; and



(i) Consider and undertake any additional action that may be required for the achievement of the purposes of this Convention in the light of experience gained in its operation.

5. The United Nations, its specialized agencies and the International Atomic Energy Agency, as well as any State not Party to this Convention, may be represented as observers at meetings of the Conference of the Parties. Any other body or agency, whether governmental or nongovernmental, qualified in fields relating to conservation and sustainable use of biological diversity, which has informed the Secretariat of its wish to be represented as an observer at a meeting of the Conference of the Parties, may be admitted unless at least one third of the Parties present object. The admission and participation of observers shall be subject to the rules of procedure adopted by the Conference of the Parties.

#### *Article 24. Secretariat*

i. A secretariat is hereby established. Its functions shall be:

(a) To arrange for and service meetings of the Conference of the Parties provided for in Article 23:

(b) To perform the functions assigned to it by any protocol:

(c) To prepare reports on the execution of its functions under this Convention and present them to the Conference of the Parties:

(d) To coordinate with other relevant international bodies and, in particular to enter into such administrative and contractual arrangements as may be required for the effective discharge of its functions; and

(e) To perform such other functions as may be determined by the Conference of the Parties.

2. At its first ordinary meeting, the Conference of the Parties shall designate the secretariat from amongst those existing competent international organizations which have signified their willingness to carry out the secretariat functions under this Convention.

#### *Article 25. Subsidiary Body on Scientific, Technical and Technological Advice*

1. A subsidiary body for the provision of scientific, technical and technological advice is hereby established to provide the Conference of the Parties and, as

appropriate, its other subsidiary bodies with timely advice relating to the implementation of this Convention. This body shall be open to participation by all Parties and shall be multidisciplinary. It shall comprise government representatives competent in the relevant field of expertise. It shall report regularly to the Conference of the Parties on all aspects of its work.

2. Under the authority of and in accordance with guidelines laid down by the Conference of the Parties, and upon its request, this body shall:

(a) Provide scientific and technical assessments of the status of biological diversity;

(b) Prepare scientific and technical assessments of the effects of types of measures taken in accordance with the provisions of this Convention;

(c) Identify innovative, efficient and state-of-the-art technologies and know-how relating to the conservation and sustainable use of biological diversity and advise on the ways and means of promoting development and/or transferring such technologies:

(d) Provide advice on scientific programmes and international Cooperation in research and development related to conservation and sustainable use of biological diversity; and

(e) Respond to scientific, technical, technological and methodological questions that the Conference of the Parties and its subsidiary bodies may put to the body.

3. The functions, terms of reference, organization and operation of this body may be further elaborated by the Conference of the Parties.

#### *Article 26. Reports*

Each Contracting Party shall, at intervals to be determined by the Conference of the Parties, present to the Conference of the Parties, reports on measures which it has taken for the implementation of the provisions of this Convention and their effectiveness in meeting the objectives of this Convention.

#### *Article 27. Settlement of Disputes*

1. In the event of a dispute between Contracting Parties concerning the interpretation or application of this Convention, the parties concerned shall seek solution by negotiation.

2. If the parties concerned cannot reach agreement by negotiation, they may jointly seek the good offices of, or request mediation by, a third party.

3. When ratifying, accepting, approving or acceding to this Convention, or at any time thereafter, a State or regional economic integration organization may declare in writing to the Depositary that for a dispute not resolved in accordance with paragraph 1 or paragraph 2 above, it accepts one or both of the following means of dispute settlement as compulsory:

(a) Arbitration in accordance with the procedure laid down in Part 1 of Annex II;

(b) Submission of the dispute to the International Court of Justice.

4. If the parties to the dispute have not, in accordance with paragraph 3 above, accepted the same or any procedure, the dispute shall be submitted to conciliation in accordance with Part 2 of Annex II unless the parties otherwise agree.

5. The provisions of this Article shall apply with respect to any protocol except as otherwise provided in the protocol concerned.

#### *Article 28. Adoption of Protocols*

1. The Contracting Parties shall cooperate in the formulation and adoption of protocols to this Convention.

2. Protocols shall be adopted at a meeting of the Conference of the Parties.

3. The text of any proposed protocol shall be communicated to the Contracting Parties by the Secretariat at least six months before such a meeting.

#### *Article 29. Amendment of the Convention or Protocols*

1. Amendments to this Convention may be proposed by any Contracting Party. Amendments to any protocol may be proposed by any Party to that protocol.

2. Amendments to this Convention shall be adopted at a meeting of the Conference of the Parties. Amendments to any protocol shall be adopted at a meeting of the Parties to the Protocol in question. The text of any proposed amendment to this Convention or to any protocol, except as may otherwise be provided in such protocol, shall be communicated to the Parties to the instrument in question by the secretariat at least six months before the meeting at which it is proposed for adoption. The secretariat shall also communicate proposed amendments to the signatories to this Convention for information.

3. The Parties shall make every effort to reach agreement on any proposed amendment to this Convention or to any protocol by consensus. If all efforts at consensus have been exhausted, and no agreement reached, the amendment shall as a last resort be adopted by a two-third majority vote of the Parties to the instrument in question present and voting at the meeting, and shall be submitted by the Depositary to all Parties for ratification, acceptance or approval.

4. Ratification, acceptance or approval of amendments shall be notified to the Depositary in writing. Amendments adopted in accordance with paragraph 3 above shall enter into force among Parties having accepted them on the ninetieth day after the deposit of instruments of ratification, acceptance or approval by at least two thirds of the Contracting Parties to this Convention or of the Parties to the protocol concerned, except as may otherwise be provided in such protocol. Thereafter the amendments shall enter into force for any other Party on the ninetieth day after that Party deposits its instrument of ratification, acceptance or approval of the amendments.

5. For the purposes of this Article, "Parties present and voting" means Parties present and casting an affirmative or negative vote.

### *Article 30. Adoption and Amendment of Annexes*

1. The annexes to this Convention or to any protocol shall form an integral part of the Convention or of such protocol, as the case may be, and, unless expressly provided otherwise, a reference to this Convention or its protocols constitutes at the same time a reference to any annexes thereto. Such annexes shall be restricted to procedural, scientific, technical and administrative matters.

2. Except as may be otherwise provided in any protocol with respect to its annexes, the following procedure shall apply to the proposal, adoption and entry into force of additional annexes to this Convention or of annexes to any protocol :

(a) Annexes to this Convention or to any protocol shall be proposed and adopted according to the procedure laid down in Article 29:

(b) Any Party that is unable to approve an additional annex to this Convention or an annex to any protocol to which it is Party shall so notify the Depositary, in writing, within one year from the date of the communication of the adoption by the Depositary. The Depositary shall without delay notify all Parties of any such notification received. A Party may at any time withdraw a previous declaration of objection and the annexes shall thereupon enter into force for that Party subject to subparagraph (c) below:

(c) On the expiry of one year from the date of the communication of the adoption by the Depositary, the annex shall enter into force for all Parties to this Convention or to any protocol concerned which have not submitted a notification in accordance with the provisions of subparagraph (b) above.

3. The proposal, adoption and entry into force of amendments to annexes to this Convention or to any protocol shall be subject to the same procedure as for the proposal, adoption and entry into force of annexes to the Convention or annexes to any protocol.

4. If an additional annex or an amendment to an annex is related to an amendment to this Convention or to any protocol, the additional annex or amendment shall not enter into force until such time as the amendment to the Convention or to the protocol concerned enters into force.

#### ***Article 31. Right to Vote***

1. Except as provided for in paragraph 2 below, each Contracting Party to this Convention or to any protocol shall have one vote.

2. Regional economic integration organizations, in matters within their competence, shall exercise their right to vote with a number of votes equal to the number of their member States which are Contracting Parties to this Convention or the relevant protocol. Such organizations shall not exercise their right to vote if their member States exercise theirs, and vice versa.

#### ***Article 32. Relationship between this Convention and Its Protocols***

1. A State or a regional economic integration organization may not become a Party to a protocol unless it is, or becomes at the same time, a Contracting Party to this Convention.

2. Decisions under any protocol shall be taken only by the Parties to the protocol concerned. Any Contracting Party that has not ratified, accepted or approved a protocol may participate as an observer in any meeting of the parties to that protocol.

#### ***Article 33. Signature***

This Convention shall be open for signature at Rio de Janeiro by all States and any regional economic integration organization from 5 June 1992 until 14 June

1992, and at the United Nations Headquarters in New York from 15 June 1992 to 4 June 1993.

#### *Article 34. Ratification, Acceptance or Approval*

1. This Convention and any protocol shall be subject to ratification, acceptance or approval by States and by regional economic integration organizations. Instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Depository.

2. Any organization referred to in paragraph 1 above which becomes a Contracting Party to this Convention or any protocol without any of its member States being a Contracting Party shall be bound by all the obligations under the Convention or the protocol, as the case may be. In the case of such organizations, one or more of whose member States is a Contracting Party to this Convention or relevant protocol. The organization and its member States shall decide on their respective responsibilities for the performance of their obligations under the Convention or protocol, as the case may be. In such cases, the organization and the member States shall not be entitled to exercise rights under the Convention or relevant protocol concurrently.

3. In their instruments of ratification, acceptance or approval, the organizations referred to in paragraph 1 above shall declare the extent of their competence with respect to the matters governed by the Convention or the relevant protocol. These organizations shall also inform the Depository of any relevant modification in the extent of their competence.

#### *Article 35. Accession*

1. This Convention and any protocol shall be open for accession by States and by regional economic integration organizations from the date on which the Convention or the protocol concerned is closed for signature. The instruments of accession shall be deposited with the Depository.

2. In their instruments of accession, the organizations referred to in paragraph 1 above shall declare the extent of their competence with respect to the matters governed by the Convention or the relevant protocol. These organizations shall also inform the Depository of any relevant modification in the extent of their competence.

3. The provisions of Article 34, paragraph 2. shall apply to regional economic integration organizations which accede to this Convention or any protocol.

### *Article 36. Entry Into Force*

1. This Convention shall enter into force on the ninetieth day after the date of deposit of the thirtieth instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

2. Any protocol shall enter into force on the ninetieth day after the date of deposit of the number of instruments of ratification, acceptance, approval or accession, specified in that protocol, has been deposited.

3. For each Contracting Party which ratifies, accepts or approves this Convention or accedes thereto after the deposit of the thirtieth instrument of ratification, acceptance, approval or accession, it shall enter into force on the ninetieth day after the date of deposit by such Contracting Party of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

4. Any protocol, except as otherwise provided in such protocol, shall enter into force for a Contracting Party that ratifies, accepts or approves that protocol or accedes thereto after its entry into force pursuant to paragraph 2 above. on the ninetieth day after the date on which that Contracting Party deposits its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, or on the date on which this Convention enters into force for that Contracting Party, whichever shall be the later.

5. For the purposes of paragraphs 1 and 2 above, any instrument deposited by a regional economic integration organization shall not be counted as additional to those deposited by member States of such organization.

### *Article 37. Reservations*

No reservations may be made to this Convention.

### *Article 38. Withdrawals*

1. At any time after two years from the date on which this Convention has entered into force for a Contracting Party, that Contracting Party may withdraw from the Convention by giving written notification to the Depository.

2. Any such withdrawal shall take place upon expiry of one year after the date of its receipt by the Depository, or on such later date as may be specified in the notification of the withdrawal.

3. Any Contracting Party which withdraws from this Convention shall be considered as also having withdrawn from any protocol to which it is party. ,

***Article 39. Financial Interim Arrangements***

Provided that it has been fully restructured in accordance with the requirements of Article 21. the Global Environment Facility of the United Nations Development Programme, the United Nations Environment Programme and the International Bank for Reconstruction and Development shall be the institutional structure referred to in Article 21 on an interim basis, for the period between the entry into force of this Convention and the first meeting of the Conference of the Parties or until the Conference of the Parties decides which institutional structure will be designated in accordance with Article 21.

***Article 40. Secretariat Interim Arrangements***

The secretariat to be provided by the Executive Director of the United Nations Environment Programme shall be the secretariat referred to in Article 24, paragraph 2. on an interim basis for the period between the entry into force of this Convention and the first meeting of the Conference of the Parties.

***Article 41. Depositary***

The Secretary-General of the United Nations shall assume the functions of Depositary of this Convention and any protocols.

***Article 42. Authentic Texts***

The original of this Convention, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic, shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations. IN WITNESS WHEREOF the undersigned, being duly authorized to that effect, have signed this Convention. Done at Rio de Janeiro on this fifth day of June, one thousand nine hundred and ninety-two.



*Annex I*

## IDENTIFICATION AND MONITORING

1. Ecosystems and habitats: containing high diversity, large numbers of endemic or threatened species, or wilderness; required by migratory species; of social, economic, cultural or scientific importance: or, which are representative, unique or associated with key evolutionary or other biological processes:

2. Species and communities which are: threatened: wild relatives of domesticated or cultivated species; of medicinal, agricultural or other economic value; or social, scientific or cultural importance: or importance for research into the conservation and sustainable use of biological diversity, such as indicator species: and

3. Described genomes and genes of social, scientific or economic importance.

*Annex II*

## Part i

## ARBITRATION

*Article 1*

The claimant party shall notify the secretariat that the parties are referring a dispute to arbitration pursuant to Article 27. The notification shall state the subject-matter of arbitration and include, in particular, the articles of the Convention or the protocol, the interpretation or application of which are at issue. If the parties do not agree on the subject matter of the dispute before the President of the tribunal is designated, the arbitral tribunal shall determine the subject matter. The secretariat shall forward the information thus received to all Contracting Parties to this Convention or to the protocol concerned.

*Article 2*

1. In disputes between two parties, the arbitral tribunal shall consist of three members. Each of the parties to the dispute shall appoint an arbitrator and the two arbitrators so appointed shall designate by common agreement the third arbitrator who shall be the President of the tribunal. The latter shall not be a national of one of the parties to the dispute, nor have his or her usual place of residence in the

territory of one of these parties, nor be employed by any of them, nor have dealt with the case in any other capacity.

2. In disputes between more than two parties, parties in the same interest shall appoint one arbitrator jointly by agreement.

3. Any vacancy shall be filled in the manner prescribed for the initial appointment.

### *Article 3*

1. If the President of the arbitral tribunal has not been designated within two months of the appointment of the second arbitrator, the Secretary-General of the United Nations shall, at the request of a party, designate the President within a further two-month period.

2. If one of the parties to the dispute does not appoint an arbitrator within two months of receipt of the request, the other party may inform the Secretary-General who shall make the designation within a further two-month period.

### *Article 4*

The arbitral tribunal shall render its decisions in accordance with the provisions of this Convention, any protocols concerned. And international law.

### *Article 5*

Unless the parties to the dispute otherwise agree, the arbitral tribunal shall determine its own rules of procedure.

### *Article 6*

The arbitral tribunal may, at the request of one of the parties, recommend essential interim measures of protection.

### *Article 7*

The parties to the dispute shall facilitate the work of the arbitral tribunal and, in particular, using all means at their disposal, shall:

- (a) Provide it with all relevant documents, information and facilities; and
- (b) Enable it, when necessary, to call witnesses or experts and receive their evidence.

*Article 8*

The parties and the arbitrators are under an obligation to protect the confidentiality of any information they receive in confidence during the proceedings of the arbitral tribunal.

*Article 9*

Unless the arbitral tribunal determines otherwise because of the particular circumstances of the case, the costs of the tribunal shall be borne by the parties to the dispute in equal shares. The tribunal shall keep a record of all its costs, and shall furnish a final statement thereof to the parties.

*Article 10*

Any Contracting Party that has an interest of a legal nature in the subject-matter of the dispute which may be affected by the decision in the case, may intervene in the proceedings with the consent of the tribunal.

*Article 11*

The tribunal may hear and determine counterclaims arising directly out of the subject-matter of the dispute.

*Article 12*

Decisions both on procedure and substance of the arbitral tribunal shall be taken by a majority vote of its members.

*Article 13*

If one of the parties to the dispute does not appear before the arbitral tribunal or fails to defend its case, the other party may request the tribunal to

continue the proceedings and to make its award. Absence of a party or a failure of a party to defend its case shall not constitute a bar to the proceedings. Before rendering its final decision, the arbitral tribunal must satisfy itself that the claim is well founded in fact and law.

#### *Article 14*

The tribunal shall render its final decision within five months of the date on which it is fully constituted unless it finds it necessary to extend the time-limit for a period which should not exceed five more months.

#### *Article 15*

The final decision of the arbitral tribunal shall be confined to the subject-matter of the dispute and shall state the reasons on which it is based. It shall contain the names of the members who have participated and the date of the final decision. Any member of the tribunal may attach a separate or dissenting opinion to the final decision.

#### *Article 16*

The award shall be binding on the parties to the dispute. It shall be without appeal unless the parties to the dispute have agreed in advance to an appellate procedure.

#### *Article 17*

Any controversy which may arise between the parties to the dispute as regards the interpretation or manner of implementation of the final decision may be submitted by either party for decision to the arbitral tribunal which rendered it.

### **Part 2**

### **CONCILIATION**

#### *Article 1*

A conciliation commission shall be created upon the request of one of the parties to the dispute. The commission shall, unless the parties otherwise agree, be

composed of five members, two appointed by each Party concerned and a President chosen jointly by those members.

#### *Article 2*

In disputes between more than two parties, parties in the " same interest shall appoint their members of the commission jointly by agreement. Where two or more parties have separate interests or there is a disagreement as to whether they are of the same interest, they shall appoint their members separately.

#### *Article 3*

If any appointments by the parties are not made within two months of the date of the request to create a conciliation commission, the Secretary-General of the united Nations shall, if asked to do so by the party that made the request, make those appointments within a further two-month period.

#### *Article 4*

If a President of the conciliation commission has not been chosen within two months of the last of the members of the commission being appointed, the Secretary-General of the united Nations shall, if asked to do so by a party, designate a President within a further two-month period.

#### *Article 5*

The conciliation commission shall take its decisions by majority vote of its members. It shall, unless the parties to the dispute otherwise agree, determine its own procedure. It shall render a proposal for resolution of the dispute, which the parties shall consider in good faith.

#### *Article 6*

A disagreement as to whether the conciliation commission has competence shall be decided by the commission.

ภาคผนวก ค

THE CONVENTION ON THE PROTECTION AND PROMOTION OF  
THE DIVERSITY OF CULTURAL EXPRESSIONS

# CONVENTION

sur la protection  
et la promotion de la

diversité  
des  
expressions  
culturelles



Organisation  
des Nations Unies  
pour l'éducation,  
la science et la culture

# CONVENTION

sur la protection  
et la promotion de la

## diversité des expressions culturelles

Paris le 20 octobre 2005

La Conférence générale de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, réunie à Paris du 17 au 21 octobre 2005 pour sa 33<sup>e</sup> session,

*Affirmant* que la diversité culturelle est une caractéristique inhérente à l'humanité,

*Consciente* que la diversité culturelle constitue un patrimoine commun de l'humanité et qu'elle devrait être célébrée et préservée au profit de tous,

*Sachant* que la diversité culturelle crée un monde riche et varié qui élargit les choix possibles, nourrit les capacités et les valeurs humaines et qu'elle est donc un ressort fondamental du développement durable des communautés, des peuples et des nations,

*Rappelant* que la diversité culturelle, qui s'épanouit dans un cadre de démocratie, de tolérance, de justice sociale et de respect mutuel entre les peuples et les cultures, est indispensable à la paix et à la sécurité aux plans local, national et international,

*Célébrant* l'importance de la diversité culturelle pour la pleine réalisation des droits de l'homme et des libertés fondamentales proclamés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans d'autres instruments universellement reconnus,

*Soulignant* la nécessité d'intégrer la culture en tant qu'élément stratégique dans les politiques nationales et internationales de développement, ainsi que dans la coopération internationale pour le développement, en tenant également compte de la Déclaration du Millénaire de l'ONU (2000) qui met l'accent sur l'éradication de la pauvreté,

*Considérant* que la culture prend diverses formes dans le temps et dans l'espace, et que cette diversité s'incarne dans l'originalité et la pluralité des identités, ainsi que dans les expressions culturelles des peuples et des sociétés qui constituent l'humanité,

*Reconnaissant* l'importance des savoirs traditionnels en tant que source de richesse immatérielle et matérielle, et en particulier des systèmes de connaissance des peuples autochtones, et leur contribution positive au développement durable, ainsi que la nécessité d'assurer leur protection et promotion de façon adéquate,



Reconnaissant la nécessité de prendre des mesures pour protéger la diversité des expressions culturelles, y compris de leurs contenus, en particulier dans des situations où les expressions culturelles peuvent être menacées d'extinction ou de graves altérations,

Soulignant l'importance de la culture pour la cohésion sociale en général, et en particulier sa contribution à l'amélioration du statut et du rôle des femmes dans la société,

Consciente que la diversité culturelle est renforcée par la libre circulation des idées, et qu'elle se nourrit d'échanges constants et d'interactions entre les cultures,

Reaffirmant la liberté de pensée, d'expression et d'information, ainsi que la diversité des médias, permettant l'épanouissement des expressions culturelles au sein des sociétés,

Reconnaissant que la diversité des expressions culturelles, y compris des expressions culturelles traditionnelles, est un facteur important qui permet aux individus et aux peuples d'exprimer et de partager avec d'autres leurs idées et leurs valeurs,

Rappelant que la diversité linguistique est un élément fondamental de la diversité culturelle, et reaffirmant le rôle fondamental que joue l'éducation dans la protection et la promotion des expressions culturelles,

Considérant l'importance de la vitalité des cultures pour tous, y compris pour les personnes appartenant aux minorités et pour les peuples autochtones, telle qu'elle se manifeste par leur liberté de créer, diffuser et distribuer leurs expressions culturelles traditionnelles et d'y avoir accès de manière à favoriser leur propre développement,

Soulignant le rôle essentiel de l'interaction et de la créativité culturelles, qui nourrissent et renouvellent les expressions culturelles, et renforcent le rôle de ceux qui œuvrent au développement de la culture pour le progrès de la société dans son ensemble,

Reconnaissant l'importance des droits de propriété intellectuelle pour soutenir les personnes qui participent à la créativité culturelle,

Convaincue que les activités, biens et services culturels ont une double nature, économique et culturelle, parce qu'ils sont porteurs d'identités, de valeurs et de sens et qu'ils ne doivent donc pas être traités, comme avant, exclusivement comme une valeur commerciale,

Constatant que les progrès, visés de mondialisation, facilités par l'évolution rapide des technologies de l'information et de la communication, s'ils créent les conditions inédites d'une interaction renforcée entre les cultures, représentent aussi un défi pour la diversité culturelle, notamment au regard des risques de déséquilibres entre pays riches et pays pauvres,

Consciente du mandat spécifique confié à l'UNESCO d'assurer le respect de la diversité des cultures et de recommander les accords internationaux qu'elle juge utiles pour faciliter la libre circulation des idées par le mot et par l'image,

Se référant aux dispositions des instruments internationaux adoptés par l'UNESCO ayant trait à la diversité culturelle et à l'exercice des droits culturels, et en particulier à la Déclaration universelle sur la diversité culturelle de 2001,

Adopte, le 20 octobre 2005, la présente Convention.

# I. Objectifs et principes directeurs

## Article premier – OBJECTIFS

Les objectifs de la présente Convention sont :

- (a) de protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles ;
- (b) de créer les conditions permettant aux cultures de s'épanouir et interagir librement de manière à s'enrichir mutuellement ;
- (c) d'encourager le dialogue entre les cultures afin d'assurer des échanges culturels plus intenses et équilibrés dans le monde en faveur du respect interculturel et d'une culture de la paix ;
- (d) de stimuler l'interculturalité afin de développer l'interaction culturelle dans l'esprit de bâtir des passerelles entre les peuples ;
- (e) de promouvoir le respect de la diversité des expressions culturelles et la prise de conscience de sa valeur aux niveaux local, national et international ;
- (f) de réaffirmer l'importance du lien entre culture et développement pour tous les pays, en particulier les pays en développement, et d'encourager les actions menées aux plans national et international pour que soit reconnue la véritable valeur de ce lien ;
- (g) de reconnaître la nature spécifique des activités, biens et services culturels en tant que porteurs d'identité, de valeurs et de sens ;
- (h) de réaffirmer le droit souverain des États de conserver, d'adopter et de mettre en œuvre les politiques et mesures qu'ils jugent appropriées pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles sur leur territoire ;
- (i) de renforcer la coopération et la solidarité internationales dans un esprit de partenariat afin, notamment, d'accroître les capacités des pays en développement de protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles.

## Article 2 – PRINCIPES DIRECTEURS

### 1. Principe du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales

La diversité culturelle ne peut être protégée et promue que si les droits de l'homme et les libertés fondamentales telles que la liberté d'expression, d'information et de communication, ainsi que la possibilité pour les individus de choisir les expressions culturelles, sont garantis. Nul ne peut invoquer les dispositions de la présente Convention pour porter atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales tels que consacrés par la Déclaration universelle des droits de l'homme ou garantis par le droit international, ou pour en limiter la portée.

### 2. Principe de souveraineté

Les États ont, conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, le droit souverain d'adopter des mesures et des politiques pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles sur leur territoire.

### 3. Principe de l'égalité de dignité et du respect de toutes les cultures

La protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles impliquent la reconnaissance de l'égalité de dignité et du respect de toutes les cultures, y compris celles des personnes appartenant aux minorités et celles des peuples autochtones.

#### 4. Principe de solidarité et de coopération internationales

La coopération et la solidarité internationales devraient permettre à tous les pays, particulièrement aux pays en développement, de créer et renforcer les moyens nécessaires à leur expression culturelle, y compris leurs industries culturelles, qu'elles soient naissantes ou établies, aux niveaux local, national et international.

#### 5. Principe de la complémentarité des aspects économiques et culturels du développement

La culture étant un des ressorts fondamentaux du développement, les aspects culturels du développement sont aussi importants que ses aspects économiques, et les individus et les peuples ont le droit fondamental d'y participer et d'en jouir.

#### 6. Principe de développement durable

La diversité culturelle est une grande richesse pour les individus et les sociétés. La protection, la promotion et le maintien de la diversité culturelle sont une condition essentielle pour un développement durable au bénéfice des générations présentes et futures.

#### 7. Principe d'accès équitable

L'accès équitable à une gamme riche et diversifiée d'expressions culturelles provenant du monde entier et l'accès des cultures aux moyens d'expression et de diffusion constituent des éléments importants pour mettre en valeur la diversité culturelle et encourager la compréhension mutuelle.

#### 8. Principe d'ouverture et d'équilibre

Quand les États adoptent des mesures pour favoriser la diversité des expressions culturelles, ils devraient veiller à promouvoir, de façon appropriée, l'ouverture aux autres cultures du monde et à s'assurer que ces mesures sont conformes aux objectifs poursuivis par la présente Convention.

## II. Champ d'application

---

### Article 3 – CHAMP D'APPLICATION

La présente Convention s'applique aux politiques et aux mesures adoptées par les Parties relatives à la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles.

## III. Définitions

---

### Article 4 – DÉFINITIONS

Aux fins de la présente Convention, il est entendu que :

#### 1. Diversité culturelle

« Diversité culturelle » renvoie à la multiplicité des formes par lesquelles les cultures des groupes et des sociétés trouvent leur expression. Ces expressions se transmettent au sein des groupes et des sociétés et entre eux.

La diversité culturelle se manifeste non seulement dans les formes variées à travers lesquelles le patrimoine culturel de l'humanité est exprimé, enrichi et transmis grâce à la variété des expressions culturelles, mais aussi à travers divers modes de création artistique, de production, de diffusion, de distribution et de jouissance des expressions culturelles, quels que soient les moyens et les technologies utilisés.

## **2. Contenu culturel**

« Contenu culturel » renvoie au sens symbolique, à la dimension artistique et aux valeurs culturelles qui ont pour origine ou expriment des identités culturelles.

## **3. Expressions culturelles**

« Expressions culturelles » sont les expressions qui résultent de la créativité des individus, des groupes et des sociétés, et qui ont un contenu culturel.

## **4. Activités, biens et services culturels**

« Activités, biens et services culturels » renvoie aux activités, biens et services qui, dès lors qu'ils sont considérés du point de vue de leur qualité, de leur usage ou de leur finalité spécifiques, incarnent ou transmettent des expressions culturelles, indépendamment de la valeur commerciale qu'ils peuvent avoir. Les activités culturelles peuvent être une fin en elles-mêmes, ou bien contribuer à la production de biens et services culturels.

## **5. Industries culturelles**

« Industries culturelles » renvoie aux industries produisant et distribuant des biens ou services culturels tels que définis au paragraphe 4 ci-dessus.

## **6. Politiques et mesures culturelles**

« Politiques et mesures culturelles » renvoie aux politiques et mesures relatives à la culture, à un niveau local, national, régional ou international, qu'elles soient centrées sur la culture en tant que telle, ou destinées à avoir un effet direct sur les expressions culturelles des individus, groupes ou sociétés, y compris sur la création, la production, la diffusion et la distribution d'activités, de biens et de services culturels et sur l'accès à ceux-ci.

## **7. Protection**

« Protection » signifie l'adoption de mesures visant à la préservation, la sauvegarde et la mise en valeur de la diversité des expressions culturelles.

« Protéger » signifie adopter de telles mesures.

## **8. Interculturalité**

« Interculturalité » renvoie à l'existence et à l'interaction équitable de diverses cultures ainsi qu'à la possibilité de générer des expressions culturelles partagées par le dialogue et le respect mutuel.

# **IV. Droits et obligations des Parties**

---

## **Article 5 – RÈGLE GÉNÉRALE CONCERNANT LES DROITS ET OBLIGATIONS**

1. Les Parties réaffirment, conformément à la Charte des Nations Unies, aux principes du droit international et aux instruments universellement reconnus en matière de droits de l'homme, leur droit souverain de formuler et mettre en œuvre leurs politiques culturelles et d'adopter des mesures pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles ainsi que pour renforcer la coopération internationale afin d'atteindre les objectifs de la présente Convention.

2. Lorsqu'une Partie met en œuvre des politiques et prend des mesures pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles sur son territoire, ses politiques et mesures doivent être compatibles avec les dispositions de la présente Convention.

## Article 6 – DROITS DES PARTIES AU NIVEAU NATIONAL

1. Dans le cadre de ses politiques et mesures culturelles telles que décrites à l'article 4.6, et compte tenu des circonstances et des besoins qui lui sont propres, chaque Partie peut adopter des mesures destinées à protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles sur son territoire.

2. Ces mesures peuvent inclure :

- (a) les mesures réglementaires qui visent à protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles ;
- (b) les mesures qui, d'une manière appropriée, offrent des opportunités aux activités, biens et services culturels nationaux, de trouver leur place parmi l'ensemble des activités, biens et services culturels disponibles sur son territoire, pour ce qui est de leur création, production, diffusion, distribution et jouissance, y compris les mesures relatives à la langue utilisée pour lesdits activités, biens et services ;
- (c) les mesures qui visent à fournir aux industries culturelles nationales indépendantes et aux activités du secteur informel un accès véritable aux moyens de production, de diffusion et de distribution d'activités, biens et services culturels ;
- (d) les mesures qui visent à accorder des aides financières publiques ;
- (e) les mesures qui visent à encourager les organismes à but non lucratif, ainsi que les institutions publiques et privées, les artistes et les autres professionnels de la culture, à développer et promouvoir le libre échange et la libre circulation des idées et des expressions culturelles ainsi que des activités, biens et services culturels, et à stimuler la création et l'esprit d'entreprise dans leurs activités ;
- (f) les mesures qui visent à établir et soutenir, de façon appropriée, les institutions de service public ;
- (g) les mesures qui visent à encourager et soutenir les artistes ainsi que tous ceux qui sont impliqués dans la création d'expressions culturelles ;
- (h) les mesures qui visent à promouvoir la diversité des médias, y compris au moyen du service public de radiodiffusion.

## Article 7 – MESURES DESTINÉES À PROMOUVOIR LES EXPRESSIONS CULTURELLES

1. Les Parties s'efforcent de créer sur leur territoire un environnement encourageant les individus et les groupes sociaux :

- (a) à créer, produire, diffuser et distribuer leurs propres expressions culturelles et à y avoir accès, en tenant dûment compte des conditions et besoins particuliers des femmes, ainsi que de divers groupes sociaux, y compris les personnes appartenant aux minorités et les peuples autochtones ;
- (b) à avoir accès aux diverses expressions culturelles provenant de leur territoire ainsi que des autres pays du monde.

2. Les Parties s'efforcent également de reconnaître l'importante contribution des artistes et de tous ceux qui sont impliqués dans le processus créateur, des communautés culturelles et des organisations qui les soutiennent dans leur travail, ainsi que leur rôle central qui est de nourrir la diversité des expressions culturelles.

## Article 8 – MESURES DESTINÉES À PROTÉGER LES EXPRESSIONS CULTURELLES

1. Sans préjudice des dispositions des articles 5 et 6, une Partie peut diagnostiquer l'existence de situations spéciales où les expressions culturelles, sur son territoire, sont soumises à un risque d'extinction, à une grave menace, ou nécessitent de quelque façon que ce soit une sauvegarde urgente.

2. Les Parties peuvent prendre toutes les mesures appropriées pour protéger et préserver les expressions culturelles dans les situations mentionnées au paragraphe 1 conformément aux dispositions de la présente Convention.

3. Les Parties font rapport au Comité intergouvernemental visé à l'article 23 sur toutes les mesures prises pour faire face aux exigences de la situation et le Comité peut formuler des recommandations appropriées.

#### **Article 9 – PARTAGE DE L'INFORMATION ET TRANSPARENCE**

Les Parties :

- (a) fournissent tous les quatre ans, dans leurs rapports à l'UNESCO, l'information appropriée sur les mesures prises en vue de protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles sur leur territoire et au niveau international ;
- (b) désignent un point de contact chargé du partage de l'information relative à la présente Convention ;
- (c) partagent et échangent l'information relative à la protection et à la promotion de la diversité des expressions culturelles.

#### **Article 10 – ÉDUCATION ET SENSIBILISATION DU PUBLIC**

Les Parties :

- (a) favorisent et développent la compréhension de l'importance de la protection et de la promotion de la diversité des expressions culturelles, notamment par le biais de programmes d'éducation et de sensibilisation accrue du public ;
- (b) coopèrent avec les autres Parties et les organisations internationales et régionales pour atteindre l'objectif du présent article ;
- (c) s'emploient à encourager la créativité et à renforcer les capacités de production par la mise en place de programmes d'éducation, de formation et d'échanges dans le domaine des industries culturelles. Ces mesures devraient être appliquées de manière à ne pas avoir d'impact négatif sur les formes de production traditionnelles.

#### **Article 11 – PARTICIPATION DE LA SOCIÉTÉ CIVILE**

Les Parties reconnaissent le rôle fondamental de la société civile dans la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. Les Parties encouragent la participation active de la société civile à leurs efforts en vue d'atteindre les objectifs de la présente Convention.

#### **Article 12 – PROMOTION DE LA COOPÉRATION INTERNATIONALE**

Les Parties s'emploient à renforcer leur coopération bilatérale, régionale et internationale afin de créer des conditions propices à la promotion de la diversité des expressions culturelles, en tenant particulièrement compte des situations mentionnées aux articles 8 et 17, en vue notamment de :

- (a) faciliter le dialogue entre elles sur la politique culturelle ;
- (b) renforcer les capacités stratégiques et de gestion du secteur public dans les institutions culturelles publiques, grâce aux échanges culturels professionnels et internationaux, ainsi qu'au partage des meilleures pratiques ;

- (c) renforcer les partenariats avec la société civile, les organisations non gouvernementales et le secteur privé, et entre ces entités, pour favoriser et promouvoir la diversité des expressions culturelles ;
- (d) promouvoir l'utilisation des nouvelles technologies et encourager les partenariats afin de renforcer le partage de l'information et la compréhension culturelle, et de favoriser la diversité des expressions culturelles ;
- (e) encourager la conclusion d'accords de coproduction et de codistribution.

### Article 13 – INTÉGRATION DE LA CULTURE DANS LE DÉVELOPPEMENT DURABLE

Les Parties s'emploient à intégrer la culture dans leurs politiques de développement, à tous les niveaux, en vue de créer des conditions propices au développement durable et, dans ce cadre, de favoriser les aspects liés à la protection et à la promotion de la diversité des expressions culturelles.

### Article 14 – COOPÉRATION POUR LE DÉVELOPPEMENT

Les Parties s'attachent à soutenir la coopération pour le développement durable et la réduction de la pauvreté, particulièrement pour ce qui est des besoins spécifiques des pays en développement, en vue de favoriser l'émergence d'un secteur culturel dynamique, entre autres par les moyens suivants :

- (a) Le renforcement des industries culturelles des pays en développement :
  - (i) en créant et en renforçant les capacités de production et de distribution culturelles dans les pays en développement ;
  - (ii) en facilitant l'accès plus large de leurs activités, biens et services culturels au marché mondial et aux circuits de distribution internationaux ;
  - (iii) en permettant l'émergence de marchés locaux et régionaux viables ;
  - (iv) en adoptant, chaque fois que possible, des mesures appropriées dans les pays développés en vue de faciliter l'accès à leur territoire des activités, biens et services culturels des pays en développement ;
  - (v) en soutenant le travail créatif et en facilitant, dans la mesure du possible, la mobilité des artistes des pays en développement ;
  - (vi) en encourageant une collaboration appropriée entre pays développés et pays en développement, notamment dans les domaines de la musique et du film ;
- (b) Le renforcement des capacités par l'échange d'information, d'expérience et d'expertise, ainsi que la formation des ressources humaines dans les pays en développement dans les secteurs public et privé concernant notamment les capacités stratégiques et de gestion, l'élaboration et la mise en œuvre des politiques, la promotion et la distribution des expressions culturelles, le développement des moyennes, petites et microentreprises, l'utilisation des technologies ainsi que le développement et le transfert des compétences ;
- (c) Le transfert de technologies et de savoir-faire par la mise en place de mesures incitatives appropriées, en particulier dans le domaine des industries et des entreprises culturelles ;
- (d) Le soutien financier par :
  - (i) l'établissement d'un Fonds international pour la diversité culturelle, comme prévu à l'article 18 ;

- (ii) l'octroi d'une aide publique au développement, en tant que de besoin, y compris une assistance technique destinée à stimuler et soutenir la créativité ;
- (iii) d'autres formes d'aide financière telles que des prêts à faible taux d'intérêt, des subventions et d'autres mécanismes de financement

#### **Article 15 – MODALITÉS DE COLLABORATION**

Les Parties encouragent le développement de partenariats, entre les secteurs public et privé et les organisations à but non lucratif et en leur sein, afin de coopérer avec les pays en développement au renforcement de leur capacité de protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles. Ces partenariats novateurs mettront l'accent, en réponse aux besoins concrets des pays en développement, sur le développement des infrastructures, des ressources humaines et des politiques ainsi que sur les échanges d'activités, biens et services culturels.

#### **Article 16 – TRAITEMENT PRÉFÉRENTIEL POUR LES PAYS EN DÉVELOPPEMENT**

Les pays développés facilitent les échanges culturels avec les pays en développement en accordant, au moyen de cadres institutionnels et juridiques appropriés, un traitement préférentiel à leurs artistes et autres professionnels et praticiens de la culture, ainsi qu'à leurs biens et services culturels.

#### **Article 17 – COOPÉRATION INTERNATIONALE DANS LES SITUATIONS DE MENACE GRAVE CONTRE LES EXPRESSIONS CULTURELLES**

Les Parties coopèrent pour se porter mutuellement assistance, en veillant en particulier aux pays en développement, dans les situations mentionnées à l'article 8.

#### **Article 18 – FONDS INTERNATIONAL POUR LA DIVERSITÉ CULTURELLE**

1. Il est créé un Fonds international pour la diversité culturelle, ci-après dénommé « le Fonds ».
2. Le Fonds est constitué en fonds-en-dépôt conformément au Règlement financier de l'UNESCO.
3. Les ressources du Fonds sont constituées par :
  - (a) les contributions volontaires des Parties ;
  - (b) les fonds alloués à cette fin par la Conférence générale de l'UNESCO ;
  - (c) les versements, dons ou legs que pourront faire d'autres États, des organisations et programmes du système des Nations Unies, d'autres organisations régionales ou internationales, et des organismes publics ou privés ou des personnes privées ;
  - (d) tout intérêt dû sur les ressources du Fonds ;
  - (e) le produit des collectes et les recettes des manifestations organisées au profit du Fonds ;
  - (f) toutes autres ressources autorisées par le règlement du Fonds.



4. L'utilisation des ressources du Fonds est décidée par le Comité intergouvernemental sur la base des orientations de la Conférence des Parties visée à l'article 22.
5. Le Comité intergouvernemental peut accepter des contributions et autres formes d'assistance à des fins générales ou spécifiques se rapportant à des projets déterminés, pourvu que ces projets soient approuvés par lui.
6. Les contributions au Fonds ne peuvent être assorties d'aucune condition politique, économique ou autre qui soit incompatible avec les objectifs de la présente Convention.
7. Les Parties s'attachent à verser des contributions volontaires sur une base régulière pour la mise en œuvre de la présente Convention.

#### Article 19 – ÉCHANGE, ANALYSE ET DIFFUSION DE L'INFORMATION

1. Les Parties s'accordent pour échanger l'information et l'expertise relatives à la collecte des données et aux statistiques concernant la diversité des expressions culturelles, ainsi qu'aux meilleures pratiques pour la protection et la promotion de celle-ci.
2. L'UNESCO facilite, grâce aux mécanismes existant au sein du Secrétariat, la collecte, l'analyse et la diffusion de toutes les informations, statistiques et meilleures pratiques en la matière.
3. Par ailleurs, l'UNESCO constitue et tient à jour une banque de données concernant les différents secteurs et organismes gouvernementaux, privés et à but non lucratif, œuvrant dans le domaine des expressions culturelles.
4. En vue de faciliter la collecte des données, l'UNESCO accorde une attention particulière au renforcement des capacités et de l'expertise des Parties qui formulent la demande d'une assistance en la matière.
5. La collecte de l'information définie dans le présent article complète l'information visée par les dispositions de l'article 9.

## V. Relations avec les autres instruments

---

#### Article 20 – RELATIONS AVEC LES AUTRES INSTRUMENTS : SOUTIEN MUTUEL, COMPLÉMENTARITÉ ET NON-SUBORDINATION

1. Les Parties reconnaissent qu'elles doivent remplir de bonne foi leurs obligations en vertu de la présente Convention et de tous les autres traités auxquels elles sont parties. Ainsi, sans subordonner cette Convention aux autres traités,
  - (a) elles encouragent le soutien mutuel entre cette Convention et les autres traités auxquels elles sont parties ; et
  - (b) lorsqu'elles interprètent et appliquent les autres traités auxquels elles sont parties ou lorsqu'elles souscrivent à d'autres obligations internationales, les Parties prennent en compte les dispositions pertinentes de la présente Convention.
2. Rien dans la présente Convention ne peut être interprété comme modifiant les droits et obligations des Parties au titre d'autres traités auxquels elles sont parties.

## Article 21 – CONCERTATION ET COORDINATION INTERNATIONALES

Les Parties s'engagent à promouvoir les objectifs et principes de la présente Convention dans d'autres enceintes internationales. À cette fin, les Parties se consultent, s'il y a lieu, en gardant à l'esprit ces objectifs et ces principes.

## VI. Organes de la Convention

### Article 22 – CONFÉRENCE DES PARTIES

1. Il est établi une Conférence des Parties. La Conférence des Parties est l'organe plénier et suprême de la présente Convention.

2. La Conférence des Parties se réunit en session ordinaire tous les deux ans, dans la mesure du possible dans le cadre de la Conférence générale de l'UNESCO. Elle peut se réunir en session extraordinaire si elle en décide ainsi ou si une demande est adressée au Comité intergouvernemental par au moins un tiers des Parties.

3. La Conférence des Parties adopte son règlement intérieur.

4. Les fonctions de la Conférence des Parties sont, entre autres :

- (a) d'élire les membres du Comité intergouvernemental ;
- (b) de recevoir et d'examiner les rapports des Parties à la présente Convention transmis par le Comité intergouvernemental ;
- (c) d'approuver les directives opérationnelles préparées, à sa demande, par le Comité intergouvernemental ;
- (d) de prendre toute autre mesure qu'elle juge nécessaire pour promouvoir les objectifs de la présente Convention.

### Article 23 – COMITÉ INTERGOUVERNEMENTAL

1. Il est institué auprès de l'UNESCO un Comité intergouvernemental pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, ci-après dénommé « le Comité intergouvernemental ». Il est composé de représentants de 18 États Parties à la Convention, élus pour quatre ans par la Conférence des Parties dès que la présente Convention entrera en vigueur conformément à l'article 29.

2. Le Comité intergouvernemental se réunit une fois par an.

3. Le Comité intergouvernemental fonctionne sous l'autorité et conformément aux directives de la Conférence des Parties et lui rend compte.

4. Le nombre des membres du Comité intergouvernemental sera porté à 24 dès lors que le nombre de Parties à la Convention atteindra 50.

5. L'élection des membres du Comité intergouvernemental est basée sur les principes de la répartition géographique équitable et de la rotation.

6. Sans préjudice des autres attributions qui lui sont conférées par la présente Convention, les fonctions du Comité intergouvernemental sont les suivantes :

- (a) promouvoir les objectifs de la présente Convention, encourager et assurer le suivi de sa mise en œuvre ;
- (b) préparer et soumettre à l'approbation de la Conférence des Parties, à sa demande, des directives opérationnelles relatives à la mise en œuvre et à l'application des dispositions de la Convention ;
- (c) transmettre à la Conférence des Parties les rapports des Parties à la Convention, accompagnés de ses observations et d'un résumé de leur contenu ;
- (d) faire des recommandations appropriées dans les situations portées à son attention par les Parties à la Convention conformément aux dispositions pertinentes de la Convention, en particulier l'article 8 ;
- (e) établir des procédures et autres mécanismes de consultation afin de promouvoir les objectifs et principes de la présente Convention dans d'autres enceintes internationales ;
- (f) accomplir toute autre tâche dont il peut être chargé par la Conférence des Parties.

7. Le Comité intergouvernemental, conformément à son Règlement intérieur, peut inviter à tout moment des organismes publics ou privés ou des personnes physiques à participer à ses réunions en vue de les consulter sur des questions spécifiques.

8. Le Comité intergouvernemental établit et soumet son Règlement intérieur à l'approbation de la Conférence des Parties.

#### Article 24 – SECRÉTARIAT DE L'UNESCO

1. Les organes de la Convention sont assistés par le Secrétariat de l'UNESCO.
2. Le Secrétariat prépare la documentation de la Conférence des Parties et du Comité intergouvernemental ainsi que le projet d'ordre du jour de leurs réunions, aide à l'application de leurs décisions et fait rapport sur celle-ci.

## VII. Dispositions finales

---

#### Article 25 – RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

1. En cas de différend entre les Parties à la présente Convention sur l'interprétation ou l'application de la Convention, les Parties recherchent une solution par voie de négociation.
2. Si les Parties concernées ne peuvent parvenir à un accord par voie de négociation, elles peuvent recourir d'un commun accord aux bons offices ou demander la médiation d'un tiers.
3. S'il n'y a pas eu de bons offices ou de médiation ou si le différend n'a pu être réglé par négociation, bons offices ou médiation, une Partie peut avoir recours à la conciliation conformément à la procédure figurant en Annexe à la présente Convention. Les Parties examinent de bonne foi la proposition de résolution du différend rendue par la Commission de conciliation.
4. Chaque Partie peut, au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer qu'elle ne reconnaît pas la procédure de conciliation prévue ci-dessus. Toute Partie ayant fait une telle déclaration, peut, à tout moment, retirer cette déclaration par une notification au Directeur général de l'UNESCO.

## Article 26 – RATIFICATION, ACCEPTATION, APPROBATION OU ADHÉSION PAR LES ÉTATS MEMBRES

1. La présente Convention est soumise à la ratification, à l'acceptation, à l'approbation ou à l'adhésion des États membres de l'UNESCO, conformément à leurs procédures constitutionnelles respectives.

2. Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion sont déposés auprès du Directeur général de l'UNESCO.

## Article 27 – ADHÉSION

1. La présente Convention est ouverte à l'adhésion de tout État non membre de l'UNESCO mais membre de l'Organisation des Nations Unies ou de l'une de ses institutions spécialisées, invité à y adhérer par la Conférence générale de l'Organisation.

2. La présente Convention est également ouverte à l'adhésion des territoires qui jouissent d'une complète autonomie interne, reconnue comme telle par l'Organisation des Nations Unies, mais qui n'ont pas accédé à la pleine indépendance conformément à la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale et qui ont compétence pour les matières dont traite la présente Convention, y compris la compétence pour conclure des traités sur ces matières.

3. Les dispositions suivantes s'appliquent aux organisations d'intégration économique régionale :

(a) la présente Convention est aussi ouverte à l'adhésion de toute organisation d'intégration économique régionale, qui, sous réserve des paragraphes suivants, est pleinement liée par les dispositions de la Convention au même titre que les États parties ;

(b) lorsqu'un ou plusieurs États membres d'une telle organisation sont également Parties à la présente Convention, cette organisation et cet ou ces États membres conviennent de leur responsabilité dans l'exécution de leurs obligations en vertu de la présente Convention. Ce partage des responsabilités prend effet une fois achevée la procédure de notification décrite à l'alinéa (c). L'organisation et les États membres ne sont pas habilités à exercer concurremment les droits découlant de la présente Convention. En outre, dans les domaines relevant de leur compétence, les organisations d'intégration économique disposent pour exercer leur droit de vote d'un nombre de voix égal au nombre de leurs États membres qui sont Parties à la présente Convention. Ces organisations n'exercent pas leur droit de vote si les États membres exercent le leur et inversement ;

(c) une organisation d'intégration économique régionale et son État ou ses États membres qui ont convenu d'un partage des responsabilités tel que prévu à l'alinéa (b) informent les Parties du partage ainsi proposé de la façon suivante :

(i) dans son instrument d'adhésion, cette organisation indique de façon précise le partage des responsabilités en ce qui concerne les questions régies par la Convention ;

(ii) en cas de modification ultérieure des responsabilités respectives, l'organisation d'intégration économique régionale informe le dépositaire de toute proposition de modification de ces responsabilités ; le dépositaire informe à son tour les Parties de cette modification ;

(d) les États membres d'une organisation d'intégration économique régionale qui deviennent Parties à la Convention sont présumés demeurer compétents pour tous les domaines n'ayant pas fait l'objet d'un transfert de compétence à l'organisation expressément déclaré ou signalé au dépositaire ;

(e) on entend par « organisation d'intégration économique régionale » une organisation constituée par des États souverains membres de l'Organisation des Nations Unies ou de l'une de ses institutions spécialisées, à laquelle ces États ont transféré leur compétence dans des domaines régis par la présente Convention et qui a été dûment autorisée, selon ses procédures internes, à en devenir Partie.

4. L'instrument d'adhésion est déposé auprès du Directeur général de l'UNESCO.

## Article 28 – POINT DE CONTACT

Lorsqu'elle devient Partie à la présente Convention, chaque Partie désigne le point de contact visé à l'article 9.

## Article 29 – ENTRÉE EN VIGUEUR

1. La présente Convention entrera en vigueur trois mois après la date du dépôt du trentième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, mais uniquement à l'égard des États ou des organisations d'intégration économique régionale qui auront déposé leurs instruments respectifs de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion à cette date ou antérieurement. Elle entrera en vigueur pour toute autre Partie trois mois après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

2. Aux fins du présent article, aucun des instruments déposés par une organisation d'intégration économique régionale ne doit être considéré comme venant s'ajouter aux instruments déjà déposés par les États membres de ladite organisation.

## Article 30 – RÉGIMES CONSTITUTIONNELS FÉDÉRAUX OU NON UNITAIRES

Reconnaissant que les accords internationaux lient également les Parties indépendamment de leurs systèmes constitutionnels, les dispositions ci-après s'appliquent aux Parties ayant un régime constitutionnel fédéral ou non unitaire :

- (a) en ce qui concerne les dispositions de la présente Convention dont l'application relève de la compétence du pouvoir législatif fédéral ou central, les obligations du gouvernement fédéral ou central seront les mêmes que celles des Parties qui ne sont pas des États fédéraux ;
- (b) en ce qui concerne les dispositions de la présente Convention dont l'application relève de la compétence de chacune des unités constituantes telles que États, comtés, provinces ou cantons, qui ne sont pas, en vertu du régime constitutionnel de la fédération, tenus de prendre des mesures législatives, le gouvernement fédéral portera, si nécessaire, lesdites dispositions à la connaissance des autorités compétentes des unités constituantes telles qu'États, comtés, provinces ou cantons avec son avis favorable pour adoption.

## Article 31 – DÉNONCIATION

1. Chacune des Parties a la faculté de dénoncer la présente Convention.

2. La dénonciation est notifiée par un instrument écrit déposé auprès du Directeur général de l'UNESCO.

3. La dénonciation prend effet douze mois après réception de l'instrument de dénonciation. Elle ne modifie en rien les obligations financières dont la Partie-dénonciatrice est tenue de s'acquitter jusqu'à la date à laquelle le retrait prend effet.

## Article 32 – FONCTIONS DU DÉPOSITAIRE

Le Directeur général de l'UNESCO, en sa qualité de dépositaire de la présente Convention, informe les États membres de l'Organisation, les États non membres et les organisations d'intégration économique régionale visés à l'article 27, ainsi que l'Organisation des Nations Unies, du dépôt de tous les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion mentionnés aux articles 26 et 27, de même que des dénonciations prévues à l'article 31.

### Article 33 – AMENDEMENTS

1. Toute Partie peut, par voie de communication écrite adressée au Directeur général, proposer des amendements à la présente Convention. Le Directeur général transmet cette communication à toutes les Parties. Si, dans les six mois qui suivent la date de transmission de la communication, la moitié au moins des Parties donne une réponse favorable à cette demande, le Directeur général présente cette proposition à la prochaine session de la Conférence des Parties pour discussion et éventuelle adoption.
2. Les amendements sont adoptés à la majorité des deux tiers des Parties présentes et votantes.
3. Les amendements à la présente Convention, une fois adoptés, sont soumis aux Parties pour ratification, acceptation, approbation ou adhésion.
4. Pour les Parties qui les ont ratifiés, acceptés, approuvés ou y ont adhéré, les amendements à la présente Convention entrent en vigueur trois mois après le dépôt des instruments visés au paragraphe 3 du présent article par les deux tiers des Parties. Par la suite, pour chaque Partie qui ratifie, accepte, approuve un amendement ou y adhère, cet amendement entre en vigueur trois mois après la date de dépôt par la Partie de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.
5. La procédure établie aux paragraphes 3 et 4 ne s'applique pas aux amendements apportés à l'article 23 concernant le nombre des membres du Comité intergouvernemental. Ces amendements entrent en vigueur au moment de leur adoption.
6. Un État ou une organisation d'intégration économique régionale au sens de l'article 27 qui devient Partie à la présente Convention après l'entrée en vigueur d'amendements conformément au paragraphe 4 du présent article est, faute d'avoir exprimé une intention différente, considéré comme étant :
  - (a) Partie à la présente Convention ainsi amendée ; et
  - (b) Partie à la présente Convention non amendée à l'égard de toute Partie qui n'est pas liée par ces amendements.

### Article 34 – TEXTES FAISANT FOI

La présente Convention est établie en anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe, les six textes faisant également foi.

### Article 35 – ENREGISTREMENT

Conformément à l'article 102 de la Charte des Nations Unies, la présente Convention sera enregistrée au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies à la requête du Directeur général de l'UNESCO.

# Annexe

## Procédure de conciliation

### Article premier – COMMISSION DE CONCILIATION

Une Commission de conciliation est créée à la demande de l'une des Parties au différend. À moins que les Parties n'en conviennent autrement, la Commission se compose de cinq membres, chaque Partie concernée en désignant deux et le Président étant choisi d'un commun accord par les membres ainsi désignés.

### Article 2 – MEMBRES DE LA COMMISSION

En cas de différend entre plus de deux Parties, les parties ayant le même intérêt désignent leurs membres de la Commission d'un commun accord. Lorsque deux Parties au moins ont des intérêts indépendants ou lorsqu'elles sont en désaccord sur la question de savoir si elles ont le même intérêt, elles nomment leurs membres séparément.

### Article 3 – NOMINATION

Si, dans un délai de deux mois après la demande de création d'une commission de conciliation, tous les membres de la Commission n'ont pas été nommés par les Parties, le Directeur général de l'UNESCO procède, à la requête de la Partie qui a fait la demande, aux nominations nécessaires dans un nouveau délai de deux mois.

### Article 4 – PRÉSIDENT DE LA COMMISSION

Si, dans un délai de deux mois après la nomination du dernier des membres de la Commission, celle-ci n'a pas choisi son Président, le Directeur général procède, à la requête d'une Partie, à la désignation du Président dans un nouveau délai de deux mois.

### Article 5 – DÉCISIONS

La Commission de conciliation prend ses décisions à la majorité des voix de ses membres. À moins que les Parties au différend n'en conviennent autrement, elle établit sa propre procédure. Elle rend une proposition de résolution du différend que les Parties examinent de bonne foi.

### Article 6 – DÉSACCORDS

En cas de désaccord au sujet de la compétence de la Commission de conciliation, celle-ci décide si elle est ou non compétente.

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล

นางสาวภัทรพร เย็นบุตร

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์  
ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2549