

การคุ้มครองภูมิปัญญาการนวดไทย



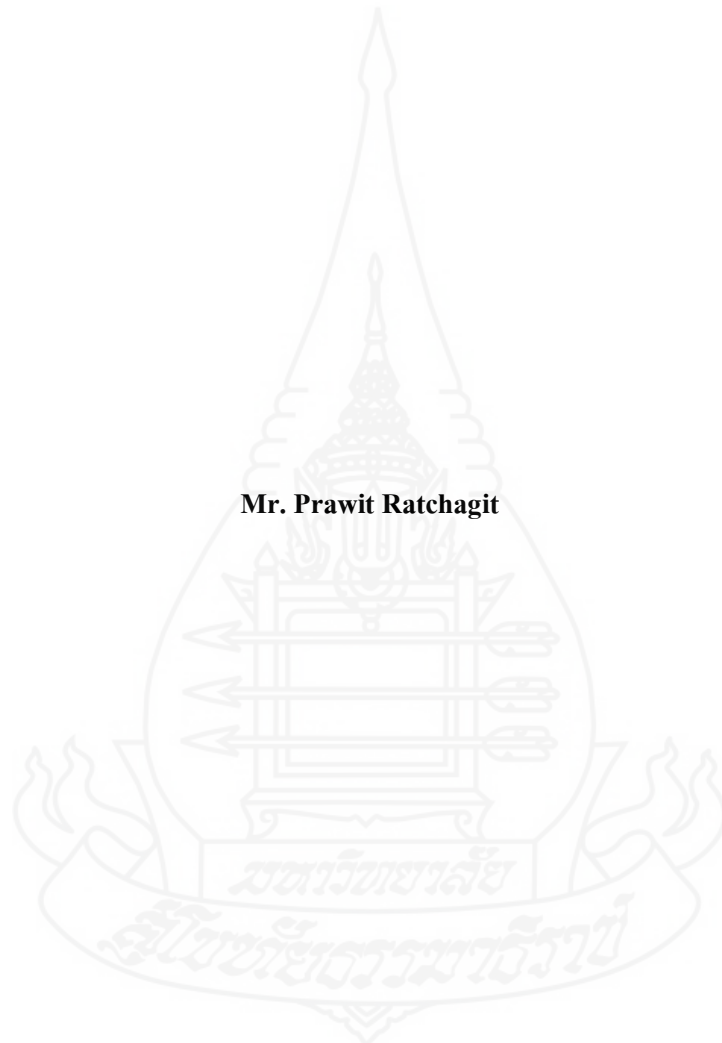
นายประวิช ราชกิจ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
วิชาเอกกฎหมายธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ.2556

The Protection of Thai Massage Wisdom

Mr. Prawit Ratchagit



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for

the Degree of Master of Laws in Business Law

School of Law


Sukhothai Thammathirat Open University


2013

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การคุ้มครองภูมิปัญญาการนวดไทย
ชื่อและนามสกุล	นายประวิช ราชกิจ
วิชาเอก	กฎหมายธุรกิจ
สาขาวิชา	นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
อาจารย์ที่ปรึกษา	1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ภาณุมาศ ชัดเงางาม 2. รองศาสตราจารย์วิมาน กฤตพลวิมาน

วิทยานิพนธ์นี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 27 สิงหาคม 2557

คณะกรรมการการสอบวิทยานิพนธ์


.....ประธานกรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สมหมาย จันทรเื่อง)


.....กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ภาณุมาศ ชัดเงางาม)


.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์วิมาน กฤตพลวิมาน)


.....ประธานกรรมการบัณฑิตศึกษา
(ศาสตราจารย์ ดร. สิรวิรรณ ศรีพหล)

ชื่อวิทยานิพนธ์ การคุ้มครองภูมิปัญญาการนวดไทย

ผู้วิจัย นายประวิช ราชกิจ รหัสนักศึกษ 2544000330 ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา 1) ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภาณุมาศ ชัดเงางาม 2) รองศาสตราจารย์วิมาน กฤตพลวิมาน

ปีการศึกษา 2556

บทคัดย่อ

งานวิจัยเรื่องการคุ้มครองภูมิปัญญาการนวดไทย มีวัตถุประสงค์ในการศึกษา (1) ลักษณะหลักการแห่งสิทธิและแนวทางในการคุ้มครองภูมิปัญญาการนวดไทย (2) เพื่อวิเคราะห์ความตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายของประเทศไทย ประเทศจีน อินเดีย และฟิลิปปินส์ ในการคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิมและภูมิปัญญาการนวด (3) เพื่อนำผลการวิเคราะห์หามากำหนดเป็นองค์ความรู้ใหม่และเป็นแนวทางในการพัฒนาระบบการบริหารจัดการเกี่ยวกับภูมิปัญญาดั้งเดิมของไทยและการพัฒนากฎหมายเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาการนวดไทย

งานวิจัยเรื่องนี้เป็นการศึกษาทางกฎหมาย โดยการวิจัยเชิงคุณภาพ ด้วยการวิจัยทางเอกสารเกี่ยวกับการคุ้มครองภูมิปัญญาดั้งเดิมและภูมิปัญญาการนวดของไทย และของต่างประเทศโดยศึกษาค้นคว้ารวบรวมข้อมูลจากหนังสือ ตำรา บทความ วิทยานิพนธ์ เอกสารที่เกี่ยวข้อง และข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต

ผลการศึกษาพบว่า ในปัจจุบันมีการเจรจาในเวทีระดับนานาชาติ รวมถึงองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) และองค์การการค้าโลก (WTO) เพื่อหารือในประเด็นของการให้คุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิมซึ่งประเทศกำลังพัฒนาจำเป็นต้องหากลไกทางกฎหมายที่เหมาะสมในการคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิมของตนเอง ระบอบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาปัจจุบันหรือระบบกฎหมายเฉพาะสำหรับความเหมาะสมในการคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิม ยังคงเป็นประเด็นถกเถียงและยังไม่ยุติ แต่เป็นที่การยอมรับกันโดยทั่วไปว่าระบอบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองสิทธิในองค์ความรู้ดั้งเดิมได้อย่างครอบคลุม ประเทศไทย ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ประเทศอินเดีย และประเทศฟิลิปปินส์ ไม่มีกฎหมายเฉพาะ (*sui generis*) หรือความตกลงระหว่างประเทศในการคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิม ปัจจุบันประเทศไทยไม่มีกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาการนวดไทยเป็นการเฉพาะ ดังนั้นผู้วิจัยจึงเสนอให้มีกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาการนวดไทย โดยการเสนอให้ (1) ขยายการคุ้มครองพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 ให้คุ้มครองการนวดไทย (2) แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 (3) จัดทำร่างพระราชบัญญัติการนวดไทย

คำสำคัญ องค์ความรู้ดั้งเดิม ภูมิปัญญา การนวดไทย

Thesis title: The Protection of Thai Massage Wisdom

Researcher: Mr. Prawit Ratchagit; **ID:** 2544000330; **Degree:** Master of Laws;

Thesis advisor: 1) Panumas Kudngaongarm. Assistant Professor ; 2)Viman Kritpolviman, Associate Professor ; **Academic year:** 2013

Abstract

The purposes of this thesis are to 1) acknowledge characteristic principle of rights and the pathway relating to protection of “Thai Massage Wisdom” 2) analyze international agreement and Thai , Chinese, Indian, and Philippine laws relating to protection of TK and massage wisdom, and 3) use analytical result as guideline in developing administration system relating to TK and development of laws for protection of Thai traditional massage wisdom.

The research is a qualitative research. Conducted based on documentary research. The researcher has analyzed the documents , textbooks , reference books, articles, thesis, that are related to the protection of TK and traditional massage in Thailand and foreign countries as well as searching for the information from the internet.

The research found that the protection of TK was under discussion in several international forums, including WIPO and WTO. In this regard, developing countries had to find the appropriate legal mechanisms for the protection of their own TK. There appeared to be some disagreement on how best to protect TK, using the existing intellectual property right system or a *sui generis system* but it was widely recognized that the prevailing intellectual property right regime was not sufficient in order to protect TK. Thailand, Republic of China, India and the Philippines had no specific laws (*sui generis*) or binding international legal instruments for the protection of their TK. At present, Thailand has no specific law for protecting TK. This thesis therefore, has certain suggestion as the followings: 1) to extend the Geographical Indications Protection Act B.E. 2546 to protect “Thai Massage Wisdom”; 2) to propose amendments to the Protection and Promotion of Traditional Thai Medicinal Intelligence Act, B.E. 2542; 3) and to propose drafting specific law for the protection of Thai massage wisdom.

Keywords: Traditional knowledge, Wisdom, Thai massage

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จด้วยดี เนื่องจากผู้วิจัยได้รับความอนุเคราะห์เป็นอย่างสูงจาก ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภาณุมาศ ชัดเงางาม กรุณาเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา และ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมหมาย จันทร์เรือง รองศาสตราจารย์วิมาน กฤตพลวิมาน ท่านได้สละเวลาอันมีค่า ให้ข้อเสนอแนะ เสนอแนะเพิ่มเติม และตรวจแก้ไขในการดำเนินการจัดทำวิทยานิพนธ์ให้มีความถูกต้องสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ผู้วิจัยมีความซาบซึ้งและถือเป็นพระคุณอย่างยิ่ง จึงขอกราบขอบพระคุณทั้งสามท่านเป็นอย่างสูง ณ โอกาสนี้

ขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา ผู้เป็นกำลังใจให้แก่ผู้วิจัยเสมอมา คุณค่าและประโยชน์ อันเกิดจากงานวิจัยฉบับนี้ ผู้วิจัยขอมอบบูชาพระคุณบิดา มารดา ตลอดจนผู้มีพระคุณทุกท่านที่มีส่วน ร่วมในการช่วยเหลือ และขออน้อมบูชาท่านบูรพาจารย์ทุกท่านของมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช ที่ได้ ประสิทธิ์ประสาทความรู้ด้วยความรัก เสียสละ และเมตตา

สุดท้ายนี้ผู้ศึกษา หวังว่าวิทยานิพนธ์เล่มนี้ จะมีคุณค่าและประโยชน์ในการศึกษาวิชา นิติศาสตร์พอสมควร หากมีข้อผิดพลาดประการใดผู้ศึกษาขออน้อมรับแต่เพียงผู้เดียว

ประวิช ราชกิจ

สิงหาคม 2557



สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	8
1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	8
1.4 วิธีการศึกษาวิจัย.....	8
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	9
บทที่ 2 การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการนวดไทย.....	10
1. ความหมายของ “ภูมิปัญญาท้องถิ่น”.....	10
1.1 องค์ประกอบที่สำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่น.....	11
1.1.1 องค์ประกอบของเวลา.....	11
1.1.2 องค์ความรู้ในสาขาต่างๆ.....	17
2. ประวัติและพัฒนาการของการนวดไทย.....	21
2.1 สมัยสุโขทัย.....	22
2.2 สมัยกรุงศรีอยุธยา.....	22
2.3 สมัยกรุงธนบุรี.....	23
2.4 สมัยรัตนโกสินทร์.....	23
3. การพัฒนาองค์ความรู้ของการนวดไทย.....	25
4. กฎหมายที่เกี่ยวกับการนวดแผนไทย.....	27
4.1 พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542.....	27
4.2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.....	29

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
5. ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างทรัพย์สินทางปัญญากับภูมิปัญญาท้องถิ่น.....	30
5.1 ทรัพย์สินทางปัญญาและภูมิปัญญาการนวดไทย.....	30
5.1.1 การให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้กฎหมายไทย.....	33
5.1.2 การพัฒนาทรัพย์สินทางปัญญา.....	35
5.1.3 ปัญหาการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น.....	38
บทที่ 3 กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญากับการคุ้มครองภูมิปัญญาด้านการนวดไทย.....	40
1. ประวัติความเป็นมาของทรัพย์สินทางปัญญา.....	41
2. นิยามความหมายของ “ทรัพย์สินทางปัญญา”.....	45
3. กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่น.....	48
3.1 สิทธิบัตร.....	48
3.2 ลิขสิทธิ์.....	50
3.3 เครื่องหมายการค้า.....	52
3.4 สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์.....	54
3.5 ข้อเสนอเทศที่ไม่เปิดเผย.....	58
4. องค์ความรู้ดั้งเดิมด้านการนวดไทยกับสิทธิของทรัพย์สินทางปัญญา.....	60
4.1 ทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ.....	61
4.2 ทฤษฎีการให้รางวัล.....	62
บทที่ 4 การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศ.....	63
1. องค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลก.....	65
1.1 ประวัติความเป็นมา.....	65
1.2 วัตถุประสงค์.....	66
1.3 คณะผู้แทนค้นหาข้อเท็จจริง.....	67
1.4 คณะกรรมการระหว่างรัฐว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา ทรัพยากรพันธุกรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่น และการแสดงออกทางวัฒนธรรม.....	68

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
1.4.1 ร่างบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น	70
1.4.2 เป้าหมายของนโยบาย	70
1.4.3 ข้อเสนอแนะหลักการโดยทั่วไป	71
1.4.4 สาระสำคัญของร่างบทบัญญัติ	72
1.4.5 หลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครอง	73
2. ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า	79
2.1 ความเป็นมาของความตกลงทริปส์	79
2.2 วัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์	82
2.2.1 หลักปฏิบัติเชิงคนชาติ	84
2.2.2 หลักปฏิบัติเชิงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่ง	85
3. การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา หรือ อังค์ถัด	86
3.1 ความเป็นมาของอังค์ถัด	86
3.2 UNCTAD กับ การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น	87
4. หลักสิทธิมนุษยชน	94
4.1 ปณิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน	95
4.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม	96
4.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง	97
4.4 องค์การแรงงานระหว่างประเทศ	99
4.5 ปณิญาแห่งสหประชาชาติ ว่าด้วยสิทธิชนเผ่าพื้นเมือง	99
บทที่ 5 การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับการนวดภายใต้กฎหมายต่างประเทศ	103
1. การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้กฎหมายประเทศจีน	103
1.1 การนวดแผนจีนโบราณ	105
1.2 กฎหมายคุ้มครองการแพทย์แผนจีน	106
1.3 กฎหมายประกอบวิชาชีพการแพทย์แผนโบราณจีน	108
1.4 กฎหมายมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของประเทศจีน	110

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2. การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้กฎหมายของประเทศอินเดีย.....	113
2.1 การแพทย์อายุรเวทของอินเดีย.....	114
2.2 การนวดแบบอินเดียโบราณ.....	115
2.3 ห้องสมุดดิจิทัลของภูมิปัญญาท้องถิ่น.....	116
3. การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้กฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์.....	118
3.1 ฮีลอท ภูมิปัญญาการนวดพื้นบ้านของฟิลิปปินส์.....	119
3.2 พระราชบัญญัติการนวดของประเทศฟิลิปปินส์.....	120
3.3 พระราชบัญญัติสิทธิของชนพื้นเมือง.....	121
3.4 พระราชบัญญัติว่าด้วยการแพทย์แผนดั้งเดิมและแพทย์ทางเลือก.....	122
บทที่ 6 สรุปลงและข้อเสนอแนะ.....	126
1. บทสรุป.....	126
2. ข้อเสนอแนะ.....	131
2.1 ขยายการคุ้มครองพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 ให้คุ้มครองการนวดไทย.....	131
2.2 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542.....	133
2.3 จัดทำร่างพระราชบัญญัติการนวดไทย.....	135
3. นิยามศัพท์.....	135
4. สภาการนวดไทย.....	136
5. สมาชิก.....	137
6. สถานบริการนวดไทย.....	139
7. บทเฉพาะกาล.....	141
บรรณานุกรม.....	143
ประวัติผู้วิจัย.....	160

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

องค์ความรู้ (body of knowledge)¹ของการนวดเป็นหนึ่งในรูปแบบการบำบัดรักษาโรคที่เก่าแก่ ที่มีมาตั้งแต่ก่อนการเริ่มประวัติศาสตร์ของมนุษย์² การที่องค์ความรู้ของกลุ่มชนพื้นเมือง (indigenous people) ได้รับการถ่ายทอดจากรุ่นสู่รุ่นจนกลายเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่น (Local wisdom)³ แม้ว่าจะไม่ปรากฏช่วงเวลาหรือผู้สร้างสรรค์อันแน่ชัด แต่ภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นมีคุณค่าต่อขนบธรรมเนียมประเพณีของชุมชนท้องถิ่น ซึ่งมีลักษณะอันเป็นสิทธิการเป็นเจ้าของร่วมกันของกลุ่มชน (collective right) ที่เหนือกว่าสิทธิของการเป็นเจ้าของส่วนบุคคล(individualized ownership right)⁴ และที่สำคัญคือ ภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นมีคุณค่าทั้งในด้านเศรษฐกิจและวัฒนธรรม

¹ 1.1 หมายถึง สิ่งที่ได้เรียนรู้จากทฤษฎีหรือประสบการณ์ ซึ่งทำให้เกิดความเข้าใจอย่างลึกซึ้ง เป็นสิ่งที่มนุษย์แสวงหา องค์ความรู้บางประเภทจึงต้องการความคุ้มครอง เพื่อรักษาผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มชนผู้เป็นเจ้าของ ซึ่งนำไปสู่การอ้างสิทธิเหนือความรู้นั้น Srividhya Ragavan (2001) Protection of Traditional Knowledge Minnesota Intellectual Property Law Review, Vol. 2, No. 2, 2001 p 221

1.2 หมายถึง การปฏิบัติ ข้อมูล ความรู้ความเข้าใจ ทักษะที่ได้รับจากประสบการณ์หรือการศึกษา ทั้งในทางทฤษฎีและการปฏิบัติ (acts, information, and skills acquired through experience or education; the theoretical or practical understanding of a subject , awareness or familiarity gained by experience of a fact or situation) Oxford English Dictionary 2d ed 1989

² Emil Kleen (2012) massage and medical gymnastics J. & A. Churchill publishing p 6-7

³ Sumathi Subbiah, (2004) 'Reaping What They Sow: The Basmati Rice Controversy and Strategies for Protecting Traditional Knowledge' 27 Boston College International and Comparative Law Review 529, p 532-533.

⁴ Ibid

⁵ Ibid

“การนวดไทย” (Thai Massage) เป็นภูมิปัญญาดั้งเดิมทางวัฒนธรรมของคนไทย เป็นศาสตร์และศิลป์ในการดูแลสุขภาพ ป้องกันและบำบัดรักษาโรค เป็นอัตลักษณ์และองค์ความรู้ที่ทรงคุณค่า อันเป็นมรดกชิ้นสำคัญของประเทศไทยที่ยังคงเหลืออยู่ ปัจจุบันการนวดไทยเป็นที่นิยมของคนไทยและชาวต่างประเทศเป็นอย่างสูง เห็นได้จากการที่นวดแผนไทยผสมผสานกับการใช้สมุนไพรไทย เป็นที่ต้องการอย่างสูงในธุรกิจสปา ในแต่ละปีมีผู้ใช้บริการของธุรกิจสปาในประเทศไทยประมาณ 3.3 ล้านคน 2.5 ล้านคนเป็นชาวต่างชาติ สร้างรายได้ 85 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา และใน พ.ศ.2552 ธุรกิจสปาโตขึ้น 202%⁶ อาจกล่าวได้ว่า การนวดไทยกลายเป็นสินค้าบริการสำคัญที่สามารถสร้างอาชีพและรายได้ให้กับคนไทย

นอกจากนี้ การนวดแผนไทยยังถูกนำมาใช้ในการให้บริการแพทย์ทางเลือก (Complementary and Alternative Medicine หรือ CAM)⁷ และในต่างประเทศเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา ใน ค.ศ 2007 คนอเมริกันใช้บริการแพทย์ทางเลือกโดยการนวดเป็นผู้ใหญ่ 18 ล้านคน และเด็ก 7 แสนคน⁸ และการใช้บริการแพทย์ทางเลือกมีแนวโน้มที่จะเพิ่มมากขึ้นนอกเหนือจากการใช้บริการแพทย์ทั่วไป⁹

⁶ Canavari, M., Wongprawmas (2011). The Perception of European operators toward Thai Spa and the “Thai Spa World Class Standard”. Thai-Italian Chamber of Commerce, Bangkok, Thailand - Franco-Thai Chamber of Commerce, Bangkok, Thailand p 46

⁷ องค์การอนามัยโลก (World Health Organization; WHO) ได้ให้คำจำกัดความของ Complementary and Alternative Medicine หรือ CAM ให้หมายรวมถึง การรักษาโดยธรรมชาติบำบัด (natural medicine) แพทย์ทางเลือก (non-conventional medicine) และการแพทย์แบบองค์รวม (holistic medicine) สำหรับในประเทศไทยนั้น การแพทย์ทางเลือก คือ การแพทย์ที่ไม่ใช่ การแพทย์แผนปัจจุบัน การแพทย์แผนไทยและการแพทย์พื้นบ้านไทย การแพทย์อื่น ๆ ที่เหลือถือเป็นการแพทย์ทางเลือกทั้งหมด เทวัญ ธานีรัตน์ สำนักการแพทย์ทางเลือก (Bureau of alternative Medicine) “ความหมายการแพทย์ทางเลือก” ค้นคืน 14 พฤษภาคม 2556 จาก

http://www.thaicam.go.th/index.php?option=com_content&view=article&id=110&Itemid=109

⁸ National Center For Complementary Medicine (NCCAM) (2010) “History of Massage” Retrieved May 14, 2013 from <http://nccam.nih.gov/health/massage/massageintroduction.htm#history>

⁹ World Health Organization – WHO Traditional Medicine strategy 2002-2005 who.edm/trm/2002

การนวดแผนไทยเป็นสาขาหนึ่งของการแพทย์แผนไทย ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542 แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายในการประกาศรับและขึ้นทะเบียนภูมิปัญญาการนวดไทย ซึ่งอาจมีผลในการคุ้มครองภูมิปัญญาการนวดไทย ในการถูกละเมิดโดยการแอบอ้างนำชื่อ การนวดไทย (Thai massage) ไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางพาณิชย์ โดยไม่ชอบทั้งในและต่างประเทศ ซึ่งกฎหมายไทยควรให้การคุ้มครอง¹⁰ มิฉะนั้นแล้ว“นวดไทย”จะกลายเป็นชื่อสาธารณะ (Public Domain) ที่บุคคลทั่วไปสามารถนำไปใช้ได้โดยเสรีทันที¹¹ การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับนวดไทย มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการคุ้มครองสิทธิชุมชน และสิทธิทางเศรษฐกิจบริการของปวงชนชาวไทย¹² จะเห็นได้จากกรณีที่ นายมาซาคิ ฟุรุยะ นักธุรกิจชาวญี่ปุ่นยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าโดยใช้คำว่า “Rusi Datton”¹³ ในสินค้าและบริการ 2 ชนิด คือ 1) หนังสือพิมพ์และนิตยสาร เมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 และ 2) การสอนโยคะแบบไทย การจัดกิจกรรมที่มีหัวข้อเกี่ยวกับโยคะแบบไทย การให้บริการสถานที่เพื่อจัดกิจกรรมโยคะแบบไทย การให้สิ่งอำนวยความสะดวกหรือข้อมูลเกี่ยวกับโยคะแบบไทย ซึ่งกรมทรัพย์สินทางปัญญา เห็นว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อภูมิปัญญาไทยอันมีคุณค่าของประเทศไทย กอปรกับการคัดค้านจากประชาชน โดยทั่วไป จึงได้ยื่นคัดค้านการขอจดทะเบียนเครื่องหมายในประเด็นที่ว่า ฤาษีคัดคนเป็นภูมิปัญญาของไทย และเป็นชื่อสามัญ (generic name) ซึ่งขัดต่อกฎหมายเครื่องหมายการค้าของญี่ปุ่น¹⁴ ซึ่งในที่สุดสำนักงานสิทธิบัตรญี่ปุ่นได้มีคำวินิจฉัยเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าว

¹⁰ จักรกฤษณ์ ควรพจน์(2007) “กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในเวทีการค้าโลก” ค้นคืนวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2556 จาก <http://measwatch.org>

¹¹ จักรกฤษณ์ ควรพจน์(2007) เรื่องเดียวกัน

¹² หนังสือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่ สม 0001/679 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 2554 เรื่อง “ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์” ถึง ประธานวุฒิสภา และ หนังสือลงวันที่ 17 มีนาคม 2546 เรื่องเดียวกัน ถึงประธานสภาผู้แทนราษฎร

¹³ ฤาษีคัดคน เป็นการบริหารร่างกาย เพื่อให้สุขภาพสมบูรณ์ และเพื่อบำบัดโรคภัยไข้เจ็บต่างๆ เช่น แก้วโรคลมทั้งสรรพางค์กาย แก้วเมื่อย แก้วปวด จาริกอยู่ที่ภายในผนังพระอารามของวัดโพธิ์ “จาริกวัดโพธิ์-ฤาษีคัดคน” ได้ขึ้นทะเบียนเป็น มรดกความทรงจำแห่งโลก ขององค์การยูเนสโก

¹⁴ Japan Trademark Act (Law No. 127 of April 13, 1959, as last amended by Act No. 55 of 2006) Article 31 Any trademark to be used in connection with goods or services pertaining to the business of an applicant

กรณีการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าด้วยชื่อฤๅษีคัตตนาในประเทศญี่ปุ่นมิใช่เป็นครั้งแรก ที่ชาวญี่ปุ่นละเมิดภูมิปัญญาไทย ก่อนหน้านี้บริษัทของญี่ปุ่นและสหรัฐอเมริกาได้นำสารสกัด (extract) สารออกฤทธิ์ (active compound) ของพืชสมุนไพรเปล้าน้อยและกวาวเครือของไทยไปจดทะเบียนสิทธิบัตร¹⁵ เพื่อผลิตเป็นยารักษาโรคกระเพาะและเครื่องสำอางค์¹⁶ การฉกฉวยเอาผลประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้เป็นเจ้าของ เป็นการกระทำที่ไม่เพียงแต่ไร้ศีลธรรมเท่านั้น ยังเป็นการละเมิดหลักสิทธิมนุษยชนอีกด้วย¹⁷ การอ้างสิทธิโดยอาศัยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งได้มาจากนวัตกรรมและการสร้างสรรค์จากภูมิปัญญาของคนท้องถิ่นเรียกว่า เป็นการกระทำเชิงโจรสลัด (bio piracy)¹⁸ ในภาวะปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายสำหรับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น เป็นการเฉพาะ (*sui generis*) ดังนั้นภูมิปัญญาท้องถิ่นบางชนิดเท่านั้นที่สามารถขอรับความคุ้มครองได้ อย่างไรก็ตามประเทศไทยมีกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา 2 ฉบับ ที่มีลักษณะเป็นการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นมากที่สุด คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 และพระราชบัญญัติคุ้มครอง

may be registered, unless the trademark (i) consists solely of a mark indicating, in a common manner, the common name of the goods or services;

¹⁵ Process for extraction and purification of plaunotol United States Patent 5264638 Retrieved July 26, 2012 from <http://www.freepatentsonline.com/5264638.html> and Geranylgeraniol-18-hydroxylase from croton sublyratus United States Patent 5879916 Retrieved July 26, 2012 from <http://www.freepatentsonline.com/5879916.html>

¹⁶ Zinc oxide-coated material and fatty acid-solidifying powder and external preparation for skin each made by using the material United States Patent 6242092 Retrieved July 30, 2012 from <http://www.freepatentsonline.com/6242092.html>

¹⁷ Dutfeld, G. “ Developing and implementing national system for protecting traditional knowledge : Experiences in selected developing countries cited in Rosa Giannina (2007) “Intellectual Property and the protection of Traditional Knowledge , Genetic Resources and Folklore: The Peruvian Experience University of Heidelberg “ Max Planck Yearbook of United Nation La , Volume 12 p 489

¹⁸ Vandana Shiva (2001) “Protect or Plunder ? Understanding Intellectual Property Right “ New York Zed book p 49

และส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542¹⁹ ซึ่งใน พ.ศ.2544 ได้มีประกาศกระทรวงสาธารณสุข ให้ทำการเพิ่มประเภทการนวดไทยในสาขาการแพทย์แผนไทย ด้วยเหตุผลว่า การนวดเป็นที่นิยมแพร่หลาย โดยลักษณะการนวดถือเป็นศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการบำบัดโรคอย่างหนึ่ง

ภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นเป็นรูปแบบความคิดในเชิงกลุ่ม (Collective thinking) ซึ่งมีการแบ่งปันกันระหว่างบุคคลในกลุ่มและนอกกลุ่ม และไม่เข้าลักษณะของการเป็นสิ่งสร้างสรรค์ใหม่หรือ Novelty จะเห็นได้จากการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของกฎหมายระหว่างประเทศคือ ความตกลงทริปส์ภายใต้องค์การการค้าโลกไม่ได้มีบทบัญญัติให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นแต่อย่างใด²⁰ การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้ความตกลงทริปส์ ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ที่มุ่งจะให้ความคุ้มครองแก่ปัจเจกชนในงานสร้างสรรค์หรือการประดิษฐ์ใหม่และมีคุณค่าในทางอุตสาหกรรมเท่านั้นและกลไกในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานั้นไม่ให้ความสำคัญต่อภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งครอบคลุมองค์ความรู้ทุกสาขาแต่อย่างไร²¹

จะเห็นได้ว่า มาตรฐานการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้กันตามการตกลงระหว่างประเทศ ที่มุ่งเน้นการคุ้มครองนวัตกรรมใหม่ๆ ซึ่งระบบทรัพย์สินทางปัญญานี้เป็นแนวคิดของกลุ่มประเทศตะวันตก และกลุ่มประเทศอุตสาหกรรม ซึ่งสามารถกำหนดมาตรฐานการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาให้เป็นไปตามความต้องการของตนเอง²² เพราะฉะนั้นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นการตอบสนองความต้องการในเชิงพาณิชย์ของกลุ่มอุตสาหกรรมมากกว่าผลประโยชน์ของสาธารณชน²³ ภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศกำลังพัฒนาได้กลายเป็นองค์ความรู้พื้นฐานให้กับประเทศ

¹⁹ ภัฏธิญา สิริบริวารพิพัฒน์(2553) “พันธุ์พืช เทคโนโลยีชีวภาพ ภูมิปัญญาท้องถิ่น และภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย” ในเอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาชั้นสูง เล่ม 1 หน่วยที่ 13 นนทบุรี มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช สาขานิติศาสตร์หน้า 13-21

²⁰ จักรกฤษณ์ ควรพจน์(2544) *กฎหมายสิทธิบัตร แนวความคิด และบทวิเคราะห์* พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร นิติธรรม หน้า 228

²¹ Panumas Kudngaogarm (2011) *Protecting Intellectual Property in Thai Traditional Medicine USA*: Lambert p 93

²² Graham Dutfield cited in Johanna Gibson (2005) *Community resources: intellectual property, international trade and the protection of traditional knowledge* London Ashgate Publishing limited p 130

²³ Johanna Gibson (2005) *Community resources: intellectual property, international trade and the protection of traditional knowledge* London Ashgate Publishing limited p 130

ที่พัฒนาแล้วนำไปค้นคว้าวิจัยเพื่อประโยชน์ทางการค้าในแทบทุกอุตสาหกรรม²⁴ โดยที่กฎหมายการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญากลับกลายเป็นเครื่องมือทางกฎหมายในการแสวงหาประโยชน์ และการละเมิดภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งทำให้ประเทศที่กำลังพัฒนาต่างต้องพยายามที่จะหาวิธีการในการที่คุ้มครองภูมิปัญญาของตนเอง²⁵

ประเด็นปัญหาที่สำคัญของการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้แนวความคิดของทรัพย์สินทางปัญญาคือ แนวคิดของประเทศที่พัฒนาแล้วถือว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นสาธารณสมบัติ (Public Domain) ใครก็สามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้²⁶ ซึ่งเป็นแนวคิดตะวันตกที่จะสร้างแรงจูงใจให้กับ "ความรู้ใหม่" โดยให้รางวัลแก่ผู้ค้นคิดด้วยการให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้ประโยชน์เป็นระยะเวลาหนึ่ง เมื่อพ้นระยะเวลาที่กำหนด "ความรู้" นั้นจึงจะกลายเป็นความรู้สาธารณะที่จะไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิอีกต่อไป

กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งประเทศที่พัฒนาแล้วในซีกโลกตะวันตกเป็นผู้ริเริ่มซึ่งมุ่งเน้นในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในแง่อุตสาหกรรม ในขณะที่ประเทศกำลังพัฒนา เช่น ประเทศไทย และอีกหลายประเทศในเอเชีย แอฟริกา ลาตินอเมริกา และอเมริกาใต้ ที่มีองค์ความรู้ของภูมิปัญญาท้องถิ่นและสืบทอดกันมาโดยเปิดเผยจากรุ่นสู่รุ่น แต่ยังไม่ได้รับการคุ้มครองที่เป็นรูปธรรม ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาอันสำคัญของการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ชนชาวพื้นเมือง (indigenous people) ทั่วโลก ได้มีการตื่นตัวในการที่จะให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของตนนั้น และการได้รับการยอมรับและคุ้มครองในระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในระดับนานาชาติ²⁷

²⁴ Graham Dutfield (2004) Intellectual property , Bionetic Resources and traditional knowledge London Earthscan p 53

²⁵ Panumas Kudngaongarm (2007) Human Rights Standards for The protection of Intellectual Property: Traditional Knowledge and Indigenous Resources University of New England Paper presented at Inaugural Biennial Conference of the Asian Society of International Law The NUS Law School p 2

²⁶ Traci L. McClellan (2001) the role of international law in protecting traditional knowledge and plant life of indigenous people 19 Wisconsin International Law Journal 249 p 249-251

²⁷ Panumas Kudngaogarm Thai Traditional Medicine Protection (Part I) Thailand Law Journal 2011 Fall Issue 2 Volume 14 p1

อย่างไรก็ดี ประเด็นการตรากฎหมายที่เหมาะสม ในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น เป็นสิ่งที่ประเทศกำลังพัฒนาต้องการ สำหรับการปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่นของตนเอง อันนำมาสู่ประเด็นการถกเถียงในการประชุมระดับนานาชาติ อาทิเช่น องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization : WIPO) และองค์การการค้าโลก (World Trade Organization : WTO)²⁸ เป็นที่เข้าใจโดยทั่วไปว่า กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบัน ให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นได้บางประเภทเท่านั้น แต่ไม่ครอบคลุมภูมิปัญญาท้องถิ่นทั้งหมด ฉะนั้นสมควรที่จะตรากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นขึ้นมาใหม่ หรือในลักษณะที่เป็นกฎหมายเฉพาะ(sui generis system)²⁹

ผู้เขียนได้พิจารณาปัญหาของการคุ้มครองภูมิปัญญาด้านการนวดไทยดังกล่าวข้างต้นแล้วเห็นว่า ภูมิปัญญาการนวดไทยมีคุณค่าต่อประเทศไทยนับปการ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการให้ความคุ้มครองอย่างเป็นรูปธรรม นอกจากจะป้องกันการกระทำที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าภายในประเทศแล้ว ยังจะเป็นประโยชน์ต่อการเจรจาต่อรอง เพื่อให้มีการกำหนดแนวทางการคุ้มครองการนวดไทยในต่างประเทศด้วย

จึงเห็นถึงความสำคัญและความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะศึกษา เรื่องการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวกับการคุ้มครองการนวดไทย เพื่อหามาตรการในการคุ้มครองอย่างเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น อันจะนำไปสู่การขยายความคุ้มครอง เพื่อการรักษาชื่อเสียง และการสร้างความเป็นธรรมของการแข่งขันในตลาดของการนวดไทยโดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ประเทศไทยกำลังจะเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในอนาคตอันใกล้

²⁸ Ibid

²⁹ Ibid

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

2.1 เพื่อศึกษาลักษณะ หลักการแห่งสิทธิ และแนวทางในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ด้านการนวดไทย

2.2 เพื่อวิเคราะห์กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ความตกลงระหว่างประเทศและกฎหมายของประเทศจีน อินเดีย ฟิลิปปินส์

2.3 เพื่อนำผลการวิเคราะห์มากำหนดเป็นองค์ความรู้ใหม่และเป็นแนวทางในการพัฒนาระบบการบริหารจัดการเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยและการพัฒนากฎหมายเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการนวดไทย

3. ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้ศึกษามุ่งศึกษาถึงประเด็นเรื่องการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการนวดไทย ศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศไทยและของประเทศจีน อินเดีย ฟิลิปปินส์ และความตกลงระหว่างประเทศในคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 และกฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวข้อง

4. วิธีการศึกษาวิจัย

การวิจัยเรื่องการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ที่ใช้วิธีการศึกษาด้วยการวิจัยเอกสาร (Document Research) รวมถึงรายงานการวิจัย บทความทางวิชาการ ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต และกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งของประเทศไทย ข้อตกลงระหว่างประเทศ และกฎหมายประเทศจีน อินเดีย ฟิลิปปินส์แล้วนำมาข้อมูลเหล่านั้นทั้งหมดมาศึกษาอย่างเป็นระบบเพื่อการวิเคราะห์อันจะนำไปสู่ข้อสรุปและเสนอแนะในส่วนท้ายต่อไป

5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

5.1 ได้ทราบถึงลักษณะ หลักการแห่งสิทธิ และแนวทางในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ด้านการนวดไทย

5.2 ได้ข้อสรุปของกฎหมายไทยในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ความตกลงระหว่าง ประเทศและกฎหมายของประเทศจีน อินเดีย ฟิลิปปินส์ ในประเด็นปัญหาสำคัญต่างๆที่เกี่ยวกับการ คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

5.3 สามารถนำผลการวิเคราะห์มากำหนดเป็นองค์ความรู้ใหม่และเป็นแนวทางในการ พัฒนาระบบการบริหารจัดการเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยและการพัฒนากฎหมายเพื่อคุ้มครอง ภูมิปัญญาท้องถิ่น

5.4 เป็นประโยชน์ต่อการศึกษา ค้นคว้า และวิจัยเกี่ยวกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ด้านการนวดไทยต่อไป



บทที่ 2

การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการนวดไทย

1. ความหมายของ “ ภูมิปัญญาท้องถิ่น ” (Local wisdom)

ความสำคัญในการกำหนดความหมายของคำว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” ก็เพื่อที่จะให้เกิดความเข้าใจในสาระสำคัญของสิ่งที่ได้รับความคุ้มครอง ผู้ใดบ้างที่จะได้รับประโยชน์จากความคุ้มครองและมีความจำเป็นอย่างไร³⁰ อย่างไรก็ตาม องค์ความรู้ดั้งเดิม (Traditional Knowledge) นั้นมีความหมายกว้างขวางและอธิบายให้ชัดเจนได้ยาก เพราะอาจมีผลกระทบต่อการให้คำนิยามของภูมิปัญญาอื่นๆ อาทิเช่น การแสดงออกทางวัฒนธรรมดั้งเดิม (Traditional Cultural Expressions) ภูมิปัญญาพื้นบ้าน (Folk wisdom) องค์ความรู้ของชนเผ่าดั้งเดิม (Indigenous Knowledge) และ มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Cultural Heritage)³¹

คำจำกัดความของภูมิปัญญาท้องถิ่นมุ่งเน้นแสดงถึงความสัมพันธ์ของขบวนการในการพัฒนามากกว่าตัวภูมิปัญญานั้นๆ ดังนั้นการให้นิยามของภูมิปัญญาท้องถิ่นยังคงเปิดกว้าง³² แต่ถ้าการกำหนดนิยามที่แคบหรือเคร่งครัดเกินไปนั้นอาจจะทำให้นิยามนั้นล้าสมัยได้ในระยะเวลาอันสั้น แต่การให้นิยามแบบกว้างนั้นอาจจะตอบสนององลักษณะของภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีพลวัตได้ดีกว่า³³

³⁰ Panumas Kudngaongarm (2007) “ Human Right Standards for The protection of Intellectual Property: Traditional Knowledge and Indigenous Resources” Asian society of international law (April) p 2-3

³¹ Panumas Kudngaogarm (2011) Protecting Intellectual Property in Thai Traditional Medicine USA: Lambert Academic Publishing p 29

³² Matthias Leistner, (2004) ‘Part III. Analysis of Different Areas of Indigenous Resources’ in Silke von Lewinski (ed), Indigenous Heritage and Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore p 55-56

³³ Tshimanga Kongolo (2007) Unsettled International Intellectual Property Issues Kluwer Law International England p34-35

1.1 องค์ประกอบที่สำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่น

ภูมิปัญญาท้องถิ่นมีองค์ประกอบที่สำคัญอยู่ 2 องค์ประกอบ คือ องค์ประกอบด้านเวลา (Time Element) และองค์ประกอบขององค์ความรู้ในสาขาต่าง ๆ (Field of knowledge)³⁴

1.1.1 องค์ประกอบด้านเวลา (Time Element)

ภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยทั่วไปหมายถึงองค์ความรู้ดั้งเดิมของคนในอดีต หรือองค์ความรู้ที่หยุดนิ่ง (Static Knowledge) ของคนโบราณ นิยามของคำว่า “ดั้งเดิม” (“Traditional”) กำหนดไว้ในการคุ้มครองวิธีการที่สืบทอดตามประเพณีและความชำนาญพิเศษ (Traditional Specialty Guaranteed หรือ TSG) เพื่อส่งเสริมการคุ้มครองสินค้าอาหารที่มีคุณภาพ โดยมีแหล่งกำเนิดในสหภาพยุโรป โดยให้ความหมายว่า สินค้านั้นได้รับการพิสูจน์แล้วว่ามีการใช้ในตลาดของชุมชนจากรุ่นสู่รุ่นเป็นเวลาอย่างน้อย 25 ปี³⁵ จากข้อกำหนดนี้ จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าช่วงระยะเวลา 25 ปี เป็นข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับระยะเวลาที่สัมพันธ์กับนิยามคำว่า “ดั้งเดิม” (Traditional) และเป็นเงื่อนไขในการจดทะเบียนสินค้าประเภทเกษตรและอาหารของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป³⁶

ในกฎหมายของประเทศไทย คำว่า “ดั้งเดิม” (Traditional) ไม่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยแต่คณะกรรมการจะเป็นผู้กำหนด³⁷ อย่างไรก็ตาม ความหมายของคำว่า “ดั้งเดิม” (“Traditional”) ในการแพทย์แผนไทยนั้น หมายถึงองค์ความรู้ที่มีการถ่ายทอดจากรุ่นสู่รุ่น จากบรรพบุรุษถึงลูกหลานเท่านั้น หรือผู้ที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญา

³⁴ Panumas Kudngaogarm อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2 หน้า 29

³⁵ Council Regulation (EC) No 509/2006 of 20 March 2006 on agricultural products and foodstuffs as traditional specialities guaranteed Official Journal L 093 , 31/03/2006 P. 0001 – 0011 (b) "traditional" means proven usage on the Community market for a time period showing transmission between generations; this time period should be the one generally ascribed to one human generation, at least 25 years;

³⁶ Ibid see Article 7 Application for registration (d) the documents proving the product's specific and traditional character.

³⁷ มาตรา 5 ให้มีคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงสาธารณสุขเป็นประธานกรรมการ อธิบดีกรมการแพทย์ อธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญา อธิบดีกรมปศุสัตว์ อธิบดีกรมป่าไม้ อธิบดีกรมวิชาการเกษตร อธิบดีกรมวิทยาศาสตร์การแพทย์ เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยา เลขาธิการสำนักงานนโยบายและแผน สิ่งแวดล้อม และผู้อำนวยการกองการประกอบโรคศิลปะ เป็นกรรมการ โดยตำแหน่ง กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนเท่ากับจำนวนกรรมการ โดยตำแหน่ง

ท้องถิ่นนั้นอาจจะไม่ใช่ผู้คิดค้น หรือสร้างสรรค์องค์ความรู้นั้นแต่มาได้พัฒนาองค์ความรู้นั้นในยุคหรือรุ่นของตน³⁸ นักวิชาการหลายท่านได้ให้คำหมายของคำว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างน่าสนใจดังนี้

Carlos Correa ให้ความหมายภูมิปัญญาท้องถิ่นว่า เป็นองค์ความรู้ที่มีการถ่ายทอดและวิวัฒนาการจากรุ่นสู่รุ่น และถูกนำมาใช้ประโยชน์อย่างต่อเนื่อง ภายใต้ระบบวัฒนธรรม ประเพณี และกฎหมายท้องถิ่น มีความสำคัญในด้านความมั่นคงทางด้านอาหาร พัฒนาการในด้าน การเกษตรและการรักษาโรค³⁹

Daniel Gervails กล่าวว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่จำเป็นต้องเป็นองค์ความรู้ของยุค โบราณหรือยุคหนึ่ง หรือไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นองค์ความรู้ในยุค โบราณหรือองค์ความรู้ที่ตายตัว หรือไม่มีการพัฒนา แต่มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องเพื่อสนองต่อการเปลี่ยนแปลงของสิ่งแวดล้อม ซึ่ง เกี่ยวข้องกับชุมชนใดชุมชนหนึ่ง⁴⁰

ยศ สันตสมบัติ ให้ความหมายภูมิปัญญาท้องถิ่นว่า คือสิ่งที่พัฒนาขึ้นมาใน บริบททางกายภาพและวัฒนธรรมของการมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างคนกับระบบนิเวศน์ชุดหนึ่ง มีการสืบทอดและพัฒนาเป็นเวลานานร้อยปีพันปี และมีการปรับตัวและเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย ภูมิปัญญา ท้องถิ่นก่อกำเนิดจากเครือข่ายความสัมพันธ์ทางสังคมและมีลักษณะเป็นองค์รวมรอบด้าน โดยมีอาจ แยกส่วนต่างๆออกจากกันไปอย่างเด็ดขาด⁴¹

เอกวิทย์ ณ ถลาง ให้ความหมายว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นว่า เป็นความรู้ ความคิด ความเชื่อ ที่ท้องถิ่นได้สั่งสมและสืบทอดต่อกันมาอันเป็นศักยภาพหรือความสามารถ โดยใช้วิธีการ

³⁸ Panumas Kudngaogarm อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2 หน้า 31

³⁹ Carlos Correa (2001) Traditional knowledge and Intellectual Property issue and options surrounding the protection of traditional knowledge a discuss paper commission by the Quaker United Nation office(QUNO) p 3

⁴⁰ Daniel Gervails (2005) “ Traditional Knowledge and Intellectual Property : A TRIPS –Compatible Approach” (2005) Law Review of Michigan State University p 140-144

⁴¹ ยศ สันตสมบัติ (2542) ความหลากหลายทางชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน ทุนอุดหนุนการวิจัยประเภทกำหนดเรื่อง เชิงใหม่ : ภาควิชาสังคมวิทยาและมนุษยวิทยา คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ หน้า 47

เครื่องมือ วิธีชีวิต เพื่อใช้ในการป้องกันและแก้ปัญหาในการดำรงชีวิตให้มีความสุขของบุคคลในชุมชน หรือท้องถิ่นให้ดำรงคงอยู่จนถึงปัจจุบันและในอนาคต⁴²

Matthias Leistner กล่าวว่า เป็นองค์ความรู้ที่ถ่ายทอดจากรุ่นสู่รุ่น ซึ่งมีพัฒนาการตามกาลเวลาและการเปลี่ยนแปลงของสิ่งแวดล้อม อันเกี่ยวข้องกับกลุ่มชนหรือท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่ง การให้ความหมายดังกล่าวนี้อธิบายชัดเจนถึง ความสัมพันธ์ของขบวนการพัฒนาและคุณลักษณะของภูมิปัญญาท้องถิ่น มากกว่ารายละเอียดขององค์ความรู้⁴³

ในทัศนะนักวิชาการหลายท่านได้เปิดเผยว่า นวัตกรรมต่างๆ ในปัจจุบันล้วนได้มาจากแนวความคิดของภูมิปัญญาท้องถิ่น⁴⁴ และอาจจะกล่าวได้ว่า องค์ความรู้ดั้งเดิม (Traditional Knowledge) โดยทั่วไปนั้นมีการพัฒนาในพื้นฐานของการถ่ายทอดจากรุ่นสู่รุ่น เป็นฐานองค์ความรู้ดั้งเดิมของการสร้างสรรค์ทางปัญญาและนวัตกรรม นอกจากนั้นแล้ว เป็นปรากฏการณ์ที่มีความซับซ้อนในหลายแง่มุม เป็นพัฒนาการที่มาจากความสัมพันธ์ของมนุษย์กับสิ่งแวดล้อม มีการเคลื่อนไหวและการใช้ประโยชน์ในปัจจุบัน ดังนั้นคำว่า “ดั้งเดิม” (Traditional) หมายถึงขบวนการที่องค์ความรู้ได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องไม่ได้มีความหมายถึงเนื้อหาที่จำกัดไว้ในการสร้างสรรค์หรือนวัตกรรมในอดีตเท่านั้น⁴⁵

นอกจากองค์ประกอบด้านเวลา ที่มีส่วนสำคัญในการทำความใจเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่น ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่า ในภาษาไทยนั้น มีการเรียกองค์ความรู้แบบดั้งเดิมโดยมีการใช้คำที่หลากหลายเช่น “ภูมิปัญญาชาวบ้าน” “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” และ “ภูมิปัญญาพื้นบ้าน” ซึ่งเป็นศัพท์ที่ใกล้เคียงกัน คำว่า “ชาวบ้าน” “ท้องถิ่น” และ “ไทย” เป็นส่วนเพิ่มเติมเข้ามาเพื่อขยายให้ทราบขอบเขตว่าจะกล่าวถึงภูมิปัญญา ในระดับปัจเจกบุคคล ระดับชุมชนย่อย หรือระดับชุมชนใหญ่ คือประเทศหรือชาติ วิธีการปฏิบัติและการใช้สติปัญญาทดลองผิดลองถูกของชาวบ้าน เพื่อการนำไปใช้ในการแก้ปัญหาในการดำรงชีวิตให้อยู่ได้อย่างปกติสุขในสภาวะแวดล้อมของแต่ละยุคสมัย เรียกว่า “ภูมิปัญญาชาวบ้าน”

⁴² เอกวิทย์ ฌ ถलग (2540) ภูมิปัญญาพื้นบ้านสี่ภาค : วิธีชีวิตและกระบวนการเรียนรู้ของชาวบ้านไทย นนทบุรี มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช หน้า 46

⁴³ Matthias Leistner, (2004) อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3 หน้า 55-56

⁴⁴ Thomas J, Krumenacher, 143 (2004). Protection for Indigenous Peoples and their Traditional Knowledge: vWould a Registry System Reduce the Misappropriation of Traditional Knowledge INTELLECTUALPROPERTY L. REV. 143 p 145-146

⁴⁵ Matthias Leistner, (2004) อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3 หน้า 56

และหากว่าวิธีการนั้นเป็นที่ยอมรับนิยมนำไปปฏิบัติกันอย่างแพร่หลายในชุมชนก็ขยายวงออกไปเป็น “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” และเมื่อต้องการเน้นความเป็นชาติก็ใช้ศัพท์ว่า “ภูมิปัญญาไทย” ในบางครั้งมีการใช้คำว่า “ภูมิปัญญาไทย” เพื่อบ่งชี้ว่าเป็นเรื่องของสติ-ปัญญาของคนเผ่าพันธุ์ ไม่ได้มีความสัมพันธ์กับประเทศไทยตามนัยของการเมืองการปกครองแต่อย่างใด⁴⁶

สำหรับภาษาอังกฤษนั้นผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่า คำว่า “Indigenous Knowledge” นั้นสามารถเทียบเคียงได้กับคำว่า “ภูมิปัญญาชาวบ้าน” เพราะคำว่า “Indigenous Knowledge” หมายถึง องค์ความรู้ของคนพื้นเมืองหรือกลุ่มคนในท้องถิ่นหนึ่งๆ ถ่ายทอดโดยปากต่อปาก เป็นความเข้าใจใน ธรรมชาติและสิ่งรอบตัวเช่น พืชสมุนไพร การเกษตร การดูแลสุขภาพและการรักษาโรค รวมถึงคุณค่าทางวัฒนธรรมและความเชื่อ (“Indigenous Knowledge” possessed by indigenous and other local people which is transmitted orally and often shows a sophisticated understanding of natural and other processes , typical examples are traditional medicinal plant, agriculture, ethno-veterinary , and other forms of knowledge. May also include such knowledge as usually to broader culture values and beliefs of indigenous and other traditional people)⁴⁷

ส่วนคำว่า “Local Knowledge” มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” เพราะคำว่า “Local Knowledge” หมายถึง องค์ความรู้ของชุมชนใดชุมชนหนึ่งที่มีลักษณะเฉพาะ และมีความแตกต่างจากภูมิปัญญาสากล ที่เกิดขึ้นในมหาวิทยาลัยต่างๆ ศูนย์ค้นคว้าวิจัยของรัฐบาล และภาคอุตสาหกรรมของเอกชน เป็นการตัดสินใจระดับท้องถิ่น ในเรื่องเกษตร การรักษาดูแลสุขภาพ อาหาร การรักษาทรัพยากรธรรมชาติ และในกิจการอื่นๆ (“Local Knowledge” Knowledge that is unique to a given culture or society . It contrasts with the international knowledge system generated by universities, research institutions, and private firms. It is the basis for local-level decision making

⁴⁶ วรรณานาวิกมูล(2545) วัฒนธรรมพื้นบ้านและภูมิปัญญาท้องถิ่น พิมพ์ครั้งที่ 3 มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ กรุงเทพฯ หน้า 177

⁴⁷ www.worldbank.org/essd.nsf cited in WIPO IGC on intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, “ Traditional Knowledge-Operational Term and Definition” World Intellectual Property Organization WIPO/GTRK/IC/3/9, 2002 retrieved 4 October 2013 from www.wipo.int

in agriculture, health care , food preparation, education, natural-resource management, and a host other activities in rural communities)⁴⁸

“ภูมิปัญญาพื้นบ้าน” อาจเทียบเคียงได้กับคำว่า “Traditional Knowledge” เพราะคำว่า “Traditional Knowledge” หมายถึง องค์ความรู้และประเพณีปฏิบัติในทางตรงและทางอ้อม เพื่อแก้ไขปัญหา ในชีวิต สังคม และระบบนิเวศน์ เกิดจากประสบการณ์การเรียนรู้ในอดีต และได้ พิทักษ์รักษาเพื่อใช้ประโยชน์ร่วมกัน มีพัฒนาการและถ่ายทอดจากรุ่นสู่รุ่น เป็นองค์ความรู้ที่ สร้างสรรค์จากความสัมพันธ์กับธรรมชาติ และกิจกรรมทางเศรษฐกิจ วัฒนธรรม และศาสนา มีพลวัต และเปลี่ยนแปลงตามตามความจำเป็นของสังคม ภูมิปัญญาพื้นบ้านมีความสำคัญเนื่องจากมีความผูกพัน อย่างลึกซึ้งกับชีวิตของคนในชุมชน จนไม่สามารถแยกออกจากกันได้⁴⁹

“ผู้ถือครองภูมิปัญญาพื้นบ้าน” หมายถึง บุคคลใดก็ตามที่สร้างสรรค์ พัฒนา และใช้องค์ความรู้ ไม่ว่าจะเป็นชาวพื้นเมือง บุคคลทั่วไป และกลุ่มประเทศ ถือว่าเป็นผู้ถือครองภูมิปัญญา

⁴⁸ Grenier, 1998 in indigenous and Local Knowledge systems in Sustainable Development Informal meeting for delegates and staff members. De Guchteneire, P. & Nakashima, D. UNESCO, November, 1998. Cited in WIPO IGC on intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, “Traditional Knowledge-Operational Term and Definition” World Intellectual Property Organization WIPO/GRTK/IC/3/9, 2002 retrieved 4 October 2013 from www.wipo.int

⁴⁹ Traditional knowledge is thus the totality of all knowledge and practices, whether explicit or implicit, used in the management of socio-economic and ecological facets of life. This knowledge is established on past experiences and observation. It is usually a collective property of a society. Many members of the particular society contribute to it over time, and it is modified and enlarged as it is used over time. This knowledge is transmitted from generation to generation. It is generally an attribute of a particular people, who are intimately linked to a particular socio-ecological context through various economic, cultural and religious activities. Traditional knowledge is dynamic in nature and changes its characters as the need of the people change . It is also gains vitality from being deeply entrench in people’s lives. It is difficult to isolate or archive traditional knowledge from traditional people. Knowledge and folklore. Traditional Knowledge-Operational Term and Definition” World Intellectual Property Organization WIPO/GRTK/IC/3/9, 2002 retrieved October 4, 2013 from www.wipo.int

พื้นบ้าน แต่ไม่ถือว่าผู้ที่ถือครองภูมิปัญญาพื้นบ้านทั้งหมดเป็นคนพื้นเมือง⁵⁰ ในทัศนะของผู้เขียน มีความเห็นว่า คำว่า “knowledge” ตามความหมายทั่วไป หมายถึง “ความรู้” แต่ถ้าจะพิจารณาถึงการแยกความรู้ที่ได้รับการพัฒนาขึ้น โดยสังคมหรือชุมชนใด และยังคงมีการสืบทอดและพัฒนาจนถึงปัจจุบัน คำที่เหมาะสมควรจะเป็น “องค์ความรู้ดั้งเดิม” เพื่อให้ความหมายที่แตกต่างจาก “ระบบความรู้สมัยใหม่” ซึ่งเป็นองค์ความรู้ที่เกิดจากมหาวิทยาลัยต่าง ๆ ศูนย์ค้นคว้าของรัฐและเอกชน เป็นข้อมูล (information) หรือเป็นวิทยาศาสตร์ (science) ซึ่งประเทศตะวันตกเรียกว่า “ภูมิปัญญาสากล” หรือ “Modern Science” หรือ “Universal Knowledge” จะเห็นได้ว่า องค์ความรู้ดั้งเดิมที่พัฒนาเป็นภูมิปัญญานั้นเช่น ภูมิปัญญาพื้นบ้านมีลักษณะเป็นองค์รวม ไม่สามารถแยกส่วน เป็นตอน หรือเป็นบทใดบทหนึ่งได้ แต่ภูมิปัญญาสากลสามารถแยกส่วน เป็นตอน เป็นบท หรือหยิบมาใช้เฉพาะความรู้หรือข้อมูลที่ต้องการได้⁵¹

สำหรับประเทศไทย คนส่วนใหญ่นิยมใช้ศัพท์ “ภูมิปัญญาไทย” มากกว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” ซึ่งมีความหมายใกล้เคียงกันมาก แต่คำว่า “ภูมิปัญญาไทย” นั้นสามารถครอบคลุมภูมิปัญญาของชาติได้มากกว่า⁵² ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 86(2) นำคำว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” และ “ภูมิปัญญาไทย” มาบัญญัติไว้ในมาตรานี้⁵³ ซึ่งในปัจจุบัน ความเห็นในเวทีระหว่างประเทศและนักวิชาการส่วนใหญ่ในประเทศอื่น ๆ ต่างเห็นสอดคล้องกันว่าสิ่งที่เรียกว่า “Traditional Knowledge” นั้นเทียบได้กับคำว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น”⁵⁴

⁵⁰ “traditional knowledge holder” to refer to all persons who create, originate, develop and practice traditional knowledge in a traditional setting and context. Indigenous communities, peoples and nations are traditional knowledge holders, but not all traditional knowledge holders are indigenous. Ibid

⁵¹ ศูนย์พัฒนาหลักสูตร กรมวิชาการ อ้างถึงใน เหม ทองชัย ภูมิปัญญาไทย วิถีไทย(2554) กรุงเทพมหานคร เวิร์ดเวฟ หน้า 264

⁵² ธนิต ชังถาวร , สุกัญญา สุจฉายา (2552)รายงานการศึกษา กรอบความคิดการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย เพื่อเสนอ กรมทรัพย์สินทางปัญญา ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ หน้า 5

⁵³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ส่วนที่ 9 แนวนโยบายด้านวิทยาศาสตร์ ทรัพย์สินทางปัญญา และพลังงาน (2) ส่งเสริมการประดิษฐ์หรือการค้นคิดเพื่อให้เกิดความรู้ใหม่ รักษาและพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่นและภูมิปัญญาไทย รวมทั้งให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

⁵⁴ จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ (2552) หลักเหตุผลของการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ดุษฎีนิพนธ์นิติศาสตร์ดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 40

1.1.2 องค์ความรู้ในสาขาต่างๆ (Field of knowledge)

ภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจจะมีลักษณะพิเศษขององค์ความรู้ของกลุ่มชน ที่อาศัยอยู่ใกล้ชิดกับธรรมชาติ และวิธีการที่นำเอาองค์ความรู้นั้นมาประยุกต์ใช้ อย่างไรก็ตามก็หาใช่ว่าจะหมายถึงองค์ความรู้อันเจาะจงอันใดอันหนึ่งไม่⁵⁵ ภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจจะเป็นระบบการพัฒนาฐานความรู้ทางด้านประเพณีโดยกลุ่มชนพื้นเมืองหรือคนในชุมชน ในทุกขอบเขตขององค์ความรู้ ไม่ว่าจะเป็นในด้านวิทยาศาสตร์ หรือการประยุกต์ใช้ ในด้านศิลปะ โดยไม่คำนึงว่าจะมีการรวบรวมหรือสื่อความหมายโดยการบันทึก บอกเล่า หรือ วิธีการอื่นใด ซึ่งหมายถึง การประดิษฐ์คิดค้น อาทิเช่น การใช้พืชสมุนไพรในการรักษาโรค การออกแบบสัญลักษณ์องค์ความรู้ที่ถือว่าเป็นความลับหรือเป็นความศักดิ์สิทธิ์⁵⁶ ในทัศนะของนักวิชาการ เช่น Graham Dutfield เห็นว่าภูมิ-ปัญญาท้องถิ่น เป็นองค์ความรู้ที่มีองค์ประกอบที่มีความสัมพันธ์กับสิ่งแวดล้อม(traditional environmental knowledge) มากกว่าเป็นองค์ความรู้ที่มีองค์ประกอบที่ไม่มีความสัมพันธ์กับสิ่งแวดล้อม เช่น งานศิลปะหัตถกรรม การแสดงออกซึ่งศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้าน⁵⁷ ที่มาจากกลุ่มคนผ่านรุ่นสู่รุ่น มีระบบในการจัดหมู่ (system of classification) เป็นสิ่งที่ได้มาจากประสบการณ์หรือการทดลองกับสิ่งแวดล้อมในท้องถิ่น มีระบบการจัดการของตนเองในการใช้ทรัพยากร⁵⁸

⁵⁵ Panumas Kudngaogarm อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2 หน้า 32

⁵⁶ Nancy Kremers (2004) Speaking with a Forked Tongue in the Global Debate on Traditional Knowledge and Genetic Resources: Is U.S. Intellectual Property Law and Policy Really Aimed at Meaningful Protection for Native American Cultures? Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal Volume 15, Issue 1 p 12

⁵⁷ Graham Dutfield (2004) Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge . Earthscan, P 91

⁵⁸ Sumathi Subbiah, (2004) 'Reaping What They Sow: The Basmati Rice Controversy and Strategies for Protecting Traditional Knowledge' 27 Boston College International and Comparative Law Review 529, p 531-532.

Sumathi Subbiah มีความคิดเห็นว่าสาขาของภูมิปัญญาท้องถิ่น หมายถึง งานวรรณกรรม และงานศิลปะ และภูมิปัญญาท้องถิ่น ก็อาจจะแบ่งออกไปคือ ทรัพยากรพันธุกรรม (genetic resources) องค์ความรู้เกี่ยวกับการแพทย์ดั้งเดิม (Traditional medicinal knowledge) การแสดงออกซึ่งศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้าน (folk lore)⁵⁹ ทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งหมายถึง พืช สัตว์ วัตถุ พันธุกรรมของมนุษย์ (human genetic material) ที่ได้รับการพัฒนาขึ้นมาหรืออยู่ในความดูแลของบุคคล หรือกลุ่มคน ภายในสังคมของชนพื้นเมือง⁶⁰

Srividhya Ragavan กล่าวถึงว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นองค์ความรู้ของชนพื้นเมือง ในสังคมหนึ่งหรือ ในหลายสังคม ที่มีรูปแบบเดียวหรือหลายรูปแบบ รวมถึง ศิลปะ การเดินรำ ยา การรักษาแบบพื้นบ้าน วัฒนธรรมพื้นบ้าน ความหลากหลายทางชีวภาพ ความรู้ และการป้องกันพันธุ์พืช ทัศนกรรม การออกแบบ และวรรณกรรม⁶¹

Bernard O'Connor ได้อธิบายความหมายของภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้ชัดเจนและเข้าใจได้ง่ายว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นคือ นวัตกรรมและวิถีปฏิบัติของชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่น หมายถึงองค์ความรู้เกี่ยวกับพืช สัตว์ แร่ธาตุ ดินและคุณสมบัติของสิ่งที่กล่าวมานี้ ส่วนผสมของสารอินทรีย์และสารอนินทรีย์ กระบวนการ และเทคโนโลยี วิธีการในการส่งเสริมสุขภาพของบุคคลของกลุ่มชน และสวัสดิการสังคม และการแสดงออกทางศิลปะ⁶²

⁵⁹ Sumathi Subbiah, (2004) 'Reaping What They Sow: The Basmati Rice Controversy and Strategies for Protecting Traditional Knowledge' 27 Boston College International and Comparative Law Review 529, p 531-532.

⁶⁰ Nancy Kremers (2004) อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27 หน้า 12

⁶¹ Srividhya Ragavan (2001) Protection of Traditional Knowledge Minnesota Intellectual Property Law Review, Vol. 2, No. 2, 2001 p 4

⁶² “ This traditional knowledge can be defined as the knowledge, innovations and practices of indigenous peoples and local communities Traditional knowledge can be considered to include knowledge of plants and animals and their properties; minerals and soils and their properties; combinations of organic and inorganic matters; processes and technologies; means of enhancing individual health and welfare; means of enhancing collective health and welfare; artistic expressions.” Bernard O'Connor(2005)Protecting Traditional Knowledge: An Overview of a Developing Area of Intellectual Property Law The Journal of World Intellectual Property Volume 6, Issue 5 p 667- 8

องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization 1967 หรือคำย่อว่า “WIPO”) เสนอแนะว่า คงไม่มีคำนิยามใดนิยามหนึ่งที่สามารถให้คำจำกัดความได้อย่างแท้จริงแก่องค์ความรู้ที่มีลักษณะหลากหลายของชุมชนท้องถิ่น หรือรูปแบบการคุ้มครองทางกฎหมายใดๆ ที่จะมาแทนที่ระบบสังคมและกฎระเบียบอันซับซ้อนที่รักษาไว้ซึ่งภูมิปัญญาในชุมชนดั้งเดิม⁶³

สำนักเลขาธิการองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Secretariat) ได้กำหนดกรอบการทำงานเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นของคณะทำงานค้นหาความจริง (Fact-finding Missions) เอาไว้ดังนี้

“ภูมิปัญญาท้องถิ่น” หมายถึง งานในเชิงวรรณกรรม ศิลปกรรม และวิทยาศาสตร์ ที่มีพื้นฐานทางวัฒนธรรม อันได้แก่ การแสดง การประดิษฐ์ การค้นพบทางวิทยาศาสตร์ การออกแบบ เครื่องหมาย ชื่อ และสัญลักษณ์ ข้อมูลที่ไม่เปิดเผย และ รวมถึงนวัตกรรมและการสร้างสรรค์อื่นใด อันเป็นผลมาจากการสร้างสรรค์โดยใช้สติปัญญาของมนุษย์ ในสาขาอุตสาหกรรม วิทยาศาสตร์ วรรณกรรม และศิลปกรรม⁶⁴

“พื้นฐานทางวัฒนธรรม” หมายถึง องค์ความรู้ การสร้างสรรค์ นวัตกรรมและการแสดงออกทางวัฒนธรรมที่มีการถ่ายทอดเป็นปกติจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง ได้รับการยอมรับว่าเป็นของกลุ่มชนกลุ่มหนึ่ง หรือเป็นของท้องถิ่นใด ท้องถิ่นหนึ่ง และมีการวิวัฒนาการอยู่ตลอดเวลา เพื่อให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของสภาวะแวดล้อมของท้องถิ่น⁶⁵

ประเภทต่างๆ ของภูมิปัญญาพื้นบ้าน หมายรวมถึง องค์ความรู้ที่เกี่ยวกับการเกษตร ความรู้ในทางวิทยาศาสตร์ ความรู้ในเชิงวิชาการ ความรู้ในเชิงนิเวศวิทยา องค์ความรู้ในทางการแพทย์ ซึ่งรวมถึงความรู้เกี่ยวกับยาและวิธีการรักษา องค์ความรู้ที่เกี่ยวข้องกับความ

⁶³ World Intellectual Property Organization (WIPO) , Intellectual Property and Traditional Knowledge (WIPO Publication No 920 (E) Booklet No 2) p 4

⁶⁴ “Traditional Knowledge” refers to tradition-based literary, artistic or scientific works; performances; inventions; scientific discoveries; designs; marks, names and symbols; undisclosed information; and all other tradition-based innovations and creations resulting from intellectual activity in the industrial, scientific, literary or artistic fields.”

⁶⁵ “Tradition-based refers to knowledge systems, creation, innovations and cultural expressions which: have generally been transmitted from generation to generation; are generally regarding as pertaining to particular people or its territory; and are constantly evolving in response to a changing environment.”

หลากหลายทางชีวภาพ “การแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้าน” ในรูปแบบของดนตรี การเต้นรำหรือ การร่ายรำ เพลง งานหัตถกรรม งานออกแบบ นิทาน ตำนาน หรือพงศาวดาร และงานศิลปกรรม ภาษา เช่น ชื่อต่างๆ ชื่อหรือสัญลักษณ์ที่ใช้แทนแหล่งทางภูมิศาสตร์ ทรัพย์สินที่สามารถเคลื่อนย้ายและมีความเกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมและขนบธรรมเนียมประเพณี⁶⁶

ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นกิจกรรมการสร้างสรรค์ทางปัญญา (intellectual activity created) ที่ครอบคลุมองค์ความรู้ในทุกสาขา อาทิเช่น ศิลปะ วรรณกรรม วิทยาศาสตร์ การแพทย์ และการเกษตร เป็นต้น⁶⁷ เป็นประโยชน์ต่อชุมชน มีการถ่ายทอดผ่านปัจเจกบุคคล ครอบครัว และกลุ่มคน องค์ความรู้บางสาขาได้กลายเป็นสมบัติสาธารณะ ที่ใช้ประโยชน์ร่วมกัน ถ่ายทอดผ่านการแต่งงาน การค้าขายระหว่างชนเผ่าหรือชุมชน⁶⁸ องค์ประกอบสำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ต้องประกอบด้วย องค์ประกอบของเวลา สาขาขององค์ความรู้ และส่วนประกอบอันเป็นสาระสำคัญ 2 ประการคือ องค์ความรู้ซึ่งเป็นทรัพย์สินนามธรรมและส่วนประกอบที่เป็นรูปธรรมเช่น ทรัพยากรพันธุกรรม พืชสมุนไพร หรือแร่ธาตุต่าง ๆ⁶⁹

ในปัจจุบันไม่มีนิยามของภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ยอมรับกันได้ในระดับสากล⁷⁰ การที่ไม่สามารถตกลงกันได้ ในนิยามของภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างเป็นทางการได้ ทำให้เกิดปัญหาในการเจรจาในระดับนานาชาติและองค์กรที่ไม่ใช่องค์กรของรัฐ (Non Governmental Organizations : NGOs)

⁶⁶ “Categories of Traditional Knowledge could include agricultural knowledge; scientific knowledge; technical knowledge; ecological knowledge; medicinal knowledge, including related medicines and remedies; biodiversity-related knowledge; “expressions of folklore” in the form of music, dance, song, handicrafts, designs, stories and artworks; elements of language, such as names, geographical identifications and symbols; and movable cultural properties.” World Intellectual Property Organizations – intellectual Property Needs and Expectations of traditional knowledge Holders, WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999) (Geneva April 2001)

⁶⁷ Panumas Kudngaogarm (2011) อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2 หน้า 40

⁶⁸ Ibid, 38

⁶⁹ Ibid, 40

⁷⁰ Kremers อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27 หน้า 531 see also Graham Dutfield (2001) “TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge”, Case Western Reserve Journal of International Law. 33.2: p 233-240.

ในการตรวจสอบประเด็นปัญหาของภูมิปัญญาท้องถิ่น⁷¹ แต่ไม่ได้หมายความว่าคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นจะทำได้ การให้ความคุ้มครองทางกฎหมายอาจออกแบบหลังจากมีการนิยามที่ตกลงกันร่วมกัน ไม่จำเป็นต้องคุ้มครองทุกสาขา แต่ก็สมควรที่ให้ความคุ้มครองในสิ่งที่กระทบโดยตรงต่อชุมชนเป็นสำคัญ⁷²

จากการที่ได้ศึกษาการให้นิยามความหมายขององค์ความรู้ต่างๆ ผู้เขียนเห็นว่าคำว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นในภาษาอังกฤษ ตรงกับคำว่า Local Wisdom และคำว่าภูมิปัญญาดั้งเดิมหรือองค์ความรู้ดั้งเดิมในภาษาอังกฤษ ตรงกับคำว่า Traditional Knowledge แต่ในประเทศไทยโดยทั่วไป จะให้ความหมายของ Traditional Knowledge (TK) ว่าเป็น ภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งเป็นการแปลจากภาษาอังกฤษเป็นภาษาไทยอย่างไม่ตรงความหมายเท่าใดนัก

2. ประวัติและพัฒนาการของการนวดไทย

การนวดของไทยในช่วงเริ่มต้น มีการถ่ายทอดอย่างไม่มียุทธวิธีแบบ มีการถ่ายทอดโดยบรรพบุรุษสู่ลูกหลานหรือคนในตระกูลเดียวกัน หรือบางครั้งเป็นผู้ที่คุ้นเคยหรือรู้จักกันฝากตัวเป็นศิษย์ การเรียนการสอนเป็นลักษณะตัวต่อตัวเริ่มเรียนด้วยการฝึกกำลังนิ้ว เช่นการขยักก้อนขี้ผึ้ง ดินน้ำมันหรือดินเหนียวจนกำลังนิ้วแข็งแรง เรียนรู้เรื่องจุดนวด ประตุลมต่างๆ และลงมือปฏิบัติจริงจนชำนาญ การนวดไทยในสมัยนั้นมีคุณค่าต่อการพึ่งตนเองเป็นอย่างมาก เช่น บรรเทาโรคและอาการปวดเมื่อยตามกล้ามเนื้อ ลดการติดขัดของข้อต่อ ช่วยกระตุ้นกล้ามเนื้อที่อ่อนแรง⁷³

⁷¹ Thomas J Krumenacher Part III Analysis of different Area of indigenous Resources in Indigenous Heritage and Intellectual Property. Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore(2003) Edited by Silke von Lewinski. Kluwer Law International, London p 49, 145-6 cited in Panumas Kudngaogarm (2011) Protecting Intellectual Property in Thai Traditional Medicine USA: Lambert Academic Publishing p 39

⁷² Panumas Kudngaogarm อ่างแล้วเชิงอรธที่ 2 หน้า 40

⁷³ มานพ ประภษานนท์ (2547) นวดไทย สัมผัสบำบัดเพื่อสุขภาพ สมุทรปราการ เพ็ญฟ้า พรินตั้ง

2.1 สมัยสุโขทัย

หัตถศาสตร์หรือการนวดแบบโบราณ เป็นการนวดแบบไทยโดยเฉพาะ ถือกำเนิดขึ้นมาพร้อมกับการก่อตั้งอาณาจักรไทย สันนิษฐานว่า การนวดนี้น่าจะมีมาก่อนหน้านั้นเป็นเวลานาน การแพทย์แผนไทยโบราณของไทย เริ่มมีขึ้นพร้อมกับการนับถือศาสนาพุทธจากอินเดีย ในทางหลักฐานที่ค้นพบปรากฏเรื่องราวของการแพทย์แผนไทยโบราณของไทย ในจารึกที่วัดป่ามะม่วง จังหวัดสุโขทัย ซึ่งเป็นจารึกพ่อขุนรามคำแหงมหาราช จารึกดังกล่าวไว้ว่าพ่อขุนรามคำแหงมหาราชได้ทรงจัดให้มีการปลูกสวนป่าสมุนไพรขึ้นเพื่อใช้เป็นยารักษาโรค สำหรับประชาชน นอกจากนี้ยังกล่าวว่าการปรุงยาที่ได้จากสมุนไพรเหล่านั้น ได้ด้วยการบด และยังมีร่องรอยการจารึกเป็นรูปเกี่ยวกับการรักษาโรคด้วยการนวด⁷⁴

มีปรากฏหลักฐานรูปจารึกที่เกี่ยวกับการนวดในเขตอำเภอคีรีมาศ จังหวัดสุโขทัย⁷⁵ วิธีการในการถ่ายทอดความรู้เกี่ยวกับการนวดในสมัยนั้น ส่วนใหญ่จะเป็นการสั่งสอนสืบต่อกันเป็นทอด ๆ โดยครูจะรับศิษย์ไว้แล้วค่อยสั่งค่อยสอนให้จดจำความรู้ต่างๆ ซึ่งความรู้ที่สืบทอดกันมานั้น อาจเพิ่มขึ้นสูญหายหรือผิดแปลกไปบ้าง ตามความสามารถของครู และศิษย์ที่สืบทอดกันมา⁷⁶ ในสมัยสุโขทัยไม่มีระบบโรงพยาบาลฉะนั้นการรักษาโรคส่วนใหญ่ของคนไทย ต้องพึ่งพาหมอพื้นบ้านที่ส่วนใหญ่ใช้การรักษา โดยการใช้สมุนไพรและการรักษาโดยวิธีทางพุทธศาสตร์และไสยศาสตร์หมอพื้นบ้านมีอยู่ประจำในชุมชนหรือเป็นพระสงฆ์ผู้ที่มีความรู้ทางการแพทย์แผนไทย⁷⁷

2.2 สมัยกรุงศรีอยุธยา

ในสมัยอยุธยา มีการตั้งหมอนวดให้มีศักดิ์เท่ากับข้าราชการสังกัดในกรมหมอนวด บัญญัติในกฎหมายตราสามดวง “นาพลเรือน” มีหน้าที่รักษาขึ้นพื้นฐานการเจ็บไข้ได้ป่วยด้วยการนวดมีหลักฐานปรากฏเป็นครั้งแรกในทำเนียบศักดิ์ข้าราชการฝ่ายพลเรือน (พระไอยการตำแหน่งนาพลเรือ

⁷⁴ เฟื่องอ้าง

⁷⁵ วิชัย โชควิวัฒน์ สุวิทย์ วิบุลผลประเสริฐ และ ประพนธ์ เกตรากาศ, บรรณาธิการ (2553) รายงานการสาธารณสุขไทย ด้านการแพทย์แผนไทย การแพทย์พื้นบ้าน และการแพทย์ทางเลือก 2552-2553.นนทบุรี: สามเจริญพาณิชย์ (กรุงเทพฯ); หน้า 20

⁷⁶ วิชัย โชควิวัฒน์ สุวิทย์ วิบุลผลประเสริฐ และ ประพนธ์ เกตรากาศ เฟื่องอ้าง

⁷⁷ ประทีป ชุมพล (2541) ประวัติการแพทย์แผนไทย กรุงเทพมหานคร อีซีไทพ์ หน้า 25

มีข้าราชการในกรมหมอนวด และมีตำแหน่งใกล้เคียงกับกรมแพทยาและกรมแพทยาโรงโสต⁷⁸ แต่ไม่พบหลักฐานตำราการแพทย์แผนไทยและการนวดไทย หลักฐานตำราการแพทย์แผนไทยที่มีการเขียนขึ้นในสมัยอยุธยาได้แก่ กัมภีษัตตพระณระราย(ตำราพระโสตถพระนารายณ์)⁷⁹ ซึ่งมีตำราพระโสตถหลายขนานที่ปรากฏชื่อหมอลวงและวันคืนที่ตั้งพระโสตถจได้ชัดเจนนอกจากนี้ มงสิเออร์ เดอลาตูแบร์ เอกอัครราชทูตของพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 แห่งประเทศฝรั่งเศสเข้ามาในกรุงสยาม ได้เขียนจดหมายเหตุพระราชพงศาวดารสยามครั้งกรุงศรีอยุธยาในแผ่นดินสมเด็จพระนารายณ์มหาราช ตอนหนึ่งเกี่ยวกับหมอนวดไทยว่า “ชอบขยำบิบไปทั่วตัว เมื่อใครป่วยไข้ลงในกรุงสยาม บางทีก็ขึ้นเดินเอาเท้าเหยียบบนกายคนไข้ แม้นในสตรีก็พอใจให้เด็กเหยียบที่หลังเพื่อให้คลอดบุตรง่าย”⁸⁰

2.3 สมัยกรุงธนบุรี

ในยุคกรุงธนบุรี เป็นช่วงระยะเวลาสั้น ๆ เพียง 15 ปี มีพระมหากษัตริย์ปกครองเพียงพระองค์เดียว คือ สมเด็จพระเจ้าตากสินมหาราช ภายหลังจากที่อาณาจักรอยุธยาล่มสลายไป ไม่ปรากฏหลักฐานการฟื้นฟูเกี่ยวกับการแพทย์แผนไทย สันนิษฐานว่า อาจเนื่องมาจากเป็นช่วงที่กำลังกอบกู้เอกราชและต้องทำสงครามกับพม่าในสมัยรัชกาลนี้มีเจ้านายชั้นสูง 2 พระองค์ผู้มีความเชี่ยวชาญทางการแพทย์แผนไทยคือ สมเด็จพระเจ้าฟ้าชาย-ทัศนพงศ์และสมเด็จพระเจ้าฟ้าชายทศไทยพระราชโอรสในสมเด็จพระเจ้าตากสินมหาราช

2.4 สมัยรัตนโกสินทร์

การแพทย์แผนไทยได้รับการถ่ายทอดความรู้มาจากยุคกรุงศรีอยุธยา ซึ่งส่วนหนึ่งได้รับการถ่ายทอดจากหมอรุ่นก่อน และอีกส่วนหนึ่งได้มีการรวบรวมคัดลอกขึ้นใหม่ โดยการเรียกประชุมหมอและผู้มีความรู้ตำรายาและคัมภีร์แพทย์ที่มีอยู่ตามวัด บ้านเรือนราษฎร ของหมอมาดตรวจทาน แก้ไข เรียบเรียงขึ้นใหม่เป็นตำราในกรมหมอลวง และต่อมาตำราเหล่านี้ได้แพร่หลายโดยทั่วไป

⁷⁸ สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนฯ / เล่มที่ ๘ / เรื่องที่ ๕ การสาธารณสุข / การสาธารณสุขในประเทศไทย คืบ คั้น 14 พฤษภาคม 2556 จาก <http://kanchanapisek.or.th/kp6/New/sub/book/book.php?book=9&chap=5&page=49-5-infodetail02.html>

⁷⁹ วิชัย โชควิวัฒน์ สุวิทย์ วิบุลผลประเสริฐ และ ประพจน์เกตุรากาศ อ้างแล้ว เจริญอรุณที่ 36 หน้า 42

⁸⁰ เพิ่งอ้าง หน้า 42-43

สมัยรัชกาลที่หนึ่งได้ทรงปฏิสังขรณ์วัดโบราณชื่อวัดโพธาราม หรือวัดโพธิ์ ขึ้นเป็นพระอารามหลวงให้ชื่อว่า วัดพระเชตุพนวิมลมังคลาราม และโปรดฯ ให้รวบรวมจารึกตำรายาและฤกษ์คัตคนไว้ตามศาลาราย มีรูปหมอนวด ตำราแผนนวดเพื่อให้เป็นสถานที่เผยแพร่ความรู้แก่ไพร่ฟ้าประชาชน และต่อมาในสมัยรัชกาลที่สาม ทรงให้ปฏิสังขรณ์วัดพระเชตุพนวิมลมังคลารามอีกครั้งในปี พ.ศ.2375 โดยทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้รวบรวมเลือกสรรตำรับตำราต่างๆ ซึ่งสมควรจะเล่าเรียนเป็นชั้นวิสามัญศึกษามาตรวจตราแก้ไข ใช้ของเดิมบ้างหรือประชุมผู้รู้หลักในวิชานั้นๆ ให้แต่งขึ้นใหม่บ้าง แล้วโปรดฯ ให้จารึกแผ่นศิลาประดับไว้ในวัด มีรูปเขียนและรูปปั้นประกอบตำรานั้นๆ เพื่อคนทั้งหลายไม่เลือกว่าตระกูลชั้นใดๆ มีใจรักวิชาอย่างใดก็สามารถเล่าเรียนได้จากศิลาจารึกที่วัดพระเชตุพนฯ จารึกวัดโพธิ์แบ่งเป็น 4 หมวด ได้แก่ วิชาฤกษ์คัตคน เวชศาสตร์ เกษศาสตร์ และแผนนวดซึ่งในแผนนวดมีภาพคนแสดงแผนนวด 60 ภาพ⁸¹ และมีคำโคลงฤกษ์คัตคนทั้งหมด 80 ท้า⁸²

ในตำราโรคนิทานคำฉันท 11 พระยาวิชาธิบดี (กล่อม) อดีตเจ้าเมืองจันทบูร ในสมัยรัชกาลที่ 2⁸³ ได้กล่าวถึง เส้นสิบว่ามี 10 เส้น ได้แก่ อิทา ปิงคลา สุมนา กาลทารี สหสังสิทวารี อูรัง (จันทภูสัง ลาวุสัง) สุขุมอุสะมา (รุข่า อุลังกะ) รัตคินี (ลิกขินี สังกินี) กังขุง (สุขุมัง นันทกระหวัด) โดยให้ความสำคัญกับ 3 เส้นหลัก คือ เส้นซ้าย ชื่อ อิทา เส้นขวา ชื่อ ปิงคลา และเส้นกลาง ชื่อ สุมนา ดังนี้ เส้นสามใครรู้ดี รู้วิธีเป็นแลตาย กำกับสำหรับกาย ทุกหญิงชายไม่เว้นเลย⁸⁴

สมัยรัชกาลที่ห้า ได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ประชุมคณะแพทย์หลวง จัดหารวบรวมคัมภีร์แพทย์ในที่ต่างๆ มาตรวจสอบชำระให้ตรงกันกับฉบับดั้งเดิม คัมภีร์ที่ชำระแล้วเหล่านี้รวมเรียกว่า “เวชศาสตร์ฉบับหลวง” ซึ่งเป็นแบบฉบับของการสร้าง “ตำราฉบับหลวง” อันเป็นที่มาของตำราแพทย์ศาสตร์สงเคราะห์ ที่เป็นตำราหลักในการศึกษาเล่าเรียนของแพทย์แผนไทยในยุคต่อมากระทั่งถึงปัจจุบัน⁸⁵ ในตำราเวชศาสตร์ฉบับหลวง ได้บรรยายทางเดินของเส้นประธานสิบไว้ โดยมีชื่อเส้นสิบดังนี้ อิทา ปิงคลา สุสุมนา กาลทารี สหสังสิทวารี ลาวุสัง (คือ จันทภูสัง) อุลังกะ (คือ รุข่า) นัน

⁸¹ มูลนิธิสาธารณสุขกับการพัฒนา (2554) *ตำราเส้นสิบฉบับอนุรักษ์* กรุงเทพมหานคร: พิมพ์ดี หน้า 18

⁸² กรมศิลปากร (2551) *สมุดภาพโคลงฤกษ์คัตคน*. กรุงเทพมหานคร กรมศิลปากร. *สมุดภาพโคลงฤกษ์คัตคน*. กรุงเทพมหานคร อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง หน้า 38

⁸³ มูลนิธิสาธารณสุขกับการพัฒนา (2554) *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 42 หน้า 20

⁸⁴ เพิ่งอ้าง หน้า 21

⁸⁵ วิชัย โชควิวัฒน์ สุวิทย์ วิบุลผลประเสริฐ และ ประพนธ์ เกตราภาศ *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 36 หน้า 56

ทกระหวัด (คือ สุขุมัง) และศิขณะ⁸⁶ นอกจากนี้ ยังมีตำราดั้งเดิมหลักของการนวดไทยที่มีหลักฐานการจารึกและบันทึกที่ชัดเจน มีดังนี้

1. ภาพแผนนวด วัดพระเชตุพนวิมลมังคลาราม ซึ่งรัชกาลที่หนึ่งได้ทรงโปรดเกล้าฯให้รวบรวมจารึกไว้ เพื่อให้เป็นสถานที่เผยแพร่ความรู้แก่ไพร่ฟ้าประชาชน และต่อมาในสมัยรัชกาลที่สามทรงให้ปฏิสังขรณ์วัดพระเชตุพนวิมลมังคลารามอีกครั้งในปีพ.ศ.2375 และทรงให้รวบรวมเลือกสรรตำรับตำราต่างๆ จารึก โดยมีวิชาฤกษ์ยัดคน เวชศาสตร์ เกศศาสตร์ และแผนนวด ซึ่งในแผนนวดมีภาพคนแสดงแผนนวด 60 ภาพ 4 และมีคำโคลงฤกษ์ยัดคนทั้งหมด 80 ท้า⁸⁷

2. ตำราโรคนิทานคำฉันท์ 11 เรื่องกล่าวเส้นสิบ เรียบเรียงโดยพระยาวิชาชิปดี(กล่อม) อดีตเจ้าเมืองจันทบูร ในสมัยรัชกาลที่ 2 3. คัมภีร์แผนนวดเล่ม 1 – 2 ในเวชศาสตร์ฉบับหลวง (รัชกาลที่ 5)⁸⁸ เมื่อพิจารณาเส้นสิบจากตำราดั้งเดิมหลักพบว่า ไม่มีการกล่าวอ้างถึงตำราการนวดไทยที่เก่าแก่เกินกว่านั้น จึงต้องพิจารณาว่า เส้นสิบนั้นมีความใกล้เคียงกับตำราอื่นใด หรือองค์ความรู้ใด อย่างไร ข้อสังเกตเบื้องต้นพบว่า ทฤษฎีเส้นประธานสิบมีหลายสิ่งที่ไม่ใกล้เคียงกับโยคศาสตร์ของอินเดีย ได้แก่ 1. ตำราการนวดไทยกล่าวว่า เส้นซึ่งเป็นทางเดินของลมมันั้น ตรงกับโยคศาสตร์ที่กล่าวถึง นาดี (Nadi อ่านออกเสียงว่า นาดิ) ว่าเป็นช่องทางผ่านของพลังปราณ⁸⁹

3. การพัฒนาองค์ความรู้ของการนวดไทย

องค์ความรู้เกี่ยวกับการนวดไทยมีแหล่งที่มาจาก คัมภีร์และตำราการนวดไทย ได้แก่หนังสือตำราโรคนิทาน คำฉันท์ 11 ของพระยาวิชาชิปดี(กล่อม) เจ้าเมืองจันทบูร สมัยรัชกาลที่ 2 สอง ศิลา

⁸⁶ สถาบันภาษาไทย กรมวิชาการ กระทรวงศึกษาธิการ. แพทย์ศาสตร์สงเคราะห์(2542) ภูมิปัญญาทางการแพทย์และมรดกทางวัฒนธรรมของชาติ. กรุงเทพมหานคร ศูนย์สถาปัตย์ฯ หน้า 230

⁸⁷ กรมศิลปากร(2551) สมุดภาพโคลงฤกษ์ยัดคน. กรุงเทพมหานคร อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง หน้า 40

⁸⁸ หอสมุดแห่งชาติ กรมศิลปากร(2542) ตำราเวชศาสตร์ฉบับหลวง รัชกาลที่ 5 เล่ม 1-2. กรุงเทพมหานคร กรมศิลปากร หน้า 346

⁸⁹ แพทย์พงษ์ วรพงศ์พิเชษฐ(2542) โยคะเพื่อการพัฒนาร่างกายและจิตใจ. กรุงเทพมหานคร เอช.ที.พี.เพรส หน้า 198

จารึกแผ่นดิน วัดพระเชตุพนฯสมัยรัชกาลที่ 3 พ.ศ.2375 สาม แผ่นนวดฉบับหลวง พระราชทานสมัย รัชกาลที่ 5 พ.ศ.2449 สี่แผ่นนวดพื้นบ้าน ส่วนใหญ่คัดลอกสืบต่อกันมา⁹⁰ อย่างไรก็ตาม คัมภีร์และตำรา ที่มีอยู่ส่วนใหญ่จะเป็นภาพแผ่นนวด ซึ่งแสดงแนวเส้นประธานสิบและการรักษาโรคตามเส้นประธาน สิบ โดยไม่มีคำอธิบายเกี่ยวกับทฤษฎีธาตุ และการวินิจฉัยโรคตามทฤษฎีเส้นประธานสิบ นอกจากนี้ ความเห็นเกี่ยวกับแนวของ เส้นประธานสิบและการนวดตามแนวเส้นประธานสิบของหมอนวดไทยแต่ ละคนยังมีความแตกต่างกัน องค์ความรู้ในการตรวจวินิจฉัยโรคของการนวดไทย รวมทั้งการรักษาด้วย การนวดเส้นประธานสิบจึงมักขึ้นอยู่กับความรู้ความเข้าใจและการถ่ายทอดจากครูบาอาจารย์หมอ ดั้งเดิมที่ล่วงลับไป

เส้นประธาน คือ เส้นซึ่งเป็นหลักสำคัญของการนวดไทย เป็นทางเดินของลมซึ่งเป็นพลัง ภายใน ที่หล่อเลี้ยงร่างกายให้ทำงานได้ตามปกติ เชื่อว่ามีเส้นอยู่ในร่างกายถึง 72,000 เส้นแต่ที่เป็น เส้นประธานแห่งเส้นทั้งปวงมีเพียง 10 เส้น ได้แก่ อิทา ปิงคลา สุมนา กาลทารี สหัสรังสี ทวาริ จันทรู สักรขำ ลิกขิณี สุขุมังการนวดไทยถือว่า เส้นประธานสิบหรือเส้นสิบ เป็นหัวใจหรือแก่นกลางของ ภูมิปัญญาการนวดไทย⁹¹

การนวดไทยนั้นมีวิธีการนวด คือ การตรวจประเมิน การวินิจฉัย การบำบัด การป้องกัน โรค การส่งเสริมสุขภาพและการฟื้นฟูสุขภาพ ด้วยวิธีการกด การคลึง การบีบ การจับ การตัด การดึง การประคบ การอบ หรือวิธีการอื่น ตามศิลปะการนวดไทย หรือการใช้ยาตามกฎหมายว่าด้วยยา ทั้งนี้ ด้วยกรรมวิธีการ-แพทย์แผนไทย⁹² สำหรับระดับความสามารถของหมอนวดไทยนั้นกระทรวงแรงงาน โดยกรมพัฒนาฝีมือแรงงาน พระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาฝีมือแรงงาน พ.ศ. 2545 ผู้แทนจาก ภาครัฐเอกชน และกระทรวงสาธารณสุข ได้ร่วมกันกำหนดมาตรฐานการนวดไทยไว้ เป็น 3 ระดับคือ⁹³

⁹⁰ ยงศักดิ์ ดันติปัญญ (2552) *ตำราการนวด ไทยเล่ม 1*. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร มูลนิธิสาธารณสุข กับการพัฒนา หน้า 25

⁹¹ กระทรวงสาธารณสุข (2544) ภูมิอบรมการนวดไทย โครงการพัฒนาตำรากองทุนสนับสนุน กิจกรรมมูลนิธิการแพทย์แผนไทยพัฒนา นนทบุรี สำนักงานกระทรวงสาธารณสุข หน้า 77

⁹² พระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542 และประกาศกระทรวงสาธารณสุข พ.ศ. 2544 เรื่องการเพิ่มประเภทการนวดไทยในสาขาการแพทย์แผนไทย(2544.1กุมภาพันธ์)ราชกิจจานุเบกษาฉบับ ประกาศ ทั่วไป เล่ม 118 ตอนที่ 25 ง

⁹³ การสนับสนุนและพัฒนาแรงงานสาขานวดแผนไทย (2555. 29 มีนาคม) ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 129 ตอนพิเศษ 59 ง หน้า 41-42

1) ระดับนวดแก้ไขอาการปวดเมื่อยทั่วไป หรือทำเพื่อสุขภาพ จะต้องมีการนวดเป็นการนวด เป็นผู้ที่ผ่านการอบรมหรือเรียน ในหลักสูตรการแพทย์แผนไทย ประเภทการนวดไทยรวมกันอย่างน้อย 150 ชั่วโมง แต่ไม่ถึง 330 ชั่วโมง

2) ระดับสามารถนวดแก้อาการโรคทั่วไป 10 อาการ จะต้องมีการนวดเป็นการนวด เป็นผู้ที่ผ่านการอบรมหรือเรียน ในหลักสูตรการแพทย์แผนไทย ประเภทการนวดไทย รวมกันอย่างน้อย 150 ชั่วโมง แต่ไม่ถึง 330 ชั่วโมง และผ่านการทดสอบในระดับ 1 แล้ว

3) สามารถนวดรักษาโรค และวินิจฉัยโรคตามทฤษฎีการแพทย์แผนไทย จะต้องมีการนวดเป็นการนวด เป็นผู้ที่ผ่านการอบรมหรือเรียน ในหลักสูตรการแพทย์แผนไทย ประเภทการนวดไทย รวมกันอย่างน้อย 800 ชั่วโมง และผ่านการทดสอบในระดับ 2 แล้ว

สำหรับหมอนวดที่ต้องการขึ้นทะเบียนและรับอนุญาตเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะ การแพทย์แผนไทยประเภทนวดไทยตามมาตรา 33(1) (ก) (ข) พ.ร.บ ประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542 ต้องผ่านการประเมิน และทดสอบความรู้ตามหลักสูตรประกอบโรคศิลปะสาขาแพทย์แผนไทย ประเภทนวดไทย พ.ศ.2550⁹⁴

4. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการนวดแผนไทย

4.1 พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542

การที่ภาครัฐและเอกชนได้ให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นมากขึ้น จึงการมีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะ (*sui generis system*) ที่เน้นการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในมิติของความสัมพันธ์กับ วิถีชีวิตความเป็นอยู่ ระบบนิเวศน์ และสิ่งแวดล้อม เพื่อว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นจะได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับเทคโนโลยีสมัยใหม่ที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ในปัจจุบันกระทรวงสาธารณสุขได้จัดตั้ง "สถาบันการแพทย์แผนไทย" เป็นหน่วยงานระดับกอง สังกัดกรมการแพทย์ตั้งแต่วันที่ 26 มีนาคม 2536 เพื่อเป็นศูนย์กลางการพัฒนาการประสานงาน การสนับสนุน และความร่วมมือด้านการแพทย์แผนไทยและมีแนวคิดในการร่างกฎหมายเพื่อให้มีการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาด้านการแพทย์ไทย เพื่อคุ้มครององค์ความรู้ของแพทย์แผนไทย จนได้ออกเป็นพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 การนวดไทยได้รับการ

⁹⁴ หลักสูตรการนวดไทย (2550.21 สิงหาคม) ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอนที่ 45ง

คุ้มครองจากกฎหมายฉบับนี้ ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้ “ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย” หมายความว่า พื้นความรู้ความสามารถเกี่ยวกับการแพทย์แผนไทย “การแพทย์แผนไทย” หมายความว่า กระบวนการทางการแพทย์เกี่ยวกับการตรวจ วินิจฉัย บำบัด รักษา หรือป้องกันโรค หรือการส่งเสริมและฟื้นฟูสุขภาพของมนุษย์หรือสัตว์ การผดุงครรภ์ การนวดไทย และให้หมายความรวมถึงการเตรียม การผลิตยาแผนไทย และการประดิษฐ์อุปกรณ์และเครื่องมือทางการแพทย์ ทั้งนี้ โดยอาศัยความรู้หรือตำราที่ได้ถ่ายทอดและพัฒนาสืบต่อกันมา”⁹⁵

ตำราการนวดไทยนั้น ไม่ว่าจะมีการบันทึกหรือไม่ก็ตาม ก็ถือว่าเป็นตำราการแพทย์แผนไทย ประเภทการนวดคอร์ปกับการประกอบโรคศิลปะเกี่ยวกับเวชกรรมแผนไทยนั้น รวมไปถึงนวดไทยด้วย ฉะนั้นบรรดาดำราต่างๆที่เกี่ยวกับการนวดนั้นย่อมได้รับการคุ้มครองภายใต้ พ.ร.บ.ฉบับนี้ โดยได้บัญญัติว่า “ตำราการแพทย์แผนไทย” หมายความว่า หลักวิชาการต่างๆ เกี่ยวกับการแพทย์แผนไทย ทั้งที่ได้บันทึกไว้ในสมุด-ไทย ใบลาน ศิลาจารึก หรือวัสดุอื่นใด หรือที่มีได้มีการบันทึกกันไว้แต่เป็นการเรียนรู้หรือถ่ายทอดสืบต่อกันมาไม่ว่าด้วยวิธีใด⁹⁶ และ สิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยที่จะได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ สิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเกี่ยวกับตำรับยาแผนไทยและตำราการแพทย์แผนไทยตำราการแพทย์แผนไทยอันมีประโยชน์หรือคุณค่าอัน รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย จึงจะประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดให้เป็นตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไปแล้วแต่กรณี⁹⁷

ในกรณีที่เป็นตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไป บุคคลทั่วไปหรือชาวต่างชาติก็นำไปใช้ได้ แต่กรณีที่กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและแพทย์ทางเลือกได้รวบรวมข้อมูลตำราการแพทย์แผนไทยที่สมควรประกาศให้เป็นตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ อาทิเช่น คัมภีร์ธาตุพระนารายณ์ (ฉบับใบลาน) ตำราเวชศาสตร์ฉบับหลวงรัชกาลที่ 5 และ ตำราเวชศาสตร์ฉบับหลวงรัชกาลที่ 5⁹⁸ ซึ่งได้มีการประกาศเป็นตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ ในประกาศกระทรวงสาธารณสุข ขณะนี้กำลังรอประกาศในราชกิจจานุเบกษา และเมื่อมีการประกาศแล้วจะได้รับการคุ้มครองโดยผลของกฎหมายตลอดไป ผู้ใดประสงค์จะทำการศึกษาวิจัยตำราการแพทย์แผนไทยขึ้นใหม่เพื่อนำไปใช้ประโยชน์ในทางการค้า ต้อง

⁹⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 มาตรา 3

⁹⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 มาตรา 3

⁹⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 มาตรา 14

⁹⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 มาตรา 16- 17

ขออนุญาตจากรัฐ ต้องเสียค่าธรรมเนียม ค่าตอบแทนสำหรับการใช้ประโยชน์ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง”

4.2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดูแลสุขภาพในมาตรา 80 (2) ดังนี้ รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านสังคม การสาธารณสุข การศึกษา และวัฒนธรรม ดังต่อไปนี้ ส่งเสริม สนับสนุน และพัฒนาระบบสุขภาพที่เน้นการสร้างเสริมสุขภาพอันนำไปสู่สุขภาพที่ยั่งยืนของประชาชน รวมทั้งจัดและส่งเสริมให้ประชาชนได้รับบริการ สาธารณสุขที่มีมาตรฐานอย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพ และส่งเสริมให้เอกชนและชุมชนมีส่วนร่วมในการพัฒนาสุขภาพและการจัดบริการสาธารณสุข โดยผู้มีหน้าที่ให้บริการดังกล่าวซึ่งได้ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรฐานวิชาชีพและจริยธรรม ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย¹⁰⁰ คำว่า “สาธารณสุข” หมายถึงศาสตร์และศิลป์แห่งการป้องกันโรค การทำให้มีชีวิตยืนยาว และการส่งเสริมสุขภาพร่างกายและจิตใจให้มีประสิทธิภาพ โดยความร่วมมือของชุมชน การจัดระบบการแพทย์และสาธารณสุขในการป้องกันรักษาโรค พัฒนาสังคมเพื่อให้คนในชุมชนมีมาตรฐานการครองชีพที่ดีสำหรับการคงไว้ซึ่งการมีสุขภาพอนามัยที่สมบูรณ์¹⁰¹

กฎหมายรัฐธรรมนูญให้สิทธิเหนือภูมิปัญญาของคนไทย ว่า ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน”¹⁰² มาตรานี้มีเจตนารมณ์ในการให้สิทธิอนุรักษ์ ฟื้นฟู ภูมิปัญญาท้องถิ่น และศิลปวัฒนธรรม¹⁰³

⁹⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 มาตรา 19 และยกเว้นประกาศคำรับขยายของชาติเร่งคุ้มครองตำราแพทย์ไทย คืบค้น 13 มิถุนายน 2557 จาก <http://www.hfocus.org/content/2012/05/356>

¹⁰⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 80 (2)

¹⁰¹ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช (2533) ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการบริหารสาธารณสุขและโรงพยาบาล หน่วยที่ 1-7 พิมพ์ครั้งที่ 3 นนทบุรี มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช หน้า 5

¹⁰² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 66

¹⁰³ เดโซ สวานานนท์ (2550) คณะกรรมการวิสามัญบัณฑิตเจตนารมณ์ และตรวจรายการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ (เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กรุงเทพมหานคร: สำนักกรรมการธิการ 3 สำนักงานเลขธิการสภาผู้แทนราษฎร) หน้า 59

รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง¹⁰⁴ จะเห็นได้ว่า ประเด็นของหลักสิทธิมนุษยชนในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยนั้น สอดคล้องกับหลักการที่บัญญัติในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน¹⁰⁵ หลักสิทธิมนุษยชนนั้นเป็นหลักสากลที่เป็นที่ยอมรับในระดับนานาชาติ ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีมาตั้งแต่เริ่มแรกจนถึงปัจจุบันในสังคมมนุษย์ ในขณะที่องค์ความรู้สมัยใหม่ได้รับการคุ้มครองจากระบบทรัพย์สินทางปัญญา เพราะฉะนั้นภูมิปัญญาท้องถิ่นก็สมควรได้รับการคุ้มครองในหลักการเดียวกัน¹⁰⁶

5. ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างทรัพย์สินทางปัญญากับภูมิปัญญาท้องถิ่น

5.1 ทรัพย์สินทางปัญญาและภูมิปัญญาการนวดไทย

ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการสร้างสรรค์หรือประดิษฐ์งานใหม่ ซึ่งผู้ที่เป็นเจ้าของการสร้างสรรคหรืองานประดิษฐ์นั้น จะได้รับการตอบแทนในทางเศรษฐกิจ ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นผลผลิตทางปัญญาของกลุ่มชนในชุมชน เป็นการสร้างสรรค์และมีการถ่ายทอดมาหลายชั่วคน ทรัพย์สินทางปัญญาและภูมิปัญญาท้องถิ่นต่างเป็นผลผลิตทางความคิดของมนุษย์ แต่ประเด็นปัญหาสำคัญในแง่สิทธิทางกฎหมายนั้น ภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่อาจถือว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับความคุ้มครอง เพราะแนวคิดของทรัพย์สินทางปัญญาคือการคุ้มครองผลผลิตทางความคิดของมนุษย์ที่เป็นสิ่งใหม่เท่านั้น แต่ภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยทั่วไปแล้วมีการเผยแพร่แก่คนทั่วไป

¹⁰⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 4

¹⁰⁵ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR) คือการประกาศเจตนารมณ์ในการร่วมมือระหว่างประเทศที่มีความสำคัญในการวางกรอบเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและเป็นเอกสารหลักด้านสิทธิมนุษยชนฉบับแรก ซึ่งที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ให้ การรับรองตามข้อมติที่ 217 A (III) เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 (ค.ศ. 1948) โดยประเทศไทยออกเสียงสนับสนุน

¹⁰⁶ Panumas Kudngaongarm อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1 หน้า 25

ทรัพย์สินทางปัญญามีพัฒนาการมาตั้งแต่ยุคของอารยธรรมกรีกผู้อาณาจักรโรมัน ยุคกลาง จวบจนกระทั่งปัจจุบัน ซึ่งเป็นยุคระเบียบเศรษฐกิจโลกใหม่ (new world economic order)¹⁰⁷ ทรัพย์สินทางปัญญามีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งต่อการค้าระหว่างประเทศ โดยผ่านองค์กรต่างๆ อาทิเช่น องค์กรการค้าโลก (WTO) และ องค์กรทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม ระบบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ได้ถูกกำหนดไว้ในข้อตกลงทริพส์ขององค์กรการค้าโลก ไม่มีข้อกังขาใดๆเลยว่ระบบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา มีผลบังคับใช้ในระเบียบเศรษฐกิจโลกใหม่ ผ่านกลไกของการค้าระหว่างประเทศโดยการควบคุมขององค์กรการค้าโลก¹⁰⁸

แต่ในความเป็นจริงแล้ว ทั้งสองภูมิภาคปัญญาท้องถิ่นและทรัพย์สินทางปัญญาได้มีการพัฒนาแบบคู่ขนาน การรักษาแบบดั้งเดิม (Traditional Medicine) และการนวดแผนไทยก็จัดอยู่ในสาขาหนึ่งของการรักษาแบบดั้งเดิมและในการแพทย์แผนไทย¹⁰⁹ ซึ่งการรักษาแบบดั้งเดิมนี มีบทบาทสำคัญในการดูแลสุขภาพของสาธารณชนมาช้านาน จนกระทั่งมีการพัฒนาทางวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีที่ก้าวหน้า มีการค้นพบตัวยาและวัคซีนใหม่ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศตะวันตก อย่างไรก็ตาม ประมาณ 80% ของประชากรโลกยังคงพึ่งพาการรักษาแบบดั้งเดิม ในการดูแลสุขภาพขั้นพื้นฐาน¹¹⁰

ประชากรที่ยากจนส่วนใหญ่ ในประเทศ อินเดีย จีน ลาตินอเมริกา อาฟริกา และประเทศในเอเชีย ยังคงต้องพึ่งพาการรักษาแบบดั้งเดิม¹¹¹ และปัจจุบันนี้การรักษาแบบดั้งเดิมได้เป็นที่ยอมรับในประเทศพัฒนา¹¹²

¹⁰⁷ คำว่า “New World Order” คือระเบียบเศรษฐกิจโลกได้ถูกกำหนดโดย 2 ขั้วมหาอำนาจคือสหรัฐฯ และสหภาพยุโรป และได้มีการผลักดันวาระที่ระบุนิระเบียบโลกใหม่ผ่านช่องทางต่างๆ เช่น การคว่ำบาตร การเจรจาการค้าภายใต้กรอบพหุภาคีและการเจรจาทวิภาคี การใช้มาตรการกีดกันทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษี เป็นต้น มหาอำนาจทั้งสองยังแบ่งสรรกันควบคุมองค์กรที่มีบทบาทสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจโลก (เกรียงศักดิ์ เจริญวงศ์-ศักดิ์ ทิศทางของระเบียบเศรษฐกิจโลกใหม่(ออนไลน์)สืบค้นวันที่ 30 กันยายน 2556 จาก <http://www.kriengsak.com/node/2188>)

¹⁰⁸ Olufunmilayo B. Arewa (2006) TRIPs and Traditional Knowledge: Local Communities, Local Knowledge, and Global Intellectual Property Frameworks Marquette Intellectual Property Law Review p 165

¹⁰⁹ อ่างแก้ว เจริญรอดที่ 55

¹¹⁰ World health organization Who Traditional Medicine strategy 2002-2005 Retrieved October 2, 2013 from http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/who_edm_trm_2002.1.pdf see also Graham Dutfield อ่างแก้วเจริญรอดที่ 21หน้า 97

¹¹¹ Ibid, 2

การแพทย์แผนปัจจุบัน (Conventional medicine) ส่วนใหญ่ได้รับความคุ้มครองโดยระบบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ในทางตรงกันข้าม การคุ้มครองการแพทย์แผนดั้งเดิม ซึ่งมีพื้นฐานมาจากภูมิปัญญาท้องถิ่น ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันสำหรับการให้ความคุ้มครองภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญา¹¹³

มีการใช้การแพทย์แผนดั้งเดิมอย่างกว้างขวางในชนบทห่างไกลโดยหมอพื้นบ้าน โดยมีการถ่ายทอดและพัฒนาจากรุ่นสู่รุ่นในชุมชนแต่หาได้มีการยอมรับ เช่น สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา นี่คือเหตุผลที่ว่าองค์ความรู้ของภูมิปัญญาท้องถิ่นได้กลายเป็นสมบัติสาธารณะ (Public Domain) ในชุมชน อาจจะด้วยความตั้งใจหรือการรู้เท่าไม่ถึงการณ์¹¹⁴ อย่างไรก็ตาม องค์ความรู้ของการรักษาแบบดั้งเดิมนี้ ได้ใช้ประโยชน์ในทางปฏิบัติในชุมชนโดยไม่ได้รับการคุ้มครองทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากระบบทรัพย์สินทางปัญญา มาหลายชั่วอายุคน¹¹⁵ ในขณะที่ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมที่ได้มีการประดิษฐ์คิดค้นขึ้น ต่างได้รับการคุ้มครองโดยระบบทรัพย์สินทางปัญญา ในทางกลับกัน ภูมิปัญญาท้องถิ่นถูกเอาประโยชน์โดยการนำไปใช้อย่างไม่เป็นธรรมโดยประเทศที่พัฒนาแล้ว¹¹⁶

ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการดูแลสุขภาพ เป็นกระบวนการทางการแพทย์แผนไทยเกี่ยวกับการตรวจ วินิจฉัย บำบัด รักษา หรือป้องกันโรค หรือการส่งเสริมและฟื้นฟูสุขภาพของมนุษย์หรือสัตว์¹¹⁷ อาจกล่าวได้ว่า การแพทย์แบบดั้งเดิม มีองค์ประกอบที่สำคัญสองประการกล่าวคือ ประการแรก วัตถุประสงค์ที่ใช้ในการรักษา เช่น พืชสมุนไพร ไม่ว่าจะจากสัตว์หรือแร่ธาตุ ประการที่สอง วิธีการที่ใช้ในการ

¹¹² Ibid

¹¹³ Chidi Oguamanam Localizing Intellectual Property in the Globalization Epoch: The Integration of Indigenous Knowledge *Indiana Journal of Global Legal Studies* Volume 11, Issue 2, Summer 2004 p. 135 Retrieved October 2, 2013 from http://muse.jhu.edu/login?auth=0&type=summary&url=/journals/indiana_journal_of_global_legal_studies/v011/11.2oguanamam.html

¹¹⁴ Panumas Kudngaogarm อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2 หน้า 103

¹¹⁵ Ibid

¹¹⁶ Graham Dutfield อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 28 หน้า 10

¹¹⁷ อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 62

รักษา เช่น การตรวจ การบำบัด¹¹⁸ วิธีการหรือ โนว์ฮาว¹¹⁹ ในการใช้การนวดไทยของการแพทย์แผนไทย พิจารณาได้ว่าเป็น ทรัพย์สินทางปัญญา¹²⁰ ไม่เป็นที่สงสัยเลยว่า วิธีการหรือ โนว์ฮาว ซึ่งมาจากการปฏิบัติของมนุษย์นั้น คือทรัพย์สินทางปัญญา¹²¹ ในกรณีของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา การนวดไทยหรือการแพทย์แผนไทย ซึ่งอาจจะไม่ได้รับความคุ้มครอง เนื่องจากขาดคุณสมบัติว่าเป็นสิ่งใหม่ (novelty or new) อย่างไรก็ตามอาจจะได้รับความคุ้มครองสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาอื่น อาทิเช่น สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เพราะไม่มีข้อกำหนดในคุณสมบัติว่าสิ่งเป็นสิ่งใหม่¹²² แต่กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในปัจจุบัน กำหนดให้คุ้มครองเฉพาะสินค้าเท่านั้น ไม่ครอบคลุมถึงสินค้าบริการ ดังนั้น การนวดไทยซึ่งจัดเป็น “บริการ” จึงไม่ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ อย่างไรก็ตาม การแพทย์แผนไทย ในส่วนอื่นๆเช่น ยาไทย อาจจะได้รับความคุ้มครองภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาได้¹²³

5.1.1 การให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้กฎหมายไทย

ประเทศไทยเป็นสังคมเกษตรกรรม ประชาชนมีอาชีพเกษตรกรรมมายาวนาน เครื่องหมายการค้ายังมีบทบาทและความสำคัญไม่มากนัก แต่เมื่อมีการติดต่อค้าขายกับต่างประเทศ และมีการค้าขายแลกเปลี่ยนสินค้ากับพ่อค้าจากต่างประเทศทางตะวันตก สถานการณ์ทางการค้าเริ่ม

¹¹⁸ องค์ความรู้ที่ว่ากระทำการบางอย่างอย่างไร อย่างราบรื่นและมีประสิทธิภาพ (knowledge of how to do something smoothly and efficiently) Retrieved September 30, 2014 from <http://www.merriam-webster.com/dictionary/know-how> และ องค์ความรู้ในเชิงปฏิบัติหรือทักษะ และความเชี่ยวชาญ (Practical knowledge or skill; expertise) Retrieved September 30, 2014 from <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/know-how>

¹¹⁹ Panumas Kudngaogarm อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2 หน้า 105

¹²⁰ Report of the Inter-Regional Workshop on Intellectual Property Rights in the Context of Traditional Medicine Bangkok, Thailand, 6–8 December 2000 WHO/EDM/TRM/2001.1 p 12 Retrieved October 2, 2013 from <http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/h2944e/h2944e.pdf>

¹²¹ Panumas Kudngaogarm อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2 หน้า 105

¹²² Bernard O'Connor อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 33 หน้า 667-679

¹²³ Panumas Kudngaogarm อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2 หน้า 105

เปลี่ยนแปลงไป ความจำเป็นในการมีระบบเครื่องหมายการค้ามีมากขึ้นพร้อมกับบริษัทต่างชาติ จึงได้มีการก่อตั้ง หอทะเบียนเครื่องหมายการค้าขึ้นในกระทรวงเกษตรธิการในปี พ.ศ.2453¹²⁴

ต่อมาได้มีการตรากฎหมายและประกาศใช้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า และชื่อทางการค้า พ.ศ.2457 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวเป็นภาษาอังกฤษ และมีเนื้อหาเกี่ยวกับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า โดยมีการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าขึ้นแรกคือ Crown Brand โดยบริษัท เอเชียดี กปีโตเลียม(สยาม)ทูน จำกัด และต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 และพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522¹²⁵

ปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมมาแล้วสองครั้งโดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2537 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 พระราชบัญญัติ คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติคุ้มครองแบบผังภูมิของวงจรรวม พ.ศ. 2543 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ. 2548¹²⁶

กรมทรัพย์สินทางปัญญาก่อตั้งเมื่อวันที่ 3 พฤษภาคม 2535 เป็นหน่วยงานของกระทรวงพาณิชย์ทำหน้าที่ในการดูแลงานด้านทรัพย์สินทางปัญญาในด้านต่างๆ ที่เกิดจากการสร้างสรรค์ของมนุษย์ ตามที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอันเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

¹²⁴ กรมทรัพย์สินทางปัญญา ประวัติกรมทรัพย์สินทางปัญญา คืบค้นวันที่ 4 ตุลาคม 2556 จาก http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_content&task=category§ionid=17&id=104&Itemid=183

¹²⁵ เฟื่องอ้าง

¹²⁶ เฟื่องอ้าง

5.1.2 การพัฒนาทรัพย์สินทางปัญญา

องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ได้ให้ความหมายของทรัพย์สินทางปัญญาว่าเป็นภูมิปัญญาทุกสาขาที่เกิดจากความอดสาหะของมนุษย์¹²⁷ ถ้าพิจารณาจากคำนิยามดังกล่าวนี้ เข้าใจได้ว่า ทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ ที่ไม่ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เช่นภูมิปัญญาท้องถิ่น อาจจะไม่ได้รับการคุ้มครอง ตามความหมายขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก¹²⁸

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้น ไม่ได้หยุดนิ่งอยู่กับที่แต่มีพลวัต และแปรเปลี่ยนตามความต้องการของสังคม เศรษฐกิจ และนโยบายทางการเมือง เห็นได้ชัดเจนจากกรณีที่ตั้งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ได้ถูกผนวกเข้าไว้ในข้อตกลงทริปส์ ข้อ 22-24 การคุ้มครองตั้งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์รวมถึง ชื่อของแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์และตัวสินค้า แต่ก็ไม่ได้จำกัดเจาะจงถึงการคุ้มครององค์ความรู้ชนิดใด¹²⁹

นักวิชาการ เช่น Bernard O'connor ได้ให้ทัศนะว่า ตั้งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไม่ได้มีจุดประสงค์ในการให้รางวัลตอบแทนสำหรับนวัตกรรม แต่เป็นการให้รางวัลตอบแทนสำหรับค่าความนิยมและชื่อเสียงที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นมาโดยกลุ่มผู้ผลิต ที่ทำมาเป็นเวลาหลายปีหรือหลายร้อยปี ตั้งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สามารถสร้างผลตอบแทนทางเศรษฐกิจสำหรับผู้ผลิต ผู้ซึ่งใช้กรรมวิธีการผลิตวิธีแบบดั้งเดิมในท้องถิ่น (Geographical indication are not intend to reward innovation., but rather to reward the goodwill and reputation created or built up by a group of producers over many years or even centuries. Geographical indication can create economic rewards for producers who use traditional method in the region where the product has been traditionally produced.)¹³⁰

การให้การคุ้มครองตั้งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไม่ได้มาจากพื้นฐานของการประดิษฐ์คิดค้น แต่เป็นการให้ยอมรับในการปฏิบัติในอดีตที่มีความเชื่อมโยงกับผลิตภัณฑ์ท้องถิ่น การให้ความคุ้มครองดังกล่าวนี้มีความ สัมพันธ์กับนิยามของทรัพย์สินทางปัญญา ในแง่ของการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม แต่ก็ต้องเข้าใจว่า สินค้าที่มีเครื่องหมายตั้งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ได้รับการรับรองในเรื่อง

¹²⁷ The World Intellectual Property Organization (WIPO) What is intellectual Property? Retrieved October 2, 2013 from <http://www.wipo.int/about-ip/en/>

¹²⁸ Panumas Kudngaogarm อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2 หน้า 112

¹²⁹ Ibid,113

¹³⁰ Bernard O'Connor อ่างแล้วเชิงอรรถที่33 หน้า 698

ของแหล่งกำเนิด แต่หาได้รับรองในเรื่องของคุณภาพ แปลความว่า ผู้ซื้อสินค้าจะได้ซื้อสินค้าที่ผลิตในท้องถิ่นแต่ไม่ได้หมายถึงการรับรองในเรื่องของคุณภาพแต่อย่างใด¹³¹ แต่อย่างน้อย การให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ก็ยืนยันให้เห็นว่า ความใหม่(novelty or new identity) ไม่เป็นอุปสรรคในการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ในระบอบทรัพย์สินทางปัญญา และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นสิทธิของกลุ่มชน หากใช้เป็นสิทธิส่วนบุคคลดังเช่นทรัพย์สินทางปัญญาโดยทั่วไป¹³²

นอกจากนี้แล้ว การให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ได้ออกแบบให้รางวัลสำหรับชื่อเสียงเกียรติคุณ (Good Will) ของสินค้าของกลุ่มตนหรือคนในชุมชน ผู้ซึ่งผลิตผลิตภัณฑ์มาในช่วงเวลาหนึ่งหรืออาจจะเป็นร้อยปี จากเหตุผลดังกล่าวพิจารณาได้ว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจจะได้รับความคุ้มครองในบริบทของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ สำหรับการที่ผลิตแบบดั้งเดิมในท้องถิ่น¹³³ ตัวอย่างเช่น น้ำปลาของเวียดนามในชื่อ Phu Quoc¹³⁴

จะเห็นได้ว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจจะได้รับการคุ้มครองโดยระบอบทรัพย์สินทางปัญญา ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่ถ้าภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจจะไม่ได้รับการคุ้มครองโดยระบอบทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ใช่เพราะการตีความของคำนิยามของคำว่าทรัพย์สินทางปัญญาหรือปัญหาอุปสรรคในทางกฎหมาย แต่เป็นเพราะสาเหตุจากการเมือง¹³⁵ ซึ่งทำให้เข้าใจได้ว่าประเทศที่พัฒนาแล้วและเป็นประเทศมหาอำนาจ สามารถที่จะกำหนดกรอบระเบียบเศรษฐกิจของโลกทั้งหมด และยังเป็นผู้

¹³¹ Panumas Kudngaogarm อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2 หน้า 113

¹³² Shivani Singhal (2008) Geographical indications and traditional knowledge Oxford Journal of Intellectual Property Law & Practice p 732-738 cited in Panumas Kudngaogarm (2011) Protecting Intellectual Property in Thai Traditional Medicine USA: Lambert Academic Publishing p 113

¹³³ World Intellectual Organization - Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and folklore, Information on National Experiences with the Intellectual Property Protection of Traditional Knowledge (WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2) Fifth Session Geneva, July 7 to 15, 2003 Anex 1, page 19

¹³⁴ น้ำปลา Phu Quoc ของเวียดนาม เป็นสินค้าชนิดแรกจากกลุ่มประเทศอาเซียนที่ได้การรับรองการจดทะเบียนคุ้มครองตามแหล่งกำเนิด (Protected Designation of Origin : PDO) จากสหภาพยุโรป(European Union: EU) ซึ่งจะมีผลปกป้องมิให้สินค้าอื่นๆ สามารถปลอมแปลงหรือแอบอ้างใช้ชื่อดังกล่าวได้ โดยมีผลบังคับใช้ใน 28 ประเทศในยุโรป

¹³⁵ Panumas Kudngaogarm อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2 หน้า 114

กำหนดกรอบกฎหมายว่าด้วยกฎหมายแห่งอารยประเทศ (The Law of Civilized Nations) ที่ถือว่าเป็นบ่อเกิดและแนวบรรทัดฐานแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ ทางด้านเศรษฐกิจ จึงเป็นที่มาของแนวความคิดที่ว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นซึ่งส่วนใหญ่เป็นของประเทศกำลังพัฒนา ว่าเป็นความรู้สาธารณะที่บุคคลโดยยอมนำไปใช้ประโยชน์ได้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ยังไม่มีความเท่าเทียมและเที่ยงธรรมมากนัก ระหว่างประเทศที่มีอำนาจ และ ประเทศที่อ่อนด้อยกว่า

มีความเป็นไปได้ที่ ระบอบทรัพย์สินทางปัญญาสามารถที่จะขยายการคุ้มครองไปยังภูมิปัญญาท้องถิ่น แต่ปัญหาที่แท้จริงก็คือการแบ่งปันผลประโยชน์ระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้วกับประเทศที่กำลังพัฒนา มากกว่าประเด็นปัญหาทางด้านกฎหมาย¹³⁶ ซึ่งหมายความว่า ถ้าการแบ่งปันผลประโยชน์ระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้วกับประเทศที่กำลังพัฒนานั้นตกลงกันได้ ผลกระทบที่เกิดจากภูมิปัญญาหรือท้องถิ่นนั้นๆ จะได้รับการคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธิบัตรในที่สุด¹³⁷ อย่างไรก็ตาม ระบอบทรัพย์สินทางปัญญา นั้นหาใช่จะเป็นวิถีทางเดียวในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น มาตรการทางกฎหมายอื่นๆอาจจะมีความเหมาะสมในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น อาทิเช่น กลไกทางกฎหมายระหว่างประเทศ (binding International Instrument) หรือ การออกกฎหมายภายในประเทศ (National Legislation)¹³⁸

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทุกประเภท ครอบคลุมถึงที่อยู่ในคำจำกัดความขององค์การระหว่างประเทศที่ได้รับความยอมรับ อาทิเช่นองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก หรือ องค์การการค้าโลก¹³⁹ ในกรณีของการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เป็นการชี้ให้เห็นถึงพัฒนาการของระบอบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ได้รับการรับรองโดย องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ตั้งแต่ปี 1967 แน่แน่นอนว่า ในอนาคต จะมีทรัพย์สินอื่นๆจะได้รับการตีความภายใต้ระบอบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ถัดจากภูมิปัญญาท้องถิ่น¹⁴⁰

¹³⁶ Ibid

¹³⁷ Ibid

¹³⁸ World Intellectual Organization - Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and folklore, Traditional Knowledge Traditional Expression and Genetic Resources : the International Dimension WIPO/GRTKF/IC/6/ Sixth Session Geneva, March 15 to 19, 2004 page 14

¹³⁹ Ibid

¹⁴⁰ Ibid

5.1.3 ปัญหาการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

ปัญหาหลักของการให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นคือ นิยามของภูมิปัญญาท้องถิ่นยังไม่เป็นที่ยอมรับในระดับสากล¹⁴¹ และยังมีปัญหาอีกหลายประการ พอที่จะสรุปได้โดยสังเขป ดังนี้

1) ภูมิปัญญาท้องถิ่นถูกจัดให้เป็น “สมบัติสาธารณะ” (Public Domain)

ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นองค์ความรู้ที่ถ่ายทอดจากรุ่นสู่รุ่นเป็นเวลายาวนาน ซึ่งตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไม่ให้ความคุ้มครอง ไม่ว่าจะป็นเงื่อนไขของกฎหมายสิทธิบัตรหรือลิขสิทธิ์ จึงทำให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นองค์ความรู้ที่จัดเป็นสาธารณะสมบัติ ตามกฎหมายดังกล่าว นอกจากนี้ การถ่ายทอดองค์ความรู้จากรุ่นสู่รุ่น ทำให้องค์ความรู้บางส่วนกลายเป็นองค์ความรู้สามัญที่แพร่หลายและเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป ซึ่งทำให้ไม่เข้าลักษณะของข้อมูลที่เป็นความลับตามกฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้า เมื่อองค์ความรู้ของภูมิปัญญาท้องถิ่น เป็นสิ่งที่บุคคลทั่วไปสามารถนำเอาความรู้ดังกล่าวไปใช้ประโยชน์ได้อย่างเสรี ไม่ว่าจะเป็นการใช้โดยตรง หรือด้วยการนำไปดัดแปลงหรือต่อยอด เปลี่ยนรูป วิเคราะห์และสังเคราะห์ เพื่อให้เกิดความใหม่¹⁴² ดังนั้น จึงเป็นประเด็นว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นควรจะได้รับคุ้มครองหรือไม่ ภูมิปัญญาท้องถิ่นจะสามารถได้รับความคุ้มครองในระบอบทรัพย์สินทางปัญญาได้หรือไม่ และถ้าสามารถให้ความคุ้มครองได้ วิธีการที่เหมาะสมควรจะเป็นเช่นไร

2) ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นสมบัติซึ่งถือครองร่วมกันของ “ชุมชน” (Collective Right of the Community)

การที่ภูมิปัญญาท้องถิ่น มีมีลักษณะการสร้างสรรค์ที่ร่วมกันของคนในชุมชน ทำให้การระบุตัวผู้สร้างสรรค์ที่แท้จริงของภูมิปัญญาท้องถิ่นกระทำได้โดยยาก ซึ่งพิจารณาถึงการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่มักจะให้สิทธิเด็ดขาดแก่ ผู้สร้างสรรค์ หรือผู้ทรงสิทธิที่เป็น “ปัจเจกชน” ที่สามารถระบุตัวตนได้ ดังนั้นจึงเป็นประเด็นว่า ใครควรได้รับประโยชน์จากการคุ้มครอง การคุ้มครองนี้ครอบคลุมสามารถครอบคลุมถึงสิทธิร่วมกันของชุมชนหรือไม่ มาตรฐานในการแบ่งปันผลประโยชน์ ควรเป็นอย่างไร

¹⁴¹ Graham Dutfield อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 39 หน้า 24

¹⁴² จักรกฤษณ์ ควรพจน์ (2547) ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 2 เรื่อง การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและภูมิปัญญาท้องถิ่น นิติธรรม กรุงเทพมหานคร หน้า 276-277

3) ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นการสร้างสรรค์ที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในทางการค้า

ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นการสร้างสรรค์องค์ความรู้เพื่อประโยชน์ในการแก้ไขปัญหาต่างๆที่เกิดขึ้นในชีวิตประจำวัน มากกว่าที่จะมีวัตถุประสงค์ในทางการค้า ในขณะที่สิ่งๆที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้ระบอบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เช่น การประดิษฐ์ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตร หรือเครื่องหมายการค้า ล้วนแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ประโยชน์ในทางการค้า

4) ภูมิปัญญาท้องถิ่นมักจะกระทำโดยบอกเล่าปากต่อปากและการสาธิตวิธีการ

ภูมิปัญญาท้องถิ่นส่วนใหญ่จึงไม่มีการบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร เมื่อไม่มีการบันทึก จึงเป็นเพียง“ความคิด (Idea)” ในขณะที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้คุ้มครองความคิด แต่คุ้มครองการ “การแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea)” หรือได้แสดงออกมาในรูปแบบที่เหมาะสม ตามลักษณะของงานแต่ละประเภท และสาธารณชนได้ประโยชน์โดยอิสระ¹⁴³ และลิขสิทธิ์จะต้องมีการบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร¹⁴⁴ จะเห็นได้ว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ สามารถนำความรู้ไปใช้ประโยชน์ได้ โดยอิสระ ไม่ถือเป็นการละเมิด แต่ภูมิปัญญาท้องถิ่นแม้ว่าจะอาจจะมีการบันทึก แต่มีจุดประสงค์ในการคุ้มครองที่ตัว “ตัวองค์ความรู้” มิให้บุคคลใดนำไปใช้โดยปราศจากความยินยอมของชุมชนที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญานั้น

ในปัจจุบันนี้ ระบบทรัพย์สินทางปัญญาเป็นกฎหมายระหว่างประเทศเพียงระบบเดียวในปัจจุบันที่คุ้มครองผลงานสร้างสรรค์ทางปัญญาของมนุษย์ อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ไม่ได้ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นการเฉพาะ ซึ่งในวิถยานุพันธ์ฉบับนี้ มุ่งเน้นที่จะศึกษาการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาการนวดไทย ซึ่งในบทต่อไป จะได้ศึกษาถึงแนวความคิดในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการนวดไทยภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาต่อไป

¹⁴³ Philips, Jeremy and Firth, Alison Introduction to Intellectual Property Law, London : Butterworth p 115

¹⁴⁴ UK Copyright , Design and Patent Act1988 มาตรา13 (2) Copyright does not subsist in a literary, dramatic or musical work unless and until it is recorded, in writing or otherwise; and references in this Part to the time at which such a work is made are to the time at which it is so recorded.

บทที่ 3

กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญากับการคุ้มครองภูมิปัญญาการนวดไทย

ในการพยายามที่จะสร้างระบบการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น อาจทำได้ในหลายรูปแบบ และระบบทรัพย์สินทางปัญญาเป็นรูปแบบหนึ่ง ซึ่งถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณา อาจจะได้กล่าวได้ว่าระบบทรัพย์สินทางปัญญาเป็นระบบกฎหมายรูปแบบเดียวที่มีอยู่ในปัจจุบันที่ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อคุ้มครองความคิดสร้างสรรค์ของบุคคลทางปัญญา อย่างไรก็ตาม ในความคิดเห็นของผู้เขียน องค์ความรู้ด้านการนวดไทยนั้นเป็นการสร้างสรรค์ทางปัญญาที่สมควรได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ ในปัจจุบันที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญา แต่การที่จะนำกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามาใช้ในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการนวดไทยนั้น ดูเหมือนว่าจะมีอุปสรรคเป็นอย่างมาก เพราะกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามุ่งที่จะให้ความคุ้มครองความคิดสร้างสรรค์ของบุคคลช่วงระยะเวลาอันมีจำกัด แต่การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการนวดไทย มีจุดประสงค์ที่จะป้องกันการหาประโยชน์อันมิชอบจากมรดกทางวัฒนธรรมอันล้ำค่าของไทย การให้ความเคารพในสิทธิของประเทศไทยในการที่ได้อนุรักษ์และพัฒนาองค์ความรู้ที่ขึ้นมา และในปัจจุบันการนวดไทยมีความสำคัญในด้านเศรษฐกิจสร้างสรรค์ (Creative Economy) เป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่เชื่อมโยงกับรากฐานทางวัฒนธรรมของไทย เป็นสินค้าบริการด้านสุขภาพ ที่มีลักษณะเฉพาะตัวของคนไทย และเป็นที่ยอมรับของชาวต่างประเทศทั่วโลก

อาจกล่าวได้ว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่มีคุณค่าในระบบทรัพย์สินทางปัญญา และระบบทรัพย์สินทางปัญญาโดยทั่วไปแล้วยังไม่มีความเหมาะสมที่จะนำมาใช้ในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเท่าใดนัก นอกจากนั้นแล้ว ระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ตามหลักของกฎหมายระหว่างประเทศอาจเอื้อให้มีการแสวงหาผลประโยชน์ในทางมิชอบ โดยการนำองค์ความรู้ของภูมิปัญญาท้องถิ่น มาขอรับความคุ้มครองภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญา ดังนั้นในบทนี้ จะทำการศึกษากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นคือ 1) สิทธิบัตร 2) ลิขสิทธิ์ 3) เครื่องหมายการค้า 4) สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ 5) ข้อเสนอแนะที่ไม่เปิดเผย สำหรับการวิเคราะห์ในทางกฎหมายถึงความเป็นไปได้ อย่างไรก็ตาม สำหรับการนำกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา มาใช้ในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในสาขาการนวดไทย สำหรับกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชนั้น แม้ว่าจะเกี่ยวข้อง

กับภูมิปัญญาท้องถิ่น ผู้เขียนเห็นว่ามีความเชื่อมโยงกับภูมิปัญญาการนวดไทยไม่มาก ผู้เขียนจึงไม่นำมาวิเคราะห์ในทางกฎหมายในบทนี้

1. ประวัติความเป็นมาของทรัพย์สินทางปัญญา

ในยุคเริ่มแรก การสร้างสรรค์ทางปัญญาของมนุษย์ มีเหตุผลคือการดำรงชีวิตรอด และต่อมาก็เริ่มที่มีการพัฒนาการมากขึ้น เกิดการเรียนรู้เพื่อความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจของคนในกลุ่มชน แนวความคิดในการแสวงหาผลประโยชน์ตอบแทนจากการสร้างสรรค์ทางปัญญายังไม่เกิดขึ้นเลย เมื่อมนุษย์เริ่มให้ความสำคัญต่อการค้าขายแลกเปลี่ยนสินค้าทั้งในระดับภายในสังคมและภายนอกสังคม เพื่อแลกเปลี่ยนผลผลิต มีการกระประดิษฐ์และนวัตกรรมต่าง ๆ เพื่อสร้างความเป็นอยู่ของตนให้สะดวกสบายขึ้น เช่น การคิดประดิษฐ์วงล้อสำหรับเกวียนเพื่อใช้ขนส่งสิ่งของเพราะปลูกหรือเลี้ยงสัตว์ และการพัฒนาการประดิษฐ์อาวุธง่าย ๆ จำพวกมีด ดาบ และธนูเพื่อใช้ในการล่าสัตว์หรือป้องกันตัว เป็นต้น ทั้งนี้ ความสามารถในการพัฒนานวัตกรรมเป็นลักษณะพิเศษ หรือความสามารถพิเศษของมนุษย์ที่มีเหนือสัตว์ประเภทอื่นในโลก จึงทำให้มนุษย์สามารถครอบครองโลกนี้ได้ เพราะมนุษย์สามารถหาวิธีการต่าง ๆ เพื่อแก้ไขปัญหาและเอาตัวรอดโดยใช้สติปัญญาสร้างนวัตกรรมต่าง ๆ ขึ้นมาจนกลายเป็นอารยธรรมของมนุษย์ชาติจนกระทั่งเข้าสู่ยุคอารยธรรมโบราณ

เราได้เรียนรู้การใช้ประโยชน์ในการใช้งานจากสัตว์ต่างๆ โดยนำมาเป็นสัตว์เลี้ยง มีการทำสัญลักษณ์หรือเครื่องหมาย (Symbol) เพื่อยืนยันความเป็นเจ้าของในสัตว์นั้นๆ¹⁴⁵ อาจทำโดยการตัดหรือขลิบใบหู (Ear Notching) และการตีตราร้อน (Hot Iron Branding) เป็นต้น¹⁴⁶ ซึ่งเป็นการแสดงออกถึงความเป็นเจ้าของที่มีอยู่เหนือวัตถุหรือทรัพย์สินนั้นๆ นักวิชาการได้ให้ทัศนะว่า การกระทำดังกล่าวนี้เป็นภาระอย่างชัดเจนถึงความเป็นเจ้าของในสินค้านั้น¹⁴⁷

ในลักษณะเดียวกันนี้ มีการค้นพบว่า มีการทำตราประทับลงบนเครื่องปั้นดินเผาและผลิตภัณฑ์ต่างๆ ในเอเชียและยุโรป¹⁴⁸ อิฐและแผ่นหินที่ใช้ในการก่อสร้างในสมัยอียิปต์และเมโสโปเตเมีย

¹⁴⁵ Christopher May and Susan K Sell (2006) , Intellectual property Right: A Critical History ,Lynne Rienner London p 44

¹⁴⁶ Ibid

¹⁴⁷ Ibid

¹⁴⁸ Ibid

มีการทำเครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ที่แสดงถึงแหล่งผลิตหรือแหล่งกำเนิด และคุณภาพ ซึ่งออกให้โดยหน่วยงานที่มีอำนาจในการอนุญาตสำหรับการก่อสร้าง¹⁴⁹ นักวิชาการบางท่านกล่าวว่า “การคุ้มครองสิทธิของเครื่องหมายการค้า เป็นรูปแบบแรกของทรัพย์สินทางปัญญา” เฉกเช่นเดียวกับรูปแบบของกฎหมายเครื่องหมายการค้าปัจจุบัน¹⁵⁰

ในช่วงประมาณ 600 ปี ก่อนคริสตกาล ของอารยธรรมกรีก ทรัพย์สินทางปัญญาที่อยู่ในรูปแบบของศิลปะ บทกวี และการบันทึกทางเอกสาร โดยการใช้ตัวอักษร ได้ถูกพัฒนาในสังคมกรีก มีการสร้างสรรค์งานทางศิลปะเช่น ภาพวาด บทกวี ซึ่งมีการลงลายมือชื่อผู้ประพันธ์หรือผู้สร้างสรรค์งานนั้นๆ¹⁵¹ ซึ่งนักวิชาการ เช่น Mladen Vukvir กล่าวว่า “การลงลายมือชื่อหรือเครื่องหมายลงบนงานศิลปะ เป็นหลักฐานที่เชื่อถือได้ในการยอมรับในความสำเร็จในส่วนบุคคลและการแสดงให้เห็นถึงการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ของงานนั้น ๆ”¹⁵²

การยอมรับถึงการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ของงานภาพเขียนของผู้สร้างสรรค์ ได้กลายเป็นประเพณีที่ได้รับการยอมรับกันทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นภาพวาดที่เกิดจากการจ้างทำหรือเพื่อความบันเทิงส่วนตัว และจะไม่เป็นที่ยอมรับถ้าผู้ว่าจ้างจะลงชื่อตนเองลงไป ในภาพวาดหรืองานศิลปะแทนที่ผู้สร้างสรรค์ที่แท้จริง ในยุคกรีกผู้สร้างสรรค์มีสิทธิที่จะใส่ชื่อในงานศิลปะของตนเอง หรือ สิทธิในการเป็นเจ้าของงานสร้างสรรค์นั้น แม้ว่าชิ้น งานนั้นจะเป็นของผู้ที่ซื้อไปก็ตาม ต่อมาในยุคจักรวรรดิโรมัน ลิขสิทธิ์ (Copyright) ได้รับการยอมรับว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาอันเป็นการสร้างสรรค์ของปัจเจกบุคคล¹⁵³ อย่างไรก็ตามไม่ปรากฏหลักฐานอันเป็นลายลักษณ์อักษรว่ามีการบัญญัติกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในยุคนี้แต่อย่างใด คงเป็นเพียงหลักการปฏิบัติโดยทั่วไป¹⁵⁴ แนวคิดของสิทธิเหนือองค์ความรู้หรืองานสร้างสรรค์อาจจะเป็นแค่หลักจริยธรรมทางสังคมเท่านั้น จึงไม่มีความจำเป็นในการตราขึ้นเป็นกฎหมาย อาจกล่าวได้ว่าสิทธิการเป็นเจ้าของไม่ได้หมายความถึงสิทธิแต่เพียงคนเดียวตามนัย

¹⁴⁹ Ibid ,45

¹⁵⁰ Ibid ,51

¹⁵¹ May and Sell , อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1 หน้า 46

¹⁵² Ibid

¹⁵³ Ibid , 48

¹⁵⁴ Ibid , 49

ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบัน เป็นเพียงแต่การระบุผู้ประพันธ์หรือสร้างสรรค์งานแต่หา
ได้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในงานนั้นไม่¹⁵⁵

ในช่วงเปลี่ยนผ่านของยุคจักรวรรดิโรมันถึงยุคกลาง กรณีที่สำคัญเกี่ยวเนื่องกับทรัพย์สิน
ทางปัญญาคือ Merchants' marks (เครื่องหมายของพ่อค้า) และ Production mark (เครื่องหมายการ
ผลิต)¹⁵⁶ Merchants' marks ใช้ระบุเจ้าของ เช่น กรณีที่สินค้าถูกขโมย หรือ สูญหาย¹⁵⁷ เช่นเดียวกันกับ
Production mark ใช้ในการระบุสินค้า ที่ได้รับการยินยอมให้จำหน่ายในพื้นที่ ที่กำหนดไว้¹⁵⁸ เครื่องหมาย
ดังกล่าวนี้ใช้ในการบ่งบอกและตรวจสอบซึ่งต่างจากระบบทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบัน ที่มุ่งถึง
การให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right)¹⁵⁹ ซึ่งเป็นการใช้สิทธิกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (Property
Right)¹⁶⁰ สิทธิของทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property Rights)¹⁶¹

ในสมัย พระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 3 แห่งประเทศอังกฤษ แนวคิดของทรัพย์สินทางปัญญา ปรากฏ
เด่นชัดขึ้นกว่ายุคกลางหรือยุคมืด (Middle age or Dark age) มีการทำเอกสารเกี่ยวกับระบบทรัพย์สิน
ทางปัญญาอย่างเป็นทางการใน ค.ศ.1440 เช่น The letter of protection เป็นเอกสารที่อนุญาตโดยพระเจ้า
เอ็ดเวิร์ดที่ 3 สำหรับบริษัทของ John Kempe และ ช่างทอชาวดัตช์ เพื่อส่งเสริมการนำเข้าเทคโนโลยีมา

¹⁵⁵ Panumas Kudngaogarm (2011) Protecting Intellectual Property in Thai Traditional Medicine
USA: Lambert Academic Publishing p 78-79

¹⁵⁶ May and Sell , อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1 หน้า 51

¹⁵⁷ May and Sell , เฟิ่งอ้าง

¹⁵⁸ May and Sell , เฟิ่งอ้าง

¹⁵⁹ May and Sell , เฟิ่งอ้าง

¹⁶⁰ Vincenzo Vinciguerra (2005) THE DIALECTIC RELATIONSHIP BETWEEN DIFFERENT
CONCEPTS OF PROPERTY RIGHTS AND ITS SIGNIFICANCE ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS
Journal of Technology Law and Policy p 156-172 กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน หมายถึง สิทธิความเป็นเจ้าของในวัตถุ
สิ่งของ การใช้ แจกจ่าย การบริ โภค ตามความเป็นธรรมชาติของสิ่งนั้น เป็นสิ่งที่จับต้องได้เท่านั้น สิ่งที่มีมนุษย์หรือ
ธรรมชาติสร้างขึ้น รับรองโดยกฎหมายธรรมชาติและสิทธิธรรมชาติ (Natural Law) ธรรมชาติสภาพยังคงอยู่และ
มีประโยชน์

¹⁶¹ Ibid สิทธิของทรัพย์สินทางปัญญา หมายถึง สิทธินามธรรม (abstract rights) เทนือทรัพย์สิน
สิทธิจากการกระทำของมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็นการสร้างสรรค์หรือการค้นพบ สิทธิในการป้องกันการลอกเลียนจากบุคคล
ที่ไม่ได้รับการมอบอำนาจหรือการอนุญาต ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย

ในประเทศอังกฤษ¹⁶² หลังจากนั้น ได้ออกหนังสือรับรองสิทธิบัตร The letter of patent ให้ John Shiedame สำหรับการประดิษฐ์คิดค้นขบวนการและการผลิตเกลือบริสุทธิ์¹⁶³ สิทธิในการผูกขาดในทางการค้าและการผลิต เป็นเครื่องมือในนโยบายการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศต่างๆ ในการส่งเสริมและตอบแทนผู้ประดิษฐ์คิดค้นเทคโนโลยีใหม่ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านอุตสาหกรรม¹⁶⁴ ซึ่งได้กลายเป็นเหตุผลสำคัญในการให้ความคุ้มครองภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาร่วมสมัย¹⁶⁵

แม้ว่า แนวความคิดของสิทธิการเป็นเจ้าของการประดิษฐ์ขยายไปสู่ยุโรปและอังกฤษ แต่ว่า สิทธิทางกฎหมายในสิทธิบัตรอย่างเป็นทางการที่ตราขึ้นเป็นพระราชบัญญัติ ได้เกิดขึ้นในเมืองเวนิส ประเทศอิตาลี ใน ค.ศ 1474 คือ The Venetian Moment¹⁶⁶ ซึ่งถือว่าเป็นรากฐานสำคัญของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาปัจจุบัน¹⁶⁷ นครเวนิสเป็นศูนย์กลางทางเศรษฐกิจและการค้าของยุโรป อาจจะกล่าวได้ว่าพระราชบัญญัติสิทธิบัตร บัญญัติขึ้นด้วยเจตนารมณ์ในการส่งเสริมเศรษฐกิจและการให้ความสำคัญของนวัตกรรมทางเทคโนโลยี อาจกล่าวได้ว่า ทรัพย์สินทางปัญญา เป็นผลมาจากการพัฒนาทางสังคมใน 3 ด้าน คือ เทคโนโลยี กฎหมาย และการเมือง และปรัชญา¹⁶⁸

จนมาถึงปัจจุบันนี้ ไม่ปรากฏหลักฐานการพัฒนาสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศอื่นใด นอกจากประเทศในยุโรป¹⁶⁹ อย่างไรก็ตาม สิทธิการเป็นเจ้าของผลิตผลทางปัญญาได้รับการยอมรับโดยหลักกฎหมายธรรมชาติ¹⁷⁰ ดังนั้นสรุปได้ว่าแนวคิดของระบบทรัพย์สินทางปัญญาของยุโรป ได้ขยายไปทั่วโลกโดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคโลกาภิวัตน์(Globalization) หรือ ระบบเศรษฐกิจใหม่ของโลก (The New Economic Order)¹⁷¹

¹⁶² May and Sell , อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1 หน้า 52-53

¹⁶³ May and Sell , เพิ่งอ้าง

¹⁶⁴ May and Sell , เพิ่งอ้าง

¹⁶⁵ Panumas Kudngaogarm อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 11 หน้า 78-79

¹⁶⁶ May and Sell , อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1 หน้า 51

¹⁶⁷ May and Sell , อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1 หน้า 52-53

¹⁶⁸ May and Sell , อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1 หน้า 58-59

¹⁶⁹ May and Sell , อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1 หน้า 73

¹⁷⁰ May and Sell , อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1 หน้า 71-73

¹⁷¹ Vincenzo Vinciguerra อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1 หน้า 112

สิทธิทรัพย์สินทางปัญญาพัฒนามาตั้งแต่สมัยโบราณ แม้ว่าในช่วงเริ่มแรกจะไม่มีทำให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า สิทธิบัตรและลิขสิทธิ์ แต่ต่อมาก็การพัฒนาการในการให้ความคุ้มครองที่เป็นรูปธรรม ในลักษณะเดียวกันนี้ การให้ความคุ้มครองสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาของภูมิปัญญาท้องถิ่นก็ควรจะมีการให้การคุ้มครอง¹⁷² และในปัจจุบันการแพทย์ทางเลือกได้รับการยอมรับทั่วโลก¹⁷³ ดังนั้นสิทธิในองค์ความรู้ในด้านการรักษาแบบดั้งเดิม (traditional medicine or traditional healer)สมควรได้รับการคุ้มครองเช่นกัน¹⁷⁴

2. นิยามความหมายของ “ทรัพย์สินทางปัญญา”

ทรัพย์สินทางปัญญาหมายถึง หลักการพื้นฐานของกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมในการที่จะใช้ประโยชน์จากเครื่องหมายและความคิดสร้างสรรค์ต่างๆ (a loose cluster of legal doctrines that regulate the uses of different sorts of ideas and insignia.)¹⁷⁵ ทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา บวกถึง การสร้างสรรค์และนวัตกรรมที่เป็นผลงานแบบดั้งเดิม ไม่ว่าจะอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายปัจจุบันหรือไม่ก็ตาม¹⁷⁶

¹⁷² Panumas Kudngaogarm อังแล้วเชิงอรรถที่ 11 หน้า 81

¹⁷³ World Health Organization – WHO Traditional Medicine Strategy 2002-2005, WHO/EDM/TRM/2002.1; see also The UNCTAD, ‘Report of the International Seminar on Systems for the Protection and Commercialization of Traditional knowledge’ (Report of the seminar at the international Seminar on Systems for the Protection of Traditional Medicine and its (TK), New Delhi, India, 3-5 April 2002) 3; see also Xiaorui Zhang, ‘Traditional Medicine and its Knowledge’ (Paper presented at the UNCTAD Expert Meeting on Systems and National Experiences for Protection Traditional Knowledge, Innovations and Practices, at Geneva, Switzerland, 30 October-1 November 2000) 2-3

¹⁷⁴ Panumas Kudngaogarm อังแล้วเชิงอรรถที่ 11 หน้า 82

¹⁷⁵ William Fisher III, (2001) “Theories of Intellectual Property” in Stephen Munzer, ed, *New Essays in Legal and Political Theory of Property* Cambridge: Cambridge University Press, Retrieved May 22, 2013 from <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf> at 1.

¹⁷⁶ Olufunmilayo B. Arewa (2006) *TRIPs and Traditional Knowledge: Local Communities, Local Knowledge, and Global Intellectual Property Frameworks* *Marquette Intellectual Property Law Review* p 156-158

ในความคิดของบุคคลทั่วไป ทรัพย์สินทางปัญญาคือสิ่งที่จับต้องได้เป็นรูปธรรม อันเนื่องมาจากการกระทำสร้างสรรค์ด้วยการใช้สติปัญญา จากการตอบสนองจากสมองของมนุษย์ เช่น การประดิษฐ์คิดค้น การออกแบบ วรรณกรรมและบทกวี แต่ในแง่ของกฎหมาย ทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property) หมายถึง สิทธิอันเกิดจากผลผลิตทางความคิดมากกว่าจะหมายถึงตัวผลิตภัณฑ์ที่ได้รับการสร้างสรรค์ขึ้น ด้วยเหตุนี้ คำว่า “ทรัพย์สินทางปัญญา” จึงหมายถึง สิทธิตามกฎหมายซึ่งได้มีการกำหนดขึ้นอันเกี่ยวข้องกับผลผลิตจากปัญญาของมนุษย์¹⁷⁷ และสิทธิในการห้ามมิให้ผู้ใดนำไปใช้ประโยชน์โดยไม่ขออนุญาต¹⁷⁸

Christopher May อธิบายว่า คุณลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญาไว้เป็นสามประการคือ ประการแรก รางวัลของความอดสาหัส (effort reserves reward) ประการที่สอง สิทธิของปัจเจกบุคคลในผลิตผลจากความอดสาหัสของตนเอง (the right of individuals to own the products of their own efforts) และประการสุดท้าย ความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับลักษณะทุนนิยมในสังคมสมัยใหม่ (closely related to the capitalist character of modern society)¹⁷⁹

ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 2 ข้อ 4 ของอนุสัญญาว่าด้วยการก่อตั้งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization, Article 2 (VIII)) ได้มีการลงนามโดยสมาชิกที่กรุงสต็อกโฮล์ม เมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 1963 อันได้บัญญัติว่า “ทรัพย์สินทางปัญญาให้รวมถึงสิทธิอันเกี่ยวกับ¹⁸⁰

1. งานวรรณกรรม ศิลปกรรม และวิทยาศาสตร์ (literary, artistic and scientific works)
2. งานแสดงของศิลปินนักแสดง การดำเนินการบันทึกและแพร่เสียงภาพการแสดงนั้น (performances of performing artists, phonograms, and broadcasts)

¹⁷⁷ Philips, Jeremy and Firth, Alison (1990) Introduction to Intellectual Property Law, London : Butterworth p 3-4

¹⁷⁸ Ibid

¹⁷⁹ Christopher May “ Why IPRs are a Global Political Issue” in D Vaver (ed) (2006) Intellectual Property Rights: Critical Concepts in Law p 278 cited in Panumas Kudngaogarm (2011) Protecting Intellectual Property in Thai Traditional Medicine USA: Lambert p 90

¹⁸⁰ The World Intellectual Property Organization (WIPO) What is intellectual Property? Retrieved September 14, 2013 from <http://www.wipo.int/about-ip/en/index.html>

3. การประดิษฐ์กรรมทุกประเภทที่เกิดจากความอุตสาหะของมนุษย์ (inventions in all field of human endeavour)
4. การค้นพบทางวิทยาศาสตร์ (scientific discoveries)
5. การออกแบบผลิตภัณฑ์ทางอุตสาหกรรม (industrial designs)
6. เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายการบริการ และชื่อหรือสิ่งกำหนดอันเกี่ยวกับการค้า (trademarks, service marks, and designations)
7. การป้องกันการกระทำอันเป็นการแข่งขันไม่เป็นธรรม ตลอดจนสิทธิอื่น ๆ อันเป็นผลมาจากการสร้างสรรค์ โดยใช้ปัญญาทุกสาขาทางอุตสาหกรรม วิทยาศาสตร์ วรรณกรรม และศิลปกรรม (protection against unfair and all other rights resulting from intellectual activities in industrial, scientific or artistic field)

ทรัพย์สินทางปัญญาที่อ้างถึงในองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก หมายความว่า สิทธิทางกฎหมายอันเป็นผลมาจากการสร้างสรรค์ โดยใช้ปัญญาทุกสาขาทางอุตสาหกรรม วิทยาศาสตร์ วรรณกรรม และศิลปกรรม¹⁸¹ ภายใต้อนุสัญญาการก่อตั้งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ไม่ได้อธิบายอย่างชัดเจนถึงนิยามความหมายของทรัพย์สินทางปัญญา แต่เพียงให้กลไกในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทุกสาขา อย่างไรก็ตาม องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ยังเปิดกว้างในนโยบายการให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในอนาคต¹⁸²

เป็นที่สังเกตได้ว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่น ไม่ได้ถูกกำหนดไว้ใน การก่อตั้งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ใน ค.ศ 1967 ซึ่งเป็นที่เข้าใจได้ว่า ประเด็นปัญหาของการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ได้ถูกนำมาถกเถียงในระดับนานาชาติ หลังจากการได้มีการก่อตั้งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก¹⁸³ ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 2 ข้อ 4 ของอนุสัญญาว่าด้วยการก่อตั้งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization, Article 2 (VIII) นี้ มุ่งเน้นถึงทรัพย์สินทางปัญญาทุกสาขาที่เกิดจากความอุตสาหะของมนุษย์ สิทธิอื่น ๆ อันเป็นผลมาจากการสร้างสรรค์ โดยใช้ปัญญา แต่หาใช่ทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภทจะได้รับความคุ้มครอง แต่จะเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่บังคับใช้ได้ตามกฎหมายเท่านั้น อาทิเช่น สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ และเครื่องหมายการค้า เป็นต้น¹⁸⁴

¹⁸¹ Ibid

¹⁸² Panumas Kudngaogarm อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 11 หน้า 91

¹⁸³ Ibid

¹⁸⁴ Ibid ,109

3. กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่น

3.1 สิทธิบัตร (Patent)

แนวคิดของสิทธิบัตรสำหรับการประดิษฐ์คิดค้นสิ่งใหม่ (novelty หรือ newness) เป็นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (Inventive step) ไม่เป็นที่ประจักษ์โดยง่าย (non-obviousness) และสามารถใช้ประโยชน์ในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์ได้ (utility) นั้น ได้ฝังลึกอยู่ในความคิดของนักวิชาการกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามาช้านาน¹⁸⁵

การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตร ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงปารีสด้วยด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (Paris Convention for the Protection of Industrial Property) ค.ศ. 1833¹⁸⁶ เป็นที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่งว่า ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา (Supreme Court of the United States) ในคดี Diamond v. Chakarbarty, ในปี 1980¹⁸⁷ ได้เขียนคำวินิจฉัยไว้ว่า อะไรก็ตามที่ได้ถูกกระทำโดยมนุษย์ ภายใต้ดวงอาทิตย์นี้ สามารถที่จะจดสิทธิบัตรได้ (anything under the sun that is made by man could be patentable)¹⁸⁸ แต่อย่างไรก็ตาม ระบบสิทธิบัตรในหลักการทั่วไป ยังไม่สามารถที่จะให้ความคุ้มครองครอบคลุมถึงภูมิปัญญาท้องถิ่น¹⁸⁹

จากสมมุติฐานในข้อคิดเห็นของศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกา ในกรณีของ DIAMON V. CHAKRABARTY นี้ ระบบทรัพย์สินทางปัญญาอาจจะปรับปรุงให้เกิดความคุ้มครองอันที่จะ

¹⁸⁵ Panumas Kudngaogarm อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 11 หน้า 93

¹⁸⁶ อนุสัญญากรุงปารีส (Paris Convention for the Protection of Industrial Property) บรรลุข้อตกลงใน ค.ศ. 1883 และมี การจดทะเบียนเครื่องหมายระหว่างประเทศตามข้อตกลงมาดริด ค.ศ. 1891 (Madrid Protocol) มีการแก้ไขอีกหกครั้งคือ บรัสเซล 1900 วอชิงตัน 1911 เฮก 1925 ลอนดอน 1934 ลิสบอน 1958 และครั้งสุดท้าย ณ กรุงสต็อกโฮล์ม 1967 อนุสัญญากรุงปารีส 2001 มีสมาชิก 160 ประเทศ

¹⁸⁷ Diamond v. Chakarbarty 447 U.S. 303 (1980) Retrieved May 22, 2013 from <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/447/303/case.html>

¹⁸⁸ John Hammond, and Robert Gunderman “Anything Under the Sun That Is Made by Man” Well, Not Quite.) Retrieved May 22, 2013 from http://www.patentechnologies.com/images/Anything_Under_The_Sun_LM_Website.pdf

¹⁸⁹ Craig D. Jacoby & Charles Weiss, Recognizing Property Rights in Traditional Biocultural Contribution, (1997) 16 Stanford Environmental Law Journal 74,95,123 cited in Panumas Kudngaogarm (2011) Protecting Intellectual Property in Thai Traditional Medicine USA: Lambert p 93-4

ครอบคลุมถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ มิฉะนั้นแล้วประเทศที่พัฒนาแล้วก็จะอ้างถึงระบบทรัพย์สินทางปัญญา โดยใช้ ระบบอายุยุโรปเป็นศูนย์กลาง (Eurocentric regime) ใช้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาเพียงเพื่อการสนองต่อประเทศอุตสาหกรรมทั้งหลายเท่านั้น¹⁹⁰ ซึ่งประเทศที่พัฒนาแล้วมีทัศนคติที่ว่าประเทศกำลังพัฒนาละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศของตน ในขณะที่เดียวกันประเทศกำลังพัฒนาก็เห็นว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นของตนเองถูกฉกฉวยหรือถูกขโมยนำไปใช้ประโยชน์โดยประเทศที่พัฒนาแล้ว¹⁹¹ การยื่นขอจดทะเบียนสิทธิบัตรในประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่นและประเทศในยุโรป ได้เพิ่มขึ้นอย่างมาก จะเห็นได้จากเอกสารคำขอจดทะเบียนสิทธิบัตรจำนวน 600,000 ในปี 1992 และในปี 2002 มีเอกสารคำขอจดทะเบียนสิทธิบัตรจำนวน 850,000¹⁹²

เมื่อผู้ใดเป็นเจ้าของสิทธิบัตรซึ่งเป็นการผูกขาดทางกฎหมาย (Statutory monopoly) ที่รัฐอนุญาตให้ตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ แก่เจ้าของสิทธิบัตรสำหรับงานประดิษฐ์ที่จะใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์¹⁹³ เป็นการให้รางวัลหรือการตอบแทนแก่ผู้ที่ได้ทำการค้นคว้าวิจัย ในการประดิษฐ์สิ่งต่างๆ และได้นำมาเสนอต่อสาธารณะ¹⁹⁴ จะเห็นได้จากกรณีที่ สำนักงานสิทธิบัตรของอเมริกา ได้ออกสิทธิบัตรการแกว่งชิงช้า (Method of swinging on a swing)¹⁹⁵ ให้แก่เด็กชาย Steven Olson ชาวอเมริกันวัย 5 ขวบ เพราะได้คิดค้นการแกว่งชิงช้าในแบบที่ไม่เหมือนใคร

สำหรับเงื่อนไขในการได้รับความคุ้มครองภายใต้ระบบกฎหมายสิทธิบัตรของไทยนั้น มีเงื่อนไขการได้รับการคุ้มครอง คือ¹⁹⁶

¹⁹⁰ Panumas Kudngaogarm อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 11 หน้า 94

¹⁹¹ Srividhya Ragavan (2001) Protection of Traditional Knowledge p 8

¹⁹² Patents and Innovation: "Trends and Policy Challenges", Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), 2004 Report, page 7.

¹⁹³ Bovko David (1998) "Antitrust Limits on Exploiting Intellectual Property Right" Journal of Civil Right and Economic Development: Vol. 13 Iss. 2, article 2 p 171-2

¹⁹⁴ Julia Hodge, Other, §112, ¶6 Claim Interpretation and the Doctrine of Equivalents: An Invitation to Confused Thinking?, 17 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 203 (2001).p 203-204

¹⁹⁵ United States Patent 6,368,227 Method of swinging on a swing Retrieved May 22, 2013 from <http://patft.uspto.gov/netacgi/nphParser?Sect1=PTO1&Sect2=HITOFF&d=PALL&p=1&u=%2Fnethtml%2FPTO%2Fsrchnum.htm&r=1&f=G&l=50&s1=6,368,227.PN.&OS=PN/6,368,227&RS=PN/6,368,227>

¹⁹⁶ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 5.

- 1) เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่
- 2) เป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรม

การได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรต้องเข้าเงื่อนไขดังกล่าว ซึ่งระบบกฎหมายสิทธิบัตรได้ถูกสร้างขึ้นเพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์ที่มีคุณค่าต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและอุตสาหกรรม การประดิษฐ์ที่จะได้รับความคุ้มครองเช่นนี้ จะรวมถึงทั้งผลิตภัณฑ์และกรรมวิธี ดังนั้นในทางทฤษฎี บุคคลในชุมชนที่คิดค้นการประดิษฐ์ที่เข้าเงื่อนไขดังกล่าวย่อมสามารถยื่นคำขอรับสิทธิบัตรเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย จากลักษณะของการคุ้มครองดังกล่าว การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระบบกฎหมายสิทธิบัตรยังไม่มีที่เหมาะสมอยู่หลายประการ คือ ภูมิปัญญาท้องถิ่นบางประเภทนั้นอาจจะไม่เป็นสิ่งใหม่ หรือไม่มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นอันจะเข้าหลักเกณฑ์เงื่อนไขการได้รับความคุ้มครอง นอกจากนี้ภูมิปัญญาท้องถิ่นบางประเภทได้มีการเกิดขึ้นมาเป็นร้อยปี ซึ่งระยะเวลาในการคุ้มครองของระบบกฎหมายสิทธิบัตรมีเพียง 20 ปีเท่านั้น

3.2 ลิขสิทธิ์ (Copy right)

อนุสัญญากรุงเบิร์นว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) หรือมักเป็นที่รู้จักกันว่า อนุสัญญาเบอร์น เป็นความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องลิขสิทธิ์ ซึ่งได้รับการยอมรับเป็นครั้งแรกในกรุงเบิร์นประเทศสวิตเซอร์แลนด์ เมื่อ ค.ศ. 1886 10 ประเทศแรกที่ได้บรรลุข้อตกลงและลงนามในอนุสัญญานี้ คือ เบลเยียม ฝรั่งเศส เยอรมัน เติ อิตาลี ลิเบีย สเปน สวิตเซอร์แลนด์ ตูนิเซีย และสหราชอาณาจักร¹⁹⁷ ปัจจุบันมีประเทศสมาชิก 167 ประเทศ¹⁹⁸

ระบบอนุสัญญาเบิร์นนี้จัดตั้งเป็นมาตรฐานระหว่างประเทศ (International Standard) ในการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม โดยงานที่ระบบนี้ให้ความคุ้มครองมีจำกัดอยู่เพียง 2 ประเภท คือ งานวรรณกรรม และงานศิลปกรรม (Literary and Artistic Works) อาทิเช่น การละคร ดนตรีกรรม

¹⁹⁷ Rocque Reynolds, Natalie P. Stoianoff (2005) Intellectual Property: Text and Essential Cases Annandale , N.S.W federation Press p 12 cited in 2 Panumas Kudngaogarm (2011) Protecting Intellectual Property in Thai Traditional Medicine USA: Lambert p 95

¹⁹⁸ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works Retrieved May 22, 2013 from http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/parties.jsp?treaty_id=15&group_id=1

ศิลปกรรม งานสร้างสรรค์ทางภาพยนตร์ การบันทึกเสียง การแพร่ภาพแพร่เสียง และการจัดรูปแบบเกี่ยวกับการพิมพ์ รวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์¹⁹⁹

ในกรณีของการให้ความคุ้มครอง โปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้อนุสัญญาเบอร์นี ในเบื้องต้นเป็นที่ถกเถียงกันมากกว่า สมควรที่จะให้ความคุ้มครองโดยกฎหมายเฉพาะ (*sui generis*) หรือกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา²⁰⁰ เพราะว่ายังไม่มีโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในขณะที่มีการตกลงของอนุสัญญาเบิร์นในครั้งแรก แต่อย่างไรก็ตาม อาจจะตีความได้จากมาตรา 2 ของอนุสัญญาเบอร์น (The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) กำหนดว่า “คำว่า “ผลงานด้านศิลปกรรมและวรรณกรรม” รวมถึงการผลิตผลงานทุกอย่างในด้านวิทยาศาสตร์ และศิลปกรรม โดยไม่ว่าวิธีการสร้างสรรค์ จะเป็นชนิดใดก็ตาม”²⁰¹

ต่อมาโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะได้รับความคุ้มครองในฐานะงานวรรณกรรมภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์น รวมทั้งการคุ้มครองฐานข้อมูลตามมาตรา 10 (1)²⁰² นับว่าเป็นความสำเร็จของประเทศพัฒนาแล้วในการให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้ระบอบลิขสิทธิ์ (copyright regime) แทนที่จะให้ความคุ้มครองในระบบกฎหมายเฉพาะ (*sui generis*)²⁰³

กฎหมายลิขสิทธิ์มุ่งเน้นในการให้ความคุ้มครองงานสร้างสรรค์ของบุคคล แต่ไม่ได้คุ้มครองความคิด (Idea) หรือแนวคิด (concept) แต่เป็นการแสดงออกทางความคิด (Expression of Idea) ซึ่งเกิดจากการสร้างสรรค์ด้วยตนเอง (Originality) เป็นการแสดงออกมาในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งที่กฎหมายรับรอง อาทิเช่น การวาดภาพ การเขียน การพิมพ์ หรือการถ่ายภาพ เป็นต้น ทั้งนี้ กฎหมายมิได้มี

¹⁹⁹ Ibid

²⁰⁰ จักรกฤษณ์ ควรวจน์ (2544) กฎหมายสิทธิบัตร แนวความคิด และบทวิเคราะห์ พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร นิติธรรม หน้า 15

²⁰¹ The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works Article 2 (1) The expression "literary and artistic works" shall include every production in the literary, scientific and artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression Retrieved September 22, 2013 from <http://www.law.cornell.edu/treaties/berne/2.html>

²⁰² URUGUAY ROUND AGREEMENT: Trips Part II — Standards concerning the availability, scope and use of Intellectual Property Rights 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)

²⁰³ จักรกฤษณ์ ควรวจน์ (2544) อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 128 หน้า 101-102

ข้อกำหนดห้ามถึงการสร้างสรรค์งานที่เกิดจากแรงบันดาลใจในงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น เพราะถึงอย่างไรก็ตามการแสดงออกทางความคิด (Expression of Idea) ของเจ้าของงานเดิมกับผู้ที่ได้รับแรงบันดาลใจในการสร้างสรรค์งานใหม่ย่อมมีความแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง ซึ่งในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กำหนดการคุ้มครองงานสร้างสรรค์ต่างๆ 9 ประเภท ได้แก่ งานวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใด ในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ²⁰⁴

การได้มาซึ่งการคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์นั้น ต้องเป็นการสร้างสรรค์สิ่งหนึ่งสิ่งใดขึ้นมาใหม่ องค์กรความรู้ด้านการนวดไทย มีการถ่ายทอดปฏิบัติและส่งผ่านจากรุ่นสู่รุ่นของท้องถิ่นมานานหลายร้อยปี อาจถือไม่ได้ว่าเป็นการสร้างสรรค์ใหม่อันจะเข้าเงื่อนไขการได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ นอกจากนี้การคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึงความคิดหรือขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบ หรือวิธีใช้หรือทำงานหรือแนวความคิด หลักการ การค้นพบ และข้อจำกัดของการคุ้มครองวรรณกรรมภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ก็คือ การมีอายุการคุ้มครองตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์บวกกับอีก 50 ปีภายหลังจากที่ผู้สร้างสรรค์เสียชีวิตแล้ว และงานศิลปะประยุกต์ไม่ว่าจะกรณีใด จะมีอายุ 25 ปีหลังจากวันที่สร้างขึ้น²⁰⁵ แต่แนวคิดสำหรับการให้ความคุ้มครองการนวดไทยนั้น มุ่งที่จะให้ประโยชน์แก่ชุมชน และผลประโยชน์ของชาติโดยไม่ได้จำกัดอายุการคุ้มครอง

3.3 เครื่องหมายการค้า (Trade Mark)

เครื่องหมายการค้าเป็นสัญลักษณ์มีวัตถุประสงค์ในการจำแนกผลิตภัณฑ์ของผู้ประกอบการหนึ่งจากผู้ประกอบการอีกรายหนึ่ง ทำให้ลูกค้าสามารถแยกแยะผลิตภัณฑ์และบริการในการตัดสินใจเลือกซื้อ เพราะเครื่องหมายการค้าปรากฏอยู่บนผลิตภัณฑ์นั้น ๆ²⁰⁶

ความตกลงทริปส์ บัญญัติว่า “เครื่องหมาย หรือการรวมของเครื่องหมายใดๆ ที่สามารถจำแนกสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการหนึ่งจากผู้ประกอบการอื่นๆ จะจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายก็ได้ เครื่องหมายรวมถึง ชื่อบุคคล ตัวอักษรส่วนของภาพ และการรวมกันของสิ่งต่างๆ และการรวมกันของเครื่องหมาย เพื่อบ่งบอกความแตกต่างของสินค้า ว่าสินค้าหรือบริการภายใต้

²⁰⁴ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

²⁰⁵ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 19

²⁰⁶ WIPO Background Reading Material on Intellectual Property. Geneva: WIPO Publication 1988

เครื่องหมายนั้นแตกต่างจากสินค้าหรือบริการของผู้ผลิตรายอื่น²⁰⁷ สำหรับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า แม้ว่าจะยังไม่มีการใช้ ก็สามารถจดทะเบียนได้ ประเทศสมาชิกจะปฏิเสธการจดทะเบียนไม่ได้ เว้นแต่ว่า เมื่อพ้นกำหนด 3 ปี ตั้งแต่วันที่ขอยื่นจดทะเบียนไปแล้ว ผู้ขอยังไม่ได้ใช้เครื่องหมายดังกล่าวตามที่ขอไว้²⁰⁸

เครื่องหมายการค้า ต้องมีลักษณะเป็น “เครื่องหมาย” ซึ่งหมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ หรือสิ่งเหล่านี้ได้อย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน

ถึงจะสามารถได้รับการคุ้มครองได้ตามที่กำหนดไว้ในทริพส์²⁰⁹ สำหรับกฎหมายบางประเทศ อาจหมายรวมถึงรูปแบบหรือลักษณะพิเศษของภาษาหรือหีบห่อสำหรับบรรจุสิ่งที่เป็นผลิตภัณฑ์ หรือประกอบด้วยสิ่งเหล่านี้²¹⁰

สิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญาของเครื่องหมายการค้า เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ซึ่งตามหลักการของกฎหมายอังกฤษ Trade Mark Act 1938 S 17.²¹¹ “การใช้มาก่อนไม่เป็นเงื่อนไขของการจดทะเบียน” กล่าวคือ กฎหมายจะเปิดกว้างไว้ว่า เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ใช้

²⁰⁷ Trips Article 15 (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.

²⁰⁸ Trips Article 15 (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.

²⁰⁹ Philips, Jeremy and Firth, Alison อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 33 หน้า 248

²¹⁰ WIPO General Information Geneva : WIPO Publication 1990 p 14

²¹¹ รัชชัช ศุภผลศิริ (2534). การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและแหล่งกำเนิดสินค้า. บทบัญญัติเล่มที่ 47 ตอน 3. กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา, หน้า 96

เครื่องหมายการค้าของตนหรือมีเจตนาจะใช้ในภายหน้าก็สามารถจะจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้²¹² (Any person claiming to be the proprietor of a trade mark used or proposed to be used by him who is desirous of registering it must apply in writing to the Registrar in the prescribed manner for registration either in Part A or in Part B of the register.) และใน Trade Mark Act 1938, S 68(1) ระบุความหมายไว้กว้างๆ ไม่ได้กำหนดคำจำกัดความของ “เครื่องหมาย” (Mark) หมายถึงสิ่งใด เป็นการเปิดโอกาสการตีความในสิ่งต่างๆ ที่ใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้ในอนาคต²¹³

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 กำหนดห้ามไม่ให้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วย สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย²¹⁴ จะเห็นว่า มาตรการดังกล่าวเป็นการกำหนดข้อห้ามมิให้นำมาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า แต่ทั้งนี้ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าไม่ได้ห้ามมิให้นำภูมิปัญญาท้องถิ่นมาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ดังเช่นกรณีของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะว่าห้ามมิให้นำสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ดังนั้นหากเกิดกรณีข้อเท็จจริงในการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าขึ้น การนำพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้ามาปรับใช้กับข้อเท็จจริงเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นก็คงจะทำได้ยาก

3.4 สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical indication)

เครื่องหมาย(Marks)แสดงถึงแหล่งกำเนิดของสินค้า เป็นเครื่องหมายการค้า (Trade Mark) ประเภทหนึ่งที่เก่าแก่ที่สุด²¹⁵ เมื่อการค้าขายสินค้าได้ขยายมากขึ้นจึงมีความจำเป็นในการตรากฎหมายในการให้คุ้มครองชื่อเสียงเกียรติคุณ (Good Will) ของสินค้า แนวคิดนี้วิวัฒนาการมาจาก

²¹² ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2544). ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, หน้า 283

²¹³ " trade mark" means, except in relation to a certification trade mark, a mark used or proposed to be used in relation to goods for the purpose of indicating, or so as to indicate, a connection in the course of trade between the goods and some person having the right either as proprietor or as registered user to use the mark, whether with or without any indication of the identity of that person, and means, in relation to a certification trade mark, a mark registered or deemed to have been registered under section thirty-seven of this Act;) เพิ่งอ้าง หน้า 283

²¹⁴ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 8 (12)

²¹⁵ Schechter Frank (1925) The Historical Foundation of the Law Relating to Trade mark Columbia University Press, New York cited in Michael Blakeney (2006) “Geographical Indications and TRIPS” Queen Mary Intellectual Property Research Institute Queen Mary and Westfield College University of London p 4

กฎหมายการละเมิดทำให้หลงผิดในแหล่งที่มาของสินค้า (Tort of passing off) พัฒนามาจากแนวความคิดของคำพิพากษาของศาล (Case law) ในกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ ของ Lord Diplock²¹⁶

ต่อมาหลักการของกฎหมายการละเมิดทำให้หลงผิดในแหล่งที่มาของสินค้า ได้ถูกนำมาเป็น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของหลายประเทศ เช่น กฎหมาย Trade Practice Act 1974 ของประเทศออสเตรเลีย เพื่อป้องกันการกระทำที่หลอกลวงหรือทำให้เข้าใจผิด (misleading or deceptive conduct)²¹⁷ และในกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศเยอรมัน The German Unfair Competition Act กำหนดห้ามไม่ให้ใช้แหล่งที่มาของสินค้าโดยการหลอกลวงหรือทำให้เข้าใจผิด²¹⁸

ในความเห็นของผู้เขียน เห็นว่า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นการพัฒนาการของระบบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ที่จะคุ้มครองสินค้าท้องถิ่นจากการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ถึงแม้ว่าหลักเกณฑ์ของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ จะไม่มีความเหมาะสมโดยตรงสำหรับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น แต่อย่างน้อยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้กำหนดเงื่อนไขว่า สิ่งที่ได้รับคุ้มครองไม่จำเป็นต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ และไม่เป็นอุปสรรคหรือเงื่อนไขสำหรับการคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้กำหนดไว้ในความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) หรือความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Right) ในข้อ 22 (1) ได้ให้นิยามของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไว้ดังนี้ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์หรือ GI หมายถึง สิ่งบ่งชี้ (ชื่อ) ของสินค้าหนึ่ง (good) ที่มีแหล่งกำเนิดในพื้นที่ ภูมิภาคหรือท้องถิ่นที่อยู่ในดินแดนของประเทศสมาชิก ซึ่งทั้งคุณภาพที่ได้ และชื่อเสียงที่มีมานาน (ของสินค้า) หรือลักษณะอื่นๆ เป็นผลเนื่องมาจากแหล่งกำเนิดพื้นที่ทางภูมิศาสตร์นั้นๆ (Geographical indication are indication which identify a good as originating in the territory of

²¹⁶ Michael Blakeney “Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Concise Guide to the TRIPS Agreement” Sweet Maxwell, London p 5

²¹⁷ Australian Trade Practice Act 1974 NO 51 Section 52 (1) A corporation shall not, in trade or commerce, engage in conduct that is misleading or deceptive

²¹⁸ The German Law against Unfair Competition (“UWG” Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) Article 3

Member, or a region or locality in that territory, where a given , reputation or other characteristic of the good is essentially attribution to its geographical origin.)²¹⁹

นอกจากนี้แล้ว ยังมีข้อตกลงอื่นๆในการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ที่มีมาก่อนความตกลงทริปส์ อาทิเช่นความตกลงกรุงมาดริด (the Madrid Agreement for the Repression of False or Deceptive Indications of Source on Goods of 1891) ความตกลงกรุงมาดริด (the Madrid Agreement for the Repression of False or Deceptive Indications of Source on Goods of 1891) ความตกลงลิสบอนว่าด้วยการคุ้มครองเครื่องหมายแหล่งกำเนิดและการจดทะเบียนระหว่างประเทศ (Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration 1958) ซึ่งเป็นวิวัฒนาการของการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ต่อเนื่องมาโดยลำดับ และต่อมาได้มีการทำ ความตกลงทริปส์ และอนุสัญญากรุงปารีส (Paris Convention for the Protection of Industrial Property 1883)²²⁰

หลักเกณฑ์โดยทั่วไปของการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในข้อตกลงดังกล่าวมานี้ ประกอบด้วยชื่อและแหล่งกำเนิดของสินค้า²²¹ การขยายความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เป็นที่สนใจของประเทศกำลังพัฒนา แต่โดยทั่วไปแล้วการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ กลุ่มสหภาพยุโรป และประเทศสวิตเซอร์แลนด์ เป็นกลุ่มผลประโยชน์หลักที่ให้ความสำคัญในประเด็นของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เพราะมีสินค้าที่จดทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จำนวนมาก ซึ่งหลายชื่อก็เป็นชื่อที่รู้จักกันทั่วไป เช่น ไวน์เบอร์โดซ์ ของประเทศฝรั่งเศส และช็อกโกแลต ของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ช่วยสร้างความแข็งแกร่งทางเศรษฐกิจให้กับชุมชนในยุโรป และช่วยนำเงินตราต่างประเทศจำนวน 5.4 พันล้านยูโรเข้าสู่สหภาพยุโรปในแต่ละปี²²²

²¹⁹ Trips , Article 2.1

²²⁰ จักรกฤษณ์ ควรวจน์(2541) กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วย ลิขสิทธิ์ ลิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า กรุงเทพมหานคร นิติธรรม หน้า 310

²²¹ UNCTAD - ICTSD resource books on Trips and Development (2005) p 44-5

²²² Kaitlin Mara Intellectual Property Watch retrieved 18 June 2014 from <http://www.ipwatch.org/2008/07/11/advocates-say-geographical-indications-will-benefit-developing-nations/>

กฎหมายของประเทศต่างๆ ได้กำหนดว่า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ใดจะได้รับการคุ้มครอง สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นจะต้องได้รับการคุ้มครองในประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดเสียก่อนและกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของไทย ไม่ได้กำหนดให้มีการคุ้มครองบริการ²²³

พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 มาตรา 3 บัญญัติว่า “สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์” หมายความว่า ชื่อ สัญลักษณ์ หรือสิ่งอื่นใดที่ใช้เรียกหรือแทนแหล่งภูมิศาสตร์ และที่สามารถบ่งบอกวาติณค้ำที่เกดจากแหล่งภูมิศาสตร์นั้นเป็นสินค้ำที่มีคุณภาพ ชื่อเสียง หรือคุณลักษณะเฉพาะของแหล่งภูมิศาสตร์ดังกล่าว

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ถ้าเลือกจดทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ จะขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไม่ได้²²⁴ กฎหมายนี้เป็นกฎหมายที่จัดระเบียบการใช้ “สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์” ให้ถูกต้องและเป็นธรรม ซึ่งสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นก็คือ เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ที่แสดงให้ทราบว่าสินค้ำนั้นมีแหล่งกำเนิดในดินแดน ภูมิภาค หรือท้องถิ่นใด เพราะสำหรับสินค้ำบางอย่าง พื้นที่ที่มีการผลิตสินค้ำมีความสำคัญต่อคุณภาพและชื่อเสียงของสินค้ำ ตัวอย่างเช่น ผู้บริโภคส่วนใหญ่มักรู้สึกลัวว่า ไช้เก้มที่ผลิตที่อำเภอไชยามีคุณภาพดีกว่าไ้้เก้มทั่วไป หรือมิดที่มาจากอำเภอรัฐญุก ย่อมเป็นมิดที่มีคุณภาพดี เป็นต้น

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นคล้ายกับเครื่องหมายการค้าคือการรักษาและคุ้มครองชื่อเสียงและคุณภาพจะต่างกันก็แต่เพียงเครื่องหมายการค้าทำหน้าที่บ่งระบุตัวผู้ผลิต แต่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์บอกให้ทราบถึงแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้ำ และเพื่อให้ทราบว่าสินค้ำนั้นเป็นสินค้ำที่มีชื่อเสียงหรือมีคุณภาพอันเนื่องมาจากการมีแหล่งที่มาหรือแหล่งกำเนิดในพื้นที่ดังกล่าว ซึ่งอาจเป็นผลมาจากภูมิอากาศหรือความชำนาญของบุคคลในพื้นที่²²⁵

เหตุผลที่เครื่องหมายการค้ามีความได้เปรียบมากกว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เช่น เงื่อนใจการจดทะเบียนง่ายกว่า (เช่น เกณฑ์การพิจารณาเครื่องหมายการค้า จะต้องไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะในคุณสมบัติของสินค้ำ ไม่มีความเหมือนคล้ายกับเครื่องหมายที่จดทะเบียนแล้ว) ซึ่งไม่มี

²²³ จักรกฤษณ์ ควรพจน์ อ้างแล้วในบทที่ 1 เจริญธรรมที่ 10

²²⁴ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 8 (12)

²²⁵ ลาวัณย์ ถนัดศิลป์ปะกุล การคุ้มครองเสรีภาพทางเศรษฐกิจของประชาชน ลาวัณย์ ถนัดศิลป์ปะกุล (2552) ในเอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (Protect of rights and Liberties of the people) เล่ม 1 หน่วยที่ 6 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพทางเศรษฐกิจ นนทบุรี มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช สาขานิติศาสตร์หน้า 178

ข้อกำหนดที่อยู่ยากซับซ้อนเหมือนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ การมีบทลงโทษที่รุนแรงกว่า และการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในทางระหว่างประเทศทำได้ง่ายสะดวกกว่า²²⁶ ขณะเดียวกันประเทศไทยควรให้การสนับสนุนแนวคิดที่จะขยายการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไปยังบริการ เช่น "นวดไทย" หรือ "ร้านอาหารไทย" เป็นต้น²²⁷ โดยการขยายกฎหมายความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ให้ครอบคลุมถึงสินค้าบริการ

3.5 ข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผย (Undisclosed information)

ข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผย (undisclosed information) หรือ ความลับทางการค้า (trade secret) เป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ประกอบด้วยข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ซึ่งผู้ครอบครองมีความพยายามอย่างสมควรที่จะถือไว้เป็นความลับ²²⁸ ข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผย ได้กำหนดไว้ในความตกลงทริปส์ ข้อ 39.2 ว่า บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล มีความรับผิดชอบในการปกป้องข้อมูลภายในขอบเขตของกฎหมายของตน ในการไม่ให้ผู้อื่นนำไปเปิดเผยหรือใช้ โดยไม่ได้รับการยินยอมไปในทางที่ขัดกับหลักปฏิบัติอันสุจริตทางการค้า (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)²²⁹

การคุ้มครองความลับทางการค้านั้น หากมีการล่วงรู้ข้อมูลอันเป็นความลับโดยผู้อื่นแล้ว หากถูกเปิดเผยก็เท่ากับว่าได้สูญเสียความลับนั้นตลอดไป (A Trade secret once lost is lost forever)²³⁰ อีกประการหนึ่ง ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา (Supreme Court of the United States) ในคดี

²²⁶ เพิ่งอ้าง

²²⁷ 11 ลาวัณย์ ถนัดศิลป์กุล อ้างแล้ว เจริญอรุณี 9 และ วิมาน กฤตพลวิมาน(2545) ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. ... : กรณีศึกษาข้อพิจารณากฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในประเทศไทย นนทบุรี : สำนักวิจัยและพัฒนา สถาบันพระปกเกล้า

²²⁸ Craig Collins ; Heather Forrest(2008) Intellectual property law (First publication in 2008) LexisNexis , Butterworth p 276-7 cited in Panumas Kudngaogarm (2011) Protecting Intellectual Property in Thai Traditional Medicine USA: Lambert p 100

²²⁹ Trips agreement Part II — Standards concerning the availability, scope and use of Intellectual Property Rights Section 7: protection of undisclosed information Article 39.2

²³⁰ R. Mark Halligan Trade Secrets v. Patents: The New Calculus p3 Retrieved September 22, 2013 from <http://my.execpc.com/~mhalign/>

Chicago Lock Co V Fanberg (1982) ได้กล่าวไว้ว่า “เป็นการคุ้มครองความลับทางการค้า เป็นการรักษามาตรฐานจริยธรรมทางธุรกิจ” (“trade secret law is intended to police standard of commercial ethics”)²³¹

การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้านี้ ถือเป็นพื้นฐานดั้งเดิมของการพัฒนาการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และการกำหนดหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละแขนง²³² และได้รับการยอมรับในระดับสากล สำหรับเป็นหลักการในการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรมจากการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (unfair competition) ซึ่งได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงปารีสด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (Paris Convention for the Protection of Industrial Property) ค.ศ. 1967 ข้อ 10 ทวิ ที่มีมาตรการในการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม โดยกำหนดว่า การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมหมายถึง

- 1) การกระทำใดๆที่ก่อให้เกิดความสับสน
- 2) ทำลายภาพลักษณ์ และชื่อเสียงของสินค้าของกลุ่มแข่งขันทั้งในแง่ของตัวสินค้า กระบวนการทางอุตสาหกรรม หรือกระบวนการทางการค้าของกลุ่มแข่งขัน
- 3) และคุ้มครองข้อมูลที่เสนอต่อรัฐบาล หรือหน่วยงานของรัฐบาลโดยสอดคล้องกัน²³³

นอกจากนี้ ยังได้กำหนดเพิ่มเติมไว้ในกฎหมายแม่แบบเกี่ยวกับเครื่องหมาย หรือชื่อทางการค้าและการกระทำอันเป็นการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรม สำหรับประเทศกำลังพัฒนา (Model law for developing countries on marks, trade names and acts of unfair competition) มีลักษณะที่ไม่เป็น

²³¹ CHICAGO LOCK CO., v. MORRIS V. FANBERG and VICTOR FANBERG 676 F.2d 400 (9th Cir. 1982)

²³² David J Bainbridge (1992) Intellectual Property . London : Pitman p 216-217

²³³ อนุสัญญากรุงปารีส (Paris Convention for the Protection of Industrial Property) 1967 Article 10 bis (3) stipulates that “The Following in particular shall be prohibited:

- 1) all acts of such a nature as to create confusion by any means whatever with the establishment, the goods, or the industrial or commercial activities, of a competitor;
- 2) false allegations in the course of trade of such a nature as to discredit the establishment, the goods, or the industrial or commercial activities, of a competitor;
- 3) indications or allegations the use of which in the course of trade is liable to mislead the public as to the nature, the manufacturing process, the characteristics, the suitability for their purpose, or the quantity, of the goods.”

กรรมคือ การได้มาซึ่งความลับทางการค้า ด้วยการจารกรรม หรือการคัดลอกงานของคู่แข่งกัน รวมถึงการใช้หรือเปิดเผยเทคนิคอันเป็น “know-how” โดยไม่ได้รับอนุญาต²³⁴

เมื่อภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการนวดไทยที่มีการถ่ายทอดกันมา มาเป็นเวลาหลายชั่วอายุคน และมีการแลกเปลี่ยนความรู้จากชุมชนหนึ่งไปยังอีกชุมชนหนึ่งอยู่เสมอ โดยไม่มีการหวงกันความรู้ นั้นไว้เพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ทำให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการนวดไทยขาดองค์ประกอบของการเป็นความลับ อย่างไรก็ตามภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการนวดไทยบางส่วนจะไม่ได้เผยแพร่หรือถ่ายทอดเป็นการทั่วไป แต่จะถ่ายทอดให้เฉพาะบุคคล หรือกลุ่มคน ไม่ถือว่าเป็นการลับ แต่การวางกฎเกณฑ์การถ่ายทอดให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้นจัดได้ว่าเป็นมาตรการรักษาความลับอย่างหนึ่ง ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการนวดไทย ในส่วนนี้ยังคงเป็นความลับทางการค้า อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่า ระบบความลับทางการค้าก็มีจุดด้อยที่ไม่มีระบบป้องกันไม่ให้ความลับรั่วไหล อีกทั้งหากความลับนั้นตกเป็นสมบัติสาธารณะ (public domain) ก็ไม่อาจหวงกันให้มีการใช้ภูมิปัญญานั้นอีกต่อไป จะเห็นจากการที่มีการเปิดโรงเรียนสอนนวดไทยให้กับคนต่างชาติเกิดขึ้นมากมายในประเทศไทย

4. องค์ความรู้ดั้งเดิมด้านการนวดไทยกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

เป็นที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่งว่า องค์ความรู้ดั้งเดิมด้านการนวดไทยจัดเป็นทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่งหรือไม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่าองค์ความรู้ดั้งเดิมด้านการนวดไทยนั้น เป็นทรัพย์สินทางปัญญา ด้วยเหตุผลที่ว่าองค์ความรู้ดั้งเดิมด้านการนวดไทยเป็นผลของความคิดสร้างสรรค์จากภูมิปัญญาของคนไทย อันก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงทางวัฒนธรรมและทางด้านอุตสาหกรรม การนวดไทยได้กลายเป็นวัฒนธรรมอันทรงคุณค่าของคนไทยและมีส่วนสำคัญในธุรกิจบริการของอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวของไทย ในแง่ของกฎหมาย ทรัพย์สินทางปัญญา หมายถึงสิทธิตามกฎหมายซึ่งได้กำหนดขึ้นอันเกี่ยวข้องกับผลผลิตจากปัญญามนุษย์ เช่น สิทธิของนักประพันธ์ ที่จะห้ามไม่ให้บุคคลอื่นใดนำผลงานไปผลิต พิมพ์จำหน่ายโดยไม่ได้รับการอนุญาต สิทธิของเจ้าของบริษัทแผ่นเสียงที่จะห้ามไม่ให้

²³⁴ WIPO (1997) Introduction to Intellectual Property: Theory and Practice London Kluwer Law & publications p 14

บุคคลใดผลิตสิ่งบันทึกเสียงปลอม และสิทธิในสิ่งประดิษฐ์ใหม่ในอุตสาหกรรมซึ่งได้รับสิทธิบัตรตามกฎหมายในการดำเนินคดีกับบุคคลใดที่ผลิตเลียนแบบและนำไปจัดจำหน่ายแก่ประชาชนเป็นต้น

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นรูปแบบของทรัพย์สินประเภทหนึ่งซึ่งสามารถใช้ดำเนินการใดๆเพื่อหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจเช่นเดียวกันกับทรัพย์สินประเภทอื่นๆ ดังนั้นจุดประสงค์ที่สำคัญของทรัพย์สินทางปัญญาก็คือการที่ผู้เป็นเจ้าของสิทธิ สามารถสร้างประโยชน์จากองค์ความรู้ อันมีค่าทางพาณิชย์ การนวดไทยซึ่งคนไทยหรือประเทศไทยเป็นเจ้าของสิทธิ ก็ย่อมมีสิทธิในการใช้ประโยชน์จากแนวคิดและข้อมูลความรู้ของการนวดไทย

กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับสิทธิต่างๆตามกฎหมายในสิ่งที่มาจากความอดสาเห การสร้างสรรค์ และการค้นคิดใดๆจากภูมิปัญญาของผู้สร้างสรรค์ หรือการมีสิทธิต่างๆตามกฎหมายในชื่อเสียง (reputation) หรือ กู้ดีวิล (goodwill) ทางการค้า การนวดไทยเกิดจากความอดสาเหและการสร้างสรรค์ของคนไทยอย่างต่อเนื่องมาช้านาน จนมีชื่อเสียงไปทั่วโลก

กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามีขอบเขตกว้างขวางในการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละแขนง การยับยั้งบุคคลอื่นที่ไม่มีสิทธิ นำไปใช้ประโยชน์ ดังนั้นชื่อเสียงทางการค้าของการนวดไทยย่อมมีสิทธิยับยั้งบุคคลอื่นใดที่ไม่มีสิทธิในการนำไปใช้ประโยชน์

สำหรับแนวคิดในการให้ความคุ้มครองสิทธิองค์ความรู้ดั้งเดิมด้านการนวดไทยนั้น จำเป็นที่จะต้องศึกษาแนวคิดซึ่งเป็นที่มาของการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

4.1 ทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights Theory)

ทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน (Natural Right Theory of Property) อ้างและใช้อธิบายหลักเหตุผลของการคุ้มครองสิทธิผูกขาดในทรัพย์สินทางปัญญา รวมถึงตลอดจนขอบเขตและระยะเวลาของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยถือว่ามนุษย์สามารถถือสิทธิในสิ่งของหรือทรัพย์สินได้ตามกรอบความคิดของกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยรัฐ เป็นการรับรู้สิทธิทางศีลธรรมที่เจ้าของมีอยู่เหนือผลงานทางปัญญาของตน ผู้เขียนเห็นว่า ตามทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ เมื่อนำมาใช้ในการคุ้มครองสิทธิองค์ความรู้ดั้งเดิมด้านการนวดไทยแล้ว การให้ความคุ้มครองย่อมไม่สามารถกำหนดระยะเวลา การให้ความคุ้มครองสิทธิผลงานทางปัญญาของการนวดไทยน่าจะเป็นสิทธิของประเทศไทยซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิตลอดไป และควรได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันกับทรัพย์สินทางปัญญาอื่น

4.2 ทฤษฎีการให้รางวัล (Reward Theory)

ทฤษฎีนี้เชื่อว่าระบบทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเครื่องมือที่ก่อให้เกิดความก้าวหน้าทางวิชาการ และส่งเสริมความเจริญเติบโตทางอุตสาหกรรม การวิจัยและพัฒนาเพื่อให้ได้มาซึ่งผลงานและเทคโนโลยีสมัยใหม่เป็นกิจกรรมที่ต้องอาศัยการลงทุนจำนวนมาก การได้รับความคุ้มครองจากการให้สิทธิผูกขาดตามกฎหมายจะเป็น เครื่องมือในการจูงใจ และทำให้ผู้สร้างสรรค์งานเกิดความเชื่อมั่นว่า ค่าใช้จ่ายและระยะเวลาที่สูญเสียไปในการวิจัยและพัฒนาจะได้รับการชดเชยกลับคืนมาในรูปของสิทธิเด็ดขาด ที่จะนำเอาผลงาน ไปแสวงหาประโยชน์ในทางพาณิชย์แต่ผู้เดียวในช่วงระยะเวลาหนึ่งการให้สิทธิเด็ดขาดนี้จึงถือเป็นรางวัลที่รัฐให้เป็นการตอบแทนแก่ผู้สร้างสรรค์ที่ได้อุทิศสาคิดค้นผลงานขึ้นมาให้เกิดประโยชน์แก่สังคม

องค์ความรู้ดั้งเดิมด้านการนวัตกรรมไทยนั้น เป็นการลงทุนทางวัฒนธรรมซึ่งไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้ เป็นการลงทุนที่ต่อเนื่องมาช้านาน ซึ่งผู้ได้รับประโยชน์จากการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาคือผู้ลงทุน ดังนั้น การนวัตกรรมไทยได้มีการลงทุนโดยคนไทยหรือประเทศไทยผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ทรงสิทธิในองค์ความรู้ด้านการนวัตกรรมไทย และเป็นประโยชน์ต่อสังคมไทยและสังคมโลก ฉะนั้นจึงมีสิทธิเด็ดขาด (exclusive right) ที่จะนำองค์ความรู้นี้ในการหาประโยชน์ในทางพาณิชย์แต่ผู้เดียว

อาจจะสรุปได้ว่า องค์ความรู้ดั้งเดิมด้านการนวัตกรรมไทยเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง เมื่อได้พิจารณาถึงหลักการและเหตุผลของแนวความคิด อันเป็นที่มาของการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา แม้ว่าการศึกษาในบทนี้ ได้ทำการศึกษากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นคือ 1) สิทธิบัตร 2) ลิขสิทธิ์ 3) เครื่องหมายการค้า 4) สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ 5) ข้อเสนอเทศที่ไม่เปิดเผย มาใช้ในการให้ความคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิมด้านการนวัตกรรมไทยพบว่า ระบบการคุ้มครองคุ้มครองสิทธิของทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property Rights) ในปัจจุบันไม่อาจใช้เพื่อการรับรองและคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิมด้านการนวัตกรรมไทยได้อย่างเหมาะสมและเป็นธรรมอันเนื่องมาจากแนวคิดของระบบทรัพย์สินทางปัญญาในการให้สิทธิแก่ปัจเจกชนที่สร้างสรรค์ หรือประดิษฐ์สิ่งใหม่ การให้สิทธิเด็ดขาดแก่ผู้ทรงสิทธิในเวลาจำกัด เมื่อสิ้นสุดการคุ้มครองจะกลายเป็นสมบัติสาธารณะ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ระบบการคุ้มครองสิทธิของทรัพย์สินทางปัญญาอาจจะเป็นแนวทางหนึ่งในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งในบทต่อไป จะได้ศึกษาถึงการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศ

บทที่ 4

การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศ

แม้ว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นจะได้รับการยอมรับโดยทั่วไป แต่ผู้ทรงสิทธิหรือผู้เป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นไม่ว่าจะเป็นชุมชนคนพื้นเมืองหรือชุมชนท้องถิ่น หากได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์อันสมควรที่จะได้รับหรือค่าตอบแทนแก่ผู้เป็นเจ้าของสิทธิ(royalty) แต่อย่างไรก็ตามที่คาดหวังว่าจะได้รับในฐานะของผู้ทรงสิทธิ²³⁵ จะเห็นได้ว่า ประเด็นของการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ได้ถูกหยิบยกขึ้นพิจารณาและอภิปรายในเวทีการประชุมระดับนานาชาติทั่วโลก ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ²³⁶

เป็นที่เข้าใจดีว่า การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นเป็นสิ่งสำคัญที่จะต้องได้รับการแก้ไข นับตั้งแต่มีการตรากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แต่ภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่ได้รับการพิจารณาว่า เป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สินทางปัญญา²³⁷ แม้ว่าในความเป็นจริงแล้ว องค์ความรู้ของภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ประชากรส่วนใหญ่ทั่วโลก ได้ใช้ประโยชน์และพึ่งพาองค์ความรู้ภูมิปัญญาท้องถิ่น ในวิถีชีวิตมานาน²³⁸

ในทัศนะของนักวิชาการทางกฎหมายเช่น Peter Drahos ในรายงานของ UNCTAD Commonwealth Secretariat ว่าเป็นระยะเวลากว่า 10 กว่าปีหรือมากกว่า ที่ผ่านมานี้ องค์การนานาชาติและเครือข่ายนโยบาย (policy networks) ได้จัดทำนโยบายในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

²³⁵ Daniel Gervais,(2003) The Journal of World Intellectual Property Volume 6, Issue 3, *The Trips Agreement: Drafting History and Analysis*, 2nd edition, London, Sweet & Maxwell p 403

²³⁶ Ibid

²³⁷ Atencio Lopez(2005)Department of Economic and Social Affairs Division for Social Policy and Development Secretariat of the Permanent Forum on Indigenous Issues Indigenous Expert, International Workshop on Traditional Knowledge for the Recovery and Protection of Traditional Indigenous Knowledge Panama City, 21-23 September 2005 UN Doc. PF/2005/S.TK/6 (2005).p 2

²³⁸ Graham Dutfield (2004) *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge* . Earthscan, P 94

ประเด็นที่ได้รับการตอบรับมากขึ้นคือว่าเป็นการสมควรหรือไม่ที่จะทำการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในรูปแบบของสนธิสัญญา (treaty) มีรายละเอียดอย่างไร และใครบ้างที่จะให้การสนับสนุนแนวทางดังกล่าว ซึ่งยังไม่มีบทสรุปในประเด็นเหล่านี้ จนกระทั่งได้มีขบวนการในการกำหนดมาตรฐาน (standard –setting) ที่ได้รับริเริ่มโดยองค์การนานาชาติ²³⁹

Panumas Kudngaogarm มีความเห็นสอดคล้องกับ Drahos ในประเด็นที่กล่าวมา และเพิ่มเติมว่า การริเริ่มในการทำสนธิสัญญา ไม่ว่าจะเป็นความตกลงทวิภาคี (bilateral agreement) หรือระดับภูมิภาค ในหมู่ประเทศกำลังพัฒนา อาจจะไม่มียุทธศาสตร์สำหรับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นจากการฉกฉวยผลประโยชน์ เพราะประเทศอุตสาหกรรมจะไม่ยอมเข้าร่วมในข้อตกลง ณ ปัจจุบัน ทุกประเทศที่ได้รับเอกราชและได้รับความเสมอภาคในด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หลังสิ้นสุดยุคล่าอาณานิคม ที่สำคัญคือ เวทีการประชุมนานาชาติเป็นเวทีที่ให้การรับรองความเสมอภาคถ้วนหน้า ไม่ว่าจะประเทศนั้นจะเป็นประเทศที่ยากจนหรือร่ำรวยก็ตาม²⁴⁰

Olufunmilayo B Arewa ให้ความเห็นว่า ในศตวรรษที่ 19 และต้นศตวรรษที่ 20 การขับเคลื่อนทางอำนาจของลัทธิเจ้าอาณานิคมในประเทศอาณานิคมยังปรากฏอยู่ ประเทศโลกที่สามซึ่งอยู่ในอันดับท้ายสุด และการต่อรองที่ยังคงไม่มีความเสมอภาค แต่อย่างไรก็ดี หากเชื่อว่าประเทศโลกที่สามจะไม่สามารถยกระดับการต่อรองได้²⁴¹

เป็นความจริงอย่างไม่ต้องสงสัยว่า ความไม่เสมอภาคยังคงดำรงอยู่ แม้ว่าจะสิ้นสุดยุคเจ้าอาณานิคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านเศรษฐกิจและการเมือง ของประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนา ไร่ก็ดี การมีสิทธิอำนาจในทางกฎหมายนั้น ทุกประเทศนั้นทัดเทียมกันในมิติของกฎหมายระหว่างประเทศ อำนาจอันหลากหลายของประเทศพัฒนาแล้วในองค์การนานาชาติอาจจะตั้งมาตรฐาน

²³⁹ Peter Drahos (2004) Towards an International Framework for the protection of Traditional Knowledge (paper presented as a request of UNCTAD-Commonwealth Secretariat Workshop on Elements of National Sui Generis Systems for the Preservation, Protection and Promotion of Traditional Knowledge, Innovations and Practices and Options for an International Framework Geneva, 4-6 February 2004) p 6

²⁴⁰ Panumas Kudngaogarm (2011) Protecting Intellectual Property in Thai Traditional Medicine USA: Lambert Academic Publishing p 203

²⁴¹ Olufunmilayo B Arewa (2006) TRIPs and Traditional Knowledge: Local Communities, Local Knowledge, and Global Intellectual Property Frameworks Marquette Intellectual Property Law Review Volume 10 Issue 2 p 163

ใหม่ ในบรรทัดฐานของการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น อย่างไรก็ตาม เป็นการยากยิ่งในการบรรลุข้อตกลงอันเป็นยุติได้ของทั้งสองฝ่ายกล่าวคือประเทศที่พัฒนาแล้วกับประเทศที่กำลังพัฒนา²⁴² การมีมติเห็นพ้องต้องกันขององค์การนานาชาติในข้อตกลง ในกรณีเช่นนี้ จึงมีความจำเป็นที่อาจจะต้องยอมรับข้อตกลงรวม (package deal agreement)²⁴³ แม้ว่าอาจจะไม่เป็นที่พอใจของทุกประเทศ แต่ทั้งนี้ก็ด้วยการมีผลประโยชน์ร่วมกัน²⁴⁴

องค์การระหว่างประเทศเป็นเวทีสำหรับการหารือของประเทศกำลังพัฒนาและประเทศพัฒนาแล้ว ในการค้นหาข้อสรุปที่ดีที่สุดในการแก้ไขปัญหา แต่ก็ต้องยอมรับในระดับหนึ่งว่า ผลของการหารือนั้น ไม่เป็นคุณแก่ผู้กลุ่มประเทศ ที่หยิบยกประเด็นปัญหาในการเจรจา แต่อย่างน้อย อาจจะนำไปสู่การการสร้างจรรยาบรรณทางการค้า (code of conduct) หรือ กฎ ธรรมเนียม ประเพณีที่สามารถยึดถือและยอมรับ โดยไม่ต้องมีตัวบทมารองรับ (soft law) อันเป็นแนวทางที่จะปรับปรุงแก้ไขต่อไป²⁴⁵

1. องค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลก (World Intellectual Property Organization หรือ WIPO)

1.1 ประวัติความเป็นมา

องค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลก (World Intellectual Property Organization หรือ WIPO) เป็นหนึ่งในองค์การเฉพาะทางหรือทบวงชำนาญพิเศษ²⁴⁶ ของสหประชาชาติ องค์การได้รับการ

²⁴² Panumas Kudngaogarm อังแล้วเชิงอรรถที่ 6 หน้า 204

²⁴³ คำว่าข้อตกลงรวม(package deal agreement) หมายถึงข้อเสนอหรือข้อตกลงซึ่งรวมถึงข้อตกลงอื่นๆ ที่คู่สัญญาจะต้องซื้อหรือยอมรับร่วมกัน (an offer or agreement which includes several things that you must buy or accept together) Longman Dictionary English Retrieved October 20, 2013 from <http://www.ldoceonline.com/dictionary/package-deal>

²⁴⁴ Panumas Kudngaogarm อังแล้วเชิงอรรถที่ 6 หน้า 204

²⁴⁵ Ibid

²⁴⁶ องค์การเฉพาะทางของสหประชาชาติมี 16 องค์การคือ (1) องค์การอาหารและเกษตรแห่งสหประชาชาติ (FAO) (2) สำนักงานพลังงานระหว่างประเทศ (IAEA) (3) องค์การบินพลเรือนระหว่างประเทศ (ICAO) (4) กองทุนระหว่างประเทศเพื่อการพัฒนาเกษตรกรรม (IFAD) (5) องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) (6) องค์การกิจการทางทะเลระหว่างประเทศ (IMO) (7) สหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ (ITU) (8) องค์การศึกษา

ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1967 มีการลงนามโดยประเทศสมาชิก ณ กรุงสต็อกโฮล์ม เมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 1967 และมีผลบังคับใช้ ปีค.ศ. 1970 ปัจจุบันมีสมาชิก 184 ประเทศ สำนักงานกลางตั้งอยู่ที่ กรุงเจนีวา ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ สมาชิกเกือบทุกชาติของสหประชาชาติเป็นสมาชิกขององค์การนี้²⁴⁷

1.2 วัตถุประสงค์

เพื่อส่งเสริมกิจการทางสร้างสรรค์, เพื่อสนับสนุนการพิทักษ์ทรัพย์สินทางปัญญาไปทั่วโลก บริการจัดการความตกลงต่างๆเกี่ยวกับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบัน WIPO มีสนธิสัญญาสากลและความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาที่ดำเนินการกำกับดูแลรวม 24 ฉบับ²⁴⁸ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง Paris Convention for the Protection of Industrial Property (1883) อนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม หรือ อนุสัญญากรุงปารีส และ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1886) ซึ่งเป็นแม่บทของการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ประเภทงานวรรณกรรมและศิลปกรรม²⁴⁹

WIPO เป็นเสมือนองค์กรกลางระดับ โลกของระบอบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ไม่เป็นเพียงเวทีสำหรับการเจรจาหรือเกี่ยวกับระบอบทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น แต่ยังเป็นองค์กรที่ให้ความช่วยเหลือทางเทคนิคต่างๆเช่น การตรากฎหมาย การฝึกอบรม การจัดตั้งองค์การทรัพย์สินทางปัญญา ตลอดจนถึงการพัฒนาระบบทรัพย์สินทางปัญญา²⁵⁰ เมื่อได้รับการร้องขอจากประเทศสมาชิก

วิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ (UNESCO) (9) องค์การพัฒนาอุตสาหกรรมแห่งสหประชาชาติ (UNIDO) (10) สหภาพไปรษณีย์สากล (UPU) (11) ธนาคารโลก (World Bank) (12) องค์การอนามัยโลก (WHO) (13) องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) (14) องค์การอูนิยมิววิทยาโลก (WMO) (15) องค์การท่งเทียโลก (WTO) (16) กองทุนการเงินระหว่างประเทศ(IMF) Retrieved 9 October 3013 from United Nations System

<http://www.unsceb.org/directory#sa> 13 WIPO Convention Establishing the World Intellectual Property Organization 1967(2009) (Signed at Stockholm on July 14, 1967 and as amended on September 28, 1979) retrieved 9 October 3013 from http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283854

²⁴⁷ WIPO Administered Treaties retrieved 9 October 2013 from <http://www.wipo.int/treaties/en/>

²⁴⁸ Ibid

²⁴⁹ WIPO Treaties - General Information retrieved 9 October 3013 from

<http://www.wipo.int/treaties/en/general/>

²⁵⁰ Graham Dutfield (2004) Intellectual property , Biogenetic Resources and traditional knowledge

โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนา²⁵¹ ในปี ค.ศ. 1998 ดร.คามิล อิดริส Kamil Idris ผู้อำนวยการองค์การสิทธิทรัพย์สินทางปัญญา ได้จัดตั้ง Global Intellectual Property Issue Division (GIPID) ในการทำการศึกษาค้นคว้าสำหรับการพัฒนาสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งรวมถึง ภูมิปัญญาท้องถิ่นและการแสดงออกทางวัฒนธรรม²⁵²

1.3 คณะผู้แทนค้นหาข้อเท็จจริง(The Nine Fact –finding Mission : FFM)

ใน ค.ศ. 1998-1999 WIPO ได้จัดตั้ง The Nine Fact –finding Mission (FFM) คณะผู้แทนค้นหาข้อเท็จจริง มีภารกิจในการรวบรวมข้อเท็จจริง ค้นคว้าวิจัย ถึงความต้องการและความคาดหวังของผู้ถือครองภูมิปัญญาท้องถิ่น(Traditional Knowledge holders)ใน 28 ประเทศ²⁵³ ในรายงานของคณะค้นหาข้อเท็จจริงระบุถึงความคาดหวังของผู้ถือครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในหลายประเทศอาทิ เช่น แปซิฟิกใต้ แอฟริกาตะวันออก และอาฟริกาใต้ เอเชียใต้ อเมริกาเหนือ อเมริกากลาง อาฟริกาตะวันตก ประเทศอาหรับ และอเมริกาใต้(เปรูและโบลิเวีย) และในแถบคาริเบียน²⁵⁴ ข้อมูลและความคิดเห็นดังกล่าวมาจากหลายแหล่ง อาทิเช่น จากคนพื้นเมือง และชุมชนท้องถิ่น องค์กรที่ไม่หวังผลกำไร ผู้แทนรัฐบาล นักวิชาการ นักวิจัย และตัวแทนจากภาคเอกชน จำนวนกว่า 3000 คน ซึ่งผลการค้นคว้านี้ ได้ตีพิมพ์โดย WIPO ชื่อว่า Intellectual Property Needs and Expectation of Traditional Knowledge Holder: WIPO Report on Fact- Finding Mission (1998-1999)²⁵⁵ ซึ่งถือเป็นเอกสารสำคัญในการวางรากฐานสำหรับการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในเวลาต่อมา²⁵⁶

²⁵¹ Ibid,133

²⁵² World Intellectual Property Organization – Intellectual Property needs and expectations of Traditional Knowledge WIPO Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999)(Geneva 2001)

²⁵³ World Intellectual Property Organization – Intellectual Property needs and expectations of Traditional Knowledge WIPO Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999)(Geneva 2001)

²⁵⁴ Ibid

²⁵⁵ WIPO Intellectual Property and Traditional Knowledge Booklet n 2 p 14

²⁵⁶ World Intellectual Property Organization WIPO General Assembly Twenty-Sixth Matters Concerning Intellectual Property and Genetic Resources , Traditional Knowledge and Folklore WO/GA/26/6 (Twenty sixth) (12th Extraordinary) Session Geneva, September 25 to October 3, 2000

1.4 คณะกรรมการระหว่างรัฐว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา ทรัพยากรพันธุกรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่น และการแสดงออกทางวัฒนธรรม (Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore : IGC)

สำนักเลขาธิการ(The Secretariat) ได้จัดเตรียมเอกสารในการเชิญประเทศสมาชิกเข้าร่วม เพื่อพิจารณาในการจัดตั้ง คณะกรรมการเตรียมการประชุมภายใต้ WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (IGC)

ในวันที่ 25 กันยายน ถึงวันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ. 2000 กรุงเจนีวา ที่ประชุมของประเทศสมาชิกทั้งหมดของ WIPO ครั้งที่ 26 (12th Extraordinary Session) ดยสมัชชาขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ได้จัดตั้ง IGC ขึ้นเป็นครั้งแรก มีวัตถุประสงค์เพื่อพิจารณาและให้ข้อเสนอแนะสำหรับจัดการแนวทางเหมาะสมสำหรับ เศรษฐกิจ และ ความสำคัญทางวัฒนธรรม (Cultural significance) ของ การสร้างสรรค์แบบดั้งเดิม(Tradition -based creation) และประเด็นในการอนุรักษ์ การบริหารจัดการ การใช้ที่ยั่งยืน และการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม และภูมิปัญญาท้องถิ่น รวมถึงการบังคับใช้ในสิทธิของภูมิปัญญาท้องถิ่นและการแสดงออกทางวัฒนธรรม โดยให้เป็นการเจรจาบนพื้นฐานของตัวบทที่เป็นเอกสาร (text-based negotiations) เพื่อให้สามารถบรรลุความตกลงข้อบพที่เป็นตราสารกฎหมายระหว่างประเทศ (international legal instrument(s))²⁵⁷

IGC มีภารกิจเป็นการเฉพาะในการพิจารณาการเข้าถึงทรัพย์สินทางปัญญาและภูมิปัญญาท้องถิ่น ในบริบทของตราสารกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายภายในของประเทศสมาชิก และข้อถกเถียงในประเด็นของการสมดุลของผลประโยชน์ระหว่างในการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นในทางการค้า กับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น²⁵⁸

แต่อย่างไรก็ดี ประเด็นของการถกเถียงที่กล่าวมานี้ มีการขัดแย้งกันอย่างแท้จริงหรือไม่ กล่าวอย่างกว้างๆ ได้ว่า การใช้ระบบของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา สำหรับการใช้จ่ายประโยชน์อย่างไม่ถูกต้อง ในการพาณิชย์กรรมทางการค้า และการแพร่หลาย ถูกพบว่า ทวีมากยิ่งขึ้น

²⁵⁷ World Intellectual Property Organization WIPO General Assembly Twenty-Sixth Matters Concerning Intellectual Property and Genetic Resources , Traditional Knowledge and Folklore above n 11,3

²⁵⁸ Johanna Gibson (2005) Community resources: intellectual property, international trade and the protection of traditional knowledge London Ashgate Publishing limited p 3

ตามผลตอบแทนทางเศรษฐกิจ จากการควบคุมโดยปัจเจกชน และสัญญาทางการค้า ระหว่างผู้ถือครอง สิทธิกับสังคมทั่วไป²⁵⁹

สำหรับการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรพันธุกรรม WIPO มีความพยายามในการหาวิธีการแก้ไขปัญหที่เหมาะสมที่สุด สำหรับประเทศสมาชิก ซึ่งคณะกรรมการ IGC ได้หยิบยกประเด็น 3 ประการอันเป็นสาระสำคัญ ที่เกี่ยวข้องกับบริบทของทรัพย์สินทางปัญญา และภูมิปัญญาท้องถิ่น ประการแรกคือการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและการแบ่งปันผลประโยชน์ (access to genetic resources and benefit sharing) ประการที่สอง การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น นวัตกรรมและการสร้างสรรค์ ไม่ว่าจะมีความเกี่ยวข้องกับทรัพยากรเหล่านั้นหรือไม่ก็ตาม (protection of traditional knowledge, innovation and creativity whether or not associated with those resources) ประการสุดท้าย การคุ้มครองการแสดงออกทางวัฒนธรรม รวมถึงหัตถกรรมด้วย (the protection of expressions of folklore. Including handicraft ²⁶⁰

อย่างไรก็ตาม นักวิชาการบางท่านเช่น Peter –Tobias Stoll และ Anja von Hahn ได้ให้ทัศนะว่า แม้ว่า WIPO จะได้มีความพยายามหลายครั้ง ในการที่จะแก้ไขอย่างเป็นรูปธรรมสำหรับการ ให้การรับรองในการให้ความคุ้มครองผลประโยชน์และความต้องการของกลุ่มคนพื้นเมืองและชุมชน ท้องถิ่นสำหรับภูมิปัญญาท้องถิ่น แต่ก็ยังไม่สามารถที่จะบรรลุวัตถุประสงค์นี้ได้²⁶¹

ในการประชุมสามัญของ WIPO ในปี 2003 ได้มีมติและประกาศอย่างเป็นทางการในเดือน กันยายน 2003 ในการขยายอาณัติของกรอบการทำงานระหว่างประเทศของ IGC เพื่อให้บรรลุ วัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น²⁶²

²⁵⁹ Ibid

²⁶⁰ World Intellectual Property Organization WIPO General Assembly Twenty-Sixth Matters Concerning Intellectual Property and Genetic Resources , Traditional Knowledge and Folklore above n 21 p5

²⁶¹ 25 Peter –Tobias Stoll and Anja von Hahn Part III Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law in Silke von Lewinski (ed), Indigenous Heritage and Intellectual Property , Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (2004) 5, p 30-1 cited in Panumas Kudngaogarm (2011) Protecting Intellectual Property in Thai Traditional Medicine USA: Lambert Academic Publishing p 222

²⁶² WIPO Member State agree to fast-track work on Traditional Knowledge WIPO Press Release PR/2003/262 Geneva 29 September 200 Available at:http://www.wipo.int/edocs/prdocs/en/2003/wipo_pr_2003_362.html.

1.4.1 ร่างบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น (Draft Provision for The Protection of Traditional Knowledge :)

สาระสำคัญ 3 ประการของร่างบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นคือ

- 1) เป้าหมายของนโยบาย(Policy Objective)
- 2) ข้อเสนอแนะหลักการ โดยทั่วไป(General Guiding Principle)
- 3) สาระสำคัญของหลักการ (Substantive Principle or substantive Provision)

1.4.2 เป้าหมายของนโยบาย (Policy Objective)²⁶³

- 1) การยอมรับในคุณค่า (Recognize value)
- 2) การให้ความเชื่อถือ(Promote respect)
- 3) สนองความต้องการที่แท้จริงของผู้ที่ถือครองภูมิปัญญาท้องถิ่น(Meet the actual needs of traditional knowledge holders)
- 4) การอนุรักษ์และสงวนรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่น (Promote conservation and preservation of traditional Knowledge)
- 5) การให้อำนาจแก่ผู้ถือครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและการยอมรับในลักษณะเด่นของระบบภูมิปัญญาท้องถิ่น (Empower holders of traditional knowledge and acknowledge the distinctive nature of traditional knowledge systems)
- 6) การสนับสนุนส่งเสริมระบบภูมิปัญญาท้องถิ่น (Support traditional knowledge systems)
- 7) การสนับสนุนการป้องกันภูมิปัญญาท้องถิ่น (Contribute to safeguarding traditional knowledge)
- 8) การระงับการใช้อย่างไม่เสมอภาคและเป็นธรรม (Repress unfair and inequitable uses)
- 9) มีความสอดคล้องกับข้อตกลงและกระบวนการระหว่างประเทศ (Concord with relevant international agreements and processes)

²⁶³ World Intellectual Property Organization WIPO Inter Governmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources , Traditional Knowledge and Folklore The Protection of Traditional Knowledge: Draft Objective and principle WIPO/GRTKF/IC/10/5 (Tenth Session Geneva, November 30 to December 8 ,2006)

- 10) สนับสนุนนวัตกรรมและการสร้างสรรค์ (Promote innovation and creativity)
- 11) การประกันการขออนุญาตก่อนใช้และการแลกเปลี่ยน ในพื้นฐานของเงื่อนไขการตกลงร่วมกัน (Ensure prior informed consent and exchanges based on mutually agreed terms)
- 12) สนับสนุนการแบ่งปันผลประโยชน์ (Promote equitable benefit sharing)
- 13) สนับสนุนการพัฒนาชุมชนและการปฏิบัติทางการค้าอย่างถูกต้องตามกฎหมาย (Promote community development and legitimate trading activities)
- 14) ชัดขวางการให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างไม่ถูกต้องแก่ผู้ที่ไม่ได้รับอนุญาต (Preclude the grant of improper intellectual property rights to unauthorized parties)
- 15) สนับสนุนส่งเสริมความโปร่งใสและไว้วางใจซึ่งกันและกัน (Enhance transparency and mutual confidence)
- 16) ส่งเสริมการให้ความคุ้มครองการแสดงออกทางวัฒนธรรม (Complement protection of traditional cultural expressions)

1.4.3 *ข้อเสนอแนะหลักการโดยทั่วไป (General Guiding Principle)*²⁶⁴

- 1) การตอบสนองต่อความต้องการและความคาดหวังของผู้ถือครองภูมิปัญญาท้องถิ่น (Responsiveness to the needs and expectations of traditional knowledge holders)
- 2) การยอมรับในสิทธิ (Recognition of rights)
- 3) การมีประสิทธิภาพและการเข้าถึงการคุ้มครอง (Effectiveness and accessibility of protection)
- 4) การปรับตัวหรือการยืดหยุ่นและการเข้าใจอย่างกว้างขวาง (Flexibility and comprehensiveness)
- 5) ความเสมอภาคและการแบ่งปันผลประโยชน์ (Equity and benefit sharing)
- 6) ความสอดคล้องกับระบบกฎหมายที่ควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม (Consistency with existing legal systems governing access to associated genetic resource)

²⁶⁴ World Intellectual Property Organization WIPO Inter Governmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources , Traditional Knowledge and Folklore The Protection of Traditional Knowledge: Draft General Guiding Principle WIPO/GRTKF/IC/10/5 (Tenth Session Geneva, November 30 to December 8 ,2006)

7) การเคารพและการให้ความร่วมมือกับขบวนการทางกฎหมายของนานาชาติ และ ภูมิภาค (Respect for and cooperation with other international and regional instruments and processes)

8) การเคารพต่อการใช้จารีตประเพณีและการถ่ายทอดภูมิปัญญาท้องถิ่น (Respect for customary use and transmission of traditional knowledge)

9) การยอมรับในลักษณะเฉพาะของภูมิปัญญาท้องถิ่น (Recognition of the specific characteristics of traditional knowledge)

10) การให้ความช่วยเหลือสำหรับความต้องการของผู้ทรงสิทธิ์ในภูมิปัญญาท้องถิ่น (Providing assistance to address the needs of traditional knowledge holders)

1.4.4 สารสำคัญของร่างบทบัญญัติ (Substantive provision)

ในร่างบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ได้ให้นิยามคำว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่น หมายถึง เนื้อหาสาระหรือแก่นของความรู้ จากกิจกรรมทางปัญญาในบริบทของภูมิปัญญาท้องถิ่น รวมถึง โนว์ฮาว (Know-How) ทักษะและนวัตกรรม จากกระบวนการเรียนรู้ของระบบภูมิปัญญาท้องถิ่น องค์ความรู้ที่ได้จากวิถีชีวิตของชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่น สัมพันธ์มาตั้งแต่บรรพบุรุษ ไม่จำกัดเฉพาะแต่องค์ความรู้ด้านเทคนิคด้านใดด้านหนึ่ง แต่ให้หมายรวมถึง องค์ความรู้ด้านการเกษตร ด้านสิ่งแวดล้อม ยารักษาโรค และทรัพยากรพันธุกรรม²⁶⁵

²⁶⁵ “ traditional knowledge” refers to the content or substance of knowledge resulting from intellectual activity in a traditional context, and includes the know-how, skills, innovations, practices and learning that form part of traditional knowledge systems, and knowledge embodying traditional lifestyles of indigenous and local communities, or contained in codified knowledge systems passed between generations. It is not limited to any specific technical field, and may include agricultural, environmental and medicinal knowledge, and knowledge associated with genetic resources.” World Intellectual Property Organization WIPO Inter Governmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources , Traditional Knowledge and Folklore The Protection of Traditional Knowledge: Draft Substantive provision WIPO/GRTKF/IC/10/5 (Tenth Session Geneva, November 30 to December 8 ,2006) Article 3

1.4.5 หลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครอง (Eligibility For Protection)

ภายใต้มาตรา 4 ของ The Draft Division ได้มีการกำหนด “หลักเกณฑ์” ของภูมิปัญญาท้องถิ่นที่สมควรได้รับการคุ้มครองอย่างน้อยที่สุดควรครอบคลุมถึงภูมิปัญญาท้องถิ่น ดังนี้²⁶⁶

1) สร้างสรรค์ พิทักษ์รักษา และถ่ายทอดจากรุ่นสู่รุ่น ในทางวัฒนธรรม (generated, preserved and transmitted in a traditional and intergenerational context)

2) มีความสัมพันธ์อย่างชัดเจนกับคนพื้นเมืองและคนในชุมชน ซึ่งได้อนุรักษ์และสืบทอดกันมาจากรุ่นสู่รุ่น (distinctively associated with a traditional or indigenous community or people which preserves and transmits it between generations)

3) มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับอัตลักษณ์ทางวัฒนธรรมของชุมชนหรือกลุ่มคน ได้รับการยอมรับในครอบครองภูมิปัญญานั้น ในฐานะผู้พิทักษ์รักษา การเป็นเจ้าของร่วมกัน หรือการรับผิดชอบร่วมกันทางวัฒนธรรม เป็นความสัมพันธ์ที่อาจจะเป็นแบบแผนที่เป็นทางการหรือไม่ก็ได้ ซึ่งกำหนดโดยการปฏิบัติของจารีตประเพณี ระเบียบปฏิบัติ หรือโดยกฎหมาย (integral to the cultural identity of an indigenous or traditional community or people which is recognized as holding the knowledge through a form of custodianship, guardianship, collective ownership or cultural responsibility. This relationship may be expressed formally or informally by customary or traditional practices, protocols or laws.)²⁶⁷

พิจารณาจากร่างบทบัญญัติในมาตรานี้ จะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนด “ลักษณะขั้นต่ำ” ของคุณลักษณะที่ควรจะมีอยู่ในภูมิปัญญาท้องถิ่นหนึ่งๆ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ ในการเห็นสมควรว่าภูมิปัญญาใดที่สมควรจะได้รับการคุ้มครอง ด้วยเหตุจากความหลากหลายซับซ้อนของแต่ละภูมิปัญญา และแหล่งกำเนิด นับว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่งในการระบุให้ชัดเจน มิฉะนั้นแล้ว การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น จะมีความยุ่งยากมาก

²⁶⁶ World Intellectual Property Organization WIPO Inter Governmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources , Traditional Knowledge and Folklore The Protection of Traditional Knowledge: Draft Substantive provision WIPO/GRTKF/IC/10/5 (Tenth Session Geneva, November 30 to December 8 ,2006) Article 4

²⁶⁷ Ibid Article 4

อย่างไรก็ดี ในที่นี้ เป็นเพียงการกำหนดขั้นต่ำในการพิจารณาเท่านั้น แต่ผู้มีสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือประเทศที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญา ในความเห็นของผู้เขียน เห็นว่า แต่ละประเทศก็สามารถเพิ่มหลักเกณฑ์อื่นได้อีก

4) ระยะเวลาการให้ความคุ้มครอง (Duration of Protection)

ภายใต้มาตรา 9 ของ The Draft Division ได้มีการกำหนดระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองไว้ว่า จะได้รับการคุ้มครองตลอดระยะเวลาตราบเท่าที่องค์ความรู้ของภูมิปัญญาท้องถิ่นยังคงคุณสมบัติ ตามมาตรา 4 (Protection of traditional knowledge against misappropriation should last as long as the traditional knowledge fulfills the criteria of eligibility for protection according to Article 4.)²⁶⁸

5) ผู้ได้รับผลประโยชน์จากการคุ้มครอง (Beneficiaries of Protection)

สำหรับผู้ที่สมควรที่จะได้รับผลประโยชน์จากการคุ้มครอง กำหนดไว้ในมาตรา 5 ของ The Draft Division คือ ปัจเจกชนในชุมชนท้องถิ่น หรือตัวชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนพื้นเมืองที่เป็นผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ซึ่งเป็นผู้สร้างสรรค์ พิทักษ์รักษา และถ่ายทอดจากรุ่นสู่รุ่นในทางวัฒนธรรม ผู้ที่เกี่ยวข้องตามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 4 ผู้มีสิทธิได้รับผลประโยชน์ สมควรพิจารณาจากความเหมาะสม ของระเบียบจารีตประเพณี ความเข้าใจ กฎหมายและหลักปฏิบัติของชุมชน และกลุ่มคนนั้นๆ²⁶⁹

6) การคุ้มครองจากการหาประโยชน์อันมิชอบ (Protection against misappropriation)

ร่างบทบัญญัตินี้เป็นการคุ้มครององค์ความรู้ของภูมิปัญญาท้องถิ่นจากการแสวงหาประโยชน์อันมิชอบ กำหนดไว้ในมาตรา 1 ของ The Draft Division กล่าวคือ การเข้าถือสิทธิ์ การหาประโยชน์ การใช้ประโยชน์ ภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยวิธีการที่ไม่เป็นธรรมหรือผิดกฎหมาย การหา

²⁶⁸ Ibid article 9

²⁶⁹ Protection of traditional knowledge should benefit the communities who generate, preserve and transmit the knowledge in a traditional and intergenerational context, who are associated with it and who identify with it in accordance with Article 4. Protection should accordingly benefit the indigenous and traditional communities themselves that hold traditional knowledge in this manner, as well as recognized individuals within these communities and peoples. Entitlement to the benefits of protection should, as far as possible and appropriate, take account of the customary protocols, understandings, laws and practices of these communities and peoples. Ibid article 5

ประโยชน์อันมิชอบรวมถึงการได้ประโยชน์ทางการค้าจากการเข้าถึงสิทธิ ซึ่งขัดกับการปฏิบัติอันชอบอันได้มาแห่งผลประโยชน์ด้วยความไม่เสมอภาคจากภูมิปัญญาท้องถิ่น²⁷⁰

ไม่ว่าจะเป็น การขโมย การหลอกลวง การข่มขู่ การบุกรุก การฝ่าฝืน การฉ้อโกง โดยไม่ได้ความยินยอมจากเจ้าขององค์ความรู้ ไม่มีการแบ่งปันผลประโยชน์ใดๆแก่เจ้าขององค์ความรู้ นั้น หรือการละเมิดเงื่อนไขสัญญา การอ้างสิทธิโดยมิชอบเหนือภูมิปัญญาท้องถิ่นหมายรวมถึงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาด้วย การเข้าถึงในเชิงพาณิชย์ขององค์ความรู้อันละเมิดหลักการยุติธรรมและความเท่าเทียม จงใจใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยมิชอบ ซึ่งขัดกับความสงบเรียบร้อยของสังคมและหลักศีลธรรม²⁷¹

การหาประโยชน์โดยมิชอบ ให้นำบทบัญญัติในข้อ 10 ทวิของอนุสัญญาปารีส²⁷² มาใช้ได้โดยอนุโลม และการให้ความเคารพในจารีตประเพณี หลักการอันเป็นบรรทัดฐาน และกฎหมาย ของผู้ทรงสิทธิในองค์ความรู้²⁷³

²⁷⁰ Any acquisition, appropriation or utilization of traditional knowledge by unfair or illicit means constitutes an act of misappropriation. Misappropriation may also include deriving commercial benefit from the acquisition, appropriation or utilization of traditional knowledge when the person using that knowledge knows, or is negligent in failing to know, that it was acquired or appropriated by unfair means; and other commercial activities contrary to honest practices that gain inequitable benefit from traditional knowledge.

²⁷¹ “The acquisition of traditional knowledge by illegal means such as theft, bribery, coercion, fraud, trespass, breach or inducement of breach of contract The acquisition of traditional knowledge or exercising control over it in violation of legal measures that require prior informed consent or in violation of mutual agreed terms. false claims or assertions of ownership or control over traditional knowledge, including a intellectual property rights the access to and if commercial of such knowledge in violation of principle of fairness and equity. The willful offensive use of traditional knowledge of that is contrary to order public or morality. Ibid Article 1

²⁷² ข้อ 10 ทวิ ของอนุสัญญาปารีส มีมาตรการในการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม โดยกำหนดว่าการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมหมายถึง การกระทำใดๆที่ก่อให้เกิดความสับสน ทำลายภาพลักษณ์ และชื่อเสียงของสินค้าของกลุ่มแข่งขันทั้งในแง่ของตัวสินค้า กระบวนการทางอุตสาหกรรม หรือกระบวนการทางการค้าของกลุ่ม

²⁷³ “ relates the misappropriation approach to “ The acts of unfair competition including acts specified in Article 10bis of the Paris Convention which Traditional knowledge shall equally be protected” should be guided, as far as possible and appropriate, by respect for the customary practices, norms, laws and understandings “of the knowledge holder”

7) การแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมและการยอมรับในองค์ความรู้ของผู้ทรงสิทธิ์ (Fair and Equitable benefit-sharing and Recognition of Knowledge Holders)

ในมาตรา 6 ของ The Draft Division กำหนดหลักการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ให้กับผู้ทรงสิทธิ์ในองค์ความรู้นั้น ยกเว้นสำหรับการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยไม่ได้กระทำเพื่อหวังผลประโยชน์ทางการค้า หรือเพื่อการศึกษาค้นคว้าวิจัย จะต้องมีการกล่าวถึงแหล่งที่มา ผู้ทรงสิทธิ์ และการให้เกียรติในคุณค่าทางวัฒนธรรมของผู้ทรงสิทธิ์²⁷⁴

8) หลักการการแบ่งปันผลประโยชน์ (Principle of Prior Informed Consent)

ในมาตรา 7 ของ The Draft Division กำหนดหลักการการแบ่งปันผลประโยชน์สำหรับการเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นของผู้ทรงสิทธิ์ และตามกฎหมายภายในประเทศ สิทธิของผู้ทรงสิทธิ์ในการอนุญาตหรือให้ความยินยอมให้เข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยหน่วยงานที่มีอำนาจของรัฐ ตามที่ได้กฎหมายกำหนด มาตรการและกลไก และข้อสัญญาตกลงต่างๆของการของการปฏิบัติตามหลักการแบ่งปันผลประโยชน์ควรมีความเหมาะสม เข้าใจง่าย สำหรับผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย และเท่าเทียม²⁷⁵

9) ข้อยกเว้นที่ไม่ต้องปฏิบัติ (Exceptions and Limitations)

²⁷⁴ “The benefits of protection of traditional knowledge to which its holders are entitled include the fair and equitable sharing of benefits arising out of the commercial or industrial use of that traditional knowledge. Use of traditional knowledge for non-commercial purposes need only give rise to non-monetary benefits, such as access to research outcomes and involvement of the source community in research and educational activities. Those using traditional knowledge beyond its traditional context should mention its source, acknowledge its holders, and use it in a manner that respects the cultural values of its holders.” Ibid Article 6

²⁷⁵ “The principle of prior informed consent should govern any access of traditional knowledge from its traditional holders, subject to these principles and relevant national laws. The holder of traditional knowledge shall be entitled to grant prior informed consent for access to traditional knowledge, or to approve the grant of such consent by an appropriate national authority, as provided by applicable national legislation. Measures and mechanisms for implementing the principle of prior informed consent should be understandable, appropriate, and not burdensome for all relevant stakeholders, in particular for traditional knowledge holders; should ensure clarity and legal certainty; and should provide for mutually agreed terms for the equitable sharing of benefits arising from any agreed use of that knowledge.” Ibid Article 7

ในมาตรา 8 ของ The Draft Division กำหนด ข้อยกเว้นที่ไม่ต้องปฏิบัติ²⁷⁶ ตามร่างบทบัญญัตินี้ในเรื่องของการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นกล่าวคือ ในกรณีที่เป็นการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่ใช่การค้าอย่างเช่นเพื่อการศึกษาวิจัย หรือเป็นการแลกเปลี่ยนการใช้และถ่ายทอดของผู้ทรงสิทธิเอง หรือเป็นการใช้องค์ความรู้ของชุมชนเพื่อวัตถุประสงค์ด้านสาธารณสุขอื่นใด หรือเจ้าหน้าที่รัฐอาจไม่ต้องได้รับการยินยอมจากผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ถ้าเป็นการนำไปใช้เพื่อสุขภาพอนามัยของชาติ²⁷⁷

10) การกระทำอื่นใดที่กระทำก่อนที่บทบัญญัติจะมีผลบังคับใช้ (Transitional Measures)

ในมาตรา 10 ของ The Draft Division กำหนดว่าการกระทำอื่นใดที่กระทำก่อนที่บทบัญญัติจะมีผลบังคับใช้ จะต้องมีการดำเนินการให้ถูกต้องตามบทบัญญัตินี้ แล้วแต่กรณีไป มีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมตามที่บุคคลที่สามได้ร้องขอโดยสุจริต²⁷⁸

11) การดำเนินการคุ้มครอง (Formalities)

ในมาตรา 11 ของ The Draft Division กำหนดการดำเนินการคุ้มครององค์ความรู้ของภูมิปัญญาท้องถิ่น²⁷⁹ ตามบทบัญญัตินี้จะต้องมีความโปร่งใสตรวจสอบได้ โดยเจ้าหน้าที่รัฐอาจจะดำเนินการให้มีการลงทะเบียนองค์ความรู้ของภูมิปัญญาท้องถิ่นตามความเหมาะสม ตามนโยบาย

²⁷⁶ Ibid Article 8

²⁷⁷ “The application and implementation of protection of traditional knowledge should not adversely affect: the continued availability of traditional knowledge for the customary practice, exchange, use and transmission of traditional knowledge by traditional knowledge holders; the use of traditional medicine for household purposes; use in government hospitals, especially by traditional knowledge holders attached to such hospitals; or use for other public health purposes. In particular national authorities may exclude from the principle of prior informed consent the fair use of traditional knowledge which is already readily available to the general public, provided that users of that traditional knowledge provide equitable compensation for industrial and commercial uses of that traditional knowledge.”

²⁷⁸ “Protection of traditional knowledge newly introduced in accordance with these principles should be applied to new acts of acquisition, appropriation and use of traditional knowledge. Acquisition, appropriation or use prior to the entry into force of the protection should be regularized within a reasonable period of that protection coming into force. There should however be equitable treatment of rights acquired by third parties in good faith.”
Ibid Article 10

²⁷⁹ Ibid Article 11

กฎหมาย และระเบียบการและความต้องการและความปรารถนาของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญานั้น การลงทะเบียนอาจจะสัมพันธ์กับรูปแบบการให้ความคุ้มครองโดยเฉพาะ และไม่สมควรที่ยอมรับสถานะขององค์ความรู้ที่ไม่เปิดเผยในปัจจุบันหรือผลประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิที่สัมพันธ์กับองค์ความรู้ที่ไม่เปิดเผย²⁸⁰

12) การให้ความคุ้มครองในระดับนานาชาติและภูมิภาค (International and Regional Protection)

ในมาตรา 14 ของ The Draft Division กำหนดการให้ทุกประเทศที่เข้าข่ายบัญญัตินี้ ควรให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นแก่ผู้ทรงสิทธิต่างชาติ อย่างน้อยที่สุดเท่าเทียมกับการให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในประเทศตน²⁸¹

จนถึงปัจจุบันได้ประชุม IGC มาแล้ว 25 ครั้ง²⁸² ในครั้งที่ 24 ระหว่างวันที่ 22-26 มีความคืบหน้าในการตรวจสอบประเด็นพื้นฐาน 4 ประการคือ ประการแรก นิยามภูมิปัญญาท้องถิ่น

²⁸⁰ “Eligibility for protection of traditional knowledge against acts of misappropriation should not require any formalities. In the interests of transparency, certainty and the conservation of traditional knowledge, relevant national authorities may maintain registers or other records of traditional knowledge, where appropriate and subject to relevant policies, laws and procedures, and the needs and aspirations of traditional knowledge holders. Such registers may be associated with specific forms of protection, and should not compromise the status of hitherto undisclosed traditional knowledge or the interests of traditional knowledge holders in relation to undisclosed elements of their knowledge.”

²⁸¹ “The protection, benefits and advantages available to holders of TK under the national measures or laws that give effect to these international standards should be available to all eligible traditional knowledge holders, who nationals or habitual residents of a prescribed country as defined by international obligations or undertakings. Eligible foreign holders of TK should enjoy benefits of protection to at least the same level as traditional knowledge holders who are nationals of the country of protection. Exceptions to this principle should only be allowed for essentially administrative matters such as appointment of a legal representative or address for service, or to maintain reasonable compatibility with domestic programs which concern issues not directly related to the prevention of misappropriation of traditional knowledge.” Ibid Article 14

²⁸² คณะกรรมการระดับรัฐบาลว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่น และการแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบดั้งเดิม (Intergovernmental Committee on Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore -

ประการที่สอง ระบุผู้ได้รับประโยชน์จากการคุ้มครอง ประการที่ 3 กำหนดกรอบของสิทธิ และประการสุดท้ายคือ การกำหนดข้อจำกัดและข้อยกเว้นที่เหมาะสม²⁸³

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า การที่จะแก้ไขอย่างเป็นรูปธรรมสำหรับการให้การรับรองในการให้ความคุ้มครองผลประโยชน์และความต้องการของกลุ่มคนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่น สำหรับภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นยากยิ่งที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ได้²⁸⁴ ในทัศนะของผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้ว่าการประชุมของ IGC จนถึงปัจจุบัน ยังไม่ได้บรรลุเป้าหมายเท่าที่ควร เพราะความซับซ้อนและหลากหลายของภูมิปัญญาท้องถิ่น แต่การประชุม IGC มีส่วนในการกระตุ้นให้เห็นความสำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่น และการตื่นตัวของประเทศผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาซึ่งส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลังพัฒนา และการพัฒนารูปแบบของกฎหมายเฉพาะ (*sui generis model*) หรือการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

2. ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPS)

2.1 ความเป็นมาของความตกลงทริปส์

เมื่อเกิดเสรีทางการค้าระหว่างประเทศมากขึ้น จึงมีการนำทรัพย์สินทางปัญญามาบัญญัติเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะมีความสำคัญและมีความเชื่อมโยงกับการค้าระหว่างประเทศอย่างลึกซึ้ง การเจรจาภายใต้กรอบองค์การการค้าโลกมามากประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจหลายประเทศจึงต้องหันมาการเจรจาการค้าในระดับภูมิภาคและระดับทวิภาคีเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของประเทศตน

IGC) ของ WIPO ครั้งที่ 25 วันที่ 15-24 กรกฎาคม 2556 ณ กรุงเจนีวา โดยมีประเทศที่เข้าร่วมการประชุมครั้ง จำนวน 98 ประเทศ และมีผู้แทนจากองค์กรระหว่างประเทศและองค์กรอิสระเข้าร่วมการประชุม

²⁸³ World Intellectual Property Organization WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore Twenty-Fourth Session Geneva, April 22 to 26, 2013

²⁸⁴ Peter –Tobias Stoll and Anja von Hahn above อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27 หน้า 134

การเจรจารอบอุรุกวัยในช่วงแรกเป็นไปอย่างยากลำบาก สาเหตุหนึ่งเป็นเพราะการเจรจาในประเด็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานี้เอง เพราะประเทศพัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนามีความเห็นและแนวคิดที่ต่างกัน จากความขัดแย้งดังกล่าว ส่งผลให้การเจรจาดำเนินไปอย่างล่าช้า จนกระทั่งวันที่ 20 ธันวาคม พ.ศ.2534 ได้มีการเสนอร่างกรรมสารสุดท้ายรวบรวมผลการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย (Draft Final Act Embodying the Result of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiation) หรือ Dunkel Draft และนำไปสู่ข้อสรุปในการเจรจารอบอุรุกวัยได้สำเร็จ โดยประเทศภาคีของข้อตกลงแอกต์ได้ร่วมลงนามรับรองกรรมสารสุดท้ายในวันที่ 15 เมษายน พ.ศ.2537 เพื่อจัดตั้งองค์การการค้าโลก และเพิ่มเติมในเรื่องต่าง ๆ ในประเด็นการเจรจาต่อไปในภาคผนวกของข้อตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก ซึ่งข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPs) ก็ได้ถูกเพิ่มเข้าเป็นภาคผนวก 1C ของข้อตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกดังกล่าว (Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization)

ด้วยเหตุที่ประเทศพัฒนาแล้วเห็นว่า การลอกเลียนแบบและการปลอมแปลงสินค้าที่มีทรัพย์สินทางปัญญา เป็นการบิดเบือนและเป็นอุปสรรคต่อการค้าและการเปิดเสรีทางการค้า จึงได้นำประเด็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเข้าสู่การเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย การเจรจา “ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า” (General Agreement on Tariff and Trade : GATT) ที่ได้ถือได้ว่าเป็นแม่บทของกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศและเป็นส่วนหนึ่งขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization : WTO) จากความสำเร็จในการก่อตั้งองค์การการค้าโลก (World Trade Organization : WTO) เป็นพัฒนาการสำคัญของกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

ในช่วงเริ่มต้นการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะจำกัดอยู่ในประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น เนื่องจากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเฉพาะในดินแดนของประเทศที่ให้ความคุ้มครอง การกำหนดแนวทางหรือนโยบายในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจึงขึ้นอยู่กับอำนาจการตัดสินใจของประชาชนหรือรัฐบาลของประเทศนั้นเท่านั้น แต่ต่อมาเมื่อการค้าระหว่างประเทศเริ่มเป็นไปโดยเสรีมากขึ้น การเคลื่อนย้ายสินค้าระหว่างประเทศเป็นไปด้วยความรวดเร็ว ประเทศที่พัฒนาแล้วบางประเทศได้สังเกตเห็นว่าสินค้าภายใต้ทรัพย์สินทางปัญญาของตนได้ถูกลอกเลียนเป็นจำนวนมากในประเทศกำลังพัฒนา ใน ค.ศ. 1979 ระหว่างการเจรจาหลายฝ่ายรอบโตเกียวของแอกต์ สหรัฐอเมริกาและกลุ่มประเทศในประชาคมเศรษฐกิจยุโรปขณะนั้นจึงได้เสนอประเด็น เกี่ยวกับการค้าสินค้าปลอมแปลงเข้าสู่การพิจารณาดังกล่าวด้วย อย่างไรก็ตาม การเสนอประเด็น

เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าวนี้ได้รับการคัดค้านจาก ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ เนื่องจากเห็นว่าประเด็นเหล่านี้ยังขาดความชัดเจนและไม่เคยได้รับการพิจารณา ในแอกต์มาก่อน นอกจากนี้ การพิจารณาประเด็นปัญหาเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาควรปล่อยให้ เป็นหน้าที่ ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลก (World Intellectual Property Organization) ซึ่งเป็น องค์การชำนาญพิเศษของสหประชาชาติเป็นผู้รับผิดชอบมากกว่า²⁸⁵

หลังจากประสบความล้มเหลวในการนำประเด็นทรัพย์สินทางปัญญาเข้าสู่การพิจารณาในกรอบของแอกต์ ในปี ค.ศ. 1980 สหรัฐอเมริกาได้ปรับปรุงกฎหมายการค้า (Trade Act of 1974) โดยได้แก้ไขมาตรา 301 เพื่อเพิ่มอำนาจให้แก่ผู้แทนทางการค้าสหรัฐในการระบุว่าประเทศใดไม่ให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเพียงพอ และประเทศเหล่านี้ก็จะถูกเพิกถอนสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากร (Generalized System of Preferences หรือ G.S.P.) หลังจากนั้น สหรัฐก็เริ่มกระบวนการเจรจาระดับทวิภาคีกับประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศที่เชื่อกันว่าเป็นแหล่งผลิตสินค้าละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา เช่น เกาหลีใต้ ฮ่องกง อินโดนีเซีย มาเลเซีย สิงคโปร์ และไทย โดยสหรัฐได้ระบุว่าประเทศเหล่านี้จะต้องออกกฎหมายและมีมาตรการในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแก่คนสหรัฐอย่างเพียงพอ มิฉะนั้นจะต้องถูกตัดสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากร²⁸⁶

ดังนั้นประเทศเหล่านี้จึงมีความจำเป็นต้องดำเนินการแก้ไขกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไปในทิศทางที่สหรัฐอเมริกาดำเนินการ และได้ดำเนินการบังคับใช้กฎหมายด้วยการปราบปรามสินค้าละเมิดทรัพย์สินทาง ปัญญาอย่างจริงจัง นอกจากนี้ การดำเนินการแก้ไขกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศกำลังพัฒนายังเป็น ประโยชน์แก่สหรัฐในการนำประเด็นทรัพย์สินทางปัญญามารวมไว้ในความตกลงพหุภาคี อีกด้วย เนื่องจากเมื่อประเทศเหล่านี้ได้แก้ไขกฎหมายภายในไปล่วงหน้าแล้ว ความขัดแย้งในการนำประเด็นเรื่องทรัพย์สินทางปัญญามาเป็นหัวข้อในการเจรจา ทางการค้าก็ย่อมมีน้อยลงไปด้วย หลังจากสิ้นสุดการเจรจารอบโตเกียวของแอกต์ สหรัฐอเมริกาไม่เพียงแต่กดดันให้ประเทศกำลังพัฒนาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น แต่ยังคงพยายามนำประเด็นทรัพย์สินทางปัญญาเข้าสู่การพิจารณาของแอกต์อีกต่อไป ในการเจรจารอบอุรุกวัย สหรัฐอเมริกาจึงได้

²⁸⁵ นันทน อินทนนท์ (2547) ประเด็นด้านทรัพย์สินทางปัญญาในความตกลงการค้าเสรี : บทวิเคราะห์ผลกระทบบางประการต่อประเทศไทยรายงานการวิจัยที่เสนอต่อสภาวิจัยแห่งชาติและกระทรวงยุติธรรม ในการประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ณ ศูนย์ประชุมสหประชาชาติเมื่อวันที่ 15-16 กันยายน พ.ศ.2547 หน้า 4

²⁸⁶ Peter Drahos, *Bilateralism in Intellectual Property*, Oxfam Policy Paper, 2001, p. 3-4.

นำประเด็นการค้าที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา (trade-related aspects of intellectual property) เข้าสู่การพิจารณาของแกตต์อีกครั้ง ในคราวนี้ แม้ว่าประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่จะไม่เต็มใจนักในการเข้าร่วมเจรจาด้วย แต่ก็เห็นว่าหากปล่อยให้มีการจับคู่เจรจากับสหรัฐแบบทวิภาคีแล้ว ประเทศกำลังพัฒนาเหล่านี้ก็จะเสียเปรียบ เนื่องจากมีอำนาจในการเจรจาต่อรองน้อยกว่า การเข้าร่วมเจรจาภายใต้ระบบพหุภาคีจึงน่าจะเป็นประโยชน์กว่า²⁸⁷ ด้วยเหตุนี้เองประเด็นการค้าที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจึงถูกนำเข้าสู่การพิจารณาของแกตต์อย่างเป็นทางการเป็นครั้งแรกในรอบอุรุกวัยนี้เอง²⁸⁸

2.2 วัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์

ความตกลงทริปส์มีวัตถุประสงค์ที่สำคัญในการลดการบิดเบือนและการขัดขวางการค้าระหว่างประเทศ การคำนึงถึงความต้องการที่จะส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างมีประสิทธิภาพและเพียงพอ การรับรองมาตรการและกระบวนการการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ให้เป็นอุปสรรคต่อการค้าเสรีระหว่างประเทศ²⁸⁹ ความตกลงทริปส์ถือเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่สมาชิกขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization, WTO) ต้องผูกพันอย่างไม่มีเงื่อนไข²⁹⁰

ความตกลงทริปส์ได้กำหนดเงื่อนไขให้ประเทศสมาชิก ต้องให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาหลายประเภท จึงได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการคุ้มครอง สิ่งที่ได้รับคุ้มครอง ขอบเขตของสิทธิ การบังคับใช้สิทธิ อย่างไรก็ตาม ความตกลงนี้เป็นเพียงแต่การกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ ของการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น ประเทศสมาชิกจึงสามารถที่จะบัญญัติกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาให้มีระดับการคุ้มครองที่สูงกว่าความตกลงทริปส์ได้ ตราบเท่าที่ไม่

²⁸⁷ Center for International Environmental Law (2003) “Intellectual Property in the FTAA: Little Opportunity and Much Risk” Geneva, p.4 .

²⁸⁸ Carlos M Correa(2000) Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries: The TRIPS Penang Third Network p 1

²⁸⁹ Michael Blakeney, (1996) “Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Concise Guide to the TRIPS Agreement” Sweet Maxwell, London, p. 9

²⁹⁰ Katzenberger, P, and Kur, A “TRIPS and Intellectual Property”, in Friedrich-Karl Beir and GerhardSchrickler (Eds) (1 9 9 7) “From GATT to TRIPS” IIC Studies, Max Plank Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, Munich, p. 2.

ขัดแย้งต่อหลักการที่บัญญัติไว้²⁹¹ “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.”

นอกจากนี้ ความตกลงทริปส์ได้มีการกล่าวถึง การที่ประเทศสมาชิกอาจจะออกกฎหมายหรือแก้ไขกฎหมาย และมาตรการที่จำเป็น ในการให้ความคุ้มครองแก่การสาธารณสุขและโภชนาการ และการส่งเสริมประโยชน์สาธารณะในภาคต่างๆ ในส่วนที่สำคัญอย่างมากต่อเศรษฐกิจและสังคม และการพัฒนาเทคโนโลยีของตน จะสามารถกระทำได้ โดยมีเงื่อนไขว่า มาตรการดังกล่าวจะต้องมีความสอดคล้องกับบทบัญญัติภายใต้ความตกลงทริปส์นี้²⁹²

ความตกลงทริปส์มิได้มีวัตถุประสงค์ในการทำให้กฎหมายของประเทศสมาชิกมีความสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันนั้น (harmonization) เนื่องจากความตกลงนี้เพื่อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ (minimum standards) ของการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น บรรดาสมาชิกจะดำเนินการให้บทบัญญัติของความตกลงนี้มีผลใช้บังคับ บรรดาสมาชิกจะไม่ผูกพันตามความตกลงนี้ที่จะให้ความคุ้มครองมากกว่าที่กำหนดไว้ แต่อาจจะอนุวัติการในกฎหมายของตนทั้งจะให้ความคุ้มครองมากกว่าที่กำหนดไว้ได้ ทั้งนี้ โดยมีเงื่อนไขว่า การคุ้มครองดังกล่าวไม่ ขัดต่อบทบัญญัติของความตกลงนี้ บรรดาสมาชิกจะมีอิสระในการกำหนดวิธีที่เหมาะสมในการปฏิบัติตามบทบัญญัติของความตกลงนี้ ภายในระบบและแนวปฏิบัติทางกฎหมายของตน²⁹³

²⁹¹ TRIPs Article 1(1)

²⁹² TRIPs Agreement , Article 8 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

²⁹³ TRIPs Agreement, Art. 1.1 “Member 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”.

ความตกลงทริปส์ไม่ได้กำหนดวิธีการในการอนุวัติการไว้ ประเทศสมาชิกจึงมีอิสระที่จะเลือกวิธีการอนุวัติการที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศได้²⁹⁴ ความตกลง TRIPs ต้องการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของสมาชิกของประเทศสมาชิกต่างๆ เป็นไปอย่างเท่าเทียมกัน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ ภายใต้หลักที่สำคัญ 3 ประการ คือหลักดินแดน (Territoriality principle) หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-favoured-nation treatment) และหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National treatment) ซึ่งส่งผลให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศต่างๆ มีความสอดคล้องและเป็นไปในทิศทางเดียวกัน²⁹⁵

2.2.1 หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment-NT)

หลักปฏิบัติเยี่ยงคนในชาติภายใต้ข้อตกลง TRIPs นี้มีบัญญัติไว้ใน Article 3 กล่าวคือ ภายใต้ข้อตกลง TRIPs ประเทศภาคีสมาชิกจะต้องปฏิบัติต่อคนของชาติอื่นเช่นเดียวกับที่ปฏิบัติต่อคนในชาติของตน คือต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติระหว่างคนในชาติและคนต่างชาติไม่ว่าประเทศใดๆ ในประเทศภาคีสมาชิกซึ่งในทางทรัพย์สินทางปัญญานั้นก็คือจะต้องมีการให้ความคุ้มครองต่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของคนต่างชาติ ประเทศภาคีสมาชิกไม่น้อยไปกว่าที่ให้แก่นคนในชาติภายใต้ข้อยกเว้นซึ่งได้กำหนดไว้แล้วในอนุสัญญากรุงปารีส อนุสัญญากรุงเบิร์น อนุสัญญากรุงโรมหรือสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาในเรื่องที่เกี่ยวกับวงจรรวม ตามลำดับ²⁹⁶

²⁹⁴ TRIPs Agreement, Art. 65.1 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.

²⁹⁵ จักรกฤษณ์ ควรพจน์ (2545) กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้าสำนักพิมพ์นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 3 หน้า 22-36.

²⁹⁶ TRIPs Agreement, Art 3(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 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.

2.2.2 หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (*Most-Favored-Nation*

Treatment – MFN)

ความตกลง TRIPS นั้นให้ประเทศสมาชิกมีพันธกรณีที่จะดำเนินการให้มี บทบัญญัติของความตกลง TRIPS นี้มีผลบังคับใช้ในประเทศของตน คือประเทศสมาชิกของ TRIPS ต้องให้ความคุ้มครองแก่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแก่คนชาติของตนและคนชาติของสมาชิกอื่นๆด้วย ในส่วนของการให้ความคุ้มครองแก่คนชาติของสมาชิกอื่น ๆ นั้นต้องใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) คือ การให้การปฏิบัติที่ไม่ด้อยไปกว่าที่ได้ปฏิบัติแก่คนชาติของตน และจะต้องใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) ด้วย โดยการให้การปฏิบัติแก่คนชาติของสมาชิกอื่นไม่น้อยกว่าที่ให้ต่อคนชาติของรัฐสมาชิกด้วยตนเองโดยการปฏิบัตินี้จะต้องให้ทันที และไม่มีเงื่อนไขใดๆ²⁹⁷ หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่งนี้ ก็เพื่อให้ประเทศภาคีของข้อตกลงนั้นมีอิสระที่จะทำความตกลงให้สิทธิกับ ประเทศอื่นเป็นกรณีพิเศษแตกต่างจากประเทศภาคีอื่นๆได้ กล่าวคือ ประเทศที่เป็นภาคีของข้อตกลงเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ เช่น Paris Convention, Berne Convention ซึ่งไม่อยู่ภายใต้หลัก MFN มาก่อน เมื่อมาเป็นภาคีของ TRIPS แล้ว ก็ต้องผูกพันตามหลัก MFN นี้ด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การให้สิทธิประโยชน์เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแก่ประเทศใดๆ ไม่ว่าจะ เป็นภาคีสมาชิกข้อตกลงเดียวกันนั้นหรือไม่ จะมีผลผูกพันให้ต้องให้สิทธิประโยชน์เช่นเดียวกันนั้นแก่ทุกประเทศที่เป็นภาคีในความตกลง TRIPS ด้วยโดยอัตโนมัติ

ความแตกต่างต่างของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) กับหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (MFN) คือ หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) เน้นถึงการไม่ปฏิบัติต่อผลิตภัณฑ์นำเข้าจากต่างประเทศให้ด้อยไปกว่าผลิตภัณฑ์ภายในประเทศของตนและหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (MFN) คือ การที่ต้องปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันต่อผลิตภัณฑ์นำเข้าชนิดเดียวกัน แม้จะมาจากประเทศผู้ผลิตต่างกันก็ตาม

²⁹⁷ TRIPs Agreement, Art 4 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:

3. การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา หรือ อังค์ถัด (United Nations Conference on Trade and Development : UNCTAD)

3.1 ความเป็นมาของอังค์ถัด

การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา หรือ UNCTAD ก่อตั้งขึ้นในปีพ.ศ. 2507 เพื่อเป็นองค์กรถาวรระหว่างรัฐบาล ที่เป็นเครื่องมือหลักของสหประชาชาติที่จัดการด้านการค้า การลงทุน และการพัฒนาเป้าหมายขององค์กรนี้คือ "การเพิ่มโอกาสทางการค้า การลงทุน และการพัฒนา และช่วยเหลือประเทศเหล่านั้นในการเข้าสู่ระบบเศรษฐกิจโลก ในพื้นฐานแห่งความเท่าเทียม" ปัจจุบัน อังค์ถัดมีประเทศสมาชิก 193 ประเทศ และมีสำนักงานใหญ่ที่กรุงเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์²⁹⁸

UNCTAD ปฏิบัติงานตามแนวทางสำคัญ 3 ประการ(three key functions) ดังนี้²⁹⁹

1. ทำหน้าที่เป็นเวทีหารือระหว่างรัฐบาลต่างๆ ผ่านการหารือของผู้เชี่ยวชาญ การแลกเปลี่ยนประสบการณ์และเน้นการสร้างความเห็นชอบร่วมกัน (Providing a forum for intergovernmental deliberations supported by discussions with expert and exchanges of experience, aimed at consensus building)
2. ดำเนินงานวิจัย วิเคราะห์นโยบาย และรวบรวมข้อมูลเพื่อใช้ประกอบการหารือระหว่างผู้แทนหน่วยงานผู้เชี่ยวชาญ ทั้งภาครัฐและเอกชน (Undertaking research, policy analysis and data collection for the debate of government representative and experts)
3. จัดให้มีการช่วยเหลือทางวิชาการ ที่ได้ปรับปรุงให้เหมาะสมกับความต้องการของประเทศที่มีการเปลี่ยนผ่านของระบบเศรษฐกิจ ทั้งนี้ UNCTAD จะร่วมมือกับหน่วยงานอื่นๆ และประเทศผู้บริจาคเพื่อให้ความช่วยเหลือทางวิชาการกับประเทศกำลังพัฒนาตามความเหมาะสม (Providing technical assistance tailored to the specific requirements of developing countries and of economics in

²⁹⁸ United Nations Conference on Trade and Development Retrieved 16 October 2013 from <http://unctad.org/en/Pages/About%20UNCTAD/A-Brief-History-of-UNCTAD.aspx>

²⁹⁹ กองสนเทศเศรษฐกิจ กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ Retrieved 16 October 2013 from <http://test.mfa.go.th/business/66.php>

transition. When appropriate, UNCTAD cooperates with other organizations and donor countries in the delivery of technical assistance)³⁰⁰

3.2 UNCTAD กับการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

ประเด็นของการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ได้ถูกหยิบยกขึ้นพิจารณาโดยประเทศสมาชิก ในการประชุมครั้งที่ 10 ในปี ค.ศ. 2000³⁰¹ ทำให้ UNCTAD กลายเป็นองค์กรสำคัญ สำหรับการหารือของประเทศสมาชิก ในประเด็นการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น³⁰²

ในปี ค.ศ. 2000 UNCTAD ได้จัดประชุม “Expert Meeting on Systems and National Experiences for Protecting Traditional Knowledge, Innovation and Practices” กรุงเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ในวันที่ 30 ตุลาคม ถึง วันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 2000 มีผู้เข้าร่วมประชุม 250 คน จาก 80 ประเทศ โดยมีตัวแทนจากกลุ่มคนพื้นเมือง ผู้แทนรัฐบาล นักวิชาการ นักวิจัย และตัวแทนจากภาคเอกชน องค์กรนอกภาครัฐบาล (non-governmental organizations: NGOs), องค์กรระหว่างประเทศ (international organization) องค์กรระหว่างประเทศระดับรัฐบาล (inter-governmental organizations: IGOs)³⁰³

³⁰⁰ Ibid

³⁰¹ The WTO Ministerial Conference –Cancun 2003 Briefing Notes on the Ministerial and the Main Issues Retrieved 16 October 2013 from http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min03_e/brief_e/cancun_presspack_e.pdf see also Department of Commerce, Government of India, 'Protecting Traditional Knowledge: Why it is important' (2002) 4 No.4 India & The WTO, A Monthly Newsletter of the Ministry of Commerce and Industry p1, 17. Retrieved 16 October 2013 from http://commerce.nic.in/writereaddata/publications/wto_april2002.pdf

³⁰² Panumas Kudngaogarm (2011) Protecting Intellectual Property in Thai Traditional Medicine USA: Lambert Academic Publishing p 255

³⁰³ The UNCTAD Expert Meeting on Systems and National Experiences for Protecting Traditional Knowledge, Innovation and Practices Geneva, 30 October - 1 November 2000 Retrieved 16 October 2013 from http://r0.unctad.org/trade_env/tk.htm see also Carlos Correa (2001) Traditional knowledge and Intellectual Property issue and options surrounding the protection of traditional knowledge a discuss paper commission by the Quaker United Nation office(QUNO) p 22

ผลการประชุมในครั้งนี้ ได้สะท้อนถึงความคิดเห็นที่หลากหลายจากผู้เชี่ยวชาญในการประชุม UNCTAD's Commission on Trade in Goods and Services, and Commodities ในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 2001 ซึ่งได้เจรจาให้มีการปฏิบัติตามคำแนะนำแก่ รัฐบาล ชุมชนในนานาชาติ และ UNCTAD³⁰⁴ ดังนี้

1. การทำการวิจัยและการเวิร์คชอประดับภูมิภาค เพื่อแลกเปลี่ยนประสบการณ์และตรวจสอบยุทธวิธีอันเกี่ยวเนื่องกับภูมิปัญญาท้องถิ่น (conduct analytical work and organize regional workshop to exchange national experience and examine strategies on Traditional Knowledge –related issues.)

2. ให้ความช่วยเหลือประเทศสมาชิกและชุมชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่น ในการสำรวจนโยบายในการที่ควบคุมภูมิปัญญาท้องถิ่นสำหรับการค้าและการพัฒนา (assist member state and local and indigenous communities in exploring policies to harness traditional knowledge for trade and development)

3. ให้ความช่วยเหลือประเทศกำลังพัฒนาในการหาวิธีการในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ให้ชุมชนนานาชาติมาแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับระบบการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในประเทศ พิจารณามาตรฐานขั้นต่ำสำหรับกฎหมายเฉพาะในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ที่ได้การรับรองในระดับนานาชาติ (assist developing countries in exploring ways to protect Traditional knowledge. The international community was called upon to exchange information on national system to protect Traditional Knowledge and to explore minimum standard for an internationally recognized sui generis system for Traditional Knowledge protection)³⁰⁵

นอกจากนี้แล้ว ประเทศกำลังพัฒนาต้องตระหนักถึงการให้ความคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานมาจากองค์ความรู้ของภูมิปัญญาท้องถิ่น สำหรับการนำไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์³⁰⁶ ดังที่กล่าวมานี้ จะเห็นได้ว่า UNCTAD ได้มีความเห็นด้วยถึงความสำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่นว่า มีความ

³⁰⁴ Ibid

³⁰⁵ Ibid

³⁰⁶ Ibid

จำเป็นที่จะต้องให้ความคุ้มครองไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมายเฉพาะ หรือการใช้ระบบการให้ความคุ้มครองอื่นใดที่เหมาะสม³⁰⁷

ในวันที่ 3-5 เมษายน ค.ศ. 2002 รัฐบาลของประเทศอินเดีย ได้จัดสัมมนาในหัวข้อ “ระบบการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น และการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นในเชิงพาณิชย์ (Systems for Protecting and Commercializing Traditional Knowledge) มีผู้แทนจาก 14 ประเทศเข้าร่วมการสัมมนา ในครั้งนี้คือ บราซิล กัมพูชา ฟิลิปปินส์ จีน โคลัมเบีย คิวบา อียิปต์ เคนยา เปรู ฟิลิปปินส์ ศรีลังกา ประเทศไทย เวียดนาม และอินเดีย โดยมีผู้แทนของประเทศอินเดีย 100 คน รวมถึง ผู้แทนจากองค์กรนานาชาติคือ WTO WHO (regional office) Asia Pacific for transfer of Technology, UNDP, UNESCO. ILO, UNCTAD United Nation information Center และองค์กรทวิภาคีเช่น DFID³⁰⁸

หัวข้อในการสัมมนาในครั้งนี้คือ การใช้การแพทย์ดั้งเดิมในเชิงพาณิชย์ (The commercialization of the traditional medicine) ระบบในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับประเทศ (system for protecting traditional knowledge at the national level) และการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในมิติของนานาชาติ รวมถึงส่วนประกอบของระบบกฎหมายเฉพาะในระดับนานาชาติ (The international dimension of traditional sui generis system)³⁰⁹

ที่ประชุมได้หารือกันในมาตรการการให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นกล่าวคือ กฎหมายเฉพาะภายในประเทศ ระบบการลงทะเบียนภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อป้องกันการหาประโยชน์โดยมิชอบ มาตรการทางกฎหมายระหว่างประเทศ และการกำหนดของแหล่งกำเนิดของทรัพยากร พันธุกรรม การเปิดเผยภูมิปัญญากรณีการขอความคุ้มครองในระบบทรัพย์สินทางปัญญา³¹⁰

สำหรับประเด็นของ ระบบการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ได้มีการหารือใน 2 ประเด็น กล่าวคือ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในกฎหมายปัจจุบันและกฎหมายเฉพาะ และ สิทธิของสิ่งที่ไม่ใช่ทรัพย์สินทางปัญญา³¹¹ ที่ประชุมได้รับฟังถึงประสบการณ์ที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นของแต่ละ

³⁰⁷ Panumas Kudngaogarm อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 62 หน้า 256

³⁰⁸ Seminar on Traditional Knowledge organized by the Government of India in co-operation with the UNCTAD secretariat Retrieved 16 October 2013 from http://r0.unctad.org/trade_env/test1/meetings/delhi.htm

³⁰⁹ The UNCTAD Report of the International Seminar on Systems for the Protection and Commercialization of Traditional Knowledge New Delhi, 3-5 April 2002 p 2

³¹⁰ Ibid 2-3

³¹¹ Ibid ,6

ประเทศอาทิเช่น ประเทศเคนยา จีน อินเดีย ประเทศไทย คิวบา เปรู และบราซิล³¹² และการใช้กฎหมายเฉพาะในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นอาทิเช่น การใช้กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศจีน การใช้กฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศกัมพูชา และกฎหมายเฉพาะในอินเดียและเปรู³¹³ ในกรณีการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นนี้ บางประเทศเช่น เกาหลี ศรีลังกา ยังไม่มีกฎหมายใดเป็นการเฉพาะที่ทำให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น³¹⁴

อย่างไรก็ตาม トラบใดที่ยังไม่มีการตกลงทั่วไปเกี่ยวกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นตามหลักการของการเป็นรัฐเอกราช (sovereignty of state)³¹⁵ ย่อมมีอำนาจในการออกกฎหมายคุ้มครองทรัพยากรของตนเอง³¹⁶

หนึ่งในประเด็นสำคัญในการประชุมครั้งนี้ คือมิติของการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ที่ประชุมมีความเชื่อเป็นอย่างยิ่งว่า ระบบการคุ้มครองเพียงอย่างเดียวไม่สามารถคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ในการที่จะถูกลกขวนนำไปใช้ประโยชน์โดยไม่ได้การยินยอมจากผู้ทรงสิทธิ (Traditional Knowledge piracy)³¹⁷ นอกจากนี้ ที่ประชุมยังเห็นชอบที่จะยกระดับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นจากระดับกฎหมายเฉพาะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ³¹⁸ ประเด็นการให้ความคุ้มครอง

³¹² Ibid 6

³¹³ Ibid 6-9

³¹⁴ Panumas Kudngaogarm อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 62หน้า 258

³¹⁵ รัฐเอกราชมีสิทธิในการจัดการกิจการภายในของตนเอง การตรากฎหมายและโครงสร้างสังคมและเศรษฐกิจ เขตอำนาจของดินแดนและสิ่งแวดล้อมทางทะเล ภายในเขตอธิปไตยของแต่ละประเทศ และอำนาจในการจัดการดังกล่าว โดยปราศจากการครอบงำอำนาจที่เหนือกว่า (a country's right to settle its own affairs; to create its own legal, social and economic structure is as much part of these affairs as treatment of the terrestrial and marine environment within the sovereign territory of each country . This power to create and freely dispose of is both absolute and not subject to any higher authority.)

³¹⁶ Michael Hassemer, Part III Analysis of different area of indigenous Resources Section II. Genetic Resources' in Silke von Lewinki (ed), Indigenous Heritage and Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, (2004) p 177 cited in Panumas Kudngaogarm (2011) Protecting Intellectual Property in Thai Traditional Medicine USA: Lambert Academic Publishing p 258

³¹⁷ The UNCTAD Report of the International Seminar on Systems for the Protection and Commercialization of Traditional Knowledge p 14

³¹⁸ The UNCTAD Report of the International Seminar on Systems for the Protection and

ภูมิปัญญาท้องถิ่น ได้ถูกหยิบยกขึ้นพิจารณาในการประชุมนานาชาติหลายเวที อาทิเช่น องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) องค์การการค้าโลก (WTO) อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (CBD) (FAO) องค์การอาหารและเกษตรแห่งสหประชาชาติ (FAO) องค์การอนามัยโลก (WHO) การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (UNCTAD) แต่ประเด็นการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ไม่มีความคืบหน้าเท่าที่ควร³¹⁹ อุปสรรคสำหรับการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาท้องถิ่นในการประชุมในหลายเวทีนั้นมีหลายประการดังนี้

1. อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพไม่ได้กล่าวถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยตรง
2. IGC ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ได้ถูกนำมาอ้างในความชอบธรรมของประเทศพัฒนาแล้วมากกว่าประเทศกำลังพัฒนา
3. องค์การการค้าโลก ดังเลในการทบทวนบทบัญญัติ มาตรา 27.3 (b) กำหนดให้มีการทบทวนกฎหมายหลักการที่กำหนดไว้ดังกล่าวภายในกำหนด 4 ปี นับแต่วันที่ความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกมีผลใช้บังคับ ให้ครอบคลุมความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

ข้อสังเกตในประเด็นสำคัญจากการประชุมในครั้งนี้กล่าวคือ ที่ประชุมต่างเห็นพ้องต้องกันในระบบกฎหมายเฉพาะสำหรับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ทั้งในระดับชาติและระดับนานาชาติ³²⁰ การลงทะเบียนในระบบฐานข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นและการรับรองตราสารกฎหมายระหว่างประเทศจะช่วยป้องกันการฉกฉวยประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่น และการหาประโยชน์อย่างไม่เป็นธรรม³²¹ แต่ก็มีผู้เข้าร่วมประชุมบางองค์กร ให้ทัศนะว่า จะไม่ทำให้การการฉกฉวยประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่น และการหาประโยชน์อย่างไม่เป็นธรรมนั้น กระทำได้ง่ายขึ้นกว่าเดิม³²²

Commercialization of Traditional Knowledge p 14

³¹⁹ The UNCTAD Report of the International Seminar on Systems for the Protection and Commercialization of Traditional Knowledge p14-15

³²⁰ The UNCTAD Report of the International Seminar on Systems for the Protection and Commercialization of Traditional Knowledge p 19

³²¹ The UNCTAD Report of the International Seminar on Systems for the Protection and Commercialization of Traditional Knowledge p 19

³²² The UNCTAD Report of the International Seminar on Systems for the Protection and Commercialization of Traditional Knowledge p 19

ความห่วงใยในกรณีการลงทะเบียนในระบบฐานข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งออกแบบสำหรับเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น อาจจะไม่เป็นมาตรการที่หยุดยั้งการละเมิดภูมิปัญญาท้องถิ่นได้อย่างแท้จริง จากเหตุผลที่ว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นทรัพย์สินที่ไม่อาจวัดค่าได้ (intangible property) เป็นการยากที่จะนิยามได้เป็นการเฉพาะเจาะจง และการให้คำนิยามภูมิปัญญาท้องถิ่นก็ยังเปิดกว้างสำหรับองค์ความรู้ในลักษณะนี้³²³ ประเด็นดังกล่าวนี้ยังคงเป็นประเด็นในการถกเถียงกันในการประชุมระดับนานาชาติหลายเวที เช่น UNCTAD³²⁴

การลงทะเบียนในระบบฐานข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่น จะมีประสิทธิภาพได้ต้องมีการกำหนดเช่นเดียวกับการจดสิทธิบัตร มิฉะนั้นแล้วจะเป็นการเปิดโอกาสให้มีการฉกฉวยผลประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่น³²⁵ ควรมีการกำหนดดังนี้³²⁶

- 1) การเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม
- 2) รับรองการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่น (ถ้ามี)
- 3) การแจ้งขออนุญาต (Prior Informed Consent - PIC) (ถ้ามี)
- 4) การรับรองการแบ่งปันผลประโยชน์จากหน่วยงานที่มีอำนาจในประเทศที่เป็นแหล่งที่มาของภูมิปัญญาท้องถิ่น³²⁷

การประชุมเชิงปฏิบัติการของ UNCTAD ในหัวข้อ องค์ประกอบของระบบกฎหมายเฉพาะภายในประเทศ สำหรับการปกป้องคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาท้องถิ่น นวัตกรรมและการปฏิบัติและทางเลือกในกรอบของนานาชาติ) จัดขึ้นในวันที่ 4-5 กุมภาพันธ์ ปี ค.ศ. 2004 กรุงเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์³²⁸ ซึ่งมีผู้เชี่ยวชาญ 90 คนจากหลายสาขาอาชีพเช่น การค้า สิ่งแวดล้อม ภูมิปัญญา

³²³ คู่มือที่ 2 หน้าที่ 11-15

³²⁴ The UNCTAD Report of the International Seminar on Systems for the Protection and Commercialization of Traditional Knowledge p 19

³²⁵ Panumas Kudngaogarm above n 58 p260

³²⁶ The UNCTAD Report of the International Seminar on Systems for the Protection and Commercialization of Traditional Knowledge p 19

³²⁷ The UNCTAD Report of the International Seminar on Systems for the Protection and Commercialization of Traditional Knowledge above n81, 16

³²⁸ The United nation Conference of trade and development (UNCTAD), Trade and Sustainable Development Section, Traditional Knowledge Retrieved 16 October 2013 from

ท้องถิ่น คนพื้นเมือง การพัฒนาการลงทุน เป็นต้น เข้าร่วมเพื่อระดมความคิดในประเด็นของระบบกฎหมายเฉพาะภายในประเทศ สำหรับการปกป้องคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาท้องถิ่น นวัตกรรม และการปฏิบัติและทางเลือกในกรอบของนานาชาติ³²⁹

ประเด็นในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น กฎหมายจารีตประเพณี (customary law) และระบบกฎหมายเฉพาะ (sui generis system) ได้รับการรับรองและการแบ่งปันผลประโยชน์อันเกี่ยวข้องกับการขอสchutzบัตร³³⁰ อย่างไรก็ดี ที่ประชุมได้มีทัศนะเกี่ยวกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยระบอบทรัพย์สินทางปัญญาว่า กฎหมายสำหรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบัน ไม่เพียงพอที่จะสามารถคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ และทางเลือกอื่นควรที่จะได้รับการพิจารณาต่อไป³³¹

การประชุมครั้งนี้อาจมองข้ามถึงรายละเอียดในเชิงลึกของคุณลักษณะของภูมิปัญญาท้องถิ่น ที่ประกอบไปด้วยส่วนย่อยที่หลากหลาย ในระบอบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาปัจจุบัน อาทิ เช่น ข้อเสนอที่ไม่เปิดเผย และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ซึ่งอาจจะเทียบเคียงได้กับการคุ้มครองกับส่วนย่อยของภูมิปัญญาท้องถิ่น (subsets of traditional knowledge)³³² และที่ประชุมควรที่จะเปิดใจกว้างสำหรับการพิจารณาการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยทางเลือกของสิทธิในสิ่งที่ไม่ใช่ทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น แต่ควรที่จะหารูปแบบใหม่ๆ สำหรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ครอบคลุมทั้งการตัดสินใจในประเด็นการให้ความคุ้มครองยังไม่สิ้นสุด ควรที่จะพิจารณาการค้นคว้าวิธีอื่นใด หรือการออกแบบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในรูปแบบใหม่ เป็นที่น่าเสียดายว่า ประเด็นนี้ ไม่ได้ถูกหยิบยกขึ้นมาหารือแต่อย่างใด³³³ แต่อย่างน้อยก็ได้มีการตกลง ในมิตินานาชาติ สำหรับการป้องกันการฉกฉวยประโยชน์ การนำไปใช้เพื่อประโยชน์อันไม่สมควร หรือการใช้โดยไม่ได้รับการอนุญาตก่อน

http://r0.unctad.org/trade_env/topicTK.asp

³²⁹ Ibid see also UNCTAD-Commonwealth Secretariat workshop Elements of National Sui Generis Systems for the Preservation, Protection and Promotion of Traditional Knowledge, Innovations and Practices and Options for an International Framework (Report of the UNCTAD –Commonwealth, Executive Summary, at Geneva Switzerland, 4-6 February 2004) p 1

³³⁰ Ibid

³³¹ Ibid

³³² Panumas Kudngaogarm อ่างแล้วเชิงอรรถที่62 หน้า 261

³³³ Panumas Kudngaogarm อ่างแล้วเชิงอรรถที่62 หน้า 261

ของภูมิปัญญาท้องถิ่น นอกจากนี้ ประเด็นของการไม่เปิดเผยแหล่งที่มา ได้มีการยอมรับให้เป็นการสมควร โดยการสมัครใจ³³⁴

4. หลักสิทธิมนุษยชน(Human right standard)

วิวัฒนาการแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพทางเศรษฐกิจของประชาชน นั้น มีมูลฐานมาจากการคุ้มครองสิทธิของมนุษย์ตามหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ในฐานะที่มนุษย์เกิดมามีสิทธิต้องมามีสิทธิแห่งความเสมอภาคในการเป็นมนุษย์ มีสิทธิ ในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และ เสรีภาพ มีสิทธิที่จะได้รับการศึกษา การดูแลทางด้านสุขภาพอนามัย และ ความปลอดภัย ตลอดจนการมีสภาพชีวิตที่สมควรกับการเกิดมาเป็นมนุษย์ มีที่อยู่อาศัย มีอาหาร ยารักษาโรค เสื้อผ้า เครื่องนุ่งห่ม ป้องกันภัยจากความร้อน ความหนาว และ มีความมั่นคงปลอดภัยปราศจากความหวาดกลัว มีเสรีภาพทางการเมือง ความคิด อุดมการณ์ การแสดงออก มีสิทธิเข้าถึงการพัฒนาและวิทยาการ เพื่อนำมาสู่การพัฒนาชีวิตที่ดีขึ้น³³⁵

หลักสิทธิมนุษยชนในบริบททั่วไปคือ มาตรฐานขั้นต่ำที่รับรองโดยนานาชาติ สำหรับสิทธิในเสรีภาพในทางส่วนตัวและสิทธิในความเสมอภาคทางกฎหมาย สิทธิดังกล่าวมานี้ ปัจจุบันนี้ได้รับการรับรองว่าเป็นหลักการพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน³³⁶ หลักสิทธิมนุษยชนได้รับการรับรองโดยองค์การสหประชาชาติ (United Nations Organization) และตราสารทางกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง³³⁷

³³⁴ UNCTAD-Commonwealth Secretariat workshop Elements of National Sui Generis Systems for the Preservation, Protection and Promotion of Traditional Knowledge, Innovations and Practices and Options for an International Framework above n 88,1

³³⁵ ลาวัณย์ ถนัดศิลป์ (2552) ในเอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (Protect of rights and Liberties of the people) เล่ม 1 หน่วยที่ 6 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพทางเศรษฐกิจ นนทบุรี มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราช สาขานิติศาสตร์หน้า 178

³³⁶ Rhona K.M. Smith(2005) Text Book on International Human Rights (Second Edition) p10 cited in Panumas Kudngaongarm (2007) “ Human Right Standards for The protection of Intellectual Property: Traditional Knowledge and Indigenous Resources” Asian society of international law (April) p 19

³³⁷ Panumas Kudngaongarm (2007) “ Human Right Standards for The protection of Intellectual Property: Traditional Knowledge and Indigenous Resources” Asian society of international law (April) p 19

ตราสารทาง กฎหมายระหว่างประเทศ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา
ดังต่อไปนี้³³⁸

1. ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights : UDHR)
2. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (The International Covenant on Economic, Social And Cultural Rights : ICESCR)
3. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (The International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR)
4. องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (The International Labour Organization : ILO)
5. ปฏิญญาแห่งสหประชาชาติ ว่าด้วยสิทธิชนเผ่าพื้นเมือง (The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples)

4.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights : UDHR)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights : UDHR) ในข้อที่ 27 (1)และ (2) ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน อันเกี่ยวข้องกัทรัพย์สินทางปัญญามากที่สุด กำหนดว่า ทุกคนมีสิทธิที่จะเข้าร่วมโดยอิสระ ในชีวิตทางวัฒนธรรมของชุมชน ที่จะผลิตเพื่อกับศิลปะ และมีส่วนในความรุดหน้า และคุณประโยชน์ทางวิทยาศาสตร์ และมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองผลประโยชน์ทางจิตใจและทางวัตถุ อันเป็นผลจากประดิษฐ์กรรมใดทางวิทยาศาสตร์ วรรณกรรม และศิลปกรรมซึ่งตนเป็นผู้สร้าง³³⁹

³³⁸ Ibid

³³⁹ (Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits. Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author) P.R. Gandhi, Blackstone's International Human Rights Documents (4th Edition) 25. (The Universal Declaration of Human Rights (UDHR) of 10 December 1948, General Assembly Official Record, III, Resolutions, UN Doc.A/810,71.)

4.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (The International Covenant on Economic, Social And Cultural Rights : ICESCR)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เป็นส่วนหนึ่งของตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ร่วมกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ได้รับการควบคุมดูแลโดยคณะกรรมการสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ³⁴⁰ ในข้อ 15 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม อันเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญา กำหนดไว้ดังต่อไปนี้

1) รับรองสิทธิของทุกคนที่จะมีส่วนร่วมในชีวิตวัฒนธรรม อุปโภคสิทธิประโยชน์แห่งความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ และได้รับสิทธิประโยชน์จากการคุ้มครองผลประโยชน์ทางด้านศีลธรรม และวัตถุอันเกิดจากการผลิตทางวิทยาศาสตร์ วรรณกรรม หรือศิลปกรรมซึ่งตนเป็นผู้สร้างสรรค์ (to take part in cultural life, to enjoy the benefits of scientific progress and its applications to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from and scientific, literary or artistic production of which he is author)

2) ภาตียังต้องดำเนินการเพื่อสนับสนุนการอนุรักษ์ พัฒนาและเผยแพร่ซึ่งวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรม (the States Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for the conservation, the development and the diffusion of science and culture.)

3) เคารพเสรีภาพซึ่งขาดไม่ได้แก่การวิจัยทางวิทยาศาสตร์และกิจกรรมสร้างสรรค์ (The States Parties to the present Covenant undertake to respect the freedom indispensable for scientific research and creative activity.)

³⁴⁰ Fact Sheet No.2 (Rev.1), The International Bill of Human Rights UN OHCHR. June 1996. Archived from [the original](#) on March 13, 2008 Retrieved 22 October 2013 from <http://web.archive.org/web/20080313093428/http://www.unhchr.ch/html/menu6/2/fs2.htm>

4) สนับสนุนสัญญาระหว่างประเทศและความร่วมมือกันในสาขาเหล่านี้ (The States Parties to the present Covenant recognize the benefits to be derived from the encouragement and development of international contracts and co-operation in the scientific and cultural fields)³⁴¹

ข้อสังเกตที่สมควรจะพิจารณาคือ ในข้อ 15 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ที่กำหนดไว้ว่า “ได้รับสิทธิประโยชน์จากการคุ้มครองผลประโยชน์ทางด้านศีลธรรมและวัตถุอันเกิดจากการผลิตทางวิทยาศาสตร์ วรรณกรรม หรือศิลปกรรมซึ่งตนเป็นผู้สร้างสรรค์” มีความคล้ายคลึงกันในสาระของ ข้อที่ 27 (2) ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่กำหนดไว้ว่า สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองผลประโยชน์ทางจิตใจและทางวัตถุ อันเป็นผลจากประดิษฐ์กรรมใดทางวิทยาศาสตร์ วรรณกรรม และศิลปกรรมซึ่งตนเป็นผู้สร้าง อย่างไรก็ตาม ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เป็นข้อตกลงที่ไม่ผลผูกพันทางกฎหมาย และเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) แต่กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เป็นส่วนหนึ่งของ “สนธิสัญญา” หรือ “Treaty”³⁴²

4.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (The International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเป็นสนธิสัญญาพหุภาคี ซึ่งสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ให้การรับรองเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 1966 และมีผลใช้บังคับเมื่อ 23 มีนาคม ค.ศ. 1976 สนธิสัญญานี้ให้คำมั่นสัญญาว่าภาคีจะเคารพสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองของบุคคล ซึ่งรวมถึงสิทธิในชีวิต เสรีภาพในศาสนา เสรีภาพในการพูดเสรีภาพในการ

³⁴¹ P.R. Ghandhi, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 98 หน้า 85

³⁴² Peter –Tobias Stoll and Anja von Hahn Part III Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law in Silke von Lewinski (ed), Indigenous Heritage and Intellectual Property , Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (2004) 5, p 18 cited in Panumas Kudngaongarm (2007) “ Human Right Standards for The protection of Intellectual Property: Traditional Knowledge and Indigenous Resources” Asian society of international law (April) p 20

รวมตัว สิทธิเลือกตั้ง และสิทธิในการได้รับการพิจารณาความอย่างยุติธรรม จนถึงเดือนตุลาคม ค.ศ. 1978 กติการะหว่างประเทศนี้มีประเทศลงนาม 72 แห่งและภาคี 165 แห่ง³⁴³

ICCPR เป็นส่วนหนึ่งของ "International Bill of Human Rights" ร่วมกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights หรือ ICESCR)³⁴⁴

ในข้อ 27 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มีความสำคัญอย่างมากของตราสารกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ในบริบทของภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรของชนพื้นเมือง โดยได้กำหนดไว้ว่า “ในรัฐทั้งหลายซึ่งมีชนกลุ่มน้อยทางเผ่าพันธุ์ ศาสนา หรือภาษาอยู่ บุคคลผู้เป็นชนกลุ่มน้อยดังกล่าวจะไม่ถูกปฏิเสธสิทธิในอันที่จะมีวัฒนธรรมของตนเอง หรือนับถือและประกอบพิธีกรรมทางศาสนาของตนเอง หรือใช้ภาษาของตนเอง ภายในชุมชนร่วมกับสมาชิกอื่นๆ ของชนกลุ่มน้อยด้วยกัน” (In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language)³⁴⁵

ในข้อ 1(2) ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง สะท้อนให้เห็นถึงสิทธิในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยได้กำหนดไว้ว่า “เพื่อจุดมุ่งหมายของตน ประชาชนทั้งปวงอาจจัดการ โภคทรัพย์และทรัพยากรธรรมชาติของตนได้อย่างเสรี โดยไม่กระทบต่อพันธกรณีใดๆ อันเกิดจากความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการแห่งผลประโยชน์ซึ่งกันและกัน และกฎหมายระหว่างประเทศ ประชาชนจะไม่ถูกลิดรอนจากวิถีทางแห่งการยังชีพของตนไม่ว่าในกรณีใดๆ” (All peoples may, for their own ends, freely dispose of their

³⁴³ UN Treaty Collection: International Covenant on Civil and Political Rights UN. 2009-02-24 Retrieved 20 October 2013 from http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en

³⁴⁴ Ibid

³⁴⁵ International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), adopted and opened for signature, ratification and accession of 16 December 1966, by General Assembly resolution 2200A (XXI), art. 27 Retrieved 24 October 2013 from <http://www.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>

natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic cooperation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence)³⁴⁶

4.4 องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (The International Labour Organization : ILO)

องค์การแรงงานระหว่างประเทศ หรือ ILO (International Labour Organization) เกิดขึ้นพร้อมกับการก่อตั้งสันนิบาตชาติ (The League of Nations) เมื่อ ค.ศ. 1919 ภายใต้สนธิสัญญาแวร์ซายส์ (Treaty of Versailles) โดยมีประเทศไทยร่วมเป็นประเทศสมาชิกก่อตั้งด้วยวัตถุประสงค์ในการก่อตั้ง ILO คือ ส่งเสริมความยุติธรรมทางสังคม และส่งเสริมให้สิทธิมนุษยชนและสิทธิแรงงานได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการ จนกระทั่งสันนิบาตชาติได้ถูกยกเลิกไป และมีการจัดตั้งสหประชาชาติ (United Nations) ขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1946 ILO จึงกลายเป็นองค์การชำนาญพิเศษ (Specialized agency) ของสหประชาชาติ อันเป็นองค์กรหลักเพียงหนึ่งเดียวของสหประชาชาติที่รับผิดชอบดูแลประเด็นแรงงานของประเทศสมาชิก โดยขณะนี้ ILO มีประเทศสมาชิกจำนวน 181 ประเทศ³⁴⁷

นักวิชาการบางท่านกล่าวว่า อนุสัญญาแรงงานระหว่างประเทศ เป็นตราสารที่มีสภาพบังคับที่ให้ความสำคัญต่อสิทธิของชนพื้นเมือง³⁴⁸ การให้ความคุ้มครองแก่ชนพื้นเมืองนั้น ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนในอนุสัญญาแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 169 ว่าด้วยปวงชนพื้นเมืองและกลุ่มชาติพันธุ์ในประเทศเอกราช³⁴⁹

4.5 ปฏิญญาแห่งสหประชาชาติ ว่าด้วยสิทธิชนเผ่าพื้นเมือง (The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights : UDHR) ในข้อที่ 27 (1) และ (2) ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน อันเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทาง

³⁴⁶ The International Covenant on Civil and Political Rights Article 1(2)

³⁴⁷ International Labour Organization ILO Retrieved 1 September from <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm>

³⁴⁸ Stoll and Hahn อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 100 หน้า 6

³⁴⁹ Ibid. The International Labour Organization Convention ฉบับที่ 169 ว่าด้วยปวงชนพื้นเมืองและกลุ่มชาติพันธุ์ในประเทศเอกราช ได้ลงมติรับรองเมื่อวันที่ 27 มิถุนายน 1989 โดยที่ประชุมองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ครั้งที่ 6 ซึ่งมีผลบังคับใช้ ในวันที่ 5 กันยายน 1991 Retrieved 30 October 2013 from <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/62.htm>

ปัญญามากที่สุด กำหนดว่า ทุกคนมีสิทธิที่จะเข้าร่วมโดยอิสระ ในชีวิตทางวัฒนธรรมของชุมชน ที่จะผลิตเพื่อกับศิลปะ และมีส่วนในความรุดหน้า และคุณประโยชน์ทางวิทยาศาสตร์ และมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองผลประโยชน์ทางจิตใจและทางวัตถุ อันเป็นผลจากประดิษฐ์กรรมใดทางวิทยาศาสตร์ วรรณกรรม และศิลปกรรม ซึ่งตนเป็นผู้สร้าง (Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits. Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author)³⁵⁰

ปฏิญญาแห่งสหประชาชาติ ว่าด้วยสิทธิชนเผ่าพื้นเมืองได้รับการรับรองโดยสมัชชาสหประชาชาติ ในวันที่ 13 กันยายน 2006 โดยมีสมาชิกลงนามรับรองทั้งสิ้น 143 ประเทศ งดออกเสียง 11 ประเทศ ไม่รับรอง 4 ประเทศคือ สหรัฐอเมริกา นิวซีแลนด์ ออสเตรเลีย และแคนาดา³⁵¹ เป็นตราสารกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิแก่คนพื้นเมืองมากที่สุด³⁵²

ชนพื้นเมืองมีสิทธิที่จะกำหนด ความมุ่งหมายเจตนาของตนหรือการตัดสินใจ ด้วยตนเอง ดังนั้นด้วยสิทธินี้ชนเผ่าพื้นเมือง จึงมีสิทธิเสรีภาพที่จะกำหนดฐานะทางการเมือง และแสวงหาการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม³⁵³ มีสิทธิที่จะมี ชีวิต มีความสมบูรณ์ ทั้งทางร่างกายและจิตใจ และมีความมั่นคงปลอดภัย การเป็นกลุ่มชนที่จะดำรงชีวิตอย่างมีเสรีภาพ ความสงบสุข และความมั่นคงปลอดภัย ในฐานะเป็นกลุ่มชนที่มีลักษณะเฉพาะของตนเอง³⁵⁴ สิทธิในการปฏิบัติและฟื้นฟูธรรมเนียมและประเพณี ซึ่งรวมถึงสิทธิที่จะธำรงรักษาปกป้อง และพัฒนา วัฒนธรรมของตนที่เกิดขึ้นมาตั้งแต่อดีต ปัจจุบัน และจะเกิดขึ้นในอนาคตสิทธิที่จะแสดงออก ปฏิบัติ พัฒนา และตั้งสอน ขนบธรรมเนียมประเพณีและพิธีทางศาสนาและจิตวิญญาณ ของตน มีสิทธิที่จะรักษา ปกป้อง และ

³⁵⁰ P.R. Gandhi, Blackstone's International Human Rights Documents (4th Edition) 25. (The Universal Declaration of Human Rights (UDHR) of 10 December 1948, General Assembly Official Record, III, Resolutions, UN Doc.A/810,71.).

³⁵¹ The United Nations The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Retrieved 29 October 2013 from http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf

³⁵² Panumas Kudngaongarm อ่างแล้วเชิงอรุณีที่ 62 หน้า 21

³⁵³ The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples ARTICLE 3

³⁵⁴ Ibid Article 7 I

เข้าถึง (ได้โดยส่วนตัว) มีสิทธิที่จะฟื้นฟู ใช้ พัฒนา และส่งผ่านเรื่องราวทางประวัติศาสตร์ ภาษา ตำนาน ปรัชญา ภาษาพูดและวรรณกรรม ไปยังคนรุ่นลูกหลาน³⁵⁵

ชนเผ่าพื้นเมืองมีสิทธิที่จะก่อตั้งและควบคุมระบบและสถาบันการศึกษาของตน โดยจัดให้มีการศึกษาที่สอนเป็นภาษาของตน ซึ่งเหมาะสมกับวิธีการเรียนและการสอนตามและการมีสิทธิอย่างสมบูรณ์ภายใต้ กฎหมายแรงงาน ของประเทศตนและกฎหมายแรงงานระหว่างประเทศ³⁵⁶ สิทธิที่จะชำระรักษาและพัฒนาระบบหรือสถาบันทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคม และมีสิทธิที่จะปรับปรุงพัฒนาสภาพทางเศรษฐกิจและสังคมของตน ให้ดีขึ้น³⁵⁷ มีสิทธิในเรื่องยาพื้นบ้านและธรรมาภิบาลซึ่งวิธีการรักษาสุขภาพ รวมไปถึงการอนุรักษ์สมุนไพร สัตว์ และแร่ธาตุต่างๆ ที่สำคัญที่ใช้เพื่อการรักษา³⁵⁸

ในข้อ 31(1) ได้บัญญัติไว้ว่า ชนเผ่าพื้นเมืองมีสิทธิที่จะรักษา ควบคุม ปกป้องและพัฒนา มรดกทางวัฒนธรรม ความรู้ดั้งเดิม การแสดงออกทางวัฒนธรรมดั้งเดิม อีกทั้งวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและวัฒนธรรม ซึ่งหมายรวมถึงทรัพยากรมนุษย์ และพันธุกรรม เมล็ดพันธุ์พืช ยา ความรู้ในเรื่องคุณสมบัติของพืชและสัตว์ ข้อมูลทางประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมจากคาบอกเล่า วรรณกรรม การออกแบบ กีฬา การละเล่นพื้นบ้าน ศิลปะการแสดง ศิลปะการวาดภาพหรือการแกะสลัก ชนเผ่าพื้นเมืองยังมีสิทธิที่จะรักษา ควบคุม ปกป้องและพัฒนาทรัพย์สินทางปัญญา ด้านมรดกทางวัฒนธรรม ความรู้ดั้งเดิม การแสดงออกทางวัฒนธรรมดั้งเดิม³⁵⁹

สรุปได้ว่า ประเทศกำลังพัฒนาได้มีความพยายามที่จะปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่นของตนเองโดยเป็นผู้ริเริ่ม ในการเจรจาเพื่อให้เกิดมาตรการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในกฎหมายระหว่างประเทศ ด้วยเหตุของความไม่ไว้วางใจประเทศที่พัฒนาแล้ว ในการหาประโยชน์อันมิชอบในภูมิปัญญา

³⁵⁵ Ibid Article 11,12,13

³⁵⁶ Ibid Article 14 and 17.

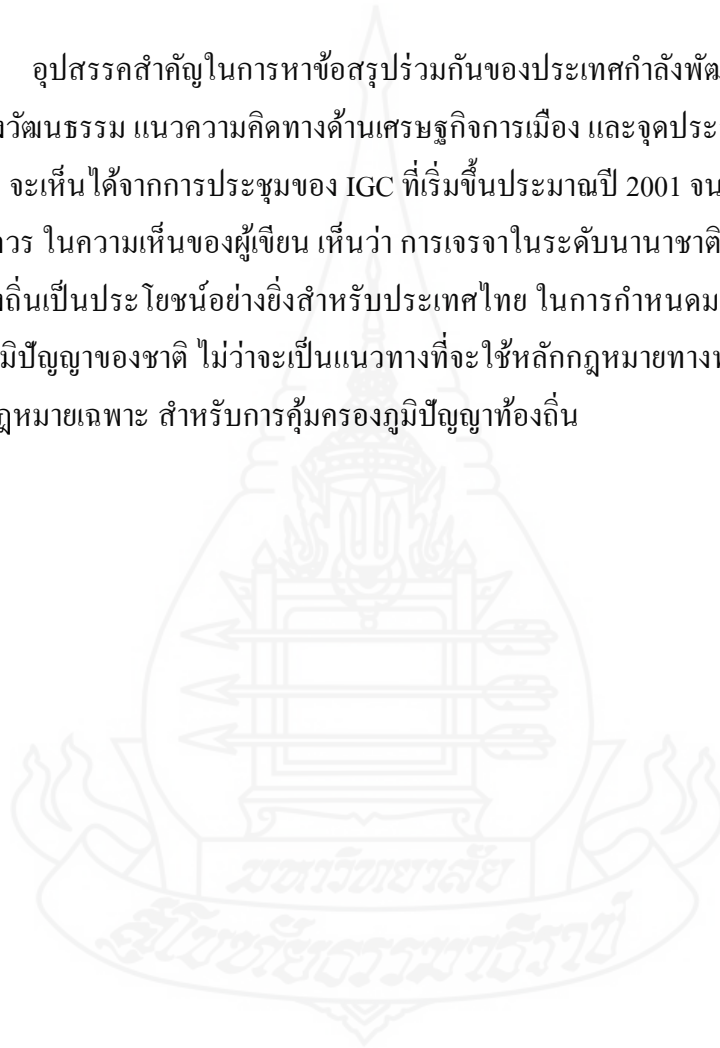
³⁵⁷ Ibid Article 20 and 21.

³⁵⁸ Ibid Article 23, 24 and 25.

³⁵⁹ “ Indigenous peoples have the right to maintain, control, protect and develop their cultural heritage, traditional knowledge and traditional cultural expressions, as well as the manifestations of their sciences, technologies and cultures, including human and genetic resources, seeds, medicines, knowledge of the properties of fauna and flora, oral traditions, literatures, designs, sports and traditional games and visual and performing arts. They also have the right to maintain, control, protect and develop their intellectual property over such cultural heritage, traditional knowledge, and traditional cultural expressions.” Ibid. Article 31.

ท้องถิ่นของตน โดยให้เป็นการเจรจาบนพื้นฐานของฉันทวิสัยที่เป็นเอกสาร เพื่อให้สามารถบรรลุความตกลงข้อบทที่เป็นตราสารกฎหมายระหว่างประเทศ ดังเช่นการประชุมของ IGC ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก และในขณะเดียวกัน ก็มีการประชุมในประเด็นของการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในเวทีเจรจาอื่นๆ อาทิเช่นการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา หรือ อังค์ถัด และองค์การสิทธิมนุษยชน

อุปสรรคสำคัญในการหาข้อสรุปร่วมกันของประเทศกำลังพัฒนาคือ ความหลากหลายในพื้นฐานทางวัฒนธรรม แนวความคิดทางด้านเศรษฐกิจการเมือง และจุดประสงค์ของการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น จะเห็นได้จากการประชุมของ IGC ที่เริ่มขึ้นประมาณปี 2001 จนถึงปัจจุบัน ยังไม่มีความคืบหน้าเท่าที่ควร ในความเห็นของผู้เขียน เห็นว่า การเจรจาในระดับนานาชาติในประเด็นการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นประโยชน์อย่างยิ่งสำหรับประเทศไทย ในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญาของชาติ ไม่ว่าจะเป็นแนวทางที่จะใช้หลักกฎหมายทางทรัพย์สินทางปัญญาปัจจุบัน หรือการตรากฎหมายเฉพาะ สำหรับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น



บทที่ 5

การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับการนวดภายใต้ กฎหมายต่างประเทศ

ในบทนี้ จะทำการศึกษาการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศจีน อินเดีย และฟิลิปปินส์ เหตุที่ผู้เขียนสนใจที่จะศึกษาการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศดังกล่าว เพราะว่าแต่ละประเทศต่างมีภูมิปัญญาดั้งเดิมที่หลากหลายและมีการพัฒนามาช้านาน และมีความสัมพันธ์กับประเทศไทยมาช้านาน ในการวิจัยนี้ ผู้เขียนมุ่งเน้นไปที่การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาด้านการนวด ซึ่งประเทศที่กล่าวมาแล้วนี้ล้วนต่างมีศิลปะการนวดแบบดั้งเดิมอันทรงคุณค่า อันเป็นสมบัติชาติ ดังเช่นภูมิปัญญาดั้งเดิมด้านการนวดของไทย

1. การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้กฎหมายของประเทศจีน

ประเทศจีนตระหนักถึงความสำคัญของการพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ และมีแนวโน้มว่ากำลังจะสูญหายไปอย่างรวดเร็วด้วยกระแสแห่งโลกาภิวัตน์³⁶⁰ โดยเฉพาะภูมิปัญญาท้องถิ่นทางการแพทย์แผนจีนโบราณ หรือ TCM (Traditional Chinese Medicine)³⁶¹

การแพทย์แผนจีนโบราณ หรือ TCM (Traditional Chinese Medicine) การแพทย์แผนจีนเป็นองค์ความรู้ดั้งเดิมของคนจีนมาช้านาน ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความเจริญรุ่งเรืองของอารยธรรมจีน มีหลักฐานการบันทึกประวัติศาสตร์ทางการแพทย์ ว่าเริ่มต้นเมื่อ 1800 ปีก่อนคริสตกาลในช่วงต้นราช

³⁶⁰ Luo Li(2012) Does Intangible Cultural Heritage Law Resolve Everything in China? Journal of International Commercial Law and Technology Vol. 7, Issue 4 p 355

³⁶¹ วิวัฒน์ สรรพคุณ(2556) การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นตามกฎหมายต่างประเทศ จุลนิตีสำนักงานเลขานุการวุฒิสภา หน้า 45

วงศ์ซาง (Shang dynasty) มีการค้นพบบันทึกตัวหนังสือจีนเก่าแก่ ที่บรรยายถึงวิธีการรักษาและวินิจฉัยโรค โดยบันทึกไว้บนกระดูกสะบั้นกระดูกเต่า ในสมัยราชวงศ์หยิน (Yin dynasty)³⁶² ในสมัยราชวงศ์โจว (Zhou dynasty: 1100-800 ปีก่อนคริสตกาล) ได้มีการเขียนคู่มือประกอบพิธีกรรมเรียกว่า “The Book of Rite” ระบุถึงว่ามีแพทย์เฉพาะทางอยู่ 4 สาขา คือ อายุศาสตร์ ศัลยกรรม โภชนาการ และ สัตว์แพทย์³⁶³

หนังสือทางการแพทย์จีนที่สำคัญชื่อว่า “Internal classic or Yellow Emperor’s internal classic” มีทั้งหมด 18 เล่ม ซึ่งรวบรวมเนื้อหาทั้งทฤษฎีและวิธีการรักษาอย่างละเอียด หนังสือเล่มนี้เป็นตำราที่สำคัญซึ่งใช้กันอยู่ในโรงเรียนและวิทยาลัยการแพทย์แผนจีนในปัจจุบัน³⁶⁴ ประเทศจีนประกอบด้วยชนชาติที่มาจากหลายเชื้อชาติ จึงมีวัฒนธรรมประเพณีที่แตกต่างหลากหลาย ในอดีตที่ผ่านมา การแพทย์พื้นบ้านจะถูกเก็บเป็นความลับ และสืบทอดกันภายในตระกูล โดยจะถ่ายทอดให้แก่บุตรชายเท่านั้น³⁶⁵ ในปี 1968 การแพทย์แผนจีนโบราณเริ่มได้รับความนิยมมากขึ้น เห็นได้จากการโรงพยาบาลหลายแห่งในชุมชนเมืองได้เริ่มมีการใช้สมุนไพรในการรักษา และมีการปลูกสมุนไพรในสวนสมุนไพรของตนเอง³⁶⁶ ผู้ป่วยในโรงพยาบาลเริ่มที่หันมาใช้การรักษาแผนจีนมากกว่าแผนตะวันตก เช่น การใช้

³⁶² แบนเนอร์ เอช โรเบิร์ต (2540) การแพทย์พื้นบ้านกำกับสุขภาพ แปลจาก Traditional Medicine and health care coverage โดย กรรณิการ์ พรหมเสาร์และสรสิริ อันจัน, กรุงเทพมหานคร โรงพิมพ์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึก หน้า 95

³⁶³ เพิ่งอ้าง, หน้า 98-99

³⁶⁴ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3 หน้า 99

³⁶⁵ Zang Weibo Intellectual Property Protection of Traditional medicine in China p 4 retrieved February 20, 2014 from http://www.wipo.int/mdocsarchives/WIPO_TK_CEI_00/Mr.%20Zhang%20Weibo%20Non%20Paper.pdf

³⁶⁶ Samuel Rosen, Health Care in Modern China; an Eyewitness, in Modern China and Traditional Chinese Medicine p 150 (Guenter B. Risse ed., 1973).

สมุนไพร การฝังเข็ม และการนวด³⁶⁷ ในปี 1983 มีจำนวนผู้ป่วย 6% ในโรงพยาบาล เลือกใช้การรักษา โดยการแพทย์แผนจีน³⁶⁸

ปัจจุบันการแพทย์แผนจีนได้รับการยอมรับไปทั่วโลก ประกอบด้วย การเลือกอาหาร การนวด การฝังเข็ม การดื่มน้ำสมุนไพรต่างๆ รวมทั้งยาจากสัตว์ด้วย ปัจจุบันกำลังได้รับความสนใจจากนักวิจัยชาวตะวันตกอย่างกว้างขวาง และเป็นที่ยอมรับมากขึ้นเรื่อยๆว่า มีประสิทธิภาพสูง และสามารถรักษาอาการของโรคบางโรค ที่แพทย์แผนปัจจุบันยังไม่พบวิธีรักษาได้³⁶⁹

1.1 การนวดแผนจีนโบราณ

การนวดแผนจีนหรือ “ทุยหนา” เป็นการนวดรักษาในการแพทย์แผนจีนมานับพันปี ปัจจุบันมีการนำการนวดทุยหนาประยุกต์ใช้ในการบำบัดโรคทางด้าน อายุรเวช ศัลยศาสตร์ สูตินารีเวช กุมารเวช และมีการศึกษาวิจัยในการนำไปใช้ในการแพทย์แขนงอื่นๆ³⁷⁰

การนวดทุยหนา ทุยคือการผลัก หนาคือการหีบกล้ามเนื้อ รวมแล้วคือการนวดตามศาสตร์แพทย์แผนจีนใช้วิธีการนวดโดยเฉพาะในจุดตำแหน่งบนร่างกายเทคนิคที่จำเป็น จะต้องทำไปอย่างต่อเนื่องมีพลัง ใช้แรงสม่ำเสมอ ละมุนละม่อมและนุ่มลึก วิธีการนวดนั้น มีหลายอย่างที่นิยมใช้กัน มี วิธีการผลัก การกด การกดด้วยนิ้วเดียว การคลึง การหีบ การสั่น การตบ การถู เป็นต้น การนวดทุยหนาและการกดจุดสามารถใช้ในการบำรุงสุขภาพ เช่นการนวดตา การนวดแขนขา การนวดเพื่อบำรุงกระเพาะอาหารและการนวดเพื่อสงบจิตใจ เป็นต้น สรรพคุณของการนวดทุยหนา คือ เสริมสมรรถนะของอวัยวะภายในร่างกาย, ทำให้เลือดลมหมุนเวียนได้ดี, ปรับและเสริมกล้ามเนื้อ เอ็นและไขข้อให้แข็งแรงขึ้น และสามารถเพิ่มภูมิคุ้มกันด้านร่างกายได้อีกด้วย³⁷¹ การนวดทุยหนาได้ถูกผนวกไว้เป็นสาขา

³⁶⁷ Kenneth Levin, *Medicine & Chinese Society*, in *M Modern China and Traditional Chinese Medicine* p 108 (Gunter B. Risse ed., 1973)

³⁶⁸ Tian Jingfu, *The Role and Position of Traditional Chinese Medicine in Primary Health Care*, World Health Organization Regional Office For Western Pacific Report p 31.

³⁶⁹ *Traditional Chinese Medicine*, National Center for Complementary and Alternative Medicine, *Traditional Chinese Medicine: An Introduction [NCCAM Backgrounder]* Retrieved December 20, 2013 from [Thttp://nccam.nih.gov/health/whatiscom/chinesemed.htm](http://nccam.nih.gov/health/whatiscom/chinesemed.htm)

³⁷⁰ นวดแผนจีนบำบัด Retrieved 5 February 2014 from <http://ams.kku.ac.th/newams/file/etc/massage.pdf>

³⁷¹ การแพทย์แผนจีน การนวดทุยหนา คณะการแพทย์แผนตะวันออก มหาวิทยาลัยรังสิต Retrieved February 5, 2014 from

หนึ่งในการศึกษาแพทย์แผนจีน ในปี 1956 มีการจัดตั้งโรงเรียนนวดทุยหนาเป็นครั้งแรกที่เมืองเซียงไฮ้ และต่อมาก็มีการนำการนวดทุยหนามาสอนในคณะแพทย์แผนจีนในวิทยาลัย และมหาวิทยาลัย³⁷² ในช่วง 50 ปีที่ผ่านมา มีการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการนวดทุยหนอย่างกว้างขวาง และมีตำราการนวดนี้เกิดขึ้นอย่างมากมาย³⁷³

1.2 กฎหมายคุ้มครองการแพทย์แผนจีน (Regulations on the Protection of types of Chinese Traditional Medicine 1992)

รัฐบาลจีนได้ออกกฎหมายเฉพาะสำหรับการคุ้มครองแพทย์แผนจีน (Regulations on the Protection of types of Chinese Traditional Medicine 1992) มีการประกาศใช้โดย บทบัญญัติที่ 106 (Decree No 106) ของ คณะรัฐมนตรีของสภาประชาชนจีน (State Council of the People's Republic of China) เมื่อวันที่ 14 ตุลาคม ค.ศ 1992 และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ 1993³⁷⁴ กฎหมายฉบับนี้มีเจตนารมณ์ในการส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพการแพทย์แผนจีน การให้ความคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์อันชอบธรรมของภูมิปัญญาแพทย์แผนจีนและการผลิตยา³⁷⁵

http://www.orientalmedrsu.com/index.php?option=com_content&view=article&id=132:2012-12-22-17-48-03&catid=92&Itemid=514&lang=th

³⁷² Benchmarks for training in traditional /complementary and alternative medicine: benchmarks for training in tuina. World Health Organization 2010 p 1

³⁷³ Cao RF et al. Zhong yi (1992). Tuina xue [Tuina therapy]. Beijing, Ren Min Wei Sheng Chu Ban She

³⁷⁴ Regulations on the Protection of types of Chinese Traditional Medicine 1992 Retrieved December 20, 2013 from The Asian Legal Information Institute (Asian II) <http://www.asianlii.org/>

³⁷⁵ Regulations on the Protection of types of Chinese Traditional Medicine 1992 Article 1 (These Regulations are formulated for the purpose of imposes of improving the quality of types of traditional Chinese medicine, protecting the legitimate rights and interests of traditional Chinese medicine producing enterprises, and promoting the development of traditional Chinese medicine) www.chinalaw.com (english translation).

กฎหมายฉบับนี้ให้นิยามการแพทย์แผนจีนคือ การใช้ยาจีนโบราณ การสกัดและการเตรียมยาสมุนไพร³⁷⁶ แม้ว่านิยามโดยทั่วไป หมายรวมถึงการรักษาโดย การนวด การฝังเข็ม และระบบการตรวจรักษาด้วย³⁷⁷

มีข้อสังเกตว่ากฎหมายคุ้มครองแพทย์แผนจีน ของประเทศจีน ไม่ได้บัญญัตินิยามคำว่าแพทย์แผนจีน ให้หมายรวมถึงการนวด ดังเช่นการนวดไทย ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542³⁷⁸ ของประเทศไทย แม้ว่าในประเทศจีน การนวดทฤษฎีนาได้ใช้อย่างกว้างขวางร่วมกับการรักษาทางการแพทย์แผนจีนในสถานพยาบาลต่างๆ และวิธีการนวดทฤษฎีนา ได้ถูกนำไปใช้ในต่างประเทศทั่วโลก นอกจากนี้ การนวดทฤษฎีนามีปรัชญาการรักษาที่ได้รับอิทธิพลมาจากการแพทย์จีนโบราณ ซึ่งทำให้มีลักษณะโดดเด่นกว่าการนวดแบบอื่นๆ³⁷⁹

ประเทศจีนประสบความสำเร็จในการผสมผสานการแพทย์แผนดั้งเดิมกับการแพทย์แผนปัจจุบัน ในระบบสาธารณสุขแห่งชาติ ซึ่งเป็นแบบอย่างที่ดี ของการการแพทย์แผนดั้งเดิมเพื่อประโยชน์ของประชาชน ซึ่งทำให้ประเทศอื่นๆ มีความมั่นใจในการใช้การแพทย์แผนดั้งเดิมของตนเอง ร่วมกับการแพทย์แผนปัจจุบัน³⁸⁰

³⁷⁶ Ibid Article 2 These Regulations apply to types of traditional Chinese medicine produced and manufactured within the territory of China, including prepared traditional Chinese medicines, extracts and preparations from natural medicinal materials, as well as artificial traditional Chinese medicines.

³⁷⁷ Terasa Schroeder (2002) Chinese Regulation of Traditional Chinese medicine in the modern world: Can the Chinese profit from one of the their most valuable culture resources? Pacific Rim & Policy Journal Association p 687

³⁷⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 มาตรา 3

³⁷⁹ Benchmarks for training in traditional /complementary and alternative medicine above n 13, 3

³⁸⁰ Health Planning Division, Ministry of Public Health. “Policy for the development of Thai traditional medicine and medicinal plants”, In: Chamniendumrongkan S, Attasith R., Suksuth M. (eds.) Medicinal Plants and Health Development – Development of Medicinal Plants for Medicinal Purpose Project (Bangkok: War Veterans Administration Printing, 1989), pp. 46-51.

1.3 กฎหมายประกอบวิชาชีพการแพทย์แผนโบราณจีน

เพื่อประโยชน์สำหรับบุคคลทั่วไป ในการใช้บริการการรักษาการแพทย์แผนจีน รัฐบาลจีนจึงออกกฎหมายการควบคุมการประกอบวิชาชีพแพทย์แผนจีน³⁸¹ โดยคณะกรรมการวิสามัญ สภาของสภาประชาชนแห่งชาติ ในวันที่ 26 มิถุนายน 1998

กฎหมายประกอบวิชาชีพการแพทย์แผนโบราณจีน รัฐกำหนดระบบการสอบเพื่อขอ ใบประกอบวิชาชีพแพทย์และผู้ช่วยแพทย์³⁸² ซึ่งกำหนดคุณสมบัติของผู้สอบเพื่อขอใบประกอบวิชาชีพ แพทย์ดังนี้ (1) สำเร็จการศึกษาจากคณะแพทย์จากมหาวิทยาลัยและฝึกงานภายใต้แพทย์ผู้มีใบอนุญาต ประกอบวิชาชีพอย่างน้อย 1 ปี ในสถานพยาบาล หรือ (2) มีใบอนุญาตประกอบวิชาชีพผู้ช่วยแพทย์และ สำเร็จการศึกษาจากโรงเรียนการแพทย์ และทำงานในการรักษาในสถานพยาบาลเป็นเวลา 2 ปี หรือ(3) สำเร็จการศึกษาจากการแพทย์พิเศษจาก โรงเรียน โพลีเทคนิค และได้ทำงานในการรักษาใน สถานพยาบาลเป็นเวลา 5 ปี³⁸³

³⁸¹ Law on Licensed Doctors of the People's Republic of China Retrieved December 20, 2013 from The Asian Legal Information Institute (Asian II) <http://www.asianlii.org/>

³⁸² Ibid Article 8 The State applies the system of examination to determine the qualifications of doctors. The system consists of examinations to determine the qualifications of licensed doctors and examinations to determine the qualifications of licensed assistant doctors.

³⁸³ Ibid Article 9 Whoever meets one of the following requirements may take the examinations for the qualifications of a licensed doctor: (1) having, at least, graduated from the faculty of medicine of a university and, under the guidance of a licensed doctor, worked on probation for at least one year in a medical treatment, disease-prevention or healthcare institution; or (2) after obtaining the license for an assistant doctor, having reached the level of a graduate from the faculty of medicine of a university and worked for at least two years in a medical treatment, disease-prevention or healthcare institution; or having reached the level of a graduate from the specialty of medicine of a polytechnic school and worked for at least five years in a medical treatment, disease-prevention or healthcare institution.

สำหรับผู้สำเร็จการศึกษาจากคณะแพทยศาสตร์มหาวิทยาลัยหรือโรงเรียนโพลีเทคนิค และฝึกงานภายใต้แพทย์ผู้มีใบอนุญาตประกอบวิชาชีพอย่างน้อย 1 ปี ในสถานพยาบาล สามารถสอบใบอนุญาตประกอบวิชาชีพผู้ช่วยแพทย์³⁸⁴

สำหรับกฎหมายของประเทศไทย บุคคลใดจะสามารถเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะได้ จะต้องมิขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ.2542³⁸⁵ ซึ่งได้แบ่งการแพทย์โบราณเพียง 4 สาขา คือ สาขาเวชกรรมไทย เกษัชกรรรมไทย การผดุงครรภ์ไทย การนวดไทย³⁸⁶ และการนวดไทย³⁸⁷

ข้อมูล ณ วันที่ 29 กันยายน พ.ศ.2555 มีผู้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะสาขานวดไทยแล้ว 514 คน³⁸⁸ ปัญหาที่เกิดขึ้นคือผู้ที่สอบได้ไปประกอบโรคศิลปะสาขาเวช

³⁸⁴ 25 Ibid Article 10 Anyone who has reached the level of a graduate from the faculty of medicine of a university or a polytechnic school and, under the guidance of a licensed doctor, worked on probation for at least one year in a medical treatment, disease-prevention or healthcare institution, may take the examinations for the qualifications of an assistant doctor.

³⁸⁵ พระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ.2542 มาตรา 4 “การประกอบโรคศิลปะ” หมายความว่า การประกอบวิชาชีพที่กระทำหรือมุ่งหมายจะกระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การส่งเสริมและการฟื้นฟูสุขภาพ การผดุงครรภ์ แต่ไม่รวมถึงการประกอบวิชาชีพทางการแพทย์และสาธารณสุขอื่นตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

³⁸⁶ เพิ่งอ้าง มาตรา 5 การประกอบโรคศิลปะตามพระราชบัญญัตินี้แบ่งเป็นสาขาต่าง ๆ ดังนี้ (1) สาขาการแพทย์แผนไทย ได้แก่ เวชกรรมไทย เกษัชกรรรมไทย การผดุงครรภ์ไทย และการแพทย์แผนไทยประเภทอื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ

³⁸⁷ ประกาศกระทรวงสาธารณสุข พ.ศ. 2555 เรื่อง การเพิ่มประเภทการนวดไทยในสาขาการแพทย์แผนไทยและ ประกาศคณะกรรมการวิชาชีพสาขาการแพทย์แผนไทย ฉบับที่ 2 (พ.ศ 2555) เรื่อง “การประเมินผู้ที่ส่วนราชการรับรองว่าเป็นผู้มีประสบการณ์ ด้านการนวดไทย เพื่อขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาต เป็นผู้ประกอบโรคศิลปะสาขาการแพทย์แผนไทย ประเภทการนวดไทย”

³⁸⁸ Anchalee Chathaputti (2010) National Traditional system of Medicine Recognized by the Thai government for institute of Thai Traditional Medicine Department for the Development and alternative Medicine Minister of Public Health , Thailand p 6

กรรมอาจนับไม่เป็นที่กฎหมายกลับยอมรับว่ามีความสามารถในการนวด ส่วนผู้ที่มีความรู้ในเรื่องการนวดไทยเป็นอย่างดีอาจไม่มีใบประกอบโรคศิลปะ³⁸⁹

1.4 กฎหมายมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของประเทศไทย (the Intangible Cultural Heritage Law of the People's Republic of China 2011)

องค์การยูเนสโก ได้อธิบายความหมายของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Cultural Heritage) ว่า หมายถึง ความรู้ ขนบธรรมเนียม ประเพณี หรือแนวปฏิบัติทุกรูปแบบ ทั้งที่เป็นสากลและของท้องถิ่น ซึ่งถูกสร้างขึ้นและถูกถ่ายทอดจากรุ่นสู่รุ่นไม่ว่าด้วยวาจาหรือวิธีการอื่นใดผ่านช่วงระยะเวลาหนึ่ง มีการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงได้โดยกระบวนการสั่งสมความรู้และประยุกต์ใช้ นอกจากนี้ อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ยังมีการกำหนดคุ้มครองสิ่งซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรม เช่น มุขปาฐะ การแสดงออก ภาษา ศิลปะการแสดง แนวปฏิบัติทางสังคม พิธีกรรมและงานเทศกาล ความรู้และการปฏิบัติต่างๆ เกี่ยวกับธรรมชาติและจักรวาล ฝีมือช่าง แนวประเพณี มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ยังเป็นสิ่งที่ถ่ายทอดกันมาจากรุ่นสู่รุ่นและถูกสร้างใหม่อยู่เรื่อยๆ โดยชุมชนเพื่อตอบสนองกับสิ่งแวดล้อมธรรมชาติและประวัติศาสตร์ ช่วยให้ชุมชนมีอัตลักษณ์และความต่อเนื่อง โดยความต่อเนื่องถือเป็นลักษณะสำคัญของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้³⁹⁰

เนื่องจากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของจีน ยังไม่มีกฎหมายคุ้มครอง จึงเป็นเหตุให้เกิดการละเมิดในต่างประเทศ ในการนำไปใช้ประโยชน์อย่างไม่เป็นธรรม รัฐบาลจีนจึงออกกฎหมายการให้ความคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยมีผลบังคับใช้ เมื่อวันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ. 2011 ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับแรกที่ทำให้ความคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของจีนอย่างกว้างขวาง³⁹¹

³⁸⁹ วิวิธ วงทิพย์(2556) การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น สถาบันการวิจัยและพัฒนา มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช หน้า 127

³⁹⁰ The United Nations Organization for Education, Science and Culture (UNESCO) What is Intangible Cultural Heritage? Retrieved February 5,2014 from <http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=en&pg=00002>

³⁹¹ Luo Li Does Intangible Cultural Heritage Law Resolve Everything in China? Journal of International Commercial Law and Technology Vol. 7, Issue 4(2012) Queen Mary, University of London p 1

กฎหมายฉบับนี้ ได้กำหนดการให้ความคุ้มครองครอบคลุมถึงการแพทย์แผนจีนด้วย³⁹² ระบบของการให้ความคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ระบุชัดเจนว่า ให้คุ้มครองทั้งในระดับนานาชาติและระดับท้องถิ่น³⁹³ ซึ่งมีความสำคัญ ในการที่รัฐบาล ในการออกนโยบาย เงินทุน และมาตรการ ที่เหมาะสมในการให้ความคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่มีความหลากหลาย รวมถึงขบวนการการประเมินจากข้อเสนอแนะและความคิดเห็นจากผู้เชี่ยวชาญ และสาธารณะชน ทั่วไป³⁹⁴

มาตรการสำคัญๆ ในการให้ความคุ้มครองในกฎหมายฉบับนี้คือ

1. ได้มีข้อห้ามไม่ให้บุคคล หรือองค์กรต่างชาติ เข้ามาศึกษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในประเทศจีน เพื่อควบคุมการลักลอบเอาวัตถุมีค่า และทักษะฝีมือต่างๆ ซึ่งเป็นความลับ ไปเผยแพร่ในต่างประเทศ³⁹⁵
2. ได้กำหนดนโยบายสนับสนุนให้ประชาชนมีส่วนร่วมและการสร้างจิตสำนึกเพื่อบรรลุเป้าหมายในการคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของชาติ³⁹⁶
3. สนับสนุนการเงินจากงบประมาณของรัฐบาล³⁹⁷
4. มีการกำหนดบทลงโทษสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐในการละเมิดกฎหมายฉบับนี้³⁹⁸ และสำหรับองค์กรต่างชาติที่มีความผิดตามมาตรา 15³⁹⁹ ซึ่งการกระทำความคิดนี้ถือว่าเป็นความผิดทางอาญา⁴⁰⁰

สำหรับประเทศไทย กระทรวงวัฒนธรรมส่งเสริมวัฒนธรรม ได้เสนอร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ พ.ศ.....ต่อคณะรัฐมนตรีโดยกระทรวงวัฒนธรรมส่งเสริมวัฒนธรรม เพื่อพิจารณาเห็นชอบในหลักการและสร้างพระราชบัญญัติฯ ให้

³⁹² The Intangible Cultural Heritage Law of the People's Republic of China 2011 Article 2

³⁹³ Ibid Article 18

³⁹⁴ Ibid Article 20,22

³⁹⁵ Ibid Article 15

³⁹⁶ Ibid Article 8

³⁹⁷ Ibid Article 6

³⁹⁸ Ibid Article 38,39

³⁹⁹ Ibid Article 41

⁴⁰⁰ Ibid Article 42

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา คณะรัฐมนตรีได้พิจารณา เรื่อง เสนอร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้โดยมีมติเมื่อวันที่ 8 ตุลาคม 2556 อนุมัติหลักการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ตามที่กระทรวงวัฒนธรรมเสนอ และให้ส่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาและส่งให้คณะกรรมการประสานงานสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาก่อนเสนอสภาผู้แทนราษฎรพิจารณา⁴⁰¹

หลักการและเหตุผลของกฎหมายการให้ความคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของจีน และพระราชบัญญัติว่าด้วยมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของประเทศไทย ต่างมีเป้าหมายที่สำคัญคือการคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมหรือการใช้ประโยชน์จากวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ที่สืบทอดกันมาตั้งแต่บรรพบุรุษ กระทรวงวัฒนธรรมประเทศไทยได้ประกาศ การขึ้นทะเบียนการนวดไทยและฤๅษีคัดคน เป็นมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของชาติ⁴⁰² สาขาคำความรู้เกี่ยวกับธรรมชาติและจักรวาลสาขาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์พื้นบ้าน

สรุปได้ว่า ทั้งประเทศไทยและประเทศจีน ต่างเห็นความสำคัญของมรดกทางวัฒนธรรม จึงมีการตรากฎหมายในการให้ความคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ อันเป็นแนวทางในการอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรมไม่ให้สูญหาย การนำไปใช้ให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจของประเทศ การปกป้องจากการกระทำโดยละเมิดของต่างชาติ นอกจากนี้ วัฒนธรรมในลักษณะนี้ถือเป็นส่วนหนึ่งของประวัติศาสตร์การพัฒนาของมนุษยชาติโดยรวมที่คนในชาติ ควรช่วยกันหวงแหนรักษาไว้ไม่ให้สูญหาย และถ่ายทอดไปยังคนรุ่นหลังต่อไป

⁴⁰¹ กรมส่งเสริมวัฒนธรรม สถาบันวัฒนธรรมศึกษา(สำนักมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม) คืบค้น วันที่ 5 มีนาคม 2557 จาก http://www.culture.go.th/subculture4/index.php?option=com_content&view=article&id=72&Itemid=14

⁴⁰² มาตรา 5 มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ได้รับการคุ้มครองและส่งเสริมตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องมีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ วิชาการ ศิลปะ คุณค่าทางจิตใจ หรือผลงานควรค่าแก่การรักษาไว้ และต้องมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ (4) ความรู้และการปฏิบัติเกี่ยวกับธรรมชาติและจักรวาล และ ประกาศกระทรวงวัฒนธรรม เรื่อง การขึ้นทะเบียนมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของชาติ ประจำปี พุทธศักราช 2554 ประกาศ ณ วันที่ 2 กันยายน พ.ศ. 2554

2. การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้กฎหมายของประเทศอินเดีย

ประเทศอินเดียแม้จะยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยตรงแต่ก็มีกฎหมายที่ให้การคุ้มครองเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยอ้อม เช่น Biological Diversity Act 2002 ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์ในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพ กฎหมายคุ้มครองความหลากหลายของพันธุ์พืชและสิทธิของเกษตรกร (Protection of Plant Varieties and Farmers Rights Act 2001) การกำหนดสิทธิในผืนป่าของชนเผ่าดั้งเดิม (Scheduled Tribes and Other Traditional Forest Dwellers (Recognition of Forest Right) Act 2006) และการปกป้องคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่ให้ถูกนำไปถือครองประโยชน์ภายใต้ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา คือ กฎหมายสิทธิบัตร (Patent Act (Amendment) Act 2002) ซึ่งบัญญัติห้ามการขอรับการคุ้มครองสิทธิบัตรจากภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างชัดเจน⁴⁰³

ประเทศอินเดียสนับสนุนการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น และเป็นตัวแทนของกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาใน WTO Ministerial Meeting 2005 ที่ประเทศฮ่องกง ในการนำเสนอการแก้ไขข้อตกลงทริปส์ เรื่องการข้อกำหนดการขอจดสิทธิบัตรต้องมีการเปิดเผยประเทศที่มาหรือแหล่งกำเนิด (Country of origin) แสดงถึงการเห็นชอบที่ได้แจ้งล่วงหน้า (prior inform consent) และหลักฐานแสดงถึงความเสมอภาคและยุติธรรมของการแบ่งปันผลประโยชน์ (fair and equitable benefit sharing)⁴⁰⁴

ประเทศอินเดียให้ความสำคัญในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นทั้งทางด้านกฎหมาย และการบริหารจัดการทรัพยากรที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่น ผู้เขียนเห็นว่า การศึกษาแนวทางการคุ้มครองภูมิปัญญาดั้งเดิมด้านการนวดไทยนั้น มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำความเข้าใจภูมิปัญญาดั้งเดิมของการแพทย์ของอินเดีย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนวดไทยนั้นมีความสัมพันธ์ทางประวัติศาสตร์กับการนวดแบบอินเดียโบราณ

⁴⁰³ วิวิธ วงทิพย์ อ่างแล้ว เจริญอรุณที่ 30 หน้า 130

⁴⁰⁴ The WTO the sixth Ministerial conference Meeting Hong Kong 2005 Briefing Note on the Ministerial and the Main Issue Retrieved October /28,2013 from

http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min05_e/brief_e/brief00_e.htm p 7

2.1 การแพทย์อายุรเวทของอินเดีย

การแพทย์อายุรเวทเป็นระบบการแพทย์ที่เก่าแก่ที่สุดในโลกสาขาหนึ่งของอินเดีย เป็นองค์ความรู้ดั้งเดิมของอินเดียกว่า 3000 ปีแล้ว และยังคงมีการใช้การแพทย์อายุรเวทจวบกระทั่งในปัจจุบัน⁴⁰⁵ คนอินเดียประมาณ 80% ยังคง ใช้การรักษาแบบดั้งเดิม อาทิเช่น อายุรเวท เป็นต้น⁴⁰⁶

อายุรเวท หมายถึง ศาสตร์ของการมีอายุยืน เกิดขึ้นในประเทศอินเดีย นับเป็นศาสตร์การแพทย์ทางเลือกที่เก่าแก่ที่สุดศาสตร์หนึ่งของโลก ให้ความสำคัญกับสุขภาพในองค์รวม ทั้งร่างกาย จิตใจ และจิตวิญญาณ โดยมีความสมดุลกันและอยู่ร่วมกันกับสิ่งแวดล้อมในชีวิต การแพทย์อายุรเวทมีวิธีการตรวจวินิจฉัยโรค เช่น การตรวจชีพจร การตรวจปัสสาวะ การตรวจเลือด และการตรวจร่างกาย ซึ่งแตกต่างเฉพาะทาง และวิธีการรักษาโรคที่หลากหลาย อาทิ การใช้สมุนไพรและแร่ธาตุ การนวด การผ่าตัด และ โยคะ⁴⁰⁷

ในปี 1970 รัฐสภาอินเดียได้ออกกฎหมาย The Indian Medical Central Council Act โดยมีจุดประสงค์ในการสร้างมาตรฐานสำหรับแพทย์อายุรเวท และการรับรองสถาบันสำหรับการศึกษาทางการแพทย์อายุรเวท⁴⁰⁸

ปัจจุบัน มีการเรียนการสอนการแพทย์อายุรเวทในระดับปริญญาโทกว่า 100 แห่งในประเทศอินเดีย⁴⁰⁹ รัฐบาลอินเดียได้สนับสนุนเงินทุนในการจัดตั้ง ศูนย์สำหรับการค้นคว้าวิทยาศาสตร์

⁴⁰⁵ U.S. Department of Health & Human Services, National Institutes of Health National Center for Complementary and Alternative Medicine (NCCAM) Ayurvedic Medicine: An Introduction(Archived on 26 May 2013) Retrieved February 26,2014 from <http://nccam.nih.gov/health/ayurveda/introduction.htm>

⁴⁰⁶ Paul I. Dargan Heavy metal poisoning from Ayurvedic traditional medicines: an emerging problem? Int. J. Environment and Health, Vol. 2, Nos. 3/4, 2008 p 465 http://www.sactrc.org/IJEnvH203-415_Dargan%20et%20al.pdf

⁴⁰⁷ ศูนย์การแพทย์อายุรเวท (Ayurvedic Medicine Centre) คณะการแพทย์แผนตะวันออก มหาวิทยาลัยรังสิต Retrieved February 26,2014 from http://orientalmedrsu.com/index.php?option=com_content&view=article&id=136&Itemid=478&lang=th

⁴⁰⁸ The Indian Medical Central Council Act Retrieved 26 February 2014 <http://www.gujhealth.gov.in/images/pdf/legis/indian-medicine-central-council-act-1970.pdf>

⁴⁰⁹ J Hematol Ayurvedic herbal medicine and lead positioning Us National Library of Medicine National Institutes of Health Retrieved February 26, 2014 from

อายุรเวท(Central Council for Research in Ayurvedic Sciences (CCRAS)⁴¹⁰ ในปี 1971 ได้มีการจัดตั้งแพทยสภาการแพทย์อินเดีย The Central Council of Indian Medicine (CCIM) ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงสาธารณสุขและสวัสดิการครอบครัว (Ministry of Health and Family Welfare) ของอินเดีย⁴¹¹ แพทยสภาการแพทย์อินเดีย มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมดูแลการศึกษาทางด้านการแพทย์อายุรเวทในสถาบันการศึกษาการแพทย์อายุรเวททุกระดับชั้น ตลอดจนการออกกฎ ระเบียบต่างๆด้วย⁴¹²

2.2 การนวดแบบอินเดียโบราณ (Traditional Indian Massage)

การนวดแบบอินเดียโบราณ มีรากฐานมาจากการแพทย์ลัทธิฮินดู ซึ่งเป็นการแพทย์ทางใต้ของอินเดียในเขตของชาวทมิฬ เป็นศาสตร์การแพทย์ที่มีการใช้ปรอทในการรักษา มีการใช้หลักโยคะและศาสตร์การแพทย์แบบนี้มี ความเชื่อมโยงกับศาสนา และเป็นระบบการแพทย์ที่มีอายุกว่า 8000 ปี เชื่อว่าเป็นระบบการแพทย์ที่เก่าแก่ที่สุดในโลก⁴¹³

ตำราการนวดแบบอินเดียโบราณ ได้ถูกบันทึกไว้ในคัมภีร์ไบบลาน อธิบายถึงจุดการรักษา (Marma point treatment) เป็นการนวดเพื่อเปิดพลังหรือปราณที่ติดอยู่ตามส่วนต่างๆ ของร่างกายให้มีการไหลเวียนทั่วร่างกายด้วยวิธีการกดจุดสะท้อน ไปยังส่วนต่างๆของร่างกายเมื่อพลังไหลเวียนไปทั่วร่างกาย ก็จะนำพาออกซิเจนเข้าสู่ร่างกายได้ดียิ่งขึ้น ทำให้ร่างกายสดชื่น ผ่อนคลาย สร้างภูมิคุ้มกัน และปรับสมดุลในร่างกาย⁴¹⁴

2.3 ห้องสมุดดิจิทัลของภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge Digital Library-TKDL)

<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3259062/>

⁴¹⁰ Central Council for Research in Ayurvedic Sciences Department of Ayusa , Ministry of Health and Family Welfare, Government of India Retrieved February26, 2014 from <http://ccras.nic.in/index.htm>

⁴¹¹ Indian Medicine Central Council Act, 1970 vide gazette notification extraordinary part (ii) section 3(ii) dated 10.8.71.

⁴¹² The Central Council of Indian Medicine (CCIM) Retrieved 27 February 2014
<http://www.ccimindia.org/>

⁴¹³ John Douillard (2004) The Encyclopedia of Ayurvedic Massage North Atlantic Books p 3

⁴¹⁴ Ibid p 5

โครงการห้องสมุดดิจิทัลสำหรับภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge Digital Library (TKDL) เริ่มต้นในประเทศอินเดียในปีค.ศ. 2001 โดยความร่วมมือระหว่าง สำนักงานเพื่อการวิจัยอุตสาหกรรมและวิทยาศาสตร์(Council of Scientific and Industrial Research (CSIR) กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี(Ministry of Science and Technology) สถาบันอายุรเวช โยคะ และธรรมชาติบำบัด (Department of Ayurveda, Yoga and Naturopathy) สถาบัน ยูนาณี สิทธา โฮมีโอพาธี (Unani, Siddha and Homeopathy (AYUSH),และ กระทรวงสาธารณสุขและสวัสดิการครอบครัวของอินเดีย (Ministry of Health and Family Welfare, of India.)⁴¹⁵

ในเวปไซค์TKDL อธิบายถึงว่าของฐานข้อมูลดิจิทัล เป็นเครื่องมือที่ช่วยให้เข้าใจว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นองค์ความรู้ที่ชัดเจนเช่น อายุรเวช โยคะ ยูนาณี สิทธา เป็นงานที่ปรากฏอยู่แล้ว (Prior art)⁴¹⁶

ประเทศอินเดียมีการจัดทำฐานข้อมูลเกี่ยวกับภูมิปัญญาการแพทย์และยาแผนเดิมของอินเดีย ทั้งที่เป็นที่รู้จักกันแพร่หลายและยังไม่เป็นที่รู้จักไว้เป็นชุกๆ โดยเรียกเป็นห้องสมุดดิจิทัลของภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยมีวัตถุประสงค์ในการจัดทำฐานข้อมูลภูมิปัญญาที่รวบรวมภูมิปัญญาสาธารณะให้อยู่เป็นรูปแบบดิจิทัลและการแปลข้อมูลเป็นภาษาต่างๆ ที่เจ้าหน้าที่ตรวจสอบสิทธิบัตรทั่วโลกสามารถเข้าใจได้ โดยฐานข้อมูลภูมิปัญญานั้นได้รวมเอาข้อมูลเกี่ยวกับตำราทางการแพทย์ ตะวันออกประมาณ 1,200 ตำรับ ได้แก่ การแพทย์ของอินเดีย (หรือที่เรียกว่า อายุรเวท (Ayurveda) จำนวน 500 ตำรับ ตำราแพทย์อาหรับ (หรือที่เรียกว่า ยูนาณี (Unani))จำนวน 500 ตำรับ และสิทธา (Siddha) จำนวน 200 ตำรับ การใช้พืชสมุนไพร แร่ธาตุ ทรัพยากร สัตว์ และอื่นๆ ตลอดทั้ง วิธีการเตรียม วิธีการนำมาใช้ของสิ่งดังกล่าวเพื่อการรักษาโรคให้อยู่ในรูปแบบ Traditional Knowledge

⁴¹⁵ WIPO World intellectual Property About the Traditional Knowledge Digital Library.” WIPO News and Events Retrieved 28 October 2013 from http://www.wipo.int/meetings/en/2011/wipo_tkdl_del_11/about_tkdl.html

⁴¹⁶ WIPO World intellectual Property About the Traditional Knowledge Digital Library.” FAQ.” Traditional Knowledge Digital Library, Retrieved October28, 2013 from <http://www.tkdl.res.in/tkdl/langdefault/common/Faq.asp?GL=Eng>

Resource Classification (TKRC) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ the International Patent Classification (IPC) โดยมีการแปลไว้ถึง 5 ภาษา คือ ภาษาอังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และสเปน⁴¹⁷

TKDL ประสบความสำเร็จในการเปิดธนาคารของจดสิทธิบัตรภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศอินเดียในต่างประเทศ ด้วยฐานข้อมูลดิจิทัลสำหรับภูมิปัญญาท้องถิ่นบรรจุข้อมูลประมาณ 34 ล้านหน้า ทั้งภาษาของประเทศอินเดียและต่างประเทศเช่น ภาษาอังกฤษ ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และสเปน⁴¹⁸ และการบันทึกในฐานข้อมูลดิจิทัลสำหรับภูมิปัญญาท้องถิ่นว่าเป็นงานที่ปรากฏอยู่แล้ว (Prior art) มีส่วนช่วยในการตรวจสอบในการอ้างสิทธิของการจดสิทธิบัตรในแง่ของ novelty และการประดิษฐ์ (novelty and inventiveness) ซึ่งในกรณีที่มีการประดิษฐ์คิดค้นใดเป็นงานที่ปรากฏอยู่แล้ว ก็จะสามารถขอจดสิทธิบัตรได้⁴¹⁹ สำนักงานจดทะเบียนสิทธิบัตรทุกแห่งสามารถเข้าดูฐานข้อมูลดิจิทัลของประเทศอินเดียได้ ภายใต้การทำสัญญาห้ามเปิดเผยข้อมูล (Non disclosure agreement) และใช้ฐานข้อมูลเฉพาะการตรวจสอบเท่านั้น ข้อมูลจะเปิดเผยให้บุคคลที่สามได้ในกรณีการใช้อ้างอิงเท่านั้น เงื่อนไขสัญญาดังกล่าวเป็นการปกป้องผลประโยชน์ของประเทศและการนำไปใช้โดยไม่ถูกต้อง⁴²⁰

แม้ว่าระบบห้องสมุดดิจิทัลสำหรับภูมิปัญญาท้องถิ่น จะได้มีการออกแบบระบบการป้องกันเป็นอย่างดี แต่ข้อกำหนดในการขอจดสิทธิบัตร เช่น การเปิดเผยประเทศแหล่งกำเนิดและหลักฐานการเปิดเผยประเทศที่มาหรือแหล่งกำเนิด (Country of origin) และการแสดงถึงการเห็นชอบที่ได้แจ้งล่วงหน้า (prior inform consent) ยังไม่ได้การรับรองในระดับนานาชาติ ระบบนี้ก็ยังคงไม่ปลอดภัยสำหรับการลักลอบเข้าไปในฐานข้อมูลทั้งโดยบุคคลทั่วไปและนักสำรวจวิจัยของบริษัทขนาดใหญ่ ที่ต้องการข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นในด้านการแพทย์อันทรงคุณค่า ซึ่งทำให้บริษัทเหล่านี้ลด

⁴¹⁷ Office of the Controller General of Patent, Designs & Trademarks “Guidelines of Processing of Patent Applications Relating to Traditional Knowledge and Biological Material”, Retrieved on February 5, 2012, from http://www.ipindia.nic.in/iponew/TK_Guidelines_December18,2012.pdf p.1

⁴¹⁸ WIPO World intellectual Property About the Traditional Knowledge Digital Library Protecting Indian Traditional Knowledge from Biopiracy Retrieved October 28, 2013 from http://www.wipo.int/export/sites/www/meetings/en/2011/wipo_tkd_del_11/pdf/tkd_gupta.pdf

⁴¹⁹ Ibid

⁴²⁰ Ibid

ค่าใช้จ่ายในการวิจัยและพัฒนาฯ ดังนั้นระบบห้องสมุดดิจิทัลสำหรับภูมิปัญญาท้องถิ่นยังคงไม่สามารถป้องกันการฉกฉวยการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นได้อย่างสมบูรณ์แบบ⁴²¹

ประเทศไทยยังไม่มีศูนย์ที่ทำหน้าที่ในการรวบรวมข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยเฉพาะทำให้ข้อมูลเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นกระจุกกระจายไปยังหน่วยงานต่างๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นในแต่ละประเภท เช่น กรมส่งเสริมวัฒนธรรม กรมทรัพย์สินทางปัญญา สำนักงานวัฒนธรรมแห่งชาติ หรือกรมศิลปากร เป็นต้น การไม่มีแหล่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาที่เป็นเอกภาพเช่นนี้ ย่อมเกิดปัญหาในการสืบค้นข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยผู้ที่ต้องการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นเองก็ไม่ทราบว่าต้องไปขออนุญาตจากเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นจากแหล่งใด หรือเมื่อมีการนำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ประโยชน์แล้วจะแบ่งปันผลประโยชน์ให้กับบุคคลใด จึงเกิดช่องว่างในการนำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยไปใช้ประโยชน์โดยชาวต่างชาติซึ่งได้ศึกษาวิจัยและพัฒนาต่อยอดการประดิษฐ์อันมีพื้นฐานและองค์ความรู้จากภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อให้เข้าหลักเกณฑ์การขอรับความคุ้มครองในระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เช่น การจดสิทธิบัตรในการประดิษฐ์ที่ดัดแปลงปรับปรุงองค์ความรู้จากภูมิปัญญาท้องถิ่นด้วยการใช้เทคโนโลยีขั้นสูงจนออกมาเป็นนวัตกรรมใหม่ที่เข้าหลักเกณฑ์การพิจารณาออกสิทธิบัตรได้⁴²²

3. การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้กฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของประเทศฟิลิปปินส์ มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น สำหรับการรับรองและการเคารพสิทธิในภูมิปัญญาของชนพื้นเมือง การอนุรักษ์และพัฒนาขนบธรรมเนียมประเพณีเป็นนโยบายแห่งชาติ⁴²³ อย่างไรก็ตาม ฟิลิปปินส์ ยังไม่มีกฎหมาย

⁴²¹ Panumas Kudngaogarm (2011) Protecting Intellectual Property in Thai Traditional Medicine USA: Lambert Academic Publishing p 203

⁴²² วิวิธ อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 30 หน้า 106

⁴²³ Constitution of the Republic of Philippine 1987 Section XIV Article 17 The State shall recognize, respect and protect the rights of the indigenous cultural communities to preserve and develop their cultures, traditions and institutions. It shall consider these rights in the formulation of national plans and policies.

คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยตรง⁴²⁴ พลเมืองชาวพื้นเมืองของประเทศฟิลิปปินส์มีประมาณ 7 ล้านคน อาศัยอยู่ในเกาะใหญ่ๆคือ เกาะ ลูซอน(Luzon) วิซายัน(Visayas) มินดาเนา(Mindanao) คิดเป็น 7% ของพลเมืองทั้งหมด⁴²⁵ ประเทศฟิลิปปินส์มีการใช้องค์ความรู้ของภูมิปัญญาดั้งเดิมทางการแพทย์มาเป็นเวลาช้านาน จวบจนถึงปัจจุบันการแพทย์แผนดั้งเดิมและการใช้ยาสมุนไพร ยังได้รับความนิยมน้อย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในชุมชนในพื้นที่ชนบท⁴²⁶

ประเทศฟิลิปปินส์มีภูมิปัญญาดั้งเดิมด้านการนวดที่มีการพัฒนาและถ่ายทอดกันมาช้านานหลายชั่วอายุคน คล้ายคลึงกับพัฒนาการของภูมิปัญญาดั้งเดิมด้านการนวดไทย ผู้เขียนเห็นว่า การศึกษาถึงภูมิปัญญาดั้งเดิมด้านการนวดของประเทศฟิลิปปินส์ จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง สำหรับแนวคิดในการคุ้มครองภูมิปัญญาดั้งเดิมด้านการนวดไทย

3.1 ฮีลอต(Hilot) ภูมิปัญญาการนวดพื้นบ้านของฟิลิปปินส์

การนวดแบบ ฮีลอต (Hilot) ซึ่งเป็นศิลปะการนวดบำบัดแบบดั้งเดิมที่ได้รับการสืบทอดมายาวนานที่สุด และเป็นความลับที่สุด โดยจะสามารถสืบทอดกันได้เฉพาะภายในเครือญาติ แบบรุ่นต่อรุ่นเท่านั้น เริ่มจากหมอดำเยาในชุมชนพื้นเมือง ที่ใช้การนวดช่วยในการทำคลอด องค์ความรู้แห่งศิลปะของการนวดนี้ ถือได้ว่าเป็นศิลปะที่ดำรงอยู่ท่ามกลางสายสัมพันธ์ภายในครอบครัว คนใกล้ชิดเพื่อน และวัฒนธรรมภายในของชาวฟิลิปปินส์ จนถึงปัจจุบัน⁴²⁷

Retrieved 28 February 2014 From <http://www.gov.ph/constitutions/the-1987-constitution-of-the-republic-of-the-philippines/the-1987-constitution-of-the-republic-of-the-philippines-article-iii/>

⁴²⁴ Marga C. Domiage (2002) The role of intellectual Property Right in protecting Traditional Knowledge(The Philippine experience) Senior Planning Officer of the Philippine Department of Agriculture, to the Seminar on Traditional Knowledge, 3-5 April 2002, New Delhi, India p 1

⁴²⁵ Geraldine L. Fiagoy Adult Education and Indigenous People in The Philippine UNESCO Institute for Education Retrieved 28 February 2014 From <http://www.unesco.org/education/uie/pdf/Philippines.pdf> p 3

⁴²⁶ Regulatory Situation of Herbal Medicine: A Worldwide Review (WHO/TRM,1998 49p) cited in Panumas Kudngaogarm (2011) Protecting Intellectual Property in Thai Traditional Medicine USA: Lambert Academic Publishing p 324

⁴²⁷ Robert Noah Cavert (2002) The History of the Massage Healing: An illustrated Survey Around The world Art Press p 23

การนวดอีลอทจะใช้ใบตองตัดเป็นแผ่นขนาดกำลึงดี นำไปทำอุ่น แล้วขโลมด้วยน้ำมันมะพร้าวบริสุทธิ์ จากนั้นนำไปกดทาบเบาๆ ให้ทั่วบริเวณที่จะนวด เพื่อให้สารโพลีฟิน สารต้านอนุมูลอิสระในใบตองซึมสู่ผิว ส่วนน้ำมันมะพร้าวจะช่วยฟื้นฟูพลัง ด้านความเสื่อมความชรา และทำความสะอาดผิวเมื่อทาบใบตองจนทั่วแล้ว จึงทำการนวดด้วยหลักการดังที่กล่าวไว้ข้างต้น ซึ่งมีประสิทธิภาพช่วยฟื้นฟูพลังอย่างรวดเร็ว และไม่ใช้แค่บรรเทาอาการปวดเมื่อยเท่านั้น อีลอทยังช่วยผ่อนคลายจิตใจ คลายเครียดได้ทางหนึ่ง และการนวดด้วยน้ำมันมะพร้าวนั้นคล้ายคลึงกับการนวดไทย⁴²⁸

3.2 พระราชบัญญัติการนวดของประเทศฟิลิปปินส์ (Massage Practice Act of 2007)

รัฐบาลฟิลิปปินส์ตระหนักดีว่า การนวดแผนดั้งเดิมของฟิลิปปินส์ เป็นส่วนหนึ่งของมรดกวัฒนธรรมชาติ ดังนั้นจึงให้การสนับสนุนหมอนวดฟิลิปปินส์ ให้มีการศึกษาอย่างถูกต้องในศาสตร์แห่งการนวด และมีการสอบใบอนุญาตการประกอบวิชาชีพการนวดอย่างถูกต้อง อีกทั้งรัฐธรรมนูญของประเทศฟิลิปปินส์ ก็ได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐในการดูแลด้านสุขภาพของประชาชน⁴²⁹

กฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์ได้กำหนดให้ผู้ที่ประกอบอาชีพเป็นนักนวดบำบัด (Massage Therapist) ต้องขึ้นทะเบียนกับ Committee on Examiners for Masseur of the Department.⁴³⁰ และ กฎหมาย Administrative Order No 2010-0034 Section 5 ได้กำหนดการควบคุมคลินิกและเซาน่าที่ให้บริการการนวดดังนี้⁴³¹

1) ห้ามมิให้ผู้ใดประกอบวิชาชีพการนวด โดยไม่มีใบอนุญาต (No person is authorized to practice massage as a profession in the Philippines without holding a valid certificate of registration issued by the CEMT and approved by the Secretary of Health)

⁴²⁸ Ibid , 24

⁴²⁹ The Constitution, Article 11, Section 15, provides: The State shall protect and promote the right to health of the people and instill health consciousness among them

⁴³⁰ PRESIDENTIAL DECREE No. 856 December 23, 1975 Section 62. Personnel The following requirements shall be enforced: (a) Masseur 1. The person must have a certificate as a registered masseur, issued by the Committee on Examiners for Masseur of the Department.

⁴³¹ Administrative Order No 2010-0034“Revised Implementing Rules and Regulations Governing Massage Clinics and Sauna Establishments”Article 2 Examination, Registration and Practice SECTION 5 Practice of Massage

2) ห้ามมิให้นักนวดบำบัด บำบัด โดยการให้ยาหรือจ่ายยา (No massage therapist is allowed to prescribe any form of drugs or medical therapy)

3) ในการให้การบำบัดด้วยการนวด ของนักนวดบำบัด จะต้องกระทำอย่างถูกต้องตาม หลักการทางวิทยาศาสตร์ (Massage therapists shall comply with the standard and scientifically accepted procedures and techniques in performing massage to any person)

4) นักนวดบำบัด ที่มีใบอนุญาต จะปฏิบัติงานได้ไม่เกิน 8 ชั่วโมงต่อวัน (A licensed massage therapist shall render no more than eight (8 hours of supervision a day)

จะเห็นได้ว่า ประเทศฟิลิปปินส์มีกฎหมายในการควบคุมผู้ประกอบการ นวดเป็นการเฉพาะ ซึ่งประเทศไทยยังไม่มีการตรากฎหมายสำหรับการควบคุมผู้ประกอบการ นวดไทยเป็นการเฉพาะ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะสำหรับควบคุมการ ประกอบวิชาชีพการนวดไทย จะไม่เป็นผลดีต่อวิชาชีพการนวดไทย ทั้งในเชิงพาณิชย์และเชิงอนุรักษ์ ศิลปะวัฒนธรรมไทยในอนาคต

3.3 พระราชบัญญัติสิทธิของชนพื้นเมือง (The Indigenous People Right Act 1997)

รัฐบาลฟิลิปปินส์ได้ตรากฎหมาย The Indigenous People Right Act ขึ้นในปี ค.ศ 1997 เพื่อรับรอง ปกป้อง และส่งเสริมสิทธิชุมชนวัฒนธรรมพื้นเมืองและชนพื้นเมือง (Indigenous Cultural Communities /Indigenous People (ICCs/IPs) การก่อตั้งกรมมาธิการว่าด้วยชนพื้นเมืองแห่งชาติ พร้อมกับ การสร้างเครื่องมือกลไกต่างๆ สำหรับการที่จะบรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมายนี้⁴³²

The Indigenous People Right Act ได้รับรองสิทธิในศักดิ์ศรีแห่งวัฒนธรรม (Right to cultural Integrity) โดยการรับรองที่จะปกป้องวัฒนธรรม ธรรมเนียมและประเพณีของชนพื้นเมือง (มาตรา 29)⁴³³ สิทธิในภูมิปัญญาชุมชนซึ่งเป็นสิทธิในการปฏิบัติและฟื้นฟูวัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม

⁴³² World Intellectual Property Organization (WIPO) Legislative Texts on the protection of Traditional Knowledge Retrieved 28 February 2014 From <http://www.wipo.int/tk/en/law/tk/html>

⁴³³ The Indigenous People Right Act Section 29. Protection of Indigenous Culture, Traditions and Institutions. — The State shall respect, recognize and protect the right of ICCs/IPs to preserve and protect their culture, traditions and institutions. It shall consider these rights in the formulation and application of national plans and policies.

และประเพณี(มาตรา 32)⁴³⁴ สิทธิในระบบความรู้และการปฏิบัติ และพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี (มาตรา 34)⁴³⁵

3.4 พระราชบัญญัติว่าด้วยการแพทย์แผนดั้งเดิมและแพทย์ทางเลือก (The Traditional and Alternative Medicine Act 1997 Republic Act No 8371)

ในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและการแพทย์แผนดั้งเดิม ประเทศฟิลิปปินส์มีกฎหมายเฉพาะคือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการแพทย์แผนดั้งเดิมและแพทย์ทางเลือก(The Traditional and Alternative Medicine Act 1997 Republic Act No 8371)⁴³⁶ พระราชบัญญัติฉบับนี้ กำหนดให้มีการจัดตั้ง สถาบันการแพทย์แผนดั้งเดิมและการแพทย์ทางเลือก โดยงบประมาณของรัฐ มี วัตถุประสงค์ให้เร่งพัฒนาสถาบันการแพทย์แผนดั้งเดิมและการแพทย์ทางเลือก⁴³⁷

⁴³⁴ Ibid Section 32. Community Intellectual Rights. — ICCs/IPs have the right to practice and revitalize their own cultural traditions and customs. The State shall preserve, protect and develop the past, present and future manifestations of their cultures as well as the right to the restitution of cultural, intellectual, religious, and spiritual property taken without their free and prior informed consent or in violation of their laws, traditions and customs.

⁴³⁵ Ibid section 34. Right to Indigenous Knowledge Systems and Practices and to Develop own Sciences and Technologies. — ICCs/IPs are entitled to the recognition of the full ownership and control and protection of their cultural and intellectual rights. They shall have the right to special measures to control, develop and protect their sciences, technologies and cultural manifestations, including human and other genetic resources, seeds, including derivatives of these resources, traditional medicines and health practices, vital medicinal plants, animals and minerals, indigenous knowledge systems and practices, knowledge of the properties of fauna and flora, oral traditions, literature, designs, and visual and performing arts.

⁴³⁶ WIPO World intellectual Property, Legislative Texts on the Protection of Traditional Knowledge Retrieved 28 January 2014 from http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=179606

⁴³⁷ The Traditional and Alternative Medicine Act 1997 Republic Section 5. Philippine Institute of Traditional and Alternative Health Care. There is hereby established a body corporate to be known as the Philippine Institute of Traditional and Alternative Health Care, hereinafter referred to as the Institute. The Institute shall be attached to the Department of Health. Its principal office shall be in Metro Manila, 'but it may establish other branches or offices elsewhere in the Philippines as, may be necessary or proper for the accomplishment of its purposes and objectives.

การสนับสนุนการค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์ เพื่อสนับสนุน และพัฒนา ระบบแผนดั้งเดิมและการแพทย์ทางเลือก รวมถึงการควบคุมคุณภาพการผลิตยาแผนดั้งเดิม⁴³⁸ การบำบัดโดยการนวดจัดอยู่ในหมวดของแพทย์ทางเลือกตามกฎหมายนี้⁴³⁹

กำหนดนโยบายในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของชนพื้นเมือง ทรัพยากรธรรมชาติทางสุขภาพ และเทคโนโลยี จากการถูกละเมิด ให้กับองค์กรของรัฐ⁴⁴⁰ และเมื่อมีการละเมิดภูมิปัญญาของชนพื้นเมืองด้านการแพทย์โดยบุคคลภายนอก โดยการนำไปใช้ประโยชน์ในทางพาณิชย์ ชนพื้นเมืองมีสิทธิในการแบ่งปันผลประโยชน์⁴⁴¹

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์ จะเห็นได้ว่า กฎหมายการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับการแพทย์แผนดั้งเดิม เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยผลสืบเนื่องจากกฎหมายรัฐธรรมนูญของฟิลิปปินส์ ใน Section xiv article 17⁴⁴² และ Section 15 Article 11⁴⁴³ ซึ่งมีเจตนารมณ์เหมือนกับพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ประกอบด้วยมาตรา 80(2) มาตรา 60 ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2

⁴³⁸ Ibid section 3(a) To encourage scientific research on and develop traditional and alternative health care systems that have direct impact on public health care

⁴³⁹ Ibid section 3 (d) "Alternative health care modalities" - other forms of non-allopathic, occasionally non-indigenous or imported healing methods, though not necessarily practiced for centuries nor handed down from one generation to another. Some alternative health care modalities include reflexology, acupuncture, massage, acupressure, chiropractic, nutritional therapy, and other similar methods.

⁴⁴⁰ Ibid section 6 (f) To acquire or obtain from any governmental authority whether national or local, foreign or domestic, or from any person, corporation, partnership, association or other entity, such charters, franchises, licenses, rights, privileges, assistance, financial or otherwise, and concessions as are conducive to necessary proper for the attainment of its purposes and objectives;

⁴⁴¹ Ibid section 2 It shall also be the policy of the State to seek a legally workable basis by which indigenous societies would own their knowledge of traditional medicine. When such knowledge is used by outsiders, the indigenous societies can require the permitted users to acknowledge its source and can demand a share of any financial return that may come from its authorized commercial use.

⁴⁴² Constitution of the Republic of Philippine 1987 Section XIV Article 17 above n 64

⁴⁴³ Constitution of the Republic of Philippine 1987 Section 15 Article 11 above n 70

สำหรับการควบคุม คຸ້ມครอง และการส่งเสริมการประกอบวิชาชีพนวดของฟิลิปปินส์ นั้น อยู่ภายใต้ พระราชบัญญัติการนวด (Massage Practice Act of 2007) และกฎหมายของประเทศไทย สำหรับการควบคุม คຸ້ມครอง และการส่งเสริมการประกอบวิชาชีพนวดไทย โดยได้แบ่งการนวด ออกเป็น 2 ประเภทคือ การนวดไทยเพื่อการรักษาและการนวดเพื่อสุขภาพ

1. การนวดเพื่อการรักษา โดยมีพระราชบัญญัติประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542 ใช้ควบคุม ผู้ประกอบโรคศิลปะ⁴⁴⁴ โดยตรง การนวดไทยเป็นหนึ่งในประเภทของการประกอบโรคศิลปะสาขา การแพทย์แผนไทย และพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 ในการประกอบกิจการนวดไทย สถานที่ในการดำเนินกิจการนั้น จะต้องมียุทธศาสตร์สถานพยาบาลแต่ละประเภท และลักษณะการ ให้บริการ ของสถานพยาบาลให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

2. การนวดเพื่อสุขภาพ มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุม คຸ້ມครอง และส่งเสริมการ นวดเพื่อสุขภาพได้แก่ พระราชบัญญัติสถานบริการ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2546 และประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่องกำหนดสถานที่เพื่อสุขภาพหรือเพื่อเสริมสวมาตรฐานของสถานที่ ผู้ให้บริการหลักเกณฑ์และ วิธีการรับรองให้เป็นไปตามมาตรฐาน สำหรับสถานที่เพื่อสุขภาพหรือเพื่อเสริมสว

มีข้อสังเกตว่า ประเทศไทยไม่มีกฎหมายควบคุมการนวดบำบัดเป็นการเฉพาะดังเช่น **Massage Practice Act** ของประเทศฟิลิปปินส์ แต่ถูกควบคุมภายใต้พระราชบัญญัติประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 ปัญหาของประเทศไทยและประเทศฟิลิปปินส์ ที่คล้ายคลึงกัน ในการออกมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจการให้บริการการ นวด คือการป้องกันการใช้ธุรกิจการนวด เพื่อแอบแฝงการค้าประเวณี ซึ่งทำลายชื่อเสียงของประเทศ และเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของชาติ

ในความคิดเห็นของผู้เขียน เห็นว่า การอนุรักษ์การนวดไทยของประเทศไทยนั้น แม้ว่า มีองค์กรที่เกี่ยวข้องในสาขาการแพทย์แผนไทย จะมีความพยายามในการสร้างมาตรฐานการนวดไทย อย่างต่อเนื่อง ทั้งในด้านการพัฒนาการศึกษาการนวดไทยอย่างมีระบบ แต่กฎหมายการควบคุมการเปิด สถานบริการการนวดไทย ทั้งการนวดเพื่อการรักษาและการนวดเพื่อสุขภาพ ยังไม่มีประสิทธิภาพดีพอ ในการควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพการนวดไทย ในแง่ของมาตรฐานการนวดไทยและการแอบแฝงในการ ขายบริการทางเพศ

⁴⁴⁴ อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 26

อาจกล่าวได้ว่า การนวดไทย การนวดทუნหาของจีน และการนวดคีลอทของฟิลิปปินส์ เป็นองค์ความรู้ที่มีคุณค่าในสาขาด้านการแพทย์ดั้งเดิมของทุกประเทศ เป็นภูมิปัญญาอันเป็นมรดกทางวัฒนธรรมของชาติ มีคุณค่าทั้งในด้านสังคมและเศรษฐกิจ เป็นองค์ความรู้ที่มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง อีกทั้งในปัจจุบัน การนวดมีบทบาทสำคัญยิ่งในการรักษาของการแพทย์ทางเลือก เป็นสินค้าบริการที่ได้รับความนิยมสูงสุดในธุรกิจ

รัฐบาลของแต่ละประเทศต่างตระหนักถึงความสำคัญของการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในทางกฎหมาย แต่ระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบันไม่อาจใช้เพื่อการรับรองและคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นได้อย่างเหมาะสมและเป็นธรรม จึงทำให้เกิดปัญหาต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเข้ามาขโมยภูมิปัญญาท้องถิ่นในประเทศเหล่านี้ ไปวิจัยต่อยอดและจดสิทธิบัตรในต่างประเทศ โดยที่เจ้าของภูมิปัญญาเดิมไม่ได้รับประโยชน์แต่อย่างใด เป็นการละเมิดสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาและทำลายเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรม ที่ประมาณค่าไม่ได้

สรุปได้ว่า ทั้งประเทศไทย จีน อินเดียและฟิลิปปินส์ ต่างก็พยายามที่จะตรากฎหมายเฉพาะในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น แต่ก็ยังไม่มีประเทศใดที่ออกกฎหมายการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยตรง นอกจากประเทศไทยที่ได้มีร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น พ.ศ..... แต่ยังคงเป็นเพียงร่างกฎหมายเท่านั้นยังไม่ได้ผลบังคับใช้



บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

จากการศึกษาพบว่า การนวดไทยแบบดั้งเดิม (Traditional Thai Massage) เป็นหนึ่งในศาสตร์การแพทย์แผนไทย ซึ่งเป็นส่วนย่อยของภูมิปัญญาดั้งเดิมของไทย (subsets of traditional knowledge) การนวดไทยได้ถูกเพิ่มเติมในสาขาการแพทย์แผนไทย ของพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542

คำว่า “ภูมิปัญญาดั้งเดิม” ซึ่งแปลจากคำภาษาอังกฤษ “Traditional Knowledge “ ใช้อักษรย่อ “ TK” แต่ในประเทศไทยโดยทั่วไปใช้คำว่า “ ภูมิปัญญาท้องถิ่น” โดยให้หมายถึงคำว่า Traditional Knowledge ซึ่งเป็นคำเฉพาะที่ใช้ในการประชุมระดับนานาชาติเช่น คณะกรรมการระหว่างรัฐว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา (Intergovernmental Committee on Intellectual Property, Genetic Resource, Traditional Knowledge and Folklore : ICG) สำหรับร่างบทบัญญัติในการคุ้มครองภูมิปัญญาดั้งเดิมของนานาชาติ

หลักการแห่งสิทธิและแนวทางในการคุ้มครองภูมิปัญญาดั้งเดิมด้านการนวดไทย โดยระบบทรัพย์สินทางปัญญาปัจจุบันเป็นสิ่งที่ยากยิ่ง แม้ว่าภูมิปัญญาดั้งเดิมด้านการนวดไทยแล้วโดยแนวคิดทฤษฎีของทรัพย์สินทางปัญญาแล้วอาจถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง ด้วยเหตุผลสำคัญคือ

1) มีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากแนวคิดในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศที่พัฒนาแล้ว ที่ครอบครองผลประโยชน์จากการตรากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เน้นการคุ้มครองผลิตผลทางความคิดที่เป็นสิ่งใหม่ (Novelty) ภูมิปัญญาดั้งเดิม เป็นองค์ความรู้ที่พัฒนาจากรุ่นสู่รุ่น

2) ระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบันไม่อาจใช้เพื่อการรับรองและคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างเหมาะสมและเป็นธรรม เนื่องจากทัศนคติที่มีต่อภูมิปัญญาท้องถิ่นในประเทศที่พัฒนาแล้วกับในประเทศกำลังพัฒนากลับมีความแตกต่างกัน โดยประเทศที่พัฒนาแล้วมักจะ

ถือว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นความรู้สาธารณะที่บุคคลใดขอย่นำไปใช้ประโยชน์ได้ แต่ประเทศกำลังพัฒนากลับมีความเห็นว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นสิ่งมีคุณค่า ดังนั้นชุมชนที่ถือครองภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นจึงมีสิทธิที่จะหวงกั้นมิให้มีการแสวงหาประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยมิชอบหรือโดยปราศจากความยินยอม ทศนคติที่แตกต่างกันเช่นนี้ทำให้การพัฒนากระบวนกฎหมายเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นไปด้วยความยากลำบาก ในทางตรงกันข้าม กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน อาจเป็นเครื่องมือช่วยส่งเสริมการถกจ่ายเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ประโยชน์โดยมิชอบ และไม่เป็นธรรม

3) ภายใต้อิทธิพลของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น มีการกล่าวถึงความคุ้มครองภูมิปัญญาดั้งเดิมไว้ด้วย แต่ทั้งนี้ ยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดทางระหว่างประเทศที่ได้บัญญัติถึงการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาดั้งเดิมโดยตรงเป็นการเฉพาะ ณ ปัจจุบัน ประเทศไทยเองก็ยังไม่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาดั้งเดิมเป็นการเฉพาะ แต่การที่จะให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาดั้งเดิมได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้นจะต้องเป็นมาตรการทางกฎหมายทั้งในระดับนานาชาติและระบบกฎหมายภายในประเทศ

ความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาดั้งเดิมในปัจจุบัน เกิดจากประเด็นสำคัญที่ประเทศกำลังพัฒนาตระหนักถึงความสำคัญในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาดั้งเดิมของประเทศของตน ในการที่ประเทศพัฒนาแล้ว เข้ามาถกจ่ายใช้ประโยชน์ภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างไม่เป็นธรรม และโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมจากประเทศที่เป็นเจ้าของ แต่ในแนวความคิดของหลักการแห่งสิทธิของประเทศพัฒนาแล้ว เห็นว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นเป็นสมบัติสาธารณะ(Public domain) ที่บุคคลทั่วไปสามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้อย่างเสรี สำหรับการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาดั้งเดิมที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับคุ้มครองภูมิปัญญาดั้งเดิมและภูมิปัญญาด้านการแพทย์ ในความตกลงระหว่างประเทศที่สำคัญคือ

1) ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspect of Intellectual Property Rights : TRIPs) หรือความตกลงทริปส์ ซึ่งมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อส่งเสริมให้มีการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพ และต้องไม่ให้มาตรการในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นอุปสรรคต่อการค้าเสรีระหว่างประเทศ กำหนดเงื่อนไขให้ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในรูปแบบต่างๆ โดยได้กำหนดบรรทัดฐานเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการคุ้มครอง สิ่งที่ได้รับคุ้มครองขอบเขตของสิทธิ การบังคับใช้สิทธิ รวมถึงกลไกการระงับข้อพิพาท ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกต้องยึดถือปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำของความตกลงฉบับนี้ อย่างไรก็ตาม ประเทศสมาชิกสามารถบัญญัติกฎหมายทรัพย์สิน

ทางปัญญาให้มีระดับการคุ้มครองที่สูงกว่าความตกลงทริปส์ได้ ครอบคลุมที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักการที่บัญญัติไว้ในความตกลงฉบับนี้

ประเทศไทยในฐานะสมาชิกความตกลงทริปส์ สามารถกำหนดกฎหมายเฉพาะเพื่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ที่มีหลักการคุ้มครองที่เป็นอิสระและเป็นเอกลักษณ์ของตนเอง โดยไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศที่พัฒนาแล้ว ครอบคลุมที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติของความตกลงทริปส์ และในการบังคับใช้กฎหมายเฉพาะไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามหลักการพื้นฐานของความตกลงทริปส์ด้วย นอกจากนี้ ความตกลงทริปส์ไม่ได้กำหนดมาตรการการให้การคุ้มครองการแพทย์ดั้งเดิมไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น บทบัญญัติของพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะของประเทศไทย จึงไม่ขัดกับหลักการของข้อตกลงดังกล่าวนี้

2) คณะกรรมการระหว่างรัฐว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา (Intergovernmental Committee on Intellectual Property, Genetic Resource, Traditional Knowledge and Folklore: ICG) ที่ จัด ตั้ง โดย องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกมาเพื่อร่างบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาดั้งเดิม (Draft Provision for the Protection of Traditional Knowledge) กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ต้องการให้ร่างบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นมีสถานะผูกพันทางกฎหมายระหว่างประเทศ (International Legally Binding) ในขณะที่กลุ่มประเทศที่ พัฒนาแล้วยืนยันที่จะให้ทำการศึกษาเพิ่มเติมต่อไปอีก และแสดงจุดยืนว่าต้องการไม่ให้มีสถานะผูกพันทางกฎหมาย (Non-binding) ขบวนการในการร่างบทบัญญัตินี้เป็นไปด้วยความยากยิ่ง ด้วยเหตุว่าประเทศสมาชิกผู้มีส่วนได้เสีย ต่างมีความแตกต่างกันในด้านผลประโยชน์และจุดมุ่งหมาย มีความหลากหลายในพื้นที่ของวัฒนธรรม เศรษฐกิจและการเมือง ซึ่งเป็นช่องว่างหรือความแตกต่างที่ทำให้เกิดประเด็นต่างๆมากมาย เป็นเหตุผลสำคัญส่วนหนึ่งที่ทำให้การเจรจาจัดทำกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้ WIPO (รวมทั้งเวทีเจรจาอื่นๆ) มีความก้าวหน้าน้อยมาก อย่างไรก็ตาม ประเด็นความแตกต่างข้างต้นนี้เป็นข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อการพิจารณา จัดทำกลไกหรือระบบกฎหมายเฉพาะเพื่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทย

3) สหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา หรือ อังค์ถัด (United Nations Conference on Trade and Development : UNCTAD) ตระหนักถึงความสำคัญในการคุ้มครองภูมิปัญญาดั้งเดิม ซึ่งมีความสำคัญต่อการพัฒนาทางการค้าในประเทศกำลังพัฒนา และสนับสนุนแนวนโยบายที่จะให้มีมาตรการที่มีผลผูกพันทางกฎหมายในระดับนานาชาติ นอกจากนั้นหลักสิทธิมนุษยชน (Human right

standard) เช่น ปฏิญญาแห่งสหประชาชาติ ว่าด้วยสิทธิชนเผ่าพื้นเมือง (The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples) ต่างก็สนับสนุนการคุ้มครองสิทธิในภูมิปัญญาดั้งเดิม

จากการศึกษามาตรการในการคุ้มครองภูมิปัญญาดั้งเดิมของประเทศไทย จีน อินเดีย และฟิลิปปินส์ พบว่า แต่ละประเทศต่างมีภูมิปัญญาการแพทย์ดั้งเดิมที่มีคุณค่า อันเป็นสมบัติทางภูมิปัญญาของชาติ และต่างก็ได้รับผลกระทบจากการที่ต่างชาติ ได้เข้ามาจกฉวยผลประโยชน์อย่างไม่เป็นธรรมจากภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศตนเอง โดยใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา โดยไม่คำนึงถึงการตอบแทน ดังนั้น ประเทศเหล่านี้ ต่างมีความพยายามที่จะพัฒนากฎหมายภายในประเทศในการปกป้องคุ้มครองภูมิปัญญาจากการหาประโยชน์โดยมิชอบและไม่เป็นธรรม เนื่องจากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ยังไม่สามารถให้การคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์ดั้งเดิมได้อย่างครอบคลุม

1) ประเทศจีน

สำหรับการแพทย์แผนโบราณจีน ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายเฉพาะคือ กฎหมายคุ้มครองการแพทย์แผนจีน ค.ศ 1992 สำหรับการคุ้มครองกฎหมายมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ประเทศจีนได้ออกกฎหมายการคุ้มครองกฎหมายมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ 2001 กฎหมายฉบับนี้ครอบคลุมการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของจีน ในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

2) ประเทศอินเดีย

สำหรับการหาประโยชน์อันมิชอบในภูมิปัญญาดั้งเดิมของประเทศอินเดียจากต่างชาติ รัฐบาลอินเดียได้จัดตั้งห้องสมุดดิจิทัลสำหรับภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge Digital Library-TKDL) ซึ่งเป็นระบบฐานข้อมูลสารสนเทศซึ่งเป็นศูนย์รวบรวมองค์ความรู้และภูมิปัญญาทางการแพทย์แผนโบราณของอินเดีย ประเทศอินเดียเน้นการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและความหลากหลายทางชีวภาพ และให้ความสำคัญอย่างสูงกับการป้องกันการฉกฉวยทรัพยากรชีวภาพของประเทศตน จะเห็นได้ว่า ประเทศอินเดียมุ่งเน้นที่จะปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่นจากการหาประโยชน์โดยมิชอบและไม่เป็นธรรม มากกว่าการออกกฎหมายเฉพาะ สำหรับการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและการแพทย์

3) ประเทศฟิลิปปินส์

ประเทศฟิลิปปินส์ได้อาศัยมาตรการกฎหมายเฉพาะและกฎหมายภายในประเทศ อาทิเช่น พระราชบัญญัติสิทธิของชนพื้นเมือง ทางเลือก ค.ศ 1997,พระราชบัญญัติการนวด ค.ศ 2007 และสนับสนุนให้การใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นในหลักการของ การได้รับความยินยอมล่วงหน้า(prior informed

consent) และการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรม(fair and equitable benefit –sharing)ค.ศ 1997 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการแพทย์แผนดั้งเดิมและแพทย์

4) ประเทศไทย

สำหรับมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการคุ้มครองภูมิปัญญาดั้งเดิมด้านการนวดไทย ซึ่งเป็นจุดประสงค์หลักของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เมื่อได้ศึกษาความเป็นไปได้ถึงการที่ภูมิปัญญาดั้งเดิมด้านการนวดไทยกับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กล่าวคือ 1) สิทธิบัตร 2) ลิขสิทธิ์ 3) เครื่องหมายการค้า 4) สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ 5) ข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผย พบว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีแนวคิดใกล้เคียงกับแนวคิดของการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งไม่ได้มุ่งเน้นในการให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคล แต่สิทธิทางกฎหมายแก่ชุมชนทั้งชุมชน อันเป็นแนวคิดเดียวกับสิทธิชุมชน (Community Rights) สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไม่ได้มีจุดประสงค์ในการให้รางวัลตอบแทนสำหรับนวัตกรรม แต่เป็นการให้รางวัลตอบแทนสำหรับค่าความนิยมและชื่อเสียงที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นมาโดยกลุ่มผู้ผลิต ที่ทำมาเป็นเวลาหลายปีหรือหลายร้อยปี ซึ่งสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่จะคุ้มครองสิทธิชุมชนและสิทธิทางเศรษฐกิจของปวงชนชาวไทย

พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 ได้มีการกำหนดให้มีการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เฉพาะที่เกี่ยวกับ “สินค้า” เท่านั้น โดยไม่รวมถึงสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวกับ “บริการ” ด้วย จึงมีผลให้กฎหมายนี้ไม่คุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวกับบริการ ดังนั้นการนวดไทยจึงไม่สามารถรับการคุ้มครองตามกฎหมายนี้ได้

สำหรับกฎหมายในการให้การควบคุม การคุ้มครอง และส่งเสริมการประกอบวิชาชีพการนวดไทย หรือเรียกกันโดยทั่วไปว่า “หมอนวด” การประกอบอาชีพการนวดไทยนั้น แบ่งออกได้เป็น 2 ระดับคือ 1) การนวดไทยเพื่อการรักษา 2) การนวดไทยเพื่อสุขภาพ

กฎหมายปัจจุบันที่ใช้ในการควบคุม การคุ้มครองและส่งเสริมการนวดไทยเพื่อการรักษา คือพระราชบัญญัติประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติสถานพยาบาลพ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติวิชาชีพแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2556 และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุม การคุ้มครองและส่งเสริมการนวดไทยเพื่อสุขภาพ ได้แก่ พระราชบัญญัติสถานบริการ(ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2546 และประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่องการกำหนดสถานที่เพื่อสุขภาพ หรือเพื่อเสริมสวย มาตรฐานของสถานที่ให้บริการ ผู้ให้บริการ หลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบเพื่อการรับรองให้เป็นไปตามมาตรฐานสำหรับสถานที่เพื่อสุขภาพหรือเสริมสวยตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ดังนั้นการนวด

ไทยจึงมีกฎหมายปัจจุบันที่ใช้ในการควบคุม การคุ้มครองและส่งเสริมหลายฉบับและอยู่ในอำนาจหน้าที่ของหลายกระทรวง ทบวง กรม กฎหมายที่ออกมาต่างยุคต่างสมัย ทำให้มีบทบัญญัติที่แตกต่างและยังไม่ครอบคลุมเพียงพอ อาทิเช่นพระราชบัญญัติประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542 รับรองให้ผู้สอบได้ใบประกอบโรคศิลปะสาขาเวชกรรม สามารถประกอบวิชาชีพนวดไทยเพื่อการรักษาได้ ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว ผู้สอบได้ใบประกอบโรคศิลปะสาขาเวชกรรมอาจไม่มีความสามารถในการนวด ผู้ประกอบอาชีพด้วยการนวด เพื่อผ่อนคลาย ไม่ใช่เป็นการนวดเพื่อบำบัดหรือรักษาโรค จะไม่มีใบอนุญาตดังกล่าว จะได้รับโทษหนักตามผลของกฎหมาย ปัจจุบันกระทรวงแรงงานมีการส่งเสริมอาชีพเกี่ยวกับการนวด โดยผู้ที่ผ่านการฝึกอบรมจะได้ใบรับรอง หลักสูตรของกระทรวงสาธารณสุขกับกระทรวงแรงงานคล้ายกันมาก พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ไม่มีการกำหนดนิยามคำว่า “ การนวดไทย ” ให้ชัดเจน ประเภทการนวด ยังไม่สามารถแยกให้ชัดเจนได้ว่าเป็นการนวดเพื่อบำบัดหรือรักษาโรคอะไรบ้าง อาจจะเป็นการกระทบกับการรักษาของแพทย์แผนปัจจุบัน กอปรกับกระทรวงสาธารณสุขยังไม่มีมีการกำหนดประเภทของการนวด

การคุ้มครองภูมิปัญญาดั้งเดิมด้านการนวดไทยนั้น จำเป็นต้องทำกฎหมายในเรื่องนี้ขึ้นเป็นการเฉพาะ ด้วยเหตุผลที่การนวดเป็นวิชาชีพ (Profession) หนึ่งที่มีลักษณะเฉพาะเช่นเดียวกับวิชาชีพอื่นๆ ที่ต้องอาศัยความรู้ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญ ในการประกอบวิชาชีพการนวดจำเป็นจะต้องอยู่ภายใต้กฎระเบียบทางจริยธรรม มีเอกเทศในการใช้ความรู้ที่เป็นวิชาเฉพาะของตนเอง มีสิทธิและเสรีภาพที่จะถูกควบคุมดูแลตนเองในวิชาชีพ สามารถถูกตรวจสอบโดยผู้รับบริการและสังคมได้ โดยเห็นประโยชน์ของผู้รับบริการและสังคมมากกว่าประโยชน์ของตนเอง มีความรับผิดชอบในการปฏิบัติงานให้ได้ตามมาตรฐาน และมีการพัฒนาด้านวิชาการและทักษะในการปฏิบัติอย่างต่อเนื่อง

2. ข้อเสนอแนะ

2.1 ขยายการคุ้มครองพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์พ.ศ. 2546 ให้คุ้มครองการนวดไทย

แนวคิดหลักในทางกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์คือ การสร้างกฎหมายของรัฐให้เข้าไปคุ้มครองชุมชนที่ได้สั่งสมมมเพาะความรู้วิทยาการที่ผสมผสานกับลักษณะเฉพาะทางภูมิศาสตร์ ไม่ได้ก่อสิทธิให้แก่ปัจเจกบุคคลบุคคลใดคนหนึ่งไม่ หากแต่สิทธิที่กฎหมายก่อตั้งนั้นเป็นของชุมชนทั้งชุมชน ซึ่งเป็นแนวคิดเดียวกับแนวคิดสิทธิชุมชน (community right)

แต่ในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 กำหนดให้ความคุ้มครองเฉพาะสินค้าเท่านั้น ในมาตรา 3 ได้บัญญัติว่า “สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์” หมายความว่า ชื่อ สัญลักษณ์ หรือสิ่งอื่นใดที่ใช้เรียกหรือใช้แทนแหล่งภูมิศาสตร์ และที่สามารถบ่งบอก ว่าสินค้าที่เกิดจากแหล่งภูมิศาสตร์นั้นเป็นสินค้าที่มีคุณภาพ ชื่อเสียง หรือคุณลักษณะเฉพาะของแหล่ง ภูมิศาสตร์ดังกล่าว และได้นิยามคำว่าสินค้าโดยบัญญัติว่า “สินค้า” หมายความว่า สิ่งของที่สามารถซื้อขาย แลกเปลี่ยน หรือโอนกันได้ ไม่ว่าจะเกิดโดยธรรมชาติหรือเป็นผลิตผลทางการเกษตร รวมตลอดถึง ผลิตภัณฑ์ทางหัตถกรรมและอุตสาหกรรม

จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กำหนดไว้ชัดเจนว่าให้ ความคุ้มครองเฉพาะสินค้าเท่านั้นแต่มิได้หมายรวมถึงบริการ การนวดไทยเป็นสินค้าบริการ เป็น ทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า หากมีการละเมิดบริการที่ใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ “นวดไทย” ภูมิปัญญาการนวดไทยก็จะไม่ได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายฉบับนี้ และผู้เขียนเห็นว่า ถ้ากฎหมาย ฉบับขยายความคุ้มครองไปยังการนวดไทย จะเกิดประโยชน์มหาศาลในการอนุรักษ์ ส่งเสริม และ คุ้มครองภูมิปัญญาดั้งเดิมด้านการนวดไทย ดังต่อไปนี้

1. เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค: เนื่องจากหากผู้บริโภคหลงผิดในสินค้าบริการด้านการนวด ไทย และจะไม่ได้รับการตามมาตรฐานที่ต้องการจากการนวดไทย หรือชื่อที่ใช้อาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพ และความปลอดภัยของประชาชนด้วย
2. เพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาการนวดไทยและป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม: คือ ป้องกันผู้ประกอบการจำหน่ายชื่อเสียงของการนวดไทยไปแอบอ้างโดยทุจริตและมิชอบ เพื่อหาประโยชน์ จากชื่อเสียงของการนวดไทย
3. เพื่อเพิ่มมูลค่าของสินค้าบริการด้านการนวดไทยของประเทศไทยและเป็นเครื่องมือ ทางการตลาด สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สามารถเป็นสื่อให้เห็นว่าการนวดไทยเป็นสมบัติของคนไทย มี ลักษณะพิเศษต่างไปจากสินค้าบริการด้านการนวดของประเทศอื่น ทำให้ประเทศไทยมีโอกาสพัฒนา เศรษฐกิจ จากภูมิปัญญาการนวดไทย มีผลให้ธุรกิจบริการนวดไทยเติบโต นอกจากนี้ยังเป็นการช่วย ประชาสัมพันธ์ชื่อเสียงของการนวดไทยอีกด้วย
4. เพื่อให้มีการดูแลรักษามาตรฐาน การช่วยกันรักษาคุณภาพหรือชื่อเสียงนั้นๆ ของ สินค้าบริการด้านการนวดไทย อันก่อให้เกิดการสร้างงานสร้างรายได้ทั้งในประเทศและต่างประเทศ ซึ่ง จะเป็นการช่วยกระตุ้นเศรษฐกิจของประเทศด้วย

ดังเหตุผลที่กล่าวมาแล้วนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะให้มีเพิ่มเติมคำว่า “บริการ” พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์พ.ศ. 2546 มาตรา 3 ดังนี้ “สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์” หมายความว่า ชื่อ สัญลักษณ์ หรือสิ่งอื่นใดที่ใช้เรียกหรือใช้แทนแหล่งภูมิศาสตร์ และสามารถบ่งบอก ว่าสินค้าหรือบริการที่เกิดจากแหล่งภูมิศาสตร์นั้นเป็นสินค้าที่มีคุณภาพ ชื่อเสียง หรือคุณลักษณะเฉพาะ ของแหล่งภูมิศาสตร์ดังกล่าว และเพิ่มเติมนิยามศัพท์ดังนี้

1) “บริการ” หมายถึง “บริการ” หมายถึง บริการในพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์พ.ศ. 2546 และที่สามารถบ่งบอกว่าสินค้าหรือบริการที่เกิดจากแหล่งภูมิศาสตร์นั้นเป็นสินค้าหรือบริการที่มีคุณภาพ

2) “บริการการนวดไทย” หมายถึง การให้บริการการนวดที่มีวัตถุประสงค์ เพื่อเป็นการผ่อนคลายกล้ามเนื้อ ความเมื่อยล้า ความเครียด ด้วยวิธีการกด การคลึง การบีบ การจับ การตัด การประคบ การอบ หรือโดยวิธีการอื่นใดตามศาสตร์และศิลปะของการนวดเพื่อสุขภาพ ทั้งนี้ต้องไม่มีสถานที่อาบน้ำโดยมีผู้ให้บริการ

2.2 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.

2542

ในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติไว้ว่า “การแพทย์แผนไทย” หมายความว่า กระบวนการทางการแพทย์เกี่ยวกับการ ตรวจ วินิจฉัย บำบัด รักษา หรือป้องกันโรค หรือการส่งเสริมและฟื้นฟูสุขภาพของมนุษย์หรือสัตว์ การ ผดุงครรภ์ การนวดไทย และให้หมายความรวมถึงการเตรียมการผลิตยาแผนไทย และการประดิษฐ์ อุปกรณ์และเครื่องมือทางการแพทย์ ทั้งนี้ โดยอาศัยความรู้หรือตำราที่ได้ถ่ายทอดและพัฒนาสืบต่อกันมา

จะเห็นได้ ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้บัญญัติการนวดไทยไว้ในมาตรานี้เพียงมาตราเดียว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ควรที่จะเพิ่มเติม เพื่อขยายความคุ้มครองการนวดไทยให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น จึงขอเสนอแนะการเพิ่มเติมการคุ้มครองภูมิปัญญาการนวดไทยดังนี้

2.2.1 เพิ่มเติมนิยามของการนวดไทย

“การนวดไทยเพื่อสุขภาพ” หมายความว่า การนวดที่มีวัตถุประสงค์ เพื่อเป็นการผ่อนคลายกล้ามเนื้อ ความเมื่อยล้า ความเครียด ด้วยวิธีการกด การคลึง การบีบ การจับ การตัด การประคบ การอบ หรือโดยวิธีการอื่นใดตามศาสตร์และศิลปะของการนวดเพื่อสุขภาพ ทั้งนี้ต้องไม่มีสถานที่อาบน้ำโดยมีผู้ให้บริการ

“การนวดไทยเพื่อการรักษา” หมายความว่า การตรวจ การวินิจฉัย การบำบัด การรักษา การป้องกัน โรคการส่งเสริมและการฟื้นฟูสุขภาพ โดยใช้องค์ความรู้เกี่ยวกับ ศิลปะการนวดไทย ทั้งนี้ ด้วยกรรมวิธีการแพทย์แผนไทย โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือ วิชาชีพการแพทย์แผนไทย การแพทย์แผนไทยประยุกต์ หรือผู้ช่วยแพทย์แผนไทย ภายใต้การดูแล ของผู้ประกอบวิชาชีพ ที่ต้องดำเนินการในสถานพยาบาลนั้นๆ

“ตำราการนวดแผนไทย” หมายความว่า ตำราการนวดแผนไทย ที่ได้รับการ พิจารณาเห็นชอบจากกรมการวิชาชีพสาขาการแพทย์แผนไทย กระทรวงสาธารณสุข หรือ กองการ ประกอบโรคศิลปะ กระทรวงสาธารณสุข

ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดนิยาม 1) การนวดไทยเพื่อสุขภาพ 2) การนวดไทย เพื่อการรักษา 3) ตำราการนวดแผนไทย ในสามเรื่องดังกล่าว จะเป็นประโยชน์ในการส่งเสริมการเรียน การสอน และการพัฒนาองค์ความรู้ดั้งเดิมด้านการนวดไทย มีการแยกประเภทการนวดไทยเพื่อการ พัฒนาองค์ความรู้อย่างเป็นระบบ ทั้งยังจะเป็นประโยชน์แก่ประชาชนทั่วไป ในการใช้บริการการนวด ไทย สำหรับตำราการนวดไทย ซึ่งปัจจุบันมีอยู่หลากหลาย มีการเรียนการสอนที่แตกต่างกันไปตาม ท้องถิ่น และการที่กรมการวิชาชีพสาขาการแพทย์แผนไทย กระทรวงสาธารณสุข หรือ กองการ ประกอบโรคศิลปะ กระทรวงสาธารณสุข เป็นผู้พิจารณาดำราการนวดไทย จะช่วยทำให้ตำราการนวด ไทยมีมาตรฐานและเป็นที่ยอมรับมากขึ้น

2.2.2 เพิ่มเติมหมวด 2 การคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการนวดไทย

1. สิทธิในภูมิปัญญาการนวดไทยที่จะได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ สิทธิในภูมิปัญญาการนวดไทยและตำราการนวดไทย
2. ให้สถาบันการแพทย์แผนไทยมีหน้าที่รวบรวมข้อมูลภูมิปัญญาการนวดไทย เกี่ยวกับตำราการนวดไทย ตำราการนวดไทย เพื่อจัดทำทะเบียน
3. การจัดทำทะเบียนภูมิปัญญาการนวดไทยและตำราการนวดไทย ภูมิปัญญา การนวดไทยไทยมีสองประเภท คือ
 - (1) การนวดไทยเพื่อสุขภาพ
 - (2) การนวดไทยเพื่อการรักษา

4. ให้รัฐมนตรีมีอำนาจประกาศกำหนดตำราการนวดไทยหรือตำราการนวดไทยที่มีประโยชน์หรือมีคุณค่าในทางการแพทย์หรือการสาธารณสุขเป็นพิเศษ ให้เป็นตำราการนวดของชาติ

2.2.3 เพิ่มเติมหมวด 3 การคุ้มครองการนวดไทย

1) เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองการนวดไทย ให้รัฐมนตรี โดยคำแนะนำของคณะกรรมการมีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดประเภท ของภูมิปัญญาการนวดไทย ที่มีค่าต่อการศึกษา หรือวิจัย หรือมีความสำคัญทางเศรษฐกิจ หรืออาจจะสูญหาย ให้

2) การเรียนการสอนวิชาการนวดไทย จะต้องใช้หลักสูตรและตำราการนวดแผนไทย ที่กำหนดโดยกรมการวิชาชีพสาขาการแพทย์แผนไทย กระทรวงสาธารณสุข หรือ กองการประกอบโรคศิลปะ กระทรวงสาธารณสุขเท่านั้น

3) การเผยแพร่วิชาการนวดไทยแก่ชาวต่างชาติ ทั้งในประเทศและต่างประเทศ จะต้องได้รับการเห็นชอบและอนุมัติจากกรมการวิชาชีพสาขาการแพทย์แผนไทย กระทรวงสาธารณสุข หรือ กองการประกอบโรคศิลปะ กระทรวงสาธารณสุขเท่านั้น

2.3 จัดทำร่างพระราชบัญญัติการนวดไทย

จากการศึกษาการคุ้มครองภูมิปัญญาดั้งเดิมด้านการนวดไทยโดยศึกษาจากเอกสารและงานวิจัย ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะการคุ้มครองภูมิปัญญาดั้งเดิมด้านการนวดไทยโดยให้มี กฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนวดไทย โดยทำเป็นร่างพระราชบัญญัติการนวดไทย โดยมีสาระสำคัญโดยสังเขปดังนี้

3. นิยามศัพท์

“วิชาชีพการนวดไทย” หมายความว่า การนวดที่มีวัตถุประสงค์ เพื่อเป็นการผ่อนคลาย กล้ามเนื้อ ความเมื่อยล้า ความเครียด ด้วยวิธีการกด การคลึง การบีบ การจับ การตัด การประคบ การอบ หรือโดยวิธีการอื่นใดตามศาสตร์และศิลปะของการนวดเพื่อสุขภาพ ทั้งนี้ต้องไม่มีสถานที่อาบน้ำโดยมีผู้ให้บริการ

“ผู้ประกอบการวิชาชีพการนวดไทย” ผู้ที่ได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาต เป็นผู้ประกอบวิชาชีพการนวดไทย จากสภาการนวดไทย

“ใบอนุญาต” หมายความว่า ใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบการวิชาชีพการนวดไทย

“สมาชิก” หมายความว่า สมาชิกสภาการนวดไทย

“กรรมการ” หมายความว่า กรรมการสภาการนวดไทย

“คณะกรรมการ” หมายความว่า คณะกรรมการสภาการนวดไทย

“เลขาธิการ” หมายความว่า เลขาธิการสภาการนวดไทย

“นายก” หมายความว่า นายกสภาการนวดไทย

“รัฐมนตรี” หมายความว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

4. สภาการนวดไทย

กำหนดให้มีสภาการนวดไทย เพื่อสร้างมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ เตรียมความพร้อม การเปิดเสรีในอาเซียน เป็นองค์กรนิติบุคคล

4.1 วัตถุประสงค์สภาการนวดไทย

4.1.1 ส่งเสริมการศึกษา การวิจัย และการประกอบวิชาชีพการนวดไทย

4.1.2 ควบคุม กำกับดูแล และกำหนดมาตรฐานการให้บริการของผู้ประกอบวิชาชีพ การนวดไทย

4.1.3 ควบคุมความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพการนวดไทยให้ถูกต้องตาม จรรยาบรรณ แห่งวิชาชีพการนวดไทย

4.1.4 ช่วยเหลือ แนะนำ เผยแพร่ และให้การศึกษแก่ประชาชนและองค์กรอื่นในเรื่อง ที่เกี่ยวกับการนวดไทย

4.1.5 ให้คำปรึกษาหรือข้อเสนอแนะต่อรัฐบาลเกี่ยวกับงานการนวดไทย

4.1.6 ส่งเสริมความสามัคคีและผดุงเกียรติของสมาชิก

4.1.7 ผดุงไว้ซึ่งสิทธิ ความเป็นธรรมและส่งเสริมสวัสดิการให้แก่สมาชิก

4.1.8 เป็นตัวแทนผู้ประกอบวิชาชีพการนวดของประเทศไทย

4.2 อำนาจหน้าที่ของสภาการนวดไทย

4.2.1 จัดทะเบียนและใบอนุญาตผู้ประกอบวิชาชีพการนวดไทย

4.2.2 ดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสภานายกความและตามอำนาจ หน้าที่ซึ่งกำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้

4.3 สภาการนวดไทยอาจมีรายได้ดังต่อไปนี้

- 4.3.1 ค่าจดทะเบียน ค่าบำรุงและค่าธรรมเนียมตามพระราชบัญญัตินี้
- 4.3.2 เงินอุดหนุนจากงบประมาณแผ่นดิน
- 4.3.3 รายได้จากทรัพย์สินหรือกิจการอื่น
- 4.3.4 ทรัพย์สินที่มีผู้บริจาคให้เพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์

5. สมาชิก

- 1) มีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี บริบูรณ์
- 2) มีความรู้ในวิชาชีพการนวดไทย ประกาศนียบัตร หรือวุฒิบัตรในวิชาชีพการนวดไทยจากสถาบันการศึกษา ที่สภาการนวดไทยรับรอง
- 3) ไม่เป็นผู้ประพฤดิเสียหายซึ่งคณะกรรมการเห็นว่าจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ
- 4) ไม่เคยต้องโทษจำคุก โดยคำพิพากษาถึงที่สุด ในคดีที่คณะกรรมการเห็นว่าจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ
- 5) ไม่เป็นผู้วิกลจริต จิตฟั่นเฟือน ไม่สมประกอบ หรือไม่เป็นโรคที่กำหนดไว้ในข้อบังคับสภาการนวดไทย

5.1 สิทธิและหน้าที่ของสมาชิก

- 1) การขอขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพการนวดไทย ต้องเป็นสมาชิกแห่งสภาการนวดไทย รวมทั้งมีคุณสมบัติและต้องสอบผ่านการสอบความรู้ตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับสภาการนวดไทย
- 2) แสดงความคิดเห็นเป็นหนังสือเกี่ยวกับกิจการของสภาการนวดไทยส่งไปยังคณะกรรมการเพื่อพิจารณาและกรณีที่มีสมาชิกร่วมกันตั้งแต่ห้าสิบคนขึ้นไปเสนอให้คณะกรรมการพิจารณาเรื่องใดที่เกี่ยวกับกิจการของสภาการนวดไทย คณะกรรมการต้องพิจารณาและแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้เสนอทราบภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง
- 3) เลือก รับเลือก หรือรับเลือกตั้งกรรมการ
- 4) ผดุงไว้ด้วยเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพและปฏิบัติตนตามระเบียบและข้อบังคับของสภาการนวดไทย

5.2 การสิ้นสุดสมาชิกภาพ

- 1) ตาย
- 2) ลาออก
- 3) ขาดคุณสมบัติ หรือมีลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนดไว้
- 4) คณะกรรมการมีมติให้พ้นจากสมาชิกภาพ เพราะเห็นว่าเป็นผู้นำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์ตามวิชาชีพ

5.3 คณะกรรมการสภาการนวดไทย

1) ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า คณะกรรมการสภาการนวดไทยประกอบด้วยนายกและกรรมการจำนวน 7 คน โดยกรรมการดังกล่าวจำนวน 5 คน จะต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพการนวดไทยที่ได้รับอนุญาต และประกอบอาชีพการนวดไทยติดต่อกันอย่างน้อย 5 ปี และกรรมการจำนวน 2 คน เป็นบุคคลทั่วไป มีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละสามปี และอาจได้รับเลือก หรือได้รับเลือกตั้งใหม่ได้แล้วแต่กรณี แต่จะดำรงตำแหน่งเกินสองวาระติดต่อกันไม่ได้

2) ผู้ประกอบวิชาชีพการนวดไทยที่ได้จดทะเบียนและรับใบอนุญาต เป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้งนายกและกรรมการ โดยต้องมาใช้สิทธิด้วยตนเอง โดยการลงคะแนนลับ โดยการลงคะแนนเสียงในจังหวัดที่มีภูมิลำเนา หรือในที่ประชุมใหญ่ก็ได้

5.3.1 อำนาจหน้าที่ของกรรมการ

- 1) บริหารงานและดำเนินกิจการสภาการนวดไทยตามวัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่
- 2) พิจารณาเรื่องราวร้องทุกข์ ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย เนื่องมาจากการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพการนวดไทย
- 3) แต่งตั้งคณะอนุกรรมการจรรยาบรรณ คณะอนุกรรมการสอบสวน และคณะอนุกรรมการอื่นๆ เพื่อทำกิจกรรมหรือพิจารณาเรื่องต่างๆ อันอยู่ในขอบเขตวัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ของสภาการนวดไทย
- 4) อนุมัติหลักสูตรสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพการนวดไทย
- 5) ออกกฎ ระเบียบ และข้อบังคับต่างๆ ของสภาการนวดไทย

5.3.2 การควบคุมการประกอบวิชาชีพการนวดไทย

การกระทำดังต่อไปนี้ ทำให้ถูกพักหรือเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพการนวดไทย

- 1) การตัดสินใจบนเจ้าหน้าที่ หรือ การแถลงข้อความเป็นเท็จเพื่อฉ้อฉล เพื่อให้ได้ใบอนุญาตประกอบวิชาชีพการนวดไทย
- 2) ถูกตัดสินลงโทษในคดีอาญาที่เกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพการนวด
- 3) การกระทำที่หลอกลวง ฉ้อฉล ทำให้เข้าใจผิด โดยการโฆษณา
- 4) ช่วยเหลือ หรือ ให้คำแนะนำให้ผู้ไม่มีใบอนุญาตประกอบวิชาชีพการนวดไทย ในการให้การนวดอันขัดกับระเบียบและข้อบังคับของสภาการนวดไทย
- 5) การแจ้งความเท็จหรือไม่บอกความจริงที่ควรจะทราบ ในการให้การนวด หรือ ให้การนวดหรือเสนอการนวด นอกเหนือจากที่กฎหมายอนุญาต หรือ ยอมรับการรับผิดชอบ ซึ่งไม่สามารถกระทำได้
- 6) ไม่สามารถให้บริการการนวดได้ ด้วยเหตุขาดทักษะและความปลอดภัยอันเนื่องมาจากความเจ็บป่วยหรือการดื่มแอลกอฮอล์ สารเสพติด สารเคมี หรือ วัตถุใดที่มีผลต่อระบบประสาทและสภาพร่างกาย ในการบังคับใช้ในกรณีนี้ ต้องได้รับการยืนยันการวินิจฉัยจากแพทย์ที่สภากำหนด
- 7) ให้บริการการนวด ในสถานที่ที่ไม่มีใบอนุญาตให้เปิดสถานประกอบการการนวด ยกเว้น บ้านหรือสำนักงานของผู้รับบริการ งานการกีฬา สถานที่ประชุม หรือ งานการแสดงสินค้าต่างๆ
- 8) ให้บริการทางเพศ

6. สถานบริการนวดไทย

- 1) ห้ามมิให้ผู้ใดตั้งสถานบริการการนวดไทย เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากสภาการนวดไทย
- 2) สภาการนวดไทยเป็นผู้กำหนดระเบียบและข้อบังคับในการดำเนินการสถานบริการนวดไทย สำหรับ การบริหารจัดการทรัพยากรกายภาพ บุคลากร ความปลอดภัย และสุขอนามัย การประกัยภัย ความรับผิดชอบต่อเงิน การขออนุญาตตั้งสถานประกอบการ และการอนุญาตให้ตั้งสถานประกอบการ

6.1 การขออนุญาตเปิดสถานบริการการนวดไทย

- 1) บุคคลหรือนิติบุคคล เปิดสถานประกอบการการนวด ขึ้นขออนุญาตต่อสภาการนวดไทย ตามระเบียบและข้อบังคับของสภาการนวดไทย และเสียดำธรรมเนียม
- 2) สภาการนวดไทย ตรวจสอบสถานที่ที่ขออนุญาตเปิดสถานบริการการนวดไทย
- 3) กรณีที่สภาการนวดไทยได้ตรวจสอบใบขออนุญาตแล้ว และตรวจสอบสถานที่เท่าที่จำเป็น มีความเห็นว่า การขออนุญาตเปิดสถานประกอบการการนวดขัดต่อตามระเบียบและข้อบังคับของสภาการนวดไทย และปฏิเสธการให้ใบอนุญาตประกอบการ โดยทำเป็นลายลักษณ์อักษรชี้แจงเหตุผลของการปฏิเสธการออกใบอนุญาต กรณีที่สภาการนวดไทยมีคำสั่งให้แก้ไขข้อบกพร่องของการยื่นขออนุญาตในการเปิดสถานประกอบการ ให้ผู้ยื่นขออนุญาตเปิดสถานประกอบการยื่นการขออนุญาตได้อีก
- 4) ใบอนุญาตเปิดสถานประกอบการนวดไทย ไม่สามารถโอนสิทธิให้บุคคลอื่นได้
- 5) การย้าย ปรับปรุงแก้ไขสถานประกอบการที่ได้รับอนุญาต สามารถกระทำได้ โดยต้องแจ้งให้สภาการนวดไทย ในการตรวจสอบสถานที่ และอนุมัติ
- 6) สามารถเปลี่ยนชื่อสถานประกอบการการนวดไทย โดยการแจ้งต่อสภาการนวดไทย

6.2 การควบคุมสถานประกอบการการนวดไทย

การกระทำดังต่อไปนี้ อาจถูกพักหรือเพิกถอนใบอนุญาตเปิดสถานบริการการนวด

- 1) ปฏิเสธเจ้าหน้าที่ของสภา ในการเข้าตรวจสอบสถานที่ที่ได้รับใบอนุญาต ในเวลาทำการ
- 2) สถานประกอบการที่ได้รับอนุญาต ไม่มีความสะอาดและถูกสุขอนามัย ตามมาตรฐานที่สภาการนวดไทยกำหนด
- 3) อนุญาตให้ผู้นไม่มีใบอนุญาตประกอบวิชาชีพการนวด ปฏิบัติงานในสถานประกอบการ
- 4) ค่าประเมินในสถานประกอบการการนวดไทย

7. บทเฉพาะกาล

1) ผู้ใดได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตให้เป็นผู้ประกอบโรคศิลปะสาขาการนวดไทย ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบโรคศิลปะอยู่ในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ถือว่าผู้นั้นเป็นสมาชิกสภาการนวดไทยตามพระราชบัญญัตินี้

2) ผู้ใดได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตให้เป็นผู้ประกอบโรคศิลปะสาขาการนวดไทย ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบโรคศิลปะ และใบอนุญาตนั้นยังคงใช้ได้ในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ถือว่าผู้นั้นได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพการนวดไทยตามพระราชบัญญัตินี้

3) ในระยะเริ่มแรกที่ยังมิได้เลือกกรรมการ และเลือกตั้งกรรมการ ให้คณะกรรมการ ประกอบด้วย

- (1) ปลัดกระทรวงสาธารณสุขเป็นนายกสภาการแพทย์แผนไทย
- (2) อธิบดีกรมสนับสนุนบริการสุขภาพ
- (3) อธิบดีกรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก
- (4) เลขาธิการคณะกรรมการการอุดมศึกษา
- (5) ประธานคณะกรรมการวิชาชีพสาขาการแพทย์แผนไทย
- (6) ประธานคณะกรรมการวิชาชีพสาขาการแพทย์แผนไทยประยุกต์
- (7) นายกสมาคมแพทย์แผนไทยแห่งประเทศไทย

4) การได้มาซึ่งกรรมการดังกล่าว จะต้องกระทำไปแล้วเสร็จภายในหกสิบวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ปลัดสาธารณสุขเลือกกรรมการ เพื่อทำหน้าที่ เลขาธิการ รองเลขาธิการ และเหรัญญิก

5) การเลือกตั้งกรรมการที่มาจากสมาชิก 5 คน และบุคคลทั่วไป 2 คนจะต้องกระทำไปแล้วเสร็จภายในร้อยแปดสิบวันวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

6) ในระหว่างที่ยังไม่ได้ออกกฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศเพื่อปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ให้นำกฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศตามกฎหมายในส่วนการนวดไทย มาบังคับใช้โดยอนุโลม แต่ต้องไม่เกิน 1 ปี นับตั้งแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

หมายเหตุ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้คือ การนวดไทยได้เจริญก้าวหน้าขึ้นเป็นอันมาก จำนวนนวดผู้ประกอบอาชีพการนวดไทยมีจำนวนมากขึ้น และมีศักยภาพเพียงพอที่จะปกครองตนเองได้ในวงการนวดไทยด้วยกัน เพื่อควบคุมและส่งเสริมการประกอบอาชีพ

การนวดไทย เช่น ให้มีสภาการนวดไทยเพื่อควบคุมมรรยาทของผู้ประกอบอาชีพการนวดไทย ให้มีกองทุนสงเคราะห์ผู้ประกอบอาชีพการนวดไทยเพื่อช่วยเหลือผู้ประกอบอาชีพการนวดไทย พร้อมกับเป็นการสนับสนุน ส่งเสริม พัฒนาให้วิชาชีพการนวดไทยมีความเจริญก้าวหน้าในภายภาคหน้าต่อไป จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

จากข้อเสนอแนะของผู้วิจัยกล่าวคือ 1) ขยายการคุ้มครองพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 ให้คุ้มครองการนวดไทยนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า อาจจะทำให้ยากยิ่ง เพราะในข้อตกลง TRIPs กำหนดให้กฎหมายการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ให้ความคุ้มครองเฉพาะ “สินค้า” ไม่รวมถึงสินค้าบริการ เช่นการนวดไทยเป็นต้น แต่จากการที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกของ WTO ที่จะต้องอนุวัติการกฎหมายเพื่อให้เป็นไปตาม WTO ซึ่งรวมถึงข้อตกลง TRIPs ดังนั้นกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของประเทศไทยจึงไม่คุ้มครองสินค้าบริการ อย่างไรก็ตาม การขยายการคุ้มครองไปยังสินค้าบริการนั้น ประเทศไทยอาจนำไปเป็นประเด็นในการเจรจาในความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าหรือ TRIPs ต่อไป 2) แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ผู้วิจัยเห็นว่า ควรเป็นสิ่งที่จะต้องทำ เพราะการเพิ่มเติมการคุ้มครองการนวดไทยในกฎหมายฉบับนี้ จะเพิ่มระดับการคุ้มครองให้กับภูมิปัญญาการนวดไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพ 3) จัดทำร่างพระราชบัญญัติการนวดไทย ผู้วิจัยเห็นว่า อาจจะใช้เวลาในการพิจารณาถึงรายละเอียดต่างๆ มาก ต้องอาศัยความคิดเห็นขององค์กรที่เกี่ยวข้องทั้งภาครัฐและเอกชน เพราะกฎหมายฉบับนี้จะมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อผู้ประกอบวิชาชีพการนวดไทย ในอนาคต

บรรณานุกรม



บรรณานุกรม

- กรมศิลปากร (2551) *สมุดภาพโคลงถ้ำคีตกถน* กรุงเทพมหานคร กรมศิลปากร สมุดภาพโคลงถ้ำคีตกถน กรุงเทพมหานคร อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง
- _____. (2551) *สมุดภาพโคลงถ้ำคีตกถน* กรุงเทพมหานคร อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง หอสมุดแห่งชาติ
- _____. (2542) *ตำราเวชศาสตร์ฉบับหลวง รัชกาลที่ 5 เล่ม 1 – 2* กรุงเทพมหานคร กรมศิลปากร กระทรวงสาธารณสุข (2544) *คู่มืออบรมการนวดไทย โครงการพัฒนาตำรากองทุนสนับสนุนกิจกรรมมูลนิธิการแพทย์แผนไทยพัฒนา นนทบุรี สำนักงานกระทรวงสาธารณสุข*
- การสนับสนุนและพัฒนาแรงงานสาขานวดแผนไทย (2555. 29 มีนาคม) *ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 129 ตอนพิเศษ 59 ง หน้า 41 – 42*
- การแพทย์แผนจีน *การนวดทฤษฎี ทฤษฎีการแพทย์แผนตะวันออก มหาวิทยาลัยรังสิต*
http://www.orientalmedrsu.com/index.php?option=com_content&view=article&id=132:2012-12-22-17-48-03&catid=92&Itemid=514&lang=th
- กรมทรัพย์สินทางปัญญา *ประวัติกรมทรัพย์สินทางปัญญา* ขึ้นคั้งวันที่ 4 ตุลาคม 2556 จาก
http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_content&task=category§ionid=17&id=104&Itemid=183
- จักรกฤษณ์ ควรวจน์ (2544) *กฎหมายสิทธิบัตร แนวความคิด และบทวิเคราะห์* พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร นิติธรรม
- จักรกฤษณ์ ควรวจน์ (2007) “กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในเวทีการค้าโลก”
<http://measwatch.org>
- จักรกฤษณ์ ควรวจน์ (2547) *ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 2 เรื่อง การคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น* นิติธรรม กรุงเทพมหานคร
- จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ (2552) *หลักเหตุผลของการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา* คุยฎินิพนธ์นิติศาสตร์คุยฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- ไชยยศ เหมะรัชตะ (2544) *ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา* กรุงเทพมหานคร นิติธรรม

- เดโช สวานานนท์ (2550) คณะกรรมการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ และตรวจรายการประชุมสภา
 ร่างรัฐธรรมนูญ (เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550
 กรุงเทพมหานคร สำนักกรรมการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร)
- เทวัญ ธานีรัตน์ สำนักการแพทย์ทางเลือก (Bureau of alternative Medicine) “ความหมาย
 การแพทย์ทางเลือก” http://www.thaicam.go.th/index.php?option=com_content&view=article&id=110&Itemid=109
- หนังสือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่ สม 0001/679 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 2554 เรื่อง
 “ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์” ถึง ประธานวุฒิสภา และ หนังสือ
 ลงวันที่ 17 มีนาคม 2546 เรื่องเดียวกัน ถึงประธานสภาผู้แทนราษฎร
- นพ ประภายานนท์ (2547) *นวดไทย สัมผัสบำบัดเพื่อสุขภาพ* สมุทรปราการ ฟื่องฟ้าพรินต์ติ้ง
- นันทน์ อินทนนท์ (2547) *ประเด็นด้านทรัพย์สินทางปัญญาในความตกลงการค้าเสรี* บทวิเคราะห์
 ผลกระทบบางประการต่อประเทศไทยรายงานการวิจัยที่เสนอต่อสภาวิจัยแห่งชาติและ
 กระทรวงยุติธรรม ในการประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ณ ศูนย์ประชุมสหประชาชาติ
 เมื่อวันที่ 15-16 กันยายน พ.ศ. 2547
- นวดแผนจีนบำบัด <http://ams.kku.ac.th/newams/file/etc/massage.pdf>
- แบนเนอร์ เอช โรเบิร์ต (2540) การแพทย์พื้นบ้านกับสุขภาพ แปลจาก Traditional Medicine and
 health care coverage โดย กรรณิการ์ พรหมเสาร์และสรสิริ อันจัน, กรุงเทพมหานคร
 โรงพิมพ์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึก
- ประทีป ชุมพล (2541) ประวัติการแพทย์แผนไทย กรุงเทพมหานคร บริษัท อีซีไอพี จำกัด
 ธนิต ชังถาวร , สุกัญญา สุจฉายา (2552) รายงานการศึกษากรอบความคิดการคุ้มครองภูมิปัญญา
 ท้องถิ่นไทย เพื่อเสนอ กรมทรัพย์สินทางปัญญา ศูนย์พันธุวิศวกรรมและ
 เทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีชีวภาพ
 แห่งชาติ หน้า 5
- รัชชัย สุภผลศิริ (2534) การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและแหล่งกำเนิดสินค้า บทบัญญัติ
 เล่มที่ 47 ตอน 3 กรุงเทพฯ เนติบัณฑิตยสภา หน้า 96
- แพทย์พงษ์ วรพงศ์พิเชษฐ (2542) *โยคะเพื่อการพัฒนาร่างกายและจิตใจ* กรุงเทพมหานคร
 เอช.ที.พี.เพรส
- พระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542 และประกาศกระทรวงสาธารณสุข พ.ศ. 2544
 เรื่องการเพิ่มประเภทการนวดไทยในสาขาการแพทย์แผนไทย (2544. 1 กุมภาพันธ์)
 ราชกิจจานุเบกษาฉบับประกาศทั่วไป เล่ม 118 ตอนที่ 25 ง

พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ.2542

ภักุธิญา สิริบริวารพิพัฒน์ (2553) “พันธุ์พืช เทคโนโลยีชีวภาพ ภูมิปัญญาท้องถิ่น และภูมิปัญญา

การแพทย์แผนไทย” ในเอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา
ชั้นสูง เล่ม 1 หน่วยที่ 13 นนทบุรี มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช สาขานิติศาสตร์

มูลนิธิสาธารณสุขกับการพัฒนา (2544) *ตำราเส้นสีฉบับอนุรักษ์* กรุงเทพมหานคร พิมพ์ดี

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช (2533) ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการบริหารสาธารณสุขและ

โรงพยาบาล หน่วยที่ 1 – 7 พิมพ์ครั้งที่ 3 นนทบุรี มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

ยศ สันตสมบัติ (2542) “ความหลากหลายทางชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อการพัฒนาอย่าง

ยั่งยืน” ทุนอุดหนุนการวิจัยประเภทกำหนดเรื่อง เชียงใหม่ ภาควิชาสังคมวิทยาและ
มนุษยวิทยา คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ยุทธศาสตร์การพัฒนาศูนย์กลางสุขภาพนานาชาติ แผนยุทธศาสตร์การพัฒนา

ให้ประเทศไทยเป็นศูนย์กลางสุขภาพนานาชาติ ระยะที่ 1 (พ.ศ. 2547 -2551)

ครอบคลุมธุรกิจบริการรักษาพยาบาล ธุรกิจบริการส่งเสริมสุขภาพ ธุรกิจผลิตภัณฑ์

สุขภาพและสมุนไพรไทย และระยะที่ 2 (พ.ศ. 2553 -2557) “เพิ่มบริการด้าน

การแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือกธุรกิจบริการสปาและการนวดไทย”

กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์ <http://www.thailandae.com>

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ลาวันย์ ถนัดศิลป์กุล (2552) ในเอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิและ

เสรีภาพของประชาชน (Protect of rights and Liberties of the people) เล่ม 1 หน่วยที่ 6

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพทางเศรษฐกิจ นนทบุรี มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

สาขานิติศาสตร์

วรรณ นาวิกมูล (2545) *วัฒนธรรมพื้นบ้านและภูมิปัญญาท้องถิ่น* พิมพ์ครั้งที่ 3

มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ กรุงเทพมหานคร

วิชัย โชควิวัฒน์, สุวิทย์ วิบุลผลประเสริฐ และประพจน์ เกตุรากาศ, บรรณาธิการ (2553) รายงาน

การสาธารณสุขไทย ด้านการแพทย์แผนไทย การแพทย์พื้นบ้าน และการแพทย์ทางเลือก

2552 -2553. นนทบุรี สามเจริญพาณิชย์ (กรุงเทพฯ)

วิวัฒน์ สรรพคุณ 2556 การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นตามกฎหมาย ต่างประเทศ จุลนิติ

สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา พ.ค. – มี.ย. 2556

วิวิธ วงทิพย์ (2556) การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น สถาบันการวิจัยและพัฒนา

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

วิมาน กฤตพลวิมาน(2545) ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. ... : กรณีศึกษา

ข้อพิจารณากฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในประเทศไทย นนทบุรี

สำนักวิจัยและพัฒนา สถาบันพระปกเกล้า

ศูนย์การแพทย์อายุรเวท (Ayurvedic Medicine Centre) คณะการแพทย์แผนตะวันออก

มหาวิทยาลัยรังสิต Retrieved February 26,2014 from [http://orientalmedrsu.com/](http://orientalmedrsu.com/index.php?option=com_content&view=article&id=136&Itemid=478&lang=th)

[index.php?option=com_content&view=article&id=136&Itemid=478&lang=th](http://orientalmedrsu.com/index.php?option=com_content&view=article&id=136&Itemid=478&lang=th)

สถาบันภาษาไทย กรมวิชาการ กระทรวงศึกษาธิการ แพทย์ศาสตร์สงเคราะห์ (2542) ภูมิปัญญา

ทางการแพทย์และมรดกทางวัฒนธรรมของชาติ กรุงเทพมหานคร คุรุสภาลาดพร้าว

สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนฯ เล่มที่ ๕ เรื่องที่ ๕ การสาธารณสุข การสาธารณสุขในประเทศไทย

[http://kanchanapisek.or.th/kp6/New/sub/book/book.php?book=9&chap=5&page=t9-](http://kanchanapisek.or.th/kp6/New/sub/book/book.php?book=9&chap=5&page=t9-5-infodetail02.html)

[5-infodetail02.html](http://kanchanapisek.or.th/kp6/New/sub/book/book.php?book=9&chap=5&page=t9-5-infodetail02.html)

เหม ทองชัย (2554) ภูมิปัญญาไทย วิถีไทย กรุงเทพมหานคร เชิร์ดเวฟ

หลักสูตรการนวดไทย (2550. 21 สิงหาคม) ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอนที่ 45ง

เอกวิทย์ ณ ถลาง (2540) ภูมิปัญญาพื้นบ้านสี่ภาค วิถีชีวิตและกระบวนการเรียนรู้ของชาวบ้านไทย

นนทบุรี มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

Atencio Lopez (2005) Department of Economic and Social Affairs Division for Social Policy and

Development Secretariat of the Permanent Forum on Indigenous Issues Indigenous

Expert, International Workshop on Traditional Knowledge for the Recovery and

Protection of Traditional Indigenous Knowledge Panama City, 21-23 September

2005 UN Doc. PF/2005/S.TK/6 (2005).

Anchalee Chathaputti (2010) National Traditional system of Medicine Recognized by the Thai

government for institute of Thai Traditional Medicine Department for the

Development and alternative Medicine Minister of Public Health , Thailand.

Australian Trade Practice Act 1974 NO 51.

Bernard O'Connor (2005) Protecting Traditional Knowledge: An Overview of a Developing

Area of Intellectual Property Law The Journal of World Intellectual Property

Volume 6, Issue 5.

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works Retrieved May 22, 2013

http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/parties.jsp?treaty_id=15&group_id=1

Benchmarks for training in traditional /complementary and alternative medicine: benchmarks for training in tuina. World Health Organization 2010.

Bovko David (1998) “Antitrust Limits on Exploiting Intellectual Property Right” Journal of Civil Right and Economic Development: Vol. 13 Iss. 2 .

Canavari, M., Wongprawmas (2011). The Perception of European operators toward Thai Spa and the “Thai Spa World Class Standard”. Thai-Italian Chamber of Commerce, Bangkok, Thailand - Franco-Thai Chamber of Commerce, Bangkok, Thailand.

Council Regulation (EC) No 509/2006 of 20 March 2006 on agricultural products and foodstuffs as traditional specialities guaranteed Official Journal L 093 , 31/03/2006.

Carlos Correa (2001) Traditional knowledge and Intellectual Property issue and options surrounding the protection of traditional knowledge a discuss paper commission by the Quaker United Nation office(QUNO).

Carlos M Correa (2000) Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries: The TRIPS Penang Thrid Network.

Christopher May and Susan K Sell (2006), Intellectual property Right: A Critical History ,Lynne Rienner London.

Christopher May “ Why IPRs are a Global Political Issue” in D Vaver (ed) (2006) Intellectual Property Rights: Critical Concepts in Law.

Craig D. Jacoby & Charles Weiss, Recognizing Property Rights in Traditional Biocultural Contribution, (1997) 16 Stanford Environmental Law Journal 74.95,123.

Craig Collins ; Heather Forrest (2008) Intellectual property law (First publication in 2008) LexisNexis , Butterworth.

Chidi Oguamanam Localizing Intellectual Property in the Globalization Epoch: The Integration of Indigenous Knowledge Indiana Journal of Global Legal Studies Volume 11, Issue 2, Summer 2004 p. 135 Retrieved October 2, 2013 from http://muse.jhu.edu/login?auth=0&type=summary&url=/journals/indiana_journal_of_global_legal_studies/v011/11.2oguamanam.html

- Constitution of the Republic of Philippine 1987 <http://www.gov.ph/constitutions/the-1987-constitution-of-the-republic-of-the-philippines/the-1987-constitution-of-the-republic-of-the-philippines-article-iii/>
- Central Council for Research in Ayurvedic Sciences Department of Ayusa , Ministry of Health and Family Welfare, Government of India Retrieved February 26, 2014 from <http://ccras.nic.in/index.htm>
- Center for International Environmental Law (2003) “Intellectual Property in the FTAA: Little Opportunity and Much Risk” Geneva,
- Cao RF et al. Zhong yi (1992) Tuina xue [Tuina therapy] Beijing, Ren Min Wei Sheng Chu Ban She
- CHICAGO LOCK CO., v. MORRIS V. FANBERG and VICTOR FANBERG 676 F.2d 400 (9th Cir. 1982) Daniel Gervais (2005) “ Traditional Knowledge and Intellectual Property : A TRIPS –Compatible Approach” (2005) Law Review of Michigan State University.
- Daniel Gervais (2003) The Journal of World Intellectual Property Volume 6, Issue 3, The Trips Agreement:
- Drafting History and Analysis, 2nd edition London: Sweet & Maxwell.
- David J Bainbridge (1992) Intellectual Property London: Pitman.
- Diamond v. Chakarbarty 447 U.S. 303 (1980) <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/447/303/case.html>
- Department of Commerce, Government of India, 'Protecting Traditional Knowledge: Why it is important' (2002) 4 No.4 India & The WTO, A Monthly Newsletter of the Ministry of Commerce and Industry http://commerce.nic.in/writereaddata/publications/wto_april2002.pdf
- Emil Kleen (2012) massage and medical gymnastics J. & A. Churchill publishing
- Grenier, 1998 in indigenous and Local Knowledge systems in Sustainable Development Informal meeting for delegates and staff members. De Guchteneire, P. & Nakashima, D. UNESCO, November, 1998.
- Geraldine L. Fiagoy Adult Education and Indigenous People in The Philippine UNESCO Institute for Education Retrieved February 28,2014 From <http://www.unesco.org/education/uie/pdf/Philippines.pdf>

Fact Sheet No.2 (Rev.1), The International Bill of Human Rights UN OHCHR. June 1996.

Archived from the original on March 13, 2008 Retrieved October 22,2013 from
<http://web.archive.org/web/20080313093428/http://www.unhchr.ch/html/menu6/2/fs2.htm>

Graham Dutfield (2004) Intellectual property, Bionetic Resources and traditional knowledge
 London: Earthscan

Health Planning Division, Ministry of Public Health. “Policy for the development of Thai traditional medicine and medicinal plants”, In: Chamniendumrongkan S, Attasith R., Suksuth M. (eds.) Medicinal Plants and Health Development – Development of Medicinal Plants for Medicinal Purpose Project (Bangkok: War Veterans Administration Printing, 1989)

International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), adopted and opened for signature, ratification and accession of 16 December 1966, by General Assembly resolution 2200A (XXI), art. 27 <http://www.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>

Indian Medicine Central Council Act, 1970 vide gazette notification extraordinary part (ii) section 3 (ii) dated 10.8.71.

International Labour Organization ILO Retrieved September1,2014 from
<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm>

Japan Trademark Act (Law No. 127 of April 13, 1959, as last amended by Act No. 55 of 2006)

John Hammond, and Robert Gunderman “Anything Under the Sun That Is Made by Man”
 ... Well, Not Quite.

http://www.patentechnologies.com/images/Anything_Under_The_Sun_LM_Website.pdf

Julia Hodge, Other, §112, ¶6 Claim Interpretation and the Doctrine of Equivalents: An Invitation to Confused Thinking?, 17 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 203 (2001)

J Hematol Ayurvedic herbal medicine and lead positioning Us National Library of Medicine National Institutes of Health <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3259062/>

John Douillard (2004) The Encyclopedia of Ayurvedic Massage North Atlantic Books
 Knowledge and folklore. Traditional Knowledge-Operational Term and Definition” World Intellectual Property Organization WIPO/GRTK/IC/3/9, 2002 www.wipo.int

- Katzenberger, P, and Kur, A “TRIPS and Intellectual Property”, in Friedrich-Karl Beir and Gerhard Schricker (Eds) (1997) “From GATT to TRIPS” IIC Studies, Max Plank Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, Munich Kenneth Levin, Medicine & Chinese Society, in M Modern China and Traditional Chinese Medicine p 108 (Guenter B. Risse ed., 1973)
- Luo Li (2012) Does Intangible Cultural Heritage Law Resolve Everything in China? Journal of International Commercial Law and Technology Vol. 7, Issue 4 Queen Mary, University of London
- Law on Licensed Doctors of the People's Republic of China Retrieved 20 December 2013 from The Asian Legal Information Institute (Asian II) <http://www.asianlii.org/>
- Matthias Leistner, (2004) ‘Part III. Analysis of Different Areas of Indigenous Resources’ in Silke von Lewinski (ed), Indigenous Heritage and Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore
- Michael Blakeney, (1996) “Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Concise Guide to the TRIPS Agreement” Sweet Maxwell, London
- Michael Hassemer, (2004) Part III Analysis of different area of indigenous Resources Section II. Genetic Resources’ in Silke von Lewinski (ed), Indigenous Heritage and Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore
- Marga C. Domiaga (2002) The role of intellectual Property Right in protecting Traditional Knowledge(The Philippine experience) Senior Planning Officer of the Philippine Department of Agriculture, to the Seminar on Traditional Knowledge, 3-5 April 2002, New Delhi, India
- National Center For Complementary Medicine (NCCAM) (2010) “History of Massage “ Retrieved May 14, 2013 from <http://nccam.nih.gov/health/massage/massageintroduction.htm#history>
- World Health Organization – WHO Traditional Medicine strategy 2002-2005 [who/edm/trm/2002](http://www.who.int/edm/trm/2002)
- Nancy Kremers (2004) Speaking with a Forked Tongue in the Global Debate on Traditional Knowledge and Genetic Resources: Is U.S. Intellectual Property Law and Policy Really Aimed at Meaningful Protection for Native American Cultures?

- Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal Volume 15,
Issue 1
- Olufunmilayo B Arewa (2006) TRIPs and Traditional Knowledge: Local Communities, Local Knowledge, and Global Intellectual Property Frameworks Marquette Intellectual Property Law Review Volume 10 Issue 2 Oxford English Dictionary 2d ed 1989
- Process for extraction and purification of plaunotol United States Patent 5264638 Retrieved July 26, 2012 from <http://www.freepatentsonline.com/5264638.html> and Geranylgeraniol-18-hydroxylase from croton sublyratus United States Patent 5879916 Retrieved July 26, 2012 from <http://www.freepatentsonline.com/5879916.html>
- Panumas Kudngaogarm (2011) Protecting Intellectual Property in Thai Traditional Medicine USA: Lambert
- Panumas Kudngaogarm (2007) “Human Right Standards for The protection of Intellectual Property: Traditional Knowledge and Indigenous Resources” Asian society of international law (April) University of New England Paper presented at Inaugural Biennial Conference of the Asian Society of International Law The NUS Law School
- Panumas Kudngaogarm Thai Traditional Medicine Protection (Part I) Thailand Law Journal 2011 Fall Issue 2 Volume 14
- Panumas Kudngaogarm (2011) Protecting Intellectual Property in Thai Traditional Medicine USA: Lambert Academic Publishing
- Philips, Jeremy and Firth, Alison (1990) Introduction to Intellectual Property Law, London : Butterworth
- Patents and Innovation: “Trends and Policy Challenges”, Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), 2004 Report
- Peter Drahos (2004) Towards an International Framework for the protection of Traditional Knowledge (paper presented as a request of UNCTAD-Commonwealth Secretariat Workshop on Elements of National Sui Generis Systems for the Preservation, Protection and Promotion of Traditional Knowledge, Innovations and Practices and Options for an International Framework Geneva, 4-6 February 2004)

- Peter –Tobias Stoll and Anja von Hahn (2004) Part III Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law in Silke von Lewinski (ed), *Indigenous Heritage and Intellectual Property , Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*
- Peter Drahos, *Bilateralism in Intellectual Property*, Oxfam Policy Paper, 2001
- Paul I. Dargan Heavy metal poisoning from Ayurvedic traditional medicines: an emerging problem?
Int. J. Environment and Health, Vol. 2, Nos. 3/4, 2008 p 465
http://www.sactrc.org/IJEnvH203-415_Dargan%20et%20al.pdf
- Rocque Reynolds, Natalie P. Stoianoff (2005) *Intellectual Property: Text and Essential Cases*
 Annandale , N.S.W federation Press
- R. Mark Halligan *Trade Secrets v. Patents: The New Calculus* p3 Retrieved September 22, 2013
 from <http://my.execpc.com/~mhallign/>
- Regulatory Situation of Herbal Medicine: A Worldwide Review (WHO/TRM,1998 49p) cited in
 Panumas Kudngaogarm (2011) *Protecting Intellectual Property in Thai Traditional Medicine USA: Lambert Academic Publishing*
- Robert Noah Cavert (2002) *The History of the Massage Healing: An illustrated Survey Around The world* Art Press
- Rosa Giannina (2007) “Intellectual Property and the protection of Traditional Knowledge , Genetic Resources and Folklore: The Peruvian Experience University of Heidelberg “
Max Planck Yearbook of United Nation La , Volume 12
- Report of the Inter-Regional Workshop on Intellectual Property Rights in the Context of
 Traditional Medicine Bangkok, Thailand, 6–8 December
 2000WHO/EDM/TRM/2001.1 p 12 Retrieved October 2, 2013 from
<http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/h2944e/h2944e.pdf>
- Regulations on the Protection of types of Chinese Traditional Medicine 1992 The Asian Legal
 Information Institute (Asian II) <http://www.asianlii.org/>
- Srividhya Ragavan (2001) *Protection of Traditional Knowledge Minnesota Intellectual Property Law Review*, Vol. 2, No. 2, 2001

- Sumathi Subbiah, (2004) 'Reaping What They Sow: The Basmati Rice Controversy and Strategies for Protecting Traditional Knowledge' 27 Boston College International and Comparative Law Review 529
- Schechter Frank (1925) The Historical Foundation of the Law Relating to Trade mark Columbia University Press, New York cited in Michael Blakeney (2006) "Geographical Indications and TRIPS" Queen Mary Intellectual Property Research Institute Queen Mary and Westfield College University of London
- Shivani Singhal (2008) Geographical indications and traditional knowledge Oxford Journal of Intellectual Property Law & Practice
- Seminar on Traditional Knowledge organized by the Government of India in co-operation with the UNCTAD secretariat Retrieved October 16, 2013 from http://r0.unctad.org/trade_env/test1/meetings/delhi.htm
- Samuel Rosen, Health Care in Modern China; an Eyewitness, in Modern China and Traditional Chinese Medicine p 150 (Guenter B. Risse ed., 1973).
- Traci L. McClellan (2001) the role of international law in protecting traditional knowledge and plant life of indigenous people 19 Wisconsin International Law Journal 249
- Tshimanga Kongolo (2007) Unsettled International Intellectual Property Issues Kluwer Law International England
- Thomas J, Krumenacher, 143 (2004). Protection for Indigenous Peoples and their Traditional Knowledge: Would a Registry System Reduce the Misappropriation of Traditional Knowledge INTELLECTUALPROPERTY L. REV. 143
- Thomas J Krumenacher Part III Analysis of different Area of indigenous Resources in Indigenous Heritage and Intellectual Property. Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore(2003) Edited by Silke von Lewinski. Kluwer Law International, London
- The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works Retrieved September 22, 2013 from <http://www.law.cornell.edu/treaties/berne/2.html>
- The World Intellectual Property Organization (WIPO) What is intellectual Property? Retrieved September 14, 2013 from <http://www.wipo.int/about-ip/en/index.html>

- The German Law against Unfair Competition (“ UWG”Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)
- Trips agreement Part II — Standards concerning the availability, scope and use of Intellectual Property Rights Section 7: protection of undisclosed information Article 39.2
- The WTO Ministerial Conference –Cancun 2003 Briefing Notes on the Ministerial and the Main Issues
http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min03_e/brief_e/cancun_presspack_e.pdf
- The UNCTAD Expert Meeting on Systems and National Experiences for Protecting Traditional Knowledge, Innovation and Practices Geneva, 30 October - 1 November 2000 http://r0.unctad.org/trade_env/tk.htm
- The UNCTAD Report of the International Seminar on Systems for the Protection and Commercialization of Traditional Knowledge New Delhi, 3-5 April 2002
- The United nation Conference of trade and development (UNCTAD), Trade and Sustainable Development Section, Traditional Knowledge
http://r0.unctad.org/trade_env/topicTK.asp
- The International Covenant on Civil and Political Rights
- The United Nations The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples
http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf
- The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples
- Tian Jingfu, The Role and Position of Traditional Chinese Medicine in Primary Health Care, World Health Organization Regional Office For Western Pacific Report
- Traditional Chinese Medicine, National Center for Complementary and Alternative Medicine, Traditional Chinese Medicine: An Introduction [NCCAM Backgrounder]
 Retrieved 20 December 2013 from
[Thhttp://nccam.nih.gov/health/whatiscom/chinesemed.htm](http://nccam.nih.gov/health/whatiscom/chinesemed.htm)
- Terasa Schroeder (2002) Chinese Regulation of Traditional Chinese medicine in the modern world: Can the Chinese profit from one of the their most valuable culture resources?
 Pacific Rim &Policy Journal Association

- World Intellectual Property Organization (WIPO) , Intellectual Property and Traditional Knowledge (WIPO Publication No 920 (E) Booklet No 2)
- World Intellectual Property Organizations – intellectual Property Needs and Expectations of traditional knowledge Holders, WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999) (Geneva April 2001)
- World Health Organization – WHO Traditional Medicine Strategy 2002-2005, WHO/EDM/TRM/2002.1; see also The UNCTAD, ‘Report of the International Seminar on Systems for the Protection and Commercialization of Traditional knowledge’ (Report of the seminar at the international Seminar on Systems for the Protection of Traditional Medicine and its (TK), New Delhi, India, 3-5 April 2002)
- William Fisher III, (2001) “Theories of Intellectual Property” in Stephen Munzer, ed, New Essays in Legal and Political Theory of Property Cambridge: Cambridge University Press, Retrieved May 22, 2013 from <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf> at 1.
- WIPO Background Reading Material on Intellectual Property. Geneva: WIPO Publication 1988 p145
- WIPO (1997) Introduction to Intellectual Property: Theory and Practice London Kluwer Law & publications
- World health organization Who Traditional Medicine strategy 2002-2005 Retrieved October 2, 2013 from http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/who_edm_trm_2002.1.pdf
- World Intellectual Organization - Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and folklore, Information on National Experiences with the Intellectual Property Protection of Traditional Knowledge (WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2) Fifth Session Geneva, July 7 to 15, 2003 Anex 1
- World Intellectual Organization - Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and folklore, Traditional Knowledge Traditional Expression and Genetic Resources : the International Dimension WIPO/GRTKF/IC/6/ Sixth Session Geneva, March 15 to 19, 2004
- WIPO Convention Establishing the World Intellectual Property Organization 1967(2009) (Signed at Stockholm on July 14, 1967 and as amended on September 28, 1979)

retrieved 9 October 3013 from

http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283854

WIPO Treaties - General Information <http://www.wipo.int/treaties/en/general/>

World Intellectual Property Organization – Intellectual Property needs and expectations of Traditional Knowledge WIPO Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999)(Geneva 2001)

World Intellectual Property Organization WIPO General Assembly Twenty-Sixth Matters Concerning Intellectual Property and Genetic Resources , Traditional Knowledge and Folklore WO/GA/26/6 (Twenty sixth) (12th Extraordinary) Session Geneva, September 25 to October 3, 2000

World Intellectual Property Organization WIPO General Assembly Twenty-Sixth Matters Concerning Intellectual Property and Genetic Resources , Traditional Knowledge and Folklore above n 21 p5

WIPO Member State agree to fast-track work on Traditional Knowledge WIPO Press Release PR/2003/262 Geneva 29 September 2000
at:http://www.wipo.int/edocs/prdocs/en/2003/wipo_pr_2003_362.html.

World Intellectual Property Organization WIPO Inter Governmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources , Traditional Knowledge and Folklore The Protection of Traditional Knowledge: Draft Objective and principle
WIPO/GRTKF/IC/10/5 (Tenth Session Geneva, November 30 to December 8 ,2006)

World Intellectual Property Organization WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore Twenty-Fourth Session Geneva, April 22 to 26, 2013

WIPO World intellectual Property About the Traditional Knowledge Digital Library.” WIPO News and Events
http://www.wipo.int/meetings/en/2011/wipo_tkdl_del_11/about_tkdl.html

WIPO World intellectual Property About the Traditional Knowledge Digital Library.” FAQ.” Traditional Knowledge Digital Library
<http://www.tkdl.res.in/tkdl/langdefault/common/Faq.asp?GL=Eng> Office of the

Controller General of Patent, Designs & Trademarks “Guidelines of Processing of Patent Applications

Relating to Traditional Knowledge and Biological Material”,

http://www.ipindia.nic.in/iponew/TK_Guidelines_18December2012.pdf p.1

WIPO World intellectual Property About the Traditional Knowledge Digital Library Protecting Indian Traditional Knowledge from Biopiracy

http://www.wipo.int/export/sites/www/meetings/en/2011/wipo_tkdl_del_11/pdf/tkdl_gupta.pdf

World Intellectual Property Organization (WIPO) Legislative Texts on the protection of Traditional Knowledge <http://www.wipo.int/tk/en/law/tk/html>

WIPO World intellectual Property, Legislative Texts on the Protection of Traditional Knowledge Retrieved 28 January 2014 from

http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=179606

Wend Wendland(2001) Intellectual Property Law and Development – The Road Ahead;

Traditional Knowledge and Access to Knowledge Organized by World Intellectual Property (WIPO), in cooperation with Salom Comparative Legal Research , Ono Academic College and the Israel Ministry of foreign Affairs Ono Academic College , Israel October 24 and 25

Xiaorui Zhang, ‘Traditional Medicine and its Knowledge’ (Paper presented at the UNCTAD Expert Meeting on Systems and National Experiences for Protection Traditional Knowledge, Innovations and Practices, at Geneva, Switzerland, 30 October-1 November 2000)

Zinc oxide-coated material and fatty acid-solidifying powder and external preparation for skin each made by using the material United States Patent 6242092 Retrieved July 30, 2012 from <http://www.freepatentsonline.com/6242092.html>

Zang Weibo Intellectual Property Protection of Traditional medicine in China

http://www.wipo.int/mdocsarchives/WIPO_TK_CEI_00/Mr.%20Zhang%20Weibo%20Non%20Paper.pdf

ประวัติผู้วิจัย

ชื่อ	นายประวิช ราชกิจ
วัน เดือน ปีเกิด	18 เมษายน 2504
สถานที่เกิด	จังหวัดเชียงใหม่
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ประกาศนียบัตรเป็นผู้ผ่านการอบรมหลักสูตรวิชาชีพทนายความ
สถานที่ทำงาน	สำนักงานประวิช ราชกิจ ทนายความ กรุงเทพมหานคร
ตำแหน่ง	ทนายความ

