

## บทที่ 3

### มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

ภูมิปัญญาท้องถิ่น คือองค์ความรู้ในการคิด ประดิษฐ์สิ่งต่างๆขึ้นมาจากทรัพยากรที่มีอยู่จำนวนมากในท้องถิ่นนั้นๆ เมื่อมีคนคิดเริ่มต้นผลิตสิ่งใดขึ้นมา ย่อมต้องหวงแหนสิ่งซึ่งเป็นรูปธรรมจากความรู้ของตนอย่างแน่นอน และมากยิ่งขึ้นไปกว่านั้นชุมชนท้องถิ่นที่มีการผลิตสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ของชุมชนยังต้องการให้ฝ่ายรัฐที่บริหารปกครองประเทศเข้ามามีส่วนในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นไว้ไม่ให้บุคคลอื่น หรือประเทศอื่นมาหาประโยชน์โดยมิชอบในความรู้ของชุมชน ดังนั้นมาตรการทางกฎหมายจึงเป็นแนวทางที่จะสามารถคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเอาไว้ได้ เพื่อไม่ให้ถูกประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีเอาเปรียบเอาไปซึ่งความรู้ของประเทศที่อาจด้อยเทคโนโลยี แต่มีทรัพยากรธรรมชาติที่มีคุณค่ามากกว่า

#### 3.1 มาตรการในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของความตกลงระหว่างประเทศความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (ความตกลงทริปส์)

การคุ้มครองภูมิปัญญาภายใต้ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า หรือ Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights หรือ เรียกคำย่อว่า ความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) เป็นความตกลงหนึ่งที่เกิดขึ้นจากการเจรจาในข้อตกลงแกตต์รอบอุรุกวัย (Uruguay Round) และมีผลให้เกิดการตั้งองค์การการค้าโลก ซึ่งรัฐภาคีต้องจัดให้มีการคุ้มครองสิทธิเทคโนโลยีแขนงต่างๆ อย่างไม่เลือกปฏิบัติ แต่ก็อาจยกเว้นกรณีเหตุผลเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และในเรื่องการคุ้มครองชีวิตอนามัยของมนุษย์ สัตว์หรือพืช รวมถึงสิ่งแวดล้อม<sup>1</sup>

<sup>1</sup> ประสงค์ แข็งสุทธีรวรรณ.(2541). สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรกับปัญหาการผูกขาดทางการค้า. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์. มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 165.

### 3.1.1 ความเป็นมาและวัตถุประสงค์ของ ความตกลงทริปส์

#### ความเป็นมา

จากการพัฒนาในการทำความตกลงในด้านการค้าระหว่างประเทศในกระแสแห่งโลกาภิวัตน์ (Globalization) นานาประเทศได้เข้าร่วมเป็นภาคีขององค์การการค้าโลก หรือความตกลงเกอตี๋ ในส่วนประเด็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาถูกเสนอในที่ประชุมไม่ว่าจะในการเจรจา รอบโตเกียว หรือการเจรจารอบอุรุกวัยที่ต้องการจัดการปลอมแปลงและลอกเลียนสินค้า ปัญหาที่ประเทศกำลังพัฒนาซึ่งเป็นผู้ด้อยด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี มักชอบเอาเทคโนโลยีและทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศพัฒนาไปใช้สอยโดยไม่ได้รับอนุญาตและไม่จ่ายค่าตอบแทน ประเทศที่พัฒนาแล้วจึงพยายามแสวงหาแนวทางคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตน โดยการผลักดันประเด็นทรัพย์สินทางปัญญาเข้าสู่การเจรจารอบอุรุกวัยเพื่อให้ได้มาตรการที่ชัดเจนมากขึ้น แต่การคุ้มครองด้านนี้ยังเป็นประเด็นใหม่ในการเจรจา สำคัญและรายละเอียดของการคุ้มครองตามความตกลงระหว่างประเทศแต่ละฉบับมีความแตกต่างกัน โดยขึ้นกับประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาที่ต้องการคุ้มครองเป็นสำคัญ แต่ละอนุสัญญาต่างใช้มาตรฐานของการคุ้มครองสิทธิโดยอาศัยหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ กล่าวคือ การบังคับสิทธิของคนต่างชาติอย่างเท่าเทียมและเสมอภาคกันกับสิทธิของคนชาติ

มาตรฐานขั้นต่ำในความตกลงทริปส์ถูกกำหนดจากการเจรจาต่อรองกันแต่ก็เกิดขึ้นโดยอาศัยกฎหมายภายในของประเทศที่พัฒนาแล้วเป็นเกณฑ์ จึงถือว่าความตกลงทริปส์เป็นเครื่องมือของประเทศอุตสาหกรรมที่ช่วยในการเผยแพร่ในเรื่องความคิด กฎหมาย และวัฒนธรรมไปสู่ประเทศอื่นๆ รวมไปถึงจนถึงในประเด็นความเห็นของบรรดาประเทศอุตสาหกรรม มองว่าการปลอมแปลงและการลอกเลียนก่อให้เกิดการบิดเบือน และเป็นอุปสรรคกีดขวางต่อการค้าเสรีระหว่างประเทศ การที่ผู้ทรงสิทธิในการพัฒนาเทคโนโลยีและผลิตผลในทางปัญญาของตนขึ้น แต่ในขณะที่ผู้ลอกเลียนแบบไม่ต้องลงทุนสิ่งใดเพื่อการสร้างสรรคความคิดในงานนั้นๆแต่อย่างใด เพียงแต่จกฉวยเอาผลงานผู้อื่นไปใช้เพื่อหาประโยชน์ให้แก่ตนโดยไม่ได้รับอนุญาต นอกจากเป็นการเอาเปรียบผู้คิดค้นแล้ว ในทางเศรษฐศาสตร์ผู้เป็นเจ้าของยังเสียเปรียบในเชิงการค้าด้วย เพราะผู้ลอกเลียนแบบสามารถตั้งราคาจำหน่ายต่ำเท่าใดก็ได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงต้นทุนการวิจัยและพัฒนาผลิตภัณฑ์<sup>2</sup>

ปัจจัยที่สำคัญเหล่านี้นำไปสู่การผลักดันให้เกิดการจัดทำความตกลงทริปส์ ซึ่งเป็นปัญหาเศรษฐกิจมหภาค (Macro - economic problems) ที่หลายประเทศทั้งที่พัฒนาแล้ว หรือประเทศอื่นก็ตาม

<sup>2</sup> Deardorff, A., *Welfare Effects of Global Patent Protection*, University of Michigan, Ann Arbor, 1990.

ประเทศที่พัฒนาแล้วต้องการเสนอประเด็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยมีเป้าหมาย 3 ประการ คือ ความต้องการให้มีการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของการคุ้มครองไว้ในความตกลงฉบับเดียว , ต้องการให้มาตรการบังคับสิทธิมีความสอดคล้องและเป็นในทิศทางเดียวกัน และการกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพ

จากเป้าหมายดังกล่าวจึงนำมาซึ่งการเสนอร่างความตกลงทริปส์ที่มีลักษณะยืดหยุ่นประเทศสมาชิกที่มีความเห็นกลางๆ ค่อนข้างพอใจ โดยร่างความตกลงนี้มีการผ่อนปรนแก่ประเทศกำลังพัฒนาในเรื่องการบังคับใช้กฎหมายด้วยการกำหนดบทเฉพาะกาลที่มีระยะเวลาค่อนข้างยาวนานสำหรับประเทศกำลังพัฒนา

เมื่อความตกลงทริปส์มีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม 2538 ประเทศภาคีจึงต้องคุ้มครองผลิตภัณฑ์ ตลอดจนกรรมวิธีการผลิตทางเทคโนโลยีด้วยระบบสิทธิบัตร อันเป็นยอมรับว่าทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิของเอกชน (Recognizing that intellectual property rights are private rights)<sup>3</sup>

### วัตถุประสงค์

ความตกลงทริปส์มีความต้องการส่งเสริมการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาให้มีประสิทธิภาพและเพียงพอ แต่ก็จะไม่ขัดขวางในด้านการค้าเสรีระหว่างประเทศ ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกต้องยึดปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำของความตกลงทริปส์ หรือไม่ขัดแย้งต่อหลักการของความตกลงนี้ โดยแท้จริงแล้วนั้น ความตกลงทริปส์มีวัตถุประสงค์หลัก คือ

- เพื่อคุ้มครองงานด้านการสาธารณสุข โภชนาการ และส่งเสริมประโยชน์สาธารณะ ที่ปรากฏในข้อ 8 ของความตกลงนี้ ใต้ให้ประเทศสมาชิกสามารถใช้มาตรการจำเป็นเพื่อการคุ้มครองในเรื่องสาธารณสุข และในข้อ 27 ให้ประเทศสมาชิกไม่ต้องออกสิทธิบัตรให้กับงานที่เกี่ยวกับการวิจัย อายุกรรมและศัลยกรรมสำหรับการรักษามนุษย์ และสัตว์

- เพื่อลดการบิดเบือนและอุปสรรคที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศ เนื่องจากการค้าระหว่างประเทศมีแนวโน้มเจริญเติบโต และขยายออกสู่นานาประเทศมากยิ่งขึ้น จึงอาจนำมาซึ่งการปลอมแปลงสินค้าของประเทศอื่นๆ เพื่อป้องกันและลดการบิดเบือน จึงมีการบัญญัติไว้ในความตกลงทริปส์ ภาคผนวก 1 C ที่กล่าวไว้ในความหมายว่าต้องลดการบิดเบือน และการปลอมแปลงในระบบการค้าระหว่างประเทศ

- เพื่อการถ่ายทอดและเผยแพร่เทคโนโลยี ในความตกลงทริปส์มีวัตถุประสงค์ในส่วนเกี่ยวกับการพัฒนาและเทคโนโลยีกล่าวไว้ในข้อ 7 ว่า “The protection and enforcement of

<sup>3</sup> พชร ลิ้มปิ่นจันทร์. (2550). การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้กฎหมายของประเทศไทยเปรียบเทียบกับ ความตกลงระหว่างประเทศ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 73.

intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations”<sup>4</sup>

ตามวัตถุประสงค์ดังกล่าว มิใช่ว่าความตกลงทริปส์จะเจตนาเพียงคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้นแต่ถือว่าเป็นการยอมรับการดำเนินนโยบายสาธารณะ และการพัฒนาด้านเทคโนโลยีด้วย

### 3.1.2 สาระสำคัญของความตกลงทริปส์

ประเทศที่พัฒนาแล้วหลายประเทศซึ่งเป็นประเทศแหล่งกำเนิดของเทคโนโลยีและบรรดาทรัพย์สินทางปัญญากันจำนวนมาก ต้องการที่จะให้มีการปราบปรามการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาในระดับระหว่างประเทศอย่างเข้มงวดจริงจัง จึงได้ร่วมกันผลักดันให้มีการนำเอาประเด็นที่มีความสำคัญต่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจนี้เข้าสู่การเจรจาแกตต์ เพราะหากประสบความสำเร็จย่อมหมายความว่า ทุกประเทศที่เข้าร่วมในระบบการค้าพหุภาคีของแกตต์จะต้องรับเอาพันธกรณีเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไปปฏิบัติอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ภายใต้ระบบและมาตรการของแกตต์ การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศจะเป็นไปอย่างเข้มงวดและรัดกุมยิ่งขึ้น โดยมีมาตรการระงับข้อพิพาทและมาตรการตอบโต้ทางการค้าที่ทรงอำนาจของแกตต์เป็นตัวกำกับ<sup>5</sup>

จนมาถึงความตกลงทริปส์ซึ่งมีเนื้อหาครอบคลุมทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ว่าจะเป็น สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์, สิทธิข้างเคียง , เครื่องหมายทางการค้า หรือสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ สาระสำคัญของร่างความตกลงทริปส์ที่ได้เสนอนั้นมีลักษณะค่อนข้างยืดหยุ่น สามารถประนีประนอมผลประโยชน์ของรัฐภาคีได้ทุกฝ่ายพอสมควร ประเทศสมาชิกจึงค่อนข้างพอใจกับร่างความตกลงทริปส์ โดยร่างความตกลงทริปส์ มีหลักเกณฑ์ และมาตรฐานขั้นต่ำ ของการคุ้มครองประเภทต่างๆ กำหนดไว้เพื่อให้ประเทศรัฐภาคีนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายภายใน ความตกลงทริปส์จึงนับเป็นความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาที่สำคัญเพราะเหล่าประเทศสมาชิกที่เป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลกซึ่งส่วนใหญ่เป็นประเทศอุตสาหกรรม รวมถึงเหล่าประเทศกำลังพัฒนาที่พัฒนาเป็นประเทศอุตสาหกรรมเป็นสมาชิกอยู่ด้วย

<sup>4</sup> TRIPs Agreement , Art .7.

<sup>5</sup> Reichman, J.H. “ intellectual Property in International Trade: Opportunities and Risks in a GATT Convention, Vanderbilt Journal of International Law , Vol.22, 1989 , pp. 806-811.

มาตรฐานขั้นต่ำ ( Minimum standard ) รัฐภาคีจะกำหนดการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในระดับต่ำกว่าที่กำหนดในทริปส์ไม่ได้ ประเทศสมาชิกต้องมีการอนุวัติการกฎหมายภายในของตนเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยมีอิสระในการกำหนดแนวทาง หรือวิธีการที่เหมาะสม สำหรับเงื่อนไขนั้นความตกลงทริปส์ได้กำหนดเงื่อนไขที่แตกต่างกันไป โดยขึ้นอยู่กับสถานะของประเทศสมาชิกแต่ละประเทศเป็นสำคัญ กล่าวคือ

- รัฐภาคีที่เป็นประเทศพัฒนาแล้ว ต้องอนุวัติการตามพันธกรณีให้เสร็จภายใน 1 ปี
- ประเทศกำลังพัฒนา และประเทศที่เปลี่ยนระบบเศรษฐกิจจากระบบการวางแผนจากส่วนกลางไปสู่ระบบเศรษฐกิจแบบตลาด นั้น มีเวลาอนุวัติการภายใน 5 ปี
- ประเทศที่พัฒนาน้อยสุด ต้องทำการอนุวัติการตามพันธกรณีในระยะเวลา 10 ปี นับแต่ความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกมีผลบังคับใช้

### 3.1.3 หลักการพื้นฐานของความตกลงทริปส์

หลักการพื้นฐานเหมือนในความตกลงอื่นๆที่อยู่ภายใต้หลักกฎหมาย 3 ประการ คือ หลักดินแดน (Territoriality principle), หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (Most favored nation treatment) และหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment )

หลักดินแดนของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะถูกกำหนดโดยกฎหมายภายในของประเทศที่ให้ความคุ้มครอง คือดูสาระสำคัญตามที่ประเทศนั้นๆ กำหนด แต่ในเรื่องของการบังคับใช้สิทธินั้นสามารถใช้บังคับได้เฉพาะแต่ภายในเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐที่ให้ความคุ้มครองเท่านั้น ผู้ทรงสิทธิไม่สามารถบังคับสิทธิของตนต่อการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร ซึ่งแนวคิดเรื่องอิสระของสิทธิเป็นหัวใจสำคัญของระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และ จุดมุ่งหมายสำคัญของหลักดินแดนก็คือ เพื่อให้การรับรองอำนาจอธิปไตยของประเทศต่างๆ ในอันที่จะคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาภายในประเทศของตน ซึ่งสถานะของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ในแต่ละประเทศนั้นเป็นอิสระต่อกัน และไม่มีอิทธิพลต่อการบังคับสิทธิที่มีอยู่ในต่างประเทศ แต่ไม่ได้หมายความว่าศาลไม่อาจนำข้อเท็จจริงที่ปรากฏในต่างประเทศมาใช้ในการตีความกฎหมาย หรือในการบังคับใช้สิทธิที่มีอยู่ในประเทศ สิทธิที่มีอยู่ในประเทศหนึ่งจะมีความสมบูรณ์ต่างหากจากสิทธิที่ผู้ทรงสิทธินั้นมีอยู่ในต่างประเทศ การที่ผู้ทรงสิทธิไม่ได้รับความคุ้มครองในต่างประเทศ หรือการที่ความคุ้มครองในประเทศหนึ่งมีข้อบกพร่องอย่างใดอย่างหนึ่งจะไม่ส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเดียวกันนั้นในอีกประเทศหนึ่งด้วย<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Paris Convention, Art. 4 bis.

หลักการปฏิบัติเชิงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง มีสาระสำคัญในบทบัญญัติ ข้อ 4 ของความตกลงทริปส์ ที่มีเจตนารมณ์ต้องการให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างรัฐภาคีในเรื่องการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา แต่ในกรณีที่ประเทศใดทำความตกลงทวิภาคีไม่ว่าจะเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลกหรือไม่ก็ตาม โดยได้ยินยอมให้มีข้อได้เปรียบ ,ความเป็นคู่สัญญาด้วยกันก็ตาม และไม่ว่าประเทศสมาชิกใดได้ทำความตกลงในการให้ข้อได้เปรียบ ความอนุเคราะห์ เอกสิทธิ หรือความคุ้มกัน ย่อมส่งผลให้ประเทศสมาชิกอื่นทั้งปวง และไม่มีเงื่อนไข อันได้แก่<sup>7</sup>

- เกิดจากความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยความช่วยเหลือทางศาล หรือการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะทั่วไป และมีได้จำกัดอยู่ในเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการเฉพาะ

- ให้โดยสอดคล้องกับบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเบอร์น ( ค.ศ.1971 ) หรืออนุสัญญากรุงโรม ซึ่งอนุญาตให้มีการปฏิบัติต่อกันเป็นไปตามเป็นการปฏิบัติที่ให้อีกประเทศหนึ่ง โดยไม่ต้องปฏิบัติต่อกันในลักษณะที่เป็นการปฏิบัติเชิงคนชาติ

- เกี่ยวกับสิทธิของนักแสดง ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง และองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพ ซึ่งมีได้กำหนดไว้ภายใต้ความตกลงนี้

- เกิดจากความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งมีผลบังคับใช้ก่อนความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก โดยมีผลการบังคับใช้ที่มีเงื่อนไขเกี่ยวกับการแจ้งให้คณะมนตรีทริปส์ทราบ และความตกลงต้องไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจ หรือไม่สมเหตุสมผลต่อคนชาติของภาคีอื่น ๆ

ในความตกลงทริปส์มีการกำหนดข้อยกเว้นจากการใช้หลักการปฏิบัติเชิงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่งไว้ 5 กรณี คือ

- การให้การปฏิบัติที่แตกต่างอันเกิดจากความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับความร่วมมือทางกระบวนการยุติธรรม<sup>8</sup> เป็นกรณีที่ข้อได้เปรียบ ความอนุเคราะห์ เอกสิทธิ หรือความคุ้มกันที่บางประเทศให้แก่กัน นั้นเกิดขึ้นจากการทำความตกลงว่าด้วยความช่วยเหลือทางศาล หรือการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งจะไม่ได้อยู่ในบังคับของข้อ 4 วรรคแรกของความตกลงทริปส์

- การใช้หลักต่างตอบแทนเพื่อคุ้มครองสิทธิของคนต่างชาติ<sup>9</sup> อันเนื่องจากความตกลงระหว่างประเทศบางฉบับมีการกำหนดเรื่องการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของต่างชาติให้อยู่ภายใต้หลัก

<sup>7</sup> นันทน อินทนนท์.(2547). ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า. 31.

<sup>8</sup> TRIPs Agreement, Art. 4 ( a )

<sup>9</sup> TRIPs Agreement, Art. 4 ( b )

ต่างตอบแทน (Reciprocity) ทำให้คนต่างชาติจะได้รับความคุ้มครองในประเทศหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าบุคคลนั้นเป็นผู้มีสัญชาติของประเทศที่ให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของคนชาติของประเทศที่ต้องการได้รับความคุ้มครองนั้นหรือไม่ ซึ่งเมื่อแม้ในภายหลังประเทศนั้นจะเข้ามาเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก และต้องรับเอาพันธกรณีของความตกลงทริปส์ไปปฏิบัติ แต่บทบัญญัติในข้อ 4 (บี) ที่กำหนดขยกเว้นให้ประเทศนั้นมีสิทธิใช้หลักต่างตอบแทนเพื่อคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ต่างชาติตามพันธกรณีได้ต่อไป โดยไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งในความตกลงทริปส์

- การให้สิทธิบางลักษณะที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในความตกลงทริปส์<sup>10</sup> ในข้อ 4 (ซี) ของความตกลงทริปส์ มีการกำหนดการขยกเว้นไม่ให้นำหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งไปใช้กับการที่กฎหมายของรัฐภาคีให้การรับรองสิทธิบางประเภทเพื่อคุ้มครองนักแสดง ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง และองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพ นอกเหนือไปจากที่ได้รับตามข้อ 14 แล้ว และแม้จะมีลักษณะการเลือกปฏิบัติแต่ก็ได้รับการขยกเว้น โดยผลของข้อ 4 (ซี) ของความตกลงทริปส์ อันหมายถึงว่าหากรัฐภาคีขององค์การการค้าโลกได้ให้สิทธิอย่างอื่นแก่นักแสดง ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง และองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพ ที่เป็นการนอกเหนือจากสิทธิที่รับรองโดยข้อ 14 ของความตกลงทริปส์แม้จะเป็นการเลือกปฏิบัติ ก็ได้รับการขยกเว้น

- การปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งความตกลงระหว่างประเทศที่มีอยู่ก่อน<sup>11</sup> ประเทศภาคีสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ตนใช้บังคับอยู่ก่อนที่ความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกมีผลใช้บังคับ ตามที่ความตกลงทริปส์ ข้อ 4 (ดี) บัญญัติไว้โดยถือไม่เป็นการขัดต่อหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งในความตกลงทริปส์ อย่างไรก็ตามการได้รับการขยกเว้นดังกล่าวตกอยู่ได้เงื่อนไขว่า

“จะต้องมีการแจ้งให้คณะมนตรีทริปส์ทราบถึงความมีอยู่ของความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว และประการที่สอง การปฏิบัติตามพันธกรณีในความตกลงนั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจ หรือไม่สมเหตุสมผลต่อคนชาติของรัฐภาคีอื่นๆ ขององค์การการค้าโลก”<sup>12</sup>

- วิธีดำเนินการเกี่ยวกับการได้มาหรือการคงไว้ซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา<sup>12</sup> พันธกรณีภายใต้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งในความตกลงทริปส์ จะใช้บังคับกับการให้สิทธิพิเศษในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทุกลักษณะ ไม่ว่าจะเป็นการให้

<sup>10</sup> TRIPs Agreement, Art. 4 (c)

<sup>11</sup> TRIPs Agreement, Art. 4 (d)

<sup>12</sup> TRIPs Agreement, Art. 4 (e)

สิทธิพิเศษในเรื่องเงื่อนไขการปกครอง ค่าธรรมเนียม ระยะเวลาการคุ้มครอง ขอบเขตของสิทธิ และการบังคับใช้สิทธิ เป็นต้น ซึ่งเป็นการไม่ใช้บังคับกับวิธีดำเนินการเพื่อให้ได้มา หรือวิธีการรักษาสิทธิให้คงไว้ซึ่งสิทธิ การยกเว้นนี้อยู่ในตามข้อ 5 ของความตกลงทริปส์ แต่ต้องไม่ใช่วิธีดำเนินการที่ความตกลงทริปส์ได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ซึ่งมีการกำหนดวิธีดำเนินการเพื่อให้ได้มา หรือคงไว้ซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา 2 กรณีคือ

- การกำหนดภาระการพิสูจน์การละเมิดสิทธิบัตรในกรรมวิธี (Burden of Proof)

ตามข้อ 24

- วิธีดำเนินการเพื่อให้ได้มาหรือคงไว้ซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่กำหนดไว้ในภาค 4 ข้อ 62 ของความตกลงทริปส์

หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เป็นหลักการที่ใช้ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ระหว่างประเทศที่สำคัญ และใช้มาเป็นเวลานาน โดยมีสาระสำคัญอยู่ที่การปฏิบัติที่เท่าเทียมกันระหว่างคนต่างชาติและคนชาติของรัฐ รัฐภาคีขององค์การการค้าโลกจะต้องให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแก่คนชาติของตนและแก่คนต่างชาติอย่างเท่าเทียมเสมอภาคในทุกๆ สิทธิ ไม่ว่าจะสิทธิในการได้รับความคุ้มครอง สิทธิในการรักษาสิทธิ สิทธิในการบังคับสิทธิ หรือสิทธิในการโอนและอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิของตน การให้สิทธิใดที่เกี่ยวกับสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาแก่คนชาติของตนเองต้องส่งผลเช่นเดียวกันกับคนชาติของประเทศสมาชิกด้วย ในความตกลงทริปส์นำเอาหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติร่วมกับหลักต่างตอบแทน ที่เรียกว่าหลักต่างตอบแทนแบบสมบูรณ์ ซึ่งบางประเทศมีความเห็นว่า เป็นการลิดรอนอำนาจอธิปไตยของรัฐมากกว่าการใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติแต่เพียงอย่างเดียว แต่ก็มีบางความเห็นว่าหลักนี้ทำให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศต่างๆ มีมาตรฐานสูงขึ้นตามที่ประเทศที่พัฒนาแล้วตั้งเป้าหมายเอาไว้

หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเป็นหลักการที่ใช้เป็นบรรทัดฐานในหลายสนธิสัญญาอย่างกรณีในการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมภายใต้อนุสัญญากรุงปารีส (ค.ศ. 1883) ,การคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรมตามอนุสัญญากรุงเบอร์น (ค.ศ.1886) และในระเบียบการค้าระหว่างประเทศภายใต้แกตต์ (ค.ศ. 1947)

หลักการอันเป็นสาระสำคัญเหล่านี้ เป็นความต้องการของกลุ่มประเทศอุตสาหกรรมที่ต้องการผลักดันเกี่ยวกับการผูกขาดทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งกฎหมายสิทธิบัตรที่ต้องให้ความคุ้มครองผลิตภัณฑ์ใหม่ ที่มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นและนำไปใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ตามข้อ 27 ของความตกลงทริปส์

### 3.1.4 สิ่งที่ได้รับ ความคุ้มครอง

#### 3.1.4.1 ลิขสิทธิ์ และสิทธิข้างเคียง (Copyright and Related Rights)



ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิที่เกิดได้จากการสร้างสรรค์ผลงานและ การรับโอนสิทธิ์มาจากผู้อื่นกล่าวคือ

กรณีการสร้างสรรค์ผลงานอันเป็นงานลิขสิทธิ์ ซึ่งเกิดขึ้นได้ทันทีเมื่อปรากฏงานลิขสิทธิ์ โดยไม่ต้องจดทะเบียนตามขั้นตอนของหน่วยงานรัฐ ซึ่งอาจเป็นการเข้าใจผิดในปัจจุบันที่พูดถึงการจดทะเบียนลิขสิทธิ์อันหมายความว่าไปถึงเครื่องหมายการค้า เป็นต้น ส่วนเจ้าของลิขสิทธิ์อาจแบ่งออกเป็น ผู้สร้างสรรค์อิสระ ,ลูกจ้างสร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ ,การรับจ้างสร้างสรรค์งาน ,ข้าราชการสร้างสรรค์งานในหน้าที่ ,การตัดแปลงงานอื่นๆมา หรือกรณีการรวบรวมงานของคนอื่น<sup>13</sup>

- ในกรณีการโอนลิขสิทธิ์ ซึ่งสามารถกันได้โดยทางนิติกรรม และทางมรดก อันทำให้ผู้รับโอนกลายเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์รายใหม่ ผู้โอนหรือเจ้าของเดิมย่อมสิ้นสิทธิไป ในการโอนกันทางนิติกรรมนั้นต้องทำอย่างถูกต้องโดยมีการทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อทั้งผู้โอนและผู้รับโอน ส่วนกรณีทางมรดกผู้เป็นทายาทโดยธรรมย่อมได้รับมรดกอันเป็นงานลิขสิทธิ์ของผู้ตายได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จากอนุสัญญากรุงเบอร์น ค.ศ. 1971 ที่มีข้อกำหนดในการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ให้แก่ประเทศสมาชิก ไม่ว่าจะเป็นวรรณกรรมและศิลปกรรม หรืองานอื่นๆ เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยีคมนาคม จนมาถึงความตกลงทริปส์ ที่มีหลักการพื้นฐานในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ในเรื่องการแสดงออกซึ่งความคิด คือ ใน ข้อ 9 (2)

“ การคุ้มครองลิขสิทธิ์จะคลุมถึงการแสดงออก แต่ไม่รวมความคิด กรรมวิธี วิธีปฏิบัติ หรือแนวความคิดทางคณิตศาสตร์”<sup>14</sup>

กล่าวคือการคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้นมิใช่การแสดงออกความคิด แต่ไม่รวมตัวความคิดนั้น เจตนารมณ์ในประเด็นนี้ คือ เพื่อป้องกันมิให้มีการผูกขาดในตัวความคิด ซึ่งจะก่อให้เกิดผลกระทบในระยะยาวต่อการพัฒนาการของงานและวิทยาการในแขนงต่าง ๆ<sup>15</sup>

ในส่วนความตกลงทริปส์มีทั้งกรณีที่ประเทศสมาชิกต้องนำเอากฎเกณฑ์ของอนุสัญญาเบอร์นมาปฏิบัติ และกรณีข้อยกเว้นไม่ต้องนำมาปฏิบัติ ดังนี้

<sup>13</sup> นันทน อินทนนท์. (2547). ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม ๒. กรุงเทพมหานคร:สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 447 - 450.

<sup>14</sup> TRIPs Agreement , Art .9 ( 2 )

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

<sup>15</sup> จักรกฤษณ์ ควรวจน์ .(2541).กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า . กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม . หน้า 89.

- สิ่งที่ต้องปฏิบัติเป็นมาตรฐานขั้นต่ำ เป็นประเด็นที่สำคัญในเรื่องต่างๆ เช่น ความหมายของงานอันมีลิขสิทธิ์ หรืออายุการคุ้มครอง หรือการมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการให้อำนาจประเทศสมาชิกในการทำข้อตกลงระหว่างประเทศอื่นได้ โดยต้องให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์ในระดับที่สูงกว่าและไม่ขัดต่อหลักการของอนุสัญญาด้วย

- ข้อยกเว้นที่ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติ ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิทางศีลธรรมกล่าวคือ เป็นสิทธิของผู้สร้างสรรค์ที่จะเป็นอิสระแยกต่างหากจากสิทธิทางเศรษฐกิจ โดยส่วนมากมักปรากฏในกฎหมายลิขสิทธิ์ในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ของกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรป

วิธีการปกป้องลิขสิทธิ์ที่จะทำให้ผู้อื่นรับรู้ว่างานชิ้นใดมีการสงวนสิทธิ์จากเจ้าของนั้น มีการแสดงข้อความไว้ที่ตัวชิ้นงานได้ มีทั้งแบบย่อ เช่น ระบุอักษรตัว C ในวงกลม (c) หรือระบุคำว่าสงวนลิขสิทธิ์ เป็นต้น และแบบยาว ซึ่งมีใช้ส่วนใหญ่ในงานลิขสิทธิ์ที่มาจากต่างประเทศ

เช่นแสดงข้อความว่า “สงวนลิขสิทธิ์ (๒๕๔๒) โดยบริษัท.....จำกัด ห้ามลอกเลียนส่วนใดส่วนหนึ่งของหนังสือเล่มนี้ รวมทั้งห้ามจัดเก็บถ่ายถอดด้วยรูปแบบหรือวิธีการใดๆซึ่งรวมถึงกระบวนการทางอิเล็กทรอนิกส์ การถ่ายภาพ การบันทึก หรือวิธีการใดๆ โดยไม่ได้รับอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษรจากเจ้าของลิขสิทธิ์”

ในส่วนของการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น ความตกลงทริปส์ตามข้อ 10 (1) ให้ความคุ้มครองในฐานะวรรณกรรม และในส่วนการคุ้มครองการรวบรวมข้อมูลนั้นมีเงื่อนไขว่าต้องเป็นการสร้างสรรค์ทางปัญญาของผู้รวบรวมไว้ด้วย แต่ไม่คลุมถึงตัวข้อมูลหรือเนื้อหาที่นำมารวบรวม และในส่วนที่เกี่ยวกับตัวข้อมูลหรือเนื้อหาที่นำมารวมนั้น ผู้รวบรวมไม่มีสิทธิ์ห้ามไม่ให้บุคคลอื่นใช้ข้อมูลหรือเนื้อหานั้น

ความตกลงทริปส์มีการกล่าวถึงสิทธิการเช่าของเจ้าของงานลิขสิทธิ์ 3 กรณี คือ สิทธิในการเช่างานภาพยนตร์, สิทธิในการเช่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ และสิทธิในการเช่าในสิ่งบันทึกเสียง เนื่องจากสถานการณ์ในปัจจุบันที่เทคโนโลยีเจริญก้าวหน้าและมีบทบาทอย่างมากในการดำรงชีวิตของมนุษย์ ความตกลงทริปส์จึงได้มีบทบัญญัติในการคุ้มครองเกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ข้อ 10 (1) ว่า

“โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ว่าจะเป็นรหัสโปรแกรม หรือรหัสเครื่อง จะได้รับความคุ้มครองในฐานะงานวรรณกรรม ภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์น (ค.ศ.1971)”<sup>16</sup>

<sup>16</sup> TRIPs Agreement , Art. 10(1)

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

แม้ว่าความตกลงทริปส์จะไม่ได้ให้คำจำกัดความของ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้ แต่เห็นได้ว่า ประเทศต่างๆ ก็มักไม่ให้คำจำกัดความเช่นเดียวกัน เพราะคำนิยามที่ให้ไว้อาจกลายเป็นสิ่งที่ล้าสมัยในเวลาอันสั้น เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วของเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์<sup>17</sup>

ส่วนหลักการเรื่องอายุการคุ้มครอง มีการกำหนดอยู่ 2 กรณี กล่าวคือ

- กรณีถ้าอาศัยชีวิตของบุคคลธรรมดาเป็นเกณฑ์อายุการคุ้มครองทั่วไปจะมีกำหนดเวลาตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์งาน และ อีก 50 ปีหลังจากผู้นั้นถึงแก่ความตาย<sup>18</sup>
- กรณีถ้าไม่ได้อาศัยชีวิตของบุคคลธรรมดาเป็นเกณฑ์ จะใช้การโฆษณางานเป็นตัวหลักนับเวลา คือถ้ามีการโฆษณาโดยได้รับอนุญาตแล้วอายุการคุ้มครองจะไม่น้อยกว่า 50 ปี นับจากวันสิ้นสุดปฏิทิน แต่ถ้าไม่ได้โฆษณาภายใน 50 ปีที่มีผลงานอายุการคุ้มครองจะเท่ากับ 50 ปี นับจากวันสิ้นสุดปฏิทินของปีที่มีการสร้างสรรค์ผลงาน<sup>19</sup>

นอกจากตัวผลงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์แล้ว ยังมีการคุ้มครองสิทธิข้างเคียง (Related Rights) ด้วย เป็นการคุ้มครองในระบบสิทธิผู้ประพันธ์ ซึ่งไม่ใช่เป็นการคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์โดยตรง แต่ยังให้การคุ้มครองแก่ผู้เกี่ยวข้องอีกด้วย ไม่ว่าจะเป็น นักแสดง ซึ่งมีอายุการคุ้มครองอย่างน้อยที่สุดจนถึงเวลาครบ 50 ปี , ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง หรือองค์การที่แพร่เสียงหรือแพร่ภาพ ซึ่งอายุการคุ้มครองอย่างน้อยที่สุด 20 ปี นับจากวันสิ้นสุดปฏิทินซึ่งมีการแพร่ภาพ

สิทธิของนักแสดง

บทบัญญัติข้อ 14 (1) ของความตกลงทริปส์ ได้กำหนดสิทธิของนักแสดงไว้ เป็นหลักว่า นักแสดงสามารถที่จะป้องกันการกระทำอันได้แก่ การบันทึกการแสดงของตน , การทำซ้ำสิ่งบันทึก ซึ่งตนไม่ได้อนุญาต รวมไปถึงการป้องกันในเรื่องการแพร่เสียงแพร่ภาพโดยวิธีการไร้สายหรือเผยแพร่การแสดงสดของตนสู่สาธารณชน การป้องกันนี้เพื่อให้โอกาสนักแสดงสามารถหาประโยชน์จากงานแสดงของตนในเชิงพาณิชย์ได้เต็มที่ นักแสดงจึงมีสิทธิการหวงกันมิให้ใครบันทึกการแสดงของตนได้ และนักแสดงย่อมมีสิทธิเพียงผู้เดียวที่จะทำจ้างงานแสดงนั้นๆ

สิทธิผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง

มีการกำหนดสิทธิไว้ในข้อ 14 (2) ของความตกลงทริปส์ ให้ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงมีสิทธิห้ามการทำซ้ำสิ่งบันทึกเสียงของตน โดยบัญญัติไว้ว่า “Producers of phonograms shall enjoy the right to authorize or prohibit the direct or indirect reproduction of their phonograms.” แต่ใน

<sup>17</sup> จักรกฤษณ์ ควรพจน์. *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 15*. หน้า 92.

<sup>18</sup> Berne Convention , Art. 7 ( 1 )

<sup>19</sup> TRIPs Agreement , Art. 12

บทบัญญัติแห่งความตกลงทริปส์ไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าตอบแทนในกรณีมีการใช้สิ่ง  
บันทึกเสียงของผู้ผลิต แต่ในข้อ 14(4) ให้สิทธิได้ค่าตอบแทนจากการเช่างานบันทึกของผู้ผลิต

สิทธิขององค์การแพร่เสียงและแพร่ภาพ

ข้อ 14(3) “Broadcasting organizations shall have the right to prohibit the following acts when undertaken without their authorization: the fixation, the reproduction of fixations, and the rebroadcasting by wireless means of broadcasts, as well as the communication to the public of television broadcasts of the same. Where Members do not grant such rights to broadcasting organizations, they shall provide owners of copyright in the subject matter of broadcasts with the possibility of preventing the above acts, subject to the provisions of the Berne Convention (1971).”

จากบทบัญญัติข้างต้นมีการให้สิทธิอย่างเด็ดขาดแก่องค์การแพร่เสียงและแพร่ภาพ 4 ประการ คือ

- 1) สิทธิในการบันทึก
- 2) สิทธิในการทำซ้ำซึ่งการบันทึก
- 3) สิทธิในการแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำโดยวิธีไร้สาย ซึ่งการบันทึก และ
- 4) สิทธิในการเผยแพร่ทางโทรทัศน์สู่สาธารณชนซึ่งการบันทึกนั้น<sup>20</sup>

#### 3.1.4.2 เครื่องหมายการค้า (Trademarks)

เจ้าของเครื่องหมายการค้าใดๆ จะมีสิทธิได้รับความคุ้มครองที่ผู้อื่นจะไม่สามารถใช้  
เครื่องหมายการค้าที่เหมือน หรือคล้ายกับเครื่องหมายของตน ผู้ที่จะได้เป็นเจ้าของเครื่องหมาย  
การค้ามี 2 วิธี คือ

- เมื่อมีการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ซึ่งตามในความตกลงทริปส์นั้น  
การจดทะเบียนเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธินั้น ประเทศสมาชิกจะจดทะเบียนได้สำหรับเครื่องหมาย หรือ  
การรวมกันของเครื่องหมายใดๆ ที่สามารถจำแนกสินค้า หรือบริการของกิจการหนึ่งออกจากอีก  
กิจการหนึ่ง

- ผู้ที่ใช้เครื่องหมายการค้าอย่างหนึ่งอย่างใดแม้ไม่ได้จดทะเบียน ซึ่งบาง  
ประเทศมองว่าการจดทะเบียนเป็นเพียงการรับรองสิทธิเท่านั้น ข้อ 16 (1) แห่งความตกลงทริปส์  
เป็นบทบัญญัติที่รับรองสิทธิที่เกิดจากการใช้เครื่องหมายการค้าแม้ไม่จดทะเบียน แต่ก็เพียงการ  
ให้ความคุ้มครองว่าไม่เสื่อมเสียต่อสิทธิที่มีอยู่ก่อนแล้ว ความตกลงทริปส์ยังชี้ชัดว่าผู้มีสิทธิเด็ดขาด  
เพียงผู้เดียวในเครื่องหมายการค้า คือเจ้าของที่จดทะเบียนเท่านั้น

<sup>20</sup> จักรกฤษณ์ ครอบงมน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 15. หน้า 137.

เครื่องหมายการค้าบางอย่างเป็นประเภทเครื่องหมายการค้าที่รู้จักกันแพร่หลาย เจ้าของมีสิทธิป้องกันบุคคลอื่นไม่ให้ใช้ หรือจดทะเบียนในสินค้าหรือบริการที่อาศัยเครื่องหมายการค้าของตน เครื่องหมายการค้าที่รู้จักกันแพร่หลาย สามารถพิจารณาได้จาก

- ความเป็นที่รู้จักในบรรดาสาธารณชนส่วนที่เกี่ยวข้อง ว่ารู้จักเครื่องหมายนั้นหรือไม่

- ความเป็นที่รู้จักในประเทศสมาชิกอื่น โดยใช้วิธีการต่าง ๆ เช่นการโฆษณา

- ความเป็นที่รู้จักแพร่หลายภายในประเทศที่ให้ความคุ้มครอง

มาตรการในการบังคับสิทธิในเครื่องหมายการค้า รัฐจะเป็นผู้แทรกแซงโดยอนุญาตบุคคลอื่นที่ไม่ใช่เจ้าของเครื่องหมายการค้าให้ได้ใช้เครื่องหมายการค้าโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมก่อน มีการยกตัวอย่างของ คดี Rea Lemon ที่คณะกรรมการสิทธิการของสหพันธรัฐ (Federal Trade Commission) ของสหรัฐอเมริกา ทำการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้า Rea Lemon แต่มีการวางข้อกำหนดของมาตรการบังคับใช้สิทธิไว้ด้วย<sup>21</sup>

### 3.1.4.3 สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Indications)

ในธุรกิจการค้าปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการค้าระหว่างประเทศ ถือได้ว่า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีบทบาทเป็นอย่างมาก ที่เห็นเด่นชัด คือ สินค้าประเภท ไวน์ สุรา เสื้อผ้า หรือน้ำหอม เป็นต้นนั้น เป็นสินค้าที่เป็นที่รู้จักกันแพร่หลายโดยสาเหตุที่มีชื่อเสียงนั้นมาจากแหล่งพื้นที่ภูมิศาสตร์ที่เป็นแหล่งกำเนิดสินค้า ที่บุคคลนำมาผลิต พัฒนาปรับปรุงจนได้สินค้าที่ดีกว่าพื้นที่อื่นๆ และมีชื่อเสียงมากกว่าที่อื่น พื้นที่แหล่งผลิต หรือประเทศผู้เป็นเจ้าของสินค้าจึงต้องการความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของตนเอาไว้ เพื่อไม่ให้ผู้ใดนำสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไปใช้ทั้งๆที่ไม่ได้เป็นผู้ผลิต แต่แอบอ้างว่าสินค้าของตนเป็นชนิดเดียวกัน หรือมีคุณภาพอย่างเดียวกันกับสินค้าที่ผลิตในพื้นที่ที่ระบุไว้โดยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น ดังนั้นโดยหลักแล้วการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะคุ้มครองเฉพาะสินค้าที่มีแหล่งกำเนิดจากพื้นที่ที่ได้ระบุไว้โดยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เท่านั้น เช่น<sup>22</sup> เฉพาะแต่นาฬิกาที่ผลิตจากสวิสเซอร์แลนด์เท่านั้นจึงจะมีสิทธิใช้คำว่า “นาฬิกาสวิส” หรือใช้ข้อความที่มีความหมายในทำนองเดียวกันเช่น “Made in Switzerland” หรือไวน์ที่ผลิตในแคว้นเบอร์โดซ์ (Bordeaux) ของประเทศฝรั่งเศสเท่านั้น จึงจะมีสิทธิใช้คำว่า “เบอร์โดซ์” บนฉลากสินค้าดังนี้ เป็นต้น

หลายประเทศใช้วิธีการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยทางอ้อม คือการใช้ลักษณะการห้ามเรื่องการใช้ หรือจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่เป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ก่อให้เกิด

<sup>21</sup> จักรกฤษณ์ ควรพจน์. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 15*. หน้า 185.

<sup>22</sup> จักรกฤษณ์ ควรพจน์. *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 15*. หน้า 308.

ความสับสน หรือผิดพลาดได้ แต่ก็ใช้ได้เฉพาะบางกรณีเท่านั้น และไม่ได้เป็นหลักประกันเพียงพอต่อผู้ผลิตสินค้า หรือต่อผู้บริโภค ในเรื่องการแสดงแหล่งกำเนิดที่แท้จริงของสินค้าโดยไม่มีการเอาเปรียบ ในกรณีนี้หลายประเทศจึงมีการเรียกร้องให้ประเทศอื่นๆ บังคับใช้กฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นการเฉพาะ

การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีวิวัฒนาการมาโดยลำดับ ตั้งแต่อนุสัญญากรุงปารีส รวมไปถึงการทำข้อตกลงระหว่างประเทศในระดับพหุภาคีที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ คือความตกลงกรุงแมดริดว่าด้วยการปราบปรามสิ่งบ่งชี้แหล่งที่มาของสินค้าที่ใช้ไม่ถูกต้อง หรือปลอมแปลง ค.ศ. 1891 ( Madrid Agreement for the Repressing of False or Deceptive Indication of source on Goods 1891 ) และ ความตกลงกรุงลิสบอนว่าด้วยการคุ้มครองเครื่องหมายแหล่งกำเนิดและการจดทะเบียนระหว่างประเทศ ( Lisbon Agreement for the Protection of Appellation of Origin and their International Registration 1958 ) จนมาถึงการทำข้อตกลงทริปส์ที่ในเบื้องต้นมีบางประเทศที่ยังไม่ให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เท่าใดนัก

ชนพจน เอกโยคยะ<sup>23</sup> กล่าวถึงคำจำกัดความของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ในความตกลงทริปส์ มาตรา 22 ว่าหมายถึง สิ่งที่ใช้บ่งชี้ว่าสินค้านั้นมีแหล่งกำเนิดในดินแดนของประเทศสมาชิก หรือท้องถิ่นในดินแดนนั้น โดยพิจารณาว่าในเชิงคุณภาพ ชื่อเสียง หรือลักษณะเฉพาะอื่นของสินค้านั้นมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับแหล่งกำเนิดดังกล่าวอย่างแท้จริง

มาตรฐานในการกำหนดขอบเขตและการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในมาตรา 22-24 ของความตกลงทริปส์นั้น กล่าวโดยสรุปว่า

1. ประเทศสมาชิกต้องมีการกำหนดกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เพื่อป้องกันการนำสินค้าจากแหล่งภูมิศาสตร์อื่นไปใช้จนทำให้สาธารณชนหลงผิดหรือสับสน อันเป็นการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม
2. ประเทศสมาชิกต้องปฏิเสธเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าซึ่งประกอบด้วยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่สินค้านั้นไม่ได้มีแหล่งกำเนิดในดินแดนที่ระบุไว้
3. สำหรับสินค้าประเภทไวน์และสุรา นั้นประเทศสมาชิกต้องปฏิเสธ หรือเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าสำหรับไวน์หรือสุราที่ไม่ได้มีแหล่งกำเนิดที่แท้จริง รวมไปถึงการใช้แหล่งกำเนิดที่ไม่ตรงความจริงด้วย

<sup>23</sup> พชร ลิ้มปัทมธนา. (2550). การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้กฎหมายของประเทศไทย เปรียบเทียบกับความตกลงระหว่างประเทศ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 102.

ความตกลงทริปส์ ได้กำหนดให้รัฐภาคีให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ โดยทั่วไปต่อผู้มีส่วนได้เสีย โดยสรุปว่า<sup>24</sup>

1) การมิให้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่กำเนิดจากพื้นที่ทางภูมิศาสตร์แห่งหนึ่ง อันมิใช่สถานที่ที่เป็นแหล่งกำเนิดที่แท้จริง ในลักษณะที่ทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดเกี่ยวกับแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้านั้น

2) การมิให้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ซึ่งก่อให้เกิดการกระทำที่เป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งในอนุสัญญากรุงปารีส มีหลักเกณฑ์ในข้อ 10 bis ที่ใช้เป็นหลักการในเรื่อง การกำหนดทั้งหลายที่มีลักษณะที่ก่อให้เกิดความสับสน ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการ หรือเกี่ยวกับสินค้า หรือกิจกรรมที่เกี่ยวกับอุตสาหกรรม หรือพาณิชยกรรมต่อคู่แข่งทางการค้า ส่วนการกล่าวอ้างในทางการค้าโดยมิชอบ จะเป็นในลักษณะการกระทำอันเป็นการทำลายความน่าเชื่อถือ และเรื่องการระบุ หรือการกล่าวอ้างในทางการค้า ซึ่งทำให้สาธารณชนเกิดความสับสนในเรื่องที่เกี่ยวกับลักษณะของสินค้า กระบวนการผลิต คุณลักษณะ ความเหมาะสมต่อวัตถุประสงค์หรือปริมาณสินค้า

3) การปฏิเสธหรือเพิกถอนการจดทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นเครื่องหมายการค้า หากมีลักษณะที่ทำให้สาธารณชนสับสน หลงผิด เกี่ยวกับสถานที่แหล่งกำเนิดที่แท้จริง ซึ่งเป็นการกำหนดให้ประเทศสมาชิกห้ามจดทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นเครื่องหมายการค้า ถ้ามีก็ต้องเพิกถอน เว้นแต่ถ้าถ้าสาธารณชน ไม่ได้รู้สึกว่พื้นที่ทางภูมิศาสตร์มีความเกี่ยวข้องกับคุณภาพสินค้า หรือมีความหมายได้หลายอย่างในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์หนึ่ง แต่ความหมายอื่นมีความสำคัญกว่าพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ ลักษณะเช่นนี้ไม่ต้องห้ามในการนำมาขอจดทะเบียน

4) ในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มีความจริงอยู่บางส่วน แต่หากนำมาใช้โดยได้แสดงอย่างไม่ถูกต้องต่อสาธารณชนว่าสินค้านั้นมีแหล่งกำเนิดจากดินแดนอีกแห่งหนึ่ง ถือเป็นการก่อความสับสนหลงผิดต่อสาธารณชน ซึ่งเป็นการต้องห้ามในการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เหล่านั้น เช่น คำว่าเคมบริดจ์ (Cambridge) ที่เป็นชื่อเมืองทั้งในประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ถ้ามีสินค้าที่ใช้คำดังกล่าวกับสินค้าของประเทศหนึ่ง ประชาชนอาจเข้าใจผิดหลงว่าเป็นอีกของประเทศหนึ่งก็ได้

ความตกลงทริปส์ ข้อ 23 กำหนดการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับไวน์และสุรา 3 ประการคือ

<sup>24</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 137.

- ห้ามนำเอาสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในสินค้าประเภทไวน์และสุราไปใช้ในสถานที่ที่มีได้มีแหล่งกำเนิดจากสถานที่ที่ระบุโดยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น รวมไปถึงการกระทำอื่นๆ ที่ทำให้เกิดความสับสน หรือหลงผิดในแหล่งกำเนิดที่แท้จริง เช่น ถ้อยคำใกล้เคียงคล้ายคลึง

- การปฏิเสธหรือเพิกถอนการจดทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นเครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าประเภทไวน์และสุราที่มีได้มีแหล่งกำเนิดตามที่แสดงไว้ ประเทศสมาชิกจะต้องปฏิเสธการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในสินค้าที่มีได้มีแหล่งกำเนิดจากพื้นที่ภูมิศาสตร์นั้น ถ้ามีการจดทะเบียนแล้ว ต้องเพิกถอนเสียด้วย โดยไม่ต้องพิจารณาเรื่องสาธารณชนจะสับสนหรือหลงผิดเกี่ยวกับแหล่งกำเนิดที่แท้จริงหรือไม่

- การกำหนดเงื่อนไขเพื่อจำแนกความแตกต่างของสินค้าจำพวกไวน์และสุรา แต่ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองสินค้าจำพวกไวน์ที่มีชื่อเสียงคล้ายกันตัวเอง

#### ข้อยกเว้นการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

- กรณีที่มีการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ต่อเนื่องตลอดเวลาอย่างน้อย 10 ปี หรือใช้โดยสุจริต ก่อนวันที่ 15 เมษายน ค.ศ. 1994 ในสินค้าประเภทไวน์ และสุรา ของคนชาติของตน หรือผู้มีภูมิลำเนาในประเทศของตน แม้จะมีได้เป็นแหล่งกำเนิดที่แท้จริงสินค้าชนิดนี้จะได้รับการคุ้มครอง

- กรณีการจดทะเบียน หรือใช้เครื่องหมายการค้า ที่เหมือน หรือคล้ายกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ โดยได้กระทำก่อนวันที่ความตกลงทริปส์มีผลผูกพัน หรือก่อนที่สิ่งบ่งชี้จะได้รับความคุ้มครองในประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิด และกระทำโดยสุจริต มาตรการคุ้มครองจะไม่ทำให้เสื่อมสิทธิ หรือความสมบูรณ์

- บุคคลทั่วไปสามารถนำชื่อสามัญที่เหมือน หรือพ้องกับสิ่งบ่งชี้ตามภูมิศาสตร์มาใช้ได้<sup>25</sup> ถ้าชื่อสามัญนั้นเป็นที่ยอมรับตามจารีตประเพณีของประเทศสมาชิกหนึ่ง

“ชื่อสามัญ” หมายถึงชื่อที่ใช้เรียกหรือบ่งระบุตัวสินค้าโดยตรง โดยไม่ได้เป็นชื่อ หรือสิ่งที่แสดงถึงแหล่งกำเนิดของสินค้า ตัวอย่างชื่อสามัญของสินค้า เช่น “ไส้กรอกอีสาน”

“Hamberger” “Danish Pastry” “Eau de Cologne” ผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง คือผู้ผลิต

หรือผู้จำหน่าย มีสิทธิใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ แต่ชื่อสามัญเป็นสิ่งที่บุคคลทั่วไปอาจนำไปใช้กำกับสินค้าของตนได้<sup>26</sup>

<sup>25</sup> TRIPs Agreement , Art .24( 6 )

<sup>26</sup> จักรกฤษณ์ ควรวพจน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 15. หน้า 225.



- กรณีสินค้าประเภทผลิตผลอ่อน ถ้าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของประเทศสมาชิกอื่นไปฟ้องหรือ เหมือนกับชื่อตามจารีตประเพณี ของพันธุ์อ่อน ที่มีอยู่ในดินแดนของประเทศที่ให้ความคุ้มครองนั้น บุคคลทั่วไปในประเทศนั้นสามารถนำชื่อไปใช้ได้
- ชื่อของบุคคล หรือชื่อบรรพบุรุษในทางการค้า เหมือน หรือฟ้องกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ การใช้ต้องไม่ก่อให้เกิดการหลงผิด
- ไม่ต้องมีการคุ้มครองถ้าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ไม่ได้รับการคุ้มครอง หรือสิ้นสุดการคุ้มครองแล้ว หรือ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น ไม่มีใช้ในประเทศนั้นแล้ว

#### 3.1.4.4 การออกแบบอุตสาหกรรม (Industrial Designs)

การคุ้มครองการออกแบบอุตสาหกรรมแบ่งเป็นการคุ้มครองโดยทั่วไป กับ การคุ้มครองสิ่งทอ การคุ้มครองการออกแบบอุตสาหกรรมโดยทั่วไป ความตกลงทริปส์ให้ความสำคัญคุ้มครองแก่เจ้าของการออกแบบ เป็นผู้มีสิทธิป้องกันมิให้มีการทำ การขายหรือการนำเข้าสิ่งของซึ่งมี หรือประกอบเป็นแบบเลียนแบบ โดยปราศจากการยินยอมของเจ้าของ<sup>27</sup>

ก. การคุ้มครองสิ่งทอ มีการคุ้มครองเฉพาะในเรื่องค่าใช้จ่าย การตรวจสอบหรือการเผยแพร่ใด ๆ แต่ประเทศสมาชิกยังคงมีอิสระสำหรับการปฏิบัติตามพันธกรณีว่าจะให้การคุ้มครองโดยใช้กฎหมายคุ้มครองการออกแบบอุตสาหกรรม หรือ อาจใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ก็ได้<sup>28</sup>

#### 3.1.4.5 สิทธิบัตร (Patents)

บทบัญญัติข้อ 27 ในความตกลงทริปส์ เป็นหลักการคุ้มครองสิทธิบัตร ซึ่งประกอบด้วย การประดิษฐ์ที่ได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตร และ การคุ้มครองที่ไม่เลือกปฏิบัติ ประเทศที่เข้าร่วมในองค์การการค้าโลก ต้องให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์ในทุกสาขาของเทคโนโลยี และเพื่อยกระดับการคุ้มครองสิทธิบัตรในประเทศต่างๆ ยังเพิ่มการคุ้มครองการคุ้มครองที่เป็นสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ และในกรรมวิธี ดังนั้นประเทศใดที่ยังไม่คุ้มครองทั้งสองกรณีต้องมีการเปิด โอกาสในการคุ้มครองทั้งผลิตภัณฑ์ และกรรมวิธีด้วย แต่ในบทบัญญัตินี้มีการกำหนดข้อยกเว้นของการคุ้มครองไว้ในบางลักษณะ 3 ประเภทคือ

1. การประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพ
2. กรรมวิธีทางการแพทย์
3. การประดิษฐ์ที่ก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ลบต่อสังคมและสิ่งแวดล้อม โดยขอเน้นที่การพัฒนาการประดิษฐ์ด้านเทคโนโลยีชีวภาพ ที่เป็นการสร้าง ดัดแปลงในสิ่งต่างๆ อันน่าจะเกี่ยวข้องกับ สมุนไพร กล่าวคือ มีเป้าหมายเน้นที่

<sup>27</sup> TRIPs Agreement , Art .26 ( 1 )

<sup>28</sup> TRIPs Agreement , Art .26 ( 2 )

- กรณีสินค้าประเภทผลิตผลองุ่น ถ้าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของประเทศสมาชิกอื่นไปฟ้องหรือ เหมือนกับชื่อตามจารีตประเพณี ของพันธุ์องุ่น ที่มีอยู่ในดินแดนของประเทศที่ให้ ความคุ้มครองนั้น บุคคลทั่วไปในประเทศนั้นสามารถนำชื่อ ไปใช้ได้
- ชื่อของบุคคล หรือชื่อบรรพบุรุษในทางการค้า เหมือน หรือพ้องกับสิ่งบ่งชี้ทาง ภูมิศาสตร์ การใช้ต้องไม่ก่อให้เกิดการหลงผิด
- ไม่ต้องมีการคุ้มครองถ้าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ไม่ได้รับการคุ้มครอง หรือ สิ้นสุดการคุ้มครองแล้ว หรือ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น ไม่มีใช้ในประเทศนั้นแล้ว

#### 3.1.4.4 การออกแบบอุตสาหกรรม (Industrial Designs)

การคุ้มครองการออกแบบอุตสาหกรรมแบ่งเป็นการคุ้มครองโดยทั่วไป กับ การ คุ้มครองสิ่งทอ การคุ้มครองการออกแบบอุตสาหกรรมโดยทั่วไป ความตกลงทริปส์ให้ความ คุ้มครองแก่เจ้าของการออกแบบ เป็นผู้มิสิทธิป้องกันมิให้มีการทำ การขายหรือการนำเข้าสิ่งของซึ่ง มี หรือประกอบเป็นแบบเลียนแบบ โดยปราศจากการยินยอมของเจ้าของ<sup>27</sup>

ก. การคุ้มครองสิ่งทอ มีการคุ้มครองเฉพาะในเรื่องค่าใช้จ่าย การตรวจสอบหรือการ เผยแพร่ใด ๆ แต่ประเทศสมาชิกยังคงมีอิสระสำหรับการปฏิบัติตามพันธกรณีที่จะให้การคุ้มครอง โดยใช้กฎหมายคุ้มครองการออกแบบอุตสาหกรรม หรือ อาจใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ก็ได้<sup>28</sup>

#### 3.1.4.5 สิทธิบัตร (Patents)

บทบัญญัติข้อ 27 ในความตกลงทริปส์ เป็นหลักการคุ้มครองสิทธิบัตร ซึ่ง ประกอบด้วย การประดิษฐ์ที่ได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตร และ การคุ้มครองที่ไม่เลือกปฏิบัติ ประเทศที่เข้าร่วมในองค์การการค้าโลก ต้องให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์ในทุกสาขาของ เทคโนโลยี และเพื่อยกระดับการคุ้มครองสิทธิบัตรในประเทศต่างๆ ยังเพิ่มการคุ้มครองการ คุ้มครองที่เป็นสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ และในกรรมวิธี ดังนั้นประเทศใดที่ยังไม่คุ้มครองทั้งสอง กรณีต้องมีการเปิดโอกาสในการคุ้มครองทั้งผลิตภัณฑ์ และกรรมวิธีด้วย แต่ในบทบัญญัตินี้มีการ กำหนดข้อยกเว้นของการคุ้มครองไว้ในบางลักษณะ 3 ประเภทคือ

1. การประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพ
2. กรรมวิธีทางการแพทย์
3. การประดิษฐ์ที่ก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ลบต่อสังคมและสิ่งแวดล้อม โดยขอ เน้นที่การพัฒนาการประดิษฐ์ด้านเทคโนโลยีชีวภาพ ที่เป็นการสร้าง ดัดแปลงในสิ่งต่างๆ อันน่าจะ เกี่ยวข้องกับ สมุนไพร กล่าวคือ มีเป้าหมายเน้นที่

<sup>27</sup> TRIPs Agreement , Art .26 ( 1 )

<sup>28</sup> TRIPs Agreement , Art .26 ( 2 )

- ผลิตภัณฑ์ต่าง ๆ เช่น ผลิตภัณฑ์ยา อาหาร เครื่องดื่ม
- สัตว์พันธุ์ใหม่
- พืชพันธุ์ใหม่
- จุลชีพที่มีอยู่ในธรรมชาติ

ปัจจุบันผลิตภัณฑ์ยามักมีการคิดค้นพัฒนามาจากการใช้เทคโนโลยีชีวภาพ เนื่องจากการอาศัยเทคโนโลยีชีวภาพในการผลิตยานั้น ให้ผลที่มีประสิทธิภาพมากในการรักษาโรค โดยก่อผลข้างเคียงน้อยกว่ายาที่ผลิตขึ้นจากกรรมวิธีทางเคมี<sup>29</sup>

#### ก. ความเป็นมาของการคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพ

ในช่วงเวลาดังต้นเริ่มแรกของการพัฒนากฎหมายสิทธิบัตรนั้น มุ่งเน้นแต่การคุ้มครองการประดิษฐ์สิ่งต่างๆที่ไม่ใช่สิ่งมีชีวิต การขอรับการคุ้มครองสิทธิบัตรในการผลิตชีวภาพต่างๆ มักจะถูกปฏิเสธคำร้องอยู่เสมอ จนเมื่อเกิดการฟ้องร้องเป็นคดีความ และมีคำพิพากษาของศาลสูงในคดี Rote Taube (Red Dove)<sup>30</sup> ที่ว่าถึง กรรมวิธีขยายพันธุ์สัตว์เป็นการประดิษฐ์ที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ แม้ผลตัดสินจะไม่ได้สิทธิบัตรแก่กรรมวิธีนี้ก็ตาม แต่ก็ถือเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ที่ศาลได้ตัดสิน โดยให้การประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับสิ่งมีชีวิตนั้นเป็นสิ่งที่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของกฎหมายสิทธิบัตร

สำหรับแนวทางในการคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพนั้น มีการเปิดกว้างมากขึ้นซึ่งก็ได้รับการตอบสนองส่วนใหญ่เป็นไปในเชิงบวก โดยเฉพาะอย่างยิ่งอุตสาหกรรมยา อาหาร การเกษตรและอื่น ๆ สำหรับปฏิกิริยาเชิงลบที่เกิดการคัดค้านจากองค์กรต่าง ๆ ในสังคม โดยเฉพาะด้านที่ก่อผลกระทบทางศีลธรรม หรือต่อสิ่งแวดล้อม แต่ในกรณีลักษณะที่เป็นการค้นพบ (Discovery) สิ่งต่างๆ ถือว่าไม่ใช่การประดิษฐ์ เพราะเป็นสิ่งที่มียู่ในธรรมชาติอยู่แล้ว แต่ถ้าเป็นการประดิษฐ์นั้นจะเป็นลักษณะงานคิดค้นทางปัญญาของมนุษย์ที่สามารถนำไปใช้กระบวนการผลิตทางอุตสาหกรรมได้ สำนักงานสิทธิบัตรยุโรปได้กำหนดแนวปฏิบัติในการพิจารณาไว้ดังนี้<sup>31</sup>

“ สิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติเป็นเพียงการค้นพบที่ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ อย่างไรก็ตาม หากสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาตินั้นจำเป็นต้องผ่านการสกัดจากสภาพแวดล้อมที่เป็นอยู่ โดยใช้

<sup>29</sup> จักรกฤษณ์ ครอบงม . *อ้าวแล้วชิงอรรถที่ 15*. หน้า 147.

<sup>30</sup> Beier, F.K. et al. *Biotechnology and Patent Protection*, OECD, Paris, 1985, p25 มีหลักฐาน ปรากฏว่า เมื่อปี พ.ศ. 2416 สำนักงานสิทธิบัตรได้เคยออกสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต โดยออกสิทธิบัตรให้แก่หลุยส์ ปราสเตอร์ สำหรับการประดิษฐ์ประเภทยีสต์

<sup>31</sup> EPO Guidelines for Examination in the European Patent Office

กรรมวิธีที่ได้รับการพัฒนาขึ้น เช่นนี้กรรมวิธีดังกล่าวเป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรได้ ยิ่งกว่านั้น ถ้าสิ่งดังกล่าวเป็นสิ่งที่สามารถกำหนดคุณลักษณะได้โดยถูกต้อง ไม่ว่าจะโดยโครงสร้างของสิ่งนั้น หรือโดยวิธีการในการทำให้ได้มาซึ่งสิ่งดังกล่าว หรือโดยตัวแปรอย่างอื่น และถ้าสิ่งนั้นเป็น “สิ่งใหม่” อย่างสิ้นเชิงด้วยการไม่เคยปรากฏมาก่อน เช่นนี้ถือว่าสิ่งนั้นโดยตัวเองเป็นสิ่งที่อาจได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตร ตัวอย่างของกรณีดังกล่าวได้แก่ สิ่งซึ่งถูกค้นพบโดยอาศัยจุลชีพในการผลิต”

แนวทางดังกล่าว ไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในความตกลงทริปส์ ดังนั้นเหล่าประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกไม่จำเป็นต้องให้การรับรองแนวปฏิบัติของสำนักงานสิทธิบัตรข้างต้น กล่าวคือ รัฐบาลขององค์การการค้าโลกสามารถปฏิเสธไม่ให้การคุ้มครองสิทธิบัตรในสารสกัดจากสิ่งมีชีวิต โดยถือว่าไม่ใช่การประดิษฐ์ตามกฎหมายสิทธิบัตร

อย่างไรก็ดี หลักการการให้สิทธิบัตรเกี่ยวกับเทคโนโลยีชีวภาพที่มีอยู่ในความตกลงทริปส์ เป็นสิ่งเกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิต เช่น การนำสารสกัดจากสิ่งมีชีวิต อาทิ เอ็นไซม์ (enzyme) ยีน(Gene) หรือ ดีเอ็นเอ (Deoxyribonucleic Acid : DNA) เพื่อนำมาผลิตหรือดัดแปลงให้เกิดสิ่งใหม่ๆ อันเป็นผลมาจากการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของสิ่งมีชีวิตนั้น<sup>32</sup>

#### ข. สิทธิบัตรเกี่ยวกับเทคโนโลยีชีวภาพ

ในความตกลงทริปส์ได้ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับสิทธิบัตรการประดิษฐ์โดยทั่วไปที่ไม่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิต และที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีชีวภาพอันเกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิต อันประกอบด้วย

จุลชีพ (Microorganism)<sup>33</sup> กรรมวิธีซึ่งไม่ใช่กรรมวิธีทางชีววิทยา (Non – biological Process)<sup>34</sup> และ กรรมวิธีทางจุลชีววิทยา (Microorganism Process)<sup>35</sup> และมีข้อยกเว้นในการคุ้มครองเอาไว้ใน ข้อ 27 ดังต่อไปนี้

1. วิธีวินิจฉัย อายุรกรรมและศัลยกรรมสำหรับการรักษามนุษย์และสัตว์
2. พืช
3. สัตว์
4. กรรมวิธีทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชและสัตว์

<sup>32</sup> ขวัญเรือน เพชชนทศ . (2545).ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้ากับประเทศไทย. ภาควิชานิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์มหาวิทยาลัย. หน้า 79 .

<sup>33</sup> สิ่งมีชีวิตเซลล์เดียว

<sup>34</sup> กรรมวิธีทางชีววิทยา ได้แก่ วิธีการที่เป็นไปตามธรรมชาติ ปราศจากการควบคุม และแทรกแซงของมนุษย์

<sup>35</sup> กรรมวิธีทางจุลชีววิทยา ได้แก่ วิธีการผลิตสิ่งใดสิ่งหนึ่งโดยใช้จุลชีพในการผลิตนั้น และรวมถึงกรรมวิธีที่ใช้เพื่อการผลิตจุลชีพด้วย

ข้อยกเว้นทั้งในส่วนขงสิทธิบัตรในสิ่งประดิษฐ์โดยทั่วไปของสิ่งไม่มีชีวิตและสิทธิบัตรเกี่ยวกับเทคโนโลยี สามารถที่จะไม่ให้สิทธิบัตรแก่การประดิษฐ์เหล่านั้น โดยอาศัยเงื่อนไขสองประการ คือ

1. ได้กระทำโดยอาศัยเหตุผลอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้
  - 1.1 เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
  - 1.2 เพื่อคุ้มครองชีวิต หรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช
  - 1.3 เพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อม
2. ประเทศสมาชิกต้องมีการห้ามการใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์กับ

สิ่งประดิษฐ์ที่ไม่ให้สิทธิบัตรในประเทศตน หมายถึง การห้ามการจำหน่าย หรือหาประโยชน์ในผลิตภัณฑ์ที่ประเทศตนไม่ได้ให้สิทธิบัตรแก่ผลิตภัณฑ์นั้นภายในประเทศตน

สิ่งประดิษฐ์ที่จะขอรับสิทธิบัตรนั้น นอกจากจะพิจารณาถึงประเด็นเรื่อง ความใหม่ (Novelty), มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (Invent step) และความสามารถในการประยุกต์ใช้ในวงการอุตสาหกรรม (Capable of industrial application ) แล้วนั้น ยังมีเงื่อนไขที่ผู้ขอรับสิทธิบัตรต้องปฏิบัติคือ การเปิดเผยข้อมูลสิทธิบัตร โดยต้องเปิดเผยรายละเอียดของสิ่งประดิษฐ์อย่างชัดเจนและสมบูรณ์เพียงพอที่จะให้ผู้เชี่ยวชาญในวิทยาการแขนงนั้นสามารถนำเอาการประดิษฐ์ไปใช้งานได้

#### ค. มาตรการบังคับใช้สิทธิ

มาตรการทางกฎหมายที่รัฐใช้เพื่อบังคับให้มีการใช้งานภายในประเทศ คือการออกหนังสืออนุญาตให้สิทธิแก่บุคคลภายนอกที่ประสงค์เอาการประดิษฐ์ไปใช้ประโยชน์ ซึ่งเป็นการคาดหวังในการนำเอาสิ่งประดิษฐ์ไปใช้งานในประเทศ เป็นมาตรการที่รัฐเข้าแทรกแซงในสิทธิเด็ดขาดของผู้ทรงสิทธิโดยปราศจากการยินยอมของผู้ทรงสิทธิดังกล่าว มาตรการบังคับใช้สิทธิที่รัฐใช้นี้จะเป็นมาตรการทางกฎหมายที่กำหนดไว้ให้อำนาจอรัฐในการที่จะกระทำการเอาไว้ด้วย

ในความตกลงทริปส์กำหนดให้การบังคับใช้มาตรการบังคับเป็นไปตามสภาพการณ์ที่สมควรในแต่ละกรณี<sup>16</sup> เพื่อหลีกเลี่ยงการบังคับใช้กับการประดิษฐ์บางสาขาเป็นการเฉพาะ แต่ก่อนที่จะมีการบังคับใช้สิทธินั้น ผู้ขอใช้สิทธิต้องแสดงถึงความพยายามในการได้ขออนุญาตใช้สิทธิแล้ว แต่ไม่เป็นผล จึงสามารถขอใช้สิทธิจากรัฐ โดยมีข้อยกเว้นที่ผู้ขอสามารถได้ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้ทันที โดยไม่ต้องขออนุญาตต่อผู้ทรงสิทธิก่อน คือ กรณี ดังต่อไปนี้

- (ก) ภาวะฉุกเฉินของประเทศ
- (ข) ในสภาพการณ์ที่เร่งด่วนอย่างที่สุด

<sup>16</sup> TRIPs Agreement, Art.31( a )

(ค) ในการที่เพื่อสาธารณประโยชน์ ไม่ใช่เชิงพาณิชย์<sup>37</sup>

ง. ขอบเขตของการบังคับใช้สิทธิ

ขอบเขตและระยะเวลาของการใช้มาตรการการบังคับใช้สิทธินั้น ถูกจำกัดตามวัตถุประสงค์ที่การอนุญาตให้ใช้มาตรการนั้นประสงค์ให้เป็นไปตามการนั้น การบังคับใช้สิทธิทำได้ 2 ลักษณะ<sup>38</sup> คือแบบการเฉพาะ ( Exclusive ) และแบบไม่เป็นการเฉพาะ ( Non – exclusive ) ซึ่งในแบบไม่เฉพาะนั้น ผู้ทรงสิทธิยังสามารถแสวงหาผลประโยชน์จากสิทธิบัตรได้ ยังไม่เป็นการตัดสิทธิอย่างสมบูรณ์ นอกจากนี้ ในความตกลงทริปส์ยังมีการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการโอนสิทธิที่มีให้มีการโอนสิทธิที่ได้มาด้วยการบังคับใช้สิทธิ นอกเสียจากว่า จะได้โอนกิจการของผู้ขอใช้สิทธิไปพร้อมกับสิทธิที่ได้รับอนุญาตด้วย<sup>39</sup>

จ. อายุการคุ้มครอง

“อายุการของคุ้มครองที่ให้ต้องไม่สิ้นสุดลงก่อนกำหนดเวลา 20 ปี นับจากวันที่ยื่นขอรับสิทธิบัตร”<sup>40</sup>

ตามที่ความตกลงทริปส์ ข้อ 33 ได้บัญญัติไว้ว่า ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกจะให้ความคุ้มครองน้อยกว่านี้ไม่ได้ และเมื่อพ้นเวลาดังกล่าวยอมทำให้สิทธิตามสิทธิบัตรระงับสิ้นไป การกำหนดอายุการคุ้มครองนี้อยู่ภายใต้แนวคิดที่ว่า เทคโนโลยีเป็นสิ่งมีค่าที่ทุกประเทศในโลกจำเป็นต้องร่วมกันแบ่งเบาภาระค่าใช้จ่ายในการทำการวิจัยและพัฒนา โดยจะต้องเปิดโอกาสให้นักประดิษฐ์ได้แสวงหาผลประโยชน์ในทุกประเทศที่นักประดิษฐ์นั้นต้องการ<sup>41</sup>

3.1.4.6 การออกแบบวงจรรวม ( Layout – Designs (Topographies) of Integrated Circuits)

การออกแบบวงจรรวมนั้นมีข้อกำหนดอยู่ในความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาในเรื่องที่เกี่ยวกับวงจรรวม (Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuit : IPIC) ซึ่งให้สิทธิเด็ดขาดแก่ผู้ทรงสิทธิในการนำเข้า การขาย และการจำหน่าย ห้ามผู้อื่นนำไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต เว้นเสียแต่ เป็นการกระทำที่ไม่มีเหตุอันควรรู้ จึงได้นำไปทำซ้ำ อย่างไรก็ตามเมื่อได้

<sup>37</sup> TRIPs Agreement, Art.31( b )

<sup>38</sup> จักรกฤษณ์ ควรวจน์. *อ่าวแล้วเชิงอรรถที่ 15*. หน้า 255.

<sup>39</sup> TRIPs Agreement, Art.31( e )

<sup>40</sup> TRIPs Agreement , Art .33

<sup>41</sup> จักรกฤษณ์ ควรวจน์. *อ่าวแล้วเชิงอรรถที่ 15*. หน้า 27-28.

ทราบในภายหลังแล้ว ผู้นั้นอาจจะยังสามารถกระทำการใดๆ เกี่ยวกับสินค้านั้นต่อได้ แต่ต้องจ่ายค่าตอบแทนที่สมเหตุผลแก่ผู้ทรงสิทธิด้วย<sup>42</sup>

สำหรับประเทศไทยมีการออกกฎหมายรองรับตามพันธกรณีของความตกลงทริปส์ โดยเป็นกฎหมายเฉพาะ (Sui generis) ในรูปพระราชบัญญัติคุ้มครองแบบผังวงจรรวม พ.ศ. 2543

#### 3.1.4.7 การคุ้มครองข้อมูลที่ไม่เปิดเผย (Protection of Undisclosed Information )

การคุ้มครองข้อมูลที่ไม่เปิดเผย ผู้เป็นเจ้าของข้อมูลนั้นมีสิทธิป้องกันเพื่อไม่ให้ถูกเปิดเผย หรือไม่ให้ผู้อื่นนำไปใช้ โดยตนไม่ยินยอม แต่ในความตกลงทริปส์มีข้อยกเว้น การคุ้มครองข้อมูลในกรณียา และเคมีภัณฑ์ทางเกษตรที่เสนอต่อทางราชการ เนื่องจากอาจเป็นสิ่งจำเป็นที่มีประโยชน์ต่อสาธารณสุข หรือประเทศสมาชิก การคุ้มครองทางปฏิบัติที่เป็นปฏิบัติยกเว้นต่อการแข่งขันในการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญา (Control of Anti-Competitive Practices in Contractual Licences) การคุ้มครองทางปฏิบัติที่เป็นปฏิบัติยกเว้นต่อการแข่งขันในการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญา ทำให้ประเทศสมาชิกสามารถใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อการป้องกัน และควบคุมแนวปฏิบัติในการอนุญาตให้ใช้สิทธิในบางกรณี หรือเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายทางการค้า และอาจขัดขวางต่อการถ่ายทอด หรือแพร่ขยายเทคโนโลยีได้<sup>43</sup>

#### 3.1.5 พันธกรณีของประเทศไทยภายใต้ความตกลงทริปส์

ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกที่มีพันธกรณีในความตกลงทริปส์มีอิสระที่จะเลือกวิธีการอนุวัติการให้เหมาะสมกับระบบกฎหมายภายในประเทศตน โดยมีเงื่อนไขตามระดับสถานะเศรษฐกิจของประเทศ นั่นคือประเทศกำลังพัฒนาได้รับการผ่อนผันให้ดำเนินการอนุวัติการต่อไปเป็นเวลาสี่ปี<sup>44</sup> สำหรับประเทศไทยซึ่งอยู่ในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาจึงต้องอนุวัติการตามความตกลงทริปส์ให้เสร็จสิ้นภายใน 1 มกราคม 2543 โดยมีกรอบของความคุ้มครองขั้นต่ำ (minimum protection) ที่ต้องมีการบังคับใช้กฎหมายในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาให้มีประสิทธิภาพ

หลักการในความตกลงทริปส์ในข้อ 27(1) เป็นหลักการพื้นฐานสากลในการคุ้มครองระบบสิทธิบัตร ซึ่งในการพิจารณาการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้าน มีข้อสังเกตคือเงื่อนไขเรื่องความใหม่ (Novelty) คือการประดิษฐ์นั้นต้องไม่เคยมีการประดิษฐ์ใดที่เคยเผยแพร่ต่อ

<sup>42</sup> TRIPs Agreement, Art.37( 1 ).

<sup>43</sup> ขวัญเรือน เพชชนทศ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 32. หน้า 88.

<sup>44</sup> TRIPs Agreement, Art.65.2,65.3

สาธารณชนมาก่อนขอรับสิทธิบัตรมาก่อน การประดิษฐ์นั้นต้องเป็นสิ่งใหม่ ไม่เคยปรากฏ หรือมีการคิดค้นมาก่อน

มีชั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น คือมีการประดิษฐ์ที่มีส่วนประกอบ หรือมีลักษณะที่ก้าวหน้าแตกต่างจากเทคโนโลยีที่มีอยู่เดิม คือการประดิษฐ์ดังกล่าวต้องก่อให้เกิดความก้าวหน้าอย่างแท้จริงโดยเปรียบเทียบกับงานอันเกี่ยวกับการประดิษฐ์ที่ปรากฏอยู่แล้วนั้น มิฉะนั้นจะสามารถขอรับสิทธิบัตรในการประดิษฐ์ทุกอย่างได้ทั้งหมด<sup>45</sup>

สามารถนำไปประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม คือเป็นประโยชน์ในการใช้งานจริง ไม่ใช่แค่ทางทฤษฎี แต่ต้องนำไปใช้ในการผลิตได้ ไม่ได้เป็นเพียงความคิด แต่ต้องสามารถนำเอากรรมวิธีต่างๆ ไปทำการผลิตเป็นผลิตภัณฑ์หรือ กรรมวิธีที่สามารถทำให้เกิดขึ้น ได้จริง และเป็นสิ่งที่สามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างเหมาะสม การประดิษฐ์ที่ขาดลักษณะดังกล่าวไม่ใช่เป็นสิ่งที่ขาดรับสิทธิบัตรได้<sup>46</sup>

การเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ ตามความตกลงทริปส์ ข้อ 29 กำหนดให้ผู้นั้นต้องแนบรายละเอียดการประดิษฐ์ไปพร้อมกับเอกสารคำขอรับสิทธิบัตรด้วย

## 3.2 การคุ้มครองภูมิปัญญาภายใต้กฎหมายต่างประเทศ<sup>47</sup>

### 3.2.1 ระบบกฎหมายสิทธิบัตร

#### 3.2.1.1 สิทธิบัตรการประดิษฐ์ของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์

ก) กฎหมายที่บัญญัติให้คุ้มครองคือ พระราชบัญญัติ ฉบับที่ 21 พ.ศ.2537 มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2538 แก้ไขโดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร ฉบับที่ 40 พ.ศ. 2538 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2544 และพระราชบัญญัติสิทธิบัตร ฉบับที่ 30 พ.ศ. 2545

ข) ระบบการให้ความคุ้มครอง เป็นระบบการจดทะเบียนสิทธิบัตรการประดิษฐ์

<sup>45</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2548). ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม. หน้า 232.

<sup>46</sup> ยรรยง พวงราช. (2533). สิทธิบัตร กฎหมายและวิธีปฏิบัติ. กรุงเทพมหานคร : บริษัททบทวนการพิมพ์ จำกัด หน้า 47.

<sup>47</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์. ( 2548 ).คู่มือการขอรับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในต่างประเทศ 30 ประเทศ . หน้า24-53.



ค) สิ่งที่ได้รับ ความคุ้มครอง ต้องเป็นการประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์และกรรมวิธี ซึ่งต้องมียุคประกอบที่ ต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น และสามารถใช้ในทางอุตสาหกรรม

ง) อายุการคุ้มครอง คือจะมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ประกาศรับจดทะเบียน ได้รับการโฆษณาในหนังสือประกาศโฆษณาสิทธิบัตร (Gazette) และมีผลบังคับเป็นเวลา 20 ปี นับจากวันที่ยื่นคำขอจดทะเบียน

จ) การขอรับ ความคุ้มครอง บุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลสามารถยื่นคำขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ได้ โดยคำขอต้องระบุผู้ขอรับ และบรรยายถึงรายละเอียดการประดิษฐ์ ข้อถือสิทธิ และมีรูปเขียนประกอบ

รายละเอียดการประดิษฐ์ต้องมีการบรรยายอย่างเปิดเผยการประดิษฐ์ที่ชัดเจนและสมบูรณ์ ประกอบด้วยหัวข้อ ชื่อแสดงการประดิษฐ์ สาขาวิทยาการของการประดิษฐ์ ภูมิหลังที่เป็นประโยชน์ต่อการเข้าใจการประดิษฐ์ คำอธิบาย รูปเขียนย่อ พร้อมยกตัวอย่างละอ้างอิง

ข้อถือสิทธิไม่มีการจำกัดจำนวน แต่ต้องบอกอย่างชัดเจน และรัดกุม สอดคล้องกับรายละเอียดที่เปิดเผยการประดิษฐ์ไว้

ฉ) การตรวจสอบ โดยหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบด้านการจดทะเบียนสิทธิบัตรการประดิษฐ์ได้แก่ สำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาแห่งประเทศสิงคโปร์ (Intellectual Property Office of Singapore ; IPOS) ซึ่งจะทำ การตรวจสอบคำขอแล้วประกาศโฆษณาในหนังสือประกาศโฆษณาสิทธิบัตรเมื่อครบ 18 เดือนนับแต่วันยื่นคำขอ

### 3.2.1.2 สิทธิบัตรการประดิษฐ์ของประเทศฝรั่งเศส

ก) กฎหมายที่บัญญัติให้คุ้มครองฉบับล่าสุด คือ กฎหมายเลขที่ 2004-800 ลงวันที่ 6 สิงหาคม พ.ศ. 2547 (Law N 2004-800 (August 6, 2004)

ข) ระบบการให้ความคุ้มครอง จะคุ้มครองเจ้าของ โดยระบบการจดทะเบียนสิทธิบัตรต่อสถาบันทรัพย์สินในทางอุตสาหกรรมแห่งชาติ (Institut National de la Propriete Industrielle, National Institute of Industrial Property the ; INPI)

ค) สิ่งที่ได้รับ ความคุ้มครอง เป็นการประดิษฐ์ที่มีความใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม

ง) อายุการคุ้มครอง สิทธิบัตรจะได้รับความคุ้มครองเป็นเวลา 20 ปี นับจากวันยื่นคำขอ

จ) การขอรับ ความคุ้มครอง จากการพิจารณาว่าผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินในทางอุตสาหกรรมนั้นเป็นของผู้ประดิษฐ์ ผู้ทรงสิทธิจึงเป็นผู้สามารถยื่นคำขอต่อสถาบันทรัพย์สิน

ในทางอุตสาหกรรมแห่งชาติ หรือที่ทำการสาขา นอกจากนี้ยังมีทางเลือกในการยื่นผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเว็บไซต์ของสถาบันคือ [www.inpi.fr](http://www.inpi.fr)

ส่วนคำร้องขอนั้นให้ประกอบด้วย

- ลักษณะการประดิษฐ์
- ชื่อที่ชัดเจนแสดงถึงการประดิษฐ์
- ชื่อ ชื่อสกุล ผู้ประดิษฐ์ และภูมิลำเนา สัญชาติ และสถานที่ประกอบธุรกิจของผู้ยื่นคำขอ

- ชื่อ และที่อยู่กรณีมีผู้ทำการแทน

ฉ) การตรวจสอบ โดยหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบด้านการจดทะเบียนสิทธิบัตรการประดิษฐ์ได้แก่ สถาบันทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมแห่งชาติ ซึ่งจะทำการตรวจสอบคำขอแล้วประกาศโฆษณาในหนังสือประกาศโฆษณาสหสิทธิบัตรเมื่อครบ 18 เดือนนับแต่วันยื่นคำขอ

ส่วนกรณีการขอถือสิทธิย้อนหลังเนื่องจากเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิบัตรที่ได้จดทะเบียนในประเทศใดประเทศหนึ่งที่เป็นภาคีของอนุสัญญากรุงปารีสในปี พ.ศ.2526 หรือเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก

### 3.2.2 ระบบกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช

#### 3.2.2.1 กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศสาธารณรัฐฟิลิปปินส์

ก) กฎหมายที่บัญญัติให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชคือ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชแห่งประเทศสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ พ.ศ. 2545 (The Philippine Plant Variety Protection Act of 2002) ประกาศใช้เมื่อ วันที่ 19 มิถุนายน 2545 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อ 20 กรกฎาคม 2545

ข) ระบบการให้ความคุ้มครอง คุ้มครองเจ้าของสิทธิในพันธุ์พืชใหม่ที่นำพันธุ์พืชนั้นมาจดทะเบียน

ค) สิ่งที่ได้รับคุ้มครอง เป็นพันธุ์พืชใหม่ที่ต้องมีลักษณะคือต้องมีความใหม่ มีลักษณะเฉพาะ มีความสม่ำเสมอ และมีความคงตัว

ง) อายุการคุ้มครอง จะคุ้มครองพันธุ์พืชประเภทต้นไม้ และไม้เถา เป็นเวลา 25 ปี ส่วนพันธุ์พืชอื่นๆ จะคุ้มครอง 20 ปี นับจากวันออกหนังสือจดทะเบียน

จ) การขอรับความคุ้มครอง เมื่อผู้ยื่นจดทะเบียนซึ่งต้องมีสัญชาติฟิลิปปินส์ หรือมีสถานประกอบการอยู่ในประเทศฟิลิปปินส์ โดยเป็นผู้ปรับปรุงพันธุ์พืช นายจ้างหรือผู้ว่าจ้างของลูกจ้าง ให้ เอกสารประกอบการขอรับการคุ้มครองพันธุ์พืช คณะกรรมการคุ้มครองพันธุ์พืช (The National Plant Variety Protection Board) จะทำการตรวจสอบพันธุ์พืชว่ามีลักษณะเฉพาะ

สม่ำเสมอ และคงตัวของลักษณะประจำพันธุ์หรือไม่ จึงจะประกาศโฆษณาจำจดทะเบียนพันธุ์พืช ในหนังสือประกาศโฆษณาพันธุ์พืชภายใน 60 วันนับจากวันยื่นคำขอ

### 3.2.2.2 กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของออสเตรเลีย

ก) กฎหมายที่บัญญัติให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชคือ พระราชบัญญัติสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2547 (Plant Breeding's Right Act 1994)

ข) ระบบการให้ความคุ้มครอง เป็นระบบการจดทะเบียน

ค) สิ่งที่ได้รับคุ้มครอง จะคุ้มครองสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชที่ให้นิยามอันหมายถึงสิทธิทางการค้าแต่เพียงผู้เดียวในพันธุ์พืชที่จดทะเบียน ซึ่งต้องมีองค์ประกอบคือ

- เป็นพันธุ์พืชที่มีนักปรับปรุงพันธุ์พืช
- มีลักษณะประจำพันธุ์แตกต่างจากพันธุ์อื่นอย่างเด่นชัด
- ลักษณะประจำพันธุ์มีความสม่ำเสมอ
- มีความคงตัว
- ไม่เคยถูกนำมาใช้ประโยชน์ หรือเพิ่งถูกนำมาใช้ประโยชน์

ง) อายุการคุ้มครอง จะคุ้มครองพันธุ์พืชประเภทต้น ไม้ และไม้เถา เป็นเวลา 25 ปี ส่วนพันธุ์พืชอื่นๆ จะคุ้มครอง 20 ปี นับจากวันออกหนังสือจดทะเบียน

จ) การขอรับความคุ้มครอง นักปรับปรุงพันธุ์พืชคนดั้งเดิมของพันธุ์พืชใหม่ นายจ้าง หรือผู้ได้มาซึ่งสิทธิในความเป็นเจ้าของจากนักปรับปรุงพันธุ์พืชคนดั้งเดิม ต้องยื่นคำขอรับความคุ้มครองต่อนายทะเบียนสำนักงานสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช (Registrar, Plant Breeding's Right office) โดยคำขอเบื้องต้นต้องมีคำบรรยายโดยย่อเกี่ยวกับพืช เช่น

- ชื่อพันธุ์พืชและชื่อพ้อง
- คุณลักษณะความแตกต่างที่สำคัญ แหล่งกำเนิด และวิธีการใช้เพื่อให้เกิดพันธุ์

พืชใหม่

- วันดำเนินการตรวจสอบภาคสนามโดยประมาณ
- การเสนอชื่อศูนย์ทรัพยากรพันธุกรรม
- การชำระค่าธรรมเนียมคำขอ

### 3.2.3 ระบบกฎหมายการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น

จากการที่ประเทศที่มีความหลากหลายทางชีวภาพอุดมสมบูรณ์ต้องการให้มีการพัฒนา กฎระเบียบต่างๆ ในการเข้าถึงในทรัพยากรและภูมิปัญญาท้องถิ่น อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological diversity) จึงเกิดขึ้นในปี ค.ศ.1988 โดยองค์การสิ่งแวดล้อมโลก หรือ UNEP (United Nations Environment Program) และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 29 มกราคม พ.ศ.

2547 มีประเทศภาคีอนุสัญญาทั้งหมด 193 ประเทศ ซึ่งประเทศไทยเข้าเป็นภาคีลำดับที่ 188 โดยมีการให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 31 ตุลาคม 2546 หน่วยงานที่รับผิดชอบหลัก คือกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม และเป็นหน่วยงานกลางหลักในการปฏิบัติงานคือ สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

3.2.3.1 กฎหมายคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นของสาธารณรัฐประชาชนจีน

ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนเป็นประเทศที่มีพื้นที่ใหญ่ที่สุดในโลกรองจากรัสเซียและแคนาดา ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนให้ความสำคัญในเรื่องการพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรชีวภาพอย่างมาก (สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ, 2550: 109) โดยเฉพาะภูมิปัญญาด้านการแพทย์นั้น มีกฎหมายสิทธิบัตรให้ความคุ้มครองแก่ผลิตภัณฑ์ยา

นอกจากนี้ยังมีกฎหมายการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ที่มุ่งเน้นการให้ความคุ้มครองการแพทย์แผนจีน แต่ก็มองเห็นได้ว่าประเทศจีนยังไม่มีกฎหมายจำเพาะในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือทรัพยากรชีวภาพ หากแต่ใช้ระบบสิทธิบัตรมาประยุกต์ใช้เพื่อคุ้มครองภูมิปัญญา

3.2.3.2 กฎหมายคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศสาธารณรัฐฟิลิปปินส์

ประเทศสาธารณรัฐฟิลิปปินส์เป็นประเทศหนึ่งที่มีทรัพยากรธรรมชาติหลากหลายไม่ว่าจะเป็นพันธุ์พืช และพันธุ์สัตว์ต่างๆ แต่ก็ยังเป็นประเทศหนึ่งที่ถูกร่างชาตินำเอาทรัพยากรของประเทศตนไปคิดค้นต่อยอดและจดทะเบียนสิทธิเป็นของชาวต่างชาติ กรณีบริษัทยาของสหรัฐอเมริกาจดสิทธิบัตรยาสารจากหอยทากทะเลในฟิลิปปินส์ที่ฤทธิ์บรรเทาอาการปวดที่มีผลดีกว่ามอร์ฟีนประมาณหนึ่งพันเท่า ประเทศสาธารณรัฐฟิลิปปินส์มีกฎหมายที่เป็น การต่อสู้ของชาวพื้นเมืองคือ รัฐบัญญัติสิทธิชนพื้นเมือง (Indigenous People' Rights Act หรือ IPRA) ซึ่งคุ้มครองสิ่งที่ปรากฏในรูปวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและวัฒนธรรม อันรวมถึงการแพทย์โบราณ การรักษาโรคแบบดั้งเดิม ภูมิปัญญาดั้งเดิม และศิลปะพื้นบ้าน<sup>48</sup>

รัฐบัญญัติฉบับนี้คุ้มครองสิทธิให้กับชุมชนเจ้าของภูมิปัญญาซึ่งสามารถใช้ ปรับปรุงภูมิปัญญาและยังใช้มาตรการพิเศษในการควบคุมพัฒนาเพื่อคุ้มครองสิทธิของชุมชนได้อีกด้วย แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับนี้ก็ไม่ได้บัญญัติเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์ หรือกำหนดเงื่อนไขเอาไว้แต่อย่างใด

<sup>48</sup> สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ. ( 2550 ). รายงานการศึกษากรอบความคิดการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย. กรุงเทพมหานคร. หน้า 127.

### 3.2.3.3 กฎหมายคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกากำเนิดขึ้นมาจากการประกาศอิสรภาพของรัฐอชิปโตโย 13 มลรัฐที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญในการก่อตั้งสหพันธรัฐ แต่รัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกาก็ให้ความสำคัญกับชนเผ่าดั้งเดิมที่มีประวัติศาสตร์อันยาวนานคือชนเผ่าอินเดียนถึงกับมีการจัดตั้งสำนักงานกิจการอินเดียน (Bureau of Indian Affairs) ขึ้นเพื่อคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมอินเดียน รัฐบาลบัญญัติสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์อินเดียน<sup>49</sup> เป็นกฎหมายที่คุ้มครองเครื่องหมายความแท้จริง และคุณภาพ (genuineness and quality) ของผลิตภัณฑ์อินเดียน โดยห้ามมีการลอกเลียนแบบให้ผู้บริโภคเข้าใจว่าเป็นผลิตภัณฑ์ของอินเดียน ซึ่งผู้ละเมิดโดยเจตนาต้องได้รับโทษโดยในการละเมิดครั้งแรก มีอัตราโทษปรับ 250,000 ดอลลาร์ หรือจำคุก 5 ปี

### 3.2.3.4 กฎหมายคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นของสหภาพแอฟริกา

องค์การสหภาพแอฟริกา (Organization of African Unity หรือ OAU) ได้จัดทำกฎหมายต้นแบบ (Model law) ชื่อว่า “การคุ้มครองสิทธิของชุมชนพื้นเมือง ชาวนา และนักปรับปรุงพันธุ์พืช และข้อบังคับการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ” (The Protection of the Rights of Local communities, Farmers, and Breeders and for the Regulation of Access to Biological Resources) เพื่อคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพและระบบการดำรงชีวิตของชาวแอฟริกา (อ) (เรื่องเดียวกัน) นั้นก็เพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาชาวบ้านและพืชสมุนไพรทางการแพทย์ เพื่อกำหนดกติกาในการกำกับดูแลการเข้าถึงการบริหารจัดการ และการอนุรักษ์ทรัพยากร และภูมิปัญญา สิ่งที่ได้รับคุ้มครองภายใต้กฎหมายต้นแบบคือ ทรัพยากรชีวภาพจากการดัดแปลงทรัพยากรชีวภาพ ภูมิปัญญาและเทคโนโลยีชุมชน ชุมชนดั้งเดิมและท้องถิ่น และนักปรับปรุงพันธุ์พืช แต่ในส่วนของระบบดั้งเดิมของการเข้าถึง การใช้ และแลกเปลี่ยนทรัพยากรชีวภาพ และการเข้าถึง การใช้ และแลกเปลี่ยนทรัพยากร ภูมิปัญญาและเทคโนโลยีระหว่างชุมชนท้องถิ่นด้วยกันเองนั้น ไม่อยู่ภายใต้กรอบความคุ้มครองของกฎหมายต้นแบบ

ในการขออนุญาตเพื่อเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ และทรัพยากรพันธุกรรม ผู้ร้องขอต้องทำหนังสือแจ้งไปยังพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ แล้วเจ้าพนักงานจะออกประกาศต่อสาธารณชนเพื่อขอความเห็นชอบจากชุมชนท้องถิ่น ถ้าไม่มีผู้คัดค้านจึงจะอนุญาตให้ผู้ร้องขอเข้าใช้ทรัพยากรชีวภาพได้ แต่ทั้งนี้พนักงานเจ้าหน้าที่มีสิทธิสั่งการให้สิ้นสุดได้หากมีการทำละเมิดเงื่อนไข หรือมีกิจกรรมที่เป็นภัยต่อประโยชน์สาธารณะ โดยการนี้ชุมชนท้องถิ่นเป็นผู้มีอำนาจแต่ผู้เดียวโดย

<sup>49</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 178.

สมบูรณ์ในการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของภูมิปัญญาดั้งเดิม นวัตกรรมและแนวปฏิบัติของท้องถิ่น ซึ่งจะไม่มี การถ่ายโอนไปยังผู้ใดหากชุมชนท้องถิ่นไม่ได้ให้ความยินยอมล่วงหน้า

### 3.3 มาตรการในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย

#### 3.3.1 พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522

การบัญญัติกฎหมายสิทธิบัตรนั้น อาจมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ แต่แนวคิด ที่มีอิทธิพลต่อการบัญญัติกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศต่างๆ มี 2 แนวคิดสำคัญ<sup>50</sup> คือ

แนวคิดทฤษฎีสหประชาชาติ ซึ่งเห็นว่าการบังคับใช้กฎหมายสิทธิบัตรเกิดขึ้น เนื่องจากการให้ความคุ้มครองเป็นเรื่องการรับรู้สิทธิของผู้ประดิษฐ์ที่มีอยู่เหนือการประดิษฐ์ของ ตนเอง

แนวคิดทฤษฎีนโยบายทางเศรษฐกิจ เป็นแนวคิดที่มองว่าระบบสิทธิบัตรทำให้เกิดความ เจริญก้าวหน้าทางวิชาการและมีส่วนช่วยส่งเสริมการพัฒนาทางอุตสาหกรรม การให้สิทธิเด็ดขาด แก่ผู้ทรงสิทธิซึ่งเป็นผู้ได้สิทธิบัตรสิ่งประดิษฐ์ถือเป็นเครื่องจูงใจให้มีการคิดค้นประดิษฐ์สร้าง ผลงานนวัตกรรมใหม่ๆขึ้นมา

ประสงค์ แจ็งสุทธีรวัดณ์<sup>51</sup> กล่าวถึงประวัติการกำเนิดของกฎหมายสิทธิบัตรว่ามีมาแต่ สมัยโบราณ อ้างว่ากฎหมายสิทธิบัตรที่เป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรกนั้น คือ กฎหมายสิทธิบัตร ของสาธารณรัฐเวนิซ ที่มีการประกาศใช้กฎหมายสิทธิบัตรเมื่อปี ค.ศ. 1474

ในส่วนของประเทศไทยนั้นมีความพยายามการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองต่อการ ประดิษฐ์ตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 7 แต่ประสบปัญหาการดำเนินการจากปัจจัยต่างๆ ทำให้ถูกระงับไป และมีการพัฒนาร่างพระราชบัญญัติมาตลอด จนมาประสบผลสำเร็จในปี พ.ศ. 2522 ที่กระทรวง พาณิชยได้เสนอร่างกฎหมายสิทธิบัตรให้คณะรัฐมนตรีพิจารณา และผ่านการพิจารณาร่าง พระราชบัญญัติดังกล่าวจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติ<sup>52</sup>

ภูมิปัญญาไทยเป็นการคิดค้นการใช้ทรัพยากรในท้องถิ่นให้เกิดประโยชน์ในการดำรงชีพ ประจำวันของชาวบ้าน สิ่งประดิษฐ์ต่างๆที่เป็นภูมิปัญญาไทยเหล่านี้ถ้าผู้ใดในกลุ่มชาวบ้านที่คิดค้น

<sup>50</sup> Ulf Anderfelt. (1971). *International patent-legislation and developing countries*. Martinus Nijhoff : The Hague. page17-21.

<sup>51</sup> ประสงค์ แจ็งสุทธีรวัดณ์. *อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 1*. หน้า 12.

<sup>52</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2548). *ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 5)*. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม. หน้า 152.

การประดิษฐ์นั้นต้องการสงวนความคิดของตนย่อมต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไทย ดังนั้นพระราชบัญญัติสิทธิบัตรจึงเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองเหล่าความคิดในการประดิษฐ์สร้างสรรค์งานของชาวบ้านในแต่ละท้องถิ่น ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 3 ได้กำหนดนิยามของคำว่า การประดิษฐ์ไว้

การประดิษฐ์ หมายความว่า การคิดค้นหรือคิดทำขึ้น อันเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใดชิ้นใหม่ หรือการกระทำใดๆ ที่ทำให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธี

บรรยง พวงราช<sup>53</sup> ได้วิเคราะห์ไว้ว่า การประดิษฐ์ที่ได้รับความคุ้มครองนั้น เป็นความคิดสร้างสรรค์การผลิต ไม่ได้หมายถึงตัววัตถุที่ถูกคิดค้นขึ้นมา

ไชยยศ เหมะรัชตะ<sup>54</sup> หลักเกณฑ์สากลที่ให้การคิดค้นใดๆ เป็น การประดิษฐ์ต้องพิจารณาว่า เป็นการใช้ความคิดสร้างสรรค์ในการผลิต , เป็นความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ และต้องเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตผลตามที่กฎหมายกำหนดไว้

### 3.3.1.1 หลักเกณฑ์การขอรับสิทธิบัตร

ในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ได้กำหนดลักษณะของการประดิษฐ์ที่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ไว้ในมาตรา 5 กล่าวคือ

(1) เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ คือต้องไม่มีการประดิษฐ์อย่างที่ยอมรับสิทธิบัตรดังกล่าวเผยแพร่ต่อสาธารณชนก่อนวันขอรับสิทธิบัตร (Bainbridge 1992:264อ้างในไชยยศ เหมะรัชตะ) ซึ่งการประดิษฐ์ที่มีผู้ขอรับสิทธิบัตรไว้แล้ว มีสาระสำคัญ คือ<sup>55</sup>

- การขอรับสิทธิบัตรนี้ได้ดำเนินการไม่ว่าในประเทศไทยหรือนอกประเทศไทย
- ได้มีการประกาศโฆษณาคำขอรับสิทธิบัตรแล้ว ก่อนวันขอรับสิทธิบัตรในประเทศไทย

ประเทศไทย

ซึ่งในมาตราที่ 6 ให้การประดิษฐ์ขึ้นใหม่เป็นการประดิษฐ์ที่ไม่เป็นงานที่ปรากฏอยู่แล้ว ส่วนงานที่ปรากฏอยู่แล้วคือมีทำขึ้นก่อนหน้านั้นแล้ว การเปรียบเทียบการประดิษฐ์ที่ยอมรับสิทธิบัตรว่ามีความแตกต่างจากงานที่ปรากฏอยู่แล้วหรือไม่จะต้องพิจารณาจากลักษณะทางเทคนิค ( Technical feature ) อย่างน้อยหนึ่งประการที่แตกต่างออกไป<sup>56</sup>

<sup>53</sup> บรรยง พวงราช. (2533). สิทธิบัตร กฎหมายและวิธีปฏิบัติ. กรุงเทพมหานคร : บริษัทพณิชการพิมพ์ จำกัด.

หน้า 11.

<sup>54</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 52. หน้า 158.

<sup>55</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 52. หน้า 171.

<sup>56</sup> จักรกฤษณ์ ควรพจน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 15. หน้า 91.

นอกจากนี้การประดิษฐ์ที่ถือว่าเป็นการประดิษฐ์ที่มีอยู่ก่อนแล้วยังรวมถึงการประดิษฐ์  
ดังนี้ด้วย<sup>57</sup>

- การประดิษฐ์ที่มีหรือใช้แพร่หลายอยู่ก่อนแล้ว
- การประดิษฐ์ที่เคยถูกเปิดเผยในสาระสำคัญหรือรายละเอียดไม่ว่าจะปรากฏในเอกสาร หรือสิ่งพิมพ์ใดๆ ทั้งนอกและในราชอาณาจักร
- เป็นการประดิษฐ์ที่ได้รับสิทธิบัตร หรืออนุสิทธิบัตรแล้ว
- เป็นการประดิษฐ์ที่มีการยื่นคำขอรับสิทธิบัตร หรืออนุสิทธิบัตรที่นอก  
ราชอาณาจักรเป็นเวลาเกินกว่าสิบแปดเดือนแล้ว
- ได้มีการประกาศโฆษณาแล้วว่ามีผู้ขอรับสิทธิบัตร หรืออนุสิทธิบัตรในการ  
ประดิษฐ์นั้น

เงื่อนไขในเรื่องความใหม่นี้มาจากเหตุผลและเจตนารมณ์ที่ต้องการป้องกัน  
ผลประโยชน์ของสังคมโดยมีการรับประกันว่าสิ่งที่คุ้มครองเป็นสิ่งที่ไม่เคยมีปรากฏมาก่อน  
ประกอบกับเป็นการป้องกันมิให้บุคคลใดนำสิ่งที่เป็นข้อมูลสาธารณสมบัติมาขอรับการคุ้มครอง<sup>58</sup>

(2) การประดิษฐ์ต้องมีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น มีลักษณะของการคิดที่ก้าวหน้าขึ้น  
ถ้าเปรียบเทียบกับงานที่มีอยู่ก่อนแล้ว และต้องไม่ใช่การประดิษฐ์ที่สามารถทำได้โดยง่ายแต่อาศัย  
ทักษะของช่างฝีมือเท่านั้น ซึ่งในพระราชบัญญัติสิทธิบัตรนั้น มาตรา 7 กำหนดให้การประดิษฐ์ที่มี  
ขั้นสูงขึ้นคือการประดิษฐ์ที่ไม่เป็นที่ประจักษ์โดยง่ายแก่บุคคลที่มีความชำนาญในระดับสามัญ  
สำหรับงานประเภทที่เกี่ยวกับการประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรนั้น เช่น ฎีกาที่ 4131/2536 ที่คำวินิจฉัย  
สรุปว่าเครื่องกรองน้ำตามสิทธิบัตรของจำเลยไม่ปรากฏว่ามีประสิทธิภาพดีกว่าหรือสามารถแก้ไข  
ปัญหาข้อขัดข้องที่เครื่องกรองน้ำตามสิทธิบัตรที่มีงานปรากฏอยู่ก่อนไม่อาจแก้ไขได้ จึงไม่เพียง  
พอที่จะถือว่าเป็นการประดิษฐ์ที่ไม่เป็นที่ประจักษ์โดยง่ายต่อบุคคลผู้มีความชำนาญในระดับ  
สามัญของงานประเภทนั้น<sup>59</sup>

(3) เป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรม ซึ่งในมาตรา 8 แห่ง  
พระราชบัญญัติสิทธิบัตร ได้ขยายรวมถึงการผลิตทางหัตถกรรม เกษตรกรรม และพาณิชย์กรรมด้วย

<sup>57</sup> สุพิศ ปราณีตพลกรัง.(2549) กฎหมายสิทธิบัตร. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : บริษัททอททยา มิเลินเนียม  
จำกัด. หน้า 29 .

<sup>58</sup> สุวรรณ นามตะ.(2541). ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับลักษณะของการประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้: ศึกษา  
เปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายอังกฤษ. หน้า 67.

<sup>59</sup> สุพิศ ปราณีตพลกรัง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 57. หน้า 73.



เนื่องจากให้ความหมายของคำว่าทางอุตสาหกรรมไว้อย่างกว้างว่าเป็นวิธีการทางเทคนิคใดๆตาม มาตรการที่แน่นอน จึงไม่ใช่แค่การผลิตที่เกี่ยวกับอุตสาหกรรมทั่วไปเท่านั้น<sup>60</sup>

### 3.3.1.2 หลักทั่วไปในการขอรับสิทธิบัตร

การขอรับสิทธิบัตรในการประดิษฐ์นั้นเป็นการขอรับการคุ้มครองสิทธิแก่เจ้าของ การประดิษฐ์ ซึ่งผู้ที่ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรคนแรกจะได้รับความคุ้มครอง ซึ่งอาจมีผู้ที่เป็นเจ้าของ ความคิดการประดิษฐ์นั้น ดังนั้นแล้วการขอรับสิทธิบัตรจึงเป็นสิ่งจำเป็น และสำคัญที่ต้องปฏิบัติให้ ถูกต้องตามกฎหมาย พระราชบัญญัติสิทธิบัตรได้กำหนดหลักทั่วไปในการขอรับสิทธิบัตร ดังนี้

(1) คำขอรับสิทธิบัตรแต่ละฉบับ ให้ขอได้เฉพาะการประดิษฐ์อย่างเดียว

(2) ถ้าการประดิษฐ์ที่ได้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรไว้ในต่างประเทศ แต่ได้ยื่นคำขอใน ประเทศไทยภายใน 12 เดือนนับจากยื่นครั้งแรก ให้สามารถขอระบุใช้วันที่ยื่นคำขอในต่างประเทศ เป็นวันที่ยื่นในประเทศไทยก็ได้

(3) กรณีที่มีบุคคลหลายคนทำการประดิษฐ์อย่างเดียวกันแต่ไม่ได้ร่วมกันทำนั้น บุคคลที่ยื่นคำขอรับสิทธิบัตร หรืออนุสิทธิบัตรก่อนเป็นผู้มีสิทธิรับสิทธิบัตร หรืออนุสิทธิบัตร สำหรับการประดิษฐ์นั้น

(4) ผู้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรสามารถยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยใช้แบบ พิมพ์ที่กำหนด ซึ่งในมาตรา 17 บัญญัติรายการไว้ดังนี้

มาตรา 17 การขอรับสิทธิบัตรให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนด โดยกฎกระทรวง คำขอรับสิทธิบัตรต้องมีรายการตามที่กฎหมายกำหนด<sup>61</sup>

ในกรณีที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีแห่งความตกลง หรือความร่วมมือระหว่างประเทศ เกี่ยวกับสิทธิบัตร หากคำขอรับสิทธิบัตรเป็นไปตามที่กำหนดในความตกลง หรือความร่วมมือ ระหว่างประเทศดังกล่าว ให้ถือว่าคำขอดังกล่าวเป็นคำขอรับสิทธิบัตรตามพระราชบัญญัตินี้

<sup>60</sup> WIPO.( 1998 )Background Reading Materail on Intellectual Property .Geneva : WIPO Publication , P 85.

<sup>61</sup> พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 17 ให้ในคำขอรับสิทธิบัตรต้องมีรายการดังต่อไปนี้

(๑) ชื่อที่แสดงถึงการประดิษฐ์

(๒) ลักษณะและความมุ่งหมายการประดิษฐ์

(๓) รายละเอียดการประดิษฐ์ที่มีข้อความสมบูรณ์ รัดกุมและชัดเจน อันจะทำให้ผู้มีความชำนาญในระดับสามัญในศิลปะหรือวิทยาการที่เกี่ยวข้องสามารถทำและปฏิบัติการ ตามการประดิษฐ์นั้นได้ และต้องระบุวิธีการในการประดิษฐ์ที่ดีที่สุดที่ผู้ประดิษฐ์จะพึงทราบได้

(๔) ข้อถือสิทธิโดยชัดเจน

(๕) รายการอื่นตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง

### 3.3.1.3 ผู้ทรงสิทธิบัตร

ผู้ประดิษฐ์ผลิตภัณฑ์ย่อมได้รับความคุ้มครองในสิ่งประดิษฐ์ของตน ซึ่ง ประสงค์ แจ่ม สุทธิวรรณ<sup>62</sup> มองว่ามีเหตุผลมาจาก

- การสร้างแรงจูงใจให้นักประดิษฐ์คิดค้นประดิษฐ์กรรม
- เป็นการตอบแทนที่นักประดิษฐ์ยอมเปิดเผยรายละเอียดในสิ่งประดิษฐ์เป็น

รางวัลตอบแทนผู้ประดิษฐ์ที่ลงทุนในการคิดค้นวิจัย

เมื่อผู้ขอรับสิทธิบัตรได้รับสิทธิบัตรการประดิษฐ์นั้นแล้ว ผู้นั้นยอมเป็นผู้ทรงสิทธิบัตรตามกฎหมายที่มีสิทธิต่างๆ ตามที่กำหนด กล่าวคือ

#### ○ อายุแห่งการคุ้มครอง

เพื่อเป็นการตอบแทนผู้ทรงสิทธิบัตรที่ได้เปิดเผยการประดิษฐ์ต่อสาธารณชน มาตรา 35 บัญญัติให้สิทธิบัตรการประดิษฐ์มีอายุ 20 ปี นับแต่วันขอรับสิทธิบัตรในประเทศไทย เมื่อถึงกำหนดเวลาการประดิษฐ์นั้นยอมตกเป็นสาธารณสมบัติอันทำให้ประชาชนทั่วไปสามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้อย่างเสรี

#### ○ ขอบเขตแห่งสิทธิ

ตามมาตรา 36 ทวิ ผู้ทรงสิทธิบัตรมีสิทธิในการประดิษฐ์ ดังนี้

ก) สิทธิโดยตรง ไม่ว่าจะเป็นการผลิต ใช้ จำหน่าย นำเข้าผลิตภัณฑ์ และใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตร

ข) ขอบเขตของการประดิษฐ์พิจารณาจากลักษณะของการประดิษฐ์ที่ระบุไว้ในรายละเอียดและรูปเขียนประกอบ

ค) การคุ้มครองสิทธิคลุมไปถึงลักษณะการประดิษฐ์ที่แม้ไม่ได้ระบุในข้อถือสิทธิ โดยเฉพาะเจาะจง แต่ถ้าเป็นคุณสมบัติตามประโยชน์ใช้สอยการประดิษฐ์นั้นก็ให้เป็นสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตร

#### ○ สิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตร

ก) สิทธิในการแสดงถึงการได้รับสิทธิบัตร ตามมาตรา ๓๗ ให้ผู้ทรง

สิทธิบัตรสามารถใช้คำว่า “สิทธิบัตรไทย” หรือ อักษร “สพท.” หรืออักษรต่างประเทศอื่นๆ พร้อมกับระบุหมายเลขสิทธิบัตรไว้แสดงในผลิตภัณฑ์ ภาชนะหรือหีบห่อผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตร

ข) สิทธิโดยตรงในการประดิษฐ์ ตามมาตรา 36 เป็นสิทธิทางเศรษฐกิจ (economic rights) ที่เป็นของผู้ทรงสิทธิบัตรแต่เพียงผู้เดียว อันได้แก่

<sup>62</sup> ประสงค์ แจ่มสุทธิวรรณ. อ่างแก้วเชิงอรุณที่ 1. หน้า 21.

- กรณีสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ ผู้ทรงสิทธิบัตรมีสิทธิในการผลิต ใช้งาน มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย หรือนำเข้ามาในประเทศไทยซึ่งผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตร
- กรณีสิทธิบัตรกรรมวิธี ผู้ทรงสิทธิบัตรมีสิทธิในการผลิต ใช้งาน มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย หรือนำเข้ามาในประเทศไทยซึ่งผลิตภัณฑ์ที่ผลิตโดยใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตร

### 3.3.2 พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองสมุนไพรของไทย ทั้งสมุนไพรที่มีค่าทางเศรษฐกิจ หรือสมุนไพรที่ใกล้จะสูญพันธุ์ พ.ร.บ.นี้ต้องการอุดช่องว่างของกฎหมายที่ต่างชาติสามารถนำไปใช้ผลประโยชน์อย่างผูกขาดเป็นของตนเอง จึงเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแพทย์แผนไทยโดยตรง ที่คุ้มครองนอกจากสมุนไพรแล้วยังคุ้มครองสูตรตำรับยาแผนไทย และตำราการแพทย์แผนไทยด้วย

ปาริनुช บริสุทธิ์ศรี<sup>63</sup> กล่าวถึงการที่ต่างชาติเข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำการศึกษาค้นคว้าความรู้อันเป็นภูมิปัญญาของไทยในแหล่งชีวภาพไม่ว่าจะเป็นพันธุ์พืช หรือสมุนไพร โดยนำไปต่อยอดพัฒนาเนื่องจากการมีทุน และเทคโนโลยีที่สูงกว่าประเทศไทยมาก จนสามารถนำเอาความรู้ในการผลิตที่ได้ไปจดทะเบียนสิทธิเป็นของประเทศตน ทำให้ประเทศไทยสูญเสียสิทธิในความรู้ภูมิปัญญาของตนเองไป จึงต้องมีการคุ้มครองและพัฒนาการแพทย์แผนไทยและสมุนไพรตามเจตนารมณ์ของพ.ร.บ.ฉบับนี้

#### 3.3.2.1 วัตถุประสงค์

วัตถุประสงค์หลัก ของพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 มี 3 ประการคือ

1. คุ้มครองยาสมุนไพรที่มีคุณค่าทางการวิจัย หรือทางเศรษฐกิจ หรืออาจเป็นพืชที่กำลังสูญพันธุ์ ให้เป็นสมุนไพรควบคุม
2. คุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย อันเป็นความรู้ความสามารถเกี่ยวกับแพทย์แผนไทย เพื่อป้องกันชาวต่างชาตินำไปต่อยอดและผูกขาดเป็นเจ้าของในการแสวงหากำไร
3. สนับสนุนการมีส่วนร่วมภาคเอกชน และประชาชนในการจัดทำแผนการจัดการพื้นที่คุ้มครองสมุนไพร

จากวัตถุประสงค์ ของพ.ร.บ.นี้ ที่ต้องการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยอย่างเป็นรูปธรรม ถือเป็นกรให้มูลค่าแก่ภูมิปัญญาดั้งเดิมของชุมชนชาวบ้านในฐานะเป็นทรัพย์สินทางปัญญา อันเป็นภูมิความรู้ชาวบ้านเกี่ยวกับการดูแลสุขภาพและการบำบัดโรคด้วยการแพทย์

<sup>63</sup> ปาริनुช บริสุทธิ์ศรี. (2553). การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้านภายใต้ความตกลงทริปส์. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 100.

แผนไทย ความรู้อันเกิดจากการประยุกต์ใช้ทรัพยากรท้องถิ่น ไม่ว่าจะเป็นการใช้สมุนไพร, การนวด โดยมีการนำเอาพืชสมุนไพรมาใช้ประกอบการนวด ,การดูแลรักษากระดูกแบบดั้งเดิม, การบำบัดทางจิต ตลอดจนวิถีธรรมชาติอื่นๆ เพื่อการพึ่งตนเองในระดับครอบครัว ชุมชน และระดับชาติ ความรู้เหล่านี้เป็นภูมิปัญญาของชาวบ้านที่มีสั่งสมกันมาระยะเวลาหนึ่งที่มีพัฒนาการต่อเนื่องมา แต่จนในปัจจุบันก็ยังไม่มีการคุ้มครอง ส่งเสริม อนุรักษ์ หรือพัฒนาอย่างจริงจังเท่าใดนัก จนมาถึงการตรา พ.ร.บ.ฉบับนี้ซึ่งเป็นแนวทางการคุ้มครองด้านกฎหมายที่จะคุ้มครองความรู้อันเป็นภูมิปัญญา

พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 ประกอบด้วย 7 หมวด ได้แก่

หมวด 1 คณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

หมวด 2 การคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

หมวด 3 การคุ้มครองสมุนไพร

หมวด 4 การอุทธรณ์

หมวด 5 พนักงานเจ้าหน้าที่

หมวด 6 กองทุนภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

หมวด 7 บทกำหนดโทษ

ในรายละเอียดตามรายมาตราแล้ว จะพบว่าเนื้อหาด้วบทที่เกี่ยวกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยตรงได้แก่ หมวด 2 และหมวด 3 กล่าวคือใน ขอบเขตการคุ้มครอง

3.3.2.2 ขอบเขตการคุ้มครอง

หมวด 2 การคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

มาตรา 16 จำแนกภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเป็น 3 ประเภท คือ

1. ตำรับยาแผนไทยของชาติหรือตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ
2. ตำรับยาแผนไทยทั่วไปหรือตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไป
3. ตำรับยาแผนไทยส่วนบุคคลหรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคล

เนื่องจากตำรับ หรือตำรายาเป็นแหล่งความรู้ที่เก็บองค์ความรู้ด้านการแพทย์แผนไทยไว้ ตำรับยาทั้ง 3 ประเภทที่จำแนกตามมาตรานี้ มีประเด็นการแบ่งแยกคือ<sup>64</sup>

ประเด็นพิจารณา	ตำรับยาแผนไทยของชาติ	ตำรับยาแผนไทยทั่วไป	ตำรับยาแผนไทยส่วนบุคคล
นิยาม	ตำราการแพทย์แผนไทยที่มีประโยชน์หรือมีคุณค่าในทางการแพทย์ หรือการสาธารณสุขเป็นพิเศษ	ตำราการแพทย์แผนไทยที่มีการใช้ประโยชน์กันอย่างแพร่หลายหรือที่พันอายุการคุ้มครองสิทธิตามมาตรา 33	ตำราการแพทย์แผนไทยที่บุคคลเป็นเจ้าของ
ระยะเวลาการคุ้มครอง	ตลอดไป	50 ปี	50 ปี
การค้า และการทำวิจัย	ต้องทำการขออนุญาตให้ เป็นไปตามหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎกระทรวง	ไม่ต้องขออนุญาต	ทำการตกลงระหว่างผู้จะนำตำราไปทำวิจัย หรือการค้ากับเจ้าของตำรา

มาตรา 21 มีหลักการว่า บุคคลที่มีสิทธิจดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ต้องมีสัญชาติไทย และ เป็นผู้คิดค้นตำรับยา หรือตำรายาการแพทย์แผนไทย ,เป็นผู้ปรับปรุงหรือพัฒนาตำรับหรือตำรายา หรือเป็นผู้สืบทอดตำรับยาแผนไทยหรือตำรายาแพทย์แผนไทย บุคคลเหล่านี้สามารถยื่นขอจดทะเบียนสิทธิต่อนายทะเบียน ณ สำนักงานกลาง หรือสำนักงานทะเบียนในจังหวัดที่มีภูมิลำเนาอยู่

มาตรา 33 ให้สิทธิในการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยตามพระราชบัญญัตินี้ มีอายุตลอดอายุผู้ทรงสิทธิ และให้มีสิทธิต่อไปอีก ห้าสิบปี นับแต่ผู้ทรงสิทธิถึงแก่ความตาย ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้มีการจดทะเบียนเป็นหลักฐาน การจำกัดเวลาเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะ ซึ่งเมื่อหมดเวลาตามกำหนดแล้วภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลนั้น จะตกเป็นภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยทั่วไป ทำให้สาธารณสุขชนสามารถใช้ภูมิ

<sup>64</sup> จันทรทัต สิริทกัจกร.(2543).คำอธิบายพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542. หน้า

ปัญญานั้นได้โดยไม่ต้องขออนุญาตรัฐ ประเด็นนี้คงต้องพิจารณาว่าการใช้ประโยชน์นั้นมีขอบเขตเพียงใด มีข้อสรุปว่ากรณีที่บุคคลใช้สิทธิในภูมิปัญญาที่ขึ้นทะเบียนไว้โดยเพื่อพัฒนาในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยขึ้นใหม่ ต้องขออนุญาตโดยระยะเวลาที่แน่นอน แต่ไม่เกิน 5 ปี โดยได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการการภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย<sup>65</sup>

ผู้ทรงสิทธิที่จดทะเบียนในภูมิปัญญานั้นเป็นสิทธิเพียงผู้เดียว ที่จะผลิตหรือศึกษาวิจัย จำหน่าย ปรับปรุง หรือพัฒนา ดำรับยาแพทย์แผนไทย เว้นแต่กรณีดังนี้

1. การเพื่อประโยชน์ในการศึกษา ค้นคว้าทดลอง หรือวิจัย ตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด เพื่อก่อให้เกิดความรู้ใหม่จากการศึกษาวิจัยนั้น
2. เป็นการเตรียมยาเฉพาะรายตามใบสั่งแพทย์ ซึ่งมารับการรักษาโดยเฉพาะเจาะจง
3. เป็นการผลิตยาเพื่อยังชีพแบบพื้นบ้าน หรือเพื่อช่วยเหลือเกื้อกูลไม่ใช่เพื่อการธุรกิจ

แต่ข้อยกเว้น ไม่มีผลในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยของชาติ หรือภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยทั่วไป

มีกรณีการสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศในมาตรา 43 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า บุคคลที่มีสัญชาติของประเทศที่ยินยอมให้คนสัญชาติไทยได้รับความคุ้มครอง อาจขอลดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองของประเทศนั้น เพื่อขอรับความคุ้มครองตาม พ.ร.บ. นี้ ซึ่งเป็นไปตามหลักการคุ้มครองที่อิสระและเป็นเอกลักษณ์ โดยใช้หลักต่างตอบแทน ที่คนชาติของประเทศที่ให้ความคุ้มครองในภูมิปัญญาการแพทย์ของคนสัญชาติไทย ก็ได้รับความคุ้มครองที่สามารถขอลดทะเบียนในประเทศไทยได้

### หมวด 3 การคุ้มครองสมุนไพร

เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสมุนไพร และยึดหยุ่นในการศึกษาวิจัยมีการแบ่งสมุนไพรออกเป็น 3 ประเภท คือ สมุนไพรที่มีค่าต่อการศึกษาวิจัย, สมุนไพรที่มีความสำคัญต่อเศรษฐกิจ และสมุนไพรที่ใกล้จะสูญพันธุ์ ในที่ประชุมโครงการวิจัยและพัฒนาพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยมีผู้ต่างชาติแสดงความคิดเห็นในเรื่องการคุ้มครองกรณีการควบคุมกับคนต่างชาติว่าควรควบคุมเรื่องงานขนย้ายมากกว่าการครอบครอง เพราะ ต่างชาติอาจเข้ามาในรูปแบบการใช้งานของผู้อื่นแทน

<sup>65</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 68.

มาตรา 46 ห้ามไม่ให้ผู้ใดทำการศึกษาวิจัย หรือส่งออกสมุนไพรควบคุม รวมถึงทำการจำหน่ายหรือแปรรูปเพื่อการค้า ถ้าต้องการต้องขออนุญาตต่อนายทะเบียนผู้อนุญาตก่อนดำเนินการ และในการมีไว้ในครอบครองซึ่งสมุนไพรควบคุม มาตรา 51 จำกัดจำนวน และปริมาณตามรัฐมนตรีกำหนดในประกาศราชกิจจานุเบกษา กล่าวคือ ผู้ใดไม่ว่าจะเป็นประชาชนหรือหมอพื้นบ้าน หมอแผนโบราณ ที่มีสมุนไพรควบคุมไว้ในครอบครองเกินกำหนดต้องแจ้งต่อนายทะเบียน เพื่อให้ทราบว่ามีจำนวนอยู่เท่าใด ป้องกันไม่ให้เกิดกักตุน และอาจแนะนำให้รู้วิธีการเก็บสมุนไพรบางชนิดที่เสียสภาพได้ง่าย

สำหรับพื้นที่บางพื้นที่ที่เป็นถิ่นกำเนิดของสมุนไพร หรือมีระบบนิเวศน์ตามธรรมชาติ หรือมีความหลากหลายทางชีวภาพ หรือเป็นพื้นที่ที่อาจได้รับผลกระทบจากการกระทำของมนุษย์ได้โดยง่าย พ.ร.บ. นี้มีการบัญญัติให้มีการจัดทำแผนจัดการเพื่อคุ้มครองสมุนไพร โดยให้มีการกำหนดวิธีการจัดการไว้โดยเฉพาะสำหรับพื้นที่ดังกล่าว เพื่อให้เกิดการประสานประโยชน์ สาธารณะร่วมกันระหว่างบุคคล องค์กร และชุมชน แผนจัดการนั้นอาจเป็นแผนระยะสั้น ระยะกลาง หรือระยะยาว อันประกอบด้วยแนวทางการดำเนินงานในเรื่อง เงื่อนไขในการอนุญาตให้บุคคลเข้าไปในเขตอนุรักษ์ เพราะเนื่องจากที่ประเทศไทยเป็นแหล่งที่มีความหลากหลายทางชีวภาพที่อุดมสมบูรณ์ รวมถึงสมุนไพรต่างๆ จึงอาจทำให้ต่างประเทศแสวงหาประโยชน์ต่างๆ ได้โดยง่าย จึงมีความจำเป็นต้องมีการจัดสรรและควบคุมทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ

มาตรา 60 เป็นบทบัญญัติป้องกันแก้ไขเมื่อมีการจัดการพื้นที่โดยไม่ถูกต้อง หรือมีการทำลายสมุนไพร หรือถิ่นกำเนิดของสมุนไพรอย่างรุนแรง ซึ่งส่วนราชการที่เกี่ยวข้องอาจไม่มีอำนาจ หรือไม่สามารรถแก้ไขได้ ให้รัฐมนตรีขออนุมัติต่อคณะรัฐมนตรีให้กระทรวงสาธารณสุขเข้าใช้มาตรการคุ้มครองตามแผนจัดการเท่าที่จำเป็นและเหมาะสม

มาตรา 61 พื้นที่ที่ยังไม่ได้ถูกประกาศกำหนดให้เป็นเขตอนุรักษ์ แต่พื้นที่นั้นอาจมีลักษณะเป็นถิ่นกำเนิดของสมุนไพร หรือมีระบบนิเวศน์ตามธรรมชาติ หรือมีความหลากหลายทางชีวภาพ หรือเป็นพื้นที่ที่อาจได้รับผลกระทบจากการกระทำของมนุษย์ได้โดยง่าย หรือการเข้าไปใช้ประโยชน์ที่เสี่ยงต่อการสูญพันธุ์หรือการลดลงของพันธุกรรม ให้อำนาจรัฐมนตรีออกกฎกระทรวงกำหนดให้พื้นที่นั้นเป็นเขตพื้นที่คุ้มครองสมุนไพร แต่ต้องไม่ใช่ที่ดินที่อยู่ในกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองของบุคคลใด ถ้าหากเป็นที่ดินอันเอกชนมีกรรมสิทธิ์ หรือครอบครอง และมีสมุนไพรอันมีค่าหรือมีประโยชน์อยู่ในที่ดิน ทางราชการไม่สามารถประกาศให้ที่ดินนั้นเป็นพื้นที่คุ้มครองสมุนไพรได้เพราะขัดหลักเรื่องการใช้กรรมสิทธิ์ที่เจ้าของที่ดินซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอย และจำหน่ายทรัพย์สินของตน และได้ซึ่งดอกผลด้วย ซึ่งแผนกรรมสิทธิ์หมายรวมไปถึงใต้พื้นดินด้วย

มาตรา 62 ซึ่งเมื่อกำหนดให้พื้นที่เป็นเขตอนุรักษ์แล้วตามมาตรา 61 แล้วให้มีการกำหนดมาตรการคุ้มครองอย่างใดอย่างหนึ่ง ตามนี้ด้วย

- การใช้ประโยชน์จากสมุนไพรรักษาสภาพธรรมชาติหรือคุณค่าของสมุนไพรรักษา
- ห้ามกระทำการที่เป็นอันตรายหรือก่อให้เกิดผลกระทบในทางเปลี่ยนแปลงระบบนิเวศน์ของพื้นที่นั้น
- ให้กำหนดวิธีการ โดยเฉพาะสำหรับแต่ละพื้นที่ รวมไปถึงกำหนดเรื่องขอบเขต หน้าที่ และความรับผิดชอบเพื่อประโยชน์ในการร่วมมือ และการประสานการทำงาน
- กำหนดมาตรการอื่นที่จำเป็น และเหมาะสมกับสภาพพื้นที่

มาตรา 63 ห้ามมีการยึดถือหรือครอบครองที่ดินในพื้นที่คุ้มครองสมุนไพรรักษา หรือแม้แต่การปลูก หรือก่อสร้างสิ่งใด รวมไปถึงการตัด โค่น เผ้วถาง เผา หรือทำลายต้นไม้ หรือความหลากหลายทางชีวภาพ หรือระบบนิเวศน์ เป็นมาตรการทางกฎหมายเพื่อจัดการระบบสมุนไพรรักษาในพื้นที่ที่เป็นเขตพื้นที่คุ้มครองสมุนไพรรักษา นอกเสียจากว่าเป็นการดำเนินการเพื่อจัดการบริหารพื้นที่คุ้มครองสมุนไพรรักษาหรือใช้ประโยชน์จากสมุนไพรรักษา โดยได้รับอนุญาตจากผู้มีอำนาจรับผิดชอบ

### 3.3.3 ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น พ.ศ.....

จากปัญหาที่ลักษณะของภูมิปัญญาที่ไม่อาจยื่นขอสิทธิบัตรให้กับผู้คิดค้น หรือผู้ใช้ภูมิปัญญานั้นๆ ได้จากข้อจำกัดในเรื่องเงื่อนไขของสิ่งประดิษฐ์ที่จะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายระบบสิทธิบัตร ประเทศไทยซึ่งมีภูมิปัญญาของชาวบ้าน หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นมากมายหลากหลายชนิด จึงต้องพยายามหาบทบัญญัติทางกฎหมายอื่นที่จะคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทย จึงนำมาซึ่งการร่างกฎหมายเฉพาะเกิดขึ้น คือพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นซึ่งในขั้นตอนการร่างกฎหมายมีการกำหนดวัตถุประสงค์และเป้าหมายของภารกิจเอาไว้ว่า “เพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาที่ได้มีการพัฒนา ค้นคิด โดยบรรพบุรุษของไทย และตกทอดมายังรุ่นปัจจุบัน ประกอบกับภาวะคุกคามจากภายนอกต่อภูมิปัญญา โดยเฉพาะการหยิบฉวยภูมิปัญญาไปใช้ประโยชน์ทางการค้าโดยไม่มีการแบ่งปันผลประโยชน์ และการนำไปใช้ในทางที่เสื่อมเสีย ดังนั้น เมื่อภูมิปัญญาได้รับการคุ้มครองอันนำไปสู่การแบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นธรรม ซึ่งผลประโยชน์ดังกล่าวสามารถนำกลับมาใช้ในกิจกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองภูมิปัญญา”<sup>66</sup>

<sup>66</sup> สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ.( 2550 ).รายงานการศึกษากรอบความคิดการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย. กรุงเทพมหานคร. หน้า 68.



ในการยกร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น กรมทรัพย์สินทางปัญญาเป็นผู้รับผิดชอบ โดยได้ประสานงานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อหาแนวทางในเสนอร่างพระราชบัญญัตินี้ เนื่องจากพิจารณาจากความจำเป็นที่ต้องมีกฎหมายเฉพาะที่จะคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยเพราะถือเป็นคุณค่าทางความคิดของบรรพบุรุษไทยที่คิดสร้างสรรค์นำเอาทรัพยากรในท้องถิ่นที่มีอย่างอุดมสมบูรณ์และหลากหลายมาผลิตเป็นสิ่งใช้ในการดำรงชีวิต จนถึงเพื่อผลิตเป็นสินค้าหาเลี้ยงชีพได้ การให้ความสำคัญในความรู้ภูมิปัญญาเหล่านี้ทำให้ต้องมีหน่วยงานที่ต้องเข้าถึงเพื่อใช้ประโยชน์ทางการค้า และนำมาศึกษาเพิ่มเติมจนนำมาประยุกต์ใช้เพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ต่อไป และเพื่อป้องกันปัญหาที่เคยเกิดขึ้นแล้วไม่ว่าจะเป็นการจดทะเบียนการค้าภูมิปัญญาของไทยโดยต่างชาติ หรือที่นำไปใช้ประโยชน์ในทางไม่เหมาะสม การออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาจึงมีความจำเป็นมากขึ้นเรื่อยๆ ประกอบกับช่วงที่ผ่านมามีการนำภูมิปัญญาของไทยไปใช้ประโยชน์ในทางการค้า โดยเฉพาะจากบุคคลหรือหน่วยงานต่างชาติ การใช้ประโยชน์ดังกล่าวก่อให้เกิดประโยชน์แก่เพียงบุคคลหรือหน่วยงานเดียวเท่านั้น หากแต่ผลประโยชน์ดังกล่าวไม่ได้มีการแบ่งปันกลับไปยังชุมชนท้องถิ่นซึ่งเป็นแหล่งที่มาซึ่งภูมิปัญญาตลอดจนพบว่ามีมีการนำภูมิปัญญาไปใช้ในทางที่เสื่อมเสียอาจจะโดยเจตนาหรือไม่ก็ตาม แต่ทว่าประเทศไทยยังขาดกฎหมายจำเพาะ ที่สามารถใช้ควบคุมและป้องปรามเรื่องดังกล่าว จึงจำเป็นต้องยกร่างกฎหมายเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองภูมิปัญญา ซึ่งในการยกร่างกฎหมายมีมาตรการที่กำหนดไว้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์โดยให้มีการจัดตั้งองค์กรพิเศษที่จะมีภารกิจในการส่งเสริมและคุ้มครองภูมิปัญญา เพื่อให้เกิดการผลักดันผลสัมฤทธิ์ การตราพระราชบัญญัติส่งเสริมและคุ้มครองภูมิปัญญา เพื่อรักษาให้ภูมิปัญญาคงอยู่และพัฒนาภูมิปัญญาใหม่ และมาตรการการเสริมสร้างความตระหนัก ความรู้ ความเข้าใจในการส่งเสริมและคุ้มครองภูมิปัญญาแก่ประชาชนชาวไทยทุกคน โดยต้องการให้สภาพบังคับของกฎหมายฉบับนี้จะเป็นไปในลักษณะของการคุ้มครองภูมิปัญญา รวมถึงการมีส่วนร่วมของชุมชนท้องถิ่นซึ่งเป็นแหล่งที่มาซึ่งภูมิปัญญา โดยร่างกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดอัตราโทษทางอาญาตามความหนักเบาของลักษณะความผิด ให้เป็นความผิดที่ยอมความไม่ได้ และยังได้ให้อำนาจศาลในคดีแพ่งเพื่อเป็นการป้องปรามการทำผิดตามกฎหมายนี้<sup>67</sup>

### 3.3.3.1 เจตนารมณ์ในการร่างกฎหมาย

เหตุผลในการร่างกฎหมายเนื่องจากที่ภูมิปัญญาของไทยขาดการส่งเสริมในเรื่องการสืบทอด อนุรักษ์ และการนำไปใช้ประโยชน์ และป้องกันการสูญหายไปของภูมิปัญญาที่ผ่านมา

<sup>67</sup> สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ.(2551).รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการยกร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย พ.ศ. .... หน้า 32-61

หลายชั่วอายุคน หรือถูกบิดเบือน ยิ่งหากถ้าเยาวชนรุ่นหลังไม่ได้ให้ความสำคัญที่จะศึกษา และสืบทอดความรู้

นายชัชวาลย์ ทองดีเลิศ (ผู้อำนวยการวิทยาลัยการจัดการทางสังคม) แสดงความคิดเห็นไว้ในการประชุมรับฟังความคิดเห็นจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง (Focus Group) เกี่ยวกับแนวทางการยกร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมและคุ้มครองภูมิปัญญา พ.ศ..... เมื่อวันที่ 22 สิงหาคม 2550 ว่า การให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิทางกฎหมาย หรือสิทธิทางเศรษฐกิจต่อการนำภูมิปัญญาไปใช้ในทางที่ไม่เหมาะสมนั้น ควรมีกฎหมายที่ไม่ใช่มุ่งคุ้มครองการใช้ภูมิปัญญาในทางเศรษฐกิจอย่างเดียว ควรให้กฎหมายมีเจตนารมณ์ให้ชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งควรให้ความสำคัญคุ้มครองตัวภูมิปัญญาให้ดำรงคงอยู่ด้วย เพราะภูมิปัญญาที่มีความหมาย มีคุณค่าและมีจิตวิญญาณ จึงควรมีกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ในการรักษาไว้ไม่ให้พรากรสิ่งเหล่านี้ออกจากวิถีชีวิตของประชาชน สอดคล้องกับความเห็นของนายวาที ทรัพย์สิน คณบดีคณะศิลปกรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์) ที่มองว่า การออกกฎหมายจะต้องไม่กระทบรากเหง้าดั้งเดิมของชุมชนและการใช้ชีวิตของชุมชน แต่ต้องเพื่อป้องกันการใช้ประโยชน์จากต่างชาติให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์สู่ชุมชน โดยไม่กระทบจิตวิญญาณของชุมชน โดยแนวคิดในการพัฒนาระบบกฎหมายนี้ก็เพื่อควบคุมการใช้ประโยชน์ภูมิปัญญา ตลอดจน การแบ่งปันผลประโยชน์ที่สอดคล้องกับหลักการสากลว่าด้วยการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรม จะเห็นได้ว่าปัจจุบันประเทศไทย ยังไม่มีระบบหรือกฎหมายที่ควบคุมการใช้ประโยชน์และแบ่งปันผลประโยชน์จากภูมิปัญญา ยกเว้นที่มีอยู่ในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยซึ่งอยู่ภายใต้การดูแลของพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542

ในร่างพระราชบัญญัตินี้ มาตรา 14<sup>68</sup> มีกระบวนการขึ้นทะเบียนภูมิปัญญาเพื่อวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบสถานภาพของภูมิปัญญา โดยมีบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อใช้เป็นหลักฐานสำคัญในการส่งเสริมและคุ้มครองภูมิปัญญา ในการขึ้นทะเบียนให้มีการบรรยายลักษณะโดยทั่วไปของภูมิปัญญา และต้องมีการระบุลักษณะเด่นของภูมิปัญญา (essential features) ซึ่งลักษณะเด่นดังกล่าวจะเป็นสิ่งที่กำหนดขอบเขตของการคุ้มครอง

ในรายงานฉบับสมบูรณ์โครงการยกร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย พ.ศ. ....ของศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ มีข้อเสนอเจตนารมณ์ในการร่างพระราชบัญญัติเป็นรายมาตราเอาไว้ โดยสรุปคือ ปัญหาที่สำคัญของภูมิปัญญาในประเทศไทย คือ ขาดการส่งเสริมโดยเฉพาะในเรื่องการสืบทอดภูมิปัญญา อนุรักษ์ และการนำไปใช้ประโยชน์อย่างเป็นระบบ ภูมิปัญญาหลายภูมิปัญญา

<sup>68</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 72.

อาจจะสูญหายไปกับครุภูมิปัญญาซึ่งในปัจจุบันมีอายุมากขึ้น เช่น ภูมิปัญญาในการทำภาชนะตะลุ่มมุก เป็นต้น หรือภูมิปัญญาถูกบิดเบือนโดยเจตนาหรืออาจมาจากความไม่รู้ ในขณะที่เยาวชนรุ่นหลังก็ไม่ได้ให้ความสำคัญกับการสืบทอดภูมิปัญญา ซึ่งปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาที่ต้องรีบแก้ไข ดังนั้น กิจกรรมส่งเสริมจึงเป็นเรื่องที่สำคัญยิ่ง

มาตรา 5 และมาตรา 7 ให้มีคณะกรรมการนโยบายซึ่งประกอบด้วยนายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีหลายกระทรวงเนื่องจากการที่มองเห็นว่า ภูมิปัญญาเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมในหลายกระทรวง และเพื่อให้ได้ความร่วมมือจากทุกกระทรวงที่เกี่ยวข้อง โดยการที่มีการนำเสนอ นโยบายและแผนการส่งเสริมและคุ้มครองภูมิปัญญาต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัตินั้น เป็นการผลักดันภูมิปัญญาให้ได้รับความสำคัญเป็นวาระแห่งชาติ กำหนดเป็นนโยบายของประเทศ อันจะทำให้การส่งเสริมและคุ้มครองภูมิปัญญาเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ส่วนข้าราชการประจำระดับหัวหน้ากรมจากหลายหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญา ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการในระดับบริหารเพื่อผลักดันให้การส่งเสริมและคุ้มครองภูมิปัญญาให้มีประสิทธิภาพ เพราะเป็นระดับที่มีความชำนาญและเข้าใจในกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาในมิติต่างๆ เป็นอย่างดี

ในหมวดการส่งเสริมภูมิปัญญา ในมาตรา 13 ให้มีการส่งเสริมกิจกรรม 6 ด้าน คือ การอนุรักษ์ ฟื้นฟู สืบทอด พัฒนา และการใช้ประโยชน์ภูมิปัญญา การจัดทำและจัดการฐานข้อมูลภูมิปัญญา , ให้มีการรวมตัวของกลุ่มผู้ใช้ภูมิปัญญาในด้านต่างๆ สนับสนุนกิจกรรมของเครือข่ายภูมิปัญญา , การบริหารจัดการภูมิปัญญาในชุมชนท้องถิ่น และการศึกษา วิจัยและพัฒนาภูมิปัญญา เนื่องจากมองว่า กิจกรรมดังกล่าวมีความสำคัญต่อการรักษาและสืบทอดภูมิปัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจัดทำและจัดการฐานข้อมูลภูมิปัญญา ซึ่งในปัจจุบันยังขาดฐานข้อมูลภูมิปัญญาที่มีความสมบูรณ์ ซึ่งนายสงวน ลิ้มโนมนต์<sup>69</sup> (บริษัท สำนักกฎหมายลิ้มโนมนต์ จำกัด) แสดงความเห็นด้วยไว้เกี่ยวกับการให้มีการขึ้นทะเบียนภูมิปัญญาว่าไม่ควรทำการจดทะเบียนภูมิปัญญาเพียงแต่ขึ้นทะเบียนภูมิปัญญาที่เพียงพอ เพื่อให้การคุ้มครองนั้นมีประสิทธิภาพ แต่ในขณะเดียวกันจะเป็นการเปิดช่องให้มีการใช้ภูมิปัญญาในเชิงพาณิชย์หรือเชิงการตลาดด้วย

ในด้านการคุ้มครองให้กับภูมิปัญญาที่ได้ขึ้นทะเบียนแล้วนั้น ในมาตรา 16 บัญญัติให้ต้องมีการได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ถ้ามีการ

- (1) ทำซ้ำหรือคัดแปลง
- (2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน
- (3) ผลิตเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้าหรือให้บริการ

โดยในการให้อนุญาตจะมีการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ในเงินรายได้เพื่อส่ง

<sup>69</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 112.

เข้ากองทุนส่งเสริมและคุ้มครองภูมิปัญญา โดยข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ต้องมีรายการต่างๆ เช่น วัตถุประสงค์ของการใช้ประโยชน์ภูมิปัญญา , การบรรยายลักษณะของภูมิปัญญา , การกำหนดจำนวน อัตรา และระยะเวลาการแบ่งปันผลประโยชน์ตามข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ในผลงานที่ได้มาจากการใช้ภูมิปัญญาในข้อตกลง รวมถึง อายุของข้อตกลง และ การยกเลิกข้อตกลง การต้องทำข้อตกลงเพื่อป้องกันการนำภูมิปัญญาไปใช้ประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจและเชิงการค้า จากผลกำไรที่ได้แก่กลุ่มบุคคลหรือองค์กรต่างๆ ในขณะที่กลุ่มผู้สืบทอดภูมิปัญญาหรือชุมชนท้องถิ่นไม่ได้รับผลประโยชน์จากการใช้เชิงการค้า ดังนั้นจึงต้องมีระบบกฎหมายเพื่อควบคุมการใช้ประโยชน์ภูมิปัญญา ตลอดจนการแบ่งปันผลประโยชน์ แม้กระทั่งการใช้ชื่อภูมิปัญญาเพื่อประโยชน์ทางการค้า ในมาตรา 19 ให้มีการขออนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ก่อนด้วย แต่ไม่ต้องมีการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ ส่วนผู้ที่กระทำไปโดยไม่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ให้ถือเป็นการทำละเมิดภูมิปัญญา และการกระทำใดๆ ที่เป็นการทำให้เสื่อมเสียต่อภูมิปัญญา หรือชื่อของภูมิปัญญา ก็มีการควบคุมตามกฎหมายนี้ซึ่งการละเมิดภูมิปัญญา ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ฝ่าฝืนชดใช้ค่าเสียหายตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียผลประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับสิทธิ ค่าเสียหาย แล้วให้นำเข้ากองทุนส่งเสริมและคุ้มครองภูมิปัญญา ส่วนบทกำหนดโทษมีบัญญัติอยู่ในหมวดสุดท้ายของร่างพระราชบัญญัตินี้

### 3.3.3.2 ขอบเขตการคุ้มครอง

ประเทศไทยมีพื้นที่วัฒนธรรมตามพื้นที่แบ่งเป็นภาคต่างๆตามพื้นที่วัฒนธรรมและนิเวศวัฒนธรรม ซึ่งมีพลวัต เปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา โดยมีกรอบวัฒนธรรมที่ศึกษาทั้งการใช้ภาษาในท้องถิ่น ขนบธรรมเนียมประเพณีในท้องถิ่น และหลักฐานทางประวัติศาสตร์และโบราณคดี เช่น โบราณวัตถุ โบราณสถาน โดยตามแนวคิดตามพระราชบัญญัตินี้มีการแบ่งพื้นที่ทางวัฒนธรรมของประเทศไทยออกเป็น 8 เขต คือ

- (1) เขตภาคเหนือ เป็นเขตพื้นที่ที่ 1 มีภาษาถิ่นล้านนาเป็นหลัก และวัฒนธรรมท้องถิ่นส่วนใหญ่คือวัฒนธรรมล้านนา
- (2) ภาคกลางตอนบน เป็นเขตพื้นที่ที่ 2 ภาษาหลักคือภาษาไทย ส่วนวัฒนธรรมสืบทอดมาจากอาณาจักรสุโขทัย – กรุงศรีอยุธยา
- (3) ภาคกลางลุ่มแม่น้ำเจ้าพระยา – แม่งลอง ใช้ภาษาถิ่นกลางเป็นหลัก และวัฒนธรรมที่สืบทอดมาจากอาณาจักรกรุงศรีอยุธยา
- (4) ภาคตะวันออก ใช้ภาษาไทยถิ่นกลางเป็นหลักและมีบางพื้นที่ใช้ภาษาไทยถิ่นอีสาน และวัฒนธรรมที่สืบทอดมาจากอาณาจักรกรุงศรีอยุธยา

(5) ภาคอีสานตอนบน หรือเขตอีสานเหนือ มีการใช้ภาษาไทยถิ่นอีสาน หรือภาษาลาวเป็นหลัก วัฒนธรรมสืบทอดมาจากอาณาจักรล้านช้าง

(6) เขตภาคอีสานตอนล่าง หรืออีสานใต้ ภาษาท้องถิ่นใช้ภาษาไทยโคราช และภาษาถิ่นเขมรเป็นหลัก วัฒนธรรมส่วนใหญ่สืบทอดมาจากอาณาจักรกรุงศรีอยุธยาและวัฒนธรรมเขมร

(7) เขตภาคใต้ตอนบน ใช้ภาษาไทยถิ่นใต้ หรือเขตหัวเมืองปักษ์ใต้ ส่วนวัฒนธรรมมาจากอาณาจักรนครศรีธรรมราช – กรุงศรีอยุธยา

(8) เขตภาคใต้ตอนล่าง ภาษาที่ใช้เป็นหลักคือภาษามลายูและภาษาไทยถิ่นใต้ วัฒนธรรมส่วนใหญ่เป็นวัฒนธรรมอิสลาม

ในหมวด 2 การส่งเสริมภูมิปัญญา มาตรา 13 กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการไว้คือ

- (1) การอนุรักษ์ ฟื้นฟู สืบทอด พัฒนา และการใช้ประโยชน์ภูมิปัญญา
- (2) การจัดทำและจัดการฐานข้อมูลภูมิปัญญา
- (3) ให้มีการรวมตัวของกลุ่มผู้ใช้ภูมิปัญญาในด้านต่างๆ
- (4) สนับสนุนกิจกรรมของเครือข่ายภูมิปัญญา
- (5) การบริหารจัดการภูมิปัญญาในชุมชนท้องถิ่น
- (6) การศึกษา วิจัย และพัฒนาภูมิปัญญา

ซึ่งทั้ง 6 ประการเป็นหน้าที่ที่สำคัญในการรักษาภูมิปัญญาให้คงอยู่ ตามหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญที่ต้องการพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่นรวมทั้งให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยคำนึงถึงชุมชนท้องถิ่นซึ่งเป็นแหล่งที่มาของภูมิปัญญาที่จะได้รับการขึ้นทะเบียน

ธนิต ชังถาวร กล่าวแสดงความคิดเห็นในการยกร่างมาตรานี้เอาไว้ว่าการสร้างความเข้มแข็งให้ชุมชนนอกจากรักษาภูมิปัญญาดั้งเดิมยังควรนำวิทยาการสมัยใหม่เข้าไปสู่ชุมชนด้วย รวมไปถึงการบริหารจัดการภูมิปัญญา ซึ่งการมีฐานข้อมูลเป็นสิ่งสำคัญมากอย่างกรณีอินเดีย คัดค้านการจดทะเบียนสิทธิบัตรการใช้ประโยชน์สารสะเดาที่ประสบผลสำเร็จก็เพราะการมีฐานข้อมูลที่คั่นเอง

การขึ้นทะเบียนภูมิปัญญาเป็นการบันทึกลายลักษณ์อักษรเพื่อเป็นหลักฐานสำคัญในการส่งเสริมและคุ้มครองภูมิปัญญาตามมาตรา 14 โดยในการขึ้นทะเบียนต้องมีการบรรยายลักษณะทั่วไป และลักษณะเด่นที่เป็นสิ่งที่กำหนดขอบเขตของการคุ้มครอง เปรียบเป็นข้อถือสิทธิในการคุ้มครองทางสิทธิบัตร ซึ่ง ดร.เพียงเพ็ญ บุตรกัตถัญญู ให้ความเห็นว่าอาจเป็นข้อดีที่ลักษณะเด่นที่มีส่วนคล้ายระบบสิทธิบัตรเพื่ออาจใช้ในการพิจารณาว่ามีการละเมิดหรือไม่

เมื่อภูมิปัญญาใดได้ขึ้นทะเบียนแล้ว การจะใช้ภูมิปัญญานั้นต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่เสียก่อน ในกรณี

- การทำซ้ำ คัดแปลง
- เผยแพร่ต่อสาธารณชน
- นำไปผลิตเพื่อให้ได้สินค้าหรือบริการ

การที่เจ้าพนักงานจะอนุญาตกรณีดังกล่าวนี้ ต้องมีการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ ซึ่งจะนำเงินรายได้จากข้อตกลงแบ่งปันนั้นเข้ากองทุนส่งเสริมและคุ้มครองภูมิปัญญา เนื่องจากเล็งเห็นว่าผู้สืบทอดภูมิปัญญาหรือตัวชุมชนท้องถิ่นเอง ไม่ได้รับผลประโยชน์จากการใช้ภูมิปัญญาในเชิงการค้า การบัญญัติหลักการนี้เพื่อให้สอดคล้องกับหลักสากลว่าด้วยการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ให้ทั่วถึงและเป็นธรรม โดยลักษณะการอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ของเจ้าพนักงานนั้นต้องไม่เป็นการใช้ประโยชน์แต่เพียงผู้เดียว

ดร.กริชผกา บุญเฟื่อง ให้ความเห็นในเรื่องอัตราการแบ่งปันผลประโยชน์ว่าไม่ควรตายตัว เพราะภูมิปัญญาแต่ละประเภทมีความแตกต่างกันและมีธุรกิจที่จะเกี่ยวเนื่องไม่เหมือนกันจึงต้องมีการพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป

แต่หลักการตามมาตรานี้ นั้น ไม่ใช่บังคับกับกรณี ๒ กรณีคือ การใช้ภูมิปัญญาโดยสมาชิกและ/หรือชุมชนท้องถิ่นซึ่งเป็นแหล่งที่มาของภูมิปัญญา และกรณีการใช้โดยภาครัฐหรือองค์กรที่ไม่แสวงหากำไร

ถ้าหากผู้ใดที่รู้อยู่แล้ว หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าภูมิปัญญาใดได้ทำขึ้น โดยไม่ได้รับอนุญาตตามหลักการข้างต้นแล้วกระทำการขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย ส่งออกหรือนำเข้าในประเทศไทย พระราชบัญญัตินี้ให้ถือเป็นการละเมิดภูมิปัญญาด้วย ซึ่งศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ฝ่าฝืนชดเชยค่าเสียหาย โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหายด้วย

สรุปการร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นอันเนื่องมาจากความเห็นที่ว่ากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาหรือทรัพยากรชีวภาพของไทยยังมีช่องโหว่ในการให้ความคุ้มครององค์ความรู้อันเป็นภูมิปัญญา หรือองค์ความรู้ที่ได้จากภูมิปัญญาซึ่งทำให้เกิดผลิตภัณฑ์ต่างๆ จึงทำให้เกิดปัญหาการนำภูมิปัญญาและทรัพยากรชีวภาพของชาติไปใช้ประโยชน์อย่างไม่ถูกต้องและไม่เป็นธรรม

ดร.ธนิต ชังถาวร กล่าวไว้ในรายงานว่าการร่างพระราชบัญญัตินี้ต้องการให้เป็นบทบัญญัติในการคุ้มครองทางกฎหมาย หรือการคุ้มครองสิทธิ โดยจะดูแลทั้งการเข้าถึง และการใช้ประโยชน์ภูมิปัญญา เช่น การกำหนดให้ต้องขออนุญาตจากผู้ทรงสิทธิและให้ใช้ภูมิปัญญาไปในทางที่ถูกต้องเหมาะสม ตัวอย่างของการนำภูมิปัญญาไปใช้ในทางเสื่อมเสีย ได้แก่ การนำภูมิ

ปัญญาไปใช้โดยล้อเลียน เช่น โฆษณาสีฟันยี่ห้อหนึ่งนำการไหว้ครูไปใช้ หรือ แผ่นภาพโฆษณาภาพยนตร์เรื่ององค์บาก ที่นำเสนอภาพของจาพนมนั่งคุกเข่า โดยมีส้นเท้าอยู่บนเศียรพระพุทธรูป เป็นต้น