

การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น
ด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม*

The Protection of Traditional Knowledge in
Traditional Cultural Expressions

Received: 7 สิงหาคม 2562

Revised: 15 ตุลาคม 2562

Accepted: 26 ตุลาคม 2562

เขมณัฐ ดิสสงส์^{1**}

Khemmanat

Dissong^{2**}

รองศาสตราจารย์ ดร.ปภาศรี บัวสุวรรณ^{***}

Assoc. Prof. Dr. Praphasri Buasawan^{***}

บทคัดย่อ

* บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์แล้ว โดยมีคณาจารย์ที่ปรึกษา 2 ท่าน คือ รองศาสตราจารย์ ดร.ปภาศรี บัวสุวรรณ และอาจารย์ ดร.กริชผกา บุญเฟื่อง ส่วนคณะกรรมการป้องกันวิทยานิพนธ์มีด้วยกัน 5 ท่าน คือ อาจารย์ ดร.จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ (ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์) รองศาสตราจารย์ ดร.สุมาลี วงษ์วิฑิต อาจารย์ ดร.วัชร เนติวานิชย์ และคณาจารย์ที่ปรึกษาสองท่านดังกล่าว.

** นักศึกษาปริญญาโท ตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สาขากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยรามคำแหง E-mail: dissong.khemmanat@gmail.com.

**Student, Master of Laws, Faculty of Law, Ramkhamhaeng University, E-mail: dissong.khemmanat@gmail.com.

***อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

***Thesis advisor

ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมจัดเป็นทรัพย์สินทางปัญญา ที่สามารถสร้างประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ได้อย่างมหาศาล จึงพยายามผลักดันให้เกิดความคุ้มครอง ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายฉบับใดที่จะให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมโดยตรงได้ มีเพียงกฎหมายที่มีความคาบเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมเท่านั้น การศึกษาครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาความเป็นมา แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม ศึกษากฎหมายที่มีความคาบเกี่ยวและปัญหาในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม รวมถึงศึกษาแนวทางในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมของประเทศไทย จากการศึกษาพบว่า มีปัญหาความเป็นวัตถุแห่งสิทธิที่ไม่อาจนำมาบังคับใช้กับภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมได้อย่างครอบคลุม ทั้งจากลักษณะและประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมนั้นไม่สามารถเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดไว้ รวมไปถึงปัญหาผู้มีสิทธิใช้ที่ไม่ได้ระบุงการให้ความคุ้มครองแก่ชุมชนท้องถิ่นผู้ถือครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมนั้นๆ ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเสนอให้มีการตรากฎหมายเฉพาะอันเป็นมาตรการในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อให้ความคุ้มครองกับภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม

คำสำคัญ: กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, ภูมิปัญญาท้องถิ่น, ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม, ความคุ้มครอง

Abstract

Traditional Cultural Expression is an intellectual property that can generate enormous commercial benefits, so there are attempts to preserve and protect it. Nowadays, there are not any measures or laws that provide direct protection to Traditional Cultural Expression, however there are a few laws that overlap to the protection to Traditional Cultural Expression. The purpose of this research is to study the origin, concepts, and theories of Traditional Cultural Expression. Moreover, the laws that overlapped the protection to Traditional Cultural Expression and problems in the protection would be studied. It is also Including the study of guidelines for the protection to Traditional Cultural Expression in Thailand. According to this study, there is a problem of subject matter that cannot applied to the Traditional Cultural Expression. The characteristics and types of Traditional Cultural Expression could not meet the qualification required by the law. In addition, the problem of the right holder does not

specify the protection to local community as the person holding the Traditional Cultural Expression. Therefore, the researcher suggested to legislate specific intellectual property law to protect the Traditional Cultural Expression.

Keywords: intellectual property law, traditional knowledge, Traditional Cultural Expression, protection

บทนำ

ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมเป็นผลผลิตที่มาจากองค์ความรู้ที่แสดงออกมาจากวัฒนธรรม ประเพณี การดำรงชีวิต คติพจน์ และความเชื่อของคนในท้องถิ่น ผ่านการสั่งสม และถ่ายทอดจากรุ่นสู่อีกรุ่น ถูกพัฒนาและปรับปรุงจนเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคม วัฒนธรรม และสิ่งแวดล้อม³ ซึ่งภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมเหล่านี้สามารถนำมาใช้ประโยชน์และสร้างมูลค่าในเชิงพาณิชย์ได้อย่างมหาศาล⁴ เช่น การแสดงพื้นบ้านหลายชนิด ไม่ว่าจะเป็น มโนราห์ หนังตะลุง หรือการร้องลำตัด ถูกนำมาปรับให้เข้ากับสมัย และใช้แสดงเพื่อดึงดูดนักท่องเที่ยว หรือเพื่อเป็นกิจกรรมบันเทิงและสันทนาการที่สร้างรายได้ให้กับคนในชุมชน หรือในกรณีสินค้าหนึ่งตำบลหนึ่งผลิตภัณฑ์ (OTOP) หรือกรณีผ้าทอและเครื่องจักสานที่เป็นสินค้าส่งออกของประเทศซึ่งเป็นการใช้องค์ความรู้ทางภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมมาเชื่อมเข้ากับความคิดสร้างสรรค์และเทคโนโลยีเพื่อสร้างมูลค่าทางเศรษฐกิจ เป็นต้น ในอดีตนั้นประเทศที่พัฒนาแล้วมองว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมเป็นความรู้สาธารณะ ทุกคนสามารถเข้าถึงและใช้ประโยชน์ได้ ซึ่งต่างจากประเทศกำลังพัฒนาที่ส่วนใหญ่เป็นแหล่งกำเนิดภูมิปัญญาที่มองว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมเป็นสิ่งที่มีความควรที่จะหวงกันมิให้มีการใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์โดยที่ไม่มีการตอบแทนให้กับผู้ครอบครอง⁵ ทำให้เกิดปัญหาการแย่งชิงภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทาง

³ Joseph. A. Ekpere, “Sui Generis Legislation and Protection of Community Rights in Africa. Sui Generis Legislation and Protection of Community Rights in Africa,” United Nations Publication, (2004): pp. 235.

⁴ ประวิช ราชกิจ, การคุ้มครองภูมิปัญญาการนวดไทย, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2556), หน้า 40-41.

⁵ เรืองรอง บุญยรัตพันธุ์, “การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น (The Protection of Traditional Knowledge)” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, (2555): หน้า 79.

ศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม⁶ และปัญหาการนำไปใช้ในลักษณะที่ผิดไปจากเจตนารมณ์ในการใช้ปกติของชุมชนผู้ถือครอง⁷ ส่งผลให้เกิดความเสื่อมค่าและเสียหายต่อตัวภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม ชุมชนผู้ถือครอง และประเทศที่เป็นแหล่งที่มา

ด้วยเหตุนี้ทำให้เกิดการร่วมมือกันของนานาประเทศที่จะสร้างหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม โดยมีองค์การการศึกษา วิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization: UNESCO) และองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization – WIPO) เป็นแกนหลักที่พยายามผลักดันให้มีความตกลงระหว่างประเทศเพื่อที่จะคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม⁸ โดยการนำระบบทรัพย์สินทางปัญญามาปรับใช้เนื่องจากระบบทรัพย์สินทางปัญญาเป็นกฎหมายเพียงรูปแบบเดียวที่ให้ความคุ้มครองกับผลงานสร้างสรรค์ที่เกิดจากการใช้สติปัญญาของมนุษย์ เช่นเดียวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่เป็นผลงานสร้างสรรค์ที่เกิดจากสติปัญญาของคนในชุมชน⁹ ซึ่งระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาก็สอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม และหลักกฎหมายบางประการสามารถนำมาปรับใช้ในการให้ความคุ้มครองได้ เช่น การควบคุมการนำองค์ความรู้ไปใช้เพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ และการแบ่งปันผลประโยชน์ให้กับชุมชนแหล่งกำเนิดหากนำองค์ความรู้ดังกล่าวไปใช้เพื่อประโยชน์¹⁰

ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีความอุดมสมบูรณ์ไปด้วยทรัพยากรชีวภาพและความหลากหลายของภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งมีประวัติศาสตร์มาอย่างยาวนานอันเป็นผลผลิตที่มาจากความคิดสร้างสรรค์ของคนในยุคก่อน ทำให้ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมจำนวนมาก ซึ่งคนไทยมีการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมมาใช้ประโยชน์ในชีวิตประจำวันและนำมาสร้างให้เกิดมูลค่าทางเศรษฐกิจมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการใช้โดยตรงหรือการนำองค์ความรู้มาใช้เป็นรากฐานในการพัฒนาต่อยอดสร้างสิ่งต่างๆ ให้เกิดเป็นสินค้าและบริการกันอย่างแพร่หลาย แต่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม

⁶ ธนิต ชังถาวร และคณะ, รายงานการศึกษา กรอบความคิดการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย, (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, 2550), หน้า 31.

⁷ เอกรินทร์ วิริโย, “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิม” <http://web.krisdika.go.th/pdf/Page.jsp?type=act&actCode=135>, (last visited 9 January 2018).

⁸ WIPO, Intellectual Property, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions/ Folklore, (Geneva, Switzerland: WIPO Publication, 2013), pp. 4.

⁹ Rebecca M. Bratspies, The New Discovery Doctrine: Some Thoughts on Property Rights and Traditional Knowledge, American Indian Law Review (2007): pp. 6.

¹⁰ เรืองรอง บุญยรัตพันธุ์, เรื่องเดิม, หน้า 85.

โดยตรง มีเพียงบทกฎหมายใกล้เคียงที่จะนำมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมเพียงบางสาขาเท่านั้น¹¹

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายที่คาบเกี่ยวกันในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่มีอยู่ในปัจจุบัน จะเห็นได้ว่า จากลักษณะของภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่แตกต่างไปจากทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น เพราะเป็นองค์ความรู้แบบองค์รวมที่มีหลากหลายสาขาความรู้และสืบทอดกันมาอย่างยาวนานตั้งแต่บรรพบุรุษ ซึ่งยังคงมีการใช้ประโยชน์กันอยู่ในชุมชนท้องถิ่นผู้ที่ถือครอง ทำให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมไม่เข้าลักษณะของการเป็นสิ่งสร้างสรรค์ใหม่¹² อันกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามุ่งให้ความคุ้มครองแก่ปัจเจกชนในงานสร้างสรรค์หรือการประดิษฐ์ใหม่ที่มีคุณค่าในทางอุตสาหกรรมเท่านั้น¹³ และกลไกการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไม่ได้ให้ความสำคัญกับภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม ทั้งกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่นั้นให้ความคุ้มครองได้บางประเภทไม่อาจครอบคลุมภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมทั้งหมด ดังนั้น ในการปรับใช้กฎหมายที่มีความคาบเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม จึงเกิดปัญหาและมีข้อจำกัดอยู่หลายประการ¹⁴

จากปัญหาและข้อจำกัดดังกล่าว ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำการศึกษาเพื่อหามาตรการในการคุ้มครองอย่างเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น อันจะนำไปสู่แนวทางในการแก้ไข ปรับปรุง หรือเพิ่มเติมกฎหมายให้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น เพื่อให้ประเทศไทยสามารถใช้ประโยชน์และให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ

¹¹ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, “ประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่น”, http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_content&task=category§ioned=25&id=161&Itemid=262&lang=en, (last visited 1 May 2018).

¹² สุกัญญา สุจนาย, ผู้สืบทอดเป็นผู้ถือครองกรรมสิทธิ์เจ้าของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม, วารสารไทยศึกษา 8, 2(2556): หน้า 102.

¹³ ทวีพฤทธิ์ ศิริศักดิ์บรรจง, “มาตรการคุ้มครองการแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณี: ศึกษากรณีผ้าไหมสุรินทร์,” (ดุสิตนิพนธ์ นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 84.

¹⁴ ณัฐชัย ณ ลำปาง, “การคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ พ.ศ. 2546: ศึกษากรณีของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคี,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558), หน้า 54-55.

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม
2. เพื่อศึกษากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม
3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม
4. เพื่อศึกษาหาข้อเสนอแนะและแนวทางในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมในประเทศไทย

ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาปัญหากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกของวัฒนธรรมดั้งเดิม 3 ประการที่เกี่ยวข้อง คือ ประการแรกปัญหาความเป็นวัตถุแห่งสิทธิของภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม ประการที่สองปัญหาการกำหนดเงื่อนไขการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม และประการที่สามปัญหาผู้มีสิทธิใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม ในเนื้อหาจึงจะกล่าวถึงพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมและคุ้มครองภูมิปัญญา พ.ศ. ตลอดจนความตกลงระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง เพื่อแสวงหาแนวทางในการแก้ปัญหาการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม

วิธีดำเนินการศึกษา

วิธีการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นการศึกษา ค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลอย่างเป็นระบบ จากหนังสือ กฎหมาย สนธิสัญญา เอกสารทางวิชาการที่เกี่ยวข้อง บทความ วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์และวารสารทางกฎหมาย รายงานการประชุมขององค์การระหว่างประเทศ รวมทั้งข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต เพื่อนำมาใช้

ประกอบการวิจัย วิเคราะห์ และสังเคราะห์ถึงมาตรการทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม
2. ทำให้ทราบถึงกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความคาบเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม
3. ทำให้ทราบถึงปัญหาของการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม
4. ทำให้ทราบถึงข้อเสนอแนะและแนวทางในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม

บทวิเคราะห์

จากการศึกษาแนวคิด ทฤษฎี หลักการ และกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม ทำให้ทราบว่าในปัจจุบันนี้ยังไม่มีกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับใดที่มีวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมเป็นการเฉพาะเลยแม้แต่ฉบับเดียว ฉะนั้น ในการให้ความคุ้มครองจึงจำต้องอาศัยกลไกและมาตรการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ไปก่อน ผู้ศึกษาจึงมุ่งวิเคราะห์ปัญหาความเป็นวัตถุแห่งสิทธิของภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม ปัญหาการกำหนดเงื่อนไขการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม และปัญหาเรื่องผู้มีสิทธิใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่พบในการใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความคาบเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม ซึ่งจะทำให้การศึกษาต่อไป

1. ปัญหาความเป็นวัตถุแห่งสิทธิของภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรม ดั้งเดิม

การคุ้มครองตามกฎหมายจำเป็นต้องมีวัตถุแห่งสิทธิอันเป็นสิ่งที่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองนำมา
รองรับสิทธิตามกฎหมายเพื่อให้เกิดความชัดเจนและให้เข้าใจไปในทางเดียวกัน แต่ในปัจจุบันภูมิปัญญาท้องถิ่น
ด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมนั้นยังไม่มีกำหนดความหมายที่ใช้กันอย่างเป็นทางการ ซึ่งเมื่อ
ได้ทำการศึกษาแล้ว ผู้ศึกษามีความเห็นเห็นว่า คำว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรม
ดั้งเดิม หมายความว่า การแสดงออกซึ่งการสร้างสรรหรือองค์ความรู้ที่มีองค์ประกอบอันแสดงถึงความเป็น
เอกลักษณ์ทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมของชุมชน ที่เป็นภาพสะท้อนทางวัฒนธรรมพื้นฐานทางสังคม และ
ประวัติศาสตร์ของชุมชน ตลอดจนค่านิยมของชุมชนนั้นๆ ไม่ว่าจะเป็นการแสดงออกมาในรูปแบบใดก็ตาม ซึ่ง
อาจปรากฏในรูปแบบการแสดงออกดังต่อไปนี้

- (1) การแสดงด้วยถ้อยคำ เช่น เรื่องเล่า วรรณคดี ตำนาน โศก หรือปริศนา
- (2) การแสดงดนตรี เช่น เพลง และการประพันธ์ดนตรี
- (3) การแสดงออกซึ่งการกระทำ เช่น การเต้นรำ งานพิธีการ งานพิธีกรรมทางศาสนา และ
- (4) การแสดงออกที่จับต้องได้ เช่น งานศิลปะไม่ว่าด้วยงานนั้นจะใช้วิธีการวาด พิมพ์ แกะ หรือปั้น
เครื่องปั้นดินเผาสีน้ำตาลแดง การตกแต่งด้วยกระเบื้องโมเสก งานเครื่องเหล็ก งานไม้ งานเครื่องประดับ งาน
เครื่องแก้ว งานหัตถกรรม การจักสานตะกร้า การเย็บปักถักร้อย งานสิ่งทอ งานทอพรม งานเครื่องแต่งกาย
อุปกรณ์เครื่องดนตรี และรูปแบบสถาปัตยกรรมต่าง ๆ เป็นต้น”

จากความหมายข้างต้น ผู้ศึกษาจึงสามารถแบ่งวัตถุแห่งสิทธิในการคุ้มครองของภูมิปัญญาท้องถิ่น
ด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมเป็น 2 กรณี คือในส่วนของภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออก
ทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่เป็นองค์ความรู้ เช่น กรรมวิธีต่างๆ การคัดเลือกวัตถุดิบ หรือวิธีการผลิต ความเชื่อ
เป็นต้น และในส่วนของผลิตภัณฑ์ที่มาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม เช่น
เครื่องจักสาน ผ้าทอ เครื่องปั้นดินเผา หรือรูปปั้นต่างๆ เป็นต้น ดังนั้น เมื่อไม่มีกฎหมายที่บัญญัติเพื่อให้ความ
คุ้มครองเป็นการเฉพาะ จึงต้องพิจารณาจากกฎหมายที่มีความคาบเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญา
ท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่มีอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งผู้ศึกษาจะทำการศึกษาดังต่อไปนี้

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มุ่งให้ความคุ้มครองนั้นงานที่มีการแสดงออกทางความคิด¹⁵
อันเป็นการทำให้ปรากฏออกมาให้บุคคลอื่นได้เห็นและอยู่ในรูปแบบงานประเภทหนึ่งประเภทใดตามกฎหมาย
กำหนด¹⁶ ซึ่งไม่ครอบคลุมถึงแนวคิด ขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบ หรือวิธีใช้หรือทำงาน หรือแนวคิดทฤษฎีทาง
วิทยาศาสตร์หรือคณิตศาสตร์ จะเห็นได้ว่า วัตถุแห่งสิทธิของกฎหมายลิขสิทธิ์คืองานที่ถูกทำให้ปรากฏใน

¹⁵ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 4.

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 6.

ลักษณะที่เป็นรูปธรรมแล้วเท่านั้น ดังนั้น ผลิตรภัณฑ์ที่มาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่มีลักษณะเข้าตามประเภทงานศิลปกรรม นาฏกรรม หรือดนตรีกรรม สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับนี้ได้ แต่ไม่สามารถให้คุ้มครองแก่ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่มีลักษณะเป็นองค์ความรู้ได้

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 มุ่งให้ความคุ้มครองกับสิ่งที่เป็นการประดิษฐ์และออกแบบผลิตภัณฑ์¹⁷ โดยที่มีเงื่อนไขสำคัญคือสิ่งเหล่านั้นจะต้องเป็นสิ่งใหม่เป็นผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีนั้นมีขั้นที่สูงขึ้น และต้องเป็นแบบผลิตภัณฑ์ที่ใช้ในงานอุตสาหกรรมและหัตถกรรม¹⁸ แสดงให้เห็นว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรต้องเป็นผลิตภัณฑ์ที่จับต้องได้ และต้องอยู่ในความความหมายของการประดิษฐ์และการออกแบบผลิตภัณฑ์ ซึ่งผลิตภัณฑ์ที่มาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมอาจเป็นการประดิษฐ์หรือออกแบบผลิตภัณฑ์ตามความหมายของกฎหมายสิทธิบัตรได้ แต่อาจไม่ได้รับความคุ้มครองด้วยลักษณะของภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่เป็นการสืบทอดต่อเนื่องกันมาจากรุ่นหนึ่งสู่อีกรุ่นหนึ่ง ทำให้ไม่ใช่สิ่งที่เกิดขึ้นใหม่เพราะเป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่แล้ว จึงไม่อยู่ในเงื่อนไขในการเป็นวัตถุแห่งสิทธิอันจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรได้ และกฎหมายสิทธิบัตรนั้นไม่ได้ให้ความคุ้มครองกับองค์ความรู้ที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมแต่อย่างใด

พระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546 นั้น วัตถุแห่งสิทธิตามกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ คือ สินค้าที่มีความเชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์¹⁹ ดังนั้น ผลิตรภัณฑ์ที่มาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์จึงอาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ แต่ไม่คุ้มครองไปถึงกรรมวิธี ขั้นตอนการผลิต ขั้นตอนการเตรียมวัตถุดิบ กระบวนการผลิตหรือรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับการผลิตอื่นใดอันเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่เป็นองค์ความรู้ที่มีคุณค่าอันก่อให้เกิดเป็นตัวผลิตภัณฑ์ขึ้นมา

พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 มีวัตถุแห่งสิทธิ คือ ความรู้ การแสดงออก การประเพณีปฏิบัติ หรือเป็นทักษะที่ได้แสดงออกไม่ว่าจะเป็นการแสดงออกโดยผ่านตัวบุคคล เครื่องมือ หรือวัตถุ ซึ่งต้องได้รับการยอมรับและรู้สึกเป็นเจ้าของร่วมกันของบุคคลหรือชุมชนและต้องมีการสืบทอดจากรุ่นหนึ่งสู่อีกรุ่นหนึ่ง²⁰ ซึ่งต้องมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่พระราชบัญญัติกำหนดไว้²¹

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 3.

¹⁸ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522, มาตรา 5 และ มาตรา 56.

¹⁹ พระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546, มาตรา 3.

²⁰ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 มาตรา 3

²¹ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 มาตรา 4

การกำหนดไว้กว้างๆเช่นนี้ ทำให้องค์ความรู้ที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมและผลิตภัณฑ์ที่มาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมสามารถเป็นวัตถุแห่งสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้ได้ แต่จากการศึกษาพระราชบัญญัตินี้ไม่มีหลักการและแนวคิดที่ใช้ในเรื่องการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม เช่น การขออนุญาตการใช้ประโยชน์ หรือการแบ่งปันผลประโยชน์ อันถือได้ว่าเป็นหลักการที่เป็นสาระสำคัญของการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม

นอกจากนี้แล้ว ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมยังปรากฏอยู่ในกฎหมายที่เป็นความตกลงระหว่างประเทศอีกหลายฉบับ ดังเช่น บทบัญญัติแม่แบบสำหรับกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองการแสดงออกซึ่งศิลปะพื้นฐานจากการใช้ประโยชน์โดยมิชอบหรือการกระทำอื่นที่ไม่เป็นธรรม (Model Provisions For National Laws on The Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions) โดยวัตถุแห่งสิทธิ คือ สิ่ง que แสดงให้เห็นถึงลักษณะบ่งชี้เป็นพิเศษในด้านของมรดกทางวัฒนธรรมและทางศิลปะ ที่อาจจะปรากฏอยู่ในรูปแบบของการแสดงออกซึ่งถ้อยคำ การแสดงออกซึ่งดนตรี การแสดงออกโดยการแสดง หรือการแสดงออกซึ่งสามารถสัมผัสได้²² กฎหมายฉบับนี้จึงให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมไว้อย่างครอบคลุมทั้งภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่เป็นองค์ความรู้และผลิตภัณฑ์ที่มาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม

ร่างบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม (The Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles) ซึ่งวัตถุแห่งสิทธิ คือ ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมในทุกประเภท²³ ร่างบทบัญญัติให้ความคุ้มครองครอบคลุมถึงศิลปะและวรรณกรรมทุกประเภทไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดก็ตาม ซึ่งนั่นรวมถึงว่าศิลปะนั้นจะมีรูปร่างหรือไม่รูปร่างก็ได้ ดังนั้นวัตถุแห่งสิทธิในการให้ความคุ้มครองของร่างบทบัญญัติคือ ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมในทุกประเภท แต่ทั้งนี้ร่างฉบับนี้อยู่ในระหว่างการประชุมเจรจาหาความตกลงร่วมกันระหว่างภาคีสมาชิกขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกและการประชุมดังกล่าวของคณะกรรมการ IGC นั้นยังหาข้อยุติไม่ได้ ร่างบทบัญญัติจึงยังไม่มีประกาศบังคับใช้

กฎหมายเลขที่ 27811 (Law Introducing A Protection Regime for The Collective Knowledge of Indigenous Peoples Derived From Biological Resources 2002) ของประเทศสาธารณรัฐเปรู ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมอาจได้รับความคุ้มครองตาม

²² Model Provisions for National Laws on The Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions, Article 2.

²³ The Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles, Article 1.

กฎหมายฉบับนี้ได้ หากภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่เป็นองค์ความรู้และผลิตภัณฑ์ที่มาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมเป็นภูมิปัญญาที่ได้รับการสะสม พัฒนา และสงวนรักษามาเป็นเวลานานหลายชั่วอายุคน ซึ่งมีการถ่ายทอดส่งต่อภูมิปัญญา และเป็นภูมิปัญญาที่ชนพื้นเมืองสร้างสรรค์ขึ้น²⁴

ประเทศไทยเองก็มีร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญา ซึ่งคุ้มครององค์ความรู้ที่มีอยู่ในประเทศไทย ที่ได้รับการอนุรักษ์ พื้นฟู สืบทอด พัฒนา และเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป²⁵ ซึ่งในแนวทางการร่างกฎหมายฉบับนี้นั้นมีการกำหนดความหมายของภูมิปัญญาท้องถิ่นให้ครอบคลุมองค์ความรู้ดั้งเดิมในทุกประเภท ซึ่งรวมไปถึงจารีตประเพณี ศิลปวัฒนธรรม ทรัพยากรธรรมชาติ และความหลากหลายทางชีวภาพด้วย ดังนั้น องค์ความรู้ที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมและผลิตภัณฑ์ที่มาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมอาจได้รับการคุ้มครองตามร่างกฎหมายนี้ได้ แต่ทั้งนี้ร่างกฎหมายฉบับนี้ยังคงอยู่ในขั้นตอนของการร่างเท่านั้นจึงยังไม่มีฉบับบังคับใช้

จากการศึกษาปัญหาความเป็นวัตถุแห่งสิทธิของภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม กฎหมายที่มีความคาบเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม ไม่อาจคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมได้อย่างครอบคลุม เพราะส่วนใหญ่กฎหมายที่มีอยู่มักจะเป็นการให้ความคุ้มครองเฉพาะกับตัวผลิตภัณฑ์ที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม แต่ไม่ครอบคลุมไปถึงกระบวนการผลิตหรือรายละเอียดในการผลิตที่เป็นองค์ความรู้ทางภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม เพราะกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่นั้นมีแนวความคิดที่มุ่งให้ความคุ้มครองแก่ผลิตผลทางความคิดของมนุษย์ที่เกิดขึ้นใหม่ ฉะนั้นสิ่งที่ปรากฏอยู่แล้วอย่างภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมจึงอาจไม่ได้รับความคุ้มครองได้ นี่จึงเป็นข้อจำกัดที่สำคัญในการเป็นวัตถุแห่งสิทธิของภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมหากจะใช้กฎหมายที่มีอยู่ให้ความคุ้มครอง

2. ปัญหาการกำหนดเงื่อนไขการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม

เมื่อพิจารณาจากความหมายและลักษณะของภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมแล้ว ผู้ศึกษาสามารถสรุปองค์ประกอบอันเป็นเงื่อนไขสำคัญของการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมได้ดังนี้

²⁴ Law Introducing A Protection Regime for The Collective Knowledge of Indigenous Peoples Derived From Biological Resources, Article 2.

²⁵ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญา พ.ศ., มาตรา 3.

- (1) เป็นความคิดดั้งเดิม
- (2) มีการพิทักษ์รักษาและสืบทอดกันมาจากรุ่นสู่รุ่นภายในชุมชนท้องถิ่น
- (3) มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับคนในชุมชนท้องถิ่นที่ได้อนุรักษ์และสืบทอดองค์ความรู้ต่อเนื่องกันมา
- (4) เป็นการแสดงออกให้เห็นถึงคุณค่าทางวัฒนธรรม และเป็นพื้นฐานทางวัฒนธรรมของชนบธรรมเนียมประเพณี

จากความหลากหลายของสาขาความรู้ที่มีอยู่ในภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม ซึ่งอาจจะปรากฏออกมาเป็นสิ่งมีรูปร่าง ไม่มีรูปร่าง หรืออาจจะผสมผสานกัน ผู้ศึกษาสามารถแบ่งภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่มีอยู่ในประเทศไทย ออกเป็นประเภทๆ โดยอาศัยหลักการแบ่งให้เป็นไปตามลักษณะเฉพาะในเนื้อหาของภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมดังต่อไปนี้

(1) ประเภทวรรณกรรมพื้นบ้าน โดยพิจารณาจากลักษณะเฉพาะของงานที่เป็นการนำเอาข้อมูลหรือข้อความต่างๆมารวมกันไว้ให้เกิดเป็นเนื้อหาขึ้น และใช้ภาษาเป็นสื่อให้ทราบถึงเนื้อหาหรือรูปแบบของงาน ช่วยให้งานนั้นๆปรากฏเพื่อให้ผู้อื่นได้รับรู้

(2) ประเภทดนตรีพื้นบ้าน เป็นงานที่เกี่ยวกับเพลงที่แต่งขึ้นเพื่อบรรเลงหรือขับร้อง ไม่ว่าจะเป็นคำร้อง ทำนอง และโน้ตเพลง ดังนั้นลักษณะเฉพาะของภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมประเภทนี้คือจะต้องเป็นเพลงที่ถูกแต่งขึ้น

(3) ประเภทนาฏกรรมพื้นบ้าน งานในประเภทนี้จะเป็นงานที่มีความเกี่ยวข้องกับการรำ การเต้น การทำท่า หรือการแสดง ที่ประกอบขึ้นเป็นเรื่องราว ดังนั้นลักษณะเฉพาะของงานนาฏกรรมนั้นจึงเป็นกิริยาท่าทางของร่างกายมนุษย์ ที่แสดงออกติดต่อกันจนประกอบเป็นเรื่องราว

(4) ประเภทความเชื่อและประเพณี เป็นองค์ความรู้ที่ประยุกต์และปรับใช้กับหลักธรรมหรือคำสอนทางศาสนา ปรัชญาความเชื่อ และประเพณีที่มีคุณค่าที่มีความเหมาะสมต่อบริบททางสังคมและเศรษฐกิจ

(5) ประเภทงานช่างฝีมือดั้งเดิม เป็นงานที่มีความเกี่ยวข้องกับการสร้างสรรค์งานซึ่งเป็นศิลปกรรมที่ต้องอาศัยภูมิปัญญา ทักษะฝีมือเชิงช่าง มิได้ใช้เครื่องจักรในการทำผลงาน การเลือกใช้วัสดุ และกลวิธีการสร้างสรรค์งานที่เป็นเอกลักษณ์หรืออัตลักษณ์ของชาติพันธุ์หรือกลุ่มชนในแต่ละท้องถิ่น

จากประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมตามข้างต้นมีรูปแบบของการแสดงออกที่มีความคล้ายคลึงกับประเภทของงานตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ ซึ่งผู้ศึกษาได้ทำการศึกษากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความคาบเกี่ยวกันในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางดั้งเดิมดังนี้

จากการศึกษากฎหมายลิขสิทธิ์²⁶ ตามลักษณะและประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมนั้น อาจมีลักษณะเป็นงานตามงานประเพณีวรรณกรรม งานประเพณีดนตรีกรรม งานประเพณีนาฏกรรม งานประเพณีศิลปกรรม หรืองานอื่นใดอันเป็นงานในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะได้²⁷ แต่ทั้งนี้ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมเป็นองค์ความรู้ที่เกิดจากการสั่งสมการและสืบทอดจากรุ่นหนึ่งมาสู่อีกรุ่นหนึ่งอย่างต่อเนื่องกันมาจากบรรพบุรุษงานที่เกิดขึ้นจึงเป็นงานที่ลอกเลียนมาจากบรรพบุรุษ ไม่ใช่งานที่เกิดจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของตัวผู้สร้างสรรค์เอง ทำให้ขาดคุณสมบัติที่จะต้องเป็นงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ปัญญา กำลังแรงงาน ทักษะและความอุตสาหะตลอดจนระยะเวลาในการสร้างสรรค์งานขึ้นมาด้วยการริเริ่มของตนเองโดยไม่ได้เป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต ถึงแม้งานนั้นจะมีการแสดงออกของงานตามประเภทงานที่กฎหมายกำหนดแล้วแต่งานดังกล่าวนั้น ก็ไม่อาจไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้

จากการศึกษากฎหมายสิทธิบัตร²⁸ เจเนอรัลการคุ้มครองที่กฎหมายกำหนดนั้น มีเงื่อนไขที่ว่าต้องเป็นสิ่งประดิษฐ์ใหม่ แต่ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมนั้นเป็นองค์ความรู้ที่มักเกิดจากการถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่งซึ่งผ่านการพัฒนาสร้างสมมาจนถึงปัจจุบัน ทำให้องค์ความรู้ที่ปรากฏแพร่หลายอยู่แล้ว จึงเป็นเหตุให้องค์ความรู้ในข้อนี้ขาดเงื่อนไขในเรื่องความใหม่ และจากการที่องค์ความรู้มีการสืบทอดกันมานี้เองก็ทำให้สิ่งนั้นอาจไม่ได้มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น เพราะอาจเป็นการทำเลียนแบบต่อกันมาโดยไม่ได้มีการพัฒนาต่อยอด นอกจากนี้แล้วกฎหมายสิทธิบัตรยังมีเจตนารมณ์ที่จะส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าและยกระดับการพัฒนาทางอุตสาหกรรม ทำให้ความรู้ที่จะได้รับความคุ้มครองจึงจำต้องมีลักษณะที่สามารถประยุกต์ใช้ทางอุตสาหกรรมได้ แต่ในความเป็นจริงแล้วภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมมิได้ให้ความสำคัญกับการผลิตในทางอุตสาหกรรม หากแต่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมและจารีตประเพณีท้องถิ่น องค์ความรู้เหล่านั้นขาดคุณสมบัติที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายดังกล่าว ทำให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร

จากการศึกษากฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์²⁹ ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมประเภทต่างๆที่กล่าวมาก่อนหน้านี้ ไม่ใช่ชื่อ สัญลักษณ์ หรือสิ่งที่ใช้เรียกแทนแหล่งภูมิศาสตร์ ซึ่งเป็นสิ่งที่บ่งบอกถึงแหล่งกำเนิดของสินค้าอันแสดงให้เห็นถึงคุณภาพ ชื่อเสียง และลักษณะเฉพาะของสินค้า อีกทั้งภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมนั้นอาจจะไม่มีความเชื่อมโยง

²⁶ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537, มาตรา 4.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 6.

²⁸ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 5.

²⁹ พระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2542, มาตรา 3.

กับแหล่งภูมิศาสตร์ ด้วยเหตุที่ว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมเป็นสิ่งที่มีความยาวนานและมีได้มีการหวงกัน จึงทำให้มีการแพร่กระจายของภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมไปในหลายๆพื้นที่ ดังนั้น ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่ไม่อ้างอิงแหล่งภูมิศาสตร์จึงไม่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เพราะขาดการเป็นสิ่งที่ใช้แทนแหล่งภูมิศาสตร์และการเชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์ ซึ่งเป็นองค์ประกอบอันเป็นเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองจึงไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

จากการศึกษาพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 เมื่อพิจารณาจากลักษณะ³⁰และประเภทตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ³¹ พบว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมสามารถที่จะเป็นไปตามลักษณะและเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองและเป็นมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมได้ เมื่อเข้าเงื่อนไขและหลักเกณฑ์แล้วจึงอาจได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ได้ แต่ถึงอย่างนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า แนวทางในการให้ความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติและประกาศที่เกี่ยวกับมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมนั้น เป็นเพียงแค่การอนุรักษ์เท่านั้น ยังไม่มีการกล่าวถึงการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ในการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมแต่อย่างใด ทำให้กฎหมายดังกล่าวยังไม่สมเจตนารมณ์ แนวคิด และหลักการในการที่จะคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม

จากการศึกษาบทบัญญัติแม่แบบสำหรับกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองการแสดงออกซึ่งศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้านจากการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบและการกระทำอื่นที่ก่อให้เกิดความเสียหาย (Model Provisions For National Laws on The Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions) ไม่ได้มีการกำหนดเงื่อนไขการคุ้มครองแต่เมื่อพิจารณาจากความหมายของการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้าน เงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองคือ ต้องเป็นผลิตภัณฑ์ซึ่งมีลักษณะบ่งชี้เป็นพิเศษในด้านของการพัฒนาทางมรดกทางศิลปและวัฒนธรรมและสิ่งนั้นสามารถรักษาไว้ได้โดยชุมชนท้องถิ่นในประเทศ โดยมีการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมตามที่มีการกำหนด³² จะเห็นได้ว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมนั้นสามารถเป็นไปตามเงื่อนไขของบทบัญญัติแม่แบบได้ อีกทั้งตามประเภทของงานอันเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมก็สามารถที่จะเป็นไปตามรูปแบบการแสดงออกที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 ของบทบัญญัติ

³⁰ ประกาศคณะกรรมการส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม เรื่องหลักเกณฑ์การพิจารณาคัดเลือกรายการเบื้องต้นมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมเพื่อขึ้นบัญชีมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2560, ข้อ 5.

³¹ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559, มาตรา 3 และ มาตรา 4.

³² Model Provisions For National Laws on The Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions, Article 2.

แม่แบบด้วย ดังนั้น ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมย่อมสามารถรับความคุ้มครองตามบทบัญญัติแม่แบบได้

จากการศึกษาร่างบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม (The Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles) หากภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม มีลักษณะตาม (1) เป็นผลลัพธ์จากการสร้างสรรค์ทางปัญญาซึ่งเป็นการแสดงออกทางศิลปะและวรรณกรรมของผู้รับประโยชน์ (2) ต้องมีลักษณะเด่นเฉพาะหรือเป็นผลิตภัณฑ์ที่เป็นเอกลักษณ์หรือเกี่ยวข้องกับตัวตนทางวัฒนธรรมและสังคมของผู้รับประโยชน์ และ (3) ต้องได้รับการถือครอง เก็บรักษา ใช้งาน พัฒนา และสืบทอดต่อกันมาในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของตัวตนทางวัฒนธรรมและสังคมของผู้รับประโยชน์³³ ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมก็อาจได้รับความคุ้มครองตามร่างบทบัญญัติฉบับนี้ได้

จากการศึกษา กฎหมายเลขที่ 27811 (Law Introducing A Protection Regime for The Collective Knowledge of Indigenous Peoples Derived From Biological Resources) ของสาธารณรัฐเปรู หากภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมเป็นองค์ความรู้ที่ได้รับการปฏิบัติสืบทอดกันมาหลายชั่วอายุคนโดยชนพื้นเมืองของประเทศเปรูที่เป็นผู้มีส่วนสร้างองค์ความรู้ขึ้น และองค์ความรู้นั้นจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับหลากหลายทางชีวภาพ³⁴ ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมก็สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้ได้

ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาภูมิปัญญา หากภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมมีลักษณะเป็นประเภทของงานวรรณกรรม ประเพณี พิธีกรรม ความเชื่อ ศิลปกรรม หรือ หัตถกรรม และมีถิ่นกำเนิดในท้องถิ่นในประเทศไทย ซึ่งได้รับการอนุรักษ์ สืบทอด พัฒนา หรือใช้ประโยชน์ในวิถีชีวิต และมีคุณค่าเป็นที่ประจักษ์โดยทั่วไปด้วย ก็สามารถได้รับความคุ้มครองตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้³⁵ แต่ทั้งนี้ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้อยู่ในขั้นตอนการพิจารณาไม่ได้มีประกาศบังคับใช้

จากการศึกษาเรื่องเงื่อนไขในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม แสดงให้เห็นว่า ประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมในบางประเภทรูปแบบเป็นงานที่มีลักษณะที่แสดงออกมาเป็นรูปแบบเฉพาะเช่นเดียวกับลักษณะของงานอันมีลิขสิทธิ์ กับสิทธิข้างเคียงตามกฎหมายลิขสิทธิ์ และภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมบางประเภทก็มีลักษณะที่เป็นผลิตภัณฑ์และกรรมวิธีตามกฎหมายสิทธิบัตร แต่ด้วยลักษณะของการเป็นภูมิปัญญา

³³ The Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles, Article 1.

³⁴ Law Introducing A Protection Regime for The Collective Knowledge of Indigenous Peoples Derived From Biological Resources, Article 2.

³⁵ ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาภูมิปัญญา พ.ศ. ..., มาตรา 3.

ท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมนั้น ทำให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมไม่อาจเป็นไปตามเงื่อนไขของการให้ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กำหนดไว้ได้ และกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านั้นไม่สามารถให้ความคุ้มครองตามลักษณะและประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมได้อย่างครอบคลุมทั้งหมด ดังนั้น หากมีการใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามาให้ความคุ้มครองกับภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมจึงมีข้อจำกัดของเงื่อนไขการให้ความคุ้มครองอยู่มาก ซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้การคุ้มครองไม่เกิดประสิทธิภาพเท่าที่ควร

3. ปัญหาผู้มีสิทธิใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม

ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมเป็นองค์ความรู้ที่พัฒนาและสืบทอดมาพร้อมกับชุมชนท้องถิ่น การระบุตัวผู้สร้างสรรค์จึงเป็นสิ่งที่แทบจะเป็นไปไม่ได้ แม้ในบางกรณีภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจถูกกล่าวหาว่าสร้างขึ้นจากบุคคลหรือกลุ่มใดก็ตาม แต่การดูแลและเก็บรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นเป็นไปในลักษณะธรรมเนียมปฏิบัติที่ยึดถือเป็นสมบัติร่วมกันที่ชุมชนจะต้องอนุรักษ์ และส่งต่อไปยังคนรุ่นต่อไป โดยมีได้หวงกันไว้ในลักษณะของทรัพย์สินส่วนตัวของปัจเจกชน ทำให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมมีลักษณะเป็นสิทธิร่วมกันของชุมชนท้องถิ่น ซึ่งบุคคลใดบุคคลหนึ่งไม่สามารถกล่าวอ้างความเป็นเจ้าของเหนือภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมได้ และจากที่ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมนั้นมีลักษณะเป็นสิทธิร่วมกันของคนในชุมชน ชุมชนท้องถิ่นจึงสามารถที่จะกล่าวอ้างสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมในฐานะผู้มีสิทธิใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม เพื่อให้การคุ้มครองเกิดประสิทธิภาพและครอบคลุมผู้ศึกษาจึงแบ่งผู้มีสิทธิใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม 3 กรณี โดยให้มีหน่วยงานราชการเป็นผู้ดูแลควบคุมการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ประโยชน์จากองค์ความรู้ทั้ง 3 กรณี ดังนี้

(1) ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมของชาติ ในกรณีที่ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมแพร่หลายและปรากฏในหลายชุมชน

(2) ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมของชุมชน ในกรณีที่ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมมีอยู่แต่เฉพาะในชุมชนใดชุมชนหนึ่งเท่านั้น

(3) ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่เป็นส่วนบุคคล ในกรณีที่ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นผู้สร้างสรรค์ขึ้นและสามารถระบุตัวได้อย่างชัดเจน

เมื่อนำมาพิจารณารวมกับกฎหมายที่มีความคาบเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมในประเด็นที่เกี่ยวกับผู้มีสิทธิใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม ผู้ศึกษาจึงได้ทำการศึกษาดังต่อไปนี้

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ที่มุ่งคุ้มครองเฉพาะตัวบุคคลซึ่งเป็นผู้สร้างสรรค์ที่ต้องปรากฏตัวบุคคลชัดเจนเท่านั้นจึงได้รับความคุ้มครอง³⁶ แต่ในภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมส่วนมากเป็นองค์ความรู้ที่ถ่ายทอดต่อกันมา อันไม่สามารถระบุให้แน่ชัดได้ว่าบุคคลใดที่เป็นผู้ริเริ่มซึ่งจะได้รับความคุ้มครอง ประกอบกับองค์ความรู้ต่างๆ บุคคลใดก็สามารถนำมาใช้ได้ทั้งสิ้นเพราะไม่ได้หวงกันไว้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าต่างไปจากกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีการให้สิทธิเด็ดขาดแก่ผู้สร้างสรรค์โดยเฉพาะในการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนเองแต่ผู้เดียว นอกจากนี้อายุของการคุ้มครองที่มีอยู่ตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์และมีอยู่ต่อไปอีกเป็นเวลา 50 ปี นับแต่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย เป็นข้อจำกัดสำหรับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่มีอายุมายาวนาน ดังนั้น เมื่อมีเจตนารมณ์ในการมุ่งให้ความคุ้มครองแตกต่างกันแล้ว กฎหมายลิขสิทธิ์จึงยังไม่เหมาะสมและยังมีข้อจำกัดอยู่หลายประการ

จากการศึกษาพระราชบัญญัติสิทธิบัตรมุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้ประดิษฐ์และผู้ออกแบบผลิตภัณฑ์เป็นหลักและมีเจตนารมณ์ในการรับรองสิทธิที่จะได้รับประโยชน์จากผลผลิตทางปัญญาซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติของผู้ประดิษฐ์และผู้ออกแบบผลิตภัณฑ์³⁷ อันจะทำให้ผู้เป็นเจ้าของสิทธิบัตรดังกล่าวเป็นผู้ที่มีสิทธิผูกขาดหรือสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่จะแสวงหาประโยชน์จากการประดิษฐ์ตามสิทธิบัตร³⁸ ซึ่งแตกต่างไปจากภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่ส่วนมากองค์ความรู้เหล่านี้เป็นที่เปิดเผยโดยทั่วไปเนื่องจากการส่งผ่านและสืบทอดกันมาจากรุ่นสู่รุ่น ทำให้ไม่สามารถที่จะระบุให้แน่ชัดว่าบุคคลใดที่เป็นผู้ริเริ่มซึ่งจะได้รับความคุ้มครอง เงื่อนไขดังกล่าวนี้ทำให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้ นอกจากนี้แล้วในเรื่องอายุการคุ้มครองที่มีอายุ 20 ปี นับแต่วันขอรับสิทธิบัตร ก็ยังเป็นข้อจำกัดสำหรับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีลักษณะที่สืบทอดต่อเนื่องกันมายาวนาน

จากการศึกษาพระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ผู้มีสิทธิใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ขึ้นทะเบียนคือ ผู้ผลิตสินค้าที่มีถิ่นที่อยู่ในแหล่งภูมิศาสตร์และผู้ประกอบการค้าเกี่ยวกับสินค้าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น³⁹ จะเห็นได้ว่า กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มุ่งคุ้มครองสิทธิที่มีลักษณะเป็นของส่วนรวม ไม่ใช่เป็นบุคคลใดบุคคลหนึ่งแต่จะเป็นในลักษณะของเจ้าของสิทธิร่วมกันในชุมชนนั้น ซึ่งมีลักษณะที่ใกล้เคียงกันกับผู้เป็น

³⁶ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 4.

³⁷ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 3.

³⁸ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 36.

³⁹ พระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 25.

เจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่มีลักษณะเป็นสิทธิร่วมกันของคนในชุมชน แต่ถึงอย่างนั้นก็ยังมิข้อจำกัดที่ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมนั้นไม่ใช่ชื่อที่ใช้เรียกขานสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งนั้น จึงไม่สามารถที่จะขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ และกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์คุ้มครองแค่เฉพาะตัวผลิตภัณฑ์เท่านั้น ดังนั้น ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมจึงไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

จากการศึกษาบทบัญญัติแม่แบบสำหรับกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองการแสดงออกซึ่งศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้านจากการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบและการกระทำอื่นที่ก่อให้เกิดความเสียหาย (Model Provisions For National Laws on The Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions) พบว่า บทบัญญัติแม่แบบฉบับนี้ยังไม่มีกำหนดให้ชัดเจนว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมนั้นจะเป็นของผู้ใดระหว่างชุมชนท้องถิ่นหรือรัฐ ดังนั้น จึงขึ้นอยู่กับภาคีสมาชิกในแต่ละประเทศว่าจะบัญญัติกฎหมายภายในกำหนดให้ใครสามารถอ้างสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม ซึ่งขึ้นอยู่กับนโยบายและกฎหมายภายในของแต่ละประเทศนั้นๆเอง อย่างไรก็ตาม แม้ว่าบทบัญญัติแม่แบบดังกล่าวจะยังไม่ชัดเจนในเรื่องผู้มีสิทธิใช้ แต่ก็มีแนวคิดที่จะกำหนดให้ชุมชนท้องถิ่นเป็นผู้มีสิทธิใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม⁴⁰ ทั้งยังมีความสอดคล้องกับร่างคำประกาศว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองขององค์การสหประชาชาติ ในมาตรา 9 ดังนั้น ผู้มีสิทธิใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมจึงมีแนวทางที่ชัดเจนมากขึ้นว่าจะให้ความสำคัญกับชุมชนท้องถิ่นในการอ้างสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม

จากการศึกษาร่างบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม (The Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles) ร่างบัญญัติมีเจตนาให้ชนพื้นเมืองหรือชุมชนท้องถิ่นเป็นผู้มีสิทธิใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้ร่างบทบัญญัติ⁴¹ จะเห็นได้ว่า เมื่อร่างบทบัญญัติฉบับนี้ถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมโดยเฉพาะและมีความสอดคล้องกับแนวคิดในการกำหนดให้ชุมชนท้องถิ่นเป็นผู้มีสิทธิใช้ ดังนั้น ร่างบทบัญญัติฉบับนี้จึงสามารถให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมได้

จากการศึกษา กฎหมายเลขที่ 27811 (Law Introducing A Protection Regime for The Collective Knowledge of Indigenous Peoples Derived From Biological Resources) ของสาธารณรัฐ

⁴⁰ Model Provisions for National Law on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions, Section 5.

⁴¹ The Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles, Article 2.

เปรู แม้ในกฎหมายฉบับนี้จะมีได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าให้บุคคลใดเป็นผู้มีสิทธิใช้ภูมิปัญญาสะสมที่ได้รับการคุ้มครอง แต่กฎหมายมีเจตนารมณ์เพื่อที่จะให้ชนพื้นเมืองเป็นผู้มีสิทธิใช้ภูมิปัญญานั้นๆ⁴² ภายใต้การกำกับดูแล บริหารจัดการขององค์กรผู้แทนซึ่งกระทำการต่างๆในนามของชนพื้นเมือง อีกทั้งกฎหมายฉบับนี้ยังมีความสอดคล้องกับแนวคิดในเรื่องผู้มีสิทธิใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่มีความต้องการให้สิทธิกับชุมชนท้องถิ่นซึ่งมีความเกี่ยวข้องและใกล้ชิดกับภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดกับการให้ความคุ้มครอง ดังนั้น กฎหมายฉบับนี้จึงสามารถให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมได้ตามแนวคิดในการกำหนดให้ชุมชนท้องถิ่นเป็นผู้มีสิทธิใช้

จากการศึกษากฎหมายที่มีความคาบเกี่ยวกันในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม พบว่า หากนำเรื่องความเป็นเจ้าของตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามาใช้คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมนั้นไม่อาจทำได้ เพราะกฎหมายนั้นๆ ให้ความคุ้มครองแก่ปัจเจกชนที่เป็นผู้สร้างสรรค์เป็นสำคัญโดยการให้สิทธิเด็ดขาดกับผู้สร้างสรรค์แต่เพียงผู้เดียว แต่ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมมีลักษณะเฉพาะซึ่งเป็นสิทธิร่วมกันของคนในชุมชนท้องถิ่นไม่ใช่สิทธิของบุคคลใดหรือสิทธิของปัจเจกชนทำให้ไม่อาจใช้กฎหมายเหล่านั้นให้ความคุ้มครองกับภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมได้อย่างเหมาะสม

เมื่อพิจารณาจากปัญหาในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม แสดงให้เห็นว่า ยังไม่มีกฎหมายฉบับใดที่จะสามารถให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ เนื่องจากภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมนั้นมีลักษณะเฉพาะที่ไม่เหมือนกับทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นทำให้พบปัญหาและข้อจำกัดอยู่หลายประการ ดังนั้น ในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมจึงควรจะมีการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อใช้ในการให้ความคุ้มครองโดยตรง เพื่อให้เกิดความเหมาะสมและเกิดประสิทธิภาพในการคุ้มครอง ทั้งนี้เพื่อประโยชน์สูงสุดในการปกป้องคุ้มครอง และอนุรักษ์ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมให้คงอยู่กับชุมชนท้องถิ่นและประเทศต่อไป

⁴² Law Introducing A Protection Regime for The Collective Knowledge of Indigenous Peoples Derived From Biological Resources, Article 3, 6 and 7.

ตารางเปรียบเทียบการคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับ
การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม

กฎหมาย	วัตถุแห่งสิทธิ	เงื่อนไขการคุ้มครอง	ผู้ที่มีสิทธิใช้
พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537	ตามมาตรา 6 ได้แก่ งานวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสฬททัศนวัตถุ ภาพยนตร์ สิ่ง บันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนก วรรณคดี แผนก วิทยาศาสตร์ หรือ แผนกศิลปะ งาน ศิลปกรรม	งานที่จะได้รับความ คุ้มครองนั้น 1. ต้องเป็นงานที่มี การแสดงออกซึ่ง ความคิด (Expression of idea) 2. เป็นงานที่มาจาก ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ (Originality)	ผู้สร้างสรรค์เป็น เจ้าของลิขสิทธิ์
พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522	มาตรา 3 "การ ประดิษฐ์" หมายความว่า การคิดค้นหรือคิดทำขึ้น อันเป็นผลให้ ได้มาซึ่ง ผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธี ใดชิ้นใหม่ หรือการ กระทำใดๆ ที่ทำให้ดีขึ้น ซึ่งผลิตภัณฑ์หรือ กรรมวิธี "แบบผลิตภัณฑ์" หมายความว่า รูปร่าง ของผลิตภัณฑ์ หรือ องค์ประกอบ ของ	สิ่งที่จะขอรับ สิทธิบัตร 1. ต้องเป็นสิ่งใหม่ (Novelty) 2. ต้องมีขั้นตอนการ ประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (Inventive Step) 3. สามารถ ประยุกต์ใช้ในทาง อุตสาหกรรมได้ (Capable of Industrial Application)	ผู้ทรงสิทธิบัตร

กฎหมาย	วัตถุแห่งสิทธิ	เงื่อนไขการคุ้มครอง	ผู้ที่มีสิทธิใช้
	ลวดลาย หรือสีของผลิตภัณฑ์ อันมีลักษณะพิเศษสำหรับผลิตภัณฑ์ ซึ่งสามารถใช้เป็นแบบสำหรับผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม รวมทั้ง หัตถกรรมได้	4. ต้องมีการเปิดเผยรายละเอียดของสิ่งประดิษฐ์ (Sufficient Disclosure of Specification)	
พระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546	มาตรา 3 “สินค้า” คือ สิ่งของที่สามารถซื้อขายแลกเปลี่ยนหรือโอนกันได้ ไม่ว่าจะเกิดโดยธรรมชาติหรือเป็นผลิตผลทางการเกษตร รวม ตลอดถึงผลิตภัณฑ์ทางหัตถกรรมและอุตสาหกรรม	สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่จะขึ้นทะเบียนจะต้อง 1. ชื่อ สัญลักษณ์หรือสิ่งอื่นใดที่ใช้เรียกหรือใช้แทนแหล่งภูมิศาสตร์ และสามารถบ่งบอกว่าสินค้าที่เกิดจากแหล่งภูมิศาสตร์นั้นเป็นสินค้าที่มี คุณภาพ ชื่อเสียง หรือคุณลักษณะเฉพาะของแหล่งภูมิศาสตร์ดังกล่าว 2. มีความเชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์	มาตรา 25 1. ผู้ผลิตสินค้าซึ่งอยู่ในแหล่งภูมิศาสตร์ของสินค้า 2. ผู้ประกอบการค้าที่เกี่ยวข้องกับสินค้านั้น
พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559	มาตรา 3 “มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม” หมายความว่า ความรู้ การแสดงออก การประพฤติปฏิบัติ หรือ ทักษะ ทางวัฒนธรรมที่แสดงออกผ่านบุคคล เครื่องมือ หรือวัตถุ ซึ่ง	มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมที่จะขึ้นทะเบียนต้องมีลักษณะ 1. เป็นมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมที่อยู่ในอาณาเขตของประเทศไทย	ประเทศไทย

กฎหมาย	วัตถุประสงค์สิทธิ	เงื่อนไขการคุ้มครอง	ผู้ที่มีสิทธิใช้
	บุคคล กลุ่มบุคคล หรือชุมชน ยอมรับและรู้สึกเป็นเจ้าของร่วมกัน และมีการสืบทอดกันมาจากคนรุ่นหนึ่งไปยังคนอีกรุ่นหนึ่งโดยอาจมีการปรับเปลี่ยนเพื่อตอบสนองต่อสภาพแวดล้อมของตน	2. มีความโดดเด่นเป็นเอกลักษณ์ และมีคุณลักษณะบ่งบอกความเป็นมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของท้องถิ่นหรือชาติ 3. เป็นมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมที่ยังมีการสืบทอดและปฏิบัติกันอยู่ หรืออาจเสี่ยงต่อความสูญหาย 4. มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ วิชาการ ศิลปะ คุณค่าทางจิตใจ คุณค่าเชิงสร้างสรรค์ หรือผลงานควรค่าแก่การรักษา 5. มีการบันทึกหลักเกณฑ์หรือสามารถอ้างอิง สืบค้นองค์ความรู้ดั้งเดิมของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม 6. ได้รับความยินยอมจากชุมชนให้ขึ้นบัญชีมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม	

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

1.1 ปัญหาความเป็นวัตถุแห่งสิทธิของภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม จากการศึกษารูปได้ว่า กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความคาบเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่มีอยู่ในปัจจุบันมักจะให้ความคุ้มครองแค่เฉพาะตัวผลิตภัณฑ์ที่มาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมเท่านั้น ไม่ได้ให้ความคุ้มครองครอบคลุมไปถึงแนวคิด กระบวนการผลิต ขั้นตอนการเลือกสรรวัตถุดิบ หรือวิธีการผลิตอันเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่เป็นองค์ความรู้ แสดงให้เห็นว่า กฎหมายเหล่านี้ไม่สามารถให้ความคุ้มครองกับภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมทุกประเภทได้อย่างครอบคลุม

1.2 ปัญหาการกำหนดเงื่อนไขการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม จากการศึกษารูปได้ว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมในบางประเภทเป็นงานที่มีลักษณะที่แสดงออกมาเป็นรูปแบบเฉพาะเช่นเดียวกับลักษณะของงานอันมีลิขสิทธิ์กับสิทธิข้างเคียงตามกฎหมายลิขสิทธิ์ และภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมบางประเภทก็มีลักษณะที่เป็นผลิตภัณฑ์และกรรมวิธีตามกฎหมายสิทธิบัตร แต่ด้วยลักษณะของการเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่เป็นองค์ความรู้ที่สืบทอดกันมาทำให้ไม่อาจเป็นไปตามเงื่อนไขของการให้ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญากำหนดไว้ได้ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านั้นจึงไม่สามารถให้ความคุ้มครองตามลักษณะและประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมได้อย่างครอบคลุมทั้งหมด

1.3 ปัญหาผู้มีสิทธิใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรม จากการศึกษารูปได้ว่า กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความคาบเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมมุ่งให้ความคุ้มครองแก่ปัจเจกชนที่เป็นผู้สร้างสรรค์เป็นสำคัญโดยการให้สิทธิเด็ดขาดกับผู้สร้างสรรค์แต่เพียงผู้เดียว แต่ในกรณีของภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมไม่สามารถที่จะให้สิทธิแก่ผู้ใดผู้หนึ่งได้ เพราะภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมมีลักษณะเป็นสิทธิร่วมกันของคนในชุมชนท้องถิ่นไม่ใช่สิทธิของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง และถึงแม้กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะมีลักษณะเป็นสิทธิชุมชนที่คนในชุมชนสามารถใช้ร่วมกันได้แต่กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นก็มิใช่วัตถุแห่งสิทธิคือชื่อหรือสัญลักษณ์ที่ใช้เรียกแทนแหล่งภูมิศาสตร์ซึ่งภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมนั้นไม่สามารถเป็นวัตถุแห่งสิทธิตามกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความคาบเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้นไม่เหมาะสมกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม

เมื่อยังไม่มีกฎหมายเฉพาะเพื่อให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม การให้ความคุ้มครองจึงจำต้องอาศัยกลไกและมาตรการทางทรัพย์สินทางปัญญาอื่นไปก่อน ทำให้เกิดปัญหาและข้อจำกัด เพราะกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้นมิได้ถูกสร้างเพื่อให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม และไม่สอดคล้องกับแนวความคิดสำคัญหลายประการในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม

2. ข้อเสนอแนะ

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความคาบเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมของประเทศไทยในปัจจุบัน จะเห็นได้ว่า กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านั้นไม่สามารถที่จะบังคับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมได้อย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสม เนื่องจากมาตรการและกลไกการคุ้มครองในหลายๆ ประการไม่สามารถนำมาใช้บังคับกับลักษณะของภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่ต่างไปจากทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นได้ และหากจะทำการแก้ไขเพิ่มเติมย่อมเป็นการยาก ดังนั้น การตรากฎหมายใหม่จึงเป็นแนวทางที่เหมาะสมเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการคุ้มครอง ทั้งยังเป็นการสะดวกแก่การแก้ไขเพิ่มเติมในอนาคตหากมีการผลักดันจนเกิดความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมในระดับสากลเป็นผลสำเร็จ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นควรให้ตรากฎหมายเฉพาะเพื่อความคุ้มครองที่สอดคล้องกับแนวคิดในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม ดังนี้

2.1 กำหนดคานิยามของคำว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม” หมายความว่า “พื้นความรู้ วิธีการ ความสามารถในงานฝีมือ หรือเทคโนโลยีที่มีการสืบทอดกันมาซึ่งมีลักษณะบ่งชี้เป็นพิเศษในด้านศิลปะอันเป็นประเพณีดั้งเดิมหรือมรดกทางวัฒนธรรม และมีคุณค่าทางจิตใจหรือมีลักษณะสำคัญในทางประวัติศาสตร์ ที่มีอยู่หรือเกิดมีขึ้นในราชอาณาจักรไทย อันได้แก่

- (1) การแสดงออกทางถ้อยคำ เช่น คติพื้นบ้าน คำกลอนพื้นบ้าน ปริศนาทำนาย
- (2) การแสดงออกทางดนตรี เช่น ดนตรีพื้นบ้าน และเครื่องดนตรี
- (3) การแสดงออกทางท่าทาง เช่น การละเล่นและแบบแผนทางศิลปะ พิธีกรรมทางศาสนา
- (4) การแสดงออกที่สามารถจับต้องได้ เช่น ผลิตภัณฑ์ที่เป็นงานศิลปะพื้นบ้าน ภาพวาด ภาพพิมพ์ งานแกะสลัก ประติมากรรม เครื่องปั้นดินเผา กระเบื้องเคลือบ งานไม้ เป็นต้น”

2.2 กำหนดประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมโดยแบ่งตามลักษณะเนื้อหาของงาน ดังนี้

- (1) ประเภทวรรณกรรมพื้นบ้าน

- (2) ประเภทดนตรีพื้นบ้าน
- (3) ประเภทนาฏกรรมพื้นบ้าน
- (4) ประเภทความเชื่อและประเพณี
- (5) ประเภทงานช่างฝีมือดั้งเดิม

2.3 กำหนดเงื่อนไขของการคุ้มครองตามกฎหมายให้ชัดเจนตามภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม ดังนี้

- (1) เป็นความคิดดั้งเดิม
- (2) มีการพิทักษ์รักษาและสืบทอดกันมาจากรุ่นสู่รุ่นภายในชุมชนท้องถิ่น
- (3) มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับคนในชุมชนท้องถิ่นที่ได้อนุรักษ์และสืบทอดองค์ความรู้ต่อเนื่องกันมา
- (4) เป็นการแสดงออกถึงคุณค่าทางวัฒนธรรมและเป็นพื้นฐานทางวัฒนธรรมของชนบทร่วมประเพณี

2.4 กำหนดให้สิทธิกับชุมชนท้องถิ่นในฐานะผู้มีสิทธิใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม ภายใต้การกำกับดูแลของหน่วยงานของรัฐ แบ่งผู้ที่มีสิทธิใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมได้ดังนี้

- (1) ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมของชาติ
- (2) ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมของชุมชน
- (3) ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมที่เป็นส่วนบุคคล

2.5 กำหนดหลักเกณฑ์การเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิม โดยในการเข้าถึงนั้นจะต้องขออนุญาตและได้รับการยินยอมจากชุมชนท้องถิ่นเสียก่อน โดยต้องมีการนำหลักการความเห็นชอบที่ต้องแจ้งล่วงหน้าหรือความยินยอมที่ต้องแจ้งล่วงหน้าและต้องได้รับความยินยอมจากผู้มีสิทธิใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมเสียก่อน

2.6 กำหนดให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมให้ชุมชนท้องถิ่น ซึ่งผลประโยชน์ในที่นี้อาจเป็นผลประโยชน์ในรูปแบบต่างๆ ไม่ใช่แต่เฉพาะผลประโยชน์ทางการเงินเท่านั้น

2.7 ไม่ควรมีการกำหนดอายุการคุ้มครอง เพราะอาจทำให้ไม่มีการพัฒนา สืบสาน และอนุรักษ์ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมดั้งเดิมนั้นต่อไป

บรรณานุกรม

- กรมทรัพย์สินทางปัญญา, “ประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่น” [http:// www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_content&task=category§ioned=25&id=161&Itemid=262&lang=en](http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_content&task=category§ioned=25&id=161&Itemid=262&lang=en), (last visited 1 May 2018).
- จักรกฤษณ์ ควรพจน์., การคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น” ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 2 (กรุงเทพมหานคร: จริยธรรมการพิมพ์, 2547)
- ณัฐชัย ณ ลำปาง, การคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ พ.ศ. 2546: ศึกษากรณีของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคี (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558).
- ทวีพฤทธิ์ ศิริศักดิ์บรรจง, มาตรการคุ้มครองการแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณี: ศึกษากรณีผ้าไหมสุรินทร์ (นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556).
- ธนิต ชังถาวร และคณะ, “รายงานการศึกษา กรอบความคิดการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย” กรุงเทพมหานคร: ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, (2550).
- เนติบัณฑิตยสภาในพระบรมราชูปถัมภ์, ตำรากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (กรุงเทพมหานคร: บริษัทด้านสุทธาการพิมพ์, 2555).
- ประวิช ราชกิจ, การคุ้มครองภูมิปัญญาการนวดไทย (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2556).
- ปัจฉิมา ธนสันติ. กฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภาในพระบรมราชูปถัมภ์, 2550.
- ภาณุมาศ ชัดเงางาม, การคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิมและทรัพยากรของชนเผ่าพื้นเมือง: แนวคิดและบทวิเคราะห์ (นนทบุรี: ฝ่ายตำรา สำนักวิชาการมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2551).
- เรืองรอง บุญยรัตพันธุ์, “การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น (The Protection of Traditional Knowledge)” วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ (2555).
- สุกัญญา สุจฉายา, “ผู้สืบทอดเป็นผู้ถือครอบครองมิใช่เจ้าของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม” วารสารไทยศึกษา (สิงหาคม 2555 –มกราคม 2556).
- เอกรินทร์ วิริโย, “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครององค์ความรู้ดั้งเดิม” <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=135>, (last visited 9 January 2018).

Bratspies, Rebecca M., “The New Discovery Doctrine: Some Thoughts on Property Rights and Traditional Knowledge,” American Indian Law Review 31, 2 (2007).

Ekpere, Joseph. A. “Sui Generis Legislation and Protection of Community Rights in Africa. Sui Generis Legislation and Protection of Community Rights in Africa” in United Nations Publication, (2004).

WIPO, Intellectual Property, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions/Folklore, (Geneva, Switzerland: WIPO Publication, 2013).

กฎหมาย

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522.

พระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2542.

Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions.

Law Introducing a Protection Regime for the Collective Knowledge of Indigenous Peoples Derived from Biological Resources.

Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore Thirty-Seventh Session Geneva, August 27 to 31, 2018.

The Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles ver. 2.

ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญา พ.ศ.