

การอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย

เนตรนภาพค์ นำจิตรไทย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์

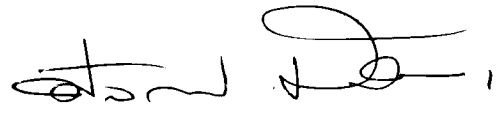
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

2558

การอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย
เนตรนภาพค์ นำจิตรไทย
คณะนิติศาสตร์

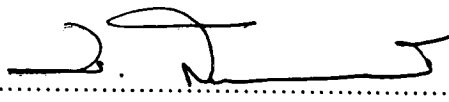
ผู้ช่วยศาสตราจารย์..........อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ดร.วริยา ลำเลิศ)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

รองศาสตราจารย์..........ประธานกรรมการ
(นิวัฒน์ มีลาภ)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์..........กรรมการ
(ดร.วราภรณ์ วนาพิทักษ์)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์..........กรรมการ
(ดร.วริยา ลำเลิศ)

ศาสตราจารย์..........คณบดี
(ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ)
พฤษภาคม 2558

บทคัดย่อ

ชื่อวิทยานิพนธ์	การอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย
ชื่อผู้เขียน	นางเนตรนภางค์ นาคจิตรไทย
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2558

ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นองค์ความรู้ที่เกิดขึ้นจากการพัฒนาวิทยาการ และภูมิปัญญา (Knowledge) ของมนุษยชาติ ซึ่งความรู้และภูมิปัญญาเหล่านี้เป็นผลมาจากกระบวนการค้นคว้าและคิดค้นที่สั่งสมมาอย่างต่อเนื่อง จนได้รับการยอมรับจากสาธารณะชนทั่วไปว่าวิทยาการความรู้ และภูมิปัญญาที่เกิดขึ้นนี้ เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge) ที่เกิดขึ้นเฉพาะในแต่ละพื้นที่หรือเขตภูมิศาสตร์ อันเป็นองค์ความรู้ที่เกิดมาจากการใช้ทักษะ ความรู้ ประสบการณ์ ของคนในชุมชนหรือท้องถิ่นในการเรียนรู้และแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในการดำรงชีวิตและมีการสืบทอดจากคนรุ่นหนึ่งไปสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง

ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งในหลายประเทศในโลกที่มีความอุดมสมบูรณ์ด้วยภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge) ที่ได้รับการพัฒนาขึ้นมาจากพื้นฐานของทรัพยากรธรรมชาติที่อุดมสมบูรณ์ของประเทศ อันเป็นมรดกอันมีค่าที่เกิดมาจากการคิดสร้างสรรค์ของบรรพบุรุษไทย เช่น ภูมิปัญญาทางการแพทย์ (การแพทย์แผนไทย) ภูมิปัญญาด้านเกษตรกรรม (การคัดเลือกพันธุ์พืช การเพาะปลูกและเก็บเกี่ยว พืช ตลอดจนเครื่องมือด้านการเกษตร) ภูมิปัญญาด้านอาหารและโภชนาการ (เช่น ตำรับอาหารคาว หวาน) เป็นต้น ด้วยคุณค่าและศักยภาพของภูมิปัญญาของประเทศไทย ส่งผลให้เป็นที่สนใจในกลุ่มต่าง ๆ เช่น กลุ่มบุคคล และองค์กรต่าง ๆ โดยเฉพาะบริษัทต่างชาติ และในช่วงที่ผ่านมาประเทศไทยได้มีบทเรียนจากการถูกนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ โดยหน่วยงานต่างชาติ พร้อมทั้งได้ถูกนำไปจดสิทธิบัตรคุ้มครอง เช่น สิทธิบัตรสารออกฤทธิ์จากเปลือกน้อย การจดเครื่องหมายการค้า ในชื่อ ถั่วตัดต้น เป็นต้น รวมถึงการนำภูมิปัญญาไปใช้ประโยชน์ในทางที่ไม่เหมาะสม ทำให้เกิดปัญหาว่าไทยซึ่งเป็นเจ้าของทรัพยากรหรือภูมิปัญญาท้องถิ่น เช่นว่านั้น ไม่สามารถใช้สิทธิหรือได้รับประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากบุคคลภายนอกที่นำภูมิปัญญาดังกล่าวไปใช้ได้ เนื่องจากประเทศไทยมิได้มีกฎหมายที่คุ้มครองปกป้องสิทธิและทรัพย์สินทางปัญญาแห่งภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างครอบคลุมทุกกระบวนการ ดังเช่นประเทศต่าง ๆ ทำให้เกิดปัญหาจากการที่ต่างชาติเข้ามาศึกษาและนำภูมิปัญญาของไทยไปวิจัยต่อยอดและจดสิทธิบัตรในต่างประเทศ เช่น กวาวเครือ เปล้าน้อย โดยที่เจ้าของภูมิปัญญาเดิมคือประเทศไทยไม่ได้รับประโยชน์แต่อย่างใด จึงทำให้เกิดกระแสเรียกร้องการคุ้มครองปกป้องสิทธิและทรัพย์สินทางปัญญาแห่งภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยขึ้น ส่งผลให้ทางรัฐบาลไทยได้มีการศึกษาและจัดทำร่าง พระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นขึ้นมาเพื่อให้เป็นกฎหมายเฉพาะ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองปกป้อง

สิทธิและทรัพย์สินทางปัญญาแห่งภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทย แต่อย่างไรก็ดี ร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวยังมีช่องโหว่ของข้อกฎหมายที่ยังไม่ครอบคลุมในเรื่องสิทธิ แห่งการเป็นผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นและการอนุญาตให้ใช้สิทธิของภูมิปัญญานั้น ที่จะส่งผลต่อการนำภูมิปัญญาไปใช้ในเชิงพาณิชย์ หรือศึกษาวิจัยและพัฒนาผลิตภัณฑ์ใหม่ ทั้งยังขาดความชัดเจนในเรื่องหลักเกณฑ์การอนุญาตให้ใช้สิทธิ และวิธีการบริหารจัดการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นควรจะได้รับอย่างเป็นธรรม รวมถึงลักษณะการหวงกั้นสิทธิที่จะไม่ให้ผู้อื่นมาล่วงละเมิดใช้สิทธิโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิ และมีการกำหนดบทลงโทษกับการกระทำความละเมิดสิทธิดังกล่าว

ซึ่งจากการศึกษา ภูมิปัญญาท้องถิ่น อาจเป็นได้ของทั้งบุคคลธรรมดาและชุมชน ในการจะนำภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ให้เกิดประโยชน์ก็ควรมีการขออนุญาตจากต่อผู้ที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นเสียก่อน เพื่อเป็นการรับรู้ถึงสิทธิในการเป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ๆ และเพื่อที่จะสามารถให้ผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นได้อย่างแท้จริง การอนุญาตให้ใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นจากบุคคลธรรมดา หรือการอนุญาตให้ใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นจากชุมชน ย่อมมีความแตกต่างกันไปด้วย เนื่องจากสำหรับบุคคลธรรมดาย่อมเป็นที่เข้าใจได้ง่ายว่าหากหาตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นได้แล้ว ก็สามารถขออนุญาตจากบุคคลนั้น ๆ ได้โดยตรง และสามารถให้ผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่บุคคลนั้นได้โดยตรงอีกด้วย แต่ถ้าชุมชนเป็นเจ้าของสิทธิ การขออนุญาตใช้สิทธิก็อาจจะขออนุญาตผ่านผู้แทนชุมชนที่ชุมชนมอบหมายให้ดำเนินการจัดการในเรื่องการอนุญาตให้ใช้สิทธิแทนชุมชนนั้น

ในด้านการบริหารจัดการเพื่อ การแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงถือว่ามีความสำคัญประการหนึ่งโดยหลักควรมีผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่ผู้ที่เป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ๆ เสียก่อนที่จะนำภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นไปแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ต่อไป แต่ก็ควรมีข้อยกเว้นสำหรับการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นในเชิงเพื่อการศึกษา หรือการทำวิจัย เป็นการพัฒนาที่ต่อยอดขึ้นไปของภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือนำมาใช้เพื่อให้เกิดองค์ความรู้แก่ผู้ที่สนใจศึกษา เพื่อให้เห็นถึงความสำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่นและเกิดการสืบทอดต่อๆ กันไปเพื่อปกป้องไม่ให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นสูญหาย

กรณีภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ปัจเจกชนเป็นผู้ทรงสิทธิบุคคลผู้นั้นสามารถยินยอมหรือให้อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ตนเป็นเจ้าของได้ ในส่วนกรณีที่ผู้ทรงสิทธิเป็นชุมชน การบริหารจัดการภูมิปัญญาท้องถิ่นควรที่จะการดำเนินการผ่านกระบวนการ หรือองค์กรเข้ามาบริหารจัดการ และการบริหารจัดการภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ชุมชน และรูปแบบของวิสาหกิจชุมชนเป็นรูปแบบหนึ่งที่มี การจัดการแบบประสานพลัง (Synergy) โดยทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจและสังคมในชุมชนแบบเสริมกันซึ่งการบริหารจัดการแบบวิสาหกิจชุมชนโดยผ่านผู้นำชุมชน ผู้อาวุโส ผู้มีความรู้ในชุมชน ซึ่งเป็นบุคคลที่คนในชุมชนเป็นผู้เลือก หรือมอบความไว้วางใจให้เป็นตัวแทนของชุมชนในการบริหารจัดการ อันจะทำให้เกิดการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นธรรมแก่ผู้ที่เป็นผู้ทรงสิทธิในลักษณะที่เป็นชุมชนได้

ABSTRACT

Title of Thesis	Licensing Agreement in Traditional Knowledge
Author	Mrs. Natenapang Namjitthai
Degree	Master of Laws
Year	2015

Traditional knowledge is the information acquaintance that obtains from the development of technology and knowledge of mankind, whose knowledge and wisdom of these is the result of the collective research and innovates constantly. It has been widely accepted by the general public that science knowledge. The wisdom and knowledge occurred in each region or geographical area. This knowledge results from the use of skills, knowledge or experience of people in local communities to learn and solve problems that arise in life, and are inherited to pass down from generation to generation.

Thailand is one of numerous countries in the world, has plenty of Traditional Knowledge that has been developed on the basis of the country's abundant natural resources. As a precious heritage that was born from the creativity of ancestral wisdom such as Thai traditional and complementary medicine, Thai agriculture and Thai food and nutrition with the value and potential of the wisdom. It is interested in such several groups of individuals, public organizations, especially foreign companies. In the past, Thai knowledge was taken to use in commercial benefits without licensing agreement. Most of them have been patented by foreign agencies such as an energetic ingredient patent from Thai croton, Trademarks registered in the name hermit exercise, etc. Some of the wisdom is used in an improper approach. Continually, Thai people whose own resources or traditional knowledge cannot use any right or benefit commercially from this knowledge. Since Thailand has no regulation on protection of traditional knowledge and intellectual property for defending the traditional knowledge as other countries. Most of foreigner visit Thailand to study and take the wisdom of continuing research and patents in their own countries, such as Pueraria mirifica (Kwao Krua), Thai croton. The own resource and knowledge cannot use in this benefit. As a result, there has been requested for protection of intellectual property rights and traditional knowledge of Thailand up. Thus, the Government of Thailand has started to study and draft Traditional

Knowledge Protection Act as specific law. The objective is to protect and defend intellectual property of traditional knowledge in Thailand. However, this drafting act does not cover in the rights of traditional knowledge and wisdom of the licensing agreement for using in commercial procedure and development of new products. In addition, it lacks of clarity and criteria for the license and the management of benefits for local ownership. And also, the concern contains that is not to allow others to abuse rights without the permission of the right holder, including impose sanctions against the violation of such rights.

For the study, the ownership of traditional knowledge can be conceivable both individual and community. The licensing agreement should have required permission from them to recognize the rights of ownership and provide compensation to them. In general, the licensing agreement for both individual and community are absolutely differences. As individual, it is still to understand and catch a person who already owns traditional knowledge. The agreement can be permitted from this person who can get benefits directly. In the other side, the ownership of traditional knowledge belongs to the community. The agreement should be permitted from own rights to obtain a license, it may request through the community agent that the community entrusted to manage the licensing agreement for the traditional knowledge in the community.

In administration and management lateral, the sharing of benefits arising from traditional knowledge is considered by the principal. It should return to the publics who own wisdom in their locality. After that, the knowledge should be to exploit it commercially. However, it should be an exception for the use of indigenous knowledge in education and research for developing further knowledge. Furthermore, it would allow to study and demonstrate the importance of local knowledge which was passed down order to protect it is lost.

In the case, the ownership of knowledge is the individual right. The right can give consent or allow others to use it. Nevertheless, the right holder is community. The management should be carried out through an organization to manage and admit by the local community as community enterprise. It is a pattern of community for managing as synergy with economic activity and social community adjuvant, which manage the SME community through community leaders, senior citizens and local philosophers (who have the knowledge). They are selected from community and entrusted to represent the community in the management. This will enable the sharing of the benefits is fair to those who hold the rights in such a community.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เรื่องการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ เนื่องจากการได้รับความกรุณาและความอนุเคราะห์จากผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้ำเลิศ ที่ได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และได้สละเวลาให้คำปรึกษา คำแนะนำ และข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ในทุกขั้นตอน ตลอดจนให้กำลังใจแก่ผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอาจารย์เป็นอย่างสูง รวมทั้งขอขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ นิวัฒน์ มีลาภ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรภรณ์ วนาพิทักษ์ ที่กรุณาให้เกียรติรับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ที่กรุณาพิจารณาตรวจสอบและให้ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อการแก้ไขและปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ขอขอบพระคุณคณาจารย์ทุกท่านแห่งสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ที่ได้ถ่ายทอดและสร้างความรู้ให้แก่ผู้เขียนและขอขอบพระคุณเจ้าหน้าที่ของคณะนิติศาสตร์ทุกท่านที่ได้ให้ความช่วยเหลือในเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวข้องในการศึกษาในครั้งนี้เป็นอย่างดี ขอขอบคุณเพื่อนๆ ที่รักทุกคนของผู้เขียนสำหรับกำลังใจและความช่วยเหลือที่มีให้มาโดยตลอด รวมทั้งขอขอบพระคุณ คุณอภิชาติ เจ้าหน้าที่บรรณารักษ์ปฏิบัติการที่ได้สละเวลาตรวจสอบรูปแบบ และแก้ไขข้อบกพร่องจนวิทยานิพนธ์เล่มนี้สมบูรณ์

ท้ายสุด ผู้เขียนขอขอบพระคุณและขอมอบความสำเร็จทั้งหมดจากการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แก่ คุณพ่อแสงประทีป นำจิตร์ไทย ผู้ช่วยศาสตราจารย์บัณฑิต ชุนสิทธิ์ ที่เป็นผู้ที่ช่วยส่งเสริมสนับสนุน กระตุ้นเตือน และเป็นกำลังใจ ตลอดจนเป็นแรงใจที่สำคัญยิ่งของผู้เขียนตลอดมาจนทำให้การศึกษานี้ประสบผลสำเร็จได้ตามที่ตั้งใจ

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องหรือผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับและนำไปปรับปรุงในโอกาสต่อไป

เนตรนภางค์ นำจิตร์ไทย

กันยายน 2558

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อ	(3)
ABSTRACT	(5)
กิตติกรรมประกาศ	(7)
สารบัญ	(8)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	5
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	5
1.3 สมมติฐานในการศึกษา	6
1.4 ขอบเขตของการศึกษา	6
1.5 ระเบียบวิธีวิจัย	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา	7
บทที่ 2 แนวคิด ทฤษฎีและสถานะทางกฎหมายของภูมิปัญญาท้องถิ่นและการอนุญาตให้ใช้สิทธิ	8
2.1 ประวัติและความเป็นมาของภูมิปัญญาท้องถิ่น	8
2.2 ความหมายและลักษณะของภูมิปัญญาท้องถิ่น	11
2.3 ความสำคัญและความจำเป็นในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น	14
2.4 การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น	20
2.5 การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา	21
2.6 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิของการเป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่น	33
2.7 การอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นในลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญา	37
2.8 การบริหารและการจัดการในการใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น	43
2.9 การจัดการสิทธิเพื่อการแบ่งปันผลประโยชน์	47
บทที่ 3 การอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยเปรียบเทียบกับอนุสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ	55
3.1 การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นตามอนุสัญญาความอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ	55
3.2 แนวปฏิบัติบอन्नว่าด้วยการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับเนื่องจากการใช้ประโยชน์อย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม	59

3.3 การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นตามอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรม	61
3.4 อนุสัญญาระหว่างประเทศขององค์การยูเนสโกปี 2003 ว่าด้วยการปกป้องมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	65
3.5 ร่างบัพญญัติว่าด้วยการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก	68
3.6 การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นกับองค์การการค้าโลก	72
3.7 การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นตามความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPS)	73
3.8 สิทธิและการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นตามกฎหมายประเทศต่างๆ	78
บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาสิทธิและการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย	90
4.1 วิเคราะห์ปัญหาการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย	90
4.2 วิเคราะห์ปัญหาการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ในภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย	93
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	98
5.1 บทสรุป	98
5.2 ข้อเสนอแนะ	100
บรรณานุกรม	106
ประวัติผู้เขียน	111

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ลักษณะโดยทั่วไปของสภาพสังคมในอดีตเกิดขึ้นมาจากการอยู่ร่วมกันโดยมีลักษณะการดำรงชีวิตและวัฒนธรรมที่คล้ายคลึงกัน มีวิถีชีวิตและความเป็นอยู่ที่เรียบง่ายไม่ซับซ้อนมีกระบวนการคิดและการสร้างสรรค์ในรูปแบบต่าง ๆ ขึ้นมาเพื่อแก้ไขปัญหาและพัฒนาสภาพความเป็นอยู่และพัฒนาคุณภาพชีวิตที่จำเป็นต่อการดำรงชีพ อันได้แก่ อาหาร ยารักษาโรค เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัย ซึ่งก็คือ “ปัจจัย 4” โดยเริ่มต้นจากการอาศัยวัสดุและอุปกรณ์ต่าง ๆ จากแหล่งธรรมชาติ โดยเป็นการใช้องค์ความรู้ ประสบการณ์จากการดำรงชีวิต สภาพความเป็นอยู่ในสังคมที่สืบทอดต่อ ๆ กัน จากรุ่นสู่รุ่นจนกลายเป็นวัฒนธรรม ประเพณีพื้นฐาน ซึ่งมีความหลากหลายแตกต่างกันไปตามสภาพแวดล้อมของแต่ละสังคม แต่ในปัจจุบันเป็นช่วงพลวัตแห่งการเปลี่ยนแปลงที่เรียกว่า “ยุคโลกาภิวัตน์ (Globalization)¹” ซึ่งเป็นยุคที่มีการเปลี่ยนแปลงทางสภาพเศรษฐกิจสังคม อย่างรวดเร็ว ทำให้ส่งผลกระทบต่อภาคส่วนต่าง ๆ อย่างกว้างขวาง การแข่งขันทางการค้าได้ทวีความรุนแรงมากขึ้นภายใต้แนวความคิดใน “ลักษณะของโลกไร้พรมแดน” ได้ส่งผลให้เกิดการผลักดันการพัฒนาในด้านต่าง ๆ โดยเฉพาะทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีให้ก้าวหน้าไปอย่างรวดเร็ว และความเจริญก้าวหน้าเหล่านี้ได้นำมาซึ่งการเปลี่ยนแปลงหลาย ๆ ประการ รวมทั้งได้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินชีวิตที่จะทำให้เกิดการคิดค้น สร้างสรรค์และค้นพบนวัตกรรมใหม่ที่เป็นประโยชน์ต่อสังคม ซึ่งเกิดจากการพัฒนากระบวนการคิดและการสร้างสรรค์อย่างต่อเนื่องมาจากอดีตที่ได้ก่อกำเนิดควบคู่มาพร้อมกับแนวความคิดที่เป็นธรรมชาติในการเฝ้าหาความรู้ของมนุษย์ เพื่อพัฒนาสภาพความเป็นอยู่และพัฒนาคุณภาพชีวิตให้ดีขึ้น โดยมนุษย์ในสังคมต่างพยายามที่จะเข้าใจและมีอำนาจจัดการและควบคุมธรรมชาติ เท่าที่ขอบเขตสติปัญญาและความสามารถของมนุษย์พึงจะทำได้ จนกล่าวได้ว่าการดำเนินการดังกล่าวเป็น ส่วนหนึ่งของการพัฒนาวิทยาการความรู้ และภูมิปัญญา (Knowledge) ของมนุษยชาติ อันเป็นสัญญาญาณเฉพาะ ที่แยกความเป็นมนุษย์ให้แตกต่างไปจากสิ่งมีชีวิตอื่น ๆ โดยความรู้และภูมิปัญญาเหล่านี้ เป็นผลมาจากกระบวนการสังสมประสบการณ์อย่างต่อเนื่องในการค้นคว้าและคิดค้น จนกระทั่งกลายเป็นความรู้ ของมวลมนุษยชาติ ซึ่งเกิดจากสติปัญญา และความคิดของมนุษย์อย่างต่อเนื่อง โดยผลผลิตที่เกิดขึ้นนี้ได้รับการยกย่องและเรียกว่า

¹ จุลพี ชินวรรณ, สหัสวรรษที่ 3 Towards The Third Millennium กระแส:
เศรษฐกิจการเมืองโลกที่ไร้พรมแดน (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2542), หน้า 1-2.

“ทรัพย์สินทางปัญญา² (Intellectual Property)” ซึ่งเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นจากการประดิษฐ์ คิดค้นและสร้างสรรค์ในด้านต่าง ๆอันประกอบด้วย วิศวกรรม อุตสาหกรรม วิทยาศาสตร์ ศิลปะ วรรณกรรม และสถาปัตยกรรม³ โดยมีกฎหมายหรือข้อบังคับที่เกี่ยวข้องให้ความคุ้มครอง

การพัฒนาวิทยาการความรู้และภูมิปัญญาของมนุษย์นั้น ประกอบด้วยพื้นฐานความรู้สติปัญญา ความสามารถ ความคิด ความเชื่อ พฤติกรรม ความสามารถในการแก้ไขปัญหา โดยใช้ประสบการณ์ที่สั่งสมไว้ในการปรับตัวและดำรงชีพในสภาพแวดล้อมทางธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อมสังคม และวัฒนธรรม ที่ได้มีการพัฒนาสืบสานกันมาอย่างยาวนาน ในการใช้ปรับตัวให้เข้ากับสภาพต่าง ๆ ในแต่ละพื้นที่ในแต่ละกลุ่มชนที่ตั้งถิ่นฐานอยู่ในแหล่งต่าง ๆ ทั่วโลก ซึ่งผลผลิตจากการพัฒนาดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้และเผยแพร่จนเป็นที่รู้จักและถ่ายทอดไปสู่คนรุ่นต่อไปจากรุ่นสู่รุ่น รวมทั้งได้มีการแลกเปลี่ยนวัฒนธรรมกับกลุ่มอื่น ๆ จนได้รับการยอมรับจากสาธารณะชนทั่วไปว่าวิทยาการความรู้ และภูมิปัญญาที่เกิดขึ้นนี้ เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge) ที่เกิดขึ้นเฉพาะในแต่ละพื้นที่หรือเขตภูมิศาสตร์ อันเป็นองค์ความรู้ที่เกิดมาจากการใช้ทักษะ ความรู้ ประสบการณ์ของคนในชุมชนหรือท้องถิ่นในการเรียนรู้และแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในการดำรงชีวิตและมีการสืบทอดจากคนรุ่นหนึ่งไปสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง ซึ่งมีวิธีการสืบทอดความรู้ด้วยการบอกเล่า การร่วมปฏิบัติ หรือจากตำรา คัมภีร์พื้นบ้าน⁴

ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งในหลายประเทศในโลกที่มีความหลากหลาย ทางด้านวัฒนธรรม ความเป็นอยู่ของผู้คนแต่ละท้องถิ่น จึงส่งผลให้มีความอุดมสมบูรณ์ด้วยภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge)⁵ ที่ได้รับการพัฒนาขึ้นมาจากพื้นฐานของทรัพยากรธรรมชาติที่อุดมสมบูรณ์ของประเทศ อันเป็นมรดกอันมีค่าที่เกิดมาจากการคิดสร้างสรรค์ของบรรพบุรุษไทย ซึ่งภูมิปัญญาทั้งหลายเหล่านี้เป็นองค์ความรู้ทรงคุณค่าที่ช่วยจรรโลงชีวิต และวิถีชุมชนให้อยู่ร่วมกับธรรมชาติและสภาวะแวดล้อมได้อย่างกลมกลืนและสมดุล ซึ่งประชาชนชาวไทยทั้งหลายได้ใช้เป็นปัจจัยพื้นฐานในการประกอบอาชีพ และเป็นรากฐานในการดำรงชีวิตและนำภูมิปัญญาท้องถิ่นเหล่านี้มาพัฒนาไปในรูปแบบต่าง ๆ โดยเริ่มต้นในลักษณะการพึ่งพาตนเอง พึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน และการผสมผสานองค์ความรู้สากลบนฐานภูมิปัญญาเดิม เพื่อเกิดเป็นภูมิปัญญาใหม่ที่เหมาะสมกับยุคสมัย ภูมิปัญญาที่มีอยู่จึงทรงไว้ซึ่งคุณค่าที่ไม่เพียงแต่ต่อท้องถิ่นและผู้คนในชุมชนเท่านั้น แต่ยังเอื้อ

² World Intellectual Property Organization (WIPO), **World Intellectual Property Organization Report 1988**, p. 57-68, Retrieved June 12, 2013 from <http://www.wipo.int/portal/en/index.html>,

³ อาวีพรธณ จงประกิจพงศ์, **ทรัพย์สินทางปัญญา เล่ม 1** (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2537), หน้า 4.

⁴ สำนักคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ, **การส่งเสริมและเผยแพร่วัฒนธรรมพื้นบ้านไทย. เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เนื่องในงานมหกรรมวัฒนธรรมพื้นบ้านไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3** (กรุงเทพฯ: นิลนารการพิมพ์, 2537), หน้า 5-6.

⁵ ธนิต ชังถาวร และคณะ, **รายงานการศึกษารอบความคิดการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย** (กรุงเทพฯ: ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, 2550), หน้า 1-12.

ประโยชน์อย่างใหญ่หลวงต่อการวางแผนพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนและมั่นคง เช่น ภูมิปัญญาทางด้านการแพทย์ (การแพทย์แผนไทย) ภูมิปัญญาด้านเกษตรกรรม (การคัดเลือกพันธุ์พืช การเพาะปลูกและเก็บเกี่ยว พืช ตลอดจนเครื่องมือด้านการเกษตร) ภูมิปัญญาด้านอาหารและโภชนาการ (เช่น ตำรับอาหารคาว หวาน) ภูมิปัญญาด้านภาษาและวรรณกรรม (นิทาน เพลง ภาษิต ปริศนา วรรณคดี) และภูมิปัญญา ด้านศิลปกรรม (จิตรกรรม ประติมากรรม ประณีตศิลป์ สถาปัตยกรรม) ภูมิปัญญาด้านการเล่น การแสดง และนันทนาการ (โขน โนรา หนังตะลุง ลิเก ม้าก้านกล้วย มอญซ่อนผ้า หมากรูก หมากขุม) ภูมิปัญญาด้านความเชื่อ ประเพณี พิธีกรรม (พิธีบายศรีสู่ขวัญ สวดภาณยักษ์ บุญบั้งไฟ บวชป่า ประเพณีลอยกระทง) เป็นต้น ด้วยคุณค่าและศักยภาพของภูมิปัญญาของไทยนี้ ส่งผลให้เป็นที่สนใจในกลุ่มต่าง ๆ เช่น กลุ่มบุคคล องค์กร และหน่วยงานต่าง ๆ โดยเฉพาะบริษัทต่างชาติได้ให้ความสนใจในภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยเป็นอย่างมาก ทำให้กลุ่มต่าง ๆ เหล่านี้ประสงค์ที่จะเข้าถึงเพื่อใช้ประโยชน์ทางการค้าในภูมิปัญญาดังกล่าว และนำมาศึกษาตลอดจนประยุกต์ใช้เพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ต่อไป

ในช่วงที่ผ่านมาประเทศไทยได้มีบทเรียนจากการถูกนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ โดยหน่วยงานต่างชาติ พร้อมทั้งได้จดสิทธิบัตรคุ้มครอง⁶ เช่น สิทธิบัตรสารออกฤทธิ์จากเปลือกน้อย การจดเครื่องหมายการค้า ในชื่อ ฤาษีดัดตน เป็นต้น นอกจากนี้ยังพบว่า มีการนำภูมิปัญญาไปใช้ประโยชน์ในทางที่ไม่เหมาะสมในหลาย ๆ ลักษณะ จึงทำให้เกิดกระแสเรียกร้องการคุ้มครองปกป้องสิทธิและทรัพย์สินทางปัญญาแห่งภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยขึ้น แต่เมื่อพิจารณาข้อกำหนด กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครอง การบริหารจัดการ และการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยพบว่า ในปัจจุบันประเทศไทยได้มีประกาศใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา 3 ฉบับ⁷ คือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2535) และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้มีการปรับปรุงแก้ไขจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ให้สอดคล้องกับอนุสัญญาเบิร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรม และศิลปกรรม (The Berne Convention for Protection of Literary and Artistic Works) ฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส (ค.ศ. 1971) และข้อตกลงทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (The Agreement on Trade - Related Aspects on Intellectual Property Rights: TRIPs) ภายใต้ความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก (WTO) ซึ่งประเทศไทยร่วมเป็นสมาชิก และมีอยู่เพียงฉบับเดียวที่ให้การคุ้มครองภูมิปัญญาโดยตรง คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542⁸ แต่

⁶ พัชร ลิ้มปิจัทร, การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้กฎหมายของประเทศไทยเปรียบเทียบกับความตกลงระหว่างประเทศ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 4-5.

⁷ จักรพันธ์ ทองอำ, บทบาทรัฐในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา: ศึกษาเฉพาะกรณีลิขสิทธิ์ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542), หน้า 4-5.

⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542

ขีดวงจำกัดไว้เฉพาะภูมิปัญญาด้านการแพทย์เท่านั้น ส่วนพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504⁹ นั้น ไม่ได้คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยตรง มุ่งเน้นคุ้มครองเฉพาะตัววัตถุ เช่น โบราณวัตถุ ส่วนพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542¹⁰ ก็เช่นเดียวกันที่ ให้ความสำคัญคุ้มครองเฉพาะพันธุ์พืช ตามมาตรา 3 ในขณะที่ในประเทศต่าง ๆ มีการออกกฎหมายขึ้นมาคุ้มครองปกป้องสิทธิและทรัพย์สินทางปัญญาแห่งภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างครอบคลุมทุกกระบวนการและเริ่มให้มีการขึ้นทะเบียนและจดทะเบียนเพื่อคุ้มครองปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่นของตนเอง¹¹

จึงเห็นได้ว่าประเทศไทยยังมีสุญญากาศในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น อื่น ๆ ที่นอกเหนือจากภูมิปัญญาด้านการแพทย์ ทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเข้ามาศึกษาและนำภูมิปัญญาของไทยไปวิจัยต่อยอดและจดสิทธิบัตรในต่างประเทศ¹² เช่น กวาวเครือ เปล้าน้อย โดยที่เจ้าของภูมิปัญญาเดิม คือ ประเทศไทยไม่ได้รับประโยชน์แต่อย่างใด นอกจากนี้ยังมีการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าด้วยชื่อภาษาติดตลกในประเทศญี่ปุ่น ซึ่งหากมองอีกแง่มุมหนึ่งอาจไม่มีความผิด เพราะเป็นการนำชื่อของภูมิปัญญาไทยไปแต่เพียงอย่างเดียว ไม่ได้นำเอาองค์ความรู้ไปใช้ด้วย ซึ่งถือว่าเป็นสุญญากาศอีกเช่นกันที่ผู้มีส่วนรับผิดชอบควรที่จะต้องดำเนินการให้มีการคุ้มครององค์ความรู้ของภูมิปัญญาท้องถิ่น อันรวมถึงชื่อของภูมิปัญญานั้น ๆ ด้วย เพื่อป้องกันการนำไปใช้ในทางเสื่อมเสีย ดังนั้น ปัจจุบันทางรัฐบาลไทยได้มีการศึกษาและจัดทำร่าง พระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ขึ้นมาเพื่อให้เป็นกฎหมายเฉพาะ มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองปกป้องสิทธิและทรัพย์สินทางปัญญาแห่งภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทย ที่ประกอบด้วย 6 หมวด 39 มาตรา¹³ โดยมีสาระสำคัญ เช่น การส่งเสริมภูมิปัญญาโดยการอนุรักษ์ พันธุ์ สืบทอดภูมิปัญญา การจัดทำฐานข้อมูลภูมิปัญญา การขึ้นทะเบียนภูมิปัญญาที่สำคัญโดยคณะกรรมการผู้ชำนาญเฉพาะสาขา การคุ้มครองภูมิปัญญาและชื่อของภูมิปัญญาที่ต้องขออนุญาตก่อนนำไปใช้เชิงการค้าหรือศึกษาวิจัย ห้ามนำไปใช้ในทางที่เสื่อมเสีย ส่งเสริมและสนับสนุนกิจการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญา และบทลงโทษสำหรับผู้ละเมิดกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญา แต่อย่างไรก็ดี ร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวยังมีช่องว่างในเนื้อความที่ยังไม่ครอบคลุมในเรื่องสิทธิ แห่งการเป็นผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นและการอนุญาตให้ใช้สิทธิของภูมิ

⁹ พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504

¹⁰ มาตรา 3 แห่งคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542

¹¹ สกัญญา สุฉายามและคณะ, **โครงการวิจัยภาคสนามการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย** (กรุงเทพฯ: ศูนย์คติชนวิทยา คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า 1-3.

¹² สมชาย รัตนเชื้อสกุล, “โจรสลัดชีวภาพ (Bio-Piracy): ที่มา-ปัญหา และแนวทางสำหรับประเทศไทยตามกรอบความตกลงทริปส์,” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 33 (มีนาคม 2546): 98-126.

¹³ ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ, **รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการยกย่องพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย** (รายงานการวิจัย เสนอต่อศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ, 2553), หน้า 1-2.

ปัญหานั้น อันจะส่งผลต่อการนำภูมิปัญญาไปใช้ในเชิงพาณิชย์ หรือศึกษาวิจัยและพัฒนาผลิตภัณฑ์ใหม่ที่น่าไปสู่การจดสิทธิบัตรใหม่ ซึ่งเริ่มต้นผู้ที่นำภูมิปัญญาไปใช้ควรที่จะต้องมีการอนุญาตให้ใช้จากผู้ทรงสิทธิเสียก่อน แม้ว่าตามร่างพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าวจะกำหนดสาระไว้ในหมวด 1 การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น มาตรา 5¹⁴ ที่บัญญัติว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นย่อมโอนให้แก่กันได้ เจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นมีสิทธิที่จะเอาไป หรือใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่น หรืออนุญาตให้บุคคลอื่นเอาไป หรือใช้ซึ่งภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดเพื่อรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นดังกล่าวต่อไปได้ การโอนภูมิปัญญาท้องถิ่นตามวรรคหนึ่งซึ่งมิใช่มรดกต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอน ถ้าไม่ได้กำหนดระยะเวลาในสัญญาโอน ให้ถือว่าเป็นการโอนมีกำหนดระยะเวลาสิบปี” ซึ่งในบทบัญญัติข้างต้นยังขาดความชัดเจนในเรื่องหลักเกณฑ์การอนุญาตให้ใช้สิทธิ และวิธีการบริหารจัดการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นควรจะได้รับอย่างเป็นธรรมอัน รวมถึงลักษณะการหวงก้นสิทธิที่จะไม่ให้ผู้อื่นมาล่วงละเมิดในการใช้สิทธิโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิ และมีการกำหนดบทลงโทษกับการกระทำละเมิดสิทธิดังกล่าว ด้วยเพราะเหตุว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นในแต่ละชุมชนนั้นถือว่าเป็นทรัพย์สินหรือมรดกที่ผู้ทรงสิทธิก็คือบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือชุมชนนั้น ๆ และบุคคล หรือชุมชนผู้เป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่นก็ควรจะได้รับผลประโยชน์ตอบแทนในกรณีที่มีกลุ่มบุคคลหรือองค์กรใดมาแสวงหาประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชน

ดังนั้น วิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้ศึกษาจึงมุ่งเน้นที่จะศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชน หลักเกณฑ์และวิธีในการบริหารจัดการของชุมชน การจัดตั้งองค์กร หรือการมอบหมายให้บุคคลใดเป็นผู้ที่มีหน้าที่ควบคุม ดูแล และการแบ่งปันสิทธิประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อเป็นค่าตอบแทนในการเป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น รวมถึงการหวงก้นมิให้บุคคลอื่นซึ่งมิใช่ผู้ทรงสิทธิมาใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยปราศจากค่าตอบแทนให้แก่ชุมชนซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น และมีการกำหนดบทลงโทษกับการกระทำละเมิดสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์การอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น
2. เพื่อศึกษารูปแบบการบริหารจัดการ การกำกับ ดูแลและควบคุมการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น
3. เพื่อศึกษาแนวทางแก้ไขปัญหาและอุปสรรคในการอนุญาตให้ใช้สิทธิภูมิปัญญาไทย รวมถึงการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรม

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4-5.

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ด้วยเหตุที่ว่า ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น รวมถึงการบริหารจัดการและการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทย โดยในการดำเนินการเพื่อปกป้องคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยจะมีการนำกฎหมายอื่น เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 มาเทียบเคียงในการดำเนินการ แม้ในปัจจุบันจะได้มี การจัดทำร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น เพื่อที่จะได้นำมาบังคับใช้ ซึ่งในมาตรา 5 ของร่างพระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัติเรื่องการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นว่า แต่สาระในร่างดังกล่าวก็ไม่ได้กำหนดให้ชัดเจนในเรื่องของผู้ทรงสิทธิและการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทย รวมถึงการบริหารจัดการในเชิงพาณิชย์ อันจะทำให้เจ้าของหรือผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาได้รับประโยชน์อย่างสมควรจะเป็น ทั้งนี้จึงสมควรพิจารณาศึกษาหลักเกณฑ์และแนวทางในการอนุญาตให้ใช้สิทธิ และการบริหารจัดการในภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยเพื่อที่จะคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในฐานะที่เป็นสิทธิชุมชนในเชิงพาณิชย์ โดยจัดสรรสิทธิประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นในการเป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างเป็นธรรม รวมถึงการหวงกันสิทธิแห่งภูมิปัญญาและมีการลงโทษกับการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิ

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์เล่มนี้มุ่งศึกษาในประเด็นเรื่องการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชน ตามที่ปรากฏ ในร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น มาตรา 5 โดยมุ่งเน้นศึกษาในเรื่องการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชน การบริหารจัดการ รูปแบบและแนวทางการอนุญาต เพื่อ ควบคุม ดูแลและแบ่งปันสิทธิประโยชน์ เปรียบเทียบกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รวมถึงแนวโน้มของปัญหาตามร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

1.5 ระเบียบวิธีวิจัย

การศึกษาวิทยานิพนธ์นี้จะใช้วิธีการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยรูปแบบการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยค้นคว้าจากหนังสือ ตำรากฎหมายต่าง ๆ บทความวิชาการทางกฎหมาย เอกสารทางวิชาการ เอกสารประกอบการประชุมวิชาการและการสัมมนา วิทยานิพนธ์ คำพิพากษาของศาล วารสาร สิ่งพิมพ์ สื่ออิเล็กทรอนิกส์ รายงานการวิจัย ตลอดจนงานเขียนและสื่ออื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงที่เกี่ยวกับการภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยศึกษาวิจัยในบริบท (Context) ของประวัติความเป็นมาและความหมายของภูมิปัญญาท้องถิ่น หลักเกณฑ์การได้มาซึ่งสิทธิและการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย วิธีและรูปแบบการบริหารจัดการ และการกำหนดแนวทางการอนุญาตและการมอบหมายให้บุคคล กลุ่มบุคคลจัดตั้งองค์กรเพื่อ เป็นผู้ที่มีหน้าที่ควบคุม ดูแลและแบ่งปันสิทธิประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อ

เป็นค่าตอบแทนในการเป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น รวมถึงการหวงกันมิให้บุคคลอื่นที่มีใช้ผู้ทรงสิทธิมาใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น และมีบทลงโทษกับผู้ที่มาละเมิดสิทธิโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อให้เกิดความเข้าใจถึงที่มาและแนวความคิดที่เกี่ยวกับในด้านสิทธิและการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย
2. เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์การอนุญาตรวมถึงการบริหารจัดการ การกำกับดูแลในการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยอย่างแท้จริง
3. เพื่อเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาและอุปสรรคจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยและมีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมแก่ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่น และการอนุญาตให้ใช้สิทธิ

2.1 ประวัติและความเป็นมาของภูมิปัญญาท้องถิ่น

ในอดีตที่ผ่านมานับพันปี กลุ่มผู้คนที่อาศัยรวมกันเป็นกลุ่มชุมชนได้พัฒนาความรู้ที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตมาอย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งความรู้ที่เกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเพื่อการดำรงชีพ ความรู้ในลักษณะเช่นนี้ได้มีการถ่ายทอดกันมาเป็นระยะเวลาหลายชั่วคนและมีการแลกเปลี่ยนความรู้ระหว่างรุ่นสู่รุ่นระหว่างชุมชนหนึ่งไปยังอีกชุมชนหนึ่ง โดยไม่มีการหวงกันความรู้ไว้เพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ องค์ความรู้ในลักษณะนี้เองอาจเรียกได้ว่าเป็น “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” (Traditional Knowledge)¹⁵ ซึ่งภูมิปัญญาท้องถิ่นจะมีความสัมพันธ์กับทรัพยากรพันธุกรรมพืช (Plant Genetic Resources) เพราะความรู้เหล่านี้ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชถือเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างหนึ่ง และเมื่อมีการใช้ประโยชน์ภูมิปัญญาท้องถิ่นทางใดทางหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นเพื่อการผลิตอาหารหรือยารักษาโรค โดยส่วนใหญ่จำเป็นต้องอาศัยทรัพยากรพันธุกรรมพืชในฐานที่เป็นวัตถุดิบนั่นเอง อาจกล่าวได้ว่าในการดำรงชีวิตของผู้คนในชุมชนจึงต้องอาศัยทั้งภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรพันธุกรรมพืช¹⁶

แต่เนื่องจากภูมิปัญญาท้องถิ่นมักจะไม่ได้ถูกบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แม้ในบางกรณี ภูมิปัญญาท้องถิ่นบางประเภท เช่น ภูมิปัญญาการแพทย์อาจมีการบันทึกไว้ในตำรายาโบราณบ้าง แต่ภูมิปัญญาท้องถิ่นส่วนใหญ่จะเป็นส่วนหนึ่งของวิถีชีวิตของผู้คนในชุมชนจนกลายเป็นวิถีชุมชนไปในที่สุด ทำให้ไม่ถูกบันทึกไว้ไม่ว่าในรูปแบบใด ดังนั้นการถ่ายทอดภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงมักจะทำกันด้วยการบอกเล่าด้วยวาจาระหว่างผู้คนในชุมชนเดียวกัน หรือระหว่างชุมชนหนึ่งไปสู่อีกชุมชนหนึ่ง และระหว่างคนรุ่นหนึ่งไปสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง ถึงแม้ว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นสิ่งที่ถ่ายทอดกันมาแต่โบราณ แต่ภูมิปัญญาท้องถิ่นก็หาได้เป็นสิ่งที่ล้าสมัยไม่ บ่อยครั้งที่การค้นพบทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีสมัยใหม่กลับเป็นเพียงข้อมูลที่ยืนยันและพิสูจน์ความถูกต้องของภูมิปัญญาท้องถิ่นเท่านั้น นอกจากนี้ภูมิปัญญาท้องถิ่นยังมีลักษณะเป็นพลวัต (Dynamic) คือ พัฒนาเปลี่ยนแปลงอยู่

¹⁵ ถวัลย์ มาตรฐาน, ภูมิปัญญาไทย (กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช, 2546), หน้า 6.

¹⁶ นันทน อินทนนท์, “ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาและผลกระทบต่อภูมิปัญญาท้องถิ่น,” ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 2 (กรุงเทพฯ: จริรัชการพิมพ์, 2547), หน้า 703.

ตลอดเวลา เมื่อสภาพของสังคมเปลี่ยนแปลงไป ภูมิปัญญาท้องถิ่นก็จะถูกพัฒนาขึ้นให้สอดคล้องกับความต้องการของผู้คนในชุมชนนั้นด้วย¹⁷

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น นับเนื่องจากอดีตถึงปัจจุบัน บุคคล หรือกลุ่มชนภายในท้องถิ่นต่าง ๆ ได้ใช้สติปัญญาของตนสั่งสมความรู้ เพื่อการดำรงชีวิตมา ตลอด และมักถ่ายทอดสติปัญญาเหล่านั้น จากคนรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่ง จนกลายเป็นพื้นเพ ฝังรากลึกเป็นองค์ความรู้ของชาวบ้านที่เรียกกันต่อมาว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่น¹⁸ โดยเรื่องของ ภูมิปัญญาท้องถิ่น เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นและดำรงอยู่กับสังคมมนุษย์มาช้านานและเป็นการดำรงในชีวิตที่เกี่ยวข้องกับธรรมชาติของแต่ละท้องถิ่น โดยมีการปรับสภาพการ ดำเนินชีวิตให้เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมตามกาลเวลา ภูมิปัญญาท้องถิ่นมีลักษณะที่สำคัญอีก อย่างหนึ่ง คือ เป็นองค์ความรู้ที่มีการเชื่อมโยงกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องอาชีพ เศรษฐกิจ วัฒนธรรมตลอดจนสังคมความเป็นอยู่ของชุมชนในแต่ละท้องถิ่น¹⁹ ภูมิปัญญาท้องถิ่น และ ภูมิปัญญาชาวบ้าน แม้จะเรียกชื่อแตกต่างกัน แต่มีความหมายเดียวกัน และเป็นแนวคิดที่มีการหยิบยกขึ้นมา ยาวนานมากกว่า 20 ปีโดยประมาณ ซึ่งกลุ่มพัฒนาองค์การเอกชน ที่ทำงานในระดับ หมู่บ้านเป็นกลุ่มแรกที่เริ่มรื้อฟื้นเรื่องภูมิปัญญาท้องถิ่นนี้ เพื่อค้นหาคุณค่าที่สามารถนำมา เชื่อมโยงกับกิจกรรม การพัฒนาที่พวกเขารับผิดชอบอยู่ซึ่งก่อนหน้านี้จะศึกษาเรื่องภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างจริงจัง ได้มีการศึกษาเรื่องราวทำนองนี้ แต่เรียกชื่อว่า เป็นการศึกษาวัฒนธรรม ชุมชนหรือการพึ่งพาตนเองของชาวบ้าน ทำให้ประเด็นสำคัญในการศึกษาภูมิปัญญาท้องถิ่น จึงยังไม่ได้นำมาใช้โดยตรงในการพัฒนาประเทศในด้านต่าง ๆ ซึ่งความสนใจแรกเริ่มนี้จึงเป็นเพียงการกระตุ้นให้เกิดการตระหนักในภูมิปัญญาชาวบ้านและวัฒนธรรมท้องถิ่น²⁰

แต่ในปัจจุบันได้มีนักวิชาการทั้งในระดับท้องถิ่น และระดับประเทศให้ความสนใจในเรื่อง การศึกษาภูมิปัญญาชาวบ้านมากขึ้น เห็นได้จากจำนวนชิ้น งานวิจัยต่าง ๆ รวมไปถึงการนำมาใช้ในการปรับหลักสูตรในทางวิชาการ ตลอดจนการศึกษาใน การประยุกต์ใช้ในการพัฒนาองค์การชุมชน อย่างชัดเจนเป็นจำนวนมากนอกจากนี้ภูมิปัญญาท้องถิ่นทำให้ชาติและชุมชนผ่านพ้นวิกฤติและดำรง ความเป็นชาติ หรือชุมชนได้ ซึ่งภูมิปัญญาเป็นองค์ความรู้ที่มีคุณค่าและความดีงามที่จรโลงชีวิตและ วิถีชุมชน ให้อยู่ร่วมกับธรรมชาติและสภาวะแวดล้อมได้อย่างกลมกลืนและสมดุล อีกทั้งยังเป็น พื้นฐานในการ ประกอบอาชีพและเป็นรากฐานการพัฒนาที่เริ่มจากการความเป็นไปเพื่อการพึ่งพา

¹⁷ World Intellectual Property Organization (WIPO), **Protection of Traditional Knowledge: A Global Intellectual Property Issue**, p. 4, Retrieved June 13, 2013 from <http://www.wipo.int/portal/en/index.html>

¹⁸ สามารถ จันทรสุริย์, **ภูมิปัญญาชาวบ้านกับการพัฒนาชนบท เล่ม 1** (กรุงเทพฯ: อัมรินทร์พริ้นติ้งกรุ๊ป, 2536), หน้า 146.

¹⁹ ประเวศ วะสี, **การสร้างภูมิปัญญาไทยเพื่อการพัฒนา** (กรุงเทพฯ: อัมรินทร์พริ้นติ้งกรุ๊ป, 2530), หน้า 6.

²⁰ ชลทิพย์ เอี่ยมสำอางค์ และวิศนี ศิลตระกูล, “ภูมิปัญญาชาวบ้านเทคโนโลยีพื้นบ้านและ แหล่งวิทยาการในชุมชน,” ใน **เอกสารการสอนชุดวิชาการพัฒนาและการใช้แหล่งวิทยาการในชุมชน** (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2533), หน้า 141.

ตนเอง การพัฒนา เพื่อการพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน และการพัฒนาที่เกิดจากการผสมผสานองค์ความรู้สากลบน ฐานภูมิปัญญาเดิม เพื่อเกิดเป็นภูมิปัญญาใหม่ที่เหมาะสมกับยุคสมัยดังนั้น ภูมิปัญญาจึงมี คุณค่าไม่เพียงแต่ต่อท้องถิ่นและผู้คนเท่านั้น แต่ยังเอื้อประโยชน์อย่างใหญ่หลวงต่อการวางแผน พัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนอีกด้วย²¹

ภูมิปัญญาท้องถิ่น ถือเป็นองค์ความรู้ที่มีความหมายเช่นเดียวกับองค์ความรู้พื้นบ้าน ซึ่ง Keyes²² ได้ให้ความหมายของ “องค์ความรู้ พื้นบ้าน” ว่าหมายถึง ความคิด ความเข้าใจ ทักษะที่ได้พัฒนาก่อนก่อรูปขึ้นมา โดยชาวบ้าน เพื่อที่จะสามารถนำเอามาใช้ในการดำเนินชีวิตประจำวัน ซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกับความคิด หรือ ระบบคิดเชิงปฏิบัติ (Practical Thought) มีบทบาทสำคัญในการดำรงชีวิตของมนุษย์ไม่ว่า จะเป็นการใช้เพื่อปรุงอาหาร การสร้างบ้าน การรักษาพยาบาล หรือการจัดสรรบทบาททางสังคม และการจัดความสัมพันธ์ทางสังคม ระบบความรู้พื้นบ้านจะดีหรือจะมีประสิทธิภาพอย่างไร จะต้องพิจารณาว่าสิ่งนั้นเป็นประโยชน์ต่อการดำรงชีวิตประจำ วันมากน้อยเพียงใด วิธีการศึกษาระบบความรู้พื้นบ้านจำแนกออกเป็น 4 ประเภท²³ คือ

1. การสร้างระบบการจำแนกสรรพสิ่ง เป็นวิธีการที่กลุ่มชาติพันธุ์ หรือคนใน สังคม กลุ่มหนึ่งจัดระบบปรากฏการณ์ หรือจัดสรรพสิ่งต่าง ๆ ในโลกของความเป็นจริงที่อยู่ล้อมรอบตัวเขาเอง ความเชื่อหรือฐานคติเบื้องต้นของแนวทางการศึกษาที่เรียกว่า วิทยาศาสตร์ ชาติพันธุ์ (Ethno Science)

2. วิธีการศึกษาระบบคิดพื้นบ้าน (Indigenous Conceptual System) เป็น วิธีการที่ไม่ได้ศึกษาเพียงการจำแนกประเภทแบบที่เรียกว่า เอธิโนไซ (Ethno Science) เพียงเท่านั้น การศึกษาระบบพื้นบ้านเป็นการศึกษาระบบคิด ซึ่งเป็นพื้นฐานของความเข้าใจกับประสบการณ์ของมนุษย์เช่น แทนที่จะศึกษาแต่เพียงว่าระบบ หรือว่าชาวบ้าน มีวิธีจำแนกพืช และสัตว์ หรือ ชีววิทยา รอบตัวเขาอย่างไร แต่วิธีการศึกษาระบบคิดพื้นบ้านแนวนี เป็น การศึกษาเรื่องระบบคิด ศึกษาแบบ เกษตรทั้งหมดว่า ระบบเกษตรของชนกลุ่มนั้น เขามีความ เข้าใจระบบทั้งหมดอย่างไร ศึกษาแบบ คิด กระบวนการของระบบ และเป็นการศึกษาอย่างมีการเคลื่อนไหว อย่างไรก็ตามการศึกษาระบบคิดพื้นบ้านนี้ยังให้ความสำคัญกับการศึกษาที่ตนเองของคนในระบบนิเวศหรือคนใน ชุมชน โดยให้ความสนใจต่อวิธีการที่ชนกลุ่มนั้น หรือกลุ่มชาติพันธุ์กลุ่มหนึ่งในสังคมตีความและความหมายต่อระบบ หรือที่เราเรียกว่าประสบการณ์ของมนุษย์กิจกรรมทางสังคมของมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นการเกษตร การแพทย์ การอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมหรือการจัดความสัมพันธ์ทางสังคมว่าคน ในสังคมนั้นให้ ความหมายและให้ความสำคัญอย่างไรเช่น ระบบคิดพื้นบ้านเกี่ยวกับรักษาพยาบาล โดยศึกษาว่า ชาวบ้านมีความรู้เกี่ยวกับโรคต่าง ๆ ได้อย่างไร เช่น โรคของอาการซึ่งเกิดจากการ ปวดท้อง คำว่า

²¹ กรมส่งเสริมการเกษตร, ความสำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่น ภูมิปัญญาท้องถิ่น, ค้นวันที่ 2 เมษายน 2553 จาก <http://tkagri.doae.go.th/temp.php?sgp=title01>

²² ชัยนัต วรรณะภูมิ, แนวคิดเรื่องกลุ่มอุปถัมภ์ของ ม.ร.ว.อศิน รพีพัฒน์: นักมานุษยวิทยาที่ ข้าพเจ้ารู้จักคนธรรมดาธรรมดาและข้อเขียนในวาระครบรอบอายุ 60 ปี ม.ร.ว.อศิน รพีพัฒน์ (ขอนแก่น: สถาบันวิจัยเชิงพัฒนา มหาวิทยาลัยขอนแก่น, 2540), หน้า 8-10.

²³ ชลทิพย์ เอี่ยมสำอางค์ และวิศนี ศิลตระกูล, *เรื่องเดิม*, หน้า 145-147.

เจ็บท้อง ความจริงคำว่าเจ็บท้อง เป็นภาษาคำเมืองมากกว่าไทยกลางแทน ความหมายคำว่า ปวดท้อง ในภาษาเหนือ จึงใช้คำว่า เจ็บท้อง ซึ่งเป็นการสื่อให้เห็น ความหมายของอาการโรค อันเป็นวิธีการที่ชาวบ้านอาจตีความ โดยอาศัยความเข้าใจในลักษณะที่ เป็นสามัญสำนึก จะนำไปสู่วิธีการ รักษาพยาบาลหรือการ แก้ปัญหาดังกล่าวขึ้นมา

3. การศึกษาระบบคุณค่าของพื้นที่บ้าน (Local Value System) มีความหมาย เหมือนกับ คำว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่น (Local Wisdom)²⁴ หรือภูมิปัญญาชาวบ้าน เป็นวิธีการศึกษาที่ต่างไปจาก การศึกษาระบบคิด การศึกษาระบบคุณค่า หรือระบบภูมิปัญญาชาวบ้าน เป็นการศึกษาว่าคนใน สังคมมองเห็น หรือให้คุณค่าต่อความสัมพันธ์ของเขากับคนอื่นในสังคม อย่างไร และระหว่างเขา กับ โลกที่เขาอาศัยอย่างไรบ้าง รวมถึงความรู้พื้นบ้าน ซึ่งสะท้อนให้เห็น ถึงวิธีการที่ชาวบ้านปฏิบัติต่อกัน และกัน ภูมิปัญญาชาวบ้านมีลักษณะของศักยภาพของชาวบ้าน ศักยภาพของชุมชนในการ ปรับตัว และในการแก้ไขปัญหาในการดำรงชีวิต

4. การศึกษาระบบความรู้พื้นบ้าน โดยการศึกษาผ่านการศึกษาลोकทัศน์ หรือ การศึกษา คอสโมโลยี (Cosmology) การตีความของชาวบ้านอาจจะเรียกว่าเป็นการศึกษา ความสัมพันธ์ของ มนุษย์ว่ามีความเชื่อพื้นฐานในการดำรงชีวิตอย่างไร มีการตีความเกี่ยวกับ เรื่องของเวลา เรื่องสถานที่ และบุคคลในสังคม สิ่งที่จะนำมาศึกษาก็คือ แนวความคิดเรื่องของ เวลาว่า คนในสังคม มีวิธีการและ ระบบการทำงานให้สัมพันธ์กับเวลาและฤดูกาล และการสังเกต ความสัมพันธ์ของ กิจกรรมเหล่านี้ที่มี ต่อสิ่งแวดล้อม การตีความ และการให้คุณค่าของการ เปลี่ยนแปลงในเชิงอายุ หรือว่าการ เปลี่ยนแปลงจากคนรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่ง

ดังนั้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นองค์ความรู้ที่เกิดจากการสั่งสมของ ประสบการณ์ของผู้รู้ใน ชุมชน และเป็นประสบการณ์ที่ได้รับการถ่ายทอดจากบรรพบุรุษที่มีความรู้ และจากสถาบันต่าง ๆ มากมาย ซึ่งมีอิทธิพลของสิ่งแวดล้อมและศาสนาเข้ามาเกี่ยวข้องอยู่ด้วยและมี วัฒนธรรมเป็นพื้นฐาน ภูมิปัญญาเป็นสิ่งที่มีความหมาย มีการปฏิบัติโดยผู้คนในชุมชนนั้น ซึ่งการศึกษาใน ระยะแรก ๆ เป็นเรื่องของวัฒนธรรมในชุมชน เรื่องการพึ่งพาตนเองของชาวบ้าน ต่อมาได้ศึกษากว้าง ขึ้นในลักษณะของ นักปราชญ์ชาวบ้าน ดังนั้น ภูมิปัญญาชาวบ้านจึงเป็นสิ่งที่สนใจและ ได้รับการรื้อ ฟิ้นและเผยแพร่มากขึ้นในเวลาต่อมา

2.2 ความหมายและลักษณะของภูมิปัญญาท้องถิ่น

คำว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” เป็นคำที่ใช้แพร่หลายอยู่ทั่วไป แต่จะเห็นได้ว่ามีคำที่ใช้ใกล้เคียง กัน เช่นภูมิปัญญาชาวบ้าน ภูมิปัญญาพื้นบ้าน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม คำดังกล่าวถูกใช้ในลักษณะที่ แทนกันได้ เนื่องจากมีความหมายใกล้เคียงกันมาก อย่างไรก็ตาม กรณิชาการเกษตร²⁵ ให้ ความหมายว่าหมายถึง ความรู้ที่เกิดจากประสบการณ์ในชีวิตของคนเราผ่านกระบวนการศึกษา สังเกต คิดวิเคราะห์ จนเกิดปัญญาและตกผลึกมาเป็นองค์ความรู้ที่ประกอบขึ้นมาจากหลาย ๆ

²⁴ ประเวศ วะสี, *เรื่องเดิม*, หน้า 219-221.

²⁵ เหม ทองไชย, *ภูมิปัญญาไทย: วิถีไทย* (กรุงเทพฯ: เจริญเวฟ, 2542), หน้า 264.

สาขาวิชาต่าง ๆ อาจกล่าวได้ว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นความรู้ที่มีอยู่ทั่วไปในสังคม ชุมชน และในตัวของผู้รู้เอง หากมีการสืบค้นหา เพื่อการศึกษาและนำมาใช้ก็จะเป็นที่รู้จักและเกิดการยอมรับ ถ่ายทอด และพัฒนาไปสู่คนรุ่นใหม่ตามยุคตามสมัยได้ สำหรับความหมายของภูมิปัญญาท้องถิ่นขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก²⁶ ได้ให้คำนิยามคำว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่น ไว้สองแนวทาง กล่าวคือ

ความหมายแรก ซึ่งเป็นความหมายอย่างแคบตามที่องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกใช้ในการประชุมคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและทรัพยากรพันธุกรรม องค์ความรู้ดั้งเดิมและศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้าน ว่าหมายถึง ความรู้ซึ่งเกิดจากการใช้สติปัญญาและการเข้าถึงในบริบทดั้งเดิม รวมถึงการปฏิบัติ ทักษะ การประดิษฐ์คิดค้นสิ่งใหม่ การปฏิบัติและการเรียนรู้ซึ่งประกอบเป็นระบอบภูมิปัญญาและความรู้ที่อยู่ในวิถีดั้งเดิมของคนหรือชุมชน หรือเป็นระบบความรู้ซึ่งถูกถ่ายทอดตีความจากชนรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่ง ภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่ได้จำกัดเฉพาะวิทยาการสาขาใดสาขาหนึ่งเป็นการเฉพาะ อาจรวมความรู้ทางการเกษตร การแพทย์ สิ่งแวดล้อม และความรู้ที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม

ความหมายที่สอง ซึ่งเป็นความหมายอย่างกว้าง หมายถึง งานสร้างสรรค์ทางวรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์ที่มีรากฐานมาจากจารีตประเพณี การแสดง การประดิษฐ์ คิดค้น การค้นพบทางวิทยาศาสตร์ การออกแบบ เครื่องหมาย ชื่อและสัญลักษณ์ สารสนเทศที่ไม่เปิดเผย และนวัตกรรมที่มีรากฐานมาจากจารีตประเพณี และการสร้างสรรค์ที่เป็นผลมาจากการใช้สติปัญญาในทางอุตสาหกรรม วิทยาศาสตร์ วรรณกรรม หรือศิลปะทั้งนี้ คำว่า รากฐานมาจากจารีตประเพณี (Tradition-Based)²⁷ หมายถึงระบบความรู้ การสร้างสรรค์ นวัตกรรมและการแสดงออกทางวัฒนธรรม ซึ่งมีการถ่ายทอดจากชนรุ่นหนึ่งไปสู่ชนอีกรุ่นหนึ่ง โดยทั่วไปถือว่าเกี่ยวพันกับคนกลุ่มหนึ่งหรือดินแดนของคนกลุ่มนั้น และมีวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงอย่างต่อเนื่องเพื่อตอบสนองต่อสภาพแวดล้อมที่เปลี่ยนไป

องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก²⁸ ยังได้อธิบายว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจรวมถึงความรู้ด้านการเกษตร ความรู้ทางวิทยาศาสตร์ ความรู้ทางนิเวศวิทยา ความรู้ทางการแพทย์รวมถึงการบำบัดรักษาและเวชกรรมที่เกี่ยวข้อง ความรู้ที่เกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพและการแสดงออกซึ่งวัฒนธรรมพื้นบ้าน (Traditional Culture Expressions หรือ Expressions of Folklore) ในรูปแบบดนตรี การฟ้อนรำ หัตถกรรม การออกแบบ เรื่องราว งานศิลปะ องค์ประกอบของภาษา เช่น ชื่อทางภูมิศาสตร์และสัญลักษณ์ และทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่เคลื่อนที่ได้

²⁶ World Intellectual Property Organization (WIPO), **About Intellectually Property**, Retrieved May 1, 2014 from <http://www.wipo.int/about-ip/index/html>

²⁷ ประเวศ วะสี, *เรื่องเดิม*, หน้า 31.

²⁸ World Intellectual Property Organization (WIPO), **About Intellectually Property**.

องค์การทรัพย์สินทางปัญญา²⁹ ได้กล่าวถึงลักษณะของภูมิปัญญาท้องถิ่น ดังนี้ ว่าจะอาจเป็นองค์ความรู้ที่เก่าหรือใหม่ก็ได้ แต่มีลักษณะของความมีชีวิต มีพลวัต ของการดำรงชีวิตในท้องถิ่นปัจจุบัน เป็นความรู้ที่มีการพัฒนา ยั่งยืนและถ่ายทอดภายในชุมชนท้องถิ่นจากรุ่นหนึ่งไปสู่รุ่นต่อไป ซึ่งบางครั้งอาจถ่ายทอดความรู้ผ่านระบบจารีตประเพณีที่มีลักษณะเฉพาะของท้องถิ่นนั้น คนในท้องถิ่นชุมชนยอมรับภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นส่วนหนึ่งของอัตลักษณ์ ด้านวัฒนธรรมและจิตวิญญาณของคนในท้องถิ่นนั้น

จากความหมายที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าการให้ความหมายของภูมิปัญญาท้องถิ่นในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งอาจสรุปได้ว่า เป็นองค์ความรู้ที่เกิดจากการเรียนรู้และประสบการณ์ ของคนในท้องถิ่นหรือคนในชุมชน ซึ่งนำไปแก้ไขปัญหาในชีวิตประจำวันเพื่อให้ชีวิตดำรงอยู่ได้ และมีการสืบทอดองค์ความรู้ดังกล่าวของบรรพบุรุษจากคนรุ่นหนึ่งไปสู่คนรุ่นต่อไป ซึ่งเป็นผลให้องค์ความรู้เหล่านี้ไม่สูญหาย และมีการนำไปใช้ให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมสืบไป

วรพงษ์ พูลพานิช³⁰ ได้ศึกษาลักษณะของภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจสรุปได้ดังนี้

1. เป็นองค์ความรู้ที่เป็นวิถีชีวิตของคนในชุมชน ที่คนในชุมชนปฏิบัติสืบทอดมาจนกลายเป็นธรรมเนียม จารีตประเพณี เป็นแนวปฏิบัติในการใช้ชีวิต
2. เป็นความรู้ที่เกิดจากการสั่งสมประสบการณ์ที่เกิดจากการใช้สติปัญญาทักษะในการเรียนรู้ จัดจำเพื่อแก้ไขปัญหาเพื่อใช้ในการดำรงชีวิตของคนในชุมชน
3. เป็นองค์ความรู้ที่มีการบูรณาการแนวความคิด เพื่อเป็นการใช้ชีวิตเชื่อมโยงกับสภาพแวดล้อมและสังคม โดยใช้ประโยชน์จากธรรมชาติเท่าที่จำเป็น
4. เป็นองค์ความรู้ที่มีพื้นฐานการคิดแบบองค์รวม โดยไม่อาจแยกส่วนใดส่วนหนึ่งออกจากกันได้นอกจากนั้นยังเป็นระบบความคิดในเรื่องความถูกต้องและศีลธรรมแสดงออกมาในรูปของความเชื่อและการประกอบพิธีกรรมทำให้เกิดความสงบสุขในชุมชน
5. เป็นองค์ความรู้ที่มีชีวิต มีการเจริญเติบโต เปลี่ยนแปลงตามสภาพแวดล้อมตลอดเวลา ซึ่งเรียกว่ามีความเป็นพลวัต
6. เป็นสิ่งที่แสดงความเป็นตัวตน ที่เป็นอัตลักษณ์ของชุมชนนั้นซึ่งแตกต่างจากชุมชนอื่นเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่สืบทอดมาจากบรรพบุรุษ
7. เป็นองค์ความรู้ที่ถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่งและการถ่ายทอดมักจะไม่มีการจดบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

นอกจากนั้น ภูมิปัญญาท้องถิ่นมีความแตกต่างกันไปตามรูปแบบของการแสดงออก บ้างก็อยู่ในรูปของข้อมูลที่มีการบันทึก เช่นการออกแบบลวดลายผ้า ข้อมูลยาอายุรเวทอย่างไรก็ดี ภูมิปัญญาท้องถิ่นส่วนใหญ่ไม่มีการบันทึกเช่น ยาหม้อพื้นบ้าน หรือยาผีบอก ซึ่งมาจากฐานความเชื่อโบราณ

²⁹ World Intellectual Property Organization (WIPO), **Intellectually Property and Traditional Knowledge Booklet n 2**, p. 5, Retrieved May 1, 2014 from <http://www.unesco.org/culture/ich/index.php>

³⁰ วรพงษ์ พูลพานิช, **สิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามแนวคิดด้วยภูมิปัญญาท้องถิ่น** (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 14-15.

แนวทางการปฏิบัติซึ่งได้รวบรวมมานานนับศตวรรษจากประสบการณ์อันเก่าแก่ จากการลองผิดลองถูกจากความสำเร็จและการล้มเหลวเป็นความรู้เริ่มมาจากครัวเรือนผ่านหลายชั่วอายุคนด้วยการบอกเล่า

ตัวอย่างของภูมิปัญญาท้องถิ่น³¹ เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับการใช้ส่วนประกอบทางชีวภาพหรือส่วนอื่นในการบำบัดทางแพทย์และทางเกษตรกรรม กระบวนการผลิต การออกแบบ วรรณกรรม ดนตรี พิธีกรรม และศิลปะวิทยาการอื่น ๆ ทั้งนี้ รวมถึงข้อมูลที่มีลักษณะทางสุนทรียศาสตร์ (Aesthetic Character) และข้อมูลที่เป็นประโยชน์ในการใช้งาน (Functional Characteristic) อันได้แก่กระบวนการผลิตภัณฑ์ซึ่งใช้ในทางการเกษตรหรืออุตสาหกรรมรวมถึงสิ่งที่ไม่อาจจับต้องได้ซึ่งมีคุณค่าเชิงวัฒนธรรม

จากความหมายที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าการให้ความหมายของภูมิปัญญาท้องถิ่นในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งอาจสรุปได้ว่า เป็นองค์ความรู้ที่เกิดจากการเรียนรู้และประสบการณ์ ของคนในท้องถิ่นหรือคนในชุมชน ซึ่งนำไปแก้ไขปัญหามานานในชีวิตประจำวันเพื่อให้ชีวิตดำรงอยู่ได้ และมีการสืบทอดองค์ความรู้ดังกล่าวของบรรพบุรุษจากคนรุ่นหนึ่งไปสู่คนรุ่นต่อไป ซึ่งเป็นผลให้องค์ความรู้เหล่านี้ไม่สูญหาย และมีการนำไปใช้ให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมสืบไป

2.3 ความสำคัญและความจำเป็นในการคุ้มครองของภูมิปัญญาท้องถิ่น

การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรชีวภาพนั้นได้รับความสนใจในระดับนานาชาติมาช้านาน ดังเห็นได้จากได้มีองค์การนานาชาติหลายองค์กรได้พัฒนากรอบกฎหมาย อนุสัญญา ตลอดจนสนธิสัญญาขึ้นมาเพื่อปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรชีวภาพขึ้น³² ซึ่งเป็น ผลสืบเนื่องจากเสียงเรียกร้องจากประเทศที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรชีวภาพ ในการที่ออกมาปกป้อง และเรียกร้องความเป็นธรรมในกรณีที่ภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากร ชีวภาพของประเทศเหล่านั้นได้ถูกบริษัทหรือองค์กรในประเทศอื่นโดยเฉพาะในประเทศ อุตสาหกรรมได้หยิบฉวยนำไปใช้ประโยชน์ทั้งโดยตรงและนำไปพัฒนาต่อยอดเพื่อให้เกิดเป็น ผลิตภัณฑ์ที่สามารถนำมาแสวงหาผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ได้

บัดซูร์ย เศรษฐศิริโรตม์ และเจษฎ์ โทณะวณิก³³ ได้ทำการวิจัยโดยการสำรวจความเห็นจากประชาชน พบว่าวัตถุประสงค์หรือความสำคัญหรือการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในสามอันดับแรกได้แก่ เพื่อรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นและวัฒนธรรมพื้นบ้านให้ดำรงอยู่เพื่อประโยชน์ของสังคม เพื่อ

³¹ อรุณี เกรียงเรือง, บทบาทของกรมทรัพย์สินทางปัญญาในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 9.

³² ธนิต ชังถาวร และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 10-12.

³³ บัดซูร์ย เศรษฐศิริโรตม์ และเจษฎ์ โทณะวณิก, รายงานวิจัยโครงการศึกษาการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในสถานการณ์สากล (รายงานการวิจัย เสนอต่อกรมเศรษฐกิจ กระทรวงการต่างประเทศ, 2548), หน้า 12.

อนุรักษ์และส่งเสริมภูมิปัญญาท้องถิ่นและวัฒนธรรมพื้นบ้านและเพื่อคุ้มครองป้องกันการแสวงหาประโยชน์ในภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างไม่เหมาะสม

Hamwey³⁴ ได้กล่าวถึงบทบาทสำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่นต่อชุมชนมีมาอย่างต่อเนื่องและเป็นระยะเวลายาวนานแล้ว ภูมิปัญญาท้องถิ่นมีความสำคัญในการเป็นแหล่งความมั่นคงในทางอาหาร การพัฒนาทางการเกษตร และการรักษาโรคในชุมชนท้องถิ่น โครงการสิ่งแวดล้อมสหประชาชาติ (United Nations Environment Program: UNEP)³⁵ ได้ชี้ให้เห็นถึงบทบาทสำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีต่อการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมให้ดำรงอยู่สืบไปอย่างยั่งยืน เช่น การป้องกันปัญหาดินเสื่อม ป่าเสื่อมโทรม ความหลากหลายทางชีวภาพที่ถดถอยน้อยลง

อย่างไรก็ดี ในอดีตที่ผ่านมาสังคมตะวันตกไม่ได้ตระหนักถึงคุณค่าความสำคัญนี้ จึงได้มีการทำลายมรดกทางวัฒนธรรม และสิ่งแวดล้อมอันเป็นภูมิปัญญาดั้งเดิมโดยไม่คำนึงถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นแก่ชุมชนเจ้าของภูมิปัญญานั้น จนเมื่อไม่นานมานี้เองที่ กลุ่มนักวิจัยทางวิทยาศาสตร์ของโลกตะวันตกเริ่มให้ความสนใจในภูมิปัญญาท้องถิ่นและเริ่มตระหนักว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจเป็นทางออกสำหรับปัญหาปัจจุบันหลาย ๆ ประการ³⁶ เช่น ปัญหาสิ่งแวดล้อม ความเสื่อมโทรมของระบบนิเวศน์ เนื่องจากภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นแหล่งความรู้ โดยบางครั้งก็มีการผสมผสานกับศาสตร์และเทคโนโลยีสมัยใหม่เพื่อใช้แก้ปัญหา

ความสำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่น อาจสรุปได้ดังนี้³⁷

2.3.1 คุณค่าในเชิงสังคมและวัฒนธรรมของภูมิปัญญาท้องถิ่น

ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นองค์ความรู้ที่พัฒนาขึ้นในบริบทของความสัมพันธ์ระหว่าง คนกับสภาพแวดล้อมในท้องถิ่น โดยคนในชุมชนเรียนรู้การปรับตัวให้สามารถดำรงชีวิตได้อย่างสอดคล้องกับธรรมชาติภายในระบบนิเวศน์ของท้องถิ่นนั้น ความรู้ดังกล่าวจึงมีลักษณะเฉพาะของท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งโดยเฉพาะ องค์ความรู้ดังกล่าวจึงมีความสำคัญ เนื่องจากเป็นมรดกทางวัฒนธรรมของชุมชนท้องถิ่น ซึ่งตกทอดมาจากบรรพบุรุษที่ใช้สติปัญญา ทรัพยากรและเวลาในการคิดค้น พัฒนา และเก็บรักษาความรู้เหล่านั้น เพื่อถ่ายทอดให้คนรุ่นต่อไปได้ใช้ประโยชน์จากความรู้เหล่านั้น³⁸

³⁴ Robert Hamwey, "Traditional Knowledge and Environment: Statement by United Nation Environment Program," In **Protecting and Promoting Traditional Knowledge National Experience and International Dimensions** United Nation (New York; Geneva: United Nation, 2004), pp. 345-346.

³⁵ *Ibid.*, p. 350.

³⁶ World Intellectual Property Organization (WIPO), **Intellectually Property and Traditional Knowledge Booklet n 2**, p. 8.

³⁷ อรุณี เจริญเรือง, *เรื่องเดิม*, หน้า 10-12.

³⁸ วรพงษ์ พูลพานิช, *เรื่องเดิม*, หน้า 36.

Correa³⁹ ได้กล่าวถึงความสำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่นว่าในประเทศกำลังพัฒนาว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นปัจจัยสำคัญในชีวิตประจำวันของผู้คนอย่างมากมาย ดังจะเห็นได้จากการใช้ยาพื้นบ้านในประเทศเหล่านั้น ด้วยเหตุอันเนื่องมาจากการเข้าถึงยาและการบริการทางสุขภาพสมัยใหม่ ยังมีข้อจำกัดด้วยเหตุผลทางเศรษฐกิจและวัฒนธรรม คนส่วนใหญ่ยังใช้ยาพื้นบ้านหรือสมุนไพรเพื่อสนองต่อความจำเป็นทางสุขภาพของตน เช่น ในประเทศมาเลเซีย พบว่าการบริโภคยาซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์จากภูมิปัญญาท้องถิ่น ของประชากรต่อหัวสูงเป็นสองเท่าของการบริโภคยาสมัยใหม่ นอกจากนี้ ในประเทศต่าง ๆ ที่พัฒนาแล้ว เช่น เกาหลีใต้ ญี่ปุ่น และจีน มีการบริโภคยาพื้นบ้านหรือสมุนไพรสูงกว่ายาสมัยใหม่มาก 36 เปอร์เซ็นต์ ซึ่งเป็นหนทางในการหาบริหารรักษาแก่คนยากจนและคนในท้องถิ่นห่างไกล

จะเห็นได้ว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นมีความจำเป็นอย่างยิ่งต่อระบบเศรษฐกิจของโลกในยุคปัจจุบัน ชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่นเป็นผู้มีบทบาทในการค้นพบ อนุรักษ์ และสงวนรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนาทุกวันนี้ ต่างก็ตระหนักถึงความสำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่นเพิ่มมากขึ้นในฐานะ ที่เป็นบ่อเกิดหรือเป็นแหล่งข้อมูลความรู้ที่สำคัญสำหรับนวัตกรรมที่ช่วยปรับปรุงคุณภาพชีวิต และการนำไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืน

2.3.2 คุณค่าในเชิงเศรษฐกิจของภูมิปัญญาท้องถิ่น

ความสำคัญในเชิงเศรษฐกิจของภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งเป็นผลจากการนำเอาทรัพยากรพันธุกรรม สมุนไพรพื้นบ้าน งานฝีมือของชนพื้นเมือง งานศิลปหัตถกรรมที่เป็นมรดกตกทอดของชุมชนพื้นเมืองไปใช้ประโยชน์ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม เช่นการนำองค์ความรู้นั้น ไปใช้เป็นพื้นฐานเพื่อพัฒนาเป็นสินค้าในเชิงอุตสาหกรรม เช่นการใช้สมุนไพรผลิตเป็นยา ไปใช้เป็นพื้นฐานเพื่อพัฒนาเป็นผลิตภัณฑ์เครื่องสำอาง หรือการนำเอาหัตถกรรมพื้นบ้านไปผลิตเป็นสินค้า เป็นต้น

บันฑูร เศรษฐศิริโรจน์ และเจษฎ์ โทณะวณิก⁴⁰ กล่าวถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นว่ามีความสำคัญต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์ โดยเฉพาะภูมิปัญญาด้านการแพทย์ประชากรร้อยละ 80 ยังคงพึ่งการรักษาโรคด้วยวิธีการแพทย์ดั้งเดิม การคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการแพทย์จึงมีความสำคัญต่อประเทศกำลังพัฒนานอกจากนี้ยังพบว่า ยาที่ขายในสหรัฐอเมริกาหนึ่งในสี่ คิดค้นและพัฒนาจากพืชปัจจุบันมีผลิตภัณฑ์ยาจำนวนมากได้รับการวิจัยและพัฒนาจากภูมิปัญญาท้องถิ่น

³⁹ M. Carlas Correa, "Tradition Knowledge and Intellectual Property," In *Issue and Option Surrounding and Protection of Tradition Knowledge* (Geneva: QUNO, 2001), p. 3.

⁴⁰ บันฑูร เศรษฐศิริโรจน์ และเจษฎ์ โทณะวณิก, *เรื่องเดิม*, หน้า 10.

นอกจากนี้ องค์การอนามัยโลก⁴¹ อ้างว่า ยาพื้นบ้านมีบทบาทสำคัญในประเทศกำลังพัฒนา อุปสงค์ของยาสมุนไพรได้เพิ่มมากขึ้นเมื่อไม่กี่ปีมานี้ ตลาดยาสมุนไพรของโลกเพิ่มสูงถึง 4,300,000 บาทเหรียญสหรัฐ โดยมีอัตราการเติบโตระหว่าง 5-15 % ขององค์การอนามัยโลกประมาณการว่าในปี พ.ศ. 2542 ประเทศจีนซึ่งเป็นประเทศผู้นำในแขนงนี้สามารถทำรายได้จากยาสมุนไพรจากตลาดต่างประเทศถึงห้าพันเหรียญสหรัฐและจากตลาดภายในประเทศถึง หนึ่งพันเหรียญสหรัฐ ยาสมุนไพรในตลาดยุโรปในปี พ.ศ. 2542 มีมูลค่า 11.9 พันเหรียญสหรัฐ โดยมีสัดส่วน 38% 21% และ 12% ในเยอรมนี ฝรั่งเศส และ สหราชอาณาจักร ตามลำดับ นอกจากนี้ เภสัชภัณฑ์จำนวนมากมีฐานหรือส่วนประกอบจากวัสดุชีวภาพ โดยเฉพาะพืชเป็นแหล่งสำคัญของยา และองค์ความรู้จากภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวกับการเพาะปลูกเป็นองค์ประกอบสำคัญในการพัฒนาพันธุ์พืชใหม่เพื่อสร้างความมั่นคงทางอาหารโลก

จากข้อมูลข้างต้นแสดงถึงความสำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่นในเชิงเศรษฐกิจโดยการนำทรัพยากรที่มีอยู่ในท้องถิ่นมาใช้ในทางอุตสาหกรรมเช่นนำสมุนไพรมาเป็นสารตั้งต้นในการผลิตยารักษาโรค รวมถึงผลิตภัณฑ์ที่ได้จากภูมิปัญญาท้องถิ่น เช่น ลูกประคบ น้ำพุลูกว เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าผลผลิตหรือผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นสินค้าที่ทำรายได้ทั้งตลาดในประเทศและตลาดต่างประเทศส่งผลให้เกิดการขับเคลื่อนทางเศรษฐกิจในปัจจุบัน โดยส่วนหนึ่งมาจากภูมิปัญญาท้องถิ่น⁴²

2.3.3 คุณค่าในเชิงอนุรักษ์ของภูมิปัญญาท้องถิ่น

ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นองค์ความรู้ที่เอื้อต่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนเนื่องจากมนุษย์ต้องอยู่กับธรรมชาติจึงต้องปรับตัวให้เข้ากับธรรมชาติ ซึ่งอาจแสดงออกมาในรูปแบบของความเชื่อ พิธีกรรม ตลอดจนระบบจัดการทรัพยากร⁴³ เช่น ในแง่เกษตรกรรม การใช้และการพัฒนาปรับปรุงพันธุ์พืชอย่างต่อเนื่องโดยเกษตรกรถือว่ามีความสำคัญยิ่งต่อระบบการเพาะปลูก ในหลาย ๆ ประเทศการจัดหาเมล็ดพันธุ์ในการเพาะปลูกขึ้นอยู่กับระบบการผลิตอย่างไม่เป็นทางการในชุมชน แจกจ่ายให้แก่กันภายในชุมชนรวมถึงเมื่อมีการอพยพย้ายถิ่นฐาน หรือภายหลังเกิดภัยพิบัติ

นอกจากนี้ บัณฑูรย์ เศรษฐศิโรตม์ และเจษฎ์ โทณะวณิก⁴⁴ ศึกษาว่า ประเทศสมาชิกความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า ได้ระบุถึงความจำเป็นในการให้ความสำคัญคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นดังนี้

⁴¹ Bhagirath Lal Das, *WTO: The Doha Agenda* (London: Zed Books, 2003), pp. 50-51.

⁴² M. Carlas Correa, *op.cit.*, p. 3.

⁴³ พงษ์สวัสดิ์ อักษรสวัสดิ์, *สิทธิการมีส่วนร่วมของชุมชนดั้งเดิมในการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรธรรมชาติ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 43.

⁴⁴ บัณฑูรย์ เศรษฐศิโรตม์ และเจษฎ์ โทณะวณิก, *เรื่องเดิม*, หน้า 11-12.

1. เพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวกับการเกษตรและยา ซึ่งสามารถสร้างมูลค่าเพิ่มในการใช้ประโยชน์ในทางการค้าได้อย่างมาก
2. เพื่อให้เป็นธรรมแก่ผู้ที่พัฒนาหรืออนุรักษ์ภูมิปัญญาท้องถิ่นเช่นการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างเป็นธรรม
3. เพื่อความมั่นคงทางอาหารเนื่องจากการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน เช่นการคัดเลือกและการปรับปรุงพันธุ์พืช จะมีผลสนับสนุนให้เกิดความมั่นคงทางอาหารของชุมชน
4. ความยั่งยืนทางวัฒนธรรม เนื่องจากภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมของชุมชนท้องถิ่น
5. เพื่อการรักษาสิ่งแวดล้อม ภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชนพื้นเมืองหลายประเภทมีความเชื่อมโยงกับการอนุรักษ์และการปกป้องความหลากหลายทางพันธุกรรม และระบบนิเวศน์

ความเกี่ยวพันระหว่างทรัพย์สินทางปัญญาและภูมิปัญญาท้องถิ่น⁴⁵ หมายถึง การที่ทรัพย์สินทางปัญญาและ ภูมิปัญญาท้องถิ่นต่างก็เป็นผลที่เกิดจากการสร้างสรรค์โดยการใช้สติปัญญาของมนุษย์ (Resulting from Intellectual Activity) ตามความหมายที่ได้กล่าวไว้แล้ว ข้างต้น อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ลักษณะที่แตกต่างกันระหว่างทรัพย์สินทางปัญญาและภูมิปัญญาท้องถิ่น คือ ภูมิปัญญาท้องถิ่นมีวิวัฒนาการยาวนานอาจนับพันปี โดยเป็นผลมาจากความอุตสาหพยายามของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันทางเครือญาติ⁴⁶ แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่น ถือว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นทรัพย์สินของสาธารณะ (Public Domain) ที่ใคร ๆ ก็มีสิทธิใช้ แต่ผู้ครอบครองหรือผู้ก่อให้เกิด (Originator) ภูมิปัญญาท้องถิ่นควรได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์จากการนำไปใช้เพื่อประโยชน์ทางการค้าโดยไม่จำกัดเวลาแนวคิดนี้แตกต่างโดยสิ้นเชิงจากระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่ให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวแก่เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเป็นปัจเจกบุคคลภายในกรอบระยะเวลาที่จำกัด

กล่าวโดยสรุป ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นผลผลิตจากการสร้างสรรค์โดยใช้สติปัญญาของมนุษย์ซึ่งมีลักษณะเดียวกับการสร้างสรรค์ภูมิปัญญาท้องถิ่น หากภูมิปัญญาท้องถิ่น เป็นการสร้างสรรค์อย่างหนึ่งอย่างใดในสาขาอุตสาหกรรม วิทยาศาสตร์ วรรณกรรม หรือ ศิลปกรรมและมีลักษณะหรือเข้าเงื่อนไขที่จะได้รับความคุ้มครอง ภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ก็จะถือว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง เช่นเพลงพื้นบ้านหรือนิยายพื้นบ้านที่มีการสร้างสรรค์ขึ้นจะเป็นงานลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ซึ่งมาอายุความคุ้มครองตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์และมีต่อไปอีก 50 ปี นับแต่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย แต่เมื่ออายุความคุ้มครองดังกล่าวหมดลง ก็จะตกเป็นสาธารณสมบัติซึ่งบุคคลใดก็สามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้

⁴⁵ อรุณี เกรียงไกร, *เรื่องเดิม*, หน้า 13-14.

⁴⁶ M. Solomon, "Strengthening Traditional Knowledge Systems and Customary Laws," In **Protecting and Promoting Traditional Knowledge National Experience and International Dimensions United Nation** (New York; Geneva: United Nation, 2004), p. 155.

องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก⁴⁷ ได้อธิบายถึงความเกี่ยวพันของทรัพย์สินทางปัญญากับภูมิปัญญาท้องถิ่น ที่เกิดจากการใช้ประโยชน์ภูมิปัญญาท้องถิ่นออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

1. การใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นภายนอกแหล่งกำเนิด ได้แก่การนำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ประโยชน์ภายนอกท้องถิ่นที่เป็นที่ตั้งของชุมชนที่เป็นผู้คิดค้น พัฒนา และเก็บรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ซึ่งรวมถึงการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและปฏิบัติท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ได้มาซึ่งองค์ความรู้ของท้องถิ่นที่จะนำไปศึกษาวิจัยและพัฒนาเพิ่มเติม และนำไปใช้ประโยชน์ในการผลิตภาคอุตสาหกรรม ซึ่งเกี่ยวพันกับทรัพย์สินทางปัญญาที่เกิดจากการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นภายนอกแหล่งกำเนิดได้แก่ สิทธิบัตร สิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช ความลับทางการค้า เครื่องหมายการค้าและเครื่องหมายที่มี ลักษณะเฉพาะอื่น ๆ

2. การพิทักษ์และใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นภายในแหล่งกำเนิด ได้แก่การใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือองค์ความรู้ต่าง ๆ ในระดับท้องถิ่นนั่นเอง เพื่อให้เกิดประโยชน์สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในท้องถิ่นโดยมีวัตถุประสงค์ในการใช้ประโยชน์แตกต่างกัน เช่นเพื่อการบริโภคในชีวิตประจำวัน การบำบัดรักษาอาการเจ็บป่วย เกษตรกรรม อุตสาหกรรมในครัวเรือน และการจัดการทรัพยากรท้องถิ่นเพื่อให้มีการพัฒนาที่ยั่งยืน เป็นต้น ทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการพิทักษ์และใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นภายในแหล่งกำเนิด ได้แก่ สิทธิบัตร การคุ้มครองพันธุ์พืช ความลับทางการค้า เครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง

Cunha⁴⁸ ชี้ให้เห็นว่า มาตรฐานระหว่างทรัพย์สินทางปัญญาและภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นมีสองมาตรฐาน โดยความตกลงว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (Agreements on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPS) กำหนดให้ประเทศสมาชิกให้ความคุ้มครองและเคารพสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศอื่นภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนด ในทางตรงกันข้าม ไม่มีพันธกรณีที่ให้ความคุ้มครองสมบัติที่เป็นของสาธารณะในประเทศอื่น องค์ความรู้ที่มีมาแต่เดิมและสืบสานร่วมกันโดยชุมชนซึ่งมีลักษณะเป็นสมบัติสาธารณะในประเทศหนึ่ง จึงอาจถูกนำไปครอบครองเป็นเจ้าของและแสวงหาการคุ้มครองด้วยทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศหนึ่งได้

อาจกล่าวได้ว่าระบบทรัพย์สินทางปัญญามีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองเจ้าของสิทธิ เพื่อแสวงหาหนทางในการสร้างความมั่งคั่งร่ำรวยจากทรัพย์สินทางปัญญาของผู้เป็นเจ้าของในลักษณะของปัจเจกชน ในขณะที่การคุ้มครองปัญญาท้องถิ่นมีวัตถุประสงค์ในการสร้างองค์ความรู้และการ

⁴⁷ World Intellectual Property Organization (WIPO), **Intellectual Property Needs and Expectations Tradition Knowledge Holders** WIPO Report on Fact-Finding Mission on Intellectual Property and Tradition Knowledge (1998-1999) April 2001(a), pp. 26-30, Retrieved July 12, 2013 from <http://www.wipo.int/portal/en/index.html>

⁴⁸ Da M. C. Cunha, "International Bodies and Traditional Knowledge," In **Protecting and Promoting Traditional Knowledge National Experience and International Dimensions United Nation** (New York; Geneva: United Nation, 2004), p. 91.

ปรับตัวให้ประสานกลมกลืนระหว่างธรรมชาติและวิถีชีวิตความเป็นอยู่ของชุมชนดั่งนั้น ภูมิปัญญาท้องถิ่นส่วนใหญ่จึงไม่ได้รับการคุ้มครองด้วยระบบกฎหมายสมัยใหม่ดังเช่นทรัพย์สินทางปัญญา

ที่ผ่านมาได้มีความพยายามในการเสนอระบบทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น เพราะทรัพย์สินทางปัญญาเป็นระบบกฎหมายรูปแบบเดียวที่มีอยู่ในปัจจุบันที่ถูกสร้างขึ้นมากเพื่อคุ้มครองการสร้างสรรค์ทางปัญญาของมนุษย์ซึ่งภูมิปัญญาท้องถิ่นก็มีลักษณะเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตามทรัพย์สินทางปัญญาอาจเหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเฉพาะที่เข้าเงื่อนไขของการได้รับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น นอกจากนั้นแนวคิดหลายประการในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเป็นแนวคิดของประเทศตะวันตก ไม่สอดคล้องกับแนวคิดในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น เช่นแนวคิดเรื่องความเสมอภาค (Equity) การอนุรักษ์ (Conservation) และการนำไปใช้ประโยชน์โดยไม่ชอบ (Misappropriation) นอกจากนี้ ระบบทรัพย์สินทางปัญญายังอาจเอื้อให้มีการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ได้มาโดยมิชอบไปแสวงหาประโยชน์และขอรับความคุ้มครองภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาในต่างประเทศด้วย

2.4 การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นได้รับความสนใจอย่างต่อเนื่องตั้งแต่ระดับระดับชุมชนจนถึงระดับนานาชาติเห็นได้จากแนวความคิดต่าง ๆ จากหลายองค์กรได้พัฒนากฎหมายและกฎหมายต่าง ๆ ตลอดจนจนสนธิสัญญาขึ้นมาเพื่อปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่นขึ้น ซึ่งเป็น ผลสืบเนื่องจากเสียงเรียกร้องจากชุมชนและประเทศที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่น ในการที่ออกมาปกป้อง และเรียกร้องความเป็นธรรมสิทธิทางกฎหมายหรือการคุ้มครองมี 2 รูปแบบ⁴⁹ คือ

1. การคุ้มครองในลักษณะทรัพย์สิน (Property Right) หรือสิทธิทางเศรษฐกิจ (Economic Right) การคุ้มครองประเภทนี้เป็นการให้สิทธิทางกฎหมายแก่ผู้ทรงสิทธิในการอนุญาต ในการเข้าถึง และ แบ่งปันผลประโยชน์ (Authorized Access and Benefit Sharing: ABS) โดยผู้ทรงสิทธิมีสิทธิแต่เพียง ผู้เดียวในการอนุญาตให้ผู้อื่นเข้าถึงตลอดจนถึงใช้ประโยชน์ภูมิปัญญาที่ได้รับการคุ้มครอง

2. การคุ้มครองศักดิ์ศรีของภูมิปัญญา (Integrity) เพื่อไม่ให้เกิดการนำภูมิปัญญาไปใช้ในทางที่ไม่เหมาะสม (Distortion) โดยห้ามไม่ให้ผู้ใดนำภูมิปัญญาไปใช้ในทางที่ไม่เหมาะสม หรือทำให้เกิด ความเสื่อมเสีย

เสรี พงศ์พิศ⁵⁰ ได้แบ่งภูมิปัญญาไทยที่สมควรได้รับการคุ้มครองออกเป็น 2 ระดับ คือ

1. ภูมิปัญญาไทยระดับชาติ (National Traditional Knowledge) คือเป็นภูมิปัญญาที่พัฒนาสังคมไทยให้รอดพ้นจากวิกฤตการณ์ต่าง ๆ ในอดีต และรวมถึงเป็นภูมิปัญญาที่มีการใช้กันอย่างทั่วไป ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาดังกล่าว คือประเทศไทย

⁴⁹ ธนิต ชังถาวร และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 5-7.

⁵⁰ เสรี พงศ์พิศ, *คืนสู่รากเหง้า: ทางเลือกและทัศนะวิจารณ์ว่าด้วยภูมิปัญญาชาวบ้าน* (กรุงเทพฯ: เทียนวรรณ, 2529), หน้า 145.

2. ภูมิปัญญาไทยระดับท้องถิ่นหรือชุมชน (Community Traditional Knowledge) คือ ภูมิปัญญาที่เกิดขึ้นเฉพาะท้องถิ่นเพื่อ แก้ปัญหาการดำรงชีวิตในท้องถิ่นปรากฏอยู่ในชุมชนใดชุมชนหนึ่งเท่านั้น ผู้ทรงสิทธิ์คือชุมชนภูมิปัญญาระดับท้องถิ่น หรือระดับชาวบ้าน

หลายประเทศ⁵¹ ได้ให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยระบบกฎหมายต่าง ๆ ทั้งระบบทรัพย์สินทางปัญญาและระบบจำเพาะ (Sui Generis System) มีการพัฒนากฎระเบียบในการเข้าถึง ภูมิปัญญาท้องถิ่นขึ้นมารองรับ หลักการดังกล่าวในรูปแบบต่าง ๆ ดังนี้

1. กฎหมายสิ่งแวดล้อม โดยการให้หน่วยงานแห่งชาติที่รับผิดชอบเป็นหน่วยที่ดูแล ออกกฎระเบียบการส่งทรัพยากรชีวภาพออกนอกประเทศ และกำหนดค่าธรรมเนียมการเข้าถึง และการแบ่งปันผลประโยชน์ ตัวอย่างของประเทศที่ทำการพัฒนากฎระเบียบเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพลักษณะนี้เช่น ประเทศ แคนเบีย เคนยา

2. กฎหมายหรือกฎระเบียบการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งกฎระเบียบลักษณะนี้จะเป็นกฎระเบียบที่ครอบคลุมบทบัญญัติต่าง ๆ ในอนุสัญญาฯ กฎระเบียบเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพจะเป็นส่วนหนึ่งของกฎระเบียบนี้และในส่วนของ การเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพนั้น ก็ จะนำหลักการที่อนุสัญญาฯ กำหนดไว้ เช่น การแจ้งล่วงหน้า การตกลงร่วมกัน และการแบ่งปันผลประโยชน์มาประยุกต์ให้เป็นกฎระเบียบ ตัวอย่างของตัวอย่างของประเทศที่มีกฎระเบียบลักษณะนี้ได้แก่ คอสตาริกา อินเดีย

3. กฎหมายหรือกฎระเบียบเฉพาะเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการแบ่งปันผลประโยชน์ ซึ่งการสร้างกฎระเบียบลักษณะนี้มีทั้งในระดับประเทศและระดับภูมิภาค ตัวอย่างของกฎระเบียบลักษณะนี้⁵² ได้แก่ Executive Order 247 ของประเทศฟิลิปปินส์ หรือ Andean Pact Decision 391 on the Common Regime on Access to Genetic Resources ของประเทศในแถบ อเมริกาใต้

4. กฎระเบียบการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพแทรกอยู่ในกฎหมายอื่น ๆ หรือมีการปรับปรุงกฎระเบียบที่มีอยู่แล้วให้ครอบคลุมเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพที่สอดคล้องกับหลักการของ อนุสัญญาฯ ตัวอย่างเช่น ประเทศไนจีเรีย ประเทศมาเลเซีย และประเทศไทย เป็นต้น

2.5 การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

ปัจจุบันสังคมเริ่มตระหนักถึงความสำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่น คนร่วมสมัยให้ความสำคัญ แก่วิถีการดำรงชีวิตที่มุ่งใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญา และทรัพยากรธรรมชาติอย่างยั่งยืนกลับทวีมากขึ้นตามลำดับ ผลกระทบต่าง ๆ จำนวนมากที่ได้รับการวิจัยและพัฒนามาจากภูมิปัญญาท้องถิ่น แต่ การอนุรักษ์ คุ้มครองและฟื้นฟูภูมิปัญญาท้องถิ่นกลับเป็นไปด้วยความยากลำบาก เนื่องจากภูมิปัญญาท้องถิ่นปราศจากความคุ้มครองในทางกฎหมายที่สมบูรณ์ ทำให้มีความพยายามการสร้างระบบเพื่อ

⁵¹ ธนิต ชังถาวร และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 17.

⁵² K. Ten Kate and Sarah A. Laird, *The Commercial Use of Biodiversity: Access to Genetic Resources and Benefit Sharing* (London: Earthscan, 1999), p. 16.

คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นไปในหลายรูปแบบ โดยรูปแบบที่ถูกเสนอขึ้นมาและได้รับการรับรองในนานาชาติประเทศก็คือระบบทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งนี้ก็เพราะว่าระบบทรัพย์สินทางปัญญาเป็นระบบกฎหมายรูปแบบเดียวที่มีอยู่ในปัจจุบันเท่านั้นที่สร้างขึ้นมากเพื่อคุ้มครองความคิดสร้างสรรค์ของบุคคลทางปัญญา⁵³ อย่างไรก็ตาม การนำกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามาใช้เพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นดูเหมือนว่าจะมีอุปสรรคเป็นอย่างมาก เพราะกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามุ่งที่จะให้ความคุ้มครองความคิดสร้างสรรค์ของบุคคลชั่วคราวระยะเวลาอันมีจำกัด แต่การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นมีวัตถุประสงค์ที่จะป้องกันมิให้มีการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากภูมิปัญญาท้องถิ่นด้วยการให้ความเคารพสิทธิของชุมชนที่อนุรักษ์ หรือพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นขึ้นมา ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่และนำมาใช้คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ในปัจจุบันประกอบด้วย⁵⁴

2.5.1 กฎหมายลิขสิทธิ์

กฎหมายลิขสิทธิ์อาจมีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการคุ้มครองศิลปะพื้นบ้านในรูปแบบต่าง ๆ เช่น คำร้องหรือทำนองเพลงพื้นเมือง นิทานพื้นบ้าน งานจิตรกรรม ศิลปกรรม หรือประติมากรรมที่สร้างสรรค์โดยชุมชนพื้นเมืองแต่แม้กระนั้นก็ตามการจะได้รับความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537⁵⁵ ยังมีข้อจำกัดกล่าวคือ การได้มาซึ่งการคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์นั้น ต้องเป็นการสร้างสรรค์สิ่งหนึ่งสิ่งใดขึ้นมาใหม่ แต่ทั้งนี้ภูมิปัญญาท้องถิ่นบางประเภทอาจถือไม่ได้ว่าเป็นสิ่งใหม่อันจะเข้าเงื่อนไขการได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ นอกจากนี้การคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึงความคิด หรือขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบ หรือวิธีใช้หรือทำงานหรือแนวความคิด หลักการ การค้นพบ ซึ่งภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นองค์ความรู้ที่ถูกถ่ายทอดปฏิบัติกันมารุ่นสู่รุ่นย่อมไม่เข้าเงื่อนไขการได้รับการคุ้มครอง นอกจากนี้ข้อจำกัดของการคุ้มครองวรรณกรรมภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ก็คือ การมีอายุการคุ้มครองตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์บวกกับอีก 50 ปีภายหลังจากที่ผู้สร้างสรรค์เสียชีวิตแล้ว ซึ่งโดยมากงานวรรณกรรมที่เกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ถือเป็นงานดั้งเดิมจริง ๆ ที่ไม่ได้กลับมาเขียนซ้ำมักจะเป็นงานที่มีอายุนับร้อย ๆ ปี ดังนั้นการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานเหล่านี้ก็ได้หมดลงไปแล้ว ดังนั้นการจะได้รับการคุ้มครองในฐานะเป็นวรรณกรรมก็ยังขาดหลักฐานที่จะเป็นวัตถุแห่งสิทธิภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์อยู่

2.5.2 กฎหมายสิทธิบัตร

ระบบกฎหมายสิทธิบัตรได้ถูกสร้างขึ้นมากเพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์ที่มีคุณค่าต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและอุตสาหกรรม โดยการประดิษฐ์นั้นจะต้องเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้คือต้องเป็น

⁵³ นันทน อินทนนท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 147-148.

⁵⁴ S. Sahai, *Protection of Indigenous Knowledge and Possible Methods of Sharing Benefits with Local Communities*, 19-21 April 2002, Background Paper prepared for the Multi-stakeholder Dialogue on Trade, Intellectual Property and Biological and Genetic Resources in Asia, BRAC Center for Development, Rajendrapur, Bangladesh, pp. 3-4.

⁵⁵ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

การประดิษฐ์ที่ใหม่ มีชั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ การประดิษฐ์ที่จะได้รับความคุ้มครองเช่นนี้จะรวมถึงทั้งผลิตภัณฑ์และกรรมวิธี ดังนั้นในทางทฤษฎี บุคคลในชุมชนที่คิดค้นการประดิษฐ์ที่เข้าเงื่อนไขดังกล่าวนี้ย่อมสามารถยื่นคำขอรับสิทธิบัตรเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น หากบุคคลในชุมชนใดพัฒนาผลิตภัณฑ์มาจากพืชสมุนไพร ซึ่งมีคุณสมบัติในการบำบัดรักษาโรคใดโรคหนึ่งหรือหลายโรค บุคคลนั้นก็ย่อมสามารถที่จะยื่นคำขอรับสิทธิบัตรได้ แต่จะสังเกตได้ว่าการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรเป็นการคุ้มครองปัจเจกบุคคลคือคุ้มครองเจ้าของสิทธิบัตรหรือเจ้าของร่วมผู้ใดผู้หนึ่ง ในขณะที่สิทธิในการถือครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นของสิทธิชุมชนมิได้เป็นของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ซึ่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522⁵⁶ มีเงื่อนไขการได้รับการคุ้มครองในภายใต้ระบบกฎหมายสิทธิบัตรประกอบด้วย

1. เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่
2. เป็นการประดิษฐ์ที่มีชั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น และ
3. เป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรม

โดยการจะได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรต้องเข้าเงื่อนไขทั้ง 3 ข้อดังกล่าว ดังนั้นจากหลักเกณฑ์ของการคุ้มครองดังกล่าว การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระบบกฎหมายสิทธิบัตรยังไม่มีความเหมาะสมอยู่หลายประการ คือ ภูมิปัญญาท้องถิ่นบางประเภทนั้นอาจจะไม่ใช่สิ่งใหม่ หรือไม่มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นอันจะเข้าหลักเกณฑ์เงื่อนไขการได้รับความคุ้มครอง นอกจากนี้ภูมิปัญญาท้องถิ่นบางประเภทได้มีการเกิดขึ้นมาเป็นร้อยปี ซึ่งระยะเวลาในการคุ้มครองของระบบกฎหมายสิทธิบัตรมีเพียง 20 ปีเท่านั้น จึงกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายสิทธิบัตรยังขาดความเหมาะสมในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

2.5.3 พระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์⁵⁷

กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นกฎหมายมีความแตกต่างจากทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น กล่าวคือ ผู้เป็นเจ้าของไม่ใช่บุคคลหนึ่งบุคคลใดแต่เป็นกลุ่มชุมชนที่เป็นผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการในพื้นที่ทางภูมิศาสตร์นั้น ๆ ซึ่งจะส่งผลให้ผู้ผลิตที่อาศัยอยู่ในสถานที่หรือแหล่งภูมิศาสตร์ และผู้ประกอบการเกี่ยวกับสินค้าที่ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นเท่านั้น ที่มีสิทธิผลิตสินค้าดังกล่าวโดยใช้ชื่อทางภูมิศาสตร์นั้นได้ ผู้ผลิตคนอื่นที่อยู่นอกแหล่งภูมิศาสตร์จะไม่สามารถผลิต สินค้าโดยใช้ชื่อแหล่งภูมิศาสตร์เดียวกันมาแข่งขันได้ สิทธิในลักษณะดังกล่าวนี้นักวิชาการบางท่านเรียกว่า “สิทธิชุมชน”⁵⁸ ซึ่งไม่สามารถนำสิทธิที่ได้รับไปอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้ได้ ผู้ที่อยู่ในพื้นที่แหล่งภูมิศาสตร์เท่านั้นที่มีสิทธิใช้ แบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

1. สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยตรง (Direct Geographical Indication) กล่าวคือ เป็นชื่อทางภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับสินค้านั้น ๆ โดยตรง เช่น ไข่เค็มไชยา มะขามหวานเพชรบูรณ์ เป็นต้น

⁵⁶ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522

⁵⁷ พระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546

⁵⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ, สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550).

2. สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยอ้อม (Indirect Geographical Indication) กล่าวคือ เป็นสัญลักษณ์ หรือสิ่งอื่นใดที่ไม่ใช่ชื่อทางภูมิศาสตร์ ซึ่งใช้เพื่อบ่งบอกแหล่งภูมิศาสตร์อันเป็นแหล่งกำเนิดหรือแหล่งผลิตของสินค้า เช่น สัญลักษณ์ประจำอำเภอ หรือจังหวัด รูปยาโม รูปห่อไอเฟล เป็นต้น ซึ่งจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีความเชื่อมโยง (Links) ระหว่างปัจจัยสำคัญสองประการ คือ ธรรมชาติและมนุษย์ กล่าวคือ ชุมชนได้อาศัยลักษณะเฉพาะที่มีอยู่ในแหล่งภูมิศาสตร์ตามธรรมชาติ เช่น สภาพดินฟ้าอากาศ หรือวัตถุดิบเฉพาะในพื้นที่ มาใช้ประโยชน์ในการผลิตสินค้าในท้องถิ่นของตนขึ้นมา ทำให้ได้ผลิตภัณฑ์ที่มีคุณลักษณะพิเศษที่มาจากพื้นที่ดังกล่าว คุณลักษณะพิเศษนี้อาจหมายถึง คุณภาพ ชื่อเสียงหรือคุณลักษณะเฉพาะอื่น ๆ ที่มาจากแหล่งภูมิศาสตร์นั้น ๆ

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นกฎหมายที่มีความเหมาะสมต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นอย่างมาก เนื่องจากกฎหมายนี้ห้ามมิให้มีการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมโดยการนำเอาชื่อทางภูมิศาสตร์หรือเครื่องหมายใด ๆ ที่อาจสื่อให้เห็นว่าสินค้าใดสินค้านั้นนั้นได้ถูกผลิตขึ้นมาจากพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งโดยไม่เป็นความจริง ดังนั้นหากมีการนำสินค้าออกจำหน่ายโดยใช้ชื่อทางการค้า ที่ทำให้สาธารณชนเข้าใจว่าเป็นสินค้าที่ผลิตขึ้นโดยชุมชนใดชุมชนหนึ่ง การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

อย่างไรก็ตามแม้ พระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะเหมาะสมที่สุดในการนำมาปรับใช้ในการจดทะเบียนภูมิปัญญาท้องถิ่น หากแต่ ทว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจมิได้อยู่หรือใช้ในท้องถิ่น ๆ เดียวอาจพบว่ามีใช้หลายท้องถิ่นที่เช่น การทำลูกประคบสมุนไพรอาจมีการทำแพร่หลายในหลายจังหวัด หากแต่แต่ละจังหวัดเป็นผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นแบบเดียวกันเช่นนี้เมื่อบุคคลภายนอกจะขออนุญาตใช้สิทธิจะขอจากที่ท้องถิ่นใด จะแบ่งปันผลประโยชน์กันอย่างไรเพราะแต่ละท้องถิ่นก็เป็นผู้ทรงสิทธิ ดังนั้นการนำพรบ.สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มาใช้ในภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงมีข้อจำกัด

2.5.4 พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542⁵⁹

โดยมี กรมวิชาการเกษตร กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เสนอเป็นพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นมา ตามพันธกรณีที่ประเทศไทยมีต่อข้อตกลงทริปส์ โดยข้อตกลงทริปส์นั้น กำหนดให้ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกออกกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่มีมาตรฐานขั้นต่ำสุดเท่าที่กำหนดไว้ในข้อตกลงทริปส์⁶⁰ มาตรา 27(3)(ป) ที่ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกออก กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ ประเทศไทยไม่มีกฎหมายหรือกฎระเบียบที่ให้ความคุ้มครอง ทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาแก่พันธุ์พืชใหม่จึงมีความจำเป็นในฐานะที่เป็นสมาชิกองค์การการค้าโลกที่จะต้องออกกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ตามพันธกรณี

พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายเฉพาะที่ให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทาง ปัญญาต่อพันธุ์พืชใหม่ และในขณะเดียวกันกฎหมายฉบับนี้ยังเป็นเครื่องมือทางกฎหมายในการป้องกันการฉกฉวยทรัพยากรพันธุ์พืชที่มีอยู่แล้วในประเทศไทยด้วย กล่าวคือ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ได้บรรจุหลักการเรื่องการเข้าถึงและการแบ่งปัน

⁵⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542

⁶⁰ TRIPS Agreement, Art. 27.3B

ผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรชีวภาพของอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพไว้รวมกับหลักการคุ้มครองพันธุ์พืช ใหม่

พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 วางกฎเกณฑ์เรื่องการเข้าถึงพันธุ์พืชที่มีอยู่ในประเทศไทย โดยการแบ่งพันธุ์พืชที่มีอยู่แล้วในประเทศไทยเป็น 3 ประเภท⁶¹ คือ พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่า พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 กำหนดว่าการเก็บ จัดหา หรือรวบรวมพันธุ์หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของพันธุ์พืชเหล่านี้ เพื่อวัตถุประสงค์ในการวิจัยเพื่อประโยชน์ทางการค้าจะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หน่วยงานที่มีอำนาจหรือจากผู้เป็นเจ้าของแล้วแต่กรณี⁶² และจะต้องทำข้อตกลงการแบ่งปันผลประโยชน์ด้วย⁶³ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชฯ ยังกำหนดให้การนำพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป พันธุ์พืชป่าหรือส่วนหนึ่งส่วนใด ของพันธุ์พืชทั้งสอง ไปใช้ในการทำการศึกษา ทดลอง หรือวิจัยที่ไม่มีวัตถุประสงค์ทางการค้า จะต้องแจ้งไปยังอธิบดีกรมวิชาการเกษตร ในกรณีที่มีผลประโยชน์ที่รับจากการข้อตกลงการแบ่งปันผลประโยชน์เป็นรูปตัวเงิน จะมีการนำส่วนหนึ่งของรายได้เหล่านี้เข้ากองทุนคุ้มครองพันธุ์พืช ซึ่งเป็นกองทุนที่ถูกจัดตั้งขึ้นมา เพื่อช่วยเหลือ และอุดหนุนกิจการเกี่ยวกับการอนุรักษ์วิจัย และพัฒนาพันธุ์พืช

ดังเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 นั้น เป็นกฎหมายที่มีการ ผสมผสานระหว่างกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (การคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่) และกฎหมายความ หลากหลายทางชีวภาพ หรือ Biodiversity Law (การคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น พันธุ์พืชป่า และพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป) หรืออาจจะจำแนกได้ตามสภาพการคุ้มครองได้ 3 ระดับ⁶⁴ คือ

1. การคุ้มครองในระดับปัจเจกบุคคล (Private Property) ซึ่งสิทธิในทรัพย์สินดังกล่าว จะตกเป็นของปัจเจกบุคคล ในกรณี พระราชบัญญัติฉบับนี้ สิทธิพันธุ์พืชใหม่ถือว่าเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคล กล่าวคือนักปรับปรุงพันธุ์พืช ซึ่งการให้ได้มาสิทธินั้น นักปรับปรุงพันธุ์พืชต้องจดทะเบียนพันธุ์พืช ใหม่ของตนต่อกรมวิชาการเกษตรเสียก่อน
2. การคุ้มครองในระดับชุมชน (Community Property) ซึ่งสิทธิในทรัพย์สินดังกล่าวเป็นของชุมชนซึ่งกำหนดไว้ในกฎหมายฉบับนี้ พันธุ์พืชในลักษณะนี้ คือ พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น ซึ่งการให้ได้มาสิทธิสิทธินั้น ชุมชนต้องจดทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นของตนต่อ กรมวิชาการเกษตรเสียก่อน トラバจนถึงปัจจุบันยังไม่มีกรจดทะเบียนของพันธุ์พืชในลักษณะนี้
3. การคุ้มครองในระดับชาติ (National Property) ทรัพย์สินประเภทนี้สิทธิตกเป็นของประเทศโดยมีหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ดูแลสิทธิดังกล่าวซึ่งภายใต้ พระราชบัญญัตินี้ พันธุ์พืชป่า และพันธุ์พืช พื้นเมืองทั่วไป จัดอยู่ในการคุ้มครองระดับนี้ ซึ่งกรมวิชาการเกษตรมีหน้าที่ดูแลสิทธิดังกล่าว เมื่อพิจารณาแนวกฎหมายเห็นว่าสิทธิในทรัพย์สินประเภทนี้เกิดขึ้นตั้งแต่วันที่ พระราชบัญญัติ ฉบับนี้มีผลบังคับใช้

⁶¹ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542

⁶² มาตรา 48 และ มาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542

⁶³ มาตรา 48 และ มาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542

⁶⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 หมวดว่าที่เกี่ยวของผู้ทรงสิทธิ (หมวด 3-5)

ในช่วงเวลา 8 ปีที่ พระราชบัญญัติ ฉบับนี้ได้รับการตราออกมานั้น มีปัญหาหรืออุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมายอยู่หลายประการ โดยเฉพาะการบังคับใช้กฎหมายในส่วนการคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น ซึ่งอุปสรรคปัญหาในทางปฏิบัติเริ่มตั้งแต่คำนิยามของ ชุมชน⁶⁵ ซึ่งกฎหมายได้ให้คำนิยามว่า กลุ่มของประชาชนที่ตั้งถิ่นฐานและสืบทอดระบบวัฒนธรรมร่วมกันมาอย่างต่อเนื่อง และได้ขึ้นทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ จากคำนิยามดังกล่าวนี้ สืบทอดระบบวัฒนธรรม ร่วมกันมาอย่างต่อเนื่อง นั้นได้มีข้อถกเถียงว่าควรจะมีระยะเวลาอันกี่ปีจึงอาจถือว่าต่อเนื่องได้ ซึ่งกฎกระทรวงว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการขึ้นทะเบียนชุมชนและหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไข การจดทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น พ.ศ. 2549 กำหนดว่าบุคคลจะร่วมกันขอขึ้นทะเบียนเป็นชุมชนได้ ต้องมีคุณสมบัติ ดังนี้ 1. มีสัญชาติไทย 2. เป็นผู้บรรลุนิติภาวะ 3. ตั้งถิ่นฐานและสืบทอดระบบวัฒนธรรมร่วมกันในพื้นที่ดังกล่าวโดยต่อเนื่องมานาน้อยกว่า 10 ปี และ 4. เป็นผู้ร่วมกันอนุรักษ์และพัฒนาพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นที่ประสงค์จะจดทะเบียน

นอกจากนั้น ขนาดของชุมชนก็เป็นข้อถกเถียงเช่นกัน ว่าควรครอบคลุมระดับไหน แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณานิยามของพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น ซึ่งกฎหมายกำหนดว่า เป็นพันธุ์พืชที่มีอยู่เฉพาะในชุมชนใดชุมชนหนึ่งภายในราชอาณาจักรและไม่เคยจดทะเบียนเป็น พันธุ์พืชใหม่ ซึ่งได้จดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นตามพระราชบัญญัตินี้ปัญหาที่เกิดขึ้น จากคำนิยามดังกล่าวคือ ข้อกำหนดที่ว่าพันธุ์พืชที่มีอยู่เฉพาะในชุมชนใดชุมชนหนึ่งภายใน ราชอาณาจักร ซึ่งในความเป็นจริงนั้น ยากที่จะหาพันธุ์พืชใดที่มีอยู่ในชุมชนใดชุมชนหนึ่ง เท่านั้น เนื่องจากพันธุ์กรรมพืชสามารถเคลื่อนย้ายได้ตลอดเวลา โดยวิธีต่าง ๆ เช่น มนุษย์หรือ สัตว์มีชีวิตอื่น ๆ ตลอดจนธรรมชาติเป็นพาหะนำส่วนขยายพันธุ์ไปยังพื้นที่ต่าง ๆ ได้

จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542⁶⁶ นั้นคุ้มครองเฉพาะพันธุ์พืชเท่านั้น มิได้ครอบคลุมถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นแบบอื่น จึงนำมาใช้คุ้มครองได้อย่างมีข้อจำกัดจึงไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้ในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

2.5.5 พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542⁶⁷

ภายใต้การดูแลของ กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ ทางเลือก กระทรวงสาธารณสุข เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อป้องกันการฉกฉวยทรัพยากร สมุนไพรและองค์ความรู้ทางด้านการแพทย์แผนไทย โดยใช้หลักการของกฎหมายคุ้มครอง ทรัพย์สินทางปัญญาผสมผสานกับหลักการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพของอนุสัญญาว่าด้วย ความหลากหลายทางชีวภาพ ในการให้ความคุ้มครอง

การเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรชีวภาพภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครอง และส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติ ฉบับนี้ ให้ความคุ้มครองแก่ ตำรายาแผนไทย ตำราการแพทย์แผนไทยและสมุนไพร ซึ่ง พระราชบัญญัติ แบ่งลักษณะของตำรายาแผน

⁶⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *เรื่องเดิม*, หน้า 56.

⁶⁶ ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ, *เรื่องเดิม*, หน้า 23-26.

⁶⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542

ไทย และตำราการแพทย์แผนไทยออกเป็น 3 ประเภทคือ 1. ตำรับยาแผนไทยและตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ 2. ตำรับยาแผนไทยและตำรา การแพทย์แผนไทยทั่วไป และ 3. ตำรับยาแผนไทยและตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคล โดย หลักการแล้วผู้ประสงค์จะนำตำรับยาแผนไทยและตำราการแพทย์แผนไทยที่เป็นของชาติไป ทำการศึกษาวิจัยเพื่อปรับปรุง หรือพัฒนาเป็นตำรับยาใหม่เพื่อประโยชน์ทางการค้า จะต้องขออนุญาต ชำระค่าธรรมเนียม และค่าตอบแทนสำหรับการใช้ประโยชน์ต่อหน่วยงานที่รับผิดชอบในส่วนของการคุ้มครองสมุนไพรนั้น พระราชบัญญัติ คุ้มครองฯ พ.ศ. 2542 จะให้การคุ้มครอง สมุนไพรที่กระทรวงสาธารณสุขประกาศให้เป็นสมุนไพรควบคุม พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้ การ ศึกษาวิจัย ส่งออก จำหน่าย หรือแปรรูปสมุนไพรควบคุมเพื่อการค้าจะต้องได้รับอนุญาตจาก หน่วยงานผู้อนุญาต โดย พระราชบัญญัติ ฉบับนี้จะกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการเงื่อนไข ในการครอบครอง การใช้ประโยชน์ การดูแล การเก็บรักษา การขนย้าย การศึกษาวิจัย รวมทั้งการส่งออกเพื่อการค้า ในกรณีที่มิทำการขออนุญาตการนำตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทย ของชาติ หรือไม่ทำการขออนุญาตการนำสมุนไพรควบคุมไปใช้ประโยชน์ ผู้ฝ่าฝืนจะต้องระวาง โทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเป็นกฎหมายที่มีรูปแบบแตกต่างจากกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทั่วไป⁶⁸ กล่าวคือ ให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่ใหม่หรือมีปรากฏหรือมีการใช้ประโยชน์มาแล้ว ซึ่งเมื่อวิเคราะห์ตามหลักการและวัตถุประสงค์ของกฎหมายแล้ว อาจมีปัญหาค่าที่ส่งผลให้ในการปฏิบัติจริงเป็นไปได้ยาก และเป็น เรื่องใหม่ที่ยังไม่มี บทเรียนหรือกรณีศึกษาให้ได้ศึกษาแนวทางที่เหมาะสมสอดคล้องกับ สภาพการณ์ที่ถูกต้องอย่างแท้จริงได้สถานการณ์ในขณะนี้มีความหมายภายในประเทศที่เกี่ยวข้องกับสมุนไพรซึ่งเป็นทรัพยากรชีวภาพ และทรัพยากรธรรมชาติที่สำคัญ ซึ่งเชื่อมโยงกับความรับผิดชอบต่อหน่วยงานและองค์กรทั้งภาครัฐและเอกชนหลายหน่วยงาน⁶⁹ เช่น

1. พื้นที่อนุรักษ์ได้แก่เขตพื้นที่ป่าตามกฎหมายเกี่ยวกับป่าไม้อยู่ในความ รับผิดชอบของกรมป่าไม้ และกรมอุทยานแห่งชาติสัตว์ป่าและพันธุ์พืช ได้แก่

พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504: เขตอุทยานแห่งชาติ และเขตวนอุทยานแห่งชาติ

พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2503 แกะไข พ.ศ. 2535: เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า

พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2502: เขตป่าสงวนแห่งชาติ

พระราชบัญญัติสงวนป่า พ.ศ. 2535: พื้นที่ที่ขึ้นทะเบียนการทำสวนป่า

2. พื้นที่เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า

พระราชบัญญัติบำรุงพันธุ์สัตว์ พ.ศ. 2509

พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติพันธุ์พืช พ.ศ. 2518

พระราชบัญญัติกักพืช พ.ศ. 2507

⁶⁸ ธนิต ชังถาวร และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 112-115.

⁶⁹ ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ, *เรื่องเดิม*, หน้า 23-26.

พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ.2490: พื้นที่เขตอนุรักษ์ห้ามจับสัตว์น้ำ พื้นที่ทรัพยากรชายฝั่ง 3,000 เมตร

3. เขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อม

พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535

4. พื้นที่นอกเขตอนุรักษ์ ได้แก่พื้นที่ สาธารณประโยชน์ที่ประชาชนใช้ ร่วมกันเป็นเขตพื้นที่ตามประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 อยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและกระทรวงมหาดไทย ได้แก่ พื้นที่ชุ่มน้ำ พื้นที่ทำเลเลี้ยงสัตว์ พื้นที่ สาธารณประโยชน์ที่ประชาชนสงวนไว้ใช้ร่วมกัน พื้นที่นอกเขตป่า ที่สาธารณประโยชน์ได้แก่ พื้นที่ในแปลงเกษตรกรรม พื้นที่รกร้างว่างเปล่าของเอกชนและของส่วนราชการซึ่งกฎหมายไม่ได้ กำหนดเป็นเขตพื้นที่

แม้ว่าหลักการของกฎหมายคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยจะ กำหนดให้มีการประกาศเขตพื้นที่คุ้มครองโดยการประสานการดำเนินการบริหารจัดการร่วมกัน ระหว่างส่วนราชการและองค์กรที่เกี่ยวข้องแต่ในทางปฏิบัติจะต้องผ่านความเห็นชอบของ คณะรัฐมนตรี และในกรอบกฎหมายและวัตถุประสงค์ที่ค่อนข้างจะหลวมซ้อนกันในเรื่องของ อำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงาน (ตามกฎหมาย) แต่มีนโยบายและวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองอาณา เขตและทรัพยากรธรรมชาติแต่ละประเภทแยกจากกันภายใต้กฎหมายของแต่ละหน่วยงานจึงอาจ สร้างปัญหาในการประสานงาน และการกำหนดบทบาทการแยกส่วนในการทำงานทำให้ไม่ สามารถบริหารจัดการกับพื้นที่คุ้มครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งประเด็นนี้เป็นที่ถกเถียงกันอยู่ เสมอในเวทีวิชาการของนักอนุรักษ์ตลอดจนกระบวนการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่ง ยังมีข้อขัดแย้งจึงทำให้กฎหมายลำดับรองต่าง ๆ ที่ต้องออกตามพระราชบัญญัติค่อนข้างล่าช้า ยังไม่เห็นผลจริงในการบังคับใช้นอกจากนี้การบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร เนื่องจากยังไม่มีฐานข้อมูลภูมิปัญญา หรือทำเนียบภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย (มาตรา 15) โดยเฉพาะการประกาศตำรับยาแผนไทยของชาติหรือตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ และตำรับยาแผนไทย ทั่วไปหรือตำราการแพทย์แผนไทยทั่วไป ตลอดจนขาดการผลักดันเชิงนโยบายอย่างจริงจังและ ต่อเนื่อง

แม้ว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้ จะเป็นการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างหนึ่งแต่ก็คุ้มครองเฉพาะการแพทย์แผนไทยเท่านั้นหาได้คุ้มครองครอบคลุมไปถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นประเภทอื่นไม่ หากจะนำมาใช้คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างอื่นก็จะไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ตามพระราชบัญญัตินี้ จึงทำให้เกิดสุญญากาศในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นอยู่

2.5.6 พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504⁷⁰

นี้เป็นกฎหมายสำคัญซึ่งเกิดขึ้นจากความตระหนักถึงคุณค่าและความสำคัญในมรดกทางศิลปวัฒนธรรมของชาติที่บรรพบุรุษของไทยได้สร้างสมมาเป็นเวลาช้านานไม่ว่าจะเป็น โบราณสถาน โบราณวัตถุ หรือศิลปวัตถุที่กำลังถูกทอดทิ้ง ทำลาย ทำให้สูญหาย หรือเสื่อมค่า เนื่องด้วยการ

⁷⁰ พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504

กระทำของมนุษย์ทั้งที่โดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์หรือการกระทำที่คำนึงถึงแต่ประโยชน์ ส่วนตนรวมไปถึง การกระทำเพื่อพัฒนาประเทศ ดังนั้นเพื่อเป็นการรักษาทรัพย์มรดกทาง ศิลปวัฒนธรรมของชาติให้ ยังคงอยู่และส่งเสริมเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจในมรดกทาง ศิลปวัฒนธรรมที่ถูกต้องให้กับประชาชน ทั่วไป รัฐจึงเห็นสมควรให้มีการตราพระราชบัญญัติ โบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและ พิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ขึ้น เพื่อเป็น ประโยชน์ในการร่วมกันดูแลรักษาทรัพย์มรดกทาง ศิลปวัฒนธรรมของชาติให้ยังคงอยู่คู่ชาติไทย สืบไปซึ่งสาระสำคัญ⁷¹ มีดังนี้

1. กฎหมายฉบับนี้เป็นการคุ้มครองทรัพย์มรดกของชาติให้คงอยู่ ซึ่งกฎหมาย ดังกล่าวเป็น กฎหมายเชิงอนุรักษ์เป็นหลัก ตลอดจนควบคุมการนำไปใช้ประโยชน์โดยเฉพาะ สิ่งเทียมโบราณวัตถุ สิ่งเทียมศิลปวัตถุ

2. สิ่งที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัตินี้เป็นอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นทรัพย์ที่มีรูปร่าง (Tangible Property) หากแต่ไม่คุ้มครององค์ความรู้ (Intangible Knowledge) หรือการทำให้เสื่อมเสีย ที่เกี่ยวข้องกับโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ เช่น การนำรูป พระพุทธรูปไป ทอเป็นพรมปูพื้น หรือการนำเศียรพระที่เป็นสิ่งเทียมโบราณวัตถุไปเป็นที่วาง เครื่องประดับในร้านค้า เป็นต้น

สาระสำคัญของกฎหมาย ถึงแม้ว่า พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและ พิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและ พิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 จะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครอง ดูแล รักษา โบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ ที่มีผลบังคับใช้อยู่ใน ปัจจุบัน แต่เพื่อความชัดเจนและแก้ไขข้อขัดข้องหรือช่องว่างบางประการของพระราชบัญญัติฉบับนี้ จึงได้มีการออกกฎกระทรวง ประกาศและคำสั่งว่าด้วยการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับพระราชมรดก บัญญัตินี้อยู่เนื่อง ๆ ตัวอย่างเช่น กฎกระทรวงฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2539) ออกตามความในพระราช บัญญัติ โบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 บัญญัติ หลักเกณฑ์ พร้อมแบบคำขอขออนุญาตนำโบราณวัตถุ ศิลปวัตถุออกนอกราชอาณาจักรหรือการแก้ไข บทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ให้สอดคล้องกับกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น กรณีมีการออกพระราช กฤษฎีกาโอนกิจการบริหารและอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติ ปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นเหตุให้อำนาจหน้าที่ต่าง ๆ ของรัฐมนตรีว่าการ กระทรวง ศึกษาธิการตามพระราชบัญญัติฉบับนี้โอนมาเป็นของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม ซึ่งเป็นการ อนุมัติให้เป็นไปตามหลักการของกฎหมายที่เกี่ยวข้องนั่นเอง

สิ่งซึ่งพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและ พิพิธภัณฑสถาน แห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 ให้ความคุ้มครองแบ่งออกเป็น 6 ประเภท⁷² ได้แก่

1. โบราณสถาน หมายความว่า อสังหาริมทรัพย์ซึ่งโดยอายุหรือโดย ลักษณะแห่งการ ก่อสร้างหรือโดยหลักฐานเกี่ยวกับประวัติของอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นประโยชน์ ในทางศิลปะ

⁷¹ วรพงษ์ พูลพานิช, *เรื่องเดิม*, หน้า 42-44.

⁷² *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 46-49.

ประวัติศาสตร์หรือโบราณคดี ทั้งนี้ให้รวมถึงสถานที่ที่เป็นแหล่งโบราณคดี แหล่งประวัติศาสตร์และอุทยานประวัติศาสตร์ด้วย

2. โบราณวัตถุ หมายความว่า สंहาริมทรัพย์ที่เป็นของโบราณ ไม่ว่า จะเป็นสิ่งประดิษฐ์หรือสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ หรือที่เป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของโบราณสถาน ซากมนุษย์หรือซากสัตว์ซึ่งโดยอายุหรือโดยลักษณะแห่งการประดิษฐ์หรือโดยหลักฐานเกี่ยวกับ ประวัติของสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นประโยชน์ทางศิลปะ ประวัติศาสตร์ หรือโบราณคดี

3. ศิลปวัตถุ หมายความว่า สิ่งที่ทำด้วยมืออย่างประณีตและมีคุณค่าสูงในทางศิลปะ

4. สิ่งเทียมโบราณวัตถุ หมายความว่า สิ่งที่ทำเทียม โบราณวัตถุ หรือส่วนของโบราณวัตถุที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้ตามพระราชบัญญัตินี้หรืออยู่ในความครอบครองของ กรมศิลปากร (สิ่งเทียมโบราณวัตถุ เป็นสิ่งที่อยู่ในความควบคุมตามพระราชบัญญัติฉบับนี้)

5. สิ่งเทียมศิลปวัตถุ หมายความว่า สิ่งที่ทำเทียมศิลปวัตถุหรือส่วน ของศิลปวัตถุที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้ตามพระราชบัญญัตินี้ หรืออยู่ในความครอบครองของกรม ศิลปากร (สิ่งเทียมศิลปวัตถุ เป็นสิ่งที่อยู่ในความควบคุมตามพระราชบัญญัติฉบับนี้เช่นเดียวกัน)

6. พิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ เป็นที่เก็บรักษาโบราณวัตถุและศิลปวัตถุอัน เป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน ซึ่งจะจัดตั้งขึ้น ณ ที่ใด หรือจะให้สถานที่ใดเป็นพิพิธภัณฑสถาน แห่งชาติ ตลอดจนการถอนสภาพพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ ให้รัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษา โดยพิพิธภัณฑสถาน แห่งชาติ ที่มีอยู่แล้วในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับให้ถือเป็น พิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ ตามความในพระราชบัญญัตินี้เช่นกัน 41 จะเห็นได้ว่าสิ่งที่กฎหมายฉบับนี้ให้ความคุ้มครองนั้นมีไม่เพียงเป็นสิ่งที่เกิดขึ้น หรือมีมาแต่โบราณเท่านั้น หากแต่สิ่งที่เกิดขึ้นใหม่ก็อาจได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ ฉบับนี้เช่นกัน ถ้าสิ่งที่เกิดขึ้นใหม่นั้นเป็นสิ่งที่ทำด้วยมืออย่างประณีตและมีคุณค่าสูงในทางศิลปะ (ดังคำนิยามของคำว่า ศิลปวัตถุ)

พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้มีกลไกเพื่อประโยชน์ในการร่วมกันดูแลรักษา และควบคุมทรัพย์สินมรดกของชาติเช่นเดียวกับกฎหมายฉบับเดิม อันได้แก่ พระราชบัญญัติ โบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2477 และพระราชบัญญัติ โบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 นั่นคือ หลักการ การขึ้นทะเบียนเพียงแต่ในกฎหมายฉบับเดิมทั้งสองฉบับนั้นมิได้ใช้คำว่าขึ้นทะเบียน แต่ใช้คำว่าจดทำบัญชี

โดยการขึ้นทะเบียนโบราณสถานตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ โบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 กำหนดไว้ เพื่อประโยชน์ในการร่วมกันดูแลรักษาและควบคุมโบราณสถานนั้น⁷³ แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ

1. กรณีที่โบราณสถานนั้นไม่มีเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วย กฎหมาย พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้อธิบดีมีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษาขึ้นทะเบียนโบราณสถานใด ๆ และให้มีอำนาจกำหนดเขตที่ดินที่ดินตามที่เห็นสมควรให้เป็นเขตโบราณสถาน ด้วย

⁷³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 46-48.

2. กรณีที่โบราณสถานที่มีเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมาย อธิบดีมีหน้าที่จะต้องแจ้งเป็นหนังสือไปยังเจ้าของหรือผู้ครอบครองให้ทราบถึงการขึ้นทะเบียน และหากเจ้าของหรือผู้ครอบครองไม่พอใจก็สามารถใช้สิทธิร้องขอต่อศาลให้ระงับการขึ้นทะเบียน หรือการกำหนดเขตที่ดินได้ ทั้งนี้เป็นไปตามเจตนารมณ์การขึ้นทะเบียนเพื่อประโยชน์ในการ ร่วมกันดูแลรักษา โดยเคารพสิทธิของเอกชนที่มีอยู่โดยชอบด้วยกฎหมายด้วย

หลักการขึ้นทะเบียนนี้ถูกนำมาใช้กับกรณีของโบราณวัตถุและศิลปวัตถุด้วย เช่นเดียวกันแต่แตกต่างกันในรายละเอียดบางประการเช่น ในกรณีการขึ้นทะเบียนโบราณวัตถุ และศิลปวัตถุที่มีเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายมิได้บัญญัติให้อธิบดีต้อง แจ้งการขึ้นทะเบียนนั้นแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายดังเช่นที่กำหนดไว้ใน กรณีการขึ้นทะเบียนโบราณสถาน ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535⁷⁴

ส่วนในกรณีของสิ่งเทียมโบราณวัตถุหรือสิ่งเทียมศิลปวัตถุที่อยู่ในความครอบครอง ของกรมศิลปากรหรือที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้และเป็นประโยชน์ทางศิลปะ ประวัติศาสตร์หรือ โบราณคดีเป็นพิเศษ นั้น พระราชบัญญัตินี้ให้อำนาจอธิบดีกรมศิลปากรในการกำหนด หลักเกณฑ์ และสิ่งที่ควบคุม การทำเทียมไว้ ในราชกิจจานุเบกษา โดยให้การผลิต การค้า หรือมีไว้ ซึ่งสถานที่ทำการค้าซึ่งสิ่งเทียมนี้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่อธิบดีกำหนด และให้ผู้ผลิตสิ่งเทียม โบราณวัตถุหรือสิ่งเทียมศิลปวัตถุแจ้งรายการที่ตนจะผลิตพร้อมแสดงให้ปรากฏซึ่งสิ่งที่ตนจะผลิต

เมื่อพิจารณานิยามและขอบเขตของภูมิปัญญาท้องถิ่นในบริบทที่กล่าวมาแล้วเห็นว่า ภูมิปัญญานั้นมีขอบเขตที่กว้างมาก ครอบคลุมทั้งการแพทย์ ศิลปกรรม ประเพณี ความเชื่อต่าง ๆ เป็นต้น กระแสความต้องการที่สูงขึ้นของผู้บริโภคต่อสินค้าหรือบริการที่พัฒนามาจากภูมิปัญญา ท้องถิ่น ทำให้ภูมิปัญญาดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้เพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์มากขึ้น ในบางกรณีภูมิปัญญาได้ถูกนำมาพัฒนาต่อยอดเพียงเล็กน้อยแล้วนำผลการพัฒนาต่อยอด ดังกล่าวเข้าสู่ระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เช่น นำไปจดสิทธิบัตร เป็นต้น ทำให้เกิดความกังวลว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นจะถูกครอบครองและนำไปใช้ประโยชน์โดยกลุ่มบุคคล องค์กร โดยเฉพาะบริษัทข้ามชาติไม่มีการขอ อนุญาตและแบ่งปันผลประโยชน์ หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจ ถูกนำไปใช้ในทางที่เสื่อมเสีย หากเมื่อพิจารณากฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในประเทศไทยที่มีอยู่ในปัจจุบัน พบว่ามีกฎหมายเพียงฉบับเดียวที่คุ้มครองภูมิปัญญาโดยตรง คือ พระราชบัญญัติ คุ้มครองและส่งเสริม ภูมิปัญญา การแพทย์แผนไทย อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับนี้ได้ขีดวงจำกัดไว้เฉพาะภูมิปัญญาด้าน การแพทย์ เท่านั้น ในขณะที่ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชให้การคุ้มครองเพียงแค่พันธุ์กรรมพืช ส่วนพระราชบัญญัติ โบราณสถานฯ คุ้มครองเฉพาะวัตถุ แต่ไม่ได้คุ้มครององค์ความรู้หรือภูมิปัญญาท้องถิ่น⁷⁵ จึงอาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยยังมีช่องโหว่ในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

⁷⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 46-49.

⁷⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 46-49.

อย่างไรก็ดี ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ไม่ได้ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นการเฉพาะ การนำเอาระบบกฎหมายดังกล่าวมาใช้กับภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงมีปัญหาหลายประการ ดังนี้

1. กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามุ่งให้สิทธิแก่ปัจเจกชนที่สร้างสรรค์หรือประดิษฐ์งานใหม่ เพื่อเป็นการตอบแทนในทางเศรษฐกิจแก่บุคคลนั้น ตัวอย่างเช่น กฎหมายลิขสิทธิ์ให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในอันที่จะห้ามมิให้ผู้อื่นทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นต่อสาธารณชน ซึ่งโดยทั่วไป เจ้าของลิขสิทธิ์คนแรกก็คือผู้ที่สร้างสรรค์งานนั้นขึ้น ส่วนกฎหมายสิทธิบัตรให้สิทธิเด็ดขาดแก่ผู้ทรงสิทธิบัตรเหนือการประดิษฐ์ที่มีการคิดค้นขึ้นใหม่ และผู้ที่มีสิทธิยื่นคำขอรับสิทธิบัตรเป็นคนแรกก็คือผู้ประดิษฐ์นั่นเอง ภายใต้ระบบนี้ จึงต้องมีผู้สร้างสรรค์หรือผู้ประดิษฐ์ที่ชัดเจน เพื่อจะนำมาสู่การให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาได้ ในทางกลับกัน แนวคิดในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดแบบปัจเจกชนนิยม เนื่องจากภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นสิ่งที่ถ่ายทอดกันมาหลายชั่วอายุคน การกำหนดหรือระบุตัวผู้สร้างสรรค์หรือผู้ประดิษฐ์จึงเป็นสิ่งที่แทบจะเป็นไปไม่ได้ในทางปฏิบัติ แม้ในบางกรณีภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจถูกสร้างสรรค์หรือประดิษฐ์คิดค้นมาจากบุคคลคนใดคนหนึ่งในกลุ่มชน ซึ่งทำให้สามารถระบุตัวผู้สร้างสรรค์หรือผู้ประดิษฐ์ได้ก็ตาม แต่ก็ไมอาจถือว่าภูมิปัญญานั้นเป็นสมบัติร่วมกันของกลุ่มชน

2. ปรัชญาของทรัพย์สินทางปัญญาคือการคุ้มครองผลิตผลทางความคิดของมนุษย์ที่เป็นสิ่งใหม่เท่านั้น สิ่งที่ปรากฏต่อสาธารณชนอยู่แล้วหรือเป็นเพียงการค้นพบย่อมไม่อาจได้รับการคุ้มครอง แม้ภูมิปัญญาท้องถิ่น จะเป็นผลิตผลทางปัญญาของกลุ่มชนที่ต้องใช้ความวิริยะอุตสาหะของบุคคลในกลุ่มชนหลายชั่วคนก็ตาม แต่ภูมิปัญญาท้องถิ่นก็มักถูกเปิดเผยแก่คนทั่วไปแล้ว จึงไม่อาจถือว่าทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับการคุ้มครอง

3. กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามีเจตนารมณ์ที่ส่งเสริมให้มีการนำความรู้ที่เกิดขึ้นนั้นไปแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ จึงกำหนดหลักเกณฑ์ว่าความรู้นั้นต้องสามารถนำไปประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ ซึ่งหลักการเช่นนี้ขัดแย้งกับความคิดในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ที่มุ่งให้มีการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ และส่งเสริมให้มีการประโยชน์จากทรัพยากรเหล่านั้นอย่างยั่งยืน

4. ทรัพย์สินทางปัญญาให้สิทธิเด็ดขาดแก่ผู้ทรงสิทธิเพียงชั่วระยะเวลาอันมีจำกัด เมื่อหมดอายุการคุ้มครอง ทรัพย์สินทางปัญญานั้นก็จะกลายเป็นสมบัติสาธารณะที่บุคคลทั่วไปสามารถใช้สอยได้โดยไม่จำเป็นต้องขออนุญาต หลักการเช่นนี้แตกต่างโดยสิ้นเชิงกับวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นซึ่งไม่ได้มุ่งหมายที่จะตอบแทนหรือให้รางวัลแก่ผู้สร้างสรรค์ แต่ต้องการให้การใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นไปโดยเคารพจารีตประเพณีของท้องถิ่น และต้องมีการรับรู้ถึงสิทธิของกลุ่มชน ดังนั้น การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงไม่ควรที่จะถูกจำกัดโดยระยะเวลา

ดังนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ประเทศไทยต้องมีการคุ้มครองจำเพาะ (Sui Generis Protection) สำหรับภูมิปัญญาท้องถิ่นที่นอกเหนือจากภูมิปัญญาด้านการแพทย์ โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวควรตีขอบเขตไว้แก่ภูมิปัญญาท้องถิ่น ไม่ควรครอบคลุมทรัพยากรพันธุกรรม (Genetic Resources) ด้วยเหตุผลที่ว่า ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นมี พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช รองรับแล้ว โดยเฉพาะ พันธุกรรมพืช และ พระราชบัญญัติ คุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ก็ครอบคลุม ทรัพยากรพันธุกรรมโดยเฉพาะในส่วนที่เป็นสมุนไพรควบคุม

2.6 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิของการเป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่น

นิยามของคำว่า “สิทธิ (Right)” มีผู้ให้ความหมายแตกต่างกันหลายทัศนะ อาทิ ความหมายของพจนานุกรมไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525⁷⁶ ได้ให้ความหมายว่าอำนาจที่จะกระทำการใด ๆ ได้อย่างอิสระ โดยได้รับการรับรองจากกฎหมาย หรือตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กล่าวถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของคนไทยไว้ในนัยของสิทธิในฐานะที่เป็นมนุษย์และพลเมืองไทย โดยสิทธิก็คือประโยชน์หรืออำนาจของบุคคลที่กฎหมายรับรอง หรือคุ้มครอง หรือตามความหมายทางด้านสิทธิมนุษยชนที่ได้กล่าวไว้ว่า สิทธิหมายถึงสิ่งที่ไม่มี รูปร่าง ซึ่งมีอยู่ในตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิด หรือกำหนดขึ้นโดยกฎหมายให้ได้รับประโยชน์และมนุษย์เป็นผู้เลือก ใช้สิ่งนั้นโดย ไม่มีผู้ใดมาบังคับ เช่น สิทธิในการกินอยู่ หลับนอน เป็นสิ่งที่มาตั้งแต่เกิด นอกจากนี้คำนิยามของ สิทธิ ในทฤษฎีนิติศาสตร์คลาสสิก⁷⁷ ก็คือ ประโยชน์ (Interest) ของบุคคล ที่กฎหมายรับรอง (Recognized) และคุ้มครอง (Protected) ให้ ซึ่งก่อให้เกิด หน้าที่ (Duty) แก่ บุคคลอื่นที่จะต้องเคารพและปฏิบัติตาม หากไม่ ปฏิบัติหน้าที่ ระบบยุติธรรมของรัฐก็จะบังคับให้ต้องปฏิบัติหรือชดใช้ค่าเสียหาย นอกจากนั้น สิทธิ ซึ่งใช้ในภาษาอังกฤษว่า Right ยังมีนัยทาง คุณค่า (Value) ด้วยว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง (Right) ผู้ใดไม่เคารพก็กลายเป็นผู้ผิด โดยนัยนี้สิทธิจึงมีฐานะ เป็นมาตรวัดความถูกต้องทางสังคมไปด้วยอีกนัย สิทธิ จึงเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างคนกับคน ซึ่งมีสิทธิเป็นตัวเชื่อมในการกำหนดความสัมพันธ์ในการเข้าถึง ตามนัยของการมีทรัพย์สินก็คือการมีสิทธิในความหมายที่ผู้อ้างสิทธิต้องสามารถบังคับให้เป็นไปตามสิทธิ เพื่อใช้ประโยชน์บางอย่างได้ ตามที่กำหนดไว้ในหลักการทางศีลธรรมของสังคมหรือกฎหมาย นักสังคมวิทยาและนักมานุษยวิทยา⁷⁸ จึงใช้แนวความคิดเรื่องสิทธิในทรัพย์สิน เพื่อเป็นพื้นฐานในการศึกษาความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างผู้คนในสังคม ที่เกิดจากการมีความสามารถในการเข้าถึงทรัพย์สินได้ต่างกัน โดย จะใช้แนวความคิดเรื่องสิทธิในทรัพย์สิน เพื่อศึกษาการจัดองค์กรทางสังคมของในเรื่องของสิทธิในแง่มุมต่าง ๆ ทั้งด้านความเป็นปัจเจกชนและความเป็นชุมชน ซึ่งมักจะเริ่มจากการเป็น จารีตประเพณี ที่ปฏิบัติอยู่ในแต่ละสังคม แต่ละท้องถิ่น ดังปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 66 เพราะ ถือว่าจารีตนั้นก็คือ สิทธิ ว่าเป็นสิทธิของชุมชนด้วย ประเพณีหนึ่งในแง่ที่เป็นกฎเกณฑ์ทางศีลธรรมของชุมชนเดียวกันที่ เรียกว่าสิทธิตามจารีตประเพณี (Customary Rights)⁷⁹ ซึ่งอาจจะแตกต่างจากสิทธิตามกฎหมายก็ได้ (Legal Rights) ทั้งนี้เพราะสิทธิตามจารีตมักจะตั้งอยู่บนหลักของสิทธิทางศีลธรรม (Moral Rights) อย่างเคร่งครัดสิทธิตามจารีตประเพณีนี้ มักจะรวมเอาการอ้างสิทธิไว้ในหลายรูปแบบ รวมทั้ง สิทธิในการ

⁷⁶ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 (กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2546).

⁷⁷ สุนทร ล้อศิริรัตนกุล, ปัญหาการบังคับใช้สิทธิตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ในลิขสิทธิ์ สิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้า (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2540), หน้า 20-22.

⁷⁸ โสภารัตน์ จารุสมบัติ, นโยบายและการจัดการสิ่งแวดล้อม (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและสิ่งพิมพ์ คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 4.

⁷⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *เรื่องเดิม*, หน้า 98.

ร่วมกันของชุมชน ดังเช่นในสังคมภาคเหนือของไทยจะเรียกที่ดินที่เป็นของส่วนร่วมว่า ที่ดินหน้าหมู่บ้าน ซึ่งมักจะเป็นพื้นที่ป่ารอบ ๆ หมู่บ้าน หรือที่ดินใช้สอยร่วมกันของชุมชน การถือครอง ร่วมกันเช่นนี้ มักจะตกทอดมาผ่านหลักการเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินของบรรพชน (Ancestral Rights) ซึ่งชุมชนท้องถิ่นจะลุกขึ้นเรียกร้องต่อสู้เพื่อรักษาสิทธิของตนไว้ อันเป็นสิทธิพื้นฐานที่เรียกว่า “สิทธิชุมชน (Community Rights)”⁸⁰ เป็นแนวคิดหนึ่งที่ได้ให้อำนาจกับชุมชนได้เข้ามามีส่วนร่วมกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม อันเป็นการแสดงออกของความพยายามในการ ยอมรับกฎเกณฑ์ร่วมกันในการจัดการทรัพยากร ซึ่งถือเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งตาม รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่ให้ความสำคัญกับการเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน ในบริบทของสังคมทั่วไปนั้นได้มีผู้อธิบายถึงความหมายของสิทธิชุมชน (Community Rights) เอาไว้ ดังนี้

เสน่ห์ จามริก⁸¹ ได้ให้ความเห็นที่เกี่ยวกับสิทธิของชุมชนว่า สิทธิของกลุ่มหรือของชุมชน หรือเป็นสิทธิร่วมเหนือทรัพยากรของชุมชน อันครอบคลุมตั้งแต่ ดิน น้ำ ป่า ทรัพยากรพันธุกรรม/ภูมิปัญญาท้องถิ่น ฯลฯ เป็นสิทธิตามธรรมชาติ สิทธิประเพณีของชุมชนในการดูแลและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรร่วมกันทั้งนี้เพราะชุมชนท้องถิ่นจะอยู่รอดและพัฒนาตนเองอย่างยั่งยืนและมีศักดิ์ศรีได้ จำเป็นต้องมีสิทธิขั้นพื้นฐานในการใช้และ ดูแลทรัพยากรอย่างยั่งยืน. . .สิทธิชุมชนดังกล่าวยังรวมถึงการปฏิเสธการรุกรานจากภายนอกที่ส่งผลกระทบต่อฐานทรัพยากรของชุมชน

ยศ สันตสมบัติ⁸² กล่าวว่า สิทธิชุมชน หมายถึง สิทธิร่วม เหนือทรัพย์สินของชุมชน สมาชิกของชุมชนซึ่งทำ หน้าที่ดูแลรักษาเท่านั้นจึงจะมีสิทธิใช้และได้ประโยชน์ สิทธิชุมชนให้ความสำคัญกับการใช้ ประโยชน์จากทรัพยากรส่วนรวมมากกว่าส่วนตน แม้สมาชิกชุมชนจะมี สิทธิตามธรรมชาติ ในการใช้ทรัพยากรส่วนรวมแต่ชุมชนก็สามารถออกกฎเกณฑ์เพื่อความเป็นธรรมในทางสังคม สิทธิการใช้เพื่อความยั่งยืนของระบบนิเวศและเพื่อความอยู่รอดของชุมชนจึงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของชุมชน

นอกจากนี้ สิทธิชุมชนไม่ได้หมายถึงการยึดเอากรรมสิทธิ์เหนือทรัพยากรโดยเด็ดขาด แต่หมายถึง การจำกัดสิทธิการใช้ทรัพยากรซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ร่วมของชาวบ้านทุกคนให้ขึ้นอยู่กับอำนาจของ ชุมชนในการวางกฎเกณฑ์เพื่อรักษาและใช้ทรัพยากรเหล่านั้น⁸³

สิทธิชุมชนไม่ใช่เฉพาะสิทธิในทรัพย์สินแต่เป็นสิทธิที่ชุมชนสามารถร่วมกันบริหารจัดการ และ ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติได้ รวมถึงการดูแลรักษาให้ทรัพยากรสิทธิและพิทักษ์รักษาวัฒนธรรมและสิ่งแวดล้อม ตลอดจนสิทธิอื่น ๆ อันเกี่ยวข้องกับการมีชีวิตอยู่โดยไม่ถูกรบกวนล่วงเกิน เกี่ยวข้องกับความสามารถในการพึ่งตนเองของชุมชนของตน โดยตั้งอยู่บนฐานทรัพยากรชุมชนในการดำรงอยู่ ซึ่งทรัพยากรชุมชน (Community Resources) หมายถึง สรรพสิ่งที่อยู่ในชุมชน ซึ่งอาจจะแบ่งออกเป็น 3 องค์ประกอบใหญ่ ๆ⁸⁴ คือ

⁸⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 98.

⁸¹ จริฎ โฆษณานนท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2545), หน้า 396.

⁸² โสภารัตน์ จารุสมบัติ, เรื่องเดิม, หน้า 72.

⁸³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 72.

⁸⁴ พงษ์สวัสดิ์ อักษรสวัสดิ์, เรื่องเดิม, หน้า 62.

1. ทรัพยากรชุมชนทางชีวภาพ ได้แก่ มนุษย์ สัตว์ พืช และสิ่งมีชีวิตขนาดเล็ก
2. ทรัพยากรชุมชนทางกายภาพ ได้แก่ ทรัพยากรตามธรรมชาติ คือ ดิน น้ำ แร่ธาตุ ป่าไม้ พลังงาน อากาศ และแสง
3. ทรัพยากรที่ชุมชนสร้างขึ้น ได้แก่ สิ่งก่อสร้าง โบราณสถาน ศิลปกรรม ขนบธรรมเนียม ประเพณี วัฒนธรรม ภูมิปัญญา กลุ่ม และองค์กรชุมชนต่าง ๆ เป็นต้น

ท่ามกลางกระแสแห่ง “สิทธิชุมชน” กับ “การการอนุรักษ์ทรัพยากรชุมชน” สังคมโลกได้ประจักษ์ว่าวิธีการในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชุมชน และให้ความสำคัญแก่อย่างยิ่งต่อทรัพยากรธรรมชาติ ความหลากหลายทางชีวภาพ และภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งมีความสัมพันธ์กันอย่างแนบแน่นโดยเฉพาะภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นองค์ความรู้ที่สำคัญอย่างยิ่ง มีการถ่ายทอดมาในชุมชนที่มีลักษณะเป็นพลวัตร (Dynamic) มีการพัฒนาขึ้นอย่างต่อเนื่องตามความต้องการและการดำรงชีวิตของผู้คนในชุมชน ไม่ว่าจะเป็นด้านการผลิตอาหารยารักษาโรค หรือจะเป็นสิ่งอื่น ๆ ที่มีคุณค่า อาจมีการแลกเปลี่ยนความรู้ระหว่างชุมชนกลับเป็นไปอย่างเสรี โดยไม่มีข้อจำกัดว่าการนำเอาความรู้ของผู้คนในชุมชนอื่นมาใช้เพื่อประโยชน์ในการดำรงชีวิตนั้นจะเป็นสิ่งที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือจริยธรรม

ซึ่งปัจจุบัน “สิทธิชุมชน” ได้รับรองและการคุ้มครองบริหารจัดการประโยชน์อันเกิดจากภูมิปัญญาท้องถิ่น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550⁸⁵ โดยบัญญัติไว้ในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ส่วนที่ 12 ว่าด้วยสิทธิชุมชน ในมาตรา 66 บัญญัติไว้ว่า “บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน ชุมชนท้องถิ่นหรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติและมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากร ธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน” และ มาตรา 67 บัญญัติไว้ว่า “สิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมกับรัฐและชุมชนในการอนุรักษ์ บำรุงรักษาและการได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและ ความหลากหลายทางชีวภาพ และในการคุ้มครอง ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม เพื่อให้ดำรงชีพอยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของตน ย่อมได้รับความคุ้มครองตามความเหมาะสม” ซึ่งแสดงถึงการให้ความสำคัญกับชุมชนในการมีส่วนร่วมในการจัดการทรัพยากร อนุรักษ์ บำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและ ความหลากหลายทางชีวภาพ และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอย่างสมดุลและยั่งยืน และสิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมกับรัฐและชุมชนในการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม

ภายใต้หลักเกณฑ์เช่นนี้ ชุมชนจึงถือเป็นปัจจัยพื้นฐานของกระบวนการทางสังคม (Social Processes) ในการสร้างสรรค์ และอนุรักษ์ภูมิปัญญาท้องถิ่น การคุ้มครองภูมิปัญญาจึงควรให้ความสำคัญกับการคงอยู่ของชุมชน และยึดถือประโยชน์ของชุมชนเป็นที่ตั้งในฐานะเป็นหลักแม่บท ภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงถือได้ว่าเป็นสมบัติสาธารณะ (Public Domain) ที่บุคคลคนหนึ่งคนใดจะหวงกันไว้เป็นสมบัติส่วนตัวไม่ได้ ชุมชนต้องร่วมกันรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นชุมชนให้สามารถดำรงอยู่ได้ ภายใต้แนวความคิดสิทธิชุมชน ทั้งนี้การมีสิทธิชุมชนต่อฐานภูมิปัญญาท้องถิ่นชุมชนนั้น มีอยู่ด้วยกัน

⁸⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

2 ส่วนประกอบ⁸⁶ ด้วย สิทธิภายใน คือ การจัดความสัมพันธ์ต่อการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นของสมาชิกในชุมชน และสิทธิภายนอก คือ การอ้างสิทธิชุมชนในการบริหารและจัดการภูมิปัญญาท้องถิ่น และดำเนินการปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นไม่ให้สังคมภายนอกเข้ามาทำลายหรือมาเปลี่ยนแปลงรูปแบบการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ส่งผลกระทบต่อดำรงอยู่ของชุมชน การดูแลรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงขึ้นอยู่กับชุมชนเป็นหลัก เนื่องจากชุมชนมีความสามารถในการเข้าถึงการใช้ประโยชน์ การกำหนดแนวทางดูแลรักษา ให้เข้ากับวิถีชีวิตและบริบทของชุมชน ทำให้การดูแลรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น แต่ทั้งนี้ก็ต้องอาศัยความร่วมมือจากฝ่ายต่าง ๆ และการยอมรับสิทธิชุมชนเพื่อให้ชุมชนสามารถดำเนินการในการบริหารและจัดการชุมชนให้เป็นไปได้ด้วยดี

จากแนวคิดข้างต้น “ชุมชน” จึงอยู่ในฐานะผู้ทรงสิทธิเหนือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่จะครอบครองภูมิปัญญาในลักษณะการคุ้มครอง และพิทักษ์ภูมิปัญญานั้นไว้ (Custodians and Stewards) เพื่อประโยชน์ของชุมชน ซึ่งสิทธิแห่งภูมิปัญญานี้เป็นไปในลักษณะสิทธิร่วมกัน (Collective Rights) ของชุมชน ซึ่งเป็นผลมาจากรูปแบบการสร้างสรรคอย่างไม่เป็นทางการ (Informal Invention) และการมีส่วนร่วมของสมาชิกในชุมชนเหนือภูมิปัญญาท้องถิ่นทำให้ไม่อาจแยกแยะได้ชัดเจนว่าผู้ใดเป็นผู้สร้างสรรค์ ซึ่งสามารถแยกระดับของผู้ทรงสิทธิเหนือภูมิปัญญาได้เป็น 2 ระดับตามลักษณะและความสัมพันธ์ของภูมิปัญญากับผู้สร้างสรรค์ เพื่อให้ปรากฏผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายชัดเจน ทั้งนี้โดยเทียบเคียงกับ พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ซึ่งแยกคุ้มครองสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อให้ปรากฏผู้ทรงสิทธิที่ชัดเจน⁸⁷ ดังนี้

1. ภูมิปัญญาท้องถิ่นระดับชาติ เป็นภูมิปัญญาที่แพร่หลายและปรากฏในหลายชุมชน ซึ่งอาจเป็นเพราะการกระจายตัวของภูมิปัญญาดังกล่าวในอดีต ทำให้ไม่อาจมีชุมชนใดชุมชนหนึ่งอ้างสิทธิเหนือภูมิปัญญาดังกล่าวได้ ให้กำหนดเป็นภูมิปัญญาของชาติ โดยให้มีหน่วยงานกลางเป็นผู้ดูแลควบคุมการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ภูมิปัญญาของชาติ ทำนองเดียวกับกรณีพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปและพันธุ์พืชป่า หรือกรณีตำรายาแผนไทยของชาติหรือตำราการแพทย์แผนไทยของชาติ เป็นต้น

2. ภูมิปัญญาท้องถิ่นระดับชุมชน เป็นภูมิปัญญาที่แพร่หลายอยู่เฉพาะในชุมชนใดชุมชนหนึ่งก็ให้สิทธิแก่ชุมชนนั้น ซึ่งอาจเป็นชุมชนที่สร้างสรรค์ และสืบทอดภูมิปัญญาดังกล่าว หรือกรณีที่ปรากฏชัดเจนว่าชุมชนใดเป็นผู้สร้างสรรค์แต่ชุมชนนั้นเป็นผู้ครอบครองภูมิปัญญานั้นอยู่ในปัจจุบันก็ได้

⁸⁶ พิชร ลิ้มปิ่นทรา, *เรื่องเดิม*, หน้า 56-59.

⁸⁷ ธนิต ชังถาวร และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 157-160.

2.7 การอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นในลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญา

ความหมายของการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามกฎหมายไทยไม่ไ้ระบุไว้ชัดเจน แต่ก็กล่าวได้ว่า สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ หมายถึงสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ตกลง หรือยินยอมอนุญาตให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้ใช้หรือรับประโยชน์จากสิทธิ หรือทรัพย์สินที่อนุญาตให้ใช้แก่กัน⁸⁸ ตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัญญาโดยมีสิทธิอันเกิดจากทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า หรือสิทธิอื่น ๆ อันคล้ายคลึงกัน เช่น สูตรความลับทางการค้า เทคโนโลยีหรือนวัตกรรม เป็นมูลก่อให้เกิดสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธินั้น

2.7.1 ความหมายของการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing Agreement)

การอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (License) จึงหมายถึง การที่ผู้ทรงสิทธิ ในทรัพย์สินทางปัญญาในฐานะผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensor) ได้ตกลงยินยอมให้บุคคลอื่นในฐานะผู้รับอนุญาต (Licensee) สามารถใช้สิทธิตามกฎหมายที่เจ้าของสิทธิมีอยู่ได้ภายใต้ขอบเขต แห่งสิทธิ และเงื่อนไขที่ได้ตกลงไว้โดยการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการตกลง ทางสัญญาซึ่ง ส่วนใหญ่จะมีการตกลงเรื่องค่าตอบแทน (Royalties) เพื่อตอบแทนสำหรับการ ยินยอมให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้น การตกลงดังกล่าวเป็นการแสดง เจตนาเพื่อก่อให้เกิดสิทธิ จึงเป็นนิติกรรม สัญญาลักษณะหนึ่งซึ่งต้องสิทธิ⁸⁹

การอนุญาตให้ใช้สิทธิแตกต่างจากการโอนสิทธิ เนื่องจากการอนุญาตให้ใช้สิทธินั้น ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิยังคงไว้ซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เพียงแต่ยินยอมให้บุคคลอื่นได้ใช้หรือรับประโยชน์ ภายใต้เงื่อนไขอย่างใด ๆ ตามที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาเท่านั้นแต่ในการโอนสิทธิ หากมิได้มีข้อกำหนดไว้เป็นประการอื่น สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้น ย่อมโอนไปเป็นสิทธิของผู้รับโอนตามข้อกำหนด เงื่อนไขของสัญญา

การอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา จะประกอบด้วยข้อกำหนดและเงื่อนไขสำคัญ ๆ ในการ กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ตามหลักนิติกรรมสัญญา ซึ่งขึ้นอยู่กับความตกลงหรือเจตนาของคู่สัญญาตามหลักเสรีภาพแห่งการทำสัญญา (Liberalism)⁹⁰ อันถือเจตนาหรือ

⁸⁸ ไซยยศ วรนนท์ศิริ, ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ: ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายญี่ปุ่น (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), หน้า 10.

⁸⁹ ไซยยศ เหมรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทางทรัพย์สินทางปัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2553), หน้า 459-460.

⁹⁰ สมชาย รัตนเชื้อสกุล และทิพย์สุรางค์ วาหิตต์พันธุ์, รายงานวิจัยโครงการปัญหาการถ่ายทอดเทคโนโลยีภายใต้สัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ชุดโครงการพัฒนาความรู้และยุทธศาสตร์ด้านความตกลงพหุภาคีระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อม (รายงานการวิจัยเสนอต่อ สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2552), หน้า 45-47.

ข้อตกลงของคู่สัญญาเป็นเสมือนกฎหมายบังคับ ถ้าหากข้อตกลงนั้นไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แม้ว่าในทางปฏิบัติฝ่ายที่ถูกวางข้อกำหนดและเงื่อนไขต่าง ๆ ให้ต้องปฏิบัติตามก็จะเป็นฝ่ายผู้รับสัญญาซึ่งขึ้นอยู่กับอำนาจต่อรองของคู่สัญญาประกอบตลอดจนความเข้มงวดของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง การอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นสิทธิประการหนึ่งของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา ทุกประเภทดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 38, 65 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 และ มาตรา 68 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่ง โดยปกติสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิในลักษณะผูกขาดของเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา กล่าวคือ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เป็นสิทธิแต่ผู้เดียวของ เจ้าของสิทธิ ที่จะใช้ หรือได้ประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญานั้น และเป็นสิทธิที่จะ หวงกันมิให้ ผู้อื่นใช้สิทธินั้น (Negative Rights) ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว หากมีบุคคลอื่น ต้องการใช้สิทธิดังกล่าวนี้ เพื่อประโยชน์ในทางการค้าหรือในทางอุตสาหกรรมของตนก็อาจกระทำได้โดยได้รับความยินยอมหรือการอนุญาตจากเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญานั้น การอนุญาตจึงอาจเกิดขึ้นได้ 2 ทาง⁹¹ คือ

1. การอนุญาตโดยกฎหมายบังคับ (Compulsory Licenses) เป็นการอนุญาตที่มีได้เกิดจากความสมัครใจของเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแต่เป็นไป โดยกฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขบางประการ เพื่อให้บุคคลที่มีได้เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาสามารถยื่นขอใช้งานดังกล่าวได้ แม้เจ้าของสิทธิจะไม่สมัครใจก็ตาม แต่เจ้าของก็ยังมิสิทธิได้รับค่าตอบแทนจากการที่กฎหมายบังคับให้ อนุญาตเหมือนกับการอนุญาตโดยสมัครใจ ในประเทศไทยได้นำหลักการบังคับอนุญาตมาใช้บังคับในกฎหมาย ลิขสิทธิ์ ซึ่งบัญญัติไว้ใน หมวด 3 เกี่ยวกับการใช้ลิขสิทธิ์ในพหุติการณ์พิเศษ มาตรา 54 และ มาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม ตาม พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 ก็ได้นำหลักการนี้มาใช้โดยบัญญัติอยู่ในมาตรา 46-48 เมื่อปรากฏว่าผู้ทรงสิทธิบัตร ได้แสวงหาประโยชน์คือใช้สิทธิบัตรนั้น โดยมีขอบ (Abusive Practice) กล่าวคือ ผู้ทรงสิทธิบัตรได้ใช้การประดิษฐ์ของตนให้ เป็นอำนาจต่อรองในอันที่จะทำให้เกิดผลกระทบต่อสังคมในลักษณะต่าง ๆ เช่น การไม่ผลิตโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร การผลิตในปริมาณที่น้อยจนเกินไปโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือการกำหนดราคา หรือขายสินค้าในราคาที่สูงเกินสมควรโดยไม่มีเหตุผล การกระทำในลักษณะต่าง ๆ เหล่านี้ เป็นการสร้างอำนาจในทางตลาดโดยกระทำเพื่อให้เกิดผลกระทบต่อปริมาณหรือราคาของสินค้าโดยไม่ถูกต้อง ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้บุคคลอื่นมีสิทธิมาขอใช้การประดิษฐ์นั้นได้ โดยมีขั้นตอนต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ และอำนาจในการกำหนดเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิต่าง ๆ ก็ตกเป็นของรัฐ ซึ่งในประเทศไทยก็คือ อธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญา ส่วนในประเทศอื่น ๆ ก็อาจได้แก่ศาล ดังนั้นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในเชิงบังคับ (Compulsory Licenses) ย่อมทำให้เสรีภาพของผู้ทรงสิทธิในการที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาของตนถูกจำกัดลงแต่ สำหรับการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าโดยทั่วไปไม่ปรากฏว่ามีการนำหลัก Compulsory License ไปใช้⁹² ซึ่งสอดคล้องกับหลักการที่กำหนดไว้ในความ

⁹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 47, 82-86.

⁹² สุนทร ล้อศิริรัตนกุล, เรื่องเดิม, หน้า 12.

ตกลงว่าด้วย สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs)⁹³ ที่ไม่ให้มีการบังคับอนุญาตให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้า

2. การอนุญาตโดยสมัครใจ (Voluntary Licenses) การอนุญาตประเภทนี้มีความหมายในทางตรงข้ามกับการอนุญาตโดยกฎหมายบังคับ ทั้งนี้เพราะการอนุญาตโดยกฎหมายบังคับเป็นบทจำกัดสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา แต่การอนุญาตโดยสมัครใจเป็นการใช้สิทธิอย่างหนึ่งของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาดังได้กล่าวแต่ต้นแล้วว่า การอนุญาตเป็นสิทธิประการหนึ่งซึ่งเป็นผลต่อเนื่องจากสิทธิเด็ดขาดของผู้ทรงสิทธิ กล่าวคือเป็นการที่ผู้ทรงสิทธิผ่อนปรนให้บุคคลอื่นแสวงหาประโยชน์ในสิ่งที่ กฎหมายสงวนไว้ให้ตนแต่เพียงผู้เดียว การอนุญาตให้ใช้สิทธิจึงมีลักษณะเป็นการทำให้การกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมายกลายเป็นการกระทำที่ถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปเกิดขึ้นเนื่องจาก ผู้ทรงสิทธิต้องการที่จะแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาของตนเอง โดยมิได้เป็นผู้ใช้สิทธิเด็ดขาดนั้นเสียเอง ซึ่งอาจจะเกิดจากตนเองไม่มีทุนทรัพย์เพียงพอไม่มีความรู้ความชำนาญในเรื่องของธุรกิจการค้าและตลาดหรือไม่ อยู่ในวิสัยที่จะไปผลิตหรือจำหน่ายสินค้าได้เอง จึงต้องแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สิน ทางปัญญานั้น โดยการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing Agreement) หรือจะเรียกชื่ออื่น ๆ ตามแต่วัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้น ๆ เช่น สัญญาถ่ายทอดเทคโนโลยี (Know-How Agreement) สัญญาให้ความช่วยเหลือทางเทคนิค (Technical Assistance Agreement) หรือสัญญาแฟรนไชส์ (Franchise) เป็นต้น

2.7.2 ประเภทของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า ตลอดจน สิทธิที่มีลักษณะอย่างเดียวกัน จะประกอบด้วยข้อกำหนดและเงื่อนไขสำคัญ ๆ ในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ตามหลักนิติกรรมสัญญา ซึ่งขึ้นอยู่กับความตกลงหรือเจตนาของคู่สัญญาตามหลักเสรีภาพแห่งการทำสัญญา (Liberalism) อันถือเจตนาหรือข้อตกลงของคู่สัญญาเป็นเสมือนกฎหมายบังคับ ถ้าหากข้อตกลงนั้นไม่ ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (ป.พ.พ.มาตรา 150) แม้ว่าในทางปฏิบัติฝ่ายที่ถูกวางข้อกำหนดและเงื่อนไขต่าง ๆ ให้ต้องปฏิบัติตามมักจะเป็นฝ่ายผู้รับสัญญาซึ่งขึ้นอยู่กับอำนาจต่อรองของคู่สัญญาประกอบตลอดจนความเข้มงวดของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิอาจจะแบ่งประเภทตามลักษณะและขอบเขตแห่งสัญญาว่ามีแค่ไหนเพียงใด ลักษณะและขอบเขตโดยทั่วไป ของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิอาจแยกได้⁹⁴ ดังนี้

1. สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบเด็ดขาด (Exclusive License)

เป็นสัญญาที่ผู้ทรงสิทธิหรือผู้อนุญาต (Licensor) อนุญาตให้ผู้รับใช้สิทธิ (Licensee) มีสิทธิที่จะใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิตามสัญญาได้แต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะแสวงหาประโยชน์จากสิทธิที่ตนได้รับ

⁹³ TRIPs Article 21 Licensing and Assignment Member may determine conditions on the licensing and assignment of trademarks, it being understood that the compulsory licensing of trademarks shall not be permitted

⁹⁴ สุนทร ล้อศิริรัตนกุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 16-18.

อย่างเต็มที่ ผู้ทรงสิทธิจะไม่อนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธินั้นอีก หรือแม้แต่ตัวผู้ทรงสิทธิเองก็ไม่มีสิทธิที่จะแสวงหาประโยชน์ จากสิทธิที่ตนได้อนุญาตให้ผู้ใช้สิทธิไปแล้วเสมือนหนึ่งได้โอนสิทธิให้แก่ผู้ใช้สิทธิ หรือ ผู้ได้รับอนุญาตชั่วระยะเวลาที่ได้ตกลงไว้ในสัญญา เพียงแต่ผู้ทรงสิทธิยังคงเป็นเจ้าของสิทธินั้น ๆ อยู่เท่านั้น ซึ่งการอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยเด็ดขาดนี้ย่อมมีผลในทางกฎหมาย หรือทางปฏิบัติไม่แตกต่างจากการโอนสิทธิแต่อย่างใด ตลอดชั่วระยะเวลาที่อนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญา

2. สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบไม่เด็ดขาด (Non-Exclusive License)

เป็นสัญญาที่ไม่จำกัดสิทธิของผู้ทรงสิทธิที่จะอนุญาตให้บุคคลอื่น นอกจากตัวผู้ใช้สิทธิที่จะแสวงหาประโยชน์จากสิทธิตามสัญญานั้น และตัวผู้ทรงสิทธิก็ยังคงมีสิทธิที่จะแสวงหาประโยชน์จากสิทธินั้นได้ซึ่งโดยทั่วไป สัญญาอนุญาตมักจะทำในลักษณะแบบไม่เด็ดขาด (Non-Exclusive) เพราะสัญญาประเภทนี้ผู้ทรงสิทธิยังคงมีอำนาจที่จะอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธินั้นได้ ดังนั้นผู้ทรงสิทธิจึงนิยมทำสัญญา ประเภทนี้เพราะสิทธิของตนที่มีอยู่มิได้ถูกตัดขาดออกไปโดยสิ้นเชิง แต่ในทางกลับกัน ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเองกลับไม่นิยมที่จะทำสัญญาประเภทนี้เพราะการทำสัญญา อนุญาตให้ใช้สิทธิแบบไม่เด็ดขาด อาจมีการอนุญาตให้ผู้ใช้สิทธิหลายรายซึ่งก่อให้เกิด การแข่งขันกันสูงมากทั้งคุณภาพและราคา ย่อมเป็นอุปสรรคในทางการค้าของตนที่จะ ใช้ประโยชน์จากสิทธิที่ได้รับอนุญาตมา ดังนั้น ผู้ขออนุญาตใช้สิทธิจึงมักจะเสนอค่า ตอบแทนในการใช้สิทธิในอัตราที่สูงมาก เพื่อจูงใจให้ผู้ทรงสิทธิยินยอมทำสัญญา อนุญาตแบบเด็ดขาดและสามารถผูกขาดการใช้สิทธินั้นแต่เพียงผู้เดียว เพราะสามารถ ควบคุมราคาและปริมาณได้

3. สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบกึ่งเด็ดขาด (Sole License)

เป็นสัญญาที่นำเอาลักษณะของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบเด็ด ขาดและแบบไม่เด็ดขาด เข้ามาผสมกันคือ เป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ที่ผู้ทรงสิทธิ อนุญาตให้ผู้ได้รับอนุญาตเพียงรายเดียว ใช้สิทธิโดยจะไม่อนุญาตให้บุคคลอื่นอีก แต่ผู้ทรงสิทธิยังคงสงวนสิทธิไว้เฉพาะตัวผู้ทรงสิทธิ ที่มีอำนาจที่จะใช้สิทธิดังกล่าวด้วย ตนเองได้อยู่

2.7.3 ความแตกต่างของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับสัญญาประเภทอื่น

สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นสัญญาที่มีลักษณะและความมุ่งหมายเฉพาะตามวัตถุประสงค์ของผู้อนุญาตและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ดังนั้นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิจึงมีความแตกต่างจากสัญญาประเภทอื่น ได้แก่

2.7.3.1 สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับสัญญาโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา การโอนเป็นสิทธิอย่างหนึ่งของเจ้าของทรัพย์สินทั่วไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ดังนั้น เจ้าของกรรมสิทธิ์จึงมีอำนาจที่จะจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินได้ ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของเจ้าของทรัพย์สินทั่วไป กรณีของทรัพย์สินทางปัญญาก็เช่นเดียวกัน เมื่อทรัพย์สินทางปัญญาคือทรัพย์สินประเภทหนึ่งตามมาตรา 138 กฎหมายในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาก็มีบัญญัติรับรองสิทธิในการโอนของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา โดยในส่วนของเครื่องหมายการค้าตาม พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 49 บัญญัติให้สิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้ว ย่อมโอน หรือรับมรดกกันได้ นอกจากนั้นในมาตรา 48 ยังบัญญัติ รับรองให้โอน หรือรับมรดกได้ แม้แต่สิทธิในคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าด้วย

อย่างไรก็ตามการโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับการโอนตัว ทรัพย์สินที่มีรูปร่างและ เป็นวัตถุแห่งทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องแยกเป็นอิสระต่อกัน (Independence of Possession) กล่าวคือเป็นหลักอิสระในการเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่มีรูปร่าง กับการเป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินทาง ปัญญา (Distinction between Copyrights and Material Objects)⁹⁵ ส่วนความแตกต่างหรือข้อ แยกแยะระหว่างสัญญาโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทาง ปัญญามีความแตกต่างกันอยู่ 2 ประการ⁹⁶ คือ

1) ความเป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ในกรณีที่เป็น สัญญาโอน สิทธิ ซึ่งในกฎหมายของไทยมิได้ให้คำนิยามไว้ แต่โดยทั่วไปอาจหมายถึงสัญญาซึ่งเจ้าของสิทธิหรือ ผู้รับโอน โอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตนทั้งหมด หรือแต่บางส่วนให้แก่ผู้รับโอนโดยมี กำหนดเวลาหรือตลอดอายุแห่งการคุ้มครองก็ได้ ดังนั้นสัญญาโอนสิทธิจึงมีข้อแตกต่างอันเป็น สำคัญประการแรกกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ คือเจตนาของคู่สัญญาว่ามีเจตนาที่จะโอนสิทธิใน ทรัพย์สินทาง ปัญญานั้นไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือไม่ หรือมีเพียงเจตนา อนุญาตให้ใช้สิทธิของตนเท่านั้น ในเรื่องนี้อาจเกิดปัญหาขึ้นได้ ถ้าคู่สัญญาไม่ได้เขียนรายละเอียดโดย ชัดแจ้งในสัญญาว่ามีเจตนาที่จะโอนสิทธินั้นด้วยหรือไม่ก็อาจเกิดปัญหาโต้เถียงกันได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าเป็นการตกลงอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยเด็ดขาด (Exclusive License) ซึ่งสิทธิของผู้ได้รับอนุญาต โดยเด็ดขาดไม่ว่าจะได้รับอนุญาตโดยเด็ดขาดในทุกสิทธิหรือบางสิทธิของผู้อนุญาตจะทำให้เจ้าของ สิทธิซึ่งเป็นผู้อนุญาต ไม่สามารถใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้ตกลงไว้ในสัญญาอนุญาตได้เลย ตลอด ช่วงระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา เสมือนหนึ่งได้รับโอนสิทธิดังกล่าวเลยทีเดียว จะแตกต่างกับ สัญญาโอนสิทธิก็เพียงความเป็นเจ้าของสิทธิยังอยู่ที่เจ้าของสิทธิเท่านั้น

2) อำนาจในการใช้สิทธิในการฟ้องคดี เมื่อผู้ได้รับอนุญาตได้รับอนุญาตให้ ใช้สิทธิย่อมมีอำนาจที่จะใช้สิทธินั้นภายในขอบเขตที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาให้ใช้สิทธิ แต่อำนาจในการ บังคับและการใช้สิทธิทางศาลยังคงเป็นอำนาจของผู้อนุญาตแต่เพียงผู้เดียว ตัวอย่างเช่น กรณีละเมิด ลิขสิทธิ์ผู้ที่มีอำนาจฟ้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์ ก็คือเจ้าของลิขสิทธิ์ ส่วนผู้ที่ไม่ใช่เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมไม่ สามารถฟ้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในนามของตนเองได้ เช่น ในกรณีที่เป็นเพียงผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้ ลิขสิทธิ์ แต่อย่างไรก็ตามเจ้าของลิขสิทธิ์อาจจะมอบอำนาจให้ผู้อื่นฟ้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์แทนตนได้ ตามมาตรา 60 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁹⁷

2.7.3.2 สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับสัญญาซื้อขาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย

มาตรา 453 บัญญัติว่า อันว่าซื้อขายนั้นคือสัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ขาย โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สิน ให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ซื้อและผู้ซื้อตกลงว่าจะใช้ราคาทรัพย์สิน

⁹⁵ คณิง ภาไชย, “หลักทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์,” ใน **กฎหมายทรัพย์สินทาง ปัญญา** (กรุงเทพฯ: รุ่งเรืองธรรม, 2532), หน้า 238.

⁹⁶ สุนทร ล้อศิริรัตนกุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 68.

⁹⁷ รัชชัย ศุภผลศิริ, **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2539), หน้า 220-221.

นั้นให้แก่ ผู้ขาย ดังนั้นสาระสำคัญของสัญญาซื้อขายคือเจตนาของคู่สัญญาที่ต้องการให้มีการ โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้เป็นของผู้ซื้อ ซึ่งสาระสำคัญในข้อนี้เหมือนกับสัญญา โอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแต่ก็มีข้อแตกต่างอยู่บ้าง กล่าวคือในสัญญาซื้อขายผู้ซื้อตกลงว่าจะใช้ราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย คือ ต้องมีการชำระค่าตอบแทนกลับคืนให้ กับผู้ขาย ส่วนสัญญาโอนสิทธิ กฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาได้กำหนดไว้ว่า ต้องมี ค่าตอบแทน ดังนั้นจึงต้องตีความว่าจะกำหนดในเรื่องค่าตอบแทนหรือไม่ ไม่ ใช่สาระสำคัญของสัญญาโอนสิทธิซึ่งแตกต่างกับสัญญาซื้อขาย แต่เมื่อเปรียบเทียบกับ สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ จะเห็นได้ว่ามีข้อแตกต่าง ที่เป็นสาระสำคัญ คือเจตนาของคู่สัญญา มิได้ประสงค์ให้มีการโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เพียงแต่อนุญาตหรือ ยินยอมให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้น

2.7.3.3 สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับสัญญาให้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 521 อันว่าให้นั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้ให้ โอนทรัพย์สินของตนให้โดยเสนหาแก่บุคคลอีก คนหนึ่งเรียกว่าผู้รับ และผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น ดังนั้นสาระสำคัญของสัญญาให้ คือเจตนาของคู่สัญญาคือผู้ให้ต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้รับโอนโดยไม่ได้คิดค่าตอบแทน ดังนั้นสัญญาโอนสิทธิโดยไม่มีค่าตอบแทนจะเหมือนกับสัญญาให้ แต่ถ้ามี ค่าตอบแทนจะเปรียบเทียบกับสัญญาซื้อขาย และต่างกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิใน สาระสำคัญ เช่นเดียวกับสัญญาซื้อขายในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์

2.7.3.4 สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับสัญญาแลกเปลี่ยนตามมาตรา 518 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันว่า แลกเปลี่ยนนั้น คือสัญญาซึ่งคู่กรณีต่างโอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้กันและกัน” ดังนั้นสาระสำคัญของสัญญาแลกเปลี่ยน คือ คู่กรณีทั้งสองฝ่าย ต่างมีเจตนาที่จะโอน กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่กันและกัน ส่วนสัญญาโอนสิทธิเจ้าของสิทธิฝ่ายเดียว โอนสิทธิให้แก่ผู้รับโอน และแตกต่างกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในเรื่องการโอน กรรมสิทธิ์เช่นเดียวกัน

2.7.3.5 สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับสัญญาเช่าทรัพย์สิน ตามมาตรา 537 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันว่าเช่าทรัพย์สินนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้ให้เช่า ตกลงให้บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า ผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งชั่วคราวระยะเวลาอันมีจำกัด และผู้เช่าตกลงจะให้ค่าเช่าเพื่อ การนั้น ดังนั้น สาระสำคัญของสัญญาเช่าทรัพย์สิน คือผู้ให้เช่า ตกลงให้ผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินที่ให้เช่า ชั่วระยะเวลา อันมีจำกัด โดยไม่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้เช่าซึ่งสาระสำคัญในส่วนนี้เหมือนสัญญา อนุญาตให้ใช้สิทธิมากกว่าสัญญาประเภทอื่น ๆ แต่ก็มีข้อแตกต่างกันในเรื่องการส่งมอบ ทรัพย์สินที่ผู้ให้เช่าจะต้องส่งมอบทรัพย์สินซึ่งให้เช่านั้นในสภาพอันซ่อมแซมดีแล้ว ตามมาตรา 456 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และผู้ให้เช่าไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เช่า⁹⁸ เนื่องจากไม่มีกฎหมายกำหนดให้ผู้ให้เช่าจะต้องเป็นเจ้าของ ทรัพย์สินที่เช่า เพียงแต่กำหนดว่าต้องให้ผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับประโยชน์จากทรัพย์สิน สันที่เช่าเท่านั้น ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 410/2515 ผู้ให้เช่าไม่จำเป็นจะต้องเป็น เจ้าของ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เช่า ผู้เช่าจะไม่ชำระค่าเช่าตามสัญญาไม่ได้โดยศาลฎีกาให้เหตุ ผลว่า

⁹⁸ มานะ พิทยาภรณ์, คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อจำนอง จำนอง รับขน (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521), หน้า 16.

เมื่อจำเลยยินยอมเช่าที่รายนี้จากโจทก์ โจทก์ย่อมมีสิทธิและหน้าที่ในฐานะเป็นผู้ ให้เช่าตามสัญญาเช่า นั้น เมื่อโจทก์เห็นว่าจำเลยทำผิดสัญญาเช่า โจทก์ผู้ให้เช่าย่อมมี อำนาจจะฟ้องจำเลยผู้เช่าได้ในฐานะที่เป็นคู่สัญญากับจำเลย จำเลยไม่มีสิทธิที่คัดค้านโต้แย้งอำนาจของผู้ให้เช่าที่ตนยินยอมทำสัญญาด้วยนั้นได้แต่สำหรับสัญญาอนุญาตให้ ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง จึงไม่ต้องมีการส่งมอบและ ตามมาตรา 68 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 กำหนดให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นผู้อนุญาตให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้าของตน

2.7.3.6 สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับสัญญาตัวแทน ในกรณีสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิผลิตและจำหน่ายผลิตภัณฑ์ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะมีข้อกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการในการผลิตของผู้ได้รับอนุญาตเพื่อควบคุมคุณภาพสินค้าและให้สิทธิในการการจัดจำหน่าย ซึ่งจะทำให้การดำเนินการของผู้ได้รับอนุญาตมีลักษณะเหมือนกับเป็นการที่ตัวแทนทำการแทนตัวการผู้อนุญาตให้ ใช้สิทธิ แต่โดยแท้จริงแล้วการได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการผลิตและจำหน่ายนั้น เป็น ผลตอบแทนจากการที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้จ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้อนุญาตให้ สิทธิการที่ผู้ได้รับอนุญาตดำเนินการตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิจึงเป็นการใช้สิทธิที่มี มิใช่เป็นเรื่องการรับมอบหมายตามคำสั่งจากตัวการให้กระทำการแทนตามมาตรา 807 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และนอกจากนี้ตัวแทนยังอาจได้รับบำเหน็จจาก ตัวการได้ ตามมาตรา 803 แต่ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ต้องเป็นฝ่ายจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ

2.8 การบริหารและการจัดการในการใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น

ภายใต้โลกทัศน์แบบองค์รวม (Holistic) ภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศไทยส่วนใหญ่จะไม่ได้ถูกหวงกันไว้ในลักษณะของทรัพย์สิน (Property) ทำให้บุคคลทั่วไปสามารถเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นได้โดยง่าย ในบางกรณีหน่วยงานภาครัฐเองเป็นผู้รวบรวมภูมิปัญญาและตีพิมพ์เผยแพร่ต่อสาธารณะสภาพการณ์เช่นนี้ช่วยเอื้อต่อการเข้าถึงภูมิปัญญา และเป็นช่องทางให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นของ ประเทศไทยบางส่วนรั่วไหลไปสู่ต่างประเทศ และถูกนำไปใช้ได้โดยเจ้าของภูมิปัญญาไม่ได้รับผลประโยชน์ใด ๆ เป็นการตอบแทน ในขณะที่เดียวกันเจ้าของภูมิปัญญาจะไม่ได้ให้ความสำคัญกับประเด็นผลประโยชน์ตอบแทนใน ลำดับต้น ๆ เมื่อเปรียบเทียบกับเทคโนโลยีสมัยใหม่ที่ส่วนใหญ่จะเป็นของภาคเอกชน และได้รับความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง ซึ่งการเข้าถึงเทคโนโลยีประเภทนี้จะต้องแลกด้วยการชำระผลประโยชน์ตอบแทนบางอย่างแก่ผู้ทรงสิทธิ การนำไปใช้โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของผู้ทรงสิทธิจะกลายเป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และนำไปสู่การดำเนินคดีทั้งทางแพ่งและทางอาญา การถ่ายทอด เทคโนโลยีประเภทนี้

ปัญหาในลักษณะเช่นนี้เกิดขึ้นอย่างหลากหลายใน ประเทศกำลังพัฒนาและถูกนำไปใช้เป็นวัตถุดิบในการวิจัยและของประเทศอุตสาหกรรม ในลักษณะที่เรียกว่า โจรสลัดชีวภาพ (Bio-Piracy) จนประเทศกำลังพัฒนาเรียกร้องให้ประชาคมระหว่างประเทศสนใจแก้ปัญหาการถูกเอารัดเอาเปรียบจากประเทศอุตสาหกรรม จนเป็นที่มาของหลักการควบคุมการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์

(Access and Benefit-Sharing: ABS)⁹⁹ ในอนุสัญญาและข้อตกลงระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศอันเกี่ยวกับสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นที่กล่าวถึง ผู้ใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่น ควรที่จะให้ผลประโยชน์ตอบแทนไม่ว่าจะเป็นผลประโยชน์ในรูปแบบใดเป็นการแสดงออกเชิงสัญลักษณ์ถึงความเคารพและรับรู้ถึงสิทธิเหนือภูมิปัญญาหรือทรัพยากรพันธุกรรม แสดงให้เห็นถึงการยอมรับในบทบาทและความสำคัญของชนพื้นเมือง หรือเกษตรกร ที่เป็นผู้สร้างสรรค์ ส่งสมภูมิปัญญาและทรัพยากรดังกล่าว

แต่ปัจจุบันภูมิปัญญาท้องถิ่นยังไม่ได้ได้รับความคุ้มครองภายใต้ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเพียงพอต่อแนวทางปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยในกระบวนการถ่ายทอดเทคโนโลยีภายใต้อนุสัญญาและข้อตกลงระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศอันเกี่ยวกับสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นเช่นเดียวกับ เทคโนโลยีสมัยใหม่ที่ได้รับการคุ้มครองในระบบทรัพย์สินทางปัญญาปัจจุบัน

ดังนั้น การกำหนดแนวทางและมาตรการในการบริหารและจัดการในภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นควรที่จะได้รับการพัฒนาขึ้นมาเพื่อให้ได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกับเทคโนโลยีสมัยใหม่ที่อยู่ภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาปัจจุบัน ทั้งรูปแบบการเข้าถึงซึ่งจะต้องมีข้อกำหนดระหว่างผู้ทรงสิทธิและผู้ขอเข้าถึงในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ๆ และผลประโยชน์ตอบแทนจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่ง สมชาย รัตนเชื้อสกุล และทิพย์สุรางค์ วาหิตต์พันธุ์¹⁰⁰ ได้เสนอแนวทางในการกำหนดมาตรการในการบริหารและจัดการในภูมิปัญญาท้องถิ่น รวมทั้งการถ่ายทอดภูมิปัญญาท้องถิ่นในฐานะเทคโนโลยีในระบบกฎหมายคู่ขนาน (Dualism) ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ (Sui Generis System) ที่นำมาใช้กับภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยโครงสร้างของกฎหมายเฉพาะ ลักษณะและวิธีคุ้มครอง รวมทั้งมาตรการทางกฎหมายสำคัญในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

ระบบกฎหมายเฉพาะ (Sui Generis System) เป็นระบบคุ้มครองที่อยู่ภายใต้ทัศนะแบบองค์รวม (Holistic) เป็นระบบที่มีทัศนคติต่อภูมิปัญญาท้องถิ่นในฐานะเป็นองค์ประกอบหนึ่งของระบบ

⁹⁹ รายงานการศึกษาแนวปฏิบัติระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร (International Understanding on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture: IUPGR) ซึ่งจัดทำขึ้นเพื่อความมั่นคงทางอาหารของโลก โดยกำหนดให้ทรัพยากรพันธุกรรมอยู่ภายใต้หลักมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ (Common Heritage of Humankind) ซึ่งครอบคลุมทรัพยากรพันธุกรรมที่ผ่านการปรับปรุงพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีสมัยใหม่ด้วย ทำให้ประเทศอุตสาหกรรมไม่ยอมรับหลักดังกล่าว จนนำมาสู่การแก้ไข IUPGR ในเชิงประนีประนอมโดยถือว่าสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชไม่ขัดแย้งกับหลักการของ IUPGR (IUPGR Resolution 4/89) และถือว่าการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยเสรีมิได้หมายความว่า เป็นการเข้าถึงโดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน (IUPGR Resolution 5/89) และยอมรับสิทธิเกษตรกร (IUPGR Resolution 3/91) อย่างไรก็ตามหลักการมรดกร่วมกันของมนุษยชาติก็ยังคงไม่ได้รับการยอมรับจากประเทศอุตสาหกรรม ทำให้เมื่อมีการยกร่างอนุสัญญาฯ ได้เปลี่ยนมาให้ทรัพยากรพันธุกรรมอยู่ภายใต้หลักความห่วงใยร่วมกันของมนุษยชาติ (Common Concern of Mankind) จากนั้น FAO จึงได้แก้ไข IUPGR ให้สอดคล้องกับอนุสัญญาฯ โดยจัดทำเป็น ITPGR

¹⁰⁰ สมชาย รัตนเชื้อสกุล และทิพย์สุรางค์ วาหิตต์พันธุ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 102-103.

นิเวศ และมีความสัมพันธ์กับ สรรพสิ่งในโลกนี้ รวมทั้งมนุษย์ ดังนั้นการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงมิได้เน้นหรือให้ความสำคัญในฐานะเป็น ทรัพย์สินของเอกชนที่ยึดถือหวงกันได้เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยอมรับว่าชุมชน หรือสังคมก็มี สิทธิในการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาดังกล่าวได้เช่นกัน ระบบกฎหมาย เฉพาะจึงยอมรับระบบ สิทธิเชิงซ้อนของเอกชน และชุมชนที่มีอยู่เหนือภูมิปัญญาเดียวกัน การยอมรับในสิทธิของชุมชน ยังนำไปสู่การยอมรับการสร้างสรรคอย่างไม่เป็นทางการของชุมชน (Informal Inventor) และการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นตามหลักการของอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่แพร่หลายและได้รับการยอมรับมากในปัจจุบัน

Dan Leskien และ Michael Flitner¹⁰¹ ได้เสนอว่า ระบบกฎหมายเฉพาะที่สอดคล้องกับ TRIPS อย่างน้อยต้องให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ใช้หลักปฏิบัติเยี่ยง คนชาติ (National Treatment) และหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured Nation) สิทธิตามระบบดังกล่าวต้องครอบคลุมพันธุ์พืชทุกชนิด มีมาตรการบังคับกรณีที่มีการละเมิดสิทธิ และ ต้องมิใช่เพียงการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า หรือชื่อทางการค้า หรือสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ หรือคุ้มครองการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเท่านั้น

Bhagirath Lal Das¹⁰² เสนอว่าระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ น่าจะหมายถึง ระบบกฎหมายที่ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดรายละเอียด และสาระสำคัญให้เหมาะสมกับ สภาพเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละประเทศ และยังสามารถเห็นต่อไปอีกว่า เกณฑ์ที่จะใช้ในการพิจารณาว่าระบบกฎหมายดังกล่าวมีประสิทธิภาพหรือไม่ ควรเป็นเกณฑ์ที่แต่ละประเทศ สามารถกำหนดขึ้นเองได้ ไม่ควรใช้เกณฑ์ที่กำหนดขึ้นโดยข้อตกลงระหว่างประเทศ

ระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพอย่างน้อยต้องเป็นระบบที่ ผู้ทรงสิทธิ¹⁰³ (ซึ่งอาจเป็นบุคคล กลุ่มบุคคล หรือชุมชน) สามารถใช้สิทธิ หรือปกป้องสิทธิของตน ที่เกี่ยวกับภูมิปัญญาได้ กฎหมายต้องกำหนดหลักเกณฑ์ของภูมิปัญญาที่จะได้รับความคุ้มครอง ต้องกำหนดขอบเขตของสิทธิ อายุของสิทธิ หน้าที่ของผู้ทรงสิทธิ ตลอดจนข้อยกเว้น ของสิทธิอย่างชัดเจน กฎหมายเฉพาะในรูปแบบต่าง ๆ เพื่อการคุ้มครองสิทธิของชุมชนเหนือทรัพยากรชีวภาพนั้นอาจมีทิศทางของแตกต่างจากระบบทรัพย์สินทางปัญญาปัจจุบัน¹⁰⁴ อันได้แก่

¹⁰¹ Dan Leskien and Michael Flitner, **Signposts to Sui Generis Rights**, Retrieved May 1, 2014 from <http://www.grain.org/publications/signposts.html>

¹⁰² Bhagirath Lal Das, *op.cit.*, p. 93.

¹⁰³ UPOV ได้กำหนดเงื่อนไขกรณีสิทธิบัตรและการคุ้มครองว่า ต้องเป็นสิ่งประดิษฐ์ใหม่ (Novelty) มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น (Involve an Inventive Step) และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ (Capable of Industrial Application) หรือกรณีสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชตามที่กำหนดใน UPOV ได้กำหนดเงื่อนไขการคุ้มครองว่าต้องเป็นพันธุ์พืชใหม่ (New) มีความแตกต่าง (Distinct) มีความสม่ำเสมอ (Uniform) และมีความคงตัว (Stable)

¹⁰⁴ สมชาย รัตนเชื้อสกุล และทิพย์สุรางค์ วาหิตต์พันธุ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 122.

1. สิทธิในทรัพยากรท้องถิ่น (Traditional Resources rights) เป็นการรับรองสิทธิของชุมชนท้องถิ่นที่มีอยู่เหนือทรัพยากรธรรมชาติในท้องถิ่นของตน โดยเห็นว่าวิถีชีวิต หรือวัฒนธรรมของชนพื้นเมือง ไม่อาจแยกออกจากความหลากหลายทางชีวภาพที่มีอยู่ในสิ่งแวดล้อมในชุมชน จึงเป็นสิทธิมนุษยชนของชนพื้นเมือง และชุมชนท้องถิ่นในการใช้ประโยชน์ อนุรักษ์ และพัฒนาทรัพยากร ไว้ตามวิถีชีวิตดั้งเดิม และเป็นสิทธิร่วมกัน (Collective Rights) ของชุมชน

2. สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาดั้งเดิม (Traditional Intellectual Property Rights) เป็นการก่อตั้งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเหนือภูมิปัญญาท้องถิ่นของเกษตรกรโดยตรง โดยต้องการให้เป็นระบบคู่ขนานกับระบบ ทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบัน

3. สิทธิทรัพย์สินทางปัญญาของชุมชน (Community Intellectual Property Rights) เป็นข้อให้ชุมชนมีสิทธิเหนือ ทรัพยากรพันธุกรรม เมล็ดพันธุ์ (Rights to Seed) บุคคลภายนอกชุมชนไม่มีสิทธิใช้ประโยชน์ จากทรัพยากร หรือภูมิปัญญาของชุมชนได้เว้นแต่จะได้รับความยินยอม หัวหน้าหรือผู้นำชุมชน จะทำหน้าที่เสมือนผู้ดูแลรักษาผลประโยชน์ของชุมชน (Trustee) การรับรองสิทธิของชุมชนจะทำให้ทรัพยากรพันธุกรรม และภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องไม่กลายเป็นทรัพย์สินส่วนตัวของบุคคลใด บุคคลหนึ่งทำให้สิทธิของชุมชนคงอยู่ตลอดไป

การให้สิทธิแก่ชุมชนถือเป็นการตอบแทนแก่ชุมชนที่มีส่วนในการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืช และยังเป็นสิ่งจูงใจให้เกิดการพัฒนา และอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชต่อไป การให้สิทธิแก่ชุมชนยังทำให้ชุมชนได้รับผลประโยชน์ตอบแทนอย่างเป็นธรรม (Fair Compensation) ซึ่งเป็นการรับรองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของชุมชน¹⁰⁵ แต่อาจมีข้อโต้แย้งว่า การให้สิทธิแก่ชุมชนซึ่งเป็นทรัพย์สินรวมอาจทำให้สมาชิกในชุมชนขาดความตั้งใจในการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรม เนื่องจากขาดสิ่งจูงใจ ซึ่งจะเป็นสิ่งขัดขวางการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีชีวภาพ ในประเด็นนี้คณะผู้วิจัยเห็นว่าอาจไม่เป็นเช่นนั้น เนื่องจากในอดีตที่ผ่านมา ชุมชนเกษตรกรได้ร่วมกันอนุรักษ์ และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมมาโดยตลอด โดยไม่ได้มีสิ่งจูงใจในเชิงทรัพย์สินแต่อย่างใด แต่เป็นเพราะชุมชนเกษตรกรเห็นความสำคัญของทรัพยากรพันธุกรรมที่มีต่อวิถีการดำรงชีวิตของตน¹⁰⁶

ระบบกฎหมายเฉพาะก่อร่างขึ้นจากโลกทัศน์แบบองค์รวม (Holistic) ที่ต่างจากโลกทัศน์แบบแยกส่วน (Reductionism) ที่เน้นให้ความสำคัญกับมนุษย์ด้วยการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินเอกชน (Private Property) ภายใต้โลกทัศน์แบบองค์รวมจะใช้ระบบสิทธิเชิงซ้อน (Multi-Level Rights) ชุมชนและสมาชิกในชุมชน (ปัจเจกบุคคล) จะมีสิทธิเหนือทรัพยากร หรือภูมิปัญญาเดียวกันได้ คณะผู้วิจัยเห็นว่า แนวคิดสำคัญที่เป็นพื้นฐานของระบบกฎหมายเฉพาะ¹⁰⁷ มีดังนี้

¹⁰⁵ Patricia Kameri-Mbote, **Community, Farmers' and Breeders' Rights in Africa: Towards a Legal Framework for Sui Generis Legislation**, Retrieved May 1, 2014 from <http://www.iclre.org>

¹⁰⁶ Jame O. Odek, "Bio-Piracy: Creating Proprietary Rights in Plant Genetic Resources" **Journal of International Property Law** 141 (1994): 180-181.

¹⁰⁷ สมชาย รัตนเชื้อสกุล และทิพย์สุรางค์ วาหิตต์พันธุ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 124.

1. การใช้หลักแห่ง “สิทธิชุมชนเหนือ ภูมิปัญญา” ในฐานะเป็นหลักแม่บท (Rule of Thumb) ชุมชนถือเป็นปัจจัยพื้นฐานของกระบวนการทางสังคม (Social Processes) ในการสร้างสรรค์ และอนุรักษ์ภูมิปัญญาท้องถิ่น การคุ้มครองภูมิปัญญาจึงควรให้ความสำคัญ กับการคงอยู่ของชุมชน และยึดถือประโยชน์ของชุมชนเป็นที่ตั้งในฐานะเป็นหลักแม่บท (Rule of Thumb) ส่วนสิทธิของปัจเจกบุคคล (Individual Rights) ซึ่งอาจมีและทับซ้อนกับสิทธิของชุมชน ควรได้รับการรับรองคุ้มครองในฐานะเป็นข้อยกเว้นของสิทธิชุมชนเท่านั้น ภูมิปัญญาท้องถิ่น เป็นสิ่งแสดงออกถึงตัวตน ขนบธรรมเนียม และวัฒนธรรม ของชุมชน และไม่อาจแยกออกจากชุมชนได้ตราบเท่าที่ชุมชนนั้นยังดำรงอยู่ แนวคิดความเป็น เจ้าของในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่เหนือภูมิปัญญาท้องถิ่น จึงมิใช่ทรัพย์สินที่จะจำหน่าย ง่าย โอน หรือตัดขาดไปจากชุมชนได้ดังทรัพย์สินทั่วไป ดังนั้นระบบกฎหมายเฉพาะเหนือภูมิปัญญา จึงต้องให้ชุมชนยังมีสิทธิใช้ประโยชน์จากทรัพยากร และภูมิปัญญาได้ตามสิทธิที่มีอยู่ เดิม ตลอดไป

2. การใช้หลัก ผู้ดูแล (Custodian and Steward) เหนือภูมิปัญญา โดยชุมชนในฐานะผู้ทรงสิทธิเหนือภูมิปัญญาจะครอบครองภูมิปัญญาในลักษณะ การคุ้มครอง และพิทักษ์ภูมิปัญญานั้นไว้ (Custodians and Stewards) เพื่อประโยชน์ของชนใน รุ่นต่อไป มิได้ยึดถือภูมิปัญญาในฐานะทรัพย์สิน (Property) ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดในอดีตที่ถือว่าทรัพย์สินทั้งหลายเป็นของชุมชน การยึดถือสิ่งใดเป็นทรัพย์สินส่วนตัวเป็นการฉกชิงทรัพย์สินนั้นไป จากชุมชน รากศัพท์คำว่า Private มาจากภาษาละติน p/1/are ซึ่งแปลว่า การฉกชิง ปัจจุบันที่ ยอมรับหลักทรัพย์สินเอกชนเท่ากับยอมรับว่า มิได้เป็นสิ่งที่ฉกชิงจากชุมชนอีกต่อไป แต่ได้กลับ หลักใหม่โดยถือว่าทรัพย์สินควรเป็นของส่วนบุคคล และสังคมไม่ควรฉกชิงไปโดยปราศจากกระบวนการทางกฎหมาย¹⁰⁸

2.9 การจัดการสิทธิเพื่อการแบ่งปันผลประโยชน์

เนื่องจากภูมิปัญญาท้องถิ่นมีชุมชนท้องถิ่นเป็นเจ้าของ และภูมิปัญญาท้องถิ่นในแต่ละชุมชน ก็มีลักษณะเฉพาะที่เป็นเอกลักษณ์ของแต่ละชุมชน และเพื่อให้แต่ละชุมชนสามารถนำภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีอยู่ไปพัฒนาต่อยอดหรือหาประโยชน์เพื่อนำรายได้กลับมาพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีอยู่เดิมให้พัฒนามากขึ้น ซึ่งการจัดการสิทธิเพื่อการแบ่งปันผลประโยชน์อาจจัดทำในรูปแบบของวิสาหกิจชุมชนได้¹⁰⁹

การจัดการสิทธิเพื่อการแบ่งปันผลประโยชน์ในรูปแบบของวิสาหกิจชุมชน เนื่องจากชุมชนถูกขับเคลื่อนโดยธุรกิจที่สนองตอบต่อความต้องการของสังคมนั้นมีมาตั้งแต่สมัยโบราณ ต่อมาได้มีการพัฒนาเป็นรูปแบบของวิสาหกิจชุมชน (Community Enterprise) ที่ทันสมัยขึ้น ซึ่งเป็นรูปแบบของสหกรณ์ที่มีการรวมตัวกันเพื่อตอบสนองการเปลี่ยนแปลงทางสังคมและเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นในยุค

¹⁰⁸ พริตจ็อฟ คาปร้า, **จุดเปลี่ยนแห่งศตวรรษ**, แปลโดย พระประชา ปสนนธมโม และคณะ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: เม็ดทรายพริ้นตัง, 2543), หน้า 165.

¹⁰⁹ สมพร ปานยิณดี, **การแปลงทรัพย์สินเป็นทุนกับการพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) ของไทย**, ค้นวันที่ 21 พฤศจิกายน 2556 จาก http://www.siam.edu/siamedu_thai_mainpage/images/.../2550_bus13.doc.

ในช่วงปฏิวัติอุตสาหกรรม ในช่วงแรกสหกรณ์ได้ถูกก่อตั้งโดยกลุ่มผู้ถักทอใน Rochdale ประเทศอังกฤษในปี ค.ศ. 1844 และสหกรณ์ได้มีการผลิตอาหารราคาถูกสำหรับสมาชิกและครอบครัวของพวกเขา และกระตุ้นให้ทั่วโลกมีการขับเคลื่อนและสนับสนุนการดำเนินงานของสหกรณ์มาอย่างต่อเนื่อง ในประเทศออสเตรเลีย เราพบว่าความเป็นมาของธุรกิจชุมชนในรูปแบบของเครดิตยูเนียน คือความเป็นมิตรทางสังคมและผู้บริโภค และผู้ผลิตที่มีการทำการค้าเพื่อบริการชุมชนอื่น ๆ

ประเทศเยอรมันนี่ เป็นที่กำเนิดของกลุ่มออมทรัพย์ ชื่อสหกรณ์เครดิตสำหรับชาวชนบท (Village Credit Society หรือ Rural Bank) ได้จัดตั้งขึ้นสำเร็จเป็นครั้งแรกที่เมืองเฮตเตสดอร์ฟ ประเทศเยอรมันนี่ เมื่อปี ค.ศ. 1862 (พ.ศ. 2405) โดยมีเฟรดริก วิลเฮล์ม ไรไฟเฟเซน (F. W. Raiffeisen) นายกเทศมนตรีแห่งเมือง เฮตเตสดอร์ฟ เป็นผู้จัดตั้ง เพื่อให้เกษตรกรได้กู้ยืมไปทำทุน และประกอบอาชีพ ซึ่งเป็นสหกรณ์เครดิตขนาดเล็กชนิดไม่จำกัด และต่อมาได้เป็นต้นแบบของสหกรณ์ให้กู้ยืมเพื่อการผลิตการเกษตรทุกประเภท เช่น สหกรณ์หาทุน สหกรณ์เครดิตเพื่อผลิตกรรม สหกรณ์การเกษตรและสหกรณ์ผู้ผลิตการเกษตรรูปต่าง รวมทั้งธนาคารสหกรณ์ในชนบท และสหกรณ์ออมทรัพย์และเครดิตยูเนียนด้วย ดังนั้นเมืองไทยของเราจึงเป็นหนี้บุญคุณต่อท่านผู้นี้มาก เพราะสหกรณ์รูปแรกของไทย (สหกรณ์หาทุน) ได้ถอดรูปแบบมาจากสหกรณ์ของท่านก่อน และวิวัฒนาการมาเป็นลำดับจนกลายมาเป็นสหกรณ์การเกษตรในปัจจุบัน

ประเทศฝรั่งเศสมีตัวอย่างของวิสาหกิจชุมชน โดยองค์การชุมชนจากประมาณ 50 หมู่บ้าน ไม่ไกลจากเมืองลียง ทางภาคใต้ของฝรั่งเศสซึ่งเป็นถิ่นกำเนิดของเหล่าไวน์ที่มีชื่อเสียง และหมู่บ้านที่มีการรวมตัวกันดำเนินวิสาหกิจเกี่ยวกับการท่องเที่ยวเพราะมีภูมิประเทศสวยงาม มีหมู่บ้านเก่าแก่ วันหยุดสุดสัปดาห์จึงมีคนออกไปท่องเที่ยวในชนบทเป็นจำนวนมาก ทำให้องค์การชุมชนดังกล่าวรวมตัวกันทำงานในช่วงวันหยุด เพื่อประกอบบริการนักท่องเที่ยว โดยการเปิดร้านอาหาร โดยการนำผลิตที่มีในท้องถิ่นออกจำหน่าย เช่น เหล้า ไวน์ เนย ฯลฯ ซึ่งสามารถสร้างรายได้ให้กับคนในท้องถิ่นได้อย่างมาก¹¹⁰

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าแนวคิดวิสาหกิจชุมชนในต่างประเทศนั้นเกิดขึ้นมานานแล้ว และแสดงให้เห็นว่าธุรกิจชุมชนเกิดจาก ความคิดสร้างสรรค์ ความสามารถ การรวมกลุ่มกันดำเนินงานของชุมชน โดยมองเห็นถึงจุดแข็ง จุดอ่อน และอุปสรรคต่าง ๆ สภาพแวดล้อมของพื้นที่ ที่ทำให้พวกเขาสร้างธุรกิจที่เป็นของตัวเอง ก่อให้เกิดการสร้างงาน สร้างอาชีพ รายได้ และสวัสดิการ ระบบชุมชนที่มีความมั่นคงทางเศรษฐกิจและสังคม ส่งผลให้เกิดชุมชนอยู่รอดท่ามกลางเศรษฐกิจที่มีความผันผวน ได้อย่างยั่งยืนสำหรับการพัฒนาประเทศของไทยแนวใหม่ในปัจจุบัน มีการปรับเปลี่ยนมาจากอดีตที่เน้นการขยายตัวทางเศรษฐกิจเป็นหลัก จนมาเป็นฐานความคิดใหม่ คือ การเน้นกระบวนการพัฒนาศักยภาพของชุมชนทำให้ชุมชนเข้มแข็งและพึ่งตนเองได้ ไม่ใช่การพัฒนาชุมชน (Community Development) แต่เป็นการช่วยให้ชุมชนพัฒนาศักยภาพของตนเอง (Community Empowerment) มากกว่า ดังนั้นกระบวนการพัฒนายุคใหม่จึงมีเป้าหมายอยู่ที่การพึ่งตนเองของประชาชน โดยวิธีการที่จะบรรลุเป้าหมายนี้คือ การส่งเสริมให้เกิดกระบวนการประชาชนที่เข้มแข็ง โดยการสนับสนุนการเกิด

¹¹⁰ เสรี พงศ์พิศ, วิจิต นันทสุวรรณ และจ่านง แรกพินิจ, วิสาหกิจชุมชน: แผนแม่บทแนวคิด แนวทาง ตัวอย่าง ร่างพระราชบัญญัติ (กรุงเทพฯ: ภูมิปัญญาไทย, 2544), หน้า 33-50.

ระบบเศรษฐกิจชุมชน ซึ่งหมายถึงการจัดระบบความสัมพันธ์ใหม่ ระหว่าง คน ทรัพยากร และความรู้ อันเป็น 3 ปัจจัยหลักที่ก่อให้เกิดการเรียนรู้ การจัดการและการพัฒนาที่เกิดจากภายในชุมชนและท้องถิ่น ซึ่งค้นพบศักยภาพและทุนที่แท้จริงของตนเอง คือ ทุนที่เป็นทรัพยากร ผลผลิต ความรู้ ภูมิปัญญา วัฒนธรรมท้องถิ่น รวมทั้งทุนทางสังคม¹¹¹ หรือเรียกอีกนัยหนึ่งว่า ทุนชุมชน นั้นเองประเทศไทยมีแนวทางการส่งเสริมและพัฒนาวิสาหกิจที่เป็นรูปธรรมและกำหนดขึ้นเป็นพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจชุมชน พ.ศ. 2548 โดยมีหลักการเพื่อส่งเสริมสนับสนุนเศรษฐกิจชุมชนซึ่งเป็นพื้นฐานของการพัฒนาเศรษฐกิจแบบพอเพียง ซึ่งจำนวนหนึ่งอยู่ในระดับที่ไม่พร้อมจะเข้ามาแข่งขันทางการค้า ให้ได้รับการส่งเสริมความรู้และภูมิปัญญาท้องถิ่น การสร้างรายได้ การช่วยเหลือซึ่งกันและกัน การพัฒนาความสามารถในการจัดการ และพัฒนารูปแบบของวิสาหกิจชุมชน เพื่อให้ระบบเศรษฐกิจชุมชนมีความเข้มแข็ง สามารถพัฒนาไปสู่การเป็นผู้ประกอบการของหน่วยธุรกิจที่สูงขึ้นจากแนวคิดข้างต้นสามารถสรุปความหมายของวิสาหกิจชุมชนของประเทศไทยซึ่งกรมการพัฒนาชุมชน¹¹² อธิบายไว้ว่าวิสาหกิจชุมชน คือ กิจกรรมที่ชุมชนและคนในชุมชนเป็นเจ้าของกิจการผลิตสินค้า กิจการให้บริการ หรือ กิจกรรมอื่น ๆ เพื่อสร้างรายได้ และการพึ่งพาตนเองของครอบครัว ชุมชนและระหว่างชุมชน โดยการนำ ทุนทางสังคมที่มีอยู่ ได้แก่ ความรู้ ภูมิปัญญาท้องถิ่น วิถีชีวิตวัฒนธรรม ประเพณี ทรัพยากรท้องถิ่น ฯลฯ ผสมกับการบริหารจัดการสมัยใหม่ เพื่อก่อให้เกิดการพัฒนาเศรษฐกิจสังคมและการเรียนรู้ของชุมชนซึ่งไม่ทำลายสิ่งแวดล้อม และสำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการส่งเสริมวิสาหกิจชุมชน ระบุว่าวิสาหกิจชุมชน หมายถึงกิจการของชุมชนเกี่ยวกับผลิตสินค้า การให้บริการ หรือการอื่น ๆ ที่ดำเนินการโดยคณะบุคคลที่มีความผูกพัน มีวิถีชีวิตร่วมกันและรวมตัวกันประกอบกิจการดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลในรูปแบบใดหรือไม่เป็นนิติบุคคล เพื่อสร้างรายได้และเพื่อการพึ่งตนเองของครอบครัว ชุมชนและระหว่างชุมชน ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด อีกทั้ง เสรี พงศ์พิศ¹¹³ อธิบายว่าวิสาหกิจชุมชน คือ การประกอบการเพื่อการจัดการ “ทุน” ของชุมชนอย่างสร้างสรรค์เพื่อการพึ่งตนเอง โดยทุนตามความหมายนี้ไม่ได้หมายถึงเพียงแค่เงินอย่างเดียว แต่รวมถึง ทรัพยากร ผลผลิต ความรู้ ภูมิปัญญา ทุนทางวัฒนธรรมและทุนทางสังคมจากความหมายของวิสาหกิจชุมชนดังกล่าวข้างต้น สามารถสรุปได้ว่า วิสาหกิจชุมชนหมายถึง การประกอบการโดยกลุ่มคนที่มีความผูกพัน หรือมีวิถีชีวิตร่วมกันไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลหรือไม่เป็นนิติบุคคลในการประกอบการเพื่อจัดการ ทุนของชุมชน อย่างสร้างสรรค์เพื่อการพึ่งตนเอง โดยทุนชุมชนในการศึกษาครั้งนี้ หมายรวมถึง ทรัพยากร ผลผลิตความรู้ ภูมิปัญญาท้องถิ่น ทุนทางวัฒนธรรมและทุนทางสังคมภายในชุมชน ผสมกับการบริหารจัดการสมัยใหม่ เพื่อก่อให้เกิดการพัฒนาเศรษฐกิจ

¹¹¹ ดวงเดือน สมวัฒนศักดิ์, วิสาหกิจชุมชน: สำนักส่งเสริมและพัฒนาการเกษตรเขตที่ 1 (ชัยนาท: ม.ป.พ., 2548), หน้า 1-2.

¹¹² อุมพร กาญจนคลอด, บทบาทหน่วยงานภาครัฐในการสนับสนุนวิสาหกิจชุมชนในจังหวัดนครราชสีมา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชารัฐประศาสนศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, 2550), หน้า 10.

¹¹³ เสรี พงศ์พิศ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 39-40.

สังคม และการเรียนรู้ของชุมชน ซึ่งไม่ทำลายสิ่งแวดล้อม หรืออาจกล่าวให้เข้าใจง่าย ๆ ได้ว่า วิสาหกิจชุมชน หมายถึง กิจกรรมของชุมชน ในการดำเนินกิจการดังกล่าว

ลักษณะและองค์ประกอบที่สำคัญของวิสาหกิจชุมชนลักษณะและองค์ประกอบที่สำคัญของวิสาหกิจชุมชนตามความหมายของเสรี พงศ์พิศ มีอย่างน้อย 7 ประการที่สำคัญ คือ 1. ชุมชนเป็นเจ้าของและเป็นผู้ดำเนินการหลัก 2. ผลผลิตมาจากกระบวนการในชุมชน 3. ริเริ่มสร้างสรรค์เป็นนวัตกรรมโดยชุมชน 4. มีฐานภูมิปัญญาท้องถิ่นผสมผสานกับภูมิปัญญาสากลและอื่น ๆ 5. มีลักษณะบูรณาการ เชื่อมโยงกิจกรรมต่าง ๆ แบบเกื้อกูลกัน 6. มีกระบวนการเรียนรู้เป็นหัวใจ ซึ่งการเรียนรู้คือหัวใจของกระบวนการพัฒนา และ 7. มีการพึ่งตนเองเป็นเป้าหมายจากคุณลักษณะที่สำคัญทั้ง 7 ประการของวิสาหกิจชุมชนจะเห็นได้ว่าเป็นรูปแบบของการประกอบการที่เป็นของชุมชน ไม่ใช่เป็นของบุคคลหนึ่ง หรือกลุ่มบุคคลเพียงไม่กี่คน แต่เป็นการรวมกลุ่มเพื่อประกอบการผลิต การแปรรูป บริการ หรืออื่น ๆ ที่เกิดจากการริเริ่มสร้างสรรค์ มีฐานการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เหมาะสมในแต่ละท้องถิ่นผสมผสานกับภูมิปัญญาสากลมีกระบวนการเรียนรู้ของกลุ่มเพื่อพัฒนาศักยภาพของกลุ่ม รู้จักคิดค้น ค้นหาและจัดการทุนที่อยู่ในชุมชน ทุนทรัพยากรธรรมชาติในท้องถิ่น คน ความรู้ ทุนทางวัตถุต่าง ๆ เพื่อบริหารจัดการร่วมกันอย่างสร้างสรรค์ ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อกลุ่มและชุมชน โดยเน้นการพึ่งพาตนเอง รวมทั้งเป็นแนวคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของเศรษฐกิจพอเพียงองค์ประกอบของวิสาหกิจชุมชนในข้างต้น สอดคล้องกับการศึกษาของอุมาพร กาญจนคลอด¹¹⁴ ได้มีการศึกษาเกี่ยวกับคุณลักษณะของวิสาหกิจชุมชนที่น่าสนใจไว้ทั้ง 5 ประการ ดังนี้

1. เป็นกิจการของชุมชน หมายถึงเป็นการประกอบกิจการทั้ง ด้านการผลิตและการบริการ ที่กลุ่มคนในชุมชนเป็นเจ้าของ (ไม่ใช่ปัจเจกชน)

2. ดำเนินการโดยใช้ทุนของชุมชนและมีการบริหารจัดการที่เหมาะสมหมายถึงกิจการที่ดำเนินการโดยใช้ทุนของชุมชนเป็นหลัก (สินทรัพย์ เงิน แรงงาน ทรัพยากรภูมิปัญญา เป็นต้น) โดยมีการบริหารจัดการ รวมถึงการใช้เทคโนโลยีที่เหมาะสมในการผลิตหรือกิจการบริการนั้น ด้วยความคิดสร้างสรรค์ คิดค้นเอง โดยใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นฐานเป็นจัดการแบบประสานพลัง (Synergy) ทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจและสังคมแบบเสริมกัน

3. ดำเนินการด้วยหลักสามัคคีธรรม หมายถึง กิจกรรมดำเนินการด้วยการมีส่วนร่วมของหมู่คณะในชุมชนอย่างเป็นเอกภาพ ที่ก่อให้เกิดผลประโยชน์ส่วนรวมแก่สมาชิกและชุมชน โดยไม่กระทบในเชิงลบต่อสาธารณะ

4. เน้นกระบวนการเรียนรู้ในการดำเนินการ หมายถึง การดำเนินการกิจการที่ก่อให้เกิดกระบวนการเรียนรู้ เชื่อมมั่นในศักยภาพของตนเองและชุมชนเรียนรู้ที่จะบริหารจัดการชุมชนด้วยการริเริ่มสร้างสรรค์ให้เกิดนวัตกรรม

5. มีเป้าหมายเพื่อการพึ่งพาตนเองของชุมชน หมายถึง การดำเนินการกิจการโดยมีเป้าหมายเพื่อการพึ่งพาตนเองเป็นรากฐาน ทำให้พอกินพอใช้ในครัวเรือน ชุมชนและเครือข่ายเป็นอันดับแรก

นอกจากนี้เมื่อศึกษาถึงองค์ประกอบที่สำคัญของวิสาหกิจชุมชน ทำให้สามารถเชื่อมโยงไปถึงการศึกษาเปรียบเทียบแนวคิดการจัดการแบบทุนนิยมที่ประเทศไทยนำมาใช้ตั้งแต่แผนพัฒนา

¹¹⁴ อุมาพร กาญจนคลอด, *เรื่องเดิม*, หน้า 13-14.

เศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่ 1-9 โดยมองที่กำไรทางเศรษฐกิจมากกว่า กำไรทางสังคม ซึ่งแนวคิดการจัดการแบบทุนนิยมก่อให้เกิดผลปัญหาความเหลื่อมล้ำทางการกระจายรายได้ที่ไม่เท่าเทียมกัน ปัญหาสังคมที่เสื่อมโทรม เป็นต้น ทั้งนี้ในการศึกษาได้เปรียบเทียบแนวคิดการบริหารแบบทุนนิยมและวิสาหกิจชุมชน เพื่อให้สามารถเห็นความแตกต่างของทั้ง 2 แนวคิดได้อย่างชัดเจนมากขึ้น

ประเภทของวิสาหกิจชุมชนสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภทหลัก ๆ คือ

1. วิสาหกิจชุมชนพื้นฐาน เป็นการผลิตเพื่อใช้ในท้องถิ่นหลัก ๆ มีอยู่ 5 อย่าง คือ ข้าว อาหาร สมุนไพร ของใช้ ปุ๋ย ซึ่งอยู่ในขีดความสามารถของชาวบ้านทั่วไป และผลิตเพื่อตอบสนองความจำเป็นขั้นพื้นฐาน

2. วิสาหกิจชุมชนก้าวหน้า เป็นวิสาหกิจชุมชนที่สามารถนำออกสู่ตลาดใหญ่ได้เพราะมีลักษณะเฉพาะตัว มีเอกลักษณ์ท้องถิ่นบางอย่างหรืออาจมีสูตรเคล็ดลับหรือมีคุณภาพดีในระดับมาตรฐาน สามารถแข่งขันกับผลิตภัณฑ์หรือสินค้าทั่วไปได้ เป็นวิสาหกิจชุมชนที่มีการดำเนินงานที่เป็นระบบ ด้วยรูปแบบที่ทันสมัย และมีการดำเนินงานด้านการตลาดในวงกว้างวิสาหกิจชุมชน 2 ประเภทดังกล่าว เมื่อพิจารณาในด้านการจัดระดับ และขั้นตอนการพัฒนาการประกอบการแล้วสามารถแบ่งออกเป็น 3 ระดับ ดังนี้

1. ระดับครอบครัว คือ วิสาหกิจชุมชนแบบพอเพียง เป็นการประกอบกิจกรรมเพื่อกินใช้ในครอบครัว เพื่อทดแทนการพึ่งพาภายนอก เช่น การแปรรูปผลผลิตทางการเกษตรไว้ใช้ไว้กินในครอบครัว

2. ระดับชุมชนและเครือข่าย คือ วิสาหกิจชุมชนแบบพอเพียง เป็นการประกอบกิจการโดยกลุ่ม เพื่อตอบสนองการอุปโภค บริโภคในชุมชนและเครือข่าย

3. ระดับธุรกิจ คือ วิสาหกิจชุมชนแบบก้าวหน้า เป็นการประกอบการที่เริ่มจากฐานครอบครัวพัฒนาจนถึงขั้นธุรกิจ โดยมีผลิตภัณฑ์ที่สามารถนำออกสู่ตลาดใหญ่ได้มีคุณภาพดีได้มาตรฐาน และสามารถแข่งขันกับผลิตภัณฑ์หรือสินค้าทั่วไปได้

การพัฒนาวิสาหกิจชุมชน แนวทางการพัฒนาวิสาหกิจชุมชน มักจะเป็นเรื่องการพึ่งตนเองทางเศรษฐกิจที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขธรรมชาติ เป็นเรื่องของความมั่นคงและมีอยู่มีกิน ทั้งในวันนี้และวันหน้าและต้องมีแนวทางเฉพาะที่สอดคล้องกับแนวคิด เป้าหมายที่เอื้อให้เกิดการพัฒนาตามระบบเศรษฐกิจชุมชนที่พึ่งตนเองได้ โดยในปัจจุบันมีนักวิชาการได้มีการนำเสนอแนวทางการพัฒนาวิสาหกิจชุมชนในทัศนะที่ต่างกันไป โดยในทัศนะของ ณรงค์ เพ็ชรประเสริฐ และพิทยา ว่องกุล¹¹⁵ ได้อธิบายในลักษณะของการพัฒนาในด้านองค์ประกอบของวิสาหกิจชุมชน ซึ่งชุมชนต้องสามารถตอบคำถาม 3 ข้อหลัก ๆ คือ

1. ทุนคืออะไร ซึ่งทุนที่ใหญ่ที่สุดเป็นทุนของชุมชน
2. ความรู้ คืออะไร โดยที่ความรู้สามารถเรียนรู้ได้จากท้องถิ่น จากผู้รู้ จากการปฏิบัติพิสูจน์ทดลอง ซึ่งการทำวิสาหกิจชุมชนต้องการความคิดสร้างสรรค์ ซึ่งได้จากการผสมผสานปรับประยุกต์

¹¹⁵ ณรงค์ เพ็ชรประเสริฐ และพิทยา ว่องกุล, วิสาหกิจชุมชน กลไกเศรษฐกิจฐานราก, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: เอ็ดดิสันเพรส โปรดักส์, 2556), หน้า 60.

ความรู้เก่ากับความรู้ใหม่ให้กลายเป็นอะไรที่ลงตัวในสถานการณ์วันนี้ความรู้เช่นนี้เป็นความรู้ที่เป็นอำนาจและเป็นความรู้ที่สร้างพลังให้กับชุมชน

3. ตลาด คืออะไร ซึ่งตลาดที่ว่านี้ไม่ใช่ตลาดที่ขายของในเมืองหรือชุมชนใหญ่ ๆ แต่ที่จริงแล้วตลาดที่ใหญ่ที่สุดในที่นี้คือ หมู่บ้านหรือชุมชน ผู้บริโภคที่ใหญ่ที่สุดคือชาวบ้านหรือคนในชุมชน ถ้าหากชุมชนมีความเข้มแข็งและประสานกันเป็นเครือข่าย ร่วมกันใช้ผลิตภัณฑ์ที่เกิดขึ้นภายในชุมชน ตลาดในชุมชนก็จะดำเนินไปอย่างสมบูรณ์ในทัศนะของ เสรี พงศ์พิศ¹¹⁶ อธิบายแนวทางในการพัฒนาวิสาหกิจชุมชนในลักษณะของกระบวนการพัฒนาวิสาหกิจชุมชน คือ การเริ่มต้นด้วยการสร้างความร่วมมือเป็นเครือข่ายในการจัดการทรัพยากรร่วมกันและมีความร่วมมือในการจัดการเรื่องการตลาดและการกำหนดแผนเป็นการกำหนดทิศทางของชุมชน การทำงานที่ผ่านมาความรู้ต่าง ๆ ที่เกิดจากการคิดแล้วลองทำ การทดลองแล้วสรุปบทเรียนต่าง ๆ เพื่อนำไปวิเคราะห์แล้วพัฒนาปรับปรุงแก้ไขอยู่ตลอดเวลา เป็นการเรียนนอกระบบโดยใช้กระบวนการประชาธิปไตย เป็นการวิจัยโดยชาวบ้านและเป็นการวิเคราะห์จากความรู้มาเป็นแนวทางแล้วดำเนินการทดลอง หากดำเนินการแล้วเกิดผลจะดำเนินการสรุปบทเรียนไว้เป็นขั้นตอน เพื่อให้เกิดเป็นความรู้ที่หลากหลายเมื่อมองในแง่ของกระบวนการทัศน์ในการพัฒนาวิสาหกิจชุมชนที่ผ่านมา พบว่า เป็นกระบวนการที่มุ่งผลสัมฤทธิ์ในการสร้างความเจริญเติบโตอย่างรวดเร็ว เพื่อสร้างตัวเลขทางเศรษฐกิจที่อ้างถึงความเจริญและความมั่งคั่งตามกระแสการบริโภคนิยมที่ผูกติดมากับโลกาภิวัตน์ ทำให้ความสำเร็จในการพัฒนาถูกกำหนดด้วยตัวชี้วัดในเชิงตัวเลขเพื่อวัดความสามารถและศักยภาพของบุคคลในทุกระดับ กระบวนทัศน์ดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาในระดับฐานรากที่แข็งแรงไม่เพียงพอต่อการรองรับความใหญ่โตของส่วนอื่นที่มีอยู่บนฐานนั้น เป็นเหตุให้ผลผลิตของกระบวนการพัฒนาต้องล่มสลายลงไปเป็นจำนวนมาก ประเด็นเชิงยุทธศาสตร์การพัฒนาวิสาหกิจชุมชนที่ผ่านมา จึงต้องมีการทบทวนกระบวนการทั้งหมดอย่างเป็นองค์รวมโดยใช้อดีตเป็นศูนย์กลางการเรียนรู้ เพื่อสืบหาข้อเท็จจริงและปรับกระบวนการพัฒนาให้หลุดพ้นจากวัฏจักรความล้มเหลวซ้ำซากต่อไป ทั้งนี้กระบวนทัศน์การพัฒนาวิสาหกิจชุมชนที่ผ่านมามีการมองวิสาหกิจชุมชนที่แตกต่างกัน โดยผู้เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามกระบวนการดังกล่าว ซึ่งสามารถจำแนกได้ 3 ลักษณะหลัก ๆ¹¹⁷ ดังนี้

1. ลักษณะการมองแบบแยกส่วน เป็นการมองแบบแบ่งแยกวิสาหกิจชุมชนออกเป็นส่วนย่อยตามองค์ประกอบของการดำเนินธุรกิจอุตสาหกรรม ตั้งแต่เรื่อง วัตถุประสงค์กระบวนการผลิต การบริหารจัดการ การขนส่ง การเงินและการตลาด เป็นต้น โดยการมองแบบนี้ถือว่าเป็นปัญหาของวิสาหกิจชุมชนจากส่วนใดส่วนหนึ่ง จึงมีการแก้ไขเฉพาะส่วนนั้น ๆ โดยไม่เข้าใจไปถึงการเชื่อมโยงไปยังส่วนอื่น ๆ ซึ่งเมื่อมีการแก้ไขเฉพาะส่วนใดส่วนหนึ่ง ย่อมส่งผลกระทบต่อปัจจัยที่เชื่อมโยงทำให้เกิดการขัดแย้งและกลายเป็นปัญหาอื่น ๆ ตามมาอยู่เสมอ

2. การมองแบบลดส่วน เป็นการมองปรากฏการณ์ของวิสาหกิจชุมชนในกระบวนการเศรษฐกิจมิติเชิงตัวเลข หรือเป็นข้อมูลเชิงสถิติ โดยไม่คำนึงถึงปัจจัยอื่น หรือทำความเข้าใจในมิติอื่นที่มี

¹¹⁶ เสรี พงศ์พิศ, *เรื่องเดิม*, หน้า 13.

¹¹⁷ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 13.

ผลกระทบต่อวิสาหกิจชุมชน การพยายามอธิบายปรากฏการณ์วิสาหกิจชุมชนในเชิงตัวเลข ทำให้มองข้ามปัจจัยทางธรรมชาติด้านองค์ประกอบของอุตสาหกรรมซึ่งเป็นที่มาของตัวเลขเหล่านั้น

3. ลักษณะมองแบบกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ เป็นการอธิบายธรรมชาติของกระบวนการพัฒนาด้วยกฎเกณฑ์ทางวิทยาศาสตร์แบบตายตัว และอธิบายเป็นกลไกการเกิดที่แน่นอน เช่น ธุรกิจไม่เติบโตเนื่องจากขายไม่ได้ ไม่มีตลาด ทั้ง ๆ ที่มีปัจจัยด้านศิลปะที่มีความสัมพันธ์และมีส่วนร่วมของกระบวนการดังกล่าวอยู่มีใช่น้อยดั่งนั้นผู้ศึกษามุ่งศึกษาการดำเนินงานของวิสาหกิจชุมชนในลักษณะกระบวนการทัศน์ใหม่ที่ต้องเข้าใจ วิสาหกิจชุมชนแบบองค์รวม คือ เข้าใจถึงการมีชีวิตชีวาตามธรรมชาติ มิใช่รูปแบบที่แข็งกระด้าง หรือมีแบบอย่างเหมือนกันทั้งหมด การคิดแบบองค์รวมเป็นระบบที่เชื่อมโยงวิสาหกิจชุมชนสู่บริบทในระบบย่อย และระบบใหญ่ทั้งหมด ด้วยความเชื่อพื้นฐานที่ว่า ความเชื่อมโยงคือสถานะที่องค์ประกอบของวิสาหกิจชุมชนทุกส่วนมีความสัมพันธ์กันในบริบทที่ซับซ้อนกันไปมาและมีกระบวนการที่ต่อเนื่องจากปฏิสัมพันธ์ระหว่างบริบททางสังคม วัฒนธรรม และสิ่งแวดล้อมที่มีความหลากหลายในชุมชนณรงค์ เพ็ชรประเสริฐ และ พิทยา ว่องกุล¹¹⁸ ได้เสนออยู่ทฤษฎีการพัฒนาศาสตร์การพัฒนาเพื่อสร้างกระบวนการทัศน์ใหม่ของชุมชน ซึ่งแตกต่างจากการพัฒนากระแสหลักดังต่อไปนี้

1. เน้นกระบวนการเรียนรู้ของชุมชน เพื่อสร้างฐานความรู้และองค์ความรู้ที่เป็นตนเอง รวมไปถึงการวางแผนพัฒนาชุมชน แบบมีส่วนร่วมของสมาชิกโดยผู้นำ ผู้มีความรู้ในชุมชนเป็นแกนกลาง คุณลักษณะนี้เป็นจุดแข็งของชุมชนใช้สร้างความเป็นเอกภาพ และศักยภาพของตน สามารถพัฒนาและรวบรวมความรู้ต่าง ๆ เป็นศูนย์กลางการเรียนรู้ของชุมชนหรือจัดตั้งมหาวิทยาลัยชาวบ้าน อีกทั้งสามารถพัฒนาเทคโนโลยีที่เหมาะสมแก่ชุมชนได้

2. กระบวนการสร้างชุมชน ทุนสังคม ที่ครอบคลุมทั้งการสะสมเงินตรา จากน้อยไปสู่มาก เพื่อสร้างกลุ่มออมทรัพย์ ธนาคารชุมชน หรือธุรกิจชุมชน ซึ่งอาศัยเงินตราเป็นสื่อ และทุนทางสังคมที่มาจากบุคลากร ภูมิปัญญา ประเพณีวัฒนธรรมชุมชน สถาบันในชุมชนสาธารณสมบัติ ทรัพยากรธรรมชาติของชุมชน เป็นต้น ซึ่งปัจจุบันชุมชนในทุกภาคได้สร้างทุนชุมชนและสังคมในรูปแบบที่หลากหลายมากมาย

3. กระบวนการศึกษาวิจัย ในกระบวนการทัศน์ใหม่ควรเป็นการศึกษาวิจัยเพื่อการพัฒนา ได้แก่ การที่ชุมชนแสวงหาความร่วมมือจากนักวิชาการ หรือสถาบันการศึกษาหน่วยงานภายนอกชุมชนกับส่งเสริมให้ชุมชนมีการทำงานวิจัยเอง เพื่อนำผลที่ได้มาวางแผนพัฒนาชุมชนในขั้นตอนต่อไป โดยได้รับเงินทุนสนับสนุนกิจกรรมการพัฒนาที่กำหนดขึ้นจากการวิจัยด้วย

4. กระบวนการผสมผสานความหลากหลายจากปัจจัยที่เป็นคุณต่อการพัฒนาเป็นกระบวนการทัศน์ใหม่ที่ชุมชนเปิดรับเอาความรู้ และความช่วยเหลือจากภายนอกโดยเปิดเวทีแลกเปลี่ยนทัศนะระหว่างชุมชน กับหน่วยงานของภาครัฐ และองค์การการพัฒนาเอกชน หรือแหล่งเงินทุนต่างประเทศ โดยมีชุมชนเป็นผู้ตัดสินใจ และวางแผนการพัฒนาดตนเอง

5. กระบวนการสร้างเครือข่ายชุมชน จะนำไปสู่กระบวนการทัศน์ใหม่ในการต่อยอดความรู้ในการพัฒนาตนเอง และเครือข่ายตลอดเวลา นำไปสู่ธุรกิจอุตสาหกรรมชุมชน เช่น โรงสีชุมชน สหกรณ์

¹¹⁸ ณรงค์ เพ็ชรประเสริฐ และพิทยา ว่องกุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 69-72.

ชุมชน เป็นต้นสำหรับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับวิสาหกิจชุมชน คือ สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการส่งเสริมวิสาหกิจชุมชน (สคช.) ตามคำสั่งกรมส่งเสริมการเกษตรที่ 384/2548 ตั้งสำนักงานเลขานุการคณะกรรมการส่งเสริมวิสาหกิจชุมชนและเจ้าหน้าที่ปฏิบัติงาน เพื่อรองรับภารกิจตามพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจชุมชน พ.ศ. 2548 เมื่อวันที่ 11 มีนาคม พ.ศ. 2548 พระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจชุมชนกำหนดให้กรมส่งเสริมการเกษตรทำหน้าที่เป็นสำนักงานเลขานุการคณะกรรมการส่งเสริมวิสาหกิจชุมชนรับผิดชอบงานด้านธุรการ งานประชุม การศึกษาข้อมูลและกิจกรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคณะกรรมการ และมีการดำเนินงานตาม โครงการส่งเสริมและพัฒนาวิสาหกิจชุมชน และสำนักงานเกษตรระดับจังหวัดเป็นผู้ดูแลรับผิดชอบโครงการในแต่ละพื้นที่ โดยในการศึกษาครั้งนี้ ได้ศึกษาแนวทางการพัฒนาวิสาหกิจชุมชนให้สอดคล้องกับแนวทางการพัฒนาการจัดการความรู้ของวิสาหกิจชุมชนควบคู่กันไป

ความแตกต่างระหว่างวิสาหกิจชุมชนกับธุรกิจชุมชนวิสาหกิจชุมชนนั้นเป็นเรื่องเก่าแต่นำมาคิดใหม่ มีการทำอย่างมีแบบแผน มีระบบมีขั้นตอน เริ่มต้นจากการเรียนรู้ การคิดก่อนแล้วค่อยลงมือทำวิสาหกิจชุมชนเน้นความร่วมมือในการทำกิจกรรมเพื่อให้สามารถพึ่งตนเองได้ โดยแตกต่างจากอุตสาหกรรมชุมชนและธุรกิจชุมชนซึ่งเน้นที่กระบวนการผลิต การแปรรูป การบริหารจัดการ ที่มุ่งสู่ตลาดใหญ่ วิสาหกิจชุมชนเป็นระบบที่มีความหลากหลายของกิจกรรม และเป็นกระบวนการสร้างสรรค์ทางเศรษฐกิจและสังคมของชุมชน เป็นการประกอบการบนพื้นฐานของการใช้ความรู้ภูมิปัญญา วัฒนธรรม และทรัพยากรที่มีอยู่ในชุมชนอย่างรู้คุณค่า เพื่อการพึ่งพาตนเองของครอบครัวชุมชน และระหว่างชุมชน โดยมุ่งประโยชน์ทางสังคมแก่ชุมชนมากกว่าการแสวงหากำไรสูงสุด และมุ่งต่อการรักษาระบบนิเวศน์ของสังคมโดยรวม ซึ่งถ้าเปรียบเทียบกับอุตสาหกรรมชุมชนและธุรกิจชุมชนกับการทำเกษตร ก็คล้ายกับการปลูกพืชเชิงเดี่ยว ขณะที่วิสาหกิจชุมชนจะคล้ายกับการปลูกพืชแบบผสมผสาน

บทที่ 3

การอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทย เปรียบเทียบกับอนุสัญญาหรือข้อตกลงระหว่าง ประเทศและกฎหมายต่างประเทศ

ผลสืบเนื่องจากการเรียกร้องจากประเทศต่าง ๆ ที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ออกมาเรียกร้องความเป็นธรรมและปกป้องในกรณีที่ภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศ ได้ถูกบริษัทหรือองค์กรในประเทศอื่น ๆ โดยเฉพาะในประเทศอุตสาหกรรมได้หยิบฉวยนำไปใช้ประโยชน์ทั้งโดยตรงและนำไปพัฒนาต่อยอดเพื่อให้เกิดเป็น ผลิตภัณฑ์ที่สามารถนำมาแสวงหาผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ได้ ส่งผลให้หัวข้อในเรื่อง “การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น” นั้น ได้รับความสนใจในระดับนานาชาติร่วมมือกันผลักดันให้องค์กรหลายองค์กรที่เกี่ยวข้องในระดับนานาชาติได้ร่วมกันพัฒนารอบกฎหมายอนุสัญญา ตลอดจนสนธิสัญญาต่าง ๆ ขึ้นมาเพื่อคุ้มครองและปกป้องรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นขึ้นในหลาย ๆ ลักษณะ ซึ่งในงานศึกษาและวิจัยนี้ได้นำกรอบกฎหมาย อนุสัญญา ตลอดจนสนธิสัญญาและข้อตกลงระหว่างประเทศและกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อเป็นกรณีตัวอย่าง ในการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับ การอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทย

3.1 การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นตามอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity: CBD)

อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพถือว่าเป็นกรอบกฎหมายระหว่างประเทศหลักในเรื่องที่เกี่ยวกับคุ้มครองในเรื่องความหลากหลายทางชีวภาพหรือทรัพยากรชีวภาพ ซึ่งหมายรวมครอบคลุมถึงสิ่งมีชีวิตทุกชนิด ได้แก่ พืช สัตว์ จุลินทรีย์ ซึ่งอาจจะอยู่ในรูปที่ยังมีชีวิตอยู่หรือไม่มีชีวิตแล้ว เช่น ชากพืช ชากสัตว์ อีกทั้งยังรวมถึงข้อมูลทางพันธุกรรมของสิ่งมีชีวิตเหล่านั้นด้วย จากความหลากหลายของทรัพยากรชีวภาพเหล่านี้ทำให้เกิดการนำทรัพยากรชีวภาพไปใช้ประโยชน์ได้ในรูปแบบต่าง ๆ อย่างกว้างขวาง ต่อมาทรัพยากรชีวภาพที่มีความหลากหลายได้ถูกนำไปใช้ในหลาย ๆ ลักษณะ ทำให้ทรัพยากรเหล่านี้ได้ถูกทำลายและสูญหายไปอย่างรวดเร็วในช่วงหลายทศวรรษที่ผ่านมา ซึ่งสาเหตุสำคัญที่ทำให้ความหลากหลายเหล่านี้ลดลงไปในอัตราที่รวดเร็วก็คือ การกระทำของมนุษย์ในหลาย ๆ รูปแบบ โดยเฉพาะการทำลายธรรมชาติและสภาพแวดล้อม โดยเฉพาะการตัดไม้ทำลายป่าอันเป็นการทำลายแหล่งที่อยู่อาศัยของความหลากหลายทางชีวภาพที่สำคัญ ด้วยการตระหนักถึงภาวะวิกฤตของความสูญเสียที่จะเกิดขึ้นในความหลากหลายทางทรัพยากรชีวภาพที่ทั่วโลกกำลังเผชิญอยู่ ทำให้มีการเรียกร้องที่จะอนุรักษ์ของความหลากหลายทาง ชีวภาพและสารพันธุกรรมที่มีผลโดยตรงต่อสภาพแวดล้อมและความเป็นอยู่ของมนุษย์ในทุก ๆ ด้าน

เพื่อตอบสนองต่อความเห็นที่สอดคล้องกันในการแก้ไขภาวะวิกฤตที่เกิดขึ้นต่อความหลากหลายทางชีวภาพ โครงการสิ่งแวดล้อมแห่งสหประชาชาติจึงได้จัดทำอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity: CBD)¹¹⁹ ขึ้น โดยอนุสัญญาฯ นี้ได้เปิดให้มีการลงนามในการประชุมสุดยอดเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม เมื่อเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2535 และขณะนี้ประเทศไทยให้สัตยาบันแล้วจำนวน 189 ประเทศ¹²⁰ โดยที่ อนุสัญญาฯ มีวัตถุประสงค์หลัก 3 ประการ¹²¹ ประกอบด้วย

1. เพื่อส่งเสริมการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพของโลกเพื่อประโยชน์ของชนรุ่นต่อไป
2. เพื่อการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืน
3. เพื่อให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ทรัพยากรชีวภาพอย่างเป็นธรรมเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่ตั้งไว้ อนุสัญญาฯ ได้กำหนดกรอบและนโยบายที่เกี่ยวกับการจัดการความหลากหลายทางชีวภาพ โดยส่งเสริมและสนับสนุนให้ประเทศสมาชิกกำหนดแนวทางการอนุรักษ์ในดินแดนของตนเอง โดยอนุสัญญาฯ ได้วางหลักการต่าง ๆ ไว้ เป็นพันธกรณีเพื่อให้ภาคีสมาชิกต้องดำเนินการดังนี้
 1. จำแนกวิฉฉัย และติดตามตรวจสอบองค์ประกอบของความหลากหลายทางชีวภาพที่สำคัญ
 2. วางกลยุทธ์แผน และโปรแกรมระดับชาติเพื่ออนุรักษ์และใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน
 3. จำแนกวิฉฉัย และติดตามตรวจสอบองค์ประกอบของความหลากหลายทางชีวภาพ ที่สำคัญ
 4. วางระบบพื้นที่คุ้มครอง จัดการทรัพยากรชีวภาพ พื้นที่ระบบนิเวศน์ที่เสื่อมโทรม ควบคุมชนิดพันธุ์ต่างถิ่น และคุ้มครองชนิดพันธุ์ที่ถูกคุกคาม
 5. จัดตั้งสิ่งอำนวยความสะดวกเพื่ออนุรักษ์พืช สัตว์ จุลินทรีย์ นอกถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ และนำมาตรการฟื้นฟู พันธุ์สภาพและนำกลับคืนสู่ธรรมชาติ มาใช้กับพันธุ์ที่ถูกคุกคาม
 6. ดำเนินมาตรการเพื่อให้มีการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน รวมทั้งให้แรงจูงใจทางเศรษฐกิจ และ สังคม
 7. วางโปรแกรมการศึกษา และการวิจัย
 8. เอื้ออำนวยการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมบนเงื่อนไขการตกลงร่วมกัน และภายใต้ การเห็นชอบซึ่งได้แจ้งล่วงหน้าต่อภาคีผู้ให้ทรัพยากรพันธุกรรม
 9. ส่งเสริมการเข้าถึงเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้อง

¹¹⁹ อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity)

¹²⁰ ข้อมูลเมื่อ พฤศจิกายน พ.ศ. 2549 ซึ่งจากข้อมูลนี้ประเทศไทยเป็นประเทศล่าสุดที่ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาฯ ด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน 2546 และมีผลเป็นสมาชิกของอนุสัญญาฯ เมื่อวันที่ 29 มกราคม 2547

¹²¹ มาตรา 1 แห่งอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ

10. ส่งเสริมความร่วมมือทางวิทยาศาสตร์และวิชาการ รวมทั้งการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร ที่เกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพ

11. จัดหาเงินทุนสำหรับให้ประเทศกำลังพัฒนาได้อนุวัติการตามอนุสัญญาฯ

อนุสัญญาฯ ฉบับนี้ จัดได้ว่าเป็นอนุสัญญาที่มีความสำคัญต่อประเทศที่เป็นเจ้าของทรัพยากรชีวภาพ ทั้งนี้เนื่องจากว่าอนุสัญญาฯ ได้เปลี่ยนแนวความคิดดั้งเดิมที่ยึดถือไว้ว่า ทรัพยากรชีวภาพเป็นมรดกร่วมของมวลมนุษยชาติ (Common Heritage of Mankind)¹²² มาสู่แนวความคิดใหม่ที่ว่า ทรัพยากรชีวภาพเป็นสมบัติของรัฐหรือรัฐมีอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพ (Sovereign Rights)¹²³ การรับรองแนวความคิดใหม่นี้ทำให้กรณีพิพาทในเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพลดลง

การนำทรัพยากรชีวภาพไปผ่านกระบวนการเพิ่มมูลค่า นั้นมักจะทำกันในประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งมีเทคโนโลยีทันสมัยและมีเงินทุนในการทำวิจัยและพัฒนาสูง แต่ประเทศเหล่านี้มีทรัพยากรชีวภาพอยู่ในประเทศของตนอย่างจำกัด ดังนั้นประเทศที่พัฒนาแล้วจึงนิยมที่จะทำการสำรวจ หรือแสวงหาทรัพยากรชีวภาพจากประเทศที่กำลังพัฒนาที่เป็นแหล่งอันอุดมสมบูรณ์ของความหลากหลายของทรัพยากรชีวภาพ ในอดีตการใช้ทรัพยากรชีวภาพเพื่อประโยชน์การใดก็ตาม เป็นไปอย่างอิสระและไม่มีข้อกำหนด ทั้งนี้เนื่องจากว่าทรัพยากรชีวภาพถูกจัดให้เป็น “มรดกร่วมของมวลมนุษยชาติ” ซึ่งหมายความว่าบุคคลใดต้องการทรัพยากรชีวภาพจากที่ใดย่อมกระทำได้ตามปรารถนา ทรัพยากรชีวภาพที่ได้จากการสำรวจนั้นอาจถูกนำออกจากแหล่งกำเนิดโดยไม่ต้องมีการซื้อขาย หรือหากว่ามีการซื้อขายทรัพยากรชีวภาพนั้นก็จะมีลักษณะเช่นเดียวกับการซื้อขาย สินค้าทั่วไป กล่าวคือ มักจะเป็นไปตามข้อตกลงระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขายหรือผู้ดูแลทรัพยากรชีวภาพ นั้น และผู้ที่ซื้อสามารถนำทรัพยากรนั้นไปใช้ประโยชน์ได้ตามต้องการ โดยปกติแล้วนักสำรวจทรัพยากรชีวภาพจะนำทรัพยากรเหล่านี้ไปทำการวิจัยและค้นหาสารออกฤทธิ์และทำการผลิต ผลิตภัณฑ์ออกสู่ตลาดในที่สุด สินค้าที่ได้รับการวิจัยและพัฒนาจากทรัพยากรชีวภาพนี้จะมีมูลค่าสูงกว่าตัวทรัพยากรชีวภาพต้นกำเนิดหลายเท่า โดยเฉพาะสินค้าที่ผ่านการวิจัยและพัฒนาที่ลงทุนสูง ตัวอย่างเช่น ชิ้นส่วนที่ตัดมาจากต้นยิว (Yew Tree) มีราคา 0.75 เหรียญสหรัฐ ต่อหนึ่งกิโลกรัม¹²⁴ ในขณะที่ยารักษาโรคมะเร็ง (Taxol) ซึ่งสกัดได้จากชิ้นส่วนเหล่านี้มีราคา 12 ล้านเหรียญสหรัฐ

ในที่สุดการเรียกร้องความเป็นธรรมในเรื่องการเข้าถึงและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพก็ได้รับการตอบรับภายใต้อนุสัญญาฯ ฉบับนี้ ที่มีวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ อนุสัญญาฯ ฉบับนี้ได้เปลี่ยนหลักการของการนำทรัพยากรชีวภาพไปใช้ประโยชน์โดยได้ยกเลิก แนวคิดที่ว่า “ทรัพยากรชีวภาพเป็นสมบัติของมวลมนุษยชาติ” และเสนอแนวคิดใหม่ที่มนุษย์ควรมีต่อการใช้ทรัพยากรชีวภาพขึ้นโดยกล่าวว่าประเทศหรือรัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพ ใน

¹²² ภายใต้มติองค์การอาหารและเกษตร (FAO Resolution, 1987) ได้มีการกำหนดให้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช เป็นมรดกของมวลมนุษยชาติ และสามารถนำไปใช้โดยไม่มีข้อจำกัด

¹²³ ในอารัมภบทและมาตรา 3 แห่งอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ กล่าวว่าไว้ว่ารัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือ ทรัพยากรชีวภาพของตน และมีสิทธิในการแสวงหาผลประโยชน์ในทรัพยากรชีวภาพของตน

¹²⁴ K. Ten Kate and Sarah A. Laird, *op.cit.*, p. 2

เขตแดนของตน และรัฐบาลแต่ละประเทศมีอำนาจในการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพในประเทศของตน¹²⁵

แม้ว่าอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ อย่างยั่งยืนเพื่ออนุชนรุ่นหลัง หากแต่ในช่วงเวลานับตั้งแต่อนุสัญญาฯ ถือกำเนิดขึ้นมาในปี พ.ศ. 2535 อนุสัญญาฯ เป็นที่รู้จักอย่างกว้างขวางในฐานะที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่วางหลักการ เรื่องความเป็นเจ้าของในทรัพยากรชีวภาพและการแบ่งปันผลประโยชน์จากการนำทรัพยากรชีวภาพ ไปใช้ประโยชน์ ซึ่งหลักการที่อนุสัญญาฯ กำหนดขึ้นส่งผลให้ประเทศสมาชิกหลายประเทศ โดยเฉพาะ ประเทศที่มีความหลากหลายทางชีวภาพอุดมสมบูรณ์ได้ทำเร่งการพัฒนากระบวนการเกี่ยวกับการเข้าถึง ทรัพยากรชีวภาพของประเทศตนขึ้นมารองรับหลักการดังกล่าว นอกจากนั้นหน่วยงาน ที่มีความ เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพหลายหน่วยงาน เช่น หน่วยฝักเก็บจุลินทรีย์ทั้งในและระหว่างประเทศ ศูนย์วิจัยด้านการเกษตรนานาชาติของสภารับข้อปรึกษาในเรื่องการวิจัยด้านการเกษตรนานาชาติ ได้ ตระหนักถึงหลักการในอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพและ พยายามปรับกระบวนการในการ เข้าถึงทรัพยากรชีวภาพของหน่วยงานให้สอดคล้องกับหลักการ ในอนุสัญญาฯ อีกด้วย

เพื่อเป็นการรับรองสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรชีวภาพ อนุสัญญาฯ ได้วางหลักเกณฑ์ ในเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพไว้ในมาตรา 15 ของอนุสัญญาฯ หลักเกณฑ์ดังกล่าว เป็น หลักเกณฑ์ที่ประเทศเจ้าของทรัพยากรชีวภาพควรนำไปปฏิบัติในการพิจารณาเพื่อการอนุญาต การ เข้าถึงทรัพยากรชีวภาพในประเทศหรือในเขตแดนของตน โดยหลักการที่อนุสัญญาฯ นำเสนอ คือ ความเห็นชอบที่ได้แจ้งล่วงหน้า (Prior Informed Consent) ประเทศเจ้าของทรัพยากรชีวภาพ จะต้องมีการแจ้งถึงหลักเกณฑ์หรือกระบวนการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพในประเทศของตนให้ ผู้ที่ ต้องการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพรับทราบ และผู้ขอเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพจะต้องได้รับความ ยินยอม จากหน่วยงานรับผิดชอบของประเทศผู้ให้ทรัพยากรชีวภาพก่อนที่จะมีการเข้าถึงทรัพยากร ชีวภาพ การอนุญาตให้มีการเข้าถึงหรือใช้ทรัพยากรชีวภาพจะต้องกระทำขึ้นภายใต้ข้อตกลง ที่เห็นชอบ ร่วมกันระหว่างผู้จัดสรรทรัพยากรชีวภาพและผู้ที่ต้องการใช้ทรัพยากรชีวภาพ (Mutually Agreed Terms) ซึ่งภายใต้ข้อตกลงที่เห็นพ้องกันนั้นจะมีการวางเงื่อนไขเรื่องการแบ่งปัน ผลประโยชน์ที่ได้ จากการใช้ทรัพยากรชีวภาพอย่างเป็นธรรมด้วย (Benefit Sharing)

นอกจากความหลากหลายทางชีวภาพแล้ว อนุสัญญาฯ ดังกล่าวนี้ได้ให้ความสำคัญต่อ ภูมิ ปัญญาท้องถิ่นไว้เช่นกัน ดังปรากฏในมาตรา 8(j) ซึ่งกำหนดไว้ว่าประเทศภาคีต้องให้ความ เคารพ รักษาไว้และสืบทอด องค์ความรู้ วัฒนธรรม และแนวปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่น ซึ่ง ประกอบกันเป็นวิถีการดำรงชีวิตดั้งเดิม ที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน ซึ่ง ความหลากหลายทางชีวภาพ ตลอดจนส่งเสริมการประยุกต์ใช้ให้กว้างขวางขึ้น โดยได้รับการ เห็นชอบและมีส่วนร่วมของผู้ถือครององค์ความรู้ วัฒนธรรม และแนวปฏิบัตินั้น และยังคง ส่งเสริม ให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมจากการนำองค์ความรู้ วัฒนธรรม และ แนวปฏิบัติดังกล่าว ไปใช้ประโยชน์ภายใต้บริบทของมาตรา 8(j) นั้น ประเทศภาคีจะต้องมีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติ 3 ประการ คือ

¹²⁵ อารัมภบท มาตรา 3 และมาตรา 15(1) แห่งอนุสัญญาฯ

1. ประเทศภาคีต้องเคารพ ปกป้องและรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อการใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพเป็นไปอย่างยั่งยืน
2. ประเทศภาคีต้องส่งเสริมให้มีการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าการใช้ประโยชน์ต้องได้รับอนุญาตจากผู้ถือครองภูมิปัญญานั้นเสียก่อน
3. ประเทศภาคีต้องส่งเสริมให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ประโยชน์การแบ่งปันดังกล่าวต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งความเป็นธรรม

นอกจากนี้ อนุสัญญาฯ ยังได้จัดทำเป้าหมายปี ค.ศ. 2010 ขึ้น เพื่อผลักดันให้อนุสัญญาฯ สามารถบรรลุถึงวัตถุประสงค์ซึ่งคณะทำงานเฉพาะกิจผู้เชี่ยวชาญวิชาการการทบทวนการดำเนินงานตามโปรแกรมงานว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพในป่าไม้ได้ยกร่างเป้าหมายของ โปรแกรมงานฯ ตามกรอบการดำเนินงาน ซึ่งภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ถูกบรรจุในเป้าหมายที่ 9.1 ซึ่งกำหนดให้มีการดำเนินการใช้ความรู้ การประดิษฐ์คิดค้น และการถือปฏิบัติที่สอดคล้องตามธรรมเนียมประเพณีที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางชีวภาพในป่าไม้ และส่งเสริมตลอดจนเอื้ออำนวยการมีส่วนร่วมของชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่นในการดำเนินการดังกล่าว นอกจากนี้ เป้าหมายที่ 9.2 ยังกำหนดให้ ความรู้ การประดิษฐ์คิดค้น และการถือปฏิบัติที่สอดคล้องตามธรรมเนียมประเพณี ที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางชีวภาพในป่าไม้ ได้รับการนับถือ ดำรงรักษา ดูแล มีการส่งเสริมการใช้ความรู้ดังกล่าวอย่างกว้างขวางขึ้น โดยมีการเห็นชอบที่แจ่มแจ้งหน้า และการมีส่วนร่วมของชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่นที่เป็นผู้ให้ความรู้ดังกล่าวและมีการแบ่งปันผลประโยชน์ ที่ได้รับอย่างเท่าเทียม

จะเห็นได้ว่าอนุสัญญานี้ได้กำหนดให้ทรัพยากรชีวภาพรัฐเป็นผู้ทรงสิทธิกล่าวคือรัฐมีอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพ จึงเป็นอนุสัญญาที่วางหลักเกณฑ์ในเรื่องของผู้ทรงสิทธิ การแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรม การอนุญาตและเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้ในมาตรา 8(j)

3.2 แนวปฏิบัติบอन्नว่าด้วยการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการแบ่งปันผลประโยชน์ ที่ได้รับเนื่องจากการใช้ประโยชน์อย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม (Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of Their Utilizations)¹²⁶

นับตั้งแต่อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพก่อกำเนิดขึ้น เรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์เป็นเรื่องที่ได้รับความสนใจจากประเทศต่าง ๆ และมีความพยายามที่จะพัฒนา กฎระเบียบที่สอดคล้องกับหลักการของอนุสัญญาฯ หากแต่จะเห็นได้ว่าการนำไปใช้ทางปฏิบัตินั้นยังไม่แพร่หลาย มีความตระหนักดีว่าอนุสัญญาฯ นั้นเพียงแต่วางกรอบกว้าง ๆ แต่ไม่ได้ให้คำแนะนำ หรือแนวทางการนำไปใช้ในทางปฏิบัติที่ชัดเจน ดังนั้นสมัชชาภาคีอนุสัญญาฯ ในการประชุม สมัชชาภาคีอนุสัญญาฯ

¹²⁶ แนวปฏิบัติว่าด้วยการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับเนื่องจากการใช้ประโยชน์อย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม (Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of Their Utilization)

สมัยที่ 4 เมื่อ พฤษภาคม พ.ศ. 2541 ได้มีมติจัดตั้งคณะผู้เชี่ยวชาญว่าด้วย การเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ที่มีความสมดุลในภูมิภาค และสมาชิกภาคีอนุสัญญาฯ ในการประชุมสมาชิกภาคีอนุสัญญาฯ สมัยที่ 5 เมื่อ พฤษภาคม พ.ศ. 2543 ได้มีมติจัดตั้ง คณะทำงานเฉพาะกิจว่าด้วยการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ ซึ่งการจัดตั้งคณะผู้เชี่ยวชาญ และคณะทำงานเฉพาะกิจว่าด้วยการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ขึ้นมานี้ก็เพื่อจัดทำแนวทาง ข้อเสนอแนะ และข้อสรุป ในเรื่องการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ภายในกรอบ การดำเนินงานของอนุสัญญาฯ

ผลสืบเนื่องจากการประชุมคณะผู้เชี่ยวชาญ และคณะทำงานเฉพาะกิจว่าด้วยการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ คือการจัดทำแนวปฏิบัติบอन्नว่าด้วยการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ ซึ่งแนวปฏิบัตินี้มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยประเทศสมาชิก หรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องต่าง ๆ ในการพัฒนากลไกเรื่องการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ กลไกเหล่านี้รวมถึง การจัดทำกฎระเบียบและการบริหาร หรือการวางนโยบายเรื่องการเข้าถึงและการแบ่งปัน ผลประโยชน์ให้สอดคล้องและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

แนวปฏิบัติบอन्नว่าด้วยการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับเนื่องจากการใช้ประโยชน์อย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม เป็นแนวทางปฏิบัติที่ไม่มีผลผูกพัน ทางกฎหมายที่คณะทำงานเฉพาะกิจของอนุสัญญาฯ ได้ร่วมกันจัดทำขึ้นเพื่อให้ประเทศสมาชิก นำไปใช้ในการพัฒนาระบบการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เหมาะสม กับประเทศของตนเอง โดยแนวทางปฏิบัติบอन्नฯ วางแนวทางในเรื่องต่าง ๆ คือ

1. บทบาท ความรับผิดชอบ และความร่วมมือ ระหว่างฝ่ายที่เกี่ยวข้อง เช่น ผู้ขอเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ หรือผู้จัดสรรทรัพยากรชีวภาพ
2. หลักการและกลไกที่ควรปฏิบัติในเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ ซึ่งได้แก่ ความเห็นชอบที่ได้แจ้งล่วงหน้า สาระสำคัญที่ฝ่ายที่เกี่ยวข้องควรตกลงร่วมกัน ในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ ซึ่งรวมถึงมีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรม
3. ประเภทของผลประโยชน์ที่ควรทำการเจรจาต่อรอง
4. กลไกในการอนุรักษ์ หรือ เก็บรักษาความรู้ นวัตกรรม และการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่น ที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพ อย่างยั่งยืน
5. เรื่องอื่น ๆ ที่อาจเกี่ยวข้องในเรื่องการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ เช่น การเฝ้าระวัง การส่งรายงาน การระงับข้อพิพาท

หลักการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพภายใต้แนวปฏิบัติบอन्नฯ ตั้งอยู่บนพื้นฐานของ วัตถุประสงค์ในอนุสัญญาฯ กล่าวคือเพื่อให้เกิดการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน โดยให้ประเทศสมาชิกมีการวางแผน หรือการวางกลไกการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพระดับประเทศ โดยกลไกดังกล่าวควรจะเป็นไปตามหลักการเห็นชอบที่ได้แจ้งล่วงหน้า ครอบคลุมขั้นตอนตั้งแต่ กิจกรรมก่อนการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ การวิจัยและพัฒนาที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพ การนำทรัพยากรชีวภาพไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือด้านอื่น และการแบ่งปันผลประโยชน์

หลักการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพภายใต้แนวปฏิบัติบอन्नฯ ต้องคำนึงถึง ความแน่นอน และความชัดเจนของกฎหมาย อีกทั้งการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและข้อจำกัดในการเข้าถึง ทรัพยากรชีวภาพนั้นต้องโปร่งใส ตั้งอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายและไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของ อนุสัญญาฯ นอกจากนี้ แนวปฏิบัติบอन्नฯ ได้วางแนวทางในการจัดการเรื่องการเข้าถึง ทรัพยากรชีวภาพไว้ด้วย โดยมีข้อเสนอแนะว่าประเทศที่เป็นเจ้าของทรัพยากรชีวภาพควรมี หน่วยงานกลาง (Focal Point) ที่

ทำหน้าที่เป็นผู้อนุญาต และควรมีการวางเงื่อนไขหรือข้อกำหนดใน การเข้าถึงในระดับต่าง ๆ อย่างชัดเจน กระบวนการในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพนั้นควรเป็น กระบวนการที่ไม่ยุ่งยากซับซ้อนและมีค่าใช้จ่ายน้อยที่สุด อีกทั้งยังกำหนดรายการ หรือข้อมูล ที่หน่วยงานรับผิดชอบของประเทศเจ้าของทรัพยากรชีวภาพควรตรวจสอบหรือร้องขอจากผู้ขอ เข้าถึงทรัพยากรชีวภาพเมื่อทำการพิจารณาอนุมัติการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ เช่น วัตถุประสงค์ ในการขอเข้าถึงและผลที่คาดว่าจะได้รับ ชนิดของทรัพยากรชีวภาพที่จะขอเข้าถึง หน่วยงานที่จะมี ความร่วมมือกับผู้ขอเข้าถึง ความเป็นไปได้ที่จะมีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้องกับการใช้ทรัพยากร ชีวภาพ การดูแลรักษาข้อมูลที่เป็นความลับ เป็นต้น

ในขั้นตอนการจัดการเรื่องข้อตกลงร่วมกัน (Mutually Agreement) แนวปฏิบัติบอนน์เสนอหลักการพื้นฐานในการดำเนินการเจรจาข้อตกลงร่วมกัน เช่น กฎระเบียบจะต้องแน่นอนและชัดเจน และควรมีกลไกที่ทำให้คำดำเนินการเจรจาต่อรองน้อยที่สุด (เช่น การเจรจาตกลงควรทำเป็น ลายลักษณ์อักษรและดำเนินการให้เสร็จภายในระยะเวลาที่เหมาะสม ควรมีการจัดทำ กรอบข้อตกลงมาตรฐานที่สามารถนำมาปรับใช้ได้เร็วขึ้นเมื่อมีการขอเข้าถึงซ้ำอีกครั้ง หรือควรทำ การพัฒนาสัญญาการถ่ายโอนวัสดุชีวภาพมาตรฐานสำหรับการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพประเภท หนึ่ง ๆ หรือการใช้ลักษณะหนึ่ง ๆ เป็นต้น) นอกจากนั้นแนวปฏิบัติบอนน์ฯ ยังนำเสนอเนื้อหา ที่จำเป็นจะต้องมีในการเจรจาตกลงร่วมกัน เช่น ชนิดของทรัพยากรชีวภาพที่จะมีการเข้าถึง เงื่อนไข การใช้ทรัพยากรชีวภาพนั้น ๆ หรือการดูแลการเก็บรักษาความลับ การแบ่งปันผลประโยชน์ เป็นต้น

กลไกการแบ่งปันผลประโยชน์เป็นวัตถุประสงค์หลักข้อหนึ่งของอนุสัญญาฯ การแบ่งปันผลประโยชน์นั้นไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ผลประโยชน์ที่จะทำการแบ่งปันขึ้นอยู่กับข้อตกลง ร่วมกันของทั้งสองฝ่ายคือฝ่ายผู้ให้ทรัพยากรชีวภาพและฝ่ายผู้เข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ แต่สิ่งที่ควร คำนึงถึงเมื่อมีการตกลงกันในเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์คือ รูปแบบของผลประโยชน์ที่สามารถ แบ่งปัน ซึ่งรูปแบบนั้นมีทั้งที่อยู่ในรูปเงินและรูปแบบที่ไม่ใช่เงิน เช่น การเข้าถึงข้อมูลและ ผลงานวิจัยและพัฒนา การถ่ายทอดเทคโนโลยี การเข้าร่วมวิจัย การพัฒนาความรู้ความสามารถ ของนักวิจัยท้องถิ่น การเข้ารับการอบรม เป็นต้น

แนวปฏิบัติบอนน์ฯ นำเสนอแนวทางที่สนับสนุนให้ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงและ การแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรชีวภาพปฏิบัติตามกฎระเบียบที่จัดทำขึ้น โดยให้มี กลไกการเฝ้าระวังว่าการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ หรือไม่ รวมถึงแนวทางการระงับข้อพิพาท และการกำหนดบทลงโทษในกรณีที่มีการละเมิด กฎระเบียบ หรือ นโยบายของรัฐด้านการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ ทรัพยากรชีวภาพ

3.3 การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นตามอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรม (Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions)

อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรม (Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expression) อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของทบ United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) ซึ่ง UNESCO เป็นสำนักงานเดียวภายใต้การกำกับดูแลขององค์การสหประชาชาติ

(United Nations) ที่ได้รับมอบหมายให้รับผิดชอบในการส่งเสริมให้เกิด ความอุดมสมบูรณ์ของ ความหลากหลายทางวัฒนธรรม (Fruitful Diversity of Culture) และ การไหลเวียนโดยอิสระซึ่ง ความคิดไม่ว่าจะปรากฏโดยการ กล่าวหรือ โดย ภาพ (Free Flow of Ideas by Word and Image) UNESCO ได้ตระหนักถึงเป้าหมายที่สำคัญ ที่จะต้องผลักดันให้เกิดการรวมตัวกันได้ของ วัฒนธรรมที่ แบ่งแยกหรือแตกต่างกัน เพื่อมนุษย์จะไม่ถูกจำกัดอยู่แต่ในวัฒนธรรมในกลุ่มของตน หากแต่สามารถ แบ่งปัน หรือเรียนรู้ซึ่งกันและกันในความหลากหลายของวัฒนธรรมต่าง ๆ ในโลก นอกจากนี้ UNESCO ยังตระหนักว่า วัฒนธรรมของแต่ละชาติ แต่ละเผ่าพันธุ์ ต่างก็มีศักดิ์ศรี เท่าเทียมกัน สมควรได้รับความคุ้มครอง และการส่งเสริมการแลกเปลี่ยน เพื่อให้มีความเข้าใจ และเคารพซึ่ง วัฒนธรรมของกันและกัน

ปัจจุบันการแสดงออกทางวัฒนธรรม อาจปรากฏอยู่ในรูปแบบของหนังสือ ซีดี เทปเพลง วิทยู-โทรทัศน์การแสดงสด ภาพยนตร์ วิดีโอ ดีวีดี หรือ แม้แต่ทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งการแสดงออก ทาง วัฒนธรรมดังกล่าว ไม่ว่าจะปรากฏอยู่ในรูปของสินค้า หรือบริการ ต่างก็ต้องอาศัยเทคโนโลยี สมัยใหม่เข้ามาช่วยในกระบวนการผลิต และการจำหน่าย นอกจากนี้ การแพร่กระจายทาง วัฒนธรรมของประเทศหนึ่ง ๆ สามารถเชื่อมต่อ หรือ เข้าถึงวัฒนธรรมของอีกประเทศหนึ่งได้โดย อาศัยเทคโนโลยีเข้ามาช่วย ซึ่งกิจกรรมเหล่านี้ส่งผลกระทบทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ของแต่ละประเทศอย่างยิ่ง และยังเป็นประเด็นให้เกิดคำถามที่ว่า การไหลเวียนของวัฒนธรรมจาก ประเทศหนึ่งไปสู่อีกประเทศหนึ่งดังกล่าวนั้น มีความสมดุลหรือไม่ และเป็นไปในทิศทางที่ทุกคน ซึ่ง เป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมประจำชาติจะได้รับประโยชน์อย่างเท่าเทียมกันหรือไม่ เพื่อให้สามารถ บรรลุเป้าหมายในการส่งเสริมและคุ้มครองความหลากหลายของวัฒนธรรม และเพื่อให้สามารถสร้าง กรอบนโยบายทางวัฒนธรรมที่จะส่งเสริมความหลากหลาย และสงวนไว้ ซึ่งมรดกทางวัฒนธรรมของ ประเทศต่าง ๆ ได้ UNESCO จึงได้ดำเนินการจัดทำ อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความ หลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรม (the Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions) ขึ้นเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม ค.ศ. 2005

ประเทศสมาชิก UNESCO ที่จะเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาฯ ฉบับนี้จะต้องยื่นพิธีสารแสดง การให้สัตยาบรรณ การอนุมัติ หรือการเข้าเป็นสมาชิกแก่ ผู้อำนวยการของ UNESCO ประเทศที่ ไม่ได้เป็นสมาชิก UNESCO แต่เป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติ (United Nation) อาจดำเนินการ เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญานี้ได้ถ้าได้รับเชิญจาก General Conference ของ UNESCO อนุสัญญาฯ จะมีผลบังคับใช้เมื่อมี 30 ประเทศดำเนินการยื่นพิธีสารแสดงการให้ สัตยาบรรณ การอนุมัติ หรือการเข้าเป็นสมาชิกแก่ผู้อำนวยการของ UNESCO นับแต่มีการจัดทำ อนุสัญญานี้ในปี ค.ศ. 2005 จนถึงปัจจุบันมี 56 ประเทศ รวมทั้งสหภาพยุโรปได้ให้สัตยาบัน แก่อนุสัญญาดังกล่าวแล้ว และ อนุสัญญาฯ มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ. 2007

อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรม มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความเข้มแข็งของวัฒนธรรมโดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนา 5 ประการคือ การสร้าง (Creation) การคุ้มครอง (Protection) การจำหน่าย/แพร่กระจาย (Distribution/ Dissemination) การเข้าถึง (Access) และการเสพวรรณและสุนทรียรสของการ แสดงออกทาง

วัฒนธรรม (Enjoyment of Cultural Expressions โดยผ่านทางกิจกรรม ทางสินค้า และ บริการ ต่าง ๆ

การจัดทำอนุสัญญาฯ นี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดกรอบความร่วมมือระหว่างประเทศ ทางด้านวัฒนธรรมเสียใหม่ กล่าวคือการแสดงออกทางวัฒนธรรม ไม่ว่าจะปรากฏอยู่บนสื่อหรือ เทคโนโลยีประเภทใด จะไม่อาจถูกจัดอยู่ภายใต้กรอบการเจรจาทางการค้าสินค้า หรือการค้าบริการ ตามปกติได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ อนุสัญญาฯ ดังกล่าวไม่ได้ครอบคลุมทุก ๆ แง่มุมของ ความ หลากหลายทางวัฒนธรรม หากแต่มุ่งสร้างความตระหนักที่ว่าสินค้าและบริการทางวัฒนธรรม (Cultural Goods and Services) เป็นสิ่งที่บ่งบอกความเป็นตัวตน (Identity) คุณค่า และความหมายใน ตัวเอง จึงไม่อาจมองเป็นสิ่งที่อยู่กลุ่มเดียวกับสินค้าอุปโภค-บริโภคทั่วไปจึงไม่สามารถถูกมองเป็น เพียงวัตถุแห่งการเจรจาทางการค้าตามปกติได้

นอกจากนี้ UNESCO ยังต้องการให้ประเทศต่าง ๆ ออกมาตรการที่เหมาะสมในการปกป้อง ค้ำครอง และส่งเสริมความหลากหลายในการแสดงออกทางวัฒนธรรม ในขณะเดียวกันก็ต้อง รับรอง การหมุนเวียนโดยอิสระซึ่งความคิดของมนุษย์ ของกลุ่มคน และสังคมด้วย

จากวัตถุประสงค์ดังกล่าวข้างต้น การจัดทำอนุสัญญาฯ ด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความ หลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรมจึงมุ่งบรรลุเป้าหมายดังต่อไปนี้

1. สร้างสภาวะแวดล้อมให้เกิดความเจริญรุ่งเรืองทางวัฒนธรรม และมีการแลกเปลี่ยนและ หมุนเวียนโดยอิสระ ในลักษณะที่ทุกฝ่ายได้ประโยชน์ร่วมกัน
2. สร้างความตระหนักถึงควมมีลักษณะเฉพาะของกิจกรรมทางวัฒนธรรม สินค้าและ บริการ ทางวัฒนธรรม ที่เป็นเสมือนเครื่องมือในการถ่ายทอดความเป็นตัวตน คุณค่า และ ความหมาย (Identity, Values and Meaning)
3. กำหนดกรอบการสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นเป้าหมายที่สำคัญของ อนุสัญญานี้
4. ยืนยันการรักษาสิทธิทางอธิปไตยของรัฐ การกำหนดนโยบายในการคุ้มครองและส่งเสริม ความหลากหลายของการแสดงออกซึ่งวัฒนธรรมตามที่รัฐเห็นสมควรภายใต้เขตอำนาจรัฐ และใน ขณะเดียวกัน รัฐสามารถรับประกันการไหลเวียนโดยอิสระของความคิดของมนุษย์

อนุสัญญานี้ยังวางหลักประกันว่า มาตรการหรือนโยบายใด ๆ ที่รัฐสมาชิกจัดทำขึ้น เพื่อปกป้องและคุ้มครองความหลากหลายซึ่งการแสดงออกทางวัฒนธรรม จะไม่เป็นการละเมิด สิทธิ มนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน เช่น การแสดงออกและการสื่อสารอย่างเสรี ซึ่ง สอดคล้องกับปฏิญญาสากลด้านความหลากหลายทางวัฒนธรรม (Universal Declaration on Cultural Diversity) ของ UNESCO นอกจากนี้รัฐสมาชิกจะไม่เพียงแต่คุ้มครอง ส่งเสริม และ สนับสนุนการแสดงออก และความแพร่หลายทางวัฒนธรรมเท่านั้น หากแต่ต้องวางมาตรการอัน สมควรในการยอมรับและเปิดกว้างต่อวัฒนธรรมอื่น ๆ ของโลกด้วย

อนุสัญญานี้ให้สิทธิแก่ประเทศสมาชิกในการพิจารณาและกำหนดสถานการณ์พิเศษ ที่ การแสดงออกซึ่งวัฒนธรรมในอาณาเขตของรัฐนั้นตกอยู่ในความเสี่ยง อยู่ในอันตรายร้ายแรง หรือมี ความจำเป็นต้องได้รับการแก้ไข หรือป้องกันอย่างเร่งด่วน รัฐสมาชิกสามารถจัดมาตรการ ที่ เหมาะสมในการป้องกันและสงวนไว้ซึ่งการแสดงออกทางวัฒนธรรมในสถานการณ์เช่นนั้นได้

นอกจากนี้อนุสัญญานี้ยังยอมรับการมีอำนาจอธิปไตยของรัฐสมาชิก ในการกำหนดนโยบาย ทางวัฒนธรรมและนำนโยบายไปสู่การปฏิบัติเพื่อให้เกิดผลสำเร็จดังต่อไปนี้

1. เปิดโอกาสและส่งเสริมให้กิจกรรมด้านวัฒนธรรมท้องถิ่น ตลอดจนสินค้า หรือบริการ ด้านวัฒนธรรมท้องถิ่น ได้เป็นที่แพร่หลายภายในประเทศ
2. สร้างความเป็นเอกเทศให้แก่อุตสาหกรรมวัฒนธรรมท้องถิ่น และให้มีช่องทางในการผลิต จำหน่าย และแพร่กระจาย ซึ่งกิจกรรม สินค้า และบริการของท้องถิ่นอย่างมีประสิทธิภาพ
3. ส่งเสริมให้องค์กรที่ไม่แสวงหากำไร หน่วยงานภาครัฐและเอกชน ศิลปิน และผู้ประกอบการ วิชาชีพด้านวัฒนธรรม ร่วมมือกันในการพัฒนาและส่งเสริมการแลกเปลี่ยนและไหลเวียน อย่างเสรีซึ่ง ความคิด การแสดงออกทางวัฒนธรรม รวมทั้งสินค้าและบริการทางวัฒนธรรม
4. ส่งเสริมความหลากหลายของสื่อ (Diversity of the Media) รวมไปถึงบริการสาธารณะ ด้านการแพร่ภาพแพร่เสียง (Broadcasting) ให้ความช่วยเหลือทางการเงิน และจัดตั้งหน่วยงาน เฉพาะเพื่อทำหน้าที่ในการส่งเสริมด้าน วัฒนธรรมของประเทศอย่างเหมาะสม

อย่างไรก็ตาม ประเทศสมาชิกอาจมีข้อผูกพันที่จะต้องดำเนินการภายใต้กรอบของ อนุสัญญานี้ดังนี้คือ

1. พยายามอย่างสุดความสามารถที่จะส่งเสริมให้ปัจเจกบุคคล หรือสังคม ให้สร้าง ผลิต แพร่กระจาย จำหน่าย รวมทั้งสามารถเข้าถึงการแสดงออกซึ่งวัฒนธรรมของเขาได้ รวมทั้ง ให้ตระหนักถึงความสำคัญของสตรี กลุ่มของสังคมบางกลุ่ม ชนกลุ่มน้อย และกลุ่มคน พ้นเมือง ใน ขณะเดียวกันก็ต้องไม่ปิดกั้นความหลากหลายซึ่งการแสดงออกทางวัฒนธรรม ทั้งจากในและ ต่างประเทศ
2. รับประกันการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารและจัดทำรายงานดังกล่าวให้แก่ UNESCO ทุก ๆ 4 ปี เกี่ยวกับมาตรการต่าง ๆ ที่รัฐสมาชิกได้ดำเนินการเพื่อส่งเสริมให้เกิดความหลากหลาย ทาง วัฒนธรรม
3. ผลักดันให้สาธารณชนเกิดความเข้าใจ และให้ความสำคัญแก่ความหลากหลายของการ แสดงออกทางวัฒนธรรม โดยการใช้สื่อการศึกษา หรือจัดทำโครงการสร้างความตระหนัก แก่ สาธารณชน
4. ยอมรับหลักการพื้นฐานซึ่งบทบาทของภาคประชาสังคม (Civil Society) ในการปกป้อง และ ส่งเสริมความหลากหลายซึ่งการแสดงออกทางวัฒนธรรม โดยประเทศสมาชิกจะใช้ ความ พยายามในการรณรงค์ให้ประชาสังคมของตนมีส่วนร่วมในบทบาทนี้เพื่อให้บรรลุ วัตถุประสงค์ของ อนุสัญญานี้
5. บรรลุประเด็นทางวัฒนธรรมให้เป็นส่วนหนึ่งของแผนการพัฒนาประเทศที่ยั่งยืน และ มี ความร่วมมือในระดับระหว่างประเทศที่เข้มแข็งขึ้น ส่งเสริมและสนับสนุนประเทศกำลัง พัฒนาด้วย วิธีการต่าง ๆ เช่น สนับสนุนให้อุตสาหกรรมทางวัฒนธรรมของเขาเข้มแข็งขึ้น ช่วยสร้างความสามารถ ในการพัฒนานโยบายทางวัฒนธรรมและการนำนโยบายนั้นไปใช้ ในเชิงปฏิบัติ สนับสนุนการถ่ายทอด เทคโนโลยี สนับสนุนทางการเงิน รวมทั้งให้การ ปฏิบัติเป็นพิเศษต่อศิลปิน ผู้ประกอบวิชาชีพทาง วัฒนธรรม และรวมทั้งสินค้าและบริการ ทางวัฒนธรรมของเขาด้วย

สิทธิและข้อผูกพันของประเทศสมาชิกภายใต้อนุสัญญานี้จะต้องได้รับการเคารพและ ปฏิบัติตามอย่างเต็มรูปแบบ จะไม่มีการตีความอนุสัญญานี้ให้ขัดแย้งกับหรืออยู่ภายใต้สนธิสัญญา ระหว่างประเทศฉบับอื่นใดที่ประเทศสมาชิกเป็นภาคีอยู่

อนุสัญญานี้ฉบับนี้นับว่ามีความสำคัญกับปัจเจกบุคคล และสังคมในทุกหมู่เหล่า เนื่องจากอนุสัญญามุ่งเน้นการมีส่วนร่วมในการแสดงออกทางวัฒนธรรมของปัจเจกบุคคล และสังคมของเขา และในขณะเดียวกันมีการเปิดรับวัฒนธรรมอื่น อย่างสมดุล และเสรี ดังนั้นเหล่าศิลปิน และ ผู้สร้างสรรค์ผลงานทางวัฒนธรรม ชุมชน และองค์กรที่เกี่ยวข้องก็จะได้รับประโยชน์จาก อนุสัญญานี้

นอกจากนี้ประเทศกำลังพัฒนาที่ขาดความสามารถในการสร้าง และเผยแพร่การแสดงออกทางวัฒนธรรมของตนเอง อนุสัญญานี้ก็จะให้ความช่วยเหลือในรูปแบบต่าง ๆ เช่น การให้เงินอุดหนุนอย่างเป็นทางการ การให้กู้ยืมดอกเบี้ยต่ำ การให้ความช่วยเหลือในการพัฒนานโยบายและการนำนโยบายไปปฏิบัติ เป็นต้น นอกจากนี้ประเทศสมาชิกมีข้อผูกพันที่จะต้องสร้างบรรยากาศให้การแสดงออกทางวัฒนธรรมของสตรี ชนกลุ่มน้อย ชนพื้นเมือง ได้รับการยอมรับด้วย

3.4 อนุสัญญาระหว่างประเทศขององค์การยูเนสโกปี 2003 ว่าด้วยการปกป้องมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage)

เนื่องจากมรดกทางวัฒนธรรมถือได้ว่าเป็นสิ่งที่สำคัญสำหรับมนุษย์อันเป็นผลงานที่เกิดจากการสร้างสรรค์ของมนุษย์และได้รับการสืบทอดกันมาแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน มรดกทาง วัฒนธรรมอาจอยู่ในรูปของรูปธรรมที่สามารถจับต้องได้ หรืออาจปรากฏในทางนามธรรมที่ไม่ สามารถจับต้องได้ มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Cultural Heritage)¹²⁷ มีความสำคัญอย่างยิ่งและมีความแตกต่างแยกต่างหากจากมรดกทางธรรมชาติและวัฒนธรรมที่มี รูปร่าง (Tangible Cultural and Natural Heritage) โดยเฉพาะในยุคโลกาภิวัตน์และพลวัต การเปลี่ยนแปลงทางสังคม ตลอดจนการเกิดขึ้นของสิ่งใหม่ ๆ ในชุมชนที่ส่งผลกระทบในแง่ลบต่อ มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เช่น ทัศนคติที่ไม่ดีหรืออคติที่ไม่ถูกต้อง การทำให้เสื่อมเสีย หรือการสูญสลายไปซึ่งมรดกทางวัฒนธรรมที่เป็นนามธรรมที่สืบทอดกันมา และการทำลายมรดก ทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เหล่านั้น รวมทั้งการตระหนักถึงบทบาทที่สำคัญของ ชุมชนหรือ กลุ่มชนพื้นบ้าน หรือแม้แต่ปัจเจกบุคคล ที่ได้เข้ามามีส่วนสำคัญในการสร้าง ปกป้อง รักษา มรดก ทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ตลอดจนสนับสนุนให้เกิดการพัฒนาความหลากหลายทาง วัฒนธรรมและการสร้างสรรค์ของมนุษย์ ซึ่งองค์การ UNESCO ได้เห็นถึงความสำคัญดังกล่าวและ ความจำเป็นที่จะต้องมือนุสัญญาระหว่าง

¹²⁷ อย่างไรก็ตามในเอกสารทางวิชาการบางฉบับได้มีการแปลคำว่า Intangible Cultural Heritage ว่า มรดกวัฒนธรรมไร้รูป หรือ มรดกทางวัฒนธรรมที่เป็นนามธรรม แต่ในงานวิจัยฉบับนี้ได้แปลคำว่า “Intangible Cultural Heritage” ว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” เนื่องจากเป็นคำแปลที่จะตรงกับคำศัพท์ภาษาอังกฤษ และสอดคล้องกับหลักการของทรัพย์สินทางปัญญาที่มีการให้นิยามเป็นทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้

ประเทศเพื่อการปกป้องมรดกทางวัฒนธรรมที่เป็น นามธรรม จึงได้มีอนุสัญญาระหว่างประเทศของ องค์การยูเนสโก ปี 2003 ว่าด้วยการปกป้องมรดก ทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage) ที่สร้างความตระหนักโดยเฉพาะกับคน รุ่นใหม่ถึงความสำคัญของมรดกวัฒนธรรม ที่จับต้องไม่ได้และการปกป้องคุ้มครองสิ่งเหล่านี้จาก อันตรายต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

อนุสัญญาฯ ฉบับนี้เกิดขึ้นจากการประชุมของผู้เชี่ยวชาญที่ไม่ได้มาจากภาครัฐ (Non-Governmental Experts) และการประชุมของผู้เชี่ยวชาญจากภาครัฐที่มีขึ้นในระหว่างเดือน กันยายน ค.ศ. 2002 และเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2003 โดยได้นำร่างนี้เสนอต่อคณะกรรมการบริหาร ของยูเนสโก (The Executive Board of UNESCO) ในเดือน กันยายน ค.ศ. 2003 และต่อมาได้ เสนอ ให้เป็นร่างอนุสัญญาของยูเนสโกโดยได้ผ่านการพิจารณาและได้มีประเทศที่เข้ามาเป็นภาคี สมาชิก ตามจำนวนที่กำหนดทำให้อนุสัญญานี้ผลบังคับใช้ในวันที่ 20 เมษายน ค.ศ. 2006 โดย ประเทศภาคี สมาชิกต้องมีมาตรการต่าง ๆ ที่จำเป็นในการปกป้องมรดกทางวัฒนธรรมที่เป็น นามธรรมที่มีใน ประเทศของตน ในปัจจุบันมีประเทศสมาชิกทั้งสิ้น 78 ประเทศ (รายงาน ณ วันที่ 29 พฤษภาคม พ.ศ. 2550)¹²⁸

วัตถุประสงค์

ในมาตรา 1 ของอนุสัญญาระหว่างประเทศขององค์การยูเนสโกปี 2003 ว่าด้วยการปกป้อง มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ได้บัญญัติถึงวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานี้ซึ่งกล่าวโดย สรุปได้ ดังนี้

1. เพื่อปกป้องมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Cultural Heritage)
2. เพื่อสร้างความเชื่อมั่นในการเคารพต่อมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของ ชุมชน กลุ่มหรือปัจเจกบุคคล
3. เพื่อสร้างความตระหนักถึงความสำคัญของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และ สร้าง ความเชื่อมั่นในการรู้จักคุณค่าซึ่งกันและกันทั้งในระดับชุมชน ระดับประเทศ และระหว่างประเทศ
4. เพื่อให้มีความร่วมมือและความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในระหว่างประเทศ

นอกจากนี้อนุสัญญานี้จะไม่มีผลกระทบหรือก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสถานะ หรือ ทำให้ลดระดับของการคุ้มครองภายใต้ อนุสัญญาปี 1972 ว่าด้วยการคุ้มครองวัฒนธรรมโลก และ มรดกทางธรรมชาติของมรดกโลก (The 1972 Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage of World Heritage) ซึ่งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้อง ไม่ได้ เป็นส่วนหนึ่งในนั้น รวมทั้งจะไม่ส่งผลกระทบใด ๆ ต่อสิทธิและพันธกรณีใด ๆ ที่ประเทศภาคี สมาชิกมีต่อกลไกระหว่างประเทศใด ๆ ที่เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาหรือ การใช้ทรัพยากร คติชีววิทยาและทรัพยากรเกี่ยวกับนิเวศวิทยาที่ประเทศนั้นเป็นสมาชิกอยู่ ดังนั้นเนื่องจาก อนุสัญญานี้ ฉบับนี้ไม่ได้กล่าวถึงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาหรือรูปแบบอื่นของการคุ้มครองตามกฎหมาย แต่ กล่าว เพียงว่าบทบัญญัติจะไม่กระทบถึงสิทธิและพันธกรณีของประเทศภาคีสมาชิกที่มีต่อสนธิสัญญา ระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยองค์การยูเนสโก ได้ทำงานอย่างใกล้ชิดกับ

¹²⁸ World Intellectual Property Organization (WIPO), *Intellectually Property and Traditional Knowledge Booklet n 2.*

องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (The World Intellectual Property Organization: WIPO) ที่ได้ศึกษาถึงความเป็นไปได้ในการสร้างกลไกการคุ้มครองเกี่ยวกับสิทธิ ในทรัพย์สินทางปัญญาในด้าน ศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้านและมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Folklore/Intangible Cultural Heritage) โดยมีสาระสำคัญดังนี้

ในมาตรา 2 ของอนุสัญญาฯ ได้ให้คำนิยามของ มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Cultural Heritage: ICH) ว่าหมายถึง ทางปฏิบัติ สื่อแทน (Representations) การแสดงออก ความรู้ ทักษะต่าง ๆ ที่ชุมชน กลุ่มและในบางครั้งอาจเป็นปัจเจกบุคคลยอมรับว่าเป็น ส่วนหนึ่งของมรดกทางวัฒนธรรม ซึ่งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จะมีการถ่ายทอดจากคน รุ่น หนึ่งไปยังอีกรุ่นหนึ่งโดยมีการสร้างสรรค์อย่างต่อเนื่องโดยชุมชนหรือกลุ่มที่ตอบสนองต่อ สภาพแวดล้อมหรือการเชื่อมโยงกับธรรมชาติและประวัติศาสตร์ โดยทำให้ชุมชนหรือกลุ่มมี ลักษณะเฉพาะของตนเองอย่างต่อเนื่องเพื่อส่งเสริมการเคารพในความหลากหลายของวัฒนธรรม และการสร้างสรรค์ของมนุษย์ ซึ่งมีความสอดคล้องกับกลไกการคุ้มครองของสิทธิมนุษยชนที่มีอยู่ เช่น การปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับระหว่างประเทศได้ปรากฏอยู่ใน The Universal Declaration on Human Rights of 1948, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1966 และ the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966 เป็นต้น

ซึ่งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อาจปรากฏในลักษณะดังต่อไปนี้ คือ 1. การแสดงออก ทางคำพูดและประเพณี รวมทั้งด้านภาษาในลักษณะที่เป็นสื่อของมรดกวัฒนธรรมที่ จับต้องไม่ได้ ตัวอย่างเช่น Aka Pygmies of Central Africa 2. การแสดงทางศิลปะ เช่น The Royal Ballet of Cambodia 3. แนวปฏิบัติทางสังคม พิธีกรรมและงานเทศกาลต่าง ๆ เช่น The Carnival of Binche in Belgium 4. ความรู้และแนวปฏิบัติเกี่ยวกับธรรมชาติและชีวิต เช่น The Andean Cosmovision of the Kallawaya ในประเทศโบลิเวีย (Bolivia) และ 5. ความชำนาญ ที่ สืบทอดกันมา (Traditional Craftsmanship) เช่น การแกะสลักไม้ของ Zafimaniry ในมาดากัสการ์ (Madagascar)

ประเทศภาคีสมาชิกอนุสัญญานี้ต้องปกป้อง พัฒนาและส่งเสริมมรดกทางวัฒนธรรม ที่ จับต้องไม่ได้ที่มีอยู่ในประเทศของตนโดยต้องปฏิบัติตามแนวนโยบายภายใต้อนุสัญญา ฉบับนี้ อย่าง เคร่งครัด ควรมีมาตรการที่เหมาะสมทางกฎหมาย ทางการบริหารและทางการเงินที่จะส่งเสริม การ สร้างสรรค์หรือการสร้างเสริมความเข้มแข็งของหน่วยงานต่าง ๆ ที่ทำหน้าที่ในการบริหารจัดการ มรดก ทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้รวมทั้งการสืบทอดทางวัฒนธรรม สร้างความเชื่อมั่นว่าการ เข้าถึง มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จะต้องเคารพแนวปฏิบัติตามประเพณีที่มีมาแต่อดีต ตลอดจน ประเทศภาคีสมาชิกจะต้องสร้างความรู้ ความเข้าใจ การศึกษาและสร้างความตระหนักใน สังคม เกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เพื่อส่งเสริมและสนับสนุนการปกป้องมรดก ทาง วัฒนธรรมนี้ นอกจากนี้ในอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ยังได้สร้างกองทุนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้อง ไม่ได้ (Intangible Cultural Heritage Fund) โดยประเทศสมาชิกมีส่วนร่วมในการจัดตั้งและ สนับสนุน เงินเข้ากองทุนเพื่อใช้ในการดำเนินงานเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ

การดำเนินการภายใต้อนุสัญญานี้จะมีการจัดตั้งคณะกรรมการร่วมระหว่างรัฐสำหรับการ ปกป้องมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (An Intergovernmental Committee for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage) ขึ้นภายใต้องค์การยูเนสโกโดยประกอบไปด้วย

ตัวแทนจากประเทศสมาชิก 18 ประเทศ เลือกโดยการประชุมสามัญ (General Assembly) ของประเทศสมาชิก โดยจำนวนของคณะกรรมการจะเพิ่มเป็น 24 คนเมื่อจำนวนของประเทศสมาชิกเพิ่มถึงจำนวน 50 ประเทศ โดยคณะกรรมการนี้จะทำหน้าที่ส่งเสริมวัตถุประสงค์ต่าง ๆ ของอนุสัญญานี้และสนับสนุนและติดตามการบังคับใช้อนุสัญญานี้ จัดทำแนวปฏิบัติที่ดีที่สุดและให้คำแนะนำในมาตรการต่าง ๆ สำหรับการปกป้องมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รวมทั้งทำ หน้าที่ต่าง ๆ ในการจัดทำเอกสารและเตรียมข้อมูลเพื่อนำเสนอในการประชุมสามัญ

จากความสำเร็จของการจัดทำรายชื่อภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยมรดกโลก (The World Heritage Convention, a Representative) จึงจัดให้มีการทำบัญชีรายชื่อของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่จัดทำขึ้นเพื่อสร้างความเชื่อมั่นในการจำแนกสิ่งใดถือว่าเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยสร้างความตระหนักถึงความสำคัญและส่งเสริมการเคารพในความหลากหลายทางวัฒนธรรม โดยคณะกรรมการจะทำหน้าที่กำหนดลักษณะในการจัดทำบัญชีรายชื่อและจัดพิมพ์ บัญชีรายชื่อนี้เพื่อการเผยแพร่ต่อไป ในระดับประเทศนั้นได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของประเทศ สมาชิกจะต้องจัดทำบัญชีรายชื่อ (Inventory) ของมรดกเหล่านั้นที่มีในประเทศของตนเพื่อเป็น ข้อมูลที่จะจัดส่งให้กับคณะกรรมการเพื่อที่จะได้ทำการรวบรวมต่อไป นอกจากนี้ยังมี คณะกรรมการได้จัดทำบัญชีรายชื่อของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ตกอยู่ในอันตราย (A List of Intangible Cultural Heritage in Danger) ที่ต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองอย่างเร่งด่วน เพื่อที่จะได้หา มาตรการที่เหมาะสมสำหรับการแก้ปัญหาดังกล่าว

สรุปได้ว่าอนุสัญญานี้ไม่กล่าวถึงประเภท หรือ ลักษณะของผู้ทรงสิทธิ การอนุญาตให้ใช้สิทธิ และการแบ่งปันสิทธิประโยชน์ไว้อย่างชัดเจน เป็นเพียงแต่การให้ความคุ้มครองเป็นมรดกโลกใน ลักษณะเป็นความร่วมมือระหว่างประเทศภาคีสมาชิก และมีการจัดตั้งคณะกรรมการร่วมกันเพื่อเข้า มาดูแลในกิจกรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับมรดกโลก แต่ทั้งนี้คณะกรรมการดังกล่าวตามอนุสัญญาว่าด้วยมรดกโลกก็มีได้ให้อำนาจเข้ามาบริหารและจัดการสิทธิได้อย่างชัดเจน

3.5 ร่างบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) พิจารณาโดยคณะกรรมการร่วมระหว่างรัฐด้านทรัพย์สินทางปัญญา ทรัพยากร พันธุกรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่น และ ศิลปวัฒนธรรม พณบ้าน ครั้งที่ 10 WIPO/GRITKF/IC/10/4

ในร่างบทบัญญัติของ WIPO ได้กำหนดถึงวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge) ดังต่อไปนี้

1. เพื่อตระหนักถึงคุณค่าในภาพรวมและคุณค่าภายในที่แท้จริงของภูมิปัญญาท้องถิ่น รวมทั้งคุณค่าทางสังคม จิตวิญญาณ เศรษฐกิจ สติปัญญา วิทยาศาสตร์ สังคมวิทยา เทคโนโลยี การค้า การศึกษาและวัฒนธรรม ตลอดจนการรับรู้ถึงระบบภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เป็นโครงสร้างของ นวัตกรรมต่อเนื่องและชีวิตที่สร้างสรรค์และมีสติปัญญาซึ่งสำคัญอย่างยิ่งสำหรับสังคมพื้นเมืองและท้องถิ่นและมีคุณค่าทางวิทยาศาสตร์อย่างเท่าเทียมกันอันถือได้ว่าเป็นระบบภูมิปัญญาอีกระบบหนึ่ง

2. สนับสนุนการเคารพในระบบภูมิปัญญาท้องถิ่น สำหรับศักดิ์ศรีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทางวัฒนธรรมและคุณค่าทางปัญญาและจิตวิญญาณของผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญา ท้องถิ่น ที่คุ้มครองและดูแลรักษาระบบนี้ สำหรับการเสียสละที่ภูมิปัญญาท้องถิ่นมีต่อวิธีการ ดำเนินชีวิตและเอกลักษณ์ของผู้เป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่น และสำหรับการเสียสละที่ผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นได้มีเพื่อการรักษาไว้ซึ่งสิ่งแวดล้อม ความมั่นคงทางอาหารและ เกษตรกรรมอย่างยั่งยืน และเพื่อความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี

3. ตอบสนองความต้องการที่แท้จริงของผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่น เนื่องจาก แรงบันดาลใจและการคาดหวังที่แสดงออกโดยผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่น การเคารพในสิทธิ ในฐานะผู้เป็นเจ้าของและผู้พิทักษ์ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีต่อสวัสดิภาพและเศรษฐกิจ ประโยชน์ทาง วัฒนธรรม และสังคมและให้รางวัลต่อการเสียสละของคนเหล่านี้ที่มีต่อชุมชนและความ เจริญก้าวหน้าทาง วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีที่เป็นประโยชน์ต่อสังคม

4. สนับสนุนและส่งเสริมการสงวนและรักษาไว้ซึ่งภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างเคารพ สงวน คุ้มครองและรักษา ไว้ซึ่งระบบภูมิปัญญาท้องถิ่น จัดให้มีสิ่งจูงใจต่อผู้พิทักษ์ระบบภูมิปัญญา ท้องถิ่น ในการรักษาและคุ้มครองระบบภูมิปัญญาเหล่านั้น

5. ให้อำนาจแก่ผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นและการยอมรับถึงลักษณะเฉพาะของระบบ ภูมิปัญญาท้องถิ่น ยอมรับในทางปฏิบัติที่ให้อำนาจแก่ผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อคุ้มครอง ภูมิ ปัญญานั้นที่มีลักษณะเฉพาะของระบบภูมิปัญญาท้องถิ่นและความจำเป็นที่ต้องหาทางแก้ปัญหา ที่ สอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของแต่ละระบบโดยควรคำนึงถึงว่าทางแก้ปัญหานั้นควรสมดุล และ สมเหตุสมผล ควรทำให้มั่นใจได้ว่า ระบบทรัพย์สินทางปัญญามีแนวทางปฏิบัติที่สนับสนุน การ คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นจากการใช้โดยไม่ชอบธรรม และ ควรที่จะให้อำนาจแก่ผู้เป็นเจ้าของ ภูมิ ปัญญาท้องถิ่นในการใช้สิทธิและมีอำนาจเหนือภูมิปัญญาที่ตนเป็นเจ้าของอย่างมีประสิทธิภาพ

6. เคารพและอำนวยความสะดวกการใช้ประโยชน์ตามจารีตประเพณี การพัฒนา การ แลกเปลี่ยน และการถ่ายทอดภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างต่อเนื่องทั้งโดยและระหว่างผู้เป็นเจ้าของ ภูมิ ปัญญาท้องถิ่น และสนับสนุนและส่งเสริม

7. สนับสนุนการสงวนและรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นและสมดุลอย่างเหมาะสมของ ขนบธรรมเนียมประเพณีและวิธีการต่าง ๆ สำหรับการพัฒนา การสงวนและการถ่ายทอด ส่งเสริม การ อนุรักษ์ การรักษา การประยุกต์ใช้ และการใช้ที่กว้างขวางขึ้นของภูมิปัญญาโดยให้สอดคล้อง กับทาง ปฏิบัติตามขนบธรรมเนียมประเพณี กฎหมายและความเข้าใจของผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อประโยชน์โดยตรงแก่ผู้เป็นเจ้าของและเพื่อประโยชน์ของมนุษยชาติ โดยทั่วไป

8. ปราบปรามการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยมิชอบ และกิจกรรมต่าง ๆ ทั้งที่แสวงหากำไร และไม่แสวงหากำไรที่ไม่เป็นธรรม เข้าใจถึงความจำเป็นในการปรับวิธีการของการปราบปราม ของ การใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างไม่เป็นธรรมที่จำเป็นทั้งในระดับชาติและท้องถิ่น

9. เคารพและสนับสนุนความร่วมมือที่เกี่ยวกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศและ กระบวนการต่าง ๆ โดยคำนึงถึงการปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกลไกและกระบวนการระหว่างประเทศและ ภูมิภาคโดยเฉพาะอย่างยิ่งระบบที่ควบคุมการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากร พันธุกรรมที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่น

10. ส่งเสริมวัฒนธรรมและการสร้างสรรค์ กระตุ้น ให้รางวัลและคุ้มครองนวัตกรรมและการสร้างสรรค์ที่มีพื้นฐานบนขนบธรรมเนียม และส่งเสริมการถ่ายทอดของภูมิปัญญาท้องถิ่น ภายในสังคมพื้นเมืองและท้องถิ่น ที่ได้รับความยินยอมจากผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นโดย รวบรวมภูมิปัญญาเหล่านั้นกับแผนการศึกษาระหว่างชุมชน อันจะเป็นประโยชน์แก่ผู้เป็นเจ้าของ และผู้พิทักษ์ภูมิปัญญาท้องถิ่น

11. รับรองว่าระบบทั้งในประเทศและระหว่างประเทศที่มีอยู่แล้วที่ครอบคลุมถึงการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจะมีหลักความยินยอมล่วงหน้าและการแลกเปลี่ยนที่มีพื้นฐานของความตกลงร่วมกัน

12. ส่งเสริมการแบ่งปันที่เป็นธรรมและเสมอภาค รวมทั้งการจัดสรรผลประโยชน์ทั้งที่อยู่ในรูปของเงินและมีใช้ตัวเงินที่เกิดขึ้นจากการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่สอดคล้องกับระบบการใช้ระหว่างประเทศ หลักการให้ความยินยอมล่วงหน้า รวมทั้งค่าตอบแทนที่เป็นธรรมและเสมอภาค โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ไม่สามารถแบ่งชี้ถึงผู้เป็นเจ้าของที่เป็นบุคคลธรรมดาได้หรือภูมิปัญญา ได้มีการเปิดเผยแล้ว โดยต้องเป็นไปตามความประสงค์ของผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่น

13. ส่งเสริมการใช้ ภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อการพัฒนาชุมชนโดยตระหนักถึงสิทธิของชุมชนตามประเพณีและท้องถิ่น สนับสนุนการพัฒนาและการขยายโอกาสทางการตลาดสำหรับสินค้าจากภูมิปัญญาท้องถิ่นและ การเชื่อมโยงกับอุตสาหกรรมชุมชน ซึ่งผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาได้แสวงหาถึงการพัฒนาและโอกาส ที่สอดคล้องกับสิทธิของตนในการพัฒนาทางเศรษฐกิจอย่างเสรี

14. ป้องกันการใช้ทางทรัพย์สินทางปัญญาอย่างไม่เหมาะสมแก่ผู้ที่ไม่ได้รับอนุญาต โดยจำกัดการให้หรือการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรพันธุกรรมอย่างไม่เหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดเงื่อนไขสำหรับการให้สิทธิในสิทธิบัตร ที่ผู้ยื่นคำขอในการประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้มีการเปิดเผย ถึงแหล่งที่มาและประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดของทรัพยากรเหล่านั้นและมีหลักฐานว่าได้รับความ ยินยอมล่วงหน้าแล้ว และมีเงื่อนไขการแบ่งปันผลประโยชน์ตามที่กำหนดไว้ในประเทศที่เป็น แหล่งกำเนิดนั้น

15. พัฒนา ความแน่นอน ความโปร่งใส การเคารพซึ่งกันและกัน และความเข้าใจระหว่าง ผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นกับผู้ใช้งานภูมิปัญญาที่เป็นภาครัฐ สถาบันการศึกษา ที่เกี่ยวกับการค้า การศึกษา และผู้ใช้อื่น ๆ ตลอดจนส่งเสริมการยึดมั่นในหลักจริยธรรมของการปฏิบัติและหลักการยินยอมล่วงหน้าและมีอิสระในการยินยอมนั้น

16. ส่งเสริมการคุ้มครองการแสดงออกทางวัฒนธรรมประเพณี โดยปฏิบัติให้สอดคล้อง กับ การคุ้มครองการแสดงออกทางวัฒนธรรมประเพณีและการแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรม พื้นบ้าน โดยต้องคำนึงว่าในหลายชุมชนท้องถิ่นภูมิปัญญาและการแสดงออกซึ่งวัฒนธรรม ก่อให้เกิด ส่วนที่ไม่สามารถแบ่งแยกได้ของคุณลักษณะเฉพาะในภาพรวม

นอกจากนี้ในร่างบทบัญญัติได้กำหนดให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นจากการใช้ที่มีขอบ โดยการได้มา การครอบครอง หรือการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างไม่เป็นธรรม หรือ การกระทำอย่างอื่นที่ถือได้ว่าเป็นกระทำในทางที่ผิด การใช้ในทางที่ผิดนี้รวมถึงการได้มาซึ่งผลประโยชน์ทาง การค้าจากการได้มา การครอบครอง หรือการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นเมื่อบุคคลที่ใช้ภูมิปัญญานั้นรู้ว่า หรือ ควรที่จะรู้ว่าการได้มาหรือการใช้ประโยชน์นั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบธรรม กิจกรรมทางการค้า อื่นที่ขัด

กับทางปฏิบัติที่สุจริตในการได้มาซึ่งผลประโยชน์ที่ไม่เป็นธรรมจากภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยมาตรการทางกฎหมายที่จะปกป้องคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นควรครอบคลุมถึงสิ่งต่อไปนี้

1. การได้มาซึ่งภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยการขโมย การให้สินบน การบังคับขู่เข็ญ การล่อลวง การบุกรุก การละเมิด หรือการชักนำให้มีการละเมิดสัญญา การละเมิดหรือการชักนำให้มีละเมิดความไว้วางใจ หรือความลับ การละเมิดหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายหรือความสัมพันธ์จากความเชื่อถือ การล่อลวง การทำให้หลงผิด การจัดเตรียมซึ่งข้อมูลที่ทำให้หลงผิดในการได้มาซึ่งความยินยอมที่ได้แจ้งล่วงหน้าสำหรับการเข้าถึงภูมิปัญญา หรือวิธีการอื่นที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่สุจริต

2. การได้มาซึ่งภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือการควบคุมเหนือภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยการละเมิดมาตรการทางกฎหมายที่กำหนดว่าต้องได้รับความยินยอมล่วงหน้าซึ่งถือว่าเป็นเงื่อนไขของการ เข้าถึงภูมิปัญญา หรือการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ละเมิดเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ได้ตกลงร่วมกันว่าต้องมี การยินยอมล่วงหน้าในการเข้าถึงภูมิปัญญานั้น

3. การอ้างสิทธิโดยมิชอบ หรือ การถือสิทธิความเป็นเจ้าของ หรืออำนาจควบคุมเหนือภูมิปัญญาท้องถิ่น รวมถึง การได้มา การอ้างสิทธิ หรือการถือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเหนือสิ่งที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่น เมื่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นไม่สามารถถือสิทธิได้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นและเงื่อนไขเกี่ยวกับการเข้าถึงนั้น

4. ถ้าการเข้าถึง การใช้ทางการค้าหรืออุตสาหกรรมภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยปราศจากค่าตอบแทนที่เหมาะสมและเป็นธรรมแก่ผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญา เมื่อการใช้นั้นมีเจตนาและ ก่อให้เกิดประโยชน์ทางการค้าหรือทางเทคโนโลยีสำหรับผู้ใช้ และค่าตอบแทนควรเป็นธรรม และยุติธรรมต่อผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาภายใต้สภาวะแวดล้อมที่ผู้ใช้ได้มาซึ่งภูมิปัญญา

5. การที่บุคคลที่สามนอกท้องถิ่นได้ใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยละเมิดอย่างเจตนา ต่อศีลธรรมหรือคุณค่าทางจิตวิญญาณของผู้เป็นเจ้าของ เมื่อการใช้นั้นเห็นได้ชัดว่าก่อให้เกิดความเสียหาย การบิดเบือน หรือ ความเสื่อมเสียต่อภูมิปัญญาและขัดแย้งต่อประโยชน์สาธารณะ หรือศีลธรรมอันดี

หลักการแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit Sharing) อย่างเป็นธรรมและการยอมรับในผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาได้รับกล่าวถึงในบทบัญญัติอย่างชัดเจน โดยกำหนดว่า ควรมีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเสมอภาคในประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นในเชิงพาณิชย์หรือในทางอุตสาหกรรม แต่การใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรจะทำได้ในกรณีที่ก่อให้เกิดประโยชน์ที่มีใช้ตัวเงิน ตัวอย่างเช่น การเข้าถึงผลงานวิจัยและการ มีส่วนรวมของชุมชนที่เป็นแหล่งภูมิปัญญานั้นในกิจกรรมด้านการวิจัยและการศึกษา ซึ่งการใช้ ภูมิปัญญาท้องถิ่นนอกเหนือจากการใช้ตามจารีตประเพณีควรที่จะต้องระบุถึงแหล่งที่มา ผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญานั้น และการใช้ในพฤติกรรมที่เคารพต่อคุณค่าทางปัญญาของผู้เป็นเจ้าของ นอกจากนี้เพื่อเป็นการเคารพในสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น ร่างบทบัญญัติฯ ได้ถือหลักความยินยอม ล่วงหน้า (Prior Inform Consent) ในการเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นควรมีสิทธิในการที่จะให้ความยินยอมที่ได้ให้ก่อนสำหรับการเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือ รับรองการ ให้ความยินยอม นั้นโดยผู้ที่มีอำนาจในประเทศตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ แต่อย่างไรก็ตามการ คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่ควรก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ลบต่อการใช้อย่างต่อเนื่องในภูมิปัญญา ท้องถิ่นสำหรับทาง

ปฏิบัติ การแลกเปลี่ยน การใช้ และการถ่ายทอดภูมิปัญญาท้องถิ่นตาม จารีตประเพณีโดยผู้ครอบครองภูมิปัญญานั้น

แต่ถึงอย่างไรก็ตามแม้ร่างบทบัญญัติฯจะกล่าวถึงการให้ความคุ้มครองและการแบ่งปันผลประโยชน์ของภูมิปัญญาท้องถิ่นทั้งในรูปตัวเงินและมีใช้ตัวเงินก็ตามแต่ก็มิได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนถึงความหมายของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นว่าเป็นแบบใด

3.6 การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นกับองค์การการค้าโลก

ได้มีความพยายามที่จะให้องค์การการค้าโลกตระหนักถึงประเด็นเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการแบ่งปันผลประโยชน์ ซึ่งในที่สุดประเด็นนี้ได้รับการยอมรับเป็นครั้งแรกภายในเวทีองค์การการค้าโลกเมื่อการประชุมระดับรัฐมนตรีองค์การการค้าโลก ครั้งที่ 4 ณ กรุงโดฮา การตัดสินใจเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2544 ในวาระ 19 ของปฏิญญาโดฮา ได้แนะนำให้คณะมนตรีข้อตกลงทริปส์ ทำการตรวจสอบความสัมพันธ์ระหว่างข้อตกลงทริปส์และอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น และความสัมพันธ์อื่นที่เกี่ยวข้อง ภายใต้วัตถุประสงค์และหลักการ ของข้อตกลงทริปส์ เพื่อแก้ไขปัญหาที่สมาชิกประสบและดำเนินการแก้ปัญหาเหล่านั้นอย่างเหมาะสม ประเด็นสำคัญประเด็นหนึ่งที่ประเทศกำลังพัฒนาต้องการให้คณะมนตรีทริปส์พิจารณาและแก้ไข คือเรื่องระบบการจดสิทธิบัตร โดยต้องการให้ข้อตกลงทริปส์กำหนดให้มีการแจ้งแหล่งที่มาของ ทรัพยากรชีวภาพเมื่อมีการยื่นขอจดสิทธิบัตร อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่ารัฐมนตรีองค์การการค้าโลกจะ ตระหนักว่าความสัมพันธ์ระหว่างการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและทรัพย์สินทางปัญญาเป็นประเด็น ที่องค์การการค้าโลกต้องพิจารณา หากแต่ว่ายังไม่มีการดำเนินการใดอย่างเป็นรูปธรรมในเรื่อง ดังกล่าวนับตั้งแต่การยอมรับปฏิญญาโดฮา ซึ่งประเทศกำลังพัฒนายามผลักดันเรื่องนี้ในเวทีการเจรจาต่อรองอื่นด้วย เช่น การเจรจาเรื่องระบอบระหว่างประเทศในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ รวมทั้งการเจรจาข้อตกลงทางการค้าระดับทวิภาคี ดังจะเห็นได้จากข้อเรียกร้องในการเจรจา ข้อตกลงการค้าเสรีระหว่างประเทศไทยและสหรัฐอเมริกา ซึ่งผู้แทนฝ่ายไทยได้เรียกร้องให้รัฐบาล สหรัฐอเมริกาปรับเปลี่ยนการตรวจสอบสิทธิบัตรการประดิษฐ์ที่มาจากทรัพยากรชีวภาพ โดยเสนอ ว่าเอกสารการอนุญาตเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพเป็นเอกสารสำคัญที่ผู้ยื่นคำขอสิทธิบัตรต้องนำเสนอ ต่อสำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในเวทีระหว่างประเทศ ได้ให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยพัฒนากรอบกฎหมายระหว่างประเทศขึ้น โดยอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ ได้วางรากฐานและหลักการในการคุ้มครอง โดยพัฒนาแนวคิดของการมีอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพของประเทศ สมาชิก ซึ่งแนวคิดดังกล่าวนำไปสู่กลไก “การเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์” ในทรัพยากรชีวภาพขึ้น และต่อมาอนุสัญญาฯ ได้ขยายขอบเขตของกลไกดังกล่าวให้ครอบคลุมถึง ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้วย

นอกจากนี้ UNESCO ได้จัดทำกรอบกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญขึ้นมาสองฉบับคือ อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรม ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความเข้มแข็งของวัฒนธรรม 5 ประการคือ การสร้าง การคุ้มครอง การ

แพร่กระจาย การเข้าถึง และการเสพพรรณรสและสุนทรีรสของการแสดงออกทางวัฒนธรรม โดยผ่านทางสินค้าและบริการต่าง ๆ และสินค้าและบริการทางวัฒนธรรมไม่อาจถูกมองเป็นวัตถุ แห่งการเจรจาทางการค้าตามปกติได้ ส่วนอนุสัญญาว่าด้วยการปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ที่จับต้องไม่ได้ ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้โดยแยกต่างหาก จากมรดกทางวัฒนธรรมที่มีรูปร่าง เพื่อสร้างความตระหนักให้กับคนรุ่นใหม่ในการปกป้อง พัฒนา และสืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ตลอดจนป้องกันการทำให้เสื่อมเสียหรือ การสูญสลายทางวัฒนธรรมนั้น

นอกจากนี้ องค์การระหว่างประเทศเช่น องค์การการค้าโลก องค์การทรัพย์สินทางปัญญา โลก UNESCO FAO ได้ให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น โดย บางองค์การได้ดำเนินกิจกรรมส่งเสริมการคุ้มครอง อาทิ การจัดเวทีแลกเปลี่ยนความคิดเห็น การศึกษาวิจัย เป็นต้น

3.7 การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นตามความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPS)

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreements on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPS) เป็นความตกลงที่สรุปผลในกรอบอูรุกวัย มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศสำหรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยกำหนดระดับของการคุ้มครองขั้นพื้นฐาน ซึ่งรัฐบาลของประเทศสมาชิก WTO จะต้องให้ความคุ้มครองต่อทรัพย์สินทางปัญญา โดยคำนึงถึงความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ที่จะเกิดกับสังคมทั้งในระยะยาวและระยะสั้นเช่นเดียวกับหลักการของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade: GATT) และความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services: GATS) ความตกลง TRIPS มีหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) ซึ่งรวมถึง หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) และหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured-Nation) นอกจากนี้ ความตกลง TRIPS ยังมีหลักการสำคัญที่ระบุว่า การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาควรจะสนับสนุนการสร้างนวัตกรรม และการถ่ายทอดเทคโนโลยี ให้เกิดประโยชน์กับทั้งผู้ผลิตและผู้ใช้ รวมถึงเศรษฐกิจและสังคมด้วยความตกลง TRIPS ได้นำหลักการและพันธกรณีภายใต้องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization: WIPO) ซึ่งมีมาก่อนที่จะมีการก่อตั้ง WTO และมีความตกลงระหว่างประเทศที่สำคัญ 2 ฉบับ ได้แก่ อนุสัญญากรุงปารีส (The Paris Convention for the Protection of Industrial Property) ซึ่งกำหนดหลักการเกี่ยวกับสิทธิบัตร, แบบอุตสาหกรรม, ฯลฯ และ อนุสัญญากรุงเบิร์น The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works ซึ่งกำหนดหลักการเรื่องลิขสิทธิ์มาเป็นหลักการพื้นฐานของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และได้มีการเพิ่มเติมหลักการสำคัญ ๆ และระดับของความคุ้มครองที่สูงขึ้นในเรื่องต่าง ๆ ประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของความตกลง TRIPS ได้แก่ ลิขสิทธิ์และสิทธิที่เกี่ยวข้อง (Copyright and Related Rights) เครื่องหมายการค้า (Trademarks, Including

Service Marks) สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Indications) แบบอุตสาหกรรม (Industrial designs) สิทธิบัตร (Patents) การออกแบบวงจรรวม (Layout-Designs (Topographies) of Integrated Circuits) และข้อมูลที่ไม่ได้ถูกเปิดเผยรวมถึงความลับทางการค้า (Undisclosed Information, Including Trade Secrets) สรุปหลักการของความตกลง TRIPS ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่าง ๆ ได้ดังนี้

1. ลิขสิทธิ์ (Copyright) ความตกลง TRIPS กำหนดหลักการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เช่นเดียวกับการคุ้มครองงานประพันธ์ภายใต้ Berne Convention และวางหลักการในการให้ความคุ้มครองฐานข้อมูล (Databases) นอกจากนี้ ยังได้ขยายกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศในเรื่องลิขสิทธิ์ให้ครอบคลุมเรื่องการเช่าสิทธิในเชิงพาณิชย์ สำหรับเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ การผลิตเพลง ภาพยนตร์ เพื่อป้องกันการทำซ้ำที่จะกระทบถึงผลประโยชน์ของเจ้าของผลงาน 2 ความตกลง TRIPS กล่าวว่า นักแสดงมีสิทธิที่จะป้องกันการบันทึกภาพที่ไม่ได้รับอนุญาต การทำซ้ำและการแพร่ภาพการแสดงสด เป็นระยะเวลาไม่ต่ำกว่า 50 ปี โดยในส่วนของนักแสดงเพลง มีสิทธิที่จะป้องกันการทำซ้ำที่ไม่ได้รับอนุญาตเป็นระยะเวลา 50 ปี

2. เครื่องหมายการค้า (Trademarks) ความตกลง TRIPS กำหนดประเภทของเครื่องหมายที่สามารถได้รับการคุ้มครองเป็น Trademarks และสิทธิขั้นพื้นฐานของการได้รับความคุ้มครอง สำหรับทั้งสินค้าและบริการ นอกจากนี้ เครื่องหมายที่เป็นที่รู้จักแพร่หลาย (Well-Known) ในประเภทใดก็จะได้รับความคุ้มครองเพิ่มเติมด้วย

3. สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Indications) สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เป็นสิ่งที่บ่งบอกถึงลักษณะพิเศษเฉพาะตัวของสินค้าซึ่งเป็นผลมาจากแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้านั้น ยกตัวอย่างเช่น แชมเปญ สก็อต ตากีล่า เป็นต้น ซึ่งการใช้ชื่อเฉพาะของสินค้าที่ไม่ได้ผลิตมาจากแหล่งที่มาที่แท้จริง จะสร้างความเข้าใจผิดให้กับผู้บริโภคและส่งผลกระทบต่อเรื่องการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ความตกลง TRIPS จึงวางหลักการในการป้องกันการใช้ชื่อสถานที่ที่ไม่ถูกต้องอย่างใดก็ได้ มีข้อยกเว้นในกรณีที่ชื่อบางชื่อได้รับการคุ้มครองเป็น Trademark แล้ว หรือได้กลายเป็นคำที่มีการใช้เป็นการทั่วไป (generic term)

4. แบบอุตสาหกรรม (Industrial Designs) ภายใต้ความตกลง TRIPS มีการกำหนดอายุความคุ้มครองสำหรับ Industrial Designs เป็นระยะเวลา 10 ปี

5. สิทธิบัตร (Patents) ความตกลง TRIPS กำหนดอายุความคุ้มครองนวัตกรรมเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 20 ปี โดยสิทธิบัตรจะครอบคลุมถึงตัวสินค้าและกระบวนการผลิตอย่างไรก็ดี รัฐบาลสามารถปฏิเสธการออกสิทธิบัตรได้หากมีเหตุผลความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นอกจากนี้ ยังสามารถปฏิเสธการออกสิทธิบัตรสำหรับวิธีการวินิจฉัย (Diagnostic) อายุรกรรม (Therapeutic) และศัลยกรรม (Surgical Methods) รวมถึงพืชและสัตว์ และกรรมวิธีทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชและสัตว์ (อย่างไรก็ตาม พันธุ์พืช (Plant Varieties) จะถูกคุ้มครองได้โดยการจดสิทธิบัตรหรือโดยระบบเฉพาะเช่น ภายใต้ (The international Union for the Protection of New Varieties of Plants: UPOV) ความตกลง TRIPS ได้กำหนดข้อยกเว้นจากการคุ้มครองสิทธิบัตร ในกรณีต่าง ๆ ยกตัวอย่างเช่น เจ้าของสิทธิแก่สิ่งไม่ผลิตสินค้าออกสู่ตลาด ซึ่งความตกลงฯ อนุญาตให้รัฐบาลของประเทศสมาชิกสามารถ

ประกาศใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ “Compulsory Licences”) เพื่อให้ผู้ผลิตรายอื่นสามารถทำการผลิตหรือใช้สินค้าที่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองสิทธิบัตรได้ ประเด็นที่มีการหยิบยกขึ้นอย่างแพร่หลาย และกลายเป็นประเด็นสำคัญในช่วงที่ผ่านมา คือเรื่องการปกป้องสิทธิบัตรยากกับโอกาสในการเข้าถึงยาของผู้ป่วยในประเทศยากจน ซึ่งเป็นกรณีตัวอย่างที่ประเทศต่าง ๆ รวมถึงไทยประกาศใช้ CL เพื่อผลประโยชน์สาธารณะ 3 ในการประชุมของรัฐมนตรีองค์การการค้าโลกเมื่อเดือน พฤศจิกายน 2543 (ค.ศ. 2001) ได้มีการออกแถลงการณ์พิเศษที่ระบุว่าความตกลง TRIPS “ไม่ได้” และ “ไม่ควร” กีดกันประเทศสมาชิกจากการใช้มาตรการเพื่อปกป้องประโยชน์ด้านสุขภาพของสาธารณะ ซึ่งเป็นการย้ำว่าประเทศสมาชิกสามารถใช้ความยืดหยุ่นที่มีภายใต้ความตกลง TRIPS ได้ นอกจากนี้ ยังมีการขยายระยะเวลาการยกเว้นการคุ้มครองสิทธิบัตร ยาในประเทศพัฒนาน้อยที่สุดออกไปถึงปี พ.ศ. 2559 และเมื่อวันที่ 30 สิงหาคม พ.ศ. 2545 ยังได้ตกลงยอมรับหลักการ ยกเว้นให้ประเทศที่ไม่มีความสามารถในการผลิตยา ให้มีความยืดหยุ่นในการสามารถนำเข้ายาที่ผลิตภายใต้การใช้มาตรการ CL ได้อีกด้วยด้วย

6. การออกแบบวงจรรวม (Integrated Circuits Layout-Designs) การคุ้มครองการออกแบบวงจรรวม (Topographies) ภายใต้ความตกลง TRIPS มีพื้นฐานมาจาก Washington Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits ซึ่งอยู่ภายใต้ WIPO โดยความตกลง TRIPS ได้เพิ่มเติมอายุของการป้องกันเป็นระยะเวลาอย่างน้อย 10 ปี

7. ข้อมูลที่ไม่ได้ถูกเปิดเผยรวมถึงความลับทางการค้า (Undisclosed Information and Trade Secrets) ความลับทางการค้าและข้อมูลอื่น ๆ ที่ถือเป็นข้อมูลที่ไม่ได้ถูกเปิดเผยซึ่งมีมูลค่าในเชิงพาณิชย์จะถูกปกป้องจากการละเมิดสิทธิและพฤติกรรมอื่นใดที่ไม่ซื่อสัตย์และไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม มีเงื่อนไขที่เจ้าของสิทธิจะต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักการเรื่องการเก็บรักษาความลับ ยกตัวอย่างกรณีผลการทดลองที่ผู้ผลิตยื่นต่อรัฐบาลเพื่อขออนุญาตผลิตยาชนิดใหม่ หรือผลิตภัณฑ์ด้านการเกษตร จะต้องได้รับการปกป้องจากพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

3.7.1 หลักการพื้นฐานของความตกลงทริปส์¹²⁹

ความตกลงทริปส์เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่สมาชิกขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ต้องผูกพันอย่างไม่มีเงื่อนไข วัตถุประสงค์สำคัญของความตกลงทริปส์ คือ เพื่อส่งเสริมให้มีการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพ แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องไม่ให้มาตรการในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นอุปสรรคต่อการค้าเสรีระหว่างประเทศ

ความตกลงทริปส์ไม่เพียงแต่ได้นำเอาหลักการสำคัญที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาทรัพย์สินทางปัญญานับต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญากรุงปารีส อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ฯลฯ มาบัญญัติเรียบเรียงไว้อย่างเป็นระบบ แต่ได้รับเอาหลักการพื้นฐานของความตกลงแกตต์ ไม่ว่าจะเป็นหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured-Nation Treatment Principle) หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment Principle) และหลักต่างตอบแทน (Reciprocity Principle) มาบัญญัติไว้

¹²⁹ นันทน อินทนนท์, *เรื่องเดิม*.

เป็นหลักการพื้นฐานของความตกลงทริปส์ที่ประเทศสมาชิกต้องถือปฏิบัติด้วย ความตกลงทริปส์ได้กำหนดเงื่อนไขให้ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาหลายประเภท โดยครอบคลุมถึงสิทธิบัตร ลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง เครื่องหมายการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ การออกแบบผังภูมิของวงจรรวม และการควบคุมการปฏิบัติที่เป็นปรปักษ์ต่อการแข่งขันทางการค้า โดยได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองสิ่งที่ได้รับการคุ้มครอง ขอบเขตของสิทธิ ตลอดจนการบังคับใช้สิทธิ และกลไกการระงับข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า การทำให้กฎหมายของประเทศสมาชิกมีความสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันนั้น (Harmonization) มิได้มีวัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์ เนื่องจากความตกลงนี้เพียงแต่กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standards) ของการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น ประเทศสมาชิกจึงสามารถที่จะบัญญัติกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาให้มีระดับการคุ้มครองที่สูงกว่าความตกลงทริปส์ได้ ตราบเท่าที่ไม่ขัดแย้งต่อหลักการที่บัญญัติไว้

3.7.2 พันธกรณีของประเทศไทยภายใต้ความตกลงทริปส์

ความตกลงทริปส์ไม่ได้กำหนดวิธีการในการอนุวัติการไว้ ประเทศสมาชิกจึงมีอิสระที่จะเลือกวิธีการอนุวัติการที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศได้ อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขในการอนุวัติการตามความตกลงทริปส์มิได้ถูกกำหนดอย่างเคร่งครัด เนื่องจากประเทศที่เข้าร่วมการเจรจามีความเห็นว่าระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน ความตกลงทริปส์จึงมีบทบัญญัติที่ผ่อนปรนให้แก่ประเทศสมาชิกบางประเทศ โดยพิจารณาจากระดับสถานะทางเศรษฐกิจของประเทศสมาชิก กล่าวคือ ประเทศกำลังพัฒนา (Developing Countries) และประเทศที่เปลี่ยนระบบเศรษฐกิจจากระบบการวางแผนจากส่วนกลางไปสู่ระบบเศรษฐกิจแบบตลาด (Country in Transition to a Market Economy) จะได้รับการผ่อนผันให้ดำเนินการอนุวัติการต่อไปอีกเป็นเวลาสี่ปี ส่วนประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด (Least Developed Countries) จะได้รับการผ่อนผันเป็นระยะเวลาสิบปี

เมื่อความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกมีผลให้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม 2538 ประเทศไทยซึ่งถูกจัดอยู่ในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา จึงมีพันธกรณีที่ต้องอนุวัติการตามความตกลงทริปส์ให้เสร็จสิ้นไปภายในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2543 พันธกรณีที่สำคัญที่สุดประการหนึ่ง ซึ่งจะมีผลกระทบโดยตรงต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นก็คือ เงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา 27 กล่าวคือ ตามบทบัญญัตินี้ ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่การประดิษฐ์ในทุกสาขาเทคโนโลยี โดยมีข้อยกเว้นว่าประเทศสมาชิกอาจไม่คุ้มครองพืชและสัตว์ภายใต้ระบบสิทธิบัตร แต่จะต้องให้ความคุ้มครองแก่พันธุ์พืชไม่ว่าโดยกฎหมายสิทธิบัตร หรือระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ หรือโดยใช้วิธีการคุ้มครองดังกล่าวร่วมกัน

3.7.3 ผลกระทบของความตกลงทริปส์ต่อภูมิปัญญาท้องถิ่น

ในระหว่างการประชุมเจรจาความตกลงทริปส์ ประเด็นการคุ้มครองพันธุ์พืชถือเป็นหัวข้อที่สำคัญเรื่องหนึ่งที่มีการโต้เถียงกันอย่างกว้างขวาง ในขณะที่ประเทศที่พัฒนาแล้วต้องการที่จะให้มีการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่อย่างเข้มงวด ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่กลับมีความกังวลว่าการให้ความ

คุ้มครองพันธุ์พืชจะเป็นอุปสรรคต่อระบบเกษตรกรรมและการพัฒนาทางเศรษฐกิจของตน จนในที่สุดผลของการเจรจาจึงเป็นไปในลักษณะประนีประนอมกันโดยมาตรา 27.3(b) ให้สิทธิแก่ประเทศสมาชิกในการเลือกที่จะคุ้มครองพันธุ์ภายใต้ระบบสิทธิบัตร หรือระบบกฎหมายเฉพาะ หรือทั้งสองระบบร่วมกัน

ระบบการคุ้มครองพันธุ์พืชในปัจจุบันแบ่งออกได้เป็น 2 ระบบ ระบบแรก เป็นการให้ความคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธิบัตร ตัวอย่างเช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกามีการให้ความคุ้มครองแก่พืชที่ขยายพันธุ์โดยไม่อาศัยเพศ (Asexually Reproduced Varieties) โดยกฎหมายสิทธิบัตรพืช (Plant Patent Act) ระบบที่สอง เป็นการให้ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช (Plant Variety Protection) กฎหมายนี้เป็นระบบที่สร้างขึ้นสำหรับคุ้มครองพันธุ์พืชโดยเฉพาะ และมีการใช้กันในประเทศที่พัฒนาแล้วโดยส่วนใหญ่ โดยเมื่อปี ค.ศ. 1961 กลุ่มประเทศเหล่านี้ได้รวมตัวกันก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศขึ้นโดยใช้ชื่อว่า “สหพันธ์นานาชาติสำหรับการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่” (International Union for the Protection of New Varieties of Plants: UPOV) ให้เป็นองค์การระหว่างประเทศที่มีหน้าที่บริหารจัดการอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ หรือที่เรียกว่ายูโปฟ

ในความเป็นจริงแล้ว ความตกลงทริปส์ไม่ได้กล่าวถึงอนุสัญญายูโปฟ แม้ว่าจะมีความพยายามจากหลายฝ่ายที่จะตีความว่า ระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพนั้นก็หมายความว่าด้วยอนุสัญญายูโปฟนั่นเอง ทั้งนี้ก็เนื่องจากอนุสัญญายูโปฟเป็นระบบกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชเพียงฉบับเดียวที่มีอยู่ในปัจจุบันเท่านั้น อย่างไรก็ตามในลักษณะเช่นนี้ไม่ได้รับการยอมรับจากกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา ที่เห็นว่าหากมีการออกกฎหมายเฉพาะเพื่อให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชตามแนวทางของอนุสัญญายูโปฟ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามอนุสัญญายูโปฟฉบับปี ค.ศ. 1991 ซึ่งมีระดับการคุ้มครองที่สูงมาก ก็จะไม่สอดคล้องกับวิถีทางการพัฒนาของประเทศตน ประเทศเหล่านี้จึงเห็นว่าเมื่อความตกลงทริปส์ไม่มีบทบังคับให้ประเทศสมาชิกออกกฎหมายเฉพาะตามแนวทางของอนุสัญญายูโปฟ ประเทศสมาชิกก็ย่อมมีอิสระที่จะสร้างระบบกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชให้สอดคล้องกับระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจและเทคโนโลยีของตนได้

หากพิจารณาตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ตามมาตรา 27.3(b) ของความตกลงทริปส์ แม้ว่าการให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่จะเป็นการส่งเสริมให้มีการประดิษฐ์คิดค้นพันธุ์พืชที่มีประโยชน์ต่อภาคการเกษตรและอุตสาหกรรม แต่การให้ความคุ้มครองเช่นนี้ก็อาจเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาทางเศรษฐกิจของประเทศกำลังพัฒนา เพราะว่าภาคการเกษตรนั้นถือว่ามีความสำคัญต่อการพัฒนาสำหรับประเทศกำลังพัฒนา ประเทศเหล่านี้ล้วนแต่ต้องพึ่งพาผลิตผลทางการเกษตรเพื่อสร้างรายได้ให้แก่ประเทศ แต่กลับมีระดับการพัฒนาเทคโนโลยีทางการเกษตรที่ต่ำเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศที่พัฒนาแล้ว การให้สิทธิผูกขาดในพันธุ์พืชจึงดูเหมือนเป็นการเอื้อประโยชน์แก่บริษัทเอกชนในประเทศที่พัฒนาแล้ว ที่มีความพร้อมทั้งในแง่ของทุนและเทคโนโลยีมากกว่าจะเป็นการส่งเสริมให้เกษตรกรในประเทศกำลังพัฒนาอนุรักษ์และปรับปรุงพันธุ์ และหากสิทธิผูกขาดเช่นนี้ปราศจากกลไกในการควบคุมที่เหมาะสม ก็ทำให้วิถีชีวิตของผู้คนในภาคการเกษตรเปลี่ยนไป อันจะมีผลต่อการอนุรักษ์และส่งเสริมภูมิปัญญาท้องถิ่น ทั้งจะก่อให้เกิดการบิดเบือนระบบเกษตรกรรมในประเทศกำลังพัฒนาและส่งผลกระทบต่อการพัฒนาเศรษฐกิจในระยะยาว

ภายใต้หลักเกณฑ์แห่งภูมิปัญญาท้องถิ่นซึ่งถือได้ว่าเป็นสมบัติสาธารณะ (Public Domain) ที่บุคคลคนหนึ่งคนใดจะหวงกันไว้เป็นสมบัติส่วนตัวไม่ได้ ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาที่สำคัญ เช่น อนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (Paris Convention for the Protection of Industrial Property) และอนุสัญญากรุงเบิร์นว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม (Bern Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) จึงไม่ได้กล่าวถึงการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้โดยตรง ภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงอยู่นอกกรอบการคุ้มครองตามความตกลงระหว่างประเทศเหล่านั้น ในทำนองเดียวกัน ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความสำคัญมากที่สุดในปัจจุบันคือ ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) หรือ ความตกลงทริปส์ ก็ได้คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้โดยตรงเช่นกัน แต่ความตกลง ทริปส์กลับมีผลกระทบอย่างมากต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น เพราะความตกลงนี้เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา การบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศสมาชิกจะต้องสอดคล้อง และไม่ขัดแย้งกับความตกลงนี้ด้วย

3.8 สิทธิและการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นตามกฎหมายประเทศต่าง ๆ

จากหลักการ ตามอนุสัญญาหรือข้อตกลงแห่งทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศอันเกี่ยวเนื่องกับภูมิปัญญาท้องถิ่น ได้รับการพัฒนาขึ้นส่งผลให้มีประเทศต่าง ๆ ทำการพัฒนากฎระเบียบในการเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นของตนขึ้นมารองรับหลักการดังกล่าว อย่างไรก็ตามเรื่องของการเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นเรื่องใหม่ทำให้แนวทางในการปฏิบัติ อีกทั้งอนุสัญญาฯ ที่มีอยู่ไม่ได้วางหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการนำหลักการของอนุสัญญาฯ ไปปฏิบัติ ทำให้ประเทศต่าง ๆ จะกำหนดรูปแบบของกฎระเบียบในการเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นแตกต่างกันไป

ปัจจุบันมีประเทศที่ทำการพัฒนากฎระเบียบที่กำกับดูแลเรื่องของการเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นอยู่ไม่มากนัก ซึ่งกฎระเบียบเรื่องของการเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นในประเทศนั้น ๆ นอกจากจะมีรูปแบบที่แตกต่างกันแล้ว รายละเอียดหรือข้อกำหนดในเรื่องของการเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่น และการแบ่งปันผลประโยชน์ในแต่ละประเทศก็มีความแตกต่างกันตามแต่ละท้องถิ่นในแต่ละประเทศนั้น บางประเทศมีการจัดการให้มีการเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างมีประสิทธิภาพ และสามารถนำรายได้ที่ได้รับจากการอนุญาตให้สิทธิ ในภูมิปัญญาท้องถิ่นกับสู่ประเทศและชุมชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่กฎระเบียบในบางประเทศ มีความซับซ้อนยุ่งยาก และใช้เวลานานในการได้รับอนุญาตให้ใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นถึงแม้จะมีการขออนุญาตเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่น

ทางผู้วิจัยจึงได้ทำการเลือกประเทศที่ได้มีพัฒนากฎระเบียบที่กำกับดูแลเรื่องของการเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีความแตกต่างรายละเอียดหรือข้อกำหนดในเรื่องของการเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นกรณีศึกษา 4 ประเทศประกอบด้วย สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร สาธารณรัฐอินเดีย เปรู และสหภาพแอฟริกา (African Union)

3.8.1 ศึกษากรณีกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา¹³⁰

ก่อนที่ประเทศสหรัฐอเมริกาจะถูกก่อตั้งขึ้น พื้นที่ทั้งหมดของสหรัฐในปัจจุบันเดิมเป็นที่อยู่อาศัยสำหรับชนพื้นเมืองชาวอเมริกันมาก่อนเป็นเวลาถึง 15,000 ปี จนกระทั่งในคริสต์ศตวรรษที่ 16 ได้มีการสำรวจบุกเบิกและตั้งถิ่นฐานของชาวยุโรปเริ่มต้นขึ้น โดยราชอาณาจักรอังกฤษได้ทำการก่อตั้งอาณานิคมใหม่ และเข้าควบคุมอาณานิคมอื่น ๆ ที่ก่อตั้งมาก่อน จนกระทั่งในที่สุด หลังจากที่ถูกรัฐบาลตัวแทนจากเกาะอังกฤษปกครองมาเป็นเวลาร้อยกว่าปี อาณานิคมที่ตกอยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษจำนวน 13 อาณานิคมได้ทำการประกาศอิสรภาพในวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 (พ.ศ. 2319) ทำให้เกิด สงครามปฏิวัติอเมริกาขึ้น และสงครามก็สิ้นสุดลงใน ค.ศ. 1783 (พ.ศ. 2326) โดยชัยชนะเป็นของอดีตอาณานิคม เมื่อราชอาณาจักรอังกฤษยอมรับอดีตอาณานิคมที่อังกฤษเคยปกครองมาก่อนให้เป็นประเทศใหม่ ตั้งแต่ นั้นมาประเทศก่อตั้งใหม่ที่ถูกรเรียกว่า สหรัฐอเมริกา ก็แผ่ขยายอาณาเขตของตนเองจาก 13 มลรัฐ ไปถึง 50 มลรัฐกับอีกหนึ่งเขตปกครองกลาง รวมถึงดินแดนภายใต้การปกครองอีกหลายแห่งอย่างที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

ประเทศสหรัฐอเมริกาก่อกำเนิดขึ้นจากการประกาศอิสรภาพของรัฐอธิปไตย 13 มลรัฐ คำประกาศดังกล่าวได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาในวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 และอังกฤษ ยอมรับเอกราชของชาติอเมริกาในวันที่ 14 มกราคม ค.ศ. 1789 ต่อมาในปีเดียวกัน รัฐเหล่านั้นจึงได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่เพื่อก่อตั้งสหพันธรัฐ โดยให้มีรัฐบาลกลางที่เข้มแข็ง รัฐต่าง ๆ มอบอำนาจอธิปไตยหลายประการให้รัฐบาลกลางที่กรุงวอชิงตัน แต่สงวนอำนาจบางประการไว้ เช่น อำนาจนิติบัญญัติและการคลังในระดับมลรัฐ ดังนั้น ทุกมลรัฐจึงมีวุฒิสภาและสภาผู้แทนของ ตนเอง (ยกเว้นเนแบรสกา ซึ่งมีสภาเดียว) และมีอำนาจเก็บภาษีผู้มีมิลำเนาในมลรัฐ

ประเทศสหรัฐอเมริกามีประวัติศาสตร์ชนเผ่าที่ยาวนานและชัดเจน โดยเฉพาะชนเผ่าอินเดียน ซึ่งเป็นชนเผ่าดั้งเดิมที่อาศัยในประเทศอเมริกา ก่อนที่ชนผิวขาวเข้ายึดครองประเทศ (เชื้อชาติ: คนผิวขาวร้อยละ 81.7 คนแอฟริกันอเมริกันร้อยละ 12.9 คนเอเชียร้อยละ 4.2 คนอเมริกันอินเดียนและชาวอะแลสการ้อยละ 1 ชาวฮาวายเอียนและชาวเกาะแปซิฟิกร้อยละ 0.2 ชนเผ่าอินเดียนมีเอกลักษณ์ด้านศิลปะและวัฒนธรรมของตนเอง ดังนั้นรัฐบาลกลางของประเทศสหรัฐอเมริกา จึงให้ความสำคัญในศิลปวัฒนธรรมดังกล่าว โดยการจัดตั้งสำนักกิจการอินเดียนขึ้น (Bureau of Indian Affairs) นอกจากนี้ยังจัดตั้งคณะกรรมการศิลปหัตถกรรมอินเดียนขึ้นเพื่อคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมอินเดียน และช่วยเหลือให้ชนเผ่าอินเดียนและสมาชิกสามารถพึ่งพาตัวเองได้ ในปี ค.ศ. 1990 โดยการตรารัฐบัญญัติศิลปหัตถกรรมอินเดียน (Indian Arts and Craft Act of 1990) และมีการปรับปรุงแก้ไขในปี ค.ศ. 2000 รัฐบัญญัติฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการพัฒนาศิลปหัตถกรรมอินเดียน ตลอดจนการจัดตั้งคณะกรรมการเพื่อการดังกล่าว

รัฐบัญญัติฉบับนี้ให้ความสำคัญกับคำว่าผลิตภัณฑ์อินเดียน (Indian Products) ซึ่งหมายถึงผลิตภัณฑ์ที่ผลิตโดยชนเผ่าอินเดียน หากเมื่อพิจารณาเนื้อหาของรัฐบัญญัติฉบับนี้แล้วเห็นว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ได้ให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของชนเผ่าอินเดียนโดยตรง แต่เป็น การคุ้มครองเครื่องหมายซึ่งแสดงถึงความแท้จริงและคุณภาพ (Genuineness and Quality) ของ

¹³⁰ รัฐบัญญัติศิลปหัตถกรรมอินเดียน สหรัฐอเมริกา (Indian Arts and Craft Act of 1990)

ผลิตภัณฑ์อินเดีย มากกว่า (โดยคณะกรรมการศิลปหัตถกรรมอินเดียมีสิทธิในการสร้างสรรค์เครื่องหมายซึ่งแสดงถึงความแท้จริงและคุณภาพของผลิตภัณฑ์อินเดีย) และกำหนดมาตรฐานในการใช้เครื่องหมาย โดยรัฐบาลจะเป็นผู้ดำเนินการจดทะเบียนเครื่องหมายดังกล่าวกับสำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าสหรัฐอเมริกาโดยไม่ต้องชำระค่าธรรมเนียม และรัฐบาลจะดำเนินการโอนสิทธิในเครื่องหมายพร้อมทั้ง ค่าความนิยม (Goodwill) ให้แก่ชนเผ่าอินเดียหรือปัจเจกอินเดีย

กฎหมายกำหนดว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายในการเสนอขาย หรือการแสดงสินค้า (Display) เพื่อขาย หรือจำหน่าย สินค้า โดยใช้หรือไม่ใช้เครื่องหมายการค้า ในลักษณะที่ลวงให้เชื่อว่าเป็นสินค้าดังกล่าวผลิตโดยอินเดีย หรือเป็นสินค้าอินเดีย หรือเป็นผลิตภัณฑ์ของชนเผ่าอินเดีย หรือองค์กรศิลปหัตถกรรมอินเดีย กล่าวคือ ห้ามการลวงขายผลิตภัณฑ์ให้ผู้บริโภคเข้าใจว่าผลิตภัณฑ์ดังกล่าวเป็นผลิตภัณฑ์อินเดีย

เห็นได้ว่าผู้ทรงสิทธิที่แท้จริงคือ รัฐบาลเนื่องจากเป็นเครื่องหมายที่จดทะเบียนโดยรัฐบาล (Government Owned Trademarks) แต่ต่อมารัฐบาลดังกล่าวจะดำเนินการโอนสิทธิ (Assign) ในเครื่องหมายดังกล่าวให้แก่ชนเผ่าอินเดีย หรือปัจเจกอินเดีย

ผู้ใดก็ตามละเมิดกฎหมายฉบับนี้โดยมีเจตนา ต้องรับโทษดังต่อไปนี้

1. ผู้ใดที่เป็นปัจเจกบุคคลละเมิดแบบ First Violation หรือการละเมิดครั้งแรกต้องโทษปรับไม่เกินกว่า \$250,000 หรือจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือทั้งจำและปรับ หรือผู้ละเมิดไม่ใช่ปัจเจกบุคคล โทษปรับจะสูงขึ้นเป็น \$1,000,000

2. ผู้ใดที่เป็นปัจเจกบุคคลละเมิดแบบ Subsequent Violation หรือการละเมิดครั้งต่อมาบนมูลฐานเดียวกันต้องโทษปรับไม่เกินกว่า \$1,000,000 หรือจำคุกไม่เกิน 15 ปี หรือทั้งจำและปรับ หรือผู้ละเมิดไม่ใช่ปัจเจกบุคคล โทษปรับจะสูงขึ้นเป็น \$5,000,000

ดังนั้นสรุปได้ว่าสหรัฐอเมริกาจะให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยใช้ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเข้ามาคุ้มครองโดยนำกฎหมายสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าเข้ามาใช้ มิได้บัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะและส่วนใหญ่ให้ความคุ้มครองระดับชาติโดยให้รัฐบาลเป็นผู้ทรงสิทธิที่แท้จริง

3.8.2 ศึกษากรณีกฎหมายประเทศอินเดีย¹³¹

อินเดีย หรือชื่อทางการว่า สาธารณรัฐอินเดีย (Republic of India) ตั้งอยู่ในเอเชียใต้ เป็นพื้นที่ส่วนใหญ่ของอนุทวีปอินเดีย อินเดียเป็นประเทศที่ประชากรมากที่สุดในอันดับ 2 ของโลก และเป็นประเทศประชาธิปไตยที่มีประชากรมากที่สุดในโลกโดยมีประชากรมากกว่า 1 พันล้านคน มีภาษาพูดรวมกันประมาณ 100 ภาษา ทางด้านเศรษฐกิจ อินเดียมีอำนาจการซื้อมากเป็นอันดับ 4 ของโลก อินเดียทางทิศเหนือติดกับจีน เนปาล และภูฏาน ทางตะวันตกเฉียงเหนือติดกับปากีสถาน ทาง

¹³¹ ระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรชีวภาพของประเทศสาธารณรัฐอินเดีย (กฎหมายว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ปี ค.ศ. 2002)

ตะวันออกเฉียงเหนือติดพม่า ทางตะวันออกเฉียงใต้และตะวันตกเฉียงใต้จรดมหาสมุทรอินเดียทาง ตะวันออกติดบังกลาเทศ มีพื้นที่ 3,287,590 ตารางกิโลเมตร (ใหญ่กว่าไทยประมาณ 6 เท่า)

ประเทศอินเดียมีประวัติศาสตร์และความเจริญทางวัฒนธรรมที่ยาวนาน เมื่อประมาณ 1,500 ปีก่อนคริสตกาล ชาวดราวิเดียน (Dravidian) และชาวอารยัน (Aryan) เริ่มกำเนิดอารยธรรมต่าง ๆ ในลุ่มแม่น้ำสินธุ ต่อมาในสมัยอาณาจักรเมารยะ (ประมาณ 300 ปีก่อนคริสตกาล) ซึ่งมีดินแดนใน ตอนเหนือตั้งแต่ลุ่มแม่น้ำสินธุ จรดอ่าวเบงกอล พระเจ้าอโศกมหาราชได้สร้างความรุ่งเรืองในการ ปกครอง ตลอดจนการสนับสนุนการเผยแผ่พุทธศาสนา ในสมัยราชวงศ์โมกุล (คริสต์ศตวรรษที่ 16-18) เป็นสมัยที่มีการแพร่ขยายอิทธิพล วัฒนธรรมโมกุลอย่างกว้างขวาง ทั้งในด้านการปกครอง ภาษา ศิลปะ สถาปัตยกรรม และศาสนาอิสลาม อังกฤษเริ่มเข้ามามีอิทธิพล ในอนุทวีป ตั้งแต่คริสต์ศตวรรษ ที่ 17 เพื่อค้าขายพร้อม ๆ กับครอบครองดินแดนและแทรกแซงในการเมืองท้องถิ่น จนกระทั่งอินเดีย ตกอยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษ ในปี ค.ศ. 1877 โดยมี สมเด็จพระราชินีนาถวิกตอเรียแห่ง อังกฤษทรงดำรงตำแหน่งสมเด็จพระเจ้าจักรพรรดินี แห่งอินเดีย หลังจากการรณรงค์ต่อต้านการ ปกครองของอังกฤษมาเป็นเวลานาน อินเดียจึงได้รับเอกราชเมื่อปี ค.ศ. 1947 และได้รับการสถาปนา เป็นสาธารณรัฐอินเดียในปี ค.ศ. 1950

อินเดียมีประชากรกว่า 1,000 ล้านคน ประชากรเหล่านี้มีความแตกต่างทางด้านชาติพันธุ์ และวัฒนธรรมมีภาษาหลักใช้พูดถึง 16 ภาษา และมีภาษาถิ่นมากกว่า 100 ภาษา ภาษาฮินดี ถือว่า เป็นภาษาประจำชาติ เพราะคนอินเดียกว่าร้อยละ 30 ใช้ภาษานี้ คนอินเดียที่อาศัยอยู่รัฐทาง ตอนเหนือและรัฐทางตอนใต้ นอกจากจะใช้ภาษาที่แตกต่างกันแล้ว การแต่งกาย การรับประทานอาหาร ก็แตกต่างกันออกไปด้วย ชาวอินเดียถือว่าครอบครัวเป็นสถาบันทางสังคมที่มีความสำคัญที่สุด ระบบ ครอบครัวของอินเดียเป็นระบบครอบครัวร่วม หรือครอบครัวขนาดใหญ่ สมาชิกในครอบครัว ประกอบด้วย ปู่ ย่า พ่อ แม่ ลูก หลาน และ เหลน อยู่ร่วมกันภายในครอบครัวเดียว ผู้อาวุโสที่สุดของ ฝ่ายชายจะเป็นหัวหน้าครอบครัว แม้สังคมของอินเดียยังคงมีความนับถือเรื่องวรรณะอยู่ แต่ก็ปรากฏ ไม่มากเท่าอดีต การดำเนินชีวิตของชาวอินเดียจะยึดถือศาสนาเป็นสิ่งสำคัญ ในการคุ้มครองความ หลากหลายทางชีวภาพนั้นอินเดียได้มีกฎหมายว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ปี ค.ศ. 2002 ที่มี วัตถุประสงค์เพื่อการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ การใช้อย่างยั่งยืนและการแบ่งปัน ผลประโยชน์อย่างเท่าเทียมกัน และเป็นธรรมจากการใช้ทรัพยากรทางชีวภาพและภูมิปัญญาต่าง ๆ กฎหมายฉบับนี้คุ้มครองถึงภูมิปัญญาของคนพื้นเมืองที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่ง ความหลากหลายทางชีวภาพหมายถึงความหลากหลายของสิ่งมีชีวิตที่มาจากแหล่งต่าง ๆ และความ ซับซ้อนของระบบนิเวศที่สิ่งมีชีวิตเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่ง รวมถึงความหลากหลายในสายพันธุ์หรือ ระหว่างสายพันธุ์ในระบบนิเวศน์

แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้ในนิยามถึง “ผู้ทรงสิทธิ” แต่ได้ให้นิยามของคำว่า “ผู้มี สิทธิเรียกร้องในผลประโยชน์” (Benefit Claimers) ว่ารวมถึงผู้สร้างสรรค์และผู้ครอบครอง ภูมิ ปัญญาและข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการใช้ทรัพยากรชีวภาพ นวัตกรรมและทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการ ใช้ประโยชน์และการประยุกต์ใช้ต่าง ๆ

การเข้าถึงและการใช้ประโยชน์ในภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรทางชีวภาพจะต้องได้รับ การอนุญาตล่วงหน้าก่อนไม่ว่าจะเป็นเพื่อการศึกษา การใช้ประโยชน์เชิงพาณิชย์ การใช้ประโยชน์ทาง

ชีวภาพหรือการเก็บข้อมูลทางชีวภาพ แต่บุคคลเหล่านั้นที่ได้รับอนุญาตให้เข้าถึงงานและใช้ประโยชน์ ไม่สามารถถ่ายทอด หรือนำออกไปนอกประเทศเว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากสำนักงานความหลากหลายพันธุ์ทางชีวภาพแห่งชาติ (National Biodiversity Authorization: NBA) การที่จะนำภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีในประเทศอินเดีย ไปจดทะเบียนทรัพย์สินทางปัญญาจะทำได้ถ้าได้รับอนุญาตล่วงหน้าจาก NBA อันเป็นมาตรการป้องกันการถือสิทธิความเป็นเจ้าของในภูมิปัญญานั้นโดยใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ในกรณีที่มีผลประโยชน์เกิดขึ้นจากภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นไม่ว่ากรณีใด ๆ ก็ตามจะต้องมีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเสมอภาคให้กับผู้มีสิทธิเรียกร้องในผลประโยชน์ (Benefit Claimers) นั้น นอกจากนี้ยังได้กำหนดให้มีการขึ้นทะเบียนภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับท้องถิ่นมลรัฐและระดับประเทศ

ในกรณีที่มีกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย เช่น การเข้าถึงโดยไม่ได้รับอนุญาตจาก NBA หรือการยื่นจดทรัพย์สินทางปัญญาโดยไม่ได้รับการอนุญาตล่วงหน้าจาก NBA ได้มีมาตรการลงโทษ ทางอาญา จำคุกถึง 5 ปี และโทษปรับ ถ้าเป็นความผิดของบุคคลครั้งแรกจะมีโทษปรับสูงสุดถึง US\$ 250,000 หรือจำคุก 5 ปี ซึ่งถ้าเป็นความผิดครั้งต่อไปจะมีโทษปรับสูงถึง US\$1,000,000 หรือจำคุกถึง 15 ปี ส่วนในกรณีที่ผู้กระทำผิดเป็นองค์กรธุรกิจความผิดครั้งแรกจะมีโทษปรับสูงสุดถึง US\$1,000,000 และถ้าเป็นการทำผิดขึ้นอีกในครั้งต่อไปจะมีโทษปรับสูงถึง US\$5,000,000

กล่าวโดยสรุปกฎหมายฉบับนี้ของอินเดียให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในเรื่องการอนุญาตให้ใช้สิทธิ การแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมรวมถึง การปกป้องคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น แต่อย่างไรก็ตามมิได้ให้ความหมายของผู้ทรงสิทธิรวมถึงการบริหารจัดการไว้ชัดเจน

3.8.3 ศึกษากรณีกฎหมายประเทศเปรู¹³²

เริ่มต้นในปี ค.ศ. 1996 รัฐบาลเปรู ได้มอบหมายกระทรวงการเกษตรและสถาบันเพื่อการปกป้องการแข่งขันและคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแห่งชาติ(National Institute for the Defense of Competition and Protection of Intellectual Property) จัดตั้งคณะทำงานขึ้นเพื่อ 1. จัดทำระบบควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ 2. การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างมีประสิทธิภาพ และ 3. กำหนดวิธีการจัดสรรผลประโยชน์จากรายได้ที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรชีวภาพอย่างเท่าเทียมกัน โดยคณะทำงานดังกล่าว ได้จัดทำรายงานเบื้องต้น รวมทั้งออกแบบกรอบความคุ้มครองทางกฎหมายเพื่อการคุ้มครองภูมิปัญญาของชุมชนดั้งเดิม และรายงานนี้เองก็ได้กลายเป็นจุดเริ่มต้นของการจัดทำร่างกฎหมายเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างเป็นทางการ

นอกจากนี้ รายงานเบื้องต้นฉบับนี้ได้ระบุว่าระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไม่สามารถให้ความคุ้มครองได้อย่างเพียงพอต่อผลงานประเภทภูมิปัญญา เนื่องจากสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญากับภูมิปัญญามีลักษณะและคุณสมบัติที่แตกต่างกันตัวอย่างเช่นสิ่งที่ เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่น จะขาดคุณสมบัติของความใหม่ และไม่สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม เหมือนกับงานสิทธิบัตรอื่น ๆ ได้ อายุการคุ้มครองสิทธิบัตรซึ่งมีเพียงแค่ 20 ปีนั้น สั้นเกินไปสำหรับ

¹³² ระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรชีวภาพของ ประเทศเปรู (กฎหมายเลขที่ 27811 (Law N° 27811)

การคุ้มครองภูมิปัญญา นอกจากนี้อาจจากความคาดหวังของผู้มีส่วนได้เสียต่อภูมิปัญญาและต่อทรัพย์สินทางปัญญาก็แตกต่างกัน ดังนั้นคณะทำงานจึงตั้งข้อสรุปว่า เปรู ควรสร้างกฎหมายเฉพาะ (Sui Generis) ขึ้นมาคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

เปรูใช้เวลาในการศึกษาและดำเนินการร่างกฎหมายเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชนพื้นเมืองซึ่งเกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพเป็นเวลานานถึง 6 ปี และในที่สุดก็ได้ออกกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นขึ้นในปี ค.ศ. 2002 คือ กฎหมายเลขที่ 27811 (Law N° 27811)

กฎหมายฉบับนี้มีเจตนารมณ์เพื่อส่งเสริมให้มีการเคารพ คุ้มครอง สงวนรักษา พัฒนาและนำภูมิปัญญาไปใช้อย่างกว้างขวางมากขึ้น ให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์อันเกิดจากการใช้ภูมิปัญญาอย่างเท่าเทียมและยุติธรรม ส่งเสริมให้มีการใช้ภูมิปัญญาเพื่อประโยชน์ของชนพื้นเมืองและเพื่อนมนุษย์เพื่อรับประกันว่าการใช้ภูมิปัญญาต้องได้รับความยินยอมจากชนพื้นเมืองก่อน เพื่อส่งเสริมและพัฒนาความสามารถของชนพื้นเมืองในการใช้กลไกดั้งเดิมเพื่อแบ่งปันและกระจายผลประโยชน์ที่เก็บได้จากการใช้ทรัพยากรหรือภูมิปัญญาท้องถิ่น นอกจากนี้ยังมีเจตนารมณ์เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงสถานการณ์ เช่น การออกสิทธิบัตรให้แก่สิ่งประดิษฐ์ที่ได้มาหรือพัฒนามาจากการใช้ภูมิปัญญาของชนพื้นเมืองเปรู โดย ไม่มีการพิจารณาหรือบันทึกว่าภูมิปัญญานั้น เป็นภูมิหลังของการประดิษฐ์ (Prior Arts) ในกระบวนการตรวจสอบความใหม่ (Novelty) หรือ ขั้นตอนการประดิษฐ์ของสิ่งประดิษฐ์นั้น (Inventive Step) เป็นต้น

นอกจากนี้ กฎหมายฉบับนี้ ไม่มีวัตถุประสงค์ หรือ ใช้เป็นเครื่องมือในการห้ามมิให้เข้าถึงภูมิปัญญาของชาวบ้าน หากแต่เป็นการส่งเสริมให้เกิดการใช้ภูมิปัญญาอย่างกว้างขวาง เมื่อผ่านขั้นตอนที่เหมาะสม ได้แก่ ได้รับการอนุญาตล่วงหน้าจากชุมชนพื้นเมือง และมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ภูมิปัญญาดังกล่าวอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม

กฎหมายของเปรูให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาที่สะสมมาของชนดั้งเดิม (Collective Knowledge of Indigenous People) ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพ (Biological Resources) แต่ไม่คุ้มครองภูมิปัญญาที่เป็นสมบัติสาธารณะ (Public Domain) ซึ่งคำว่าภูมิปัญญาที่สะสมมา (Collective Knowledge) หมายถึง “ภูมิปัญญาที่สะสมมาหลายชั่วอายุคน ซึ่งชนพื้นเมืองเป็นผู้มีส่วนสร้างขึ้น และเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน การใช้และคุณลักษณะของความหลากหลายทางชีวภาพ” (The Accumulated, Transgenerational Knowledge Evolved by Indigenous Peoples and Communities Concerning the Properties, Uses and Characteristics of Biological Diversity) ซึ่งทรัพยากรชีวภาพดังกล่าวมักจะมีส่วนในการลดต้นทุนของการวิจัยและพัฒนาในสาขาต่าง ๆ เช่น ยา อาหาร และการเกษตร เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายฉบับนี้ ไม่รวมถึงการแลกเปลี่ยนและแบ่งปัน ภูมิปัญญาที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้ ระหว่างชนพื้นเมืองด้วยกันเอง

กฎหมายกำหนดเงื่อนไขที่แตกต่างกัน แล้วแต่วัตถุประสงค์ของการเข้าถึงภูมิปัญญา ได้แก่

1. กรณีเข้าถึงภูมิปัญญาเพื่อวัตถุประสงค์ในการประยุกต์ใช้ทางวิทยาศาสตร์ ทางการค้า และอุตสาหกรรม ต้องยื่นขอรับความยินยอมล่วงหน้าจากองค์กรตัวแทนชนพื้นเมือง ซึ่งองค์กรดังกล่าวจะพิจารณาจากข้อมูลที่แสดง วัตถุประสงค์ของการเข้าถึงภูมิปัญญา ความเสี่ยงของกิจกรรมรวมทั้งการใช้ภูมิปัญญาในอนาคต

2. กรณีเข้าถึงภูมิปัญญาเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์และการใช้งานในทางอุตสาหกรรม นอกจากจะต้องยื่นขอรับความยินยอมจากองค์กรตัวแทนของชนพื้นเมืองที่ถือครองภูมิปัญญาซึ่งเป็นเงื่อนไขเดียวกับกรณีข้างต้นแล้ว ผู้ขอต้องลงนามสัญญาซึ่งระบุเงื่อนไขของการให้ค่าตอบแทนการเข้าถึงภูมิปัญญานั้น รับประกันการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากกิจกรรมการใช้ภูมิปัญญาและระบุถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากกิจกรรมการใช้ภูมิปัญญาด้วย โดยสัญญาดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ทั้งนี้ผู้ขอมีหน้าที่ต้องแจ้งความคืบหน้าในการวิจัยและพัฒนา การประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม แผนการตลาดสำหรับผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากการใช้ภูมิปัญญาภายใต้สัญญานี้ด้วย

ในส่วนของการแบ่งปันผลประโยชน์ ชนพื้นเมืองมีสิทธิได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์อยู่สองทางคือทางแรกเป็นการรับผลประโยชน์โดยตรง (ผ่านองค์กรผู้แทนชนพื้นเมือง) ซึ่งการรับผลประโยชน์ครั้งแรกอาจเป็นค่าตอบแทนการใช้ภูมิปัญญา และครั้งต่อไปเป็นค่าตอบแทนเมื่อมีการขายผลิตภัณฑ์ออกสู่ตลาด โดยคิดค่าธรรมเนียมเป็นสัดส่วนของรายได้ที่เกิดจากผลิตภัณฑ์นั้น การรับแบ่งปันผลประโยชน์ทางที่สองคือ โดยทางอ้อม กล่าวคือ ผ่านกองทุนเพื่อการพัฒนาชนพื้นเมือง (Fund for the Development of Indigenous People) ซึ่งกองทุนดังกล่าวจะให้ประโยชน์แก่ชนพื้นเมืองทุกกลุ่ม แม้ว่าจะไม่ได้เป็นคู่สัญญาก็ตาม โดยจะต้องมีการหักเงินค่าธรรมเนียมเข้าสู่กองทุนนี้ ร้อยละ 10 ก่อนการหักภาษี ซึ่งเงินกองทุนนี้ก็จะมีการนำไปใช้เพื่อส่งเสริมการวิจัยและพัฒนา หรือให้ความช่วยเหลืออื่น ๆ แก่ชนพื้นเมืองต่อไป

สิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้คือภูมิปัญญาที่ได้รับการสะสม พัฒนา และสงวนมาเป็นเวลานาน การจดทะเบียนไม่ได้เป็นเงื่อนไขของการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดให้ มีการจัดตั้งองค์กรผู้แทนชุมชนขึ้นมาดูแล บริหารจัดการและบังคับสิทธิในนามของชนพื้นเมือง ซึ่งองค์กรผู้แทนชุมชนมีหน้าที่ ดังนี้

1. ให้ความยินยอมก่อนการอนุญาตให้เข้าใช้ภูมิปัญญา
2. ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้ภูมิปัญญา (License Agreement)
3. ยื่นจดทะเบียนภูมิปัญญาที่ชนพื้นเมืองถือครองอยู่
4. เข้าถึงแหล่งกองทุนพัฒนาชนพื้นเมือง (Fund for the Development of Indigenous People)
5. ดูแลกองทุน
6. พ้องคดีกรณีมีการละเมิดภูมิปัญญา
7. สานต่อภารกิจของสภาคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น (Indigenous Knowledge Protection Council)

การรับจดทะเบียนภูมิปัญญาในประเทศเปรูแบ่งออกได้เป็นสามประเภทคือ

1. ทะเบียนภูมิปัญญาที่เป็นสมบัติสาธารณะซึ่งดูแลโดยหน่วยงานราชการและเป็นฐานข้อมูล ที่เปิดเผยต่อสาธารณชนได้ (National Public Register)
2. ทะเบียนภูมิปัญญาที่ไม่เป็นสมบัติสาธารณะซึ่งดูแลโดยหน่วยงานราชการและเป็นฐานข้อมูลที่ไม่เปิดเผยต่อสาธารณชน (National Confidential Register)

3. ทะเบียนภูมิปัญญาโดยการรับจดทะเบียนของชนพื้นเมืองเอง (Local Register) ซึ่งกฎหมายไม่บังคับ แต่เป็นการรองรับกรณีที่ชนพื้นเมืองต้องการกำหนดกลไกเพื่อบันทึกภูมิปัญญาของตนเอง ซึ่งชนพื้นเมืองสามารถนำฐานข้อมูลนี้ส่งต่อไปยังทางราชการเพื่อใช้ประโยชน์ต่อไปได้ ทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่าภูมิปัญญาที่ไม่ได้จดทะเบียนจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองแต่อย่างใด

สิทธิของภูมิปัญญาเป็นของชนพื้นเมืองที่ครอบครองภูมิปัญญานั้น ๆ ตั้งแต่สองคนขึ้นไป มิใช่ของปัจเจกบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ซึ่งชนพื้นเมืองหมายถึงรวมถึง ชนดั้งเดิมซึ่งถือครองสิทธิมาตั้งแต่ก่อนการก่อตั้งรัฐเปรู ผู้ซึ่งดำรงรักษาวัฒนธรรมพื้นเมืองมาช้านาน ในอาณาเขตของเขาและมีความตระหนักเช่นนั้นมาช้านาน และรวมถึงชุมชนท้องถิ่นในชนบทด้วย

กรณีบุคคลภายนอกนำภูมิปัญญาไปเปิดเผย หรือนำไปใช้โดยไม่ได้รับความยินยอมโดยชอบจากชนพื้นเมืองก่อน หรือกรณีได้รับความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว แต่นำภูมิปัญญานั้นไปเปิดเผยต่อบุคคลอื่นโดยการละเลยหรือผิดสัญญาในหน้าที่ที่จะต้องสงวนรักษาภูมิปัญญาซึ่งถือเป็นการละเมิดภูมิปัญญาท้องถิ่น ชนพื้นเมืองโดยองค์กรผู้แทนชุมชนสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลโดยภาระการพิสูจน์ตกแก่ผู้ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นผู้ละเมิด

นอกจากนี้ ผู้ใช้ภูมิปัญญาที่ยื่นขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ หรือกรรมวิธี มีหน้าที่ต้องยื่นเอกสารสัญญาการอนุญาตให้ใช้ภูมิปัญญาต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ (เว้นแต่ภูมิปัญญานั้นตกเป็นสมบัติสาธารณะ) หากไม่ดำเนินการดังกล่าว กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตร หรือ สั่งให้เพิกถอนสิทธิบัตรนั้น

จะเห็นว่าประเทศเปรูให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยร่างเป็นกฎหมายเฉพาะ (Sui Generis) ขึ้นมาโดยมีสาระสำคัญเกี่ยวกับผู้ทรงสิทธิ การอนุญาตให้ใช้สิทธิ การแบ่งปันผลประโยชน์ และการเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่น มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบริหารจัดการไว้อย่างชัดเจนโดยจัดตั้งองค์กรผู้แทนชุมชนขึ้นมาดูแล บริหารจัดการและบังคับสิทธิในนามของชนพื้นเมือง

3.8.4 ศึกษากรณีกฎหมายสหภาพแอฟริกา¹³³

องค์การสหภาพแอฟริกา (Organization of African Unity: OAU) ซึ่งปัจจุบันคือสหภาพแอฟริกา (African Union) ได้จัดทำ “กฎหมายต้นแบบ” (Model Law) ที่ชื่อว่า “การคุ้มครองสิทธิของชุมชนพื้นเมือง ชาวนา และนักปรับปรุงพันธุ์พืช และข้อบังคับการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ” (The Protection of the Rights of Local Communities, Farmers, and Breeders, and for the Regulation of Access to Biological Resources) ขึ้น เมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1998 การสร้างกฎหมายต้นแบบนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพ (Biological Diversity) และระบบการดำรงชีวิต (Livelihood Systems) ของชาวแอฟริกา

¹³³ กฎหมาย “การคุ้มครองสิทธิของชุมชนพื้นเมือง ชาวนา และนักปรับปรุงพันธุ์พืช และข้อบังคับการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ” (The Protection of the Rights of Local communities, Farmers, and Breeders, and for the Regulation of Access to Biological Resources) ของสหภาพแอฟริกา (African Union)

การที่สหภาพแอฟริกาจัดทำกฎหมายต้นแบบดังกล่าวมีสาเหตุมาจากความจำเป็นสองประการคือ ประการแรก คณะกรรมการวิจัย เทคนิคและวิทยาศาสตร์ (Scientific, Technical and Research Commission: STRC) ซึ่งเป็นคณะกรรมการที่ศึกษาและค้นพบปัญหาของการควบคุมการอนุรักษ์และการใช้ทรัพยากรชีวภาพของแอฟริกา ได้จัดการประชุมเชิงปฏิบัติการขึ้น ในหัวข้อ “พืชและสมุนไพรทางการแพทย์ในแอฟริกา: ประเด็นเชิงนโยบายเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของการเข้าถึงและการอนุรักษ์” (a Workshop on Medicinal Plants and Herbal Medicine in Africa: Policy Issues on Ownership, Access and Conservation) การประชุมดังกล่าวได้จัดขึ้น ณ ประเทศไนโรบี ในปี ค.ศ. 1997 ซึ่งข้อเสนอแนะที่สำคัญประการหนึ่งที่ได้จากการประชุมเชิงปฏิบัติการครั้งนี้คือการกำหนดให้สหภาพแอฟริกาโดย STRC ริเริ่ม และประสานงานให้เกิดกระบวนการร่างกฎหมายต้นแบบสำหรับการคุ้มครองภูมิปัญญาชาวบ้านและพืชสมุนไพรทางการแพทย์

สาเหตุประการที่สองของการจัดทำกฎหมายต้นแบบคือ สหภาพแอฟริกา จำเป็นต้องกำหนดท่าทีร่วมกันเพื่อนำเข้าสู่กระบวนการประชุมจัดทำสนธิสัญญาสองฉบับคือ พิธีสารคาตาเคนาว่า ด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Cartagena Protocol on Bio-safety to the Convention on Biological Diversity: CBD และ สนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและเกษตรกรรม (the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาภายใต้องค์การอาหารและเกษตรกรรมของสหประชาชาติ (Food and Agriculture of United Nation: FAO) นอกจากนี้ระหว่างการเจรจาสนธิสัญญาทั้งฉบับดังกล่าว รัฐบาลแอฟริกา ก็กำลังสร้างท่าทีร่วมกันในการทบทวน ข้อ 27.3 (b) ของ TRIPS Agreement 21F22¹³⁴ ภายใต้องค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าการจัดทำกฎหมายต้นแบบในครั้งนี้ เป็นก้าวสำคัญที่ทำให้แอฟริกา พิจารณาและปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ CBD, FAO และ WTO ไปพร้อมกัน

แม้ว่าวัตถุประสงค์หนึ่งของการจัดทำร่างกฎหมายต้นแบบ คือความพยายามให้ประเทศสมาชิกในสหภาพแอฟริกามีการออกกฎหมายที่สอดคล้องกัน เพื่อรับประกันสิทธิของชุมชนท้องถิ่นในอันที่จะควบคุม และกำกับดูแลการใช้ทรัพยากรชีวภาพ ภูมิปัญญา ทรัพยากรธรรมชาติ และเทคโนโลยีของเขา แต่ AOU/STRC ก็ตระหนักดีว่าประเทศต่าง ๆ ในทวีปแอฟริกา มีความจำเป็นและการจัดลำดับความสำคัญของประเด็นต่าง ๆ ที่แตกต่างกัน จึงอาจนำกฎหมายต้นแบบไปปรับใช้ในลักษณะที่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจ สังคมและการเมืองของแต่ละประเทศได้

กฎหมายต้นแบบนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดกติกาในการกำกับดูแลการเข้าถึง การบริหารจัดการ และการอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพ ภูมิปัญญา รวมทั้งทรัพยากรพันธุกรรมทางการเกษตรและ

¹³⁴ ข้อ 27.3 (b) “ (b) plants and animals other than micro-organisms, and essentially biological processes for the production of plants or animals other than non-biological and microbiological processes. However, Members shall provide for the protection of plant varieties either by patents or by an effective *sui generis* system or by any combination thereof. The provisions of this subparagraph shall be reviewed four years after the date of entry into force of the WTO Agreement.”

เทคโนโลยีของชุมชนท้องถิ่นและของประเทศ และเพื่อการสร้างความตระหนักในสิทธิของชุมชนในอันที่จะสงวนและรักษาไว้ซึ่งมรดกของชาวแอฟริกา ซึ่งจะนำไปสู่การส่งเสริมการดำรงชีวิตที่ยั่งยืนและการพัฒนาระบบสาธารณสุขในแอฟริกา

นอกจากนี้กฎหมายต้นแบบนี้ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างระบบการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพบนพื้นฐานของการได้รับความยินยอมล่วงหน้าโดยประเทศ หรือชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง และเพื่อการวางมาตรการที่เหมาะสมสำหรับการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นธรรมแก่ชุมชนที่เกี่ยวข้องภายใต้กรอบการคุ้มครองของกฎหมายต้นแบบดังกล่าว ได้มีการกำหนดนิยามของคำต่อไปนี้คือ การเข้าถึง (Access) การแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit Sharing) ทรัพยากรชีวภาพ (Biological Resource) ผู้เก็บรวบรวม (Collector) สิทธิทางปัญญาของชุมชน (Community Intellectual Rights) ภูมิปัญญาของชุมชน (Community Knowledge) การดัดแปลง (Derivative) นวัตกรรม (Innovation) ชุมชนพื้นเมือง (Local Community) พนักงานเจ้าหน้าที่ประจำชาติ (National Competent Authority) และการบอกกล่าวความยินยอมล่วงหน้า (Prior Informed Consent)

สิ่งที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายต้นแบบนี้คือ

1. ทรัพยากรชีวภาพ (Biological Resources)
2. ผลจากการดัดแปลงทรัพยากรชีวภาพ (Derivatives of the Biological Resources)
3. ภูมิปัญญาและเทคโนโลยีของชุมชน (Community Knowledge and Technologies)
4. ชุมชนดั้งเดิมและท้องถิ่น (Local and Indigenous Communities)
5. นักปรับปรุงพันธุ์พืช (Plant Breeders)

สิ่งต่อไปนี้ ไม่อยู่ภายใต้กรอบความคุ้มครองของกฎหมายต้นแบบ

1. ระบบดั้งเดิมของการเข้าถึง การใช้และแลกเปลี่ยนทรัพยากรชีวภาพ
2. การเข้าถึง การใช้และแลกเปลี่ยนทรัพยากร ภูมิปัญญาและเทคโนโลยี ระหว่าง ชุมชน

ท้องถิ่นด้วยตนเอง

ประเทศ หรือชุมชนท้องถิ่นจะต้องให้ความยินยอมล่วงหน้า ก่อนการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ และทรัพยากรพันธุกรรม โดยผู้ร้องขอจะต้องทำหนังสือแจ้งไปยังพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ โดยหนังสือนั้นต้องระบุข้อมูลต่อไปนี้

1. ข้อมูลโดยละเอียดของทรัพยากรที่จะขอเข้าใช้ วิธีการใช้ในปัจจุบันและอนาคต ความเสี่ยง รวมทั้งอันตรายที่อาจเกิดขึ้นแก่ความหลากหลายของทรัพยากรนั้น
2. วัตถุประสงค์ในการขอเข้าถึงและใช้ทรัพยากร รวมทั้ง การใช้ในเชิงพาณิชย์
3. ข้อเสนอกลไกในการแบ่งปันผลประโยชน์ การถ่ายทอดเทคโนโลยี และการโอนเงินให้แก่ประเทศ หรือ ชุมชนท้องถิ่นเจ้าของทรัพยากรที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งแผนงานด้านการส่งเสริมและร่วมมือด้านการวิจัยและพัฒนาในทรัพยากรชีวภาพ หรือทรัพยากรพันธุกรรมที่เกี่ยวข้องนั้น
4. ระบุสถานที่ที่จะเข้าถึงทรัพยากรและที่ตั้งของหน่วยวิจัยและพัฒนาทรัพยากรนั้น
5. ประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ทางเทคนิค ทางวิทยาศาสตร์ และสังคม ที่ประเทศเจ้าของทรัพยากรหรือชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องจะได้รับ
6. รายละเอียดขององค์ความรู้ที่จะเกิดขึ้น นวัตกรรม หรือกิจกรรมที่จะเกิดขึ้นจากการใช้ทรัพยากรนั้น

7. รายงานการศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม

8. เอกสารอื่น ๆ ที่เจ้าพนักงานร้องขอ

เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้รับหนังสือแสดงการขออนุญาตเข้าถึงทรัพยากรแล้ว จะต้องนำออกประกาศต่อสาธารณชนเป็นระยะเวลาหนึ่งแล้วแต่ประเทศจะกำหนด รวมทั้งขอความเห็นชอบจากชุมชนท้องถิ่น หากไม่มีผู้คัดค้าน และคำขออนุญาตนั้นมีคุณสมบัติครบถ้วน พนักงานเจ้าหน้าที่อาจอนุญาตให้ผู้ร้องขอเข้าใช้ทรัพยากรชีวภาพ หรือทรัพยากรพันธุกรรม ทั้งนี้ ทั้งสองฝ่ายต้องลงนามในหนังสือสัญญาข้อตกลงในการใช้ทรัพยากร ซึ่งหนังสือสัญญาดังกล่าวต้องระบุปริมาณตัวอย่างทรัพยากรที่จะอนุญาตให้เก็บ และ/หรือส่งออก รับประกันว่าจะรายงานความคืบหน้าของการค้นพบที่เกิดจากการวิจัยและพัฒนา หากการค้นพบนั้นสามารถนำไปสู่การสร้างผลิตภัณฑ์เชิงพาณิชย์ได้ ข้อตกลงว่าจะไม่ถ่ายโอนทรัพยากรนั้นแก่บุคคลที่สามโดยปราศจากความยินยอมของพนักงานเจ้าหน้าที่, และ ข้อกำหนดการจ่ายเงินค่าธรรมเนียมการใช้ทรัพยากร รวมทั้งส่วนแบ่งรายได้จากการทำประโยชน์เชิงพาณิชย์ แก่รัฐบาล ชุมชนท้องถิ่น หรือหน่วยงานผู้รักษาผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้อง

ทั้งนี้พนักงานเจ้าหน้าที่มีสิทธิสั่งการให้สัญญาดังกล่าวสิ้นสุดลงหากคู่สัญญาละเมิดเงื่อนไขของสัญญาข้อใดข้อหนึ่ง หรือมีกิจกรรมที่เป็นภัยต่อประโยชน์สาธารณะ นอกจากนี้ทรัพยากรชีวภาพ ปัญญาที่พัฒนาขึ้นจากการใช้ทรัพยากรชีวภาพ หรือทรัพยากรพันธุกรรมจะตกเป็นโมฆะ หากการใช้ทรัพยากรนั้นเป็นไปในทางการละเมิดเงื่อนไขของสัญญาเข้าใช้ทรัพยากร รวมทั้งสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิต่าง ๆ

นอกจากนี้ กฎหมายต้นแบบยังกำหนดว่า รัฐสมาชิกจะต้องกำหนดสัดส่วนการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับการจากการใช้ทรัพยากร ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ให้แก่ชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง และต้องรับประกันสิทธิของชุมชนท้องถิ่นในการที่จะปฏิเสธมิให้ผู้ใดเข้ามาเก็บตัวอย่างทรัพยากรชีวภาพ หรือทรัพยากรพันธุกรรม รวมทั้งภูมิปัญญาดั้งเดิม ที่ชุมชนเป็นผู้ดูแลอยู่ได้ หากเป็นการกระทบกระเทือนความสมบูรณ์ของมรดกทางธรรมชาติและวัฒนธรรมของชุมชน

กฎหมายต้นแบบยังกำหนดให้ประเทศสมาชิก จัดทำระบบข้อมูลของชาติ (National Information System) ด้านทรัพยากรชีวภาพและทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งต้องครอบคลุมข้อมูลเกี่ยวกับการอนุรักษ์ การบริหารจัดการ การวิจัยและพัฒนาทรัพยากรชีวภาพและทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศ รวมทั้งจัดทำมาตรการในการรวบรวม และนำกลับมาซึ่งภูมิปัญญาดั้งเดิม เทคโนโลยี และความหลากหลายทางชีวภาพของประเทศ อย่างไรก็ตาม การจดทะเบียนไม่ได้เป็นเงื่อนไขของการได้รับความคุ้มครองแต่อย่างใด และความคุ้มครองนั้นไม่สามารถถ่ายโอนกันได้

ชุมชนท้องถิ่น (Local Communities) จะเป็นผู้มีอำนาจแต่ผู้เดียวโดยสมบูรณ์ภายใต้กฎหมายในการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ (Custodians) ของภูมิปัญญาดั้งเดิมนวัตกรรมและแนวปฏิบัติของท้องถิ่น โดยภูมิปัญญาดั้งเดิม และนวัตกรรมเหล่านั้น ไม่สามารถถ่ายโอนไปยังผู้ใดได้หากชุมชนท้องถิ่นมิได้ให้ความยินยอมล่วงหน้ากฎหมายต้นแบบยังกำหนดให้ประเทศสมาชิกจัดตั้งองค์กรที่มีอำนาจในการผลักดันการปฏิบัติตามข้อผูกพันภายใต้กฎหมายต้นแบบ ซึ่งผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมายอาจได้รับโทษต่าง ๆ ได้แก่ หนังสือแจ้งเตือน ปรับ เพิกถอนการอนุญาต ยึดตัวอย่างทรัพยากรที่เก็บรวบรวมแล้ว รวมทั้งห้าม การเข้าถึงทรัพยากรอย่างถาวร เป็นต้น

3.8.5 บทสรุป

สรุปภาพโดยรวมของการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นตามกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวข้างต้น การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรชีวภาพในต่างประเทศ มีความหลากหลายในแง่มุมต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

1. การคุ้มครองมีทั้งภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาและระบบจำเพาะ (Sui Generis) เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยระบบคุ้มครองเครื่องหมายการค้า และระบบสิทธิบัตร ส่วนประเทศกำลังพัฒนา เช่น เปรู พัฒนากฎหมายจำเพาะเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรชีวภาพของตน

2. การได้มาซึ่งสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรชีวภาพโดยส่วนใหญ่ได้รับสิทธิโดยอัตโนมัติ (กล่าวคือ การจดทะเบียนไม่ได้เป็นเงื่อนไขในการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย) แต่ในบางประเทศมีการจัดทำระบบฐานข้อมูล (การขึ้นทะเบียน) ภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิในการอนุญาตให้เข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ (Access and Benefit Sharing) ซึ่งสะท้อนหลักการสำคัญในอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ

3. ผู้ทรงสิทธิในทรัพยากรชีวภาพ โดยส่วนใหญ่เป็นสิทธิของประเทศ แต่อย่างไรก็ตามในบางประเทศชุมชนก็อาจมีส่วนในการอนุมัติการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ ส่วนภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นส่วนใหญ่ให้เป็นสิทธิของชุมชน

4. อายุการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้กฎหมายจำเพาะนั้นโดยส่วนใหญ่ไม่มีข้อจำกัดในเรื่องอายุการคุ้มครอง

5. กฎหมายโดยส่วนใหญ่กำหนดให้การเข้าถึง แลกเปลี่ยนทรัพยากรชีวภาพ หรือภูมิปัญญาระหว่างชุมชนภายในประเทศ และการใช้ในการดำเนินชีวิต สืบทอดตามประเพณี เป็นข้อยกเว้นซึ่งสิทธิ

6. บทลงโทษจากการละเมิดในกฎหมายคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นในประเทศที่ได้ทำการศึกษามักเป็นบทลงโทษทางอาญาเป็นหลัก โดยเฉพาะการกระทำที่ไม่ได้รับอนุญาตในการเข้าถึง

7. กฎหมายทุกประเทศได้ให้ความสำคัญต่อองค์กรอย่างมากในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น นอกจากนี้องค์กรในบางประเทศได้มีทำงานเชิงรุกที่คุ้มครองภูมิปัญญาอย่างเป็นรูปธรรม เช่น คณะกรรมการศิลปหัตถกรรมอินเดีย ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกเครื่องหมายรับรองสำหรับผลิตภัณฑ์อินเดีย

8. ในบางประเทศได้มีความเชื่อมโยงการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นกับระบบสิทธิบัตรไว้ เช่น ประเทศเปรูได้กำหนดว่าผู้ใช้ภูมิปัญญาที่ยื่นขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์มีหน้าที่ต้องยื่นเอกสารสัญญาการใช้ประโยชน์ภูมิปัญญาต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หากไม่ดำเนินการดังกล่าวเจ้าหน้าที่มีสิทธิปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตรหรือเพิกถอนสิทธิบัตรดังกล่าวได้

9. พัฒนาการกฎหมาย (จำเพาะ) คุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นในประเทศต่าง ๆ นั้น ถือได้ว่ายังอยู่ในระยะเริ่มต้น กฎหมายส่วนใหญ่ตราออกมาได้น้อยกว่าทศวรรษ การศึกษาผลกระทบ หรือ ความสำเร็จในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวจึงยังไม่มีมากนัก ดังนั้น จึงยังถกเถียงกันว่าการคุ้มครองในลักษณะนี้เหมาะสมหรือไม่

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาสิทธิและการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย

จากที่ได้ศึกษาแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นและการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยในบทที่ผ่านมา และสำหรับในบทนี้จะนำแนวคิดทฤษฎีและกฎหมายที่ศึกษามาทั้งหมดมาวิเคราะห์โดยพิจารณาถึงประเด็นลักษณะปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นอยู่ในปัจจุบัน อันประกอบด้วย ปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิและการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย และการวิเคราะห์ปัญหาการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยอย่างเป็นธรรมทั้งในส่วน การแบ่งปันผลประโยชน์เชิงเศรษฐกิจและการแบ่งปันผลประโยชน์เชิงสังคม วิเคราะห์ปัญหารูปแบบการบริหารจัดการ การกำกับ ดูแลและควบคุมการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น

4.1 วิเคราะห์ปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิในการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย

4.1.1 วิเคราะห์ปัญหาการเป็นผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นมีความสำคัญและคุณค่าต่อวิถีชีวิตของผู้คนทั้งในระดับชุมชนจนถึงระดับชาติ ทั้งยังเอื้อประโยชน์อย่างใหญ่หลวงต่อการวางแผนพัฒนาประเทศ ด้วยเหตุอันเนื่องมาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นองค์ความรู้ที่เกิดจากการพัฒนาจากสติปัญญาของกลุ่มชนที่มีการเชื่อมโยงกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องอาชีพ เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมตลอดจนความเป็นอยู่ของชุมชนต่าง ๆ ด้วยความสำคัญที่กล่าวมาข้างต้นจึงทำให้มีความพยายามที่จะค้นหารูปแบบที่จะคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยด้วยระบบทรัพย์สินทางปัญญามาใช้ เพราะระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเป็นที่ยอมรับในสากลว่าเป็นกฎหมายที่คุ้มครองผลงานสร้างสรรค์ทางปัญญาของมนุษย์ อย่างไรก็ดี ระบบของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมุ่งให้ความสำคัญและการคุ้มครองสิทธิแก่ผู้ทรงสิทธิที่เป็นปัจเจกชน เพื่อเป็นผู้รับผลประโยชน์ตอบแทนในทางเศรษฐกิจ ในทางกลับกัน การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดแบบปัจเจกชนนิยม เนื่องจากภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นสิ่งที่ถ่ายทอดกันมาในชุมชนในหลายชั่วอายุคน การกำหนดหรือระบุตัวผู้สร้างสรรค์หรือผู้ประดิษฐ์จึงเป็นสิ่งที่แทบจะเป็นไปไม่ได้ในทางปฏิบัติ แม้ในบางกรณีภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจถูกกล่าวหาว่า การสร้างสรรค์หรือประดิษฐ์คิดค้นมาจากบุคคลคนใดคนหนึ่ง หรือกลุ่มบุคคล ในชุมชนก็ตาม แต่การดูแลและเก็บรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นเป็นไปในลักษณะธรรมเนียมปฏิบัติที่ยึดถือเป็นสมบัติร่วมกันที่ชุมชน หรือกลุ่มบุคคลที่เป็นตัวแทนนั้นที่จะต้องอนุรักษ์ พัฒนาและส่งต่อไปยังคนรุ่นต่อไปเสมือนกับเป็นผู้พิทักษ์ (Steward) ในสิทธิแห่งชุมชน โดยมิได้หวงกันไว้ในลักษณะของทรัพย์สินส่วนตัวเช่นปัจเจกชน แต่อย่างไรก็ตามผู้ศึกษายังมีความเห็นว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นผู้ทรงสิทธิที่เป็นเจ้าของนั้นเป็นไปได้ที่ 2 ลักษณะ คือ ในลักษณะที่บุคคลคนเดียวเป็นเจ้าของที่เป็นปัจเจกชน กับชุมชนท้องถิ่นเป็นเจ้าของในลักษณะของสิทธิชุมชน

ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า ผู้ทรงสิทธิ หรือเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจแบ่งออก ได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. ผู้ทรงสิทธิ หรือเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นในลักษณะปัจเจกชนไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลซึ่งต้องเป็นผู้ที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผลงานภูมิปัญญาท้องถิ่นเองโดยใช้สติปัญญา ความรู้ ความสามารถ ความวิริยะอุตสาหะสร้างงานขึ้นมาทำให้ที่เกิดขึ้นจากภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกิดขึ้นจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผลงานภูมิปัญญาท้องถิ่นดังกล่าวมาเป็นของบุคคล หรือนิติบุคคลที่เป็นปัจเจกชนนั้นได้ เช่น เป็นผู้ที่สร้างสรรค์ลวดลายในการทอผ้าจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของตัวเอง หรือการคิดค้นวิธีการปอกมะพร้าวให้เร็วและไม่ให้เกิดความเสียหายผลและน้ำมะพร้าว เป็นต้น

2. ผู้ทรงสิทธิ หรือเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นในลักษณะของชุมชน ซึ่งอาจจะในระดับท้องถิ่นหรือระดับชาติก็ได้ขึ้นอยู่กับว่าภูมิปัญญานั้นแพร่หลายไปถึงระดับใด โดยในขั้นแรกอาจเป็นภูมิปัญญาที่เกิดขึ้นจากท้องถิ่น มีการจัดการ ใช้สอย อนุรักษ์ไว้เฉพาะในท้องถิ่น ต่อมามีการเคลื่อนย้ายของคนที่อยู่ในชุมชนไปยังที่ต่าง ๆ จึงนำเอาว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ตนเคยใช้ร่วมกันกับชุมชนนั้นไปใช้แพร่หลายในชุมชนหรือท้องถิ่นอื่น ๆ จนเกิดการแพร่หลายไปอย่างกว้างขวางไม่เฉพาะในชุมชนนั้น ๆ แต่กลับกลายเป็นระดับชาติหรือระดับประเทศ เช่น พิธีการชงชาของญี่ปุ่น การวางแผนโบราณของไทย เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า การเป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่น นั้นสามารถที่เป็นได้ทั้งระดับปัจเจกชน และระดับชุมชน ซึ่งสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ได้มานั้น ผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ทรงสิทธิ จะเป็นเจ้าของสิทธิเด็ดขาดหรือสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) กล่าวคือ เป็นสิทธิที่จะต้องป้องกันมิให้ผู้อื่นล่วงละเมิดใช้ประโยชน์ในสิทธิแห่งภูมิปัญญาท้องถิ่นของตน และมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้อื่นรับผิดชอบในการล่วงละเมิดในสิทธิที่ตนดูแลอยู่ด้วย หากมีผู้อื่นเข้ามาใช้หรือแสวงหาประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิดังกล่าวถือเป็นการละเมิดในสิทธิของเจ้าของสิทธิ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตหรือความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิและควรที่จะต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือเจตนาที่ได้ตกลงไว้ระหว่างผู้ทรงสิทธิกับผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งอาจทำเป็นเป็นสัญญาโดยมีวัตถุประสงค์ของข้อตกลงที่กำหนดเงื่อนไขที่ไม่เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือเป็นการอันพันวิสัย หรือ เป็นข้อตกลงเงื่อนไขอันเป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 นอกจากนี้การอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นยังสามารถนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายที่มีบทบัญญัติที่ใกล้เคียง

4.1.2 การอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น

จากการที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นมีองค์ความรู้หรือผลิตภัณฑ์ที่แตกต่างไปจากสินค้าหนึ่งตำบลหนึ่งผลิตภัณฑ์ (สินค้าโอท็อป) ซึ่งเกิดจาก ชุมชน ตำบล อำเภอ จังหวัด หรือกลุ่มสหกรณ์ที่ผลิตสินค้านั้นรับรองคุ้มครองสินค้านั้น โดยอาจจะขึ้นทะเบียน หรือจดสิทธิบัตรของตนแสดงให้เห็นว่าชุมชนหรือกลุ่มของตนเป็นผู้ทรงสิทธิในผลิตภัณฑ์สินค้าโอท็อปดังกล่าวจึงเป็นผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้ หรือบางพื้นที่ บางจังหวัดได้นำสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ของชุมชนที่เป็นผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการในพื้นที่ทางภูมิศาสตร์นั้น ๆ ซึ่งมีสิทธิที่จะผลิตสินค้านี้ดังกล่าวโดยใช้ชื่อทางภูมิศาสตร์นั้นได้ ทำให้ผู้ประกอบการหรือผู้ผลิตที่อยู่นอกพื้นที่นั้นไม่สามารถผลิตหรือใช้ชื่อทางภูมิศาสตร์นั้น เช่น

มะขามหวานเพชรบูรณ์ หรือ อาจจะใช้เป็นสัญลักษณ์ ประจำจังหวัดเช่น รูปย่าโม เนื่องจากเห็นว่าสภาพทางภูมิศาสตร์ วัตถุประสงค์เฉพาะพื้นที่ ทำให้ได้ผลิตภัณฑ์ที่มีคุณลักษณะพิเศษเฉพาะที่มาจากแหล่งภูมิศาสตร์นั้น ๆ ซึ่งรัฐฯได้ให้ความคุ้มครองคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามพระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ดังนั้น ผู้ทรงสิทธิจึงเป็นชุมชนนั้น ๆ ซึ่งเป็นสิทธิชุมชน ส่งผลให้เป็นผู้ที่อนุญาตให้ใช้สิทธิด้วย ซึ่งแตกต่างไปจากภูมิปัญญาท้องถิ่นที่อาจเป็นภูมิปัญญาที่เกิดขึ้นจากปัจเจกชน หรือ อาจจะเป็นชุมชน ซึ่งอาจมีได้มีชุมชนเดียว แต่อาจเป็นหลาย ๆ ชุมชนที่กระจายอยู่ในแต่ละท้องถิ่น เช่นการทำลูกประคบสมุนไพร อาจจะมีหลายชุมชนทำขึ้นมาจากภูมิปัญญาของชุมชนนั้น ๆ ในรูปแบบเดียวกันก็ได้ ดังนั้น ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น อาจมีได้ทั้งในรูปแบบชุมชน และปัจเจกชน โดยผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นทั้ง 2 ประเภทดังกล่าวสามารถที่จะอนุญาตให้บุคคลอื่นที่เข้ามาขอใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นในสิทธิของตนได้อีกด้วย

ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงได้แบ่งลักษณะผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น ออกเป็น 2 ประเภท คือ ผู้ทรงสิทธิที่เป็นลักษณะของปัจเจกชน และผู้ทรงสิทธิที่เป็นลักษณะของชุมชน ซึ่งผู้ทรงสิทธิหรือเจ้าของสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นดังกล่าว มีสิทธิที่จะอนุญาตให้บุคคลอื่นได้เข้ามาใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นได้โดยการอนุญาตให้ใช้สิทธินั้น อาจทำอนุญาตให้ใช้สิทธิผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นกับผู้ขออนุญาตใช้สิทธิซึ่งอาจเป็นแบบฟอร์มจากหน่วยงานที่เข้ามากำกับดูแล เช่น กรมทรัพย์สินทางปัญญา หรือเป็นการทำสัญญาในทางแพ่งระหว่าง เอกชนกับเอกชน อันประกอบด้วย ผู้อนุญาตคือผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นกับผู้ขออนุญาตใช้สิทธิก็ได้ ซึ่งรูปแบบในการอนุญาตให้ใช้สิทธินั้น อาจแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบตามลักษณะของผู้ทรงสิทธิ กล่าวคือ

4.1.2.1 การอนุญาตให้ใช้สิทธิในลักษณะที่ผู้ทรงสิทธิเป็นปัจเจกบุคคลคือการที่เจ้าของสิทธิที่เป็นบุคคลอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing) โดยอนุญาตให้ผู้ขอใช้สิทธิได้สิทธิใด ๆ เช่น การผลิต ใช้ ขาย มีไว้เพื่อ เสนอขาย หรือนำเข้ามาในราชอาณาจักร จากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งเป็นเจ้าของสิทธินั้น โดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงการเป็นเจ้าของ ซึ่งการอนุญาตให้ใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิที่เป็นลักษณะปัจเจกบุคคลอาจอนุญาต ให้ผู้ขออนุญาตใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น ใช้สิทธิได้ใน 3 ลักษณะ คือ

- 1) การอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว Exclusive (Licensing)
- 2) การอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยไม่จำกัดแต่เพียงผู้เดียว (Non-Exclusive Licensing)
- 3) การอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวแต่ไม่จำกัดเจ้าของสิทธิ (Sole Licensing)

โดยการอนุญาตให้ใช้สิทธินั้น อาจทำเป็นลักษณะสัญญาระหว่างผู้ทรงสิทธิกับผู้ขออนุญาตใช้สิทธิ ซึ่งอาจเป็นแบบฟอร์มจากหน่วยงานที่เข้ามากำกับดูแล เช่นกรมทรัพย์สินทางปัญญา หรือเป็นการทำสัญญาในทางแพ่งระหว่าง เอกชนกับเอกชน คือผู้อนุญาตกับผู้รับอนุญาตก็ได้

4.1.2.2 การอนุญาตให้ใช้สิทธิในลักษณะที่ผู้ทรงสิทธิเป็นชุมชน โดยชุมชนที่เป็นผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นอนุญาตให้ผู้ขออนุญาตใช้สิทธิ มีสิทธิในการผลิต ใช้ ขาย มีไว้เพื่อ เสนอขาย หรือนำเข้ามาในราชอาณาจักร ซึ่งภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ได้รับอนุญาตจากชุมชนท้องถิ่นนั้น ๆ โดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงการเป็นเจ้าของ การอนุญาตให้ใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิอาจอนุญาต ให้ผู้ขออนุญาตใช้สิทธิ ใช้สิทธิได้ใน 3 ลักษณะ คือ

- 1) การอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว Exclusive (Licensing)
- 2) การอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยไม่จำกัดแต่เพียงผู้เดียว (Non-Exclusive Licensing)
- 3) การอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวแต่ไม่จำกัดเจ้าของสิทธิ (Sole Licensing)

และเนื่องจากชุมชน เป็นชุมชนท้องถิ่นการแสดงเจตนาในการอนุญาตให้ใช้สิทธิอาจต้องกระทำผ่านตัวแทนหรือผู้นำชุมชน ซึ่งอาจมาจากการที่ผู้มีความน่าเชื่อถือ ผู้นำอาวุโสผู้นำในชุมชนนั้นหรือมาจากการตั้งก็ได้ ซึ่งรูปแบบการให้อนุญาตจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

4.2 วิเคราะห์ปัญหามาตรการในการบริหารและจัดการในการใช้ในภูมิปัญญาท้องถิ่นตามร่างพระราชบัญญัติการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

ภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศไทยส่วนใหญ่จะไม่ได้ถูกหวงกันไว้ในลักษณะของทรัพย์สิน (Property) ทำให้การเข้าถึงในภูมิปัญญาท้องถิ่น (Accessibility) เพื่อการนำไปใช้ประโยชน์ในรูปแบบต่าง ๆ ของบุคคลโดยทั่วไปเป็นไปอย่างสะดวก สภาพการณ์การเข้าถึงภูมิปัญญา เช่นนี้เป็นช่องทางให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นของ ประเทศไทยถูกนำไปใช้ได้โดยผู้ทรงสิทธิ หรือเจ้าของภูมิปัญญานั้น ๆ ไม่ได้รับผลประโยชน์ใด ๆ เป็นการตอบแทนและมีบางส่วนรั่วไหลไปสู่ต่างประเทศ ลักษณะเช่นนี้เกิดขึ้นอย่างหลากหลายรวมถึงการถูกเอารัดเอาเปรียบจากกลุ่มนายทุนต่าง ๆ ที่นำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้แสวงหาผลประโยชน์ในรูปแบบต่าง ๆ ปัญหาในลักษณะเช่นนี้เกิดขึ้นอย่างหลากหลายในประเทศกำลังพัฒนา จนมีการเรียกร้องให้ประชาคมระหว่างประเทศสนใจแก้ปัญหาการถูกเอารัดเอาเปรียบจากประเทศอุตสาหกรรม จนเป็นที่มาของหลักการควบคุมการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ (Access and Benefit-Sharing: ABS) ในอนุสัญญาและข้อตกลงระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศอันเกี่ยวกับสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นที่กล่าวถึง ผู้ใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่น ควรที่จะให้ผลประโยชน์ตอบแทนตามความเหมาะสม

ดังนั้น การกำหนดแนวทางและมาตรการในการบริหารและจัดการในภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นควรที่จะได้รับการพัฒนาขึ้นมาเพื่อให้ได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกับเทคโนโลยีสมัยใหม่ที่อยู่ภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาปัจจุบัน ทั้งรูปแบบการเข้าถึงซึ่งจะต้องมีข้อกำหนดระหว่างผู้ทรงสิทธิและผู้ขอเข้าถึงในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ๆ และผลประโยชน์ตอบแทนจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งประกอบด้วย การจัดการสิทธิเพื่อการแบ่งปันผลประโยชน์ และรูปแบบการบริหารและจัดการสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น

4.2.1 การจัดการสิทธิเพื่อการแบ่งปันผลประโยชน์

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งในกลุ่มของทรัพย์สินทางปัญญาที่สามารถนำมาใช้เพื่อการแสวงหาประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจได้เช่นเดียวกับทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจและควรค่าแก่การอนุรักษ์และส่งเสริมให้มีการนำไปใช้ให้เกิดประโยชน์สูงสุดในเชิงพาณิชย์ ตลอดจนส่งเสริมให้มีการ

วิจัยและพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่นให้สามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้อย่างจริงจังและยั่งยืน โดยการใช้ประโยชน์จากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ให้เกิดเป็นทุนขึ้น จากแนวความคิดต่าง ๆ จากสถาบันระหว่างประเทศ ความตกลงหรือความร่วมมือระหว่างประเทศที่ได้พยายามกำหนดให้ประเทศโลกต่าง ๆ โดยเฉพาะประเทศที่กำลังพัฒนาซึ่งส่วนใหญ่เป็นแหล่งของภูมิปัญญาท้องถิ่นที่จะต้องเปิดให้มีการเข้าถึงในภูมิปัญญาท้องถิ่นได้อย่างเสรี และต้องให้การยอมรับโดยปริยายกับระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ให้เอกสิทธิ์คุ้มครองในองค์ความรู้ที่มีผู้ที่จะนำไปพัฒนาจากภูมิปัญญาท้องถิ่น รวมถึงหลักการเรื่องการบริหาร การจัดการและการแบ่งปันผลประโยชน์ซึ่งกำหนดไว้ในความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่น และการอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพ ตลอดจนมาตรการควบคุมการเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศต่าง ๆ อันประกอบด้วยระเบียบและกฎหมายต่าง ๆ เพื่อควบคุมการเข้าถึงในภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยที่ผู้เข้าถึงจะต้องได้รับอนุญาตก่อนจากผู้ทรงสิทธิ ซึ่งผู้ที่สนใจจะเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นก็ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ประกอบด้วย การขออนุญาต การแจ้งวัตถุประสงค์ การได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากเจ้าของหรือผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาชุมชนท้องถิ่น ซึ่งข้อสัญญาในการอนุญาตใช้สิทธิภูมิปัญญาท้องถิ่นดังกล่าวนี้จะเป็นทางเลือกที่เป็นธรรมกับทุกฝ่าย จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการบริหารจัดการลักษณะของภูมิปัญญาท้องถิ่นให้สามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล โดยกำหนดรูปแบบการอนุญาตใช้สิทธิภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น อาจแยกเป็น 2 ประเภทตามวัตถุประสงค์ของการนำไปใช้ประโยชน์ ดังนี้

4.2.1.1 การอนุญาตใช้สิทธิปัญญาท้องถิ่นโดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า (Licensing Agreement in Thai Traditional Knowledge for Non-Commercial Purposes) การเข้าถึงภูมิปัญญาโดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า ส่วนใหญ่เป็นการใช้ในการศึกษาวิจัย เช่น การสำรวจภูมิปัญญาเพื่อจัดทำทะเบียน การศึกษาวิจัยภูมิปัญญา การอนุญาตให้ใช้สิทธิในลักษณะนี้ยังแยกเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยมิได้นำภูมิปัญญานั้นออกมา เช่น การสำรวจเพื่อจัดทำทะเบียน และการอนุญาตให้นำภูมิปัญญานั้นออกมา เช่น การศึกษาเพื่อพัฒนาภูมิปัญญา หรือการนำภูมิปัญญามาต่อยอด เป็นต้น นอกจากนี้การใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นตามจารีตประเพณีปกติ แม้จะมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องก็ยังคงถือเป็นการใช้โดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า เช่น การแลกเปลี่ยนเมล็ดพันธุ์ โดยมีการถ่ายทอดภูมิปัญญาที่เกี่ยวกับการเก็บ การเพาะปลูก การดูแลรักษาพืชนั้น เป็นต้น

4.2.1.2 การอนุญาตใช้สิทธิปัญญาท้องถิ่นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าหรือเชิงพาณิชย์ (Licensing Agreement in Thai Traditional Knowledge for Commercial Purposes) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้านั้น อาจแยกเป็น 2 รูปแบบ ดังนี้

- 1) การอนุญาตใช้สิทธิปัญญาท้องถิ่นต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องโดยตรง เช่น การนำภูมิปัญญาเกี่ยวกับชนิดของพืช วิธีการปลูก การเก็บ รักษา หรือการวิธีการใช้พืชสมุนไพรที่ชาวบ้านหรือหมอพื้นบ้านเก็บรักษาไว้ หรือที่บันทึกไว้ในสมุดข่อย หรือบันทึกในรูปแบบต่าง ๆ ไปใช้ประโยชน์
- 2) การอนุญาตใช้สิทธิภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องโดยอ้อม เช่น การอนุญาตใช้สิทธิปัญญาท้องถิ่นโดยตรง ที่ชาวบ้านหรือชุมชนอนุรักษ์ไว้ ซึ่งการเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือการใช้ทรัพยากรชีวภาพดังกล่าวจะต้องใช้ร่วมกับภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้อง เช่น องค์ความรู้ว่าพืชชนิดใดที่เป็นยา สมุนไพร หรือออกฤทธิ์ทางยา หรือส่วนใดของพืชที่นำไปใช้ประโยชน์ หรือวิธีการใช้ประโยชน์ เป็นต้น

ขณะที่การบริหารจัดการภูมิปัญญาท้องถิ่นของต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา เปรูและอินเดียมีลักษณะคล้ายคลึงกัน คือ มีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมาย Biological Diversity Act 2002 แบ่งออกเป็น 3 ระดับ ระดับชาติ คือ สำนักงานความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติ (The National Biodiversity Authority: NBA) ระดับรัฐ คือ คณะกรรมการความหลากหลายทางชีวภาพแห่งรัฐ (State Biodiversity Board: SBBs) และ ระดับท้องถิ่น คือ คณะกรรมการบริหารจัดการความหลากหลายทางชีวภาพ (Biodiversity Management Committees: BMCs) ซึ่งเท่ากับเปิดโอกาสให้ชุมชนท้องถิ่นมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการทรัพยากรชีวภาพ โดยในแต่ละท้องถิ่นต้องจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อควบคุมการใช้ทรัพยากรชีวภาพที่ยั่งยืน เช่น BMCs ทำหน้าที่จัดเตรียมการขึ้นทะเบียนความหลากหลายทางชีวภาพจากคนในชุมชน (People's Biodiversity Register) เพื่อเป็นแหล่งรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพทางด้านความหลากหลายทางพันธุพืช และภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับการใช้ทรัพยากรชีวภาพที่มีอยู่บริเวณพื้นที่ที่อยู่ในเขตอำนาจของคณะกรรมการบริหารจัดการความหลากหลายทางชีวภาพแห่งรัฐ (SBBs) รวมทั้งการบริหารจัดการเรื่องการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์อันเกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพ และภูมิปัญญาท้องถิ่นและการใช้องค์ความรู้ที่เกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพ เช่น การจัดเก็บค่าธรรมเนียมจากบุคคลจะเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์ภายในพื้นที่ของตนได้ ส่วนประเทศไทยใช้ระบบการขออนุญาตจากส่วนกลางคือภาครัฐ กล่าวคือ เมื่อได้แจ้งรายละเอียดโครงการแล้วกระจายไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น ในกรณีของภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพและพืชพันธุ์ ก็จะเป็น กรมป่าไม้ กรมอุทยานแห่งชาติโดยวางหลักเกณฑ์การปฏิบัติเดียวกันตามระเบียบคณะกรรมการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติ ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากทรัพยากรชีวภาพ พ.ศ. 2554 ซึ่งจากการที่ประเทศไทยมีหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบเกี่ยวข้องหลายหน่วยงานเพื่อพิจารณาอนุญาตใช้สิทธิปัญญาท้องถิ่น แต่สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจริงคือ ผลจากการทำข้อตกลงการเข้าใช้ประโยชน์ในการอนุญาตใช้สิทธิปัญญาท้องถิ่นกลับเป็นภาระของชุมชนท้องถิ่นเองในการตรวจสอบดูแลโดยไม่มีมาตรการอื่นใดจะสามารถบังคับผู้ใช้ประโยชน์ที่ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง นอกจากนั้นแล้วการเรียกร้องความเสียหาย การฟ้องร้องการอนุญาตในกรณีเกิดความเสียหายจากการกระทำของผู้ใช้ประโยชน์ที่ไม่เป็นไปตามข้อตกลงหรือนอกเหนือจากข้อตกลงต่างจากการบริหารจัดการเรื่องการอนุญาตใช้สิทธิภูมิปัญญาท้องถิ่น ของต่างประเทศ โดยเฉพาะ ประเทศอินเดีย มีหลักเกณฑ์การเข้าถึงและใช้ประโยชน์ที่เรียกว่า The Biological Diversity Rules 2004 ซึ่งกำหนดวิธีปฏิบัติ ขั้นตอน การฟ้องร้องการอนุญาต และข้อจำกัดการเข้าทรัพยากรชีวภาพ และภูมิปัญญาท้องถิ่น NBA เป็นองค์กรที่สามารถดำเนินการส่งคำสั่งการฟ้องร้องการเข้าถึงและใช้ประโยชน์ กรณีเกิดความเสียหายขึ้นจากการเข้าถึงหรือใช้ประโยชน์ โดย NBA อาจมีคำสั่งให้ประเมินความเสียหาย สาเหตุความเสียหาย และให้มีการชดเชยค่าเสียหาย ซึ่ง NBA จะกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งปันผลประโยชน์โดยการประกาศในราชกิจจานุเบกษาอย่างเป็นทางการ (Official Gazette) เพื่อการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเหมาะสมและเป็นธรรม เช่น การยินยอมให้ NBA เป็นเจ้าของสิทธิร่วมในทางทรัพย์สินทางปัญญา ข้อตกลงในการถ่ายทอดเทคโนโลยี การแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่สถานที่แห่งการผลิต สถานที่ทำการวิจัยและพัฒนา

เพื่อมาตรฐานคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้นแก่ผู้เป็นเจ้าของทรัพยากรหรือองค์ความรู้เกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพ กลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องในการวิจัยและพัฒนา การสำรวจและการใช้ประโยชน์ทรัพยากรชีวภาพ เช่น นักวิทยาศาสตร์ชาวอินเดีย เจ้าของทรัพยากร หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นระบบการบริหารจัดการด้านการเข้าถึงทรัพยากรและการแบ่งปันผลประโยชน์ของประเทศอินเดียดังกล่าวจะเห็นได้ว่าภาครัฐเป็นผู้มีบทบาทในการกำหนดหลักเกณฑ์ในข้อตกลงการแบ่งปันผลประโยชน์ แต่ในขณะเดียวกันภาครัฐก็มีการกระจายอำนาจในการทำข้อตกลงไปยังภาคส่วนต่าง ๆ เพื่อให้เกิดการมีส่วนร่วมในการควบคุมดูแลการเข้าถึง การใช้ประโยชน์ ตลอดจนการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นธรรมโดยส่งเสริมให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการดังกล่าว จึงทำให้การแบ่งปันผลประโยชน์ให้ทั่วถึงไปยังเจ้าของ หรือผู้ทรงสิทธิ ในภูมิปัญญา

จะเห็นได้ว่า ต่างประเทศมีลักษณะการปฏิบัติงานหรือหน่วยงานที่เน้นทางด้านทรัพยากรชีวภาพเป็นส่วนใหญ่ ด้วยเหตุผลที่ว่า ประเทศที่กำลังพัฒนามักจะถูกโจรสลัดทางชีวภาพ รุกรานอยู่บ่อยครั้ง ภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจจะไม่ได้เป็นปัญหาชัดเจนที่เป็นรูปธรรม แต่ทว่าปัจจุบันเทคโนโลยีก้าวไกลไปมากในขณะที่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญายังก้าวตามไม่ทันเพราะกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอาศัยหลักดินแดนเป็นสำคัญ แต่เนื่องจากการบริหารจัดการเป็นสิ่งที่จะต้องคำนึงถึงเพราะในความคิดอันเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศตะวันตกเป็นไปในลักษณะเป็นสมบัติสาธารณะ (Public Domain) ไม่มีความเป็นเจ้าของ บุคคลใดก็สามารถนำไปใช้ได้โดยอิสระ ในต่างประเทศจึงได้ระบุให้ชุมชนเป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่น ในขณะที่ผู้ศึกษาเห็นว่า ไม่เพียงแต่ชุมชนเท่านั้นที่จะเป็นเจ้าของ หากแต่บุคคลธรรมดาที่เป็นปัจเจกชนก็สามารถที่จะเป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ด้วย เพราะภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ๆ อาจเกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของบุคคลคนเดียวหรือกลุ่มบุคคลในลักษณะปัจเจกชนก็ได้ ดังนั้นการบริหารจัดการจึงเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึง เพราะจะนำมาซึ่งการแบ่งปันผลประโยชน์โดยไม่จำเป็นต้องเป็นสมบัติสาธารณะ (Public Domain) ที่จะให้ชุมชนอย่างเดียวนั้นแต่อาจจะเป็นบุคคลก็ได้ เนื่องจากภูมิปัญญาท้องถิ่นมีที่มาจากความคิดรุ่มสุ่ม จาการากเหง้า มาจากอัตตลักษณ์ จึงมีความสำคัญที่จะต้องมีการกฎหมายเข้ามาคุ้มครองเพราะมีเหตุผลที่จะสืบสานในการดำรงคงอยู่ให้ยั่งยืนไม่ให้ต่างประเทศมาฉวยมั่งง้วนเอาประโยชน์แต่อย่างใด ดังนั้นกฎหมายจึงต้องมีบทบัญญัติที่ต้องครอบคลุมไปถึงเรื่องการการบริหารจัดการในสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นรูปธรรมด้วย

4.2.2 รูปแบบการบริหารและจัดการสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น

ปัจจุบันภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศไทยจะไม่มีกฎหมายขึ้นมารองรับให้ชัดเจนว่า ในการกำหนดในตัวเจ้าของหรือผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ๆ และเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการใช้สิทธิที่มีอยู่ในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น เนื่องจากภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศไทยมีชุมชนท้องถิ่นเป็นเจ้าของ และบางส่วนยังมีส่วนที่ปัจเจกชนเป็นเจ้าของ ซึ่งภูมิปัญญาท้องถิ่นในแต่ละชุมชนต่างก็มีลักษณะเฉพาะที่เป็นเอกลักษณ์ของแต่ละชุมชน และเพื่อให้แต่ละชุมชนสามารถนำภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีอยู่ไปพัฒนาต่อยอดหรือหาประโยชน์เพื่อนำรายได้กลับมาพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีอยู่เดิมให้พัฒนามากขึ้น และเนื่องจากภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจและควรค่าแก่การอนุรักษ์และส่งเสริมให้มีการนำไปใช้ให้เกิดประโยชน์สูงสุดในเชิงพาณิชย์ ตลอดจนส่งเสริมให้มีการ

วิจัยและพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่นให้สามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้อย่างจริงจังและยั่งยืน โดยการใช้ประโยชน์จากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ให้ก่อเกิดเป็นทุนขึ้น ซึ่งจากการพิจารณารูปแบบต่าง ๆ อันเกี่ยวกับการจัดการสิทธิเพื่อการแบ่งผลประโยชน์ พบว่าอาจจัดทำในรูปแบบต่าง ๆ ที่มีลักษณะความเหมาะสมที่จะนำมาใช้ด้านการบริหารและจัดการสิทธิประโยชน์ในภูมิปัญญาท้องถิ่นควรที่จะมุ่งเน้นกระบวนการพัฒนาศักยภาพของชุมชนที่จะทำให้ชุมชนเข้มแข็งและพึ่งตนเองได้ อันจะช่วยให้ชุมชนพัฒนาศักยภาพของตนเอง (Community Empowerment) อันจะส่งเสริมให้เกิดกระบวนการประชาชนที่เข้มแข็ง โดยการสนับสนุนการเกิดระบบเศรษฐกิจชุมชน ซึ่งหมายถึงการจัดระบบความสัมพันธ์ใหม่ ระหว่าง คน ทรัพยากร และความรู้ อันเป็น 3 ปัจจัยหลักที่ก่อให้เกิดการเรียนรู้การจัดการและการพัฒนาที่เกิดจากภายในชุมชนและท้องถิ่น ซึ่งค้นพบศักยภาพและทุนที่แท้จริงของตนเอง คือ ทุนที่เป็นทรัพยากร ผลผลิต ความรู้ ภูมิปัญญา วัฒนธรรมท้องถิ่น รวมทั้งทุนทางสังคม

จะเห็นได้ว่า ลักษณะและองค์ประกอบที่สำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจจะเป็นของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง, กลุ่มบุคคล หรือชุมชน ที่เกิดจากการริเริ่มสร้างสรรค์ มีฐานการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เหมาะสมในแต่ละท้องถิ่นผสมผสานกับภูมิปัญญาสากล มีกระบวนการเรียนรู้ของกลุ่มเพื่อพัฒนาศักยภาพของกลุ่ม รู้จักคิดค้น ค้นหาและจัดการทุนที่อยู่ในชุมชนและทุนทรัพยากรธรรมชาติในท้องถิ่น เพื่อบริหารจัดการร่วมกันอย่างสร้างสรรค์ ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อกลุ่มและชุมชน โดยเน้นการพึ่งพาตนเอง ซึ่งสามารถจำแนกได้ 3 ลักษณะหลัก ๆ ดังนี้

1. ลักษณะการบริหารและจัดการแบบแยกส่วน เป็นการแบ่งแยกตามองค์ประกอบของการดำเนินธุรกิจอุตสาหกรรม ตั้งแต่เรื่อง วัตถุดิบกระบวนการผลิต การบริหารจัดการ การขนส่ง การเงิน และการตลาด เป็น

2. การบริหารและจัดการแบบลดส่วน เป็นการมองปรากฏการณ์ในกระบวนการทางเศรษฐกิจเชิงตัวเลข หรือเป็นข้อมูลเชิงสถิติ โดยไม่คำนึงถึงปัจจัยอื่น หรือทำความเข้าใจในมิติอื่นที่มีผลกระทบต่อชุมชน

3. ลักษณะการบริหารและจัดการแบบกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ เป็นการอธิบายธรรมชาติของกระบวนการพัฒนาด้วยกฎเกณฑ์ทางวิทยาศาสตร์แบบตายตัว และอธิบายเป็นกลไกการเกิดที่แน่นอน

ที่กล่าวมาทั้งหมด กลไกที่จะให้ประสบความสำเร็จก็คือการมีกฎหมายเข้ามากำกับดูแล และซึ่งในปัจจุบันจะมีกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และเน้นถึงเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา หรือทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่าง ๆ ซึ่งไม่มีกฎหมายหรือนโยบายใดที่กล่าวถึงการบริหารจัดการสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อให้การใช้ทรัพย์สินทางปัญญา เป็นไปอย่างยั่งยืนและอยู่ในกระบวนการที่ใช้อย่างเป็นธรรมมีการแบ่งปันผลประโยชน์ไปสู่ประเทศหรือแหล่งกำเนิดต้นทาง ซึ่งถ้าลักษณะดังกล่าวเป็นไปได้ ปัญหาหลายอย่างก็จะไม่เกิดขึ้น ดังนั้น ควรที่จะมี 2 แนวทางที่ภาครัฐควรที่จะดำเนินการคือ ออกกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น และในขณะเดียวกันควรที่จะมาตรการบริหารจัดการสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาว่าด้วยเรื่องที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยไปในคราวเดียวกัน

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ที่ผ่านมาไทยมีบทเรียนจากการถูกนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากชาวต่างชาติโดยมิได้แบ่งปันผลประโยชน์ให้กับเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นแต่อย่างใดทำให้สูญเสียประโยชน์ที่ควรจะได้รับอย่างมหาศาล ทั้งที่เจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นควรจะได้รับประโยชน์อย่างเป็นธรรม โดยกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน คือกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญายังมีอาจบัญญัติให้ครอบคลุมและคุ้มครองรวมถึงการบริหารและการจัดการในภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรม ต่อมาได้มีการจัดทำร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ขึ้นมาเพื่อจะได้ปกป้องสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น แต่ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นดังกล่าวยังไม่มีความชัดเจนในเรื่องสิทธิความเป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่นว่าเป็นผู้ใดใครเป็นทรงสิทธิ การอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงไม่มีความชัดเจนในแง่ว่าบุคคลใดจะเป็นผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้นอกจากนี้ร่างฯ ดังกล่าวยังมิได้บัญญัติครอบคลุมไปถึงว่า เมื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้แล้ว การบริหารและการจัดการในภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อให้ผลประโยชน์ตอบแทนกลับสู่เจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นจะอย่างไร การจัดสรรและแบ่งปันผลประโยชน์จะอยู่ในรูปแบบใด จึงเป็นที่มาของปัญหาที่ต้องระบุดังความชัดเจนของเรื่องดังกล่าวในร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ว่าควรเป็นไปในลักษณะใด ซึ่งจากการศึกษาของต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งได้ให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาและวัฒนธรรมของอินเดียแดงของชนเผ่าอินเดียน โดยตราเป็นรัฐบัญญัติขึ้น ซึ่งในกฎหมายฉบับนี้ จะเห็นได้ว่าผู้ทรงสิทธิที่แท้จริงคือ รัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีได้ให้ชนเผ่าอินเดียนเป็นผู้ทรงสิทธิแต่อย่างใด และเป็นที่น่าสังเกตว่ารัฐบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญา ได้กำหนดบทลงโทษในการละเมิดสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น แต่ไม่ได้บัญญัติถึงการบริหารและการจัดการ การจัดสรรและแบ่งปันผลประโยชน์ในการใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นให้ผู้ทรงสิทธิแต่อย่างใด ซึ่งต่างจากประเทศเปรูที่มีการคุ้มครองภูมิปัญญาและวัฒนธรรมโดยออกเป็นกฎหมายเฉพาะ คือ กฎหมายเลขที่ 27811 (Law' 27811) ซึ่งบัญญัติว่าให้ชนพื้นเมืองเป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นที่สามารถอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ถ้าเข้าหลักเกณฑ์ที่กำหนดรวมถึงมีการบัญญัติถึงวิธีการบริหารจัดการ มีหน่วยงานเข้ามากำกับดูแลการจัดสรรและแบ่งปันผลประโยชน์ในการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นค่อนข้างชัดเจน ในขณะที่ประเทศไทยอยู่ระหว่างการจัดทำร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นแต่ยังไม่มี ความชัดเจนในเรื่องของสิทธิความเป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่น กล่าวคือ

ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นองค์ความรู้ที่อาจจะเป็นของบุคคลคนใดคนหนึ่ง แล้วมีการตกทอดต่อ ๆ กันมา ในเริ่มแรกอาจมีการถ่ายทอดองค์ความรู้แต่เฉพาะคนในครอบครัวของผู้ที่เป็นเจ้าของ ต่อมาเมื่อบุคคลในครอบครัวได้มีการย้ายถิ่นฐาน มีการสร้างครอบครัวต่อ ๆ ไป องค์ความรู้เหล่านี้ก็อาจมีการ

ขยายต่อยอดแล้วนำมาใช้จนเกิดประโยชน์ จนกลายเป็นวิถีของชุมชนเมื่อมีการปฏิบัติต่อ ๆ กันมาก็อาจกลายเป็นองค์ความรู้ของชุมชน จึงทำให้เห็นได้ว่าภูมิปัญญาท้องถิ่น อาจเป็นได้ของทั้งบุคคล ธรรมดาและชุมชน ซึ่งในการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยการบริหารจัดการภูมิปัญญาท้องถิ่นให้เกิดประโยชน์สูงสุดทั้งต่อเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นเองและผู้ต้องการใช้ประโยชน์ในภูมิปัญญาท้องถิ่นได้อย่างแท้จริงนั้น ในเบื้องต้นสมควรกำหนดนิยามความหมายของการเป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่นให้ชัดเจนเสียก่อน รวมถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นองค์ความรู้ที่เป็นฐานข้อมูลที่สำคัญในการนำไปใช้หรือพัฒนาให้เกิดประโยชน์ได้มากมาย ไม่ว่าจะเป็นองค์ความรู้ด้านยา สมุนไพร การแพทย์ การทอผ้า การจักสานต่าง ๆ เป็นต้น การจะนำภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ให้เกิดประโยชน์ก็ควรมีการขออนุญาตจากผู้ที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นเสียก่อน เพื่อเป็นการรับรู้ถึงสิทธิในการเป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ๆ และเพื่อที่จะสามารถให้ผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ที่เจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นได้อย่างแท้จริง จึงสมควรกำหนดหลักเกณฑ์ หรือรูปแบบในการอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในภูมิปัญญาท้องถิ่นให้ชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นการขออนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในภูมิปัญญาท้องถิ่นจากบุคคลธรรมดา หรือการขออนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในภูมิปัญญาท้องถิ่นจากชุมชน ซึ่งบุคคลธรรมดา หรือชุมชนที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่น ย่อมมีความแตกต่างกัน ดังนั้น การอนุญาตให้ใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นจากบุคคลธรรมดา หรือการอนุญาตให้ใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นจากชุมชน ย่อมมีความแตกต่างกันไปด้วย เนื่องจากสำหรับบุคคลธรรมดาย่อมเป็นที่เข้าใจได้ง่ายว่าหากหาตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นได้แล้ว ก็สามารถขออนุญาตจากบุคคลนั้น ๆ ได้โดยตรง และสามารถให้ผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่บุคคลนั้นได้โดยตรงอีกด้วย แต่สำหรับชุมชนนั้นยังถือว่าเป็นปัญหาว่าถึงแม้จะทราบว่าชุมชนใดเป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นแล้ว การขออนุญาตจากชุมชนเพื่อใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นจะสามารถดำเนินการขออนุญาตชุมชนโดยผ่านใครเป็นผู้ดำเนินการอนุญาต และผลประโยชน์ที่จะตอบแทนให้แก่ชุมชนที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ใครจะเป็นผู้มาบริหารจัดการผลประโยชน์ดังกล่าวเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อชุมชนและต่อภูมิปัญญาท้องถิ่นเอง

เมื่อภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นองค์ความรู้ที่เป็นฐานสำคัญในการพัฒนาต่อยอดเพื่อให้เกิดสิ่งใหม่ ๆ ได้นั้น การแบ่งปันผลประโยชน์ในภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงถือว่ามีสำคัญแต่อย่างไรก็ตามในบางกรณีภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจมีได้นำมาใช้เพื่อการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เพียงอย่างเดียวเท่านั้น อาจมีการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้เป็นฐานข้อมูลเพื่อการศึกษา ทำการวิจัย เพื่อการพัฒนาที่ต่อยอดขึ้นไปของภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือนำมาใช้เพื่อให้เกิดองค์ความรู้แก่ผู้ที่สนใจศึกษา เพื่อให้เห็นถึงความสำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่นและเกิดการสืบทอดต่อ ๆ กันไปเพื่อปกป้องไม่ให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นสูญหาย ดังนั้น การแบ่งปันผลประโยชน์ในภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยหลักควรจะมีผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่ผู้ที่เจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ๆ เสียก่อนที่จะนำภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นไปแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ต่อไป แต่ขณะเดียวกันก็ควรมีข้อยกเว้นสำหรับการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นในเชิงเพื่อการศึกษา หรือการทำวิจัย เป็นต้น

ดังนั้น การบริหารจัดการภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงถือเป็นประเด็นที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากว่าจะบริหารจัดการภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างไรให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อตัวภูมิปัญญาท้องถิ่นเองที่ถือเป็นฐานข้อมูลสำคัญ ขณะเดียวกันจะบริหารจัดการกับผลประโยชน์ตอบแทนที่ได้รับจากผู้ที่ต้องการ

ใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างไร ให้เกิดประโยชน์กับภูมิปัญญาท้องถิ่นให้ได้มากที่สุดไม่ว่าจะเป็นการนำเอาผลประโยชน์ตอบแทนมาพัฒนาต่อยอด หรือพัฒนาเพื่อให้เกิดองค์ความรู้ใหม่ ๆ การอนุรักษ์ภูมิปัญญาท้องถิ่นเดิมเพื่อให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นยังคงอยู่คู่กับสังคมหรือชุมชนนั้น ๆ ต่อไป ได้ ดังนั้น วิธีการบริหารจัดการภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงถือว่ามีความสำคัญเป็นอย่างมากกว่าจะดำเนินการโดยผ่านกระบวนการ หรือองค์กรใดเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อภูมิปัญญาท้องถิ่น

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากสภาพปัญหาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นไทยที่ได้นำเสนอมาทั้งหมดนั้น ผู้ศึกษามีประเด็นที่จะนำเสนอในส่วนที่เกี่ยวกับความหมายในการเป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่น การอนุญาตให้ใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่น การแบ่งปันผลประโยชน์ในภูมิปัญญาท้องถิ่น และการบริหารจัดการภูมิปัญญาท้องถิ่น ดังนี้

5.2.1 ความหมายในการเป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่น

เมื่อภูมิปัญญาท้องถิ่นมีทั้งบุคคลธรรมดาและชุมชนที่สามารถเป็นเจ้าของได้ ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการเป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่น จึงสมควรกำหนดความหมายในการเป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่น ดังนี้

เจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่น หมายถึง บุคคลผู้ทำการคิด สร้างสรรค์ ผลงานที่เกิดจากสติปัญญา ความรู้ ความสามารถและความวิริยะอุตสาหะ ทั้งนี้ ให้หมายรวมถึงถึงชุมชนที่สร้างสรรค์ผลงานจากสติปัญญา องค์ความรู้ของผู้คนที่อยู่ในชุมชนนั้นซึ่งได้ครอบครอง จัดการ บำรุงรักษา อนุรักษ์ และใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างต่อเนื่อง ซึ่งจะอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิของตนภายในขอบเขตและเงื่อนไขที่กำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้

5.2.2 การอนุญาตให้ใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่น

กำหนดรูปแบบและหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการอนุญาตให้ใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่น ดังนี้

ในกรณีบุคคลเป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่น การอนุญาตให้ใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นก็สามารถดำเนินการขออนุญาตจากบุคคลนั้นได้โดยตรง โดยอาจทำเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในภูมิปัญญาท้องถิ่น เป็นต้น

ในกรณีชุมชนเป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่น การอนุญาตให้ใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นก็สามารถดำเนินการขออนุญาตจากชุมชนซึ่งอาจเป็นตัวแทนของชุมชนที่เป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่น

โดยอาจทำเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นหนังสือก็ได้ ซึ่งรายละเอียดในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิควรมีรายละเอียดเบื้องต้น ดังนี้

1. ขอบเขตของภูมิปัญญาท้องถิ่นที่อนุญาตให้ใช้สิทธิ
2. บทบาทและหน้าที่ของเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นกับผู้ขอรับอนุญาต

3. ระยะเวลาในการให้อนุญาตให้ใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่น
4. พื้นที่ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น
5. ค่าตอบแทนในการให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น

5.2.3 การแบ่งปันผลประโยชน์ในภูมิปัญญาท้องถิ่น

กำหนดผลประโยชน์ตอบแทนในการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่น มีความสำคัญในแง่ประโยชน์ที่เจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นควรจะได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากผู้ที่มาอนุญาตให้ใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น ดังนี้

ในกรณีบุคคลเป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่น การแบ่งปันผลประโยชน์ในภูมิปัญญาท้องถิ่น อาจกำหนดจำนวนผลประโยชน์ตอบแทน วิธีการแบ่งปันผลประโยชน์ซึ่งอาจได้ในคราวเดียว หรือได้เป็นเปอร์เซ็นต์จากการแสวงหาประโยชน์ในภูมิปัญญาท้องถิ่นแต่ละครั้ง ระยะเวลาที่จะจ่ายผลประโยชน์ ซึ่งควรกำหนดไว้ในสัญญาอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในภูมิปัญญาท้องถิ่นให้ชัดเจนเพื่อจัดข้อโต้แย้งกันในภายหลัง ทั้งนี้ ข้อตกลงในเรื่องผลประโยชน์ต่าง ๆ ขึ้นอยู่กับหลักความสมัครใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

ในกรณีชุมชนเป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่น การแบ่งปันผลประโยชน์ในภูมิปัญญาท้องถิ่น นอกจากการรับรู้ถึงสิทธิในความเป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชนนั้น ๆ แล้ว ควรกำหนดจำนวนผลประโยชน์ตอบแทนจากผู้ที่จะนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์โดยแบ่งผลประโยชน์ตอบแทนเป็นสัดส่วนเปอร์เซ็นต์ จากการนำไปใช้แสวงหาประโยชน์ในแต่ละคราว โดยคำนึงถึงตัวภูมิปัญญาท้องถิ่นให้มากที่สุดเนื่องจากทุกคนในชุมชนเป็นเจ้าของร่วมกัน ผลประโยชน์ตอบแทนที่ได้รับควรนำมาใช้เพื่อการพัฒนาต่อยอดภูมิปัญญาท้องถิ่น เพื่อการรักษา อนุรักษ์ พัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่นให้คงคุณค่าอยู่คู่ชุมชนต่อไป โดยในกรณีที่เจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นชุมชน การแบ่งปันผลประโยชน์อาจแบ่งได้เป็น 2 ทาง คือ

1. การใช้ประโยชน์ครั้งแรก อาจให้เป็นค่าตอบแทนการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นและครั้งต่อไปเป็นค่าตอบแทนโดยกำหนดเป็นสัดส่วนเมื่อมีการนำผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากการได้รับอนุญาตให้ใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นออกขายหรือแพร่หลายในตลาด

2. เป็นประโยชน์ทางอ้อม โดยอาจจัดตั้งเป็นกองทุนของชุมชนขึ้นมาเพื่อบริหารจัดการประโยชน์ส่วนที่สองซึ่งเป็นค่าตอบแทนโดยอาจหักเงินค่าธรรมเนียมเข้ากองทุนเพื่อนำไปใช้พัฒนาชุมชนท้องถิ่น ให้สวัสดิการ ความรู้ วิจัยและพัฒนา รวมถึงให้ความช่วยเหลือด้านอื่น ๆ แก่คนในชุมชนที่เป็นเจ้าภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น โดยอาจหักเป็นค่าธรรมเนียมร้อยละ 10 ก่อนหักภาษีก็ได้

ส่วนการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปแสวงหาประโยชน์ในเชิงเพื่อการศึกษา หรือการวิจัย แม้จะไม่มีผลประโยชน์ตอบแทนเหมือนเช่นการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ก็ตาม แต่ก็ควรให้ผู้ที่มีภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ กล่าวอ้างหรือรับรู้ถึงสิทธิในความเป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชนนั้น ๆ ด้วย

5.2.4 การบริหารจัดการภูมิปัญญาท้องถิ่น

ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจและควรค่าแก่การอนุรักษ์และส่งเสริมให้มีการนำไปใช้ให้เกิดประโยชน์สูงสุดในเชิงพาณิชย์ ตลอดจนส่งเสริมให้มีการวิจัยและพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่นให้สามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้อย่างจริงจังและยั่งยืน โดยที่การใช้ประโยชน์จากสิทธิใน

ทรัพยากรทางปัญญาที่มีอยู่ให้ก่อเกิดเป็นทุนขึ้น ซึ่งมีการพิจารณาการบริหารจัดการในรูปแบบต่าง ๆ อันเกี่ยวกับการจัดการสิทธิเพื่อการแบ่งผลประโยชน์ ในกรณีที่ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นปัจเจกชน การบริหารจัดการน่าจะไม่มีอะไรซับซ้อนยุ่งยากเพราะผู้ทรงสิทธิที่เป็นปัจเจกชนนั้นสามารถบริหารจัดการโดยตนเองได้แตกต่างจากกรณีผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เป็นชุมชนที่การบริหารจัดการจะค่อนข้างซับซ้อนยุ่งยาก จึงต้องมีผู้แทนหรือองค์กรที่เข้ามาดำเนินการหรือมาบริหารจัดการ ซึ่งในประเด็นนี้ผู้ศึกษาจะนำเสนอเฉพาะการบริหารจัดการภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยดำเนินการในรูปแบบของวิสาหกิจชุมชน ที่มีลักษณะความเหมาะสมที่จะนำมาใช้ในด้านแบบและแบบอย่างในการดำเนินการบริหารและจัดการสิทธิประโยชน์ในภูมิปัญญาท้องถิ่นผู้ทรงสิทธิเป็นชุมชน

แนวคิดวิสาหกิจชุมชนมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องจากชุมชนที่เกิดจาก ความคิดสร้างสรรค์ ความสามารถ การรวมกลุ่มกันดำเนินงานของชุมชน โดยมองเห็นถึง จุดอ่อน จุดแข็ง และอุปสรรคต่าง ๆ สภาพแวดล้อมของพื้นที่ ที่ทำให้พวกเขาสร้างธุรกิจที่เป็นของตัวเอง ก่อให้เกิดการสร้างงาน สร้างอาชีพ รายได้และสวัสดิการ ระบบชุมชนที่มีความมั่นคงทางเศรษฐกิจและสังคมได้อย่างยั่งยืน โดยเฉพาะของประเทศไทยมีแนวทางการส่งเสริมและพัฒนาวิสาหกิจที่เป็นรูปธรรมและกำหนดขึ้นเป็นพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจชุมชน พ.ศ. 2548 ที่มุ่งเน้นกระบวนการพัฒนาศักยภาพของชุมชนทำให้ชุมชนเข้มแข็งและพึ่งตนเองได้ อันจะช่วยให้ชุมชนพัฒนาศักยภาพของตนเอง (Community Empowerment) โดยวิธีการที่จะบรรลุเป้าหมายนี้คือ การส่งเสริมให้เกิดกระบวนการประชาชนที่เข้มแข็ง โดยการสนับสนุนการเกิดระบบเศรษฐกิจชุมชน ซึ่งหมายถึงการจัดระบบความสัมพันธ์ใหม่ ระหว่าง คน ทรัพยากร และความรู้ อันเป็น 3 ปัจจัยหลักที่ก่อให้เกิดการเรียนรู้ การจัดการและการพัฒนาที่เกิดจากภายในชุมชนและท้องถิ่น ซึ่งค้นพบศักยภาพและทุนที่แท้จริงของตนเอง คือ ทุนที่เป็นทรัพยากร ผลผลิต ความรู้ ภูมิปัญญา วัฒนธรรมท้องถิ่น รวมทั้งทุนทางสังคม โดยการนำ ทุนทางสังคมที่มีอยู่ ได้แก่ ความรู้ ภูมิปัญญาท้องถิ่น วิถีชีวิตวัฒนธรรม ประเพณี ทรัพยากรท้องถิ่น ฯลฯ ผสมกับการบริหารจัดการสมัยใหม่ เพื่อก่อให้เกิดการพัฒนาเศรษฐกิจสังคม และการเรียนรู้ของชุมชนซึ่งไม่ทำลายสิ่งแวดล้อม การให้บริการ หรือการอื่น ๆ ที่ดำเนินการโดยคณะบุคคลที่มีความผูกพัน มีวิถีชีวิตร่วมกันและรวมตัวกันประกอบกิจการดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลหรือปัจเจกชนในรูปแบบใด นอกจากนี้ วิสาหกิจชุมชนยังมีลักษณะ การประกอบการเพื่อจัดการ “ทุน” ของชุมชนอย่างสร้างสรรค์เพื่อการพึ่งตนเอง โดยทุนตามความหมายนี้ไม่ได้หมายถึงเพียงแต่เงินอย่างเดียว แต่รวมถึง ทรัพยากร ผลผลิต ความรู้ ภูมิปัญญาท้องถิ่น ที่สามารถสรุปได้ว่า วิสาหกิจชุมชนหมายถึง การประกอบการโดยกลุ่มคนที่มีความผูกพัน หรือมีวิถีชีวิตร่วมกันไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลหรือไม่เป็นนิติบุคคลในการประกอบการเพื่อจัดการ ทุนของชุมชน อย่างสร้างสรรค์เพื่อการพึ่งตนเอง โดยทุนชุมชนในการศึกษาค้นคว้านี้ หมายถึง ทรัพยากร ผลผลิตความรู้ ภูมิปัญญาท้องถิ่น ทุนทางวัฒนธรรมและทุนทางสังคมภายในชุมชน ผสมกับการบริหารจัดการสมัยใหม่ เพื่อก่อให้เกิดการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และการเรียนรู้ของชุมชน ซึ่งไม่ทำลายสิ่งแวดล้อม หรืออาจกล่าวให้เข้าใจง่าย ๆ ได้ว่า วิสาหกิจชุมชน หมายถึง กิจการของชุมชน ในการดำเนินกิจการดังกล่าว

จะเห็นได้ว่า ลักษณะและองค์ประกอบที่สำคัญของวิสาหกิจชุมชนลักษณะและองค์ประกอบที่สำคัญของวิสาหกิจชุมชนเป็นรูปแบบของการประกอบการที่เป็นของชุมชน ไม่ใช่เป็นของบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลเพียงไม่กี่คน แต่เป็นการรวมกลุ่มเพื่อประกอบการผลิต การแปรรูป บริการ หรืออื่น ๆ

ที่เกิดจากการริเริ่มสร้างสรรค์ มีฐานการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เหมาะสมในแต่ละท้องถิ่นผสมผสานกับภูมิปัญญาสากล โดยเน้นการพึ่งพาตนเอง รวมทั้งเป็นแนวคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของเศรษฐกิจพอเพียงที่สอดคล้องกับการศึกษาของอุมพร กาญจนคลอด ได้มีการศึกษาเกี่ยวกับคุณลักษณะของวิสาหกิจชุมชนที่น่าสนใจไว้ทั้ง หด 5 ประการ ดังนี้

1. เป็นกิจการของชุมชน หมายถึงเป็นการประกอบกิจการทั้ง ด้านการผลิตและการบริการ ที่กลุ่มคนในชุมชนเป็นเจ้าของ (ไม่ใช่ปัจเจกชน)

2. ดำเนินการโดยใช้ทุนของชุมชนและมีการบริหารจัดการที่เหมาะสมหมายถึงกิจการที่ดำเนินการโดยใช้ทุนของชุมชนเป็นหลัก (สินทรัพย์ เงิน แรงงาน ทรัพยากรภูมิปัญญา เป็นต้น) โดยมีการบริหารจัดการ รวมถึงการใช้เทคโนโลยีที่เหมาะสมในการผลิตหรือกิจการบริการนั้น ด้วยความคิดสร้างสรรค์ คิดค้นเอง โดยใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นฐานเป็นารจัดการแบบประสานพลัง (Synergy) ทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจและสังคมแบบเสริมกัน

3. ดำเนินการด้วยหลักสามัคคีธรรม หมายถึง กิจกรรมดำเนินการด้วยการมีส่วนร่วมของหมู่คณะในชุมชนอย่างเป็นเอกภาพ ที่ก่อให้เกิดผลประโยชน์ส่วนรวมแก่สมาชิกและชุมชน โดยไม่กระทบในเชิงลบต่อสาธารณะ

4. เน้นกระบวนการเรียนรู้ในการดำเนินการ หมายถึง การดำเนินการที่ก่อให้เกิดกระบวนการเรียนรู้ เชื่อมั่นในศักยภาพของตนเองและชุมชนเรียนรู้ที่จะบริหารจัดการชุมชนด้วยการริเริ่มสร้างสรรค์ให้เกิดนวัตกรรม

5. มีเป้าหมายเพื่อการพึ่งพาตนเองของชุมชน หมายถึง การดำเนินการโดยมีเป้าหมายเพื่อการพึ่งตนเองเป็นรากฐาน ทำให้พอกินพอใช้ในครัวเรือน ชุมชนและเครือข่ายเป็นอันดับแรก

ดังนั้นผู้ศึกษาขอเสนอการดำเนินงานของวิสาหกิจชุมชนในลักษณะกระบวนการทัศน์ใหม่ที่ต้องเข้าใจ วิสาหกิจชุมชนแบบองค์รวม คือ เข้าใจถึงการมีชีวิตชีวาตามธรรมชาติ มิใช่รูปแบบที่แข็งกระด้าง หรือมีแบบอย่างเหมือนกันทั้งหมด การคิดแบบองค์รวมเป็นระบบที่เชื่อมโยงวิสาหกิจชุมชนสู่บริบทในระบบย่อย และระบบใหญ่ทั้งหมด ด้วยความเชื่อพื้นฐานที่ว่า ความเชื่อมโยงคือสภาวะที่องค์ประกอบของวิสาหกิจชุมชนทุกส่วนมีความสัมพันธ์กันในบริบทที่ซับซ้อนกันไปมาและมีกระบวนการที่ต่อเนื่องจากปฏิสัมพันธ์ระหว่างบริบททางสังคม วัฒนธรรม และสิ่งแวดล้อมที่มีความหลากหลายในชุมชนณรงค์ เพ็ชรประเสริฐ และ พิทยา ว่องกุล ได้เสนอยุทธศาสตร์การพัฒนาเพื่อสร้างกระบวนการทัศน์ใหม่ของชุมชน ซึ่งแตกต่างจากการพัฒนากระแสหลัก ดังต่อไปนี้

1. เน้นกระบวนการเรียนรู้ของชุมชน เพื่อสร้างฐานความรู้และองค์ความรู้ที่เป็นตนเอง รวมไปถึงการวางแผนพัฒนาชุมชน แบบมีส่วนร่วมของสมาชิกโดยผู้นำ ผู้มีความรู้ในชุมชนเป็นแกนกลาง คุณลักษณะนี้เป็นจุดแข็งของชุมชนใช้สร้างความเป็นเอกภาพ และศักยภาพของตน สามารถพัฒนาและรวบรวมความรู้ต่าง ๆ

2. กระบวนการสร้างชุมชน ทุนสังคม ที่ครอบคลุมทั้งการสะสมเงินตรา จากน้อยไปสู่มาก เพื่อสร้างกลุ่มออมทรัพย์ ธนาคารชุมชน หรือธุรกิจชุมชน ซึ่งอาศัยเงินตราเป็นสื่อ และทุนทางสังคมที่มาจากบุคลากร ภูมิปัญญา ประเพณีวัฒนธรรมชุมชน สถาบันในชุมชนสาธารณสมบัติ ทรัพยากรธรรมชาติของชุมชน เป็นต้น

3. กระบวนการศึกษาวิจัย ในกระบวนการทัศน์ใหม่ควรเป็นการศึกษาวิจัยเพื่อการพัฒนา ได้แก่ การที่ชุมชนแสวงหาความร่วมมือจากนักวิชาการ หรือสถาบันการศึกษาหน่วยงานภายนอกชุมชนกับส่งเสริมให้ชุมชนมีการทำงานวิจัยเอง เพื่อนำผลที่ได้มาวางแผนพัฒนาชุมชนในขั้นตอนต่อไป โดยได้รับเงินทุนสนับสนุนกิจกรรมการพัฒนาที่กำหนดขึ้นจากการวิจัยด้วย

4. กระบวนการผสมผสานความหลากหลายจากปัจจัยที่เป็นคุณต่อการพัฒนาเป็นกระบวนการทัศน์ใหม่ที่ชุมชนเปิดรับเอาความรู้ และความช่วยเหลือจากภายนอกโดยเปิดเวทีแลกเปลี่ยนทัศนะระหว่างชุมชน กับหน่วยงานของภาครัฐ และองค์การการพัฒนาเอกชน หรือแหล่งเงินทุนต่างประเทศ โดยมีชุมชนเป็นผู้ตัดสินใจ และวางแผนการพัฒนาตนเอง

5. กระบวนการสร้างเครือข่ายชุมชน จะนำไปสู่กระบวนการทัศน์ใหม่ในการต่อยอดความรู้ในการพัฒนาดตนเอง และเครือข่ายตลอดเวลา นำไปสู่ธุรกิจอุตสาหกรรม

เนื่องจากภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นองค์ความรู้ที่เป็นฐานสำคัญในการพัฒนาต่อยอดให้เกิดสิ่งใหม่ ๆ หรือพัฒนาให้เกิดประโยชน์ต่าง ๆ ได้มากมาย ทั้งในเชิงพาณิชย์และในเชิงศึกษาวิจัย แต่เนื่องจากผู้ที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจเป็นได้ทั้งในลักษณะที่เป็นปัจเจกบุคคล หรือบุคคลธรรมดา และชุมชนผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น

กรณีภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ปัจเจกบุคคลหรือบุคคลธรรมดาเป็นเจ้าของนั้น การบริหารจัดการอาจไม่ซับซ้อนมากนัก เนื่องจากเป็นเจ้าของสิทธิอย่างเด็ดขาดแต่ผู้เดียว สามารถยินยอมหรือให้อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ตนเป็นเจ้าของได้ ถ้าเข้าเงื่อนไขที่ผู้ทรงสิทธิกับผู้ขออนุญาตใช้สิทธิตกลงกัน จึงมักไม่ค่อยเป็นปัญหาแต่อย่างใด

หากแต่กรณีที่ผู้ทรงสิทธิเป็นชุมชน การบริหารจัดการภูมิปัญญาท้องถิ่นดังกล่าวจึงไม่อาจทำได้โดยบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้อย่างเด็ดขาด เพราะเจ้าของสิทธิมิใช่บุคคลเพียงผู้เดียว แต่เป็นลักษณะของท้องถิ่นหรือชุมชนร่วมกันเป็นเจ้าของสิทธิ ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าการบริหารจัดการภูมิปัญญาท้องถิ่นในลักษณะที่ชุมชนเป็นเจ้าของสิทธินั้น จึงควรมีองค์กรที่จะเข้ามาบริหารจัดการ ที่ผ่านมา ประเทศไทยมีแนวทางการส่งเสริมและพัฒนาวิสาหกิจที่เป็นรูปธรรมและกำหนดขึ้นเป็นพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจชุมชน พ.ศ. 2548 โดยมีหลักการเพื่อส่งเสริมสนับสนุนเศรษฐกิจชุมชนซึ่งเป็นพื้นฐานของการพัฒนาเศรษฐกิจแบบพอเพียง ซึ่งจำนวนหนึ่งอยู่ในระดับที่ไม่พร้อมจะเข้ามาแข่งขันทางการค้า ให้ได้รับการส่งเสริมความรู้และภูมิปัญญาท้องถิ่น การสร้างรายได้ การช่วยเหลือซึ่งกันและกัน การพัฒนาความสามารถในการจัดการ และพัฒนารูปแบบของวิสาหกิจชุมชน เพื่อให้ระบบเศรษฐกิจชุมชนมีความเข้มแข็ง สามารถพัฒนาไปสู่การเป็นผู้ประกอบการของหน่วยธุรกิจที่สูงขึ้นจากแนวคิดข้างต้นสามารถสรุปความหมายของวิสาหกิจชุมชนของประเทศไทยซึ่งกรมการพัฒนาชุมชน อธิบายไว้ว่าวิสาหกิจชุมชน คือ กิจกรรมที่ชุมชนและคนในชุมชนเป็นเจ้าของกิจการผลิตสินค้า กิจกรรมให้บริการ หรือ กิจกรรมอื่น ๆ เพื่อสร้างรายได้และการพึ่งพาตนเองของครอบครัว ชุมชนและระหว่างชุมชน โดยการนำทุนทางสังคมที่มีอยู่ ได้แก่ ความรู้ ภูมิปัญญาท้องถิ่น วิถีชีวิตวัฒนธรรม ประเพณี ทรัพยากรท้องถิ่น ผสมกับการบริหารจัดการสมัยใหม่ เพื่อก่อให้เกิดการพัฒนาเศรษฐกิจสังคมและการเรียนรู้ของชุมชนซึ่งไม่ทำลายสิ่งแวดล้อม และสำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการส่งเสริมวิสาหกิจชุมชน ระบุว่าวิสาหกิจชุมชน หมายถึง กิจกรรมของชุมชนเกี่ยวกับผลิตสินค้า การให้บริการ หรือการอื่น ๆ ที่ดำเนินการโดยคณะบุคคลที่มีความผูกพันมีวิถีชีวิตร่วมกันและรวมตัวกันประกอบกิจการดังกล่าว ไม่

ว่าจะเป็นนิติบุคคลในรูปแบบใดหรือไม่เป็นนิติบุคคลเพื่อสร้างรายได้และเพื่อการพึ่งตนเองของครอบครัว ชุมชนและระหว่างชุมชน ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกอการกำหนด อธิบายว่า วิสาหกิจชุมชน คือ การประกอบการเพื่อการจัดการ “ทุน” ของชุมชนอย่างสร้างสรรค์เพื่อการพึ่งตนเอง โดยทุนตามความหมายนี้ไม่ได้หมายถึงเพียงแค่เงินอย่างเดียว แต่รวมถึง ทรัพยากร ผลผลิตความรู้ ภูมิปัญญาท้องถิ่นทุนทางวัฒนธรรมและทุนทางสังคมจากความหมายของวิสาหกิจชุมชนดังกล่าวข้างต้น สามารถสรุปได้ว่า วิสาหกิจชุมชนหมายถึง การประกอบการโดยกลุ่มคนที่มีความผูกพัน หรือมีวิถีชีวิตร่วมกันไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลหรือไม่เป็นนิติบุคคลในการประกอบการเพื่อจัดการทุนของชุมชน อย่างสร้างสรรค์เพื่อการพึ่งตนเอง โดยทุนชุมชนในการศึกษาคั้งนี้ หมายถึง ทรัพยากร ผลผลิตความรู้ ภูมิปัญญาท้องถิ่นทุนทางวัฒนธรรมและทุนทางสังคมภายในชุมชน ผนวกกับการบริหารจัดการสมัยใหม่ เพื่อก่อให้เกิดการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และการเรียนรู้ของชุมชน ซึ่งไม่ทำลายสิ่งแวดล้อม หรืออาจกล่าวให้เข้าใจง่าย ๆ ได้ว่า วิสาหกิจชุมชน หมายถึง กิจการของชุมชนในการดำเนินกิจการดังกล่าว

ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าในการบริหารจัดการภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิที่น่าจะนำเอารูปแบบของวิสาหกิจชุมชนมาบริหารจัดการได้โดยมีการบริหารจัดการ รวมถึงการใช้เทคโนโลยีที่เหมาะสมในการผลิต หรือพัฒนาโดยใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นมาเป็นฐานในการการจัดการแบบประสานพลัง (Synergy) ทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจและสังคมในชุมชนแบบเสริมกันซึ่งการบริหารจัดการแบบวิสาหกิจชุมชนโดยผ่านผู้นำชุมชน ผู้นำอาวุโส ผู้มีความรู้ในชุมชน ซึ่งเป็นบุคคลที่คนในชุมชนเป็นผู้เลือกหรือมอบความไว้วางใจให้เป็นตัวแทนของชุมชนในการบริหารจัดการ การอนุญาตให้ใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นทั้งในเชิงพาณิชย์และเชิงศึกษาวิจัย โดยมีหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่จะอนุญาตให้ใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นและการแบ่งปันผลประโยชน์ ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นซึ่งจะทำให้เกิดการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นธรรมแก่ผู้ที่เป็นผู้ทรงสิทธิในลักษณะที่เป็นชุมชนได้

บรรณานุกรม

- กรมส่งเสริมการเกษตร. ความสำคัญของภูมิปัญญาท้องถิ่น ภูมิปัญญาท้องถิ่น. ค้นวันที่ 2 เมษายน 2553 จาก <http://tkagri.doae.go.th/temp.php?gpg=title01>
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551.
- คณิง ฉาไชย. หลักทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์. ใน กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กรุงเทพฯ: รุ่งเรืองธรรม, 2532.
- คาปรั้า, ฟริตจ็อฟ. จุดเปลี่ยนแห่งศตวรรษ เล่ม 2. แปลโดย พระประชา ปสนนธมโม และคณะ. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: เม็ดทรายพรินติ้ง, 2543.
- จรัญ โฆษณานนท์. สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2545.
- จักรพันธ์ ทองอำ. บทบาทรัฐในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา: ศึกษาเฉพาะกรณี ลิขสิทธิ์. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542.
- จุลพี ชินวรรณโณ. สหัสวรรษที่ 3 Towards The Third Millennium: กระแสเศรษฐกิจการเมือง โลกที่ไร้พรมแดน. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2542.
- ชยันต์ วรรณระภูมิ. แนวคิดเรื่องกลุ่มอุปถัมภ์ของ ม.ร.ว.อศิน รพีพัฒน์: นักมานุษยวิทยาที่ ขำเฟ้อเจ้ารู้จักคนธรรมดา รวมบทความและข้อเขียนในวาระครบรอบอายุ 60 ปี ม.ร.ว.อศิน รพีพัฒน์. ขอนแก่น: สถาบันวิจัยเชิงพัฒนา มหาวิทยาลัยขอนแก่น, 2540.
- ชลทิพย์ เอี่ยมสำอางค์ และวิชนี ศิลตระกูล. ภูมิปัญญาชาวบ้านเทคโนโลยีพื้นบ้านและแหล่ง วิทยาการในชุมชน. ใน เอกสารการสอนชุดวิชาการพัฒนาและการใช้แหล่งวิทยาการ ในชุมชน. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2533.
- ไชยยศ วรรณทศศิริ. ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ: ศึกษาเปรียบเทียบ ระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายญี่ปุ่น. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529.
- ไชยยศ เหมรัชตะ. ลักษณะของกฎหมายทางทรัพย์สินทางปัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2553.
- ณรงค์ เพ็ชรประเสริฐ และพิทยา ว่องกุล. วิสาหกิจชุมชน กลไกเศรษฐกิจฐานราก. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: เอ็ดดิสันเพรส โปรดักส์, 2556.
- ดวงเดือน สมวัฒน์ศักดิ์. วิสาหกิจชุมชน: สำนักส่งเสริมและพัฒนาการเกษตรเขตที่ 1. ชัยนาท: ม.ป.พ., 2548.
- ถวัลย์ มาศจรัส. ภูมิปัญญาไทย. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช, 2546.

ธนิต ชังถาวร และคณะ. รายงานการศึกษาการรอบความคิดการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย.

กรุงเทพฯ: ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ สำนักงานพัฒนา
วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, 2550.

ธัชชัย ศุภผลศิริ. คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2539.

นันทน์ อินทนนท์. ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาและผลกระทบต่อภูมิ
ปัญญาท้องถิ่น. ใน ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 2. กรุงเทพฯ: จริรัช
การพิมพ์, 2547.

บัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์ และเจษฎ์ โทณะวณิก. รายงานวิจัยโครงการศึกษาการคุ้มครองภูมิปัญญา
ท้องถิ่นในสถานการณ์สากล. รายงานการวิจัย เสนอต่อกรมเศรษฐกิจ กระทรวงการ
ต่างประเทศ, 2548.

ประเวศ วะสี. การสร้างภูมิปัญญาไทยเพื่อการพัฒนา. กรุงเทพฯ: อัมรินทร์พรินต์ติ้งกรุ๊ป, 2530.

ประเวศ วะสี. ข้อเขียนในวาระครบรอบอายุ 60 ปี ม.ร.ว.อศิน รพีพัฒน์. ขอนแก่น: สถาบันวิจัย
เชิงพัฒนา มหาวิทยาลัยขอนแก่น, 2540.

พงษ์สวัสดิ์ อักษณสวาสดี. สิทธิการมีส่วนร่วมของชุมชนดั้งเดิมในการอนุรักษ์และจัดการ
ทรัพยากรธรรมชาติ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์, 2550.

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542. กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2546.

พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542. ค้นวันที่ 12 ธันวาคม 2557 จาก <http://www.kmutt.ac.th/rippc/iplaw/pvpact.pdf>

พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2542. ค้นวันที่ 12
ธันวาคม 2557 จาก <http://lib.mnre.go.th/porrorbor/%E0%B8%9E%E0%B8%A3%E0%B8%9A/medicinal%20pant%20law.pdf>

พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504.
ค้นวันที่ 12 ธันวาคม 2557 จาก <http://www.finearts.go.th/fad7/plugins/2012-11-27-14-10-. .82504.html> A

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537. ค้นวันที่ 12 ธันวาคม 2557 จาก <http://web.krisdika.go.th/data/law/law2/%C506/%C506-20-2537-002.pdf>

พระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546. ค้นวันที่ 12 ธันวาคม 2557 จาก <http://www.kmutt.ac.th/rippc/iplaw/phact.pdf>

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522. ค้นวันที่ 12 ธันวาคม 2557 จาก <http://www.kmutt.ac.th/rippc/iplaw/pact.pdf>

พัชร ลิ้มปัทธา. การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้กฎหมายของประเทศไทยเปรียบเทียบกับ
ความตกลงระหว่างประเทศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

มานะ พิทยาภรณ์. คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อจ้างแรงงาน
จ้างทำของ รับขน. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521.

- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. **ราชกิจจานุเบกษา**. 124, 47ก (24 สิงหาคม 2550).
- วรพงษ์ พูลพานิช. **สิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามแนวคิดด้วยภูมิปัญญาท้องถิ่น**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาบริหารธุรกิจ คณะบริหารศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.
- ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ. **รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการยกย่องพระราชบัญญัติคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย**. รายงานการวิจัย เสนอต่อสำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, 2553.
- สภารัตน์ จารุสมบัติ. **นโยบายและการจัดการสิ่งแวดล้อม**. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและสิ่งพิมพ์ คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- สมชาย รัตนเชื้อสกุล. **โจรสลัดชีวภาพ (Bio-Piracy): ที่มา-ปัญหา และแนวทางสำหรับประเทศไทย** ตามกรอบความตกลงทริปส์. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. 33, 1 (มีนาคม 2546): 98-126.
- สมชาย รัตนเชื้อสกุล และทิพย์สุรางค์ วาฑิตต์พันธุ์. **รายงานวิจัยโครงการปัญหาการถ่ายทอดเทคโนโลยีภายใต้สัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ชุดโครงการพัฒนาความรู้และยุทธศาสตร์ด้านความตกลงพหุภาคีระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อม**. รายงานการวิจัย เสนอต่อสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2552.
- สมพร ปานยิณี. **การแปลงทรัพย์สินเป็นทุน กับการพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) ของไทย**. ค้นวันที่ 21 พฤศจิกายน 2556 จาก http://www.siam.edu/siamedu_thai_mainpage/images/.../2550_bus13.doc
- สามารถ จันทร์สุริย์. **ภูมิปัญญาชาวบ้านกับการพัฒนาชนบท เล่ม 1**. กรุงเทพฯ: อัมรินทร์พรินต์ติ้งกรุ๊ป, 2536.
- สำนักคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ. **การส่งเสริมและเผยแพร่วัฒนธรรมพื้นบ้านไทย เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการเนื่องในงานมหกรรมวัฒนธรรมพื้นบ้านไทย**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: นิสนารการพิมพ์, 2537.
- เสรี พงศ์พิศ. **คืนสู่รากเหง้า: ทางเลือกและทัศนะวิจารณ์ว่าด้วยภูมิปัญญาชาวบ้าน**. กรุงเทพฯ: เทียนวรรณ, 2529.
- เสรี พงศ์พิศ, วิจิต นันทสุวรรณ และจำนง แรกพินิจ. **วิสาหกิจชุมชน: แผนแม่บท แนวคิด แนวทาง ตัวอย่าง ร่างพระราชบัญญัติ**. กรุงเทพฯ: ภูมิปัญญาไทย, 2544.
- สุกัญญา สุฉายาม และคณะ. **โครงการวิจัยภาคสนามการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย**. กรุงเทพฯ: ศูนย์คดีชนวิทยา คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552.
- สุนทร ล้อศิริรัตนกุล. **ปัญหาการบังคับใช้สิทธิตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ในลิขสิทธิ์สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาบริหารธุรกิจ คณะบริหารศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2540.
- โสภารัตน์ จารุสมบัติ. **รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการรวบรวมข้อมูลพื้นฐานเรื่อง “สิทธิเสรีภาพ และหน้าที่ของประชาชนชาวไทย**. รายงานการวิจัย เสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า, 2547.

เหม ท่องไชย. ภูมิปัญญาไทย: วิถีไทย. กรุงเทพฯ: เจริญเทพ, 2542.

อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity). ค้นวันที่ 13
กรกฎาคม 2556 จาก <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>

อาวีพรรณ จงประกิจพงศ์. **ทรัพย์สินทางปัญญา เล่ม 1.** กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2537.

อุมาพร กาญจนตลอด. **บทบาทหน่วยงานภาครัฐในการสนับสนุนวิสาหกิจชุมชนในจังหวัด
นครศรีธรรมราช.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชารัฐประศาสนศาสตร์
มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, 2550.

อรุณี เกร่งเรื่อง. **บทบาทของกรมทรัพย์สินทางปัญญาในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น.**
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

**African Union, African Model Legislation for the Protection of the Rights of Local
Communities, Farmers and Breeders, and for the Regulation of Access
to Biological Resources.** Retrieved May 1, 2013 from [http://www.
farmersrights.org/pdf/africa/AU/AU-model%20law00.pdf](http://www.farmersrights.org/pdf/africa/AU/AU-model%20law00.pdf)

Carvalho, Nuno Pires de. **The TRIPS Regime of Trademarks and Designs, “TRIPs
Article 21 Licensing and Assignment”.** New York: Kluwer Law
International, 2011.

Correa, M. Carlos. Tradition Knowledge and Intellectual Property. In **Issue and
Option Surrounding and Protection of Tradition Knowledge.** Geneva:
QUNO, 2001. Pp. 1-9.

Cunha, Da M. C. International Bodies and Traditional Knowledge. In **Protecting and
Promoting Traditional Knowledge National Experience and
International Dimensions United Nation.** New York; Geneva: United
Nation, 2004. Pp. 91-92.

Government of India, National Biodiversity Authority. **The Biological Diversity Act
2002 & Biological Diversity Rule.** Retrieved July 13, 2013, from
http://isp.unu.edu/news/2012/files/nagoya-protocol/02_India.pdf

Hamwey, Robert. Traditional Knowledge and Environment: Statement by United
Nation Environment Program. In **Protecting and Promoting Traditional
Knowledge National Experience and International Dimensions United
Nation.** New York; Geneva: United Nation, 2004. Pp. 345-346.

Kameri-Mbote, Patricia. **Community, Farmers’ and Breeders’ Rights in Africa:
Towards a Legal Framework for Sui Generis Legislation.** Retrieved May
1, 2014 from <http://www.iclre.org>

Kappler, Charles, ed. **Indian Affairs: Laws and Treaties Vol. II. (Treaties).**
Washington D. C.: Government Printing Office, 1904. Retrieved July 15,
2013 from <http://digital.library.okstate.edu/kappler/vol2/toc.htm>

India, Department of the Interior. **Indian Arts and Crafts Act of 1990**. Retrieved June 11, 2013 from <http://www.artnatam.com/law.html>

International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture. Retrieved July 15, 2013 from <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/011/i0510e/i0510e.pdf>

Lal Das, Bhagirath. **WTO: The Doha Agenda**. London: Zed Books, 2003.

Leskien, Dan and Flitner, Michael. **Signposts to Sui Generis Rights**. Retrieved May 1, 2014 from <http://www.grain.org/publications/signposts.html>

Odek, Jame O. Bio-Piracy: Creating Proprietary Rights in Plant Genetic Resources. **Journal of International Property Law**. 141 (1994): 141-181.

Rodríguez, Lily O. and Young, Kenneth R. Biological Diversity of Peru: Determining Priority Areas for Conservation. **A Journal of the Human Environment**. 29, 6 (2000): 329-337.

Solomon, M. Strengthening Traditional Knowledge Systems and Customary laws. In **Protecting and Promoting Traditional Knowledge National Experience and International Dimensions United Nation**. New York; Geneva: United Nation, 2004. Pp. 155-165.

Ten Kate, K. and Laird, Sarah A. **The Commercial Use of Biodiversity: Access to Genetic Resources and Benefit Sharing**. London: Earthscan, 1999.

Traditional Knowledge National Experience and International Dimensions United Nation. New York; Geneva: United Nation, 2004.

World Intellectual Property Organization (WIPO). **About Intellectually Property**. Retrieved May 1, 2014 from <http://www.wipo.int/about-ip/index/html>

World Intellectual Property Organization (WIPO). **Intellectually Property and Traditional Knowledge Booklet n 2**. Retrieved May 1, 2014 from <http://www.unesco.org/culture/ich/index.php>

World Intellectual Property Organization (WIPO). **Intellectual Property Needs and Expectations Tradition Knowledge Holders WIPO Report on Fact-Finding Mission on Intellectual Property and Tradition Knowledge (1998-1999) April 2001(a)**. Retrieved July 12, 2013 from <http://www.wipo.int/portal/en/index.html>

World Intellectual Property Organization (WIPO). **Protection of Traditional Knowledge: A Global Intellectual Property Issue**. Retrieved June 13, 2013 from <http://www.wipo.int/portal/en/index.html>

World Intellectual Property Organization (WIPO). **World Intellectual Property Organization Report 1988**. Retrieved June 12, 2013 from <http://www.wipo.int/portal/en/index.html>

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ ชื่อสกุล

นางเนตรนภางค์ นำจิตรไทย

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2532

เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 60
เนติบัณฑิตยสภา
ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2550

ประสบการณ์ทำงาน

ปัจจุบัน
ทนายความ หัวหน้าสำนักงาน
สำนักงานกฎหมาย C & N